**מבוא-**

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

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

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

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

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

דוגמאות לשינויים-

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

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

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

1. המשפט המנהלי הוא תחום מאוד מתפתח אך עדיין לא עבר מהפכה כמו תחומים משפטיים אחרים. עולם המושגים שלו הוא עולם שירשנו מהמשפט האנגלי. **התחום הזה יש בו מצד אחד המון חקיקה אך אין חקיקה בתחומים החשובים.** רוב החוקים מדברים על משפט מנהלי, רשויות המקומיות וכו'.
2. **אין חוק המנהלי הכללי**, והמשפט המנהלי הכללי הוא הכי חשוב. "המשפט המנהלי הוא הג'ז של המשפט", הכללים משתנים כל הזמן, השופטים מחליטים דברים שונים לפעמים. אנחנו רוצים לעשות סדר בבלגן (בעירבון מוגבל). בקורס זה אנחנו רוצים לחלץ את הנקודות המרכזיות והכללים הבסיסיים. המשפט המנהלי הוא תחום שאנשים באמת רוצים לדעת מה החוק. אנשים רוצים לפתוח עסק, לקבל רישיון וכדומה, גם הרשויות המנהליות עצמן דווקא רוצות לדעת מה אומר המשפט- לא רק שהן לא יודעות, המצב גם ממש מטעה.

יש חקיקה אבל מעטה שעוסקת רק בחלק שולי יחסית של התחום- למשל יש "חוק הפרשנות"- הוא חוק משפט מנהלי כללי- סמכות לעשות משהו כוללת גם סמכות לבטל את העשייה/לשנות אותה.

**ס' 15 לחוק הפרשנות: סמכות התקנה-**

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

סמכות שניתנה לרשות כלשהי זה אומר שיש גם סמכות לבטל, לשנות, באותה הדרך שבה התקבלה ההחלטה המקומית- סמכות זה רק חלק מזה. הליך החקיקה השיפוטי הוא אינו אופטימלי (בחקיקה מנהלית יש ויכוחים, שיקולים פוליטיים, הליך שלם בו הדבר מתקבל). בשיפוטי זה רק דרך בית-המשפט. יש מעין גירעון דמוקרטי- למה הכנסת לא חוקקה ? **הליך החקיקה בעצמו הוא לא אופטימלי.**

מוסד חשוב במשפט המנהלי- הנחיות מנהליות, אמות מידה, כללים. מצב שבו לא החוק ולא התקנות קובעים פרטים לגבי אופן ההפעלה של סמכות. לרשות יש שיקול דעת להפעיל לפי הבנתה. רשויות רבות מיוזמתן מוציאות הנחיות מנהליות לפי שיקול דעתן,. היא מפרסמת לציבור את הקריטריונים באמצעותם היא מפעילה את שיקול-דעתה. מה מעמד הכללים? מעמד ביניים. אלה כללים מפורטים- מצד אחד, אם אין סיבה מיוחדת צריך לפעול לפי הכללים שהיא קבעה. מצד שני, רשות יכולה ולפעמים חייבת לחרוג מהנחיות מנהליות אם יש לזה הצדקה. באופן כללי ההנחיה היא טובה אבל לפעמים יש לחרוג מכך.

איפה קבועים החריגים מההנחיות המנהליות? מפסיקה. אך הרשויות לעיתים לא יודעות את זה. הרשויות חושבות שההנחיות הן סוג של חוק ולא ניתן להפירו. עוד דוגמא לבלבול- זכות לשימוע וטיעון- יש חוקים שאומרים שצריך לעשות כך, אך יש חוקים שלא כתובים.

באופן מאוד גס, **אפשר לחלק את המשפט המנהלי ל4 נושאים מרכזיים**, זוהי לא חלוקה שעובדת ב-100 אחוז בכל המקרים:

1. הסמכות המנהלית- עצם קיומה של סמכות, עקרון החוקיות, סוגי הסמכות, דיני הסמכה; הליכי המנהל- הפרוצדורה המנהלית, ניגוד עניינים וכו, ברגע שרשות היא מוסמכת המשפט לא מתערב הרבה בתוכן ההחלטה שהיא מקבלת. פשוט שהיא מקצועית.
2. הליכי המנהל- אז איך המשפט דואג שהם מחליטים החלטות טובות? באמצעות הפרוצדורה, באמצעות הסדר והארגון, כמה שאפשר את הסיכוי שתתקבל החלטה נכונה. הם חשובים משום שברגע שרשות מוסמכת לדבר מה, המשפט לא מתערב הרבה. השופט לא באמת יכול לקבוע אם ההחלטה היא נכונה. הוא לא יכול לקבוע שהחלטת פסיכיאטר לגבי חולה נפש היא לא נכונה (אלא אם זה מקרה קיצון כמו שוחד). השופט לא יודע וכן יש גורמי מקצוע. יש יותר סיכוי שתתקבל החלטה נכונה שאדם אינו קשור לאותו מקרה על מנת למנוע ניגוד עניינים.
3. שיקול דעת מנהלי- זה לא נכון שהמשפט לא מסדיר את התכנים של ההחלטות, בדרך כלל יש לרשות שיקול דעת מהי ההחלטה שעליה לקבל. היא יכולה לבחור על-פי קריטריונים מקצועיים. שק"ד זה הוא לא מוחלט, מוגבל ע"י כללים של המשפט המנהלי. יש את הכלל השנוי במחלוקת של החוסר סבירות קיצונית, מידתיות.
4. השפיטה המנהלית והסעדים- כאשר יש מחלוקת עקב פעולה של רשות, מגיעים לסמכויות שפיטה ולתרופות. לביהמ"ש יש שק"ד מלא איזו תרופה ובאיזה גודל ואם בכלל.

**הסמכות המנהלית**

עקרון החוקיות המנהל- רשות מנהלית רשאית לפעול רק במסגרת הסמכות שהוקנתה לה בחוק או מכוח חוק והיא לא רשאית לבצע פעולה על סמך חוק לא הסמיכו אותה לעשות.

ישנה חשיבות והקפדה רבים במיוחד כאשר מדובר בסמכויות חוקתיות. אם החוק לא מתייחס לזכויות אז אפשר פשוט להסמיך רשות שתהיה אחראית על תחום מסוים, וכאשר מדובר על זכויות אדם יש צורך בפירוט וחשיבות מיוחדת לכך שיהיה חוק ספציפי שייתן את הסמכות. האם החוק מקנה סמכות או לא? בין הפרשנות היא קלה וברורה ובין אם היא יותר מורכבת, השאלה אם חוק מקנה את הסמכות לרשות, היא בסופו של דבר שאלה של **פרשנות החוק המסמיך.** העקרון קיים תמיד, כל החלטה שרשות מקבלת או מבצעת היא חייבת להראות מקור משפטי שמקנה לה את הסמכות לבצע את הפעולה אבל יש חשיבות מיוחדת או הקפדה מיוחדת בנושאים שמוכרים לכם בעולם המשפט החוקתי (פסקת הגבלה). באופן כללי אפשר לומר שבעוד סמכויות שאין להם שום קשר לזכויות מלמדים אותם כהסמכה כללית. לצורך הפעלת החוק הרשות מבקשת לפגוע בזכויות או חוק יסוד אז יש צורך בחוק ספציפי שיסמיך את הרשות.

**פס"ד טבקה-**

פס"ד בעניין טבקה הוא דוגמא יפה לוויכוח האם יש או אין סמכות.

החוק: סעיף 2 לחוק החזקת תעודת הזהות והצגתה, תשמ"ג 1982- "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: האם שוטר מוסמך לדרוש מעובר אורח להציג לו תעודה מזהה ומשהוצגה התעודה לבצע פעולות שיטור נוספות (כדון תשאול, הצלבת פרטי תעודת הזהות במסוף המשטרתי, בירור טלפוני עם המוקד המשטרתי.), וזאת מבלי שקיים חשד סביר שאותו אדם ביצע עבירה.

דעת הרוב- הנשיאה אסתר חיות-

1. ס' 2 לחוק תעודת זהות מסמיך שוטרים לדרוש מאדם להציג בפניו תעודת זהות אף ללא קיומו של חשד סביר לביצוע העבירה.
2. תנאים להפעלת הסמכות- בשים לב לפגיעה בכבוד האדם:
3. מגבלות המנויות בחוק המעצרים בקשר לעיכוב – משום שדרישת ההזדהות גורמת לעיכוב
4. קיום זיקה רלוונטית בין הדרישה להזדהות ובין המידע המצוי בתעודת הזהות (לרבות עצם החזקת התעודה).
5. סעיף 2 לחוק תעודת זהות אינו מסמיך שוטרים לנקוט פעולות שיטור נוספות – בשים לב לפגיעה בזכות לפרטיות.

**שוטר לא מוסמך לבצע פעולות שיטור נוספות ללא חשד סביר בעוד הוא כן בעל סמכות לדרוש הצגת ת.ז**

דעת המיעוט- השופט אלכס שטיין:

" התיבה "כשידרשו" והציווי להיענות לדרישת שוטר להציג את תעודת הזהות, אשר מופיעים [בסעיף 2](http://www.nevo.co.il/law/71706/2) לחוק תעודת הזהות, מניחים כי הדרישה מועלית מכוחו של דין – זאת, כתנאי מקדמי ובסיסי אשר צריך להתקיים כדי שהאזרח יחוב בהצגת תעודת זהותו לשוטר."

אין סמכות לדרוש הצגת תעודת זהות מכוח ס' 2 לחוק, אלא אם הסמכות נקבעה באיזשהו חוק אחר. החוק לא מקנה סמכות- החוק הזה אומר שמי שמבקשים ממנו תעודה הוא צריך לתת תעודה. אבל החוק הוא לא מקור הסמכה לדרוש תעודה. השוטר צריך להיות מוסמך מחוק אחר.

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

זהו סעיף אשר לא מסמיך את המשטרה אלא מתאר את תפקידיה. אין סעיף אשר מקנה לשוטר הסמכה לבקש הצגת תעודת זהות. כאשר מדובר על עקרון החוקיות המנהל יש לפרש בצורה מצמצמת, וזוהי הדרך שבה עושים בדר"כ בבית המשפט. זוהי דוגמא שחוקיות המינהל בהיבט של יש או אין סמכות.

לדעת בנדור, בדר"כ כפיפות יש לפרש כמתן סמכות. אם היו חוקים מפורטים העוסקים בסמכויות שוטרים בעניין ת.ז, אז היינו מחפשים חוקים אחרים. אבל אין. קבעו כפיפות לכלום? פרשנות סבירה, המגלמת את כוונת המחוקק, היא לפרש את ס' 2 כקובע גם סמכות.

נעסוק עכשיו בהיבטים השונים של הסמכות. דיברנו על היבט עקרון חוקיות המנהל.

סוג נוסף של שאלות המתעורר בחלק זה, קשור לשיטת הרשויות המוסמכות.

**תורת הרשויות המוסמכות-**

יש שיטות משפט בעיקר אירופאיות שהפרלמנט רוצה לתת סמכות לרשות המבצעת הוא נותן סמכות בלשון המדינה. מי עושה בדיוק בתוך המדינה? לא מעניין, המדינה תחליט בעצמה. השיטה שאנחנו ירשנו אותה מהמשפט האנגלי היא שחוץ ממקרים נדירים ביותר אצלנו החקיקה היא קובעת איזו רשות מוסמכת. מה הרציונל? קשור לעקרון חוקיות המנהל לכך שהרשות המחוקקת מעניין אותה מי מפעיל את הסמכות- היא רוצה לתת לגורם הראוי ביותר את האחריות בנושא. זה לא עניין של איזה ארגון פנימי. זהו רציונל שנשמע מאוד הגיוני אך בפרקטיקה מאוד קשה לחיות איתו.

אין באמת לכל פעולה שמבצעת המדינה מישהו שאחראי. יש עשרות אלפי אחראיות מסוימות. הם לא יוכלו לדון בכל יום באלפי מקרים? הסמכות לתת פטור לשירות בצבא מטעמים רפואיים מטעמי מצפון וכו זה לשר הביטחון. כל שנה יש אלפים שמנסים להוציא פטור לשירות בצבא. וזה סמכות אחת מתוך אלפי סמכויות. גם מה שהסמכות המוסמכת כן יכולה לחתום על ההחלטה, איפה כל היועצים, העוזרים, אנשי המקצוע? אז המשפט המנהלי פיתח כל מיני תורות משפטיות לגשר על הפער בין הרעיון התאורטי היפה של שיטת הרשויות המוסמכות, שלפעמים באמת יש איזשהו צורך. יש נורמות שמגשר על הפער בין החקיקה לבין המציאות.

**הבעיות:**

1. תורות אלה אינן כתובות בחוק אלא הן פיתוחים של הפסיקה.
2. הן לא ברורות. **דוגמא**: אסור להאציל סמכויות אבל מותר להיעזר באחרים, אך לא תמיד ברור מתי מדובר בהאצלה ומתי מדובר בהיעזרות. שיטת הרשויות המוסמכות יש לה הסמכה בסיסית – אם החוק נתן למישהו את הסמכות אתה לא יכול לתת אותו למישהו אחר (פס"ד מיכלין). למה זה בעייתי? יש בעייתיות של היררכיה, תמיד צריך שיהיה אדם שיפקח, ויהיה מעל הרשות המוסמכת. בכל מנהל תקין יש מעין היררכיה מסוימת.
3. יש כל מיני קטגוריות ודוקטרינות אך הן לא מכסות את כל הסיטואציות. **דוגמא**: פס"ד **פדרמן** שליחת מתנדבים להאיטי. האם הממשלה מוסמכת לסייע להדרכת שוטרים בהאיטי? הממשלה לא מוסמכת כי זו סמכות משטרה. וסמכות משטרה היא רק בביטחון הפנים של ישראל ולכן היא לא יכולה לפעול בחו"ל. ביהמ"ש פסק זה לא קשור לסמכות המשטרה אלא לממשלה כי זה יחסי חוץ. מי בסופו של דבר ידריך? ראש הממשלה והשרים? לא. אלא המתנדבים של המשטרה. היה כאן ביצוע סמכות באמצעות גורם אחר. יש דוקטרינה כזו אך לא בארץ (ביהמ"ש קבע שהיא לא תקפה בישראל). השלכות: עצמאות שיקול הדעת ואיסור הסמכה.

**פס"ד מיכלין נ' שר הבריאות-**

פס"ד מתחילת שנות ה-50. על פס"ד זה יש ביקורת אך עדיין הוא עומד בתוקף.

השופט דונקלבלום כתב:

"התקנה 3(א) מהתקנות הנ"ל, שעל פיה הוצא הצו הנדון, מעניקה סמכות לרשות המפקחת להוציא פקודות ידועות; היא אינה מגבילה סמכות זו ואינה מחייבת את הרשות המפקחת להשמע או להכנע להוראותיו של השר הממונה עליה. לדעתי אם חוק מעניק כח ידוע למוסד או לרשות מיוחדת ומוסר לו את הסמכות להשתמש בכוח זה לפי שקול דעתו, הרי על המוסד או על הפקיד לפעול בהתאם לזה ועל כל פנים אינו מחויב להשמע להוראותיו של מישהו אחר, כי הרי החוק מוסר לו - ולא לאחדים - את הכוח לפעול לפי שיקול הדעת. להיפך, יש אסמכתא לדעה, כי, אם פקיד כזה יפעל על פי הוראות השר במקום לפעול לפי שיקול דעתו הוא, תהא פעולתו בטלה"

**לפקיד הייתה הסמכות ולכן לא הייתה בעיה בכך שהוא הוציא את הצו.**

אם חוק מעניק כוח ידוע לשר או רשות מיוחדת, הפקיד לא מחויב לשמוע לרשות שמעליו.

**הבעיות באיסור על רשות מוסמכת לקבל הוראות-**

1. מנוגד לטבע האדם, הנטייה הטבעית היא לפעול לפי ההנחיות. לדרוש מאדם בדרג של כפיפות לא לפעול לפי ההוראות של הממונים עליו.
2. מנוגד למנהל התקין. יש קושי בכך שרשויות מוסמכות לפי הרוב כל רשות תפעל לפי שיקול דעתה
3. מאחר שטבע האדם והמנהל התקין שוללים מקרים רבים של עצמאות שיקול הדעת של הרשות המוסמכת, אז ניתן להשתמש בפיקציות מסוימות לדוגמא להתייעץ עם גורמים מסוימים. **דרכי עקיפה-** "התייעצות" אנכית- אדם בדרש נמוך מתייעץ עם דרג גבוה יותר וההחלטה בעצם נקבעת על פי החלטת הדרג הגבוה. "התייעצות" אופקית- בין משרדים, למה כאן היה בסדר להתייעץ? אם מנהל תקין של משרד האוצר יציית למשרד הביטחון- אין היבט של טבע האדם למשרד הביטחון יש יותר ידע על האזור. 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. נטילת סמכות- הממשלה יכולה ליטול על עצמה 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.

**דיני הסמכה ומבוא להליך המינהלי-**

נשאלת השאלה- איך אנחנו מבחינים בין סוגי הסמכויות- חקיקה, שפיטה, ביצוע, למה זה חשוב? ההבחנה בין שלושת סמכויות אלה המופעלות על-ידי הגוף המנהלי היא חשובה. יש לה השלכות מעשיות. יש סוגים שונים במשפט המנהלי שעליהם חלים כללים שונים.

פס"ד חוטר ישי נ' ארבל, למה ההבחנה הייתה חשובה? יש ס' בחוק איסור לשון הרע שיש חסינות משפטית שהדברים שנטען שהם לשון הרע נאמרו במסגרת הפעלה של סמכות שיפוטית ואז ביהמ"ש צריך להחליט האם מדובר בסמכות שיפוטית או לא. שם היתה החלטה מנומקת לא להעמיד לדין את המערער (יו"ר לשכת עו"ד), טען שההחלטה לדין והנימוקים הם הפעלת סמכות ביצועית, הטענה של המדינה היא שהייתה הפעלה של סמכות שיפוטית ולכן לא ניתן לתבוע. **החליטו לדחות את התביעה על הסף**.

דוגמא: לפני שרשות מנהלית מקבלת החלטה שהיא פוגעת במישהו צריך לעשות קודם כל שימוע. זה נכון לגבי סמכות ביצוע ושפיטה אבל לא לגבי חקיקה. התקנת תקנות, אין צורך לתת את זכות הטיעון.

יש דוגמאות רבות להקשרים רבים בהם ההבחנה חשובה.

**הסוגים השונים:**

החלטה חקיקתית - רוב החקיקה במדינה היא אינה חקיקה של הכנסת אלא תוצר של רשויות מנהליות - תקנות המתקבלות ע"י רשות מנהלית כמו שר או גורם אחר, ומוסדרת ע"י המשפט המנהלי. נורמה כללית שאינה מתייחסת לאדם ספציפי אלא לציבור רחב, על פי קטגוריה כללית.

החלטה שיפוטית- הכרעה בסכסוך, הרשות המנהלית אינה מקבלת באופן חד צדדי החלטה אלא שומעת את שני הצדדים והיא אובייקטיבית (ועדת שחרורים).

סמכות ביצועית -זה כל היתר, מה שהמנהל הציבורי עושה. החלטות אינדיבידואליות.

לדוגמא יש קנס כלפי רשת שיווק שפקח נתן (סמכות ביצוע), והחלטת רשת השיווק האם לעלות את זה לדיון (סמכות שיפוטית) או לשלם את הקנס.

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

**הצורך בדיני הסמכה-** המבנה של החקיקה בישראל, החוקים נותנים סמכות לרשות המבצעת. המדינה מחליטה מי בדיוק תפעיל אותה. מי עובד הציבור שמוסמך לקבל את ההחלטה או לבצע את הפעולה. התאמה בין הכישורים המקצועיים לבין הסמכות (סמכות רפואית לאדם בעל מקצוע רפואי וכן הלאה). יש הרבה מאוד עובדי ציבור, אבל אין רשויות מוסמכות. לכן נדרשים דינים שהם דיני הסמכה, והם מאפשרים להרחיב את האנשים שמפעילים את הסמכות/משתתפים בהפעלת הסמכות. יש בעלי דין שלא יפעילו את הסמכות. נניח הוא נמצא בניגוד עניינים, אבל הנושא הספציפי מפריע לאחד ממשפחתו? אז למה צריך ידני הסמכה?

* יעילות – הם לא יכולים להחליט לבד, זה לא יעיל וכמעט בלתי אפשרי שרק מי שקבוע בחוק שיכול לעשות כך יעשה זאת.
* התמודדות עם הלכת מיכלין (איסור מתן הוראות לרשות מוסמכת- עד היום נמצאת בתוקף, רק רשות שהיא מוסמכת יכולה לקבל החלטה ואסור לה לקבל החלטות משום גורם אחר). ברגע שיהיה אפשר לתת לרשות מינהלית לקבל החלטות עם גורם אחר יהיה הרבה יותר קל.
* צורך בשיתופם של גורמים מחוץ למינהל הציבורי. למרות שיש הרבה מאוד עובדי מדינה, אין זה מעשי, יעיל ורצוי שהם יעשו הכל. **דוגמא קיצונית**: כדי להפעיל סמכות, צריך ליצור את כל המבנה והמשרדים. האם המדינה תהיה עסק סגור? לא. דברים הכרחיים אשר אינם מהותיים קשורים לסמכות, ניתן לתת לגורמים חיצוניים.

דיני הסמכה הקיימים המנהליים, במקרים רבים לא פותרים את כל הבעיות. כולם מרגישים שיש סמכות אבל דיני הסמכה לא אומרים מתוך מה.

בעייתיות דיני ההסמכה הקיימים:

**פס"ד פדרמן-** שליחת שוטרים להאיטי מטעם המדינה, אבל למשטרה אין לכך הסמכה, ולכן שוטרים התנדבו לעשות כך.

 אין במדינת ישראל דיני הסמכה **לא כוללים ביצוע באמצעות אחר** ולכן זה מסבך יותר את העניין.

יתר על כן, דיני ההסמכה הם **עמומים ולא ברורים**. יש מקרים שהם מקרים ברורים, ויש מקרים שדיני ההסמכה הם עמומים. המשפט המינהלי הכללי לא מכוסים בחקיקה ולכן זה יוצר עמימות בחקיקה.

**אצילת סמכות-**

1. הכלל המרכזי נקרא אצילת סמכות- החוק נותן את הסמכות לרשות מסוימת, ואותה רשות נותנת את הסמכות המלאה לרשות אחרת (הנאצלת). **דוגמא**: סמכות שהחוק מסמיך את היועמ"ש, היועמ"ש יכול להאציל לרשות אחרת, בהתאם לתחום הכללי של הסמכות.
2. הסמכות ניתנת בלי שהרשות המקורית מאבדת אותה. לא לוקחים לא' ונותנים לב' וא' מאבד את הסמכות. הסמכות נשארת גם בידי הרשות האוצלת. לשתי הרשויות יש את הסמכות. **דוגמא** (יחידה) למקרה בו הרשות המקורית כן מאבדת את סמכותה: הסדר "העברת סמכות משר לשר". אך יש צורך בהסכמה וכן בהחלטת הממשלה.
3. מותר לרשות האוצלת להנחות את הרשות הנאצלת – הרשות האוצלת עדיין יכולה לתת הוראות לרשות הנאצלת. הלכת מיכלין לא חלה. מי שנותן את ההוראות, הוא אינו גוף זר, אלא הרשות שהחוק עצמו הסמיך.
4. איסור אצילה כפולה- העיקרון הוא שאם א' אצל את ב', ב' לא יכול לאצול את ג'. המשמעות היא שרק הרשות המוסמכת יכולה לאצול את הסמכות.

יש **שני הסדרים כלליים** שונים לתחום אצילת הסמכות:

1. מכח המשפט המנהלי הכללי הקבוע בפסיקה
2. הסדר כללי ספציפי (קבוע בחוק-יסוד: הממשלה), שגם הוא נחשב כללי משום שאין הוא עוסק בדבר ספציפי. מדובר על האצלת סמכויות של הממשלה והשרים. מדובר על כלל הסמכויות שנתונות לממשלה/לשרים. חל הסדר בעל אופי כללי אשר הוא הפוך למה שקובע בחוק-יסוד: הממשלה.

**אצילה לפי ס' 33 לחוק יסוד הממשלה-**

יש שני הסדרים שקבועים בפסיקה, הסדר כללי ספציפי והסדר כללי. הסדר כללי ספציפי, בגלל שהוא לא עוסק בתחום ספציפי, יש הסדר של סמכויות הממשלה והשרים. הסמכות בחוק יסוד הממשלה ההסדר הוא ספציפי כי זה לגבי סמכויות הממשלה, ומצד שני הוא כללי כי יש עשרות אלפי סמכויות.

**"אצילת סמכויות**

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

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

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

**מה נקבע בס' 33 בחוק יסוד הממשלה?**

ס' א - סעיף זה הוא ספציפי בכך שהוא מדבר רק על סמכויות הממשלה. הסעיף גם מרחיב וגם מצמצם את סמכות האצילה – הממשלה יכולה לאצול כל סמכות, גם אופי ביצועי וגם אופי שיפוטי וגם אופי חקיקתי (הממשלה מאוד עסוקה ואין לה זמן בהתקנת תקנות ועם הרבה אחריות עצומה וממשלה מתכנסת לישיבות פעם בשבוע במקרה הטוב ולכן אין להם זמן). בשונה משרים שכעיקרון זה ברירת מחדל שהם יכולים לאצול סמכות שיפוטית, ביצועית אבל לא סמכות חקיקתית. כל מה שקשור ליחסי חוץ לדוגמא- אין חוק מוגדר בנושא זה ומכוח סמכות שיורית היא אצלה את סמכותה

במה סמכות הממשלה מצומצמת יותר- שר יכול לאצול לכל עובד ציבור וממשלה יכולה לאצול רק לשרים. למה? לממשלה יש קשר לשר, היא יכולה לפקח, להתערב, בגלל שאין זאת העברה אלא האצלה ולכן היא צריכה לפקח.

ס' ב- מצד אחד סמכות האצילה הבסיסית של שרים לא כוללת חקיקה, מצד שני הו יכול לאצול לכל עובד ציבור. למה למעט הסמכות להתקין תקנות? היא חשובה, היא רחבה, הגיוני ששר ייקח אחריות על התקנת תקנות ולא פקיד זוטר. בנוסף, קשור לעיקרון **איסור אצילה כפולה**- שהכנסת מסמיכה את השר להתקין תקנות, המהות היא שהיא אוצלת סמכות חקיקה רעיונית לשר. אם יאפשרו בהיעדר סיבות חריגות לשר להאציל תקנות זוהי האצלה כפולה. שר חייב דין וחשבון בכנסת. התוצאה עלולה להיות שהסמכות של הרשות המחוקקת תעבור לגורם זוטר שאין לו סמכות לכך. הרציונל הוא הרעיון של איסור אצילה כפולה. כי סמכות החקיקה הראשית היא לרשות המחוקקת, הכנסת לא קוראת לזה אצילה אבל כשהיא קובעת בחוק שהשר לביטחון פנים עוסק בתקנת תקנות, כאשר הוא יעביר את זה הלאה אז יש כאן מעין האצלה כפולה. הכנסת הייתה יוצאת מהמעגל שבסמכותה. סייגים- יכול להיות מוגבל בזמן. לא מפרט מי הוא "עובד ציבור". בפרקטיקה, שרים אוצלים לעובדים במשרדיהם.

ס' ג – סוג של חריג- אם הסמכות היא של הממשלה, והממשלה אצלה לשר אז באופן חריג השר יכול לאציל שוב פעם לגורם אחר. מה הרציונל? גם לשר אין זמן להתעסק בהכל ולכן יש צורך בהאצלה. אבל ללא התקנת תקנות. ניתן רק אם הממשלה הסמיכה אותו לכך.

ס' ה- סעיף מאוד רחב, לא בטוח שהוא רצוי אבל זה הסדר החוקתי- הוראות הסעיף יחולו אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק המקנה את הסמכות או המטיל את החובה. יש כאן הרחבה משמעותית? מה זה משתמע? לא מסתמך על חוק מפורש אחר?

אלה דיני האצילה הכלליים ספציפיים המצויים בידי הממשלה והשרים.

ישנם גורמים אחרים שגם כלפיהם ישנם דיני האצילה. לפי החזקה- אין האצלה! ההפך מחוק יסוד הממשלה. אם הסמכות היא לא של השר או הממשלה האצילה אסורה. הרציונל הוא **תורת הרשויות המוסמכות**. אותה רשות תפעיל אישית את הסמכות ולא תוכל לאצול אותה.

אבל, החזקה איננה מוחלטת וניתן לחרוג ממנה- החריגה אינה נדירה והיא נעשית על סמך לקט שיקולים של שכל ישר. הפרקטיקה היא שאם אין סיבה מיוחדת לא לאצול אז ניתן לאצול.

**שיקולי חריגה-**

* היקף האצילה- אם יש סמכות רחבה אז אולי יש קושי להאציל הכל, ככל שהיקף האצילה יותר רחב אז החזקה על האצילה עומדת במקומה. כלומר, ככל שהאצילה יותר רחבה, לא יאפשרו אותה.
* מעמדה של הרשות האוצלת ומידת ייחודיות המשרה – דווקא רשויות מיוחדות יהיה להן מלא אחראיות,ולכן יצטרכו להאציל חלק מהן (לדוגמא היועמ"ש- יכול לאצול כמעט את הכל).
* היקף שיקול הדעת – ככל שיש פחות שיקול דעת תהיה נטייה לראות שמתקיים החריג וניתן לאצול. זה לא משנה מי מפעיל את הסמכות ככל שיש פחות שיקול דעת. ספק שיש מקרים שאין בהם בכלל שיקול דעת.
* מהות הסמכה: שיפוטיות, חקיקתית, ביצועית- סמכות חקיקה אפילו לפי חוק יסוד ממשלה אסור לאצול אותה אז בוודאי גם לפי המשפט המנהלי הכללי, כאשר מדובר בסמכות שיפוטית- תלוי בנסיבות, יכול להיות מצב שנתנו לרשות סמכות שהיא שיפוטית (שהיא לא יודעת הרבה על זה) תינתן יכולת להאציל את הסמכות.
* השפעה על זכויות האדם – ככל שהסמכות פוגעת בזכויות האדם יהיה ניתן פחות להאציל אותה.
* צרכים מעשיים ויעילות- הדומיננטי והעמום ביותר. יש עיקרון לא כתוב שמתאים לכל המשפט. המשפט לא דורש לעשות משהו בלתי אפשרי. יש מקרים מאוד נדירים שאי אפשר לבצע את החוק ואז מחפשים דרך לפרש את החוק בדרך שעוברים על החוק. אם אי אפשר להפעיל את הסמכות לפי הרשות המקורית (אין זמן, יעילות) אין מנוס שהיא תאצול את הסמכות. עקרון הצורך.

המשפט המנהלי הלכה למעשה לא שונה מחוק יסוד הממשלה. בחוק יש תנאים מסוימים בהם מותר לאצול ובמשפט המנהלי לכאורה אסור 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.

**חוקיות אצילה לפי המשפט המנהלי הכללי-**

ביקורת-

* חזקה לא מעשית, בדרך כלל מותר לאצול וצריכה סיבה ייחודית אם לא רוצים לאצול.
* הרציונל לא תואם את המציאות- יש הרבה מקרים שלא כזה משנה מי מחליט וככה עובדת החקיקה.
* שונה ללא הצדקה מההסדר בחוק יסוד הממשלה. לדעת בנדור המשפט המנהלי הכללי צריך להיות לפי חוק יסוד הממשלה, אין סיבה שיהיה שונה.

**איסור אצילה לגורמים פרטיים- מה הרציונל?**

1. ניגוד עניינים – בהרבה מאוד מקרים גורם פרטי שאוצלים לו סמכות ציבורית נמצא במצב של ניגוד ענייניים שנובע מהאינטרסים שלו. גם אם אין לו אינטרסים שנושא הסמכות עצמה זה יכול להיקלע לניגוד אינטרסים בצורות רבות. **דוגמא**: סמכות למינוי פקחים על שעות עבודה ומנוחה. עיריית אשדוד רצתה לחסוך והיא גייסה מתנדבים. מי הם היו? בעלי עסקים שסוגרים בשבת. ביהמ"ש פסל הסמכה זו. **דוגמא נוספת**: סמכות החלטה על השמדת חתולי רחוב שנתנו לחברה פרטית ושילמו פר חתול. ברור שהיה כאן ניגוד עניינים בחברה.
2. קשיים בפיקוח- אין לגביו דין משמעתי, הם בתוך השירות הציבורי, הם פוחדים שהם יפעילו סמכויות בצורה לא ראויה. היכולת לפקח עליו והסנקציות יותר מצומצמות מאשר עובד ציבור.

**האצילה לעומת הסתייעות באחרים** –

הגדרה: מותר להסתייע באחרים בעניינים טכניים, ללא שיקול דעת מהותי.

מקור הכלל - יצחק זמיר: ההסדר הרלבנטי קבוע בס' 17 (ב) לחוק הפרשנות : הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו- משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת.

הסתייעות האחרים- חזקה שהיא מותרת אלא אם כן החוק אוסר את זה.

**פס"ד עמותת עיר עמים-**

"רוב הפעולות שביצוען נמסר לעמותה הן בעלות אופי תפעולי וחלקן האחר, אף שכורכה בו הפעלה מסוימת של שיקול דעת, כפוף לפיקוח ולבקרה הדוקים של הרשות תוך שעיקר 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 האצת סמכויות של הרשות והעברתן לעמותה. מסקנה זו נתמכת לא רק באופיין של הפעולות שביצוען נמסר לעמותה, אלא גם בעובדה שמנהל הגן מטעם הרשות מופקד על ניהולו השוטף, היומיומי והצמוד, בעובדה שעיקר הפונקציות הכרוכות בניהול האתר ושיקול הדעת בסוגיות המהותיות בקבלת אישור מטעם הרשות לכל מהלך משמעותי שיש בו כדי להשפיע על אופיו של האתר."

למה אז פה בית המשפט התעקש שזה הסתייעות? למה זה היה כל כך חשוב? למה ביהמ"ש היה צריך לניתוח כזה כדי לקבוע שניתן? כי הם גוף פרטי, בנוסף, הם היו בעלי אופי פוליטי וזאת בעיה לתת להם את כל סמכויות במקום זה. האצילה אסורה (כמעט באופן מוחלט) לגוף פרטי. לפעמים יש פנים לכאן או לכאן האם מדובר בהאצלה או בהסתייעות. ביהמ"ש קבע כי **לא היה מדובר בהאצלה אלא בהסתייעות**. אי אפשר להסתייע בגורמים אחרים כאשר מדובר בפגיעה של זכויות אדם, אלא רק האצלה!

**נטילת סמכות-**

ס' 34 לחוק יסוד הממשלה-

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 לעניין מסוים או לתקופה מסוימת.

ראשית- ממונה מתוך חוק. אבל זה לא אומר שזה הרשות המוסמכת היחידה. המקרה ששר ממונה על חוק, הוא מוסמך לקחת את הסמכות של הרשות המוסמכת בתנאי שהיא עובדת מדינה (עובדים של משרדים ממשלתיים, מוגבל רק לנטילה מעובדי המדינה), ללא סמכות בעלת אופי שיפוטי. לא מתקבל על הדעת ששר פוליטי ייטול על עצמו סמכות שיפוטית שלא נתונה לו. השר רשאי לעשות את זה רק למקרה ספציפי ולתקופה מסוימת.

דוגמאות-

* חוק המים מקנה הרבה מאוד סמכויות **לנציב המים** שהוא עובד מדינה בכיר, אבל נקבע בחוק שמי שאחראי על מיניו הוא שר החקלאות. רפול לא אהב את נציב המים, מה עשה השר? נטל את כל סמכויותיו הביצועיות. נציב המים התפטר כי לא הייתה לו שום סמכות.
* הרשות המוסמכת לסגירת כבישים, הסיפור הוא על **סגירת כביש בר אילן**. השר באותו הרגע החליט כי לא ניתן לסגור את הכביש. השר אחריו החליט כי השר הקודם טעה לגמרי! ליתר ביטחון שר הביטחון נטל את הסמכות על כך.
* **זליכה**- משבר גדול ברשויות מקומיות וגילינו את השכר של העובדים תקופה ארוכה ולא הצליחו להגיע איתם להסדר הבראה. הממשלה הייתה מעוניינת לא להשאיר את העובדים ללא משכורת. המדינה אמרה שתשלם בכל זאת ללא הבראה. מי שאחראי על כך היה זליכה והוא לא הסכים לעשות כך. נטלו את סמכויותיו של זליכה לאותו מקרה ולאחר מכן שילמו לכולם ואז זליכה המשיך את תפקידו.

**הליכי המנהל-**

מדוע הליכי המנהל חשובים? יש מטרה בפניי עצמה של הליכי המנהל- הערך המעשי הוא כפול-

1. שיפור איכות ההחלטות- בהרבה מאוד מקרים המשפט המנהלי לא מכתיב את אופן ההחלטה אלא נותן לרשות שיקול דעת באיזה אופציה לבחור. בין אם מדובר ברשויות נבחרות ויש מגבלות על שיקול הדעת בעיקר ברשות מקצועית מסוימת, המשפט לא מכתיב לו את תוכן ההחלטה. אם תהיה הגבלה על תוכנה זה רק במקרים מסוימים. המשפט מקדם בדרך שלו ברמה סטטיסטית בדרכים הטובות ביותר, כאן נכנסים הליכי המינהל. הליכים ראויים והליכים חוקתיים יוצרים החלטות שסטטיסטית יש סיכוי יותר גדול שהן טובות מבחינה הלכתית. **דוגמא**: כללי הצדק הטבעי. אחד מהם הוא זכות הטיעון. כיצד העובדה שנותנים לאנשים העלולים להיפגע, לטעון את טענותיהם לפני קבלת ההחלטה, עשויה לעזור לרשות להגיע להחלטה הנכונה? משום שהוא יכול להציג בפניהם פרטים אשר אין הרשות מודעת להן. **דוגמא נוספת**: התייעצות עם רשות אחרת בהחלטות מסוימות. מדוע יש חובת התייעצות? המחוקק מניח שההתייעצות יכולה להועיל. ברור שייתכן שיקרה מצב בו כן יקשיבו וכן יתייעצו ויגיעו להחלטה נוראית בעוד מצבים אחרים בהם לא יעשו זאת ויקבלו החלטה מעולה. אבל מבחינה סטטיסטית, זה יותר אפשרי שבעזרת הכללים, הם יקבלו החלטה טובה יותר. **דוגמא נוספת**: עניין של ניגוד עניינים. למקבל ההחלטה יש איזה אינטרס אישי/לא קשור. ביהמ"ש לא יודע מהי ההחלטה הנכונה אולם הוא יודע שאם יש אדם בעל אינטרס, שלא קשור להחלטה, הוא עלול לעוות את ההחלטה. כמובן שיתכן מצב בו הוא כן יקבל החלטה טובה אולם יש סיכוי יותר גדול שהוא יקבל החלטה לא מקצועית מאשר אדם ניטרלי.
2. שיפור שביעות הרצון מההחלטות- סקרים אמפיריים כעניין סטטיסטי, הוכיחו שאדם שלא קיבל את מה שהוא רוצה עדיין יהיה יותר שבע רצון אם התקיים **הליך הוגן**. גם אם היינו מראים שאן קשר בין שביעות הרצון לבין ההליך יש דרך אנתולוגית הנובע מכבוד האדם. יש לו חשיבות ערכית בפניי עצמה ללא קשר לתוצאות. חלק מכבוד האדם זה שאדם יזכה ליחס הוגן. מי שמקבל החלטות בקשר אליו ישמע אותו, שלא יהיה בניגוד אינטרסים. באופן כללי הרוב המכריע של העתירות נדחות- ביהמ"ש מאשר את החלטת הרשות. רק במקרים מסוימים הוא יגיד אחרת ממה שהחליטו ברשות.

**כללי הצדק הטבעי-**

 הביטוי הזה אין לו שום קשר מיוחד לצדק, הם גם לא טבעיים במיוחד- הם ביטוי טכני במשפט מנהלי, קוראים לשני כללים מסוימים, כללי הצדק הטבעי- מה הם?

* זכות הטיעון/ השימוע/ חובת השמיעה
* כללים מדבר איסור משוא פנים וניגוד עניינים

שני הכללים האלה הם כללים של משפט מקובל כמו כל המשפט הכללי**, הם כללים לא כתובים אבל הם חלק מהמשפט המנהלי- הם מחייבים**. בשם שהתורה שבע"פ מחייבת חלק מהמשפט הישראלי, כללי הצדק הטבעי מעמדם הוא של משפט מקובל. מה זה אומר מבחינה מעשית? משפט מקובל הוא מעמד לחוק. כמובן שחוק מאוחר קודם לחוק ישן. אם הכנסת מחוקקת חוק שחובה באותו עניין יש ניגוד עניינים אז מקשיבים לחוק ולא למשפט המקובל. זה לא לגמרי מדויק. פה נכנס המשפט החוקתי. הליך הוא חלק מהמשפט החוקתי, חלק מזכות האדם זה חלק מהזכות להליך הוגן- מה זה אומר? ככל שהיבטים (גם אם יותר מצומצמים\* של כללי הצדק הטבעי הם לא רק משפט מנהלי הם חלק גם ממשפט חוקתי והם אמורים לעמוד בפסקת ההגבלה. במצב שבו חוק במפורש חורג מכללי הצדק הטבעי עד שנות ה-90 המצב היה יחסית פשוט. חוק הוא נורמה מאוחרת ולכן הולכים לפי החוק. כיום שיש לנו חוקי יסוד ניתן לבטל חוק כי הוא פוגע בזכות להליך הוגן שפוגע בחוקי יסוד. מתי שהפגיעה בזכות הטיעון או באיסור ניגוד עניינים פוגע גם בכבוד האדם וצריך לראות שהוא עומס בפסקת ההגבלה.

מה קורה שחוק ספציפי פוגע בהסדר שפוגע בכללי הצדק הטבעי ? נניח בני זוג והורים פסולים לקבל החלטה על קרובי משפחתם, אך החוק אינו מתייחס לדודים, שותפים עסקיים, וכו. האם הכנסת כן פסלה את האנשים במצב של ניגוד עניינים? האם החוק פוסל על הסדר שלילי- סימן שמי שלא כתבו מותר לו. או שאם החוק לא מפרש במפורש אז הולכים לכללי הצדק הטבעי? התשובה של ביהמ"ש העליון שכל עוד החוק איננו מתייחס באופן חד משמעי לסיטואציה מסוימת פונים לכללי הצדק הטבעי.

**פס"ד ראשון לציון**- תאגיד המים העירוני, ראש העיר נמצא כדירקטור והחוק התיר בנפרד למנות כדירקטור את מנכל הרשות המקומית. החוק לא אמר במפורש שמותר למנות את שניהם. אם ממנים את שניהם זה בעיה של כפל ניגוד העניינים, דבר נוסף, הסיכוי שהמנכ"ל יתנהל כדירקטור עצמאי מבלי להיות מושפע מראש העיר, הוא נמוך. ישנו הגברה של ניגוד הענייני ובמקרה זה הולכים לפי כללי הצדק הטבעי. לכן בית המשפט פסל את האמינות.

**פס"ד יותר ישן, סיעת הליכוד נגד מועצת עיריית פתח תקווה**- חוק העיריות קבע רשימה של אנשים שלא יוכלו להיות חברים בועדת הביקורת- למשל ראש העיר. ואז החליטה מועצת עיריית פתח תקווה למנות ליו"ר ועדת הביקורת את חבר העירייה. העירייה אומרת שהם לא מינו את מי שכתוב. ביהמ"ש אומר שלפי כללי הצדק הטבעי לא ניתן לקבוע זאת. ולכן המינוי התבטל.

השאלה הנשאלת היא למה יש חוקים שקובעים הסדרים חלקיים שבכל מקרה חל הסדר יותר רחב? הרי גם אם לא היה כתוב בחוק שראש הרשות לא יכול להיות חבר בועדת ביקורת, כי כללי הצדק הטבעי לא מאפשרי זאת. אז למה יש חוקים כאלה?

כי המחוקק לא יכול לחשוב על כל, וגם אם כן, זה **מסובך וניתן לוויכוח** (למשל אשת ראש העיר אך הם פרודים. זה עכשיו להיכנס לדיני משפחה וזה סיבוך אחד גדול). לא רוצים להיכנס לסיבוכים. מעוניינים בבהירות. סיבה אחרת, היא שהרבה פעמים ההסדר בחוק הוא לא הסדר של משפט מנהלי, **אלא גם של משפט פלילי.** אם רק מפרים החלטת פסיקה, יש כאן רק עבירה מנהלית. לפעמים במקרים הנראים לכנסת כממש לא טובים ואשר זקוקים גם לעונש פלילי, הכנסת תצטרך לקבוע בחוק שיש איסור. ולכן, כאשר יש חוק ספציפי, זה לא שהכנסת לא יודעת שהאיסור הוא רחב יותר, אלא שהיא רואה בכך גם עניין עונשי.

כללי הצדק הטבעי, אינם חלים באופן מוחלט. יש מקרים שבהם כללי הצדק הטבעי אינם חלים.

**דוגמאות:**

1. **חוק מפורש ספציפי,** הקובע הסדר שחורג מכללי הצדק הטבעי. חייב להיות חוק חוקתי. החוק עצמו צריך להיות תקף שאיננו סותר את חוק כבוד האדם וחירותו ולעמוד בפסקת ההגבלה.
2. **צורך-** עם כל הכבוד להליכי המנהל- הם הכרחיים להחלטת החלטות. במקרה של צורך- לא ניתן לקבל החלטה לפי כללי הצדק הטבעי. ההחלטה לא תוכל להשיג את מטרתה. מקרים שבהם ההחלטה של הרשות גם אם היא עלולה לפגוע באדם- אסור שההחלטה תיאמר בזמן האמת. לדוגמא צו חיפוש- למה לפניי שמוציאים צו חיפוש לא אומרים לאדם שהולכים להוציא את הצו? לפעמים זמן הטיעון לפניי ההחלטה יכולה לסכל את ההחלטה. דוגמא נוספת- מצב של ניגוד עניינים. כדי לקבל החלטה, נצטרך לאפשר. יש למשל עתירות נגד בג"ץ עצמו. אם זה למשל נגד שופט מסוים או הרכב, אז הוא לא יישב בהרכב הספציפי. אבל עדיין יש כאן ניגוד עניינים. החוק לא מאפשר להביא שופטים מבחוץ שידונו במקום בג"ץ. היו אף מקרים באף העתירות התקבלו.
3. איזון אינטרסים- חריג פחות נפוץ מהשניים האחרים. למשל **פס"ד האגודה לזכויות האזרח- שעוסק בהריסת בתי מחבלים.** לכאורה אמורים להתקיים הליכים שבהם תתקיים זכות הטיעון טרם הריסת הבית. מנגד, טענו שההריסה צריכה להיות מיידית כדי שתהיה הרתעה. אם כן, מצד אחד יש את זכות הטיעון ומצד שני יש שיקול ביטחוני. ביהמ"ש עשה איזון אינטרסים וקבע שניתן לאטום את הבית מבלי לאפשר זכות טיעון, ויחד עם זאת שומרים על זכות הטיעון בכך שכשמדובר בהריסת בית כן יש לאפשר זכות טיעון מלבד מקרים חריגים. לרוב אם אין חריג של צורך או חריג של חוק חוקתי, לא יערכו איזון אינטרסים. לפעמים בעת איזון אינטרסים יקבעו שיש אינטרס כל כך כבד משקל, שגם אם הוא לא מגיע לרמת צורך, עדיין יש להטות את הכף לטובתו.

**נדבר על שני כללי הצדק הטבעי-**

1. זכות הטיעון- על אילו הליכים חלה זכות הטיעון? תחולה של זכות הטיעון משתנה לסוג ההליך שבו מדובר- הליכי שפיטה ביצוע וחקיקה.
2. **הליכי חקיקה**- זכות הטיעון לא חלה. מה הרציונל? צורך. ההנחה היא שתקנות במהותן חלות על כל דברי המדינה. רשות מתקינה תקנות גם אם התקנות פוגעות באינטרסים אין לכל אדם זכות אישית לטעון את טענותיו מול הרשויות. למה? אי אפשר לתת לכל אחד ואחד לתת לכל אחד לטעון טענות נגד תקנות, מכיוון שייווצר מצב שלא נוכל לחוקק תקנות אף פעם. הכלל הוא מהמשטר הבריטי, הוא כלל לא מידתי, מכך שלא מעשי מעניין של צורך לאפשר לכל אדם שחושב שתקנות יכולות לפגוע בו. זה בלתי סביר ששר יקום בבוקר ישלח על התקנות שנראה לו וישלח לפרסום וככה יקבלו תקנות. אפשר להקיש מהליכי החקיקה הכנסת, יכולות לפגוע בזכויות **אבל עדיין בכנסת יש את זכות הטיעון**, נכון שלא כל אחד יכול לטעון, אבל בוועדות מזמינים אנשים או קבוצות שיש להם מה לאמר בנוגע לחקיקה המסוימת, ניתן לבוא ולטעון טענות מול המחוקקים. אין סיבה שאם נוהגים כך כלפי חוקי הכנסת אין סיבה שלא ינהגו כך גם בחקיקת תקנות. בפרקטיקה לפי הנחיות שונות קורה לא פעם שמתקינים התקנות חשובות בצורה מסודרת שמאפשר צורה מוסדרת של זכות הטיעון (גם אם היא לא אישית). מתקבלות מהליך שדומה להליך חקיקה של חוקים אבל זה לא הכלל המשפטי הבסיסי שאנחנו הולכים לפי המשפט המנהלי הבסיסי מתקופת המנדט- אין זכות משפטית כללית. אולי ביום מן הימים הכנסת תכניס לחוק יסוד החקיקה יכניסו נהלים של התקנת תקנות, לא זכות טיעון אישית אבל זכות טיעון מותאמת בעלת אופי חקיקתי.
3. **הליכי שפיטה**- הדין הוא הפוך. בהכרעה וסכסוכים, כל הצדדים לסכסוך יש להם זכות טיעון כמו לפניי בית משפט וכל הצדדים יכולים לטעון את טענותיהם לפניי שבית המשפט ייתן פס"ד, כך גם בשפיטה של המשפט המניהלי. יכולים להיות מקרים חריגים שלא אפשרי לקיים הליכים עם כל הצדדים, ניתן להתחיל עם צד אחד ולאחר מכן לקיים שמיעת טענות עם צד אחר, בנוסף, ניתן לעשות זאת לאחר ההחלטה, אפשרות בדיעבד לטעון את טענותיו- לבטל את ההחלטה.
4. **הליכי ביצוע-** נניח החלטה לבטל רישיון? כאן המבחן הוא האם ההחלטה יכולה או עשויה לפגוע בזכות או לפחות באינטרס של אזרח- החלטה שלא יכולה לפגוע אז אין משמעות להטלת חיוב לתת ת זכות הטיעון. זכות טיעון נותנים למי שעלול לפגוע בזכות או אינטרס שלא מהחלה ביצועית של הרשות המינהלית במועד שקודם להחלטה. פס"ד מוסקטי- בעניין ביטול ההכרה בלימודים באוניברסיטה לטביה, זו דוגמא לכך שגם כאשר מדובר בהחלטות ביצועיות רבות- לגבי מספר גדול של אנשים, כל עוד מדובר בהחלטה ביצועית שמתייחסת לאנשים אינדיבידואלים, קיימת זכות הטיעון, גם אם לרשות יש קושי מעשי, הרשות חייבת לשמוע את הטיעונים של כל מי שעלול להיפגע מההחלטה, הרשות צריכה להתארגן. הרשות התארגנה בסופו של דבר- הקימו ועדות משנה ואנחנו יודעים שבערך שליש מהאנשים לאחר ששמעו את טעונותיהם, התקבלה החלטה כן להכיר בלימודים. זה מראה שזכות הטיעון זה לא טקס אלא דבר שמועיל הרבה פעמים ויש בו כדי להשפיע על ההחלטה מסוימת. עצם ההחלטה של הרשות להחליטי באופן כללי זה היה דבר פסול.

**הליכי העמדה לדין-**

עצם העמדה לדין זה פוגע- בעבר העמדה לדין זה לא היה החלטה סופית, התביעה מחליטה להעמיד מישהו לדין- זה לא פוגע בזכויותיו המשפטיות- זה שלב מקדמי, אם מחליטים לדין אז יהיה משפט ויהיה זכות טיעון מלאה. זאת לא תפיסה נכונה- יש בה פגיעה במיוחד בעובדי ציבור- משעים אותם. במצב של העמדה לדין אנשים נמצאים במתח וצריכים עורך דין. לאמר שזה לא פוגע כי במשפט הפלילי עצמו יש אפשרות לטעון את הטענות זה לא פוסל את הפוגעניות בהחלטה להעמיד לדין. לכן בהדרגה נערכו כל מיני שינויי חקיקה, אז יש שימוע לפניי שהמדינה מגבשת החלטה סופית להעמיד לדין- היא לא נותנת לכל אחד, אלא אם הפרקליטות הגיעה למסקנה כי יש לשקול להעמיד לדין ולפעמים הליכי השימוע מצדיקים. הפרקליטות משתכנעת או מעמידה לדין בטענות קלות יותר. זה לא קיים לגבי כל עבירה, לא דבר מעשי, הכנסת ייצרה פה איזון בחוק מפורש ולכן אפשר לחרוג מהליך זכות הטיעון הכללי בהעמדה לדין. אם הסנגור רוצה לשכנע את הפרקליטות לשנות את העמדה לדין, עליה להקשיב ולעשות הליך שימוע. גם לאחר קבלת ההחלטה העיקרון הוא שאם מבקשים מהפרקליטות לשנות אותה ניתן לקיים את זה לפני ההליך הפלילי גם מסוג העבירות הלא חמורות ולא לפי העבירות המצויות בחוק.

פס"ד רחמני- עוסק בסוגיות שונות- נמצאים במסגרת המשפט המניהלי הכללי, אין חוק, יש משהו מעורפל. זכות טיעון בפני מי? הרשות המוסמכת עצמה או אפשר לבקש מגורם בתוך המשרד, מעין סמכות לשמוע את הטיעונים? יש מצבים שהחוק עצמו קובע מי שומע את הטיעונים, בדר"כ נותנים לרשות למנות עובד במשרד- סמכות עזר, לשמוע את הטיעונים לסכם אותם ולהעביר לרשות המוסמכת- עניין של שיקול דעת. אין חובה מוחלטת כזאת. לא בטוח שתמיד זה רצוי אבל כך עולה מהפסיקה. חובה לשמוע את הטיעונים אלא אם כן החוק אומר אחרת, לפני ההחלטה. הטיעון חייב להיות לפניי קבלת ההחלטה. אם יש צורך שזה ישבש את היכולת לבצע את ההחלטה, במקרים של צורך הטיעון יכול להיות לאחר קבלת ההחלטה. ככלל אם אין סיבה מיוחדת לחרוג אסור לרשות לקבל קודם את ההחלטה.

 **רציונליים לזכות הטיעון**- מספק לרשות מידע, חשוב שזה יהיה לפניי קבלת ההחלטה. לשביעות הרצון של האזרח, ההגינות של ההליך, אמון בהליך. ההגינות היא שישמעו קודם את הטיעונים לפניי ההחלטה.

מתי בכל זאת יכולה להיות **זכות טיעון רטרואקטיבית?** צורך- עקרון המידתיות. אם אי אפשר לשמוע טיעונים מראש אז במצב של צורך לגיטימי יש לשמוע את הטיעונים אחריי המעשה (אסור לרשות להחליט כי היא לא שומעת את הטיעונים לאחר ההחלטה). לפעמים ביהמ"ש יתן זכות טיעון לאחר מעשה בגלל הפרה שלהם. יבטלו את ההחלטה שהיא כבר קיבלה ולפעמים כסעד להפרת החובה לתת את זכות הטיעון- יאפשרו לתת את זכות הטיעון לאחר קבלת ההחלטה- לא יעשה לני הרשות המקורית, **היא תאצול את הסמכות לגורם אחר** שאין לו כבר דעה מוגמרת לגבי העניין והוא יתחיל את העניין מחדש.

זכות הטיעון, זה לא אומר שמזמינים מישהו ושמבקשים ממנו לטעון את הטענות. יש להגיד לו במה מדובר, איזה החלטה יכולה להתקבל, מה העובדות שעומדות לפניי הרשות, מהם השיקולים שעומדים בפניי הרשות שהיא שוקלת לקבל החלטה מסוימת שעלולה לפגוע בו. יש לא מעט מקרים ופסיקות (פס"ד רחמני), שאומרים שאי אפשר להזמין מישהו ולהפתיע אותו ולא לספר לו לפניי זה את הכל. יש להגיד זמן סביר לפניי, שיוכל להתכונן, אנשים רוצים להיות מיוצגים ע"י עורכי דין, יש להביא את כל החומר הרלוונטי- שיוכלו להתכונן לזכות הטיעון שלהם כמו שצריך.

זכות טיעון משנית- לפעמים הרשות שומעת את הטיעונים ולאחר מכן שומעת גם אנשים חדשים ומתגלים לה חומרים חדשים, היא שוקלת על עוד שיקול או אינטרס- במקרה כזה היא חייבת גם אם היא לכאורה מומשה זכות הטיעון לפנות שוב פעם לבן אדם שנפגע ולהגיד לו את השיקולים החדשים ולתת לו להשלים את הטיעון לגבי הדברים החדשים. בגלל שאין לנו חוק אלא הכל לפי פסיקה והמשפט המקובל יש הרבה מאוד דברים שהם לא ברורים- זכות הטיעון צריכה להיות הוגנת. **אם אין חוק ספציפי- הטיעון צריך להיות הוגן בנסיבות העניין.** האם הטיעון צריך להיות בע"פ? או שהרשות יכולה להסתפק בכך שישלחו לה בכתב את הטיעונים? בדר"כ הפסיקה לא מחייבת בע"פ. לא תמיד כך, יש סוגים מסוימים של מקרים שכן מצפים לאפשר טיעון בע"פ. בעיקרון כל עוד אין מקרה חריג שצריך להיות קבוע בחוק, אדם יכול לטעון בעצמו. יש זכות לייצוג משפטי- לא כל אחד יכול לייצג רק עו"ד, חוץ ממקרים מיוחדים ביותר. לרשות כן יש אפשרות להגדיר את הטיעון- את הזמן להגשת הטיעונים וכמות הכתיבה (שלא יתפרס על אלף עמודים) אין חקיקה אבל אם זה מגיע לביהמ"ש אז הוא קובע לפי **מבחן הסבירות** אם הרשות קבעה מגלות אם המגבלות שומרות על ההגינות.

**\*\* חשוב לזכור- זכות הטיעון- חובת השמיעה- שימוע- ביטויים נפרדים.**

**כללים בדבר משוא פנים וניגוד עניינים-**

לא מדובר בכלל אחד אלא במשפחה של כללים שונים שיש להם מכנה משותף וביחד הם כללי הצדק הטבעי. נקודה מאוד חשובה שלפעמים מתבלבלים בה בגלל הביטוי משוא פנים- תזכרו, מדובר בכללים שנוגעים להליכי המנהל, יש הגבלות על שיקול הדעת המינהלי אבל זה לא קשור לכללי הצדק הטבעי, הם לא נוגעים לשיקולים בתוכן ההחלטה- **כדי לקבל את ההחלטה אסור לרשות להיות במצב של משוא פנים או ניגוד עניינים כפי שהמשפט המנהלי הכללי מגדיר אותם.** יהיו שיקולים פסולים או זרים- עניין אחר שלא קשור להליכי המנהל.

מה המכנה המשותף? אלו הם מצבים אובייקטיבים שמצב הרשות הוא כזה שגם אם מדובר בעובדים ישירם ומקצועיים, הפועלים בתום לב, שהם עלולים לקבל החלטה מתוך משוא פנים, שיקולים זרים או הטיה. אמרנו שהמשפט בדר"כ לא יודע לזהות החלטה כבלתי ראויה או כבלתי מקצועית מראש, משום שמדובר בהחלטות בתחומים מקצועיים שונים. הכללים ההליכיים מטרתם היא למקסם, כמה שאפשר, לפחות מבחינה סטטיסטית, את הסיכוי שתתקבל החלטה ראויה. בהקשר שלנו, באמצעות הטלת איסור על מצבים אובייקטיבים מסוימים, עובדתיים, שעלולים להוביל להחלטה לא ראויה בלי שביהמ"ש והמשפט המנהלי באמת יודע מה היו השיקולים או על פי תוכנה, לקבוע אם ההחלטה ראויה.

פס"ד סחר חוץ נ' רשות הנמלים- די בחשד סביר שתפקיד של עובד ציבור יהיה בניגוד עניינים. כאשר יש לאדם שמוסמך לקבל את ההחלטה אינטרסים אובייקטיבים שאפילו בלי כוונה עלולים לשבש את ההחלטה אז במצבים כאלה עשויים לאסור עליו לדון בעניין ולאצול לגורם מוסמך אחר לקבל את ההחלטה. חשוב, ההנחה היא שאנשים שנמצאים במצב של ניגוד עניינים גם אם הם אנשים ישרים יכולים להטות את ההחלטה לפי אינטרסים אישיים. הניסיון מראה שדווקא לגבי אנשים ישרים שיש להם אינטרס אישי זה עלול לגרום להם לקבל החלטה נגד האינטרס האישי- אבל גם זה לא בסדר.

משולב נ' הועדה המחוזית- לא כל ניגוד עניינים אסור ופוסל את ההחלטה המניהלית. קבלת החלטות בענייני תכנון ובנייה של חבר קיבוץ שרשות התיחום והבנייה דנה בבקשה תכנונית ואם יש בקשה לשירות אפשר לצמצם את הפסילה **בהחלטה מסוימת** רק אם תפקיד בכללותו מתייחס לניגוד עניינים, אז תהיה **פסילה כוללת** לשמש בתפקיד. אז ביהמ"ש קבע **שלא פוסלים אותם מלדון באופן כללי, אלא רק מלדון מתוכניות ספציפיות**. נניח, נגיד בנק ישראל, גם אם יש לו חשבון עובר ושב בבנק שהוא מקבל את המשכורת שלו- יש לו ניגוד עניינים, אבל אם נפסול כל מקרה בגלל ניגוד ענייני אז לא נוכל לאשר כלום כי תמיד נמצא משהו. מהו ניגוד עניינים שפוסלת? אם יש לנגיד הבנקים חלק מבעלות הבנק אז יש לו ניגוד עניינים חזק יותר. המבחן של ניגוד הענייני הוא לא ברור – **מבחן החשש הסביר**. העוצמה שפוסלת הרשות לקבל החלטה **זה אם קיים חשש אובייקטיבי סביר** – הרשות תשקול שיקולים זרים מאינטרסים זרים. יש להגיד אם הניגוד העניינים עלול לגרום לאדם לקבל החלטות משיקולים זרים. קשה לכמת אותו באחוזים, יש עניין של שכל ישר. האם קיים לגבי אדם רגיל חשש סביר שהמצב שהוא מצוי בו שיש לו אינטרסים בקבלת ההחלטה שחורגים מהתפקיד שלו.

**מהם הרציונליים לאיסור ניגוד עניינים?**

* מניעת שיקולים זרים- רשות בדר"כ לא תודה שהיו לה שיקולים זרים, היא תציג את השיקולים כטהורים, אנחנו לא יודעים בדר"כ אם היו שיקולים זרים- אנחנו רוצים למנוע אותם. מראש אדם שחוששים שיתנהג לפי שיקולים זרים לא יחליט במקרה הנ"ל.
* שמירת טוהר המידות – הרבה פעמים פעולה מתוך ניגוד עניינים יכולה להוביל לשחיתות. ישנה חשיבות לשמירת האמונה הציבורית בכך שהרשות שומרת על טוהר המידות.

**המבחן החשש הסביר-** ניגוד ענייניים על רקע פרטי, אישיים, נובעים מחברות, אינטרסים כלכליים. על רקע פרטי הוא מבחן של חשש סביר. יש מקרים שניגוד העניינים הוא בין שני תפקידים ציבוריים- פה צריך קצת פחות להחמיר, יש אינטרס שאדם איכותי יבצע יותר מתפקיד אחד. אז כאן יש שופטים שרק כאשר יש אפשרות ממשית, ולא רק חשש סביר, אז נפסול. זה מאוד קשה להגדיר. כאשר הניגוד נובע מעניין מוסדי, כבר עשרות שנים שופטים כותבים שזה בצריך עיון. למה עשרות שנים ביהמ"ש לא הכריע? כי ההבחנה לא כל כך ברורה, יש בזה משהו אינטואיטיבי ובסופו של דבר או שיש חשש סביר או שיש אפשרות ממשית. אם ביהמ"ש חושב שיש חשש סביר אז הוא יגיע למסקנה שזאת אפשרות ממשית שמספיקה לפסילה.

פס"ד דגש- נקבע כלל מאוד חשוב בתקופת הפרטה- זכויות ציבוריות שמופרטות לגורמים פרטיים. לא יכול להיות שעצם העברה מגורם ציבורי לפרטי, זה יפתור את הציבור הפרטי על תחולה של האיסור של ניגוד עניינים ולכן גם **אם סמכות ציבורית מופעלת ע"י גורם פרטי עדיין אסור לגורם הפרטי לנהוג לא לפי ניגוד עניינים.**

האם במצב של ניגוד עניינים צריך לפסול אדם מלמלא תפקיד כי הוא עלול להיקלע לניגוד עניינים או להחלטות ספציפיות? התפיסה במהותה היא של **מידתיות.** אם התפקיד במהותו רוב ההחלטות מעורר חשש לניגוד עניינים אז אין מה לעשות. נניח, ועדת ביקורת בהשתתפות של חבר הנהלה- אין טעם לאמר שהוא יכול להיות בוועדה. אבל אם ניתן לאמר שיש ניגוד עניינים בהחלטות ספציפיות אז לא פוסלים את האדם לגמרי ולא נבטל את ההחלטה שיהיה בתפקיד זה.

ניגוד עניינים אסור- מצב שבו קיים חשש סביר (או אפשרות ממשית) לכך שאינטרסים הנובעים מניגוד העניינים ישפיעו על תוכן ההחלטה. מצב של ניגוד עניינים איננו אסור, מכיוון שבפרקטיקה אין כמעט מצב שבדרך עקיפה אין אינטרס אישי ציבורי לרשות לקבל החלטות הנובעים מהמצב האישי או תפקיד ציבורי אחר שלה. **לכן לא כל ניגוד עניינים פסול.**

**פס"ד רמות –** רשות ציבורית מסוימת הגישה קניין ציבורי והגישה תוכנית לאישור, ובשלב הבא יש שלב של עררים. באותו מקרה, מהנדסת הרשות שהגישה את התכנית השתתפה בדיון בערר השני. לא הייתה לה זכות הצבעה כי היא לא חברה בועדה אבל השתתפה בדיון. **ביהמ"ש פסל אותה.** השופטת בייניש:

"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... שלא להחיל היגיון דומה על השתתפותם של חברים בגופים שיזמו תכניות שהן נשוא התנגדויות בישיבות מוסדות תכנון הדנים באותן התנגדויות, וזאת אף אם הללו אינם חברים בגוף שמקבל את ההחלטה בהתנגדויות אלא רק נוטלים חלק בדיוניו הפנימיים"

זאת דוגמא לניגוד ענייני מוסדי- מעורב בהכנת התוכנית נמצא בדיון הפנימי והוא לא יכול להיות במצב ניטרלי לטובת תוכנית שהוא עיצב אותה.

**קטגוריה יותר רחבה היא איסור משוא פנים-** מדוע מבקשים למנוע ניגוד עניינים? המשפט לא יכול להגיד מהי ההחלטה הטובה ביותר אך מבחינה סטטיסטית ניתן להגיד שמקבלים החלטות טובות ומקצועיות כאשר אין ניגוד עניינים. רוצים למנוע מראש שיקול שהוא אינו ענייני אשר עלול מבחינה סטטיסטית להשפיע על קבלת ההחלטה.

**משוא פנים ללא ניגוד עניינים**- יכולים להיות מצבים של איסור של מצב של איסור פנים שלא נובע מניגוד עניינים. מטבע הדברים צריך להיזהר כאן. משוא פנים דעה קדומה- השופטים הם ניטראליים, אין להם מגמה לא לפה ולא לפה, הם שומעים את כל הצדדים ללא החלטה. מדובר בהחלטות ביצועיות, לפעמים בהתקנת התקנות, סמכויות חקיקה שפחות רלוונטיות עבורנו. ברוב המקרים יש משוא פנים, הרשות המנהלית יזמה את הדיון היא תהיה פסולה מדיון אז יהיה קשה מאוד לקבל החלטות מנהליות. **מבחן ה"דעה הנעולה".** משוא פנים כמצב אובייקטיבי, כדי לפסול רשות מוסמכת מלדון בנושא צריך להראות כי אילו היא הייתה כן דנה דעתה הייתה נעולה עוד לפניי ההליך.

דוגמא יפה לפסילת חבר מועדה, בפס"ד בן דוד. מדיניות של מד"א לזרוק תרומות דם של אתיופים, הקימו ועדת חקירה לבדוק את העניין ואחד חברי הועדה היה איש העדה האתיופית, מאסללה, עצם העובדה שמישהו מהעדה האתיופי יהיה בועדה זה לא משוא פנים ולא פוסל. אלא במקרה הזה מסאללה הודיע מראש מה צריך לעשות, שצריך לפטר את המנהל של התרמות הדם. הוא **התבטא בדרכים שונות ואמר באופן חד משמעי עוד לפניי שהתקיים ההליך מה תהיה התוצאה.** ביהמ"ש הסביר שהאיסור על חברות הועדה היא שדעה קדומה שאין סביר שהיא תשתנה. יש אינטרס לציבור שיתקיימו החלטות נכונות חזקה שיתקבלו לאחר שמיעת כל הטיעונים ולא קודם להחליט את ההחלטה. **השופט ברק:**

" האיסור על חברות בוועדה חל מקום שיש לו לחבר הוועדה דעה קדומה, שאין סיכוי סביר כי תשתנה במהלך דיוני הוועדה. ביסוד גישה זו מונח האינטרס (הפרטי) של מי שעלול להיפגע מהמלצות הוועדה, הזכאי לכך כי ההמלצה בעניינו תיעשה על יסוד מכלול החומר המצוי לפני הוועדה, ולא על יסוד דעותיו הקדומות של חבר הוועדה. ביסוד גישה זו מונח גם האינטרס (הציבורי) של אמון הציבור בפעילות הוועדה, בתקינותה ובאובייקטיביות שלה."

פס"ד מלאך, גם הייתה פסילה. הקמת אצטדיון כדורגל בירושלים. הועדה המחוזית מכח החוק גם שומעת עדויות. יו"ר הוועדה, גם התבטא שצריך למהר את הקמת האצטדיון ולדחות את ההתנגדויות. היו הרבה מאוד מתנגדים והוא נתן לכולם יחדיו רק שעתיים באולם קטן. הדיון עצמו אורגן בצורה כזו שלא היו מוכנים לקבל את הטענות. הגישו עתירה והיא התקבלה.

הביטוי משוא פנים, אינו מוצלח במיוחד.

**פרסום- תחולת החובה וחשיבותה-**

חובת הפרסום והיקפה בהחלטות מנהליות. פס"ד והמאמר של זמיר, מדברים על חובת הפרסום של תקנות. רוב החקיקה בישראל הוא תקנות. נדבר על ס' 17 לפקודת הפרשנות.

ישנה **חובת הפרסום כללית:** של נורמות ציבוריות. לא רק חקיקה, גם החלטות שיפוטיות וביצועיות לכל סוג של החלטה או נורמה מנהלית צריכה להתפרסם. ההבדלים הם באופן הפרסום- בפרטי, ברשומות, בדרך אחרת- אתר אינטרנט, חובת הפרסום מתאימה להחלטה. לא צריך חוק שיחייב לפרסם, החקיקה קובעת את אופן הפרסום ולא את החובה. ההבדלים הם באופן הפרסום: פומבי/ לצדדים המעוניינים, ברשומות המודעות / באינטרנט. החובה חלה גם בהיעדר הוראה בחוק. חקיקה קובעת את אופן הפרסום, ולא את החובה, וכן נדרשת לפטור מחובה. חריגים לחובת הפרסום- כמובן, יכולים להיות חריגים, אשר צריכים להיות מעוגנים בחקיקה. הם יכולים להיות למשל בקריטריונים של צורך. לפעמים הפרסום וידיעתו של האדם בזמן אמת, יכול לשבש את קיום ההחלטה. במצב כזה, החוק יכול לתת פטור. אנו נדבר על כך בעניין פרסום תקנות על פי ס' 6 לחוק .חופש המידע. החוק הזה קובע חריגים **דוגמא**: נהלים מסוימים בחקירות לגבי אופן ההפעלה של אנשים שתולים בתא המאסר. לגיטימי שכללים אלו, לא יהיו ידועים לכל העולם התחתון. זה סוג של צורך. כמובן שיש גם נושאים נוספים. **דוגמא נוספת**: צו חיפוש. נותנים רק בנוכחות צד אחד משום שאילו הצד אותו רוצים לחקור, הוא היה בעצם משבש את החיפוש.

פס"ד **אז**, משנות השישים, של השופט חיים כהן. שם, אדם פנה לרשות וביקש רישיון לדבר מה ולא נתנו לו. הוא שאל מדוע והפקיד הוציא את הכללים מדוע לא לתת. השופט כהן כלל לא היה צריך כלל משפטי. אדם עשה כל מה שעשה מבחינת החוק ופתאום מוציאים איזה כללים שאף אחד לא ידע עליהם. זה העיקרון- **אם אין פטור, שבדר"כ אמור להיקבע בחוק, ובכפוף להליכים מנהליים, פרסום הולם צריך להיות לכל החלטה לציבור הרלוונטי**. אם זה לאדם מסוים, צריך למסור לו בפרסום הולם. החובה הכללית של פרסום החלטות, באופן שתוכל להגיע לאדם או לציבור הרלוונטי, זה כלל של המשפט המנהלי הכללי, ואף ברמה החוקתית. לא צריך חוק שיטיל חובה. החקיקה קובעת את דרך הפרסום (ס' 17 קובע רק לגבי נורמות מסוימות יש לפרסם ברשומות), לא את חובת הפרסום עצמה.

**חשיבות החובה-**

* זכות חוקתית: כבוד האדם – הכפפת אדם לנורמה שלא ידע עליה פוגע בכבוד האדם. הנורמה היא נורמה של פרסום. הרשות לא מפרסמת, ולכן היא צריכה לדאוג לחוק שמאפשר לא לה לא לפרסם.
* הגינות
* פרסום הנורמה נדרש לביצועה
* פרסום הנורמה נדרש לבהירותה- פרסום בדר"כ מדברים על לכתוב. מי שכותב מבהיר לעצמו ולציבור מה בדיוק הנורמה.

**ס' 17 לפקודת הפרשנות:**

תקנות בנות פועל תחיקתי יפורסמו ברשומות, ותחילת תקפו ביום פרסומן אם אין הוראה אחרת בעניין זה.

מהן תקנות בנות פועל תחיקתי אותן חייב לפרסם ברשומות. מה הן?

פס"ד אלכסנדרוביץ קבע **שני מבחנים מצטברים:**

כלליות – פנייה לציבור בלתי מסוים – אם הנורמה פונה לאנשים מסוימים שניתן לזהות אותן לפי השמות שלהם, אז זה לא תקנות בנות פועל תחיקתי. הרי אפשר לשלוח מכתב אם מדברים על אנשים ספציפיים לפי שמות. ציבור בלתי מסוים לא חייב להיות במשפר מסוים של אנשים, מספיק גם קבוצה מצומצמת.

נורמטיביות- שינוי מצבת הזכויות והחובות המשפטיות – לא צריך לפרסם עובדות, אלא כללים משפטיים, לפעמים לא כל כך ברור אם עניין מסוים הוא רק עובדה שיש לה השלכה, או מדובר בנורמה כלל משפטית שאותם צריך לפרסם.

מהו אינו חלק מההגדרה בפס"ד אלכסנדרוביץ, אבל נזכר בסעיף 17?

בת פועל תחיקתי-יש דרישה לתקנה. **מה זה תקנה?** זה מוגדר בסעיף 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 שהייתה נודעת לה אלמלא פקודה זו.

בתקופת המנדט רצו חוקים ברורים, היום זה נחשב מעט מיושן. מבינים למה הניסיון להגדיר באופן ממצא בחוק לא כל כך מוסיף לבהירות.

מה זה אומר? אם נפשט את מה שכתוב, הכוונה היא לנורמה שנקבע על-ידי רשות של מדינת ישראל מכח חוק ישראל. כלומר אם מדובר בנורמה, אך היא לא נקבעת על-ידי רשות ישראלית או חוק ישראלי, אלא ממקום אחר, היא אינה נכנסת להגדרה הזו.

**דוגמא:** אמנות בינלאומיות- אין בעיה לפרסם אותם. היא לא הופכת בהכרח לחלק מהחוק הישראלי אלא לפעמים החוק מאמץ אותו. בדרך כלל ראוי שאם מאמצים אמנה אז יש להעתיק את הסעיפים לחוק עצמו. היה מקרה אחד לגבי אמנת ורשה- אחריות של חברות התעופה על נזקים ואובדן, הכנסת חוקקה חוק- אמנה זו מחייבת את שדה התעופה, אבל החוק לא כלל את הסעיפים והאמנה עצמה לא התפרסמה. מישהו הגיש תביעה נגד חברת תעופה ודרש פיצויים והחברה טענה שלא פרסמו את האמנה. ביהמ"ש דחה את התביעה משום שהאמנה היא של המדינות שהן צד להן, זה לא נובע מחוק ישראלי ולכן אין מדובר בתקנה. היום אולי היה ניתן לטעון טענה חוקתית שחוק שמאמץ נורמה שלא פורסמה, אינו חייב להתפרסם אך אי הפרסום הוא פגיעה בכבוד האדם. והפגיעה לא נעשה לתכלית ראויה. במקרה כזה ייתכן וביהמ"ש היה מקבל את התביעה. **אם לא מפרסמים ברשומות חייב לעמוד בפסקת ההגבלה, רק אם היא אפשר להשיג תכלית ראויה תוך פרסום אז מותר לא לפרסם.**

המחוקק חוקק את ס' 6 לחוק חופש המידע שקבע חובת פרסום לנורמות שאינן תקנות בנות-פעל תחיקתיות. אם מדובר באדם ספציפי, ניתן פשוט לשלוח לו ולא לפרסם בפומבי.

לחובת הפרסום יכולים להיות חריגים. על מנת לפתור מפרסום, צריך חוק. מאחר שניתן לומר שחובת הפרסום, היא מכבוד האדם, לא מספיק שפטור למקרים חריגים יהיה רק מעוגן בחוק, אלא צריך גם שזה יעמוד בפסקת ההגבלה. **דוגמא**: צו חיפוש. לא מודיעים לפני אך לאחר מכן, כמובן חייבים להודיע מה אומר אותו צו על מנת שאנשים יוכלו לערער.

מפקודת הפרשנות לא נשאר כלום, וחוקק חוק הפרשנות- בעוד שבפקודת הפרשנות יש תקנה – רגילה ובת פועל תחיקתי הרי שחוק הפרשנות מבחין בין הוראת מנהל לבין תקנה.

הוראת מנהל- נורמה משפטית אינדיבידואלית- אינה בת פועל תחיקתי. ואילו תקנה בחוק הפרשנות מקבילה לתקנה בת פועל תחיקתי בפקודת הפרשנות. יש תקנה בת פועל תחיקתי ולא בנות פועל תחיקתי כמו רשיונות שלא צריך לפרסם ברשומות.

מהן תקנות בנות-פעל תחיקתי? יש שלושה רכיבים מצטברים שכולם צריכים להתקיים על מנת שהכלל בו מדובר, ייחשב כתקנה בת-פעל תחיקתי, לצורך פרסום ברשומות.

**שלושת הרכיבים**:

1. תקנות- דרישה מוקדמת. תקנות מוגדרת, באופן מסורבל, בס' 1 לפקודת הפרשנות. מהות ההגדרה היא שמדובר בנורמה שנקבעה על-ידי רשות של מדינת ישראל מכח חוק/סמכות שניתנה לאותה רשות על-ידי מדינת ישראל. ולכן, דין תורה, למשל, למרות שהוא נורמה בת-פעל תחיקתי, הוא אינו תקנה.
2. כלליות- דיברנו על זה בהרחבה בשיעור הקודם. הכוונה היא לכלל שמשנה את מערך הזכויות והחובות של ציבור בלתי מסוים. ציבור בלתי מסוים זה לא אנשים שניתן לומר את שמם ביום בו מתקינים את התקנה, אלא צריכה להיות קטגורית כללית. [
3. נורמטיביות- שינוי מערך הזכויות והחובות. תקנה בת-פעל תחיקתי להבדיל מעובדה בת-פעל משפטי. לא צריך לפרסם עובדה.

**פס"ד רונן-**

עובדות המקרה- היה מדובר בתמרור והענישו אדם שלא פעל על פיו. הוא טען שהתמרור הוא תקנה בת-פעל תחיקתי ולכן היה צריך לפרסם ברשומות. ההצבה אינה מספיקה. החלטה להציב היא תקנה בת-פעל תחיקתי, ההצבה אינה מספיקה על פי ס' 17. ראוי לפרסם בדרכים אחרות. אך אנשים לא אמורים לזכות כל תמרור.

ביהמ"ש- הצבת התמרור היא יצירת העובדה. **היא אינה תקנה בת-פעל תחיקתי אלא עובדה בת-פעל תחיקתי, ועובדות לא מפרסמים**. ההחלטה להציב את התמרור זוהי החלטה ליצור איזו עובדה שיש לה תוצאה משפטית.

**גישתו של פרופ' יצחק זמיר-**

* ההבדל בין החלטת העירייה להקים בית ספר במקום מסוים, להחלטת העירייה להציב באותו מקום תמרור האט ותן זכות קדימה. אבל, צריך לראות מה המטרה שלשמה הרשות הוסמכה לקבל את ההחלטה. האם המטרה היא יצירת נורמה כגון לקבוע כללים של אסור ומותר בנהיגה במקום מסוים. לעומת זאת רשות שהוסכמה להקים הקמת בית ספר היא מטרה חינוכית ולא מטרה של הסדרת התנועה. **זה תלוי במטרה של הסמכות. אם זה יצירת נורמה או יצירת עובדה.** לשיטת זמיר, ההחלטה לקבוע תמרור, או בכלל כלל תנועה במקום מסוים לציבור בלתי מסוים, זה תקנה בת-פעל תחיקתי.
* המבחן: האם הרשות הוסמכה לקבוע נורמה או לקבוע עובדה (הרלבנטיות לתחולת נורמות)
* מדוע צריך לפרסם החלטה על הצבת תמרור?

חשיבות ההבחנה בין התקנות בנות פועל תחיקתי לעובדות בנות פועל משפטי-

1. תקנות יש לפרסם ברשומות אך אי ידיעת החוק אינה פוטרת מאחריות
2. עובדות לא צריך לפרסם ברשומות, אך במשפט פלילי נדרש יסוד נפשי לגבי מודעות להן.

**פיתרון הבוחן-**

השאלה:

בסעיף 9(א) לחוק העתיקות, תשל"ח-1978 (להלן: החוק), נקבע כי "לא יחפור אדם במקרקעין לגילוי עתיקות [...] אלא אם קיבל רשיון לכך מאת [מנהל רשות העתיקות] (להלן – רשיון חפירה)". בסעיף 10(א) לחוק נקבע כי "לא ייכנס אדם למקרקעין שניתן עליהם רשיון חפירה אלא אם הוא מחזיק בהם או שהורשה לכך מטעם המחזיק, ובכפוף להסכמת בעל הרשיון".

האם יש לפרסם ברשומות רישיון חפירה?

נא להציג ולנמק בקצרה שתי דעות אפשריות.

דעות לא מחייבות שורה סופית, אלא צורת הניתוח. השאלה היא בעצם האם מדובר בעצם בתקנה בת-פעל תחיקתי, או לא? צריכים להתקיים 3 תנאים:

1. תקנה- מתקיים.
2. כלליות- גם זה מתקיים. זה משנה את המצב המשפטי גם לציבור בלתי מסוים.
3. נורמטיביות- שינוי המצב המשפטי. התנאי מתקיים.

השאלה היא האם זה נורמה או עובדה. עובדה אינה טעונה פרסום ברשומות. ראינו בחומר שתי גישות. פס"ד רונן- הסתמך רק על ס' 17, רישיון הוא בגדר רישיון עובדתי.

המאמר של זמיר- מנתח את השאלה בצורה אחרת, לפי תכלית הרישיון. האם תכליתו להטיל מגבלות על ציבור בלתי מסוים. נראה, שגם לפי גישתו, גם אין חובת רישיון משום שהוא בא על מנת לחפור, ולא להגביל את האנשים האחרים.

לפי שתי הגישות, אין צורך לפרסם את הרישיון ברשומות.

**פרסום הנחיות מנהליות, תחילת תוקף ומועד הפעולה –**

הנחיה מנהלית- הרשות קובעת לעצמה נהלים איך היא מפעילה את שיקול הדעת שלה. כלל להפעלת שיקול. במשך שנים רבות הפסיקה לא עסקה בשאלה, פעם אחת העלו את הטענה שמדובר בתקנה בת פועל תחיקתי. מכל מקום, במשך עשרות שנים לא נהגו לפרסם. בסופו של דבר בפס"ד אפרתי, הגיע הנושא בצורה ממוקדת לביהמ"ש העליון של השופט חשין, יש עקרון רחב של פרסום, לא מתקבל על הדעת שהרשות תפעל לפי כל מיני נהלים והציבור לא יידע לפי מה היא פועלת ומכוח עקרונות בסיסיים של המשפט המנהלי ופיתוח, יש חובה לפרסם. הכנסת אהבה את הרעיון ורצתה להגביל את החובה המנהלית, וביהמ"ש קבע שיש חובה לפרסם, כעבור שנים נוספות הכנסת עיגנה את החובה בחוק חופש המידע ס'6א - 6(א) רשות ציבורית תעמיד לעיון הציבור את ההנחיות המינהליות הכתובות שעל פיהן היא פועלת ושיש להן נגיעה או חשיבות לציבור. אם זאת הנחיה בעל פה אין מה לפרסם בכתב, יש להם נגיעה וחשיבות לציבור, אם יש הנחיה פנימית שאין קשר לחובות וזכויות של תושבים במדינה אז לא חייבים לפרסם את זה.

סייגים- הוראות ס' 9- החובה לתת מידע יכול גם על מידע לפרסם הנחיות. חלק גדול מהחריגים לא קשורים להנחיות מנהליות- למשל- אסור לרשות ציבורית למסור מידע שגילויו מהווה פגיעה בפרטיות. מה קשור נורמה והנחיה מנהלית על הגנה לפרטיות? או ס' 9 (ב) לא למסור מידע לפי שיקול דעת, לא קשור להנחיות מנהליות.

**תחילת תוקף-**

ס' 17 לא עוסק רק בפרסום ברשומות אלא גם בתחילת תוקף התקנות. תקנות בנות פועל תחיקתי **יפורסמו ברשומות ואיך שיפרסמו אותם יתחיל לפעול** אלא אם כן נקבע משהו אחר. קשור גם לתקנות לא בנות פועל תחיקתי. למשל, בהחלטות ביצועיות של הרשות המבצעת. שאלה שנייה היא מה פירוש תחילת התוקף? ברור למשל שאם צהל מוציא תקנות אי אפשר טכנית להחיל את התקנות פיזית לגבי העבר. יכולות לשנות את הקביעה בפסקי דין מוקדמים יותר. באיזה מקרים הן כן יכולות לשנות לגבי העבר? האם דבר שהיה מותר התקנות יכולות להפוך אותו? דוגמא אקטואלית בקשר לחוק של הכנסת, במהלך מערכת הבחירות- ביטול עבירת שוחד והפרת אמונים. הביטול חל גם לגבי מעשים שנעשו לפני הביטול. התכולה היא רטרואקטיבית, בזמן שעשו אותם זה היה עבירה פלילית, יש בזה משהו לא הוגן להטיל את הסטיגמה של העבריינות, ולכן אין להחיל רטרואקטיבי. אדם שישב בכלא אי אפשר להוציא אותו מהכלא ולהחזיר לו את הזמן שנותר אבל אפשר להוציא אותו מהכלא. איפה צריכה להיות הוראה אחרת? בחוק המסמיך שמתוכו הותקנו התקנות או שהתקנות עצמן יכולות לקבוע שהן יחולו במועד מוקדם יותר או מאוחר יותר מיום ביצוען. הסעיף שלעצמו אינו ברור.

כשמדברים על תחולת תוקף, ניתן לחשוב על **ארבעה סוגים של תחולה בזמן**, ארבע קטגוריות. זה די מבלבל לפעמים ההבחנות האלה, נראה שגם השופטים לא לגמרי סגורים בחלק מההבחנות. הסיווג הזה קיים בפסיקה ויש פסקי דין שמפרשים קצת אחרת. כל ארבע הקטגוריות מדברות על מועד שבו ההתנהגות או המצב ביחס לשינוי התוצאות המשפטיות:

* **תחולה אקטיבית-** שינוי התוצאות של מצבים או פעולות שיעשו מרגע קבלת ההחלטה או שמדובר בתקנה או בחוק מרגע פרסומה. התחולה הבסיסית, ברירת המחדל, ס' 17 שיקול דעת ופרשנות, הפעולה היא אקטיבית, משנה את התוצאות המשפטיות של מעשה מסוים, או של מצב מסוים גם אם הוא התחיל לפניי קבלת ההחלטה, מהרגע שהן מותקנות ומפורסמות. אז תכולה אקטיבית- מה שנעשה מהשנייה שמפרסמים את התקנות, התקנות חלות עליו. זה חל גם מצבים שהתחילו לפניי שהתקנה התקבלה ופורסמה, שינוי התוצאות המשפטיות זה מהרגע שהוציאו את התקנות. נניח מטילים מס חדש על אנשים שמשכירים 3 דירות ומעלה. תחולה אקטיבית כוללת גם שמהשנייה שמפרסמים ברשומות את החוק החדש מי שמשכיר שלוש דירות הוא צריך לשלם מס מהרגע שההתקנה הותקנה. לגבי עבר הוא לא חייב לשלם אבל התקופה במהותה התחולה היא אקטיבית מיום פרסום המס החדש ישכירו דירות אלה גם על אנשים שהשכירו לפניי זה.
* **רטרואקטיבית-** המשמעות היא שינוי תוצאות של מעשים או מצבים שהתקיימו במועד שקודם לרגע שפרסמו את התקנה/ההחלטה. אם נניח נמשיך עם הדוגמא של המס לשלוש דירות והיו קובעים שגם מי שהשכיר שלוש דירות יצטרך לשלם מס על השנה הקודמת אז זה תחולה רטרואקטיבית. זה יכול להיות גם מקל, **ביטול עבירה או הקלה בעונש על העבירה זה חל בצורה רטרואקטיבית.**
* **רטרוספקטיבית-** סוג של תחולה אקטיבית, היא שינוי התוצאות מרגע קבלת ההחלטה ממצב שהתחיל להתקיים לפניי קבלת ההחלטה. במילים אחרות, מדובר בתחולה אקטיבית, שכן התוצאות משתנות מרגע ההחלטה, ויחד עם זאת היא משנה את התוצאה של מצב שהתחיל להתקיים לפני מועד ההחלטה. למשל, נניח שרשות המסים החליטה להטיל מס של 10% על דמי השכרת דירה, בתחולה רטרוספקטיבית. לפיכך, על הנישום לא יהיה לשלם מס על דמי השכירות שקיבל בעבר, אלא רק מרגע קבלת ההחלטה, על אף שהשכרת הדירה עוד התקיימה בעבר.
* **פרוספקטיבית-** לאחר תקנת התקנה, הרעיון בתחולה זו זה לאפשר לאנשים להיערך לנורמה החדשה. הרבה פעמים תחולה היא פרוספקטיבית כדי להימנע מתוצאות של מעשה רטרוספקטיבית. לדוגמא- שיטו את שיטת הבחינה של לשכת עורכי הדין. הם החילו את זה אקטיבית- לא ישללו את הרישיונות הקיימים אלא מכאן והלאה יש שיטה חדשה. אבל בית המשפט אומר שזה בעיה שזה אקטיבי, להודיע חודש לפניי הבחינה שיש שינוי זה משהו שטכנית מתחיל מכאן והלאה, אבל בגלל שהם הסתמכו על השיטה הקודמת, השינוי הזה בעייתי וישפיע במצב קיים ובעצם חייב את הלשכה להודיע על זה מספיק זמן מראש ולא באמצע שסטודנטים לומדים.

קיימת חזקה נגד תחולה רטרואקטיבית. כל עוד אין החרגה, נק' המוצא היא שתחולה כזו, על פי המשפט הישראלי כיום, אסורה. חזקה זו נגד תחולה זו, שבמקרים רבים תופסת גם תכולה רטרוספקטיבית. יש לכך **מספר הצדקות**:

* שלטון החוק- אנשים פועלים לפי החוק בזמן החוק הקיים, ואם בזמן שפעלתי לפי חוק מסוים או החלטה מנהלית מסוימת מקבלים החלטה שמשנה את החוקיות של מה שנעשה בחוק אחר, יש בעיה מבחינת שלטון החוק.
* וודאות- אם אני פועל בשיטה שאפשר לשנות רטרואקטיבית את הכללים אני לעולם לא אוכל לדעת מה הכללים.
* פרסום- הרי חייבים לפרסם תקנות בנות פועל תחיקתי, בנוגע לתקנת העבר התקנות הללו לא פורסמו, **גם מחילים עליי חוק שלא היה קיים וגם הוא לא היה מפורסם**.
* הסתמכות- אם הרשות יכולה לשנות חופשי את החקיקה באופן רטרואקטיבי אין לי שום אפשרות להסתמך על המצב המשפטי הקיים, זה חלק מכבוד האדם.
* הכוונת התנהגות- אנחנו רוצים שחקיקה תרתיע או תיצור תמריצים. חקיקה רוצה להכווין התנהגות ולא ניתן לעשות זאת עם תחולה רטרואקטיבית.
* אפליה- נניח אם יבטלו את עבירת מרמה והפרת אמונים. יש אנשים שרצו לרמות אבל אמרו שאסור לעשות זאת למרות שבא לנו ממש לעשות את זה. אם יבטלו את העבירה הזאת אז יוצר שמפלים לטובה את כל אותם אנשים שמצפצפים על החוק שקיים. פס"ד התנועה לאיכות השלטון בעניין החווה- יש חשש שתחולה רטרואקטיבי מופעלת בפועל להשגת תוצאה פרסונלית.

**האם תכולה רטרואקטיבית מחייבת הסמכה בחוק?**

האם רשות מעוניינת להחיל תקנה באופן רטרואקטיבי, בהנחה ויש לה סיבות ענייניות, יכול לעשות זאת אם אין הסכמה? לכאורה, צריכה להיות הסמכה, שכן היא פוגעת בכבוד האדם. בכל זאת, בעבר, במשך עשרות שנים, וגם היום הפסיקה לא סגורה על כך, לא דרשו הסמכה בחוק להתקנת תקנות בתחולה כזו. המגבלה היחידה היא שהרטרואקטיביות היא בנסיבות העניין סבירה. כלומר, הרשות, **אם הייתה מראה שיש טעם סביר להחלה כזו**, כולל משך התקופה, גם אם לא הייתה יכולה להראות שהחוק במפורש מסמיך אותה לכך, כל עוד נימוקיה היו במסגרת הסבירות, זה היה חוקי.

**פסיקה שהתפתחה, על הטלת מס**. הרשויות אמרו שהן לא רוצות שאנשים יסתמכו ויעשו מניפולציות בגלל כל מיני שמועות, שעלולות להיות נכון, על כך שעומדים לנות את חוקי המס, ולכן סביר להטיל מס גם באופן רטרואקטיבי. ביהמ"ש אמר שזה בסדר רק לגבי אותה שנת מס. למה? אדם זכאי, שכאשר נגמרת שנת המס, לדעת שהוא סגר את התחייבויות המס שלו, ושלא יבואו אליו לאחר כמה שנים, בעקבות תקנה חדשה, ויתבעו ממנו דוחות מס שנתיים. הוא אמר שזה סביר כל עוד זה משנה את חיוב המס באותה שנת מס. הוא אפילו הכיר במצב בו הטילו מס חדש באותה שנת מס ויש על כך ביקורת רבה. הם החילו את זה גם אם החוק שמסמיך, התקבל לאחר תחילת אותה שנת מס.

היום יש פסקה לא ברורה, יש פסיקה שאומרת שאסור חקיקה רטרואקטיבית, יש פסיקה שהשאירה בצריך עיון ולא הכריע בכך.

**מכל מקום מבחן הסבירות הביא את ביהמ"ש לפסול תחולה אקטיבית שבמהותה היא רטרובפקטיבית ולקבוע תקופת מעבר-**

פס"ד זילבר, הייתה סובסידיה מסוימת למעונות יום, הוחלט לשנות את הכללים שהתנאי לסובסידיה יהיה שרק כאשר שני ההורים עובדים לפרנסתם. זה פגע באוכלוסייה החרדית, קבעו לדין החדש תחולה מיידית או קרובה לכך, **וביהמ"ש פסל את זה**. חובת הוראת מעבר מבוססת על עקרונות שהם חלק מהסבירות של הגינות והסתמכות. לא תמיד צריך לקבוע הוראת מעבר אלא רק בהיבט שמדובר על אינטרס מאוד חשוב, חלק מליבת החיים של האזרח והמשפחה, ולכן ביהמ"ש קבע אי אפשר מהיום למחר לשנות את הסובסידיה שהורים יסתמכו על שכר המעונות. ברוב דעות נקבע שרק משנה הבאה ניתן לעשות את זה.

פס"ד התנועה למען איכות השלטון- הכשרת מכשיר סלולרי בחווה. הרשות נזקקת להסמכה בחוק וגם להפעיל שק"ד ולהביא שיקולים עניינים שיכולים לחרוג מהחזקה. לא הייתה סמכות מפורשת בחוק להכשיר באופן רטרואקטיבי הקמת מכשיר סלולרי. השופטת לא הכריעה. מדוע? משום ששק"ד היה לקוי. **לא היה צידוק למה באופן רטרואקטיבי, הדבר האסור לפתע הופך לדבר אפשרי כשהחווה עושה זאת**. השופטת טוענת שביהמ"ש יטה שלא לפסול החלטה רטרואקטיבית אם היא מיטיבה. זוהי גישה די נדיבה. מכל מקום, הנטייה קיימת כל עוד אין התחולה פסולה מטעמים אחרים.

ברירת המחדל היא אקטיבית, נגד רטרואקטיביות, כל עוד אין נסיבות בהן יש הצדקה לאפשר הסתמכות, כי יש צורך בתקופת מעבר אשר תאפשר לאנשים להיערך לנורמה החדשה. לא לכל דבר צריך להיערך. אם יתקינו חוק פלילי חדש נגד עבירות פרוטקשיין, למשל, במגזר החקלאי, אז אין סיבה לתת למשפחות הפשע זמן להיערך כדי שיוכלו למצוא עסק אחר. יש הצדקה להיערך, כאשר למשל מחליפים את מבחני הבחינה.

פס"ד לשכת מנהלי השקעות – הפעם הראשונה שפסלו חוק על מקרה של החלה של חקיקה חדשה ללא הוראות מעבר, חקיקה של רגולציה, והחילו על אנשים שעסקו בכך הרבה שנים, הסיבה האמיתי היו היעדר הוראות מעבר מספיקות כולל הסתמכות שנוצרה לאורך השנים.

**מועד החלטת הרשות** – רכיב אחר של מועד הזמן של החלטות הרשויות-

ס' 11 לחוק הפרשנות-

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

כשבחוק נקבע זמן- בדרך כלל בית המשפט אינו קובע שאין לרשות סמכות לפעול באיחור: הוראה מנחה / בטלות יחסית. ס' לא מוגדר- לא ברור, יש לכאן ולכאן, לא ייפסלו את הפעולה של הרשות אבל יכולים להיות מקרים קיצוניים שבעליל הרשות אמורה לעשות משהו והיא לא עושה.

במישור הסעד- ביהמ"ש פיתח תורת סעדים שלפיה העובדה שרשות מנהלית עובדת בצורה בלתי חוקית לביהמ"ש יש שיקול דעת לתת סעד אחר או בכלל לא בגלל האיזון האינטרסים של המשפט.

דוגמא קיצונית- פס"ד ארגון אמון הציבור נ' חברת בוני הארץ: בשנת 2002 נחקק התיקון לחוק חובת המכרזים תשנה – 1992 המחייב את שר הפנים להתקין תקנות תוך 90 ימים להחלתה של חובת המכרז על עסקאות של תאגידים מקומיים המצויים בבעלות או בשליטה של רשויות מקומיות. תוקף הוראות התיקון לחוק מותנה בהתקנת התקנות. על פי הנחיות משרד הפנים, בהעדרו תקנות חלים על תאגידים אלה דיני המכרזים החלים על הרשויות המקומיות "בשינויים המחויבים". התקנות לא הותקנו במשך 18 שנים- עיכוב של בערך פי 72 מהמועד שנקבע בחוק. בשלב מסוים ועדת הכנסת המוסכמת לאשר את התקנות שינתה אותן באופן שלדעת היועץ המשפטי לממשלה סתר את החוק המסמיך ולכן שר הפנים לא חתן על התקנות.

בית המשפט קובע כי "פרשה עגומה של אי הפעלת סמכות חובה, העולה כדי פגיעה מתמשכת בשלטון החוק, שיש לה סוף פסוק בקרו וקצוב בזמן. המחוקק איננו עוסק בכתיבה למגירה, וברי כי חוק שנחקק בכנסת- צריך שיינתן לו תוקף והוא יופעל ע"י שרי הממשל..."

גם אם נתעלם מה-90 ימים, המהירות הראויה לא עומדת כאן. 18 שנה זה יותר מידי. טענה של הגעת להסכמות לא יכולה להצדיק שיהוי מתמשך של 18 שנים עם המון אנשים שנפגעו מכך. עדיין אין חובה של ועדת הכנסת לאשר את הצעת התקנות. בסמכות חובה ולאחר 20 שנה, עיכובים לפעמים של שנים בהטלת סמכויות לא כאלה נדירים, יש כאלה שהם לא סמכות חוסה ולפעמים צריך לבדוק אם להפעיל את הסמכות או לא. אם יש סמכות היא נועדה להפעלה בשיקול דעת.

**פס"ד ישן בעניין זמן קיץ**, בינתיים תיקנו את החוק- לא היה חקיקה בעניין שעון קיץ, עשרות שנים שר הפנים לא דן בזה, ואז ביהמ"ש חייב אותו להתקין את התקנה של זה. המשפט המנהלי הכללי, וגם הספציפי, קובע מועדים נוקשים, או דרישה להפעלת סמכויות במהירות ראויה. בפועל, המשפט המנהלי נכשל בכך. יש לכך גם תרומה של ביהמ"ש בכך שהם לא מתייחסים למועד שנקבע כאל נורמה מחייבת או שלא אוכפים אותה. זהו מצב לא תקין.

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

**שיקול הדעת המנהלי-**

בדרך כלל המשפט המנהלי הכללי לא מכתיב לרשויות הנבחרות והמקצועיות את תוכן ההחלטות שלהן, אלא מתמקד בעצם הסמכות להחליט החלטות ולבצע הליכים. לרשויות יש שיקול דעת והן פועלות במסגרת סמכותן, אך יחד עם זאת המשפט המנהלי לא מאפשר ששיקול הדעת יהיה מוחלט. יש סמכויות בהן לכאורה אין שיקול דעת כי הכנסת קבעה שאם מתקיימים מספר תנאים יש לקבל החלטה ספציפית, אבל ברוב המקרים הכנסת נותנת סמכות לבחור בין מספר החלטות שונות. עם זאת, בפועל תמיד יש שיקול דעת, כי בפרקטיקה גם בשאלות עובדתיות שקובעות האם מתקיימים מספר תנאים יש שיקול דעת. מילה שמעידה על שיקול דעת בחוק היא המיל "רשאי"- לדוגמא, השר רשאי לעשות משהו.

**מהו בעצם "שיקול דעת" במשפט המנהלי:**

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

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

מהם מקורות השיקולים מבחינה משפטית? האם כל שיקול של נבחר ציבור/רשות יכולה להיכנס? לא. האינטרסים בעקרון צמודים לכל סמכות וסמכות. יש רשימה, לא תמיד כתובה של אינטרסים אותם הרשות צריכה לשקלל. הדרכים בהן ניתן לראות מהם השיקולים שיש לקחת בחשבון:

1.לשון החוק שנותן את הסמכות- למשל, בתקנות חובת המרכזים, יש רשימה של כל השיקולים שצריך לשקול בעת קבלת החלטות. לא בכל החוקים יש רשימה כזו, אבל ברובם יש רשימה לפחות של חלק מהשיקולים.

2.תכלית החוק המסמיך- אם אין את השיקולים בלשון החוק, אפשר ללמוד על השיקולים מתוך תכלית החוק וההקשר שלו. לעיתים שיקול שממש רלוונטי בחוק אחד, הוא שיקול שאסור לקחת בחשבון בחוק אחר. **דוגמא**: סמכויות צנזורה. שתיים מרכזיות- צנזורה על-ידי הצנזור הראשי. מעוגן על ידי תקנות ההגנה לשעת חירום. יש גם צנזורה אזרחית, על מנת לשמור על רגשות הציבור. זה חל על סרטים. גם תקנות ההגנה והפקודה המנדטורית על סרטים, לא כותבים בצורה ממצה מהם השיקולים אולם מכך שהצנזורה לפי תקנות ההגנה, מעוגנת, וידוע מי הרשות המוסמכת, אז ברור שמדובר בצנזורה על שיקולים ביטחוניים. אין שיקול לדברים בעלי אופן מיני. ולכן, שיקולים של רגשות הציבור כמו פורנוגרפיה או פגיעת קטינים, הם לא בסמכות הצנזור הראשי. לעומת זאת, סמכות הצנזורה על סרטים, הנמצאת בפקודה, הסמכות נתונה לוועדה מקצועית המורכבת מאנשים מתחומי החינוך והאומנות, אז ברור שהשיקולים יהיו משיקולי רגשות הציבור, ולא משיקולים ביטחוניים.

משפטנים ובתי משפט הרשות עצמה צריכה לדעת באיזה אינטרסים להתחשב תמיד יש אי בהירות בדברים האלה אז צריך לפי לשון החוק ואז תכלית החוק, ההקשר התכלית, מדוע ניתנה הסמכות הזאת.

3.עקרונות כלליים של השיטה- מעוגן בחוקי היסוד, עקרונות כלליים שרלוונטיים גם בהקשר של שיקולים שהרשות משקללת אותם ואמורה לתת להם משקל חלופי.

על רקע המהות של שיקול דעת- מתן משקל יחסי של אינטרסים שונים שמביע החלפה להחלטה של הרשות, **יש 4 כללים במשפט המנהלי הכללי:**

1. חובה להתחשב במכלול השיקולים הרלונטיים, יש רשימה של שיקולים רלוונטיים שרשות מפעילה את שיקול הדעת שלה (שציינו מקודם למעלה).
2. איסור להתחשב בשיקולים זרים- זר לסמכות המסוימת. נניח הסמכות של הגה לביטחון המדינה- שיקול שמחויה לצנזור הצבאי אבל לא למועצה של אמנים. שיקול זר זה נשמע מילת גנאי אבל מבחינה משפטית- שיקול שאינו רלוונטי לתחום המדובר.
3. סבירות ומידתיות- גם אם הרשות התחשבה בכל השיקולים הרלוונטיים לא התחשבה בשום שיקול זר, המשפט המנהלי הכללי הקיים יש בו רגולציה מסוימת שמצמצם את סמכות האופציות שמותר לרשות לקבל שגם המידתיות והסבירות של המשקל הנוכחי של השיקולים הרלוונטיים. הביטוי כלל מהווה קושי. לפי המשפט המנהלי הרשות מוגבלת במשקל היחסי מופרך נמוך או גבוה לשיקול שהוא רלוונטי.
4. שוויון מנהלי- עקביות- גם אם החלטה מבוססת על כל השיקולים הרלוונטיים והיא גם סבירה ומידתית היא צריכה להיות עקבית לשאר ההחלטות שהרשות קיבלה. יש מקרים שהם לגמרי שזהים- שלא יהיה מצב שיהיו החלטות שונות.

אם זה מגיע לביהמ"ש אז תפקידה לבדוק שהשיקול הדעת הופעל במסגרת המגבלות האלה.

**חובה להתחשב במכלול השיקולים הרלוונטיים-**

שני מובנים-

1. מובן מוסכם– תמיד צריך לבדוק אותו. האם הרשות מבחינת התודעה שלה ומבחינת הבדיקה והבירור הייתה ערה לכל השיקולים הענייניים. חובה לשקול (במובן תודעתי) ולבדוק את מכלול השיקולים.
2. שנוי במחלוקת- השופטת דליה דורנר בפס"ד ויכסלבאום בדיון נוסף: חובה לבחור חלופת החלטה המגלמת שקלול של מכלול השיקולים הרלוונטיים. בפרקטיקה יש פסקי דין שהולכים לפי שיטה זו או לא לפי שיטה זו. לא מספיק שהיא תהיה מודעת לשיקולים אלא יש צורך שהרשות בוחרת חלופת החלטה זאת תהיה חלופה שמשקפת מתי משקל כלשהו בכל השיקולים הרלוונטיים. למה צריך להתחשב בכל השיקולים הרלוונטיים? המטרה המשוערת של המחוקק איננו שהשר יחשוב על זה, לכן שר הביטחון צריך לקבל כללים שיש בהם הגשמה מסוימת של הערכים הנל.

האם מספיק לדעת על השיקול או שבתוכן ההחלטה המתקבלת צריכה לבטא את השיקול הזה? האם לחשוב רק או שזה אומר לקבל החלטה כזאת שעל פי תוכנה האובייקטיבי האינטרס נכנס לתוך התוכן של ההחלטה. ההבחנה מאוד ברורה בפס"ד ויכסלבאום- הרשות חשבה על שיקול אבל **לא רואים את זה בתוך ההחלטה עצמה**. הסיפור הינו בתי קברות צבאיים שלא נותנים לרשום את שמות האחים על המצבה, לאחר התייעצות של השר הביטחון שלא אישרו זאת. בישראל רוב האנשים רושמים מה שהם רוצים. בשלב הראשון בבג"ץ העתירה נדחתה ברוב דעות- יש שיקול דעת רחב ואפשר להגיד שזה בלתי אפשרי. בדיון הנוסף קיבלו את העתירה. בפתח הדיון- אמרו לנציגי מחלקת הבגצ"ים- עניין רגיש, תדברו עם שר הביטחון אם באמת הוא רוצה ככה. יש את הרעיון של אחידות אבל לאחר חקיקת חוקי היסוד יש את שיקול האוטונומיה של המשפחות. יש עקרון שלא הכל אחיד, נותנים לאנשים בחירה ושישקול את זה. שר הביטחון מתייעץ עם המועצה שקיימו דיונים מאוד סוערים והם ממליצים להשאיר את זה כמו שזה. ברור שהמובן הראשון התקיים כאן- אם לא במקור אז אחרי זה הוא שקל. אבל חלק מהשופטים אומרים **שלא מספיק לשקול במובן של לחשוב אלא להתבטא בתוכן ההחלטה.** איך הוא מתבטא וכמה זה שיקול דעת. המשקל היחסי יכול להיות אפס? לפי הגישה של דורנר היא אומרת בעקרון זה לא חוקי. מה המטרה של הכלל שיש להתחשב בכל השיקולים הרלוונטיים? מה אכפת למחוקק מה הולך בראשו של השר? אם השיקול הרלוונטי יוצא מתוך הנחה שכן יש שיקולים כאלו אז צריך להיות איזון ביניהם. לכן היא אומרת שלא מספיק לחשוב אלא כדי להגשים באופן מלא.

מקרים שבהם החובה במובן השני אינה חלה- גם לשיטתה של השופטת דורנר-

1. עניינו בשקלול היחסי בעניינים הרלוונטיים ששוקלו בהחלטה. יש מקרים שלא ניתן ליישם את הגישה הזאת- 1.שהחוק הרלוונטי הוא התקנה, מאפשרים לרשות לבחור בין מספר מצומצם של חלופות שאף אחת מהן לא מייצגת את כל השיקולים הרלוונטיים. **הלכת דרעי**- מדבר על מינוי שרים. ביהמ"ש אומר שהשיקולים הרלוונטיים בנסיבות שכנגד השר יש כתב אישום. בגדול יש שני שיקולים- שיקול הפוליטי, השיקול של התפקוד במשרד המשפטי, שיקול שכנגד, לגבי שר אין החלטות ביניים- או שהוא שר מאה אחוז או שמפטרים אותו, אם מפטרים אותו נותנים משקל של מאה אחוז לשיקול אמון הציבור ו-0 אחוז לשיקול הפוליטי. אם לא מפטרים אותו אז ההפך. בסיטואציה מהסוג הזה אז אי אפשר לקיים את הגישה שהרשות תבחר בחלופה המגשימה כל אחת מהשיקולים. אך, יש מקרים כמו ויכסלבאום שיש לרשות אינספור אפשרויות. **אם יש רק 2 חלופות שמבטאות בחירה בינארית, אז לא חלה חובת ההתחשבות מכלול השיקולים הרלוונטיים גם לשיטתה של דורנר.**
2. שיקולים רלוונטיים שאינם שיקולי חובה – הרשות חייבת לשקול אבל לא חייבת ליישם אותו. שיקול פוליטי ומינוי מנכל למשרד ממשלתי- שיקול מקצועי האם האדם שהשר מבקש למנות הוא בעל ניסיון רלוונטי. שיקול אחר שהוא לגיטימי. **אם יש שיקול רלוונטי שהוא לא שיקול חובה ממילא ספק אם בכלל צריך לשקול אותו ולא צריך להכניס אותו להחלטה.**

**איסור להתחשב בשיקולים זרים-**

רשות, כאשר יש שיקול שהוא זר לסמכות, אסור לה לשקול אותו. לא בהכרח שיקול שהוא לא טוב (כמו ניגוד אינטרסים או שוחד), אלא פשוט זר.

פס"ד רסקין- חוק איסור הונאה בכשרות- השאלה אם האוכל הוא כשר או לא כשר תלוי בתעודה של הכשרות? הונאה בכשרות זה שאוכל כשר הוא כשר אבל בסוף לא. יש שם סעיף נאמר בו- במתן תעודת הכשר הרבנות המקומית תיקח בהתחשב בשיקולים של כשרות המזון בלבד. רבנות ירושלים אמרה שלפי הבנתה ההלכתית במקום שבו הרקדנית בטן רוקדת, האוכל לא כשר, נאמר שהשיקולים שלהם של כשרות המזון הם **שיקולים זרים**- והם טוענים שזה קשור למזון. הם בדקו מה הייתה כוונת הכנסת- עליהם היה לבדוק רק מקרים הקשורים לאוכל עצמו ללא קשר למה שההלכה אומרת. אומרים שזה שיקול זר לפי פרשנות החוק.

פס"ד ועדת השופטים- עובדות המקרה- כולם הסכימו בפס"ד שישנם **שני שיקולים** שתמיד יהיו רלוונטיים: מצוינות וקידום התחום וחופש הביטוי

בוועדה, השר החליט לא לתת פרס למתמטיקאי ישראל לאור העובדה שחתם על עצומה לגינוי (ואף קריאה חרם) אוניברסיטת אריאל.

שאלו האם ישנם עוד שיקולים חיצוניים שהם רלוונטיים? האם מעשים פליליים יכולים להיחשב? האם מעשים והתבטאויות המפורטים בס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת יכולים להיחשב? האם התבטאויות קשות ומבזות נחשבות? האם קריאה לחרם תיחשב כשיקול (בכך עסק פס"ד)?

**השופט יצחק עמית-** רק קריאה לחרם על מדינת ישראל או לחרם כל האקדמיה במדינת ישראל יכול להיות שיקול חיצוני שניתן להתחשב בו.

**השופטים סולברג ווילנר-** בהתאם להגדרה ב"חוק החרם": גם קריאה לחרם כלפי אדם מסוים או כלפי מוסד מסוים בשל זיקתם לישראל, לרבות אנשים ומוסדות באזורים שבשליטת המדינה.

מדוע החלטת שר החינוך נפסלה?

**השופט סולברג-** " במסגרת החלטתו הפך החריג לכלל, הוא החיל הליך דו שלבי על בחירת הזוכה – שלב מקצועי ושלב ערכי – תוך מתן משקל רב לשיקול הערכי. השאלה איננה האם ראוי להעניק את הפרס לפרופסור גולדרייך אלא האם מעשהו זה של פרופסור גולדרייך- חתימתו של העצומה משנת 2021- הוא כה מקומם עד כי הוא בא בקהל אותם מקרי קצה חריגים המאפשרים לשקול אותו כשיקול חיצוני"-

כלומר, הוא החיל **הליך דו שלבי** על בחירת הזוכה:

1. שלב מקצועי
2. שלב ערכי

תוך מתן משקל רב לשלב הערכי. השאלה אינה אם ראוי לתת את הפרס לאותו פרופ' אלא האם המעשה שעשה, הוא עד כדי כך מקומם עד שהוא נכנס באותם גדרי קצה חריגים המאפשרים לשקול את אותו שיקול חיצוני. כלומר, השיקול אם ראוי להעניק את הפרס על רקע מכלול הפעילות הפוליטית, כולל זו שנתפסת כבעייתית, הוא שיקול זר אולם אם בוחנים שיקול זה רק אם יש לו עוצמה מאוד גדולה שהשופט סולברג מכנה "מקרה קצה" אז מותר להתחשב בשיקול זה.

למה החלטת שר החינוך בכל זאת נפסלה למרות שלכאורה היא הייתה טובה? משום שאנו רוצים לשמור על שק"ד הרשות. ייתכן שהרשות המוסמכת, ללא השיקול הזר הייתה בוחרת אפשרות אחרת. היא צריכה לבחור על פי שיקולים רלוונטיים ולא זרים. כמובן שיש מקרים בהם יש רק חלופה אחת מותרת (כמו בפס"ד דרעי-פנחסי). אולם כאשר יש כמה חלופות, ביהמ"ש עלול עדיין לבטל החלטה, למרות שהיא טובה, בגלל שהרשות שקלה שיקולים זרים.

כלומר, **השיקול אם ראוי להעניק את הפרס הוא שיקול זר. "שיקול חיצוני"- שיקול רלוונטי רק במקרים חריגים, של מקרי קצה**.

כמו כן, גם אם חלופת ההחלטה שנבחרה על-ידי הרשות המוסמכת מצויה במתחם הסבירות, ואף נראית ראויה בעיניו של ביהמ"ש, ההחלטה תיפסל אם הוכחו שיקולים זרים. למה? ייתכן שהרשות המוסמכת הייתה בוחרת חלופה אחרת אם לא הייתה מתחשבת בשיקולים זרים. לדבר זה יש חריג. אם יש רק חלופת החלטה חוקית אחת.

בנוסף, דעת הרוב טענה כי גם אם נשקל שיקול זר ויש רק שתי חלופות החלטה ביהמ"ש ייטה לא לחייב את הרשות לבחור בחלופת ההחלטה השנייה, אלא יאפשר לה לשקול את ההחלטה מחדש, מבלי להתחשב בשיקול זר.

**סבירות ומידתיות-**

מגבילים את המשקל של השיקולים הרלוונטיים, אם ההחלטה שהיא קיבלה היא תוצר של מתן משקל יחסי בלתי סביר, או לחילופין מתן משקל בניגוד לכללי המידתיות לזכות הזאת או אחרת אז ההחלטה עשויה להיחשב לפסולה לפי הסבירות והמידתיות. שני הכללים האלה אינם נוגעים לשיקולים אלא לאיזון היחסי שהרשות נותנת לשיקולים השונים.

**מכנים משותפים-**

1. שקלול ("איזון") של האינטרסים ("השיקולים") ע"י הרשות. האם המשקל היחסי הוא סביר ומידתי כפי שמצטייר בהחלטה. ניתן משקל מאוד מאוד קטן באופן בלתי סביר. שתי הדרישות האלה עוסקות בנושא כללי. לפי התפיסה של השופטת ברק ארז- בשלב של בדיקת הסבירות אם היא נתנה 0 יש יותר סיכוי שיגיע לכך שההחלטה בלתי סבירה.
2. מתחם הבחירה- בדרך כלל אינן מכתיבות לרשות חלופת החלטה מסוימת. גם אם מתחם הסבירות לא אין סופי, יש יותר מחלופה אחת שנחשבת סבירה. אותו דבר נכון בדרך כלל למידתיות. גם במידתיות ברוב המקרים אין החלטה אחת שנחשבת מידתית אלא גם במסגרת המידתיות וגם במסגרת שיקול הדעת בדרך כלל יש יותר מהחלטה אחת שנחשבת מידתית.

**סבירות-**

נצא מתוך ההנחה שחמש החלופות הם מקיימים את דרישה 1 ודרישה 2. הרעיון של כלל הסבירות במקרה הרגיל שעשויות להיות חלופות שהאיזון היחסי שהן מגלמות בין האינטרסים הרלוונטיים הוא במסגרת המותר, המשקל הוא קטן כל כך או גדול כל כך עד שהם יוצאים מהמותר מהמטאפורה של מתחם הסבירות. סבירות עושה הרבה צרות.

סבירות- **נורמה בלתי קביעה:** בסיס לביקורת שיפוטית ולא להנחיית הרשות. אי אפשר לדמיין מצב שבו רשות הולכת ליועץ המשפטי ואומרת לו- אני שוקלת לקבל החלטה כזו וכזו האם זה בסדר? היועץ יגיד לה- תשמעי אל תקבלי החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני- עכשיו אני יודע מה מותר לי ומה אסור לי. זה לא שמותר הרבה לאזרח ולא הרבה לרשות. נניח דרעי פנחסי אומרים שאם העמידו לדין מישהו על שוחד- למנות אותו לשר זה בלתי סביר. ביהמ"ש אומר שאפשר ליישם את ההחלטה הזו במקרים מסוימים. הוא אמר שעדיין צריך לאזן בין השיקול הפוליטי והציבורי ולכן יש נסיבות תיאורטיות שגם אם העמידו אותו לדין צריך לקבל אותו כשר. רוב המקרים שמתעוררת הלכת הסבירות אז אין מקרה כזה. זה עילה לביקורת שיפוטית, אבל אין כלל שרשות ואזרחים יודעים כיצד לפעול. אם לא הייתה סבירות והיו מפתחים יותר את הכללים. זה עובד לתמריץ של קבלת החלטות. החלטה של שיקולים רלוונטיים קשה להוכיח אז הוא לא היה מתאמץ להוכיח אותו. בעולם שהיה קשה לקבוע בו איזה החלטה ניתן לקבל בכל מקרה ומקרה. במקרים טיפוסיים יש יותר מחלופת החלטה אחת שעונה על דרישות.

**יתרונות:**

1. אפשרות להגיע לתוצאות ראויות במקרים אינדיבידואליים- כולל שליטה של ביהמ"ש על הביקורת השיפוטית.
2. תמריץ לקבלת החלטות ראויות – יש אינטואיציה ורשות שיודעת שיבחנו את ההחלטה שקיבלה לגופה זה ירתיע אותה מלקבל החלטות בעיתיות.
3. תחליף להוכחת שיקולים זרים/ אי התחשבות בשיקולים רלוונטיים- רשויות יכולות להסוות שיקולים רלוונטיים, אי אפשר לתת משקל כל כך זעום לשיקול מסוים, וזה לא נעשה בתום לב במקרים מסוימים. דווקא ביהמ"ש רואה כאן איזה גמישות המאפשרת לו לדחות עתירות אילו היו כללים נוקשים בשיקול הדעת המנהלי היו מקרים רבים יותר שההחלטות היו מתקבלות וביהמ"ש היה משלם על זה מחיר.

חסרונות-

* אי ודאות – של מערכת המשפט ושל יועצים
* סובייקטיביות של בית המשפט

"הלכה למעשה, השאלה אם החלטה נתוה היא סבירה נתונה להכרעתו הבלעדית של השופט היושב בדין ברגע מתן ההכרעה השיפוטית וזאת מבלי שקיימים כל קני מידה מקדמיים שעל פיהן מתקבלות הכרעה כזו". (יואב דותן)

הקושי המרכזי : למשפט יש תפקיד של הכוונת התנהגות וקביעת נורמות ראויות. דווקא בגלל שנוח לביהמ"ש להשתמש בכלל זה, יש טענה כי הוא השתלט על המשפט. הלכות הסבירות החליפה במקרים רבים את הכללים האחרים של משפט מינהלי בכלל, ושל שיקול דעת מינהלי בפרט. הלכת הסבירות "עברה שינוי והתפתחה לממדים קרובים לאלה של נורמות על תוך כדי התפתחות זו היא בלעה לתוכה, כאדם שאינו יודע שובע, עילות פרטיקולריות שהוכרעו בעבר" – בג"ץ אמונה תנועה האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה.

במשפט הכללי לא צריך הפרה רצינית על מנת לשפוט את זה. כמו שציין השופט גרוניס בפרשת אמונה (נפלאות דרכי הפוליטיקה). אמונה זה גוף של המפדל ואז הבית היהודי והיום אפשר אולי לאמר ציונות הדתית, על סמך ההלכה הזאת לבקש לבטל את ההתמודדתו של חיים רמון לאחר האשמתו בהטרדה, העתירה נדחתה, הייתה שופטת אחת שהיססה וגרוניס היה הרוב. היום צריך לראות במשקפיים של מתחם וחריגה לגבי דחיית החלטה.

**דוגמא להשתלטות מתוך הנושאים שנלמדו-**

* התחשבות במכלול השיקולים הרלוונטיים
* סמכות עזר/ היעזרות האחרים- פס"ד של חיות- אם נעזרים בצורה סבירה זה בסדר זה מותר עם שיקול דעת, לעומת זאת יותר מידי שיקול דעת זה נחשב אצילה- זה לא כלל שניתן לאמר התקיים או לא זה תלוי כמה.
* זכות הטיעון – איך יהיה טיעון? טיעון במתחם הסבירות. שזה יהיה הוגן ואם יש פנים לכאן ולכאן רק אם יש משהו בלתי הוגן באופן קיצוני. זכות הטיעון קודמת להרבה לעילת הסבירות. ביהמ"ש לא קבע כללים על איך אמורה להתקיים זכות הטיעון.
* איסור על ניגוד עניינים- מה האבחנה בין ניגוד עניינים מותר לאסור ? יש פסקי דין שמכניסים את מתחם הסבירות. אם היו כללים ברורים הרשויות היו יודעות מה היה אסור להן לעשות ואז היו פחות עתירות.

גם הסעד שניתן נמצא בשיקול הדעת של ביהמ"ש.

יש גם אפשרות של ביהמ"ש למקרים שהם קיצוניים ובמידה רבה זה עובד לכיוון ההפוך. אחד הדברים שלא נלקחו בחשבון שהאופציה הזאת כשלעצמה מעודדת קבלת החלטות בשיטת מצליח. אם אני יודע שזה לא חוקי מראש לא הייתי מקבל את ההחלטה הזאת. חלק גדול מאוד מהעתירות מתבססות על הסבירות.

פס"ד עמותת פורום המזרחי התיכון- נוגעת ליחס בין עילת הסבירות לזכויות. סיפור בסיסי- בית המשפט לעניינים מנהליים דחה עתירה נגד החלטת ראש עיריית תל אביב יפו להסיר ארבעה שלטי חוצות בטענה לפגיעה ברגשות הציבור.

בית המשפט המחוזי דחה את העתירה וציין שהחלטת ראש העיריה מצויה במתחם הסבירות ועומדת ברף הנורמטיבי לאיזון בין חופש הביטוי ובין ההגנה על רגשות הציבור. המצב דברים זה כיוון ששיקול הגעת מסור לראש העירייה, אין עילה להתערב בהחלטתו.

ביהמ"ש- השופט סולברג, בשם שופטי הרוב, ראה שיש כאן בכלל עניין של זכויות אדם. השיח של סבירות אינו קשור.

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

דא עקא, אמות המידה שנקבעו בהלכה הפסוקה – אמורפיות, מופשטות, אין בהן יותר מאשר קריאת כיוון עקרונית. במצב דברים שכזה, בית המשפט, האמון על פרשנותו של כל דבר חקיקה – בכלל זה חקיקת-היסוד – איננו בן חורין למנוע עצמו מלהיכנס בעובי הקורה, לפרש ולחדד את אמות המידה החוקתיות, שהן הן גבולותיו של חוק העזר... מלאכה זו, עניינה ביציקת תוכן ממשי לפרשנותו של חוק היסוד, ושמירה על ישומו כדין, בחיי המעשה. בכגון דא, ברי כי דריסת רגלו של בית המשפט רחבה יותר, עמוקה יותר, מאשר התערבותו בהחלטות מינהליות 'קלאסיות'. הותרת שיקול דעת מלא בידיו של ראש העירייה, ובחינת 'סבירות' החלטתו, אינה ממצה אפוא את הדיון המשפטי."

(פסקאות 22-23 לשופט סולברג)

אמות המידה הן מופשטות וביהמ"ש צריך לחדד את אמות מידה אלה משום שכאן מדובר בנושא חוקתי, ליבת חופש הביטוי, זוהי אינה החלטה מנהלית קלאסית. לגיטימי שביהמ"ש לא ייתן את המתחמים הרחבים והקלישאות שביהמ"ש לא מתערב. עניין כזה זה כבר אחריותו של ביהמ"ש והשאלה אינה על סבירות. השאלה היא פגיעה בזכות חוקתית. המבחן הוא כבר לא של סבירות. בנושא של זכויות חברתיות, זה תחום שביהמ"ש לא צריך לתת מתחם גדול.

"בעניינה של דוקטרינת הסבירות, אעיר – בקצירת האומר, כיאה לאמרת אגב – כי דוקטרינה זו איננה יכולה לשמש בסיס לביטול זכויות המוקנות לאזרחים... דוקטרינת הסבירות קובעת, הלכה למעשה, כי החלטה מינהלית אשר נראית בלתי סבירה במידה קיצונית, היא החלטה שלבטח לוקה באחד הפגמים היסודיים כדוגמת שרירות, שיקולים זרים והפליה, וזאת על אף שקיומו של פגם כגון דא איננו גלוי לעין."

(פסקה 3 לשופט שטיין)

יש לו איזה רעיון ייחודי שלא מקובל כל כך על ידי שופטים. זכויות אדם הן לא בדוקטרינת הסבירות, משום שהיא רלוונטית רק כאשר בטוחים שהיה שיקול זר שלא היה ניתן להוכיח. דוקטרינת הסבירות, לא יכולה לשמש כבסיס לביטול זכויות חוקתיות מרכזיות.

"חרף אמירות שונות שתכליתן "לכרסם" בדוקטרינת הסבירות, רגליה של עילת הסבירות (ועילת המידתיות) נטועות עמוק בקרקע המשפט המינהלי... אין לומר כי עילת הסבירות היא בבחינת one-size-fits-all. ההלכה הפסוקה קבעה כי מתחם הסבירות של הסמכות המינהלית מתחשב במאפייני הסמכות, לרבות מעמדה של הרשות המוסמכת (רשות מקצועית; גוף בעל אופי פוליטי) והאם הסמכות מופעלת על סמך, למשל, שיקולי מדיניות ערכיים או שיקולים מקצועיים-מומחים"

(פסקה 1 לשופט קרא)

הוא אומר שגישת הסבירות היא מותאמת בדיוק לרשות. גם מתוך הנימוקים שלו הוא מעלה את הבעיות עליהן דיברנו.

גישת הסבירות- היא מותאמת בדיוק לרשות ולאופי הסמכות ואם זה פוגע במתחם סבירות יותר רחב או מצומצם. מצד אחד מתאימים את הסבירות לקבל את ההחלטה המתאימה, אבל בתוך הנימוקים שלו אי אפשר לדעת מראש ואי אפשר לצפות. חלק מהרעיון של הסבירות זה החלק של המתחם

אז סבירות בעייתית. הלכת הסבירות- נורמה בלתי קביעה: בסיס לביקורת שיפוטית ולא להנחיית הרשות: אי ודאות, סובייקטיביות של בית המשפט, חוסר הנחיה לרשויות.

**מידתיות-**

ולכן הגיעו למושג המידתיות= שמקורה בישראל במשפט המינהלי – נועדה להתמודד עם קשיים אלה – להסדרי את האיזון בין השיקולים אך תוך מידה רבה יותר של ודאות, אובייקטיביות, והנחיית הרשויות.

המידתיות שדווקא בשונה ממה שאפשר לחשוב זו לא שאילה של חל מזכויות האדם, נועדה להתמודד עם האי הבהירות האלה של הלכת הסבירות, לעסוק באיזון בין השיקולים תוך כדי ודאות אובייקטיביות והנחיית הרשויות.

המידתיות עוסקת במצבים שבהם יש **שני שיקולים רלוונטיים**, שיקול כלל אל מול שיקול פרטי, ובגדול המידתיות אומרת שהשיקול הציבורי צריך להיות שיקול ענייני והתכלית הראויה בפסקת ההגבלה ושמתקיים שלושה מבחני משנה – מבחן ההתאמה, פגיעה הפחותה ומידתיות

**מטרה-** איזון בין תכלית ציבורית והאמצעים לקידומה לזכות או לאינטרס פרטי מוגן.

נלמד על כל המבחנים דרך פס"ד בן עטיה-

1. ההתאמה / קשר רציונלי- פס"ד בן עטיה מראה החלה אלגנטית ומשכנעת של מידתיות. בית ספר הורשע שחלק מבחינות הבגרות שהיו פנימיות וההשגחה על הבחינות היא פנימית, ולא השגחה רגילה של משרד החינוך. מסתבר שבבחינות החיצוניות העתיקו. נתנו לבית הספר עונש שבבחינות הבאות יהיו רק חיצוניות ולא יהיו פנימיות. הייתה עתירה כנגד העונש הזה. זה לא משהו לגמרי אינטואיטיבי וביהמ"ש עושה את המבחן ההתאמה ואומר- מה הקשר בין הרצון למנוע פגיעה בטוהר המידות בעבר ע"י תלמידים אחרים, ובחיצוניות לבין זה שתלמידים אחרים יקבלו עונש שלא תהיה להם בגרות פנימית? אם מישהו מסוים העתיק אפשר להעניש אותו, אין פה קשר רציונלי לתת עונש למישהו אחר. בנוסף זה היה בבחינות חיצוניות, ולא פנימיות. צריך להיות קשר בין המטרה- שמירת טוהר הבחינות לבין האמצעי אבל זה לא דבר רציונלי.
2. פגיעה פחותה- לשמור על טוהר המידות, נניח שכן עוזר לטוהר המידות שיהיו בחינות בגרות חיצוניות ולא פנימיות, אז יש **דרכים שונות להשיג את המטרה**- 1. שלא יהיו בחינות בגרות פנימיות 2. שמירה יותר טובה, שיביאו משגיחים של משרד החינוך. האמצעי הפוגע פחות שיש בו כדי להשיג את המטרה המבוקשת הוא הגברת הפיקוח. זה פוגע פחות מלבטל את הבחינות הפנימיות.
3. מבחן המידתיות במובן הצר/יחסיות- לא מתקיים מידה ראויה בין התועלת הצומחת מהפעלת האמצעי לבין הנזק שהיא גורמת: נזק לכל התלמידים של בית הספר המבקשים לגשת לבחינות בגרות פנימיות. פגיעה בכלל מורי בית הספר, ללא הוכחה כי מישהו מהם כשל בעניין. ונזק לשמו הטוב של בית הספר. **מבחני עזר-**
4. מבחני איזון עקרוניים, כגון מבחן הוודאות הקרובה- כמו מבחן הוודאות הקרובה מפס"ד קול העם, החשש הסביר ועוד. זה מכוון הרבה יותר. האם תמיד מפעילים? לא. היה פוטנציאל לפיתוח אולם לא פיתחו. משתמשים באותם מבחנים שהשתמשו בעבר. כמו כן, לביהמ"ש נוח להישאר במתחם שק"ד וסבירות.
5. מבחן ההשפעה התוספתית- השוואה בין שתי חלופות- בודקים החלטה קונקרטית, בוחנים האם התועלת שלה להגשמת התועלת הציבורי היא יותר גדולה/קטנה מהפגיעה שההחלטה גורמת לזכות או אינטרס פרטי, **ההשוואה נעשית בין משקלה של התוספת השולית של קידום התכלית הציבורית לבין משקלה של התוספת השולית בשל הפגיעה בזכות או באינטרס.** בוחנים אל מול חלופה אחרת. אם העותרים אומרים שההחלטה שהתקבלה היא לא מהותית ולמה היא פוגענית- או שהיא פחות אפקטיבית או שהעלות שלה יותר גבוהה ויש חלופה נוספת ואז אפשר להשוות בין החלופות. איך משווים בין החלופות? השאלה הינה **אם משקלה של התועלת השולית שקול כנגד משקלו של הנזק השולי.** דוגמא- תוואי גדר ההפרדה- חלופה המגנה על הביטחון ב-100 אחוז ומגנה על הזכויות ב-0 אחוז לעומת חלופה המגנה על הביטחון ב-99 אחוז ומגנה על הזכויות ב- 100 אחוז.

בית המשפט לפעמים משתמש במבחני עזר שבכל זאת נועדו להפוך אותה ליותר קונקרטי, קביעה, מובנה באופן שאיננו תלוי באינטואיציה או בשיקול דעת של השופטים. ביהמ"ש בקושי השתמש בהם ולא פיתח אותם.

**שוויון – במשפט חוקתי ובמשפט מנהלי-**

אם יש מקרים שהם לגמרי זהים מבחינה רלוונטית, אותה רשות ללא הבחנה לא אמורה להחליט באופן בלי עקבי בשני מקרים שזהים.

אחד העקרונות המשפטים העמומים ביותר. יש להבחין בין:

שוויון חוקתי- אנחנו משתמשים בזה במשפט החוקתי. הבחנה אשר פוגעת בכבוד האדם שלא מבוססת על הרלוונטיות של הקריטריון לצורך קבלת ההחלטה, אלא על השאלה האם הקריטריון שהרשות התחשבה בו, הוא קריטריון שההתחשבות בו פוגעת בכבוד האדם ובכך שהיא מטילה מאין סטיגמה (נניח של נחיתות), גם אם היא רלוונטית לנושא. זכות לכך שאדם לא ייפגע עקב השתייכות לקטגוריות קבוצתיות מסוימות (דת, גזע, מין, עדה, נטייה מינית, גיל). נפגעת גם כשההשתייכות הקבוצתית רלבנטית. **דוגמא**: פס"ד **אליס מילר** שם כל השופטים היו מוכנים לקבל את דעת הצבא שמבחינתו יש עדיפות לשירות גברים כטייסים, על פני שירות נשים משום ששירות נשים הוא יותר יקר באופן יחסי. נשים משרתות פחות זמן וכן שירות נשים הוא יותר בעייתי מבחינה ארגונית (למשל בתקופות הריון). הזכות לשוויון במובן החוקתי, היא זכות יחסית. **זכות יחסית:** ניתנת לפגיעה בהתקיים התנאים של פסקת ההגבלה.

אין קונצנזוס מוחלט סביב ההבחנה הזאת, חיות הטילה ספק אם יש להביע הבחנה מסוימת בין שוויון חוקתי למנהלי, שתיהן נתפסות כלא טובות.

**השוויון המנהלי-**

התפיסה מיוחסת לאריסטו, מתחלק לשלושה כללים:

1. התייחסות שווה למקרים שווים- שאין בהם הבדל רלוונטי
2. התייחסות שונה למקרים שונים – אם יש מקרים שיש בהם שוני רלוונטי ומתייחסים אליהם אותו הדבר אז מתעוררת בעיה של הפליה.
3. השוני בהתייחסות בפרופורציה לשוני בין המקרים:

**דוגמה מתחום המיסוי**- אם יש שני אנשים שמרוויחים שונים וממסים אותם באותה צורה זה גם אפליה. אם מטילים מס של אלפיים על מישהו שמרוויח עשרת עלפים לעומת חמישים אלף אז זה משפיע על כל אחד בצורה שונה –

* כלל 1:שני אנשים מרוויחים 10K ולכן, בהיעדר הבדל רלוונטי יש לגבות משניהם אותו סכום- יש למסות אותם באותו סכום.
* כלל 2: אחד מרוויח 100K ואחד 10K, הרי שזו הפליה לגבות אותו שיעור מס משניהם.
* כלל 3: נגיד שהמיסוי של המרוויח 100K יהיה שקל יותר מזה של מרוויח 10K. וכאן השוני בהתייחסות למקרים אינו בפרופורציה לשוני בין המקרים, וזה לא שוויוני.

**דוגמה:** פס"ד ר.מ.י. רצו להקים בית חולים בירושלים ולא קיבלו רישיון והגישו עתירה לבגץ. השופט דב לוין כתב את פס"ד ושקל את כל השיקולים הרלוונטיים. לא שקלו שיקולים זרים, עומד במידת הסבירות ודחו את העתירה. נודע לרמי שחברה אחרת, כן נתנו רישיון. רץ עם זה לביהמ"ש, המדינה נתנה סיבה שיש הבדלים בין בתי החולים. לגבי רמי ההחלטה לא לתת את הרישיון עמדה בכל התנאים אבל לא היה שיוויון. ביהמ"ש לא יכול לתת סעדים נגד גורם שהיה לפניו ומאחר שהרשות לא הודיעה שאם ככה אז גם יבטלו את ביה"ח בחיפה, אז הסעד האפשרי היחידי שאפשר לתת זה האפשרות לתת לרמי להקים בעצמם את הביה"ח. **על הרשות היה לקבל את אותה ההחלטה לגבי שני המקרים בגלל שאין שוני רלוונטי**. למה היה ברור שביהמ"ש יקבל את העתירה ולא יבטל את הרישיון של החברה האחרת? למה ההתערבות היא כזו? פרוצדורה. ביהמ"ש לא יכול לבטל רישיון של גורם שבכלל לא צד בעתירה שלפניהם.

צריך לשים לב לכך שהשוויון המנהלי, שלא כמו השוויון החוקתי, **חד-שלבי-** בודקים אם הייתה הבחנה שכעיקרון השימוש בהבחנה הזאת פוגע בשוויון, אם הייתה פגיעה כזאת עוברים לפסקת ההגבלה. בשוויוןן מנהלי בודקים רק שלב אחד- בהינתן שתי החלטות האם יש ביניהן יחס במסגרת הכללים.

השוויון המנהלי הוא חשוב ובמהלך השנים יש עתירות שהתקבלו על בסיס פגיעה בשוויון המנהלי אולם, שוויון זה מעורר קשיים. לא תמיד ברור מתי הבחנה היא רלוונטית או לא. יש איזה מרחב של שק"ד לרשות. במיוחד לגבי הפרופורציונאליות.

יש גם מקרים, לא מעטים, שבכלל אי אפשר ליישם שוויון מנהלי כמו במקרה של מספר חלופות החלטה מצומצם ומספר מקרים רב בהם יש הבחנה רלוונטית. **דוגמא**: מבחני הלשכה. יש לפחות 101 קטגוריות רלוונטיות. יש הבדל רלוונטי המתבטא בציון של כל אחד מן הנבחנים. יחד עם זאת, החוק מאפשר לרשות המוסמכת (לשכת עורכי-הדין), לבחור רק שתי החלטות, עובר או נכשל. נקבע כי עובר זה 60 ומעלה ונכשל זה 59 ומטה. כל מי שיש לו 0-59 מקבל את אותה ההחלטה. יש ביניהם הבדל מאוד רלוונטי ומשמעותי. 13 זה לא כמו 47. אבל הרשות מתייחסת אליהם באותה הצורה. זה לא מתאים לשוויון האריסטוטלי. גם מהכיוון השני, 60-100, הם מקבלים את אותה ההחלטה שהיא עובר. אבל יש הבדל רלוונטי בין 70 לבין 85. יש מקרים יש 59 ו-60. הבדל מאוד מאוד קטן אבל החלטות שונות. אבל צריך לשים את הגבול הזה. מעבר לכך, יש קושי עקרוני ליישם באופן דווקני את השוויון האריסטוטלי משום שהמשפט המנהלי מבוסס על כך שכאשר יש שק"ד לרשות, אם היא מפעילה פעם אחת שק"ד אז אין לה כבר שק"ד והשופטים יחליטו איזו החלטה היא הייתה אמורה לקבל על בסיס החלטות אחרות שהיא קיבלה? מעשית אי אפשר ליישם אלא רק במקרים קיצוניים. גם מבחינת הפרופורציה, אנחנו לא יכולים לחשב אם היא תואמת לשוני בין המקרים.

בעיה נוספת, במקרים של אילוץ חלוקתי, מעדיפים שרירותיות. יש לנו כמות כסף נתון לחלוקה, אנחנו לא יכולים להביא לכולם, צריכה להיות איזושהי שרירות- פס"ד גן אירועים תל מגידו- החליטו לפצות עסקים שנפגעו בערבות המלחמה, הייתה פה פגיעה שבשוויון משום שמי שסבל אותו דבר לא יקבל בהכרח אותו פיצוי או פיצוי כלל. קביעת קווי גבול היא כורח המציאות ומגבלות התקציב, גם אם היא מותירה ללא פיצוי, באופן שרירותי, אזרחים שסבלו גם הם פגיעות נזקים והפסדים. **התנאי**: ההבחנה בין מקבלי הפיצוי לבין אלה שאינם מקבלים מבוססת על שיקול רלוונטי, ומכל מקום אינה מבוססת על שיקול זר.

**הנחיות מנהליות לעומת שיקול דעת-** הכנסת נתנה שיקול דעת אז אסור מראש להחליט מה תהיה ההחלטה, האיסור על כבילת שיקול הדעת מעורר קשיים ובעיות:

* שמירה על שוויון מנהלי- קשה לשמור על שוויון זה כאשר הוא ניתן ע"י אנשים שונים. לכל אחד יש שיקול דעת, ומקבל החלטה אחרת. איסור על כבילת שיקול דעת משמעותו המעשית שבמיוחד שלא רק אדם אחד מחליט, התוצאה יכולה להיות פגיעה בשוויון המינהלי.
* שמירה על יעילות – כל פעם שמישהו מקבל את אותה ההחלטה או מתחיל לחשוב מחדש, לא ברור מה בדיוק הכללים לאזן בין כל הכללים השונים. זה לא יעיל שעל כל החלטה, הרשות תתחיל להפעיל את שק"ד ולחשוב על הנושא מחדש.
* פיקוח על הפעלת סמכויות שנאצלו- רשות שאוצלת את הסמכות, מצפים ממנה שהיא תפקח, יש כלל שיקול דעת וקשה מאוד לפקח. יש לעשרה אנשים שונים יש שיקול דעת שונה,

הפתרון שנמצא הוא הנחיות/ נוהל/חוסר מנכ"ל/ אמות מידה/ קריטריונים: כללים גמישים שהמינהל הציבורי קובע כדי להדריך את עצמו במילוי תפקידו.

חוק/תקנות זה רק רשויות מוסמכות וכן מבחינת מידת המחויבות. חוק ותקנות מחייבים באופן מוחלט. בהנחיות אין חובה מוחלטת לציית. שק"ד נשאר, ברירת המחדל היא להפעיל אותו לפי ההנחיות, אך מותר, ובנסיבות חריגות אף חובה, לסטות מהנחיות. אי אפשר לחרוג על הסף מקרה חריג. ברירת המחדל: פעולה לפי ההנחיות – להפעיל את שיקול הדעת לפי ההנחיות, אבל מותר לחרוג שיש נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת.

דוגמא- פס"ד ועד ההורים בביה"ס בארי נ' עיריית חיפה: לפי חוזר המנכל "בית הספר אשר ייסגר הוא בית הספר בו מספר התלמידים הינו הקטן ביותר... מספר התלמידים הנוכחי בבית ספר אלון אמנם קטן מזה של בית ספר בארי אף מדובר בבית ספר חדש שבו מתחלקים 157 תלמידים לשלוש שכבות בלבד – א-ג- העולה מכך, שבעוד שבבית ספר בראי התחזית היא כי מספר התלמידים ילך ויקטן התחזית ביחס לבית ספר אלון הינה הפוכה". בעקרון ההנחיה היא שאם אין סיבה מיוחדת, סוגרים את בי"ס עם מספר התלמידים הקטן ביותר. כאן הייתה סיבה לחרוג. זה לא כתוב בחוק או בתקנה. החוק נותן שק"ד. הוציאו הנחיה.

ביהמ"ש- **יש נסיבה מיוחדת ולכן יש אפשרות לחרוג מן ההנחיה**.

בגץ הורמן- רצתה להקים חנות של מרקים, אמרו לה מהעירייה מה היא צריכה לעשות, ולאחר שעשתה את כל זה אמרו לה שיצאו תקנות חדשות ולכן אין אפשרות שהיא תקים את החנות. מכיוון שהחליטו לא לבנות עוד חנויות של אוכל שיפריעו לאנשים שם. הטענות היו שהמסעדה היא צמחונית ולכן אין סיבה שיהיה רעש ולכן חייבו את הרשות לתת לה את ההיתר לבנות את המסעדה. ביהמ"ש- ההנחיה כשלעצמה היא בסדר. אבל יש נסיבה מיוחדת. היא פנתה לעירייה וביררה. נכון שאין זכות מוחלטת לכך שאם מישהו מברר, יקפיאו את ההנחיה בשבילו. השיקול העיקרי היה משעשע. המסעדה לא מפריעה, היא לא עושה ריחות. זה רק סלטים. הנימוק המרכזי הוא **שזו מסעדה לאנשים צמחוניים, הם לא יפריעו לשכנים. לא על זה חשבו כשקבעו שלא פותחים מקומות כאלה בדיזינגוף**. החוק נותן שק"ד לתת או לא לתת, על פי שיקולים רלוונטיים. הנחיה היא הנחיה בסדר. ההנחיה ראתה מקומות שיפריעו, לא מקומות שלא יפריעו. חייבו את העיריה לתת לה רישיון. השופט לנדוי אומר שמדובר במקרה קיצוני כי הנחייה היא בסדר גמור אבל היו נסיבות מיוחדות לחרוג.

**הנחיות מנהליות-**

* ההבדל מחוק או מתקנות : סמכות / מידת מחויבות.
* אינן מייתרות שיקול דעת
* ברירת המחדל: פעולה לפי ההנחיות
* מותר ולפעמים חובה לחרוג שיש נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת.

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

איחור של תיאטרון בהגשת בקשת תמיכה ביחס למועד שנקבע בנובל (הנחיה מנהלית), נמסר למנהל התאטרון שביקש מספר פעמים "פגישת הכוונה" בדבר אופן הגשת הבקשה, כי הוטמעה מערכת דיווח חדשה, וכי הוא מוזמן להדרכה במועד שלאחר המועד שנקבע בנוהל כמועד האחרון להגשה. הזמנה זו גרמה למנהל התאטרון להחמיץ את מועד ההגשה, מקרה חריג המצדיק חריגה מהנוהל, בכך אין פגיעה בשוויון מנהלי – ההזמנה היא נסיבה רלוונטית.

**אלרון-** הנוהל היה כל כך לא ברור שאפשר לחרוג מזה. מכל מקום נמסר לו שיפגשו ויסבירו לו, קיבל הודעה שהוא מוזמן להדרכה שהיה אחרי המועד להגשה, בית המשפט השתכנע שהוא חשב כי הוא צריך להגיש לאחר המועד. **קבע ביהמ"ש העליון (סולברג ווינלנר**) שזה מקרה חריג שמצדיק לחייב חריגה מהנוהל כי כל ההתנהלות של המשרד הייתה מטעה. ציין השופט סולברג שזה לא פוגע במשפט המנהלי כי ההזמנה שקיבל לפגיעה מבחינה בינו לבין האנשים האחרים. יש **שיקול רלוונטי לשוני בינו לבינם**. אפשר לראות את הקשר שיש בין הנחיות מנהליות לבין השוויון המנהלי- כולם פועלים על סמך אותו נוהל ולכן הפעולה עקבית, לגבי כולם חלים אותם כללים. שוויון מנהלי הוא לקבוע מועד הגשה שווה לאותם אנשים עם נסיבות שוות. בגלל שלמנהל הזה אין נסיבות שוות אז אין פגיעה בשוויון המנהלי אלא להפך! כך התנהגו לפי השוויון המנהלי.

שינוי, ביטול ותיקון הנחיות מנהליות-

יש להם מכנה משותף, הגנה על אינטרס ההסתמכות במשפט המנהלי-

**השאלה:** עד כמה קיומה של החלטה מנהלית קודמת- שיפוטית, חקיקתית או ביצועית- משפיע על היכולת לקבל החלטה חדשה : סמכות, הליכים, שיקול דעת.

לעצם קיום החלטה יש השלכות, עצם קיום ההחלטה יוצר שיקולים חדשים שלא היו קיימים שהתקבלה ההחלטה הראשונה-

**שיקולים:**

1. **שוויוניות-** אם יש נוהל מסוים שהחילו אותו במקרים מסוימים ואז רוצים לשנות אותו ועל אותו מקרה בדיוק מחילים הסדר אחר אז יש שאלה של שוויוניות. זה פגיעה חריגה מוצדקת מהשוויוניות. אבל בחשבון השוויון המנהלי- מתעורר שיקול רלוונטי, שצריך להיות מודעים לקיומו ולתת לו משקל כמו שהמשפט המנהלי מחייב.
2. **הסתמכות-** החלטה קיימת, עשויה ליצור הסתמכות. אם זאת ההחלטה הראשונה שהתקיימה אז לא הייתה לפניי זה הסתמכות ולאחר מכן יש הסתמכות.

**למה הסתמכות היא חשובה?**

* צורך ציבורי ביכולת להסתמך – יש חשיבות ציבורית ביכולת להסתמך בשיטה שהיא יותר בהירה, זולה, שלא ינקטו כל מיני צעדים כי הם לא יכולים להסתמך ויהיו לכך עלויות.
* מניעת החצנת עלויות- יכולת להסתמך מונעת ממקרים רבים החצנת עלויות. שאדם הסתמך ומשנים אז יש עלויות לדברים האלה. יוצא שכל הציבור נהנה מההחלטה החדשה וכל העלויות נופלות על האדם שהסתמך ונפגע. הרשות נהנית והאנשים המסוימים לא מקבלים הנאה מכך אלא נופל על אנשים מסוימים
* השתתפות שוויונית בנטל ההוצאות של הפעילות השלטונית– שינוי גורם לנזקים לאנשים מסוימים, ורק הם ייפגעו ויצטרכו לשלם את התוצאות.
* זכויות האדם: כבוד האדם, "קניין חדש"- הסתמכות כמבטאת את כבוד האדם. אין פרשנות מרחיבה ויצירתית, אי אפשר לדבר על רצון חופשי אם אין הסתמכות, מה ההשלכות של מה שאני עושה. קניין חדש- מקור אקדמי אמריקאי, חושבים שקניין זה זכויות מנכסים פיזיים, ואותו אקדמאי אמר שגם רישיון זה קניין. במדינה המודרנית הרגולטורית שהיא נותנת רשיון זה שווה כסף. אם יש רישיון והרשות נותנת אותו, נניח יש לה מדיניות חדשה אז זה פוגע במשהו שיש לי, במהות, כל מיני החלטות בירוקרטיות זה סוג של קניין.

**מצד שני אם תמיד נשמור על ההסתמכות אז:**

-ייווצר מצב שייפגע האינטרס הציבורי- כי כל החלטה תהיה סופית. האינטרס הציבורי הוא שתהיה גמישות בקבלת החלטות. שלא נהיה תקועים עם תקנות שהיו טובות לפני 10 שנים וכבר לא טובות לציבור כיום.

-שיקול המינהל התקין- בפרקטיקה הרבה פעמים רשויות בכירות מבטיחות כל מיני דברים ומחליטות דברים באופן פזיז. במיוחד לקראת בחירות.

3. **סוג ההחלטה-** ראינו כי יש שלושה סוגים של סמכויות- ההבחנה היא לא רק תיאורטית אלא יש לה גם השלכות מעשיות. היא רלוונטית לעוד דברים קונקרטיים למשפט המינהלי ואחת ההשלכות היא על הסופיות או על היכולת לתקן. יש השלכה לסוג ההחלטה

* **חקיקה** – זאת ההחלטה שנהנית מהכי פחות סופיות. הרעיון הוא שבמדינה דמוקרטית אפשר לשנות את החוק, צריך לדעת שחוקים יכולים להשתנות, אדם לא צריך להניח שמבחינה משפטית שלא יכבדו את החוק אבל הוא גמיש.
* **שפיטה**- פס"ד של בית משפט והחלטה שבמהותה מקבילה לפסק דין של רשות מינהלית שם יש את החוזקה של סופיות. זה לא שאין אפשרות לשנות אותו, פשוט זה מאוד קשה. יש חשיבות גדולה בסיום הסכסוך ולדעת שזהו זה. פס"ד כולל החלטות חלוטות שאי אפשר לערער, זה אמור לסיים את ההתדיינות. רק במקרים חריגים מאוד לפתוח את הנושא מחדש לאחר שקיבלו החלטה מסוימת.
* **ביצוע-** אמצע- לא גמישות ולא נוקשות במיוחד. עצם הסיווג יש חשיבות תיאורטית בהקשר הזה, אלא גם חשיבות מעשית.

החוק של הכנסת פותר את הבעיה- **ס' 15 לחוק הפרשנות-** הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראת מינהל - משמעה גם הסמכה לתקנן, לשנותן, להתלותן (להשהות) או לבטלן בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה.

**האם נותן מענה לשאלה?**

1. היבט הסמכות- כן. הסמכה להתקין תקנות כלומר יכולים גם לתקן. כל פעם שנותנים סמכות מפרשנים אותה, כסמכות גם לבטל. למה זה חשוב שקוראים לזה חוק הפרשנות? כי זה כפוף לסמכות הספציפי- אם חוק ספציפי אומר שאין סמכות אז החוק הספציפי קובע.
2. היבט ההליכים- כן, בדרך- אותם הליכים. שרשות שוקלת לבטל או להתנות מבחינת הליכים היא נדרשת לעשות זאת באותה דרך, שהתקבלה ההחלטה המקורית. האם הכוונה לדרך בפועל או לדרך שהיו צריכים? אולי גם וגם. נניח שההחלטה המקורית היה צריך והרשות לא נקטה את ההליך הזה, היא עשתה משהו לא חוקי שעשתה את ההחלטה המקורית. אז שהיא רוצה לתקן זה הגיוני לחשוב שהיא קשורה בהליך הבלתי חוקי שהיא נקטה במקור? השכל הישר אומר שאם יש דרך לקבלת ההחלטה המקורית לפי ההליך המינהלי, התיקון היה צריך להיות לפי ההליך שאמור להיות. שאלה מעניינת, נניח הרשות התייעצה, האם שהיא מבטלת או מתקנת צריך להוסיף התייעצות? אין להם בפסיקה הכרעה בשאלה הזו, בכל זאת יש חשיבות לדרך שבה קיבלו את ההחלטה.
3. היבט שיקול הדעת- הסעיף לא נותן לכך תשובה. הסעיף לא מתייחס לשיקול דעת. לכן עוברים למשפט המנהלי הכללי- דיני שיקול הדעת ובודקים שם האם יש כללים מיוחדים להפעלת שיקול דעת כשלא מדובר בהחלטה מקורית אלא בהחלטה שיוצרת שינוי/ ביטול/ התניה על התקנה המקורית?

**פס"ד שללם**- עילות לביטול רישיון: האם הרשות מוסמכת לבטל רישיון? מה ההליך? מה קורה מבחינת שיקול הדעת, מתי אפשר לבטל רישיון?

* הטעיה- אם מי שקיבל את הרישיון הטעה את הרשות ניתן לבטל.
* טעות- אם הרשות עשתה טעות יש לה יכולת לבטל, אך שיקול הדעת יהיה יותר מצומצם. עובדות חדשות – אם המצב בשטח השתנה, לא כמו הטעיה, בדר"כ לא מאפשרים להפעיל מחדש את שיקול הדעת. לא בגלל שטעינו במשהו במקור, אנו רוצים להפעיל מחדש את שיקול הדעת באופן קונקרטי, אנחנו שינינו משהו אצלנו, שם יש מקום להתחשבות מיוחדת מאינטרס ההסתמכות ולצמצם את הביטוי.
* **שינוי מדיניות -** שינוי מדיניות יכול לחול רק על רישיונות חדשים. זה נתן משקל מיוחד לאינטרס ההסתמכות. אם מדובר ברישיון חדש, כמו בפס"ד **קרינסקי**, הרשות דנה לפי המדיניות המעודכנת. הרישיון ניתן לאקדח ספציפי. אם האדם איבד את האקדח או שהוא נגנב (כמו בפס"ד), לפי החוק, הרישיון הוא לאקדח המסוים הזה. ולכן, צריך בקשה חדשה. ביהמ"ש **אישר לרשות לסרב משום שהיא כבר אימצה מדיניות יותר מצמצמת**.
* הפעלה מחדש של שיקול הדעת.
* אי חידוש ביחס לביטול- שלא מחדשים את הרישיון אז בעצם זה מתבטל. צריך לשלם אגרה מלבד שהרשות לא מוצאת שחל נסיבות מהותית אז הרשות יכולה לבטל את הרישיון תוך כדי.
* שינוי מדיניות אינו עילה לביטול או לאי חידוש- שינוי מדיניות זה רק לרשיונות חדשים
* על רישיון חדש- גם אם יש צורך בו ללא אשמת הפרא- הרשות רשאית להחיל את המדיניות החדשה.

פס"ד קרינסקי- אם זה רשיון חדש, הרישיון ניתן לאקדח מסוים. אם הבן אדם איבד את האקדח, הוא נגנב לא באשמתו. לפי החוק הרישיון הוא לאקדח המסוים שהלך לאיבוד, אז הוא הולך להחזיק אקדח מסוים ספיציפי. בית המשפט נותן את ההכרעה לרשות לא לתת לו את האקדח, מכיוון שהוא איבד את האקדח ולכן זה כמו רישיון חדש.

פס"ד דין דותן- כאשר המדובר באזרח שלא דבק עוול בכפו, אין בדרך כלל ליישם את הסמכות לשינוי ההחלטה אלא בנסיבות מיוחדות. לא חל מקום בו מדובר בביצועה של עבירה ובפתיחת הליכים בקשר אליה. גורם תביעתי אינו מנוע להגיש כתב אישום משום שגורם אחר, הכפוף לא, החליט לא להגיש: האינטרס הציבורי של אכיפת החוק והשלטתו. ביהמ"ש קבע **שאין סופיות בהחלטה שקשורה לפתיחת הליכים לאכיפת החוק**. הרשות החוקרת יכולה להחליט לא להעמיד לדין ואחרי זה להתחרט וכן להעמיד.

**ביקורת-** האדם מסתמך על זה שיש לו רשיון לאקדח, הרי שמבחינת אינטרס ההסתמכות אז ברור שאם האקדח היה נגנב באשמת מקבל הרישיון זה שיקול רלוונטי לא לחדש לו את הרישיון. אם זה לא היה באשמתו, אז לא ניתן לעשות כך. מבחינה מהותית זה אותה הסתמכות. אם היו מודיעים לו שהתביעה המשטרתית שוקלת לסגור את התיק אבל זה לא החלטה סופית וזה עדיין כפוף להליך. מבחינתו הוא קיבל החלטה סופית, לא היה שום שינוי נסיבות רק מישהו בדרג יותר גבוה החליט אחרת. אין כלל שניתן לעשות כך. צריך עילה על מנת לבטל את ההחלטה.

**כללים משפטיים שונים שמנסים לאזן בין אינטרס ההסתמכות**- ניתן לראות אותו כמבטא היבט של כבוד האדם- יכולת להסתמך ולתכנן על סמך המצב המשפטי. מצד אחד, ערכים של הסתמכות וכבוד האדם ומצד השני – האינטרס הציבורי, היכולת להתחשב בשינויים במציאות. יכולת לשנות מדיניות לטובת הציבור. להקל יותר מידי על הרשויות ליצור הסתמכויות, שיצרו הסתמכות שלא בדרכים בכללי המינהל התקין. המשפט מבחין בין סוגי החלטות שונות. הנורמה שהכי פחות אפשר להסתמך עליה אלא הנחיות מנהליות ותקנות, הרצון הוא לאפשר לרשויות לשנות את מדיניותן. זה לא אומר שאין בכלל הגנה על ההסתמכות. במקרים מיוחדים יותר הגנה על הנכס. מתן תקופת מעבר, אי אפשר להסתמך לנצח. הרמה הגבוהה הכי שניתן להסתמך עליהן הן החלטות שיפוטיות. המהות ההחלטה השיפוטית היא הכרעה בסכסוך. החד משמעי לגבי אידיאל של החלטה נכונה.

**הבטחה- נורמה מחייבת במשפט המנהלי-**

* במשפט הפרטי- הבטחה חד צדדית, ככלל, אינה נורמה משפטית מחייבת.
* במשפט המנהלי- פיתוח פסיקתי של השופט צבי ברנזון בפס"ד סאי-טקס.
* הייחוד של המשפט המינהלי המצדיק הכרה בהבטחה מינהלית חד-צדדית כנורמה מחייבת:
1. רמה נדרשת גבוהה של הגינות וצורך באמון הציבור בשלטון
2. הצורך הציבורי להשפיע על התנהגותם של פרטים על ידי יצירת תמריצים שיתרמו לקידום מדיניות.
3. הסתמכות ופיתוח ציפיות על סמך הבטחות שלטוניות הן מוצדקות

במשפט פרטי, אם אדם מבטיח משהו, אין ציפייה שבאמת הוא יעשה את הדבר שהבטיח. אבל כאשר מדובר ברשות שלטונית, אם היא מבטיחה, זה יוצר הסתמכות וציפיות. הרשות היא לא כמו אדם פרטי.

הרעיון של כבילת של רשויות שלטוניות בהבטחות, בוודאי אם לא הגיעו לרמת חוזה, מעורר קשיים.

**הקשיים**:

1. שיקול דעת- הבטחה ככל שיש לה תוקף, כובלת את שק"ד. המשפט הציבורי, גם אם מאפשר כבילה, יש בו קושי. לרשות ציבורית יש שק"ד על מנת לפעול בצורה המיטבית למען הציבור במסגרת הסמכות שלה.
2. ניצול לרעה- יש חשש שאנשים בקבוצות אינטרסים ינצלו לרעה הבטחות כאלה. הם יגרמו להבטחות שיהיו טובות להן אך לא לציבור בכללותו.
3. מנהל לא תקין- פגיעה במסגרת התקציבית, פגיעה בפיקוח המשפטי, פגיעה בהליך הרגיל להתחייבות. (**דוגמאות**: אישור חשב, מכרז וכו').

על רקע זה, הלכת סאי-טקס. פס"ד די קצר. ההלכה קצרה (פסקה אחת).

"**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**"

זו ההלכה שקבע ביהמ"ש. ביהמ"ש העליון לא התלהב מהלכה זו אך לא ביטל אותה. בשונה מסוגי נורמות שלטוניות אחרות (כמו תקנות ורשיונות), שפועלים לפי הנורמות, המקרים בהם נאכפה הבטחה על-ידי ביהמ"ש, הם חריגים. את המשפט הזה של השופט ברנזון, בניגוד לדעתו, לקחו הכתיבה החופשית וחילקו אותו לתנאים. הוא רצה שהבטחה תקוים, אנשים לא אהבו את זה ולכן קבעו שהבטחה תקוים רק אם התקיימו התנאים המצטברים.

**התנאים**:

1. הבטחה כדין- מבחינת סמכות ומבחינת התוכן. ככל הנראה, סמכות לתת הבטחה זה סמכות לקבל את אותה ההחלטה שמובטח לתת אותה. בפרקטיקה, זה לא תמיד מתפרשת ככה. תוכן ההבטחה חייב להיות חוקי. אם זה מנוגד, אין קושי. אבל מה אם החלטה שאין תקציב לקיים אותה? אפשר לטעון שהיא לא חוקית.
2. כוונה לתת תוקף משפטי- מבחן אובייקטיבי. האם הייתה כוונה שהבחנה תהיה בעלת תוקף משפטית. אין הכרח להבטחה בכתב, אך ככלל כתב סממן. הבטחה לאדם או לתאגיד ספציפיים ולא לציבור רחב.
3. הבנת ההבטחה על-ידי המקבלים כבעלת תוקף משפטי- מבחן אובייקטיבי.
4. ההבטחה ברורה ומפורשת- מפורטת, נטולת סייגים, לא תלויה בסיכומים נוספים. צריך להיות ברור מה ההבטחה. היא צריכה להיות מסוימת כמו חוזה. הרבה פעמים חוזה עשוי לדבר גם על סיכומים נוספים ועדיין הוא יחייב.
5. ההבטחה בת ביצוע- יש אפשרות בפועל לעשות אותה. אין תקציב? זה לא בר ביצוע.
6. אין צידוק חוקי לשנות את ההבטחה או לבטלה- שינוי בנסיבות הבטחה הפוגעת באינטרס הציבורי, שינוי מדיניות. יש מתחם סבירות לרשות. יש את הלכת ההשתחררות. רשות יכולה להשתחרר מהסכם, בנסיבות מסוימות.

אין הכרח בהסתמכות. עם זאת, אם מקבלי ההבטחה לא שינוי את מצבם לרעה על יסוד ההבטחה, פוחתת עוצמת מחויבותה של הרשות לקיום ההבטחה.

**פיצוי השתחררות?** במקרים מסוימים יש אי בהירות, במסגרת האיזון הרשות תהיה מחויבת לשלם לצד השני, מי שקיבל את ההחלטה, לשלם לו פיצויי השתחררות. במסגרת חוזה הרבה פעמים רשות ציבורית רוצה להשתחרר מחוזה אז היא עשויה להיות מחויבת בפיצויים. אותו עקרון חל לגבי ההחלטה. לא ברור מה יהיו גובה הפיצויים. ההחלטה לא לקיים החלטה תהיה סבירה רק אם מפצים את הצד השני. **לא פיצויי קיום**- להחזיר למצב הקודם, אולי נוסחה של **פיצויי הסתמכות.** אין נוסחה ממש ברורה אבל לפעמים חלק מאומדן הסבירות עשויים להיקבע תוך כלוב הרשות לשלם לצד שכנגד.

**פס"ד "מתווה הגז"**

הסכמה בין דעת הרוב(רובינשטיין) לדעת המיעוט(סולברג) – הממשלה לא משנה מה נאמר בהבטחה תוכל להשתחרר בעתיד מהמתווה אם תסבור שיש לך צידוק. ממה זה נובע? בטקסט של מתווה הגז אמור במפורש שאי אפשר לוותר עליה ואי אפשר להפיל אותו. איך אפשר להסביר שלמרות לשון ההבטחה ניתן להשתחרר? מה ההסבר העקרוני של כך?

שהמשפט המנהלי נותן שיקול דעת לרשות, גם זה קוגנטי. זה לא דיני חוזים או משפט פרטי. ברירת המחדל היא שהיחסים בין אדם לחברו הם דיספוזיטיביים. הצדדים יכולים להחליט אחרת. המשפט המנהלי ביסודו הוא משפט קוגנטי, זה לא בסמכות הרשות לשנות או להסכים עם מישהו אחר על הדברים הקשורים למשפט המנהלי. רשות יש לה תמיד שיקול דעת לקבל את ההחלטה הנכונה בנוגע לציבור. שיקול הדעת תמיד תישאר בה גם כשהיא מתיימרת שהיא קובעת ללא שיקול דעת. דעת הרוב בפס"ד הזה שסיבה נוספת לאי חוקיות למתווה הגז זה שחייב חקיקת חוק של הכנסת סולברג מנגד טוען כי חקיקה היא הרבה יותר נוקשה מהחלטה מנהלית.

מדוע סבר אפוא הרוב שדין סעיף הכבילה (ועמו המתווה כולו )להתבטל?

* החלטה שנקבע בה כי היא כובלת אינה בסמכות.
* פיסקת היציבות צמצמה את מתחם הסבירות לחזור מההתחייבות
* הפסקה כובלת גם את הכנסת, אשר בפועל כפופה לממשלה.
* אופן הכבילה, לרבות מחירה הכלכלי של ההשתחררות, יקשה מאוד להשתחרר מההחלטה.
* ספק רב אם ניתן לעגן בחוזה, ומכל מקום, פיסקה דומה הייתה נפסלת גם בחוזה.

אם אכן המתווה היה מעוגן בחוק- ייתכן שהיה דווקא מתחזק בהיבט הכבילה, בין היתר לאור הגבלות על תיקוני חקיקה רטרואקטיביים. הכבילה לא באמת מונעת לחלוטין את ביטול המתווה ולכן לדעת בנדור היה צריך לקבל את דעתו של סולברג.

השופט נועם סולברג- מיעוט- ניתן להשתחרר באופן מלא או חלקי, גם מחובת תשלום הפיצויים- ככל שיהיה לכך "צידוק חוקי".

**הסבר קצר נוסף על מתווה הגז-**

בע"א 6996/97 **התנועה למען איכות השלטון** הייתה הסכמה שההבטחה ממלאת את התנאים להבטחה מנהלית. הייתה שאלה האם ההבטחה היא חוקית. דעת הרוב של השופט רובינשטיין, בהסכמת שופט המיעוט סולברג, קבע כי הממשלה יכולה להשתחרר אם יש צידוק. המתווה עצמו קבע שהממשלה לא הייתה יכולה להשתחרר. הייתה מחויבת לפעול כנגד החלטות הפועלות נגד ההסדר. אז איך קבעו כי ניתן להשתחרר? המשפט המנהלי ביסודו הוא משפט קוגנטי, אין זה בסמכות הרשות לשנות את כללי המשפט הכללים. ולכן, לרשות יש שק"ד לפעול לטובת הציבור. שק"ד תמיד יהיה קובע. הרשות לא יכולה למנוע מעצמה את שק"ד. רק אם יש חוק, יש אפשרות לסטות מזה, אך אין חוק. יש כאן נקודה מעניינת. אחת מן ההערות של השופט סולברג, שאם לא היו מקבלים את המתווה כהחלטה, אלא כחוק, אז המתווה היה הרבה יותר נוקשה. גם חוק ניתן לבטל אך ברור שעיגון בחקיקה, זה יותר נוקשה מהבטחה מנהלית. מכל מקום, כולם הסכימו ש**למרות כל מה שנאמר בנוסח מתווה הגז, מכח המשפט המנהלי הכללי הקוגנטי, לרשות שמור לעתיד, במקרי הצורך, יש שק"ד לבטל את ההבטחה או לסטות ממנה**.

מדוע הרוב בכל זאת הגיע למסקנה שסעיף הכבילה, הוא חסר תוקף? דעת הרוב קבע ש**החלטה כזו, הקובעת שלא ניתן לשנותה, המתיימרת לכבול באופן מוחלט את שק"ד של הרשות, היא אינה בסמכות**. הרשות לא מוסמכת להכניס סעיף כבילה כזה, שכן אין זה בסמכות.

אז למה לא נבטל רק את הסעיף? למה את כל המתווה? הממשלה טענה שבלי סעיף זה, אין מתווה.

מה הרציונל מעבר לאמירה הכללית שהרשות אינה מוסמכת לקבוע כבילת שק"ד? ראשית, נאמר שפסקת היציבות צמצמה את מתחם הסבירות לחזור מהתחייבות. יש לה משמעות משפטית. ניתן לחזור מהבטחה, אך פסקה זו מצמצמת את המתחם. שנית, פסקה זו מתיימרת לכבול גם את הכנסת. הממשלה הבטיחה אך זה גם קובע לכנסת. ולבסוף, להשתחררות יכולה להיות מחיר כלכלי גדול מאוד שעשויים להידרש. גם אם היה מדובר בחוזה, ולא הסכמה, לא היה ניתן לקבוע פסקה זו מטעמים אלה.

דעת המיעוט הייתה שאיסור כבילת שק"ד זה דבר בלתי אפשרי. אך בוודאי רשויות ציבוריות במידה מסוימת, כובלות כל הזמן את שק"ד, לטובת הציבור. לפעמים מדובר בתוצאה אינהרנטית. ולכן אומר שהממשלה כן יכולה להשתחרר. ההשתחררות לא תהיה פשוטה.

"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)

\*גם מחובת תשלום הפיצויים, ניתן להשתחרר.

לפי המרצה, בסופו של דבר, במקרה זה, הצדק המשפטי הוא עם השופט סולברג. אם יש החלטת ממשלה, זה לא דבר שניתן בקלות להשתחרר. זוהי החלטה המשנה מהר מאוד את המציאות. אילו לא היו עושים דבר, אז היה קל יותר להשתחרר. מטבע הדברים, החלטות אלא הן לא כל כך מעשיות להשתחרר. הן משנות מציאות. אם ניתן להשתחרר מפסקת היציבות, אז צעד דרמטי של ביטול המתווה בכללותו, זה דבר בעייתי. (בסופו של דבר, הממשלה והחברות הגיעו להסדר אחר שלא כולל פסקת יציבות).

לפי המרצה, היה נכון אילו היו דוחים את העתירה תוך מתן הערה שהפסקה אינה מונעת השתחררות עתידית.

המרצה טוען שחלק מהבעיה בדעת הרוב היא שזה היה הרוב מדעת הרוב שביטלו את המתווה כולו בגלל הסעיף הזה.

**השתק של רשות מנהלית-**

השתק= מניעות, ישנם שלושה תנאים:

1. הצגת מצג עובדתי לא נכון או מתן הבטחה בלתי מחייבת (כגון הבטחה ללא סמכות)
2. הצד השני הסתמך עליה ושינה את מצבו לרעה בתום לב סובייקטיבי
3. ההסתמכות הייתה סבירה מבחינה אובייקטיבית.

התוצאה- הצד שהציג את המצג או נתן את ההבטחה מושתק (מנוע) מלהתכחש.

צד הציג עובדות בצורה מטעה והצד השני הסתמך, כאשר מגיעים למשפט, והצד א רוצה להביא את העובדות האמיתיות, ביהמ"ש משתיק אותו. הוא לא יכול לטעון משפטית/עובדתית טענות שהן בעצמן נכונות. המשפט הפרטי ודיני היושר, לכאורה באו לרכך את המשפט הכללי על מנת שלא יגיע לתוצאות לא נכונות.

זה הרעיון הכללי. במשפט הפרטי, חוץ מהקשרים מסוימים (כמו השתק שיפוטי), ההשתק כבר לא חל. בדר"כ יפעילו את דיני תום-הלב. אז איך זה חל דווקא במשפט המנהלי? בגלל שבמשפט המנהלי הכללי, אין חקיקה ולכן אנו ממשיכים להפעיל כללים שנקבעו בפסיקה, גם אם היא ישנה.

**במה ההשתק שונה מהבטחה מנהלית?** הבדל מהבטחה- מצג לא נכון או הבטחה לא מחייבת ; הסתמכות.

* במקור חל במשפט הפרטי- מכוח דיני היושר הבלתי כתובים (כמו המשפט המקובל)
* במשפט הפרטי בוטל- לאור ביטול המשפט המקובל ודיני היושר בחקיקה החדשה והוחלף בחובת תום הלב הגמישה.
* במשפט המנהלי בכללי כמעט אין חקיקה, המשפט הבלתי כתוב ממשיך לחול
* הקושי בהחלת השתק במשפט המנהלי (פס"ד עבאדה)- "החשש כי השתקת רשויות מנהליות תאפשר את הפרתן של נורמות המשפט המנהלי, שלהן אופי דופה (קוגנטי) והן אינן ניתנות להתניה"
* למשל: החלטה ללא סמכות, החלטה המבוססת על שיקולים זרים, או החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני.

**שוני**:

1. הבטחה מנהלית דורשת שהיא תינתן בסמכות. השתק הוא כאשר לא הייתה סמכות או שהיה פגם (מצג לא נכון או הבטחה לא מחייבת)
2. בהבטחה לא צריך הסתמכות, וגם אם הייתה, היא עדיין מחייבת. ההשתק מבוסס על הסתמכות. אם אין הסתמכות, לא ניתן לקבוע השתק.

יש בעיה הקיימת במשפט המנהלי שלא קיימת במשפט הפרטי- החשש שהרשות תשחרר את עצמה מכללים קוגנטים על מנת לעשות דברים שהמשפט המנהלי הכללי לא מאפשר לה (כמו החלטה ללא סמכות, התבססות של שיקולים זרים, קביעת החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני). זה לכאורה עוקף את עקרון הקוגנטיות. רשות תגרום להסתמכות על מנת לעשות דברים שהיא לא מוסמכת כי לכאורה יפעל עליהם עקרון ההשתק.

ובכל זאת בפס"ד אבאדה, אין לדחות על הסף טענת השתק הנטענת ע"י פרט כנגד רשות מנהלית.

פס"ד אומר שדווקא במשפט המנהלי יש **שיקולים מיוחדים** להחלת ההשתק:

1. חובת ההגינות המוגברת המוטלת על רשויות מינהליות.
2. הצורך בשוויון ביחסים שבין הרשויות לבין הפרט
3. המשקל המיוחד שראוי לתת למציגיהן של רשויות מינהליות.
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 לטובה

המסקנה בפס"ד עבאדה- יש לאזן בין עקרונות החוקיות המינהל לבין האינטרסים של הפרט שהסתמך בתום לב ובסבירות על מצג של רשות מנהלית.

שיקול נוסף בעד החלת השתק שלא צוין בפס"ד- הירות ותנאים קביעים ביחס לחלופות ושיקול דעת שיפוטי במישור התוצאות והתרופות.

ביהמ"ש מציין שצריך לראות עד כמה הציבור יפגע אם יכפו על הרשות את המצג, תוך השוואה בין הנזק שנגרם לצד הפרטי שהסתמך, לבין הנזק שיגרם לציבור אם יכפו את המצג, וכן לבדוק אם יש צדדים שלישיים. נאמר שגם אם הכף נוטה לאינטרס הציבורי, זה לא אומר בהכרח שאין הצדקה להשתק, אלא לקבוע סעדים אחרים, אכיפה תחליפית. במקרים מסוימים אולי אכיפה עלולה לפגוע אך כסף/שווה כסף ניתן לשלם.

לכאורה כך פסק אך כפי שקורה בהיעדר חקיקה, שופטים אחרים, במיוחד מאוחרים, לא אוהבים את הלכת ההשתק. לא ביטלו את הלכה זו אך הרבה פעמים לא מיישמים אותה ואף דוחים אותה.

ע"א 6705/04 **בית הרכב**

עובדות המקרה- היה חוזה בין חברת בית הרכב בין עיריית ירושלים לזכיונות לחניון. ראש העיריה לא אישר אך העיריה אישרה. מבחינת בית הרכב, נחתם חוזה. בהיעדר חתימת רשות, לכאורה אין לחוזה תוקף. כל זה התעורר לאחר תום תקופת החוזה (5 שנים). העיריה מבקשת מהם לשלם על כל הזמן הזה, לא לפי החוזה, אלא כאילו הם פלשו לשטח הזה. חברת בית הרכב לא קבעה מי יחתום. העיריה שלחה פקיד שיחתום. היא לא אמורה לבדוק. היא ביצעה את החוזה. התקופה נגמרה ואז שמו לב לכך שיש הפרה על החוק.

השאלה המשפטית- האם עולה טענת ההשתק?

ביהמ"ש- השופטת נאור בפסקאות 58-59 כותבת:

"...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."

כלומר, **נתחשב בהסתמכות תוך שקילת כלל השיקולים ועקרון תום-הלב, אך לא נדחה את טענות הרשות דרך עקרון ההשתק שהוא נוקשה**.

היא מגיעה לתוצאת חצי-חצי. השווי האובייקטיבי של מה שהם קיבלו, היה יותר גבוה ולכן ביהמ"ש הכריע שעל בית-הרכב להחזיר מחצית מההפרש, במסגרת האיזון בין עקרון החוק לבין תום-הלב. המחיר הוא כמובן, לצד זה שהחברה היא זו שצריכה לשלם, שהכלל הוא לא ברור. מבחינת ביהמ"ש היה איזון שהוביל לתוצאה אולי צודקת אך יש מחיר ציבורי לכך שהכלל אינו ברור.

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 והם אלו שצריכים לשלם את המחיר.

**הכרת בחוזים ובהסכמים מחייבים של רשויות שלטוניות**

* חוזה או הסכם מחייב אחר- כובל או מגביל את שיקול הדעת
* חוזה או הסכם מחייב אחר – פעולה דו צדדית
* האינטרס הציבורי – הכרה ביכולת להתחייב
* חובת ההגינות
* עצם ההתקשרות – הטבה שיש להקצות לפי כללי המשפט הציבורי לרבות שוויון
* איזון עם דרישת הסמכות והצורך להפעיל שיקול דעת לטובת הציבור.

חוזה מחייב שרשות שלטונית היא צד לו, בין אם מדובר במדינה או ברשות מקומית או גוף אחר שיש לו סמכויות שלטוניות כמו תאגידים סטטוטוריים, הוא דבר בעיית במשפט המנהלי משום שכל המשמעות של התחייבות חוזית, אם מכירים בה, היא שהצדדים מרגע ההתחייבות וההיקשרות לחוזה, מאבדים את שק"ד וחייבים באופן משפטי, לפעול בהתאם למחויבות שלהם בחוזה/הסכם. אנו כבר יודעים שכלל מאוד בסיסי במשפט המנהלי הוא שרשות מנהלית, בכל רגע שיש לה שק"ד, היא חייבת להפעיל אותו ולקבל את ההחלטה המיטבית בנסיבות הנתונות. נורמה שמשמעותה שרשות מנהלית מאבדת את יכולת זאת, כלומר קושרת עצמה משפטית בהחלטה מסוימת, מתחככת בעקרון זה של שק"ד 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 אמורות למשול. הן נותנות הוראות ופקודות, מחויבות לכבד את זכויות האדם אבל זה לא דבר שעולה בקנה אחד עם התפיסה הבסיסית של מה שהשלטון אמור לעשות.

רשויות שלטוניות אמורות למשול. הן נותנות הוראות, מחויבות לזכויות האדם, אבל לא תמיד עולה בקנה אחד להתקשר בהסכמים סימטריים עם גורמים אחרים, בדר"כ פרטיים. על פני הדברים יש סוג של אוקסימורון במוסד של חוזה מנהלי, הרשות בהגדרה כובלת את שיקול דעתה והיא לא יכולה בכל רגע נתון לקבל החלטה אופטימלית וזו לא פעולה חד צדדית של שלטון שנותן הוראות, פקודות, החלטות, מכבד זכויות של אזרחים. פעולה דו צדדית, נורמה שאיננה נוצרת ע"י השלטון לבדו. בכל זאת, אם אנחנו מדברים על אינטרס ציבורי- יש אינטרס ציבורי עז בהכרה ביכולת של רשויות להתקשר בהסכמים מחייבים. אם רשויות לא היו יכולות הציבור היה נפגע, בין היתר מהבחינה הזו- המנהל הציבורי היה מתנהל כמו משק סגור- היה צריך לספק לעצמו את כל הצרכים שלו, זה דבר לא כלכלי לא יעיל ולא מעשי.

חוזה מטבע הדברים, כל צד ממקסם את המצב שהיה לו לפניי ההתקשרות בחוזה. חוזה- המצאה גאונית של המין האנושי מאפשרת מצב של כולם מרוויחים. בלי חוזה המצב של הציבור פחות טוב. המדינה נותנת משהו אבל היא מקבלת משהו באופן שכדאי לה. האינטרס הציבורי עצמו, למרות החיכוך בעקרונות של המשפט המינהלי, לאפשר להתקשר ולעצב דיני חוזים מנהליים שיתנו ביטוי גם לאינטרסים הציבוריים שמתבטאים באיסור על כבילת שיקול הדעת. כמובן, שאם רשות מתקשרת בהסכם, נניח שהיא לא הייתה יכולה להתקשר בהסכם משפטי מחייב אלא רק במין הסכם גנטלמני, כלל שגם הוא חלק מהכללים של הציבורי זה הוגנות של רשויות ציבוריות. אי אפשר לייצב דיני הסכמים שהם רק של אחד מהצדדים. גם הרשות צריכה להתנהג באופן הגון, דווקא מכוח כללי המינהל הציבורי- יש לה סטנדרטים גבוהים במיוחד של ההגינות. עוד ייחוד של החוזים או ההסכמים המחייבים שצד להם הוא רשת שלטונית הוא בכך שאם אמרנו בהגדרה הסכם הוא כזה שמשפר את המצב של כל אחד מהצדדים, הוא מקבל איזושהי הטבה שלא הייתה לו אלמלא החוזה. שהרשות מעניקה הטבות, היא צריכה להקצות אותם לכללי המשפט הציבורי, כולל עקרון השוויון. אדם פרטי יכול להתקשר עם מי שמתחשק לו, רשות ציבורית, עצם ההתקשרות זה שיקול הדעת, וחלים עליו כללי המשפט הציבורי, שהרשות מחלקת הטבה מתעוררים כללים של המשפט הציבורי. כלל החשוב ביותר הוא באמת כלל השוויון.

לכן דיני החוזים המנהליים או הסכמים שלטוניים מחייבים נדרשים לאזן מצד אחד בין החופשיות ואי היכולת לכבול את שיקול הדעת המינהלי, הצורך לפעול לטובת הציבור, העובדה שהתקשרות בחוזה, היא בעצמה לטובת הציבור. בתוך מתן משקל לכך שהתקשרות בחוזה היא לא פרטית אלא ציבורית.

**שאלות מקדמיות-**

-כוונה להתקשר בחוזה / בהסכם משפטי; פס"ד אלחג' אבו עקל.

- הבחנה בין חוזים להפעלת סמכות שלטונית לחוזים "מסחריים".

שיש הסכם יש חזקה ששני האנשים עושים הסכם הוא הסכם משפטי אלא אם כן יש אינדיקציה משתמעת ההסכם איננו משפטי, אלא רק במישור המוסרי או האנושי או הבין אישי. בתחום ההסכמים השלטוניים השאלה הזו האם הייתה כוונה להתקשרות משפטית הייתה פחות טריוויאלית. יש סוגים מסוימים של הסכמים, כמו פס"ד אלח'ג אבו עקל- ההנחה היא שהצדדים לא התכוונו שההסכם יהיה הסכם משפטי מחייב ויחולו עליה דיני החוזים או ענף אחר שיהפוך אותם למחייבים. יש גישה שאומרת שסוגים שונים של הסכם, כהסכם משפטי ההסכם הוא בלתי חוקי- נניח הסכמים קואליציוניים, לא נכון לומר שצדדים להסכמים אלו בהכרח כוונתן להסכמים ג'נטלמניים שאין להם תוקף משפטי מחייב. הסכמים מהסוג הזה אין להם תוקף מחייב ללא קשר לכוונת הצדדים. זה לא שההסכם הוא בלתי חוקי- הסכם קואליציוני הוא בסדר גמור במדינה דמוקרטית. אבל מה שעשוי להיות בלתי חוקי הוא לא ההסכם אלא מתן תוקף משפטי להסכם. יש הסכם שמותר להתקשר בו כאיננו מחייב משפטי, אבל מתן תוקף משפטי זה הדבר הבלתי חוקי. ביהמ"ש לא אומר את זה במפורש. הוא אומר שחזקה שבנושאים מסוימים ההסכם איננו מחייב.

בעבר, עד תחילת שנות ה-60, בפס"ד **מילר**, ביהמ"ש ביקש להבחין בין שני סוגים של הסכמים של רשויות שהמשפט המנהלי חל עליהם.

**שני הסוגים**:

1. חוזים להפעלת סמכות שלטונית- למשל מתן רישיונות, חוזים הנוגעים רגולציה
2. חוזים מסחריים רגילים- לא עוסקים בהפעלת סמכות שלטונית. אינה שונה במהות מגוף פרטי אחר. המדינה מוכרת/קונה.

לפי גישה זו, ששררה עד פס"ד **מילר**, אין תוקף לחוזה הנוגע להפעלת סמכות שלטונית, משום שמדובר בחוזה שמגביל את שק"ד, בעוד כאשר מדובר בחוזה בעלת אופן מסחרי, אין בעיה. יחולו עליה כללים שונים מאלה שחלים על גורמים פרטיים משום שאין בהם הגבלה של שק"ד שיפוטי.

בפס"ד **מילר** קבעו כי **אין טעם בהבחנה זו**.

בסופו של דבר הגיעו למסקנה בפס"ד מילר שאין טעם בהבחנה הזו- לא מבחינה תאורטית או פרקטית מכיוון שכל מה שרשות עושה, היא לא עושה בצורה מסחרית, היא עושה בגדר הסמכות שלה. רשות צריכה לכל דבר שהיא עושה להיות מוסמכת, והכל צריך להיות כחלק מסמכותה הציבורית והשלטונית. יש המון מקרים שקשה לסווג אותם, שלטוני, פרטי. השתחררות מהחוזה שמדגים את הקושי בין חוזה מסחרי לבין הסכם שנוגע לעניין שלטוני- **חוזה לקנייה של מסכות גז**. מצד אחד אפשר לומר- מסכות הגז הן למען ביטחון המדינה. מצד שני יש אלמנט מסחרי של קנייה ומכירה של מסכות הגז. לא בטוח שההבחנה הזאת איננה תמיד חד משמעית, יש אזורי גבול. ביהמ"ש הגיע למסקנה כי מבחינה תיאורטית ההבחנה היא בלתי אפשרית כי גם שמדובר בסכמות שלטונית טובת הציבור יכולה לפעמים להראות שאי אפשר להתערב. גם החוזים הם אמצעי להפעלת הזכויות שלה. עדיין מפה לשם ניתן משקל לגבי השתחררות מחוזה האם זה חוקי או לא. ביהמ"ש מגביל זכויות להחלטתן להשתחרר מחוזה מחייב זה עילה תקציבית. מגיעים למסקנה שאין מספיק כסף, רוצה להעביר סכום למשהו אחר. מה אולי עומד ביסוד הגישה המצמצמת של ביהמ"ש מטעמים כספיים, לאדם רגיל מעניינים של כסף, שהנימוק להשתחררות או לשינוי מדיניות דרמטי? אי אפשר להבחין ולא ראוי להבחין.

**בהיעדר חקיקה-** אין לנו חוק חוזים מנהליים, כמו בהרבה דברים מנהליים. ולכן כאשר אנו נתקלים בהסכם, למרות שהפסיקה פיתחה את הדנים החלים, הרבה פעמים מתעוררות שאלות לא פשוטות. שאלות-

1. איזה דין מחילים? דיני חוזים, משפט מנהלי או דואליות נורמטיבית? האם מחילים את דיני החוזים בו נוסיף כללים של המשפט המנהלי שיהיו כחריגים או כפי שהשופט זמיר טען שיש להחיל את המשפט המנהלי ונעשה היקש במקרה של שאלות קשות. **דוגמא**: לפי חוק החוזים, חוזה לא חוקי הוא בטל אך יש את ס' 30 אשר קובע דרכים לחייב צד לבצע למרות זאת. לעומת זאת, 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 של המשפט המנהלי אשר ייחודיים לחוזים המנהליים.
2. סוגים שונים של הסכמים- גם אם הפסיקה אומרת שבדרכ על הסכם מחייב שהמדינה התקשרה בו חלים דיני החוזים עם דואליות נורמטיבית אבל יש סוגים של הסכמים שעשויים להיות הסכמים מחייבים, נניח הסכמי טיעון שאינם מוסדרים בכלל דרך דיני חוזים. **הסדרי טיעון לא חלים בכלל דיני החוזים אלא רק המשפט הציבורי**. אין לנו משפט מנהלי או ציבורי מאוד מפותח על חוזים שנשלטים ע"י המשפט המנהלי. לפחות השופט ברק איננו פוסל לחלוטין את ההסכמים הפוליטיים- אומר שלא חלים דיני החוזים אלא דיני המשפט המנהלי. זה לא מסוג חוזה כמו בדיני החוזים. חוסר בהירות שמתעורר בהיעדר חקיקה בכלל במשפט המנהלי הכללי, הוא שההבחנות הקיימות בפסיקה אינן מעוגנות באופן ברור, וחלק מהקטגוריות כדוגמאת הסדרי טיעון, בית המשפט אומר שלא חל עליהם דין החוזים אלא רק משפט ציבורי ומה אומר המשפט המנהלי בתחום הזה? יש הרבה מאוד לאקונות. התוכן של הדין אינו בהיר. איזה הסדר חל בחוזה בלתי חוקי? מה בדיוק חל בהיעדר חקיקה מפורטת בנושא הזה. זה החולשה, הבעיה הגדולה של המשפט המנהלי הכללי שאין חקיקה כללית. ביהמ"ש יכול לומר על סוגים שונים של חוזים. צריך לחכות שהעניין יגיע לביהמ"ש.
3. מה תוכן הדין? ביהמ"ש אומר שלא חל על הסכמים מסוימים לא 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?

אחד ההבדלים המשמעותיים שאנחנו כן מחילים את דיני החוזים, אבל צד לחוזה הוא רשות מנהלית הוא **הלכת ההשתחררות**. מובן שלפי דיני החוזים עצמם לעומת הצד הפרטי, אז כל צד יכול לבטל את החוזה לפי דיני החוזים עצמם. רשות יכולה לבטל את החוזה לא רק במקרה של הפרה או במקרה של אחת מטענות הביטול, אלא יש עילה מיוחדת שחלה לא במקרה של הפרה, שמקנה יכולת ביטול נוספת וזה הלכת ההשתחררות, גם אם לא מתקיימת עילת ביטול מכוח דיני החוזים הכלליים, רשות ציבורית יכולה לשחרר את עצמה ממחויבות החוזית והיא צריכה לאזן מצד אחד בין הצורך וחובת השלטון להתנהג באופן הוגן לעומת טובת הציבור. שיקול נוסף שהפסיקה לא מזכירה אותו- השלכת הרוחב מבחינת נכונות להתקשר עם חוזיות והמחיר החוזי שייקבע. אם היה סיכוי משמעותי שמתקשרים עם ישראל היו חוששים ובכל מקרה זה היה מקבל ביטוי במחיר החוזי. גם אם זה במקרים זניחים בוודאי שהיה לזה ביטוי. גם אם לגוף העניין ראוי להשתחרר בגלל האינטרס הציבורי- עשו זאת לגבי חוזים עתידיים

אם רשות תבקש להשתחרר, יש סיכוי לא קטן שביהמ"ש יפסול את ההחלטה. **צריכה להיות סיבה משמעותית/אינטרס בעל עוצמה**. (פס"ד **מילר**)

מהן עילות ההשתחררות? על-פי פס"ד **מילר**, אינטרס חיוני. זה לא אומר הרבה ולכן אנחנו צריכים לראות מהפסיקה שהצטברה בתחום, אין המשפט מתייחס לעילות שונות. בכל מקרה, מצפים שיהיה מדובר באינטרס בעל עוצמה.

**עילות ההשתחררות**:

1. שינוי משמעותי של הנסיבות
2. שינוי מדיניות
3. משך החוזה
4. חוזה יחס
5. אי-חוקיות ההסכם- לרבות היבט השוויוניות (פס"ד **חברת החשמל**)
6. שיקול כלכלי- ביהמ"ש מתייחס בחשדנות אבל לא פוסל

שיקול הדעת בהשתחררות – שיקול דעת מינהלי – הוא צריך להתבסס על שיקולים עניינים זרים, במסגרת מתחם הסבירות וגם את אלמנט העקביות.

**פיצויי השתחררות- מתי ישולמו / שיעורם**- בפס"ד מילר, נאמר שבמקרים של השתחררות עדיין הרשות עשויה להיות מחויבת לשלם לצד השני פיצויים. אז מה כן? יש פס"ד אחד של השופט אנגלרד שאמר שאילו יהיו פיצויי הסתמכות. אבל שאר פסקי הדין לא מחשבים את זה בצורה מדויקת. לא מדובר בהרבה כסף. אפשר לחייב את הרשות בפיצויים- אלא לא פיצויי ציפייה. האם פיצויי הסתמכות? לא בהכרח. זה יכול להיות פחות. הנטייה היא שככל שפוסקים פיצויים אפשר להבין מה הוגן שהצד הפרטי יקבל. יש חשיבה כללית שלא מבוססת הוכחות על שיקולים של הסתמכות. יחזירו בדרכ את ההוצאות שהוא הוציא. יש עמימות האם בכלל מפצים בהסתמכות. מתן הפיצויים נתון לשיקול הדעת של ביהמ"ש כך שאי אפשר להצביע על כלל ברור שמדבר על מתי ומהו שיעור הפיצויים. העיקרון הוא שבמקרה של השתחררות הרשות עשויה להיות מחויבת בפיצויים – אומדן והסתמכות.

**מכרזים-**

מכרז: הליך מאורגן תחרותי לבחירת המתקשר

מחליף משא ומתן, חלים דיני המכרזים.

חלק נכבד מהחוזים בישראל – חוזים של המדינה, רשויות מקומיות, וגופים אחרים הכפופים לחובת המכרז (חברות ממשלתיות, תאגידים סטטוטוריים, מועצות דתיות, קופות חולים ומוסדות להשכלה גבוהה)

חובת המכרז נקבעה בעבר בפסיקה ; הוחלפה בחקיקה, לפעמים יש לאקונות ועדיין יכולים לחול דיני המכרזים, ברוב המקרים אנחנו לא פונים למשפט המינלי הכללי אלא לחוקים; בעיקר חוק חובת המכרזים

עיקרי הדינים קבועים בתקנות- בדיני המכרזים החוק לא אומר כמעט שום דבר. בגדול החוק אומר בתשעה סעיפים, שדיני המכרזים ייקבעו בתקנות- הוראות פטור, הליך המכרז, היבטים עקרוניים בהליך המכרז, מי מחליט, מה השיקולים? קבועים בתקנות גם ההסדרים המהותיים שבחקיקה נכונה היו אמורים להיות בחוק של הכנסת.

מטרות חובת המכרזים- יש מטרות שונות:

-ערכיות- שוויון וטוהר המידות

-המטרה הכלכלית המסחרית- בחירת ההצעה הטובה ביותר (לרבות שיקולים של עידוד נשים, העדפת תוצרת הארץ העדפה אזורי עדיפות לאומי. טיב המקצועי של ההצעה.)

החוזה אמור להיות שווה לשני הצדדים.

יש לפעמים מצבים שיש התנגשות בין המטרות, נניח ערבות בנקאית לפי תנאים מסוימים. נניח מישהו מתחרה במכרז, פוסלים את ההצעה. הצעה שלא עומדת בתנאי המכרז, **אם יש התנגשות אז שוויון וטוהר המידות קובעים**!

**ישנם כמה סוגי מכרזים-**

1. מכרז פומבי- מועדף – גוף ציבורי יעדיף לבצע התקשרויות בדרך של מכרז פומבי רגיל גם מקום שמותר לו לבצע התקשרויות שלא בדרך זאת. מי שמעוניין מגיש הצעות למכרז עד יום ושעה מסוימת, מתכנסת ועדת המכרזים, הצעה שלא עומדת בתנאים נפסלת, ובוחרים את ההצעה הטובה ביותר שלפי הקריטריונים שנקבעו והחוזה הוא חוזה אחיד.
2. מכרז סגור- נוקט בתחומים שיש מציעים פונטציאלים רבים מאוד. יש תחומים במשק שהם כשירים, מצב כזה, אילו היה מכרז פומבי רגיל, אם מישהו רוצה להיכנס למכרזים סגורים, מגיש התמודדות וקובעים מי המתאימים לכך. ואז כל פעם שעושים מכרז באותו תחום פונים אליהם, וכל פעם היא פונה לחמישה, אם מישהו יודע שיש לו סיכויים גבוהים למכרז הוא יודע שהוא יכול לזכות וכן יציע את ההצעה הטובה ביותר מבחינתו. כל פעם בוחרים מספר מסוים של אנשים/קבוצות אקראית ורק הם מועמדים למכרז. אלה מכרזים שלא נעשים רק פעם בכמה שנים, אלא מכרזים יותר שכיחים.

יש **שני שלבים**:

1. הגשת מועמדות לרשימת הגורמים הפוטנציאלים
2. כל פעם שיש מכרז באתו התחום, לפי סדר אקראי, פונים לגופים

כאשר גוף יודע שיש לו סיכוי גדול יותר לזכות, סביר להניח שהוא יגיש הצעה.

1. מעין מכרז- נועד לסוגים של שירותים שאין אפשרות קבוע מראש את התנאים, אלא חייבים בו לנהל איזשהו סוג של משא ומתן מראש, מעין הזמנה להגיש הצעות. **לדוגמא:** מדינת ישראל רוצה לרכוש מטוסים. אי אפשר עכשיו לקבוע איזה סוג מטוס. אבל כמובן לא פונים באופן שרירותי לאיזו חברה. אבל מזמינים את מי שמעוניין. יש אלמנט תחרותי אבל בלי התחרות הקשה. גם אם זה לא בהכרח לטובת הציבור. גם אי אפשר להימנע מכל משא ומתן. יש מורכבות שלא מאפשרת ולכן קוראים לזה מעין מכרז.

יש בתקנות שמותר מכרז סגור ומותר מעין מכרז, יש סעיף שאומר שעדיין צריך לתת העדפה למכרז פומבי, שומר באופן הטוב ביותר על שוויון וטוהר המידות.

חוק חובת המכרזים לא קובע את דיני המכרזים הוא מסמיך להתקין תקנות.

ס' 4 לחוק חובת המכרזים: פטור ממכרז, מכרז סגור ודרכי עריכת מכרז

"(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."

תקנות ניתן לקבוע דרך כלל, לסוגי עסקאות או לסוגי גופים המתקשרים. תקנות יחולו ככל שאינן סותרות התחייבות של המדינה באמנה בינלאומית.

יש מאות **תקנות פטור**, מתי לא חייבים לעשות מכרז. ס' 3 לתקנות חובת המכרזים: פטור מחובת 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 על שיקולים זרים או חוסר טוהר מידות, מישהו פשוט חשב שזה לא ראוי שיהיה מכרז ואז הוא פונה ומבקש תקנת פטור ייעודית.

ראוי לתת פטור כללי מאשר פטור ספציפי.

**שלבי המכרז-**

* קביעת תנאים, כולל תנאי סף- מי רשאי לגשת, הכשרה נדרשת, וותק נדרש וכו. תמיד יש מועד ספציפי שעד אז אפשר להגיש. ובמכרז כוללים את השיקולים להכרעה במכרז. בתוך המכרז מציינים את המשל היחסי של כל אחד ואחד מה התנאים. ועדת המכרזים תבחר את ההצעה הזולה או היקרה ביותר לפי העניין.
* פרסום וקבלת הצעות
* בדיקה עמידה בתנאי סף
* שיקולים בהכרעה במכרז: ועדת המכרזים תבחר את ההצעה הזולה או היקרה ביותר, לפי הענין, זולת אם החליטה שלא לעשות כן בנסיבות מיוחדות ומטעמים מיוחדים שיירשמו ולאחר שנתנה לבעל ההצעה הזולה או היקרה ביותר לפי הענין הזדמנות להביא טענות בפניה;
* נכללו במסמכי המכרז פרטים לעניין אמות המידה שלפיהם תיבחר ההצעה הזוכה תיבחר ועדת המכרזים את ההצעה המעניקה את מירב ההיתרונות לעורך המכרז בהתאם לאמות המידה כאמור, זולת אם החליטה שלא לעשות כן בנסיבות מיוחדות ומטעמים מיוחדים שיירשמו. **מהן אמות מידה?** אמות המידה לבחירת ההצעה המעניקה את מירב היתרונות לעורך המכרז הן אלה, כולן או חלקן-
1. המחיר המוצע או המבוקש לפי העניין
2. איכות הטובין או המקרקעין, העבודה או השירות המוצעים, או נתונים מיוחדים שלהם, והתאמתם לעורך המכרז
3. אמינותו של המציע, כישוריו, ניסיונו, מומחיותו ותחומי התמחותו
4. המלצות אודות המציע, אם נדרשו לפי תנאי המכרז, ומידת שביעות הרצון מאופן ביצוע התקשרויות קודמות.
5. דרישות מיוחדות של עורך המכרז
6. התנהלותו של המציע בנוגע לשמירת זכויות עובדים

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

**רגולציה-**

נושא מרכזי במנהל הציבורי. נושא שהולך ומתפשט. הכנסת לפני כמה חודשים חוקקה חוק- חוק עקרונות האסדרה. אמור להסדיר את עקרונות הרגולציה.

ס' 3 לחוק עקרונות האסדרה: הגדרות

" 'אסדרה' – הוראה הקובעת כלל התנהגות שהוא בעל אופי כללי, ומתקיימים בה כל אלה:

1. היא נקבעה לשם הסדרת פעילות כלכלית או חברתית;
2. היא ניתנת לאכיפה פלילית או מינהלית בידי רשות ציבורית או תאגיד ציבורי;
3. היא נקבעה בחיקוק או שנקבעה על פי סמכות כדיןבהנחיה, נוהל, חוזר, גילוי דעת או בהוראה מסוג דומה אף אםכינויה שונה, לרבות הוראה כאמור המקבלת תוקף מחייב בעת הכללתה כתנאי באישור אסדרתי; והכול למעט הוראה כמפורט להלן:
4. הוראה בעניין הסדרת מתן שירותי חינוך, מתן שירות טיפולי, ובכלל זה מתן טיפול רפואי כהגדרתו בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, לרבות טיפול נפשי וטיפול פארה-רפואי, וכן מתן טיפול סוציאלי או פסיכו-סוציאלי, אשר ניתנים ברובם בידי הממשלה, בעצמה או באמצעות אחר מטעמה, למעט הוראה כאמור שחלה רק על שירותים שנותן גוף פרטי שלא מטעמה של הממשלה;
5. הוראה שעניינה הסדרת פעילות של גוף הנמנה עם המגזר הציבורי הרחב בלבד;

לעניין הגדרה זו, " אכיפה מינהלית" – לרבות אי-מתן אישור אסדרתי;**"**

החוק לא חל על גופים ציבוריים מסוימים, וגם גופים דו-מהותיים מסוימים.

ס' ההגדרות:

" 'גוף הנמנה עם המגזר הציבורי הרחב' – כל אחד מאלה:

1. הממשלה ומשרדי הממשלה, לרבות יחידותיהם ויחידות הסמך שלהם;
2. גוף נתמך, תאגיד בריאות או גוף מתוקצב, לרבות תאגיד שבידי רשות מקומית לפחות מחצית מההון או מחצית מכוח ההצבעה בו; לעניין זה, "גוף נתמך", "תאגיד בריאות" ו"גוף מתוקצב" – כהגדרתם בסעיף 21 לחוק יסודות התקציב;
3. קופת חולים;
4. מוסד חינוך שאינו גוף נתמך כאמור בפסקה (2);
5. מוסד מוכר להשכלה גבוהה כמשמעותו בחוק המועצה להשכלה גבוהה, או מוסד שניתנה לו תעודת היתר לפי סעיף 21א לחוק האמור;
6. צבא הגנה לישראל;
7. שירות בתי הסוהר;
8. משטרת ישראל;"

אז לכאורה זו איזו בשורה. המחוקק מכניס חוק של המשפט המנהלי על נושא עכשווי. אולם החוק הזה לא מסביר לחלוטין. בעיקרו הוא עוסק בקביעת מנגנונים שונים אך אין התאמה למשפט המנהלי הכללי. החוק הזה הוא כן קצת מסובך שעלול להטיל נטל נוסף. נראה בהשמך השנים אם מטרות החוק באמת הושגו. בחוק אין ניסיון להתאים את המשפט המנהלי הכללי לסמכויות רגולציה.

מה זה רגולציה/אסדרה? פיקוח שלטוני על פעילות. בדר"כ פעילות פרטית. החוק מצמצם את עצמו רק לפעילות זו. **דוגמא קלאסית**: פיקוח השלטון המרכזי על השלטון המקומי. **דוגמא נוספת**: החשב הכללי שבא לפקח על ההיבט התקציבי.

ענף הרגולציה שהולך ומתפתח במשפט המנהלי, קם על רקע התפתחות חברתית. התפתחות של מדיניות. השלטון פחות עושה והוא יותר מפקח באמצעות אסדרה על פעילות חוץ שלטונית, על גופים פרטיים. יש עדיין דברים שהשלטון עושה בעצמו כמו הפעלת כח של משטרה וצבא. מתפתחת המדינה הרגולטורית- הפחתה של מעורבות המדינה בהספקה ישירה של מצרכים ושירותים והרחבת המעורבות העקיפה באמצעות אסדרה של פעילות פרטית: קביעת כללים ואכיפתם.

התפיסה הבסיסית היא שהשוק החופשי מיטיב עם המדינה (היא לא צריכה לספק את הצרכים והשירותים). אז למה צריך פיקוח? לתקן כשלי דור וקידום מטרות חברתיות.

הרגולציה נובעת מתהליך ההפרטה. ככל שמפריטים, השלטון מחליף את תפקידו לפיקוח. יש תחומים שגם בעבר היו תחומים פרטיים, אך המדינה לא פיקחה עליהם משום שנחשבו בתחום האוטונומיה של הפרט, אך עם השנים הוכללו בתחום מעורבותה של המדינה. **דוגמא**: זכויות אנשים עם מוגבלות.

רשויות הרגולציה המרכזיות הן גופים עצמאיים, ולא כאלה ששייכים לשלטון דרך משרדי הממשלה. אלו גופים בעלי ניסיון ומקצועיות, משוחררים משיקולים פוליטיים. מאחר שגופים עצמאיים עובדים לטווח ארוך, והם יציבים, ולא מתחלפים כמו הכנסת והממשלה, הם יציבים יחסית ויכולים לפתח מדיניות לטווח ארוך. מה שמאפיין גופים אלה במיוחד בנושאי הרגולציה המרכזיים, הוא שילוב הסמכויות. לרגולטורים אלה, העצמאיים המקצועיים, יש גם סמכויות חקיקה ואף סמכות להוציא הנחיות מנהליות. הן גם רשויות מפקחות, חוקרות, אוכפות ורבות אף עוסקות בשפיטה.

יש תופעה שהיא יחסית נדירה בגופים לא רגולטוריים, שהיא שילוב של כל סמכויות אלה. זה מעורר בעיות לא פשוטות אפילו במשפט החוקתי.

יש מספר **סוגים של רגולציה**:

1. ציווי ושליטה- הסוג הקלאסי. הרגולטור מוציא הוראות מחייבות. הוא אוכף את הוראות אלה בדרכים שונות.
2. רגולציה רכה- באמצעות יצירת תמריצים. אין הוראות מחייבות עם איזה עונש. יש תמריצים לפעול צורה מסוימת.
3. רגולציה של שקיפות- מחייבים להיות שקופים לפי כללים שקועים
4. הסכמים רגולטוריים- מתקיים משא ומתן בין הרגולטור לבין הגופים. חותמים על חוזה והוא עוסק בקביעת כללים והוראות.

רובנו שומעים שלרגולציה יש עלויות. יש עלויות לרגולטור אבל גם לגופים עצמו. **דוגמא**: מכון התקנים. הוא מוסמך להרבה מאוד מוצרים מסגים שונים על מנת למכור אותם בארץ על פי תקן מחייב. הרגולציה עלולה לדרוש דברים שעולים הרבה מאוד כסף. הייתה טענה שהתקנים היו רק לגופים ספציפיים.

לרגולציה יכולות להיות, ואף יש לה עלויות גבוהות.

**רגולציה וביקורת שיפוטית-**

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. לקחת בחשבון שהרגולציה עצמה היא עצמאי של הבטחת זכויות הפרט אל מול תאגידים רבי עוצמה. ביקורת שיפוטית רגילה זה הפרט מול השלטון, בתחום הרגולציה הרגולטור עצמו הוא גוף של השלטון שמטרתו להגן על הפרט, לא אל מול השלטון או מול התאגיד, אלא אל מול תאגידים רבי עוצה אחרים. לכן, לשיטתו של רויטמן הביקורת השיפוטית על סמכויות רגולציה צריכה לצאת מתוך נקודת מבט שונה מתוך תירוץ הרגולציה, הוא השותף של ההגנה של זכויות הפרטים.

סמכויות רגולציה מתאפיינות בייחוד סמכויות של שלטונות- מחוקקים מבצעים ושופטים, בסוף זה יכול להגיע לביהמ"ש, היקף הסמכויות אין להם מקבילות בסמכויות רגילות, עוסקות בביצוע, אין איחוד סמכויות כזה כמו סמכות אחת. העוצמה, באמצעות איחוד הסמכויות ניתנים להם למרות שהם רשויות לא נבחרות, אין להם את הקישור הדמוקרטי, והם לא נבחרי ציבור, לאסדרה יש גם עלויות על הציבור. היא אמורה להגן על הציבור אבל יש לה גם עלויות הפוגעות בציבור וזה לא חד סיטרי שהיא גם עלויות על הציבור, אלא עלויות שנופלות על הציבור. גם אם לוקחים בחשבון את האיחוד של הרגולציה. הם לא נבחרים, ואסדרה זה לא דבר שמגן רק על האזרח, יש לו עלויות שנופלות על ציבור האזרחים. הסמכות היחידה שניתנת היא לביהמ"ש שיכול לשפוט את העניין, אך שאר הדברים הם בידי הרשות. ולנוכח דברים אלו, לנוכח איחוד הסמכויות אצל רשויות מאסדרות והיותן בלתי נבחרות ובהתחשב בעלויות האסדרה- צורך בביקורת שיפוטית קפדנית יותר מהרגילה, על בסיס סטנדרטים קפדניים יותר.

זה לא המצב בפועל תמיד, בית המשפט מתעלם מהמצב שהביקורת מגיעה אליו בפעם הראשונה שהרגולטור לא קשור לנושא. בית המשפט מתייחס לזה כמו החלטה מנהלית מקצועית רגילה, יש בזה קושי, ביקורת שיפוטית לא צריכה להיות יותר מאפשרת, אלא המדיניות שצריכה להנחות את בתי המשפט צריכה להיות הפוכה.

הוא מדגים את התזה שלו בכל מיני נושאים של משפט מינהלי-

עקרון החוקיות החדש- בנסיבות שבהן הרשות המינהלית המאסדרת פועלת לקידום אינטרס ציבורי לגיטימי, יש לפרש בהרחבה את החקיקה המסמיכה, ככל שנדרש לצורך פיקוח יעיל.

יש לפרש הוראת חוק המקנה סמכות לרשות מאסדרת כמקנה לה גם סמכות משתמעת לקיים פיקוח בקשר לאותה סמכות.

גישה "הקשרית" ברוח פסק דין המפקד הלאומי- דיבר על עקרון החוקיות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, פגיעה של זכות צריכה להיקבע בחור או מכוח חוק, בית המשפט אמר עד כמה צריכה להיות הסמכה מפורשת, אם הסמכות פוגעת פגיעה קשה בזכות חשובה, חשוב שיהיה חוק מאוד מפורט, לעומת זאת, גם אם יש פגיעה כלשהי בזכות והפגיעה לא חמורה אז יקלו ויאמרו שהזכות לפגוע בזכות קבועה בחוק. ככל שרגולטור מטרתו לשמור על זכויות הפרט מול גורמים תאגידיים על ביהמ"ש לפרש בהחרבה את הסמכויות.

יש להבחין בין נסיבות שבהן האכיפה נעשית מול פרט לבין נסיבות שבהן מדובר באכיפה של נורמות רגולטוריות כלפי תאגיד רב עוצמה.

השפעתם של גופים עסקיים פרטיים בעוצמה 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 לפרד את הסמכות המסורה לרשות מינהלי בצורה רחבה".

ביקורת על גישת רויטמן-

* חשיבות עקרון החוקיות
* חוקיות ופגיעה בזכויות החוקיות נדרש כאשר יש פגיעה בזכויות. ישנן זכויות גם לתאגידים, יש תפיסה דמוקרטית שבסופו של דבר שיש חקיקה.....

הלכת מיכלין- דין רציו בתחום הרגולציה

* ביקורת קשיים דמוקרטיים

תשתית עובדתית-

* ככלל ובוודאי בסמכויות הפוגעות בזכויות כדוגמאת חופש העיסוק- תשתית עובדתית נאותה, ברורה, חד משמעית ומשכנעת. שמדובר ברגולטור שמדבר על זכויות אדם אז הוא מבקש להקל על העקרון של תשתית עובדתית נאותה.
* מניעת השפעה של בעלי עניין
* "דרישה מדבידה לגיבוש תשתיות 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 בדקך הפעולה של הגופים המפוקחים והתמורות המתרחשות במציאות חברתית וכלכלית.

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

**נימוקים-**

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

ביקורת- פעילות שלטונית ללא תשתית עובדתית הולמת, ולא כל שכן פעילות הפוגעת בזכויות (לרבות אכיפה)- מעוררת קושי.

אפשר להבין את טענות של רויטמן, הן מאוד בעייתיות, אם יש מקום להתאמת המשפט המנהלי להתאים לרגולציה, זה לא בהכח נכון לעשות כך, בדרך כלל הביקורת השיפוטית על סמכויות רגילות היא ביקורת שיפוטית שמבוססת על תשתית עובדתית שנקבעה ע"י הגוף השלטוני תוך מתן שיקול דעת רחב, זה בוחן את מתחם הסבירות, מתחם החוקיות. דווקא שמדובר ברגולטור שיש לו עוצמה כל כך גדולה שהוא מפעיל סמכויות אכיפה למיניהם, הביקורת השיפוטית צריכה להיות דומה לערעור.

**ממחברת של מישהי אחרת מהכיתה על כל השיעור הנ"ל**

התזה הבסיסית היא שהביקורת השיפוטית על סמכויות רגולציה, צריכה להיות מדיניות שונה מהמדיניות הקובעת כיצד להפעיל ביקורת על החוק. הביקורת באה כדי להגביל, את הרשויות המוסמכות אל מול הציבור מתוך הנחה שהפעלת סמכות שלטונית, יש באה לפגוע בזכויות ואינטרסים, גם אם זה מוצדק. ביהמ"ש מפקח על כך שהשלטון יפעיל את סמכויותיו באופן תקין.

כאשר מדברים על רגולציה, לפי רויטמן, לאור העובדה שהיא באה להגן על הציבור, הביקורת הציבורית צריכה לקחת בחשבון שהרגולציה עצמה היא אמצעי של הבטחת זכויות הפרט מול אינטרסים של תאגידים. ביקורת שיפוטית רגילה היא פרט מול שלטון. הרגולטור עצמו הוא גוף של השלטון ומטרתו להגן על הפרט, לא מול השלטון, אלא אל מול תאגידי בעלי עוצמה גדולים. לשיטתו, הביקורת השיפוטית על סמכויות רגולציה, צריכה לצאת מנק מבט שונה, של תמרוץ הרגולציה ולא הגבלתו. המרצה אומר שהוא לא כל כך מסכים. מהצד השני, סמכויות רגולציה רבות מאוד מתאפיינות באיחוד סמכויות שלא קיים בגופים אחרים. רגולטורים הם גם מחוקקים, גם מבצעים, גם חוקרים וגם שופטים. להיקף הסמכות אין דבר דומה ברשויות מנהליות אחרות. העוצמה באיחוד הסמכויות, העובדה שהרשויות האלה אינן נבחרות וכן שלהסדרה יש עלויות רבות הם שיקולים דווקא לדרוש ביקורת יותר מחמירה. זה לא המצב בפועל תמיד.

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

חוקיות- עקרון בסיסי ביותר במשפט המנהלי הוא עקרון חוקיות המנהל. רשות לא מוסמכת לפעול אם היא לא מוסמכת. הוא טוען שצריך להסדיר זאת גם על רגולציה. הוא טוען שצריך להיות חקיקה מסמיכה אך שתהיה אפשרות לתת פרשנות מרחיבה. ולכן צריך לפרש חוק המסמיך רגולטור לפעול, גם ככזה שמסמיך פיקוח. הוא מביא את פס"ד המפקד הלאומי. בפסקת ההגבלה נקבע שפגיעה בזכות צריכה להיות בהסמכה מפורשת ומפורטת. זה תלוי בהקשר. אם יש פגיעה קשה בזכות חשובה, ביהמ"ש ידרוש שיהיה חוק מאוד מפורט. לעומת זאת, אם יש פגיעה כלשהי שהיא אינה כל כך חמורה בזכות שאינה כל כך חשובה, אז יהיה ניתן לתת הסמכה. רויטמן מקיש מעקרון זה. גם אם רגולציה פוגעת בזכויות המפוקחים, נפרש את החוק בצורה הכי רחבה שאפשר במסגרת הגמישות שביהמ"ש איפשר, תוך הבחנה בין נסיבות שהאכיפה נעשית מול פרט לבין אכיפה הנעשית מול בעלת עוצמה. הגישה הכללית היא ברורה. ככל שרגולטור, מטרתו לשמור על זכויות הפרט מפני תאגידים גדולים, אז ניתן פרשנות רחבה יותר לסמכויות.

"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."

(יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" **משפט וממשל** יח 219, 26 (2017))

לפי המרצה יש מקום לביקורות שונות. יש חשיבות לעקרון החוקיות במדינה דמוקרטית. חוקיות נדרשת כמובן כשיש פגיעות בזכויות. זכויות יש גם לתאגידים, ולא רק גורמים פרטיים. כאשר יש חקיקה, זה צריך להיות בחירה של הרשויות הנבחרות. יש קושי בכך.

דיברנו על הלכת מיכלין הקובעת שאסור לרשות מוסמכת לקבל הוראות מרשות אחרת גם אם היא היררכית במעמד גבוה יותר. יש על הלכה זו ביקורת רבה וביהמ"ש מצא כל מיני דרכים כדי לעקוף אותה ולצמצם אותה. רויטמן אומר שצריך לחזור להלכת מיכלין. הרגולטור לא צריך לקחת בחשבון מדיניות של רשויות שפורמאלית נמצאות מעליו. המרצה אומר שגם כאן יש קושי דמוקרטי. מדיניות ביהמ"ש לצמצם את השפעתם נובעת מהחשש להדיר את הרשויות הנבחרות מקבלת החלטות מדיניות. הגישה לא צריכה להיות גורפת. לרגולטורים יש גם סמכויות אכיפה ושפיטה שברור ששם לא ניתן להתערב. הביקורת שיש על הלכת מיכלין והשפעתה על פסיקות ביהמ"ש, במקרים רבים מתאימה גם בקשר לסמכות אסדרה.

נושא נוסף עליו מדבר רויטמן הוא התשתית העובדתית. אחד התנאים החשובים הוא שרשות המקבלת החלטה, צריכה להתבסס על תשתית עובדתית רצינית לפי שהיא מקבלת החלטה. לא ניתן לקבל החלטה בלתי מבוססת. רויטמן אומר שכאשר מדובר על רשויות הפועלות מול האזרח, כדי לפעול צריך תשתית עובדתית מגובשת אבל כאשר מדובר ברגולטור שאמור להגן על זכויות האדם, הוא מציע להקל על הדרישה.

"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."

(עמ' 44-45 למאמר של רויטמן)

לרגולטור אין את המידע המוכח, הוא נמצא אצל הגופים הקטנים. יש פערי מידע וכן "מרדף" כל פער אחר המידע הוא לא יכול לדעת מה תהיה התוצאה ולכן רויטמן מציע לעשות פיילוט. כמובן שצריכה להיות זהירות מונעת.

הביקורת טוענת שפעילות שלטונית ללא תשתית עובדתית הולמת, ולא כל שכן פעילות הפוגעת בזכויות (לרבות אכיפה)- מעוררת קושי.

אפשר להבין את הטענות של רויטמן המרצה טוען שהן בעייתיות. גם אם יש מקום להתאמת כללי המשפט המנהלי לרגולציה, אלו לא התאמות שרויטמן מדבר עליהן. **דוגמא**: בדר"כ הביקורת השיפוטית על סמכויות רגילות היא ביקורת המבוססת על תשתית עובדתית כפי שהיא נקבע על-ידי הגוף השלטוני תוך מתן שק"ד רחב. ביקורת שיפוטית רק בוחנת את מתחם הסבירות והחוקיות. דווקא כאשר מדובר ברגולטור, שלו יש עוצמה רבה, ובמיוחד שהוא מפעיל סמכויות למיניהן, הביקורת צריכה להיות, לפי המרצה, כערעור.

דנ"א 4960 **זליגמן**

זה פס"ד חשוב מאוד במיוחד לעניין השלכות הרוחב שלו. זה נושא מרכזי שהתגלגל לדיון בהליך אזרחי (ולא מנהלי). השאלה המשפטית הספציפית הייתה אילו סוגי ביטוח רשאים מבטחים לדרוש תשלום נוסף בשל פריסת הפרמיה לתשלומים?

עובדות המקרה- בנושא מסוים גברת זליגמן, כתובעת ייצוגית טענה שהמשיבה גבתה ממנה ומאנשים אחרים תשלום נוסף, שהוא בניגוד לחוזר ההנחיות. חברת הביטוח טענה שלפי החור הרלוונטי היה מותר לה לגבות. גברת זליגמן טענה שלפי הפירוש הנכון, שאסור לגבות. ביקשו את הפירוש של המפקח על הביטוח. הוא טען שלפי הפרשנות שלו, חברת הביטוח צודקת. ביהמ"ש המחוזי שדן בתביעה הייצוגית קבע שזה לא פירוש הגיוני והסמכות לפרש חוקים, תקנות וחוזרים, כאשר יש מחלוקת, זה ביהמ"ש. הוא לוקח בחשבון כמובן את המומחיות והניסיון הרלוונטי אבל הפירוש הספציפי של המפקח הוא לא נכון ולא מקובל. זה הגיע לביהמ"ש העליון.

בהרכב של 3 קבעו שצריך לאמץ את הפירוש של המפקח, לא משום שביהמ"ש חושב שזה נכון, אלא משום שכל עוד הפירוש הוא אפשרי, גם אם לפי ביהמ"ש 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. זה נושא רחב. רגולטורים מוציאים הרבה מאוד הנחיות ויש שאלה מי הפרשן האמיתי. האם תפקיד ביהמ"ש רק לבדוק שהפירוש עומד בתנאים הרגילים או שעל ביהמ"ש לפרש בעצמו תוך נתינת משקל לפירוש האחר.

ביהמ"ש- ברוב דעות, הפסיקה התהפכה. **ביהמ"ש הוא זה שיפרש חוזרים והנחיות של רגולטורים**. כמו שביהמ"ש מעניק משקל מיוחד לפירוש של חוקים ותקנות, אבל בסופו של דבר ביהמ"ש מפרש, אין מקום לחרוג כאשר מדובר בפרשנות של רגולטורים.

**נימוקי דעת הרוב**:

1. עקרון הפרדת הרשויות- תפקיד ביהמ"ש לפרש בעצמו, ולא רק לבחון אם פרשנות המדינה היא חוקית או במתחם הסבירות. ביהמ"ש נותן משקל לפירוש של רשות שיש לה ניסיון ומומחיות בתחום, אך בסופו של דבר מפרש בעצמו.
2. שיטת הפרשנות- פרשנות מנהלית שאינה בהתאם לשיטת הפרשנות המקובלת. בישראל פרשנות תכליתית היא זו שהתקבלה. הרגולטור לא בהכרח משפטן, לא מחייב שיפרש בשיטה המקובלת.
3. הרשות הפרשנית המוסמכת- הרגולטור או יועצו המשפטי? כל אחד מהחלופות מעוררת קושי.
4. פרשנות עלולה להינתן לצורך ההליך המסוים- הרגולטור ישאל באיזה עניין שואלים. הוא יפרש לפי המקרה ובעצם יקבע מראש את התוצאה.
5. פרשנות עלולה להינתן בהליך בלתי שקוף, ללא מתן זכות טיעון לגורמים המושפעים ממנה
6. חוסר עקביות- פרשנות עלולה להיות מנוגדת לפרשנות הניתנת על-ידי מאסדרים אחרים לנהלים דומים. אם כל אחד יפרש לעצמו, יהיו פירושים שונים ואף סותרים, שלכאורה סבירים בפני עצמם.
7. פרשנות קודמת- פרשנות המאסדר עלולה להיות מנוגדת לפרשנות קודמת של ביהמ"ש.
8. עמימות- חשש לעידוד מאסדרים להוציא הנחיות עמומות, כדי שיוכלו לפרש. התפקיד של הנחיות רגולטורים זה להיות מפורשות. רוצים לקבוע פרטים ברורים כדי שהשוק ידע איך לפעול.
9. קושי כשלהנחיה יש השלכות רוחב, כולל בהיבטים חוקתיים
10. ריסונים ובלמים- כשלרות המאסדרת יש סמכויות חקיקה, ביצוע, אכיפה ושפיטה
11. קושי כשהמאסר הוא צד להליך- מה יהיה תפקיד ביהמ"ש אם הפירוש הוא של צד בהליך?
12. קושי במקרים של תקיפה עקיפה- חוקיות החלטה לא נבחנת בהליך שפונים לביהמ"ש כדי לבטל, אלא תוקף ההחלטה נתון כאשר מתבקש סעד אחר. פס"ד מרכזי לדוגמא- בנק המזרחי
13. קושי במקרים של חוזים רגולטוריים- חוזה באופן פורמאלי בין הרגולטור לאחרים. איך ניתן לצד אחד בחוזה את הפרשנות המחייבת?
14. פוליטיזציה כשהרשות המאסדרת אינה עצמאית- יש סמכויות שנתונות לשרים או שהרגולטור כפוף לשר. אם יש השפעה של שר, האם השר יכתיב את הפרשנות שלו?
15. פגיעה במבנה היררכי- למערכת המשפט הפנימית של הרשות המבצעת יש מבנה היררכי שבראשו עומד היועמ"ש. ברגולציה, האם ניתן גם לראש את סמכות הפרשנות?
16. תיחום הליכים אזרחיים- האם אותה הנחיה תתפרש באופן שונה בהליכים פליליים ובהליכים מנהליים?
17. חזקת תקינות מוחלשת כשההנחיות אינן ברורות- יש כלל שאם טוענים לתקינות מוחלשת, יש נטל ראיה אבל השופטת ברק ארז טוענת שלהניח שהוא הרשות המוסמכת, יש בכך מצב לא אופטימלי.
18. "שבי רגולטורי"- מקשה על מתן משקל מכריע לפרשנות הרגולטור. שבי רגולטורי זה חשש מהשפעת יתר של הגורמים המפוקחים על הרגולטור. יש סוגים שונים של בעיות שנכנסות בתוך זה. **הבעיות**:
19. חשש שפרשנות תושפע מאינטרס של שימור מוניטין
20. תעדוף יתר של יציבות הגופים המפוקחים
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.

**פסק דין זליגמן של מאסדרים-**

השאלה המשפטית הקונקרטית- במסגרת הליך אזרחי- תובענה ייצוגית: על אילו סוגי ביטוח רשאים מאבטחים לגבות תשלום נוסף בשל פריסת הפרמיה לתשלומים.

* העניין הוסדר בחוזרים של המפקח על הביטוח
* מחלוקת בקשר לפירוש החוזרים.

**השאלה העקרונית**- מהו המשקל שבית המשפט ייתן לפירוש של הרשות המאסדרת לחוזרים (הנחיות מנהליות) שהוציאה.

**דעת המיעוט-** ההבדל בין הרוב למיעוט הוא במישור העקרון, השופטת יעל וילנר, ברוב המקרים הרוב והמיעוט יגיעו לאותה תוצאה ורק במקרים חריגים יהיה הבדל. בפס"ד הראשון וילנר קצת שינתה את דעתה.

אומרת השופטת וילנר, השאלה בדבר המשקל שיש לייחס לעמדתו הפרשני של המאסדר ביחס להנחיותו שונה במהותה מהשאלה המתעוררת ביחס למשקל שיינתן לפרשנות של רשות מנהלית ביחס לחוק המסמיך אותה לפעול :

1. המאסדר המפרש את הנחיותיו נהנה מיתרון מובהק לצורך פרשנותן בהיותו יוצא הנורמה
2. הפסיקה השתיתה את ההלכה בדבר המשקל שיש לתת לפרשנות של רשות מנהלית את החוק המסמיך על שני אדנים עיקריים- המומחיות והמקצועיות של הרשות, וההסתמכות של הציבור על הפרשנות הנוהגת. ככלל, שני האדנים האמורים מאפיינים באופן מובהק יותר את פרשנותו של המאסדר ביחס להנחיותיו.

עם זאת, במקרים שבהם פרשנותו של המאסדר עוסקת במונחים בעלי אופי כללי, ואינה נובעת ממומחיותו וממקצועיותו בתחום האסדרה, מובן כי יהיה בכל כדי להפחית ממשקל עמדתו הפרשנית. זהו גם במקרים שבהם עמדתו הפרשנית של המאסדר לא הובילה לנוהג מסוים ולא יצרה אינטרס הסתמכות בקרב המפוקחים או הציבור הכללי.

סיכום- כשבפני בית המשפט עומדת עמדה פרשנית הנושאת את מכלול המאפיינים הבאים : 1. העמדה משקפת את כוונת יוצא הנורמה ; 2. המדה אפשרית וסבירה (הגיונית ומתקבלת על הדעת, ולא במובנה של עילת הסביאות במשפט המינהלי ), ועולה בקנה אחד עם לשון הנורמה; 3. הנורמה היא חלק ממערכת הנורמות המסדירה שדה מקצועי ומצויה התחומי מומחיותו של המנסח; 4. פרשנות הנורמה יצאה נוהג בשד המוסדר ואינטרס ההסתמכות בקרב המפוקחים או הציבור – הרי שקבלתה על ידי הפרשן המוסמך כברירת מחדל היא תוצאה מתבקשת מאליה, המתיישבת היטב עם הגיון בריא ועם השכל הישר

בהתקיים כל אלה, סטייה מברירת המחדל המורה תידרש במקרים שבהם ימצאו טעמים טובים לעשות כן במקרים שבהם עמדתו הפרשנית של המאסד ר נובעת משיקולים שאינן עניינים טו שהתקלה תוך ניגוד עניינים- יהיה בכך כדי להצדיק סטייה מעמדתו הפרשנית, ובית המשפט . יידרש לאמץ אחרת תחתיה. בכך ניתן המענה לטענו בדבר "השבי הרגולטורי.

חידוד פס"ד המקורי-

אין הצדקה לערוך הבחנה לעניין החלת חזקת התקינות בין פרשנותה של הרשות המנהלית (המאסדר) את הנחיותיה, לבין כל מקרה אחר שבו נדונות פעולות מינהליות של הרשות.

כלל החששות המתוארים לעיל בדבר בעיית "השבי הרגולטורי" מתקיימים ביחס ליתר סמכויותיו ופעולותיו של המאסדר המצויות בליבת תפקידו. כך, עלול המאסדר לנסח מלכתחילה את הנחיותיו באופן שאינו משקף את האינטרס הציבורי ; לאכוף את הנחיותיו באופן מוטה בשל שיקולים שאינם ענייניים; להכריע בסכסוכים המובאים בפניו שלא באופן מקצועי, ועוד כהנה וכהנה. חרף האמור, אין לשלול את חזקת התקינות מכל ]עולותיו של המאסדר ולמעשה לרוקנה מכל תוכן, אך בשלל החשש מפני "שבי רגולטורי".

הנחה שלפיה המאסדר יפעל באופן לא תקין יש בה כדי להטיל דופי מראש בהתנהלותו של המאסדר על ידי בית המשפט. לא רק שהנחה זו אינה מתיישבת עם חזקת התקינות (ואף יוצרת הלכה למעשה מעין חזקה הפוכה), אלא שהיא אף מעבירה על ידי בית המשפט מסר קשה ובעייתי.

מבחינה מעשית תוצאתית, להבדלי הגישות לא יהיה ביטוי ממשי מעט מקרים מועטים וגבוליים.

גדר המחלוקת הוא כיוני בעיקרו ביחס למרבית המקרים, ונובע מההבדלים שבין עמדות עקרונית דקלרטיביות ביחס למעמדו של בית המשפט וביחס למערכת היחסים שבינו לבין רשויות שלטון האחרות.

עמדה עקרונית דקלרטיבית זו נובעת מעמדה מוסדית, שעניינה בהכרה בתפקידן של רשויות שלטון אחרות המניחה כי לרשות המבצעת האמונה על שדות מקצועיים מובהקים שונים, קיים יתרון ברור בכל הנוגע לפרשנות על של מונחים הדורשים מומחיות מקצועית והיכרות משמעותית עם השדה שעליו מופקדת הרשות. ויודגש, מתוך מתן כבוד לאחר, כלל אין משמעו כפיפות והוא אינו נובע מתחושת נחיתות. ההיפך הוא הנכון. עמדה זו מבטאת הכרה ביחסים המפרים שבין הרשויות ומקדמת את האמון ואת שיתוף הפעולה ביניהן.

הפרשנות השלטונית המוסמכת היא ביהמ"ש, העברת התפקיד הפרשנות לרשות אחרת זו פגיעה בהפרדת הרשויות, התפקיד בהפרדת רשויות הוא שהפירוש הוא של ביהמ"ש. אנחנו מניחים שיש מומחיות יותר גדולה לרשויות. הפרדת הרשויות לא מבוססת רק על מומחיות. הסיבה המרכזית היא הרצון למנוע ריכוז רב מידי של כוח. גם בסיבות שבהן לרשות מסוימת אין לנו ספק במומחיות שלה, אנחנו לא אמורים לתת לה את כל הכוח. אם מגיעים לסכסוך משפטי, חלק מן הפרדת רשויות, שגם אם היא מומחית בכל זאת יש רשות אחרת שחלק מהכוח ניתן בידיה. למה זה חשוב לרגלוטורים יותר מרשות אחרת? כי מצד אחד יש להם כוח רב וייחודי, רק רגולטורים יש להם שילוב של סמכות חקיקה, סמכות ביצוע, סמכות שפיטה. הרשות היחידה שיכול לקבל החלטות היא ביהמ"ש. את המינימום הזה גם בהנחה שהרגולטור הוא בתחום שלו הפרשן הטוב ביותר, עצם חלוקת הסמכויות היא החשובה ובמיוחד לרוב הריכוז הגדול של הסמכויות של הרגולטור. דווקא משום שהרגולטור הוא לא רשות נבחרת, יש טענות שמבוססות על כך שהכנסת במידה רבה גם הממשלה הם נבחרי ציבור, יש להם את הכוח הציבורי ולכן ראוי במקרים מסוימים לאפשר להם להתגבר לפי הטענות על הפסיקה של ביהמ"ש. אבל כשמדברים על פסקת ההתגברות, הן לא אומרות שהממשלה יודעת לפרש טוב יותר את חוקי היסוד. אומרים שהן הנבחרות ולכן במצבים מסוימים מעדיפים שהם אלה שיפרשו את חוקי היסוד. זה לא מדובר על הרגולטורים המקצועיים- הם לא נבחרות.

ברק ארז- היו לה נימוקים שונים, שהצדדים לא חשבו עליהם, מעבר כל הנימוקים באמת הדגש הוא על שני ההיבטים שהוא הזכיר עכשיו- הכוח הרב שיש לרגולטורים והעובדה שהרגולטורים המרכזיים, הם אינם גורמים נבחרים. להגיע לתוצאה של גוף אחד, זה ריכוז רב מידי של כוח.

**הפרה של הכללים המהותיים**

עד עכשיו דיברנו על הכללים המהותיים של סמכות, הליכים ושיקול דעת.

השאלה : מה הדין שנטענת ההפרה של הכללים המהותיים- תוצאות, סעדים, שפיטה.

בשום תחום משפטי לא משקפים באופן מוחלט את הכללים המהותיים. שום כלי משפטי לא יכול להחזיר את המצב לקדמותו , גם אם הפרו אותם והתובע מוכיח שבאופן מוחלט הוא הפר את הדין.

1. דיני עונשין לא מונעים את העבירה. הם מבחינה מוסרית מאזנים את המצב המוסרי שהם מענישים את הפושע. זה לא גורם לכך שהעבירה לא תקרה
2. דיני חוזים- ס' 30 נאמר שכריתתו תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל. כך הם מחזירים את המצב לקדמותו. אבל אז מגיע ס' 31, שאומר שלמרות שהחוזה הוא לא באמת בטל. אם צד אחד קיים את החובה מחייבים את הצד השני לקיים.

הסיבה: עצם ההפרה ועתם הליך השפיטה מעוררים אינטרסים חדשים שהכללים המהותיים לא לקחו בחשבון.

למשל- אי יכולת להחזיר את המצב לקדמותו, אינטרסים של צדדים שלישיים, יכולת הוכחה.

גם במשפט המנהלי, אפילו יותר מתחומים אחרים, לאחר שהייתה הפרה, רצון להחזיר את המצב למצב שהיה אמור להיות אם לא הייתה הפרה. הסיבה בכל תחומי המשפט לכך שהמשפט עוסק במדיניות ולא יכול להחזיר את המצב לקדמותו. לאחר מיצויים המצב יהיה כמו המצב שהיה אמור להיות. הרבה פעמים עצם ההפרה, מעוררים אינטרסים חדשים שלא היו רלוונטיים לצורך הכללים המהותיים המקוריים. נניח אי יכולת להחזיר את המצב לקדמותו, אינטרסים של צדדים שלישיים.

בעוד שבתחומי משפט אחרים החקיקה מפרטת גם את ההיבט של התוצאות ושל הסעדים ושל כללי השפיטה (כמו דיני חוזים: תרופות), במשפט המנהלי בשם שהכללים המהותיים הכללים הם בעיקר מהפסיקה כך גם התוצאות, הסעדים ובמידה חלקית גם כללים הנוגעים לשפיטה הם יציר הפסיקה.

**תוצאת ההפרה- הגישה המסורתית**

השאלה האחרונה שנדון בה- מה התוצאות של ההפרה במישור של התוקף?

**הגישה המסורתית-** משתקפת בדעת המיעוט של השופט שלמה לוין בפס"ד גיספן- הגישה הקלאסית המסורתית שאיננה המקובלת, קישרה בין סיווג של הפגם לתוצאה: אם האי החוקיות שהובילה להחלטת הרשות, משמעותה שהרשות פעלה מחריגה מסמכות, ההחלטה הייתה בטלה.

לעומת זאת אם היה פגם והפגם לא היה מסווג כסמכות- ההחלטה שלה נחשבה נפסדת, ניתנת לביטול. ביהמ"ש יכול לבטל את ההחלטה אבל היא לא בטלה לבד. ביהמ"ש בוחן את הפגם ומחליט האם בנסיבות העניין היה ראוי לבטל את ההחלטה.

מה ההבדלים בין בטלות לנפסדות:

1. צורת התקיפה- תקיפה ישירה / תקיפה עקיפה - כאשר מדובר **בהחלטה בטלה, הפגם הינו חריגה מסמכות,** אז אפשר היה להעלות את הטענה של חוסר סמכות בתקיפה ישירה (להגיש עתירה לבגץ) וגם בתקיפה עקיפה (כל מקרה של קיומה של החלטה זה יסוד רלוונטי מבחינה משפטית, אם ההחלטה בטלה אז אין החלטה. אם מאשימים אדם בבריחה ממשמורת חוקית- כדוגמאת מאסר, והוא יכל להוכיח שמי שפעל בעצירתו היה ללא סמכות ההחלטה בטלה. אפשר גם וגם.

אם **הפגם לא מחריגה מסמכות**, ההחלטה קיימת רק עד שביהמ"ש יבטל אותה. אפשר רק בתקיפה ישירה.

1. שיקול דעת שיפוטי- אם ההחלטה היא בטלה- אזי היא בטלה. אם יש פגם בסמכות היא בטלה. אם ההחלטה היא פגומה אבל לא מסמכות, אז בית המשפט המוסמך יהיה לו שיקול דעת בנוגע לנסיבות האם לבטל או לא.
2. בטלות רטרואקטיבית/ אקטיבית/ פרופקטיבית- תחולה בזמן. החלטה שהיא בטלה- אף פעם לא הייתה החלטה כזאת. אם ביהמ"ש מחליט שהיא בטלה- אז מעולם היא לא הייתה קיימת. לעומת זו, אם ההחלטה היא רק ניתנת לביטול אז הביטול נכנס מהיום שביהמ"ש מבטל אותה. הוא לא חייב לבטל אותה רק ליום פס"ד, הוא יכול להגיד שהוא מבטל אותה פרוספקטיבית (בזמן עתידית).

**קשיים בגישה המסורתית:**

* אין בהכרח חומרה רבה יותר בפגם של סמכות מאשר בפגמים אחרים. אם רשות קיבלה שוחד? זה לא יותר חמור מאצילה?
* קשה להבחין בין פגם של סמכות לפגמים אחרים- האם ניתן לומר שרשות מוסמכת לשלול רישיון, האם הוא מוסמך לשלול רישיון בלי זכות טיעון? או במצב של ניגוד עניינים? האם הוא מוסמך לשלול רישיון כי מישהו אחר משלם לו שוחד? מבחן הסמכות הוא לא כזה ברור. ניסו לפתח סמכות פונקציונלית- מה בדיוק התפקיד- זה הרבה פעמים קשה להגדיר וזה לא -פותר את הבעיה.
* תוצאה נוקשה אינה מתחשבת במורכבות השיקולים- ההבדל הוא מאוד גס ונוקשה, הוא לא לוקח בחשבון את השיקולים השונים. יכולים להיות שיקולים מאוד מורכבים.
* "בטלות" ו"נספדות" אינן מצב טבעי- זה לא שמדובר בהחלטה אנחנו רואים על ההחלטה כאיזו תכונה שלה אם היא בטלה או נספדת. אלה קטגוריות משפטיות, הסיווג הזה יש לו מטרות מסוימות, זה בסוף כלל שביהמ"ש קובע אותו במסגרת המשפט המקובל ולכן זה משהו מאוד גס ומעורר שאלות של סיווג, מביא לתוצאות לא צודקות.

בהדרגה, ביהמ"ש פיתח בטלות יחסית, היום יותר מקובל לומר תוצאה יחסית. מקרה אחד זה פס"ד דרעי- אסיר בוועדת השחרורים שהחליטו לשחרר אותו לאחר שני שלישים, אם אדם בזמן תקופת השחרור עושה עבירה מתבטל השחרור על השליש ואפשר להחזיר אותו לכלא, כי זה חוסר אמון. החוק נוסף באופן כזה שועדת השחרורים הייתה מוסמכת לקבל את הביטול רק בתקופ השחרור. תפסו את דרעי יומיים לפניי שהשתחרר, והחליטו לבטל לו את השליש. מסיבה זו לא ניתנה לו זכות הטיעון והוא הגיש עתירה. הגישה הייתה שיש זכות טיעון ולא נותנים לו את הטיעון- זה נחשב חריגה מסמכות. העתירה נדחתה. שני השופטים דחו את העתירה מסיבות של צורך- לא היה אפשר לתת לו את זכות הטיעון. שופט אחד הגיע לאותה תוצאה עם טיעון. השופט כהן- בדיון שאלו השופטים את העו"ד של העותר- דרך אגב, אם היו יכולים להביא אותך לטעון- מה היית טוען? אם לא נגרם שום נזק שהוא ולא היה שום תוצאה מההפרה, אם לא היו לו טיעונים לא היו יכולים להיגרם שום נזק ללא טענת זכות הטיעון. הוא אמר בדעת יחיד- אלא על זוג של בטלות יחסית. אם לא הייתה שום השלכה עקב ההפרה אז זה אדיוטי להגיד שההחלטה בטלה. עוד לא קראו לזה בטלות יחסית.

התפתחה יותר מאוחר**, פס"ד שפירא נ' מדינת ישראל**- אהרון ברק: שמושג הבטלות הוא מושג משפטי לא טבעי. ולכן הוא לעולם מושג יחסי וגמיש. נורמה משפטית יכולה להיות בטלה מבוטלת לעניין פלוני ותקפה לעניין אלמוני. בטלותה שדל ההחלטה חייבת להתייחס לסעד הנדרש, להליך, לצדדים. כל עוד לא הוחלט הסעד הנכון אז ההחלטה הגרועה ביותר בפרקטיקה יכולה לעמוד. תמיד בבטלות יש אלמנט יחסי במובן הזה.

אבל אז הגענו להתפתחות נוספת שמשקפת את המצב היום- פס"ד גיספן- מעבר לזה בטלות מעצם טבעה, גיספן אמר משהו אחר. שומה על בית המשפט לבחון בכל מקרה שבו נפל פגם משפטי- ואפילו מדובר בפגם של חריגה מסמכות- את נסיבותיו ואת מאפייניו הפרטיים. יש להתאים את הסכד שיינתן לנסיבות הרלוונטיות. בנסיבות מסוימות עשוי אותו פגם להוביל למתן סעד אחר. הכל במטרה להגיע ככל הניתן לתוצאה שתביא לצדק יחסי בין הגורמים המושפעים מן ההחלטה (חשין)

במקרים רבים משמעותה של הלכת הבטלות היחסית אינה רק שביהמ"ש מעדיף על פני הכרה בהחלטה הלא חוקית כבטלה מיום קבלתה סעד אחר- כגון החלת הבטלות רק ממועד עתידי כלשהו שביהמ"ש יקבע או סעד כספי אלא שהוא אינו נותן לעותרים כל סעד שהוא. זה לא שהבטלות היחסית אומרת שלפעמים כסף או בטלות מתבטלת במועד עתידי. לביהמ"ש יש שיקול דעת אחרי שאמר שההחלטה לא חוקית, לא רק איזה סעד לתת אלא אם בכלל לתת סעד כלשהו.

שיקול דעת במתן אפשרות לתקיפה עקיפה- שהתפיסה המודרנית ממש לא אוהבת תקיפה עקיפה, זה לא תלוי בשאלה האם ההחלטה היא עם סמכות או בלי סמכות. אם יש פגם משפטי, ביהמ"ש קובע האם להרשות תקיפה עקיפה או לא.

**שיקול דעת במועד הבטלות-** אם הוא מחליט שההחלטה נחשבת בטלה- אלא רק מעוד חצי שנה.

**התראת בטלות- רובינשטיין-** ביהמ"ש לפניי כמה שנים פיתח במסגרת רעיון התוצאה היחסי גם של התראת בטלות- מכל מיני סיבות ההחלטה עדיין תעמוד לתוקף- מזהירים אם יש עוד החלטה הוא מבטל אותה. טל סלע ופרופ' בנדור במאמרם סקרו רעיון חדש של התראת בטלות שהתפתח בפסיקה. התראת בטלות משמעה שבימ"ש קובע שהחלטה נראית על פניה בלתי חוקית, אך הוא לא מבטל אותה אלא מתריע בפני הרשות שאם תמשיך לקבל החלטות כאלו הוא יבטלן בעתיד. לא מובן מה הטעם לפרקטיקה זו שהתפתחה, שכן אם ההחלטה בלתי חוקית מדוע לא לבטל אותה, אלא להסתפק במתן התראה? המדובר בעוד וריאציה בעייתית של הבטלות היחסית.

**חסרונות הלכת התוצאה הבטלות היחסית-**

אי הבחנה בין יחסיות כחריג- כדוגמאת ס' 31 לחוק החוזים- לבין גמישות מולטת – הלכת התוצאה היחסית אינה אומרת שכלל החלטה בלתי חוקית היא בטלה. היא אומרת שלביהמ"ש יש שיקול דעת מה לעשות. אפשר לומר שאין מה לעשות- התקבלה החלטה שאי אפשר לבטל אותה ואם עכשיו נקבל אותה יש פגיעה יותר חמורה. היא אומר שאחרי יש הפרה יש לשיקול דעת האם לתת סעד ואיזה סעד לתת.

פגיעה בשלטון החוק- אם כלל הם פעלו באופן בלתי חוקי ביהמ"ש שוקל מה התגובה הראויה- יש כאן החלשה של שלטון החוק אחר כך היא יכולה להשתכנע שהסעד לא לבטל ויש כאן מעין תמריץ לעבור על החוק.

זילת הכללים המהותיים יש כאם זילות הכללים המהותיים- הרשות יכולה לדעת שלא בהכרה היא עושה משהו אסור.

תמריץ להפרת החוק

אי ודאות- אין פה כלל וחריג, יש כאן שיקול דעת שאיננו מונחה, כולל לא רק היבטים של בטל או לא בטל. יש פגיעה בודאות מעבר לדברים האחרים.