**משפט מנהלי- מחברת מצטברת**

זוהי המחברת המצטברת שלי לשנת תשפ"ג של פרופ' אריאל בנדור. במקרה של טעויות, אשמח שתודיעו לי.

בהצלחה לכולם!

**שיעור 1- 23.10**

הקדמה

**יש חובת נוכחות**. השיעורים יהיו מוקלטים אך לא ישודרו בלייב וייעלו לאתר. לכל שיעור תהיה חובת קריאה. לכל הוספת פס"ד תהיה הורדה של פס"ד אחר (זה תחום המתעדכן רבות ביחסית לתחומים אחרים).

10%- 2 בחנים. יהיו 4 בחנים ויהיה ניתן לבחור את 2 הבחנים הטובים ביותר. אך רק מי שיהיה נוכח. בחנים בחומר פתוח על חומר הקריאה.

90%- מבחן בחומר סגור

מבוא

משפט מנהלי הוא מקצוע יסודי במשפטים. בכל תחום משפטי חשוב להכיר את המשפט המנהלי. המשפט המנהלי הוא הדין המסדיר את הפעילות של הרשות המבצעת. עוסק במנהל הציבורי, במשמעות הרחבה. גם הממשלה, משרדיה, רשויותיה, גם רשויות מקומיות. גם תאגידים סטטוטוריים/ציבוריים, שלטוניים עצמאיים אשר אינם כפופים לגוף שלטוני כזה או אחר (כמו הרשות לניירות ערך) נחשבים כתאגיד נפרד אך המשפט שהסדיר אותם הוא המשפט המנהלי. כמו כן, גופים דו-מהותיים. גופים המאוגדים טכנית במשפט הפרטי אך המשפט המנהלי בחלקו, אם לא כולו, חל עליו. מדוע חל עליו? ככל שהגופים ממלאים פונקציות ציבוריות/שלטוניות. יש גם מקרים של הפרטה. המשפט המנהלי הוא הדין החל על כל סוגי התאגידים הללו.

חלק נכבד מהפעילות במדינת ישראל היא של הרשות המבצעת והתאגידים הציבוריים השלטוניים. הרשות המבצעת, לא רק מבצעת. חלק מאוד מרכזי של החקיקה היא של רשות זו (תקנות, חוקי עזר...). מבחינה כמותית, רוב החקיקה היא פעילות של רשויות מנהליות ולא של הכנסת כרשות מחוקקת מרכזית. רשויות אלה גם עוסקות בשפיטה. יש הרבה סמכויות שפיטה מנהליות, המופעלות לא על-ידי השופט, אלא על-ידי הרשות המבצעת. **דוגמא**: רישיונות. כמעט כל אדם צריך רישיון בין אם לנהיגה, בין אם להיות עורך דין. **דוגמא נוספת**: חוזים. חלק גדול (מבחינה כמותית וכספית), הם חוזים עם המדינה/רשויות מנהליות למיניהם. דיני החוזים המנהליים הם דינים שונים בחלקם מדיני החוזים הרגילים. בחוזים יש עניין של משא ומתן לפני כריתת החוזה. המקבילה המנהלית לכך היא המכרזים. הלכת ההשתחררות. חוזה מחייב שני אנשים לקיים את החוזה אם אין עילת ביטול. רשות מנהלית, בנסיבות מסוימות, יכולה לשחרר את עצמה מהחוזה, באופן חד צדדי. אין הפרה ולכן הפיצויים לא יהיו של הפרת חוזה. **דוגמא נוספת**: יש כללים מסוימים (שלא נלמד אך חשוב לדעת). בנזיקין לא תמיד יהיו אותם דינים במנהלי. עוולת הרשלנות לדוגמא תפעל אחרת. לא ניתן להיות עו"ד בתחום הנזיקין ולהגיש תביעה נגד המדינה ללא להכיר את הפן המנהלי. כאשר מדינה מעורבת, החוקים לא שונים אך יש בהם דברים מיוחדים. לא צריך לדעת ב-100%, אך צריך להכיר את השוני.

למשפט המנהלי יש **שתי בעיות המלוות אותו** מאז קום המדינה (אפילו מאז תקופת המנדט):

1. חקיקה- המשפט המנהלי הוא תחום מאוד מתפתח אך עדיין לא עבר מהפכה כמו תחומים משפטיים אחרים. המשפט המנהלי התפתח מאוד אך עולם המושגים שלו הוא עולם שירשנו מהמשפט האנגלי. מצד אחד יש הרבה חקיקה אך מצד שני אין מספיק חקיקה בדברים החשובים. רוב החוקים מדברים על רשויות מנהליות שונות, עיסוקים ורגולציות (הסדרה. מדינה כמפקחת במצב של הפרטה).
2. אין חוק משפט מנהלי כללי- (אשר כן קיים במדינות אחרות). זה כאילו שבדיני עונשין יהיו רק עבירות אך לא יהיה החלק המקדמי המסביר מהו דיני העונשין. החלק הכללי הוא הכי חשוב. רוב המשפט המנהלי הישראלי עוסק בסמכויות מנהליות קונקרטיות של רשויות אך העקרונות הכלליים שכל עוד לא נאמר אחרת בחוק, הם אלו שחלים (ובדר"כ לא נאמר בחוק אחרת), זה תורה שבע"פ. משפטנים שעוסקים בכך, הם אלו שיודעים באמת מה הכללים. אמרה המיוחסת לפרופ' ישעיהו בשם דוד קרצ'מר- המשפט המנהלי הוא הג'ז של המשפט. יש כללים אך הם משתנים כל הזמן. אנחנו רוצים לעשות סדר בבלגן (בעירבון מוגבל). בקורס זה אנחנו רוצים לחלץ את הנקודות המרכזיות והכללים הבסיסיים.

\*עוד ענף של משפט מנהלי- דיני מיסים. תחום ספציפי בתוך המשפט המנהלי שיש בו כללים בפני עצמו.

בקורס זה אנו מדברים על החלק הכללי של המשפט המנהלי שבעצם חל כל עוד לא חל אחרת בחוק (ברוב המקרים לא נקבע אחרת בחוק). על פי המרצה, זה מאוד חבל שאין חקיקה במשפט המנהלי. הוא התחום המרכזי שאנשים באמת רוצים לדעת מה החוק. לא רק הציבור, אלא גם הרשויות עצמן. זה כמו להסתכל על עבירה פלילית רק עם יסוד התנהגותי ללא יסוד נפשי.

בקורס אנו עוסקים במשפט מנהלי כללי. אמרנו שאין חקיקה אך בעצם יש, אך היא מעטה ועוסקת בחלקים מאוד שוליים. **דוגמא**: חוק הפרשנות (להבדיל מפקודת הפרשנות ששם רק 2 סעיפים נותרו בתוקף). הוא לא באמת עוסק בפרשנות אלא הוא חוק של משפט מנהלי כללי.

סעיף 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."

כלומר, סמכות לדבר מה כוללת גם הסמכות לבטלו/לשנותו. יש בחוק חוקים חשובים אך גם אלה יכולים לעיתים להטעות. בסעיף הנ"ל גם רשום שהדרך לבטל/לשנות היא בדרך בה הדבר התקבל. הליך החקיקה השיפוטי הוא אינו אופטימלי (בחקיקה מנהלית יש ויכוחים, שיקולים פוליטיים, הליך שלם בו הדבר מתקבל). בשיפוטי זה רק דרך בית-המשפט.

**דוגמא**: מוסד חשוב במשפט המנהלי- הנחיות מנהליות. מצב בו לא החוק ולא התקנות קובעים פרטים לגבי אופן ההפעלה של סמכות. לרשות לכאורה יש שק"ד רחב בתכנים. רשויות רבות מרצונן, מוציאות הנחיות מנהליות להפעלת שק"ד. היא מפרסמת לציבור את הקריטריונים באמצעותם היא מפעילה את שיקול-דעתה. מה מעמד הכללים? מעמד ביניים. אם אין סיבה מיוחדת, רשות צריכה לפעול על פיהם. הנחיה אינה שוללת את שיקול-הדעת. לפעמים, כאשר יש נסיבות חריגות, רשות תהיה חייבת לסטות מהנחיות מנהליות. רשויות רואות את ההנחיות כחוק (משום מה). הן לא יודעות שהן יכולות לסטות.

מטעמים דידקטיים, ניתן לחלק את המשפט המנהלי הכללי **ל-4 תחומים מרכזיים**:

1. הסמכות המנהלית- עצם קיומה של סמכות. בין היתר עקרון החוקיות, כללים שונים לסוגי סמכויות שונות (יש חשיבות להפריד בין הסמכויות השונות משום שיש כללים שונים באופן חלקי), דיני הסכמה (החוק נותן סמכות להרבה רשויות. איך מבדילים בין הסמכויות והאנשים ברשויות).
2. הליכי המנהל- הפרוצדורה. כללי הצדק הטבעי (זכות הטיעון, זכות שימוע...). 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. איך בכל זאת מוודאים שהתקבלה החלטה טובה? הפרוצדורה. ההנחה היא שסביר להניח שההחלטה תהיה נכונה יותר אם למשל אין ניגוד עניינים.
3. שיקול-דעת מנהלי- בדר"כ לרשות יש שק"ד והיא יכולה לבחור על-פי קריטריונים מקצועיים. שק"ד זה הוא לא מוחלט. הוא מוגבל ומוסדר על ידי כללים של משפט מנהלי כללי. חובת שיקולים עניינים, איסור שיקולים זרים, סבירות ומידתיות, עקביות (שוויון אריסטוטלי).
4. סעדים ושפיטה- כאשר יש מחלוקת עקב פעולה של רשות, מגיעים לסמכויות שפיטה ולתרופות. לביהמ"ש יש שק"ד מלא איזו תרופה ובאיזה גודל ואם בכלל.
* משפט פרטי של רשויות מנהליות- חוזים, מכרזים, נזיקין

הסמכות המנהלית

**עקרון החוקיות**: **רשות מנהלית רשאית לפעול אך ורק במסגרת הסמכות שהוקנתה לה בחוק/על סמך חוק, ואין היא רשאית לבצע פעולה שחוק/על סמך חוק לא הסמיכו אותה לעשות.**

עקרון זה קיים תמיד. על כל החלטה/פעולה, הרשות חייבת להראות מקור משפטי אשר מקנה לה את הסמכות. אם לצורך הפעלת החוק, הרשות מבקשת גם לקבוע החלטות אשר פוגעות גם בזכויות, יש חשיבות מיוחדת לכך שיהיה חוק ספציפי שייתן את הסמכות.

דוגמא יפה לויכוח בעניין סמכות:

בג"ץ 4455/19 **עמותת טבקה נ' משטרת ישראל**

עובדות המקרה- הויכוח התעורר סביב ס' 2 לחוק תעודת הזהות: החזקת תעודת זהות והצגתה

"תושב שמלאו לו 16 שנים חייב לשאת עמו תמיד תעודת זהות ולהציגה בפני קצין משטרה בכיר, ראש רשות מקומית, שוטר או חייל במילוי תפקידם, כשידרשו זאת ממנו."

השאלה המשפטית- האם שוטר מוסמך לדרוש מעובר אורח להציג לו תעודה מזהה ומשהוצגה התעודה, לבצע פעולות שיטור נוספות, וזאת מבלי שקיים חשד סביר שאותו אדם ביצע עבירה?

ביהמ"ש- היו הסכמות בין שופטי הרוב. הם קיבלו את העתירה חלקית מלבד השופט שטיין אשר טען כי יש לקבל את העתירה כולה.

**שיעור 2- 25.10**

התחלנו לדבר על עקרון חוקיות המנהל- רשות מנהלית לא רשאית לפעול, אלא על סמך סמכות שהוקנתה לה דרך חוק או מכוחו. חשיבות מיוחדת בכל הנוגע לפגיעה בזכויות חוקתיות. כל סמכות שהיא, חל בה עקרון חוקיות המנהל. השאלה אם חוק מקנה סמכות לרשות, היא בסופו של דבר שאלה פרשנית על החוק המסמיך.

דוגמא לשאלה פרשנית היא פס"ד **עמותת טבקה** (אשר התחלנו לדבר עליו בשיעור הקודם).

סעיף 2 קובע כי "תושב שמלאו לו 16 שנים, חייב לשאת עמו תמיד תעודת זהות ולהציגה בפני קצין משטרה... כשידרשו זאת ממנו".

\*למה "תושב" ולא כל אדם? משום שרק לתושב יש ת.ז.

השאלה המשפטית- האם שוטר מוסמך לדרוש מעובר אורח להציג לו תעודה מזהה ומשהוצגה התעודה, לבצע פעולות שיטור נוספות מבלי שקיים חשד סביר שאותו אדם ביצע עבירה?

זו שאלה שהתעוררה בעקבות טענות (שאף הוכחו), שקיים שיטור יתר מפלה כנגד יוצאי אתיופיה ואנשים אחרים כהי עור.

ביהמ"ש- העתירה התקבלה חלקית. דעת הרוב (הנשיאה חיות) קבעה כי **שוטר לא מוסמך לבצע פעולות שיטור נוספות ללא חשד סביר בעוד הוא כן בעל סמכות לדרוש הצגת ת.ז**, בעוד דעת המיעוט (השופט שטיין) טענה שגם זה לא חוקי.

דעת הרוב קבעה כי **התנאים להפעלת הסמכות** הם:

1. **מגבלות המנויות** בחוק המעצרים בקשר לעיכוב
2. **קיום זיקה רלוונטית** בין הדרישה להזדהות ובין המידע המצוי בתעודת הזהות.

השופט שטיין טוען שאין סמכות לדרוש אלא אם הסמכות נקבעה באיזה חוק אחר. הוא טוען שס' 2 אינו מקנה סמכות. השוטר צריך להיות מוסמך מחוק אחר שיש לו סמכות לדרוש. הסעיף הוא חובה רק על האדם להציג, הוא לא מקנה לשוטר סמכות.

המרצה טוען שהרוב צודק. הוא מביא את טבלת הזכויות של הופלד (זכות-חובה, חירות-היעדר זכות, **כח-כפיפות**, חסינות-היעדר כח). הוא טוען שבדר"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, במיוחד אירופאיות, שהפרלמנט רוצה לתת סמכות לרשות המבצעת בתור "המדינה". מי עושה בדיוק בתוך המדינה? לא חשוב. השיטה בישראל, אשר ירשנו מהתקופה המנדטורית, היא שחוץ ממקרים נדירים ביותר, החקיקה קובעת איזו רשות מוסמכת בדיוק. אין רק את הסמכות, אלא גם מי מוסמך. מה הרציונל? קשור לעקרון חוקיות המנהל. מעניין מי הגורם שיפעיל את הסמכות. רוצים לתת את הסמכות לגורם הראוי ביותר שיפעיל אותה. זה לא עניין של איזה ארגון פנימי. זהו רציונל שנשמע מאוד הגיוני אך בפרקטיקה מאוד קשה לחיות איתו. ישנן הרבה מאוד רשויות מוסמכות אך אין באמת על כל פעולה פירוט בחוק מי מוסמכים מבין אלפי העובדים הציבוריים. המשפט המנהלי פיתח תיאוריות משפטיות בתוך המשפט הכללי לגישור הפער בין החקיקה לבין צורכי המציאות.

**הבעיות**:

1. תורות אלה אינן כתובות בחוק אלא פיתוחים של הפסיקה.
2. במקרים מסוימים הן לא ברורות כל כך. **דוגמא**: אסור להאציל סמכויות אבל מותר להיעזר באחרים, אך לא תמיד ברור מתי מדובר בהאצלה ומתי מדובר בהיעזרות.
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).

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

"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"

(השופט דונקלבאום בעמוד 323 לפס"ד)

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

אסור על רשות מוסמכת לקבל הוראות מגורם אחר אך יש בכך **בעיות**:

1. מנוגד לטבע האדם- כאשר אדם מקבל הוראה מגורם בכיר ממנו, יש נטייה טבעית לפעול על פי ההוראה.
2. מנוגד למנהל התקין- המנהל התקין הוא שיהיה סדר והיררכיה. יש קושי בכך שרשויות מוסמכות יפעלו על פי שק"ד דעתן. לא תהיה אפשרות לקבוע מדיניות.
3. מעודד עקיפה ושימוש בפיקציות- מאחר וטבע האדם והמנהל התקין שוללים במקרים רבים את רעיון העצמאות, זה מעודד פיקציות. **דרכי עקיפה:** א. **"התייעצות" אנכית.** אדם בדרג נמוך מתייעץ עם דרג גבוה יותר וההחלטה בעצם נקבעת על פי החלטת הדרג הגבוה.

ב. **"התייעצות" אופקית**. פס"ד **כפר ורדים**. למה כאן היה בסדר גמור להתייעץ? למשרד הביטחון יש יותר ידע על האזור. לשר האוצר יש סמכות ושק"ד להחליט אם להחיל הנחות. הוא רק לקח את הרשימה מהם. הייתה לו האפשרות לא להחיל את ההנחות. ביהמ"ש אמר שזה בסדר.

ג. **נטילת סמכות.** השר המוסמך על ביצוע החוק, בתנאים מסוימים, רשאי על פי חוק-יסוד: הממשלה, יכול ליטול על עצמו סמכות. הוא לא נותן הוראה על הרשות המוסמכת איך להפעיל את הסמכות, אלא הוא מפעיל אותה בעצמו. אם אין צורך אמיתי, זה דבר מיותר.

**שיעור 3- 6.11**

אנו עוסקים בנושא המרכזי הראשון של המשפט המנהלי- בסמכות המנהלית.

המשפט המנהלי עוסק ב-**4 תחומים מרכזיים**:

1. הסמכות המנהלית
2. ההליך המנהלי
3. שיקול דעת מנהלי
4. השפיטה

סמכויות

**סמכויות המנהל כוללות**:

1. סמכויות חקיקה (הרוב זה תקנות)
2. סמכויות שיפוטיות
3. סמכויות ציבוריות

איך אנו מבחינים בין סוגי הסמכויות השונות? לפני כן, נשאל מדוע זה חשוב? ההבחנה בין שלוש סמכויות אלה המופעלות על-ידי הגוף המנהלי היא חשובה. יש לה השלכות מעשיות. יש סוגים שונים במשפט המנהלי שעליהם חלים כללים שונים. **דוגמא**: פס"ד **חטר-ישי**. ההבחנה הייתה חשובה משום שיש סעיף בחוק איסור לשון הרע שאומר שיש חסינות משפטית בענייני לשון הרע כאשר אותם דברים נאמרו במסגרת הפעלת סמכות שיפוטית. ביהמ"ש צריך להכריע האם היה מדובר בסמכות שיפוטית או לא. החלטת פרקליטת המדינה הייתה לא להעמיד את חטר-ישי לדין, הוא טען שזו הפעלת סמכות ביצועית ולכן הוא יכול לתבוע על לשון הרע. פרקליטת המדינה טענה שההחלטה אם להעמיד לדין או לא, כולל הנימוקים, היא סמכות שיפוטית. **ביהמ"ש החליט** (לפי המרצה מדובר בטעות), **לדחות את התביעה על הסף**.

יש עוד סיבות למה ההבחנה רלוונטית. **דוגמא נוספת**: לפני שרשות מנהלית מקבלת החלטה אשר עלולה לפגוע באדם כלשהו, היא צריכה לבצע שימוע. זה נכון לגבי החלטות שיפוטיות ולגבי החלטות ביצועיות אך אין זה נכון לגבי חקיקה. לפני התקנת תקנות, אין צורך לתת את זכות הטיעון.

יש דוגמאות רבות להקשרים רבים בהם ההבחנה חשובה.

**הסוגים השונים**:

1. החלטה חקיקתית- נורמה כללית שאינה מתייחסת לאדם ספציפי אלא לציבור רחב, על פי קטגוריה כללית.
2. החלטה שיפוטית- הכרעה בסכסוך. הרשות המנהלית איננה מקבלת באופן חד צדדי, החלטה אלא שומעת את טענות הצדדים, ומכריעה באופן אובייקטיבי.
3. החלטה ביצועית- קבלת החלטות אינדיבידואליות שאינן חקיקה. כל שאר הפעולות.

הנושא המרכזי השלישי שהזכרנו הוא דיני הסמכה. מבנה החקיקה בישראל, הנהוג בשיטת המשפט שלנו, הוא שכל חוק/תקנה נותני סמכות קובעים מי יבצע את הפעולה. יש לכך סיבות עליהן דיברנו, בין היתר התאמה בכישורים, התאמת הרשות לפעולה וכו'. יש הרבה מאוד עובדי ציבור, אך אין רשויות מוסמכות במספר זה וכן אין זה מעשי שמספר בני אדם יעשו הכל לבד. ולכן נדרשים דינים, להם אנו קוראים "דיני הסמכה" אשר מאפשרים להרחיב את כמות האנשים שיכולים להפעיל את החוק מכמות האנשים אשר החוק קובע. למשל יש סמכות לשר מסוים אך בנושא הספציפי יש לו ניגוד עניינים.

**למה** צריך דיני הסמכה?

1. יעילות- בלתי אפשרי להפעיל כל סמכות לבד. שר חייב עוזרים, יועצים וועדות. זה לא יעיל שיהיה רק אדם אחד שלו יהיה התפקיד הקבוע בחוק.
2. הלכת מיכלין- איסור מתן הוראות לרשות מוסמכת. יש בהלכה זו בעיות. רשות לא יכולה לקבל הוראות מרשות אחרת. אם מאפשרים את קבלת הסמכות, זה פותר.
3. גורמים חיצוניים- 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.

אז יש את העקרון הבסיסי ועליו יש דיני הסכמה שונים המאפשרים התערבות של גורמים אשר אינם מוסמכים על פי חוק. אלא מה? דיני ההסמכה הקיימים, ככל דיני המשפט המנהלי הכלליים, במקרים רבים אינם פותרים את כל הבעיות. דיני ההסמכה לא אומרים מכח מה הסמכות. פס"ד **פדרמן** על המתנדבים מהאיטי. סמכות הממשלה בוצעה על-ידי אנשים שכן משרתים במשטרה אך הם נוהגים כמתנדבים, משום שאין זה סמכות המשטרה. בפרקטיקה, שאלו שוטרים מתאימים מי מוכן להתנדב, ומי שהסכים, השאילו לממשלה. הסמכות בוצעה על-ידי שוטרים אך הם לא פעלו מתוקף תפקידם כשוטרים. בישראל, דיני ההסמכה לא כוללים ביצוע סמכות באמצעות אדם אחר. ישנה עמימות. זה דבר אבסורדי שאם הממשלה מוסמכת, השרים מוסמכים. לא יודעים מאיפה הסמכות.

יתר-על-כן, גם דיני ההסמכה הכלליים, הם בעצמם עמומים ולא ברורים. יש מקרים בהם ברור מהם הדינים אך יש גם מקרים רבים אחרים בהם לא ברור. עד עכשיו לא הצליחו לחוקק חוק משפט מנהלי כללי. יש חוקים על דברים ספציפיים אך לא על החלק הכללי וזה גם כן יוצר את העמימות.

אצילת סמכויות

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. סמכות זו ניתנת ללא שהיא נלקחת מהרשות המקורית. 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.

בנוסף, הרשות המקורית יכולה להתערב ולתת הנחיות לרשות האחרת. לרשות המקורית יש סמכות יותר גבוהה וכך, הלכת מיכלין לא חלה. מי שנותן את ההוראות, הוא אינו גוף זר, אלא הרשות שהחוק עצמו הסמיך.

עקרון נוסף הוא שאם רשות מקורית מעניקה סמכות לרשות אחרת, אין הרשות האחרת יכולה להעביר את הסמכות לרשות אחרת. במילים אחרות, אם א מעביר ל-ב, אין ב יכול להעביר ל-ג. ברירת המחדל, כל עוד אין חריג לכלל, הוא שאין אצילה כפולה. רק הרשות המקורית יכולה לאצול.

**סיכום עקרונות לאצילה**:

1. הסמכות ניתנת לרשות הנאצלת
2. הסמכות נשארת גם בידי הרשות האוצלת
3. מותר לרשות האוצלת להנחות את הרשות הנאצלת
4. איסור אצילה כפולה

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.

בהתחלה נדבר על ההסדר הכללי-הספציפי ואז נדבר בהמשך על ההסדר הכללי החל על שאר הסמכויות אשר אינן נתונות באופן ספציפי לשר/לממשלה.

סעיף 33 לחוק-יסוד: הממשלה: אצילת סמכויות

"(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.

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

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

סעיף זה הוא ספציפי בכך שהוא מדבר רק על סמכויות הממשלה. זהו סעיף אשר גם מרחיב וגם מצמצם. במה סמכות השרים מצומצמת יותר? הממשלה יכולה לאצול כל סמכות- גם סמכות ביצועית, גם סמכות שיפוטית וגם סמכות חקיקתית, בעוד שרים לא יכולים להאציל סמכות חקיקתית. במה סמכות הממשלה מצומצמת יותר? שהיא יכולה להאציל רק לשרים בעוד שרים יכולים להאציל לכל עובד ציבור. למה למעט הסמכות להתקין תקנות? מדובר בסמכות חשובה ביותר ושר צריך לקחת אחריות ולא להעביר סמכות כזו לעובד בעל מעמד נמוך. אך יש דבר נוסף. איסור האצילה הכפולה. הרשות המחוקקת היא הכנסת. כאשר היא מחוקקת חוק, היא בעצם מאצילה לו את סמכות החקיקה. הכנסת סוג של מאצילה את הסמכות לשר. אם שר יהיה יוכל להאציל את הסמכות לאדם אחר, יש כאן אצילה כפולה. מראש זוהי אינה סמכות רעיונית של הסמכות המבצעת. אם שר יאצול לפקיד אשר אין לו קשר, זה יגרום למצב בו סמכות אשר שייכת בכלל לרשות אחרת לחלוטין, תמצא בידי פקיד בעל דרג נמוך.

**שיעור 4- 8.11**

התחלנו לדבר על דיני הסמכה. דיברנו על הצורך בהם. על כך ששיטת הרשויות המוסמכות מביאה לכך שמס' הרשויות המוסמכות שלכאורה אמורות להפעיל את אינספור הסמכויות, אינן מספיקות וכן אין מתקבל על הדעת שכל פעולה או תפקיד בתוך המנהל הציבורי, תיחשב כרשות מוסמכת בפני עצמה, ולכן פותחו דיני ההסמכה המגשרים בין הרשויות לבין הצרכים של המציאות. דיני ההסמכה עצמם הם חסרים. חלק גדול מהם קבועים בפסיקה, והפסיקה לא פיתחה תורות הסמכה ברורות ומפורטות. הכלל ההסמכה הראשון שהתחלנו לדבר עליו הוא אצילת סמכויות- הרשות המוסמכת, כפי שנקבעה בחוק או בתקנה, מותר לה לאצול סמכות. הרשות האוצלת, המקורית, מעניקה את הסמכות לגורם נוסף, מבלי שהיא מאבדת אותה. אצילת סמכות אינה כוללת התנתקות מהסמכות. הרשות הנאצלת אינה מוגבלת. היא קיבלה כדין סמכות בהאצלה, בכפיפות להלכת מיכאלי. אדם המוסמך לאצול, הוא רק הרשות המקורית, ולא הנאצלת. לא ניתן לאצול פעמיים. במשפטים אין דבר שהוא מוחלט ויש חריגים, הקבועים בחקיקה או בפסיקה. הכלל הבסיסי הוא הרשות הנאצלת כן יכולה לקבל הנחיות מהרשות המקורית, ושהיא לא יכולה לאצול לגורם אחר.

יש **שתי מערכות כלליות** של דיני אצילה במדינת ישראל:

1. המשפט המנהלי הכללי- נגיע אליהם עוד מעט.
2. הקבועים בחוק-יסוד: הממשלה- חלים רק במקרים בהם הרשות המוסמכת היא ראש הממשלה או שרים. למרות שאנו עוסקים רק במשפט מנהלי כללי, וההסדר הוא ספציפי, הוא חל באופן כללי על כל המקרים בהם שר או הממשלה בכללותה הם הרשות המוסמכת.

התחלנו לדבר על זה על פי ס' 33 לחוק-יסוד: הממשלה. סמכויות לפי חוק זה, הממשלה לא יכולה לאצול (חוץ מהסמכות השיורית).

ס' (ב) לא מפרט מי הוא "עובד ציבור". בפרקטיקה, שרים אוצלים לעובדים במשרדיהם. הסמכות היא רחבה, שלא כמו הממשלה. מצד שני, סמכות האצילה היא מצומצמת יותר שכן זה לא כולל סמכויות חקיקה. דיברנו על הרציונל של צמצום זה בשיעור הקודם (מעין אצילה כפולה).

ס' (ג) הוא מעין חריג. השר יוכל לאצול סמכות אשר הואצלה לו מהממשלה, רק אם הממשלה הסמיכה אותו לכך.

ס' (ה) קובע שההוראות יחולו כל עוד אין כוונה אחרת המשתמעת מחוק. מה זה אומר משתמע? זה מאוד רחב ולא ברור. ככלל, לא דנים אם זה משתמע או לא.

אז אלה דיני האצילה הכללים-ספציפיים. דיני האצילה המצויים בידי הממשלה והשרים.

במשפט המנהלי הכללי, אשר התפתח במהלך השנים בפסיקה. החזקה היא איסור אצילה. בעוד שחוק-יסוד: הממשלה קובע שאצילה מותרת על פי הכללים הקבועים, כל עוד לא נאמר אחרת, בנוגע לסמכות שהיא איננה של שר או הממשלה, חזקה שהאצילה אסורה. הרציונל הוא תורת הרשויות המוסמכות- אם החוק נתן את הסמכות לרשות מסוימת, חזקה שאותה רשות צריכה להפעיל באופן אישי את הסמכות ולא תוכל לאצול אותה. אבל, החזקה אינה מוחלטת וקל לחרוג ממנה. החריגה אינה נדירה. היא נעשית ויכולה להיעשות על-ידי לקט שיקולים של שכל ישר, שהפרקטיקה היא שאם אין סיבה מיוחדת לא לאצול, ניתן לאצול.

**מתי יש שיקולי חריגה**?

1. היקף האצילה- אם מדובר על סמכות מאוד רחבה, אולי יהיה קושי לאצול את כל הסמכות. יהיה קושי להפעיל את הכל דרך רשות אחת ואז יעדיפו להאציל
2. מעמד הרשות האוצלת ומידת ייחודיות המשרה- קריטריונים מהפסיקה. ניתן להגיד שדווקא רשויות מיוחדות, יש להן הרבה תפקידים והן לא יכולות לקיים את כל הסמכויות שיש לה. **דוגמא**: היועמ"ש.
3. היקף שק"ד- ככל שיש פחות שק"ד תהיה נטייה יותר לראות שקיים חריג ולאצול את הסמכות. מדוע? כי לא משנה מי מפעיל את הסמכות במצב של חוסר שק"ד.
4. מהות הסמכות- שיפוטית, חקיקתית או ביצועית? אסור לאצול סמכות חקיקתית. זה לא מוחלט אבל רק במקרים נדירים יאפשרו האצלה של סמכות כזו. כאשר מדובר בסמכות שיפוטית, זה תלוי בנסיבות.
5. השפעה על זכויות אדם- סמכות על פגיעה בזכויות האדם והפעלתה. סמכות מאוד חשובה, ולכן לא יהיה ניתן לאצול אותה. כמובן תלוי נסיבות. לא ירצו לאצול סמכויות אשר משפיעות ברמה גדולה על זכויות האדם.
6. צרכים מעשיים ויעילות- יש עקרון לא כתוב שמתאים לכל המשפט- המשפט לא דורש לעשות משהו בלתי אפשרי. ויש מקרים מאוד נדירים מעין דוקטרינת פרשנות (דוקטרינת האבסורד) בעזרתה מפרשים את החוק בדרך שתסתור את החוק.

המשפט המנהלי הלכה למעשה לא שונה מחוק יסוד הממשלה. בחוק יש תנאים מסוימים בהם מותר לאצול ובמשפט המנהלי לכאורה אסור לאצול. במקרים רבים, אם מתקיימים התנאים, יחול החריג.

**ביקורות** חוקיות האצילה:

1. חזקה לא מעשית- זה לא שבדר"כ לא אוצלים. בדר"כ כן ניתן לאצול. צריכה להיות סיבה קונקרטית למה לא ראוי.
2. הרציונל לא תואם את המציאות- הרציונל הוא שתהיה רשות מסוימת. באמת יש מקרים שממש חשוב שהסמכות תישאר אצל הרשות המוסמכת הספציפית. אבל בדר"כ למי שהתקין את התקנות, לא היה משנה. לא הייתה חשיבה מעמיקה.
3. שונה ללא הצדקה מההסדר בחוק-יסוד: הממשלה- ההסדר בחו"י מתאים גם למשפט המנהלי הכללי שמאפשר לאצול בהתאם לתנאים, אלא אם יש סיבה לא להאציל.

יש איסור אצילה לגורמים פרטיים.

**מדוע**?

1. ניגוד עניינים- למה שאדם ירצה לקבל סמכות? לרוב זה עניין של אינטרסים, גם אם לא בעניין הסמכות עצמה. **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- כאשר מדובר על חברה פרטית, מאוד קשה לפקח. אין עליו את הדין המשמעתי ואין עליו איזה גורם שיפקח עליו ויטיל עליו סנקציות (ואם כן יש איזה גורם, אין לו באמת כח).

אצילה לעומת הסתייעות באחרים

הגדרה- ניתן להסתייע באחרים בעניינים טכניים ללא שק"ד מהותי.

מה מקור כלל זה? יש גישה (לא המקובלת), של פרופ' יצחק זמיר. הוא טוען שההסדר הרלוונטי קבוע בסעיף 17(ב) לחוק הפרשנות: סמכויות עזר

"הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו - משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת"

הפסיקה לא הסתמכה על ס' זה (המרצה מבין למה). בפס"ד **עיר עמים** נקבע כי:

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

(השופטת חיות בפסקה 19).

למה זה היה כל כך חשוב? למה ביהמ"ש היה צריך לניתוח כזה כדי לקבוע שניתן? כי מדובר בגוף פרטי. אצילה אסורה (כמעט באופן מוחלט) לגוף פרטית. ביהמ"ש קבע כי **לא היה מדובר בהאצלה אלא בהסתייעות**. רואים שיש הרבה נימוקים וכן שיש התלבטות אך בסופו של דבר מגיע למסקנה שמדובר בהסתייעות.

קטגוריה של דיני ההסמכה, אשר עשויה להתקיים מכח המשפט המנהלי הכללי היא נטילת סמכויות.

ס' 34 לחוק-יסוד: הממשלה: נטילת סמכויות

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

**דוגמא**: חוק המים אשר מקנה הרבה סמכויות לעובד ציבור/מדינה בכיר הנקרא "נציב המים". נקבע שהשר הממונה הוא שר החקלאות. רפול, היה שר החקלאות והוא הסתכסך עם הפרופ' שהיה נציב המים. מה עשה? הוא נטל את כל סמכויות. בשלב מסוים הוא התפטר.

**שיעור 5- 13.11**

עסקנו בתחום המרכזי הראשון של המשפט המנהלי- הסמכות המנהלית. אנחנו עוברים לנושא המרכזי השני של המשפט המנהלי הכללי והוא הליכי המנהל.

**הליכי המנהל**

הליכי המנהל נשמע נושא מעניין. הליכים זה פרוצדורה. אבל בעצם הוא החשוב ואף המעניין ביותר. בעזרת הפרוצדורה, הרשויות מקבלות את ההחלטות שלהן.

ערכים

מדוע הליכי המנהל חשובים? יש ערך מעשי ויש מטרה בפני עצמה של הליכי המנהל.

הערך המעשי מתחלק **לשניים**:

1. שיפור הליך ההחלטה- נותן לרשות שק"ד מוסמכת מה לבחור. המשפט בדר"כ לא מכתיב את תוכן ההחלטה. שופטים לא יכולים לדעת מהי ההחלטה הטובה ביותר וכן אין זה משנה להם. הם יפסלו החלטה על בסיס תוכנה רק במקרים קיצוניים ביותר. אז איך המשפט מקדם בדרך שלו, את קבלת ההחלטות הטובות ביותר? כאן נכנסים הליכי המנהל. יש כאן הנחה סטטיסטית שהליכים חוקיים יוצרים ומובילים להחלטות שמבחינה סטטיסטית נכונים. **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 שהם יכולים להציג פרטים אשר אין הרשות מודעת אליהם. **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- סקרים אמפיריים הוכיחו כבר כמה פעמים, כעניין סטטיסטי, שאדם שלא קיבל את מה שהוא רוצה, יקבל יותר את ההחלטה אם היה הליך הוגן. יכול להיות מצב שבו הוא כן יקבל אך בגלל שההליך לא היה הוגן, שביעות הרצון שלו תרד. כמו כן, יש כאן עניין של אמון הציבור.

לצד ערכים אלו, יש ערך דאונטולוגי. גם אם היו מוכיחים לנו שאין ערך מעשי לזכות הטיעון, וגם אם היינו מראים שאין קשר בין שביעות הרצון לבין ההליך, יש ערך עצמי להליך הנובע מכבוד האדם. דאונטולוגי- ערך בפני עצמו בלי קשר לתוצאות. חלק מכבוד האדם, זה שאדם יזכה ליחס הוגן, שמי שמקבל החלטות הקשורות בו, ישמע אותו, שלא יהיה במצב של ניגוד עניינים. יש גם ערך עצמאי להליכי המנהל. ומכאן החשיבות שלהם. בגלל שהמשפט המנהלי בסופו של דבר, בניגוד למה שאנשים חושבים, הרוב המכריעה של העתירות נדחות. ביהמ"ש מאשר את החלטות הרשות, אם היא פעלה באופן תקין. רק במקרים חריגים, השופט יקבע לפסול החלטה על בסיס תוכנה.

כללי הצדק הטבעי

כללי

כללים של הצדק הטבעי- common law- לא כתובים אך מחייבים. הם מקובלים. בעקרון מעמדם הוא של משפט מקובל. מה זה אומר מבחינה מעשית? הוא שווה מעמד לחוק אבל כמובן חוק מאוחר קודם על חוק מוקדם וכן אם הכנסת מחוקקת חוק בנושא מסוים ולפי החוק חובה/מותר לנהוג בניגוד עניינים, החוק גובר. הספציפי גובר על חוקים כללים. כל עוד אין חוק הסותר את כללי הצדק הטבעי, הם חלים. זה לא לגמרי מדויק. כאן נכנס המשפט החוקתי. אמרנו שאנחנו מדברים על כללי הצדק הטבעי כחלק מהמשפט המנהלי. לפי פסקת העליון, חלק מזכויות האדם (הנכללות בחו"י: כבוד האדם וחירותו) הוא גם הזכות להליך הוגן. גם אם הכנסת תחוקק חוק שלכאורה יסתור, היא חייבת לעמוד בפסקת ההגבלה.

מה קורה כאשר חוק ספציפי מתייחס לאחד מכללי הצדק הטבעיים? כלומר, קובע הסדר הקשור לכללי הצדק הטבעי, ועל סיטואציה מסוימת הוא שותק? למשל, חוק האומר שקרובי משפחה מצומצת לא יכולים להעיד נגד בני משפחתם אך לא מדברים על קרובי משפחה יותר רחוקים (כמו דודים) או לשכנים. האם בסיטואציה כזו אנו מפרשים את החוק כהסדר שלילי או שבמקרה כזה אין הסדר שלילי ויש כאן בעקיפין צורך להכריע על פי כללי הצדק הטבעיים בפס"ד **עיריית ראשון לציון** נקבע שכל עוד החוק לא קובע באופן חד משמעי על דבר ספציפי, חוץ מהחוק, חלים כללי הצדק הטבעיים. מה קרה בפס"ד? ראש המועצה היה דירקטור בתאגיד המים והחוק גם התיר בנפרד לתת למנכ"ל העירייה להיות גם דירקטור. החוק לא דיבר על שניהם יחדיו. ועלתה השאלה האם שניהם יכולים להיות בתאגיד המים בתור דירקטורים, יחדיו. הוחלט למנות את שניהם לתאגיד המים. ביהמ"ש אמר שמאחר ויש כאן בעיה מיוחדת של ניגוד עניינים, זה מכפיל את בעיית ניגוד העניינים. יש כאן שניים בניגוד עניינים. דבר נוסף, הסיכוי שהמנכ"ל יתנהל כדירקטור עצמאי מבלי להיות מושפע מראש העיר, הוא נמוך. החוק לא אמר שמותר למנות את שניהם. יש כאן הגברה של ניגוד העניינים. **ביהמ"ש הולך לכללי הצדק הטבעיים וקובע שהמשפט אוסר ניגוד עניינים**.

**דוגמא נוספת**: בג"ץ 531/79 **סיעת הליכוד** נ' **עיריית פ"ת**. פס"ד יותר ישן. פקודת העיריות קבע רשימת אנשים שלא יכולים להיות חברים בוועדת הביקורת. אחד מהם הוא ראש העיר. לא היה כתוב חבר בהנהלת העיריה. בחרו למנות ליושב ראש ועדת הביקורת חבר בהנהלת העירייה. באה העירייה וטענה שהחוק אוסר רק על ראש עיר. אילו היה אוסר גם חבר בהנהלה, היה כתוב במפורש. הם טענו שאין כאן הסדר שלילי. חריגה צריכה להיות ברורה ופוזיטיבית. לא מסיקים שאם החוק התייחס לנושא מסוים וציין רק אנשים מסוימים, אין הוא יכול לכלול גם אנשים אחרים. החוק יכול להיות שלא פסל אך המשפט המנהלי הכללי עלול לפסול.

השאלה היא אז למה יש חוקים הקובעים הסדרים חלקיים, כאשר בכל מקרה חל הסדר יותר רחב? גם אם לא היה כתוב בחוק שראש עירייה לא יכול להיות בוועדת הביקורת, כללי הצדק היו אוסרים 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 כללים אלה אינם חלים.

**דוגמאות למקרים**:

1. חוק מפורש- כאשר יש חוק הקובע באופן חד משמעי החורג מכללי הצדק הטבעי. עליו כמובן להיות חוקתי ולעמוד במסגרת פסקת ההגבלה.
2. צורך- הרעיון הוא שעם כל הכבוד, ויש כבוד, להליכי המנהל, הם כללים אשר מובילים לקבלת החלטות. יש מקרים שלא ניתן לקבל בהם החלטה אשר תשיג את מטרתה אם נפעל על פי כללי הצדק הטבעי. **דוגמא**: החלטה של רשות, גם אם עלולה לפגוע, אסור על האדם לדעת עליה בזמן אמת. כמו מה? צו חיפוש. למה לא פונים אל האדם ואומרים לו על צו החיפוש ונותנים לו את זכות הטיעון? יש הנחה שבמצב כזה, האדם ייערך לקראת החיפוש. לפעמים מתן זכות הטיעון אינה אפשרית משום שהיא מסכלת קבלת החלטה. **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 בהם העתירות התקבלו.
3. אינטרסים- מעוררת קושי. בדר"כ כדי לסטות צריך חוק או צורך. יש מקרים שביהמ"ש כן מכיר באינטרסים. **דוגמא**: פס"ד **האגודה לזכויות האזרח**. צה"ל במקרים המתאימים, הורס בית של מחבל, גם אם הוא חוסל או שאין קשר למשפחה, וביהמ"ש נותן לו את הסמכות. לכאורה יש את זכות הטיעון. צה"ל בא לביהמ"ש ואמר שהוא לא רוצה לתת זכות טיעון משום שיש צורך שההוצאה תצא לפועל באופן מידי. אפקט ההרתעה יהיה ירוד. ביהמ"ש מציע אפשרות של אטימה. גם אם ההבחנה של ביהמ"ש לא משכנעת במיוחדת, רואים שהוא **היה מוכן לאזן בין זכות הטיעון לבין אינטרסים אחרים**. זהו חריג. בדר"כ אין איזון אינטרסים נוסף כאשר מתעסקים בכללי צדק טבעיים.

יש **שני כללי הצדק הטבעיים**:

1. זכות הטיעון והשימוע
2. הכללים בדבר משוא פנים וניגוד עניינים

זכות הטיעון

זכות לטעון טענות כלפי החלטה העלולה לפגוע? באילו מקרים קיימת זכות זו? יש הבחנה בין תוחלת זכות הטיעון בין סוגים שונים של סמכויות. בהליך חקיקתי, זכות הטיעון מכח המשפט המנהלי הכללי, לא חלה. אין חובה לתת לכל אדם הרואה עצמו כעלול להיפגע מתקנות, את זכות הטיעון. מהו הרציונל? צורך. תקנות חלות על כל תושבי המדינה. אם יתנו לכולם זכות טיעון, לא תהיה אפשרות להתקין תקנות. כמו כן יש הנחה של המשפט המנהלי הקלאסי שלא נותנים זכות טיעון בהליכי חקיקה בגלל צורך ויעילות. בפועל לא ניתן להתקין תקנות אם יתנו לכל אדם לבוא לטעון כנגד ההחלטה. זה יימשך לנצח וזה לא יאפשר להתקין תקנות כלל. תפיסה זו, היא לא תפיסה משכנעת משום שהתפיסה היא שיש שתי אפשרויות. או שיש זכות טיעון או שאין. יש מוסדות בהם יותר מסובך בהם מאפשרים לשמוע טענות. בכנסת למשל, בוועדות הכנסת, הם פונים לארגונים ולאנשים על מנת שיטענו את טענותיהם. חלק מאוד גדול של האנשים הבאים לוועדות, הם אנשים אשר באים לטעון. הכלל של המשפט המנהלי הקלאסי אינו מידתי. יש הרבה תקנות שבאמת, לאו דווקא בגלל חובה משפטית, מתקינים אותן בהליך משפטי הכולל את שמיעת הטענות. יש הרבה תקנות שיש בהם הליכים מותאמים.

**שיעור 6- 15.11**

נמשיך את זכות הטיעון. ראינו לקראת סוף השיעור הקודם שתחולת זכות הטיעון משתנה בהתאם לסוג ההליך בו מדובר (חקיקה, שפיטה או ביצוע). בהליכי חקיקה, בעקרון על פי משפט המנהלי הכללי, אין זכות טיעון. לפני שרשות מתקינה תקנות, גם אם הן יכולות לפגוע בזכויות או אינטרסים, אין לכל אדם שהתקנות עלולות לפגוע בו, איזו זכות אישית בפני הרשות. מהו הרציונל? צורך. זה לא מעשי ולא אפשרי לאפשר לכל אחד לטענות טענות כי אחרי זה, לא יהיה ניתן להתקין תקנות כלל והליך החקיקה היה נמשך הרבה מאוד זמן. אולם, כפי שראינו, כלל זה, שהוא כלל מסורתי מנדטורי, הוא כלל לא מידתי ולא סביר. לא הגיוני ששר שמוסמך להתקין את התקנות, פשוט יקום בבוקר ויתקן תקנות שנראות לו. ניתן להקיש מהליכי החקיקה בכנסת, שכידוע גם חוקי הכנסת יכולים לפגוע בזכויות, אך עדיין יש בהם גרסה מותאמת לזכות הטיעון בוועדות. אין באמת סיבה לא לפעול כך גם לגבי תקנות הניתנות על-ידי רשויות מנהליות. בפרקטיקה, על סמך הנחיות היועמ"ש או הנחיות פנימיות במשרדים, קורה לא פעם שבאמת מתקינים תקנות בצורה מסודרת המאפשרת גרסה מותאמת של זכות הטיעון, גם אם אין זכות טיעון אישית לכל אדם החושב שהתקנה פוגעת בו. בפרקטיקה, לפעמים תקנות, במיוחד החשובות במיוחד, מתקבלות בהליך מסודר הדומה להליך חקיקה של חוקים, אך אין זה הכלל המשפטי הבסיסי במשפט המנהלי הכללי המסורתי.

בהליכי שפיטה, ההליך הוא הפוך. הליכי שפיטה, במיוחד בעניין של הכרעה בסכסוכים (שזה התפקיד המרכזי של ביהמ"ש), לכל הצדדים בסכסוך יש זכות טיעון וכולם יכולים לטעון את טענותיהם לפני שביהמ"ש נותן את פס"ד. זה גם מהות ההליך האדוורסרי המקובל בישראל, כך גם בהליכי המנהל הציבוריים. כמו כן, חל צורך במקרים חריגים בהם לא ניתן לנהל הליך בנוכחות כל הצדדים, אלא רק אחד. יכול להיות שלאחר קבלת ההחלטה, יתנו לצד השני בדיעבד לטעון את טענותיו על מנת לנסות לבטל החלטה שהתקבלה. אך זהו חריג, רק בהתאם לעקרון הצורך כאשר הוא חל. רשות שיפוטית- לא רק ביהמ"ש, אל כל רשות שיפוטית הפועלת במסגרת הציבורית, חייבת לשמוע את כל הצדדים.

בעניין הליכי ביצוע, כאן המבחן הוא האם ההחלטה עשויה לפגוע בזכות או לפחות באינטרס של אזרח. ברור שבהחלטה שלא יכולה לפגוע, אין משמעות להטלת חיוב לזכות הטיעון (אין בעצם צד שנפגע אז למי ניתן את הזכות?). פס"ד **מוסטקי** בעניין ביטול ההכרה בלימודים באוניברסיטת לטביה, הוא דוגמא לכך שגם כאשר מדובר בהחלטות ביצועיות רבות, לגבי מספר גדול של אנשים, **כל עוד מדובר בהחלטה ביצועית המתייחסת לאנשים אינדיבידואליים, ולא מדובר בתקנות שלא נוגעות לאנשים ספציפיים, אלא לקטגוריה רחבה, קיימת זכות הטיעון**. גם אם יש קושי מעשי, אין לה בקושי המעשי של הרשות כל עוד לא מתקיים עקרון הצורך, שלא ניתן לשמוע את הטיעונים של כולם. הרשות חייבת לשמוע את כל הטיעונים האישיים של כל מי שעלול להיפגע מההחלטה. על הרשות להתארגן ולאפשר את שמיעת הטיעונים. כפי שראינו בפס"ד, בערך שליש מהאנשים, שלפי ההחלטה המקורית, נשללו מהם התארים, בעקבות שמיעת טענותיהם ובחינתם על החומר, לגביהם התקבלה החלטה כן לקבל את תואריהם. זה לא איזה טקס, אלא דבר המוביל הרבה פעמים ויש פה כדי להשפיע על החלטות שהתקבלו. ניתן לומר שבמקרה במוסטקי, עצם ההחלטה של הרשות לקבוע בצורה גורפת וכללית, זה היה דבר פסול. לא היה מקום לקבל החלטה כללית כזו מראש, אלא היה ראוי לשמוע כל אדם בנפרד. קיימת מכח המשפט המנהלי הכללי, זכות טיעון אינדיבידואלית.

מה לגבי הליכי העמדה לדין? עצם ההעמדה לדין, זה דבר הפוגע. בעבר הייתה מקובלת הגישה שהעמדה לדין, זו לא החלטה לדין ושזכות הטיעון עומדת רק במשפט הפלילי עצמו. כאשר התביעה מחליטה להעמיד אדם לדין, אין זה פוגע בזכויותיו המשפטיות אלא זה איזה שלב מקדמי, ואם מחליטים להעמיד לדין רק אז תהיה זכות טיעון מלאה. גישה זו כבר לא מקובלת. עצם העמדה היא פוגעת, במיוחד כאשר מדובר בעובדי ציבור. זה משנה להם את החיים. בהדרגה נעשו שינויי חקיקה ונקבע הסדר לפיו בעבירות חמורות וחלק שפחות חמורות, יש לבצע שימוע לפני שהמדינה מגבשת החלטה סופית להעמיד דין. לפעמים הליכי שימוע מצדיקים והפרקליטות מחליטה לא להעמיד לדין/להעמיד על עבירות קלות יותר. זכות טיעון מסודרת כזו, קבועה בסד"פ אך לא קיימת לכל עבירה, ואינה דבר מעשי, ולכן המחוקק עשה איזון בחוק מפורש, שניתן לעיתים לחרוג מזכות הטיעון הכללית בעבירות יותר קלות וזה הליך מסודר של שימוע לפני ההחלטה הסופית להעמיד לדין. יחד עם זאת, אם נאשם/סנגור כן רוצה לנסות לשכנע לשנות את כתב האישום/לבטלו, הפרקליטות כן אמורה להתייחס לכך ולשמוע אותו גם אם המחוקק לא קבע הסדר המחייב אותה. גם אחרי קבלת ההחלטה, העקרון הוא שאם מבקשים לשכנע את הפרקליטות לשנות אותה, ניתן לקיים לפני תחילת ההליך הפלילי, ואף תוך כדי, מעין שימוע, גם אם החוק קובע שבסוג של עבירות שאינן חמורות/אין לגביהן איזה הסדר הקובע שימוע, יש וריאציה של זכות טיעון לנאשם והיו לא מעט מקרים שהפרקליטות אכן שינתה את החלטתה.

נעסוק בסוגיות שונות. אנו נמצאים במסגרת המשפט המנהלי הכללי, אין חוק, יש רק פסיקה ובהלכות יש בהרבה מקרים דבר מעורפל. שאלה אחת שאין לגביה תשובה אחידה היא זכות טיעון בפני מי? האם הרשות המוסמכת בעצמה צריכה לשמוע את הטיעונים או שהיא יכולה לבקש מגורם בתוך המשרד, לשמוע את הטיעונים. אז יש מקרים בהם החוק קובע איזה גורם ישמע את הטיעונים אך ברוב המקרים אין הסדר בחוק. בדר"כ מאפשרים לרשות, במיוחד כאשר מדובר בשר בממשלה, שהוא אדם מאוד עסוק בהרבה מאוד דברים, למנות עובד במשרד לשמוע את הטיעונים. זה אפילו לא אצילת סמכות אלא סמכות עזר. זה עניין של שק"ד בנושאים החשובים במיוחד. אין חובה מוחלטת. זה לא אומר שזה דבר הרצוי, אך זה מה שעולה בדר"כ בפסיקה.

נק' חשובה היא שיש חובה לשמוע טיעונים אלא אם החוק מאפשר אחרת, או אם קיימת סיבה בעניין צורך, לפני קבלת ההחלטה. רשות לא יכולה להגיד שקודם היא תחליט ואז היא שומעת את הטיעונים. הטיעון חייב להיות לפני קבלת ההחלטה, אלא אם יש מקרה של צורך ואז יהיה ניתן לשמוע לאחר ההחלטה. כמו כן, אחד מן הרציונלים לזכות הטיעון זה גם לספק מידע. המידע הרלוונטי עדיף שיהיה לפני קבלת ההחלטה. יהיה לו פחות רלוונטיות לאחר מכן. בנוסף, זה עניין של הגינות ההליך. סיטואציה נוספת בה ביהמ"ש יכול לאפשר זכות טיעון לאחר מעשה, זה אם התרחשה הפרה. כלומר, היה צריך לתת את זכות הטיעון מראש אך לא נתנו. יינתן כסעד על מנת לא לבטל את ההחלטה שיש בה עניין ציבורי חשוב. בדר"כ יהיה מול הרשות המקורית, אלא אם הסמכות תיאצל לגורם אחר שאין לו דעה מוגמרת על העניין.

זכות הטיעון, אינה אומרת שמזמינים מישהו ונותנים לו לטעון את טענותיו. זה להגיד לו במה מדובר, איזו החלטה הולכת להתקבל, מהן העובדות העומדות בפני הרשות שבגללן היא שוקלת לקבל את ההחלטה, מהם השיקולים העומדים בפני הרשות. בפס"ד **רחמני** ביהמ"ש אמר ש**לא ניתן להזמין מישהו ולהפתיע אותו/לא לגלות לו את השיקולים**. אנשים צריכים להתכונן. זכות טיעון כוללת גם נתינת זמן סביר לפני מועד הטיעון, בו יוצרים קשר ומסבירים על מה בדיוק ההליך, שיהיה ברור שזה הליך של זכות טיעון ולמסור את כל החומר הרלוונטי על מנת שהטיעונים יהיו יעילים ושהזכות תהיה אמיתית.

מהי זכות טיעון משנית? לפעמים הרשות שומעת את הטיעונים ולאחר מכן שומעת אנשים נוספים, נגלה לה ידע נוסף, היא שוקלת שיקולים נוספים, שלא היו בפניה כאשר התקיים ההליך המקורי של זכות הטיעון. במקרה כזה, היא חייבת, גם אם כבר מומשה זכות טיעון, לפנות שוב פעם לאנשים שעלולים להיפגע, ולהודיע להם מה השתנה בינתיים ואילו שיקולים נוספים התעוררו, ולאפשר להם להשלים את הטיעון לגבי הדברים החדשים. בגלל שאין לנו חוק, והכל הוא רק במסגרת הפסיקה והמשפט המקובל, יש הרבה דברים שאינם ברורים. ביהמ"ש אומר שזכות הטיעון צריכה להירתם בצורה הוגנת. כמובן שאם החוק מפרט את ההליכים, אז חייבים לפעול על פי החוק, אך אם אין חוק ספציפי, הטיעון צריך להיות הוגן בנסיבות העניין. עולות כל מיני שאלות בגלל חוסר הבהירות הזו. מה זה מראש? האם ניתן להודיע בע"פ? יש כל מיני סוגי מקרים. לרשות כן יש אפשרות להגביל את הטיעון. לא ניתן לאדם לבוא ולטעון במשך כמה ימים או אפילו כמה שנים? במסגרת ההגינות, הרשות יכולה להגביל. מהו המבחן? אין מבחן. אם מגיע לבימ"ש, הוא קובע האם זה במסגרת ההגינות.

כללים בענייני משוא פנים וניגוד עניינים

לא מדובר בכלל אחד, אלא במשפחה של כללים שונים שיש להם מכנה משותף אחד. נק' מאוד חשובה, שלעיתים מתבלבלים בה, במיוחד בגלל הביטוי "משוא פנים", מדובר בכללים הנוגעים להליך, להסדרי המנהל. יש הגבלות על שק"ד ועל תוכן ההחלטות אבל זה לא קשור לכללי הצדק הטבעי. כללי הצדק הטבעי, כולל הכללים בעניינים משוא פנים וניגוד עניינים, לא נוגעים לשיקולים בדבר ההחלטה או בתוכן ההחלטה משום שעל מנת לקבל את ההחלטה, אסור לרשות להיות במצב של משוא פנים או ניגוד עניינים, כמו שהמשפט המנהלי הכללי מגדיר אותם. אז גם אם לפעמים מתבלבלים, אנו לא מדברים על שיקולים שהרשות שקלה בפועל או על תוכן ההחלטה, אלא בתנאים הליכיים שהם מקדמיים לעצם הסמכות או החוקיות של הליך קבלת ההחלטה.

מה המכנה המשותף? אלו הם מצבים אובייקטיבים שמצב הרשות הוא כזה שגם אם מדובר בעובדים ישרים 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. כפי שנקבע בפס"ד **דגש סחר חוץ**, האיסור על ניגוד עניינים, אינו מתמצה במצבים של וודאות לקיומו של ניגוד כזה, אלא, **לצורך תחולת האיסור, די בחשש סביר שפעולתו של ממלא תפקיד ציבורי, נעשית בצילם של אינטרסים נוגדים**. מה זה ניגוד עניינים? מצב בו לאדם שאמור לקבל את ההחלטה, יש באופן אובייקטיבי, אינטרסים אחרים (אישיים או אפילו הנובעים מאיזה תפקיד ציבורי אחר שיש לאותו אדם), שעלולים לשבש את תוכן החלטתו, מתוך ערבוב של האינטרסים. לכן, מראש, כאשר יש לאדם המוסמך לקבל את ההחלטה, אינטרסים אובייקטיביים שבלי כוונה, עלולים לגורם לשיבוש ההחלטה, במצבים כאלה, אוסרים עליו בכלל לדון בעניין והוא צריך לתת את הסמכות לגורם אחר, שאינו נמצא במצב של ניגוד עניינים. ההנחה היא שאנשים הנמצאים במצב של ניגוד עניינים, גם אם אנשים ישרים, עלולים להטות את ההחלטה לטובת אותם אינטרסים חיצוניים. **דוגמא**: אדם שדן בזכויות של בנו, סביר להניח שהוא אוהב אותו מאוד, ויש כאן באופן ברור אינטרסים חיצוני שלא קשור, וסביר להניח שהוא ייתן החלטה לטובת הבן, שאילו לא היה מדובר בבן שלו, הוא היה שוקל בדרך שונה ואף מחליט אחרת. הניסיון מראה שדווקא אצל אנשים ישירים, כאשר יש להם אינטרס אישי, בגלל שהם ישרים, זה עלול לגרום להם לקבל החלטה דווקא נגד האינטרס האישי, וגם זה לא בסדר. יש הרבה דוגמאות לכך. מראש, אנו קובעים שזה לא נכון שאדם בעל סמכות ציבורית, יהיה לו שיקולים חיצוניים להחלטה. יחד עם זאת, כפי שראינו בפס"ד **מושלב**, **לא כל ניגוד עניינים הוא אסור**. אין כמעט מקרה שאין איזה ניגוד עניינים תיאורטי. **דוגמא**: המפקח על הבנקים, גם אם יש לו חשבון עובר ושב, בו הוא מקבל את משכורתו באיזה בנק, יש לו כבר איזה ניגוד עניינים בכך שהוא מעוניין ביציבות או בעמלות שגובה אותו הבנק. אך אם אנו נפסול כל מקרה בגלל ניגוד עניינים, אנחנו נמצא כל מקרה אפשרי שיש בו איזה ניגוד עניינים תיאורטי. אז מהי העוצמה של הניגוד בגללה אנו צריכים לפסול? למשל אם אותו מפקח, יש לו בעלות או חלק מהבעלות בבנק, זה יהיה ניגוד עניינים. המבחן, שהוא לא מדויק, הוא מבחן החשש הסביר. כלומר, עוצמת ניגוד העניינים הפוסלת, היא אם קיים חשש אובייקטיבי סביר, שבגלל אותו אינטרס נוגד, הרשות תשקול באמת שיקולים זרים הנובעים מאותו אינטרס זר. לפעמים בפסיקה רושמים "חשש סביר לניגוד עניינים". לפי המרצה, זה לא נכון. הפסיקה שכותבת כך אינה מדויקת. ניגוד עניינים קיים. השאלה האם יש חשש סביר שאותו ניגוד יוביל אדם רגיל לשקול אינטרסים שמקורם במצב של ניגוד העניינים. זה עניין של שכל ישר. **האינטרסים**:

1. מניעת שיקולים זרים- בדיעבד אנחנו לא יכולים לדעת אם היו שיקולים זרים לרשות. בדר"כ הרשות לא תודה ואפילו תציג את השיקולים שלה כטהורים. אנחנו מראש לא יודעים אם באמת היו. אנחנו רוצים למנוע.
2. שמירת טוהר המידות- הרבה פעמים פעולה בניגוד עניינים יכולה להוביל לשחיתות הסותרת את טוהר המידות שהוא רציונל מאוד חשוב. כמובן גם שמירת אמון הציבור ברשות.

בפס"ד **מושלב** השאלה הייתה האם יש חשש של ניגוד עניינים. ברור שיש ניגוד אך כמעט תמיד יש. **השאלה היא מהי העוצמה של ניגוד העניינים**. האם הניגוד בעוצמה מספיק חזקה על מנת לפסול את ההחלטה או למנוע מהרשות לקבל את ההחלטה.

דיברנו על מבחן החשש הסביר, זה מבחן החל אם ניגוד העניינים הוא על עניין פרטי. כלומר, האם מול האינטרסים הציבוריים, יש גם אינטרסים אישיים של מקבל ההחלטה.

יש מקרים שניגוד העניינים הוא בין שני תפקידים ציבוריים. אומרים שבמקרה כזה, צריך פחות להחמיר כי לפעמים יש אינטרס שאדם איכותי ימלא יותר מתפקיד אחד. אז כאן יש שופטים שאומרים 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 לא הכריעו? כי ההבחנה בין ספק סביר לבין אפשרות ממשית אינה ברורה, יש בזה דבר אינטואיטיבי, וכן בסופו של דבר לא היה מקרה שהיה חשש סביר ולא אפשרות ממשית וביהמ"ש קבע בכל זאת לאפשר את ההחלטה. ביהמ"ש בדר"כ יגיע לכך שיש גם אפשרות ממשית.

בפס"ד **דגש**, נקבע כלל חשוב ביותר, בתקופה של הפרטה, יש סמכויות רבות שעוברות לגורמים פרטיים. לא יכול להיות שעצם ההעברה של סמכות ציבורית במהותה, מועברת לגורם פרטי שהופך להיות בעצם מעין גוף מהותי, זה יפתור את הגוף הפרטי מהתחולה של איסור ניגוד העניינים. ולכן, **גם אם סמכות ציבורית מופעלת על-ידי גורם פרטי, אסור על אותו גורם פרטי לפעול במצב של ניגוד עניינים**. מתעוררת שאלה, כפי שראינו בפס"ד שקראנו, האם במצב של ניגוד עניינים, צריך לפסול אדם מלמלא בכלל תפקיד, או די בכלל שהוא יפסל מקבלת החלטות ספציפיות בהן יש חשש לניגוד עניינים. התפיסה במהותה היא של מידתיות. אם התפקיד במהותו, עם כל ההחלטות או רובן, מעורר חשש של ניגוד עניינים, אין בכלל על מה לדבר. אך אם ניתן לומר שיש ניגוד עניינים רק בהחלטות ספציפיות, אז לעקרון המידתיות, לא נפסול אדם לחלוטין אלא נפסול אותו מהדיונים הספציפיים ומקבלת ההחלטות לאותם עניינים ספציפיים. זה גם מה שהיה בעניין **מושלב**, שם הייתה פסילה מדיון באותם עניינים שהיה בהם חשש סביר לניגוד עניינים. **ככל שאין ניגוד, אז לא פוסלים לגבי החלטות אחרות את עצם התפקיד** והאדם יכול לכהן באותו התפקיד.

**שיעור 7- 20.11**

דיברנו על איסור ניגוד העניינים שהוא יחד עם משוא פנים ששניהם כללים מאוד חשובים במשפט המנהלי הכללי- מצב בו לרשות המוסמכת יש, מצד האינטרסים עליהם מופקדת, גם אינטרסים אחרים (אישיים או הקשורים בתפקיד ציבורי אחר). כפי שראינו בשיעור הקודם, עצם מצב של ניגוד עניינים, אינו אסור, משום שתמיד יש איזה ניגוד עניינים תיאורטי. תמיד ניתן למצוא איזה אינטרס חיצוני. ולכן הפסילה תלויה בעוצמת ניגוד העניינים. רק ניגוד משמעותי, יפסל. המבחן, שהוא די מעורפל, נקבע בפסיקה והוא מדבר על חשש סביר. אם יש חשש סביר שאדם רגיל, גם אם הוא אדם ישר, יתקשה להתנתק מאינטרסים אחרים שיש לו, אסור לו לקבל את ההחלטה. כאשר מדובר על אינטרס עקב תפקיד ציבורי אחר שלאותו אדם יש, יש גישה שהיא מקלה יותר מבחינת הרשות. מדברים על אפשרות ממשית. בפועל, השאלה בסיטואציה בה ניגוד העניינים הוא על עניין ציבורי, לא הוכרעה ונשארה בצריך עיון, בין השאר בגלל שאף אחד לא יכול באמת להוכיח מה ההבדל בין אפשרות ממשית לבין ספק סביר, וכמו כן, סביר להניח שלא נגיד שיש חשש סביר אך לא נפסול בגלל שאין אפשרות ממשית. ביהמ"ש סביר להניח יקבע את שניהם או אף אחד מהם.

**דוגמא**: פס"ד **מושלב**. קבלת החלטות בענייני תכנון ובניה של חבר קיבוץ שבעצם רשות התכנון והבנייה דנה בבקשה תכנונית לעניין הקיבוץ עצמו. ביהמ"ש אומר שלא פוסלים חברי קיבוצים לשבת בוועדות תכנון ובניה של האזור אך אם יש בקשה שקשורה לקיבוץ, אז בגלל שחברי הקיבוץ הם בעלי הקרקעות, ויש להם אינטרס אישי, ולא רק ציבורי, אז ביהמ"ש קבע **שלא פוסלים אותם מלדון באופן כללי, אלא רק מלדון מתוכניות ספציפיות**.

ברוח נושא נוסף של מידתיות. אם ניתן לצמצם את הפסילה להחלטה מסוימת, עושים זאת.

**דוגמא נוספת**: פס"ד **רמות**. רשות ציבורית הגישה במסגרת תפקידה, תוכנית לאישור. בשלב לאחר מכן, יש שלב של עררים. מהנדסת התוכנית, השתתפה בדיון בשלב השני. לא הייתה לה זכות הצבעה וביהמ"ש פסל אותה.

"...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... [אין טעם] 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."

(פסקה 16 לפס"ד של השופטת בייניש)

יש הוראה ספציפית בחוק למצב כזה. אך כאן לא מדובר בחברה, אלא רק מישהי שהשתתפה והיה לה כח השפעה. אם חוק קובע במפורש הסדר, אך מציין רק מספר אנשים, אין בכך הסדר שלילי.

פס"ד רמות הוא דוגמא לניגוד עניינים מבחינה מוסדית. אדם שיכול להשפיע ובכך יש הטיה מובנית וברורה לטובת התוכנית אותה עיצב. **הסיכוי הוא יחסית קטן שמי שהכין את התוכנית, יקבל את ההתנגדויות**.

איסור משוא פנים

קטגוריה מעניינת הקשורה לניגוד עניינים, היא איסור משוא פנים. (ביותר דיוק, ניגוד עניינים זה קטגוריה בתוך זה) מדוע מבקשים למנוע מצבי ניגוד עניינים? הטעם המרכזי הוא לוודא כמידת האפשר, ששיקול הדעת יפעל באופן הראוי ובאופן המקצועי, מבלי שתהיה איזו נטייה מאינטרסים מבחוץ. 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. יש מצבים של משוא פנים שלא נובעים מניגוד עניינים. צריך להיזהר כאן. להבדיל מהליכים רגילים, בהליך המנהלי, ההחלטות הטיפוסיות אינן שיפוטיות, אלא החלטות ביצועיות. בהחלטה ביצועית, מי שיוצר את ההחלטה הוא הוא הרשות עצמה. נניח הם רוצים לבטל רישיון, מי עוזר? הרשות עצמה, היא סביר להניח במצב של משוא פנים. נניח שתפסו אדם בעבירת פסולה ויש אפשרות של הליך מנהלי של פסילת רישיון נהיגה, ברור שלמשטרה, אם הם יזמו, יש הטיה לטובת החלטת הפסילה. יש לה כבר החלטה שהיא מעוניינת לקבל. אם המשפט היה בכל מקרה ומקרה קובע שיש משוא פנים, לא היה ניתן לקבל הרבה מאוד החלטות. ולכן, משוא פנים כמצב אובייקטיבי, לא יהיה לפסול. על מנת לפסול, צריך להראות שאילו היא הייתה, כן דנה, דעתה הייתה נעולה עוד לפני תחילת ההליך ועוד לפני שהייתה שומעת את הטיעונים. **דוגמא**: פס"ד **בן דוד**. ועדת חקירה פנימית בגלל משוא פנים שהגיע למצב חמור עם החלטה שהייתה נעולה עוד לפני הדיון. צריכה להיות אינדיקציה שמדובר בדעה נעולה, מבחינה אובייקטיבית. היה דיון במד"א על זריקת תרומות דם של אנשים מהעדה האתיופית. אחד מאנשי הועדה היה איש הקהילה האתיופית. נטייה כללית לא הייתה פוסלת אולם הוא כבר מראש הודיע מה לפי דעתו צריך לעשות. הוא התבטא באופן חד-משמעי לפני שהסכים בכלל לשמוע את הטענות. ביהמ"ש קבע שכאשר **מדובר בחוות דעת שבאופן אובייקטיבי, סביר להניח שלא תשתנה במהלך הדיון**.

"**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... אין מנוס מהמסקנה כי בחברותו של מר אדיסו מסאלה בוועדה יש משום הפרה של הכלל האוסר על משוא פנים. למר אדיסו מסאלה דעה קדומה על תוצאות דיוני הוועדה. הוא הביע אותה בפומבי. הוא הדגיש בדבריו, זה מקרוב, כי העדה האתיופית מצפה לכך שהוועדה תוציא מסקנות אישיות נגד העותר. הוא ציין כי "בפחות מזה לא נסתפק". התנהגותו של מר אדיסו מסאלה בכל השלבים... מראה בבירור כי הוא גיבש לעצמו עמדה פסקנית, שממנה לא ייסוג."

(פסקאות 8-9 לפס"ד של השופט ברק)

ביהמ"ש אומר שבגלל שהוא התבטא באופן חד משמעי ואף יצא נגד העותר ואמר שצריך לפטר אותו, מבחינה אובייקטיבית הוא קבע לעצמו חוות דעת חד משמעית שסביר להניח שלא יזוז ממנה. שואלים מראש האם אדם יכול לקבל החלטה. רוצים לתת הליך הוגן וכאשר ברור שיש אדם שכבר נעול בדעתו, אין בכך הליך הוגן.

**דוגמא נוספת**: 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

כללי

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

ככל, בהיעדר מקרים חריגים, יש חובת פרסום כללית יש נורמות, בין אם הן כלליות ובין אם הן ספציפיות, המתקבלות על-ידי רשויות ציבוריות או של המנהל הציבורי. לא רק חקיקה, אלא יש לפרסם גם החלטות שיפוטיות וגם החלטות ביצועיות, אלא אם הן נכנסות לאיזה גדר של חריג. בשונה מהאינטואיציה של משפטנים, יש חובת פרסום כל עוד אין החרגה, על כל החלטה. ההבדלים הם בדרך בו מפרסמים. אין בדר"כ צורך לפרסם לכל הציבור. אין בכך תועלת רחבה. באינטואיציה, אם מקבלים החלטה, למשל להטלות רישיון נהיגה, צריך להודיע. חובת הפרסום תואמת לסוג ההחלטה.

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. גם יש כאן עניין של כבוד האדם. איך ניתן להכפיף אדם לנורמה שהוא לא היה יכול לדעת? הנורמה היא נורמה של פרסום. הרשות לא מפרסמת, מטעם כזה או אחר, היא צריכה לדאוג למצוא חוק שיאפשר לה לא לאפשר. ס' 17 לא ממצא את הדיון.

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.

מהי החשיבות?

חלק מכבוד האדם. אנחנו רגילים לחשוב שזה כל דבר. אבל כבוד האדם נטו, ללא פירושים והרחבות, זה שהוא יודע מה הזכויות והחובות שלו. אם יש לו זכות וכל שכן אם יש לו חובה שהוא לא יודע עליה, זו בעיה. זוהי זכות של אדם שיתייחסו אליו כאדם רציונאלי כשהוא יודע מהם הנורמות. אם אדם לא ידע שביטלו לו את הרישיון, והיה ממשיך להשתמש בו, הוא היה נענש וזה דבר לא צודק. מכפיפים אדם ללא שהוא יודע. זה לא רק עניין של ענישה, זה גם עניין של אזהרה. יש כאן רציונל עמוק של כבוד האדם. יש כאן גם עניין של הגינות, אשר קשור לכבוד האדם.

בנוסף, פרסום הנורמה קשור לביצועה. אם אנחנו רוצים שנורמה תבוצע, אנחנו רוצים שאנשים יפעלו על פי הכללים שנקבעו. יש גם חשיבות מבחינת בהירות הנורמה. פרסום זה כתיבה. מי שכותב מסביר מהי בדיוק הנורמה. כשאומרים בעל-פה זה אפילו יכול להיות לא ברור למקבל ההחלטה עצמו. בכתיבה חושבים על ניסוח ובהירות כך שכולם, גם מקבל ההחלטה, יוכל להבין מהי הנורמה.

תקנות בנות-פעל תחיקתי

עכשיו נגיע לנושא הדגל המסורתי, בעל חשיבות מיוחדת- תקנות בנות-פעל תחיקתי. ס' 17 לפקודת הפרשנות. זוהי פקודה שרובה התבטלה. לא להתבלבל עם חוק הפרשנות.

ס' 17 לפקודת הפרשנות: תחילת תקפן של תקנות בנות-פעל תחיקתי

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

לא נדבר על החלק השני של הסעיף. הסעיף מדבר על תקנות שאותן חובה לפרסם ברשומות.

מהן תקנות אלה? פס"ד **אלכסנדרוביץ** קבע **שני מבחנים מצטברים**:

* מבחן שהוא לא נכנס להגדרה אך כן נכנס בס' 17- תקנה. הכלליות והנורמטיביות הן תכונת של בת-פעל תחיקתי. אך יש דרישה מוקדמת- שיהיה מדובר בתקנה. מה זה?

מוגדר בס' 1 לפקודת הפרשנות: פירושם של מונחים רווחים

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

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**: המשב"ל פרטי. מתי המשפט הישראלי מחיל מערכת משפטית זרה. משב"ל פרטי הוא לא באמת בינ"ל. הוא משפט פרטי של המדינה אך זה בגלל מסורת מהתקופה המנדטורית. **דוגמא נוספת**: דין תורה.

יש מקרים בהם אין מניעה לפרסם אך הן אינן תקנות- אמנות בינ"ל. אמנות לא הופכות בהכרח לחוק הישראלי. אך יש מקרים שכן אם החוק הישראלי מאמץ אותה. בדר"כ ראוי שהחוק המאמץ יעתיק את הסעיפים אך יש מקרים בהם החוק פשוט מפנה. **דוגמא**: אמנת ורשה. מטילה אחריות על חברות תעופה על נזקים ואובדן. בישראל אימצו אך לא באמת פרסמו אותה. 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.

1. כלליות- פניה לציבור בלתי מסוים. אם הנורמה פונה לציבור שניתן לזהות אותו בשמות, אין היא נחשבת (כמו במקרה של האוניברסיטה בלטביה). ייתכן גם מצב של נורמות הפונות לציבור בלתי מסוים שהוא מורכב אפילו רק מאדם אחד, אך אין אפשרות לזהותו בשם (כמו נשיא המדינה או שר). ציבור בלתי מסוים הוא אינו עניין כמותי.
2. נורמטיביות- שינוי מצבת הזכויות והחובות המשפטיות. אנו נדבר בהמשך בצורה רחבה יותר. הרעיון הוא לא לפרסם עובדות אלא כללים משפטיים. כללים נורמטיביים המשנים רכיבים בטבלת הזכויות והחובות של הופלד. בהמשך נראה שלא כל כך ברור אם עניין מסוים הוא רק עובדה שיש לה השלכה לנורמה מסוימת, או מדובר בנורמה כלל משפטית שאותה צריך לפרסם.

**שיעור 8- 22.11**

התחלנו לדון בחובת הפרסום. בשונה מהעיסוק בתקנות בנות-פעל תחיקתי. פרסום זה עקרון מנהלי בסיסי שלא מוגבל רק לתקנות אלה. גם החלטות ביצועיות צריכות להיות מפורסמות. השוני הוא בדרך הפרסום. חובת פרסום תקנות בנות-פעל תחיקתי מעוגנת בחוק. זה חלק מהמשפט המנהלי הכללי ואפילו המשפט החוקתי. חלק מהזכות לכבוד האדם, במובן הכי בסיסי- שלא יחילו עליהם חובות ללא שידעו על כך בכלל. רשות לא יכולה לא לפרסם תקנה ושיהיה לה תוקף משפטי. ראינו את ס' 17 המדבר על חובת פרסום ברשומות של תקנות בנות-פעל תחיקתי. גם כאשר מדובר בנורמה שיפוטית, כמו פס"ד, גם כאשר מדובר בנורמה מנהלית, כמו רישיון, אשר מתייחסות לאדם מסוים, אינן תקנות בנות-פעל תחיקתיות. 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.

בוחן 1- פרסום ברשומות

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.

אורך התשובה – עד 150 מילים.

אנו עוסקים בפרסום תקנות בנות-פעל תחיקתי.

ס' 17 לפקודת הפרשנות קובע שתקנות כאלה יפורסמו ברשומות ותחילת תקפן ביום פרסומן. נדבר על זה בשיעור הבא. זה כל עוד אין הוראה אחרת, בעניין זה, באיזה חוק חוקתי או חוק שחל עליו את שמירת הדינים.

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.

\*הערת מינוח על מנת לא להתבלבל בנושאים אחרים. יש את פקודת הפרשנות ויש את חוק הפרשנות, אשר בעצם החליף את הפקודה (למעט סעיפים מעטים שנשארו). בחוק, המינוחים הם שונים. בעוד שבפקודה יש תקנה רגילה ותקנה בת-פעל תחיקתי, חוק הפרשנות עושה הבחנה בין הוראת מנהל לבין תקנה.

הוראת מנהל- הוראה שיפוטית אינדיבידואלית. מקביל לתקנה שהיא לא בת-פעל תחיקתי.

תקנה- מקבילה לתקנה בת פועל תחיקתית.

הגדרת תקנה בפקודה, כוללת גם החלטה אינדיבידואלית ואז יש בת-פעל תחיקתי וגם שאינן בת-פעל תחיקתי. בחוק הפרשנות הישראלי, יש הוראת מנהל אינדיבידואלית, ותקנה שהיא המובן המודרני של בת-פעל תחיקתי.

1. 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. ציבור בלתי מסוים זה לא עניין של מספר למרות שבדר"כ יש קשר. בדר"כ יהיה מדובר בציבור יותר רחב, אך זה לא מוחלט. יש גם אפשרות שקבוצה גדולה של אנשים לא יהיו ציבור בלתי מסוים (כמו במקרה של ההכרה בתואר מלטביה). ציבור בלתי מסוים יכול להיות גם אדם אחד. הרבה פעמים החוק מתייחס גם לבבן אדם מסוים אך זה עדיין משנה את מערך החובות לציבור בלתי מסוים.
2. נורמטיביות- שינוי מערך הזכויות והחובות. תקנה בת-פעל תחיקתי להבדיל מעובדה בת-פעל משפטי. לא צריך לפרסם עובדה. כל עובדה בעולם יכולה להיות לה משמעות משפטית. אי אפשר לפרסם הכל. את הנורמה צריך לפרסם, אך לא את העובדה. זוהי הבחנה בנאלית שמאוד מבלבלת שגורמת לוויכוחים. ראינו את פס"ד רונן ואת הביקורת של פרופ' זמיר.

ע"פ 402/63 **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.

"חובת הפירסום של תקנות"- פרופ' יצחק זמיר

הוא מתנגד למה שהוחלט בפס"ד רונן. הכרחי להבחין בין עובדות לבין תקנות ורשויות ציבוריות, הרבה פעמים מחליטות לקבוע עובדות יש להן תוצאה משפטית זהה לתמרור. **דוגמא**: החלטה להקמת בית ספר. זה קובע איך לנהוג בכביש ליד. זמיר אומר שצריך לראות מהי המטרה לשמה הוסמכה הרשות לקבל את ההחלטה. למה שמו את התמרור? לקבוע כללי תנועה. בית ספר הוקם למטרה חינוכית לא כדי לשנות את כללי הנהיגה באזור. כאשר רשות מכח סמכותה, יוצרת איזו עובדה שיש לה תוצאה משפטית, אם נראה בכך נורמה, תלוי במטרת הסמכות. האם ליצירת הנורמה, צריך לפרסם. אם המטרה היא לקביעת עובדה או דבר אחר לא נורמטיבי, אין צורך. לשיטת זמיר, ההחלטה לקבוע תמרור, או בכלל כלל תנועה במקום מסוים לציבור בלתי מסוים, זה תקנה בת-פעל תחיקתי. המבחן הוא למה הוסמכה הרשות- לקבוע עובדה או לקבוע נורמה.

המרצה אומר שראוי שיהיה פרסום ותיעוד של כללי תנועה במקום מסוים. יש בכך תועלת מעשית ולא רק דקדוק משפטי. גם אם זה רק דקדוק, ס' 17 קובע שיש לפעול על פיו.

מהי חשיבות ההבחנה בין תקנות לעובדות?

תקנות חייב לפרסם ברשומות ומרגע הפרסום, אין אפשרות להגיד שלא ידעו מה היה כתוב בכל התקנות.

**שיעור 9- 27.11**

נתחיל בפתרון 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.

בודקים באופן יחסי, והשאלה היא מעט טריקית. השאלה שווה 5 נקודות ולכן אין באמת הבדל.

אנחנו עדיין במסגרת נושא הפרסום.

נשאר לנו לדבר על הנחיה מנהלית. מה זה? כל רשות קובעת להפעלת שיקול דעתה. במשך שנים הפסיקה לא עסקה בכך. העלו פעם אחת אולי שמדובר בתקנה בת-פעל תחיקתי וביהמ"ש הגיע למסקנה שלא מדובר לתקנה בת-פעל תחיקתי. במשך עשרות שנים לא נהגו לפרסם. בפס"ד **אפרתי**, בתחילת שנות ה-90, הגיע הנושא בצורה ממוקדת. השופט חשין קבע שיש עקרון רחב של פרסום ולא יעלה על הדעת שהרשות תפעל על פי קריטריונים מסוימים והציבור לא ידע כיצד היא קובעת החלטות. ולכן, **יש חובת פרסום להנחיות מנהליות**. הכנסת קיבלה זאת ועיגנה זאת לאחר כמה שנים בחוק. הוא לא עוסק בנושא ולכן הוא עושה בעיות. איזה חוק? חוק חופש המידע.

ס' 6 לחוק חופש המידע: הנחיות מנהליות וחוקי עזר.

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

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

(ג) רשות מקומית תעמיד לעיון הציבור את חוקי העזר שלה."

הכוונה היא אם יש איזו הנחיה פנימית שלא קשורה לזכויות או חובות של הציבור, אין חובה לפרסם. ס' (ב) מעלה סייגים. יש מקרים שאותן החרגות לא לתת מידע, יחול גם על הנחיות. ברור שאם יחשבו בצורה נפרדת להנחיות פרסום הנחיות מנהליות, יקבעו חריגים המתאימים לנורמות/להנחיות מנהליות ולא למצב עובדתי. כמובן שזה מצב טוב יותר מהמצב שהיה לפני אך לא האידיאלי.

תחילת תוקף

ס' 17 לפקודת הפרשנות: תחילת תקפן של תקנות בנות-פעל תחיקתי

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

ההסדר חל רק על תקנות בנות-פעל תחיקתי, על פי המבחנים שהצגנו בשיעורים קודמים. ככל שזה רלוונטי גם לתקנות שאינן בנות-פעל תחיקתי, שאלות תוקף גם עולות לפי ס' זה.

מה פירוש תחילת התוקף? ברור שאי אפשר להכיל תקנות פיזית על גבי העבר. זה יכול לשנות תוצאות משפטיות על דברים שכבר נעשו בעבר.

האם ובאיזה תנאים תקנות יכולות לחול ולשנות תוצאות ומעשים שהתרחשו בעבר? **דוגמא**: עבירות מרמה והפרת אמונים. בחוק העונשין, נקבע העקרון הכללי שאם מבטלים עבירה, הביטול חל גם על מעשים שנעשו לפני הביטול. התחולה היא רטרואקטיבית. חוק העונשין אומר שאם החברה קובעת שלא ראוי שמעשה מסוים יהיה עבירה פלילית, אז זה לא הוגן שנטיל את הסטיגמה של עבריינות על דבר שאנחנו לא חושבים שהוא דבר פלילי במהותו.

שאלה אחרת שמעורר הנוסח של ס' 17, זה היכן צריכה להיות ההוראה האחרת. האם רק בחוק המסמיך או שהתקנות עצמן יכולות לקבוע? הסעיף כשלעצמו אינו ברור.

יש 4 סוגים של תחולה בזמן. הם די מבלבלים ואפילו השופטים עצמם מתבלבלים. אך עדיין נעשה את סיווג זה. הוא בא מהפסיקה. כל 4 הקטגוריות מדברות על המועד שבו היו ההתנהגות או המצב ביחס לשיני התוצאות המשפטיות שלהן.

**4 הסוגים**:

1. תחולה אקטיבית- מבוסס על ס' 17. שינוי התוצאות המשפטיות של מצבים או פעולות (כולל מחדלים) **שיעשו מרגע קבלת ההחלטה**, בין אם תקנה ובין אם חוק, מרגע פרסומה. ברירת המחדל. חל גם על מצבים שהתחילו לפני שהתקנה התקבלה. **דוגמא**: נניח מטילים מס חדש לאנשים המשכירים 3 דירות ומעלה. מהרגע שמפרסמים, אנשים צריכים להתחיל לשלם אם יש להם 3 דירות. אם בעבר לא היה צריך, עכשיו יצטרך. במובן הרחב זה אקטיבי, לא רק מיום פרסום המס החדש, אלא גם על אנשים שכבר השכירו לפני.
2. תחולה רטרואקטיבית- שינוי התוצאות של מעשים או מצבים **שהתקיימו במועד קודם** לרגע בו התקינו או פרסמו את התקנה/ההחלטה. **דוגמא**: נמשיך בדוגמא של 3 דירות. אם היו קובעים שגם מי שהשכיר 3 דירות בשנה הקודמת, יצטרך לשלם מס כזה. יש גם אפשרות שזה ייטיב עם האדם. כמו אם מבטלים עבירה.
3. תחולה רטרוספקטיבית- שינוי התוצאות **מרגע קבלת ההחלטה על מצב שהתקיים לפני** קבלת ההחלטה. טכנית זה אקטיבי אבל זה גם סוג של רטרואקטיבי. **דוגמא**: אם חוק 3 הדירות היה חל בצורה הזו, זה היה מתחיל לחול מהרגע שהוחלט.
4. תחולה פרוספקטיבית- **ממועד מסוים לאחר** פרסום התקנה. לאפשר לאנשים להיערך לנורמה החדשה. הרבה באים התכולה היא פרוספקטיבית על מנת למנוע בעיות של רטרוספקטיביות.

**דוגמא**: סטודנטים מתכוננים למבחן לשכת עו"ד. חודש לפני, שינו את מבנה הבחינה. לא שינו לאנשים שכבר עשו. ביהמ"ש אמר שזה אכן אקטיבי אך סטודנטים כבר התחילו ללמוד חודשים לפני. הייתה להם הסתמכות על שיטת הלימוד הקודמת ולכן ביהמ"ש קבע שזה בכלל רטרוספקטיבי משום שזה משנה מצב קודם לסטודנטים ולכן פנו ללשכת עו"ד שיעשו את זה פרוספקטיבי למחזור הבא.

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**:

1. שלטון החוק- אנשים פועלים לפי החוק הקיים. אם בזמן שאדם פעל, קיבלו החלטה מסוימת שמשנה את חוקיות החלטה אחרת.
2. ודאות- אם אדם פועל בשיטה בה ניתן לשנות רטרואקטיבית, את הכללים, לא ניתן לדעת אף פעם מהם הכללים. השלטון מחיל נורמות חדשות ואין שוב משמעות לוודאות.
3. פרסום- זה חל גם בעניין הפרסום. ברור שלגבי תקופת העבר, יוצא שמחילים חוק שלא היה קיים, ולא היה בכלל מפורסם.
4. הסתמכות- קשור לכבוד האדם. אם הרשות יכולה לשנות באופן חופשי ונוהגת לעשות זאת, אין שום אפשרות להסתמך על המצב המשפטי הקיים. זה חלק מכבוד האדם.
5. הכוונת התנהגות- אנחנו רוצים שחקיקה תרתיע או תיצור תמריצים. חקיקה רוצה להכווין התנהגות ולא ניתן לעשות זאת עם תחולה רטרואקטיבית.
6. אפליה- מהפסיקה. חלים גם על נורמות מיטביות. לכאורה אין בכך שום דבר רע, אך כן יש בכך סוג של אפליה. **דוגמא**: ביטול עבירת מרמה והפרת אמונים. היו אנשים בעבר שרצו לעבור אך החוק אסר עליהם. אם יבטלו, יוצא שמפלים לטובה את אלו שעברו על החוק ופוגעים שאלו שכן כיבדו את החוק. בפס"ד **התנועה לאיכות השלטון** לעניין החווה, רואים שלפעמים **יש חשש שתכולה רטרואקטיבית באה על מנת להשיג תוצאה פרסונלית**. כולם פעלו על פי איזו נורמה, פתאום אדם שמחובר לשלטון עובר אותה והשלטון משנה.

האם תחולה 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.

יש על כך חוסר בהירות בפסיקה. פסיקה אחת משאירה בצריך עיון, אחרת אומרת שצריך הסמכה בדין וכו'.

מכל מקום, מבחן הסבירות כן הביא את ביהמ"ש, לפסול תחולה אקטיבית ולחייב את הרשות להחיל באופן פרוספקטיבי. וזה בגלל ערך ההסתמכות. דוגמא: פס"ד **זילבר**. היה סבסוד למעונות יום. הממשלה החדשה החליטה לשנות את הכללים כך שאחד מן התנאים הוא ששני ההורים צריכים לעבוד. כמובן זה פגע באוכלוסייה החרדית. ביהמ"ש פסל את ההחלטה משום שיש כאן **עניין של סבירות והגינות**. לא תמיד צריך לקבוע הוראת מעבר אלא כאשר באמת מדובר באינטרס חשוב, חלק מליבת החיים של האזרח, של המשפחה, ולכן ביהמ"ש קבע **שבעקרון לא ניתן לגרום לכך שהורים, שהסתמכו על הסבסוד, לשלם באופן מידי, אלא רק מהשנה הבאה**. צריך לאפשר לאנשים להיערך מספיק זמן לנורמה החדשה.

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**. בימה"ש **פסל בו חוק בפעם הראשונה, לאור חוקי היסוד של זכויות האדם**. הוא יישם על החלה של חקיקה חדשה בלי הוראות מעבר. הייתה רגולציה גם על אנשים שעסקו במקצוע כבר שנים. ביהמ"ש קבע שזה יהיה רק על אנשים שעובדים זמן קצר או לפני שעבדו או להביא הוראות מעבר. הזכות שנפגעה הייתה חופש העיסוק אך **הבעיה הייתה שהיה העדר הוראות מעבר ופגיעה בהסתכמות שהייתה קיימת עשרות שנים**.

**שיעור 10- 29.11**

אנו עוסקים במרכיב הזמן בהחלטות מנהליות. בשיעור הקודם עסקנו בתחולת נורמות מנהליות בזמן.

היבט נוסף של הזמן, מוסדר בס' 11 לחוק הפרשנות: מקום שלא נקבע זמן

"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."

כאשר בחוק כן נקבע בזמן, אם מדובר באזרח, בדר"כ מקפידים על זמן ואם הוא מאחר, העתירה עלולה להידחות. עם רשויות הרבה פחות מקפידים. וגם אם נקבע כי על הרשות יש זמן מסוים, ביהמ"ש לא קובע שאין לה סמכות בגלל האיחור אלא משתמש בשתי גישות על מנת להעניק לה סמכות.

**שתי גישות**:

1. הוראות המגבילות רשות בזמן, אלו הן הוראות מנחות- אם רשות חרגה, אין זה שולל את סמכותה. לפי המרצה זוהי פסיקה לא מבוססת.
2. מישור הסעד- ביהמ"ש פיתח תורת סעדים לפיה העובדה שרשות מנהלית פעלה באופן בלתי חוקי, לא הופך את החלטתה לחסרת תוקף, אלא ביהמ"ש יכול לתת סעד, על פי איזון אינטרסים בנסיבות המקרה. ולכן, יש מקרים בהם ביהמ"ש קובע שהיה איחור אך בגלל נסיבות, אין סעד/יש סעד יותר מרוכך.

נחזור לס' 11, זהו ס' לא מוגדר. כאשר החוק מסמיך רשות, אך לא קובע זמן, צריך לפעול במהירות הראויה. יכולים להיות מקרים קיצוניים בהם הרשות צריכה לעשות אך לא עושה. **דוגמא**: מעט קיצונית. בג"ץ 8438/16 **ארגון אמון הציבור**

עובדות המקרה- בשנת 2002 נחקק תיקון לחוק חובת המכרזים. התיקון מחייב את שר הפנים להתקין תקנות תוך 90 ימים להחלתה של חובת המכרז על עסקאות של תאגידים מקומיים המצויים בבעלות/שליטה של רשויות מקומיות. אין אפשרות להחיל את התיקון מבלי שיש תקנות. כל מה שנאמר בתיקון, היכולת המשפטים להפעיל אותו, תלוי בכך שיקבעו תקנות. נקבעה חובה, ואף נקבע בזמן מסוים- 90 יום. במשרד הפנים אמרו שעד שיתקינו, בדרך של היקש, יחילו, בשינויים המתאימים, את דיני המכרזים החלים על הרשויות המקומיות עצמן. התקנות לא הותקנו במשך 18 שנים. בשלב מסוים, ועדת הכנסת המוסמכת לאשר את התקנות, הכניסה בטיוטה, שביקשו ממנה, כל מיני תיקונים שהיועמ"ש סבר שאינם חוקיים כי הם סותרים את החוק. הוא הוציא חו"ד מחייבת המונעת משר הפנים לחתום.

ביהמ"ש- אומר שמדובר בפרשה עגומה של אי הפעלת סמכות חובה, העולה עד כדי פגיעה מתמשכת בשלטון החוק, שיש לשים לה סוף. המחוקק לא מחוקק סתם. **אף ללא קשר לזמן שנקבע- 90 ימים, גם לפי ס' 11, 18 שנים זה לא "מהירות ראויה"**. המשיבים העלו כל מיני הצדקות כמו שההסדר הוא מורכב וכן שרצו להגיע להסכמות עם השלטון המקומי. הטענות האלו לא יכולות להצדיק שיהוי מתמשך כזה. ביהמ"ש נתן סעד נדיר **וחייב את שר הפנים, בהתייעצות עם שר האוצר, להתקין תקנון בעניין חובת מכרזים של תאגידים מקומיים בתוך 90 יום**. עדיין אין חובה על ועדת הכנסת לאשר את ההצעה.

פס"ד ישן בעניין שעון קיץ- בינתיים תיקנו את החוק אך בעבר לא הייתה חקיקה על כך. עשרות שנים שר הפנים לא דן בכך וביהמ"ש חייב אותו לקבוע.

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.

עד כאן החלק השני המרכזי של הקורס- ההליך המנהלי.

**שק"ד מנהלי**

כללי

נתחיל את החלק השלישי המרכזי: שק"ד מנהלי. בדר"כ המשפט המנהלי הכללי לא מכתיב, לא לרשויות הנבחרות, ולא לרשויות המקצועיות, את תוכן ההחלטות, אלא מתמקד בסמכות ובהליך. הכתבת תוכן זה דבר לא אפשרי וכן לא רצוי. עם זאת, המשפט המנהלי הכללי אינו מאפשר לרשויות לקבל כל החלטה שהיא במסגרת סמכותן, אלא מגביל במידה מסוימת גם את התכנים וגם את השיקולים המובילים להחלטות.

**דוגמא קיצונית**: נניח סמכות של בוחן נהיגה להעביר או להכשיל בטסט. לכולנו יש אינטואיציה שאם הוא ייתן רישיון על סמך שוחד, זה לא בסדר. בלי קשר לשאלה אם זו עבירה. הוא מומחה ומנוסה. וברור שאם תלמיד נותן לו שוחד, אנחנו לא נקבל. יש לו שק"ד אך לא יכול להיות שאם יש סמכות והליכים, יש שק"ד מוחלט. המשפט המנהלי כן מגביל, על פי כללים ועקרונות.

יש סמכויות בהן לכאורה אין סמכויות. הכנסת קובעת שאם התקיימו תנאים מסוימים, חובה לקבל החלטה מסוימת. למה לכאורה? כי תמיד יש שק"ד דעת. כי בפרקטיקה, גם בשאלות עובדתיות, יש איזו בחינה של הרשות לקבוע אם התנאי התקיים. המרצה אומר שלפי דעתו אין להפוך כל דבר עובדתי הוא נושא של שק"ד. ברוב המקרים המחוקק נותן אפשרות לרשויות שק"ד להחליט.

מה זה שק"ד במשפט המנהלי?

יש בכל מיני תחומים (גם לא משפטיים) הגדרות שונות לעניין שק"ד. העיקר במשפט המנהלי הוא שכאשר מדברים על שק"ד, מדברים על מצב אובייקטיבי בו הסמכות, כפי שהיא נקבעת בחוק, מאפשרת לרשות המוסמכות חלופות שונות להגיע החלטה.

התפיסה המשפטית, אותה ניתן לראות בפס"ד, על עניין החלופות השונות, היא שכל אחת מחלופות ההחלטה האלה מייצגת משקל יחסי שונה של שיקולים או אינטרסים העומדים מאחוריה. זה מעין מטאפורה. אדם/רשות לא מסתכלים על אחוזים. פה ושם יש סמכויות מנהליות העובדות בצורה מדויקת עם אחוזים משום שמחייבים את הרשות להראות כמה משקל היא נותנת לכל אינטרסים. **דוגמא**: מכרז ציבורי. יש כל מיני שיקולים המעוניינים בהם. הרשות צריכה להראות באחוזים כמה אחוזים היא נותנת לכל שיקול. במיוחד שיקול כספי. היא בעצם מראה לחברות המעוניינות את השיקולים והאחוזים ונותנת ניקוד. המטאפורה האומרת שזה עניין של שקלול אינטרסים, בעצם נראית פה בצורה מאוד מובהקת.

אבל כמובן, ברוב המקרים, רשות לא מסתכלת על אחוזים. אבל עדיין יהיה ניתן להראות שזה עניין של שקלול אינטרסים.

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. **מאיפה יודעים מהם האינטרסים**?

1. לשון החוק המסמיך- בדר"כ רשימה מלאה. **דוגמא**: תקנות חובת המכרזים. יש חוקים שאומרים באופן מפורש. אך רובם אומרים באופן כללי ומציינים חלק.
2. תכלית החוק המסמיך- יש מקרים שלא ברור מהם רק מהלשון, ולכן בוחנים אותם לפי תכלית החוק. יש מצבים ששיקול מסוים מתאים לסמכות מסוימת אך לא יתאים לרשות אחרת על פי תכלית החוק המסמיך. **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.
3. עקרונות כלליים של השיטה- יש מקרים בהם מכירים בשיקולים אשר לא עולים מלשון החוק או מתכליתו. מדובר בשיקולים כלליים של השיטה. חלקם מעוגנים בחוקי היסוד וחלקם אינם.

על רקע מהות זו של שק"ד- מתן משקל יחסי לאינטרסים שונים שמנביעה חלופת החלטה שרשות מקבלת- ניתן לזהות במשפט הישראלי, **4 כללים של שק"ד במשפט המנהלי הכללי**:

1. חובה להתחשב במכלול השיקולים הרלוונטים- על כל רשות יש חובה להתחשב.
2. איסור להתחשב בשיקולים זרים- שיקול זר הוא לא בהכרח לא מוסרי. הוא יכול להיות שיקול מאוד חיובי. מדובר בשיקול שאינו קשור להחלטה. שיקול שאינו נמצא ברשימת השיקולים.
3. סבירות ומידתיות- יש עמימות גדולה על עניין סבירות. גם אם הרשות התחשבה בכל השיקולים הרלוונטים, ולא התחשבה בשיקול זר המשפט המנהלי הכללי הקיים, יש בו מעין רגולציה אשר מצמצמת את תחום האפשרויות. הסבירות והמידתיות מגבילות את המשקל היחסי אשר נותנים לכל שיקול. לא מספיק שהיא התחשבה בכולם ולא הכניסה שיקול זר, אלא היא מוגבלת גם בעניין המשקל היחסי.
4. שוויון מנהלי- עקביות. גם ההחלטה מקיימת את 3 הסוגים האחרים, צריכה להיות עקביות של הרשות לפי החלטות אחרות שלה.

נק' המוצא היא שיש סמכות לרשות ויש לה שק"ד. לביהמ"ש אין אך אם מגיעים אלה לייעוץ משפטי, היא בודקת את 4 הכללים.

נעבור עכשיו על כל כלל.

חובת התחשבות במכלול השיקולים הרלוונטיים

מה זה אומר חובה להתחשב? **שני מובנים**:

1. **חובה לשקול באופן תודעתי ולבדוק את מכלול השיקולים**. אם לא בחנה שיקול, הרשות לא מילאה את חובתה. כולם מסכימים על כך. חייבים לחשוב על הכל ולבדוק הכל.
2. השופטת דורנר בדנג"ץ 3279/93 **ויכסלבאום**. **חובה לבחור חלופת החלטה המגלמת שקלול של מכלול השיקולים הרלוונטים**. בא כתשובה לשאלה האם מספיק רק לחשוב על השיקול או שבתוכן ההחלטה צריכה לבטא את שיקול זה?

בפס"ד זה, היה מצב בו הרשות חשבה על שיקול ולא רואים אותו בתוכן ההחלטה. היה מדובר במשפחה של חלל צה"ל שעתרה כנגד כללים של הסדרת בתי-קברות צבאיים, שעל פיהם, לא כותבים על מצבות בבתי קברות צבאיים, את שמות האחים והאחיות של החלל. אלו היו הכללים שהתקבלו על ידי שר הביטחון, לאחר התייעצות עם מועצה נבחרת. בישראל רוב האנשים כותבים מה שהם רוצים. המשפחה הזו רצתה לכתוב גם את שמות אחיו. המשפחה פנתה לביהמ"ש נגד הכללים הללו.

בבג"ץ המקורי העתירה נדחתה ולכן ביקשו דיון נוסף.

השאלה המשפטית- האם מספיק לגעת על השיקול או שבתוכן ההחלטה המתקבלת, צריכה לבטא את שיקול זה? האם להתחשב או לתת משקל אומר רק לחשוב, או שזה אומר לקבל החלטה כזו שעל פי תוכנה האובייקטיבי רואים שהאינטרס נכנס לתוך תוכן ההחלטה?

ביהמ"ש-. בדיון זה, העתירה התקבלה. בפתח הדיון, השופטים פנו ואמרו להם לבדוק האם בכלל שר הביטחון מעוניין בכך. השר על פי החוק, צריך להתייעץ עם מועצה זו. הם המליצו לו להשאיר את הכללים כמו שהם. הוא בהחלט חשב על שיקול האוטונומיה. מובן שהמובן הראשון בהחלט התקיים. הוא שקל. אולם, חלק מהשופטים, כמו השופטת דורנר, אומרים שאין זה מספיק. **אם אינטרס מסוים הוא שיקול רלוונטי לסמכות, עליו להתבטא בהחלטה**. השר בעצם אומר שהוא נתן לשיקול האוטונומיה שיקול 0. האם כאשר אומרים שחובה להתחשב זה רק לחשוב, מבלי שיהיה ביטוי לכך בהחלטה? השופטת דורנר טוענת, שאם מדובר בשיקולים רלוונטיים, אז אין סיבה שהחובה להתחשב זה רק במחשבה. ולכן, לא מספיק לחשוב. **כדי להגשים באופן מלא, ככל שזה אפשרי, לא להסתפק בדרישה הראשונה ההכרחית, אלא לקבל החלטה אשר תקדם את מכלול השיקולים הרלוונטיים**.

**שיעור 11- 4.12**

אנו עוסקים בשק"ד מנהלי. שק"ד מנהלי אומר שמאפשרים לרשות מוסמכת לבחור בין חלופות, כשכללי שק"ד מגבילים את הבחירה. באופן מאוד כללי, שלא משקף באופן מדויק כל פס"ד, כל עוד אין חוק משפט מנהלי כללי, יש **4 כללים** של שק"ד מנהלי:

1. חובה להתחשב במכלול השיקולים הרלוונטיים
2. איסור להתחשב בשיקולים זרים
3. סבירות ומידתיות
4. שוויון מנהלי (עקביות)

חובה להתחשב ובמקביל, אסור להתחשב בשיקולים זרים. זה תלוי בסמכות הספציפית. גם כאשר ההחלטה עומדת בשני הכללים הראשונים, היא צריכה לעמוד בכלל השלישי שמדבר על האיזון במשקל היחסי הניתנים לשיקולים השונים. לבסוף, ההחלטה צריכה לעמוד בכלל הרביעי אשר קובע כי במקרים זהים, להגיע לאותה ההחלטה. שני מקרים זהים, לא יכולים להיות בעלי החלטה שונה, גם אם כל אחד עומד בכללים האחרים.

התחלנו לדבר על הכלל הראשון. לכלל זה יש **שני מובנים**:

1. חובה לשקול (במובן תודעתי) ולבדוק את מכלול השיקולים
2. חובה לבחור חלופת החלטה המגלמת שקלול של מכלול השיקולים הרלוונטים (השופטת דורנר בפס"ד **ויכסלבאום**). זה שנוי במחלוקת למרות שרוב השופטים הסכימו לכך. בפרקטיקה, יש פס"ד שהולכים וישנם שלא. גישה זו אומרת שלא מספיקה העובדה שהם חשבו על זה, זה צריך להופיע באופן ממשי בהחלטה ולהיות בעל משקל יחסי. לא תמיד זה אפשרי. יש מקרים שלא ניתן ליישם את גישה זו. לא שלא רצוי, אלא לא ניתן.

**שני מקרים**:

1. **החוק הרלוונטי או התקנה, מאפשרים לרשות מספר מצומצם של חלופות, שאף אחת מהן לא מייצגת/מגשימה את כלל השיקולים**. מביאים בפס"ד ויכסלבאום. הסמכות נותנת לרשות את החלופות וקורה לא פעם שהחלופות האלה לא מגלמות את כלל האינטרסים. **דוגמא**: הלכת דרעי-פנחסי. הדחת שר שהוגש נגדו כתב אישום על עבירה קשה. ביהמ"ש אומר שיש שני שיקולים: (1) שיקול פוליטי (2) אמון הציבור. על פי החוק הקיים, אין השעיית שר. או שהוא שר לחלוטין, או שהוא מפוטר. אם מפטרים, נותנים משקל 100% לשיקול אמון הציבור ו-0% לשיקול הפוליטי. אם לא מפטרים, נותנים משקל 100% לשיקול פוליטי ו-0% לשיקול אמון הציבור. באופן מפתיע המחוקק כן קבע חוק יותר מתוחכם לראשי רשויות אבל לשר לא. אז יש כאן מצב של בחירה בין שתי אפשרויות בהן לא ניתן להגשים את כל החלופות.
2. **שיקולים רלוונטיים שאינם שיקולי חובה**. יש שיקול שמותר לרשות לשקול אולם היא לא חייבת ליישם אותו. יש ספק בכלל אם יש חובה לשקול אותו מבחינה תודעתית משפטית.

איסור לשקול שיקולים 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**

עובדות המקרה- יש חוק של הכנסת, חוק איסור הונאה בכשרות. יש בזה שם מטעה. יש שם ס' הקובע שבמתן הכשר, המועצה המקומית תיחשב בשיקולי המזון בלבד. רבנות ירושלים שנחשבה מחמירה, טענה שלפי הבנתה ההלכתית, אם במקום מתקיימות פעילויות בלתי צנועות, המנוגדות להלכה (היה מדובר בריקודי בטן), אז האוכל עצמו אינו כשר.

ביהמ"ש- בדקו מה כוונת הכנסת בחוק וראו שזה בדיוק מקרה כזה. שיקולים רק להכנת האוכל. קשר ישיר לאוכל ולא להתנהגות העסק. ולכן **קבעו שזה שיקול חיצוני**.

בשורה התחתונה, בתי המלון והמסעדות החליטו להחמיר ולא לשכור את שירות העותרת ורקדניות כמוה.

בג"ץ 2199/21 **ועדת השופטים**

עובדות המקרה- כולם הסכימו בפס"ד שישנם **שני שיקולים** שתמיד יהיו רלוונטיים:

1. מצוינות וקידום התחום
2. חופש 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)?

ביהמ"ש- השופט עמית קבע שרק קריאה לחרם על מדינת ישראל או על האקדמיה יכול להיות שיקול חיצוני שניתן להתחשב בו. השופטים סולברג ווילנר, לאור ההגדרה בחוק החרם, גם קריאה לחרם לאדם או מוסד מסוים, שיש להם זיקה לישראל. מדוע החלטת שר החינוך נפסלה? השופט סולברג אומר שבמסגרת החלטתו של שר החינוך, הפך החריג לכלל.

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.

"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 לפרופ' גולדרייך, אלא.. האם מעשהו זה של פרופ' גולדרייך – חתימתו על העצומה משנת 2021 – הוא כה מקומם, עד כי הוא בא בקהל אותם מקרי-קצה חריגים, המאפשרים לשקול אותו כשיקול 'חיצוני'"

(פסקה 8 לפס"ד של השופט סולברג)

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

מה המכנים המשותפים? **שני דברים**:

1. איזון- שתיהן עוסקות בשקלול/איזון האינטרסים/השיקולים על-ידי הרשות. האם המשקל הוא במסגרת הכלל.
2. מתחם בחירה- שתי הדרישות מבוססות על מתחם בחירה, ובדר"כ אינן מכתיבות לרשות חלופת החלטה מסוימת. סביר זה לא הכי סביר, זה בתוך מתחם של כמה אפשרויות סבירות. גם במידתיות, ברוב המקרים, אין רק החלטה אחת שנחשבת מידתית, אלא יש מספר אפשרויות שהן מידתיות.

נדון בכל אחד בנפרד.

סבירות

נניח יש 5 חלופות, המקיימות את שתי הדרישות הראשונות. הרעיון של כלל הסבירות במקרה הרגיל הוא שעשויות להיות חלופות שהאיזון היחסי שהן מגלמות בין האינטרסים הרלוונטיים, הוא במסגרת המותר. יש מתחם של סבירות. לא בהכרח מה שהכי טוב, אלא חלופות שהן בסדר. אבל שתי חלופות בעצם לא עומדות בכך ויוצאות ממתחם הסבירות.

סבירות זה כלל משפטי מאוד בעייתי, למרות שאיכשהו אנחנו מסתדרים איתה במשפט הפרטי (כמו בעוולת הנזיקין), ואפילו גם במשפט הפלילי. אבל במשפט המנהלי, משום שאנו מדברים על רשויות שלטוניות שחלקן נבחרות, הפועלות במסגרת הסמכות שניתנה להם, זה מעורר בעיה יותר גדולה (ייתכן בגלל הפרדת הרשויות).

הסבירות, בשל היותה נורמה בלתי-קביעה (אין קריטריונים ממשיים הקובעים אם היא מתקיימת או לא), בפרקטיקה, היא יותר מאשר כלל משפטי אשר אמור להנחות את התנהגות הרשות, אלא באה יותר כביקורת שיפוטית. רוב המקרים בהם מתעורר כלל הסבירות, הם לא ברורים. אין איזה כלל ברור.

**יתרונות**:

1. אפשרות להגיע לתוצאות ראויות במקרים אינדיבידואליים- ביהמ"ש הרי יתערב בשאלת סבירות רק במקרים נדירות.
2. תמריץ לקבלת החלטות ראויות- השלטון לא יודע מה ביהמ"ש יחליט. זה תמריץ כללי לרשות.
3. תחליף להוכחת שיקולים זרים/אי התחשבות בשיקולים רלוונטיים- נדבר על נקודה זו בשיעור הבא.

**שיעור 12- 6.12**

חזרה על השיעור הקודם. אנחנו ממשיכים בדיון על שק"ד המנהלי. באופן לא לגמרי מדויק, ניתן להבחין בין **4 כללים**:

1. חובה להתחשב במכלול השיקולים הרלוונטיים
2. איסור להתחשב בשיקולים זרים
3. סבירות ומידתיות
4. שוויון מנהלי (עקביות)

דיברנו על שני הכללים הראשונים, אנחנו בכלל השלישי. עוסקים בשקלול המשקל היחסי של השיקולים הענייניים. בהמשך נדבר גם על השוויון במשפט המנהלי (עקביות).

אנחנו במתחם הסבירות. הרעיון של עקרון הסבירות הוא שבמקרים טיפוסיים, יש יותר מחלופת החלטה אחת העונה על הכללים האחרים. כמו כן, קיים , ככלל, יותר משקלול סביר אחד וחלקן הן בטוח מתחם הסבירות וחלקן לא. בפועל, ראינו שחובת הסבירות היא נורמת בלתי קביעה. אין איזה קריטריון/כלל ספציפי שיקבע אם הנחיה היא סבירה או לא סבירה. ולכן, כלל זה הוא בעצם עילה לביקורת שיפוטית בנושאים המגיעים לביהמ"ש.

יש **יתרונות** לקיום כלל זה:

1. מאפשר להגיע לתוצאה ראויה ומאוזנת במקרים אינדיבידואליים כולל שליטה של ביהמ"ש בהיקף השיפוטי. עילת הסבירות הרי עוזרת לביהמ"ש לבוא ולדחות עתירות יותר מלקבל אותן.
2. תמריץ לקבלת החלטות ראויות
3. תחליף להוכחת שיקולים זרים/אי-התחשבות בשיקולים רלוונטיים

ביהמ"ש רואה מעין גמישות בכלל זה המאפשרת לו יותר לדחות עתירות. אם הכללים היו יותר נוקשים, הוא היה צריך לקבל יותר החלטות והיה גורם לבעיות.

אולם, עדיין יש **חסרונות**:

1. אי ודאות
2. סובייקטיביות

"הלכה למעשה, השאלה אם החלטה נתונה היא 'סבירה' נתונה להכרעתו הבלעדית של השופט היושב בדין ברגע מתן ההכרעה השיפוטית, וזאת מבלי שקיימים כל קני מידה מקדמיים (קרי: נורמות משפטיות כלליות וברורות) שעל פיהן מתקבלת הכרעה כזו"

(יואב דותן, "שני מושגים של סבירות" עמוד 458)

יש קושי מרכזי שפחות מדברים עליו. למשפט יש תפקיד של הכוונת התנהגות וקביעת נורמות ראויות. דווקא בגלל שנוח לביהמ"ש להשתמש בכלל זה, יש טענה כי הוא השתלט על המשפט. הלכת הסבירות החליפה במקרים רבים את הכללים האחרים של משפט מנהלי בכלל, ושל שק"ד מנהלי בפרט.

"עברה שינוי והתפתחה לממדים קרובים לאלה של 'נורמת על'... תוך כדי התפתחות זו היא בלעה לתוכה, כאדם שאינו יודע שובע, עילות פרטיקולריות שהוכרו בעבר (למשל, העילות של מטרה זרה ושל שיקולים זרים)"

(פסקה 9 לשופט גרוניס בבג"ץ 5853/07 **אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**)

* אמונה (שהייתה המפד"ל, הפכה לבית היהודי), הגישה עתירה, על סמך הלכת הסבירות, למנוע את בחירתו של חיים רמון לפקיד המשנה לרוה"מ, מאחר שהוא הורשע בעבירת מעשה מגונה. העתירה נדחתה. הייתה שופטת שהיססה והשופט גרוניס היה משופטי הרוב בתוצאה. בנימוק הספציפי הזה, הוא היה בדעת המיעוט. המרצה אומר שהוא צודק.)

ולכן, מכלל הנושאים ראינו את טענה זו ב**מספר מקרים**:

1. התחשבות במכלול השיקולים הרלוונטיים
2. סמכות עזר/היעזרות באחרים
3. זכות הטיעון
4. איסור על ניגוד עניינים

אנו נראה בפרק האחרון של התרופות שגם הסעד ניתן כולו בשק"ד ביהמ"ש.

יש קושי רב בהלכת הסבירות. המרצה אומר שצריך להיות חוק שיקבע מה בדיוק צריך להיות. **דוגמא**: ביהמ"ש לא יכול לקבוע עכשיו זמן מסוים (כמו 30 יום). אם נבטל את הלכת הסבירות, נאבד כלי מאוד חשוב במשפט המנהלי. ביהמ"ש יצטרך להמציא את המשפט המנהלי מחדש.

שאלה מעניינת שהתעוררה בעע"ם 1798/20 **פורום המזרח התיכון** נוגעת ביחס בין עילת הסבירות לבין זכויות.

עובדות המקרה- ביהמ"ש לעניינים מנהליים דחה עתירה נגד החלטת ראש עיריית ת"א-יפו להסיר ארבעה שלטי חוצות בטענה לפגיעה ברגשות הציבור. בשלטים נראו נשיא הרשות הפלסטינית וראש הלשכה המדינית של חמאס, כשהם כורעים על ברכיהם, עיניהם מכוסות, ידיהם מורמות ואחד מהם מחזיק בדגל לבן בין ידיו. ברקע יש אזור זרוע הרס ומסוקים מרחפים. על השלטים היה כתוב "שלום עושים רק עם אויבים מובסים".

ביהמ"ש המחוזי דחה את העתירה וציין שהחלטת העירייה "מצויה במתחם הסבירות ועומדת ברף הנורמטיבי לאיזון בין חופש הביטוי ובין ההגנה על רגשות הציבור". במצב דברים זה, כיוון ש-"שיקול הדעת 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.

מידתיות

אז הסבירות היא בעייתית. והיא עם הבעיות שלה, החליפו כללים ברורים יותר. גם ביטול שלה יהיה בעייתי. הייתה תודעה בסוף שנות ה-80 שזה לא ברור ולכן רצו איזה כלל נוסף. פיתוח את תורת המידתיות המוכרת לנו בחוקי היסוד של זכויות האדם. אבל זה כבר היה במשפט המנהלי. פס"ד הראשון בו החילו את כלל זה היה כחודש לפני כניסתם של חוקי היסוד. המידתיות נועדה להתמודד עם אי הבהירות וחוסר הקביעות של הלכת הסבירות. עושים באיזון בין השיקולים, תוך מידה רבה יותר של אובייקטיביות. באופן כללי, היא עוסקת במצבים בהם יש שני שיקולים רלוונטיים. אחד אינטרס ציבורי והשני אינטרס פרטי. המידתיות אומר שראשית השיקול הציבורי צריך להיות ענייני ושיש לקיים **שלושה מבחני משנה**:

1. מבחן ההתאמה (קשר רציונאלי)
2. פגיעה פחותה
3. מידתיות במובן הצר/יחסיות

בג"ץ 3477/95 **בן עטייה**

די ישן אך הוא מראה החלה אלגנטית של המידתיות. יש קריטריונים שביהמ"ש משתמש בהם.

עובדות המקרה- הייתה סיטואציה בה בי"ס הורשה, כחלק מבחינות הבגרות, שחלק יהיו פנימיות. הסתבר שבבחינות החיצוניות, העתיקו. נתנו לבי"ס עונש כך שלא נתנו למחזור הבא אפשרות של בחינות פנימיות. הייתה עתירה נגד ההחלטה הזו.

ביהמ"ש- **בוחן את המקרה על פי המבחנים**. מה הקשר בין ההעתקה בבחינות החיצוניות, לבין עונש שלא תהיה בחינה פנימית? אם מישהו העתיק, צריך להעניש אותו, למה אחרים? כמו כן, הם העתיקו בבחינות החיצוניות ולא הפנימיות. מבחן ההתאמה מראה שאין קשר רציונאלי בין הרצון למנוע פגיעה בטוהר המידות לבין שמירה של תלמידים אחרים על טוהר המידות במבחנים הפנימיים. יש כאן קריטריון, לא מתחם כללי. בנוגע למבחן השני, הפגיעה הפחותה, לכאורה זה כן עוזר למנוע אולם יש דרכים שונות להגיע לכך. ניתן לעשות זאת דרך ביטול הבחינות הפנימיות אך מצד שני ניתן גם להביא יותר משגיחים. צריך למצוא את הדרך שהכי פחות תפגע.

המבחן השלישי, שהוא לא כל כך שונה ממבחן הסבירות, הוא מבחן המידתיות במובן הצר/יחסיות. בודקים את התועלת מול הנזק. ביהמ"ש קובע שלא מתקיימת מידה ראויה בין התועלת הצומחת מהפעלת האמצעי לבין הנזק שהיא גורמת.

המידתיות במובן הצר בהחלט חוזרת לסבירות. היו הצעות בפסיקה, שלא מיישמים אותן באופן עקבי, שבעצם יש צורך להשתמש במבחני עזר על מנת להפוך את המבחן ליותר אובייקטיבי.

**שני סוגים**:

1. מבחני איזון עקרוניים- 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.

**שיעור 13- 11.12**

חזרה על השיעור הקודם. אנו עוסקים במידתיות. נדבר על שוויון מנהלי ואולי נספיק לדבר על הנחיות מנהליות. שק"ד מנהלי, הוא לא נושא מאוד מסודר בגלל שאין חקיקה. באופן כללי ניתן לסווג את שק"ד המנהלי ל-**4 סוגים של כללים**:

1. חובה להתחשב במכלול השיקולים הרלוונטיים
2. איסור להתחשב בשיקולים זרים
3. סבירות ומידתיות
4. שוויון מנהלי

אנו עוסקים במידתיות. היא נועדה, כפי שנראה בהמשך בהצלחה מוגבלת, לקבוע נוסחה משפטית לשקלול יחסי בין האינטרסים שתהיה יותר ברורה וודאית מהסבירות, שהיא מאוד מופשטת. יחד עם זאת, המידתיות, למרות שמבחינה רטורית, הפסיקה משתמשת בה הרבה פעמים בהקשרים מגוונים, המידתיות בנויה לשם איזון בין תכלית ציבורית והאמצעים לקידומה, לבין זכות/אינטרס פרטי מוגן. קשה להשתמש במידתיות, מעבר לרטוריקה, לאיזון של שני אינטרסים ציבוריים או שני אינטרסים פרטיים. בהינתן שיקול ציבורי רלוונטי לסמכות הנדונה, וגם שיקול פרטי רלוונטי, בין אם זה זכות או אינטרס, המידתיות מורכבת מ**שלושה מבחני משנה**:

1. מבחן ההתאמה- קשר רציונלי. האמצעי שפוגע באינטרס/בזכות הפרטיים, אמור להתאים להגשמת התכלית הציבורית הראויה. לפי התפיסה המקובלת אין צורך בהוכחה מדעית שאמצעי זה יוביל להגשמת התכלית. אין צורך שהתכלית תוגשם במלואה, אלא בדר"כ מסתפקים שלפי השכל הישר, האמצעי יכול להיות אפקטיבי לקידומה של התכלית. ניתן לחשוב אחרת. היה ניתן לדרוש בחינות יותר קשות.
2. מבחן הפגיעה הפחותה- לפעמים מכנים אותו כמבחן הצורך. אין אמצעי אפקטיבי לקידום התכלית הציבורית הראויה, שפוגע פחות בזכות/באינטרס הפרטיים כפי שפוגע בה האמצעי שהרשות בחרה. גם כאן, אפשר לומר שמבחינה מעשית, רק במקרים יוצאים מן הכלל, משתמשים במבחן הפגיעה הפחותה (כיום יש בו הגבלה משמעותית) משום שיפסלו אמצעי שהרשות בחרה רק אם יש אמצעי חלופי שהוא אפקטיבי לפחות באותה המידה ושהעלות שלו אינה יותר יקרה. בחיים אין שני מקרים בהם העלויות או האפקטיביות שוות, ומן הסתם הרשות מתחשב גם בשיקולי עלות, יעילות, מידת האפקטיביות. אם יש פער קטן בין העלויות או באפקטיביות, יכולים להיות מקרים שביהמ"ש יפסול החלטות לפי מבחן זה אבל בפרקטיקה השימוש במבחן זה, כמו שביהמ"ש מפרש אותו ומחיל אותו, אינו רב. הם מזכירים אותו אבל אין הרבה מקרים שהוא מטיל הגבלה משמעותית על שק"ד.
3. מבחן היחסיות- התחלנו לדבר על זה בשיעור שעבר. מכונה גם מידתיות במובן הצר (המרצה לא אוהב במיוחד את המונח הזה). יחסיות משמעותה שמתקיימת מידה ראויה בין התועלת הצומחת מהפעלת האמצעי לבין הנזק שהיא גורמת. יוצאים מהנחה שהאמצעי הוא אפקטיבי, רציונאלי ושאין אמצעי אחר. עדיין במצבים שיש פער בין תועלת לנזק, ההחלטה ושק"ד שהוביל להחלטה, עלולים להיפסל לאור מבחן היחסיות. בעקרון זה די דומה לסבירות. סבירות זה בחינת המשקל היחסי של השיקולים השונים. האם לשיקול מסוים ניתן משקל מוגזם. במקרה הזה אם לשיקול של השגת התכלית ניתן משקל מוגזם. נניח מדובר בתכלית שאינה חשובה כל כך, או שהאפקטיביות לא גבוהה ונגרמת פגיעה חמורה בזכות משמעותית, אז ההחלטה עשויה להיפסל או להיחשב אסורה לפי מבחן היחסיות. ברור שיש גם חולשות. כאן יש מתחם רחב. ביהמ"ש לפעמים, לא באופן שיטתי, משתמש במבחני עזר שנועדו להפוך את המבחן הזה ליותר קונקרטי וליותר מובנה, שלא יהיה תלוי באינטואיציה ולשק"ד של השופטים. השימוש בהם לא כזה התפתח וביהמ"ש לא מרבה להשתמש בהם. ניתן לראות אותם לפעמים בפסקי-דין. אהרן ברק שכתב על המידתיות, כתב ספר עב כרס על המבחנים האלה אבל הקליטה בפועל בפסיקות ביהמ"ש, היא חלקית.

**מבחני העזר**:

1. **מבחני איזון עקרוניים**. ביהמ"ש, בהקשר מסוים, קובע מראש מבחן שהוא יותר קביע, גם אם לא ניתן תמיד ללמוד ממנו מראש בצורה חד משמעית, מה תהיה התוצאה. מבחן יותר ספציפי מאשר המבחן הכללי של מה יותר גדול, התועלת או הנזק? אנו מכירים מבחני איזון כאלה עוד לפני שאימצו את המידתיות בתחום של זכויות האגם לפני המהפכה החוקתית. **דוגמא**: מבחן הוודאות הקרובה (השופט אגרנט המציא ביטוי זה. הוא הגיע מארה"ב והעברית שלו הייתה יותר כמו תרגום מהאנגלית. וודאות קרובה כלומר קרוב לוודאי. יכולים להיות חילוקי דעות בנסיבות ספציפיות אם קרוב לוודאי שתיגרם פגיעה ואם היא תהיה משמעותית), מבחן האפשרות הסבירה, מבחן החשש הסביר וכו'. מבחנים אלה כשלעצמם, יש בהם מידה עמומה של יישום. אז המבחנים זה דבר נכון ויפה אולם ביהמ"ש לא פיתח אותם, לא משתמש בהם ולא פיתח מבחנים חדשים. נשארנו עם אותם מבחנים באותן הקטגוריות שהיו אף כבר בקום המדינה. אם לא מפתחים, התועלת המעשית נשארת מוגבלת.
2. **מבחן ההשפעה התוספתית**. מבוססת על השוואה בין שתי חלופות. מה ההבדל בין המידתיות במובן הצר/היחסיות הכללית המופשטת לבין היישום באמצעות מבחן ההשפעה התוספתית? במבחן הכללי הבסיסי שהוא מאוד עמום, בודקים החלטה קונקרטית. בודקים את החלופה שהרשות בחרה ובוחנים האם התועלת שלה להגשמת האינטרס הציבורי, היא יותר גדולה/קטנה מהפגיעה שההחלטה גורמת לזכות/אינטרס פרטיים. בודקים את ההחלטה כאילו היא היחידה. מבחן ההשפעה התוספתית, מבוסס על בחינה של חלופה אחת נוספת. במקורה הרשות צריכה לעשות זאת אבל זה מגיע לביהמ"ש והוא בודק את ההחלטה שהתקבלה אל מול חלופה אחרת. על מנת לעשות זאת, העותרים צריכים להביא חלופה אחרת ומשכנעת, גם אם היא פחות אפקטיבית או יקרה יותר. איך משווים? משווים בין התוספת השולית של קידום התכלית לבין התוספת השולית של הפגיעה בזכות/אינטרס לגבי חלופה אחת מול החלופה האחרת. אם יש חלופת החלטה שמשיגה את הכלית כמעט באותה המידה אך לא גורמת בכלל לנזק, אז ביהמ"ש יכול להעדיף אותה. **דוגמא**: גדר ההפרדה. גם במשב"ל יש מידתיות. הגדר הייתה ממוקמת כך שהיא פגעה באינטרס התושבים (למשל עשו הפרדה ביניהם לבין השדות שלהם). הגדר הייתה הכי טובה מבחינה ביטחונית. היה תוואי אחר שהגן פחות על הביטחון אולם הוא לא פוגע באינטרס התושבים. ביהמ"ש משווה בין החלופות ומשווה בין ההשפעה התוספתית של כל אחת מהן. ביהמ"ש לא עשה את החלופה בעצמו, אלא קיבל חוות דעת מוסמכות של הגורמים הביטחוניים. היו עתירה אחת או שתיים שהתקבלו על בסיס זה. אפשר לעשות את זה בהרבה מאוד החלטות. כמובן שזה תלוי בראש ובראשונה בעותרים, שיהיו רציניים ויביאו את החלופה האחרת. כמובן שיש עמימות. אם אין כמעט הבדל בין החלופות ניכנס למתחם אבל אם יש הבדל משמעותי, אז ביהמ"ש עשוי להתערב. בפועל, גם כאשר צד מביא חלופה אחרת, לא כל כך משתמשים בדרך זו, למרות שהיא התקבלה בפסיקה.

שוויון מנהלי

נעבור עכשיו ליסוד הרביעי בשק"ד. באופן כללי, שוויון הוא עקרון מאוד בסיסי במיוחד במשפט המנהלי והחוקתי. יחד עם זאת, הוא אחד העקרון העמומים ביותר. על רקע זה, יש תועלת רבה בהבחנה בין שני מובנים שונים במהותם של שוויון.

**שני מובנים**:

1. 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.
2. שוויון מנהלי- שוויון אריסטוטלי. מהמשפט המנהלי. עקביות.

אין קונצנזוס מוחלט סביב הבחנה זו. השופטת חיות בצעירותה אף הטילה ספק האם ראוי להבחין בין שני המובנים. יש התפתחות מאז ואולי היא כבר מוכנה לקבל את ההבחנה משום שמעבר להיבט הרגשי/פסיכולוגי/חברתי על אפליה על רקע חוקתי או אפליה על רקע המשפט המנהלי, שתיהן נתפסות כפוגעניות, מבחינה אנליטית ומבחינה מהותית, כן יש הבדל ממש ביניהם.

מה זה שוויון חוקתי? זכות לכך שאדם לא יפגע עקב השתייכות לקטגוריות קבוצתיות מסוימות בעלות אופי זהותי (דת, גזע, מין, עדה, נטייה מינית, דעות פוליטיות וכו'). שוויון מבחינה החוקתית עלול להיפגע גם אם ההשתייכות לקבוצה היא רלוונטית. **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. אם מתקיימים התנאים בפסקת ההגבלה, אז יאפשרו את הפגיעה בזכות זו. אנחנו לא עוסקים במשפט חוקתי ולכן ננסה להבין מה זה שוויון מנהלי.

שוויון מנהלי, או שוויון אריסטוטלי (מיוחס לאריסטו משום שהוא עשה ניתוח לשוויון בכתבי תלמידיו), מתחלק ל**שלושה כללים**:

1. התייחסות שווה למקרים שווים- אם יש התייחסות שונה למקרים שווים, יש בכך פגיעה בשוויון המנהלי. אין בחיים שני מקרים שהם שווים. אין שוויון מוחלט ולכן מדברים על שוויון במובן הזה שאין הבדלים רלוונטיים.
2. התייחסות שונה למקרים שונים- כלומר, אם יש הבדל רלוונטי ומהותי, ומתייחסים אליהם באותה הצורה, זו גם פגיעה בשוויון.
3. פרופורציונאליות- השוני בהתייחסות בשני מקרים השונים, צריך להיות פרופורציונאלי למידת השונות ביניהם.

**דוגמא**: שני אנשים שאין בהם הבדל רלוונטי. לשניהם ההכנה היא 10 אלף בחודש. השאלה היא לעניין המיסוי. מבחינת התייחסות שווה, צריך למסות ביניהם באותו האחוז כי אין הבדל רלוונטי. אם עכשיו ממסים אותם באופן שונה, אז זו הפרה של הצורך להתייחס באופן שווה לשני מקרים שווים. לעומת זאת, אם יש שני אנשים שאחד מהם מרוויח 10 אלף והשני 20 אלף, זה הבדל רלוונטי ומהותי לעניין המיסוי. אם ממסים אותם אותו הדבר, יש כאן פגיעה כי מדובר על שני מקרים שונים. נניח מקרה שלישי. אחד מרוויח 10 אלף והשני מרוויח 20 אלף, אבל המיסוי הוא כך שזה של ה-10 אלף ממוסה באלף שקל והשני ממוסה באלף ואחת. לכאורה, התייחסות שונה. אבל השוני הוא גדול יותר מרק שקל יחיד. הפרופורציה של המיסוי, אינה כמו הפרופורציה של השוני ולכן יש כאן פגיעה בשוויון.

בג"ץ 696/89 **ר.מ.י.**

דוגמא נפלאה להסביר.

עובדות המקרה- ר.מ.י. רצו להקים בי"ח בירושלים ולא קיבלו רישיון. הם הגישו עתירה לבג"ץ. השופטים רצו לדחות את העתירה אולם השופט לוין כתב את פס"ד. הוא עבר ובדק האם הם עברו על כל השיקולים הרלוונטיים. שר הבריאות החליט לדחות את בקשת ר.מ.י והוא אכן שקל את השיקולים. שקל שיקולים זרים? לא שקל. ההחלטה היא במתחם הסבירות. הוא רוצה לדחות את העתירה. ואז נודע לר.מ.י. שחברה אחרת שרצתה להקים בי"ח בחיפה, כן נתנו רישיון. הם ישר הראו זאת לביהמ"ש. המדינה טענה כי יש הבדלים רלוונטיים בין החברות.

ביהמ"ש- לא קיבל את הטענה כי יש הבדלים רלוונטיים ובעצם קיבל את העתירה. למה? כי ההחלטה לגבי ר.מ.י. עמדה מול כל הכללים. זה בסדר גמור לא לתת את הרישיון. לרשות הייתה סמכות לתת או לא לתת. אם היא החליטה לא לתת, זה זכותה. אבל אם אין הבדל רלוונטי בין ר.מ.י לבין החברה האחרת, ונותנים לאחת ולא לאחרת, יש כאן פגיעה. **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.

קצת מזכיר את ויכסלבאום באופן שבו ההליך התנהל. השופט ממש כתב את פס"ד. הוא לא מסתיר זאת. זה מדגים את הרעיון שעקביות זה לא וריאציה של סבירות, אלא גם כשכל אחת מן החלופות נמצאות בתוך מתחם המידתיות, עדיין הרשות צריכה להיות עקבית. במתחם הסבירות היא לא יכולה כל פעם לקבל החלטה אחרת.

צרי לשים לב לכך שהשוויון המנהלי, שלא כמו השוויון החוקתי, הוא חד שלבי. בשוויון החוקתי קודם בודקים אם הייתה הבחנה אשר שימוש בה גורם לפגיעה בשוויון, ואם הייתה הבחנה כזו, אז עוברים לפסקת ההגבלה. במשפט המנהלי יש רק שלב אחד במסגרתו בודקים בהינתן שתי החלטות, האם יש ביניהם יחס שנמצא במסגרת הכללים השונים של השוויון המנהלי.

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 של 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.

גם רעיון אחידות הענישה זה שוויון מנהלי. שני אנשים שעברו את אותה העבירה באותן נסיבות של החיים, אמורים לקבל את אותו העונש. שני אנשים שיש בהם הבדל רלוונטי אמורים לקבל שני עונשים שונים. אבל הפרופורציה צריכה להיות תואמת. אבל זה בלתי אפשרי. ביהמ"ש לא יכול לעשות את זה. אז מתי משתמשים באחידות הענישה? במקרים מאוד ברורים וקיצוניים. בדר"כ עושים זאת עם שותפים לעבירה.

בעיה נוספת בשוויון המנהלי, שהמשפט מכיר בה, היא שבמקרים של אילוץ חלוקתי, אפילו מעדיפים שרירותיות. נניח יש איזה סכום כסף נתון לחלוקה. אנחנו לא יכולים לתת לכולם אין לנו איך לתת לכולם. אם נחלק כל אחד יקבל גרוש. זה חסר משמעות. צריכה להיות איזו שרירות.

פס"ד **גן אירועים** הוא דוגמא נהדרת לשרירותיות. שם היה תקציב והחליטו לפצות עסקים מסוימים שסבלו מפגיעות עקב המלחמה. הם סבלו מיותר פגיעות מעסקים אחרים שגם סבלו. התקציב הוא מוגבל ורצו לפצות. לא לחלק לכולם כי אז כל אחד יקבל כמעט כלום. רצו שמי שנפגע, יקבל פיצוי שבאמת יעזור לו. זה שרירותי אבל נובע מכך שהתקציב מוגבל. שרירותיות עדיפה על פני שיקולים זרים (לפעמים לעשות הגרלות. יש מספר דירות ויש מלא אנשים. אי אפשר לחלק לכולם ולכן עושים הגרלה). לפעמים אין ברירה להכיר בשרירותיות.

הנחיות מנהליות

כללי

אחת ההמצאות הגאוניות שצמחה בשטח והמשפט נתן לה פורמליזציה משפטית, היא הנחיות מנהליות. זה דבר בין שק"ד חופשי לבין חוק/תקנות שכובלים שק"ד. הכלל הבסיסי, שדיברנו עליו כבר בשיעורים הקודמים, הוא איסור כבילת שק"ד. הכנסת נתנה שק"ד, ולכן אסור מראש להחליט מה תהיה ההחלטה. צריך לדון ולקבוע על פי נסיבות כל מקרה. הרציונל הוא ברור. רוצים שהרשות תקבל את ההחלטה הנכונה והטובה ביותר בהתאם לנסיבות המקרה הספציפי.

אבל זה מעורר **קשיים ובעיות**:

1. שמירה על שוויון מנהלי- קשה מאוד לשמור על שוויון מנהלי אם כל החלטה מתקבלת לגופה. במיוחד אם נקבע על-ידי אנשים שונים. **דוגמא**: משטרת התנועה. אי אפשר לאכוף באופן מוחלט ולכן יש שק"ד בזה. שוטר אחד, על פי שיקול דעתו, נותן לכל מי שחורג אפילו בקמ"ש אחד מן המהירות המותרת דו"ח, בעוד שוטר אחר נותן דו"ח רק בחריגה הרבה יותר גדולה. שני השוטרים הם במתחם הסבירות. גם מבחינה רציונאלית, זה לא עקבי. זה פוגע בשוויון האריסטוטלי. כל אחד מפעיל את שיקול דעתו במסגרת מתחם הסבירות וכל אחד מקבל החלטה אחרת. איסור על כבילת שק"ד, מבחינה מעשית, גורמת לכך שאין כללים בעניין וסיכוי יותר גדול לפגיעה בשוויון האריסטוטלי.
2. 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.
3. סמכויות שנאצלו- רשות שאוצלת סמכות, דבר שקורה לעיתים קרובות, אנו מצפים שהרשות תפקח. אם יש כלל של שק"ד, יהיה קשה לפקח.

הפתרון שנמצא הוא הנחיות מנהליות. הנחיה מנהלית זה שם שננקט בדר"כ בחקיקה (כמו חוק חופש המידע וחוקים ספציפיים אחרים). בפרקטיקה, יש לזה שמות שונים (כמו הנחיות, נוהל, חוזר מנכ"ל, אמות מידה, קריטריונים וכו'). כולם מבטאים כללים גמישים שהמנהל הציבורי קובע על מנת להדריך את עצמו במילוי תפקידיו והפעלת שק"ד. מבחינה משפטית, יש שק"ד וההנחיה המנהלית היא כלל שהמנהל קובע לעצמו, שלפיה הוא מדריך את עצמו בהפעלת שק"ד. ממה זה שונה מחוק או תקנה? 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.

**דוגמא**: בג"ץ 1440/01 **ועד ההורים**

עובדות המקרה- על פי חוזר המנכ"ל, בי"ס שייסגר הוא בי"ס שבו מספר התלמיד הוא הקטן ביותר. לפי ההנחיה היה צריך לסגור בי"ס אחר, ולא את בי"ס בארי. אבל סגרו את בי"ס בארי. למה? זה מקרה חריג. מדובר בבי"ס חדש, בו מתחלקים 177 תלמידים ל-3 שכבות בלבד. התחזית היא שמספר התלמידים ילך ויקטן בעוד התחזית לגבי בית-הספר האחר הוא שמספר התלמידים יגדל. 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**.

**דוגמא אחרת**: פס"ד **הורמן**

עובדות המקרה- מסעדה צמחונית. פס"ד ישן מסוף שנות השבעים. גברת הורמן רצתה לפתוח מסעדה צמחונית ברוחב דיזינגוף. לרשות יש שק"ד אם לתת רישיון או לא. העיריה הסכימו לתת את הרישיון אם תעשה מספר דברים. היא עשתה אותם וכשהיא פנתה לקבל את הרישיון, הרשות אמרה שבינתיים הם שינוי את ההנחיה למסעדות משום שבינתיים יש עוד פגיעה לשכנים, עושה רעש ולכלוך. זו הנחיה מנהלית להפעלת שק"ד. היא הגיעה עתירה

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.

**שיעור 14- 13.12**

אנו עוסקים בהנחיות מנהליות. חלק גדול מעובדי הציבור ומתייחסים עליהן כאל חוק/תקנה, אך זה בעצם סוג אחר של נורמה, גם מהבחינה שאין צורך שהחוק יקבע סמכות להוציא הנחיות מנהליות (יש ספציפיים שכן), וכן הנחיות באות עם שק"ד של הרשות. בדר"כ היא מוציאה את זה לעצמה. הבדל נוסף בין חוק/תקנה להנחיה היא שחוק/תקנה מחייבים באופן מוחלט, בעוד הנחיות מנהליות, במהותן, ניתן ולפעמים אף חובה לחרוג מהן, בהתאם לשק"ד של הרשות. **דוגמא**: פס"ד בו ביהמ"ש אף חייב לחרוג מהנחיות הוא עע"מ 6100/20 **החשב הכללי**.

עובדות המקרה- התיאטרון איחר בהגשת מסמכים לבקשת תמיכה. נקבע נוהל להגשת בקשות תמיכה, כולל מועד אחרון להגשה. המנהל, שהיה לו ניסיון לא טוב, ניהל התכתבויות על מנת להבין את התנאים, עם המערער. הוא קיבל הודאה שהוא מוזמן לפגישת הכוונה, שהייתה לאחר המועד. הייתה אי הבנה והוא החמיץ את מועד ההגשה.

ביהמ"ש- זה **מקרה חריג המצדיק חריגה מהנוהל לאור ההתנהגות המבלבלת של הרשות**. השופט סולברג קבע שזה לא פוגע בשוויון המנהלי משום שההזמנה, היא שיקול רלוונטי המבדיל בינו לבין אחרים.

רואים את הקשר בין הנחיות מנהליות, לבין השוויון המנהלי. כולם פועלים על סמך אותו הנוהל ולכן הפעולה היא עקבית. מאחר שבמקרה זה, היו נסיבות לא שוות, אז אין פגיעה בשוויון המנהלי ואף עצם הדחיה היא זו שתגרום לשוויון המנהלי.

זוהי דוגמא מהחיים עצמם לרעיון השוויון המנהלי והקשר שלו להנחיות המנהליות והצורך בחריגה מהם בנסיבות, על מנת לשמור על השוויון.

הנוהל עצמו היה בסדר גמור. בתוך הנוהל עצמו, הכניסו סעיף לחריגה.

שינוי, ביטול ותיקון הנחיות מנהליות

יש להם מכנה משותף- הגנה משפטית על אינטרס ההסתמכות במשפט המנהלי. ראינו את זה כבר בתכולת הזמן. נדון היום בנושא ספציפי אחד ובשיעורים הבאים על נושאים אחרים.

השאלה הכללית היא- עד כמה קיומה של הנחייה מנהלית קודמת- שיפוטית, חקיקתית או ביצועית- משפיעה על היכולת של המשפט המנהלי לקבל החלטה חדשה? בין אם מבחינת הסמכות, בין מבחינת הליכים ובין על שק"ד.

לעצם קיומה של החלטה קודמת יש השלכות שלא היו קיימות קודם.

**שיקולים**:

1. שוויוניות- אם יש נוהל מסוים והחילו אותו על מקרה מסוים ורוצים לשנות אותו ולהחיל על מקרה בעל אותן נסיבות בדיוק, יש שאלה האם יש כאן חריגה מוצדקת מהשוויוניות.
2. הסתמכות- החלטה קיימת, עשויה ליצור הסתמכות. החלטה ראשונה אין לפניה הסתמכות. אבל לאחר מכן, עלולה להיות הסתמכות. מישהו קיבל רישיון והוא מחדש אותו כל פעם ואז פתאום לא מחדשים לו. יש כאן פגיעה בהסתמכות. למה הסתמכות היא חשובה? יש ערך ציבורי ביכולת להסתמך. זה דבר טוב מבחינה ציבורית. יש לזה חשיבות. לא רוצים שאנשים ינקטו כל מיני צעדים עם עלויות גבוהות בגלל שהם לא יכולים להסתמך. היכולת הזו באה לידי ביטוי בהרבה מקרים בהחצנת עלויות. אדם שהסתמך ואז יש שינוי, יש לשינוי עלויות. אם משנים בגלל איזו סיבה ציבורית, יוצא שכל הציבור נהנה מההחלטה החדשה וכל העלויות נופלות על האדם שהסתמך ונפגע. זה מצב של החצנת עלויות. רשות/ציבור נהנה ועם אנשים ספציפיים לא מתחלקים בהנאה הזו. בהמשך לכך, השתתפות שוויונית בנטל ההוצאות של הפעילות השלטונית. השינוי גורם לנזקים לאנשים מסוימים ורק הם משלמים את ההוצאות. יש השלכות גם לעצם קיומה של החלטה כאשר הרשות מתכוונת לקבל החלטה חדשה, גם על היבטים של זכויות אדם. דיברנו על הסתמכות כמבטאת את כבוד האדם. מהות כבוד האדם היא שהוא יוכל להסתמך. יש לו רצון חופשי והוא לא יהיה יוכל לקבל החלטה רציונאלית אם לא יוכל להסתמך על דבר. בהיבטים מסוימים יש גם עניין של "קניין חדש". מעין המצאה אקדמית מארה"ב שהתקבלה גם בארץ. בדר"כ רואים קניין בנכסים פיזיים. בא יוצר המונח ואומר שגם רישיון זה קניין. רישיון שווה כסף ולכן זה גם קניין. אם יש רישיון והרשות מבטלת, זה פוגע בדבר שהיה לאותו האדם. לרישיון יש מעין הגנה חוקתית על פי ס' 3 לחו"י: כבוה"ח.

יש הסתמכות אך בצד השני יש **שיקולים מנוגדים**:

1. **האינטרס הציבורי שולל סופיות**. אם הרשות רוצה לבטל משיקולים זרים, האינטרס הוא שהיא לא תבטל. אבל אם יש סיבה ראויה, באופן כללי האינטרס הציבורי הוא שתהיה גמישות.
2. **שיקול המנהל התקין**. נראה יותר בהמשך. בפרקטיקה הרבה פעמים רשויות בכירות מאוד מבטיחות כל מיני דברים ומחליטות על מיני דברים באופן פזיז (במיוחד בבחירות). מכריזים כל מיני החלטות מיטביות. מבטיחים אבל לא מבטיחים לקיים. אז המשפט המנהלי בא ואומר שנוצרה הסתמכות אולם ההחלטות לא נקבעו מתוך רציונלים אמיתיים.
3. סוג ההחלטה- למדנו על הסמכות המנהלית והבחנו בין **3 סוגים של סמכויות**:
4. חקיקה
5. שפיטה
6. ביצוע

אמרנו שזוהי הבחנה תיאורטית אך גם בעלת השפעות בפועל. אחת ההשלכות היא מבחינת הסופיות. כל סוג של החלטה יכול להיות סופי ויכול להיות ניתן לתיקון אבל יש השלכה לסוג ההחלטה. באופן כללי, החלטה חקיקתית, זו החלטה שנהנית בהכי פחות סופיות. למה? כי זה הליך דמוקרטי. אדם צריך לצפות שישנו את החוק. הן הכי גמישות. נורמות כלליות, ציבור בלתי מסוים ורחב. הפוך, זו החלטה שיפוטית. שם יש אלמנט הכי חזק של סופיות, אלא אם יש אפשרות לערער. אם יש פס"ד סופי, חלוט, זה לא שאין אפשרות לשנות, זה פשוט מאוד קשה. יש חשיבות גדולה לסיום הסכסוך. במשפט פלילי יכול להיות משפט חוזר, גם במשפט אזרחי יש אפשרות לעשות משפט חוזר, אבל זה חריג קיצוני. החלטות ביצועיות הן באמצע. הן לא גמישות באופן מוחלט והן אינן נוקשות באופן מוחלט. זה תלוי בסוג ההחלטה אבל הן יחסית באמצע. יש חשיבות לסיווג גם במעשי.

לכאורה, יש חוק- 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."

לכאורה, המשפט המנהלי הכללי בא לעשות סדר. אבל האם זה באמת עושה משהו? מבחינת היבט הסמכות, יש תשובה. הסמכה להתקין, כוללת גם סמכויות התקנה אחרות. לה חשוב שזה בחוק הפרשנות? זה כפוף לסמכות הספציפית. מה לגבי היבט ההליכים? לכאורה כן- "בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה". הרשות נדרשת לפעול באותו ההליך שהתקבל ההליך המקורי. כבר כאן יש שאלות. חוק הפרשנות, דורש פרשנות. האם הכוונה לדרך בפועל, הדרך שהיו צריכים, או גם וגם? נניח שבהחלטה המקורית היה צריך איזה הליך והרשות לא נקטה בהליך זה. היא סטתה מהחוק. האם כדי לעשות איזו פעולה, צריך לעשות את זה לפי ההליך הלא חוקי שהיא נקטה במקור? השכל הישר אומר שזה צריך להיות לפי ההליך שהיה אמור להיות. שאלה מעניינת היא אם בפועל, הרשות הוסיפה הליך נוסף, נניח שהיא התייעצה למרות שלא הייתה עליה חובה לכך, האם כדי לעשות פעולה, היא גם צריכה לפעול בדרך שהתקבלה ההחלטה המקורית? זה לא שעשתה משהו לא חוקי. היא הייתה יכולה. אין הכרעה בפסיקה. המרצה נוטה לחשוב שכן.

האם מספיק שינקטו בדרך המקורית או שיש דרישות נוספות? האם החוק ממצה? יש את זכות הטיעון. מכח המשפט המנהלי הכללי, וכן העובדה שאין הסדר שלילי על כללי הצדק הטבעי, לא מספיק לנקוט את ההליך כפי שהיה במקור. זו דרישת סף.

מה עם שק"ד? הסעיף לא מתייחס. הוא לא עוסק בהיבט זה כלל. אנו עוברים בחזרה למשפט המנהלי הכללי. צריך לראות האם יש כללים מיוחדים להפעלת שק"ד כאשר לא מדובר בהחלטה מקורית. זה היה בפס"ד **שללם**, בביטול הרישיון יש פגיעה בהסתמכות. זו יכולה להיות כבר עילה. צריך שיקול רלוונטי לבטל. השיקול הכי רחב הוא שמבקש הרישיון הטעה. אם הרשות טעתה, יש לה אפשרות לבטל אולם שק"ד יכול להיות מצומצם. אם **מתגלות עובדות חדשות שלא היו ידועות לפני כן, אז מכניסים שק"ד**. לפי פסק-הדין, רישיון שאמור להתחדש באופן אוטומטי, לא לחדש אותו מקביל לביטול. אם מבחינת שק"ד יש מניעה מלבטל, אז יש גם מניעה מלא לחדש. אם יש שינוי נסיבות מהותי, אז הרשות תוכל לבטל רישיון תקף. ככלל, 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**.

בפס"ד **דותן** ביהמ"ש קבע **שאין סופיות בהחלטה שקשורה לפתיחת הליכים לאכיפת החוק**. הרשות החוקרת יכולה להחליט לא להעמיד לדין ואחרי זה להתחרט וכן להעמיד. לפי המרצה, פס"ד קרינסקי ופס"ד ודותן הם בעייתיים ויש עליהם הרבה ביקורת, כי הם נותנים יותר מדי משקל לאינטרס ההסתמכות. בעניין קרינסקי, אם אין הבדל רלוונטי, חוץ מפורמליזם משפטי, אז התוצאה לא משכנעת. מבחינה מהותית זהו אותו שיקול. גם בדותן, לא היה שינוי בנסיבות, רק אדם בדרג יותר גבוה, חשב אחרת. צריך למצוא עניין אחר לבסס את הפסיקה הזו.

אנו נפרדים לשבועיים בגלל חופשת חנוכה. בשיעור הבא פס"ד סאי-טקס והתנועה למען איכות השלטון.

**שיעור 15- 27.12**

אנחנו עוסקים בכללים משפטיים שונים שמנסים לאזן בין אינטרס ההסתמכות, שניתן לראות אותו כמבטא היבט של כבוד האדם (היכולת להסתמך ולתכנן על-פי המצב המשפטי), לבין האינטרס הציבורי. על רקע זה, המשפט מבחין בין סוגי החלטות מנהליות שונות. הנורמה שהכי פחות ניתן להסתמך עליה היא המשפטית. יש רצון לאפשר למדינות לשנות את מדיניותן. זה לא אומר שאין בכלל משקל להסתמכות. כן דורשים תקופת מעבר למשל בהחלת תקנות. הרמה הכי גבוהה של הסתמכות הן החלטות בעלות אופי שיפוטי- הכרעה בסכסוך. באמצע יש החלטות מנהליות מסוגים אחרים. דיברנו על שינוי וביטול החלטות רגילות והיום נדבר גם הבטחות ועל חוזים. שום החלטה אינה נוקשה לחלוטין או גמישה לחלוטין. בהחלטות ביצועיות יש את האיזון ביניהם.

בוחן 2- פס"ד התנועה לאיכות השלטון

בפסק דין **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל** - מבחינה משפטית, במה הסכימו השופטים רובינשטיין וסולברג, ובמה היו חלוקים?

120 מילים

בעקרון, במשפט הפרטי, הבטחה חד-צדדית אינה מוכרת כנורמה משפטית מחייבת. במשפט המנהלי, בבג"ץ 135/75 **סאי-טקס** ביהמ"ש העליון (השופט ברנזון) קובע שהבטחה מנהלית, שאינה חוזה, עשויה להיות נורמה מנהלית מחייבת. זוהי הצעה לגיטימית. ביהמ"ש יכולים לפתח את זה. השופט ברנזון אומר על עצמו שהוא מבין את הצרכים. למה דווקא במשפט המנהלי הכרה בהבטחה חד צדדית כזו יש ייחוד כזה? אז מסבירים על-ידי חובת ההגינות וחובת תום-הלב, אשר חלה, בשינויים המחייבים, על חוקים אחרים. רמת תום-הלב במנהלי, היא הרבה יותר גבוהה משום שהרשות אמורה לשרת את כל הציבור. צריך שיהיה את אמון הציבור.

הכרה בהבטחה בתחום הציבורי עשויה לשמש כתמריץ על מנת שרשות תוכל לקדם מדיניות. לפעמים יש לה אינטרס שאנשים פרטיים יפעלו באופן מסוים. איך עושים זאת ללא חוזה? עם הבטחות. אם אין לה תוקף, זה לא יעבוד. אם להבטחה יש תוקף, זה יכול לשמש ככלי מסייע לציבור.

הנושא המשותף לשיעורים העכשוויים הוא- ההסתמכות. 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 שינו את מצבם לרעה על יסוד ההבטחה, פוחתת עוצמת מחויבותה של הרשות לקיום ההבטחה.

שיקול שביהמ"ש מתחשב בו. אם אין הסתמכות, ביהמ"ש יכול לפרש את זה שהצד לא חשב שזה מחייב. בפועל יש יותר סיכוי שיתנו יותר משקל להבטחה אם יש הסתמכות שינוי מצב לרעה.

**שיעור 16- 1.1.23**

דיברנו על הבטחות שלטוניות ובהמשך נתחיל לדון בקטגוריה אחרת שגם היא קשורה לנושא- ההגנה על ההסתמכות במשפט המנהלי.

גם בהתקיים התנאים כפי שנקבעו בפס"ד **סאי-טקס** (ליתר דיוק, כפי שבג"ץ פירש אותן באופן מחמיר), הרשות המבטיחה, מוסמכת לשנות או לבטל החלטה בין אם מפאת שינוי הסיבות, בין אם ההבטחה עצמה הייתה לדעת הרשות בניגוד לאינטרס הציבורי ובין אם הרשות שינתה את מדיניותה (למשל עקב בחירות), כאשר עומד לרשותה מתחם סבירות. לא כל שינוי מינורי או פגיעה כלשהי באינטרס הציבורי יכולים להצדיק שינוי בהבטחה. צריך לראות שזה באיזון.

המשפט המנהלי הוא מעין דיני תאגידים מבחינה כזו שרשות שמשנה הבטחה, זה לו שאדם מסוים נתן, אלא הרשות. אם אדם כיהן כשר, הבטחה שלו, היא כאילו ניתנה על-ידי הרשות. זה לא שהוא זה שמבטיח ומבטל, אלא הרשות, היא זו שמבקשת לבטל/לשנות את ההבטחה (שהיא בפועל כנראה אדם אחר. כמו שר אחר שהתחלף). באיזון של אינטרס הציבור מול אינטרס ההסתמכות, יש לרשות מתחם סבירות.

גם כאן יש אי בהירות. במסגרת האיזון הרשות תהיה חייבת לשלם לצד השני, זה שקיבל את ההבטחה, פיצויי השתחררות (קטגוריה שהיא יותר מפותחת כאשר מדובר בהשתחררות מחוזה). ככל שנראה, גם אם לגבי השתחררות מחוזה לא כזה ברור מהם פיצויי ההשתחררות, כך גם בהבטחות מנהליות. מטבע הדברים, פיצוי זה לא פיצויי קיום, אלא סוג של פיצויי הסתמכות, או דרך אומדן מסוים. אנחנו לא יכולים לדעת מהי הנוסחה המדויקת לחישוב הפיצויים.

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= estoppel. מה זה השתק? הוא צמח במשפט הפרטי ואז הייתה שאלה אם להחיל אותו גם במשפט המנהלי. **שלושה תנאים**:

1. צד, מציג לצד אחר מצג עובדתי שאינו נכון, או נותן לצד השני הבטחה, אך ההבטחה היא בלתי מחייבת (ניתנה למשל לא על-פי סמכות)
2. הצד השני הסתמך עליה ושינה את מצבו לרעה בתום לב סובייקטיבי
3. ההסתמכות הייתה סבירה מבחינה אובייקטיבית.

מי שהציג את המצג/נתן את ההבטחה, מנועים/מושתקים מלהכחיש. צד הציג עובדות בצורה מטעה והצד השני הסתמך, כאשר מגיעים למשפט, וצד 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?

**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.

בכל זאת, פס"ד **עבאדה** קובע שלמרות הבעיה הזו**, אין לדחות על הסף טענת השתק הנטענת על-ידי פרט כנגד רשות מנהלית**.

"תפיסת הצדק העומדת ביסוד תורת ההשתק הכללית יפה גם למצבים שבהם פרט מסתמך בסבירות ובתום-לב על מצג של רשות מינהלית ומשנה בשל כך את מצבו לרעה. הימנעות מהשתקתה של הרשות עשויה לגרור תוצאות בלתי צודקות מבחינתם של הפרטים הבאים עמה במגע, ולהביא, למעשה, ל"ענישה" של אותם פרטים."

(פסקה 9 לפס"ד של השופטת דורנר)

הפרט שינה את מצבו לרעה, בתום לב ובסבירות. אי אפשר פתאום להגיד לו שלא מכבדים את ההסכם.

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

1. חובת ההגינות המוגברת המוטלת על רשויות מנהליות
2. הצורך בשוויון ביחסים שבין הרשויות לבין הפרט
3. המשקל המיוחד שראוי לתת למצגיהן של רשויות מנהליות
4. העיקרון בדבר פיזור הנזק (ומניעת החצנה) מחייב את פיזור העלויות שנגרמו בעטיו של מצג פגום שעשתה רשות ציבורית על כלל הציבור, במקום על הפרט ששינה את מצבו לרעה.

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

שיקול נוסף שלא צוין- בהירות ותנאים קביעים ביחס לחלופות. תום לב של רשות מנהלית ושק"ד שפוטי 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.

**שיעור 17- 8.1.23**

אנחנו נדון היום בחוזים. על הסכמים המחייבים אחרים, ככל שיש כאלה, של רשויות שלטוניות.

**חוזים**

כללי

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.

על פני הדברים יש איזה אוקסימורון במוסד של חוזה מנהלי. בחוזה מנהלי, הרשות היא כובלת את שק"ד שלה וזו לא פעולה חד צדדית של שלטון שנותן הוראות/פקודות/החלטות, אלא פעולה דו צדדית, נורמה המבוססת על הסכמה בין השלטון לגורם אחר, בהרבה מקרים מדובר בגורם פרטי.

בכל זאת, אם מדברים על האינטרס הציבורי, יש אינטרס ציבורי עז בהכרה ביכולת של רשויות להתקשר בהסכמים מחייבים. אם הן לא היו יכולות, הציבור היה נפגע. בין היתר מבחינה הזו שהמנהל הציבורי היה מתנהל כמשק סגור והיה צריך לספק לעצמו את כל צרכיו. זה לא דבר כלכלי, יעיל או מעשי. אבל גם מבחינה כזו שבחוזה כל צד ממקסם את המצב שלו ממה שהיה קודם. חוזה מאפשר מצב של רווח לכל צד. האינטרס הציבורי עצמו הוא למרות החיכוך עם המשפט המנהלי, הוא לאפשר להתקשר וליצור חוזים כאלה אשר יתנו ביטוי, גם חלקי גם לאינטרסים הציבורי המתבטאים באיסור על כבילת שק"ד. מובן שאם רשות מתקשרת, יש סטנדרטים מסוימים שצריך לעמוד בהם המבוססים על הגינות.

יחוד נוסף של החוזים/ההסכמים המחייבים, הוא בכך שאם בהגדרה הסכם הוא כזה המשפר את המצב של כל צד, כאשר רשות מעניקה הטבות, היא צריכה להקצות אותם בהתאם לכללי המשפט הציבורי, כולל עקרון השוויון. אדם פרטי יכול להתקשר אם מי שהוא רוצה, ברשות ציבורית, עצם ההתקשרות יש בה הפעלת שק"ד, שחלים עליה כללים. הכלל החשוב ביותר הוא כלל השוויון. יש דרישה לאזן מצד אחד בין החופשיות ואי היכולת לכבול את שק"ד המנהלי, הצורך לפעול לטובת הציבור, לבין ההכרה ביכולת להתקשר בחוזה שהיא בעצמה לטובת הציבור.

כאשר למדנו דיני חוזים, סביר להניח שדיברנו על כך שכאשר מתקשרים בחוזה, אחד התנאים הוא שהצדדים מתכוונים להתקשר בנורמה משפטית מחייבת. לא מספיק שיש הסכם, המכונה למשל הסכם "ג'נטלמני" (הסכמה שלא מתיימרת להיות הסכם משפטי). אלא צריך להתכוון ולהסכים שההסכם יהיה באופן משפטי. בדר"כ, למען הסדר הטוב, כאשר מנתחים קייס, במשפט הפרטי, יש איזו חזקה שכאשר צדדים עושים הסכם, ההסכם הוא משפטי אלא אם יש אינדיקציה מובהקת שהוא אינו נורמה משפטית אלא באיזה מישור אחר (מוסרי, משפחתי, בין-אישי). במסגרת הסכמים שלטוניים, השאלה האם יש כוונה להתקשר, זה יותר מסובך. יש סוג של הסכמים, **במיוחד הסכמים פוליטיים** (כמו שהיה בפס"ד **אלחג'**), שברור שהצדדים לא התכוונו שהם יהיו מחייבים משפטית. יש אף גישה שאומרת שסוגים מסוימים של הסכמים, גם אם יכתבו שהוא משפטי, הוא יהיה בעצם בלתי חוקי. **דוגמא**: הסכמים קואליציוניים. לא נכון לומר שהצדדים, המפלגות, בהכרח מתכוונות שלא יהיה תוקף מחייב. נכון לומר שאין להם תוקף מחייב משפטית, בלי קשר לכוונת הצדדים. זה לא שההסכם הוא בלתי חוקי, אלא מתן התוקף המשפטי המחייב הוא זה שלא אפשרי.

ביהמ"ש לא בהכרח אומר זאת במפורש, הוא אומר שחזקה על הצדדים שבנושאים מסוימים הם לא התכוונו שההסכם יהיה מחייב. גם אם יכתבו שההסכם הוא מחייב, וגם אם ההסכם לגופו אין בו דבר לא חוקי, בסופו של דבר נראה שמה שמעניין את ביהמ"ש הוא לא הבירור הסובייקטיבי של הכוונה.

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**. היא לא נכונה משום שכל מה שרשות עושה, היא לא עושה כעניין מסחרי, כמו אדם פרטי, אלא הכל במסגרת הפעלת סמכות שלטונית שלה.

**דוגמא**: הקושי הוא חוזה למכירה או לקניה של מסכות גז. הרשות התחייבה למכור ואז היא ראתה שהיא זקוקה ולכן היא השתחררה מהחוזה. אז ניתן להגיד שזה עניין שלטונית של הגנה על אזרחים ועל הביטחון אבל מצד שני זה קניה ומכירה, שזה דבר מסחרי.

הפסיקה קבעה כי אין דבר כזה מסחרי טהור. הרשות היא אינה חברה למטרות רווח. פה ושם ניתן משקל לשיקולים אלה לצורך הקביעה האם החלטת רשות להשתחרר מחוזה היא חוקית או לא. ביהמ"ש מאוד מגביל שהעילה היחידה להשתחררותם היא עילה תקציבית. מדוע? כי אדם רגיל יכול לטעון שאין לו באמת כסף. רשות, רק אם יש לה באמת איזה שינוי מדיניות דרמטית, אז ביהמ"ש יכול לנקוט בגישה יותר מתירנית. אנחנו נלמד בהמשך על השתחררות.

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. סוגי הסכמים- גם אם הפסיקה אומרת שעל הסכם כזה יחולו דיני החוזים עם דואליות נורמטיבית של כללים שמקורם במשפט המנהלי, יש סוגים מסוימים של הסכמים שעלולים להיות מחייבים, אשר בפועל לא יכולים להיות מוסדרים על ידי חוק החוזים, אלא לפי המשפט הציבורי. **דוגמא**: הסדרי טיעון. **לא חל עליהם דיני החוזים, אלא רק המשפט הציבורי** (פס"ד **ארביב**). **דוגמא אחרת**: הסכמים פוליטיים. חל עליהם המשפט הציבורי. ההסכם הוא אינו מחייב מבחינת חוק החוזים. מה אומר המשפט הציבורי? כמעט ולא אומר משהו. ההבחנות הקיימות בפסיקה לא מעוגנות בחקיקה.
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?

כל אלה הם חולשות גדולות מאוד במשפט המנהלי. ביהמ"ש יכול להגיד על הסכמים מסוימים שהמשפט המנהלי חל עליהם אבל המשפט עצמו לא בהכרח עונה. במקרים האלה בפועל לא נקבעו הלכות/לא הגיעו לביהמ"ש.

אחד ההבדלים המשמעותיים, אולי אף המרכזי, הוא הלכת ההשתחררות. מובן שלפי דיני החוזים, אם הצד השני מפר, יש אפשרות לבטל את החוזה מכח דיני החוזים. בניגוד לכך, הרשות יכולה לבטל את החוזה לא רק במקרה של הפרה או עילה אחרת המופיעה בדיני החוזים. יש יכולת ביטול נוספת- הלכת ההשתחררות. גם אם לא מתקיימת עילת ביטול, במקרים מסוימים, רשות שלטונית יכולה באופן חד צדדים לשחרר את עצמה מהמחויבות החוזית. במקרים כאלה היא צריכה לאזן בין הצורך וחובת השלטון לנהוג באופן הוגן, לבין טובת הציבור שזה האינטרס שבגללו היא מבקשת לשחרר את עצמה.

שיקול נוסף שהפסיקה לא מזכירה, השלכת הרוחב מבחינת נכונות להתקשר עם רשויות והמחיר החוזי. זה מקרה נדיר עם רשות משתחררת. אין הרבה מקרים. הרשויות לוקחות בחשבון את השלכת הרוחב. אם רשות תשתחרר מחוזים, זה יכול להשפיע על גופים אחרים שלא ירצו להתקשר בחוזה איתה. זהו שיקול כללי.

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

שק"ד הוא מנהלי ולכן הוא צריך להתבסס על שיקולים עניינים, ללא שיקולים זרים, בתוך מתחם הסבירות, תוך קביעות.

היבט נוסף הוא הפיצויים. בפס"ד מילר ובפס"ד אחרים, נאמר שבמקרים של השתחררות, הרשות עדיין יכולה להיות חייבת לצד השני פיצויים. לא יהיה מדובר על פיצוי צפייה. אילו כן? פס"ד של השופט אנגלר אשר קבע שיהיה מדובר בפיצויי הסתמכות. ביהמ"ש לא יכול לחשב בצורה מדויקת. מדובר על אומדן כללי של ביהמ"ש. לא מדובר בהרבה כסף. בודקים מה יהיה הוגן שהרשות תשלם לצד האחר.

לא תמיד ברור אם יש זכות לפיצויים. במקרים של הפרת חוזה, יש נוסחאות די ברורות שעל פיהם מחשבים את הפיצויים וכן דיני ראיות המוכיחים את הנזקים. בחוזים מנהליים יש אי בהירות לגבי מתן הפיצויים. זה נתון לשק"ד ביהמ"ש. אין איזה כלל ברור מתי יהיו פיצויים. העיקרון הוא שבמקרה של השתחררות, הרשות עשויה להיות מחויבת לפצות דרך פיצויי הסתמכות. אין כלים ראייתיים לחישוב מדויק.

דיני המכרזים

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

מכרז הוא הליך מאורגן תחרותי לבחירת המתקשר. אדם פרטי לא חייב. זה מחליף את המשא ומתן לפי ס' 12 לחוק החוזים, בחוק המכרזים. חובת המכרז נקבעה בפסיקה ואז עוגנה בחקיקה. פה ושם יש לקונות, אבל יחסית נדירות. אנחנו פועלים על פי החקיקה (חוק חובת המכרזים ותקנות שנקבעות). עיקר הכללים קבועים בתקנות. החוק כמעט לא אומר דבר. בגדול הוא רק אומר ב-9 סעיפים שדיני המכרזים יקבעו בתקנות. התקנות יכולות לקבוע תניות פטור, את הליך המכרז, היבטים עקרוניים בהליכים, מי מחליט, מה השיקולים ועוד. עיקר דיני המכרזים קבועים בתקנות, גם המהותיים, למרות שלכאורה היו אמורים להיות בחוק. זו תופעה חריגה. בתקנות יש גמישות וניתן לשנות אבל לפעמים משתמשים בהם לרעה.

יש בתקנות גם את העניין שהרשות היא הרגולטור של עצמה. זה לא גוף חיצוני.

**שיעור 18- 10.1**

חזרה על השיעור הקודם. אנו נדון על קצה המזלג מעקרונות דיני המכרזים. מכרזים זה תחום בפני עצמו שכדאי ללמוד. כאן נביא מבוא קצר לעקרונות הבסיסיים יש מכרז. מכרז זה הליך מאורגן תחרותי. הוא מחליף משא ומתן. בעוד אדם פרטי יכול לנהל משא ומתן ולבחור עם מי הוא רוצה להתקשר עמו בחוזה, לא כן רשות ציבורית. יש הרבה רשויות שכפופות לדינים אלה, גם כאלה שאינן כפופות למשפט המנהלי, כמו גופים דו מהותיים. מי שכפוף לדיני מכרזים, כל עוד אין לו פטור, לא יכול להתקשר בחוזה דרך משא ומתן, אלא רק דרך מכרז. על חלק משמעותי של החוזים בישראל חלים דיני המכרזים.

חובת המכרז נקבע בפסיקה ואז עוגנה בחקיקה- חוק חובת המכרזים. את חובת המכרז יש עוד בעוד חוקים. החיסרון בחוק הוא שעיקרי הדינים קבועים בתקנות. החוק רק קובע שדיני המכרזים יקבעו בתקנות. לא רק תקנות ביצוע, אלא גם דברים מהותיים.

לחובת המכרזים יש מטרות שונות. בגדול, מטרות ערכיות של שוויון ושל טוהר המידות, ולצידן המטרה הכלכלית, המסחרית. הגישה הכלכלית למשפט היא לא רק כסף, אלא גם מטרות אחרות שאינן כספיות בעלות משמעות תועלתית. במסגרת ההצעה הטובה ביותר, עולים כל מיני שיקולים אחרים כמו עידוד נשים, העדפת תוצרת הארץ, העדפת אזורי עדיפות לאומית ועוד. הרעיון במכרז הוא שזו הדרך השוויונית האולטימטיבית להיקשר במחוזה. כל צד נותן דבר השווה פחות ממה שהם מקבלים. שיטת המכרזים נועדה לחלק את ההטבה באופן שוויוני ללא הפליה או שיקולים זרים וכללים באים לקדם מטרה זו. גם שיקולים של טוהר המידות. ברגע שיש תחרות לפי כללים, גם כאלה לפי חוק חובת המכרזים, וגם כאלה בתוך המכרז עצמו, זה בא לשמור על טוהר המידות. עובדי הצדדים לא יקשרו סתם ככה עם צדדים.

יחד עם זאת, הרעיון הוא שמכרז זו הדרך הטובה להשיא את התועלת. עורכים תחרות, כך שלכל צד יש אינטרס להציע את ההצעה הכי טובה שהוא יכול, משום שהוא יודע שיהיה צד אחר שעלול להציע הצעה טובה יותר.

המרצה אומר שבפרקטיקה, זה לא בהכרח נכון. אמנם גופים גדולים רבים עורכים מכרזים, אך לא לפי כללי התקנות. לפי המרצה יש גם גופים שעושים מכרז, מגיעים לשתי הצעות הטובות ביותר ואז עושים משא ומתן בין הצדדים האלו.

מכרזים של השלטון, אין בהם אלמנט של משא ומתן. כנראה מכרז, במובן הציבורי, לא נותן את ההצעה הטובה ביותר. הצעות טובות אבל לא הטובה ביותר.

יש מקרים בהם יש התנגשות בין המטרות בכך שהצעה מסוימת, שהיא לגוף העניין הטובה ביותר, אבל חורגת מתנאי המכרז. **דוגמא**: יש צורך בערבון בנקאית לפי כללים מסוימים. אם גוף נותן ערבות לא לפי הכללים הספציפיים, גם אם הוא הצעה הטובה ביותר, פוסלים את ההצעה. בפסיקה אבל אומרים שכאשר הוציאו ערבות גדולה מדי, זה גם פוסל כי רואים בו אדם רשלן.

הכלל הוא שהצעה שלא עומדת בתנאי המכרז, לא בודקים אם היא ההצעה הכי טובה, אלא אם יש התנגשות, שוויון בטוהר המידות גובר. אם גופים אחרים שלא הגישו הצעה, היו יודעים שניתן לחרוג, הם היו מגישים גם הם ופוגעים בכללים. המרצה אומר שהוא לא בטוח ששיטת המכרזים תמיד נותנת את החוזה הכי טוב מבחינת הרשות הציבורית, במיוחד במקרי התנגשות של חריגות קטנות ביותר.

באופן כללי ניתן להצביע על **3 סוגי מכרזים**:

1. מכרז פומבי- ברירת המחדל היא מכרז פומבי. גם אם מותר טכנית לחריגים של המכרזים האחרים, עדיף לקיים במכרז פומבי. מכרז כזה הוא שמפרסים תנאים, את מי שמעוניין פונה ומקבל את מסמכי המכרז. מי שמעוניין מגיש הצעות עד תאריך מסוים. הוועדה ממיינת את ההצעות. מי שלא עומדת, פוסלים ואז בוחרים את ההצעה הטובה ביותר על פי הקריטריונים שנקבעו.
2. מכרז סגור- גוף נוקט בתחומים מסוימים, בהם יש גורמים פוטנציאליים רבים. נניח יש 100 ענפים שיכולים להגיש הצעה, החשש הוא שכל גוף לא יגיש בגלל הכמות הגדולה הזו. אז במקרים מסוימים יש אפשרות למכרז סגור.

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 לקבוע מראש את התנאים, אלא חייבים לנהל מעין משא ומתן מראש. מעין מכרז זו מעין הזמנה להגיש הצעות. **דוגמא**: 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 קטגוריות מסוימות מתי נעשה מכרז סגור ומתי מעין מכרז, ועדיין גם אם נמצאים בהגדרות, תמיד עדיף מכרז פומבי.

העילה הקלאסית למשל היא ספק יחיד. מכרז בא בשביל שתהיה תחרות. אם יש רק ספק אחד, למה נעשה מכרז?

חוק חובת המכרזים לא קובע את דיני המכרזים, אלא מסמיך לקבוע 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. יש כלליות ויש ספציפיות.

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.

מהם שלבי המכרז?

**שלבים**:

1. קביעת תנאים. כולל תנאי סף
2. פרסום וקבלת הצעות
3. בדיקת עמידה בתנאי סף
4. שיקולים בהכרעה במכרז
5. ועדת המכרזים תבחר את ההצעה הזולה/היקרה ביותר, לפי ענין, זולת אם החליטה שלא לעשות כן בנסיבות מיוחדות ומטעמים מיוחדים שיירשמו ולאחר שנתנה לבעל ההצעה הזולה/היקרה ביותר, לפי הענין, הזדמנות להביא את טענותיו בפניה
6. נכללו במסמכי המכרז פרטים לענין אמות המידה שלפיהם תיבחר ההצעה הזוכה, תבחר ועדת המכרזים את ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז בהתאם לאמות המידה כאמור, זולת אם החליטה שלא לעשות כן בנסיבות המיוחדות ומטעמים מיוחדים שיירשמו

מהן אמות המידה?

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

1. המחיר המוצע או המבוקש, לפי הענין
2. איכות הטובין או המקרקעין, העבודה או השירות המוצעים, או נתונים מיוחים שלהם, והתאמתם לעורך המכרז
3. אמינותו של המציע, כישוריו, נסיונו, מומחיותו ותחומי התמתחותו
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

**שיעור 19- 15.1**

בוחן 3- עקרון עצמאות שיקול הדעת

כיצד עקרון עצמאות שיקול הדעת עשוי להיות מושפע על-ידי עידן המדינה הרגולטורית?

היקף התשובה- עד 150 מילים

**הרגולציה**

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 בהמשך 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 שקובעים
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.

**שיעור 20- 17.1**

נעבור לדון בנושא בו דן יובל רויטמן. הוא כתב על הביקורת השיפוטית. לא כל מה שהוא כותב, המרצה מסכים.

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" עמוד 26)

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 פעם 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.

נעבור לפס"ד זליגמן.

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 החוק 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.

**שיעור 21- 22.1**

בוחן מס' 4- מבחן הבטלות/התוצאה היחסית

בפסק-דין שלא התבקשתם לקרוא (ע"פ 768/80‏ ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ‎ ‎נ' מדינת ישראל, פ''ד לו(1) 337 (1980)) כתב השופט אהרן ברק:

"מושג הבטלות, כמושג משפטי ולא טבעי, הוא לעולם מושג יחסי וגמיש. נורמה משפטית יכולה להיות בטלה ומבוטלת לעניין פלוני ותקפה לעניין אלמוני; היא יכולה להיות כאין וכאפס כלפי ראובן ובעלת תוצאות מלאות כלפי שמעון. מכאן, שבטלותה של החלטה חייבת להתייחס תמיד למהות הזכות המופרת, לסעד הנדרש, להליך בו נדרש הסעד ולצדדים הדורשים אותו. כל עוד לא נדרש הסעד הנכון, בהליך הנכון, על- ידי הצד הנכון, ההחלטה הפגועה ביותר ממשיכה לעמוד".

מה דומה ומה שונה בין דברים אלה לבין דעת הרוב בפסק-דין גיספן נ' התובע הצבאי הראשי בעניין התוצאה (או הבטלות) היחסית?

מספר מילים: 150 מילים

אנחנו עוסקים בפס"ד זליגמן. בין פסקי-הדין החשובים ביותר. ניתן במסגרת הליך אזרחי (תובענה ייצוגית). זו דוגמא יפה של עניין מנהלי שעולה בהליך אחר, שאינו מנהלי. מדובר בחברת ביטוח שגבתה באופן לא חוקי תשלומים בכך שהיא פרסה את מניית הפרמיה לתשלומים. העניין הוסדר בחוזרים של המפקח על הביטוח. הייתה מחלוקת בפירוש של החוזרים. ביהמ"ש אמר שגם אם הפירוש הוא לכאורה של המפקח, עדיין ל**ביהמ"ש יכולת לפרש באופן שונות אם הנסיבות לא מתאימות. בדיון הנוסף נקבע שאמנם יש לתת משקל לניסיון הרגולטור בפירוש הנורמה, אך לא מעבר לכך. ביהמ"ש תפקידו לפרש**.

בשיעור הקודם עסקנו בהרחבה בפרשנות שביהמ"ש קבע בדיון הנוסף. נדבר על דעת המיעוט. ההבדל הוא יותר בעקרון. השופטת וילנר כתבה את פסק-הדין בדיון המרכזי, שם קבעה כי הפרשנות המקובלת היא של המפקח. השופטת וילנר כן שינתה את עמדתה באיזה מקום. בדיון הנוסף, אמנם דעתה הייתה מיעוט, אך היא עידנה אותה כך שמבחינה מעשית לא היו הרבה הבדלים בין הדעות.

השאלה בדבר המשקל שיש לייחס לעמדתו הפרשנית של המאסדר ביחס להנחיותיו שונה במהותה מהשאלה המתעוררת ביחס למשקל שיינתן לפרשנות של רשות מינהלית ביחס לחוק המסמיך לפעול. היא מביאה **שתי סיבות**:

1. המאסדר המפרש את הנחיותיו נהנה מיתרון מובהק לצורך פרשנותן בהיותו יוצר הנורמה
2. הפסיקה השתיתה את ההלכה בדבר המשקל שיש לתת לפרשנות של רשות מינהלית את החוק המסמיך על **שני אדנים עיקריים**:
3. המומחיות והמקצועיות של הרשות
4. הסתמכות הציבור על הפרשנות הנוהגת

ככלל, שני אדנים אלה מאפיינים באופן מובהק יותר את פרשנותו של המאסדר ביחס להנחיותיו.

עם זאת, במקרים שבהם פרשנותו של המאסדר עוסקת במונחים בעלי אופי כללי, ואינה נוסעת ממומחיותו וממקצועיותו בתחום האסדרה, מובן כי יהיה בכך כדי להפחית ממשקל עמדתו הפרשנית. זהו הדין מקרים בהם עמדתו הפרשנית של המאסדר לא הובילה לנוהג מסוים ולא יצרה אינטרס הסתמכות בקרב המפוקחים או הציבור הכללי. זה דבר שהיא לא אמרה בפס"ד המקורי. זוהי הסתייגות שהיא מוסיפה בדיון החוזר.

ולכן, כאשר עומדת בפני ביהמ"ש, עמדה פרשנית הנושאת את **מכלול המאפיינים הבאים**:

1. משקת את כוונת היוצר
2. אפשרית וסבירה ועולה בקנה אחד עם לשון הנורמה
3. חלק ממערכת נורמות המסדירה שדה מקצועי ומצויה בתחומי מומחיותו של המנסח
4. יש הסתמכות בקרב המפוקחים/הציבור

אז היא ברירת המחדל.

אולם, זהו לא הכלל המוחלט. אם יש טעמים טובים, כמו שיקולים זרים או ניגוד עניינים, אז נאפשר סטייה וביהמ"ש יקבע את הפרשנות. אם כל התנאים מתקיימים, ואין איזה שיקולים זרים או ניגוד עניינים, אז אין כאן "שבי רגולטורי".

היא מחדדת את פס"ד המקורי. היא מוסיפה כל מיני טענות. היא טוענת שקיימת חזקת התקינות ולכן אין מקום להבחין בין הפרשנות של הרשות המאסדרת. אין הצדקה להבחין בין הפרשנות למקרה אחר.

היא טוענת שכל החששות בעניין ה-"שבי הרגולטורי" מתקיימים ביחס ליתר סמכויותיו ופעולותיו של המאסדר בליבת תפקידיו. אין לשלול את חזקת התקינות רק בשל החשש מ-"שבי רגולטורי".

הנחה לפיה המאסר יפעל באופן לא תקין יש בה כדי להטיל דופי מראש בהתנהלות המאסדר על-ידי ביהמ"ש. ההנחה אינה מתיישבת עם חזקת התקינות ואף מעבירה על-ידי ביהמ"ש מסר קשה ובעייתי.

יחד עם זאת, לאחר כל הסייגים שהיא הביאה, בדר"כ לא יהיה ביטוי ממשי להבדלים בגישות למעט במקרים מעטים. היא טוענת שגדר המחלוקת הוא עיוני ונובע מהבדלים בין עמדות עקרוניות-דקלרטיביות בין ביהמ"ש לרשויות אחרות. עמדה זו נובעת מעמדה מוסדית שעניינה בהכרה בתפקידם של רשויות השלטון האחרות, המניחה כי לרשות המבצעת, קיים יתרון ברור בכל הנוגע לפרשנות מונחים הדורשים מומחיות מקצועית והיכרות משמעותית עם השדה שעליו מופקדת הרשות. מתן כבוד זה לא כפיפות ולא נובח מתחושת נחיתות. אלא ההפך. הכרה ביחסים המפרים שבין הרשויות ומקדמת אמון ושת"פ ביניהן.

ההבדל בין דעת הרוב לדעת המיעוט הוא לא הבדל כל כך דרמטי. המרצה טוען שבהיבטים רבים, הצדק הוא עם דעת המיעוט. טענות ה-"שבי הרגולטורי" הן טענות בעייתיות אם נכניס אותן למשפט המנהלי. אם נאמר שכללי המשפט המנהלי מבוססים על חששות מסוג זה, דבר זה אומר שמראש, אנחנו חושבים שברשויות מנהליות יוצרים חזקה, שההחלטות שלהם לא נכונות ואף מושחתות. זה חששות כלליים כאלה שגורמים לכך שהרשות צריכה בעצם להוכיח את חפותה. זה בעייתי מאוד. מעבר להיבט המשפט המנהלי, זה הופך את עניין "המוציא על חברו, עליו הראיה". לכאורה, מי שצריך להוכיח, הוא לא זה שצריך להוכיח, אלא הצד השני צריך להוכיח שהוא חף מפשע. משפט מנהלי לא יכול לעבוד בצורה כזו. אבל, לפי המרצה, בסופו של דבר, השיקול המרכזי הוא שהרשות הפרשנית המוסמכת היא ביהמ"ש. העברת תפקיד הפירוש המחייב, זה פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות משום שתפקיד הפרשנות הוא של ביהמ"ש. אנחנו לפעמים מניחים שלביהמ"ש את המומחיות לפרש. אולם זה לא נכון בהכרח. הסיבה המרכזית היא הרצון למנוע ריכוז רב מדי של כח. גם בנסיבות שאין לנו ספק במומחיות, אנחנו לא אמורים לתת לה את כל הכח. חלק מהפיצול הזה הוא שאת הפרשנות המשפטית, מביאים לביהמ"ש. למה זה חשוב? במיוחד בעניין רגולטורים, יש להם כח רב וייחודי, רק להם יש שילוב של סמכות חקיקה, אכיפה, חקירה ושפיטה. אז את המינימום של הפרשנות והביקורת השיפוטית, נותנים לביהמ"ש. הפרדת הסמכויות חשובה, במיוחד לאור ריכוז הסמכויות של הרגולטור.

סיבה נוספת לכך שלא צריך לחרוג מהכלל שביהמ"ש הוא הסמכות לפרש, הוא העובדה שהרגולטור הוא אינו רשות נבחרת. הכנסת והממשלה הם נבחרי ציבור ולכן יש טענה שראוי להקשיב להם כי הציבור איתם. הטענה היא שבגלל שהן רשויות נבחרות, ראוי שיגברו על פרשנות ביהמ"ש. זה לא קיים אצל רגולטורים. יש להם כח רב מאוד והם גם לא נבחרים. כדי להגיע לתוצאה שגוף אחד, שהוא אינו נבחר וגם יש לו את כל הסמכויות בתחום, מלבד ביקורת שיפוטית. למה שניתן להם גם את הביקורת הזו רק בגלל שהוא הרשות המוסמכת? זה ריכוז רב מדי.

**שיעור 22- 24.1**

שיעור אחרון ☺

עד עכשיו דיברנו על הכללים המהותיים השונים של המשפט המנהלי, סמכות, הליכי המנהל, שק"ד מנהלי ומופעים שונים שלהם בדברים ספציפיים יותר.

מה הדין שיש להפרה של הכללים המהותיים?

בשום תחום משפטי התוצאות/הסעדים לא משקפים באופן מוחלט את הכללים המהותיים. שום תחום לא יכול להחזיר את המצב לקדמותו. דיני עונשין למשל לא מונעים את העבירה, הם מאזנים בעזרת הענשת הנאשם. זה לא גורם לכך שהעבירה לא קרתה. גם בדיני חוזים יש את ס' 30 שקובע שחוזה בלתי חוקי בטל ולכאורה מחזיר את המצב לקדמותו אך אז ס' 31 אומר שהוא לא בהכרח בטל, ביהמ"ש יכול לפטור צד מהחובה. גם חוק התרופות אמור להחזיר את המצב לקדמותו אבל אכיפה היא לא זכות מוחלטת. יש מקרים שלא ניתן.

גם במשפט המנהלי, ביותר מתחומים אחרים, אין לאחר הפרה, אפשרות או אפילו רצון להחזיר את המצב למצב שהיה אמור להיות ללא ההפרה. הסיבה בכל תחומי המשפט לכך שלא ניתן לעשות זאת ואף לא רוצה, היא שעצם ההפרה ועצם הליך השפיטה מעוררים אינטרסים חדשים שהכללים המהותיים לא לקחו בחשבון. **דוגמא**: אי יכולת להחזיר את המצב. **דוגמא אחרת**: צדדים שלישיים שצריך להתחשב בהם.

בכל תחומי המשפט, ובמיוחד במשפט המנהלי, אין חפיפה בין מה שהיה אמור להיות לפי הכללים שהופרו, לבין מה שהמשפט וההליך המשפטי יכולים לתת במקרה של הפרה.

בעוד שבתחומי משפט אחרים החקיקה מפרטת את ההיבט של התוצאות, הסעדים וכללי השפיטה (כמו חוק התרופות המסדיר הפרות בדיני החוזים), במשפט המנהלי, כשם שהכללים המהותיים קבועים בעיקר בפסיקה, כך גם הכללים העוסקים בתוצאות ובסעדים וגם כללים הקשורים לשפיטה.

מהן התוצאות של ההפרה בעניין התוקף? מה תוקפה של החלטה שמראש הרשות לא הייתה יכולה לקבל בכלל/בהליך בו קיבלה את ההחלטה?

הגישה המסורתית שהייתה עד תחילת שנות ה-90, משתקפת בדעת המיעוט של השופט לוין בפס"ד גיספן. הגישה המסורתית שכבר לא מקובלת, קישרה בין סיווג של הפגם לתוצאה. אם הפגם היה מסווג להחלטת הרשות, אז ההחלטה הייתה בטלה. לעומת זאת אם היה פגם אך הוא לא היה מסווג כחריגה מסמכות, אז ההחלטה הייתה "נפסדת", ניתנת לביטול אבל לא בטלה לבד. ביהמ"ש מחליט אם לבטל או לא לפי נסיבות העניין.

מה **ההבדלים בין בטלות לנפסדות**?

1. תקיפה ישירה מול תקיפה עקיפה- כאשר מדובר בהחלטה בטלה, אז היה ניתן להעלות את הטענה שאם הייתה מתקבלת טענת חוסר סמכות התוצאה הייתה לא קיימת. היה ניתן להעלות אותו בתקיפה ישירה, להגיש עתירה לבג"ץ, אך גם בתקיפה עקיפה. בכל מקרה שקיומה של החלטה זה יסוד רלוונטי מבחינה משפטית, אם ההחלטה בטלה, אז אין החלטה. **דוגמא**: אם מאשימים אדם מעבירה פלילית של בריחה ממעצר, והוא מצליח להוכיח שמי שהחליט על המעצר הזה פעל ללא סמכות, היו מזכים אותו. זו לא תקיפה ישירה, אלא עקיפה. הוא לא הגיש עתירה או ערעור נגד ההחלטה. הוא אומר שאין החלטת מעצר. אם ההחלטה הייתה ללא סמכות/בחריגה, היא הייתה בטלה. אבל אם הפגם הוא לא ברמה של חריגה, ההחלטה קיימת כל עוד ביהמ"ש לא ביטל אותה ולכן לא היה ניתן להעלות אותה בתקיפה עקיפה, אלא ישירה לפי ביהמ"ש המוסמך.
2. שק"ד שיפוטי- אם ההחלטה בטלה, היא בטלה. אין לביהמ"ש שק"ד. אם ההחלטה היא פגומה אך לא בפגם של סמכות, אז ביהמ"ש המוסך יש שק"ד להחליט אם לבטלה או לא.
3. בטלות- רטרואקטיבית, אקטיבית או פרוספקטיבית? תחולה בזמן. החלטה בטלה, היא אף פעם לא הייתה. זה רטרואקטיבי. לעומת זאת אם ההחלטה רק נפסדת, אז הביטול נכנס מהיום שביהמ"ש מבטל אותה והוא לא חייב לבטל רק אקטיבי אלא יכול להגיד שמתאריך מסוים- פרוספקטיבי.

הגישה המסורתית עוררה **קשיים**:

1. אין בהכרח חומרה רבה יותר בפגם של סמכות מאשר פגמים אחרים
2. קשה להבחין בין פגם של סמכות לפגמים אחרים
3. תוצאה נוקשה אינה מתחשבת במורכבות השיקולים
4. "בטלות ו-"נפסדות" אינן מצבי טבע. זה כלל שביהמ"ש קבע.

על רקע זה, ביהמ"ש פיתח את מבחן הבטלות/התוצאה היחסית

פס"ד **דרעי**

עובדות המקרה- אסיר שועדת השחרורים החליטה לשחרר אחרי 2/3. על פי החוק אז, אם אדם בזמן תקופת השחרור, מבצע עוד עבירה, מענישים אותו על עבירה זו והשחרור מתבטל. החוק נוסח שהועדת השחרורים, שהיא המוסמכת, מוסכמת לקבל את החלטת הביטול רק בתקופת ה-1/3. פסלו אותו יומיים לפני שנגמרה. הייתה בעיה טכנית ולא יכלו להביא אותו לועדה. הביאו לועדה את הראיות והיא מבטלת. הוא הגיש עתירה בטענה שיש לו זכות טיעון ואם לא נותנים, זה פגיעה בסמכות.

ביהמ"ש- דחה את העתירה (בגלל עניין הצורך). שופט אחד הגיע לאותו התוצאה דרך בטלות היחסית. בדיון, שאלו את עו"ד העותר שנניח היו נותנים לו לטעון, מה הוא היה טוען? הוא אמר שאין לו באמת טענה. ביהמ"ש אמר שאם לא נגרם שום נזק שהוא, לא היו לו בכלל טענות, ולא היה יכול בכלל להיגרם נזק, השופט כהן טוען שלא ניתן בכלל לטעון שההחלטה בטלה.

התיאוריה של הבטלות היחסית התפתחה עם השנים.

בפס"ד **שפירא**, השופט ברק אומר:

"מושג הבטלות, כמושג משפטי ולא טבעי, הוא לעולם מושג יחסי וגמיש. נורמה משפטית יכולה להיות בטלה ומבוטלת לעניין פלוני ותקפה לעניין אלמוני; היא יכולה להיות כאין וכאפס כלפי ראובן ובעלת תוצאות מלאות כלפי שמעון. מכאן, שבטלותה של החלטה חייבת להתייחס תמיד למהות הזכות המופרת, לסעד הנדרש, להליך בו נדרש הסעד ולצדדים הדורשים אותו. כל עוד לא נדרש הסעד הנכון, בהליך הנכון, על- ידי הצד הנכון, ההחלטה הפגועה ביותר ממשיכה לעמוד".

(פסקה 10 לפס"ד של השופט ברק)

הוא אומר שבטלות, לא ניתן להגיד שהיא דבר מוחלט, אלא יש בה אלמנט יחסי.

התפתחות נוספת הייתה בפס"ד **גיספן**. במהות אומרים שזה מעבר לבטלות על טיב ביהמ"ש הנכון, בסעד הנכון.

"בכל מקרה שבו נפל פגם משפטי, אם בפסק-דין של בית-משפט ואם בהחלטה של רשות מינהלית, בגדר הסמכות או מחוץ לסמכות, יש לבדוק את נסיבות המקרה, בראש ובראשונה את מהות הפגם, ולהתאים את הסעד שיינתן על-ידי בית-המשפט לכל הנסיבות. אשר-על-כן אפשר כי בנסיבות מסוימות פגם מסוים, בגדר הסמכות או מחוץ לסמכות, יצדיק מתן סעד מסוים, כגון הצהרה על הבטלות של פסק-הדין או ההחלטה, ואילו בנסיבות אחרות אותו פגם יצדיק מתן סעד אחר"

(פסקה 15 לפס"ד של השופט זמיר)

כלומר, לביהמ"ש יש שק"ד בהתאם למכלול הנסיבות, לקבוע מה התוצאה. גם אם ההליך הוא נכון והעתירה בסדר, ההחלטה אם לבטל, תלוי באיזון שביהמ"ש צריך לעשות בנסיבות העניין. אם לא בטלות מלאה, חלקית, ואם לא, סעד אחר. לפעמים אפילו לא נותנים סעד בכלל.

כמו כן, לפי המבחן הבטלות היחסית, יש גם שק"ד במתן אפשרות לתקיפה עקיפה. זה לא תלוי בשאלה האם ההחלטה היא בלי סמכות או עם. אם יש פגם משפטי, לפי מדיניות שביהמ"ש קובע, הוא מחליט אם להרשות תקיפה עקיפה או לא.

בנוסף, יש שק"ד במועד הבטלות. ביהמ"ש לפני כמה שנים פיתח ביהמ"ש "התראת בטלות". הוא אומר שכרגע הוא לא מבטל אבל הוא מזהיר את הרשות לא לקבל החלטות בצורה הזו. אם רשות עושה זאת שוב, אז מבטלים. לא תמיד ביהמ"ש עומד בכך.

כאשר מקבלים טענה כזו, אומרים שזה יפגע בצדדים שלישיים. טוענים את זה הרבה.

יש להלכת התוצאה/הבטלות היחסית **חסרונות**:

1. אי הבחנה בין "יחסיות" כחריג לבין גמישות מוחלטת- לא אומרים שהחלטה בלתי חוקית, היא בטלה, אלא שלביהמ"ש יש שק"ד.
2. פגיעה בשלטון החוק- אם הגישה היא אינה כלל שהפעולה תבטל, אלא שביהמ"ש ישקול מה התגובה הראויה, זה אומר שמחלישים את שלטון החוק.
3. זילות הכללים המהותיים- הרשות יודעת שאם היא תעשה פגם, היא תוכל איכשהו לשכנע בסוף את ביהמ"ש, שהסעד הנכון הוא לא לבטל ואף לא לתת בכלל סעד.
4. תמריץ להפרת החוק- מאותה הסיבה של הזילות.
5. אי-ודאות- פה אין כלל וחריג, אלא רק שק"ד. ברגע שזה שק"ד בלתי מונחה, אם כל כך הרבה אפשרויות, אז יש פגיעה גדולה מאוד בוודאות.

**שיעור חזרה- 30.1**

**הוראות לנבחנים**

חומר סגור. בחינה שעתיים.

אין צורך להביא שמות של פס"ד (יכול להיות שבשאלה עצמה הוא יביא פס"ד כדי לעזור לנו)

להביא נימוקים, עיגונים ודעות שונות.

תשובה קצרה וקולעת.

יהיו 8 שאלות

יכול לתת לשאלה מסוימת פחות ניקוד.

יכול להביא שאלה שתתייחס לחומר קריאה מהותי

יכול לתת איזו שאלת מחשבה שתקשר בין נושאים שונים.

\*סוג שאלה שהוא יכול לשאול- מהם השיקולים התומכים בדבר אלמוני ומהם השיקולים המתנגדים לדבר זה.

**פתרון השאלון**

1. האם חובה לפרסם ברשומות אמנות בינלאומיות?

תשובה:

השאלה היא אם אמנות בינלאומיות שאומצו על-ידי הכנסת בחוק הן תקנות בנות פועל תחיקתי, בעוד שמתקיימים בהן יסודות הכלליות והנורמטיביות, הן אינן תקנות, משום שהן אינן מתקבלות על-ידי רשויות של מדינת ישראל מכח חוק ישראלי. לכן אין חובה לפרסם אותן ברשומות.

1. האם מותר לאצול סמכות לגופים פרטיים?

תשובה:
אם חוק מתיר אצילה כזו - פועלים לפיו. בהעדר הסדר בחוק - ככלל האצילה אסורה. לכך שתי סיבות: א. במקרים הטיפוסיים עלול להיווצר ניגוד עניינים. ב. היעדר יכולת פיקוח על גורמים פרטיים.

1. באיזה מובן תחולה רטרואקטיבית של החלטה מינהלית דומה לתחולה רטרוספקטיבית, ובאיזה מובן תחולה רטרואקטיבית דומה לתחולה אקטיבית?

תשובה:

תחולה רטרואקטיבית של החלטה מנהלית דומה לתחולה רטרוספקטיבית, משום ששני סוגי התחולה נוגעים למצבים או לפעולות שהתקיימו או נוצרו בעבר. בתחולה רטרואקטיבית משתנות התוצאות המשפטיות של מצבים או פעולות כאלה. בתחולה רטרוספקטיבית התוצאות של פעולות או מצבים שנוצרו בעבר משתנות לגבי העתיד.

תחולה רטרואקטיבית דומה לתחולה אקטיבית בכך שתחולה רטרואקטיבית פוגעת בהסתמכות, ובמקרים רבים גם תחולה אקטיבית, שהיא תחולה מיידית שאינה מאפשרת היערכות לנורמה החדשה, פוגעת בהסתמכות על המצב המשפטי שקדם לה.

1. מהם ההיבטים המרכזיים שבהם דיני החוזים המנהליים נבדלים מדיני החוזים הכלליים?

תשובה:

א. ככלל, חוזה מנהלי נדרש להיכרת באמצעות מכרז ב. רשות מנהלית יכולה להשתחרר מחוזה אם יש לכך הצדקה מטעמים של טובת הציבור. במקרה כזה עליה לשלם פיצויים לצד השני בשיעור פחות (לפי פסיקה מסוימת – פיצוי הסתמכות) משיעור הפיצויים על הפרת חוזה לפי הדינים הכלליים (פיצוי קיום).

1. מהי הזיקה בין ההגנה על ההסתמכות לכללים בדבר תחילת תוקף של נורמות מנהליות?

תשובה:

הכללים בדבר תחילת תוקף, מיועדים להגן על עקרון ההסתמכות. לכן, החלטה רטרואקטיבית מיטיבה לא תיפסל בהכרח (אלא אם היא פוגעת בשוויון), משום שאינה פוגעת בהסתמכות. לעומת זאת, לפעמים לא מסתפקים בתחולה אקטיבית אם היא פוגעת בהסתמכות סבירה, אלא נדרשת החלה פרוספקטיבית כדי לאפשר היערכות לנורמה המנהלית החדשה.

1. מה דומה ומה שונה בין דיני האצילה לפי המשפט המנהלי הכללי לבין דיני האצילה של סמכויות הממשלה וסמכויות שרים לפי חוק-יסוד: הממשלה?

תשובה:

דומה: א. מהות האצילה – הקניית סמכות אך לא העברתה (הרשות המוסמכת המקורית אינה מאבדת את הסמכות) ב. איסור אצילה כפולה (חוץ מסמכות הממשלה שניתנת לאצילה לשר שרשאי לאצול אותה פעם נוספת לעובד ציבור) ג. כל מקרה נדון לגופו בהתאם לאופי הסמכות הספציפית שבה מדובר. ד. מותר לאצול סמכות לעובדי ציבור בלבד

שונה: נקודת המוצא – לפי המשפט המנהלי הכללי קיימת חזקה נגד אצילה, ולפי חו"י: הממשלה קיימת חזקה שמותר לאצול אם מתקיימים התנאים שנקבעו בחוק-היסוד.

1. באילו מקרים רשות מנהלית יכולה לפעול לפי מדיניות שנקבעה על-ידי רשות מנהלית אחרת?

תשובה:
א. כשהרשות המנהלית קיבלה את סמכותה באצילה מהרשות האחרת ב. בפועל- כשהרשות האחרת היא בעלת מומחיות מיוחדת בתחום

\*בונוס- כשהמדיניות נקבעה על-ידי הרשות האחרת בתקנות שחוק הסמיך אותה להתקין.

**כללי**

* אקטיבי- לא מתייחס למצב שהתחיל בעבר. קובעים חוק פלילי חדש שאסור לירוק ברחוב. זה חוק רגיל. זה לא כולל יריקות שקרו בעבר. זה מעכשיו והלאה.
* רטרואקטיבי- משנה את התוצאות של דבר שהיה לפני שחוקקו את החוק. דוגמא: קובעים עבירה פלילית על דבר שאדם עשה אתמול ומעמידים אותו לדין.
* רטרוספקטיבי- משנה מרגע חקיקת החוק את התוצאות המשפטיות של מצב שהתחיל בעבר. דוגמא: מס דירה שלישית. לא מטילים את המס על השכירויות שהיו לפני החקיקה, אלא על ההשכרות מרגע חקיקת החוק. המצב של השכרת הדירות הוא מצב שהיה בעבר.
* משוא פנים שאינו נובע מניגוד עניינים- אדם מקבל ההחלטה הוא לא נקי. בבן דוד למשל, פסלו אדם משום שהוא קשר את עצמו באופן חזק להחלטה מסוימת לפני סיום ההליך ולפני ששמע את כל הטענות.
* תקנה בת פעל-תחיקתי- בפס"ד רונן נקבע שלא מדובר בתקנה בת פעל תחיקתי בעוד זמיר טוען שכן. ביהמ"ש טען שהצבת תמרור זה קביעת עובדה. מספיק שמפרסמים שבתמרור כזה פועלים בצורה מסוימת. ההחלטה להציב תמרור פלוני במקום אלמוני, זה רק קביעת עובדה. זמיר טען שזה תלוי במטרת ההחלטה. הקמת בי"ס זה לא כדי להסדיר את התנועה. זו קביעת עובדה שיש לה תופעת לוואי. הצבת תמרור קובעת הסדרת תנועה. זו לא תופעת לוואי, זו המטרה עצמה.

בהצלחה!