# סמינריון עיוני- גופים פרטיים במשפט הציבורי / ד"ר אסף הראל

הרצאה 1 – 26.10.17:

**מידע כללי:**

נוכחות חובה-בודק כל שיעור.

יש חומרי קריאה לשיעורים.

הרכב הציון:

30%- ניירות עמדה, רפרט והשתתפות פעילה

70%- עבודה סופית

הקורס עוסק בגופים פרטיים במשפט הציבורי, ולכן כל סטודנט בסופו של דבר יבחר גוף כלשהו ויכתוב עליו עבודה (ויציג אותו בפרזנטציה מול הכיתה).

בסילבוס יש חלוקת פרטי קריאה לפי גופים- כך יהיה ניתן לחקור ולקרוא מקורות לפי סוג הגוף שנבחר.

העבודה המחקרית בסוף השנה:

היקף של 10 עמודים

ההרצאות הן במהלך סמסטר א' בלבד

תאריך הגשת העבודה- המרצה יברר. יהיה מספיק זמן.

בוחרים גוף וחוקרים אותו- מה המאפיינים שלו, ההיסטוריה שלו, מאיפה הוא נולד, מה ההיבטים הפרטיים והציבוריים שלו, איזה דינים צריך להחיל עליו ועוד.

למשל: **אוניברסיטה**- אם מעמידים סטודנט לדין משמעתי- האם צריך לתת לו ייצוג? האם האוני' מחויבת לתת זכות להליך הוגן למרות שהיא גוף פרטי? חוקרים את השאלה לפי המאפיינים של אותו גוף וההיבטים הפרטיים והציבוריים שלו וכן ההשלכות של הדרך הנבחרת.

## רפרט-פרזנטציה-

אחרי שנבחר נושא לעבודה הסופית ונתחיל לעבוד על הנושא, יש פרזנטציה על הנושא בכיתה.

ברפרט נצטרך להציג את הנושא, חומרים, מבנה העבודה.

רפרט של חצי שעה.

## 2-3 מטלות של ניירות עמדה במהלך הסמסטר-

ניירות עמדה- לכתוב עמוד אחד על נושא שהמרצה ייתן לקריאה. בנייר עמדה צריך לסכם את הנושא ולהביע את הדעה שלנו.

המרצה ייתן לנו את הנושא מראש, וצריך לבחור מאמר אחד מתוך כמה מאמרים בנושא ולכתוב עליו נייר עמדה.

השיעורים הראשונים יוקדשו למבוא ורקע.

# מבוא- מהו משפט מנהלי ולמה הוא נוצר?

# התפתחות המשפט המנהלי

* **ראשית המאה ה-19- המדינה "שומרת לילה"**-

התפיסה החברתית פוליטית שהייתה שלטת היא שהמדינה "שומרת לילה"- המדינה לא אמורה להתערב יתר על המדיה בחיי הפרט אלא לעשות את המינימום שצריך- צבא, מערכת משפט, בתי סוהר, משטרה וכו', זאת מתוך ההנחה שכוחות השוק החופשי ישיגו את התוצאה האופטימלית ללא התערבות המדינה. בבסיס הגישה הזו עומד הליברליזם. כדי להגן על הפרט התגבשו זכויות חוקתיות מינימליות, אך לא מעבר לזה.

* **סוף המאה ה-19- תחילת המאה ה-20- האכזבה-**

המדינה הייתה מתירנית מידי, המדינה לא התערבה ונוצרו המון פערי כוחות ומעמדות. הבינו שהשוק החופשי לא יצליח לעשות את העבודה לבד. מבחינה כלכלית- הכירו בקיומם של כשלי שוק (השו החופשי לא מצליח להגיע לתוצאה האופטימלית ולכן חייבים שהמדינה תתערב)

דוגמאות לכשלי שוק:

* **מונופול** (אם אין תחרות אז אין יעילות. השוק החופשי חייב לקיים תחרות חופשית, המונופול פוגם בתחרות ולכן הוא כשל שוק). הפתרון של התערבות המדינה הוא- הרשות להגבלים עסקיים-רשות ציבורית שאמורה לפקח על המונופולים.
* **מוצר ציבורי**- מוצר שכולם נהנים ממנו והנאה של אחד לא מונעת/מגבילה צריכה של אחר, ולא ניתן להגביל צריכה של אדם, למשל: תאורה, כבישים, צבא, זיקוקים וכו'. הבעיה במוצר ציבורי היא בעיית הטרמפיסט- אני לא אשלם כי ממילא אוכל לצרוך את המוצר ולא אגרע באף אחד.
* **מחסור באינפורמציה**- כאשר אין לכולם את אותה אינפורמציה הדבר פוגע באפשרות לשוויון. למשל: הלשכה היא תאגיד סטטוטורי שהוקמה ע"פ חוק ומאגדת את כל עורכי הדין. אם אני צריך עו"ד- איך אדע אם עו"ד מסוים יכול לייצג אותי והוא לא עובד עלי? לשם כך המדינה מסדירה מקצועות מסוימים- למשל עו"ד חייב ב3 וחצי שנות לימודים, התמחות, מבחני לשכה וקבלת רישיון עו"ד- וכך האזרח הפשוט יכול להיות בטוח שהאדם שמולו אכן יכול לייצג אותו.
* **החצנות**- מפעל מזהם שמקיים פעילות רווחית מקיים פעילות עסקית על חשבון גבו של הציבור (שנפגע מהזיהום). השוק החופשי לא תמיד יוכל להתמודד עם החצנות אלו. אמנם ניתן להגיש תביעה/תובענה ייצוגית כלפי המפעל אך עדיין לא בטוח שדיני הנזיקין כשלעצמם יוכלו להתגבר על ההחצנה של המפעל הזה שהוא רווחי ומעמיס על הציבור את הרווחיות שלו (מבחינת קשיים בניהול ההליך, עלויות ההליך, קושי של האזרח הקטן לפתוח בהליך וכו'). בתובענות ייצוגיות יש בעיה שהיא בעיית הנציג- המפעל יוכל לסוגר הסכם פשרה על הנציג ולפצות אותו כדי שיסתיים ההליך והדבר נוגד את המטרה של התובענה הייצוגית של פיצוי כלל הציבור הנפגע והציבור שייפגע בעתיד. פתרון מדיני לכך- המשרד להגנת הסביבה שאמור לפקח על מפעלים מזהמים ואך יכול להוביל לסגירתם.
* **עלויות עסקה**- לדוגמא בפינוי אשפה- אם כל אחד היה צריך להתקשר באופן פרטי עם ספק לגבי פינוי האשפה- זה לא היה יעיל וזה היה מסובך ומורכב. לכן המדינה אחראית לכך ואנו משלמים על זה מס דרך הארנונה.

כל כשלי השוק הללו הם הצדקות כלכליות להתערבות המדינה בחיי הפרט.

קיימות להתערבות המדינה גם הצדקות אידיאולוגיות:

יש שאלה של תקציב- כמה המדינה מוכנה להשקיע כדי לספק את השירותים הללו של מינימום קיום בכבוד לאזרחים. מדינה עשירה תממן גם השכלה גבוהה לאזרחים שלה, אך מדינה ענייה יותר תממן רק ביטוח לאומי, חינוך, ביטחון וכו'.

למשל: שירותי בריאות- המדינה החליטה שבמקום שהיא תספק ישירות, היא מספקת שירותי בריאות דרך קופות החולים שהן היד הארוכה שלה- קופות החולים הם עמותה- תאגיד ללא מטרות רווח. כך גם האוניברסיטה- ארגון ללא כוונת רווח.

מניעים אידיאולוגים:

יכולים להוביל לכך שיהיה שוויון בין האזרחים גם במשפט הפרטי- חוק שיווי זכויות אישה, חוק שוויון הזדמנויות, חוק איסור אפליה בכניסה למקומות ציבוריים וכו'.

כאשר המדינה מתערבת היא מרכזת בידיה הרבה כוח והופכת להיות למקום עושר. היא מקימה מערכת בירוקרטית מסועפת לצורך ההתערבות שלה- למשל חלוקת קצבאות וכו', היא מחוקקת חוקים קוגנטיים (שלא ניתן להתנות עליהם) וכו'.

* **הפרטה**-

כיום אנו קצת חוזרים אחורה והמדינה מתערבת פחות בחיי הפרט- הרבה גופים מופרטים ומתנתקים מהמדינה.

מדינת ישראל שהוקמה באמצע המאה ה-20 הוקמה כמדינת רווחה. היא סיפקה את כל השירותים לאזרח לבד. לא היו עוד בעלי הון שיוכלו לעשות זאת במקומה והדבר הסתדר עם הגישה הסוציאליסטית של מפא"י.

בהמשך הליכוד עלה לשלטון והתחיל להפריט.

כיום קיימים בעלי הון חזקים שמספקים שירותים רבים לאוכלוסייה שבעבר המדינה הייתה מספקת.

B.O.T- המדינה מבקשת מטייקונים לבנות ולהשקיע באיזשהו שירות לחברה, הטייקונים נהנים מהרווחיות של אותו שירות כאשר הם הבעלים והמדינה היא הרגולטור (מפקח מהצד) ולאחר מספר שנים הגוף שהוקם חוזר חזרה לבעלות המדינה. דוגמא קלאסית לכך: כביש 6.

# הפרטת בתי הסוהר

המדינה רצתה לשפר את תנאי הכליאה בבתי הסוהר אך לא היה לה תקציב לכך. לכן עלה הרעיון להפריט את בתי הסוהר- במקום שהמדינה תשקיע כספים, היא תיתן את בתי הסוהר ליזם פרטי (לב לבייב), והוא באותו סכום כסף שהמדינה הייתה צריכה להשקיע, הוא ישקיע, יבנה ויפעיל את בתי הסוהר בשיטת ה-B.O.T, וכך תושג המטרה. לצורך כך תיקנו את פקודת בתי הסוהר כדי שהדבר יהיה אפשרי, והחלו לבנות בית סוהר פיילוט. בסוף הבנייה ולפני האכלוס הוגשה עתירה מטעם המרכז האקדמי למשפט ועסקים מתוך התפיסה שיש מינימום של שירותים שהמדינה מחויבת לספק ואי אפשר להפריט אותם. הפרטת בתי הסוהר היא מדרון חלקלק להפרטת המשטרה והצבא- מה שלא ניתן לעשות.

## 2 ראשים לתביעה-

1. **המסלול המוסדי**- סעיף 1 לחוק יסוד הממשלה קובע שהממשלה היא הזרוע המבצעת של המדינה. לכן להעניק את סמכויות הממשלה ליזם פרטי נוגד את חוק יסוד הממשלה ולכן לא חוקתי. הבעיה במסלול תביעה זה: הוא מתבסס על המהפכה החוקתית בה ביהמ"ש קבע שפסקת ההגבלה ועליונות חוקי היסוד תקפים גם על כל חוקי היסוד כולל חוקי היסוד המוסדיים.

2. **מסלול הזכויות**- פגיעה בזכות לכבוד של אסירים שנכפה עליהם להיות בבית סוהר של תאגיד פרטי שהוא תאגיד רווחי. האסיר הופך להיות אמצעי להפקת רווח. זוהי פגיעה בזכות הפרט להיאסר בבית סוהר ציבורי- וזוהי פגיעה בכבוד. זהו טיעון ערכי ואידיאולוגי מבלי כל קשר לשאלה של האם בית הסוהר הזה טוב יותר או לא.

פסה"ד של הנשיאה בייניש- מבחינת שלילת חירות האסיר- אין בעיה, כי היא נשללת גם בבית סוהר ציבורי. דבר שני, היא לא יודעת מה הפוטנציאל של פגיעה פיזית באסיר ולכן לא מתייחסת לכך. הרגולציה שהמדינה מפעילה היא מצוינת- יש אמצעים למדינה ובכל זאת אני מבטלת את החוק כי עצם העובדה שהמדינה מאצילה את סמכויות השלטון ואת סמכויות הכליאה היא פגיעה בלתי מידתית בזכות לכבוד של האסיר.

במאמר של המרצה ושל פרופ' מיכל טמיר- הזכות לכבוד מורכבת מהמון משתנים: גם תנאי הכליאה ומשתנים נוספים מרכיבים את הזכות לכבוד ולכן הם לא מסכימים כ"כ עם פסה"ד. הם מעלים רעיון ששינוי קטן של תיקון החוק היה יכול להתגבר על פסה"ד והוא- להקנות יכולת בחירה לאסיר האם הוא רוצה להיאסר בבית סוהר ציבורי או בבית סוהר פרטי- ותיקון זה היה "מכשיר" את החוק גם מול פסה"ד.

קריאה לשבוע הבא-

לקרוא את כל הפריטים בחלק הראשון. מה שמסומן במעוין- רשות.

הרצאה 2 – 02.11.17

יפרסם שבוע הבא את המועדים לפרזנטציות, מועדי לניירות עמדה והנושאים לניירות העמדה.

לגבי בחירת נושא הסמינריון: צריך לבחור גוף שמעניין אותנו (יש רשימת גופים בסילבוס אבל אפשר גם לא מהרשימה). המחקר הוא לפרט מאפיינים של הגוף הזה, איך הוא נוצר, מה מבחינה נורמטיבית/משפטית ההיסטוריה שלו, המאפיינים הציבוריים, איזה היבטים ציבוריים באים לידי ביטוי בפעולה שלו, ההתנגשות בין הפרטי לציבורי, איך הנורמות הציבוריות באות לידי ביטוי בהתאם לדואליות הנורמטיבית וכו'. נקבל דף הנחיות לקראת כתיבת העבודה.

**המשפט המינהלי**

ככל שהמדינה מתערבת יותר בחיי הפרט, יש לזה מחיר- המדינה צוברת הרבה מאוד כוח, הופכת להיות מקור לעושר, יוצרת בירוקרטיה. הכוח הזה של המדינה מחייב אותנו ליצור דיסציפלינה חדשה- **משפט מנהלי**- מתווה של נורמות שיחולו על רשויות השלטון למיניהם ע"מ לוודא שהשלטון לא עושה שימוש לרעה בכוח הדורסני שלו.

**סמכות שלטונית**: היכולת של הרשות לשנות את המצב המשפטי של האזרחים מבלי שתצטרך לקבל מהם הסכמה.

דוגמא- נניח אדם חוזר הביתה בלילה ואין לו מפתחות, הוא מטפס לקומה שלישית כדי להיכנס מהחלון, פתאום עוברת ניידת שרואה אותו והיא מורה לו לרדת ולהציג ת.ז, האדם אומר שזה הבית שלו אבל אין לו ת.ז עליו, הניידת מבקשת ממנו לבוא לתחנה. אם האדם יסרב- יש לשוטר סמכות לעכב את האדם.

זוהי דוגמא שמראה שלשוטר ניתן המון כוח, סמכות המעצר היא הסמכות הכי פוגענית, ובגלל הכוח שניתן לה היא מחויבת בשקיפות ובנאמנות הציבור. לעומת זאת אדם פרטי לא מחויב בכלום.

המשפט המנהלי מחולק לחובות ולזכויות יתר.

**חובות**

1. **סמכות- עקרון חוקיות המינהל**- המדינה יכולה לעשות רק מה שניתן לה סמכות לעשותו באמצעות הוראה בחוק (בניגוד לפרט שיכול לעשות כל מה שירצה אא"כ נאסר עליו בחוק). מה בנוגע לסמכות השיורית של הממשלה? נולדה מתוך המחשבה שאי אפשר לעגן הכל בחוק, אך הפסיקה איזנה סמכות שיורית זו כמו למשל- אי אפשר לפגוע בזכויות יסוד של האדם.

הסמכות היא כלי שנועד לרסן את המדינה. למשל: לאחרונה היה פס"ד שעסק בשאלה האם שר הפנים יכול לשלול תושבות קבע של תושבי מזרח ירושלים בגלל שהיו שותפים בארגון מנהיגים פלסטיני מטעם החמאס. שר הפנים שלל את התושבות שלהם מתוך סעיף המקנה לו לשלול תושבות "לפי שיקול דעתו". ביהמ"ש פירש את החוק ואמר שסוגיה כזו מכרעת שפוגעת עמוקות בזכות הפרט- יש קריאה למחוקק לתת הנחיות בסיסיות יותר ותאפשר לשר לקבוע דבר כזה. לכן ביהמ"ש העליון שלל את סמכות השר באמצעות שאלת הסמכות של עקרון חוקיות המינהל.

פס"ד הוועד הציבורי נגד עינויים- כל שיטת חקיקה שחורגת מהתכלית החקירתית- היא שיטת חקירה שאינה לגיטימית. למשל: אם רוצים לאזוק אסיר כדי שלא יברח- זה חוקי, אך אם רוצים לאזוק חזק אסיר כדי להכאיב לו-זה לא חוקי.

יש שאלות רבות של סמכות, למשל: דיני אצילה- האם בעל סמכות יכול ניתן להאציל סמכויות לגופים פחות בכירים, או להפך, האם שר יכול ליטול סמכות של עובד ציבור תחתיו כי הוא חושב שעובד הציבור משתמש בה בדרך שאינה ראויה.

1. **הליך מנהלי**- סמכות לא מספיקה, יש חשיבות לאופן ההליך. למה? ככל שההליך יתבצע באופן הנכון כך יש סבירות שההליך יהיה צודק יותר ולא יפגע בזכויות. למשל: אם גוף רוצה לפגוע בזכות הפרט- הוא לשמוע אותו-לתת לו זכות טיעון, אסור שהגוף יהיה נגוע בניגוד עניינים או משוא פנים וכו'.
2. **שיקול הדעת המנהלי**- ניתן לשקול רק שיקולים ענייניים- שיקולים שעולים בקנה אחד עם הסמכות שהדין העניק לאותו בעל סמכות. למשל: הרבנות הראשית במתן אישורי כשרות- אסור לה לא לתת כשרות למקום מסוים בגלל שיש שם למשל ריקודי בטן-זהו שיקול לא ענייני! בנוסף, החוק בודק את הדרך שבה בעל הסמכות מבצע את האיזונים בין השיקולים השונים- נבחן האם יש **חוסר סבירות קיצוני**- ייתכנו החלטות הפוכות (להגיש כתב אישום ולא להגיש כתב אישום) ששתיהן יהיו בתוך מתחם הסבירות ולכן יהיו חוקיות דוגמא לכך היא בפס"ד האי היווני (שרון), נבחן עקרונות שונים כמו **מידתיות** **ושוויון**.

**זכויות יתר**

1. **הפקעה**- נטילה שלטונית של מקרקעין לצורך טובת הכלל. זוהי זכות מאוד פוגענית. חשין אמר שאפשר לדמות הפקעה לאגרוף מפוצה בפרווה- אומנם מפקיעים ממך ללא רשותך אבל מפצים אותך אז זה מרכך את המכה.
2. **הלכת ההשתחררות**- בזמן מלחמת המפרץ- המדינה חתמה על הסכם מכירה של מסיכות אב"ך לחברה זרה, אבל אז התחילה מלחמת המפרץ והמדינה רצתה להשתחרר מהסכם המכירה. ביהמ"ש קבע כי כאשר יש צורך ציבורי חיוני, רשות מנהלית יכולה להשתחרר מהסכם מבלי שזה יחשב הפרה והיא לא תצטרך לשלם פיצויי צפייה (רק פיצויי הסתמכות).
3. **חסינויות שונות**.

**מאפייני המשפט הציבורי והמשפט הפרטי**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **משפט ציבורי** | **משפט פרטי** |
| מערכת היחסים | פרט-שלטון | פרט- פרט |
| עקרונות | נאמנות, אחריות חברתית, שקיפות, נגישות | אגואיזם, פרטיות, היעדר התערבות-נועד לממש את הזהות העצמית של פרט ואת חופש הפעולה שלו |
| מאפיינים | כפייה, חוסר שוויון, פערי כוחות | התערבות מינימלית, שחקנים רציונאליים, שוויון, חופש לבחור ולהסכים |
| מטרה | רווחת הכלל, תיקון עוולות חברתיות | פתרון סכסוכים, |

הטבלה הנ"ל היא נכונה, אך היא לא משקפת את המציאות האמיתית אלא את הקצוות- ציבורי לגמרי ופרטי לגמרי, אבל היום ניתן לומר שהמון גופים הם איפה שהוא באמצע בין שני הקצוות וחלקם מוגדרים היום כ"גופים דו-מהותיים".

יש שתי דוקטרינות שמבקשות לחתור תחת הדיכוטומיה הזו שבין המשפט הפרטי לציבורי:

1. **דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית**- יש הרבה מאוד גורמים מלבד המדינה שנולדו בשוק הפרטי ולכן מבחינה פורמלית הם חלק מהמשפט הפרטי, אך הם צברו לעצמן במשך השנים הרבה עוצמה ציבורית, כוח, מונופול, לעתים יש להם קשר מוסדי למדינה הום מקבלים ממנה תקציבים, ולכן החשש שהם יפגעו בזכויות ובאינטרסים של הפרט הוא לא קטן יותר מהחשש שהמדינה תפגע. למשל: אוניברסיטה- אם היא מעמידה סטודנט לדין משמעתי ולא נותנת לו זכות ייצוג- האם הצדדים שווים בכוחותיהם?; התאחדות הכדורגל- קבוצת כדורגל שנכנסת לחדלות פירעון ומנסים לשקם אותה, באה התאחדות הכדורגל ואומרת שלפי התקנון של התאחדות הכדורגל היא הנושה הראשון בתור. אם המפרק לא יסכים לכך, ההתאחדות יכולה לומר בתגובה שגם אם הקבוצה תבריא- היא לא תסכים לה לשחק בהתאחדות. זוהי פגיעה אנושה בקבוצה כי יש רק התאחדות אחת לכדורגל (יש לה מונופול בתחום).

גישה זו גורסת כי נדרש תיחום גבולות מחדש- כל מיני גופים שנמצאים בתפר שבין המשפט הפרטי לציבורי- יהיו תחת הנורמות הנדרשות מהמשפט הציבורי. הדבר מעלה שאלות- איזה גופים? איך מגדירים מיהם? איך שומרים על האוטונומיה של הפרט?

1. **דוקטרינת תחולת זכויות האדם במשפט הפרטי הצרוף (אהרון ברק)**- למשל חופש ביטוי- אם חופש הביטוי הוא כ"כ חשוב ומשמעותי, למה יש מוסר כפול- למה זה הגיוני שלמדינה אסור לפגוע בחופש הביטוי של הפרט, אך למעסיק פרטי כן מותר לפגוע בחופש הביטוי שלי (למשל לפטר אותי כי הבעתי את דעתי)? אם התכלית של זכויות היסוד של האדם היא עשיית טוּב, ראוי שנחיל אותן לא רק במשפט הציבורי אלא גם במשפט הפרטי. דוגמא: בעלים של דירה שלא רוצה להשכיר את הדירה לגמדים- מצד אחד יש את זכות הקניין של הבעלים ומצד שני את זכות השוויון של השוכר, לכן ראוי שתתבצע שקילה ואיזון בין הזכויות הללו. ברק סובר כי יש להחיל את עקרונות היסוד של השיטה ואת זכויות האדם גם במשפט הפרטי, בתחולה עקיפה- זו לא תחולה ישירה כי החובות הללו חלות ישירות על המדינה ולא על הפרט, אלא בצורה עקיפה דרך מושגי השסתום- תום לב, הפרת חובה חקוקה, סבירות, תקנת השוק.

למה זה שונה מהגישה הקודמת? כי לא מדובר רק בגוף פרטי דו-מהותי, אלא על כל גוף פרטי באשר הוא.

הרצאה 3 – 09.11.17

נייר תגובה:

לבחור מקור אחד מרשימת הקריאה שניתנה ולכתוב עליו נייר תגובה.

שליש מהדף- יוקדש לסיכום המאמר.

שני שליש- כתיבה ביקורתית וחשיבה עצמאית.

אפשר לנתח פסק דין, אפשר לקחת את הנושא ולנתח אותו באופן רוחבי.

הגשה במייל עד ליום חמישי 16.11- Assaf.harel@biu.ac.il

נושא נייר העמדה הראשון: **גוף פרטי המפעיל סמכות שלטונית ע"פ דין**.

למשל: חברת החשמל שמפקיעה קרקעות. אם בית הסוהר הפרטי היה יוצא לפועל, הדין היה מקנה לו סמכויות שלטוניות של שלילת חירות האסירים.

יש מס' מקורות שעוסקים בנושא זה. הקניית הסמכות השלטונית לגוף פרטי הופכת אותו לגוף דו-מהותי.

הבורסה לניירות ערך- החוק קובע שתהיה חברה אחת שתקבל רישיון ויהיה לה מונופול. החוק עצמו נותן לה למעשה סמכות שלטונית, למשל בתקנון הבורסה יש כללים שקובעים איזה חברה יכולה להיסחר בבורסה- זה סוג של סמכות שלטונית שמקנים לגוף פרטי.

נושא נייר עמדה שני: **הקניית זכויות יתר לגופים דו-מהותיים**

למשל: **חזקת תקינות המינהל**- יש חזקה שרשות ציבורית פועלת כדין ולכן הנטל הוא על הצד השני להוכיח שהיא פעלה לא כדין. האם מכילים זאת גם על גוף דו-מהותי? החשש הוא שהגוף ישתמש בזכויות אלה לטובת הצד הפרטי שלו ועל חשבון הציבור.

דוגמא נוספת: **הלכת ההשתחררות** (כמו הסיפור עם החוזה של המדינה למכירת מסיכות האב"כ שבוטל בגלל מלחמת המפרץ.

עוד דוגמא: פס"ד של אילנה דיין- דנו על האם אתה מקנה לעיתונות הגנה מתביעת לשון הרע במסגרת אחת ההגנות של תום לב- כאשר אני מפרסם פרסום כחובה מוסרית וכו'. ביהמ"ש- במקרים מסוימים בשל ההיבטים הציבוריים שלה, ככל שהיא בודקת את העניין, אין זדון וזו סוגיה חשובה ציבורית, ביהמ"ש מקנה לה הגנה של עיתונות אחראית, אחרת זה יוצר אפקט מצנן. אך מצד שני העיתונות לא סווגה כדו-מהותית.

ניתן לכתוב על עיתונות כתובה, אינטרנט, פייסבוק, העיתונות המשודרת.

הרפרט:

חצי שעה- הצגת הנושא, שאלות, דיון.

הרפרט הוא באמצע התהליך של כתיבת העבודה, צריך להיות אחרי בחירת הגוף וקריאת חומרים.

חזרה לחומר בכיתה:

**סוגי תאגידים וגופים דו מהותיים**

**תאגידים ציבוריים:**

יש במדינת ישראל הרבה סוגים של תאגידים- מדינת ישראל, ממשלת ישראל, תאגידים ציבוריים (סטטוטוריים), רשויות מקומיות, "גופים לווייניים" וכו'.

המאפיין המרכזי של רשויות ציבוריות- הוקמו ע"פ דין לצורך הגשמת תכלית ציבורית כלשהי ולכולן אין משל עצמן ולא כלום. התכליות שלשמן הוקמו שונות ומגוונות. הרשויות הציבוריות לא זהות- לא במעמד, לא בתפקיד, לא באופן ההקמה (הוקמו ע"י חקיקה ראשית/ חקיקה משנית/ הוראות מינהל). אין לרשויות אוטונומיה של הרצון הפרטי. הדין לגביהן מאוד מפורט- קובע מי ממנה את הרשות, מה הסמכות שלה, איך היא מפעילה את הסמכויות שלה, האם יש לה אישיות משפטית רק במשפט הציבורי או גם בפרטי וכו'.

* **מדינת ישראל**- הרשות הציבורית הנעלה ביותר. חוק נכסי המדינה 1991- קובע כי נכסי שלטונות ארץ ישראל הן הנכסים של מדינת ישראל ושהיא יכולה לעשות בהם עסקים🡨 ניתן להבין מכאן שהמדינה יכולה לפעול במשפט הפרטי.

על המדינה חלה גם פקודת הנזיקין- והיא יכולה

כל משרדי הממשלה חוסים תחת כנפי המדינה כשה עושים עסקאות במשפט הפרטי. למשל: בעסקאות של משרד הביטחון יהיה רשום "מדינת ישראל" כי למשרד הביטחון עצמו אין אישיות משפטית במשפט הפרטי.

* **ממשלת ישראל**- הרשות המבצעת של המדינה, יש לה אישות משפטית במשפט הציבורי- חו"י הממשלה. במשפט הפרטי- פועלת כאורגן של המדינה (אין לה אישיות משפטית עצמאית). מחולקת למשרדים. לעתים החוק מקנה לה סמכות כממשלה (למשל: הסמכות לפתוח במלחמה- רק הממשלה בכללותה יכולה להחליט על כך) ולעתים יש סמכויות נפרדות לכל שר.

יש גם סמכות שיורית של הממשלה.

* **רשויות מקומיות**- עיריות, מועצות מקומיות, מועצות אזוריות, איגודי ערים- לכל סוג יש חוק נפרד ויש הבדלים בין הרשויות אך מה שמאחד את כולם זה שהם פועלים לתכלית ציבורית של האזרחים שתחתיהם, כולן נבחרות ולא ממונות. יש את הדואליות הזאת- מצד אחד אוטונומיה לניהול העניינים שלהן ומצד שני פיקוח של הממשלה-אישורים מסוימים של שר הפנים).
* **תאגידים סטטוטוריים**- רשות שדות התעופה, לשכת עורכי הדין, מד"א, רשות המים, רשות החשמל, רשות הטבע והגנים, תאגיד השידור הציבורי כאן. רשות שהוקמה ע"פ דין, החוק קובע את מבנה בתאגיד, את סמכותו ומטרותיו, מעניק לו סמכויות שלטוניות (למשל: רשות השידור- גביית אגרות), יש לו אישיות משפטית נפרדת במשפט הפרטי ובמשפט הציבורי. התאגידים הללו הם לא המדינה, הנכסים שלהם הם לא נכסי המדינה והעובדים שלהם הם לא עובדי מדינה- אלא רק עובדי ציבור. גם התקציב לא קשור לתקציב המדינה אלא תקציב נפרד.

למה להקים תאגידים סטטוטוריים? למה שגופים אלו לא יהיו תחת המדינה? לעתים רוצים לנתק פעילות ציבורית שיש לה אופי עסקית מהמסגרת הממשלתית. למשל: רשות השידור- המטרה היא שהיא תבקר את השלטון ולכן חשוב שהיא תהיה נפרדת מהממשלה והמדינה.

לרוב המחוקק יוצר מועצה שמנהלת את התאגיד, כוללת נציגי ציבור השותפים בתאגיד הציבורי.

* **גופים לווייניים**- גופים שהוקמו ע"פ חוק או תקנה/החלטה מנהלית ויש להם תפקיד יחסית מצומצם ופעילות לא לאורך זמן. אין להם אישיות משפטית נפרד במשפט הפרטי. למשל: מנהלת תנופה- הוקמה להסדרת כל סיפור ההתנתקות (אין צורך ברשות שתוקם לאורך זמן אלא רק לביצוע המטרה הספציפית; הועדה לבחירת שופטים- החוק מגדיר מה הסמכויות בכמה שורות, אך לא צריך לחוקק חוק נפרד עם פירוט רב.

**תאגידים פרטיים:**

* **אדם**- כל אדם הוא אישיות משפטית טבעית שזכאית לעשות כל מעשה אלא אם כן הדין אוסר עליו (בניגוד לעקרון חוקיות המינהל). אינו פעול ע"פ דין, יכול לעשות כל מה שירצה.

האדם יכול להיות נושא תפקיד ציבורי- למשל היועמ"ש- כשהוא בתפקיד הוא רשות ציבורית, וכשהוא בבית הוא אדם פרטי.

המתח הזה מוביל אותנו למונח "אישיות דו-מהותית"- למשל: ההפגנה מול ביתו של היועמ"ש מנדלבליט- האם זה לגיטימי להפגין מול ביתו הפרטי ולא מול לשכתו ברשות הציבורית? ביהמ"ש העליון קבע שמול הבית אסור להפגין, יש חזקה שהפגנה כזו רוצה להשפיע לרעה, להשתמש לרעה. מזוז אומר שהפגנה מול הבית היא אפילו לא חלק מחופש הביטוי כי זה בניגוד לתכליות חופש הביטוי תוך הפעלת לחץ פסול על אדם פרטי ועל משפחתו, שכנו וכו'.

* **תאגיד**- המשפט הפרטי יצר כל מיני סוגי תאגידים שנועדו להוות **חוקי מסגרת**- מסדירים סדר מסוים באיזשהו אופן אך בלי להתערב בתכנים עצמם. סוגי תאגידים: חברה, שותפות, עמותה, הקדש, אגודה שיתופית, מפלגות.

כל סוגי התאגידים הם כולם יציר הדין. הדין מתווה איזושהי מתכונת משותפת להקמת התאגידים אבל הדין לא מסדיר את דרך הפעולה, המטרות, הסמכויות- כל אלו נקבעים בתקנון שנקבע ע"י בעלי החברה.

התאגיד נועד להגשמת תכליות פרטיות, ולכן לא יהיה מכספי ציבור.

אבל יש תאגידים שמספקים שירותים חיוניים לציבור ומשתמש במשאבים ציבוריים. למשל חברת חשמל או חברה קדישא- אלו שירותים שאם החברה הפרטית לא הייתה עושה אז המדינה הייתה עושה כי זה שירות שנדרש לציבור. תאגידים כאלה שעושים שימוש במשאבים ציבוריים גם לעתים מקבלים תקציבים מהמדינה ולכן לעתים המדינה מחליטה להטיל גם עליהם נורמות מהמשפט המינהלי (נורמות שנוצרו וחלות על התאגידים הציבוריים)- החלה זו היא כמעין מס שנועד להגן על הציבור.

**גופים דו-מהותיים:**

אם גוף מגיע ל"אמצע" מבחינת האיזון בין המאפיינים הפרטיים למאפיינים הציבוריים שלו, נחיל עליו "**דואליות נורמטיבית**"- פרטי+ציבורי. הפרטי נובע מהראש הפרטי, הציבורי נובע מהשימוש במשאבי הציבור ולכן קוראים לתאגיד כזה **גוף דו-מהותי**.

גוף פרטי המקבל סמכות שלטונית על פי דין, הוא בוודאי דו-מהותי, כי הסמכות השלטונית מאפשרת לו להפעיל הרבה כוח.

כמו כן, גם הרשויות הציבוריות פועלות במשפט הפרטי- רשות שלטונית הרוצה לפעול במשפט הפרטי כמו למשל לכרות הסכם, למשל אם הרשות לא רוצה לעשות מכרז כי היא חושבת שאת העסקה הזו כדאי לעשות ללא מכרז כי זה עדיף מבחינה כלכלית. במקרה כזה בו רשות ציבורית נכנסת למשפט הפרטי ובעצם מגיעה ל"אמצע"- היא תיחשב לפרטי+ציבורי- וגם עליה תחול **דואליות נורמטיבית.**

**האם הדואליות הנורמטיבית שחלה על המדינה כאשר היא מתקדמת מהצד הציבורי ל"אמצע" ופוגשת את הצד הפרטי שגם התקדם ל"אמצע" (ז"א כאשר המדינה מבצעת עסקאות במגזר הפרטי) דומה לדואליות הנורמטיבית שחלה על גוף פרטי כאשר הוא מבצע שימוש במשאבי ציבור וניתנה לו סמכות שלטונית ע"פ דין?**

* **הדואליות הנורמטיבית של גוף פרטי במשפט הציבורי**- בגלל שהנורמות הציבוריות פוגעות בנורמות של הגוף הפרטי, אנו נרצה שהחלה כזו של הנורמות הציבוריות על הגוף הפרטי תהיה לתכלית ראויה בלבד ושהפגיעה באלמנט הפרטי של הגוף תהיה מידתית. לכן ההיבט הציבורי לא בהכרח יקבל תמיד עדיפות, גם אם נחשוב שהוא חשוב עדיין נצטרך למזער את הפגיעה בפרטי. ז"א, אם יש התנגשות בין הפרטי לציבורי 🡨 הציבורי יגבר רק אם הפגיעה בפרטי היא מידתית.
* **הדואליות הנורמטיבית של רשות ציבורית במשפט הפרטי**- זה "פרטי" בתחפושת מכיוון שלרשות הציבורית "אין לה משלה ולא כלום". זה לא באמת פרטי אלא מקנים לרשות הציבורית אישיות משפטית במשפט הפרטי ובכך מאפשרים לרשות ציבורית להשתמש בכלים של המשפט הפרטי כדי ליעל את המערכת- אבל זה לא רצון פרטי של הרשות כי לרשות אין רצון פרטי משלה אלא גם במגרש הפרטי היא פועלת לטובת האינטרסים של הציבור. זוהי למעשה דואליות בתחפושת. לכן אם יש התנגשות בין הפרטי לציבורי🡨 הציבורי תמיד גובר.

לעומת זאת, כפי שראינו לעיל, בגוף פרטי דו-מהותי זה משחק אחר לחלוטין כי הפן הפרטי מגלם את האוטונומיה הפרטית של רצון הפרט, ולכן במידה של התנגשות בין הפרטי לציבורי 🡨 יתחשבו במידה גם בפרטי.

* למרות שלשניהם קוראים דואליות נורמטיבית, התוכן של הדואליות משתנה.

הרצאה 4 – 16.11.17

נחלק את הקורס לחמישה חלקים:

1. מבוא והבחנה בין משפט פרטי לציבורי, השחקנים (רשויות ציבוריות, גופים דו מהותיים).
2. הפרמטרים לסיווג גוף כדו מהותי- גוף דו מהותי הוא יציר הפסיקה ולכן יש להגדיר מהם התנאים לגוף דו מהותי. נראה שיש לעתים חוסר אחידות בפסיקה.
3. הדואליות הנורמטיבית- איזה דינים חלים על הגוף הדו מהותי. האם הדואליות הנורמטיבית חלה על כל פעילות של הגוף או שמא רק על פעילות שיש בה מן ההיבטים הציבוריים.
4. נבחן את הדואליות עצמה, נראה בתוך הדואליות- איך באים לידי ביטוי הדינים הפרטיים והציבוריים, ההתנגשות ביניהם, ואיזה תוכן יוצקים לדינים הפרטיים, האם הדינים הפרטיים נעלמים? או שמא דיני המנהל הציבורי משתנים ומקבלים נופך אחר?

**הפרמטרים לסיווג גופים כדו-מהותיים**

קיימות 3 זיקות עיקריות:

1. סמכות שלטונית ע"פ דין
2. זיקה פונקציונאלית
3. זיקה מוסדית

**זיקה ראשונה: סמכות שלטונית ע"פ דין**

זו הקטגוריה הראשונה במעלה והכי פשוטה לסיווג גוף דו מהותי- גוף פרטי המפעיל סמכות שלטונית ע"פ דין.

סמכות שלטוניות ככלל אמורה להתבצע ע"י הרשות הציבורית. לא נרצה שלפרט תהיה סמכות שלטונית בגלל החשש שהוא ינצל סמכות זו לרעה.

למשל: כתב אישום- מי אמור לייצג את האינטרס הציבורי ולהעמיד עבריינים לדין? המדינה, הפרקליטות. אבל קיים כלי נוסף- **קובלנה פלילית פרטית**- החסד"פ מאפשר בעבירות נמוכות להגיש קובלנה פלילית- לשון הרע, תקיפה, הפרת זכויות יוצרים וכו'. כלי זה נותן לאדם פרטי את האפשרות ליטול סמכות שלטונית ולהגיש כתב אישום כנגד אדם אחר. המחוקק חרג מכללי המשפט המינהלי כאשר קבע אופציה זו של קובלנה פלילית.

יש מקרים בהם כאשר הפרקליטות בוחרת לסגור תיק פלילי/לבטל כתב אישום, ונדחה ערעור בנוגע לביטול כתב האישום, האדם הפרטי (הנפגע) מגיש קובלנה פלילית. לכן יש כללים שחוקקו ונועדו למנוע אפשרות כזאת.

ככלל, אנו לא חושבים שגופים פרטיים הפועלים להשגת רווח יפעילו סמכויות שלטוניות.

יש שתי אפשרויות שבאמצעותן ניתן בכל זאת להסמיך גופים פרטיים לבצע סמכות שלטונית:

1. **מחוקק**- המחוקק מסמיך וקובע בחוק שגוף פרטי יבצע סמכות שלטונית. למשל: פס"ד בעניין החטיבה להתיישבות- גוף פרטי שהוא חלק מההסתדרות הציונית ולא חלק מרשויות המדינה, ויש לו המון סמכויות שלטוניות והסמכויות השלטוניות ניתנו לו לאחרונה באמצעות תיקון לחוק שאיפשר לממשלת ישראל להאציל לחטיבה להתיישבות סמכויות בחוק.
2. **אצילה**- המחוקק נותן את הסמכות לרשות המנהלית, והרשות המנהלית מאצילה סמכות זו לגוף פרטי. האם היא יכולה לעשות זאת? ביהמ"ש אומר בפס"ד פיליפוביץ'- יש חזקה שאם המחוקק לא אמר מפורשות, רשות מנהלית לא יכולה לאצול את סמכותה- לא לגוף פרטי ואף לא לגוף ציבורי אחר! **עקרון עצמאות שיקול הדעת**- המחוקק מסמיך רשות שלטונית/אורגן ברשות שלטונית, ורק אותו אורגן יבצע את התפקיד שלו! (אם הוסמך פקיד לבצע תפקיד מסוים- רק הוא יבצע אותו, ואפילו לא השר שמעליו). בפסה"ד נאמר שזו חזקה הניתנת לסתירה ובמקרים בהם זה לתכלית ראויה כן ניתן להאציל את הסמכות לעובד ציבור אחר. אך מה עם אצילת סמכויות לגופים פרטיים? כאן נדרשות נסיבות מיוחדות, במקרים חריגים, שמהם ניתן ללמוד שניתן לאצול את הסמכות לגוף פרטי.

**יש להבחין בין אצילה להסתייעות**- אין חזקה שאוסרת על רשות מנהלית להיעזר בגוף פרטי. ההבדל בין אצילה להסתייעות הוא רכיב שיקול הדעת- כל עוד שיקול הדעת נשאר אצל הרשות- זו הסתייעות. באם ניתן שיקול דעת לגוף הפרטי- זו אצילה.

הכלל: גוף פרטי לא אמור לבצע סמכות שלטונית [חקיקה ואצילה הן שני יוצאי הדופן].

**דוגמאות:**

* קובלנה פלילית פרטית- **המחוקק הסמיך**. [יש כיום הצעת חוק לביטול מוסד הקובלנה. טוענים כי זה היה רלוונטי לתקופה שבה הפרקליטות הייתה קטנה ולא הצליחה לטפל בכל התיקים, אך כיום זה לא רלוונטי והכלי הזה משומש רק ע"י בעלי הון ולכן הוא מיותר].
* היועמ"ש מסמיך עו"ד פרטיים להגיש כתבי אישום- **אצילה**. עוה"ד הם אומנם לא נפגע העבירה עצמו, אך הם עדיין גוף פרטי שמבצע סמכות שלטונית! אז היכן זה כתוב בחוק? יש הוראה מפורשת בחוק- ס' 12 לחסד"פ ששם כתוב מיהם התובעים במדינת ישראל- ובתוכו "מי שהיועמ"ש הסמיך אותו להיות תובע לעניין מסוים.."
* חוק לשכת עו"ד- **אצילה**. הלשכה היא תאגיד סטטוטורי, והחוק מסמיך את האוני' העברית בירושלים להחליט לגבי הכרה של מוסדות לימודי משפט בחו"ל בשביל לשכת עורכי הדין. למה האוני' העברית? הרי היא עמותה, בבעלות פרטית. זוהי סמכות שלטונית הניתנת מכוח החוק.
* פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור)- **אצילה**. הפקודה שמכוחה שר האוצר מפקיע קרקעות. בפקודה נכתב כי שר האוצר יכול להסמיך לצורך הפקעה אדם אחר או גוף אחר. זוהי סמכות שלטונית (הפקעה!) הניתנת מכוח אצילה. למשל: פס"ד חברת חשמל ופיצויים על שינוי התב"א- בעבר חברת החשמל הפקיעה קרקעות מכוח אותה הסכמה של שר האוצר לצורך התקנת עמודי מתח עיליים. חברת חשמל אכן עשתה כן והתקינה את העמודים אבל מבחינת דיני התכנון והבנייה היא ניצלה פירצה בחוקי התכנון והבנייה כדי לעשות שימושים נוספים בקרקע. את חלק מהקרקעות היא השכירה לצורך מוסכים פרטיים. לאחר שנים, שינו את התב"א כך שחברת חשמל לא הייתה יכולה להשכיר יותר למוסכים. לפי ס' 197 בחוק תכנון ובנייה- כאשר שונתה התב"א והיא משפיעה עליך ומונעת ממך לעשות שימוש בקרקע שהיית עושה פעם, ניתן לקבל על כך פיצוי. חברת חשמל אכן הגישה תביעת פיצויים- והיא אכן קיבלה פיצויים!! **השו' רובינשטיין** התייסר על כך "הפקעת וגם הרווחת?", אך לא מצא מקומות בדין כדי למנוע את הפיצוי ולכן ניתן לחברת חשמל פיצוי. זוהי דוגמא לאחת החששות למה לא להעניק זכויות יתר לגופים דו מהותיים- החשש שהגוף הדו מהותי יעשה שימוש לרעה בזכות שלטונית זו לצרכיו הפרטיים, בנוסף לעתים הגוף הדו מהותי יעשה שימוש פרטי וציבורי מעורבב- מה שיכול לבלבל.
* פס"ד מיקרו דף- **המחוקק הסמיך**. ביהמ"ש העליון מדבר על הסמכויות השלטונית לחברת חשמל- דוגמא שבה המחוקק מעניק סמכות שלטונית.
* פס"ד קסטנבאום- **המחוקק הסמיך** את חברה קדישא. ברק בפסה"ד- "סמכויות שלטוניות לרבות הסמכות להטיל אגרות"- הטלת אגרות היא סמכות שלטונית מובהקת.
* בתי ספר פרטיים.
* חברות ביטוח- שמבטחות פוליסת ביטוח חובה לרכב, האם זוהי סמכות שלטונית? הרי לא הניתן לנסוע ברכב ללא ביטוח.
* קופות חולים- גובות ביטוחי בריאות שהם חובה.
* בנקים- הוראות דין שמאפשרות להם להעביר בעלות על כלי רכב כמו למשל: בנק הדואר.
* תוכנית ויסקונסין- מתכנן תעסוקתי פרטי. במקום לשכת התעסוקה, התאגיד יחליט האם לשלול גמלאות לעובדים מסוימים.
* פסה"ד של הפרטת בתי הסוהר- **השו' אדמונד לוי**- טוען כי יש כ"כ הרבה שירותים מופרטים ולכן לא מבין מה המהומה על הפרטת בתי הסוהר. למשל: הסנגוריה הציבורית (המינימום של הזכות להליך הוגן)- היא חלק ממשרד המשפטים ויש לה עו"ד ציבוריים אך מרבית עוה"ד בסנגוריה הציבורית הם עו"ד פרטיים. האם זו לא הפרטה? ניתן לומר שיש הבחנה בין סמכות המעניקה שירותים לבין סמכות השוללת זכויות.
* רישוי/הרשאה- היא לא סמכות שלטונית.
* הבורסה לניירות ערך- יש רשות סטטוטורית- הרשות לניירות ערך, והיא קיבלה הסכמה בחוק לניירות ערך להעניק לבורסה סמכויות שלטונית. בס' 46 לחוק ניירות ערך נקבע שהבורסה יכולה לכלול בתקנון שלה כל מיני נושאים שקשורים לחברות בבורסה, המסחר בבורסה, חברות הרשומות וכו'. יש פס"ד שעוסק בשאלה האם מעמד תקנון הבורסה הוא במעמד תקנות בת פועל תחיקתי (שהן חקיקות משנה)? ואז למעשה יש גוף פרטי שיוצר חקיקת משנה. 3 מרכיבים לתקנה בת פועל תחיקתי: (1) תקנה שרשות מתקינה מכוח חוק. (2) נורמטיבית- תשנה את הזכויות והחובות. (3) כללית. במקרה הזה קבע ביהמ"ש שתקנון הבורסה הוא אכן במעמד תקנות בנות פועל תחיקתי. ובמענה לשאלה האם הדבר ראוי נאמר כי החוק עצמו מערב את הרשות בתיקון התקנות (אישור השר וכו') ולכן זה ראוי כי הרשות המנהלית מעורבת.
* תקנון התאחדות לכדורגל- חוק הספורט.

**הנחיות לרפרט-**

אנו צריכים להיות מגובשים על הגוף שבחרנו. אם יש נושא (שהוא לא גוף) שרלוונטי בעיניו גם ניתן לעשות עליו.

לקרוא חומרים עליו – פסיקה, מאמרים.

להציג ברפרט- היסטוריה של הגוף, מאפיינים (ציבוריים, פרטיים), שאלת המחקר- הנושא שאנו רוצים להתעמק בו ולדון בו וכו'.

שאלות מחקר- אפשר שאלה כללית ואפשר להתמקצע. חובת המכרזים על גופים דו מהותיים (ואז לנתח את החובה ואילו גופים כפופים, הוכפפו, איך מחילים). או שאלת עומק על גוף (בלי שאלה ספציפית או עם שאלה ספציפית), או שאלה כללית ודרכה לבחון כמה גופים.

רעיונות לנושא-

* קבורה אלטרנטיבית. דינה זילבר המשנה ליועמ"ש כתבה דו"ח על הדרת נשים- שם העלתה את השאלה מה לגבי ההפרדה בטקסי הקבורה.
* ביה"ח אסותא.

הרצאה 5 – 23.11.17

**אמרנו כי המאפיינים של גוף דו מהותי יכולים להיות ב-3 פרמטרים:**

* סמכות שלטונית ע"פ דין.
* הזיקה הפונקציונאלית.
* הזיקה המוסדית.

בשיעור הקודם דיברנו על סמכות שלטונית ע"פ דין, כעת נמשיך לדבר על הזיקה הפונקציונאלית ולאחר מכן נדבר על הזיקה המוסדית.

הפרמטרים הללו הם לא צ'קליסט, אלא הם משלימים אחד את השני. ייתכן גוף שיש לו רק אחד מהמאפיינים וייחשב לגוף דו מהותי, ומנגד ייתכן גוף שיש לו את שלושת המאפיינים ולמרות זאת לא ייחשב גוף דו מהותי.

בנוסף, נראה שיש חפיפה בין הזיקות השונות.

**זיקה שנייה: הזיקה הפונקציונאלית**

**הזיקה פונקציונאלית**- מסתכלת על הפונקציה שהגוף הזה מבצע, ללא קשר לזיקה הפורמלית שלו עם הרשויות השלטוניות.

בזיקה זו אנו בודקים האם יש דמיון מהותי בין הפונקציה שהגוף הפרטי מבצע לבין פונקציה ציבורית שהיינו מצפים שרשות ציבורית תבצע. כל כובד המשקל של הזיקה הפונקציונאלית הוא על גופים שמשפיעים בצורה כזו או אחרת על הציבור.

**תתי הזיקות תחת הזיקה הפונקציונאלית:**

1. **חיוניות לציבור**

שירות חיוני לציבור. כל מדינה מגדירה את החיוניות שלה בהתאם לערכים שלה וכן לתקציב שלה. חיוניות מתחלקת לשניים (ההגדרה לפי **השו' דפנה ברק ארז**):

* **חיוניות קיומית**- פעולה שהיא תחליף לפעילות שלטונית מינימלית (פעולה שבנסיבות אחרות היינו מצפים שהרשות תבצע).
* **חיוניות פונקציונאלית**- פעולה שהיא תוספת למינימום.
* **חיוניות קיומית:**

הסממנים להבחנה: האינטרס הציבורי, עד כמה הציבור הרחב זקוק לשירות הזה.

למשל: קיומית- חוק חינוך חובה, פונקציונאלית- לימודיים אקדמיים.

פסק דין תביעה נגזרת בשם קופ"ח- נידונה השאלה האם לאפשר לחבר קופ"ח (אזרח) לתבוע בתביעה נגזרת בשם קופת החולים את חברות הביטוח. השו' עמית אומר שלא ניתן לעשות זאת כי האזרח הוא לא אורגן בקופת החולים (כנדרש בתביעות נגזרות לפי חוק החברות), אלא יותר במעמד של לקוח, צרכן.

**דוגמאות לגופים תחת החיוניות הקיומית:**

* **שירותי חשמל- חברת חשמל**- החיוניות לא מוטלת בספקות, א"א להתנהל בחברה מודרנית ללא חשמל. יש הרבה פסקי דין שמסווגים את חברת חשמל כגוף דו מהותי, שמהווה תחליף לשירות שעל הרשות היה לספק.
* **שירותי קבורה- חברת קדישא**- לא ניתן להפחית בחשיבות הקיומית ובוודאי הפעילות של חברה קדישא היא תחליף לשירות ציבורי שהיה על הרשות לבצע. בנוסף, יש להם גם סמכויות שלטוניות- כמו היכולת לגבות אגרות (אגרה זהו סממנן שלטוני). היקף הציבור הוא כמובן רחב מאוד (100%).
* **קליטת עלייה וקיבוץ גלויות- הסוכנות היהודית**- יש פס"ד מ-2014 של השו' רובינשטיין שסיווג את הסוכנות כגוף דו מהותי. ברור שכל מה שקשור לקליטת עלייה וקיבוץ גלויות זוהי פעילות שהיא תחליף לפעילות של רשות שלטונית. יש חוק על הסוכנות שאומנם לא מקנה לה סמכויות אלא הוא יותר הצהרתי לגבי החשיבות של הסוכנות והשירותים החיוניים שלה. הסוכנות מבוקרת ע"י מבקר המדינה, ממומנת ע"י פטור ממס וכו'.
* **ניהול קרקעות המדינה- קק"ל**- גוף שמספק שירות חיוני כתחליף לשירות שאמור להתבצע ע"י המדינה. החיוניות של התפקידים של קק"ל היא חד משמעית- רכישת אדמות, הכשרתן, ניהולן, גאולת הקרקעות, פונקציות שהם בלב השירותים שהיינו מצפים שהמדינה תבצע. סוגיה בעניין של קק"ל היא האפליה- בין ערבים ליהודים, כפי שמתבטאת בפס"ד קעדאן. קק"ל לא מוכנה להקצות קרקעות לא ליהודים. ביהמ"ש העליון התחמק מדיון מול קק"ל בפסה"ד וקיים את הדיון ישירות מול המדינה-רשות מקרקעי ישראל שהיא מקצה את הקרקעות במדינה. בנוסף יש פרקטיקה של חילופי קרקעות- כל קרקע של קק"ל שרוצים לשווק אותה ללא יהודים- קק"ל מקבלת במקומה קרקע אחרת מהמדינה.
* **שירותי חינוך**- אפשר לומר בתי ספר פרטיים מבצעים תחליף למינימום שהמדינה הייתה אמורה לבצע. אם יש בי"ס פרטי שמכוח דיני חינוך קיבל היתר ללמד לימודי חובה- זהו בהחלט תפקיד בעל ציבורי מובהק. בייחוד כשהוא מונופול- בי"ס יחיד מסוגו באזור מסוים. זה מעלה שאלות כמו בפרשת עמנואל- אפליה בתוך בי"ס פרטי שממומן מכספי המדינה (הפתרון שמצאנו בפרשה זו, הוא הפסקת המימון של המדינה). לגבי מוסדות השכלה גבוהה- החיוניות פחות ברורה. כיום הפסיקה מאוד נזהרת מלסווג את מוסדות ההשכלה הגבוהה כגופים דו מהותיים. פס"ד באוני' חיפה- עלתה השאלה לגבי תקנון משמעת של אוני' שלא מאפשר לסטודנט לשכור עו"ד בכל עניין- האם הוא ראוי? מצד אחד זה תקנון של ארגון פרטי ללא כוונת רווח שהסטודנט הסכים עליו מראש, מצד שני יש פערי כוחות ואי אפשרות ייצוג יכולה להוביל לפגיעה בזכות של הסטודנט להליך הוגן. ביהמ"ש דן בדו-מהותיות של האוניברסיטה, וביהמ"ש התערב בתקנון האוני' ושינה את האפשרות לייצוג של סטודנט במקרים מסוימים בדיני משמעת. חוק זכויות הסטודנט- עוסק במעמד של סטודנטים. מועדונית בגן ילדים- שירותי חינוך/לא? הרבה פעמים העיריות משתמשות בגופים פרטיים שמספקים את שירותי המועדונית אחה"צ. נגיד ויש שם ילד שובב ורוצים להעיף אותו- מצד אחד זכותו של הגוף הפרטי שלקבוע תקנון להדחת ילדים, ומצד שני זה שם בבעיה את ההורה שאין לו אלטרנטיבה אחרת. תנועות נוער- המעמד שלהם, החשיבות להם, ההיסטוריה שלהם, השתלבותם במרקם החינוכי של שירותי החינוך, התקציב והמימון שלהם וכו'. גם מבחינה ערכית- האם היינו רוצים שהוא יהיה חלק מהמדינה? לא בהכרח. לתנועות נוער יש ערך עצמאי לכך שכל גוף מגיע עם הערים והאידיאולוגיה שלו, אך במקביל לכך- צריך לבדו באיזה מקרים כן צריך להחיל על גוף כזה רגולציה.
* **שירותי בריאות- קופות החולים**- בהחלט תחליף למינימום לפעילות שעל הרשות לבצע. זהו משולש: מדינה, קופ"ח, מבוטח. לכל אחד יש תפקיד במשולש הזה: מדינה- צריכה לממן את סל ביטוח הבריאות המינימלי. אזרח- משתתף במימון- כל אחד משלם לפי יכולתו ומקבל לפי צרכיו (ביטוח בריאות נגזר מהשכר). קופת החולים- מספקות את השירות ומחויבות לרשום כל מי שפונה אליהם. יש גם זיקה מוסדית. במרכז שירותי הבריאות- הכיסוי המינימלי שבסל הבריאות, מסביב- ביטוחי בריאות של קופות החולים, מעגל רחב יותר- ביטוחים פרטיים, יותר רחב- בתי חולים פרטיים. השאלה היא על איזה מעגל אנו רוצים להחיל את הנורמות של גוף דו מהותי?

הגישה של המרצה (ביהמ"ש העליון טרם אימץ אותה) היא שלא צריך לסווג גוף פרטי סיווג עקרוני כגוף מהותי, אלא לבחון את הדו-מהותיות פר פעולה- לפי פעולה ספציפית. מדוע? מכיוון שסיווג עקרוני ראשוני צובע את כל הפעולות של אותו הגוף בצבע דו-מהותי, וזה לא בהכרח נכון.

פס"ד של השו' מלצר על תאגידי גבייה- מבקר את הרשויות הציבוריות בכך שאוטומטית הן גובות את ההוצאות המירביות שהדין מאפשר להן לעניין פעולות גבייה. זה שהחוק אומר שאפשר לגבות X, זה לא אומר שתמיד צריך לגבות X, אלא צריך להפעיל שיקול דעת לפי פעולה ופעולה. ויותר מכך, מטריד אותו שיש תאגידי גבייה פרטיים שעושים את פעולת הגבייה בשביל הרשות, והם פועלים הרי בשביל כוונת רווח!

**הערת אגב**: מוסד הגופים הדו מהותיים הוא המעוז האחרון שאמור להגן על הפרט אל מול הגוף הפרטי שצבר סמכות ציבורית מסוימת. הכלים שקודמים לכך הם כלים רגולטוריים- שנעשים מראש (ולא בדיעבד כמו כלים מנהליים של גופים דו מהותיים). לרוב נעדיף את הרגולציה של הרשות מראש, כמו למשל: נעדיף את הרגולציה של הרשות המקומית כדי שתדאג מראש שאפליה במועדוניות לא תתבצע, מאשר שנחיל בדיעבד את הדו מהותיות על מועדונית כזו שלא אפשרה לילד מסוים להשתתף בפעילותה. לכן ככלל, קודם נעדיף לפנות לכלים רגולטוריים ורק במידה וזה לא עזר- נפנה לביהמ"ש שיקבע דו מהותיות.

עוברים לחיוניות הפונקציונאלית.

הרצאה 6 – 30.11.17

* **חיוניות פונקציונאלית:**

פונקציה שיש אינטרס ציבורי בעצם הספקתה. [התיאוריה הפוליטית שהמרצה מיישם במחקריו היא תיאוריה שקשורה לשמאל הליברטריאני- אומרת כי כל מה שהוא חלק מהקניין העצמי שלך- המדינה לא תתערב, יש לך בעלות עצמית מלאה על הנכסים האלה. אך כל משאב חיצוני (לא נובע מהשקעה ועבודה עצמית של הפרט אלא שייך לציבור)- קיימת לגיטימציה של המדינה להתערב ולקבוע נורמות לגבי אותו משאב, היא גדולה יותר.

לכן כל אימת שגוף פרטי עושה שימוש במשאב שהוא משאב חיצוני- יש לנו הצדקה להכפיף אותו לנורמות מהמשפט המנהלי, ואנו מתייחסים לנורמות אלו כאל מס שאותו גוף משלם.

בוודאי שאם זה שירות חיוני לציבור- החיוניות לא נובעת מהשאלה האם אותו גוף פרטי השקיע עבודה ראויה באותו משאב, אלא החיוניות היא תולדה של איזשהו צורך קיומי של כל הפרטים בחברה ולכן זהו משאב חיצוני. ולכן לא רואים זאת כאיזשהו משאב שיש לגוף הפרטי בעלות עצמית עליו, מה שמקל על החלת דיני המשפט המנהלי על אותו גוף.

יש קבוצות לחץ שמפעילות לחץ על סיפוק אותו משאב ולכן החיוניות היא לאו דווקא קיומית, אך כן פונקציונאלית.

**דוגמאות:**

* **שירותי ביטוח**- אין פסיקה שמסווגת את חברות הביטוח כגופים דו מהותיים, אך אי אפשר להמעיט בחשיבות שירותי הביטוח לכל חברה במשק. יש אינטרס ציבורי אדיר בפעילות שלהם. יש שאומרים שגם בהיבט הנזיקי, הרציונל של דיני הביטוח של החזרת המצב לקדמותו משקף את ההיבט הסוציאלי. יש רתיעה מלהגדיר חברות ביטוח כגופים דו מהותיים, אל כשאנחנו רואים את הזיקות השונות ובייחוד את הזיקה המוסדית- הפיקוח המאוד הדוק של "המפקחת על הביטוח" וכו' על חברות הביטוח הוא מאוד משמעותי וזה סממן בולט. פרמטרים נוספים: הכוח האדיר שיש לחברות ביטוח, פערי הכוחות בים החברה לבין הפרט שזקוק לשירותיה, ההתקשרות בחוזה האחיד וכו'.

ביטוחי חובה לרכב- זוהי סמכות שלטונית שמואצלת דה-פקטו לגופים פרטיים.

פס"ד לעניין ה"פול"- גוף שכל חברות הביטוח שעוסקות בביטוחי חובה מחויבות להקים את אותו תאגיד שנקרא "הפול" והוא נועד לספק תשובה למבוטחים עתירי סיכון שבשוק הפרטי חברות ביטוח לא ירצו לבטח- כמו אופנועים. באופן כלכלי חברות הביטוח לא היו רוצות לבטח אופנועים, וזה מעין כשל שוק כי המדינה כן הייתה רוצה לעודד שימוש באופנועים ושיפור הפקקים בכביש. הפתרון שנמצא- כל ביטוח חובה שפרט עושה על רכבו- הוא מחיר גבוה יותר מבעבר וחלק ממנו הולך לסבסוד ביטוחי האופנועים. חברות הביטוח חויבו להקים תאגיד ("פול") שמבטח את אותם אופנוענים. השאלה המשפטית- האם הפול חייב בחובת מכרז? השו' ארבל מנתחת את הפול ומגיעה למסקנה שזה לא תאגיד שהוקם ע"פ חוק, כי חוק חובת המרכזים מטיל חובת מכרז על כל תאגיד שהוקם ע"פ חוק. היא אומרת שהדין חייב את חברות הביטוח להקים את הפול, אך החברות הקימו את הפול כתאגיד פרטי. לכן, ארבל לא מכילה על הפול את חובת המכרז מכוח חוק חובת מכרזים. עולה השאלה- האם יש להחיל את חובת המכרז על הפול מכוח היותו גוף דו מהותי? ובשאלה זו ארבל לא מכריעה. כחלק מהדיון המשפטי ארבל אומרת שהגוף הוא גוף שאינו ממומן מכספי הציבור, אך זה לא בהכרח נכון כי יש מימון ציבורי עקיף- כי כולם מממנים אותו כחלק מביטוחי החובה שלהם, מה שמעלה שאלה האם כן צריך להכלילו תחת חוק חובת מכרזים.

פס"ד ועדות רפואיות מכוח חוק הנכים (לפי חודש)- השאלה הייתה האם לפי חוק הנכים ועדות רפואיות שנדרשות להכריע בתביעות שמוגשות ע"פ חוק יכולות להפעיל חוקרים פרטיים כדי לראות האם התביעות אכן מהימנות. השו' דפנה ברק ארז- יש את עקרון חוקיות המינהל- רשות ציבורית לא יכולה להתנהל אלא בהתאם לחוק, ואם אין הסמכה בחוק, ואין הסכמה בחוק- ולכן ועדות הרפואיות לא יכולות להשתמש בחוקרים פרטיים כי זה לא קבוע בחוק. ובאמרת אגב היא אומרת- האם הפרקטיקה הנהוגה אצל חברות הביטוח ששוכרות חוקרים פרטיים היא ראויה? היא עונה שראשית חברות ביטוח הן חברות פרטיות ולא רשות ציבורית, אך עדיין אומרת שהנושא דרוש הסדר.

לסיכום- אין פסיקה שאומרת שהם חד משמעית גופים דו מהותיים.

* **בנקים**- אין מחלוקת שהבנקים הם חלק פונקציונלי מהמערכת הפיננסית הלאומית בנוסף, המעורבות של הבנקים בחיי הפרטים בחברה היא עמוקה מאוד. יש פסיקה שמתייגת את הבנק כסוכנות חברתית, יש פסיקה שמדברת על גופים דו מהותיים. לבנקים יש נאמנות מוגברת לציבור. פס"ד גנז מקניין- מדבר על החובה לרשום הערת אזהרה בתור מונע הנזק הזול ביותר כדי לא ליצור תחרות בקניין, ומדברים שם על הזמם הסביר לרשימת הערת אזהרה- אך נאמר שלבנק יש זמן קצר יותר!

פרי עץ חיים בע"מ נ' בנק הפועלים- מדבר על חובת הנאמנות המוגברת של הבנקים. נקבע שהבנק צריך ליידע אדם על מצב כלכלי רעוע של אדם אחר שהוא משכן לטובתו את הנכס.

החשיבות של הבנקים- ניתן לראות זאת במשבר ויסות המניות שגרם למשבר עמוק של הבנקים, [לאחר שהם פעלו להעלאת מחיר המניות (אח"כ נתבעו על כך בפלילים)], והמדינה התערבה כדי שהבנקים לא יקרסו. זה מלמד אותנו על הזיקה שבין הבנקים לבין המדינה.

* **שירותי ספורט-איגודי ספורט**- אין מחלוקת ביחס לדו מהותיותם של איגודי הספורט. ראשית, יש את **חוק הספורט** שיוצר כללי מסגרת ביחס לניהול ענף ספורט וקובע שבכל ענף ספורט יהיה איגוד ספורט אחד- וכך החוק מקנה מונופול לכל איגוד. בנוסף חוק הספורט מעלה על נס את האוטונומיה של איגודי הספורט ויש סעיפים ברורים שמהם נובעת האוטונומיה הפרטית של איגודי הספורט, יש חשיבות שהמדינה לא תהיה מעורבת בתכנים של איגודי הספורט.

גם ברמה הבינלאומית- פיפה (איגוד הכדורגל הבינלאומי)- קובע כי איגודי הכדורגל שתחתיו לא יכולים להיות חלק מהמדינה.

יש פס"דים שסיווגו את ההתאחדויות כגופים דו מהותיים. יש פס"דים בעליון שהכפיפו את איגודי הכדורסל לחובה לערוך מכרז למרות חוק חובת המכרזים לא חל עליהם, אלא מכוח ההיבטים הציבוריים, יש אינטרס ציבורי בספורט, זכויות השידור הם נכס ציבורי וכו', ולכן הם מוכפפים לחובת המכרזים.

האם גם קבוצת כדורגל היא גוף דו מהותי?

לכאורה מועדון קבוצת כדורגל היא גוף פרטי מובהק אך אם קבוצת כדורגל עושה מסיבת עיתונאים, האם היא יכולה למנוע מעיתונאי אחד לא לנכוח במסיבת העיתונאים בטענה שהם גוף פרטי וזו זכותם? אין תשובה ברורה.

פסיקה מחוזית בנושא קבעה שזה פסול, ומועדון ספורט הוא גם גוף דו מהותי.

יש מאמר שלם של המרצה על איגודי ספורט (מופיע בסילבוס).

* **שירותי הגרלות והימורים- מפעל הפיס**- סוג של נתב חוקי ליצר הימורים שקיים אצל חלק מהאנשים ומפעל הפיס בשיתוף המדינה מתעל את זה לתכליות טובות, יש לו קשר את השלטון המקומי, הוא בונה הרבה מאוד פרויקטים ציבוריים בתחומי בריאות, רווחה, חינוך וכו'.
* **מפלגות**- יש את חוק המפלגות שהוא חוק מסגרת הקובע את כללי המשחק, אך המפלגות עצמן עצמאיות ואוטונומיות, החוק לא מתערב במצע המפלגה. נוטים להתייחס אליהן כגוף דו-מהותי ויש על כך פסיקה. יש למפלגה קשר הדוק למטרות מדיניות, חברתיות, והם פועלים באמצעות הייצוג בכנסת. מפלגה רשומה היא תאגיד כשר לכל חובה זכות ופעולה משפטית- יש לה אישיות משפטית במשפט הפרטי. מצד אחד פרטית, מצד שני יש לה כוח ציבורי שלטוני להרכיב את מוסדות המדינה, ממומנת מכספי המדינה, מתווכת בין הציבור לבין השלטון.
* **עמותות ותנועות במגזר השלישי**- מה מקומן של עמותות שהן תנועות חיצוניות לשלטון אך הן מכוונות/משפיעות על פעולתו? כגון: שלום עכשיו, התנועה לאיכות השלטון וכו'. יש להן השפעה מכריעה על המדינה והחברה, כמו הקליניקה המשפטית שהובילה לפסק הדין בעניין הפרטת בתי הסוהר. הן לא בהכרח גופים דו מהותיים, אך ייתכן ונרצה להחיל עליהן חלק מהנורמות הציבוריות.
* **חברות משכנות- עמידר** **וכו'**- מקבלות שטח מהמדינה, אין פרצלציה (ז"א אין טאבו), בונות שם בניינים, ומוכרות את הדירות לאזרחים- זכות מעין קניינית (זכות חוזית- כי הבניינים עוד אינם קיימים), והזכות הזו נרשמת אצל החברה המשכנת עצמה (כי אין טאבו), והחברה עצמה צריכה לדאוג שתהיה פרצלציה (שהגוש יחולק לחלקות), לרשום את הבית כבית משותף, ואז לרשום את הדירות בטאבו, ורק אז הרוכש יוכל לקבל בעלות קניינית נפרדת בדירה. זהו תהליך מייגע שלוקח שנים, ובינתיים בכל התהליך הזכויות רשומות אצל החברה המשכנת, ואם לקוח ירצה למכור את הדירה שלו- הוא יפנה לחברה המשכנת (החברה מתפקדת כמחלקה לרישום מקרקעין). חברות משכנות כאלו הן בעלות כוח רב, מה שיכול להוביל לשימוש לרעה בכוח. כיום מדינת ישראל לא מספקת כלי לרישום של זכויות מעין קנייניות, ולכן החברות המשכנות מספקות שירותים כתחליף לכלי שלטוני. ביהמ"ש לא סיווג את החברות המשכנות כגוף דו מהותי, אך החיל עליהן נורמות מהמשפט הציבורי.
* **תאגידים מוניציפליים**- חברות כלכליות שמבצעות עבור העירייה שירותים ציבוריים. העיריות שממשות בתאגידים כדי לעקוף את החובות מהמשפט המינהלי אך זה חוזר אליהן בדרך העקיפה של סיווג החברות האלה כדו מהותיות בגלל היותן מספקות שירותים חיוניים. ביהמ"ש עושה סוג של "הרמת מסך"- למרות שזה כאילו חברה פרטית, אל הואיל והיא בבעלות ציבורית, היא דו מהותית.

מה עם **העיתונות**?

היא יכולה להיחשב בחיוניות פונקציונאלית. אך כאן יש לנו כמה מעגלים- למשל השידור הציבורי של ערוצי רדיו הוא שירותים ציבוריים מוגבלים (יש תדרים מוגבלים!), אך העיתונות הכתובה- היא לא מוגבלת. פקודת העיתונות בוטלה וכל אחד יכול להיות עיתונאי ללא כל רגולציה. מעגל נוסף הוא האינטרנט- ובתוך האינטרנט יש את ספקיות האינטרנט. פס"ד מור- האם למשל אפשר לחייב ספקיות אינטרנט לתת פרטים של גולש אנונימי שבאחד מהטוקבקים הכפיש אותי כדי שאוכל לתבוע אותו תביעת דיבה? מצד שני- מה עם האנונימיות- הזכות להיות אנונימי כחלק מהזכות לפרטיות, ואיך היא מתנגשת עם הזכות של האדם השני לשם טוב ושלא יכפישו את שמו? האם אנונימיות היא בלתי מוגבלת?

פסה"ד הגיע לעליון, הייתה מחלוקת, **השופט עמית במחוזי** חשב שאפשר בנסיבות מסוימת לחייב את הספק עם קריטריונים מאוד נוקשים. העליון קבע שיש גבול לכמה ביהמ"ש יכול לעשות חקיקה שיפוטית, ובגלל שאין פלטפורמה חוקית לחייב את הספק- אי אפשר לחייב את הספקיות להעביר את המידע.

בנוסף, יש הבדל בין בעל האתר לבין ספקית האינטרנט. ניתן לומר שעל בעל האתר יש אחריות גדולה יותר על התכנים, וזו שאלה נורמטיבית כמה והאם נרצה בכלל לפקח על תכני האינטרנט? פיקוח יכול לגדוע הרבה דברים טובים שקורים בעקבות האינטרנט. יש הטוענים שהפייסבוק והאינטרנט הפכו להיות כלב השמירה של העיתונות הכתובה. לכל עיתון יש אג'נדה מסחרית ואין תמיד אבחנה בין דעה לבין ידיעה, והאינטרנט דווקא בגלל שהוא משוחרר לחלוטין אמור לפקח על העיתונות המסורתית.

העיתונות הכתובה לא סווגה כגוף דו מהותי, למרות האינטרסים הציבוריים שלה. יש כתיבה של **אהרון ברק** שחשב שכן צריך להחיל על העיתונות הכתובה את דיני המשפט המינהלי מכוח סיווגה כגוף דו מהותי.

המרצה כתב מאמר על כך בוויינט שמבקש לחשוב מחדש על אי סיווגה של העיתונות הכתובה כגוף דו מהותי.

**תחבורה ציבורית**- אגד, דן, רכבת ישראל.

**אגד ודן** הם אגודות שיתופיות. יש פסיקה שאומרת שהם לא גופים דו מהותיים ולא חייבים בחובת מכרז (המרצה חושב שזו טעות).

**רכבת ישראל** היא חברה ממשלתית. גם חברה ממשלתית יכולה להיות גוף דו מהותי!

פס"ד שמש- היו שתי תאונות קשות של רכבת ומשטרת ישראל פתחה חקירה פלילית, והרכבת הקימה ועדת חקירה פנימית. הרכבת אמרה לעובדים שהמטרה היא ללמוד פנימה ולכן הם צריכים להיחקר והרכבת הבטיחה לא להעביר את המידע לאף גורם מחוץ לרכבת. ומי שלא הסכים להיחקר ברכבת היה בסכנה של עמידה לדין משמעתי. המשטרה רצתה להשתמש בחומרי החקירה של ועדה החקירה הפנימית של הרכבת אך הרכבת סירבה וטענה שזוהי פגיעה בעובדים ובזכות שלהם להליך הוגן כי הם לא לקחו ייצוג וכו' בחקירה הפנימית כי לא חשבו שזה יעבור למשטרה. המשטרה פנתה לביהמ"ש כדי שיחייב להמציא חומר לצורך חקירה פלילית. בד"נ אומר העליון כי יש פה טענה לפגיעה בהליך הוגן, מנגד יש טענה לא למסור אתה מסמכים למשטרה- בשביל לא למסור מסמכים למטרה צריך להראות חיסיון- ואין הוראה שנותנת חיסיון. לכן ביהמ"ש בדעת רוב קבע שיש להעביר את המסמכים למשטרה, אבל אח"כ במשפט הנחקרים יוכלו לטעון לאי קבילות הראיות בגלל הפגיעה הבלתי מידתית בזכות להליך הוגן שלהם. רובינשטיין בדעת מיעוט- טען כי יש פה התחייבות שלטונית של גוף דו מהותי שהוא רכבת ישראל, ויש נורמה ציבורית שאי אפשר להתנער מהתחייבות שלטונית, ולכן יש להחיל את הנורמה הזו על הרכבת ומכוח זה אי אפשר למסור את החומרים.

רשות שדות התעופה- תאגיד סטטוטורי.

אל על- חברה שיש לה מנית זהב- כשהמדינה הפריטה את אל על היא שמרה לעצמה מניית זהב, ז"א שבעת מלחמה היא תוכל להשתמש בכל צי המטוסים.

בשיעור הבא- סיימנו את החיוניות הפונקציונאלית, מתחילים נושא חדש.

הרצאה 7 – 07.12.17

**נמשיך בהצגת פרמטרים לסיווג גופים פרטיים כגופים דו מהותיים.**

**המשך תתי-זיקות בתוך הזיקה הפונקציונאלית:**

1. **גוף המספק שירות לציבור בעצם פתיחת שעריו**

יש הטוענים שכל גוף שמספק שירות לציבור בעצם פתיחת שעריו במידה מסוימת הוא דו מהותי. המרצה טוען כי הוא לא חושב שעצם פתיחת השערים לציבור היא מספיקה כדי להגדירו כגוף דו מהותי, אך זה בהחלט מעלה שאלות לגבי נורמות מסוימות מהמשפט הציבורי שניתן להחיל עליו.

למשל: **קניון**- יש בו חנויות ועסקים פרטיים, אך מה עושים עם השטחים הציבוריים בקניון? הם למעשה כיכר העיר החדשה.

המחוקק התייחס לכך- **חוק איסור אפליה בכניסה למקומות ציבוריים**- דוגמא למקרה שבו המחוקק הרים את הכפפה והחיל נורמה ציבורית של שוויון על גוף פרטי כביכול. חובת השוויון היא לא מוחלטת, אך זוהי דוגמא לכך שיש לפתיחת השערים לציבור איזושהי השפעה.

פס"ד אור נ' בורסת היהלומים- דוגמא נוספת. אדם שביקש להיכנס לבורסה והכניסה נמנעה ממנו כי לסניף הבלגי שהיה סכסוך עסקי עם אותו אדם ביקש מהבורסה ברמת גן למנוע ממנו כניסה כדי להפעיל עליו לחץ. התשובה שניתנה לו לאיסור הכניסה היא "שזה קניין פרטי" השו זמיר- אנו לא בעידן שבו קניין פרטי הוא באמת קניין פרטי. כיום גם לזכות קניין פרטית יש היבטים ציבוריים.

פס"ד על שופרסל- מוגדר כגוף דו מהותי כי כל מהותו היא מתן שירות לציבור.

המרצה לא מרחיק לכת בהגדרה עד כדי כך, וחושב שלא כל עמותה שמספקת שירות לציבור ושתכליתה הוא שירות לציבור מעצם היותה עמותה צריכה להיות גוף דו מהותי. אלא צריך לבדוק את הפעילות הספציפית של כל עמותה.

פס"ד אגודת הסטודנטים של אוני' בר אילן- השאלה המשפטית היא האם צריך להחיל את חובת המכרזים. המחוזי- קובע כי לא בכל גוף שפועל לרווחת מספר רב של פרטים צריך להחיל נורמות ציבוריות כי זהו מדרון חלקלק (גם נהג אוטובוס של אגד וכו'..).

**לסיכום**- יש משמעות לפתיחת השערים לציבור, המשמעות היא בעיקר מבחינת החובה לאפשר את הכניסה ללא טעמים זרים של דת, גזע, מין, נטייה מינית וכו'. זוהי יותר זכות שוויון במובן החוקתי ופחות במובן המינהלי.

1. **פעילות ללא מטרת רווח**

גוף שפועל ללא מטרת חלוקת רווח חבריו וללא תכלית עסקית- מלמד על קירבה פונקציונאלית לפעילות של רשות ציבורית. הרעיון הוא שמי שנהנה מהכסף הזה אלו לא המתאגדים אלא הציבור- צד שלישי שאין לו שליטה ופיקוח על פעילות התאגיד ומכאן נולד הצורך להכפיף את הגוף לנורמות מנהליות.

קיימת רגולציה של רשם העמותות, אך לא תמיד היא מצליחה להשיג את אותה מטרה של הנורמות המנהליות.

למשל: **מפעל הפיס**- כשאדם קונה כרטיס הגרלה, הכסף שהוא משקיע הולך בין היתר למטרות ציבוריות. מפעל הפיס הוא נתיב חוקי לשלוט ולנתב את יצר האדם למקום חוקי ונכון. נניח ורווחי מפעל הפיס יקטנו (כי יפעל בצורה שהיא לא תקינה למשל)- מי ישלם את המחיר של חוסר היעילות? הציבור- כי מפעל הפיס יקצה פחות כספים לטובת הציבור. אדם שקונה כרטיס הגרלה- לא יכול לשלוט על זה, ולכן יש הצדקה להכפיף אותו לנורמות מנהליות שיגנו על הציבור.

חשוב- גוף שפועל ללא תכליות רווח- כמובן מדובר על גופים רווחיים, אך זו לא התכלית שלהם להיות רווחיים.

1. **מונופולין-**

זהו פרמטר מובהק לדו מהותיות.

כאשר אין תחרות בשוק, נקודת המוצא היא שהשוק לא יעיל. כשיש מונופול הוא יכול לספק שירות לא טוב בעלות גבוהה- לא יעיל. יש רגולציה של הרשות להגבלים עסקיים, אך בהחלט גם דיני המשפט המנהלי נכנסים לתמונה.

ככל שמדובר בגוף שמספק שירות חיוני, שיש לו ידע ומומחיות ספציפית והידע הזה הוא לא נחלת הכלל ואין לאזרח מן השורה יכולת ליצור סוג של בחירה מדעת האם לצרוך את השירות או לא והאזרח למעשה שבוי של הגוף הזה- הנטייה לסווג את הגוף הזה כדו מהותי גדולה יותר.

פס"ד קסטנבאום- אחת השאלות המשפטיות היא האם חברה קדישא הייתה מונופול? **השו' אלון** טוען שלא כי היו עוד 9 עמותות של חברה קדישא בירושלים וקסטנבאום יכל לבחור מול מי להתקשר. מנגד **השו' זמיר**- טען שאי אפשר באמת לבצע בחירה בסיטואציה כזאת של שירותי קבורה בגלל הסיטואציה עצמה (אדם לא יעשה סקר שוק ברגעים כאלו) ולכן זמיר מגדיר אותם כמונופול.

**איגודי הספורט**- מונופול מכוח החוק. יש איגוד אחד לכל ענף ספורט.

**הבורסה לניירות ערך**- מונופול מכוח החוק. חוק ניירות ערך מגדיר שהרשות לניירות ערך תיתן רישיון לחברה אחת בלבד.

**חברת חשמל**- מונופול מכוח המצב. יש חברה אחת להולכת חשמל כי זה לא יעיל לפתוח לתחרות. השוק קטן מידי בשביל שתי חברות [עכשיו נפתח השוק לעניין אספקת חשמל, אך לא לגבי הולכה].

**קק"ל**- מונופול מכוח המצב. קיומה הוא לפני קום המדינה. ייתכן ובדיעבד היינו מאפשרים "פתיחה" של השוק.

ככל שמדובר בארגונים וולנטריים תעלה השאלה האם באמת יש פה מונופול? האם יש פה כפייה? למשל:

**קיבוץ**- אם הוא רוצה להוציא חבר משורותיו- נתייחס אליו עדיין כמונופול בגלל הכוח הרב.

**ארגון השוטרים הבינלאומי**- ארגון שעוסק בהטבות לשוטרים שחברים בו. יש לו מונופול כי אין ארגון שוטרים מתחרה בארץ כל שוטר שמעוניין בהטבות מחויב להצטרף לארגון. תקנון העמותה הוא חוזה אחיד. מאפיינים אלה הובילו את ביהמ"ש לקבוע שהוא מונופול.

**שירותים רפואיים שנצרכים ע"י קופ"ח כללית מביה"ח ביקור רופא בירושלים**- קופ"ח אמרה שהיא לא רוצה לספק שירותים בבית החולים הזה והיא רוצה להפסיק את ההתקשרות איתו. היא רצתה להסיט את המבוטחים שלה שיקבלו שירות מבי"ח אחר. ביהמ"ש רצה לבדוק מה השוק של המוצר, מה החלק של קופ"ח ביחס לחלופות שקיימות וכו'. ביהמ"ש קבע שבגלל נתח השוק הענק של קופ"ח כללית (יותר מכל שאר קופות החולים גם יחד)- היא מונופול!

**אקו"ם**- דה פקטו הוא מונופול כי יש לו המון המון כוח.

לסיכום- העובדה שכל אחד יכול לעזוב את הארגון בכל עת- היא לא מספיקה.

1. **ריכוז כוח העלול להיות מנוצל לרעה**

ככל שגוף פרטי צובר עוד ועוד כוח ועוצמה זה כבר מעורר שאלות.

מצד שני- זהו מדרון חלקלק- יש חברות גדולות כמו גוגל ואפל שמתנהלות בתקציבים של מדינות ובעלות המון כוח.

הפסיקה לא מוותרת על פרמטר זה מכיוון שהוא ממש מזכיר לנו רשות ציבורית (פונקציה של רשות ציבורית- הכוח). היום בעידן הנוכחי הרבה מאוד כוח עבר מהצד הפורמלי של רשויות השלטון אל הצד הפרטי.

**הסתדרות העובדים**- יש לה את היכולת לשנות את הזכויות והחובות של העובדים שחברים בה, וגם של אלה שלא חברים בה. החוק מעניק לארגון עובדים את הכוח להיות מחוקק אוטונומי בכל הקשור לזכויות וחובות של עובדים.

למשל: **שביתת הפרקליטים**- בגלל השביתה לא הוגש ערעור על פס"ד של צחי הנגבי על מינויים פוליטיים שזוכה ע"י טענת הגנה מן הצדק של אכיפה תקדימית (כי מעולם לא נשפט אדם בגין מינויים פוליטיים). הפרקליטות כבר הכינה ערעור, אבל הערעור לא הוגש בגלל שביתת הפרקליטים.

**הכוח קיים במוסדות רבים-**

**מוסדות להשכלה גבוהה**- היכולת להגיש קובלנות משמעתיות נגד סטודנטים.

**אק"ום**- מונופול וגם בעל כוח אדיר.

**חברות ביטוח**.

**בנקים**- יש הרבה פסיקה על פערי הכוחות ביחסים שבין הבנק ללקוח, ולכן יש גם המון חובות אמון על הבנק. **למשל**: אם ערב ממשכן את דירתו להבטחת חיוב של אחר והבנק אומר לחייב- לא מספיקה לי הדירה הזו, אני רוצה עוד דירה, ובאיזשהו שלב החייב משכנע את הבנק לרדת מעניין אותה דירה. אך בינתיים הבנק מחתים את הערב על המשכון ומההסכם ברור שהדירה היא הערובה היחידה. אך הערב לא קרא את השורות הקטנות של ההסכם וזכר שבעבר הבנק ביקשה מהממשכן עוד דירה. במקרה כזה- למרות שכביכול הערב היה צריך לקרוא את ההסכם כמו שצריך- ביהמ"ש מטיל על הבנק חובת אמון וחובת יידוע לערבים על השינוי שחל (יחד עם אשם תורם של הערבים).

**מאבטח**- שקידם אנשים מסוימים בתור ברשות האוכלוסין בתמורה לכסף, שירותים מיניים וכו'. השאלה הייתה אם אפשר להעמידו לדין על עבירת שוחד. ביהמ"ש אומר שהיה למאבטח כוח אדיר והוא ניצל את הכוח ואת תלות הציבור בשירותים שלו.

**טריבונלים פנימיים**- למשל מועצת העיתונות- שמחליטה להוקיע עיתונאי בגלל פעילות לא ראויה שלו.

1. **מימון ציבורי פונקציונאלי**

גוף שניזון מכספי ציבור אך לא במובן הצר (כספי משלמי המיסים) אלא במובן הרחב יותר- דוגמאות:

* **אגודת הסטודנטים**- עיקר תקציבה הוא ממימון ציבור הסטודנטים. יש כאן אלמנט של כפייה כי לא ניתן לנהל מו"מ על גובה התשלום (אפשר לא לשלם בכלל אבל אז לא מקבלים שירותים כלל), יש כאן מימון ציבורי פונקציונאלי. יש כאן אלמנט של צמצום מרחב הבחירה. שילוב של כסף ציבורי+צמצום מרחב הבחירה= הופך את המימון הציבורי הפונקציונאלי לבעייתי.
* **מפעל הפיס**- אין מקום אחר לנתב את היצר שלי ולכן אין לי מרחב בחירה באמת.
* **קק"ל**- ניזונה מכספי תרומות, יש לכך משמעות חשובה מבחינת הזיקה הציבורית של הפעילות שלך. תורם שרוצה לתרום לקק"ל- אין לו כביכול בחירה, הוא חייב לתרום לקק"ל בדרך המסוימת שהיא קובעת [בלי קשר ובנוסף, יש לקק"ל גם מימון עקיף מקופת המדינה בדמות פטור ממס].
* **ארגון ללא כוונת רווח שמטרתו לסייע לחבריו להשתקם מנכות** ומקורות התקציב שלו הן קצבאות המשתלמות ע"י המוסד לביטוח לאומי- זוהי גמלה שמקבלים זכאים, כסף ציבורי. ביהמ"ש קובע שיש כאן מימון ציבורי והעובדה שהכספים מגיעים ישירות מביטוח לאומי לארגון גם היא אלמנט משמעותי. ההצטרפות אומנם וולנטרית, אך זה לא ישנה את העובדה שזה כסף ציבורי, כי נוסף כאן צמצום מרחב הבחירה.
* **ארגון המורים העל יסודיים**- בין היתר סווג כגוך דו מהותי בגלל המימון של דמי החבר שממנים את פעולתו, כשיש כאן מימד של צמצום הבחירה.
* **מפעל הפיס**- ציבורי משני הצדדים- גם כסך שמגיע מהציבור וגם התכליות של הכסף הולכות לתכליות ציבוריות.

חשוב לזכור שעדיין צריך לבדוק כל מקרה לגופו, לפי המאפיינים של הגוף הפרטי ושיקולי מדיניות.

**זיקה שלישית: הזיקה המוסדית**

מדברת על מעורבות בפועל, איזושהי תלות וזיקה בין הגוף הפרטי לרשויות שלטוניות.

**המרצה בספרו מדבר על 4 תתי זיקות:**

1. זיקת בעלות ושליטה.
2. זיקה רעיונית.
3. זיקה פיקוחית.
4. זיקה מימונית.

המכנה המשותף לכל הזיקות היא איזושהי תחושה שלמרות ההתאגדות ע"פ דיני המשפט הפרטי, ידן של רשויות הציבור ניכרת בפעילות של התאגיד הפרטי.

כמובן שיש קשר סימביוטי בין הגישה הפונקציונאלית לגישה המוסדית- ככל שמדובר בגוף שהזיקה הפונקציונאלית חזקה יותר, כך המדינה תיטה יותר להיכנס לתמונה בצורה מוסדית- תקנה אותו/תפקח עליו/תממן אותו.

1. **זיקת בעלות ושליטה**

הרבה פעמים יש הרבה מדינות שבוחרות לספק שירותים ציבוריים באמצעות תאגידים שהאישיות המשפטית שמוקנית להם היא במשפט הפרטי והם מבצעים פעילות עסקית, וזאת כדי לנצל את כל היתרונות הגלומים בשוק הפרטי (חוק החברות), והמדינה הרבה פעמים באמצעות תאגידים בפעולתה מספקת שירותים חיוניים- מים, חשמל.

באופן פורמלי- זוהי לא רשות שלטונית, זהו גוף פרטי שהתאגד ע"פ דיני החברות ונועד לעקוף את המגבלות של דיני המשפט המנהלי. החברות הללו כפופות לחוק החברות וגם לחוק החברות הממשלתיות. הן לא מבצעות סמכות ע"פ דין אא"כ הדין מסמיך אותן.

ס' 4א ו-4ב לחוק החברות הממשלתיות קובע שחברה ממשלתית שמסמכי היסוד שלה מכילים מניעים רווחיים- צריכה לפעול משיקולים עסקיים! וזאת כל עוד אין החלטת ממשלה שקובעת לה מניעים אחרים.

פס"ד רפאל- בעקבות צוק איתן המדינה פיצתה חברות שהיו זכאיות לפיצוי כתוצאה בירידה מהכנסות בתקופת המבצע. חברת רפאל טענה שגם היא רוצה לקבל פיצוי. ביהמ"ש קבע שהיא לא יכולה לקבל כי היא חברה ממשלתית ויש כאן שוני רלוונטי.

1. **זיקה רעיונית**

יש זהות רעיונית בין הגוף הפרטי לרשויות שלטוניות עד כדי כך שהוא מעין זרוע ארוכה של הרשויות.

דוגמאות:

* **חברה שעוסקת בבינוי הרובע היהודי בעיר העתיקה בי-ם**- במקום המדינה יש חברה ממשלתית שהוקמה ע"פ החלטת המדינה, מימון המדינה וכו'.
* **נאמן בהוצל"פ**- ממונה מטעם ביהמ"ש ונתון לפיקוחו- הוא זרוע ארוכה של ביהמ"ש.
* **סנגור בסנגוריה הציבורית**- עו"ד פרטי שמספק שירות שהמדינה חושבת שכל נאשם זכאי בעבירות מסוימות בהליך פלילי- הוא אומנם עו"ד פרטי אך הוא למעשה הזרוע הארוכה של המדינה.
* הרבה פעמים בתי המשפט משתמשים בטרמינולוגיה של **"שיתוף פעולה" בין המדינה לגוף הפרטי**. למשל: חברות ביטוח, בנקים.
* **גוף פרטי שעושה שימוש בנכסים שהם בבעלות ציבורית**- למשל: אצטדיון עירוני. סוג של שיתוף פעולה/ זיקה.
* **קשר בדעת הקהל**- כשיש גוף שהוא זרוע ארוכה ויש שיתוף פעולה הדוק בינו לבין המדינה, לעתים הציבור הרחב יכליל את הגוף הנ"ל כמדינה עצמה. למשל: **נבחרת ישראל בכדורגל**- מייצגת את המדינה בתחרות בינלאומיות; **ארגון השוטרים**- עוסק בהטבות סוציאליות לחבריו השוטרים. אדם מן הישוב שרואה את הארגון הזה הוא חושב שזו המשטרה למרות שזו עמותה פרטית ששוטרים הקימו בעצמם.
1. **זיקה פיקוחית**

ככל שהמדינה מפקחת על גופים פרטיים זוהי אינדיקציה להיבטים הציבוריים שלהם.

הפיקוח יכול להשתנות בהתאם לעניין:

* המדינה יכולה להסתייע בגוף פרטי- ואז היא לא מאצילה לו ממש זכות שלטונית, אך היא עדיין מפקחת עליו. עצם העובדה שהיא מפקחת עליו (גם אם לא מאצילה), יכולה להקים מאפיינים ציבוריים.
* גופים שמקבלים זיכיון מהמדינה לעסוק בפעילות שלטונית- קק"ל, סיוע משפטי וכו'.
* היתר להפעיל סמכות שלטונית וכתוצאה ממנה פיקוח של המדינה. זוהי לא הרשאה אלא הסמכה (משמעותי יותר).
* פיקוח מכוח הוראות דין- לעתים מקימים חוקים שלמים שיוצרים רגולציה, יש תאגידים שאחראיים על ביצוע הרגולציה ויש חובת רישוי וכו'. למשל: גופים שמפוקחים ע"י מבקר המדינה, חברות ביטוח, בנקים, איגודי ספורט שמפוקחים ע"י חוק הספורט.

אי אפשר לתת משקל לזיקה הפיקוחית ללא זיקה פונקציונאלית.

1. **הזיקה המימונית**

גופים פרטיים שניזונים מתקציב משלם המיסים.

מקורב המימון, טיב המימון, היקפו- הכל יכול להשתנות. אך מי שממומן ע"י הציבור לא יכול לטעון "ביתי הוא מבצרי"- כאשר אדם מקבל כסף מהמדינה, הגיוני שיחולו עליו נורמות מסוימות. למשל: קק"ל.

**לסיכום,**

הצגנו 3 זיקות-על:

1. סמכות שלטונית על פי דין.
2. זיקה פונקציונאלית.
3. זיקה מוסדית.

וכן פירטנו את תתי הזיקות שתחת כל זיקה.

חשוב לזכור כי כל הזיקות סימביוטיות, משלימות אחת את השנייה, ותמיד צריך לבדוק את כל הפרמטרים לגבי הגוף הספציפי.

כל גוף יכול להיות ציבורי מצד אחד בפעילות מסוימת, ופרטי מצד שני בפעילות אחרת. למשל: **מכללה**- מצד אחד אם היא מעמידה לדין משמעי- יתחזק ההיבט הציבורי ויחולו עליה נורמות מנהליות, אך מצד שני- כאשר היא רוכשת ציוד יתחזק ההיבט הפרטי והיא לא תהיה חייבת בחובת מכרז.

הרצאה 8 – 14.12.17

דגשים לפרזנצטיה:

כיוון ביחס לגוף עצמו.

לספר על הגוף, על המאפיינים שלו, על הרקע שלו.

להראות איך הפרמטרים שדיברנו עליהם מתיישבים עם ההיסטוריה המאפיינים והמהות של אותו גוף.

לנסות להתקדם מעבר- אם יש אז להציג שאלת מחקר ספציפית שרוצים לבדוק בעבודה.

מה אומרת הפסיקה, אם יש לנו ביקורת על הפסיקה

האם יש לנו רעיון יצירתי- הן בפן של החובות והן בפן של הזכויות.

**הדואליות הנורמטיבית- החלת הנורמות מהמשפט המנהלי**

יש כל מיני נורמות במשפט המינהלי וצריך לבחון ביחס לגוף איך הנורמות האלה צריכות לחול על גוף שסווג כגוף דו מהותי.

**בצד של החובות- סמכות, הליך, שיקול דעת, סעד:**

**סמכות**- **עקרון תקינות המינהל**- ככלל העקרון הזה לא חל על גוף פרטי. חריג: אם גוף מקבל סמכות שלטונית ע"פ דין נרצה להבטיח שהוא לא מבצע במסגרת הסמכות השלטונית משהו שהוא מחוץ להסכמה שלו ואז זו סוג של החלה של עקרון תקינות המינהל על הגוף הפרטי. פס"ד חברת הרובע בירושלים- חברת הרובע החכירה בחכירת משנה חלקים מסוימים ברובע לעמותות מסוימות. חברה הרובע היא חברה ממשלתית (זיקה מימונית, זיקה פונקציונאלית של שירות חיוני לציבור), היא גוף דו מהותי. היא אוצלת את הסמכות שיש לה לעמותות פרטיות, ולכן ביהמ"ש בודק לפי עקרון תקינות המינהל האם ותה עמותה שקיבלה בחכירת משנה רשות להשתמש בנכס לתכלית ציבורית (כמו הקמת בי"ס) האם תכלית זו עולה בקנה אחד עם התכלית הציבורית שבגינה המדינה החכירה לחברת הרובע מלכתחילה את השטחים הללו. זוהי דוגמא לעקרון תקינות המינהל על גוף דו מהותי.

**הליך הוגן- כללי צדק טבעי**, שהם: הזכות לשימוע, איסור על הימצאות בניגוד עניינים, איסור על משוא פנים, תשתית עובדתית, מכרז, חובת ההנמקה.

**חובת הסבירות**- גם אם יש סמכות וגם אם ההליך תקין, בודקים את שיקול הדעת ע"פ עילת הסבירות- האם שקלת את כל השיקולים הענייניים? האם שקלת שיקולים זרים? עצמאות שיקול הדעת, מידתיות, הגנה על זכויות אדם, האם איזנת כראוי בין מכלול השיקולים העניינים? אם לא- ייתכן וזה ייחשב כחוסר סבירות קיצוני. עולה השאלה איך נחיל נורמה זאת על גוף דו מהותי? למשל- אם יש לי בית והוא רשום בחברה המשכנת ואני רוצה למכור אותו לקונה חדש- אם חברה משכנת (שרושמת זכויות מעין קנייניות) מחליטה שהיא לא תרשום את הקונה החדש עד שהבעלים יוותר לה על התחייבות אישית ביניהם- זהו שיקול אישי פרטי של החברה המשכנת- האם זה שיקול זר שהוא שיקול לא ענייני? בגלל שזה גוף דו מהותי- צריך לבדוק מה ייחשב כשיקול ענייני ומה ייחשב כשיקול זר, מכיוון שהוא לא פועל ע"פ חוק. האם שיקול עסקי של חברה משכנת הוא שיקול זר? לא בהכרח.. (הגבול שונה מאשר שיקול זר של רשות מינהלית, בגלל דו המהותיות של החברה המשכנת).

סעד- לגבי רשות מנהלית יש את **עקרון הבטלות היחסית**- לא בהכרח שתהיה הלימה בין הפגם לבין הסעד, ייתכן שהיה פגם בהחלטה ש הרשות המנהלית ולעתים זה גם פגם חמור עד כדי חוסר סמכות, אך הפגם לא בהכרח אומר שזה יביא לבטלות ההחלטה של הרשות, בגלל שהעולם מתקדם הלאה, יש לעתים הסתמכות של פרטים ושחקנים אחרים. לכן הכלל אומר שלא בהכרח כל פגם יוביל לבטלות. הכלל הזה חל גם על גופים דו מהותיים.

**בצד של הזכויות:**

**חזקת תקינות המינהל**- אולי להחיל זאת גם על גוף דו מהותי?

**הלכת ההשתחררות** (דיני חוזים)- אם גוף משתחרר מהסכם בשל צורך ציבורי קיומי, המשפט לא יראה בזה הפרת חוזה. אולי ניתן להחיל זאת על גוף דו מהותי.

**חסינות**- ביהמ"ש איפשר להשתמש "בעוולה היברידית" ולתבוע בנזיקין רשות מנהלית. פס"ד יהודה גליק- רצה לעלות להר הבית והמשטרה לא אישרה לו. הוא טען לפגיעה בחופש עיסוק כי הוא מדריך טיולים. 11 ימים אחרי שלא אישרו לו הוא הגיש תביעה נזיקית בגין הנזקים שנגרמו לו כתוצאה מהפעלת שיקול הדעת של המשטרה בהתרשלות. עולה השאלה- הוא יכל לתקוף את ההחלטה השלטונית של המשטרה בבג"ץ, האם יעלה על הדעת שבגלל שהוא יודע שבג"ץ יחליט נגדו, הוא מנסה את מזלו דרך תביעה נזיקית? ניתן לתבוע נזיקית רשות מנהלית, אך יש גישה בפסיקה שבעוולות היברידיות כאלה (שלוקחים את המשפט המנהלי ולהכניס אותו למשפט הנזיקי) צריך לצמצם מאוד את האכיפה כדי לא לפגוע במשפט המנהלי. לא חוסמים את האפשרות אך מצמצמים את ההחלה שלה.

פס"ד על הבורסה- חברה שטענה שהבורסה עיכבה אותה וגרמה לה לנזקים והיא תבעה אותה נזיקית. הבורסה אמרה שהיא הפעילה שק"ד שלטוני.

**בחינת מידתיות החלת הנורמות:**

לגבי כל הנורמות שראינו לעיל- לדעת המרצה, בגלל שמדובר בגוף מהותי והחלה של כל הנורמות תפגע בפן הפרטי שלו- קודם כל צריך לשים שלט עצור.

לפני שנחיל נורמה מסוימת על גוף דו מהותי- נבחן האם הפגיעה של החלת הנורמה בהיבט הפרטי של הגוף היא מידתית.

נשתמש **בעקרון המידתיות** בצורה הפוכה:

* **תכלית ראויה**- תכלית ציבורית ראויה.
* **מידתיות**: 3 מבחני המשנה יבדקו ביחס לתחולת הנורמה על הגוף הפרטי:
1. **האם יש התאמה בין האמצעי למטרה**? האמצעי זוהי הנורמה-החובה שאני מחיל על הגוף הפרטי.
2. **האמצעי שפגיעתו פחותה**- נבדוק את הנורמה עצמה במשפט המנהלי ונבדוק האם ניתן להחיל נורמה אחרת שתפגע פחות בגוף, אולי ניצוק לנורמה תוכן אחר שייתן ביטוי גם להיבטים הפרטיים ש הגוף. למשל: חובת המכרז- ברור שאם מדובר בשחיתות יש מקום לחובת מכרז. אך נניח וגוף דו מהותי ערך מכרז, והחברה שנבחרה בסוף הייתה בעיה עם הערבות הבנקאית שלה- בחובת מכרזים של רשות מנהלי זה גורם להפלת המכרז לגמרי. אולי ניתן שבגוף הדו מהותי זה לא יוביל לפסילת המכרז.
3. **נזק מול תועלת**- אני אבדוק איזה נזק באוטונומיה של הרצון הפרטי יגרם כתוצאה מהחלת הנורמות המנהליות והאם התועלת עולה עליו. לגבי העיתונות- הנזק של פגיעה בעצמאות העיתונות רב יותר מהתועלת של החלת הנורמות ולכן לא מחילים עליה את הנורמות המנהליות.

**במבוא בספר שלו- תקציר של כל הרעיון בספר- כדאי לקרוא.**

**נייר עמדה- הפסק דין של רובינשטיין- טען שאין לו חקיקה להישען עליה ולכן ויתר לחברת חשמל- לטעון שהייתה דרך חקיקתית כן לפתור את זה ושרובינשטיין שגה.**

**לעבודה- יש מאמר על ההתאחדות לכדורגל שמנתח את ההתאחדות לפי כל הפרמטרים של גוף דו מהותי- אפשר להיעזר בו לראות את המבנה של הניתוח שצריך לעשות לגוף !**

**ברפרט**- לא צריך להתייחס לכל הפרמטרים שלמדנו ושכתבנו לעיל. צריך להתייחס למה שקשור לשאלת המחקר. לא חייב להתייחס לזכויות יתר, אבל כן צריכה להיות התייחסות לחובות של הגוף- מרכיב בסיסי בכל הנוגע לגופים דו מהותיים.

המבנה של העבודה:

תיאור

מאפיינים

פרמטרים לסיווג גוף דו מהותי- האם זה נכנס

איזה נורמות מהמשפט המינהלי מתאימות- החובות.

לדון באיפה ההתנגשות.

הרצאה 9 – 21.12.17

**עילת הסבירות**- לא מספיק שרשות מנהלית פועלת בהתאם לסמכות ובהתאם להליך הראוי (כללי צדק טבעי, מכרז, חובת הנמקה וכו'), המשפט המנהלי עדיין רוצה לבדוק שהרשות המנהלית לא שקלה שיקולים זרים. וגם כאשר היא שקלה את השיקולים הענייניים- האם היא ביצעה כראוי את השקילה.

ביהמ"ש לא נכנס לנעלי הרשות המנהלית. הוא לא אמור להגיד לנו מה הוא היה מחליט אם היה במקום הרשות המנהלית, אלא רק אם ההחלטה של הרשות המנהלית היא בעלת חוסר סבירות קיצונית.

**מתחם הסבירות**- יש מתחם סבירות יחסית רחב, ויתכנו שתי החלטות שהן הפוכות באופיין ויובילו לתוצאות הפוכות- אך שתיהן נמצאות בתוך המתחם הסבירות- במצב כזה ביהמ"ש לא יתערב בהחלטת הרשות המנהלית. רק חוסר סבירות קיצוני- יציאה ממתחם הסבירות- יגרור התערבות של ביהמ"ש.

פס"ד פייסבוק וסטטוסים מצייצים- השו' רחמים כהן התמודד עם השאלה האם לסווג את פייסבוק כגוף דו מהותי.

המקרה הוא על עמוד פייסבוק "סטטוסים מצייצים"- מרכז ומלקט פוסטים שהוא חושב שהם הכי מעניינים ברשת. באיזה שהוא שלב הוא צבר עוצמה והיו לו 700,000 עוקבים (כמות ענקית- כמו בערך מהדורת החדשות של ערוץ 2). לפני כמה שנים הועלתה טענה שחלק מהפוסטים ממומנים. מדובר ראשית בהטעיית הציבור שצורך את אותם פוסטים ולא יודע שהם ממומנים, ושנית- בתנאי השימוש של פייסבוק (חוזה אחיד) כתוב שאסור לגולשים להשתמש בפייסבוק לצורך צרכים מסחריים ולקבל כסף עבור פרסומים בעמודים שלהם. פייסבוק טוענת שמשתמשים כאלו מתעשרים על גבה ופוגעים בזכות הקניין שלה. לאחר שפייסבוק גילתה על הדבר היא החליטה להוריד את העמוד לאלתר מדף האינטרנט שלה, ללא אזהרה, ללא זכות טיעון או הליך עם כללי הצדק הטבעי. השאלה הייתה האם פייסבוק פעלה כדין?

התובע טען שפייסבוק היא גוף דו מהותי. אם נדבר על המרכיבים של גוף דו מהותי: שירות חיוני- האם ריכוז פוסטים שכבר נכתבו זה חיוני לציבור? מצד שני- פייסבוק היא כיכר העיר החדשה, היא הפלטפורמה מרכזית לחופש ביטוי של הגולשים. כוח- אין שאלה על הכוח של חברת פייסבוק, אך האם כל גוף שצובר לעצמו כוח ע"פ מספר אדיר של מנויים הוא גוך דו מהותי?; מונופול- האם פייסבוק הוא מונופול? יש רשתות חברתיות מתחרות- אינסטגרם, טוויטר וכו'; קשר לרשויות- פייסבוק טוענת שאין לה שום קשר לרשויות- לא מימון ולא כלום, אך מצד שני הרשויות עצמן משתמשות בפייסבוק ומפרסמות את עצמן בעמודים שלו. תובע טען- טעיתי, וחלק מהפוסטים קודמו בתשלום, ידעתי/לא ידעתי- אני רק רוצה שתחזירו לי את העמוד ולא אעשה זאת שוב.

**השו' חיים כהן** אמר שלא הביאו לו פרטים לגבי הפרמטרים השונים של גוף דו מהותי שהצגנו לעיל ולכן הניח זאת בצד ולא הכריע בשאלה. הוא פנה לפתור זאת בפריזמה של דיני החוזים- בדק האם ההפרה של תנאי השימוש של התובע היא הפרה יסודית שמזכה את פייסבוק בזכות ביטול ההסכם באופן מיידי ללא התראה נוספת, או שמא זוהי הפרה שאיננה יסודית ואז פייסבוק מחויבת להתריע לו מס' ימים מוסכם מראש. בחוזה של פייסבוק לא צוין ליד אף סעיף האם הוא מהווה הפרה יסודית או לא, פייסבוק טענה שסעיפי החוזה מאפשרים לה לסגור את העמוד ללא התראה. השו' כהן קובע כי הפרה יסודית היא הפרה שאדם סביר שהיה יודע אותה מראש לא היה מתקשר בחוזה מלכתחילה. ומכיוון שפייסבוק לא הגדירה את ההפרה כהפרה יסודית בוזה עצמו השו' כהן קובע כי זוהי לא הפרה יסודית.

החלטתו של השו' כהן לא נקיה מספקות. האם חברה סבירה בנעלי פייסבוק- אילו הייתה יודעת שמשתמש יעשה על גבה פעילות מסחרית האם לא הייתה מתקשרת איתו מלכתחילה? כנראה שהיא לא הייתה מתקשרת, ולכן בעיניה זוהי כן הפרה יסודית. אך השו' חיים כהן מקשיח בפסיקתו עם פייסבוק בגלל ההיבטים הציבוריים שלה- פערי הכוחות וכו', וקובע לטובת מזרים את כל ההיבטים הציבוריים של פייסבוק דרך הדלת בדוקטרינת הגופים הדו מהותיים, הוא עושה זאת דרך החלון באמצעות הדוקטרינות מדיני החוזים.

למה ביהמ"ש על כך ולא פתר זאת באמצעות סיווג פייסבוק כגוף דו מהותי?

* ייתכן שהתובע לא עשה עבודה מספיק מעמיקה ומקצועית בנוגע לשאלת סיווג פייסבוק כגוף דו מהותי.
* פייסבוק הוא סוג של גוף תקשורת, סיווג פייסבוק כגוף דו מהותי הוא לא דבר פשוט. אין תקדים של פסיקה כזו בארץ. יש לכך השלכות- עלול להצטייר כפגיעה בחופש הביטוי, בדמוקרטיה וכו' (קצת כמו השמירה על חופש העיתונות).

מה היה קורה אם ביהמ"ש היה אומר שזוהי הפרה יסודית?

גם אם זו הפרה יסודית שמזכה את פייסבוק להוריד את העמוד מידית, כאשר אתה גוף דו מהותי- אתה חייב לתת זכות טיעון מעצם היותך גוף בעל היבטים ציבוריים.

לדעת המרצה היה צריך לקבוע כי זוהי הפרה יסודית אך בגלל שפייסבוק היא גוף דו מהותי, היא הייתה צריכה לתת לתובע זכות טיעון ולבצע הליך ע"פ כללי הצדק הטבעי. בנוסף, גם אם פייסבוק הייתה נותנת לו זכות טיעון ועדיין מחליטה להוריד את העמוד- ביהמ"ש היה צריך לבחון את סבירות ההחלטה שלה, ואת המידתיות שלה. האם שקלה שיקולים זרים וכו'.

ברור שבמקרה כזה היה צריך לשקול את סבירות ההחלטה תוך התחשבות בהיבטים הפרטיים של פייסבוק וכו'.

# עילת הסבירות רלוונטית למשפט המנהלי (ולא למשפט החוקתי).

**הדגמת יישום עילת הסבירות בפרשת קסטנבאום**

חברה קדישא לא אפשרה כיתוב לועזי על מצבות. איזה שיקולים החברה כגוף דו מהותי שקלה? מצד אחד- אינטרס ציבורי של אחידות, כך היא מפרשת את ההלכה ורוצה שתהיה אחידות בבית הקברות, מצד שני- הזכות לכבוד, הזכות לכבוד המת שהיא גם זכותם של בני המשפחה שלו. בצד של האחידות יש את שימור ותחיית השפה העברית (אינטרס ציבורי נוסף), וזה עומד אל מול הפגיעה בכבוד של בני המשפחה והמנוחה.

חשיבות השפה העברית מול הזכות לכבוד- שניהם שיקולים עניינים.

ביהמ"ש אמור לבחון את סבירות שיקול הדעת שהפעילה חברה קדישא בהחלטתה. ביהמ"ש בדעת רוב קבע שיש כאן חוסר סבירות בהחלטה, האיזון בין כבוד האדם וכבוד האמת מצד אחד אל מול טוהר הכיתוב העברי הוא כזה שלא יעלה על הדעת ששיקולי אחידות או שיקולים לאומיים יפגעו פגיעה קשה כזו בכבוד האדם. השו' אלון (דעת מיעוט) סבר אחרת והעלה על נס את השיקולים של אחידות ותחיית השפה העברית. גם שופט המיעוט שפסק לטובת חברה קדישא- לא ציין בפסק הדין את "האוטונומיה של הרצון הפרטי"- אלא התייחס רק לשיקולים ציבוריים.

לדעת המרצה, היה צורך לציין את השיקולים הפרטיים בסך כל השיקולים, גם אם הם לא היו מנצחים את השיקולים הציבוריים.

השופט ברק- עושה תרגיל מחשבתי, ומניח כי חברה קדישא אינה גוף דו מהותי אלא חברה פרטית- הוא היחיד שמתייחס לשיקולים הפרטיים של חברה קדישא כחברה פרטית, אך לבסוף שולל אותם ומחיל את זכויות האדם בתחולה העקיפה המחוזקת- דרך דוקטרינות של המשפט הפרטי.

**רפרטים של סטודנטים**

רפרט של נוי- ארגון המורים

רקע והיסטוריה

סיווג כגוף דו מהותי

פרמטרים לסיווג

חיוניות- האם החיוניות היא קיומית או פונקציונאלית

פעילות ללא מטרות רווח- מאפיין של רשות ציבורית. בארגון ללא כוונות רווח בעיית הנציג מחריפה. בשונה מבעלי מניות בחברה שיש להם אינטרסים לפקח על עובדי החברה (כדי שלא לפגוע ברווחיות החברה), בארגון ללא כוונות רווח אין לציבור המורים אינטרס או כלים לפקח על פעילות הארגון.

מונופולין וריכוז כוח רב.

מימון ציבורי מוסדי- מימון ישיר של מהמדינה, מימון מכספי המסים.

מימון ציבורי פונקציונאלי- כל מימון שהוא לא מימון מכספי המסים.

שיקולים שהנחו את ביהמ"ש בסיווג הגוף כגוף דו מהותי.

איזה נורמות ציבוריות ראוי/לא ראוי להחיל על הגוף ולמה.

החלת נורמות ציבורית ופגיעה בהיבטים בפרטיים- לטובת תכלית ראויה וע"י עקרון המידתיות.

אכיפה סלקטיבית- האם אפשר לבוא בטענות לגוף דו מהותי על כך שהם לא אוכפים באופן שוויוני את הכללים שלהם.

רפרט של נועה- אישיות דו מהותית בחדלות פירעון

הצעת הנושא של חדלות פירעון

הצגת הנושא של אישיות דו מהותית של מפרק/נאמן בהליכי חדלות פירעון.

שאלת הסיווג- אין פסיקה בתחום, לכן מתייחסת לאינדיקציות פסיקתיות בתחום- לפי כל אחת משלושת הזיקות:

זיקה 1- מפעיל סמכות שלטונית ע"פ דין.

זיקה 2-זיקה פונקציונלית- ביצוע תפקיד בעל אופי ציבורי. דיון בפרמטרים השונים. גוף פרטי המעניק שירות לציבור, שירות חיוני, גוף פרטי המרכז בידו כוח בלתי מרוסן העלול להיות מנוצל לרעה.

זיקה 3- זיקה מוסדית- האם מתקיימת תלות הדדית בין הגוף לבין המערכת השלטונית. דיון בפרמטרים חלופיים שונים: זיקה רעיונית [הגוף הפרטי משמש זרוע ארוכה של הרשות הציבורית, שיתוף פעולה (דגש על הדדיות), דעת קהל (איך נתפס בעיני הציבור)], זיקה פיקוחית (טביעת אצבע שלטונית- פיקוח שמקורו בהסתייעות, פיקוח שמקורו בזיכיון, פיקוח מכוח הוראות דין שונות).

שאלת הדואליות הנורמטיבית- דיון על איזה נורמות צריכות לחול על האישיות הדו מהותית:

החובה לערוך מכרז- בחינת הפרמטרים: קיומה של תכלית ראויה, מידתיות (2 מבחני מידתיות: קשר בין אמצעי למטרה, אמצעי שפגיעתו פחותה, נזק מול תועלת).

חובת פרסום ושקיפות- פס"ד בורגראנץ (נראה רלוונטי לכל נושא). בחינת הפרמטרים: קיומה של תכלית ראויה, מידתיות (3 מבחני מידתיות: קשר בין אמצעי למטרה, אמצעי שפגיעתו פחותה, נזק מול תועלת).

החובה לפעול ביושר והגינות.

החובה לפעול בסבירות.

סיכום.

\*\*הערה: להציג את האינטרסים המתנגשים (הציבוריים מול הפרטיים).

\*\*השלכות של הסיווג הדו מהותי גם על זכויות היתר.

רפרט של יעל- חברה קדישא "יציר כלאיים"

רקע- מתי נוסדה וכו'.

שאלת סיווג הגוף כגוף דו מהותי- דיון בפרמטרים לסיווג:

פרמטרים ראשונים: אופן הייסוד של הגוף, אוטונומיה ובעלות עצמאית, שימוש מהותי בקניין ציבורי.

3 פרמטרים מרכזיים:

הפעלת סמכות שלטונית ע"פ דין

זיקה פונקציונלית- דיון בפרמטרים: ביצוע תפקיד חיוני לציבור, פעילות שלא למטרת רווח (דגש על החשיבות של קריטריון זה של פעילות ללא מטרות רווח כקריטריון סיווג לדו מהותיות כאשר מדברים על , להציג את בעיית הנציג- יש פחות יכולת לציבור לפקח על התנהלות העמותה), מונופולין (בדיקה טכנית ובדיקה מהותית), תמיכה מכספי ציבור.

זיקה מוסדית- זיקה רעיונית, זיקה פיקוחית.

שאלת הדואליות נורמטיבית- השלכות הלכה למעשה: איזה נורמות צריך להחיל על הגוף? פירוט של חלק מהנורמות בפסיקה.

שאלת המחקר- חלופה אפשרית- שאלה השוואתית של חברה קדישא מול עמותת "מנוחה נכונה"- למה חברה קדישא היא גוף דו מהותי והביקורת על כך, ולהציג חלופה אפשרית של עמותת מנוחה נכונה והאם ניתן להגדיר אותה כגוף דו מהותי ולתת לה סמכויות שלטוניות.

רפרט של מעיין- קופת חולים

רקע- מתי ולמה נוסדה, חוק ביטוח בריאות ממלכתי והחובות שבו על המדינה, קופות החולים וחברי קופות החולים (עצם זה שהחוק קובע יחסי גומלין בין 3 השחקנים הללו מעיד על קשר של שיתוף פעולה בין המדינה לקופ"ח).

3 זיקות לסיווג הגוף כדו מהותי:

סמכות שלטונית ע"פ דין – מוגדר כדו מהותי בחוק.

זיקה פונקציונאלית- ביצוע תפקיד חיוני לציבור, ביצוע תפקיד חלופי שהרשות אמורה לספק, הענקת שירות לציבור, פעילות שלא למטרות רווח, מונופול (בחינה טכנית מול בחינה מהותית, בחינה האם יש מונופול לעניין שירות מסוים-פס"ד של ביקור רופא), ריכוז כוח ותמיכה מכספי ציבור.

זיקה מוסדית- זיקה רעיונית, זיקה פיקוחית, זיקה ממונית.

דואליות נורמטיבית- שאלת הטלת החובות מהמשפט המנהלי:

**החובה לנהוג במידתיות**- הכפפת הגוף הדו מהותי לכלל מהמשפט הציבורי שהוא החובה לנהוג במידתיות (בניגוד **למידתיות שהוצגה ברפרט של** **נועה** שהיא מידתיות שאנו בוחנים בכל החלת שאר הנורמות הציבוריות- בוחנים האם הפגיעה באופי הפרטי של הגוף היא מידתית). בחינת 3 מבחני מידתיות: מבחן הקשר הרציונלי- אמצעי שמשיג את המטרה, אמצעי שפגיעתו פחותה, עלות מול תועלת.

החובה להפעיל שיקול דעת.

מנהל תקין.

החובה להתקשר באמצעות מכרז.

החובה להימנע משיקולים זרים ומניצול לרעה של כוח ציבורי.

שקיפות ופומביות.

שאלה- למה המדינה שומרת על מודל קופות החולים? זה עבד, הרגל- יותר מ-95% מהאוכלוסייה כבר הייתה מבוטחת. טעמים פוליטיים, ולא בהכרח שיקולי התייעלות/אידיאולוגיה. תחרות.

שאלת המחקר- תחרות בין קופות החולים- האם זה יתרון המצדיק את הפרטתם.

דנה במימד הגודל כיתרון/חסרון.