הרשות המבצעת בין הלכה למעשה

**מרכיבי הציון:**

10% נוכחות והשתתפות.

90% מבחן רב-ברירה – במבחן נשאל על עקרונות – לא בהכרח על סעיפים ספציפיים, פשוט בכללי על הכלים.

מיטיב: אולי.

במהלך היום יום שלנו כאזרחים במדינה, אנו עובדים המון מול הרשות המבצעת. בקורס זה נכיר ונלמד על רשות זו, למה היא כפופה, מה המנגנונים שלה ואיך עלינו להתמודד איתה.

עקרון הפרדת הרשויות:

במדינת ישראל קיימות 3 רשויות: (1) המבצעת; (2) השופטת ; (3) המחוקקת. בית המשפט בוועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל: "תכליתו של עקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות גלויה על פניה: לבזר את הכוחות

בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל: "לימדנו זאת לא אחר מאשר אבי תורת הפרדת הרשויות, הברון מונטסקייה בסיפורו על רוח החוקים: כאשר בידו של אדם אחד או בידי קבוצה אחת של מגיסטראטים נמצאות הרשות המחוקקת והרשות המבצעת כאחד, אין חירות, כי יש מקום לחשש שהמונארך הזה, או המועצה הזאת יחוקקו חוקי עריצות לשם הוצאתם לפועל בדרך עריצה. אבוד יאבד הכל אם אדם אחד ויחיד או גו, אחד ויחיד – הנסיכים, האצולה או העם כולו, יפעיל לבדו את שלושת הסמכויות האלה: הסמכות לחוקק חוקים, הסמכות להוציא לפועל החלטות שנתקבלו בענייני הציבור והסמכות לשפוט מעדי פשע ולהכריע בסכסוכים בין פרטים".

מטרת ההפרדה:

(1) מניעת ריכוז כוח בידי גורם שלטוני אחד – כל רשות מופקדת על סמכויות אחרות.

(2) יצירת פיקוח על רשויות השלטון – כל רשות מפקחת על אחרת ויכולה להגביל את פעילותה, על מנת למנוע פגיעה בזכויות אדם ואזרח, תוך וידוא כי הרשות עובדת בכפוף לחוק וביעילות.

(3) הפרדת הרשות השופטת מיתר הרשויות – בכדי שהרשות השופטת תשפוט לפי חוק, צדק ומוסר ללא מעורבות של רשויות אחרות ושתהה תלות בהן.

אך האם באמת ההפרדה קיימת?: הרשות המחוקקת והרשות המבצעת שזורות זו בזו – הרי, הרשות המבצעת מרכיבה בחלקה את הרשות המחוקקת – על ידי שרי הממשלה המהווים חברי כנסת. כך נראה כי למרות שקיימת הפרדה, לפעמים היא פורמלית בלבד, וניתן לראות זאת דרך ההסכמים הקואליציוניים או ועדת השרים לענייני חקיקה. בשאלת התערבות בית המשפט בעירוב שבין רשויות אלו, נראה כי בית המשפט לא מתערב אלא במקרים חריגים מאוד.

**בג"ץ קוונטיסקי:** הממשלה קידמה הצעת חוק לעניין מס שירה שלישית, והיא לא אפשרה לכנסת לקיים דיונים לגביו וכך עלתה פניה לבג"ץ לא על תוכן החוק, אלא על הליך החקיקה. השופט סולברג קבע כי הרשות המחוקקת היא לא "חותמת גומי" של הרשות המבצעת. הממשלה חרגה מסמכויותיה – היא לא מפקחת אחר הכנסת, הכנסת היא המפקחת של הממשלה. וכך נראה את יישום עקרון הפרדת הרשויות – לא נראה רשות אחת אשר מבטלת את הרשות האחרת, כולן צריכות לעבוד אחת עם השניה.

הרשות המבצעת

**המסגרת הנורמטיבית:** (1) חוק יסוד הממשלה, (2) חוק הממשלה, (3) תקנות עבודת הממשלה.

הרשות המבצעת במדינת ישראל היא ממשלת ישראל – המורכבת מראש הממשלה והשרים. כפי שציינתי לעיל, על כל רשות "מופקדת" רשות אחרת אשר נועדה לאזן ולבלום את פעולותיה, ובכך ניתן לראות את הכנסת כמפקחת ומבקרת את הממשלה. אך למרות תפקיד זה, ההפרדה בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת לא קיימת בכל מצב, דוגמה לכך תהה סמכויות החקיקה.

כך למשל ועדות שרים לענייני חקיקה – הממשלה קובעת את עמדתה כלפי חוק מסויים ועמדה זו מחייבת את כל הקואליציה (הצבעה קואליציונית) – כך בעצם הרשות המבצעת מתערבת וקובעת מה חברי הכנסת יחליטו ויבחרו בעת ההצבעה במליאה. ולמרות עניין זה, בית המשפט לא מתערב במקרים אלו אלא רק במצבים חריגים בהם נפל פגם בהליך החקיקתי.

סמכויות הממשלה**:**

(1) קביעת מדיניות וקבלת החלטות.

(2) התקנת תקנות ומתן צווים: "שר הממונה על ביצועו של חוק מוסמך להתקין תקנות לביצועו".

(3) התקנת תקנות לשעת חירום: חוק יסוד הממשלה סעיף 39, תקנות שעת חירום (לדוגמה תקנות הקורונה).

(4) סמכות שיורית של הממשלה – סעיף 32 לחוק יסוד הממשלה – כאשר אין סמכות מפורשת לגוף אחר בחוק, נראה בממשלה כבעלת הסמכות.

מדוע נדרשת סמכות "לא שיורית" – כלומר חוקים, אם לממשלה קיימות סמכויות כה נרחבות? ומה הגבול של הסמכות הקיימת לממשלה? בכדי לענות על שאלות אלו, יש להפריד בין הסדר ראשוני להסדר משני:

**הסדר ראשוני** בא להגדיר עד כמה הממשלה יכולה לעשות שימוש בסמכות השיורית שלה, שהרי לא יכול להיות שהממשלה תקבל כל החלטה שקיימת ולכן בית המשפט קבע הבחנה – בגדר החוק. פסקי דין רלוונטיים:

וועדת המעקב העליונה: כך פסק בית המשפט כי הסדר ראשוני ניתן לקבוע רק בחקיקה ראשית ולכן הממשלה לא יכלה לקבוע את איזורי העדיפות, זוהי תפקידה של הכנסת. כך פסק בית המשפט כי הסדר ראשוני ניתן לקבוע רק בחקיקה ראשית ולכן הממשלה לא יכלה לקבוע את איזורי העדיפות, זוהי תפקידה של הכנסת.

פסק הדין שדן על הסדר הגז: שם בית המשפט התערב בעובדה שהממשלה התחייבה בשנים מסויימות לא לשנות את ההסכם שהיה מול חברות הגז ובית המשפט קבע כי סוג התחייבות זו, מהווה התחייבות שרק הכנסת יכולה לבצע ולכן ההתחייבות פסולה.

הסכמים קואליציוניים**:**

המסגרת הנורמטיבית: סעיף 1 לחוק יסוד הממשלה: "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה", סעיף 3 לחוק יסוד הממשלה: "הממשלה מכהנת מכח אמון הכנסת".

הסכמים קואליציוניים, מהווים הסכמים הקובעים את דרך הממשלה – מבחינה אידאולוגית, פוליטית, קידום רפורמות ועניינים אותם הממשלה תקדם במהלך כהונתה. דוגמה לתחומים שהוקמו בהסכם קואליציוני:

(1) "מעיין החינוך התורני" – הקמת רשת חינוך דתית.

(2) "מחיר למשתכן".

(3) "רפורמת כרטיסי האשראי".

הליך הרכבת הממשלה:

(1) בשלב הראשון מתקיימות הבחירות ובהן נקבע בכמה "מושבים" בכנסת כל מפלגה זכתה.

(2) בשלב השני לאחר פרסום התוצאות, כל מפלגה יושבת עם נשיא המדינה, כאשר הוא "בוחר" לתמוך במפלגה מסויימת, ראש המפלגה יהיה ראש הממשלה – הוא בוחר במפלגה בעלת הסיכויים הגדולים ביותר להקמת ממשלה (במידה ולא מצליחים להקים ממשלה, בשלב מסויים האופציה נפתחת לכל המפלגות לנסות).

(3) בשלב השלישי הנשיא מטיל על המפלגה בה הוא בחר וראש המפלגה את הקמת הממשלה.

(4) בשלב הרביעי והאחרון, הממשלה מוקמת וראש הממשלה מציג את הרכב הממשלה בכנסת. שם נערכת הצבעה בה נדרש רוב מוחלט של 61 קולות בעד הממשלה.

ממשלה קואליציונית: עד היום לא עלתה מפלגה אשר עלה בידיה 61 מנדטים (לבד) ולכן קם הצורך בהסכמים קואליציוניים שלפיהם קמה הממשלה. הסכמים אלו מבטאים את השותפות, המדיניות וחלוקת התיקים.

בכנסת הראשונה ההסכם הקואליציוני היה קצר מאוד (חצי עמוד) ונקבע בו הסטטוס קוו (שבת, נישואין וכשרות). לאורך השנים ההסכמים התרחבו וגדלו מאוד.

מה הסכם קואליציוני כולל:

(1) התחייבות הצדדים להסכם – אשר עולה בתור חלוקת תפקידים בממשלה.

(2) קווי היסוד של הממשלה – המדיניות אשר נקבעת לפי כמות המנדטים "הכוח" של כל מפלגה.

(3) תקנות עבודת הממשלה.

(4) חובות וזכויות כל סיעה.

(5) הסכמות על חלוקת המשרות.

(6) הסכמה על קווי המדיניות המשותפת, בין אם לטווח הקרוב ובין אם לטווח הארוך.

**דוגמאות להסכמים קואליציוניים לאורך השנים:**

* תקציב ישראל ביתנו והליכוד: בהסכם הקואליציוני משנת 2022 עלתה דרישה למימון נרחב יותר של מפלגת הליכוד וישאל ביתנו. תקציב זה יהיה מעתה "ועד עולם" – כלומר, לרוב לא משנים את התקציב, הוא פשוט "ממשיך אוטומטית" לתקציב הבא.
* כאשר ראש הממשלה אריאל שרון נכנס לנבצרות, החליף אותו אהוד אולמרט, למרות שבהסכם הקואליציוני היה כתוב כי השר פרס הוא השר הבכיר אשר ישמש כמשנה לראש הממשלה.

**האם ההסכם הקואליציוני הוא הסכם שפיט? השינויים לאורך השנים:**

פרסום הסכמים קואליציוניים:

אלבז: בית המשפט פסק בשנת 1964 כי הוא לא מתערב בכך.

יעקב רובין נ' מנחם ברגר: בג"ץ לא התערב בהסכמים הקואליציוניים, אך קבע כי על הסכמים אלו להיות שקופים ומפורסמים לציבור.

בג"ץ 1601/90 משולם שליט נ' ח"כ פרס: עתירה לפרסום הסכמים קואליציוניים. הרקע היה בניסיון להקמת הממשלה בשנת 1990, בו שמעון פרס ניבה להעביר הסכם עם ש"ס להקמת הממשלה וברגע האחרון שני חברי כנסת לא הגיעו והעניין נפל. מכך עלתה עתירה של הח"כ שליט נגד פרס, תחת השאלה האם חלה החובה לפרסם את ההסכמים הקואליציוניים. בפסק הדין השופט ברק דן במקורות בהם נגזרת חובת הגילוי על הסכמים מסוג זה וקבע כי החובה עולה מתוך:

1. **מהות המשפט הדמוקרטי** – צורך האזרח לגבש עמדה פוליטית וצורך חברי הכנסת המביעים אמון בממשלה שהורכבה על יסוד ההסכמים.
2. **האופי הציבורי של ההסכם – מדובר בסיעה בכנסת כאשר הח"כים הם נבחרי הציבור.**
3. **זכות הציבור לדעת – נושא משרה ציבורית נדרש לספק מידע**.

בעקבות זאת נחקק חוק יסוד הממשלה ובמסגרתו סעיף 17 המעלה את חובה הפרסום. משנת 01 עולה חובת פרסום גם על הסכמים לכינון הממשלה.

שפיטות הסכמים קואליציוניים:

בג"ץ ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה: השופטים ברק ואילון קובעים כי הסכם קואליציוני הוא הסכם שפיט, אך כל אחד בצורה אחרת: השופט אילון קובע כי השפיטות מוגבלת ונובעת בכלל מהמשפט העברי ומתוך מורשת ישראל. ולעניין האכיפה פסק השופט כי ברוב המקרים הסעד יהיה סעד הצהרתי בלבד, ויעמיד את הצד שנהג באופן לא ראוי תחת ביקורת ציבורית. מולו עולה עמדת השופט ברק אשר קבע כי העניין שפיט מעצם היותו. ובבחינת שאלתה האכיפה, אכיפת ההסכם תהא רק במקרים "נדירים" מאוד ובדרך כלל נלך על ביטול ההסכם.

יש לזכור כי בית המשפט הוא לא "המקום" בו נאכוף הסכם קואליציוני. הסכם מסוג זה הוא הסכם פוליטי התלוי בהתנהלות הקואליציה והמפלגות "החברות בה". כך, לא ניתן לסמוך כי במידה וקיימת הפרה בהסכם זה, בית המשפט ייתן צו אכיפה, ולכל היותר, במקרים חריגים, בית המשפט פשוט יפסול את הסעיף השנוי במחלוקת.

פסק דין וולנר: מדובר בעתירה שעלתה מול הסכם קואליציוני בין מפלגת העבודה ברשות יצחק רבין, לבין מפלגת ש"ס. בהסכם הנידון עלה סעיף אשר קבע כי במידה ובג"ץ יקבל החלטה שיפוטית אשר פוסלת חקיקה דתית/משנה את הסטטוס קוו, הצדדים מתחייבים להתקין תקנה שתחזיר את המצב לקדמותו. כלומר, מדובר בסוג של פסקת התגברות. עמדת השופטים:

השופט שמגר: יש להימנע מחדירה ופגיעה באיזון שקיים בהפרדת הרשויות. אמנם הסכם קואליציוני הוא תחת שיפוט ביתי המשפט, אך ביטולו יעלה רק במצב בו הפגמים עולים לכדי שלילת קיום מדינת ישראל ואופייה הדמוקרטי. דוגמה לכך היא כאשר בית המשפט ימנע מאדם את זכות ההשתתפות בבחירות.

השופט גולדברג: במידה והרשות השופטת תפסול את ההסכם, היא תפגע באמון הציבור בה – אשר עשוי לראות בהתערבות זו כחציית קו אדום. כאשר הוא יוצא מנקודת הנחה כי חברי הכנסת בסופו של דבר יתנגדו להצעת החוק ולכן אין צורך בהתערבות בג"ץ. יחד עם זאת, נראה כי במידה וההסכם היה יוצא לפועל, השופט גולדברג פסק כי הוא היה מקבל את העתירה.

השופט חשין: הסכם קואליציוני הוא מצע החקיקה ואם המצע חוקי, הרי שההסכם חוקי. כלומר, אם מפלגה התמודדה בבחירות, הרי שלא ניתן לבטל הסכם שנוצר כתוצאה מכך.

השופטים אור וברק בדעת המיעוט: סעיף זה פוגע במעמדה של הרשות השופטת ובעצמאות הרשות. בנוסף עולה פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות והסעיף נוגד את תקנת הציבור – פגיעה במעמד ובעצמאות השופטים.

קווי היסוד של פעולת הממשלה: כאשר קמה ממשלה, נקבעים לה קווי היסוד – דוגמה לכך תהא שמירה על גבולות הארץ ואי החזרת שטחים. בממשלות האחרונות ניתן לראות כי קווי היסוד היו משמעותיים מאוד, מפני שהממשלות הורכבו ממספר רב מאוד של מפלגות, מה שדורש הבהרת קווים כללים מראש ולא בדיעבד. בג"ץ ההתנתקות: בשנת 2005 עלתה החלטת ממשלה להעברת ההתנתקות. ראש הממשלה אף פיטר שני שרים על מנת לוודא כי הצעת החוק תעבור. על פעולה זו הוגשה עיתיה לבג"ץ, מתוך הטענה כי פעולת הממשלה אינה תואמת את קווי היסוד עליהם התבססה – שמירת גבולות הארץ ואי החברת שטחים. בית המשפט פסק כי אמנם קיימת חשיבות לקווי היסוד, אך אין בהם כדי לכבול את שיקול דעתו של ראש הממשלה לעניין פיטורי שר. ונקבע כי המשמעות העיקרית של קווי היסוד בעיקרה הצהרתית – בין אם כלפי הציבור ובין אם בין המפלגות המרכיבות אותה.

תקנון עבודת הממשלה: תקנון זה קובע איך תעבוד הממשלה. תוכן התקנון כולל את: (1) סדר היום של ישיבות הממשלה (הגשת הצעות, פרסום ברשומות ועוד) ; (2) ניהול הישיבות (הנושאים לדיון וסדר הדיון); (3) וועדות השרים (הקבינט הביטחוני ועדת השרים על פי חוק); (4) נסיעות ח"כים וסגני שרים מחוץ לישראל וקביעת ממלאי מקום.

וועדות השרים: מזכירות ועדות השרים – התחומים המרכזיים:

(1) ישיבות הממשלה – הכנת פרוטוקולים רשמיים של ישיבות הממשלה וועדות השרים.

(2) קביעת סדר היום והחומר הנלווה ולרבות חומר הרקע לישיבות.

(3) עריכת סטנוגרמות של ישיבת הממשלה, השרים והקבינט שלא מופצות.

ועדות השרים לענייני חקיקה:

(1) ועדה זו דנה בטיוטות הצעות החוק הממשלתיות ואישור הגשתן לכנסת.

(2) הוועדה קובעת מה היא עמדת הממשלה לעניין הצעות חוק פרטיות.

(3) הוועדה מהווה ערכאת ערר על החלטות ועדת השרים בעניין הצעות חוק פרטיות (דיון בערר בוועדה יהיה אלא אם כן ביקש השר הרלוונטי כי הקיום יתקיים בפני הממשלה).

מזכירות הממשלה: המזכירות אחראית לתחומים השונים בעבודה השוטפת של הממשלה והיא פועלת בהתאם לחוק יסוד הממשלה ולפי תקנון עבודת הכנסת (בראשות מזכיר הממשלה). התחומים העיקריים בהם עוסקת המזכירות הם: (1) ישיבות הממשלה וישיבות שרים (עריכת פרוטוקולים); (2) הכנת סדר יום והחומר הנלווה (חומר רקע לישיבות); (3) עריכת סטנוגרמות של ישיבות הממשלה והקבינט, וכן של מספר ישיבות שרים שלא מופצות.

סמכות הרשות המבצעת:

הסמכות המנהלית:

מה היא הסמכות המנהלית? הסמכות שיש לגוף ציבורי לדון בנושא מסויים.

יצחק זמיר, הסמכות המנהלית, כרך א': "הסמכות המנהלית היא המכשיר העיקרי בידי המנהל הציבורי למילוי תפקידו בשירות הציבור. היא גם הנושא העיקרי בחוקי המדינה. אין לכך כמעט חוק שאינו מקנה סמכות לרשות מנהלית. הסמכות משמשת את המנהל הציבורי בכל תחום ולכל מטרה: לאספקת שירותים חיוניים, לשמירה על הביטחון והסדר, לפיתוח המשק הלאומי, לפיקוח על כללי ההתנהגות. ללא סמכות הרשות המנהלית, לרבות הממשלה, היא בועה ריקה מתוכן".

ניתן לראות מתוך דברי השופט זמיר, כי הסמכות המנהלית היא הדרך של המנהל למלא את תפקידו. אין לנו כמעט חוק שלא מקנה סמכות מנהלית. מדובר בסמכות על פי דין, אך חשוב לזכור, כי גם לגופים הציבוריים אשר מערכת זו פועלת בהם, עולות חובות וכללים ועליהם לשמוע להם.

**בג"ץ ניימן (הבג"ץ הראשון):** מדובר בבג"ץ שדן במקרה שקרה בצבא, אך לאחר שחרור החייל הוגש נגדו הליך בבית הדין. בית המשפט הגבוה לצדק קבע כי עולה עקרון כללי של הוצאה מהשורש של העבריינות. כלומר, בכדי להעמיד לדין אזרח בבית הדין, יש צורך בסמכות הקבועה בחוק לשם כך. היות והסמכות בבית הדין היא מול חיילים בלבד, אין סמכות לשפוט אזרח.

הפעלת סמכות ביצועית; מעין שיפוטית ומעין חקיקתית על ידי הרשות המבצעת

הסמכות המנהלית:

מתחלקת ל 2:

(1) סמכות ביצוע: הסמכות העיקרית של הרשויות – הסמכות שיש לאותה רשות לבצע פעולות, בין אם מתן רישיונות, להורות על סלילת כבישים או כל פעולה אחרת שנמצאת בגדר תפקידה. סמכות זו מעוגנת בסעיף 32 לחוק יסוד הממשלה, תחת הגדרה שיורית "כל סמכות שאינה חקיקה או סמכות מעין שיפוטית". לכן מרבית הסמכויות הינן סמכויות ביצוע, למשל מתן רישיונות, סלילת כבישים ועוד.

(2) סמכות חקיקתית: סמכות לחוקק חקיקת משנה על ידי הרשות המבצעת. הרשות המבצעת משמשת גם בתור "מחוקק משנה" – כאשר היא מקבלת את הסמכות הזו מהכנסת – כסמכות להתקנת תקנות ולהוצאת הנחיות וצווים.

ההנחיות המנהליות:

הנחיות מנהליות הן כללים גמישים שרשות מנהלית קובעת לעצמה כדי שידריכו אותה בהפעלת סמכותה. והן כוללות: מדיניות; קריטריונים; אמות מידה; דרכי פעולה; הוראות פנימיות; כללים; ונהלים. הנחיות אלו יוצרות סדר, כך נראה כי קיימת מדיניות ולפיה הפקידים פועלים.

מהות ההנחיות המנהליות:

לדוגמה: חוק כלי הירייה – קובע כי לא יחזיק אדם כלי יריה , אלא על פי רישיון וכי רישיון לעניין זה יינתן על די פקיד רישוי שנתמנה על ידי שר הפנים. פקיד הרישוי קבע לעצמו קריטריונים לעניין זה, בהם נקבעה הדרך לטיפול בבקשה לקבלת רישיון (כגון, ראיון אישי) והמבחנים לפיהם יחליט אם להיענות לבקשה (כגון מקום מגורים וסוג עסק).

ההנחיות כדרך להפעיל שיקול דעת: הנחייה מנהלית = שיקול דעת קיבוצי = דרך הפעלת שיקול הדעת המוקנה לרשות. ההנחיה המנהלית נמצאת בשטח שבין החיקוק לבין ההחלטה המיישמת את החיקוק על המקרה המסויים.

מטרת ההנחיות:

**ההנחיות המנהליות נועדו לשרת הן את צרכי המנהל הציבורי והן את טובת האזרח:**

מבחינת המנהל הציבורי ההנחיות מכוונות לסייע בידי הרשות מנהלית בעיקר –

(1) לגבש מדיניות, לאחר בירור הנתונים ותוך התחשבות בגורמים ובשיקולים השייכים לעניין ובכך להתוות דרך להשגת המטרות של הרשות;

(2) להחליט בכל מקרה הנופל במסגרת ההנחיות במהירות וביעילות על בסיס ההנחיות;

(3) להימנע במקרים דומים מהחלטות סותרות זו את זו ואף מאלו הסותרות את מטרות הרשות.

ההבחנה בין הנחיות מנהליות לבין סוגים אחרים של הוראות:

את ההנחיות המנהליות יש להבדיל מסוגים אחרים של הוראות המיושמות במסגרת המנהל הציבורי. אלה ההבחנות העיקריות:

(1) הבחנה בין הנחיות מנהליות לבין חיקוקים: אפשר שהחוק יאמר שרשות מנהלית מסויימת תקבע לעצמה "כללים" או "קווי פעולה" או הוראות הקרויות בשמות אחרים שנהוג לקרוא בהם גם הנחיות מנהליות. לדוגמה, סעיף 24 לחוק הרשויות המקומיות [מימון בחירות(הוראת שעה)].

ספק בסיווג – קושי לקבוע בפסקנות אם מדובר בהנחיות מנהליות או בהורות אחרות. לדוגמה, בג"ץ 302/72 סולימאן חילו נ' ממשלת ישראל. לנדוי מול ויתקון וקיסטר.

הנחיה מנהלית לא מחייבת את הרשות, אלא מחייבת אותה לשקול אותה. במידה וההנחיה בניגוד לחוק/לכללים אחרים היא לא מחייבת. המעמד והמשקל עשויים להשתנות מהנחיה להנחיה, בעיקר לפי מקרו ונושא. בדרך כלל הרשות המנהלית רשאית להתייחס להנחיות אלו כעצה, אך אם ההנחייה לוקה בשיקול זר/פגם אחר, אין להתייחס.

בג"ץ 6867/96 המועצה המקומית כפר כנא נ' שר הפנים: "מן הראוי לומר כי חוזר זה [חוזר מנכ"ל משרד הפנים הח"מ] אינו חוק, אלא הוא בגדר הנחיה מנהלית. הנחיות מנהליות, כידוע, אינן נוקשות. בנסיבות ראויות ועל יסוד שיקולים עניינים קיימת לרשות ולעיתים אף קיימת חובה, לסטות מן ההנחיה".

יצחק זמיר הסמכות המנהלית: "מה המעמד והמשקל של הנחיות כאלה? המעמד והמשקל עשויים להשתנות מהנחיה להנחיה, בעיקר לפי המקור והנושא של ההנחיות. בדרך כלל רשאית הרשות המינהלית להתייחס להנחיות כאלה, אם הן עומדות במבחן ההלכות המסדירות את שיקול הדעת המנהלי, כאילו הן עצות. **לשון אחרת, אם ההנחיות אינן לוקות בשיקולים זרים או בפגם אחר, רשאית הרשות להתחשב בהן ולייחס לבן את המשקל הראו לפי נסיבות העניין".**

מבקר המדינה, דוח שנתי 65ג: "החקיקה באמצעות תקנות מקובלת כמעט בכל נושא והיקפה נרחב מאוד והיא משלמה את החקיקה הראשית. פעמים רבות היא מניחה את התשתית המעשית ליישום הוראות החוק. [...] אי התקנת תקנות פוגעת בשלום החוק ומסכלת את הגשמת רצון המחוקק, המבטא את רצון העם. לעיתים מדובר בפגיעה ממשית ביכולת ליישם את הוראות החוק והן עלולות להישאר בגדר "אות מתה". אי התקנת התקנות עלולה להביא גם לכך שלרשויות המנהליות המופקדות על ביצוע החוק, לא יהיו מדיניות וכללים לגבי דרכי ביצועו והן ייאלצו למצוא פתרונות נקודתיים לסוגיה ולפעול לפי ראות עיניהן. ממצאיו של דוח זה מלמדים על תופעה ולפיה אף שהמחוקק קבע חובה להתקנת תקנות, התקנות לא מותקנות או מותקנות באיחור. מציאות זו מעידה על הפרה של הוראות החוק, חוטאת להגשמת דבר המחוקק, מותירה חוקים ככלים ריקים ובסופו של דבר פוגעת בציבור הרחב".

רשות המוסמכת ליצירת חקיקת משנה:

זוהי רשות שהוסמכה על פי חוק לבצע פונקציה כללית או ספציפית שבצידה סמכות שבשיקול דעת, אותה ממלאת הרשות ללא כפיפות להנחיות הממונים עליה בהיררכיה המנהלית. המאפיינים יהיו עצמאות שיקול הדעת וכי הרשות אינה אנונימית ואינה כללית.

**האם חקיקת משנה אינה פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות?** מן הראוי כי בנושאים כלליים ובמקום בו אין חקיקת משנה, יהיו הנחיות מנהליות. הרשות המבצעת עוסקת בחקיקה כאשר מדובר ב"חקיקת משנה": הממשלה קובעת ומפרסמת צווים ותקנות שמטרתן להסדיר את "החקיקה הראשית" של הכנסת או לקיים בפעול את מדיניות הממשלה. לדוגמה – חקיקת חוקי עזר עירוניים. כך נראה כי יש פה מעין ערבוב בין סמכויות הרשויות, הרשות המבצעת עוסקת בהליכים מעיין שיפוטיים – ועדת ערר וכיוצא מכך, והרשות המחוקקת עשויה לעסוק בהדחת נשיא.

בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר – בג"ץ הפרטת בתי הסוהר:הרשות השופטת יכולה לעסוק בחקיקה כאשר בי המשפט נתל ב"לקונה": במצבים כאלה, יכול בית המשפט להתבסס על חוק קיים ולהרחיב לגביו את הפרשנות. כך למעשה, תביעות עתידיות הקשורות לנושא "הלקונה" יכולות להתבסס על התקדים שנוצר.

בג"ץ 653/19 עזריאלי נ' מנהל אגף הרישוי: הרשות המחוקקת יכולה לעסוק גם בשיפוט כאשר מדובר בהליך **הדחת נשיא**: במסגרת זו וועדת כנסת ומליאת הכנסת עורכות דיון והצבעה בנושא הדחת נשיא המדינה. במסגרת זו ניתנה לנשיא אפשרות להביע את טיעוניו כנגד ההדחה. כך למעשה, עוסקת הכנסת בהליך שיפוטי.

**חשוב לזכור כי:** הסמכות לחקיקת משנה עולה מתוך החוק, כאשר לרשות המבצעת יש את הסמכות למלא את החוסרים בהם היא רואה לנכון. הרשות המבצעת לא רשאית לקבוע הסדר ראשוני, אלא רק משני (חקיקת משנה) מכוח החוק.

**תקנת בת פועל תחיקתי:**

הכלי לחקיקת משנה עולה מתוך סעיף 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש]: "תקנות בנות פעל תחיקתי יפורסמו ברשומות ותחילתן תקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת בעניין זה". תקנות אלו מתחלקות לשני סממנים:

1. סממן הנורמטיביות – שינוי המשפט הנוהג, יצירת כלל התנהגות.

2. סממן הכלליות – תחולה על ציבור בלתי מסויים של אנשים

**ע"פ 213/56 היועץ המשפטי נ' אלכסנדרוביץ** – בבג"ץ זה מכרו סחורה החייבת במס ללא סימן זיהוי, כאשר עלתה החובה לשים בולים. אלכסנדרוביץ טען כי הוראת הבולים היא תקנה בת פועל תחיקתי ולכן יש חובה לפרסם אותה, מאחר שהיא לא פורסמה היא לא מחייבת. טענת היועמ"ש הייתה כי גם אם לא פורסם העניין, אלכסנדרוביץ ידע על חובת הבולים. בית המשפט קבע כי תקנה שאין בה כל נורמה או שיש בה נורמה שלא הופנתה לציבור בעילום שם, אלא בצורה קונקרטית לאנשים מסוימים, כאשר כל תוקפה מתמצא באותם אנשים, אינה מהווה תקנה בת פועל תחיקתי הטעונה ברישום.

**כלומר, נורמה בת פועל תחיקתי תהא חייבת ברישום ברשומות, כאשר היא פונה אל הציבור הרחב ולא אל ציבור ספציפי הידוע "בשמו".**

הכלים להתמודדות עם החלטות הרשות המבצעת – זכות הטיעון:

"זכות הטיעון" – נובעת מכללי הצדק הטבעי ומהווה את הזכות הקובעת כי מגיע לאדם להישמע מהטעמים הבאים:

(1) חובת הגינות – תינתן לאדם הזדמנות לשכנע את הרשות שאין הצדקה לפגיעה בו.

(2) שכלול ההחלטה מנהלית – כשהרשות שומעת את האדם נושא ההחלטה, ייתכן וההחלטה תהיה יותר נכונה, מוצדקת ופחות פוגענית.

(3) הבטחת אמון הציבור – החלטות המתקבלות ללא אפשרות לתת לציבור להשמיע את דבריו, כאשר אמונתו נפגעת.

(4) הגבלת הפעילות המנהלית – שההחלטות לא יהיו שרירותיות ויתקבלו משיקולים זרים.

ההבחנה בין החלטות ביצועיות לסמכויות מעין שיפוטיות:

יש להבחין ביניהן בנוגע לנושא זכות הטיעון – ככל הנראה מדובר בסמכות מעין שיפוטית המכריעה בין שני גורמים – כמו וועדות ערר, ועדות מנהליות ועוד.

**בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים:** מקרה זה דן בהעברת שכונת נחלת יצחק מתל אביב לגבעתיים. בבית המשפט לא ניתנה האפשרות לתושבים להציג את עמדתם ולכן העליון ביטל את ההחלטה. בית המשפט העליון קבע כי "גוף אדמיניסטרטיבי לא מורשה לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכו', אלא אם כן ניתנה לנפגע הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו מפני הפגיעה העתידית".

האצלת סמכויות:

סעיף 33 לחוק יסוד הממשלה: האצלת הסמכות חייבת להיות לעובד ציבור או למשרד ציבורי, מאחר והוא כפוף לכללי המנהל הציבורי (סעיף 1 לחוק הפרשנות):

(1) הנאצל: עובד ציבור כהגדרתו בסעיף 1 לפקודת הפרשנות. "עובד ציבור או משרד ציבורי – לרבות כל עובד או משרד שהוטלו עליהם תפקידים בעלי אופי רשמי, או הממלאים תפקידים כאלה, בין שהם נתונים לפיקוחה הישיר של ממשלה ובין אם לאו".

(2) הסמכות המואצלת:

(1) סמכות הנתונה לו על פי חוק.

(2) סמכות שהועברה לו לפי סעיף 31 לחוק.

(3) סמכות שהואצלה לו לפי סעיף 33 לחוק בתנאי שהממשלה הסמיכה אותו לכך.

(3) פרסום:

יש לפרסם את האצילה.

(4) סייג אחר לאצילה:

מקרים בהם קיים סייג אחר לאצילה.

(5) אישור הממשלה:

האצילה תחת אישור הממשלה.

נטילת סמכויות, סעיף 34 לחוק יסוד הממשלה:

נאפשר להעביר סמכויות, מפני שכך הממשלה מוודאת כי מדיניותה מתממשת. הנטילה תהיה מכוח חוק ספציפי או על ידי שר (ותחת תנאים): "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".

השירות הציבורי – הדרג הפוליטי מול הדרג המנהלי:

**הדרג הפוליטי:** נבחרים לתפקיד; עומדים לבחירה מחדש; מטרות (מה); קביעת מדיניות.

**הדרג המנהלי:** ממונים לתפקיד; נהנים מקביעות; אמצעים (אין); ביצוע/יישום מדיניות.

הגישות למינוי הדרג המקצועי:

**הגישה האמריקאית:** "שיטת השלל" של וילסון (1887) – המפלגה הזוכה בבחירות "מזכה" את פעיליה במשרות ציבוריות. שיטה זו מהווה "דגם פתוח" – זכותו של כל אדם, גם אם אינו חלק משירות המדינה, להתמודד על כל משרה ציבורית. בהחלפת השלטון השינוי איננו רק בתפקידים הבכירים, גם הפקידים מתחלפים, מה שאומר כי אין קביעות לעובדי ציבור אלו.

**הגישה הבריטית:** "דגם סגור" – הסגל הבכיר נבחר מקרב הפקידות ואינו פתוח לכלל. קביעות – העובדים נהנים מקביעות, גם בהתחלפות השלטון. מדובר בפקידות מקצועית אשר מייעצת לממשל ומיישמת את מדיניותו באופן ניטרלי פוליטית [דו"ח נורתקוט- טרווליאן (1854)].

**מהו מינוי פוליטי?:** המינוי הפוליטי הוא מינוי של אדם למשרה ציבורית, שלא היה נעשה אלמלא אותו אדם נחשב לאישיות פוליטית. במקרה כזה, הפוליטיקה במובן הצר של מפלגתיות, הינה גורם מרכזי במינוי. תפקיד זה דורש קשרים קודמים לכישורים. כאשר הצד השווה בכל המינויים הפוליטיים – לא האדם המתאים ביותר זוכה בתפקיד.

הנזק שגורם מינוי פוליטי:

(1) פוגע בעקרון השוויון; (2) פוגע באמון הציבור בשירות הציבורי; (3) פוגע ברמה המקצועית של עובדי הציבור אשר אינם הטובים ביותר בהכרח; (4) מביא "לניפוח" המערכת על מנת לקלוט "מיודעים" – על ידי יצירת תפקידים חדשים; (5) עלול להביא את הרשות משיקולים עניינים לשיקולים זרים; (6) עלול להביא לניגוד עניינים – העובד נאמן לממונה שלו (הפוליטיקאי) ולא לכלל הציבור; (7) עלול להביא להשחתת המוסר הציבורי; (8) פגיעה בטוהר המידות.

**הגישה הישראלית:** **1950** – הוקמה "מחלקת המנגנון" – במשרד ראש הממשלה; **1954** – נציבות שירות המדינה; **1959** – חוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט – 1959.

לפני שהייתה חקיקה הנציבות הייתה תחת משרד ראש הממשלה. כאשר כבר עם קום המדינה, דוד בן גוריון ניסה לחוקק הצעת חוק בעניין שירות המדינה ומינויים – אך זה לא צלח עד שנת 1959.

המסגרת הנורמטיבית:

**(1) מינויים בשירות המדינה - חוק שירות המדינה (מינויים), 1959:** בניגוד לעומדים בראש הפירמידה, הרשות המבצעת – השירות הציבורי, מושתת על עובדים קובעים שאינם מתחלפים כל אימת שמתחלף הדרג הפוליטי הממונה עליהם. עובדים אלה מתמנים לתפקידם על פי כישורים מקצועיים בלבד ומבלי שלזהותם הפוליטית יהיה משקל כלשהו בתהליך המיון, הבחירה והמינוי לתפקיד.

**(2) מינויים בחברות ממשלתיות ותאגידים סטטוטוריים – חוק החברות הממשלתיות, 1975:** מתייחס למינויים בחברות בעלות קשר הדוק למדינה. חברות ממשלתיות אלו חברות שהמדינה לוקחת חלק מפעילות בחברה או העבירה פעילות לחברה (כאשר המדינה בעלת 50% מהשליטה בחברה). תאגידים סטטוטוריים: תאגיד שמוקם מכוח חוק על ידי הכנסת/הממשלה – חברת החשמל.

**(1) מינויים בשירות המדינה - חוק שירות המדינה (מינויים), 1959:**

- חובת המכרז – סעיף 19:

סעיף 19 לחוק שירות המדינה (מינויים): "לא יתמנה אדם עובד מדינה, אלא לאחר שניצב השירות הכריז על המשרה בפומבי, על פי בקשת המנהל הכללי או מי שהוסמך לכך על ידיו, בין שנתפנתה המשרה ובין שהיא עשויה להתפנות".

"מעמד הנאמנות של הרשות הציבורית נגזרת חובתה להימנע ממינוי, אך בשל השתייכותו הפוליטית של המועמד":

בג"ץ 6458/96 אבו קרינאת ואח נ' שר הפנים: בפסק דין זה קבע בית המשפט כי לאור החוק ומעמד הנאמנות של הרשות הציבורית, עולה החובה להימנע ממנוי בשל השתייכות פוליטית אלא למנות מינוי ראוי.

בג"ץ 7157 נאוה ארד נ' יו"ר הכנסת: "כאשר נושא המשרה הציבורית הוא משרתם של שני אדונים: הציבור מזה והפוליטי מזה, יש מקום לחשש כי בעת מילוי תפקידו הציבורי יזדהה נושא המשרה מדעת או שלא מדעת עם אדונו האחר וכי את תפקידו ימלא כשהוא מושפע במישורין או בעקיפין מדעותיו הפוליטיות. כפל נאמנות זו הוא שמעורר את החשש שהשירות הציבורי יהא נגוע בשיקולים פוליטיים".

בג"ץ 154/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' מדינת ישראל: "ניתן לסכם פרק זה, תוך ציון המאפיינים ההופכים את המינוי הפוליטי לבלתי ראוי בכל מובן אפשרי. המינוי הפוליטי מהווה הפרת אמון של הרשות המבצעת כרשות ציבורית כלפי הציבור. הוא עלול לפגוע באמון הציבור בשירות הציבורי, הוא פוגע בעקרון השוויון, הוא פוגע ברמה המקצועית של עובדי הציבור שאינם נדרשים להוכיח, במסגרת המכרז, את היותם הטובים ביותר, הוא עלול להביא לתופעה בה הקשרים קודמים לכישוריו, והפוליטיקה במובן הצב הופכת לגורם המרכזי למינוי. הוא עלול להביא לניפוח המערכת על מנט לקלוט "מיודעים", ולגרום ליצירת תפקידים חדשים שלא לצורך ולקידום מהיר של מיש שרוצים ביקרו... הוא עלול להסיט את שיקולי הרשות משיקולים ענייניים; הוא מביא לניגוד עניינים ולחשש לשקילת שיקולים זרים על ידי העדפת מפלגה או עניין מפלגתי על אינטרס ציבורי; הוא עלול להביא להשחתת המוסר הציבורי; הוא עלול לגרום לתחלופה בשירות הציבורי כל אימת שמתחלף הדרג הפוליטי, ולגרום על ידי כך לחוסר יציבות ולחוסר מקצועיות; הוא עלול לפגוע בסדרי מנהל תקין ובטוהר המדינות; הוא עלול לפגוע במודל העובדים בשירות הציבורי, להשפיע על איכותו של השירות ולפגוע בדימויו. על ידי כל אלה, פוגע המינוי הפוליטי בעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, של תפיסתנו הערכת את מהותו של השירות הציבורי ושל האמנה החברתית, שהיא בסיס הווייתנו כחברה מתוקנת".

פרופסור יצחק זמיר "מינויים פוליטיים" "משפטים: "יש טוענים כי משטר דמוקרטי מטיל על השר לבצע תוכנית מדינית, וזכותו היא, אולי אף חובתו היא, לגייס אנשים מוכרים לו ומזוהים עם ההשקפה המדינית שלו, כדי שיסייעו בלב שלם ובאמונה בביצוע התוכנית המדינית שלו – אני סבור שטיעון זה אינו מבוסס, ומעבר לכך הוא אף מסוכן. קודם כל, הוא טיעון חלש מאוד לדבי משרדים ממשלתיים וגופים מנהליים אחרים שבהם אין כמעט משמעות להבדלי השקפות בין ימין לבין שמאל... יתירה מזאת גם במשרדים ממשלתיים שבהם יש משמעות להבדלים כאלה, אסור בהחלט לקבל טיעון זה, משום שהוא מערער את היסוד שעליו מושתת המנהל הציבורי. באופן עקרוני, עובדי המדינה אמורים לבצע את המדיניות הנקבעת על ידי הרשויות הנבחרות, הכנסת, הממשלה והשר, יהיו אשר יהיו ההשקפות האישיות שלהם... הניסיון מלמד כי הם יודעים למלא את תפקידם בהתאם למדיניות של שר אחד ולאחר מכן, כשהוא מתחלף בהתאם – למדיניות של הבא הבר במקומו. המינהל הציבורי בישראל, כמו במדינות אחרות, בנוי על עיקרון זה: שאם לא כן, היה צריך להחליף את עובדי הציבור באופן שיטתי ותדיר כל אימת שהשרים מתחלפים. אין דבר מסוכן מטיעון זה ליציבות ולהמשכיות של השירות הציבורי".

דו"ח ביקורת על מינויים פוליטיים ומינויים בלתי תקינים במשרד לאיכות הסביבה: "בביקורת שנעשתה במשרד לאיכות הסביבה נמצאו עשות מינויים פוליטיים שנעשו במשרד בתקופת כהונתו של השר צחי הנגבי. חברי מרכז מפלגתו של הדר, הליכוד וקרובי משפחה של חברי המרכז, מונו למגוון של משרות ותפקידים שאיושם אינו טעון מכרז: חלקם מונו למשרות הפטורות מחובת מרכז בשל היותן משרות זוטרות; חלקם מונו כממלאי מקום למשרות החייבות במרכז, לפרק הזמן שעד לסיום הליכי המכרז; חלקום מילאו תפקידים במשרד באמצעות חברות כוח אדם. מסגרות העסקה שאינן חייבות במכרז נוצלו אפוא לרעה לביצוע מינויים פוליטיים. מקורבים פוליטיים של השר הגבי זכו במכרזים של המשרד לרכישת שירותים, תוך הפלייתם לטובה בשל שיוכם הפוליטי והפרת ככללים החלים על מכרזים ממשלתיים. שניים מנותני השירותים שהמשרד התקשר אתם בשם זיקתם הפוליטית לשר, קיבלו תשלום בלי שסיפקו תמורה".

הדרכים לעקיפת חובת מרכז בשירות הציבורי:

דו"ח ביקורת המדינה מציין את הדרכים לעקיפת חובת המכרז בשירות הציבורי. עניין זה החל בשנת 2003, כאשר ח"כ צחי הנגבי מונה לשר להגנת הסביבה. בביקורת מבקר המדינה נמצאו עשות מינויים פוליטיים שהיו בכהונת הנגבי ונפתחה חקירה פלילית. בדו"ח זה ציין מבקר המדינה את הדרכים השונות לעקיפת המכרז:

(א) שימוש בחברות כוח אדם: בבחירת חברת כוח אדם נראה כי נדרש להיות מכרז, אך מי שלא נבחן אלו אותם "עובדי קבלן" המהווים את העובדים של חברת כוח האדם – והם אלו שהיו המקורבים לשר.

(ב) מינוי יועצים חיצוניים: המשרות בשירות הציבורי נבחרות במכרז, אך במינוי יועץ חיצוני, נראה כי עד סכום מסויים ניתן לבחור בכזה ללא מכרז.

(ג) מינוי בפועל: "לבנתיים" שמים את המקורה כממלה משרה בזמני, אך בפועל הוא נותר.

(ד) השפעה על ועדות המכרזים: חלק מהוועדה הוא גורם המקורב לשר.

**מינויים שלא על פי סעיף 19 לחוק המינויים ובכך שלא על ידי מכרז:**

- מינוי מנכ"ל למשרד ממשלתי:

* סעיף 12 לחוק שירות המדינה (מינויים): "הממשלה תמנה, בכפוף להוראות חוק זה ובתנאים שתקבע, לכל משרד מנהל כללי על פי הצעת השר הממונה על אותו משרד, ועל המינוי לא תחול חובת המכרז לפי סעיף 19". סעיף זה קובע כי מנכ"ל למרות שהוא עובד ציבור, הוא העובד "הבכיר ביותר במשרד" וניתן לבחור בו גם ללא מכרז.
* דרישות סף לתפקיד המנכ"ל (תנאים למינוי): בכדי שמינוי זה לא יהיה פוליטי בלבד, נוצרה החלטת ממשלה הקובעת דרישות סף לתפקיד: תואר וניסיון ניהולי (תחילה כ 4 שנות ניסיון והיום לאחר ביקורות רבות מדובר בניסיון ניהולי מופחת)ץ
* וועדת המינויים בראשות נציב שירות המדינה: לאחר שנבחר המנכ"ל יש להביא אותו בפני ועדת המינויים אשר בוחנת את התאמת המועמד ומאשרת/דוחה את המינוי.

- סעיף 21 לחוק שירות המדינה (מינויים) – פטור ממכרז:

"הממשלה רשאית על פי הצעת ועדת השירות ובהודעה שתפורסם ברשומות, לקבוע משרות וסוגים של משרות שעליהם לא תחול, בתנאים שתקבע, חובת המכרז האמורה בסעיף 19, ובסעיף 11 לא יחול על הצעת ועדת שירות; וועדת השירות רשאית, בין בדרך כלל ובין במקרה מסויים, להתיר, בתנאים שתקבע, או ללא תנאי, מינוי למשרה בלי שהוכרז עליה כאמור, אם המועד עובר לשירות המדינה לפי חוק זה.."

- סעיף 23 לחוק שירות המדינה (מינויים):

"למשרה מן המשרות המפורטות בתוספת השנייה לחוק זה לא יתמנה אדם אלא באישור הממשלה ובתנאים שתקבע; הממשלה רשאית להוסיף על רשימת המשרות שבתוספת השנייה ולגרוע ממנה".

בג"ץ הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' מדינת ישראל:מינוי מנהל המינהל לבניה כפרית במשרד הבינוי והשיכון – מדובר במינוי שדורש מכרז אך המועמד לא עמד בתנאים ולכן משרד הבינוי והשיכון שינה את התנאים כך שלא תהא חובת מכרז לתפקיד זה לפי סעיף 23. בית המשפט פסק כי העובדה שהמשרה מהמשרות המפורטות בתוספת השנייה דורשת את אישור הממשלה, היא לא פוטרת כשלעצמה מחובת המכרז. הסעיף אומנם קובע שבמשרות האלו יש חובה להביא לאישור הממשלה, אך לא נאמר כי יש פטור.

- משרות אמון אישיות בלשכת ראש הממשלה, השרים ובגני השרים – מכוח חוק שירות המדינה (מינויים):

משרות אמון פטורות ממכרז. כאשר שר נכנס לתפקיד, הוא רשאי למנות את מי שירצה למשרות האמון – ובכך גם מקורבים. תפקידים אלו כוללים ראש לשכה, יועץ פוליטי ועוד. אך למרות זאת, קיימות הגבלות מסויימות על תפקידים אלו: (1) חוסר סמכות, אדם בתפקיד זה אינו רשאי לתת הנחיות לעובדי מדינה; (2) היעדר קביעות, כאשר השר מסיים את תפקידו, כך גם אותו עובד מסיים את תפקידו; (3) עבודה זו לא מקנה את הדרישות הקיימות למכרז לעובד בשירות המדינה.

**(2) מינויים בחברות ממשלתיות ותאגידים סטטוטוריים – חוק החברות הממשלתיות, 1975:**

חברות ממשלתיות: כיום יש קרוס ל 100 חברות ממשלתיות (יחד עם חברות בת). בדרך כלל מדובר בחברות שמנהלות ומספקות משאבים, כמו חברת החשמל, חברת מקורות (מים), רכבת ישראל, דואר ישראל, חברת נמלי ישראל ועוד.

סוגיית המינויים מתעוררת בחברות ממשלתיות כאשר אנו דנים במינוי דירקטור. מי שאמון על מינוי הדירקטוריון בחברות מסוג זה אלו שרי הממשלה, כאשר לרוב כל שר ממנה את הדירקטוריון של החברה הממשלתית הנמצאת בתחומו (נגיד תחבורה=שרת התחבורה).

חוק החברות הממשלתיות, תשל"ה 1975 – לפני תיקון החוק:

סעיף 17(א) אלה אינם כשירים להיות דירקטור: (1) שר, סגן שר וחבר כנסת; (2) עובד חברה ומי שמועסק בשירותה, למעט המנהל הכללי ונציג נבחר של עובדי החברה; יו"ר הדירקטוריון לא ייחשב כעובד מדינה (צ"ל: "החברה") לעניין זה; (3) אדם מקרב הציבור אשר לדעת השרים עלולים עיסוקיו האחרים ליצור ניגוד עניינים עם תפקידו כדירקטור באותה החברה; (4) מנהל הרשות ועובדיה, זולת אם נמצאת החברה בהליך של פירוק או חיסול עסקיה.

סעיף 17(ג): שר האוצר רשאי, בהתייעצות עם הרשות ובאישור הוועדה לקבוע בתקנות: (1) הוראות בדבר כשירותו של דירקטור; (2) כמה דירקטורים יהיו מקרב הציבור וכמה מקרב עובדי המדינה; (3) כללים שלפיהם ייקבע נציג נבחר עובדי החברה כדירקטור וסוגי החברות שבהן יכהן. אך האם הותקנו תקנות אלו לפי סעיף 17(ג) בפועל? לא. אמנם השרים דנו בוועדות רבות על העניין, אך שום דבר לא השתנה בעניין.

בשנת 1993 תוקן החוק ונקבעו תנאי הכשירות לתפקיד:

תנאי כשירות לדירקטור לאחר תיקון מספר 6 – 1993:

סעיף 16א' לחוק החברות הממשלתיות – "המסלול האקדמי": כשיר לכהן כדירקטור בחברה ממשלתית, תושב ישראל שמלאו לו 25 שנה לפחות ושנתקיים בו אחד מאלה:

(1) הוא בעל תואר אקדמי באחד מן המקצועות הבאים: כלכלה, מינהל עסקים, משפטים, ראיית חשבון, מינהל ציבורי, הנדסה או לימודי עבודה, או שהוא בעל תואר אקדמי אחר או שהוא השלים לימודי השכלה גבוהה אחרת, הכל בתחום עיסוקה העיקרי של החברה.

סעיף 16א' לחוק –"מסלול הניסיון":

(2) הוא בעל ניסיון של חמש שנים לפחות באחד מאלה, או שהוא בעל ניסיון מצטבר של חמש שנים לפחות בשניים או יותר מאלה: (א) בתפקיד בכיר בתחום הניהול העיסקי של תאגיד בעל היקף עסקים משמעותי; (ב) בכהונה ציבורית בכירה או בתפקיד בכיר בשירות הציבורי בנושאים כלכליים, מסחריים, ניהוליים או משפטיים; (ג) בתפקיד בכיר בתחום עיסוקיה העיקריים של החברה.

תנאי כשירות ליו"ר ולמנכ"ל: סעיפים 24(ג) ו 37(ג) לחוק: "כשיר להתמנות למנהל כללי/יו"ר בחברה ממשלתית מי שמתקיים בו האמור בסעיף 16א' ובלבד שמתקיימים בו התנאי בפסקה (1) וכן אחד התנאים שבפסקה (2) שאותו סעיף...".

חריג לכלל "ניסיון על חשבון השכלה":

"אולם, במקרים חריגים, ניתן למנות מי שלא מתקיים בו התנאי האמור בפסקה (1) שבאותו סעיף, **אם הוא בעל ניסיון מצטבר של 12 שנים** לפחות בתפקיד או בכהונה כאמור בפסקה (2) שבאותו סעיף, שמתוכן שש שנים לפחות – בגופים בעלי היקף פעילות שאינו נופל מזה של החברה שבה הוא מועמד לכהן, והועדה לבדיקת מינויים אישרה שקיימים נימוקים מיוחדים למינוי כאמור, ולא מתקיים בו האמור בסעיף 17(א) פסקאות (1), (3), (5) ו-(6)".

הוועדה לבדיקת מינויים – סעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות:

קיימות שלוש ועדות לבחינת עניין המינויים:

(1) ועדת טירקל – הוועדה המייעצת למינוי בכירים בשירות המדינה: הוועדה הבכירה אשר עוסקת ב 7 מינויים בלבד, והם: הרמטכ"ל; המפכ"ל; ראש השב"כ; ראש המוסד; נציב בתי הסוהר; נגיד בנק ישראל; והמשנה לנגיד בנק ישראל.

(2) ועדת נציב שירות המדינה: הוועדה עוסקת באישור מינויי מנכ"לי משרדי הממשלה, ובמינויי תפקידים בכירים (הועדה לאנרגיה אטומית, המכון הביולוגי ושגרירים "פוליטיים" – לאותן מדינות אשר בהן נדרש שגריר שהוא גם דיפלומט).

(3) הועדה לבדיקת מינויים על פי חוק החברות הממשלתיות – סעיף 18ב לחוק החברות הממשלתיות: מדובר בוועדה הבודקת מינויי דירקטוריון ומנכ"לי חברות ממשלתיות. את הוועדה ממנה שר האוצר והרכבה נקבע על בסיס סעיף 18ב לחוק החברות הממשלתיות:

- יו"ר: משפטן כשיר להתמנות כשופט מחוזי, נבחר ע"י היועץ המשפטי לממשלה, עובד מדינה או השירות הציבורי, או שופט בדימוס או גמלאי של שירות המדינה;

- נציג הציבור: נבחר על ידי היו"ר, מתוך רשימה שעורכים שרי האוצר והמשפטים של בעלי כשירות להתמנות ליו"ר דירקטוריון;

- נציג רשות החברות הממשלתיות.

הוועדה בוחנת את המועמד למשרה תחת שלושה היבטים:

(1) בדיקת תנאי הכשירות הפורמליים (השכלה אקדמית רלוונטית או מתקדמת; ניסיון עסקי או שניהם) ואי התקיימות תנאי הפסלות;

(2) בדיקת "כישורים מיוחדים" במקרה של זיקה לשר משרי הממשלה – סעיף 18ג: בתיקון החוק משנת 1993, עלתה הדרישה למנוע מינוי אדם בשל זיקה פוליטית/אישית/עסקית לשר הרלוונטי. ולכן נקבע כי קיים צורך בכישורים מיוחדים כדי שאדם יבחר לתפקיד דירקטור, מנכ"ל ויו"ר.

(3) ייעוץ בנושא "התאמתו" של המועמד לתפקיד בהתחשב במאפיינים הקונקרטיים של המועמד לתפקיד בהתחשב במאפיינים הקונקרטיים של המועמד ושל החברה, ובתאם בין שניהם.

בג"ץ 6777/98 שרגא רוזנברג נ' הוועדה לבדיקת מינויים על פי חוק החברות הממשלתיות: בפסק דין זה הדירקטוריון מינה את רוזנברג לתפקיד מנכ"ל והוועדה קבעה כי רוזנברג אדם לא עומד בתנאי הכשירות – לא היה בעל תואר אקדמי ומכך מונה מנכ"ל אחר. רוזנברג טען כי הדירקטוריון מוסמך שלא לקבל את עמדת הוועדה. בית המשפט בפסיקתו קבע כי קיימים שלושה שלבי בדיקה לוועדת, ולכל שלב קיים תוקף אחר: "החוק מבחין היטב בין סמכות הוועדה בשלב הסינון הראשוני של בדיקת הכשירות, לבין שלב המינוי, שבו נבחנת מידת ההתאמה לתפקיד. רק בשלב המינוי, סמכות הוועדה מוגדרת כסמכות לייעץ".

תוקף חוות דעת הוועדה:

**בשלב בדיקת הכשירות בשלב בדיקת ההתאמה**

הוועדה קובעת קביעה מחייבת הוועדה היא גורם מייעץ

**בבחינת "כישורים מיוחדים" במקרה של זיקה לשר**

עמדת הוועדה מחייבת, אך ניתנת לערעור בפני מליאת הממשלה

- בדיקת הכשירות: הוועדה קובעת קביעה מחייבת ודנה בשאלה האם למועמד יש ניסיון ניהולי ותואר אקדמי.

- בדיקת התאמה: הוועדה בוחנת האם המועמד עומד בתנאי הסף ומייעצת לשר בעניין. עמדת הוועדה היא תחת יעוץ ולא חובה. בפועל, היו מעט מקרים בהם לא קיבלת השר את עמדת הוועדה ופעל בניגוד לה (מינוי עמיר פרץ).

- בדיקת כישורים מיוחדים – במקרה של זיקה לשר: הוועדה בוחנת את הקרבה לשר והאם קיימים כישורים מיוחדים למועמד. עמדה מחייבת אך ניתנת לערעור בפני מליאת הממשלה.

סעיף 18 ג' לחוק החברות הממשלתיות, כשירות מיוחדת:

(א) "מצאה הועדה לבדיקת מינויים כי למועמד לכהונת דירקטור, יושב ראש דירקטוריון או מנהל כללי בחברה ממשלתית, יש זיקה אישית, עסקית או פוליטית לשר משרי הממשלה, לא תמליץ על מועמדותו זולת אם מצאה כי יש לו **כישורים מיוחדים** בתחומי פעולתה של החברה או שקיימים לגביו שיקולים של כשירות הנדרשים לפי חוק זה לאותה כהונה".

בג"ץ 932/99 התנועה למען גוף השלטן בישראל נ' יושב ראש הוועדה לבדיקת מינויים כבוד השופט (בדימוס): במקרה של זיקה לשר: "מהי הדרישה "למיוחדות" המוצאת ביטוי בסעיף 18ג(א)? {...} מועמד בעל זיקה לשר כשיר לעבור את תנאי הסף שך "כישורים מיוחדים" או כשירות מיוחדת", רק אם בשל כישוריו המיוחדים משקלה הסגולי של תרומתו לחברה צפויה להיות כה מכרעת, עד כי הדבר מצדיק לקחת את הסיכון הטבוע במינויו בשל קשריו עם שר משרי הממשלה. מכל מקום, וזאת בקשתי להדגיש, אין בקיום קישוים התואמים את תחומי הפעולה בחברה הממשלתית הנדונה, אם כישורים אלה אינם יוצאי דופן, "מיוחדים".".

הנחיית היועמ"ש 6.5000:

(1) מינויים בחברות ממשלתיות ובתאגידים ציבוריים – נושאים המוסדרים בהנחיה:

(1) מינויים שאינם טוענים אישור של הוועדה – עקרונות למינויים שאינם כפופים לבחינת הוועדה; (2) עקרונות יסוד בבחירת מועמדים על ידי השר (בטרם הגשתם לוועדה); (3) תפקידיה של הוועדה וקווים מנחים לפעילותה; (4) נהלי עבודתה של ועדת המינויים, לרבות בדיקת כישוריהם של חברי הוועדה; (5) התמודדות עם סוגיות של ניגוד עניינים או עם מועמדים עם זיקה לשר משרי הממשלה.

(2) קווים מנחים לבחירה על ידי השר:

(1) חובת השר להציע רק מועמדים כשירים למינויי בהתאם לתנאים הקבועים בחוק ובהנחיית היועמ"ש; (2) חובת השר לבחון להשוות מועמדים אחדים למינוי, ולפעול להרחבת מאגר המועמדים הפוטנציאליים, גם מעבר לחוגי מכריו האישיים וחברי מפלגתו; (3) חובת השר לערוך חיפוש אקטיבי של מועמדים ומועמדות לשם הגשמת עקרון "הייצוג ההולם"; (4) חשיבות מינויי עובד מדינה לדירקטור בחברה ממשלתית: "מינויי עובד מדינה, שצבר ניסיון מקצועי [...] חזקה עליו כי הוא מינוי מקצועי מובהק".

מה הן אמות המידה לבחינת "הניסיון"?:

(1) היקף עסקים משמעותי: דומה להיקף החברה שאליה מבקש המועמד להתמנות – הן בהיקף הכספי והן באופי הפעילות.

(2) תחום הניהול העסקי של התאגיד: עיסוק בעריכת דין למשל, לא עונה על קריטריון זה, גם אם מדובר בעורך דין לניהול חברות. כהונה כדירקטור בחברה גם אינה נחשבת לתפקיד בכיר המזכה בניסיון הנדרש.

(3) כהונה ציבורית בכירה: ניסיון בשירות המשפטי בשירות המדינה למשל, אינו מספיק לצורך הכשירות הנדרשת מדירקטור. הוראה במוסדות להשכלה גבוהה אינה מספיקה לעמידה בדרישת הכשירות. מה כן מספק? ניסיון ניהולי בפועל, קצינים בדרגת אל"ם ומעלה (או דרגה מקבילה) נחשבים כבעלי ניסיון ניהולי מספק.

נבחרת הדירקטורים:

נבחרת הדירקטורים היא מאגר של מועמדים לחברות בדירקטוריון של חברות ממשלתיות בישראל. נבחרת זו נוצרה כחלק מהרפורמה ברשות החברות הממשלתיות, במטרה לאתר באופן שוויוני, פומבי ותחרותי – ללא השפעה פוליטית ובצורה מקצועית, מועמדים ראויים לתפקיד זה בחברות הממשלתיות. סינון המועמדים נערך על פי אמות מידה שנקבעו בנוהל מראש והמאגר מאוזן מבחינת מגדר ולאום.

נבחרת זו לא עולה בקנה אחד עם לשון החוק. שהרי, החוק קובע כי שרי הממשלה הם אלו אשר ימנו את הדירקטורים, אך עניין זה הוביל לפוליטיזציה של המשרות ולכן הייתה נדרשת "רפורמה". לאור השינוי, רשות החברות מפרסמת מידי תקופה "קול קורא" להגשת מועמדות ובכפוף לקריטריונים (השכלה וניסיון). מתוך המועמדים אשר נבחרו, השרים בוחרים את מי למנות. כיום 1,000 אנשים עברו את הסינון ונמצאו כמיועדים לתפקיד דירקטור.

תאגידים סטטוטוריים:

סעיף 60א(א): "על אף האמור בסעיף 60, יחולו הוראות סעיפים 16א, 17, 17א, 18א עד 18ג, 24(ג) ו(ד), לעניין מינויים לכהונה בתאגידים שהוקמו בחוק ובגופים אחרים שהוקמו בחיקוק, בשינויים המחוייבים לפי העניין וכמפורט להלן, והכל אם המינוי נעשה בידי שר או בידי הממשלה, או בהמלצתם או באישורם של מי מהם, ובכפוף להוראות החוק או החיקוק שמכוחו מוקם התאגיד או הגוף; נקבע בחוק כי ימונו לתאגידים ולגופים כאמור, נציגים של גופים או ארגונים המנויים באותו חוק, לא יחולו על נציגים אלה הוראות חוק זה".

תאגיד סטטוטורי זהו תאגיד שהוקם עפ"י חוק, כמו ביטוח לאומי, מכון התקנים וכו. יש 50 תאגידים סטטוטוריים.

נציבות שירות המדינה

הנציבות הוקמה מכוח סעיף 6 לחוק שירות המדינה (מינויים): "הממשלה תמנה נציב שירות המדינה, ועל מינויו לא יחול סעיף 19, המחייב מכרז". בראשה עומד נציב המדינה.

לנציבות המדינה קיימות 2 וועדות בהשתתפות הנציב, והן: (1) ועדת נציב שירות למינוי מנכלים; (2) וועדת גולדברג.

תפקידי הנציבות:

(1) אישור המבנה הארגוני במשרדי הממשלה וביחידות הסמך; (2) אישור התקנים בשירות המדינה; (3) קביעת מסלולי קידום לתפקידים שונים בשירות; (4) קליטה ומינוי עובדים; (5) הכשרה והדרכת עובדים לשיפור רמת השכלתם והמיומנות המקצועית; (6) טיפול בתחום הרווחה של עובדי מדינה; (7) טיפול במשמעת ואכיפתה בשירות המדינה; (7) קידום מעמד האישה בשירות המדינה; (8) גיבוש מדיניות תנאי שירות וטיפול בפניות עובדים; (9) מתן ייצוג הולם לקבוצות מיוחדות על פי חוק המינויים; (10) וטיפול בפרישת עובדים לגמלאות.

סמכויות הנציבות:

(1) לאשר את חלוקת תפקידים וסמכויות בין היחידות המנהליות ובתוכן; (2) לעודד הקמת שירותי רווחה לעובדים ולייצג את הממשלה בפיקוח עליהם; (4) לתאם את תנאי העבודה עם הרשויות המקומיות, ועם מוסדות ציבור ועוד; (5) להנהיג תקנונים מנהליים למוסדות ממשלה; (6) לדאוג לחקיקה בתחום ניהול חבר העובדים.

תקנון שירות המדינה (תקשי"ר):

תקנון שירות המדינה מהווה אוסף של כל הכללים המנחים את העובדים בשירות המדינה, וביניהם חוק, חקיקת משנה, הוראות ביצוע מנהליות ועוד. תקנון זה חל על כל העובדים בשירות המדינה – קבועים, זמניים, בניסיון, על בסיס חוזה מיוחד ועוד.

התקנון מורכב מ 4 סוגי הוראות:

א'. הוראות שנקבעו בחוק, בחקיקת משנה, או בהוראות ביצוע מנהליות על פי החוק או מכוחו ולרבות החלטות ממשלה.

ב'. הוראות שנקבעו בהסכמי עבודה עם הארגונים היציגים של עובדי המדינה לסוגיהם.

ג'. הוראות מנהליות שונות שנקבעו על ידי הממשלה, נציבות שירות המדינה ויחידות מטה מרכזיות אחרות – כגון: משרד האוצר ומשרד המשפטים – שאינן קובעות זכויות וחובות של עובדים.

ד'. הוראות שעניינן זכויות וחובות של עובדים שנקבעו על ידי הממשלה, נציבות שירות המדינה, משרד האוצר והנחיות היועמ"ש.

סעיף 1.11 0 מי הוא עובד ומה הוא שירות?:

- **עובד**: אדם המועסק על ידי המדינה בתור עובד.

- **שירות**: שירות המדינה, למעט שירות בתור עובד ארעי, אלא אם נקבע אחרת.

בית המשפט הרחיב במידה מה את הגזרה זו וקבע כי עובד מדינה יהיה אדם אשר נותן שירות נלווה במקום בו עובדים עובדי מדינה.

על עובדי מדינה חלים 3 דינים:

**(1) הדין הפלילי:** לפי חוק העונשין, סעיף 34 – קיימים 11 "עובדים" אשר ייחשבו לעובדי מדינה, ובהם: חייל לפי חוק השיפוט הצבאי; עובד רשות מקומית/רשות חינוך מקומית; עובד מועצה דתית; עובד ביטוח לאומי; עובד בנק ישראל; עובד ההסתגרות הציונית העולמית; עובד לשכת שירות התעסוקה; עובד מפעל, מוסד, קרן או גוף אחר שהממשלה משתתפת בהנהלתם; נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק; דירקטור מטעם המדינה בחברה ממשלתית.

כך נראה כי בחוק העונשין עוד קיימות עבירות אשר חלות רק על עובדי ציבור (והחמרות לעובדי ציבור בעבירות מסויימות) – למשל: סעיף 284 לחוק העונשין: "עובד הציבור העושה במילוי תפקידו מעשה מרמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור, אף אם לא היה במעשה משום עבירה אילו נעשה כנגד יחיד, דינו – מאסר שלוש שנים".

**(2) דין משמעתי:** סעיף 1 לחוק שירות המדינה (משמעת) – "עובד מדינה – מי שנתמנה לשירות המדינה לפי חוק המינויים, לרבות עובד על פי חוזה מיוחד כאמור בסעיף 40 לחוק המינויים".

**תכלית השיפוט המשמעתי הסטטוטורי:** שמירה על רמת התנהגות אתית גבוה. הגנה על הציבור פני שימוש לרעה בתפקיד או מניצול שלילי של סמכות. ושמירה על מראיתה ותדמיתה של הרשות הציבורית.

סעיף 17 לחוק שירות המדינה (משמעת): "עובד מדינה שעשה בישראל או בחוץ לארץ אחת מאלה אשם בעבירת משמעת: (1) עשה מעשה, או התנהג, באופן שפגע במשמעת שירות המדינה; (2) לא קיים את המוטל עליו כעובד המדינה על פי נוהג, חוק או תקנה, או הוראה כללית או מיוחדת שניתנו לו כדין, או התרשל בקיום המוטל עליו כאמור; (3) התנהג התנהגות שאינה הולמת את תפקידו כעובד המדינה או התנהג התנהגות העלולה לפגוע בתדמיתו או בשמו הטוב של דירות המדינה; (4) התנהג התנהגות בלתי הולמת במילוי תפקידו או בקשר איתו; (5) השיג את מינויו בשירות המדינה במסירת ידיעה כוזבת או בהשלמת עובדה הנודעת לעניין, או בשימוש באיומים או בכוח או באמצעים פסולים אחרים; (6) הורשע על עבירה שיש עמה קלון".

סעיף 18 לחוק שירות המדינה (משמעת): "עובד המדינה שהיה שותף לעבירת משמעת, באופן שהיה עושה אותו אחראי בפלילים לפי פרק ה' לפקודת החור הפלילי, 1936, אילו היתה העבירה עוון או פשע – אשם אף הוא בעבירת משמעת".

סעיף 61 לחוק שירות המדינה (משמעת): "אחריותו של עובד המדינה לפי חוק זה בשל עבירת משמעת פלונית אינה נובעת מאחריותו הפלילית בשל אותו מעשה או מחדל ומותר לנקוט נגדו אמצעי משמעת לפי חוק זה אף אם נענש או זוכה על אותו מעשה או מחדל בבית המשפט".

**ענישה וסעדים: אמצעי משמעת על פי בית הדין:**

(1) סעיף 34 לחוק שירות המדינה (משמעת): "בית הדין מוסמך להחליט על אחד או אחדים מאמצעי משמעת: (1) התראה; (2) נזיפה; (3) נזיפה חמורה; (4) הורדה בדרגה או הקפאתה, ובמדיה ולתקופה שיקבע"; (5) הקפאת משכורתו [..]; (6) העברתו [..] למשרה אחרת או מקום עבודה אחר; (7) פסילה [..] למינוי תפקידים מסויימים; (8) פיטורים בתשלום פיצויי פיטורים כולם או מקצתם, או ללא תשלום פיצויי פיטורים; (9) פסילה [..] למילוי תפקידים מסויימים לצמיתות; (10) פסילה [..] לשירות המדינה לצמיתות; (11) בצירוף לאמצעי משמעת אחר – פרסום החלטת בית הדין, כולה או מקצתה, באופן שיקבע בית הדין".

(2) סעיף 35 לחוק שירות המדינה (משמעת): "רשאי בית הדין להורות, לאחר ששמע את טענות בעלי הדין לעניין זה כי על הנאשם להחזיר למעסיקו את מה שהשיג על ידי מעשיו נושא התובענה, או את תמורתם, ושהמעסיק זכאי לה".

בג"ץ צימוקין: במקרה זה מדובר בעובד מדינה אשר לאחר פסיקת בית המשפט המחוזי בעניינו (טענות לשוחד), הוחלט להגיש נגדו תביעה משמעתית. אותו אדם טען כי כבר נעשה מעשה בית דין בבית המשפט המחוזי, וכעת לא ניתן לדון בכך בשנית. בית המשפט פסק כי לפי חוק המשמעת קיימת אחריות על עובד מדינה בנוסף לאחריות הפלילית של העובד על אותו המעשה ולא במקום. ובכך, ניתן לנקוט באמצעי משמעת גם אם נענש או זוכה בבית המשפט בגין אותה העבירה. השופט זוסמן: בית הדין המשמעתי הוא לא בית משפט, אלא מדובר בגוף מנהלי והתנהלותו לא עומדת בסתירה להתנהלות הדיון הפלילי בבית המשפט. השופט לנדוי: בית הדין המשמעתי נכנס תחת חוזה העבודה בין המדינה לעובד – עבירת המשמעת היא מעין הפרת חוזה. ולעניין טענת מעשה בית דין – הראיות בהליך הפלילי והראיות בהליך המשמעתי אינן זהות.

**(3) מתנות – חוק שירות הציבור מתנות:**

הגדרת מי הוא עובד הציבור: סעיף 1 לחוק שירות הציבור (מתנות): "עובד הציבור – נושא משרה או תפקיד מטעם המדינה, לרבות חייל כמשמעותו בחוק השיפוט הצבאי".

הגדרת מה היא מתנה:

- סעיף 1 לחוק שירות הציבור (מתנות): "מתנה – הקניית נכס שלא בתמורה או מתן שירות או טובת הנאה אחרת שלא בתמורה.

סעיף 2(א) לחוק שירות הציבור (מתנות): "ניתנה לעובד הציבור באשר הוא עובד הציבור מתנה – בין בישראל ובין בחוץ לארץ, בין שניתנה לו עצמו ובין שניתנה לבן זוגו החי עמו או לילדו הסמוך על שולחנו – ועובד הציבור לא סירב לקבלה ולא החזיקה לנותנה לאלתר, תקום המתנה לקניין המדינה; ובמתנה שאין בה קנין חייב עובד הציבור לשלם לאוצר המדינה את שוויה".

סעיף 2(א1) לחוק שירות הציבור (מתנות): "עובד הציבור רשאי לבקש היתר להקנות לו מתנה שקיבל, ואולם לא יינתן היתר להקניית מתנה למקבלה, לפי סעיף קטן זה, אם יש למתנה ערך בעבור המתנה מלבד ערכה הכלכלי, או אם יש בהקנייתה לעובד הציבור משום חשש לפגיעה בטוהר המידות; קבלת היתר לפי סעיף קטן זה מותנית בתשלום לאוצר המדינה, והכל בדרך, במועד וכפי שיקבע שר המשפטים".

סעיף 2(ב) לחוק שירות הציבור (מתנות): "סעיף קטן (א) לא יחול על – (1) מתנה קטנת ערך וסבירה שניתנה לפי הנהוג בנסיבות העניין; (2) מתנה מחבריו לעבודה, לשירות או לתפקיד של עובד הציבור; (3) פרס שהוענק לעובד הציבור על הישגיו מאוצר המדינה אם ניתן להענקתו בפומבי בדרך שנקבעה בתקנות".

בג"ץ מאיר סויסא נ' היועמ"ש: "אכן, תכליתו של חוק המתנות **היא להבטיח טוהר מידות בשירות הציבור.** הוא נועד לחזק את אמון הציבור ברשויות השלטון. הוא מכוון למנוע תחושה בציבור שעובד הציבור מקבל את שאינו "מגיע לו". **הוא בא להקדים תקופה למכה ולשלול רינונים כי המתנה נועדה להשפיע על שיקול דעתו של עובד הציבור, ושהיא באה לא רק באשר הוא עובד ציבור אלא בעד פעולה הקשורה בתפקידו".**

פלוני נ' נציב שירות המדינה: "ויוער, כי הנאשם בשל קבלתם של טובת הנאה כאמור, לרבות הזמנות קבלנים לחתונת בנו וקבלת מתנות כסף, בהם היה עלול להימצא לפחות במצב פוטנציאלי של ניגוד עניינים, בשעה שיידרש להחליט אם להתקשר פעם נוספת עם אות וקבלן, דרכי הפיקוח על ביצוע עבודותיו, או סך התמורה בעבורן. גם אם בפועל אין טענה לתביעה כי, בשל אותו סל המצטבר של טובות ההנאה נפגם בשיקום דעתו, ואולם לא בכדי שנפתחה נגדו חקירה פלילית, שלא הצמיחה כתב אישום אלא את ההליך שבפנינו".

**אמון הציבור: הנחית היועץ המשפטי לממשלה:**

"ככלל, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי העקרונות שנקבעו ביחס לנבחרי ציבור ברשויות מקומיות וביחס לחברי כנסת יפים, בשינויים המחוייבים, גם בנוגע לכלל עובדי הציבור. פירוש הדבר הוא כי, ככלל, בגדר האיסור החל על עובדי ציבור לקבל טובת הנאה, באשר הם עובדי ציבור, אסור להם גם לקבל כרטיסים או ההזמנות למופעים ואירועים כאמור, בין בלא תשלום ובין בעבור תשלום של תמורה מופחתת. במילים אחרות: "הכלל הוא כי עובד ציבור אינו רשאי להשתתף בלא תשלום, או בעבור תמורה מופחתת, באירוע שהכניסה אליו מותנית בתשלום".

בג"ץ יואל אייזנברג נגד שר הבינוי והשיכון: "אמון הציבור ברשויות השלטון הוא מנכסיה החשובים של הרשות השלטונית, ושל המדינה. כאשר הציבור מאבד את אמונו ברשויות השלטון, הוא מאבד את אמונו באמנה החברתית המשומשת ביחס לחיים משותפים. יש ליתן משקל נכבד לשיקולים הבאים לקיים, לשמר ולפתח את תחושת הציבור, כי משרתיו אינם אדוניו, וכי הם עושים את מלאכתם למען הציבור, מתוך יושר וניקיון כפיים. אכן טוהר השירות והשורות עומד בבסיס השירות הציבורי ובבסיס המבנה החברתי שלנו".

אמון הציבור הוא אחד הנושאים החשובים ביותר בנוגע לעובדי מדינה. עניין זה כה מרכזי, מפני שמהרגע שבו הציבור מתחיל לחשוב כי הפקיד מקבל החלטות ומכריע בסוגיות "בעייתיות", הציבור רואה בו כמושחת וכך כל המערכת נפרמת.

"בג"ץ גנוסר": בפרשת קו 300 השב"כ הוציא להורג מספר מחבלים ולאחר מכן אותם "חיילי שב"כ" הועמדו לדין על מעשיהם. לאחר מספר שנים, ראש הממשלה לשעבר אריאל שרון, רצה למנות את אחד "החיילים" מהפרשה (יוסי גנוסר), שהיה בעברו בכיר בשב"כ, למנכל משרד הבינוי והשיכון. על החלטה זו הוגשה עתירה אל בג"ץ מהטענה כי לא ניתן למנות לתפקיד בכיר אדם שהועמד לדין על ביצוע עבירות מסוג זה. טענת הפרקליטות הייתה גנוסר קיבל חנינה ולכן אין זה נחשב. בית המשפט פסק כי בחינת המינוי לא דורשת הרשעה, אלא בחינה באמצעות כללים מנהליים – בחינת מעשי האדם, חומרת המעשים, האם קיימת סמכות לבטל את המינוי והאם מי שמינה חרג משיקולי הסבירות.

בספקי דין נוספים התווספו עוד מבחנים: כמו לאיזה תפקיד מונה, עד כמה מדובר בתפקיד משמעותי וחלוף הזמן.

**כללי האתיקה לעובדי המדינה:**

**כלל 1.02:** "עובד המדינה ינהג בדרך ההולמת את מעמדו, תפקידו וחובותיו כעובד המדינה. הוראה זו חלה אף על ההתנהגות שאינה קשורה בתפקידו".

**כלל 11.01:** "לא יקבל עובד המדינה טובת הנאה לא מעובד מדינה אחר ולא מאדם מקרב הציבור, אלא על פי התנאים שנקבעו לך בחוק ובתקשי"ר".

טליה וינשטיין נגד משינת ישראל שירות התעסוקה: "אוסיף כי ככלי האתיקה לעובדי המדינה מ 1987 בהם עסקינן מגבשים, והופכים לנורמה כתובה, דברים המובנים למדי מאליהם; "מאחד שהלכות שנפסקו בבתי המשפט והשגות של מבקרי המדינה נכללו בכללים אלה, אין עוד מן הצורך לברר באיזו מידה היו מחייבים את עובדי המדיה בלאו הכי" [..] כללים אלה, גם אם לא קיבלו קודיפיקציה בגדרי חוק שירות המדינה (משמעת) [..] הריהם בודאי בסיס לקביעת התנהגות הולמת או שאינה הולמת על פי ידן, ומתוך הבנה היא כי הנושא, גם אם לא הובא בפלילים, אינו עניין אסתטי-אתי בלבד, אלא גם מהווה עבירת משמעת".

**כללי האתיקה לנבחרי הציבור:**

כללי האתיקה חלים גם על נבחרי הציבור, כאשר נבחר ציבור שלא עמד בהם, יישפט תחת הדין המשמעתי בגין התנהגות בלתי הולמת. על מנת להחיל את כללים אלו גם על נבחרי הציבור, הוקמו במהלך השנים 2 וועדות הדנות בעניין:

(1) וועדת אשר: דנה בשכר השרים ובגיבוש כללי האתיקה לחברי הממשלה.

(2) וועדת שמגר (2006): וועדה זו בראשות הנשיא (בדימוס) שמגר, ייצרה המלצות רבות להחלת הכללים. (המלצות אלו לבסוף לא התקבלו).

(3) וועדת נאמן (2011): וועדה זו החילה את כללי האתיקה לנבחרי הציבור, אך בצורה "רכה יותר" מהוועדות הקודמות. גם המלצות וועדה זו לא התקבלו לבסוף.

**חוק שירות הציבור (הגבלות לאחר פרישה):**

חוק זה נועד למנוע את אותם המצבים בהם עובד הציבור במסגרת תפקידו נותן הטבות לגורמים הנמצאים תחת סמכותו המקצועית, מתוך הרצון שבסיום התפקיד הציבורי, אותם גורמים יציעו לו הצעת עבודה.

**סעיף 2 לחוק:** "מי שטיפל, אגב מילוי תפקידו בשירות הציבור, בענין פלוני של אדם פלוני, לא ייצג אחרי פרישתו מהשירות את האדם באותו ענין כלפי המוסד של שירות הציבור שבו שירת".

**סעיף 3 לחוק:** "מי שפרש משירות הציבור [..] לא ייצג אדם לפני עובד בשירות הציבור שהיה כפוף לו ערב פרישתו, ולא יבקש ממנו להעניק זכות לו עצמו ולצורך עסקו, בין בהסכם ובין כמעשה של רשות, כשההענקה מסורה לשיקול דעתו של אותו עובד; והוא, כל עוד לא עברה שנה אחת מהיום שבו פסקו יחסי הכפיפות".

**סעיף 4(א) לחוק:** "מי שפרשת משירות הציבור ובתפקידו בשירות הציבור היה מוסמך להחליט על פי שיקול דעתו על הענקת זכות לאחר, או להמליץ על הענקת זכות כאמור, או שהיה ממונה על עובד אחר בשירות הציבור המוסמך כאמור, לא יקבל זכות מאדם שנזקק במהלך עסקיו להחלטתו בתחום הסמכות האמורה".

**סעיף 4(ג) לחוק:** "סעיף זה לא יחול בכל אחד מהמקרים האלה: (1) עברה שנה מיום פרישתו של העובד; (2) הוועדה שהוקמה לפי סעיף 11 אישרה שעברו שנתיים מיום גמר טיפולו של העובד בהחלטה או בהמלצה; (3) ניתן היתר לפי חוק זה לקבלתה של הזכות".

יצחק זמיר, הסמכות המנהלית, כרך א': "הטעם שביסוד חוק זה הוא, בראש ובראשונה, השמירה על טוהר המידות בשירות הציבורי. מכאן נגזרים טעמים נוספים, ובעיקר שמירה על המון הציבור בשירות הציבורי וכן הניהול התקין והיעיל של השירות. באופן מיוחד, ההגבלות נועדו למנוע שתי תופעות שליליות ראשית, הן נועדו למנוע מצב שבו איש ציבור מתכנן, לקראת פרישתו משירות הציבור, להתקשר מיד לאחר הפרישה, כעובד שכיר או כנותן שירות, עם גוף עסקי שבו הוא מטפל במסגרת התפקיד הציבורי שלו, והקשר העמי עם גוף זה עשוי להשפיע עליו במילוי תפקידו, כגון במסגרת הטיפול בבקשה למתן רישיון או תמיכה לאותו גוף. שנית ההגבלות נועדו למנוע מצב שבו מי שהיה איש ציבור, מנצל לאחר פרישתו משירות הציבור את המעמד והקשרים שנוצרו בתקופת כהונתו בשירות כדי לקדם עניינים אישיים או עסקיים".

בקשה לקבלת היתר לאחר שנה מהפרישה: לאחר שנה ניתן לבקש בקשה לקבלת היתר, הרעיון מאחורי זה הוא השמירה על אמון הציבור ועל שקיפות מתן ההיתרים.

**חוק שירות המדינה (סיוג פעילות מפלגתית ומגבית כספים):**

עוסק בפעילויות מפלגתיות של עובדי המדינה:

סעיף 1 לחוק: "הממשלה תקבע, בהתייעצות עם רעדת העבודה של הכנסת ובהודעה שתפורסם ברשומות, סוגים של עובדים בשירות המדינה או נושאי משרות בשירות המדינה, שעליהם יחולו איסורים אלה, דרך כלל או לתקופה שתקבע: (1) להיות חברים בהגרלה הפעילה של המפלגה או של גוף מדיני; (2) לארגן אסיפה פומבית בעלת אופי מדיני, לשבת בשולחן הנשיאות של אסיפה כאמור ולנאום בה; (3) להשתתף בהפגנה או בתהלוכה בעלות אופי מדיני; (4) להשתתף בתעמולה פומבית, בכתב או בעל פה, לבחירות לכנסת, או למועצה של רשות מקומית, או לבחירות שעליהן חל חוק הבחירות לגופים ציבוריים; (5) לבקר את המדיניות של משרדיהם, של משרדים אחרים או של הממשלה, במסיבת עיתונאים, בראיון עיתונאי, בנאום במקום פומבי, בשיעור, בעיתון או בספר".

סעיף 3ב לחוק: "עובד המדינה לא יעסוק בפעילות מפלגתית בתחומם של נכסי הציבור כאמור בסעיף 2 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), תשי"ט-1959; הוראה זו לא תחול על פעילות מינהלית של מנהל לשכה, מזכיר, יועץ, עוזר או דובר של שר או של סגן שר, והכל כשהיא נעשית כסיוע לשר או לסגן השר".

ח"כ יאיר צבן נגד השר לענייני דתות: "חוק שירות המדינה (סיוג פעילות מפלגתית ומגבית כספים) אינו כולל רשימה סגורה, לא לעניין אלה שעליהם הוא חל ולא לעניין אלה שעליהם הוא אינו חל. המחוקק ביקש לקבוע הסדרים מיוחדים בנושאים מספר, הנוגעים לפעילות מפלגתית, ואין בחקיקה זו כל היתר לפעילות פוליטית או אחרת. פעילות שאינה נתפסת בהוראות החוק תיבחן לגופה, על-פי המערכת הנורמאטיבית החלה עליה. הימצאותה מחוץ לחוק השירות אין משמעותה הימצאותה מחוץ לכל חוק, ומלשון האיסור של החוק אין ללמוד היתר לגבי כל עניין ודבר המצוי מחוצה לו".

תאגידים ציבוריים

קיימים 2 סוגים של תאגידים ציבוריים הפועלים מכוח חוק:

(1) גופים ציבוריים מובהקים: הממשלה, רשויות מקומיות

(2) תאגדים ציבוריים: (א) תאגידים סטטוטוריים; (ב) חברות ממשלתיות; (ג) תאגידים עירוניים.

**חוק החברות הממשלתיות:**

בישראל קיימות כ100 חברות ממשלתיות השולטות על חלק ניכר ומהותי מהשוק. במהלך השנים, ולאור מגמת ההפרטה, חלק מחברות אלו הפכו "לחברות רגילות", ודוגמה לכך היא אל-על. בשנת 19651959 יצא דו"ח מבקר המדינה לבחינת הפיקוח על חברות מסוג זה. ובעקבותיו יצאו 2 דוחות: הראשון הוא דו"ח הועדה בדבר ניהול הפעלים העסקיים של המדינה (וועדת מוזס) (1965) אשר לא יושם בפועל. השני הוא דו"ח הועדה להכנתה של הצעת חוק החברות הממשלתיות (1970). בעקבות דו"ח זה בשנת 1993 עלתה הצעת חוק החברות הממשלתיות, ובשנת 1975 אושרה הצעת החוק במליאה.

החברות הממשלתיות נועדו לבצע פעולות עבור הממשלה או פעולות שהממשלה בדרך כלל עושה אותן אבל עם הזמן ישנה הבנה שהממשלה באופן שהיא מתנהלת יש קשיים משום שהם פועלים לא כמו גוף עסקי או שאין את היכולת להתעסק במשאב והשירותים שהמדינה מספקת, ולכן המדינה מעבירה את "המושכות" ומקימה חברה שתתעסק בזה במקומה. כך למשל בעבר הייתה רשות הנמלים והרכבות שהייתה רשות ממשלתית, שהופרטה לחברה ממשלתית.

**אז בעצם, מה היא חברה ממשלתית?:**

סעיף 1 לחוק החברות הממשלתיות:

"חברה ממשלתית": חברה שיותר ממחצית כוח ההצבעה באספותיה הכלליות או הזכות למנות יותר ממחצית מספר הדירקטורים שלה הם בידי המדינה או בידי המדינה יחד עם חברה ממשלתית או חברת בת ממשלתית;

"חברת בת ממשלתית": חברה שיותר ממחצית כוח ההצבעה באספותיה הכלליות או הזכות למנות יותר ממחצית מספר הדירקטורים שלה הם בידי חברה ממשלתית, בידי חברת בת ממשלתית או בידי חברה ממשלתית יחד עם חברת בת ממשלתית".

**מאפייני החברה הממשלתית:**

מאפיינים פרטיים: לא הוקמה בחוק; אישיות משפטית נפרדת במשפט הפרטי; לא מדובר ברשות; שיקולים עסקיים לניהול ולמטרות רווח.

מאפיינים ציבוריים: בבעלות המדינה; בדרך כלל מסקת שירות חיוני לציבור או עוסקת בתחומים ציבוריים; לעיתים בעלת זיכיון/מונופול1 הממשלה רשאית לקבוע לחברה קווים מנחים.

**קווי הפעולה של חברה ממשלתית:**

סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות:

"(א) חברה ממשלתית תפעל לפי השיקולים העסקיים שעל פיהם נוהגת לפעול חברה לא-ממשלתית, זולת אם קבעה לה הממשלה, באישור הועדה, שיקולי פעולה אחרים; הוראה זו לא תחול על חברה ממשלתית שמסמכי היסוד שלה אוסרים חלוקת רווחים.

(ב) בחברה ממשלתית שאחת ממטרותיה היא לספק לציבור מצרכים או שירותים שלא על מנת להפיק רווחים, רשאית הממשלה להחליט שתפעל בהשגת מטרה זו לפי הכללים המחייבים אדם הממלא תפקיד ציבורי על פי דין".

סעיף 11(א) לחוק: "תכלית חברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין השאר את ענייניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור; כמו כן רשאית חברה לתרום סכום סביר למטרה ראויה, אף אם התרומה אינה במסגרת שיקולים עסקיים כאמור, אם נקבעה לכך הוראה בתקנון; (ב) הוראות סעיף קטן (א) לא תחול על חברה לתועלת הציבור".

**גופים דו מהותיים:**

מדובר בגופים כמו חברת החשמל ורכבת ישראל – מצב אחד הם גופים מדיניים המספקים משאב ושירות לחברה כולה. אך מנגד מדובר בחברה פרטית. בגלל שמדובר בחברה משולבת, נצפה כי היא לא תהא כפופה רק לדינים האזרחיים אלא גם לדינים המנהליים ובכך שיקולים ציבוריים כמו שוויון והוגנות.

בג"ץ מיקרו דף נגד חברת החשמל לישראל: "לפי תפיסתי שלי, חברת החשמל כמוה כרשות הציבור. על כן עליה לפעול בהגינות ובסבירות, מתוך שוויון וללא הפליה. מי שקיבל זיכיון מהציבור, צריך להתנהג כלפי הציבור באופן המצדיק הענקת זיכיון זו. אין בעל הזיכיון עושה בו כבתוך שלו. הוא עושה למען הציבור, ועל כן הוא חב לו חובות מהמשפט הציבורי".

חברת קדישא נגד ליונל אריה: "התפקיד המבוצע על ידי המערערת הוא תפקיד שהוא בעיקרו ציבורי, הן מהבחינה הפורמאלית והן מן הבחינה המהותית: חוק שירותי הדת היהודיים [..] ותקנות שירותי הדת היהודיים (חברות לענייני קבורה [..] קובעים לגבי חברות קדישא לא רק הוראות רישוי גרידא; החיקוקים הללו משקפים גם את מעמדן המהותי המוכר של החברות במסגרת שירותי הדת הציבוריים החיוניים ובביצוע פונקציה חברתית שאין בלעדיה. יפים לכאן, בשינויים המחויבים, דברי השופט ברק בבג"ץ 731/86 [..] "הצטברו בה מספר תכונות, המשוות אותה, לעניין הדין החל על פעולותיה, לתאגידים הסטטוטוריים. תכונות אלה הן בעיקר: קיומן של סמכויות שלטוניות, הענקת זיכיון בלעדי מהמדינה והשליטה על אמצעי (ייצור) חיוני". [..] החברה קדישא אינה פועלת למטרות רווח אלא למען קיום מצווה או חובה ציבורית, הכל לפי תפיסתו של כל פרט וחיוניותה המפליגה היא המקנה לה את דמותה וזאת מהותה הציבורית [..]. החברה לענייני קבורה שקיבלה רישיון כאמור רשאית לעשות על פעולה סבירה הדרושה למען קבורת נפטר יהודי; ורשויות המדינה והרשויות המקומיות חייבות להושיט לה כל עזרה הדרושה לכך". בכך יש כדי להעניק סמכות סטטוטורית (לעשות כל פעולה סבירה") לחברה קדישא. בהפעלתה של סמכות זו וכן בתפקידיה האחרים מוטל עליה פיקוח של [..]. החברה קדישא היא דו מהותי. שתי מהויות, מינהלית ופרטית, משמשות בה כאחד, ומדרכו של עולם יש שמתוך כך משמעות בה שתי מהויות אלה בערבוביה".

און נגד מפעלי הבורסה ליהלומים: "לאחר מכן התפשטה הדואליות הנורמאטיבית לעבר גופים של המינהל הציבורי כאשר הם פועלים במתכונת של גופים פרטיים, כמו חברות ממשלתיות. חברה ממשלתית שוכנת על קו הגבול שבין גופים ציבוריים לבין גופים פרטיים. מצד אחד היא חברה, שאף כי היא מוקמת לפי חוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, הרי היא פועלת בעיקר לפי פקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983, ויתר הכללים של המשפט הפרטי. אך מצד שני היא נשלטת, באופן מלא או באופן חלקי, על-ידי הממשלה. מכאן שהיא משמשת חלק מן המינהל הציבורי, והיא עשויה לשמש גם מכשיר בידי המינהל הציבורי להשגת מטרותיו. יש חברות ממשלתיות שהצד הציבורי בולט בהן לא פחות מן הצד הפרטי [..] לאחרונה עשתה הדואליות הנורמאטיבית צעד נוסף, גדול וחשוב. היא פרצה מן התחום של המינהל הציבורי אל התחום של המיגזר הפרטי. בית המשפט פסק שהיא עשויה לחול גם על גוף פרטי שלא הוקם על-ידי חוק, שאין לו סמכויות מכוח חוק ושאינו משתייך, להלכה או למעשה, למינהל הציבורי. כזאת היא, לדוגמה, עמותה העוסקת בקבורה. מצד אחד, עמותה כזאת היא גוף של המשפט הפרטי, כמו אגודת ספורט או ארגון צדקה. אך מן הצד השני, כפי שבית המשפט פסק, יש לה גם מהות של גוף ציבורי. ראו פרשת קסטנבאום [..]".

אברמוביץ נגד ראש הממשלה: "חב' הרובע כגוף דו-מהותי כפופה, אפוא, לתחולה משולבת של המשפט הציבורי והמשפט הפרטי. היא פועלת ב"אזור הדמדומים" שבין המשפט הפרטי והציבורי, במצב של "דו קיום בין שני תחומי משפט אלה", כלשונו של השופט זמיר בע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ (פ"ד מט(3) 196, 205 (1995), להלן: פרשת און). חברה זו שוכנת על קו הגבול שבין הגופים הציבוריים לגופים הפרטיים. היא פועלת על-פי דיני התאגידים וחוק החברות הממשלתיות, מצד אחד, ונשלטת על-ידי הממשלה, ומהווה חלק מהמינהל הציבורי, מצד שני (פרשת קסטנבאום, בעמ' 492). היא ניצבת במוקד של כוחות הפועלים מכיוונים נוגדים: מצד אחד, קרבתה הגדולה, במהותה, לרשות מינהלית הפועלת להשגת מטרות ציבוריות מביאה עימה החלה גוברת של כללי המשפט הציבורי על פעולותיה. מצד שני, אופן הקמתה וכוחות שניתנו לה יונקים מתחום המשפט הפרטי, ואכן, יש "להישמר שלא יוטלו על הגוף המהותי, שהוא ביסודו גוף פרטי, כבלים של המשפט הציבורי שיכבידו עליו ללא הצדקה לפעול באופן יעיל למילוי תפקידיו ולהשגת מטרותיו" (פרשת און, בעמ' 208 (השופט זמיר)). היותה של חב' הרובע גוף דו-מהותי במשפט, אשר חלים עליו במשולב עקרונות המשפט הציבורי והפרטי כאחד, כופפת אותה לביקורת שיפוטית של בית המשפט הגבוה לצדק, במסגרת סמכויותיו לבקר את פעולות המינהל הציבורי. הדואליות הנורמטיבית החלה על החברה מקרינה גם על אופי הביקורת השיפוטית החלה על העסקאות נשוא פרשה זו. הקצאת הקרקעות של בית רוטשילד והאכסנייה הגרמנית לגורמים פרטיים חשופה, מצד אחד, למבחן עקרונות המשפט המינהלי. מנגד, משעסקאות אלה בוצעו במישור המשפט הפרטי, חלים עליהן דיני החוזים, ובכללם התרופות הנתונות במישור דינים אלה".

**בעיית הנציג בחברה ממשלתית**

תמונה שמכילה טקסט, גופן, צילום מסך, קו

התיאור נוצר באופן אוטומטיבחברה ממשלתית "בעיית נציג" מיוחדת לעומת חברה פרטית רגילה. הבעלות בחברה היא ממשלתית, הנכסים של החברה הם נכסי הציבור, אבל הכו חשל בעלי המניות מפוצל בין גורמים רבים בממשלה (שרים; משרדי הממשלה; דירקטורים). כך המדינה לא יודעת ולא יכולה להפעיל כוח שליטה כמו הכוח שיש לבעל השליטה בחברה פרטית. הפתרון לכך יצא מתוך חוק החברות הממשלתיות המסדיר את האופן בו הממשלה פועלת כבעלת מניות ותורם לציות תאגידי מוגבר.

בחברה ממשלתית המצב שונה. בעל השליטה בחברות ממשלתיות היא בעצם הממשלה. אך הממשלה היא גוף אמורפי- היא אומנם מורכבת משרים, אך השרים הם לא אלה שנותנים הוראות לחברות, ובשונה מחברה רגילה בה יש בעל מניות שממנה את הדירקטוריון, כאן אין בדיוק גוף שעומד ורוחו שוהה על החברה. לבעיה הזאת קוראים בעיית הנציג. שלעומת חברה רגילה, אין בעלים אחד, שכן הבעלות היא ממשלתית, ואין בעל בית אחד. בארצות הברית יש תופעה של חברות הפועלות ללא בעל שליטה, נפוץ יותר בחברות ציבוריות. אתה בעל המניות הכי גדול ולפעמים אתה לא שולט כי אין בעל מניות חזק. בישראל התופעה מתרחבת- למשל בנק לאומי זה בנק ללא בעל שליטה. ולמעשה במקרים כאלה הכוח עובר לידי ההנהלה. במקרה כזה הכוח של המנכ"ל הוא כוח לא קטן פחות מאשר המניות.

**בעיית הנציג**

ברב החברות הציבוריות יש גורם בעל שליטה, שממנה את הדירקטורים. למרות שהם חייבים לפעול לטובת החברה ועפ"י ש"ד עצמאי, ייתכן ולא כך יעשו משום ש-

1. בעל השליטה יכול למנות את עצמו כדירקטור וכיו"ר הדירקטוריון.
2. דירקטור מושפע מבעל השליטה (יכול לפטרו).

**כללי הממשל התאגידי**- יש הבחנה בין תפקידי הדירקטוריון שהם לקבוע מדיניות ולפקח על ההנהלה, לבין תפקידי ההנהלה המבצעת את הניהול השוטף.

בחברות ממשלתיות, השרים ממנים את הדירקטוריון, ומרגע מינויים אין להם קשר לשרים ופועלים לטובת החברה עפ"י ראות עיניהם.

**בעיית הנציג בחברות ממשלתיות**-

* נכסי החברה הם נכסי ציבור, אך הכח של בעלי המניות מפוצל בין גורמי ממשלה רבים (שרים, משרדי ממשלה, דירקטורים).
* המדינה לא יודעת/יכולה להפעיל כח שליטה כמו בעל שליטה.

לבעיית הנציג שאין בעלים ונציג מובהק, רשות החברות הממשלתיות אמורה לתת מענה. חוק החברות הממשלתיות מסדיר את אופן פעילות הממשלה כבעלת מניות, ותורם לציות תאגידי מוגבר.

בכל אופן לממשלה סמכויות שנוגעות לחברה הממשלתית על פי חוק החברות הממשלתיות, מעורבים הממשלה, השרים ורשות החברות הממשלתיות. כל חברה ממשלתית שייכת למשרד מסוים. למשל רכבת ישראל שייכת למשרד התחבורה. השר של אותו משרד הממונה על אותה החברה, הוא יחד עם שר האוצר או שממונה על חברות ממשלתיות, אלה נחשבים בעלי המניות ומקבלים את ההחלטות בחברות הממשלתיות, הם בעלי המניות לכל קבלת החלטות באספה הכללית.

ודוק: יש שלושה גורמים רלוונטיים בקבלת החלטות בחברות ממשלתיות: חוק החברות הממשלתיות מחלק את הסמכויות בין הממשלה, השרים ורשות החברות.

* הממשלה- מתערבת בצמתים מרכזיים, בשינוי מטרות, הקצאות, כמו; החלטה על הקמת חברה, מיזוג, פירוק והפרטה.
* השרים- שר האוצר (בפועל שר הסייבר) יחד עם שר שהממשלה מגדירה כאחראי לענייני החברה, למשל; שר התחבורה מחזיק בחברת נתיבי ישראל. הם פועלים בסמכות משותפת בנושאים בעיקר במינוי דירקטורים.
* רשות החברות- היא סוג של רגולטור.

יחסי דירקטוריון הנהלה

סוגיה שרלוונטית תמיד לחברות הממשלתיות- יחסי דירקטוריון הנהלה. לחברה יש שלושה אורגנים חושבים. 1. אספה כללית, שדירקטוריון 3. הנהלה. לפני כמה חודשים היה כנס של חברות ממשלתיות, מנכל שר האוצר ששימש בפועל גם רשות חברות הממשלתיות ודיבר על ההפרדה בין הדירקטורים למנכל. זה הציף סוגיה של גבולות הגזרה של המנכל לדירקטוריון. לאספה הכללית יש סמכויות מוגבלות מאוד, מינוי דירקטורים, אישור דוחות וכו, אך עיקר המשקל של החברה הוא הדירקטוריון.

סעיפים הרלוונטים ליחסי דירקטוריון מנכ"ל:

* ס' 92 לחוק קובע את סמכויותיו ותפקידיו של הדירקטוריון, רשימה ארוכה של סמכויות.
* ס' 121 לחוק קובע את תפקידי ההנהלה והמנהל הכללי העומד בראשות ההנהלה. בניגוד לדירקטוריון, ס' שמגדיר את סמכויות ההנהלה מאוד קצר: "מנהל הכללי יהיו כל סמכויות הניהול והביצוע שלא הוקנו בחוק זה או בתקנון לאורגן אחר של החברה, והוא יהיה נתון לפיקוחו של הדירקטוריון.

החוק קובע הבחנה ברורה בין תפקידי הדירקטוריון שאמור לקבוע מדיניות ולפקח על המנכל, לבין המנכל שאמור לנהל את הפעולות השוטפות של החברה. יש לציין כי בשאלת יחסי המנכל ודירקטוריון יש לא מעט עימותים בתוך חברות.

* ס' 49 לחוק החברות: "סמכות של החברה שלא הוקנתה בחוק או בתקנון לאורגן אחר, רשאי הדירקטוריון להפעילה." זוהי סמכות שיורית, נתקלנו פעם נוספת בסמכות שיורית בעבודת הממשלה- כל מה שלא נקבע במופרש בחוק לגורם כזה או אחר, הוא תחת הסמכות השיורית של הממשלה.
* ס' 51 לחוק החברות: "דירקטוריון רשאי להורות למנהל הכללי כיצד לפעול לענין מסוים; לא קיים המנהל הכללי את ההוראה, רשאי הדירקטוריון להפעיל את הסמכות הנדרשת לביצוע ההוראה במקומו, אף אם לא נקבעה לכך הוראה בתקנון."  
  ביחסי הכוחות בדירקטוריון למנכ"ל, הדירקטוריון יכול לתת הנחיה ספציפית למנכ"ל, ואם המנכ"ל לא מוכן לפעול לפיה, הדירקטוריון יעשה זאת במקומו.

חובת ציות הדירקטוריון לממשלה

מאחר ומדובר בדירקטוריון לטובת השאת רווחי החברה הממשלתית לפי סעיף 11 לחוק החברות- אין לו חובת ציות לממשלה, אלא אם הממשלה נותנת לו מונופול במסגרתו היא קובעת תנאים. יש הטוענים כי לא ייתכן שחברה ממשלתית תתעלם מהממשלה, גם אם הממשלה לא הפעילה את סמכותה לפי סעיף 4(א).

נשאלת השאלה האם החברה הממשלתית חייבת לפעול בהתאם להחלטות הממשלה וחייבת לשקול בשיקוליה את עמדת הממשלה והשרים בנושא מסוים. השאלה כמה צריך לפעול על פי החלטות ממשלה. באופן עקרוני, דירקטוריון צריך להיות עצמאי ותפקידו השאת רווחי החברה ובאופן פורמאלי לא צריך לשקול מעבר לשיקולים של גוף דו מהותי. מתקיימים לא מעט דיוניים האם הדירקטורים צריכים לפנות ולהסתכל על דעת הממשלה, אך העמדה המשפטית היא שלא- על הדירקטוריון להיות מנותק.

השינוי בגישה בפסיקה- פס"ד מלט הר טוב נ' חברת נמלי ישראל- נמלי ישראל הוציא מכרז לפריקת מלט, והייתה צריכה לתת בלעדיות. מלט הר טוב טענה שהמכרז נעשה באופן לא תקין. ביהמ"ש- במסגרת שיקולים של חברה ממשלתית, הרי שהיא צריכה להביא בחשבון גם את טובת הציבור בכללותו ולא רק את שיקולי טובת החברה.

איך הממשלה מצליחה לקבוע לחברה הממשלתית מה לעשות? למשל חברת קצא- שפועלת מכוח זיכיון. אז במסגרת הזיכיון קובעים את כללי המשחק ויחסי הגומלין בין הממשלה לחברה. ואם לא פועלים לפי כללי המשחק הם לא מקיימים את החוזה ולא יעבירו פרויקטים נוספים. לפחות מבחינה הפורמלית הדירקטורים צריכים לפעול לטובת החברה ולא לשמוע לגורמים נוספים.

רשות החברות הממשלתיות

רשות החברות היא הרגולטור שייצר את הממשלה.

1. היא הגורם המקצועי בממשלה לגבי ניהול חברות.
2. היא אינה עוסקת בהיבטים הענפיים של הפעילות.
3. נציג הרשות בכל ישיבת דירקטוריון מאפשר היכרות קרובה עם הניהול היומיומי.
4. הרשות מסייעת בשיפור יעילות החברות.
5. חוזרי רשות החברות- אחת הדרכים של רשות החברות להנחות את החברות היא בדרך של חוזרי רשות החברות- כמו חוזרי מנכל. בהם רשות החברות נותנת הנחיות לחברות כיצד לפעול.

מעמדו של חוזר מנכל הוא התווית מדיניות ולא מחייב, מבחינה משפטית זה הנחיה מנהלית בניגוד לדין, כמו חוק, תקנה וצו, שהם מחייבם לכל דבר, הרי שהנחיה מנהלית היא הנחיה שחלה גורמים שחייבים להקשיב לה אך לא חובה ללכת אחריה במאה אחוז. את חוזר החברה חייב לשקול ולבחון אותו, ואם יש לה שיקולים להם לא לת יש לה יכולת לעשות זאת.

1. **תאגידים סטטוטוריים**

מהו תאגיד סטטוטורי? תאגיד שהוקם מכוח חוק ופועל על פיו. בשונה מחברה בין אם היא פרטית או ממשלתית, שיש חוק חברות אבל את קובעת תקנון ומקימה את החברה, את מקימה אותה בעצמך ולא מכוח חוק.

יש 54 תאגידים סטטוטוריים, למשל חוק הביטוח הלאומי, חוק ניירות ערך, חוק מרכז רבין.

לגופים האלה יש עצמאות ניהולית ותקציבית אך עדיין הממשלה שולטת בהם. כל תאגיד סטטוטורי כפוף לחוק הספציפי הנחקק לגביו. בשונה מחברות ממשלתיות, לתאגידים סטטוטוריים אין רגולטור ואין חוק המטיל עליהם כללי משחק מעבר לחוק הספציפי שנחקק לגבי כל תאגיד. בהערת אגב, משרד המשפטים הכין הצעת חוק תאגידים סטטוטוריים וההצעה הזאת כפי שקורה לא פעם, לא חוקקה. החוק הזה עד היום לא חוקק, בהצעת החוק רצו להכפיף את התאגידים הסטטוטוריים לרשות החברות.

1. **תאגידים עירוניים**

הרשויות המקומיות פועלות לפי פקודת העריות- פקודה מנדטורית שעברה נוסח חדש ב1950. כל השיטה של הרשויות המקומיות בארץ מבוססת על השיטה הבריטית, ובעצם החקיקה של פקודת העיריות, מבטאת את השיטה הבריטית והאופן שהדברים מתנהלים באנגליה. מאז תיקון נוסח פקודת העיריות, לא נוצרה חקיקה חדשה.

המיוחד שבניגוד לחוק החברות הממשלתיות הכולל עשרות עמודים, לגבי תאגידים עירוניים יש ס' אחד קטן, ס' 249 שהוא קובע מה סמכויות העירייה והרשות המקומית. הס' מעגן כ 30 סעיפים קטנים, שם נכתבה בין היתר את הסמכות לייסד חברה או תאגיד כלשהו:

ס' 249(30): לייסד חברה, אגודה שיתופית או כל אגודה אחרת לכל מטרה **שהיא בגדר סמכויות העיריה ותפקידיה**, לרכוש מניות או ניירות ערך או זכות הנאה אחרת של כל חברה, אגודה שיתופית או אגודה אחרת, שמטרותיה מסייעות, לדעת המועצה, להשגת כל מטרה כאמור, ולנהוג בהם דרך בעלים; לענין זה, "חברה", "אגודה שיתופית" או "כל אגודה אחרת" – חברה, אגודה שיתופית או אגודה אחרת, שהתאגדו בישראל על פי דין;

ס' 249 מדגיש כי הסמכות להקים חברה מוגבלת למטרה שהיא בגדר סמויות העירייה ותפקידיה. כלומר, העירייה לא יכולה להקים תאגיד עירוני שיבצע תפקיד מסוים מחוץ לסמכויותיה של העירייה, כך למשל התאגיד לא יכול לבנות בניין בהונג קונג. כך שרק מה שנקבע בחוק, אלה הסמכויות לפיהן ניתן להקים תאגיד עירוני.

**לשם מה מקימים תאגיד עירוני?**

הסיבה להקמת תאגיד עירוני נשענת על אותם טעמים שבגינם מקימים חברה ממשלתית:

* התאגיד העירוני מהווה את הזרוע הביצועית של הרשויות, העירייה, המסייעת לה לעמוד במשימות מורכבות ובהתמחות בנושא מסוים.
* התמחות בנושא ספציפי והעיקר שיקולים זרים תורמים לכך שהתאגיד יוכל לפעול מתוך שיקולים כללים והגברת הרווחה ברשות המקומית.

ברור שבעירייה מכיוון שהיא אחראית על כל תחומי החיים והצרכים של תושביה, אז הדברים מתערבבים ולא ניתן להתרכז בדבר מסוים. כתוצאה מכך, מקימים תאגידים הפועלים כגוף עסקי וגוף שצובר התמחויות מסוימת. למשל בעיריית תל אביב פועלים 30 תאגידים עירוניים, כמו אחוזת החוף שמתמחה בחניונים.

**מסגרת נורמטיבית**

* סעיף 249 לפקודת העיריות קובע את סמכויות העירייה- החקיקה היחידה העוסקת בתאגיד עירוני, זה ס' 249 לפקודת העיריות.
* התאגיד כפוף לחוקים מיוחדים לסוג התאגידים אליו הוא משתייך, וכן לרגולטור, למשל רשם העמותות.
* צו העיריות- הוראות להקמת תאגיד. יש צווים המתייחסים למינוי דירקטורים בתאגידים אך יש חקיקה מאוד מצומצמת.
* תקנות העיריות- הוראות למינוי דירקטורים שהם נציגי עירייה בתאגיד עירוני.

התאגיד העירוני כפוף לחוקים המיוחדים לסוג התאגידים אליו הוא משתייך ולרגולטור הרלוונטי, למשל- רשם העמותות.

תאגיד עירוני יכול להיות עמותה, חברה לתועלת הציבור, צורות ההתאגדות יכולות להיות שונות ומגוונות בהתאם לאופי ומטרות התאגיד. כגון חברה בע"מ, חברה לתועלת הציבור (חלצ), עמותה (ער). אגב, בעבר על עמותות הייתה רגולציה קפדנית מאוד, בעוד שעל חברה לתועלת הציבור היא חברה ללא מטרת רווח, אך היא גם ללא רגולציה. כתוצאה מהפערים של הרגולציה וההסדרה כולם עקפו והשתמשו בחל"צ כדי להימנע מפיקוח. כתוצאה מכך, שינו את החקיקה והטילו על החל"צ תשלום ששווה לעמותה. כך שחברות ללא מטרות רווח הן עמותות שיש להם רגולציה נפרדת החוק החברות.

**תפקיד התאגיד וסוגיו**

תפקידו של התאגיד העירוני הוא לשמש כלי בידי הרשות המקומית לביצוע המשימות המוטלות עליה.

יש שני סוגים של תאגידים:

* תאגיד עירוני בשליטה- **סעיף 249(א)**- כאשר העירייה מקימה תאגיד ויש בה לפחות מחצית מההון או מחצית מכוח ההצבעה בתאגיד. כדי שתאגיד ייחשב תאגיד עירוני לא צריך רב ההון אלא 50%. כשתאגיד עירוני יכול להיות בבעלות של 50 אחוז או מכוח השליטה ולא גבוה יותר.
* תאגיד עירוני שאינו בשליטה- תאגיד עירוני שלא בשליטה, שלא נחשב כתאגיד עירוני, לרשות יש פחות ממחצית המניות. לפעמים הרשויות לא רוצות להקים חברה אלא מקימות עמותות ללא מטרות רווח, אך מבחינת הציבור אין לזה משמעות.

**חובת האמון של דירקטור בתאגיד עירוני**

סעיף 249(א)(2)- חובת נציגי העירייה להפקיד על כך שפעולות התאגיד העירוני יהיו במסגרת סמכויות העירייה ותפקידיה; חובת האמון שהם חבים לעירייה לעולם תהיה עדיפה על חובתם כלפי התאגיד. משמע, בשונה מחוק החברות שחובת האמון של הדירקטורים היא לטובת החברה, חובת אמון של נציגי עירייה היא לעירייה. מיהי העירייה? ציבור התושבים בעיר.

חובת האמון של דירקטורים היא לפעול בתום לב לטובת החברות, אך ס' 249 קובע כי למעשה בעוד שהחובה של מנהל התאגיד העירוני היא טובת החברה, חובתו של הדירקטור וחבר ועד מנהל היא לטובת העירייה. המקרה היחיד שחובת האמון היא לא לטובת החברה היא בתאגיד עירוני. לכן, הדירקטור חב לטובת החברה, לא לטובת התאגיד העירוני אלא עירייה ותושביה.

אם מחצית מהמניות זה לעירייה וחצית הדירקטורים זה לגוף הפרטי- יוצר אפקט מוזר. חובת האמון לעירייה- זה אומר שחובת האמון לתושבים. מבחינה משפטית טהורה אין על זה דיון משפטי, וכל דירקטור חייב לשקול מה היא טובת העירייה ולקבל את ההחלטה בעצמו, ולא לקבל הוראות מאף גורם אחר. יכול להיות כי שני דירקטורים יראו את טובת העירייה באופן אחר, אך חובת הדירקטור לשקול את הדברים באופן עצמאי.

**היועץ המשפטי לממשלה**

ביחידה זו נדבר על הליך המינוי של היועץ המשפטי לממשלה, נדבר על תפקידיו, הנחיית היועץ המשפטי לממשלה (המהוות כלי עבודה חשוב בעתיד), ולבסוף נזכיר את פקיד המשנה ליועץ המשפט לממשלה.

**הקדמה**

היועץ המשפטי לממשלה נוכח בחיינו בכל יום בשלל החלטות, דברי חקיקה, העמדות לדין וכן הלאה. הוא ישות פוליטית ונבחר על ידי הדרג הפוליטי. אך מאיפה הגיע תפקיד היועץ המשפטי לממשלה? בארצות הברית למשל היועץ המשפטי לממשלה הוא דמות פוליטית הנבחרת בסוג של בחירות ומסיימת את תפקידה עם סיומם של התפקידים הפוליטיים. במדינת ישראל שורשי התפקיד התחילו בתקופת המנדט הבריטי.

במדינת ישראל השורש של תפקיד היועץ המשפטי לממשלה מתחיל בתקופת המנדט, כאשר בדומה למקומות אחרים שנשלטו תחת המנדט הבריטי, המינוי של היועמ"ש היה מינוי מקצועי שלא היה קשור לגורם פוליטי, כשבעצם מדינת ישראל המשיכה את המסורת הזאת גם לאחר סיום המנדט הבריטי והקמת המדינה. למעשה היועץ המשפטי לממשלה קיבל כוח גדול השונה משרר המקומות- היועמ"ש הוא גם אחראי על תביעה כללית וגם היועץ המשטי לממשלה במובן שהוא היושב בישיבות הממשלה, מפרש את החוקים ומשמש כגורם המנחה את הממשלה ואת הרשות המבצעת מה הן צריכות לעשות מבחינה מקצועית, איך לפרש את החוק ואיך הן צריכות לנהוג.

כך שיש שני היבטים בתפקיד היועמ"ש:

* 1. הגורם המנחה
  2. התביעה הכללית

**תולדות תפקיד היועמ"ש**

מדוע ליועץ המשפט לממשלה ניתן כוח גדול? משום שהחיים מורכבים והפוליטיקה מנצחת. כשהוקמה המדינה שר המשפטים הראשון, פנחס רוזן, רצה ששר המשפטים לא יהיה או יחזיק בכוח חזק מידי ולכן על מנת לצמצם את כוחו, הפתרון היה להעמיד יועץ משפטי חזק שיחזיק בהרבה מאוד כוח. מאז, הדבר השתרש במדינה ועד היום ליועץ המשפטי יש סמכויות מאוד רחבות וחזקות.

בעבר תהליך המינוי היה שהיועמ"ש ממונה על ידי שר המשפטים- שהיה מביא את הצעתו למועמד והממשלה הייתה ממנה. זה היה עד שנת 1977, בשנה זאת הייתה פרשת בראון חברון, בפרשה אחרי שסיים מיכאל בן מאיר את כהונתו כיועמ"ש היה צריך למנות יועמ"ש חדש, ראש הממשלה נתניהו ושר המשפטים הביאו הצעת החלטה למנות את בראון למינוי היועמ"ש. בעקבות זאת החליטו לנבור בחייו של בראון ומצאו כל מיני פרטים שהובילו להגשת עתירה לבג"ץ יומיים אחרי המינוי, והוא התפטר. הכתבה של איילה חסון הציפה כי היה דיל שבתמורה למינוי בראון הוא ידאג לכך שלא יוגש כתב אישום כנגד אריה דרעי, יחד עם זאת התיק נסגר. אבל בעקבות זאת הייתה החלטה כי הליך מינוי היועמ"ש צריך להיות מסודר- הוקמה וועדה שכונתה וועדת שמגר והיא הוציאה את דוח וועדת שמגר. חברי הוועדה היא מאיר שמגר שהיה נשיר בית המשפט בדימוס, שרי משפטים בעבר, ודוח שמגר סקר את ההיסטוריה של תפקיד היועמ"ש וסמכויותיו.

לאחר הוצאת דוח שמגר התקבלה החלטת ממשל איך ממנים יועמ"ש, החלטה זאת שונתה בחלק מצומצם ב2007. ההחלטה הזאת קבעה כי הליך המינוי לא יהיה כזה שראש הממשלה ושר המשפטים יביאו מועמד, אלא תהיה ועדה בעלת חמישה חברים כשרק רוה"מ, שר המשפטים או חבר מהוועדה רשאים להציע מועמדים. דרושה הסכמה של לפחות 4 מתוך 5 חברי הוועדה. אם הממשלה החליטה לא למנות מועמד, יוחזר הדיון לבחירת מועמדים לוועדה. כמו כן המועמד לתפקיד היועמ"ש צריך להיות כשיר להתמנות לשופט ביהמ"ש עליון, ומשך כהונתו יהיה לתקופה של שש שנים.

השינוי ב2007 מתייחס לשני נושאים:

* 1. בהחלטה המקורית נקבע כי מי שיעמוד בראש הוועד היא נשיא בית המשפט, אלא שתוקן כי זה יהיה בהסכמת שר המשפטים, מה שנבע מכך שהפוליטיקאים לא הסכימו כי הנשיא יחליט מי יהיו חברי הוועדה.
  2. חברי הוועדה לא יציעו רק מועמד אחד אלא יותר מאחד.

**תפקידי היועמ"ש**

יש לו חמישה תפקידים שלכל אחד מהם יש חשיבות שלא ניתן להמעיט בה:

1. **ראש התביעה הכללית**

למעשה היועץ הוא המופקד על אכיפת החוק, הוא הגורם שמקבל את ההחלטות איך לאכוף את החוק- על מה להקפיד ועל מה לא, יש הרבה עבירות שלא מקפידים עליהם. למשל ס' 117 שעוסק בהדלפות שאומר כי לא ניתן לעשות שימוש בכל מידע של עובד ציבור במסגרת תפקידו, ולמרות שיש המון הדלפות, מבחינת היועמ"ש זאת עבירה שלא אוכפים אותה. זאת דגומא עד כמה המשמעות של היועמ"ש לא רק להגשת כתבי אישום, לא רק אכיפת החוק אלא גם את השפעתו על המדיניות של האכיפה- מה לאכוף ומה לא. כלומר היועמ"ש לא רק נותן הסמכות, אלא הוא הגורם שנותן את ההנחיות לתביעה ואת כללי המשחק, לרבות אחריות מקצועית על נציגי התביעה והופעתם בערכאות משפטיות בכל תחומי המשפט.

התביעה הכללית כוללת את פרקליטות המדינה בראשות פרקליטות המדינה, וכן את התביעה המשטרתית ותביעות מתמחות במשרדי ממשלה וברשויות המקומיות. כלומר בתוך הרשויות יש אכיפה, כמו למשל במשרד הכלכלה יש מחלקה שאוכפת חברות שלא עובדות לפי חוק קבלני כוח אדם.

בהליך פלילי המאשימה היא המדינה, מכוח ס' 11 לחוק סדר הדין הפלילי: המאשים במשפט הפלילי הוא המדינה ומי שמייצג אותה הוא היועץ המשפטי לממשלה. ס' 12 לחוק הסדר הדין הפלילי קובע כי התובע הוא היועץ המשפטי לממשלה, אבל ס' 12 א קובע מי הם הנציגים שלו שהם פרקליט מדינה, המשנה שלו, פרקליטי המחוזות ומי שהיועץ המשפטי לממשלה הסמיך לייצוג המדינה. מדובר על כך שהוא יכול להסמיך גורמים שונים כדי שתהיה להם את הסמכות להגיש כתב אישום, ההסמכה הזאת עברה מהיועמ"ש לפרקליט המדינה. ס' קטן 2 קובע כי גם במשטרה יכולים להיות תובעים, שהם תובעים בעבירות יותר קלות.

ישנם גורמים נוספים המגישים כתבי אישום פליליים, כמו התביעה המשטרתית בנושאי תחבורה, רשויות המיסוי, רשות ניירות ערך.

יש מקרים שהם היועמ"ש הוא היחידי המוסמך לקבל החלטה, כמו פתיחת חקירה והעמדה לדין של ראש הממשלה, נטילת חסינות של חברי כנסת וכן הלאה.

הסמכויות האלה הן סמכויות רחבות שניתן לראות בחוק סדר הדין הפלילי. הסמכות הזאת היא סמכות מואצלת, שהיועמ"ש מאציל לפרקליטות מחוז וגורמים אחרים לפי העניין. אך הסמכויות רחבות מאוד:

* ההכרעה בשאלת העמדה לדין- בסוף מי שמקבל את החלטת העמדה לדין הוא יועמ"ש או למי שמואצלת הסמכות.
* ערר- החלטה שלא להגיש כתב אישום.
* החזרה מאישום- תוך כדי ההליך המשפטי חוזר מאישום.
* עיכוב הליכים- הפרקליטות יכולה לבקש במהלך התיק מסיבות כאלה ואחרות.

עד כאן סמכות יועמ"ש כראש התביעה הפלילית.

1. **ייצוג המדינה בערכאות**

היועמ"ש מייצג את המדינה בערכאות, על ידיו או נציגיו, בהליכים מכל הסוגים שאינם פליליים. כלומר מי שאחראי על הליכים אזרחיים מכל סוג- תביעות אזרחיות, מנהליות, פיסקליות, יחסי עבודה וכו', הוא היועמ"ש ונציגיו. הם אלו המייצגים את כל הגורמים הרלוונטים מהמדינה בערכאות.

האם המדינה יכולה להיות מיוצגת בענייניה ע"י מי שלא שייך ליועמ"ש ולפרקליטות המדינה?

כעיקרון אין ייצוג חיצוני אלא בהסכמת היועמ"ש, וזה בדרך כלל קורה בשני מקרים:

1. במקרים שהיועמ"ש בהליכים אזרחיים ירצה לקחת משרד פרטי- היועמ"ש יכול לאפשר ייצוג חיצוני, כמו במקרים שכיחים במיוחד של איכות הסביבה. בדרך כלל למדינה אין מספיק פרקליטים להגשת כתבי אישום כנגד גורמים מזהמים ושפוגעים בסביבה, לכן, במקום הפרקליטים בוחרים משרד עורכי דין פרטי ומסמיכים אותו להגשת כתב אישום ופעולות נוספות הנגזרות מכך. חשוב לציין כי התנאי לאפשר ייצוג חיצוני זה בהסכמת היועמ"ש ומי שנבחר צריך לעמוד בהרבה מאוד תנאים ודרישות על מנת להבטיח שהוא מייצג את האינטרסים הציבוריים.
2. במקרים של עתירות לבג"ץ- למרות שכעיקרון ייצוגה של רשות ציבורית חייב להיות על ידי היועמ"ש, קורים מקרים בהם ליועמ"ש יש עמדה מסוימת המתנגשת עם עמדת השר והפוך (קורה לרוב בשרים ובדרגים ברמה הגבוהה ביותר). במקרים כאלה שגורם לא מסכים עם העמדה של היועמ"ש באופן תיאורטי היועץ המשפטי יכול לטעון כי הוא לא מוכן בתור מייצג האינטרס הציבורי להגן על העמדה האחרת, ולכן הגורם יכול לבקש ייצוג עצמי. אם נניח ראש הממשלה רוצה להציג עמדה השונה משל היועמ"ש והיא בלתי חוקית בעליל הרי שהיועמ"ש לא יסכים ויתיר ייצוג נפרד, מאחר ולא ניתן לאפשר ואין מקום לאפשר לרשות ציבורית להציג עמדה שעל פניה היא בלתי חוקית בעליל, אך אם הויכוח הוא על פרשנות ובמסגרתה אומר אותו גורם ציבורי שהוא לא מסכים לעמדת היועמ"ש, אז היועמ"ש יתיר ייצוג עצמאי. יש סוגיה לא פעם שמגישים לבג"ץ- לפעמים השרים לא בעמדה אחת אלא בעמדות שונות ומתנגשות (למשל סוגיות העברת נפט מאילת לאשקלון) היועמ"ש שצריך להגיש עמדה משותפת וצריך לפשר בין הגורמים, במקרים כאלה לא תמיד מצליח, ולכן הוא מאפשר שני ייצוגים נפרדים לכל משרד. אלו מקרים נדירים שלמשרדים יש עמדות שונות, ומאפשרים להם להציג בנפרד את עמדתם.

כלומר, בשורה התחתונה בשאלת ייצוג חיצוני- אם יש אי חוקיות בנויה, היועמ"ש לא ירשה לגורם הציבורי לקחת ייצוג חיצוני. אך במקרים של חילוקי דעות בין השר/הרשות הציבורית ליועמ"ש הוא יכול לאפשר להם לקחת ייצוג חיצוני.

1. **ייעוץ משפטי לממשלה ולרשויות**

היועמ"ש משמש ראש מערכת הייעוץ המשפטי לרשות המבצעת, לממשלה ולכל משרדיה ושלוחותיה. היועמ"ש הוא הגורם הסטטוטורי והגורם המנחה, הוא המספק הנחיות במגוון ומכלול הנושאים של משרדי הממשלה, שבסופו של דבר הנחיותיו נוגעות לכל תחום (החל ממסים, משפט אזרחי, חוקתי, משמעת וכן הלאה).

עד כמה פרשנות היועמ"ש מחייבת את הרשויות הממשלה?

מה משמעות פרשנותו של היועמ"ש? עד כמה עמדתו מחייבת? באופן אירוני, אנחנו קוראות ליועץ המשפטי לממשלה "יועץ" אך הוא לא יועץ אלא מחייב. היועץ הוא הפרשן המשפטי ולכן עד כמה הפרשנות שלו מחייבת? למה שהפרשנות שלו תחייב ולא של השר?

בג"ץ התנועה לאיכות השלטון נ' מועצת מקרקעי ישראל- פס"ד מ2014 עסק במקרה של מועצת מקרקעי ישראל של הקמת תחנת כוח בחוות השקמים. באחת מהטענות של היועץ המשפטי של מקרקעי ישראל הסבירו כי הדבר בלתי חוקי. בית המשפט באותו פס"ד קובע כי הלכה מושרשת היא שהיועמ"ש הוא הפרשן המוסמך של החוק כלפי רשויות המנהל, וחוות דעתו מחייבת אותן- כל עוד לא פסק ביהמ"ש אחרת. פרשנות של היועמ"ש או נציגיו את החוק היא מחייבת את כל רשויות השלטון, הפרשנות הזאת מחייבת ורשויות המדינה חייבות לנהוג לפיה.

דו"ח וועדת שמגר- זה הכלל הבסיסי, אך ועדת שמגר קבע סייג מסוים: הסייג לכלל אומר כי לגבי הממשלה- הפרשנות של היועמ"ש לא בהכרח מחייבת וממשלה יכולה לקבל החלטה אחרת, אך ההבנה היא כי כשהיועמ"ש קובע כי הדבר אינו חוקי גם הממשלה לא יכולה לקבל את החלטה בניגוד לפרשנותו. הממשלה יכולה לקבל החלטה שלא מנוגדת לפרשנותו בלבד, אם יש בה אי חוקיות היא איננה יכולה לקבל את אותה ההחלטה.

לכן ניתן לומר כי זאת לא פרשנות אלא הוראה מחייבת של היועמ"ש. הנחיית היועמ"ש ופרשנותו מחייבת את משרדי הממשלה לא משנה כמה הם חושבים שהוא טועה, השרים יכולים לנסות ולשכנע את היועמ"ש לקבוע אחרת, אך מהרגע שהיועמ"ש קובע הנחיה אותם גורמים צריכים לנהוג לפיה.

בית המשפט התייחס לכך בפס"ד פנחסי: אותו בגץ שהוגש נגד רבין בשל העובדה שהוא לא פיטר את סגן השר פנחסי, שהוגש נגדו כתב אישום בגין חושד. זאת הלכה שעד היום מסתמכים עליה ששר שהוגש כנגדו כתב אישום צריך להפסיק את עבודתו בממשלה. באותו פס"ד נקבע כי חוות דעתו של יועץ המשפטי לממשלה מחייבת.

נשאלת השאלה מה קורה כאשר ראש הממשלה מגיע למסקנה כי הנחיית היועמ"ש שגויה וכי הוא חושב שלפעול לפיה הרי שזאת הייתה טעות? זה אחד מהמקרים שביהמ"ש התייחס לעניין הזה. עם כניסתו של אריאל שרון להיות רוה"מ, שרון מינה את הבן שלו להיות שליח מיוחד בשיחות מול ערפאת. היועמ"ש הנחה את רוה"מ שהוא לא יוכל לשלוח את בנו והגיעו למסקנה כי אם יש מקרה קונקרטי שראש הממשלה חושב שיש לשלוח אותו והיועץ יצטרך לאשר. במהלך הדיון עלתה השאלה שנניח שרוה"מ פנה ליועמ"ש והוא סירב לעניין, וראש הממשלה חושב שהיועמ"ש טועה? השופט ברק קבע כי הוא יכול להגיש עתירה לבג"צ. יש פה דבר אבסורדי שקובעים כי הגורם המנחה והפרשני שמפרש את החוק יותר חזק מכל אחד אחר, הוא מנחה את ראש הממשלה וכל אחד מהשרים, וככל שאדם שר או כל גורם בעל חשיבות יש לו את הזכות לפנות לבג"צ.

**הדואליות של תפקיד היועמ"ש**

כמו שראינו היועמ"ש מופקד על הליכי החוק הפלילי, ובמקביל הוא גם יותן את היועץ המשפטי לממשלה וחבריה. וכתוצאה מכך נשאלת השאלה לגבי הדואליות של תפקידו של היועמ"ש- מאחר ומצד אחד עומד בראש התביעה הכללית ומנגד מייעץ לממשלה ולרשויות. יש הסוברים שרצוי לחלק את 2 התפקידים.

דוגמא מובהקת לבעייתיות בדואליות של התפקיד היא העמדה לדין של ראש ממשלה. אם ניקח את חקירות רוה"מ, כמעט כל רוה"מ היה בחקירה- אהוד ברק (פעוטות), אריאל שרון (אי יווני), אולמרט (מעטפות, נתניהו (שוחד). בסיטואציה שבה היועמ"ש, מצד אחד הוא זה שצריך לקבל את ההחלטה האם להעמיד לדין את השרים ומהצד השני, הוא גם יושב איתם בישיבות ממשלה וישיבות אפילו יותר אינטימיות, יש פה תחושה לא נוחה.

דוח וועדת שמגר מתייחס לשאלה הזאת וקובע כי הפיצול יכול לפגוע בקיום הנכון והמלא של הפונקציות המהותיות אותן ממלא היועמ"ש, כאשר הוא פועל לפי המתכונת הקיימת, ובעיקר ביעילות הפיקוח המשפטי ובתוקף המעשי של הנחיותיו המשפטיות. לכן אין מקום לשינוי מעמדו של היועמ"ש כראש התביעה הכללית או להפרדת סמכויות אחרת, הגורעת מסמכויותיו המהותיות הנוכחיות של היועמ"ש.

כך שהסיבה המרכזית שבגינה לא מפצלים- צריך שיהיה ראש אחד למערכת. בנוסף אם פרשנות היועמ"ש מחייבת, ברגע שהוא יהיה רק פרשן ולא גורם בעל סמכות בראש התביעה הכללית אזי לא יפעלו לפי הנחיותיו ופרשנותו. אם נקבל את העמדה שהיועמ"ש הוא המנחה את משרדי הממשלה והם צריכים לפעול לפיו, אם ניקח את סמכותו כראש התביעה הכללית לא יעשו לפיו, וכך האם הם יודעים שהוא ראש התביעה הכללית יחששו ממנו ותהיה יראת כבוד אליו, ולכן יש הצדקה. כך למשל מרגע שמבקר המדינה גם הטיל סנקציה על אי תיקונים ועמידה בדוח, כלל המשרדים התייחסו ברצינות ופעלו לכך, אך ברגע שמבקר המדינה הנוכחי ביטל את הסנקציה דוח מבקר המדינה חזר להיות טופס עבה ללא כל משמעות.

בקיצור: ועדת שמגר קבעה שאין לפצל את התפקיד וזה מה שקורה גם היום.

1. **ייעוץ וסיוע בחקיקה**

מתן ייעוץ וסיוע לממשלה ולשר המשפטים בהכנת תזכירי חוק מטעמם, ובחינת הצעות חוק פרטיות המוגשות מטעם ח"כים.

הנושא הריבעי הוא הייעוץ וסיוע בחקיקה, שהוא חלק מאוד מרכזי מעבודתו של היועמ"ש משמעותי. כמעט בכל חוק היועמ"ש מעורב, בין אם בחקיקה של הממשלה ובין אם של הכנסת. למשל בחקיקה ראשית של הממשלה, כאשר הממשלה יוזמת חוק היא מוציאה מזכיר חוק, שעליו עובר היעוץ המשפטי של המשרד ומעביר ליועץ המשפטי לממשלה. או בנוגע לתקנות בין אם הן צריכות לעבור את אישור הכנסת ובין אם לא, צריכות לעבור בדיקה של היועץ המשפטי.

יש מספר טעמים לבדיקה של היועמ"ש:

1. לבדוק האם החקיקה תואמת את המדיניות הכללית. יש המבקרים את הטעם הזה מאחר והיועמ"ש לא צריך לקבוע את המדיניות, אך בכל זאת הוא מעורב בהיבטי מדיניות.
2. אחידות בחקיקה- לפחות נסב את תשומת הלב שהעמדה של המחוקק בחוקים אחרים שונה מהצעת החוק שרוצים להגיש- לא נרצה לצאת כנגד מדיניות שקבועה בחוק אחר, ואם רוצים זה צריך באופן מפורש.
3. אחידות בטרמינולוגיה- את אותו הסעיף צריך לכתב באותו נוסח ולכן משרד המשפטים מקפיד לוודא שהטרמינולוגיה היא אחידה ולא נשתמש במונחים שונים ולחוקים שונים.

וועדת משגר קובעת כי: לרבות סיוע בניסוח ועריכה, בכל הנוגע לתוכנה וללבושה המשפטי של חקיקה. היועמ"ש גם מטפל בייזום חקיקה ממלכתית. הכנת חקיקת משנה אף נעשית לפי הנחיות היועמ"ש, והוא בוחן שהחקיקה מתיישבת עם החוק המסמיך, עם עקרונות משפטיים מחייבים, עם עקרון השוויון, אחידות בניסוח וכו'.

כשמדובר בחקיקה פרטית, אז הנוהג הוא שכל הצעה עוברת דרך היועמ"ש של כל משרד, וגם היועמ"ש נוגד עמדה לגבי אותה חקיקה. באופן תיאורטי הכנסת יכולה להתעלם מהדעה שלו אך בדרך כלל נותנים כבוד רב לעמדתו.

1. **ייצוג האינטרס הציבורי ושמירה על קיום החוק**

היועמ"ש מופקד גם על שמירת האינטרס הציבורי בתחום המשפטי ע"י התייצבות בביהמ"ש, גם בתיקים שהממשלה לא צד בהם, כשהמדובר בנושאים בעלי אינטרס ציבורי. כמו כן ניתנות חוות דעת שונות בנושאי משפט ציבורי, למשל בתביעות ייצוגיות. יש רשימה של חוקים שמתייחסים ליועמ"ש, בעיקר מתייחס לתביעות ייצוגיות שהיועמ"ש מגיש עמדה.

דוח וועדת שמגר- היועמ"ש הוא בעל סמכויות שונות עפ"י חיקוקים שונים, בכולם הוא מופקד על האינטרס הציבורי כי זה הטעם הענייני בעטיו קבע המחוקק את מעורבותו של היועמ"ש.

**משנה היועמ"ש**

ליועמ"ש יש 7 משנים שתקופת כהונתם עמדה על 7 שנים. יש לציין כי מספר המשנים גדל מ6 ל7 עם השנים. המשנים הם האנשים החשובים ביותר שיכולים להיות לנו כעורכי דין אינטראקציה איתם. משום שבעוד שהיועמ"ש הוא מקבל ההחלטות במקרים נדירים, מי שמקבל את ההחלטות שהכי משפיעות על הפרקטיקה וביומיום הם המשנים, כלומר המשנה הוא הדמות המשמעותית בנושאים קונקרטיים. בניגוד למחשבה הראשונית זה לא שכל דבר מגיע להחלטתו של היועמ"ש, אלא המשנים הם העומדים בראש הפירמידה של קבלת ההחלטות בנושא מסוים. המשנים מבחינתו הם מי שילוו רשויות וגופים, ולכן הכתובת היא למשני היועמ"ש, שהם מקבלי ההחלטות באופן הרחב ביותר והם הדרג הבכיר ביותר.

* משנה לניהול ולתפקידים מיוחדים
* משנה למשפט ציבורי חוקתי- ייעוץ חקיקה
* משנה למשפט ציבורי מנהלי
* משנה למשפט פלילי
* משנה למשפט אזרחי
* משנה למשפט כלכלי
* משנה למשב"ל

**הנחיות היועמ"ש**

הדבר החשוב ביותר עבורנו כעורכי דין, אלו הנחיות היועמ"ש. הרשות הציבורית היא חזקה מאוד מאחר והיא צריכה לקבל החלטות, אך לא תמיד גם צריכה לנמק אותם. בג"ץ לא תמיד נמהר להתערב בהחלטות הרשויות, ולכן הדרך לנצח זה הנחיות יועמ"ש שקובע מה הרשות צריכה לעשות והן לא עושות בפועל. בחוק היבש לא נמצא את הפרשנות שהנחיות היועמ"ש קובע, ולכן ההנחיות יכולות להיות עזר רב. ההנחיות של היועץ יש להן מעמד גדול כמוט הנחיות מנהליות שאומנם לא מחייבות אך מכבדים אותן מאוד.

**היועץ המשפטי לכנסת**

עד שנת 2000 היה יועץ משפטי לכנסת אך גם היא פעלה לפי הנחיות היועמ"ש. היועץ המשפטי לכנסת הרכין ראשו כנגד היועמ"ש ואפילו בהגשת עתירה כנגד הכנסת מי שעמד הוא היועמ"ש. בשנת 2000 הסדירו את היועץ המשפטי לכנסת מתוך רצון להפרדת סמכויות- לא מתאים שהיועמ"ש הוא היועץ של הרשות המבצעת היהיה גם היועץ המשפטי של הכנסת.

ס' 17 לחוק הכנסת שתוקן בשנת 2000 לחוק הכנסת, קובע כי:

1. לכנסת יהיה יועץ משפטי.
2. היועץ המשפטי לכנסת –
3. ויעץ ליושב ראש הכנסת, לנושאי התפקידים בה ולמוסדות הכנסת בכל עניני חוק ומשפט, הנוגעים לסמכויותיהם ולתפקידיהם;
4. ייעץ לכנסת ולועדותיה בכל ענין הנוגע להליכי החקיקה ויפעל להבטחת תקינותם;
5. ייעץ לחברי הכנסת בכל ענין הנוגע לכנסת והנובע מחברותם בה;
6. ייצג את הכנסת בערכאות; ואולם רשאי הוא, בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, לבקש כי הכנסת תיוצג על ידי פרקליטות המדינה, או לייפות את כוחו של עורך דין אחר לייצג את הכנסת;
7. ימלא כל תפקיד אחר המוטל עליו לפי כל דין.

זה החידוש המשמעותי שהיום שיש עתירה משמעותית נגד הכנסת מי שממלא ומייצג את הכנסת הוא היועץ המשפטי לכנסת. היום יש יועץ משפטי עצמאי שלא כפוף ליועמ"ש, ויכולים להיות מקרים שיש עמדות שונות ליועמ"ש לבין היועץ המשפטי של הכנסת. חוות הדעת של היועץ המשפטי של הכנסת לא מחייבת, אך הכנסת לרוב פועלת לפיו. כשדעתו של היועץ המשפטי של הכנסת, מתנגשת עם היועמ"ש, אז חוות הדעת של היועץ המשפטי לכנסת היא המחייבת.

**ביקורת המדינה**

יחידה זו תהיה על מבקר המדינה, הזכרנו את מוסד מבקר המדינה פעמים רבות, ולמרות שבשוטף לא נתקלים בו יש לו השפעה משמעותית על המערכת הציבורית. צריך להכיר את הכלים שיש לו והעוצמות שיכול לעשות מהם שינוי.

**חוק מבקר המדינה**

חוק מבקר המדינה חוקק ב1949 ותוקן ב1958, שלבסוף חוק היסוד יצא ב1988, שמטרתו הייתה להגן על מעמדו של מבקר המדינה.

שלבי החוק:

* 1949- החוק דיבר על ביקרות מסורתית- בדיקה שפועלים לפי החוק ובאופן יעיל וחסכוני.
* 1952- הכניסו תיקון המתייחס לטוהר המידות.
* 1980- הכניסו תיקון אפקטיביות הביצועים והערכות לגבי תוצאות הפעילות של הממשל ומדיניות.

כלומר, עם הזמן, הביקורת התרחבה מבדיקה טכנית של חוקיות הפעולות, לחיסכון ביקורת ויעלות ועד טוהר מידות ואפקטיביות ביצועים.

**יסודות ביקורת המדינה**

* חוקיות וסדירות- בדיקת חוקיותה של פעולה שעשה עובד ציבור או מי שהפעיל סמכות או הוציא כספי ציבור נועדה לברר אם היה מסמכותו החוקית לבצע את הפעולה על פי חוק ופסיקת ביהמ"ש. כלומר בודקים האם הפעולה נעשתה על ידי אותו עובד ציבור כדין, האם הפעיל סמכות שהייתה לו, שכן, הציפייה הבסיסית היא שפעולה המתבצעת תעשה על פי חוק מסמיך ולא באופן בלתי מוסמך ובלתי חוקי.
* חיסכון ואפקטיביות- בביקורת החיסכון נבדקות בעיקר התשומות שהושקעו בפעולה הנבדקת, בביקורת היעילות נבדק היחס בין התשומות לתפוקות, בביקורת האפקטיביות נבדקות התפוקות שהושגו, דהיינו האם יעדה של הפעולה אמנם הושג. ובמילים אחרות: שלא נעשה בזבוז כספי ציבור, נעשה בצורה יעילה, לא יתנו למשרד ממשלתי לקנות מוצרים יקרים בלי סיבה, בצורה המבזבזת משאבים של מדינה.
* טוהר המידות- בדיקת עמידתם של עובדי ציבור בנורמות ובכללי התנהגות מחייבים מתוקף תפקידם כנאמני ציבור, הציפייה מעובדי הציבור וכל מי שנתון לביקורת שיפעל לפי דין, שלא יפעל בניגוד עניינים, שיפעל משיקולים עניינים ולא זרים, שלא יפעל למען מקורביו, שלא יפעל למען קבלת טובות הנאה. טוהר המידות לוקח את שלל המקרים של שיקולים שהם זרים\ לא ענייניים- ניגוד עניינים, שיקולים זרים, משוא פנים, ניצול מעמד, וזה יכול להגיע אפילו עד לשוחד.
* שמירת זכויות הפרט- עוד תחום שמבקר המדינה נכנס אליו בתקופת יוסף שפירא, שמירה על זכויות הפרט- שמירה על זכויות האזרחים, בדיקה של הגופים המבוקרים בנורמות החוקתיות והחוקיות בדבר הגנה והגשמה של זכויות אדם, המתחייבות מחו"י, מההסדרים החוקיים ומפסיקת ביהמ"ש.
* ביקורת חשבונות של סיעות הכנסת וחשבונות המועמדים והסיעות לרשויות המקומיות- אם בתחילת הדרך הביקורת הייתה רק כלפי גופים ציבוריים, עם הזמן הביקורת התרחבה וניתנה סמכות למבקר לבדוק את החשבונות של הסיעות לכנסת ובהמשך של המועמדים והסיעות רשויות מקומיות. כל סיעה בכנסת מקבלת תקציב ומבקר המדינה בודק את השימוש והצרכים שהתקציב מופנה אליהם. עפ"י חוק מימון מפלגות וחוק הרשויות המקומיות (מימון בחירות).
* המטרה- להבטיח שוויון הזדמנויות בין המתמודדים ולמנוע פגיעה בטוהר המידות באמצעות ריסון הוצאותיהם ומניעת תלות בתורמים בעלי עניין, ביקורת על השימוש בכספים המוקצים למפלגות מהקופה הציבורית.
* ביקורת חשבונות שוטפים של המועמדים בפריימריז- בהמשך זה מופנה גם מועמדים בפריימריז- לפי חוק המפלגות. מפלגות שנערך בהן פריימריז על פי חוק מותר לכל מתמודד לאסוף תרומות להוציא הוצאות בסכום מסוים. יש קשר בין התרומות שמותר לו לקבל לבין ההוצאות שהוא יכול להוציא ויש הגבלה על כך. יש הוראות חוק יותר ספציפיות כמו הוראה שקובעת כי על כל הוצאה צריך להיות הסכם, איסור קבלת מזומן אלא באופן שכל הפרטים של תורם מתקבלים.

הרעיון הוא גם שקיפות מצד אחד והשני זה שוויון הזדמנויות בין מתמודדים. ברגע שניתן למתמודד בעל אמצעים גדולים גם לקבל תרומות בלי סוף וגם להוציא בלי סוף כספים הרי שכך יפגע בשוויון ובשיקולים של אותו מועמד בהמשך. בארצות הברית למשל ההגבלות יותר מצומצמת וכך חברות גדולות תורמות סכומים גדולים ומשפיעות על המועמד בהמשך. זה גם נובע מהרצון למנוע חשש שמועמדים שכתוצאה מהתרומות שהם מקבלים, הדבר ישפיע על שיקוליהם בעת שהם פועלים במסגרת סמכותם, כחברי כנסת ושרים. ניתן לשער שמועמד שנבחר וקיבל הרבה כספים מחברה מסוימת, כאשר הוא מקבל החלטות שקשורות לאותה חברה ומשפיעות עליה, הדבר יכול להיות משמעותי בקבלת ההחלטות. בארץ יש ניסיון להתמודד עם תרומות כדי להשפיע ולמנוע קידום אינטרסים. היו שיטות שניסו לעקוף את המגבלות האלה, אך עם השנים האפשרות הזאת לעקוף את ההגבלות הולכת ומצטמצמת, שהיום הדרך היחידה היא תשלום במזומן וזה כבר עבירה פלילית. אחרי כל בחירות יצא דוח מבקר המדינה שעוסק גם במפלגות וגם דוח על כל המועמדים בפריימריז בהתנהלות שלהם.

* ביקורת על הצהרות הון והכנסות שרים וסגניהם- בהתאם לכללים למניעת ניגוד עניינים בפעילותם של שרים וסגניהם. עם כניסתה של ממשלה חדשה כל הסגנים והשרים צריכים לספק דוחות הצהרות הון וגם מחויבים בהכנת ניגודי עניינים, שאלו ניתנים למבקר המדינה וגם ולעדה למתן היתרים. הועדה למתן היתרים היא הועדה שיכולה לאשר לאותו שר לעשות פעולות שבמצב רגיל לא יכול לעשות אותן. יש לה יכולת להחריג מהשרים וסגני השרים את החובות המוטלות עליהם.

**נציב תלונות הציבור**

מעבר לתפקיד מבקר המדינה כמבקר גופים ורשויות, תפקיד נוסף של מבקר המדינה זה תפקיד נציב תלונות הציבור.

ס' 4 לחוק יסוד מבקר המדינה קובע: "*מבקר המדינה יברר תלונות מאת הציבור על גופים ואנשים כפי שייקבע בחוק או לפיו; בתפקידו זה יכהן מבקר המדינה בתואר "נציב תלונות הציבור".*

נציב תלונות הציבור זה מוסד שקיים בעוד מדינות, אך ישראל היא המדינה היחידה בה מבקר המדינה מכהן גם כנציב תלונות הציבור. כדאי להכיר את המוסד הזה משום שהוא אמצעי שניתן לפנות אליו אם לא מקבלים מענה מרשויות השלטון, הוא לפעמים מגן ומסייע. דוגמא: הוצאת צווי הגנה לעובדים החושפים שחיתויות. זה מודל שהוא ייחודי לישראל והוא מאפשר לברר תלונה פרטנית.

אם מבקר המדינה פועל על פי יוזמתו ומבצע ביקורת רוחבית על מוסד מסוים, אזי שנציב תלונות הציבור מברר תלונה פרטנית של אזרחים.

**עצמאותו**

חוק היסוד בא להבטיח את עצמאות מבקר המדינה. מכיוון שהוא בוחן ובודק את הגופים שקשורים לרשות המבצעת, הרי שהוא צריך עצמאות. ולכן אומר חוק היסוד בס' 6 לחוק כי: במילוי תפקידיו יהיה מבקר המדינה אחראי בפני הכנסת בלבד ולא יהיה תלוי בממשלה. כלומר המבקר יקיים קשר עם הכנסת, יגיש לה דוחות, חשבונות וחוות דעת בתחום תפקידיו ויפרסם אותם ברבים.

למעשה הגוף היחיד שיכול לקבל החלטות זו הכנסת, הרשות המבצעת לא יכולה להתערב בהחלטות המבקר ואת הדין וחשבון הוא מביא רק לכנסת. הגוף שעוסק בהחלטות ודוחות המבקר היא ועדת ביקורת המדינה, שבראש תמיד יעמוד ראש האופוזיציה. מן הראוי שמי שיעמוד בראש הועדה שמקבלת את הדוחות ומזמינה גופים כדי להסביר, הוא חבר כנסת מהאופוזיציה ולא מהקואליציה מאחר והיא תמיד תנסה להצדיק את הפעילות שלה. בכנסת הנוכחית, וועדת ביקורת המדינה לא פועלת משום שמי שעומד בראשה זו האופוזיציה, שלא מוכנה לעבוד ולהיות בוועדות.

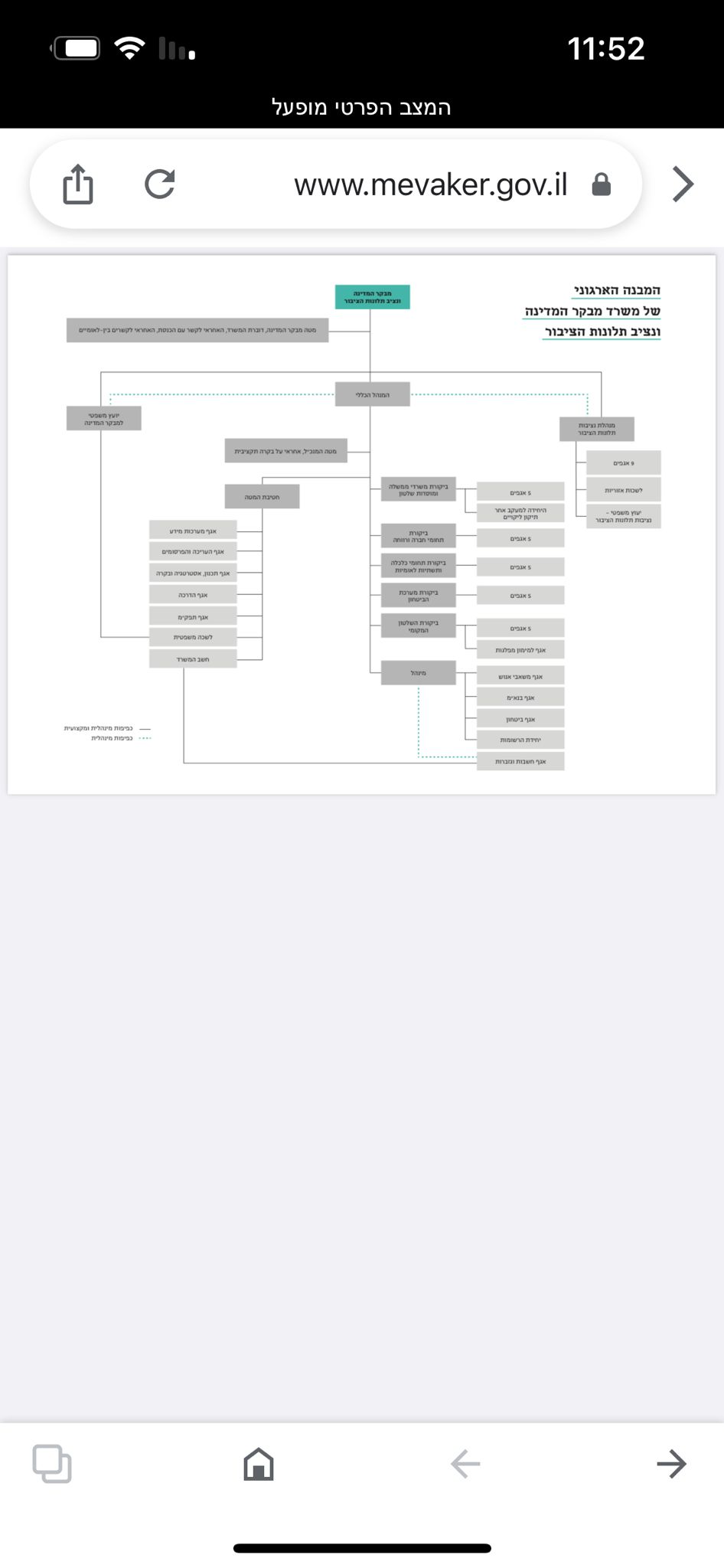
כשוועדת ביקורת מדינה דנה בשורה של נושאים, הדיון בוועדה במסגרתו מבקר המדינה ונציגיו מציגים את הדוח והליקויים ואותו משרד ממשלתי צריך להסביר כיצד הוא יתמודד עם זה ויתקן את הליקויים. ולכן יש פה פעילות שלא רק מבקרת אלא גם לתקן ליקויים, ואף היא כלי של האופוזיציה לנגח את הממשלה.

**פרסום הדוח**

את הדוח מפרסמים פעם בשנה, וכל פעם צריך שהמרדים יגיבו לדוח, ורק אחרי שלושה חודשים מתפרסם הדוח לציבור כולו. זה אחד המקרים היחידים שהתקשורת עומדת בכללים ולא מפרסמת את הדוחות למרות שחלק מהם כבר הגיעו לידיעתה. הדוחות ניתנים כמה ימים לפני שהתקשורת כדי שתוכל להיערך לפרסום הדוח.

**איך בנוי משרד מבקר המדינה?**

המבנה הארגוני



מה שחשוב זה שיש חמש חטיבות- חטיבה אחת שעוסקת בשלטון מקומי, מערכת הביטחון, משרדים כלליים, תחומי חברה ורווחה, משרדי ממשלה ומוסדות שלטון. החוק עצמו נקרא חוק מבקר המדינה ולא חוק ביקורת המדינה

למעשה כל הסמכויות של משרד מבקר המדינה נגזרות ממבקר. המבקר במשרד הזה הוא חצי אלוהים במובן הזה שכל הסמכויות ניתנות לידו, והדוח השנתי כולל עשרות דוחות שנוגעים לחברות ממשלתיות, המבקר עצמו יכול להחליט ואין אף אחד שיכול לקבל החלטה מלבדו. הוא הדמות הדומיננטית העליונה וכל החלטה עוברת דרכו ויכול לבטל כל החלטה של גורם אחר, הסמכות שלו היא סמכות בלתי מבוקרת.

**הגופים המבוקרים**

הגופים המבוקרים לפי סעיף 9 לחוק מבקר המדינה:

* כל משרד ממשלתי
* מוסד או מפעל של המדינה

כל אדם או גוף המחזיק שלא לפי חוזה, ברכוש המדינה.- אם אני מאיזשהו טעם כזה על פי חוק, אם אני גוף שהמדינה הקימה על מנת לנהל נכס של המדינה אני מבוקר. נפתח סוגריים ונסביר כי אדם המחזיק נתח מכוח חוזה הוא מיחסי ספק לקוח ולא חל עליו, הכוונה היא להחיל אחריות על כל אחדם שקם מכוח חוק הוחלטה של רשויות.

* כל רשות מקומית
* כל חברה ממשלתית להשלים מס' החוק- מספיק שיהיה גוף שיש בו דירקטור אחד מטעם הממשל ה- למשל הוקמה חברה בבעלות פרטית, אך מאיזושהי סיבה הוכנס סעיף שלממשלה יהיה דירקטור מטעם המדינה, אותה חברה כפופה למבקר המדינה.
* כל אדם, מפעל, מוסד, קרן או גוף אחר שיועמדו לביקורת לפי החלטת הכנסת או הסכם ביניהם לממשלה- הכנסת יכולה להחליט שגוף מסוים יעמוד לביקורת, למשל- חברה קדישא, מד"א . יש עוד שתי אופציות להחיל ביקורת על גוף: 1. על פי החלטת הכנסת 2. הסכם עם ממשלה. המקרה היחיד שהיה עם הסכם של הממשלה זה קק"ל אך זה לא יצא לפועל, והיום היא כפופה למבקר המדינה רק בתחום מאוד צר שלה.
* כל חברה בת ממשלתית
* כל מפעל, קרן או גוף אחר הנתמכים ע"י הממשלה- למשל- חברות אגד ודן המקבלים סובסידיות. גוף שמגיש במסגרת התמיכות של הממשלה, הרי שגופים כאלה ברגע שהם מקבלים תמיכה מהממשלה הם נכנסים ומבקר המדינה יכול לקבוע שהם גופים מבוקרים ויכול להתחיל לבקר אותם.

ניתן לחלק את הגופים המבוקרים ל4 סוגים:

* ציבוריים- משרדי ממשלה, חברות ממשלתיות, רשויות מקומיות. הם גופים ממשלתיים השייכים לציבור ולמדינה.
* פרטיים- התמכים ע"י הממשלה.
* פרטיים- מכוח החלטת הכנסת/ הסכם.
* פרטיים- המספקים שירותים למדינה או פועלים בשת"פ עמה (ספקים, בעלי רישיונות, זיכיונות). גופים שהם לא ממש מבוקרים אבל למעשה ביקורת המדינה יכולה להתייחס אליהם. גופים פרטיים שמשתפים פעולה עם הממשלה כמו זיכיונות. אולי הם לא מבקרים אותם באופן ישיר אך יכולים להגיש מסקנות. הביקורת לא חלה במישרין עליהם, ולכן מבקר המדינה לא ירשום את שמם ויתייחס באופן מפורש, אלא רק בצורה עקיפה.

ביקורת המדינה בישראל מקובלת שהיא מהנרחבות בעולם- מדובר ב1,400 גופים מבוקרים- משרדי ממשלה, גופי ביטחון וכו. רשימת הגופים המבוקרים אינה קבועה אלא משתנה מעת לעת. יש גופים שנכנסים בגדר סעיף 9, ויש גופים שהוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת החליטה להעמידם לביקורת לאחר אישור מליאת הכנסת.

**היקף הביקורת**

לפי סעיף 10 לחוק- המבקר יבדוק אם כל הוצאה בתחום ההקצבה החוקית ולמטרה שלה נועדה של גופים מבוקרים הייתה בחיסכון, ביעילות ובטוהר המידות וכל עניין אחר שיראה בו צורך (סעיף סל).

1. האם הוצאה בתחום ההקצבה החוקית והמטרה שנועדה לה
2. אפ הגופים המבוקרים לפי ס' 9(1),2,4,5 – האם אותם גופים פעלו בחיסכון, ביעילות, בטוהר המדינות
3. כל עניין אחר שיראה צורך בו- ס' הסל. כל עניין אחר כבר הפך לקלישאה של מדיניות- האם ההחלטה הייתה סבירה או לא.

**הליך הביקורת**

לפני שנדבר על ההליך והסדר של הדברים, נשאלת השאלה איך מחליטים מי הגוף המבוקר. לפני כמה שנים יצא חוברת ארוכה של האופן שבו כללים של מבקר המדינה. כל מי שילווה גוף ציבורי בעל כורחו יתקל בסוגיות ביקורת ולכן זה הידע הבסיסי בעולם הזה. זה דבר הנדרש מעורך דין שעובד בעולמות האלה. בשאלה איך נחליט, אין תורה מיוחדת אלא יש מבקר המדינה שמנכ"לים מציגים לו תוכנית עבודה, פורסים חלוקה לפי תוכנית העבודה אך אם מידי פעם למשל קופצת כתבה קשה על גוף ורשות כזו או אחרת, גם זה יכול להתווסף לתוכנית העבודה של מבקר המדינה לשנה הקרובה

1. הודעה על עריכת סקר/ ביקורת בנושא מסוים או ללא נושא- אחרי שבוחרים מי הגוף המבוקר מפיצים הודעה על עריכת סקר.
2. **ביקורת בארגון**:

* דרישת מסמכים.
* ראיונות עם עובדים ונושאי משרה.
* כניסה למחשבי החברה- כך שבוויכוח האם הם יכולים או לא, לפי הנחיות הם יכולים.
* תלונות של חושפי שחיתויות.

1. לאחר עריכת הביקורת מכינים טיוטת דוח- לאחר כל הליך הביקורת עורכים טיוטת דוח ומעברים אותה לגוף המבוקר.
2. ניתן לארגון זמן לתת תגובה, לשכנע שממצאי הביקורת אינם נכונים (בשני סבבים)- התחיל תהליך שאם בטיוטת הדוח יש התייחסות ספציפית לעבוד מסוים, אז ניתנת טיוטה לכל עובד שעלול להיפגע כדי שיוכל להגן על עצמו ולהגיב לפני שיוצאת טיוטה מלאה.
3. הוצאת דוח סופי- הוצאת דוח סופי שמסירתו לרוה"מ ופרסומו 3 חודשים לאחר מכן. במהלך שלושת החודשים בכל גוף המנכל צריך להקים ועדת ליקויים שתתקן אותם ותגיב איך תיקנו את הליקויים.
4. תיקון ליקויים ויישום המלצות הביקורת.

**השפעת הביקורת**

כל מבקר בא עם העולם שלו והשוני בין המבקרים משפיע על כל עולם הביקורת. עד למבקר המדינה לינדנשטראוס מוסד מבקר המדינה ההשפעה שלו הייתה מינורית והבדיחה תמיד הייתה שהשימוש הכי וטוב בדוח מבקר המדינה זה כמעצור בדלת. שנים שביקורת המדינה נחשבה לא חשובה, קו פרשת המים היה מינויו של לינדנשטראוס למבקר המדינה, שבכהונתו שנקט ב2 הליכים:

* פרסום שמות המבוקרים- ברגע פרסום השמות, הדבר פוגע בשמו הטוב וביכולת הקידום במערכת הציבורית.
* שימוש נרחב בסעיף 14(ג) לחוק מבקר המדינה- "העלתה הביקורת חשש למעשה פלילי, יביא המבקר את העניין לידיעת היועמ"ש, ורשאי הוא לעשות כן אם העלתה חשש שנעברה עבירת משמעת עפ"י כל דין". דוח ביקורת כזה גם יכול להוביל לפנייה ליועמ"ש וחקירה פלילית, ולכן כשבתוך דוח הביקורת רשום כי יש חשש לפגיעה בטוהר המידות, ניתן להביא זאת ליועמ"ש על מנת שתיפתח חקירה.

**מה תפקידו של בית המשפט בביקורת המדינה?**

בג"צ טרנר נ' מבקר המדינה

פס"ד טרנר הוא פס"ד הכי חשובים בעולם זכויות מבוקרים.

רקע עובדתי: לפני שהיה ראש עיר שימש כמפכ"ל. ביקשו לתת דוח וחוות דעת על הנושא הזה, היא כתבה חוות דעת מפורטת שלפי דעתה טענתו של טרנר לא מקובלת, היא כתבה חוות דעת חד צדדית בלי שנתנה לו להתגונן. מבקרת המדינה טענה כי טרנר לא דובר אמת. לטענתו, נפגעו זכויותיו כי לא אפשרו לו לקבל את כל החומרים.

ביהמ"ש- אחרי שבית המשפט מסביר שיש למבקר הרבה חופש פעולה, הוא קובע כי ביהמ"ש לא יושב כערכאת ערעור על דוחות מבקר המדינה, מנגד חלים גם על המבקר ונציב תלונות הציבור כללי יסוד של המשפט המנהלי, וכפועל יוצא פיקוחו השיפוטי של בג"ץ.   
אם המבקר מתייחס לניהול תקין וחיסכון ופוגע באדם, זו פגיעה קטנה וזכות הטיעון והעיון לא עומדת לנפגע באופן נרחב. אבל אם נושא הביקורת הוא טוהר מידות, ערך כבוד האדם נפגע במלוא משמעותו ולכן נדרש לתת לנפגע את מלוא זכות הטיעון והעיון כדי לאפשר לו להגן על שמו הטוב. במקרים כאלה צריך לתת למבוקר את האפשרות להגן על עצמו, הוא צריך להגיב ולראות את כל החומרים שעל פיהם מסתמך המבקר כשהוא כותב את הטיוטה.

ההלכה היא שאומנם בית המשפט לא מהווה ערכאת ערעור, אך ברגע שנפגעו זכויות המבוקר וחוות הדעת מטילה כתם משמעותי על יושרתו ואופיו של העובד, הי שבכך יש פגיעה בכבוד האדם ולכן חוות הדעת לא ערכאת ערעור. בית המשפט לא מחליף את שיקול הדעת אלא את ביצוע ההליך עצמו.

פס"ד נכון לא רק למבקר המדינה אלא לכל הליך ביקורת שהוא. לכל הליך ביקורת יש למבוקרים את הזכויות שלהם ופס"ד מהווה אבן יסוד בנושא הזה.

בג"צ רות בלום דוד

בג"צ כנגד פרקליטת המחוז בשל ביקורת בהוצאת חומרים לנאשם. הוצאת הקלטות באופן לא תקין. היא טענה שהייתה חריגה מסמכות של המבקר וטעה בהחלטותיו.   
ביהמ"ש- ביהמ"ש אינו ערכאת ערעור לביקורת המדינה. גם אם יש טעות בביקורת, הוא לא מתערב אם היא לא מאוד משמעותית. בית המשפט אומר כי גם אם יש טעויות הוא לא מתערב בהחלטתו.

**עד כמה דוח המבקר מהווה ראיה?**

הכוח העצום של המבקר מעוגן בס' 30 לחוק. סעיף 30 לחוק המבקר- דוחות, חוות דעת או כל מסמך שהכין המבקר לא ישמשו ראיה בכל הליך משפטי או משמעתי. בנוסף, הודעה שנתקבלה אגב מילוי תפקידו של המבקר, לא תשמש ראיה.

הדבר בא כדי לאפשר לעובד שמרואיין או נחקר על ידי מחקר מבקר המדינה, לתת את כל המידע שיש לו ולא לחשוש שהמידע שהוא נותן יהווה ראיה כנגד המשרד. המטרה היא שההליך יהיה יעיל והאנשים יתנו את כל המידע שיש ברשותם על מנת לייעל את המערכת. ולכן גם אין פה את ההגנה של הפללה עצמית שיש במשטרה.

בג"צ אלון דוידי

עתירה נ' ניגוד עניינים בפיתוח כיפת ברזל. לא היה ניתן לעשות בראיות שימשו משום שהם היו במסגרת ביקורת מבקר המדינה.   
ביהמ"ש- טענת ניגוד העניינים של העותרים מסתמכת על דוח המבקר. סעיף 30 נקבע מפורשות די דוחות או כל מסמך של המבקר לא ישמשו ראיה בכל הליך משפטי.

פס"ד קונדיטוריה שפיק

סייג פס"ד דוידי ניתן בפסד המחוזי קונדיטוריה שפיק.   
אומנם ביהמ"ש לא יכול לקבל את דוח המבקר כראיה, אך הוא יכול לקבל שההוראה לא חלה על הליכים שעניינם יישום המלצות המבקר. משמע, אם ארגון לא יישם את המלצות דוח המבקר, ניתן להשתמש בדוח הביקורת כעילה להתרשלות.

בית המשפט עושה הבחנה בין מה שכתוב בדוח מבקר המדינה לבין המלצות. כל מה שכתוב בממצאים של דוח ביקורת לא יכול לשמש ראיה, אך בהמלצות לתיקון הרי שחייבם לתקן, מהרגע שלא תוקנו אי יישום ההמלצות עצמן בזה ניתן להשתמש כראיה, שהרי זה מצביע על רשלנות.

סיכום ההשפעה

* גופים ציבוריים- פגיעה באפשרויות קידום של נושאי משרה ובפעילות הגוף המבוקר. כאשר מדובר בגופים ציבוריים, נושא תפקיד כאשר הוא מגיש מועמדות לתפקיד יש קטגוריה שדורשת האם שמו נזכר בדוח מבקר המדינה, שיפגע באופן משמעותי לסיכויים שלו להיבחר לתפקיד.
* גופים פרטיים נתמכים- צמצום התמיכה, נקיטת אמצעים ע"י הממשלה והקשחת תנאי ההסכם בהמשך.
* גופים פרטיים- נקיטת צעדים ע"י הממשלה כגוף, אותו גוף ופגיעה בסיכויי התקשרות בעתיד.

הפיכת הביקורת להזדמנות לפי דוח רשות הגז הטבעי- "הרשות נדרשת לסייע לחברות בשלבי תכנון מוקדמים, ובכלל זה במגעים שהן מקיימות.. וכן לקבוע באופן מוסדר את הסיוע שתיתן בתהליך התכנון.." למרות שזה גוף לא מבוקר ניתן לנקוט באמצעים כתוצאה מהביקורת.

ביקורת של מבקר המדינה היא אירוע משמעותי בחיי החברה בין אם היא הגוף המבוקר ובין אם יש לה מערכת יחסים עם גוף המבוקר. ולכן הפועל היוצא הוא שיש להיערך לביקורת.