

מבוא:

"הסמכות המנהלית" - (סמכות שלטונית): רוב הסמכויות הן במובן של כוח משפטי. מהו כוח משפטי? זוהי היכולת לשנות את הזכויות והחובות של הכפוף לכוח, באופן חד צדדי.

הסמכות ליעוץ - בין בעל הסמכות- לבין גורם מיעוץ. בחוק נקבע שמי שהוא בעל הסמכות, לפני שהוא מקבל החלטה, עליו להתייעץ עם גוף מסוים. האם למי שמיעוץ יש גם כוח? אין לו כוח משפטי כיוון שהוא לא יכול לשנות שום דבר. הגורם המיעוץ מפעיל סמכות מנהלית, אבל לא מהסוג של כוח. יש לו תפקיד של ייעוץ בלבד. מי שיפעיל את הכוח במקרה הזה הוא בעל הסמכות שמקשיב לעצה ויקבל את ההחלטה הסופית.

סמכות חקירה ללא מסקנות אישיות - אם מטילים על גוף תפקיד להביא ממצאים לגבי תאונות ברכבת- מקימים ועדת בדיקה משרדית. אם הגוף הזה תפקידו הוא רק לחקור ולהביא את העובדות, אזי שאין לו כוח. מי שיש לו כוח הוא לשר, שבעקבות החקירה יכול לפטר גורמים מסוימים. סמכות זו אינה מעניקה כוח.

מסלול העברת הכוח השלטוני במדינה דמוקרטית: 29/10/2018:

דמוקרטיה זהו שלטון העם. כל הכוחות הם של הציבור. הציבור אינו יכול לנהל מדינה ולכן הוא בוחר נבחרי ציבור שינהלו עבורו את המדינה. בכל הדמוקרטיות המודרניות מעבירים את הכוח לנציגיו. מקימים גוף שייצג את העם- נציגי העם בפרלמנט. הכוח מועבר מהעם לנציגיו באמצעות בחירות. במשטר פרלמנטרי אנו לא בוחרים את הרשות המבצעת, אלא את נציגי העם שנותנים אמון אח"כ בממשלה שתיבחר. במשטר נשיאותי בוחרים את הנשיא, את ראש הרשות המבצעת.

אחד העקרונות הבסיסיים ביותר במשפט המנהלי הוא "סמכות". אם ישנה רשות שלטונית שרוצה לעשות משהו, איך הכוח יעבור אליה? מחפשים חוק מסוים שאומר שהוא מוסר את הכוח לרשות השלטונית הזו כדי שתפעיל אותו לטובת הציבור.

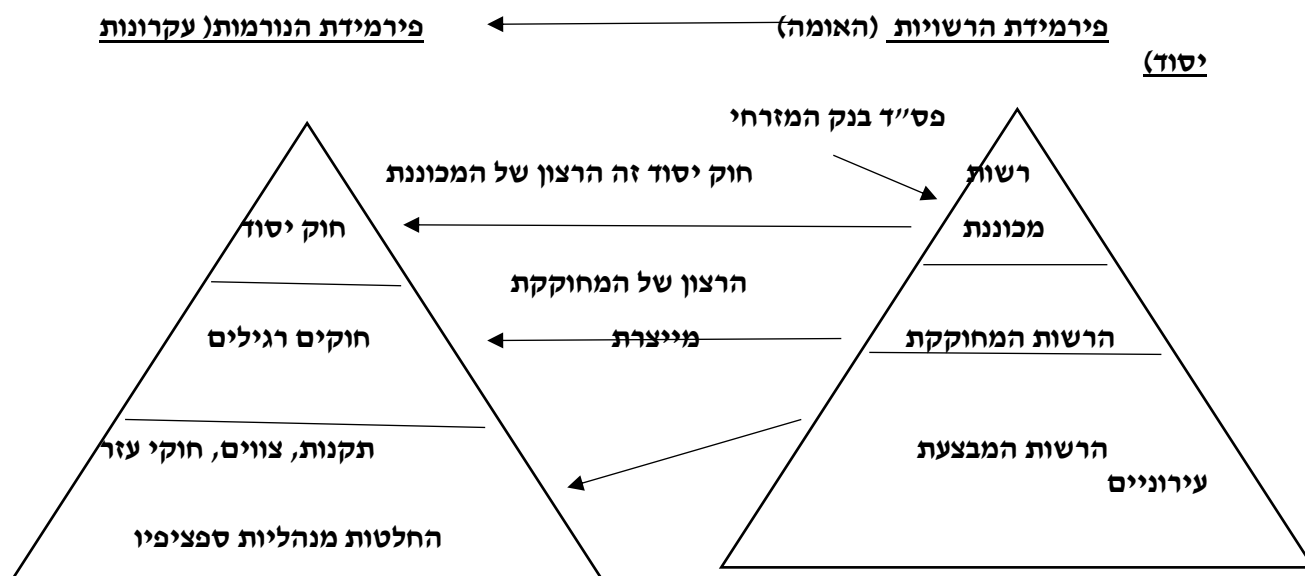
מיקומם של החלטות המנהליות במדרג?

עקרון היסוד בדמוקרטיה- הפרדת רשויות.

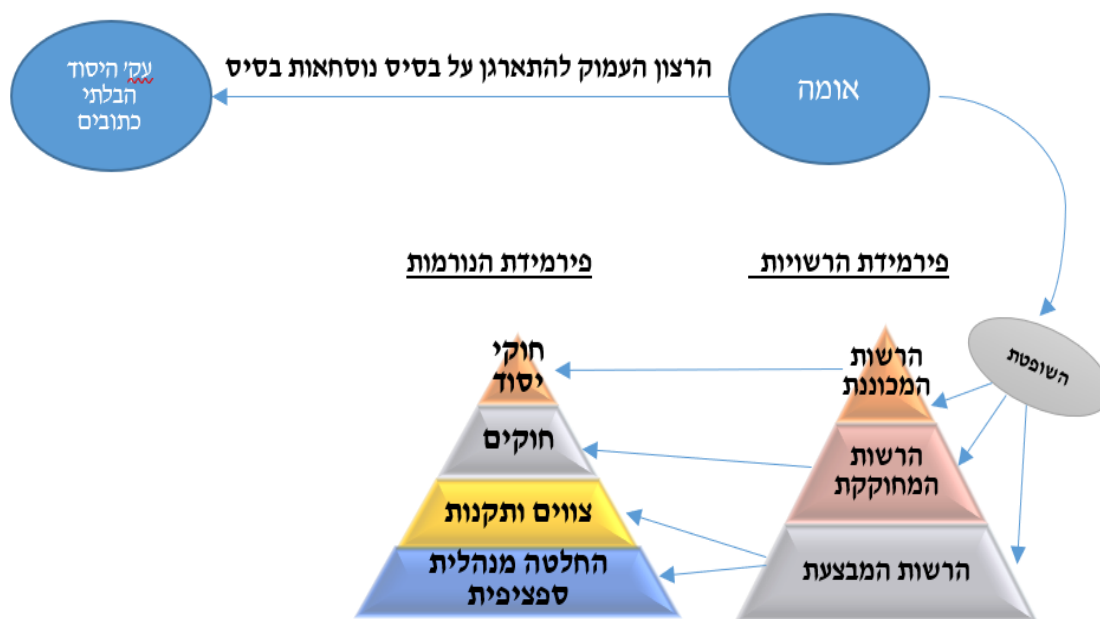
הבסיס- דמוקרטיה (שלטון העם).

מי שמחזיק את הכוח בדמוקרטיה זה העם. **הרשות המחוקקת (הכנסת) היא הרשות העליונה בפירמידה.**

מבין הרשויות שיוצרות נורמות או מקבלות החלטות, יש עליונות ברורה לכנסת- לנציגי העם על השליט בפועל, **מי שמחזיק את הכוח שזה הממשלה- והרשות המבצעת.**



ב. פירמידת המשפט והנורמות



סעיף 16 (4) לפקודת הפרשנות:

התקנת תקנות

16. מקום שהחוק מעניק לרשות את הסמכות להתקין תקנות, יהיו ההוראות הבאות חלות לגבי התקנתן וכוח פעולתן של תקנות אלו, אם אין כוונה אחרת משתמעת –

(תיקון מס' 11) תשמ"א-1981

(1) (בוטל).

(תיקון מס' 13) תשנ"ד-1994

(2) (נמחק).

(תיקון מס' 11) תשמ"א-1981

(3) (בוטל).

(4) לא תהא תקנה סותרת הוראותיו של כל חוק;

כל המהות של דמוקרטיה זה שלטון מוגבל.

חוק יסוד הממשלה קובע בסעיף 3 שהממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת.

סעיף 28 לחוק שמדבר על אי אמון אומר שניתן להפיל ממשלה. חברי כנסת יכולים להפיל ממשלה.

ישנה פירמידה ומעליה האומה.

מעל למדינה יש את האומה והאומה מייסדת את המדינה כדי שההתארגנות שלה תהייה מוצלחת ויעילה ואז נכנסת לתמונה רשויות המדינה. היום העמדה המקובלת שהכנסת היא גם מכווננת וגם מחוקקת.

בראש הפירמידה- הרשות המחוקקת (כנסת), כיום העמדה שהכנסת היא גם מכווננת וגם מחוקקת. **הרשות המכווננת מתקינה נורמות של חוקה או חוקי יסוד. והרשות המחוקקת מתקינה חוקים רגילים.**

המשפט המנהלי- כמעט ולא מתעסק ברשויות האלה (המחוקקת) אלא רק מה שמתחת.

הרשות המבצעת (הממשלה)- המחוקק מפקיד את הכוחות לאורגנים השונים של הרשות המבצעת. זה המהלך הדמוקרטי. העם מחזיק בכוח בדמוקרטיה באמצעות הנציגים שלו והמחוקק מוריד לרשות המבצעת כדי שתפעיל אותו.

הרשות המחוקקת (הכנסת) גם מוסרת את הכוח לרשות המבצעת וגם מפקחת (הכנסת באמצעות הועדות מפקחת על הרשות המבצעת והפעולות) אם היא לא מרוצה יכולה לשנות את החוק ולצמצם את הכוחות של הרשות המבצעת.

פירמידת הנורמות-

מה שיש מעל לחוקי היסוד זה **עקרונות היסוד** וזה **מקביל לאומה**. האומה שמכווננת את עצמה מביעה את הרצון העמוק של האומה כאשר היא מכווננת את עצמה ואלה הם עקרונות היסוד של השיטה. **מה שהכנסת אח"כ מחוקקת זה הרצון הזמני של נציגי העם.** מי עליון על מי, הרצון העמוק או הזמני של הפוליטיקאים בכנסת.

כל הרשויות האלה של המדינה (כנסת, רשות מבצעת) חייבות בנאמנות חוקתית לאומה עד שהאומה תחליט לבטא רצון חדש. האם הכנסת יכולה כרשות מכווננת לכתוב חוק יסוד ממשלה חדש שראש הממשלה הקדנציה שלו תהייה 20 שנה ויכולה להפיל אותו? היא יכולה אבל זה יהיה נורמה שסותרת את עקרונות היסוד הבלתי חוקיים, **הרשות המכווננת חייבת בנאמנות. הרשות המחוקקת, ראינו שבימ"ש ביטל חוקים שסותרו את חוקי היסוד, אז גם היא חייבת בנאמנות וגם הרשות המבצעת, נורמות של הרשות המבצעת שלא תואמות את הרצון של האומה גם הם ודאי ייפסלו.**

הרשות המבצעת יודעת ליצור נורמות משני סוגים:

- 1. תקנות וצווי-** זה באמת נורמה כי זה כמו חוק, נקרא **חוקת משנה**, לא המחוקק הראשי יצר אותה אלא מחוקק המשנה- השר יצר נורמה שדומה לחוק אך ברמה פחות. הפעלת הכוח השלטוני במקרה ספציפי. **תקנה זה נורמה שדומה לחוק אבל נחותה מחוק (שר יצר אותה).** צריך לפרסם תקנות וצווים ברשומות. **תקנות וצווים זה כמו חוק, אומנם של הרשות המבצעת, אבל זוהי נורמה שפועלת כמו חוק. משהו שהוא כמו חוק הוא עליון נורמטיבית מעל החלטה מנהלית ספציפית.**
- 2. לקבל החלטות מנהליות-** זו החלטה על הפעלת הכוח השלטוני שנמסר לה במקרה ספציפי. למשל החלטה להפקיע קרקע של אזרח כי צריך לבנות שם בית ספר, זה החלטה על הפעלת כוח במקרה ספציפי. החלטה לסגור את כביש בר אילן בשבת, זאת החלטה להפעיל את הכוח השלטוני במקרה ספציפי.
- ההחלטות האלה כפופות לכל הנורמות שנמצאות מעליהן עד לעקרונות היסוד הבלתי כתובים וזה המבנה שבו אנו חיים.

האישיות המשפטיות הפועלות במשפט הציבורי - זו אישיות כלשהי בימינו שהמשפט מכיר בה ככשרה לזכויות וחובות.

האישיות המשפטית הבסיסית ביותר זה **האדם** - יש לו זכויות וחובות. לרצון שלו יש משמעות למשל בדיני החוזים - אם האדם קטין האישיות המשפטית שלו מוגבלת בצורה כלשהי כמו גם בחירות, נהיגה וכו'.

לצד האדם יש **אישיות משפטיות מופשטות** כמו תאגידים, חברה בע"מ, עמותה, אגודה שיתופית. הם יצור משפטי שהחברה מכירה לזכויות וחובות. האדם התאגידים הפרטיים האלה פועלים במשפט הפרטי, הם בד"כ לא פועלים במשפט הציבורי.

האישיות המשפטיות שפועלים במשפט המנהלי, כחלק מהמשפט הציבורי

במדינת ישראל - המדינה כיצור מופשט כמו התאגיד, כמו גוף האדם, בעצם לא יכולה לעשות כלום בלי האיברים האורגניים שלה. מה זה מדינת ישראל? יצור שהוא מופשט. המדינה חייבת את הרשויות הפועלות האורגניים שלה: **הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת (הממשלה) הרשות השופטת.**

איך מבחינים בין תקנות וצווי עזר לבין החלטה מנהלית?

מהי "תקנה"? יש מבחינים בפסיקה למהי תקנה ומהי החלטה מנהלית ספציפית:

"המבחן המשולש" (פס"ד הבורסה לניירות ערך):

1. **הגדרת תקנה: סעיף 1 לפקודת הפרשנות: יסוד 1: מאת כל רשות (שלטונית), יסוד 2:**

"עפ"י חוק". הבורסה לניירות ערך היא תאגיד פרטי שלא הוקם בחוק כתאגיד ציבורי. היא התקינה את תקנון הבורסה שקובע מי יכול להירשם למסחר ומי לא. המקרה של הבורסה לניירות ערך הוא חריג. **הפרטה** = זה העברת סמכות שלטונית לגוף פרטי. הכנסת מחוקקת חוק שאומר שהיא מעבירה סמכות מסוימת לגוף פרטי. הפרטת בתי הכלא בישראל - חקיקה שאמרה שיתקיים מכרז שאדם פרטי ינהל בית כלא פרטי: פס"ד המרכז האקדמי. יש הפרטה שהיא לא בחוק, אלא בהחלטה מנהלית. לשר החינוך יש סמכות להחליט מי יעניק לילדי ישראל חינוך חובה. בתי הספר הדמוקרטיים, לאמנויות וכו' הם בתי ספר פרטיים שמעניקים חינוך חובה לילדי ישראל. איך יכול להיות שגוף פרטי יפעיל סמכות שלטונית? בכל פעם ששר החינוך מקבל החלטה מנהלית ספציפית לתת רישיון לבית ספר פרטי להעניק חינוך חובה, הוא מפריט את הסמכות של משרד החינוך. הוא העביר סמכות שלטונית לגוף פרטי.

2. **מבחינים אלה מחייבים שתקנה תקבע נורמה + כללית:** (אלו שני מבחינים) "נורמה" - צריך להיות משהו שמשנה את המשפט הנוהג במדינה. משהו שמשנה את ההתנהגות של מי שכפוף לנורמה. כולם חייבים להתנהג באופן שונה. **מבחינים אלה נקבעו בפס"ד אלכסנדרוביץ ששם מדובר על סימני מסחר.** מי שמייבא סחורות לישראל יש צורה של סימונים לשימוש המכס. אם מגיעים עם סימן מסוים עוברים טיפול ספציפי במכס. האם הרשימה הזו היא תקנה שצריך לפרסם ברשומות? או שזו החלטה מנהלית ספציפית שאפשר להודיע ליבואנים אבל לא חייב לפרסם ברשומות? תקנה זו היא נורמה כיוון שהיא משנה את המשפט הנוהג במדינה. כל מי שמייבא סחורות לישראל עכשיו צריך להתנהג באופן שונה. כעת יש סימונים חדשים וצריך להכיר אותם. זה לא חל רק על מי שיבואן היום, אלא על כל מי שירצה להיות יבואן בעתיד.

3. **נורמה כללית** - נורמה שחלה על ציבור בלתי מסוים. כלומר על ציבור שאנו לא יודעים מי. תקנון הבורסה קובע נורמה. חברה שלא תעמוד בדרישות של התקנון תימחק מהמסחר. יש פה נורמה עם סנקציות שמכוונת התנהגות ופונה לציבור בלתי מסוים. לא רק למי שסוחר היום, אלא למי שירצה לסוחר גם בעתיד.

נורמה כללית - נורמה שחלה על ציבור בלתי מסוים. כלומר על ציבור שאנו לא יודעים מי. תקנון הבורסה קובע נורמה. חברה שלא תעמוד בדרישות של התקנון תימחק מהמסחר. יש פה נורמה עם סנקציות שמכוונת התנהגות ופונה לציבור בלתי מסוים. לא רק למי שסוחר היום, אלא למי שירצה לסוחר גם בעתיד.

הנפשות הפועלות (האישיות המשפטיות) במשפט הציבורי

החשיבות של התביעה הכללית - כפיפות ארגונית לשר המשפטית מבחינה תקציבית וארגונית. יש עצמאות מוחלטת לתביעה הכללית. ברגע שההליך הפלילי הופך להיות פוליטי זה סכנה אמיתית

לדמוקרטיה. במדינות לא דמוקרטיות משתמשים בכוחות החזקים יותר של המדינה שזה המנגנון האכיפה הפלילי כנגד דמויות פוליטיות.

מדינות שהן לא דמוקרטיות יש תופעה שנקראת אסירים פולטים השלטון משתמש בהליך הפלילי כדי לנטרל אותו ולבסס את שלטונו. בישראל זה לא קיים. התביעה נהנית מעצמאות מוחלטת. אנו רואים שראשי ממשלה אין להם חסינות, כולם עומדים בפני החוק. אי אפשר להגיד שהפרקליטות מוטה פוליטית ומשמשת זרוע של השלטון. להיפך הרבה פעמים היא נגד השלטון.

הרשות המבצעת-

מרכזת את כל הכוחות השלטוניים. היא מחולקת לתחומי ביצוע, כל תחום ביצוע נקרא משרד, **בראש המשרד עומד שר**.

אורגנים נוספים של המדינה הם תחת הרשות המבצעת (צבא). כל הכוחות המבצעים של הריבון שנקרא מדינת ישראל הם חלק מהאישיות המשפטית הזאת שנקראת מ"י.

חוץ ממשרדי הממשלה יש כוח **צבאי**, הכוחות המזוינים של מ"י, שזה צה"ל. יש כוח **משטרה** שזה משטרת ישראל. יש כוחות **מודיעין שזה מוסד והשב"כ**, כל הכוחות האלה **כפופים לרשות המבצעת של מ"י**, לממשלה הנבחרת. כך עובדת דמוקרטיה. אין צבא שהוא לא כפוף למ"י ולזרוע שלה שהיא הממשלה. כך נראית מדינה מודרנית.

אם נסתכל על לבנון- יש את צבא לבנון, כוח צבאי מביך. לידו יש את חיזבאללה, שלא כפוף לאף אחד. חיזבאללה זה כוח צבאי יותר חזק ממדינת לבנון ומצבא לבנון כולו. אז איזה מדינה זאת? יש מדינה יש לה כוח צבאי שלה שווה כלום ויש כוח צבאי שלא כפוף למדינה ולפעמים מקבל פקודות ממדינות אחרות (אירן) והכוח הזה יותר חזק מהכוח של המדינה. שם זה לא מדינה מודרנית ויש אישות שלא ברור מה היא.

צבא, מוסד ושבי"כ כפופים לאורגנים של הממשלה. שבי"כ ומוסד לשר לשירותי מודיעין או משרד ראש הממשלה נניח. גוף כזה לא פועל בחלל ריק. אי אפשר שיהיה כוח צבאי שלא יהיה כפוף למדינת ישראל. כל האורגנים של הכוחות כפופים לשרים. יש היררכיה מנהלית שהממשלה פועלת בראש.

מושג יסוד

❖ הסמכות המנהלית- (סמכות שלטונית):

בפס"ד איגוד האינטרנט- לסגור מקום.

בפס"ד אבו ערפה- ביטול רישיון ישיבה, המשמעות היא גירוש.

רוב הסמכויות המנהליות הן סמכויות במובן של כוח (טבלת הופלד). מול כוח ישנו כפיפות.

כוח במובן המשפטי= היכולת לשנות את מערך הזכויות והחובות של הכפוף, באופן חד צדדי. לא כל הכוחות נמסרו לרשות שלטונית, יש כוחות במשפט שנמסרו לאדם פרטי. לדוג' הכוח לבטל חוזה, אם הצד השני גרם לאחר לבצע הפרה יסודית, מוענקת האפשרות לבטל את החוזה.

האם מדובר ביכולת חד צדדי לחלוטין? הרשות מחויבת לתת התראה מראש, ולתת לבעל המקום זכות טיעון (כלומר, לשמוע את טיעוני בעל המקום).

מערך הזכויות והחובות של הפרט משתנה (לדוג' אדם שסגרו לו את המקום, אדם שבוטל לו חוזה שכירות)- מדובר בשינוי חד צדדי של מערך הזכויות והחובות.

בפס"ד אבו ערפה- יום אחד יש לו רישיון ישיבה, למחרת החליט שר הפנים לבטל את רישיון הישיבה והוחלט לגרשו- מדובר בשינוי חד צדדי של מערך הזכויות והחובות.

דוג' נוספת- הפקעה של קרקע: שר האוצר רשאי להפקיע קרקע, אך נדרש להתריע על כך ולשמוע את טיעוני האדם- באופן חד צדדי הוא רשאי לשנות את מערך הזכויות והחובות.

דוג' נוספת- רשות המיסים: כל עסקה שמבצעים בנדל"ן, (למוכר יש שבח, הרשות יכולה להטיל מס שבח ולקבוע את הגובה שלו, העירייה יכולה להטיל היטל השבחה). משמע, כולם מפעילים את הזכויות שלהם באופן חד צדדי ומשנים את מערך הזכויות והחובות של האזרח.

מה שנותר לאזרח – לטעון את טיעוניו בפני הרשות.

מה זה כל האישיות המשפטית הגדולה הזאת?

במשפט הציבורי- יכולות להיות כמה אישיות משפטיות תחת הגוף שנקרא מדינת ישראל. שר זה אישיות משפטית במשפט הציבורי, יש לו סמכויות ותפקידים הוא מצביע ומפעיל את הסמכויות

שלו ולכן הוא אישיות משפטית. תחת המשרדים האלה של הממשלה, יש **פקידים שהם משרתי ציבור** (לפעמים אנשים מאוד בכירים במשרד), כפוף לשר וגם לפעמים אישיות משפטית במשפט הציבורי. במשפט הציבורי יש הרבה רשויות. פקיד ציבור הוא אישיות משפטית. נניח נציב המים זה אישיות משפטית שפועלת במערך הציבורי הזה. **לדוגמא** - יש את שר הפנים - אישיות משפטית. ראש מנהל האוכלוסין - אישיות משפטית במשפט הציבורי. שר התחבורה ומפקח על התעבורה שגם אותו החוק מכיר והוא אישיות משפטית. כל רשות היא אישיות משפטית. לצד שר החקלאות יש את נציב המים - אישיות משפטית שגם פועלת במערך זה. יש הרבה גופים שהחוק במ"י מעניק להם סמכויות שונות.

הנפשות הפועלות במשפט הציבורי:

: 05/11/2018

i. **מדינת ישראל והאורגנים שלה:** מדינת ישראל מורכבת מהאורגנים שלה הכוללים: רשות מכוננת, רשות מחוקקת ורשות מבצעת. למה המדינה זקוקה לאורגנים האלה? האישיות המשפטית של המדינה, שדומה לתאגיד, זוהי אישיות משפטית מלאכותית מופשטת שהמשפט מכיר בה. **מי עומד בראש הרשות המבצעת של המדינה?** הממשלה היא גוף קולגיאלי - זהו גוף שמורכב ממספר אנשים, כמו מועצת העיר. בממשלה יש חבר של שרים וראש הממשלה הוא אחד מתוך הממשלה, אך הוא בעצמו לא מקבל החלטות בשם הממשלה, אלא רק ע"י הפורום שמורכב מאחוזי הצבעה. לכן ראש הממשלה זקוק לרוב תומכים. נניח בתכנית ההתנתקות, לראש הממשלה לא היה רוב כדי להעביר את התכנית - איך הוא יכול לייצר רוב? הבעיה היא כאשר יש שרים שמתנגדים בצורה אידיאולוגית. קשה מאוד לשנות את עמדתם. הסמכות שראש הממשלה השתמש בה הוא פיטור שני שרים, ובכך הוא קיבל את הרוב. **לפס"ד זה קוראים פוקס**. מטרת הגוף הקולגיאלי הוא לבצע דיונים פתוחים. כאשר עולה החשש ששר יפטר מאחר ואינו נמצא באותה עמדה עם ראש הממשלה - אין פה חופש. לא ניתן לכפות על ראש הממשלה לעבוד עם חלקים בממשלה שמסכלים את התכניות החשובות שלו. ביהמ"ש נתן לו שיקול דעת מאוד רחב לפטר שרים, לרבות שרים שמתנגדים לתכנית מרכזית של הממשלה. מה הרעיון לחלק את התחומים בממשלה לתחומים? שר לכל נושא. הממשלה צריכה לקבל רק את ההחלטות העקרוניות, ואז כל שר אחראי על תחום מסוים: שר האוצר, שר הפנים, שר הביטחון וכו'. השר קובע את המדיניות למשרד שבראשו הוא עומד ואלא אם כן הממשלה תקבל החלטת מדיניות אחרת, השר יכול להכתיב את המדיניות בתחום משרדו. מה קורה אם הממשלה מקבלת החלטת מדיניות כלשהי ולשר זה לא מתאים? מצופה מהשר להתפטר, ואם הוא לא מתפטר ודבק במדיניות הלאומית, אז חובה על רוה"מ לפטר אותו כי הוא לא נשמע להחלטות ולמדיניות הממשלה. **בכל משרד של שר יש יחידות סמך** - אלה גופים שהם תחת המערך של המשרד. למשל בתוך משרד האוצר יש את רשות המיסים, הרשות להגבלים עסקיים וכו'. אפשר להעביר יחידות סמך ממשרד אחד לאחר. הרבה פעמים שרים דורשים שינויים בארגון. שר האוצר רצה את רשות מקרקעי ישראל ואת מנהל התכנון. למה לשר אוצר שאמור להתעסק בכלכלה, לדרוש במו"מ הקואליציוני שיעבירו לאחריותו יחידות סמך שקשורות לניהול הקרקע של מדינת ישראל? המפלגה של כחלון הלכה לבחירות וטענה שתוריד את מחירי הדיור. מספר האוכלוסייה הולך ועולה ולכן היה ביקוש לדירות. השר כחלון הבין שאם לא יהיו לו את יחידות הסמך המתאימות כדי לקיים את הבטחתו, לא יבחרו בו בבחירות הבאות. לכן הוא ביקש שיחידות שקשורות לבנייה יהיו תחת ניהולו כדי שיוכל לשלוט על היצע ומכירת הדיור. משרד הביטחון בעלת יחידות סמך: צה"ל. המשרד לביטחון פנים כולל יחידות סמך: משטרת ישראל, שב"ס, שירותי הכבאות וההצלה וכו'. במדינת ישראל קיימים אורגנים שפועלים בשמה. נחלקת למס' אורגנים:

א. **הרשות המבצעת** - לדוג' הסרה של חסינות של ח"כ באופן חד צדדי משנים לו את מערך הזכויות והחובות.

בראש הרשות המבצעת עומדת הממשלה: בכל משרד עומד שר. השרים מקבלים בחוק תפקידים ציבוריים. לדוג' שר האוצר יכול להפקיע קרקע לצרכי ציבור.

1. משרד שר הפנים- רשאי להחליט מי רשאי להיכנס לישראל/מי לא, מי רשאי לשבת בישראל/מי לא.
 2. יחידות סמך במשרדים- לדוג' רשות מקרקעי ישראל, רשות שעובדיה הם עובדי מדינה.
קיימים אורגנים נוספים אשר קשורים לרשות המבצעת:
- ב. **הצבא**- במידה וחייל מפעיל כוח כלפי אוכלוסייה מקומית, הוא צריך לעשות זאת בהתאם למשפט המנהלי. צריך להפעיל כוח בהתאם לזכויות והחובות (נעשה שינוי של מערך הזכויות והחובות).
 - ג. **משטרה**
 - ד. **שב"כ/מוסד**

המסקנה היא שנדרש להבדיל בין מישור המשפט הפרטי לבין מישור המשפט הציבורי:

במשפט הפרטי- האישיות המשפטית היחידה היא מדינת ישראל. דהיינו, מי שמתקשר בחוזה עם משרד ממשלתי, הצד לחוזה הוא מדינת ישראל. מי שמועסק ע"י משרד ממשלתי הוא עובד מטעם מדינת ישראל. פעולות המקבילות לאותן פעולות שאנשים פרטיים יכולים לעשות.

במשפט הציבורי- הפעלת סמכות שלטונית, האישיות המשפטית היא כבר לא מדינת ישראל. אלא, במשפט הציבורי יהיה הפרט שהפעיל את הכוח השלטוני ופגע באחר. העתירה לבג"צ תהיה מול אותה רשות ספציפית. (המשיב יהיה מי שהפעיל את הכוח ופגע באותו פרט).
לעניין אבו ערפה- העתירה תהיה כנגד משרד הפנים.
לעניין איגוד האינטרנט- מפקד המחוז הוא זה שסגר את האתר, ולכן העתירה תהיה נגד מפקד המחוז.

ii. תאגידים סטטוטוריים/ תאגידים ציבוריים- רשויות עצמאיות:

- עיריות
- מועצות אזוריות
- המוסד לביטוח לאומי
- רשות שדות התעופה
- רשות העתיקות

התאגידים מוקמים ע"י החוק, הם מקבלים ע"י החוק תפקיד ציבורי. ניתן לראות זאת ע"י החוק – אישיות משפטית נפרדת, קמה בנפרד ממדינת ישראל, יש להם כשירות משפטית לכל זכות וחובה.

הרעיון שעומד מאחורי העניין של ההפרדה- **יעילות**. במידה והם ימוקמו בתוך מדינת ישראל הם יתנהלו תחת התקציב של המשרד, הם יפעלו בסרבול. ולכן, אם הם יוקמו כתאגיד נפרד ויתנהלו בתקציב נפרד, ההתנהלות תהיה יעילה והרשויות ירכשו התמחות בכך. **לא תמיד** השיקול בהפרדה הוא יעילות, אלא **שיקולי מהות**. לעיתים מדובר בעצמאות מיוחדת לגוף מסוים (היועמ"ש והפרקליטות) וזאת משום שעל הגוף להישאר ניטרלי ואובייקטיבי מבחינה פוליטית. קיים פיקוח של מדינת ישראל על התאגידים הסטטוטוריים. במידה וישנם עובדים של העירייה, הם לא של המדינה. אלא של העירייה. ייתכן ויהיה מורה שמועסק ע"י רשות המקומית, וייתכן מורה שמועסק ע"י משרד החינוך. במשפט הציבורי אותו גורם של העירייה או התאגיד הסטטוטורי הוא האישיות המשפטית, כלומר הולכים לגוף שקיבל את ההחלטה. אם מדובר בראש העיר שהפעיל סמכות, העתירה תהיה כנגדו. אם מנהל רשות העתיקות יש לו סמכות לתת רישיון חפירה לארכיאולוגים, העתירה תהיה מול מנהל רשות העתיקות. **דהיינו הגורם שהפעיל את הסמכות בחוק**. תאגיד זה תלוי במחוקק עפ"י הסמכויות שהעניק לו המחוקק. בלי החוק אין לתאגידים האלה שום קיום.

iii. גופים פרטיים שקיבלו סמכות שלטונית בהפרטה:

הפרטה יכולה להיעשות או בחוק או בהחלטה מנהלית של גוף שמסר חלק מהתפקיד שלו לגוף פרטי. הפרטות בתי הכלא- נפסל **בבג"צ המרכז האקדמי** = הפרטות בתי הכלא). אפריקה ישראל קיבלה בחוק את הסמכות לנהל בית כלא. כאשר אפריקה ישראל פועלת כגוף נדל"ן לא חלים עליה כללי המשפט המנהלי. כאשר היא פועלת כמנהלת כלא היא פועלת כמו שב"ס. ברגע שיש לה תפקיד שלטוני- היא הופכת להיות זרוע של השלטון. ז"א שלצורך

המשפט יחולו עליה כללי המשפט הציבורי מנהלי והחוקתי. האם עירייה יכולה להעביר את מערך הגבייה שלה לחברה פרטית? מי שאמור לבצע את התפקיד הזה של גביית חובות, צריך לגבות את החוב תוך התחשבות במצב החייב. לא ניתן לרמוס את החייב ולאיים עליו. צריך לגבות את החוב עפ"י החוק, תוך התחשבות במצב הקיים. כאשר חברה פרטית תעשה זאת היא תסתכל אך ורק על גביית החובות, ללא שום התחשבות במצב החייב. יש בעיה שנותנים לגוף פרטי תפקיד שלטוני רגיש. החברה הפרטית הזו היא זרוע של העירייה ויחולו עליה הכללים שחלים על השלטון. הגופים האלה נמצאים בניגוד עניינים כיוון שהמטרה שלהם כגופים פרטיים היא להרוויח, ולא טובת הפרט. למשל מנהלת הכלא הפרטי שמקבלת כסף על כל אסיר, תתנגד לשחרור מוקדם שלו, כיוון שבכך היא תפסיד כסף, לכן היא תעשה הכל על מנת שאותו אסיר יסיים את תקופת מאסרו המלאה, ללא שחרור מוקדם. אסור לערבב שלטון עם חברות מסחריות.

דוג' להפרטות: תחנות טסט לרכב, בתי ספר פרטיים מוכרים ולא רשמיים (**ביה"ס חרדי פס"ד נוער כהלכה**)- משרד החינוך הוא אמון על חינוך הילדים, עפ"י חוק כל הורה חייב לשלוח את ילדיו לחינוך חובה במע' החינוך (מסתבר שישנם ילדים שהולכים לבתי פרטיים- האפשרות היא שמדובר בהפרטה, משרד החינוך נותן רישיון להפעיל בית ספר פרטי והוא גם מממן לעיתים את בתי הספר ולכן הם מוכרים ע"י המדינה), וועדות קבלה ביישובים- **פס"ד קעאדן**- לא התקבלה ליישוב כי היא משפחה ערבית, ועדת הקבלה החליטה לא לקבלה, מנהל מקרקעי ישראל הסירו אחריות, אך לא ניתן לומר כי הם לא מעורבים, גם אם מפרידים סמכות, בעל הסמכות המקורית הוא האחראי והוא זה שאמור לפקח. המחוקק מסמיך את ועדות הקבלה בחוק אשר קובע שביישובים קטנים יש סמכות לוועדת הקבלה בנוגע למי מצטרף ומי לא- המחוקק בעצמו הורה על כך שגוף פרטי יקבל סמכות שלטונית, גם זה מגיע לבחינה חוקתית והרוב בביהמ"ש קובע שהעתירה לא בשלה- ובמידה ויפלו אותן ועדות יש סעד ובעתיד יהיה ניתן לטפל בכך. מדובר בגופים שבבסיסם הם פרטיים, הם מלכתחילה התאגדו כגופים פרטיים למטרות רווח (יכול להיות גם עמותה שהיא התארגנות פרטית למטרה ציבורית כלשהי). מה אפשר להגיד על גוף פרטי שקיבל בהפרטה גוף שלטוני ? אם אדם קיבל תפקיד ציבורי אפשר לעתור כנגדו במשפט הציבורי ויחולו עליו הנורמות של המשפט הציבורי, אם קיבלת סמכות שלטונית בהפרטה (גורם שלטוני העביר סמכות שלטונית- כעת, אתה גוף פרטי שמקבל סמכות שלטונית ואתה הופך להיות זרוע של השלטון)ולכן, אפשר לעתור נגדך כי אתה אישיות משפטית במגזר הציבורי ואפשר להחיל עליך את הנורמות של המשפט הציבורי. ניתן עוד לעתור כנגד מי שהפריט לאותו אדם את הסמכות. כלומר, ניתן לעתור כנגד 2 הגופים גם הפרטי וגם השלטוני שהפריט לגוף הפרטי את הסמכות. פרטי קיבל סמכות שלטונית מגוף שלטוני:

.iv

גופים זו מהותיים: (חב' קדישא, חב' חשמל וכו').

גוף פרטי בעל מאפיינים ציבוריים:

- חברת קדישא
- חברת חשמל
- הסוכנות היהודית
- האוניברסיטה: קמו לבד כדי לספק השכלה גבוהה, הסטודנטים מתקשרים עם הני"ל עם חוזים. מדובר בגופים וולונטריים פרטיים, הם לא מפעילים סמכות שלטונית/ לא יכולים לכפות על סטודנטים ללמוד אצלם.
- ההתאחדות לכדורגל
- **איגוד הכדורסל:** בתי הדין של איגוד הכדורסל לא נתנו אפשרות לעיין במסמכים של הבחירות.

"היית פרטי, נשארת פרטי" – אף אחד לא הסמיך אותך/ נתן לך סמכות שלטונית, אך נתנו לך סמכות שלטונית. **לדוג' חברת קדישא** יש לה תפקיד חברתי חשוב, אחראית על עניין הקבורה (פועלת כמונופול). יש פערי כוחות משמעותיים בין הגוף הדו מהותי לבין הצרכנים שלו. **חברת חשמל**- יש לה זיכיון מהמדינה, אין לה מתחרים, לעיתים יש לה בתחומים מסוימים תפקידים ציבוריים / סמכויות שלטוניות לדוג' העברת מתח חשמל בשטח האדמה של אדם (פגיעה בזכות הקניין). חשוב לדעת, המאפיינים הציבוריים נכנסים

לתמונה ובימ"ש אומר כי לא מדובר בגוף פרטי רגיל. חברות כאלה פועלות כמונופול בתחומן, ואז אם גוף פועל כמונופול בתחום מסוים יש פערי כוחות אדירים. הם מספקים שירות חיוני לציבור: חשמל, קבורה וכו'.

אלה גופים פרטיים. גופים פרטיים פועלים בספירה הפרטית ולא מפעילים סמכות שלטונית. הם לא מתנהלים כמו שלטון.

לדוג' מפעל הפיס - למה לא מדובר בסמכות שלטונית? מציע הגרלות, אדם יכול להצטרף להגרלה מסוימת. מפעל הפיס לא יכול לחייב אותנו להשתתף בהגרלה ואין לו סמכות שכזאת. כל מה שהוא יכול לעשות זה לתת הצעה לציבור, הכל מבוסס על הסכמה (מי שרוצה משתתף ומי שלא רוצה לא משתתף). ולכן, לא ניתן להעביר את קריטריון 4 לקריטריון 3. בקריטריון 3 פועלים כמו השלטון, ובקריטריון 4 פועלים כגוף ציבורי. גוף זה לא פועל למטרות רווח, אלא לתועלת הציבור.

פרטיים עם מאפיין ציבורי דו מהותי = לפחות חלק (בימ"ש עדיין לא הכריע באופן מוחלט) מהנורמות של המשפט הציבורי יחולו על הגופים הללו באופן ישיר.

האם מפעל הפיס יכול להחליט שהוא לא מחלק את כספי הזכייה לישובים חרדים? לא, הנורמה של שוויון בחלוקת התמיכות חלה עליו ולכן הוא חייב לחלב את הכספים באופן שוויוני. כך, גם גופים אחרים חלק מהנורמות של המשפט הציבורי חלות עליהם. **לדוג' איגוד הכדורסל** – החילו עליהם את זכות העיון במסמכים (מסמכי הבחירות של איגוד הכדורסל) כדי להבין אם הכל היה כשר והוגן בבחירות. כך גם בוועדות המשמעת **באוני' ובמכללות** - נורמות של הגינות חלות על כך, ההליך חייב להיות הוגן. לא ניתן לדון בעיינו של סטודנט ללא עיון במסמכים. אי אפשר לכפות על אף אחד להצטרף לשירותי אוניברסיטה/מכללה מסוימת. יש לגוף זה אלמנט חיוני של חינוך. אוניברסיטאות מקבלות תקציבי מחקר מהמדינה. מכללות – ציבוריות מתוקצבות ע"י המדינה, ופרטיות שאינן מקבלות תקצוב.

עוצמת החחלה היא לא כמו שמחילים על שלטון- כאשר מחילים על מדינת ישראל והאורגנים של והתאגידים הסטטוטוריים הכללים חלים בעוצמה הגדולה ביותר, כאשר מדובר בגוף פרטי ומחילים עליו נורמה ציבורית, הוא לא חלק מהשלטון ויש לו אינטרסים שיש לגופים פרטיים (צריך להתחשב בכך, אם בתי המשפט יתערבו יותר מידי בעניינים של **ההתאחדות לכדורגל**- יש גוף שנקרא פיפ"א והוא לא מתיר התערבות פוליטית בכדורגל, לכן אפשר להעניף במקרה שכזה את מדינת ישראל מחברות בפיפ"א ונבחרת ישראל לא תשתתף בטורנירים בינ"ל). לגופים אלה יש מאפיינים חינוכיים, מימוץ/גב כלכלי מהמדינה- מדינת ישראל לא תיתן למשל לחברת החשמל ליפול, למרות כל הכסף שהיא חייבת, כיוון שיש לה מונופול בתחומה. למשל: כל הכסף שמגיע למפעל הפיס מגיע מתוך היתר שהמדינה אפשרה לו לערוך הגרלות. ז"א שמקור הכסף שהוא מרוויח מצוי בהיתר המדינה. מאפיין נוסף הוא הליכי שיפוט שדומים להליכים שלטוניים (באוניברסיטאות, מכללות והתאחדות הכדורגל). יש למשל ועדות משמעת בעלות סמכות להרחיק מישהו מהלימודים.

מכיוון שאלה גופים פרטיים, שלא מפעילים סמכויות ציבוריות, לא יחולו עליהם כל הכללים של המשפט הציבורי, אלא רק חלק, רק מה שמתאים להחיל עליהם. למשל מפעל הפיס חלה עליו החובה לחלק את הכסף באופן שוויוני ולכן הוא כפוף לנורמה הציבורית של חלוקה בשוויון עפ"י קריטריונים שוויוניים. כל הכללים שיחולו על הגוף הדו מהותי, לא יחולו באותה עוצמה שהם חלים על גוף שלטוני. ההחלה היא בעוצמה מופחתת, וכל בימ"ש שדן בגופים האלה יצטרך להגיע למסקנה כמה להחיל על גופים אלה.

עקרונות היסוד במשפט המנהלי:

1. **עיקרון חוקיות המנהל:** זהו עיקרון שמבטיח את היותה של מדינת ישראל כדמוקרטיה. רשות מנהלית צריכה להראות על סמכות שניתנה לה לפעול בדרכים מסוימות. **ישנם שני**

יסודות:

א. יסוד ההסמכה

ב. יסוד ההתאמה

מסלול הסמכות במדינה דמוקרטית (מסלול הכוח):

השליט: העם. יש לו סמכות מכוח הרצון שתהיה לו סמכות. **העם בוחר נציגים** - נציגי העם בפרלמנט בבחירות חופשיות והוגנות. קיימות אלפי סמכויות שלטוניות, בנוסף לכך יש הפרדת רשויות במדינה דמוקרטית ומי שמחוקק לא יכול להפעיל את הסמכויות עצמן (רשות מחוקקת, רשות מבצעת) הרעיון לא לרכז יותר מידי כוח אצל רשות אחת. **נציגי העם בפרלמנט** מחוקקים חוק (המחוקקת): מעניקים סמכות לרשות שלטונית כלשהי. החוק מקים ישויות ונותן לו תפקידים. הסמכות נקבעת בחוק. **גוף של הרשות המבצעת** שהוסמך בחוק, הוא אשר אמור להפעיל את הסמכות. למה זה לא דמוקרטי אם אותו גוף שאמור להפעיל את הסמכות יבצע פעולות שלא הרשו לו לבצע? לדוג' הממונה על ההגבלים העסקיים יודיע לחברה מסוימת שהוא מפקיע קרקע שלה, הרשות שמוסמכת להפקיע קרקעות היא בכלל רשות אחרת. בדמוקרטיה הכל צריך לנבוע מאותו רעיון שהעם הוא המקור, והוא אשר בעל הסמכות. השלטון לא לוקח לעצמו את הסמכויות, הוא לוקח אותם מהעם. במידה והנציג לא מראה את האסמכתא לכך הוא לא יכול לבצע את הפעולה. פס"ד הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל- ביהמ"ש שואל את השאלה הבאה: מה העם נתן לכם? נציגי העם קבעו בחוק שחוקרי השב"כ הם כמו חוקרי משטרה מבחינת הסמכויות, האם נציגי העם התכוונו שהם יוכלו לטלטל אנשים/לשים להם שק על הראש (איפה זה כתוב בחוק, איפה הסמיכו אותם?) מסקנה מבחינה דמוקרטית אסור להם לעשות זאת. **תמיד שואלים** מה הרשו לו נציגי העם בפרלמנט? איזה חוק הם חוקקו? מה התירו לו לעשות ומה לא? ככל שקרובים למקור הדמוקרטי- זה עליון.

עיקרון יסוד 1: יסוד ההסמכה:

כל מעשה מנהלי / שלטוני חייב להישען על הסמכה בחוק במפורש או במשתמע.

הרשות השופטת צריכה לדאוג שהרשויות האחרות יפעלו באופן דמוקרטי, ולכן היסוד הראשון מתחייב במסלול לעיל, מקורה של הדמוקרטיה היא בעם. העם מעביר את הכוח לרשות אחרת תהא ע"י נציגים שצריכים לחוקק חוק ובסוף יש מישהו שצריך להפעיל את הכוח בחברה. הרשות המבצעת לא יכולה לעשות כלום אלא אם כן יש חוק שהסמיך אותה. ההסמכה הזאת לא תמיד היא מפורשת בחוק, לפעמים אנחנו למדים עליה מהחוק. למשל: בענייני אימוץ ילדים, לא היה כתוב שהרשות שאחראית על הסדרת האימוצים יכולה לבדוק את כשירות ההורים לגדל ילד, ואם היא סבורה שההורים אין להם כשירות לגדל ילדים, הם יפסלו מרשימת המועמדים לאימוץ (זה לא היה כתוב בשום מקום) העיקרון המרכזי הוא טובת הילד, צריך למצוא לו הורים ראויים וכך להבטיח את טובתו ולא ניתן לעשות זאת בלי לבדוק, ולכן היא משתמעת מהחוק. תכלית החוק עדיין מחייבת סמכות כלשהי למרות שהיא לא כתובה במפורש בחוק.

הרצון של הרשות המחוקקת תמיד גובר על הרצון של המבצעת. הרשות המבצעת לא יכולה לעשות אף דבר בלי היתר ממי שמעליה (יש עליונות של המחוקקת על המבצעת) זה נובע מהמשטר הדמוקרטי וממסלול מעבר הכוח. לכן, המבצעת תעשה רק מה שהמחוקקת אישרה לה בחוק. בבחינה הולכים לחוק ובודקים אם יש סמכות או לא לפי יסוד ההסמכה.

פס"ד פלוני- עוסק בסרבני גט. (= תופעה שאנשים הופכים את נשותיהם לעגונה, רק בגלל שמותר להם, ובלי שנותנים גט אי אפשר להתגרש עפ"י דין תורה). החוק הלך רחוק מאוד בעניין מה אפשר לעשות לסרבני הגט. (כליאה/ שלילית רישיון נהיגה/ דרכון וכו'). החוק נתן לבעלי הדין לעשות סנקציות לבעלי גט. אך, שוכחים כי מנגד קיימים כללים ועקרונות יסוד שאינם מאפשרים לעשות זאת. בתי הדין החילו כלי הלכתי שנקרא "הרחקות דרבנו תם" (= סדרה של נידויים חברתיים כדי להביא את סרבן הגט לשחרר את אשתו). הצעד שמחיל סעד הלכתי יש אפליה בין סרבן הגט החילוני לבין סרבן הגט הדתי. לדוג' אחת ההרחקות היא : נידוי חברתי/אין לבקרו כאשר הוא חולה- מדובר בהרחקות שנוגעות רק לציבור הדתי לעומת חוסר עניין אצל הציבור החילוני. נדרש לבדוק את עקרונות היסוד- כל מעשה מנהלי /שלטוני חייב להישען על הסמכה בחוק במפורש או במשתמע. המחוקק קבע כי בחוק ניתן לעשות לסרבן גט (כליאה במאסר- אין פגיעה קשה יותר מזו). מה ניתן להגיד על סנקציות שאינן קבועות בחוק? שהמחוקק לא חשב שצריך להפעיל אותן. האם יכול ביה"ד הרבני על דעת עצמו להוסיף סנקציות הלכתיות? עפ"י עקרונות היסוד זה לא כתוב במפורש, חוק שאומר שאפשר לאסור סרבן גט לא ניתן להבין במשתמע שאפשר להרחיק אותו בנידוי חברתי. בית הדין חשב על משהו יצירתי. הוא לא יחייב בחרם. ומכאן, שקיימת בעיה חמורה עם פס"ד. השופטים יוצאים מזה ע"י השימוש בהרחקות יהיה המלצה בלבד (את רוב השופטים זה משכנע משום שזו רק המלצה ואין ציווי לנידוי חברתי). האם ההמלצה היא סמכות שלטונית? האם צריך להחיל את עקרון חוקיות המנהל? אם הוא רק ממליץ לקהילה, אז את דעת שופטי הרוב זה שכנע שאם זו רק המלצה, לא צריך עיגון מיוחד בחוק. המרצה מסכים עם דעת המיעוט של הש' נאור ודנציגר – אז מה אם זה רק המלצה? האם המלצה זה גם מעשה שלטוני/מנהלי של ביה"ד? לגישתו של המרצה, אין זה משנה. גם במצב שכזה מדובר במעשה שלטוני ובשבתו כגוף שיפוטי (גם אם מדובר בהמלצה) ולדעת המרצה, זה צריך להישען על המלצה בחוק במפורש/משתמע. פוגעת בזכויות אדם גם ע"י המלצה – פוגעת בח"י כבא"ח- על אדם דתי זה פועל כהשפלה. הש' דנציגר לא התעמק בכך, הש' נאור הניחה שיש פגיעה בכבוד האדם (לא נכנסה לניתוח).

יסוד ההסמכה- מקרים מיוחדים:

1. פגיעה בזכויות אדם: (זכויות חוקתיות ועקרונות חוקתיים)



נדרשת הסמכה מפורשת בחוק!
ככל שהעיקרון החוקתי חשוב יותר ← כל מבחני פסקת ההגבלה חלים באופן יותר קפדני, וגם דרגת המפורשות הנדרשת גבוהה יותר.
זה לא יכול להיות יותר במשתמע, זה חייב להיות במפורש בחוק !

פס"ד הועד הציבורי נ' עינויים (חקירות השב"כ): אמצעי החקירה פוגעים בליבה של כבוד האדם. לדוג': מניעת שינה קיצונית (גורם לאדם להתחרפן באופן מוחלט), קשירת שק על הראש, טלטולים. יש פגיעה בזכויות אדם, נדרש הסמכה מפורשת ברמת המפורשות הכי גבוהה. כעת, הולכים לחקיקה ובודקים למה הוסמכו חוקרי השב"כ?

בהתאם למה שהשוטרים הוסמכו, לנהל חקירה- שאלות ותשובות. כלומר, אין מפורשות. לכן, כל הפעולות הללו הן בחוסר סמכות, משום שאין הסמכה בחוק במפורש בפגיעה בזכויות אדם. **איך אפשר להשתמש בעיקרון הזה כחיזוק לדעת המיעוט בפס"ד פלוני כלפי אותן הרחקות?** להפעיל על מישהו נידוי חברתי, זה משפיל ופוגע בכבוד האדם וכן פגיעה בחופש העיסוק, פגיעה בזכויות של בני המשפחה וכו', כאשר זה לא נמצא בחוק לא ניתן להטיל את ה"המלצה הזאת".

פס"ד מנאע- הגדלת ראש של המשטרה ורשות המיסים. משטרת ישראל במקומות רבים שמה מחסומים לבדיקה של כל הרכבים שיש להם אישור להסתובב בישראל (מחסום ביטחוני). המשטרה ביחד עם רשויות המיסים טוענות כי יגבו מס במחסומים באם יש חייבי מס, הרכב עצמו יעוקל עד הסדרת החובות במס הכנסה. האם נכנסים לפגיעה בזכויות אדם? חופש התנועה, פרטיות, השפלה פומבית, זכות הקניין ופגיעה בזכות להליך הוגן. הולכים לחוק, מה החוק מתיר לרשות המיסים? אי אפשר ללמוד במשתמע על סמכות כזאת לעכב מישהו על כך. מה מותר לרשות המיסים לעשות כדי לגבות חוב במס? מותר לה לבוא למקרקעין של החייב ולתפוס מיטלטלין. מחסום ביטחוני על כביש אינו מקרקעין של החייב, לכן לרשות המיסים אין הסמכה מפורשת.

חריגים לפגיעה בזכויות אדם שמשנה את עקרון חוקיות המנהל:

א. פגיעה שאינה בגרעין הזכות ונעה לפריפרייה: אם הפגיעה היא בגרעין של הזכות, אי אפשר להגמיש את זה, ותמיד נרצה רמה גבוהה של מפורשות. אבל אם זה זז לפריפריה- "פגיעה רכה" בעיקרון החוקתי, אז כבר ניתן להגמיש, וגם ב"משתמע" יכול לעבוד.

פס"ד בן חיים- חיפושים. מדובר בשני מקרים, מקרה אחד שוטר ניגש לאדם, באיזור של בילויים, ללא שום בסיס שהוא מסוכן/עבר עבירה, וביקש ממנו לרוקן את הכיסים. אותו אדם, רוקן את כיסיו והייתה שם סכין (לאחר מכן העמידו אותו לדין על נשיאת סכין). מקרה אחר, המשטרה דפקו על דלת הבית של אמא של גיבלי, ומבקשת לעשות חיפוש בבית, ללא צו, ומוצאים את הסמים של גיבלי והוא מועמד לדין על החזקת סמים. הגרעין הוא הזכות, ככל שמגיעים להיבטים פחות חשובים של העיקרון, הוא הולך ונחלש וכך מתרחקים מהגרעין. מקרה 1- גופו של אדם. מקרה 2- ביתו של אדם. נמצאים שניהם בגרעין. **הנשיאה בייניש** דנה בעניין – מה קורה אם אדם יכול לוותר על הפרטיות שלו? כלומר, להסכים מדעת "**הסכמה מדעת**" על הפרטיות שלו, משמע מבין את כל ההשלכות על הויתור של הזכות (הפגיעה בפרטיות נחלשת כי כביכול הוא הסכים ואז אנחנו עוברים לפריפריה של הגרעין). אם אין סמכות, צריך להגיד זאת לאותו אדם (אין לי סמכות, אם תסרב אין לי מה לעשות עם זה וכו') במידה וכך זה היה, והמשטרה הסבירה את המצב החוקי וזה שאין לה שום סמכות, אומרת הנשיאה בייניש במצב כזה אפשר כזה אפשר להשיג הסכמה מדעת לחיפוש, ואם אדם מסכים שיפגעו בפרטיות שלו, הפגיעה יותר חלשה (היא בפריפריה ולא בגרעין של הזכות לפרטיות). אדם באופן אוטונומי הסכים לתת מידע בהסכמה. **למה זה חריג?** רמת המפורשות של ההסמכה תלויה בחשיבות העקרון החוקתי, כשאנחנו בגרעין של העקרון רמת המפורשות תהיה גבוהה מאוד. ככל שאנו זזים מהגרעין של העיקרון לכיוון הפריפריה, לא צריך רמת מפורשות כ"כ גבוהה, ואז גם אם למשטרה אין סמכות במפורש לחפש, אפשר להסיק את הסמכות במשתמע. אם פוגעים בזכות שזזה לפריפריה של העקרון החוקתי לא חייבים הסמכה מפורשת. לדוג' אם הרשות המנהלית תטיל קנס של 30 ₪, האם היא צריכה הסמכה מפורשת ברמה הגבוהה? הפגיעה היא בזכות לקניין, הגרעין הוא הבית שלו, ולאחר מכן יש זכויות חוזיות שאפשר לראות בהם חלק מהרכוש שלו. אם אני מפנה אותו מחבל עזרה/גירוש פגיעה בגרעין של הזכות לקניין. אך, אם אני מטיל עליו קנס של 30 ₪

אכן יש פגיעה בקניין, אך במרוחק מהגרעין. ניתן להגיד גם אם הרשות פעלה בחוסר סמכות ולא הייתה הסמכה מפורשת, הפגיעה בקניין הייתה שולית ולכן לא צריך שההסמכה תהיה מפורשת בחוק (אפשר שהיא תהיה פחות ממפורשת) ולכן אפשר לעשות זאת.

השופט דנציגר – לא תיתכן "הסכמה מדעת". אנשים בסיטואציות של מפגש עם שוטרים, לא בהכרח יכולים לקבל הסכמה מדעת, ולכן הם פועלים מתוך פחד. צריך הסמכה מפורשת בחוק, ולכן זה נמצא בתוך הגרעין. אין הבדל בגישות השופטים כיוון ששניהם טענו שלא הייתה הסכמה מדעת.

חשוב לציין פס"ד חדש ביה"ד הצבאי לערעורים לגבי חיפוש בנייד של חייל-אם מסבירים לו שהוא לא חייב לתת את הנייד ושלא יהיו לזה שום תוצאות, והוא מסכים מרצונו, זה מרחיק אותנו מהגרעין וגם אם אין הסמכה מפורשת בחוק, אפשר לחפש. **הגישה של ביניש-אם יש הסכמה מדעת, זזנו לפריפריה.**

הגישה של דנציגר בפס"ד בן חיים: אין דבר כזה הסכמה מדעת ביחסים בין אדם נורמטיבי לשוטר, גם אם תסביר לאמא של גיבלי שאין סמכות לחפש בבית ואם תסרבי לא יקרה כלום, השוטר מקריא טקסט והאדם בלחץ, האדם אינו מבין מהי סמכות ומהם המושגים, האדם מפחד מהעניין של חיפוש. דנציגר אומר כי יש חשש במקרים שכאלה, ולכן אם אין הסכמה מדעת, חוזרים לגרעין ולכן חייבים הסמכה מפורשת בחוק. המשטרה חייבת הסמכה מפורשת בחוק כדי לחפש, באותו מקרה לא היה הבדל (ביניש דורשת הסכמה מדעת ולא הייתה, דנציגר בכלל לא מכיר ברעיון של הסכמה מדעת) יוצא שכולם דורשים הסמכה מפורשת, והמשטרה פעלה בחוסר סמכות ← פסילת ראייה, לפי **פס"ד יששכרוב**, בלי הראייה המרכזית מזכים אותם למרות שיש ראיות בפועל, זאת בגלל הפגיעה בעקרונות היסוד.

פס"ד פלוני-הש' הנדל ממחיש איזה שימוש אפשר לעשות בחריג הזה, "סרבן הגט". אם הזכות שלנו היא הזכות לחופש הדת, החופש לקיים את מצוות הדת. ההרחקות נועדו על מנת שהאדם יפגע מהקהילה הדתית (לדוג' לאבד את המקום בבית הכנסת וכו') הם לא בליבה של מצוות הדת. כלומר, אין פגיעה בגרעין של חופש הדת. הש' הנדל אומר כי סרבן הגט יכול להמשיך להיות אדם דתי, כל הדברים שקשורים לאורח החיים הדתי שם אותו סרבן יפגע (כלומר זה מרוחק מהגרעין- "בפריפריה"), עוד סיבה שיכולה להזיז אותנו לפריפריה לפי הנדל, כשפוגעים בזכויות שלך והכל תלוי בך (אם אתה רוצה לחזור לקהילה ולבצע את הדברים שאתה אוהב לעשות באורח החיים שלך, תיתן גט! האדם עצמו מביא זאת על עצמו, אין אדם אחר שמטיל על עצמו את הענישה הזאת). לכן, זה גם דוחק אותנו עוד לפריפריה. אדם בשליטה, מביא את הפגיעה על עצמו, ולכן זה עוד יותר מחליש את הזכות שלו. במידה וזה בפריפריה, כדי להטיל עליו את ההרחקות האלה (למרות הפגיעה בזכויות אדם) אין זה חובה שיהיה במפורש בחוק, אלא במשתמע. הוויכוח איתנו היה שהוא התמקד בזכות אחת, ומה עם יתר הזכויות (כבוד האדם וחירותו, עניין השידוך וכו'). הש' הנדל התמקד בזכות אחת- חופש הדת, אבל יש גם ביוש, פגיעה בכבוד האדם ומעגלים נוספים שונים, וגם אם הצלחנו לדחוק זכות אחת מהגרעין לפריפריה, לא בטוח שניתן לדחוק לפריפריה את כל הזכויות. ביקורת שנייה היא- אם נניח נגיד שהפגיעה היא בפריפריה, ולא בגרעין, מה זה נותן לנו? שאפשר גם במפורש, וגם במשתמע. פה אי אפשר לא במפורש ולא במשתמע. אם כל החוק זה סנקציות אזרחיות, אין במפורש סנקציות הלכתיות, ואין במשתמע.

ב. סמכות בלתי כתובה מכוח עקרונות היסוד: חריגים לפגיעה בזכות אדם:
מקרה מיוחד אחד: (פס"ד ירדור): כיום יש 'ס' לא לח"י הכנסת שיש לו עילות לפסול מישהו מלהשתתף בבחירות (שולל מדינה דמוקרטית ויהודית, תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב וארגון טרור במ"י וכו'). יש פה סמכות מפורשת לוועדת הבחירות למנוע השתתפות בבחירות. יש פה ביטול של חופש הביטוי הפוליטי ושוויון פוליטי. יש פה

הרבה מאוד עקרונות חוקתיים שנפגעים. **כשנכתב פס"ד ירדור לא היה את ס'7א ובכל זאת הרוב בביהמ"ש קבע שלוועדת הבחירות (הגוף שמחליט לחסום מועמד/רשימה) שלמרות שהחוק שותק יש לוועדת הבחירות סמכות לפסול רשימה שחותרת תחת מדינת ישראל.** היה ויכוח בין השופטים בנוגע לרשימה שהייתה האם היא שוללת את האופי של ישראל כמדינה יהודית/ חותרת תחתיה. שופט המיעוט **חיים כהן** הלך עם עיקרון חוקיות המנהל ופגיעה בזכויות אדם: אם אתה רוצה לחסום ממישהו להשתתף בבחירות זו פגיעה בזכות יסוד, לכן צריך הסמכה מפורשת בחוק. (החוק שותק) לא הייתה שום עילה לפסול רשימה. שופטי הרוב אמרו כי מכיוון שזה חותר תחת עקרונות היסוד, ואם גורמים כאלה יכנסו לכנסת, כל התשתית המשפטית בסכנה וגם המערכת כולה, ואז הם החליטו להכיר בסמכות בלתי כתובה מכוח עקרונות היסוד – לפסול את אותה רשימה. (חריג נדיר שכמעט נעלם מהפסיקה הישראלית). **הוא חוזר בפס"ד אבו ערפה הש' מלצר מעלה אותו-** לגישתו יש בעיה לגרש את תושבי מזרח ירושלים ללא הסמכה יותר ברורה בחוק וללא התייחסות בחוק אבל אם מדובר באנשים שהצטרפו לחמאס ורצו להשתתף בבחירות של הרשות הפלסטינית לארגון שקורא לחיסולה של מדינת ישראל, אז הזכות של המדינה להתקיים ולהתגונן בפני מי שרוצה לחסל אותה. האם הטיעון "חריג ירדור" משכנע? אם רשימה נכנסת לכנסת ויש לה את הכוח גם כרשות מכוננת וגם כרשות מחוקקת היא יכולה לשנות את כל חוקי המדינה ולגרום להרס רב. כשאדם נבחר לרשות הפלסטינית אז הסכנה היא אולי לביטחון מדינת ישראל אך לא לעקרונות מדינת ישראל (יש מעצרים מנהלים וכלים אחרים על מנת לטפל בסכנה ביטחונית) אך, זה לא גזרה שווה בין ירדור לאבו ערפה.

2. מקרה מיוחד שני: סמכות השלמת לקונה ע"י ביהמ"ש (פס"ד חירות): ס' 1 לחוק

יסודות המשפט. האם חוק יסודות המשפט הוא חוק יסוד? לא. איך משלימים לקונה? אם לא מצאת תשובה בחוק/בחקיקה, ואין תשובה לשאלה המשפטית, מנסים לעשות היקש ממקום שיש בו תשובה, ואם לא ניתן לעשות היקש, אז עוברים לעקרונות הצדק של מורשת ישראל (כמעט אף פעם לא קורה).

בפס"ד חירות דובר על פסילת תשדירי בחירות (כל תשדירי בחירות עוברים את הביקורת של ועדת תשדירי הבחירות). ס' 7 (א) אפשר לפסול בכלל מלהשתתף בבחירות. נדרש לבדוק את תשדירי הבחירות על מנת שלאחר האפשרות להשתתף בבחירות, אותה רשימה תעלה תשדיר שמסית. הכנסת לא דאגה לכך שאפשר להחיל את זה על כל המדיות (בטלוויזיה הייתה סמכות כזאת, ואז אם מדובר בתשדיר שכזה יש סמכות מפורשת לפסול אותו). ברדיו לא הייתה התייחסות של החוק לרדיו, כשאנו באים לפרש חוק שלא נגע בנקודה שנועד להסדיר אותה קיימות 2 אפשרויות:

1. לאקונה בחוק- המחוקק שכח .

2. הסדר שלילי- לא רצה להתייחס לזה.

אם לאדם אסור להשתתף בבחירות ושולל את ערכי היסוד, אנו רוצים לראות שהוא לא מסית בתשדירי הבחירות, זה לא הגיוני שבטלוויזיה נבקר אותו אך ברדיו לא. לכן, ברק אומר כי קיימת לאקונה **בס' 1 לחוק יסודות המשפט** משלימים את החסר ע"י היקש, ואם לא, פונים למקורות של מורשת ישראל. במקרה הזה, ברק אומר שאפשר לעשות היקש מהטלוויזיה לרדיו. כלומר, אותה סמכות שיש בטלוויזיה, הייתה אמורה גם להיות

ברדיו, ולכן נעשה היקש. למה מדובר במקרה מיוחד? אותה רשימה עותרת לבג"צ, המשפט המנהלי אומר כי כל מעשה מנהלי (פסילת תשדירי הבחירות) של הרשות חייב להישען על הסמכה בחוק במפורש (אין משהו ברדיו) במשתמע (אין משהו שכזה). **מקרה 2** אומר אם זה לאקונה, בימ"ש משלים את הסמכות. כלומר, זה מצב שאין סמכות במפורש ואין סמכות במשתמע, אך יש את סמכות ההשלמה של לאקונות ע"י ביהמ"ש והוא זה שמייצר את הסמכות וזאת מכוח היקש. בגלל שיש לאקונה יש סמכות לביהמ"ש להשלים אותה, בימ"ש מקיש מהטלוויזיה לרדיו. זה מקרה מיוחד של יסוד ההסמכה בעיקרון החוקיות כי אין הסמכה לא במפורש ולא במשתמע וביהמ"ש יוצר אותה, בגלל שהוא חושב שאין הסמכה. זה לאקונה, הוא יוצר בהשלמה את הסמכות והפעיל את ס' 1 לחוק יסודות המשפט.

3. **מקרה מיוחד שלישי: פעולה הדרושה להגנה על זכויות אדם:** (לא ברור אם זה באמת מקרה מיוחד).

פס"ד דבורין: דובר באסיר יגאל עמיר רצה לממש את זכותו להורות אבל לא הייתה לו זכות להתייחדות עם אשתו והוא ביקש משב"ס לסייע לו בהליכי הפוריות. במקרה דנן, שב"ס אישר את הבקשה של האסיר. האם הזכות להורות נשללת במאסר? לא, קיימת הזכות להתייחדות ולא מתנתקים מהמשפחה לחלוטין. כל עוד שהמאסר לא ביקש במפורש לשלול את הזכות להורות, אז היא קיימת. שב"ס רוצה לעשות פעולה הנדרשת להגנה על זכויות האדם של האסיר יגאל עמיר. האם יש לשירות בתי הסוהר סמכות לעסוק בפוריות האסירים? אם אנחנו בודקים במפורש, האם במפורש יש לו סמכות לעסוק בפוריות שלהם ולסייע בהליכי פוריות? לא נוכל למצוא זאת במפורש. האם נוכל להבין זאת במשתמע? לספק להם את כל צרכיהם וגם את זכויותיהם, שלא נשללו בעונש המאסר. עונש המאסר לא אוסר זאת באופן ישיר, דהיינו, להורות אין זיקה למאסר. אפשר לטעון שהזכות הזאת לא נשללת בעונש המאסר, והתפקיד של שב"ס לשמור על זכויות המאסר שלהם שלא נשללו באופן ישיר במאסר. איך מזה אפשר להשתמע על עניין הפוריות? אם אחת מהזכויות שלא נשללו בעונש המאסר (לדוג' הזכות להורות), אחת מהזכויות היא להורות לעיתים ההגשמה שלה דורשת פוריות אז אפשר להסיק במשתמע שנדרש סיוע לפוריות. **ההנמקה של ביהמ"ש לא כך והיא שונה בתכלית: בימ"ש מתחמק מהשאלה האם יש לו הסמכה לפי עקרון חוקיות המנהל- הוא משיב כי, לא זו השאלה האם יש לו סמכות לטפל בטיפולי פוריות, אלא האם יש לו סמכות לא לסייע/ האם יש לו סמכות לפגוע בזכויות אדם? כלומר, הופכים את השאלה. כשיש נגיעה בזכויות אדם, המקרה הופך את עקרון החוקיות ועכשיו נדרשת הסמכה מפורשת כדי לפגוע בזכויות אדם. הפן החיובי של זכויות האדם יכול לחייב את רשויות המדינה לפעול אקטיבית. לכן, עולה מהחוק הנוגע לשב"ס כי בהקשר של שמירה על זכויות אדם צריך לסייע בהליך לפוריות אחרת פוגעים לו בזכות להורות. מההנמקה של ביהמ"ש עלול להשתמע שיש לנו מקרה מיוחד שכל עוד פעולה נדרשת להגנה על זכויות אדם לא בודקים אם יש לה הסמכה או אין לה הסמכה. **המרצה חושב שאין מקרה מיוחד שכזה**, אלא שאם רשות הוטל עליה תפקיד ציבורי במפורש בחוק והתפקיד הזה כרוך בהגנה על זכויות אדם אז אפשר להסיק סמכות במשתמע להגן על אותם זכויות רלבנטיות. בהקשר לפס"ד פלוני, לדעת המרצה אין אפשרות לגזור סנקציות דתיות מסנקציות חילוניות.**

חוזרים משם אל הצורך לבסס סמכות או במפורש או במשתמע. לדוג' לשב"ס אין סמכות להביא דרי רחוב לתחומי הכלא כי אין לו סמכות מהחוק לבצע פעולות שנדרשות להגנה על זכויות אדם (רשות אחרת תעזור לדרי הרחוב, ולא שב"ס). המינימום לקיום אנושי הוא חלק מכבוד האדם. אדם שגר ברחוב- סובל מפגיעה בזכויות האדם הבסיסיות שלו. מי שאמור לדאוג לדרי הרחוב הם משרדי השיכון, הרווחה, העירייה, המוסד לביטוח לאומי וכו'. כל אחד במסגרת הסמכויות שלו בחוק, ולא שירות בתי הסוהר.

עיקרון יסוד 2- "יסוד ההתאמה"- כל מעשה מנהלי יתאים לכל הנורמות שמעליו בפירמידת

הנורמות:

בתחתית הפירמידה נמצא החלטות מנהליות ספציפיות היא לא נורמה כללית, היא החלטה מנהלית ספציפית.

כל שלב בפירמידה לא יכול לסתור את השלב שמעליו. תקנה לא יכולה לסתור חוק (ס' 16(4) לפק' הפרשנות). תקנה לא יכולה לסתור חוק כי היא לא יכולה לסתור את הרצון של המחוקקת. הרצון של המחוקקת גובר על הרצון של המבצעת (תקנה) ולכן תקנה לא יכולה לסתור חוק. חוק לא יכול לסתור חוק יסוד בגלל פס"ד המזרחי (אם יש סתירה, החוק יתבטל). חוק יסוד לא יכול לסתור עק' יסוד בלתי כתובים (פס"ד בר און + המרכז האקדמי) אפשר לפסול גם הוראה בחוק יסוד אם היא עומדת בסתירה לעק' היסוד הבלתי כתובים. עולה השאלה, האם החלטה מנהלית ספציפית יכולה לעמוד בסתירה לחוק יסוד? לא (מקל וחומר שחוק לא יכול לסתור חוק יסוד, אז החלטה מנהלית גם לא).

מעשה מנהלי- החלטה מנהלית ספציפית. כשמגיעים לרמה של חוקי היסוד מול החלטה מנהלית ספציפית נדרש להפעיל את פסק ההגבלה. במבחן יש לבדוק סתירה לחוקים אחרים שיכולים להיות- כל חוקי מדינת ישראל יכולים לבוא בחשבון. המעשה המנהלי צריך להתאים לכל החוקים של מדינת ישראל. אם יש סתירה בין חוק לחוק יסוד- בודקים את הסתירה עפ"י פסקת ההגבלה ויש לזהות שיכולה להיות בעיה ולציין זאת. שני היסודות האלה הינם מצטברים. תקנה של רשות אסור לה להתנגש עם חוק, חוק יסוד ועקרונות יסוד בלתי כתובים.

עת"מ (ת"א) 46804-09/12 קקאו סנטר ניהול בתי קפה בע"מ נ' עיריית רמת גן, פס' 1, 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 22.05.2013):

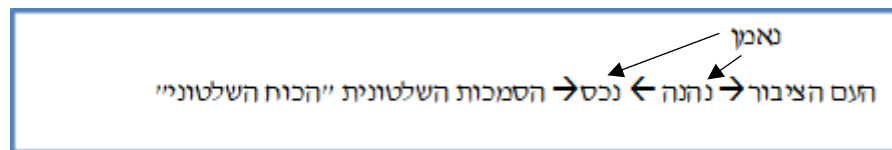
עובדות המקרה: עיריית רמת גן שאין לה מושג באבחנה בין פרטי לבין שלטוני. לעירייה זו יש גן ציבורי של העירייה, האם מותר לעירייה להפעיל גנים ציבוריים? אחד התפקידים בפקודת העיריות לפתח גנים. בגן הנ"ל, היה בית קפה שקוראים לו קקאו סנטר. אדם בעירייה שכח מיהו הגוף הציבורי/ מיהו הגוף הפרטי, ושם עין על ההכנסות של הקפה. העירייה החליטה היא לנהל את בית הקפה היות ונראה כי יש להם רווחים מעולים, וכך יהיו עוד הכנסות לעירייה. העירייה שכחה את העקרונות הבסיסיים ביותר: רשות שלטונית – כל מה שהיא עושה צריך להיות קשור לתפקידיה הציבוריים, היא לא גוף מסחרי שיש לו יוזמות מסחריות. העירייה הוקמה כדי למלא תפקיד ציבורי ולטפל בצרכים של תושבי המקום. יסוד ההסמכה אומר כי כל מעשה מנהלי שלטוני חייב להישען על הסמכה בחוק – במפורש, או במשתמע. התפקיד של העירייה "לטפח גנים" האם היא במסגרת טיפוח הגנים יכולה להשקיע בתקציב העירייה בשכירת גן על מנת לטפח? כן, הוא הגוף הפרטי אשר נותן שירותים לעירייה על מנת לטפח את הגן. עולה השאלה האם לנהל בית קפה זה משתמע מהחוק שהתפקיד הציבורי של העירייה זה לטפח גן? נראה כי ניהול בית קפה מתאים לאנשים פרטיים וזה עלול להוות ניגוד אינטרסים. ניהול בית קפה לא מתאים לגוף ציבורי. "לטפח גנים" – הגוף הציבורי יהיה אחראי על טיפוח הגן, ואם יהיו יוזמות אלו יהיו מגופים פרטיים ולא מגוף ציבורי, ניתן להוציא מכרז ולהזמין את היזמים הפרטיים. אך לא העירייה בעצמה. ברור שלא במפורש ולא במשתמע אפשר להכיר בסמכויות שכאלה.

פס"ד איגוד האינטרנט הישראלי: בחוק העונשין נכתב כי מפקד המחוז רשאי לסגור מקום המשמש להימורים. מפקד המחוז של המשטרה יכול לסגור מקום שיש בו הימורים. נניח שאתר אינטרנט זה גם מקום, האם ניתן לצוות על מישהו שלא קשור בכלל בהימורים שזה ספקי אינטרנט, לחסום את הגישה לאותו אתר. הטענה של איגוד האינטרנט הישראלי הייתה שהאינטרנט הוא לא "מקום" של הימורים, זה לא מקום פיזי שניתן לסגור אותו. המטרה הייתה להילחם בהימורים ובביהמ"ש אמרו: שופט אחד אמר שכן ניתן ללמוד זאת במשתמע מהחוק, אך אפשר לסגור אתר אינטרנט אם לא נחסום את הגישה אליו (זה משתמע מהסגירה של האתר). אם יש מועדון שהתקיימו בו הימורים ורוצים לחסום את הגישה אליו, ויש בעלים שמחזיק בשביל גישה למועדון-צריך להגיד למי שמחזיק בשביל שגם את השביל אפשר לחסום. ספקי האינטרנט הם השביל לאתר-הם מובילים את המהמרים לאתר. במשתמע ניתן לצוות על מי שמקשר (האינטרנט) לחסום את הגישה למהמרים. שופטים אחרים אמרו שלא, לא ניתן לחייב אדם שלא קשור למשטרה, לסייע לה באכיפת החוק, הם טוענים כי זה צריך להיות קבוע בחוק שספקי האינטרנט צריכים לעזור למשטרה למנוע הימורים ולעזור למשטרה בלחסום אתרים. לא ניתן להפעיל כוח שלטוני אם לא הופעל כוח בחוק. עפ"י עיקרון החוקיות יסוד ההסמכה במפורש לא הייתה סמכות, וגם במשתמע לא ניתן לומר שאפשר לחייב מישהו שאין לו שום קשר לעבירה הפלילית לסייע למשטרה. על המשטרה להראות שהחוק הסמיך אותה. כיום יש בחוק אפשרות לחסום אתרי אינטרנט ע"י צווים בחוק (אך בעבר לא היה). בסופו של דבר שופטי הרוב החליטו שאין סמכות כזו, אי אפשר לצוות לסגור אתר האינטרנט. לכן חוקקו חוק חדש לחסימת אתרים, והיום זה מוסדר בחוק, אך צריך לעבור דרך בתי המשפט ולהוציא צווי חסימה. הנחסם יכול להתגונן בהיבט המשפט ולהגיד שהולכים לחסום פעילות לגיטימית, הצו רחב מדי ופוגע בפעילויות אחרות, מלבד הימורים.

עקרונות יסוד – הרשות כנאמן וחובות הפרט כלפי הרשות**עיקרון יסוד 3- הרשות כנאמן הציבור:**

נאמנות: ההבדל בין החזקת נאמנות לבין בעלות "נהנה": מי שמחזיק בנאמנות הנכס לא שלו, ההחזקה שלו מוגבלת. מי שבעלים מוחלט- הוא יכול לעשות בנכס כרצונו. הנהנה הוא הבעלים המקורי של נכס כלשהו. יש לו בעלות אמיתית על הנכס. הוא ממנה "נאמן" שיקבל בעלות זמנית בנכס, כדי להגשים את מטרת הנאמנות. באמצעות ביהמ"ש ממנים מפרק, שהוא הנאמן של הנושים (נהנים- כי הנאמן פועל עבורם).

הרשות השלטונית היא הנאמן. הנהנה הוא הציבור. הנכס זה הסמכות השלטונית (הכוח השלטוני) וזה משום שהדמוקרטיה פועלת בצורה שכזאת. בדמוקרטיה הבעלים המקוריים של הנכס הוא העם. השליט הוא פונקציה שבאה לשרת את העם (העם הוא המקור/הריבון). נציגי העם לא מסוגלים לנהל את הנכס הזה (אך הכוח מצוי בידם). קיימים אלפי תפקידים שנדרש לעשות בשירות הציבורי והם רק 120 ח"כים. בנוסף, בדמוקרטיה לא מרכזים את הכוח בידי רשות אחת. העם לא יפעיל את הכוח שיש בידי, הוא יעביר את זה לרשות השלטונית (הרשות המבצעת) היא לא תפעל אלא בהסכמה. הרשות המבצעת מחזיקה את הכוח השלטוני, עולה השאלה מה היא חייבת כלפי הציבור?

**עקרון יסוד 3 החובות החלות על הרשות נאמן הציבור:**

1. **חובת נאמנות:** פעולה להגשמת מטרת הנאמנות מתוך זהירות ומקצועיות. מה זה מטרת הנאמנות ביחס לרשות השלטונית? למה העם מסר את הכוח לרשות? זה **כדי שהכוח הזה יופעל לטובת הציבור**. הפעלת הסמכות השלטונית לטובת הציבור.

+

איסור הימצאות בניגוד עניינים- קיים ניגוד עניינים (מחזיק בשני תפקידים עם מטרות סותרות) וגם ניגוד עניינים עסקי (אישור אתר לפינוי פסולת).

2. **חובת הגינות- חובת ההגינות במשפט המנהלי היא דוקטרינה כללית.** כמעט ולא הייתה חקיקה בתחום המנהלי, ולכן הוא התפתח כמו המשפט המקובל. הפרט והשלטון באים לביהמ"ש עם סכסוך. אין חוק שמגדיר איך מיישבים את הסכסוך, ואז כל פעם ביהמ"ש יוצר כלל מנהלי חדש. במשפט המקובל, אם ביהמ"ש קבע כלל מסוים, זה הופך להיות הלכה שמחייבת את הרשויות וכך גם את כולם.

דוקטרינה כללית: כמו שתום לב זה מושג מרכזי, וממנו נגזרות חובות ביחסים החוזיים וזאת מתוך ההגינות כמו הסעות לתלמידים, גם הגינות במשפט המנהלי זה משהו כללי, שמחובת ההגינות כל הזמן ניתן לגזור כלל מנהלי אחר, **לדוגמא:**

א. **כללי הצדק הטבעי** שהתפתחו בהליכים שיפוטיים אבל הוחלו גם במשפט המנהלי. **זכות הטיעון-** אם אני הולכת לפגוע באינטרסים של האדם כפרט, המיני של ההגינות דורשת הודעה מראש כלפי הפרט ובה הזדמנות של הפרט להתגונן בפני ההחלטה שפוגעת באותו פרט. במסגרת השימוע, אותו אדם יטען את הטיעונים שלו במטרה שההחלטה המנהלית לא תתקיים. יהיה מדובר בהפרה של ההגינות אם לא יתנו לפרט להתגונן. כשאין אפשרות להתגונן מדובר בהחלטה שרירותית שאין אפשרות להתגונן בפניה. או בדיני עבודה אתה לא יכול לפטר מישהו בלי לאפשר לו טיעון.

ב. **שוויון מנהלי** – כמו לאפשר לכולם לגדל פרחים.

ג. **קיום הבטחה מנהלית-** במשפט המנהלי מדובר ברשות כנאמן והציבור כנהנה. אם הרשות מבטיחה לפרט מהציבור הבטחה מסוימת, והוא יכול גם להסתמך עליה, זה יהיה לא הוגן מצד הרשות להתכחש לזה.

ד. **התחשבות בהסתמכות-** ההגינות מחייבת שקילה של ההסתמכות, ורק אם ההצדקה היא מאוד חזקה אפשר להתגבר על ההסתמכות. (לדוג' הרישיון ל-3 שנים ואחרי שנה

אומרים לא). איזה כלל זה מתוך המשפט החוקתי זה הכלל של מידתיות יש מידיות חוקתית שזה פסקת ההגבלה, ויש מידתיות מנהלית אשר מתחשבת עם הפרט וזה נגזר מתוך ההגינות.

ה. **פרסום הנחיות מנהליות** – יש נורמה כללית ויש הנחנה ספציפית, ואילו הנחיה מנהלתית זה משהו בין לבין, ולא אפשר לסטות ממנה. נקבע כלל כי הנחיות מנהליות שצריך לפרסם אותם. למה צריך לפרסם אותם?

נחזור לדוג של מגדלי הפרחים, יש מעניק שאומר אם מישהו יעסיק 120 עובדים אז יזכה במענק אולם הוא מעסיק רק 90 עובדים, לכן אם יש הנחיות שהם לטובת הכלל, אז ההגינות אומרת שצריך לפרסם אותם מתוך חובת ההגינות.

ו. **התחשבות בציפייה** – לא ניתן להסתמך, אך אפשר לצפות (ציפייה חזקה). במידה ויש ציפייה חזקה, נדרשת סיבה טובה על מנת לשלול זאת. **סיבה טובה** יכולה להיות אלמ"ב כי יש ציפייה שמה שהיה ימשך באם לא חל שינוי של נסיבות.

ז. **אי העלאת טענות שלא ראוי לטעון** – לדוג אם אתה רשות ונתת למישהו רישיון והוא הועמד בכל הדרישות, לא ניתן לטעון שהרישיון לא כדין כי הרשות לא בסדר שנתנה. היא לא תוכל לטעון זאת על בסיס המחדלים של הרשות עצמה. חובת ההגינות יכולה להגביל טענות מסוימות של הרשות (שלא יכולה לטעון כל דבר).

(פס"ד קונטראם לא יכלל בחומר!)

לכלל של חובת ההגינות יש חריגים: נניח כי יש הנחיה שאומרת שניתן לנסוע 120 ק"ש ובכביש מותר לנסוע 100, אז הנחיה כזאת לא תפורסם כי האינטרס של המשטרה לשמור על בטיחות בדרכים.

או דוג אחרת כופר של מס, אם הנחיה כזאת תפורסם אז הציבור ינצל זאת לרעה. תמיד צריך לשאול אם אין כלל כזה, אם נפגעת ההגינות או לא נפגעת ההגינות, כי אם לא היה כלל כזה אז הרשות תפגע בפרט.

3. **מדוע נאמן חייב בשקיפות**: כמו עו"ד אשר מייצג לקוח ומבקש ממנו את התנועות בחשבון שלו, וצריך את דפי החשבון והתנועה שלו, אם העו"ד יגיד אל תתערבו בחשבון הבנק אז הוא לא יכול.

כעת מגיעה רשות הבנקים ומבקש לעיין במסמכים, או מישהו אשר השקיע בדגים והתברר כי הדגים פגומים, אז יש חובה למסור מידע ונאמן צריך להיות שקוף. ברור כי ללא שקיפות להליך הבדיקה של הדגים ואתה פוסל את הדגים זה לא הוגן כי המידע הוא לא חסוי. התפיסה היא כי המסמכים של התיק שייכים לפרט וכעת נמצאים תחת הרשות.

פס"ד אילן:

הש' חשין מסביר מה זה שקיפות וגילוי מידע, עובדות המקרה: היה קומבינה וצריך למנות מצילים, הוועד רוצה לשים בתקנים של המצילים וזה האנשים אשר יצביעו לוועד, ואז יש וועד מכרזים אשר חברים בה: א' + ב' + ג' – זה נקרא גוף "קולגיאלי" שזה מורכב ממס' אנשים אשר צריכים לקבל החלטה ע"י רוב. אחד מראשי הוועד פונה לא', והוא לוחץ עליו למנות את מומלצי הוועד, והוא משכנע אותו לפגוש אותו. אבל העקרון של המכרזים זה עקרון של שיווין או שנפגשים עם כולם או לא. כאן מתרחשים דברים כדי לפסול את א'. מהתקשרות לאחרונה עלה כי המועמד של המפכ"ל נפגש על עו"ד, וכל מה שהיה צריך לעשות המפכ"ל זה דיווח לוועד וזה כדי לצא זהיר.

לכן, הייתה כאן התנהלות בעייתי, ואתה כחבר בוודעת המכרזים צריך לעשות מס' דברים: (א) **חובת דיווח** – הוא היה צריך לדווח לממונים של הוועדה. מבחינת הציבור אתה אומר שדיווחת

+

(ב) **חובת תיעוד** – אנו כציבור רוצים לראות תיעוד בתוך פרוטוקול של הוועדה, וככל שיש סיכוי של פגיעה אז נדרש תיעוד מיטיב, כמו במשטרה אשר מתעדים עם וידאו. האם אני יכול לחיות עם תיעוד ללא וידאו? עם הזמן בעידן החוקתי אנו צריכים לעבור לתיעוד מלא עד כדי שכל שוטר מגיע לגן ציבור יהיה מצויד במצלמה.

מה קורה במצב שאתה אומר כי תיעדת אבל אין כלום?

יש חזקת התקינות/חזקת הכשרות – כלומר אם אתה אומר כי דיווחת חזקה כי הרשות פעלה כדין, אלא אם נוכח פגם בהתנהלות שלה. ואם לא תיעדת חזקה כי לא פעלת כדין ולא תיעדת כדין והנטל הוא על השרות.

תוספת קטנה של יחס הנאמנות בין הפרט לרשות: האם על הפרט חלות חובות כלפי הרשות ? פס"ד קונטרם :

עובדות: מה אני צריך לגלות לרשות, נניח כי אני מבקש להפוך בניין למחסן זיקוקים אני צריך לבקש רישון, האם אני צריך לגלות שהנכס לא שלי, האם זה נתון רלוונטי ? אם זה נכס שלי יתכן והרשות תיתן אישור, ואם הוא לא שלי אז הרשות לא תיתן אישור, לכן איזה חובות חלות על הפרט ?

יש כאן 3 תפיסות עולם באשר למערכת היחסים בין הפרט הרשויות במדינה דמוקרטית.

(1) הש' זמיר : זאת הגישה האופטימיות ביותר, הפרט שותף לפרויקט משוף יחיד עם המדינה כדי לשגשג, ואנו לא בנקודה של העבר אשר ראינו בשלטון איום וצריך לחשוש בו, גישה השותפות עברה את הילדות כי השלטון הוא מאיים, וצריך לחשוב בו, ניתן דעת למה היה חשד כלפי השלטון ? כי השלטון היה עריץ.

אולם הש' זמיר, אומר אנו התבגרנו כחברה וניתן להרגיש שותפות עם הרשות, אז איזה חובות חלות בין הפרט לרשות ?

הוא אומר חובה הדדית, חובת הגינות כללית של הפרט כלפי השני. זאת גישה טובה, והפרט והרשות הם על אותו מעמד. אבל הגישה הזאת בעייתי כמו שוטר שמגיע לעשות סיוור.

נמשיך עם הגישה הזאת, חובת ההגינות של הפרט היא כללית, וניתן לגזור ממנה כללים ספציפיים :

(א) חובת גילוי של מידע מהותי – כמו גבר אשר מכה את אשתו וישב בכלא, וכעת הוא רוצה לעבוד כמאבטח אז הוא לא יכול להחזיק נשק, או הבקשה של אליאור אזריה אשר ביקש רישון נשק, האם חבה עליו חובת גילוי של מידע מהותי ? אם המידע נגיש אין צורך כי כולם יודעים את הסיפור שלו, אבל יכול להיות שיש מס' אנשים שהם אליאור עזרה ולציין שהוא הורשע בעבירה רצח.

(2) הש' ברק : הוא לא מקבל את הגישה של זמיר, אנחנו והרשות לא שותפים, אז אין חובת הגינות כללית אצל ברק, אנו חשדנים כלפי השלטון והוא חייב כלפינו בהגינות, והפרט לא חייב בהגינות כלפי השלטון. שזה גישה החשדנות הליברלית.

אבל יש חובת גילוי קונקרטי – צריך לשאול מי בא למי, הסיפור של המחסן ברגע שאתה בא לבקש אישור למחסן את תתרום את המידע, בסיפור של אליאור שהוא מבקש נשק, אז תיתן לה את המידע.

ואז הרשות צריכה לגבש תשתית עובדתית. לכן אם האזרח מבקש משהו מהרשות + מידע מהותי לגיבוש תשתית עובדתית + גילוי מידע שהוא לא נגיש כמו תקיפה לפני 10 שנים אשר נמחקה מהרישום.

(3) הש' חשין : גישת החירות – הפרט הוא חופש לעשות כל מי שחוק אינו מחייב, האם החוק קבע חובת גילוי קונקרטי כאשר אתה בא לבקש רישון למחסן, לא כתוב בחוק שאתה צריך לגלות מידע.

כלומר: **ללא חובה חוקית הפרט איננו חייב בגילוי כלשהו.**

כמו החוק אשר מחייב החל מינואר דיווח על מקור הכסף לרכישת דירה.

הפרט לא צריך לגלות גלום, עולה השאלה את יש סמכות במשתמע להפנות שאלה לפרט (סמכות עזר) ?

כמו חוק האימוץ, אשר עוסק בטובת הילד, לא היה מוגדר בחוק כי הרשות יכולה לפסול הורים, האם ניתן להבין במשתמע לבדוק את הכשרות של ההורים ?

ברור שיש לך סמכות במשתמע לשאלות הקשורות להורות: כמו צריכת סמים, מצב כלכלי, לבדוק אם אתם מסוגלים לגדל ילד.

יתכן כי ההורים יגידו שאתם פוגעים בפרטיות. השלטון יגיד שבגלל הפניה שלכם אתה מוותרים על הפרטיות שלכם.

נחזור לרישון לאחזקת נשק: עולה השאלה כאשר חותכים אותך בכביש מה אתה עושה? הוא משיב כי יש לו אלה והוא מריץ, אז השלטון מתחיל להפנות סדרה של שאלות, אז הוא יגיד שאתם פוגעים בפרטיות. אז השלטון יגיד אתה צריך לוותר על הפרטיות שלך.

כלל ההסדרים הראשוניים

שזה המפכה המנהלתית, נלמד על מסי' דוקטרינות אשר מצמצמת או מרחיבה את המסכות. נניח שיש חוק X – צריך להסתכל על החוק ולפרש אותו, "מתחם הסמכות של הרשות המבצעת"

כלל ההסדרים הראשוניים זה דוקטרינה אשר חותכת את המתחם:



סמכות עזר, סמכות שיורית של הממשלה הם סמוכויות אשר מרחיבות את הסמכות ואילו. **בחלק של כלל ההסדרים** בסמכות הזאת הרשות יכולה לפעול. באמצע יש ליבה, הליבה של כלל ההסדרים הראשוניים. ויש לה שיקול דעת.

דוג' חוק שירות ביטחון: כתוב בחוק שר הביטחון רשאי **לדחות שירות מטעמים חינוכיים** או **מטעמים אחרים**. זה שיקול דעת רחב. לכן תורתו אומנות הוא יכול לא לשרת כי כתוב בחוק מטעמיים חינוכיים השר יכול לדחות את השירות. או מטעמים אחרים שזה ערך לימוד התורה. הסברו כי כל חוק ניתן לפרוש ולדעת מה הסמכות שלו אותו חוק. למשך כל השנים הסמכות הייתה אצל הסמכות המבצעת ואז באה הלכת

הלכת רובינשטיין – נניח כי כתוב שר הביטחון רשאי לדחות שירות מטעמים חינוכיים או מטעמים אחרים. וזה מה שעשו שר הביטחון הם פטרו את תלמידי הישיבות. ואז יש הלכת רובינשטיין ראו כי אותם החלטות של הליבה לא ברשות המבצעת ויוצאות לכנסת.

לכן כלל ההסדרים הראשוניים – היא "חזקה פרשנית" כל חוק אשר מסמיך את הרשות המבצעת שבימה"ש קבע שחזקה פרשנית- כלומר הנחה שזה כך אלא אם המחוקק קבע אחרת, ויש כאן רציונאל מסוים. יש גם חזקה עובדתית אם אתה מחזיק סמים בכמות מסוימת אז חזקה שאתה סוחר סמים. ההחזקה העובדתית הזו (בדוג של הסמים) היא פוגעת בחזקת החפות במשפט הפלילי. למה חזקה הסחר במסים פוגעת "בחזקת הפחות" ? כי צריך מעבר לכל ספק סביר, כי יכול להיות שאתה סוחר סמים אשר אוגר סמים וזה לא אומר שאתה סוחר, או אדם אשר אוגר סמים לטובת קנאביס רפואי.

"חזקה פרשנית" – שהמחוקק הראשי לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת(שר הביטחון) לקבוע את ההסדרים הראשוניים. בתחום החלטה עקרונית/מהותית/גורלית/ברמה הלאומית- כלומר זה המחוקק לא התכוון כי הרשות המבצעת תחליט אז זה עובר לכנסת. כלומר אם זה נראה בתוך הסמכות, חזקה שהוא לא התכוון להסמיך. למה חזקה כי המחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת ?

- (1) הפרדת רשויות – כי אני מחוקק חוק קובע את ההסדרים, והרשות המבצעת תבצע את ההחלטה, לכן זה תפקידו של המחוקק לקבוע את החוק.
- (2) הכנסת אשר מייצגת את העם וזה מבטיח את עקרון הריבונות של העם.

מה זה הסדר ראשוני אשר עליו חל הכלל זה לעומת הסדר משנה ?

הסדר ראשוני – זה אלו הם העקרונות להפעלת החוק והסמכות, העקרונות הכלליים אמות המידה, הקריטריונים שעל פיהם צריכים לפעול והם נקבעים ע"י הכנסת. **וזה כלל ההסדרים הראשוני.**

הסדר משני – זה החלק הטכני ברגע כי יש כלל, איך נבצע את העקרונות, וזה בסמכות הרשות המבצעת.

דוג- אחרי הכלת **הלכת רובינשטיין** אמרו שצריך חוק מסוים, ואז הגיע "חוק טל" וברגע שיש חוק של הכנסת, מה זה אומר מבחינת המשפט המנהלי? הגענו לסוף כי מבחינת הסמכות יש הכלל כי יש חקיקה ובה נגמר המשפט המנלי. **ואז עוברים למשפט החוקתי:**

(א) פס"ד התנועה לאיכות השלטון – השי' חשין הציע לפסול את חוק טל כי היה חוק זמני "הוראת שעה" למשך 5 שנים כי עברו 3 שנים ובעוד 2 הממשלה תחליט מה עושים, דבר שני לגייס חרידיים לצבא זה תהליך ארוך.

(ב) פס"ד רסלר – כאן עברו 10 שנים, האם החוק ישיג את המטרות שלו, ההיגיון אומר אם ב 10 שנים החוק לא השיג את המטרות שלו לכן ביהמ"ש פוסל את החוק. ואז קמה ממשלת נתניהו החדשה והיא מחוקק חוק גיוס ובשנת 2017 הוא נפסל בבג"ץ ומפעילים את דוקטרינת הבטלות היחסית אשר קובעת תוקף לחוק.

(ג) פס"ד התנועה לאיכות השלטון – כאן כבר ניתנו הארכה עד 15/01/2019 כדי לדון בחוק.

ניקח דוג מהחוק של ממשלת בנט ולפיד שנפלה אולם הם קבעו חוק – שם היה חוק גיוס אשר קבע עיקרון של "עילויים בתורה" קבעו מס' של 1800 שלא מתגייסים ומה זה ?

האם זה הסדר ראשוני או משני ?

זה מאוד ראשוני זה עיקרון אשר כתוב בחוק, ולא לפגוע בקריירה באמצעות גיוס לצבא. ואין שום בעיה עם זה כי זה נקבע בחוק.

כעת שר הביטחון מוציא את ההחנות הבאות ומפורסמות בקרב ראשי הישיבות :

כל ראש ישיבה ימלא טופס 503 שבו יציין את תלמידי הישיבה שהם עילויי בתורה. לכן זה כלל הסדר משני. ולכן הכלל ההסדר הראשוני לא חל על כלל ההסדר המשני.

כלומר כל שאלה בבחינה נתחיל אם זה הסדר ראשוני או משנה. אם זה הסדר משני אז לא חל כלל ההסדר הראשוני וזה בסמכות הרשות המבצעת.

ואם זה כלל ההסדר הראשוני אז זה לא סמכות המבצעת, מה זה משהו מהותי/גורלי/לאומי אז זה הסדר הכלל הראשוני.

שר הביטחון קובע את הכלל כי 1800 עילויים בספורט כל שנה שתהיה להם דחיה של שירות כי לממש את זכות הספורט ?

זה עקרון – וזה ראשוני.

איך יהיה כלל משנה ?

כל ראש איגוד שחייה, איגוד ספורט יחליטו מה יהיה עליו בספורט וזה משני.

אבל, האם הפטור הוא מהותי / גורלי / ברמה הלאומית ?

לא, וזה לא ראשוני.

כעת שמנו את גיוס תלמידי הגיוס בליבה וכאן חל עליו כלל ההסדרים הראשוני כי זה עקרוני. אולם עילויים בספורט לא שמנו בליבה לכן זה לא כלל הסדר ראשוני.

עוד דוג: סגירת כבישים בשבת, באחד מפסקי הדין שעסק ברחוב קינג ג'ורג אשר נסגר בשבת בירושלים, זה לא עקרוני ולא מהותי לכן זה לא ראשוני.

כעת נעבור לסגירת כביש איילון איזה זה יהיה בליבה ? לפי הש' חשין בפס"ד חורב זה עקרוני מהותי וחל כלל ההסדרים הראשוני.

איפה נסים סגירת חוצי ישראל בשבת בליבה.

שאלה שהייתה במבחן - הסדרת המעמד של הפזורה הבדואית בדרום- זה בעיה עקרונית, מהותי, לאומית לכן זה בליבה וחל כלל ההסדר הראשוני.

מה לגבי ייצוא הגז – הוא יכנס לנו לליבה. מה שנכס לליבה עובר לכנסת וחזקה שהמחוקק הראשי לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת. אבל חזקה ניתן לסתור בחזקה אחרת כמו האדם שסחר בסמים. לכן חזקה כי המחוקק לא הסמיך אותך אלא אם כן הוא הסמיך.

שר הביטחון רשאי לדחות שירות מטעמים חינוכיים או מטעמים אחרים **ורשאי שר הביטחון לפי שיקול דעתו לפטור מגיוס תלמידי הישיבות שתורתם אומנותם.**

הכלל הוא: חזקה שהמחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע את ההסדרים הראשוניים.

בתחום החלטה עקרונית/מהותית/גורלית/ברמה האלומית.

קודם צריך לשאול האם הרשות המבצעת קבעה "הסדר ראשוני" ? או הסדר משני ? הוא לא קובע את העיקרון הוא קובע את הפרוצדורה.

נניח כי אנו בבחינה קבענו שזה הסדר משני האם עוצרים, לא צריך להמשיך לבחון ולנתח את הסוגיה עפ"י כל היסודית "עקרונית/מהותית/גורלית/ברמה הלאומית".

ז"א ניתן לרשום כי מדובר בהסדר משני ואין בעיה מבחינת המסכמות, אבל נמשיך בניתוח כי בהנחה ומדובר בהסדר ראשוני.

ועכשיו צריך לשאול האם כלל ההסדרים חל: האם החלטה עקרונית/מהותית/גורלית/ברמה הלאומית.

מבחני הפסיקה לתחולת הכלל מתי יהיה מדובר בעניין עקרוני/מהותי/ גורלי? –

מבחני עזר לפרשנות:

לא מדובר במבחנים מצטברים- אך במבחן יש לבחון את כל המבחנים הם מבחני עזר לפרשנות.

רוב המבחנים נקבעו בפס"ד ועדת המעקב, חשין+ המרכז האקדמאי+ אבו ערפה)-האם אזורי עדיפות לאומית הם עניין עקרוני/מהותי/גורלי?1) מבחן הפגיעה בחירויות הפרט (או עקרונות חוקתיים)- דוגמאות מהפסיקה:

- (א) פס"ד רובינשטיין "גיוס של בחורי ישיבות"
- (ב) פס"ד המרכז האקדמי (ייצוא הגז) למה כדי לייצא גז ולא לשמור על הגז, כי המיסוי על הגז יורד, וזה טוב כי מדברים על הנחת צינור גז מהמדינה לקפריסין. האם זה פוגע בחירויות הפרט לא.
- (ג) אזורי עדיפות לאומית "פס"ד ועדת המעקב" – העדפה לרעה אזור מסויים, מתי תהיה פגיעה רק כאשר תהיה פגיעה על רקע מגדר, אבל אם אני מצייר מפה מכליל רק אם הישובים היהודים זה תהיה פגיעה בפרט.
- (ד) עוד דוג מעמדם של תושבי מזרחי ירושלים "פס"ד אבו-ערפה" דובר על ביטול תושבות לתושבי מזרח ירושלים, האם מדובר בעניין חוקתי? כן, מדובר בפגיעה בחירות הפרט- גירוש אדם מביתו. לכן בפס"ד המבחן הזה מאוד חזק.
- (ה) עוד דוג, הסדרת מעמד הפזורה הבדואית – העברת התושבים הבדואית למקום מגורים אחרים, יש כאן פגיעה בזכות לבחור במגורים כולל פגיעה בקניין, עוד זכות מעיקרון חוקתי הפזורה הבדואית היא מיעוט לכן יש פגיעה בפולחן.

2) מידת השפעה על הציבור בישראל? דוגמאות מהפסיקה:

- (א) פס"ד רובינשטיין "גיוס של בחורי ישיבות" – האם גיוס בחורי ישיבות משפיע על הציבור הישראלי? זה יותר משפיע על היחסים בין הקהילות השונות כי אם החרדים ישתלבו מדובר בהשפעה מסוג אחד, ואם הם לא ישתלבו אז תהיה השפעה דרמטית על הציבור בישראל. זה בעייתי כי הצבא הוא כור היתוך ואם לא יתגייסו זה יפגע בליכוד העם, וישפיע על עתידו של העם היהודי.
- (ב) פס"ד המרכז האקדמי (ייצוא הגז) – זה משפיע על הציבור כי יכול להיות ומחיר הגז יהיה גבוה, ואם לא יהיה גז אנשים ישתמשו בדלק ויהיה זיהום אויר.
- (ג) אזורי עדיפות לאומית "פס"ד ועדת המעקב" – אם מדובר בהטבה של מס, זה משפיע על הציבור בלי ההטבות המצב יהיה קשה ומשפיע על הציבור.
- (ד) תושבי מזרחי ירושלים "פס"ד אבו-ערפה" – זה חלק מהסכך היהודי פלס', מה עושים עם התושבים, וזה קשור למעמדה של ישראל בעולם, למשל ראש ממשלת אוסטרליה מכיר רק בירושלים המערבית, הבעיה כי השטח מסופח ואין החזקה באנשים, לכן כל הטיפול משפיע על כולם בישראל.
- (ה) הסדרת מעמד הפזורה הבדואית – יש אוכלוסייה ללא מים וללא חשמל וזה חשוב לציבור בישראל.

3) מידת השפעה והיקף השפעה – כמה מהציבור מושפעים ? כלומר כמה אנשים במספר מושפעים יש השפעות שמשפיעות על אדם אחד ובהם אני פחות יתעניין. השאלה על כמה אנשים זה משפיע? מבחן זה ומבחן 2 הולכים ביחד: על כמה אנשים זה משפיע ובכמה זה משפיע?

4) כמו חיסון על מס' אנשים בודדים, ואם לא תיחסן אז היקף השפעה יהיה יותר גדול. היותה של ההכרעה שנויה במחלוקת – הציבור הישראלי מאוד מפולג, ויותר פשוט להביא את זה לכנסת כדי שתחליט. למשל גיוס תלמידי ישיבות ? זה שנוי במחלוקת.

ייצא גז – זה לא שנוי במחלוקת בנושא מיקום האסדה. אזורי עדיפות לאומית – השאלה על מה אנו מדברים, אם אנו מדברים על פרפריה מול מרכז אין יוצר מידי מחלוקת בנושא תמיכת הפריפריה, אבל אם הפריפריה כוללת את ההתנחלויות זה יהיה שנוי במחלוקת.

מעמד של תושבי ירושלים – זה שנוי במחלוקת. הסדרת מעמדם של הפזורה הבדואית – עד כמה יש כאן מחלוקת בנושא הבדואים, יש רמה בינונית של מחלוקת.

5) עלות ההכרעה – כאן בודקים עלות כספית זוגמאות מהפסיקה:
א) פס"ד רובינשטיין "גיוס של בחורי ישיבות" – אין הוצאות כספיות בגין גיוס תלמידי ישיבות

ב) פס"ד המרכז האקדמאי – השפעה על המשק והכלכלה, אם נייצא יותר גז כמה נרווח, אבל אם לא נמצא גז יתכן ותהיה השפעה דרמטית על המשק והכלכלה באופן כללי.

ג) אזורי עדיפות לאומית "פס"ד ועדת המעקב" – החלטה אשר עולה הרבה כסף וזה הופך אותה יותר עקרונית.

ד) תושבי מזרחי ירושלים "פס"ד אבו-ערפה" – אין כאן עלות כספית, האנשים הלכו להיבחר לפרלמנט הפלסטי.

ה) הסדרת מעמד הפזורה הבדואית – יש כאן הרבה יותר כסף, וזה הופך את ההחלטה לעקרונית ומהותית

6) מעורבות עתידית של המחוקק – זה מבחן שפעול ביחס הפוך מה הסיכוי של מעורבות המוקק בעתיד – ככל שאנו יודעים בהסתברות כי העניין יגיע למחוקק למה זה פועל נגד הכלל, כי אם נציגי העם הם אלה אשר יקבלו את ההחלטה העקרונית, ואם ישנה הסתברות כי הדבר יגיע למחוקק אשר יקבע.

פס"ד שמעוני – של ההתנתקות – האם הממשלה יכול לקבל החלטה על תשלום מקדמה כספית למפונים ? ההגינות אומרת לתת להם מקדמה כדי שיערכו לפינוי, האם זה פגיעה בחירות הפרט לתשלום המפונים? בכל המבחנים לעיל 1-5 זה עבור, מעורבות עתידית של המחוקק – זה יגיע להכרעת הכנסת כי אף אחד לא יפנה את עזה ללא אישור הכנסת. ואם יחליטו לא לפנות אז המפונים יחזירו את הכסף. ואם זה מגיע למחוקק יש לאפשר לממשלה לפעול זמנית. האם ניתן לפנות ללא חקיקה מסודרת ? לא צריך חוק עפ"י פסקת ההגבלה.

7) דחיפות ההכרעה – ככל שההחלטה יותר דחופה, למה אני יכול לטעון כי זה מחליש את הנטייה להחיל את כלל ההסדרים. יש בעיה לחיל את כלל ההסדרים בהחלטות דחופות, ואז המשפטנים מעכבים את ההחלטה. כלומר אם זה משהו שצריך לטפל בו בדחיפות אז הנטייה לא להחיל את כלל ההסדרים הראשונים. אם ניקח את ההחלטה על מתווה הגז – אשר פטר את השותפות על

הגבלים עסקיים. כי הייתה תקלה באסדת תמר ומה שקרה עלות החשמל עלתה. לכן דחוף לפתח את אסדת לוויטן בראי הציבור הישראלי. ויש דחיפות.

8) הפיכות ההחלטה-

כלומר ההחלטה ניתנה לשינוי בעתיד, ככל הששחלטה הפיכה יותר ניתן לשנות אותה והיא תהיה פחות עקרונית עכשיו, כי נציגי העם יכולים להחליט מאוחר יותר. גיוס תלמידי ישיבות – האם זה תהליך הפיך? התהליך הוא מאוד קשה אם עוברים אותו ואם הולכים על משהו אז קשה לחזור ממנו.

פס"ד המרכז האקדמאי- ייצוא הגז, יש שתי גישות "

1) הש' גרוניס- מדובר בהחלטה הפיכה, נניח כי הממשלה החליטה על 40% וכעת צריך יותר כזה, ואם הפכנו יותר תלויים בגז אז הממשלה יכולה להגביל את הייצוא אז ההחלטה הפיכה.

2) הש' ג'ובראן – מדובר בהחלטה בלתי הפיכה ולא ניתן יהיה לשנות אותה בעתיד כיוון שמדובר פה בחוזים. מדינת ישראל תעשה חוזים עם מדינות ולכן תהיה כבילות ומבחינת החוזים יהיה קושי להשתחרר מהחווזה.

9) מורכבות משפטית + רגישות הסוגיה

פס"ד "אבו-עראפה" נאמנות של תושבי ירושלים למדינה האם שר הפנים צריך לקבוע רמת הנאמות? לא הרשות צריכה לקבוע, וזה גם רגיש אל מול המשפט הבינלאומי. ככל שהסוגיה רגישה יותר אז צריכה להחיל את כלל ההסדרים.

במבחן אם בסוף הניתוח נגיע למסקנה כי רק 5 מבחנים תומכים בהחלת הכלל ניתן לציין "כי

נראה שבימה"ש יחיל את הכלל כי רוב המבחנים" התוצאה של החל הכלל: חזקה שהרשות

אינה מוסמכת לקבל את ההחלטה.

בשיעור הבא נראה שניתן לסתור את החזקה ונתחיל בסמכויות עזר.

לכן מה שנעשה זה:

1) האם ההחלטה קובעת "הסדר ראשוני"/"המסדר משני"? ?

אם מדובר בהסדר משני אז נמשיך לנתח את התנאים של ההסדר הראשוני.

2) האם הכלל חל? הם החלטה עקרונית/מהותית/גורלית

מיישמים את 9 המבחנים לפי הפסיקה

אם הכלל חל אז חזקה.... **חזקה שהרשות אינה מוסמכת לקבל את ההחלטה. ואז בודקים:**

3) ואז מבררים את החזקה נסתרת? שזה השיעור שלנו היום:

צריך לברר את החוק סותר את החזקה, כמו שר הביטחון יכול לדחות את גיוס תלמידי הישיבות, אין רמז כי המחוקק התכוון להסמיך אותו לסתור את החזקה, אבל אם אני רוצה לסתור את החוק היה צריך להוסיף "שר הביטחון יקבע את הכללים לדחיית שירות תלמידי הישיבות..."

ניקח עוד דוג- הכניסה של לאראא לישראל בסעי' 11 כתוב כי שר הפנים רשאי לבטל כניסה לישראל.

ניקח עוד דוג' הפס"ד של תושבי ירושלים פס"ד "אבו-עראפה" – האם גירוש של חלק מתושבי ירושלים היא החלטה מהותית/גורלית.

ואז עוברים כי חזקה שהמחוקק לא התכוון להסמיך את שר הפנים לגרש את תושבי מזרחי ירושלים.

כלומר החזקה של כלל ההסדרים לא נסתרת, וכדי לסתור אותה צריך שיהיה קבוע בחוק כי שר הפנים יקבע תחומי נאמנות של תושבי ירושלים. לכן החזקה לא נסתרת.

איך ניתן לסתור חזקה בלשון מפורשת בחוק? מה היא דרגת המפורשות הנדרשת?

שתי גישות בפסיקה בפס"ד המרכז האקדמאי - ייצוא הגז:

(1) גרונים: נראה כי הוא קושר את כלל ההסדר לנושא פחות קשור לעקרון החוקיות, במשפט

המנהלי כי לפגוע בזכות יסוד או עיקרון חוקתי צריכה להיות הסמכה מפורשת בחוק אשר צריכה להיות תלויה בחשיבות הזכות, אז זה זכות קלה כמו זכויות כלכליות צריכה רמת מפורשות נמוכה, ואם זה פגיעה בזכויות אדם צריך רמת מפורשת גבוהה.

כלומר תלוי בהתאם בפגיעה בזכויות האדם, אז מתמקדים רק במבחן הראשון, שזה מבחן הפגיעה בחירויות הפרט (או עקרונות חוקתיים). לכן דרגת המפורשות היא נמוכה ביותר.

(2) ג'ובראן: הוא אומר כי המטרייה של כלל ההסדרים היא שונה מעקרון חוקתיות ומנהל,

ובכלל ההסדרים אנו צריכים להסתכל על כל המבחנים, אמרנו כי ג'רוניס הוא על פי רמת הפגיעה, ואם זה פגיעה קטנה אין צורך בפירוש. ואליו השי' ג'ובראן הולך על כל המבחנים ככל שהחלטה היא עקרונית מהותית וגורלית, אז צריך רמת פירוט גבוהה.

ניקח את סעי' 33 משנת 1950 לחוק הנפט אשר קובע בגדול – השר רשאי לצוות על בכל חזקה לספק למשק הישראלי תחילה. ז"א מי שקדח ומצא גז הוא צריך קודם לספק למשק הישראלי. ואילו סעי' 34 קובע – בעל חזקה רשאי לייצא את הנפט למי שרוצה.

לכן, בא סעי' 33 אשר מגביל את הקודח והוא צריך לייצא למשק הישראלי.

האם זה מספיק מפורש כדי שהממשלה תקבע מכסה לייצוא של 40%?

החוק הוא משנת 1950 ולא חשבו על ייצוא הגז אז, מבחינת ג'רוניס אמרנו כי הוא דורשה רמה נמוכה של מפורשות הרי כתובה שצריך לספק למשק הישראלי תחילה. נלמד בהמשך כי לממשלה יש סמכות להיכנס בנעלי השר, כי הממשלה אחראית באופן קולקטיבית על ההעם.

למה רשום שר רשאי ולא הממשלה?

מטעמי יעילות ולא מטעמי מהותי, כי הממשלה לא יכולה לעשות את הכל. אבל כמו שניתן לראות את השר שהוא מייצג את הממשלה, לכן הממשלה יכולה להיכנס בנעלי השר.

על כן, לפי הגישה של ג'רוניס הממשלה יכולה להנחות את הספק למשק הישראלי. ז"א רמת מפורשות נמוכה ניתן לסתור את החזקה.

אולם השי' ג'ובראן דורש רמת מפורשות גבוהה כי אז לא חשבו על הגז כאשר חוקק את החוק, אין כאן בחוק התייחסות לכל המשאבים, לכן לא ניתן לסתור את החזקה, וזה יחזור לכנסת ותקבע כמה ניתן לייצא גז מול חופי ישראל.

עוד דוג לסתירת החזקה – פס"ד שיח חדש

סמכת מועצת מקרקעי ישראל ומתחתיה יש את מנהל מקרקעי ישראל. הייתה התנגשות עם חוק מקרקעי ישראל.

כתוב בחוק כי הסמכות של מועצת מקרקעי ישראל – לקבוע את המדיניות הקרקעית עבור המנהל לפקח + לאשר תקציב

האם זה סותר את החזקה בכלל הסדרים ראשוניים לגבי החלטה מהותית/גורלית/לאומית ?

אם כלל ההסדרים חל אז הסמכות עוברת לכסנת.

בפס"ד נקבע כי המועצת יכולה לקבוע הסדרים ראשוניים, כלומר החזקה של הכלל נסתרה

לגביה ממש' סיבות:

(1) לישון החוק, לקבוע את המדיניות הקרקעית זה אמות המידה של המדינה, זה ההסדרים הראשוניים.

(2) חוק רשות מקרקעי ישראל הוא "חקיקה עצלה" זה חקיקה שהמחוקק לא קובע שום הסדר ראשוני, המחוקק לא קובע שום עקרון, ואם הכנסת לא קבעה שום הסדר ראשוני, אז הכנסת התכוונה כי המועצה תקבע את ההסדרים, ברגע שהמחוקק לא קבע הסדר ראשוני אז יוצאים מנק' הנחנה כי המועצה תקבע את ההסדרים.

(3) הכנסת הופכת את מועצת מקרקעי ישראל ל"כנסת זוטא" הכנסת יש לה תפקיד לפקח על הרשות המבצעת. מי שמפקח על הקרקעיות זה מועצת מקרקעי ישראל. מה עושים הכנסת בתחום הכספי מי שניהל זה מועצת מקרקעי ישראל.

לכן את המועצה של מקרקעי ישראל היא פועלת ככנסת זוטא אז מכאן ניתן לסתור את החזקה.

משלשה הנימוקים החזרה של כלל ההסדרים נסתרה ביחס למועצת מקרקעי ישראל.

הערה: חשוב להתייחס לפס"ד של שיח חדש בזהירות.

ניקח דוג של פינוי הבזורה הבדואיות שהייתה במבחן, פינוי של אנשים מבתיים לעיר חדשה, צריך ליישם את 9 המבחנים, צריך לבדוק את מדובר בהסדר ראשוני/משני. ואז אם יש כאן החלטה עקרונית ברמה הלאומית, ואז עוברים לשלב 3 יש את פס"ד שיח חדש, צריך לציין כי הפסיקה קבעה בעבר בתחום המועצה ניתן לסתור את החזקה, אבל הולכים לפסיקה מאורחת בנושא רמת פירוש החזקה לסתירה ולציין את פס"ד **בפס"ד המרכז האקדמאי** לפני הגישות של השופטים, הש' ג'רוניס מתייחס למבחן הפגיעה בחירויות הפרט לכן צריך רמת מפורשות גבוהה, ולאחר מכן עוברים לשופט ג'ובראן אשר גם דורש רמת פירוט גבוה.

מסקנה: ניתן לסתור את החזקה

אבל כאשר יש עניין של הקרקעות זה לא תופס, ומי שיכול לקבוע את ההסדרים זה הכנסת.

סוגית האפקט מצטבר - פס"ד התנועה לאיכות השלטון

המשפט החוקתי, יש אפקט מצטבר של שתי פגיעות אשר מחריף את הפגיעה זה **פס"ד פלוני-האם** ניתן להאריך מעצר ללא נוכחות שלו. הייתה חקיקה אשר קבעה שניתן להאריך מעצר ללא נוכחות של חשוד, והייתה עוד תקנה אשר קובעת שלא צריך עו"ד. אז השי' מנהל שיחת קפה אם להאריך מעצר, זה אפקט מצבר שביהמ"ש פסל, כלומר שתי פגיעות אשר מוסיפות אחת על השנייה,

עולה השאלה האם יכול להיות פגיעה שני תחומים שונים?

פס"ד המרכז האקדמי ייצוא הגז - השי' ג'רוניס קבע כי הממשלה יכול לקבוע את ייצוא הגז.

הגבלים עסקיים (מונופול הגז) - הממונה היה בעמדה מקצועית שחייבים לפרק את מופו נול הגז, גם יצא מקרים כי רק מס' אנשים מצאו את אגוז כמו תשובה, חברת גז. ואז השותפים למונופול אמרו אין בעיה אנחנו נתפרק ושהממשלה תעשה את העבודה של ייצוא הגז. ואז מנצלים את סעי' **52 לחוק ההגבלים - השר רשאי לפטור הגבל עסקי בתחרות החוק מטעמי ביטחון או יחסי החוץ.** אז ראשי הממשלה הופיע במשפט ושכנע כי לשר יש סכמות.

עולה השאלה מה אפקט מצברים ?

בגלל שזה שיצוא הגז כולל בתוכו מונופול אז יחיד זה מקיים את 9 המבחנים.

אז צריך לעבור למבחן השלישי.

השי' רובינשטיין אומר אם יכול להיות אפקט מצטבר בהיבט החוקתי יכול להיות גם בהיבט המנהלי ולכן אם ייצוא הגז לא החלטה עקרונית, מנהלית גורלית אז ייצוא הגז+ הגבלים עסקיים יהיו החלטה מהותית גורלית ומה שיוצא זה שהכנסת צריכה לבחון את ייצוא הגז בנפרד ואת עניין ההגבלים העסקיים בנפרד. **אך רובינשטיין היה בדעת מיעוט, השופט סולברג לא קיבל את סוגיית האפקט המצטבר** כיוון שטען שאם ניתן לפתור את בעיית ייצוא הגז ובנפרד אפשר לפתור את בעיית ההגבלים העסקיים באמצעות ס' 52 שאומר שאפשר לפתור הגבל עסקי באמצעות תחולת חוק ההגבלים, כלומר כל הטיפול במונופול יזום אפשר לשים בצד מפני שביטחון המדינה ויחסי החוץ כעת יותר חשובים. **לסיכום, השופט רובינשטיין מעלה את השאלה : האם אפשר לחבר את העובדה שאנו צריכים לקבל החלטה בכמה חוקים שונים כדי שגם אם החלטה מסוימת היא לא עקרונית בלבד אבל אפשר להוסיף לה עוד החלטה ולראות את שתי ההחלטות כהחלטה גורלית, מהותית עקרונית לפי המבחנים?** תשובתו כי ייצוא הגז והגבלים עסקיים ביחד זה עניין מהותי, עקרוני גורלי ברמה הלאומית. סולברג לעומתו אומר שאין צורך לצרף את ייצוא הגז והגבלים העסקיים ביחד כיוון שלכל אחד יש עיקרון משלו וניתן לפתור כל בעיה בפני עצמה.

סמכויות עזר

הדוקטרינה נמצא בחוק, **סעי' 17 (ב) לחוק הפרשנות**: מתן סמכות משמעתו גם מתן סמכויות עזר, הדורשות לכך במידה מתקבלת על הדעת. לכן כדי למלא תפקיד של עזר צריך משרד ומשאבי אנוש, אז חוק הפרשנות אומר כי יש לך סמכות למימוש הסמכויות שלך. לכן הדוקטרינה הזאת של סמכויות העזר היא עוסקת בסמכויות נלוות סמכויות במשתמע.

המגבלות בהפעלת הדוקטרינה התנאים הם מצטברים:

1) **המגבלה הראשונה - סמכויות העזר צריכות להיות דרושות למילוי התפקיד הראשי וצריכה להיות זיקה בין סמכות העזר לתפקיד הראשי אשר הוטל על הרשות - בלי זיקה אין סמכות העזר לתפקיד הראשי הדוקטרינה קורסת. בפס"ד קקאו סנטר** העירייה מבקשת לפתוח בית קפה לאור ההצלחה של פס"ד קקאו. מה תפקידה של העירייה בגנים ציבוריים? טיפוח! ומותר להקים גדר אשר מקימה את הגן, ולרכוש ציוד עזר לגנים. האם ניהול בית קפה הוא בזיקה לטיפוח הגן? לא זה לא בזיקה לטיפוח הגן. אין זיקה מספק בין ניהול בית קפה לתפקיד הראש. מה הזיקה אשר נדרשת בין הסכמות עזר לבין התפקיד הראשי? **בפס"ד איגוד העיתונאים** אשר עסק ברשות השידור, האם היא רשאית לשדר שידורי חסויות? כמו התכנית משודרת בחסות אלדן שירותי רכב. תשדירי שירות? כמו יש לחגור ילד במושב האחורי. פרסומות? כמו חברה עסקית. תשדירי שירות האם זה סכמות עזר או סמכות רשאית או שזה חלק מהתפקיד הראשי, כמו בוחר לבחור כי זו זכותו של כל אזרח, וזה חלק מהתפקיד שלי לשדר תשדירי שירות. **דעת המיעוט בפסיקה - בן דרור, איגוד העיתונאים**, הזיקה צריכה להיות חיוניות, "מבחן של חיוניות", המסכות צריכה להיות חיונית למילוי התפקיד הראשי. **דעת הרוב - "מבחן של סבירות"** - זה צריך להיות דרוש במידה סבירה, זיקה של סבירות דרוש ברמה סבירה. הפס"ד הזה עסק ברשות השידור אשר קדמה לרשות השידור - מדבור על תאגיד סטוטורי והעובדים הם עובדים של התאגיד, הרשות צריכה לפעול למטרות חיוניות. האם היא יכולה לשדר **תשדירי שירות** - כמו בטיחות בדרכים, להשיב ילד בכיסא בטיחות, האם צריך את הדוקטרינה של סמכות העזר? זה חלק מהתפקיד הראשי, זה קשור לטיחות ברכב, לא צריך את הדוקטרינה, גם בעניין שידור על זכות ההצבעה. **תשדירי חסות** - גוף מסחרי. האם התפקיד של הרשות לתת במה מסחרית בתפקיד ראשי? האם זה יכול להיות בגדר של סמכויות עזר. **נתחיל עם דעת המיעוט "האם זה חיוני" לרשות** - צריך לבדוק איך הרשות עובדת, האם הייתה גביה של אגרות. למעשה זה עוד כסף כי יש לה אגרה, לכן זה לא חיוני. כי התאגיד מקבל תקציב מהמדינה. **כעת נעבור לדעת הרוב "מבחן של סבירות"** - כמה עולה לשדר מונדיאל / אולימפיאדה זה המון כסף, זה דרוש במידה סביר להביא את המידע לציבור. מה ההבדל בין תשדירי חסות / לפרסומות? מה יותר מסוכן לרשות?

פרסומות זה שוק יותר גדול אם היא נחשפת למימון של בעלי אינטרסים יכולה להיות תלות כלכלית בין הרשות לבין בעלי אינטרסים, וזה יותר מסוכן מתשדירי חסות, עבור רושת ציבורית, ז"א הבדל אחד זה היקף התלות הכלכלית.
מה אני אומר בתשדירי חסות- "זה משודר בחסות..."
התפקיד כל הרשות זה להעביר מידע נכון לציבור, והיא לא מפרסם מידע שגוי, קיים גוף אשר מעביר את המידע.
לעומת זאת בפרסומות- אני יכול להגיד כי המקררים הכי חסכוניים, אבל בפועל הם לא, ואני מטעה את הציבור. שזה **תשדירי פרסומות**.
חוק הפרשנות אימץ את דעת הרוב או דעת המיעוט ?
דעת הרוב – כי כתוב בחוק במידה מתקבלת על הדעת.

(2) **מגבלה שנייה, סמכות עזר כשמה כן היא- עוזרות ולא מפריעות:**

בשידורי חסות אין מידע שקרי, פרסומות כן מפריעות ולא ניתן להסיק כי ישנה סמכות עזר כי הדבר יוצר בעיה באימון הציבור.
אז אם בכל שאת אנו רוצים כי תאגיד השידור ישדר פרסומות ?
חייבים להסמיך במפורש בחוק.

(3) **המגבלה השלישית, "סמכויות העזר נלוות" לתפקיד הראשי ולא יוצרות עולם החדש המשנה את מהות התפקיד –**

כלומר אם אין לך תפקיד ראשי אז לא תהיה לך סמכות עזר, אז אם **"סמכויות העזר נלוות" אז כשם כן היא.**

אין בכוונתה ליצור "עולם חדש" לשנות את מהות התפקיד הראשי.

בפס"ד קרייתי שר"פ- שירותי רפואה פרטיים בבית חולים ממשלתיים ציבוריים.

האם יש בעיה עם הכנסת שירותי רפואה פרטיים לבית חולים ממשלתיים ?

הבעיה היא כי הרופאים אשר במגזר הממשלתי רואים את הרופאים המגזר הציבורי מרווחים יותר כסף, ויש כאן הפסד כי הרופא הציבורי עוזב את הקליניקה הפרטית שלו ואז נוסע לקליניקה הממשלתי.

אם אותו רופא היה מבצע את הקליניקה שלו בבית חולים זה יותר מתמרץ אותו, וכולם מרוצים.

האם ניתן להכניס שר"פ כסמכות עזר?

קודם כל בודקים זיקה מספקה? לפחות ברמה של סבירות, כן לתת לרופאים שירותי רפואה פרטיים במתקן ממשלתי.

עקרונית יש בזה היגיון כי כולם מרווחים.

האם במגבלה השנייה ניתן לומר שזה עוזר ולא מפריע ?

מפריע כיצד- יש בעיה כלפי המטופלים, עד השר"פ בבתי החולים הממשלתיים, ברגע שאתה נכנס כאזרח כולם נכנסים לאותו מסלול, וכולם עומדים בתור, ויש שיווין.

אז כעת מבחינת ההפרעה של קידום שיווין – קודם כל צריך להבטיח שירותי שיווני, ההפרעה יכולים להיות בחלוקת המשאבים.

נניח כי יש שני חדרי ניתוח אחד מתקדם והשני אינו מתקדם, וכעת יש שני מטופלים אחד ציבורי ואחד פרטי.

אז יש חשש לתעדוף המסלול הפרטי על חשבון המסלול הציבורי תוך פגיעה בשוויון בתוך בית חולים ציבורי.

בימה"ש הגיעה למגבלה הזאת כי מדובר בסמכות נלוות שאינה יוצר עולם חדש.

יש כאן הבדלים בדעות השופטים:

הש' ברלינר - אומרת הכנסת שר"פ זה יוצר עולם חדש. וזה משנה את אופי והמהות של שירותי הרופאה הציבוריים. לכן לא ניתן לעשות את זה בסמכות נלוות.

הש' נאור - אומר כאן אין תיעדוף, וכל אחד יכול להיכנס לסלול הרצוי, כלומר יש כאן סמכות עזר.

דעת הרוב אמרה שלא ניתן להכיר בזה כסמכות עזר.

4) פגיעות בזכויות אדם או בעקרונות חוקתיים -

עקרון חוקתיות המנהל אומר כדי לפגוע בזכויות אדם צריכה הסמכה מפורשת בחוק ולא משתמע.

אז כל הדוקטרינה קורסת כי הדוקטרינה אומר "משתמע מתן סמכויות עזר", ואז זה מתנגש עם חוקתיות המנהל אשר דורשת במסכה מפורשת.

אבל יש לזה חריג כאשר מדובר על פגיעה בפריפריה ולא בליבה.

פס"ד לם

עוסק בתחום של אבחון ליקויי למידה. ויש "חוזר מנכ"ל" איך יודעים שיש חריגים בתחום אבחון הליקויי למידה כאשר נכנסים לכיתה ומגלים שיש הרבה אנשים עם ליקויי למידה. וכדי לקבל הקלה של ליקויי למידה צריך מישהו עם תואר שני בתחום הפסיכולוגיה.

אז הפסיכולוגים ללא תואר שני יגידו שיש פגיעה בחופש העיסוק.

בוא נריץ את כל המבחנים:

א) זיקה מספקת בין סמכות העזר לתפקיד הראשי שהוטל על הרשות- זה דרוש בין סמכות העזר לתפקיד הראשי.

ב) האם סמכות העזר ולא מפריע לתפקיד הראשי- משרד החינוך רוצה לאבחן במדויק, וככל שאני אגש לאדם יותר מקצועי זה יעזור למשרד החינוך

ג) האם זה יוצר עולם חדש - לא כי לא יצרתי שינוי מהותי בתפקיד הראשי.

ד) פגיעה בזכויות אדם- יש כאן פגיעה בחופש העיסוק, ואם יש פגיעה צריך הסמכה מפורשת בחוק, ואילו החוק סעי' 17 דורש במשתמע. לכן יש כאן פגיעה הגרעין של חופש העיסוק וזו מגבלה.

פס"ד עריית רעננה (פארק רעננה)

כל מי שאינו תושב צריך לשלם על הכניסה ועל החניה.

נתחיל עם על המבחנים:

א) האם יש זיקה מספקת בין טיפוח של הגן לבין גבית תשלום בכניסה- יש זיקה מספקת.

ב) האם גבית התשלום עוזרת ולא מפריעה לטיפוח הגן- ברור שאם אני מגדר אותו זה עוזר ולא מפריע.

- (ג) האם זה יוצר עולם חדש בעולם טיפוח הגנים- אם הייתי לקוח כסף מתושבי רעננה זה יוצר עולם חדש כי הם משלמים ארנונה, ולגבות מהאחרים זה לא יוצר עולם חדש.
- (ד) פגיעה בזכויות אדם או בעקרונות חוקתיים- האם יש פגיעה.

נתחיל עם עקרון השוויון ?

את המשפט החוקתי לא מעניין, כי יש הבחנה בין תושבים אשר שילמו ארנונה לבין תושבים שלא שילמו ארנונה.

האם יש פגיעה קניינית?

(1) **מס** – זה תשלום כפוי על האזרח ללא תמורה ישירה בשירות ספציפי. זה כמו תשלום מס הכנסה אתה מקבל קצת.

(2) **אגרה** – יש כאן יסוד כפוי, אבל יש זיקה ישירה בין התשלום לבין התמורה, למשל אתה משלם אגרת רישוי רכב ובודקים עבורך את הרכב. אגרת ביוב- את משלם עבור השירות.

(3) **מחיר** – תשלום רצוני, בתמורה לו ניתן שירות ספציפי בזיקה ישירה למחיר, אתה משלם עבור משהו שאתה מקבל. אם למשל באגרת הטסט אתה מחליף את לוחית הזיהוי אז יש כאן זיקה ישיר.

מה זה התשלום אשר גובה העירה עבור הכניסה ?

זה מחיר כלומר, תשלום.

אם זה מס או אגרה- אז יש כאן פגיעה קניינית ואז אני נופל במגבלה הרביעית כי יש פגיעה בזכויות אדם. אבל, מחיר לא פוגע בזכויות אדם.

עוד הבדל אם זה מס או אגרה – חוק יסוד משק המדינה דורש קביעת מפורשת בחוק זה עקרון חוקתי, זאת לאור העובדה כי נציגים שליטים הטילו מס/אגרה ללא רשות. לכן יש חוק יסוד משק המדינה אשר קובע כי מס/אגרה צריך להיות מפורש.

נבדוק מסי פסקי דין על המגבלות לעיל:

פס"ד קקאו סנטר

- (א) אין זיקה מספקת בין המסכות לתפקיד העירייה לא צריכה להתעסקת בקפה.
- (ב) עוזרת ולא מפריעה- יש כאן פגיעה.
- (ג) סמכות נלוות – העירייה לא צריכה לשלוח את העובדים שלה להתעסק בקפה.
- (ד) אין פגיעה בזכויות אדם
אבל ב 3 המבחנים זו נופל

פס"ד פלוני- סנקציות על סרבי גט

- (א) האם יש זיקה מספקת בין הטלת סנקציות על סרבי הגט לבין הסמכות שלה. יש להם תפקיד לכבד את זכויות האדם כאשר הם מבצעים את הפקיד שלהם, והתופעה של עגונות זה פוגע בזכויות הנשים, לכן יש להם זיקה מספקת.
- (ב) **האם זה עוזר ולא מפריע-** כמה שאפשר להטיל סנקציה זה יעזור לתפקיד ויעודד את סרבן הגט לתת גט.

- ג) האם יש עולם חדש של סנקציה אשר אינה נמצא בדין הרגיל. הסנקציה הם אזרחיות כמו מאסר, שלילת דרכון. אז הסנקציה היא דין דתי וסנקציה הכלתית.
לכן יש כאן עולם חדש.
ד) פגיעה בזכויות אדם – נתחבר לשיעור של עקרונות המנהל והש' הנדל אומר כי הזכות של חופש דת זה לא בגרעין אלא הפריפריה כי אדם יכול להיות דתי וגם אם לא מזמינים אותו למניין, הגרעין זה לקיים את הדת.
ויש עוד סיבה למה זה בפריפריה הכל בידיים שלך, תיתן גט כל הזכויות חוזרות אליך.
הביקורת של הנדל אם זה נדחק לפריפריה אז לא נורא שאין הסמכה מפורשת וניתן במשתמע.
אבל הבעיה שזה פוגע בזכויות אדם כמו לחיות בקהילה וכאן אתה לא זז לפריפריה.

פס"ד מרכז לצדק לנשים-

- בית הדין אוסף תרומות לעגונות, והוא יכול להגיע לסרבן גט תקבל כסף מסוים תמורת שחרור גט.
א) האם יש זיקה מספקת בין סמכות העזר לתפקיד הראש- כן כי בית הדין רוצה לשלם לסרבן הגט כדי לשחרר את העגונה וזה התפקיד שלו.
ב) האם זה עוזר ולא מפריע.
זה עוזר, אבל זה מפריע כי יגידו סרבני הגט, סרבן מסוים קיבל סכום מסוים וכעת אנו רוצים סכום גדול, ולהקשיח עמודות, ולסחוט את בית הדין.
ג) האם הסמכות יוצרת עולם חדש. האם יש בעולם בית משפט אשר אומר לאשם תגיד שאתה אשם ותקבל כסף. אין משהו כזה בתחום המשפט.
ד) האם יש פגיעה בזכויות אדם – לא, כי זה מסייע לסרבני הגט ולא פוגע בזכויות אדם.

המשך סמכויות עזרסמכויות העזר שניתנות לרשות השופטת - הסמכות הטבועה של ביהמ"ש -

קיים אזכור בחוק הפרשנות בצמוד לסמכויות עזר – ס' 17(א) : הסמכות לעשות דבר או לדון בעניין פלוני (=רשות שיפוטית או מעין שיפוטית) או להכריע בו – משמעה, הסמכה לקבוע נוהל עבודה וסדרי דיונים ככל שאלה לא נקבעו בחיקוק.

אם אתה בא לפני ערכאה שיפוטית והחוק לא מגדיר את סדרי הדין. אותה רשות שיפוטית תקבע את סדרי הדין מכוח הרשות הטבועה שלה. אם הסמכות הטבועה של בתי המשפט היא סמכות עזר, אז חלות עליה כל המגבלות של סמכויות עזר רגילות (ראה לעיל 1-4) ולא תמיד ביהמ"ש מקפיד על המגבלות. לדוג' לגבי הנלווית ולא יוצרת עולם חדש – **בפס"ד המרכז לצדק לנשים** הכירו באפשרות של ביה"ד הרבני (רשות שיפוטית יש לה סמכויות טבועות) לשלם כסף לסרבן גט מתוך קרן של תרומות כדי שהוא יסכים לתת גט. אם אין תקדים לדבר הזה שרשות שופטת משלמת לבעל דין לשלם כדי שיסכים למשהו, זה יוצר משהו חדש. המגבלה הזאת אמורה לחול על ביה"ד הרבני ולא לאפשר הכרה בסמכות הזאת כחלק מסמכות עזר, או כחלק מהסמכות הטבועה. גם **בעניין פלוני** לגבי הסנקציות ההלכתיות הן יוצרות עולם חדש בכך שהן יוצרות סנקציות חדשות שהן לא אזרחיות. אי הקפדה כאשר מדובר ברשות שיפוטית, הדבר מעורר שאלה, כי ביהמ"ש מקפיד עם כל הרשויות האחרות עד שזה מגיע אליו, כאשר זה מגיע לרשות השופטת יש נטייה להרחיב את הסמכות הטבועה ולהתעלם מהמגבלות.

הבעייתיות בהחלה, פסקי דין שמעידים על אי הקפדה על המגבלות של הרשות השופטת :

פס"ד לב – צו איסור יציאה מן הארץ של בית הדין הרבני : לא הייתה סמכות מפורשת בחוק להוציא צו שכזה. הסמכות הטבועה מאפשרת להכיר בסמכות במשתמע שהיא עוזרת למלא את התפקיד הראשי. מגבלות : 1. **האם יש זיקה לתפקיד הראשי להוציא צו שכזה?** התפקיד הראשי הוא לעשות צדק בענייני נישואין וגירושין ולכרוך את עניין המזונות. אם ביהמ"ש יפסוק מזונות ובעל דין יברח לחו"ל עם ילד, זו בעיה ויכול להפריע לשיפוט, לכן צריך שיהיה צו איסור יציאה מן הארץ. 2. **האם זה עוזר ולא מפריע?** זה שבעלי הדין יהיו בארץ זה עוזר לתפקיד של עשיית צדק בענייני נישואין וגירושין. 3. **האם זו סמכות נלווית ולא יוצרת עולם חדש?** רשויות שיפוטיות צריכות תמיד לאכוף את פסק הדין על בעלי הדין, ולכן המטרה של ביה"ד להשאיר את בעל הדין בארץ ומכאן שזה מתקיים. 4. **האם זה לא פוגע בזכויות האדם / עקרונות חוקתיים?** קיימת זכות לצאת מהארץ, וזכות להיכנס מהארץ בהתאם לסעי' 6 לחוק יסוד כבוד האדם. פסקת ההגבלה אומרת כי אין פוגעים אלא בהסמכה מפורשת בחוק. לגבי העניין הזה אין חוק (סמכות העזר הזאת נלמדת במשתמע, והיא לא כתובה במפורש בתקנות של ביה"ד הרבני). **הפס"ד הזה קדם לחוק היסוד לכן הש' ברק בפס"ד** אומר שזה חלק מהסמכות הטבועה וצריך להפעיל אותה תוך איזון בפגיעה של יציאה מהארץ (הזכות שנפגעת) והש' ברק הכיר בסמכות זו מכוח הסמכות הטבועה של ביה"ד הרבני.

הש' חשין בפס"ד חנא – מפריע להליך השיפוטי, נקבעו הוצאות אישיות על עורך הדין (ממציאים הוצאות חדשות) נטען כי עו"ד שיבש את ההליך השיפוטי וגרם נזק לביהמ"ש ולכן הוא ישלם באופן אישי הוצאות, כלומר ההתנהלות של העורך דין גרמה נזק להליך השיפוטי, וביהמ"ש השית עליו הוצאות נבחן את 4 המגבלות של סמכויות העזר:

1. האם יש זיקה לתפקיד הראשי? התפקיד הראשי הוא שביהמ"ש ינהל את ההליכים בצורה תקינה, בלי עיכובים ושיבושים שיגרמו לעיוותי דין. מכאן, שקיים קשר לתפקיד של ביהמ"ש.

2. האם זה עוזר ולא מפריע? אם עורכי דין ידעו שבמידה ולא יתנהגו כראוי הם יקבלו הוצאות אישיות, אכן זה עוזר לביהמ"ש ולא מפריע לו. **3. נלווית ולא יוצר עולם חדש?** אם כל מושג ההוצאות אומר כך - משלמים הוצאות כדי שאדם יקבל את מה שמגיע לו (כדי שהוא יקבל את הפיצוי הראוי, דהיינו למנוע חיסרון כיס לאדם שזכה בהליך / למנוע הליכי סרק). כאן מדובר בענישה אישית של עורכי דין, שהיא עולם חדש בתחום של הוצאות. **4. אינה פוגעת בזכויות אדם/ עקרונות חוקתיים?** פגיעה בקניין, פגיעה בשם הטוב – אות קלון לעורך הדין, פגיעה במוניטין ושם המקצועי שלו. פגיעה בהליך הוגן, מכאן שיש פגיעה בזכויות אדם, לכן יש להראות סמכות מפורשת, אך אין סמכות מפורשת אלא קיימת סמכות טבועה ומכאן אין הסמכה מפורשת בחוק וזה לא קבוע בחוק. לכן התנאי הרביעי לא מתקיים, אז הדוקטרינה של סמכות עזר אצל ביהמ"ש זה עובר, ואין מניעה לממש אותה. כאן יש הש' חשין שלא התייחס לחוק היסוד.

פס"ד מרכז צדק לנשים (תשלום לסרבן גט) + פס"ד פלוני (סנקציות הלכתיות במקום אזרחיות, הוא בדעת מיעוט נגד הכרה בסנקציות הלכתיות מכוח הסמכות הטבועה). בכל אלה הוכרה הסמכות הטבועה למרות שזה לא עומד במגבלות.

הקפדה על מגבלות של סמכויות העזר:

פס"ד פלוני הש' דנציגר: צו למניעת הטרדה מאיימת. מדובר בחוק שמאפשר למנוע הטרדה מאיימת בהליך פלילי. לא תמיד ההטרדה מבססת עבירה פלילית ברורה, לא תמיד היא תטופל ע"י המשטרה משום שיש לה משאבים מוגברים, ניתן ללכת לביהמ"ש ולבקש צו למניעת הטרדה. המסלול של החוק קבע שהצו פוקע אחרי חצי שנה. במידה ורוצים לחדשו נדרש לחדש את ההליך. בפלוני דובר בשופט אחרי התקופה של החצי שנה שלא הייתה בפניו בקשה של הליך חדש. דהיינו, **הצו פוקע אחרי חצי שנה**. ואם רוצים צו חדש צריך להתחיל הליך חדש והמסלול קבוע בחוק.

ואז הש' **שבערכאה הנמוכה, האריך את תוקפו של הצו על דעת עצמו (למרות שעברה חצי שנה ולא נפתח הליך מחודש שמאפשר להוציא צו חדש)**. הש' עשה אקט שלטוני, עקרון חוקיות המנהל דורש כלפי כל רשות שלטונית להסתמך על סמכות מפורשת או משתמעת. הסמכות של הש' לעניין צווים – המסלול של החוק עד חצי שנה (נגמרה החצי שנה, ולכן אין צו בתוקף). הש' דנציגר האריך את הצו שלא עפ"י הסמכות המפורשת שלו. הש' עשה את זה מכוח הסמכות הטבועה של ביהמ"ש.

1. זיקה לתפקיד הראשי? כן, הטיילו עליו להגן מפני הטרדה מאיימת, זה התפקיד השיפוטי. **2. עוזר לתפקיד ולא מפריע,** אם הש' מזהה שיש אפשרות להטרדה וראוי להאריך את הצו מפני המטרד.

3. נלווית ולא יוצרת עולם חדש – דומה למה שכבר קיים, ולכן זה לא יוצר עולם חדש. **4. מגביל את החירות של המטריד** – לא יכול להגיע לאותו מקום עבודה / מקום מגורים ולכן זה מגביל. זה כולל פגיעה בשום הטוב, הדרישה זה הסמכה מפורשת בחוק ומשעברה הסמכות המפורשת ופקעה, אי

אפשר להכיר בסמכות הטבועה.

הש' דנציגר מחדד את המגבלות של הסמכות הטבועה, לגבי סמכות טבועה של רשות שיפוטית:

א. הסמכות הטבועה היא שיורית – קיימת במקום שאין לגביו הסדרה בחוק. אם זה הוסדר בחוק אחר, לא תהיה סמכות טבועה. לדוג צו איסור יציאה מן הארץ זה שיורי, עוד דוג', אם היה חוק שאומר שמנהל בתי המשפט רשאי להטיל על עורך דין הוצאות אישיות בשל נזק להליך השיפוטי, האם שופט יכול להפעיל את הסמכות הטבועה? ברגע שיש הסמכה בחוק, ורשות אחרת הוסמכה לפסוק הוצאות אישיות על עו"ד, הסמכות הטבועה של הש' היא כבר לא שיורית כי מישהו קיבל את הסמכות לעשות זאת, ואי אפשר להפעיל אותה. במקרה שלנו, יש חוק שמסדיר את תוקף הצו, ולכן אין יותר סמכות טבועה. הסמכות הטבועה נולדת רק כשאין חוק. כלומר כאשר יש חוק אסור להפעיל סמכות שיורית.

ב. עיקרה של הסמכות הטבועה הוא סדרי דין פרוצדורה, ולא עניינים מהותיים – הסמכות לשפוט = הסמכות לקבוע סדרי דין. ולסתום חורים בפרוצדורה. צו איסור יציאה מהארץ זה חלק מהפרוצדורה. מה עם השתת פיצויים על עורכי דין זה מהותי. הרחקה מאיית, זה עניין מהותי.

פס"ד לב- מניעה שאחד מהצדדים יברח לחו"ל מדובר בסדרי דין.

פס"ד חנא – לא בטוח בכלל שמדובר בסדרי דין, ניתן לטעון כי אולי בגלל שזה קשור להתנהגות של עורך הדין במהלך המשפט.

פס"ד מרכז צדק לנשים + פס"ד פלוני (סנקציות ייתכן כי מדובר בפרוצדורה) – בשני אלו לא מדובר בסדרי דין אלא בעניין מהותי (אך ניתן לטעון מחד ומאידך). פס"ד פלוני 2 – ניתן לטעון לכאן ולכאן, אך נראה כי מדובר בעניין מהותי (הארכת תוקפו של צו מניעה למרות פקיעתו לפי החוק).

ג. אין להפעיל בפגיעה בזכויות אדם – נדרשת הסמכה מפורשת, הסמכות הטבועה היא לא מפורשת אלא נלמדת במשתמע.

ד. הסמכות הטבועה תופעל רק במקרים חריגים בלבד כאשר יש פגיעה בעקרון חוקיות המנהל – בגלל שהסמכות הטבועה היא חריג לעקרון חוקיות המנהל, היא מאפשרת הכרה בסמכות כשהסמכות הזאת לא נמצאת בחוק. מכיוון שהסמכות הטבועה יוצרת איזשהו כרסום בעקרון חוקיות המנהל, ניתן להפעיל אותה רק במקרים חריגים. כלומר, נדרש לצמצם את השימוש בכלי הזה. מכיוון שהסמכות הטבועה היא למעשה סוג של סמכות עזר עדיין מתקיימות המגבלות של סמכויות עזר (ראה לעיל 1-4) + שיורית + עיקרה סדרי דין + תופעל במקרים חריגים.

סמכויות הממשלה השיורית

מה שקורה היום בעניין המתמחים שלא עברו את מבחן ההסמכה החדש, כעת המתמחים פנו לכנסת בכי שיקבעו חוק אשר תקן פקטור. כמובן שלשכת עורך הדין יגישו עתירה בטענה שהחוק הוא רלוונטי עבור אוכלוסייה מסוימת.

רק אם זה לא ניתן לאף אחד אחר, יש להפעיל זאת. הדוקטרינה הזו אומרת, **ס' 32 לח"י :** הממשלה – "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת". ז"א כשזה לא הוסדר בחוק מסוים, ולא ניתן בסמכותו של רשות אחרת, תוכל הממשלה להפעיל את סמכותה השיורית.

כאן נפגע עקרון חוקיות המנהל, כי צריך חוק שיסמך אותה במפורש או במשתמע. אבל הממשלה היא אחראית על כל דבר כמו שריפה, מלחמה. ואם לא היה סעיף כזה הממשלה יכולה לטעון שהכנסת לא נתנה לא סמכות לפעול בתחום. לכן אנו נותנים לממשלה לעשות את הכל כדי שלא תברח מהכל.

סייג השיוריות – "בכפוף לכל דין", "כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת" – הסמכויות הללו קיימות רק שאף רשות אחרת לא הוסמכה.

איזון בין עקרונות חוקתיים: הס' הזה מאזן בין שני עקרונות חוקתיים-

האחד, עיקרון האחראיות של הממשלה ס' 4 לח"י היסוד הממשלה : קובע שהממשלה אחראית בפני הכנסת. בבחירות שלנו לכנסת אנחנו קובעים את זהות הממשלה, היא מקבלת כוח לפעול בכל התחומים וחייבת לנו בדמוקרטיה אחראיות (היא נושאת באחריות לכל דבר שקורה במדינה). לדוג', אם יורים טילים על עוטף עזה, זה באחריות הממשלה. שריפת ענק, באחריותה לטפל באופן ראוי בשריפה. אם הממשלה לא מתפקדת כמו שצריך, יש הצבעת אי אמון בכנסת ואנחנו נפיל אותה. או שהכנסת תחוקק חוק לבחירות חדשות והממשלה תיפול. אם אנחנו דורשים מהממשלה להיות אחראית על כל התחומים "אין אחריות בלי סמכות". דהיינו, אתה לא יכול לדרוש ממישהו להיות אחראי כלפיך מבלי שיש סמכות לכך. לדוג' קליטת עליה אדירה מברית המועצות לשעבר, את הממשלה לא פעלת וקלטת את העולים כראוי, הממשלה תטען כי לא ניתנה לה הסמכות לכך בחוק. **ס' 32 סוגר את החלל הזה**, הוא אומר לממשלה אין דבר כזה אין לי סמכות, מה שאת צריכה לעשות יש לך סמכות. אם לא ניתנה לך סמכות לכך בחוק – יש לך את הסמכות השיורית לעשות זאת. ס' 32 נותן את כל הסמכויות שצריך לממשלה, וזה מחזק את העיקרון שהיא אחראית לכל התחומים. **העיקרון שנפגע הוא, השני, קשת רחבה של סמכויות לממשלה שלא מופיעות בחוק ולכן זה פוגע בעקרון חוקיות המנהל.** שלטון החוק הפורמלי. הממשלה תעשה המון דברים שהחוק לא הסמך אותה. **ס' 32 נותן לממשלה לפעול בכל התחומים**, אך פוגע בעיקרון אחר כי הוא נותן לממשלה המון סמכויות ללא שום חוק שמסמך אותה ולכן זה פוגע בעיקרון חוקיות המנהל ועקרון שלטון החוק שמבקש שהכל יהיה מוסדר בחוק. לבית המשפט נטייה לשמור על עיקרון חוקיות המנהל ולהגביל את הממשלה מהשימוש בסעיף 32 לח"י הממשלה.

סעיף 32 לח"י הממשלה חל בשני מצבים:

1. כשיש סמכות בחוק אבל לא צוין איזו רשות תפעיל את הסמכות הזו. הסעיף אומר שממשלה מוסמכת בשם המדינה, כלומר אם זו סמכות של המדינה ואנחנו לא יודעים מי הרשות המוסמכת אז ס' 32 בעצם קובע שזאת הממשלה שהיא תפעל.
2. כאשר אין סמכות בחוק לאף רשות לפעול בתחום זה – ואז ס' 32 מסמיך את הממשלה. **המצב הזה יותר מסובך לעיקרון חוקיות המנהל מהמצב הראשון כי פה אין אפילו עיגון חוקי ולכן זה מכרסם יותר בעיקרון חוקיות המנהל.**
לכן מה יעשה בימה"ש כאשר הוא נתקבל בעיה שהיא מתנגשת מול עיקרון של חוקתיות המנהל ?
הוא יצמצם את הפרשנות המצומצמת ביותר.

המגבלות שבימ"ש מחיל על ס' 32 לחוק יסוד הממשלה (פרשנות הסעיף בצמצום):

1. **פעולה מכוח סעיף 32 חייבת להיות בתוך "במתחם התפקיד הטבעי של הרשות המבצעת"**
דוג – נחזור לתקופה שהייתה בין ישראל למצרים ולא היה גדר והיו אנשים נכנסים ללא פיקוח, אבל הממשלה אחראית על טיפול בסוגיות המסתננים, את הממשלה לא בנית גדר, אז הממשלה אחראית לתחום הזה, לא הממשלה תגיד אני רוצה לעשות שיפוט מהיר ?
מטרתו לבדוק אם הם פליטים ואם אשר להשאיר אותם בארץ, הממשלה מקימה בתי דין לעניין הזה. אנו מתחילים בעקרון חוקיות המנהל אשר קובע שצריך הסמכה בחוק או במשתמע. ואז הממשלה תגיד כי יש לי סמכות מכוח סעיף 32 ואני כממשלה אקים מערך של בתי דין.

נתחיל לבדוק את המגבלות, האם זה בתחם התפקיד הטבעי של הרשות המבצעת ?
כן, יש משטרה וצבא בגבול שזה התפקיד שלהם, אבל מערך שיפוט זה לא התפקיד של הרשות המבצעת כי היא לא יכולה לקבוע את הסטטוס שלהם, כי שפיטה זה תחום של הרשות השופטת. והיא לא יכולה להיכנס לתחום של הרשות המחוקקת.
איך הממשלה יכולה להיכנס לרשות המחוקקת ?

הש' חשין בפסק דין וועדת המעקב – מדבר על כפיפות ל"כלל ההסדרים הראשוניים" – שהוא מגדיר מה היא החלטה עקרונית מהותי ברמה הלאומית שזה הכנסת, לכן הממשלה מכוח סעיף 32 היא במתחם בתפקיד הטבעי של המחוקק והממשלה לא יכולה באמצעות סעיף 32 להיכנס לרשות המחוקקת, ואם חל כלל ההסדרים הראשוניים אז לא ניתן להפעיל את סעיף 32.
(פס"ד שמעוני) –

ס' 32 נמצא בחוק יסוד הממשלה, מה אומר ס' 1 לחוק יסוד הממשלה ? **"הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה"**. אז סעיף 32 בעצם יונק מסעיף 1 לח"י הממשלה. **בימ"ש אומר שהתכוונו לתת לממשלה את כל הכוחות הללו כדי שהיא תפעל בתוך מתחם התפקיד הטבעי של הרשות המבצעת ולא שתיכנס למקומות לא לה.** למשל במשבר המסתננים שכשיש מסתננים מבקשי מקלט שהם פליטים אז לא ניתן לכלוא אותם אבל אם הם לא פליטים אז ניתן לנקוט בהם באמצעים. אז נניח שהממשלה הייתה מחליטה להקים בתי דין לשיפוט מהיר מיהו מסתנן ומיהו פליט מבקש מקלט. אז הייתה עולה השאלה כלפי הממשלה מכוח מה את מחליטה להקים בתי דין ולשפוט בנושא הזה. אז הממשלה הייתה אומרת שס' 32 מעניק לה סמכויות שיריות ואז יבוא בימ"ש ויאמר לה את ממשלה ואת רשות מבצעת את לא רשות שופטת ושיפוט

זה לא מתחם התפקיד הטבעי שלך. **מה לגבי תחולת "כלל ההסדרים הראשוניים"** – מה שחל עליו כלל ההסדרים נגרע מהסמכות של הרשות המבצעת ועובר לכנסת. אם החלטה היא החלטה גורלית שחל עליה כלל ההסדרים אז לכאורה הסמכות לקבוע את ההסדרים הראשוניים היא של הכנסת. איך זה מתקשר למגבלה של מתחם התפקיד הטבעי? אם חל כלל ההסדרים אז זה שייך למתחם התפקיד של הכנסת ואז המגבלה חלה ואין לממשלה סמכות להפעיל את ס' 32 **(פס"ד וועדת המעקב)**. למשל לגבי קביעת אזורי העדפה לאומית – הממשלה הייתה מנסה לקבוע את אזורי ההעדפה מכוח ס' 32 אבל אם קביעת העדפות בא בגדר כלל ההסדרים הראשוניים ואם זה שייך לכלל ההסדרים אז אין לממשלה את הסמכות להשתמש בס' 32.

לכן אם נקבל במבחן כי הממשלה הפעילה סמכויות שיווית כאשר אנו בודקים את המגבלה הראשונה, צריך לדון בכלל ההסדרים הראשוניים עם 9 התנאים של הכלל.

נניח כי התחום הוא קליטה עליה, זאת טרם הקמת משרד קליטה. אם אין רשות שפעולת בתחום הזה אזה מגיע סעי' 32 ומסמיך את הממשלה לפעול. כעת נניח כי יש כמה מקרים שלא ברור איך להתייחס אליהם כמו שבטים אשר רואים את עצמם עם זיקה לעם היהודי.

וכעת הממשלה רוצה להביא 300 איש ממונגוליה אשר רואים את עצמם כחלק מהעם הישראלי. כעת צריך להחיל את כלל ההסדרים הראשוניים.

אם זה מהותי עקרוני מהותי ברמה הלאומית, נניח כי מדובר בשבט קטן זה לא מהותי למדי, אבל אם מדובר בקבוצה גדולה של אנשים זה הופך להיות עקרוני מהותי, לכן חל כלל ההסדרים הראשוניים, ואז כאן הכנסת תחליט.

כלל ההסדרים קובע רק חזקה כי הרשות אינה מוסמכת, לכן צריך להחיל את 9 המבחנים. והגענו כי הכלל חל. אז חזקה כי הרשות אינה מוסמכת, לכן עוברים לשלב השלישי כדי לראות את החזקה נסתרת ע"י חוק.

אבל, כל הרעיון של סעי' 32 הוא חל כאשר אין חוק, כי אם הוא חל אין שום דבר שיכול לסתור את כלל ההסדרים, לכן ברגע ש 9 המבחנים מתקיימים, אז החזקה הופכת להיות חזקה חלוטה. אם כלל ההסדרים חל אז הסמכות עוברת לכנסת ואין תורך לדון בשלב השלישי אשר עוסק בשאלה האם החזקה של הכלל נסתרת בחוק מפורש. וזה יוצא מסעי' 32.

מה כן ההמשלה יכולה לעשות ?

כל משהו שהוא פחות עקרוני מהותי, מהותי.

2. **שיווית –** אם יש חוק שמסדיר הנושא לא ניתן להפעיל את ס' 32 ולעקוף אותו **(פס"ד עיריית**

קריית גת) – אם יש חוק שמסדיר נושא מסוים אז פועלים ע"פ החוק ולא ניתן להפעיל את ס' 32. אם אין חוק אז ניתן להפעיל את ס' 32.

אם הממשלה הייתה יכולה לפעול כאשר יש חוק ?

זה פוגע בשלטון החוק, עקרון חוקתיות המנהל, הפרדת רשויות.

במקום שאין חוק היא תפעל לפי סעי' 32, נתייחס ל 3 נקודות:

• **שאלה ראשונה שמתעוררת היא מה לגבי חוק שהכנסת דוחה ושוב את כניסתו**

לתוקף (מסכימה לבקשת הממשלה להקפיאו) (פס"ד וועדת המעקב הש' חשין)?

כלומר יש חוק בספר החוקים שאמור להיכנס בתוקף, ואז יש חוק משק ההסדרים אשר קשור לתקציב. קודם קובעים את התקציב. או כאשר מקפידים את חוק הקולנוע. **פס"ד וועדת המעקב** – הוא עסק בתמריץ של אזורים מסוימים, הממשלה רוצים להפעיל את סעי' 32, אמרנו כי מדובר בהחלטה עקורנית מהותית וזה נופל ב 9 המבחנים ההנה היא שאין חוק.

עולה השאלה של שיוריות כי יש חוק "חוק ערי פיתוח" – כל שנה החוק אמור להיכנס לתוקף, הממשלה מבקשת לדחות את יישום החוק.

מה עושה הכנסת? היא מסכימה להקפיא את החוק, לפי בקשת הממשלה.

אז החוק מוקפא לא קבעו את ערי הפיתוח, אז הממשלה מפעילה את סעי' 32 קובעת אזורי עדיפות לאומיים, למה זה נוח לממשלה?

כי החוק עולה כסף, לא תמיד לפי רצון הממשלה, וזה לפי מדיניות הממשלה.

מה קורה עם החוק הזה יש שתי פרשנויות?

למשל חוק ערי פיתוח, כל שנה הממשלה ביקשה מהכנסת להקפיא את הכסף כי היא רצתה את הסמכות לקבוע את אזורי העדפה הלאומית. **פרשנות א'**: חוק מותנה עדיין קיים בספר החוקים ואז אי אפשר להפעיל את סעי' 32 ולעקוף את החוק המותנה.

פרשנות ב': חוק מוקפא שוב ושוב יוצר לאקונה ואז ניתן להפעיל את סעי' 32. חשין לא

מכריע **ובמבחן אנחנו בוחנים את שתי הפרשנויות ומציינים שאין הכרעה.**

השאלה קודם למה הש' לא מכריע בשאלה הזאת?

יש מס' מגבלות לאיך ש' לא מכריע בתוצאה של שתי הפרשנויות?

אמרנו כי חשין אומר שאזורי העדיפות חל עליהם כלל ההסדרים, אז הכנסת צריכה להפעיל את ככל ההסדרים הראשונים.

ואז הש' אומר אני משאיר את זה בצריך עיון.

• **שאלה שנייה שמתעוררת היא מה לגבי פעולה בתחום הקרוב לתחום המוסדר בחוק?**

(אך לא חופף) - תחום שהכנסת הסדירה אותו בתחום X, מה קורה בתחום Y (התחום שאינו הגרעין, תחום הגרעין הוא X) – ייתכן וזה לאקונה או הסדר שלילי. **אם זה לאקונה**, מבחינת הממשלה זה לא מוסדר בחוק ולכן ניתן יהיה לפעול לפי סעי' 32. עם סעי' 32 ניכנס עד לתחום X. **אם זה הסדר שלילי** (הכנסת במכוון רצתה שלא יפעלו בתחום Y, והיא הסדירה הסדר בתחום X) בתחום Y ← סעי' 32 לא חל בתחום Y.

כשיש הסדר בחוק והוא מוגבל בתחום מסוים ובתחום קרוב אין הסדר, יש שתי אפשרויות: האחת שבתחום הקרוב לתחום המוסדר בחוק, יש לאקונה, המחוקק לא אמר מה יחול שם – התחום שלא מוסדר בחוק – הממשלה תיכנס עם סעי' 32 ותפעיל אותו. **השנייה**, בתחום הקרוב יש הסדר שלילי (הכנסת הסדירה את תחום X ואת Y) – שני התחומים מוסדרים – **סעי' 32 לא חל**, לא ל X ולא ל-Y.

הסדר שלילי – הכנסת שכחה לחוקק חוק.

לאקונה – המחוקק חשב על זה, ולא רצה להתייחס לזה.

מבחנים לפרשנות חוק X כיצד נבחין בין לאקונה בתחום Y ל"הסדר שלילי" בתחום Y? יש יותר סמכות לממשלה להיכנס ולהפעיל את ס' 32 בלאקונה

1. האם שתיקת המחוקק מדברת? אפשר להתעלם מהמבחן.
2. מכלל הן אתה שומע לאו? אפשר להתעלם מהמבחן. מה זה הן? מה שאמר המחוקק על X
3. המבחן העיקרי, האם פעולה בתחום Y מאיימת/מפריעה על הגשת התכלית של חוק X? תלוי באיזה פעולה מדובר:

1- הפעולה ב- Y מפריעה מאוד על הבחירות אשר פוגעת בערכי היסוד? פס"ד חירות
(הסדר בטלויזיה של ביקורת על שידורי התעמולה, אין כלום ברדיו. האם זה מפריע ומאיים על התכלית של הרגולציה? האם זה הגיוני שנפעיל רגולציה על התשדירים בטלויזיה אבל ברדיו שיעשה מה שבא לו? זה עלול לסכן את התכלית של רגולציה על שידורי התעמולה, וזה לא הגיוני שזה יהיה רק בטלויזיה, ייתכן שהמחוקק שכח להסדיר את זה משום שזה מסכן לו את התכלית של החוק ← לאקונה. ואז נכנס ס' 32.

2- הפעולה ב- Y מפריעה ברמה בינונית?
הפעולה ב- Y לא מפריעה? אם אני פועלת ב- Y זה לא מפריע בכלל לתכלית של X, אם זה לא מפריע בכלל שמישהו פועל ב- Y שיעשו מה שרוצים ← דהיינו, מדובר בלאקונה או בהסדר שלילי.

3- הפעולה ב- Y לא מפריעה בכלל? (פס"ד חירות) זה מוביל אותנו להסדר שלילי או לקאונה?

זה חותר תחת התכלית של חוק X, המחוקק חשב על זה הוא כתב את חוק X כדי להגשים את התכלית שלו, אם תחום Y מפריעה לתחום X. אז יותר הגיוני שהמחוקק שכח את זה. ← לאקונה.

במצב (1+3) ניתן להפעיל את סעי' 32.

• שאלה שלישית, מה דין השלמת לאקונה שבימה"ש השלים אותה.

כמו בפס"ד חירות, אם ביהמ"ש השלים אותה אז זה כבר לא לאקונה, עד שנקבל אותה בתשובה רשמית אז התחום לא פתוח ל סעי' 32 כמו בהפ"ד חירות. אם ביהמ"ש השלים את הלאונה, אז הממשלה לא יכולה להיכנס לתחום Y אשר בימה"ש השלים, וזה עד אשר תהיה פסיקה שכרגע אין.

כעת נמשיך את הדיון והדוג' בנוגע ל 3 הרמות לעיל:

(1 פס"ד גרוס) – חוק X קובע מענקים לחיילים משוחררים כדי לעזור לחיילים. הממשלה רוצה להכניס לחוק Y מענק מיוחד לחיילים במצב סוציו אקונומי מיוחד כי לדעתה זה לא מספיק מה שהצבא נותן לחיילים אלו. דהיינו ב- חוק X : מענקים לחיילים משוחררים, בתחום Y : מענק מיוחד לאור המצב הסוציו אקונומי שלהם.

האם מותר לממשלה להיכנס לתחום Y ולהגדיל את המענקים לחיילים במצב כלכלי?

- א. בודקים את המבחן. האם שתיקת המחוקק מדברת? לא.
 - ב. בודקים את המבחן. מכלל הן אתה שומע לאו? לא.
 - ג. שואלים : למה נתנו לחיילים משוחררים רק מינימום ולא נתנו אקסטרה לחיילים שצריכים יותר? הם עושים זאת כדי לשמור על התקציב. הממשלה יודעת לשלם את המיני' לכל חייל בכל שנה ולכן הגבילו למיני' בחוק X. האם זה מפריע בשנה שיש לנו יותר כסף לחיילים שצריכים עוד ? "לא מפריע בכלל", התכלית היא לעזור לחיילים באזרחות. אם יש עודפי תקציב לעזור יותר לחיילים שאין להם תמיכה משפחתית ושאיין להם עורף משפחתי זה לא מפריע ואף מחזק. משמע, שיש לנו לאקונה. אם יש לנו לאקונה הממשלה יכולה לחלק את העודף שנשאר לחיילים בעלי בעיות כלכליות.
- לכן ניתן להפעיל את ס' 32, ויש הסמכה מהותית, ואז צריך "הסמכה תקציבית" בתוך חוק התקציב השנתי אשר מאפשר לשלם לחיילים כסף נוסף. אז התוצאה תהיה כי ניתן להפעיל את ס' 32, ואז לדאוג לסעי' בתוך חוק התקציב.

(2 פס"ד איגוד השמאי הביטוח-

בחוק X יש מענק פיצויים לחקלאים בגין אסון טבע. יש רשות אשר צריכה להכריז על אסון טבע, ואם יש משהו כזה לא יהיה פיצוי כמו השריפה בכרמל. בתחום Y הממשלה רוצה לפצות את החקלאים על "כמעט" אסון טבע. החוק אומר רק אם הרשות שמוסמכת להכריז על אסון טבע, הכריזה על אסון טבע החקלאים יקבלו פיצוי. דהיינו בלי ההכרזה, אין שום דבר. אם מקצים לאסון טבע כל שנה כסף בתקציב, פעם בחמש – שש שנים ניתן לפצות על אסון טבע. תחום Y – בשנה מסוימת לא הוכרז אסון טבע. מבחינת ההסדר בחוק החקלאים באם לא הוכרז אסון טבע, הם לא מקבלים כלום. פיצוי רק להיות שנתי ומעוגן בתוך חוק התקציבים.

בודקים האם מדובר בלאקונה או בהסדר שלילי:

- א. בודקים את המבחן. האם שתיקת המחוקק מדברת כי הממשלה לא רוצה לפצות? לא.
- ב. בודקים את המבחן. מכלל הן אתה שומע לאו, מזה שהכנסת רוצה לפצות כעת, האם היא לא רוצה לפצות גומרים אחרים? לא.
- ג. על כמעט אסון טבע לא יקרה כלום לתכלית של החוק, כי עדיין הם שומרים על תכלית החוק וזה הסיוע למגזר החקלאי כשיש אסון טבע או כמעט אסון טבע. אם היו נזקים לחקלאים אבל לא ברמה של אסון טבע האם אף פעם לא נפצה אותם? אם באסון טבע מוכרז מפצים אותו, אם בשנים מסוימות נשאר עודף של כסף אז גם ב"כמעט אסון טבע" ניתן יהיה לפצות. לכן זה לא מפריע בכלל ומדובר בלאקונה. הממשלה יכולה להפעיל את ס' 32 ולפצות במקרה של כמעט אסון טבע.

3. **פגיעה בזכויות יסוד או בעקרונות חוקתיים – פס"ד ועדת המעקב** – נדרשת הסמכה מפורשת בחוק! הקמת בתי דין מהירים – מי שלא יקבל אות של פליט יכלא ויועמד לגירוש, דהיינו פוגע בזכויות אדם. במידה וזה פוגע בזכויות אדם עקרון החוקיות אומר כי חייבת הסמכה מפורשת בחוק.

האם קיימת הסמכה מפורשת להקמת בתי דין לדיון מהיר למסתננים או מבקשי מקלט? יש כאן יש פגיעה באוטונומיה של החופש כחלק מכבוד האדם.

עקרון חוקיות המנהל אומר בגלל שיש פגיעה אז הסמכות חייבת להיות מפורשת, ס' 32 אין בו שום הסמכה מפורשת לפגוע בזכות אדם או בעקרון חוקתי, ואם הממשלה רוצה להפעיל את ס' 32 כדי לפגוע באדם צריכה הסמכה בחוק, לכן אין לממשלה הסמכה לפגוע בזכויות אדם, ואז לא ניתן להפעיל את ס' 32. סמכויות עזר הם במשתמע מתוך החוק, ואם יש פגיעה בזכויות אדם אתה חייב הסמכה בחוק באופן מפורש, לכן זה מפיל את ס' 32, ואת סמכויות העזר כי יש פגיעה בזכויות אדם.

ס' 32 הוא כללי שאין לו הסמכה מפורשת לכלום ולכן אם יש פגיעה בזכויות יסוד או בעקרונות חוקתיים זה מפיל לחלוטין לס' 32. חריג (פס"ד בן חיים): אם זה זז לפריפריה זה לא פגיעה רצינית בזכויות אדם או בעקרונות חוקתיים לא צריך הסמכה מפורשת ברמה גבוהה ולכן גם ס' 32 יוכל לפעול במצב שכזה (כלומר אפשר להגמיש). **פס"ד ועדת המעקב פגיעה בעיקרון השוויון, מפיל את הסמכות לפי ס' 32:** חילקו את אזורי העדיפות הלאומית (מי יקבל הטבות במס ומי לא) – כל היישובים היהודים הרלבנטיים בתוך המפה, וכל היישובים הערבים לא קיבלו. ברגע שיש אפליה כזו שהיא אפליה תוצאתית גם אם מישהו לא התכוון ואם זו פגיעה בעיקרון השוויון החוקתי, כל התכנית הזו נופלת.

4. **כפיפות לכלל המשפט המנהלי (פס"ד שמעוני)**: ס' 32 זה חוק יסוד, הסמכות היא בחוק יסוד אבל ברגע שהממשלה מפעילה אותה זה כמו כל סמכות אחרת. הסמכות בס' 32 היא לא שונה מכל סמכות אחרת שקבועים בחוק. דהיינו, כל כללי המשפט המנהלי יחולו. המשפט המנהלי זה הרוב יצר של הפסיקה. והממשלה יכולה להגיד שאני לא כפופה ליצר הפסיקה ולא חלים עלי כללי המשפט המנהלי.

אבל, התשובה של הפסיקה זה לא המצב, ניתן לחלק את המשפט המנהלי ל 3 חלקים:

(א) השלטון צריך להראות סמכות לפעולה בהליך מנהלי.

(ב) לפעול מתוך כללי הצדק.

(ג) שיקול דעת לרבות לפעול בסבירות ומידתיות, אסור לשקול שיקולים זרים.

התשובה של ס' 32 זה לתת לממשלה סמכות ועדיין היא חייבת לנקוט בהליך מנהלי תקין.

אצילת סמכויות

מעורבות הגורם הזר בהחלטה (אצילת סמכות)

מי הוא הגורם הזר ? את מי נגדיר גורם זר ? נניח כי יש לנו חוק, ויש סמכות X, מי יהיה גורם זר ?
כל מי שאינו מוזכר בחוק הוא גורם זר.

כל מי שמוזכר בחוק ונמסר לו איזשהו תפקיד **הם הגורמים הלא זרים**. האם גם מי שמוזכר בחוק יכול להפוך לגורם זר? כל אחד מאוזכר בחוק בהקשר לתפקיד מסויים. אם אני רשות שמוזכרת בחוק לתפקיד מסויים והביאו לי תפקיד אחר, לאותו תפקיד שהועבר לי אני גורם זר. לעניין התפקיד הרגיל שלי אני לא גורם זר. **בבחינה:** יש חוק שמזכיר כמה גורמים, אח"כ יש סיפור קצר וטענות. אם הטענה תזכיר גורם שלא מוזכר בחוק "למה הוא קיבל את החלטה והוא לא מוזכר בחוק" - דהיינו, הוא גורם זר. או שהוא מוזכר בחוק בהקשר אחר וקיבל החלטה שלא קשורה לתפקיד שלו בחוק. כשהגורם הזר מתערב בהחלטה, מדובר בבעיה משום שזה לא מה שהמחוקק רצה. כשהמחוקק כותב חוק מסמיך הוא נותן את דעתו בשאלה מיהי הרשות המתאימה למלא את התפקיד, לפעמים הוא חושב שזה הדרג הפוליטי ואז הוא שם את השר. לעיתים הוא חושב שזה יהיה דרג מקצועי, ושם פקיד מקצועי כלשהו. המחוקק שקל את העניין ובחוק הוא קבע מי רוצה שייתן את החלטה, כשנכנסים גורמים זרים זה בניגוד לחוק ואז צריך לבחון את העניין. האם המעורבות של הגורם הזה בעייתית ובאיזו רמה?

שלוש זרקות שבהם הגורם הזר יכול להתערב:

1. היועצות וולונטרית: פניתי לאדם שלא מוזכר בחוק.

- **הדין:** "כל המרבה הרי זה משובח"! (עקרונית זה טוב).
- **תנאי מרכזי:** בעל הסמכות המקורית מפעיל שיקול דעת עצמאי. בעל הסמכות המקורית הוא זה שמקבל את החלטה הסופית. כלומר קבלת החלטה הסופית ע"י בעל הסמכות בחוק.
- **חריג לתנאי הגמשת הדרשה לשק"ד עצמאי:** שגם אם נראה שלא הפעלת שיקול דעת עצמאי נראה בזה עדיין היועצות – **תפקיד הדורש מומחיות מיוחדת שאינה קיימת אצל בעל הסמכות. (פס"ד טחן ופס"ד כפר ורדים).** **פס"ד טחן** – שרת העבודה והרווחה והיא אחראית על בטיחות בעבודה. פונים לשרה ואומרים שיש בעיית בטיחות במעליון (סוג של מעלית בתוך מפעלים). השר הוא זה שאמור להתקין תקנות לגבי מעליות בעבודה, אך הוא לא מבין בכך ולכן הוא יצטרך להיוועץ עם אנשים חיצוניים. שרת העבודה לא העבירה את התפקיד למומחים אלא רק התייעצה איתם, משום שקשה לה להפעיל שק"ד עצמאי בתחום שהיא לא מבינה בו כלום. במקרה הזה, היא מחליטה למרות שהיא מקבלת את הדעה של המומחים כמו שהיא כי לא מבינה בזה כלום, וזה עדיין היועצות ולא האצלת סמכות. במקרה שכזה גם אם השר לא מבין בתחום שדורש מומחיות יש לוודא שנעשתה עבודת הכנה רצינית. **פס"ד כפר ורדים** – רצו לתמוך בישובים צמודי גבול, שר האוצר רוצה להעניק הטבות במיסוי, צריך להחליט איזה ישוב יקבל הטבה, האם שר האוצר יודע איזה ישוב יחטוף טיל במלחמה ? לא הוא יקבל חו"ד מהמומחים של מערכת הביטחון. ואז השר מפרסם שאותם ישובים זכאים. האם

מדובר בהיוועצות? לא כי הוא קיבל החלטה בעצמו, אבל כאן מדובר בהחלטה הטעונה מומחיות מיוחדת שאינה קיימת אצל בעל המסכמות. אבל כאן מדובר כאומר בחריג וזה ההיוועצות. מצופה מהשר לפקח על התהליך לוודא כי החו"ד התקבל מהמומחה הנכון. כלומר צריך שיהיה פיקוח על המומחה כדי שזה יחשב היוועצות.

ופס"ד בארתיים- מדובר על וועדות קבלה ביושבים קטנים, איך היה צריך להגדיר אותם וועדות?

הם יוגדרו כגורם זר, והיום יש להם עיגון חוקתי, זה פוגע בעקרון השוויון והשי' ג'ובראן המליץ לפסול את החוק, יתר השופטים החלו את עקרון הבשלות כדי לראות ביסוד של החוק. בכל מקרה החוק שרד חוקתי.

אני מדברים על התקופה כאשר לא היה חוק ואין שום מעמד לוועדות, קק"ל מתייעץ עם גורמים מהישוב שזה וועדות קבלה, השאלה ממני ניתן לקחת ממנו את הקרקע להחריבה.

נניח יש 100 מועמדים שמהם יחכירו את הקרקע, כדי להראות שיש כאן היוועצות, אם המנהל מקבל רשימה מאותה וועדת קבלה אשר ראינה את המועמדות. עקרונית המנהל הוא צריך לראיין את המועמדים לכן הוא מוותר על שיקול הדעת שלו, **לכן האם יש לנו כאן החלטה הטעונה מומחיות מיוחדת? כדי להחליט מי זה תאגיד שממנו לא ייקחו את האדמה או נתין זר שממנו ניתן לקחת את האדמה.**

כעת יש חוק אשר הסדיר את הנושא.

דרישות כלליות:

א. מומחה סביר בתחומו. השר צריך לשאול אותם למה הם פנו דווקא למומחה הספציפי הזה.

ב. המומחה הזה אינו בניגוד עניינים: לדוג' חברה למתן שירות למעליות, כתיבת תקנות שבהם החברה שלו תהנה מהם. **פס"ד כפר ורדים-** הייתה מקובלת רשימה דאז של יישובי קו עימות. שר האוצר היה מעניק הטבות ליישוב שבעת לחימה עם סוריה יחטוף ארטילריה סורית. במקרה שכזה שר האוצר פונה למערכת הביטחון ואומר להם שיכינו לו את הרשימה. שר האוצר לא מבין בזה כלום. לכן לא מחמירים איתו, הוא פנה למע' הביטחון משום שאין לו דרך אחרת להרכיב את הרשימה. כמו בעניין שרת העבודה והרווחה לפחות נדרוש ממנו לבחור את הגורם הנכון במע' הביטחון ולאתגר אותו בשאלות. כי קרה מצב שישב אחד קיבל הטבות וישב אחר שהיה צמוד לא קיבל – לכן, צריך לשאול שאלות על הרשימה, דהיינו למה הוצא יישוב פלוני מהרשימה. כלומר, השר צריך לעשות בירורים. ברגע שעומדים בתנאי + החרג – זו היוועצות, בתנאי שפנינו למומחה הנכון ושהמומחה שפנינו אליו לא נמצא במצב של ניגוד עניינים ← מדובר בהיוועצות בלבד.

אם לא עמדנו בתנאי, לקחנו חלק מהתפקיד והעברנו לרשות אחרת אנחנו או ב-2 שזה הסתייעות, או ב-3 שזה אצילת סמכות, ההבחנה בין הסתייעות לבין אצילת סמכות נקבע בפס"ד פס"ד פימיפוביץ' – מדובר על רשם החברות, תפקידו לבצע רישום ופיקוח על החברות ולראות שהחברה לא עושה את הציבור, יש עניין לציבור לעניין במרשם, אני מעוניין לדעת מה ההיסטוריה של החברה וזה יכול לעזור לי אם להתקשר עם החברה. מה שקרה הרשם רכש חברה אשר תפקידה לנפק את התדפיסים על החברות.

עוד דוג פס"ד סנדלר – בעבר הטסטר היה מאוד מקצועי והוא היה מחליט לגבי ההצלחה של הטסט כדי לקבל רישיון נהיגה, כיום כל ההנהיות נמצאים במערכת ממוחשבת וטסטר מזין את הנתונים וכל קבוע בתוך אפליקציה. מסי אנשים עתרו לבג"ץ שזה הטסטרים כי לקחו להם את הזכויות כעובדי מדינה וכעת תפקידם הוא טכני.

עוד דוג פס"ד זיק-דינור – מכון התקנים הוא זה אשר אחראי לאשר מוצרים מסוכנים המובאים לישראל ולתת להם תקן, ולשם כך צריך מומחים ומתקנים כדי להחליט אם המוצר עומד בתקן, מכון התקנים אין אפשרות להמעייד מתקנים. המכון מתקשר עם מעבדה פרטית והוא קבעה להם את התקן בהתאם לתקן הפורטוגלי שהוא מחמיר. מעבדה עושה את הפיצוץ ומשווה מול התקן אשר קבע מכון ההתקנים.

כלומר מבחני הפסיקה האם אני נמצאת ב- 2 שזה הסתייעות או ב- 3 שזה אצילת סמכות:

1. **היקף התפקיד המועבר?** איזה חלק של התפקיד העברתי, האם מדובר בחלק קטן או בליבה? **(פס"ד פיליפוביץ').** לגבי **פס"ד סנדלר** הכל נמצא בתוך מערכת ממוחשבת והשאירו לטסטר רק לסמן באפליקציה, כלומר אופי התפקיד התשנה. **פס"ד זיק-דינור –** התפקיד המוער הוא חלק קטן שזה החלק של הפיצוץ.

2. **מהות שק"ד המועבר?** איזה סוג של תפקיד העברתי? האם העברתי תפקיד טכני? אם כן מדובר ב- 2. זה הסתייעות **כמו בפס"ד פימיפוביץ'** בסך הכל נמסר תדפיס של חברה גם כמו בפס"ד **סנדלר** מדובר על משהו טכני וזה הסתייעות. אם העברתי לגורם הזר את שיקול הדעת המהותי כשמדובר בשיקולים מורכבים? (לדוג' עלות על מעבידים, נטל וכ"ו) במקרים שכאלה מדובר ב- 3 שזה אצילת סמכות, משום שמדובר בשק"ד מורכב.

פס"ד זיק-דינור – שק"ל אם זה עומד בתקן או לא. מכון ההתקנים מפעיל שק"ד מצומצם כי הם מפוצצים ובודקים מול התקן, לכן התפקיד שהעברתי הוא טכני ומדובר בהסתייעות.

3. **האם הגורם הזר הוא מנגנון ביצוע או קובע הסדרים ראשוניים?** זה נקבע **בפס"ד הורנשטיין:**

הסדרים ראשוניים – אתה קובע את אמות המידה.

מנגנון ביצוע – זה סוג של לקבוע איך מישים את ההסדר הראשוני.

קודם כל מס' דוג' מהפסקי דין שדיברנו:

פס"ד פיליפוביץ' אם האגרה נקבע ע"י הרשם אז אותה חברה היא רק מנגנון ביצוע.

פס"ד סנדלר אגף הרישוי קבע את התוכנה על פי התנהגות של התלמיד יקבע את יעבור טסט וזה הסדר ראשוני, אילו הטסטר הוא מנגנון ביצוע.

פס"ד זיק-דינור- גם כאן זה מנגנון ביצוע כי מכון ההתקנים קבע את התקן וזה הסדר ראשוני.

וכעת נדבר על פס"ד הורנשטיין – חוק עזר עירוני עוסק בחנייה ברחבי העיר. חוק העזר העירוני הסמיך את ראש העיר: הוא יחליט מה עושים עם מגרשי החול, אם ראש העיר מסדיר אותם זה הופך לחנייה בתשלום. בנוסף, להחליט איך מסדירים את אותם מגרשים שרוצים מבחינת התשלום. ראש העיר קיבל סמכות ממועצת העיר לעשות את שני התפקידים שלעיל. האם זה יהיה מדחן או שומר? נראה כי היקף התפקיד המועבר הוא יחסית קטן.

בשאלה השנייה מהות שק"ד המועבר? מדובר בשק"ד טכני לא מהותי ולא מורכב. משני הדברים הללו נראה כי מדובר בהסתייעות.

בשאלה השלישית: ראש העיר לא קובע עיקרון חשוב לחנייה, אלא רק מבצע הוראה של מועצת העיר בעניין חנייה ולכן זה מנגנון ביצוע מובהק. לעניין מגרשי החול שיהפכו לחנייה: שאלה 1 – הוא צריך לשקול את כל הנכסים, ז"א היקף התפקיד המועבר כבר גדול. **שאלה 2 – מהות שק"ד?** עלות שמטילים על אנשים שהיו רגילים לא מדובר בשק"ד מהותי.

שאלה 3 – מנגנון ביצוע או קובע הסדרים ראשוניים? בימ"ש חשב שגם פה ראש העיר הוא מנגנון ביצוע. יש את הנורמה ואת העקרונות ויש את הביצוע, ביהמ"ש אמר מה הנורמה שאותה קבעה מועצת העיר? אם זה מגרש חנייה מוסדר, יהיה תשלום – זו הנורמה. מי מבצע את הנורמה הזאת? ראש העיר, הוא בודק עובדתית איפה נכון להחיל את הנורמה ואיפה לא, איזה מגרש ראוי שתחול בו הנורמה ואיזה מגרש לא. מצד אחד ניתן להגיד שזה מנגנון ביצוע לכל דבר וזו ההחלטה של בימ"ש. מצד שני, ניתן לטעון שגם להחלטה איזה מגרש להסדיר יש עקרונות בהחלטה הזו ולכן מדובר בהסדר ראשוני, **אלו העקרונות להפעלת איזושהי סמכות. נקבע כי ראש העיר הוא מנגנון ביצוע ולא החליט על הסדר ראשוני.**

• **נדרש במבחן לטעון גם לפי 2 וגם לפי 3, היות ולא יודעים במדויק האם מדובר בהסתייעות או האם מדובר באצילת סמכות.**

4. **עד כמה ניתן להנחות מראש את הגורם הזר באופן קפדני כיצד להפעיל את הסמכות?** זה נקבע **פס"ד המרכז האקדמי-** הפרטת בתי הכלא. אנשים פרטיים עובדי החברה של אפריקה ישראל הם אלו שיהיו אחראים על האסירים בכלא, הם יצטרכו להענישם וכו'. יש רק פיקוח של שב"ס. במקרה שכזה מדובר באצילה ולא בהסתייעות. **בשאלה הראשונה התפקיד מועד אליהם, מה לגבי השאלה השנייה מדובר בשיקול דעת מאוד רחב. בשאלה השלישית, האם מדובר במנגנון ביצוע או קובע הסדר ראשוני? לכאורה מדובר במסדר ראשוני, אבל יש גם השואף שזה מנגנון ביצוע.**

לגבי השאלה הרביעית, לא ניתן להנחות באופן קפדני את הסמכות. ככל שניתן מראש, אז יש נטייה לראות בזה הסתייעות בלבד. כאשר יש יותר הפתעות בתפקיד ולא ניתן לצפייה מראש, אז פחות נראה בזה הסתייעות ויותר אצילת סמכות.
(קיים קשר בין 4 ל-2, ובין 3 ל-2): ככל שאני יכול להנחות את הגורם הזר בצורה קפדנית ומדוקדקת מראש – הוא סוג של מנגנון ביצוע וגם שיקול הדעת שלו מצטמצם מאוד) ואז

זה מחזק את זה שזה הסתייעות בלבד. בגלל שההתרחשויות בכלל הן בלתי צפויות, לא ניתן להנחות את אותם גורמים פרטיים (כך שזה כבר לא מנגנון ביצוע) ולכן מדובר באופן חד משמעי באצילת סמכות.

5. **ההפרה בין הסתייעות לבין אצילה צריכה להיות "בחירה מודעות" פס"ד פיליפוביץ** – דבר אשר מחייב פיקוח לשקול אם ניתן להכניס גורם זר לרשות. לכן חשוב לקבל יעוץ משפט של היועמ"ש של אותו משרד כדי להחליט אם מדובר בהסתייעות או אצילה.

לאחר החלת המבחנים נדרש לקבוע האם מדובר בהסתייעות ואז היא מותרת, או לחילופין זו אצילת סמכות שהיא אסורה!

במבחן אנחנו בודקים את כל האופציות ורושמים מה תהיה התוצאה במידה וזה, היועצות/הסתייעות/אצילה. כלומר אף פעם לא עוצרים כמו בניתוח של ההסדרים הראשונים צריך לנתח 9 המבחנים. במבחן צריך לבחון את כולם. הסתייעות ולאחר מכן אצילת סמכות.

2. הסתייעות / ביצוע באמצעות אחר: המייעץ אמר לי מה לעשות ולקחתי את העצה שלו כמו שהיא, רואים שלא הפעלתי שיקול דעת בעצמי וכמו שהוא אמר כך עשיתי. דהיינו, חלק מהתפקיד של הועבר אליו. לכן זו הסתייעות.

- **הדין:** הסתייעות היא חזקה שמותרת. ולא נסתרה אף פעם בפסיקה.
- **המהות:** המסייע לא נתפס כבעל סמכות (לא מקבל מעמד בחוק / בתפקיד). **מה קורה לגורם הזר עם היחסים של הרשות השלטונית ?** הוא רק עוזר, גם אם הוא גורם פרטי הוא נשאר פרטי ולא הופך להיות חלק מהשלטון. הגורם הזר לא הופך להיות בעל הסמכות בתחום הזה. **פס"ד פימיפוביץ** בעל הסמכות הוא רשם החברות שמטרתו לרשום חברות שאפשר לבצע מולן פעולות משפטיות. תפקידו לנהל את המרשם כדי שיטעם את המצב בשטח, בנוסף לאפשר לאזרח לעיין במרשם הזה ולקבל תדפיס של מרשם החברות ובאיזה סטטוס חברה רשומה. רשם החברות לא רוצה להתעסק עם תדפיסים, אז הוא פונה לחברה פרטית ומגדיר לה כל פעם שאזרח ירצה תדפיס של המרשם הוא יבוא אליך, ישלם אגרה שהרשם עצמו קובע ואת תספקי לאזרח את התדפיס. **ההיקף** של התפקיד של רשם החברות שהועבר לחברה הוא קטן. משום שהתפקיד המהותי של רשם החברות זה עניין החקירה, אם החברה ראויה או לא ראויה להיות רשומה במרשם. התדפיס זה משהו שולי וקטן. לכן מבחינת התפקיד המועבר הוא קטן. **לגבי שק"ד** – לא מדובר בעניין של אם לרשום מישהו או אם לאו, לא מופעל שום שק"ד, אדם שירצה לשלם עבור התדפיס ישלם והיא תנפיק לו אחד כזה. שק"ד של החברה הוא צר. לכן, עפ"י המבחנים הללו זו הסתייעות, והיא מותרת כי לעולם לא נפסק שהיא אסורה. ברגע שהוכחנו שמדובר בהסתייעות זה חוקי.

במבחן לאחר הסתייעות נמשיך לבחון את אצילת הסמכות.

3. אצילת סמכות : לקחנו מליבת התפקיד והעברנו לרשות אחרת שלא מוזכרת בחוק, זה כבר יוצר בעיה. מי שקיבל אצילה הוא הופך להיות חלק מהרשות השלטונית, וכנגד הגוף הזר ניתן לעתור.

- **הדין :** אצילת סמכות היא חזקה שאסורה. באצילה העברת את ליבת התפקיד, המחוקק רצה שאותו אדם יפעיל את הסמכות ולכן החזקה היא שהמחוקק לא רצה שתעביר את התפקיד שלך לרשות אחרת. לכן, החזקה היא אסורה.
- **המהות :** מגורם סמכות אחד ← לסמכות כפולה : המאציל (בעל הסמכות נשאר אחראי) + הנאצל (הגורם הזר זה יכול להיות מס' גומרים). ז"א המאציל נשאר אחראי ואינו יכול לפעול בשגר ושכח ונדרש פיקוח מטעם המאציל על הנצאל. אם מתברר כי המאציל הטיל על הנאצל משהו שלא יודע לבצע אז יהיה "ביטול האצילה" והסמכות חוזרת למאציל באופן אוטומטי. למשל האצלת סמכות של ראש העיר על סגנו הדרך כרוך באישור מועצת העיר, וכאשר ראש המועצה מעוניין לבטל את האצילה הוא יכול לעשות זאת בעצמו.

אצילת סמכות נחלקת ל-2 :

- א. **אצילה רגילה** – כל רשות שהיא לא שר. הדין אומר לגביה: **חזקה שהאצילה היא אסורה.**
- ב. **אצילה של שר** – הסיבה שר היא קטגוריה נפרדת כי לשר יש לו ס' בחוקה אשר מכוחו הוא יכול להאציל סמכות ואדם אחד אינו יכול לעשות את הכל. לשר יש ס' בח"י הממשלה שקובע ששר כן יכול לאצול. ס' 33(ב) **אומר** ששר רשאי לאצול "סמכות הנתונה לאחד השרים עפ"י חוק, או הועברה לו מכוח ס' 31". מכוח ס' 31 ניתן להעביר תחום משר לשר. למשל השר כחלון אשר רצה להתעסק ברשות מקרקעי ישראל, אולם הוא עומד כשר האוצר, לכן כדי לרצות את הציבור הוא הבטיח להוריד את מחירי הדיור, והצליח לקחת את ניהול רשות מקרקעי ישראל ולהציף את השוק בדירות.

מה צריך לעשות כדי שתחום אחד יעבור משר אחד לשר שני מכוח ס' 31 :

- א) הממשלה צריך לקבל החלטה כזאת.
- ב) הכנסת צריכה לאשר את העברת התחומים משר אחד לאחר. ולמה ? זאת מכוח הסמכות שלה ככנסת, והממשלה צריכה לפנות אליה.

כלומר, השר יכול להאציל מכוח ס' 31 – "השר רשאי לאצלה לעובד ציבור". השר לא יכול להאציל סמכות בכדי להתקן תקנות כי זו סמכות חקיקתית.

בסעיף קטן 31 (ה) "הוראות הסעיף יחולו, אם אין כוונה אחרת משתמכת מן החוק המעניק את הסמכות..". אומר אלא אם כן יש כוונה אחרת המשתמעת מן החוק. דהיינו, חזקה ששר יכול לאצול (אצילה מותרת), אלא אם כן יש כוונה אחרת המשמעת מן החוק.

עולה השאלה כי השר רשאי לאצול אלא אם כן תוכח כוונה אחרת מן החוק ?

הכוונה היא "חזקת שמותרת" כי חזקה ע"י שר שהיא מותרת, אלא אם כן תוכיח כוונה אחרת משתמעת מן החוק.

איך מנתחים במבחן ?

אם זה היוועצות אין בעיה, כי אני לוקח את העצה כפי שהיא ובעל הסמכות יקבל את ההחלטה. לאחרונה השר כחלון עם מחירי החלב, הייתה וועדה אשר קבעה שחייבים להעלות את מחירי החלב כי אחרת לא יהיה ניתן לייצר אותם ואין היגיון כלכלי כי העלויות של היצור עלו.

אבל השר אומר אני רוצה לעשות רפורמה. (כי יש עכשיו בחירות). ואני לא מקבל את ההמלצות של הוועדה. לכן אין פתרון לבג"ץ אלא לאשר את העלאת מחירי החלב.

היוועצות אם זה בלבד מצבנו הוא טוב.

אם זה הסתייעות או אצילה ?

בכל הניתוח לא עוצרים בשום שלב, נמשיך שזה בנחה ולא מדובר בהסתייעות ואז נבחן את האצילה, ואז נחליט אם מדובר באצילה רגיל או ע"י שר מכוח חוק יסוד 33(ב) + 31.

כעת נבין אם עולה כוונה מן החוק אם האצילה ניתנת לסטירה ויש שני סוגים אצילה רגיל או אצילה ע"י שר.

אצילת סמכות (המשך)

אמרנו שאם זו הסתייעות זה חזקה שהיא מותרת ואם זו אצילה יש שתי אפשרויות – אצילה רגילה שזו חזקה שאסור ואצילה ע"י שר שזו חזקה שמותרת.

איך סותרים את החזקות ?

ע"י פרשנות של החוק המסמיך. אם החוק אומר במפורש שאותה אצילה ספציפית מותרת אז החזקה נסתרת. החזקה נסתרת בלשון מפורשת של החוק אבל בד"כ לא יינתן סעיף ברור כזה בחוק.

בד"כ נתעסק עם מצבים שהחוק שותק, ולא אומר אם האצילה מותרת או לא ואז מפרשים את החוק ובודקים האם הוא מתיר או שולל.

סתירת החזקה של האצילה (רגילה+שר) בפרשנות החוק המסמיך – קריטריונים לפרשנות החוק (מבחני עזר) נקבעו בפס"ד פימיפוביץ' ע"י הש' ברק:

1. **היקף האצילה (היקף התפקיד המועבר)** – ככל שהאצילה תהיה מצומצמת כך יגדל הסיכוי שיתירו אותה. אם עבר תפקיד קטן יכול להיות שזה הסתייעות ואם זה תפקיד גדול יכול להיות כי מדובר באצילה.
2. **מהות שיקול הדעת הנאצל** – ככל שהאיזון בין השיקולים יהיה מורכב יותר כך יקטן הסיכוי שיתירו את האצילה. אם שיקול הדעת הוא טכני וככל ששיקול הדעת הוא טכני היותו אז אנו בעד האצילה. שני המבחנים הללו נדונו כבר בשלב שבו אנחנו בוחנים האם זו הסתייעות או אצילה ואז אנחנו מפנים במבחן לניתוח לעיל.
3. **מעמד המאציל והנאצל** – נהוג להבחין בין שני מצבים :
 - א. **אצילה אנכית** – אצילה כלפי מטה אל מי שכפוף ישירות למאציל. כמו שר אשר מאציל תפקיד על אדם בתוך הארגון המנהלי, למשל השר מאציל את התפקיד על סגנו, מנכ"ל. והסמכות תופעל לפי חזונו של השר.
 - ב. **אצילה אופקית** – אצילה שהיא בין שני בעלי תפקידים באותו מעמד **באותו ארגון** זו אצילה שאינה בעייתית. למשל, הסמכות משנה סביבה וחזון נניח כי יש סמכות של משרד הסביבה והחזון שלהם זה ניקיון ואם נעביר את הסמכות למשרד הכלכלה אז מה שמעניין אותם זה כסף.
 - אבל אם מדובר באצילה **מחוץ לארגון** אל ארגון אחר לא משנה אם זה מטה או באותו תפקיד זו אצילה אופקית שהיא בעייתית. למשל הפיקוח הוא בעייתי, והוא רופף מאוד. **כלומר**, אנחנו נגד אצילה אופקית כי היא בעייתית והפסיקה פחות אוהבת את זה, ואם אנחנו באצילה אנכית אז אין בעיה.

יתכן וכי האצילה האופקית היא סותרת חוק יסוד 31 כי לא מתקיים התנאים של ס' 31 : הממשלה לא אישרה, הכנסת לא אישרה. אז זה מנוגע לחוק יסוד, כמוכן שלא עוצרים את הניתוח וממשיכים. ס' 31 המהות שלו זה העברת תפקיד מתחום אחד לאחר.

פרופ' זמיר אומר שאצילה אנכית היא בד"כ מותרת כי זו אצילה שנשארת במסגרת אותו ארגון ולכן יש פיקוח. אם האצילה היא אצילה אופקית שיוצאת אל מחוץ לארגון זה נהיה בעייתי מבחינת פיקוח כי הקשר בין המאציל לנאצל רחוק יותר.

אנחנו עדיין אצילה אופקית ויש לכך חריג –

החריג אומר: "מומחיות מיוחדת שאינה קיימת בארגון המנהלי". **זה נקבע בפס"ד המכון להעשרת טוענות רבניות.**

בבתי משפט אומרים להופיע עורכי דין, ניסו לייצר מקצוע יחודי של טוען רבני אשר יכול לטעון רק בבתי הדין הרבניים, נניח כי אומרים: "שר הדתות יסדיר בתקנות בהיוועצות בביה"ד הרבני הגדול.

השר יתייעץ עם הגורמים של בתי הדין הרבניים, איזה תקנות צריך לקבוע ?

- תכנית אקדמית – למידה על סדר הדין, משפט עברי, כתבי תביעה/הגנה.

- מבחני הסמכה.
 - יקבל רישיון מביה"ד הרבני הגדול.
מדובר האצילה אופקית בעייתית, ולמה ?
 כי זה החוצה מתוך הארגון של הרשות המבצעת לשופטת וזה פוגע בעקרון הפרדת הרשויות, כי אצילה אופקית היא בתוך הארגון עצמו. בפס"ד הזה השתמשו בחריג ואישרו את האצילה האופקית בשל חריג של מומחיות, אבל לדעת המרצה זה היה שגוי כי אין היגיון שהרשות השופטת תתעסק בהסמכות.
 אז עקרונית הפסילה היא נגד אצילה אופקית ויש מקרים שהיא סותרת חוק יסוד, אבל יש מקרים שהם חריגים כפי שהיה בפס"ד המכון להעשרת טוענות רבניות.
 המבחן הזה הוא מקבל משקל רב בפסיקה אם האצילה היא אופקית אז זה מקבל משקל רב.

4. **מהות הסמכות המועברת – יש מס' סוגים:**
 חקיקתית (קביעת נורמה כללית כלפי ציבור בלתי מסוים).
 או שיפוטית / מעין שיפוטית.
 או מנהלית רגילה.
מה הנפקות של ההבדלה ?
 כל מה שחקיקתי אסור בחי"י להאציל אפילו לא לשר ס' 33(ב) לחוי"י הממשלה "למעט סמכות להתקין תקנון". פה אנחנו **נגד אצילה**. זה מזכיר את ס' 31 לחוי"י הממשלה.
 אם זה שיפוטית או מעין שיפוטית יש צורך בעשיית צדק בין צדדים והצדק ייעשה על ידי מי שהחוק קבע אותו מוסמך לעניין זה ולכן גם פה אנחנו **נגד אצילה** כלומר המעוברות של גורם הזר פוגעת בכללי הצדק. כל מלאכת השיפוט היא לשופט.
אם אנחנו במנהלית רגילה אז אין בעיה לאצול.
5. **השפעה על טובת הציבור –** ככל שמדובר בעניין חברתי רגיש כך הנטייה תהה לא לאשר את האצילה. ככל זאת סמכות יותר רגישה וחושבה לציבור הנטייה שלנו לא לאצול, סמכויות לא חשובות לציבור אז אין בעיה להעביר לגורם הזר.
6. **נגיעה לזכויות אדם –** ככל שיש נגיעה בזכויות אדם ועירוב החוקה אזי הנטייה תהה נגש אישור אצילה.
7. **יעילות –** אדם קיבל ע"פ חוק תפקיד ציבורי שלא מצריך ממנו מאמץ מופרז (ז"א ממלא את התפקיד בקלות) אזי לא נסכים להאצלת התפקיד כיוון שאין סיבה לאצול אותו. כך להפך, ככל שהתפקיד הוא מורכב ויש עליו עומס עבודה וקשה כך ייתכן ויהיה יעיל יותר לאצול את התפקיד. השיקול העיקרי הוא יעילות כי קיים עומס רב על השר. הדוג ההפוכה זה פקיד של טוענים רבנים אשר בודק את המבחנים של הטוענים הרבנים, ונניח כי בשעה 1500 הוא הולך הביתה, ברגע שאנו רואים שאין עליו עומס והוא יכול לעשות את תפקידו אז אנו נגד אצילה.

אם הופעלו המבחנים והנטייה תהה בעד האצילה נראה אותה כחוקית, ואם הנטייה נגד האצילה נראה כאילו היא נעשתה בחוסר סמכות

כמובן הניתוח מתחיל בהיוועצות ולאחר מכן הסתייעות או אצילת סמכות עם מבחני ההבחנה.

לאחר הניתוח הזה, יש עוד שתי דברים לאחר הניתוח הכללי:

1) האיסור על אצילה כפולה –

המאציל (בעל הסמכות בחוק) הוא מי שהוסמך בכנסת המאציל כעת מעביר את הסמכות לנאל א', כעת על נצאל א' יש עומס והוא האציל על נצאל ג' וזה אסור. כי לפתור את הבעיה נאצל א' ידבר עם בעל הסמכות שהוא המאציל כי להוסיף עוד נאצל. וזה חוקי, אציל אחת במקביל לשני אנשים.

ס' 33 (ב) - קובע כי חל איסור להאציל סמכות של התקנת תקנות. למה? איסור על "אצילה כפולה" אדם שהואצלה אליו סמכות מסוימת, אסור לו להאציל את הסמכות הלאה. הסיבה לכך היא שהנאצל הראשון אומנם קיבל סמכות אך הוא לא "הבעלים של הסמכות" ולכן אין לו את הזכות להעביר אותה. נאצל שחש כי הסמכות שהואצלה אליו איננה מתאימה לו □ הוא יכול להחזיר חזרה אל המאציל או לבקש מהמאציל להוסיף נאצל נוסף שישתתף בעול הסמכות.

אבל, יש מקום אשר מאפשר אצילה כפולה כמו ס' 32, אבל זה לא יעיל להשאיר את זה אצל הממשלה כי זה יוצר הרבה עומסים לכן ס' 33(ג) אומר כי סמכות של ממשלה תעבור לשר והוא יכול להאציל לעובד ציבור שזו אציל שנייה(בניגוד על אצילה כפולה) לכן השר פועל מכוח ס' 33(ג).

ס' 33 (ג) - אם ממשלה האצילה לשר מסמכותה אז השר יכול לאצול את הסמכות הזו אל עובד ציבור וזאת רק בתנאי שהממשלה הסמיכה אותו לכך - ז"א הממשלה צריכה להסכים להסמכת אותו עובד ציבור.

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

2) סייג להאצלת סמכות - "למעט סמכות להתקין תקנות":

הרשות המחוקקת היא הכנסת, מעביר את הסמכות שלה להתקנת תקנות לשר, זה כבר אצילה מהרשות המחוקקת לשר, ואם השר רוצה להעביר את הסמכות שלו לגורם זר זה אסור. הסמכות להתקין תקנות היא למעשה סמכות שהואצלה אל שר מסוים (כי בד"כ חוקים יתקין המחוקק ולא שר) - ולכן כיוון שיש במקרה זה אצילה ראשונה, אסור לשר להאציל את הסמכות הלאה אצילה נוספת (שניה).

שני פסקי דין אשר מראים שמה שנראה רגיל הוא סמכות להתקין תקנות שזה אסור.

פס"ד שנסי (חשין): חוק הפיקוח על מוצרים ושירותים- קובע כי השר להסדיר בצו ייצור מצרך. ז"א כל דבר שנמצא בתהליך ייצור וייתכן והוא מסוכן/ בעייתי/ רגיש יש להסדיר את תהליך הייצור בצו (יהלומים, תרופות וכד'), כי יש פתח של זיוף והשווי של יהלומים שאינו מצרך פשוט, מתן רישיון לאדם מסוים ע"י רשות ציבורית (מתן רישיון לנשק, רישיון לייצור יהלומים וכו') - < זהו אקט מנהלי ולכן קל לומר כי זוהי האצלת סמכות מנהלית רגילה המפקח בודק תנאים מסוימים כמו טוהר ואימון ואז אני כמפקח מחליט למי לתת רישיון. לכן רשות היא נותנת רישוי היא לא מפעיל סמכות חקיקתית הרשות נותנת רישוי, אז לכאורה זה מותר. אבל השופט חשין אומר אחרת !

בפועל כיוון שלשר מלכתחילה יש סמכות חקיקתית (הסדרה בצו), השר קובע בצו מי ייתן את הרישיון (לדוג' מפקח על יהלומים) אך הוא לא קובע מהם התנאים למתן אותו רישיון ולכן הוא למעשה מאציל את הסמכות לקבוע את התנאים למתן הרישיון לאותו מואצל (מפקח) ולכן זוהי למעשה האצלת סמכות חקיקתית!!! – שזוהי האצלה אסורה!

פס"ד יקותיאל (חשין): מדבר על חוק ההסדרים במשק המדינה. החוק יעבור לאחר שיעבור התקציב השנתי (היום דו- שנתי), ע"מ להשיג את יעדי התקציב יש צורך בעשיית שינויי חקיקה או הקפאת חוקים שעליהם לא יוציאו כסף בזמן העתידי. מה שעשו באותו פס"ד- צמצום ההנחות והפטורים שניתנות בארנונה. ע"מ לעשות אתה הצמצום הנ"ל נקבע כי- שר הפנים יקבע כללים למתן הנחות בארנונה ע"י תקנות (קביעת הסדרים ראשוניים ע"מ שהשאלה הזו לא תישאר בידיה של הרשות המקומית). בעקבות הקביעה הזו השר מתקין את תקנות ההנחה מארנונה, בניהן: תקנה 2 (7)- "מי שזכאי לגמלת הבטחת הכנסה ממשרד הדתות יקבל גם הנחה מארנונה". למעשה בפועל: ע"פ קביעה זו, שר הפנים מאציל לשר הדתות את הסמכות לקבוע למי מגיעה ההנחה מארנונה וזאת ע"י שהוא קובע מי יקבל הבטחת הכנסה (=זוהי אצילה אופקית!). בעיקרון, קל לראות בהעברת סמכות זו כסמכות מנהלית, אך כיוון שהסמכות המקורית של שר הפנים היא סמכות חקיקתית (קביעת תקנות להנחה בארנונה) והיא הועברה לשר הדתות שיקבע תנאים לאיזה תלמיד ישיבה יכול לקבל את ההנחה (עברה סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים למתן הנחה מארנונה) - < לכן ניתן לראות בכך פעולה שסותרת את חוק היסוד.

יש עוד פגם בהאצלת הסמכות כאמור- תקנות ע"מ שהן יהיו תקפות יש צורך לפרסם ברשומות ע"מ שמי שישתכל על החוק יצליח להבין כלפי מי זה תקף. למעשה בפרסום של שר הפנים לא יהיו הנהלים הרלוונטיים עבור בחורי ישיבות בנוגע להנחה מארנונה כיוון שהתנאים נמצאים אצל שר הדתות בלבד. לכן יש בעיה "בחובת הפרסום", הפרסום יהיה חלקי ופגום.

הפרטה (אצילת סמכות לגוף פרטי)

זה המשך של אצילה אולם אנו מדברים על גורם זה שהוא פרטי, מה הבעיה עם האצלת סמכות לגורם פרטי ?

הבעייתיות בהפרטה-

1. פיקוח מופחת
 2. ניגוד עניינים מובהק
 3. שיקולים של כסף – השיקול של החברה הפרטית זה כסף בלבד.
 4. כפיפות ארגונית נפגעת (כפיפות בתוך רשות היא מבוקרת מאוד לעומת כפיפות במקום פרטי).
- זה לא הגיוני לתת לחברה מסחרית לנהל כלא. ולתת לחברה מסחרית להיות אחראית על אינטרס ציבורי זה בעייתי.

באחד מפסקי הדין נתנו לחברה פרטית להיות אחראית על חתולי הרחוב. מה התפקיד של מישהו אשר אחראי על חתולי רחוב, התפקיד שלו לטפל בבעיות הבריאותיות ולהשקיע בטיפולים רפואיים. איך ניתן למנוע ניגוד עניינים של חברה אשר מפקחת על חתולים ? למשל כמה שתחזירו חתולים לרחוב אז תקבל רווחים.

בעניין בתי הכלא איך מתמריצים את בתי הכלא ? התנהגות של אסירים.

איך מנתחים הפרט ?

כאשר מדובר על אצילת סמכות של גורם זר שהוא פרטי אז אנו בשיעור של הפרטה, אם זה ציבורי אז אנו בשיעור של אצילת סמכות.

1) שלב א' – קודם כל שואלים האם לפנינו הפרטה ?**מה רמת מעורבות הגורם הזר הפרטי ?**

1) **הסתיעות = "מיקור חוץ"**. זה לא הפרטה. חזקה שהיא מותרת, גם אם גוף פרטי זה – **פס"ד**

"פיליפוביץ'".

2) **אצילה = "הפרטה"**.

4 המבחנים של הפסיקה בין אצילה לבין הסתייעות, נניח כי הגענו למסקנה שמדובר בהסתיעות אז לא עוצרים את הניתוח וממשיכים לאצילה כאשר מדובר בגוף פרטי.

אצילה = "הפרטה" הפסיקה היא מאוד נגדה זו תופעה חמורה ובעייתית לוקחים תפקיד ציבורי ומפריטים אותו בכל מי שמעוניין לעשות כסף.

2) שלב ב' – האם קיימת מניעה בחוק יסוד על הפרטה ?

(א) אצילה רגילה (שלא ע"י שר) – אין מניעה בחוק יסוד, כי חוקי היסוד לא מתייחסים לסוגיה הזאת.

(ב) אצילה של סמכות ע"י שר- יתכן ואסורה בחוק יסוד (תלוי בפרשנות חוק היסוד). ס' 33(ב) לחוק יסוד הממשלה "סמכות הנתונה לאחד השרים עפ"י חוק וזה ס' 31.

ס' 33(ב) איזה סמכות לשר אסור להאציל, שני תנאים ?

1) למעט סמכות להתקין תקנות, רשאי השר לאוצלה.

2) לעובד ציבור.

+ ס"ק (ה) – הוראות הסעיף יחלו אם אין כוונה אחרת משתמעת מן חוק המסמך.

ב- הפרטה על ידי שר :

ס' 33(ב)- "שר רשאי לאצול לעובד ציבור, למעט סמכות להתקין תקנות"

ס' 33(ה)- "הוראות סעיף זה יחולו אלא אם יש כוונה אחרת משתמעת"

הסעיף אומר כי השר רשאי לאצול לעובד ציבור אך הוא אינו רשאי לאצול לעובד פרטי ולכן איננו רשאי להפריט מסמכותו! + בנוסף אסור לו לאצול התקנת תקנות □ ז"א יש שני תנאים שצריכים להתקיים (הואצלה סמכות אחרת שהיא איננה התקנת תקנות + זהו עובד ציבור) אז ההאצלה היא תקינה.

שתי פרשנויות ל"מהי כוונה אחרת משתמעת".." בס"ק ה :

פרשנות א'- מצמצמת: "כוונה אחרת משתמעת" מתייחסת רק למסקנה שבהתקיים התנאים שר רשאי לאצול. היא שניתן לסתור את החזקה אך היא מתייחסת רק למסקנה עצמה ש"שר רשאי לאצול" ולא מתייחסת לתנאי הסעיף. ז"א – **מדובר בשני תנאים מצטברים ברזל שהשר יכול לאצול רק לעובד ציבור ורק אם לא מדובר בסמכות חקיקתית.** אבל- לא בכל מקרה שמתקיימים התנאים הללו השר רשאי לאצול!! ייתכנו מקרים בהם הם מתקיימים אבל לא ניתן לאצול!!! וזוהי הכוונה האחרת המשתמעת.

***המשמעות ע"פ פרשנות זו- הפרטה ע"י שר אסורה בחוק יסוד (כיוון שהוא מפריט לפרטי).**

פרשנות ב'- מרחיבה: "כוונה אחרת" היא שכל ההוראות הקיימות בס' 33(ב) יחולו אם יש כוונה אחרת משתמעת, ז"א כל ההוראות + התנאים - < מסיקים כי ניתן להתגבר על תנאי מסוים אם יש כוונה אחרת משתמעת (ז"א שניתן להאציל גם סמכות להתקנת תקנות!!!).

המשמעות ע"פ פרשנות זו- הפרטה ע"י שר היא אפשרית.

3) שלב ג' – מה הדין לגבי הפרטה ?

כשמדברים על הפרטה מיהו הגורם הזר המתערב: גוף פרטי שפועל משיקולי רווח והפסד ולא לטובת הציבור. הוא כפוף לבוס שלו ולא לבעל הסמכות. **איזו רמה של מעורבות? אצילה. הסתייעות-** המינוח הוא מיקור חוץ, אני מוציא משהו לגוף פרטי לפי **פס"ד פיליפוביץ'**: חזקה שזה חוקי ואין את כל הבעיות. זה מתחיל להסתבך כשאנחנו באצילה לגוף פרטי. האם יש מניעה בחוק יסוד? אם זו הפרטה של סמכות רגילה - האם יש מניעה בחוק יסוד שזה לא של שר אז אין מניעה.

הפרטה על ידי שר- סעיף 33(ב), יש תנאי שאומר שאסור להאציל לעובד ציבור. ויש 2 פרשנויות.

ויש סעיף 33 (ה) שאומר אם אין כוונה אחרת המשתמעת מהחוק.

בפרשנות א': התנאי לעובד ציבור נדרש תמיד וההפרטה היא אסורה.

בפרשנות ב': "כוונה אחרת" המשתמעת מתייחסת גם לתנאים וגם להסכמה שבהתקיים התנאים השר רשאי לאצול. ההפרטה אפשרית!

2 גישות בפסיקה לגבי ההפרטה:

1) גישה א' - הגישה הקשה (נגד ההפרטה בפס"ד הופנונג + פס"ד זיקדינו) (התרה של הפרטה תיעשה רק בהסמכה (היתר) מפורשת בחוק של הכנסת - בפס"ד הופנונג, מדובר באצילה לאדם פרטי שלסמכות לפקח על סגירת עסקים בשבת. אותו אדם פרטי היה גם בתחרות מול העסקים שהוא צריך לתת להם דוח על עבודה בשבת. פס"ד זיקדינו- שם נקבע שמדובר בהסתייעות ולא באצילה ולכן זו לא ממש הפרטה. מכון התקנים, צריך לבדוק זיקוקים ולראות אם עומדים בתקן. הבעיה שמכון התקנים לא יכול להיות מומחה בכל התקנים בכל התחומים שקיימים. המכון הוא זה שקובע את התקן. למה בפס"ד זה היה יותר לכיוון הסתייעות ולא אצילה? כשהעניין טכני נוטים יותר להסתייעות ולא לרמה של אצילה.

בית המשפט אמר בהערת אגב שהפרטה אסורה אלא אם המחוקק התיר זאת במפורש. כלומר, צריך להיות כתוב במכרז למשל במפורש. מבחינת המשפט המנהלי, ברגע שהמחוקק מתיר את ההפרטה אין שום דבר שהרשות המבצעת עושה שהוא בניגוד למה שקבע המחוקק. אבל איזה עוד תחום משפט יחול על העניין? חוקתית מול חוקי יסוד. החוק בסוף שהתיר את ההפרטה במפורש נפסל חוקתית כסותר חוקתית את חוק היסוד כבוד האדם וחירותו. בכלל ההסדרים הראשוניים- מבחינת המשפט המנהלי, ברגע שיש חוק שסותר את החזקה של כלל ההסדרים אז אין בעיה שרשות המבצעת קובעת את ההסדרים אבל אם זו מטרייה של עקרונות חוקתיים זה יעבור למגרש החוקתי ויבחן שם. לכן אם במבחן אנו נבין כי ההתרה הייתה מותרת בחוק, אז חזקה שהיא מותרת ובכל זאת נמשיך את הניתוח.

2) גישה ב' - הגישה הגמישה, ניתן להתיר הפרטה גם המשתמע מן החוק - לא הפרטה שהמחוקק

התיר במפורש. מופיעה **הש' ברק בפס"ד פיליפוביץ' והש' דורנר בפס"ד תנו לחיות לחיות ניתן להתיר הפרטה גם במשתמע מן החוק ולא רק במפורש והחזקה נגד אצילה מתחזקת בהפרטה. בגישה זו, לא חייב להיות במפורש כמו בגישה א'. אלא זה יכול להשתמע מהכוונה של החוק. לגבי סמכות רגילה- חזקה שהיא אסורה והחזקה נגד אצילה מתחזקת כשמדובר בגוף פרטי וההפרטה תותר רק בנסיבות מיוחדות. הנטייה היא נגד הפרטה. אצילה על ידי שר- כשמדובר על אצילת סמכות אז חזקה שמותרת לפי סעיף 33(ב) חוק יסוד, אבל בהפרטה לא מתקיים התנאי שקבוע בסעיף כי**

התנאי הוא לעובד ציבור ואם אני מפריטה לגוף פרטי אז אי אפשר. החזקה היא נגד ההפרטה, כי "אלא אם כן יש כוונה אחרת המשתמעת..." אנחנו רוצים ששר יאציל רק לעובד ציבור. ולפי גישה ב' אין הבדל בין סמכות רגילה לבין סמכות של שר, יש חזקה נגד הפרטה והיא בעוצמה חזקה ולכן הפרטה תותר רק בנסיבות מיוחדות. אצל שר באצילה הייתה חזקה בעד אבל בהפרטה יש חזקה נגד. בסמכות רגילה הייתה חזקה נגד שרק מתגברת לגבי הפרטה. מכאן גם אם החוק שותק אז יהיה ניתן להפריט.

ההבדל בין פרשנות א' לגישה א':

- 1 הפרטה רגילה שלא ע"י שר – חלות שתי הגישות.
- 2 הפרטה ע"י שר חלק רק גישה ב'.

פרשנות א' אומרת שחוק יסוד אוסר על שר להפריט כי זה רק לעובד ציבור. גישה א' אומרת שההפרטה אסורה אלא אם המחוקק התיר במפורש וזה לא ייתכן כי זה אסור בחוק יסוד והמחוקק לא יכול להתיר במפורש את מה שהחוקק אוסרת.

אם יש היתר מפורש בחוק ורואים בסעיפי החוק היתר מפורש להפרטה אז זה בסדר לפי 2 הגישות. אם אין היתר מפורש בחוק להפרטה, לפי גישה 1 בהיתר היתר מפורש- ההפרטה אסורה ולפי גישה 2- צריך לבדוק האם יש נסיבות מיוחדות שיצדיקו לפרש את החוק כך שהוא מתיר ומשתמע מכך הפרטה. כלומר, ההיתר יכול להיות גם במשתמע מן החוק ורק במקרים נדירים שיש נסיבות מיוחדות. גישה א' לא מתאימה לשרים בכלל! ורק גישה ב'.

טרם הדיון בשלב 4 אם אנו באצילה רגילה שהיא לא ע"י שר, נניח כי מדובר על עובד ציבור אז חזקה שהיא הסתייעות מותרת, אצילה ע"י שר חזקה שהיא מותרת. כל עוד שהשר מאציל לעובד ציבור אז חזקה מכוח חוק יסוד שהשר מותר לא לאצול, אם אנו נתסכל על שתי הפרשנויות גישה א' לשר אסור לאצול, גישה ב' השר חייב לאצול לעובד ציבור אלא אם תוכח שיש כוונת מותרת להפריט. אם שר מעביר לעובד ציבור חזקה שהיא מותרת, אם זה לא עובד ציבור אז זאת כוונה להאציל באופן משתמע. גישה שניה אומרת שהאצילה מותרת רק בנסיבות מיוחדות ביותר כדי לסתור את החזקה. על מישהו שהוא שר, ועל מישהו שהוא לא שר אז צריך שיהיו נסיבות מיוחדות.

4) האם מתקיימות "נסיבות מיוחדות" המאפשרות ללמוד כוונה משתמעת מן החוק להתיר הפרטה, כאשר הפסיקה היא נגד הפרטה ?

מבחני עזר לפרשנות החוק המסמיך המתיר כן להפריט:

1) אופי הסמכות המופרטת-

א. מהות שיקול הדעת המופרט (פס"ד תנו לחיות לחיות, בורוביץ): ככל שזה יותר טכני, נניח לתת דוח חנייה, מבחינת מהות שיקול הדעת, האם אפשר להפריט את זה או יש בעיה ? הפקח בודק את אם התקיימו התנאים למתן דוח ויחסית שיקול הדעת שלו הוא צר. לגבי החברה שצריכה להמית חיות- האם השיקול דעת מאוד פשוט? שיקול הדעת מתחיל להיות מורכב כשיש שני שיקולים שונים שמושך לכיוון שלו. מבחינת בריאות הציבור אז יש פחות סכנה לציבור ויש שיקול שדוחף להמית ולהוציא מהרחוב כמה שיותר חיות שחשודות כחולות. מבחינת ערך של זכויות החיות- צריכים לקחת סיכון כי אולי החיה חולה אבל

ניתן לטפל בה והמחלה אינה מסוכנת לבני האדם וצריכים לשקול החזרה לרחוב. פה שיקול הדעת מתחיל להסתבך.

פס"ד בורוביץ' מדברים על הסדר גובל בין חברות הביטוח על תנאים מסוימים כדי לייצר מונופול עסקיים, הרשות פונה למשטרה לבצע חקירות אולם המשטרה לא יכולה לטפל בשל עומסים, לכן הרשות פונה לחוקר פרטי וכאן מדובר על שיקול רחב ולא שיקול טכני.

ב. מי אחראי על גיבוש התשתית העובדתית? (איסוף הראיות הנתונים בשטח): התשתית העובדתית ביחס להמתת בעלי חיים היא האם החיה חולה, צריכים להגדיר את הסממנים שעל פיהם אוספים את החיות מהרחוב, את הבדיקות שעורכים לה ואת תוצאות הבדיקות וכו'.

הבעיה אם גוף פרטי הוא זה שמגבש את התשתית העובדתית הוא לא ישלח את כולן למעבדה למשל, אלא ימית על פי העין. פחות בדיקות מעבדה ופחות הוצאות. וכל מי שיראה לו חולה הוא ישר ימית וזו מניפולציה שיפעיל. פקח החניה ימציא עובדות שלא היו, בן אדם חנה כחוק ועדיין קיבל דוח.

או כאשר שולחים חוקר אשר חקר למשך 3 חודשים נושא מסוים וחזר בלי עובדות אז האינטרס שלו זה למשוך את החקירה כדי שהיה לו עיסוק. לכן החשש שהגוף הפרטי יכול לשחק עם העובדות.

מתי כן יראו את זה כמותר? כשבעל הסמכות שהפריט יהיה מעורב בגיבוש העובדות אחרת יהיה חשש למניפולציה של הגוף הפרטי.

ג. האם קיימות הנחיות מפורטות מהגוף השלטוני לגוף פרטי? מה היה צריך לעשות הווטרין כדי שההפרטה תהיה חוקית? למשל: תאספו חתול מהרחוב רק לפי סימנים מיוחדים. רק לאחר שיאספו את החתול שהווטרין קבע בהנחיות יש להעביר את תוצאות המעבדה אליה ורק חתול שיעמוד בתוצאות האלה והאלה ישלח להמתה.

ז"א אם לא יהיו הנחיות החברה תאסוף כמה שיותר חתולים.

יהיה יותר קל להתיר הפרטה כאשר הגוף השלטוני העביר הנחיות לגוף הפרטי, ככל שהגוף הפרטי פועל ללא הנחיות ברורות אני נגד הפרטה כזאת. הנחיות מפורטות לכל השלבים ונדרש להגדיר איך פעולים.

ד. פגיעה בזכויות אדם או בעקרונות חוקתיים: ככל שתהיה יותר נגיעה לזכויות אדם, אז מבחינת החוקה צריכים להגן על זכויות אדם וההפרטה מעמידה את הזכויות אדם בסכנה. אם מדובר על עיקור חתולים זה מונע פגיעה בזכויות האדם וככל הנראה ההפרטה תהיה מותרת. אז בבני אדם אתה יכול לפגוע רק מכוח חוקי ומכוח פסקת ההגבלה, ואילו בעלי חיים צריך שיהיה ערך חוקתי.

פס"ד בורוביץ'- דובר על הרשות לניירות ערך. החשד היה לקרטל בין חברות הביטוח. היה צריך לחקור את החשד להסדר כובל ולרשות לניירות ערך היו צריכים לפנות למשטרה והמשטרה הייתה עסוקה ואמרה שאין לה משאבים לעזור כי יש להם עבירות חמורות ולא הגבלים עסקיים. הרשות לניירות ערך פנתה לחוקרים פרטיים. חברות הביטוח הם הלקוחות הכי גדולים של החוקרים הפרטיים. נניח שיש שתי חברות שהן לקוחות שלו של חוקר, הוא יצניע את אותן חברות שאיתן עובד והוא יאסוף ראיות על החברות שהן לא

לקוחות שלו וזה מצב של ניגוד עניינים. נניח שהוא יוצא לחקירה ולא מוצא כלום, האם כדאי לו לחזור לרשות לניירות ערך ולהגיד שאין כלום? לא. האינטרס שלו יהיה לנפח את החקירה, גם אם לא מצא כלום כדאי לו להגיד שיש חשדות עמוקים וימשיך לעבוד על זה חודשים עמוקים וככה הוא נמצא בניגוד עניינים חריף והכל נוגע לזכויות אדם. אם חברות ביטוח עשו הסכם כובל, אז האנשים שנחקרים ייפגעו כי מדובר על עבירות של הגבלים עסקיים, חקירה פלילית הופכת אדם לחשוד ופוגעת בזכויות אדם שלו ולאחר מכן אם יוגש כתב אישום אז לאשם וכל הליך פלילי פוגע בזכויות אדם. **אם יש נגיעה חזקה לזכויות אדם - לא נתיר הפרטה.**

(2) אופי הגוף המופרט- למי מפריטים –

א. צריכים לבדוק האם הגוף שאני מפריט לו מוכשר לתפקיד? בפס"ד זיקדינור, נניח שהייתה שם הפרטה, צריכים לבדוק האם יש להם ניסיון בבדיקת זיקוקים? האם ניתן לסמוך על התוצאות שאקבל במעבדה? זה נקרא הכשרה של הגוף הפרטי. כדי שנתיר הפרטה למשל לסוהרים בבית כלא הפרטי, מי שאותו סוהר עבר הכשרה, קורס אצל שב"ס בהכשרת סוהרים. קורס בסיסי באורך סביר שיכשיר את האנשים להיות סוהרים. לגבי חוקר פרטי - צריך לבדוק האם יודע את הדין הפלילי? האם מודע לחקירה באזהרה וכו'? לגבי פקח חניה- צריכים להסביר לו את הסמכויות שלו, הוא צריך לדעת מה עושים במקרים של אלימות מול האזרח, אם מתנגדים לתפקידו בעת תפקידו הוא צריך לקרוא לניידת ולצלם ולא לשלוף אקדח כי צריכים להסביר לו למה הוא מוכשר ומוסמך ולמה לא.

ב. רמת ניגוד העניינים : איזו עוצמה של ניגוד עניינים יש פה בהפרטה הזו כדי שיתירו הפרטה בפרשנות? שואפים לרמת ניגוד עניינים נמוכה. כלומר, צריך להראות לבית המשפט שמערכת היחסים מול הגוף הפרטי לא יוצרת אצלו רמת ניגוד עניינים גבוהה.

איך ניתן למתן רמת ניגוד עניינים ?

ההסכם אודות ההפרטה צריך לתמרץ את התפקיד כאשר מולו עומד האינטרס הציבורי, התמרץ צריך להיות כמה שיותר להחזיר חתולים אז תקבלו תמריצים. בטח לא ליצור חוזה ככל שתביאו יותר חתולים אז תקבלו יותר כסף. ככל שהאסירים משוקמים באופן יותר טוב, אז תקבלו יותר כסף. לעומת זאת פגיעה בזכויות האסיר קונסים את החבר.

(3) האם הוסדרו מנגנוני פיקוח אפקטיביים על הגוף הפרטי ?

ככל שיש מנגנוני פיקוח אפקטיביים אז אנו בעד ההפרטה, כמו תיעוד של חקירה ע"י חוקר פרטי, ניהול כלא- הכל צריך להיות מצולם ומתועד.

מה זה מנגנון פיקוח ?

עם איזה רכבים אתה יוצא עם רכבים לשטח לאיסוף חתולים, בדיקת המתקנים, לפקח ע"י קבלת דוחות, וקבלת מידע מהמעבדה.

ככל שיהיו מנגנוני פיקוח אנחנו נהיה בעד הפרטה.

נטילת סמכות –**1) הנטילה הראשונה אין לה אזכור בחוק והיא תוצרת הפסיקה. נטילת של סמכות שר ע"י****הממשלה "נטילה מכוח עקרונות היסוד הבלתי כתובים" –**

פס"ד המרכז האקדמי פרשת ייצוא הגז – מכסה של 40% לייצוא. מי שהחליט על המכסה לייצא הגז זאת הממשלה. בפסה"ד דיברנו על הסמכות, האם אפשר להבין את המכסה לייצוא בעל הסמכות לייצוא הנפט הוא שר האנרגיה וסמכותו מוקנית בחוק הנפט. הממשלה החליטה על ייצוא הגז כאשר הסמכות היא של שר האנרגיה. במקרה הזה, גוף אחר שלא מופיע בחוק הופך את עצמו לאותו בעל תפקיד שכן מופיע בחוק. הממשלה פעלה בפועל במקום שר האנרגיה. בהיררכיה של המנהל הציבורי, הממשלה היא הגוף העליון בהיררכיה, מה הסיבה שסמכויות לא מוחזקות כולן בידי הממשלה אלא בידי רשויות כאלה ואחרות – יעילות, חילוק תחומי האחריות לשרים השונים משיקולי יעילות. אבל אם הממשלה חושבת שהחלטה של שר מסוים היא חשובה למדיניות הממשלה, אין מניע שהיא תבטל את החלוקה המוסדית (כל שר מייצג את הממשלה בתחום האחריות שלו). כלומר, כל פעם שהממשלה חשוב לה עניין מסויים, היא יכולה להחזיר את העניין מהתחום הספציפי של השר לרמת הממשלה. **לא כתוב בשום מקום שהממשלה יכולה ליטול סמכות מהשר שהוקנתה לו בחוק. נקבע כי מדובר בנטילה מכוח עקרונות היסוד של השיטה.** צריך לאפשר לממשלה להתערב בעבודת השרים כשיש החלטה עקרונית וחשובה. וכי הממשלה אחראית על כל התחומים בפני העם ובפני הכנסת, אז מי שאחראי זה הממשלה. **ס' 4 לחוק יסוד הממשלה מגדיר את זה. * נטילה של הממשלה את סמכות השר.***

למה הממשלה לא עושה הכל בעצמה ? משיקולי יעילות היא מעבירה אחרית לשרים מסוימים, אבל האחריות בסוף על הממשלה. אז אם שמו רק את השר מטעמי יעילות אז הממשלה משיקולי יעילות יכולה לקחת את הסמכות בחזרה.

2) דמוי נטילה –

פס"ד התנועה לאיכות השלטון (מתווה הגז): שותפות לקידוחי גז שמצאה גז רב. הממונה על ההגבלים העסקיים מפעיל פיקוח על השותפות, הממונה רצה להסדיר תחרות בשוק הגז ורצה להסדיר מו"מ בשותפות. הוא גילה שאין לו גיבוי של הממשלה לדרישות שלו. הוא התפטר. הממשלה רצתה לקדם את עניין הגז. אם באותו מקור יש תקלה, כל המשק מנותק מגז, כי הכל שייך למאגר אחד. הממשלה חתרה לפיתוח לווייתן במקביל לתמר, כך יהיו שני מקורות והמשק הישראלי לא יהיה תלוי בתמר. הממשלה רצתה להשקיע בלווייתן והם רצו לחתום על מתווה. **שר הכלכלה יש לו סמכות בס' 52 לחוק ההגבלים –** שר רשאי לפטור הגבלי עסקי מתחולת חוק ההגבלים, סעיף מציב מטרה ציבורית חשובה מטעמי בטחון המדינה או יחסי חוץ. הממשלה רצתה להסדיר את המתווה. **השאלה היא, האם הממשלה נטלה סמכות מהממונה על ההגבלים העסקיים לשר הכלכלה?** כל מי שנוטל סמכות הופך את עצמו לאותו גורם שממנו הוא נטל את הסמכות, הוא מוסיף את עצמו כמוסמך באותו תחום. **שר הכלכלה הפך את עצמו לממונה על ההגבלים העסקיים?** הממונה רצה תחרות, השר רצה את ההפך. בשום שלב השר לא נוטל את סמכות הממונה, משום שהוא לא רצה את התחרות בשוק. השר לא רוצה להיות ממונה, אלא מפעיל סעיף שעוקף את הממונה וזאת מטעמי ביטחון ויחסי חוץ (ישראל חתמה

עם מצרים על הסכם לייצוא גז מישראל למצרים מלוויתן, גם מבחינת המדינה מקורות גז זה טוב לביטחון המדינה). לכאורה יש ויכוח בין השר לממונה, אנו צריכים לשאול האם השר נטל את סמכות הממונה? לא, כי הוא היה הופך את עצמו לממונה והוא היה צריך להסדיר את התחרות בשוק הגז, אלא הוא פעל לפי ס' 52 שמאפשר להתחמק ולנטרל את בעל המסכות ולשם קידום מתווה הגז.

3) נטילה ע"י שר של סמכות עובד מדינה מכוח ס' 34 לח"י: הממשלה – נטילת סמכות פקיד

ע"י שר:

הס' אומר: שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי, הנתונה ע"פ אותו חוק לעובד מדינה אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק, השר רשאי לעשות כאמור לעניין מסוים או לתקופה מסוימת. **פס"ד חורב – סגירת כבישים בשבת**: פקיד במשרד קיבל סמכות בחוק. המפקח על התעבורה היא בעלת הרשות תמרוך ארצית, יכול לתת הוראות לרשות המקומית. הוא אמר לה שצריך לסגור בשבת את הכביש לצורך תפילה. אם מישהו נוטל סמכות ממישהו אחר, שר התחבורה הפך את עצמו למפקח על התעבורה ובתור המפקח על התעבורה הוא נותן הוראות לסגור את הכביש בשבת, בשעות התפילה. **עניין מסויים** = סגירת כביש בר אילן בירושלים. מי שאחראי על ביצוע החוק, דהיינו, השר הוא זה שצריך לקבל את ההחלטה, משום שמדובר בכביש מאוד רגיש. **כלומר, חוק היסוד אומר שהשר יכול לקחת את הסמכות של הפקיד והשר בעצמו יפקח על התעבורה.**

תנאים להפעלת סמכות הנטילה של הפקיד אל השר, לפי ס' 34:

1. **תנאי ראשון – השר ממונה על ביצועו של חוק**: הרעיון הוא אין אחריות בלי סמכות, אם יש לך אחריות ניתן לך סמכות. אם אתה לא ממונה על ביצועו של חוק, אתה לא יכול ליטול לעצמך סמכויות. בבחינה נבדוק אם החוק שיש איתו מגדיר כי שר אכן ממונה.
2. **תנאי שני - סמכות בעלת אופי שיפוטי או מעין שיפוטי**: רשות מנהלית שפועלת כמו שופט, הדרג הפוליטי חייב להישאר בצד ולא ניתן להתערב. סמכות שיפוטית או מעין שיפוטית – **המבחן הבולט בפסיקה הוא מבחן הסכסוך מבחן ה- LIS (פס"ד המועצה האזורית חוף עזה), משמע חייב להיות סכסוך בין שני צדדים וגוף שאמור לשפוט בסכסוך הזה, אסור לדרג הפוליטי להתערב. צד אחד שמופיע מול הרשות זו החלטה מנהלית רגילה (לדוג' אדם שמבקש פיצוי כתוצאה מהפינוי בחבל עזה מול הועדה, הצדדים שהופיעו מול הועדה הוא רק צד אחד), כאשר הוא ירצה לערער על הוועדה, זה כבר יהיה שיפוטי, כי בפניה יבואו שני צדדים גם הוועדה וגם המערער אל מול הגוף השיפוטי.**

דוג לסמכות בעל אופי שיפוטי או לא: פס"ד המועצה האזורית לחוף עזה:

יש רשות אשר המפונים מופיעה בפניה לשם מתן פיצוי, האם היא סמכות בעלת אופי שיפוטי? לא, כי זה רק אני מול הרשות.

דוג' אחרת הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה – לי יש קרקע ואני מבקש היתר בניה, הוועדה המקומית לתכנון ובניה היא תיתן אישור ראשוני, הוועדה המחוזית תדון בהתנגדויות מצד המתנגדים. הוועדה המחוזית מוסכמת להכריע בהתנגדות, **האם הוועדה היא גוף שיפוטי?** כן כי יש הליך של שני צדדיים מסוכסכים, לכן אי אפשר ליטול את הסמכות בנוגע לשיפוט.

דוג' אחרת – הגשת כתב אישום נגד ח"כ או רה"מ, לאחרונה היועמ"ש הביע רצון כי בכוותנו להגיש כתב אישום תחת שימוע, המליאה של הכנסת תגיש אישור להגשת כתב אישום לכנסת. רה"מ יכול לטעון כי החסינות דרושה כדי לא לפגוע בתפקוד הכנסת, אולי יש את האינטרס הציבורי. בסופו של דבר הסיעות יכול להיות שיחתימו על חסינות. מליאת הכנסת תגבה אותם, ואז יוגש בג"ץ בעניין החסינות. אותנו מעניין האם וועדת הכנסת שאומרה להמליץ על מתן חסינות היא גוף שיפוטי או מעין שיפוטי ?

**צד אחד זה האופוזיציה או היועמ"ש אשר יתנגדו למתן חסינות ויש את רה"מ ?
לכן הוועדה היא גוף שיפוטי. או מעין שיפוטי.**

3. **הנתונה ע"פ אותו חוק לעובד מדינה** – האם ניתן ליטול מתאגיד סמכות של תאגיד סטטורי ? כל שר נוטל מאותו פקיד בחוקים שהוא ממונה על ביצועם. למשל מנהל רשות העתיקות – בתאגיד סטטטורי השר מפקח מבחון על הגומרים בתוך התאגיד ויכול למנות מפקחים. האם ניתן לאפשר לשר לפטר את מנהל התאגיד ? זה תהליך שלוקח הרבה זמן, השאלה האם צריך לאפשר נטילה במקרים מסוימים מתאגיד סטטטורי ?

אין פסיקה בעניין, אבל השופט ברק בדעת אוביטר בפס"ד התנועה לאיכות השלטון – ברק אומר לפי לשון חוק היסוד **אין סמכות נטילה**, עובדי התאגיד עם לא עובדי מדינה אז אי אפשר ליטול את סמכותם. אולם כאשר מפרשים את החוקה של המדינה, עולה כי הממשלה היא אחראית על הכל וזה מכוח ס' 32 לכן העקרון של אחריות המדינה, יוצא ממנו כי גם אם התחום אינו מוסדר בחוק אז המדינה יכולה לפעול. **אולם בס' 34 אומרים למדינה אם הדרג המקצועי יפעיל בצורה שאינה מקצועית, אז השר יכול ליטול את הסמכות. הפרשנות אשר אומרת כי התאגיד הוא סוג של איי דבר זה חותרת תחת העקרונות החוקתיים.**

לגישת המרצה חושב שזה לא עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה- עפ"י היסודות הדמוקרטיים הממשלה אחראית על כל התחומים של המדינה, אז לא יכול להיות מצב שבמקרה כזה הממשלה לא תתערב. לדוג' מנהל רשות העתיקות הוא נותן רישיונות חפירה, הוא רצה לתת רישיון חפירה במסגדים בהר הבית, מבחינת השר אם מישוהו יחפור שם תיפתח מלחמה. השר יורה למנהל רשות העתיקות לבטל את הרישיון, מנהל רשות העתיקות יטען כי הוא לא מוסמך על כך והוא זה שמוסמך על כך. לפי גישת המרצה כדי לצאת מהמצוקה הזאת צריך לפרש עובד מדינה **פרשנות רחבה** עפ"י עקרונות יסוד שהממשלה אחראית על כל התחומים – ולפרש עובד מדינה כאילו כתוב עובד ציבור. כך שבמקרים מסוימים השר יוכל להתערב ויוכל ליטול את הסמכות ורק הוא בנוגע לתחום מסוים מוסמך. במקרה שכזה **אין מניעה בחוק היסוד**. אם מתקבלת הפרשנות של המרצה, צריך לבדוק אם יש כוונה משתמעת אחרת מהחוק. **האם כוונה אחרת משתמעת מהחוק?** עצם זה שמדובר בתאגיד סטטטורי אנחנו באים בתפיסה של פחות התערבות באמצעות נטילה, לעומת עובדי מדינה שהם בתוך המשרד. כי השר הוא הבוס הישיר של אותם פקידים במשרד, הוא לא הבוס הישיר של עובדי התאגיד. ההתערבות צריכה להיות יותר נדירה ורק במקרים מיוחדים.

4. **לעניין מסוים או לתקופה מסוימת** : "אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק" **סתירת החזקה בעד נטילה** - ככלל שר רשאי ליטול/ לאצול מסמכותו. קיימת חזקה לטובת נטילה : חזקה ששר רשאי ליטול אלא אם כן יש כוונה אחרת משתמעת מן החוק. **כלומר פרשנות אחת אומרת כי הנטילה חייבת להיות מוגבלת לעניין מסוים או לא מוגבלת. למה הנטילה חשוב שתהיה מוגבלת ?** זה יגרום לרשות המבצעת לשנות את החוק. וזה מנוגד לחוק, מה אומרת הפרשנות

שזה תנאי אתה לא יכול לשנות את חוקי הכנסת, אולם אתה יכול להחליט נקודתית על הנטילה לעניין מסוים ולתקופה מסוימת.

דוג' אשר מאפשרת נטילה לתאגיד סטטוטורי – מנהל רשות החפירות הוא נותן רישיונות לחפירה, מגיעה משלחת ורוצה לחפור מתחת למסגדים בירושלים, אבל זה מנוגד למדינות הממשלה אשר קובעת שקט בירושלים, חפירות כאלה במקומות רגישים זה יגרום לפיצוץ בירושלים, ואז לפי הפרשנות של ברק הולכת להיות מלחמה, כלומר השר לא יכול ליטול את הסמכות של מנהל רשות העתיקות, אבל השר הוא נציג העם, לכן הוא יגדיר באופן נקודתי ולתקופה מסוימת לא לאפשר חפירות במקומות קדושים. זה לעניין מסוים וניתן להגדיר את זה בתקופה מסוימת.

אם מתקיימים כל 4 התנאים, אבל הגענו למסקנה כי יתכן ותנאי אחד לא מתקיים ממשיכים בנייתו, כלומר אם מתקיימים 4 התנאים אלא אם כן תוכח "כוונה אחרת משתמעת..."

למשל מנהל חפירות מבקש אישור לקיים חפירות מתחת למסגדים, יש כאן צד אד שהוא המבקש מהרשות, או אדם אשר מבקש אישור נשיאת נשק. ננתח את 4 התנאים, **כעת נבחן את המקרים אופייניים שבהם ניתן להסיק "כוונה אחרת משתמעת"**:

א. **סמכות גוף קולגיאלי מיוחד שלשר/ממשלה יש בו נציג?** הממשלה היא גם גוף כזה, היא מורכבת מהשרים ממגזרים שונים, מקבלים החלטה ע"י רוב של השרים. כאשר רוב בוחר בהחלטה מסוימת זו החלטת הממשלה.

למשל מעבירים החלטה בנוגע לחלוקת מים, נדרש נציגות של מסי גופים מכל המגזר הציבורי, אז נציגים ממגזרים שונים ומתחרים על חלטה מסוימת, הנציג של השר מייצג את עמדת השר בכדי לבטא את עמדת הממשלה, נציג השר לא תמיד ינצח בהחלטות כי הוועדות מורכבות באיזון. למה צריך איזון?

לפקיד יש חשש שיהיה מוטה לכיוון מסוים ולא יראה את התמונה כולה, ברגע שאני רוצה שיתחשבו בכל האינטרסים שמעורבים, אני דואג לנציגות של כל האינטרסים בגוף המחליט. לדוג' האינטרס של הממשלה- יהיו נציגים של הממשלה שמטרתו לייצג את השר בוועדה, הוא צריך להביא את עמדת השר בתוך הוועדה ולהצביע כפי שהשר מורה לו. באם הנציג יפסיד בהצבעה, השר ירצה לבטל את כל ההצבעה וליטול את הסמכות של הנציג לשר עצמו. במקרה שכזה, אם המחוקק הקים גוף קולגיאלי ונתן לשר השפעה בתוך הגוף, צריך להשפיע בתוך הגוף. לא ניתן לבטל את כל הגוף הזה רק בגלל שהנציג שלו הפסיד בהצבעה, ולכן במקרה שכזה הגיוני לפרש את החוק שיש כוונה משתמעת מהחוק **שלא נאפשר נטילה של סמכויות**.

ב. **נטילת סמכות של יועץ סטטוטורי**- חוקים שבהם השר חייב להיוועץ בגוף מייעץ. מדובר בהיוועצות שהיא חובה. השר לא בא לו להיוועץ ובא לו ליטול את הסמכות של הגוף המייעץ. התנאי הבסיסי ביותר של היוועצות סטטוטורית זה הליך הדדי. כלומר יש כוונה אחרת משתמעת **שלא לאפשר נטילה של סמכות שכזאת**.

ג. **סמכות של גופים בעלי עצמאות מיוחדת** – שר נוטל מפקיד, הוא אחראי וראוי שהוא ייטול את סמכות הפקיד. אך, אם זה לא פקיד רגיל, כזה שנכון לפרש את סמכותו בעלת עצמאות מיוחדת אז זה יכול לשלול נטילה. אכיפת שלטון החוק, היא שרשות עצמאית אחראית לאכיפת שלטון

החוק, ולא השלטון (הנאשם בהליך הפלילי) מתערב עצמו בשלטון החוק. **עקרונות היסוד של השיטה אינן מאפשרות ליטול את סמכות הפרקליטות או את סמכותו של היועמ"ש, העקרונות הללו מקנים לאותם גופים סמכויות עצמאיות שלא ניתן ליטול אותם.**

ד. **תחומים בעלי זיקה רחוקה למדיניות הממשלה:** לא יכול להיות שהפקיד יכשיל את השר שמייצג את הממשלה באותו תחום, כי היא נבחנה ע"י הציבור להגשים את המדיניות. תחומים בעלי זיקה רחוקה למדיניות הממשלה – **לדוג' הוועדה לאישור הפלות, הוועדה לאישור פונדקאות** – הסכמים לנשיאת עוברים. עוסקים בסוגיות מוסריות שבינן ובין מדיניות הממשלה אין ולא כלום. הממשלה מנהלת מדינה, אוכפת את החוק, מחזיקה אנשים במשמורת וכו' ולא מתעסקת במי יפיל את עוברו, או במי יאושר לו הסכם פונדקאות ומי לא. מכאן, שלא הייתה כוונה לתת סמכות נטילה בחוק יסוד לתחומים הללו, אם נמצא תחום כזה, אז יש כוונה אחרת משתמעת מן החוק ששוללת את הנטילה. **ועדת סל התרופות - תקציב לסל התרופות** – מה שיאושר אנשים יקבלו בקופ"ח, אם תרופה נכנסת לסל אנשים יקבלו אותה, באם לא ירכשו אותה באופן פרטי. הייתכן ששר ייקח את סמכות הנטילה ויבחר לחלק את התרופות בסל כרצונו? אין שום קשר לעבודת הממשלה. כל המקרים האלה מקיימים גם **את סעיף 1 גופים קולגיאליים מיוחדים וגם את סעיף 4 כאמור.**

ה. **נטילת סמכות של תאגיד סטטוטורי** – השאלה הראשונה לפני שדנים בשאלה האם יש כוונה אחרת מן החוק, **זו השאלה האם קיימת מניעה בחוק היסוד? הנתונה עפ"י אותו חוק לעובד מדינה (תנאי 3), למה יכול להיות שיש מניעה בחוק יסוד ליטול את הסמכות של תאגיד סטטוטורי? עובדים של תאגיד סטטוטורי הם לא עובדים של המדינה. תאגיד סטטוטורי הם הופרדו מהמדינה, והם עובדי העירייה / אותו מוסד שהם עובדים בו ולא של המדינה. הממשלה או שר מפעילים פיקוח על התאגיד, אין כפיפות ישירה על התאגיד הסטטוטורי. עובדי התאגיד הם לא כפופים ישירות לשר (הם לא עובדי המשרד), הם כפופים למנהל התאגיד / למועצת התאגיד. ברוב הפעמים, הממשלה אחראית למינויים. במועצת התאגיד יהיו נציגים של הממשלה, מדובר בפיקוח עקיף ולא בכפיפות ישירה.**

אוביטר של השופט ברק בפס"ד התנועה לאיכות השלטון: הש' ברק אומר באמת שר לא יכול ליטול את הסמכויות של התאגיד הסטטוטורי, וזאת כי עובדי התאגיד הם לא עובדי המדינה והאוביטר של ברק **לא ניתן ליטול סמכות של תאגיד סטטוטורי.** אם מתקבלת הפרשנות של ברק, אי אפשר ליטול. עוצרים.

לגישת המרצה חושב שזה לא עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה- עפ"י היסודות הדמוקרטיים הממשלה אחראית על כל התחומים של המדינה, אז לא יכול להיות מצב שבמקרה כזה הממשלה לא תתערב. לדוג' מנהל רשות העתיקות הוא נותן רישיונות חפירה, הוא רצה לתת רישיון חפירה במסגדים בהר הבית, מבחינת השר אם מישהו יחפור שם תיפתח מלחמה. השר יורה למנהל רשות העתיקות לבטל את הרישיון, מנהל רשות העתיקות יטען כי הוא לא מוסמך על כך והוא זה שמוסמך על כך. לפי גישת המרצה כדי לצאת מהמצוקה הזאת צריך לפרש עובד מדינה **פרשנות רחבה** עפ"י עקרונות יסוד שהממשלה אחראית על כל התחומים – ולפרש עובד מדינה כאילו כתוב עובד ציבור. כך שבמקרים מסוימים השר יכול להתערב ויוכל ליטול את הסמכות ורק הוא בנוגע לתחום מסוים מוסמך. במקרה שכזה **אין מניעה בחוק היסוד.** אם מתקבלת הפרשנות של המרצה, צריך לבדוק אם יש כוונה משתמעת

אחרת מהחוק. **האם כוונה אחרת משתמעת מהחוק?** עצם זה שמדובר בתאגיד סטוטורי אנחנו באים בתפיסה של פחות התערבות באמצעות נטילה, לעומת עובדי מדינה שהם בתוך המשד. כי השר הוא הבוס הישיר של אותם פקידים במשרד, הוא לא הבוס הישיר של עובדי התאגיד. ההתערבות צריכה להיות יותר נדירה ורק במקרים מיוחדים. איך נדע שיש כוונת אחרת משמשת לתאגיד סטוטורי – אם הפרדנו אותם מתוך הארגון הממשלתי, אז אין כוונה לנטילת סמכות, איך בלי נטילת סמכות ניתן לפקח? מינויים של עובדים, או שליטה בתקציב.

מתי נאמר שיש כוונה אחרת משתמעת ששוללת נטילה?

1. עצמאות התאגיד משיקולי מהות או יעילות? אם המחוקק רצה להפריד אותם מהמדינה כי חשוב שהם יהיו עצמאיים ← **נגד נטילה** ונגיד שיש כוונה אחרת משתמעת ששוללת נטילה. לדוג' רשות שידור ממלכתית, תפקידה להיות רשות שידור **בלתי תלויה פוליטית**, ולהעביר לנו מידע מהימן בלתי מוטה שאפשר לסמוך עליו, זה עצמאות משיקולי מהות. רשות העתיקות – מחקר אקדמי, המחקר צריך להיות נקי ועצמאי (יש שיקולי יעילות גם, אך המהות גוברת) ולא צריך להתערב בשיקולי מהות. אם אין לנו בעיה עם התערבות פוליטית בגוף הזה, או שזה פשוט יהיה יותר יעיל למדינה **נהיה בעד נטילה**. רשות הרכבות, עצמאות משיקולי יעילות – לא שולל נטילה.

2. פוטנציאל הסיכול של מדיניות הממשלה – חפירה בהר הבית יכולה לסכל את מדיניות הממשלה, אם המדיניות היא אפס אירועי בטחון ומגיע אירוע כזה ומדליק את כל השטח. פוטנציאל הסיכון הוא מאוד גדול. אם זה מאוד מסוכן למדיניות הממשלה, אז יש להתערב גם אם זה מהותי. מסוכן למדיניות הממשלה – ניתן ליטול. אם מדובר בחפירה בתל אביב באתר בניה, האם השר צריך להתערב? לא מעניין את הממשלה מה עושים בתל אביב באתר בניה, זה לא יכול לסכל לממשלה מדיניות ולכן לא יתערבו. לא קשור למדיניות הממשלה- הנטייה היא לשלול את סמכות הנטילה.

מיון השיקולים

תורת הפעלת שיקול הדעת המנהלי –

שיקול דעת – כל מצב שבו אין תוצאה אחת אפשרית, אלא מי שקיבל את שיקול הדעת יכול לבחור מבין מספר אופציות לפעולה. איך הוא אמור לבחור? מה אמור להנחות אותו כשהוא אמור לבחור? תמיד שיקול דעת מופעל לאור המטרה שלשמה הוא הוענק. רופא קיבל שיקול דעת כדי שיפעיל אותו לטובת החולה אל מול האפשרות הטובה ביותר. הרופא צריך לבחור באפשרות אשר קשורה לתכלית שיקול הדעת. אותו דבר שיקול הדעת אשר נמסר לחייל כאשר הוא פועל תחת מצב לחץ. הוא צריך לשקול אם לפתוח באש לכן יש שיקול דעת. למשל פרשת שיקול הדעת של אלאזור עזריה.

הרשות המנהלית – הציבור הפקיד את הכוח השלטוני, כדי שהרשות תפקיד אותו לטובת הציבור ותשקול מה יהיה הטוב ביותר לציבור. בחירה בין אפשרויות שונות למטרה שלשמה הוענק שיקול הדעת. שיקול הדעת המנהלי הוא הבחירה כיצד להפעיל את הכוח השלטוני אשר נמסר מכוח החוק לטובת הציבור.

יש הבדל בין סמכות חובה לבין סמכות לבין סמכות רשות?

סמכות רשות – היא סמכות עם שק"ד להפעיל או להפעל.

סמכות חובה – אין שק"ד. יש מקרים בחוק שאין שק"ד, למשל מערכת הבריאות, קופות החולים מעניקים לנו טיפול רפואי, האזרחים משלמים מס בריאות. החוק אומר אם מדד שירותי הבריאות יותר אז המדינה צריכה להעלות את התקציב של קופות החולים.

איך מפעילים?

במבחן אנו צריכים לסווג את שיקול הדעת, אם זה לא נופל באחת הקטגוריות אז זה שיקול זר.

שלב קדם לתורת הפעלת שיקול הדעת – מיון וסיווג השיקולים - שיקולים שיכולים להשפיע על התוצאה הסופית.

1. **שיקול ספציפי מרכזי** - (מרכזי = הרשות חייבת לשקול) ← שיקול ספציפי מרכזי נגזר מהתכלית הפרטיקולרית בבסיס החוק המסמך. נוגע לליבת התפקיד הציבורי או באחריות הבסיסית שהוטלה על הרשות בחוק. לדוג' שר החינוך – תפקידו לחינוך טוב בישראל. **שר האנרגיה** – **פיתוח האנרגיה בישראל**. אם מטילים תפקיד על השר? השר רשאי לשקול את השיקול או חייב לשקול אותו? שר התחבורה חייב לשקול את שיקול התחבורה. לכן, השיקול הספציפי הוא תמיד מרכזי בהחלטה, כי הרשות חייבת לשקול אותו ואין עניין של לוותר עליו.

2. שיקולים כלליים משניים –

קבוצה א': שיקול כללי משני – (הרשות רשאית לשקול) – מה זה אומר שיקולים כלליים? לא נמצא אותם בחוק הספציפי אבל הרשות יכולה לשקול אותם. ההבדל הוא שאלו הם משניים, כלומר, הרשות רשאית לשקול אותם אבל לא חייבת. מדובר על שיקולים התורמים לטובת הציבור במובן הרחב ורחוקים מליבת התפקיד.

לדוגמא, להתחשב ברגשות הדת – זה תורם לטובת הציבור והפסיקה ראתה בזה כחלק מהסדר הציבורי במובן הרחב, האם זה קרוב לליבת התפקיד של מפקח התעבורה כשהוא רוצה לסגור כביש בשבת? לא. לכן הוא כללי משני כי הוא כן לטובת הציבור אבל הוא בליבת התפקיד והוא לא פוגע בעקרונות חוקתיים או זכויות אדם והוא גם לא נגזר מעקרונות היסוד של המשפט המנהלי. ז"א זה תלוי בליבה התפקיד אם מדובר ברגשות דת אז מדובר בשיקולי ספציפי, אם זה משהו שאינו קרוב לליבה אז זה שיקול משנה שהרשות רשאית לשקול.

דוגמא נוספת – השיקול הקואליציוני, למשל עבודות הרכבת בשבת – נניח ששר התחבורה משיקולים קואליציוניים רוצה להורות על הפסקת העבודות על הרכבת בשבת. האם השר יכול להורות על כך ובאיזו קטגוריה? שר התחבורה אמון על התחבורה וההחלטה הזו תשבית את הרכבת בראשון דבר שיגביר את הפקקים בראשון – איך נבדוק לאיזה שיקול זה מתאים? נתחיל מהשיקולים הספציפיים האם הפסקת הרכבת זה קשור לליבת התפקיד? לא כי התפקיד של שר התחבורה זה לשמור על תחבורה יעילה. אז פסלנו את הקטגוריה הראשונה ועברנו לשנייה – האם זה התפרקות של הקואליציה זה פגיעה של עיקרון חוקתי? לא, כי לא מעניינה של החוקה לשמר את הממשלה. האם זה נגזר מעקרונות היסוד של המשפט המנהלי? לא. כלומר, אנחנו מגיעים לקטגוריה השלישית – האם זה לטובת הציבור לשמור על יציבות ממשלתית (שהממשלה לא תיפול כל יומיים)? כן, זה לטובת הציבור שממשלה לא תהיה בסכנת קריסה על משברים קואליציוניים אבל זה רחוק מליבת התפקיד – זה בדיוק מתאים לקטגוריה השלישית ואז הרשות רשאית לשקול את השיקול אבל היא לא חייבת.

דוגמא נוספת – איכות הסביבה לרשות הרכבות – מה ליבת התפקיד של רשות הרכבות? שירותי רכבת יעילים, בטוחים וזולים, אבל האם איכות הסביבה? לא בטוח. האם זו פגיעה חוקתית? השופט ברק שלל את האופציה של זכות חוקתית לאיכות הסביבה אז לא. האם זה נגזר מעקרונות היסוד של המשפט המנהלי? לא. מגיעים לקטגוריה השלישית – האם איכות הסביבה תורמת לציבור? כן, האם זה רחוק מליבת התפקיד? כן. אז זה מתאים לקטגוריה השלישית וזה שיקול כללי משני והרשות רשאית לשקול את השיקול אבל לא חייבת הואיל ושירותי הרכבת היא לטובת הנוסע.

קבוצה ב' זה המשך 2 :

3. **שיקול כלליים מרכזי (שיקול כללי מקבוצה ב')** – (הרשות חייבת לשקול) ← לא צמוד לתפקיד

מסוים, לא שיקול של שר התחבורה. כל רשות צריכה לשקול את השיקולים הללו:

א. **עיקרון חוקתי** – יכול להיות זכויות אדם או עקרון חוקתי אחר. למה זה שיקול מרכזי שכל רשות חייבת לשקול? לא משנה אם אתה שר התחבורה או שר החינוך, כולם כפופים לחוקה. יש פסקת כיבוד בחוקי היסוד, שאומרת כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את זכויות האדם בחוק זה. למשל חופש התנועה הוא חלק מכבוד האדם. או למשל עיריית בית שמש מחליטה כי בעיריות מסוימות תהיה הפרדה במדרכות בין נשים לבין גברים- כאן מדובר בפגיעה בתנועה, ובכבוד האדם. לכן יש כאן שיקול חוקתי. **פס"ד פורז** – יש גוף אשר בוחר את רב העיר, בגוף הזה לא היו ממנים נשים מתוך השיקול הספציפי, מה המטרה שלי כגוף הוא לבחור את רב? זה לבחור את האדם המתאים ביותר להיות רב העיר. אם אני יודע שיש זרמים מסומים שלא יבואו להיבחר מאחר ויש נשים שיהיו בגוף הבוחר. השיקול הכללי אשר נגזר מעקרון מרכזי – לא יכול להיות שבגוף שלטוני ציבורי תהיה הדרת נשים. או חיל האוויר – הוא שוקל אם לגייס לקורס טייס נשים **פס"ד אליס מילר**, השיקול הספציפי זה

הוצאות כספיות, ושיקול לידה ויצאה מכשירות טיסה. השיקול הכללי יהיה כי יש חוקה וקיימת פגיעה בכובד האדם, בשוויון למשל בג"ץ אליס מילר.

ב. נגיעה לעקרונות היסוד של המשפט המנהלי – הרשות היא נאמן לציבור. זה שיקול כללי. אם זה עיקרון יסוד של המשפט המנהלי אז האם זה משנה אם זה שר התחבורה או שר החינוך או פקיד כזה? עקרונות יסוד של תחום משפט חולשים על כל הסמכויות של אותו תחום. הגינות, שוויון, שקיפות ואמון הציבור ברשויות השלטון (פס"ד התנועה לאיכות השלטון+פס"ד דרעי ופנחסי) – שיקול שכל רשות חייבת לשקול.

פס"ד אמיתי – השר אופיר אקוניס אומר שאותה פרופ' יעל אמיתי אשר חתמה על עצומה נגד הגיוס, היא לא תמונה לגוף מחקר מדעי, השר היה אמור לחשוב ולשקול שיש כאן פגיעה באמון הציבור. אולם בג"ץ דחה את ישראל. לדעת המרצה אין פגיעה ברשויות השלטון.

לשם פסילת ההחלטה המנהלית נדרש להצביע על שיקול זר שאינו נופל לאחת הקטגוריות לעיל.

שיקולים זרים – במידה ויש לנו שיקול שלא התאים לאף אחת מהקטגוריות 1,2, או 3 אז אנחנו מסווגים אותו כשיקולים זר. כל שיקול שלא נופל בקטגוריה 1,2, או 3 הוא שיקול זר. לדוגמא, החלטנו למנות לתפקיד מנכ"ל רשות הרכבות אדם חסר כל כישורים אבל קבלן קולות במרכז של מפלגה והוא ידאג לנו בבחירות הבאות – מה השיקול הספציפי שצריך לשקול במינוי אדם לתפקיד? התאמה לתפקיד! האם העובדה שהוא ידאג לקולות בבחירות קשורה? לא! האם יש עניין חוקתי? לא! האם זה קשור לעקרונות היסוד של המשפט המנהלי? לא רק שלא זה אפילו פוגע בהם! זה פוגע באמון הציבור בשלטון, זה נוגד את ההוגנות והשוויון. אז זה לא קשור לליבת התפקיד ולא משפט החוקתי ולא עקרונות היסוד של המשפט המנהלי. האם יש כאן תרומה לטובת הציבור לבצע מינוי פוליטי ללא שום כישורים מתאימים? לא! אז זה לא מתאים לאף אחת מהקטגוריות ואסור לשקול אותו ואם הרשות תשקול אותו זה עלול להביא לפסילת ההחלטה! דוגמא נוספת, החוק אומר שמי כשיר לאמץ זה רק גבר ואשה נשואים וזוגות חד מיניים כיום לא כשירים לאמץ. נניח שלא הייתה מגבלה בחוק לאמץ והחוק היה מגדיר שאם אין מניעה שקשורה לטובת הילד (מסומם למשל) רשאי לאמץ ורשות האימוץ הייתה מנהיגה מדיניות שזוגות חד מיניים לא יאמצו ילדים – מה ליבת התפקיד של רשות האימוצים? לפקח על הליכי האימוץ וטובת הילד? הרשות המנהלית צריכה לאסוף ראיות ולגבש תשתית עובדתית, אם אין מחקרים המוכיחים שזה פוגע בילד אז אין קשר לליבת התפקיד. האם שלילת האופציה לאימוץ של זוגות חד מיניים תורם לעקרונות חוקתיים? לא וההפך! זה פוגע בעקרון השוויון, האם זה נגזר מעקרונות המשפט המנהלי? לא וההפך! זה פוגע בשוויון ובהוגנות. האם זה לטובת הציבור? אין פה שום תרומה לטובת הציבור. כלומר, זה לא נופל לאף אחת מהקטגוריות וזה שיקול זה ואסור לרשות לשקול את השיקול הזה ובאם שקלה ישנה סכנה שההחלטה תיפסל. פס"ד רסקין – האם העובדה שאולם מעסיק רקדנית בטן יכול להביא לשלילת הכשרות של אותו אולם? בימ"ש פסל את החלטה והחזיר לאותו אולם את תעודת הכשרות שלו. מה היא ליבת התפקיד של משגיח הכשרות? לבדוק את האוכל ופיקוח על כשרות המזון, אם הוא היה יכול להביא עמדה בהלכה שאם מתנהלת פעילות לא ראויה מבחינה דתית במקום מסוים זה משליך על כשרות המזון אז זה היה יכול להיות קשור לליבת התפקיד אבל אין כזו. אם היו מוכיחים לבימ"ש שאף משגיח כשרות לא יהיה מוכן להגיע לבדוק את הכשרות אז ניתן היה לקשר את זה אבל לא הוכיחו את זה. האם זה קשור לחוקתיות או לעקרונות הנגזרים מהמשפט המנהלי? לא. האם זה תורם לטובת הציבור? לא. מסקנה – זה שיקול זר.

אם השיקול היחיד אשר נשקל הוא שיקול זר, אז אין בסיס חוקי להחלטה.

אבל הם היה מצב של עירוב שיקולים כלומר שיקול טוב, ושיקול זר? באותו פס"ד של רסקין היו שיקוליים זרים ושיקולים טובים, בפסיקה היו מס' שיקולים.

האם לאור השיקול הזר ההחלטה נפסלת מיידיית? אם בהחלטה יש רק שיקול אחד והוא זר אז כן. אבל אם קיימים עוד שיקולים שהם לא שיקולים זרים אנחנו בוחנים את **מבחני עירוב השיקולים שלקוחים מהפסיקה** :

1. **מבחן ההשפעה הממשית** (קל יותר להוכחה על העותר נגד ההחלטה): אם לשיקול הזה הייתה השפעה ממשית על כל ההחלטה זה פוסל, כלומר מספיק שזה תרם למינוי זה פוסל.
2. **מבחן המטרה הדומיננטית** (קשה יותר להוכחה לעותר נגד ההחלטה): במבחן הזה אין די בהשפעה ממשית אלא בודקים מה היה השיקול הדומיננטי. האם מנכ"ל הרכבת מונה קודם כל כי הוא מתאים לתפקיד ובנוסף לכך יש לו קשרים פוליטיים ולא הצלחנו להוכיח שהוא מונה רק בשל קשריו הפוליטיים אז ההחלטה כשרה. אבל אם הדבר היחיד שהיה מעניין זה השיקול הפוליטי והכישורים לא ממש היו דומיננטיים אז על ההחלטה להיפסל.

לאחרונה פורסם פס"ד לוחמים לשלום:

מדובר על הטקס המשותף של משפחות פלס' וחיילי צה"ל – טרם הדיון בפס"ד נזכיר את הפס"ד של לארא אל קאסם, בימה"ש אישר להכניס את הסטודנטית ויש לאוניברסיטה להיכנס ללמוד, באותו טקס היה אינטרס של המשפחות הישראליות להכניס את המשפחות הפלס', רוה"מ ושר הביטחון היה לו מס' שיקולים למנוע את כניסת המשפחות:

שיקול ביטחוני הוא – שיקול ספציפי, אז באותה תקופה לא הייתה שום מניעה ביטחונית אשר מנעה כניסת המשפחות, בנוסף הטקס מתקיים כבר 13 פעמים ואין בעיה ביטחונית- לכן השיקול הביטחוני נפל.

לא ראוי לקיים את הטקס – שיקול כזה אינו נופל לאחת הקטגוריות לעיל.

כיום של טקס כזה ביום הזכרון – זה עלול לפגוע ברגשות של המשפחות השכולות, זה נופל לשיקול כללי משני = הרשות לא חייבת לשקול. תורם לטובת הציבור במובן הרחב, אך רחוק מליבת התפקיד הרי שר הביטחון שוקל שיקולים ביטחוניים.

אם מדובר בשיקול משני מצד שר הביטחון אז לא בטוח שהוא יצליח, אל מול זה המשפחות מציגות שיקול מרכז לקיום הטקס אז ינצחו בעתירה :

1) נגזר מתוך החוקה – האם קיים שיקול פוליטי, המשפחות רוצות להעביר שיקול פוליטי כי די להרג משני הצדדים. ברגע שאני אזרחי ישראל בחור אמצעי לחופש הביטוי מסר פוליטי אז מכוח החוקה ניתן לממש את חופש הביטוי, דבר כזה לא פוגע באף אחד.

למשל מדיני החוזים פס"ד קסטנבוים נגד חברת קדישה – חברת קדישה רצתה כיתוב בעברית ואילו קסטנבוים רצו בעברית. כאן מדובר על חופש הביטוי.

2) נגזר מע' היסוד במשפט המנהלי – **הגינות** למשל שלילית רישיון עבודה, וכעת שללו אותו. מי שיש לו רישיון יש כאן אינטרס ציפיה ואינטרס הסתמכות. נחזור לפס"ד של המשפחות במשך 12 שנים הטקס מתקיים – **אינטרס הציפה** קיים עד שרוה"מ החליט לעצור את הטקס אך כעת

בג"ץ הנחה לאפשר את הטקס הזה ובכך אינטרס הציפיה מתגבר. **ההסתמכות** – מתחילים לארגן טקס כזה מס' חודשים מראש לרבות תיאומים לוגיסטיים וכו'..
לסיכום מבחינה משפטית, יש שיקול אחד משני שלא לקיים את הטקס, ויש 4 שיקולים מרכזיים כן לקיים את הטקס.

קעת נבחין שני מקרים אשר נראים שיקול כללי משני אולם יש טעמים להפוך אותו לזר:

שיקול שנופל לגדרו של קטגוריה 2 – ישנם מקרים שבהם אותו שיקול שיכנס לקטגוריה 2 יהפוך לשיקול זר ← לכן אני אבדוק כל שיקול שנופל לקטגוריה 2 אם הוא שיקול שנראה כללי משני אולם יוכר כזר מהטעמים הבאים:

1. השיקול באחריותה של רשות אחרת (פס"ד כרדוש + חורב + שיקול קואליציוני לדרג מקצועי) : פס"ד כרדוש – התפקיד של רשם החברות, אמור למפות את כל האישיות המשפטיות שמהוות חברה בע"מ, שהן אישיות משפטית שיש לה פעילות מסחרית ושהיא מבצעת פעולות כלכליות ומתקשרת בחוזים לעומת חברות קש שכל מטרתן זה להונות אנשים אחרים – כך הרשם מנהל מרשם חברות. בפס"ד כרדוש הרשם לא היה מרוצה מאופי הפעילות העסקית של חברה כלשהי, הרשם חושב שזוהי חברה להוצאה לאור שחלק מהפרסומים הם פרסומים שפוגעים בביטחון המדינה. **קטגוריה 1** – התפקיד הספציפי של רשם החברות זה לא לפגוע בביטחון המדינה. **קטגוריה 2** – האם חוקתית המדינה מחייבת אותו להתערב? לא, גם לא לפי יסודות המנהל. **קטגוריה 3** – אם לא יפצו פרסומים של חברות שפוגעים במדינה – זה תורם למדינה ולציבור, אך זה רחוק מליבת התפקיד של רשם החברות. **ביהמ"ש קובע כי עבור רשם החברות זה שיקול זר ומטרה זרה ולכן קובע שהוא לא יתערב בזה. הצנזורה היא זו שאחראית על צנזורה על פרסומים וכו' והיא הרשות שעליה לדאוג לכך, לכן עבור הרשם זה שיקול זר. פס"ד חורב** – פתיחה וסגירה של כביש בר אילן. אחד השיקולים שעולים שם זה אלימות סביב פתיחת הכביש בשבת. שיקול – אם נפתח את הכביש, זה יוביל לאלימות. התפקיד הספציפי שהוטל על שר התחבורה (כמפקח על התעבורה) עליו למנוע אלימות? לא. **קטגוריה 2** – עקרונות יסוד של דמוקרטיה אלימות אמורה להיות מחוץ למאבק הפוליטי ולא ישקלו אותה כשיקול. **קטגוריה 3** – אם נפחית את האלימות ברחוב זה טוב לציבור? כן, אבל זה רחוק מליבת התפקיד של שר התחבורה. הש' ברק אומר החשש מאלימות הוא שיקול זר, משמע לא מדובר בקטגוריה שלוש אלא בשיקול זר. טעם 1: יש רשות אחרת – מדובר במדינת חוק, ויש משטרה שהיא ממונה על הסדר הציבורי זה לא מתפקידו של שר התחבורה להפחית את האלימות, ואם השר חושב שפתיחת הכביש בשבת תגרום להפרות סדר תדבר עם המשטרה שתערך לכך. **שיקול קואליציוני לדרג מקצועי** – לשמור על יציבות הממשלה וליציבות שלה זר תורם ליציבות של הציבור זה נופל לקטגוריה 2 זה תורם לטובת הציבור אולם זה רחוק מליבת התפקיד. עולה השאלה אם דרג מקצועי יכול לשיקול שיקול קואליציוני האם אותו הדרג צריך לשיקול אם הפעולה שלו יכול להשפיע על הפן הפוליטי? לא השר צריך לשיקול שיקולים פוליטיים. לכן עבור הדרג המקצועי זה שיקול זר.

2. עקרונות היסוד תומכים בהפיכת השיקול לשיקול זר – **פס"ד כרדוש** – כל התערבות של רשם החברות בתוכן הפרסומים זו פגיעה בחופש הביטוי, מדובר בעיקרון יסוד שנגזר מח"י: כבא"ח. עבור רשם החברות זה שיקול זר, והפרדת הרשויות תומכת בזה שהרשם לא יכנס לכך, לא הוטל עליו בחוק לבצע צנזורה. לכן, עקרונות היסוד תומכים בכך שרשם החברות לא יעשה את זה ולא ישקול זאת. לכן, מה שתורם לטובת הציבור הופך להיות שיקול זר. **פס"ד חורב** – טעם 2: "אלימות היא מחוץ לתחום בדמוקרטיה" – הש' ברק אומר כי אם שר התחבורה ישקול את החשש מאלימות, הוא ייתן וטו לקהל האלים. העובדה

שמישהו יהיה אליהם כלפי החלטה של שר, בדמוקרטיה היא עובדה לא רלבנטית, המשטרה תטפל בו. לא רלבנטי לקבלת החלטות פוליטיות בחברה דמוקרטית. אלא תשקול אף פעם שמישהו יהיה אליהם, אסור לשקול שיקולים פוליטיים בגלל אלימות. עקרונות היסוד הדמוקרטיים תומכים בזה שהחלטה של רשות מנהלית, לא תוביל לאלימות של מישהו – לכן, זה לא נופל בקטגוריה 2, אלא מדובר בשיקול זר.

תורת הפעלת שיקול הדעת- עילת הסבירות :

שלב א' – להפעלת שק"ד

הנהחה שלא מצאנו שיקולים זרים וכולם שיקולים טובים, מתחילים לשקול: שקילת השיקולים המרכזיים בלבד- חייב לשקול- מה שהוטל בחוק! ייתכן וכולם פועלים לאותו כיוון וייתכן שהם מתנגשים. (רק קטגוריות 1+3). **קודם צריך להתחיל עם השאלה אשר עומדת בפני הרשות –** למשל האם לסגור את כביש בר אילן, או האם לרכוש את הקטר המהיר והמזהים או הקטר שהוא טוב לסביבה. או האם ניתן לעצור את עבודות המיגון של חדר המיון ברזילי בשל חשד מחילול קברים. או האם ניתן שלא לפטר עם כתב אישום בגין שוחד כדי למנוע קריעת הקואליציה **(פס"ד התנועה לאיכות השלטון - פרשת דרעי)**, או האם ניתן להפסיק מיידית את חלוקת המענקים למגדלי פרחים שכן נגמר התקציב **(פס"ד מרדי)**. האם ניתן לסרב לכניסת המשפחות השכולות הפלסי' לטקס הזיכרון המשותף אשר מתוכנן ליום הזיכרון **(פס"ד לוחמים לשלום)** ז"א זה מתחיל בשאלה אשר מגיעה לשולחנה של הרשות כי היא מעוניינת לדון בשאלה או ע"י אזרחים. כלומר או שהרשות יוזמת את זה או שזה מגיע דרך האזרחים. השר צריך לענות על השאלה אם הוא לא יכול הוא יכול להיעזר ביועמ"ש.

מדובר בשיקולים עליונים נורמטיביים -

למשל : אם לשים אסיר בצינוק זה טוב למשמעת בכלא – חיזוק המשמעת בכלא : קטגוריה 1- התפקיד הספציפי שהוטל בחוק הוא לנהל כלא ובין השאר לשמור על המשמעת בכלא, ומעביר מסר לאסירים האחרים. השיקול הזה תומך . התנאים בצינוק הם כל כך קשים דבר הפוגע בכבא"ח – החוקה אומרת אל תנקוט כלפי האסיר בפעולות כאלה שפוגעת בו. **אלה הם שיקולים מתנגשים** : מול המשמעת יש את השיקול החוקתי (הבריאותי) ומנוגד לזכויות האדם ולחוקה. מדובר במצב שצריך לאזן בין שיקולים ולהגיע למסקנה. **הפתרון** - להפעיל את פסקת ההגבלה ולבדוק אם השיקול עומד שם, ואיזה שיקול גובר על מי. **דוג' שהשיקולים המרכזיים הולכים לאותו כיוון** : האם לסגור כביש בשבת בשעות התפילה ? קטגוריה 1- מבחינה תעבורתית, זה טוב שהכביש יהיה סגור או פתוח? **מבחינה תעבורתית –** התפקיד הספציפי מרכזי לדאוג להסדרי התנועה, לתעבורה טובה ותעבורתית זה תמיד טוב כבישים פתוחים. אם חוקתית אני לא מזהה פגיעה בחופש הדת אלא ברגשות הדת, ויש פגיעה בחופש התנועה- השיקול הספציפי התעבורתי אומר שיש לפתוח את הכבישים. **השיקול החוקתי- חופש תנועה והחופש מדת. כל השיקולים המרכזיים פועלים לאותו כיוון לפתיחת הכביש.**

לאחר ששקלנו, יש שתי תוצאות אפשריות :

תוצאה 1 – אפשרית : השיקולים המרכזיים מחייבים כך או אחרת – לדוג' שקלתי את השיקולים המרכזיים וחייבים להשאיר את הכביש פתוח. **אם השיקולים המרכזיים מכריעים – נגמר הסיפור!** לדוג' לאחר בחינת פסקת ההגבלה המשמעת גברה על הבריאות של האסיר - חייבים ללכת על פי השיקולים המרכזיים ← **אין שלב ב'.** זו החובה שחלה בחוק, זה התפקיד שחל עליה בחוק. האחריות מוטלת עליך חייבת שתפעל כך, זו החובה ולכן יש לפעול כך!

תוצאה 2- אפשרית : השיקולים המרכזיים אינם מחייבים פעולה כזו או אחרת (אינם מכריעים) – גם כששוקלים את השיקולים המרכזיים אפשר לפעול כך או אחרת. אם השיקולים אינם מכריעים **אז מתחיל שלב ב' –** שקילת שיקולים משניים (קטגוריה 2). דהיינו האחריות הבסיסית שהוטלה עליי מחייבת אותי כך או אחרת.

שלב ב' – שקילת שיקולים משניים (קטגוריה 3)

אל שלב ב' נגיע רק כאשר הגענו בשלב א' לתוצאה אפשרית 2 : כלומר, הגענו למצב שבו השיקולים המרכזיים לא מכריעים ואנחנו עוברים לשלב ב'. **בשלב הזה אנחנו בודקים שיקולים משניים על מנת שיטו את הכף לכאן או לכאן. חשוב לזכור :** אנחנו תמיד באים עם הנטייה של בעל התפקיד ששוקל את השיקול. לדוגמא, אם הבקשה היא לסגור כביש בשבת (פס"ד חורב) והשיקולים המרכזיים בשלב א' לא מכריעים אז אנחנו מגיעים לשלב ואנחנו בוחנים שיקולים משניים (למשל, התחשבות ברגשות דת), אנחנו באים עם נטייה של שר התחבורה כי הוא זה ששוקל את השיקול, מה תהיה הנטייה שלו? להשאיר את הכביש פתוח כדי שהתנועה נהיה חופשית ונוחה וכעת יצטרך להיות שיקול משני מאוד משמעותי כדי שיטה את הכף לכיוון של סגירת הכביש בשבת.

דוגמאות מלאות לניתוח של תורת הפעלת שיקול דעת :

דוגמא 1 - ניתוח מלא של תורת הפעלת שיקול הדעת על פס"ד חורב : הסמכות שך המפקח על התעבורה, הוא קובע את הסדרי התנועה, חלק מהסדרי התנועה יכול להיות גם כביש סגור בשבת כי יש שם דתיים. בסוף מי שקיבל את ההחלטה הוא שר התחבורה, ע"י נטילת הסמכות מהמפקח. השר הופך את עצמו (נוטל) למפקח על התעבורה והוא צריך לשקול את השיקולים שהמפקח על התעבורה שוקל. על מה המפקח על התעבורה ממונה? על התעבורה! אז איך נקרא לשיקולים הללו? יש לנו שני שיקולים תעבורתיים (שיקולים ספציפיים) : **השיקול הראשון :** כביש בר אילן הוא אוטוסטרדה (עורק תחבורה ראשי). **שיקול שני :** אנשים גרים שם וסגירת הכביש תחסום את הגישה של אנשים למקרקעין שלהם (על מנת לחשב כמה אנשים ייפגעו מזה יש לבדוק כמה מתוכם חילוניים). מבחינת הנשיא ברק קיים פה גם **שיקול חוקתי :** ח"י חופש התנועה = שיקול כללי מרכזי (חוקתי – קבוצה ב'). אין לנו כאן התנגשות בין השיקולים והם הולכים לאותו כיוון משום שאם הכביש פתוח זה טוב גם לתעבורה וגם לחוקה ואם הכביש סגור זה רע גם לתעבורה וגם לחוקה. יש לנו 3 שיקולים : 2 תעבורתיים ואחד חופש התנועה. **מתי נגיע לתוצאה 2 אפשרית?** נגיע לתוצאה 2 אם נוכל להגשים את השיקולים המרכזיים גם כאשר סוגרים את כביש בר אילן, למשל קיומו של עורק תחבורה ראשי חלופי שלא מכביד על הנוסע. בשלב זה יהיה צורך בהתייעצות עם מומחה שיבדוק

כמה מכוניות יגיעו לכביש העוקף. נניח שהכביש העוקף לא ייצור עומס כלכלי נכבד אז הגשמנו את השיקול הזה. בשיקול השני נצטרך לבדוק כמה אנשים חילונים לא יוכלו להגיע הביתה? נמצא פיתרון – מדבקות על הרכבים + אורחים חונים 300 מ' מהבית ואז צלחנו גם את השיקול הזה. בפס"ד הרשות לא בדקה כמה אנשים חילונים גרים שם ומה הדרישות שלהם ומה תהיה הפגיעה בהם אם הכביש יהיה חסום – אוטומטית אנחנו מגיעים לתוצאה אפשרית 1 כי אם לא דאגנו לשיקולים אנחנו חייבים להשאיר את הכביש פתוח. בפס"ד פסלו את ההחלטה בעניין זה. אם יש כביש חלופי + דאגנו למדבקות לתושבים הצלחנו לסמן וי על שני שיקולים וכעת אנחנו בשיקול השלישי : אם הצלחנו לסמן וי על שיקולים 1+2 זה אומר בעצם שאין בעיה בחופש התנועה ואז יש גם וי על השיקול השלישי. כלומר, הגענו לתוצאה 2 כי סימנו וי על כל השיקולים. כלומר השיקולים המרכזיים לא משפיעים : כי גם הכביש ייסגר וגם אם יישאר פתוח השיקולים המרכזיים יהיו וי וי וי.

שלב ב' - אם אין לנו שום שיקול משני שיכול לתמוך בסגירת הכביש – חייבים להשאיר פתוח. בהנחה שהשר אמר שאם כביש בר אילן לא ייסגר בשעות התפילה הוא יפרוש מהממשלה ומבחינת ראש הממשלה זה איום על ראש הקואליציה ושר התחבורה אף הוא לוקח את האיום ברצינות והוא מפעיל שיקול קואליציוני – כדי לשמור על הממשלה החליט שר התחבורה לסגור את הכביש בשבת. חייב שיהיה איום ממשי על יציבות הממשלה כדי לסגור כביש בשבת. כלומר, השר נוטל מהמפקח את הסמכות בשל השיקול הקואליציוני.

אפשרות אחרת – התחשבות ברגשות הדת (שיקול משני אחר) - אין חשש שהממשלה תיפול אך הציבור הדתי מביא את שר התחבורה לסיור בשבת והשר מבין שלא ניתן לקיים תפילה ברעש של הכביש המהיר. השר מבין שיש ציבור דתי גדול ואם סוגרים את הכביש זה לא יוצר בעיה תעבורתית רצינית כי יש כבישים עוקפים. **הפסיקה קבעה** שרגשות הדת זה חלק מהאינטרס הציבורי וחלק מהסדר הציבורי והוא רוצה להתחשב בכך ולסגור את הכביש. במידה וזה היה המצב – הסגירה הייתה חוקית. שיקול משני – ראשי ולא חייב.

דוגמא 2 – סגירת רחוב שינקין בתל אביב במהלך השבת : מה ההשלכות של סגירת רחוב שינקין בשבת? זה לא עורק תחבורה ראשי אבל זה עדיין כביש גישה למקרקעין ועדיין יש מגבלה על חופש התנועה. אז יש לנו כמה שיקולים :

1. נתיב תחבורה
2. כביש גישה למקרקעין
3. חופש התנועה

נניח ועל השיקול הראשון סימנו V כי אין נזק משמעותי לתחבורה. בנוגע לשיקול השני ל-80% אין רכב וכל היתר חונים ברחובות או שנשים להם מדבקות וניתן להם גישה. אם אין לנו בעיה בשיקול 1 ובשיקול 2 אז גם אין מגבלה על חופש התנועה ויש לנו VVV. אם לא היינו מצליחים לסמן V על 1-3 היינו מגיעים לתוצאה 1 אפשרית והכביש יישאר פתוח. אם הצלחנו לסמן V על כולם אנחנו בתוצאה אפשרית 2 ואפשר גם לפתוח וגם לסגור. ואז אנחנו בודקים שיקולים משניים : למשל, התחשבות ברגשות דת : מתברר שבתוך שינקין יש 10 חרדים מתוך 500 תושבי הרחוב שהגיעו לשכונה חילונית בידיעה שאורח החיים החילוני אז האם אנחנו צריכים להתחשב בהם על חשבון ה-500? לא, אין פה שיקול רציני של רגשות הדת והוא לא מצדיק את סגירת הכביש. כלומר, שאני

ניגשת לשלב ב' שבו אני בודקת את השיקולים המשניים אני תמיד באה עם הנטייה של בעל התפקיד ששוקל את השיקולים : בדוגמא שלנו שר התחבורה תמיד יעדיף לפתוח את הכביש כי הוא רוצה תעבורה חופשית ונוחה ואז אני אגיע לשלב ב' ויהיה צורך בשיקול מאוד מהותי שישכנע אותי להטות את הכף אל עבר סגירת הכביש.

דוגמא 3 – רשות הרכבות – הולך להיפתח הקו מתל אביב לירושלים. אפשר לקנות את קטר א' – מהיר ומזהם ועושה את הדרך בחצי שעה. או לקנות את קטר ב' – איטי ואקולוגי עושה את הדרך בשעה ורבע. יש מכרז, למכרז ניגשו שתי חברות האחת מציעה את קטר א' והשנייה את קטר ב'. במי בחרים? **שלב א' – שיקולים מרכזיים בלבד :** יעילות הרכבת : האם ניתן לבחור בקטר ב'? לא כי זה לא יעיל. כלומר, ברגע שיש לנו X אחד כבר אז אנחנו יודעים שאנחנו בתוצאה אפשרית 1 – ואנחנו בוחרים בקטר א'.

שינינו את הנתונים : וכעת ההפרש בין הקטר המזהם אל הלא מזהם הוא 5 דקות. השיקול הראשון שלנו הוא מהירות ויעילות הרכבת : גם 30 דק וגם 35 דק זה הרבה יותר מהירה מהשעה וחצי באוטובוס. כלומר סימנו V על שיקול היעילות של הרכבת. סימנו V וכעת אנחנו בתוצאה 2 ואנחנו מגיעים לשיקול משני : **איכות הסביבה :** קטר ב' הוא יותר נקי לסביבה אבל קטר א' מזהם יותר בצורה מינורית לחלוטין. כלומר, השיקול המשני לא ממש משמעותי. אז הרשות תגיע לשלב ב' והיא בעד יעילות ומהירות (אמרנו שתמיד באים עם הנטייה של בעל התפקיד) והשיקול המשני לא משמעותי אז במה נבחר? בקטר א' כי הוא מהיר יותר והשיקול המשני לא מטה את הכף לצד השני כי הוא לא משמעותי.

שינינו את הנתונים : וכעת נאמר לנו שאם אנחנו בוחרים בקטר ב' כל מי שנוסע מתל אביב לירושלים יגיע באיחור של 5 דק וזה יעלה למשק 2 מיליארד שקל בשנה. האם ראש רשות הרכבות צריך לדאוג ליעילות המשק? לא, אבל זה ייכנס בשיקולים המשניים. אז נניח וסימנו V בשלב א' והגענו לשלב ב' ועכשיו יש לנו שני שיקולים משניים : נניח ויש חיסכון משמעותי בזיהום אוויר בין קטר א' לקטר ב' אבל את השני מיליארד שקל שאנחנו נחסוך אם נבחר בקטר המזהם ונשקיע את השני מיליארד בשמירה על איכות הסביבה. השיקול המשמעותי הוא החיסכון למשק של ה-2 מיליארד והשמירה על הסביבה בעזרת השני מיליארד אז נבחר בקטר המזהם והמהיר ונשקיע את ה-2 מיליארד באיכות הסביבה מכיוון שלא הגיוני לחסוך מעט באיכות הסביבה ולפגוע מהותית באיכות המשק כשאנחנו יכולים לבחור בקטר המזהם שמגדיל את איכות העבודה במשק ואז המדינה מרוויחה מיסים (יותר שעות עבודה, משכורת גבוהה יותר, מס גבוה יותר) ואז את הרווח להשקיע באיכות הסביבה ולתרום לה הרבה יותר מאשר מה שהייתי תורמת לה בקטר הלא מזהם.

פס"ד פורז – דוג' לשני שיקולים מרכזיים מתנגשים שלא נעשה בהם פסקת ההגבלה (נעשו לפני המהפכה) : גוף שבוחר את רב העיר, ממנים לגוף הזה גברים ולא אישה כדי שהמועמדים לתפקיד ירגישו יותר בנוח. ההחלטה לא לכלול אישה בגוף שבוחר את הרב. **שלב א' –** שקילת שיקולים מרכזיים בלבד !! 1. שיקול ספציפי מרכזי - בחירת רב העיר הטוב ביותר. 2. פגיעה בשוויון המגדרי כעיקרון חוקתי – כללי מרכזי (קבוצה ב' – של החוק ושל עקרונות היסוד של המשפט המנהלי). השיקולים הינם מתנגשים : האחד אומר, אל תמנו נשים לגוף הזה כי פחות מועמדים טוב לרב העיר יהיו מוכנים לקחת חלק בהליך הזה, השיקול השני אומר – תמנה נשים לגוף הזה, כי אם לא תמנה

אתה פוגע בחוקה ובעיקרון חוקתי. ברק הגיע לאיזון הבא משום שאז לא הייתה פסקת ההגבלה – אם תוכיחו לי שאי אפשר לבחור עיר בסיטואציה שיושבת אישה וכך תסוכל לחלוטין מטרת החוק, אז השיקול הספציפי של רב העיקר גובר על עיקרון השוויון. אבל, מכיוון שביהמ"ש לא ישתכנע שאם תשב אישה לא יהיו מועמדים לרב העיר – השיקול החוקתי גובר, וכך חייבים למנות אישה לגוף שבחר את רב העיר. ביהמ"ש עמד על העיקרון החוקתי בלי לפגוע במטרת החוק. **בג"צ הפרדה מגדרית במוסדות אקדמיים** – להנגיש את ההשכלה הגבוהה לציבור החרדי ולקדם את שילובו בשוק העבודה. אבל, יש פגיעה בחוקה, כי מרצות נשים לא יכולות ללמד במסלול הספציפי הזה. יהיו חברי סגל שיוכלו ללמד בכל המסלולים, ויהיו מרצות נשים שהן מנועות ממסלול שלם. **שלב א' – שקילת שיקולים מרכזיים !! 1.** שיקול מרכזי ספציפי – אם לא יפרידו את המסלול, הסטודנטים החרדים לא יבואו ללמוד – הנגשת הלימודים לציבור החרדי. **2.** שיקול כללי מרכזי – פגיעה בשוויון, פגיעה בחופש העיסוק – קיימת פגיעה בחוק. שתי דרכים להחלת עיקרון השוויון – אם הגוף הוא דו מהותי, אז חלק מהנורמות של המשפט הציבורי חלות עליו ולחייב אותו שלא להפלות, בנוסף החוק אוסר אפליה בעבודה והחוק חל עליו. דרך אחרת – לחפש את הגוף השלטוני (המלי"ג), אסור לתת רישיון למסלול שתקיים בו אפליה. **פס"ד מרזי** – מגדלי הפרחים מחלקים להם מענק, וזאת בשביל לעודד את מגדלי הפרחים. באמצע שנת התקציב נגמר הכסף בקופה. פרסמו מודעה – "מי שלא הגיש את הבקשה עד לתאריך מסוים, נגמר הכסף". **שלב א' – שקילת שיקולים מרכזיים : שיקול ספציפי מרכזי** – לעודד ייצוא, ותמיכה במגדלי הפרחים והחקלאים. **שיקול כללי מרכזי מקבוצה ב'** על כל רשות מנהלית יש חובת הגינות ולא להפתיע את האזרח באופן שהוא לא הוגן, וממנה נגזרת החובה לנהוג בשוויון ואם הרשות מפלה בין מגדל פרחים אחד לבין האחר – זה לא פוגע אמנם בעיקרון חוקתי, אך זה פוגע בשוויון המנהלי. הש' זמיר אומר כי חייבים לשלם לכל מי שעומד בקריטריונים את הכסף. **ברגע שאי אפשר לסמן V על אחד מהמרכזיים תוצאה 1 אפשרית – חייבים לפעול לפי המרכזיים כך או אחרת, לכן חייבים לשלם לכל אלו שעמדו בקריטריונים. לכן, אין שלב ב'.** (אם היינו יכולים לסמן וי על כל המרכזיים היינו מגיעים לשלב ב') העובדה שזמיר לא מאזן בכלל ואומר שחייבים לשלם, אומרת כי **השיקול התקציבי שאין כסף, הוא שיקול כללי משני מקבוצה א' ואסור להם לשקול את השיקול התקציבי והם בתוצאה 1 אפשרית שהם חייבים לתת את כל הכסף והם חייבים לשמור על השוויון וההגינות.** בהנחה שניתן לאזן את השיקולים (ע"י הבטחה בלא נקיטת סכום מסויים, והפחתה לכולם בשלב מאוחר יותר) אם אני מסמנת על כל השיקולים וי אני בתוצאה 2 אפשרית – **שלב ב' – שקילת שיקולים משניים** – השיקול התקציבי – שאין כסף. אם אני לא מצליחה לסמן וי על כל המרכזיים – אני בתוצאה 1 אפשרית וצריכה לשלם את כל הסכום וזה שאין לי כסף, זה לא אמור להיות שיקול משני ולא לוקחים את זה בחשבון.

המיגון של חדר מיון ברזילי בשל חשש מחילול קברים – שר הבריאות ליצמן, רצה למגן את חדר המיון של ביה"ח ברזילי באשקלון וזאת משום הקסאמים. העבודות חלות ומתגלים שם קברים יהודיים. השר חושש מחילול קברים והוא מורה על הפסקת העבודות. השאלה אם אפשר להפסיק את העבודות בשל חילול קברים? אפשר לטעון שיקול של כבוד המת וקיימת פסיקה שאומרת שזה ערך חוקתי, חילול כזה של קברים פוגע ברגשות הדת. במקרה כזה, שר הבריאות ממונה על בתי חולים ממשלתיים, שבו אמורים להתאשפז והמקום אמור להיות בטוח. לכן, רגשות הדת זה שיקול משני כללי קבוצה א'. **שלב א' – שקילת שיקולים מרכזיים – שיקול מרכזי ספציפי** – מיגון חדר המיון, שירותי אשפוז בטוחים. **במידה והעניין לא דחוף – וניתן לדחות משמע אני מסמנת וי שלב ב' – ואני בתוצאה 2 אפשרית** – לכן אפשר לשקול שיקול משני של רגשות דת. אם קיים איום ממשי וזה דחוף,

מדובר בסכנת חיים – לא ניתן לסמן וי על השיקול המרכזי הכללי, לכן אי אפשר לדחות את העבודות וצריך למגן מיד, אני בתוצאה 1 אפשרית – צריך למגן מיד את חדר המיון ואסור לשקול את רגשות הדת. כך רה"מ פסק.

בהנחה שאפשר בהשקעה סבירה לבנות גשר מעל האתר הארכאולוגי ולהמשיך את עבודות המיגון, אפשר לסמן וי על השיקול המרכזי ספציפי של המיגון ואז אני עוברת לשלב ב' – תוצאה 2 אפשרית וכן לשקול את רגשות הדת.

מנהל העתיקות התערב בעניין ורשות העתיקות בדקה את האתר הארכאולוגי וקבעה שזה לא יהודים ולא אף דת אחרת – כשאני מגיעה לשלב ב' אני בעד למגן מיד ובכמה שפחות עלות. מגיעה לשלב ב' – רק אם השיקול המשני הוא רציני זה יגבור על הנטייה הראשונית של הרשות. בגלל שאין אף קבוצה בחברה הישראלית שרגשות הדת שלה יפגעו – לא צריך לבנות גשר, אלא למגן בכמה שפחות עלות בלי להתחשב בקברים הללו.

פס"ד אמיתי – האם אני שר המידע יכול שלא למנות את פרופ' אמיתי בשל עצומה מלפני 20 שנה. **שלב א' –** אני כשר המדע יש לי שיקול מרכזי כן למנות אותה כאן מדובר על שיקול ספציפי מרכזי "מאוד מתאימה לתפקיד" אם השר לא רוצה למנות אותה אז זה שיקול לרעתו, יש גם שיקול כללי מרכזי אשר פועל שלא למנות אותה בטענה כי מדובר בעבירה פלילית. השר מעלה גם טענה של פגיעה קשה באימון הציבור ברשויות השלטון (**פס"ד התנועה לאיכות השלטון**). שני השיקולים הם לא מרכזיים. אז השיקול של השר אינו מתקיים. יש כאן רק שיקול ספציפי אחד שכן צריך למנות, יוצא מזה שהשיקול קובע שצריך למנות אותה, ולפי דוקטרינת הסבירות נדרש למנות אותה. עוד שיקול מה יקרה לאדם מהציבור אשר חתם על עצומה וכעת לא ממנים אותו זה דבר אשר פוגע בחופש הביטוי ז"א מדובר על שיקול מרכזי כללי. **מכאן אין שלב ב' ויש למנות אותה.**

פס"ד לוחמים לשלום – האם אני שר הביטחון רשאי לסרב לכניסת משפחות פלס' לטקס זכרון משותף? שר הביטחון אומר שלא ניתן לקיים את הטקס, יש כאן פגיעה ברגשות של המשפחות השקולות. לכן כאן שיקול משני שהוא רגשות המשפחות השקולות והציבור. השיקול הספציפי של שר הביטחון הוא בטחון המדינה אולם הוא לא שכנע את בימה"ש כי הטקס מתקיים 13 שנים ברציפות לכן השיקול הזה נופל. בשיקול הכלל המרכזי יש 4 שיקולים:

- (א) חופש הביטוי הפוליטי
- (ב) כבוד המשפחות להנציח את נופליהם בדרכים
- (ג) הגינות – אינטרס הציפיה
- (ד) הגינות – אינטרס ההסתמכות

לא ניתן לדאוג לשיקולים המרכזיים, לכן צריך לקיים את הטקס.

כל המודלים –

סה"כ 2 עילות לפסילת ההחלטה המנהלית –

1. שיקול זר שלב מקדמי (שהוא לא נכנס לאף קטגוריה) ראה לעיל

2. שלב א' + שלב ב' – הכל מתנקז לחוסר סבירות ראה לעיל + מטא

קייס לדוגמא – לדון בשאלות המשפטיות שמתעוררות בכל טענה. לדוג' – אצילת סמכות : מאציל ונאצל. הנאצל קיבל החלטה, הטענה המשפטית שתופיע: הנאצל הוא מנכ"ל המשרד. 1. טענת העותר כי ההחלטה על ביטול הרישיון התקבלה ע"י מנכ"ל המשרד בחוסר סמכות, וזאת מכיוון שהסמכות בחוק נתונה לשר. במקרה שלנו עלתה שאלה משפטית, זיהוי השאלה, מדגישים שאלה משפטית כלשהי ודנים בה. מחד ומאידך יכול להיות על החלת מבחן מסוים על העובדות של המקרה, התוצאה של המבחן היא לא ברורה ואז ניתן לטעון מחד ומאידך. השאלה המשפטית היא מוגדרת. **הבעיה היא האצילה למנכ"ל, ולא בעיית סמכות כללית.** הטענה מובילה למשהו ספציפי. אם יש מבחנים בפסיקה צריך לקבוע מה המצב המשפטי, בכל שאלה משפטית צריך לנקוב באיזושהי עמדה ולנקוב מהי התוצאה של כל שאלה משפטית. מטענות הצדדים צריך להסיק מהן השאלות המשפטיות ולכתוב אותן בעבודה -

פתרון – האם מעורבות הגורם הזר מהווה הסתייעות או אצילה? אם זה הסתייעות, אז חזקה שהיא מותרת אפילו שמדובר בגורם פרטי והחזקה הזאת לא נסתרה מעולם. אם זו הסתייעות, אז 99% שזה חוקי. אם זו אצילה, אז עוברים לשאלות המשפטיות הבאות: לפעמים התשובה המשפטית היא בפרשנות חוק יסוד, אך לרוב המשפט המנהלי התפתח עם פסיקה.

מבחני הפסיקה: אחד המבחנים היה, בפסיקה ישנם מבחני עזר כמו מבחן היקף התפקיד המועבר ומהות שיקול הדעת (**פיליפוביץ**), רווח שם הש' לדוג' **ברק, פס' 23**) (לא לצטט לפי כללי ציטוט האחיד, אלא סוגריים אחרי המשפט עצמו). אם זה מופיע בעוד פס"ד, אין צורך לאזכר אותו גם. במידה ופסה"ד האחר מציין מבחן חדש, אז יהיה צריך לאזכר את פסה"ד במבחן החדש. בסוף הדיון המשפטי אם זה הסתייעות או אצילה, לאחר שבחנו את כל המבחנים. יש לפעול כלהלן:

גם אם העמדה היא הסתייעות ולא אצילה? **יש לבחון את שתי האפשרויות.** לדוג' אם זה יקבע שזה הסתייעות, אז היא מותרת.

במידה ויקבע שזו הסתייעות:

במידה וייקבע שזו אצילה: *מתחילים עם סעיפי החקיקה לגבי אצילה של שר – יש סעיף בחוק היסוד 33(ב)+(ה) שמתיר לעובד ציבור לאצול מסמכותו והמנכ"ל הוא עובד ציבור. חזקה- שר רשאי לאצול לעובד ציבור, אלא אם כן יש כוונה אחרת משתמעת מהחוק. האם החזקה החוקתית לטובת אצילה לגבי שר נסתרת לגבי אותו חוק שאנו מדברים – יש סדרה של מבחנים, בעד ונגד אצילה.

אם יש מבחן/מגבלה שאין אותה בפסיקה וזה נלמד בכיתה יש לצטט כך- במידה וזה מבחנים של המרצה (כפי שנלמד בכיתה).

סבירות**עילת החוסר סבירות :**

מתן **משקל חסר לשיקול מרכזי** שהרשות חייבת לשקול בצורה העולה כדי **חוסר סבירות**.

משקל חסר – לא נתתי את המשקל הראוי לשיקול מרכזי.

4 מצבי חוסר סבירות:

מצב I : חוסר סבירות הנעוץ בשלב א' של תורת הפעלת שיקול הדעת כלומר ההחלטה מזניה אץ אחד המרכזיים(מעניקה לו משקל חסר באופן בולט)-

1. **אי שקילת שיקול מרכזי – פס"ד חורב** : כמה תושבים חילוניים גרים ליד כביש בר אילן.
2. **איזון מעוות בין מרכזיים** – שקלנו את כל המרכזיים, אבל היה צריך לאזן ביניהם והאיזון היה מעוות, נתנו משקל חסר למרכזי אחד והעדפנו את האחר. צינוק – חודש בצינוק : שיקול מרכזי ספציפי – משמעת, חוקתי- כבא"ח. צריכה לאזן ביניהם – תבוא פסקת ההגבלה ותגיד שלא נתתי משקל חסר אז החוקתי גובר : אם לא עמדתי בפסקת ההגבלה – ונתתי משקל חסר לחוקתי תוך עדיפות לספציפי, אז ההחלטה היא בלתי סבירה. **פס"ד פורז** – רציתי כמה שיותר מועמדים טובים לרב העיר, נתתי משקל חסר לשוויון מגדרי לעקרון החוקתי. איזון – אלא אם כן יוכיחו לו שאף רב לא יבוא להיבחר לרב העיר – עד למצב שכזה, השוויון הוא זה שגובר. **פס"ד התנועה לאיכות השלטון פרשת דרעי** – הלכה חשובה, האמירה של ביהמ"ש לגבי שיקול לאמון הציבור ברשויות השלטון. ביהמ"ש לא מסווג אותו – אמון הציבור ברשויות השלטון. **שמנו את אמון הציבור כשיקול כללי מרכזי מקבוצה ב'**. אמון הציבור הוא מרכזי כללי שנגזר מעקרונות היסוד של המשפט, צריך לדאוג להגינות של הרשות, כשהרשות פועלת צריך שישמר אמון הציבור ברשויות השלטון. כל אחד צריך לשקול את השיקול הזה של אמון הציבור כשהוא בא למנות או לפטר. רה"מ לא רצה לפטר את דרעי גם שהוגש כתב אישום בגין שוחד – מדובר בפגיעה קשה באמון הציבור, למרות שלרשויות התביעה יש סיכוי סביר להרשעה. רה"מ הבטיח לדרעי שהוא לא יפטר אותו עד למשפט – האם רשות ממנה שיש לה סמכות לפטר יכולה להתחייב שלא לפטר ? לא ניתן להבטיח למישהו שלא תפטר אותו כי אם התגלה משהו לא חוקי, אז צריך לפטר. מדובר בהבטחה שאין לה שום משמעות. בנוסף רה"מ רצה את ש"ס בממשלה, כי אם הם יוצאים אין ממשלה, דהיינו יש שיקול קואליציוני שלא לפטר אותו. גם בספרות וגם בחלק מפסקי הדין דובר שחזקת החפות חלה בהליך הפלילי ולא ביחס להחלטות מנהליות, דהיינו ההחלטה לפטר / לא לפטר לא קשור לחזקת החפות. יש שיקול חוקתי נוסף שיקול מרכזי כללי של הגינות – לא לפגוע בו שלא לצורך ולהתחשב בפגיעה שתיגרם לפרט. האם רה"מ יפגע בדרעי, האם החשדות הם מהותיים. כל פיטורים זו תהיה פגיעה קשה בפרט. **שיקול אחד** – לפטר כי זה פוגע באמון הציבור. **שיקול שני** – אל תפטר אותו כי זה פוגע בו. שניהם מרכזיים כלליים נגזרים מעקרונות היסוד של המשפט המנהלי, מדובר בשני מרכזיים מתנגשים. **כעת נדרש לעשות איזון** – ביהמ"ש אומר כי עדיף לפטר אותו משום שכתב האישום מבוסס על עבירה של שוחד שקשור בתפקידו של איש הציבור ולכן הפגיעה באמון הציבור היא קטלנית, ובמקרה שכזה היא גוברת על שיקולים אחרים של הגינות וחזקת החפות. **אמון הציבור גובר על הגינות, חזקת החפות**. **ברגע שרה"מ החליט לסטות מהאיזון ולהשאיר אותו מתפקידו זה החלטה בעלת חוסר סבירות, הוא נתן משקל חסר לשמירה על אמון הציבור ברשויות השלטון**. במקרה הזה היה חוסר סבירות קיצוני שמצדיק התערבות בהחלטה. שיקול שנקרא כללי מרכזי שחייבים לשקול ולתת לו את המשקל הראוי. זאת לעומת עניין שלא הוגש כתב אישום, אלא יש רק חדש ובמקרה שכזה שיקול של הגינות הוא זה שיגבר. הכל תלוי בהתאם

לנסיבות. אם ביהמ"ש אומר שהיה חוסר סבירות באיזונים של השיקולים המרכזיים במשקל חסר שנתנו לאימון הציבור – כאשר החוסר סבירות הוא בשלב א' – זה אומר שהיינו חייבים לפעול באופציה א' וחייבים לפטר אותו. משום שלא מצליחים וי על אמון הציבור – אנחנו מגיעים לתוצאה א – אפשרית וחייבים לפעול. רק במידה ואנחנו מצליחים לסמן וי על כל השיקולים אנחנו בתוצאה 2 אפשרית ואז ניתן לשקול את השיקול הקואליציוני.

3. יש שיקול אחד מרכזי והוא קיבל משקל חסר - פס"ד אדוארדו – מיגון מוסדות החינוך בעוטף עזה. מדובר במיגון חלקי, התלמידים צריכים לתרגל שבעת אזעקה צריכים ללכת למקום הממוגן. הניסוי בשיטת המיגון החלקי הוכתר ככישלון כי חלק מהתלמידים לא הגיעו. העניין מגיע לבג"צ. יש רק שיקול אחד והוא השיקול המרכזי ספציפי – הגנה על אזרחים ובטחון התלמידים. אם הניסוי נכשל, אני לא דואגת לביטחון האזרחים. בג"צ אומר כי העובדה שמערכת הביטחון המשיכה עם המיגון החלקי היא לקחת שיקול מרכזי ספציפי ולתת לו משקל חסר. השיקול הזה אומר - אם הניסוי נכשל ומיגון חלקי לא שומר על התלמידים אז אתה צריך לשקול מיגון מלא. לכן אנחנו בתוצאה 1 אפשרית וחייב לפעול ולמגן מיגון מלא את כל בתי הספר בתג מחיר של 192 מיליון ₪. המרצה חושב שמדובר בפס"ד שגוי – הממשלה באמצעות מע' הביטחון ופיקוד העורף אחראית על בטחון האזרחים, זכותה של הממשלה להגיד: "אני חושבת שלמגן את עצמי לדעת זו לא הדרך הנכונה להגן על אזרחי המדינה". הממשלה יכלה להגיד לבג"צ כי היא מתכננת בעת חירום לפנות את כל האזרחים בעוטף עזה, ויש את כפת ברזל, ובכל מקרה אני הולכת לפעול חזק ולפגוע בחמאס.

מצב II: לא ניתן לסמן ויי על אחד המרכזיים ובכל זאת הרשות שקלה משני כלומר, חוסר סבירות הנעוץ בעצם המעבר לשלב ב' ושקילת שיקול משני

כל חוסר סבירות זה מתן משקל חסר לשיקול מרכזי. (עברנו כשלא ניתן לסמן וי על אחד המרכזיים) מצבים שכן עברנו לשלב ב' אבל חוסר הסבירות זה שעברנו לשלב ב' ושקלנו שיקולים משניים. משמע, העדפנו את המשני על המרכזי שלא הצלחנו לסמן עליו וי.

פס"ד חורב – לסגור את כביש בר אילן בשעות התפילה, כדי לא לפגוע ברגשות דת. אם מה שהרשות שקלה זה רק מרכזי, אז אני במצב 1. רק אם הרשות שקלה משני – יכול להיות שאנחנו במצב 2. במצב 2 שקלנו משני רגשות הדת. חוסר הסבירות – בוא תראה לי שאתה מסמן וי על כל המרכזיים לפני שאתה עובר למשניים. יהיו פקקים בכביש שעוקף את בר אילן – סגירת אוטוסטרדה של 6 מסלולים ודחיקת הרכבים לכביש עוקף, איך אתה דואג לתעבורה? לא בטוח שהכביש העוקף מספיק טוב. כביש גישה למקרקעין – לא בדקו כמה אזרחיים חילוניים. דהיינו, המעבר לשלב ב' כשאני לא יכולה לסמן וי על כל המרכזיים – מדובר במצב 2 של החוסר סבירות.

פס"ד אדוארדו – מיגון מלא של בתי הספר. הנשיאה בייניש – אתם צריכים לדאוג לבטחון מלא של מדינת ישראל. השיקול המרכזי – לדאוג לביטחון של מדינת ישראל, השיקול המשני- עולה הרבה כדי למגן באופן מלא את בתי הספר. עשיתם ניסוי של מיגון ואמרתם לתלמידים לרוץ, איבדנו כמה תלמידים – האם ניתן לסמן וי או אי אפשר לסמן וי? העמדה של המרצה, כיפת ברזל נותנת לנו הגנה וניתן להשתמש בה ולכן אפשר לדעת המרצה בדרכים אחרות לסמן וי על השיקול של הדאגה על אזרחי מדינת ישראל. אז אפשר לעבור לשלב ב' ולהגיד שבמקום להתגונן בשל התקציב אפשר לתקוף. לפי בייניש – מכיוון שהניסוי נכשל, אי אפשר לסמן על השיקול הזה וי וזה השיקול המרכזי, אסור לעבור ולשקול בכלל כמה זה עולה כי זה שיקול משני.

קטר איטי וידידותי לסביבה- קטר ב' הוא ידידותי לסביבה אבל איטי מאוד. היום לוקח לירושלים להגיע שעה וחצי והוא עושה את זה בשעה ורבע. לא ניתן לסמן וי על שירות יעיל, מהיר וטוב שהוא שיקול מרכזי ולכן לא ניתן לעבור לשיקול משני של איכות הסביבה. עצם זה שעברנו לשלב ב' ושקלנו איכות סביבה מבלי לסמן וי על שירות רכבת יעיל ומהיר - מדובר בחוסר סבירות ואסור היה לעבור לשלב ב'.

מיגון ביה"ח ברזילי- האם מותר לי למגן את חדרי המיון של ביה"ח ברזילי כדי לא לחלל קברים – השיקול המרכזי- שירותי אשפוז בטוחים לציבור. אם חמאס הגדיל את טווח הקסמים וזה הגיע לחדר המיון בברזילי, האם אני יכול לעכב את העבודות במיון כדי לשמור על רגשי הדת? אם אי אפשר לסמן על זה וי ומחר יכול ליפול טיל על חדר המיון חייבים למגן מיידית. אם אני יכולה לבנות תוך כדי גשר מעל הקברים ולהציל את הקברים ייתכן ואני יכולה להציל את הקברים ולעבור הלאה.

פס"ד מרזי- מגדלי הפרחים הפסיקו לשלם להם מענקים באמצע השנה מפני שנגמר הכסף. השיקול המרכזי- הגינות ושוויון. אם אני לא מסמנת וי על הגינות ושוויון, אני לא יכולה לשקול את השיקול המשני של התקציב ולעבור לשלב ב'.

מצב III : אפשר לסמן V על כל המרכזיים, אך המשני חלש ואין בכוחו לגבור על הנטייה הבסיסית של בעל התפקיד –

אמרנו שאם אנחנו יכולים לסמן V על הכל אז בעצם המרכזיים לא מחייבים אותנו לפעול בדרך מסוימת אז אנחנו במצב 2 אפשרי וזה מוביל לשלב ב' – הרשות לא אדישה ביחס לתוצאה והיא תמיד בעד היעילות שלה אז אם אנחנו בדוגמת הרכבות אם אנחנו רשות הרכבות אז אנחנו בעד קטר מהיר ויעיל וצריך שיקול מאוד משמעותי שיטה המאזניים לצד השני. אם המרכזיים לא מחייבים אותנו לפעול בדרך מסוימת אז אנחנו במצב 2 אפשרי וזה מוביל לשלב ב' – הרשות לא אדישה ביחס לתוצאה והיא תמיד בעד היעילות שלה אז אם אנחנו בדוגמת הרכבות אם אנחנו רשות הרכבות אז אנחנו בעד קטר מהיר ויעיל וצריך שיקול מאוד משמעותי שיטה המאזניים לצד השני. כלומר, רק אם יתברר שהשיקול המשני הוא מאוד רציני ומהותי יש סיכוי שאני אקריב משהו מהתפקיד שלי. אם נבחר בקטר ידיוותי לסביבה אנחנו מקריבים משהו מהתפקיד הספציפי של ראש רשות הרכבות שהוא צריך שהרכבות יהיו מהירות ויעילות. **מצב III זה מצב שבו השיקול המשני הוא לא משקל רציני שמצדיק הקרבה של חלק מהתפקיד הספציפי של שוקל השיקול.** כלומר, אנחנו נגיע למצב III כאשר ניתן לסמן V על כל השיקולים המרכזיים ואז אנחנו בתוצאה 2 אפשרית ואז אנחנו בשלב ב' אולם, השיקול המשני אינו רציני ובעל משקל משמעותי די להצדיק הקרבה בשיקול המרכזי ספציפי. ואז יש לנו משקל חסר לשיקול המרכזי הספציפי.

דוגמא ראשונה : סגירת רחוב שינקין בשבת : נניח שמצאנו פתרונות לכל ענייני התעבורה ובעיות התנועה שזה ייצור. התושבים שם רובם אינם בעלי רכב ולא אלה שיש רכב מחנים מחוץ לרחוב ויש פתרונות חניה סמוכים אז ניתן לסימן V על כל המרכזיים – אז אנחנו עוברים לשלב ב' – רגשות דת – איזה קהילה דתית יש שם? יש שם גרעין תורני קטן שבשבילו אנחנו לא נסגור את הכביש – אז השיקול המשני הוא לא רציני ולא שווה לפגוע עבורו בתפקיד הספציפי. אם כן היינו סוגרים את הכביש אז אנחנו מקריבים משהו מהתעבורה בשביל שיקול משני שהוא לא משמעותי ואז בעצם היינו מחסירים משקל מהשיקול המרכזי בשביל שיקול משני ללא מהות ומשמעות.

דוגמא שנייה : בחירה בקטר הידיוותי לסביבה כשהזיהום שולי : אם היה הפרש זמנים משמעותי בין הקטרים אז אסור היה לשקול את איכות הסביבה כי לא היינו יכולים לסמן V על היעילות של הרכבת. בדוגמא שלנו ההפרש היה מאוד קטן של 5 דק בין הקטר המזהם ללא מזהם. אז אנחנו יכולים לסמן V על כל השיקולים המרכזיים ואנחנו בתוצאה 2 אפשרית ועכשיו נהיה בשלב ב' ומותר לנו לשקול איכות סביבה. אבל גם כשמותר לנו לעבור לשלב ב' אנחנו לא עוברים אדישים אנחנו עדיין בעד רכבת מהירה וכדי שנקריב משהו מהתפקיד המרכזי והספציפי שלנו ואם הזיהום הוא מאוד שולי אנחנו לא נשקול את זה כי אם נשקול את זה אנחנו במשקל חסר של השיקול המרכזי למען שיקול מאוד מינורי.

דוגמא שלישית : מיגון חדר המיון בברזילי - התגלו קברים של פגנים (פלישתים מלפני 2500 שנה) : השיקול היה שאם יש קברים של יהודים והעבודות יימשכו כרגיל תהיה פגיעה ברגשות הדת. אז כדי בכלל לעבור שלב א' אומר שצריך לבדוק אם יש צורך מידי במיגון – אם טווח הטילים של חמאס מגיע למיון אז זה דחוף כי

עימות עם חמאס יכול לפרוץ כל יום. אבל אנחנו יכולים מיד להתחיל עם עבודות המיון ולבנות גשר ואז הוא יאפשר למגן מבלי לחלל את הקברים. ואז בעצם סימנו V על כל השיקולים המרכזיים. ואנחנו עוברים לתוצאה 2 אפשרית לשלב ב' – נניח שהגשר הזה עולה 30 מיליון ₪ ואם רשות העתיקות אומרת שבאתר הזה לא חיו אף פעם יהודים/מוסלמים/נוצרים ופגיעה בקברים של פגנים לא יחלל אף אוכלוסייה שחלה בישראל אז בעצם אין שיקול משמעותי. אם היו שם קברים של יהודים או נוצרים או מוסלמים אז היינו במצב II ואז שהיינו יכולים להתגבר על זה בזכות הגשר או שלא היינו יכולים ואז זה חוסר סבירות ואסור לנו לעצור את המיגון על אף הפגיעה בדת וחילול הקברים.

מצב VI : ניתן לסמן V על השיקולים המרכזיים + השיקול המשני רציני אולם, יש משני אחר גובר –

למשל בדוגמת הרכבות אמרנו שאם נשקול את שיקול איכות הסביבה והרכבת תאחר בחמש דק' אז האיחור הזה של העובדים במשק בבוקר ובחזרה הביתה זה בעצם איחור של 10 דק' של כל עובדי המשק וזה יעלה למשק תהיה אדירה ואם היינו משקיעים את אותו הכסף באיכות הסביבה נוכל להועיל לאיכות בהרבה יותר מאשר בבחירת בקטר הידידותי לסביבה – כלומר יש לנו שני שיקולים משניים ושניהם משמעותיים ורציניים אבל אחד מהם גובר. **מצב VI הוא מצב מאוד נדיר.**