

מחברת בחינה

”משפט מנהלי”

מרצה: ד”ר שרון וינטל

כתיבת המחברת: ליטל מוסיאונז’ניק

עריכה: נסטיה פופוליטוב

פקולטה למשפטים

המכללה האקדמית נתניה

סילבוס:

סמסטר א':

פרק 1: עקרונות יסוד – עיקרון חוקיות המנהל

1. חוק יסוד : הממשלה, סעיפים 3, 4, 28 :

"אמון הכנסת בממשלה

3. הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת.

אחריות

4. הממשלה אחראית בפני הכנסת אחריות משותפת...

הבעת אי אמון בממשלה

28. (א) הכנסת רשאית להביע אי אמון בממשלה."

2. פקודת הפרשנות [נוסח חדש], סעיף 16(4): "לא תהא תקנה סותרת הוראותיו של כל חוק"

3. יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א, 73 – 89 (מהדורה שנייה, 2010);

4. 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);

5. בג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג (4) 817, פס' 1, 18 – 23, 32 – 39 לפסק דינו של הנשיא ברק (1999);

6. עע"מ 3782/12 **מפקד מחוז תל-אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי**, פס' 13 – 24, 35 – 36, 41, 44 – 45, 51 לפסק דינו של השופט סולברג, פס' 8 – 17, 22 – 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 24.3.2014);

7. בג"ץ 5185/13 **פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול**, פס' א, כה, לו – מג לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פס' 1 – 8, 15 – 19 לפסק דינו של השופט דנציגר, פס' 12 – 13 לפסק דינה של השופטת נאור, פס' 9 – 11 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 28.2.2017);

8. רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל**, פס' 3, 6, 16 – 28, 31 – 36 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, פסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 6.3.2012);

9. בג"ץ 212/03 **חרות נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד נו (1) 750, פס' 6 – 11 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003);

10. בג"ץ 2245/06 **דבורין נ' שרות בתי הסוהר**, פס' 1, 11 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.6.2006).

פרק 2: עקרונות יסוד – הרשות כנאמן וחובות הפרט כלפי הרשות

1. יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א, 36 – 39, 53 – 57 (מהדורה שנייה, 2010);
2. בג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית ת"א-יפו, פ"ד נט(3) 817, פסי 6, 15 – 21, 28 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (2004);
3. בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289, פסי 1, 22 – 33 לפסק דינו של השופט זמיר, פסי 10 – 1 לפסק דינו של השופט ברק, פסי 24 – 25, 32 – 35 לפסק דינו של השופט חשין (1998).

פרק 3: כלל ההסדרים הראשוניים

1. בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב (5) 481, פסי 17, 19 – 22, 24 – 31, 39 – 41 לפסק דינו של הנשיא ברק (1998);
2. בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, פסי 24 לפסק הדין של המשנה לנשיא חשין (1997);
3. בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, פסי 1 – 4, 30 – 32 לפסק הדין (2002);
4. בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ממשלת ישראל, תק-על 2562(1), פסי 37 – 39, 43, 60 – 61 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (פורסם בנבו, 27.02.2006);
5. בג"ץ 4253/02 קריתי נ' היועמ"ש, פסי 47 – 50 לפסק דינה של השופטת ברלינר ופסי 8 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 17.3.2009);
6. בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל, פסי 1 – 3, 11 – 18, 26 – 45 לפסק דינו של הנשיא גרוניס, פסי 21 – 31, 41 – 42, 52, 67 – 70, 79 – 84, 88, 92 – 101 לפסק דינו של השופט גיבוראן, פסק הדין של השופט רובינשטיין ופסק הדין של השופט סולברג (פורסם בנבו, 2.7.2014);
7. בג"ץ 4374/15 התנועה לאיכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל, פסי קלד – פסי קלו לפסק דינו של השופט רובינשטיין ופסי 40 – 62 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 27.3.2016).
8. בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פסי 29 – 34, 43 – 50, 52 – 57, 63 – 69 לפסק דינו של השופט עוזי פוגלמן; פסי 10 – 11 לפסק דינה של השופטת ברק ארז, פסי 2 – 4, 12, 20 – 21, 36 – 37 לפסק דינו של השופט הנדל, פסי 5 – 12 לפסק דינו של השופט גיבוראן (פורסם בנבו, 13.9.2017).

פרק 4: סמכויות עזר

1. חוק הפרשנות, התשמ"א – 1981, סעיף 17: "א) הסמכה לעשות דבר או לדון בעניין פלוני או להכריע בו – משמעה גם הסמכה לקבוע נוהל עבודה וסדרי דיונים ככל שאלה לא נקבעו בחיקוק; (ב) הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו – משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת";
2. חוק יסוד: משק המדינה, סעיף 1;
3. בג"ץ 757/84 איגוד העיתונאים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מא(4) 337, פס' 1, 13 לפסק הדין של השופט בן-דרור, פס' 8 – 11 לפסק הדין של השופט אלון, פסק הדין של השופט לוין (1987);
4. בג"ץ 8676/00 אדם טבע ודין נ' עיריית רעננה, פ"ד נט(2) 210, פס' 1 – 2, 24 – 25 לפסק הדין (2004);
5. עע"מ 3782/12 מפקד מחוז תל-אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי, פס' 1, 18, 53 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 24.3.2014);
6. 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) (מופיע בחומר הקריאה לשיעור 2);
7. בג"ץ 4253/02 קריתי נ' היועמ"ש, פס' 36 לפסק דינה של השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 17.3.2009);
8. בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, פ"ד נג(4) 673, פס' 2, 9 – 10 לפסק דינה של השופטת דורנר (1999);
9. בג"ץ 104/06 "מרכז צדק לנשים" נ' הנהלת בתי הדין הרבניים, פס' 1 – 4, 11 – 13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 19.09.2010);
10. רע"א 2327/11 פלוני נ' פלוני, פס' 7, 12 – 26 לפסק הדין (פורסם בנבו, 28.4.2011);
11. בג"ץ 5185/13 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול, פס' 15 – 19 לפסק דינו של השופט דנציגר, פס' 13 לפסק דינה של השופטת נאור, פס' 7 – 13 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 28.2.2017).

פרק 5 – הסמכות השיורית של הממשלה

1. חוק יסוד: הממשלה, סעיף 32:
- "הסמכות השיורית של הממשלה"**
- הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת".
2. בג"ץ 8600/04 שמעוני נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(5) 673, פס' 9 – 19 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005);
 3. בג"ץ 2918/93 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז (5) 832, פס' 1 – 2, 9 – 14 לפסק דינו של השופט גולדברג (1993);

4. בג"ץ 381/91 גרוס נ' **משרד החינוך**, פ"ד מו (1) 53, פס' 1 – 5 לפסק הדין (1991);
5. בג"ץ 5062/97 **איגוד שמאי הביטוח נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה (1) 181, פס' 8 – 12 לפסק הדין (1999);
6. בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה נ' ראש ממשלת ישראל**, פס' 11 – 12, 15, 17, 20 – 23, 35 – 36, 56 – 60, 64 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (פורסם בנבו, 27.2.2006);
7. בג"ץ 104/06 **"מרכז צדק לנשים" נ' הנהלת בתי הדין הרבניים**, פס' 1 – 4, 9 – 10 לפסק הדין (פורסם בנבו, 19.09.2010).

פרק 6 – אצילת סמכות

1. חוק-יסוד: הממשלה, סעיף 33: "(א) סמכות הנתונה על פי דין לממשלה רשאית הממשלה לאצול לאחד השרים; סעיף זה לא יחול על סמכויות הממשלה לפי חוק-יסוד זה, למעט סמכויות לפי סעיף 32; (ב) סמכות הנתונה לאחד השרים על פי חוק או שהועברה לו על פי סעיף 31(ב), למעט סמכות להתקין תקנות, רשאי השר לאצול, כולה, מקצתה או בסייגים, לעובד ציבור; (ג) סמכות שהממשלה אצלה לשר, למעט סמכות להתקין תקנות, רשאי השר לאצלה, כולה, מקצתה או בסייגים, לעובד ציבור אם הסמיכה אותו הממשלה לכך; (ד) בסעיף זה, סמכות הנתונה לממשלה או לשר, לרבות חובה המוטלת עליהם; (ה) הוראות סעיף זה יחולו אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק המקנה את הסמכות או המטיל את החובה";
2. חוק יסוד: הממשלה, סעיף 31(ב): "הממשלה רשאית, באישור הכנסת, להעביר סמכות הנתונה על פי חוק לשר אחד, או חובה המוטלת עליו על פי חוק, כולה או מקצתה, לשר אחר;
3. חוק הממשלה, התשס"א-2001, סעיף 10(11), (12);
4. בג"ץ 678/88 **כפר ורדים נ' שר האוצר**, פ"ד מג(2) 501, פס' 6 לפסק הדין (1989);
5. ע"א 3962/97 **בארותיים מושב עובדים נ' ארז**, פ"ד נב (4) 614, פס' 8 – 11 לפסק הדין (1998);
6. בג"ץ 2303/90 **פיליפוביץ נ' רשם החברות**, פ"ד מו(1) 410, פס' 15 – 21 לפסק הדין של השופט ברק (1992);
7. בג"ץ 5031/10 **עמותת עיר ימים נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים**, פס' 16 – 23 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.3.2012);
8. בג"ץ 3791/16 **סנדלר נ' שר התחבורה**, פס' 8 – 11 לפסק הדין (פורסם בנבו, 21.11.2016);
9. בג"ץ 2740/96 **שנסי נ' המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה**, פ"ד נא(4) 481, סעיפים 29-31 לפסק דינו של השופט חשין (1997);
10. בג"ץ 6741/99 **יקותיאלי נ' שר הפנים**, פ"ד נה(3) 673, פס' 16, 20 – 28 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (2001).

פרק 7 – הפרטה

1. חוק-יסוד: הממשלה, סעיף 33: "... (ב) סמכות הנתונה לאחד השרים על פי חוק או שהועברה לו על פי סעיף 31(ב), למעט סמכות להתקין תקנות, רשאי השר לאצול, כולה, מקצתה או בסייגים, לעובד ציבור; (ג) סמכות שהממשלה אצלה לשר, למעט סמכות להתקין תקנות, רשאי השר לאצלה, כולה, מקצתה או בסייגים, לעובד ציבור אם הסמיכה אותו הממשלה לכך; ... (ה) הוראות סעיף זה יחולו אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק המקנה את הסמכות או המטיל את החובה".

2. בג"ץ 39/82 הנפלינג נ' ראש העיר אשדוד, פ"ד לו (2) 537, פס' 2 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1982);
3. בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות, פ"ד מו (1) 410, פס' 19 – 21 לפסק דינו של הנשיא ברק (1992);
4. בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הוטרינריים, פ"ד נח(5) 202, פס' 3, 12 - 16 לפסק הדין (2004);
5. ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, פס' 46-48 לפסק הדין (2005);
6. בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פס' 11 – 13, 19, 27, 31 – 33, 42 – 43, 52 – 56, 63 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, פס' 5 – 7 לפסק דינה של השופטת ארבל, פס' 14 – 16, 19 – 21 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, פס' 1 – 3, 11 – 13, 17, 23 לפסק דינה של השופטת נאור, פס' 4, 7, 9 – 11, 17, 21 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 19.11.2009);
7. בג"ץ 5999/10 זיק דינור בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, פס' 39 – 41 לפסק הדין (פורסם בנבו, 29.11.2011);

פרק 8 – נטילת סמכות

1. חוק-יסוד: הממשלה, סעיף 34: "שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי, הנתונה על פי אותו חוק לעובד המדינה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק; השר רשאי לעשות כאמור לעניין מסוים או לתקופה מסוימת".
2. חוק הממשלה, התשס"א-2001, סעיף 10(13);
3. בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, סעיפים 9 – 11 לפסק הדין של השופט אור (1997);
4. בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פס' 165 – 169 לפסק הדין (פורסם בנבו, 9.6.2005);
5. בג"ץ 6673/01 התנועה לאיכות השלטון נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 799, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא ברק (2001);
6. בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל, פס' 1 – 3, 13 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 2.7.2014);
7. יצחק זמיר, הסמכות המנהלית כרך א 417 – 418 (מהדורה שנייה, 2010).

סמסטר ב':

פרק 9: מיון השיקולים הרלוואנטיים + שיקולים זרים

מיון השיקולים:

1. בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, פס' 12 - 14 לפסק הדין של השופט אור, פס' 21 – 23 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (1997);
2. בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, פס' 33 – 35 לפסק דינו של הנשיא ברק (1988);

3. בג"ץ 5496/97 **מרדי נ' שר החקלאות**, פ"ד נה(4) 540, פס' 17 – 18 לפסק דינו של השופט זמיר (2001).

שיקולים זרים:

1. בג"ץ 465/89 **רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים**, פ"ד מד(2) 673, פסק דינו של השופט אור (1990);
2. בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה ואח'**, פ"ד נא (4) 1, פס' 48, 99 – 100 לפסק דינו של הנשיא ברק (1997);
3. בג"ץ 3872/93 **מיטראל נ' ראש הממשלה ושר הדתות**, פ"ד מז (5) 485, פס' 15 – 20 לפסק דינו של השופט אור (1993);
4. בג"ץ 392/72 **ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה**, פ"ד כ"ז(2) 764, פס' 4 – 5 לפסק הדין של השופט כהן (1973).

פרק 10: סבירות

1. סעיף 6(ג)(1) לחוק יסוד: הממשלה: "לא יתמנה לשר מי שהורשע בעבירה ונידון לעונש מאסר וביום מינויו טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר או מיום מתן פסק הדין, לפי המאוחר, אלא אם כן קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות העניין, משום קלוני".
2. סעיף 23(ב) לחוק יסוד: הממשלה: "בית המשפט שהרשיע שר בעבירה, יקבע בפסק דינו אם יש באותה עבירה משום קלוני, קבע בית המשפט כאמור, תיפסק כהונתו של השר ביום מתן פסק הדין".
3. סעיף 22(ב) לחוק יסוד: הממשלה: "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להעביר שר מכהונתו...".
4. בג"ץ 3094/93 **התנועה לאיכות השלטון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 404, פס' 15 – 21 לפסק דינו של הנשיא שמגר ופסק-דינו של השופט גולדברג (1993);
5. בג"ץ 5853/07 **אמונה – תנועת האישה הדתית נ' ראש הממשלה** (טרם פורסם, 6.12.07), פס' 13 – 21, 29 – 35 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, פס' 15, 19 – 20 לפסק דינה של השופטת ארבל, פס' 1 – 3, 9 – 13 לפסק דינו של השופט גרוניס (2007);
6. בג"ץ 8397/06 **אדוארדו נ' שר הבטחון** (טרם פורסם, 29.5.07), פס' 9 – 15 לפסק דינה של הנשיאה בייניש (2007).

פרק 11: הפלייה לטובת אחר

1. בג"ץ 6407/06 **טיקוצקי נ' שר האוצר** (טרם פורסם, 23.9.07), פס' 35 – 37, 42 – 43, 49, 52 – 54, 57 – 60, 66 – 68 לפסק דינה של השופטת ארבל ופסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2007);
2. בג"ץ 1703/92 **ק.א.ל קווי אוויר למטען נ' ראש הממשלה**, פ"ד נב(4) 193, פס' 9 – 20 לפסק דינו של הנשיא ברק (1998);
3. בג"ץ 5496/97 **מרדי נ' שר החקלאות**, פ"ד נה(4) 540, פס' 15 – 21 לפסק דינו של השופט זמיר (2001);

4. בג"ץ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאומנויות, פ"ד נא(4) 259, פס' 30 – 37 לפסק הדין (1996);
5. בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג(3) 289, פס' 15 – 19 לפסק דינו של השופט זמיר (1999);
6. בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191, פס' 11 – 24 לפסק הדין (1991).

פרק 12: הנחיות מנהליות

1. חוק חופש המידע, התשנ"ח – 1998, סעיף 6(א): "רשות ציבורית תעמיד לעיון הציבור את ההנחיות המינהליות הכתובות שעל פיהן היא פועלת ושיש להן נגיעה או חשיבות לציבור";
2. חוק יסודות התקציב, התשמ"ה – 1985, סעיף 3א: "... (ב) חוק תקציב שנתי יקבע את הוצאות הממשלה לצורך תמיכה במוסדות ציבור. (ג) הוצאות הממשלה לצורך תמיכה במוסדות ציבור ייקבעו בכל סעיף תקציב בסכום כולל לכל סוג של מוסדות ציבור. (ד) הסכום שנקבע בסעיף תקציב לסוג של מוסדות ציבור יחולק בין מוסדות ציבור הנמנים עם אותו סוג לפי מבחנים שוויוניים. (ה) הממונה על סעיף התקציב יקבע, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, מבחנים שוויוניים לחלוקת הסכום שנקבע באותו סעיף תקציב לצורך תמיכה במוסדות ציבור (להלן - מבחנים)".
3. בג"ץ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאומנויות, פ"ד נא(4) 259, פס' 2, 23 – 25 לפסק הדין (1996);
4. בג"ץ 10/79 הורמן נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לג(3) 60 (1979);
5. בג"ץ 1440/01 ועד ההורים בבית"ס בארי נ' עיריית חיפה, תק-על 2001(2) 314 (2001);
6. דנג"ץ 10350/02 שר הפנים נ' מטר, פ"ד נח(3) 255, פס' 19 – 20, 23 – 24, 29 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (2004);
7. בג"ץ 2908/05 אלסנע נ' מינהל מקרקעי ישראל, פס' 7 – 12 לפסק דינה של הנשיאה בייניש (פורסם בנבו, 12.10.2008);
8. בג"ץ 3081/95 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל, פ"ד נ(2) 177, פס' 16 – 21 לפסק דינו של השופט חשין, ופסק דינו של השופט זמיר (1996);
9. בג"ץ 1477/96 נמרודטקס בע"מ נ' משרד המסחר והתעשייה, פ"ד נג(5) 193, פס' 8 – 13 לפסק הדין (1998).

פרק 13: סמכות השיפוט של בג"ץ

1. סעיף 15 (ג) ו- (ד) לחוק יסוד: השפיטה:

"(ג) בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם **סעד למען הצדק** ואשר **אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר**.

(ד) מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (ג), מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק –

(1) לתת צווים על שחרור אנשים שנעצרו או נאסרו שלא כדין;

(2) לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין – להימנע מלפעול;

(3) לתת צווים לבתי משפט, לבתי דין ולגופים ואנשים בעלי סמכויות שיפוטיות או מעין שיפוטיות על פי דין – למעט בתי משפט שחוק זה דן בהם ולמעט בתי דין דתיים – לדון בעניין פלוני או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בעניין פלוני, ולבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה שלא כדין;

(4) לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בעניין פלוני לפי סמכותם או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בעניין פלוני שלא לפי סמכותם; ובלבד שלא ייזקק בית המשפט לבקש לפי פסקה זו אם המבקש לא עורר את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה שהיתה לו; ואם לא היתה לו הזדמנות סבירה לעורר שאלת הסמכות עד שניתנה החלטה על ידי בית הדין הדתי, רשאי בית המשפט לבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה על ידי בית הדין הדתי ללא סמכות.

2. סעיף 40 לחוק בתי המשפט:

"בית משפט מחוזי ידון באלה:

(1) כל עניין אזרחי או פלילי שאינו בסמכותו של בית משפט שלום.

(א) עתירה מנהלית, ערעור מנהלי ותובענה מנהלית, לפי חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000."

3. סעיף 51 לחוק בתי המשפט:

"בית משפט שלום ידון באלה:

(א) (2) תביעות אזרחיות – למעט תביעות למקרקעין – כשסכום התביעה...".

4. סעיף 75 לחוק בתי המשפט:

"כל בית משפט הדין בעניין אזרחי מוסמך לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו לא תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו."

5. סעיף 76 לחוק בתי המשפט:

"הובא עניין כדין לפני בית משפט והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעתה זרושה לבירור העניין, דשאי בית-המשפט להכריע בה לצורך אותו עניין אף אם העניין שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר או של בית דין אחר."

5. בג"ץ 126/84 גלבווע נ' מפעל הפיס, פ"ד לט(4) 68 (1985);

6. בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203, פס' 23 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2002);

7. בג"ץ 10378/04 ארגון הקבלנים נ' בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים, פס' 4 – 7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.1.2005);

8. בג"ץ 7/83 ביארס נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד לח(1) 673, פס' 9, 11 – 13 לפסק הדין (1984);

9. ע"א 9379/03 צ'רני נ'. מדינת ישראל, פס' 1 – 5, 10 – 22 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 6.12.2006);

10. הפ (ת"א) 64207-01-17 צ.ג.י פרסונל שירותי כ"א 2005 בע"מ נ' רשות המיסים (פורסם בנבו, 7.11.2017).

פרק 14: סעדים – "בטלות יחסית"

1. בג"ץ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673, פס' 1 – 5, 12 – 22 לפסק דינו של השופט זמיר (2001);

2. רע"פ 4398/99 הראל נ' מ.י., פ"ד נד (3) 637, פסק דינו של השופט זמיר (2000);

3. בג"ץ 3081/95 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל, פ"ד נ(2) 177, פס' 6 – 7 לפסק דינו של השופט זמיר (1996);

4. בג"ץ 4298/93 עמותת "עם חופשי" נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, פס' 1 – 3, 16 – 18 לפסק הדין (2000);

5. עע"מ 7666/14 אדם טבע ודין נ' ועדת הערר לתכנון ובנייה מחוז מרכז, פס' 1, 42 – 45 לפסק הדין (18.10.2017).

משפט מנהלי / ד"ר וינטל שרון-

Sharon-w@bezeqint.net

שיעור מס' 1 – 29.10.17

90% מבחן - חומר פתוח קיים

10% עבודה

מבוא :

פס"ד איגוד האינטרנט הישראלי –

ס' 229 לחוק העונשין – "מפקד המחוז במשטרה רשאי לסגור מקום שמתנהלים בו הימורים" - בעצם הוא קיבל סמכות בחוק לעשות מה שהוא. במקרה שלנו זה לסגור מקום שיש בו הימורים. האם מי שהוא יכול להיפגע מהפעלת סמכות זו? כן! בעל המועדון שיכול להיות הוא בכלל לא חושב שמתנהלים שם הימורים. יכול להיות שהוא ינסה לשכנע אותו שאין מה לסגור את המקום. אם השכנוע לא יעזור הוא יתבע ויפנה לבית המשפט בעתירה כנגד מפקד מחוז המשטרה שסגר את המקום.

הרי היום כולם מהמרים באינטרנט, כשנוצר חוק העונשין לא התכוונו לאינטרנט. אז בעצם צריך להוציא להם צו סגירה. אם אני לא יכול להגיע לאותם אנשים שמחזיקים באתרים כאלה אני יכול לחסום את הגישה של הישראלים לאתרים האלה. לספקי האינטרנט יש יכולת טכנולוגית לחסום מספרי IP. האם אתר אינטרנט זה הוא מקום שאפשר לסגור. האם כשסוגרים מקום סוגרים גם את הגישה למקום. בכל מקרה מה שמעניין את המשפט המנהלי זה מה הסמכות שלו בחוק? למה הוא מוסמך בחוק? הרוב בבהמ"ש חשב שאין לו סמכות לצוות על ספקי האינטרנט שהם צד שלישי בכלל.

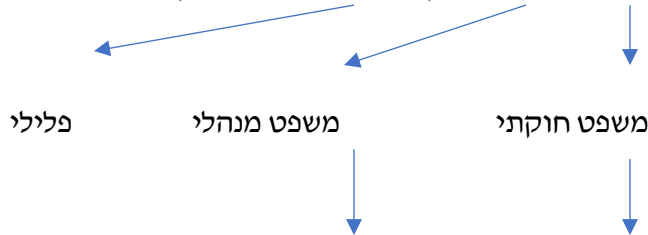
ס' 11 לחוק הכניסה לישראל – פס"ד אבו ערפה –

שר הפנים רשאי, לפי שיקול דעתו לבטל רישיון ישיבה (תושבות קבע). היה לך רישיון לתושבות קבע אני מחליט לבטל. כי יש לי שיקול דעת. פס"ד דרמטי זה עוסק בתושבי מרח ירושלים שבהסכמי אוסלו, אותם הסכמים שהקימו את הרשות הפלסטינית. ובסיפוח של ירושלים ב1967 תושבי מזרח ישראל מצד אחד אמורים להיות מזהים עם ישראל, הוסכם שהם יכולים לבחור ולהיבחר ברשות הפלסטינית וחלק מהתושבים אמרו שאולי אפשר לרוץ ברשימה של חמאס -רשימה של שינוי ורפורמה והם הצליחו להיכנס לפרלמנט הפלסטיני מאותה רשימה של חמאס. בא שר הפנים, מפקד מחוז המשטרה, זה מי שהחוק מעניק לו את הסמכות. שר הפנים אמר: הם נמצאים במזרח ירושלים שהוחל בה המשפט הישראלי אבל נבחרו בה מטעם החמאס לפרלמנט הפלסטיני. לא יכול להיות שתושב קבע של המדינה יהיה פעיל בתנועה כזאת ויבחר מטעם תנועה כזאת וזה לא מסתדר שהוא יושב פה במדינה ויש לו תושבות קבע במדינה ואז מחליט שר הפנים שזו הפרת הנאמנות הכי בסיסית של תושב קבע במדינה למדינה בה הוא יושב. ויש לו שיקול לבטל את רישיון הישיבה וזאת הסמכות. ומה יקרה למי שמבטלים

לו את הרישיון ? זה בעצם אומר גירוש . כלל אחד אומר שכאשר יש פגיעה בזכויות אדם. איך צריכה להיראות הסמכות הזו? מידתיות והסמכות הזאת צריכה להיות מפורשת בחוק .

משפט ציבורי –

סכסוכים בין הפרט לרשות שלטונית בתחום הפעלת תפקידיה הציבוריים בחוק .



הבטחת שלטון החוק המהותי : הבטחת שלטון החוק הפורמלי :

התאמה של פעולות הרשות המבצעת

לחוק.(בהנחה שהחוק הוא חוקתי).

אילו סכסוכים נכללים במשפט החוקתי ? המשפט החוקתי מתעניין בכך שישמר החוק המהותי וזה לא מספיק שכל אחד פועל על פי החוק צריך לוודא שהחוק הוא מתאים למדינה שהעקרונות שלה הם של מדינה יהודית ודמוקרטית. במשפט החוקתי מרבית הטענות הם נגד הכנסת.

מרבית המשפט המנהלי נקבע בפסיקת ביהמ"ש העליון כחלק מהמשפט המקובל. המשפט המקובל מפתח מסכסוך לסכסוך. רוב כללי המשפט המנהלי לא כתובים בחוק אלא התפתחו בפסיקה מקייס לקייס.

עוד תחום הוא המשפט הפליילי. כאשר במשפט הפליילי הסכסוך הוא בין המדינה לפרט. התפקיד הציבורי של העמדה לדין וענישה. המשטרה חוקרת <---- הפרקליטות מעמידה לדין <---- ביהמ"ש גוזר את הדין וקובע את הענישה . וגם זה סכסוך בין הפרט לרשות ציבורית בתחום תפקידיה.

לא רק חוק יכול לפגוע בעקרונות חוקתיים אלא גם פעולה של הרשויות או של הרשות המבצעת . ואז אנחנו בתחום שהוא גם חוקתי וגם מנהלי. אם זו פעולה מנהלית למשל החלטה של שר הפנים לגרש את אותם תושבים זו היא תכולה של שני תחומי המשפט. למה זה מעניין את המשפט החוקתי ? יש פגיעה קשה בזכויות אדם . המשפט החוקתי יכול להגיד אם זה בסדר מבחינת הסטנדרטים שלו חוקתית. ובמנהלי מי שהוא פעל על פי החוק והשאלה היא האם על פי המשפט המנהלי הוא פעל לפי החוק או לא. ואז שני תחומי המשפט יכולים לחול על אותה סוגיה . מה שמאוד הרגיע את המשפט החוקי בפס"ד אבו ערפה – החוק שמתיר את ויתור רישיון הישיבה הוא מ1950 ומשהו. למה תחולת המשפט החוקתי היא מוגבלת? שמירת הדינים . (בח"י כבוד האדם וחירותו). כל הדיון החוקתי די שמים אותו בצד כי יש שמירת דינים ואז עיקר הדיון הוא בפרשנות החוק.

מושגי יסוד :

הסמכות המנהלית (סמכות שלטונית) - בפס"ד הראשון – הסמכות לסגור מקום. בפס"ד אבו ערפה – ביטול רישיון ישיבה שהמשמעות היא גירוש. רוב הסמכויות המנהליות הם סמכות במובן של "כוח". (טבלת הופלד).

בטבלה מופיע כוח שמולו יש כפיפות. מה זה כוח במובן המשפטי? היכולת לשנות את מערך הזכויות והחובות של הכפוף באופן חד צדדי. לא כל הכוחות הם כוחות שנמסרו לרשות שלטונית יש כוחות שנמסרו לאדם פרטי. למשל הכוח לבטל חוזה. המשפט מעניק לצד לחוזה את הכוח לבטל את החוזה. האם הוא חייב לבטל את החוזה? לא. למשל משכיר דירה ולא משלמים לך בזמן. מצד אחד אתה לא חייב לבטל אבל יש לי את הכוח מבחינה משפטית לבטל אבל אני לא חייב להשתמש בה. הרשות המנהלית מקבלת את הכוח לשנות את מערך הזכויות והחובות של הפרט באופן חד צדדי. האם זה חד צדדי לחלוטין? למשל: הרשות הולכת לסגור את אותו מקום שיש בו הימורים. מה היא מחויבת מבחינת ההגיונות? לתת התרעה מראש והיא צריכה לתת זכות טיעון. איך זה משנה את מערך הזכויות והחובות של הכפוף לכוח? היה לו מקום שהוא הקניין שלו ולמחרת אסור לפתוח אותו. המקום סגור על פי צו. זה שינוי של מערך הזכויות והחובות. בפס"ד אבו ערפה- יש לך רישיון ישיבה למחרת החליט שר הפנים לבטל את רישיון הישיבה. זה שינוי דרמטי במערך הזכויות והחובות ושוב, באופן חד צדדי על ידי הרשות. דוג' קלאסית נוספת לשינוי היא הפקעת קרקע- יש איזו שהיא אדמה אכל צריך לבנות שם ביה"ס והמקום היחידי להקים את הבית הספר הוא על האדמה הזאת. שר האוצר צריך להודיע לי שהוא הולך לעשות את זה ואני יכולה לבוא עם עו"ד והוא צריך לשמוע את הטיעונים. אבל אחרי שהוא ישמע את הטיעונים שלי הוא יכול בכל זאת באופן חד צדדי להפקיע את הקרקע. עוד דוג: רשות המיסים – כל עסקה שעושים בנדל"ן הרשות נכנסת לתמונה- למוכר יש שבח ולקבוע את הגובה שלו והעירייה רוצה היטל השבחה כי עברה תוכנית ששיפרה את מצב הזכויות בנכס. בקיצור כולם מפעילים את הסמכויות שלהם באופן חד צדדי ומשנים את מערך הזכויות של האזרח. האזרח יכול רק להתווכח עם הרשות. כמו למשל שחייב במס צריך להיות יותר נמוך וכו' ..

הכרנו שתי דמויות שהמשפט המנהלי רלוונטי אליהם: מפקד המחוז במשטרה ושר הפנים. הם חלק מהרשות המבצעת של מדינת ישראל.

הנפשות הפועלות במשפט הציבורי: האישיות המשפטיות במשפט הציבורי :

1. מדינת ישראל – במשפט הציבורי לא נפגוש את מ"י. (חוץ מבהליך פלילי). למה? מ"י היא כמו תאגיד במשפט הפרטי. אישיות משפטית מופשטת ולה יש בעיה לבצע פעולות. אז אם זה בחברה פרטית אז יש מנהל החברה כי התאגיד היא אישיות מופשטת. ולמ"י יש את האורגנים שלה שפועלים בשמה:

הרשות המבצעת: עיקר הדיון שלנו יהיה ברשות זו. מי שעומד בראש רשות זו עומדת הממשלה. וכבר הכרנו את שר הפנים, הממשלה מחלקת את תחומי האחריות שלה למשרדים ובכל משרד כאשר בראשו עומד שר. והשרים מקבלים בחוק תפקידים ציבוריים. **שר האוצר** יכול להפקיע קרקע לצורכי ציבור. **ושר הפנים** מחליט מי רשאי לשבת במ"י ומי לא רשאי לשבת בתחומה.

יש עוד אורגנים שכפופים לרשות המבצעת : **הצבא** כפוף לשר הביטחון ולדרג המדיני . הצבא מפעיל סמכויות שלטוניות . שר הביטחון למשל יכול לפטור מגיוס . הצבא מבצע הרבה מאוד פעולות בדר"כ בשטחים בשם מ"י כי הוא הריבון בשטחים המוחזקים . ביהמ"ש אומר כל חייל נושא עמו בקיטבג את המשפט המנהלי . הוא משנה באופן חד צדדי את מערך הזכויות והחובות . היום אתה אדם חופשי אבל מחר ייכנס הצבא ויעצור אותך

משטרה, שב"כ, מוסד .

יחידות סמך במשרדים - רשויות שהם במשרדים שהעובדים שלהם הם עובדי מדינה . למשל רשות מקרקעי ישראל -רשות שעובדיה הם עובדי מדינה . מנהל מקרקעי ישראל גם .

בית המשפט - עוסק בשפיטה ולא בהפרת זכויות מנהליות אבל לפעמים הוא גם מקבל תפקידים מנהליים . למשל ההחלטה לפסול מועמד בבחירות . ביהמ"ש הוא עוד רשות שם כי נדרש אישור של ביהמ"ש העליון לכך .

יש להבדיל בין מישור המשפט הפרטי למישור המשפט הציבורי .

במשפט הפרטי שר הביטחון נוסע להיפגש עם מקבלי בארה"ב ולסכם על רכישת מטוסים בחיל האוויר או צוללות בחיל הים . מי האישיות המשפטית שעושה את הפעולה ? זו היא פעולה שדומה לפעולות במשפט הפרטי כמו חוזה . גם פה עשו חוזה לרכישת צוללות . בתחומי המשפט הפרטי האישיות המשפטית היחידה היא מ"י . כלומר מי שמתקשר עם משרד ממשלתי הצד לחוזה היא מ"י . מי שמועסק ע"י משרד ממשלתי הוא עובד של המשרד אבל בדיני עבודה המעסיק שלו הוא מ"י . לכן כל תחומי המשפט הפרטי של העסקת עובדים , שכירת נכס -האישיות המשפטית של כל הגופים הללו היא מ"י . אתבע את מ"י במידה ואעתור לבג"ץ למשל .

במשפט הציבורי -עוסק בהפעלת סמכות שלטונית והאישיות המשפטית יהיה העובד עצמו . מי שפגע בי . מי שהפעיל את הכוח השלטוני ופגע בי כפרט . אעתור לבג"ץ מול אותה רשות ספציפית ולא מול מ"י . בפס"ד אבו ערפה אני אעתור נגד שר הפנים ולא נגד מ"י . מי סגר את המועדון פוקר? מפקד המחוז ונגדו אעתור .

2. **תאגידים סטטוטוריים - תאגידים ציבוריים** - מ"י והאורגנים שלה זה כבר בירוקרטי ומסורבל והמחוקק ראה לאורך השנים שצריך גם להפריד ברים ממ"י . וצריך להקים רשויות שיהיו עצמאיות ותהיה להם אישיות משפטית נפרדת . ואילו הם התאגידים הסטטוטוריים . מה הם אותם תאגידים ? החוק מקים אותם . זה לא כמו תאגיד מסחרי עם מטרות רווח . פה כל הקיום שלו הוא מכוח החוק , המטרה שלו היא מטרה ציבורית והוא מקבל בחוק תפקיד ציבורי . בדר"כ נמצא ס' – העיריה היא תאגיד כשר לכל חובה וזכות . אבל אתה מבין שיש לה אישיות משפטית בפני עצמה וכך גם רשויות : רשות הטבע והגנים , רשות העתיקות . -גופים שיש להם כשירות משפטית לכל זכות וחובה . מה הרעיון להקים תאגידים כאלה בנפרד ממ"י ? יעילות . אם נשים אותם בתוך מ"י הם יתנהלו תחת תקציב המשרד וזה לא יהיה יעיל והם יפעלו בסרבול . פעם הייתה לנו את רשות השידור והיום יש לנו את "כאן" וגם את זה רוצים לסגור אבל לא תמיד השיקול הוא רק יעילות . למה שרשות השידור תהיה נפרדת ממ"י? יש

יעילות כלכלית אבל יש שיקולים אחרים. למשל אני רוצה לתת עצמאות מיוחדת לגוף מסוים. למרות שלתביעה הכללית בישראל יש לה כפיפות ארוגנית למשרד המשפטים אבל משרד המשפטים הוא גוף עצמאי. (היועמ"ש והפרקליטות). למה חשוב למשל להביא לגוף הזה אישיות מיוחדת? הוא צריך להישאר אובייקטיבי וניטרלי מבחינה פוליטית. אם היינו חושבים שהפרקליטות רודפת את הימין או את השמאל במ"י הייתה פגיעה דמוקרטית במ"י. חייבת להיות עצמאות מיוחדת בגלל זה. היועמ"ש למרות שהוא מייצג לממשלה אבל הוא יכול גם להעמיד את רה"מ לדין. גם ברשות השידור אנחנו לא רוצים שפוליטיקאי יבחר את מה שישודר. ברגע שהופרדו התאגידים האלה זאת כבר אישיות משפטית גם במשפט הפרטי וגם בציבורי. אם אני מעסיק עובדים בעירייה העובדים יהיו עובדי עירייה. הם לא יהיו עובדי מדינה כי העירייה הופרדה מהמדינה. אם לעירייה יש נכס והיא רוצה למכור אותו הצד לחוזה יהיה העירייה. העירייה כשרה לעשות חוזים והיא תאגיד כשר לכל חובה וזכות והיא יכולה למכור נכס שלה. ובמשפט הציבורי אותו גורם של העירייה שלו הסמכות היא הסמכות המשפטית הרלוונטית. אם מנהל רשות העתיקות יש לו סמכות לתת סמכות חפירה לארכיאולוגים והוא מסרב לתת להם רישיון עותרים מול מנהל רשות העתיקות ולא מול מנהל הרשויות כולה אלא מול הגורם שהפעיל את הסמכות בחוק.

שיעור מס' 2 – 5.11

3. **גופים פרטיים שקיבלו סמכות שלטונית בהפרטה** - הפרטת בתי הכלא – לא יהיה בתצורה שניסו להקים אם זה יהיה כלא פרטי משולב עם שבס אולי כן אבל זה נפסל בבג"ץ המרכז האקדמי (הפרטת בתי הכלא).

עוד כמה דוג' להפרטות : תחנות טסט לרכב

בתי ספר פרטיים מוכרים לא רשמיים. כמו למשל בתי ספר חרדיים.

ועדות קבלה ליישובים.

מדובר על גופים שבבסיס שלה הם פרטיים. הם מלכתחילה התאגדו כגופים פרטיים למטרות רווח. זה יכול להיות גם עמותה שהיא התארגנות ציבורית למטרה כל שהיא. מי זכה במכרז של הפרטת בתי הכלא? אפריקה ישראל. הדבר הזה נפסל. גם לגבי מבחני טסט יש חברה שמפעילה את זה. אתה מגיע, מס' הרכב שלה רגיל למדי והכל טוב עם המספר אבל בכל זאת אומרים לך לך תחליף אותו וכל זה קומבינה.

למה יש הפרטה בבתי ספר? מ"י אחראית על חינוך ילדינו, משרד החינוך. על פי חוק חינוך חובה יש חובה על כל הורה לשלוח את ילדו לשלוח את ילדו לחינוך חובה למערכת החינוך. מתברר שיש ילדים שהולכים למסגרות פרטיות. אבל יש חוק שאומר שמשרד החינוך יתן חינוך. יש הפרטה. משרד החינוך נותן אישור לבתי ספר פרטיים לחנך את הילדים. אבל מותרים ע"י המדינה.

מבחני קבלה ליישובים- מי אמור לנהל את הקרקעות במ"י? מנהל מקרקעי ישראל. לאורך השנים המנהל היה מתייעץ בוועדות קבלה. הועדה צריכה ליעץ למנהל את מי לקבל ואת מי לא. מה החשש? יפעלו לפי אינטרסים. הנדל"ן זה הוא אינטרס מאוד קל ואכזרי. אם באה אוכ' שהם חושבים שמורידה

את ערך הנדל"ן זה לא טוב. אבל לדבר הזה קוראים אפליה וזה אסור. מנהל מקרקעי ישראל היה מעלים עין במקרים האלה עד שהגיע פס"ד קדן שמשפחה לא התקבלה ליישוב רק כי היא משפחה ערבית (ועדת קבלה דחתה אותה) ומנהל מקרקעי ישראל הוא כאילו לא מעורב. אבל אין לא מעורב. גם אם אתה מפריד סמכות - אתה אחראי. כמו שאם המדינה נותנת אישור לבית ספר פרטי הוא לא פטור מאחריות. הוא אחראי על הבי"ס. ולפקח על כל מה שקורה שם. גם בוועדות הקבלה מנהל מקרקעי ישראל צריך לפקח אבל אין משאבים ומי יכול לפקח על כל כך הרבה יישובים ואז המחוקק הוא גם מסמיך את ועדות הקבלה בחוק חוק שקובע שביישובים קטנים יש סמכות לוועדת הקבלה לקבל החלטה של מי מצטרף ומי לא. ועכשיו המחוקק עצמו אמר שגוף פרטי יקבל סמכות שלטונית - הפרטה. וזה מגיע לבית המשפט ונקבע שזה לא הגיע לבשלות. למצב חוקתי בשל. הש' ג'ובראן אומר שזאת אפליה. עצם העובדה שאנשי היישוב מחליטים זה כבר אפליה.

האם הגוף הפרטי היא אישיות משפטית? אפשר לעתור נגדו במשפט הציבורי וגם יחולו עליו הנורמות של המשפט הציבורי. אם קיבלת סמכות שלטונית בהפרטה - גורם שלטוני העביר לך סמכות שלטונית זה עכשיו משנה את האופי שלך. אתה כרגע גוף פרטי שמפעיל סמכות שלטונית. אתה הופך להיות זרוע של השלטון. קודם כל ניתן לעתור נגדך ואפשר להחיל עליך את הנורמות של המשפט הציבורי. אפשר לעתור נגד הגוף הפרטי. מי שהפריט אותו הוא אחראי. גם מי שהפריט לו את הסמכות שניהם אחראים עליו ועל הנזק שגרם לפרט ואפשר לעתור נגד שני הגורמים האלה.

4. **גופים דו - מהותיים** - חברת חשמל, חברת קדישא (חב' קדישא נ' קסטנבאום - לא נתנו לו כיתוב לועזי על המצבה). גוף דו מהותי זה בעצם גוף פרטי בעל מאפיינים ציבוריים. אחת הפסיקות האחרונות הכירה באיגוד הכדורסל. יש שם מנגנון של תמיכות שהקבוצה צריכה להביע תמיכה במפלגה ורצו לעיין במסמכי התמיכות וזכות העיון שהיא כלל במשפט המנהלי ובתי הדין של איגוד הכדורסל אמרו שיש פה חשאיות של הבחירות ואי אפשר לעיין בדברים האלה. דו מהותי- פרטי נשאר פרטי אך אחד לא נתן לך סמכות שלטונית אבל יש לך מאפיינים ציבוריים.

למשל חב' קדישא- מספקת שירות ציבורי לציבור. ויש לה מונופול. היא אחראית על שירותי הקבורה. אותו דבר חב' החשמל - אין לה מתחרים. היא מספקת שירות חיוני ופועלת כמונופול. לשתי החברות הללו יש זיכיון מהמדינה. ולעיתים יש להם תפקידים ציבוריים או סמכויות שלטוניות. כמו למשל אם צריך להעביר כבל חשמלי דרך השטח שלך היא יכולה לפגוע לך בקניין. אם צריך יש לה את הסמכות לעשות את זה. מפעל הפיס -

למה מפעל הפיס לא מפעיל סמכות שלטונית? הוא עורך הגרלות. למפעל הפיס מותר להמר והוא מציע הגרלות. למה זאת לא סמכות שלטונית? רוב הסמכויות הם במובן של כוח. הרשות מפעילה עליך כוח. אתה יכול לשנות את הזכויות והחובות כלפי הכפוף באופן חד צדדי. האם מפעל הפיס יכול לנחות עלינו באופן חד צדדי להשתתף בהגרלה? לא. כל מה שהוא יכול לעשות הוא יכול להתקשר עם הציבור בחוזה הגרלה והכל מבוסס על הסכמה. מי שרוצה משתתף ומי שלא רוצה לא משתתף. סמכות שלטונית היא לא בהתקשרות הסכמית. פה אתה נותן לו את הכסף בצורה רצונית מתוך כוונה לזכות במה שהוא וזאת לא סמכות שלטונית.

אוניברסיטאות- שירות חיוני לציבור. אלה גופים וולונטריים. לא המדינה הקימה אותם אלא הם קמו לבד כדי לספק השכלה גבוהה וסטודנטים מתקשרים עם הגופים האלה על בסיס השירותים שהם מספקים. המליג הוא תחת משרד החינוך ואז הוא תחת האורגנים של מ"י ואז הוא גוף שלטוני לכל דבר ועניין אבל האוניברסיטאות והמכללות אלה גופים וולונטריים ופרטיים. הם לא מפעילים סמכות שלטונית. הם לא יכולים לכפות על אנשים ללמוד אצלם.

איגוד הכדורסל- אצלם זה לא כזה חזק כמו בחב' קדישא או חב' חשמל. כולה כדורסל.. אז בתי המשפט מבינים שספורט הפך להיות לגורם מאוד משפיע בחברה. הוא מעניין מאוד את האנשים.

בית המשפט לא הכריע וזה התפתח ממקרה למקרה אבל לפחות חלק מהנורמות של המשפט הציבורי יפעלו ישירות על הגופים הדו מהותיים. האם מפעל הפיס יכול להחליט שהוא לא מחלק את הכסף ליישובים חרדיים? לא! הנורמה של שוויון בחלוקת התמיכות חלה עליו ולכן הוא חייב לחלק את הכספים באופן שוויוני. באיגוד הכדורסל החילו עליהם את זכות העיון במסמכים. סיעה שזכתה ליחס לא הוגן יכולה לעיין בכל מסמכי הבחירות של איגוד הכדורסל כגדי להבין שהכל היה כשר והוגן וככה בכל ועדות המשמעת באוניברסיטאות. -אי אפשר לדון בעניינו של סטודנט בלי לאפשר לו להתגונן. כלומר חלק מהנורמות חלות אבל עוצמת ההחלה היא שונה. כשאנחנו מחילים על מ"י והאורגנים שלה הכללים חלים בעוצמה הגבוהה ביותר. אבל בגוף פרטי צריך להתחשב בזה שהוא גוף פרטי. הא לא חלק מהשלטון. למשל אם בתי המשפט יתערבו יותר מידי בדברים של איגוד הכדורגל. למשל יתערבו בפיפא- והוא לא מתיר התערבות פוליטית בכדורגל אז אם רשויות המדינה יתערבו יותר בניהול הכדורגל אפשר להעיף את מ"י בחברות של פיפא ומ"י לא תשתתף במשחקים בינ"ל.

פרק 1: עקרונות היסוד במשפט המנהלי:

1. עיקרון ראשון: עיקרון חוקיות המנהל –

עיקרון החוקיות של המשפט הפלילי אומר שאין עבירה ולא מענישים בגין ביצוע העבירה אלא אם כן הדבר נקבע באופן ברור בחוק. האדם צריך לדעת מה מותר ומה אסור מבחינת החוק ואנחנו לא ננקוט נגדו אם זה לא כתוב בחוק העבירה שהוא עשה אלא רק אם הבן אדם ידע ביודעין שהוא עושה את העבירה שאסור בחוק.

כעת נדבר על עיקרון החוקיות המנהלי – נראה את מסלול הסמכות במדינה הדמוקרטית ואת פירמידת הנורמות.

במדינה דמוקרטית מסלול הסמכות :

העם <----- האם העם מחלק סמכויות ? לא. **העם בוחר נציגים**. בבחירות חופשיות והוגנות. השאלה האם אותם נציגים יכולים להיות מפקחים על מונופולים בשוק החופשי ? יש הפרדת רשויות במדינות דמוקרטיות ומי משמחוקק לא מפעיל את הסמכויות (יש רשות מחוקקת ויש רשות מבצעת והרעיון הוא לא לרכז הרבה מידי כוח ברשות אחת). אז מה עושים נציגי העם בפרלמנט ? <--- מחוקקים חוק X ומעניקים סמכות לרשות שלטונית כל שהיא. אתה ממונה על ההגבלים העסקיים ואתה יכול לתת הוראות למונופול כיצד לנהוג ועוד..

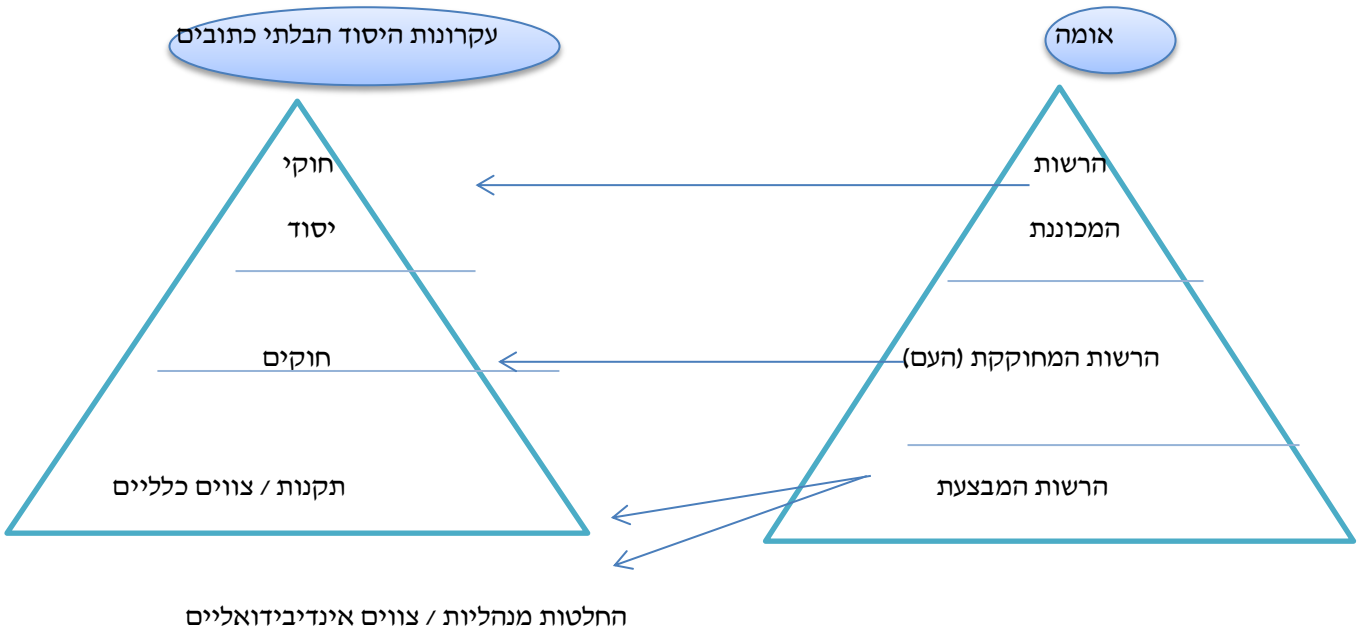
הסמכות נקבעת בחוק. גוף של **הרשות המבצעת** והגוף של הרשות המבצעת אמור להפעיל את הסמכות. למה זה לא דמוקרטי שאותו גוף שאמור להפעיל את הסמכות יבצע פעולות שלא הוסמך לבצע ? הכל בדמוקרטיה צריך לנבוע מאותו רעיון שהוא שהעם הוא המקור ובעל הסמכות. השלטון לא לוקח לעצמו סמכויות אלא הוא מקבל לעצמו סמכויות מהעם.

המחוקקת מעל המבצעת . ס' 4 לח"י לממשלה קובעת שהיא אחראית באחריות משותפת. כולם אחראים יחד באחריות משותפת כל מה שעושה הממשלה היא עושה יחד. ס' אחר אומר שהממשלה מכהנת מתוך אמון הכנסת. אפשר להפיל את הממשלה ומי שמפיל את הממשלה היא הכנסת. (הרשות המחוקקת) . הרשות המחוקקת מבצעת חוקים. רשות מבצעת מייצרת לנו צוים, תקנות. לצווים ותקנות יכול להיות כוח. אבל הרשות המבצעת מקבלת החלטה מנהלית ספציפית. מה ההבדל בין ספציפי לכללי ? החוק חל על ציבור רחב והחלטה מנהלית ספציפית היא הפעלת איזו שהיא מסכות משפטית בעניין מסוים. למשל חוק עזר עירוני של העיר שאומר שאסור לחנות באדום לבן. זה חל על כולם. ולכן זה כמו חוק וזה יהיה צו או תקנה של רשות שלטונית שהוא כמו חוק. ולכן הוא חלק מפירמידת הנורמות.

הכי למעלה בפירמידה – הרשות המכוננת. גם כנסת שהיא גם מכוננת וגם מחוקקת והרשות המכוננת מייצרת חוקי יסוד. במשפט החוקתי מעך הפירמידה יש עננים הענן מעל הרשויות הם רשויות של המדינה והמדינה היא ייצור מופשט ולא ברור והגוף שהוא לא מופשט הם האומה ולחברי האומה שהם

אנשים שמתארגנים יחד ולאומה יש רצון להתארגן על בסיס חוקי יסוד. והרצון שלנו אז הייתה להתארגן בצורה של מדינה יהודית ודמוקרטית וזה מייצר את עקרונות היסוד הבלתי כתובים. אותם חברים שהתארגנו בהתארגנות הראשונית, כמו הרצון של קטלוגיה להיפרד והעולם אומר לקטלוגים שזה נחמד שתאם רוצים לחיות בנפרד אבל ספרד כן מתייחסת אליכם בנפרד. הרשות השופטת נמצאת בצד ובג"ץ מבטל חוק בשם האומה.

חלק אחד בפירמידה שייך למישור החוקתי. **פירמידת רשויות ופירמידת הנורמות.**



לעיקרון חוקיות המנהל יש לו שני יסודות –

1. **יסוד ההסמכה** – כל מעשה מנהלי שלטוני. כל מה שרשות שלטונית רוצה לעשות חייב להישען על הסמכה בחוק במפורש או במשתמע. בית המשפט העליון קבע את יסוד ההסמכה בפסיקה והבין שזה מתחייב בדמוקרטיה. בדמוקרטיה מקורו בעם וכדי להעביר לרשות אחרת הנציגים צריכים לחוקק חוק ולהעביר סמכות. ניתן להבין שהרשות המבצעת לא יכולה לעשות כלום אלא אם כן יש חוק שהסמיך אותה לעשות אתה מה שהיא עושה. למשל באימון ילדים- לא היה כתוב שצריך לבדוק את כשירות ההורים לגדל ילדים ואם אין להם כשירות הם לא יוכלו לגדל ילד. זה לא היה כתוב בשום מקום. אבל זה משתמע? איך? כל הרעיון הוא באימוץ ילד הוא שיגדלו אותו בצורה טובה וכמובן שזה משתמע מהחוק. תכלית החוק מחייבת סמכות כלשהיא.

*הרצון של המחוקק תמיד גובר על המבצעת.

האם ניתנה הסכמה בחוק במפורש או במשתמע- **פס"ד קקאו סנטר**- עירייה שאין לה מושג בהבחנה בין פרטי לשלטוני. לעיריית רמת גן שגן לאומי. בגן הזה היה בית קפה שקוראים לו "קקאו סנטר" איך הגענו למצב שיש חברה שמפעילה בית קפה בתוך גן לאומי? העירייה אומרת: למה לא נציפר את התושבים ויהיה להם קפה בתוך הגן? והיא מוציאה מכרז ומזמינה גופים מסחריים ואיך היא תיהנה מזה? וישלמו לה ארנונה ודמי שכירות. מי שהוא בעירה שכח מי הוא הגוף הציבורי ומי הוא הגוף הפרטי.. יש לנו עוד מבנה בגן. העירייה אמרה למה שלא אני אנהל את בית הקפה? אם הולך כל כך טוב לקקאו סנטר אני אנהל את הבית קפה המתחרה. יהיו עוד הכנסות לעירייה. רק שהיא שכחה את העקרונות הבסיסיים ביותר. רשות שלטונית כל מה שהיא עושה צריך להיות קשור לתפקידיה הציבוריים. הוא הוקם כדי למלא תפקיד ציבורי ולמלא אחר צרכי הציבור של הרשות המקומית. והיסוד הראשון, יסוד ההסכמה אומה שכל מעשה מנהלי שלטוני חייב להישען על הסמכה בחוק במפורש או במשתמע. מה התפקיד של העירייה בחוק? לטפח גנים. האם במסגרת טיפוח הגנים יכולה להשקיע בשכירת גן שיעבוד בגן העירוני ויטפח אותו? כן. האם היא יכולה לקנות ציוד לטיפול בגן? כן. האם לנהל בית קפה משתמע מהחוק של טיפוח גנים? זה לא מתאים לעירייה. זה יכול להיות ניגודי אינטרסים. היא צריכה להחליט על בית קפה המתחרה זה ניגוד עניינים. אפילו בשאלה של האם לתת לו רישיון עסק. אולי נסגור אותו. ניהול בית קפה זה לא מתאים לגוף ציבורי. וכשאנחנו באים לטפח הגן אתה תהיה אחראי לטפח את הגן אבל יוזמות מסחריות צריכים לבוא מאנשים אחרים ולא ממך. אתה יכול להזמין יזמים וכי' אבל לא העירייה תנהל אותה בעצמה.

פס"ד איגוד האינטרנט- אתר אינטרנט נניח שהוא גם מקום אבל האם הוא יכול לצוות לספקי האינטרנט לחסום את הגישה לאותו אתר? שופט אחד אמר כן אפשר ללמוד את זה במשתמע מהחוק. זה משתמע מתפקיד הסגירה. שופטים אחרים אמרו- מה פתאום?! אתה רוצה לסייע למשטרה באכיפת החוק? אם המשטרה רוצה שיעזרו לה באכיפת החוק למנוע הימורים ושפקי האינטרנט יחסמו את הגישה לאתרים. על פי עיקרון החוקיות לא הייתה לה סמכות ובמשתמע אתה יכול לחייב מי שהוא לבוא לסייע למשטרה. המשטרה לא יכולה לרתום אנשים פרטיים ואם היא רוצה לעשות את זה שתראה חוקים שמסמיכים את זה.

12.11 : שיעור מס' 3 :

הפירמידות:

הרשות המכוננת(1) הכי למעלה בפירמידה -----< חוק יסוד

הרשות המחוקקת(2) -----< חוקים

הרשות המבצעת(3) ← תקנות וצווים (נורמות)

החלטות מנהליות וספציפיות (לא נורמה- כי זה למי שהוא ספציפי. עיקר פעולתה של הרשות המבצעת הם החלטות ספציפיות שהם לא נורמות).

מסלול העברת הכוח השלטוני-

העם <---- (באמצעות הבחירות) <---- נציגי העם <---- (הסמכה בחוק) <---- הרשות המבצעת .

פס"ד פלוני – עוסק בסרבני גט ומה אפשר לעשות איתם. תופעה מאוד כואבת שהגברים הופכים את נשותיהם לעגונות . והם עושים את זה כי זה מותר ואי אפשר להתגרש אלא על פי דין תורה. סנקציה שקיימת היא לכלוא אותם בכלא, לשלול רישיון נהיגה או דרכון. כל פעם רוצים להחמיר את הסנקציות על סרבני הגט ובתי הדין החילו כלי הלכתי שנקרא -הרחקות לרבינותא- כלים הלכתיים שיביאו להם להרחיק את נשותיהם. הצעד הזה שאתה מחיל סנקציות חברתיות יש הבדל בין ברבן גט חילוני או דתי. אחת ההרחקות היא שאין לבוא איתו למגע ואין לבקר אותו כשהוא חולה . נידוי חברתי . דבר זה נוגע יותר לדתיים שחיים בקהילה קטנה ומלוכדת . כשאני מחיל סנקציה כזאת בעמם זה יוצר הפרדה בין סרבני הגט.

כל מעשה מנהלי של הרשות חייב להישען על הסכמה בחוק במפורש או במשתמע. בא המחוקק וקבע מה ניתן לעשות בחוק לסרבן גט? מה צריך להפעיל נגד סרבן גט? נכלא אותו במאסר. האם יכול בית הדין הרבני ע דעת עצמו להוסיף סנקציות הלכתיות ? זה לא כתוב במפורש בחוק ולא במשתמע שניתן לנדות סרבן גט. ומכאן יש בעיה . איך השופטים יוצאים מזה? הם אומרים : קיבלנו את הסכמת בית הדין . השימוש בהרחקות יהיה בהמלצה בלבד ואת רוב השופטים זה משכנע שאם זו רק המלצה הם לא מצווים על אף אחד להרחיק או לנדות. המרצה מסכים עם הש' דנציגר והש' נאור. האם להמליץ על מה שהוא זה גם מעשה שלטוני מנהלי של בית הדין? כשאנחנו באים להסתכל על המלצה כזאת? האם זה פוגע בזכויות אדם של אותו סרבן גט? כבוד האדם . סדרה של השפלות חברתיות . על אדם דתי זה פועל כהשפלה. אם אתה בקהילה שלך ולא יבואו לבקר אותך כשאלה חולה.אולי זה סימן לנידוי והשפלה . ואצל החילונים הנידויים האלה לא עובדים. הש' דנציגר לא התעמק בזה וה' נאור הניחה שיש פגיעה בכבוד האדם . גם אם אין פגיעה משמעותית בכבוד האדם זה עדין בגדר בעיה. בג"ץ אומר : טוב הם רק המליצו ואם זה חל על קהילות מסוימות אז נזרום ולא נאכוף את כללי המשפט המנהלי בצורה נחרצת .

מקרים מיוחדים –

1. **פגיעה בזכויות אדם** – (זכויות חוקתיות ועקרונות חוקתיים) - נדרשת **הסמכה מפורשת** בחוק ! ככל שהעיקרון החוקתי חשוב יותר ניתן להגיד על דרגת המפורשות היא צריכה יותר גבוהה ! יסוד ההסמכה במקרה של כויות אדם חל אבל צריך למחוק ממנו את "משתמע " זה לא יכול להיות המשתמע אלא חייב להיות המפורש בחוק .

פס"ד הועד הציבורי נ' עינויים -קשירת שק על הראש – פעולה שמזכירה יחס לחיות . לא קושרים לאדם שק על הראש. <---- פגיעה בגרעין של זכויות האדם <---- אנחנו דורשים הסמכה מפורשת ברמת המפורשות הכי גבוהה. הולכים לחקיקה. מה מותר לשוטר לעשות ? לנהל חקירה. איך מנהלים חקירה? לא חייב שהיא תהיה נחמדה. אפשר להפעיל לחץ בחקירה אבל עדיין זה נחשב במתכונת של שאלות ותשובות. אם אני רוצה להעיף סטירה תוך כדי או למנוע ממך שינה במשך הרבה זמן -אז בו תראה איפה זה כתוב שמותר לך . אם כתוב שמותר לך לנהל רק חקירה אין מפורשות . אתה רוצה לעשות מה שהוא <---- תראה שהסמיכו אותך במפורש בחוק.

איך ניקח את המקרה המיוחד הזה בפס"ד פלוני כלפי אותן הרחקות ? בקהילה אתה מנודה הרי. אפשר לדבר על פגיעה בזכויות של בני המשפחה. שידוכים וכן הלאה. בוא תראה במפורש האם מותר לך להטיל סנקציה שכזאת?

פס"ד מנעא- הגדלת ראש של המשטרה ורשות המיסים. משטרת ישראל שמה מחסומים בהרבה מקומות, מחסומים ביטחוניים. ובמסגרת הבדיקה הם בודקים מי האנשים שנמצאים באוטו. למשטרה יש ניידת מאוד משוכללת שיכולה ליצור קשר עם ניידות אחרת. רשות המיסים – אם יש לנו חייבי מס אז בוא נגבה מס. אני עוצר אותך במחסום – חייב לפי קביעת רשות המיסים. אתה רד מהרכב. הרכב מעוקל עד להודעה חדשה. תדבר איתנו אחרי שהסדרת את החובות.

יש לכם סמכות לעשות את זה? השפלה פומבית. כל הנוסעים והעוברים רואים שהוא הוצא מהמכונית ע"י רשויות הביטחון. יש גם פגיעה בהליך הוגן. מה עם זכות טיעון ? אולי בכלל אותו אדם טען בתוקף שרשות המס חייבת לו ? המקרה המפורש אומר שלא ניתן לעכב מי שהוא במשתמע במחסום ביטחון אלא צריך שזה יהיה במפורש. מותר לה לעקל חשבונות בנק. מותר לה לבוא למקרקעין של החייב ולתפוס מיטלטלין. אני בא אליך הביתה. ראיתי טלוויזיה --- עיקלתי--- החזרתי חלק מהחוב. הרכב הוא מיטלטלין ? אולי. גם אם כן זה בטח לא תפסתי אותו במקרקעין של החייב מכאן שלרשות המיסים אין אפשרות לעשות את מה שהיא עשתה.

פס"ד אבו ערפה- פגיעה בזכויות אדם שבפס"ד זה. תושבי מזרח ירושלים. האם הסמכויות של שר הפנים חלות גם עליהם עד כדי אפשרות לבטל את רישיון ישיבתם ? חוסר נאמנות למדינה. הפרת נאמנות. <----- פגיעה חמורה בזכויות אדם. איפה ההסכמה המפורשת בחוק ? אם קוראים את חוק הכניסה לישראל תושבי מזרח ירושלים לא מוזכרים שם. כי החוק הזה נכתב עוד לפני שישראל סיפחה את ירושלים. אף אחד לא ידע שתהיה בעיה עם תושבי מזרח ירושלים. כך שדרגת המפורשות צריכה להיות גבוהה וזה אומר שיהיה כתוב שניתן לגרש את תושבי מזרח ירושלים במידה והם הפרו נאמנות במקרים הבאים: וכו' וכו' ...

עוברים לזירה החוקתית כי ברגע שמבחינת המשפט המנהלי הכל תקין הזירה הבאה היא המשפט החוקתי ושם כמו שהיה בפס"ד אבו ערפה יש את שמירת הדינים. חוק הכניסה לישראל הוא חוק ישן לכן הוא מוגן לפי שמירת הדינים ולא נתן לפסול הוראות שנמצאות שם. שמירת הדינים לא יכולה לחסן אותך אבל ברמה של המשפט המנהלי יש בעיה עם ההסכמה הרחבה של שר הפנים והוחלט שהם לא יגורשו ואם היא רוצה לגרש צריך שזה יהיה כתוב במפורש בחוק.

מקרה מיוחד שמשנה את עיקרון חוקיות המנהל וגם לו יש חריגים ---

1. **סמכות מכוח עק' היסוד (פס"ד ירדור)** - פסילת רשימה בבחירות. היום יש ס' מפורש שיש לו עילות שניתן לפסול מי שהוא בבחירות. (מסית לגזענות, תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב של אירגון טרור במ"י) זה היום יש בס' 7 א'. כשנכתב פס"ד ירדור לא היה את ס' 7א' ובכל זאת הרוב בבית המשפט קבע שהגוף שיכול לפסול מועמד זו ועדת הבחירות המרכזית. הייתה תנועה פוליטית שקרו לה "אלערד" ועלתה השאלה האם היא חותרת נגד מ"י. דעת המיעוט- אם אתה רוצה לפסול מי שהוא בבחירות ? אתה שולל זכות דמוקרטית ואתה צריך הסמכה מפורשת בחוק והחוק שתק לא הייתה שום עילה לפסול

רשימה. שופטי רוב- זה חותר תחת עקרונות היסוד אם הגורמים הללו יכנסו לכנסת כל התשתית תימצא בסכנה ואז אפשר להכיר בסמכות בלתי כתובה מכוח עקרונות היסוד. זה חריג שכמעט נעלם מהפסיקה הישראלית והוא חוזר בפס"ד אבו ערפה- הש' מלצר מעלה את החריג הזה. האם המהלך שלו משכנע? מלצר אומר שנכון שעקרונית יש בעיה לגרש את תושבי מזרח ירושלים ללא הסמכה בחוק אבל אם מדובר באנשים שהתפקדו לרשות החמאס ורצו לבחירות בארגון שקורא לחיסולה של מ"י אז זכותה של המדינה להתגונן. האם הטיעון הזה ביחס לתושבי מזרח ירושלים שאפשר להפעיל פה את חריג ירדור משכנע? מה הסכנה של עקרונות היסוד? בפס"ד ירדור אם רשימה נכנסת לכנסת היא יכולה לשנות את כל חוקי המדינה ולמוטט את כל המבנה החוקתי כולו. בתיאוריה כשאתה בתוך הכנסת יש סכנה עקרונית בחוקי היסוד. כשאתה נבחרת לרשות הפלסטינית הסכנה היא אולי לביטחון מ"י (אז יש מעצרים מנהליים ויש כלים אחרים שניתן לטפל באמצעותם לסכנה ביטחונית) אבל זה שונה מפס"ד ירדור. ירדור זה חריג נדיר בהיסטוריה של מ"י.

2. פגיעה בעיקרון החוקתי הנמצאת בפריפריה של העיקרון –

מבוסס על ההבחנה בין גרעין לפריפריה. פס"ד בן חיים- פס"ד מאוד מפורסם מהתקופה האחרונה של הנשיאה ביניש. מדובר על חיפושים. מקרה אחד ששוטר ניגש לאדם ללא שום בסיס וללא חשד שהוא מסוכן או כל דבר אחר וביקש ממנו לרוקן את כיסיו ואותו אדם רוקן את כיסיו הייתה שם סכין והעמידו אותו לדין על נשיאת סכין. מקרה נוסף שוב על חיפוש שלא כדין – דפקו על הבית על אמא של גיבליל והמשטרה דופקת לאמא שלו על הדלת ומבקשת ממנה לבוא לעשות חיפוש קטן בבית. והם מוצאים אצלו סמים והוא מועמד לדין על החזקת סמים. לכל עיקרון חוקתי יש ליבה (גרעין) ויש את הפריפריה(דברים פחות חשובים). ככל שאנחנו פוגעים בהיבט של העיקרון שהתכלית שלו היא חשובה מאוד. וככל שאנחנו מתרחקים ומגיעים להיבטים פחות חשובים של העיקרון אז העיקרון הולך ונחלש. למשל: אם הייתי כותב על כבוד האדם ומדבר על חקירות השב"כ. הגרעין אומר שכל אדם הוא בן אנוש ולכן אסור לפגוע בצלם האדם וזה נמצא בגרעין. ביתו של אדם (חיפשו על גופו של האדם ונכנסו לבית של האדם) מבחינת הזכות הפרטיות איפה זה נכס בגרעין או בפריפריה? בגרעין. חיפוש על הגוף וחיפוש בבית פוגעים בגרעין הפרטיות. וחיפוש בתוך הגוף פוגע בגרעין של הגרעין ושם אנחנו מגיעים לשלמות הגוף ועוד ועוד. הנשיאה ביניש דנה בשאלה- האם אדם יכול לוותר על פרטיותו? הסכמה מדעת. הוא מבין את כל ההשלכות של הויתור על הזכות. האם אדם ריכול לפגוע בפרטיות שלו בפייסבוק? מותר. בא לו להראות תמונה מאוד מאוד מביכה שלו הוא הסכים מדעת. הוא החליט לוותר על הפרטיות. מה קורה כשאדם מוותר על הפרטיות מדעת? הפגיעה בפרטיות נחלשת כי הוא הסכים ואז עוברים מהגרעין לכיוון הפריפריה. קודם כל צריך להסביר לו את היעדר הסמכות. אם תגיד לי שאי אפשר לחפש אז הכל טוב. במידה והמשטרה הסבירה את המצב החוקי ואין לה שום מסכות וביקשה מאותו אדם והסבירה לו שאם יסרב לא יקרה לו שום דבר. במצב כזה ניתן לבקש הסכמה מדעת ואז הפגיעה בפרטיות יותר חלשה – היא בפריפריה ולא בגלעין. ואז למצה זה חריג? רמת המפורשות שאנחנו דורשים בהסמכה תלויה בחשיבות העיקרון החוקתי. כשאנחנו בגרעין העיקרון נדרוש רמה גבוהה מאוד מאוד. ככל שאנחנו זזים מהעיקרון לכיוון הפריפריה אז לא צריך רמת מפורשות כל כך גבוהה. ואז אפשר להסיק את הסמכות לחפש במשתמע. אם אדם מסכים לחיפוש האדם יכול לחפש. אם אנחנו פוגעים בזכות שזזה לפריפריה לא חייבים הסכמה מפורשת. דוג': אם הרשות המנהלית תטיל קנס של 30 ₪ האם היא צריכה הסמכה

מפורשת לכך? אפשר לחשוב כך: יש לנו את הזכות לקניין. מה הגרעין? הזכות של אדם על ביתו. על הקרקע שלו על קנין שהוא כלפי כל העולם. אח"כ יש זכויות אחרות שיש לו. חוזיות וכל מיני דברים שניתן לראות בהם חלק מהרכוש שלו. השאלה אם אני מפקיע לו את הבית האם זו פגיעה בגלעין הקניין? כן. אבל אם אני מטיל עליו קנס של 30 ₪. האם פגעת בקניין שלו? כן. אבל יש לזה שני פנים. אם זה מוריד לו ארוחה - אם הרשות פעלה פה בחוסר סמכות לא צריך פה הסמכה ברמת מפורשות גבוהה. פן אחר, יש אנשים שבשבילם 30 ₪ זה הרבה. אבל עדין זה לא משפיע ברמה דרמטית. וזה לא דורש המסכה מפורשת.

לא כולם מסכימים עם בייניש – יש כבר פס"ד של בית הדין הצבאי לעירעורים לגבי חיפוש בנייד של חייל. ושוב נאמר שאם מסבירים לו שהוא לא חייב לתת את הנייד ולא יהיה לכך שום תוצאות והוא מסכים בכל זאת זה שם אותנו בפריפריה ולכן אין הסמכה מפורשת.

***הגישה של בייניש- הסכמה מדעת** <----> זזנו לפריפריה.

***הגישה של דנציגר בפס"ד בן חיים** <----> **הגישה אומרת שאין דבר כזה הסכמה מדעת ביחסים בין אדם נורמטיבי לשוטר.** גם אם תסביר לאמא של גיבלי שאין לנו סמכות ואם תגידי שאת לא מסכימה הכל טוב. הטקסט של השוטר נכנס לאוזן אחת ויוצא באוזן השניה של האדם כי האדם לחוץ כשהוא רואה משטרה והם גם לא מבינים מילים. יש סיטואציות שאתה לא יכול להגיד שיש הסכמה מדעת כי יש לחץ וחשש ואם אין הסכמה מדעת לוותר על הפרטיות אנחנו חוזרים לגרעין של הפרטיות וחייבים הסמכה מפורשת ברמה גבוהה. לא כמו כבוד האדוואט אבל זה חשוב עדין. ואז המשטרה צריכה להראות הסמכה מפורשת בחוק כדי לחפש. באותו מקרה לא היה הבדל ביניהם כי ביניש דורשת הסמכה מדעת והשוטרים לא הסבירו לאותם אנשים את המצב החוקי יוצא ששניהם דרשו הסמכה מפורשת ברמה גבוהה --- לא הייתה --- המשטרה פעלה בחוסר סמכות <----> פסילת ראייה <----> יש שכרוב והולכים הביתה. וזו דוגמא של המהפיכה החוקתית על ההליך הפלילי ובסוף אנשים משתחררים למרות שיש פגיעות נגדם בעקבות פגיעה בחוקיות.

פס"ד פלוני- הש' אנדל – מדברים על סרבן הגט. אם הזכות שלנו היא הזכות לחופש הדעת מה יש בגרעין שלה? החופש לקיים את מצוות הדת. אם ההרחקות שעליהם דיבר פס"ד אומרות שעכשיו אתה תיפגע בכל מיני היבטים של הקהילה הדתית למשל שלא יזמינו אותך למנין, תיאבד את מקומך בבית הכנסת. אם כל ההיבטים האלה הם לא בליבה של מצוות הדת אתה יכול להיות אדם דתי עדין. ואז אומר אנדל אתה יכול להמשיך להיות אדם דתי וכל הדברים שקשורים לאורך החיים הדתיים שם אתה מרגיש את הבעייתיות. אין חובה לעלות לתורה בבית כנסת מסוים. ואז זה זז לפריפריה. ועוד סיבה לזוז **פלריפיה- כשפוגעים בזכויות שלך אבל הכל תלוי בך** - אתה רוצה לחזור לקהילה ולעלות לתורה ואורך חיים רק תן גט. **אתה מביא את זה עצמך!** זה לא שמי שהוא מטיל עליך את הענישה ואין לך דרך להתחמק מזה. ואז גם זה דוחק אותנו עוד לפריפריה. ואם זה בפריפריה---כדי להטיל את ההרחקות זה לא חייב להיות במפורש בחוק וזה יכול להיות גם במשתמע. מה אני יכול לטעון כנגד אנדל? **נכון אולי אתה צודק שזזנו מהגרעין בנוגע לחופש הדת אבל דיברנו על זכויות אחרות: נידיוי והשפלה וכבוד האדם וחופש העיסוק אז הוויכוח הוא שהוא התמקד בזכות אחת אבל יש המון זכויות שנפגעות.**

2. מקרה מיוחד נוסף- השלמת לאקונה בחוק ע"י ביהמ"ש – פס"ד חירות-

בפס"ד חרות היה חלל בחוק שביהמ"ש משלים אותו. כל תשדיר בחירות עובר את הביקורת של יו"ר ועדת הבחירות. מה הרעיון בלבדוק את תשדירי הבחירות? כל מה שהיה יכול היה לפסול אותך בבחירות, יכול להיות שאתה תבוא ותגיד שכמובן שאני מקבל את כל עקרונות היסוד ואז תייצר תשדיר גזעני. אז זו עוד תחנה שאנחנו בודקים שאתה מקבל את עקרונות היסוד. רק שהכנסת לא דאגה שניתן להחיל את זה על כל המדינות. בטלוויזיה יש סמכות מפורשת בחוק לפסול אותו. היתה סמכות לפסול תשדיר שמנוגד לעקרונות היסוד. ברדיו לא הייתה התייחסות של החוק לרדיו. כשאנחנו באים לפרש חוק שלא נגע בנקודה שהתבקש להסדירה איזו שאלה יש פה? יש שתי אפשרויות: או שזו לאקונה בחוק (המחוקק פשוט שכח להתייחס לרדיו) או אפשרות אחרת - הסדר שלילי. מה יותר הגיוני? לאקונה. ברק אומר שיש פה לאקונה. מה עושים עם לאקונה? משלימים לפי ס' 1 לחוק יסודות המשפט. הולכים לפסיקה אם לא מוצאים תשובה עושים היקש ואז פונים לעקרונות של מורשת ישראל. ברק אומר שניתן לעשות פה היקש מהטלוויזיה לרדיו. אותה סמכות שיש לטלוויזיה יש גם לרדיו.

למה זה מקרה מיוחד? באה אותה רשימה ועותרת לבג"ץ. המשפט המהללי- כל מעשה מנהלי של הרשות חייב להישען על הסמכה בחוק. במפורש ובמשתמע אין לא ברדיו ולא במשתמע. מקרה 2 אומר אם זו לאקונה בית המשפט משלים את הסמכות- **מצב שאין סמכות במפורש ואין סמכות במשתמע אבל יש הסמכה של בית המשפט להשלים לאקונה וזו הסמכות. ואז הוא מייצר סמכות איפה שאין מכוח היקש.**

19.11.2017 שיעור מס' 4

בית המשפט עושה היקש מהטלוויזיה לרדיו. זה מקרה מיוחד מכיוון שאין הסמכה---> לא במפורש ולא במשתמע---> בית המשפט ייצר אותה.

3. *מקרה מיוחד שלישי – מקרה קצת לא ברור שהוא מקרה מיוחד אך בכל זאת נשקול אותו כמקרה מיוחד. - פעולה הנדרשת להגנה על זכויות האדם- (פס"ד דבורין) -

בפס"ד דבורין דובר על האסיר יגאל אמיר שרצה לממש את זכותו להורות אבל לא הייתה לא זכות להתייחדות עם אשתו והוא ביקש מהשב"ס שיסייעו לו בהליכי הפוריות. האם הזכות להורות בהכרח נשללת במאסר? יותר קשה להפוך להורה כשאתה כלוא אבל עדיין יש את הזכות להתייחדות ואתה לא מתנתק מהמשפחה לחלוטין. **שב"ס רוצה לעשות פעולה הנדרשת להגנה על זכויות האדם של האסיר יגאל אמיר.** האם לשב"ס יש סמכות לסייע לאסירים בהליכי הפוריות?! האם במפורש יש לשב"ס סמכות לסייע בהליכי פוריות?!

האם אפשר למצוא סמכות במשתמע? תפקידו להבטיח את זכויות האדם של האסיר שלא נשללו בעונש המאסר. האם מאסר מגדיר הורות? נכון שהורות לא נשללת בעונש המאסר ואז התפקיד הרחב הוא לשמור על זכויות האדם של האסירים, להבטיח את זכויות האדם שלא נשללו באופן ישיר בעונש המאסר. אם אחת הזכויות שלא נשללה היא הזכות להורות - אחת הזכויות היא הזכות להורות אז אפשר להסיק במשתמע את הזכות לפוריות. לא זו השאלה אם יש לסמכות לסייע בטיפולי פוריות. בית

המשפט הרי מנסה להתחמק מהשאלה האם יש לו סמכות ואז בעצם עוברים למקרה המיוחד הראשון ואז שואלים -האם יש לו סמכות לא לסייע בתהליכי הפוריות? צריך הסמכה מפורשת כדי לפגוע בזכויות אדם. האם ניתן להגיד שב"ס מתערב בזכות ההורות? שב"ס לא עושה כלום. לזכות יש פן חיובי- לפעול אקטיבית. הפן החיובי יכול לפעול אקטיבית. ואז בית המשפט אמר -לא זו השאלה אם יש לו סמכות אלא השאלה -האם יש לו סמכות לפגוע בזכויות אדם? לא נמצא בחוק הסמכה בחוק לפגוע בזכות ההורות. כל פעם שהרשות רוצה למצוא הסמכה מפורשת לפגוע בזכויות אדם צריך למצוא האם יש לה הסמכה מפורשת לא לעזור לזכויות אדם. כל רשות צריכה לדאוג לזכויות אדם אבל כל רשות בתחומה. מההנמקה של בית משפט עלול להשתמע שכל עוד הפעולה נדרשת לזכויות אדם לא בודקים אם יש לה הסמכה או לא. והנקודה היא שלא צריך להבין את זה כך. כל רשות מופקדת על תחום מסוים- אם מוטל עליה תפקיד ציבורי שקשור בזכויות אדם (כמו בשבס להחזיק אדם במשמורת) א במשתמע אפשר להשיג סמכות או חובה לפעול להגנה על זכויות האדם של מי שקשור לתפקיד המפורש שהוטל בחוק. ואין בעיה עם אסירים---> במשתמע לדאוג לזכויות האדם של האסירים. בית המשפט אומר שכל עוד שזה מגיע לזכויות אדם אנחנו לא נכנסים לזה.

כל רשות תדאג לזכויות האדם בתחום שהיא מופקדת עליו. אלא אם הוטל על רשות תפקיד במפורש שכרוך להגנה בזכויות אדם אז אפשר להסיק סמכות במשתמע להגן על אותן זכויות רלוונטיות. ד"א זה גם מתאים לפס"ד פלוני בענין סרבני הגט-סנקציות הלכתיות בגוף שיפוטי של מ"י, במ"י. האם הוא יכול להטיל סנקציות שלא כתוב במפורש עליהם? אצל חלק מהשופטים מופיעה הסוגיה שהאדם סרבן גט. ואם הוא סרבן גט זכויות האדם המעורבות פה הם האישה העגונה – זה שהוא מסרב לתת לה גט זה פוגע בזכויות האדם של האישה. האם המצב הזה, העובדה שהסנקציות ההלכתיות האלו נועדו להגן על זכויות האדם של האשה פותרת אותנו מהצורך למצוא סמכות בחוק? השופטים מדגישים שזה דרוש כדי לשחרר את העגונות- כל מה שעושה הרשות של המדינה היא צריכה לעשות על פי חוק במפורש או במשתמע. אם היה זה מקרה מיוחד היינו אומרים שהסנקציות נועדו להגן על זכויות האדם של האשה העגונה לא משנה אם יש סמכות או אין אבל ככל שאין מקרה מיוחד כזה זה מחזיר אותנו למפורש וזה להטיל מאסר על סרבן הגט.

האם במשתמע כל אלה סנקציות חילוניות שמקובלות בכל מדינה? סנקציות שקשורות להלכה דתית האם הן נלמדות במשתמע? לא ניתן לגזור מסנקציות חילוניות, סנקציות דתיות. אם אין מקרה מיוחד אנחנו חוזרים לצורך לבסס סמכות או במפורש או במשתמע. לשב"ס אין סמכות להכניס למשל דרי רחוב לתאי הכלא גם אם זה מגן על זכויות אדם, זה לא התחום שהוא אחראי לו.

מכאן ניתן להבין שאין מקרה מיוחד מס' 3.

2. היסוד השני- "יסוד ההתאמה"- כל מעשה מנהלי יתאם לכל הנורמות שמעליו בפירמידת הנורמות- התאמה לכל הנורמות שמעליו.

פירמידת הרשויות פירמידת הנורמות עק' יסוד בלתי כתובים

מכוננת----- < (הרצון של המכוננת) חוקי יסוד

הרשות מחוקקת----- < (הרצון של המחוקקת) חוקים

(הרצונות של המבצעת)

השופט מבצעת----- < תקנות צווים

החלטות מנהליות ספציפיות

נורמה= משנה את המשפט הנוהג במדינה וחלה על ציבור בלתי מסוים . כל שלב בפירמידה לא יכול לסתור את השלב שמעליו. האם תקנה יכולה לסתור חוק? . לא ! זה נקבע במפורש בפקודת הפרשנות- ס' 16 "לא תהא תקנה סותרת הוראותיו של כל חוק" .הרצון של המחוקקת גובר על הרצון של המבצעת וכשיש סתירה עושים ביטול של הנורמה התחתונה יותר . האם חוק יכול לסתור ח"י ? פס"ד המזרחי. עד הפס"ד חוק יכול היה לסתור חוק יסוד, אחרי הפס"ד חוק לא יכול לסתור חוק יסוד ואם הוא סותר הוא יתבטל.

האם ח"י יכול לסתור את עקרונות היסוד הבלתי כתובים ? גם הוראה בחוק יסוד אפשר אפשר לפסול אם היא עומדת בסתירה לעקרונות היסוד הבלתי כתובים . האם החלטה מנהלית ספציפית יכולה לסתור ח"י? לא. האם החלטה מנהלית יכול לסתור את עק' היסוד הבלתי כתובים ? לא.

מעשה מנהלי שלטוני- החלטה מנהלית ספציפית. כל מעשה כזה צריך להתאים לכל הנורמות שמעליו בפירמידות הנורמות. היסוד הראשון הוא שכל מעשה שלטוני צריך להישען על המכה בחוק ואז יש בעיה עם אותו מעשה מנהלי לאחת מהנורמות בפירמידות שמעליו. אם אותה החלטה מנהלית סותרת תקנה, על פי עיקרון חוקיות המנהל התקנה בטלה. אם היא סותרת חוק על אחת כמה וכמה. אם היא סותרת ח"י נחיל עליה את פסקת ההגבלה ואם היא לא עומדת בתנאים היא בטלה. כל קומה בפירמידה צריכה להתאים לכל מה שמעליה אחרת היא תיתבטל.

2. עיקרון יסוד שני: הרשות כנאמן הציבור :

מה היא נאמנות ? בדרי"כ על נכס שמי שהוא מפקד עליו והא נאמן. עבור מי הנאמן מחזיק בנכס? עבור הבעלים שהוא נקרא הנהנה שהוא בעל הנכס . מה ההבדל בין החזקה בנאמנות לבין בעלות מלאה ? מי שחזיק בנאמנות הנכס לא שלו,ההחזקה שלו היא מוגבלת . מי שהוא בעלים מוחלט יכול לעשות מה שהוא רוצה עם הנכס. בהרבה עסקאות -עסקת מכירה של נכס לא כל התנאים להשלמת העסקה מתגבשים לבד ואז הרבה פעמים ממנים את העו"ד לנאמן ותפקידו לשמור על הכסף.

עו"ד- נאמן, הנכס-כסף, הקונה -הנהנה- צריך לדאוג שהעסקה תשולם והכנס יירשם על שמו.

26.11.2017- שיעור מס' 5 :

פרק 2: עקרונות יסוד - הרשות השלטונית- כנאמן וחובות הפרט כלפי הרשות:

הנהנה- הציבור והעם

הנכס- הנכס זו הסמכות השלטונית- הכוח השלטוני. למה הסמכות השלטונית במקור הבעלות עליו היא של העם? כך הדמוקרטיה עובדת. השליט הוא פונקציה שבאה לשרת את העם. לשליט אין מעצמו דבר כל מה שהוא מקבל הוא מקבל מהעם (=מהריבון).

נציגי העם לא מסוגלים לנהל את הנכס הזה. יש אלפי תפקידים חוץ מלתת להם לנהל את הנכס. למה לא לתת להם גם את הניהול של הנכס חוץ מהכנס עצמו? בדמוקרטיה לא מרכזים את כל הכוח בידי רשות אחת. כמו בכל דמוקרטיה אנחנו מקפידים על הפרדת רשויות.

הרשות המחוקקת לא תפעיל את הכוח בעצמה אלא היא תמסור אותה לרשות המבצעת ותסמיך לפעול בחוק.

על הנכס יש נאמן והנאמן צריך להיות נאמן לרוח העסקה ולייצג את מטרות שני הצדדים בעסקה ויש פה כסף ערובה שצריך להיות לתשלום מיסוי. האם מותר לעו"ד לשמור את הכסף במזומנים אצלו בבית? חו"ז. נתנו לך נכס לשמור עליו-תנהג על פי חובת הזהירות. לבתים יש פריצות יותר משדידת בנקים וגם שם הוא בטוח במידה ויש פריצה.

החובות החלות על נאמן-

1. **חובות נאמנות** – פעולה להגשמת מטרת הנאמנות מתוך זהירות ומקצועיות.

מה היא פעולה להגשמת מטרת הנאמנות ביחס לכוח השלטוני? למה העם מסר את הכוח השלטוני לרשות השלטונית? תלוי על איזה כוח שלטוני מדובר אבל תמיד זה כדי שהכוח יופעל לטובת הציבור. הפעלת הכוח שנמסר בחוק לטובת הציבור. כלומר, מסרנו את הכוח לרשות השלטונית כדי שתפעיל אותה לטובתינו. למשל המל"ג למה מסרנו לו את הכוח? כדי שכשנלך ללמוד במוסד אקדמי אז שיהיה סטנדרט כל שהוא למוסד אקדמי וכדי שיוכל לשרת אותנו בצורה הכי טובה שיש. כל חוק והמטרות שלו! הפעלת הכוח שנמסר בחוק לטובת הציבור

+

איסור הימצאות בניגוד עניינים- האם נכון שעו"ד יפקיד את סכום כספי הנאמנות בבנק שלו? זה זמין לו בבנק ויכול להיות שהוא יעשה שימושים פרטיים בכספי הנאמנות. פתאום הוא יצטרך הלוואה הוא יוכל לקחת כי זה נזיל וזמין בשבילו. אם זה סכום גדול זה הופך אותו ללקוח יותר אטרקטיבי בבנק שלו. ואז למשל הבנק בקשיים מה יעשה העו"ד למשוך את הכסף במידי ולפתוח חשבון בבנק שהוא לא בבעיה. אבל העו"ד יוכל להגיד שהוא לא יעביר את הכסף כי זה ישנה לו את הסטטוס ללקוח רגיל והוא לא רוצה את זה.

כשאתה מחזיק שני תפקידים זה מטרות סותרות. נניח צריך לאשר בועדת התיכנון אתר לפניו פסולת-האם מי שגר בסמוך לאתר יכול להצביע על הדבר הזה? לא. זה ניגוד עניינים.

2. **חובת הגינות** - הנאמן קיבל תפקיד שדורש אמון. אני מאמין בך ומפקיד בידך המון כסף ואני מפקיד בידך כוח שלטוני אז המינימום שאתה חייב לי זה לפעול כלפי בהגינות.

מה זה כשהרשות המנהלית חייבת לפעול בהגינות? **"דוקטרינת על"** - המשפט המנהלי התפתח כמשפט מקובל. (אין חקיקה מסודרת שאומרת מה היא הגינות מנהלית, אבל זה מתפתח. ויש דוקטרינת על).

מהדוקטרינת סל ניתן לגזור הרבה מאוד חובות ספציפיות. למשל

1. **כללי הצדק הטבעי** שהתפתחו בהליכים שיפוטיים אבל הוחלו במשפט המנהלי. למשל – זכות טיעון – אם אני הולך לפגוע באינטרסים שלך כפרט. מינימום ההגינות דורש הודעה מראש ("אני אכין אותך למכה", "יש לך הזדמנות לשכנע אותי למה לא ללכת לטעון"- הזכות להתגונן). במסגרת השימוע תשכנע אותי למה לא לפגוע בך. זו תהיה הפרה של ההגינות אם אני לא אתן לך הזדמנות לשכנע אותי ולטעון. אם אתה הולך לפגוע במי שהוא -עליך לנמק מדוע ולאפשר לו להתמודד עם הדבר ואולי לשכנע אותך שלא מוצדק לקבל החלטה כזאת.

2. **קיום הבטחות** – הבטחה היא חד צדדית. היא לא בהכרח הצעה ואין בהכרח מהצד השני קיבול ולא נכרת חוזה וזה הגיע לבית המשפט ואז בית המשפט יוכל להגיד -אני מכיר רק דיני חוזים אז בית המשפט יוכל להגיד אין חוזה מחייב אז אין כלום. בית המשפט יכול להגיד שזה לא כמו במשפט הפרטי זאת הרשות כנאמן והציבור כנהנה- אם הרשות מבטיחה לפרט מהציבור הבטחה מסוימת – והוא יכול גם להסתמך עליה זה יהיה לא הוגן מצד הרשות להתכחש לדבר הזה. הבטחת- קיימת אבל יש לכך סייגים. הבטחה ל30 שנה יש גם צידוק גם להשתחרר מהבטחה באיזו שהוא שלב.

3. **התחשבות בהסתמכות** – מי שיש לו רישיון לעשות מה שהוא וזה העסק שלו הוא מסתמך על זה. הוא מפתח את העסק בכך שיש לו רישיון ובכל מה שישקיע בעסק. למשל הוא קיבל רישיון לכרות חול אבל לא הייתה לו משאית ע"מ לכרות את החול ואז הוא קנה משאית לכריית החול ואז בית המשפט לא נתן היתר לכרות את החול כי החול במ"י נגמר. ההגינות מחייבת בכך שנשקול את ההסתמכות שלך. אתה פיתחת את העסק שלך למשל לכריית חול- אני הייתי צריך לשקול טוב טוב לפני שאני הולך לפגוע בך. בית משפט לא יכול להגיד לו אח"כ (אחרי שהוא קנה את המשאית) שהחול נגמר. אותו דבר לגבי רישיון – נהג מונית צריך לחדש את הרישיון כל פעם. יש לו ציפיה מאוד חזקה שיאריכו לו את הרישיון כי הוא לא עשה תאונות. הציפיה מאוד גבוהה שיאריכו לו את הרישיון לנהוג במונית. אם יש לו ציפיה מאוד גבוה- צריך סיבה מספיק גדולה כדי לפגוע בו ולשלול את הרישיון. ברגע שאין שינוי בנסיבות אין סיבה שלא יאריכו ואז הציפיה גדולה!

4. **אי העלאת טענות שלא ראוי לטעון**- אם אתה רשות ונתת למי שהוא רישיון והוא עמד בכל הדרישות אתה לא יכול לנחות עליו ולהגיד שהכל היה לא כדן. אני כרשות לא הייתי בסדר, לא הייתי צריך לתת את הרישיון. אבל זה לא עובד ככה. למשל כשהעמידו אדם לדין והוא מחזיק רישיון תקף. אתה כיועמ"ש

לא יכול להגיד שרשות אחרת היו לה מחדלים והיא נתנה לי רישיון שלא כדין. חובת ההגינות יכולה להגביל טענות מסוימות.

3. חובת השקיפות - פס"ד קונטרס לא ייכלל בחומר האם גם הפרט צריך לפעול בהגינות לכפי הרשות.

פס"ד אילן - למשל אני מבקש מהעו"ד דפי חשבון כדי לראות שהוא באמת הפקיד את הכסף שלי והעו"ד לא רוצה לספק לי את המידע הזה. מה צריך לעשות עם העו"ד הזה? ללכת לבנק ולבקש לבד באופן עצמאי לבנק ולבקש את דפי החשבון. אם זה בנאמנות עבורי - אני יכולה לתקשר עם הבנק באופן ישיר ולפטר את העו"ד הזה וללכת לאחר.

כך גם במשפט המנהלי - אם הציבור רוצה לדעת למה הרשות עשתה פעולות מסוימות היא חייבת להתנהל מול הפרט בשקיפות.

יש שני מסלולים לשקיפות -

זכות העיון הפרטית - פרטית = מי שנפגע מהחלטה. גם השקיפות וההגינות מחייבת שהוא יקבל את כל המסמכים הקשורים בהחלטה. נגיד שהוא יבוא דגים והוא מייבא דגים משומרים וכדי לייבא מזון צריך לקבל היתר לייבוא ופסלו לו את ההיצר הזה. כל הסטוק דגים מחכה בנמל ואני מקבל הודעה שהדגים לא ראויים למאכל אדם ובעצם אני מבין שהלך כל הכסף שהשקעתי. הנימוק - דגים מסוכנים לאכילה. קודם כל אני רוצה לראות מסמכים ולראות שהדגים נשלחו למעבדה שהיא מוסמכת לבטיחות מזון ואאח"כ אני רוצה לראות את החריגה שקיימת. ואם החריגה קטנה אני יכול להתווכח על זה. אולי זה לא הדגים הכי נקיים אבל לזרוק הכל בגלל חריגות קטנות. זכות העיון הפרטית נתונה למי שנפגע ולהיות מסוגל להתגונן.

חופש המידע - זכות העיון הציבורית - מה יכול לענני אותי בתחום בטיחות מזון ? בתור מי שהוא שעושה תוכנית תחקירים ובשווקים מצאתי נתונים מדאיגים אני רוצה לדעת בתור סתם אדם מהציבור אני שולח בקשה לקבל מידע מהרשות - נא לספק לי את כל המידע שאתם עושים לבטיחות מזון ואני רוצה לדעת מה התקנים וכו'.

מאיפה נולד עיקרון השקיפות ? הנאמן מחזיק בנכס. בתקופת החזקה בנכס הוא מייצר מסמכים (דפי חשבון של העו"ד, בדיקות מעבדה של הרשות שאחראית על בטיחות המזון) (עכשיו השאלה - של מי המסמכים ?

יש בהחלט לגישה שאומרת - אנחנו שמנו אתכם כנאמן על נכס מסוים אבל אתם מחזיקים בו עבורנו. כל המסמכים שאתם מייצרים הם לטובת הציבור אז נא לפרוש את הכל לפנינו.

מתי אפשר לא לגלות מסמכים מסויימים ? חיסיון.

פס"ד אילן - היה מכרז לתקנים של מצילים. צריך לבחור מצילים ויש מכרז ויש וועדת מכרזים מטעם העירייה והיא גוף מנהלי לכל דבר. היא פועלת, בוחרת וחלים עליה נורמות של המשפט המנהלי. לחבר אחד בוועדת המכרזים מתרחשים אירועים שיכולים להיות בעייתיים. מתקשר אליו יו"ר ועדת המצילים - הבעיה עם יו"ר וועדים זה שהוא רוצה להישאר בתפקיד והוא רוצה שהמצילים יהיו נאמנים

לו ויתמכו בו בהמשך הדרך. והוא אומר שאתה חייב לבחור בא'. ואז אותו חבר נפגש עם אותם מומלצים. איזה פסול זה יכול להטיל בהחלטה? אובייקטיביות- שיהיה פתוח לתחרות של המכרז. בסופו של דבר המטרה היא לבחור את המציל הכי טוב. יכול להיות שהמציל שהוא רוצה לשכנע שיבחרו בו לא ידע לשחות. זה מוביל למשוא פנים- אני יודע את ההחלטה מראש וזה מכור מראש כל המכרז.

דרישות השקיפות –

לחצו עליך מהוועד למשל ופגשת חלק מהמועמדים וחלק לא. העובדות האלה בעייתיות. אתה חבר בוועדת המכרזים- יש עכשיו ישיבה במכרז שנושאה – במי בוחרים- קודם כל תדווח !

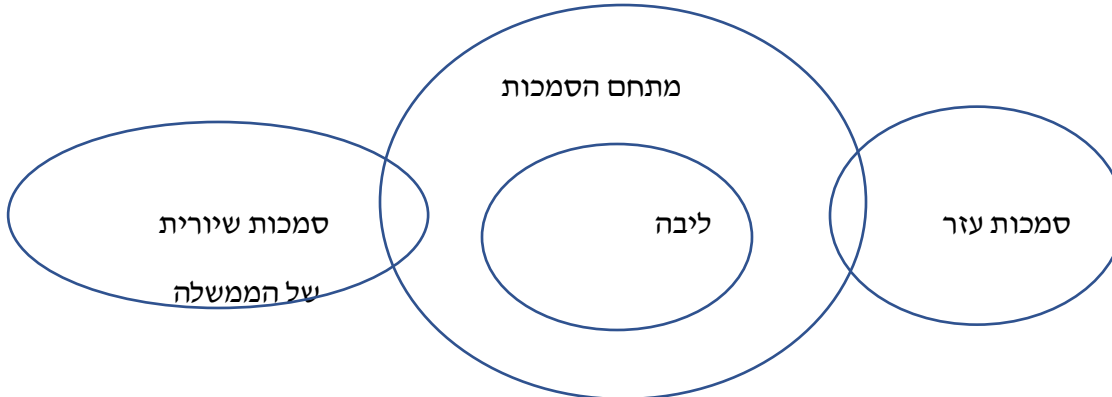
1. דיווח- עיקרון השקיפות היא שההתנהלות של הרשות תהיה שקופה לציבור. ושהציבור יוכל לתקוף במידה ויתגלו ליקויים בהתנהלות. אז למי תדווח? למשל בוועדה תספר.. יכול להיות שהוא דיווח אבל לא ראינו את זה. כשהשופט רוצה לדעת אם הוא דיווח או לא בסופו של דבר צריך שיהיה תיעוד לכך שהוא דיווח.

2. תיעוד- חייב להיות תיעוד בפרוטוקול של הוועדה ! (צריך שיהיה רשום- החבר הזה דיווח..). הרבה פעמים לא עושים פרוטוקולים ואם עושים אז משפצים אותו. פרוטוקול צריך להיות מהימן. בהליך פלילי במידה ויש חקירה לא מספיק שיש פרוטוקול, צריך שיהיה וידאו. תיעוד החקירה. אבל במכרז של מצילים – האינטרס הציבורי לא דורש שהכל יצולם בוידאו, אז בסדר תשפצו קצת את הפרוטוקול (לא שזה מותר) אבל תראו מה שהוא בכתב.

*לאילן (רצה להיות מציל) יש לו הכל ביד ועם זה הוא יכול לבוא לביהמ"ש אם הוא חושב שהופרו כללי המשפט המנהלי.

פרק 3: כלל ההסדרים הראשוניים:

כלל ההסדרים הראשוניים- בכל חוק נוצר מתחם של סמכות. והתוצר הזה הוא מפרשנות החוק. באילו תחומים הרשות יכולה לפעול. ואז יש סמכות עזר והסמכות השירית של הממשלה.



מה הוא כלל ההסדרים ? הליבה- החלטות כ"כ עקרוניות, החלטות כ"כ מהותיות לחברה ולאדם עד שחזקה שלא הייתה כוונה למסור אותם לרשות המבצעת. אלא הן חוזרות לכנסת. הטענה שטוענים- זה כ"כ חשוב אבל זה כ"כ חשוב ועקרוני אבל בדמוקרטיה זה לא יכול להיות של הרשות במצב ולא הייתה כוונה למסור את זה לרשות המבצעת.

דוג' להחלטות כאלה בפסיקה –

הלכת רובינשטיין – האם לפטור את כל בחורי הישיבות משירות בצבא ? האם יכול להיות שהכוונה של ההחלטה האם ישרתו או לא זה שר הביטחון על בסיס הסמכות שלו ?

חוק שירות הביטחון- שר הביטחון רשאי לפטור מועמד משריות ביטחון מטעמים חינוכיים או מטעמים אחרים. האם יכול להיות הסמכות הזאת תפטור את כל בחורי הישיבות משירות בצבא? כנראה שלא.

ייצוא הגז- יש את חוק הנפט. מה עושים עם גז שמוצאים? האם נשתמש בו לצורכי המשק בישראל? זה מה שהוא שמתכלה. חוק הנפט זה חוק 1950 והוא עוסק בנפט וגם בגז. ואף אחד לא העלה בדעתו שנמצא מה שהוא במדבר הזה. אבל אף אחד לא חשב שנהיה איפריית גז. שר האנרגיה יכול להחליט מה עושים עם הגז? גם אם נמצא משאבי גז אז שר יחליט מה נעשה איתו? לא בטוח בכלל

דוג' נוספת- ערביי מזרח ירושלים- עניין סבוך. לא החלטנו מה קורה עם התושבים שם ובגלל שצריך להחיל עליהם מה שהוא. אז האם נתין לגרש אותם כמו שמגרשים תייר או מהגר עבודה? האם הסמכות שנתנו לשר הפנים התכוונו שהוא יפעיל אותה כלפי תושבים ילידים של מזרח ירושלים? לא בטוח.

*גירוש תושבים ילדים(פס"ד אבו ערפה)

*גיוס בחורי ישיבות(פס"ד רובינשטיין)

**ייצוא גז- (פס"ד המרכז האקדמי)

ברגע שמזהים החלטה מהותית וגורלית אז בא כלל ההסדרים הראשוניים ואומר את הדבר הבא –

חזקה (שניתנת לסתירה) שהמחוקק הראשי (הכנסת) לא יתכוון להסמיך את הרשות המבצעת שהיא אותה רשות שמוסמכת בחוק X לקבוע את ההסדרים הראשוניים בתחום הנוגע להחלטות שהם עקרוניות, מהותיות וגורליות ברמה הלאומית. מה קורה אם הכלל הזה חל? אם הכלל הזה חל- כל הליבה יוצאת ממתחם הסמכות. היא כבר לא של אותו שר אלא כל המתחם יוצא מהרשות המבצעת ועובר לכנסת ואז הכנסת צריכה לקבוע הסדרים ראשוניים.

הסדר ראשוני- עקרונית להפעלת הסמכות. את מי מגרשים, באילו עילות מגרשים? מתי פוטרים מגיוס וכו' ..

הסדר משני- הרשות המבצעת יכולה לקבוע- פרוצדורה- **הביצוע**. -איך מגשימים את עק' העלאת הסמכות ואת העק' צריכה לקבוע הכנסת.

3.12.17 שיעור מס' 6 :

10 שנים לפני פס"ד רובינשטיין היה עוד פס"ד בעניין גיוס בחורי ישיבות ושם נאמר ששר הביטחון מוסמך. כאשר 10 שנים אחרי שר הביטחון לא מוסמך. וזה בעצם השתנה בגלל הזמן שהולך ומשתנה. זמנים משתנים. הם חלק מהעם היהודי והם צריכים לקחת חלק מהנטל של העם היהודי. הסבר שני בשינוי 86מ 97ל הוא – חוקי יסוד. אפשר לומר עוד שבגלל זה יש את השינוי הוא – שפשוט יש הלכה חדשה בבית המשפט העליון. 97-הלכה חשובה ודרמטית ובית המשפט העליון – כל מה שנמצא בליבה ועקרוני הוא כבר לא בסמכות הרשות המבצעת, הוא עובר חזרה לכנסת =רובינשטיין. לפני רובינשטיין ההסדרים הוסדרו בתקנות, אחרי רובינשטיין זה הופך להיות עילה של ממש.

כלל רובינשטיין- כלל ההסדרים הראשוניים הוא חזקה פרשנית. חזקה שהמחוקק הראשי(=הכנסת) לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע את ההסדרים הראשוניים " אם הוא לא התכוון להסמיך, התוצאה המשפטית תהיה – אין סמכות ! אם הוא לא התכוון להסמיך אז הוא לא הסמיך ! הוא לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע את ההסדרים הראשוניים. מה עושה המחוקק כשהוא מסדיר תחום מסויים ? אני רוצה את העקרונות האלה ואת אמות המידה האלה. ההסדר הראשוני- חזקה שהמחוקק בעצמו יקבע שאין לו בעיה עם זה שהרשות המבצעת תקבע הסדרים משנים אחרי שאני, המחוקק, אקבע עקרונות אז המבצעת תגיד איך מבצעים. למשל לממשלת לפיד, בנט ונתניהו היו להם 1800 עילויים שלא ישרתו בצבא- זה למשל העיקרון – ענין שימור התורה. זה הסדר ראשוני. אז איך ניישם? שר הביטחון יבוא ויקבע איך למלא ? למשל ראש ישיבה ימלא טופס 105 והרשימה תעבור לשר הביטחון. ולמי שולחים ולמי מגישים שאין בעיה שהרשות במבצעת תקבע. **הכלל אומר שאת העיקרון צריכה לקבוע הכנסת !** אחרי שחוק בנט, לפיד ונתניהו עבר בכנסת, האם יש עוד בעיה למשפט המנהלי עם גיוס בחורי ישיבות ? אלה 1800 עילויים בתורה ואז יש שירות מקוצר אבל מה עושים עם המועמדים לשירות ביטחון בקרב האוכי' החרדית ? אם המחוקק הסדיר אז הכל סגור ! ואז זה עובר לעניין החוקתי במידה ואין למשפט המנהלי להגיד מה שהוא בנושא.

מסלול חוקתי- בג"ץ 33 עתירות, 2 עתירות על חוק טל ובסוף הוא נפסל חוקתית. וחוק של הממשלה האחרונה, החוק ששינה את חוק לפיד, בנט נתניהו וכרגע אין חוק ! חוק טל נפסל כי הוא לא מביא לגיוס החרדים, לא משיג את המטרה שלו. החוק החדש גם הוא חסר שיניים אבל הוא בחוק שונה ושניהם

נפסלו במשפט החוקתי. מה קורה במשפט המנהלי כשאין חוק בתוקף? אנחנו חוזרים לסמכות שר הביטחון לפתור בחורי ישיבות, החוקים החדשים נפסלו. הלכת רובינשטיין אומרת שאי אפשר לפתור את כל בחורי הישיבות. בגלל שזה הפך להיות עיקרון חשוב בחב' הישראלית אין יותר סמכות. שר הביטחון אין לו סמכות לפתור קהילה שלמה כי זה ענין מהותי וגורלי ויוצא שהוא צריך להוציא צוי גיוס לכל החרדים.

השעית הבטלות - לא כל פעל שבית המשפט מחליט לבטל חוק הוא בהכרח פוסל אותו מיד. הוא יכול להגיד ניתן זמן לכנסת להתארגן ושנה אנחנו משעים את הבטלות. בינתיים לא מגייסים את החרדים מיד כי הבטלות לא נכנסה לתוקף. זה הרעיון של סעדים חוקתיים שנותנים זמן לכנסת לחוקק חוק חדש.

*בעניין זה שחזקה שהמחוקק לא הסמיך את הרשות המבצעת לקבוע את ההסדרים הראשוניים – הכלל אל יחול בכל החלטה של שר הביטחון אלא הוא יחול בתחום הנוגע להחלטה עקרונית, מהותית, גורלית, ברמה הלאומית. דוג' –

כביש בר אילן ירושלים- כביש של 6 מסלולים. 3 מכל צד והיו מאבקים לגביו כדי לסגור אותו בשבת. פס"ד חורג- הסמכות לסגור כביש בשבת היא בסמכותו של המפקח על התעבורה, שהוא רשות תמרור ארצית והוא יכול להורות לרשות תמרור המקומית כדי שישגרו את הכביש בשבת. החוק אומר שהמפקח על התעבורה מומך לקבוע את הסדרי התנועה עבור רשות תמרור מקומית. האם בכלל סגירת כביש בשבת זה במתחם הסמכות? האם כביש יהיה פתוח או סגור האם זה הסדר תנועה? ניתן לטעון לכאן ולכאן, ההחלטה אם כביש מסוים יהיה פתוח או סגור זה הסדר תנועה. נניח לצורך הדיון זה נופל לתוך הסדרי תנועה ואז זה בתוך ההיקף. אם זה לא הסדר תנועה זה מחוץ למעגל ואז אין מה לדון בכלל ההסדרים הראשוניים. האם יכול לחול כלל ההסדרים הראשוניים על החלטה כזאת? חשין בפס"ד חורג- סגירת בר אילן.

אם זה בליבה וכלל ההסדרים חל, רק הכנסת תחליט! כביש חוצה ישראל- האם מפקח התעבורה יכול להחליט אם לסגור את כביש חוצה ישראל בשבת? זה גדול עליו. על פי כלל ההסדרים זה בליבה. יוצא החוצה לכנסת!

פס"ד אחר- רח' בצלאל, ליד יש רח' של שמואל הנגיד זה ליד בית הכנסת הגדול. אחד הרחובות הקטנים ביותר. בית המשפט אישר לסגור את הרחוב. הוא לא חשב שיש בעיה של סמכות. מה ההבדל? רחוב קטנטן. זאת לא החלטה עקרונית, מהותית, גורלית וברמה הלאומית. ואז מה יקרה לסגירת שמואל הנגיד? סגירת שמואל הנגיד, זה רחוב קטן בירושלים <---- לא בליבה <----> לא חל עליו כלל ההסדרים בסמכותו של המפקח על התעבורה.

הממשלה רוצה להחליט אילו אזורים צריך לתעדף? הקלות במס, יותר תקציבי רפואה. כדי לקדם אזור מסויים זה מה שצריך לעשות במיוחד איור שסובל מעומס של אירועי ביטחון שעסקים במקום נפגעים. הסמכות לחלק הטבות – סכומי כסף גדולים מאוד – אפשר להתווכח על כמה זה עקרוני. מצד אחד, במרכז מרוכזת אוכי יותר חזקה והפגיעה שתהיה בה בגלל שנותנים עדיפות לאזורים מסיימים, לא ברור

עד כמה הפגיעה קשה . מצד שני, זה יכול להיות מאוד שנוי במחלוקת . מה עם ההתיישבות היהודית ביו"ש? מי שצריך להכריע בו זה הכנסת ולא הרשות המבצעת .

מבחני הפסיקה לתחולת הכלל- איך נדע אם זה עקרוני ? (מבחני עזר לפרשנות) אלה מבחנים שעוזרים לשפוט לפרש את החוק. יכול להיות שחלק המבחנים יהיו בעד החלת הכלל. לכן זה ילך על מה שדומיננטי וצריך לבדוק את כולם!

מתי עקרוני מהותי גורלי ?

(פס"ד ועדת המעקב-חשין + המרכז האקדמי + אבו ערפה)

1. מבחן ראשון – מידת הפגיעה בחירויות הפרט (עקרונות חוקתיים) - ככל שהעניין הוא יותר חוקתי ונוגע בעקף חוקתיים אז הוא יותר עקרוני מהותי לחב' הישראלית . האם המבחן הזה מתקיים?
גיוס בחורי ישיבות – זה תומך בהחלת הכלל על גיוס בחורי ישיבות.

עדיפות אזורים- זה שאני רוצה לעדיף אזור מסויים בגלל שהוא סובל מפגיעה בטחונית, המשפט החוקתי לא מתעניין להגן מול הפריפריה למרכז וההפך אלא הוא רוצה להגן על בעלי נטייה מינית , חרדים, יהודים, ערבים. כשמדובר בחלוקת הטבות זה פחות ענין המשפט החוקתי. זה גם לא מגביל את חירויות הפרט כי זה שנותנים לאזורים אחרים זה לא פוגע בתושבי המרכז.

פס"ד המרכז האקדמי עסק בייצוא הגז- כמה מהגז שמצאנו, ומדובר בכמות גדולה, כמה מהגז יהיה ניתן לייצא למדינות אחרות ? אם אני מחליט שהשותפות שמצאה את הגז תוכל לייצא גז באחוזים מסויימים. האם זה פוגע ? כן ! האם זה מענין את המשפט החוקתי ? לא. זה לא נוגע לחירויות הפרט. זה קשור למדינה יהודית ודמוקרטית ? כן. זה לא שזו לא החלטה חשובה . אם לא יישאר ברור שנהיה בבעיה וזה יהיה יקר ואם הגז יהיה במדינות ערב תהיה לנו בעיה להשיג. אבל זה לא ענין חוקתי.

פס"ד אבו ערפה – ביטול רישיון ישיבה לתושבי מזרח ירושלים ? נוגע לחירויות הפרט ? כן . הולכים לגרש אנשים מבתיהם. זה כן קשור לחוקתיות.

מבחני 2 ו-3 באים ביחד – מידת השפעה ובאיזה היקף?

2. מבחן שני - מידת השפעה על הציבור בישראל –

גיוס בחורי ישיבות – זה משפיע על הציבור בעניין היחסים בין הקהילות השונות . אם החרדים השתלבו בחברה הישראלית כחלק בלתי נפרד מהעם היהודי זו השפעה מסוג אחד אבל אם יש הפגנות למשל זה עוד יותר מחזק את זה .

3. מבחן שלישי – מידת השפעה \היקף השפעה – יש החלטות שמשפיעות על אדם אחד, אז בדר"כ פחות יתעניינו בהם. השאלה על כמה אנשים זה משפיע. אבו ערפה – היקף השפעה מדובר במאות אלפים. מידת השפעה . עוצמת השפעה היא עוצמה גדולה .

4. מבחן רביעי – היותה של ההכרעה שנויה במחלוקת? כשמה שהוא לא שנוי במחלוקת כנראה שהוא לא כ"כ מהותי גורלי ..

*גיוס בחורי ישיבות- מחלוקת מחלוקת..

*אזורי עדיפות לאומית- אנחנו די מסכימים אבל כשזה יגיע להתנחלויות בשטחים שם זה יכול להיות שנוי במחלוקת .

*ייצוא הגז- עד כמה שנוי במחלוקת ? ראינו כמה הפגנות אבל אי אפשר שהחברה הישראלית מפוצלת בענין הזה. במידה קטנה אולי יש מחלוקת

*מעמדם של ערביי מזרח ירושלים – מאוד שנוי במחלוקת !

*סגירת כביש בר אילן בשבת – שנוי במחלוקת!

5. מבחן חמישי- עלותה של ההכרעה + השפעה על המשק בכללותו (ג'ובראן, המרכז האקדמי)-

כמה כסף זה יעלה לנו לקבל את ההחלטה הזאת.

*בפס"ד ייצוא הגז, המרכז האקדמי- הש' גובראן אומר- בואו נסתכל על כל המשק. כמה יעלה לנו ענין ייצוא הגז ? כמה זה יעלה בקופת המדינה ? לא רק שזה לא יעלה לנו זה יכניס לנו הרבה כסף אבל לא צריך להסתכל רק על כמה יעלה ולא יעלה אלא על ההשפעה על כל המשק. למשל הוא ייצא 80% - מה יקרה? נישאר בלי גז. המשק הישראלי יפתח תלות בגז. המצב בשוק העולמי יכול פתאום לא להיות טוב <---- זה יכול להפוך לדרמטי – לכן צריך להסתכל על ההשפעה על המשק .

*עדיפות אזורים- אם זה הקלות במס ובחינוך? כמה זה יעלה לנו? המון כסף ! מספיק שנותנים הקלה במס הכנסה לעיר שיש בה מיליון תושבים – זה המון כסף !

למשל אם נסתכל על הגירוש ערבים ממזרח ירושלים – לא עולה, זה רק אוטובוס או כרטיס טיסה.. זאת לא עלות.

6. מבחן שישי- מעורבות עתידה של המחוקק- אם הממשלה הולכת לקבל החלטה וברור שזה יגיע למחוקק, האם יכול להיות שיקול לא להחיל את כלל ההסדרים הראשוניים ? הרציונל של הכלל הוא שהמחוקק צריך לקבל החלטה, אבל אם ברור שזה יגיע למחוקק והוא יקבל את ההחלטה הסופית אז אפשר לתת לממשלה, באופן זמני, לפעול בתחום ואנחנו יודעים שאוטוטו הולך להיות חוק גיוס בחורי ישיבות אז נגיד -בסדר ששר הביטחון יחליט כי זה גם ככה יגיע למחוקק, אבל ראינו ששר הביטחון יחליט אבל ראינו שהמחוקק לא התייחס לזה. אז זאת בעיה! הדוג' של מעורבות עתידית של המחוקק- דוג' קלאסית – פס"ד שמעוני מקדמות למפוני ההתנתקות מחבל עזה- למה לשלם מקדמות למפונים? מה הרעיון של זה? עוד לפני שיש התנתקות להעביר מקדמות ? כשמגרשים אותך מהבית שלך, זו טלטלה רצינית בחיים, המקדמה אמורה לעזור לך להיערך כלכלית לקראת ההתנתקות. למה צפויה פה התערבות עתידה של המחוקק? האם אפשר לפנות בהחלטה של הרשות המבצעת? חוקתית הדרך היחידה להזיז מי שהוא מהבית שלו- "אין פוגעים בקניין אלא בחוק..". בכל מקרה זה יגיע למחוקק ואם הוא לא יחוקק לא תהיה התנתקות והיא לא יכולה לעמוד חוקתית, אם ברור שהמחוקק הוא זה שיקבל את ההחלטה אין טעם להחיל את כלל ההסדרים בזמן הביניים כי בקרוב תתקבל ההחלטה ומי

שיחליט אותה זה המחוקק. אז ניתן לרשות המבצעת להתחיל את ההתנתקות וזה בעצם לשלם מקדמות. כי ברור שהמחוקק יחליט. כי לא תהיה התנתקות בלי חוק של הכנסת! אז יגיע חוק!

לעומת זאת, בגיוס בחורי ישיבות- אף ממשלה לא רוצה להתעסק עם זה כי היא מפחדת שזה יפיל אותה ולא הייתה ממשלה שעושה פעולות בינתיים, רק בגי"ץ נגע בזה.

כל המבחנים יכולים לפעול בעד ונגד החלת הכלל – למשל שנוי המחלוקת תומך בהחלת הכלל, אם אין שינוי במחלוקת לא תומך בהחלת הכלל אם המעורבות של המחוקק צפויה זה נגד החלת הכלל ולהפך.

7. **מבחן שביעי- דחיפות ההכרעה** – זה מה שהוא דחוף! דחיפות אומרת – נשאר את זה אצל הרשות המבצעת כי היא זמינה לטפל בזה. דחיפות מתנגדת להחלת הכלל ותומכת בהשארת הסמכות אצל הרשות המבצעת.

*מקדמות למתנחלים-דחוף! דחוף להביא להם כסף. הם צריכים להיערך כלכלית לדבר הזה. זה פועל נגד החלת הכלל- ניתן לממשלה להעביר את המקדמות כי זה מה שדחוף עכשיו!

8. **מבחן שמיני- הפיכות ההכרעה**- יש פה ויכוח בפס"ד המרכז האקדמי בין גרוניס לגיבוראן. נניח המדינה תחליט על ייצוא של 40% מהגז – מה הפחד בהחלטה כזאת? יהיה קשה להתחרט וכשמדובר בגז מדובר בהערכות של כמות. אבל אולי כשיקדחו פנימה תהיה אכזה גדולה ויתברר שאין מספיק. מה אם חשבנו שיש לנו כמות X ויש לנו כמות Y. **הש' גרוניס**- הממשלה החליטה לייצא 40% עוד כמה שנים יתברר שזו לא החלטה טובה- היא תפחית את הכמות.

אבל אם למשל התחייבנו למכור כמות מסוימת ובסוף יש לנו כמות אחרת, חתמנו על חוזים ויהיו בעיות חוזיות וכל המערכת היא מורכבת ולכן יהיה קשה לשנות את ההחלטה בעתיד. היא לא הפיכה, היא בלתי הפיכה. מה יש למדינה כשהיא עושה חוזה? הלכת ההשתחררות- כשרשות שלטונית עושה חוזה- הפסיקה הכירה האפשרות להשתחרר מהחוזה בפיצוי שהוא מופחת. זה לא ייחשב להפרה מלאה. אחת הדוג' המוכרות – היא הסכימה בחוזה למכור את מסכות האב"ך – פרצה מלחמת המפרץ והיא הייתה זקוקה למסכות אב"ך. ובית המשפט הכיר באפשרות של להשתחרר מהחוזה.

9. **מבחן תשיעי – מורכבות הסוגיה ורגישותה (אבו ערפה)** - עד כמה הסוגיה מורכבת מבחינה משפטית גם. זה יכול להיות מורכב מבחינת ההשלכות שלה וגם מבחינה משפטית. סוגית גירו תושבי מזרח ירושלים- מה היה לפני שהיא סופחה לירושלים? מה היא הפרת אמונים של תושב אזרח ירושלים? מאוד מורכב משפטית! יש פה גם משפט בינ"ל שחלים על הסוגיה! וגם רגיש ברמה הבינ"ל! מה קורה אם ישראל מתחילה לגרש תושבים כמויות גדולות ממזרח ירושלים? יש קוורטט בארה"ב.. הופך את זה לעקרונית, גורלית ברמה הלאומית ואז כלל ההסדרים יחול! מעמד גירוש ירושלים נמצא בליבה ומי שצריך לטפל בזה זאת הכנסת! זה מחזק את העובדה שהכנסת צריכה לחוקק את זה בחוק.

*דוג' מאחד המבחנים בשנים עברו- הנושא היה של הפזורה הבדואית בדרום- היישובים הבלתי מוכרים של הפזורה הבדואית בדרום- יש הרבה יישובים שקמו והמדינה לא מכירה בהם כי הם לא קמו לפי חוק התכנון והבניה וצריך ללכת קילומטרים לבי"ו וללכת לקחת מים. במבחן – הרשות המבצעת צריכה להחליט מה קורה עם היישובים האלה. ועכשיו צריך לבדוק – החלטה שקשורה ליישובי הבלתי

מוכרים- לאפשרות שלהם לשבת במקום וליהנות משירותים סבירים או שאפשר חוסמים להם את הגישה למים ?

אם אדם צריך ללכת ק"מ למים, יש פה בעיה בחירויות הפרט כי מים זה קיום אנושי. האם יש אזרח של מדינה שאין ולנגישות למים ? זה הופך את ענין לסוגיה חוקתית וזה תומך להחלת הכלל. מה מידת ההשפעה על הציבור ? ההחלטות האלה משפיעות ישירות על הפזורה- מדובר על הרבה אנשים שמה שתחליט המדינה זה ישפיע עליהם באופן גורף. מבחינת היקף ההשפעה- זה גם על המאות אלפים שחיים בפזורה וגם על כל תושבי הנגב והאזור. היקף השפעה נרחב.

החלטה שנויה במחלוקת- כן שנוי. יש ויכוח בחברה הישראלית. יש כאלה שחושבים שהם צריכים להישאר איפה שהם ולהכיר בהם. ויש שאומרים שכמות הקרקעות במ"י מוגבלת וצריך לפתור את הבעיה בכמה נק' כמו רהט למשל. זה ויכוח. עד כמה הוא מפצל את החברה בישראל? זה לא הויכוח שעומד בלב הפוליטיקה הישראלית.

עלותה של ההכרעה- כמה יעלה פתרון קבע ? כמה יעלה לבנות עיר? המון !

מעורבות עתידה של המחוקק? לא יעשה כלום, הוא לא עשה הסדיר עד עכשיו בחוק אז למה שיעשה את זה בקרוב?

דחיפות ההכרעה- אפשר לטעון שהאוכ' הולכת וגדלה מספרית- הצרכים שלה הולכים וגדלים ואי אפשר לחכות עם הדבר הזה. זה הופך להיות חמור יותר. אם נמתין זה יהיה יותר חמור לכן יש דחיפות לפתור את זה עכשיו

הפיכות ההכרעה- אם רשות מקרקעי ישראל תחליט כך או אחרת זה יהיה הפיך? אם יבנו עיר חדשה לבדואים? אבל בגלל אורח החיים החמולאי ונוודי אף אחד לא יעבור לעיר הזאת? בנו עיר רפאים. צריך שהמחוקק יסדיר בחוק

מורכבות הסוגיה מבחינה משפטית ומבחינות אחרות- מאוד מורכב משפטית. יש כאן זכויות קניין וזכויות מעיו קניין. לאו דווקא אתה רשום בטאבו אבל אתה מלא שנים שם אז אולי יש לך זכות מעין קניינית. זה רגיש.

בכל המבחנים- בעד החלת הכלל- רוב המבחנים תומכים שהסדרת מעמד הפזורה הבדואית בדרום זו החלטה מהותית, גורלית ועקרונית ברמה הלאומית ורק הכנסת מוסמכת להסדיר את זה בחוק !

***הכלל – חזקה שהמחוקק הרשאי לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת.**

עוד סוגיה שניתן להוסיף אותה למבחנים היא סוגית **האפקט המצטבר-**

פס"ד התנועה לאיכות השלטון-(מתווה הגז)- ייצא הגז (=פס"ד המרכז האקדמי)+הגבלים עסקיים(=פס"ד התנועה לאיכות השלטון) .

אפקט מצטבר של שתי הוראות חוק. בפס"ד שדנו לא בנוכחות העצור. גם העורך דין שלו לא יהיה בדיון עצמו. חוקתית זה כבר יותר מידי. יכול להיות שעיקרון חוק יביא את זה ללא מידתי. יכול להיות שאם הוא לא היה נמצא אבל העורך דין כן היה נמצא זה היה יותר בסדר.

האם ניתן להחיל את הדוקטרינה במשפט המנהלי בהקשר של כלל ההסדרים הראשוניים –

אם היה לנו ייצוא הגז יכול להיות ששופט יגיד שכלל ההסדרים לא חל על זה. (אחרי שיחיל את המבחנים) אבל אז נתין לראות ששאלת הסדרת הגז היא לא שאלה של כמה מייצאים – הסוגיה הנוספת היא האם מאפשרים לשותפות לפעול כמונופול בשוק הגז? אותה שותפות מצאה את מאגרי הגז הגדולים, אם מאגר אחד יחזיק את כל הגז זה מונופול. בינתיים פיתחו את מאגר תמר. ואז אמרו נפתח את לווייתן ורוצים להגיע להסכם עם החברות, עם נובל אנרגי. והחברות לא מוכנות להתחיל לפתח אם זאת השקעה של מיליארדים כשהמתווה לא מתאים להם. ומי שעומד בדרך זה הממונה על ההגבלים העסקיים כי בעצם הוא לא רוצה שיהיה מונופול על שוק הגז והוא מחייב למכור חלק מהמאגר וכו'. אז השותפות יגידו: למה שנפתח אם יחייבו אותנו למכור.. הממשלה לא נתנה גיבוי לממונה. מה עשה הממונה? התפטר. ואז הממשלה הפעילה את ס' 52 שמאפשר לה מטעמי החוץ והביטחון לפתור גוף מונופולי מתנועת חוק ההגבלים והממשלה הפעילה את הס'. דרעי לא רצה להפעיל את הסעיף. הפעילו את ס' 52 בסוף ונטלו ופטרו את השותפות מחוק ההגבלים. עכשיו יכול להיות לנו מונופול בשוק הגז. מה אומר הש' רובינשטיין? כמו שיכול להיווצר אפקט מצטבר בחוקתי (כמה פגיעות קשות), החלטה אחת מייצאת מהגז והחלטה שניה האם זה בסדר שיהיה מונופול בשוק הגז? גם אם אחת לא עקרונית וגם השנייה לא עקרונית, אז שתיהן ביחד כן גורליות! אז מי עכשיו יכול לדון בדברים האלה? אך ורק הרשות המחוקקת – הכנסת. רק שהש' רובינשטיין היה בדעת מיעוט, הש' סולברג לא קיבל את רעיון האפקט המצטבר, לא עושים אפקט מצטבר. אם יש הסכמה מפורשת לעניין ייצור הגז ובנפרד אפשר לפתור את בעיית ההגבלים העסקיים. יש לבדוק על פי כלל ההסדרים הראשוניים כל דבר בנפרד.

הכלל אומר שחזקה שהמחוקק הראשי לא התכוון להסמיך אז אם זה חזקה אז מה מתבקש עכשיו לדון בו? מתי היא נסתרת? האם ניתן לסתור את החזקה? אז קודם כל איך סותרים את החזקה אם החזקה היא חזקה פרשנית? אנחנו נפרש כל חוק ככזה שלא יתכוון להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע הסדרים ראשוניים. איך נסתור דבר כזה? מה נחפש בחוק כדי שתיסתר החזקה? אם המחוקק יגיד לנו -אני דווקא כן רוצה ומסמיך את הרשות המבצעת לקבוע את ההסדרים הראשוניים אז החזקה תיסתר. סמכות שר הביטחון בהלכת רובינשטיין, לפתור את החרדים מגיוס לצבא מטעמים חינוכיים? יהיה כתוב כך: שר הביטחון מוסמך לדחות גיוס לבני הישיבות מטעמי חינוכיים ואחרים.. שר הביטחון

מוסמך לפתור גיוס לפי שיקולי דעתו... ברגע שזה יהיה כתוב בחוק אז כולם יודעים שהוא מוסמך לפתור את החרדים מגיוס לצבא. היה לנו את פס"ד ועדת המערב – חשין קבע שאין לממשלה עדיפות להחליט על אזורי עדיפות לאומית כי זו החלטה עקרונית מהותית. ואנחנו רוצים לסתור את החזקה- אז מה יצטרך לקבוע החוק? יהיה חוק אזורי עדיפות לאומית.. ויהיה כתוב : הממשלה תחליט בכל שנה מה הם האזורים .. ואז זה מגיע לבית המשפט ואם חל כלל ההסדרים אז הכנסת מחוקקת ולא הרשות המבצעת ואז הדברים נופלים !

המחוקק כשהוא רוצה לסתור חזקה הוא צריך להגיד את זה במפורש, אבל יש דרגות שונות של מפורשות –

מפורשות שנלמדת שהמחוקק התכוון להסמיך את הרשות המבצעת אבל רמת המפורשות היא לא מאוד גבוהה ויש מופרשת גבוהה כמו למשל – שר הביטחון מוסמך לפתור את החרדים מגיוס לצבא בשל שיקול דעתו ותורתו אמונתו... זה מאוד מפורש!

אבל כמה מפורשות צריכה להיות? יש 2 גישות לכך :

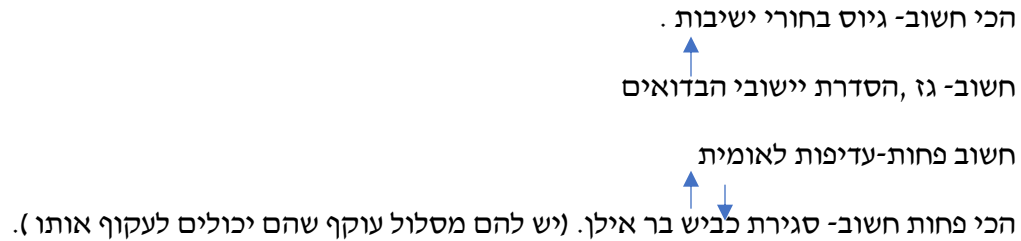
1. גישה אחת- גרוניס, המרכז האקדמי –(ייצוא הגז)- דרגת המפורשות תלויה בפגיעה בזכויות חוקתיות . ככל שיש לנו יותר פגיעה בזכויות חוקתיות, כדי לסתור את החזקה של כלל ההסדרים נצטרך דרגת מופרשות יותר גבוהה ! דיברנו על דחיית שירות לתלמידי הישבות- פוגע בזכויות חוקתיות – תלוי ..בית המשפט הכיר בפגיעה בשוויון כחלק מכבוד האדם ואם יש פגיעה בזכויות חוקתיות- רמת המפורשות כדי לסתור את החזקה צריכה להיות מאוד גבוהה . ("שר הביטחון..) מה עם סגירת כביש חוצה ישראל בשבת ? אילו זכויות יהיו מעורבות? חופש התנועה, חופש מדת -ברגע שיש פגיעה בזכויות חוקתיות- רמת המפורשות תהיה יותר גבוהה .

מה עם אזורי עדיפות לאומית ? נותנים ליישובים חלשים הטבות מס – לא פוגע . לא לוקחים מאף אחד אלא רק מיטיבים. מי מיטיבים איתו הוא באזור שיש לו צרכים ביטחוניים יותר גבוהים. זה רק עושה את האיזון ולא פוגע בשוויון. במי פוגעים? במרכז החזק כדי להיטיב עם הפריפריה החלשה.-דורש דרגת מפורשות נמוכה יותר. כפי שהיה בפס"ד ועדת המעקב- אם זה לא כולל את הייבום הערבים במכוון - זו פגיעה בתחום של פגיעה בזכויות חוקתיות- דרגת מפורשות גבוהה.

פס"ד אבו ערפה – פגיעה בזכויות אדם- דרגה גבוהה של מפורשות !

2.השי' ג'ובראן- דרגת המפורשות תלויה בחשיבות הנושא. זה לא משפט חוקתי- אנחנו לא אמורים להתמקד רק בפגיעה בזכויות חוקתיות- אנחנו בתחום המנהלי בכלל.. הכלל הזה תלוי בשאלה עד כמה הענין עקרוני, מהותי וגורלי? אנחנו יכולים לצאת מהמבחנים שכל המבחנים הם תומכים בחלת הכלל ואז זה מאוד עקרוני וחשוב ויש סיטואציות שאפשר לצאת מהמבחנים שסה לא כזה גורלי אבל מספיק חשוב כדי להחיל את כלל ההסדרים. הוא אומר כשמחלים את המבחנים התוצאה תהיה ברמות שונות.

סולם החשיבות, העקרונות והמהותית



אם רוצים לתת לשר הביטחון לפתור את חרדי הישיבות מהצבא- צריך שזה יהיה מאוד מפורש !

אם המחוקק רוצה לתת סמכות לרשות מצבעת להסדיר את ייצוא הגז הוא צריך לעשות את זה בלשון מפורש תאבל קצת פחות מהסדרת גיוס חרדים . וכן הלאה..

מה היה עושה גרוניס ? איך הסולם היה משתנה אצל גרוניס ? איפה הוא היה שם את הגז ? לא פוגע כמעט בזכויות חוקתיות בכלל. מכניס המון כסף לציבור הישראלי. הגז היה יורד להכי נמוך. (הכי פחות חשוב).

רמת המפורשות שהייתה בפרשת הגז- בפס"ד המרכז האקדמי -ס' 33 לחוק הנפט החוק הזה הוא הבסיס להחלטת יצוא הגז. ס'33א. השר רשאי ... לחייב בעלי חזקות לספק תחילה....אותה כמות...הדרושים לדעת השר לתצרוכת ישראל. -מי שעכשיו קיבל חזקה לייצא גז

ס' 34 : בעלת חזקה רשאי...לייצאם ולסתור בהם..- הוא פשוט יכול לייצא את הגז (מי שקיבל את החזקה לייצא את הגז).

מה הקשר בין ס' 33 34 ? כדי שהוא לא ייצא את הכל ונוכל לדאוג לתצרוכת של המשק הישראלי- ס' 34 אומר אתה יכול לייצא וס' 33 מסמיך את השר לחייב בעל חזקה לספק תחילה לתצרוכת ישראל. האם יש כאן הסמכה מפורשת לממשלה להחליט על מכסה לייצוא הגז ? גיוראן הולך לפי סולם חשיבות והגז מאוד חשוב. אבל לא כמו גיוס בחורי ישיבות אבל עדין מאוד חשוב-אז איזו מידת מפורשות ידרוש גיוראן? דרגת מפורשות גבוהה כדי לסתור חזקה. פה לא כתוב לקבוע מכסה לייצוא אלא רק להגיד שהכמות הזאת והזאת תספק לישראל אבל ברור שמכסת הייצור קשורה לכמה יספק לישראל אבל זה לא כתוב במפורש.. לכן הוא אומר שהחזקה לא נסתרת ואם היא לא נסתרת נשארנו עם הכלל. בגלל שייצוא הגז היא החלטה עקרונית מהותית- כמה לייצא זה עקרוני- זה ההסדר הראשוני-זה העיקרון.. כמה מהכלל מייצאים וכמה שומרים למשק הישראלי לכן רק הכנסת צריכה להסדיר ולקבוע את זה. השר גרוניס -הולך לפי מידת הפגיעה בזכויות חוקתיות. ראינו שאם הולכים לפי סולם הפגיעה בזכויות חוקתיות, הגז מדרדר לתחתית המדרגה ואז צריך רמת מפורשות נמוכה. האם ניתן לקבוע מכסה לייצוא? אם לא היינו קובעים מכסה לייצוא בעל החזקה יכול היה לייצא את כל הגז (לפי ס' 34) אבל לפי ס' 33- תשאיר לישראל- הממשלה יכולה להחליט כמה .. זה לא כתוב בס' במפורש אבל אפשר ללמוד את זה משני הסעיפים ביחד.

עוד מה שהוא שמחזק את הדעה של השי' גובראן- חוק הנפט הוא משנת 1950. האם המחוקק יכול היה להאריך שימצאו כמויות של גז בישראל ? לא. לא יאמינו שימצאו נפט. האם זה נכון להגיד שהמחוקק התכוון להסמיך את הרות המבצעת לקבל החלטה שלא חשבו אי פעם שנצטרך להחליט... ? לא! כל התסריט שחוק הנפט הוא חוק ישן זה מחזק את הגישה של גובראן שלא נסתרת החזקה של כלל ההסדרים כי המחוקק בשנת 50 לא ידע שאפשר למצוא מה שהוא.

בפס"ד אבו ערפה- ס' 11 לחוק הכניסה לישראל – שר הפנים רשאי, לפי שיקול דעתו לבטל רישיון ישיבה – גם זה משנות ה-50. אם אנחנו במקרה הזה נגיד שאין הבדל בין גישת גובראן לגישת גרוניס. גישת גרוניס- לפי עוצמת הפגיעה בזכויות חוקתיות – נמקם את זה גבוהה מאוד ! גישת גובראן- לפי החשיבות של הענין- מה המעמד שלהם ? מה הזיקה שלהם לרשות הפלסטינית ? נמקם גם גבוהה ! יוצא ששתי הגישות מובילות לדרגת מפורשות גבוהה! לסתירת החזקה..

מה דרגת המפורשות בס' 11? האם תושבי ירושלים בכלל נזכרים פה ? לגרש מי שהוא זה מתאים לתיירים ולמהגרי עבודה. לא מתאים לנו שתיכנס לפה. יש עילה לביטול רישיון הישיבה- הפרת אמונים למדינה – האם בכלל יש פה הקשר? לא ברור בכלל איך צריך להפעיל את זה ? אם שתי הגישות דורשות רמת מפורשות גבוהה מאוד אנחנו מגלים שאי אפשר. אם הדרישה למפורשות גבוהה היה צריך שיהיה כתוב : רשאי לבטל רישיון לתיירים, לתושבי ירושלים .. וכו' .. לכן הגישה של שתי הגישות- רמת מפורשות גבוהה מאוד ! מסקנה- לא ניתן לגרש את תושבי מזרח ירושלים על בסיס הס' הזה .

דוג' אחרונה – **פס"ד שיח חדש- סמכות מועצת מקרקעי ישראל** –

מה אומר החוק לגבי זה ? האם מועצת מקרקעי ישראל יכול לקבוע הסדרים ראשוניים? הממשלה תמה מועצת מקרקעי ישראל שתקבע את המדיניות הקרקעית שלפיה יפעל המנהל. תפקח על פעולות המנהל ותאשר את תקציבו .. – פס"ד זה פס"ד ישן יחסית וניתן בתקופה שלפני שידענו את 2 הגישות של גרוניס וגובראן. פה לא התמקדו בדרגת מפורשות הנדרשת אלא רק בשאלה אם אפשר לסתור את החזקה. בית המשפט הגיע למסקנה שהחזקה נסתרת, מועצת מקרקעי ישראל יכולה לקבוע הסדרים ראשוניים- סיבה אחת- לשון החוק- מה החוק אומר ? המחוקק הראשי לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת.. אבל כתוב במפורש שהיא תקבע את המדיניות הקרקעית שלפיה יפעל המנהל. מה זה מדיניות קרקעית ? זה ההסדרים הראשוניים ! מי שיקבע את המדיניות היא מועצת מקרקעי ישראל. מי שיקבע זאת היא ולא הכנסת. הכנסת צריכה לקבוע את ההסדרים הראשוניים. הכנסת הקימה מועצת מקרקעי ישראל והיא תקבע את המדיניות שאלו הם ההסדרים הראשוניים. הכנסת העבירה את התפקיד הזה למועצת מקרקעי ישראל. הטעם השני – כל החקיקה בתחום קרקעות המדינה. החקיקה שבית המשפט קורא לה- **חקיקה עצלה** – חקיקה שלא קובעת הסדרים ראשוניים. אין בה עקרונות או אמות מידה היא לא קובעת כלום. אלא היא אומרת מי ינהל את קרקעות המדינה. מה אנחנו מבינים מזה? שהוא כן הסמיך את הרשות המבצעת. כשהמחוקק לא קובע שום הסדר ראשוני, מי שיקבע את ההסדרים הראשוניים זו מועצת מקרקעי ישראל ולא הכנסת .

בדרי"כ כשהכנסת קובעת את ההסדרים הראשוניים היא קובעת את המדיניות בחוק, מפקחת על הרשות המבצעת .. ובעצם מי הכנסת הקטנה בתחום קרקעות המדינה? מועצת מקרקעי ישראל. מה היא אמרה?

משפט מנהלי ד"ר שרון וינטל- ליטל מוסיאונז'ניק, תשע"ח

היא תקבע את המדיניות, היא תפקח עליו.. אנחנו מבינים שגוף ברשות המבצעת יחליף התחום הרשות.
הכנסת כן התכוונה שגוף ברשות המבצעת יחליף אותה בקביעת ההסדרים הראשוניים.

פרק 4- סמכויות עזר (סמכויות נלוות)

ס' 17 לחוק הפרשנות-

(ב) **הסמכה לעשות דבר (=התפקיד הראשי שמוטל על הרשות בחוק) או לכפות עשייתו-משמעה גם מתן סמכויות עזר(=תפקיד נלווה)-** רשות שקיבלה תפקיד בחוק היא אמורה לדאוג לתחום מסוים והיא צריכה להעניק לה סמכויות עזר של תפקיד נלווה כדי לעזור לה להצליח המילוי התפקיד הראשי). הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת. – אנחנו מבינים שהמחוקק לא יכול לפרט את כל הסמכויות שדרושות לרשות כדי למלא את תפקידה הראשי.

הדוקטרינה של סמכויות עזר היא הרחבה של מה היא סמכות במשתמע. כשהיה את עיקרון המנהל דיברנו על זה שכל מעשה שהרשות עושה צריכה להיות מפורשת או במשתמע בחוק. פה הדוקטרינה אומרת שיש המון דברים שניתן ללמוד במשתמע. אם נתנו לך תפקיד למלא **יש לך במשתמע מהחוק סמכויות עזר.**

מגבלות בהפעלתה של הדוקטרינה-

1. **זיקה**-סמכויות עזר צריכות להיות דרושות למילוי התפקיד הראשי. צריכה להיות זיקה בין סמכות העזר לתפקיד הראשי. ביחס לזיקה היו שתי גישות בפסיקה איזו רמת זיקה נדרשת.

פס"ד איגוד העיתונאים-

דעת הרוב- הסתפקה בזיקה של סבירות. דרוש במידה סבירה

דעת המיעוט – בן דרור : **דרשה זיקה של חיוניות**. אני לא מסגול למלא את התפקיד הראשי ללא הסמכות הזאת. המבחן הזה מאוד נוקשה שמעט מאוד סמכויות עזר ניתן להכיר ע"י המבחן הזה ולכן הוא לא התקבל בפסיקה כי הוא מביא אותנו לתוצאות מאוד מוזרות.

זיקת החיוניות תמנע מאתנו להשתמש בדוקטרינה הזו. דוג' : רשות השידור מפיקה תכניות חינוכיות ובאיזה שהוא שלב זה הפך להיות לא רלוונטי ואז אמרו לילד לזכור איך נראית המילה צילומית. ואז הילדים לא הצליחו לצלם ולא הצליחו לקרוא. בכל מקרה הרשות רוצה למכור את הקלטות האלה. להעמיד למכירה בסטימצקי למשל. החוק לא התייחס לזה. החוק אמר תפיקו תוכניות אף אחד לא אמר למכור את הקלטת. השאלה אם יש להם סמכות לזה? מספיק שזה יהיה דרוש במידה סבירה אבל עדיין צריך זיקה.

אנחנו צריכים לראות אם העיסוקים יש להם זיקה לתפקיד הראשי. מידע של תוכן חינוכי שאם הילדים יקנו את הקלטות האם זה ימלא את התפקיד הראשי.. וכן ברור שמכירת קלטות תמלא את התפקיד הראשי.

פס"ד קקאו סנטר- העיריה רצתה לפתוח קפה בגן שעשועים . תפקיד העיריה היא לטפח גנים עירוניים. אילו סמכויות עזר יהיו לעירייה כדי לטפח גנים ? להוציא מכרז להוראות גינון של העיריה וכן הלאה. האם ניהול בית קפה קשור לטיפול הגן בצורה כל שהיא ? לא כל מה שמכניס משאבים מקיים את הזיקה. פה יש בעיה שהיא נכנסת לתחום המסחרי. פה העיריה מפקחת על עסקים . כשרשות השידור תמכור קלטות זה לא מפריע לה לשום דבר אבל אם עירייה תתחיל לנהל בתי קפה שהיא רשות הרישוי, היא אמורה לאשר עסקים לבדוק שהם עומדים בכל הדרישות ואז העיריה הופכת להיות עסק בפני עצמה, יש כאן בעיה. התפקיד הראשי – טיפוח גן. אין קשר בין מכירת קפה לטיפול גן .

2. **סמכויות עזר כשמן כן הן -עוזרות ולא מפריעות-**נחזור לפס"ד איגוד העיתונאים – כדי להבין את המגבלה השנייה. האם אפשר להכיר בסמכות שלה לשדר פרסומות(=בפרסומת מצייגים יותר מידע למוצר ומתייחס למתחרים), חסויות (=בחסויות רק אומרים מי אתה ולמי נתת חסות) ותשדירי שירות. (=מטעם מועצת הירקות על פי מחקרים חשוב לאכול ירקות בצבעים שונים בכל יום..).האם מותר לרשות השידור לשדר תשדירי שירות בעניין ריאות, בטיחות וכן הלאה? רשות השידור יכולה להגיד שהיא מעבירה מידע לציבור וזה הוא תפקידה. בימים אלה יישלח לכם כרטיס הבוחר.. זה תפקידה הראשי של רשות השידור ולכן אין בעיה לעגן סמכות זו.

מה עם חסויות ? חסויות מכניסות כסף לרשות השידור. תשדירי חסות מכניסות כסף כמובן שפרסומות הם הארד קור של עולם הפרסום. למה לא לאפשר שידור של פרסומות מסחריות? השאלה מה מפריע יותר לתפקיד הראשי ? אם נלך על המבחן הראשון של זיקה – בין סמכות העזר לתפקיד הראשי. ראינו שאם זה מכניס כסף ולא מפריע יותר מידי אז אפשר להכיר . פרסומות מכניסות כסף וגם חסויות. יכול להיות שהיינו עוברים את המגבלה הראשונה. רשות השידור תוכל למלא את תפקדה בצורה טובה יותר, מכניס יותר משאבים אבל מצד שני, זה גם מפריע. פרסומות יכולות לפגוע באמינות הציבור. פרסומת מסחרית זה מה לא מידע מהימן. זה לחלוטין נתון למפרסם. לפעמים יש שם אשליה ולפעמים מידע שכרוך בהטעיית הצרכן וזה תחום מאוד בעייתי ואנחנו לא רוצים שרשות שאמורה להיות רשות ממלכתית שהציבור יסתכל עליה כרשות מהימנה שאפשר לסמוך על המידע שהיא מעבירה, תפרסם מידע שיקרי ולא מהימן . מה החשש הנוסף? נגיש יש לי כמה מפרסמים גדולים שמכניסים כסף לרשות השידור ויוצא סרט ביקורתי. החשש הוא שהתפקיד הראשי יושם בצד והאינטרסים הכלכליים יכריעו. כי עורך ראשי ברשות השידור יכול להגיד שהסרט בעייתי לי אני אפסיד את המפרסם הזה ובכך הוא מועל בתפקידו . ולכן אנחנו אל רוצים את התלות הכלכלית ואת ניגוד העניינים ולכן פרסומות לא !

למה חסויות כן ? זה לא על בסיס קבוע, זה פעם ב... ,הסכומים הכלכליים הם לא תלות רצינית. נותן חסות זה מה שהוא נקודתי. הרבה פחות כסף. ומה לא יכול לקרות בחסות ? בחסות אני לא מוסר מידע לציבור אני רק אומר שאני נותן החסות .אני לא מעביר מידע . לכן בית המשפט מחליט שחסויות כן. אם אני משדר פרסומות זה יוצר תלות כלכלית בתפקיד הראשי, יוצר גם ניגוד עניינים ומפריע לתפקיד הראשי. אם אני כעיריה מנהלת עסקים ברחבי העיר זה מפריע לתפקיד הראשי שלי כרשות הרישוי. אם אני ראש עיר ובאלי להשקיע בנדל"ן – לא בעיר שבה אתה יושב בוועדות התכנון. תקנה נדלן בחול ובטח לא בעיר שאתה מפקח על רשויות התכנון והבניה.

כדי שתהיה לך סמכות עזר אני צריך גם זיקה לתפקיד הראשי ואני גם צריך שסמכות העזר לא תפריע לי לתפקיד הראשי לכן הם מצטברים.

3. "סמכויות עזר" כשמן כהן הן- נלוות לתפקיד הראשי ולא יוצרו עולם חדש (משנות את מהות התפקיד). פס"ד קריית- מדובר בשר"פ (שירות רפואה פרטי). יש מערכת של רשות רפואה פרטי ויש מערכת ציבורית. במערכת הציבורית יש לך סל של שירותי רפואה שאתה זכאי לו ואתה תקבל באופן שווה ואתה תקבל את אותו שירות באופן שוויוני. כמובן שברשות הפרטית מי שיש לו כסף יקנה שירות רפואי שהוא רוצה. עלה רעיון להכניס שרפ בשירותים הציבוריים ? עלה רעיון חיובי – הרופאים במערכת הציבורית לא עובדים רק במערכת הציבורית . הם עובדים שעות מסיימות במערכת הציבורית וגם יש להם קליניקה פרטית . והם עוזבים את הבית חולים והולכים לקליניקה הפרטית ואני מפסיד אותם מבחינת השעות . הרופא הזה הלך לקליניקה הפרטית שלו הוא לא בבית חולים . אם יש ניתוח שהסתבך אפשר לקרוא לו וברגע שהוא לא שם אין מה לעשות. לכן הרעיון היה להפעיל שרפ בבית החולים הציבורי ולתת לרופאים להיות כמה שיותר שעות ביום ולנצל את מומחיותם כמה שיותר. מה החשש ? בית חולים ציבורי יש לו את המשאבים שלו ועכשיו הוא נותן גם לציבורי ולפרטי. יש חשש לזליגה. נגיד אני צריך להקצות חדר לניתוח. יש חדר ניתוח ברמה הגבוהה ביותר ויש חדרי ניתוח ברמה יותר נמוכה . מי יקבל מה ? יש חשש שברגע שאני מכניס את השרפ, בית החולים מרוויח המון כסף מהשרפ . זה יביא את הבית חולים לתעדף את השרפ על חשבון השירות הציבורי. ותהיה עדיפות לפרטי על חשבון הציבורי. זה לא דבר טכני להכניס את השרפ לציבורי, זה משנה את תפיסת העולם. אם עכשיו השירות הציבורי היה עיקרון השוויון . מי שנכנס לבית החולים יודע שהוא מקבל שירות כמו כל אדם אחר . ברגע שאני מערבב תחומים (רפואה פרטית עם ציבורית) בא החולה ויכול לשאול שאלות מי עוד מטופל פה? נגיד שני ניתוחים מידרדרים. אחד במסלול הפרטי ואחד במסלול הציבורי . שני הניתוחים דורשים את אותו מומחה. את מי מצילים ? אז את הפרטי.. מה שאומר לנו בית המשפט- השופטת ברלינר – קובעת שלהכניס את השרפ לציבורי זה לא ענין טכני זה משנה את עקרונות היסוד של שירותי רפואה ציבוריים. ואת הרעיון הכללי של מה היא רשות רפואה ציבורי. השי' נאור חשבה- שזה לא שינוי כזה דרמטי. יש היום כבר שרפ וזנחנו את עיקרון השוויון ברפואה אז מה זה משנה. אם זה יהיה טכנית מהרשות הרפואה הציבורי אז זה לא כזה משנה. מכאן כי לא אפשרו את הכנסת השרפ לשירות הרפואה הציבורי.

האם יש זיקה ? הגדלת משאבים יכולה להיחשב כזיקה סבירה . האם הן עוזרות ולא מפריעות ? הן עוזרות אבל זה מפריע בהנחה שאנחנו רוצים שירותי רפואה ציבוריים שוויונים יש חשש שזה יפריע לשירותי הרפואה הציבוריים . האם זה יוצר עולם חדש ? להכניס את השרפ, מצד אחד שופטת אחת חשבה שזה לא שינוי דרמטי ומצד שני כשזה נעשה מאותו מתקן וניגדו עניינים אפשר לומר שזה לא נלווה לתפקיד אלא משנה אותו. יש לנו שתי מערכות רפואה – אחת ציבורית לגמרי ואחת פרטית. זה משנה את העובדה שהייתה לנו רשות ציבורית לגמרי. אם אני רוצה להכניס שרפ מכוח סמכות עזר זה חייב להיות נלווה לתפקיד הראשי ולא לשנות את המהות שלו ופה זה כן משנה את המהות.

המרכז לצדק לנשים + פס"ד פלוני-(סנקציות הלכתיות)- שני פסקי הדין עוסקים ברשות השופטת. וכשהרשות השופטת מפעילה סמכויות עזר הרבה פעמים נותנים להם שם אחר. המינוח הרבה פעמים הוא הסמכות התבואה של בית המשפט. בפס"ד המרכז לצדק נשים- אספו כסף לתרומות, אוספים כסף

מתרומות לקרן לשחרור עגונות ומשתמשים כסף על מנת לשחד בעלים ולפתות בעלים לשחרר את נשיהן מעגונות. המטרה ראויה אבל כל קשר בין זה להליך שיפוטי מיקרי בהחלט !

פס"ד פלוני- עסק בסמכות להטיל חרם על סרבן הגט . סנקציה הלכתית ולא סנקציה אזרחית. אומרת לא לבקר אותו ולא להזמין אותו למניין ולא ולא ..

נבחן את שניהם - זיקה בין סמכות העזר לתפקיד הראשי – התפקיד הראשי הוא שיפוט בענייני נישואים וגירושים והטלת סנקציות כפי שהחוק מתיר לי. האם יש זיקה לשלם לסרבן הגט או להטיל עליו סוג מסויים של נידוי חרם חברי גם אם אומרים שזה רק המלצה לקהילה ולא ציווי? האם יש זיקה לתפקיד ? כן ! זיקה צריכה להיות זיקה סביר. אם אחד התפקידים היא לשחרר את הנשים ויש חובה חוקתית לשחרר את אותן נשים אז אפשר לומר שזיקה יש . האם הן עוזרות ולא מפריעות? זה נהיה מורכב יותר. החרמות החברתיים כאורה זה לא מפריע לתפקיד של להטיל עליו סנקציות אזרחיות . אפשר בהחלט לטעון שאם אנחנו נותנים את הכלי הזה לבית המשפט כולם יהפכו להיות סרבני גט ואני רק אחכה שיציעו לי כסף ומצד שני ניתן לטעון שאם יש סנקציות כל כך חמורות שאתה צפוי להם לא תרצה לחכות לקופה כי בינתיים תחטוף את הסנקציות החברתיות מכאן , אולי זה יכול להפריע ואולי לא.

אז נניח שזה לא מפריע יותר מידי, מכאן כי אנחנו עוברים את מגבלה אחת ושתיים. נעבור למגבלה 3- האם זב יוצר עולם חדש או נלווה? אם נבדוק ואם אין עוד הליך שיפוטי בעולם שבו בית משפט בעולם שמשלם לאנשים כדי שיאמצו עמדה כזו או אחרת. לגבי פס"ד פלוני- אנחנו מכירים דין מהותי דתי ועולם של סנקציות אזרחיות . ומה מנסים מכוח הסנקציות ? להכניס לא רק דין מהותי אלא גם סנקציות מעולם התורה וזה ליצור עולם חדש לתחום הזה. להכניס סנקציות הלכתיות זה יוצר עולם חדש .

4. **פגיעה בזכויות אדם** – תמיד כשאמרנו פגיעה בזכויות יסוד הגדלנו את זה ואמרנו שלא פוגעים רק בזכויות אדם אלא גם פוגעים גם בעקרונות החוקתיים). פגיעה בזכויות אדם הייתה מקרה מיוחד של עיקרון החוקיות. והוא משתנה. כשיש פגיעה בזכויות אדם או בעקרונות חוקתיים, עיקרון החוקיות משתנה. כשאין פגיעה בזכויות אדם כל מעשה של הרשות המנהלית צריך להישען במפורש או במשתמע. כשיש פגיעה בזכויות אדם או בעקרונות חוקתיים משתנה עיקרון המנהל. חייבים הסמכה מפורשת בחוק על מנת לפגוע בזכויות אדם או בעקרונות חוקתיים. זה מפיל את כל הדוקטרינה של סמכויות עזר כי מלכתחילה הם לא מפורשות בחוק. סמכויות שלומדים אותם במשתמע. הסמכה לעשות דבר משמעה גם .. וכשיש פגיעה בזכויות אדם אין במשתמע יותר. רק במפורש !

פס"ד בן חיים- חיפוש ללא סמכות במפורש- לגישת הנשיאה בייניש- אם הייתה שם הסכמה מדעת לחיפוש והעיקרון החוקתי זה לא פגיעה בגרעין אלא יותר בפריפריה אז אפשר לחזור לסמכות משתמעת לזכויות אדם אבל זה רק כשהפגיעה היא לא בגרעין אלא בפריפריה.

פס"ד לם- התחום של איבחון ליקויי למידה. כל כמה שנים משרד החינוך מתעורר ורואה שמי שהוא התבלבל ונוצר מצב שמורה נכנס לכיתה ויש 90% שיש להם תוספת זמן ומשרד החינוך אומר שזה לא הגיוני. מי שהוא פה עובד עלי. ואז משרד החינוך הוציא הנחיות מנהליות -כמו חוזר מנכל. ההנחיה אומרת כך- מעכשיו בתי ספר יכבדו רק איבחון שניתן על ידי פסיכולוג חינוכי מומחה . מי בא לבית

המשפט מי עותר לבג"ץ ? מי שאין להם את התואר הנדרש - הם טוענים לפגיעה בחופש העיסוק. אם הבית ספר לא מקבל את אישורם אז למה שמי שהוא יבוא אליהם?

האם יש זיקה בין ההנחיה לתפקיד הראשי? התפקיד הראשי של משרד החינוך היא להתאים את הדרישות הלימודיות לתלמידים השונים ולמצות את הפוטנציאל שלהם. אם מי שהוא באמת זקוק להקלה צריך לעזור לו. אבל משרד החינוך צריך גם לדאוג לשוויון בין התלמידים. האם זה עוזר לדרוש שרק מי שלמד את המקצוע יאבחן את אותם תלמידים ? האם זה יאפשר לשפר את האבחון ? כן. אם מי שהוא למד את התחום המיוחד הזה, האבחון יהיה יותר מיוחד ויותר טוב. א על זיקה יש V .

הכרה בסמכויות העזר עוזרת או מפריעה ? למי זה מפריע ? ככל שאני דורש יותר תארים והתמחויות יש לי אבחונים יותר מדויקים ---> לא מפריע לתפקיד הראשי.

האם זה מייצר עולם חדש ? לא .

פגיעה בזכויות אדם: יש פגיעה בחופש העיסוק . יש פגיעה לא רק בפריפריה כי אותם אנשים לא יכולים יותר לעבוד . אף אחד לא יבוא אליהם. הפגיעה בחופש העיסוק היא פגיעה יחסית גרעינית. ומכיוון שכך חייבת להיות הסמכה מפורשת בחוק כדי לפגוע בזכות . מה היה הבסיס לפגיעה בזכות ? זה נקבע בחוזר מנכל וזה לא הסמכה מפורשת בחוק ! כדי להגביל היו צריכים להכניס את זה בחוק חינוך חובה כדי לקבוע את זה שם .

לכן זה לא עובר !

אלה תנאים מצטברים – מגבלות מצטברות !

סיכום: דיברנו על פלוני והסנקציות ההלכתיות. בית הדין ממליץ לקהילה הדתית לא לבוא לבקר אותי כשאני חולה, לא להזמין אותי למניין וכן הלאה.. האם יש כאן פגיעה בזכויות אדם ? כן. אמרנו שיש כאן החמרה של הביוש ופגיעה בשם הטוב וכבוד האדם, פגיעה בשוויון. אפילו בעיסוק זה יכול לפגוע. פגיעה בזכויות הקטינים . מכלול של זכויות . אפשר לטעון שזה פגיעה שאפשר לראות בה קרובה לגרעין ואז אי אפשר להעפיל מגבלות עזר בלב המגבלה הרביעית. כשדיברנו על חריג למקרה המיוחד של זכויות יסוד הזכרנו את הגישה של ניל הנדל בפגיעה בחופש הדת- הטלת סנקציות דתיות האם זה פוגע בזכויות שלך ? היה רעיון דדל השי' הדנל – גם אם מנדים אדם דתי , זה לא פוגע בגרעין של חופש הדת כי מניין ובית כנסת וכל מיני כיבודים שכאלה הם לא בגרעין של הדת . אתה יכול למלא את מצוות הדת גם אם לא מכניסים אותך לכל מיני מקומות. אז עם פגיעה בחופש הדת הוא מצליח להתמודד עם זה. לגבי פגיעה בזכויות אחרת הוא אומר שכאשר הפגיעה תלוי בהתנהגות שלך , למשל אתה סרבן גט ואתה יכול לא לסבול את הביוש ולא לסבול מחופש העיסוק אם בשה"כ תיתן גט לאישה----> אתה מביא את הפגיעה בזכויות על עצמו אז הפגיעה בזכויותיו היא לא בגרעין אלא בפריפריה. ואפשר לקבל את הגישה של הנדל שהסנקציות ההלכתיות לא פוגעות בזכויות אדם . אבל גם אם אני מקבל את הגישה של הנדל אני עדיין נשאר עם המגבלה ה-3- זה יוצר עולם חדש של סנקציות הלכתיות .

פס"ד עריית רעננה (פארק רעננה) –

31.12.17

פס"ד עירית רעננה (פרק רעננה)-

האם גביית התשלום בכניסה לפארק הינה בסמכות ?

המגבלות שאותם נבחן בהתייחס למקרה :

1. זיקה לתפקיד הראשי-V

2. עוזרת ולא מפריע ? V

3. נלווית ולא יוצרת עולם חדש ? (משנה את מהות התפקיד הראשי) V

4. אינה פוגעת בזכויות אדם וְעקרונות חוקתיים ? V

מה הוא התפקיד הראשי של פארקים בפקודת העיריות ? טיפוח גנים.

האם לגביית התשלום יש זיקה לטיפוח הגן ? ראינו שלא צריך שזה יהיה חיוני אלא דרוש במידה סבירה למילוי התפקיד הראשי. האם לגבות כניסה זה ניכנס בגדר טיפוח סביר של הפארק ? כן, אין בעיה בכך.

האם זה עוזר ולא מפריע ? יש לי יותר כסף אני יכול להשקיע ביותר אמצעים לטפח את הגן. למשל אגמים מלאכותיים זה מה שהוא שלוקח המון כסף.

גביית התשלום מה שהוא נלווה לתפקיד או מייצר עולם חדש ? זה לא איזה מה שהוא מוזר שרשות מקומית תגבה תשלום לפארק.

אחרי ששלושת המבחנים מתקיימים צריך לראות אם יש פגיעה בזכות יסוד –

כשרשות שלטונית גובה מאיתנו תשלום צריך לברר מה היא **מהות התשלום**. אם היא גובה מאיתנו ארנונה – **מס** – תשלום כפוי + ללא זיקה לשירות. (= אתה לא יודע מה אתה מקבל עבור הארנונה ששילמת). האם תשלום הכניסה לפארק זה הוא מס ? לא. זה לא מה שכופים על אנשים.

אגרה – תשלום כפוי + זיקה לשירות – האם כניסה לפארק היא אגרה ? לא.

מחיר- תשלום רצוני + זיקה לשירות. גבית תשלום לפארק זה מחיר.

**למס ואגרה נדרשת הסמכה מפורשת בחוק. אתה לא יכול להטיל על מי שהוא מס ואגרה בלי הסמכה מפורשת בחוק. : 1. עיקרון יסוד בדמוקרטיה.

2. חוק יסוד משק המדינה – אין מטילים מיסים או אגרות אלא בחוק

3. פגיעה בקניין <----- פסקת ההגבלה - אין פוגעים בקניינו של אדם אלא

על פי הסמכה של החוק. חייב להיות מפורש בחוק.

כשאין פגיעה בקניין נסמן על המבחן הרביעי V-



בית המשפט אישור את גביית התשלום במסגרת סמכויות העזר.

הסמכות הטבועה של בית המשפט – יש אזכור לכך בחוק הפרשנות בצמוד לסמכויות העזר- ס' 17 (א)-
הסמכות לעשות דבר או לדון בעניין פלוני או להכריע בו-

משמעה הסמכה לקבוע נוהל עבודה וסדרי דיונים ככל שאלה לא נקבעו בחיקוק.

*אם אתה בא לערכאה שיפוטית ולא כתוב בחוק איך דנים בפניה, החוק לא מסדיר את סדרי הדין, אז מי יקבע את סדרי הדין? אותה רשות שיפוטית מכוח הסמכות הטבועה שלה. אם היא קיבלה סמכות לשפוט אז היא יכולה לקבוע גם סדרי דין. אם נתנו לה את התפקיד הראשי אנחנו צריכים לתת לה סמכות עזר לעשות את זה. אם זה קבוע בחוק אז אין בעיה.

א. אי הקפדה על המגבלות –

הסמכות הטבועה של בתי המשפט היא סמכות עזר אז חלות עליה כל המגבלות של סמכויות עזר רגילות ולא תמיד בית המשפט מקפיד על המגבלות. ראינו למשל את הנלווית ולא יוצרת עולם חדש – **פס"ד המרכז לצדק לנשים** – הכירו באפשרות של בית הדין (=רשות שיפוטית) שיש לה סמכויות טבועות, הכירו באפשרות לשלם כסף לסרבן גט מקרן של תרומות כדי שיסכים לתת גט. אמרנו שאם אין תקדים לדבר הזה שרשות שופטת משלמת כדי שיסכימו למה שהוא, אז זה יוצר עולם חדש בתחום השיפוט והמגבלה הזאת צריכה להופיע ולא לאפשר לבית הדין לעשות את זה כחלק מסמכות העזר ומהסמכות הטבועה.

פס"ד לב + חנא- מעידים על אי הקפדה של הרשות השופטת –

פס"ד לב- צו איסור יציאה מן הארץ לבית הדין הרבני- לא הייתה סמכות מפורשת בחוק להוציא צו כזה. מה מאפשרת לי הדוקטרינה של הסמכות הטבועה? להכיר בסמכות במשתמע שהיא עוזרת למלא את התפקיד הראשי. האם יש זיק לתפקיד הראשי להוציא צו כזה? התפקיד הראשי- לעשות צדק בענייני נישואין וגירושין שלזה אפשר לכרוך את ענין המזונות. אם בית המשפט יפסוק מזונות ובעל דין יברח לחול זה בעיה. אז צריך שיהיה צו איסור יציאה מן הארץ. יש זיקה לתפקיד.

האם זה עוזר ולא מפריע? כן זה עוזר. זה שבעלי הדין יהיו בארץ ואפשר יהיה לאכוף את פסק הדין כשהוא יינתן זה עוזר בעשיית הצדק.

האם זו סמכות נלווית ולא יוצרת עולם חדש? לא. זה לא יצירת עולם חדש בתחום השיפוט.

מה עם פגיעה בזכויות היסוד- יש זכות בחוקי היסוד – הזכות לצאת מן הארץ. יש זכות להיכנס לארץ. זכות לצאת מהארץ יש והיא מפורשת בחוקה. פסקת ההגבלה – אין פוגעים אלא על פי הסמכה מפורשת בחוק. אבל אין חוק ---סמכות העזר לא כתובה בסמכויות בית הדין הרבני ולכאורה אנחנו נופלים

במגבלה הרביעית. ברק בפס"ד אומר שזה חלק מן הסמכות הטבועה אבל צריכים להתחשב באופן מידתי ולהתחשב בזכות שנפגעת.

עוד דוג' - פס"ד חנא - חשין בפס"ד חנא - הוצאות אישיות על עורך הדין - עו"ד שמפריע להליך השיפוטי. הצד המפסיד תמיד נושא בהוצאות המשפט אבל בפס"ד זה ממציאים הוצאות חדשות - הוא שיבש בהליך, הוא גרם נזק לבית המשפט והוא ישלם אישית הוצאות. העו"ד בהתנהגות שלו לאורך כל ההליך התנהג שלא כראוי --- < ישלם הוצאות .

מגבלות –

1. זיקה לתפקיד הראשי- התפקיד הראשי של בית המשפט- בית המשפט צריך לנהל את ההליכים בייעילות, בכמה שיותר פחות זמן, בלי שיפריעו לו ולא יגרמו נזק להליך השיפוטי.
2. עוזר או מפריע להליך השיפוטי? אם עורכי הדין שמתנהגים לא כראוי יחטפו הוצאות זה יצור חששות והם יתנהגו כראוי--- לכן זה לא מפריע.
3. מייצר עולם חדש? כן . אנחנו משלמים הוצאות כדי שאדם ישלם את מה שמגיע לו . עד שהכירו בזה מי יכל לחשוב שאפשר לחייב את העו"ד באופן אישי? קודם כל קנין + המונויטין המקצועי שלו . ברגע שיש פס"ד שאומרת שההתנהגות של העורך היא כל כך שערורייתית זה דבר שיכו לפגוע בשם הטוב שלו ובמוניטין המקצועי שלו.

פס"ד מרכז צדק לנשים + פס"ד פלוני- (סנקציות הלכתיות)

ב. הקפדה על המגבלות –

פס"ד פלוני (" סמכות טבועה ") - - --- דנציגר <--- הקפדה על המגבלות

צו למניעת הטרדה מאיימת . כשמטרידים אדם, הוא הולך למשטרה ומגיש תלונה למשטרה. אבל לא תמיד ההטרדה תטופל ע"י המשטרה כי יש לה משאבים מוגבלים אז ניתן ללכת לבית המשפט כדי לקבל צו הרחקה . מסלול החוק קבע שהצו פוקע אחרי חצי שנה. אם אתה רוצה לחדש אותו אתה צריך לחדש את ההליך. בפלוני דובר בשופט אחרי התקופה של החצי שנה, שלא היה בפניו בקשה להליך חדש. אם עברה חצי שנה, הצו פוקע. השופט האריך את תוקפו של הצו , לא נפתח הליך מחדש שמאפשר צו חדש, והוא החליט על דעת עצמו להאריך את תוקף הצו . השופט עשה אקט שלטוני. מה דורש עיקרון חוקיות המנהל ? (כלפי כל רשות הן גם כלפי רשות שיפוטית) - אין מעשה מנהלי לרבות שיפוטי שלא יישען על סמכות במפורש או במשתמע . הסמכות המפורשת של אותו שופט- מסלול החוק -עד חצי שנה. המסלול הזה מוצה. אין לו הסמכה מפורשת להאריך. הוא עשה את זה מכוח הסמכות הטבועה של בית המשפט, נבדוק את המגבלות :

1. זיקה לתפקיד הראשי- תפקידו השיפוטי להגן מפני הטרדה מאיימת . יש זיקה לתפקיד.
2. עוזר או מפריע? עוזר. אם הוא רואה שעדיין צריך להגן אז ברור שזה עוזר
3. יוצר עולם חדש או לא ? המרצה נוטה לתפיסה שזה לא יוצר עולם חדש. אפשר לטעון כך או אחרת

4. פגיעה בזכויות אדם – אם יש צו כלפי שאוסר עלי להתקרב למי שהוא ? כן. מגביל את חופש התנועה, חופש העיסוק, מגביל את החירות האישית שלי.

מה הדרישה? הסמכה מפורשת בחוק. והסמכה מפורשת היא רק המסלול של חצי שנה. לכן אי אפשר להכיר בסמכות הטבועה.

הש' דנציגר מחדד את המגבלות לגבי הסמכות הטבועה – הוא אומר לנו כך :

1. **שיורית** - לגבי סמכות טבועה של רשות שיפוטית, קודם כל היא שיורית. מה זה אומר ? קיימת רק במקום שאין הסדרה לגביה בחוק- זה שיורי. אם זה הוסדר בחוק אחר אז לא תהיה לה סמכות טבועה. אם היה חוק שאומר שמנהל בתי המשפט- רשאי להטיל על עו"ד הוצאות משפטיות בשל נזק להליך השיפוט. האם השופט יכל היה להפעיל את הסמכות הטבועה? ברגע שיש הסדרה בחוק ורשות אחרת הוסמכה לפסוק הוצאות על עורך דין, זה הופך את פעולת השופט ללא שיורית ואי אפשר להפעיל אותה כי אם מנהל בתי המשפט הוא זה שהוסמך, זה יוצא מהסמכות הטבועה.

פה יש חוק—החוק מסדיר את הצו ואת תוקף הצו לכן זה לא מסדיר סמכות שמאריכה את הצו. כי ברגע שיש חוק שמסדיר אין סמכות טבועה. הסמכות הטבועה היא כשאינן סמכות בחוק.

2*משו ייחודי לרשויות שיפוטיות-. **עיקרה סדרי דין ולא עניינים מהותיים**- האם צו איסור יציאה מן הארץ ניתן לראות בזה סדרי דין ? מה עם הוצאות אישיות על עו"ד ? האם זה יותר סדרי דין או ענין מהותי? מטילים את ההוצאות כשההליך נגמר. אז האם זה קשור לסדרי הדין ? אולי בגלל שזה קשור להתנהגות של העורך דין.

מה עם סנקציות הלכתיות ? גם פה זה לא קשור להליך עצמו. בגלל שבגט הליך נמשך והסנקציות נועדו להביא לפתרון ההליך. אבל אם אני מדבר על סרבן גט שההליך בעניינו נמשך אז אולי הסנקציות הן בעניין של פרוצדורה.

צו למניעת הטרדה מאיימת- אם אני מאריחך את תוקפו – מהותי ופחות סדרי דין

אבל האבחנה בין סדרי דין למהות- היא לא ברורה כל כך.

3. **פגיעה בזכויות אדם**- פגיעה בזכויות אדם זקוקה לסמכות מפורשת והסמכות הטבועה היא לא מפורשת בחוק אלא נלמדת במשתמע.

4. **תופעל רק במקרים חריגים**- תופעל רק במקרים חריגים מכיוון שהסמכות הטבועה יוצרת עניין להפעיל אותה רק במקרים חריגים ובכל המקרים האחרים מפעילים אותה ללא חריג, ולכן דנציגר מאותת לנו להפעיל את החריג רק במקרים חריגים.

פרק 5: הסמכות השיוריות של הממשלה:

כמו שדנציגר דרש מבתי הדין להפעיל רק אם זה שיורי (= לא ניתן לאף אחד אחר) כך גם דוקטרינת סמכויות הממשלה השיוריות.

ס' 32 לחוק יסוד: הממשלה – "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת" – סייג השיוריות שלדנציגר בסמכות הטבועה.

מתי הממשלה תוכל להפעיל את הסמכות השיוריות שלה? כשזה לא ניתן בחוק מסויים ולאף אחד אין סמכות כזאת. על מה שלא ניתנו אותו לאף אחד הוא של הממשלה. הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה בכפוף לכל דין – אם יש דין אחר שמטיל את התפקיד לרשות אחרת אז הממשלה לא תהיה מוסמכת.

איזון בין עקרונות חוקתיים –



1. עיקרון האחריותיות -- accountability

ס' 4 לחוק יסוד: הממשלה – הממשלה אחראית הפני הכנסת- אנחנו בוחרים נציגים בפרלמנט. הסיעה שניתן לה יותר כוח היא תהיה הסיעה הגדולה בכנסת ויש לה את הסיכויים הגבוהים יותר להקים את הממשלה. הממשלה מקבלת מאתנו הרבה מאוד כוח לפעול בכל התחומים והיא חייבת לנו בדמוקרטיה, אחריותיות- אני נושאת לאחריות בכל דבר שקורה פה במדינה. אם יורים רקטות על עוטף עזה זה באחריות הממשלה. אם פורצת שריפת ענק בכרמל- אבל בסמכותה לכבות את השריפה. אם אני רואה שהיא לא מתפקדת כראוי- יש הצבעת אי אמון. אם אנחנו דורשים מהממשלה להיות אחראית לכל התחומים- "אין אחריות בלי סמכות" – אתה לא יכול לדרוש ממי שהוא להיות אחראי כלפיך, בלי שאין לו סמכות. הייתה עליה מברית המועצות, הממשלה יכלה להגיד שהיא פישלה בקליטת העולם כי לא היה עוד משרד הקליטה, ולכן לא יכלה לדאוג לקליטת העלייה אז בא 32 ואומר שהסמכות של הממשלה במידה ולא ניתנה לאף אחד.

2. עיקרון חוקיות המנהל ----> שלטון החוק הפורמלי- הממשלה תעשה המון דברים שהחוק לא הסמיך אותה. ס' 32 נותן את הכוח לפעול בכל התחומים אבל מצד שני הוא נותן לממשלה המון סמכויות בלי חוק שמסמיך אותה וזה מכרסם בעיקרון המנהל ושלטון החוק. והפתרון הוא איזון הסמכויות. העיקרון שנפגע.

14.1

ס' 32 לח"י הממשלה - הממשלה מוסמכת בשם המדינה, בכפוף לכל דין לעשות כל פעולה, שלא הוטלה על רשות אחרת. -זה הוא סעיף שמאזן בין 2 עקרונות חוקתיים.:

1. עיקרון אחריותיות של הממשלה בפני הכנסת והציבור. – הממשלה אחראית על כל התחומים במדינה כמובן אם הם הוטלו על רשויות אחרות ולממשלה יהיה פיקוח על אותן רשויות והיא לא יכולה להתחמק מזה, היא לא יכולה להשתמש בתירוץ- אבל לא נתתם לי סמכות בחוק.

2. עיקרון חוקיות המנהל- פוגע בעיקרון חוקיות המנהל כי הממשלה יכולה לעשות הרבה דברים ואף אחד לא הסמיך אותה בחוק וזה מנוגד לכל מה שלמדנו על החובה שתהיה הסמכה בחוק והכל מכוח ס' 32. יש ס' אחד שנותן מגוון סמכויות לממשלה שהן לא מוגדרות באף חוק וזה לא טוב לעיקרון חוקיות המנהל. אנחנו רוצים שהכל יהיה מוסדר בחוק וזה נותן לעשות הרבה דברים שלא מוסדרים בחוק.

בית המשפט יש לו נטייה לשמור על עקרון חוקיות המנהל.

ס' 32 חל על שני מצבים-

מצב א': יש סמכות אך לא צוין בחוק איזו רשות תפעיל אותה. <---- ס' 32 מסמיך את הממשלה.

מצב ב': אין בסמכות בחוק לאף רשות- <---- ס' 32 מסמיך את הממשלה. מצב ב' יותר בעייתי לעיקרון חוקיות המנהל- כי במצב ב' אין כלום בחוק ולכן זה יותר מכרסם בעיקרון חוקיות המנהל.

מגבלות הסעיף-(פרשנות הסעיף)-

מגבלה ראשונה – הסמכות נופלת במתחם התפקיד הטבעי של הרשות המבצעת.

כשהיה את משבר המסתננים או מבקשי המקלט למשל.. נניח והממשלה הייתה אומרת טוב ברגע שיש מסתננים שמבקשים מקלט הכי טבעי זה לא לכלוא אותם ולא נטיל עליהם את כל המגבלות אבל אם הם לא פליטים והם סתם הסתננו למדינה אפשר לנקוט באמצעים יותר חמורים. אז נניח הממשלה הייתה מחליטה : בואו נקים בתי שיפוט להליך מהיר כדי לברר ..ואז השאלה שהם היו אמורים לשאול : מאיפה את מקימה את מערכת בתי הדין האלה ועורכת שיפוט לאותם אנשים? מכוח מה.. הממשלה תגיד: אני אחראית כי אני אחראית למשבר. אני רוצה לטפל בענין הזה וס' 32 מעניק לי סמכויות שיוריות. בגלל שזה לא בתחום הרשות המבצעת זה נופל. וזה לא יכול להיות בחלטה של הממשלה. בגלל שמדובר בשיפוט- זה בחוסר סמכות של הרשות המבצעת כי היא לא עוסקת בשיפוט. יכול להיות שהיא כן תהיה מוסמכת לדון במקרים האלה אבל זה צריך להיות מוגדר בחוק.

*** מה לגבי תחולת "כלל ההסדרים הראשוניים?"

אותם החלטות בליבה שחל עליהם כלל ההסדרים, זה מתחם הסמכות של הרשות המבצעת. וזה עובר לכנסת. אם ההחלטה היא עקרונית, גורלית ברמה הלאומית וחל עליה כלל ההסדרים אז לכאוריה הסמכות לקבוע את ההסדרים הראשוניים היא של הכנסת. מה הקשר בין זה לבין המגבלה? אם חל על החלטה מסוימת כלל ההסדרים, באופן טבעי זה שייך לכנסת. אם כך אז המגבלה חלה- אם הכלל חל – שייך למתחם התפקיד הטבעי של הכנסת. <---- המגבלה חלה ואין לממשלה סמכות (פס"ד ועדת המעקב-חשין). אם קביעת אזורי עדיפות לאומית זו החלטה עקרונית מהותית גורלית וכו', אילו אזורים ניתן להם הטבות במס, מענקים וכו'.. **אם ההחלטה הזו חל עליה כלל ההסדרים הראשוניים זה**

אומר שהיא במתחם הטבעי של הכנסת. <---- את לא יכולה להפעיל את ס' 32

מגבלה שניה- שיוריות- אם יש חוק שמסדיר את הנושא לא ניתן להפעיל את ס' 32 ולעקוף אותו (פס"ד עיריית קרית גת)-

נכנסים עם ס' 32 למה שלא מוסדר בחוק.. מה שמוסדר בחוק מטפלים בו על פי החוק. ---> אי אפשר לאכוף את החוק על פי ס' 32.

ומתחילות השאלות בנוגע לשיוריות –

שאלה ראשונה –

מה לגבי חוק שהכנסת דוחה שוב ושוב את כניסתו לתוקף? (מסכימה לבקשת הממשלה להקפיאו) -

איך נשיג את הכסף? יעלו את המסים . קנסות וכו'. מצד ההוצאות ניתן לעשות קיצוצים. כל עוד והחוקים כתובים בספר החוקים צריך להפעיל אותו וכדי להפעיל חוק צריך כסף. בחוק ההסדרים כתבו להקפיא חוק. כמו שהקפיאו את חוק הקולנוע. אז אפשר להקפיא חוק וזה אומר שלא אפעיל אותו בשנה מסוימת . היה חוק ישן- חוק ערי פיתוח והוא היה אמור להחליט איזה אזור אנחנו רוצים לפתח וזה דומה לאזורי עדיפות לאומית- מה עשו עם החוק הזה? כל שנה הממשלה הייתה באה לכנסת ע"מ להקפיא כי הממשלה רצתה לחלק את האזורים בעצמה. יש חוק והוא כתוב בספר החוקים וכל פעם דוחים אותו.. מה ניתן לעשות ? חשין דן בזה בוועדת המעקב-

פרשנות א- חוק מוקפא עדיין קיים בספר החוקים . מה זה אומר לענין ס' 32? אם הוא עדיין קיים אי אפשר לאכוף את החוק.

פרשנות ב'- חוק מוקפא שוב ושוב , יוצר סוג של לקונה ואז ניתן להפעיל את ס' 32.

התשובה של חשין- אין תשובה.

מה נרשום בבחינה ? את 2 הפרשנויות, אין הכרעה והכל קביל.

שאלה שנייה-

מה לגבי פעולה בתחום הקרוב לתחום המוסדר בחוק ? (אך לא חופף)-

בליבה יש לנו את חוק X ומסביב לחוק X יש לנו את תחום Y .

השאלה הפרשנית – מה קורה בתחום Y ? או שזה לקונה או שזה הסדר שלילי .

לקונה בתחום Y- תחום X חל רק על תחום X . טוב לנו לקונה בתחום Y אם אנחנו הממשלה. ואם זה לא מוסדר בחוק ניכנס עם ס' 32. ניכנס לס' 32 רק לתחום Y. לא ניכנס לתחום X כי הוא מוסדר.

הסדר שלילי בתחום Y – הכנסת במכוון רצתה שלא יפעלו בתחום Y. היא אמרה פה יחול ההסדר של תחום X. והסדירה בכך גם את X וגם את Y. בהסדר שלילי זה ס' 32 לא חל.

איך נבחין בין לקונה להסדר שלילי ?

1. האם שתיקת המחוקקת מדברת ? מבחן לא ברור. – המחוקק הרי שתק, אך האם מהשתיקה שלו זה שלא נאמר כלום. ואז אני שומע מהשקט הזה את בין השורות. האם ניתן להבין מבין השורות שתיקה מדברת של אני בתחום Y לא רוצה שום הסדר – הסדר שלילי השתיקה לא אומרת כלום – לקונה.

2. מכלל הן אתה שומע לאו? מה שיש זה את ההן את ההסדרה החיובית של הכנסת האם מזה אני שומע לאו על תחום Y ואז זה הסדר שלילי או שמכלל הן אני לא שומע כלום.

3. האם פעולה בתחום Y מאיימת על התכלית של חוק X ? ← לא מפריע בכלל

פעולה ב y מאיימת מאוד מפריעה מאוד. מפריע ברמה בינונית

*לא מפריע בכלל- יכול להיות הכנסת חשבה – הממשלה אמרה שזה לא מפריע - לקונה

*מפריע מאוד עד כדי יסכל את התכלית- זה כל כך מפריע מסוכן לתכלית אז לא יכול להיות שהמחוקק חשב על זה שהוא רוצה הסדר שלילי אלא יותר הגיוני – שהוא שכח להסדיר את זה ואז זה גם לקונה.

*מפריע ברמה בינונית – או לקונה או הסדר שלילי.

פס"ד גרוס- חוק X קובע מענקים לחיילים משוחררים. מה הממשלה רוצה להכניס לתחום Y ? מענק מיוחד לחיילים עם מצב סוציאקונומי מיוחד. התוכנית של הממשלה- זה לא מספיק מה שהצבא נותן לחיילים משוחררים. אבל יש חיילים משוחררים שיוצאים לכלום. אין להם משפחה, אין להם מקצוע, אין להם בגרות. אנחנו רוצים מענק אקסטרנה לחיילים שצריכים יותר עזרה במעבר לאזרחות.

האם מותר לממשלה להיכנס לתחום Y ולהגדיל לחיילים הללו את המענק?

האם זה לקונה או הסדר שלילי- עוברים את שני המבחנים ועוברים למבחן 3- אני שואל את עצמי למה נתנו לחיילים שצריכים יותר אקסטרנה? אפשר להגיד שוויון, אבל זה לא ממש שוויוני כי אם בן של טייקון מקבל מענק כמו שהילד שאין לו משפחה מקבל.. זו בעיה.

השאלה היא למה הלכו על מינימום בחוק X ? כשאני קובע מה שהוא בחוק כל שנה אני יכול לשלם על זה. יש ימים יותר טובות לכלכלה שיש עודף תקציבי. האם זה מפריע כשיש עודף תקציבי לחלק כסף לחיילים ? לא מפריע בכלל כי במענקים הללו אנחנו נעזור להם להיכנס לאזרחות. אם יש עודפי תקציב לעזור לחיילים שהמצב שלהם קשה, אז למה לא ? מכאן ה כי יש לנו לקונה- הממשלה יכולה לחלק את העודף שקיים לחיילים.

פס"ד איגוד השמאים- מה יש בחוק X ? מענק פיצויים לחקלאים בגין אסון טבע.

אם לממשלה יש עודף תקציבי מה יכולה הממשלה לעשות? לפצות את החקלאים על כמעט אסון טבע. החוק אומר- רק אם הרשות שמוסמכת להכריז על אסון טבע, הכריזה על אסון טבע, החקלאים יקבלו פיצוי. אנחנו יודעים שאסון טבע מתרחש פעם בחמש-שש שנים. ואם נקצה לזה כל שנה כסף בתקציב יהיה לנו כל 5 שנים לפצות על אסון טבע. זה מה שאומר חוק X. מה זה תחום Y - בשנה מסוימת ת לא

היה אסון טבע. באה הממשלה ואוספת לוביסטים של החקלאים. והם מבקשים לפיצוי כל כמעט אסון טבע. ובדקים את הענין –

האם זה מפריע מאוד ? א לא מפריע בכלל ? למה בכלל מפצים על אסון טבע? התכלית היא לעזור למגזר החקלאי כשהוא עובר שנה קשה . אם החקלאי סופג כמה שנים של מזג אויר גרוע , הלך לנו המגזר החקלאי. כמו שזה נראה אנחנו לא מפצים על נזקים שהם לא אסון טבע כי אנחנו לא בטוחים שיהיה כסף בתקציב. ואם היא תפצה עבור כמה שנים ? לא יקרה כלום. לא מפריע בכלל לתכלית החוק!! ---- < לאקונה ----> ניתן להפעיל את ס' 32 והשאלה הזאת היא בסמכות .

מגבלה שלישית- פגיעה בזכויות יסוד או בעקרונות חוקתיים-

למה אי אפשר להפעיל את ס' 32 כשיש פגיעה בזכויות יסוד ובעקרונות חוקתיים ? צריך הסמכה מפורשת בחוק כדי לפגוע בזכויות יסוד ובעקרונות חוקתיים . מי שלא ימצא כפליט קודם כל נכלא אותו במעצר – פוגע בחירות האישית. וגם אתה מועמד לגירוש שגם זה פגיעה בחירות אדם. אם זה וגע בזכויות אדם, עיקרון החוקיות אומר שחייבים הסמכה מפורשת בחוק. האם אפשר למצוא שם הסמכה מפורשת להקמת בתי דין לדיון מהיר למבקשי מקלט ? ס' 32 כ"כ כללי שאין בו הסמכה מפורשת לכלום ולכן אם יש פגיעה בזכויות יסוד ובעקרונות חוקתיים- לא חל ס' 32. החרגי- פריפריה-לא פגיעה רצינית באותו עיקרון חוקתי- לא צריך הסמכה מפורשת ברמה גבוהה וס' 32 יעשה את העבודה . (פס"ד בן חיים)

מובן מאליך אך עדיין צריך להסביר אותו- חילקו את אזורי עדיפות לאומית מי יקבל הטבות במס ומי לא. וזה לא מפתיע שכל היישובים היהודיים הרלוונטיים בתוך המפה ויישובים ערביים לא במפה. זה מה שיצא לו בשרטוט המפה- אפליה. ואם זה פגיעה בשוויון, כל תוכנית החלוקה נופלת.

מגבלה רביעית -תחולת כל כללי המשפט המנהלי (פס"ד שמעוני)-

מי שהוא יכל לחשוב שהממשלה פועלת מח"י כי ס' 32 זה חוק יסוד . הסמכות היא בח"י אבל ברגע שהממשלה מפעילה אותה זה כמו כל סמכות אחרת. הסמכות בס' 32 לא שונה מכל סמכות שקיימת בחוק וזה אומר שכל כללי המשפט המנהלי יחולו . בעצם ס' 32 מעניקה סמכות כמו כל סמכות אחרת בחוק. למשל זכות טיעון- זה כלל מכללי הצדק הטבעי. אם הממשלה רוצה להפעיל את ס' 32 ולא לתת פיצוי לחקלאי אחד והיא טוענת שלא נגרמו לו בכלל נזקים ממזג האוויר היא לא יכולה להוציא אותו מהרשימה בלי הסבר למה. לכן, כל כללי המשפט המנהלי חלים גם כאן.

פרק 6: אצילת סמכות:

21.1

מעורבות הגורם הזר בהחלטה (אצילת סמכות)

כל מי שמוזכר בחוק ונמסר לו תפקיד כל שהוא הוא לא גורם זר.

האם גם מי שהוא שלא מוזכר בחוק יכול להיחשב גם כגורם זר? כל אחד מוזכר בחוק בהקשר לתפקיד מסוים אז אם אני רשות שנוכרת בחוק בקשר לתפקיד מסוים, לאותו תפקיד שהועבר לי אני גורם זר אבל לתפקיד הרגיל שלי אני לא גורם זר.

אז איך נזהה בבחינה? בדרי"כ זה יהיה מופיע באחת הטענות למשל חוק שמזכיר כמה גורמים, סיפוא וטענות.

אם הטענה תזכיר גורם שלא מוזכר בחוק למה הוא קיבל את ההחלטה והוא לא מוזכר בחוק אז הוא לא גורם זר. או שהוא מוזכר בחוק בהקשר אחר וקיבל החלטה שלא קשורה לתפקידו בחוק.

כשהגורם הזר מתערב יכולה להיות בעיה – פה הוא לא מתערב אלא פשוט מתערב בהחלטה. למה זאת בעיה כשגורם זר מתערב בהחלטה? כי הוא יכול להשפיע על ההחלטה. הבעיה בתופעה הזאת זה שלא מה שהמחוקק רצה. כי כאשר הוא מסמיך בחוק מי שהוא הוא אומר מי לדעתו יכול למלא את התפקיד. לפעמים הוא חושב שזה ראוי שיהיה דרג מקצועי אז הוא שם פקיד מקצועי. המחוקק כבר שקל את העניין וקבע בחוק מי הוא רוצה שיקבל את ההחלטה וברגע שמגיעים גורמים זרים זה בניגוד לחוק ואז אנחנו צריכים לבדוק את העניין- האם מעורבות הגורם הזר בעייתית ובאיזו דרגה:

3 רמות שבהם יכול להתערב הגורם הזר ?

1. **היוועצות-** (היוועצות וולונטרית) יש אבחנה בין היוועצות וולונטרית לסטטוטורית – הגוף המייעץ מוגדר בחוק ואז הוא לא גורם זר בכלל אבל לגבי מי שלא מוזכר בחוק זה יכול להיות מייעץ וולונטרי. (= אני פניתי אילו למרות שאני לא חייב). עקרונית הדין הכללי-

הדין: הדין הכללי רצוי להתייעץ. כל המרבה הרי זה משובח. עקרונית זה טוב.

יש תנאי מרכזי אחד: מה יבטיח שזה יישאר ברמה של היוועצות ולא יעביר אותנו להסתייעות ואח"כ אצילת סמכות – מה התנאי? בעל הסמכות העיקרי מפעיל שיקול דעת עצמאי. <---- מקבל את ההחלטה הסופית. אני יכול לדבר עם הרבה אנשים אבל בסופו של דבר אני זה שצריך להחליט ולעשות סדר ולהגיע להחלטה ואז זאת היוועצות בלבד.

חריג- גם אם לא הפעלת שיקול דעת עצמאי נראה בזה עדיין היוועצות. תפקיד הדורש מומחיות מיוחדת שאינה קיימת אצל בעל הסמכות. (פס"ד טחן + וכפר ורדים). הרבה פעמים המחוקק מטיל עליך תפקידים שאין לך את הכישורים לבצעם. **בפס"ד טחן-** היה מדובר בשרת העבודה והרווחה והיא אחראית על בטיחות בעבודה. באים לשרה ואומרים לה שיש בעיית בטיחות עם מעליון (מעלית בתוך מפעלים המעלה דברים ממפלס אחד למפלס אחר) ואם המעלית לא בטיחותית היא יכולה ליפול על

עובד . מי יכול להתקין תקנות ? השר אמור להתקין תקנות בטיחות . מה יעשה השר? יש לו את אנשי המשרד אבל יכול להיות שגם הם לא מומחים לכן יצטרכו להוציא את זה החוצה ויביאו מהמומחים נוסח תקנות השימוש במעליון. מה תעשה השרה? למשל תקנה האומרת שצריך לבדוק פעם בשנה שמן ברקס.. מה תעשה ? תחתום על התקנות וזה ילך להליך של פרסום תקנות ברשומות. ולמה היא תפעל ככה? כי אין לה מושג במעליות. ואנחנו נראה בכך שהיא רק התייעצה עם המומחים כי קשה לה להפעיל שיקול דעת עצמאי בתחום שהיא לא מבינה בו כלום. אבל אנחנו כן נדרוש ממנה :

דרישות כלליות : לפחות שהיא צריכה לפקח על המומחים. מה היא הייתה צריכה לדרוש מהם? איך הגעתם לתקנות אלה? הלכתם ובדקתם מה התקנים באיחוד האירופי.. צריכה לברר איך הגיעה למסקנות אלה. אם היא השתכנעה שנעשתה עבודה מקצועית אצל המומחים אז רק היא יכולה לחתום. מה עוד אפשר לדרוש משר העבודה להפעיל שיקול דעת עצמאי בתחום המעליות ? מה הוא כן יכול לשקול? בחירת המומחים עצמם וכמובן

למה המומחה הוא מומחה סביר בתחומו . (שלא התייעצו עם מומחה למלגזות ..)

המומחה אינו בניגוד עניינים.

שיקול דעת מבחינת הכסף שעולה ע"מ לעמוד בתקנות ?

איזה טיפול צריך לעשות לאיזה מעלית הוא לא יכול לשקול אבל מה שכן הוא יכול לעשות זה לחשוב כמה הטיפולים האלה במעליות יעלו למפעלים.. אם למשל למפעל קטן לא יכול לעמוד בתקנות האלה זו בעיה.. כי זה יגרום נזק למפעל הזה.

פס"ד כפר ורדים- הייתה מקובלת באותו זמן רשימה של יישובי קו עימות.. שר האוצר – הייתה הגדרה בצפון -יישוב שבעת לחימה עם סוריה יחטוף אלטילריה סורית . מי אחראי על חלוקת ההטבות לאותם יישובי קו עימות? שר האוצר. הוא פונה למערכת הביטחון ואומר להם תכינו לי את הרשימה ואז הם מכינים את הרשימה והוא חותם. והוא חותם כי הוא לא מבין בזה כלום וגם פה לא מחמירים איתו. היה מצב שיישוב אחד קיבל הטבות ויישוב אחר שהיה באותו טווח של הארטילריה לא קיבל הטבות. אז תנאי אחד מרכזי – כדי שנראה בזה היוועצות- ברגע שאנחנו עומדים בתנאי + החרגי זו היוועצות וכל המרבה הרי זה משובח כל עוד והמומחים הם סבירים בתחומם. ודבר שני שאין ניגוד עניינים.

אם לא עמדנו בתנאי ולקחנו חלק מהתפקיד והעברנו אותו לרשות אחרת אז אנחנו או בהסתייעות או באצילת סמכות

2.הסתיעות (ביצוע באמצעות אחר)- כשהמייצע אמר לי מה לעשות ועשיתי בדיוק את מה שהוא אמר, לא הפעלתי שיקוד דעת עצמי. הוא זה שקיבל את ההחלטה, הגורם הזר.

הדין : - חזקה שמוותרת – הנטייה תהיה לפרש את החוק כמותרת. אבל אם הוצאת תפקיד מרכזי שנמסר לך לרשות אחרת זה כבר מתנגש עם כוונת המחוקק שאתה תעביר את הסמכות כי הוא רצה שאתה תפעיל את הסמכות . בהסתייעות מעבירים חלק מהתפקיד לגמרי החוצה. פה הוא רק עוזר ונשאר גורם פרטי ולא הופך להיות חלק מהשלטון.. הוא לא הופך לבעל הסמכות בתחום הזה.

המהות : המסייע לא נתפס כבעל סמכות

3. אצילת סמכות- חזקה אסורה- המחוקק לא רצה שתעביר את זה למי שהוא אחר. הוא רצה שאתה תעשה את זה.

הדין - חזקה שאסורה

המהות: מגורם סמכות אחד <--- **לסמכות כפולה :** המאציל + הנאצל. יכול להיות שמי שיפעיל את הסמכות זה המאציל או הנאצל. שניהם מוסמכים להפעיל את הסמכות בתנאי שהאצילה חוקית. האם לגורם הזר יש מעמד בחוק ?

מבחני הפסיקה כדי לדעת אם אנחנו בהסתייעות או באצילת סמכות ?

מבחני פסיקה-

מבחני פיליפוביץ-

1. היקף התפקיד המועבר ? איזה תפקיד העברתי ? חלק קטן או הליבה ?

2. מהות שק"ד המועבר ? איזה סוג תפקיד העברתי ? אם העברתי תפקיד טכני והוא לא מפעיל שיקוד דעת ? ואם זה רק טכני- **הסתייעות.** לעומת זאת אם העברתי לו את שיקול הדעת המהותי שמדובר בשיקולים מורכבים, למשל בתחום התקנות איזה נטל הרגולציה תטיל עליהם.. או כמה חשוב איום הבטיחות אל מול הנטל הכלכלי שאנחנו מטילים על המפעלים ..

בפילופוביץ'- זו דוג' קלאסית להסתייעות. בעל הסמכות הוא רשם החברות. תפקידו של רשם החברות הוא לנהל מרשם ששם הוא מנהל חברות, הרעיון הוא שכמו שיש ת.ז לאנשים אז יש רישום אצל רשם החברות לתאגידים או חברות בע"מ. יש רישום אצל העמותות.. וזה כדי לדעת שהאישיות קיימת. זה תפקיד אחד- לנהל את המרשם ויתאם את המצב בשטח ותפקיד אחר- לעיין במרשם ולקבל תדפיס של מרשם החברות ולראות מי רשום ומי לא רשום ובאיזה סטטוס החברה רשומה. מה עושה רשם החברות? פונה לחברה פרטית ומגדיר לה שכל פעם כשאזרח ירצה תדפיס של החברה היא פונה אלייך משלמת לך אגרה ואת תספקי את התדפיס לאזרח. איזה היקף עבר לחברה? הרי התפקיד העיקרי של רשם החברות הוא לקבל החלטות לגבי חברות, אם היא ראויה או לא ראויה להיות בחברה, התדפיס עצמו זה היקף קטן שהועבר.

מה עם שיקול הדעת שיש לבחירה הפרטית ? מצומצם. אתה משלם עבור התדפיס ואני מוציאה. שיקול דעת צר מאוד.

לכן על פי שני המבחנים האלה היא הסתייעות. חזקה שמותרת והסיכוי לסתור אותה הוא נמוך ביותר. ברגע שהוכחנו שסו הסתייעות זה חוקי !

פס"ד הורנשטיין : מוסיף לנו מבחן נוסף-

3. מנגנון ביצוע או קובע הסדרים ראשוניים ? החברה הזאת היא מנגנון ביצוע גרידא. היא לא עושה כלום.. היא רק מדפיסה תדפיסים. הסדרים ראשוניים זה מי שקובע אמות מידה להגדרת התפקיד

הראשי. בפס"ד הורנשטיין היה חוק עזר עירוני שעוסק במגרשי החוק. ראש העיר צריך להחליט מה עושים עם מגרשי החול. אם אתה מסדיר אותם זה הופך להיות חניה בתשלום. התפקיד השני זה להחליט איך מסדירים- שיטת המדחן- מכשיר שגובה את הכסף או שומר. ראש העיר קיבל סמכות ממועצת העיר.. לשים מדחן או שומר- נתחיל מבחינת היקף התפקיד המועבר ? נראה דבר מאוד שולי אם יהיה מדחן או שומר.

מהות שק"ד המועבר- אם כל המדחנים יחליפו שומרים ניתן לטעון שפוגע בתעסוקה אבל מצד שני, לא יפול ולא יקום התעסוקה בעיר בגלל זה.

מנגנון ביצוע או קובע הסדרים? מנגנון ביצוע מובהק.

מה לגבי התפקיד השני- איזה מגרש חול הופך למוסדר או לא ?

1. היקף תפקיד מועבר? גדול.

2. מהות שק"ד המועבר ? לא שק"ד מורכב מאוד שכרוך בשיקולים מהותיים. גם בזה הייתי נוטה שזה נראה כמו הסתייעות.

3. מנגנון ביצוע או קובע הסדרים ראשוניים? בית המשפט חשב שגם פה ראש העיר הוא מנגנון ביצוע וזה למה? יש את הנורמה ואת העקרונות ויש את הביצוע. מה הנורמה אותה קבע ראש מועצת העיר? אם מגרש חניה מוסדר יהיה תשלום יומי או שעתי והכסף ילך לעירייה. מי מבצע את הנורמה? ראש העיר? בודק עובדתית איפה נכון להחיל את הנורמה? איה מגרש ראוי שיהיה מוסדר ותחול בו הנורמה ואיזה מגרש לא? מצד שני- ניתן להגיד בניגוד למה שקבע בית המשפט שגם ההחלטה איזה מגרש להסדיר יש עקרונות שמנחים אותם. יש מגרשים שראוי להסדירם כי זו היא מדיניות העירייה ויש מגרשים שיש להשאיר אותם פתוחים לתשלום.

פס"ד המרכז האקדמי למשפט ועסקים – הפרטת בתי הכלא – אם רוצים לפתוח כלא פרטי אבל מה שתעשה החברה הפרטית בכלא הפרטי היא ניקיון וכו' ומי שיעשה את החקירות והכל זה השב"ס. אז נבחן לפי המבחנים הידועים לנו עד כה- 1. היקף קטן. 2. שק"ד-שק"ד קטן כי הרי הם לא עושים כלום.. וזו היא רק הסתייעות. אבל מה שקרה זה שאפריקה ישראל זכתה במכרז, והם עושים את הבדיקות וכו'. וזו כבר אצילה ולא הסתייעות. המבחן שפס"ד זה מוסיף לנו לרשימת המבחנים-

4. האם ניתן להנחות מראש את הגורם הזר באופן קפדני כיצד להפעיל את הסמכות ?

ככל שניתן מראש אז יש נטייה לראות בכך הסתייעות בלבד.

וככל שיש יותר הפתעות בתפקיד ולא ניתן לצפייה מראש אז זו אצילת סמכות.

בין מבחן 3 ל-2-

ככל שאני יכולה להנחות את הגורם הזר בצורה מדוקדקת .. אם אני יכול להנחות מראש בצורה מדוקדקת נשאר לו מנגנון ביצוע ושיקול הדעת שלו מצטמצם מאוד. למשל: שב"ס מכשיר את אפריקה ישראל לנהל את הכלא הפרטי, האם אפשר להכשיר בצורה קפדנית ומדוקדקת מראש ? יש מרד בכלא

ותפסו את הסוהרים.. הכוח נכנס לכלא.. והעלה צריכה לפגוע בין צלע 3 ל-4.. אבל כמובן שאי אפשר לפקח על זה.. רק בגלל להסביר לסוהרים מה הקודים של האסירים לא ניתן. לא ניתן להנחות אותם בצורה מדוקדקת מראש על דברים למשל: חפירת מנהרות ע"י כפית, הברחת פלאפונים.. וכו'.. אי אפשר לצפות דברים כאלה.

זה לא הסתייעות כשאתה מביא למי שהוא לנהל כלא---> אצילה בסמכות

אחרי החלטת המבחנים אנחנו מתפצלים.. או שזו הסתייעות או אצילה בסמכות ואז חזקה(ניתן לסתור) שהיא אסורה.

מה הדין לגבי אצילה- חזקה שהיא אסורה. ופה יש עוד פיצול בין אצילה רגילה לאצילה של שר.

אצילה רגילה- כל רשות שהיא לא שר, הדין אומר לגביה – חזקה שהאצילה אסורה.

אצילה של שר – לגבי שר, לשר יש ס' בח"י ס' 33 (ב) לח"י הממשלה -שקובע ששר כן רשאי לאצול לעובדי ציבור. ואז בס'33 (ה) – אלא אם כן יש כוונה אחרת המשתמעת מהחוק.

חזקה ששר רשאי לאצול אלא אם כן יש כוונה אחרת משתמעת מהחוק. הכל מתהפך לגבי שר. לגבי כל רשות שהיא לא שר, חזקה שאצילה אסורה. לגבי שר---> חזקה שהאצילה מותרת אלא אם כן יש כוונה משתמעת מהחוק. הוא יכול להסמך עובד ציבור אחר למלא את תפקידו אלא אם פרשנות החוק שוללת את האצילה. מתי החזקות נסתרות... סמסטר ב'.

* מה הכי מטריד אותנו מבחינת חוקיות המנהל? ככל שיועברו לו סמכויות ליבה\ הועברה לו ליבת התפקיד זה בניגוד למה שהמחוקק רצה (=אצילת סמכות).

סמסטר ב'

25/2/18

מעורבות הגורם הזר- מי שאינו מוזכר בחוק. מי שמוזכר בחוק יש לו סמכות והוא לא גורם זר. מי שלא מוזכר בחוק הוא גורם זר שפתאום מתערב בהחלטה ויש לנו 3 רמות של התערבות.

1. מייעץ- ואז זה בסדר כל עוד עומדים בדרישות להיוועצות.
2. לסייע- לא מקבל ממש תפקיד שלטוני אלא רק עוזר לרשות למלא את תפקידה- ביצוע באמצעות אחר. הדין לגבי סיוע – חזקה שזה מותר. אין פס"ד שמישהו סייע ונקבע שזה לא חוקי. החזקה הזאת היא חזקה מאוד עוצמתית. למשל אני רק מסתייע אבל בדרך כלל חזקה שזה מותר אבל אני מסתייע מראש ארגון פשיעה. לא יצא לי לראות אותה במקור וזה חור בהשכלה אז צריך לסמן מה היעד וברור שאם אני מסתייע אם ארגון פשיעה ביהמ"ש יסתור את החזקה.
3. (א)אצילה רגילה- שם העברתי את הליבה של התפקיד לרשות אחרת. שם כבר יש בעיה.
4. (ב)אצילה ע"י שר.

יש אצילה רגילה ואצילה ע"י שר. למה אצילה ע"י שר שונה?

חוק יסוד הממשלה- ס' 33 קטן ב + ה אומרים שהוא רשאי לאצול. הוראות הסעיף חלות אלא אם כן יש כוונה אחרת משתמעת מהחוק. המבנה של ס' שאומר השר רשאי לאצול ס' קטן ב'. חוק היסוד מתיר לשר לאצול. שרים שעומדים בראש ארגון גדול ברשות המבצעת, בראש משרד יש להם אינסוף תפקידים במשרד ואף אחד לא יכול למלא את התפקידים האלה בעצמו ולכן ברור שהם צריכים לאצול מסמכותם.

ס' 33(ב)- שר רשאי לאצול.

ס' 33(ה)-אלא אם כן יש כוונה אחרת משתמעת מהחוק.

חזקה שמותרת.

צריך לבדוק את התנאי להיוועצות, האם מתקיים התנאי והחריג.

אם זה לא היוועצות צריך לברר אם זה הסתייעות או אצילה (יש 4 מבחנים, צריך להחיל ולהגיע למסקנה האם זו הסתייעות או אצילה). כל פעם שצריך להחיל מבחנים מסוימים מחילים וקובעים עמדה משפטית אבל לוקחים בחשבון שיכול להיות שהשופטים האחרים בהרכב יחשבו אחרת. לא בטוח שמה שאנו חושבים זה מה שיתקבל. לכן מחילים את המבחנים של הסתייעות ואצילה, קובעים עמדה משפטית, נראה כי מרבית המבחנים מובילים למסקנה שמדובר בהסתייעות, במידה ויקבע שזו הסתייעות אז כך וכך, ואם יקבע שזה אצילה אז כך וכך...

איך סותרים את שלוש החזקות? בפרשנות של החוק המסמיך. אם החוק אומר שמפורש שאותה אצילה ספציפית מותרת אז החזקה נסתרת. אם החוק אומר במפורש שאותה אצילה סמכות לאותו היא מותרת אז החזקה מותרת של החוק. יש מצבים שהחוק שותק ולא יודעים אם היא מותרת או לא ואז צריך לפרש את החוק כדי להבין האם משתמע ממנו שהוא מתיר דבר זה או שולל דבר זה.

אנו צריכים קריטריונים לחוק המסמיך- מבחני עזר לפרשנות.

רשימה של קריטריונים לפרשנות- חלק יכולים לתמוך וחלק להתנגד לאצילה. ככל שיש יותר משקל בתמיכה באצילה זה כיוול להביא לסתירת החזקה נגד. וככל שיש נגד אצילה גם אם מדובר בשר ה יכול להוביל לסתירת החזקה בעד אצילה. מבחני עזר- לא כולם צריכים להתקיים חלק יכולים לתמוך חלק להתנגד ואנו צריכים להעריך מה יותר חזק.

מבחני עזר:

(1)היקף האצילה.

(2) מהות שיקול הדעת הנאצל.

**בין רמה 2 ל 3 הסתייעות או אצילה היו 4 מבחנים. 2 הראשונים זה אלה. לכן לא צריך לחזור על זה. ככל שהעברתי תפקיד נרחב יותר הנטייה היא נגד האצילה. ככל ההיא מצומצמת בהיקף שלה הנטייה תהיה להתיר אותה. ככל שהוא יותר מורכב ודורש הערכת שיקולים מסובכים ואיזון בין השיקולים אז אני אהיה נגד האצילה. אני רוצה שמי שהמחוקק יסמיך בחוק הוא זה שיפעיל את שיקול הדעת. ככל שזה יותר פשוט והאיזון פחות מורכב אפשר להעביר את זה גם למישהו אחר. אם השק"ד דעת

ממש לא מורכב אולי זה רק הסתייעות. זה יכול להיות אצילה אבל לא יותר מידי מורכב, זה מורכב מספיק כדי לא להיות הסתייעות. לעומת אצילה של תפקיד סופר מורכב עם הרבה שיקולים שצריך לאזן ביניהם. אם זה מאוד פשוט הסתייעות. אם זה לא מאוד פשוט אצילה. אם זה לא מאוד פשוט אבל גם לא מאוד מורכב אצילה שאנו יכולים להיות בעדה. אם לא מאוד פשוט ברמה של הסתייעות אבל מאוד מורכב גם אצילה וגם נגדה.

3) מעמד המאציל והנאצל. זה מאוד חשוב מי מאציל את הסמכות ומי מקבל אותה, מי הנאצל. נהוג להבחין בין שני מצבים: אצילה אנכית ואצילה אופקית.

אצילה אנכית:

מאציל למי שכפוף לי ישירות. אם המאציל הוא השר והוא עומד בראש המשרד איזו אצילה אנכית יכולה להיות של שר? לסגן שלו למשל. בנימין נתניהו שר התקשורת לשלמו פילבר מנכ"ל משרד התקשורת זה אנכית. מהשר כלפי המנכ"ל שכפוף לו. הוא כנראה היה כפוף לא רק לשר אלא גם לרעיית שר התקשורת. לכאורה ההוראות הרבה פעמים הגיעו לא רק מהשר אלא גם מרעייתו ובכל מקרה זו אצילה אנכית. השר סגן השר. שר עובד ציבור במשרד וכו'. (זה בתוך הארגון).

אצילה אופקית:

נניח שפילבר לא מספק את השכורה הוא רגולטור שמרן שהולך עפ"י הספר ולא מוכן לשתף פעולה עם הרעיונות האלה וראש הממשלה כשר התקשורת רוצה להעביר את הפיקוח על בזק נניח למנכ"ל אחר שהוא יותר סומך עליו, של משרד אחר. אז זו תהיה אצילה אופקית. (אל מחוץ לארגון המנהלי).

גם אם השר מעביר למנכ"ל של שר אחר זו אצילה אופקית.

אם האצילה היא בתוך הארגון המנהלי כלפי מטה היא אצילה אנכית. אם האצילה היא מארגון מנהלי אחד לארגון מנהלי אחר, לא משנה אם כלפי מטה או מעלה, ברגע שזה יוצא מארגון אחד ועובר לארגון אחר אז זו אצילה אופקית.

בשני המקרים האחריות לא משתנה, המאציל תמיד נשאר מי שאחראי על אצילת הסמכות, הוא זה שהחוק מינה אותו והפקיד בידי את הסמכות, הוא תמיד נשאר אחראי. הבעיה היא בעיה של פיקוח על הפעלת הסמכות. אם אני אחראי על הפעלת הסמכות והאצילתי סמכות אני לא מוציא את הסמכות ממני והולך לישון. אני חייב להמשיך לפקח על מי שקיבל ממני את הסמכות הזו ולראות איך הוא פעיל אותה ושזה עפ"י התפיסה של ההפעלה ושהוא לא עושה דברים על דעת עצמו ולכן אצילה אנכית אומר זמיר בספרו בדרך כלל תהיה מותרת, אנו בעד אצילה אנכית כי זה בתוך הארגון. אם שר מאציל סמכות למנכ"ל שלו הוא יודע מה הוא עושה עם הסמכות. זה יחסי עבודה יומיומיים והמאציל יודע בדיוק מה הנאצל עושה עם הסמכות שהוא קיבל. לעומת זאת אם זה יוצר מחוץ לארגון כמה פעמים ייפגש ראש הממשלה כשר התקשורת עם מנכ"ל משרד הכלכלה למשל? אפס. יכולת הפיקוח דלה ביותר.

חוץ מבעיות הפיקוח אצילה אופקית לפעמים יכול להיות סותר הוראה החוק יסוד. אצילה אופקית לא טובה מבחינת פיקוח ואנו צריכים לחשוב בה. חוץ מזה שאנו חודשים באצילה אופקית היא יכולה

להיות בניגוד לחוק יסוד- ס' 31(ב) לחוק יסוד הממשלה. הוסיפו את האפשרות שהשר יאציל את הסמכויות שלו לסגן השר בחוק יסוד. השאלה אם זה מבטל את פסיקת בג"צ? נראה בהמשך.

למה שאצילה אופקית תהיה בניגוד לחוק יסוד? האם יכולה להיות בניגוד לחוק יסוד? זה עלה לדיון בפס"ד יקותיאל- הוראת ס' 31(ב)- הס' עוסק בהעברה של תפקיד ממשרד למשרד. למה בכל להכניסו את הס' הזה? כי הרבה פעמים ממשלות קמו ועשו ארגון מחדש של המשרדים. למשל תפרו לאריק שרון את המשרד לתשתיות לאומיות- הקימו ממשלה ואירק שרון היה צריך להיות שר ותפרו לו משהו רציני. מרכזים סמכויות במשרד חדש שנקרא משרד לתשתיות לאומיות. השר כחלון נבחר על יוקר המחייה. אמרו לו שיהיה שר אוצר אך בסוף יש דברים ששר אוצר לא שולט בהם למשל הוא צריך להוריד את מחירי הדיור ואי אפשר לעשות זה אם לא מגדילים את עצה הדירות. והוא רצה שיעבירו לו את מנהל בתכנון. זה לא היה במשרד האוצר צריך להעביר ממשרד אחד למשרד אחר. איך עושים את זה? ס' 31 (ב) לחוק כדי להעביר ממשרד למשרד צריך החלטה של הממשלה. זה לא בעיה הממשלה יכול להחליט כל דבר. וצריך גם את אישור הכנסת. למה צריך זאת? בפירמידת הרשויות הממשלה לא עומדת מעל הכנסת והיא לא יכולה להעביר ממשרד למשרד כי היא מתחת לכנסת. רצון הכנסת גובר. אך אם הממשלה מחליטה להעביר ממשרד למשרד והיא באה לכנסת מעליה והכנסת מאשרת אז אין בעיה. המחוקק נתן את הרשות לאות ההעברה ארגונית ממשרד למשרד. עפ"י ההוראה צריך החלטה של הממשלה ואישור של הכנסת. האם כל אצילה אופקית יכולה להיות מנוגדת לס' 31(ב)? אצילה אופקית בתוך המשרד או בין משרד ממשלתי לגוף אחר בכלל שהוא לא משרד- ס' 31 ב בכלל לא חל עליה. הוא חל רק על אצילה אופקית ממשרד למשרד. אז אם מדובר מאצילה ממשרד למשרד ואין אישור כנסת זה מנוגד לחוק יסוד אבל רצוף לפרש את הוראת ס' 31(ב) בצמצום (לדעת המרצה). כלומר, לא כל אצילה אופקית תהיה מנוגדת לחוק יסוד גם שהיא ממשרד למשרד. אם מוציאים תחום שלם ומעבירים ממשרד אחד למשרד שני, חייבים את אישור הכנסת כי היא החליטה שכל התחום הזה יהיה במשרד אחד ואם הממשלה ארוצה להעביר למשרד אחר חייב אישור הכנסת אבל אם בתפקיד קטן בתו התחום לא מעבירים את כל התחום אלא תפקיד קטן בתוך משרד מסוים, את אותו תפקיד קטן מעבירים למשרד אחר האם יכול ס' 31(ב)? לדעת המרצה הפרשנות ההגיונית של החוקה היא שהכוונה לא שבכל אצילה קטנה צריך את האישור הכנסת. ההבדל הוא או שזה מנוגד לחוק יסוד ואסור לחלוטין או שזה לא נשלל ע"י חוק יסוד.

אם העברנו תחום שלם ממשרד למשרד יחול הס'.

אם העברנו תפקיד קטן בתוך התחום לא יחול הס', עקרונית אפשר לעשות זאת אך עדיין זו אצילה אופקית שהפסיקה וזמיר בספרו נגד התופעה הזו/ מקשים על אצילה אופקית. בגלל שזה אצילה אופקית זה מחזק את השיקולים נגד האצילה.

חריג בהיוועצות- מומחיות מיוחדת. אי אפשר להעביר את הכל לרשות אחרת אלא אם כן זה כ"כ מורכב מבחינה טכנולוגית או מקצועית שהידע הזה דורש ידע שאין לבעל הסמכות המקורית ואז הוא חייב להישען על הידע של אחרים. אותו חריג של מומחיות אפשר למצוא לו איזשהו עיגון בפסיקה. חריג לנטילה נגד אצילה אופקית. באצילה אופקית קשה לפקח, הסביבה הארגונית משתנה וזה לא דבר שהוא

טוב. אם הסמכות נמצאת במשרד מסוים ואין את המומחיות בתוך המשרד כדי להפעיל לאותה לעיתים לא תהיה לנו ברירה אלא להוציא את הסמכות הזאת באצילה אופקית.

פסק הדין המכון לטוענות רבניות. טוען רבני- כמו עו"ד אבל לא עו"ד שסמכותו היא לייצג רק בבתי הדין הרבניים. זו מעיין הסכה חלקית לייצוג משפטי ומי שקיבל את הסמכות להדיר את כל התחום הזה זה שר הדתות. הוא היה צריך להתקין תקנות ולהסדיר את ההסכמה של טוענות רבניות. מישהו היה צריך לקבוע מהי ההכשרה של טוענים רבניים. איפה הם ילמדו? כמה שנים ילמדו? איזה מבחני הסמכה יעברו? מי יבדוק את המבחנים וכו'. שר הדתות לא בהכרח מבין בתחומים אלה והוא צריך או להתייעץ עם מישהו או להעביר את התפקיד וכו'. החוק קבע ששר הדתות צריך להתייעץ עם בית הדין הרבני הגדול. בית הדין זה הערכאה השיפוטית העליונה בתחום זה ולה יש את המומחיות של הדרישות ההלכתיות, הוא גוף מומחה, יש הגיון. שר הדתות היה צריך להתייעץ עם בית הדין הרבני הגדול ולפי זה לקבוע. מה עשה שר הדתות? התייעץ עם ביה"ד הרבני הגדול ובתקנות קבע שמי שנתן תעודה לעו"ד היא לשכת עורכי הדין. יש גוף מנהלי שמסמך עו"ד. קבע שר הדתות שמי שייתן תעודה לטוען רבני זה בית הדין הרבני הגדול.

מה היקף האצילה פה? מלאה. כל התפקיד עובר, מי שקבע זה השר. הוא העביר את התפקיד ההסמכה לבית הדין הרבני הגדול.

מה מהות שיקול הדעת בהסכמה? אם אותות טוען רבני הורשע בזיוף מסמכים אפשר להסמך אותו כטוען רבני? כן. יש זכות חוקתית לחופש העיסוק וטוהר ההליך השיפוטי והאינטרס הציבורי שעבריינים לא יכנסו לתחום ייצוג משפטי. אי אפשר להגיש שזה רק טכני.

האם זאת אצילה אופקית או אנכית? משר הדתות לביה"ד הרבני הגדול. אני לא יודע ממי מעל מי. כל בתי הדין והרשות השופטת ארגונית כפופים למשרד המשפטים אבל יש להם גם עצמאות כרשות השופטת בהפרדת הרשויות הם כפופים רק תקציבית וארגונית אבל יש להם עצמאות אנכית או אופקית? טיעון אחד- ביה"ד הרבני אם יש לו כפיפות הוא כפוף למשרד המשפטים ולא לשר הדתות. המרצה חושב שיש אצילה מרשות לרשות. מהרשות המבצעת (שר הדתות) לרשות השופטת. אנו רוצים מהרשות השופטת שתשפוט למה היא צריכה לעסוק בהסכמה שזה עניין מנהלי כמו לשכת עורכי הדין? לכן יש פה אצילה אופקית שהיא אפילו חמורה במיוחד. זה לא מארגון מנהלי אחד לאחר, היא אצילה אופקית מרשות שלטונית אחד בזרועות של הדמוקרטיה הרשות המבצעת לרשות אחרת שאמורה להישמר הפרדת רשויות- הרשות השופטת. בכל זאת ביהמ"ש מאשר את זה. למה מוזכר שם המומחיות המיוחדת של ביה"ד הרבני הגדול? החריג הזה מופיע בכל מיני מקומות ואפשר להשתמש בו. האם ההפעלה שלו פה מוצדקת? אפשר למנות גוף מנהלי מקביל למשרד עורכי הדין. איפה באה לידי ביטוי המומחיות של בית הדין הגדול? הוא ייעץ בתקנות, הן היו בהיוועצות עם בית הדין הגדול. איזה מבחנים? מה ציון המעבר? – הכל כבר התייעצנו איתו, לא צריך את המומחיות המיוחדת של בית הדין הגדול, גם גוף מנהלי יכול לבדוק איפה למד, עבר בחינה וכו', לא צריך מומחיות מיוחדת. לכן גם אם יש חריג כזה הוא לא היה אמור להיות מופעל כאן אבל כנראה שזו טעות של ביהמ"ש.

4) **מהות הסמכות המועברת.** סמכות מנהלית יכולה להיות אחת מהסוגים הבאים :

חקיקתית/ שיפוטית/ מעין שיפוטית/ מנהלית רגילה.

סמכות מנהלית רגילה- כל מה שהוא לא חקיקתי ולא שיפוטי הוא מנהלי רגיל. לתת רישיון לטוען רבני זה חקיקתי? האם אני קובע נורמה כללית או שזה ספציפי? זו החלטה מנהלית רגילה. אני מקבל החלטה ספציפית לגבי אדם מסוים אני מפעיל את הסמכות כלפי אדם מסוים וזה לא נורמה כללית כמו תקנה. מה שקבע שר הדתות לעניין ההסמכה- חקיקתית, הוא קבע נורמה כללית שחלה על כל הטוענות והטוענים הרבניים וכל מי שירצה בעתיד להיות טוען רבני זו נורמה כללית שחלה על ציבור בלתי מסוים.

שיפוטי/ מעין שיפוטי- מי שצריך להכריע בסכסוך בין שני צדדים הוא ממלא פונקציה שיפוטית או מעין שיפוטית. איך זה נכון לעניינינו? כל מה שחקיקתי לגבי שר אסור בחוק יסוד **ס' 33(ב)** אומר ששר רשאי לאצול סמכות למעט סמכות להתקין תקנות. חוק היסוד שולל העברה של סמכות חקיקתית. את זה אסור לאצול. אם שר שהוא יותר מכולם רשאי לאצול סמכות, הוא קיבל היתר לאצול בחוק יסוד, גם לא אסור לאצול סמכות חקיקתית אז לאף אחד אסור לאצול סמכות חקיקתית. אי אפשר לאצול סמכות חקיקתית.

שיפוטית או מעין שיפוטית- צריך לעשות צדק בין צדדים. צדק עושה מי שהמחוקק מינה אותו לעשות זאת.

חקיקתית- אי אפשר לאצול בכלל.

מנהלית רגילה- אפשר לאצול.

4.3

5. **השפעה על טובת הציבור-** ככל שמדובר בעניין חברתי רגיש כך הנטייה תהה לא לאשר את האצילה.

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 וקשה כך ייתכן ויהיה יעיל יותר לאצול את התפקיד.

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

סייג להאצלת סמכות- "למעט סמכות להתקין תקנות":

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.

*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).

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.

פס"ד שנסי (חשין): חוק הפיקוח על מוצרים ושירותים- קובע כי השר סדיר בצו ייצורו מצרך. ז"א כל דבר שנמצא בתהליך ייצור וייתכן והוא מסוכן/ בעייתי/ רגיש יש להסדיר את תהליך הייצור בצו (יהלומים, תרופות וכד').

*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. אך בפועל כיוון שלשר מלכתחילה יש סמכות חקיקתית (הסדרה בצו), השר קובע בצו מי ייתן את הרישיון (לדוג' מפקח) 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- שנת), 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 ממשד 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.

***פעם נוסף 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. הפרסום יהיה חלקי ופגום. נפסק כי הייתה אצילה אסורה.

במבחן : כאשר עושים ניתוח שאלה שיש בה העברת סמכות משר למפקח או שר לשר ונראה שמדובר במשהו מנהלי יש צורך לבחון האם ההעברה היא באמת מנהלית כמו שנראית או חקיקתית. אם היא חקיקתית היא למעשה אסורה אבל עדיין ממשיכים לבחון את המשך השאלה כאילו מותר.

פרק 7 הפרטה: אצילת סמכות לגוף פרטי:

*כאשר רשם החברות מוציא תפקיד קטן ומסתייע בגוף פרטי זוהי לא הפרטה ו- חזקה כי זוהי פעולה תקינה.

הבעייתיות בהפרטה-

1. פיקוח מופחת
2. ניגוד עניינים מובהק
3. שיקולים של כסף
4. כפיפות ארגונית נפגעת (כפיפות בתוך רשות היא מבוקרת מאוד לעומת כפיפות במקום פרטי).

איך בוחנים הפרטה?

תחילה יש לחלק את סוגי ההפרטות:

א. הפרטה ע"י שר - יתכן ואסורה בחוק יסוד (תלוי בפרשנות חוק היסוד).

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

ס' 44(ב)(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":

פרשנות א'- מצמצמת: "כוונה אחרת" 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 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.

ב. הפרטה ע"י רשות אחרת-

חוקיות ההפרטה

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 פילופיץ': 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 קטן ה' שאומר אם אין כוונה אחרת המשתמעת מהחוק.

בפרשנות א': התנאי לעובד ציבור נדרש תמיד וההפרטה 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 שנגד ההפרטה- 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.

(2) גישה גמישה יותר לגבי הפרטה במקרים מיוחדים- לא הפרטה שהמחוקק התיר במפורש.

מופיעה בפס"ד פיליפוביץ' ותנו 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.

ההבדל בין פרשנות א' לגישה א':

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!

מתי יתקיימו נסיבות מיוחדות?

(סתירת החזקה נגד הפרטה)

בפס"ד תנו לחיות לחיות מדברים על הסמכות של הווטרנר להמית חיות שמסכנות את בריאות הציבור. התפקיד של הווטרנר העירוני הוא אמור לאסוף חיות שלא נראות משהו ברחוב. איך צריך לעשות את זה ולבצע את ההמתה עצמה? בכמה שפחות סבל לחיה. בדרך שתהיה כמה שפחות פוגענית כלפי החיה.

הווטרנרים העירוניים הם נותנים לחברה כלשהי ומתקשרים עימה בחוזה לביצוע הפעולות האלה, לאסוף חיות מהרחוב, לבדוק אותן ולהמית אותן.

יש ניגוד אינטרסים לווטרנר: מצד אחד לדאוג לרווחת הציבור ומצד שני לדאוג לזכויות בעלי החיים. ההמתה התבצעה באותו מתקן של החברה ולא בפיקוח.

האינטרס הכלכלי של החברה הוא שיהיה כמה שיותר זול כי הבדיקות שמצריכות מאוד יקרות.

גם אם אתה מפריט, החוזה צריך להיות כזה שמצמצם את הניגוד עניינים ובאופן שיתיר.

1) אופי הסמכות המופרטת- נסתכל מה אנחנו מפריטים.

א. מהות שיקול דעת : 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 לשיקול החזרה לרחוב. פה שיקול הדעת מתחיל להסתבך.

ב. מי מגבש את התשתית העובדתית? 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 החנייה ימציא עובדות שלא היו, בן אדם חנה כחוק ועדיין קיבל דוח.

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

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

ד. נגיעה לזכויות אדם- ככל שתהיה יותר נגיעה לזכויות אדם, אז מבחינת החוקה צריכים להגן על זכויות אדם וההפרטה מעמידה את הזכויות אדם בסכנה. 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.

3. אופי הפיקוח - בכל אצילה צריך להישמר הפיקוח. אצילה יוצרת סמכות כפולה מי שקבוע בחוק הוא המוסמך לפי חוק ואם האציל אז הוא צריך להמשיך לפקח כי הוא הוסמך לכך.
אם שר מעביר את הסמכות לסגן שלו באותו משרד הם נפגשים לפגישות עבודה והפיקוח הוא הדוק לעומת הפרטה, זה מחוץ למשרד זה לגוף פרטי, היכולת לפקח היא כמעט בלתי אפשרית.
הגוף הפרטי הוא לא חלק מהארגון והוא לא כפוף לפי שמאציל את הסמכות.
כל אצילה היא אצילה אופקית קשה כי זה אפילו לא ארגון מנהלי אחד לארגון מנהלי אחר.. זה מעין מארגון מנהלי אחד למעבר "ערי החושך".
צריכים להיות מנגנוני פיקוח מאוד נוקשים כדי שיהיה אפשר להפריט לגוף פרטי.
אם העברנו תפקיד לא מאוד מסובך ששיקול הדעת לא מאוד מסובך והרשות הציבורית אוספת ואחראית גם על גיבוש התשתית העובדתית והיא נותנת הנחיות מפורטות וכו' וכו'.. אז החזקה נגד הפרטה תיסתר וזה יהיה חוקי.
אם חלק גדול לא תיסתר אז ההפרטה לא תהיה חוקית.

פרק 8: נטילת סמכות:

דמוי נטילה

פס"ד התנועה לאיכות השלטון (מתווה הגז)- הייתה שותפות לקידוח גז, מי שמפקח על הסדרת תחרויות השווקים הוא הממונה על ההגבלים העסקיים.

הממונה מפעיל פיקוח על השותפות ומה שהיה באותו מקרה הממונה רצה להסדיר שותפות עם לגבי הקידוח גז וגילה שאין לו גיבוי של הממשלה על הדרישות שלו והוא התפטר.

הממשלה רצתה לקדם עוד מאגרי גז, אין תחרות, השותפות היא מונופול. הבעיה שלא פיתחו בזמנו את "לוויתן", אם תלויים ממקור אחד ויש איזושהי תקלה אז כל המשק מנותק מגז. ברגע שיפוח לווייתן יהיו שני מקורות והמשק הישראלי לא יהיה תלוי בתמר.

השותפות אומרת שלפתח את לווייתן זה יעלה הרבה מאוד מיליארדים והם רוצים להגיע לאיזושהו מתווה שיהיה כדאי לנו לפתח את לווייתן, הם רוצים להשקיע הרבה מאוד כדי לפתח אבל הם ידעו גם שתהיה תמורה.

הממשלה רצתה לקדם את המתווה הזה ועומד מולם שר הכלכלה, שגם לו יש סמכויות ביחס לשותפות לקידוח גז שהיא הגבל עסקי (= היא מונופול בשוק הגז).

שר הכלכלה- יש לו סמכות לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים; פטור להגבל עסקי מתחולת חוק ההגבלים. הסעיף מדבר על מטעמי בטחון המדינה/ יחסי חוץ.

הממשלה רצתה להעביר את המתווה, השר דרעי לא רצה להיות שר הכלכלה שמפעיל את סעיף 52 ואז מצאו פתרון העבירו אותו לשר הפנים וזה סיבך אותו בבג"צ.

הגיע שר חדש שהפעיל את סעיף 52.

עכשיו נשאלת השאלה, האם מה שעשתה הממשלה זה נטילת סמכות מהממונה על ההגבלים העסקיים?

האם שר הכלכלה הפעיל את סעיף 52 ? מי שנוטל סמכות הופך את עצמו לאותו גורם שממנו הוא נוטל את הסמכות, הוא נכנס לנעליו אם מי שהטיל את הסמכות ומחשיב את עצמו כמוסמך באותו תחום.

בגלל שהוא רצה להיות הכי רחוק מהממונה הגבלים העסקיים, הוא רצה לפתור את המונופול מתחרות, אין פה נטילה! אלא סמכות לתת פטור להגבל עסקי מתחולת החוק!

בשום שלב השר לא נוטל את סמכות הממונה, הוא לא רוצה להיות ממונה במקום הממונה אלא מפעיל סעיף שמאפשר לעקוף את הממונה מטעמי בטחון ויחסי חוץ וזה מקדם את יחסי החוץ כי ישראל חתמה

עם מצריים על הסכם ליצוא גז למצריים של לויתן וזה הסכם של מיליארדים וזה טוב ליחסי החוץ של ישראל עם מדינות השכנות.

מבחינת ביטחון המדינה- עצמאות אנרגטית, מקורות גז שמיובאים מישראל זה טוב לביטחון המדינה.

לכן זה נקרא "דמוי נטילה", צריכים לשאול האם השר נטל סמכות הממונה.

כאמור כל נטילה הופכת את מי שנוטל סמכות לאותו בעל תפקיד שהוא נטל, אם נטלתי מהממונה אני הממונה.

1. נטילת סמכות שר ע"י הממשלה

פס"ד המרכז האקדמי, פרשת ייצוא הגז- מי שהחליט על המכסה לייצוא הגז זו הממשלה. מכסה של 40%.

הסמכות האם אפשר להבין שם מחוק הנפט מכסה לייצוא? מי שבעל הסמכות הוא שר האנרגיה, הסמכות שלו היא בחוק הנפט.

הממשלה החליטה על ייצוא הגז כאשר הסמכות היא של שר האנרגיה, האם ניתן לומר שכן יש כאן נטילת סמכות?

נטילה זה גוף אחר שלא מופיע בחוק והוא הופך את עצמו לאותו בעל תפקיד שכן מופיע בחוק, מי שמופיע בחוק זה שר האנרגיה ומי שפעל בפועל זה הממשלה.

האם זה חוקי? אם זה היה יעיל שהממשלה תפעיל את כל הסמכויות ביחד מבחינת הדמוקרטיה זה יותר טוב, כי בחרנו ראש ממשלה ולא שר ספציפי ומי שאחראי כלפינו בדמוקרטיה זו הממשלה כולה. אבל זה לא אפשרי, מחלקים את המומחיות לשרים שונים משיקולי יעילות.

אם הממשלה חושבת שהחלטה של שר מסוים היא חשובה למדיניות הממשלה אין מניעה שהיא תבטל את החלוקה המוסדית. כל שר מייצג את הממשלה בתחום האחריות שלו.

האם זה כתוב בחוקי יסוד שהממשלה יכול לנטול סמכות של שר? זה לא כתוב בשום מקום. איך כן אפשר לנטול סמכות כשהחוק לא מתיר לך לנטול?

מדובר בנטילה מכוח עקרונות היסוד של השיטה. כלומר, עקרונות היסוד שבדמוקרטיה אנחנו הציבור בוחרים ראש ממשלה ולא שר ולכן הוא אחראי על הכל וצריך לאפשר לה להתערב בעבודת השרים כשיש החלטה חשובה ועקרונית.

(דומה לכלל ההסדרים הראשוניים, משהו שהוא לא חשוב וגורלי שייך לכנסת ולא לממשלה אבל כל מה שהוא עקרוני וגורלי והממשלה כן יכולה להחליט עליו אז הממשלה יכולה ליטול את הסמכות של השר והיא זו שנושאת באחריות).

2. נטילה שכן מעוגנת במפורש בחוקי היסוד

פס"ד חורב- סגירת כבישים בשבת. מי שהוסמך הוא הפקיד- המפקח על התעבורה והוא הרשות לתמרור ארצית.

יש רשות תמרור מקומית בירושלים במקרה הזה והוא פתוח כל הזמן גם אם מפריע למתפללים בשבת, בא מפקח התעבורה הארצית ואומר למקומית שצריך לסגור בשבת בשעות התפילה. מי שקיבל בסוף את ההחלטה הוא שר התחבורה- אם מישהו נוטל סמכות ממישהו אחר הוא נכנס לנעליו, כלומר שר התחבורה הפך את עצמו למפקח על התעבורה ובתור המפקח על התעבורה הוא נותן הוראות לסגור את הכביש בשבת בשעות התפילה.

הנטילה הזו מעוגנת בחוק מכוח **סעיף 34 לחוק יסוד: הממשלה-** שר הממונה על ביצוע החוק, רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, למעט; סמכות בעלת אופי שיפוטי, הנתונה על פי אותו חוק לעובד מדינה. אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק; השר רשאי לעשות כאמור לעניין מסוים או לתקופה מסוימת.

באותו פסק דין, כן מדובר בעניין מסוים, השר התערב באותו עניין כי היו מאבקים וזריקות אבנים וזה היה סמל לצביון ירושלים וכביש בר אילן זה לא רק כביש אלא סמל לזהות המרחב הציבורי וכשמדובר בעניין כל כך רגיש אז השר רואה לנכון לא להשאיר את זה לפקיד המפקח על התעבורה אלא השר מי שאחראי על ביצוע החוק הוא זה שצריך לקבל את ההחלטה.

השר חייב להיות אחראי על אותו תחום כדי ליטול שם סמכויות, השר התחבורה ממונה על התעבורה ומפקח התעבורה כפוף לו ולכן יכול ליטול ממנו את הסמכות ולהחליט על סגירת הכביש בשבת.

למה הכניסו לחוק יסוד את האפשרות ליטול סמכות מעובד מדינה? הפקיד הוא דרג מקצועי במשרד הוא מומחה לענייני תעבורה. השר הוא בדרג פוליטי.

האחריות היא על השר הוא חלק מהרשות המבוצעת ולא הפקיד.

נציגי העם נותני אמון בממשלה ואנחנו בוחרים ממשלה והיא אחראית לכל התחומים.

השר רואה פקיד שלא נשמע להוראות הממשלה, השר ייטול את הסמכות ויפעיל את הסמכות בעצמו.

אם נניח השר לא רוצה לבנות התנחלויות בודדות, איך תראה הנטילה של השר? הוא יגיד לאותם פקידים שהמדיניות היא שבונים התנחלויות בגושי ההתנחלויות גבוהים והפקיד עדיין מוסמך ויכול להטיל, אם זה במקומות המבודדים שהשר לא רוצה בנייה רק הוא השר יכול לאשר בנייה באופן אישי.

התנאים של הסעיף 34 לחוק יסוד: הממשלה:

1) השר ממונה על ביצועו של חוק- אם אתה לא ממונה על התחום הזה אתה לא אחראי ואין לך סמכות ליטול.

2) סמכות בעלת אופי שיפוטי או מעין שיפוטי- לא מאפשרים לדרג הפוליטי להתערב בהחלטות שדומות לענייני שפיטה וצדק כי הם צריכים להיות נקיים מפוליטיקה. אם יש רשות מנהלית שפועלת כמו שופט וועדת ערר כלשהי או וועדה המחוזית לתכנון ובנייה שדנה בהתנגדויות שפועלת כמו שופט והדרג הפוליטי חייב להישאר בצד.

איך נגדיר סמכות שיפוטית או מעין שיפוטית?

המבחן הוא מבחן הסכסוך בין 2 צדדים- אם יש סכסוך בין 2 צדדים אסור לגוף שאמור לשפוט בסכסוך הזה אסור לדרג הפוליטי להתערב.

דוגמאות: הסמכות לתת רישיון לנהג מונית- יש את נהג מונית ואת הגוף המוסמך, אין שני צדדים.

החלטה על הגשת כתב אישום ע"י היועמ"ש- אין שני צדדים, יש את הצד הנתבע ואת המדינה שממונה על ידי היועמ"ש מחליטה אם להגיש כתב אישום ולכן החלטה מנהלית רגילה.

פיצויים למפונים מחבל עזה- יש את הרשות שהוסמכה לפסוק פיצויים, המפונה שבא ואומר שפגעו לו בקניינו ומבקש פיצוי. אין עוד צד שלישי ולכן החלטה מנהלית רגילה ולא שיפוטית או מעין שיפוטית.

אדם מגיש היתר מהוועדה לתכנון ובנייה, השכנים טוענים שהוא חוסם שמש וזה סכסוך בין 2 צדדים והוועדה המחוזית מכריעה בסכסוך ולה סמכות שיפוטית או מעין שיפוטית.

3) אם אני ממונה על ביצועו של חוק מסוים אני יכול לנטול רק את הסמכות של הפקידים שקיבלו את הסמכות של אותו תחום שהוא ממונה עליו- כל שר נוטל בחוקים שהוא ממונה על ביצועם. חייבת להיות סמכות של פקיד באותו חוק שהשר ממונה על ביצועו.

מקרים אופייניים שבהם ניתן להסיק "כוונה אחרת משתמעת":

ככלל השר רשאי ליטול, השר רשאי לאצול מסמכותו, יש פה רק חזקה לטובת הנטילה. חזקה ששר רשאי ליטול, אלא אם כן, יש כוונה אחרת משתמעת מן החוק.

א. סמכות גוף קולגיאלי שלשר יש בו נציג? סוג של וועדה, גוף שמורכב מנציגים שונים. החלטה בגוף כזה תתקבל לפי רוב קובע. גם הממשלה היא גוף קולגיאלי, היא מורכבת מהשרים, כדי לקבל החלטה בממשלה צריך רוב של השרים.

יש את השר ויש לו את נציג השר, לשר יש נציג בוועדה. הנציג יצביע לפי מה שהשר יכתוב לו.

לרשות שלטונית יש עצמאות שיקול דעת, היא נבחרה וקיבלה את הסמכות בחוק והיא צריכה לקבל את ההחלטה אבל זה שונה בגוף קולגיאלי שיש נציג השר, הוא יושב שם כי השר לא יכול לשבת באלף וועדות וכל המטרה היא לייצג את השר בוועדה אז ברור שאין לו עצמאות שיקול דעת ועליו להביא את עמדת השר ולהצביע כפי שהשר מורה לו.

"כוונה אחרת משתמעת " ששוללת נטילה- אם הנציג שלו יפסיד בהצבעה הוא ירצה לנטול את הסמכות.

אם המחוקק הקים גוף כזה השר לא יכול לבטל את כל הגוף הזה רק בגלל שהנציג שלו הפסיד בהצבעה. לא ניתן לפרש את כוונת המחוקק בצורה כזו שהשר ייקח את הסמכות לעצמו בכל פעם שנציגו יפסידו בהצבעה.

ב. סמכות של יועץ סטטוטורי- השר חייב להיוועץ בגוף מייעץ. נקראת היוועצות סטטוטורית.

במקרה שהשר לא רוצה להיוועץ אלא רוצה ליטול את הסמכות של המייעץ. התנאי הבסיסי ביותר של היוועצות סטטוטורית הוא הדדיות. צריכים לשמוע את דעת הדרג המקצועי. כלומר יש כוונה אחרת משתמעת שלא להתיר את הנטילה הזו.

ג. סמכות של גופים בעלי עצמאות מיוחדת- שר נוטל מפקיד והוא אחראי וראוי שיוכל ליטול את סמכות הפקיד, אבל אם זה לא פקיד רגיל, אם זה פקיד שנכון לפרש את סמכותו כסמכות מיוחדת אז יכול להיות שזה יהיה נטילה.

ס' 34 לח"י הממשלה – תנאי 1 : שר הממונה על ביצועו של החוק תנאי 2 : למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי תנאי 3 : הנתונה ע"פ אותו חוק לעובד מדינה סתירת החזקה : אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק השר רשאי לעשות כאמור לעניין מסוים/ לתקופה מסוימת.

התחלנו לתת מקרים של סתירת החזקה בכוונה אחרת משתמעת.

1. גופים קוליגיאליים- גופים מיוחדים שהשר הסמיך אותו. יש לו כמה נציגים בגוף. והוא אמור לקדם את מדיניות הממשלה.

2. סמכות ייעוץ- אם השר צריך להתייעץ עם מי שהוא, אתה לא יכול להתייעץ עם עצמך, חייבים להיות שני צדדים.

3. גופים בעלי עצמאות מיוחדת, השר לא יתערב בעבודת היועמ"ש, לא יטול סמכויות של הפרקליטות, כי על פי עקרונות היסוד של השיטה אסור לערב פוליטיקה באכיפת הדין הפלילי.

4. תחומים בעלי זיקה למדיניות הממשלה. – הועדה לאישור הפלות- הועדה לאישור פונדקאות - הסכמים לנשיאת עוברים) - האם ניתן לראות מצב שהועדה מחליטה שנים נותנים לאישה להפיל את עובריה ובא השר ואומר לא לא את לא תפילי.. – זה לא יקרה!!! ממשלה מנהלת מדינה, מדינה אוכפת את החוק, מדינה מחזיקה אנשים במשמורת, יוצאת למלחמה ולא מתעסקת במי יפיל את עוברו, למי יאושר הסכם פונדקאות ולמי לא. וזה אומר שלא הייתה כוונה לתת סמכות נטילה בח"י לתחומים האלה ואם נמצא תחום כזה אז יש כוונה אחרת משתמעת ששוללת את הנטילה.

*ועדת סל התרופות- יש תקציב לשר התרופות- מה שמאושר, אנשים יקבל בקופות החולים. ואם היא לא נכנסת לסל יצטרכו לרכוש אותה באופן פרטי אלא אם כן יש להם ביטוח. המשמעות לרכוש אותה באופן פרטי, ויתור על התרופה ולמות או להתרושש. האם ניתן לראות מצב חוקי על פי המצב המנהלי ונניח חולי סרטן למעי הגס, למשל נתנו להם תרופה ומדובר בהארכת חיים, בא השר אומר : אני חושה שלא, תרופות צריכות לרפא ולא להאריך חיים. אני מפעיל את סמכות הנטילה ואני מחלק מחדש את התרופות בסל.

שר- דרג פוליטי והוא רוצה ליטול סמכות מפקיד שהוא מדרג מקצועי- למה מינינו את הדרג הפוליטי? אילו חובות חבות עליו? בוחרים כנסת שממנה בוחרים ממשלה והיא אחראית לכל התחומים והיא חייבת לנו דין וחשבון על כל התחומים ולכן אנחנו מטילים את עיקרון אחריותיות של הרשות המבצעת. לא יכול להיות שהפקיד ישל את השר שמייצג את הממשלה באותו תחום כי היא נבחנה על ידי הציבור להגשים את המדיניות.

5. נטילת סמכות של תאגיד סטטוטורי <---- האם קיימת מניעה בחוק היסוד ? השאלה מה זה המונח הזה, עובד מדינה? מה זה בכלל תאגידים סטטוטוריים? הם הופרדו מהמדינה והוקמו בחוק כאישיות משפטית עצמאית ממדינת ישראל ואז הם עובדי העיריה. ואם הם עובדי המוסד לביטוח לאומי אז הם עובדי המוסד לביטוח לאומי. שר או ממשלה ---פיקוח---> תאגיד סטטוטורי . זה לא כפיפה! התאגיד הסטטוטורי אינם כפופים ישירות לשר. הם לא עובדי המשרד, הם כפופים למנהל התאגיד, למועצת התאגיד, להיררכיה של התאגיד הסטטוטורי.

אוביטר של ברק - בפס"ד התנועה לאיכות השלטון- ברק אומר – **באמת שר לא יכול ליטול סמכויות של התאגיד הסטטוטורי**. כי עובדי התאגיד הם לא עובדי מדינה והאוביטר של ברק לא ניתן ליטול סמכות של תאגיד סטטוטורי. הפרשנות של ברק לא עולה בקנה אחד עם עק' היסוד. הממשלה אחראית על כל התחומים ופה בא המחוקק והקים תאגידים סטטוטורים . האם בתחומים שהתאגיד פועל הממשלה לא אחראית? אחראית! היא לא יכולה להגיד שפה הקימו לי תאגיד סטטוטורי אז אני לא אחראי על התחום הזה, אז לא יכול להיות מצב למשל שלמשל הייתה תקופה שהבטיחות ברכבת הייתה קטסטרופה, כל שני וחמישי הייתה תאונה ברכבת, היו התנגשויות בין מכוניות ורכבות. יבואו בטענה לשר התחבורה. הוא יגיד שיש את רשות הרכבות, תפנו אליה. אני לא יכול ליטול את הסמכות. הוא יכול למנות ועדת חקירה ובהמשך לפטר את מנכל הרכבת . אבל בהרבה מקרים זה לא מספיק טוב . האפשרות לפקח באמצעות פיטורים או מינוי ועדת חקירה משרדית, ניקח את הדוג' של רשות העתיקות. מנהל רשות העתיקות, הוא נותן רישיונות חפירה. הוא נתן רישיון חפירה מתחת להר הבית. מבחינת השר אם מי שהוא יחפור שם בקרוב, תיפתח אינתיפאדה שלישית. מה אנחנו מצפים ששר יעשה? ירים טלפון למנהל רשות העתיקות בבקשה לבטל את הרישיון.

כדי לצאת מהמצוקה הזאת - לפי גישת המרצה – נכון שהייתה כוונה בחוק שהתאגיד יהיה נפרד מהמדינה אבל במקרים מסוימים לתת לשר להתערב. **צריך לפרש עובד מדינה – פרשנות רחבה** – עובד ציבור . צריך לפרש את החוקה על פי עקרונות היסוד, צריך לפרש פרשנות רחבה כך שעובד מדינה, הכוונה לעובד ציבור. למשל הפרטה ע"י שר, יכול להיות השתמשו במינוח לא נכון או מי שהוא לא שם לב שזה יוצר תקלה חמורה באפשרות לאכוף בכל התחומים. וזה לפי גישת המרצה.

במקרה שמפרשים לפי גישת המרצה- אין מניעה לפי חוק היסוד.

אחרי שענינו על השאלה- האם קיימת מניעה בחוק היסוד ? <---- אם קיימת מניעה- אי אפשר ליטול סמכות של תאגיד סטטוטורי. על פי הפרשנות הרחבה- אפשר, וזה תלוי מהכוונה המשתמעת מהחוק. אין מניעה מחוק היסוד. האם כוונה אחרת משתמעת ? קודם כל עצם זה שמדובר בתאגיד סטטוטורי אנחנו באים עם תפיסה שתהיה פחת התערבות נטילה כי השר הוא הבוס הישיר של אותם פקידים במשרד והוא לא הבוס הישיר באותם תאגידים והיא תהיה יותר נדירה. הכוונה האחרת המשתמעת סותרת את ה-בעד הנטילת סמכות

שני מבחנים –

1. **עצמאות משיקולי מהות או יעילות ?** אם המחוקק רצה להפריד אותם מהמדינה כי חשוב שהם יהיו עצמאיים, את אותם תאגידים סטטוטוריים, נהיה נגד נטילה. אבל אם אין לנו בעיה בהתערבות פוליטית בגוף הזה, נהיה בעד הנטילה. למשל : תאגיד השידור, תאגיד סטטוטורי, הם הופרדו מהמדינה. האם ההפרדה היא משיקולי מהות ? מהותית. אנחנו מצפים שרשות השידור תשדר לנו את העובדות כפי שהם ולא תהיה השופר של המנהיגים. מהותי- נטול משיקולים פוליטיים. מה לגבי רכבות ? יעילות- מובהק יעילות.

רשות העתיקות – זה שילוב- המרצה נותן למהות. יעילות- קודם כל מדינה לא יודעת להתעסק עם חפירות. מדינה לא צריכה להתעסק בזה ויותר יעיל שרשות תתעסק בזה אבל זה גם קשור

למחקר אקדמי ואנחנו אל רוצים פוליטיזציה של המחקר . המחקר צריך להיות נקי. מנהל רשות העתיקות- תחום שהופרד משיקולי מהות.

2. **פוטנציאל הסיכול של מדיניות הממשלה** – למה בכלל אנחנו רוצים שהדרג הפוליטי יתערב? כדי להגשים את מדיניות הממשלה . חפירה בהר הבית- חפירה בהר הבית יכולה לסכל את מדיניות הממשלה? ברור !!! פוטנציאל הסיכול מאוד גדול אז למרות השיקול של המהות, המבחן השני מנצח ! ואם זה חפירה בתל אביב, אתר בניה בתל אביב, גינדי חפר ורצה להגדיל בניין? אם זו יותר יעילות ממהות אפשר ליטול, אם זה מאוד מסוכן מאוד למדיניות הממשלה, ניתן ליטול .

האם התנאי הוא לעניין מסוים או לתקופה מסוימת? התנאי הוא בעצם שהשר לא יכול ליטול לתמיד- או שאולי הוא יכול גם לא להגביל את הנטילה. פרשנות שניה תגיד שהנטילה צריכה להיות מוגבלת. אם השר יטול ללא הגבלה, אנחנו בעצם נעשה ככה, שהשר ישנה את החוק של הכנסת. לכן לאור עיקרון הפרדת הרשויות, ראוי לפרש את זה – אתה חייב שהנטילה שלך תהיה מוגבלת !!! ואתה תסטה לזה רק לאופן מוגבל.

איך תיראה נטילת סמכות ? אתה מנהל רשות העתיקות לא מתעסק בזה, רק אני השר נטלתי לעניין מסוים. ואיך תיראה נטילה לתקופה מסוימת ? עכשיו אנחנו במצב רגיש ביטחוני אז אתה לא מתעסק בחפירות בעיר העתיקה , אבל זה מוגבל לכמה חודשים אחר כך הסמכות תוחזר אליך.

פרק 9: מיון השיקולים הרלוונטיים + שיקולים זרים :

תורת הפעלת שיקול הדעת המנהלי

מי שקיבל את שיקול הדעת יכול לבחור מבין מספר אופציות לפעולה ואיך הוא אמור לבחור? נניח בתחום מסוים הוא יכול לבחור באופציות : A,B,C,D נגיד א- לנתח . ב- לנתח חלקית ג- לא לנתח בכלל ד- המתת חסד.

קודם כל אני יכול לזרוק את כל השיקולים שהמשקל שלהם כל כך קטן ואין צורך להתחשב בהם- שיקולים שיכולים להשפיע על התוצאה הסופית וצריך למיין אותם.

שלב ראשון- מיון השיקולים-

1. **שיקולים ספציפיים מרכזיים (הרשות חייבת לשקול אותם)** <---- נגזר מהתכלית הפרטיקולרית בבסיס החוק המסמך . <----- נוגע בליבת התפקיד הציבורי או באחריות הבסיסית שהוטלה על הרשות בחוק. אם אני שר החינוך- התכלית הפרטיקולרית- לדאוג לחינוך טוב לילדי ישראל וזאת התשובה להכל. אם אני שר התחבורה- לדאוג לתחבורה יעילה, מהירה, זולה .. ואם אני שר השיכון- לדאוג לפתרונות דיור למי שזקוק לפתרונות דיור. שיקול ספציפי מרכזי- אתה רק רשאי לשקול את השיקול או שאתה חייב? השיקול הספציפי הוא תמיד מרכזי בהחלטה, הרשות חייבת לשקול אותו ! אין פה ענין של לוותר עליו.

2. **שיקול כללי (מקבוצה ב') מרכזי – (הרשות חייבת לשקול אותו).** שיקולים כלליים מרכזיים – שיקול כללי מרכזי זה הוא שיקול כללי , כלומר לא צמוד לרשות מסוימת. 1. דוג' לשיקול כללי מרכזי- נגיעה לעיקרון חוקתי -זכויות אדם או עיקרון חוקתי אחר. למה זה שיקול מרכזי אחר שכל רשות חייבת לשקול ? לא משנה אם אתה שר התחבורה או שר החינוך או שאתה מפקד במשטרה, כולם כפופים לחוקה. פסקת הכיבוד בחוקה- כל רשות מרשויות השלטון צריכה לכבד את החוקה. 2. נגיעה לעקרונות היסוד של המשפט המנהלי -אם זה עיקרון יסוד של המשפט המנהלי אז האם זה משנה אם זה שר התחבורה או החינוך או שר התמ"ת או פקיד כזה או אחר? <---- הגינות . (=כל רשות חייבת בהגינות. לא משנה מה התפקיד שלי .) שוויון , שקיפות ,אמון הציבור ברשויות השלטון.(= פס"ד התנועה לאיכות השלטון). הכנסת חייבת לכבד, הרשות המבצעת גם חייבת לכבד. הדבר השני שכל רשות חייבת לשקול שהוא כללי אלה שיקולים הנגזרים מעקרונות היסוד של המשפט המנהלי: הגינות, שקיפות, שוויון, אמון הציבור ברשויות השלטון. אם ההחלטה שאני הולך לקבל קשורה להיבטים האלה אז אני חייב לשקול זאת. אם הפסיקה בסדרה של פסקי דין קבעה שזה עיקרון יסוד אז ברור שאי אפשר להתעלם מזה והרשות חייבת לשקול זאת ולקחת את זה בחשבון.

8.4

3. **שיקולים כלליים משניים- (הרשות רשאית לשקול) (מקבוצה א')** – שיקולים כלליים (=לא נמצא אותם בחוק הספציפי אבל הרשות יכולה לשקול אותם) ההבדל הוא שאלה משניים(=הרשות רשאית לשקול אותם אבל לא חייבת). אלו שיקולים היא רשאית לשקול ולא

חייבת? שיקולים התורמים לטובת הציבור במובן הרחב ורחוקים מליבת התפקיד. התחשבות ברגשות הדת- תורם לטובת הציבור? יש קשר לטובת הציבור. הפסיקה ראתה בזה כחלק מהסדר הציבורי במובן הרחב. האם זה קרוב למפקח על התעבורה אם הוא רוצה לסגור כביש בשבת? הוא עוסק בהסדרי תנועה- ליבת התפקיד – שהכל יתקתק והתנועה תזרום. האם רגשות הדת קשורים לתפקיד הזה? לא.

עוד דוג'- שיקול קואליציוני – נניח ושר התחבורה משיקולים קואליציונים רוצה להורות לא לקיים עבודות בשבת האם זה קשור לשיקול של שר התחבורה? האם זה קשור לשיקולים ספציפיים מרכזיים? שר התחבורה אמון על תחבורה מהירה זולה וטובה. אם לא עובדים ברכבת בשבת, הקו לא תקין ביום ראשון מתל אביב לחיפה. אז ברור שלתחבורה זה לא טוב וזה בטח לא חלק מהשיקולים הספציפיים המרכזיים. האם התפרקות הקואליציה זה פגיעה בעניין חוקתי? בדמוקרטיה מפלגה יכולה לקום וליפול. לשמר את הקואליציה זה ענין חוקתי? אין שום קשר. האם זה נגזר מעיקרון החוקיות? לא. למרות שבאמון הציבור אם מפלגות יפלו כל חצי שנה בסופו של דבר זה אולי יכול להגיע לפגיעה באמון הציבור. אנחנו מגיעים לקטגוריה השלישית- האם זה לטובת הציבור שהמפלגה לא תקום ותיפול כל שני וחמישי? הציבור בחר נציגים לכנסת והרוב מהם בחרו את הממשלה הזאת ונתנו לה אמון. זה לטובת הציבור, אנחנו רוצים לתת לה אמון. לשמור על הקואליציה זה לטובת הציבור כדי שהממשלה תוכל למשול אבל זה רחוק מליבת התפקיד. ואז הרשות רשאית לשקול את השיקול ולא חייבת.

עוד דוג'- איכות הסביבה לרשות הרכבות- רשות הרכבות תפקידה שתהיה רכבת מהירה, זולה בטוחה וטובה. האם זה מעניין אותה שהרכבת לא תזהם את הסביבה? זה לא טוב לנו כציבור אם הרכבת תזהם לנו את הסביבה. ליבת התפקיד- שירותי רכבת מהירים, יעילים, טובים וזולים. לא מזהמים..(!) נניח ואנחנו פוסלים את זה בשיקול מרכזי ספציפי? שיקול שני- שיקולים כללים מרכזיים – ברק שלל את האפשרות לזכות חוקתית לסביבה נקייה. כרגע אין זכות חוקתית כזאת אבל ברק שלל את זה.. אין לנו זכות חוקתית לסביבה נקייה. האם זה קשור לעקרונות היסוד של המשפט המנהלי? לא.. לא קשור. מגיעים לשיקול השלישי? תורם לסביבת הציבור? כן. האם זה רחוק מליבת התפקיד? כן. **זה שיקול כללי כל רשות רשאית לשקול את ההשלכות של איכות הסביבה אבל זה שיקול משני כי הוא לא נגזר מליבת התפקיד.**

עוד דוג'- תרומה לספורט בשיקול שר הביטחון בדחיית שירות – ספורטאי מצטיין- האם זו פגיעה חוקתית לא לדאוג לספורטאים שלנו? לא. חובה להתגייס חוק שירות ביטחון- אי אפשר לתקוף אותו בגלל שמירת הדינים. האם לא להתחשב בספורטאים זה לא הוגן? דווקא לא להתחשב בספורטאים זה יותר שוויוני. אין פה בעיה בשוויון.

קטגוריה שלישית- האם להתחשב בספורטאים תורם לטובת הציבור? אם התדמית של המדינה ומעמדה בעולם קשור גם בספורט שמתפתח באותה מדינה? אם המדינה שהספורט בה תורם לתדמית המדינה ותחות הלכידות החברתית- זה תורם לטובת הציבור שבמדינה יהיה ספורט מתקדם. – שיקול כללי משני- תורם במובן הרחב אבל רחוק מליבת התפקיד. שר הביטחון רשאי לשקול אותו.

שיקולים זרים? עברנו שיקול שקול ולא הצלחנו להכניס לאף קטגוריה..

ברגע שסיימנו לסווג להיוולד עילה מנהלית ראשונה- שיקולים זרים. עילה לפסול את ההחלטה והעילה היא שיקולים זרים. שיקול זר = איך נגדיר מה הוא שיקול זר? כל מה שלא נופל בקטגוריות 1,2, ו-3 הוא שיקול זר. סיווגנו את השיקולים, הגענו לשיקול שלא נופל באף קטגוריה- הוא שיקול זר. הוא כשלעצמו יכול לפסול את ההחלטה. לדוג- החלטתי למנות לתפקיד מנכ"ל רשות הרכבות אדם חסר כל כישורים אבל קבלן קולות במפלגה ויסדר לי את הפריימריז הבאים. שיקולים ספציפיים- התאמה לתפקיד. האם העובדה שהוא ידאג לי לקולות בפריימריז קשורה לקטגוריה הזאת? לא. קטגוריה שניה- למנות מקורב שידאג לי לקולות? לא. קשור לעקרונות היסוד במשפט המנהלי? לא. זה פועל נגד ההחלטה שלי. ההגנות, שוויון כלפי המועמדים שיש להם את זה. אמון הציבור- כאשר ממנים אדם רק בגלל קשרים פוליטיים אנחנו מאבדים אמון במערכת הפוליטית הזאת. להפך, הם דווקא אומרים לא לשיקול את השיקול הזה. תרומה לטובת הציבור? לא. ההפך זאת פגיעה. לא נופל בשום קטגוריה- מקנה- שיקול זר – אסור לשיקול אותו. אם הרשות שוקלת זה יכול להביא לפסילת ההחלטה.

דוג' נוספת- נניח שחוק האימוץ לא היה אומר שהכשירים לאמץ מנסים לשנות את החוק הזה כל הזמן, בינתיים החוק אומר שמי שרשאי לאמץ הם גבר ואשה. לא היתה הגבלה בחוק לאמץ- נניח והחוק היה אומר שכל מי שחי לבד, חי בזוג ואין מניעה שקשורה לטובת הילד, רשאי לאמץ. ורשות האימוץ הייתה מנהיגה מדיניות שזוגות חד מיניים לא יאמצו ילדים. מה ליבת התפקיד? לפקח על תהליך האימוץ כשהשיקול המרכזי הוא טובת הילד. האם יש קשר שהזוג הוא הזוג חד מיני? רשות מנהלית צריכה לגבש תשתית עובדתית, לאסוף ראיות כדי לשיקול שיקול מסוים. ברגע שאין אף מחקר שאומר שמשפחה חד מינית פחות טובה, אז אין קשר לליבת התפקיד של דאגה לטובת הילד. האם יש נגיעה חוקתית לרצון שלי לא לאפשר? פה לשלול מזוגות חד מיניים, איזה ענין חוקתית מתעורר? פוגע בשוויון כחלק מהזכות לחוק האדם. מעביר מסר משפיל עבור הקהילה הלהטבית. המשפט החוקתי נגד שקילת השיקול הזה. עקרונות היסוד מחייבים כן לשיקול שיקול כזה? לא! ההפך, הגינות וכו' אומרים רל תשיקול את זה. האם זה תורם לטובת הציבור? הכל צריך להתבסס על עובדות וראיות ברגע שאין מחקר רציני שתומך ואומר שזה מפריע למטרות האימוץ, אין פה שום תרומה לטובת הציבור---- שיקול זר- אסור לשיקול! שקלת- אתה כבר בסכנה שהחלטה תיפסל.

פס"ד רסקין – דוג' לשיקולים זרים- הרקדנית בטן, אילנה רסקין, וסוגיית הכשרות של אולמות אירועים. האם העובדה שאולם מעסיק רקדנית בטן יכול להביא לשלילת הכשרות של אותו אולם. בית המשפט פסל את ההחלטה והחזיר לאותו לאולם את תעודת הכשרות שלו.

בודקים את השיקול, האם ריקודי בטן כמה שהוא משגיח הכשרות חושב שהוא לא ראוי כמקום כשר. מה היא ליבת התפקיד של מפקח הכשרות? פיקוח על המזון. אם הוא מביא ראיה מהלכה שאם רקדנית בטן שבאולם כשר, זה היה חלק מתפקידו. אם המשגיחים לא ירצו לבוא ולבדוק את האולם? נודיע לך מתי ההופעות ותבוא בשעות הבוקר. האם יש פה ענין חוקתי? להפך, אנטי חוקתי. האם יש ענין בעקרונות היסוד? לא קשור. האם זה מיטיב לטובת הציבור? לא. שיקול זר.

שיקול זר יוביל לפסלות ההחלטה-

ההחלטה לא נפסלת מיידית, אבל אם נחזור לאותו מנכל- הייתה לו מומחיות אבל העדפתי לקחת אותו רק בגלל הקולות. אז פה יש שיקול זר ושיקול לא זר- שיקולים מעורבים-

מבחני עיכוב שיקולים –

מבחן השפעה הממשית- אם לשיקול הזר הייתה השפעה ממשית על ההחלטה שהתקבלה --< יפסול את ההחלטה. מבחן יותר מקל עם העותר. רק מוכיח השפעה.
מבחן המטרה הדומיננטית- בודקים מה הייתה המטרה הדומיננטית, או השיקול הדומיננטי. האם מיניתי אותו קודם כל בגלל שהוא מאוד מוכשר? ואז השיקול הדומיננטי אלה הכישורים, שיקול לגיטימי או שאני חיפשתי רק את הזיקה הפוליטית. פה המבחן יותר מחמיר עם העותר.
איזה מבחן מחמיר יותר עם הרשות? מה יותר קשה להוכיח בבית המשפט? את המבחן השני, הדומיננטי, את המבחן הזה יותר קשה להוכיח בבית משפט. מספיק שהייתה לי השפעה ממשית זה יפסול את ההחלטה. את מבחן המטרה הדומיננטית מאוד קשה להוכיח.

15.4

עבודה להגשה ב22.5

נניח אצילת סמכות- מאציל ונאצל והנאצל קיבל החלטה ועכשיו הטענה המשפטית שתופיע – 1- הנאצל הוא מנכל המשרד

טענת העותר- ההחלטה על ביטול הרישיון התקבלה על ידי מנכל המשרד בחוסר סמכות.

וזאת מכיוון שהסמכות בחוק נתונה לשר. <---- הפניה לעותר שאומר שהשר הוא הוסמך אז למה זה נתון לשר? ברור שיש לדון על אצילה.

הקיים מעלה שאלות משפטיות, טענה מסוימת, זיהוי השאלה, מדגישים שאלה משפטית כל שהיא ודנים בה. וכך עוברים הלאה..

יכול להיות הוא קיבל החלטה בגלל בעיה כל שהיא שיש בחוק, בלי קשר לאצילת הסמכות. צריך לקבוע בסוף מה המבחן המשפטי. האם חל כלל ההסדרים או לא חל..

הקיים יסתיים בעתירה ואז אנחנו נתקלים בטענות שמופיעות אצל הצדדים. --- כל טענה מעוררת דיון משפטי --**האם מעורבות הגורם הזר מהווה הסתייעות או אצילה?** השאלה המשפטית המרכזית! האם מעורבות המנכל חוקית או לא חוקית? אם זאת הסתייעות חזקה שהיא מותרת. אם זאת אצילה נעבור לשאלות המשפטיות הבאות – יש שאלה משפטית – איך מבררים אותה אבל?! יש שאלות משפטיות שהתשובה בחוק יסוד. האם שר יכול להפריט? לא. לפעמים התשובה היא בפרשנות חוק יסוד או בחוק או בכל דבר אחר. הולכים למבחני הפסיקה ומביאים את המבחנים. בפסיקה ישנם מבחני עזר כמו מבחן היקף התפקיד המועבר ומהות שיקול הדעת. פס"ד פיליבוביץ' – ברגע שאתה מביא מבחן של הפסיקה או מה שהוא של הפסיקה יש לאזכר את זה.

(פיליפוביץ', רווח שם השופט -ברק, רווח --- פס' 23). במידה ויקבע שזו אצילה אז.. לגבי שר למשל קודם כל להביא חקיקה !! אחרי שסיימנו את השאלה המשפטית יש לעבור ובסוף להכריע

****האם מעורבות הגורם הזר מהווה הסתייעות או אצילה ?**

במידה וייקבע שזו הסתייעות אז כך וכך... במידה ויקבע שזו אצילה אז כך וכך..

האם החזקה החוקתית לטובת אצילה לידי שר נסתרת באותו חוק שבו אנחנו מדברים ? וגם שם יש סדרה של מבחנים בעד ונגד אצילה. מביאים מבחנים שתומכים בסתירת חזקה מגיעים למסקנה משפטית וממשיכים הלאה.

** אם יש לנו מבחן או מגבלה כל שהיא שלא מצאנו עליה בפסיקה אבל דיברנו עליה בכיתה יש לכתוב – (כפי שנלמד בכיתה).

המשך-

***הערה לגבי השיקול הקואליציוני**- הממשלה לא תיפול- החוקה לא מעניין אותה אם הממשלה תיפול או לא. זה תורם לטובת הציבור שממשלות הן יותר יציבות. סייגנו את השיקול הקואליציוני כשיקול כללי משיני- קטגוריה מס' 3. זה רחוק מליבת התפקיד. עקרונית השיקול הקואליציוני – יש מקרים בהם הפסיקה רואה בו שיקול זר אבל הוא יכול להיות כללי משני, תלוי מי הרשות שמחליטה. מי זה הדרג הפוליטי במשרד? השר. מי זה הדרג המקצועי? פקיד. מי יכול לשקול את יציבות הממשלה ? מי שהוא מדרג הפוליטי. השר הוא חלק מהממשלה. לכן הם יכולים לשקול שיקול קואליציוני. תורם לטובת הציבור שהממשלה לא תיפול. מה עם הפקיד ? הוא נטו מקצועי. לא מעניין אותו מי בממשלה. מה קורה אם הפקיד הולך לעשות מה שהוא שמפיל את הממשלה? השר נוטל סמכות מהפקיד. השר יכול להביא שיקולים קואליציוניים. אם זה דרג מקצועי אסור לו. אם זה דרג פוליטי מותר לו. השיקול הקואליציוני הוא שיקול זר לדרג המקצועי ושיקול זר לדרג הפוליטי.

שיקול שנראה כללי משני אולם יוכר כזר מהטעמים הבאים- כל שיקול שמופיע בקיים צריך לסווג. אם נתקלנו בשיקול שלא נכנס באף קטגוריה הוא בטוח זר.

1. **השיקול באחריותה של רשות אחרת.** (פס"ד כרדוש + חורב) - בכרדוש- רשם החברות העביר לחברה להוציא תדפיסים, מדובר בהסתייעות בלבד. התפקיד של רשם החברות אמור למפות את כל האישיות המשפטית שמהוות חברה בע"מ, שהם אישיות אמתית שיש פעילות מסחרית, פועלת ואפשר להתקשר איתה בהסכמים. בפס"ד כרדוש הרשם לא היה מרוצה מאופי הפעילות של חברה כל שהיא. חברה שמוציאה לאור פירסומים שהם חלקם פרסומים הפוגעים בביטחון המדינה. אותה חברה מוציאה לאור שלדעת רשם החברות פוגעים בביטחון המדינה. אם לא יוצאו לאור פרסומים שלא יפגעו בביטחון

במדינה ? כן. לכאורה אפשר היה לומר שאם רשם החברות ידאג לביטחון המדינה, זה יכול לתרום לטובת הציבור. עבורך, זה שיקול זר ומטרה זרה. למה?

2. **עקרונות היסוד תומכים בהפיכת השיקול לשיקול זר** – נתחיל בראשון- זה באחריות רשות אחרת, הרשות היא הצנזורה הצבאית. הדבר השני, איזה עיקרון קיים כאן? חופש הביטוי. כל התערבות בתוכן הפרסומי היא פגיעה בחופש הביטוי. חופש הביטוי זה עיקרון יסוד שהוא חלק מכבוד האדם. עקרונות היסוד תומכים שאתה רשם החברות לא תעשה את זה ולא תשקול את זה וזה הופך את זה לשיקול זר. בפס"ד חורב- בפס"ד חורב דובר היה בפתיחה ובסגירה של כביש בר אילן בשבת. אחד השיקולים שעולים שם הוא סביב האלימות של הכביש. אומר שר התחבורה שנטל ממפקח על התעבורה- אם נשאר את הרחוב פתוח זה יוביל לאלימות ולהפרות סדר. אם נפתח את הכביש זה יוביל לאלימות- האם זה התפקיד הספציפי ? האם המפקח על התעבורה ממונה על הסדר ועל מניעת האלימות? לא. קוטגוריה 2- האלימות צריכה להיות מחוץ למאבק הפוליטי- אסור לשקול את הדבר הזה כשיקול. האם זה יכול להיות קוטגוריה מס' 3? אם נפחית את האלימות סביב הרחוב הזה? זה טוב לציבור אבל זה רחוק מליבת התפקיד של שר התחבורה. **אומר ברק בחורב- החשש מאלימות הוא שיקול זר !** למה מה שנראה ככללי משני הוא זר? זה לא תפקידך להפחית את האלימות ואם אתה חושב שפתיחת הכביש בשבת יביא הפרות סדר תרים טלפון למטרה, זה המקסימום שאתה יכול לעשות ואסור לך לשקול א זה כשיקול.

האם יש מה שהוא בעקרונות היסוד שתומך שמה שהוא הוא שיקול זר? ברק אומר אם הוא י שקול את שיקול האלימות הוא יתן וטו לקהל האלים. עקרונות היסוד הדמוקרטיים תומכים בזה שרשות מנהלית לא תשקול אף פעם שאולי החלטה שלה תוביל להחלטה אלימה של מי שהוא. לכן עבורה זה לא שיקול שנופל בקטגוריה 3 אלא שיקול זר. כל שיקול שנופל לקטגוריה 3 צריך לחשוך בו.

מיון השיקולים היה שלב מקדמי + סיווג שיקולים זרים

שלב א' להפעלת שיקול הדעת

מה רשות עשתה עד עכשיו? מיינה את הקטגוריות ל3 הקטגוריות זיהתה שיקולים זרים וזרקה הצידה ועכשיו היא נשארה רק עם שיקולים טובים בקטגוריות 1,2,3:

היו למשל רשימה של 4 שיקולים- שניים נכנסו לקטגוריה 1, שניים ל2, ואחד זר.

שלב א' –

שקילת המרכזיים בלבד !! – כולם פועלים לכיוון מסוים ולפעמים הם מתנגשים- למה מתחילים עם המרכזיים? הם עליונים נורמטיבית על שיקול משני שאתה לא חייב לשקול. השיקול הספציפי המרכזי של התחום, זה התפקיד שהוטל עליך בחוק. זה לא נודע בכלל במשניים. אם לשיר אסיר בצינוק- שקילת לשים אסיר בצינוק הפר את המשמעת בכלא- זה משדר מסר לכל האסירים האחרים שאני רוצה לשמור על הסדר בכלא. אני שב"ס. התפקיד הספציפי הוא לשמור על הכלא, חייבים לשמור בה על המשמעת. זה מקדם לי את המשמעת בכלא? כן. אז יש לי שיקול אחד מרכזי שנכנס לקטגוריה 1- שיקול אחד מרכזי. התנאים כל כך קשים בצינוק שהאדם מתחרפן, בבידוד, האדם מתחרפן. איזה שיקול נוסף

נכנס כאן? זה יכול לפגוע בבריאות האסיר. החוקה אומרת- אל תנקוט באסיר פעולות שיפגעו בכבוד האדם. יש לו פגיעה נפשית. שני שיקולים מתנגשים! זה מצב שבו אני צריך לאזן בין שיקולים ולהגיע למסקנה. השיקולים המרכזיים פועלים לאותו כיוון –

שיקולים מרכזיים לאותו כיוון- מבחינה תעבורתית- זה טוב שהכביש יהיה פתוח או סגור? פתוח! התפקיד הוא שיהיו כבישים פתוחים ושהתנועה תזרום- אם אני לא מגלה רגשי דת או חופש הדת- אם חוקתית אין לי פה חופש הדת יש לי חופש התנועה כמו שברק קבע בחורב. אז השיקול הספציפי אומר כבישים פתוחים. הכביש אמור להיות פתוח- השיקול החוקתי של חופש הדת- תפתח את הכביש. שקלתי ----- ועכשיו יש לי שתי תוצאות – תוצאה אחת אפשרית ותוצאה שתיים אפשרית :

תוצאה 1 אפשרית – השיקולים המרכזיים **מחייבים פעולה בדרך כלל שהיא** שקלתי והגעתי למסקנה שצריך להשאיר את הכביש פתוח. ----- < סוף הדרך --- > כך צריך לפעול ----< כאן אין שלב ב' (זה התפקיד שחל עליך בחוק).

תוצאה 2 אפשרית- השיקולים המרכזיים אינם מחייבים פעולה כזאת או אחרת- **אינם מכריעים!** ניתן לדאוג להם כך או אחרת – או שהם מכריעים או שהם לא מכריעים. אם השיקולים אינם מכריעים מתחיל שלב ב' ומה שעושים בשלב ב- שקילת שיקולים משניים. ----< מתחיל שלב ב' ----> שקילת משניים ----< הכרעה

22.4

בעבודה – שאלה על סמכויות עזר . בטענה על הכפלת המענק למועמד לגירוש – פה הטענה מתמקדת בסייג השיוריות. לעשות ניתוח משפטי של השופט שצריך להכריע. מעלה טענה משפטית ודנה בה ומכריעה בה.

יישום

לשמור על משמעת בכלא- זה טוב זה ישיג את שיקולי הכלא. שיקול מרכזי של שמירת המשמעת בכלא זה טוב חודש בצינוק. אבל לשמור על משמעת בכלא זה פגיעה בכבוד האדם ופתאום יש ניגודיות – ואז מכיוון שיש חוקה – נחיל את פסקת ההגבלה – ואם אי אפשר לשים אדם בצינוק כי זה לא עומד בפסקת ההגבלה – לאיזו תוצאה נגיע? תוצאה אפשרית 1- כי החוקה אומרת שאסור לנו לעשות את זה. צריך לפעול על פי החוקה ולצמצם את העונש שלו בצינוק. כל פעם כשבשיקולים המרכזיים יש פגיעה בעיקרון חוקתי, יש לבדוק את זה 10 דרך פסקת ההגבלה. **פס"ד חורב**- הסמכות היא של המפקח של התעבורה, הוא קובע את הסדרי התנועה. וחלק מההסדרים הוא שיש קהילה דתית, בסוף מי שקיבל את ההחלטה הוא שר התעבורה, השר נוטל מהמפקח והופך את עצמו למפקח על התעבורה. הוא צריך לשקול את השיקולים שהמפקח שוקל. מה צריך לשקול המפקח על התעבורה? הוא ממונה על התעבורה! - אלה שיקולים מרכזיים, ספציפיים, שיקולים תעבורתיים. – **השיקול הראשון**- כביש בר אילן הוא כביש אוטוסטרדה, עורק תחבורה ראשי. **שיקול שני**- בר אילן ככביש גישה למקרקעין. אין להם נגישות הביתה. כביש גישה למקרקעין. אנשים גרים על בר אילן אז אם סגרתי אין להם גישה לבית שלהם. במה זה תלוי? אם הם חרדים או חילונים. כמה חילונים יש שגרים בצמוד לכביש? הכל מתחיל מזה שמי

שהוא זורק רעיון שיוצר בעיה לשיקולים המרכזיים. ברגע שהרשות רוצה לעשות מה שהוא היא חייבת לשקול את שני השיקולים הנ"ל. **שיקול מרכזי נוסף - שיקול שלישי**-מבחינת הנשיא ברק- יש פה גם שיקול חוקתי – חופש התנועה – שיקול כללי מרכזי חוקתי. פה אין התנגשות והשיקולים המרכזיים הולכים לאותו כיוון. אם הכביש פתוח זה טוב גם לתעבורה וגם לחוקה. ואם הכביש סגור זה רע גם לתעבורה וגם לחוקה. רגשות הדת ייכנסו לנו כשיקול משני. אם אני יכול לדאוד לכל השיקולים המרכזיים גם כשסוגרים את כביש בר אילן, כדי להחליט באיזו תוצאה אני? עוברים על כל השיקולים המרכזיים ומסמנים וי. אם הצלחתי לסמן וי על כולם- אפשר להגיע לתוצאה 2 אפשרית. ואם לא הצלחתי לסמן על אחד מהם וי-תוצאה 1 אפשרית.איך נסמן וי ? סגרתי עורק תחבורה ראשי- יתחילו לעקוף, הכבישים העוקפים קצרים ותהיה בעיה תעבורתית. אבל אם העוקף מוסיף לי חצי ק"מ – שולי. כמה פקקים יהיו? לא יהיו..נסמן וי. כל שקילת שיקול מתחילה בלצאת לשטח ולגבש תשתית עובדתית לשקילת השיקול. בשיקול 2 צריך לספור את מספר החילונים בכביש והאם יש מענה בשבילם? נניח יש מעט תושבים חילונים שגרים ממש בסמוך לבר אילן שבשבילם זה כביש גישה ובשבילם ניתן לספר מדבקה והיה שומר בכניסה לשבת שברגע שהוא מזהה את המדבקה הוא פותח את המחסום. סימנו וי על שני השיקולים, **אם הרשות אמרה שהיא לא שקלה את הרשות – אוטומטית איקס – ואז תהיה תוצאה 1 אפשרית !** אם הצלחתי לסמן וי על אחד ו-שתיים- חופש התנועה בכבישים העוקפים – יש לי חופש תנועה רגלי בכביש, כך שאין פגיעה בחופש התנועה. אם סימנתי על הכל וי- הגעתי לתוצאה 2 אפשרית – אפשר לסגור את הכביש ואפשר לא לסגור את הכביש. גם אם אני סוגר את הכביש-זה בסדר וגם אם אני לו סוגר- זה בסדר.

מתחיל שלב ב' –

אם לא היה לי שום שיקול משני שיכול לתמוך בסגירת הכביש- חייבים להשאיר פתוח – למה ? אני תמיד בעד הפתוח כי אני המפקח על התעבורה, אז אם אין לי שקול משני שתומך בסגירה בשלב ב'- התוצאה היא שצריך לפתוח את הכביש וזאת ההכרעה. אחד מהשיקולים המשניים – שיקול קואליציוני (אם הכביש לא ייסגר, ש"ס תפרוש מהממשלה – זה שיקול קואליציוני). שיקול משני אחר- התחשבות ברגשות הדת. ציבור דתי שגר בסמוך לכביש, מביא את שר התחבורה לסיור בשבת, נכנס לבית הכנסת מתחילים את התפילה ורעש של הכביש לא נותן לנהל ככה תפילה. שר התחבורה אומר- אם סוגרים את הכביש זה לא יוצר בעיה תעבורתית, הפסיקה קבעה שרגשות הדת זה חלק מהאינטרס הציבורי ומה שהוא שאפשר לשקול אותו.. ואז הסגירה הייתה חוקית. שיקולים משנים אנחנו רשאים ולא חייבים. חייב לדון באפשרות הזאת במבחן אבל אם מופיע בקייס שהיא כן שקלה .. זה חלק מהקייס.

דוג' שממשיכה עם אותו נושא של סגירת כבישים בשבת- הפעם אנחנו עוברים לסגירת שנקין בשבת בתל אביב- זה כביש קטן, זה לא עורק תחבורה ראשי אבל זה נתיב תחבורה עדיין. האם יש תושבים שגרים בשנקין ? כן. הכביש הוא באמת קטן אז המשמעות לתחבורה לא דרמטי ונגיד אני מצליח לסמן וי. צריך לשקול שיקולים ספציפיים מרכזיים. נתיב תחבורה- זה לא נזק משמעותי לתעבורה. כביש גישה למקרקעין- ביררתי 80% אין להם רכב בכלל. אז היתר חונים ברחובות ליד. אז גם ליד השיקול השני של הגישה למקרקעין מסמנים וי. וכמובן מובן שאין פגיעה בחופש התנועה- נסמן וי. <----- אם

אני מצליח לסמן וי ----> תוצאה 2 אפשרית ואז נגיע לשיקול משני – קואליציוני לא מענין- הממשלה לא מתעניינת בזה. מתברר שיש גרעין וישיבה דווקא בשינקין במעוז החילונית יש 5 חרדים מתוך 500 שגרים ברחוב. כשאני מגיע משלב א' לשלב ב' -אני לא אדיש ואני צריך תמיד להיות בעד התפקיד שלי, אני שר התחבורה מה שחשוב לי זה שהכבישים יהיו פתוחים – הם באו לרחוב חילוני, מסתכל על הנסיבות, על אופי השכונה וכו' וכו' נניח שהשכונה תמיד הייתה חילונית.. בא גרעין חרדי התיישב בשכונה חילונית, התשובה היא שאין שיקול משני !! <-----> הכרעה : לפתוח את הכביש !

שיקולים משניים – הקואליציוני + התחשבות ברגשות הדת + איכות הסביבה

דוג' נוספת – אנחנו רשות הרכבות , רצינו לפתוח את קו בין ת"א -לירושלים השקיעו מילארדים כספים . היום לוקח מלא זמן מת"א לירושלים.

אחת מציעה לנו את קטר א- מהיר ומזהם -30 ד'

קטר ב- איטי וידידותי לסביבה – 75 ד' שעה ורבע.

שמנו מיליארדים – חסכנו רבע שעה. במי לבחור ?

שיקולים מרכזיים ? עבור רשות הרכבות – מה שחשוב שהנסיעה תהיה בטוחה, זולה טובה ומהירה.

אם כתוב בחוק- רשות הרכבות תדאג לרכבת זולה אבל אם כתוב שהרשות צריכה לדאוג למהירה וזולה.

נניח שאיכות הסביבה הוא שיקול משני עבור רשות הרכבות ? היא לא אמונה על זה. אני הולך ליועמ"ש אני חושב שחשוב לשמור על איכות הסביבה ולבחור בקטר ב' מה דעתך המשפטית? אם מסמנים וי על השיקול המרכזי של יעילות קו הרכבת --- ממשיכים לאפשרות 2. האם ניתן לסמן וי? בשביל מה שמנו מיליארדים בפרויקט תשתית וחצבו בהר .. כדי לחסוך רבע שעה? לא יכול להיות שאוטובוס יהיה יותר מהיר מאשר הרכבת. לבחור בקטר ב' זה איקס X – אפשרות אחת – סוף הדרך <----> כך צריך לפעול (הולכים לדרך השניה) <----> צריך לבחור בקטר א' .

שינינו את הנתונים – קטר א- 30 דק

קטר ב' – 35 דק'.

הוא רוצה לבחור בקטר ב'- השיקול המרכזי שלי- יעילות ומהירות קו הרכבת – השקענו מיליארדים – האם בשניהם הבאנו שיפור משמעותי לשיפור הרכבת ? כן. זה הרבה יותר מהיר ויעיל מאשר השעה וחצי שהיה. היועמ"ש אומר- אם אתה בוחר בקטר ב' – זה עדיין יעיל ומהיר. אם אני מסמן וי על שיקול מרכזי <----> תוצאה 2 <----> שיקול משני – איכות הסביבה - החיסכון באיכות הסביבה, קטר ב' הוא יותר נקי יותר בסביבה ההבדל בזיהום הוא מאוד שולי . הב' לא חוסך הרבה בזיהום אוויר. הרשות כשמגיעה לשלב ב' היא בעד יעילות ומהירות – רק אם יש מה שהוא משני משמעותי זה יוביל אותה לשינוי ... אם החיסכון הוא מאוד קטן – אסור להתחשב בו – ואז נבחר בקטר א' !!!! אבל אם נגיד שהחיסכון משמעותי מאוד – נבחר בקטר ב' !

עוד עובדה – מה ההבדל בזמנים שלוקח לא' ולב' ? חמש דק'. באים המומחים ומסבירים למנהל רשות הרכבות , חמש דק' בזמן נסיעה מת"א לירושלים של עובד זה עלות למשק של 2 מיליארד ₪ למדינה. אם נבחר בקטר ב' – הוא יאחר בחמש ד' לעבודה – האם מנהל רשות הרכבות אחראי לתפוקה של המשק ? לא. האם זה נוגע לטובת הציבור ? כן ! עוד שיקול משני- עלות למשק – ההבדל בעילות מאוד קטן --- לכן נעבור לתוצאה 2 אפשרית – שלב ב' – שני שיקולים משניים – איכות הסביבה + עלות לשוק – 2 מיליארד בשי"ח אם ניקח נשים באיכות הסביבה נחסוך [י מיליון זיהום אויר ממה שחסכנו מהקטר הידידותי – ואז מה קורה ? נוצרה התנגשות בין שיקולים משניים אחד אומר – תבחר בקטר הידידותי לסביבה והשני אומא- מה השתגעת זה עולה 2 מיליארד ₪ - השיקול של ה- 2 מיליארד יותר חזק – נלך למזהם . כי בכסף הזה ניתן לשים מסנן על תחנות הכוח !

29.4

פס"ד פורז – לפני המהפכה החוקתית - צריך לבחור את רב העיר שאחראי על שירותי הדת ברשות המקומית. הגוף הממנה לא ממנה אישה לגוף שבוחר את רב העיר. אילו שיקולים מרכזיים יש פה מתוך הנחה שלמועמדים לתפקיד יותר נוח כשלא יושבת אישה בגוף שבוחר אותה. מה הם השיקולים המרכזיים בענייננו? אני ממנה גוף שיהיה מורכב מגברים כדי שהמועמדים לתפקיד ירגישו יותר נוח. כדי שאעשה את זה אני צריכה לבחון את העיקרון החוקתי, לא מפלה. צריך בסוף ההליך צריך לבחור ברב העיר הטוב ביותר. אם 80% יסירו מועמדות כי הם לא רוצים להיבחר על ידי האשה.

1. בחירת רב העיר הטוב ביותר- זה שיקול ספציפי מרכזי

2. שוויון מגדרי – הזכות לשוויון. פגיעה בשוויון המגדרי כעיקרון חוקתי. – כללי מרכזי (קבוצה ב').

אם לא תמנה אתה תפגע בחוקה בעיקרון החוקתי.

הש' ברק אומר לנו איך לאזן- אנחנו לפני פסקת ההגבלה, היום היינו הולכים על פסקת ההגבלה כי אנחנו מחילים את פסקת ההגבלה כשעיקרון חוקתי מעורב. ברק אומר – אם תוכיחו לי שלא ניתן לבחור רב עיר כשיושבת אישה בגוף הזה, אז זה גובר על עיקרון השוויון. אם היו מוכחים שאם תשב אישה לא ייבחר רב עיר, אז היינו מעדיפים את המטלה הספציפית של החוק לבחור רב עיר על השיקול החוקתי. אבל מכיוון שבית המשפט לא השתכנע מזה, השיקול החוקתי גובר ואם השיקול החוקתי גובר – חייבים למנות אישה לגוף שבוחר את רב העיר.

הפרדה מגדרית במוסדות אקדמיים- מה המטרה הספציפית לפתוח מסלול חרדי באקדמיה? להנגיש את ההשכלה הגבוהה באוכ' החרדית. אבל יש גם פגיעה- אם יש נשים בסגל זה פוגע בחופש העיסוק שלהן, זה פוגע גם בשוויון. הרי אם הגברים ילמדו רק, חברי סגל שמעמדם יגבר לעומת זאת חברי הסגל הנשים תהיה לידם כוכבית שהם לא יכולים ללמד את אותם חרדים. אז גם פה יצטרכו לעשות איזונים וזה ייעשה על פי פסקת ההגבלה . שיקולים מתנגשים – אם אני לא אפריד – חלק גדול מהמועמדים לא יבואו ללמוד. חלק מהמחברים מהסלול החרדי לא יבואו ללמוד. שיקול כללי- מנוגד לחוקה. שתי דרכי להחיל את עיקרון השוויון- אם הגוף הוא דו מהותי- הוא מחייב וחלק מהנורמות של המשפט הציבורי חלות עליו. ולחייב אותו שלא להפלות. גם החוק אוסר על אפליה בעבודה והחוק חל עליו אז אפשר גם

להחיל פשוט את החוק. דרך אחרת היא לחפש את הגוף השלטוני, המל"ג, גוף שנתן רישיון לאותו מסלול חרדי – המל"ג גוף שלטוני – אני בא למל"ג ואומר לו אסור לתת רישיון למסלול שמתקיימת בו אפליה.

פס"ד מרדי –

מחלקים מענקים למגדלי הפרחים. הרעיון הוא לעודד את החקלאים ולעודד ייצוא. ישראל שולחת פרחים לכל העולם. באיזה שהוא שלב, באמצע שנת התקציב נגמר הכסף בקופה. אני מתחיל לחלק לכל חקלאי שעומד בקריטריונים אני מחלק מענק, ונגמר לי הכסף. ואז אני מפרסם מודעה- מי שלא הגיש את הבקשה למענק עד תאריך מסוים- אבוד לו. נגמר הכסף. מה השיקולים שיש לי כאן- האם את החוקה מעניין? לא. זה שוויון אבל לא שוויון שמעניין את החוקה. מגדלי הפרחים אלה לא קבוצה בעייתית שזקוקה להגנה של החוקה. יש לנו חובת הגינות על כל רשות מנהלית וממנה נגזרת החובה לנהוג בשוויון. ואם אני מפלה בין מגדל פרחים אחד לאחר, זה לא פוגע בעיקרון חוקתי אבל פגיעה בשוויון המנהלי.

1. איזה שיקול זה פגיעה בשוויון המנהלי- (כללי מרכזי מקבוצה ב').

2. פגיעה בהגינות <---- הפתעת האזרח- הודיעו ברגע האחרון כשהאזרח צריך לכלכל את מעשיו.

(כללי מרכזי מקבוצה ב'). אסור לך להפלות ואסור לך להפתיע את האזרח באופן שהוא לא הוגן. מה השיקול שיכול להצדיק כן להפסיק את המענקים? נגמר הכסף. איזה שיקול זה נגמר הכסף- אפשר להגיד שזה חלק מהשיקולים הספציפיים המרכזיים ואם זה היה כך היינו מגיעים לאיזון כלשהוא.. השי' זמיר- חייבים לשלם לכל מי שעומד בקריטריונים את המענקים ואסור להפלות. אבל אם נגמר הכסף מאיפה נשלם? לפעמים יש רזרבות במשרד, לפעמים ניתן לבקש העברה בין תקציב לתקציב ואפשר גם לקחת מהתקציב של שנה הבאה. העובדה שזמיר לא מאזן בכלל ואומר שחייבים לשלם אומרת לי שהשיקול התקציבי – אין כסף- הוא שיקול כללי משני מקבוצה א'). העובדה שזמיר לא עושה שום איזון ובכל מקרה אומר- אתם חייבים לשלם ולהשיג שוויון והוא נותן להם פתרונות. השיקול התקציבי הוא שיקול משני ולא ספציפי. השיקול הספציפי המרכזי- הוא לעודד ייצור וייצוא פרחים לחול. למה חילקתי מענקים? כדי שאותם מגדלי פרחים ימשיכו לגדל פרחים. האם השיקול הזה יכול להצדיק להפסיק לשלם באמצע השנה? לא יכול להצדיק. בגלל שהוא מתעלם מהשיקול של אין לי כסף- הוא לא מרכזי ספציפי אלא משני. השקילה- להמשיך לשלם למרות שנגמר לי הכסף. אם אני מפסיק לשלם אני לא יכול לסמן וי על השוויון, אם אני מפסיק לשלם האם אני יכול לסמן וי על הפתעת האזרח? לא. האם אני יכול לסמן וי על התמיכה ביצואנים? לא. כי הם לא יקבלו את הכסף. ברגע שאני לא יכול לסמן וי על שלושת המרכזים <--- תוצאה 1 אפשרית <-- המרכזיים מחייבים כך או אחרת שאומר שצריך להמשיך לשלם לכל מי שעמד בקריטריונים. אם היינו מסמנים וי על כולם <--- תוצאה 2 אפשרית <--- שלב ב' <---- שקילת משניים- טוב אין כסף, נפסיק לשלם. <---- הכרעה.

דוג' מהחיים- צריך למגן את חדר המיון ברזילאי באשקלון. מתחילים העבודות ומתגלים שם קברים. ויש חשש שמדובר בקברים של יהודים. אתר קבורה ארכיאולוגי. השר חושש מחילול קברים ומורה על הפסקת העבודות. השאלה היא האם ניתן להפסיק את העבודות בשל גילוי הקברים? כבוד המת- יש פסיקה שמדברת על זה על מה שהוא חוקתי. רגשות הדת- שיקול משני. כי שר הבריאות ממונה על בתי

החולים הממשלתיים והם צריכים להיות מקומות בטוחים לבוא ולהתאשפז שם. רגשות הדת- שיקולי כללי משני – קבוצה א'. במרכזיים- 1. מיגון חדר המיון שירותי אשפוז בטוחים- שיקול ספציפי מרכזי- על זה אני ממונה כשר הבריאות. עכשיו אם החמאס הגדיל את טווח החיים ואשקלון נכנסה לטווח הטילים האם זה מה שהוא שניתן לדחות אותו? זה דחוף אי אפשר!! אם אפשר היה לדחות, לסמן וי כי חמאס אולי רק בפיתוח טילים ---תוצאה 2 אפשרית – שלב ב' – שקילת משניים- רגשות הדת---ולשקול את רגשות הדת ולהפסיק את העבודות. אבל אם לא ניתן לסמן וי- כי יש טילים כבר לחמאס, אי אפשר לדעת מתי יפרוץ שוב עם חמאס ולכן לא ניתן לסמן וי --- תוצאה 1 אפשרית- אי אפשר לפסוק את רגשות הדת--- < צריך להחיל כפי שהמרכזיים מחייבים. אם אפשר היה לבנות גשר בהשקעה סבירה מעל הקברים כך שניתן להמשיך את העבודות בלי לחלל אותם—ניתן לסמן וי ---תוצאה 2 אפשרית- לבנות את הגשר ולהציל את הקברים. רשות העתיקות באה לבקר את האתר, לבדוק את האתר, היא בדקה את האתר הארכיאולוגי וקבעה שקודם כל זה לא יהודים ומדובר בפלישתים שהיו אויבי היהודים והם מאמינים באילילים ומדובר בקברים פאגניים. רגשות מי ייפגעו? יש פה קהילה יהודית זה לא קברים של יהודים, יש פה רגשות של מוסלמים אבל זה לא קברים של מוסלמים. כשאני מגיע לשלב ב' ----- אני בעד למגן מיד ובכמה שפחות עלות. אני תמיד בלמגן מיד בכמה שפחות עלות. ואז אני מגיע לשלב ב'—מה ישכנע אותי לדאוג לרגשות הדת? רק אם זה שיקול רציני. פה אני רוצה להתחשב ברגשות הדת אבל אין לי שום חברה בחברה הישראלית שרגשות הדת שלה ייפגעו. מכיוון שהוכח שהקברים האלה הם לא של אף אחד לכאורה אלא פשוט למגן בכמה שפחות עלות ובלי להתחשב בקברים האלה.

עילת חוסר הסבירות – כל מה שלמדנו מעל!

פרק 10: סבירות:

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

כל מה שהיה בתרשים- בשני השיעורים האחרונים- זה חוסר סבירות – שלב א' +שלב ב' + שיקולים מרכזיים+ שיקולים משניים. +תוצאה 1 + תוצאה 2

משקל חסר- לא נתתי משקל ראוי לשיקול מרכזי שהרשות חייבת לשקול.

4 מצבי חוסר סבירות- מתי בית המשפט יתערב ? ההחלטה היא בלתי סבירה

מצב 1- חוסר סבירות הנעוץ בשלב א' של תורת שיקול הפעלת שיקול הדעת – חוסר סבירות בשקילת המרכזיים .

1. **אי שקילת שיקול מרכזי- (פס"ד חורב) –** לא שקלו כמה תושבים חרדים לא יוכלו להגיע למקום מגוריהם. אם לא שקלתי בכלל שיקול מרכזי למה זה חוסר סבירות? אם לא שקלתי בכלל ברור שזה משקל חסר. נתתי משקל חסר לשיקול מרכזי.

2. **איזון מעוות(בלתי ראוי) בין שניים או יותר שיקולים מרכזיים-** מה עושים בשלב א' שיקולים רק מרכזיים. ב-2 שקלנו את כל המרכזיים אבל היה צריך לאזן ביניהם והאיזון היה מעוות- נתנו משקל חסר למרכזי אחד והעדפנו מרכזי אחר. למשל- הצינוק – חודש בצינוק שיקול מרכזי אחד- משמעת – שיקול מרכזי ספציפי. שיקול מרכזי שנ- חוקתי- כבוד האדם. אם תבוא פסקת ההגברה זה חוקתי – נתתי משקל חסר לחוקתי – פסקת ההגבלה אמורה לדאוג שנכבד את העיקרון החוקתי. אם אני לא עומד בפסקת ההגבלה- נתתי משקל חסר לחוקתי, לכבוד האדם ושלמות הגוף. ונתתי משקל יתר למשמעת בכלא. לא נתתי משקל ראוי לפגיעה שתינתן לאדם, לפגיעה הנפשית. פס"ד פורז- רציתי כמה שיותר מועמדים טובים לתפקיד רב העיר- שיקול מרכזי ספציפי למי נתתי חסר? לשוויון- לעיקרון מגדרי כעיקרון חוקתי- חוסר סבירות שנעוץ בשלב א' . לשיקול החוקתי נתנו משקל חסר . הרי אם השיקול חוקתי- נלך לפסקת ההגבלה. בפורז לא הייתה עוד מהפיכה חוקתית ואז נקבע שם לפי ברק... דיברנו על זה.. לא לשלב אישה – הייתה חוסר סבירות חוקתית .

עוד דוג' לאיזון מעוות בין מרכזיים---->(פס"ד התנועה לאיכות השלטון) ----> **פרשת השר דרעי**.

אחד מפסקי בדין המרכזיים. פרשת דרעי. ! ההלכה הזאת חשובה! אמירה של בית המשפט שיקול אמון הציבור ברשויות השלטון. איך צריך לסווג אותו לפי מה שדיברנו ? אם ילך ויישחק אמון הציבור זה יפגע בכל מערכת השלטון ושמנו את זה כשיקול מרכזי כללי מקבוצה ב'. מרכזי כללי שנגזר מעקרונות היסוד של המשפט המנהלי. למה זאת הלכה חשובה? כי כל אחד צריך לשקול את זה כשהוא בא לפטר או למנות והוא צריך לתת לזה את השיקול הראוי. רה"מ לא רצה לפטר את דרעי גם כשהוגש נגדו כתב אישום חמור נגדו בעבירת שוחד. השוחד היה קשור לתפקידו כשר הפנים, עבירה שיש עמה קלון. למה רה"מ רצה להשאיר אותו בתפקידו? הבטיח לו – אני לא אפטר אותך עד המשפט. האם סמכות שמחויבת לא לפטר יכולה להבטיח את זה? אתה לא יכול להבטיח למי שהוא שלא תפטר אותו, אין לך סמכות כזאת להבטיח שלא לפטר, כי אם הוא יעשה מה שהוא אני אהיה חייב לפטר. הסיבה השני- ש"ס יצא, אם ש"ס יצא אין לי ממשלה- שיקול קואליציוני לא לפטר. – שיקול משני. האם יש עוד שיקול מרכזי שיכול להצדיק להשאיר אותו בתפקידו? חזקת החפות- טרם הורשע בדין אבל הפסיקה וגם הספרות- חזקת החפות חלה בהליך הפלילי ולא ביחס להחלטות מנהליות. חזקת החפות עומדת לו בהליך הפלילי. גם אם לא נכניס שיקול חוקתי כמו חזקת החפות, יש פה את ענין ההגינות- לא לפגוע בו שלא לצורך. יפגעו בו, לא תהיה לו עבודה. ואז צריך לאזן בין ההגינות כלפי דרעי לבין אמון הציבור ברשויות השלטון. השיקול הספציפי- למנות את האדם הטוב ביותר לתפקיד. דוג' לשני שיקולים מרכזיים כלליים שנגזרים מהמשפט המנהלי שמתנגשים. עכשיו צריך לעשות איזון- מי יקבע מה האיזון הראוי? אולי היה צריך יועמ"ש, אבל הרבה פעמים האיזון נקבע ע"י בית המשפט ובמקרה הזה- בית המשפט אומר שעדיף לפטר אותו. בגלל שכתב האישום הוא על עביר סופר חמורה, על שוחד שקשור לתפקידו בתחום הציבורי ולכן הפגיעה באמון הציבור היא קטלנית- זה גובר על כל השיקולים של ההגינות, חזקת החפות. כשיש פגיעה קטלנית באמון הציבור – גובר על כל השיקולים שמספקים לטובת דרעי. בית המשפט אומר- זה האיזון הראוי. רה"מ החליט לסתות מהאיזון- ההחלטה שלו היא חוסר סבירות- הוא נתן משקל חסר לשמירה על אמון הציבור ברשויות השלטון. זה חוסר סבירות קיצוני. שמצדיק להתערב בהחלטה.

מקרה הפוך- יש רק חשדות לגביו שהוא מעל באמון הציבור. אם הפגיעה באמון הציבור לא כ"כ קשה כמו בהגשת כתב אישום, אז ההגינות כלפיו גובר, שיקול ההגינות מתגבר! ההלכה- בית המשפט קבע את האיזון- בנק' של הגשת כתב אישום. יהיו מקרים אולי בעתיד שחשדות ראשוניים למרות שהם ראשוניים, מצבים מסוכנים – אז הנק' תשתנה.. אבל בינתיים כתב האישום הוא הנק' הקריטית.

אם בית המשפט יגיד שיש חוסר סבירות באיזון בין מרכזיים. במשקל חסר שנתנו לאמון הציבור, יש בכלל חשיבות לשיקול הקואליציוני? אם נפלנו בהגינות ואמון הציבור כלפי השר? ברגע שחוסר הסבירות הוא בשלב א- אתה חייב לפטר אותו. כל תוצאה חוץ מלפטר אותו היא בלתי סבירה ואז לא נגיע לשיקולים המשניים. ברגע שיש חוסר סבירות במרכזיים- על מה רה"מ לא יודע לסמן וי? על השיקול של אמון הציבור.. ברגע שאין לי וי על אחד מהמרכזיים אני בכלל לא יכול ללכת למשני.. לשיקול הקואליציוני.

דוג' שמחברת אותנו לדוג' 2 - לא ברור בדוג' אם זה מצב 1 או 2 –

פס"ד אדוארדו- מיגון מוסדות החינוך בעוטף עזה. המיגון במוסדות חינוך הוא מיגון חלקי. ונגיד כיתה אחרת ממוגנת ואז במצב חירום כולם רצים לשם. התלמידים צריכים לתרגל שבעת אזעקה הם צריכים לרוץ לאזור המוגן. עשו ניסוי במיגון חלקי- אומרים לתלמידים- כולם צריכים להגיע לאולם הספורט, לאזור הממוגן. חלק מהתלמידים לא הגיעו. הניסוי הוכח ככישלון. זה מגיע לבג"ץ- אני, מערכת הביטחון אחרי על פיקוד העורף, אחראי על המיגון. יש פה את ממשלת ישראל שצריכה להחליט כמה כסף ואיזו רמת מיגון היא מספקת לאזרחים. שיקול מרכזי ספציפי- אני צריך להגן על התלמידים, לדאוג לביטחונם. אם הניסוי נכשל- המצב לא טוב. אני לא דואג לביטחון האזרחים. ואז אומר בג"ץ – למרות שהניסוי נכשל היא לקחת שיקול מרכזי ספציפי ולתת לו משקל חסר. <-----

3. יש שיקול אחד מרכזי והוא קיבל משקל חסר.

וזה בדיוק התפר בין מצב 1 למצב 2- לא משנה כמה זה עולה- צריך לתת ביטחון. כן שקלתי את המרכזי, את הביטחון, נתתי לו משקל חסר. יש רק שיקול אחד- אתה צריך לדאוג לביטחון – הניסוי נכשל ולמרות זאת לא נתת לו משקל, התעלמת מתוצאות הניסוי- ונתת לשיקול משקל חסר.

השיקול אומר- אם הניסוי נכשל והמיגון החלקי לא מגן על התלמידים- אתה צריך לשקו מיגון מלא – אבל נתת משקל חסר, אמרת שזה מספיק טוב. זה משקל חסר. הפסיקה של בית מהשפט- ניתן משקל חסר לתלמידים, המיגון החלקי לא נותן להם ביטחון. פסיקה דרמטית- בית המשפט לא אוהב לחייב הוצאות דרמטיות. בית המשפט חייב את כל בתי הספר בתג מחיר של 192,000,000 ₪. כי אותו סכום יעבור ממשרד הבריאות. * המרצה חושב שזו פסיקה שגויה- תפקידה של הממשלה לדאוג לביטחון האזרחים. צריך להשקיע כסף בצבא, בכיפות ברזל. מיגון פה, מיגון שם.. זה לא ייגמר לעולם.

מצב 2- חוסר סבירות הנעוץ בעצם המעבר לשלב ב' ושקילת משני-

פה עצם חוסר הסבירות, (עברנו כשלא ניתן לסמן וי על אחד המרכזיים). למרות שלא סימנו וי על השיקול המרכזי – עברנו למשני – העדפנו את המשני על המרכזי שלא הצלחנו לסמן עליו וי. <--- חוסר סבירות.

דוג' שנסביר- פס"ד חורב, פס"ד אדוארד, קטר איטי וידידותי בסביבה, מיגון בית החולים ברזילאי, פס"ד מרדי

פס"ד חורב- שיקול משני- רגשות הדת. שיקל משני—אולי אני במצב ב'. אם הרשות שקלה רק מרכזיים אנחנו במצב א'. איפה חוסר הסבירות? בוא תראה לי שאתה יודע לסמן וי על כל המרכזיים לפני שאתה שוקל את רגשות הדת, שזה שיקול משני. יהיו פקקים בכביש, אתה הולך לסגור אוטוסטרדה של 6 מסלולים, איך אתה דואג לתעבורה? אתה צריך לדאוג לכל השיקולים התעבורתיים. כביש גישה למקרקעין- לא בדקו בכלל כמה תושבים חילוניים יש.. אז אין לי וי על כל השיקולים המרכזיים ואני עובר למשני בלי שסימני וי על כל המרכזים. כל חוסר סבירות זה מתן משקל חסר לשיקול מרכזי. אם אתה לא יכול לסמן וי על מרכזי ואתה הולך ומעדיף משני כמו רגשות הדת, אז נתת משקל חסר על השיקול המרכזי!!!!

פס"ד אדוארדו – אני צריך לדאוג לבטחון תלמידי ישראל. עולה הרבה- שיקול תקציבי- שיקול משני. ראינו שהשיקול התקציבי, כמה זה עולה לי.. יש לי כסף אין לי כסף הוא לא יכול לעמוד מול השיקולים המרכזיים. עכשיו היא אומרת- עשיתם ניסוי של מיגון- אמרתם לתלמידים – רוצו.. אפשר לסמן וי? אי אפשר לסמן וי על הביטחון! (לדעתו של המרצה שאפשר לסמן וי על השיקול המרכזי- ביטחון למדינת ישראל כי אפשר לתקוף, לפתח כיפות ברזל, לא לשלוח את התלמידים לבתי הספר). זכותה של הממשלה להגיד- הניסוי נכשל וחלק מהתלמידים לא אתנו- אי אפשר לסמן וי- אסור היה לשיקול בכלל את השיקול המשני של כמה זה עולה לי.

14.5

קטר- בחרנו בקטר ב' הוא ידידותי לסביבה אבל איטי מאוד. היום מגיעים לירושלים בשעה וחצי והקטר עושה את זה בשעה ורבע- האם ניתן לסמן וי על שירות רכבת יעיל ומהיר וטוב ולסמן וי? המדינה לא השקיעה מיליארדים בפרויקט הרכבת לירושלים כדי לרדת משעה וחצי לשעה ורבע. הממשלה רצתה להביא את ישראל למדינות מתקדמות מבחינת תעבורה- במדינות מתקדמות זה לא אמור לקחת יותר מחצי שעה. לכן לא נוכל לסמן וי אבל בכל זאת עברנו לשלב ב- של שקילת השיקול המשני-

בית חולים ברזילאי- האם מותר לי למגן את בית החולים בלי לפגוע ברגשות הדת- שיקול מרכזי- שירותי בריאות בטוחים לציבור. אם חמאס הגדיל את טווח הקסאמים וזה הגיע למיון ברזילאי- האם זה יכול לעכב לי את עבודות המיגון של חדר המיון כדי לשמור על רגשות הדת ולהציל את הקברים? אם מחר יכול ליפול טיל על המיון- חייבים למגן מידית-

האם אני יכול לבנות גשר תוך כדי המיגון? יכול להיות שאוכל לסמן וי ולעבור הלאה.

מגדלי הפרחים הפסיקו לשלם מענקים למגדלים כי נגמר הכסף- שקלו שיקול תקציבי – משני. מרכזי- שוויון בחלוקת במענקים. אם אני לא מצליח לסמן וי על השוויון וגם לא על ההגיונות אז אני לא יכול לעבור למשני.

מצב 3- אפשר לסמן וי על כל המרכזיים, הרשות מראה לבית המשפט שהיא יודעת לדאוג לכל המרכזיים אנחנו לא בתוצאה אחת אפשרית אלא תוצאה 2 אפשרית. ואנו בעצם יודעים להגיע לשלב ב- אולם השיקול המשני אינו רציני ובעל משקל משמעותי כדי להצדיק הקרבה בשיקול המרכזי הספציפי. כל זה זה הוא משקל חסר לשיקול המרכזי הספציפי

שלב ב- שקילת משניים. הרשות לא אדישה ביחס לתוצאה היא תמיד יוצאת מנק' הנחה עפ"י התפקיד הספציפי שלה. אם אני רשות הרכבות אני בעד קטר מהיא ויעיל ואני בעד זה לאורך כל הדרך ואם אני מנהל בתי החולים הממשלתיים אני אחראי עליהם אני רוצה שעבודות המיגון יתנהלו כמה שיותר מהר כדי ששירותי האשפוז יהיו בטוחים.

רק אם התברר שהשיקול השמני הוא רציני יש סיכוי שהוא ישכנע אותי להקריב מה שהוא מהתפקיד הספציפי שלי. מה אני מקריב בזה שסוגרים כביש בשבת? זה לא טוב לתעבורה אבל אם השיקול של הדת הוא מאוד רציני שווה להקריב מה שהוא בשיקול הספציפי. אם אני אבחר בקטר ידידותי לסביבה

אני מקריב מה שהוא מהתפקיד הספציפי שלי שדורש ידידותי הרכבת יהיו מהירים ויעילים וטובים אז צריך להיות מה שהוא מאוד רציני באיכות הסביבה – חוסך זיהום.

דוג- סגירת שינקין בשבת- זה לא עורק תחבורה ראשי. גם ככה הוא חצי מדרחוב. התושבים רובם אינם בעלי רכב ואלה שמחנים רכב יש פתרונות חניה סמוכים אז אפשר לסמן וי על כל המרכזיים---- ואז עוברים לשלב ב- רגשות הדת- גרעין חרדי שהתיישב שם. אז מה בשבילו עכשיו לסגור את הכביש בשבת? זה לא שווה לסגור את הכביש בשבת אם זה שיקול משני. אם אני כן סוגר אותו אני מקריב מה שהוא בתעבורה בשביל כלום- בשביל שיקול משני לא רציני וזה משקל חסר לתעבורה.

דוג' שנייה- בחירה בקטר הידידותי לסביבה כשהזיהום הוא שולי –

בחרנו ב- ב' כי הוא ידידותי- כן שקלו שיקול משני. אפשר לסמן וי על המרכזי ואפשר לעבור למצב ב'- פה אפשר לעבור כי זה 35+30 דק. אם תבחר שעה ורבע זה לא שירותי רכבת יעילים.

מצב 3- כשהזמנים ברכבת הם קרובים- חצי שעה ו-35 דק ואז מותר לי לעבור לשלב ב' ולשקול איכות סביבה אבל גם כשמוותר לי לעבור לשלב ב'- אני לא עוב אדיש!! אני בעד רכבת זולה ומהירה. כשאני מקריב מה שהוא צריך שיהיה משמעותי!! אם הזיהום הוא שולי לחלוטין לא מקריב 5 דק. מותר לי לשקול איכות סביבה אבל החיסכון בזיהום הוא שולי.

דוג' שלישית- התגלו קברים של פאגנים (פלשתים מלפני 2500 שנה) – מדובר על מיגון חדר מיון בברזילאי. השיקול היה – אם יש שם קברים של יהודים, נוצרים, מוסלמים והעבודות ימשכו כרגיל תהיה פגיעה ברגשות הדת. שלב א'- צריך לבדוק אם צריך למגן מיד? האם המיגון דחוף? אם טווח הטיילים של חמאס מגיע לחדר מיון אז זה דחוף כי עימות עם חמאס יכול לקרות כל יום. אז אני יכול להתחיל מיד עם עבודות המיגון ולבנות גשר ואמשיך לתפעל אותו והוא ממשיך למגן בלי לחלל את הקברים. אם אני ממשיך במיגון חדר המיון- באמצעות הגשר ניתן לעבור לשלב ב'. כדי שאוכל לעבור לשלב ב' ולשקול רגשות דת- אבנה את הגשר. נניח אני הולך על אופציית הגשר, אני רוצה לעבור לשלב ב' ולשקול שקולי דת. אם באה אלי רשות העתיקות ובאתר הזה לא חיו אף פעם מוסלמים, יהודים או נוצרים אלא חיו שם פלשתים וחילול קבריהם לא יפגע באף סביבת אוכי לכן שיקול הדת הוא חלש!! ואם השיקול חלש הוא לא יכול לדרוש ממני שום הקרבה במיגון. המטרה- למגן את חדר המיון ולהוציא כמה שפחות משאבים ממשרד הבריאות. ואם היה כתוב שהתגלו קברים של יהודים- שיקול משמעותי- מצב 2- אפשר לעבור כי השיקול הוא משמעותי ועקרוני. מתי תהיה חוסר סבירות? אם עצרתי את עבודות המיגון זה כדי לשמור על הקברים. וזה מצב של חוסר סבירות – 2. זה חוסר סבירות כי אסור לי להפסיק את עבודות המיגון. אני לא יכול לסמן וי על השיקול המרכזי. נניח אני בונה גשר אז אני יכול לסמן וי. – אבל מצב 3 בא ואומר לי- אם אני יודע לתת פיתרון לשיקול המרכזי כמו פה עם הגשר – ניתן לסמן וי על כל המרכזיים- ממשיכים למגן עם הגשר – זה מצב 3 – אפשר לשקול את רגשות הדת ואז מנהל רשות העתיקות זה לא קברים של יהודים, מוסלמים או נוצרים והשאלה היא- למה לבנות את הגשר? אסור לשקול את השיקול המשני הזה של רגשות הדת.

מצב 4- ניתן לסמן וי על המרכזיים + השיקול המשני רציני אולם יש משני אחר שגובר –

דוג' הקטר- 10 דק לעיכוב לעובד פר שנה- עלות למשק 2 מיליארד ש"ח (-שיקול משני אחר שגובר)אם תיקח את הכסף הזה ותשקיע בהפחתת זיהום אויר- אתה תוריד את האנרגיה לפחות מזהמת- זה אומר לכאורה ניתן היה לשקול את שיקול איכות הסביבה ובא שיקול אחר ואמר- שלא תעזו!! תהיה לזה עלות כלכלית גבוהה למשק!!

(**מתחם הסבירות- אם הטעות היא קטנה בית המשפט לא יתערב כי במתחם הסבירות – לא למבחן).

פרק 11: הפלייה לטובת אחר:

אם אני מבדיל בין אנשים על בסיס שיקול שלא נופל באף קטגוריה, איזו עילה זו? השיקול שהוביל אותי, זה הוא שיקול זר. במקום להגיד אפליה יכול הייתי להגיד- שיקול זר. אם מותר לי להפריד ביניהם הוא חלש לעומת השיקול להתייחס אליהם בשוויון- קבוצות השוויון- מגדלי פרחים מסוג א' ומגדלי פרחים מקבוצה ב'.

דוג- סטודנטים שלומדים במוסדות להשכלה גבוהה לא מקבלים תמיכה מהמדינה. – קבוצה א'.

אברכים(פס"ד יקותיאל)- הם לומדים בישיבה וכן מקבלים תמיכה מהמדינה. אומנם קטנה. – קבוצה ב'

והנה יש כאן יחס שונה לשתי הקבוצות. בעילות שלמדנו עד עכשיו ניתן היה לטפל בזה בלי לערב את ההפליה.

מה הסיבה להפריד בין הקבוצות האלה? נניח והשיקול הוא קואליציוני- אני צריך ממשלה. השותפות לקואליציה לא דורשות תמיכה בסטודנטים אבל בלי תמיכה באברכים – לא תהיה ממשלה. האם זה שיקול זר? שיקול משני. אבל האם השיקול המפריד בין שתי הקבוצות לא נופל באף קטגוריה? למשל חלק מהאברכים הם חברי מפלגה ואני הרי רוצה את התמיכה שלהם- זה לא שהממשלה תיפול- זה פשוט משרת אותי בקמפיין הפוליטי שלי- שיקול זר. זה יכול לפסול את כל ההחלטה. אז למה אני צריך את שיקול ההפליה אם יש לי שיקולים זרים? לכאורה לא צריך. אבל נניח והשיקול הוא לא זר להפריד בין הקבוצות האלה. אני רוצה להפריד בין הקבוצות כדי שהממשלה לא תיפול. זה שיקול משני- מתי מותר לי לשקול שיקולים משניים? רק אחרי שסימנתי וי על המרכזיים. עק' היסוד של המשפט המנהלי – אין ספק שבמשפט המנהלי יש עיקרון נגזר מעק' היסוד- שיקול שוויון והגינות. אם אני לא יודע לדאוג לזה אסור לי לשקול את השיקול המשני- זה יהיה מצב חוסר סבירות מצב 2- אסור לי בכלל לשקול שיקול קואליציוני ובכל זאת נתתי לאברכים את התמיכה.

איך מפעילים את העילה של אפליה לטובת אחר? מתי נגיש שיש אפליה לטובת אחר? בשני שלבים-

שלב א'- בחינת החלוקה לקבוצות שוויון ("השוויון החיצוני"). בדוג' שלנו יש שתי קבוצות- סטודנטים ואברכים

1. האם החלוקה משיקולים זרים או משיקול רלבנטי? (האם יש שוני רלבנטי)-

אם החלוקה היא משיקולים זרים נפלנו. אסור לשקול שיקולים זרים ואני לא יכול לבסס את היחס השונה לשתי הקבוצות. האם ניתן לומר שיש כאן שיקול להבדיל בין שתי הקבוצות האלה? שיקול קואליציוני – יש מה שהוא יותר טוב? האם יש בין הקבוצות שוני רלוונטי. זה צריך להיות רלבנטי למטרת החלוקה- לעזור לאנשים שלא עובדים. אפשר בכל זאת למצוא הבדל- הסטודנטים שלא עובדים יכולים לקבל הלוואות ללא ריבית בהקשרים מסויימים, יכולים לקבל מלגות אבל מיד כשהם מסיימים את הלימודים הם יגיעו לרמות שכר טובות. מה הסיפור של האברכים? רכשו מקצוע שלא ייתן להם

בסיס כלכלי. (פס"ד יקותיאל) - לא הצדיקו. השיקול של מה יעזור לי פוליטית כשהמשלה לא נופלת בגלל זה- שיקול זר- נופל ואז לא ממשיכים ל-2.

פס"ד טיקוצקי – הם עתרו לבית המשפט. מדובר פה על מלחמת לבנון השנייה.

קבוצה א' – אזור הספר הקבוע (מי שחטף קטיושות כל השנים הוא במצב בטחוני קשה).

קבוצה ב'-אזור הספר הזמני- חיפה – אזור ההגבלה. –

האם יש שיקול לתת פיצויים לאזור הספר הקבוע מאשר לאזור הספר הזמני? צריך לדעת את מטרות החלוקה- לתת פיצויים איפה שהמצב רע- אז כן. במלחמת לבנון השנייה- אזור הספר הקבוע- על פי הנזק בפועל שהמלחמה גרמה לך. איסור הספר הזמני- לפי ימי עבודה. בפס"ד הצדיקו לחלק לשתי קבוצות.

2. האם החלוקה לקב' השוויון סבירה? האם מצב 1 או מצב 2 ?

עוד מקרה של חוסר סבירות שמותר לי היה לחלק לקבוצות כי השיקול הוא רלוונטי. אבל – יש בעיה של חוסר סבירות. ראינו כמה מצבים של חוסר סבירות- השאלה היא איזה מצב חוסר סבירות יכול להיות פה? אם חילקתי לאברכים כדי שהמשלה לא תיפול? שקלתי שיקול קואליציוני- שיקול משני- מצב 2- העדפתי את השיקול המשני על השיקול המרכזי- העדפתי את הקואליציוני על שוויון והגינות. חוסר סבירות מצב 2- כשאני שוקל משני לפני שאני יודע להבטיח שוויון והגינות.

מה זה מצב 1? לא שקלתי משניים בכלל. רק מרכזיים שקלתי. מה המרכזי ששקלתי באזורים? חילקתי אותם משיקול מרכזי - השיקול המרכזי- לחזק יישובים שסובלים מהמצב הבטחוני- שיקול מרכזי שתומך בחלוקה בקבוצות - זה השיקול המצדיק את החלוקה ואותו אני צריך לאזן עם השיקול של שוויון והגינות לא לחלק בין אנשים. אם החלוקה מוצדקת משיקול מרכזי והאיזון בינה לבין השיקול שתוצאתי ראוי- אין אפליה. נתתי ביטוי נכון בין הקבוצות ואז אין הפליה. יש פה חלוקה משיקול מרכזי שהיא מוצדקת והיא גוברת על השוויון התוצאתי. לעומת זאת, אם אני לא יודע להראות שיקול מרכזי שמצדיק את החלוקה לשתי קבוצות ורק שיקול משני- זה חוסר סבירות מצב 2- לפני שאני יודע לדאוג לשוויון ולהגינות – נפלתי.

מתי כן תהיה אפליה ??? נניח שהשיקול המרכזי שמצדיק את החלוקה לקבוצות הוא לא משמעותי, או שאין פה איזו סיבה בטחונית רצינית לחלק את הקבוצות. התרומה מהחלוקה מאוד קטנה ואז מול השוויון וההגינות – הוא איזון לא ראוי. מה זה כשיש איזון לא ראוי בין שני שיקולים מרכזיים? מצב 1. ויכול להיות שהשיקול לחלק היה משני ואז בכלל אסור היה לשקול אותו- ואז אנחנו במצב 2.

שלב ב' - בחינת החלוקה בתוך הקבוצה – ("השוויון הפנימי"). וזה אומר שיכול להיות שבתוך קבוצת האברכים יצרתי עוד קבוצה. חילקתי את הקבוצה לרווקים ולנשואים עם ילדים שלרווקים נתתי 1000 ₪ ולאברכים עם הילדים נתתי 2000 ₪.