

תרגול מנהלישיעור ראשון 15.11.16

עד שנה ג' עוסקים בעיקר במשפט הפרטי ולכן נוכל להתמודד עם היחסים בין האזרח לאזרח- פרט לפרט (לרבות חברה) או השלטון כלפי האזרח (משפט פלילי). מה שחסר: היחסים בין האזרח לבין השלטון! למעט שעוברים מהשדה החוקתי לשדה המנהלי.

דוגמא שתערער לנו את הביטחון בנוגע לאיזו מסגרת משפטית אנו נמצאים:

אם נצא לטיול בצפון ונגיע ליעד, מתחילים ללכת, שומעים רעש מוכר, רכב נכנס ברכב שלנו. נזיקין - לכאורה פשוט. אם נכניס אלמנט של רכב פוגע טוויטה צבאית, הנהג הפוגע בקבע. המזיק- מדינת ישראל, משרד הביטחון (ככל שדיני השליחות חלים כמובן)..

ממי ניפרע? האם ניפרע באותה הדרך שניפרע מפרט?

מצגת ראשונה:מי אתה המשפט המנהלי!?

ביתר פירוט, אנו רוצים לדעת בשביל מה אנו צריכים את המשפט המנהלי ומי הוא השלטון! היחסים בין האזרח לשלטון- הם אלה שנבדקים. בשביל מה צריכים אותנו? תאורטית, לכל אחד מאיתנו, היה כוח להגן על עצמו, לנהל את חייו, לפרנס את עצמו ולדאוג לכל הצרכים הנדרשים באופן עצמאי כך שלדוגמא אם פולש לנו אדם לשטח- היה לנו את היכולת לפגוע בו בעצמנו לצורך העניין. כל אחד מאיתנו לקח את הכוח הזה וויתרנו עליו- הענקנו אותו למדינה! המדינה מחזיקה בכל הכוח של כל אחד מאיתנו ואנחנו משוללי כוח. מה המדינה עושה עם הכוח הזה? סוללת כבישים, מגנה על הגבולות שלנו, מנהלת את התקציב שלנו, מספקת לנו פרנסה וכו'.

אלא שיש מצב אבסורדי- כוח שהיה שלנו וויתרנו עליו, עכשיו המדינה שצריכה להגן עלינו (עד כה דאגנו לעצמנו עצמאית), ואנחנו האזרח שלול הכוח מול המדינה. והתוצאה של הדבר הזה היא שאנחנו צריכים להגן על עצמנו מפני המדינה, אנחנו חשופים. התוצאה היא שהאזרח משולל הכוח שוויתר על הכוח ונתן אותה למדינה- צריך הגנה מפני המדינה עצמה!

בשביל מה אנחנו צריכים משפט? התפקיד של המשפט הוא לכוון התנהגות של האזרחים.

אנחנו אומרים שצריך לכוון את ההתנהגות של הפרטים בחברה - צריך בסיטואציה שתיארנו (כל אזרח חשוף) גם לכוון התנהגות של השלטון ולהגביל אותו - כך שהשלטון יתנהל כמו שאנחנו רוצים, כי הכוח הוא שלנו קולקטיב. בעצם אם צריך לכוון את ההתנהגות של השלטון צריך כלים בשביל זה, צריך להגיד לשלטון מה מותר לו לעשות ויותר מזה צריך להגיד לשלטון: מתי מותר לו לעשות! למה מתי?! כי אם נגיד לו מה אסור לו נגיע לאותה תוצאה של האזרח במשפט הפלילי.

השלטון מחזיק בהמון כוח, אם השלטון היה כמונו יכול לעשות כל מה שהחוק לא אוסר עליו - אנחנו עדיין חשופים. אז בקיצור: להגביל את השלטון.

מה הכלים שלנו כדי להגביל את השלטון/ לכוון את התנהגות השלטון = זה המשפט המנהלי, לשם כך - להבין מי הוא השלטון? אמרנו המדינה, מוסדותיה, מי שהיא נתנה לו את הסמכות: והכל נכון אך מדובר בדבר דיי אמורפי: השוטר / השופט/ העירייה - המדינה יכולה להיות זה וזה וזה! השלטון יכול להיות ממשלה, שרים, פקידים, רשויות המדינה, המשרדים עצמם (מוסדותיה), רשויות מקומיות, בתי המשפט ובתי דין, זרועות המדינה (מכבי אש וכו') וכו'.

המדינה יכולה להיות גוף פרטי? כן, במצבים מסוימים, כי גוף פרטי יכולה לבצע פעולות שהמדינה הסמיכה אותו (הפרטה)! אז מה הכלים כדי להגביל את השלטון ולכוון את ההתנהגות? נתחיל עם 2 עקרונות ממש חשובים:

(1) עקרון חוקיות המנהל

(2) חזקת תקינות המנהל

חלוקת השדות המשפטיים: ניתן לחלק את המשפט לכל מיני שדות, קטגוריות.

מקובל לחלק את היחסים בין גוף לגוף לשדות משפטיים:

\* אזרח נ' אזרח = משפט פרטי.

\* אזרח נ' רשות = המשפט החוקתי/המנהלי/הפרטי.

\*אפשר גם לחלק את המשפט לפי מקור החיוב !

### (1) עקרון חוקיות המנהל: המשמעות היא שאין לרשות אלא מה שהסמיכה בחוק !!!!!!!!

במפורש / במשתמע? שאלה אחרת, עוד נלמד מתי זה יכול להיות מפורש ומתי משתמע, אך במילים אחרות: הרשות לא יכולה לבצע שום פעולה שהחוק לא הסמיך אותה! בשונה מהאזרח החופשי שיכול לעשות כל מה שהחוק לא אוסר עליו, עם הרשות זה בול הפוך! החוק חייב לאפשר לה לעשות משהו אחרת לא תוכל לעשותו.

**למשל:** הרשות מעוניינת לגבות ארנונה! גם בשבילה היא צריכה סמכות, אך נניח שהיא רוצה לחשב את הארנונה, היא מחשבת ומגיעה למ"ר האחרון ויוצא לה מספר לא שלם ! 0.4 נניח. הרשות, העירייה היא מעוניינת לעגל את התעריף כלפי מעלה! בשביל זה היא צריכה סמכות. אם היא תגבה תקום עליה לתובענה ייצוגית! לעיתים יהיה לה סמכות לכאורה. למשל- נגיד הרשות המנהלית, היא תחשוב שיש לה סמכות מכוח חוק, תקנה, צו, חוזר- אך אין לה... היא יכולה להצביע על מקור בדין שאותו תפרש- אך למעשה אין לה סמכות כזו.

### עכשיו ניקח את עיקרון זה- עיקרון חוקיות המנהל - ונבחן אותו דרך הסד"א:

אנחנו ניקח את עיקרון חוקיות המנהל ונחפש ביטוי שלו במוסדות משפטיים אחרים - מגישים תביעה בסד"א, אז כל הפרוצדורה היא סד"א והכל מתנהל מול ביהמ"ש, מול הערכאה. טענה לגיטימית תהיה לטעון בפני ביהמ"ש- אין לך סמכות לדון! מה המשמעות של הצד האחר, של ביהמ"ש? החוק לא הסמיך את ביהמ"ש לתת את הסעד המבוקש. ואז, מוגשת תביעה לביהמ"ש נניח- ביהמ"ש לתביעות קטנות. הוא צריך סמכות שהחוק יתן את הסעד המבוקש! אז מיד נגיש בקשה לביהמ"ש הנכבד- נבקש להעביר את הדיון זה וזה לבעל הסמכות העניינית הייחודית לתביעה! "מה התוצאה של פסה"ד שנעדר סמכות עניינית, כלומר אין סמכות לביהמ"ש לתת את הסעד המבוקש? פסה"ד בטל! החוק לא הסמיך את ביהמ"ש לתת את הסעד המבוקש - זו הסמכות העניינית (להבדיל מסמכות מקומית) ולכן פסה"ד בטל ! VOID. **בהערת אגב נאמר שיש איזשהי מגמה לרכז את התוצאה של פסה"ד שנעדרו סמכות עניינית כשהטענה נטענה בסוף ההליך / אחריו** (הנשיא ברק). זה חוסר תום לב קיצוני !

### עכשיו ניקח את עיקרון זה - עיקרון חוקיות המנהל - ונבחן אותו דרך הסד"פ:

בנוגע לסמכויות עיכוב של שוטר- אם חושד שאדם ביצע עבירה, חשד סביר (ס' 73 לחוק המעצרים) או שחושד בוודאות קרובה לוודאי (מאוד גבוהה) שעומד לבצע עבירה רשאי השי לעכב. כמה זמן רשאי לעכב?! לא יאוחר מ-3 שעות אך אם אפשר לפני כן תוך זמן סביר יש לעשות כן .

מה קורה ב-3 שעות ודקה? ( צריך להתקשר לעו"ד ) השוטר שאב את מקור סמכותו לפעול כלומר לעכב כי מצא חשד סביר / ודאות קרובה לוודאי שעומדת להתבצע עבירה, שאב את סמכותו מחוק המעצרים. אך ב-3 שעות ודקה- אין סמכות, והאין סמכות הזו היא עיקרון חוקיות המנהל. קמה עילה מנהלית. זה דומה לעניין סמכות ביהמ"ש. כבר בשלב הזה אנחנו יכולים לחשוב על איך נסתכל על המשלה; כי כשאנחנו לא משפטנים ויושבים סתם בסלון אומרים - "אה הוא יכול כי הוא שר" . אבל לא : המשלה מוגבלת ביכולות שלה, רק למה שהחוק , כלומר הכנסת כלומר הריבון ע"י נציגיו- הסמיכו אותם!

**(2) עיקרון חזקת תקינות המנהל:** מדובר בחזקה, כלומר ההנחה שכל פעולות הרשות נעשות כדין. שיש מקור חוק שמקנה לרשות סמכות, כלומר: האזרח רוצה לטעון שלרשות אין סמכות ומה שנבקש- הסעד, העילה שנבקש שהרשות תפעל אחרת (בטלו את ההחלטה) בשל חוסר סמכות למשל - עלינו לסתור את החזקה ! הנטל יהיה על הטוען, עלינו. הטוען = עותר . (או לבג"ץ או לביהמ"ש לעניינים מנהליים).

למה לרשות יש חזקה?! הרי זה סותר את כל מה שאמרנו- עקרון (1) לא מאפשר לה לזוז מטר בלי סמכות במפורש או במשתמע, אם תעשה כן - דין הפעולה יתכן שיהיה בטלות!

אז למה יש חזקה כזו- עיקרון (2) !?

לקחנו הרי את הכוח שלנו ונתנו אותו למדינה, אשר מנהלת את אורחות חיינו. **המדינה למעשה הופכת להיות נאמן של הציבור! אנחנו הנהנים והרשות היא הנאמן !**

מה המשמעות של זה!?

שלרשות יש אחריות, היא צריכה לדאוג לנו, כל הפעולות של הרשות היא כלפי ועבור הציבור, גם כשהיא מפעילה שק"ד. הרשות אם תצטרך לנמק על כל צעד ושעל שלה או להוכיח שמה שהיא עושה היא עושה כדין, כמות המשאבים שלנו בסוף תהיה אדירה! הרשות אם כן זקוקה ל-(2) כדי לתפקד. היא לא צריכה בעצם לנמק ולהוכיח שכל מה שעושה עושה כדין. הרשות ממילא עושה את זה, כמעט

בכל צעד שלה לפחות מצביעה על מקור הסמכות! למשל- כשהרשות רוצה לאחד תוכניות בניין עיר ומפרסמת שלט ברחוב על שינויים תכנוניים ועל האפשרות להתנגד המשפטים הראשונים עוסקים בזה / הודעות על ארנונה: "לפי ס' כך וכך בחוק התכנון והבניה מכח סמכותי וכו'..." הרשות תצביע על מקור הסמכות שלה!

### מה בנוגע לדוגמא ממקודם עם הרכב של משרד הביטחון?

כשאנחנו נתקלים ורוצים לזהות תחילה את המסגרת הנורמטיבית (באיזה שדה נמצאים כי כל שדה משנה את תמונת המצב המשפטית, את הכלים והפעולות בו- נרצה לדעת אם אנחנו במשפט מנהלי, ולכן נצטרך לשאול את עצמנו: על מה אנחנו מסתכלים? מה זה הדבר הזה? - משפט מנהלי או לא?!!) ואם זה כן (תכף נגלה איך יודעים), דבר ראשון שיש לשאול: **מכוח מה** הרשות ביצעה את הפעולה שביצעה? מכוח מה = ללכת לאותו המקור ולבדוק את כל היסודות שלו! (לפי ס' X לחוק התכנון והבניה וכו'.. מה אומר הסעיף, מה יש בתוכו וכו'). איך נדע אם אנחנו במשפט מנהלי או לא? נשאל את עצמינו (זה יותר מורכב בריל לייף):

### **האם הרשות הפעילה את הכוח השלטוני שלה בפעולה שהיא עשתה?**

טוויטה צבאית של משרד הביטחון איש קבע – פגע ברכב שלנו, זה רלוונטי?! אם נרצה עבור הלכות שלנו אחוזי נכות מביטוח לאומי, אם נתרגם את זה לשפה משפטית: אנחנו בעצם רוצים שרשות מרשויות המדינה תכניס את ידה לקופת הציבור ותמשוך משם כסף ותיתן אותו ללקוח שלנו בתשלום עתי, מידי חודש. מול מה נעמוד בשלב הזה? האם יש לה סמכות לעשות כן? לאחר מכן היא גם תטען שלפי שק"ד לא מתאים לתת במקרה הזה.

### במקרה הזה אנחנו נמצאים במשפט מנהלי- כי היא צריכה להשתמש בכוח השלטוני שלה כדי להכניס את ידה לקופת הציבור ולתת ללקוח שלנו. (צריך לבדוק ולראות, לא בכל מקרה).

בנוגע לדוגמא עם הרכב חב' הביטוח תתבע את משר' הביטחון איזה משפט זה?! זה לא משפט מנהלי!!!!

מה שקרה כאן במקרה פה, הרשות לא צריכה להפעיל את הרשות השלטוני שלה- וזה שהיא משרד הביטחון: אז מה?! זה משפט פרטי.

אם אני מספק כיסאות לעירייה והיא לא משלמת לי זה פרט לפרט! זה שהפוגע הוא רשות זה לא אומר שזה משפט מנהלי. אם הופעל פה כוח שלטוני אז ההתמודדות שלי מול הרשות הוא התמודדות מנהלית! השלטון הוא זה שעשה פעולה! זה שדפק לי את האוטו זה מזיק וניזוק ולא משפט מנהלי.

\*\* אם ביה"ד הרבני הגדול פסק שלא בהתאם לחוק/לסמכותו- נעתור לבג"ץ ואז נעתור נ' ביה"ד הרבני הגדול, הכוח השלטוני הוא הכוח השיפוטי! כך נראה גם למשל בגץ נ' המשטרה... \*\*

**זכות הטיעון** עתה נדבר על כלים שיסייעו לנו כאזרחים להתמודד עם השלטון או "מה מגיע לי?" – כדי להבטיח את זכויות הפרט אל מול השלטון.

### זכות הטיעון מה היא?

על הרשות המנהלית לא לפגוע בזכויותיו של אדם אלא אם קיבל הזדמנות נאותה להשמיע טענותיו בפניה (זמיר).

**מקור הזכות**: מבין כללי הצדק הטבעיים\*\* והם מקורה הנורמטיבי העליון.

**כללי הצדק הטבעיים**: אמורפיים ושאינם רשימה סגורה - הם התפתחו באנגליה במאה ה-17, המשפט המקובל. הם נקלטו בישראל דרך בסימן 46 לדבר המלך ומועצתו + פסיקה ישראלית. מה מיוחד בהם? שלא ניתן להצביע על מקור נורמטיבי שמקנה לנו אותם – לא ניתן למקמם על הפירמידה של קלזן!

לא ניתן להגדיר את כל כללי הצדק הטבעיים, אך יודעים להגיד שהם מונים לפחות 2 זכויות:

(1) זכות הטיעון, (2) הזכות להליך ללא משוא פנים וניגוד עניינים.

2 הזכויות הללו לבטח נכללים בכללי הצדק הטבעי.

פגיעה בהם – משמעותה בטלות הפעולה!!!

**כהערה**- יש ריכוך כיום ולא בהכרח תהיה בטלות, ישנה הדוק' של בטלות יחסית כך שיתכן שהפעולה תיוותר על קנה למרות הפגם! יתכן שהבטלות לא תמומש.

## הטעמים לקיומה של זכות הטיעון:

**1. חובת ההגינות-** ההגינות מחייבת מתן הזדמנות לאדם להתגונן ולשכנע את הרשות שאין הצדקה לפגיעה בו. סתימת פיות מחזקת את תחושת השרירות!

**2. ביסוס החלטה המנהלית-** הרשות מקבלת החלטה, על סמך מה קיבלה? קיומה של זכות הטיעון יכולה להביא בפני הרשות שיקולים רלוונטיים שאינם ידועים לה!

כאשר לי יש זכות לטעון בפני הרשות ישנה לה החובה לשמוע, כאשר אם היא מופרת פגיעה בצדק הטבעי – בטלות למעט הדוק' של הבטלות היחסית. אם אני טוען בפני הרשות אני מספק לרשות מידע – אולי אספק לה בכך מידע שהיא לא לקחה בחשבון.

**3. הבטחת אמון הציבור-** הצדק לא ייראה כאשר הנפגע לא מקבל את ההזדמנות להתגונן.

**זכות הטיעון תקום בכל מצב,** תמיד יש לנו זכות טיעון כאשר הרשות מקבלת החלטה?! לא, יש יסודות שבהתקיימם תקום לנפגע הפרוטנציאלי זכות טיעון, כלומר יכולתו להשמיע את דבריו בפני הרשות והחובה של הרשות לשמוע! כל הפרוצדורה הזו.

כמה רחבה זכות הטיעון יכולה להיות!?

חב' א' היא מייצרת מלט, מחזיקה רק בישראל 3 מחצבות, משתמשת בכוח המונופוליסטי שלה ע"י דחיקת מתחרים, סבסוד צולב.

חב' ב' מייצרת מלט קטנה, מושפעת מהפעולות המונופוליסטיות של חב' א'.

במסגרת הליך שפתחה הרשות להגבלים עסקיים, כתוצאה מהפעולות של חב' א' ודחיקת מתחרים הרשות להגבלים עסקיים שוקלת לכפות על חב' א' למכור את אחת ממחצבותיה.

לחב' א' תקום זכות טיעון!

מה עם חב' ב'?! היא מושפעת מהפעולות של חב' א', כלומר בפועל זה נוגע גם אליה, אך מבחינה משפטית אין יריבות משפטית בין חב' א' לחב' ב', אך חב' ב' מושפעת מהמכירה הכפויה אולי של המחצבה!

האם בהליך הזה תקום זכות טיעון לחב' ב'?! התשובה היא שיש אפשרות שזכות הטיעון תתרחב גם ליריב עסקי (כפי שרשום מטה) אך לעניינה בלבד ולא נגד מה שקורה עם חברה א' שבמסגרת החלטת הרשות אם לכפות מכירת מחצבה, הרשות תיקח בחשבון את התוצאות שיגרמו לחב' ב' ולא תשקול את טענות חב' ב' כלפי ההליכים של הרשות נ' חב' א'.

הרשות בכך שתיתן זכות טיעון לחב' ב' לא תשתמש בטענות של חב' ב' כנגד חב' א', הרשות תשקול את המשמעויות שישפיעו על חב' ב' (יכולות גם להיות חיוביות).

אם תקום זכות טיעון אולי נרחיבה ליריב עסקי (לא בטוח שתקום זכות טיעון) יתכן שההליכים מיטיבים עם מי שחושב שהוא נפגע פוטנציאלי.

## עוד שבועיים נדון בתנאים לקיומה של הזכות:

(1) פגיעה באינטרס מוגן (בג"ץ ברמן).

(2) מדובר בפגיעה ישירה וממשית (עמדתו של זמיר).

\* הרחבת זכות הטיעון מכוח עיקרון השוויון (פסד חוקה לישראל; זמיר)

\* הרחבת זכות הטיעון לשמיעת יריב עסקי (פס"ד קרגל)

\* חריגים לזכות.

**זכות הטיעון- תנאים לקיומה של הזכות :**

**תנאי (1) פגיעה באינטרס מוגן :** חובת הרשות להעניק זכות טיעון למי שעתיד להיפגע מההחלטה שהיא מעוניינת לקבל ורק משעה שקיימת פגיעה באינטרס.

**בגץ 3/58 ברמן ואח' נ' שר הפנים :** עד היום ביהמ"ש העליון מתייחס להלכה זו ומתבסס עליה. שכונת נחלת יצחק בת"א, התושבים שם רצו להתנתק מת"א ולהסתפח מבחינה מוניציפלית לרשות המקומית גבעתיים. לשם כך, הם פנו לשר הפנים, עם עצומה! החתימו את התושבים. למה רצו לעשות זאת? ארנונה. שר פנים מצידו הקים ועדה (מכוח פק' העיריות) והיא במסגרת פעילותה, קיבלה חומרים ואפשרה לנציגים של השכונה להופיע בפניה ולהשמיע את טענותיהם. בין היתר גם ראש עיריית ת"א. מסקנות הועדה היו יש לאשר את הסיפוח. שר הפנים אישר זאת!! הורה על סיפוח בצו. הוגשה עתירה לבג"ץ, מי עתר במצב זה?! תושבים ממורמרים! מה הם רוצים? רצו שכל השכונה לא תסתפח.

מה הם כן רוצים? **מה שמפריע להם- הצו שאמר לספח.** לכן אנחנו במשפט המנהלי. הם צריכים מסגרת משפטית נורמטיבית. אם נבוא לביהמ"ש ולא נכניס אותם למסגרת משפטית אז ביהמ"ש יאמר לנו בצורה משפטית שהוא דוחה את הבקשה, עתירה, תביעה וכו'. ניתן לדבר עם ביהמ"ש רק בצורה משפטית. אפילו שיקולי צדק, צריך להכניס אותם להקשר משפטי.

למשל- בדיני הקניין ההקשר המשפטי הוא כזה ששיקולי הצדק הם ממש מצומצמים, אך אם יתאפשר כמו בהגנת הדייר להחשיב את אותם שיקולי הצדק ביהמ"ש יתחשב אולי בכך. כך גם מול בג"ץ, אם רוצים לקבל סעד מול בג"ץ צריך הקשר משפטי, מסגרת משפטית.

מה טענו? נפגעה זכות הטיעון שלהם. ואם כך – הועדה שמעה את הנציגים אך הם עצמם לא נשמעו יש פגם בהליך. יש פגם בהליך לקבלת ההחלטה ולא בהחלטה עצמה ודין ההחלטה – להתבטל. בג"ץ ביטל את הצו, קיבל את העתירה!

**הש' זילבר :** "סבורני כי אין לזוז מההלכה הוותיקה והמושרשת שאין גוף מנהלי רשאי לפגוע באזרח מכוח הוראה מסוימת אלא אם כן ניתנה לו תחילה האפשרות ההוגנת להשמעת הגנתו, בג"ץ מורה על ביטול החלטת השר לנתק את השכונה מתל אביב. החלטה בדמות צו.

**לגישת המרצה-** הדבר היה נפסק אחרת, אך עדיין זו הלכה שביהמ"ש חוזר אליה (כשנוח לו). אם כן זוהי פגיעה באינטרס מוגן.

\*\* יריב עסקי, לא בטוח שאותו סיפור עם המלט, אותה החלטה לכפות על חב' א' למכור מחצבה... לא בטוח שהוא עומד בכללים, ביסודות.

**תנאי (2) מדובר בפגיעה ישירה וממשית :** הפגיעה צריכה להיות ישירה ואין אפשרות להתבסס על פגיעות משניות ורחוקות. אם הפגיעה רחוקה ממני "פיזית", אז זכות הטיעון שלי נחלשת ויתכן שלא תינתן לי. אם הפגיעה היא ממשית מתחזקת ויש סיכוי גדול שתינתן לי זכות טיעון. לא מדובר על מי הוא הנפגע: למשל שלילת רישיון נהיגה! זו פגיעה ישירה וקטלנית!! יתכן שקטלנית יותר אם מישוהו מתפרנס מזה. או דייל עם צו עיכוב יציאה מהארץ. אי חידוש תוקפו של רישיון- חלש יותר, אך עדיין פגיעה קשה. הבטחה של רשות להעניק הטבה מסוימת ולאחר מכן שלילת נתינתה – זה אחר כך, אך עדיין קטלני! כי יש הסתמכות!

**דוגמא לאינטרס רחוק :** כביש 6 הפקיעו קרקעות, הופקעו לאגודה החקלאית ניצני עוז חקלאות. אני גרה שם, לא לי הפקיעו אלא למושב- זה אינטרס רחוק מאוד. מיהות- האגודה השיתופית החקלאית. אך האינטרס הוא הקרקעות והוא רחוק.

**הרחבה של זכות הטיעון :**

**1. הרחבה מכוח עיקרון השוויון :** עצם מצב של אפליה, מקים זכות עמידה כלומר זכות להופיע בפני טריבוטל/גוף שיפוטי כלומר להשמיע טענות, בפני עותר שאינו נפגע בעצמו מההחלטה המנהלית אלא עותר לביטול ההחלטה עבור אחר.

**2. החלת מתן זכות עמידה ליריב עסקי (דיברנו קצת) :** גם בנוגע לזכות הטיעון. הש' זמיר בספרו : "כדי למנוע התדיינויות משפטיות מיותרות." כי בדוגמא של חב' א' או חב' ב', אם חב' ב' לא תקבל זכות טיעון – היא תעתור. אולי אם ניתן לה זכות טיעון במסגרת ההליך של רשות ההגבלים העסקיים מול חב' א' – תימנע העתירה. פה המקום של הרשות לחשוב על זה.

**חריגים לזכות הטיעון :**

מתי למרות שתקום זכות טיעון, למרות היסודות, תימנע האפשרות לטעון בידי מי שנפגע.

## חקיקה ראשית של הכנסת :

**\* הליכי חקיקה ראשית :** הכנסת, נציגת הריבון, בתהליכי החקיקה שלה - לא תוקם זכות טיעון לאזרח. אז למה? משום המעמד המיוחד שיש לכנסת כגוף מחוקק. הכנסת אמורה כבר לשקלל את האינטרסים שלנו. מה בנוגע לתקנות משנה ע"י הממשלה? אין החריג חל על תקנות! חייב לתת זכות טיעון. למרות שמדובר בתקנות בנות פועל-תחיקתי - יש לנפגע זכות טיעון.

## המנהל :

**החלטות שלטוניות ריבוניות :** כמו הכרזת מלחמה ע"י הממשלה. אין לממשלה מעמד מיוחד כמו שיש לכנסת. בפס"ד ברמן, ניתנה לכך התייחסות רק שלא נוצקה לה תוכן (פסה"ד לא אומר מתי כן ומתי לא). לכן, זמיר בכובע האקדמי יוצק תוכן לדבר הזה; יוצר רשימה של מתי החריג יחול ולא תינתן זכות טיעון -

- כריתה ואשרור ואמנות.

- הכרזת מלחמה.

- פעולות שאינן שיפוטיות מלכתחילה.

- קביעת מדיניות חדשה. (כל פעם זה סיפור אחר, עותרים לבג"ץ, מכניסים לקונטקסט משפטי, טוענים לסמכות וכו'..)

## "ירידה לשטח" :

- **פעולות תכופות של המנהל ( גופים כמו המשטרה )** המנהל צריך לפעול, אם האינטרס הציבורי (לא של הפרט) נפגעים ויש הצדקה לפגוע בזכות הטיעון של הפרט משום שהאינטרס הציבורי יגבר לא תינתן זכות טיעון. **דוגמא: שלילת רישיון במקום.**

**האיזון-** השלילה היא קצובה בזמן, היא לפרק זמן מסוים. זה גוף מנהלי אך גוף שאינו שיפוטי. השלטון פה פגע בזכות של אזרח, אנחנו צריכים לאזן את הפגיעה, להגביל ולצמצם אותה. שוטר לא יכול לשלול לחודשים! זו פגיעה קטלנית. שוטר שהוא דמות השלטון צריך להיות מוגבל וכך תתאזן הפגיעה, עד הרגע ההכרחי שהזכות הציבורית בסכנה! אם הם לא בסכנה - אין הצדקה יותר. **כמו עיכוב** "תוך זמן סביר ולא יאוחר מ- 3 שעות" - אם האינטרסים הציבוריים לא בסכנה ואין סיבה שיגברו - נגמר.

## - הריסת בתי מחבלים - בפס"ד האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד המרכז :

**הנשיא שמגר** מכיר בכך שיש נסיבות מבצעיות שאין בהן מקום לקיומה של זכות הטיעון בפני המפקד הצבאי/ לקיומה של ביקורת שיפוטית לפני בג"ץ אפילו. אך עם זאת ביהמ"ש מאזן: גם במצבים חריגים אלה יש להסתפק בצעד הפיך. כלומר - לא מיד לפגוע לגמרי בזכות / באינטרס.

**דוגמא: אטימת הבתים.** שלא יוכלו לעשות שימוש בבית תקופה מסוימת לפני ההריסה.

**\*דוגמאות מסד"א לפגיעה בזכות הטיעון :** עיכוב יציאה מן הארץ - כאשר ישנה בקשה שכזו אשר ניתנת במעמד צד אחד.

עיקול זמני- הבקשה גם היא במעמד צד אחד. המשיב לא יידע מזה, לא יודע שיש בקשה כלפיו לעיקול. יש פגיעה באינטרס שלו.

**"טענת אין לו מה להשמיע" / "פסול דין" / הרשות מכירה את העמדה שלו (יודעת מה יגיד) - לא סביר שאין זכות טיעון.** זה יכול להוות רק שיקול. לא חל החריג! זה יכול להיות שיקול של ביהמ"ש בביטול החלטה אך עדיין יש פגם בהליך אם לא ניתנה זכות טיעון.

## היקפה של זכות הטיעון : עד כמה צריך להשמיע?

ביהמ"ש משתמש במבחן "הזכות להשמיעה הוגנת". הכלל: היקפה של הזכות משתנה מעניין לעניין: כל קייס עם ההיקף שלו לפי העניין. אך ניתן להצביע על מצבים בהם היקף הזכות יהיה רחב מאוד: אם הפגיעה היא קטלנית אז זכות הטיעון תהיה רחבה יותר. מה נגזר מכל זה?! איך נדע מה לטעון אם לא נדע על מה טוענים? נגזר מזכות הטיעון נגזרת זכות העיון במסמכים - מותר לדרוש מהרשות את המסמכים המסייעים לה / שעל סמך אותם חומרים היא עומדת לקבל החלטה בעניין אותו נפגע. (צריך להיות מישוהו שהאינטרס שלו נפגע).

**שימוע חוזר:** מתי?! כאשר נגלה לרשות מידע חדש, לאחר שימוע שהתקיים.

**שימוע מאוחר :** המנהל מקבל החלטה מסוימת שפוגעת באזרח ורק לאחר מכן היא נותנת לו לאותו נפגע זכות להשמיע את טענותיו.

הוא תושב ישראל והוא נשוי למשיבה 2 שהיא "תושבת האיזור" – תושבת הרשות הפלסטינית. להם 3 ילדים. בינואר '06, המשיב 1 מגיש בקשה למשרד הפנים לאיחוד משפחות שיבואו לארץ. בנוב' 06 קיבל משרד הפנים החלטה לדחות את הבקשה מטעמים ביטחוניים. מה היה הנימוק? בטחוני. האח של משיבה 2 עוסק בפעילות טרור. המשיב 1 מגיש ערעור (=להבדיל מערעור, זה כמו ערעור רק לגוף שיפוטי מנהלי, לטריבוטל מנהלי. על ערר אפשר להגיש ערעור) למשרד הפנים, הערר נדחה אז מה הוא עשה? הגיש עתירה לביהמ"ש לעניינים מנהליים. **הבעיה שלו היא החלטה של משרד הפנים בערר, הערר נדחה. הוא הגיש עתירה לביהמ"ש לעניינים מנהליים.** (העתירה היא מעין ערעור על הערר). כמו **בברמן**, אנחנו מצויים בביהמ"ש המחוזי בשבתו כביהמ"ש לעניינים מנהליים. שוב אנחנו צריכים קונטקסט מנהלי. מה הוא טוען?! ההחלטה התקבלה ללא זכות טיעון- לא לו ולא למשיבה 2.

מה הסעד שמבקש? לבטל את החלטה של הסיורב מטעמים ביטחוניים. מה קורה במצב הזה? ביהמ"ש לא נכנס לנעלי הרשות, אלא זה יחזור שוב לרשות, לשיקול דעתה. מה המדינה תטען?! שיקולים ביטחוניים ... תקף להכל לכל שדות המשפט : יש לתקוף את טענות העותר (או התובע) ויש להביא טענות חזקות יותר ... הוא טוען שיש זכות טיעון, לנסות לומר שכן היתה. **אם נצליח להראות שהייתה זכות טיעון העתירה מתאינת. זה הרבה יותר חזק משיקולים ביטחוניים!**

איך בכל זאת המדינה טענה שניתנה זכות טיעון?! המדינה אמרה : "הערר היא זכות הטיעון". הערר הוא זכות הטיעון, הוא שימוע מאוחר. ביהמ"ש מקבל את טענת המדינה בכך שהערר הוא זכות טיעון. אז איך אנחנו בעע"מ? (ערעור עתירה מנהלית) כי ביהמ"ש קיבל את טענת המדינה שמדובר בזכות טיעון אלא שהיא מאוחרת, היא אחרי החלטה. ביהמ"ש אומר : זה לא מספיק. פרקטית אין בעיה : המדינה יכולה בזמן ההליך עוד בטרם קבלת החלטה לתת זכות טיעון ובינתיים לעכב את ההבאה, אז אין פגיעה ! כל הטענות של פגיעה לא חזקות מספיק. כי הטעמים הם ביטחוניים ובינתיים לא מביאים אותם לארץ, אז נותנים בינתיים זכות טיעון. לאחריה – יש יותר "חומר" בפני הרשות, הרשות אפשרה לנפגע לטעון טענותיו ואז תוכל לקבל החלטה אם כן או לא.

הנימוק של טעמים ביטחוניים לא גורע. ביהמ"ש קיבל העתירה וביטל את החלטת משרד הפנים. משמעות : משרד הפנים שוב צריך לקיים הליך. מה משרד הפנים עושה? מגיש ערעור לעליון.

המדינה מערערת וטוענת : זה ערעור על ביהמ"ש על עניינים מנהליים-

**1. אינטרסים ציבוריים- ביטחוניים גוברים!**

**2. היא צריכה לתקוף את זכות הטיעון :** המדינה כנראה ידעה שאם תבוא עם רעיון בטחוני זה לא מספיק. אז הוסיפה : המשיבה 2 היא לא תושבת ישראל אלא תושבת הרשות. קודם כל אין לה זכות טיעון בפני המנהל הישראלי ומעבר לכך : כשמדובר בשוהים בלתי חוקיים זכות הטיעון וההליך לא ישנה את מעמדם בארץ.

החשש של המדינה : אם בשלב הזה שמתקבל מודיעין בטחוני מהמשטרה לגבי סכנה מסוימת לגבי אותו מבקש לבין הרגע של החלטה- **צריך זכות טיעון.**

המדינה אומרת : זה יאריך הליך, זה יחשוף את המדינה לפרוצ' משפטיות ויש עם זה בעיה .

**ביהמ"ש דוחה את הערעור !!!**

ביהמ"ש אומר פה : לגבי השאלה האם יש זכות טיעון למי שאינו תושב ישראל ( כמו המשיבה 2 ) :

לפי כללי הצדק הטבעי - לא כל אזרח אלא כל אדם זכאי לזכות טיעון. גם למשיבה 2 אם כך קמה זכות טיעון ביהמ"ש דוחה את הערעור. ההליך חוזר למנהל, ביהמ"ש לא נכנס לנעלי הרשות .

**בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל :**

בדצמבר 2003, מכריז רה"מ ישראל על תכנית מדינית, ביטחונית- על היפרדות מ"י מאיזור חבל עזה ומאיזור צפון השומרון = תכנית ההתנתקות. יוני 2004 ממשלת ישראל מאשרת את תכנית ההתנתקות.

פברואר 2005 – חוק יישום ההתנתקות עובר קריאה שניה שלישית.

עכשיו למנהל : סי' 22 לחוק יישום ההתנתקות מסמך את רה"מ ושר הביטחון לקבוע בצו את מועד הפינוי ואת השטחים שיפנו.

רה"מ ושר הביטחון מוציאים צו שכזה בסוף פברואר 2005 לפינוי חבל עזה ואיזור צפון השומרון.

המועצה האזורית חוף עזה מגישים עתירה- טענות רבות. נדבר על הצו (על אף שהיו טענות חוקתיות- על החוק). אנחנו מדברים על המנהל – על הצווים. הם רצו לא להתפנות או לפחות לעכבו.

מה טענו? בעניין זכות הטיעון טענו שלא ניתנה להם זכות טיעון. לכן הצוים נעדרי תוקף ודינם להתבטל. "טרם הוצאתם של הצוים נמנעה ממשלת ישראל, רוה"מ ושר הביטחון לקיים את החובה המוטלת עליהם שעה שלא העניקו למתיישבים, לבתי העסק וליישובים הרלוונטיים, להשמיע את הטיעונים וההסגות שלהם כנגד החלטת הפינוי". הטיעון התבסס על כך שמדובר בהחלטה שלטונית, מנהלית מובהקת.

היתה חקיקה ראשית, ניתנו הצוים, אך ההליך של ההתנתקות לא היה מנותק מהתושבים. הוקמה מנהלת ההתנתקות שקישרה בין הממשלה לתושבים, רוה"מ עצמו נפגש עם מתיישבים... זה לא היה הליך במנותק מהם, היה שיתוף של המתיישבים - צורת זכות הטיעון יכולה להיות רבת פנים! ביהמ"ש בדרכו מתעצבן בגלל אותם הליכים שבהם היו מעורבים המתיישבים: לטעון שאין זכות טיעון זו טענה תלושה כמעט. "המתיישבים ונציגיהם נטלו חלק פעיל בתהליך על כל שלביו וזכו אף להשמיע דבריהם בפני ועדות הכנסת, אפילו בחקיקה הראשית (שלכאורה אין זכות טיעון), בפני הממשלה ובפני הגורמים המקצועיים (מנהלת ההתנתקות וכו'). רוה"מ עצמו נפגש עם חלק מראשי המועצות והמתיישבים, עד שאלה החליטו לנתק קשר עימו". על ניתוק הקשר: אין להם להליך אלא על עצמם.

ביהמ"ש מציין: בנסיבות אלה, כך סבורים אנו, נשמעו-גם-נשמעו טענות המתיישבים לאורכן, לעומקן. אמת נסכים עם העותרים כי לא נתקיים הליך שימוע מקובל, הליך בו מוזמן אדם להשמיע טענותיו לפני הרשות, אלא שידענו כי דרכי השמיעה רבות הן ומגוונות ומשתנות עפ"י הנסיבות".

### **לסיכום:**

זכות הטיעון היא פעם אחת להופיע לפני - פעם אחת זו הערר ופעם שניה זה הליך כמו פגישה עם מתיישבים.

לאו דווקא הליך פורמלי אלא האם היה הליך מהותי שכזה, האם ניתנה זכות טיעון. (אם המנהל סתם מפדפד את הבנאדם ניתן גם לומר: ניתנה זכות טיעון אמנם אך מהותית לא ניתנה..).

### **שיעור שלישי 13.12.16**

**מי אתה משפט מנהלי ? בשביל מה אנחנו צריכים את המשפט המנהלי ? מיהו השלטון?**

השלטון- הרשות המנהלית היא השלטון: המדינה, הממשלה, השרים, עובדי ציבור וכו'... כל מי שמחזיק בכוח שלטוני.

בשביל מה אנחנו צריכים משפט מנהלי ? היחסים בין האזרח לשלטון, בעבר לכל אחד מאתנו היה כוח, הרבה כוח, לנהל את חייו כפי שהוא רוצה, כל אחד דואג לעצמו, כל אחד מגן על עצמו על הבית שלו ל המשפחה שלו ומפרנס את עצמו, ואילו נדרשנו בכוח הזה כדי להגן על עצמינו היינו עושים זאת- יורים במישהו, תופסים שטח ומגדלים בקר.

לקחנו את הכוח הזה וויתרנו עליו, נתנו אותו למדינה והתוצאה הינה שהמדינה מחזיקה בכל הכוח שלנו לנהל את חייו, ועם הכוח הזה היא סוללת כבישים מגינה על המדינה שלנו מייצרת לנו תעסוקה וכו'...

בעצם לקחנו את הכוח שלנו והעברנו אותו לגוף אחד- לשלטון, גוף אמורפי והוא מחזיק בכוח עצום שהוא יכול להפעיל אותנו נגדנו, אנחנו חלשים אין לנו כוח.

אנחנו צריכים משפט לכוון התנהגות של אזרחים בחברה, כפי שהחברה מאמינה.

המדינה יצרה ומקיימת משפט מנהלי כי שלטון צריך להגביל ואנחנו דואגים שהמדינה לא תפעל כפלינו כפי שאסור לה ואנחנו מגדירים זאת ע"י המשפט המנהלי.

### **2 עקרונות חשובים !!**

#### **1. עקרון חוקיות המנהל**

אין לרשות אלא במה שהסמיכה החוק, מיהי הרשות ? מהיום כל השלטון שנאמר לעיל, ע"מ לא להצביע על מיעוט/ גוף מסויים.

**רשות = שלטון.**

**אם לרשות אין סמכות לפעול היא לא יכולה לפעול, היא לא יכולה לעשות כלום !!**

דוגמאות:

**סד"א- פרודורה, הטענה המאוד לגיטימית זה לומר לביהמ"ש או לטעון בביהמ"ש "אין לך**



סמכות לדון פה", כי החוק לא הסמיך אותך. הטענה של חוסר סמכות או לחילופין כאשר ביהמ"ש נותן פס"ד אך לא הייתה לו סמכות, הטענה המנהלית היא הינה שביהמ"ש הוא גם חלק מהשלטון ולכן זה אותה סמכות כמו שיש בסד"א. למשל, כאשר מעלים לנו את הארנונה דבר ראשון ירשמו לנו על סמך איזה סעיף חוק הם מעלים את הארנונה. תמיד יהיה כתוב דבר ראשון במסמך טה טהטה טה טאטאם .... ואז איזה סמכות.

## **2. חזקת תקינות המנהל**

חזקה שכל פעולה שהרשות עושה נעשית כדין, הנטל להוכיח שהרשות פעלה שלא כדין היא האזרח.

אזרח חייב דבר ראשון להורות שהרשות לא עומדת בנטל בעקבות מה שהיא עשתה. זה ככה מפני שהשלטון צריך לתפקד ואי אפשר שהשלטון בכל רגע נתון יצטרך להצדיק את הפעולות שלו, אך בתאכלס הוא כן עושה את זה כי כל החלטה שלו מגובה ע"י מקור סמכות! הרשות לא יכולה כל הזמן להסדיר ולנמק מה היא עושה ולמה היא עושה! המדינה היא הנאמן של האזרח, היא באה לשרת אותנו, אנחנו נתנו את הכוח שלנו כדי שהמדינה תעשה עבורנו את כל מה אנחנו יכולנו לעשות עבורנו כפרטים. ולכן אם היא תצטרך להתעסק כל הזמן בלנמק מה היא עושה ולמה זה עלול לגזול זמן רב ומשאבים.

### **דוגמא:**

**סד"פ- "עיכוב ע"י שוטר"-** אם מתעורר חשד סביר שאותו מעוכב ביצע עבירה או עלול לבצע עבירה אם יש חשד קרוב לוודאי. נניח שהזמן הדרש לעיכוב היה 3 שעות, האם חשבנו אי פעם מה קורה ב- 3 שעות ודקה והלאה? במשפט הפלילי יש פה שלילת חירות. מה שקורה ב- דקות הנוספות זה בעצם חוסר סמכות, כי השוטר שהוא השלוח, הרי הוא הזרוע של שלטון, הוא משתמש כלפינו בכוח שלטוני שיש לו ללא סמכות. ב-5 דקות הנוספות ההלו זה בעצם המשפט המנהלי.

**המסקנה-** כל פעם שאנחנו נתקלים בפעולה שלטונית אנחנו צריכים לשאול את עצמינו – מכוח מה? זאת יכולה להיות כל החלטה מנהלית, אך השאלה היא האם באמת זאת החלטה מנהלית, ולכן אנחנו צריכים לזהות האם אנחנו במשפט הפרטי או המנהלי. יש החלטות מנהל שהן חייבות לעבור חקיקה, כי הכנסת לא התכוונה להסמיך את המשלה- למשל, סגירת כביש בר אילן בשבת, אולי יש מקור סמכות אבל הפעולה כ"כ משפיעה אז יכול להיות שאין סמכות ואילו הכנסת אומרת שהיא לא התכוונה להסמיך אותך. ולכן ההחלטה עוברת לריבון, שזה אנחנו. מה המשמעות של משאל עם? אנחנו נחזיר את הגולן בהסכם שלום, הממשלה בעצם תחתום הסכם שלום ובתמורה תחזיר את הגולן. הביטוי של משאל עם כ"כ מובהק עד כדי כך שאנחנו אומרים שלריבון עצמו אין סמכות.

## **זכויות שעומדות לאזרח ומשמשות לו כלים כדי להתמודד**

### **זכות הטיעון**

"זכות הטיעון"- על הרשות המנהלית לא לפגוע בזכויות אדם, אלא אם קיבל הזדמנות נאותה

להשמיע טענותיו בפניה

(זמיר- סמכות מנהלית). כאשר עומדת לאדם זכות טיעון קמה מנגד חובת שימוע מהרשות המנהלית- אם הרשות רוצה לפעול כלפינו היא צריכה לתת לי את ההזדמנות לטעון, לא למה, אלא לטעון ואני אגיד מה שאני רוצה.

אם אנחנו מבקשים מביטוח לאומי אחוזי נכות אזי אנחנו מבקשים מהרשות שתפעיל את הכוח השלטוני שלה ותיתן לנו מקופת המדינה כסף- שהרשות תפעיל את הכוח השלטוני שלה, והתוצאה תהיה שאנחנו נקבל כסף מהמדינה.

כאשר יש תאונה בין רכב צבאי לבין רכב פרטי- חברת ביטוח שתיכנס בנעלינו והיא תפנה למדינה והיא תבקש מהמדינה להפעיל את הכוח השלטוני שלה ולשלם לכסף- ולכן אנחנו לא נמצאים במשפט המנהלי, זה שאנחנו עומדים מול גוף שלטוני זה לא אומר שהוא ישתמש בכובע השלטוני שלו. אנחנו לא ביקשנו מהמדינה להפעיל את הכוח השלטוני שלה, זה באופן פרטי, הכסף שישולם זה מהצבא באישיות משפטית.

**השאלה- האם אנחנו במשפט הפרטי או במשפט הציבורי, אפילו אם הגוף הוא ציבורי, לכאורה !!**

מאיפה נולדה זכות הטיעון? זכות נמנית בכללי הצדק הטבעי, והם מקורה נורמטיבי העליון !! מה המשמעות של זכות הטיעון בפועל? זאת זכות להשמיע את הטענות שלנו וכנגדה יש לרשות חובה לשמוע אותנו.

כללי הצדק הטבעי התפתחו במאה ה-17 באנגליה ונקלטו למשפט הישראלי לפי סימן 106 לדבר המלך ומועצתו.

המיוחד בהם שכמו עקרון חוקיות המנהל אנו לא יכולים להצביע עליהם משפטית הם לא מקור סמכות משפטית, לא ניתן להעמיד אותם בפרמידה של קלון. אנחנו לא בטוח יודעים להגדיר את כל הזכויות הללו הרי זוהי רשימה פתוחה, אך אנו יודעים להגיד שהם מחילים את זכות הטיעון ותהליך משוא פנים וניגוד עניינים. אך בפעול אם רוצים היום לבטל לנו רישיון, רישיון חפירה של ארכיאולוג, התוצאה היא כמובן כלכלית קשה מאוד, וההחלטה מתקבל ללא מימוש זכות הטיעון, לא נתנו לנו להשמיע את הטענות שלנו בדבר ההחלטה. התוצאה של מקרה כזה – ככל היא בטלונה !

**הטעמים לקיומה של הזכות- חובת הגינות-** אשר מחייבת מתן הזדמנות להתלונן ולשמוע את הרשות שאין הצדקה לפגיעה בו, סתימת פיות מחזקת את תחושת השרירות.  
**ביסוס ההחלטה המנהלית-** אנחנו רוצים לראות שההחלטה התקבלה על בסיס מוצדק ובין היתר קיומה של זכות הטיעון יכולה להביא בפני הרשות שיקולים רלוונטיים שאינם ידועים לה, הרי הרשות לא יודעת הכל.  
**הבטחת אמון הציבור-** הצדק לא ייראה אילו הנפגע אינו מקבל הזדמנות להתגונן.

**שאלה- מה ההיקף של זכות הטיעון? עד כמה רחוק אנחנו יכולים להימצא ביחס להחלטה כדי שתקום לנו זכות טיעון?**

למשל- יש לנו חברה א' וחברה ב', חברה א' מייצרת מלט, היא מונופוליסטית היא מחזיקה רק בישראל ב- 3 מחצבות. ואילו חברה ב' שהיא מייצרת מלט והיא חברה קטנה והיא מושפעת מפעולות שעושה חברה א'.

החברה הזו לדוגמא נותנת הנכות לגופים מסוימים שמפסקים לה סחורה, או לקוחות מסוימים. אז נניח שנגד חברה א' הרשות להגבלים עסקיים פותחת בהליכים שבמסגרתם הרשות להגבלים עסקיים שוקלת לכפות על חברה א' למכור מחצבה- כמובן שהדבר יביא לעוד שחקן בשוק. אז לחברה ב' בהליכים של הרשות להגבלים עסקיים נ' חברה א', האם מה לה זכות טיעון? הרי היא

מושפעת מההחלטה... אין ספק זכות הטיעון פה ממש חשובה, האם קמה פה זכות הטיעון? לא כ"כ פשוט הפסיקה התייחסה לדבר הזה – על פניו אין זכות כי אין יריבות ישירה, אך המגמה היא כן לאפשר.

כדי לטעון לפי גורם מנהלי שבא להחליט החלטה מנהלית אשר תשפיע עליו לעמוד מסוימים, כלומר לא בכל מצב תינתן זכות טיעון.

**תנאים לקיומה של זכות הטיעון** – אנחנו צריכים שהפעולה המנהלית תביא לחסר כלשהו או תסכן אזרח, חובת הרשות להעניק זכות טיעון בפני מי שהולך להיפגע מהחלטה שמעוניינת לקבל ורש משעה שקיימת פגיעה באינטרס.

### 1. פגיעה באינטרס מוגן - פס"ד מאוד חשוב כי עד היום ביהמ"ש העליון מתבסס עליה - בג"צ

**3/58 ברמן ואח' נ' שר הפנים** – שכונת נחלת יצחק בת"א היא חפצה להתנתק מעיריית ת"א ולהסתפח מוניציפלית לרשות מקומית גבעתיים. הם ארגנו עצומה והחתימו את התושבים ואז הגישו את זה כל שר הפנים – בבקשה להסתפח (בגלל הארנונה), הם בעצם רוצים להתנתק כי בא לה שר הפנים קלח את הבקשה לפי פקודת העיריות מניה וועדה שתבחן את האפשרות לנתק את שכונת נחלת יצחק, במסגרת הוועדה שפתחה את האפשרות לספח הופיעו בפניה כל מיני נציגים, נציגי שכונה וגם מהעירייה, בסופו של דבר הוועדה קיבלה החלטה שהיא ממליצה על הסיפוח ובעקבות כ שר הפנים נתן צו לספח את כל שכונת נחלת יצחק לגבעתיים. תושבים הממורמרים אשר לא רצו לעבור הגישה עתירה, הם רצו לבטל את הצו (בגלל זה אנחנו במשפט מנהלי) כי הם לא רצו להסתפח לגבעתיים, לשם כך הם צריכים מסגרת משפטית(אחרת ביהמ"ש ידחה את הבקשה/עתירה/תובענה- ויגיד שהוא לא מבין מה רוצים ממנו, גם שיקולי צדק צריכים להימצא בדין) : פגיעה בזכות הטיעון כי הם טענו שהרשות צריכה לשמוע כל מי שנפגע ולא רק את נציגי הציבור, אז יש פגם בהליך לקבלת ההחלטה ודין ההחלטה להתבטל לדידם של התושבים. **בג"צ פסק** – ביטל את הצו, כלומר- הוא קיבל את העתירה, כבוד השופט זילבר : **"סבורני כי אין לזו מההלכה הוותיקה והמושרשת שאין גוף מנהלי רשאי לפגוע באזרח מכוח הוראה מסוימת, אלא אם כן ניתנה לו תחילה אפשרות הוגנת להשמעת הגנתו"**, ביהמ"ש מורה על ביטול ההחלטה של השר לנתק את השכונה מת"א. לגישת המתרגל: היום הדבר היה נפסק אחרת.

2. **מדובר בפגיעה ישירה וממשית (עמדתו של השופט זמיר)** – הפגיעה צריכה להיות ישירה ואין אפשרות להתבסס על פגיעות משניות ורחוקות. הרעיון הוא שאם הפגיעה רחוקה ממני אזי זכות הטעון שלי נחלשת ויכול להיות שלא תינתן, ואילו הפגיעה ממשית אזי יהיה לי יותר כוח וסבירות גבוהה לזכות טיעון. **האם הפגיעה מאוד נוגעת אלי או לא נוגעת אלי ישירות, וביחס לנפגע מה האינטרס שלי לכך.**

דוגמאות לאינטרס קרוב – שלילת רישיון של נהיגה – זוהי פגיעה ישירה וקטלנית אן אי חידוש תוקפו של רישיון זוהי פגיעה קשה אן הבטחה של רשות להעניק הטבה מסוימת ולאחר מכן שלילת נתינתה.

דוגמא לאינטרס רחוק – כביש 6 הפקיעו קרקעות של המושב לאגודה שיתופית ניצני עוז ואני אישית לא הפקיעו לי שום קרקע למרות שאני תושב שם.

\* **הרחבת זכות הטיעון מכוח עיקרון השוויון (פס"ד חוקה לישראל, השופט זמיר)** – מצב של הפליה מקים זכות עמידה, זכות להופיע לפני גוף שיפוטית ולהשמיע את טענותיו, יפנה עותר שלא נפגע בעצמו מההחלטה המנהלית אלא עותר לביטול ההחלטה עבור אחר.

\* **הרחבת זכות הטיעון לשמיעת יריב עסקי (פס"ד קרגל)** – החלת זכות עמידה ליריב עסקי גם בנוגע לזכות הטעון. המטרה לפי דידו של השופט זמיר בספרו : כדי למנוע התדיינות משפטיות ארוכות.

\***חריגים לזכות**- מתי תקום זכות טיעון לאור היסודות ועדיין תימנע ע"י המנהל הזכות לטעון ע"י מי שנפגע?

1. הליכי חקיקה ראשית של הכנסת- לא תוכר זכות טיעון לאזרח משום המעמד המיוחד שיש לכנסת כגוף מחוקקו הכנסת כמעמד של המחוקק ולכן אין צורך הכנסת משכללת את האינטרסים שלנו כבר.

2. חקיקת משנה, תקנות, הממשלה מתקינה תקנות- אין חריג חל על תקנות, למרות שמדובר בתקנות בנות פועל חיקתי(המעמד שניתן להם).

3. פעולות שלטוניות ריבוניות- למשל: לממשלה יש זכות להחליט על מלחמה או שלום.

4. **בפס"ד ברמן** ניתן לכך התייחסות אך לא נוצקה לה תוכן, הפס"ד לא אומר מתי תינתן בפעולה שלטונית זכות טיעון או לא. השופט זמיר יוצק תוכן לדבר הזה והוא אומר ע"י כך שהוא יוצר רשימה: כריתה ואשרור אמנות, הכרזת מלחמה, פעולות שאינן שפוטיות מההתחלה, קביעת מדיניות חדשה.

5. עיקול זמני ואיסור יציאה מהארץ- כאשר מבקשים זאת במעמד צו אחד המשיב לא יודע שיש בקשה כלפיו לעיקול/יציאה מהארץ, ולכן יש פגיעה באינטרס שלו הרי אם הוא מגיע לשדה התעופה ורק אז הוא גלה אז יש פגיעה עצומה באינטרס שלו.

6. פעולות דחופות- המנהל צריך לפעול ואם הוא נתקע בגלל שהוא צריך לתת זכות טיעון אז במידה ויש הצדקה למנוע זכות טיעון משום שהאינטרסים הציבוריים דחופים וגוברים, לא תינתן זכות טיעון לדוג' שלילת רישיון במקום. לוקחים בחשבון שהשלטון פגע בו בזכות של אזרח אנו צריכים לאזן את הפגיעה, השוטר לא יכול לשלול לחודשים את הרישיון וככה אנחנו מאזנים את הפגיעה עד הרגע ההכרחי שזכות הציבור בסכנה, במידה ולא בסכנה אין הצדקה יותר.

7. הריסת בתי מחבלים- בפס"ד האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד המרכז- השופט שמגר מכיר בכך שיש נסיבות מבצעיות שאין בהן מקום לקיומה של זכות הטיעון בפני המפקד הצבאי או לקיומה של ביקורת שיפוטית לפני בג"צ, אבל ביהמ"ש מאזן ואומר שגם במצבים חריגים אלה יש להסתפק בצעד הפיך, לדוגמא לאטום את הבתים קודם כל ולא מיד להרוס אותם.

8. טענה שאין מה להשמיע- הרשות סבורה שאם יש למישהו טענה אז הטענה לא חשובה להשמיעה או שהאדם הוא "פסול דין", אין לו מה לטעון או שהרשות מכירה את העמדה שלו ולכן היא לא נותנת לו להשמיע אותה- זה מש לא סביר לחלוטין, זה יכול להיות שיקול אבל לא החלטה- זה לא חריג- ואז יש פגם בהליך.

**היקפה של הזכות**- כמה צריך לתת להשמיעה.

1. **מבחן זכות להשמיעה הוגנת (פס"ד אבו רומני)**, ביהמ"ש משתמש בו הכלל הוא **היקפה של הזכות** משתנה מעניין לעניין, כל קייס עם הסיפור שלו וההיקף. אנחנו יכולים להצביע על מקרים ומצבים שזכות הטיעון ההיקף שלה יהיה רחב מאוד. –זכות לדרוש את החומרים שלפיהם הרשות הולכת לקבל החלטה בעניין אותו נפגע. שימוע חוזר יעשה כאשר נגלה לרשות מידע חדש לאחר שימוע שהתקיים. המנהל מקבל החלטה מסוימת שפוגע באזרח ורק לאחר ההחלטה היא נותנת לאותו נפגע זכות להשמיע את טענותיו.

**ע"מ 138/08 מד"י נ' חאסיין גאביץ-**

המשיב 1 הוא תושב ישראל והוא נשוי למשיבה 2 שהיא תושבת האזור = (הרשות הפלסטינית), יש להם 3 ילדים. בינואר 2006 המשיב 1 מגיש בקשה למשרד הפנים לאיחוד משפחות. בנובמבר 2006

קיבל משרד הפנים החלטה לדחות את הבקשה מטעמים ביטחוניים בנימוק שהאח של המשיב 2 עוסק בפעילות טרור. משיב 1 מגיש ערר למשרד הפנים והוא נדחה ולכן הוא הגיש עתירה לביהמ"ש לעניינים מנהליים והוא רוצה שישנו את ההחלטה של משרד הפנים בערר. כמו במקרה של **פס"ד ברמן** אנחנו נמצאים בביהמ"ש לעניינים מנהלים ואנחנו צריכים קונטקסט משפטי מנהלי. משיב 1 טוען שיש בעיה בהחלטה שלו הרי ההחלטה התקבלה ללא זכות טיעון לו ולמשיבה 2 ולכן הוא רוצה שיבטלו את החלטת הסירוב לאור שיקולים ביטחוניים. **(ביהמ"ש לא נכנס לנעלי הרשות הוא לא קובע במקום הרשות)**

המדינה צריכה להתמודד ולתקוף את זכות הטיעון ואולי להגיד שכן הייתה זכות טיעון כי זה יותר חזק מאשר לתקוף את עניין השיקול הביטחוני, ואם הם יצליחו להראות שאכן הייתה זכות טיעון אז כל העתירה הופכת להיות מיותרת. המדינה טוענת כי הערר זה זכות הטיעון, בעצם הערר אפשר לו לטעון, רק שהערר הזה הוא שימוע מאוחר. ביהמ"ש מקבל את טענת המדינה בזה שהערר זה זכות טיעון, ביהמ"ש אומר שבגלל שזה שימוע מאוחר ואחרי ההחלטה ולכן זה לא מספיק כי מבחינה פרקטיבית אין בעיה, המדינה יכולה בזמן ההליך עוד לפני שהיא מקבלת החלטה לתת זכות טיעון ובינתיים לא להביא אותם לארץ, ואז הטענות של פגיעה הן לא חזקות מספיק, ורק לאחר זכות הטיעון יש יותר חומר בפני הרשות, הרשות אפשר לטעון או לנפגע לטעון את הטענות שלו ואז ניתן לקבל החלטה. ביהמ"ש קיבל את העתירה וביטל את ההחלטה של משרד הפנים, המשמעות זה שמשרד הפנים צריך לקיים שוב הליך, אבל משרד הפנים מגיש ערעור על ההחלטה. (זכות הטיעון רק להישמע שזוהי זכות מאוד חזקה). המדינה בערעור בביהמ"ש העליון טוענת לאינטרסים ציבוריים ביטחוניים אשר גוברים, בנוסף היא טוענת שהמשיבה 2 היא לא תושבת ולכן אין לה זכות ויותר מזה היא אומרת שכאשר מדובר בשוהים בלתי חוקיים התהליך לא ישנה את מעמדם בארץ, בנוסף המדינה אומרת שזה יאריך את ההליך הזה וזה יחשוף את המדינה לפרוצדורה משפטית ויש עם זה בעיה והיא מגלה כמה טענות טובות. ביהמ"ש דוחה את הערעור, והוא אומר שלגבי השאלה – האם יש זכות טיעון למי שלא תושבת ישראל? ברור שכן! לכל אדם לאור כללי הצדק הטבעיים מגיע לו זכות טיעון. ולכן גם למשיבה 2 קמה זכות טיעון. וכמובן שההליך חוזר למנהל, ביהמ"ש לא נכנס לנעלי הרשות.

**ערר = פניה לגוף שיפוטי מנהלי, על ערר ניתן להגיש ערעור.**

**בג"צ 1661/05 המועצה אזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל-**

בדצמבר 2003 מכריז ראש ממשלת ישראל דאז אריאל שרון על תוכנית מדינית, ביטחונית לאומית על היפרדות מד"י מאזור חבל עזה ומאזור צפון השומרון (תוכנית ההתנתקות), יוני 2004 ממשלת ישראל מאשרת את תוכנית ההתנתקות, פברואר 2005 החוק עובר קריאה שלישית. סעיף 22 לחוק יישום ההתנתקות מסמיך את ראש הממשלה ושר הביטחון לקבוע בצו את מועד הפינוי ואת השטחים שיפנו. סעיף 22 אומר תוך 5 חודשים. המפונים מגישים עתירה מלאת טענות, הם לא רצו להתפנות או לפחות לעקב את הפינוי, הם טענו בעניין זכות הטיעון שלא נטענה להם הזכות ולכן הצוים נעדרי תוקף ודינם להתבטל – "טרם הוצאת של הצוים נמנעה ממשלת ישראל לקיים את החובה המוטלת עליהם שעה שלא העניקו למתיישבים, לבתי העסק וליושבים הרלוונטיים להשמיע את הטענות שלהם ואת ההשגות שלהם נגד החלטת הפינוי. מה שקורה זה שתהליך ההתנתקות לא היה מנותק מהמתיישבים, ראש הממשלה עצמו נפגש עם מתיישבים, הלך ונסע לחבל עזה ונפגש איתם, ולכן זכות הטיעון מוזרה קצת, היה קשר הדוק עם המתיישבים, זה לא שהיה הליך מנותק, היה קשר ישיר. הצורה של זכות הטיעון יכולה להיות רבת פנים, ביהמ"ש בדרך שלו התעצבן בגלל אותם הליכים שבהם היו מעורבים המתיישבים, לטעון שאין זכות טיעון זוהי טענה שקלושה מהמציאות.

ביהמ"ש פוסק כי המתיישבים והנציגים שלהם נטלו חלק פעיל בכל שלב וזכו להשמיע את דבריהם לפי וועדות הכנסת ואפילו בחקיקה הראשית, בפני הממשלה ובפני הגורמים המקצועיים, ראש הממשלה עצמו נפגש עם חלק ראשי המוצעות של המתיישבים עד שאלו החליטו להפסיק לפגוש את ראש הממשלה. ביהמ"ש אומר שעל ניתוק הקשר אין להם להליו אלא על עצמם,

בסיבות אלו כך ביהמ"ש סבור שנשמעו טעות המתיישבים, לאוכס ולרוחבם, אמת נסכים עם עותרים שלא התקיים הליך שימוע קובל, הליך בו ניתנה לו אפשרות מקובלת להשמיע טענותיו אלא שידענו שדרכי השמיעה רובן הן רבות ומגוונות.

**מה שחשוב זה האם - ניתנה מהותית זכות טיעון!!!**

1. מתן הודעה על מהות העניין
2. עיון בחומר חקירה כחלק מזכות הטיעון  
- שאלה של היקף העיון כחלק מזכות הטיעון
3. מתן זמן סביר להכנת תגובה הולמת.
4. קיומה של חובה לשימוע חוזר

### משוא פנים וניגוד עניינים (פגם בהליך) - נושא חשוב למבחן !

אלו נושאים שאנחנו מכירים מהמשפט הפרטי בכל מיני הקשרים, למשל- דיני חברות, דיני עבודה וכן הלאה..

במשפט הציבורי זה קיים בצורה שונה, כי **במשפט הפרטי** ששם הליברליות חייבת להישמר, **המשפט הציבורי** מגן על אינטרסים ושם כשיש לנו חובות על הרשות להימנע מניגוד ענייני או משוא פנים אז זה בעצם פגם בהליך אשר יביא לבטלות המעשה המנהלי- ההליך היה תקין אך הסמכות לא הייתה תקינה.

**משוא פנים**- הזכות למניעת משוא פנים זה נגזר מכללי הצדק הטבעיים, זה איסור מהגוף המחליט לפעול תחת דעה קדומה והטעייה. זה מוביל להעדר פתיחות לשכנוע, כך שלא יהיה טעם בהליך המנהלי ולזכות הטיעון, משום שאם מקבל ההחלטה (הרשות) מונתה ע"י דעה קדומה אזי שהיא כבר החליטה ולכן אין משמעות לזכות הטיעון. כאזרח מה שאנו נגיד לא ישפיע על ההחלטה כי היא כבר התקבלה. משוא פנים אסור שיתקיים גם אם זה לטובת האזרח כי זה על חשבון האזרח האחר.

**ניגוד עניינים**- מצב בו הרשות או מי שפועל מטעמה מבצע פעולות או מצוי במצב הנוגד את האינטרסים של הציבור, הרשות הציבור היא מאיין "נאמנה של הציבור" ולכן חלה עליה חובת נאמנות בדומה מהמשפט הפרטי.

### למה אנחנו צריכים אותם ?

### מהות האיסורים למשוא פנים ולניגוד עניינים

- הגדרות- **בן דוד נ' ראש הממשלה**
- הטעמים לאיסור על משוא פנים וניגוד עניינים :

### 1. חובת הנאמנות של הרשות-

**משוא פנים**- אינטרס מרכזי של הציבור הוא חשיפת האמת ולכן גיבוש דעה קדומה פוגע בחשיפת האמת ומהווה הפרה של חובת הנאמנות. מה קורה לנו שם ? יש משהו נפשי בגוף "המחליא" שאנחנו לא יודעים מה הוא כי הוא פנימי והוא משפיע על ההחלטה, פה נפגעת השקיפות כי אנחנו לא יודעים מה גרם להחלטה- הרשות תגיד לנו טענות וחומר אבל ההחלטה בתאכלס התקבל מגורם אחר.

**ניגוד עניינים**- על הרשות כשלוחה או נאמנה של הציבור חלה חובת הנאמנות בין שולח לבין שולח ובין בעלים ונאמן "הנהנה", זוהי החובה לפעול אך ורק לטובת הציבור השולח ולהימנע ממצבים של ניגוד אינטרסים, כי לגבי ניגוד עניינים בהכרח הפגיעה היא באינטרס הציבורי.

## 2. חובת ההגינות של הרשות-

משוא פנים- גיבוש דעתו המקדימה של המחליט פוגעת בחובה ההגינות שחלה על הרשות הציבורית כלפי האזרח- חובת ההגינות נגזרת מחובת הנאמנות, אך היא יותר נמוכה מחובת הנאמנות שזוהי החובה הרחבה ביותר במשפט.

ניגוד עניינים- ההגינות מחייבת שהחלטה בענייניו של אדם העלולה לפגוע בו תתקבל כאשר מקבל החלטות אינו במצב של ניגוד עניינים, ולכן אין סכנה מוחשית של שקילת שיקולים זרים.

**ניגוד עניינים יביא לשיקולים זרים שיקבעו את החלטה ואילו משוא פנים נגרם כתוצאה ממצב פנימי, אין דעה קדומה.**

## 3. מניעת חדירה של שיקולים זרים-

משוא פנים- מחליט המגבש דעתו מראש ואינו פתוח לשכנוע, מעורר חשד שעמדתו נגוע בשיקולים זרים שאינם רלוונטיים המונעים את האפשרות לשינוי החלטה.

ניגוד עניינים- הימצאות המחליט בניגוד עניינים מגדילה באופן משמעותי את הסיכוי לחדירה של שיקולים זרים ועל כן יש למנעם מראש- לא להעמיד את המחליט במבחן- יש ניגוד עניינים וזה לא אומר שבהכרח התוצאה לא תהיה תקינה אלא שאנחנו מתוך חשש לשימוש לרעה בכלל כלל אחר ומתוך הקשיים שיש לנו לדעת לגלות את המשוא פנים ולפעמים הניגוד העניינים המצב לפעמים תהווה בעיה- עצם ההמצאות בניגוד עניינים, למשל- בגלל זה שופט לדוגמא ברגע שהוא מכיר את אחד הצדדים הוא חייב להודיע על זה

## 4. הבטחת אימון הציבור במנהל הציבורי-

משוא פנים- הצד לא ייראה כאשר המחליט מעיד על עצמו שאינו פתוח לשכנוע ומדובר בהליך מיותר, בו אין הזדמנות לפרט לשכנע בצדקת טענתו

ניגוד עניינים- זה מביא לכך שגם הצדק ייעשה הוא לא ייראה, אמון הציבור הוא במנהל הציבורי ולכן האמון במנהל הציבורי יפגע.

**מדובר פה על נראות וזה מאוד חשוב במשפט הציבורי משום שאם הרשות נאמנה כדאי שהציבור יבין שהרשות פועלת לטובתו.**

## צורות של ניגוד עניינים במשפט הציבורי

ניגוד עניינים מוסדי- עובד ציבור הממלא שני תפקידים ציבוריים ובתוך כך נוצרת התנגשות בין שני אינטרסים ציבוריים.

### דוגמאות-

אם אני מבצעת וגם מפקחת = ניגוד עניינים.

אם אני משמש כחבר וועדת ביקורת על אגודה שיתופית, יש לי תפקיד ציבורי ואם אני אהיה גם חבר בוועד האגודה עצם המצב הזה שאני חבר וועדה וגם חבר ביקורת זה מצב של ניגוד עניינים אסורה.

עו"ד המשמש גם ביועץ משפטי של עירייה וגם חבר במקביל בוועדה המקומית לתכנון ובניה, הרי צריך את דעת היועמ"ש כי הוא מפקח על הוועדה. גם בשני הגופים הללו נוצר מצב שבהם המנגנונים יוצרים עין הפרדת רשויות נפגמים ומה שנפגע הם הנאמנות והשקיפות וכו'.. כל אלה שבעטים הרשות הפועלת.

בבחירות שהתקיימו בעיריית פ"ת נבחר חברת תנועת המערך לרשות העירייה ותנועת הליכוד המאוכזבת נותרה באופוזיציה.

במסגרת מינוי הוועדות לאחר הבחירות מונה המשיב 2 להיות חברה בוועדת ביקורת בו בזמן שהוא גם משמש חבר בוועדת ההנהלה של העירייה. המשיבה 1 שהיא מועצת עיריית פ"ת רצה לעתור לבג"צ והיא רצתה לבטל את המינוי של המשיב 2, היא רוצה מבג"צ שיאשרו מישהו מטעמה ולכן הם הלכו והגישו עתירה והם יצטרכו להכניס את הרצון שלהם למסגרת משפטית והם טענו לניגוד עניינים והסעד שהם ביקשו זה ביטול המינוי ככה שיתמנה מישהו מטעמים/במקומו. ביהמ"ש פסק: חבר וועדת הנהלה נסמך על שולחנו של ראש העיר ותפקידו ליעץ לו ומתוך כך ובו זמנית חבר וועדת הביקורת תפקידו לבקר את פעולת ראש העיר, מדובר בהפרדת רשויות שיצר המחוקק בין רשות מבצעת לרשות מפקחת וטשטוש ההפרדה יוצר ניגוד עניינים. נפסק כי המשיב 2 פסול מלשמש כחבר בוועדת הביקורת.

#### **595/89 שמעון נ' הממונה על מחוז הדרום-**

התעוררה השאלה לגבי אורגן מזכיר מועצת הפועלים של ההסתדרות שפעל כרשות מקומית והוא מונה להיות סגן יושב ראש המועצה וגם ממלא מקומו, כל אחד מהתפקידים הוא שונה. צריך להסתכל ולבחון את התפקידים לעומק, מי יותר בכיר ממלא מקום או סגן- הבדל= לסגן יש תפקידים שלו יש לו סמכות משלו, לעומת זאת ממלא מקום יכול להימצא במצב שהוא נכנס בנעליו של יושב הראש. מן הסתם משנה(ממלא מקום), יותר בכיר ומבחינת מהות התפקיד המבקר שהוא גם ממלא מקום ובעצם הופך להיות בפטנציה יושב ראש נוצרת הבעיה. ביהמ"ש פסק: ניגוד עניינים כי כל הקשור לתפקיד סגן יושב ראש המועצה לבין תפקיד חבר או מזכיר מועצת הפועלים צר ואינו משתרע על חלק חופף. בשני התפקידים האלה, לעומת זאת סגן ראש המועצה אשר גם משמש וגם ממלא מקום ראש המועצה תפקיד אשר עשוי להביאו למלא מקומו בפועל של ראש המועצה על כל תחומיו יתקל בתור כזה ניגוד עניינים חמור כאשר יידרש להתערב בענייני תרבות ספורט ועבודה ולפי כך אין להתיר ניגוד עניינים. ביהמ"ש שואל איפה הקושי בין שני הסמכויות.

ניגוד עניינים אישי- מדובר בניגוד עניינים בין אינטרס ציבורי לבין אינטרס הפרטי של עובד הציבור, למשל- מי שצריך להחליט במסגרת תפקידו בעניין ציבורי שיש לו השלכות על ענייניו או ענייני המשפחה שלו.

#### **המבחן לזהות ניגוד עניינים- נקבע בפסיקה 2 מבחנים-**

- "חשש סביר" לניגוד עניינים – פס"ד שימול
  - מבחן האפשרות הממשית – פס"ד משולב
- בפועל מדובר באותה מהות שלפיה "ניגוד עניינים" וגם מ"שוא פנים" מהווים קושי גם אם לא התממשו בפועל אלא היו עלולים להתממש. המבחן הוא מבחן אובייקטיבי, מנקודת המבט של האדם הסביר- יש לשאול האם האדם הסביר אשר יודע את כל העובדות היה מכריע כי קיים חשש סביר או אפשרות ממשית לקיומו של ניגוד עניינים או משוא פנים.
- אם אנחנו הרשות אנחנו נטען לאפשרות ממשית ואילו אנו העותרים אנחנו נטען לחשש סביר.



## חובות עובד ציבור והסנקציה על הפעלתם-

חובת הודעה על מצב של ניגוד עניינים - על עובד הציבור הנמצא בניגוד עניינים חובה להודיע לממונים עליו או לגוף הקולגיאלי שבו הוא חבר. כמו כן, עליו להימנע מהשתתפות בדיונים ועל הצבעה באותם עניינים.

דוגמא- סעיף 47 לחוק התכנון והבניה- הוא מעגן עקרונות כאלה בעניינים של תכנון ובניה. סנקציה על עובד ציבור שלא נותן הודעה ולא מודיע שהוא מצוי בניגוד עניינים ועדיין מקיים הליך- סנקציה פלילית ואם לא אז סנקציה משמעתית.

### מקרה בוחן 1

**צריך לזהות את הסוגיות העובדתיות.**

**לא צריך את כל המשפט המנהלי בשביל לענות על השאלה.**

**דבר ראשון זה לזהות את הסוגיות המשפטיות שעולות, לקרוא את העובדות ולזהות מה העניין**

**המשפטי שמתעורר- לזכור תמיד להתייחס נקודתית לעובדות המקרה.**

**מה שחשוב למרצה זאת ההבנה שלנו, זה מצריך מאיתנו לזהות את המסגרת הנורמטיבית ואת**

**הגבולות שלה- מה אנחנו צריכים ומה לא- חשוב מאוד ליישם!!!**

חוק המים, תשי"ט – 1959 (הוראות החוק פיקטיביות) (להלן: החוק):

### 1. הרשות הממשלתית למים וביוב

מוקמת בזו הרשות הממשלתית למים וביוב (להלן: הרשות) שתהיה מופקדת על ניהול משק המים והביוב, ואשר תפעל בהתאם למדיניות הממשלה בתחום זה.

### 2. תפקידי מועצת הרשות

תפקידי מועצת הרשות הינם הסדרת משק המים והביוב והפיקוח עליו; ביצוע מדיניות הממשלה שיש לה השלכה על משק המים; קביעת כללים בדבר הספקת מים, כמותם, איכותם, מחירם והשימוש בהם.

### 5. מנהל הרשות

מנהל הרשות יפעל בשם הרשות ובהתאם למדיניות שתקבע מועצת הרשות.

### 6. ביצוע

שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים ממונה על ביצועו של חוק זה.

### שאלה 1 (100 נקודות – אורך מירבי: עד 7 עמ')

עם המעבר למים מותפלים (ייצור מים מתוקים ממי ים מלוחים) במשק המים בישראל פרסמה מועצת הרשות כללים להסדרת מתקני התפלת מים, ועיקרם **זרישת רישיון** ממנהל הרשות לשם הפעלת מתקן המייצר מים מותפלים.

זמן קצר לאחר מכן, **שר התשתיות הלאומיות** התקין את תקנות המים (הפסקת מתקני התפלה בשבת), תשע"ו-2016 (להלן: תקנות המים), **המחייבות מתקן התפלה להפסיק את פעולתו עם כניסת השבת ולחדשה רק עם צאתה.**

חברת אוסמוזה בע"מ(גוף פרטי) העוסקת בהתפלה עותרת לבג"ץ בשל בעקבות מכתב שנשלח אליה ממנהל הרשות,

בזו הלשון:

"מכיוון שהחברה טרם שילמה עבור מימון בדיקות המעבדה לבדיקת איכות המים, נכשלה בתוצאות הבדיקה, והפרה את הוראות התקנות בדבר אי הפעלה בשבת, החלטתי לבטל את רישיון החברה."

יש לנו מעשה מנהלי, יש לנו חוק ואנחנו עוברים למנהל.

דונו אך ורק בשאלות המשפטיות המתעוררות מהטענות הבאות ומטענות הנגד שלהן:

1. טענת העותרת כי מנהל הרשות הוציא את המכתב מבלי לזמן את נציגיה לפגישה במשרדו; ומנגד טענת

המנהל של הרשות כי המכתב הוצא לאחר חלופת תכתובות ארוכה עם החברה בנושאים שונים במסגרתה פורטו

טענותיה של החברה- אם נטען בשביל הרשות שיש זכות טיעון אז זה טעות כי הטענה שלה זה שאין זכות טיעון ואם יש אזי היא לא ניתנה- אנחנו צריכים לזהות את הטענות כלפי כל צד, - פס"ד חסין גאביץ- המנהל יטען. למשל- שימוע מאוחר לא מתעורר פה.

תשובה: לא לעשות מחד ומאידך אלא לשים על עצמינו כובע של שופט, ויש לנו מסגרת נורמטיבית ואנחנו צריכים להכריע בטענות הללו ולכן ראשית אנחנו נבחן את הדין. חשוב לדון בשתי הטענות!!

יש לבדוק האם קמה זכות טיעון, יש לנו יסודות- כעת עלינו ליישם: פגיעה באינטרס מוגן= ביטלו את הרישיון של החברה ולכן הפגיעה היא שאינטרס ההסתמכות- הסתמכתי על משהו וביטלו לי אותו. הוציא את המכתב ללא זימון פגיעה ישירה וממשית= פס"ד ברמן

בג"צ חוף עזה- הם ליוו את הליך החקיקה ומשכך עצם ליווי החקיקה של אותם תושבים שימש מהותית לזכות טיעון וזה בדיוק מתיישב וצריך להראות שזה תיישב- זה היישום.

בגלל שביטול הרישיון זה פגיע כ"כ קשה ולכן המכתבים לא מספקים ולכן צריך להיפגש עם המנהל באופן פרטי.

**חובת הנמקה נמצאת תמיד בכל מבחן**

חובת ההנמקה

היקף חובת ההנמקה מכוח החוק ומידת תוכנה.

\* מקרים בהם אין תחולה לחוק.

\* היקף ההנמקה:

- בג"ץ שפירא נ' הועדה המחוזי של לשכת עורכי הדין.

- בג"ץ יורגום בע"מ נ' מרכז ההשקעות.

\* חובת הנמקה בפני הרשות השופטת.

\* האם חלה חובת הנמקה על החלטה המתבלת בידי גוף קולגיאלי.

חובת הנמקה מכוח הפסיקה:

\* בג"ץ מועצה אזורית חוף אשקלון נ' שר הפנים (1998).

\* בג"ץ נאות ואח' נ' המועצה המקומית ק. טבעון ואח' (1996).

דיברנו על חובה של הרשות מתי שהדין מורה לה, לנמק את החלטותיה כאשר היא מקבלת החלטה ודיברנו על חוק ההנמקות שאומר לנו בס' 2(א): נתבקשה הרשות להפעיל את סמכותה עפ"י דין... דיברנו על היסודות כדי שתקום חובת הנמקה.

ס' 2 א משלים את 2(א) וקובע שהנמקה תינתן רק כשהרשות מסרבת לבקשה שהתבקשה.

כמו כן דיברנו על כך שהחוק לא טוב.

אמרנו גם שקבלה חלקית של הבקשה מקימה חובת הנמקה כי יש סירוב על חלק אחר ואמרנו גם שקבלת הבקשה על תנאי גם מחייבת הנמקה מתוך מחשבה שיתכן שהבקשה תסורב (בהתאם לתנאי).

אז החוק לא טוב כי הוא לא מכיל קב' גדולה של מקרים בהם הרשות פועלת מיוזמתה, ס' 2(א) אומר: "נתבקש עובד הציבור להפעיל את סמכותו" ואם הרשות פועלת מיוזמתה – אין חוק ואז לכאורה אין חובת הנמקה ואין תשובה!

רק שראינו שהפסיקה השלימה את החלל החסר, פס"ד חוף אשקלון: מקום שבו לא תקום חובת הנמקה סטוטורית קמה חובת הנמקה מכוח פסיקה שמחילה פה את חובת ההגיונות (חובת ההגיונות היא המקור לכך).

לא דיברנו על חריגים לחובת ההנמקה (עדיין בגדרי החוק) -

החוק קובע "פטורים" של הרשות מחובת הנמקה.

נביא כמה מהם:

ס' 3(1) לחוק ההנמקות קובע: כשיש בדין המעניק את הסמכות הדעה פוזיטיבית לפיה רשאי עובד ציבור לעשות שימוש בסמכותו ללא מתן הנמקה.

מה זה אומר? זה לא גורע מדינים אחרים. בעצם שיש סמכות לרשות לפעול מכוח דין ספציפי – הדין הספציפי מעניק יכולת לרשות לא לנמק, אזי שלרשות יש פטור מחובת הנמקה. זה פטור מפורש, כי החוק הוא כללי, ואם יש דין ספציפי אז הוא כמובן גובר.

ס'3(2) פטור סטטוטורי - כשביטחון המדינה או יחסי החוץ שלה מחייבים שלא לגלות נימוקי ההחלטה.

ס'3(3) כשהבקשה שסירב לה עובד הציבור היתה למנות את המבקש למשרה פלונית או להטיל עליו תפקיד פלוני.

זה סוג מאוד מסוים של בקשה. לא צריכים לנמק למה מינינו אותך.

ס'3(4) – כשגילוי הנימוקים עלול, לדעת עובד ציבור, לפגוע שלא כדין בזכותו של אדם זולת המבקש.

כלומר : פגיעה בצד ג'.

אם הרשות מתבקשת להפעיל את סמכותה לפי דין והיא כמובן יכולה להסכים או לסרב, אם היא מסרבת קמה חובת הנמקה אלא אם כן יש פטור.

הרשות/עובד הציבור / גוף קולגיאלי, מוצאים שהנימוק יביא לפגיעה בצד שלישי. אם אני אשתף אותך במידע – צד שלישי יפגע! כי יתכן שהמידע גם רלוונטי לצד ג', יתכן שהנימוק הוא בגלל צד שלישי. ואז לדעת עובד הציבור (פה מופעל שק"דו), יש פטור. מה שהוא כן צריך לנמק – שיכולה להיות פגיעה ( הוא לא חייב להגיד במי ) .

ס'3(5) – כשיש בגילוי הנימוקים, לדעת עובד ציבור, משום גילוי סוד מקצועי או ידיעה סודית. הנוסחא של קוקה קולה.

מדובר בפטורים, כלמר יש תחולה לחוק – רק שיש פטורים.

#### עניין הגבולות :

אנחנו כפופים לחוקי יסוד לאחר המהפכה החוקתית (92'), כל הפטורים הם עד הרמה שמעבר לה כבר יהיה אפשר לגלות, כלומר זה ההיקף!

למשל – פס"ד געבץ, איחוד משפחות – המשיבה 2 היא תושבת האיזור ואחיה עוסק בפעילות טרור ולכן נדחתה הבקשה.

לכאורה לפי חוק ההנמקות הרשות, משרד הפנים, יכלה שלא לנמק. לפי הפטור של ביטחון המדינה, אך היא לא לא נימקה, היא אמנם לא פירטה את המידע המודיעיני שקיבלה (איזה פעילות טרור, מתי וכו') אך היא כן נימקה : "מסיבות בטחוניות, האח של המשיבה עוסק בפעילות טרור". אין לנו את המידע.

אם נלך לפי הפסיקה, שפירא, הרשות צריכה לפרט את כל הדרך לקבלת ההחלטה ואת כל הנתונים העובדתיים הרלוונטיים, לא את כל הנתונים שיש בידה.. אלא את אלה שרלוונטיים לקבלת החלטת הסירוב.

לא עושים את זה פה ולמה? מכוח הפטור.

אז ההתנגשות היא לא הפטור, אלא עם פס"ד שפירא, שהרשות אותו סייגה, אותו צמצמה.

3(2) איפשר לה לצמצם את בג"ת שפירא ולא לא לנמק בכלל אלא כפופים לחוקי יסוד ולפסיקה הזו!

אנחנו כבר בתוך החוק – יש פטור אך הוא מצומצם ומעבר לפטור הזה – חל החוק והוא מחיל את 2(א)21א. כל מה שלא נופל בגדרי הפטור – שהוא 3(2) בטחון המדינה במקרה הזה, נכנס לגדרי החוק, לחובה – חובת הנמקה, לנמק.

לכן נימקו בפס"ד געבץ.

2(2) : ממה המדינה חרדה? ששיטות מודיעיניות ידלפו וכו'. הרעיון של הס' – לא להחריג הנמקה באופן גורף! זה שאומרים "משיקולים בטחוניים – מסורב" – אין פה סכנה לבטחון

המדינה, זה לא נופל ל3(2). ביטחון המדינה לא נפגע פה! עוד נימוק: "המשיבה 2 שהיא המבקשת, אחיה עוסק בפעילות טרור". הקרבה גדולה מדי ופה זה שק"ד הרשות לסרב וזה הנימוק. אם זה לא נופל ל3(2) זה נופל ל2א ויש חובת הנמקה.  
\* אם גם המידע הדל היה בעייתי – ניתן היה שלא לנמק בכלל! כי זה היה נכנס לגדר ל3(2).

צריך חובת הנמקה כאשר לא חל פטור.  
2(2) מאפשר לרשות לצמצם את האיסור של בג"ץ שפירא (לנמק את כל הדרך עד לסירוב?) כי שם אין לנו הוראה סטוטורית שאומרת כמה לפרט! פה הפסיקה משלימה לנו וס' 3(2) למעשה מצמצם את בג"ץ שפירא!

ההבדל – ס' 9 לחוק, מדבר על היעדר תחולה של החוק:  
\*תמיד שניגשים לסעיף חוק – לבדוק שאין היעדר תחולה.  
הוא אומר "מתי החוק בכלל לא חל". מדגיש את ההבדל בין היעדר תחולה לפטור.  
בחשיבה שאינה משפטית – היעדר תחולה זה לא פטור, זה אומר שכל החוק לא חל.  
בשיעור הקודם, דיברנו על חוק איסור לשון הרע וחוק הגנת הפרטיות.. אם יש הגנה – היא אינה מוחלטת.  
היעדר התחולה לפי ס' 9 לחוק, קובע שלא תהיה תחולה לחוק בעניינים הבאים:  
ס' 9(א) – על החלטות לפי חוק כלי ירייה תש"ט 1949. הוא אומר: לא כל החוק, אלא כאשר גילוי הנימוקים עלול להביא לפגיעה בשלומו של אדם או בדרכי הפעולה של המשטרה.

ס' 9(ב) החלטות שר הפנים או מי שהועברו אליו סמכויותיו – אצילת סמכות. לפי חוק הכניסה לישראל, למעט החלטה על ביטול רשיון ישיבה של מי ששוהה בישראל כדין.

מה שחשוב להבין, שיש הבדל בין פטור לבין היעדר תחולה של החוק.  
באופן כללי יש להיזהר מסעיף כזה.

ההבדל: כשדיברנו על פטור והתעכבנו על כך, אמרנו דבר ראשון שיש תחולה לחוק. אם הגענו לפטור – יש תחולה לחוק, כלומר משהו קורה בס' 2(א) שמדבר על חובה לתת הנמקה תשובה / מתן החלטה כן או לא... או משהו קורה בס' 2א שהסעיף מקים חובת הנמקה.  
ואז הולכים לבג"ץ שפירא כדי לראות מה ההיקף.

אז יש תחולה לחוק בס' 2(א) או 2א. ואז ניגשים לפטורים, והרשות מחפשת לפטורים איך לא לנמק למרות התחולה של ס' 2(א), ואומרת "אני לא אנמק את הסירוב שלי".

אבל הרשות נתקעת כי יש גבולות לפטור! וזה המשמעות, פטור יכול להיות גורף, כמו בגעבץ, האם מתן הנמקה היה מסכן את בטחון המדינה? או באיזשהו היקף ניתן לומר משהו שלא יסכן את ביטחון המדינה ולא יפול לגדרי הפטורים.

ואז משפטית – אם יש כזה חלק שאם היינו חושבים אלמלא הפטור שהיה נכנס והיה צריך לפרט, אם יש פטור שלא נופל לגדרי הפטורים עדיין צריך לפרט אותו – אז זה חוזר לס' 2(א) ויש חובה לנמק.

ס' 9 לעומת זאת, אומר ס' 2(א) וס' 2א לא חלים - אם יש תחולה לס' 9 אין תחולה לחוק. אז אם כן אם אין תחולה – הולכים לחובת הנמקה מכוח הפסיקה, מה שלא קורה בפטורים!!  
אפשר תמיד לטעון – אמירה פוזיטיבית לא לנמק.

אם יש יוזמת רשות, נתקעים ב2(א), הרשות פעלה מיוזמתה אז אין תחולה לחוק ואז גם הולכים לפסיקה!!!

\*\*\* אמרנו שיתכן מצב של היעדר תחולה לחוק כלומר החוק לא חל – או ס' 9 (אותו בודקים קודם כי הוא מייעד עצמו לתחולה) או שכבר מתחילים לרוץ עם החוק וביסודות של 2(א) הרשות פועלת ולכן לא מתקיימים היסודות ואז אין תחולה לחוק. ואז הולכים לפסיקה!!! ואז שם תהיה פסיקה – חוף אשקלון. זו ההלכה שממנה אפשר להתגלגל לשפירא.

\*\* צריך לבדוק קודם את ס' 2(א) ואת ס' 2א, ואז לבדוק את 9 ואז את הפטורים \*\*.

### מה אומרת לנו חובת הנמקה / היעדרה?

הפלוני שרוצה להעסיק עובד זר, מה זה אומר שאין הנמקה?  
לא יודעים איך התקבלה ההחלטה. יכול להיות שהתקבלה כדין...  
חובת הנמקה – לא אומרת דבר על ההליך! יתכן שההחלטה התקבלה בסמכות, בסבירות, במידתיות ופשוט ללא הנמקה.  
או להפך – אנחנו לא יודעים, אך יתכן שהכל בסדר.

אז אם כן – חזקת תקינות המנהל – זה הכלל! יתכן שהרשות פעלה נכון ויתכן שפעלה לא נכון.  
אבל יש חזקה שכל פעולותיה נעשו כדין על אף שאנחנו לא יודעים.  
לכן יש את ס' 6, תוצאות אי מילוי אחרי החוק:  
ס' 6(א) – "החלטה או פעולה של עובד הציבור, לא יהיו פסולות בשל כך בלבד שהוא לא מילא אחרי הוראות הסעיפים 2א, 2(ב), 4 או 5; ואולם, בכל הליך לפני ועדת ערעור או ועדת ערעור או לפני ביהמ"ש, על עובד הציבור הראיה כי החלטה או פעולה שלא ניתנה לגביהן תשובה או הודעה כאמור נעשו כדין. הוראות ס' זה אינן גורעות מאחריותו המשמעתית של עובד הציבור על אי מילוי חובה לפי חוק זה".

### ^ זה אומר העברת נטל!

סייג לגבי חזקת תקינות המנהל בהפרת הס' 2א [ההנמקה] ויתר הסעיפים פה ^ – מעבירה את הנטל, כלומר הרשות צריכה להראות שההחלטה נתקבלה כדין בניגוד לחזקה שהיא נהנית ממנה בדבר"כ.

אם היא לא מראה אם היא לא עומדת בנטל – אז דין ההחלטה להתבטל!

\*תשובה לשאלה של אוהד (לבדוק מה שאל): - לפי מה הולכים לפי הפסיקה או לחוק?  
תאורטית אם הולכים לפסיקה אין תחולה לחוק וזה ממש לא טריוויאלי לבקש את ס' 6(א) כשאין תחולה לחוק.

מנגד הפסיקה בכל זאת עשויה במצבים מסוימים להעביר את הנטל מכח חובת ההגינות.

## שיעור חמישי 17.1.17

### חובת ההנמקה – המשך:

#### העברת הנטל לרשות המנהלית

ס' 6(א) לחוק ההנמקות.

ע"א 78/83 הינדס נ' מנהל מס שבח

### פטור מחובת הנמקה:

\* מתן פטור מחובת ההנמקה במקרים המנויים בסעיף 3 לחוק ההנמקות.

\* היעדר תחולה של החוק במקרים המנויים בס' 9 לחוק.

### \* \* מסר מוצפן: היי שנל \* \*

ע"א 78/83 הינדס נ' מנהל מס שבח. עובדות: המערערת 1 והמערערת 2 כרתו ב79' הסכם, לפיו רבע מהזכויות במקרקעין המשותפים של המערערת 1 יעברו למערערת 2 כנגד תמורה. העסקה דווחה למס שבח, על שווי תמורה של 51 אלף ₪. פקיד מס שבח, מטעמים של חוסר תום לב / קיומם של יחסים אישיים, חשד שהעסקה והשווי שהוצהר לא חופפים. השווי לא תואם את הסכום שהוצהר. מה עושה? מוציא שומה חדשה לפי מיטב השפיטה (לפי הערכותיו שלו) והעמיד אותה על 220 אלף ₪.

המערערות בבעיה, אם כך. מה עשו? הגישו ערר – פניה לאותו טריבונל מנהלי כלומר ערעור במסגרת הרשות המנהלית, לועדת ערר על החלטות פקיד מס שבח ושם הן טענו קודם כל לחוסר סמכות כי השומה החדשה נקבעה כעבור 30 יום מיום מתן ההצהרה. זאת בניגוד לחוק מס שבח. היה לך 30 יום לקבוע שומה חדשה, חלף המועד ולכן אין לך סמכות. לכן, ההחלטה של פקיד מס שבח בטלה לטענתן. הן גם טענו לגבי גובה השומה. צריך להפחית. או בטל ואם לא בטל – יש מקום להפחית את השומה. ועדת הערר דחתה את טענת חוסר הסמכות (כי הזמן שחלף לא מעיד שאין סמכות) וקיבלה את טענת גובה השומה והעמידה אותה על 128 אלף.

### הן עדיין בבעיה. מה עושים? מגישים ערעור לביהמ"ש העליון.

טענת הסמכות כאמור נדחתה, אפשר לבוא עם הטענה הזו, אלא שבא הכוח שלהן העלה טענה חדשה ומעניינת שקשורה לחוק ההנמקות. הן טענו לס' 6(א) לחוק ההנמקות, (החלטה או פעולה של עובד הציבור לא יהיו פסולות בשל כך בלבד שלא מילא אחרי הוראות מס' סעיפים (להשלים) ואולם כל הליך לפני ועדת ערר/בימש, על עובד הציבור כי החלטה שלגביה ניתנה תשובה / החלטה כאמור – נעשו כדין. הנטל עובר לגבי כל ההחלטה – מתבטלת חזקת תקינות המנהל...). הפרה של חובת הנמקה לא מביאה לבטלות לפי חוק ההנמקות אלא רק הופכת את הנטל. הן טענו שכעבור 30 ימים, בחלוף אותם 30 יום, עובר הנטל על המשיב כלומר על פקיד מס שבבב"ח להוכיח חוסר תום לב או יחסים מיוחדים. כי ס' 6 מטפל בכל החלטה, הכלה כל נפתח, הנטל עובר לגבי כל החלטה לא רק לגבי ההנמקה.

בערכאה קמא הנטל היה עליהן כי ההרררשות נהנית מתקינות המנהל. הן טוענות הנטל לא עלינו אלא על המשיב, עליו להראות היעדר יחסים מיוחדים ותום לב ואם הנטל עליו – הוא לא הרים את הנטל.

הן אומרות יש פגם בהנמקה – עשית את השומה החדשה לא בגדרי הזמן של החוק, ההנמקה שלך ניתנה שלא כדין, יש פגם בהנמקה מבחינת הזמן ואם כך – ס' 6(א), שהנטל עליו ושהוא לא הרים את הנטל. אם הרשות לא הרימה את הנטל = אז דין ההחלטה להתבטל.  
כך הן הגיעו לטענת בטלות כי הנטל לא הורם! הנטל על המשיב, על המדינה הפעם – לא הורם. יש בעיה משפטית עם הטענה: בשביל להגיע לס' 6(א) צריך תחולה של חוק ההנמקות. לס' 2(א) יש דרישות, הראשונה שבהן – נתבקש עובד ציבור עפ"י דין. הבעיה שלהן היא במילה "נתבקש". ז"א: בעצם ביהמש פה בוחן לגבי טענתן את השאלה האם חוק ההנמקות חל (עוד בטרם ס' 6(א)) כדי לבחון את זה, הוא שואל עצמו – האם הצהרה לפקיד מס שבת, כי כרתו הסכם וכו' ומחויבות מכח הדין לדווח, האם הדיווח שלהן הוא בגדר "נתבקש עובד ציבור"?

נשיא שמגר קובע – הוראות חוק ההנמקות לא חלות על המקרה שכן הצהרה בדבר מס שבח אינה בגדר בקשה לעובד ציבור להשתמש בסמכות שניתנה לו עפי דין ועולה מכך כי קיום חובה אין משמעה בקשה להפעלת סמכות. הוא לא התבקש ולכן אי אפשר להגיע לחוק ההנמקות, לס' 6(א).

"בקשה" עפי לשונה היא פניה לרשות לפעול בעניינו של האזרח לאחר שיקול דעת ובחירה בין פניה לבין הימנעות ממנה. לעומת זאת, הגשת הצהרות עפי חוק במועד הקבוע בו, הינה חובה שאי קיומה מהווה עבירה פלילית אשר עונש מאסר או קנס בצידה. לכן אי אפשר להפעיל את חוק ההנמקות את ס' 6(א).

גם אם היתה תחולה לחוק ההנמקות כך לפי ביהמש, נטל הראיה הורם במסגרת הדיון בפני וועדת הערר, שעה שההערכה החדשה שנעשתה במסגרת הוועדה הושתתה על חוות דעת שהובאו בפניה כשזו של המשיב (פקיד השומה) היא היתה המועדפת.

גם אם היתה תחולה לס' 6(א), משום שהשומה נקבעה בחלוף 30 יום הנטל הורם.

סיימנו עם חוק ההנמקות.

זכות העיון וחופש המידע:

זכות העיון תחילה:

כשאנחנו מדברים על זכות העיון, אומרים שלכל פרט יש זכות לעיין או לקבל חומר שמצוי בידי גוף שיפוטי או מעין שיפוטי או רשות מנהלית, הנוגע אל הפרט עצמו – אליו. זו נק' המוצא – המידע שמחזיקה הרשות וגם גוף שיפוטי נוגע לאותו פרט, יש זיקה בין הפרט לבין המידע.

בזכות העיון מה שמעניין אותנו – איזה מידע אנחנו יכולים לקבל (בשים לב שהכל נוגע אלינו) או מה היקפו ומה שעוד מעניין אותנו – באיזו מסגרת: הליך שיפוטי או מעין שיפוטי?

פה יש לנו למעשה 3 דרגות בעניין המסגרת מול מי מתמודדים:

1. הליך שיפוטי / מעין שיפוטי (ועדת ערר למשל): החקיקה מסודרת, חשופים למידע אלא אם כן נתקלים בהוראות חסיון. למשל – הליכים אזרחיים, הליכי גילוי מוקדם, שאלונים – אין לנו בעיות בהליכים שיפוטניים. הבעיה – כשאנחנו רוצים מידע שלא נוכל לקבל והוא מצוי בידי הרשות.



2. מידע הנוגע שאנחנו נדרשים לו לקראת הליך שיפוטי, אנחנו צריכים את המידע כדי להגיש תביעה/ערעור/לדעת דבר במסגרת הליך מסוים. לא בפלילי- כבר בדרגה הזו יש בעיה, כי הדברים לא מוסדרים כ"כ. אנחנו לא יכולים להצביע על סעיף גנרי או כללי, או סעיף סל. אין לנו מקור נורמטיבי שמאפשר לנו לקבל מידע! אז קל וחומר שהדרגה השלישית תהיה בעייתית...  
3. כל מידע, לא במסגרת הליך שיפוטי אלא מידע. הרשות מחזיקה במידע ואנחנו רוצים לקבל אותו בלי שום סיבה? בכלל בעייתית. אז פה, הפסיקה עשתה דרך - אין בנמצא הוראות דין .

ישנן הוראות חוק פרטיקולריות שמחייבות את הרשות לחשוף מידע לאזרח שנוגע אליו - ס' 13 לחוק הגנת הפרטיות: קובע כי כל אדם זכאי לעיין בעצמו או באמצעות מי מטעמו במידע שמוחזק במאגר מידע. בעברית, ערבית ואנגלית.

ס' 74 לחסד"פ - מתן אפשרות לנאשם /סניגורו לאחר הגשת כתב אישום, לעיין בחומרי החקירה.

הס' הללו לא נותנים מענה, בטח לא לגבי דרגה שניה ושלישית.

הפסיקה עשתה דרך -

בג"ץ 142/70 שפירא נ' הועד המחוזי – עובדות : העותר (המתלונן) חבר לשכת עו"ד והוא הגיש תלונה לועד מחוז ירושלים נ' עו"ד אחר.

אז הועד שקל, בחן וביקש עוד חומר בנוגע לתלונה ובסופו של יום, החליט לגנוז את התלונה מטעם שהתלונה לא מגלה אישום.

העותר פונה לועד המחוזי, בבקשה :

א. לקבל את הנימוקים לסגירת/גניזת התלונה. (לא נומק).

ב. לצורך הגשת עתירה/ערעור (הליך משפטי) הוא מבקש את תגובת הנילון (העו"ד השני עליו התלוננו).

כמובן שהועד המחוזי במסגרת הבירור פנה לבירור בבקשה לתת תגובה לפני החלטה בנוגע לתלונה, ואותו נילון הגיש תלונה. עכשיו אחרי גניזת התלונה, המבקש / המתלונן מבקש את התגובה לקראת הליך שיפוטי. הועד המחוזי השיב לו שהועד המחוזי וכל חבר בו שקל את התלונה והחליט לגנוז אותה כל אחד מטעמו שלו ועל כן הועד המחוזי כגוף קולגיאלית החליט לגנוז את התלונה ללא מתן נימוקים.

העותר שלנו עותר, מעלה את כל הטענות – חובת הנמקה וכו', והוא מבקש בעצם לקבל כסעד את התגובה. הוא נטש את כל הטענות שלו ונותר רק הסעד של תגובת הנילון. הוא רוצה להפעיל את הכלים שהחוק נותן לו לערער, אך לא יכול לעשות זאת משום שאין לו את התגובה של הנילון. אני לא יכול לתקוף את ההחלטה כי אני לא יודע מה הנילון .

מה חושב ביהמ"ש? ביהמש משתמש מינוח רחב –"הכלל הוא שמסמכים שהתקבלו בידי הרשות תוך כדי שימוש בסמכות שהוענקה לה עפי דין, צריכים להיות גלויים ופתוחים לפני הצד הנוגע בדבר ואין הרשות נשמעת לאמור שמשנכנס המסמך לתיקיה – שוב אין הצד הנוגע בדבר רשאי עוד לראותו".

ביהמש פוסק שהטענה כי באין חובה חוקית לגלות (ואין כזו) כשאין אני לכסות ולא לגלות – יכול ותישמע מפי אדם או תאגיד פרטי, אבל אין היא נשמעת מפי רשות הממלאת תפקיד עפי דין ולא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור. זה רחב ביותר! הפסיקה פה ממש רחבת...

**מדברים על טעמים שעומדים בפני הרשות להימנע מלגלות מידע המצוי בידיה . בכל זאת, בבג"ץ**

**שפירא אומרים – "יש לזה גבולות" ובבג"ץ שפירא מפורטים הגבולות ואומרים כך:**

1. חומרי חקירה [כיום מוסדר בחקיקה, בזמנו לא] .
  2. מידע שהרשות אוספת בנוגע לפלוני המתמודד במכרז או מתמייך למשרה פלונית.
  3. מידע העשוי לפגוע בזכויות הזולת.
  4. סודות מסחריים.
  5. מידע שחל עליו חיסיון מכוח הדין.
- הוכרע בבג"ץ שפירא כי על הוועד המחוזי להמציא לעותר את תשובת עוה"ד לתלונה. זה לא האדם הפרטי – אלא הרשות בנוגע אלי, אלא אם כן כמו בבגץ שפירא – יש חקיקה או חיסיון שגוברים.

\*אם שר מוציא תעודת חיסיון על מידע – סיפור אחר! זה כבר יהיה בגץ נ' השר.

בבג"ץ שפירא נאמר על נטל ההוכחה כי אין על הרשות לגלות מידע המצוי בפניה - בבג"ץ שפירא כב' השי' לנדוי מציין כי **נטל ההוכחה כי אין על הרשות לגלות מידע המצוי בפניה, מוטל על הרשות!**

לכאורה הבעיה נפתרה. בעצם ניתן לקבל כמעט כל מידע לפחות לגבי הדרגה ה-2, אך עדיין יש

בעיה, למה זה לא ככה?

בשל עובדות המקרה.

עובדות המקרה הגבילו את פסק-הדין הזה...

אנחנו מדברים על לשכת עוה"ד, מקרה יותר פרטי.

אם כך הפסיקה היתה צריכה לעשות עודד דרך.

**קייס על חובת הנמקה.**

**מקרה בוחן 2 :**

**יש פה מעשה מנהלי .**

**חברת דני שירותי הסעדה בע"מ = פרט. ומנגד = גורם מנהלי.**

**החברה עותרת לבגץ נ' שר החינוך וועד הורים ומבקשת להכריז על ביטול העיצום הכספי.**

**(1) טענת העותר כי המכתב שנשלח אליו מהשר לא עומד בדרישות חובת ההנמקה ולפיך**

**החלטת השר בטלה.**

מה שחשוב – דבר ראשון לזהות את המסגרת הנורמטיבית הנכונה. אנחנו מדברים על חובת

הנמקה פה וזה ברור, בהמשך לא נדע !

זו שאלה מתנה כי רשום "חובת הנמקה".

דבר נוסף – בתוכה, צריך לזהות מה אנחנו צריכים !

כי לא צריכים הכל כפי הנראה.

ופה באמת לא צריכים הכל.

אח"כ – ליישם, לקחת את המסגרת הנורמטיבית שפילטרנו וליישם על המקרה.

אם פתרנו נכונה - 8 נקודות ! הרבה.

## השאלה מתחלקת ל-2:

**אם לא צריך לבדוק את עניין הסמכות - כי התבקשנו לדבר על חובת ההנמקה !  
צריך לבחון האם ישנה חובת הנמקה בכלל? זו השאלה הראשונה!**

**טענת העותר כי המכתב שנשלח אליו לא עומד בדרישות חובת ההנמקה!!  
כדי שיעמוד בדרישות צריך לדעת אם יש חובת הנמקה.**

**בשביל לבחון את הדבר הזה, של האם יש חובת ההנמקה, צריך לבדוק קודם כל את חוק  
ההנמקות!**

**מומלץ קודם לבדוק את ס' 9 . ("אין בעיה של היעדר תחולה של החוק לעניין ס' 9").  
ואז 2(א) - אין פה "נתבקש", הרשות פעלה מיוזמתה. הרשות במקרה הזה פעלה מיוזמתה.  
ההפעלה של הסמכות עפ"י דין לא התבקשה פה. איך יודעים? רואים את המקרה.  
אחרי שהכל נעשה - הם מקבלים מכתב.**

**תנאי 2(א) - נתבקש עובד ציבור להפעיל את סמכותו עפי דין.  
היא מיוזמתה עשתה בדיקת תקינות מיוזמתה, ועד ההורים עשה בדיקת תקינות וגילו ממצאים  
שכתוצאה מהם, חייבו בעיצום כספי.**

**לכאורה אין בעיה - יש לקונה בחוק, החוק לא מתייחס למס' רב של פעולות בהן הרשות מבצעת  
מיוזמתה בלי להתבקש.**

**כשאנחנו באים לבדוק את יסודות 2(א) עוד בטרם בדיקת 2א, ואנחנו בודקים האם הרשות  
התבקשה - מגלים שלא.**

**המשמעות שלא ביקשו ממנה, מהרשות - אין תחולה לחוק ההנמקות!  
מקור אחד, ברירת המחדל, נסגר לנו!**

**עכשיו נגיע לחובת הנמקה שהגיעה מהפסיקה - חובת הנמקה מפאת חובת ההגיינות = פס"ד  
חוף אשקלון!!!**

**^ עדיין עונים על השאלה האם יש חובת הנמקה.  
אז אם כן - יש חובת הנמקה, מהפסיקה.**

**העותר טוען שדרישות חובת ההנמקה לא מתקיימות.**

**אם יש חובת הנמקה - עתה ניתן להתייחס לטענת העותר בנוגע לדרישותיה .  
יש לנו דין ועלינו להכריע למעשה, לשמש "מעין שופטים".**

**יש לבחון האם ההנמקה שניתנה עונה על דרישות הדין, האם היא מספקת.  
למעשה צריך לבחון את היקף חובת ההנמקה.**

**צריך להציג את הפסיקה - בג"ץ יורוגום, בג"ץ שפירא וכו' .**

**האם לפי מה שרואים פה יש הפרה של היקף חובת ההנמקה ? האם ההיקף לא מספק?**

**אנחנו צריכים לראות את התשתית העובדתית, כלומר את מסכת הנתונים שהיתה בפני הרשות  
שהביאה למסקנה (שפירא)**

**דבר נוסף, בבגץ יורוגום זה גם עולה - עלינו גם לראות בהנמקה את הליך קבלת המסקנות  
שאליה הגיעה הרשות!**

**(גם עובדתית וגם משפטית).**

בתוך המכתב צריכה להיות הנמקה!!!! (בתוך הציטוט הזה) .  
מכוח מה הוטל העיצום הכספי? אין פה אמירה לפי הסמכות לפי דין. ההנחיות גם נחשבות מקור  
נורמטיבי!! ההנחיות לא מפורסמות פה, לא ניתן לפנות אליהן –אנחנו צריכים סעיף ספציפי ,  
שיצטטו לנו.

**דבר נוסף** , אין לנו פירוט של הבדיקות.. יש פה תוצאות של בדיקות – מה יצא, מה התוצאות, מה  
הממוצע של אחרים? האם הופעל שק"ד בנוגע ל-6000 ש"ח, שכן זה הסכום המחמיר.  
החברה לא יכולה להתמודד עם הנמקה כזאת!!!  
"עתיר שומן ומלח"-מה הכמות, מה הבדיקות שנעשו, לצרף את הבדיקות, למה העיצום הכספי  
הוא בסך המקסימלי – ההכי מחמיר?  
אז על פניו אנחנו מבינים מזה שיש פגם, שהיקף חובת ההנמקה פה הוא היקף ממש מצומצם  
ביחס למה שנדרש, יש פגם על פניו, החברה לא יכולה להבין מזה איך התקבלה המסקנה ולמה  
העיצום הוא ברף הגבוה שלו .

בדרישת חובת ההנמקה יש פגם והנה **החלק השני של הטענה**-  
לפיכך, החלטת השר בטלה ?! לא , המילה בטלות קשה,

**האם הפרת חובת ההנמקה מביאה לבטלות ?**

לא .

**מה קורה?** מועבר הנטל לפי ס' 6. אבל גם אמרנו שאין תחולה לחוק ההנמקות!!! (ר' לעיל) המקור  
לחובת ההנמקה – הוא בפסיקה ולא בחוק .

אז מה הסנקציה?

הבעיה צריכה להיות מוצגת!!! צריך להבין שיש פה בעיה.

התשובה המצופה מאיתנו -

מידת הפגם! אם היא כ"כ חמורה, סביר שהפסיקה תעשה היקש מהחקיקה ותעביר נטל מכוח  
חובת ההגינות גם כן, אבל צריך שהפגם יהיה מאוד מאוד חמור ! ואז עובר הנטל ואז אם לא יורם  
הנטל יתכן שההחלטה תבוטל .

פגם לא כזה חמור – לא תהיה בטלות של ההחלטה.

זכות העיון הפרטית

דיברנו על הפרטית, מה שחשוב בה – הזיקה בין מבקש המידע לבין המידע המצוי בידי הרשות.

מי שפונה צריך שיהיה לו עניין אישי במידע שהוא מבקש.

זו נקודה חשובה משום שהרשות מחזיקה מידע שהוא לא נוגע לכאורה למבקש.

פרטית = מידע הנוגע למבקש, יש לו זיקה למידע.

להבדיל מהציבורית = כל מידע, לא בהכרח זה הנוגע למבקש. אין זיקה בין המבקש לבין המידע, אלא רק הרצון שלו לקבל את המידע.

דיברנו על 3 דרגות:

1. מידע שמעוגן בהליך שיפוטי שאין בעיה לקבלו כי בדרי"כ שם יש לנו הוראות חוק, תקנות שמסדירות תקנת מידע – למשל תקנות הסד"א – הליכי גילוי מוקדם, גילוי מסמכים וכו'.

תקנות הסד"א מיושמות בפועל, אנחנו יכולים לקבל את המידע.

מקור התקנות – כללים מנהליים של שקיפות וכו'.

2. לקראת הליך שיפוטי: אזרח רוצה לפתוח בהליך נ"רשות או כל הליך אחר ואנחנו זקוקים למידע, לאו דווקא נ"רשות.

פה יש לנו בעיה – אין הוראות חוק מסודרות למעט ס' 74 לחסד"פ. אין הוראות חוק מסודרות המאפשרות לנו לקבל את המידע. יש לנו למעשה קצת יותר קושי.

בג"ץ שפירא: אם אין לנו הוראות חוק צריך למצוא עיגון. משפט מנהלי – צריך למצוא מקור נורמטיבי שנותן לנו יכולת לדרוש מהרשות את המידע אחרת היא תגיד "אין לי הוראה שמחייבת אותי לתת". לומר לרשות: מכוח איקס ספקי לי מידע אחרת היא תאמר או אני לא חייבת או אני לא יכולה. צריך מקור נורמטיבי.

בג"ץ שפירא לא הספיק, הוא יכול היה להיות מצוין הוא לא הפך להלכה. בפס"ד זה – רחב מבחינת סוג העיון אך נשאר בגדר המקרה (לשכת עוה"ד, הליך ביניים, רק לקבל את תגובת הנילון וכו' – עובדות המקרה לא הפכו אותו להלכה).

פס"ד מספנות ישראל נ' חברת החשמל (ניתן ב'94): המשיבה 1 – חב' החשמל, חפצה בתחילת שנות ה-90 לקיים מכרז, לצורך החלפת 2 גוררות פחם. למכרז הגישו 21 חברות הצעות, מכל רחבי העולם. מבין החברות שהגישו – חב' מספנות ישראל הישראלית. המכרז עבד כך:

המשיבה 1 – חב' החשמל, אמרה שבכפוף לתנאי המכרז ויוקר הצעות, מבין כל הצעות היא תבחר 3 חברות מובילות שעמן ננהל מו"מ ומביניהן תוכרז הזוכה במכרז. על אף שחב' מספנות הישראלית לא עמדה בקריטריונים הנדרשים כדי להיכנס "לרשימה המובילה", חב' החשמל החליטה בכל זאת לנהל איתה מו"מ, שתהיה אחת מבין ה-3.

לבסוף, לא הביא אותה לזכיה במכרז. חב' סקוטית זכתה במכרז.  
החב' הישראלית לא מרוצה, רוצה לזכות במכרז. היא עותרת למרות שהיא בכלל לא היתה אמורה להגיע לשלבים המתקדמים.

זה מגיע לעליון: מה החב' רוצה במסגרת ההליך? קודם כל טוענת שהמכרז בטל כי ההצעה של החב' הזוכה נגועה בפגמים וכל המכרז נגוע בפגמים.

**העליון שואל פה שאלה משפטית מעניינת:** אם יש הוראת חוק, הוראה נורמטיבית שאומרת לרשות איזה מידע הרשות תמסור במסגרת מכרז והוא מאוד מצומצם, האם מדובר בהסדר שלילי כלומר שכל מידע אחר הרשות לא צריכה למסור? (כי החב' מספנות רוצה לראות את כל ההצעות, לראות איפה היא עומדת). כלומר מה שהרשות לא מחויבת למסור מכוח ההוראה לא ימסר?

**הוראת חוק אומרת לרשות מה למסור. האם זה יוצר הסדר שלילי כך שכל מה שלא בהוראה לא ימסר!?**

**העליון** מתעסק עם תקנות העיריות מכרזים, שם היתה הוראת החוק שישנה בה מתחם מאוד מצומצם, האם היא מטילה חובה לאפשר לעיין במסמכי המכרז!?

**תקנה 22(ט):** "לאחר קבלת החלטה סופית של ועדת המכרזים, רשאי כל משתתף במכרז לעיין בהחלטתה הסופית של הוועדה ובהצעת הזוכה במכרז."

1. ההחלטה.

2. הצעת הזוכה במכרז.

מה זה אומר? האם זה הסדר שלילי?

האם מספנות ישראל לא יכולה לקבל את יתר ההצעות?

ככל שהתקנה יותר מפורטת הסיכוי שיהיה מדובר הסדר שלילי הולך וגדל. אומרים מה כן – זה וזה. זה נשמע פרשנית, שלפחות לפי לשון התקנה שיש מקום להסדר שלילי (שכל מידע אחר הרשות לא צריכה למסור).

אלא שביהמש שלא מפרש רק לפי לשון החוק אלא גם לפי התכלית, לפי אמות מידה של מדיניות משפטית וכו' ...

ביהמ"ש העליון פוסק כי יש לאמץ את בג"ץ שפירא, וכי כל משתתף במכרז קונה זכות עיון רחבה במסמכי המכרז, ביהמש פוסק כי כל מסמכי המכרז לרבות כל ההצעות שועדת המכרזים דנה בהם חייבות להיות פתוחות בפני כל משתתפי המכרז בכפוף לזכויות חיסיון.

הטוען לחיסיון – עליו הנטל להקים זכות זו.

אם כן מדובר באימוץ בג"ץ שפירא.

**המלומד זמיר – בג"ץ מספנות ישראל** לטעמו יוצר הלכה לפיה אדם שנפגע מהחלטה מנהלית או כל מי שנוגע בדבר החלטה של רשות ( בעל זי ה) רשאי לעיין במסמכי הרשות הקשורים לאותה החלטה.

**בג"ץ מספנות ישראל יצר הלכה בנוגע לזכות עיון פרטית, ממנו נגזרת זכותנו כשאנחנו באים**

לטעון לגבי עיון בחומר המצוי בידי הרשות. זה פתר לנו את העניין בדרגה 2.

**בחזרה לדרגה הראשונה - חוק בתי דין מנהליים (בי"ד - גוף שיפוטי שנובע מחוק ספציפי, לעומת בימ"ש שמוסדר בחוק תימ"ש).** בחוק זה מוסדרת זכות העיון הפרטית בנוגע להתדיינות בפני בתי הדין המנהליים (דרגה ראשונה). **ס' 30(א) לחוק:** מי שזכאי להגיש ערר על החלטתה של רשות מנהלית, זכאי לעיין במסמכים שבידי הרשות הנוגעים להחלטה ולהעתיק מסמכים מן התיק.  
צריך להגיש ערר כדי ליפול לגדרי החוק.

**ס' 30(ב):** זכות העיון בתיק לא תחול על מסמכים שאין להם נגיעה להחלטה שעליה עוררים / שיש בהם סוד מקצועי או מסחרי או שכמובן פוגעים בבטחון המדינה ויחסי החוץ.

\*\* זכות עיון פרטית – פרשת מדינת ישראל – משרד המשפטות נ' סגל (11):  
ביהמ פוסק כי זכות העיון הפרטית מותנית בקיומו של אינטרס אישי בעיון המידע – זו אמירה פוזיטיבית של ביהמ"ש. קובע שזכות הפרט לעיון במסמכים המוחזקים בידי הרשות המנהלית, אשר שימשו אותה להחלטה בעניינו – היא ממושכלות היסוד של המשטר הדמוקרטי, זו **זכות העיון הפרטית הנגזרת בעיקר מזכות הטיעון** ומחובת המנהל לפעול בשקיפות.  
בפועל זכות העיון עומדת בפני עצמה. טוב שכך לפי המרצה כי אם היינו צריכים להוכיח את זכות הטיעון בדרגה 2 (דרגה 1 ניתנת לנו הרי), בלקראת ההליך השיפוטי ולהוכיח את זכות הטיעון: למה אנחנו צריכים את המידע וכו', הרשות צריכה לשקול וכו'... אנחנו צריכים להוכיח את הזכות שלנו לטעון ורק אז נגזרת זכותנו – זה הרבה יותר מסובך ...

אז בג"ץ מספנות ישראל עומד בפני עצמו, פה נוסף לנו שזכות העיון ניתן ל

### **3. כל מידע, שנוגע אלינו אך לא לקראת הליך שיפוטי. – לא הרחבנו.**

**זכות העיון הציבורית** – היכולת של הפרט לעיין במידע שמצוי בידי הרשות, אף אם אינו נוגע לעניינו; גישה לאינפורמציה ומסמכים המצויים בידי הרשות.

יש חפיפה בין דרגה (3) לזכות העיון הפרטית, לבין זכות העיון הציבורית: **כל מידע, שנוגע אלינו אך לא לקראת הליך שיפוטי. למה יש חפיפה?** אני רוצה את המידע כי אני רוצה את המידע, לא קשור להליך שיפוטי, כי אני רוצה לדעת מה היה שם, מה נאמר.  
כל מידע שמחזיקה הרשות שלא נוגע בהכרח אלי.

מה המקורות של זכות העיון הציבורית, חופש המידע?

**מאיפה אנחנו יכולים לגזור, את זכותנו להיות חשופים למידע של הרשות?**  
**מידע: מדידות שהרשות עושה, מזג אוויר (כיווני אוויר, כמות משקעים).**

מה המקור הכי חזק שלי כאזרח לבוא ולומר לרשות – תני לי את המידע?

הבסיס הכי גדול : אם **הרשות היא נאמן** אז אני נהנה, אם אני נהנה המידע הוא שלי, היא פועלת לטובתי וכל מה שהיא מחזיקה מבחינת מידע הוא שלי. ואם המידע הוא שלי יש לי את הזכות לקבל אותו. זה ההבדל בין **מוצדק** שהרשות תיתן -אזרחי, לבין לחשוב משפטית - חובה .  
הרעיון הוא שהמידע הוא שלנו . **הרשות משמשת נאמן**, המידע שבו היא אוהזת שייך לציבור.

עקרון חופש הביטוי , היא אחת הזכויות הרחבות ביותר, ממנה נגזרת גם זכות הציבור לדעת .  
זכות העיון הציבורית צומחת משם.

מקור נוסף – הדין : כל חוק ופסיקה, למשל – חוק חופש המידע

מדוע זכות היעיון הציבורית חיונית? משום ערך דמוקרטי, מימוש כלי העתירה הציבורית, יכולת הפעלת הביקורת על השלטון.

ס' 1 לחוק חופש המידע מגדיר מהו חופש מידע: לכל אזרח ישראלי/תושב הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית (בהתאם להוראות חוק זה).

ס' 2: מידע – כל מידע המצוי ברשות ציבורית והוא כתוב, מוקלט, מוסרט, מצולם או ממוחשב. יש לנו הגדרה לקבלת מידע : לרבות עיון, צפייה, האזנה, העתקה, צילום, קבלת פלט מחשב או קבלת מידע בכל דרך אחרת בהתאם לסוג המידע וצורת החזקתו.

ממונה – מי שמונה ברשות הציבורית על העמדת המידע לציבור. בכל רשות יש ממונה על חופש המידע אליו פונים לצורך בקשת המידע.

ס' 7 נוהל הגשת בקשה לקבלת מידע = (כשנרצה לפנות לפי חופש המידע נלך לפי חוק זה ולא לפי חוק ההנמקות כי יש פה משהו ספציפי).  
דרך הגשת הבקשה: בקשה לקבלת מידע תוגש בכתב לממונה או למי שהוסמך לכך על ידו. ואין המבקש, חייב לציין את הטעם לבקשתו .

עם זאת, נדאי לציין לפי המרצה, כי מטבע הדברים אם ההצדקות לכך סבירות המשקלים הנגדיים של החוק, ההתנגדות של הרשות מצטמצמת. כי כשרוצים לתקוף החלטת רשות אח"כ ניתן יהיה לומר: "היה בפני הרשות את כל המידע ולא היתה לה הצדקה לסרב נוכח סיבתי לבקשת המידע" ..

הזכות שלנו לקבל את המידע ללא הצדקה תהיה אחרת לעומת זכותנו אם תהיה עם הצדקה והדבר משפיע על יכולת הרשות להתנגד...

דרך הטיפול בידי הרשות – ס' 7(ג) – הרשות הציבורית תודיע למבקש המידע ללא שיהוי ולא יאוחר מ-30 ימים מקבלת הבקשה על החלטתה בבקשתו. זה בכפוף ליכולת ההארכה שקבועה בחוק.

(הסיבה בעטייה אנחנו מבקשים את המידע, תשפיע זה ישנה את הללא שיהוי - שיכול להפוך את זה ל-3 ימים... אם לא נפרט תהיה לנו אח"כ בעיה מול הגוף השיפוטי. לעומת חוק ההנמקות – ללא שיהוי לעומת זמן סביר)

קבלת הבקשה ע"י הרשות – במידה והחליטה לקבל את הבקשה, היא צריכה להודיע כאמור



בפרק זמן האמור לעיל, תבוצע החלטתה תוך זמן סביר בנסיבות העניין אך לא יאוחר מ-15 יום .  
לא שיהווי – תודיע, אם מחליטה כן – תוך זמן סביר ולא יאוחר מ-15 יום. לפעמים הרשות  
מתאמצת לספק א תהמידע וזה לא פשוט לרשות לספק מידע, לא הכל ממוחשב, לעיתים יש מידע  
שצריך לעבד וכו' וכו'.

**דחיית הבקשה ע"י הרשות**: אם החליטה היא לדחות את הבקשה – כולה / חלקה, תשלח למבקש  
הודעה בכתב שתפרט את נימוקי ההחלטה ותידע את המבקש על זכותו לעתור נ' ההחלטה לפי  
הוראות חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים.  
כלומר יש לנו פה מעין "חוק הנמקות קטן" בתוך חוק חופש המידע.

במבחן יש לשים לב מה קורה: אם תהיה שאלה על חוק ההנמקות/ הנמקה, צריך לדדעת למה  
פונסי – לחוק חופש המידע / לחוק ההנמקות? צריך לשים לב לעובדות.  
זכות העיון הציבורית = חופש המידע.

### **עילות סטטוטוריות לדחיית הבקשה לקבלת המידע:**

מבקשים כל מידע שהוא מהרשות והיא יכולה לסרב. מתי היא יכולה לסרב? לכך יש עילות  
**סטטוטוריות שאם לא נופלים לתוכן היא לא יכולה לסרב!! אלה גבולות החוק.**

1. ס' 8(1): הטיפול בבקשה מצריך הקצאת משאבים בלתי סבירה. למשל: הוצאת  
גוש/חלקה מהטאבו כאשר המקרקעין לא מוסדרים. ר' הרחבה למטה.
  2. המידע נוצר / התקבל בידי הרשות למעלה מ-7 שנים לפני הגשת הבקשה ואיתורו כרוך  
בקושי של ממש. הערה: בעולם הציבורי כמעט ואין "התיישנות", יש "שיהווי".
  3. בנקיטת אמצעים סבירים, התברר לרשות שלא ניתן לאתר את המידע / שאינו מצוי  
בברשותה.
  4. המידע פורסם ועומד לרשות הציבור/עיונו. כמו נגיד רשם החברות. דחיית הבקשה  
מסיבה זו להודיע למבקש היכן יוכל לקבל / לרכוש את המידע.
  5. המידע נמצא בידי רשות ציבורית אחרת, כארשר אין בהפניית המבקש לאותה רשות כדי  
להכביד הכבדה בלתי סבירה על קבלתו של המידע על ידו. דחיית הבקשה בעילה זו, מחייבת את  
הרשות להפנות את המבקש לאותה רשות ציבורית שבידיה מצוי המידע. (ס' 8(5) לחוק).
- לגבי ס' 8(1) – הקצאת משאבים בלתי סבירה ולכן הרשות אומרת שיש לה סיבה לדחות את  
הבקשה ולמסור את המידע:
- ביהמ"ש העליון** נכנס לקרביים של הביטוי " הקצאת משאבים בלתי סבירה " ויש לזה הצדקה  
לחיפוף ע"י הרשות. **בפרשת סגל**: אליצור סגל (המשיב) פירסם כתבה וגינה את הפעילות של הרב  
הצבאי הראשי. בגדר הכתבה טען, שהרב הצבאי הראשי מסייע לביצוע עבירות חמורות ובין היתר  
לרצח. **כנגד המשיב הוגש כתב אישום בגין העלבת עובד ציבור-ס' 288 לחוק העונשין**. מדובר  
בהליך פלילי. לכאורה אנחנו בדרגה 1 של זכות העיון הפרטית ..
- הוא טען טענת הגנה מן הצדק. כדי להוכיח את זה (הנטל עליו), הוא פנה למשרד המשפטים,  
לממונה על חופש המידע, וביקש בבקשה מסודרת את כל ההחלטות של משרד המשפטים בעניין

הגשה / אי הגשה של כתבי אישום לגבי כל העבירות שמגבילות את חופש הביטוי מ1995. העתירה הוגשה ב2008.

בהתחלה הממונה על חופש המידע דחתה את כל הבקשה. טענה – הקצאת משאבים בלתי סבירה.

אח"כ, ניתן בג"ץ מטר שעסק בסוגיה דומה אז הוא פנה שוב לממונה (אין מעשה בית דין בהחלטות רשות) והפעם, לאור פסה"ד של העליון, הממונה נענתה לבקשה, מסרה 20 החלטות של משרד המשפטים בעניין העמדה / אי העמדה לדין, רקקקק של סעיף עבירה 288. הוא רצה את כל העבירות שמגבילות את חופש הביטוי.

הוא, החשוף להרשעה בהליך פלילי, לא מרוצה אז מה הוא עושה? מגיש עתירה שהיא אגב ההליך הפלילי שלו! העתירה לביהמש לעניינים מנהליים לגבי ההחלטה על חופש המידע.

המחוזי קיבל את העתירה, כלומר קבע שהוא זכאי לקבל את ההמידע שהוא מבקש, אבל המחוזי אמר לא מ'95 אלא 7 שנים אחורה, משנת 2000.

הרשות טענה להקצאת משאבים בלתי סבירה, היא אינה מרוצה.

היא הגישה ערעור לעליון, כך הוא הפך להיות משיב – משרד המשפטים נ' סגל. ביהמ"ש העליון נדרש לשאלה מהי הקצאת משאבים בלתי סבירה?! מה ההיקף שלה? כי לפי זה, ביהמ"ש העליון יכריע...

העליון מנתח בצורה יסודית את "הקצאת משאבים בלתי סבירה".

הוא מחלק את זה לאמות מידה:

ברמה העובדתית: על מנת לעשות שימוש בס' 18(1) לו הוא קורא "ס' ההכבדה", חייבת הרשות לבצע הערכה במישור העובדתי מהי הקצאת המשאבים שתידרש במקרה הנדון.

על הרשות להוכיח שאכן מצריך הטיפול בבקשה המלאה הקצאת המשאבים שהיא בלתי סבירה. הנטל הוא עליה!

\*ביהמש קובע לאחר ההערכה, אמות מידה להקצאת משאבים בלתי סבירה: הוא יוצר מבחן

סבירות להפעלת שיקול הדעת המנהלי: אמות המידה מורכבות מ2 נדבכים:

א. שיקולים טכניים – שיקולים כספיים או מנהלתיים- בירוקטיים.

ב. שיקולים מהותיים-ממשיים. על הרשות להצביע על שיבוש קשה בעבודה השוטפת של הרשות.

ביהמש קובע כי סף הסבירות לפי ס' 18(1) הוא "הכבדה ממשית על הרשות, שהיא בעלת זיקה להקצאת המשאבים הנתונה אצל הרשות, וזאת להבדיל מהכבדה ניכרת ושאינה תלויה בהקצאת המשאבים עצמם", כלומר ביהמ"ש אפילו לא משאיר לרשות את שיקול הדעת לגבי הקצאת המשאבים.

הוא רוצה לראות את הקשר בין ההערכה למאמץ: ההערכה צריכה להיות כנה. "קשר סיבתי"

כביכול בין השניים.. מחייבים אותה לבצע כדי להוכיח זאת.

\*\*

משמעות "הכבדה ממשית" שהיא בעלת זיקה למאמצים: צפויה לבוא לביטוי בשיבוש סדר העדיפויות של הרשות המנהלית, באופן המחייב אותה להסית משאב קיים ממשמתו העיקרית למשימה אחרת. "אם את צריכה להסית את המשאבים שלך – זה הכבדה".

די למחוקק בדרישה של סבירות ולאאא בדרישה של הכבדה ניכרת על הרשות. כלומר מבחן הסבירות פה הוא הנכון, ואין צורך לדרישה לטעמים מיוחדים. זה מקל קצת עם הרשות.

עוד איזון: אין חשיבות מכרעת בהקשר זה להבחנה בין השבתתו של עובד קיים ממלאכתו העיקרית וריתוקו למשימת המידע תוך הזנחת משימותיו הרגילות, לבין גיוס של עובד חדש למשימה זו כתוספת משאבים. כך או כך, המשמעות היא הכבדה ממשית.

ביהמ"ש נכנס לקרבי הרשות שתוצאה לטעון להקצאת משאבים בלתי סבירה.

\*המצגת – אחלה צ'ק ליסט אבל זה לא חומר .

**זכות העיון הציבורית** - ההבדל בין הפרטית לציבורית, 3 דרגות. בציבורית – אין בהכרח זיקה בין מבקש המידע לבין המידע... הולכים לפי חוק חופש המידע.

**ס' 9** – מתי הרשות לא חייבת לספק את המידע.

עצרנו בפס"ד סגל: נאשם בהעלבת עובד ציבור, טען הגנה מן הצדק, פנה למשרד המשפטים. עצרנו בעליון .

העליון דיבר על סוגיית זכות העיון הפרטית אשר מחזקת את זכות העיון הציבורית . זכות עיון פרטית = < כשיש זיקה בין מבקש המידע לבין המידע המבוקש. העליון אומר שכאשר קיים אינטרס אישי ממש בבקשה המוגשת לפי **חוק חופש המידע**, יש בכך כדי לחזק את זכות העיון הציבורית ובהתאם , להרחיב את **מבחן סבירות הקצאת המשאבים**, משום שהנטייה לטובת העיון חייבת להיות ניכרת יותר. זאת בהתבסס על גישתה של **פרופ' דפנה ברק-ארז**.

בנוגע לעילת אי מסירת מידע שנוצר / התקבל 7 שנים עובר לבקשה (עבירות הנוגעות לחופש ביטוי שעליהן הרשיעו): המשיב ביקש את כל ההחלטות מאז 95', ואילו הרשות סירבה לספק את המידע בכלל (המחוזי אמר : 7 שנים). הוא ערער והעליון אומר : בסופו של דבר הוכרע שהרשות צריכה לספק את המידע אך לא 7 שנים – 3 שנים מספיק. כלומר, העליון אומר : 3 שנים מספיקות כדי להוכיח טענת הגנה מן הצדק בהליך הפלילי. העליון מבצע איזון : "בסדר תקבל את המידע אך לא 7 שנים, זה המון, אלא 3 שנים".

למה הפרטית מחזקת את הציבורית? לא חייבים לציין את הסיבה שבגינה מבקשים את המידע, פשוט אפשר לבקש אותו כי אתה מבקש אותו . אין זיקה! אבל , כדאי לציין את הסיבה , ואם יש לך זיקה זה ממש כדאי כי אז כל המבחנים (ולא רק הסבירות של הקצאת המשאבים) , יובילו לכך שהרשות תצטרך לשקול בכובד ראש סירוב כי הכלל הוא שהיא חייבת לספקו.

ביהמ"ש אומר שהמטוטלת תהפוך להיות כבדת משקל בהרבה לטובת מבקש המידע הציבורי כאשר יש לו זיקה אישית, בפרקטיקה מוטב להיות בעל זיקה.

**עע"מ 398/07 התנועה לחופש המידע נ' רשות המיסים (2008)** : רביב דרוקר והתנועה לחופש המידע התעניינו מאוד בהסדר שקרוי "הסדר כופר", ברשות המיסים. ההסדר אומר שאתה הנישום-חשוד, תוכל לשלם כסף כנגד התחייבות שלא להעמידך לדין בעבירות מס שביצעת. כסף תמורת אי העמדה לדין .

רביב דרוקר והתנועה לחופש המידע פנו במאי 2004 לממונה על חופש המידע ברשות המיסים, שיתן להם מידע על כל האנשים כולל שמות שהגיעו איתם להסדר ב-3 שנים עובר (לפני) הבקשה, ובנוסף גם את הסכומים שהם נאלצו לשלם, את סוגי העבירות שהם ביצעו ואת גובה הכספים שהועלמו.

(מידע ממש מפורט, לרמת השמות של החשודים).

כשפונה רביב דרוקר, עיתונאי בכיר שכזה, אז הרשות צריכה לבחון מה היא עושה... ופה : מרחח אותם, לא נתנה תשובה המון זמן.

במרץ 2005, מחליטים להגיש עתירה לביהמ"ש לעניינים מנהליים, בבקשה להורות לרשות למסור

להם את המידע מכוח חוק חופש המידע.

ביהמ"ש לעניינים מנהליים דחה. הרשות שם טענה לעילות לאי סיפוק המידע.

**הוגש ערעור לעליון** ושם, העליון התבקש לעשות איזון בין אינטרסים – הם רוצים את המידע מחד והרשות לא רוצה למסור את המידע.. חופש המידע וזכות הציבור לדעת מחד ומנגד – הגנת הפרטיות.

אם אין עילה – חייבת לספק את המידע הרי. לרביב דרוקר אין שום זיקה למידע.

הזיקה פה היא רחוקה – משהו ציבורי, פונה כדי לברר ולחשוף מידע – אין זיקה אישית.

העליון במטוטלת שלו שם את זכות ההגנה לפרטיות אל מול חופש המידע.

**העליון קיבל פה אחד את העתירה – לספק את כל המידע!!! ומכריע כך:** זכות הפרטיות של הנישומים נוסגת לטובת זכות הציבור למידע.

ביהמ"ש מתבסס, בין היתר, על המסקנה, כי הסדרי כופר מתקבלים ע"י רשות המיסים כרשות מנהלית-שלטונית ובמסגרת הליך בעל סממנים עונשיים, המחייבים הפעלת כלל הפומביות כפי שמתקיים בהליכים פליליים רגילים.

העליון לא עוצר פה ואומר: אין כפל מבצעים, כי הסדר הכופר הוא פריבילגיה, הטבה. הוא מעין 'הטבה' הניתנת לנישום ואין לאפשר להנות מהטבה נוספת בדמות אי חשיפת שמו ברבים, המהווה חריג לכלל הפומביות.

בנוגע לתפקוד התקיין של הרשות: ביהמש מביע חשש מכך (שחשיפת המידע תחשוף את פעולות הרשות, תפגע בהמשך קבלת ההחלטות של הרשות בהמשך), אך עם זאת, פוסק שאין בכך כדי להצדיק אי חשיפת המידע בנוגע לאותם נישומים.

**ע"מ 9135/03 המועצה להשכלה גבוהה נ' עיתון הארץ (2006):** הפס"ד עוסק בס' 9 (ב) (4) **לחוק חופש המידע**, ונוגע לאי חובתה של רשות למסור מידע בדמות דיונים פנימיים ותרשומות: הרשות הרי מקיימת ישיבות ודיונים, אז מדובר על הפרוטוקולים שיוצאים אח"כ למשל...

ביהמ"ש מדבר על הרציונל של הסעיף ואומר: התכלית של הסייג הוא חשש ממה שנקרא "אפקט מצנף", רתיעתם של עובדי רשות ציבורית לקיים דיונים כנים מקום שאין מובטח בו מעטה מסויים של חיסיון. (אם עובד ציבור צריך לחשוב שכל מילה שיגיד יהיה חשוף משפטית, תקשורתית וכו' – שקה"ד שלו יפגע, הרשות צריכה לתפקד, לעבוד...).

פה, פוסק ביהמש במסגרת ההליך, שהרשות לא יכולה לסרבבב למסירת המידע המבוקש תוך הישענות בלעדית ויחידה על אינטרס ציבורי – כללי, הקיים בשמירה על כנות הדיונים. למה? משום שסירוב כזה הופך, הלכה למעשה, את הסייג למוחלט ושאינו מאפשר הפעלת שק"ד אם למסור את המידע או לא.

הרשות צריכה לשקול אם למסור את המידע או לא, אך אם יש לה יכולת משפטית לבוא ולומר - מדובר בתרשומת פנימית, אז כל דבר יהפוך להיות תרשומת פנימית! ביהמ"ש מודע לבעיה הזו! כל דבר יהפוך מראש ל"תרשומת פנימית".

ביהמש אומר: טענה כזו כשלעצמה לא מספיקה, צריך עוד סיבה נוספת. תרשומת פנימית, ככזו,

ביהמש אומר עוד דבר : על הרשות הציבורית, לבחון, לשקול אי – מסירת מידע, את מכלול השיקולים בנסיבות ספציפיות של כל מקרה נתון ולמצוא את האיזון בין האינטרס הציבורי שבחיסוי המידע – ובין האינטרס הציבורי והפרטי, ככל שיש פרטי, בחשיפת המידע.

**ס' 11 לחוק חופש המידע: העיפרון הכחול הסטטוטורי!!!**

הוא קובע שמידע שלא ניתן במסירה או שהרשות אינה חייבת למסור אותו וניתן למסור את המידע ללא הקצאת משאבים בלתי סבירה תוך השמטת פרטים / עריכת שינויים – תנהג כך הרשות, ותציין זאת למעט אם יש עליה איסור לגלות.

**ס' 17 לחוק –** עתירה לביהמ"ש: הס' קובע שעתירה על החלטת רשות ציבורית, לפי החוק, תידון בביהמ"ש לעניינים מנהליים למעט אם הוצאה לגבי העתירה תעודת חיסיון שאז תידון העתירה לפני בג"ץ.

לגבי תעודת חיסיון: לממשלה יש יכולת להוציא תעודת חיסיון על מידע. כשזה קורה- הרשות לא יכולה יותר למסור את המידע, ומה שאנחנו היינו יכולים לעשות מול הרשות – עתירה לביהמש לעניינים מנהליים, כבר לא ניתן לעשות ולכן צריך להגיש שעתירה לבג"ץ כי אנחנו כבר מול הממשלה.

ואם כבר הוגשה עתירה כי הרשות סירבה למסור מידע ואז הוצאה תעודת חיסיון אז התיק יעבור לבג"ץ !

ברמה הפרקטית: יש את זכות העיון הפרטית, ואת הציבורית. מה נעשה כשנגיש בקשה לרשות ויש לנו זכות עיון פרטית? מחד יש חוק חופש המידע ומנגד לא נגיש לפי חוק חופש המידע אם יש לנו את חוק ההנמקות. (חוק חופש המידע מחריג את חופש ההנמקות). מה נעשה? כלומר – האם באמת נגיש בקשה לרשות לפי הדין הכללי או לפי חוק חופש המידע כשמדובר בזכות עיון פרטית?!

הפסיקה מפרידה ביניהם בין זכות העיון הפרטית לזו הציבורית. בפרקטיקה מה נעשה. נניח אנחנו זכות עיון פרטית, דרגה 2, מה נעשה ברמה הפרקטית? חוק חופש המידע! פרקטית אפשר לעשות את זה, כי זה גם מי שיש לו זיקה..... המרצה אומר שגם אם זו זכות עיון פרטית – חוק חופש המידע! למה? כי הוא אומר שהוא "לא יסתכן".

יש חוק שאני נופל לגדרו שאומר איך להגיש את הבקשה ואיך הרשות תתנהג. כי במקביל – יש חוק חרוט שיש בו הוראות מוגדרות ולפחות יש חפיפה בין הזכות העיון הציבורית והפרטית. משפטית ועובדתית יכול להגיש לפי חוק חופש המידע.

במבחן – נידרש לזהות כמובן אם יש זיקה או לא!

– **אם אין זיקה** : אז חוק חופש המידע.

**אם יש זיקה** (יש פגיעה/המידע קשור וכו'- דיברנו על זה) – בג"ץ שפירא, בג"ץ מספנות ישראל.. אח"כ אפשר לציין מה היינו עושים לגבי הגשת בקשה לפי חוק חופש המידע (על איך מגישים

### **נושא הבא - חובת ההיוועצות:**

\* להתעדכן עם המצגת החדשההה, לא שנים קודמות.

**על מה מדובר?** ההיוועצות היא פניה של גורמים ברשות המנהלית לגורמים אחרים, פנימיים או חיצוניים לה, אנכיים או רוחביים לה, לצורך קבלת עמדה בטרם ניתנה החלטה בעניין מסוים.

הרשות למשל רוצה לבצע פעולה מסוימת, רוצה לענות על בקשה מסוימת, רוצה ליזום – והיא רוצה להיוועץ, לפנות לגורם אחר. היא יכולה קודם כל לגורמים בתוך הרשות עצמה! (זה לא חייב להיות משפטי) – הרשות לתכנן למשל במשרד החקלאות מעוניינים לטפל במשהו, בענף ההדר, אז היא תפנה למועצת ההדר! או שהיא תפנה למשל לחשב המשרד, לגורם בתוך המשרד.

הרשות יכולה לפנות לגורמים מחוץ לרשות, למשל – בנק ישראל, מנתח מצב בו תזרים המזומנים במשק נמוך. מה הוא רוצה לעשות? להוריד את הריבית כדי שהבנקים יקנו בריבית נמוכה יותר את הכסף. בשביל להוריד את הריבית בנק ישראל ירצה להיוועץ עם משרד האוצר. אז הוא יפנה למשרד האוצר. הרשות רוצה לעשות פעולה שעשויה לשנות אורחות חיים / שתהיה לה השפעה כלכלית, הרשות רוצה להטיל רגולציה. אז מה היא תעשה הרשות? הרשות יכולה להיוועץ למשל עם חברות הביטוח ולשמוע מה הם אומרים, לקבל חוות דעת.

### **אז למה שהיא תיוועץ?**

הרשות קודם כל אינה תמיד חשופה לכל המידע – היא לא תמיד יודעת הכל, ולעיתים אינה מחזיקה בידע מקצועי מספיק לצורך קבלת החלטה / ביצוע עבודות. הרשות לא יודעת הכל!!! היא יכולה לקבל מידע שבבהיעדר היוועצות יהיו לה השלכות ממשיות, הרסניות, בעייתיות, או שהיא תצטרך לחזור בה. עוד דבר - ההיוועצות עונה על צורך דמוקרטי והיא משפרת את הקשר בין השלטון לבין העם. קיומו של שיח עם גופים ואנשים שונים – מהדק את הקשר בין השלטון לבין הציבור. כמו בדוגמא שבה הרשות קוראת לחברות הביטוח ויש שיח, הדברים לא מנותקים.

בנוסף ההיוועצות יככולה לחשוף את הרשות למשמעויות אותן עליה לקחת בחשבון בנוגע לגורמים שעשויים להיפגע מהחלטותיה / להיות מושפעים באופן כללי. זה מזכיר ממש את זכות הטיעון.

### **עכשיו הנושא של היוועצות מתחבר לסוגיית הסמכות:**

איך הם קשורות?

### **יש לנו 3 סוגים של היוועצות:**

1. היוועצות וולונטרית – הרשות בוחרת אף שהיא לא חייבת – להיוועץ, כי אחד הטעמים לעיל מתקיים, למשל – הרשות לא יודעת.

2. חובת היוועצות: לרשות יש חובה סטטוטורית להיוועץ.

3. היוועצות ברשות שהופכת להיות היוועצות שבחובה: היא היתה וולונטרית, יכללה לבחור להיוועץ ומצאה את עצמה במצב שהיא חייבת להיוועץ.

( **ב (השר, בהתייעצות עם מרכז השלטון המקומי ובאישור ועדת החינוך והתרבות של הכנסת**, יקבע את סכום ההשתתפות, ורשאי הוא לקבוע סכומי השתתפות שונים; קביעה לפי סעיף קטן זה תיעשה, בין השאר, בהתחשב בקיום השתתפות של הרשות השולחת בהוצאות חינוכו של ילד או נער אילו היה לומד במוסד חינוך מתאים בתחומה וכן בסוגי מוסדות חינוך.

**ס' 62(א) לחוק תכנון ובניה:**

**תכנית בסמכות ועדה מחוזית**

62. (א) הוגשה לוועדה מקומית תכנית בסמכות ועדה מחוזית, תדון בה הוועדה המקומית, **ותעביר המלצותיה לוועדה המחוזית**, תוך ששים ימים מהיום שהתכנית הוגשה לה; המלצות הוועדה המקומית יכול שיהיו להפקיד את התכנית הנדונה, עם או בלי שינויים, או לדחותה; הוועדה המקומית תשלח העתק ההמלצה למגיש התכנית, תוך שבעה ימים מיום קבלת ההמלצה.

ביהמ"ש פירש את "תעביר המלצותיה לוועדה המחוזית" כחובת היוועצות.

הרשות המקומית תדון ותמליץ לוועדה המחוזית.

"תעביר המלצותיה" = היוועצות במקרה זה... גם בלי המילה המפורשת.

**הקשר בין היוועצות לסמכות:**

עיקרון חוקיות המנהל קובע – אין לרשות אלא מה שהחוק הסמיך אותה .  
ברגע שיש חובת היוועצות, שהרשות לא קיימה אותה, או קיימה אותה עם פגם (יש פגם בהיוועצות) – היא נוועצה אך יש פגם, אז נוצר בשל כך פגם בסמכות שיורד לשורש הסמכות, כך שלרשות אין סמכות לפעול ויכול להיות שדין ההחלטה / המעשה המנהלי יהיה בטל.  
**ההיוועצות היא רכיב בסמכות; בלי היוועצות/היוועצות שלא כדין כשיש חובה לרשות להיוועץ – שומט את סמכות הרשות לפעול .**

הפגם יכול להשפיע על דוק' הבטלות היחסית. אם לרשות אין סמכות לפעול – ההחלטה בטלה, VOID, אם החוק הסמיך: תיוועצי לפני שאת פועלת ולא עשית כן, אין סמכות – ההחלטה בטלה.. אלא אם . . . . . ( נדבר על שיקולי ביהמש בהקשר זה ) .

**איזה אלמנטים צריכים להיות בהיוועצות שהיא חובה ? איך היא צריכה להיראות?**

**1) תזמון ביצוע ההיוועצות.** על ההיוועצות להתבצע, בטרם הגיעה הרשות להחלטה סופית בעניין הנדון. היוועצות מאוחרת תיחשב כלא התקיימה, דבר שיוביל לפגם היורד לשורש הסמכות ועשוי להביא לביטולה .

**מה הזמן הנדרש לביצוע ההיוועצות בטרם קבלת ההחלטה? יהיו מקרים בהם ההיוועצות תיידרש להתחיל בזמן מוקדם בטרם ביצוע המעשה המנהלי ולעיתים היא תתקיים במס' מפגשים/ מסכת התכתבויות אשר יראו בהם כמכלול, היוועצות אחרת.**

כגודל הסוגיה גודל ההיוועצות.

היא יכולה להיות מסכת התכתבויות, שכולן ביחד ייחשבו להיוועצות אחת.



לפיכך התשובה לשאלה "כמה זמן מראש על הרשות לקיים היועצות"? תלויה : (א) בנסיבות המקרה. (ב) במידת התכיפות. התכיפות היא אלמנט משנה מאוד בעניין היועצות.

חובת היועצות מאוחרת, יכולה להיות גם אחרי שהרשות גמעה בליבה בנוגע להחלטה, היא הגיעה למסקנה מה תעשה, אך בטרם פירסמה את ההחלטה הסופית!!!\_(הרשות מקבלת החלטה, מתייעצת, עוד לא פרסמה את ההחלטה שלה – ואז היא מפרסמת את ההחלטה שלה. בין קבלת ההחלטה לבין הפרסום עדיין יש היועצות מאוחרת, אם כך בשביל מה ההיועצות? היא לא פרסמה, אך היא קיבלה החלטה ואז היא מתייעצת! המסקנה - יש בזה פגם קרי אין סמכות! ביהמש יוכל להגיד מכוח דוק' הבטלות היחסית מדוע להותיר את הסמכות על כנה למרות שאינן סמכות (למשל פגיעה בציבור/ הסתכמות של צד ג').

**2) צורת היועצות, הפורמט שלה: הכלל:** ההיועצות היא מהותית ולא פורמלית ואין צורה מוגדרת או דפוס מסוים שלפיו תתקיים ההיועצות לצורך קיום הסמכות, ולעיתים דרך ההיועצות תהיה תלויה בנסיבות המקרה.

#### **העבודה -**

היא הרבה יותר טובה לנו מרעה לנו. לעשות אותה לבד - מומלץ. נקבל רשימת קריאה, נקבל מקרה, חוק ונצטרך לפתור אותו בדיוק כמו שפתרנו את הקייסים.

העבודה היא 10% וכך נקבל פידבק, הרבה הערות מכוונות!! לראות איך פתרנו את הקייסים, מה מעניין את המרצה. ליישם – ממש חשוב.

לא צריך לגבי כל טענה לעשות מחד ומאידך...

לבסוף צריך להכריע, וגם ניתן.

\*יש מצב שלמדנו, בכל אופן - לקרוא את הפסיקה.

חובת ההיוועצות :

למה הרשות צריכה להיוועץ, תכליות... לרשות אין את כל המידע לקבלת ההחלטה תמיד..  
הרשות תוכל לפגוע בגורמים מסוימים...

דיברנו על 3 צורות היוועצות :

וולנטרית : אין חובה סטטוטורית להיוועץ.

החוק לצורך הפעלת סמכות לא דורש מהרשות להיוועץ.

סטטוטורית : לצורך הפעלת סמכות על הרשות להיוועץ בגורמים שהחוק מורה לה .

וולונטרית שהפכה כתוצאה מפעולות הרשות , הפכה להיות היוועצות שבחובה.

רק מנינו את 3 הצורות האלה.

אחרי זה התחלנו לדבר על הסטטוטורית ולמה? כי לצורך הפעלת סמכות הר' חייבת להיוועץ, ואם היא לא מבצעת את החובות המוטלות עליה לפי החוק אז אין סמכות – VOID.

ויותר מזה : גם אם הרשות קיימה את חובותיה (התייעצה למשל בטרם הפעלת הסמכות) אך יש פגם בהיוועצות (משהו קרה בפגם) אז המשמעות של הדבר : פגם בסמכות! הפגם יורד לשורש הסמכות, מה שיתכן שיביא לבטלות המעשה המנהלי.

הרשות קיבלה מהחוק סמכות לפעול, הרשות לא יכולה לעשות כלום בלי סמכות ("מלכת הטענות"), הרשות נועצה אך יש פגם\*\*? יש פגם בסמכות ואם כך = הכלל הוא בטלות.

יודגש : יתכן שהמעשה המנהלי יבוטל.

דיברנו על או פגם או שבכלל לא היתה היוועצות =פגם בסמכות, הרשות לא היתה מוסמכת לפעול.. ואז : "צללנו" לאלמנטים שאנחנו רוצים למצוא בהיוועצות כדי שנוכל לבחון האם **ההיוועצות הסטטוטורית היא כשרה :**

**1) תזמון : באיזה שלב מפעולות הרשות, מרגע שהיא רוצה לבצע מעשה כלשהו – היא צריכה להיוועץ. הזמן הנדרש לביצוע היוועצות בטרם קבלת ההחלטה, בהקשר זה = זריזות מחשידה/עיכוב ניכר.**

דיברנו גם על היוועצות מאוחרת, שיכולה להיות גם שהרשות קיבלה החלטה בטרם התייעצה אך היא לא מפרסמת מה היא רוצה לעשות. היא קיבלה החלטה אך היא לא התייעצה. אין אפשר לדעת? הרשות החליטה ואז היא מתייעצת ואז היא נותנת החלטה.

**דוגמא:** הרשות מתנהגת באופן מסוים. עושה כל מיני פעולות שיש להן משמעות כמו פניה של התושבים לרשות לבטל ברחוב מסוים ערוגות לצורך חניות נוספות. הרשות מתמהמהת למשל, לא נותנת תשובה.. בינתיים: בונה על הערוגות גדרות. למה? כדי שהפגושים לא יכנסו לתוך הערוגה. היא מגנה על הפרחים, לא רוצה להרוס אותם וזו עדות להתנהגות הרשות!!!

**אם היתה חובת היוועצות שקוימה בשלב מסוים – אנחנו יודעים מה הרשות החליטה.. אם ההיוועצות היא אחרי הגידור אז היא היוועצות מאוחרת על פניו, כי היא קיבלה החלטה. אנחנו יודעים מההתנהגות שלה שהיא קיבלה החלטה בעניין. אז אם היתה חובת היוועצות ונעשה גידור – אנחנו יודעים שיש על פניו פגם בהיוועצות!**

**2. צורה ואופן:** איך ההיוועצות צריכה לעשות: צריך להיפגש עם הגוף המייעץ? אנחנו יכולים לדבר איתו בטלפון? זו מועצה / אדם מסוים? אפשר לשלוח מייל? צריך כינוס של המועצה?  
**הכלל:** היוועצות היא מהותית, לא פורמלית.

**ע"פ 22/89 עזבה נ' מד"י (זו ההלכה):**

המערער הקים על קרקע חקלאית בית, מבנה מגורים – ללא היתר כמובן.

**הועדה המקומית לתכנון ולבניה, רצתה להוציא צו הריסה מנהלי לפי ס' 238(א) לחוק התכנון והבניה.** מילה על כך: **צו מנהלי** הוא מצב בו הרשות יכולה במקרים שהחוק מאפשר לה, לתת לעצמה סעד, היא לא צריכה תא ביהמ"ש בשביל לקבל סעד.

**מנהלי –** הרשות יכולה לתת לעצמה את הסעד. דרך מתן הסעד כמובן כפופה למנשפט המנהלי – שמקיים אותו ובדרך שמורה החוק...  
דוגמא לכך: שלילת רישיון בכביש על המקום.

**הגבלת הכוח הזה:** הגבלה בזמן, גידור כמות הסמכויות שינתנו לרשות/לשלטון בכללי במתן הסעד.

פה, משום שמדובר בועדה מקצועית עתירת ידע, נכון לתת מקום בחוק לסעד מנהלי במקום להטריח את ביהמ"ש.

יו"ר הועדה המקומית **מתקשר** ערב הוצאת הצו לראש המועצה של קלאנסווה ומשוחח עמו. במסגרת השיחה – מעדכן אותו ברצונו להוציא צו נ' אותו מערער. מדובר בהיוועצות, כאשר יש לועדה המקומית במקרה זה חובת היוועצות עם ראש המועצה.

ראש המועצה ממליץ על הוצאת הצו.

יום למחרת – מוצא עי הועדה המקומית לתכנון ובניה צו הריסה מנהלי.

המערער מצידו מגיש בקשה לביהמ"ש לעניינים מקומיים, לביטול הצו.

שם, מתקבלת בקשתו ומתבטל הצו!

המדינה מגישה ערעור לביהמ"ש המחוזי - הופך את החלטה.

המשמעות: הצו הריסה חוזר להיות בתוקף.

ואז מי שהיה משיב – עתה מערער- מגיש לעליון ערעור.

העליון דן בשאלה – האם יש להותיר את הצו על כנו או לא?

הוא רוצה שהבית ישאר כמובן, מה טוען קודם כל?

1. הצו הוצא בחוסר סמכות! לכן – דינו להתבטל!!!

המשמעות: הרשות לאחר מכן תצטרך להוציא צו מחדש..

הוא צריך לחפש פגם בסמכות אזו הוא במקרה זה מזהה שהיתה חובת היועצות והוא טוען

שצורת היועצות אינה כדין למה? כי היא טלפונית! בשיחת ערב בין ראש הועדה לראש

המועצה בצורה טלפונית, אולי דיברו על עוד דברים וכו' בלי פרוטוקול בלי כלום – ההיועצות

פגומה ואם כן – יש פגם בהיועצות ואם כן - יש פגם בסמכות ולכן יש חוסר סמכות!!!

המשמעות: ביהמש לא מדבר על החוקיות של הדבר, לרשות יש יכולת להוציא צו חדש, תקין..

שיפוטית יש השתק, אך מנהלית אין מעשה בית דין..

ס' 238(ב) לחוק התכנון והבניה קובע, כי היתה הועדה המקומית ועדה למרחב תכנון מקומי

כאמור בס' 19, לא ינתן צו הריסה מנהלי אלא לאחר התייעצות עם ראש הרשות המקומית

שבתחומה מצוי הבניין החורג.

\*בנוגע למבחן: נקבל דין שכזה, עם המילה "התייעצות". יתכן שלא תהיה תהיה המילה

התייעצות...ואז נצטרך לחשוב.

יש את המילה? נורה אדומה.

**דעת הרוב**: על ההיועצות להיות מהותית ולא משנה הצורה שלה !!! מספיק שנגיד לאחר מעשה

שהיתה היועצות והצורה לא חשובה.

**מצד שני**, דעת המיעוט (הש' מצא) – שנותן רשימת אלמנטים מהותיים הנדרשת במסגרת

ההיועצות:

בכל היועצות עלינו למצוא אלמנטים מסוימים:

א) קיום דו שיח בין הגורם המייעץ והמתייעץ – בכתב או בע"פ.

ב) על המייעץ והמתייעץ להיות מודעים שהדו – שיח משמעו קיומה של ההיועצות.

ג) הסוגיה בה ניתנת ההיועצות, מוגדרת ומבוארת היטב.

דעת הרוב, לא מגבילה את ההיועצות – הרבה צורות ופנים להיועצות לפיה דעת רוב: "אין

להפוך את התייעצות הססטוי לפורמלית בלבד ואף שסבור אני שראוי לקיים התייעצות בצורה

נאותה מבחינת זמן והמקום המבחן העיקרי הוא לא בכללי הצורה. אייני רואה הכרח כי הי

תקיים דווקא בתוך כותלי משרד/בשעות מסוימות, גם שיחת טלפון לא פסולה להתייעץ. גם

בשעות הערב אין פסול **ובלבד שמבחינה מהותית** שלגבי העניין העומד להתייעץ תהא האפשרות

לכל אחד להציב עמדתו, להביע דעתו ואף לנסות להשפיע על רעהו".

כדי שנוכל לומר שפה היתה היועצות במקרה זה או אחר.

דעת המיעוט חשובה, היא מגדרת/ תוחמת את ההיועצות ברשימה, האלמנטים חייבים

להתקיים.

**הכלל אם כן – מהותיות ההיועצות. נדחה הערעור.**

3) המידע הנדרש מן הגוף המתייעץ (הרשות):

א) מידת הפירוט הנדרשת מן הגוף המתייעץ בפנותו לגוף המייעץ.

**הכלל: על הרשות, לספק את כל המידע הנדרש לגוף המייעץ על מנת שיוכל ליתן עמדה מושכלת ולהיות מסוגל להפעיל שק"ד עצמאי באשר לעניין הטעון היועצות.**

**ההיועצות, כמו חובת השימוע, זכות הטיעון – מחייבת מתן מידע על מנת שנותן העצה יוכל להתכונן לצורך גיבוש דעה.**

קודם כל, הרשות בכל זאת מחזיקה במידע אצלה והמידע הזה צריך לעבור לגוף המייעץ, שצריך לקבל תמונת מצב עובדתית לגבי העניין הנדון, שאחרת יהיה פגם בתהליך שעבר הגוף המייעץ. אם לא תעביר הרשות את המידע הרלוונטי לגוף המייעץ, לא תוכל להינתן עמדה מושכלת!

דבר נוסף – רשות לפעמים סוברת משהו, על פניו נדמה לרשות ש . . .

היא כבר מקבלת איזושהי תמונת מצב עובדתית, היא צריכה להתייעץ – עדיין לא קיבלה החלטה אך יש לה כיוון חשיבה. את המחשבה, את מה היא סוברת – צריכה להעביר לגוף המייעץ..

**המידע הנדרש מן הגוף המתייעץ: לא רק את הרקע העובדתי (המידע שיש לרשות כדי שתוכל להינתן עצה מושכלת + גם את הכיוון חשיבה (מה הרשות סוברת).**

**בג"ץ 512/81 המכון לארכיאולוגיה של האוני' העברית נ' שר החינוך והתרבות:**

בעיר דוד שבירושלים, בוצעו חפירות ארכיאולוגיות ע"י העותר 3, ארכיאולוג, מכוח רשיון חפירה שניתן לו ע"י האוני' העברית והחברה לחקירת א"י. בעונת החפירות הזאת, בפעם הראשונה, נשמעה טענה שבאיזור החפירה, מסביב לה - איפה שניתן הרישיון, טרקטור של צוות החפירה גגע בקברים יהודיים וחילל אותם.

משרד הדתות סיכם עם העותר: חפירות יתרכזו רק באיזור בו ניתן הרישיון.

לכאורה הכל היה אמור להיות בסדר, אלא שבשל הידיעה שהתפרסמה על הדבר – התחילו להתקבץ קב' דתיות סביב אתר החפירה ולנסות למנוע באלימות את החפירה.

התחיל רעש רציני סביב זה בטענה שיש בית קברות יהודי. 2 הרבנים הראשיים לישראל ביקרו במקום והוציאו פסקי הלכה שעיר דוד היא בית קברות יהודי ואסור לחפור שם.

**משרד הדתות בעקבות פסקי ההלכה, הוציא צו / נתן החלטה שכל עיר דוד היא בית קברות ואסור לחפור במקום.** העותר יש לו רישיון חפירה, צוותים, הביאו אנשים מחו"ל, שיכנו אותם בירושלים, עשו עבודות מחקר – איפה לחפור – המון פרוצ' סביב זה, ומשרד הדתות נותן את ההחלטה שאין לחפור בעיר דוד!

במקביל, יש לציין כי המשרד הממשלתי שאחראי על חפירות ארכיאולוגיות – משרד התרבות!

**משרד התרבות סבר בהתחלה כי אין במקום בית קברות! אין בעיה עם החפירות.**

הוא התבסס על נתונים שהוא קיבל מארכיאולוגים, היסטוריונים וכו' – שקבעו שאין בעיה, כולם היו תמימי דעים.

אך בשל ההחלטה של משרד הדתות – משרד התרבות רצה לבדוק את העניין ולתקופה מסוימת למנוע את החפירות, לעצור אותן .

הוא מחזיק ברישיון וכאמור מדובר במשמעויות כלכליות אדירות!

משרד התרבות רוצה מבחינה משפטית להתלות את הרישיון : אנחנו לא מבטלים אותו אלא מתלים אותו לזמן מסוים עד בירור העניין.

איך משרד התרבות עושה את זה עפ"י חוק? שר התרבות מגיע **לס' 9 לחוק העתיקות**: 'לא יחפור אם במקרקעין לגילוי עתיקות, לא יחפש עתיקות בכל דרך אחרת לרבות במכשיר לגילוי מתכות ולא ילקט עתיקות אלא אם קיבל רישיון לכך מאת מנהל העתיקות ובהתאם לתנאי הרישיון'.

**מה הבעיה ? שר התרבות לא בסעיף!!!! הסמכות היא לא לשר אלא למנהל העתיקות.**  
**עוד בעיה : לא ברור איך מבטלים/מתלים צו .**

מה יעשה? עליו ליטול את הסמכות!

ונותר הבעיה השניה שעליו להתמודד עמה : קצת מגוחך ללכת לביהמ"ש ולבקש להתלות צו = זה כמו לומר לה "כנסי בנעליי, שמשי כרשות מבצעת"..  
לא יתכן שהרשות המבצעת חסרת סמכות לפעול.

אפילו אם לא היתה סמכות יתכן שהסמכות השיורית של הממשלה היתה מספיקה.

הדין מורכב מרבדי חקיקה.. אנחנו במקרה הזה נדרשים (כדי להבין איפה נמצאת הסמכות של השר להתלות) להגיע **לס' 15 לחוק הפרשנות**: 'הסמכה להתקין תקנות, או ליתן הוראות מנהל משמעה גם הסמכה לתקן, לשנות, להתלות או לבטל, בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה'.

אז בעצם, ס' 15 משלים לכל חקיקה (אלא אם כן יש דין ספציפי שסותר אותו) – הוראה לתת היא גם הוראה לבטל/להתלות.

**מצאנו סמכות – השר צריך סמכות, לא יכול סתם להתלות את הרישיון והופ הנה הסמכות!**

**העותר כמובן רוצה להמשיך לחפור, מה הוא טוען בפני ביהמ"ש? חוסר סמכות!!! טען לפגם בגוף המייעץ, שהמידע לא עבר בצורה תקינה וכו' .. רוצה להותיר את הרישיון על כנו וכו' ..**

שר התרבות התייעץ עם מועצת העתיקות .

**ס' 9(ב) לחוק העתיקות** : בבואו להכריע לבקשת רישיון לחפירה, ייוועץ המנהל במועצת העתיקות ויתן את דעתו בראש שיקוליו ליכולת המדעית והכספית של המבקש. יש למעשה חובת היועצות בנוגע למתן רישיון.

**ס' 15 אומר** : חוק הפרשנות אומר כי מדובר באותה הדרך שהותקנו התקנות/ניתנה ההוראה.

משמע – אם התייעצנו בהתחלה כשנתנו את הרישיון, עתה כדי להתלות נצטרך להיוועץ שוב!

לא יוועץ – לא תהיה סמכות!

שר התרבות פונה למועצת העתיקות. מה שעושה – בגלל הדחיפות, הוא מבקש מיור מועצת העתיקות לכנס את המועצה מהיום למחר כדי שהיא תגבש החלטתה ותביע את דעתה בעניין.

ביהמש בנוגע לטענת לאי אספקת מידע, כך שלא נתמלאה דרישת חובת ההיוועצות: **ביהמש קובע כי כאשר הנימוק המכריע להחלטת השר הוא קיומם של קברים באתר חפירה, החלטה כבדת משקל, לא החלטה של מה בכך – חובה על השר לספק למועצה חומר בעניין ולאפשר לה להביע את עמדתה על בסיס תשתית עובדתית הולמת.** למשל: מפות, מחקרים, מידע שסופק ע"י היסטוריונים...

הרי אמרנו שבתחילה הרשות סברה שאין בעיה!! תמונת המצב העובדתית לא הצביעה על בעיה ורק אחר כך החלה הבעיה.. אחר כך משרד הדתות שינה את דעתו.

**הכל היה שם מהיום למחר – בשל הדחיפות של הדבר, לא סופק!**

**(4) הזמן הניתן לגוף המייעץ: כמה זמן יש לו לגבש החלטה?! זמן סביר.**

**הכלל: על הגוף המייעץ – הרשות, לתת זמן סביר לגוף המייעץ על מנת שזה יוכל לבחון את הסוגיה, לשקול אותה, ואם צריך להשתמש בכלים, הזמנת מסמכים וקיום פגישות בכדי לגבש המלצתו – אזי תהיה לגוף המייעץ אפשרות לעשות כן. גוף מייעץ אשר נאלץ לפעול מן הפה ולחוץ, לא יכול לספק תשובה מושכלת והדבר יוביל לפגם בהחלטת הגוף המייעץ ובעמדתו.**

**הפסיקה מצידה מאמצת את מבחן הסבירות וקביעת הזמן הנדרש לגוף המייעץ לתת עצתו מה עומד לנו במבחן הסבירות?**

**א – האינטרסים הנוגדים הנוגעים באשר לזמן הניתן לגוף המייעץ: ההליך המנהלי התקין (אינטרס ציבורי) ומצד שני – יעילות תפקוד הרשות, היא צריכה לתפקד!**

**ב- מבחן הסבירות.**

**ג- משתנה הדחיפות.**

**ביהמש מאמץ מבחן גמיש המתאים את עצמו לנסיבות כל מקרה ומקרה! וכאשר עסקינן בהחלטת רשות הדורשת דחיפות, יהיה נכון לקצוב את הזמן הניתן לגוף המייעץ בהתאם.**

**פגם בגוף המייעץ:**

האם כשנופל פגם בגוף המייעץ, למרות שהרשות קיימה את חובותיה, הרשות היא סבבה לגמרי אבל הפגם בגוף המייעץ – האם הרשות יוצאת ידי חובתה?

הרשות למשל עשתה הכל כדין, התייעצה, נתנה את החומר ויש פגם בגוף המייעץ שהביא לעמדה לא שקולה ולא מושכלת, אולי כי מדובר במועצת עתיקות למשל שלא התכנסה המועצה ורק הראש מועצה קיבל את ההחלטה, אולי יש פגם פורמלי (היה צריך לכנס את המועצה תוך זמן מסוים והיא נתנה הזמנה לכינוס תוך זמן קצר יותר) – כל אלה פגמים בגוף המייעץ...

**האם הפגם בגוף המייעץ מוביל גם לפגם בגוף המייעץ?**

**בעיני המרצה – המשנה הוא איך החלטה מנהלית הגיעה לעולם. אם המשפט המנהלי אומר איך לקיים היוועצות יש כנראה מאחורי זה אינטרסים מוגנים ואם הם נפגעים – ההחלטה המנהלית נולדה בפגם, ואז מה זה משנה אצל מי הפגם..**

**בפס"ד המכון לארכיאולוגיה: כזכור שר התרבות רצה להתלו תא תהרישיון של העותר 3 ולכן נדרש להיוועץ עם מועצת המכון לארכיאולוגיה. עפי תקנות העתיקות – על יור המועצה להודיע על כינוס ישיבה לפחות שבוע לפני הכינוס אלא אם ניתנה הסכמה של כל חברי המועצה לגבי כינוס מוקדם יותר. (למה שבוע? עיבוד הדעה עי חברי המועצה, שאז תינתן החלטה מושכלת). אלא ששם השר ראה דחיפות בעניין וביקש מיו"ר המועצה לכנס את המועצה מהיום למחר. ללא קבלת הסכמת כל החברים!**

**דעת הרוב:** פגם בגוף המייעץ דוגמת אי כינוס כדין יוביל לפסלות העמדה של הגוף המייעץ ולפסילת ההיוועצות כולה.

**דעת המיעוט (כב' הש' כהן):** אין המשמעות כי פגם הנופל בהליכים מנהליים בגוף המייעץ מדביק בפגם גם את פעולות הגוף המתייעץ.

**פרופ' זמיר:** הלכה זו נוצרה כי לגוף המתייעץ היה חלק בפגם. מי שביקש לכנס את המועצה במהירות – שר התרבות. פסד זה נקבע בהשפעה של פגם בגוף המתייעץ שהשליך על הגוף המייעץ (רומז שאולי אם לא היה – היה נקבע אחרת).

**העבודה:** קיבלנו קייס, מסגרת נורמטיבית. ממש כמו שפתרנו בכיתה את הקייסים ולעשות:

1. זיהוי הדין הרלוונטי.

2. בתוכו – לזהות מה צריך ממנו.

3. ליישם.

באיזו צורה? כמו חווי"ד. לשים את עצמנו כבימ"ש. עלינו להכריע.

בנוגע למחד ומאידך – לא מומלץ לבזבז זמן. אם יש חלופות – צריך להתייחס, אך לגבי כל טענה מה העותר יותר ומה הרשות תגיד .. אין צורך.

לא יודעים



**הפסיקה לעניין בתי משפט לעניינים מנהלים** - היחסים בין בית המשפט לעניינים מנהלים לבית המשפט העליון בג"ץ ואמרנו שהיחסים הם של סמכות מקבילה מה זה אומר? זה אומר שאפשר שבית המשפט הגבוה לצדק ידון בסוגיה שבסמכות בית המשפט לעניינים מנהלים אבל על זה מגיע שאלת מיצוי הסעדים ואמרנו שלמרות שלבית המשפט הגבוה לצדק יש סמכות הוא לא ידון כאשר יש סעד חלופי אחר שיכול להינתן על ידי רשות שיפוטית אחרת .

**בג"ץ 2208/02 סלמא ואח' נ' שר הפנים** – ניתן בשנת 2002 זו הלכה. שם התעוררה השאלה של יחסים בין בית המשפט לעניינים מנהלים לבג"ץ, אדם שהוא תושב האזור שהוא חי עם בת זוג שהיא אזרחית ישראלית מה הוא רוצה? הגיש בקשה למשרד הפנים לקבלת אזרחות, משרד הפנים מסרב השאלה שהתעוררה בבג"ץ היא האם הוא היה צריך לפנות בעתירה לבית המשפט לעניינים מנהלים? הוא פנה לבג"ץ. פה בית המשפט פוסק דבר חקיקה המעניק לבית משפט אחר סמכות בעניינים שגם מוקנים לבג"ץ מכוח חוק יסוד השפיטה אינו יכול לגרוע מסמכות זו אלא שיש למצות את הסעדים הניתנים בבית המשפט האחר. על החקיקה היבשה יש לנו את כלל הדין שזה פסיקה וכללי המשפט המנהליים שאומר לא, הפניה תהיה לערכאה המתאימה או לאחר שמוצו ההליכים תינתן אפשרות לפנות לבג"ץ. כלל ראשון זה מיצוי הליכים לכן שאנחנו באים לבדוק אם יש סמכות אנחנו צריכים לבדוק גם בחקיקה בית משפט לעניינים מנהלים וגם יכול להיות חקיקות כל המשפט האזרחי, חוק ספציפי יכול להקנות סמכות לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהלים. עילות, סמכויות וסעדים .

בית משפט לעניינים מינהליים ידון בעתירה מינהלית ובערעור מינהלי בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים שלפיהם דן בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בשינויים המחויבים לגבי עתירה מינהלית ולגבי ערעור מינהלי. הנוהל בבג"ץ הוא להסתמך עובדתית על התשתית שהייתה מצויה בידי הרשות זה אומר שבג"ץ הוא לא הליך אזרחי רגיל, בג"ץ מסתמך ככלל על התשתית העובדתית המצויה בידי הרשות- למה? הרשות היא הגורם המקצועי היא יודעת, הרשות עשתה איזה שהוא מעשה מנהלי והיא התבססה על משהו, הרשות היא הגורם המקצועי היא יודעת והיא גם השתמשה כנראה באנשי מקצוע כמו במכון לארכיאולוגיה כלומר איזה שהיא תשתית עובדתית שהייתה מצויה בידי הרשות הביאה אותה בצורה שגויה, יתכן שיקול דעת שגוי הכול יכול להיות אבל התשתית העובדתית מבוססת על מה שהיה בידי הרשות אז בג"ץ לא עכשיו יתחיל לפתוח את הדברים משום שמראש ההנחה היא שהרשות היא הגורם המקצועי שעשתה את כל הפעולות אלא אם כן יש מחלוקת בעניין הזה ואז צריך לטעון שיש הצדקה לשמיעת ראיות כי הכלל הוא שבג"ץ מסתמך על תצהירים, שיש הצדקה לשמיעת ראיות. לכן צריך לזכור את הדבר שהכלל הוא סעיף 8 נכון גם לגבי בית משפט לעניינים מנהלים בגלל הסעיף, בית המשפט לעניינים מנהלים כמו בג"ץ מסתמך על תצהירים.

עע"מ 10811/04 סורכי נ' משרד הפנים ואח' – התעוררה השאלה האם בית המשפט לעניינים מנהלים צריך לשמש כערכאה רגילה הכוללת שמיעת ראיות וחקירות או שמא לתחקר כמו בג"ץ שהבסיס הוא תצהירים בהסתמכות על ממצאיה של הרשות. בית המשפט לעניינים מנהלים כך נפסק אינו פועל כבית משפט מחוזי רגיל אלא כערכאה מנהלית על כן הדין יהיה זה כפי שמתקיים בבג"ץ כך, התערבות בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הרשות אף שהיא אפשרית תעשה במסורה ובנסיבות מיוחדות בלבד תוך שימת דגש כי הרשות המנהלית היא הגורם המקצועי האמונה על אותם עניינים המצויים בסמכותה. נקודה שניה שנפסקה פה על העותר להצביע על פסיקה המצדיקה סטייה מכלליים אלה דוגמא חקירת הדין.

בג"ץ 8071/01 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה – ניתן בשנת 2002. העותר הוא בעלים של בית מגורים ולמזלו הרע בית המגורים מצוי ליד המרכז המסחרי בילו סנטר. מה הציק לעותר? שהמרכז המסחרי יוצר מטרדי רעש, זיהום אוויר, ריח וכו' אז העותר כנראה חיפש ומה הוא מצא? הוא מצא שהמקרקעין שעליהם מצויים החנויות מיועדים לתעשייה ולא למסחר אלא שהמשיבה 8 שלה המקרקעין חכורים מפעילה שם מסחר בילו סנטר. הוא רוצה להפסיק את המפגע הסביבתי אלא שם הוועדה המקומית לתכנון ובניה נתנה היתרים לחרוג מהיעוד של הקרקע הוא טוען שהתנאים האלה לא מתקיימים והוא הגיש עתירה לבג"ץ. בבג"ץ הוא מבקש להוציא צו על תנאי בית המשפט נותן צו על תנאי לנמק מדוע שהעתירה לא תתקבל (רשות) אפשר לבקש גם צו ביניים כמו סעד זמני.

בג"ץ מזהה שבחוק ביהמש לעניינים מנהליים יש את פרט 10 לחוק כאשר פרט זה מתייחס לענייני תכנון ובניה כלומר יש סמכות לביהמש לעניינים מנהליים, בגץ מורה לכל הצדדים לנמק מדוע על העניין להיות נדון בפני בגץ ולא לפני ביהמש לעניינים מנהליים ובגץ קובע שם שרק אם הוא יכריע כי על העניין יהיה לדון בפניו הוא ידון בעתירה לגופה כלומר הוא קודם רוצה לדעת למי הסמכות, כלומר ביהמש לא זרק את העותר אלא ביקש מהצדדים לנמק מדוע יש לו סמכות, יש לנו פה סמכות מקבילה בגץ יכול לדון גם אם יש סמכות לביהמש לעניינים מנהליים ולכן אם רוצים שבגץ ידון אנחנו ניתקע בשלב בחינת עילת הסף נצטרך להתגבר על זה, ניתן לטעון שבמקרה הזה נכון שזה ידון בבגץ כי מעורבת החלטת ממשלה בעניין וכדי לדון בכך צריך לדון אגב אורחא בהחלטת הממשלה או בחוקיות שלה וכו' כי אין סמכות לדוגמא. לנו יש אפשרות לפנות לבגץ אנחנו ניתקע במבחן עילת הסף.

קודם כל ביהמש ידון בשאלה האם העניין צריך לידון בפניו או בביהמש לעניינים מקומיים אומר לפי פסד סלאמה לבגץ יש סמכות לדון ואין בקיומו של חוק רגיל לגרוע מסמכות זו כי הסמכות ניתנה מכוח חוק יסוד, השאלה היא האם קיומו של סעד חלופי מחייב לפנות לביהמש לעניינים מנהליים ולא לבגץ? ביהמש פוסק כי יש לראות בביהמש לעניינים מנהליים כמוסמך לדון בעתירות שעניינם אי אכיפה בחוק התכנון והבניה על ידי מוסדות התכנון בנסיבות אלו קיים סעד חלופי לדיון בביהמש ומטעם זה מתקיים הדיון בעתירות מאין אלו בביהמש לעניינים מנהליים. בגץ לא מקבל את הטענה שלהם, הם ניסו לטעון שכי היות ומדובר באכיפה אז זה צריך לידון בבגץ. בגץ לא קיבל זאת.

בג"ץ 4488 עמותת אופיר וזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה – העותרים הם תושבי עזה, אין להם אזרחות ישראלית והם רוצים להיכנס לישראל, הבקשה מוגשת למפקד האזור, הם רצו להיכנס לצורך טיפולים רפואיים, והבקשה נדחת. מה הם עושים? הם מגישים עתירה לבג"ץ נגד ההחלטה של אלוף פיקוד דרום, התעורר העניין של ביהמש לעניינים מקומיים, יש את פרט 12 לתוספת הראשונה בחוק שעוסק במנהל אוכלוסין, לכאורה לביהמש לעניינים מנהליים הסמכות, אבל מה הם טענו? יש הרי את החוק, חוק ישראלי והם טענו שמדובר בשטח של לוחמה ויציאה משטח של אזור מלחמתי מקור הסמכות הוא הדין הבינלאומי ולא החוק הישראלי ומכאן שנכון שביהמש העליון ידון בזה ולא ביהמש לעניינים מנהליים. ביהמש העליון אומר כי יכול להיות שמדובר במקור בדין בינלאומי אבל עדיין פרט 12 מנהל אוכלוסין מתייחס לעניין הנידון והיות ומדובר בדין ישראלי חוק חרוט אז הדין הישראלי גובר, ביהמש אומר כי יש חוק ישראלי וביהמש מכיר בעניין הזה לחוק הנידון. אם יש לי את פרט 12 שהוא חלק מהחוק הישראלי אז המשמעות היא שיש סעד חלופי ואם יש סעד חלופי העניין צריך לידון בביהמש לעניינים מנהליים וביהמש העליון דוחה את העתירה.

כל המקרים האלה לא עמדו במבחן של עילת הסף.

מה שחשוב פה בעניין המבחן זה העתירה – להכיר את התוספת הראשונה לחוק, כי אם תהיה שאלה על ביהמש לעניינים מנהליים אז נצטרך את זה. אם שי משהו בתוספת הראשונה אז צריך להחליט איפה זה ידון, בהתאם לפסיקה ולסייגים שאמרנו בנוגע לסמכות המקבילה.

## שיעור 20.6

זכות העמידה:

מה הרעיון בנוגע לעילות סף? הכלל הוא שבג"צ מפעיל ביקורת שיפוטית ויחסים בין האזרח לשלטון צריכים לשקף את הביקורת השיפוטית הזאת. ז"א אם אזרח נפגע הוא זה שיפנה לביהמ"ש העליון הוא זה שיבקש להפעיל את הביקורת השיפוטית. זה הכלל שהיחסים הם בין האזרח הנפגע לבין השלטון. כלומר אם לא האזרח הנפגע עומד בבקשה הפעלת ביקורת שיפוטית אז אנחנו צריכים חריג מסוים.. כדי שביהמ"ש העליון יוכל להפעיל את הסמכויות שלו כשהמבקש הוא לא הנפגע. ומפה נולדה זכות העמידה. תפקיד בג"צ הבסיס הוא פתרון סכסוכים ואין ריב או סכסוך אמיתי אלא כאשר נפגע אינטרס. 1: אישי. 2: ישיב. 3: ממששי

עם זאת אין צורך בזכות שבדין כדי להכיר בסכסוך בין האזרח לבין הרשות.. סכסוך לא חייב על רקע משהו שמגיע לי אלא למשל סירוב של רשות לבקשה שלי.. אתה לא צריך להצביע ולהגיד הדין מאפשר לי כך וכך או מגיע לי פיצוי.. אני לא צריך להצביע על משהו כדי להפעיל ביקורת שיפוטית..

אבל, אנחנו צריכים שזכות עמידה להראות כמה דברים:

א. אינטרס אישי- הרציונאל של הדרישה ההיסטורית היא העובדה שהעותר בהנחה שאינו נציג של קבוצה עלול שלא לייצג כהלכה את האינטרס של הקבוצה תוך פגיעה באחרים. למרות זאת דרישת הייחודיות בוטלה ונקבע שהאינטרס האישי אינו חייב להיות מיוחד לעותר מסוים ויכול להיות משותף לקבוצה גדולה של עותרים פוטנציאליים.

ב. אינטרס ממששי- אלא שהפסיקה הכירה באינטרסים גם קלושים כך הוכר אינטרס לא לשנות את מועד הקימה, התפילה או העבודה עקב אי הנהגת שעות קיץ או האינטרס להתרחץ בים של תחנת הצלה מאוישת. ייתכן ובסיטואציה כזאת ניתן להכיר בעותר ציבורי משום שאין מי שיש לו אינטרס אישי ממששי ונוצר חלל בביקורת השיפוטית וזו החוזה של זכות העמידה- ההכרה בכך שקודם כך מצד אחד יכול להיות שהאינטרס הוא לא ממששי.. פס"ד עזרא וסגל. אלא ההלכות שיישמו את הדבר הזה. יש חריגים לאינטרס האישי והממששי- הכלל הזה הצטמצם והיום מכירים בעותרים ציבוריים וכל מיני עילות איזוטיריות. אי הכרה באינטרס ספקולטיבי רחוק: אנחנו לא יודעים אם הוא יקרה או לא- הפסיקה אומרת שבמקרה כזה לא בטוח שנכיר בזכות העמידה ואז יכול להיות שיש לנו עילה לעתור אבל אין לנו זכות עמידה לעמוד בפני בג"צ ולטעון או לבקש סעד. ביהמ"ש לא הכיר בעילה ספקולטיבית רחוקה ולא הוכר לדוגמא אינטרס של משלם מסיים ואכיפת חוקי מס על מגזר מסוים בטענה שבכך יפחת נטל המס עליו- על אותו עותר- או אינטרס בגיוס 5000 בחורי ישיבות בטענה שבכך יפחת נטל שירות המילואים. עוד למשל לגבי סיכויי קבלה לעבודה בשל אי נכונות לעבוד בשבת כאשר העותר טרם סיים הכשרתו ולא ידוע מה יהיה הסדר העבודה שלו בעתיד. אי הכרה בפגיעה ברגשות למניעת חילול שבת ברשתות השיווק פוגעת ברגשות דת מהווה פגיעה עקיפה ורחוקה. למה? כי אין חובה על העותר להפעיל את הרואטר של

הטלוויזיה זה כל כך לא ממשי שביהמ"ש לא הסכים להכיר בזכות העמידה. אבל יכול להיות שבדין יש עילה אבל הוא לא נפגע או פשוט ביכולת פשוטה יותר הוא יכול לא להיפגע בכך שלא ידליק את הטלוויזיה.. היחס של העותר לפגיעה הוא לא ממשי או ספקולטיבי. מה עוד יכול להיות? קיום עותרים שהאינטרס שלהם חזק מלעתור- הם יותר קרובים לזכות הנפגעת או לסכסוך(פס"ד נמדר)- סיטואציה כזו יכולה לחסום את דרכו של העותר לבג"צ- מה הרציונאליים? אנו אומרים שיש עותר קרוב יותר ונכון שהוא יגיש את העתירה במקומך ולא אתה.. רציונאל אחד הוא לא פגיעה בצדדים שלא מיוצגים בלי שתיתן להם אפשרות להתגונן.. לא לפגוע באפשרות של אחרים שהאינטרס שלהם גדול יותר להביא את העניין לבג"צ כשההנחה היא שבעל האינטרס הכי חזק בסוגיה ייצג את העניין בצורה הטובה ביותר.. רציונאל שלישי הוא לדאוג לכך שתוצג התמונה המלאה בעניין בפני בג"צ. האינטרס הישיר- אינטרס צריך להיות אישי ממשי וישיר- כלומר נוגע במפורש לאותו עותר ופה השאלה היא לגבי מתחרה עסקי.. אם עותר יכול לדוגמא לטעון נגד מתן הטבות למישהו אחר.. מתחרה עסקי שלי..? אז הפסיקה הכירה בזכות עמידה של מתחרה עסקי למנוע הטבות שלא כדין מיריבו ובמקרה הזה זה ע"פ חוק לעידוד השקעות בהון ז"א ביהמ"ש אמר שכן יש זכות האחר מקבל משהו ואני הנפגע(דיברנו על זה בזכות הטיעון של יריב עסקי)..

למה להכיר בזכות העמידה ?

1. מבחן פגיעה ממשית או סכנה מוחשית לפגיעה שכזה לא ספקולטיבית אלא ממשית באינטרס הכלכלי של העותר- אלה מבטיחים שהתקיימו דרישת האינטרס האישי הממשי.. ז,א עצם זה שאתה יכול להיפגע בהכרח אומר שהאינטרס שלך הוא גם אישי וגם ממשי .

2. שנית, מה עוד יכול להיות פה? חופש העיסוק- חוק היסוד.. הכרה חוקתית בחוק יסוד חופש העיסוק מחייבת את בג"צ לפתוח את שעריו למי שעיסוקו נפגע פגיעה ממשית או שיש סכנה מוחשית לפגיעה שכזאת אף אם בעקיפין. מה המשמעות של חוק יסוד חופש העיסוק ביחס לזכות העמידה- חוק יסוד עומד בפני עצמו והמשמעות היא שאנחנו יכולים לטעון ישירות מחוק יסוד חופש העיסוק לזכות עמידה – אם חוק יסוד חופש העיסוק מלמד על פגיעה בזכות שלא כדין אז נכון שמבחינת עילת הסף תעמוד לי זכות עמידה, כשאנחנו מדברים על חוק חופש העיסוק אנחנו בוחנים את העילה אבל לנו יש בעיה קודמת לעילה, כי בעילת סף אפילו אם יש לנו עילה בדין שתזכה אותנו בסעד הבעיה היא שאין לנו זכות עמידה כלומר היא עוצרת אותנו דיונית מלהביא את עניינו בפני ביהמש ואז לפי חוק יסוד חופש העיסוק יכול להיות שנפגעה זכותי שלא כדין ובכל זאת לא אוכל להביע את טענותיי, אנחנו משתמשים בחוק יסוד חופש העיסוק בשביל לטעון לגבי זכות העמידה שלנו, לגבי עילת הסף, כלומר כל הליך שיפוטי מחולק לשלושה שלבים מבחן העילה מבחן הסף ומבחן הסעד, חייב לעמוד בהם, עלמנת להגיע לזכות עמידה אנחנו משתמשים בחוק יסוד חופש העיסוק לא ק לשם קבלת העילה אלא כדי לעמוד בעילת הסך שהיא זכות עמידה.

3. חלוקת הטבות שלא כדין היא סיטואציה שבא אם לא נכיר בזכות העמידה של המתחרה לא יימצא בעל אינטרס ויווצר חלל בביקורת השיפוטית.

4. הרחבה מכוח עיקרון השוויון – נפגע אינטרס שקשור לעיקרון השוויון הוא הפגיעה ואנחנו טוענים בפני בג"צ שיש לנו זכות עמידה מכוח עיקרון השוויון- ביהמש כמובן מכיר בזכות העמידה של עמותה לטעון כנגד ההכרהכמוסד ציבורי לעניין הקלות מס של גופים פוליטיים אחרים מכוח עיקרון השוויון – פס"ד חוקה לישראל, ביהמש פוסק כי יש להכיר בזכות עמידה מכוח עיקרון השוויון אף במצב שהעותר אינו מבקש סעד לעצמו אלא מבקש הפסקת ההטבה שניתנה למישהו אחר שלא כדין. כאשר לו אין כל אינטרס כלכלי. תראו איזה עתירה מוזרה – הטענה היא – אני

לא מבקש כלום אבל אני מבקש שלא ייפסק משהו מכוח עיקרון השוויון , אני מבקש משהו עבור מישהו אחר , לי לו נותנים שום דבר אבל מפסיקים משהו למישהו אחר.

### עתירה ציבורית:

מה חשוב לדעת לגבי עתירה ציבורית ? הבסיס של העתירה הציבורית היא הפרת חובת הנאמנות , ניתן להציג עותר ציבורי כבעל סכסוך עם הרשות – פסד רסלר – פגיעה בשלטון החוק היא הפרת חובת הנאמנות של הרשות כלפי כל אזרח ולפיכך תהווה תשתית לסכסוך – שמאפשר להגיש עתירה לבגץ. עם זאת התפיסה בבגץ הייתה ונשארה שככלל אין בסכסוך מעיין זה כשלעצמו כדי לערב את הגץ לצורך פתרונות. אחרת לא הייתה זכות עמידה – אם כל אזרח נפגע זאת אומרת שכל אחזרח יכול לעתור אבל אז באה זכות העמידה. זכות עמידה לדוגמא של תושב חוץ – עתירה ציבורית מבוססת על עיקרון הנאמנות לפי הרשות היא נאמנה של הציבור וכאשר היא פועלת בניגוד לחוק היא מפרה חובה זו באופן שיוצר סכסוך בינה לבין כל פרט בציבור. מה המשמעות? שהנאמנות היא נאמנות של הרשות לציבור בישראל. כלומר כלפי מי חובת הנאמנות ? כלפי הציבור הישראלי ולכן אין זכות עמידה לעותר ציבורי שאינו תושב או אזרח. כמובן שאם יש לו אינטרס אישי וממשי הוא לא צריך את כל זה הוא לא עותר ציבורי הוא פונה בשם עצמו. אבל אם זה ציבורי – הבסיס זה חובת הנאמנות והיא לא כלפיו כי הוא לא תושב או אזרח ישראלי. בתור עורכי דין צריך לבדוק דבר ראשון מי הוא העותר. זאת עילת סף שאין זכות עמידה במקרה הזה. הנאמנות היא נאמנות של הרשות לציבור בישראל זה הבסיס .

מהם הטעמים לאי הכרה גורפת? החשש מריבוי עתירות והחשש לעתירות פוליטיות וסכסוכים קיבוציים וכן חשש מהצפת בתי המשפט. ככל שבית המשפט תופס את תפקידו בראש ובראשונה כשומר שלטון החוק ורק אחר כך כמיישב סכסוכים בין הפרט לרשות היעדר אינטרס אישי של העותר מאבד מחשיבותו. זאת המגמה. ביהמש משנה את אופי התפקיד שלו מפתרון סכסוכים לבין מין מעיין רשות ששומרת על שלטון החוק. אם ביהמש יושב בכובע של יישוב סכסוכים אז האינטרס האישי של העותר הוא החשוב אבל אם הוא שומר על שלטון החוק וזו העתירה הציבורית אז האינטרס האישי לא חשוב משום שאני יכול לעתור גם כשאני לי עניין אישי וביהמש נותן לי להיכנס לא תהיה עילת סף. נדון בעתירה שלך. אני יוכל להופיע בפניו. אפשר לטעון זאת – למה אנחנו ראוים להופיע בפני ביהמש ? משום שיש פגיעה קריטית בשלטון החוק. יש מקרים שעניינים מסוימים לא יגיעו לבגץ וכתוצאה מזה יוצר חלל בביקורת השיפוטית הפוגע במטרה של שמירת שלטון החוק. אם החקיקה לעניין צמצום הזכות של סמכות בגץ לדון זה יהיה עניין של סמכות. ביהמש יכול לפרש עד גבול מסוים.

לגבי חריג של קיום עותר קרוב יותר – פס"ד סרוסברג – קיומו של עותר בעל אינטרס אישי יכול לפגוע במעמדו של העותר הציבורי. אם יש מישהו ספציפי שאנחנו יכולים להצביע עליו אז זה יכול לפגוע במעמדו של העותר הציבורי. כלומר ניתן לטעון שיש עותר שנכון יותר שהוא יגיש את העתירה ונכון לדחות את העתירה הציבורית על רקע זה , ההנחה היא שהעותר הקרוב לעניין או המתאים ביותר בעל נגיעה אישית יציג תמונה מלאה לביהמש , במקרה כזה העותר הציבורי נתפס כמיש נכנס במחלוקת לא לו.

### שפיטות:

שפיטות נורמטיבית- השפיטות הנורמטיבית עוסקת בשאלה האם עניין המובא לפתחו של ביהמש ניתן להכרעה ע"פ אמות מידה משפטיות מה הגישה אומרת? גישה אחת אומרת הכל שפיט – השפיטות הנורמטיבית קיימת תמיד , לכל תחום מתחומי החיים קיימות אמות מידה משפטיות החלות עליו וגם כשיש לאקונה המשפט קובע דרכים למילויה. גם החלטה כמו לצאת למלחמה או לכוון יחסים דיפלומטיים אפשר לבחון על פי אמות המידה המשפטיות הכלליות של סבירות. (הפרדת הרשויות) פה בהכל שפיט ביהמש יכול לדון בדברים שהם נטו קשורים לממשלה.

הגישה השנייה אומרת כי לא הכל שפיט לא לכל דבר בחיים ישנה אמת מידה משפטית המתייחסת אליה כך אין אתה אומר שהשפוט מתיר לאכול או לישון – זרזבסקי – ובאותה מידה אין אתה אומר כי המשפט אוסר על מלחמה או על ניהול יחסים דיפלומטיים. זה השפיטות הנורמטיבית, היא מחולקת לשתי גישות כאשר הגישה השולטת היא של ברק – הכל שפיט.

השפיטות המוסדית- עוסקת בשאלה מי הוא המוסד הראוי להכריע בסכסוך גם כאשר ישנן אמות מידה משפטיות אין המשמעות בהכרח שראוי שביהמש יפעיל אמות מידה אלו וייתכן כי ההכרעה תיעשה על ידי רשות שלטונית אחרת. ברק ברסלר – הנטייה לצמצומה של השפיטות המוסדית ולמה. זה דוקטרינה בעייתית – זוהי עילת סף אנחנו טוענים בפסני ביהמש יש לך סמכות כלומר אין בעיה של שפיטות נורמטיבית אבל אל ראוי שאתה ביהמש תדון בסוגיה כי ראוי שרשות אחרת תדון בה וזה הכנסת. ביהמש מתערב בצורה מאוד רצינית ואקטיביסיט מאוד. זוהי דוקטרינה בעייתית מאוד שיש להפעילה רק במקרים מיוחדים וזאת בשל תוצאתה הקשה של הפעלת העילה בכרסום השמירה על שלטון החוק – בגץ משמש כשומר שלטון החוק ולא רק מיישב סכסוכים. אנחנו אומרים שעניין מסוים בכלל יוכל לידון בפניו, שום מילה על מבחן העילה עדיין העותר צריך לעמוד במבחן העילה ומבחן הסעד. זה לא שעכשיו העתירה מתקבלת. זה רק מאפשר לעבור ממבחן הסף למבחן העילה. הגיוני שזה יהיה מופעל במצבים חריגים ביותר. גם ביהמש שהוא לא מתערב עובר את מבחן העילה ואז אומר כי אין סעד בגלל השיפוטות המוסדית. מבחני השפיטות המוסדית:

1. האופי הדומיננטי של הסוגיה – שמגר ברסלר – המבחן בוחן את הסוגיה המשפטית ושואל האם האופי הדומיננטי שלה הוא משפטי או פוליטי כאשר במצב בו האופי הדומיננטי פוליטי ביהמש יטה למשוך ידיו כלומר לא להתערב מהדיון בעתירה. צריך לבחון את הרכיבים הפוליטיים של העתירה מול רכיביה המשפטיים. לביהמש עומדת האפשרות לבודד את הרכיבים המשפטיים במקום דחייה מוחלטת של העתירה כאשר הדבר אפשרי ולדון אך ורק בהם. כשביהמש אומר כי העתירה היא פוליטית אבל יש לה חלקים משפטיים אז אני אדון רק בחלקים המשפטיים ובחלקים הפוליטיים אני לא אתערב אז אפ ביהמש יכול לעשות את זה אז זה עדיף לדחות את כל העתירה.

2. הפגיעה באמון הציבור מול הפגיעה באמון הציבור במשפט – ברק ברסלר – לתפיסת ברק זה אמור להיות מבחן מצומצם למקרים מיוחדים בהם הפגיעה באמון הציבור בשפיטה עקב פוליטיזציה של המשפט כלומר שהפסיקה תהפוך להיות מטעמים פוליטיים עולה על הפגיעה באמון הציבור במשפט עקב הכרסום בשלטון החוק הוא מתכוון שביהמש ישאל את עצמו במקרים מיוחדים אם יותר נכון לא לדון מאשר לדון. אם הוא לא דן יש פגיעה בשלטון החוק אבל משום שהפסיקה סופו של יום תהפוך את ביהמש או תצבע אותו בצבע פוליטי נכון לא לדון וזאת כאשר יש סכנה בפגיעה באמון הציבור בשפיטה גדולה יותר מהפגיעה בשלטון החוק. זה עילת סף, ביהמש הולך לתת פסק דין שיש לו אופי פוליטי הציבור יראה שביהמש נוקט עמדה פוליטית וזה עילת סף שאפשר לטעון אותה. המקרה הזה שמור למקרים מיוחדים ומצומצמים ביותר וביהמש לא אמור לפחד מהדבר הזה.

3. המבחן המיוחד בהתערבות בהליכים פנים פרלמנטריים- בתחום זה של ביקורת שיפוטית על ההליכים בכנסת נקבע מבחן של שפיטות מוסדית שנועד למנוע התערבות מוגזמת של ביהמ"ש בעבודת הכנסת מעבר לאיזונים ובלמים הראויים בין הרשויות ונקבע כי יש להתחשב במידת הפגיעה הנטענת במרקם החיים הפרלמנטריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של המשטר החוקתי ביהמ"ש אומר כי לא נתערב בהליכים של הכנסת כמובן שהדברים האלה עולים כשוועדה מתכנסת לדון בחקיקה ובאמצע ההליך מוגשת עתירה.