

משפט מנהלי

מבחן עם חומר סגור שמורכב מקיים ושאלות חשיבה – רק סילבוס וחקיקה + עבודה להגשה 20%

אמר השופט יצחק זמיר – היועץ המשפטי לממשלה ולאחר מכן שופט בעליון: "אדם רגיל יכול לעבור את מסלול חייו בלי שיכנס אפילו פעם אחת בשערי בית המשפט אבל הוא לא ירחיק לכת עד שיתקל ברשות המנהלית, בעניינים הקשורים בעבודתו, בביתו או בעיסוקים אחרים שלו קיימת מעין סימביוזה בין האדם לבין המנהל". – במילים אחרות, אנחנו כל כך רגילים לנוכחות הקרובה של הרשות המנהלית בחיינו שלפעמים אנחנו לא חשים בה.

"על המנהל הציבורי כולו ניתן לומר כי הוא מלווה את האדם לא רק באירועים מיוחדים אלא גם בשגרת חייו משעה שאדם קם משנתו, החשמל שהוא מדליק, הרדיו לו הוא מאזין, המים שבהם הוא מתרחץ, הלחם שהוא אוכל, בית הספר שאליו הוא שולח את ילדיו, המכונית שממתינה ברחוב, רישיון הנהיגה ורישיון הרכב, הכביש עליו הוא נוסע – כל אלה ועוד הם מצרכים המשמשים את האדם יום יום" – במילים אחרות, בסופו של יום מבלי להרגיש אתה לא יכול להיות יום אחד ללא התעסקות ברשויות המנהל.

עד כמה ראוי שהמדינה באופן כללי תהיה מעורבת בחיי הפרט?

*בתחילת המאה ה-19 התפיסה החברתית-פוליטית שהייתה שולטת היא שתפקיד המדינה מאוד מוגבלת, "המדינה שומרת לילה" – שתפקיד המדינה מאוד מוגבל, היא לא אמורה להתערב בחיי הפרט, היא צריכה לעשות את המינימום הדרוש. כלומר, גביית מיסים, בתי סוהר, ביטחון, צבא – אלה דברים שהמדינה חייבת להתעסק בזה אבל מעבר לזה תנו לפרט להתנהל לבד. נקודת המוצא היא הגישה הליברלית שאומרת שהפרט ידע טוב יותר עבור עצמו כיצד להגדיל את העוגה. כבר אז הבינה שלמדינה יש כוח, והכוח הזה יכול גם לפגוע בזכויות הפרט. ולכן הייתה רשימה של זכויות חוקתיות שנועדו בעיקר להגן על הפרט מפני הכוח של המדינה (זכות לקניין, זכות לכבוד, זכות חופש העיסוק).

*בסוף המאה ה-19 – תחילת המאה ה-20 ואילך – תקופת "האכזבה". ממה אנחנו מאוכזבים? מחוסר ההתערבות. למדינה המתירנית יש מחיר כבד בדמות פערים חברתיים אדירים ויותר מזה, פתאום הבינו שהרעיון של "שוק חופשי" יש לו גם בעיות. "כשלי שוק" = סיטואציה שבה השוק החופשי בגלל איזה כשל שלו עצמו לא יכול להגיע לתוצאה אופטימלית בלי מעורבות של השלטון. **דוגמא לכשל שוק שמחייבת מעורבות: מונופול** = כשיש שליטה ריכוזית של גוף אחד שמחייב את השירות, חותר תחת הנחת השוק החופשי- כי אין תחרות. איך נלחמים במונופול? במדינת ישראל יש את הרשות להגבלים עסקיים שהתפקיד שלה הוא לפקח על מונופולים ולוודא שלא יעשו שימוש לרעה של הכוח שלהם בפרט. **דוגמא נוספת לכשל שוק: מוצר ציבורי**. (כביש, תאורה, ביטחון), זה מוצר שאני יכול לצרוך אותו, הצריכה של אותו מוצר לא גורעת מהיכולת של פרט אחר לצרוך אותו. לדוגמא: המרצה הולך ברחוב ויש תאורה, כולם שמחים שיש תאורה, כשיש מוצר ציבורי כזה אין אינטרס להשקיע במוצר הזה מהכיס האישי – וכך אף אחד לא ישקיע, ולא יהיה אותם, נעדיף להיות טרמפיסטים. לכן אנחנו משלמים מיסים ובמיסים האלה אנחנו מקבלים כבישים, תאורה, ביטחון וכדומה. **כשל שוק נוסף: פערי מידע** – נניח אנחנו צריכים עו"ד, אנחנו עומדים מול אדם שטוען שהוא עו"ד, איך יש לנו דרך לדעת אם יש לו את הכישורים לייצג אותנו, פערי המידע יוצרים חשש לניצול לרעה. התשובה היא – מדינת ישראל מסדירה את לימודי המשפטים וקובעת שצריך ללמוד במוסד אקדמי ולעבור מבחני לשכה ורק לאחר מכן אתה עו"ד, כשאני עומד מול אדם שיש לו רישיון עו"ד אני יודע שאת המינימום – יש לו. מעבר למינימום השוק החופשי עושה את שלו. ולכן צריך את התערבותה מדינה ברישוי המקצועות. **כשל שוק נוסף: החצנות**. מה זה החצנות? נניח שיש מפעל שהוא מזהם, אנחנו גרים ליד המפעל הזה, המפעל עושה רווח על חשבוננו, הוא יכול לא לזהם אבל זה עולה לו כסף-הוא מעדיף לזהם ולהרוויח. המשפט הפרטי נותן כלים לסגור את המפעל ע"י צו סגירה נזיקית- אם אין לך את הכסף לפתוח בתביעה לא תוכל לסגור את המפעל, לכן צריך שתהיה רשות ממשלתית שתקבע בחוק ובתקנות תקנים מסוימים ותטיל קנסות ותפקח ואם לא תעמוד בתקנים היא תסגור את המפעל. (הרשות לאיכות הסביבה). מעבר לכשלי שוק יש גם סיבות מהותיות שקשורות למשפט ציבורי שגרמו לחברה בתקופה ההיא להבין שצריך להתערב.. יש תפיסה שבאה ואומרת שמבחינה מהותית התפקיד של המדינה הוא להבטיח מינימום של קיום בכבוד לכל פרט במדינה – זכויות חברתיות. זכויות חברתיות עולות כסף – בריאות, חינוך.. אבל, צריך וחשוב

להבין שהמינימום של קיום בכבוד והחובה של המדינה למנוע פערים גם היא עוד סיבה להתערבות המדינה בחיי הפרט.

* באמצע שנות ה-20, מדינת ישראל הוקמה כמדינת רווחה. מדינה שנותנת המון לפרטים שלה. המהפך בא ב-1977 חיים יבין היה בעל תפיסה ליברלית שאומרת שצריך פחות להתערב בחיי הפרט, לתת לשוק החופשי להתנהל (בא מאנגליה).

* היום אנחנו חוזרים אחורה, לתקופת הפרטות וגלובליזציה. בשנים האחרונות אמרנו "אולי הגזמנו עם התערבות המדינה בחיי הפרט?" דברים של המדינה עוברים לידיים פרטיות, לדוגמא: הפרטת בתי הסוהר. בתקופת ההפרטות אנחנו חוזרים אחורה ובית המשפט העליון בלם את הפרטת בתי הסוהר בטענה שלא יעלה על הדעת שבית סוהר ינוהל ע"י תאגיד שפועל למטרות רווח. מדינת ישראל אמרה שהם רוצים לשפר את תנאי הכליאה – וצץ רעיון שניקח תאגיד פרטי, נשלם את אותו הכסף שמשלמים כדי להפעיל בית סוהר ציבורי ובכסף הזה הוא ישפר את תנאי הכליאה לאין שיעור, כי גוף פרטי יודע לפעול בצורה יותר יעילה. בית המשפט העליון אומר שיש פגיעה בלתי מידתית בזכות לכבוד כי האסירים הופכים להיות סוג של שטרות כסף מהלכים, מאין אמצעי להפקת רווחים בידי תאגיד פרטי שפועל לתכלית רווח, ז"א למרות שהמדינה התכוונה לעשות משהו טוב בית המשפט לא מסכים כי המדינה התחילה אתה תהליך הפלילי נ' הפרט והמדינה לא יכולה לברוח מהשלב האחרון שהוא- הכליאה, זה פוגע בכבוד שלו להיאסר והוא מרגיש כאמצעי להפקת רווחים.

כשהמדינה מתערבת בחיי הפרט מאוד היא הופכת להיות מקור לעושר, היא שחקן פעיל מאוד בחברה האנושית, לכן בתקופה השנייה "תקופת האכזבה" נוצרה דיספלינה חדשה שנקראת "משפט מנהלי". המשפט המנהלי הוא סט של כללים שנועד לוודא שהמדינה לא עושה שימוש לרעה בכוח האדיר הזה שאנחנו נתנו לה. ולכן, אם ניקח את הרשימה של הזכויות החוקתיות + המשפט המנהלי קיבלנו יחד משפט ציבורי.

ההבחנה בין המשפט הציבורי (חוקתי+ מנהלי) למשפט הפרטי:

1. משפט פרטי עוסק ביחסים בין פרט לפרט ומשפט ציבורי עוסק ביחסים בין פרט לשלטון.
2. משפט ציבורי מבוסס על פערי כוחות, כפיייה, חוסר שוויון ואילו משפט פרטי מבוסס על חופש, שחקנים רציונאליים, שוויון בכוחות, צדדים שווים. המשפט הפרטי מבוסס על שרירות, הגשמת הזהות העצמית שלי, על החופש שלי לעשות מה שאני רוצה.
3. המשפט הפרטי מאופיין באגואיזם, פרטיות, היעדר התערבות והמשפט הציבורי מאופיין בחובת הגינות מוגברת, אחריות חברתית, נורמות של שקיפות, הגינות.
4. המשפט הפרטי עוסק בפתרון סכסוכים ואילו המשפט הציבורי עוסק בעיקר בתיקון עוולות חברתיות, השגת נורמות שיובילו לחובת הגינות, סבירות, מידתיות.

גופים דו מהותיים הם גופים שהם לכאורה פרטיים אבל עושים שימוש במשאבי ציבור (למשל מוסדות להשכלה גבוהה, חברת קדישא). אלו גופים שלמרות שהם התאגדו על פי דיני המשפט הפרטי (שותפות, חברה, עמותה וכו'..) יש להם כוח ועוצמה כי הם מספקים שירות חיוני לציבור. הכוח והעוצמה מחייבים אותנו לנסות להעביר אותם למשפט הציבורי.

שחקנים פרטיים- אדם, חברה, שותפות, אגודה שיתופית, עמותה, הקדש, מפלגה.
חברה, שותפות וכו'.. הם אישיות משפטיות שנוצרו מכוח חוק מסגרת מסוים. המייסדים מייסדים את הגופים הפרטיים הללו מכוח חוק והם יוצקים תוכן כרצונם לאותו גוף פרטי.

שחקנים ציבוריים- מדינת ישראל, הממשלה, רשויות מקומיות, תאגידים ציבוריים, גופים ציבוריים אחרים. המכנה המשותף הוא שכולם הוקמו עפ"י דין לצורך הגשמת תכליות ציבוריות שונות. הרשויות הללו שונות במעמד, בתכלית, בתפקיד.. חלק הוקמו עפ"י חוק, חלק עפ"י תקנה וחלק עפ"י החלטה מנהלית. מה שמשותף לכולם הוא שהאישיות והכשרות המשפטית מעוגנת בדין שהקים אותם. הדין הזה כבר נכנס לתוכן- הוא קובע את מטרות הרשות, מי ממנה אותה, איך היא תפעיל את הסמכויות, איזה כשרות צריך ממנה.. כלומר כאן יש דין שהקים את הרשות, נתן לה סמכויות מנהליות, נתן לה הרבה כוח אבל הוא גם מתערב לה בתוכן. לכן, "הלקוחות" של המשפט המנהלי, אלה שכפופים לו נמצאים לרוב במשפט הציבורי כי הוא נועד לרסן את הרשויות המנהליות כדי לוודא שהם לא יעשו שימוש לרעה בכוח שלהן. אבל, למרות שאלה הלקוחות הקלאסיים בשנים האחרונות אנחנו רואים תזוזה של גופים פרטיים שמתנהגים כציבוריים (למשל קופות חולים). הם צוברים כל כך הרבה כוח שלמרות שהם פרטיים המשפט הציבורי גם חל עליהם בנוסף למשפט הפרטי. זה נקרא דואליות נורמטיבית שחלה על גופים דו מהותיים.

הסבר על שחקני המשפט הציבורי:

מדינת ישראל- הרשות הציבורית הנעלה ביותר אבל רוב הסמכויות ניתנות לרשויות אחרות. כלומר, למדינה יש אישיות משפטית נפרדת במשפט הפרטי. לדוגמה חוק נכסי מדינה- חוק זה אומר שנכסי שלטונות ארץ ישראל הם נכסי מדינת ישראל ועסקאות בנכסים האלה יעשו בשביל המדינה או בשם המדינה. לדוגמה- משרד הביטחון רוצה לקנות צוללת, הוא לא יוציא צו לרכישת צוללת. הוא הולך למשפט הפרטי ועושה עסקה עם איזשהי חברה בינלאומית שתמכור את הצוללת. המדינה לא רק פועלת במשפט הציבורי אלא גם פועלת באמצעות חוזים ולכן היא גם זזה לכיוון המשפט הפרטי וגם על המדינה יש את המונח שנקרא "דואליות נורמטיבית". כשהיא פועלת במשפט הפרטי אז מצד אחד חלים עליה דיני המשפט הציבורי בכל פעילות (כי זו מהותה) ומצד שני כשהיא עושה עסקאות אז חלים עליה דיני המשפט הפרטי. דיני המשפט הפרטי של המדינה שונים מדיני המשפט הפרטי של הגוף הדו מהותי כי למדינה אין משלה ולא כלום. היא עושה שימוש במשפט הפרטי ככלי להעשיר את הציבור. לעומת זאת גוף דו מהותי עושה שימוש במשפט הפרטי כדי להעשיר את עצמו. למדינה ישנה גם זכות יתר הנקראת **הלכת ההשתחררות** מכוחה המדינה יכולה להשתחרר מהסכמים אם יש צורך ציבורי דחוף והיא לא צריכה לשלם פיצויי ציפיה בגין הפרת חוזה (כמו מסכות אב"כ שהתכוונו למכור לפני מלחמת המפרץ), אלא רק פיצויי הסתמכות. לפעמים הלכה זו תפעל כנגדה, לדוגמה אם יש דייר ששייך לדיר מוגן ולא משלם שכ"ד, לכאורה במשפט הפרטי אם הוא לא שילם הוא חייב בפינוי, אך בגלל שהוא תחת המדינה, הוא דייר מוגן ובגלל חובת ההגנות המוגברת אין לדרוש ממנו פינוי אלא לתת לו אפשרות ולמצוא לו פתרון אחר.

ממשלת ישראל- אצלה נמצא הכוח ורוב הסמכויות, לעתים הסמכויות ניתנות לשר מסוים. הממשלה נמצאת רק במשפט הציבורי. לממשלה יש כוח שניתן מכוח החוק, כל סמכות והחוק הרלוונטי אליה.

רשויות מקומיות- עירייה, מועצה מקומית, מועצה אזורית. כל אחת מהרשויות הללו הוקמו עפ"י חיקוק, החוק נותן אוטונומיה לכל רשות לנהל את ענייניה, חלק משיתוף הציבור בהכרעות החיים המקומיים. הרשויות המקומיות הן נבחרות ולא ממונות, הסמכויות הן חקיקת חוקי עזר (תקנות) בפקוח של משרד הפנים, הם עדיין כפופים לממשלה. החוק נותן לרשויות המקומיות אישיות משפטית גם במשפט הפרטי ולכן מונח הדואליות הנורמטיבית חל גם עליהם.

תאגידים ציבוריים- תאגיד סטטוטורי, רשות שדות התעופה, רשות הטבע והגנים, התאגיד הציבורי "כאן", לשכת עוה"ד, מד"א וכו'... כולם הוקמו מכוח חוק מסוים. החוק נותן להם סמכויות והוא קובע את תוכן התאגידים, לדוגמה "רשות הטבע והגנים רשאית להטיל קנסות". המכנה המשותף להם שהם הוקמו עפ"י דין, יש להם אישיות משפטית גם במשפט הציבורי.

גופים ציבוריים אחרים- גופים ציבוריים שלא מספיק חשובים ע"מ להקים חוק נפרד, הם הוקמו עפ"י דין אך זה יכול להיות ס' בחוק מסוים. לדוגמה הועדה לבחירת שופטים, חלק מסעיפים בחוק בתי המשפט. גופים אלו גם הם כפופים למשפט המנהלי.

בישראל המשפט המנהלי התפתח כתוצאה מפסקי דין של בית משפט עליון ובעיקר בג"ץ, אין קודקס של משפט מנהלי. זה לא משנה איזו ערכאה דנה בתיק, הדין שחל על הרשות המנהלית הוא לא בהכרח קשור לערכאה.

במה עוסק המשפט המנהלי ?

בהגדרה רחבה, ניתן לחלק את המשפט המנהלי ל-3 חלקים עיקריים שיורחבו בהמשך :

1. הסמכות המנהלית – כולל כל מיני סוגיות כמו עיקרון חוקיות המנהל .
- א. אצילת סמכויות – במדינת ישראל השיטה היא כזו שבדר"כ המחוקק מסמיך אורגן ספציפי. האצילה היא כלי טוב מאוד כדי לאפשר לאותו בעל סמכות להסמיך מישהו אחר לבצע את הסמכות שהוקנתה במקור לו.
2. ההליך המנהלי – סט של כללים שאומרים שגם אם החוק מסמיך את הרשות המנהלית לבצע פעולה כזו או אחרת זה עדיין לא אומר שהיא יכולה לעשות הכל. ההליך המנהלי זה סדרה של כללים שבעיקר עוסקים באופן של קבלת ההחלטה, כלומר, איך אתה מפעיל את הסמכות ? למה זה חשוב לנו – כי כשיש הליך תקין אז יש ערך עצמאי לעובדה שההליך תקין, כלומר, זה לא רק עניין טכני אלא זה עניין מהותי, מבחינה אתית ומוסרית . כשיש הליך תקין זה מגדיל את הסיכוי שההחלטה תהיה טובה יותר .
3. שיקול הדעת המנהלי – סדרה של כללים של המשפט המנהלי שאומרים שגם אם הרשות פעלה על פי סמכות וגם אם ההליך הוא תקין עדיין אני רוצה לוודא ששיקול הדעת שהרשות הפעילה היה ראוי . ז"א מדובר בתוכן עצמו. היא תבחן איזה שיקולים שקלת (כי אסור

לשקול שיקולים זרים), בנוסף- גם אם שקלת רק שיקולים עניינים אני רוצה לבדוק איזה משקל נתת לכל שיקול, האם הערכה שלך חורגת ממבחן הסבירות? (האם נתת יותר משקל לשיקול ענייני אחד מאשר אחר והתוצאה היא בלתי סבירה)

4. סעד – נניח שהפרת כלל מסוים של המשפט המנהלי, מה הסעד? התרופה? האם זה יהיה ביטול או שאולי במקרים מסוימים למרות הפגם יהיה אפשר להכשיר את ההחלטה? היום קיימת הדוקטרינה של בטלות יחסית – נבדוק כל מקרה לגופו.

גם המשפט המנהלי וגם חוקתי שניהם עוסקים במשפט ציבורי. מה מייחד את המשפט המנהלי מהמשפט החוקתי?

המשפט המנהלי מתמקד ברשות המבצעת – במערכת היחסים בין הפרט לרשויות המנהל, היא מוודאה שהרשות המבצעת מאזנת כראוי בין האינטרס הציבורי לבין זכויות הפרט- המשפט החוקתי מתמקד בשלושת הרשויות.

ההבדל המנהלי הוא סוג של קונקרטיציה (יישום) של המשפט החוקתי – המשפט החוקתי הוא השלד, היסוד. והמשפט המנהלי הוא כל מה שצורך מהתשתית הזו. המשפט המנהלי זה חיי היום יום. המשפט החוקתי עוסק בעיקר בזכויות אדם, המשפט המנהלי עוסק בשאלות של מדיניות גם אם אין להם קשר ישיר לזכויות אדם, אלא גם אם יש להם קשר לסוגיות שמעניינות אותנו.

הסמכות המנהלית – עיקרון חוקיות המנהל

שלטון החוק בא ואומר שכל הגורמים במדינה ללא יוצא מהכלל כפופים לחוק. מעצם העובדה שכולם כפופים לחוק וחייבים לפעול לפי החוק נתמקד ברשויות המנהל. עקרון חוקיות המנהל אומר שכל אחת מהרשויות המנהליות האלה אין לה זכויות או כוחות או חסינויות אלא אם כן החוק מעניק לה את זה. בניגוד לפרט, גוף פרטי יכול לעשות הכל אלא אם הפעולה נאסרה עליו בחוק או על פי חוק - רשות מנהלית לעומת זאת יכולה לעשות רק את מה שהדין הסמיך אותה בחוק ישיר או מכוח אצילה- כל פעולה שעושים צריך להראות האם יש סמכות.

למה חוקיות המנהל הוא עיקרון חשוב?

המשפט המנהלי אומר דבר פשוט – כל רשות יכולה לפגוע בכל אחד מאיתנו, יש לה הרבה כוח והכוח הדורסני הזה יכול להשחית – איך אני יכול לבלום את הדורסניות של הרשות? בצורה פשוטה, לבקש מקור סמכות, כי אחרת הרשות תצבור כוח, הכוח של הרשות הוא עצום אבל הוא מוגבל אם החקיקה עצמה לא מכבדת את זכויות האדם.

לסיכום, עיקרון חוקיות המנהל הוא הבסיס להגנה על זכויות אדם לפני חקיקת חוקי היסוד עקרון חוקיות המנהל היה הגורם המרכזי להגנה על הפרט כי אז אי אפשר היה כמו היום להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקה (לפני חוקי היסוד אם חוק התקבל לא היה ניתן לתקוף את תוכן החוק).

פס"ד שייב נ' שר הביטחון, בג"צ 144/50 – במקרה הזה דוקטור ישראל שייב היה ממנהגי הלחי, עם הקמת המדינה הוא רצה לחזור ולעסוק במקצועו כמורה להיסטוריה אבל פתאום התקבלה הוראה משר הביטחון וראש הממשלה דוד בן גוריון שאי אפשר להעסיק את שייב כמורה בתיכון כיוון שהוא יכול להסיט את בני הנוער לדעות קיצוניות כי אותו ישראל שייב שהייתה לו השכלה כמורה נקט בפעולות מסוימות לפני קום המדינה שהתפרשו כפעולות מסוכנות ולכן התקבל מכתב שאומר שמשד הביטחון מתנגד להעסקתו כמורה כיוון שהוא מיטיב להשתמש בנשק נגד משטרת ישראל במקרים הנראים לו. רק דבר אחד שכחנו, מי שמחליט הוא משרד החינוך והגורם המקצועי ולא שר הביטחון. כותב השופט חשין האב שכל מי שמטיף להרים נשק נגד צה"ל או ממשלת ישראל צריך לתת את הדין אבל מה לעשות? המדינה שלנו מושתת על שלטון החוק אז אם הצנזורה עוברת בשתיקה על הפרסומים ולא מוחה נגד הפרסומים ששייב פרסם- אז איך אפשר למנוע ממנו להיות מורה? במילים אחרות, אם חושבים שהוא עושה עבירה יש להגיש נגדו כתב אישום, אבל לא ניתן לנעול את שערי הפרנסה ולפגוע בחופש העיסוק מבלי שיש לך סמכות לכך ורק בגלל שאתה חושש שהדעות הפוליטיות שהיו לו בעבר ישפיעו על שיטת הלימוד שלו. " זכויות של הפרט אינן ניתנות להגבלה או לשלילה ע"י פקיד או שר רק מפני שהן חושבים ואפילו בצדק שיש מזה משום תועלת למדינה, עליהם לשכנע את בית המחוקקים כי יש הכרח או צורך בהגבלתו ורק אחרי שהמחוקק נותן להם את הגושפנקה שלו רשאים הם לבצע אותה "

הכלל הראשון של חוקיות המנהל למעשה מנע משר הביטחון לפגוע בזכויות אדם ללא הסמכה.

פס"ד בזרנו נ' שר המשטרה – בג"צ 1/49-1 פס"ד זה עסק בשחיתות, עם קום המדינה רצו למגר את השחיתות. רצו לאסור על טיפול עניינים של ובקשות של אנשים במשרד הרישוי דרך מתווך. הייתה עתירה של אותם מתווכים שהתפרנסו מזה כי מנעו מהם להיכנס למשרד הרישוי, הממשלה אומרת שאין שום חוק שנותן להם זכות לעסוק בפעולות תיווך במשרד הרישוי – אומרים למדינה שזה בדיקת ההפוך! האזרח לא צריך להראות שיש לו רשות לפעול, הרשות צריכה להראות מאיזה מקור נורמטיבי היא אוסרת עליו את הפעולה וככה נולד "חופש העיסוק".

פס"ד וועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל – בג"צ 5100/94 – פס"ד זה עסק בשאלה האם מותר לשב"כ להפעיל אמצעים מיוחדים בחקירות? (איזוק הדוק, חקירה בשעות לילה מאוחרות בכוונה כדי להחליש את כוחו ובעוד שיטות שמפורטות בפס"ד), השאלה הייתה האם יש סמכות להשתמש באותם אמצעי חקירה מיוחדים? מה שיפה בפס"ד זה שבשורה התחתונה בג"צ קבע ששיטת הטלטול היא מחוץ לסמכותם. בית המשפט העליון אומר להראות חוק של הכנסת שמתיר לעשות שימוש באמצעי החקירה הזה שנועד להחליש את רוחו וכוחו של החשוד כדי לקבל מידע – בית המשפט לא עוסק בשאלה האם זה חוק חוקתי, הוא עוסק בסמכותם להפעיל שיטה זו. המדינה אומרת שיש את הגנת הצורך – כשיש מקרים שבהם המחבל אוגר במוחו מידע שעלול לגרום לפגיעה בחיי אדם אז הגנת הצורך בהליך הפלילי מאפשרת לי לעשות שימוש בכל דבר כדי למנוע את הפגיעה הזו, וזו בעצם הסמכות. בג"צ משיב שהגנת הצורך תמיד נבחנת בדיעבד. היא לא יכולה להיות מקור סמכות מראש, ז"א אם חוקר שב"כ ביצע פעולת חקירה חריגה ובדיעבד יטען שעשה זאת כדי להגן על חיי אדם אז יכול להיות שהיועמ"ש לא יעמיד אותו לדין בכלל, אבל לא ניתן לדעת מראש לקבל סמכות דרך הגנת הצורך. בית המשפט העליון השתמש בעיקרון חוקיות המנהל ובסופו של יום יצר תוצאה שמבחינת הציבור היא תוצאה בעלת השלכה אדירה – אסור להשתמש בשיטת הטלטולים. מבחינה משפטית בית המשפט מאוד צנועה בפס"ד זה – כי הוא לא עסק בשאלה האם יש פגיעה מידתית או לא מידתית, הוא רק אומר שאין להם חוק. ולכן יש עיקרון פורמלי של חוקיות המנהל ובהרבה מקרים הוא משמש ככלי חשוב להגנה על זכויות אדם.

ככל שמדובר בפעולה שפוגעת בזכות אדם, וככל שהפגיעה היא פגיעה קשה יותר כך גם הפסיקה מקפידה על עקרון חוקיות המנהל. לא יהיה מדובר בהסמכה כללית אלא בהסמכה מפורשת שמתירה פגיעה שכזו.

בפסקת ההגבלה של חוקי היסוד כתוב שכדי לפגוע בזכות חוקתית צריך מס' תנאים – אחת מהם היא שהפגיעה צריכה להיות בחוק או מכוח חוק עפ"י הסמכה מפורשת.

פס"ד בניין קטלן נ' שירות בתי הסוהר – פס"ד עוד לפני חוקי היסוד שדיבר על פרקטיקה של שירות בתי הסוהר שאמרה שכל אסיר שחוזר מחופשה מבצעים בו חוקן, כדי לוודא אם הוא עשה שימוש בסמים, כדי לא להכניס סמים לבתי הכלא. חוקן זו פעולה שהפגיעה בזכות אדם היא מאוד קשה, צריך להראות איזה סמכות יש לבתי הסוהר לבצע בדיקה כזו, לכן הוגשה עתירה והתברר בפקודת בתי הסוהר היה סעיף שהסמיך לבצע חיפוש באסירים שחוזרים מחופשה. הסעיף מדבר על "חיפוש", כל הפרקטיקה הזו של ביצוע חוקן התבססה על הסעיף שמתיר לבצע חיפוש על אסיר שחוזר מחופשה, בית המשפט אומר שלא מדובר בסעיף מספיק מפורש שמתיר פגיעה בזכויות אדם, כלומר, בית המשפט לא היה "נדיב" בפירוש המילה חיפוש, ואמר שאם רוצים לבצע אקט חודרני כמו חוקן צריך למצוא סעיף ספציפי ושצריך הסמכה מפורשת. המחוקק לא הרים את הכפפה בנוגע לחוקן, ובעצם אין התרה לבצע זאת בגוף האסירים.

פס"ד בניין פרחי ביקל בע"מ – ערעור אזרחי 5958/15, פס"ד יחסית חדש ניתן בדצמבר 2016. פס"ד זה תקף פרקטיקה שאמרה שאם יזם רוצה ליזום תוכנית לבניית פרויקט כזה או אחר אז הרשות המקומית אמרה לה שאם הוא רוצה לבנות פרויקט כזה הוא צריך את האישור שלהם – זה דורש שינוי תוכנית בניין עיר (שינוי תב"ע) שתפסיר את השטח לבנייה. יש בחוק התכנון והבנייה סעיף 197 שאומר שאם בעל זכות קניין נפגע כתוצאה מתוכנית בניית עיר הוא יכול להגיש תביעה לפיצויים כנגד הוועדה לתכנון ובנייה בגין הפגיעה שנגרמה לו כתוצאה משינוי התב"ע, זה הגיוני כי שינוי התב"ע נועד לאינטרס הציבורי, רוצים שיהיה יותר בנייה כדי להטיב עם הציבור ולפתור מצוקת

דיר- למה אותו אחד שגר שם הוא על גבו צריך לשאת לבד בנזק שנגרם כתוצאה מהאינטרס הציבורי? כל הציבור צריך להתחלק בזה, הועדה המקומית דרשה מהיזם להפקיד כתב שיפוי שאומר שאם יהיה תביעות כנגד הועדה המקומית בגין הפגיעה שנגרמה להם כתוצאה מהשינוי תב"ע אז הוא יישא בעלויות- אם הוא רוצה שיקדמו את התוכנית יש להפקיד כתב שיפוי, אולם, לא הייתה לוועדה המקומית סמכות בחוק לדרוש את הכתב שיפוי הזה. באותו פסק דין מנתח השופט דניציגר ואומר שברגע שאתה בונה וכתוצאה משינוי התב"ע אתה צריך לשלם היטל השבחה (50%) ואם מבקשים ממך בנוסף גם מכתב שיפוי מבקשים ממך כפל עלות ויש פה פגיעה בזכות הקניין כי למעשה מה שעושים פה זה סוג של הטלת מס על יזמים מבלי שיש הסמכה לכך בחוק ולכן אומר השופט שהפרקטיקה הזו היא בלתי חוקית.

פס"ד זה עורר סערה גדולה כי שנים זו הייתה הפרקטיקה והמחוקק תיקן את החוק-והיום יש לכך הסמכה.

פס"ד איסיג בע"מ נ' מנכל משרד הבריאות- מנכ"ל משרד הבריאות אמר שהוא אוסר ייבוא של סיגריה אלקטרונית, יש בה ניקוטין, היא מזיקה לבריאות ופס"ד עוסק בשאלה אם יש לו סמכות לכך או לא. השופט מני אומר שסיגריה אלקטרונית לא נמצאת בתחום הרפואה אלא בתחום הצריכה, החוק לא מסמיך את המנכ"ל לאסור יבוא של מוצרים שהם בתחום הצריכה ולכן בעצם אין לו סמכות. יש אמנם ניקוטין אבל זה לא בסמכותו. פה יש פגיעה בזכות יסוד חופש העיסוק. ברגע שאתה אוסר יבוא אתה פוגע בחופש העיסוק ולכן נדרשת הסמכה מפורשת. אומר בית המשפט שהוא לא מוכן לנקוט בפרשנות כזו או אחרת. השופטת חיות הצטרפה אליו.

פס"ד אבו מנגם נ' מנהל מקרקעי ישראל – בג"צ 2887/04 – יישובים לא חוקיים של הבדואים בנגב והיה להם עיבודים חקלאיים, למדינה יש סמכות בכל מיני חוקים למצות את זכות הקניין שלה בקרקע (חוק מקרקעי ציבור שאומר במפורש שפקח רשאי להיכנס למקרקעי ציבור ולפנות אותם אם יש צו פינוי, חוק המקרקעין שמקנה סמכות לפנות השגת גבול) אבל המדינה באקט יצירתי החליטה לרסס את הגידולים כדי להשמיד אותם. בית המשפט העליון אומר בדעת רוב שהמדינה לא יכולה לעשות את זה, השופט ג'וברן אומר שאין סמכות והשופטת ארבל ונאור אומרים שיש סמכות אבל הפעולה לא מידתית.

כלל ההסדרים הראשוניים

כדי להבין את ההסדרים הראשוניים צריך להבין את נושא "הפרדת הרשויות". יש לנו במדינת ישראל 3 רשויות: מחוקקת, שופטת ומבצעת. עקרון הפרדת הרשויות אומר שכל רשות יש לה את התפקיד שלה והיא לא רשאית לפלוש לתחום של רשויות אחרות כאשר הרעיון הוא שיש פיקוח של כל רשות, למעשה מערכת של איזונים ובלמים. כלל ההסדרים הראשוניים נגזר מעקרון הפרדת הרשויות, כלל ההסדרים הראשוניים בא ואומר שכאשר המחוקק מבצע או רוצה לקבוע הסדרים שהמשמעות שלהם מרחיקה לכת בעיני הציבור (הסדרים שפוגעים בזכויות אדם, מחלוקת שמשסעת את החברה בישראל) כלומר, כשמדובר בהסדרים שיש להם השפעה אקוטית על חיי הפרט (גיוס של חרדים לצה"ל) אנחנו מצפים שהמחוקק הוא זה שיידרש לזה.

פרשת רובינשטיין: יש את חוק שירות הביטחון, סעיף 36 לחוק שירות הביטחון שאמר "סמכות לפטור משירות ולדחות שירות – שר הביטחון רשאי בצו אם ראה לעשות כן מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות המילואים של צה"ל, או מטעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתיישבות הביטחונית או המשק הלאומי, או מטעמי משפחה או מטעמים אחרים" – ז"א ששר הביטחון רשאי לפטור משירות מצה"ל מטעמים אחרים – שרי הביטחון לדורותיהם פטרו את בני הישיבות מגיוס לצה"ל. למה זה מדגים לנו את כלל ההסדרים הראשוניים? כי השר הביטחון הוא פקיד, הוא לא נבחר. הכנסת מסמיכה את הפקיד לתת פטור משירות לצה"ל מסיבות שונות, על בסיס סעיף זה פטרו השרים מדתיים שירות בצה"ל, הציפיה היא שהכנסת תקבל החלטה בעניין זה ולא שרים כי מדובר בנושא שמשסע את החברה.

אני מצפה מהכנסת שכשיש הסדר ראשוני שהיא תקבע אותו ולא תתפרק מהאחריות שלה ותסמיך את הרשות המבצעת לקבוע את ההסדר מבלי שתיתן שום אמות מידה איך להפעיל את זה. למה זה קשור להפרדת רשויות? כי השר פולש לסמכות של הכנסת – כי הכנסת החליטה לא להחליט. הפטור

הוא פטור קבוצת שניתן להיקף רחב של אנשים ואומר בית המשפט העליון באותו פס"ד שזו שאלה עקרונית- המחוקק צריך להבהיר האם הוא מוכן לתת את הסמכות הזו לשר הביטחון ועפ"י איזה פרמטרים. ז"א בפס"ד זה בית המשפט מאוד צנוע, הוא לא נדרש למהות- הוא אומר שכדי ששר הביטחון יקבל החלטה כזאת קודם הכנסת צריכה להחליט.

ההסדרים הראשוניים יבוצעו ע"י המחוקק וההסדרים המשניים יבוצעו ע"י הרשות המבצעת . חריג לכך – כשהכנסת מבקשת במפורש מהמבצעת לבצע הסדר ראשוני- רק בהסמכה מפורשת!!!

מה קורה אם הכנסת במפורש תחליט לאצול הברדל ראשוני לרשות המבצעת? האם גם אז נגיד שזה לא בסדר? במקרה הזה אומר בית המשפט העליון שכלל שמדובר בהסדר ראשוני שפוגע בזכות אדם פגיעה קשה יותר וככל שההסדר הוא הסדר בנושא בעל חשיבות חברתית גבוהה יותר כך גם אנחנו נקפיד על הסמכה מפורשת.

האם כאשר יש הסמכה מפורשת של הכנסה בחקיקה ראשית לאצול את הסמכות לקבוע הסדר ראשוני שפוגע בזכויות אדם לרשות המבצעת האם גם אז אפשר יהיה לטעון שהחוק הזה הוא לא חוקתי. כדי לענות על השאלה הזאת מה אנחנו צריכים לשאול את עצמנו? האם עצם העובדה שהכנסת מתפרקת מהסמכות שלה בצורה מפורשת לא חוקתי? התשובה לשאלה הזו נגזרת משאלה יותר גדולה- האם כלל ההסדרים הראשוניים הוא עקרון חוקתי?

סעיף 1 לחוק יסוד הכנסת אומר שהכנסת היא בית הנבחרים של המדינה. מזה אני מסיק שכלל ההסדרים הראשוניים יש לו מעמד חוקתי על חוקי, כי כתוב בסעיף 1 שהכנסת היא בית הנבחרים של המדינה ומזה אני מסיק שצריך להיות גרעין קשה של סוגיות שהכנסת בהיותה הרשות המחוקקת חייבת להסדיר בעצמה בחקיקה ראשית והיא לא יכולה לאצול את הסמכות שלה לרשות המבצעת.

אין פסיקה חד משמעית באשר לשאלה זו.. היא טרם הוכרעה.

ברק אומר בספרות שאין לו מעמד, שאם יש חוק כזה ניתן לבטל אותו.

לסיכום

- המשפט הראשון שצריך לומר הוא שיש חזקה פרשנית שאומרת שהמחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע בעצמם הסדר ראשוני. החזקה הזאת נובעת מהעיקרון הדמוקרטי – שהסדר ראשוני ראוי להיקבע ע"י מחוקק .
- זאת חזקה אבל החזקה ניתנת לסתירה – כאשר יש הסמכה מפורשת בחוק של המחוקק שממנה ניתן ללמוד שהוא רוצה לאצול את הסמכות לקבוע לרשות המבצעת.
- בעקבות המהפכה החוקתית וחוקי היסוד בית המשפט העליון אומר שהוא נוקט בפרשנות מאוד קפדנית בנוגע לאותה הסמכה שתאפשר לרשות המבצעת לקבוע הסדר ראשוני. ככל שעוצמת הפגיעה בזכות יסוד היא רבה יותר וככל שאנחנו נמצאים בליבת הזכות החוקתית כך אנחנו נבחן באופן מדוקדק יותר וקפדני יותר את דרישת ההסמכה המפורשת.
- יש שאלה שעדיין לא קבועה בפסיקה- והיא המעמד החוקתי של כלל ההסדרים הראשוניים. האם גם כאשר ההסמכה היא מפורשת ניתן לטעון שחוק כזה ראוי לביטול בשל סעיף 1 לחוק הכנסת? הנושא הזה טרם הוכרע. השופט גרוניס השאיר זאת במצריך עיון .

פס"ד אבו ערפה (מס' 5 בסילבוס) – בית המשפט העליון אומר שאין סמכות לשר, כי אין הסמכה מפורשת לשר ללא שום פרמטרים. בגלל שמדובר בהסדר ראשוני ובפגיעה בזכות אדם לא מספיק התבנית של "לפי שיקול דעתו" ולכן אין סמכות.

חריגים : הסמכות השיורית של הממשלה :

האם לעקרון חוקיות המנהל יש חריגים או שאנחנו נאמר שאין לו חריגים כלל ? במצב אוטופי היינו רוצים לחיות בעולם שאין חריגים לכלל זה כיוון שמדובר בכלל חשוב, בפועל אנחנו לא חיים במדינה כזו ועקרון חוקיות המנהל לעיתים חורג מהכלל. חריגים :

1. הסמכות השיורית של הממשלה – הרציונל – נובע מכך שבמדינה מודרנית המחוקק לא יכול מראש להסדיר בחקיקה את כל הפעילות של הרשות המבצעת ועקרון הסמכות השיורית של הממשלה סעיף 32 לחוק יסוד הממשלה הוא דוגמא קלאסית לחריג הזו: "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה בכפוף לכל דין כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת". הסעיף הזה הוא חריג כי הוא מקנה לממשלה סמכות מאוד רחבה, הואיל והממשלה היא ראש הרשות המבצעת בא הרשות המחוקקת והקנה לממשלה מאין סמכות על שאומרת שהיא רשאית לעשות כל דבר כל עוד מתקיימים 2 סייגים שכתובים בגוף הסעיף: בכפוף לכל דין, עשייתה איתה מוטלת על רשות אחרת. הרעיון של הסעיף הוא ליצור מעין גשר חוקתי, הגשר הזה מגשר בין עקרון חוקיות המנהל שדיברנו על חשיבותו ומצד שני בין הצרכים של הממשלה על מנת לאפשר לה גמישות פעולה – כי בסוף הממשלה היא זו שמנהלת את המדינה ואי אפשר לגבות כל מה שהיא עושה בחקיקה. יש פה בהחלט אינטרסים מתנגשים כי מצד אחד רצינו שהכל יהיה מגובה בחוק כדי למנוע שימוש לרעה בכוח ומצד שני אנחנו רוצים לאפשר לממשלה להתנהג בגמישות כדי שתוכל לנהל את המדינה, הגשר הזה הוא סעיף 32. החוק נותן לה את הסמכות הזו ולכן לא מדובר בחריג פורמלי. מבחינה מהותית אנחנו בסוג של חריג כי ההסמכה שהמחוקק נוטלת מגבלות, היא רחבה יחסית. (סמכות שיורית = מה שנשאר, אם יש דין הכוונה היא שהדבר מוסדר בחוק). לשרים יש סמכות להתקין תקנות בעלות פועל דחיקתי וגם היא סוג של חריג לעיקרון חוקיות המנהל. כי אנחנו נותנים לרשות המבצעת לחוקק תקנות משנה.

מגבלות פנים כתובות בסעיף, מגבלות החוץ הם תולדה של הפסיקה והם 2 מגבלות: אסור לפגוע באמצעות הסמכות השיורית של הממשלה בזכויות אדם והמגבלה השנייה היא שאסור לקבוע הסדרים ראשוניים באמצעות הסמכות השיורית של הממשלה. פס"ד פדרמן נ' שר המשטרה 5128/94 – החלטת משטרה מכוח הסמכות השיורית לשלוח להאיטי משלחת של אנשי משטרה כדי להצטרף לכוח הפיקוד לסייע במצב שפקד את המדינה באותה עת. אין סעיף בחוק שאומר שהממשלה יכולה לשלוח כוח סיוע מטעם המשטרה, אם כך מאיפה זה בא? מהמסכות השיורית של הממשלה. הוגשה עתירה וניסו לטעון שאין למשטרה סמכות- העתירה נדחתה ואומר בית המשפט העליון- זה חלק מניהול יחסי החוץ של המדינה, זה באחריות של הממשלה. אין שום דין שמסדיר עניין זה ולכן קיימת הסמכות השיורית. בית המשפט העליון אומר שאסור לשוטרים להפעיל בחו"ל את הסמכויות השיטוריות שלהם כי פקודת המשטרה קובעת שאת הסמכות השיטורית שלהם הם יכולים להפעיל רק במדינה שלהם. אין סמכות בחוק שמגדירה את יחסי החוץ של המדינה ולכן מתקיימת סמכות ראשונית של הממשלה.

בג"ץ 5062/97 איגוד שמעיה ביטוח נ' מדינת ישראל – יש חוק שנקרא פיצוי נפגעי טבע והחוק אומר שאם יש אירוע שעולה לכדי אסון טבע ויש לך נזקים כתוצאה מהאסון מגיע לך פיצוי (חקלאי), בשנה מסוימת היה מצב שבו הנזקים לא עלו לכדי נזקי אסון טבע כפי שכתוב בחוק ולמרות שלפי החוק הממשלה לא חייבת לפצות היא החליטה לפצות. מכוח הסמכות השיורית של הממשלה היא החליטה לפצות, במקרה הזה זה היה 40 מיליון ₪ פיצוי למגדלי הפירות, השאלה הייתה האם זה אפשרי? כי כתוב בכפוף לכל דין – האם חוק נזקי אסון טבע הוא הסדר שלילי? ז"א האם החוק הזה הוא חוק שאומר שאפשר לפצות רק מכוחו ואם הוא לא מתקיים אז אי אפשר לפצות או לחילופין, פרשנות אחרת תגיד שלא מדובר בהסדר שלילי כי גם במקרים שלא נכנסים לתוך החוק, החוק לא מונע מהממשלה להחליט האם לפצות או לא מכוח הסמכות השיורית. אומר בית המשפט העליון שהוא לא רואה שהוא שולל מהממשלה את הסמכות לפצות מכוח הסמכות השיורית- אין פה כוונה ליצור הסדר שלילי ולכן אין מניעה להעניק תמיכה ממשלתית גם אם זה לא נכנס לכדי נזקי טבע.

בג"ץ גרוס נ' משרד החינוך 381/91 – גם שם היה מדובר בחוק חיילים משוחררים שקובע אחוז מסוים של שכר לימוד שהמדינה צריכה להשתתף כאשר מדובר בחייל משוחרר שרוצה להשלים את ההשכלה התיכונית במוסד חינוך מסוים. יש שם כל מיני הגדרות מתי המדינה צריכה להשתתף בתשלום ב-75%. באה הממשלה ואמרה שהיא רוצה לשלם 100% למרות שהחוק מדבר על 75%. הממשלה אומרת שזה מכוח הסמכות השיורית של

הממשלה. צריך לבדוק האם חוק חיילים משוחררים הוא בגדר הסדר שלילי? בית המשפט מגיע למסקנה שלא מדובר בהסדר שלילי

בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד העיניים בישראל נ' מדינת ישראל - פס"ד זה ניתן אחרי חוק השב"כ. השאלה שעלתה היא מאיפה יש סמכות לאנשי שב"כ לבצע אקט של חקירה? המדינה אמרה שזה נובע מהסמכות השיורית של הממשלה - אומר לה בית המשפט שלא! כי לא ניתן לפגוע בזכויות אדם. המדינה שלפה שלכל חוקר שב"כ יש סמכות שמית מהשר לביטחון פנים לבצע את האקט.

בג"ץ 2918/93 עיריית קריית גת נ' מדינת ישראל - אומר בית המשפט שיש דין שקשור לזכויות אדם - חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק - שתי החוקים האלה אומרים שכדי לפגוע בזכות צריך שזה יהיה עפ"י חוק ע"י הסמכה מפורשת ולכן אנחנו מבינים שאי אפשר לפגוע בזכויות אדם בגלל סמכות שיורית. במקרה הזה היה חוק שהכנסת חוקקה ב-1998 והוא קובע שכל ערי ואזורי פיתוח יקבלו מענקים והטבות, החוק הזה קובע מנגנון איך מבצעים אותו הוא חוק מאוד מסודר ועמוס. באותו פס"ד החליטה הממשלה לא ליישם את החוק והיא קבעה בהחלטת הממשלה הסדר חילופי- היא יצרה הסדר אחר שקבע אזורי עדיפות לפי מה שהיא קובעת בהסתמך על הסמכות השיורית שלה. בית המשפט אומר שזה לא בסדר בגלל המגבלה של כל דין אחר. יש חוק ויש החלטת ממשלה באותו נושא, למעשה שמים את החוק בצד ולכן מאוד פשוט- אי אפשר לסלול מקביל לחוק.

ועדת המעקב העליונה נ' ראש ממשלת ישראל פס"ד 11163/03 - באותו פס"ד חוק ערי פיתוח, הממשלה הפנימה היטב את בג"ץ קריית גת ואחד הלקחים שלה הוא לפנות לכנסת וביקשה לדחות את כניסתו לתוקף של חוק ערי פיתוח - וככה היא מתגברת על בג"ץ עיריית גת. הכנסת דחתה את מועד תחילת חוק ערי פיתוח ונוצר ואקום והממשלה שוב יצרה הסדר מכוח הסמכות השיורית ונתנה הטבות זהות שנקבעו בחוק וכרגע הוא מוקפא.. השאלה שהשופט חשין נדרש אליה היא האם הממשלה פעלה כדין? השופט חשין הוגה את המונח "מגבלות חוץ" ו- "מגבלות פנים" הוא מתאר מהם מגבלות הפנים של החוק סעיף 32 לממשלה, פס"ד הזה חשוב בעיקר בגלל המגבלה השנייה- שאסור לקבוע הסדר ראשוני באמצעות הסמכות השיורית. הסדר ראשוני נובע מהמקום של הפרשת הרשויות, אנחנו רוצים שאת המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים המחוקק יקבע. ואת ההסדר הביצועי הטכני תקבע הרשות המבצעת והשאלה היא האם ההחלטה של הממשלה כאן פגעה או במגבלות החוץ או במגבלות הפנים.

לגבי מגבלות הפנים לכאורה יש דין = חוק ועדת פיתוח אבל מצד שני הכנסת דחתה את מועד הכניסה לתוקף ולכן השופט חשין התלבט, האם אפשר לומר שיש דין למרות שהוא מוקפא? בשורה התחתונה השופט חשין החליט להשאיר את הדבר בצריך עיון ואומר שמדובר בשאלה לא פשוטה והוא לא צריך להכריע בה כי ממילא זה נופל במגבלות החוץ- קביעת אזורי פיתוח, הענקת הטבות כ"כ משמעותיות זה לא הסדר משני- זה הסדר ראשוני ואי אפשר לקבוע אותו באמצעות החלטת ממשלה.

השאלה מה זה הסדר ראשוני ומזה הסדר משני היא לא פשוטה וקו הגבול הוא לא חד משמעי, לעיתים הוא מאוד מטושטש. הסדר משני הוא ביצועי - הוא לא אמור לקבוע תשתיות. איך נדע אם ההסדר הוא ראשוני או לא? מהות ההסדר, ההשלכות החברתיות שלו, מידת הפגיעה בזכויות אדם, ככל שמדובר בהסדר שפוגע יותר בזכויות אדם ושמסע את החברה כך הנטייה מכוח השכל הישר הוא לסווג אותו כהסדר ראשוני - התשובה היא לא ברורה, כל מקרה יבחן עפ"י נסיבותיו אבל ברור שקביעת אזורי עדיפות זה הסדר ראשוני.

המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל - היה מדובר בהחלטה של ממשלת ישראל שקובעת כמה גז צריך לייעד לשוק המקומי וכמה גז צריך לייצר. הממשלה בסופו של יום צריכה לקבוע הסדר שיוצר סוג של צדק חלוקתי- כמה נשאיר לדורות הבאים. ברור שיש אינטרס לחברה לייצר כמה שיותר כי בסוף זה מכניס לנו כסף ומצב שני אנחנו רוצים להשאיר גז טבעי למדינת ישראל כי הוא מוזיל את מחירי החשמל. השאלה היא האם הסדר

שקובע כמה גז אפשר לייצר וכמה צריך לשמור הוא הסדר ראשוני? ברור שזה הסדר ראשוני, השאלה בפס"ד הייתה האם סעיף מסוים בחוק הנפט (33- מכוחו ניתן להבין שיש הסמכה לשר לקבוע את החלוקה בין יצוא לגז שיישאר)- השאלה הייתה אם הסעיף מספיק מפורש כדי לאפשר לשר שהוא פקיד לקבוע את ההסדר הראשוני. אומר בית המשפט העליון שבגלל שמדובר בהחלטה שלא מובילה למיצוי מלא ומהיר של המשאב ובגלל שמדובר במיצוי הדרגתי שנמשך על פני שנים לכן הוא בוחן באופן מרוכך יותר את דרישת ההסמכה המפורשת.

2. סמכות טבועה – סוג של חריג שאומר שיש מקרים שגם אם זה לא כתוב בחוק זה טבוע ולכן לא חייבים שהכל יהיה כתוב בחוק. לדוגמא- נשיאת בית משפט עליון קבעה להנחיה לשופטים שאומרת ששופטים שרוצים להתקדם ונניח שהם שופטי שלום ורוצים להתמנות למחוזי – בוועדה לבחירת שופטים, שופטים לא יכולים לדבר עם פוליטיקאים. צריך להישמר מהסמכות הטבועה- זה מדרון חלקלק וצריך לעשות שימוש מושכל וכמובן שלא ניתן לפגוע בזכות אדם מכוח הסמכות הטבועה. סמכות שהיא נובעת מעצם העניין וגם אם היא לא כתובה מפורשות בחוק היא קיימת.

סעיף ב(3) הסמכויות המנהליות לסוגיהם :

המשפט המנהלי באופן עקרוני מתמקד ברשות המבצעת, שם עיקר הפעילות של המשפט המנהלי. אבל, הרשות המבצעת לא רק מבצעת אלא היא גם לעיתים מחוקקת ולעיתים גם שופטת. כלומר, עקרון הפרדת הרשויות כבר לא קיים במדינה המודרנית – אלא הוחלף באיזון ובלמים. יש לרשות המבצעת סמכויות חקיקה – להתקין תקנות בעלות פועל דחיקתי, רוב החקיקה במדינת ישראל הם תקנות, כי הכנסת לא מסוגלת לחוקק הכל ולכן מרבית החקיקה בפועל היא תולדה של חקיקת משנה. זו פשרה שאנחנו כמדינה דמוקרטית חיים איתה- אבל זה לא המצב האידיאלי. הרשות המבצעת היא גם מבצעת סמכויות שפיטה, נכון שבדר"כ מי ששופטת היא הרשות השופטת אבל, יש לה לא מעט סמכויות שיפוטיות- לדוגמא: יש נניח את חוק בתי דין מנהליים והחוק מסמיך כל מיני בתי דין מנהליים (בית הדין לעררים-מכוח חוק הכניסה לישראל שמסדיר את האשרות והשהייה של כל מי שאינו אזרח ישראלי, שר הפנים אחראי על החוק הזה, בית הדין לעררים הוא ערכאה מוסמכת שיפוטית שמבקרת את החלטות שר הפנים, אלו הם שופטים מקרב הרשות המנהלית, כלומר יש לי ערכאת שיפוט מנהלית על שר הפנים, הם נקראים דיינים ולא שופטים- עליה אפשר להגיש ערעור לבית המשפט המחוזי)

הרשות המבצעת היא גם מבצעת, גם מחוקקת וגם שופטת בהרבה היבטים. למה זה חשוב לנו שאנחנו לומדים משפט מנהלי לזהות איזו סמכות הרשות מבצעת בכל נושא (ביצועית או סמכות שיפוטית או סמכות חקיקתית) - יש הבדל מבחינת תוכן הנורמות של המשפט המנהלי וגם מבחינת הנפקות המעשית שלהם לדעת האם זו סמכות שיפוטית, חקיקתית או ביצועית. לדוגמא:

פס"ד 6356/99 – חוטר ישי נ' ארבל – חוטר ישי היה ראש לשכת עורכי הדין, עדנה ארבל הייתה פרקליטת המדינה והיא עוסקת בפרשת בראון חברון, והוחלט באותו מקרה למרות שחוטר ישי היה מעורב בפרשה לא להעמיד אותו לדין בשל קשיים ראייתיים, פרקליטת המדינה כן מצאה לנכון לכתוב עליו דברים חמורים, ביקורת קשה על ההתנהלות הערכית שלו בנימוק סגירת התיק והוא תבע אותה תביעת דיבה. אומרת פרקליטות המדינה שפרקליטת המדינה נהנית מחסינות מכוח איסור לשון הרע- שאומר שאם מדובר בטענה שנוגעת לסמכות בעלת אופי שיפוטית- יש חסינות. עולה השאלה כשפרקליטת המדינה החליטה לסגור את התיק איזה סמכות היא ביצעה- אם זה ביצועי אפשר לתבוע אותה תביעת דיבה, אם זו סמכות מעין שיפוטית יש לה חסינות מכוח הסעיף. איך מזהים האם זה סמכות שיפוטית או ביצועית? צריך לבדוק מה התפקיד של התובע בהליך פלילי – סמכות בעלת אופי שיפוטית.

אצילת סמכויות ונטילת סמכויות

חוק יסוד הממשלה מסדיר את סוגיית אצילת ונטילת הסמכויות, יש הוראה שאומרת שאי אפשר לאצול סמכות חקיקתית. כי גם ככה זה פשרה. כדי לדעת האם השר יכול לאצול סמכות כן או לא אני צריך לדעת אם זו סמכות חקיקתית ואותו דבר לגבי נטילת סמכות, כתוב בחוק יסוד הממשלה ששר לא יכול ליטול סמכות מעין שיפוטית.

לענין פרסום נורמה חקיקתית: כשיש לנו תקנה, תקנה היא אקט חקיקתי ובצורה מבוקשת נאמר שתקנה תהייה מפורסמת ברשומות ולכן חשוב לבדוק האם סמכות מסוימת היא ביטוי של התקנת תקנה, קרי חקיקת משנה. הנחיה מנהלית לא תלויה פרסום ברשומות.

סיווג הסמכויות: איך נדע אם סמכות היא סמכות חקיקתית, שיפוטית או ביצועית? (ברשות המבצעת)

הגדרה בסיסית: כאשר מדובר בסמכות ביצועית אז ההגדה היא שירות – כלומר, סמכות ביצועית היא כל סמכות שהיא לא שיפוטית ולא חקיקתית. (פעולה של הרשות המבצעת).

סמכות שיפוטית – כאשר הרשות המנהלית, הרשות המבצעת מכריעה בין שני צדדים כשהרשות היא זו שאמורה להכריע היא לא אחד מהצדדים אזי אנחנו נוהגים לומר שזו סמכות מעין שיפוטית. לדוגמא, כשתובע מחליט אם להגיד כתב אישום.

סמכות חקיקתית – הסמכות לקבוע נורמה כללית שמשנה את הזכויות והחובות של ציבור בלתי מסוים- היא לא יכולה לסתור חוק. על מנת שהיא תכנס לתוקף היא טעונה פרסום ברשומות.

תקנה בעל פועל דחיקתי ס' 17 -לפקודת הפרשנות אומר שהיא חייבת פרסום ברשומות, ולמעשה צריכים להתקיים 3 תנאים כדי שתקנה תוגדר כתקנה בעלת פועל דחיקתי:

א. החלטה של רשות מנהלית, בדר"כ שר, **מכוח חוק** – חשוב להבין שזה שיש סמכות לשר להתקין תקנה זה עדיין לא אומר שבזה נגמר העניין, היא עדיין צריכה לעמוד בכל אמות המידה.

ב. הדרישה השנייה היא **דרישת הנורמטיביות**- יש לנו החלטה שמשנה את המשפט הנוהג במדינה, כלומר משנה זכויות או חובות במובן הרחב. פס"ד רונן נ' היועץ המשפטי לממשלה 402/63 – שם

אומר בית המשפט העליון שאין חובה לפרסם ברשומות את העובדה שמקיימת את הנורמה- כשיש תמרוך שאומר שאסור לחנות במקום מסוים השאלה שעלתה באותו פס"ד היא האם עצם העובדה ששמו את התמרוך ברחוב הזה, האם זו חובה שמטילה מגבלה שמשנה את הנורמה באופן כזה שצריך לפרסם ברשומות- כל פעם ששמים תמרוך בכל רחוב. האם צריך לפרסם ברשומות את עצם

העובדה ששמו תמרוך ברחוב מסוים? טענת רונן הייתה שדרישת הנורמטיביות מתקיימת. מה שמקיים את דרישת הנורמטיביות זה עצם העובדה שהתמרוך אומר שאסור להחנות – כלומר, זה סוג של שינוי נורמה שמחייב פרסום ברשומות, כלומר, מה המשמעות של התמרוך. אבל השאלה אם

מציבים את התמרוך ב אאו ב-Y היא עובדה של הנורמה. אומר בית המשפט העליון שצריך לעשות הבחנה בין עובדה שמקיימת את הנורמה כמו במקרה שלנו, לבין עצם הנורמה – ובמקרה הזה אין חובת פרסום ברשומות.

ג. **דרישת הכלליות** – אומרת שצריך לבדוק האם אותה תקנה שינתה את הזכויות והחובות לגבי ציבור בלתי מסוים. ציבור בלתי מסוים הכוונה היא לקבוצה שאפשר להגדיר אותה באמצעות תכונות מסוימות שבאופן עקרוני יכולים להתקיים אצל אנשים שונים, כלומר, מדובר בנורמה שצריכה לחול על

קבוצה שהנמענים של אותה נורמה הם משתנים באופן דינמי. אם מדובר בקבוצה מוגדרת שאפשר לזהות את האנשים בצורה ברורה ולא צפוי שינוי בנמענים של אותה נורמה אז ברור שבמקרה כזה אין דרישת כלליות. ציבור בלתי מסוים זה בדר"כ קבוצה שלא נוקבים בשמה – יכול להשתנות באופן דינמי. (ציבור נהגים זה לא ציבור מסוים, כי הנמענים משתנים) , יחד עם זאת, השאלה היא איפה עובר הגבול היא שאלה טובה- ככל שמספר האנשים שמשתייך לאותה קבוצה הוא נמוך יותר כך

תקטן הדרישה לכלליות. ככל שמספר האנשים שמשתייכים לאותה קבוצה הם גדולים יותר באופן טבעי הסיכוי שדרישת הכלליות תתקיים תגדל.

לפעמים הפרמטר הזה לא עובד, נניח ויש הוראה שמתייחסת לשר האוצר, או היועץ המשפטי לממשלה, לכאורה- כולם יודעים מי זה אבל מדובר בכל מי שיהיה שר האוצר. (התפקיד עובר מאדם לאדם).

לכאורה מדובר באדם ספציפי אבל הנורמה היא כללית. אם נניח שר החינוך מחליט לשלול זכאות לכל מי שלמד בשנה מסוימת באוניברסיטת לטביה בגלל טענות כאלו ואחרות של בעיות בטוהר מידות או מסיבות אחרות, במקרה הזה לכאורה זה יכול להיות הרבה אנשים אבל בפועל

שלילת התארים היא שמית- זה אנשים ספציפיים שלמדו וניתן לזהות אותם, זה לא אנשים שהתחלפו.

במקרה וזו תקנה בעלת פועל דחיקתי יש חובה לפרסם ברשומות והיום בעידן הבטלות היחסית תעלה השאלה- מה קורה אם היה צריך לפרסם אבל זה לא פורסם ? בניגוד לס' 17 לפקודת הפרשנות והאם אפשר לטעון לכך שאתה ידעת על הנורמה ממקור אחר? הדבר הזה בהחלט טעון בחינה מחודשת כי יש לנו את כלל הבטלות היחסית אבל החוק מאוד חד משמעי ופקודת הפרשנות קובעת כתנאי לכניסתה לתוקף של תקנת בעלת פועל דחיקתי הוא פרסום ברשומות. המרצה מסייג ואומר שבעניין הבטלות היחסית (לא כל פגם מביא לביטול) גם אם יש פגם של פרסום ברשומות- לאן זה יוביל?

היתרונות של פרסום ברשומות ברורים : יש כתובת ברורה ועל מנת שתוכל לדעת אם התקנה הזו היא ברורה אתה יכול לגשת לרשומות.

המועצה האזורית חוף עזה נ' הכנסת – 1661/05 - תקופת ההתנתקות – המתיישבים בעזה קיבלו צו פינוי אבל הם לא קיבלו צו טיעון. השאלה הייתה האם אותה צווים היו בעלי פועל תחיקתי? כי אם צווי פינוי הם אכן תקנות בעלות פועל דחיקתי אזי אין להם זכות טיעון . המתיישבים אמרו שלא מדובר בתקנה בעלת פועל דחיקתי כי הם פונים רק למתיישבים הספציפיים וטענו שאותו מאפיין הכללי לא מתקיים במקרה הזה ואומר בית המשפט שהוא לא מקבל את הטענה של המתיישבים , יש פה דרישת כלליות. למה? כי אותם צווים מטילים חובות ואסורים על כל ישראלי שנמצא בעזה ולא רק על המתיישבים באזור. המרצה אומר שגם אם זה היה מיועד רק למתיישבים זה עדיין היה מקיים את דרישת הכלליות כי זו קבוצה מספיק גדולה , ועד לרגע שהחליטו לפנות את עזה היא יכלה להשתנות באופן דינמי.

התנאי הראשון לתקנה בעלת פועל דחיקתי – מכוח חוק – יש מקרים חריגים שהחוק מסמיך גוף פרטי להתקין חקיקת משנה. וזה בהחלט נדיר ואחד המקרים האלה ערעור אזרחי 4275/94 הבורסה לניירות ערך בתל אביב נ' א.ת.ניהול – שם אומר בית המשפט שהבורסה לניירות ערך למרות שהיא לא רשות מנהלית אלא בסופו של יום זו חברה שקיבלה רישיון להפעיל את הבורסה , אבל במקרה הזה החוק עצמו מסמיך את הבורסה לקבוע תקנון , התקנון הזה צריך לקבל אישור של שר האוצר לאחר התייעצות עם הרשות לניירות ערך ואפילו אישור של ועדת הכספים של הכנסת . במקרה הזה, יש תקנון שהותקן ע"י הבורסה, התקנון הזה מקיים את דרישת הנורמטיביות כי הוא קובע כללים לגבי מה מותר ומה אסור לחברה שנסחרת בבורסה ובוודאי שדרישת הכלליות מתקיימת, השאלה היא האם מתקיים התנאי הראשון. אומר בית המשפט העליון שבגלל שמדובר בשרשרת של רשויות ציבוריות שצריכות לאשר את התקנון הזה אפשר בהחלט לומר שמתקיימת הדרישה הראשונה בגלל שהרשויות מעורבות באישור של התקנון הזה , כלומר, המחוקק אמנם הקנה לגוף דו מהותי את הסמכות לקבוע תקנה בתקנון שיש לה דרישת נורמטיביות וכלליות אבל בגלל שהרשויות המנהליות צריכות לאשר את התקנון הזה בית המשפט העליון אומר שמבחינתו די בכך כדי לומר שהתנאי הראשון מתקיים – בהחלט חריג!!!!!! לא ראוי ולא נכון שגוף פרטי , גם אם הוא דו מהותי יתקין תקנות בגלל שתקנה היא חקיקת משנה. אם ניקח את הדוגמא שהיא תמונת מראה – בעניין התקנון של ההתאחדות לכדורגל- ערעור אזרחי 825/88- ארגון שחקני הכדורגל בישראל נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל- שם עלתה שאלה האם התקנון להתאחדות לכדורגל שבסופו של יום מחייב לפעול על פיו כל קבוצה שרוצה לשחק בליגה- חייבת לקיים את תקנון ההתאחדות, יש דרישה נורמטיביות כי אם אני רוצה לשחק בליגת העל אני חייב לקיים את מה שהתקנון קובע, יש דרישת כלליות כי זה חל כלפי כל הקבוצות שרוצות לשחק, השאלה היא האם הדרישה הראשונה מתקיימת – הוראה מכוח חוק. בית המשפט אומר שאין רשות מנהלית שמפקחת ומאשרת את התקנון בניגוד למקרה הקודם בעניין של הבורסה – ולכן זה לא מכוח חוק.

סמכות מעין שיפוטית = ראינו למה חשוב לי לזהות האם הוראה מסוימת היא שיפוטית, חקיקתית או ביצועית.

מבחן הסכסוך – אם הרשות נדרשת להכריע בין 2 צדדים כשהיא לא אחד הצדדים , היא הפוסק במקרה הזה למרות שהיא רשות מבצעת. השאלה הזאת האם זה סמכות שיפוטית או מעין שיפוטית אנחנו רואים כמה יישומים לזה בפסיקה :

פס"ד ברמן נ' שר הפנים – היה מדובר על בקשה של רוב תושבי נחלת יצחק שהייתה אז מסופחת לת"א, רוב התושבים ביקשו משר הפנים לספח את השכונה הזו לגבעתיים (אז הייתה מועצה מקומית היום זו עירייה). היו כמובן כאלו שהתנגדו לכך ושר הפנים לא שמע את המתנגדים. השאלה הייתה האם הוא צריך היה לשמוע אותם? בית המשפט העליון אומר שהוא יבחן האם ההחלטה של שר הפנים זו החלטה מנהלית או מעין שיפוטית?

אם זו סמכות מעין שיפוטית יש עליו חובה לתת זכות טיעון לכל מי שעלול להיפגע. אומר בית המשפט שההחלטה של שר הפנים היא איננה החלטה מעין שיפוטית, הוא לא התבקש לקבוע עובדות או להכריע בין שני צדדים כשהוא נטרלי, בשורה התחתונה הוא צריך היה לקבל החלטה כשר הפנים ולכן מדובר בהחלטה מנהלית. אבל אומר בית המשפט שלמרות זאת עדיין היה חייב לשמוע את כל המתנגדים. זכות טיעון חייב לתת גם כשמדובר בהחלטה ביצועית.

סמכויות עזר, סמכויות משתמעות וסמכויות טבועות

בדר"כ חוק כאשר הוא מעניק סמכות מנהלית לרשות מנהלית זה יכול להיות שר או פקיד, הסמכות היא סמכות מפורשת ואנחנו זוכרים את עקרון חוקיות המנהל שאומר שאנחנו צריכים להקפיד על שאלת הסמכות. אבל, דיברנו על כך שהמדינה המודרנית היא כזאת שהרשויות המבצעות צריכות לבצע המון פעולות וצריך לתת להם גמישות מסוימת, אי אפשר לחשוב על כל פעולה ולתת לה ביטוי מפורש בחוק. פותרים את זה דרך המונח שנקרא "סמכות עזר".

סמכות עזר- ס' 17 לחוק הפרשנות: "הסמכות לעשות דבר או לדון בעניין פלוני או להכריע בו משמע גם הסמכה לקבוע נוהל עבודה וסדר דיונים ככל שאלה לא נקבעו בחיקוק" – כלומר, אם יש לך סמכות להכריע בעניין מסוים ברור שאתה יכול לקבוע נהלים, סדרי דין – גם אם זה לא קבוע בחוק. (ב) "הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו משמע מתן סמויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת" – כלומר, אם יש לך סמכות עיקרית אז יש לך סמכות לבצע היבטים טכניים שנועדו לסייע לך לבצע את הסמכות העיקרית.

דוגמא לסמכות עזר: קביעת נהלי עבודה, איסוף ומיון נתונים, עריכת ביקור בשטח, התייעצות. יש סייגים שנקבעו בפסיקה לסמכות עזר כי זה יכול להיות מדרון חלקלק:

1. נדרשת זיקה הדוקה והכרחית בין סמכות העזר לבין הסמכות העיקרית – כלומר, צריך שאותה סמכות עזר תהייה דרושה במידה מתקבלת על הדעת להפעיל את הסמכות העיקרית. לדוגמא: נניח חוק התכנון והבנייה מעניק לשר הפנים סמכות לאשר תכנית מתאר, יש ס' אחר בחוק שאומר שלצורך הפעלת שיקול הדעת שלו הוא רשאי למנות חוקר- זה סוג של סמכות עזר. שר הפנים העביר את הסמכות שלו לשר אחר, נצא מתוך נקודת הנחה שמאשר לו להעביר את הסמכות, הוא שכח להעביר לו את הסמכות למנות חוקר – בא שר הפנים ומינה חוקר אז ניסו לטעון שלא הייתה לו סמכות למנות חוקר כי לא העבירו לו את הסמכות. אומר בית המשפט שהסמכות למנות חוקר היא דרושה כדי להפעיל את שיקול הדעת, היא נגזרת, ולכן זו סמכות עזר.

2. סמכות העזר היא לא יכולה להיות בעלת מעמד עצמאי אלא צריכה להיות תפלה לסמכות העיקרית- הרעיון הוא שאי אפשר ליצור לעצמך סמכות ראשית במסווה של סמכות עזר. פס"ד בעניין איגוד העיתונאים היומיים נ' שר החינוך והתרבות, בג"ץ 757/84 – הייתה עתירה לבג"ץ שבמסגרתה ניתן שחוק רשות השידור לא מסמיך את הרשות לשר פרסומות, השאלה הייתה האם שידורי פרסומות הם סמכות עזר? גם בהנחה והחוק לא מסמיך, האם הם סמכות עזר? דעת הרוב קבעה שלמרות שאין סמכות מפורשת כל עוד לא מדובר בפרסומות מסחרית אלא בסוג של תשדירי שירות, אזי ניתן לומר שזה נגזר מהסמכות העיקרית של רשות השידור. דעת הרוב אפילו אמרה שיש סמכות כזו ולכן לא חייבים לדון בשאלה האם זו סמכות עזר-כי הסמכות קיימת. דעת המיעוט קבעה שאין סמכות וזו לא סמכות עזר. דוגמא נוספת היא פס"ד עיריית רעננה 8676/00 – עיריית רעננה החליטה לגבות דמי כניסה לפארק. השאלה העיקרית היא האם יש סמכות לעירייה לבקש דמי כניסה ואם כן האם צריכה להיות סמכות בחקיקה ראשית? בית המשפט אומר שנעשה הבחנה בין תשלום מס ואגרה (תשלום לא רצוני) ובוודאי שזה מחייב הסמכה בחוק כי יש פגיעה בזכות הקניין, לעומת זאת, אם מדובר במחיר שהעירייה גובה (דמי כניסה) אז אם אתה רוצה אתה הצרכן תשלם, אם אתה לא רוצה לא תשלם, העירייה אומרת שעלה לה הרבה כסף לממן את הקמת הפארק ולכן קבעה שתושבי רעננה לא צריכים לשלם אבל תושבים מעיר אחרת

צריכים לשלם, במקרה הזה, אומר בית המשפט שזה לא מס ולא אגרה, זה מחיר תמורת שירות וזה לא מחייב הסמכה מפורשת- זו סמכות עזר לסמכות העיקרית של העירייה, העירייה מוסמכת מכוח פקודת העיריות להסדיר גינות וגנים, אומר בית המשפט אם היא מוסמכת בחוק להסדיר גינות וגנים היא מוסמכת גם לגבות מחיר על השירות הזה .

3. אי אפשר באמצעות סמכות עזר לפגוע בזכויות אדם. אי אפשר לפגוע בזכויות אדם – פגיעה כזו דורשת הסמכה מפורשת בחוק!!!!!! ערעור פלילי 40/58 זיעד נ' היועץ המשפטי לממשלה- שוטר הורה לעצור לטאטא את התא שלו. העצור תקף את השוטר והגישו כתב אישום נ' העצור על תקיפת שוטר במהלך מילוי תפקידו. אומר מר זיעד שלא הייתה לו סמכות לדרוש ממנו לנקות את התא ולכן יש לזכות אותו כי הוא ביקש ממנו לבצע פעולה שהיא מחוץ לסמכותו, אומר בית המשפט שצריך לבחון גם אם לא כתוב במפורש בחוק שעצור אפשר היה לבקש ממנו לנקות את התא- האם מדובר בסמכות עזר? התשובה של בית המשפט היא שהוא דחה את הטענה שיש סמכות עזר שמאפשרת למדינה להורות לעצור שגם ככה הוא שולל לו את החירות, זו סמכות שהיא מחייבת חקיקה בגלל הפגיעה בזכות אדם. בשורה התחתונה לא ניתן לפגוע בזכויות אדם ע"י סמכות עזר! פגיעה בזכות יסוד, זכויות אדם מחייבת הסמכה מפורשת בחוק.

חוק האזנת סתר – ברור לנו שאם יש לך סמכות לבצע האזנת סתר לפי כל הקריטריונים שכתובים בחוק, אז מן הסתם הכניסה כדי להתקין את אמצעי האזנה היא אנרנטית להאזנה ולכן נשאלת השאלה למה היה צריך לכתוב במפורש בחוק שגם כניסה למקום מותרת? כי כניסה למקום היא פגיעה בזכות אדם, וצריך הסמכה מפורשת בחוק בפגיעה של זכויות אדם.

עקרון עצמאות שיקול הדעת

עד עכשיו עסקנו בניסיון להגדיר את הפעולות שבתחומי הסמכות של הרשות, ראינו שכל דבר טעון בהסמכה מפורשת. עכשיו נעסוק בשאלה אחרת – נבדוק מי מבין כל האנשים שפועלים בתוך הרשות הוא זה שיפעיל את הסמכות? למה זה חשוב? כי כאן יש 2 גישות שניתן לחשוב עליהם: גישה ראשונה יכולה להגיד – למה מעניין את החוק מי בדיקו יפעיל את הסמכות? זה עניין של ניהול פנימי של הרשות, החוק יעניק את הסמכות לרשות או למנכ"ל כתאגיד ולא לגורם ספציפי בתוך הרשות- ומי שיפעיל את הסמכות זה עניין של ניהול פנימי שהגורם ההיררכי יחליט מי יפעיל אותה. הגישה השנייה, הנהוגה במחוזותינו, אומרת דבר אחר- גישה האחריות המוסמכת – אנחנו מאוד מתעניינים מי יפעיל את הסמכות, כלומר, המחוקק מתמקד גם בשאלה אם יש סמכות אבל גם בשאלה מי יפעיל את הסמכות, הוא מתערב בחלוקת הסמכויות פנימה- בתוך הרשות. הגישה הזו היא הגישה המקובלת במדינת ישראל.

יש הבדל דרמטי בין 2 הגישות, ניסיון החיים שלנו אומר שברור שאותה סמכות שמופעלת ע"י אנשים שונים יכולה להביא לתוצאות שונות ולכן לא מדובר בעניין טכני בלבד, זה הופך להיות עניין מהותי, כי אנשים שונים חושבים אחרת, יש להם נקודת מבט אחרת והם נותנים עניין בשיקולים כאלה ואחרים. מתחם הסבירות של הרשות המנהלית עוסק בשיקול הדעת המנהלי הוא מאוד רחב, לכן יכול להיות ש2 אנשים שונים שיפעילו את אותה הסמכות שניהם יגיעו להחלטה סבירה אבל הפוכה. לכן מאוד מעניין אותנו מי הגורם הספציפי שיפעיל את הסמכות. הכלל הזה שנהוג במדינת ישראל, שירשנו אותו מהשיטה האנגלית הוא השיטה שעוסק בעקרון הרשות המוסמכת, עקרון עצמאות שיקול הדעת. יש מדינות שהמשפט המנהלי לא עוסק בדיקו בחלוקת הסמכויות פנימה בתוך הרשות, הוא מעניק באופן כללי את הסמכות לרשות מסוימת.

דבר זה מעלה שאלות לגבי היתרונות והחסרונות של שיטת הרשות המוסמכת, הדילמה הזו קיימת כל הזמן ונדגים אותה באמצעות פס"ד משנות ה-50, הלכת מכלין – מבחינה עובדתית מדובר על החלטה של פקיד, היה מדובר על הגבלה על מחיר שיבואנים יכולים לגבות, יבואנים של ציוד רפואי, היבואנים הגיעו להסכמה עם הממשלה בעניין המחיר המירבי שהם יוכלו לגבות, הם מן הסתם רוצים כמה שיותר מחיר גבוה, הפקיד שהייתה לו סמכות מכוח תקנות בא וקבע הגבלת מחיר שהיא לא עולה בקנה אחד עם ההסכמה שאותם היבואנים הגיעו עם הממשלה. היבואנים הגישו עתירה לבג"ץ ואמרו – איך יכול פקיד לקבוע סכום שהוא לא עולה בקנה אחד עם מדיניות הממשלה בעצמה, ואומר בית המשפט העליון באותה הלכת מכלין המפורסמת שהסמכות ניתנה לפקיד והפקיד אמור להפעיל שיקול דעת עצמאי ולא רק שמותר לאותו פקיד לפעול בניגוד למדיניות הממשלה, אלא הוא אמור לפעול בהתאם להחלטתו המקצועית גם אם היא מנוגדת למדיניות הממשלה כי המחוקק הסמיך אותו

להחליט. הלכת מכלין משקפת את המקרה הקיצון של כלל עצמאות שיקול הדעת. כי יש פקיד שקיבל הסמכה מהחוק ויש את ממשלת ישראל שגיבשה מדיניות מסוימת שהיא מנוגדת להחלטת הפקיד.

יתרונות של שיטת הרשות המוסמכת + עיקרון עצמאות שיקול הדעת :

1. מקצועיות והיעדר פוליטיזציה – שיטת הרשות המוסמכות תומכת בהתמקצעות. יש החלטות שראוי שהדרג הפוליטי יקבל ויש החלטות שראוי שיקבל הגורם המקצועי בעל הידע, לכן חשוב באמצעות שיטת הרשות המוסמכת לשמור על מקצועיות.
2. הרבה החלטות של רשות מנהלית הן סמכויות שמתירות בידי הרשות הרבה שיקול דעת. החוק לא יכול לפרט את כל השיקולים שהרשות צריכה לשיקול – הדרך של המחוקק לפקח על איכות הפעלת שיקול הדעת היא באמצעות קביעת גורם שהוא מקצועי, שיש לו את הכישורים לקבל את ההחלטה הטובה ביותר, נניח מי אמור להחליט לגבי מתן רישיון לתרופה-צריך פקיד במשרד הבריאות שיהיו לו את הכישורים, זו לא שאלה של פוליטיקאים הרי שהם אמורים לקבוע דברים אחרים. יש שאלות שהן מקצועיות, כשיש שיקול דעת כ"כ נרחב המחוקק רגוע כי הוא יודע מי אמור להיות בתפקיד מסוים ומה הכישורים שלהם ולכן הוא נותן להם סמכויות עם הרבה שיקול דעת אבל הוא לא חושש שזה יופעל שלא כדין.
3. הפרדת רשויות – אין לנו הפרדת רשויות מוחלטת, מדינת ישראל וככלל כל המדינות הדמוקרטיות כל רשות גולשת לתחומיה של רשות אחרת, אבל יש איזונים ובלמים. ככל שהמחוקק מעניק סמכות ספציפית לגורם ספציפי הוא למעשה מפזר את הסמכויות הוא שולט במה כל אחד יחליט. יש גם סעיף בחוק יסוד הממשלה שמאפשר לשר שאחראי על אותו עובד מדינה שקיבל את הסמכות לפי החוק – הוא מאפשר לו ליטול אותה ממנו, למעט כשמדובר בסמכות באופי שיפוטי. יש כלי, אם השר שהוא אחראי על החוק הרלוונטי חושב שבעל הסמכות טעה, הוא יכול לבצע אקט של נטילת סמכות (ס' 43 לחוק יסוד הממשלה), הבעיה היא שכאשר השר נטל את הסמכות מרימים דגל והציבור יודע שגוף פוליטי נטל סמכות מגורם מקצועי, מבחינת השקיפות הציבורית יש יתרון אדיר על פני תרחיש אחר שהפקיד היה אומר את דעתו לשר והשר היה אומר לו להחליט אחרת ואז הפקיד היה בא עם החלטת השר לציבור ולא היינו יודעים את זה. ברגע שיש נטילה של סמכות הציבור יודע שמדובר בהחלטה ממישהו מלמעלה.

חורב נ' שר התחבורה – סיפור של סגירת כביש בר אילן (דרך מרכזית בירושלים שעוברת בשכונה חרדית) השאלה שפס"ד עסק בה זה חוקיות ההחלטה לסגור את הכביש בשבתות ובחגים, מה שהיה זה שיש פקיד מסוים במשרד בתחבורה שאמור להחליט על סגירה או פתיחה של כביש בשבתות ובחגים, יש לנו את דרך בן אילן שעוברת בשכונה חרדית והוא החליט בתחילת הדרך לא לסגור את הכביש בנימוק שזה יגרום לבעיות בתחבורה, לימים התחלף השר לשר חרדי, אותו פקיד קיבל החלטה אחרת, שאפשר לסגור את הכביש כי יש צירים אחרים, השר הבין שהשינוי הזה של הפקיד יעורר שאלות לא פשוטות ולכן השר נטל את הסמכות מהפקיד וכך הציבור ידע ששר התחבורה החליט ליטול את הסמכות, אפשר להסתכל על ס' 43 ולהגיד – שמדובר באפשרות לעקוף את הלכת מיכלין כי השר יכול ליטול את הסמכות, מכיוון אחר אפשר לראות את הסעיף כדווקא מעצים את הלכת מיכלין כי הוא מדגיש את החשיבות של השקיפות ושל שיתוף הציבור.

4. הרצון לקדם את האחריות המנהלית – ברגע שיש אדם שהחוק הסמיך אותו לבצע פעולה מסוימת, הוא יודע בתור פקיד שהוא צפוי לתת את הדין בבית המשפט, כלומר, הוא צריך להסביר את ההחלטה שלו ואת השיקולים יש להניח שהפקיד הזה יפעיל שיקול דעת מקצועי טוב יותר, כלומר, זה בהחלט מחייב את הפקיד להיות יותר ערני.

חסרונות של שיטת הרשות המוסמכת + עיקרון עצמאות שיקול הדעת :

1. זה לא עובד. אתה יכול לחוקק חוקים והלכות אבל בסופו של דבר המציאות דופקת על הדלת. אפשר ליצור הרבה הלכות, השאלה היא אם הן מציאותיות, כשאתה מטפח כללים משפטיים שבמציאות לא עובדים הנזק עולה על התועלת כי בסוף ימצאו את הדרכים לעקוף את ההלכה הזו. הדרך הכי פרקטית לעקוף את הלכת מיכלין היא שהשר קורא לפקיד ומשכנע אותו והפקיד משתכנע- הפקיד אומר שהוא לא קיבל תכתיב, הוא התייעץ עם השר והוא העלה בפניו נימוקים ובסוף הוא קיבל את עמדתו- אבל ההחלטה היא שלו. אם בג"ץ יתרשם שהפקיד שקל בכובד ראש ושינה את דעתו כתוצאה מהעמדה של השר זה לא פסול.

- ולכן כביכול קל מאוד לעקוף את הלכת מיכלין. הביקורת על הלכת מיכלין היא בעיקר כאשר מדובר ביחס בין גורם היררכי לבין פקיד שכפוף לו .
2. המחוקק מעמיס סמכויות על אדם אחד, אדם אחד לא יכול לעסוק בכ"כ הרבה דברים הוא חייב להאציל סמכויות.
 3. הרצון ליצור מדיניות אחידה- עקרון הרשות המוסמכת יכול ליצור סוג של בלאגן, כי אם יש הרבה פקידים שאחראים על אזורים שונים בארץ יש חוסר שוויון בין האזורים . אתה רוצה שיהיה גורם שיהיה הקברניט כי בסוף כל אחד יפעל בהתאם לשקול דעתו העצמאי והבלעדי- קשה מאוד מבחינה תועלתית, קשה להפעיל מדיניות שמנהל ציבורי מפוצל להרבה גורמים שכל אחד מפעיל את שיקול דעתו.
- הביקורת על הלכת מיכלין קוראת לריסון ההחלטה של הלכת מיכלין כשמדובר במצב שיש כפיפות היררכית.
4. אם נקדש את עקרון זה ואת הלכת מיכלין התוצאה תהייה שממשלות יתחלפו, יהיו בחירות , הציבור יאמר את אשר יאמר בקלפי אבל הפקידים נשארים, מבחינה דמוקרטית אפשר לראות את זה הפוך, עקרון עצמאות שיקול הדעת לא מאפשר לחברי הכנסת למשול.

בגלל כל הסיבות האלה השופט חשין בעניין פס"ד חורב קבע שצריך לעשות "חישוב מסלול מחדש" בעניין הלכת מיכלין בכל מה שקשור למערכת יחסים היררכית. עדיין למרות שאפשר להבין את הביקורת של השופט חשין על הלכת מיכלין ובעיקר הוא אומר " מה היינו חכמים בתקנתם אם ממילא השר יכול ליטול את הסמכות כשיש גורם היררכי " – גם את דבריו צריך לקחת בעירבון מוגבל לאור היתרון של אקט הנטילה מבחינה ציבורית, נטילה היא מהלך שמורם דגל והציבור מבין שגוף פוליטי קיבל החלטה על כל המשמעויות הנאמרות מכך. יש פה אלמנט פומבי, אם שר יכפה על הפקיד את עמדתו הויכוח הציבורי נעלם לנו. אנחנו נחשוב שהפקיד קיבל החלטה מקצועית אבל בפועל זה יהיה החלטה פוליטית.

לסיכום,

עקרון עצמאות שיקול הדעת הוא כלל בעל יתרונות וחסרונות יש רמיזות בפסיקה שצריך להיפרד מהלכת מיכלין, הדעות חלוקות. ההלכה קיימת אבל רחוקה מהאידיליה שבית המשפט ניסה להתוות. האמצעי הטוב ביותר לעקוף את הלכת מיכלין זה ההתייעצות (כביכול) ואז הוא אומר שזו ההחלטה שלו.

אפשרות נוספת לעקוף את הלכת מיכלין זה להעביר אנשים מסמכותם, או להעביר סמכות מאותו פקיד (בהסכמת הכנסת) לפקיד אחר או לשר אחר או "לייבש " את הפקיד ואת המוסד מבחינה תקציבית – האם זה עובד? פס"ד כפר ורדים – דוגמא קלאסית למקרה שהשר קיבל המלצה מגורם אחר ובית המשפט אישר את זה. היה מדובר בהחלטה של שר האוצר בעניין הקלות מס לתושבי קו העימות. אופציה אחת זה שהשר יגבש קריטריונים שיענו איזה ישובים זכאים להטבות מס, אופציה שניה היא לקחת מצה"ל את הרשימה שהם הכינו לעניין יישובים שנמצאים בקו העימות – מעתיק את זה ואותם יישובים הם אלה שיזכו בהטבות ממס, ז"א הוא מאמץ רשימה שהוכנה ע"י צה"ל לצרכים ביטחוניים שרלוונטיים גם לצרכים של הקלה במס. אפשר להגיד לשר האוצר שאולי יש יישוב שגם אם הוא נמצא בסיכון בטחוני הוא לא זכאי, כי המצב הכלכלי שם מעולה? אולי השיקול הביטחוני הוא לא השיקול המרכזי? שר האוצר אומר שהוא ראה את היישובים, זה נראה בעיניו נכון ולכן אימץ את הרשימה- בית המשפט קיבל את זה. בית המשפט אומר שאין שום פסול שרשות אחת מאמצת רשימה שהוכנה ע"י רשות אחרת, זה מקל על בית המשפט לאמץ את החלטת שר האוצר שהעתיק את הרשימה שהוכנה ע"י שר הביטחון. אומר בית המשפט שיש התייעצות עם גורם מומחה (שר) שר האוצר לא חייב לקבל את ההתייעצות – זה הרעיון של התייעצות ולכן אומר בית המשפט שאין בעיה עם זה.

לדעת המרצה ההלכה הזו עדיין חיה ובוועטת למרות הביקורת האדירה שהיא סופגת בספרות ובפסיקה. עדיין מחפשים את האיזון הנכון.

יש גופים שחייבים לשמור על העצמאות שלהם, וכלל עצמאות שיקול הדעת מקבל משנה תוקף. היועץ המשפטי לממשלה הוא לא כמו עו"ד פרטי שחייב נאמנות ללקוח, אם היועץ המשפטי לממשלה חושב שהצעת חוק נתקל בקושי משמעותי התפקיד שלו הוא להגיד את העמדה של היועץ באופן עצמאי ולא את הדעה של שרת המשפטים. הרשות להגבלים עסקיים והרשות לניירות ערך הם גופים ששומרים על העצמאות שלהם. ברור ששר לא יכול להתערב בהחלטה של היועץ המשפטי לממשלה

בעניין העמדה או אי העמדה לדין. הוא לא יכול ליטול סמכות כזו גם, ס' 43 אומר שאי אפשר ליטול סמכות מעין שיפוטית.

פס"ד בג"ץ 6673/01 התנועה לאיכות השלטון נ' שר התחבורה - פס"ד זה היה לפני שרכבת ישראל הייתה חברה ממשלתית, אז היתה רשות הנמלים והרכבות והיה את מר אוזני שהיה משנה למנהל רשות הנמלים והרכבות. השאלה הייתה האם להאריך את הכהונה שלו או לא, מנהל רשות לא המליץ על הארכת כהונתו כי שר התחבורה התנגד. הוא אמר ממילא הוא יודע ששר התחבורה לא הולך לאשר את חידוש הכהונה שלו ולכן הוא הביא מועמדים אחרים, של מי ההחלטה? כאן צריך לראות מה המטווה הנורמטיבי, מי מחליט? החוק אומר שמועצת רשות הנמלים והרכבות מתמנה ע"י הממשלה עפ"י הצעת שר התחבורה, מנהל הרשות מתמנה ע"י המועצה עפ"י המלצת שר התחבורה ובאישור הממשלה, יש לו משנה והמשנה מתמנה לפי החוק - "המועצה תמנה לאחר שהובאה לפנייה המלצת מנהל הרשות ובאישור שר התחבורה" - המנהל אומר שהוא יודע שהשר לא יאשר אז מראש הוא מביא אנשים אחרים - האם זה תקין? לא, כי בדרך עקיפה מדובר בנטילת סמכות, הרי שלוקחים מהמנהל את שיקול הדעת שלו לבחור מי יהיה הסגן שלו ולמעשה צריך שהשר יאשר ואחר מן המועצה תמנה. (סוג של מינוי פוליטי), מציגים את החלטת המינוי כהחלטה של המנהל למרות שבפועל הוא לא מחליט כלל.

השופט ברק אומר שיש סדר פעולות שהמחוקק קבע, הסדר הזה הוא חשוב. בנוגע להחלטה הסדר הוא: מנהל ממליץ, מועצה מחליטה אם למנות או לא למנות, השר מאשר או לא. תחילה המנהל צריך להחליט אם ראוי להמליץ על הארכת הכהונה של המשנה או אולי להביא מישהו אחר, לאחר מכן המועצה צריכה לדון ולהחליט האם היא מאריכה את הכהונה של הסגן, ובסוף שר התחבורה הוא צריך להחליט האם הוא מאשר את החלטת המועצה. ההיגיון הוא שהחיפוש אחרי האדם הראוי הוא בהחלטת המנהל המקצועי יותר, המועצה היא הגורם הבכיר יותר והיא מחליטה אם היא ממנה והשר שהוא הגורם הפוליטי צריך לאשר. האם אסור למנהל לשקול את החלטת השר שהוא ממילא לא יאשר את הארכת הכהונה כבר בשיקול הראשוני שלו? מותר לו אומר ברק, מדובר בשיקול ענייני אבל הלכת מיכלין אומרת שבסוף ההחלטה היא של המנהל - ברק אומר שפה המנהל למעשה התבטל בפני השר. ז"א שהוא אפילו לא דן בהארכת התפקיד, הוא מראש חותר תחת הסדר שהמחוקק קבע, מותר לך לקחת את זה בחשבון מבין מניין השיקולים שלך את העובדה שממילא השר לא יאשר את הארכת הכהונה, אבל להגיד שהשר לא יאשר אותו למרות שהוא טוב ולכן הוא לא מעלה זאת בפני המועצה זה אסור! (הופך את הסדר שהמחוקק קבע, שהציבור ידע שהמנהל רצה אותו, המועצה מינתה אותו והשר פסל, זה פוגע בשקיפות).

סמכות רשות, סמכות חובה וסמכויות אכיפה

צריך לשאול את עצמנו בכל מקרה נתון האם המחוקק התכוון להקנות לבעל הסמכות סמכות רשות (כלומר נותן לו שיקול דעת האם להפעיל את הסמכות או לא, אז שיקול הדעת של בעל הסמכות הוא יותר רחב, הוא צריך להידרש לנושא, להחליט אם להפעיל את הסמכות או לא, יש לו חובה להפעיל שיקול דעת) לעומת, סמכות חובה - סמכות שמצרה מאוד את שיקול הדעת של בעל הסמכות בהינתן העובדה שמתקיימות כל הנסיבות הדרושות להפעלת הסמכות אין כ"כ מרחב תמרון ובעל הסמכות חייב להפעיל את הסמכות, לדוגמא: אם החוק קובע שהמוסד לביטוח לאומי צריך לתת קצבת זקנה בשיעור שקבוע בחוק לכל מי מבוטח שהגיע לגיל 65 ויש לו תקופת הכשרה של 5 שנים, לא יכול המוסד לביטוח לאומי להחליט שהוא לא יכול לתת את הקצבה - זו סמכות חובה! החוק ברור, גיל 65 ותקופת הכשרה של 5 שנים, צריך לתת קצבת זקנה. אין פה סמכות לשקול שיקולים. אם המחוקק היה מנסח את הסמכות במילא "רשאי", שיקול הדעת בסמכות הזו היא רחבה יותר, המחוקק לא מעניק הרבה שיקול דעת לבעל הסמכות ובטח לא כשמדובר בעניין טכני, ככל שהמחוקק מפרט יותר את התנאים ואת הנסיבות כך גם שיקול הדעת מצטמצם.

כשמדובר בסמכות חובה מתחם שיקול הדעת של הרשות המנהלית הוא מצומצם, כל מה שהיא צריכה לעשות זה לבדוק האם התקיימו הנסיבות שדרושות עפ"י החוק כדי לפעיל את הסמכות. משהנסיבות התקיימו אין לה שיקול דעת. לעומת זאת, סמכות רשות היא סמכות שמתחם שיקול הדעת הוא יותר רחב - המחוקק נותן לבעל הסמכות מרחב תמרון ביחס להחלטה האם להפעיל את הסמכות או לא. מרבית הסמכויות הם סמכויות רשות (כדי להקנות לרשות מתחם רחב יחסית של שיקול דעת) כשנקודת המוצא היה שיש את חזקת תקינות המנהל - נותנים גמישות מתוך נקודת מוצא

שהשיקולים שלהם יהיו שיקולים עניינים. גם כשמדובר בסמכות רשות שיקול הדעת הוא לא בלתי מוגבל,

בג"ץ סגל נ' שר הפנים – דוגמא לזה שהחוק לא ברור, האם מדובר בסמכות רשות או חובה. עלתה שאלה לגבי האם הסמכות שקיימת "פקודת קביעת הזמן" (שעון חורף או קיץ) האם לשר הפנים יש חובה לקבוע שעון קיץ כל שנה או סמכות רשות. בגלל שהלשון של הפקודה הוא לא ברור צריך פרשנות, הפרשנות של דעת הרוב היא שזו סמכות חובה, אנחנו לא יכולים לפרש את זה כסמכות רשות. דעת המיעוט של השופט ברק-זה נכון שהפרשנות אפשרית גם כסמכות חובה אבל לדעתנו ניתן לפרש זאת כסמכות רשות. מעניין שלפעמים גם כלשון החוק ברורה, וברור שמדובר בסמכות רשות בית המשפט יכול לפרש את המונח "רשאי" כחובה. פסק הדין בהקשר הזה הוא פס"ד בעניין התנועה לאיכות השלטון נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 2533/97 – שם השאלה הייתה האם ניתן לחייב את ראש ממשלת ישראל להעביר את צחי הנגבי (שר משפטים) לאור פרשת בראון חברון. זה מעניין כי חוק יסוד הממשלה "ראש הממשלה רשאי להעביר שר מכהונתו" – כלומר, מדובר בסמכות רשות, "רשאי", עוד לפני פסק הדין הזה אומר בית המשפט העליון הלכה שעד היום מטלטלת את בתי המשפט-ההלכה אומרת שכאשר מוגש כתב אישום חמור נגד שר או סגן שר חובה על ראש הממשלה להעביר אותו מתפקידו, כלומר, בית המשפט העליון הפך את הסמכות רשות לסמכות חובה- כי הוא אומר שהפגיעה באמון הציבור כ"כ קשה שמוגש כתב אישום חמור נגד שר והוא מחייב את רבין להעביר את דרעי מתפקידו כאשר זה לא מאיים את חזקת החפות- כל אחד חף מפשע עד שלא הורשע. הגשת כתב אישום לא אומרת שהשר הוא מורשע. בג"ץ מפרש את הרשאי כחייב, יש תנאי סף שנקבע בחוק והוא הרשעה בעבירה שיש עימה קלון- אבל זה לא הסדר שלילי. – זו ההלכה. בסיפור של פס"ד בראון חברון פרקליטת המדינה אומרת שאמנם דבק רבב בהתנהגות אבל הוחלט על דעת היועץ המשפטי לממשלה לא להגיש כתב אישום, יש לנו התנהגות לא תקינה ברמה הציבורית אבל הועיל ולא הוגש כתב אישום ההחלטה של ראש הממשלה לא להעביר אותו מתפקידו היא איננה חורגת ממתחם הסבירות. המרצה אומר במאמר מוסגר שבשנים האחרונות בית המשפט העליון לקח את הלכת דרעי צעד אחד קדימה גם לעניין ראשי ערים – ראש עיר הוא נבחר ציבור בבחירות דמוקרטיות לעומת שר שהוא פקיד – ולכן זו דרמה עוד יותר משמעותית – נקבע שראש עיר לא יכול להמשיך לכהן אם הוגש נגדו כתב אישום חמור- גם פה זה חובה.

בג"ץ ברגר נ' שר הפנים – התפתחות של פס"ד סגל, המחוקק לא השלים עם ההחלטה של בית המשפט אז בעניין שעון קיץ-חורף, הוחלט שזה חובה, המחוקק תיקן את הפקודה וקבע שהסמכות היא סמכות רשות- כתוב בחוק "שר הפנים רשאי לקבוע בהתאם לשיקול דעתו האם להעניק שעון קיץ או לא", המחוקק ביקש להפוך את הסמכות חובה שהיא תולדה של פרשנות בית משפט לסמכות רשות, השאלה שעולה היא האם כאשר המחוקק מקנה סמכות רשות ונותן לרשות המנהלית שיקול דעת להחליט האם להפעיל את הסמכות, האם הרשות רשאית להימנע מלהפעיל את הסמכות ללא שיקול דעת או היא חייבת להידרש לחשוב, לשקול, להפעיל שיקול דעת ולהחליט? השופט ברק שרשות מנהלית לא יכולה להימנע מהפעלת סמכות רשות שהדין הקנה לה באופן שרירותי בלי כל טעם ענייני ומבלי שהיא שקלה וחשבה, יתרה מכך הוא אומר שאם החליט לא להפעיל את הסמכות הוא צריך להראות שההחלטה נעשתה בהתאם לאמות המידה של המשפט המנהלי, שנתת משקל ראוי, אין בעיה של פגיעה בשוויון, שאין שיקולים זרים וכדומה- בשורה התחתונה ברק אומר ששר הפנים החליט לא להפעיל את הסמכות אבל הוא התבסס על נתונים עובדתיים, ולכן ברק קבע שלא צריך להתערב אבל קבע שחייב להפעיל שיקול דעת.

דעת מיעוט הייתה של שמגר שחשב שבמקרה הזה שר הפנים לא מילא את החובה שלו בדרך נאותה ושצריך להתערב במקרה זה שישקול מחדש.

סמכויות אכיפה

הרבה מאוד חוקים מעניקים לסמכויות האכיפה אמצעים לאכוף את הדין אבל המשאבים הם מוגבלים. צריך לקבוע סדרי עדיפויות, לדוגמא: שוטר שעומד בצומת ובודק רישיונות לרכבים ואני בידיוק ברכב ה-6 ואני אומר שהוא לא בדק את המכוניות לפני, האם זו אכיפה בדרנית? לא. זו סמכות אכיפה ואין את היכולת לבדוק את כולם, בודקים מדגמית- זו אכיפה חלקית ולא אכיפה בדרנית, זו אכיפה שנובעת מחוסר משאבים.

כשמדובר בסמכות אכיפה עולה השאלה האם ניתן לחייב רשות אכיפה להפעיל אמצעי אכיפה מסוים שהחוק הקנה לה והיא לא מפעילה? זה לא פשוט כי מצד אחד בית המשפט לא אמור להשים את עצמו בנעלי הרשות המנהלית, זה לא התפקיד שלו, מצד שני אם רשות מנהלית מחליטה לא להפעיל סמכות אכיפה במקרים מסוימים זה יכול להפוך את הסמכות הזו לאות מיתה, כלומר יכול להיות שיש הוראה אבל אם לא אוכפים אותה היא הופכת להוראה לא רלוונטית. איפה האיזון? שמצד אחד אתה לא מחייב את הרשות להפעיל את סמכויות האכיפה שהדין מקנה לה אבל מצד שני צריך לוודא שהחלטה לא להפעיל את סמכויות האכיפה התבצעה לאחר שיקול דעת.

בג"צ 551/99 שק"ם בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ – הייתה עתירה נגד המכס שאומרת שלא אוכפים מספיק את החוק, בית המשפט אומר שהאכיפה היא מאוד חשובה כי יש פה שאלה של שלטון חוק- אבל היא אף פעם לא יכולה להיות מושלמת כי יש הגבלת משאבים וזה לא התפקיד של בית המשפט לבצע את הסמכות במקום הרשות אלא התפקיד שלו הוא לבקר את החלטות הרשות, מתי בית המשפט יורה על הרשות לאכוף? רק כשהיא מתנערת לחלוטין מהחובה לאכוף את החוק או שהיא מפעילה את החובה באופן בלתי סביר או שיש פגם מסוים של שיקולים זרים- זה לא המקרה בפס"ד זה. פס"ד שק"ם מלמד אותנו שבית המשפט נותן מרחב לרשות המנהלית בכל הקשור לסמכויות אכיפה ושומר את ההתערבות שלו למקרים מצומצמים וחריגים.

בג"צ 10202/01 – ארגון סוכנים ובעלי תחנות דלק בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה – תחנות דלק פיראטיות ויצרות סכנה לציבור, בא העותר ואומר שצריך להנחות את כל גורמי האכיפה להשים את זה בראש סדר העדיפויות- להילחם בתחנות דלק פיראטיות, העתירה נדחתה וזה חוזר על ההלכה – רק כאשר הרשות מתנערת לחלוטין מהחובה לאכוף את החוק או נמנעת באופן בלתי סביר ממילוי החובה, בית המשפט אומר שאין הצדקה להתערבות. במבחן התוצאה יש הרבה מה לעשות וכולם צריכים למצות את הסמכויות. במקרה הזה אומר בית המשפט שהם כן קיימו את החובה אבל צריך שיתוף פעולה של עוד רשויות ולכן הוא לא מתערב.

בג"צ 1161/06 תנועת אנחנו על המפה נ' שר הביטחון- העתירה היא בהקשר של אכיפה בלתי מספקת בעניין תכנון והבנייה באיו"ש (יהודה ושומרון), יש סדרי עדיפויות, בא שר הביטחון וקובע סדרי עדיפויות מבחינת סמכויות האכיפה- מה יותר חמור ומה פחות, אומר בית המשפט שאין פגם בסדר העדיפויות שקבעה הרשות בעניין האכיפה, גם אם העותרים מצביעים על דברים שנמצאים בסדר עדיפות נמוך כל עוד יש משהו מושכל ואין אי סבירות קיצוני הם לא מתערבים – אין פה התנערות מלאה או הימנעות בלתי סבירה מאכיפת החוק.

מתי בית המשפט התערב? בעניין היעדר אכיפה של עיריית ת"א בנושא מרכולים שהוקמו בת"א בשבתות בניגוד לחוק העזר העירוני שהיה אז, ערעור עתירה מנהלי 2469/12 – ברמר נ' עיריית תל אביב יפו – פס"ד הזה התחיל את המהלך, היה חוק עזר עירוני בת"א שהשתנה היום, שקבע בעבר שמרכולים לא יכולים לפתוח ביום המנוחה, ביום שבת, ויש כל מיני חנויות שפועלות גם בשבת. חוק העזר הזה הקנה לעיריית ת"א כל מיני אמצעי אכיפה- קנסות ואף הגשה לבית משפט למתן צו איסור פתיחה לעסק שמפר את החוק. יש הרבה מאוד אמצעי אכיפה ועיריית ת"א החליטה בהחלטה מושכלת לנקוט באמצעי קנסות- בעלי המרכולים קיבלו כל שבת קנסות בסך מאות שקלים על הפרת חוק העזר. לכאורה, כולם יוצאים מרווחים – העסקים שמפרים את החוק, עיריית ת"א מרוויחה כי הקנסות הם הכנסות לעירייה ואולי גם הציבור החילוני מרוויח כי הוא קונה בימי שבת, מי לא מרוויח? המתחרים של בעלי החנויות שלא פתוחים בשבת כי הם מקיימים את החוק, הם מפסידים כי אנשים מתרגלים לקנות במקומות מסוימים, גם שלטון החוק מפסיד – כי יש חוק והחוק הופך להיות חסר שניים. זה הגיע לבית המשפט העליון לשופטת נאור והיא אומרת שיש סמכות רשות אבל הרשות המנהלית יש חובה מתמשכת להפעיל את שיקול הדעת ולבחון את הצורך להפעיל את הסמכות ואת האופן שבו היא מפעילה את הסמכות. כשאת רואה ששבת אחרי שבת האמצעים שאת נוקטת לא מראים פרי, אין אכיפה, הרשות אמורה לחשוב מה עושים הלאה כדי לאכוף את חוק העזר? אם את לא נוקטת באמצעים חילופיים התשובה היא שהיא למעשה נמנעת מלהפעיל את שיקול הדעת, או לחילופין מפעילה שיקול דעת אבל בחוסר סבירות. במיוחד שיש עוד אמצעי אכיפה- לבקש צו איסור פתיחת העסק בשבת, וכשבוחרים לא לנקוט באמצעים אומר בית המשפט העליון לעירייה- או

שתאכפי את הדין בשלמותו או שתשנה את חוק העזר- זה חייב את עיריית העיר לשנות את חוק העזר, וכיום המצב המשפטי השתנה.

קיום משחקי כדורגל בשבת – יש פס"ד של בית הדין האזורי לעבודה שאמר שאין היתר להתאחדות לכדורגל לשחק בשבת, 68 שנה יש משחקי כדורגל ללא היתר, אומר בית הדין האזורי לעבודה אם אין היתר צריך להפעיל את החוק. ההתאחדות לכדורגל השביתה את הליגה והשאלה הייתה האם יש פלטפורמה שתאשר לקבל היתר? וקבלת ההיתר היא לא פשוטה כי זה כבר טעון החלטה של הדרג הפוליטי עם כל הרגישויות של השרים הרלוונטיים. פס"ד זה הגיע ליועץ המשפטי לממשלה בעצמו והוא כינס ועדה- והחליטו לא לשנות את הסטטוס קוו .

אצילה / נטילה / העברת סמכות :

דיברנו על עצמאות שיקול הדעת וראינו שבמדינת ישראל הנוהג הוא שהחוק מסמיך לא את הרשות באופן כללי ונותן לה להחליט מי יפעיל את הסמכות, אלא מסמיך גורם ספציפי, פקיד, אורגן. ירשנו את המורשת האנגלית בהקשר הזה (בניגוד לצרפת וגרמניה ששם הדין מסמיך את המשרד באופן כללי). למה זה יוצר קשיים? כי הרבה פעמים יש עומס אדיר על גורם אחד או מס' גורמים שהדין מעמיס אותם בהמון סמכויות (יועמ"ש), האם זה מעשי שאדם אחד יבצע כ"כ הרבה סמכויות? ברור שהוא צריך עזרה, זה אינטרס ציבורי. הפיתרון שלה זה אצילת סמכויות. אותו אדם שקיבל הרבה סמכויות חייב לאצול סמכויות מטה. בעיה נוספת מהכיוון ההפוך, יש לפעמים פקיד שקיבל סמכות מהחוק והוא אומר שזה לא מעניין אותו והוא "לא סופר" את המדיניות של גורמים שמעליו מבחינה היררכית (לא סופר את השר) – כאן צריך ליטול ממנו את הסמכות. העברת סמכויות היא אקט שאומר שאני למעשה מעביר סמכות מפלוני לאחר ואנחנו נראה בהמשך את התנאים שנדרשים לכך, כשמדובר בסמכות עפ"י חוק אם מעבירים אותה מאחד לשני אז צריך את הסכמת הכנסת (אחרת אתה עוקף את החוק).

עקרונות כללים על אצילה :

1. אצילה זה אקט שמאפשר לבעל הסמכות להעביר לאחר את הסמכות ומאפשר לו לשיקול שיקול דעת עצמאי ולהחליט ביחס לאותה סמכות שהואצלה אליו, יחד עם זאת, יש את האוצל שמעביר את הסמכות והנאצל מי שמקבל את הסמכות- כשיש אצילה האחריות נשארת בידי המאציל, כלומר, הוא לא מאבד את הסמכות אלא כל מה שהוא עושה זה הוא יוצר גוף דו ראשי שהסמכות היא גם של האוצל וגם של הנאצל. האחריות היא עדיין של המאציל.
2. כל אם האוצל מאציל סמכות זה לא מבטל את היכולת והכוח שלו להפעיל בעצמו את הסמכות, יש סמכות מקבילה. לכן לא להתבלבל, יש פיקוח של האוצל על הנאצל, בניגוד להלכת מיכלין (לפקיד יש הסמכה מהחוק ולא לשר, השר לא יכול להתערב מבלי ליטול, הוא יכול לטעון במקרים מסוימים) – הסמכות היא של האוצל לפי חוק ולכן זה חובתו להתערב- הוא יכול לבטל ולצמצם את האצילה.

יש מגבלות על האצילה וברירת המחדל היא **שרשות מוסמכת איננה רשאית לאצול סמכות שהדין הקנה לה**, יש חזקה שאם המחוקק הקנה את הסמכות לרשות הוא התכוון שהיא תבצע זאת, אבל זו **חזקה שניתנת לסתירה**, אצילה צריכה הסמכה בחוק שממנה ניתן ללמוד שהמחוקק אפשר לבעל הסמכות לאצול אותה ואם אין הסמכה מפורשת אז צריך לבדוק האם ניתן מכללא באמצעות פרשנות להסיק שהחזקה נסתרה ובכל זאת אפשר לאצול את הסמכות. **ככלל צריך הסמכה מפורשת לאצילה!**

פס"ד סלמה נ' ראש המועצה המקומית תורעאן 170/81 – ראש המועצה אצל את הסמכות שלו לסגן שלו באישור המועצה המקומית. צריך את אישורה כי החוק קובע במפורש כך. באותו מקרה בחלוק הזמן ראש המועצה ביטל את האצילה, בהתחלה הוא עשה את זה באופן משתמע, הוא פשוט הפעיל את הסמכויות בעצמו ובהמשך הוא גם הודיע לו בצורה פורמלית. השאלה היא – האם היה צריך לקבל את רשות המועצה המקומית ליטול את האצילה? אין צורך לקבל את הרשות של המועצה לביטול האצילה מהסיבה שראש המועצה לא התפרק מהסמכות שלו כשהוא אצל אותה – הוא עדיין נשאר מקור הסמכות ובעל הסמכות לפי החוק ולכן הוא רשאי לבטל את האצילה באופן ישיר או עקיף ללא אישור המועצה. זה סוג של ייפוי כוח.

שאלת השאלות באצילה זה מתי אפשר לאצול סמכות? דרך המלך: אצילה צריכה הוראה מפורשת בחוק שתאמר שניתן לאצול את הסמכות – החוק קובע באופן מפורש למי ניתן להאציל את הסמכות. אבל, הפסיקה הכירה גם ביכולת לאצול סמכות באופן משתמע, כלומר, אצילת מכללא, וזאת למרות שאין הוראה מפורשת בחוק שאומרת את זה. אומר בית המשפט העליון שבהיעדר הסמכה מפורשת בחוק יש חזקה פרשנית נגד אצילה. כלומר, אצילה משתמעת לא תמיד אפשרית. ניתן לסתור חזקה זו באמצעות פרשנות – לפרש את החוק ולהסיק שלמרות שלא כתוב באופן מפורש בעל הסמכות רשאי לאצול אותה מכוח פרשנות.

הבחנה בין אצילה והסתייעות :

הבחנה שיש לה חשיבות מאוד משמעותית במשפט המנהלי והבחנה זו אומרת שכשמדובר באצילה אז בעל הסמכות מעביר לנאצל את שיקול הדעת שמוקנה לו, כלומר, מדובר באקט שמבחינה מהותית הוא מאוד משמעותית – אני יוצר גוף דו ראשי. בהסתייעות שיקול הדעת נשאר אצל בעל הסמכות אבל הוא נעזר בעניינים טכניים במסייע, בעל הסמכות הוא זה שמקבל את ההחלטה. פס"ד פיליפוביץ' נ' רשם החברות - 2303/90 - רשם החברות אחראי בין היתר על נושא של עיון במידע על חברות. הוא הקים מכוח הסמכות שלו מאגר נתונים ממוחשב כדי שהציבור יוכל לקבל גישה לעיון בתדפיסי המחשב שיקנו מידע על חברות. הוא החליט למסור לחברות פרטיות את הטיפול בהפקת תדפיסי המחשב, הפקודה שמכוחה פועל הרשם לא מסמיכה אותו לאצול את הסמכות לאפשר לציבור עיון במידע אודות חברות, השאלה העיקרית שבית המשפט דן בה זה האם הרשם רשאי לאצול את הסמכות לחברות פרטיות? ישנם 3 הלכות חשובות וכל אחת מהן כשלעצמה עוזרת לנו :

א. רשות מנהלית רשאית לאצול לעובד ציבור סמכות שהוקנתה לה ככלל רק אם החוק מאפשר את האצילה (דרך המלך) וכשאין הוראה מפורשת שמאפשרת את האצילה אז צריך לבדוק האם יש הסמכה משתמעת שסותרת את החזקה כנגד אצילה. איך אני אדע האם אותו חוק בכל זאת מאפשר את האצילה? אומר השופט ברק שכדי להפריך את החזקה כנגד אצילה צריך לבדוק מספר פרמטרים והוא נותן רשימה שאיננה סגורה : היקף האצילה, המעמד של המאציל ומידת הייחוד של משרתו , היקף שיקול הדעת הניתן לבעל הסמכות, מהות הסמכות (שיפוט) , עד כמה הסמכות משפיעה על זכויות אדם ועל שלום הציבור וכמובן לא פחות חשוב זה השיקולים התועלתניים – האם יש צרכים פרקטיים שמחייבים מבחינה מעשית ויעילות את האצילה. לא מדובר ברשימה סגורה, השופט ברק שבאותו מקרה אין הסמכה מפורשת בפקודת החברות ולפי המבחנים האלה הוא מגיע למסקנה שלא נסותר החזקה ואי אפשר לאצול את הסמכות .

ב. מתי צריך לבדוק האם ניתן מכוח הסמכה משתמעת לאצול סמכות לגוף פרטי? זה נאמר באוביטר כי קבענו שאי אפשר לאצול בכלל, אז מה רלוונטי השאלה האם אפשר לאצול לגוף פרטי או לא? השופט ברק החליט לענות על שאלה זו גם כדי לבחון סוגייה זו. קובע השופט ברק שכאשר החוק הרלוונטי מקים הסמכה משתמעת לאצול סמכות (מכוח פרשנות) אז ההסמכה הזאת היא אפשרית אך ורק לגבי אצילה לעובד ציבור! לא לגוף פרטי! למה? כי עובדי ציבור הם כפופים לכללי המשמעת של הציבור, הם פחות נתונים לניגוד אינטרסים ולכן הגישה של השופט ברק היא שכשיש הסמכה משתמעת הכוונה היא לאצילה לעובד ציבור. האם השופט ברק סגר את הדלת לאצילה לגופים פרטיים? לא, הוא אמר שבמצב כזה הוא לא סוגר את הדלת אלא אמר שצריך להיות נסיבות מיוחדות על מנת שיהיה ניתן לפרש את אותה הסמכה משתמעת באופן כזה שמכוחה ניתן ללמוד שבעל הסמכות רשאי לאצול את הסמכות לגוף פרטי. במקרה הזה, הואיל ואין לו בכלל סמכות משתמעת לאצילה זה לא רלוונטי.

ג. ההלכה השלישית היא – אין הסמכה משתמעת בוודאי אין נסיבות מיוחדות שמאפשרות אצילה לגורמים פרטיים , אבל בודק האם מדובר בהסתייעות? כשמדובר בהסתייעות בגורמים פרטיים אין בכך שום פסול כיוון שמדובר בעניין טכני . קו הגבול שעוזר לנו לאבחן בין אצילה והסתייעות? בדר"כ הפעלת שיקול דעת. כלומר, אם מדובר בתפקיד שמחייב הפעלת שיקול דעת הנטייה לומר שזו אצילה.

באותו מקרה אומר השופט ברק שרשם החברות נעזר באותם חברות פרטיות ולא אצל את הסמכות, הסמכות היא הזכות לעיין במידע על חברות.

למה השופט ברק אומר שצריך נסיבות מיוחדות כדי לאפשר אצילה לגוף פרטי מקום שהחוק לא קובע זאת במפורש? (פס"ד פיליפוביץ')

- שיקול דמוקרטי : אומר שגוף פרטי הוא לא חלק מהמנגנון הציבורי, קשה לפקח עליו, ויש את החשש לשיקולים זרים שלא בהכרח לטובת הציבור.

פס"ד הפנוג – היה מדובר בעיריית אשדוד שהסמיכה אנשים פרטיים מתנדבים לפקח על חוק עזר עירוני (שאסור להפעיל עסקים בשבת), בשורה תחתונה פקחים מתנדבים הם אלו שאכפו זאת- הפגם הוא שאדם מתנדב שיש לו עניין כי בד"כ מדובר בבעלי חנויות שלא פותחים בשבת ויש להם אינטרס לתת כמה שיותר דוחות כדי שזה ייאכף. מדובר באנשים פרטיים עם אידיאולוגיה משלהם שיכולה להשפיע על התפקיד הציבורי. ולכן אם אין נסיבות מיוחדות הכלל הוא שלא ניתן לאצול סמכות לגוף פרטי.

חוק סדר הדין הפלילי קובע מי הם התובעים במדינת ישראל וס' 12 אומר " ואלה התובעים... (רשימה) מי שהיועץ המשפטי לממשלה הסמיכו להיות תובע.. דרך כלל לסוג של משפטים, לבתי משפט מסוימים או למשפט מסוים.. " - מכוח הסעיף הזה האם היועץ המשפטי רשאי להסמיק מישהו פרטי להיות תובע?

למרות שיש הסמכה בחוק, יש צורך בנסיבות מיוחדות

בית המשפט העליון באמצעות השופט ברק עונה על השאלה – פס"ד שעוסק בזה הוא בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה - יש המון עורכי דין שלא חלק מהפרקליטות שהיועץ המשפטי לממשלה מסמיק אותם להגיש כתבי אישום בנושאים ספציפיים והשאלה היא למה אנחנו צריכים את זה? שיקול תקציבי – תקן במשרה ציבורית הוא מאוד יקר – יש חסכון בתקנים ולכן עדיף לקחת עורכי דין פרטיים, יש ניסיון של עורכי דין בנושאים מסוימים שהפרקליטות לא מתמצא בהם, יש גם עניין של סיוע של עורכי דין מבחוץ לעורכי הדין מהפרקליטות. החסרונות: ניגוד אינטרסים, מחויבות והזדהות פחותה עם האכיפה. כשעובדים עם עורכי דין פרטיים לפעמים יש קושי בשיתוף פעולה איתם, זמינות נמוכה. בית המשפט העליון אומר בשורה התחתונה שהיועץ המשפטי לממשלה רשאי להסמיק גם עורכי דין פרטיים למרות שזה לא כתוב במפורש ולמרות שהם לא עובדי ציבור – ברק מדגיש שזאת לא דרך המלך, הכלל הוא שראוי שרשות ציבורית יבצע את הסמכות השלטונית הזו. אבל יש נסיבות מיוחדות : שיקולי יעילות, שלטון החוק- ברק מבין שאלמלא זה תהיה פגיעה משמעותית באכיפה, ומקובל בהרבה מאוד מדינות מערביות, ומוסיף שיש 2 פירושים אפשריים לפרשנות החוק- ולכן הוא מעדיף את הפרשנות שמראה את המציאות בשטח.

צריך לעשות עוד הבחנה והיא בין אצילה אנכית לבין אצילה אופקית, **כאשר מדובר באצילה אנכית** אז זה אומר שהמאציל אוצל את הסמכות לגורם שהוא כפוף אליו ולכן ככלל בימ"ש הנטייה שלו תהייה לאפשר אצילה אנכית כי זה הרציונל שלה **ולעומת זאת שמדובר באצילה אופקית** אז כאן זה קצת יותר בעייתי ופחות לגיטימי כי הרשות המנהלית למעשה מאצילה את הסמכות שלה לגורם שהוא חיצוני שהוא לא כפוף לה ואז יש פה סוג של הליך שיותר דומה להעברת סמכות היכולת של המאציל לפקח על הנאצל שמדובר באצילה אופקית היא הרבה יותר קשה לעומת אצילה אנכית שהוא כפוף לה.

- אם יש הסמכה מפורשת לאצילה אנחנו חיים בעולם שהמחוקק הדריך אותנו ואם אין הדרכה מפורשת וצריך לסתור באמצעות פרשנות הנטייה לאפשר את האצילה שתקבע שזו אצילה אנכית ותקטן שזו אצילה אופקית.

השופט זמיר חושב שמדובר באצילה אנכית (לא אופקית) לדעתו הפסיקה טועה שהיא קובעת שיש חזקה נגד אצילה כי הוא בא ואומר למה הוא כפוף לה, הוא אומר שהחזקה כנגד אצילה מתאימה לאצילה אופקית לעומת זאת לדעתו באצילה אנכית לא צריכה להיות חזקה נגד אצילה גם אם אין סמכות מפורשת כי הוא כפוף לה והרציונל הוא שאתה יכול לפקח ואתה צריך לאפשר לעוד אנשים לסייע לה בביצוע הסמכות, גם שמדובר באצילה לדעתו צריך לבטל את החזקה שמדובר באנכית, (דעת המרצה מעדיפה את האצילה הזו ולבדוק כל טעם לגופו).

- יש בחוק יסוד הממשלה הוראה כללית שמאפשר לשר לאצול את הסמכות שלו. (סעיף 33 לחוק הממשלה).

דוגמאות מהפסיקה לאצילה לגיטימית ולאצילה לא לגיטימית :

347/84-עיריית פתח תקווה נ' שר הפנים – חוק העזר שעיריית פתח תקווה חוקקה והוא קבע שלא ניתן לפתוח בתי עסק בשבת. החוק של הכנסת הסמיק את הרשויות המקומיות להחליט אם היא רוצה לפתוח בשבת או לא. ביצעו תיקון לחוק העזר ובתיקון ניתנה לראש העיר סמכות לתת רישיון

לפתיחת בתי עסק בימי מנוחה אם לדעתו קיים צורך ציבורי בכך, כלומר, הכלל הוא שאסור, אבל- חוק העזר מסמיך את ראש העיר אם הוא חושב שיש מקום להתיר יש לו סמכות להתיר פתיחה בשבת. השאלה הייתה האם חוק העזר הזה הוא תקין, האם הוא חוקי? אומר בית המשפט שיש פה בעיה כי העירייה לא רשאית לאצול סמכות חקיקתית בסופו של יום, שלוח לא יכול להעסיק שלוח, העירייה היא שלוח- כי השלטון המרכזי הוא צריך לאשר את חוקי העזר. לפי החוק, כל חוק עזר צריך לקבל אישור שר פנים. חקיקת העזר עצמה היא סוג של פשרה, כי היינו רוצים שהמחוקק הראשי יסדיר את הכל, ולכן כסוג של פשרה אנחנו אפשרנו למועצת הרשות המקומית לחוקק חוקי עזר אבל לפחות היא צריכה לקבל אישור שר פנים. יש פה פיקוח של השלטון המרכזי. ולכן לפי החוק רק היא, המועצה, יכולה לחוקק חוקי עזר והיא לא יכולה למעשה למנות שליח מטעמה לבצע את מלכת חקיקת המשנה ובמיוחד כשמדובר בסמכות שקשורה לשיקול דעת. ז"א אם היה מדובר בעניין טכני זה היה משהו אחר (הסתייעות) אבל כאן הפקטור הוא סוג של אצילה, מועצת הרשות העבירה לראש העיר את הסמכות להפעיל שיקול דעת ולהחליט אם לתת רישיון או לא לפתיחת עסק בשבת בניגוד לחוק העזר שאומר שאסור. ולכן אומר בית המשפט שהעירייה איננה רשאית לאצול לראש העיר את הסמכות החקיקתית, אין פה הסתייעות אלא יש אצילה.

בג"ץ 2740/96 שני נ' המפקח על היהלומים – יש סעיף בחוק הפיקוח על שירותים ומצרכים, ס'5 אומר ששר רשאי להסדיר בצו סמכויות כוללות לענין הסדרתם של מצרכים ושירותים, פס"ד עוסק בצו שהוצא ע"י השר והוא עוסק ברישוי של יהלומים, הבעיה בצו זה שהוא לא כלל כל הסדר שהוא הסדר מהותי אלא רק כל מה שיש בו הוא הסמכה לפקיד מסוים (המפקח על היהלומים) לתת רישיונות לעסוק בתחום, כלומר, יש לנו פה שימוש של השר באותו ס'5 שמאפשר לו להסדיר סמכויות כוללות אבל הוא לא באמת הסדיר הסדרים מהותיים אלא רק הסמיך פקיד אחר לתת רישיונות לעיסוק בתחום. זה הגיע לבית המשפט העליון והשופט חשין עושה היקש לכלל ההסדרים הראשוניים שאומר שיש חובה במקרה הזה השר, יש לו חובה לקבוע הסדרים ראשוניים בעלי פועל דחיקתי, במקרה הזה הוא לא עשה את זה, השאלה היא האם מה שהוא עשה זה אצילת סמכויות לאותו פקיד (המפקח על היהלומים) לענין זה הוא מנתח את ס' 42 לחוק הפיקוח שאומר ששר רשאי לאצול את הסמכויות המוקנות לו בחוק הפיקוח למעט הסמכות להתקין תקנות והסמכות לתת צווים בני פועל דחיקתי. יש לנו ס' ספציפי שמתיר אצילה אבל מסייג כאשר מדובר בתקנות ובצווים בני פועל דחיקתי. במאמר מוסגר נאמר שיש הסתייגות כללית ממתן אפשרות לאצול סמכות חקיקתית, זה בא לידי ביטוי בס' מפורש בחוק יסוד הממשלה, כי גם ככה יש סוג של פשרה, אנחנו לא אוהבים את זה מבחינה דמוקרטית ששר יקבע חקיקה- יש פגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות, אז בוודאי שלא נרצה שתהיה פה אצילה כפולה. במקרה הזה יש גם סעיף ספציפי שאוסר זאת במפורש. בית המשפט העליון אומר שלכאורה המפקח על היהלומים שהוא אותו פקיד בעקבות הסמכה של השר סה"כ הוציא הנחיות פנימיות ולכן באופן פורמלי אין פה הפרה של אותו סעיף כי הפקיד אומר שהוא לא הוציא צו או הוראה בעלת פועל דחיקתי אלא הוא הוציא רק הנחיות פנימיות. השופט חשין מרים את המסך ואומר שמבחינה מהותית אותן הנחיות פנימיות שהפקיד קבע באו במקום ההסדרים הנורמטיביים שהשר אמור היה לקבוע, ולכן הוא רואה בהנחיות הפנימיות שהפקיד הוציא כתקנות או צווים בני פועל דחיקתיים ואי אפשר היה לאצול את זה. תמיד לבדוק אם צריך להרים את המסך ולא רק לבדוק מבחינה פורמאלית איך קוראים למעשה.

בג"ץ יקותיאל נ' שר הפנים 6741/99 – במקרה הזה מדברים על חוק ההסדרים והוא מסמיך את שר הפנים להתקין תקנות שאמורות לקבוע תנאים וכללים להנחות בארנונה. שר הפנים מתקין תקנה "רשות מקומית רשאית לקבוע אברכים שתורתם ואמנותם שמקבלים הבטחת הכנסה ממשרד דתות הם יקבלו הנחה בארנונה" – האצילה היא אצילה אופקית, יש כמה בעיות פה, בא החוק ואומר ששר הפנים צריך לקבוע מיהם הזכאים שרשאים לקבל הנחה בארנונה מבלי קריטריונים שהרשות המקומית תחליט, הוא אמור ליצור את המתווה, את הזכאים לקבל הנחה בארנונה והוא פתאום נשען על קריטריונים שקובע משרד הדתות – כי הוא זה שמעניק את אותו תשלום להבטחת הכנסה. הוא אוצל סמכות שלו, אצילה אופקית כי שר הדתות לא כפוף לשר הפנים – זו לא אצילה מפורשת, זו אצילה מסוות. בית המשפט מרים את המסך ואומר שיש פה סמכות אצילה להתקין תקנה בעלת פועל דחיקתי- ככלל אסור לאצול סמכות להתקין תקנה בעלת פועל דחיקתי. אפשר גם לראות את זה כסוג של העברת סמכות, בא שר הפנים ומעביר את הסמכות ממנו לשר הדתות, והעברת סמכות לא יכולה להתבצע ע"י שר – יש מקרים שחוק היסוד מאפשר העברת סמכות, אבל תמיד כשהיא נעשית היא

תעשה בהסכמת הכנסת כי היא זו שקבעה מההתחלה למי תהייה סמכות. בית המשפט אומר שהתקנה ששר הפנים התקין היא למעשה אצילה של סמכות להתקין תקנות למתן הנחה בארנונה למשרד הדתות גם אם לא מדובר באצילה מפורשת זו אצילה אופקית מוסוות שהמשמעות שלה זה למעשה העברת הסמכות מגוף שלטוני אחד אל גוף שלטוני אחר. ברגע שהוא העביר את הסמכות הוא חייב לפקח, באצילה אופקית הוא מאבד את היכולת שלו לפקח ולשלוט בתהליך.

כשיש אצילה כל אצילה כפופה לביקורת שיפוטית, במילים אחרות – גם כשמותר לאצול אז צריך לבדוק האם הפעלת את הסמכות כדין, ז"א האם הפעלת שיקולים זרים או האם האצילה חורגת ממתחם הסבירות או איננה מידתית, כלומר, זה שיש לי סמכות לאצול זה לא אומר שבכל מקרה בית המשפט יאשר אותה.

אחד הדברים שאנחנו תמיד נבדוק כשיקולי מדיניות כשאין לי חוק מפורש שמתיר את האצילה (יש חזקה כנגד אצילה אלא אם כן תצליח להראות שמבחינת פירוש ניתן להבין שהאצילה היא כדין) כשמדובר בסמכות חקיקתית זה תמיד קו אדום – **אחת הנקודות שאמורות להדליק נורה אדומה כנגד אצילה זה אם מדובר בסמכות שהיא חקיקתית**. כי יש פה בעיה דמוקרטית, ס' 33 אוסר על שר לאצול סמכות חקיקתית.

אבל, אם יש מקרה שבו החוק במפורש מאפשר אצילה של סמכות חקיקתית, גם אם לא נאהב את זה לאור ס' 33(ה) לחוק יסוד הממשלה זה אפשרי.

סוגיות של ניגוד עניינים גם מעלות אצלנו דגל אדום, בא לידי ביטוי כשמדובר באצילה לגורמים פרטיים, אם מדובר באצילה לגוף פרטי צריכות להיות נסיבות מיוחדות כדי שבית המשפט יפרש את החוק שהוא לא מאפשר במפורש את האצילה. זה לא אומר שהחוק לא יכול במפורש לאפשר אצילה לגורמים פרטיים, אם כן נבחן את החוק בהתאם. מנגד יש את השיקול של מקצועיות, ככל שמדובר בגורם מקצועי זה יכול לחזק את הלגיטימיות שלה.

פס"ד המועצה הישראלית לצרכנות נ' יושב ראש המועצה להגבלים עסקיים – הממונה על ההגבלים העסקיים הסמיך את איגוד חברות הביטוח (גוף פרטי) לקבוע קווי פעולה בכל הקשור לתוכניות דמי ותנאי ביטוח. בית המשפט אומר שיש בעיה כי הממונה על ההגבלים העסקיים אמור לפקח והוא נותן את התפקיד של הפיקוח לאיגוד חברות הביטוח במקומך, יש פה פקטור של אצילה. האיגוד הוא גורם אינטרסנטי – חשש ניגוד העניינים מקבל משקל משמעותי.

**** הבחנה בין הסתייעות לאצילה – חידוד :

יש פעמים שנורא קל להבין שמדובר בהסתייעות – בירור עובדות, הכנת טפסים, חוות דעת של מומחים – כל מה שמזכיר לנו פעולות טכניות מדובר בהסתייעות. **קו פרשת המים בין הסתייעות לאצילה הוא שיקול הדעת**. כשמדובר באיסוף עובדות, בירור עובדות- אין בכך בעיה, הרשות המנהלית צריכה לקבל החלטה, היא לא צריכה בעצמה לאסוף את העובדות, היא יכולה להסתפק בלבקש ממישהו שיברר ולקרוא את התמצית ועל בסיס זה לקבל החלטה. היא לא חייבת לחקור בעצמה את הראיות והעובדות- זו הסתייעות. בניגוד לבית משפט רשות מנהלית נוטה להיעזר בהרבה גורמים שיבצעו בשבילה את הדברים הטכניים. בבית משפט השופט עושה את הכל, ניח בתיק פילי הוא שומע את העדים, מקבל את הראיות, הוא שומע את הראיות הנגדיות הוא מכריע ולבסוף גם כותב גזר דין.

לסיכום,

אפשר לאצול ככלל רק כשהחוק מסמיך, כשהחוק לא מסמיך יש חזקה נגד אצילה אפשר להפריך את החזקה הזו באמצעות פרשנות אבל כדי לאפשר אצילה לגורמים פרטיים שהחוק לא מצוין במפורש צריך נסיבות מיוחדות, כשיש אצילה האחריות המשפטית והציבורית ממשיכה להיות מוטלת על האוצל ולכן הוא יכול לבטל את האצילה בכל עת – אין התנגשות עם הלכת מיכלין כי לא מדובר בנטילת אצילה, הוא יכול במקביל לנאצל להפעיל את הסמכות כי הוא לא מתפרק מהסמכות הסטטוטורית. (גוף דו ראשי), הוא צריך לפקח על הנאצל ולכן טוב וראוי אם כבר שהאצילה תהייה אנכית ולא אופקית, יש לנו הסתייגות עקרונית מאצילה אופקית – בוודאי שהחוק לא מאפשר אותה במפורש.

ניתן לאצול סמכות אבל כדי להבטיח את השליטה שלו להפעיל כל מיני סייגים – מכאן נובע שאם התקבלה החלטה ע"י הנאצל, האם הוא יכול לפנות ולבקש שינוי של החלטה של הנאצל? התשובה היא כן. אם לפי העקרונות של הפסיקה יש מקום לשנות את ההחלטה אין שום פסול, אבל אם זה לא מתבצע הוא יכול לפנות לאצול כיוון שמדובר בסמכות דו ראשית.

פס"ד גרוס נ' עיריית תל אביב – בשנות ה-80 עיריית תל אביב החליטה שהיא נלחמת בחניה לא חוקית באמצעות סינדול של הגלגלים. את התהליך של הסנדול עצמו ביצעה חברה פרטית, באה עיריית תל אביב לחברה הפרטית וביקשה שמבחינת מדיניות האכיפה לא תהיה מדיניות אחידה בכל חלקי העיר בכל שעות היום, כלומר, הם רצו שתהיה מדיניות אכיפה כזו שיהיה היגיון לגבי חלקים מסוימים בעיר, החברה מבחינה רוצה לסנדל כמה שיותר היא אמרה שלא, כי כתוב בהסכם שלהם שהיא יכולה לסנדל ללא כל הגבלה ולכן לא הסכימה למדיניות של העירייה- חשש של אצילת סמכות לגורם פרטי שיש לו אינטרס למקסום הרווח הפרטי שלו. אומר בית המשפט שהעירייה לא יכולה לאצול לחברה פרטית את מדיניות האכיפה. בסופו של יום בית המשפט מפרש את ההסכם באופן שאומר שיש סמכות לעירייה לתת הנחיות לחברה בעניין מדיניות האכיפה.

איסור אצילה כפולה :

ככלל, אי אפשר לאצול פעמיים, הנאצל לא יכול לאצול תחתיו למישהו שכפוף לו את הסמכות – אלא אם יש ס' מפורש בחוק שמתיר זאת. הרציונל הוא הפיקוח, המאציל עדיין בעל האחריות, הוא צריך לפקח וככל שאנחנו מתירים אצילות כפולות השליטה שלו והפיקוח שלו נחלשים.

סעיף 33 לחוק יסוד הממשלה :

סעיף זה מתייחס לאצילת סמכויות של ממשלה ושרים.

(א) "סמכות הנתונה על פי דין לממשלה רשאית הממשלה לאצול לאחד השרים, ס' זה לא יחול על סמכויות הממשלה לפי חוק יסוד זה למעט לפי ס' 32 "

כל סמכות שיש לממשלה היא רשאית לאצול לשר, אבל היא לא יכולה לאצול סמכויות שחוק יסוד הממשלה נותן לממשלה, למעט ס' 32. סמכות שיוצרת ניתן לאצול.

כתוב שהממשלה רשאית לאצול את הסמכויות שלה רק לשר, לא לכל אחד!!! הרציונל הוא שרק ככה הממשלה יכולה לפקח על האצילה.

(ב) "סמכות הנתונה לאחד השרים על פי חוק או שהועברה לו על פי 31(ב) למעט סמכות להתקין תקנות רשאי השר לאצול כולה מקצתה או בסייגים לעובד ציבור "

יש לנו פה הוראה כללית, שמאפשרת לכל שר לאצול סמכות לעובד ציבור. כשמדובר בסמכות שניתנת לשר אני לא צריך לחפש האם החוק מאפשר את האצילה, כי חוק יסוד הממשלה ברמה הכללית מסמיך כל שר לאצול סמכות שניתנה לו עפ"י דין לעובד ציבור למעט סמכות להתקין תקנות. כתוב עובד ציבור- לא לאדם פרטי. פה כבר במפורש חוק יסוד הממשלה אוסר על אצילה לאדם פרטי וגם אוסר את האצילה של הסמכות להתקין תקנות, יש להשים לב שההגדרה של עובד ציבור היא הגדרה רחבה מעובד מדינה – עובד ציבור יכול להיות עובד של תאגיד סטטורי, המחוקק לא צמצם את היכולת של השר לאצול רק לעובדי מדינה- הוא הרחיב את זה לעובד ציבור.

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

מדובר על אצילה כפולה, ממשלה אצלה לשר ושר רשאי לאצול לעובד ציבור. (ממשלה-שר-עובד ציבור). חשוב להשים לב שצריך את ההסמכה של הממשלה, הרעיון הוא שיש אפשרות לאצילה כפולה כדי שתהיה יעילות. אנחנו מפרשים את הסיפא של ס' 33(ג) באופן כזה שלא צריך הסמכה ספציפית, מספיק שבפעם הראשונה היא נתנה לו את ההסמכה הכללית לאצילה הכפולה.

(ה)"הוראות ס' זה יחולו אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק המקנה את הסמכות או המטיל את החובה" – יש פה מקרה חריג שחוק ברמה שהוא חוק יסוד שאמור להיות חלק מהחוקה שלנו, ברמה הנורמטיבית העליונה ביותר הוא מאפשר לחוק רגיל לסטות ממנו- זה דבר נדיר! אם חוק רגיל יאפשר במפורש לשר לאצול סמכות לגוף פרטי אז יש פה בהחלט מקרה חריג וחוקי.

בג"ץ 9518/16 – פרופסור אלון הראל נ' הכנסת – תיקון לחוק מעמד ההסתדרות הציונית העולמית, המחוקק תיקן את החוק הזה ואיפשר לממשלת ישראל לאצול לחטיבה להתיישבות סמכויות שלטוניות שעד עכשיו הממשלה עשתה אותם מכוח הסמכות השיורית שלה – הכוונה היא לסמכות פיתוח התיישבות, הקמה של מבנה ציבור בהתיישבות, חיזוק ושיקום יישובים וכפרים חלשים- כל הסמכויות האמורות הן סמכויות שהממשלה מחזיקה בהם מכוח הסמכות השיורית, למה היה צריך להקנות סמכות מפורשת לממשלה לאצול לחטיבה להתיישבות? כי החטיבה להתיישבות היא לא רשות שלטונית, היא זרוע של הסוכנות היהודית ושניהם הם גוף דו מהותי, לפי ס' 33 לחוק הממשלה הסמכות היא לאצול את זה לעובד ציבור – ולכן צריך הסמכה מפורשת לאצול את הסמכות לגוף דו מהותי, זה אפשרי לפי ס' 33(ה) שמאפשר את זה. אותו תיקון לחוק שאפשר לממשלה לאצול את הסמכות לחטיבה להתיישבות קבע עוד כמה הוראות ואחת מהן זה שחוק חובת המרכזים חל על החטיבה להתיישבות, חוק חופש המידע חל על החטיבה בעניינים הכספיים, אבל מצד שני הוא אומר שאין באצילה הזאת כדי להפוך את החטיבה לרשות מרשויות המדינה – היא מבהירה זאת במפורש. באותה עתירה לבג"ץ טענו העותרים שהחוק הזה הוא לא חוקתי משתי סיבות – סיבה אחת זה שהחוק הזה פוגע בס' 33 לחוק יסוד הממשלה כי יש לנו פה אצילה לגוף פרטי – התשובה של השופט רובינשטיין הוא ס' 33(ה) – יש פה בהחלט אפשרות של המכונן לסטות מהסדר הכללי ולאפשר גם אצילה לגוף פרטי ועוד אומר השופט שהחטיבה להתיישבות זה לא גוף פרטי אלא גוף דו מהותי, הוא אפילו נוטה לראות את עובדי החטיבה לעובדי ציבור (משאיר זאת בצריך עיון). טענה שניה היא שיש פה אצילה של סמכות שלטונית לגוף פרטי וזה בניגוד לס' 1 לחוק יסוד הממשלה שאומר שיש ליבה של סמכויות שלטוניות (סמכויות גרעיניות) שחייבות להישאר בידי הממשלה – כמו בעניין הפרטת בתי הסוהר.

נטילת סמכויות:

נטילה זה כשגורם מנהלי בדר"כ בכיר נוטל את הסמכות שגורם מנהלי שמבחינה היררכית כפוף לו, הסמכות עפ"י חוק נתונה לאותו גורם מנהלי הנחות יותר. נטילה הוזכרה בהקשר לאחד הפתרונות לשיקול דעת ולבעייתיות שנובעת מהלכת מיכלין. נטילה זה פיתרון שמאפשר לגורם בכיר מבחינה היררכית לנטול את הסמכות מגורם פחות בכיר. **נטילה חייבת להיות מעוגנת בחוק שמאפשר אותו.** זה לא קפריזה של גורם בכיר שיכול לנטול סמכות, כי בסוף יש את עקרון חוקיות המנהל ואף אחד לא יכול לעשות מה שהוא רוצה – הכל צריך להיות מעוגן בחוק ואכן הוא מעוגן בס' 34 לחוק יסוד הממשלה. "שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי לנטול לעצמו כל סמכות למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי הנתונה עפ"י אותו חוק לעובד המדינה אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק, השר רשאי לעשות כאמור לעניין מסוים או לתקופה מסוימת" – מדובר על עובד מדינה, היכולת לנטול היא כאשר מדובר בסמכות שניתנה לעובד מדינה **והסייגים** : למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי- ברור ששר המשפטים לא יכול לנטול סמכות של שופט, והסייג השני אם אין כוונה אחרת משמעת מן החוק – צריך להשים לב כשמדובר על נטילה לא מדברים על עובד ציבור אלא על עובד מדינה. עובד ציבור יכול להיות גם עובד של רשות מקומית- כאן מדובר על משהו יותר מצומצם, על עובד מדינה – בגלל שהחריגות הזו של אקט הנטילה, אנחנו לא רוצים ששר יטול סמכות של עובד של תאגיד סטטוטורי שהוא השר שאחראי על אותו תאגיד ולכן החוק מצמצם את זה.

מתי הגורם הבכיר יטול את הסמכות? בדר"כ כשמדובר במשהו עקרוני וכשמתגלים חילוקי דעות משמעותיים בינו לבין אותו גורם שהוא כפוף לו והוא בעל הסמכות. (בתוך הסילבוס יש כמה פסקי דין שעוסקים בזה) **פס"ד בעניין חורב נ' שר התחבורה – פס"ד קלאסי**, חשוב להבין שהיתרון הגדול של הנטילה הוא עצם העובדה שיש הליך של שקיפות ציבורית, יש דגל שמורם – לפעמים זה יכול לעורר תהיות לגבי האם היה ראוי שאותו שר יטול את הסמכות – אבל לפחות יש ביקורת ציבורית ופיקוח ציבורית וזה טוב יותר מסיטואציה של שר שבחדרי חדרים למעשה כופה על הפקיד הממונה לעשות את מה שהוא רוצה ואז הציבור לא ידע שהחלטת הפקיד שפחות פקיד היא למעשה תולדה של לחץ שהופעל על השר. לפחות כשעוסקים נטילה יש את השקיפות הציבורית. **כמובן, היתרון הגדול של נטילה** זה היכולת של הגורם הבכיר להשליט סדר בארגון ולתת משקל לעמדה שלו. העובדה שגורם בכיר נוטל את הסמכות לא אומרת שמבחינה ביקורת על תוכן שיקול הדעת המנהלי שהופעל על ההחלטה – זה לא אומר שאנחנו לא נבקר את ההחלטה מבחינת התוכן שלה, אותם שיקולים שהפקיד הפחות בכיר שהחוק הסמיך אותו להפעיל את הסמכות צריך עכשיו להפעיל השר. אבל, בסופו של יום גם אם אנחנו מפעילים את אותם שיקולים המשקל שניתן לשיקולים יכולים להשתנות מאדם לאדם ויש תוצאות שונות- זה עדיין לא אומר שההחלטה של השר תהייה החלטה בלתי

סבירה. רק חוסר סבירות קיצוני מוביל להתערבות בהחלטת הרשות המנהלית ולכן יכולה להיות סיטואציה ששני אנשים שונים שניהם שוקלים את אותם שיקולים רק כל אחד מהם נותן משקל אחר לשיקולים נוגדים והתוצאה היא ששניהם מגיעים להחלטות סותרות ושניהן במתחם הסבירות. היועץ המשפטי לממשלה בוחן האם להגיש כתב אישום – לכל אחד שיושב בחדר יש עמדה, אנחנו רוצים לשמוע את הדעות השונות אבל בסופו של דבר רק אחד מחליט. כשמדובר בכתב אישום נגד ראש הממשלה על פי חוק היועץ המשפטי צריך לקבל את ההחלטה בעצמו ולחתום על כתב האישום בעצמו.

אותו גורם בכיר שנטל את הסמכות צריך לשקול את אותם השיקולים, זה לא אומר שמותר לו הכל, הוא עדיין תחום לשיקולים שהחוק מאפשר והוא צריך לשקול רק שיקולים עניינים ואסור לו לשקול שיקולים זרים. אם יעשה כך וישקול שיקולים זרים יכול להיות שלמרות הנטילה שהייתה חוקית בית המשפט מתערב בגלל שהוא סבור שהיא נגועה בשיקולים זרים.

בג"צ חוף העמק נ' המועצה המקומית רמת ישי 547/84 – מדובר על פקודת המועצות המקומיות, יש את ס' 14 והוא מתנה את הסמכות של המועצה המקומית להטיל ארנונה באישור הממונה. יש סעיף 153 לצו אחר שמתנה את סמכות המועצה להטיל ארנונה באישור שר הפנים, יש לנו 2 סמכויות – הממונה ושר הפנים ואומר השופט ברק שיש סיטואציה שצריך גם את האישור של הגוף הפוליטי (שר הפנים) וגם את האישור של הגוף המקצועי (הממונה), אומר ברק שבאופן טבעי לפני שהגוף הפוליטי יתן את האישור הוא צריך לקבל את עמדת הגוף המקצועי, כלומר, את הממונה. אם הממונה מסרב לאשר אז התוצאה היא שאי אפשר להטיל ארנונה, הואיל וזו תוצאה שלא מתקבלת על הדעת יש אפשרות אם הממונה נותר איתן בדעתו שר הפנים רשאי ליטול את הסמכות. בדרך כלל נטילה מתבצעת בצורה מפורשת אבל הפסיקה מכירה בנטילה משתמעת, בג"צ חורב בעניין שר התחבורה, השר נטל את הסמכות של המפקח על התעבורה והחליט לסגור את כביש בר אילן בשבת וחגים מה שמגדיש בית המשפט זה את העובדה שהייתה נטילה משנה את הזכות הפרסונלית של מי שמקבל את ההחלטה, אבל היא לא משנה את השיקולים העניינים שצריכים לשקול. רואים את שר התחבורה כאילו הוא מפקח על התחבורה

העברת סמכויות :

העברת סמכות כשמה היא, מעבירים סמכות סטטוטורית מרשות אחת לרשות אחרת, ההבדל בין העברה לבין אצילה הוא שבאצילה יש לנו סמכות של אוצר שנתרת בידיו והנאצל והאוצל הופכים להיות שניהם בעלי הסמכות, כשמדובר בהעברת סמכויות הרשות המעבירה מתפרקת מהסמכות, היא מפסיקה לפעול באותו תחום, בדר"כ העברה היא אופקית ולא אנכית. אין יחסי היררכיה, אין יחסי כפיפות, סעיף 31(ב) לחוק יסוד הממשלה הוא אחד ההסדרים הבולטים בתחום העברת סמכויות "הממשלה רשאית באישור הכנסת להעביר סמכות הנתונה עפ"י חוק לשר אחר או חובה המוטלת עליו לפי חוק כולה או מקצתה לשר אחר" – למה צריך את אישור הכנסת? בגלל עיקרון הפרדת הרשויות, לא יעלה על הדעת שהרשות המבצעת תתערב בסמכות שקבעה הסמכות המחוקקת ולכן אם רוצים להעביר סמכות מגורם אחד לגורם אחר צריך את אישור המחוקק.

ההליך המנהלי

שיתוף הציבור בהליך המנהלי

עד עכשיו דיברנו על סמכויות – האם יש סמכות או לא, עכשיו אנחנו מתקדמים, נקודת המוצא היא שיש סמכות. השאלה שנשאלת היא איך בוצעה הסמכות מבחינת הליך תקין. נושא הדגל שעוסק בהליך המנהלי הוא הכלל האוסר על ניגוד עניינים והכלל האוסר על משוא פנים וזכות הטעון – כללי צדק טבעי.

כל ההיבטים של ההליך המנהלי והחשיבות שלהם באה לידי ביטוי כי ככל שההליך תקין כך גם יש סיכוי גדול יותר שהוא יהיה הליך טוב יותר, בדר"כ יש יחס ישיר בין תקינות תהליכים לבין תיוג התוצאה המנהלית, למה? כי אם לדוגמה אני מקבל החלטה מבלי לשמוע את הצד שהולך להיפגע ממנה יכול להיות שההחלטה לא תהייה טובה כי אני אפילו לא מכיר את ההשלכות של ההחלטה שלי (לכן צריך לתת זכות טעון), אם נעשה היקש להליך הפלילי- שימוע לפני הגשת כתב אישום.

2 דעות מבחינה משפטית שניתן לבסס את כללי הצדק הטבעי :

- אם יש החלטה והיא מספיק זמן לפני הבחירות לא יעלה על הדעת שהממשלה תשאיר אותה במגירה – ראוי שהציבור יכיר אותה.

• ההחלטה הזו היא בכפוף לשימוע – יש טיטוט כתב אישום, אנחנו נותנים את ליבת החומר ועכשיו צריך לשכנע למה לא להגיש כתב אישום, באמצע יש בחירות והציבור לא יוכל לדעת כי אנחנו באמצע תהליך מה יהיה אם אחרי הבחירות השימוע התקבל?
המרצה דוגל בגישה הראשונה, שצריך לפרסם.
לכאורה ניתן לשאול למה צריך שימוע לפני הגשת אישום? ניתן להגיד שאת כל מה שיש לנאשם להגיד שיגיד בבית המשפט – התשובה הזאת לא טובה, התשובה לשאלה היא שעצם הגשת כתב אישום היא כשעצמה פוגעת פגיעה קשה בזכויות שלי ולכן ראוי שתשמע אותי כדי שאשנע אותך למה לא להגיש את כתב האישום ולכן השימוע הוא חלק מכללי הצדק הטבעי והוא חשוב.

כשאנחנו מדברים על שיתוף הציבור בהליך המנהלי אז הנושא המרכזי הוא עד כמה חשוב לערב את הציבור על מנת שהקול שלו ישמע מבחינת הגברת אמון הציבור במערכת, מבחינת השקיפות, זה נכון שיש בחירות כל 4 שנים – וזה הזמן של העם לומר את דברו, השאלה היא מה קורה באמצע, בדרך? ככל שאתה משתף את הציבור בהליך המנהלי זה בהחלט מגביר את המשחק הדמוקרטי כי בסוף המקום של הציבור בא לידי ביטוי בעשייה השוטפת של הרשות המנהלית וכמובן היתרונות הם רבים. יש גם חסרונות כי ככל שנשתף את הציבור זה יסרב את ההליך המנהלי – לדוגמה שר רוצה להתקין תקנות חדשות – האם ראוי שלפני שיתקין את התקנות החדשות הוא יעלה לאתר דברי הסבר וישמע את הציבור ואולי יקבל תובנות מהציבור לפני שהוא מתקין תקנות? בוועדות לפני חקיקת הכנסת הציבור הרלוונטי נשמע – יושב ראש הוועדה מזמין את הנציגים הרלוונטיים שהחקיקה יכולה להשפיע עליהם והקול שלהם נשמע, ראוי שהציבור יהיה שותף בהליך המנהלי גם בהקשרים אחרים. החסרונות: יעילות, סרבול ואולי גם חשש להטעיה כי לפעמים ששומעים את הציבור יש חשש שגורמים בעלי עניין שבדר"כ יותר מתוחכמים הם אלו שיתנו את הטון ויובילו לשינוי ההחלטה המנהלית – לפעמים זה דווקא יכול לאזן בין קבוצות.

לדוגמה: נניח מפקח על הביטוח רוצה לגבש פוליסת ביטוח תקנית, הוא פונה לכל חברות הביטוח ושואל או מבקש את עמדתם בנושא, הם גוף אינטרסנטי ולכן ראוי שגם עמדת הצרכנים תשמע ולא רק עמדת חברות הביטוח שיכולים להפעיל לחץ. ככל שיש שיתוף של יותר גורמים חברתיים – של עמותות או מגזר שלישי זה בדר"כ מתייג את ההחלטה.

כשפותחים את שערי בג"צ זה סוג של שיתוף ציבור כי ברגע שאתה פותח את שערי בג"צ ואיפשר להגיש עתירות עקרוניות גם אם אתה לא ניזוק ישיר אבל יש עניין ציבורי בעתירה זה כמובן מגביר את שלטון החוק ופותח את האפשרות של הציבור לבקר את ההליך המנהלי גם אם הוא לא נפגע ישיר.

לגבי בעיית יעילות ניתן למצוא פתרונות, למשל בחוק התכנון והבנייה יש תהליך שנקרא "התנגדות לתוכניות", החוק עצמו מאפשר למוסד תכנון לשמוע מתנגדים שמייצגים אותם עמדות התנגדות. באופן כללי המרצה חושב שזה נכון נניח והולכת להתקבל החלטה ע"י רשות מנהלית שיכולה להשפיע על חיי קהילה מסוימת, למה לא לפני שמתקבלת החלטה לבצע תסקיר כדי לבדוק מה המשמעות של ההחלטה לגבי אותה קהילה. אחד הכלים הטובים לשתף את הציבור בהליך המנהלי הוא להגביר את השקיפות – ככל שמגבירים את השקיפות אז יש סיכוי טוב יותר שההחלטה תשקף גם את האינטרסים הציבוריים. הדוגמה היא פס"ד אילן נגד עיריית תל אביב יפו – מקרה של מכרז פנימי שעיריית תל אביב ביצעה למשרה שנקראת "מנהל תחנת הצלה". מה שקרה זה שמדובר במכרז פנימי – חברי ועדת המכרזים מכירים את המועמדים כי זה הרעיון במכרז פנימי על היתרונות והחסרונות שיש בו. באותו מקרה אמר העותר שאחד מחברי ועדת המכרזים נפגש עם מועמדים לאותה משרה לפני הישיבה והחליט לתמוך במועמד שהוא מועדף עליו במקרה הזה זה היה מועמד שמועדף על ועד המצילים, הטענה של העותר הייתה שהוא היה צריך לפחות לדווח לחברי ועדת המכרזים שהמועמד הזה נפגש איתו לפני ישיבת המכרזים. אומר בית המשפט שיש בעיה של משוא פנים, על פני דברים במצב הנקי האופטימלי היינו אומרים שלא יכול להיות שחבר ועדת מכרזים מכיר מועמד ואפילו נפגש איתו וזה על פני הדברים יכול לזהם את ההחלטה שלו כי יש בעיה של חשש לניגוד עניינים ובעיה של מראית עין, גם אם הוא אישית יכול להתעלם מהקושי עצם ההימצאות שלו בסיטואציה היא כשלעצמה פסולה. אומר בית המשפט גם אם זו סיטואציה שהוא לא היה רוצה שיקרה בעולם מושלם זה חלק מהעניין במכרז פנימי, ולכן אומר בית המשפט העליון שגם אם זה משהו בעייתי מבחינת ניגוד עניינים הוא לא יכול למנוע אותו כי יש פה שאלה של פרקטיקה, אבל הוא יכול לדרוש שקיפות. שאותו חבר ועדה ידווח לחברי הוועדה כל נתון שיכול להשפיע על ההחלטה, ולא רק שקיפות אלא מציינים שחלק מסדרי המנהל התקינים זה שיירשם פרוטוקול שישקף את עיקרי

הדברים וזה חלק מזכות הציבור לדעת ובמיוחד יבטיח את התקינות של ההליך- במקרה הזה מה שעושים זה שדרך הפרוטוקול מעבירים את הפיקוח על הועדה אל הציבור שיכול למעשה להפעיל ביקורת שיפוטית על הועדה הזו. במקרה הזה, לא היה פרוטוקול כזה, לא היה ניתן להבין מהפרוטוקול האם היה דיווח ואם כן מה נאמר ולכן אומר בית המשפט שכשאנחנו לא יודעים מה אמרו חברי הועדה ומה הייתה התשובה אז התוצאה היא לביטול המכרז.

אחד הדברים המרכזיים לשיתוף הציבור הוא התייעצות.

התייעצות זו דוגמה קלאסית לשיתוף של הציבור, תמיד כשמדובר על התייעצות יש לנו בעצם משולש:

- נותן העצה
- מקבל העצה
- האינטרס הציבורי

הרעיון של התייעצות הוא להרחיב ולחזק את התשתית העובדתית לפני שמקבלים החלטה. כמובן, יכול להיות מקרה של התייעצות בגורם שיש לו הטעיה והוא ינסה להוביל את מקבל החלטה לקבל את דעתו, כמובן שהעובדה שמתיעצים לא אומר שחייב לקבל את העצה. יש 2 סוגי התייעצות:

- התייעצות חובה – מקרים שהחוק מחייב את בעל הסמכות להתייעץ (לדוגמה: מינוי של תפקיד מסוים יעשה ע"י שר הכלכלה בהתייעצות שרת המשפטים)
 - התייעצות וולנטרית – חלק מסמכות העזר, בעל הסמכות רוצה להתייעץ עם גורמים מסוימים שהוא חושב שעמדתם יכולה להיות רלוונטית כדי שהחלטה שיקבל תהיה החלטה טובה יותר. (לדוגמה: ועדה מייצעת שעוסקת בטוהר המידות של בכירים- מינוי של ממשלה).
- יש מקרים שהדין מבקש מהרשות המנהלית לקבל החלטה- לדוגמה שר התחבורה באישור שר המשפטים, אתה חייב לקבל החלטה שהצד השני יסכים.

הפסיקה עוסקת באמות מידה להתייעצות ראויה (עוסק בהתייעצות חובה), הפסיקה מדברת על כמה רכיבים:

1. פתיחות להתייעץ – משמע, צריך שהגורם שאמור לקבל את העצה יבוא בלב פתוח ונפש חפצה לשמוע את מי שמיעץ לו (ניתן ללמוד מהנסיבות האם מדובר בהתייעצות אמיתית או רק כדי לסמן וי שאכן התייעצת – צריך לתת לגורם המיעץ את החומר הרלוונטי, לתת לו זמן לגבש עצה ואם יש כל מיני התפתחויות צריך בהחלט לדווח לו עליהם כדי שכל התמונה תהיה לנגד עיניו, כלומר, יש חובות של הגורם שאמור לקבל את העצה ויש חובות גם לנותן העצה- צריך לנמק את הייעוץ, הוא צריך לתת את העמדה תוך פרק זמן סביר).
2. שנותן העצה ינמק, תוך זמן סביר.
3. אינטרס ציבורי.

פס"ד 512/81- המכון לארכאולוגיה נ' שר החינוך והתרבות – היה מדובר ברישיון שניתן ל עותרים לערוך חפירות ארכאולוגיות בירושלים ושר החינוך החליט להתלות את הרישיון (להשהות), הסיפור הוא בשטח מסוים בעיר דוד שביצעו בו חפירות וכבר בוצעו בעבר חפירות במקום ההוא, באיזשהו שלב בהמשך החפירות צצו טענות שיש שם קברים, החפירות פוגעות בקברים, באו אנשי משרד הדתות והסכימו לצמצם את היקף החפירות ובהמשך הופיעו חרדים וניסו בדרכים מתלהמות למנוע בכוח את העבודה, הפגנות, תקיפות החופרים בשלב הזה הגורם המקצועי שאחראי על מתן הרישיון במשרד החינוך לא קיבל את העמדה הזאת – הוא קיבל את עמדת המומחים שמהתחלה אישרו את החפירות כי אין שם מעולם בית קברות, בשלב מסוים ביקר באתר הרב הראשי בישראל, שני הרבנים הראשיים פרסמו פסק הלכה שאוסר על החפירות במקום הזה- שכל אתר עיר דוד הוא בית קברות ובשלב הזה הגיע הסיבוב פרסה של משרד החינוך, במקרה דנן שר החינוך, החליט ליטול את הסמכות של מנהל אגף העתיקות במשרד החינוך- שנתן את הרישיון בפועל, סעיף הנטילה אומר ששר ראשי ליטול את הסמכות של עובד מדינה, השר נטל את הסמכות המקצועית, התליית הרישיון לפי הדין חייבת התייעצות עם המועצה הארכאולוגית והיא מחייבת גם מתן זכות טיעון לבעל הרישיון, ז"א יש לנו שילוב, ראשית לשמוע את מי שעשוי להיפגע מההחלטה, אבל צריך גם לשמוע מועצה מסוימת ולהתייעץ איתה (התייעצות חובה). מה שקרה הוא שהשר ביקש מהמועצה באופן בהול להתכנס, היא החליטה לא לקבל את עמדת השר וגם זכות הטיעון שכביכול השר היה אמור לתת לבעל הרישיון- גם שם היו פגמים כי מדובר בשיחת טלפון בערב (יפורט בהמשך). באופן פורמלי התקנות קובעות שכדי לכנס את המועצה הזו יושב ראש המועצה צריך להודיע למועצה שבוע ימים

מראש- נועד כדי לאפשר לה להתכונן, זה לא נעשה בגלל הבהילות, הוא ביקש מהיום למחר התכנסות, את השר לא עניין באמת לשמוע מה יש למועצה להגיד, היא התכנסה מהר והפגם המשמעותי בהתייעצות הזו הוא שהשר לא נכח בישיבה, הוא מקבל העצה, הוא אמר לשמוע בנפש חפצה את העצה- אבל הוא לא נכח בה, היינו מצפים שהוא יבוא אל המועצה ויסביר לה למה הוא הופך את ההחלטה שלו, הרי לפני כמה ימים הוא היה בדעה שאין שם בית קברות ופתאום הוא מבקש להשהות את הרישיון – היינו מצפים שמבחינה עובדתית הוא יסביר מה השתנה. במקום זה מה שקרה זה שהועברה למועצה הבקשה של השר שביקש להסכים לכך או לשמוע את דעתה לכך שהוא ישהה את החפירות לשבועיים. כלומר, באופן פורמלי הוא אמר שהוא לא מבטל את הרישיון אלא רק מפסיק את החפירות לשבועיים כדי שתהייה רגיעה, כדי לאפשר ליועץ המשפטי לממשלה לכתוב חוות דעת – אומר בית המשפט שיש פגם, השר החליט להשהות את הרישיון מראש והוא לא באמת רצה לשמוע מה אומרת המועצה, גם זכות הטיעון לבעל הרישיון הייתה בעייתית כי היא נעשתה בשיחת טלפון בלילה, השר אמר לבעל הרישיון שהוא מתלבט אם להשהות את הרישיון, שאל אותו אם יעתור לבג"ץ, גם בהקשר של ההתייעצות אומר בית המשפט מדוע באמת היה צריך את השבועיים רגיעה? כדי לתת ליועץ המשפטי לכתוב חו"ד? הרי שהיועץ המשפטי לממשלה מורגל לעבוד תחת לחץ, הוא הרי לא צריך את הרגיעה הזאת. כנראה שהם רצו את הרגיעה בכלל ההפגנות והרבנים ועל זה אומר בית המשפט העליון שזה טעם פסול. ברור שצריך להיות סובלני כלפי רגשות הזולת, אבל אי אפשר להיכנע ללחץ של הפגנות לא חוקיות, של אלימות, של התפרעויות, של התערבות של הרבנות הראשית במקום שאין לה סמכות כלל- אין לרבנים הראשיים שום סמכות לקבוע עובדות לצורך ביצוע החוק הזה ולכן בשורה התחתונה לא הייתה פה התייעצות כדין והעתירה מתקבלת.

במקרים מסוימים, כלל הבטלות היחסית – לא בהכרח שיש פגם זה מוביל לביטול.

ערעור פלילי 22/89 עזבה נ' מדינת ישראל – היה מדובר בתושב כפר קלנסווה שהוא הקים מבנה שלא כדין על קרקע חקלאית, יש סמכות בחוק להוציא צו מנהלי להריסת המבנה, הסמכות הייתה לראש הוועדה המקומית לתכנון בנייה שרונים שהוא ממונה על המרחב המקומי, החוק אומר שכדי שראש הוועדה המקומית יוציא צו הריסה מנהלי הוא צריך להתייעץ עם ראש הרשות המקומית שבתחומה מצוי הבניין. ערב הוצאת הצו בלילה בשעה מאוחרת ראש הוועדה המקומית שרונים התקשר אל ראש הרשות המקומית של קלנסווה והוא דיבר איתו על הכוונה להוציא צו הריסה על כמה מבנים חורגים, הוא לא פירט את הנתונים המדויקים של המבנים, ראש עיריית קלנסווה אמר שהוא מתנגד באופן כללי להריסת מבנים כל עוד אין תכנית מתאר שתבטא את הגידול התכנוני של הכפר (טענה לגיטימית), אומר בית המשפט העליון שאין הוראות בחוק לגבי מתכונת מפורשת לחובת ההתייעצות מבחינה פורמלית, אבל גם אם אין כללי צורה נוקשים עדיין צריך להקפיד על כמה מאפיינים כדי שלא נהפוך את ההתייעצות הזו לאות מיתה:

א. שאותם גורמים שמחליטים עצות יהיו שניהם ערים לעובדה שמטרת חילופי הדברים זה התייעצות.

ב. שנושא ההתייעצות יהיה מוגדר (מבנים ספציפיים)

ראש המועצה לא היה מודע (כך אומר בית משפט שלום עליו מסתמך העליון) שהשיחה הטלפונית היא התייעצות, גם המבנים לא הוגדרו בצורה ברורה. דעת הרוב אומרים שלמרות הפגמים מי שיכול היה להתלונן אם כבר זה ראש העיר והוא לא התלונן, יכול להיות שאלו יחסי העבודה השוטפים המקובלים ביניהם, ושהוא לא התלונן אז אנחנו לא נקבל את העתירה. בשורה התחתונה דעת הרוב החליטה לא להתערב.

בג"ץ 5933/98 – פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה – באותו מקרה אנחנו מדברים על רשות השידור וחוק רשות השידור אמר בזמנו שצריכים לכהן במליאת רשות השידור 31 חברים מתוכם 30 שהמליצה עליהם הממשלה לאחר התייעצות עם הגורמים היציגים של הסופרים, המורים, האמנים, מוסדות להשכלה הגבוהה, האקדמיה ללשון העברית וכל מיני גופים שיש להם זיקה לענייני שידור. יש רציונל לחוק, אנחנו רוצים שבמועצת רשות השידור יהיו חברים שיתמנו ע"י הממשלה בהתייעצות עם גורמים אחרים. במקרה הזה הממשלה ממליצה ומי שאמור לאשר את המינוי זה נשיא המדינה. הטענה הייתה להתייעצות שלא כדין. היו שם כמה פגמים: הליך ההתייעצות מבחינת הזמנים-הממשלה לא עמדה בהם, אבל העיקר היה שמשדד ראש הממשלה מתייעץ עם הסיעות בכנסת, היה נוהג שאומר שסיעות בכנסת זכאיות למכסה במליאה של רשות השידור בהתאם לכוחם

היחסי בכנסת, אחרי שהוא התייעץ עם הסיעות משרד ראש הממשלה פנה אל כל גופי התרבות והתקשורת שהוא מחויב להתייעץ איתם לפי החוק, הוא כתב לכל הגופים האלה מכתב והוא צרף את רשימת מומלצי הסיעות והוא ביקש שהם יביעו את דעתם לגבי אותם מועמדים ואמר שהם יכולים להציע מועמדים נוספים מטעמם. משרד ראש הממשלה אומר שצריך עמדה תוך שבוע ימים- איך אפשר ללקט מידע על כל הרשימה כראוי בזמן כזה קצר? בסוף הגיש ראש הממשלה הצעת החלטה ממשלה (שעם זה הולכים לנשיא) שנאמר בה שההחלטה נעשתה לאחר התייעצות עם הגורמים שרשומים בחוק. 30 המועמדים הם מתוך הרשימה המקורית של הסיעות ואחד או שניים מתוכם לשכת ראש הממשלה הוסיפה, הממשלה אישרה. זה הגיע לבג"ץ והוא אומר שיש 3 חלקים להתייעצות:

א. אינטרס מקבל העצה

ב. אינטרס של המייעץ

ג. אינטרס ציבורי – שקיפות על מעשי השלטון

אומר בית המשפט, גם אם החוק לא אומר לנו במפורש איך אותם גופים צריכים לייעץ לממשלה בסופו של יום צריך להבין שמליאת רשות השידור זה גוף מאוד חשוב וכשאתה מאייש את חבריה צריך שיהיה מדובר באנשים שמבחינת המומחיות שלהם יוכלו לתרום למטרות רשות השידור- אנשי תרבות, משוררים, סופרים, אנשי הוראה, אנשי לשון, אנשים שהם רלוונטיים לתכליות של רשות השידור של חוף ממלכתי ומכאן בא החשיבות של התייעצות עם אותם גורמים. במקרה דנן אומר בית המשפט העליון הכשלים הם רבים. התייעצות צריכה להיות התייעצות אמת ולא התייעצות כדי לעשות וי כאשר כבר החלטת, במקרה שלנו ברור שההתייעצות הייתה מן הפה לחוץ, גם צריך היה להביא לגורם המייעץ את כל המידע הרלוונטי, איך הוא יכול לתת לך ייעוץ שאין לו את הפרטים וצריך לתת לו זמן, אין מניעה אומר בית המשפט העליון שהגוף המתייעץ יקבל עמדת ביניים ויצג אותה לגוף המייעץ. (אין בעיה שהוא יגיד שיש אנשים שהוא חושב שהם מתאימים יותר לתפקיד) אבל תן לו זמן, מידע ואל תקבל החלטה לפני שאתה שומע אותם.

בג"ץ 6168/12 – האוניברסיטה העברית בירושלים נ' המועצה להשכלה הגבוהה יו"ש – הליך ההכרה באוניברסיטת אריאל כאוניברסיטה. הסמכות היא בידי מל"ג יו"ש, היא אמורה לקבל החלטה בעניין אם להכיר באריאל כאוניברסיטה, היא קיבלה חו"ד מהועדה שמחלקת כספים למוסדות להשכלה גבוהה (ותת), היא התייעצה איתה ובמשך הרבה מאוד שנים היא פעלה בשיתוף פעולה איתה ומל"ג יו"ש אמרה שהיא רוצה את חוות הדעת שלה, בינתיים אריאל קיבלה הכרה זמנית כמרכז אוניברסיטאי, ותת המליצה למל"ג יו"ש להאריך את התקופה של ההכרה הזמנית כמרכז אוניברסיטאי לעוד שנה וחצי, עוד זמן כדי לתת התייעצות. כל הסיפור הזה הגיע למצב שבו ב-2012 אמורה הייתה להסתיים התקופה של ההכרה הזמנית אחרי הארכה וותת ידעו את זה, מל"ג יו"ש אמרו שהם לא יחכו יותר מזה ואף הם פנו אל הותת זמן מראש וביקשו החלטה. ותת התכנסה רק ביולי 2012, שבוע לפני תום ההכרה הזמנית (כשמל"ג יו"ש פנו אליהם בפברואר), והם ביקשו בסופו של יום להאריך את ההכרה הזמנית ומל"ג יו"ש החליט לא לקבל את ההמלצה. האוניברסיטה העברית טענו שיש פגם בהליך התייעצות, בית המשפט העליון אומר שיש גבול לזמן שהם נותנים לגורם המייעץ אם אנחנו נאפשר את התייעצות ללא הגבלת זמן אתה הופך את הגורם המייעץ לבעל זכות וטו, ולכן צריך לעשות זאת במהירות הראויה, צריך לנמק ולא להשתהות מעבר למידה הסבירה ובמקרה הזה בית המשפט אומר שההתייעצות הייתה כדין, כאן הגורם המייעץ הגזים מבחינת הזמן.

תשתית עובדתית :

המשפט המנהלי דואג באמצעות התשתית העובדתית להבטיח ששיקול הדעת של בעל הסמכות לא יהיה קפריזי. כרשות המנהלית אתה אמור להפעיל שיקול דעת שמבוסס ומעוגן על עובדות ואתה לא יכול לקבל החלטה על בסיס תחושה כי בסופו של דבר אתה לא אזרח פרטי. רשות מנהלית הוא נאמן הציבור, הם לא יכולים "לשלוף", צריך שהפעלת שיקול הדעת תהייה מגובה בתשתית עובדתית נאותה.

לדוגמא : פס"ד ירדאו שבו היה מדובר על מקרה של רוכב אופניים שרכב בחיפה על חוף הים, ופתאום כמה אזרחים התקשרו למוקד העירוני והם אמרו שהם רואים רוכב אופניים אתיופי שנראה לו חשוד, שהוא הולך לפגוע בקשישים, המוקדן דיווח לפקחים שיש רוכב אופניים חשוד שיפגע בקטינות,

הפקחים עיכבו אותו – החוק מדבר על חשד סביר שבוצעה העבירה, למה מדובר על חשד סביר? כי אתה לא רוצה לחיות במדינה שכל שוטר שבא לו יעצור אותך, החוק מדבר על חשד סביר לביצוע עבירה, וחשד סביר צריך להיות מגובה בראיות לכאורה שלא חייבות שיהיו כבילות. בדוגמא הזו לא הייתה שום סיבה לעיכוב והדבר הזה הדרדר, הבחור סרב להזדהות, השוטרים לקחו אותו לחדר בחוף הים והם גילו שיש לו סכין, לאחר מכן הגיעו שוטרים וביקשו ממנו לבצע חיפוש על הגוף והוא קילל אותם, אז כבר קם חשד סביר כי הם גילו את הבליטה והם גילו שיש לו טלפון סלולרי שחשוד כגנוב. הוא אמר שהוא רכש אותו לפני שלושה חודשים מחנות טלפונים אבל לא היו לו קבלות והוא לא עמד בעניין הזה, השוטרים ביקשו ממנו לחפש בגופו העירום (חיפוש חיצוני) – לשם כך צריך חשד סביר שאתה מחביא בגוף משהו שקשור לעבירה, לא הייתה להם סמכות לחיפוש והוא לא הסכים, בתחנת משטרה עשו חיפוש חיצוני בהסכמתו. בית המשפט העליון מזכה אותו מהחזקת הסכין ומותח ביקורת קשה מאוד על המקרה – כל הדוגמא מראה לנו שצריך תשתית עובדתית, ככל שאתה פוגע בזכות גדולה כך התשתית העובדתית צריכה להיות יותר מגובשת, המינימום הוא חשד סביר, זה כרטיס הכניסה לכל ההליכים הפוגעניים של זכויות הפרט.

(הלכת בן חיים) – בית המשפט העליון אומר שאפשר לרפא עילת חיפוש על פי החוק בהסכמה מדעת.

פס"ד דז'רנו 1/49 – הזכות לחופש עיסוק שהיא זכות יסוד הלכתית, במקרה זה היה החלטה להילחם במכרים. הייתה עתירה של המכרים שאמרו שאין שום חוק שאוסר עליהם להיכנס, הם לא צריכים להראות מאיפה הזכות שלהם, כל עוד אין איסור, זה מותר – למה זה קשור לתשתית העובדתית? אומר בית המשפט העליון, השופט חשין האב "מסקנתו של המשיב (שר המשטרה) מבוססת על שמועות בלבד ולא זו שמקורן לא צוין ואף ששום מקרה לא צוין.. אין יורדים על חייו של אדם ואין מקפחים את פרנסתו...". ככל שאתה פוגע פגיעה קשה יותר בזכות הפרט כך אני אדרוש שהתשתית העובדתית תהיה מבוססת.

תשתית עובדתית חזרה: על השיעור הקודם: יש שיקול דעת לרשות מנהלית ומרבית העשייה של הרשות מלווה בשיקול דעת, צריך קודם כל לוודא שכל העובדות נמצאות בידי הרשות הציבורית לפני קבלת החלטה (שכל ישר).

כדי ששיקול הדעת יהיה שיקול דעת מובנה שהוא תולדה של שקילת כל השיקולים הענייניים ולא יהיה קפריזי – צריך עובדות, זה מבטיח שהרשות לא תפעל על בסיס תחושות. פעולה ללא עובדות היא פעולה שרירותית, פעולה לא טובה.

פס"ד בעניין יורנט קווי זהב 987/94 – בית המשפט העליון אומר איך צריך לקבל החלטה מבחינה תהליכית. אומר בית המשפט **שהדבר הראשון** שצריך לעשות זה לאסוף נתונים. איסוף נתונים זה כלל בסיסי לפני שמקבלים החלטה הרשות צריכה לדאוג שכל הנתונים שנדרשים לקבלת החלטה יהיו לפני – כמובן שהשאלה היא עד כמה היא צריכה להעמיק, ולכן אומר בית המשפט העליון שהעמקת איסוף הנתונים היא צריכה להיות באופן סביר עפ"י מהות הסמכות, מיהות הרשות (באיזה רשות מדובר) ונסיבות המקרה. בהקשר הזה אומר בית המשפט העליון שלפעמים ניתן להסתפק בטופס – אותו אדם שפונה ימלא טופס על הנתונים, יש מקרים שאיסוף הנתונים יכולים להצטמצם ע"י מילוי פרטים ע"י הפרט, אך לפעמים אנחנו דורשים מהרשות לחקור באופן אקטיבי, להצליב מידע אולי להביא חוות דעת מומחים.. היקף ועוצמת איסוף המידע תלויה כמובן כל מקרה לגופו.

התנאי השני הוא איסוף נתונים השייכים לעניין, צריך לוודא שהרשות המנהלית תבחין/תבדיל בין נתון שהוא רלוונטי לבין נתון לא רלוונטי, רק הנתונים ששייכים לעניין יכולים להוות בסיס לשיקולים ענייניים שהרשות תשקול בהמשך. **השלב השלישי** ואולי החשוב ביותר – אמינות הנתונים. כאן אומר בית המשפט העליון לא כל נתון שהוא שייך לעניין ראוי להביא אותו במסגרת השיקולים של הרשות. ז"א כדי שהיא תוכל להתבסס על נתון שהיא אספה שנוגע לעניין הוא צריך לעמוד במבחן "**הראייה המנהלית**" – אומר שאנחנו בסופו של יום פועלים בגמישות, מבחן גמיש, כאשר הרשות המנהלית צריכה לקבל החלטה עפ"י ראיות שרשות סבירה יכולה להתבסס עליהן בנסיבות הרלוונטיות. לא לטעות – זה לא בית משפט, רשות מנהלית יכולה להסתמך גם על עדויות וראיות שבבית משפט הן בלתי קבילות, כלומר, עדות שמועה, פוליגרף – בית המשפט העליון אומר שראשית אפשר להסתמך על ראיות שהן בלתי קבילות אבל "לא כל שמועה פורחת די בה כדי להוות בסיס להשתית עליו את

ההחלטה" בסופו של דבר מדובר על מבחן של סבירות, "הרשות המנהלית רשאית לסמוך על נתונים הנוגעים לעניין שאדם סביר ואולי נכון יותר לומר רשות סבירה היה סומך עליהם לצורך קבלת החלטה בעניין העומד על הפרק". המבחן הזה אומר שאנחנו בוחנים את מלאכת התשתית העובדתית בהתאם לאמות מידה של סבירות, אבל אנחנו רוצים שהראיה המנהלית תהיה מספיק חזקה כדי לקבל את ההחלטה על בסיסה. ככל שמדובר בהחלטה שפוגעת פגיעה קשה יותר בזכויות אדם כך גם הציפייה שהרף הראייתי של הראיה המנהלית יהיה גבוה יותר. ז"א כשמדובר בפגיעה בזכות אדם לא מספיק לקבל החלטה על בסיס ראיות שמתפרשות לכאן ולכאן אלא אנחנו מצפים שהתשתית תהיה מוצקה יותר, ראיות מהותיות יותר. המבחן הוא מבחן של סבירות- האם רשות סבירה הייתה מסתמכת על ראיה זו לצורך קבלת אותה החלטה. הרשות המנהלית לא חייבת בעצמה לאסוף את הראיות, בניגוד לבית משפט ששם הוא בעצמו שומע את הראיות- לגבי הרשות המנהלית זה לחלוטין לגיטימי אם היא תסתמך על ראיות שמישהו אחר אסף.

יישום העקרונות שנקבעו בירנט :

פס"ד לנסקי נ' שר הפנים 442/71 – יהודי אזרח ארצות הברית נולד ב1902 ברוסיה ומשם הגיע לארה"ב כשהיה בן 7, הוא חי הרבה שנים בארצות הברית. ב1970 הוא כבר רצה להגיע לישראל, היה לו אשרת ביקור, הוא האריך אותה מספר פעמים ובשלב מסוים הוא רצה לקבל אשרת עולה. היה מידע בנוגע לעבר פלילי שהיה לו. שר הפנים דחה את הבקשה שלו לאשרת עולה ורצה לברר את העובדות. הפרקליטות או נציג הפרקליטות נסע לארה"ב, אסף חומר שממנו עלה שהיה לו עבר פלילי ישן – כל מיני עברות כאלה ואחרות, יש לו כתבי אישום תלויים ועומדים. פס"ד ישן, השופט ארגנט אומר שלא לכל עדות שמיעה צריך שיהיה לה משקל לגבי קבלת החלטה. (שמועות חסרות בסיס לא מספיק טובות), השאלה של משקל העדויות והאמינות שלהם צריכה להיבחן ע"י הרשות המנהלית – מבחן הראיה המנהלית – האם רשות סבירה בנעליה הייתה רואה בהן מספיקות כדי לקבל החלטה? בית המשפט חוזר על הקשר הסיבתי/זיקה בין הפגיעה בין זכות אדם לבין עוצמת הראיה המנהלית (פגיעה קשה יותר=ראיות מוצקות יותר) ובמקרה הזה, אומר בית המשפט שהראיות האלה יש להן משקל לפחות לצורך קבלת ההחלטה הזו.

פס"ד ירדאו קסאי 3829/15 – עוסק במבחן הראיה המנהלית ברמה של החשד הסביר, עוצמת החשד הסביר שתהיה מספיקה כדי לעצור או לעכב חשוד. חשד סביר לביצוע עבירה זה כרטיס הכניסה לכל פעולה שקשורה להליך הפלילי שיש בו פגיעה משמעותית בזכויות הפרט כמו חקירה, דרך מעצר, עיכוב ובירדאו קסאי דובר על בחור אתיופי שנסע באופניים בחיפה, דווח ע"י עובר אורח שיש חשד שהוא יפגע באנשים, החשד עבר לפקחים וטענו שיש חשש לפדופיליה והם עיכבו אותו- אין סמכות לעכב על בסיס תחושה, על בסיס ניחוש- חשד סביר יכול להיות מגובה בעדות שמועה (מבחן סביר), במקרה הזה עבר פלילי קודם הוא לא מהווה אינדיקציה לחשד סביר כשלעצמו. נניח בוצעה עבירה של פריצה ואני יודע שבית ליד מתגורר עבריינין שלא מזמן השתחרר מהכלא על פריצה, לשוטר יש תחושת בטן שזה הוא – זה לא חשד סביר, זה ניחוש, זו השערה.

פס"ד בלעיש נ' היועץ המשפטי לממשלה 213/14 – בחירות למועצת עיריית בית שמש ולראשות העירייה. מי שנבחר הוא ראש הרשות היוצא עם 17,344 קולות והשני אחרי קיבל 16,388 קולות והשלישי, בלעיש קיבל 543 קולות כשרים – בין הראשון לשני זה פער מצומצם של פחות מאלף קולות. היועץ המשפטי לממשלה הגיש את אחד הערעורים והעלה על נס ליקוי מרכזי שנפל בבחירות- היו ראיות לכך שהייתה שם התארגנות שיטתית של עבריינות שנועדה להתחזות לבוחרים שעדיין לא הספיקו לממש את זכות הבחירה, כל מיני פעילים עד כדי כך שהגיעו בתחפושות והתחזו לכאלה שלא מימשו את זכות הבחירה, היו תצהירים של משקיפים ובעלי תפקידים בקלפי שתיארו ניסיונות הצבעה באמצעות תעודות זהות לא תואמות, כפל הצבעות של אנשים, היועץ אמר שיש תופעה עבריינית, נתפסו תעודות זהות, דרכונים וכדומה. השאלה הייתה האם די בראיות אלא כדי לפסול את הבחירות ולקיים בחירות חדשות – מבחן הראיה המנהלית, החוק אומר שאפשר לבטל את הבחירות אם נראה לבית המשפט שהליקוי עלול היה להשפיע על התוצאות- שני תנאים מצטברים עפ"י החוק :

1. בית המשפט צריך לראות שההליך היה לקוי

2. להוכיח שההליך הלקוי עלול להשפיע על תוצאות הבחירות

אומר בית המשפט העליון שמדובר בפער קטן יחסית של פחות מאלף קולות והליקוי עלול היה להשפיע על הקולות ולכן מבחינת העובדות זה היה מספיק להליך המנהלי.

חוץ מכל הפרמטרים שנזכרו צריך גם להראות שהרשות המנהלית לאחר שאספה את הנתונים מקיימת דיון ראוי, יתרונות מול חסרונות של חלופה, צריך שיהיה הליך של דיון בחלופות השונות, צריך שהחלטה תהייה מנומקת וזה הנושא הבא שנלמד – חובת ההנמקה.

דוגמא להיעדר תשתית עובדתית: פס"ד מסאללה נ' שר החינוך והתרבות- הייתה עתירה כנגד החלטה להעניק את פרס ישראל לעיתונאי שניצר שפרסם כל מיני מאמרים שפוגעים באופן גזעני ביוצאי העדה האתיופית, המאמרים שפורסמו לא היו כנגד עיניה של וועדת הפרס, כלומר, יש כשל בתשתית העובדתית כי זה בוודאי נתונים השייכים לפרס. בית המשפט הורה להחזיר את התיק לוועדה ואמרה שהיא תחליט כרצונה. יש בעיה קשה בנוגע להתערבות בפרס – אבל אנחנו מדברים על התשתית, מדובר על פרוצדורה נטו.

חובת ההנמקה:

חובת ההנמקה היא המשך ישיר של התשתית העובדתית כי בסוף חובת ההנמקה היא ביטוי להגינות. יש ערך להנמקה שבא לידי ביטוי בשני טעמים:

1. ביקורת פנימית – כשצריך לנמק זה גורם לחשוב. החלטה מנומקת היא בדר"כ החלטה רציונלית שפחות מבוססת על אמוציות. הנמקה חשובה מבחינת ביקורת פנימית, יש פה חתירה לרציונליות.

2. ההיבט החיצוני – ההנמקה חשובה כדי שיהיה ניתן להעמיד את ההחלטה בפני ביקורת. איך אני אדע לבקר את ההחלטה שלך מבלי שנימקת אותה? חשוב לערכאת הערעור. מעבר לעובדה שהנמקה תורמת לשקיפות שמגדילה את אמון הציבור, כמו כן הנמקה חשובה לעקביות.

ככל שמדובר בפעולה שיפוטית כך גם גובר הנטל של ההנמקה למרות שחובת ההנמקה חלה לא רק על פעולה מעין שיפוטית של רשות מנהלית אלא גם על פעולות ביצועיות. גם כשמחוקקים חוק כנסת יש דברי הסבר – הנמקה לחוק, למה הוא חשוב, למה הוא נועד. לגבי תקנות אין חובת הנמקה פורמלית אבל יש החלטת ממשלה שקובעת שככלל צריך לפני התקנת תקנות לפרסם טיוטת תקנות, להסביר ואם אפשר גם לשמוע את הציבור הרלוונטי.

מה לגבי גוף קולגיאלי – גוף שמורכב ממספר נציגים שכל אחד מייצג מגזר אחר או רשות אחרת? לדוגמא הוועדה לבחירת שופטים שמורכבת משרים, שופטים וחברים בלשכת עורכי הדין. בסוף מתקבלת החלטה על בסיס רוב והשאלה היא האם צריך לנמק. יש בפסיקה סוג של פטור מחובת הנמקה לגוף קולגיאלי – כל אחד מייצג משהו אחר.

השופטת דפנה ברק ארז סבורה שאפשר לערער אחרי הפטור הזה כי בסוף אפשר לצרף להחלטה עיקרי נימוקים, הפרוטוקול הוא בהחלט יכול להיות כלי שמציג את הנימוקים השונים. בסיס החוקי לחובת הנמקה הוא חוק שנקרא "חוק לתיקון סדרי מנהל (החלטות והנמקות 1958)" – חוק ישן, המשפט המנהלי מורכב מפסיקה וקצת חקיקה, חוק ההנמקות הוא דוגמא לחקיקה שעוסקת במשפט מנהלי, חוק זה קובע שכשעובד מדינה או עובד רשות מקומית או עובד של כל רשות שקיבלה הסמכה עפ"י דין, שהוא מתבקש להשתמש בסמכות שניתנה לו עפ"י החוק הוא צריך להחליט תוך 45 ימים- החוק מונה חריגים לדוגמא: נושא טעון חקירה לפי דין וכדומה, אם יש חריג צריך לחזור לאזרח ולהגיד לו למה אתה לא חייב להשיב לו תוך 45 ימים.

בסעיף 2א "עובד הציבור שנתבקש כאמור בסעיף 2(א) להפעיל את הסמכות וסירב לבקשה יודיע למבקש בכתב את נימוקי סירובו" – הוראת חוק שאומרת שצריך לנמק! החוק ממשיך ואומר שאם העובד שנתבקש להפעיל את הסמכות לא ממנה על זה- הוא צריך להעביר את הבקשה למי שממונה על זה. אתה צריך ליידע את האזרח מי הוא בעל הסמכות ושהפניתם את זה אליו כולל הפרטים שלו ואז אותו אחד שקיבל צריך להחליט תוך 45 יום. בחוק עצמו יש חריגים שאומרים שיש מקרים שבהם עובד הציבור לא יהיה חייב לנמק את הסירוב (3' לחוק) – לדוגמא – שיש בדין המעניק לו את הסמכות הוראה שהוא רשאי להשתמש בה ללא מתן נימוקים, חריג נוסף – בטחון המדינה, שהבקשה שסירב לה היה למנות את המבקש למשרה פלונית, או שגילוי הנימוקים עלולים לפגוע שלא כדין בצד ג', גילוי סוד מקצועי וכדומה.

מה קורה מה אם לא מנמקים ואין חריג? **סעיף 6** לחוק ההנמקות אומר "החלטה או פעולה של עובד ציבור לא יהיו פסולות בשל כך שלא מילא אחר הוראות הסעיפים אחרים ואולם בכל הליך לפני ועדת ערר או לפני בית משפט על עובד הציבור הראיה כי החלטה או פעולה שלא ניתנה לגביהם תשובה או

הודעה נעשו כדין " – יש חזקה שנקראת " חזקת תקינות המנהל" שאומרת שככלל יש חזקה שרשות מנהלית פעלה כדין כי רשות מנהלית מורכבת מעובדי ציבור והם פועלים עפ"י שיקולים ענייניים – הנטל הוא על הפרט להוכיח שרשות פעלה שלא כדין. מה אומר לנו חוק ההנמקות? היפוך נטל ההוכחה, לא נימקת? אתה הרשות? עכשיו אתם תסבירו למה פעלתם כדין. איבדתם את חזקת תקינות המנהל.

היפור נטל

בג"צ 6322/14 התאחדות הסוחרים העצמאים הכללית נ' שר הפנים - הסיפור הוא לגבי הסמכות של רשות מקומית לקבוע בחוקי עזר הוראות בדבר פתיחת עסקים בשבת (עיריית תל אביב). עיריית תל אביב בעבר החליטה לא לאכוף את חוקי העזר הקודמים שאסרו על פתיחה בשבת, וכך לכולם היה נוח. העירייה נהנתה מהקנסות, החנויות יכלו להרשות לעצמם ועדיין היה להם שווה. מי שהפסיד זה שלטון החוק והסוחרים שלא פתחו בשבת כי לא הייתה להם את האפשרות. ביהמ"ש העליון אומר לעיריית תל אביב אי אפשר להחליט שלא אוכפים את הדין במלוא עוצמתו, התכלית היא לא הקנסות אלא אכיפת הדין. אז יצא שביהמ"ש העליון התערב בשיקולי מדיניות של הרשות המקומית בענייני אכיפה. עיריית תל אביב הפנימה את המסר שחייב אותה או לחוקק חוק עזר חדש לאפשר לחנויות לפתוח בשבת או לאכוף כמו שצריך. עיריית תל אביב בחרה לחוקק חוק עזר חדש בשנת 2014, התיקון הראשון התיר פתיחת עסקים מסוימים ביום במנוחה שבת ובין היתר הותרה פתיחת מרכולים. שר הפנים אישר את התיקון אבל פסל את כל מה שקשור למרכולים. החלק הראשון שאושר פורסם ברשומות, דובר על מתחמים (נמל ת"א, נמל יפו ומתחם הרכבת) ודובר גם על חנויות נוחות ותחנות דלק. בהמשך עיריית תל אביב חוקקה חוק עזר נוסף – תיקון מס' 2 שעסק בפתיחת מרכולים מחדש, הפעם לפי מפתח איזורי בכל מיני מגבלות, אי אפשר לפתוח כל מי שרוצה אבל באזורים מסוימים יהיה אפשר. הרעיון הוא ליצור איזון מידתי בין שומרי השבת לבין אלה שרוצים לקנות בשבת. בפקודת העיריות הסעיף שמחייב אישור של שר הפנים לחוק עזר עירוני אומר את הדבר הבא – 258 לפקודת העיריות.. הסעיף אומר שהתקנות טעונות פרסום ברשומות אבל צריך לתת לשר 60 יום לחשוב האם הוא מאשר או לא, ב60 יום האלה הוא יכול להורות על עיכוב- אם הוא מורה על עיכוב הוא צריך להביא לראש העיר לטעון את טענותיו שהחוק כן תקין. אם השתכנע השר אפשר לפרסם ואם לא יכול לפסול, מנימוקים שייפרט. או להחזיר את החוק למועצה שיתקנו את החוק לפי הערותיו. הסאגה מתחילה כאן, 13/08/2014 הועבר טיוטת חוק העזר לאישור שר הפנים. ב-7/10/2014 השר הורה על עיכוב, ומפה הוא לא קיבל שום החלטה פוזיטיבית על הדבר הזה.. הוגשה עתירה לבג"צ ובדין ב6.7.15 והעירייה באה ואמרה קודם כל יש פגם בעיכוב כי לא נתן השר לשמוע אותנו, אך מוכנים לוותר על זה אם תוך 90 יום יחזיר השר תשובה. ב13.10.15 התחלף שר הפנים והוא טען שהוא בוחן טענה שבגלל ניגוד עניינים הוא לא יודע אם הוא יכול לקבל החלטה. בשורה התחתונה הוחלט שהנושא יועבר להחלטת ממשלה בדבר העברת סמכות לשר אחר – חוק יסוד הממשלה מאפשר העברת סמכות, צריך את אישור הכנסת. המדינה אמרה צריך זמן לבחון את הנושא. ב14/12/2015 אומרת המדינה לבג"צ עוד 4 שבועות תתקבל החלטה באשר המנגנון הנכון להעברת הסמכות. ב24/12/2015 המדינה מגישה הודעה מעודכנת והחליטה להעביר את הסמכות אל הממשלה כי לא מצאו שר ספציפי אז כל הממשלה תדון בזה, הודיעו שיקימו וועדת מנכלים והיא תדון בסוגיה ותמסור לממשלה את ההמלצות תוך 180 ימים. ב22/03/2016 אומרת המדינה לבג"צ וועדת המנכלים עדיין דנה. בית המשפט מתחיל לאבד את הסבלנות. וב-28/03/2016 בג"צ מוציא צו על תנאי (עדיין לא צו מוחלט). ב4/8/2016 מודיעה המדינה לבג"צ יש חדשות טובות, וועדת המנכלים סיימה את דיוניה ותוך 45 יום תגיש המלצות. ב17/01/2017 המדינה אומרת לבג"צ – הממשלה קיימה דיון בנושא, מנכל משרד רוה"מ הציג את מסקנות וועדת המנכלים ואומר להם – הוועדה לא הגיעה להמלצה מוסכמת. המשנה ליועמ"ש בא ואומר לממשלה אתם חייבים לקבל החלטה, אם לא תקבלו זה יכול להוביל לאישור חוק העזר במחדל. ואז מודיעה המדינה – הממשלה החליטה לדחות את ההחלטה בנושא כי יש עוד נושא איחוד עיריית תל אביב ובת ים וגם שם צריכים לקבל עוד חצי שנה החלטה אז רוצים לקבל את ההחלטות ביחד. ב-03/02/2017 המדינה מודיעה יש קצה אור בסוף המנהרה והוא זה שיש שר פנים חדש שהוא אריה דרעי ואז מודיעים שהמדינה רוצה להחזיר את הסמכות לשר הפנים. אין לו ניגוד עניינים והוא רוצה לקבל החלטה. כאן בג"צ איבד את הסבלנות, ובית המשפט החליט שזהו, קרא לצדדים ונתן פסק דין. הנשיאה נאור אמרה יש לנו עיכוב של ההחלטה על פרסום חוק העזר, אחרי העיכוב צריך להחליט לגוף העניין- או לפסול או

להחזיר למועצה עם תיקונים, לפי חוק הפרשנות הרשות צריכה לקבל החלטה במהירות הראויה. האם זו המהירות הראויה?

אומרת הנשיאה נאור – אני רואה את זה שהשר עיכב את ההחלטה בלי לנמק, אני רואה את זה כהחלטה ללא נימוקים. המדינה לא הסבירה לי שום טענה למה צריך לעכב. אלא הוא פשוט עיכב. יש פרק זמן מסוים שבסופו אומר ביהמ"ש שאי אפשר לעכב בלי לקבל החלטה סופית. חלפו שנתיים וחצי מאז העיכוב ולכן התוצאה בגלל שלא הסברתם לי למה עיכבתם אני רואה את זה בהחלטה בלתי מנומקת לפסול את התיקון, כלומר המחדל בקבלת ההחלטה לאחר העיכוב כהחלטה פוזיטיבית לפסול. המדינה לא טרחה להגיד למה צריך לפסול, יש פה פסילה דה פקטו. המדינה משכה רק זמן. לכן אם אין הנמקה מספיק שאדם פונה אל בג"צ וטוען שהוא נפגע גם אם לא טען מה הפגם שנפל בהחלטה. אין כבר את חזקת תקינות המנהל, הנטל עובר אל המדינה. עכשיו צריכה הייתה המדינה להסביר שיש היגיון בפסילה. המדינה בכלל לא טענה על פסלות כי בראייתה היא רק עיכבה. ולכן ברגע שהיא שותקת אז היא לא עמדה בנטל להוכיח שהפסילה היא כדין. ואז יש רק את העתירה של העותר שאומר שהוא נפגע ואז ההחלטה לפסול את התיקון היא בטלה ובית המשפט קבע שיש לפרסם ברשומות. המשמעות של פסק הדין הזה קודם כל שבית המשפט איבד לחלוטין את הסבלנות, השופטת דפנה ברק ארז מדברת על עינוי הדין שנובע מעיכוב קבלת ההחלטה ע"י רשות מנהלית, על הנזק לאינטרס הציבורי שהזמן חולף ולא מתקבלת החלטה, הש' ברק ארז אומרת שהדבר הרבה יותר חמור כי מעכבים בלי לפסול ובלי הנמקה.. זה דה פקטו לפסול מבלי לנמק.

התקדימיות של ההלכה הזו היא פעם ראשונה שאי קבלת החלטה הובילה את בית המשפט להניח שבמחדל קיבלת החלטה פוזיטיבית אבל ללא נימוקים והמשמעות היא ללא נימוקים- צו מוחלט שפוסל את ההחלטה הבלתי מנומקת.

החלק השני של פסק הדין דן במידתיות ובסבירות של חוקי העזר. חוק ההסמכה – זה חוק שהכנסת חוקקה ואומר שהרשויות בעצמם יחליטו על פתיחה וסגירה של עסקים בשבת. בא המחוקק ואמר ברמה המוניציפלית כל עיר צריכה להחליט מה טוב לה כי לכל עיר יש אופי אחר. לכן המחוקק מאציל את סמכות ההחלטה של פתיחת עסקים בשבת לכל רשות. לגבי התיקון הספציפי הזה בית המשפט מגיע למסקנה שיש פה תיקון מידתי, מדובר פה בפתיחת מרכולים לפי מפתח אזורי כל אזור קיבל את הייחודיות שלו. צריך לקבל היתר יש מגבלות מסוימות. לכן התיקון מידתי. גם אם יש מתווים אחרים, ביהמ"ש לא אומר להחליט במקום העירייה אבל אין פה חוסר סבירות קיצוני ולכן בשורה התחתונה ביהמ"ש מאשר את התיקון הזה.

בעקבות פס"ד הזה החליטו לתקן את פקודת העיריות והתיקון של פקודת העיריות הוא בהוספת 258א שאומר על אף הוראות 258(ב)-(ה) (כל מה שדיברנו בפס"ד), לא יפורסם ברשומות חוק עזר לפי סעיף 21-249/20 (פתיחת מרכולים) אלא לאחר שהשר נתן הסכמתו לחוק העזר. כלומר צריך באופן פוזיטיבי לקבל הסכמה של השר. בסעיף ג נאמר השר לא ייתן את הסכמתו לחוק העזר אלא אם כן פתיחת העסקים ביום המנוחה נדרשת לספק צרכים שלדעת השר הם צרכים חיוניים. יש פה סמכות של השר שאומרת שברירת המחדל היא לא לאשר פתיחת מרכולים ביום המנוחה אלא אם כן יש צרכים חיוניים.

כל מה שקשור לכללי הצדק הטבעי הם חלק מההליך המנהלי. בתי המשפט המנהלי, הנטייה שלהם להתערב כאשר מדובר בפגמים תהליכיים, כי זה פחות יוצר התנגשות עם הרשות המבצעת. ואם מתערבים ההתערבות שלו נתפסת כצנועה, לא מחליט לגבי התוכן אלא לגבי הפרוצדורה. לכן בתור עותר קודם כל צריך לחפש את הפגמים הטכניים, קשה יותר לגרום לבית המשפט להתערב בעניין התוכן.

נדבר על השימוע / זכות הטיעון ונתמקד באיסור להימצא במצב של חשש של ניגוד עניינים ומשוא פנים. הכללים האלה מדברים על הגינות פרוצדורלית. זה המינימום של דרישת הצדק. אחת השאלות שנדון בהם היא לגבי תחולת הכללים האלה – הם כל כך בסיסיים שהם חלים גם במשפט הפרטי.

ההליך המנהלי זה בהחלט נושא חשוב שבית המשפט העליון כשהוא מתערב בכללים של הפרת החלטות ההליך המנהלי שהם הפרו הוא לא מצטייר כבית משפט אקטיביסטי, הוא אומר שיש פגם בהליך ולכן מבחינת אקטיביזם זה נחשב לרמה הכי פחותה. כמו גם בסוגיות של חוסר סמכות – בית המשפט מתערב יחסית בצניעות, הוא לא מתערב בתוכן של ההחלטה- אלא בשאלה אם יש סמכות או לא.

נתמקד ב2 נושאים בכללי הצדק הטבעי – זכות הטיעון, החובה של הרשות המנהלית לשמוע את הפרט לפני שהיא מקבלתה חלטה שעשויה לפגוע בו והאיסור להימצא בסיטואציה שמעמידה אותך בחשש למשוא פנים או משוא פנים.

כשמדובר על משוא פנים זה לא דווקא ניגוד ענייניים בסיטואציה שאתה כבר גיבשת עמדה, אתה כבר אמרת בתקשורת מהי עמדתך ולאחר מכן אתה בא ואמור להחליט; זו סיטואציה שניתן לומר שאתה נמצא במשוא פנים – למרות שאתה יכול להגיד שאתה יודע לעשות את ההפרדה. " אל תעמיד מכשול בפני עיור" – אל תעמיד גם את הצדיק בסיטואציה הזו, גם אם הוא באמת צדיק והוא יוכל להתעלם מעמדותיו וגם אם הוא באמת יצליח יהיה פגיעה באמון הציבור. איך הציבור יראה את ההחלטה שלו.

אנחנו נוטים לבוא ולומר שזה קשה מאוד עד בלתי אפשרי וגם אם אתה מלאך שרת יש פגיעה באמון הציבור ואנחנו לא נעמיד אותך בסיטואציה, ולכן אוסרים עליך להימצא בסיטואציה הזו- אנחנו צופים פני עתיד, עצם ההימצאות בסיטואציה בדרגת הסתברות היא כשלעצמה פסולה. יש הבדל בין ניגוד עניינים למשוא פנים – בדר"כ כשיש חשש לניגוד עניינים אוטומטית יש חשש למשוא פנים.

פס"ד פרשת דוד – הוא עמד בראש בנק והוא היה חבר בוועדה שדנה בשאלה האם לפטר אותו אחד שהיה ראש בנק אדם. אחד מחברי הוועדה היה אדם שכבר התבטא שצריך את ראש בנק אדם הזה להעביר מתפקידו. (משוא פנים זה כשאני "כבר נעול", באתי מגובש דעות ועכשיו אני צריך להחליט משהו על הנושא שכבר התבטאתי כלפיו בפומבי).

כללי הצדק הטבעי שנדבר עליהם היום הם מאוד חשובים מ3 סיבות עיקריות :

1. הם יובילו להחלטות טובות יותר – כשאתה שומע אדם שעשוי להיפגע מההחלטה שלך יכול להיות שאתה תחשוב על דברים שלא חשבת לפני, ז"א בהחלט זכות הטיעון תציג תמונה מלאה יותר בפני מי שאמור לקבל את ההחלטה.
2. יש ערך עצמאי להליך ראוי, בלי כל קשר לזה שהוא יטיב את ההחלטה, בסופו של יום זכות הטיעון הוא נגזרת של כבוד האדם- ברגע שאני שומע אותך לפני שאני מקבל החלטה יש בזה הליך הוגן, זכות לכבוד- אני נותן לך לשכנע אותי. בהקשר של שימוע לפני כתב אישום החשוד נחשף לחומר הראיות (למרות שאתה אמור להיחשף לחומר ראיות לאחר כתב אישום).
3. הגברת אמון הציבור במערכת – כללי הצדק הטבעי הם למעשה תעודת הזהות או הפרצוף של המערכת מבחינת התנהלות ואמון הציבור.

קוראים לזה "כללי צדק טבעי", התולדה שלהם היא בפסיקה אנגלית שיובאה לישראל דרך המשפט האנגלי, עולה השאלה מה קורה כשיש לנו מידי פעם דברי חקיקה שמאמצים את כללי הצדק הטבעי בחוק? מהו הממשק בין כללי צדק טבעי לבין חקיקה ספציפית? (יחסי כוחות) השאלה הזו היא חשובה כי לפעמים יש חקיקה שמאמצת באופן חלקי את כללי הצדק הטבעי, השאלה היא האם החקיקה היא הסדר שלילי? במובן שברגע שהמחוקק אמר את דברו – גם אם אמר את דברו באופן חלקי כרגע מה שגובר זה דברי המחוקק וכללי הצדק הטבעי הפסיקטיים לא קיימים.

התשובה היא ממש לא. כלומר, התוקף של כללי הצדק הטבעי ראשית הוא לא מתמצה בהיקף האימות שלהם בחקיקה, יש כמה תרחישים :

- **ההחוק שותק, יש חוק מתייחס להמון סוגיות אבל אין לו מילה על החובה לתת זכות טיעון** אין לו מילה על האיסור להימצא לחשש לניגוד ענייניים /משוא פנים- התשובה היא, לא נורא, כללי הצדק הטבעי חלים גם כשהחוק שותק.
- **אם יש בחוק הסדר שנוגע לכללי הצדק הטבעי, האם בצד החוק חלים גם הכללים הפסיקטיים?** התשובה היא שכללי הצדק הטבעי הפסיקטיים חלים בצד החוק, בנוסף לחוק-אלא אם כן החוק אומר באופן ספציפי שהכללים הפסיקטיים לא חלים אז הם לא חלים. או אם יש אינדיקציה מפורשת או חזקה שממנה ניתן ללמוד שהחוק ביקש לסייג את הכללים הפסיקטיים.

מסקנה:

ככלל, כל עוד אין אינדיקציה אחרת, חקיקה ספציפית היא איננה בגדר הסדר שלילי שמונע את תחולת כללי הצדק הטבעי.

דוגמא : פס"ד סיעת הליכוד נ' עיריית פתח תקווה, בג"ץ 531/79 – הוא עסק בפקודת העיריות שאומרת שראש העיר וסגניו אינם יכולים להיות חברים בוועדת הביקורת, השאלה היא מה לגבי חברים אחרים בהנהלת העירייה? בחוק לא כתוב, כתוב רק על ראש העיר וסגניו. האם מלשון החוק ניתן להבין שכל היתר כולל חברי ההנהלה האחרים יכולים להיות בוועדה? לכאורה ניתן לומר שהמחוקק קבע רף מאוד נמוך בעניין משוא פנים וניגוד עניינים (רק ראש עיר וסגניו), אבל כפי שאמרנו ברור שאפשר לומר שהחוק הוא לא הסדר שלילי, בסופו של יום כל מי שהוא חבר בהנהלה לא יכול להיות חבר בוועדת הביקורת – זה המינימום של חשש לניגוד ענייניים. זה שהמחוקק דיבר רק על ראש העיר וסגניו לא אומר שכללי הצדק הטבעיים נסוגים, הם עדיין איתנו ומכוחם ניתן לאסור על חברי יתר ההנהלה להיות בוועדת הביקורת.

במילים אחרות, כללי הצדק הטבעי ידחו רק אם יש חקיקה מפורשת שניתן ללמוד ממנה שכללי הצדק הטבעיים נסוגים. אם אין כזו- אז לא. חקיקה מפורשת=חוק. לא תקנות!
אז למה למחוקק להתאמץ? למה יש לנו דברי חקיקה שיש שם הסדרים של כללי צדק טבעיים?
יש שתי סיבות עיקריות שאפשר לחשוב עליהן :

1. לצורך הבהרה. לפעמים יש מקרים שהם מקרים גבוליים, לא ברור האם כללי הצדק הטבעי הפסיקטיים יובילו לסיטואציה שלא תוכל לקבל החלטה; לדוגמא, כללי הצדק הטבעי מדברים על רף של הסתברות, לפעמים מדובר בחשד סביר לניגוד עניינים, לפעמים מדובר באפשרות ממשית- הפסיקה לא כ"כ עקבית אז במקרה כזה המחוקק יכול להגיד שהוא קובע שהסיטואציה הזו היא מהווה ניגוד עניינים ולכן כשהמחוקק אומר את דברו בצורה ברורה זה חוסך התלבטות. אם כתוב שראש עיר וסגניו לא יכולים להיות חברים בוועדת ביקורת- לא צריך לחשוב אם יש אפשרות ממשית או חשד סביר- המחוקק אמר שהם לא יכולים אז הם לא יכולים.

פס"ד מושלב נ' הועדה המחוזית תכנון ובניה צפון בג"ץ 3132/92 - פס"ד עוסק בסיטואציה שאומר המחוקק "מתכנן בניה לא יכול להיות חבר בוועדה שעוסקת בהתנגדויות לתוכנית שהכין", המחוקק אמר את זה בצורה ברורה, אז ברגע שהוא אמר את זה יש חזקה שהסיטואציה הזו יוצרת ניגוד עניינים.

2. לצורך הטלת סנקציות. למשפט המנהלי אין סנקציה של אחריות פלילית על מי שהיה במצב שקיבל החלטה בסיטואציה של ניגוד עניינים, המשפט המנהלי אם יפנו לבג"ץ לכל היותר הסעד יהיה פסילה של ההחלטה. התרופה המובהקת היא לקבוע שההחלטה שהתקבלה תוך חשש במצב כזה פסולה, בטלה. לפעמים בית המשפט לא יבטל, לפעמים הוא יתן פיצויים. אין סנקציה על מי שקיבל את ההחלטה, המשפט המנהלי לא עוסק בסנקציה על הנושא תפקיד. אם המחוקק רוצה שכן יהיה סנקציה הוא צריך לקבוע שניגוד עניינים ברף הגבוה זז עבירה פלילית- ואז זה עובר לרף הפלילי. אם לא זה לא יוכל להוות עילה להטלת סנקציה. אם המחוקק רוצה לקחת את כללי הצדק הטבעי "ולשדרג" אותם מבחינת ענישה פלילית הוא חייב לקבוע את זה בחוק (מרמה והפרת אמונים).

מה קורה אם יש חוק שאומר באופן מפורש שהם לא רוצים שכללי הצדק הטבעיים יתקיימו? האם אפשר לומר שחוק כזה הוא לא חוקתי? מה מעמד החוקתי של כללי הצדק הטבעיים?

מדובר בשאלה פתוחה, אין תשובה מאוד ברורה לשאלה הזו, אבל נדון בכך :
 על פני הדברים מעמד כללי הצדק הטבעיים הם כמו חוק למרות שהם תולדה של פסיקה – הם מעמד תת חוקתי. יחד עם זאת, יש מספר כיוונים אפשריים שיכולים לבסס טיעון אודות מעמד החוקתי של כללי הצדק הטבעי, למרות שכללי הצדק הטבעי לא זכו לעיגון מפורש בחוקה שלנו יש מס' טיעונים שיכולים לבסס את מעמד החוקתי :

1. אפשר לומר שכללי הצדק הטבעי הם נגזרת של כבוד האדם. (חוק יסוד) ואז אני לא צריך שום חוק יסוד שיאמר זאת בצורה מפורשת, כבוד האדם במובן הגרעיני של המונח מחייב לדוגמה שאתה תשמע אדם לפני שאתה הולך לקבל החלטה שפוגעת בו (זכות הטיעון). בבג"ץ פלוני אומרים שהפגיעה היא בלתי מידתית בזכות להליך הגון כי נוכחות בהליך שפוגע לך בחירות היא חלק מהזכות להליך הגון.
2. ניתן לומר שחוקתיות כללי הצדק הטבעי היא נגזרת מהזכות הפרטיקולרית שניפגע. לדוגמה- אם החוק מאפשר להפקיע קרקע מבלי לשמוע את אותו אחד שהוא בעל הקרקע נפגעת הזכות לקניין. להפקיע קרקע מבלי לשמוע זו פגיעה ישירה.

המכנה המשותף של שניהם זה שהם מאפשרים אולי פלטפורמה לתקוף חוק שפוגע בכללי הצדק הטבעי בין אם באופן ישיר ובין אם בנתיב העקיף. זו לא שאלה שהיא ייחודית רק לזה.
 נניח חוק שפוגע בכלל ההסדרים הראשוניים שאומר שהכנסת ראוי שתקבע את ההסדרים הראשוניים והרשות תקבע הסדרים משניים- אם יש חוק שבמפורש עולה ממנה שהכנסת מתפרקת מהאחריות שלה לקבוע הסדר ראשוני ומאצילה לרשות המנהלית מבלי פרמטרים את הזכות לקבוע הסדרים הראשוניים אני יכול לתקוף את החוק הזה בכמה זוויות – ניתן לטעון שהחוק הזה נוגד את ס'1 לחוק יסוד הכנסת- הכנסת היא הרשות המחוקקת, זוויות שניה אני יכול לטעון שכלל ההסדרים הראשוניים יש לו מעמד חוקתי ולכן החוק הזה הוא חוק לא חוקתי כי הוא פוגע בעיקרון יסוד דמוקרטי שהוא נובע מהפרדת רשויות – אז אני יכול לומר שחוק כזה שפוגע בכלל ההסדרים הראשוניים הוא לא חוקתי כי הוא נוגד במקרה הזה את עיקרון הפרדת הרשויות.

עקרון הצורך

עקרון הצורך זה האם יש מקרים בהם אי אפשר ליישם את כללי הצדק הטבעיים? למרות כל הרצון, החשיבות וההבנה – עצם יישום כללי הצדק הטבעי יסקל את האפשרות לקבל החלטה טובה. הרי בסוף מה זה משפט מנהלי? הוא נועד לעזור לנו לקבל החלטות טובות יותר, להגן על הציבור- אז צריך לקבוע כללים שיש להם ערך מוסף ולא כללים שהם גזרה שלא ניתן לעמוד בה ולכן השאלה היא אם יש סייג כמו עיקרון הצורך שמאפשר לסייג את כללי הצדק הטבעי ?
 לדוגמה : כשיש שוטר שרוצה להוציא צו מעצר הוא הולך לסעיף 4 שאומר עדיף מעצר לפי צו על פני מעצר ללא צו. מה הולך כשאתה הולך לשופט במעמד צד אחד? שופט נותן צו מעצר מבלי לשמוע את הצד השני. לא תמיד כללי הצדק יכולים לעבוד!!!!!! ולכן לפעמים אין מנוס, אי אפשר ליישם במלואם את כללי הצדק הטבעיים, הפשרה היא שעוצרים אותו ללא צו אבל תוך 24 שעות מביאים אותו בפני שופט!

דוגמה - נשיאת בית המשפט העליון מוציאה הנחייה לשופטים בעניין איסור על פגישה עם הדרגים הפוליטיים ונציגי לשכת עו"ד מתוך הוועדה לבחירת שופטים. יש שופט שלום או מחוזי והם רוצים להתקדם בסופו של הדבר הקידום שלהם תלוי בוועדה לבחירת שופטים. הוועדה מורכבת מנציגים של שופטים, לשכת עו"ד, חברי כנסת ושרים. כששופט רוצה להתקדם אז זה נשמע מצד אחד לגיטימי שהוא יפגש עם חבר כנסת או עם ראש לשכת עו"ד ויספר לו למה הוא חושב שהוא ראוי לקידום. אבל מצד שני, יש טעם לפגם מעצם העובדה ששופט נפגש עם דרג פוליטי מבחינת הנראות הציבורית – פגיעה באמון הציבור. שופט צריך להיות עצמאי ועצם פגישה כזאת שקשורה לקידום יש בזה טעם לפגם. נשיאת בית המשפט העליון הוציאה הנחייה שאוסרת את הפגישות האלה. הגושה עתירה לבג"צ כנגד הנשיאה והשאלה הייתה אם יש לה סמכות, ושאלה נוספת זה סבירות ומידתיות ההנחייה. בסוף מישהו צריך לדון בעתירה ואלו שופטי בג"צ אז גם אם יש איזה פשרה כביכול עם כללי הצדק הטבעי כי עצם הימצאותם של שופטים שצריכים לדון בהחלטה שנתנה הנשיאה שלהם אז

במובן הקלאסי של כללי הצדק הטבעי יש חוסר נוחות אבל אין מנוס כי אין שופטים אחרים. לכן כללי הצדק הטבעיים קצת זזים הצידה.

דוגמא נוספת – הריסת בית תוך כדי פעולה צבאית – פרשת האגודה לזכויות האזרח נ' פיקוד מרכז – אינתיפאדה ראשונה תחילת פעילות של הריסת בתים והשאלה הייתה האם לפני שהורסים בית במסגרת פעילות מבצעית צריך לשמוע את מי שעלול להיפגע כתוצאה מזה. על פני הדברים זה חלק מכללי הצדק הטבעיים כי הוא עתיד להיפגע מההריסה אבל אומר בג"צ אם מדובר בצורך מבצעי שהוא חלק מפעילות הלחימה אז כאן עם כל הכבוד לכללי הצדק הטבעי שיחידה צבאית נמצאת בפעולה ויש בית שצריך להרוס כי הוא מהווה סכנה אז מה יעצרו הכל וילכו לשופט? ויתנו זכות טיעון? זה לא הגיוני. במקרה כזה אין צורך בזכות טיעון כי אלמנט ההפתעה הוא חשוב. לעומת זאת, כשמבצעים הריסת בית לצורך הרתעתי לדוגמא מחבל שביצע פיגוע ורוצים להרוס את ביתו לפי תקנות לשעת חירום, במקרה הזה שמדובר בהריסת בתים לצורך הרתעה כאן אין דרישה למיידיות, אומר בית המשפט שזה לא דומה לסיטואציה של צורך מבצעי, ובכל זאת רוצים אפקט מהיר אז אפשר לאטום את הבית וצריך לתת זכות טיעון. כי איטום זה לא בלתי הפיך. ולכן כאן ככלל, צריך לתת זכות טיעון.

דוגמא נוספת לצורך או אינטרסים מנוגדים – השיפוט המשמעתית בצה"ל הוא בהחלט מהווה פשרה לכללי הצדק הטבעיים כי בשורה התחתונה השופט הוא המפקד שלך במרבית המקרים, ולכן יש פה נתון בסיסי שלא עולה בקנה אחד עם כללי הצדק הטבעי כי השופט לא אמור להכיר את הנאשם. אבל כשאנחנו בצבא יש משמעות חשובה להיררכיה ואכיפת דיני המשמעת בסופו של דבר היא כזו שאי אפשר שהשופט יהיה מנותק מהיחידה ולכן יש פה פשרה. השופט בדין המשמעת אמור להבטיח את ההליך ההוגן. אבל עד כמה שאפשר מכניסים את המשפט המנהלי וכל מי שרוצה להיות קצין שיפוט אמור לעבור קורס בבית ספר למשפט צבאי, ושם מעבירים קורסים במשפט מנהלי בסיסי שהשופטים בינו כללים בסיסיים שהם צריכים לעמוד במסגרת הדין המשמעתית.

עוד דוגמא – במכרזים בשירות המדינה או בשירות הציבורי הרבה פעמים חבר בוועדת המכרזים הוא חלק מהיחידה שהיא זו שמחפשת עובדים ומוציאה את התפקיד למכרז ואז יוצא שאם יש עובד שרוצה להתקבל למשרה והוא מתוך היחידה אז חלק מדיני המכרזים יוצאים מנקודת הנחה שיש היכרות בין מועמד למכרז לבין חבר בוועדת המכרזים. הקושי פה מבחינת כללי הצדק הטבעי יש חשש למשוא פנים. מה קורה אם אחד מחברי וועדת המכרזים נפגש במסגרת פגישה קודת ודן עם מועמד בעניין המכרז. על פני דברים כולם צריכים לבוא בלב פתוח ובנפש חפצה ולשקול את כל המועמדים ולתת הזדמנות שווה. ככל שאתה מכיר מישהו יש חשש למשוא פנים שהדעה שלך תהיה נעולה יכול להיות שגיבשת כבר עמדה לטוב ולרע ולמרות זאת, אי אפשר להחיל את עיקרון השוויון בטירתו שמדובר במכרז פנימי כי אחרת שהמשמעות היא שרק אנשים מחוץ ליחידה יוכלו לשבת בוועדת מכרזים וזה גזרה שהציבור לא יכול לעמוד בה כי יש ערך לזה שאתה מתוך היחידה ואתה יודע מה הצורך. פשוט צריך לדווח על הקשרים הקודמים עם המועמדים והוועדה צריכה לנהל פרוטוקול שישקף את עיקרי הדברים.

אחד מכללי הצדק הטבעיים הוא זכות הטיעון:

זכות הטיעון

לפני שרשות מנהלית מקבלת החלטה שיכולה לפגוע באדם או תאגיד היא צריכה לשמוע אותו. כאן יש חשיבות גם מבחינת הגנה על כבוד האדם, היא נגזרת מהזכות לכבוד, היא גם תשפר את איכות ההחלטה כי יכול להיות שתשמע דברים שלא ידעת קודם. זכות הטיעון היא גם אמצעי מאוד חשוב מבחינה דמוקרטית לשתף את הציבור בהחלטות שהרשות מקבלת. צריך לשמוע לפני שמקבלים החלטה שיכולה לפגוע, אז השאלה היא מה היא פגיעה שמחייבת לשמוע? אז אם מדובר בהחלטה שעשויה לפגוע בזכות חוקתית זכות יסוד אז וודאי שצריך לשמוע. נניח אם יש לי רישיון עסק ורוצים לשלול לי אותו אז זו החלטה שיכולה לפגוע בפרנסה שלי אז בוודאי שצריך לשמוע. לעומת זאת, אם מדובר בהחלטה שהיא מדיניות כללית שפוגעת בהרבה אנשים אז גם אם יש פה פגיעה כמובן החובה לתת זכות טיעון נחלשת מאוד בגלל שיש פה אלמנט של שינוי מדיניות ואם צריך לשמוע את כל מי שעלול להיפגע לא נצא מזה. בתקנות האם יש חובה לשר לפני שהוא מתקין תקנות האם הוא צריך לשמוע את כל מי שעלול להיפגע? אין חובה כזאת אבל ממשלת

ישראל אימצה לעצמה מדיניות מחמירה ויש החלטת ממשלה שקובעת שכל שר שמתקין תקנות אלא אם כן זה משהו בהול ואין זמן אז הוא צריך לפרסם טיוטת תקנות ולתת לציבור להביע את דעתו. זה תהליך וולונטרי שהממשלה אימצה ללא חובה עפ"י חוק. כשמדובר על זכות טיעון מדובר על פגיעה ספציפית ולא פגיעה רוחבית.

הפסיקה העדכנית אפילו הולכת עוד יותר ואומרת שגם אם מבקשת רישיון עסק ומסרבים גם אז צריך לשמוע אותי, גם אם אין לי זכות קנויה לקבל רישיון אבל יש לי אינטרס וברגע שלא נותנים לי יש פה חשש לפגיעה.

צריך לאבחן בין זכות טיעון לזכות העמידה בבית המשפט. יש שאלה של הרחבת זכות העמידה וזה חלק מהאקטיביזם והרצון לאפשר לציבור לתקוף החלטות ציבוריות שלא דווקא היו חלק בזה. זכות העמידה אומרת מי זכאי להגיש עתירה לבג"צ גם אם הוא לא נפגע באופן ישיר- עמותות, חברה אזרחית וכו'.

בדרך כלל בג"צ מקפיד אם יש מישהו ספציפי שנפגע שהוא גם יגיש את העתירה. זכות העמידה הרבה יותר רחבה מזכות הטיעון, יכול להיות שאני לא זכאי לזכות טיעון בגלל שהחלטה יש לה אלמנט כללי, אבל ייתכן שאם אגיש עתירה לבג"צ בהחלט יגידו שיש לי זכות עמידה ולא ימחקו את העתירה על הסף בשל העדר זכות עמידה. ככל שמדובר בהחלטה שיפוטית או מעין שיפוטית כך אנחנו נפקיד יותר על זכות הטיעון כי שמדובר בהחלטה שיפוטית או מעין שיפוטית על ידי רשות מנהלית אז כאן אנחנו כמו בבית משפט הרשות היא אמורה להכריע בין 2 צדדים ניצים והיא לא אחת מהם וכאן אנחנו מצפים להקפדה מאוד מאוד קפדנית של כללי הצדק הטבעי. בהתחלה הכללים האלה החלו בהליכים שיפוטיים או מעין שיפוטיים אבל לאט לאט הבינו שכללי הצדק הטבעי הרבה יותר רחבים מזה והם צריכים לחול גם על החלטה ביצועית ובוודאי על החלטה מעין שיפוטית. בית המשפט העליון לא מחייב לגבי תקנות משנה אבל הממשלה מאמצת את זה.

דוגמה להחלטה מעין שיפוטית היא בנוגע להחלטת זכות שימוע – 60א לחסד"פ שימוע לפני הגשת כתב אישום, אז אנחנו יודעים שהחלטה להגיש כתב אישום בכפוף לשימוע היא החלטה מעין שיפוטית כי הוא מכריע בין האינטרס הציבורי לבין הפגיעה שיכולה להתרחש לחשוד ברגע שיוגש כתב אישום. בחקירה במשטרה הם שואלים על מה שהם רוצים ולא מה שאתה רוצה להגיד ובחקירה אתה לא מודע לכל חומרי החקירה. אם מדובר על החלטה שהיועמ"ש מקבל אז השימוע נעשה אצל היועמ"ש ולא החשוד עצמו אלא עורכי דינו באים לשימוע.

הטענה שבאה ואומרת "למה צריך זכות טיעון? נשמע אותך בבית משפט..". התשובה לזה היא שהפגיעה כבר נגרמה.

יש עוד טענה ממהרת לכאורה אפשר להגיד על כללי צדק טבעי אם בא התובע ואומר אני הולך להגיש נגדך כתב אישום בכפוף לשימוע, וכללי הצדק הטבעי אומרים שאתה לא צריך להיות במצב של משוא פנים שדעתך נעולה אז איך אתה אומר שאתה הולך להגיד שאני מגיש כתב אישום בכפוף לשימוע? זה ההבדל בין כתב אישום לכתב חשדות. כתב חשדות אומר שלא גיבשתי עדיין עמדה, יש לי חשיבה שאומרת שיש פה חשד, אבל אני בא לשמוע אותך בלב פתוח ובנפש חפצה.

לעניין מבחן הפגיעה – כשמדובר במבחן הפגיעה, אז בית המשפט קבע שהמבחן הוא מאוד רחב והמבחן הוא האם מדובר בהחלטה שיש לה פוטנציאל לפגוע באינטרס חשוב? זאת אומרת לא צריך פגיעה בזכות אלא מספיק פגיעה באינטרס. "לא יורשה גוף אדמיניסטרטיבי ואפילו אדמיניסטרטיבי טהור (היינו- לא הליך מעין שיפוטית) לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכו' אלא אם כן ניתנה לנפגע הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו בפני הפגיעה העתידה". כלומר מבחן מאוד רחב למבחן הפגיעה, לאו דווקא זכות אלא אינטרס. לכן לא רק החלטה שיפוטית או מעין שיפוטית אלא כל החלטה גם אם היא ביצועית שיש פוטנציאל לפגיעה באינטרס חשוב.

פרשת נוסטקי 3379/03-הסיפור הוא לגבי החלטה של משרד החינוך בעניין שלילת תארים לכל מי שקיבל תואר בלבטביה. משרד החינוך אמר שבעקבות תשתית עובדתית שהצביעה על העתקות והעדר מנהל תקין החליט משרד החינוך לבטל את התארים, כדי שהחלטה תהיה מאוזנת החליט

משרד החינוך שמי שרוצה לקבל את ההטבות בעקבות התואר יצטרך לעבור בחינות. השאלה הייתה האם צריך היה לשמוע את אותם אנשים שנשללו מהם ההטבות האוטומטיות? משרד החינוך אמר שלא כי זו החלטה שכרוכה בהרבה אנשים ויש לה השפעה כללית תוך מדיניות שלא חייבים לתת להם זכות טיעון. העמדה לא התקבלה בבית המשפט כי יש פה החלטה שמטילה דופי מאוד חמור בהרבה אנשים, ההחלטה בשורה התחתונה אומרת שלפלוני לא יהיה הטבות שכר שהתקבלו אוטומטית קודם לכל מי שהחזיק בתואר מסוים כי יש דופי כלשהו שאתה מעורב בצורה כזו או אחרת במקום בו יש התנהלות לקויה. בקיצור, לא משנה אם מדובר בהרבה אנשים, כשמדובר בהחלטה שמטילה דופי אישי עד כדי כך שאומרים לך שפעלת בצורה ישירה או עקיפה, אתה חלק ממערכת שיש תשתית עובדתית שמקימה חשד להתנהלות לקויה, זכות הטיעון היא נדרשת!! אין פה אופי כללי

כשמדובר בהחלטת ממשלה מדובר בהחלטה בעלת השלכות כלליות ולכן לא מצופה כשמדובר בעניין של מדיניות לתת זכות טיעון, גם כשמדובר בחקיקת משנה אין חובה על פי החוק – בית המשפט עוד לא חייב אבל הממשלה גזרה על עצמה. כאן בדיוק הפוך, גם אם מדובר בהרבה אנשים זו לא החלטה כללית זו החלטה שמטילה דופי אינדיבידואלי באדם כזה או אחר.

המדינה השתמשה בנשק הצורך – הרבה אנשים, אי אפשר לשמוע את כולם – ובכל זאת בית המשפט דחה טענה זו. תקימו אמצעים יעילים אחרים שיאפשרו זכות טיעון לקבוצה גדולה. מה שעשו בפועל זה הקימו ועדות שאפשרו זכות טיעון. 30% עברו את השימוע, המסר הוא שגם אם מדובר בהרבה אנשים שעשויים להיפגע כל עוד יש מימד אינדיבידואלי ובטח כשמטילים בך דופי בהתנהלות המוסרית והערכית זכות הטיעון היא חשובה.

דוגמא נוספת – ממשלת ישראל החליטה לגרש 400 מחבלים ללבנון מבלי זכות טיעון שהייתה תשתית עובדתית לגבי מעורבותם בפעילות נ"צ, כשמדובר בפגיעה קשה צריך לשמוע אותם. בסוף הדבר הוצא לפועל – ונעשה באישון לילה. הוגשה עתירה לבג"ץ עם בקשה לצו ביניים, הסיפור אומר שפנו לאהרון ברק הביתה. אפשר היה לפתור את זה בנייתוח השאלה האם יש פה צורך צבאי. אם יש צורך צבאי לא חייב לתת זכות טיעון, אהרון ברק החליט לא לדון בשאלת הצורך הצבאי, בית המשפט קיבל החלטה שאומרת שיהיה ניתן לתת להם זכות טיעון בדיעבד לאחר שיגיעו כבר ללבנון-יהיו נציגים ומי שיצליח לשכנע יהיה אפשר להחזיר אותו לישראל.

הפיתרון של בית המשפט העליון הוא לא פיתרון מניח את הדעת, כי זכות הטיעון ככלל צריכה להינתן לפני קבלת ההחלטה כי כל ההיגיון הוא שתקבל החלטה כנה בלב פתוח ונפש חפצה. זכות טיעון בדיעבד- אתה כבר קיבלת את ההחלטה, זכות הטיעון הזו היא פחות נקייה. לדעת המרצה זכות טיעון בדיעבד הוא תחליף נחות. צריך לומר שנסיונות פוליטיות שבית המשפט נקלע אליהן והסיטואציה שהמחבלים כבר היו על האוטובוסים העמידה את בית המשפט במצב לא נוח מול הרשויות האחרות וכך התקבלה אותה החלטה, פיתרון ביניים לא מספיק טוב. בפועל הגירוש התברר כגירוש לא מוצלח מבחינה מדינית, אותם 400 מחבלים התחברו לחיזבאללה והקימו תאי טרור.

לפני שפוגעים בזכות של פרט חשוב לתת לו את כל המידע הרלוונטי שמצוי בידי הרשות, כדי שהטיעון יהיה אפקטיבי וכדי שהוא יוכל לשכנע את הרשות לקבל החלטה אחרת וכדי שזכות הטיעון תהייה אמיתית חייב ככלל לתת את החומר. אם מדובר לדוגמא בהליך פלילי צריך לתת את ליבת חומר הראיות למרות שזה לפני הגשת כתב אישום כדי שתוכל לשכנע את התובע לא להגיש כתב אישום.

צריך לומר לו מה מהות הטענה נגדך, מה מהות החשד – אם רשות שוקלת לשלול את רישיון העסק אז צריך לדעת שזכות הטיעון היא בכלל שרוצים לשלול לו את הרישיון עסק ולהסביר את התשתית העובדתית שהובילו אותה לכאורה לקבל את ההחלטה.

כשיש שימוע הפרט צריך לדעת שהוא בשימוע. לא על הדרך לבוא אליו תוך כדי עניין אחר ולהגיד ששמעו אותו, מדובר בהליך ברור ומסודר.

יש שאלה לגבי עד כמה הרשות צריכה מבחינת היקף החומר הנמצא בידיה, עד כמה צריכה להרחיב את החשיפה של החומר שיש בידיה? מה היקף חובת הגילוי?

גם פה אין כללים ברורים, בסופו של יום זה תלוי במכלול נסיבות העניין, טיב ההליך, סוג ההחלטה.

זכות טיעון משנית – פעם ראשונה שמענו אותך, מבקר המדינה נותן לך אפשרות לומר את עמדתך במקביל לטיטוט הדו"ח שהוא מכין, אתה מגיב הוא אוסף את כל התגובות וכותב טיטוט דוח כמעט סופית, לאחר מכן אתה מגיב עליה שוב – זה נקרא זכות טיעון משנית. ככל שתיתן יותר אופציות להישמע כך זה יותר טוב מבחינת הפרט- אבל צריך לדאוג ליעילות, אי אפשר לדון באותו דבר כמה פעמים. לגבי זכות טיעון משנית הפסיקה לא מחייבת – תלוי בנסיבות, תלוי בעניין.

למרות שהמצב האופטימלי הוא שיתנו זכות טיעון לפני קבלת ההחלטה ולא אחריה – הרבה פעמים בית המשפט מוכן להתפשר שלא נתנו זכות טיעון ומאפשר זכות טיעון בדיעבד. זה נובע מכלל שנדבר עליו בהמשך – כלל הבטלות היחסית. היה פגם, היה צריך לשמוע קודם אבל בית המשפט הוא פרקטי והוא אומר שניתן לשמוע בדיעבד. זה נובע מגישה פרגמטית של בית המשפט שלא בהכרח תביא לביטול.

לגבי אופי זכות הטיעון, איך זה נעשה? גם פה אין תשובה חד משמעית. זה נחשב כמשהו שהוא בתוך מתחם שיקול הדעת של הרשות המנהלית.

לפעמים לכתב יש יתרונות כי אתה יכול לומר את הכל בצורה יחסית יסודית, מקצועית אבל לפעמים גם לכתב יש חסרונות כי אתה לא יודע אם קוראים את זה, אתה לא יכול להסתכל בעיניים למי שיקבל את ההחלטה, גם לא תמיד יש את האינטראקציה של שאלות ותשובות. – לפעמים זה שילוב של גם מכתב וגם בעל פה.

אם יש הוראה בחוק הולכים לפי החוק, אם לא זה חלק משיקול הדעת של הרשות. לא בהכרח לא מי שיקבל את ההחלטה הוא זה שחייב לשמוע אותך, לרשות מנהלית יש את הזכות להסתייע בגורם אחר שישמע – שיקול הדעת עדיין נשאר אצל מי שמחליט. אם היא מאצילה לו אתה סמכות להחליט צריך לדון בדיני האצילה – בית משפט לא יכול לעשות את זה, הוא לא יכול להסתייע באנשים אחרים, הוא צריך לשמוע את העדים.

האם בזכות טיעון מאפשרים לך להביא עדים? השאלה אם זה הליך בעל אופי שיפוטי או ביצועי. כשמדובר בהליך בעל אופי שיפוטי יש אפשרות להביא עדים, ראיות – אבל כשמדובר על הליך בעל אופי ביצועי (שלילת רישיון עסק) אז במקרה הזה השימוע הוא על סמך ראיות כתובות – אין עדים, אין הליך מעין שיפוטי.

מה לגבי ייצוג על ידי עורכי דין? כן. סעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין אומר שאדם שייפה כוחו של עו"ד זכאי להיות מיוצג על ידיו בידי כל רשויות המדינה. יש הרבה מקרים שלאזרח אין ידע משפטי ואתה רוצה עורך דין.

ערעור אזרחי 8077/08 אוניברסיטת חיפה נ' לירן בן הרוש – אומר בית המשפט העליון שהוא לא מקבל את פסק הדין של בית המשפט המחוזי, הוא קובע שצריך לתקן את התקנון שיאפשר ייצוג כשיש מגבלה משמעותית ביכולת של הסטודנט לייצג את עצמי, כאשר מדובר בסטודנט שעומד בפני חשש לתוצאות חמורות, הוראת סל שתסמיך את ועדת המשמעת לאפשר ייצוג לפי שיקול דעתה והוראה נוספת שמאפשרת ייצוג בכל מקרה שהאוניברסיטה או המוסד מיוצג.

חלחול כללי הצדק הטבעי לתוך התנהלות של גוף דו מהותי (אוניברסיטה) בית המשפט העליון לא מהסס להתערב בתקנון פנימי שנקבע ע"י המוסד כשהוא מגיע למסקנה שהתקנון לא הוגן כלפי הסטודנטים ושיש חשש לפערי כוחות. יש אלמנט של ההיבט הציבורי של פעילות למוסד להשכלה גבוהה ובעיקר הסיכון שאתה עומד מולו. כשבית המשפט אומר שבסופו של דבר הסטודנט ניצב בפני הליך משמעותי שההשלכות שלו על עתידו הן משמעותיות. פסק הדין הזה עוסק בזכות הטיעון והייצוג.

פס"ד אקונס, בג"ץ 5769/18 פרופסור יעל אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה – מדובר בהחלטה של שר המדע לא לקבל את המלצת הדרג המקצועי במשרד ולא למנות את פרופסור יעל אמיתי שהיא מומחית לפיזיולוגיה וביולוגיה של התא, אין מחלוקת שהיא אדם ראוי, השאלה היא לגבי סוגייה אחרת. הוא החליט לא למנות אותה לתפקיד כחברה במועצת הנגידים של קרן גרמניה-ישראל למחקר ופיתוח מדעי. מה הסיפור שם? בסוף שנות ה-80 גרמניה וישראל שני שרי המדע שלהם חתמו על הסכם שהקים קרן מחקר שהייעוד שלה הוא תמיכה כלכלית בפרויקטים משותפים של 2 המדינות בתחום של מחקר ופיתוח לצורך העניין הזה 2 המדינות גייסו הרבה כסף לקרן ומי שמופקד על ניהול הקרן זה מנהל הקרן אבל יש גם מועצת הנגידים- יש בה 8 חברים ויש לה הרבה מאוד סמכויות בעיקר מקצועיות. באותו הסכם נקבע ששני שרי המדע הם יושבי ראש משותפים של מועצת הקרן וכל אחד מהם ממנה 3 ולפחות אחד מתוך 3 צריך להיות חבר בקהילה המדעית. (מאוחר יותר נחקק חוק שיעיג את ההסכם של הקרן לחוק). הובא בפני שר המדע המועמדות של פרופסור

אמיתי שהייתה בראש רשימת המועמדים והיא עברה את כל הדרג המקצועי במשרד המדע והשר סרב לחתום על המינוי כאשר הסיבה שהוא לא חתם עליה היא לא מקצועית אלא בגלל שיש בהתנהלות שלה פגם נורמטיבי שפוסל את המינוי שלה לתפקיד כי בשנת 2002 היא חתמה יחד עם עוד חברי סגל אקדמי על עצומה שהביעה תמיכה בסטודנטים ומרצים שמסרבים לשרת כחייילים בשטחים הכבושים. באותה עצומה הייתה נכונות לסייע לסרבנים שנתקלים בקשיים – העמדה של השר אקונס שעצם החתימה על העמותה היא עבירה פלילית ולכן הוא לא מוכן למנות אותה.

אומר היועץ המשפטי לממשלה, שהוא ראש התביעה הכללית, הוא אומר שאין עילה לפסול את המינוי עצם החתימה על העצומה היא כשלעצמה לא מהווה עבירה פלילית. השר רצה לבדוק אם היא מסכימה לחזור בה מהחתימה על העצומה והיא לא הסכימה לחזור בה. זה הגיע לבית המשפט העליון והיועץ המשפטי לממשלה מגבש עמדה שצריך לקבל את העתירה. אומר היועץ המשפטי שהמשקל של החתימה שלה לא מצדיק את פסילת המינוי כי זה לתפקיד מקצועי מובהק ולכן גם אם עצם החתימה מעידה על פגם ערכי המשקל שהשר העניק לו חורג באופן קיצוני ממתחם הסבירות. המדינה אומרת שהיא דוחה בתוקף כל קריאה לתמיכה בסרבנות אבל העצומה הזו לא מהווה קריאה לסרבנות ולכן אין פה עבירה פלילית ובוודאי עצם החתימה לא יכולה לגבור על השיקולים המקצועיים. המדינה אומרת שהתפקיד לא כרוך בהיבטים ציבוריים נכבדים – בסוף זה תפקיד מקצועי ולבוא ולמנוע את המינוי בכלל התבטאות פוליטית שניתנה ב-2002 זה אפקט מצנן לחופש הביטוי.

השר שאמור להיות מיוצג על ידי היועץ המשפטי לממשלה – אולם הוא לא תומך בו. אז מי מייצג את השר? ההלכה אומרת כשמדובר בשאלות משפטיות גם אם העמדה של היועץ המשפטי לממשלה לא עולה בקנה אחד עם העמדה של השר בסופו של יום מי שקובע מה תהייה עמדת המדינה היא היועץ המשפטי לממשלה. האם השר זכאי לייצוג פרטי? חלק מזכות הטיעון שלי תעלם אם לא תהייה עו"ד שייצג אותו. באותו מקרה השר אקונס לא ביקש ייצוג נפרד.

אבל מה שנעשה בפרקטיקה זה שהיועץ מביא את עמדת המדינה אבל בתוך עמדת המדינה הוא מביא גם את עמדת השר.

לדיון בבג"ץ הגיע השר, הוא רצה לטעון ולדבר. בית המשפט העליון רצה לשמוע את עמדת השר ואף אפשר לו להגיש תצהיר מטעמו.

כל השופטים אומרים שעצם העובדה שהשר מחליט שזו עבירה פלילית זה שיקול זה, כי היועץ המשפטי לממשלה הוא זה שמחליט אם מדובר בעבירה פלילית או לא – ובמקרה הזה הוא החליט שלא. אבל, השאלה היא האם השיקול של פגם ערכי עצם החתימה על העצומה הוא שיקול ענייני? כאן אומרים השופטים שפגם כזה או אחר, ערכי הוא יכול להיות שיקול ענייני – מה המשקל שלו? ישתנה ממקרה למקרה.

אומרים השופטים הנדל ושטיין שהם לא יודעים בתוך השיקולים שהשר שקל איזה משקל הוא נתן להיבט הערכי, הם כן יודעים שהעניין של העבירה הפלילית זה שיקול זה. אבל בגלל שהשר לא היה מיוצג הוא לא יודע איך התחלק המשקל בין השיקולים. הם מחזירים את זה לשר ואומרים שהם לא ממנים, הוא בסופו של דבר ממנה לקרן ולכן הם מבקשים ממנו לא להתחשב בשיקול של עצם העובדה שהיא חתמה זה עבירה פלילית, הם מבקשים ממנו לחזור ולשקול.

השופט קארה בהקשר הזה נשאר בדעת מיעוט, הוא אומר שיש מקרים שבהם זה נכון שהכלל שצריך להחזיר את החלטה אליו מחדש ושישקול מחדש. אבל, זה המקרים הרגילים. אבל יש מקרים חריגים לדוגמא- כשיש חשש ממשי שבגלל תהליך קבלת החלטה היא לא תוכל להחליט מבלי להיות מקובעת בהחלטה הקודמת או כשיש חלופה אחת בלבד, או כשהרשות מסרבת להפעיל את סמכותה וברור שאין שיקול ענייני שיכול להצדיק את הסירוב. כלומר, אומר השופט שיש מועמדת אחת שהמועמדות שלה נפסלה בשל סיבה אחת וזה עצם החתימה על העצומה ואנחנו אמרנו שזה חוסר סבירות קיצוני כי זה לא עבירה פלילית, וברגע שאתה תולה את כל ההתנגדות למינוי עצם החתימה על העצומה "לא נותר לנו אלא להורות לשר להפעיל את סמכותו ולמנות את העותרת לתפקיד".

שטיין והנדל אומרים שהם לא יכולים למנות. זה לא הסמכות שלהם.

איסור על הימצאות בסיטואציה שמעמידה בחשש לניגוד עניינים ומשוא פנים

צריך לומר ראשית שאנחנו מדברים על כלל שאוסר עליך להימצא בעצם הסיטואציה שמעמידה אותך בחשש הסתברותי כזה או אחר לניגוד עניינים, במילים אחרות הכלל הזה לא שואל את השאלה האם קיבלת או תקבל החלטה שהיא החלטה לא טובה כי היא נטועה במצב שמקבל החלטה מצוי בניגוד העניינים. הכלל הזה הוא מקדים תרופה למכה.

תארו לעצמכם שאני איש ציבור שאמור לקבל החלטה ופונה אליי אחי, אני אומר לכולם שאני מסוגל לנטרל קשרי משפחה ואני מקבל את ההחלטה הכי נכונה – נצא מתוך נקודת הנחה שהאדם הזה הוא גם צודק, לצורך העניין כרגע הוא יכול לנטרל, אבל אנחנו כשאנחנו מדברים על איסור על ניגוד עניינים לא מסתכלים על השאלה האם אתה באמת יכול לנטרל, אנחנו אומרים דבר אחר, אנחנו לא שמים מכשול בפני עיוור- לא נעמיד אותך בכלל בסיטואציה כזו. גם אם אתה מתעקש שאתה יכול להיות נקי לחלוטין; איך זה יראה בעיני הציבור? גם אם אתה בן אדם מיוחד מבחינת אמון הציבור יש טעם נפגם שאדם צריך להחליט בעניינים שקשורים לאחיו ולכן הכלל של איסור הימצאות במצב כזה הייחוד שלה זה שאנחנו לא מתעניינים בשאלה האם באמת ההחלטה שתקבל היא החלטה שתהייה החלטה לא טובה בגלל הניגוד עניינים, אנחנו לא צריכים להראות שבפועל היה מצב של ניגוד עניינים- כל מה שאנחנו צריכים לראות זה פוטנציאל, זה כלל צופה פני עתיד. עצם ההימצאות היא לעצמה פסולה ולא התוצאה בפועל.

יש הרבה סיבות ללמה הכלל הזה צופה פני עתיד.

אחת מהן שקשה להוכיח שאכן התקבלה החלטה לא טובה בכלל ניגוד עניינים, תמיד ניתן לצבוע את ההחלטה בכל מיני נימוקים עניינים, אנחנו מעדיפים להקדים תרופה למכה מאשר שתקבל החלטה ואז יתקפו אותה ויכול להיות שנפסול אותה, אנחנו רוצים למנוע את העלויות של תיקון ההחלטות. ולכן אנחנו מונעים ממך מראש מלהימצא בסיטואציה הזאת, יש פה גם עניינין של מראית פני הצדק. מבחינת נראות ציבורית גם אם לא נצליח להוכיח שההחלטה לא טובה, עצם התחושה שמעורבים בה שיקולים לא עניינים היא כשלעצמה פוגעת בציבור, יש יתרונות לכלל שאוסר עליך להימצא בסיטואציה שמעמידה אותך בניגוד עניינים.

מצד שני, החיסרון הוא שזה מחייב אותנו להיעזר במבחנים הסתברותיים. כי עכשיו אני צריך לבחון כל מקרה לגופו, מה ההסתברות שהסיטואציה הזו שאתה נמצא בה תעמיד אותך בחשש לניגוד עניינים, אין לנו קנה מידה תוצאתי. לפני ההחלטה אנחנו רק בהסתברות.

דבר שחשוב להדגיש, ניגוד עניינים זה כלל שאומר שיש חשש לזה שההימצאות שלך בסיטואציה מסוימת תהייה ניגוד בין התפקיד הציבורי שלך לבין איזשהו שיקול אחר שמנוגד לתפקיד הציבורי שלך, השיקול האחר יכול להיות או ציבורי או פרטי. כלומר, יש 2 סוגים של ניגודי עניינים: יש ניגוד עניינים אחד שבו אנחנו אומרים שהניגוד העניינים הוא בין התפקיד הציבורי שאתה ממלא לבין שיקול אחר שגם הוא קשור לאינטרס ציבורי אבל הוא מנוגד לתפקיד שלך ועכשיו אתה בסיטואציה שאותו תפקיד שאתה צריך למלא ואמור לשיקול נטו את השיקולים הענייניים ולאזן ביניהם, פתאום יש איזשהו ניגוד בין תפקיד ציבורי אחר ואז אולי ההחלטה לא תהייה טובה כי אתה לא תוכל לקבל אותה בצורה נקייה.

השיקול הזה פחות גרוע מניגוד העניינים הפרטי, ששם אנחנו עוסקים בין התפקיד הציבורי שלך לבין איזשהו שיקול פרטי שהוא מנוגד לתפקיד הציבורי שאתה אמור לפעול על פיו באופן נקי, בשני המקרים אנחנו פועלים לפי מבחנים הסתברותיים.

הפסיקה לא לחלוטין סגורה לגבי המבחנים ההסתברותיים אבל יש איזשהי הבנה שכשמדובר בניגוד עניינים של ציבורי מול פרטי מספיק חשש סביר לכך שאתה מעמיד את עצמך בסיטואציה שיהיה ניגוד עניינים בין התפקיד הציבורי שלך לבין אינטרס פרטי שלך. ציבורי מול ציבורי כאן אנחנו מבינים שהמבחן הוא קצת אחר והפסיקה מדברת על חשש ממשי, הרף הוא יותר קשה. אנחנו מחזיקים את איש הציבור כאדם ציבורי שידוע לנטרל בין השניים. בפרטי מול ציבורי מספיק חשש סביר (במבחנים הסתברותיים).

חשוב להגיד שקו הגבול הוא מאוד לא ברור - בסיטואציה שהיא תקינה לבין סיטואציה שהיא איננה תקינה, אין פה שחור או לבן ברור. לפעמים המחוקק מתייחס ספציפית לסיטואציות שאוסרות על הימצאות ניגוד עניינים. זה שיש חוק שעוסק במקרה ספציפי זה כשלעצמו לא מונע מכללי הצדק הטבעי הפסיקתיים לחול, הרבה פעמים המחוקק מתייחס לסיטואציות מסוימות כפסולות ואז זה קל כי המחוקק אמר את דברו, המבחן הפסיקתי מחייב הסתברות.

בדר"כ כמוצא ראשון בית המשפט תמיד ינסה לנטרל את החשש לניגוד עניינים באמצעות כל מיני פתרונות יצירתיים, נניח אם מדובר בניגוד עניינים ספציפי שקשור לחלק מהפעילות של נושאי התפקיד אז אפשר לנטרל אותו בעצם העובדה שאומר לו לא להשתתף בדיונים שקשורים לניגוד העניינים או לחילופין, תאצול את הסמכות. זה תמיד מוצא ראשון- כי תמיד אנחנו נעדיף פתרונות שיפגעו פחות בזכות הפרט (חופש העיסוק) מאשר פתרונות שיגידו לך שאתה חייב להתפטר.

אם יש מקרה שניגוד העניינים הוא כ"כ בוטה- ואין ברירה בית המשפט יגיד שהוא לא יכול לכהן בשני התפקידים והוא חייב להתפטר מאחד מהם – אבל זה רק כשמדובר בניגוד עניינים בעוצמה מאוד גבוהה.

נקודה חשובה, המבחן הוא מבחן של האדם הסביר, אובייקטיבי. זה מתכתב עם מה שהמרצה אמר קודם, אם יבוא אותו פקיד ויגיד שהוא יכול לעמוד בניגוד עניינים ולא מעניין אותו מהמשפחה- זה לא מעניין אותנו, בית המשפט יגיד שהמבחן הוא מבחן של האדם הסביר, אובייקטיבי ולא סובייקטיבי.

השאלה אם אתה נמצא בסיטואציה כזו היא תולדה של הערכה אובייקטיבית של האדם הסביר. דרך המלך בשאלות של ניגוד עניינים זה תמיד לפתור את העניין מראש. איך עושים את זה מראש? **הסדר ניגוד עניינים.** כשאתה נכנס לתפקיד אתה מתחיל לפרוט את כל הנתונים שקשורים למעגלים השונים, משפחתיים, ציבוריים – כדי שנגע האם יש חשש להימצאות בניגוד עניינים. אחרי שאתה פורס את כל העובדות אנחנו מתחילים לתפור חלופה מתאימה ויגידו לך במה לא להתעסק. לדוגמה, כשהיועץ המשפטי לממשלה כיהן בתפקידו, לפני זה הוא עבד כסנגור – היה מקרים שהיה ברור שהוא לא יכול להתעסק במקרים ספציפיים.

לעיתים, ניגוד העניינים מסתבר בדיעבד, לא תמיד אתה יכול לחשוב על הכל מראש ואז צריך לחשוב על פיתרון שימגר את ניגוד העניינים. איזה פיתרון? תלוי. אולי בית המשפט יגיד שצריך לבטל החלטות שנפל בהן חשש שנמצאת בסיטואציה של ניגוד עניינים, או שימנעו ממנו בעתיד לטפל באותם עניינים או סיום כהונה- אי אפשר לעשות את שתייהן ביחד.

אחת התכליות המרכזיות של החשש מניגוד עניינים ילמד בהמשך, נראה שאחד הכללים הבסיסיים של המשפט המנהלי זה שמותר לך לשקול שיקולים ענייניים בלבד- איך נדע אם זה שיקול ענייני? תלוי במקרה. בהתאם לסוג הסמכות ובהתאם לחוק שמכוחה אתה מפעיל את השיקול. אם מותר לך לשקול שיקולים עניינים, אם יש חשש שבסיטואציה שאתה עומד שיקול פרטי יזלוג זה בעייתי מבחינת הכלל שאוסר לשקול שיקולים זרים, וגם אם יש חשש ששיקול ציבורי אחר יזלוג גם אם זה לא יכניס איזשהי טובת הנאה לתוך כיסך הפרטי, עדיין שיקול ציבורי מסוים לא עולה בקנה אחד עם השיקול שאתה אמור להכריע בעניינו. הכלל שאוסר עליך לשקול שיקולים זרים הוא הכלל שעומד בראש העניין.

יש הבדל בין ניגוד עניינים אישי ששם הפסיקה מדברת על חשש סביר, לא צריך להוכיח ניגוד עניינים בפועל או שקיבלת החלטה שהיא תולדה של שיקולים זרים- זה לא מבחן תוצאתי. הכל תלוי בעוצמה של ניגוד העניינים, המבחן הוא מבחן אובייקטיבי של האדם הסביר ולא סובייקטיבי של איש הציבור. יש ניגוד עניינים אישי קרוב – שאלא המקרים הכי פשוטים, יש "דגל אדום" שמתנופף לבין ניגוד עניינים אישי רחוק ששם השרשרת מתחילה להתרחק אבל עדיין יש איזשהו חשש.

ניגוד עניינים אישי קרוב הדוגמה הקלאסית היא פרשת מושלב נ' הועדה המחוזית לתכנון ובנייה צפון 3132/92 – קיבוץ כאברי הגיש לוועדה המקומית תוכנית להקמת תחנת דלק עם מסעדה על אדמה בבעלות הקיבוץ. הבעיה היא שיושב ראש הועדה המקומית הוא חבר קיבוץ כאברי – יש ניגוד עניינים. פה אחד אישרה הועדה המקומית את התוכנית, השאלה היא אם יושב ראש הועדה המקומית צריך להשתתף בהצבעה – בפועל הוא השתתף. אחרי האישור של המקומית זה היה צריך לעבור לוועדה המחוזית – שמינתה חוקר שידון בהתנגדויות והוא אמר שאין מניעה לאשר את התוכנית, אין פגם תכנוני והתוצאה היא שהועדה המחוזית אישרה את התוכנית שהוגשה ע"י הקיבוץ. בית המשפט העליון אומר שיש פגם בחוליה הקודמת בשרשרת, עצם העובדה שיושב ראש הועדה, חבר קיבוץ, השתתף בהצבעה שקשורה לקיבוץ שלו – לכאורה ניתן לומר שיש את כללי הצדק הטבעי הפסיקטיים, אבל במקרה הזה אפילו המחוקק אמר את דברו – יש ס' 47 (א) לחוק התכנון והבנייה שאומר שאסור לחבר במוסד תכנון להשתתף בדיון בתוכנית שיש לו עניין בה. אפילו יש סנקציה פלילית על מי שמפר את ההוראה הזאת. במקרה הזה, אם הולכים לפי המבחן הפסיקטי צריך לבדוק האם יש חשש סביר שיו"ר הועדה היה מצוי בסיטואציה שמעמידה אותו בניגוד עניינים, כלומר, האם יש חשש סביר שהחלטה שלו תושפע מהעניין הפרטי שלו? לא צריך להוכיח חשש ממשי כי זה ציבורי פרטי, לא צריך להוכיח שהוא קיבל החלטה תוך שיקולים זרים- עצם ההימצאות בסיטואציה היא פסולה. השופט דורנר אומרת שהיא לא צריכה לבחון פרטנית האם יש חשש סביר שהחלטה תושפע משיקולים זרים כי יש חוק במקרה הזה- שאומר שאסור להשתתף בתוכנית שיש לך עניין בה ולכן במקרה הזה, יש חזקה שאתה נמצאת בניגוד עניינים בעוצמה שמספיקה לביטול החלטה. איפה טובת ההנאה? בית המשפט אומר שהקיבוץ ירוויח מזה שתהייה תחנת דלק, הוא חבר בקיבוץ וטובת ההנאה של הקיבוץ זה טובת ההנאה שתעצים את המצב של כל אחד מהחברים בקיבוץ.

הוועדה המחוזית אישרה אמנם, זה שאין פגם תכנוני בתוכנית הכל טוב, אבל זאת לא השאלה, עצם העובדה שיו"ר הוועדה נכח בהצבעה שנגעה לקיבוץ שלו, לא צריך להוכיח ניגוד עניינים בפועל. יכול להיות שזו החלטה מאוד נכונה לקיבוץ- אבל זו לא השאלה כי מדובר על אמון הציבור.

בג"ץ 202/90 איי בי אם ישראל בע"מ נ' משרד משפטים – דוגמא לניגוד עניינים לא קרוב. המדינה מפרסמת מכרז, איי בי אם היא מתחרה יחד עם מתחרה אחרת שזוכה – כלל מערכות בע"מ. כלל מערכות אומרת למשרד האוצר שיש יועץ מומחה שיכול להיות יועץ לשניים מחברת ועדת המכרזים. היועץ הזה הוא גם שכיר של חברת תדירן שהיא חברת האם של חברה אחרת, קונתהל. כלל אומרת לחברי ועדת המכרזים שהיא מציעה את פלוני כיועץ שאמור להיות יועץ אובייקטיבי, מתברר בדיעבד שהיועץ הוא עובד כשכיר בחברת תדירן שהיא חברת האם של חברת קונתהל ובין כלל לבין קונתהל יש הסכם שאומר שאם הם יזכו במכרז אז חברת קונתהל תהייה קבלן משנה שלהם. היועץ הוא שותף עקיף לכלל שזכתה במכרז. השופט ברק אומר בדעת רוב שיש אמנם ניגוד עניינים אישי רחוק אבל עדיין פסול, אמנם הוא לא עובד רשמי של כלל, אבל, הוא עובד בכיר של תדירן שחברת הבת שלה היא זו שתרוויח אם כלל תזכה. זה לא בליבת הגרעין של החשש ניגוד עניינים אלא יותר בשוליים, אבל השופט ברק אומר שאי אפשר להשתתף בעקיפין או במישרין במכרז הזה, פה זה בעקיפין, השופט ברק אומר שזה מספיק למצב שמעמיד אותך בחשש סביר לניגוד עניינים. ברק מפרט את האינטרסים השונים של חברת תדירן וקונתהל ומכאן אומר ברק שיש טעם נפגם. השופט ברק אפילו מדבר על חשש ממשי ולכן בוודאי שיש חשש סביר שהיועץ שלו הושפע או יושפע מהאינטרס האישי שלו- זה נבחן בעיני האדם הסביר. ברק אומר שאין ראייה שהוא אכן העמיד לנגד עיניו אינטרס כזה או אחר, כי יכול להיות שמדובר באדם ישר וכדי לא להטיל דופי ביושרו הוא מוסיף את המשפט הזה, אולם לא נדרש להוכיח ניגוד עניינים בפועל אלא מספיק חשש.

השופט בייסקין חשב שיש חשש עקיף. אחת הבעיות היא שאותה חברה שזכתה, כלל, ביקשה מועדת המכרזים שהוא יהיה יועץ שלה – זה עוד יותר מקשה.

בג"ץ 5575/94 מהדרין נ' ממשלת ישראל – פס"ד זה עוסק במועצת מקרקעי ישראל שקיבלה החלטה בעניין שיעור הפיצוי הכספי שמגיע לחקלאיים בעקבות ביטול חוזה חכירה עקב שינוי ביעוד החקלאי של הקרקע. באותו הזמן שהתנהלה העתירה חוק מנהל מקרקעי ישראל לא קבע את זהות חברי הוועדה והוא לא קבע את תנאי הכשירות להיבחר כחבר מועצה למועצת מקרקעי ישראל. בפועל, מי שנבחר לחברות במועצה היו נציגים שונים של כל מיני מגזרים, כולל המגזר החקלאי. השאלה הייתה האם נציגי המגזר החקלאי רשאים להיות חברים במועצה שמחליטה על גובה הפיצויים שיקבלו החקלאיים? אומר השופט אור שגם אם אין הוראת חוק שקובעת שאסור יש את כללי הצדק הטבעי שכולל את הכלל שאוסר על ניגוד עניינים וגם אם החוק לא אוסר את זה, בית המשפט יבחן האם יש פה ניגוד עניינים פסול. המבחן הוא מבחן אובייקטיבי- עצם ההימצאות והפוטנציאל הזה של חשש לניגוד עניינים היא פסולה. אם מדובר בסיטואציה שניגוד העניינים הוא כ"כ רחב ואין ברירה אלא להגיד שאסור לך לכהן- לא תהייה ברירה, אבל כאן יש חשש נקודתי, הוא בהחלט לא מצדיק את הפסילה של כל חברי המגזר החקלאי מלהיות חברים במועצה. יש הרבה מאוד החלטות שהם יכולות להתקבל כשהם חברים במועצה ואין ניגוד עניינים, לעומת החלטות שיכולות להקים ניגוד עניינים. לעיתים הגבול בין חשש ממשי או סביר לא ברור אבל בנסיבות האלה התפקיד של חברי המועצה המוסדי כחברי במועצת מנהל מקרקעי ישראל לא אפשר להם לקבל החלטה שקשורה לפיצוי שהחקלאים זכאים לו, אומר בית המשפט שיש את התפקיד האישי במגזר החקלאי ובמסגרת התפקיד האישי במגזר יש חלק מהאנשים שהם מזכירי תנועות והם אמורים לעמוד על זכויות היישובים, הם ירצו כמה שיותר פיצוי, לעומת זאת בכובע המוסדי כחברים במועצה הם אמורים לשקול את כלל השיקולים ולא את השיקול של החקלאים שרוצים רק פיצויי מרבי. יש כאן סיטואציה ברורה של ניגוד עניינים, בית המשפט אומר שאסור היה להם להשתתף בדיונים ובהצבעות. יכול להיות ששקיפות הייתה יכולה לפתור את זה אבל בית המשפט בכל מקרה מחליט לאסור את עצם ההימצאות שלהם בדיונים ובהצבעות שמעמידים אותם בחשש לניגוד עניינים. הביקורת היא ביקורת שאפשר לחשוב עליה האם יש מקרים שבאופן מכוון אתה רוצה לשים בכל מיני ועדות וגופים אנשים שהם נציגים של המגזר הרלוונטי, אז כמובן אז אתה חייב שקיפות.

בג"ץ 6671/04 עמותת שחר אגודה לקידום החינוך בישראל נ' המועצה להשכלה גבוהה- פסד זה סב סביב החלטה של המועצה להשכלה גבוהה לא לתת רישיון לפתיחה של מסלול ללימוד יסוד לתואר ברפואה במסגרת שלוחה של אוני' זרה. הטענה הייתה שיש ניגוד עניינים, חלק מהמשתתפים באותה

החלטה הם עובדים בעמותות להשכלה גבוהה שיש בהם פקולטה לרפואה וההחלטה שלהם יכולה להיות מוטה כי הם לא ירצו להגדיל תחרות בתחום. הטענה הזו נדחתה ע"י בית המשפט העליון, פס"ד זה בהחלט נותן משקל לעיקרון של ייצוגיות. יש פה מינויים בעלי אופי ייצוגי ואם בית המשפט היה מקבל את העתירה אז המשמעות היא שניציגי המוסדות לא יהיו חלק מוועדת המל"ג. פסד זה נותן חשיבות לעיקרון הייצוגיות גם בניגוד לכללי הצדק הטבעיים. בנוסף מתייחס גם לעיקרון הצורך.

בג"צ 11075/04 ג'רבי נ' שר החינוך – פה הפעם התירה הייתה נגד חלוקת תקציבים שנקבעה ע"י הות"ת (הוועדה לתכנון תקציבי) שהיא מחלקת את הכספים בין המוסדות השונים. חברים בות"ת גם פרופ' ממוסדות אקדמיים. השאלה אם הפרופ' יכולים להיות חלק בוועדה שמקבלת החלטות בנוגע לאותם מוסדות. בית המשפט אמר שהפרופסורים לא יכולים לקבל החלטות בנוגע לאותם מוסדות במישרין. התשובה הזו לא נותנת הסבר למצב של ניגוד עניינים כי ניגוד עניינים נבחן בצורה אובייקטיבית ופה בית המשפט אומר הם לא אמורים לייצג את המוסדות. גם פה בית המשפט מתייחס לעיקרון הצורך ואומר אם נפסול כל מי שמכהן במוסד אקדמי במל"ג אז לא יהיו אנשים שיהיה להם את הכלים האקדמיים הראויים להתקבל לוועדות המל"ג.

בג"צ 5734/98 עזריאל נ' וועדת המשנה של מועצת מקרקעי ישראל – (המשך של בג"צ מהדרין) – במהדרין אומר בג"צ לא יכול להיות ש-2 מחברי מועצת מקרקעי ישראל שהם נציגי המגזר החקלאי לא יכול להיות שהם ייקחו חלק בדיון שקשור להחלטות שקשורות למגזר החקלאי. האינטרס של המועצה למקרקעי ישראל היא לשלם כמה שפחות פיצוי לחקלאים ובכובע הפרטי של החקלאים ירצו כמה שיותר פיצוי. בפס"ד זה יש התפתחות כי יש תיקון לחוק – התיקון בא ואומר שבעלי תפקידים שיש להם עניים במדיניות קרקעית יכולים להיות חברים במועצת מקרקעי ישראל אבל במיעוט, יחד עם זה התיקון קבע עוד דבר, וועדת המשנה שעוסקת בקרקעות חקלאיות ואומר החוק באותו תיקון שוועדה זו תמליץ למועצה. אז יש פה עניין של המלצה בלבד. דבר שני שיו"ר ועדת המשנה אסור שיהיה בעל עניין במדיניות הקרקעית שמצויה בתחום הטיפול של וועדת המשנה. לסיכום פעם אחת היא ממליצה והיו"ר לא יהיה בעל עניין. היועמ"ש של מנהל מקרקעי ישראל אומר לא רק שלא היו"ר יהיה בעל עניין אלא גם חבר מועצה שהוא נציג של קיבוץ או מושב גם הוא לא יוכל להשתתף לא בדיון ולא בהצבעה בוועדת המשנה. כלומר אם יש דיון שעוסק בשינוי יעוד של קרקע חקלאית אז אתה לא תוכל להשתתף בדיון ולא בהצבעה. העתירה באה ואומרת אנחנו חברים מטעם קק"ל ולכן צריך להחיל עלינו דין שונה כי אנחנו לא חברים מהמגזר החקלאי. עוד טענו שהחוק אסור על היו"ר והם לא היו"ר בוועדת המשנה והחוק לא חל עליהם. עוד אמרו כי וועדת המשנה היא לא מחליטה אלא רק ממליצה בעניין הפיצוי שיינתן לחקלאים, רק המועצה מחליטה. בג"צ החליט (הש' ברק) – יש פה ניגוד עניינים או חשש לניגוד עניינים בין התפקיד המוסדי שזה במעמד כנציגי המנהל לבין העניין האישי שלהם וברור שיש להם עניין שיינתן פיצוי מוגבר לחקלאים כתוצאה משינוי הייעוד וזה לא משנה אם הם חברים מטעם קק"ל כי יש להם זיקה למושבים. עוד אומר ביהמ"ש שזה לא משנה אם הם רק יועצים כי גם יועץ אסור לא להיות במצב שמעמיד אותו בניגוד עניינים. הכלל שאוסר על הימצאות במצב שמעמיד אותך בחשש לניגוד עניינים חל על כל סוגי עובדי הציבור בלי כל קשר לפונקציה שהם מבצעים ולכן העתירה נדחתה.

בג"צ 4360/94 טאטור נ' שר המשטרה – מר טאטור ביקש לשרת כשומר אבל הוא סורב כי קרובי משפחתו קשורים במעשים עבריינים. החשש היה שהוא ייקלע לניגוד עניינים. מצד אחד זה מובן כי אם הוא ישרת כשומר במחוז שגרים משפחתו וכתוצאה מזה יגיע אליו מידע שקשורה למשפחתו אז יש חשש כבד שהוא לא יוכל לקיים כראוי את התפקיד שלו. מצד שני הש' חשין ממליץ למשטרה להציב אותו במחוז אחר ולנסות למזער את ניגוד העניינים.

ניגוד עניינים מוסדי

זה ניגוד עניינים בין התפקיד הציבורי של עובד הציבור לבין אינטרס ציבורי אחר לא אישי ולא רכוש של אדם אבל אינטרס ציבורי אחר שגם עליו הוא מופקד. כלומר 2 כובעים של עובד ציבור שמתנגשים. במצב הזה הפסיקה מדברת על חשש ממשי לניגוד עניינים אסור, כלומר המבחן ההסתברותי מבחינת העותר הרף שלו הוא הרבה יותר גבוה. צריך להראות רק את הפוטנציאל והמבחן הוא מבחן האדם הסביר – אובייקטיבי. לפעמים גם יש פסיקות שעושות קצת סלט ולא עקביות אבל בגדול פרטי מול ציבורי – חשש סביר, ציבורי מול ציבורי – חשש ממשי. לגבי שופטים בגלל ששופטים אנשי

מקצוע מיומנים שעוסקים בממלכת השפיטה אז לגבי שופטים הכלל הוא כלל שאוסר עליהם לשפוט בנושאים שיש ניגוד עניינים אך ורק אם מדובר בחשש ממשי.

בג"צ 595/89 שמעון נ' הממונה על מחוז הדרום – במקרה הזה שלמה סופר חבר מועצה מקומית קרית מלאכי וגם סגן ראש המועצה המקומית וגם ממלא המקום ובמקביל הוא גם מזכיר מועצת הפועלים בקרית מלאכי. העותרים אומרים מר סופר פסול מלכה במועצה המקומית כי יש ניגוד עניינים. מדובר בניגוד עניינים מוסדי בין 2 כובעים. כאן החוק שותק אין התייחסות לניגוד עניינים של חברי מועצה מקומית. הש' ברק אומר זה לא הסדר שלילי שהחוק שותק ועדיין מחילים את הפסיקה ומגיע למסקנה שיש חשש ממשי לניגוד עניינים. הוא נותן דוגמא תארו לעצמכם שהמועצה המקומית דנה בשביתה אז איך אתה אמור לנהל את העירייה כאשר יש ניגוד עניינים בין התפקיד הציבורי כמזכיר מועצת הפועלים לבין התפקיד הציבורי במועצה המקומית. זה לא אומר שנפסול אותך לחלוטין מהכהונה אבל ננסה לנטרל אותך רק את הקושי. ככל שמדובר בעוצמה של ניגוד עניינים שחולשת על הרבה דברים אז קשה יותר לנטרל. פה אומר ברק הניגוד עניינים לא משתרע על כל התפקידים של מר סופר כחבר מועצה אבל לא יוכל להשתתף באותם דיונים שיש בהם ניגוד עניינים אסור לתפקיד שלו כמזכיר במועצת הפועלים.

בג"צ 11745/04 רמות למען הסביבה נ' המעוצה הארצית לתכנון ובניה – באותו מקרה באה המועצה הארצית לתכנון ובניה והסמיכה את וועדת המשנה שלה (ועדת המשנה לנושאים תכנוניים עקרוניים), הסמיכה אותה לשמוע התנגדויות ולהחליט בעניין אישור תוכנית מתאר מחוזית שהוועדה המחוזית יצרה. העניין שם היה שמתכננת המחוז שהיא מייצגת את הגוף שיזם את התוכנית, היא נטלה חלק בדיונים הסגורים של וועדת המשנה של המועצה הארצית. כלומר אותה וועדה דנה בהתנגדויות והמתכננת הייתה בדיונים. בסוף וועדת המשנה אישרה את התוכנית. השאלה היא האם עצם השתתפותה של המתכננת בדיון הפנימי שעסק בהתנגדויות לתכנון שהיא עצמה יצרה מקימה ניגוד עניינים שהוא פסול? הסיפור פה הוא ניגוד עניינים מוסדי כי היא נציגה של תוכנית שוועדת המחוז יצרה והיא אישרה אותה, האם זה לגיטימי שהיא תהיה בדיון שמעלים התנגדויות? אומרת הש' בייניש יש במקרה הזה סעיף בחוק תכנון והבניה סעיף 47א והוא קובע איסור על חבר מוסד תכנון להימצא בניגוד עניינים וזה אומר שזה כולל נציג של גוף שיזם את התוכנית והוא משתתף בדיון שעוסק בהתנגדות לתוכנית שהוא יזם. יש פה ניגוד עניינים מוסדי כי מצד אחד היא נציגה של גוף שיזם את התוכנית מצד שני, הוועדה צריכה לדון ללא משוא פנים בהתנגדויות. נכון שמתכננת המחוז היא לא חברה בוועדה ולכן אומרת בייניש מבחינה לשונית סעיף 47א שעוסק בחבר במוסד תכנון להימצא בניגוד עניינים, אז מבחינה לשונית האיסור לא חל. אבל שוב אומר ביהמ"ש העליון הכללים הפסיקטיים חלים. היא לא מפרשת את 47א כהסדר שלילי אלא אם כן יש אינדיקציה שהמחוקק התכוון להשיג לאחור את הפסיקה. הש' אומרת שהיא לא הייתה גורם ניטרלי יש לה עניין בתוכנית הזו והיא הביעה דעה מקצועית שתומכת בתוכנית ולכן זה לא ניגוד עניינים אישי אבל זה בהחלט ניגוד עניינים מוסדי. בית המשפט אומר שצריך להוביל לבטלות החלטת הוועדה.

בג"צ 5848/99 פריצקי נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים – הסיפור שם הוא סעיף 7 לחוק התכנון והבניה שאומר שבוועדה המחוזית מכהנים 5 נציגי רשויות מקומיות ששר הפנים ממנה אותם על פי המלצת הרשויות המקומיות. במילים אחרות אותם 5 נציגים מייצגים את כלל הרשויות המקומיות באותו מחוז. במשך הרבה מאוד שנים בוועדה המחוזית יש גם נציגים של רשויות מקומיות שהם אנשים פרטיים כלומר גורמים פרטיים חברי וועדה מחוזית בדרך כלל עורכי דין שמתמחים במקרקעין והשאלה באותו מקרה הייתה האם כהונה של גורמים פרטיים בתוך הוועדה המחוזית עולה כדי ניגוד עניינים? הש' דורנר בדעת רוב קובעת שצריך לאסור כהונה של גורמים פרטיים בוועדה המחוזית בגלל חשש מובנה לניגוד עניינים בין התפקיד המוסדי שלהם בוועדה המחוזית לבין התפקיד האישי שלהם בתחום המקרקעין. אומרת הש' דורנר יש פה מצב מובנה החשש הוא חשש ברור הם עורכי דין שעוסקים במקרקעין אי אפשר לנטרל כי החלטות של וועדה מחוזית עוסקות בפרויקטים גדולים שמשפיעים על הרבה מאוד פרויקטים אחרים. עוד היא אומרת האם גורמים פרטיים ייצגו את הרשות המקומית בוועדה המחוזית? בסופו של יום אותם גורמים פרטיים היו חלק מהחברים שהרשות המקומית ממנה שהם אמורים לייצג את הרשות המקומית באותו מחוז בפני הוועדה המחוזית. דבר שני ברגע שאתה עורך דין פרטי אתה לא כפוף לאתוס של השירות הציבורי וקשה לפקח עליך והדברים האלה ביחד מקימים חשש ממשי לניגוד עניינים. יש גם דעת מיעוט הש'

פורקצ'ה והיא מפרשת את הדין באופן שכן מאפשר מינוי של גורמים פרטיים אבל היא אומרת צריך לעשות את זה בזהירות, צריך לוודא שלאותו מועמד פרטי אין לו ניגוד עניינים], הוא צריך להיות בעל כשירות מיוחדת, שהוא מעורה בתכנון ובניה וכו'. הש' פרוקצ'ה לא עוקרת לחלוטין את האפשרות של מינוי עורכי דין פרטיים כנציגי הרשויות אבל היא מסייגת את זה מאוד והיא עוד אומרת שגם עובדי ציבור יכולים להיות נגועים בניגוד עניינים, זה שאתה עורך דין פרטי לא מחייב אותך באופן גורף להיות בניגוד עניינים. בכל מקרה היא אומרת יש הלכה שאומרת שחבר וועדה מחוזית צריך להפעיל שיקול דעת עצמאי, הוא לא אמור לייצג אחד לאחד את הרשות המקומית ששלחה אותו כי בסוף זה רק 5 רשויות והם אמורים לייצג את כל המחוז. היא משיבה לש' דורנר, שהוא צריך לייצג את הרשות המקומית זה לא לחלוטין מדויק. לסיכום הש' פרוקצ'ה רואה ערך ממשי בשילוב עורכי דין פרטיים בתוך העשייה הציבורית וזה שאלה גדולה הקשורה שכמה אנחנו רוצים לשלב אנשים פרטיים שיש להם מיומנות בתפקיד שלהם בתפקידים ציבוריים וזו שאלה עד כמה זה נכון לשלב אותם בעשייה הציבורית. או לחלופין אפשר לנקוט בגישה אחרת שמבקשת שהתחום הציבורי יישאר נקי מאנשים פרטיים שיכולים לעסוק בניגוד עניינים אישיים. באותו פס"ד בינייש מצטרפת לעמדה של דורנר ועומדת על החשש המובנה לניגוד עניינים ועל הקושי לנטרל את החשש הזה וקובעת שצריך נסיבות מיוחדות כלומר למה אין איש ציבור שיכול לכהן בתפקיד הזה. לא יכול להיות שעיריית ירושלים לא יכולה למצוא נציג וועדה המחוזית שיהיה איש ציבור.

בג"צ 5361/00 פלק נ' היועמ"ש – דיון נוסף לבג"צ פריצקי ובדיון הנוסף הזה מי שכתב את חוות הדעת המרכזית הוא הש' מצא והוא עומד על זה שאין פער כל כך גדול בין דורנר וביניש לבין פרוקצ'ה. שניהם מסכימות שיש קושי השאלה היא האם אתה אומר שאי אפשר בכלל או שאתה אומר במקרים חריגים כן אפשר ובשורה התחתונה הש' מצא אומר בניגוד לדעת דורנר ובינייש אי אפשר לאסור מראש ובצורה גורפת כהונה של גורמים פרטיים בוועדה המחוזית. יש טעם גם בהרחבת המאגר של מועמדים פוטנציאליים שהם גורמים פרטיים כל עוד לא ידבוק בהם ניגוד עניינים. בשורה התחתונה הדיון הנוסף אומר שאני לא מונע באופן גורף אבל כן צריך לנהוג בזהירות ראויה ולוודא שאין ניגוד עניינים ספציפי וזה לאור היתרון שיש לגורמים פרטיים שמביאים את הידע והמומחיות.

בג"ץ 9531/17 עיריית ראשון לציון נ' הועדה לבדיקת מינויים – פס"ד מיולי 2018, הסיפור כאן הוא ניגוד עניינים מוסדי, פס"ד זה עסק בשאלה המשפטית – יש תאגידי מים וביוב, כל הרעיון היה להוציא את ניהול מים וביוב מהרשות עצמה לתאגיד נפרד, גילו שכל הכסף שמתקבל כתוצאה מניהול המים וניהול במקום ללכת חזרה לניהול המים והתשתיות נעלם ברשות המקומית. הוקמו תאגידי מים וביוב שהרשות המקומית היא בעלת שליטה בתאגיד אבל הרעיון היה לפצל. השאלה היא האם יכולים לכהן כדירקטורים בתאגיד המים וביוב בראשון לציון גם ראש עיריית ראשון לציון וגם מנכ"ל העירייה-ביחד. נקודת המוצא היא שהרשות המקומית היא בעלת שליטה (גוף דו מהותי) מרכזית בתאגיד. האם יש ניגוד עניינים מעצם כהונתן במקביל של ראש העיר והמנכ"ל שלו יחד?

יש חוק שנקרא חוק תאגידי מים וביוב ובחוק הזה נקבעו תנאי כשירות לדירקטור – יש דרישות של השכלה וניסיון מקצועי וכו' ויש גם תנאי שאומר – העדר ניגוד עניינים בין עיסוקיו האחרים של המועמד לבין תפקידו כדירקטור בתאגיד. יש ס' נוסף בחוק שאומר "כהונתו של אדם כחבר מועצה לרבות כראש רשות מקומית או כעובד של רשות מקומית שהיא בעלת אמצעי שליטה בחברה לא תחשב כיוצרת ניגוד עניינים כאמור", ז"א החוק מצד אחד דורש שלא יהיה ניגוד עניינים ומצד שני הוא אומר שאין בעיה אם דירקטור יהיה ראש העיר או חבר מועצה או עובד של הרשות- זה לא יחשב ניגוד עניינים.

לפעמים יש חקיקה ספציפית שיכולה לקחת את כללי הצדק הטבעי לאחר רק אם היא אומרת את זה במפורש- כל עוד היא לא אומרת במפורש זה חל במקביל. יש אמירה שאומרת במפורש שראש עיר/חבר מועצה/עובד של רשות העיר זה לא יחשב ניגוד עניינים- מדובר על ניגוד עניינים מוסדי. החוק הזה יוצר מסגרת כללית של מערכת איזונים שמאפשרת למחוקק לבוא ו"להשלים" עם ניגוד עניינים מוסדי שכזה, מתוך נקודת מוצא שיש כל מיני מנגנונים אחרים שמאזנים, לדוגמא, יש הוראה בחוק שמגבילה את מס' הדירקטורים מטעם הרשות המקומית, יש הוראה שמחייבת מינוי דירקטורים חיצוניים- המחוקק אומר שמצד אחד הוא רצה הפרדה ומצד שני הוא כן רוצה שלרשות תהיה נציגות בדירקטור אז הוא מאפשר את המינוי.

הבעיה היא גם וגם, בסיפור פה מדובר במינוי במקביל גם של ראש העיר וגם של המנכ"ל שלו- בית המשפט העליון נדרש לענות על השאלה הזו.

בית המשפט העליון אומר שיש הוראה בחוק שמתירה לכל אחד מהם בנפרד אבל לא יחד, פה המחוקק שותק ולכן הוא מחיל את כללי הצדק הטבעי הפסיקטיים ביחס לשאלת הכהונה שלהם יחד, האם יש חשש לניגוד עניינים מוסדי בכך שהם יכהנו יחד? הוא מגיע למסקנה "בשים לב לייחודיות של תפקיד המנכ"ל להבדיל מנושאי משרה בכירים אחרים בעירייה, אני סבור כי החלטת הועדה סבירה ומבוססת ובהמשך הוא אומר יש יחסי כפיפות מובהקים בין מנכ"ל העירייה לראש העירייה וכהונה שלהם יחד עלולה לפגוע בעצמאות שיקול הדעת של המנכ"ל בתפקידו כדירקטור " המרצה אומר שבמיוחד בנושאים שקשורים לעסקאות שלרשות יש עניין בהם. בית המשפט אומר שיש פה מינוי מנכ"ל שהוא זרוע ביצוע של ראש העיר, משרת אמון, הוא מתמנה לא במכרז אלא במינוי אישי ולכן כשיש מצב שדירקטור שחב חובת אמונים לתאגיד ומצד שני המנכ"ל חב חובת אמונים לעירייה במסגרת היותו מנכ"ל זה יוצר חשש ממשי לניגוד עניינים, זה מפר את האיזון שהמחוקק קבע שנוגע לשמר את העצמאות של התאגיד ולכן בית המשפט לא מאשר את זה.

כללי הצדק הטבעיים – דיברנו על ניגוד עניינים, על משוא פנים ודיברנו על זכות טיעון.

קעת נרחיב על משוא פנים.

יש שני סוגים עיקריים של משוא פנים :

1. איסור על היכרות מוקדמת או על זיקה לעניין מסוים – ברגע שמקבל ההחלטה יש לו היכרות מוקדמת עם אחד הצדדים או שיש לו זיקה לנושא של הדיון – ככל שההיכרות היא אינטימית יותר החשש גובר

2. איסור על דעה קדומה – המצב שבו אתה אמור לקבל החלטה אבל אתה מגיע "נעול", זה לא דעה קודמת אלא דעה קדומה. אתה לא פתוח לשמוע דעות אחרות.

המשוא פנים כמו ניגוד עניינים המבחן הוא מבחן אובייקטיבי, בודקים בעיני האדם הסביר. המבחן הוא מבחן הסתברותי, כלומר, אנחנו רוצים למנוע ממך מראש להיות בסיטואציה שמקימה חשש ממשי למשוא פנים.

המבחן ההסתברותי נודד בין חשש ממשי לחשש סביר, הפסיקה מדברת בעיקר על חשש סביר – מבחן פחות מחמיר.

פס"ד בג"ץ 1356/96- בן דוד נ' ראש הממשלה – פס"ד שעוסק על כתבה שפורסמה במעריב, בכתבה אמר שמגן דוד אדום לא עושה שימוש בדם של עולים מאתיופיה וזה עורר סערה ציבורית עד כדי הפגנה אלימה של בני העדה האתיופית בירושלים. ראש הממשלה אז היה שמעון פרס והוא הקים ועדה לבדיקת התרומות של עולי אתיופיה. אחד מחברי הועדה היה מר אדיסו מסאלה, שהוא ממנהיגי ההפגנה, הוא חבר הקהילה האתיופית, מראש במסגרת ההפגנה דרש את פיטורי מנהל אגף שירותי הדם במד"א. השאלה היא האם הוא בא "נעול", האם הוא נגוע במשוא פנים- כי הוא התבטא בעיתונות וגם בהפגנה, די ברור שהוא בא עם עמדה נחרצת בנושא ולאחר מכן התברר שהוא חבר בועדה.

מר מסאלה אמר שהוא מוכן לשקול בלב פתוח ונפש חפצה, הוא אמר שהוא יחליט על בסיס הועדה ולכן ראש הממשלה החליט שהוא לא מבטל את המינוי, הוגשה עתירה לבג"ץ והנשיא ברק אומר שהוא לא התרשם מהדברים שאמר מסאלה, שהוא באופן אישי יכול לנטרל את מה שאמר קודם לכן, ברק אומר שהמבחן הוא מבחן אובייקטיבי וגם אם אתה יכול לעמוד בהצרות שלך – המבחן הוא האם יש הסתברות ממשית למשוא פנים, העמדה הסובייקטיבית שלך לא רלוונטית. בית המשפט אומר שיש משוא פנים והוא לא מאפשר את המינוי.

שואמרים שאסור לך לבוא "נעול" זה לא שאסור לך לבוא עם עמדה מסוימת.

קשה להוכיח את המשוא פנים כי מעט מאוד המקרים שבהם אדם מתבטא באופן נחרץ בנוגע לעמדתו האישית לפני שמונה לחבר ועדה.

לגבי משוא פנים של שופטים – המבחן לגבי שופטים מקצועיים הוא מבחן מחמיר יותר, כי יש חזקה ששופט הוא מקצועי והוא יכריע על בסיס הראיות ולא על בסיס דעה קדומה. ולכן לא מסתפקים בחשש סביר, חוק בתי המשפט עצמו (77'0) מדבר על חשש ממשי, בחוק עצמו יש כל מיני קטגוריות שמחייבות את השופט לא לדון (נניח שיש לך בן משפחה).

פס"ד אילן נ' עיריית ת"א יפ"ו 345/03 - היכרות מוקדמת של חבר ועדת מכרזים עם המועמדים. אם נחיל את כללי הצדק הטבעי באופן מובהק זה יפגע ביכולת של חברי ועדת מכרזים להיות אנשי פנים-זו גזרה שהציבור לא יכול לעמוד בה ולכן בפס"ד זה אומר בית המשפט שיש פשרה מסוימת אבל בעניין עצם העובדה שחבר ועדת מכרזים מכיר את המועמד ולפעמים גם דיבר איתו, אבל אנחנו מנטרלים את החששות באמצעות שקיפות, פרוטוקול שישקף באופן מובהק את כל מה שהיה בישיבה והכי חשוב שאותו חבר בוועדת מכרזים יצהיר שהוא מכיר את המועמד ושהוא נפגש איתו- הוא צריך להצהיר מה היה בפגישה ומה נאמר. באותו מקרה בית המשפט פסל את המכרז כי הפרוטוקול לא היה תקין.

סופיות ההחלטה

באיזה אופן ומתי רשות מנהלית שמקבלת החלטה ספציפית, מתי רשאית לשנות את ההחלטה, לתקן אותה או לבטל אותה?

לא עוסקים במדיניות כללית, ברור שרשות מנהלית רשאית לשנות את המדיניות שלה, יש לה חובה לבחון את המצב האקטואלי ולהפעיל שיקול דעת בכל זמן נתון ולבחור האם היא רוצה לשנות את המדיניות שלה.

אנחנו עוסקים בהחלטה קונקרטית, אינדיבידואלית בעניינו של אדם- האם היא רשאית גם כאן לשנות, לתקן או לבטל את ההחלטה? לפני שאנחנו נעמיק בנושא, חשוב להבין מהם האינטרסים שמתנגשים.

מצד אחד, הסתמכות.

הפרט הסתמך על ההחלטה המקורית, הוא מחשב את צעדיו על פיה ובוודאי שאם הרשות תשנה/תבטל את ההחלטה זה יסב לו נזק ישיר או עקיף. בניגוד לסיטואציה שהרשות מקבלת החלטה מקורית ראשונית בעניינו של פרט, כאשר היא משנה את ההחלטה יש את רכיב ההסתמכות שלא היה קודם.

מצד שני, אינטרס ציבורי.

האינטרס הציבורי לעיתים מחייב שינוי החלטה, האינטרס הציבורי יכול לנבוע מכל מיני היבטים. הוא יכול לנבוע מהחלטה שהיא לא חוקית או מהחלטה שהתקבלה בחוסר סבירות קיצוני או מהחלטה שעכשיו אנחנו מבינים שיש נסיבות חדשות וצריך לשנות אותה או מהחלטה שהתקבלה במרמה. האינטרס הציבורי בהחלט מחייב את הרשות המנהלית לקבל את ההחלטה הטובה ביותר גם אם כרוך בה פגיעה באינטרס ההסתמכות של הפרט.

ניתן להסתכל על זה גם מנקודת מבט תועלתנית, מבחינת יעילות. אנחנו רוצים לאפשר לרשות לבחון את ההחלטות שלה באופן שישרת בצורה הטובה ביותר את הציבור, לא לכבול את ידיה, לאפשר לה להיות דינמית.

יש אינטרס של ודאות והציפיות הסבירות של הפרט.

יש פגיעה חזיתית, אם נבחר צד אחד זה יכול לפגוע בצד השני. חשוב לומר, כאשר מדובר ברשות מנהלית, נקודת המוצא היא אחרי שהבנו את האינטרסים המתנגדים שעקרון סופיות הדיון לא חל! כלומר, במשפט מנהלי אין לנו עיקרון שנקרא עיקרון סופיות הדיון- החלטה מנהלית איננה מהווה מעשה בית דין. זה בשונה מפסקי דין. פס"ד של בית משפט הוא סופי, רק עילות מיוחדות מאפשרות במקרים חריגים לפתוח פסק דין מחדש. לכן נקודת המוצא היא שהחלטות מנהליות אינן סופיות, גם בתוך המשפט המנהלי ככל שמדובר בהחלטה שהיא מעין שיפוטית יהיה יותר קשה לשנות אותה, אבל ככלל, נקודת המוצא לגבי החלטות מנהליות היא הפוכה מנקודת המוצא של פסקי דין. רשות מנהלית רשאית לחזור ולעיין בהחלטות שלה גם כנגד פרט ספציפי. אבל, זה שהיא רשאית זה לא אומר שאין לה מגבלות. צריך טעמים מאוד נכבדים כדי לאפשר את השינוי. גם אם יש לה את הכוח לתקן/לשנות או לבטל החלטה עדיין יש הנחה שהיא ניתנת לסתירה כנגד שינוי ההחלטה.

זה שונה כשמדובר במדיניות כללית, כשדובר במדיניות כללית ההנחה היא הפוכה – לרשות מנהלית יש זכות לשנות את המדיניות, נבחר ציבור יכולים לשנות מדיניות שנקטה בה הממשלה הקודמת.

מסגרת נורמטיבית – דווקא כאן בנושא של שינוי/תיקון/ביטול יש חוק שעוזר לנו – חוק הפרשנות ס' 14 אומר "הסמכה לעשות מינוי משמעה גם הסמכה להתלות את תוקפו, לבטלו, לפטר את מי שנתמנה או להשהותו מתפקידו" - למעשה, הסעיף אומר שאם אתה יכול למנות יש לך סמכות גם להתלות את התוקף של המינוי, לבטל או להשהות.

ס' 15 אומר " הסמכות להתקין תקנות או ליתן הוראת מנהל משמעה גם הסמכה לתקן, לשנות, להתלות או לבטל דרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה" – יש הסמכה מפורשת בחוק

הפרשנות. באותה הדרך שקיבלת את ההחלטה כך אתה יכול גם לשנות/לבטל וכדומה. יש סעיף ספציפי שמאפשר או מסמיך את הרשות ואומר לנו איך לעשות את התיקון .

מה הכוונה לאותה דרך – אם לדוגמא יש הוראה בחוק שאומרת שלא חייבים לפרסם תקנות מסוימות ברשומות בניגוד להוראה הכללית, נניח ורשות מנהלית התקינה תקנות וכן פרסמה ברשומות- היא משנה את התקנות או מבטלת אותן. לכאורה, היא לא חייבת כי יש לה הוראת חוק ספציפית שפוטרת אותה מפרסום ברשומות אבל את התיקון היא לא מפרסמת ברשומות. אפשר לומר שאם החלטת במקור לפרסם ברשומות גם את הביטול את לא תפרסמי.

יש שאלות שנגזרות מהשאלה מה הכוונה באותה דרך שבה התקבלה? אם לדוגמא מינוי יועץ משפטי לממשלה, יש החלטת ממשלה שאומרת שוועדה ציבורית באמצעות שופט עליון ונניח תיאורטי הממשלה רוצה להעביר מתפקידו את היועץ- כמו שהממשלה הורתה על הקמת ועדה שזו הדרך למינוי היועץ המשפטי לממשלה היא צריכה להקים ועדה כזו ולשמוע את עמדתה – מתבקש בס' 15. השאלה היא מה קורה כשהרשות המנהלית נקטה במקרה מסוים בהליך שהיא לא חייבת לנקוט אותו עפ"י החוק? – יש מקרים שהחוק מחייב אותך לקבל החלטה בדרך מסוימת וברור שכשאתה משנה אתה חייב להיצמד לחוק ולעשות את אותו הליך.

אפשר לומר שכן, ומצד שני אפשר לומר שזה תמריץ שלילי כנגד רשות שמהתחלה לקבל החלטות באופן שהחוק לא מחייב אותם. הפסיקה לא הכריע בשאלה הזו.

ס' 15 לא מכשיר קבלת החלטה באופן רטרואקטיבית, סוגיית הרטרואקטיבית היא בעייתית מפני עצמה כי יש פגיעה קשה באינטרס של ההסתמכות לגבי משהו שהיה ונגמר.

נקודת המוצא היא שהחלטות גם אם הן אקטיביות או פרוספקטיביות (יחולו מכאן ואילך עוד חודש). ככלל, כדי לשנות החלטה צריך **עילת שינוי** . גם אם יש עילת שינוי עדיין צריך לבדוק את ההסתמכות של הפרט על ההחלטה.

עילות השינוי הקיימות:

1. אי חוקיות- החלטה הראשונית, המקורית שעכשיו אנחנו מבקשים לשנות או לתקן אותה נוגדת את החוק, היא חסרת סמכות. במקרה הזה הנטייה הראשונית היא לומר שניתן לשנות כי זה משהו שנובע משלטון החוק. יש פה החלטה שהיא לא חוקית. אבל גם כשמדובר בהחלטה לא חוקית עדיין צריך לבדוק את מידת הפגיעה הצפויה בהסתמכות של הפרט. גם במקרה המובהק שהכי ברור לנו שאפשר לשנות צריך לבדוק את ההסתמכות, יחד עם זאת, במקרה של אי חוקיות בדר"כ האינטרס הציבורי גובר ובדר"כ יהיה ניתן לשנות כדי למזער את הפגיעה בהסתמכות של הפרט ניתן לפסוק פיצויים לטובת הפרט (חלק מהיכולת לרכך את הפגיעה)

2. שינוי נסיבות מהותי- העילה אומרת שאחרי קבלת החלטה המקורית השתנו נסיבות באופן מהותי והרשות לא יכלה לצפות את זה. יש מקרים לדוגמא שהפרקליטות קיבלה החלטה לסגור תיק כנגד פלוני ולא להגיש כתב אישום מחוסר ראיות, חודש אחרי התגלו ראיות חדשות- אז מה אם אמרתי לו שהתיק נסגר, לא ידעתי שיבוא עד ויביא לי את הראיות שקושרות אותו לאירוע, כשהודעתי לו שהתיק נסגר זה היה בזמן שלא היה לי את הראיות החדשות. שינוי נסיבות אומרת הפסיקה- לא כל שינוי נסיבות, רק מהותי רלוונטי ומשמעותי וגם אז אם יש לי עילת שינוי צריך לבדוק את ההסתמכות של הפרט.

לדוגמא פס"ד טרמוקיר נ' הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו, בג"ץ 15/96 –יש לנו עותרת שהיא מייצרת חומר איטום לבידוד קירות, היא ביקשה מהרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו אישור להכין תשדיר פרסומת שמי שיגיש אותו זה דני רופ החזאי, באותה העת היו את כללי הרשות השניה, יש כללים שעסקו באתיקה ופרסומות וס' 24 לכלל אמר שאסור על עובדים לרשות ליטול חלק מתשדירי פרסומת אלא אם מנהל הרשות מנימוקים שונים אישר. דני רופ היה עובד של הרשות ולכן התבקש אישור. היועץ המשפטי של הרשות אמר שאין מניעה אבל ההחלטה תהייה כל מקרה לגופו. היה תשדיר והרשות אישרה – מס' חודשים לאחר מכן אותו כלל 24 שונה, הכלל החדש אמר ששעה לפני מהדורת החדשות וגם שעה אחרי אי אפשר לשדר תשדיר שאחד מהשדרנים מופיע בו. ההיגיון הוא שאנחנו לא רוצים שיהיה זיקה בין התפקיד שלו במהדורה- למנוע הטעיה של הציבור. ולכן אנחנו מסייגים את האישור שנתנו לכם קודם, עכשיו דני רופ החזאי לא יוכל להשתתף בפרסומת שעה אחרי ושעה לפני מהדורת חדשות שהוא נוטל בה חלק, יש פה שינוי של החלטה של הרשות, כי קודם אישרו לו ועכשיו מסייגים את זה. בית המשפט העליון, השופט זמיר מנתח את ס' 15 לחוק הפרשנות

ואומר לנו שצריך לבדוק את האיזון בין ההסתמכות לאינטרס הציבורי והוא אומר שלא כל שינוי נסיבות מצדיק ביטול החלטה, צריך שיהיה שינוי רלוונטי, משמעותי וכאן יש לנו את השינוי הזה- כי בין מועד האישור הראשון לבין התיקון שונה כלל 24 וזה שינוי משמעותי. גם כשהיועצת המשפטית מההתחלה אישרה את האישור הראשוני היא לא נתנה הסתמכות שממנה אפשר להבין שהאישור הזה תקף לעתיד בכל מקרה, גם היא בעצמה אמרה שצריך לבדוק כל מקרה לגופו, אבל בוודאי שיש לנו אינטרס ציבורי שהוא נגזר מחופש הביטוי והרצון לא להטעות את הציבור אל מול פגיעה בחופש העיסוק, ברור שאני לא יכול להותיר את ההחלטה המקורית על קנה כי היא נוגדת באופן חזיתי את כלל 24 החדש.

3. טעות – יותר מאתגר, אנחנו מדברים על זה שנפלה טעות בהחלטה המקורית, באשמת מי? יש פס"ד חשוב – נכסי אי בי אם נכסי ישראל נ' מנהל מס רכוש, ערעור אזרחי 433/80- הייתה החלטה של מנהל מס רכוש שהוציא שומה, אחריו הוא הוציא שומה עדכנית שהראה את המצב של המערערת. יש לנו שינוי החלטה שפגעה במישהו ספציפי, השופט בך יוצר מספר קטגוריות של טעויות:

א. טעות שהובילה לכך שהחלטה היא לא חוקית או שיש בה חריגה מסמכות, במקרה כזה הנטייה תהייה לאפשר את השינוי.

ב. טעות משרדית טכנית – גם כאן כשמדובר בטעות טכנית השופט בך אומר שבדר"כ נאפשר שינוי/תיקון/ביטול.

ג. החלטה מקורית שיש בה משגה. כלומר, החלטה מקורית שיש בה יישום שגוי של מדיניות, שיש בה שיקול דעת בלתי סביר, כאן אומר השופט, גם אם ההחלטה המקורית היא מוטעית- מקורה בטעות כי יש בה הפעלה של שיקול דעת בלתי סביר, כאן הנטייה היא פחות לאפשר לרשות לסגת מההחלטה – כי כאן כשמדובר בחוסר סבירות קיצוני אז כאן בסיטואציה הזאת זה לא כמו החלטה שהיא לא חוקית או שינוי טכני, כאן מדובר בפרשנות, שגיאה. האם הפרט צריך לשאת על גבו את העובדה שהרשות עכשיו מגיעה למסקנה שההחלטה הראשונית שלה היא לא סבירה? נקודת המוצא היא שגם אם היה משגה, הרשות טעתה – למה הפרט צריך על גבו לשלם על הטעות של הרשות כאשר יש לו הסתמכות- הוא התבסס על ההחלטה. כל עוד הפרט הוא לא זה שגרם לטעות צריך להיות משהו מאוד משמעותי כדי שהפרט ישלם את המחיר של המשגה הראשוני. באותו מקרה אומר השופט בך שגם אם השומה הראשונית הייתה טעות יש הסתמכות של הפרט ולא ניתן לשנות אותה.

אחד הבעיות בסעיף הזה זה שהוא מנסה לעשות סדר אבל גם בקטגוריה הראשונה והשניה (אי חוקיות או שגיאה טכנית) גם פה צריך לבדוק את ההסתמכות. נכון שסוג הטעות רלוונטי כי הוא יכריע באינטרס הציבורי בשינוי ההחלטה אבל עדיין יש את הסתמכות הפרט ועדיין צריך לאזן בין השניים.

4. כאשר מדובר בטעות שהמקור שלה הוא הפרט ברור לנו שהסיטואציה היא שונה- עילת שינוי של תרמית.

כאשר הפרט גרם באופן מודע לקבלת החלטה מוטעית כתוצאה מתרמית- זה המקרה היחיד שאין הסתמכות.

פס"ד שללם נ' פקיד הרישוי לכלי ירייה - בג"ץ 799/80 – דוגמה קלאסית להבחנה בין הטעות של הרשות לבין טעות שמקורה בפרט. כשמדובר בטעות של הרשות הדין שונה בין הדין שהפרט הטעה את הרשות. אם לפרט אין חלק בטעות צריך להיות נימוקים כבדי משקל כדי שהרשות תוכל לשנות את ההחלטה במיוחד כשיש הסתמכות של הפרט, שינוי המצב לרעה. מה שקרה בפס"ד זה הוא עניין לרישיון נשיאת כלי נשק, למר שללם היה עבר פלילי ובכל זאת הוא קיבל רישיון לנשיאת נשק. הוא קבלן לעבודות פיגומים, ולא נערכה בדיקה ביחס לעברו הפלילי. באיזשהו שלב אחרי שמספר שנים היה לו רישיון התוקף של הרישיון שלו פקע, הוא ביקש לחדש את הרישיון ופקיד הרישוי חידש את הרישיון אבל אחרי שהוא חידש אותו הוא העביר את הבקשה למשטרה שתבדוק אם יש איזשהי מניעה. המשטרה בדקה את העבר הפלילי והיא ראתה שיש לו הרבה הרשאות כולל תקיפה ולכן פקיד הרישוי הודיע לו על ביטול הרישיון. הנה לנו שינוי של החלטה של הרשות, השאלה היא האם פקיד הרישוי היה רשאי לבטל את הרישיון? בית המשפט אומר שצריך לאבחן בין 2 מקרים: סירוב לתת רישיון חדש, כלומר מקום בו אין לך רישיון קודם, אתה פונה פעם ראשונה ומבקש לקבל רישיון, סיטואציה אחרת היא ביטול רישיון קיים, אומר השופט ברק שיש סיטואציה שחשד בלבד (בעקבות

חו"ד של המשטרה) שהרישיון עלול לסכן את שלום הציבור, זה רק חשד, היה לו רישיון למרות העבר הפלילי וכמה שנים הרישיון חודש כל שנה אז במקרה הזה חשד איננו שיקול מספיק לביטול הרישיון כי יש לנו הסתמכות מאוד ברורה על החלטת הרשות. אני כפרט רשאי להניח שהרשות עשתה את כל הבדיקות כדי לקבל את הרישיון, כדי לבטל אותו צריך משקל ראייתי נכבד, סיכון ניכר לשלום הציבור. אם מדובר במצב שלא היה לי רישיון קודם יכול להיות שחשד בלבד היה מספיק. אבל יכול להיות שמדובר בטעות שהיא תולדה של הרשות, לא היה לו חלק בזה. ברק אומר שלמרות העבר הפלילי שלו הוא קיבל רישיון ואין סיכון מיוחד לשלום הציבור. הייתה דעת מיעוט של השופט שילו שאמר שבגלל שמדובר בכלי משחיט שיכול להיות סכנה משמעותית לציבור הוא לא מתערב בהחלטת הרשות לבטל את הרישיון. במקרה הזה מדובר על מקרה שהייתה עילת שינוי, הייתה טעות של הרשות כי בשעתו היא לא בדקה את העבר הפלילי אבל במקרה הזה באיזון בין ההסתמכות של הפרט על הרישיון שניתן במשך השנים הקודמות לבין הטעות של הציבור אומר בית המשפט שאינטרס ההסתמכות גובר, לא הנחתם תשתית ראייתית מספיק נכבדה כדי לגבור על ההסתמכות. במקרה הזה לא מדובר בהחלטה שמנוגדת לחוק, לא היה מצב של חוסר סמכות, למר שללם לא היה חלק בטעות של הרשות, האינטרס הציבורי לא היה מאוד גבוה כי הוא לא עשה שימוש לא חוקי בנשק- ולכן לאורך כל הנסיבות האלה אומר בג"ץ שאין מקום לשינוי.

עילת התרמית (4) – סיטואציה שבה ההחלטה המוטעית היא כל כולה תרמית של הפרט. במקרה הזה אין מקום להעמיד מול האינטרס הציבורי את אינטרס ההסתמכות כי אין הסתמכות, כשהוא מרמה אין אינטרס של הסתמכות. אחת הדוגמאות לכך – בג"ץ 706/94 – רונן נ' שר החינוך והתרבות – אדם שהורשע ברצח, קיבל את העונש בחוק (מאסר עולם) והוא הגיש לנשיא המדינה בקשת חנינה וצרף לבקשה חוות דעת שמדברת על מצב רפואי קשה לכאורה, הבת של הקורבן גילתה שיש קשר בין אחיו של הרוצח לבין פקיד בקופת חולים שהוביל אותו לחוות הדעת הרפואית השקרית. ניתנה חוות דעת שקרית בתמורה לסכום כספי לא מבוטל והתוצאה היא שנשיא המדינה שנתן לו חנינה (קצבת עונש ל-10 שנים) הטעו את הנשיא. בית המשפט העליון אומר שניתן לבטל את החלטת החנינה כי יש קשר סיבתי בין המרמה לבין החנינה וההחלטה של הנשיא דינה בטלות. שיש תרמית אין הסתמכות.

דוגמא מעניינת לשינוי החלטה שלא נובעת מתרמית אבל שינוי החלטה שנובעת מאינטרס ציבורי: מה קורה במצב שבו הוחלט לסגור את התיק בפלילי בגלל חוסר ראיות – בג"ץ 844/86 דותן נ' היועץ המשפטי לממשלה – הייתה סמכות לתביעה המשטרית לא להגיש, התביעה חזרה בה מההחלטה והוגש כתב אישום. המתלונן יכול להגיש ערר, במקרה הזה מבלי שהוגש ערר הפרקליטות החליטה לחזור מההחלטה של התביעה המשטרית, הייתה יוזמה של הפרקליטות. דותן אמר שפוגעים בו כי הוא הסתמך על ההחלטה שלא מעמידים אותו לדין והמסלול היחידי שמאפשר שינוי החלטה הוא הגשת ערר, אם המתלונן לא הגיש ערר הפרקליטות לא יכולה מיוזמתה להגיש כתב אישום. הם עשו בדיקה נוספת, התביעה המשטרית סגרה את התיק וזה הגיע לפרקליטות והפרקליטות שהיא גורם בכיר יותר חשבה שצריך להעמיד לדין. בית המשפט אומר שלא, שמגר אומר שהתביעה יכולה לשנות החלטה באותה הדרך שבה היא התקבלה. זה נכון שיש אלמנט של הסתמכות ולכן אומר שמגר שבמקרה הזה לא דבק שום רבב בפרט, הוא לא הטעה את התביעה שהחליטה לסגור לו את התיק וצריך להשתמש בזה רק במקרים מיוחדים – במקרה הזה התקיים האינטרס הציבורי שהצדיק העמדה לדין למרות ההחלטה המקורית, כי ההסתמכות של אדם שהוחלט לא להגיש נגדו כתב אישום היא לא מהגבוהות ביותר. (אם היה מדובר באדם שהועמד לדין וזוכה אי אפשר היה להעמיד אותו לדין בגין אותה עבירה בגלל ראיות חדשות). לכן הטענה של מר דותן שאומרת שרק ערר הוא הדרך היחידה לשנות הוא לא נכון ולא התקבל, בית המשפט אומר שיש סמכות לרשות לשקול את החלטתה שוב, לשנות אותה. זה אמנם נעשה במקרים מיוחדים וזה המקרה. יש עילת שינוי כי יש טעות של הרשות שמי שגילה את הטעות זה הגורם הבכיר יותר. פרשת קצב – הוא כמעט חתם על הסדר טיעון, הפרקליטות השלימה חקירה שלא הייתה קודם לכן והתגלו ראיות נוספות שאיפשרו להעמיד אותו לדין בגין אונס.

פס"ד עווד נ' השר לענייני דתות – בג"ץ 727/88 – מר עווד מונה על ידי השר לתפקיד יו"ר המועצה הדתית בראש העין. השר החליט לחזור בו מההסכמה לימיו כי נודע לו שעווד הורשה בעבר בפלילים בגין גניבה. יש לנו שאלה האם השר היה רשאי לחזור בו מההסכמה למנות את מר עווד לתפקיד רק

בשל העובדה שכשהוא הסכים למינוי הוא לא ידע על ההרשעה בפלילים? החוק עצמו אומר בית המשפט לא קובע מגבלות לכשירות של התפקיד הזה, כלומר, לא קבוע בחוק שאם אדם הורשע בעבירה שיש עמה קלון הוא לא יכול לכהן בתפקיד, מבחינת החוק היבש לא הייתה בעיה, אבל, עדיין אומר בית המשפט שהוא יבדוק את החלטת השר לפי כללי המשפט המנהלי, הוא אמר לשקול את כל השיקולים הענייניים ואם אדם הורשע בעבירה זה בהחלט שיקול ענייני. כאן אומר בית המשפט שהיה צריך מר עווד להעמיד את השר על המידע הזה בדבר ההרשעה הקודמת שלו בגניבה, זה שיקול מהותי, זה שיקול רלוונטי ואומר בית המשפט שהוא מצפה מהמועמד לומר את זה. מדובר במינוי לתפקיד ציבורי-משאב ציבורי מוגבל, טוהר המידות של עובד ציבור. האינטרס הציבורי גובר. גם אם לא הייתה מרמה מובהקת אני כן מצפה מהמועמד לידע את הרשות בעניין הזה- נושא רלוונטי ולכן אם וככל שהייתה הסתמכות אז המשקל שלה הוא נמוך לעומת האינטרס הציבורי שיכול להיפגע. לסיכום,

תמיד צריך לבדוק אם יש עילה לשינוי. דיברנו על מספר עילות – זה יכול להיות שינוי מהותי בנסיבות, זה יכול להיות טעות וזה יכול להיות תרמית – תרמית זה הדבר הכי פשוט כי אין הסתמכות. אם יש עילת שינוי אני מעמת אותה מול האינטרס הציבורי.

בשללן זה היה הגנה על שלום הציבור לתת לאדם רישיון נשק, דותן זה להעמיד לדין בגין עבירה, אם זה עווד דיברנו על טוהר המידות.

כשאני רואה את האינטרס הציבורי אני צריך לאמת אותו מול מידת ההסתמכות של הפרט וגם כאן צריך לבדוק כל מקרה על פי נסיבותיו וכאן נבדוק כמה זמן חלף בין ההחלטה המקורית לבין הביטול, ככל שחלף יותר זמן משקל ההסתמכות הוא רב יותר.

ככל שמדובר בהחלטה ספציפית משקל ההסתמכות הוא רב יותר, אני אבדוק גם במסגרת האיזון האם ההחלטה המקורית היא בחוסר סמכות או לא חוקית, אם היא חסרת סמכות או לא חוקית הנטייה תהייה לבטל אותה. אי חוקיות זו העילה הראשונה – יש מקרים שגם החלטה לא חוקית לא תבוטל (בטלות יחסית).

אלמנט הפיצויים יכול להיות גלולה שמקלה את הפגיעה בפרט. בהחלט יש אפשרות לפצות את הפרט גם אם מבטלים את ההחלטה וכשמדובר בהחלטה מקורית שאין לו יד ורגל בטעות אז בהחלט אלמנט הפיצויים הוא חשוב והוא יכול להיות קריטי במובן של האיזון בין הפגיעה לבין ההסתמכות. הפיצויים הם לא תמיד פיתרון קסם- כי הרבה פעמים אין אשם בהתנהגות הרשות. פיצויים יכולים להוביל גם להתרעת יתר של הרשות, הם לא ישנו החלטה בגלל זה.

בפס"ד בעניין שללם עלתה נקודה נוספת – חידוש רישיון, בסופו של יום ראינו שביטול רישיון קיים זה פוגע פגיעה יחסית קשה בהסתמכות אבל גם אי חידוש רישיון שניתן בעבר- גם זה יכול לפגוע בהסתמכות כי פרט רשאי להניח שכל עוד אין שינוי נסיבות משמעותי הרישיון שלו יחודש בדייק בהתאם לאותם נסיבות שניתן לפני שנה. נכון שביטול רישיון פוגעת פגיעה קשה יותר מאי חידוש רישיון, אבל גם אי חידוש רישיון הוא בעל אלמנט הסתמכות וגם אם הפרתי תנאים ברישיון זה עדיין לא אומר שכל הפרה קלה צריכה להוביל לאי חידוש רישיון. יש לי ציפייה להמשכיות חידוש הרישיון.

פס"ד קרינסקי – אדם שמחזיק אקדח והאקדח נגנב שלא באשמתו. הוא רצה להאריך את הרישיון שלו לנשיאת נשק על בסיס סעיף שאומר שאם אתה מחזיק מעל 10 שנים ברישיון לאקדח יש לך מסלול מאוד מקוצר להארכת הרישיון. הרשות אומרת שאותו סעיף שמאפשר זאת מדבר על החזקה באקדח ספציפי – האקדח שלו נגנב, הוא לא נכנס למסלול ההוא ועכשיו נדון בבקשה שלך מחדש. לפי המדיניות החדשה אתה לא עומד בקריטריון של קבלת רישיון ולכן דחו את הבקשה שלו. הוא אמר שהוא נגנב לא באשמתו הוא צריך להיכלל בסעיף, הרשות לא הסכימה וזה הגיע לבג"ץ, בג"ץ דחה את העתירה ואמר שאין חוסר סבירות קיצוני בהחלטת הרשות. בג"ץ קרינסקי לא כ"כ עולה בקנה אחד עם שללם כי בהחלט אפשר היה לומר שהייתה לו ציפייה שהיה לו את האקדח 10 שנים והוא נגנב לא באשמתו, לפי שללם יש לו מידה של הסתמכות ופתאום בקרינסקי מדובר בכך שאין חוסר סבירות קיצוני בהחלטת הרשות.

שיקול דעת מנהלי

אם נחלק את המשפט המנהלי בתחילת הקורס – דיברנו על עקרונות יסוד, בהמשך דיברנו על סמכות, לאחר מכן דיברנו על ההליך המנהלי, כללי הצדק הטבעי ועכשיו אנחנו עוברים לשלב הביקורת השיפוטית על שיקול הדעת המנהלי. גם אם הרשות פעלה כדין, הייתה לה סמכות, גם אם הרשות המנהלית פעלה בהתאם לכללי מנהל תקין מבחינת ההליך עדיין יכולה להיות ביקורת שיפוטית על תוכן ההחלטה של הרשות מבחינת שיקול הדעת שהיא הפעילה.

הביקורת השיפוטית על תוכן שיקול הדעת של הרשות יכולה להיות במקרים ש :

1. חובה לשיקול שיקולים ענייניים בלבד ולא לשיקול שיקולים זרים
2. עילת הסבירות – גם אם שקלת רק שיקולים ענייניים ולא שקלת שיקולים זרים , בג"ץ יבחן איזה משקל נתת לכל שיקול (גם כשאתה מכין תבשיל אם אתה משתמש בכל הרכיבים שכתובים , השאלה היא איזה מינון נתת לכל מרכיב) . גם אם שקלת את כל השיקולים הענייניים עדין בית המשפט יבחן איזה משקל נתת לכל שיקול ויכול להיות שאני אגיד שהחלטה חורגת ממתחם הסבירות אם נתת משקל רב מידי לשיקול אחד על פני שיקול אחר.

לדוגמא בעניין אקוניס – גם אם אני אומר שזה היא חתמה על עצומה לפני 15 שנה זה אולי שיקול ענייני לשאלה האם היא ראויה להיות נציגת ישראל בכנס של גרמניה, אבל 15 שנה היא לא נשאה בשום תפקיד ציבורי אז, היא הייתה פרופסור באקדמיה ואין שום קשר לבין התפקיד המקצועי שהיא מתבקשת להתמנות אליה ואין מחלוקת שהיא מקצועית בתחום וכל הקרן עוסקת בשאלה של חלוקת תקציבים לפרויקטים מדעיים – זה יכול להיות עילה של חוסר סבירות קיצוני. עילת הסבירות הקיצונית מבטאת את האקטיביזם השיפוטי, היא התפתחה בשנות ה-80 . עילת הסבירות נולדה המשפט המנהלי, היא מדברת על ביקורת מנהלית על הרשות המבצעת, עילת הסבירות היא העילה שגורם להתנגשות הכי משמעותית בין הרשויות ולמתח הזה כי בג"ץ כשהוא מתערב ופוסל החלטה של רשות מנהלית על בסיס חוסר סבירות קיצוני הוא מתערב בתוכן. עילת הסבירות חלה על כל החלטה מנהלית גם בנושאים רגישים כולל ניהול משא ומתן מדיני, שחרור אסירים , מדיניות פיסקלית – בענייני מדיניות ההיקף הוא מוגבל, ככל שמדובר בנושאים שהם נמצאים בתחום המקצועיות והמומחיות הספציפית של הרשות המנהלית כך הסיכוי שבית המשפט יתערב נמוך יותר.

לדוגמא כשהיועץ המשפטי לממשלה סוגר תיק מסוים בשל חוסר ראיות אחרי השימוע, כאשר לפני השימוע היה כתב חשדות, הוגשה עתירה לבג"ץ – מה בג"ץ יעשה ? יעצור את כל הדיונים שלו? ילך לכל עשרות אלפי הראיות ויעשה את העבודה במקום היועץ? כשמדובר בגורם בכיר כמו היועמ"ש הסיכוי שבג"ץ יתערב בעניין החלטה מקצועית הוא קלוש. יש מקרים שבהם בג"ץ כן יתערב בסגירת תיקים של היועמ"ש בגין חוסר עניין לציבור כי מדובר במשהו ערכי.

צריך לומר שעילת הסבירות שתורחב בהמשך , בגלל הפוטנציאל הנפיץ שלה להתערבות מהותית בהחלטות של הרשות המבצעת – בית המשפט העליון יצר מתחם של סבירות – נניח בעניין הגשת כתב אישום יש 2 החלטות סותרות- להגיש כתב אישום או לא, יכול להיות שבתוך החדר יש גורמים בכירים שחושבים שצריך ויש כאלה שחושבים שלא צריך, ההחלטה היא בידי היועץ, הוא מקבל החלטה לכאן או לכאן. מגישים עתירה לבג"ץ כנגד חוסר סבירות החלטת היועץ – רוב הסיכוי שבג"ץ לא יכנס לנעלי היועמ"ש. התפקיד של בג"ץ הוא לבחון האם יש חוסר סבירות קיצוני בהחלטת היועץ, לא להחליף אותו. בג"ץ קובע מה נכנס למתחם הסבירות. הוא בוחן את השיקולים הענייניים שצריך היה לשיקול.

3. חוסר שוויון וחוסר מידתיות – נניח אכיפה בררנית, למה כנגדו אתה קיבלת החלטה וכנגד החבר שלו המתחרה שלו שנמצא בדיוק באותו מצב לא קיבלת החלטה דומה כשאת שוני רלוונטי ביניהם. אילו היית מקבלת את החלטה נגד אחד לא הייתי בא אתך בחשבון אבל מה עם חבר שלו שנמצא באותם נסיבות ואין שוני רלוונטי בין שניהם? אפשר להתערב גם במקרה הזה.

החובה לשיקול שיקולים ענייניים בלבד :

אני אומר שרשות מנהלית צריכה לשיקול רק שיקול ענייני ומהו שיקול ענייני? איך נזהה אם רשות מנהלית שקלה שיקול ענייני או שיקול זר? שיקולים שרלוונטיים למקרה הנדון- רשות מנהלית לא יכולה לשיקול את השיקול הפרטי, האישי של אותו אדם נושא משרה, זה שיקול זר בהגדרה והוא יכול לחצות את הקו של המשפט המנהלי למשפט המשמעותי ואולי גם לכיוון המשפט הפלילי קרי מרמה והפרת אמונים, או אולי שוחד. כי כאשר אתה במסגרת הפעלת סמכות שהדין מקנה לך שוקל שיקול שקשור לאינטרסים האישיים שלך זה שחיתות. אתה משחית את העשייה הציבורית בכך שאתה מערב שיקול אישי פרטי שלך והוא זר. אתה מטה את ההחלטה שלך שהיא תהיה לטובת ההיבט האישי שלך כאשר אתה מפעיל סמכות שלטונית שאמורה להיות לטובת כלל הציבור.

אם תובע במסגרת ההחלטה האם להעמיד לדין כן או לא ישקול שיקול פוליטי אז לא צריך להיות משפטן דגול כדי להבין שהתובע מבצע עבירה פלילית כי כשאתה מפעיל סמכות שלטונית של העמדה לדין אתה שוקל רק ראיות והאם נסיבות העניין מצדיקות העמדה לדין. אם אתה שוקל שיקול של אג'נדה פוליטית- זו עבירה פלילית, זה שיקול זר פסול ומושחת. לעומת זאת, אם עיתונאי ישקול שיקולים של אג'נדה פוליטית במסגרת הסיקור העיתונאי שלו הוא חוטא בעבודתו העיתונאית אבל זו

לא עבירה פלילית. איך נדע מהו שיקול זר ומשהו שיקול ענייני? קודם כל בודקים את החוק. כשאתה רשות מנהלית אתה פועל רק מכוח סמכות, אתה פועל על פי דין. נבדוק מה החוק שמסמך אותך ונבדוק את תכלית החקיקה ובהתאם לה אני אוכל לבדוק מה שיקול ענייני ומה שיקול זר, קודם כל בודקים את תכלית החקיקה.

בפס"ד רסקין נ' המועצה הדתית בירושלים 465/89 – שיקול שהוא לא בהכרח שיקול מושחת אבל הוא שיקול זר, הרבנות הראשית צריכה להחליט האם לתת תעודת כשרות למסעדות. במקרה היה מדובר באולם אירועים שהייתה שם רקדנית שרקדה ריקודי בטן- הרבנות החליטה לא לתת תעודת כשרות כי יש הופעות של רקדנית בטן, בית המשפט בוחן את החוק שמכוחו פועלת הרבנות ואומר שהיא רשאית לשקול רק שיקולים שיש להם זיקה לשיקולי כשרות של אוכל ולכן ברור שגם אם היא לא אוהבת את העובדה שיש ריקודי בטן מדובר בשיקול זר. לעומת זאת אם מחליטים לא לתת תעודת כשרות למקום שפתוח בשבת יש לו זיקה לאוכל ולכן זה בסדר. החוק נקרא- חוק איסור הונאה וכשרות. בג"ץ אומר שאין מחלוקת שדיני כשרות הם שיקולים רלוונטיים אבל הכוונה היא לדיני כשרות המזון ולא לדיני הלכה אחרים אז גם אם מבחינת ההלכה ריקודי בטן זה דבר לא ראוי הכוונה היא לכשרות המזון.

שיקולים פוליטיים ביחס למשאב ציבורי, למינוי – כשיש לנו תפקיד ציבורי וזה משאב מוגבל אז זה אמור להיות תפקיד שכולם יכולים להתחרות עליו כל עוד אנחנו עומדים בכישורים שהתפקיד דורש. השאלה מה העמדה הפוליטית שלכם לא רלוונטית לתפקיד. אם במסגרת תפקיד נשקל שיקול פוליטי זה שיקול זר. אבל לא תמיד, אם לדוגמה ראש הממשלה מפטר שר כי הוא הולך לקבל החלטה חשובה בממשלה והוא יודע שהשר המסוים הוא נגד מההחלטה – זה לא שיקול זר, זה השדה הפוליטי שראש הממשלה פועל בו. (בהתנתקות אריאל שרון פיטר 2 חברי כנסת כי הוא ידע שהם יתנגדו להחלטה שלו).

אחד הדברים שחשוב להבין בהקשר של שיקולים זרים זה שאנחנו צריכים לזהות בכל מקרה נתון מהם שיקולים עניינים ומה הם שיקולים זרים- העניין הזה מחייב אותנו לבחון 3 מקורות מרכזיים:

1. לשון החוק – הדבר הראשון שבודקים. מה שכתוב בחוק עצמו. רשות מנהלית פועלת לפי החוק ולכן כמובן זה כרטיס הכניסה, בדר"כ החוק מספיק מתקדם שהוא מציין מפורשות בתוך החוק מהי תכלית החקיקה וזה כבר נותן לנו אינדיקציה מהו שיקול ענייני ומהו שיקול זר.
2. תכלית החוק – לעיתים לא כתוב בחוק אבל אתה מבין את זה מתוך ההקשר ומכלול הנסיבות, לעיתים החוק לא מפרט את השיקולים שרשות יכולה לשקול ואז צריך להפעיל מלאכת פרשנות- לדוגמה קיצור של שלישי, ועדת שחרורים יושב בראשה שופט והיא אמורה לדון בשאלה האם יש מקום לקצר שלישי מעונשו של אסיר, לאסיר אין זכות קנויה לשחרור שלישי, בתחילת הדרך אותו חוק לא מנה את השיקולים שועדת השיקולים צריכה לשקול, אם נשב יחד ונחשוב מה תכלית החקיקה ברור לנו שיש 2 שיקולים – שיקול אחד הוא מסוכנות, אם האסיר מסוכן בוודאי שאני לא אקצר לו בשלישי ואסכן את הציבור, השיקול השני הוא שיקום, שיקום זה שיקול רלוונטי כי כשאסיר מראה נכונות להשתקם ובסופו של דבר זה האינטרס שלנו לשקם את האסיר. בתחילת הדרך זה לא היה כתוב במפורש אבל כשבית המשפט בחן את השיקולים של ועדת השחרורים הוא לקח בחשבון את 2 השיקולים האלה מכוח תכלית החקיקה, כלומר מכוח פרשנות. ואז עלתה שאלה נוספת- האם ועדת השחרורים יכולה לשקול שיקולים שקשורים ליחס הראוי בין המעשה לבין התקופה בפועל שהוא יושב בבית הכלא, כלומר, אולי פגיעה באמון הציבור – זו דוגמה למצב שבו בית המשפט איפשר אותו וקבע שהוא שיקול ענייני מתוך ניתוח של תכלית החקיקה, בהמשך המחוקק אמר את דברו והשיקול הזה היום כתוב בחוק.
3. עקרונות היסוד - בלי קשר לתכלית החקיקה יש עקרונות שאנחנו לא יכולים לוותר עליהם, נובע מעצם היותנו מדינה דמוקרטית ויהודית, כמו עקרון השוויון. פס"ד קלאסי זה פרשת פורז – שם היה מדובר בהחלטה של מועצת עיריית תל אביב למנות רק גברים לאסיפה בוחרת שאמורה לבחור את רב העיר של ת"א, הרציונל הוא תועלתני, יכול להיות שרובנים חשובים לא יציגו את המועמדות שלהם אם יהיו נשים באסיפה, העליון אומר שגם אם זה לא שיקול פסול עדיין יש חזקה שכל חוק נועד להגשים את עקרונות היסוד של השיטה ואחת מהעקרונות האלה זה עיקרון השוויון וכל עוד אין אינדיקציה אחרת נקודת המוצא של כל חוק הוא הגנה על עקרונות היסוד של השיטה.

מתחילים בחוק, אם לא עוברים לתכלית החקיקה ובכל מקרה בודקים את עקרונות היסוד וככה בוחנים אם מדובר בשיקול ענייני או שיקול זר.

הצד השני של שיקול ענייני הוא שיקול זר – מה שלא שיקול ענייני הוא שיקול זר. הרבה אנשים נוטים לטעות ולחשוב ששיקול זר הוא בהכרח שיקול מושחת – כאן צריך לשרש את העניין הזה, כל שיקול מושחת הוא שיקול זר, לא כל שיקול זר הוא מושחת, לדוגמה בפרשת רסקין (לא ניתנה תעודת כשרות שיש בו מופעים של ריקודי בטון) – בית המשפט העליון אומר שהחוק שמסמך את הרבנות לתת תעודת כשרות הוא חוק שעוסק בסוגיה דתית, השיקול הדתי ככלל יהיה שיקול ענייני רק אם החוק מסמך רשות מנהלית לשיקול שיקול דתי, אבל זה עדיין לא אומר שהחוק נועד להוות מנוף להשליט את כל דיני ההלכה על בעלי עסקים. העליון אומר שכל מה שיש לו זיקה ישירה או עקיפה לדיני כשרות המזון זה שיקול ענייני. כשאדם מחליט למנות מישהו שהוא קרוב אליו זה לא זר ולא מושחת- זה משרת אמון, מראש אומרים לך שזה משרה ללא מכרז ואתה יכול למנות את מי שאתה רוצה, לצד העובדה שזה שיקול שמותר לך לשיקול עדיין זה צריך להיות מישהו שכשיר לתפקיד (יש ועדה לכך). הפטור ממכרז מאפשר לאותו אדם לקפוץ מעל כל הדרגות אבל יש לכך גם מחיר, כי שר חדש יכול להעיף אותך מהתפקיד.

האם התחשבות בשיקול דתי זה בהכרח שיקול זר? ככלל, על מנת לשיקול שיקול דתי צריך הסמכה בחוק. כמו שיש חופש הדת יש גם חופש מדת. לדוגמה, פקודת העיריות מסמיכה את הרשויות המקומיות כל רשות להחליט עבור עצמה האם היא פותחת עסקים בשבת או לא. שיקול דתי אפשר לשיקול רק אם המחוקק הסמך אותך לשיקול. אבל זה לא אומר שאי אפשר לשיקול שיקול של "התחשבות ברגשות של הציבור הדתי" – כמו שאפשר לשיקול התחשבות ברגשות של כל ציבור אחר, בוודאי שניתן לשיקול גם התחשבות בציבור הדתי. לדוגמה בפס"ד כביש בר אילן, הסוגייה שעלתה היא סגירת כביש בר אילן שעובר בתוך השכונה החרדית, בוודאי שהפגיעה ברגשות היא שיקול ענייני. מה לגבי שיקולי תקציב? ככלל שיקולי תקציב הם שיקולים ענייניים כי לכל חוק יש היבט תקציבי. זכויות אדם עולות כסף, לדוגמה, כתוב בחוק שאדם שהגיע לגיל 65 ועמד בתקופת הכשרה תשלום לביטוח לאומי אתה זכאי לקצבת זקנה. הביטוח יכול להגיד שיש בעיה כלכלית ולשלם חצי – לא אפשרי.

השאלה שעלתה לאחרונה בפסקי דין וגם זכתה לדיון ציבורי היא הסוגייה של אותו טקס זיכרון משותף לישראלים ופלשתינים שהתקיים בערב יום הזיכרון לחללי צה"ל, שר הביטחון החליט שהוא לא מאפשר כניסה של הפלשתינים שרצו להשתתף בטקס למדינה – הסיפור הוא שיש משפחות שכולות שבחורות לקיים ביום הזיכרון טקס פרטי ובכך לממש את האבל שלהם והצער שלהם, לפני שנה שר הביטחון היה ליברמן והוא החליט שהוא לא מאפשר כניסה, אבל הוא אמר גם למה- הוא אמר שהוא לא מאפשר כניסה כי זה פוגע ברגשות של המשפחות השכולות היהודיות שלא רוצות להשתתף בטקס הזה, דווקא ביום הזה לקיים את הטקס בתוך המדינה פוגע פגיעה קשה, נקודת המוצא היא שאין פגיעה ביטחונית – ברור שזה שיקול ענייני, השאלה היא בהנחה ואין מניעה ביטחונית יש לנו מצד אחד את המשפחות השכולות הישראליות שרוצות להשתתף בטקס הזה ומצד אחד משפחות שכולות שהטקס הזה פוגע בהן פגיעה קשה וכמובן שיש גם את הציבור. (אבל מדובר על רוב). בית המשפט העליון לפני שנה אומר שלשר ליברמן אסור לשיקול שיקול זר אלא יש חוסר סבירות – כלומר, הוא נתן משקל רב מידי לפגיעה במשפחות השכולות שלא מעוניינות ולא נתן משקל למשפחות השכולות שמעוניינות להשתתף בטקס הזה. יש סעיף שאומר שלמפקד האזור יש סמכות להתיר כניסה של פלשתינים תושבי האזור לישראל למטרה זמנית, כשמדובר בחקיקה שקשורה למפקד האזור הוא מפעיל את המדיניות של שר הביטחון, אין פה שיקול דעת, בית המשפט העליון לפני שנה אמר שמדובר בחוסר סבירות קיצוני – בג"ץ 2964/18 חוג ההורים פורום המשפחות שכולות למען השלום נ' שר הביטחון. השנה בנימין נתניהו הוא שר הביטחון, יש כבר הלכה, ביקשו אישור השנה שוב כניסה של פלשתינים למדינה והתשובה הייתה " שלום, הבקשה מסורבת מאחר ויש סגר בערב יום הזיכרון " ואז הוגשה עתירה והמדינה אומרת שהחלטת שר הביטחון נובעת מקיומו של סגר ועל רקע הידרדרות ביטחונית שהחלה בסופ"ש האחרון, אבל השופט עמית אומר שהחלטת שר הביטחון ניתנה עוד לפני שהחל סבב הלחימה- בעיה. המדינה אומרת שעל רקע המצב הביטחוני הוחלט להדק את הסגר על או"ש ביום הזיכרון וביום העצמאות ולצמצם למינימום ההכרחי את האישורים למתן היתרים חריגים (טיעון ב') ואז אומר השופט עמית שהוא ביקש להגיד עד כמה הם צמצמו את האישורים החריגים ושיש אלפי בני אדם שנכנסים – הטיעון של הצמצום לא מתקבל. השופט עמית אומר שהרגישות הציבורית לא נעלמה אך הטקס אינו מתריס ומי שמתנער ממנו מוזמן לא להגיע ולא ליטול בו חלק, לפני שנה בית המשפט העליון אמר שמדובר בחוסר סבירות, השופט

עמית אומר שטקסי הזיכרון הם חלק מהתודעה של ישראל ושמונחת ליבה של חופש הביטוי שמעניקה לכל אדם לעצב את סיפור חייו לפי רצונו – בג"ץ 305/19 . אחת הבעיות בבחינת שיקולים זרים שזו עילה שבוחנת כליות ולב.

מה קורה ששיקול ענייני מעורב עם שיקול זר? האם לפסול את ההחלטה או לא?
 כאן ההלכה של בית המשפט זה כשיש שיקולים מעורבים אז אנחנו פועלים לפי הגישה התועלתנית שאומרת מה הייתה השפעה של השיקול הזר על התוצאה, האם אלמלא השיקול הזר היינו מגיעים לאותה תוצאה? אם כן, אז רוב הסיכוי שבית המשפט לא יפסול את ההחלטה, זה עולה בקנה אחד עם כלל הבטלות היחסית, לא כל שיקול זר יוביל לבטלות. איך בית המשפט יבחן את זה? הפסיקה עושה שימוש שהיא קוראת לו " מבחן המטרה הדומיננטית" – מה הייתה המטרה הדומיננטית שאליה חתרה הרשות?

מה לגבי שיקולי חוקיות? כשהיועמ"ש אומר בכובעו כפרשן מוסמך של החוק, כשהוא אומר לרשות מנהלית שההחלטה היא לא חוקית והיא בכל זאת מחליטה את אשר היא מחליטה – זה שיקול ענייני או לא? כשהיועמ"ש אומר שההחלטה לא חוקית זה תמיד שיקול ענייני!!! והיא חייבת לשיקול אותו! דוגמא לכך הייתה בפרשת חוות השקמים – הסיפור היה בעניין חוות השקמים שממוקמת בשטח של כמעט קיבוץ/מושב, שטח חקלאי, הוקם שם מתקן סולארי שהיה בניגוד לחוזה מול המנהל, בשורה התחתונה זה עבר את כל ההערכאות והיה צריך להרוס את המתקן, מועצת מקרקעי ישראל רצתה לקבל החלטה כאילו כללית אבל היא החליטה שמכשירה את המתקן. היועמ"ש אמר שזו החלטה לא חוקית ושאסור להחיל אותה, מועצת מקרקעי ישראל היא גוף קולגיאלי – מורכבת ממנכ"לים של משרדי הממשלה, נציגי קק"ל, בראשם עומד שר החקלאות – עמדה השאלה האם גוף קולגיאלי כפופה ליועמ"ש? בניגוד ליועץ המועצה קיבלה את ההחלטה. היועמ"ש בא ושלח מכתב לשר האוצר, כי לפי חוק אחר כדי שההחלטה של המועצה תהיה בתוקף צריך חתימה של השר, היועמ"ש אמר לשר האוצר שאסור לו לחתום עליו, הוא אוסר עליו – ויאיר לפיד אכן לא חתם. הוגשו עתירות מכל הכיוונים, בג"ץ ביטל את ההחלטה ויש תובנות חשובות שאומרות שכשהיועמ"ש אומר שמהו לא חוקי – זה תמיד שיקול ענייני. הוא הפרשן המוסמך של הדין.

עילת הסבירות

עילה זאת באה ואומרת שכל השיקולים שנשקלו הם שיקולים עניינים. נקודת המוצא שהרשות שקלה שיקולים עניינים בלבד ובכל זאת, היא עילה מאוד מעוררת מחלוקת כי היא יוצרת פוטנציאל להתנגשות בין בית המשפט לרשות המבצעת או המחוקקת ובאופן טבעי העילה היא בעייתית כי כאן בית המשפט מתיימר לבחון את האיזון שהרשות שקלה במסגרת מכלול השיקולים העניינים. פרופ' דפנה ברק ארז תיארה את זה כך – אם נמשיל את זה לשף שאמור לבשל תבשיל אז אפשר לקחת את התבשיל הזה, את כל רכיביו ולהפוך את זה לבלתי אכיל לא רק אם אתה לוקח מרכיב שלא אמור להיות שם (שיקול זר) אלא גם אם אתה שם את כל המרכיבים שאמורים להיות שם אבל אם אתה שם מינון נמוך או גבוה של אחד המרכיבים, אז התבשיל אמנם מכיל את כל המרכיבים הנכונים אך לא במינון נכון ואז זה הופך את התבשיל למשהו לא אכיל. העילה הזאת פותחה בשנות ה-80 (עידן האקטיביזם השיפוטי) והרעיון שלה הוא שבית המשפט העליון לא עוצר בעילות האחרות אלא גם מבקר את תוכן שיקול הדעת. בגלל הפוטנציאל הנפיץ בית המשפט פיתח כלים שנועדו באופן עקרוני לוודא שההתערבות בעילת הסבירות תהיה מרוסנת. הכלים האלה הם כלים שנובעים מכמה סיבות: בית המשפט הוא לא מומחה בכל תחום ולכן התערבות בתוכן ההחלטה צריכה להיות במקרים חריגים, הוא לא רשות מנהלית על. בדרך כלל למומחה הרלוונטי יש את הכישורים המתאימים לקבל את ההחלטה. בנוסף מבחינה דמוקרטית בית המשפט הוא לא נבחר ולכן חייב לרסן את עצמו שלא יהיה רושם שבית המשפט מקבל את ההחלטה במקום הרשות המנהלית. יש פוטנציאל לפגיעה באמון הציבור שבית המשפט יקבל על עצמו סמכות להחליט במקום הרשות המנהלית. בית המשפט גוזר לעצמו מידה מאוד משמעותית של ריסון ולכן אחד מהדברים המרכזיים שמשקפים את אותו ריסון שבית המשפט גוזר על עצמו במסגרת עילת הסבירות הוא העובדה שבית המשפט חוזר ואומר שיש מתחם סבירות מאוד רחב לרשות המנהלית, עד כדי כך רחב שיכולות להתקבל 2 החלטות מנוגדות שיכולות להיות במתחם זה. ככל שהרשות בעלת מומחיות גדולה יותר וככל שמדובר ברשות בכירה יותר כך גם בית המשפט ירסן את עצמו יותר מבחינת התערבות בעילת הסבירות. הדוגמא הקלאסית היא היועמ"ש מחליט להגיש או לא להגיש כתב אישום בעילה של נסיבות העניין לא

מתאימות להעמדה לדין (חוסר עניין לציבור) יכולות להיות 2 החלטות הפוכות, אז בית המשפט לא מתיימר לשים את עצמו בנעלי היועץ גם אם הוא יחשוב שההחלטה של הרשות המנהלית היא לא החלטה שהוא היה מקבל אילו הוא היה הרשות זאת לא אמת המידה שהוא אמור לפעול על פיה. עילת הסבירות באופן טבעי תבוא ותאמר אני יתערב רק שיש חוסר סבירות קיצוני, כלומר אם ההחלטה לא נמצאת במתחם הסבירות באופן קיצוני. מכאן נובע מונח שנקרא "הנסגת שיקול הדעת" (Deference) – זה אומר שבית המשפט בעילת הסבירות תמיד ככל שמדובר בהחלטה בתוך מתחם הסבירות לא ישקול את ההחלטה במקום הרשות, הוא ינסיג את שיקול הדעת שלו מפני שיקול דעת הרשות. הוא אמור להתערב רק אם מדובר בחוסר סבירות קיצוני וגם אם הוא חושב שההחלטה היא לא טובה זה לא השאלה שצריך לשאול את עצמו. למה בכלל צריך את עילת הסבירות אם הריסון הוא כל כך גדול? בית המשפט נוהג שלא להתערב ככלל אלא במקרים קיצוניים? התשובה היא שעילת הסבירות עדיין נחוצה לנו מהסיבה הפשוטה שעילת הסבירות עדיין מחייבת את הרשות המנהלית להתייב לפני בג"צ ולהסביר את השיקולים, בנוסף עילת הסבירות תגרום לכך שהרשות המנהלית שהיא יודעת שהחרב של בג"צ מונפת מעל ראשה, מראש הרשות המנהלית תטייב את ההחלטות שלה. כלומר, יותר מכמות הפעמים שבית המשפט מתערב לא פחות חשוב עצם התהליך שמחייב את הרשות לבוא ולהסביר ולנמק, וההרתעה על הרשות המנהלית.

יחד עם זאת, עדיין יש ביקורת בלתי מבוטלת על העילה הזאת. עילת הסבירות היא העילה הכי מעוררת מחלוקת מבין כל עילות המשפט המנהלי והסיבה היא שזאת עילה מאוד מעורפלת. רמת ההפשטה שלה היא מאוד גבוהה, אין כלים אמיתיים לבחון האם החלטה מסוימת היא סבירה כן או לא. עילת הסבירות פותחה לראשונה **בפס"ד דפי זהב** ושם היה ויכוח בין השופט ברק לנשיא לנדוי. לנדוי חזה את הפוטנציאל הנפיץ של העילה ופחד מהחלפת שיקול הדעת של הרשות בשיקול הדעת של בית המשפט אבל השופט ברק אמר לנשיא לנדוי אנחנו לא ממציאים דבר חדש, בפס"ד קול העם רצו לסגור עיתון כי הכתבה שפורסמה שם עלולה לפגוע בבטחון המדינה. בפס"ד זה השאלה הייתה שאלת האיזון בבטחון המדינה אל מול חופש הביטוי. והחלטה זאת הייתה החלטה ראויה. רק הסתברות קרובה לוודאי לפגיעה ממשית בביטחון המדינה רק היא תוביל לכך שניתן לפגוע בחופש הביטוי. כלומר, האינטרס הציבורי שהוא ביטחון המדינה וחופש הביטוי מתחתיו, האינטרס מול הזכות. אך הפרשנות של בית המשפט כדי לסגור עיתון צריך הסתברות של קרוב לוודאי לפגיעה ממשית. אז ברק אמר לנדוי בקול העם לא קראו לזה סבירות אבל זה מה שעשה בית המשפט הוא בחן את הסבירות בין בטחון המדינה לחופש הביטוי. שניהם שיקולים עניינים אז הוא בחן את האיזון, וקבע שהאיזון היה לא ראוי. עילת הסבירות קיימת מקום המדינה אך לא קראו לה כך. לכן הפתרון צריך להיות בגישה מרוסנת, לא לבטל את העילה הזאת היא חשובה מאוד להגנה על זכויות אדם. לפעמים רואים שאין בה שום אמות מידה ויציבות, אבל צריך לשמור על העילה הזאת.

פס"ד שפטל היה מדובר בניצול שואה שסיקר את משפט דמניוק, הגיע לבית המשפט כל יום וטען טענות כנגד ההגנה. יש עבירה שנקראת סובידיצייה שאומרת שאסור לנסות להשפיע על הליך שיפוט תלוי ועומד. ויום שפטל הגיש תלונה כנגד אותו ניצול שואה. היועמ"ש לא חקר ולא הגיש כתב אישום כאשר הטענה שלו הייתה אין עניין לציבור, כי ראשית זה ניצול שואה, המשפט מאוד מתוקשר, הפרסומים לא השפיעו בפועל על השופטים. עו"ד שפטל הגיש עתירה לבג"צ כנגד החלטת היועץ. בית המשפט החליט להתערב וקבע שיש פה מקרה חמור, הפרסומים מבחינת התדירות שלהם היא מאוד גבוהה, יש פה סכנה לפגיעה בטוהר ההליך. היועמ"ש לא פטור מעילת הסבירות. אם עד אז בית המשפט יכלו להפוך את החלטת היועמ"ש רק אם יש חוסר תום לב אז פה יש שינוי גישה וגם היועמ"ש כפוף לעילת הסבירות. (אם היה מדובר בהחלטת יועץ מחוסר ראיות בית המשפט לא היה מתערב אבל מחוסר עניין לציבור זה כבר חוסר סבירות).

פס"ד ויסות מניות הבנקים – וועדת בייסקי הגיעה למסקנה שמנהלי הבנקים יצרו משבר קשה שגרם לויסות המניות ובסוף הבנקים קרסו. המדינה החליטה להשתלט ולהלאים את הבנקים בשביל להציל את המשק מקריסה. וועדות החקירה המליצה להעמיד אותם לדין את ראשי הבנקים. אבל זאת הייתה החלטת היועץ, היועץ אמר לא להעמיד אותם לדין בשל חוסר עניין לציבור, חלף זמן, רשויות המדינה היו מעורבים בתהליך הזה והם לא היו לבד, הם כבר שילמו על המקרה וכו'. אך בית המשפט הפך את ההחלטה מחוסר סבירות קיצוני מכיוון שזה עבירות חמורות ופלייליות שנמשכו לאורך זמן, הם ניסו להסתיר את הפעילות, התוצאה פגעה פגיעה קשה במשק הישראלי כי אוצר המדינה הזרים הרבה כסף לעצור את המפולת ואזרחים איבדו את כספם. אז יש פה חוסר סבירות קיצוני והתערב.

פס"ד אמונה נ' ראש הממשלה – שם יש ביקורת נוקבת של לא פחות מנשיא בית המשפט העליון גרוניס על עילת הסבירות. הסיפור פה הוא מינוי של חיים רמון לשר ולמשנה לראש הממשלה למרות שהוא הורשע בעבירה של ביצוע מעשה מגונה. זה עבירה שאין עימה קלון כי זה הרף הנמוך של עבירות המין אבל העותרים אמרו יש חוסר סבירות קיצוני בהחלטה למנות אותו לשר ולמשנה לראש הממשלה. בשורה התחתונה העתירה נדחתה, השופט גרוניס יחד עם השופטת פרוקצ'יה חשבו שצריך לדחות את העתירה. אין חוסר סבירות קיצוני. אבל מה שמעניין פה זה המחלוקת העקרונית בין גרוניס לפרוקצ'יה וארבל ביחס לעילת הסבירות. צריך להבין שכדי למנות שר במדינת ישראל יש תהליך של 3 שלבים, ראש הממשלה צריך להחליט, הממשלה צריכה לאשר ואז הכנסת צריכה לאשר. ולכן זה תהליך שהביקורת השיפוטית זה לא רק על ראש הממשלה אלא גם על הממשלה כולה וגם על הכנסת כולה. כאן צריך עוד יותר מידת זהירות כי יש פה ביקורת שיפוטית גם על הכנסת. ככל שמדובר ברשות מנהלית שהיא בכירה יותר כך צריך לנהוג ברסון. גרוניס אומר על עילת הסבירות שאין לבית המשפט יתרון על פני הרשות המבצעת בעניין חוסר הסבירות, ולכן ככלל צריך לרסן את העילה. בעשורים האחרונים היא עברה שינוי והפכה למימדים הקרובים לנורמת על, תוך כדי התפתחות זו היא בלעה לתוכה כאדם שלא יודע שובע עילות פרטיקולריות שהוכרו בעבר. חסרונה הגדול של עילה זו נמצא ברמת הפשטה הגבוהה שלה המעצימה את שיקול הדעת השיפוטי ומגדילה את אי הוודאות השיפוטית. לעיתים קרובות נעשה שימוש בדימוי של משקל בשביל להמחיש את עילת הסבירות, גם אם הרשות שקלה את כל השיקולים הרלוונטיים. הדימוי מסייע לפיתוח החשיבה אך המטאפורה משמשת לעיתים ככסות לאי הסכמה עם התוצאה והבעיה אף מחריפה כשהחלטה היא על רשות קולגיאלית. בעניין ההחלטה פה היא אושרה ברוב של 47 מול 24 במצב כזה לא ניתן לומר בביטחון מהם השיקולים של כל אחד מהמצביעים, ומכאן לא ניתן לדעת מה המשקל שניתן לכל שיקול. על כן מה שנעשה בפועל על ידי השופט שסובר שיש פה חוסר סבירות, היא הנדסה חוזרת. כלומר בית המשפט בוחן את התוצאה ובהליך של קריאה לאחור בוחן את השיקולים שנשקלו ואם בית המשפט לא אהב את התוצאה אז אתה אומר שנשקל רב מידי או ששיקול מסוים לא נשקל, אבל אם אתה אוהב את התוצאה אז אתה אומר שזה במתחם הסבירות. הוא ממשיך ואומר שהוא לא מתכוון שעלינו להתעלם מעילה זו אבל צריך להעדיף שימוש בעילות אחרות שנמצאות ברמת הפשטה נמוכה יותר ושמרחב שיקול הדעת הוא קטן יותר ורק כאשר מוצו כל האפשרויות האחרות, במקרים חריגים להשתמש בעילה הזאת. השופטת פרוקצ'יה מבקרת באופן מאוד חריף את גרוניס שלא מסכימה איתו. היא אומרת בסוף פסק דינה שהיא לא מסכימה עם גרוניס לגבי מרחב עילת הסבירות. היא לא חושבת שצריך להשתמש בה רק במקרים קיצוניים. נכון שצריך רסון וזה נכון שצריך להשתמש בה רק במקרים של חוסר סבירות קיצוני ושבית המשפט לא ימיר את שיקול דעת הרשות אבל היא לא חושבת שזה מפה ועד מצב שבו אנחנו נוותר על עילת הסבירות או נשתמש בה רק במקרים חריגים. זו עילה חשובה מאוד להגנה על זכויות אדם ואם אנחנו נצר את היכולת של בית המשפט להשתמש בה זה יביא בפגיעה קשה בזכויות אדם, ולפגיעה בעיקרון חוקיות המנהל.

עילת המידתיות

עילת המידתיות היא למעשה הפיתוח של עילת הסבירות. היא נתפשת כענף בעילת הסבירות. היא באה לתת פתרון ביחס לביקורת של עילת הסבירות כי עילת הסבירות היא נטולת אמות מידה. עילת המידתיות יש בה מבחנים מאוד קונקרטיים שנועדו לבחון האם הרשות המנהלית איזנה כראוי בין המטרה לבין האמצעי. עיקרון המידתיות שזור כמעט בכל ענפי המשפט שלנו. כאשר מדובר באיזון בין פגיעה בזכות אדם לבין אינטרס ציבורי או זכות אדם נוגדת אז עילת המידתיות נכנסת לתוקף. לעומת זאת עילת הסבירות יש לה מקום שמדובר בהחלטות שאין בהם התנגשות בין זכות אדם לבין אינטרס ציבורי. לדוגמה החלטה של ראש הממשלה לא להכניס את הפלשתינים לאותו טקס, אז כאן זה איזון בין הרגשות של המשפחות האלה לבין הרגשות של האלה, אז בגדול שמדובר בין זכות אדם מול זכות אדם או מול אינטרס ציבורי אז מידתיות. באיזון בין אינטרסים ציבוריים זה סבירות. המידתיות קיבלה ביטוי בפסקת ההגבלה ויש לה תוקף חוקתי על חוקי. בשני חוקי היסוד שעוסקים בזכויות אדם יש הוראה מפורשת של מידתיות אבל צריך לומר שהרבה לפני פסקת ההגבלה המידתיות עוד הומצאה במשפט המנהלי. מה אומרת עילת המידתיות – כדי לפגוע בזכויות אדם צריך שהפגיעה תהיה לתכלית ראויה. מי שקובעת את התכלית זה הרשות המנהלית, תכלית שמקדמת

זכויות אדם. במידה והתכלית ראויה, צריך לבחון שהפגיעה היא מידתית וכאן פותחו 3 מבחני המשנה של עילת המידתיות:

1. צריכה להיות התאמה רציונלית בין האמצעי לבין המטרה – המבחן הזה אומר האם הייתה התאמה רציונלית בין האמצעי שבחרת לנקוט בו לבין המטרה. זה מבחן הסתברותי. בית המשפט אומר שהוא לא מבקש רמת הוכחה של חד משמעית אבל כן שתוכיח שלפי השכל הישר האמצעי ישיג את מה שאתה רוצה לקדם. זה מבחן יחסית טכני כי לא אומרים לך איזה אמצעי לבחור רק בודקים אם ישיג את המטרה.

2. האמצעי שפגיעתו פחותה – המבחן הזה אומר לרשות אם יש לך מבחר של אמצעים חלופיים להשיג את המטרה, אז תבחרי באמצעי אחר שפגיעה בזכויות האדם תהיה קטנה יותר. האמצעי הזה משול לסולם ואם אפשר לבחור באמצעי שנמצא בשלב הראשון אל תבחרי את האמצעי שנמצא גבוה יותר. האם שיקול תקציבי הוא שיקול ענייני? בהחלט. שיקול תקציבי הוא שיקול ענייני. השאלה התקציבית תיבחן אל מול החיסכון בפגיעה כי ככל שמדובר באמצעי שהוא קצת יותר יקר אבל יפחית הרבה פחות אז בית המשפט יגיד עם כל הכבוד שזה שיקול ענייני תבחרי באמצעי הקצת יותר יקר. שיקול תקציבי הוא לא שיקול זר אבל הוא לא יכול לקבל את כל המשקל.

3. המידתיות במובן הצר – מבחן שבדרך תועלת אל מול נזק. מבחן זה אומר המטרה אינה מקדשת את כל האמצעים. אין יחס ראוי בין התוספת ביטחון אל מול התוספת פגיעה בזכות.

פגיעה בזכות	בטחון	דוגמא – פס"ד עדאלה
10	10	החלטה של סגירה גורפת
5	8	החלטה של בדיקה אינדיבידואלית

0 הכי נמוך, 10 הכי גבוה

חשוב להבין שכשאנחנו מדברים על מידתיות זה ענף ספציפי בתוך הסבירות, כל הזמן שניתקל בזכות אדם שצריך לעמת אותה מול זכות אחרת אנחנו נמצאים בשיח של המידתיות. הערך המוסף של המידתיות זה שהיא הרבה יותר ברורה, יש לנו 3 מבחני משנה – התאמה רציונלית בין האמצעי למטרה, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה והמבחן שהוא מבחן המידתיות במובן הצר ששם אנחנו בוחנים נזק מול תועלת.

פס"ד בן עטיה – עתירה שהוגשה נגד החלטה של משרד החינוך, ההחלטה אומרת שיש בתי ספר שהתגלו בהם העתקות בבחינות הבגרות ולכן הם לא יהיו זכאים להשתתף בתוכנית חדשה של משרד החינוך, התוכנית אומרת שיש 3 מקצועות שבהם לא צריך להיבחן בבגרות אלא בחינת המגן יהיה הציון שייזקק לזכות התלמידים במקום בגרות. לגבי בתי ספר שהתגלו בהם העתקות- החלטה גורפת, הם לא משתפים. הייתה עתירה כנגד והעליון מפרק את ההחלטה לרסיסים, הוא בודק את מבחני המשנה של המידתיות ומראה שההחלטה לא עומדת באף אחד מהם. אין התאמה בין האמצעי למטרה- מה הקשר בין בחינת הבגרות של שנה שעברה לבין ההישגים של התלמידים כרגע, האם התלמידים צריכים לשאת על גבם את ההשלכות של העתקות שהיו בשנה שעברה? שנית, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה- יש חלופות פחות פוגעניות שמשיגות את אותה המטרה, המטרה היא שלא יהיו העתקות- כדי שלא יהיו העתקות תגבירו את האכיפה, את הפיקוח על הבחינות ובוודאי שאין יחס ישיר בין הנזק לתועלת- הנזק שההחלטה גרמה לציבור התלמידים עולה לאין שיעור על התועלת.

העמדה של ברונים ביחד לקשיים של עילת הסבירות היא העמדה שהובילה בין היתר על פי התקשורת, אותה תוכנית שמדברת על שינוי בכל מה שקשור במדיניות ביחס להתערבות של בית המשפט בתכנים של הרשות המבצעת והמחוקקת – אחת התוכניות היא לבטל או לצמצם את עילת הסבירות. המחוקקים גילו שעילת הסבירות היא לא פחות משמעותית מהביקורת השיפוטית על חוקים. גם המרצה מודאג מהדברים שגרונים אמר, אי אפשר לזלזל בכך שלפעמים בית המשפט לא מרסן את עצמו מספיק, ולפעמים הוא מתערב בעניינים לא לו, וגם אם הוא טועה הביקורת צריכה

להיות תלוי פסק דין ולא לגדוע את הענף של עילת הסבירות והמידתיות כי הן חשובות לעניין זכויות האדם ולכן צריך לשמור עליהם.

עילת השוויון

ערך השוויון קיבל ביטוי במשפט הישראלי של כבוד, " ערך על". מגילת העצמאות זה המקור הראשון, בהכרזת העצמאות נאמר במפורש שמבטיחים לכלל האזרחים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור. נכון שהכרזת העצמאות לא נתפסת כחוקה פורמלית, יש לה מעמד הצהרתי, אבל היא סוג של אני מאמין, החזון של העם ויש לה ערך – זה מקור מרכזי. גם בחוקי היסוד יש פסקת עקרונות שם נאמר שזכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, קדושת חיי... השוויון כתוב בהכרזת העצמאות. פסקת העקרונות מפנה להכרזת העצמאות, אין לנו שוויון כערך שהוא כתוב עלי חוק יסוד, הוא נגזר מחוק כבוד האדם וחירותו.

המקור השני הוא חוק יסוד הכנסת, סעיף 4 – מדבר על כך שהבחירות צריכות להיות שוויוניות, זה סעיף משוריין (שינוי רק ברוב של 61), יש התייחסות לשוויון בהקשר של הבחירות. בהקשר של חוק כבוד האדם וחירותו אנחנו יודעים שהשוויון לא מעוגן בחוקה שלנו, אבל בחוקי היסוד שבעתיד יפכו להיות חלק מהחוקה, למרות שהשוויון לא מופיע באופן מפורש כזכות יסוד נפרדת בית המשפט העליון דרך הגישה של ברק קיבל את מודל הביניים שאומר שהשוויון מעוגן למעשה כחלק מהאוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה של האדם וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כלומר, במילים אחרות ברק אומר בגישה הביניים זה שהוא לא יהיה מצומצם כמו דורנר באליס מילר שמדברת על השפלה, הוא גם לא ירחיב ויגיד שהשוויון חל באופן מוחלט על כל היבטיו החוקתיים- הוא הולך רק על השוויון שיש לו קשר הדוק לכבוד האדם – האוטונומיה, חופש הבחירה וחופש הפעולה.

המקור השלישי, הוא חקיקה – יש הרבה חוקים שמעגנים את הזכות לשוויון, בכל מיני תחומים שאנחנו מכירים בחיי היום יום שלנו – דיני עבודה- חוק שכר שווה לעובד ולעובדת, חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. גם בחינוך – חוק לימוד חובה מדבר על שוויון, יש חוק שיווי לזכויות האישה, בתחום הבריאות – חוק ביטוח ממלכתי מדבר על השוויון, חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, וחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ציבוריים (חוק הסלקטורים) – החוק אומר שאתה לא יכול להפלות על בסיס דת, גזע, מין, לאום בכניסה למקומות ציבוריים. סיווגים חשודים – סיווגים שבהם השוויון קשור להיבטים של דת, גזע, מין, נטייה מינית, מגדר – הם סיווגים חשודים שמרימים דגל אדום. בחוק הזה יש הוראה שאומרת שהדבר מתחייב באופיו או מהותו של המוצר או המקום הציבורי אז אפשר- נניח שאם יש אירועים שרוצים לתת ביטוי לאורך חיים של קהילה מסוימת- יש חריגים. אגב, תחום הדיור אין חובה לא להפלות בדיור. אם יש לי דירה ואני רוצה להשכיר אותה לפלוני ולא לאלמוני בגלל צבע העור שלו- אין חוק של הכנסת שמדבר על שוויון בדיור, יש דרכים אחרות- הגישה של ברק שמדברת על תכולת זכויות האדם במגזר הפרטי – תום לב וכו' .. כל נורמת השסתום אפשר להזרים אליהם את השוויון לפי ברק אם אני לא רוצה להשכיר את דירתי לפלוני בגלל מניעים של דת גזע וכדומה ניתן לטעון שאני פועל בחוסר תום לב ואז בית המשפט יצטרך לאזן בין הזכות של הבעלים – קניין, בחירה לבין הזכות של השוכר הפוטנציאלי. אין חוק שמחייב שוויון בדיור, לעומת זאת כשמדובר למשל בפרשת קהדן – ביישוב שהוקם ע"י הסוכנות באמצעות קרקע שהוקצתה ע"י מנהל מקרקעי ישראל- המדיניות הייתה שרק יהודים יכולים להתגורר שם, בעליון אומרים שלא כי כשמדובר בקרקע שהיא משאב מוגבל שיקול של לאום הוא לא שיקול שיכול להתקבל, יש לנו סיווג חשוד שמדבר על דת, גזע וכדומה. זה כמעט ולא מגיע לערכאות כי בדר"כ המשכירים לא אומרים את הסיבה האמיתית שהם לא משכירים לאותו אדם.

כשאנחנו מדברים על שוויון במשפט מנהלי כאן השוויון קיבל ביטוי החל מקום המדינה כזכות יסוד הלכתית הרבה לפני חוקי היסוד. המשמעות של חוקי היסוד בפס"ד ובמהפכה החוקתית – היא שאחרי המהפכה החוקתית ואחרי שהעלינו את זכויות האדם לדרגה חוקתית ואחרי שהכנסנו את השוויון לזכות לכבוד דרך ברק, אז אם יהיה חוק שפוגע בשוויון אפשר יהיה לבטל אותו כי הוא פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכות לשוויון לפי ההגבלה. לדוגמה חוק טל פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכות לשוויון.

בפן של המשפט המנהלי, במערכת היחסים של הפרט מול הרשות המנהלית אני לא צריך את חוקי היסוד, כאן השוויון הוא ערך עצמאי שבית המשפט העליון אומר שזו עילת ביקורת נפרדת מעבר לכל העילות שדיברנו עליהם. כאן צריך לעשות הבחנה בין שוויון חוקתי לשוויון מנהלי.

שוויון חוקתי בדר"כ הכוונה היא לשוויון שהוא על בסיס הפליה שנובעת משיך קבוצתי חשוד. (דת, גזע, מוצא, מין), הוא על בסיס עילות פסולות שנובעות מדעות קדומות פסולות.

השוויון המנהלי הוא הרבה יותר רחב, הוא אומר שאני דורש מהרשות המנהלית להיות עקבית – שגם אם יש הפליה שנובעת מכך שאת מתייחסת אחרת לפלוני לעומת אלמוני כאשר אין בניהם שוני רלוונטי אז אני אומר לרשות המנהלית, את הפרת את עילת השוויון, אם פלוני ואלמוני הם שווים צריך לנהוג בהם בשוויון גם אם לא התכוונת להפלות אותם. הרשות צריכה להיות עקבית בהחלטות שלה, זה לא משנה אם ההפליה היא אקראית, מקרית או לא קשורה למניעים אחרים, אלא פשוט מה שעקרון השוויון במשפט המנהלי אומר זה שאני דורש ממך להיות עקבית ולנהוג בשני מקרים שווים שאין בהם שוני רלוונטי באופן דומה.

כשאני מדבר על שוויון במשפט המנהלי בדר"כ מדובר בטובת הנאה שניתנה לא' ולא לב' למרות שאין שוני ביניהם ואין משהו רלוונטי שיצדיק את טובת ההנאה לא' ולא לב'. עילת השוויון במשפט המנהלי היא לא שוויון פורמלי, אלא שוויון מהותי – נניח אני מרוויח 100 אש"ח וחבר שלי מרוויח 5 ₪ לחודש – כמה מס נשלם? אני אשלם יותר. אני וחבר שלי אפשר לומר שיש פגם בשוויון הפורמלי כי אני משלם יותר מס ממנו אבל השוויון במדינה נבחן בהיבט המהותי – האם יש שוני רלוונטי שיצדיק את ההבחנה בין א' לב' – כן !!! כי מי שמרוויח יותר ישלם יותר מס. מע"מ הוא עיוור צבעים – הוא שווה כל מי שקונה משלם מע"מ. שוויון מהותי אומר שאני צריך להתייחס באופן שווה במקרים שווים ובאופן שונה במקרים שונים.

מה שיפה בעילה הזו זה שהשוויון היא עצמאית אבל תמיד כשאתה אומר שזה לא שוויון אתה צריך לבדוק אם יש שוני רלוונטי שמצדיק את השוני. איך אני אדע אם יש שוני רלוונטי? אני בודק את התכלית של הפעולה של הרשות המנהלית. אני בודק גם שיש פרופורציה בין מידת השוני לבין מידת ההתייחסות. דוגמה פרשת אליס מילר, שם אומרת המדינה שיש הבדל בין נשים לגברים לעניין משך השירות – חוק שירות הביטחון הוא כזה שנשים משרתות פחות, הכסף שאנחנו משקיעים בלהכשיר טייס הוא כזה שלגברים אני יכול לקבל חזרה את ההשקעה, לכן אומרת המדינה שיש שוני רלוונטי בין גברים לנשים בהקשר לשירות בקורס טייס. למרות שהעליון מגיע למסקנה שיש שוני רלוונטי שהמין הוא יכול להיות שוני רלוונטי בכל מה שקשור להבחנה בין גברים לנשים – העליון אומר שיש לנו סיווג שהוא חשוד כי יש מגדר, וכשיש לי הפליה שהיא מבוססת על סיווג חשוד אז אומרת דורנר שאין אמות מידה חד משמעיות לבדוק שוני רלוונטי, ראשית אפשר לנקוט בצעד פשוט כדי להתגבר על השוני – לבקש מנשים שרוצות להתקבל לקורס טייס להשוות את משך השירות לגברים, כלומר, גם אם השוני הוא רלוונטי אפשר לנקוט בפעולה כדי לפתור את זה, השופטת דורנר מגדישה שאין לה אמות מידה לבדוק אם השוני רלוונטי – איך נדע אם יש רלוונטיות? קשה לדעת אז יש לי סיווג חשוד בגלל שזה נובע ממגדר ולכן בשורה התחתונה גם אם יש רלוונטיות שיש לי סוגיה שקשורה לסיווג חשוד אני צריך לבדוק האם יש הצדקה לשוני? באליס מילר בית המשפט אומר ששיקול תקציבי הוא שיקול ענייני, אבל שהוא עומד מול הפגיעה בשוויון – גם אם יש שוני רלוונטי בין גברים לנשים אפשר להתגבר עליו ולמצוא את הפיתרון כהארכת שירות לנשים כמתנדבות ולכן אין פרופורציה לחסימת קורס טיס.

כשיש קייס צריך לבדוק שיקולים זרים, אם יש שקילת שיקולים ענייניים, חובת סבירות, חובת מידתיות ושוויון.

בקהדן הראינו שאין שוני רלוונטי.

נקודה נוספת להדגשה היא שוויון תוצאתי. הרעיון הוא שגם אם הרשות לא פעלה מתוך כוונת זדון לפגוע בשוויון או אפילו לא הייתה מודעת לכך שהיא יוצרת תוצאה לא שוויונית, בית המשפט העליון אומר שהוא בודק אם יש תוצאה מפלה – אז מבחינתנו יש פגיעה בשוויון, הוא לא צריך כוונה.

פס"ד בעניין איחוד המשפחות – החוק אומר שאם תושב ישראל ירצה להינשא לבן זוג ממקום עוין אין איחוד משפחות – טוענים שיש פגיעה בשוויון, המדינה אומרת שאין פגיעה בשוויון, לא מדובר ביהודים או ערבים. בית המשפט אומר שיש פגיעה כי בסופו של דבר מי שירצה להינשא לבן זוג זר שהוא ממדינת אויב התושבים או האזרחים הערביים – אז התוצאה היא לא שוויונית. באופן פורמאלי החוק מדבר על כולם. כשמדובר בתושב או אזרח ישראלי שהוא ערבי שרוצה להינשא לתושב זר ממדינת

אויב לא עושים בדיקה – מבחינה תוצאתית לא משנה שאתם לא קוראים לזה פגיעה בשוויון. התוצאה היא תוצאה מפלה. כי מי שיפגע מהחוק הזה הם הערבים, לא היהודים.

דוגמא נוספת – העדפה מתקנת, בטווח הקצר אני מעדיף אוכלוסייה חלשה, שסבלה לאורך השנים אבל בטווח הארוך אני מצמצם את הפער בין האוכלוסיות. אחד הטיעונים נגד – זה גורם להנצחה של המיעוט.

פס"ד פרשת תיאטרון אזרחי העיר 3792/95 – חלוקת תקציב למוסדות תרבות ע"י משרד החינוך.
נקבעו קריטריונים, יש את סעיף 3(א) לחוק יסודות התקציב שאומר שחלוקת התקציב צריכה להיות שוויונית. הפרמטרים שנקבעו עשו הבחנה בין תיאטרונים ותיקים לבין תיאטרונים חדשים – הקריטריון אומר שהוותיקים יקבלו תמיכה לפי בסיס התקציב וגם יותר כסף ממה שיקבלו החדשים, החדשים יזכו לתמיכה יותר קטנה והם מחוץ לתקציב – רק אם ישאר כסף. יש לנו מצב של 2 קבוצות שוויון – באו מבחני התקציב ואמרו שהם שמים את החדשים בקבוצת שוויון אחת- הם יקבלו פחות רק אם ישאר והוותיקים יקבלו יותר על בסיס קבוע. השאלה הייתה למה? למה שמו אותם ב2 קבוצות שוויון שונות?

הטענה היא ברורה, הוותיקים הוכיחו את עצמם, יש להם אינטרס הסתמכות, תיאטרונים חדשים הם רק כאמור, אין מחויבות – אני לא יודע אם הם יהיו טובים. המדינה אומרת ששיקול ותק הוא שיקול ענייני שמצדיק ליצור 2 קבוצות שוויון שונות – חדשים וותיקים.

המלאכה הראשונה שנצטרך לבחון הוא האם היה מקום ליצור 2 קבוצות שוויון שונות? אם אני מגיע למסקנה שכן זה אומר שאין הפליה. איך נדע האם יש מקום ליצור קבוצת שוויון? לפי התכלית. לפעמים זה נורא קל כי אני יכול להגיד שאין מקום ליצור קבוצת שוויון כי זה שיקול זר- אם שיקול זר גרם לי ליצור קבוצת שוויון זה קל כי אני יכול להגיד שאין רלוונטיות לשוני כי זה שיקול זר. (מלחמת המפרץ, מדינת ישראל חילקה מסכות אב"ח – מדינת ישראל חילקה רק ליהודים, לא לערבים- הם יצרו 2 קבוצות שונות, אבל התכלית הייתה להגן על כל בני האדם שגרים באזור שיש סיכון לטילים כימיים ולכן אם אתה מבין שהתכלית היא קידום פני סיכון אין רלוונטיות להבחנה בין יהודים וערבים ולכן זה שיקול זר). שיקול שהוא רלוונטי יצור שוני אבל לא כל שיקול רלוונטי יצדיק שוני, במיוחד כשמדובר בסיווג חשוב.

נניח שהמדינה אומרת שהם רוצים לתת מימון ליצואנים שמכניסים כסף זר למדינה, אבל רק כאלה שהערך המוסף שלהם הוא מעל 50% - זה שיקול ענייני כי אתה רוצה לתת מימון ליצואן שמכניס הרבה כסף למדינה, אבל, יש עוד שיקולים עניינים ואולי צריך להתחשב בצורך שלנו למטבע חוץ? האם העובדה שאני קבעתי את הכלל הזה ויצרתי 2 קבוצות שוויון נפרדות- אחת שמקבלת מימון ואחת לא על בסיס שיקול ענייני אבל נתתי לשיקול הענייני משקל רב מידי שהתוצאה היא ש2 קבוצות השוויון למרות השוני הרלוונטי התוצאה היא לא שוויונית. גם בעניין התיאטרונים בית המשפט אומר שהוותק הוא שיקול ענייני אבל הוא לא מספיק חזק בשביל לתת לו את כל המשקל וליצור 2 קבוצות שוויון שהתוצאה היא שהחדשים לא מקבלים בכלל ולכן אומר בית המשפט שיש פגיעה בשוויון.

ועד

נניח שאין שוני רלוונטי ולכן יש הפליה, איזה סעד יקבלו? יש 2 אפשרויות:

1. סעד שלילי – גם לי לא יהיה וגם לך לא יהיה. ייקחו מא' את טובת ההנאה.
2. סעד חיובי – תנו לי גם, תעמידו אותי באותו מצב כמוהו.

מתי בטוח יינתן סעד שלילי? אם טובת ההנאה לא' מקורה בחוסר סמכות, כלומר, הרשות המנהלית נתנה לא' מבלי שיהיה לה סמכות. ב' לא יכול להגיד שהיא גם רוצה- כי אין סמכות- משרת את שלטון החוק.

הרשות הפעילה שיקול דעת, אם אין שוני רלוונטי והיא בחרה בא' ולא בב' - הרשות יכולה לבחור – או לתת סעד שלילי (בהדרגה) או לתת גם לב'.

**** תרגול ****

משפט מנהלי – תרגול – דניאל אנסקי

מבחן – 80% , עבודה להגשה – 20%.

נושא : ג.5 – זכות העיון וחופש המידע – מופיע בסילבוס

- הזכות החוקתית לקבל מידע (מאמר – רבלין ופלד)
- שפירא נ' הוועד המחוזי מול לשכת עורכי הדין
- לשכת עורכי הדין נ' שר המשפטים
- פריד נ' משטרת ישראל
- ג'וליאני נ' מ"י
- דרוקר ואח' נ' משרד ראש הממשלה
- הנחיה מס' 14.8 פרקליט המדינה

למשפט המנהלי יש ממשק עם דיני עונשין, ממשק עם המשפט החוקתי, ממשק עם פרוצדורה אזרחית ופוליטית – המשפט המנהלי נושק להרבה תחומים.

המאפיין העיקרי של המשפט המנהלי הוא היחס בין האזרח לבין הרשות הציבורית .

זכות העיון וחופש המידע ; זכות העיון החוקתית

זכותו של אדם שיש לו עניין במידע ובמקרים מסוימים גם אדם שלא צריך להוכיח שיש לו עניין במידע לקבל מידע מרשות ציבורית .

הזכות לקבלת מידע : הזכות הבסיסית לקבלת המידע מעוגנת במשפט הישראלי בהלכות שנפסקו בבית המשפט העליון בחוק חופש המידע שנחקק ב-1998 , בהנחיות של פרקליט המדינה ובנורמות שהתקבעו ברשויות הציבוריות במשך השנים . הזכות למידע היא רבת פנים, היא משרתת אינטרסים שונים של הפרט ושל קבוצות פרטים וההצדקות העיוניות לה מגוונות. בתוך כך ניתן למנות מבין ההצדקות :

1. הצדקה פוליטית דמוקרטית
2. הצדקה קניינית
3. הצדקה מכשירית
4. הצדקה מטעמי ביקורת על הרשות.

1. הצדקה פוליטית דמוקרטית – לכל אחד יש זכות לדעת מדוע פוגעים לו בזכויות ולכל רשות החובה למסור את המידע הזה. יש קשר בין חופש הביטוי לזכות לקבל מידע – היכולת שלנו כפרטים וכקבוצה למלא תפקיד פעיל בזירה הפוליטית ובמאבקים דמוקרטיים ואף לעלות נושאים על סדר היום הציבורי קשורה קשר הדוק ליכולתנו לקבל מידע בנושאים השונים .

לדוגמא: מתוך המאמר של רבין ופלד , עתירה שהגישה התנועה "שלום עכשיו" בקשר למפעל ההתנחלויות, הם טענו שהם מבקשים לדעת מה המפה הטופוגרפית ומה רשימת היישובים המלאה לרבות כל הנובע מכך בשטחים הכבושים כלשונם. הם דיברו על הרחבת שטחי שיפוט של התנחלויות, התרעמו על כך שיש חדירה של מתנחלים והם הציגו זאת בפני המנהל הציבורי. המנהל הציבורי אמר שאין שום זכות לארגון עם אג'נדה פוליטית לקבל מידע – ושום אינטרס פוליטי שהם מייצגים ולכן לא נתנו להם מידע. קבע בית המשפט העליון שמניעת המידע במקרה הזה שוללת להביע דעה שמבוססת על נתוני אמת.

דוגמא נוספת שהייתה בבג"ץ היא ועדת וינוגרט, אז חקרו את המערכה בלבנון בשנת 2006 וביקשו לפרסם בתקשורת את התמלולים מהישיבות קבינט שהיו של ראש הממשלה, שר הביטחון, הרמטכ"ל וגם בוועדה עצמה. הייתה התנגדות לפרסם את המידע כי זה יכול לפגוע בביטחון המדינה אבל בית המשפט בחן את המידע והפרסום הזה הוא תנאי הכרחי שניתן לאזרחים לגבש עמדה איך התנהלה המערכה בלבנון ואולי לתרום להפקת לקחים.

2. הצדקה הקניינית – החובה של הרשות הציבורית להעביר מידע למבקש נובעת בין היתר מחובת הנאמנות שהרשות חבה כלפי הציבור וזוהות המידע המצוי בידיה של הרשות קנייני

של הציבור. כלומר, זו אמירה של בית המשפט העליון באחד מפסקי הדין. המידע הוא הקניין של הציבור.

3. הצדקה מכשירית – הזכות החוקתית לעיון מקבלת חיים גם מתוך כך שהיא מהווה מכשיר בידי האזרח לממש את זכות הגישה לערכאות, לממש זכויות חברתיות ואישיות כמכשיר בידי האזרח. המידע שנתון בידי הרשויות הוא מכשיר שיכול לממש את הזכות שלי לפנות לערכאות.
4. הצדקה מטעמי ביקורת על הרשות – גילוי המידע יכול לשרת חשיפה על שחיתויות, לביקורת על סדר ומשטר, הרתעת הרשויות מעשיית מעשים החורגים מהמותר והראוי וכו'.

המצב בעולם :

דמורקטיות צעירות נתנו משמעות מאוד גדולה למידע ולזכות של הציבור לקבל מידע מכל הרשויות הציבוריות – הם עיגנו את זה בחוקה. הדמורקטיות הוותיקות לא עיגנו בחוקה שלהם את הזכות הזו אבל חוקקו בדומה לישראל חוקים שהם חוקים ספציפיים שנותנים את הזכות למידע.
בישראל - חוק חופש המידע שנחקק ב-1998 אך נכנס לתוקף ב-1999, שנה לאחר מכן.

1970 – שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין

נידונה תלונה על עו"ד כנגד עו"ד אחר. אחד מעורכי הדין שהגיש את התלונה ביקש לחשוף את נימוקי ההחלטה לרבות חשיפת ההצבעה בוועדה. במקרה זה קבע בית המשפט שהוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין הוא רשות שהוענקה לה סמכות עפ"י דין. משמע, רשות סטטוטורית שפועלת לפי רשות הכנסת והחוק מעניק לאותו גוף גם חובות כך שהוא לא רשאי להחליט לפי שיקול דעתו הבלעדי וללא צורך בהנמקה. כלומר, ברגע שבועדה התקבלה החלטה צריך לבחון אותה. אם היא ניתנה עם דעה חולקת (2 נגד 1) צריך לחשוף את הנימוקים, שנדע מה היו הדיונים (דומה לבית משפט) – חובת הנמקה. כלומר, המסמכים צריכים להיות גלויים ופתוחים בפני הצד השני, יש חריגים.

2000 – לשכת עורכי הדין נ' שר המשפטים

יש משפט אזרחי שבו אני תובע לפני תקנת סדר דין אזרחי 475(א), מי שהיה שולח את כתב התביעה לאותו צד זה בית המשפט. התקינו תקנה שקבעה שמי שצריך לשלוח לצד השני את התביעה/ בקשה/תגובה הוא התובע, כלומר, עורך הדין של התובע. זה הטיל עול על העו"ד – למצוא את התובע.. לשלוח את הדואר וכדומה. כשמתקינים תקנה יושבים מומחים שמיעצים לשר המשפטים מה לעשות – הייתה תרעומת לגבי התקנה ולשכת עורכי הדין רצו שמות/פרוטוקולים של הוועדה. דבר זה נדחה ובית המשפט קבע שהזהות של הדוברים היא לא רלוונטית, האינטרס של הציבור במניעת החשיפה של חברי הוועדה המייעצת עולה על האינטרס של לשכת עורכי הדין. מה שחשוב זה לא מי היו האנשים שהצביעו- כי זו לא הוועדה שהחליטה, היא וועדה מייעצת.

2002 – בג"ץ פריד נ' משטרת ישראל

נגד העותר פריד התנהלה חקירה שלא הניבה כתב אישום ובסופו של דבר התיק נסגר מחוסר ראיות. העותר מבקש לעיין בחומר החקירה שנאסף נגדו על מנת שיוכל לבקש לשנות את עילת סגירת התיק ולפתוח בהליכים משפטיים כנגד המתלונן ולעשות שימוש בחומר החקירה במשפטים אחרים שהוא מתנהל בהם. אומר בית המשפט העליון, השופט עדיאל: אף שמדובר בעניינינו בזכות עיון פרטית שאינה נופלת בגדרו של חוק חופש המידע הרי שבהתקיים אינטרס אישי ומיוחד לקבלת המידע נקודת המוצא היא הגילוי והחיסיון הוא חריג. בית המשפט אומר שיש איזון בין ערכים – הזכות של הפרט לקבל מידע לשם מימוש זכות הטיעון העומדת לו בהליך שנועד להביא לשינוי עילת הסגירה של התיק נגדו ולעומת זאת, יש את הבטחת שיתוף הפעולה של הציבור עם המשטרה – אם אני כמתלונן אדע שמחר בבוקר יכול החשוד לקחת את כל החומר שאמרתי בחקירה- אני אחשוש להתלונן. אומר השופט עדיאל שגילוי חומר החקירה מתוך תיק החקירה לא יביא בוודאות קרובה לפגיעה ממשית באינטרס הציבורי לשתף פעולה עם המשטרה. מסקנה: על משטרת ישראל לאפשר לעותר לעיין בתיק החקירה.

בשנת 98 חוקק חוק חופש המידע שסעיף 1 בו קובע באופן רחב כי לכל אזרח ישראלי או תושב הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית בהתאם להוראות חוק זה. סעיף 12 לחוק חופש המידע קובע כי הוראות חוק זה יחולו גם על מבקש מידע שאינו אזרח ישראלי או תושב – כלומר, מדובר בחוק רחב מאוד שחל על קבוצה גדולה של אנשים. סעיף 2 – הגדרות מסדיר כי "קבלת מידע לרבות עיון, צפייה, האזנה " השימוש שנעשה בחוק הזה מאז שחוקק הוא שימוש מאוד מצומצם. אזרחים לא רצים לבתי המשפט – כי לרוץ לבתי המשפט עולה כסף.

סעיף 2 לחוק קובע בין היתר מה היא רשות ציבורית ומגדיר ברשימה קונקרטית של רשויות שנחשבות רשות ציבורית. מכוח החוק הזה יש חובה למנות אדם שיהיה אחראי על פניות הציבור, לכן במשרד ראש הממשלה יש אדם שאחראי לכך, וגוף שהוא לא רשות ציבורית אין חובה למנות אדם שיהיה אחראי על פניות הציבור בנוגע לחופש המידע.

סעיף 4 קובע כי רשות מקומית מחויבת לציין אילו חברות הוקמו על ידה כדי שהציבור ידע לשאול ולקבל מידע.

סעיף 6 מטיל חובה אקטיבית על הרשויות להעמיד לעיון הציבור הנחיות מנהליות. סעיף 6(א) – מדבר על איכות הסביבה, יש שיניים בחוק. צריך לפרסם הרבה יותר כדי להתמודד עם גופים מזהמים.

סעיף 7 מדבר על הנוהל, כלומר, אני לא צריך לציין את הטעם לבקשתי.

סעיף 8 מדבר על דחיית הבקשה אם היא לא סבירה.

סעיף 13 קובע הגנה על צד שלישי, אם אני מגלה מידע שעלול לפגוע באינטרסים של צד שלישי אז הרשות צריכה לפנות לצד השלישי לקבל את העמדה שלו.

סעיף 14 מעניק פטור גורף לגופים מסוימים – צה"ל, ביטחוניים וכדומה

סעיף 17 קובע איך עותרים לבית המשפט לעניינים מנהליים (מחוזי)

הנחיה מס' 14.8 – פרקליט המדינה

ההנחיות של פרקליט המדינה מתייחסות לרשויות החוקרות. ההנחיות מרחיבות את התוקף שלהם גם ביחס לפרקליטות כזרוע ארוכה של הרשות החוקרת בסעיף 8(ד) להנחיה.

בגלל שיש לנו החרגה של המשטרה מתחולת החוק לכאורה אנחנו נמצאים בבעיה, כי אם אני רוצה לקבל חומר מהמשטרה אני לא יכול אלא אם זה מוסדר בתקנות סדר דין פלילי. ההחרגות של פרקליט המדינה מטוות נהלים כיצד אני יכול לקבל מידע חשוב מהמשטרה. הכלל אומר שהליך חקירה פתוח (שעדיין חוקרים) לא מדליפים מחשש לשיבוש החקירה – ועדיין יש הדלפות / מידע שהמשטרה רוצה לפרסם בכוונה.

ג'וליאני נ' מדינת ישראל – דובר על אחזקה בעבדות. הוא ביקש להסתכל על 1500 תיקי חקירה שנסגרו – לא נתנו לו בגלל עול על המערכת – בית המשפט המחוזי קיבל את זה והעליון קבע במקרה זה שמצמצמים את זה רק ל15 תיקים של אותה עבירה – טענת אכיפה בררנית.

כשאנחנו מדברים על ההבדל בין חופש המידע לזכות העיון אנחנו מדברים על ההגדרה של אותם גופים ספציפיים שאנחנו מתייחסים אליהם. אם אני אזרח שרוצה לקבל מידע מרשות שמופיעה בחוק מספיק לי שאני אפנה לאותו ממונה במשרד הספציפי שאחראי על כך ואני מבקש לגלות לי מידע או מסמכים שקשורים למה שאני רוצה. יש גופים שלא נמצאים בחוק ועדיין יש לי את הזכות לעיון במסמכים – הזכות הזו מעוגנת מעצם היותנו משטר דמוקרטי, היא מבוססת על אמנות בינלאומיות ועל בסיס איתן של גישה דמוקרטית שאומרת שהציבור הוא חלק בלתי נפרד ויש לו את הזכות הקניינית לאותו מידע, אבל, אני צריך להוכיח אינטרס מסוים למידע הזה.

פס"ד דרוקר נ' ממונה יישום על חופש המידע – פס"ד ניתן ב2017. בפס"ד זה דובר על עיתונאי רביב דרוקר מחדשות ערוץ 10, הוא ביקש לקבל תיעוד מיומן לשכת ראש הממשלה לגבי שיחות טלפון שניהל ראש הממשלה עם שלדון אדלסון ועמוס רגב (בעל שליטה בעיתון ישראל היום) ודרוקר פנה לממונה על חופש המידע במשרד הממשלה והוא ביקש לקבל פרטים על הפגישה, עלתה טענה מצד ממונה ראש הממשלה שמדובר בחברים משכבר הימים, אדלסון נתניהו ורגב והשיחות ביניהם היו פרטיות שלא נגעו בענייני העיתון – למעשה הם טענו לפגיעה בפרטיות. בית המשפט נדרש לשאלות עקרוניות – האם במסירת המידע המבוקש יש משום פגיעה בפרטיות ואם יש, האם מנגד קיים אינטרס ציבורי בחשיפת המידע המבוקש שגובר על הפגיעה. כלומר, מה גובר?

בית המשפט קבע שמדובר בתחום אפור שבין עניינים פרטיים לבין מידע ציבורי חשוב. לאחר שבית המשפט ערך את האיזון הוא הגיע להחלטה כי לא יפורסמו הדברים.

חובת פרסום מנהלי

בפקודת סדרי השלטון והמשפט 1948 סעיף 10 מצוי הרשומות – "כל פקודה תקבל תוקף ביום פרסומה ברשומות בלתי אם נקבע כי תקבל תוקף בתאריך מוקדם או מאוחר מיום הפרסום" סעיף 10 מדבר על פקודה, פקודה היא חוק או הנחיה. פירוש המילה פקודה מצויה בפקודת הפרשנות.

"פקודה- כל פקודה שניתנה מאת מועצת המדינה הזמנית וכל פקודה שניתנת כדין בארץ ישראל לפני הקמת המדינה ופקודה זו בכלל, אולם מקום שהמילה פקודה באה בחיקוק שניתן לפני תחילת תקפה של פקודה זו תהא משמעותה כמשמעות שהיתה נודעת לה אלמלא פקודה זו" – אנחנו קיבלנו המון חוקים מהמשפט המנדטורי, משטר צבאי שהקים המון פקודות ולכן אנחנו נתקלים במושגים מהמשטר הצבאי למרות שאינם רלוונטיים לתקופתנו.

סעיף 10 אומר שאם פרסמתי את אותה תקנה או את אותו צו/הנחיה ברשומות אזי מדובר בראיה שאותה פקודה ניתנה ונחתמה כדין. לדוגמא, נניח ששרת התרבות מחליטה מחר להוציא פקודה או תקנה חדשה שקובעת שמכוח חוקי הביטחון של מדינת ישראל משרד התרבות תצא למלחמה תרבותית בגויים, היא רוצה לפרסם אותו. האם היא התקבלה כדין לדעתנו? אנחנו הולכים לאותם חוקי ביטחון שהשרה הסתמכה עליהם ובודקים האם יש לשרה הסמכה לחוקק חוקים מטעמם – ולכן אין תוקף לפקודה זו מעיקרה.

סעיף 10(ג) אומר שגם אם אני מתקין תקנות זה חל. סעיף 10 לחוק הממשלה מסדיר מה יפורסם ברשומות – עקרונית ניתן להיכנס לרשומות ולדעת למה אמורים לפרסם ומה לא.

בכללי, כניסה לתוקף הוא ממועד הפרסום אלא אם כן נקבע אחרת.

מהי תקנה בת פועל דחיקתי:

בסעיף 3 לחוק הפרשנות נקבע כי תקנה היא הוראה שניתנה מכוח חוק והיא בת פועל דחיקתי. מבחני תקנה בת פועל דחיקתי נקבעו בפסיקה:

- ערעור פלילי 213/56 היועמ"ש נ' אלכסנדרוביץ, על תקנה בת פועל דחיקתי לקיים 2 מבחנים:
1. מבחן הנורמטיביות – שינוי המשפט הנוהג ויצירת נורמה כלל התנהגות. נורמה משפטית שתביא שינוי במשפט.
 2. מבחן הכלליות – תחולה על ציבור בלתי מסוים של אנשים, כלומר, דרישה לנורמה כללית המופנית אל הציבור כולו או לפחות לחלק בלתי מסוים ממנו כאשר המבחנים לכלליות הם:
 - א. פנייה לציבור גדול- ככל שהתקנה פונה אל ציבור גדול יותר אזי היא בלתי מסוימת, גם אם ניתן לאתר את הפרטים אליה היא מופנית.
 - ב. תוכן כללי – ככל שתוכנה של התקנה כללי יותר כך התקנה עונה על פן הכלליות.

למה צריך להתעמק במושג "תקנה בת פועל דחיקתי"? בין היתר כדי לבדוק האם יש חובת פרסום ברשומות של התקנה או לא.

ישנה הנחיה של פרקליט המדינה, איך אני יכול לבדוק האם מדובר בתקנה בת פועל דחיקתי או לא? אני פונה למבחנים שלה. נבחן את מבחן הנורמטיביות – אני צריך לשאול האם יש במסמך שינוי של נורמה משפטית קיימת? כלומר, עד היום נסעו הנהגים בצד ימין ומהיום ינהגו מצד שמאל – מדובר בשינוי. המבחן השני מדבר על מבחן הכלליות, כלומר עד כמה אותה הנחיה מופנית לציבור כולו או לחלק בלי מסוים ממנו – אם אני מפנה את זה לציבור מסוים לא מדובר בתקנה בת פועל דחיקתי.

פטור מחובת פרסום:

השאלה היא מתי יכול הסייג "אם אין הוראה אחרת בעניין" שקבועה בסעיף 17 לפקודת הפרשנות?

ביום שאני פרסמתי את התקנה מתחיל התוקף שלה, הפסיקה קבעה לעיין חובת הפרסום בשאלה "מי יכול לפטור מחובת הפרסום" כי רק המחוקק הראשי יכול לפטור מחובת הפרסום במפורש או במשתמע, ואילו מחוקק המשנה אינו יכול לפטור עצמו מחובת הפרסום. כלומר, רק הכנסת שהיא מחוקקת חוק יכולה לקבוע לגבי פרסום ברשומות במועד אחר או שהיא תיכנס לתוקף במועד אחר.

פס"ד בגץ 2832/96 – בנאי נ' לשכת עורכי הדין - בעניין הזה דובר על עתירה שנסובה על החלטת לשכת עורכי הדין לשנות ממתכונתה הקבועה של בחינת ההתמחות ולהחיל את השינוי באופן מיידי, בנוסף החליטה הלשכה להעלות את הציון העובר מ-60 ל-70 ולהוסיף פרק ניסוח מסמך משפטי שיוגש לוועדת בוחנים.

העותר יחד עם סטודנטים למדו למבחני הלשכה, ולטענתם תוך כדי הלמידה לשכת עורכי הדין העלו את הדרישות ושינו את כללי המשחק. הלשכה אמרה שהיא חייבת להילחם עם תופעה של ירידה במקצוע, לשמור על רמה נאותה והתחולה צריכה להיכנס באופן מיידי. בית המשפט קבע כי למרות שלפי סעיף 17 לפקודת הפרשנות המועד הרגיל לתחילת התוקף של תקנות הוא יום הפרסום ברשומות רצוי לקבוע מועד מאוחר יותר לתחילת התוקף. כלומר, בית המשפט קבע שגם בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה מ-1985, אם אין טעם מיוחד כניסה לתוקף של תקנה יהיה 30 יום מיום הפרסום הרשומות. בנוסף, יש נסיבות בהם אין רשות מנהלית רשאית לקבוע תחילה מיידי להחלטה אלא עליה לקבוע תקופת מעבר. נדרש להפעיל שיקול דעת מנהלי סביר וראוי כדי לתת מענה גם לאלו שעלולים להיפגע מכניסה מיידי לתוקף של תקנה, לבסוף ניתנה דחייה שיפוטית עד לבחינה הבאה.

כל פעם שאנחנו מחוקקים או מתקינים תקנה אנחנו לא רוצים לפגוע באינטרסים ציבוריים.

מכרזים

בנושא זה יש עבודה שנצטרך להגיש בסוף סמסטר א'.

מה זה מכרז? הזמנה לציבור שיציע הצעות לגבי שירות, מצרך או נכס כלשהו. יש פן ציבורי, ההחלטות שלך שייכות לציבור – הציבור הוא זה שמחליט.

הגדרה מהספרות ל"מכרז": הזמנה לתחרות מאורגנת לקראת כריתתו של חוזה הכוונה היא להליך טרום חוזי שהוא הליך תחרותי, במילים אחרות- זוהי הזמנה למתקשרים פוטנציאליים להציע הצעות על בסיסן תתנהל תחרות שבסופה יבחר הזוכה. הזוכה צפוי להתקשר בחוזה עם הרשות. כלומר, מדובר בהליך מאורגן שבסופו יש חוזה. גם המכרז הפרטי- המציע שליט על הצעתו. אנחנו נתמקד במכרזי רשות שלטונית.

הכרת עקרונות ניהול המכרז וכללים הגזרים הם:

- **עקרון השוויון** – צריך להיות שוויון בין כל המציעים, לא יתכן שהרשות תעדיף מציע יהודי על פני מציע שאיננו יהודי. לפעמים יש סטייה מסוימת שהם כפופים לעקרונות המנהל-כשיש צרכים ביטחוניים, כשנדרשת מומחיות מסוימת. שוויון הזדמנויות – יעד שלאורו צריך לעצב את דיני המכרזים תוך הבטחת שוויון הזדמנויות מבחינת קהל המתקשרים וזאת בין היתר כדי לבסס יחסי אמון בין הפרט לשלטון. ההליך השוויוני מאפשר לנו הגשמת 2 תכליות: **יעילות כלכלית**, כלומר, כשמדובר בהליך מסודר שהחלטה בו היא לא שרירותית בכך אנחנו מבטיחים יעילות מבחינת רשות שתקבל מקסימום תמורה במינימום משאב (לדוגמא, מישהו זול שהוא לא מקצועי במיוחד). התכלית השנייה שבסיס עקרון השוויון היא **טוהר המידות** – מניעה של שחיתויות. אם לא יהיו כללים מסודרים במכרז אני אוכל לקרב אינטרסים של קרובים אליי, כשיש שוויון בין כל המציעים אנחנו נמצאים בעולם ששומר על טוהר המידות.
- עקרון ההגינות – כמו טוהר המידות.
- עקרון היעילות הכלכלית- בחירת ההצעה הטובה ביותר
- נגזרת איסור ניהול מו"מ – כשאנחנו מדברים על עקרון השוויון אנחנו רוצים לשמר אותו גם באמצעות איסור על רשות לפנות למציעים במטרה לנהל משא ומתן (בחריגים מסוימים שהוכרו בפסיקה) לפני הכרזת הזוכה במכרז. עם הזוכה ניתן לנהל משא ומתן.
- נגזרת חובת שמירת הסודיות- מעטפות סגורות, אי שיתוף גורמים חיצוניים כל עוד המכרז מתנהל.

- נגזרת איסור ניגוד עניינים- וועדת המכרזים צריכה להיות חסרת פניות (טוהר מידות)

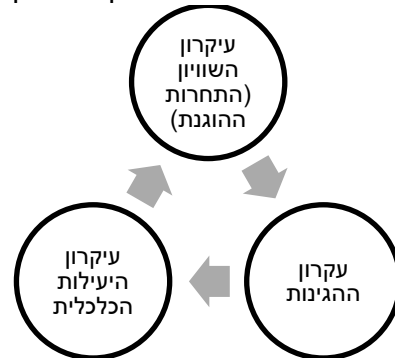
חוק חובת המכרזים – חוקק ב1992

החוק קובע את הכללים הכלליים – הקווים המנחים של איך פועלים בעולם של מכרזים. סעיף 2(א) – מדבר על אותם תכליות שדיברנו עליהם מעלה – שוויון, בנוסף מונה רשימה של גופים שהחוק חל עליהם.

סעיף 2 (ב) מדבר על איסור אפליה.

סעיף 4 – סעיף פטור ממכרז, מכרז סגור (לקרוא לעבודה)

ישנם סעיפים נוספים שקבועים בפקודת העיריות ובצו המועצות המקומיות – המועצות והעיריות גם לפני שנת 92 היו לגביהם חוקים שהסדירו את עניין המכרזים – בפקודת העיריות ובצו המועצות המקומיות. בסעיף 197 קיים חובת המכרזים, 198 עוסק בפטור ממכרז לעבודות פיתוח. הפגמים במכרז נובעים מפגיעה בעקרונות אלו:



המצב שהיה ערב חקיקת חוק חובת מכרזים – מגמה בפסיקה שאמרה שלגבי רשויות ממשל – לא שלטון מקומי – הכלל היה שאין צורך במכרז אלא אם כן יש חריג, כלומר, בעבר לא חייבו משרדי ממשלה, תאגידים ממשלתיים וכדומה – לא חייבו אותם לערוך מכרזים. מתי הגיע התפנית? בשנת 1992 עם חקיקת החוק ובפס"ד **בפרשת פורז 5023/91** – נקודת המפנה של תפיסת בית המשפט את חובת המכרזים.

בפס"ד פורז דובר בתחילת שנות ה-90, הייתה עליה משמעותית מברית המועצות לשעבר וכתוצאה מכך הייתה בארץ בנייה מואצת, אריאל שרון היה שר הבינוי והשיכון דאז. על רקע העלייה המאסיבית מנהל מקרקעי ישראל הקצה קרקעות באופן רנדומלי (בהתאם לחוק כמובן) אבל הכניסו כל מיני הוראות שעה כדי להתגבר על הצורך לבנות מהר. השאלה שעלתה בפס"ד זה הייתה האם הרשות רשאית לחלק משאבים מוגבלים ללא מכרז? אנחנו מדברים לפני חקיקת חוק חובת מכרזים, כלומר, אין חובת מכרז גורפת אבל בית המשפט היה ממש המום מההתנהלות של הרשויות וקבע שלא יכול להיות מצב כזה שמשאבים שמוגבלים (קרקע) יוקצו בצורה כה שרירותית.

רציו: העתירה בעניין הזה אברהם פורז היה חבר כנסת ממפלגת חירות של לפיד האבא, מפלגה שהייתה לוחמנית בכל מיני נושאים בין היתר דת, לאום, העתירה עסקה בהחלטות של הרשויות (משרד הבינוי והשיכון ומנהל מקרקעי ישראל להקצות קרקע בפתח תקווה ללא הגרלה או מכר לעמותות בעלות דתיות, העמותה שזכתה איבדה את בני עדתה בפתח תקווה, וכדי לשנות ייעוד למשל בכפר סבא יש קולנוע שנקרא קולנוע עמל שהקרקע בו מיועדת לצורכי בידור בתוכנית בניין עיר ורכש את זה קבלן מתוך הסתמכות שראש העיר היה חבר שלו והבטיח לו שישנו את הייעוד של זה ותוכל לבנות בניינים... ראש העיר נפטר והקבלן מתעקש לא למכור את הקולנוע הזה, המבנה מוזנח ואי אפשר להיכנס ממש גרוע והציבור סובל ואין מה לעשות כי המכירה נעשתה) אז פה היו שטחים חקלאיים שהפכו אותם לשטחים שאפשר לבנות עליהם כדי שיאפשר בניה לציבור העולים ולקדם את המדיניות של שרד השיכון והליכי התכנון והבניה עברו הליך מקוצר ומזורז נועד להסיר מגבלות בעקבות פנייתם שהעותרים לראש הממשלה ולשר עובד (עבדו עליו) ברשויות נוהל המלצה להקצאת קרקע לעמותה ונקבע שצריך לפרסם מראש את פרטי ההרשמה... בין היתר טענו חלק מהעמותות האלה שבעבר זכו לפטור מההגרלה בניסיונות דומות ויש שינוי מצב לרעה (זה הטענות של המשיבות) ששינו את מצבם לרעה ושיש כבר נרשמים משתכנים שנרשמו, ושילמו כל מיני חשבונות על הדירות האלו, בימ"ש קבע שהמנהל התקין והחובה לנהוג בהגינות ושוויון כלפי כל אזרח מחייבים חלוקתם של קרקע (רכוש ציבור) על יסוד תחרות בדרך של מכרז או הגרלה. בדגש על תחרות הוגנת. הקצאה ללא תחרות חייבת להצמצם למקרה קצה כמו ביטחון, שכונה המשרתת

מפעל ביטוח, הרחבה החיונית למפעל קיים, או הרחבה של ישוב לקליטת דור שני והיא תמיד צריכה להיות מנומקת. מה עוד בימ"ש אומר לאותם משיבים שזכו? הוא אומר אם ננקטה בעבר דרך פסולה אז יש להפסיק אותה מהרגע שהיא התגלתה, זה שאתם מביאים מקרים לא תקינים זה לא תירוץ לקבל את ההתנהגות שלכם שהסתמכתם על העמותות אחרות. בג"ץ נטל את הכפפה והשריש ערכים ממלכתיים לביטול תופעות נלוזות/פסולות שפוגעות במנהל התקין, הוא דיבר על אמון האזרח ביכולת לנהל את הצרכים שלה, **בימ"ש קבע את עיקרון ההזדמנות השווה הפסיקתית כלומר שרשות מתקשרת בחוזה היא צריכה לפעול לקידום עיקרון השוויון לפני ההתקשרות בחוזה.**

חקיקת חוק חובת המכרזים – חובת המכרז והיקפו לאחר חקיקת חוק חובת המכרזים :

בשנת 92 התחוללה מהפכה תפיסתית והמצב הוא שתמיד יש חובת מכרז אלא אם יש הסדר ספציפי פותר. חובת המכרז בחוק היא כללית ומכוונת לשלטון המרכזי, סעיף 2(א) לחוק חובת המכרזים קבע 2 מבחנים מצטברים :

1. מבחן התחולה העניינית – באיזו קטגוריה מקרים יש חובת מכרז? כאשר מדובר בעסקאות שנקשרות באמצעות חוזה
2. מבחן התחולה הפרסונלית – החוק התכוון לקבוע חובת מכרז ברמת השלטון המרכזי. המצב שנוצר הוא שיש פיצול של דיני מכרזים בשלטון המקומי והשלטון המרכזי - חובה לבדוק מי הגוף שעליו מדברים

המכרז הציבורי הוגדר כ"הזמנה של רשות מנהלית לתחרות מאורגנת לקראת כריתתו של חוזה", על מוסד המכרז הציבורי חולשות שתי מערכות דינים עיקריות : הדין המינהלי ודיני החוזים והטרומ חוזים.

דואליות נורמטיבית זו המאפיינת את המכרז הציבורי נובעת מאופיו הייחודי של מוסד משפטי זה ושילוב נאות בין שתי מערכות הדינים המיושמות לגביו יש בו כדי להגשים באופן מיטבי את המטרות שלשמן נועד והן : הגנה על עיקרון השוויון, שמירה על טוהר המידות ומניעת משוא פנים ושחיתות.

איזון בין עקרונות המכרזים – הפסיקה הכירה בעליונות של עקרון השוויון על פני עיקרון היעילות הכלכלית.

הניתוח המשפטי של הפגמים יערך וישוקלל לאור עקרונות המכרז, למשל, גם שאין הוראה מפורשת בחוק או מניעה במסמכי המכרז ייתכן ובית המשפט יפסול הצעה לאור העקרונות. דוגמא מהפסיקה ניתנה בפס"ד מטיילי קריית שמונה נ' עיריית צפת – עע"מ (ערעור עתירה מנהלית 303/12) – בעניין הזה נידון מכרז להסעות שערכה העירייה והמכרז נוהל באופן לא מסודר, עד כדי חשש לפגיעה ביעילות התוצאה ובשוויון בין המציעים. בית המשפט קבע במבט לעתיד כי מכרזים יש לתכנן וערביות יש לפשט. בית המשפט לפי השופטת דנה ארז קבע כי בעניין הזה הייתה היערכות לקיחה לקראת פרסומו של מכרז פשוט להסעות הלוך-חזור בשירות העירייה. לא היה ברור האם המחיר שהמציעים נדרשים להציע מתייחס לכיוון אחד או הלוך-חזור. המכרז נוסח בצורה לא טובה ואילו בסיור הקבלנים ניתנו הבהרות והמערערת מטיילי קריית שמונה טענה שההבהרה לא הייתה ברורה לה ובעקבות זאת ההצעה שלה נפסלה. ההצעה שהם נתנו הייתה לכיוון אחד, התיישבה ועדה והכפילה את המחיר של כיוון אחד ב-2, כי בסיור הקבלנים נאמר למציעים שהם התכוונו למחיר הלוך-חזור. נגיד לכיוון אחד המחיר הוא 100, הלוך ושוב יהיה 200 – אבל היה מחיר מקסימום שהעירייה קבעה, שמחיר המקסימום לא יעלה על 180 ₪. כיוון אחד לא עולה על מחיר המקסימום אבל הלוך חזור כן עלה על מחיר המקסימום.

בית המשפט אמנם לא ביטל את ההחלטה של ועדת המכרזים כי הוא אמר שגם מטיילי קריית שמונה היו שותפים בסיור קבלנים, הם שמעו את הדברים ואם בסיור קבלנים נתנו הבהרות זה כמו תיקון למכרז, אבל בית המשפט ביקר את עיריית צפת. בין היתר הייתה אמירה בקשר לערביות – ערבות מכרז זה שכדי לגשת למכרז צריך לתת 10% ממחיר ההצעה, אתה הולך לפקידה בבנק, מביא לה את מסמכי המכרז והיא מנפיקה את הערבות, ערבות של מכרז חייבת להיות בזאות אופטימלית – מילה במילה (כדי לשמור על עיקרון השוויון) ולכן במקרה הזה אמרה השופטת דפנה שהיא ממליצה להבא שיהיה מחיר קבוע. כי אחוז מסויים ממספר משתנה ומדובר בפתיחה לטעויות של פקידים ולכן מציעה לקבוע מחיר מסויים קבוע. – לא התקבל. וכמובן אמרה להשקיע בהירות המכרז, שאנשים לא יטעו.

מכרזים מנהליים :

מה זה מכרז מנהלי? בצד הראשון של המתרס עומד הציבור ובצד השני עומדים הגופים שחוק חובת המכרזים חל עליהם (גופים שמוסדרים בחוק).

בניגוד למשפט הפרטי לדיני החוזים שאנחנו מכירים, המדינה היא לא פועלת בכסף שלה אלא בכסף הציבור והיא משמשת כנאמן של כספי הציבור במשטר דמוקרטי. הרעיון הכללי הוא שהכסף שהמדינה משתמשת בו בין אם זה לרכישת שירות, קרקע או מוצר- זה כסף ציבורי.

3 חיובים עיקריים שחלים על הרשויות הציבוריות שמתקשרות בחוזה : (החובות של הרשות)

1. החובה לתת הזדמנות שווה לכל אזרחי המדינה לזכות בחוזה.
2. החובה להתקשר בתנאים אופטימליים עבור הרשות בהתחשב בנסיבות העניין – כשהרשות מתקשרת בחוזה היא רוצה לתת תנאים אופטימיים, אם יש במכרז תנאים לא טובים ביחס לתנאי השוק, למשל: קופסת קפה למשרד החינוך ב-70 ש"ח, כ"כ גבוה שרוצים לשפר את התנאים, כי התנאים גרועים מתנאי השוק ואז יכולים לבטל מכרז או לערוך משא ומתן פנימי לאחר המכרז כדי לשפר את התנאים כי מדובר באינטרס ציבורי שהרשות תשיג את התנאים האופטימיים (יכול להיות במחיר או בטיב השירות).

3. החובה להימנע ממשוא פנים וממראית עין של משוא פנים – בפסיקה החובה הזו נבלעת בתוך החובה לתת הזדמנות שווה כדי לא להפלות בין המציעים. נניח שאני מוציא מכרז ובמכרז אני מבקש ממך להציע הצעה ואתה מקורב ואני "תופר" לך את המכרז למידותיך או שאני נותן עדיפות למישהו מהנגישים למכרז כאשר העדיפות הזאת ניתנת על בסיס שיקולים לא רלוונטיים- מדובר במשוא פנים, בפרוטקציה לאחד המציעים. מראית עין של משוא פנים זה גם אם אתה היית חבר שלי לפני 10 שנים ורבנו עדיין יש מראית עין של משוא פנים אפשרית (איך האדם הסביר רואה מהצד את הקרבה בין הרשות הציבורית או מקבלי ההחלטות לבין המציע). הספרות המשפטית וגם ד"ר דקל אומרים שזו חובה שיש לתת לה משקל גדול אבל הפסיקה לא הכירה בזה כחובה נפרדת אלא דנה בזה במסגרת השיקולים של ההזדמנות השווה.

שלבי המכרז – איך רשות מחויבת לפעול? (מתייחס לחוק חובת המכרזים אבל תקף גם לעיריות)

לא תמיד כל השלבים מתקיימים, לרשות ציבורית יש שיקול דעת, בית המשפט לא שם עצמו בנעלי הרשות הציבורית אלא רק בוחן את הסבירות של ההחלטות שלו.

השרשרת של השלבים של שלבי המכרז היא נכונה לא רק כשיוצאים למכרז אלא גם כאשר מבקשים פטור ממכרז, פטור ממכרז – בחוק יש ס' פטורים מתי לא צריך לערוך מכרז – כשמדובר בצורך בטחוני דחוף או מומחיות מיוחדת שאנחנו רוצים לשכור מישהו שמתמחה במשהו מסוים ויש לנו סיבות טובות או כשמדובר בדבר פעוט ערך – גם כדי לקבל פטור ממכרז צריך לעבור את השלבים.

שלב ראשון:

זיהוי צורך בהתקשרות עם גורם חיצוני למתן שירותים ע"י היחידה או האגף הרלוונטי – קודם כל צריך לזהות את הצורך, נניח שיש לי כבר ספק קפה ולא באמת יש צורך אלא אני רוצה לרכוש קפה כדי לקחת הביתה – הצורך ישר נפסל. צריך לזהות את הצורך בהתקשרות עם הגורם החיצוני. כמו כן צריך לבדוק למה צריך מישהו חיצוני? או שהמשרד לא יכול לספק את השירות או לבצע את העבודה או שהמשרד לא משתלם לו לבצע את העבודה או לספק את השירות באמצעות עובדי המשרד. (במסווה יש פה תהליך הפרטה, אחד הביקורות הוא – למה צריך לשכור מישהו חיצוני ואתם לא יכולים לעשות זאת בעצמכם?)

שלב שני :

הכנת מסמכי המכרז וחומר נלווה ע"י היחידה הבונה – לפי תקנה 17 לתקנות חובת המכרזים על האגף או היחידה הרלוונטית להכין שורה של מסמכים וחומר נלווה כדי להעביר לחברי ועדת המכרזים.

החומר שצריך לעביר לפי תק' 17 :

1. מפרט מקצועי וטכני – למשל אם בונים בניין יש מפרט טכני ומקצועי, כמה קומות וכדומה.
2. טיוטת מודעה בעיתון ובאינטרנט – ס' 2 לחוק חובת מכרזים ותקנה 1ב' – מכרז ציבורי צריך להיות פומבי ופתוח ולכן לפני שעושים את הפרסום צריך להעביר לוועדת מכרזים- ועדה מקצועית של אנשים שמתמנים לבצע את התפקיד ולשמור על קיום הוראות החוק והתקנות בכל מכרז – הם צריכים לבדוק האם הטיוטה מספיק ברורה והאם היא עומדת בתקנות.
3. טיוטת הסכם התקשרות עם הזוכה – וועדת המכרזים צריכה לבחון האם ההסכם ההתקשרות עם הזוכה תקין או לא, הוא צריך לאשר אותו לפני שיוצאים למכרז.

4. בדיקות אישור תקציבי – בודקים שכל שקל שמוציא רשות ציבורית חייב להיות "צבוע תקציבית" – חייב שיהיה מקור. מאיפה הכסף בא. אם הרשות רוצה להתקשר בחוזה מבלי שיש לה מקור תקציבי זו הפרה של חובת תום הלב – כי אם הרשות במודע עושה את זה היא מפרה את חובת תום הלב, כי אלא שמציעים את ההצעות מסתמכים על כך שיש מכרז. הצעה לאומדן – הערכה של הסכום של המכרז כולו, תשלום ליועצים, תשלום לחומרים, תשלום לזוכים, אבני דרך של המכרז וכדומה. בדר"כ הוועדה צריכה להכיר את האומדן ולציין בפרוטוקול כך שהמציעים יוכלו לראות אותה בדיעבד שהוכנה ע"י איש מקצוע חיצוני. ככלל האומדן הוא חסוי.
6. חומר הסבר נלווה – צריך לכתוב פרטים מרכזיים של מה דרישות המכרז, ושזה יהיה ברור של כל הפרטים המהותיים של המכרז.

שלב שלישי:

פעולות מזכיר הוועדה לקראת ישיבת הוועדה – יש לכל ועדת מכרזים יש מזכיר ועדה, לאותו בן אדם יש פעולות שהוא צריך לעשות – כמו כתיבת פרוטוקול

שלב רביעי:

הופעת נציג היחידה – מגיע נציג היחידה או המשרד הממשלתי והוא צריך לתת הסברים לוועדת המכרזים על דברים מסוימים.

שלב חמישי:

סיווג ועדת המכרזים את דרך ההתקשרות – יש לנו כלל, שמכרז מנהלי תמיד יהיה פומבי אבל אם למשל מדובר במכרז במתקן בטחוני יכול להיות שנרצה אותו סגור למס' מצומצם של מציעים.

** ליועץ המשפטי של ועדת המכרזים יש זכות וטו **

סיכום קצר, השלבים של התקשרות למכרז – לפני שיוצרים לפרסום המכרז הרשות מחויבת לעשות שורה של פעולות שלכל פעולה יש פיקוח ומנגנונים של בקרה בעבודת ועדת המכרזים את הרשות- זה לא מכרז שיוצא באופן מיידי, ככלל זה מכרז פתוח שעובר ביקורת של הוועדה.

אם כן, מה החריג? מתי יש פטור ממכרז? ההיגיון של פטור ממכרז : בודקים את הצורך בהתקשרות – אם אין צורך בהתקשרות לא עוברים לפטור כי מראש אנחנו פוסלים את הצורך.

דחיפות – אם אנחנו בנסיבות מסוימות רוצים לבצע עבודה דחופה.

עלויות - למכרז יש הרבה עלויות, כל שלב עולה כסף וכאשר יש לנו עלויות שהן ישירות ועקיפות הם לא מכריזות לפעמים יציאה למכרז ולכן הוחלט שעד סכום מסוים קיים פטור ממכרז, מסכום מסוים ועד סכום מסוים (הכנסת קובעת) יתאפשר מכרז מהיר, ומסכום מסוים יש חובת מכרז.

הגיון ביטחוני

מומחיות – אני רוצה להתקשר במכרז עם מומחה מסוים.

העדפת המדינה לבצע עבודה בתוך הבית – נניח שמשרד השיכון יכול לתת שירותי יעוץ בתחומים מסוימים למשרד התרבות, המדינה מעדיפה שאת השירות יקבלו ממשרד ממשלתי. ככל שיש לנו משרד ממשלתי שיכול לתת את השירות מעדיפים לפטור את המכרז ולהעביר את העבודה למשרד אחר.

תקנה 3 לתקנות חובת המכרזים מגדיר פטור ממכרז – כל סכום שהוא עד 50 אש"ח פטור ממכרז כדי להגביל את רמת התחמוץ (לא יהיו קומבינות) – גם להם יש מגבלות :

1. שבאותה שנה זה מקסימום 100 אש"ח לאותו ספק.
2. לא רק התקשרות חדשה אלא גם הרחבה של התקשרות ישנה תיכלל באותם 100 אש"ח, כלומר, זה לא רק שאני מביא התקשרות חדשה, גם אם הייתה לי התקשרות קודמת עם הספק לוקחים אותה בחשבון.

סכום של מכרז בודד לא יכול לעבור את ה-50,000 ₪ .

התקשרות דחופה מוסדרת בתקנה 3 (2) - כשיש מצב דחוף ויש לבצע עבודה תוך שני ימי עבודה ופחות, תקנה 17 מדברת על סוגי דחיפות מסוימים שבהם יש לגשת למכרז ממוכן – כלומר, באינטרנט. יש שם רשימה של נושאים שאם זה נופל לתוך הרשימה ניתן לגשת למכרז באינטרנט ולא לעבור את כל המסכת של הוועדה.

תקנה 3(3) מדברת על ביטחון המדינה או סוד מסחרי של המשרד – אם הוועדה מחליטה שלא מדובר בביטחון או בסוד משרדי עדיין אותו פקיד יכול לומר להם שהוא יכול ליהנות מהפטור- ניתן לגשת ליועץ המשפטי שיכול להטיל וטו – אם הוא לא מטיל עדיין ניתן לגשת לבית המשפט .

תקנה 3(4) – מדברת על התקשרות שנעשית או להארכה של זמן או להרחבה של התקשרות קודמת או גם וגם. כאשר ההתקשרות המקורית הייתה בעקבות מכרז מכל מיני סוגים או בעקבות פטור ממכרז.

למשל, יש לי ספק קפה שכל שנה מספק לי קפה למשרד ב-40,000 וכל שנה אני רוצה לחדש איתו את זה אני יכול לחדש או להרחיב.

פסיקה:

בג"צ 202/90 י.ב.מ נ' משרד המשפטים – במקרה הזה דובר לשם ביצוע החלטה על מחשוב בתי המשפט הוכנה בקשה לקבלת הצעות אשר הופנתה למס' ספקים פוטנציאליים, הגישו עתירה לבג"ץ וטענו שהחלטת הוועדה המרכזית לוקה בשני פגמים :

1. ניגוד עניינים

2. ליקויים בנייהול המשא ומתן בהערכת ההצעות ובתנאים שקבעה הוועדה

במקרה הזה פנו לבחור בשם מנחם שהיה יועץ של משרד המשפטים ושל משרד האוצר, הוא עסק כיועץ חיצוני קבוע בנושאי מחשוב, הוא עבד כשכיר בחברת תדירן שהיא חברת האם של אחת המשיבות כקבלן משנה, ייעץ באופן ישיר ל-2 מחברי הוועדה המרכזית, היו לו קשרים עם משרדי הממשלה הנוספים ואותן משיבות (משרדי ממשלה) בפגישה עם שר המשפטים עוד מינו אותו כיועץ מומחה לבחינת ההצעות- האיש היה רב פעלים ופנו אליו לא במכרז – הוציאו בקשה לקבל הצעות. בית המשפט קבע במקרה הזה שהיה משוא פנים עפ"י קנה מידה של אדם סביר, המבחן מבוסס על החששות הסבירים שעלולים להתעורר בליבו של אדם סביר היודע את כל פרטי העניין, שמא האדם בעל התפקיד הוא בעל דעה קדומה ולכן היה צריך לצאת במכרז פומבי ולא בדרך של הזמנת הצעות. טענת המדינה הייתה שמדובר במומחיות מיוחדת בצורך דחוף, בסוד מסחרי. בית המשפט קבע "שהצבת הגבול בהפסקת שרשרת של ניגוד עניינים תעשנה באותה חוליה שממנה ואילך שלא יעלה על החשש האובייקטיבי לניגוד העניינים " כלומר, מה שאומר בית המשפט הוא שאנחנו חייבים להסתכל על השרשרת של הקשרים של אותו בן אדם ולבחון בהתחשבות בנסיבות כל עניין ועניין האם הושגה התנהגות חברתית ראויה באופן מציאותי.

ערעור עתירה מנהלית (עע"מ) 6145/12 - עיריית נצרת עילית נ' זאב הרטמן חבר מועצה – דובר על ראש עירייה בנצרת עילית שהחליט על סמך סמכותו השיורית לא לקיים מכרז אלא לפנות לנותן שירות מקצועי בלי מכרז, במקרה הזה רואה חשבון שאותו הכיר. **מה הדבר הראשון שמצלצל לנו כשרואים עירייה – לחפש את פקודת העיריות!!! וללכת לפסיקה ולחפש הלכות!!!!** הרציו של פס"ד בהיעדר הוראה חוקית אחרת, הדרך המשפטית הראויה להתקשרות עם נותני שירות מקצועיים ברשויות מקומיות ובמקרה זה עם רואה חשבון היא באמצעות מכרז פומבי, התקשרות כאמור אינה חוסה תחת כנפיו של הפטור המעוגן בתקנה 3(8) לתקנות העיריות מכרזים. תקנה 3(8) היא המגבילה של מה שיש בחוק חובת המכרזים בממשלה – ומדבר על מומחיות. בית המשפט קיבל את העתירה אבל לא הכיל את חובת המכרז הפומבי אלא אמר שאותו ראש עיר צריך להיוועץ בוועדה מקצועית שתקום מכוח סמכותו השיורית. מה זה סמכות שיורית? סמכות שניתנת לו בחוק. ראש העיר ערער ואמר שהוא לא צריך לעשות מכרז ושהוא לא צריך ועדה ובית המשפט העליון החמיר עם העירייה ואמר שהיו צריכים לקיים מכרז פומבי כמו בחוק חובת המכרזים והבעיה עם אותה ועדה מייעצת שבית המשפט המחוזי הציע היא שהיא יכלה להיות מורכבת ממקורבים של ראש העיר(ועדה למראית עין). " עקרונות המנהל התקין בדיני המכרזים מובילים למסקנה בוודאי בהיעדר חקיקה כי קיימת עדיפות ... " טענת ראש העיר נדחתה ובכך נמנע המינוי של רואה החשבון .

פיתרון עבודה לדוגמא :

מערכת החוקים שחלה פה הוא לא חוק חובת המכרזים אלא פקודת העיריות. ההתאמות ההלכתיות שנקבעות בפסיקה משך השנים כדי ליצור הרמוניה בין מערכות הדינים השונות.

אחרי שזיהינו את זה המרצה מציע לדבר על הכלל – כל התקשרות חוזית של רשות ציבורית הוא דרך מרכז ציבורי. המרכז הוא למעשה השלב הטרום חוזי בהתקשרות להבדיל, אם אנחנו לוקחים התקשרות חוזית רגילה השלב הטרום חוזי הוא השלב משא ומתן. כשמדובר ברשות אוטומטית הולכים למכרז (למעט החריגים).

מדובר בתחרות מאורגנת בין מציעים המתקיימת עפ"י כללים פורמליים ושוויוניים (ספר של דפנה ברק ארז, משפט מנהלי, כרך ג' עמוד 26 (2013)), ההליך המרכזי הוא מעין משא ומתן מאורגן ומסודר שאחת מתכליותיו היא מניעת התקשרויות אסורות.

אחרי שדיברנו על הכלל נציין כי מקור חובתה של העיריה לפרסם מכרז הוא בפקודת העיריות בס' 197 (ספר של דפנה ברק ארז, משפט מנהלי, כרך ג' עמוד 41 (2013)).

הכלל הוא מכרז והחריג הוא פטור ממכרז, בתקנות חובת המכרזים ובתקנות העיריות (מכרזים), יש פירוט של מקרים בהם ניתן פטור ממכרז- באירוע שלנו העירייה ביקשה לפטור את עצמה ממכרז בטענה כי מדובר בצורך דחוף בהתאם לתקנה 3(6) לתקנות העיריות (מכרזים) – שימוש בפטור זה בעניינינו מעלה מספר בעיות:

א.דומה כי אין מדובר במקרה דחוף שיש בו כדי להצדיק פטור

ב. הפטור צריך לקבל אישור של ועדת מכרזים – מה שלא קרה במקרה דנן.

ג. גם כאשר ניתן פטור כדין יש להעדיף חלופה המשרתת את תכליות המכרז וזאת מכוח כללי המשפט המנהלי. כך למשל, ניתן היה לבקש מספר הצעות מחיר, הסימוכין לכך הוא ספר של דפנה ברק ארז, משפט מנהלי, כרך ג' עמוד 66 (2013)

ד.נראה כי ראש העירייה "עיקם" בכוונה את תחילת העבודות על מנת להיקלע למצב של דחיפות ולהצדיק התקשרות ללא מכרז. – טענה כזו בעבודה יכולה להעלות הרבה נקודות.

הדבר הנוסף הוא הקשר בין ראש העיר למומחה

א.עצם ההתקשרות הפרטית הקודמת בין ראש העירייה לבין הקבלן המומחה יוצרת מראית עין שיש בה כדי לפגוע באמון הציבור (אמון הציבור- פגיעה אובייקטיבית של אדם מן הישוב שהוא מסתכל על הרשות איך הוא רואה את מעשי הרשות, האם זה תמים בעיניו או לא? – מופיע בכמה פסקי דין בסילבוס)

ב.בהתאם לדיני המכרזים אין לקיים משא ומתן עם אחד המציעים על מנת לא לפגוע בשוויון. נראה כי ראש העירייה פעל מההתחלה במטרה להביא לזכיית חברו- הדבר פוגע בתכלית המכרז שאמור לספק למתמודדים השונים הזדמנות שווה. (אם הם מנהלים משא ומתן המציע יודע מה הרשות רוצה והוא ידע מה להציע, ההצעה שלו תהייה ממוקדת יותר ומתאימה יותר לרשות ולכן זה פוגע בשוויון).

ג. נראה כי ראש העירייה נמצא במצב של ניגוד עניינים בפרט אם היה סיכום בינו ובין המומחה לפיו הוא יקבל את הרובוט. במקרה כזה מדובר בשוחד ולפחות להטעיית מכרז. התנהלות כזו סותרת את תכלית המכרז לשמירה על טוהר המידות. יכול להיות שגם לא היה סיכום כזה עם ראש העיר, זו השערה, וראש העיר לקח את הרובוט לעצמו ללא קשר להתקשרות עם המומחה. במקרה כזה מדובר בגנבה שאיננה קשורה לדיני מכרזים.

ד.ההתקשרות פוגעת גם ביעילות ובחיסכון. נניח והמחיר הוא גבוה כי לא היה תחרות העירייה תחשוש לבוא בטענות לאותו קבלן כי יש דברים "מסריחים"- בגלל הקרבה לראש העיר, זה יחשוף את התנהלות העירייה. ההתקשרות מכל הצדדים היא לא טובה. אין תחרות בין המציעים ולכן יכול להיות שגם המחיר היה גבוה. יש להניח שעלות המתנה לראש העיר (רובוט) בא לידי ביטוי במחיר שהעירייה שילמה. העירייה בסוף הפסידה גם את הרובוט וגם את רשת ההצללה ומהחשש שמא יחשפו בפגמים בהתנהלות העירייה בהליך המכרזי העירייה לא תנקוט בפעולות כנגד הקבלן לביטול המכרז.

החברה שטוענת לביטול – חברת מי זהב : טוענת שיש לבטל את ההתקשרות עם הקבלן.

אנחנו **בודקים קודם כל** האם בית המשפט לעניינים מנהליים הוא הערכאה הנכונה לדון בעתירה- התשובה חיובית בהתאם לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים 2000 (מחוזי), לפעמים צריך לפנות לבג"ץ – עתירה כנגד החלטה של משרד ממשלתי – לעולם הפניה לא תהייה לבית משפט שלום.

צריך לבדוק האם לחברת "מי זהב" יש זכות עמידה – האם אני יכול לעתור? בית המשפט העליון הרחיב את זכות העמידה גם לעותרים ציבוריים ואילו בשנים האחרונות חלה נגיסה בזכות העמידה ורוצים לקבל פחות עתירות ציבוריות. שעה שלא פורסם מכרז והיא ממילא לא השתתפה בו נראה כי יש לה זכות עמידה – פס"ד רלוונטי הוא אבו שינגי.

נקודה נוספת שצריך לבדוק לגבי טענות החברה היא האם התוצאה המעשית של ביטול ההתקשרות יפגע באינטרסים ציבוריים אחרים, כלומר, יש לבחון האם בשל לוח הזמנים הדחוק יש לאפשר למי שהתחיל בעבודה גם לסיים אותה על מנת לא לעכב את פתיחת עונת הרחצה. במקרים שיש צורך דחוף בית המשפט מתחשב – במקרה הזה על מנת לא לעכב את עונת הרחצה אנחנו נדרשים להשוות בפסקי דין בית אריזה רחובות, פס"ד מטיילי קריית שמונה – יש לאבחן את פסקי הדין במקרה שלנו כי בשניהם דובר בעבודות דחופות ביותר שלא ניתנות לדחייה (כמו הסעות תלמידים לבית הספר).

ישנה הפרה של חובת תום הלב – הסעד הוא פיצוי קיום או פיצויי הסתמכות. אבל במקרה שלנו, יש לנו חברה שלא ניגשה למכרז כי לא היה מכרז. יש קושי של בתי המשפט לפצות, אין מנגנון חוקי של קנס, או הדחת ראש עיר – אז בית המשפט אומר הערה להבא, ובמקרים קיצוניים הוא מבטל את המכרז – במקרה הזה האם יבטלו את המכרז? אם בית המשפט ימצא פגמים חמורים.

שאלה 2 :

המכרז נועד להשיג כמה מטרות – שוויון, יעילות, חיסכון וטוהר מידות. יש הרואים בטוהר המידות תכלית עצמאית של דיני המכרזים ויש הרואים בה רק נגזרת של עיקרון השוויון, השופט עמית בפס"ד ביטחון שירותים נ' נתיבי ישראל סבור כי אינטרס השמירה על טוהר המידות משתלב גם בשמירה על השוויון וגם בשמירה על היעילות הכלכלית. עומר דקל סבור כי דיני המכרזים לא באו לעולם אלא לשם מניעת שחיתות בפסיקת בית המשפט העליון השוויון וטוהר המידות נשזרים זה בזה כאשר טוהר המידות אינו זוכה בדרך כלל למעמד של תכלית עצמאית. ובית המשפט נמנע מלהצביע עליו כעל ערך עצמאי. למה? אם בית המשפט אומרים שלטוהר המידות יש משמעות נפרדת זה לקלון שאנחנו יכולים להשיט וסממן פלילי על רשויות ציבוריות שלא ינהלו מכרזים.

ההתייחסות לטוהר המידות כאל תכלית עצמאית במנותק מעיקרון השוויון, מצומצמת.

**** בתשובה נצטרך לפתח את הדיון ולדבר על היתרונות והחסרונות ****

נניח תישאלו על חובת מכרזים בגופים דו מהותיים – אם תשאלו על כך אתם תופנו לספרות רלוונטית ולפסיקה ותידרשו לדון ביחס שבין חובת המכרזים שמוטלת על רשות, גוף דו מהותי הוא בכובע ציבורי ובכובע פרטי- בודקים את הגוף בכובע הפרטי והציבורי. (יכול להיות גוף שמוקם מכוח חוק) – לא כל פעולה של הגופים האלה חוסה תחת המשפט המנהלי ולכן נצטרך בשאלת מחשבה כזו לחשוב על היחס ביניהם. האם ראוי או לא ראוי להטיל חובה כזו.

הנחיות מנהליות

הנחיות היועץ המשפטי לממשלה: הנחיה מס' 1.0002 – הוציא מסמך שמדבר על הנחיות מנהליות וזה מנחה את כל הרשויות הציבוריות. במסמך הזה מדברים על הגדר ההנחיות.

הגדרה: הנחיות מנהליות הם כללים גמישים שרשות מנהלית קובעת לעצמה כדי שידריכו אותה בהפעלת סמכותה. למשל:

א. חוק כלי הירייה קובע כי לא יחזיק אדם כלי ירייה אלא עפ"י רישיון שיינתן ע"י פקיד רישוי. פקיד הרישוי קבע לעצמו קריטריונים לעניין זה בהם נקבעה הדרך לטיפול בבקשה לקבלת רישיון. איך אני כציבור אמור לדעת מה ההנחיות האלה והאם אני רשאי לקבל את ההנחיות האלה והאם יש חובה לרשויות לפרסם אותם?

ב. מנהל מקרקעי ישראל למשל דורשת הסכמה מחוכר המבקש להעביר את החכירה לחוכר אחר, אז הוציאו הנחיות לפיהם יקבע שיעור דמי ההסכמה לכל מקרה ומקרה בהתחשב במועד בו נעשתה החכירה, סוג המקרקעין, מיקום וכדומה.

כלומר, מה שאנחנו ראינו זה שבחוקים שונים יש הגדרה מסוימת שעולה ממנה הצורך להכין קובץ הנחיות מנהליות כדי ליישם את דברי החקיקה.

הסמכות לקביעתן של ההנחיות הפנימיות :

סעיף 17(א) לחוק הפרשנות קובע כי סמכות שנתונה לרשות כוללת גם את הסמכות לקבוע נוהלי עבודה. זוהי סמכות עזר, אין הוראת חוק ספציפית שאומרת שלרשות יש סמכות לקבוע הנחיות פנימיות ולכן פונים לסמכות עזר (למשל הנחיות מס הכנסה לנישומים וכדומה).

מה היתרונות באשר לקיומה של מדיניות במסגרת הנחיות פנימיות ? שוויון, וודאות משפטית- קיומן של הנחיות ברורות יאפשרו לפרט לכלכל את צעדיו, יעילות (לא יעיל להפעיל כל פעם שיקול דעת

מחדש, יוצר שרירותיות) והפעלת ביקורת על הרשות- קיומן של הנחיות מאפשר לנו להצביע על הרשות כמי שסטתה מהכללים הברורים והשקופים.

סמכות לקביעת הנחיות פנימיות : האם סמכות חובה או רשות?

עד שנות ה-80 הפסיקה אפשרה לרשות להוציא הנחיות פנימיות והנחיות לציבור אבל לא חייבה את הרשות בהיעדר חובה חוקית של הרשות לקבוע הנחיות כאלה (בית משפט שמרן, פורמליסטי, נצמד ללשון החוק), בשנות ה-80 בהנהגתו של השופט ברק הפסיקה השיטה חובה על רשות לקבוע הנחיות פנימיות אך זאת במקרים מסוימים בלבד – לפי שיקול דעת. לדוגמא : הקצאת קרקע- אם הרשות רוצה להקצות קרקע, האם צריך נהלים פנימיים או לא ? התשובה היא כן, בית המשפט חייב את הרשויות- כשמדובר בקרקע זה משאב מוגבל! ולכן זה נעשה רק עפ"י נהלים מסודרים כדי למנוע בעיקר שחיתות.

דוגמא למצב שבו יש חובה לקבוע הנחיות :

רשות ערעור פלילי, בג"ץ ז'נו נ' מדינת ישראל 3676/08 – השאלה המשפטית : האם הרשות לבטיחות בדרכים ורשות הרישוי רשאיות לשלול מנהלית רישיונות של נהגים מסוכנים ? בית המשפט קבע שישנה סמכות לשלילה מנהלית (שלילה ללא בית משפט) אבל ההפעלה של הסמכות חייבת להיעשות עפ"י הנחיות פנימיות שיקבעו (כדי שיהיה שוויון בין האנשים, מי שיש לו 100 עבירות בחיפה לא יחשב נהג מסוכן, מי שיש לו 50 עבירות בתל אביב יחשב לנהג מסוכן). ישנם מצבים שבהם לא הגיוני שהרשות תשלול רישיונות בלי שתהיה לה רשימה סגורה, עניינית וברורה של עילות פסילה- זה מבטיח יעילות וודאות. בית המשפט נמנע מלהטיל חובה גורפת על רשות להוציא הנחיות כאלה- אבל זה משתנה ממקרה למקרה.

- אם תהיה שאלה במבחן: " האם חובה על רשות השידור להוציא הנחיות פנימיות בהתאם לדין בישראל" – לענות : בית המשפט לרוב נמנע אבל זה נבחן ממקרה למקרה בהתאם לנסיבות.

חובת הפרסום של ההנחיות הפנימיות:

חובת הפרסום היא איננה גורפת כפי שהיא חלה על תקנות בעלות פועל דחיקתי והיא התפתחה על בסיס הכרעתו של בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד – שם נקבע ע"י השופט חשין שאחת נפקויות הגדולות של קביעת הנחיות פנימיות היא הגעתן לידיעת המעוניינים בהם. אומר השופט חשין שיש להבחין בין תקנות שנקבעות עפ"י חוק ולא בסמכות עזר של הרשות, פונות לציבור הרחב ויש להן תוקף מחייב לבין הנחיות פנימיות שפונות פנימה לתוך הרשות עצמה. נשאלת השאלה האם גם את ההנחיות צריך לפרסם ברשומות? חשין משיב "אין מדובר בחובת פרסום ברשומות אלא בחובת פומביות, הפרסום חייב להיות בכל דרך שהיא ולא דווקא ברשומות, כמו כן, הוא חייב להיות ממוקד ואפקטיבי ביחס לציבור הרלוונטי". **חובת הפומביות לא חלה על כלל הנחיות הרשות- רק על ההנחיות שמשפיעות על זכויות של פרטים!!!** חובת הפרסום איננה סטטוטורית אלא יש חובת פומביות שמוגבלת רק להנחיות שמשפיעות על זכויות הפרט, לא הציבור – הפרט. אם למשל יש קובץ של משרד החינוך איך למגר הפליה לעולים מאתיופיה – זה נוגע לציבור שלם של עולים – לא נדרוש לפרסם אותם, אם זה היה משנה מצב חוקי קיים ופונה לציבור בלתי מסוים זה היה תקנה בעלת פועל דחיקתי והיה חובת פרסום, במקרה שלנו צריך לבדוק האם יש חובת פומביות ואותה יש רק אם זה נוגע לזכויות הפרט.

נשאלת השאלה מה הדין במקרה של הפרת חובת הפומביות ?

בג"ץ 3081/95 דוקטור ג'וברן רומיאו נ' המועצה המדעית של הסתדרות הרופאים בישראל – במקרה הזה דובר על בחינה של הסתדרות רופאי השיניים שלאורך השנים ההנחיה הייתה שציון המעבר הוא 60, רומיאו קיבל 63 וחשב שהוא עבר בהצלחה את המבחן. אבל ההסתדרות שינתה באותה השנה את ציון המעבר ל-65 ולא פרסמה את השינוי של ההנחיות, רומיאו נכשל. טענות המערער: הוא דרש בטלות מלאה של ההנחיה החדשה בעקבות היעדר הפרסום וחזרה לציון מעבר של 60 כפי שהיה מקובל עד אז. הוא טען שהוא הסתמך על ציון המעבר הקודם. בית המשפט מסכים שראוי היה להביא את הנחיות הפנימיות לידיעת הציבור הרלוונטי – אותם רופאי שיניים שנבחנו. אבל, בנוגע לטענת ההסתמכות של רומיאו בית המשפט טוען שהשינוי בציון הוא קטן מאוד ולכן הפגיעה באינטרס ההסתמכות מאוד זניחה, זה לא משנה את ההכנות שלו למבחן (זו גם לא פעם ראשונה שהוא ניגש למבחן הזה) ובית המשפט לא היה מוכן לשנות את ההנחיה מכיוון שההסתמכות של רומיאו לא הייתה מספיק רלוונטית.

דיברנו על חובת הפרסום וראינו שהיא מעט עמומה. זאת כאילו טענה של בטלות- שמבטלת את ההחלטה של הרשות אבל בעידן הבטלות היחסית זה לפעמים הופך להיות הכשרה של היעדר הפרסום. יש פה פגיעה בהסתמכות של יצירת אמון בין הפרט למדינה- רק אם תהיה פגיעה משמעותית תהייה בטלות.

חובת הפומביות הסטטוטורית – חוק חופש המידע 6(א)

חובת הפומביות של ההנחיות המנהליות היא חובה סטטוטורית באופן חלקי המעוגנת בס' 6(א) לחוק חופש המידע. "הרשות תעמיד לעיון הציבור את ההנחיות המנהליות הכתובות שעל פיהן פועלת הרשות, שיש להן נגיעה או חשיבות לציבור" (הרשות בודקת אם יש נגיעה או חשיבות לציבור). בהקשר של חובת הפומביות הפסיקתית נבחנת הפגיעה בזכויות הפרט – פומביות הפסיקתית זה עפ"י הפסיקה, שם בודקים האם יש שינוי בזכות של הפרט- אם אין אז אין חובת פומביות. כאשר מדובר בחובת פומביות חוקית 6(א) חשובה הפגיעה הציבורית. כלומר, בניגוד לפומביות לפי ההלכה הפסוקה ששם מסתכלים על שינוי זכויות הפרט 6(א) אנחנו בודקים כמה הפגיעה בזכות הציבור לדעת.

מתי בית המשפט יבטל הנחיות מנהליות :

בג"ץ 10/79 יוכבד הורמן נ' ראש עיריית תל אביב יפו – במקרה הזה הייתה גברת ששכרה חנות בדיזינגוף בת"א והיא רצתה לפתוח מסעדה טבעונית, באותה תקופה התושבים ברחוב יצרו מהומה והפגינו נגד ראש העיר בגלל הרעש שהיה עקב פתיחה של ברים, בתי עסק וכדומה. בעלי הדירות התקוממו. ראש העיר חשש, תקופת בחירות והתקפל והוציא הנחיות פנימיות שלא נותנים יותר אישורים לעסקים ברחוב דיזינגוף, בית המשפט בחן את אותן הנחיות שקבעה העירייה וביטל אותם- למה? כי הוא אמר שההנחיות האלה נגועות בחוסר סבירות, שרירותיות ופוגעות בהסתמכות של הגברת הורמן. הורמן שכרה את המקום וסגרה חוזה למסעדה טבעונית- ובשעה שאמרו לה שלא תפתח את העסק נתנו לאיש פוליטי לפתוח עסק של משקאות אלכוהול ברחוב, העירייה אישרה זאת למרות ההנחיות הפנימיות של העירייה עצמה לפתיחת מקומות עסק. בית המשפט אמר " על שום מה זכו בעלי המזנון הזה ברישיון למכירת משקאות חריפים...." אומרים השופטים למה הוא כן והיא לא? הם ביטלו את ההחלטה של העירייה, היא נשענה על החלטות פנימיות באותה תקופה- ההנחיות הפנימיות כפופות לכללי המשפט המנהלי הכללי.

מאמרו של פרופסור יואב דותן של האוניברסיטה העברית בירושלים : הוא מדבר על המהות של אותן הנחיות פנימיות, הוא נותן לנו דוגמא במאמר – חוק שירותי הסעד משנת 1958 קובע שמי שהוא נזקק זכאי לסיוע של שירותי הרווחה. אבל בשום מקום לא רשום מה מהות הסיוע- האם יתנו לו 10 ש"ח? האם יקנו לו אוכל? האם נזקק מחיפה שונה מנזקק בת"א? ההלכה הפסוקה קובעת וגם הנורמות שלנו שיש מסמך שנקרא "התע"ס"- תקנון לענייני סעד, שהוא מסדיר את הכללים המהותיים של מה מקבל אותו נזקק כדי שלא יהיה את אותו ההבדל שנזקק א' במקום אחד יקבל משהו אחר מנזקק ב' במקום שונה. יש דיון שפרופסור דותן מעלה ומעורר הרבה שאלות- מה באמת ההבדל בין תקנות לבין הנחיות פנימיות שאנחנו מדברים על מצב כזה שיש לי חוק שירותי הסעד והוא למעשה קופץ על התקנות ומגיעים ישר להנחיות, יש פה בעיה, כי את כל ההסדרה המהותית עושים פקידיים – זו שאלה של מדיניות, כי אם אני מכנס את מנכ"ל משרד הרווחה יחד עם צמד מומחים לכתוב תקנה והיא עוברת אישור של ועדה בכנסת-יש לזה הרבה יותר אפקט מאשר פקידה תכתוב קובץ הנחיות. לכן הוא אומר שזו מדיניות פוליטית כלכלית שצריכה לבוא לידי ביטוי באנשים בכירים יותר.

סמכות בג"ץ

נושא מנהלי יכול לקום ולהתעורר בהרבה תחומי החיים, אנחנו יכולים לתקוף החלטה מנהלית גם במסגרת הליך אזרחי שכל כולו על טהרת נזקים שגרמו ע"י רשות. זה אומר שאני יכול להגיד תובעה בנזיקין על נזק שגרמה עירייה בטיפול של בקשה שלי לבנות פרגולה – זו תביעה אזרחית. באותה תביעה אני יכול לטעון טענות של מנהל תקין, שאני לא יכול לטעון נגד חברה פרטית, אבל, אם מדובר ברשות ציבורית ניתן לטעון גם להפרה של חובות מהמשפט המנהלי; במילים אחרות, כל בית דין יכול לתקוף הנהלה מנהלית.

יש לנו רק 2 ערכאות שמוסמכות במפורש בחוק לדון בעניינים מנהליים- בג"ץ- בית משפט עליון הגבוה לצדק ובית משפט לעניינים מנהליים – בית משפט מחוזי.

הדיון בסמכות בג"ץ מחולק לסעיפים 15ג ו-15ד לחוק יסוד השפיטה.

" בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק בשבתו ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת להם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית המשפט או בית דין אחר " – מה שנקרא סעיף הסמכות השיורית, כי אם בית משפט עליון רוצה שיהיה סמכות לבית משפט אחר או בית דין אחר הוא אל ידון ולחילופין יש את הסעד שלמען הצדק, כלומר, זה צריך להיות דיון שמעורר שאלה של צדק בעיני בית משפט עליון, הפרה של עקרונות הצדק, כלומר, זה צריך להיות דיון שמעורר שאלה של צדק בעיני בית משפט העליון וגם שאין בית משפט אחר או בית דין אחר שמוסמך לדון – מה שלא נידון במקום אחר ודורש צדק בית משפט עליון ידון בהם רק אם הוא רואה צורך, יש פה שיקול דעת רחב.

יש תפיסה רווחת של בג"ץ שאומרת שלא בכל מקום יעשה שימוש בסמכות בג"ץ. האופן שבו בג"ץ בוחר האם להפעיל את הסמכות (עילות סף, נלמד בהמשך) למעשה הוא כזה שמתייחס לשיקול דעת רחב מאוד ומהווה בחירה של המוטב (חבר שופטים) האם לדון או לא לדון בעניין – בעיקר משיקולי מדיניות. אין מצב שבו בג"ץ יגיד "אין לי סמכות" אבל יש מצב שיגיד "לפי שיקול הדעת שלי הסמכות מוקנית לערכאה אחרת או גורם אחר" וזה תוצאות ישירות של מה שמכונה " המהפכה החוקתית". סמכות בג"ץ קבועה בחוק יסוד. בג"ץ הוא הערכאה היחידה שקבועה בחוק יסוד, כל יתר הערכאות המשפטיות קבועות בחוק בתי המשפט או תקנות סדר הדין האזרחי, כלומר, מבחינת המדרג הנורמטיבי הערכאות הללו נמוכות בחקיקה שלהן וגם בפעילות מאשר בג"ץ. המשמעות היא ששום חקיקה מאוחרת, גם כזו שהקימה את בית המשפט לעניינים מנהליים לא יכולה לכרסם בסמכויות בג"ץ, היא לא יכולה להשפיע על מידת המוטיבציה של בג"ץ להפעיל סמכות והקביעה שאין לבג"ץ סמכות יכולה להיעשות רק בחוק יסוד מפורש.

סמכות בג"ץ לפי סעיף 15 לחוק יסוד השפיטה

סעיף זה קובע סמכות רחבה וכללית של בג"ץ לתת סעד למען הצדק, הסעיף קובע תנאי וסייג לסמכות בג"ץ – התנאי: הצדק מחייב מתן סעד. סייג: העניין לא מצוי בסמכות של בית משפט אחר.

מעורר את שאלת היחס בין הצדק למשפט, לפעמים המרחק ביניהם גדול ולא כל מה שצודק מגיע לפיתרון משפטי ולא תמיד לבית המשפט יש כלים להביא צדק טהור. השאלה היא האם בג"ץ תפקידו הוא לעשות צדק אפילו מחוץ לתחומי המשפט, מה שנקרא לפנים משורת הדין. פס"ד עמותת הפורום לדו קיום בנגב נ' שר התשתיות – דובר על שבט בדואי שמקום מושבו באיזור הנגב, במקרה הזה דובר על ילדי השבט שבדרום לבית הספר מידי יום עברו דרך נחל חברון המזוהם ממי שפכים. כנגד המצב הזה הוגשה עתירה לבג"ץ והם ביקשו לתת צו ביניים להקמת גשר זמני מעל הנחל כדי שהילדים לא יצטרכו לעבור דרך הנחל המזוהם מידי יום. הבעיה המשפטית במבוקש על ידם הייתה שהקמת הגשר טעונה היתר בנייה לפי חוק התכנון והבנייה וצו הביניים שהתבקש לכאורה התבסס על בקשה לא חוקית, כי להקים גשר זמני מבלי היתר – זה לחייב מדינה לעשות מעשה שהוא בניגוד לחוק. בית המשפט בעניין הזה נעתר לבקשת צו הביניים וקבע שהבסיס הנורמטיבי למתן צו הביניים שלכאורה מנוגד לחוק הוא סמכות בג"ץ לתת סעד מן הצדק (סעיף ג). לפי בג"ץ הסמכות לתת סעד למען הצדק קבועה בחוק יסוד שהוא מעפיל במדרג הנורמטיבי על חוק רגיל (חוק התכנון והבנייה), ולכן ניתן לתת את הצו גם במצב שבו הסעד לא מתיישב עם חוק רגיל. פסד הדין הזה עורר מהומה בקהילה המשפטית כי מצד אחד אפשר להסכים שהפיתרון הזה היה צודק; למה לסכן ילדים שעוברים דרך מים מזוהמים מקום שגם המדינה מסכימה שצריך לתת פיתרון, אלא שהמדינה התעכבה עם הפיתרון בעקבות היעדר תוכנית מקומית כוללת. מצד שני בית המשפט פתח דרך לתת סעדים שגם לא מבוססים על שום בסיס חוקי, כלומר, הוא נותן סעדים לפנים משורת הדין מבלי שיהיה דין. הרי שבית המשפט אמור לפעול לפי חוקים. אי אפשר לטשטש את הפרדת הרשויות שאנחנו דבקים בה.

בית המשפט אומר שמדובר במצב אבסורדי, שבגלל לקונה בחוק הוא מפרש בצורה רחבה את הסמכות שלו, ולכן נתן סעד שמחייב לעשות משהו בניגוד לחוק.

באשר לסייג לפיו אין מדובר בעניין המסור לסמכותה של הערכאה אחרת, הרי שלכאורה מדובר בהגדרת סמכות בג"ץ כסמכות שיורית, כלומר, לכאורה יש לבדוק הסדרי חקיקה ולבחון מה הסמכויות שניתנו לבתי משפט אחרים ולפי זה לענות על השאלה האם יש סמכות לבג"ץ או לא, יש

בעיה אחרת, סעיף 40 לחוק בתי המשפט מגדיר סמכות שיורית לבית משפט מחוזי. אין נדע למי לפנות כדי לחפש את אותו צדק? ברור לנו שמדובר בתקלה חקיקתית, לא יכול להיות ששתי בתי משפט (מחוזי+עליון) יוגדרו כבעלי סמכות שיורית והתקלה הזו מחייבת שלא לפרש את סעיף 15ג באופן מילולי, אלא באופן פרקטי שיקנה סמכות לבג"ץ. בית המשפט פירש את הסמכות כסמכות שבחלקה היא לא סמכות ייחודית אלא מקבילה לסמכותו של בית משפט מחוזי. השאלה אם בית משפט ידון בעניין מסוים היא לא שאלה של סמכות אלא שאלה של מדיניות ראויה לחלוקת עבודה בין שני בתי משפט מוסמכים.

נניח בנושא שבו יש הרבה תקדימים ידון בית משפט מחוזי, נושא שמעורר שאלה משפטית חסרת בסיס נורמטיבי תידון ע"י בג"ץ. ככל שהעניין עובדתי יותר כך יטה בית המשפט להעביר את זה למחוזי.

הסייג האמור הוא לא קריטריון של סמכות פורמלית אלא מדיניות ראויה.

סמכות בג"ץ לפי סעיף 15ד לחוק יסוד השפיטה – נותן רשימה של מקרים ספציפיים שבהם בית המשפט רשאי לתת סעד, זאת לא רשימה סגורה, יש פירוט של מצבים שבד"כ נתקלים בהם בפעולות בג"ץ, כאלה שהמחוקק תופס אותן כשגרתיים לבג"ץ, הם לא באים במקום ס' 15ג אלא נותן דוגמאות לאן המחוקק חותר כשהוא אומר שלבג"ץ יש סמכות.

1. לתת צווים לשחרור אנשים שנעצרו או נאסרו שלא כדין – צו קלאסי, לבג"ץ יש סמכות במצבים שיוריים של שלילת חירות.

2. לתת צווים לרשויות המדינה, רשויות מקומיות, פקידיהם ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשה במילוי תפקידם כדין ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין – להימנע מלפעול. – בסמכות בג"ץ להורות לרשויות לפעול במסגרת החוק, הסעיף קובע 2 תנאים מצטברים לקיומה של סמכות בג"ץ: א. שיהיה מדובר במי שממלא תפקיד ציבורי. ב. שיהיה מדובר בתפקיד ציבורי עפ"י דין. בתנאי הראשון עולה שאלה מה עם תפקיד ציבורי הרי שלא ברור מה נכלל בגוף הזה – אם רשות מדינה משכירה נכס שבבעלותה היא ממלאה תפקיד ציבורי, משרד החינוך שמשכיר נכס ממלא תפקיד ציבורי למרות שתפקיד משרד החינוך הוא לדאוג לחינוך- כל פעולה שיש בה מידת ציבוריות פורשה באופן רחב כמילוי תפקיד ציבורי. למעשה, כל מה שרשויות המדינה עושות נכלל במסגרת אותו מילוי תפקיד ציבורי. בהקשר זה נציין שגם גוף פרטי יכול שימלא תפקיד ציבורי ולכן יהיה כפוף לסמכות בג"ץ. לדוגמה פס"ד מיקרודף נ' חברת חשמל – במקרה הזה הכילו על חברת חשמל דואליות נורמטיבית, כלומר 2 מערכות דינים- אזרחית וציבורית. במקרה של מיקרודף דובר על החובה של חברת חשמל לערוך מכרז לקבלת שירותי מחשב. בית המשפט קבע שסמכותו של בג"ץ לפי סעיף 15ג ו15ד לא מוגדרת באופן מדויק וברור. בית המשפט קבע שמקום שבו גוף ממלא תפקיד ציבורי על פי דין מוסמך בג"ץ לדון בעתירה התוקפת ישירות את החלטתו של אותו גוף – ומכאן שואב בית המשפט את הסמכות, כי החוק קובע כללים לגבי אותו גוף. באשר לתנאי השני של פעילות שנעשית מכוח חוק מסמך מדובר בתנאי שהפעילות שמדובר בה נעשית מכוח חוק ולא די שהחוק מאזכר אותה או מכיר בה בעקיפין. למשל, מפעל הפיס שפועל על פי היתר שמוכר ע"י החוק אבל זה לא אומר שלאור הפעילות שלו שהיא חוקית, בג"ץ יתערב בפעילות שלו. הרציונל בבסיס סעיף זה הוא לפקח על ממלא תפקיד מסוים שמקבל כוח שלטוני על פי חוק, זה גם יכול להיות פקיד, שר, ראש ממשלה.

3. ביקורת שיפוטית על הפעלת סמכות שיפוטיות או מעין שיפוטיות – לבית המשפט העליון יש את הסמכות לבקר בתי משפט, בתי דין וגופים מעין שיפוטיים (כמו ועדות) בזכות הסעיף הזה. החריג לכך הוא בתי המשפט שמוסדרים בחוק יסוד השפיטה, דהיינו, בית משפט שלום ומחוזי והשני זה בתי דין דתיים (לפי 15ד4) אנחנו מדברים על בתי דין לעבודה למשל, בית דין להגבלים עסקיים, בתי הדין לחוזים אחידים- אלה בתי דין שבג"ץ מוסמך לבקר אותם, למה לא לבקר את בית משפט שלום? כי בתי המשפט במילא מבקר אותם בדרך של ערעור. הביקורת ממצומצמת לשאלה משפטית ולכללי סדר הדין, בניגוד לכך לגבי קביעות של בתי דין שם הביקורת היא רחבה.

שלילת סמכות בג"ץ

האם אפשר לשלול את סמכות בג"ץ? האם יכול להיות שדבר חקיקה שהוא חיצוני לחוק יסוד יצמצם את סמכות בג"ץ?

סעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת קובע ששום בית משפט לא יזקק לבקשת סעד בקשר למעשה או מחדל של ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, אלא אם יש הוראה מפורשת בחוק הבחירות עצמו – יש פה גילוי דעת ברור של המחוקק בדבר רצונו להעניק אוטונומיה רחבה מאוד לוועדת הבחירות ואכן, עד לעידן המהפכה החוקתית עמדת בג"ץ הייתה שבהתקיים חקיקה מפורשת השוללת את סמכות בג"ץ, אכן אין לבג"ץ סמכות במקרה הזה. בשנות השמונים הוגשו עתירות כנגד ועדת בחירות מרכזית (הרב כהנא) ובג"ץ דחה על הסף את העתירות בשל היעדר סמכות. המצב כיום, מאחר והשופט ברק קבע שחוק הבחירות לכנסת הוא חוק רגיל שאינו יכול לשנות הוראה של חוק יסוד יש לבג"ץ סמכות עקרונית (סמכות ושיקול דעת) לדון בעתירה ורק מהלך חוקתי של שינוי חוק יסוד יכול לצמצם את הסמכות המוקנית לבג"ץ מכוח חוק היסוד.

בג"ץ 160/72 שרבת נ' האגודה למען הזקן – שם דובר על חברת בנייה מעפולה שהגישה עתירה לבג"ץ כנגד האגודה למען הזקן בשאלה של מרכז שהם לא זכו בו להקמת בית אבות בעפולה, באותו עניין נקבע שאותה אגודה למרות שיש לה אופי ציבורי היא לא יציר כפיו של חוק מיוחד, היא לא מכוח חוק ולכן שרבת הכניסו 16 פקידי ממשל מהעירייה ומכל מיני מקומות אחרים שקיבלו החלטות באותה אגודה, בית המשפט מנתח שם את התפקידים ואומר שהאגודה היא לא מסמכות כוח הדין. שרבת הפסידו בתיק.

בימ"ש לעניינים מנהליים:

בתרגול הקודם דיברנו על סמכות בג"ץ, מהי סמכות בג"ץ? סמכות שיורית. למי עוד יש סמכו שיורית? לבימ"ש המחוזי יש פה לכאורה התנגשות בין הסמכות השיורית של בג"ץ לסמכות השיורית של בימ"ש המחוזי, בחוק בתי המשפט מופיע שיש סמכות שיורית גם למחוזי ומי שהכריע בשאלת הסמכות ממקרה למקרה היה בימ"ש העליון ביושבו בג"ץ (הכוונה שלא החוק הכריע).

אומנם לבג"ץ היה תפקיד חשוב ועדיין יש לו תפקיד חשוב בפיקוח על רשויות השלטון אין לו אפשרות מעשית וגם אין הצדקה עניינית שבג"ץ יבצע את הפיקוח השיפוטי המנהלי לבדו. למה לדעתכם? כמה שופטים יש בבימ"ש העליון? 15 שופטים, והם לא יכולים להשתלט על כל כך הרבה עתירות הם מווסתים את העומס לבימ"ש המחוזי ששם יש עשרות שופטים.

תיקוני החקיקה במרוצת השנים העבירו עניינים מסוימים לבתי המשפט האחרים אבל לא הדביקו את צורכי המציאות ולא הספיקו להפחתת העומס על בג"ץ. לפי כך, נקט בג"ץ יוזמה ואכן מראשית שנות התשעים החל ברפורמה שיפוטית שזכתה לאהדה של המחוקק ואף אומצה בחקיקה.

היוזמה שנקט בג"ץ התייחסה לכמה קבוצות נושאים שנתפסו על ידי בג"ץ כמעיקים, הבולט שבהם הוא נושא המכרזים המנהליים, ונושא תכנון ובנייה, שני אלה מאופיינים בריבוי הליכים ובהצדקה להעברתם לבימ"ש אזרחי. מצד שני, בג"ץ יצר חוסר וודאות בנוגע לנושאים נוספים המועמדים להעברה לבתי משפט אזרחיים, כמו למשל מידת תכולתם של מבחני הסף (נושא מבחני הסף - הוא נושא מאוד בולט בבחינה) בימ"ש העליון יצר חוסר וודאות לא ידעו אנשים מתי הם משתהים ומתי הם לא משתהים ולא יזהו ערכאה הם צריכים לפנות אומרים לך לא מיצית הליכים ואולי כן מיצית.

הרפורמה החקיקתית הקמת בתי משפט לעניינים מנהליים:

כדי לפתור את חוסר הוודאות שנוצרה ובכדי להגדיר בצורה קוהרנטית את בתי המשפט האזרחיים כבעלי סמכות לדון בעניינים מנהליים היה נדרש מעלה חקיקתי שישלים את הרפורמה השיפוטית, השלב הראשון היה תיקון לחוק התכנון והבניה נקבע בתיקון כי בית המשפט המחוזי ידון בענייני תכנון ובניה בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים זו הייתה יריית הפתיחה להקניית תפקיד נוסף לבימ"ש המחוזי כבימ"ש לעניינים מנהליים, הרפורמה הושלמה לכאורה עם חקיקתו של חוק בית המשפט לעניינים מנהליים, במסגרתו הוסמך בית המשפט המחוזי לשמש כבימ"ש לעניינים מנהליים בשורה של עניינים המוגדרים בתוספת לחוק.

בסוף החוק לבתי המשפט לעניינים מנהליים יש תוספת ראשונה זה סוג העניינים שבית המשפט המחוזי הוסמך לדון בהם במקום בג"ץ, תוספת ראשונה לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים התש"ס 2000. (להדביק מהחוק).

ענייני ארנונה, למעט החלטת שר פנים, למה? כי החלטת שר פנים או אוצר שניהם יחד בנושא ארנונה נתקוף את זה בבג"ץ, כלומר מה קשור בביצוע התקנות ילך לבית משפט לעניינים מנהליים אם אני רוצה לתקוף רשות מקומית על התקנה שמשנים שיעור ארנונה או מה שזה לא יהיה אני אלך לבית משפט לעניינים מנהליים.

התוספת הראשונה דנה בעתירות מנהליות: יש לנו גם הרחבה ב 2016 שאם ההחלטה של שר הפנים לפי פקודת מיסי העירייה ומיסי ממשלה והחלטת של שר האוצר לפי פקודה 5(ד) אם הם קובעים משהו לגבי שיעור הארנונה אפשר לתקוף את זה בעניינים מנהליים, למה? כדי להוריד עומס מבג"ץ.

התוספת השנייה, אנחנו מוצאים בה שורה של עניינים בהם לבית המשפט לעניינים מנהליים יש סמכות לדון בערעור כמו למשל החלטות של רשם האגודות השיתופיות או החלטות של וועדות ערער בענייני ארנונה. גם בנושאים של רשות הרישוי אפשר לתת את זה כדוגמא בשאלות משפטיות אפשר לערער על החלטות של וועדות רישוי ברשות הרישוי.

מזה ערעור מנהלי? זה שונה כי אם יש לי עתירה זה משהו חדש שעוד לא עבר שום דיון משפטי,

תוספת ראשונה - עתירה מוגשת בהליך ראשון ואז אני צריך לראות לאן הוא מוגש האם הוא הולך לבג"ץ או לבימ"ש לעניינים מנהליים. (עתירה על עניין מנהלי בבימ"ש שלום אין).

תוספת השנייה – אנחנו מדברים על ערעור מנהלי וזה כבר הליך נוסף לאחר דיון בוועדות ערער כלומר אם ניקח למשל החלטה בוועדת ערער למשל יש וועדת ערער של רשות הרישוי מחליטה לפסול רישונו של אדם והוא מגיש ערער וזה לא מוגש לוועדת ערער (זה ערעור קטן שמוגש ברשות המנהלית עצמה) אם את לא מסכימה לערער בעבר היינו רצים לבג"ץ אם לא היינו מסכימים אבל היום נושאים מסוימים הוסדרו בתוספת השנייה ואפשר להגיש ערעור על החלטה שקיבל גורם מנהלי בוועדת ערער לפי חוק תכנון ובניה או שאת יכולה להגיש על החלטה מעין שיפוטית של פקיד, מזה? למשל החלטה של רשם האגודות השיתופיות ההחלטה שלי היא מעין שיפוטית הוא מחליט אם לרשום אגודה שיתופית או לא לרשום ואם את רוצה לרשום אגודה שיתופית והרשם אותו פקיד החליט שלא לעשות את זה את יכולה לתקוף את אותה החלטה באמצעות ערעור על החלטתו לפי תוספת 2 בבימ"ש המחוזי.

מה שמוסדר בתוספות האלה שאנחנו מדברים עליהם הראשונה השנייה והשלישית הולכים רק לבימ"ש לעניינים מנהליים ולא לבג"ץ, בג"ץ יש לו סמכות אבל משיקולי מדיניות צריך לפנות לבית משפט לעניינים מנהליים.

הכלל הוא שבכל פעם שמתעוררת שאלה של סמכות חייבים לבדוק לפי העניין את התוספות 1, 2 ו-3 לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים על מנת לאתר את הסמכות של בית המשפט המחוזי. אם לא מצאנו בתוספות שבימ"ש המחוזי מוסמך נפנה לבג"ץ.

אם אני רוצה לערער על הליך ראשון נגיד על הליך מחוזי זה יהיה בזכות לעליון אבל אם זה ערעור מנהלי אנחנו נגיש את זה ברשות לעליון.

יש הבדל בין עתירה לבין ערעור הבדל הוא בדר"כ בשורה האחרונה מתי אפשר לפנות בזכות ומתי ברשות.

אם בימ"ש המחוזי דן בערעור שהגשתי ונניח אני לא מסכים אם מה שהוא כתב ואני רוצה להגיש לעליון ערעור על המחוזי בניגוד להליך הראשוני לפי תוספת ראשונה פה אני אעשה את זה רק אם תינתן לי רשות כי זה עבר עניינים בערעור ועניינים בוועדת ערר.

תוספת שלישית, קובעת את האפשרות להגיש תובענות מנהליות כמו למשל תביעות כספיות בעילה מנהלית או תביעה כספית בנושאי מכרז, כלומר: בניגוד לעתירה התוספת השלישית מדברת רק על כסף (תובענה) אם יש שאלה של כסף נניח נגרם לי נזק כי הסתמכתי על מכרז מנהלי שהוציא משרד החינוך אני לא מגיש עתירה אלא תובענה למשל משרד החינוך החליט לבטל מכר שהוא הוציא לא משנה מה היה הנימוק ואני חושב שנגרם לי נזק עקב ההתנהלות של משרד החינוך או שהוא

השתהה בפרסום של נתונים של מכרז. במקרים כאלה הסעד שלי הוא לא הצהרתי כמו בעתירה אני לא מבקש להכריז על בלטות או להכריז על קיום אלא אני מבקש כסף ואם אני מבקש כסף (פיצוי) אני לא יכול לבקש אותו בכל עילה אלא רק בשתי עילות שמופיעות בתוספת השלישית וזו עילה מנהלית ועילה של מכרז.

דוגמא: יש לי את משרד הבינוי והשיכון שהוציא מכרז המכרז היה לקוי המכרז הזה נפסל ולי נגרם נזק ועכשיו אני רוצה לתבוע את הנזק שלי הנזק שלי אני יכול לתבוע אותו במישור האזרחי בפקודת הנזיקין, (יש פסיקה של נזק של רשות מנהלית) או שאני יכול לפנות לתובענה מנהלית, האם בימ"ש ידון על פי פקודת הנזיקין פה (מנהלי - נזיקין) ? התשובה היא שכן. בימ"ש לעניינים מנהליים שהם דנים בתובענות מנהליות הם דנים גם בטענות נזקיות כדי לכסות את כל הטענות ולמצות את כל הסעדים לאותו עותר.

יש גם דברי חקיקה נוספים חיצוניים לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים שמקנים לבימ"ש לעניינים מנהליים סמכות לדון בהם **כמו למשל**: עתירת אסיר כנגד ועדת שחרורים, או ערעור על תוצאות של בחירות למועצה מקומית, מאחר והתוספות האלה 1,2 ו-3, 4, 5 ניתנות לשינוי על ידי צו של שר המשפטים מספיק שיושב שר המשפטים / שרת המשפטים ואומרת אני רוצה גם עוד חמישה סוגים של עניינים שנכנס למשפט הזה ואין בעיה וזו הייתה הכוונה להוסיף עניינים כי המציאות שלנו משתנה, זו הייתה הכוונה של יצירת אפשרות להרחיב את התוספות לחוק בקלות ברור לנו גם לפי סעיף 1 לחוק סעיף המטרה שגבולות הסמכות של בית המשפט לעניינים מנהליים טרם התגבשו.

כאשר אדם רוצה להגיש עתירה הוא צריך לבחון את השאלות הבאות:

1. זהות הגוף המחליט האם בכלל מדובר ברשות מנהלית
2. זיהוי החלטת האם הרשות המנהלית היא זו שקיבלה החלטה ולרבות אי החלטה
3. מיהו בימ"ש המוסמך אליו תוגש העתירה, אם נושא העתירה מפורט/מוסדר בתוספת הראשונה זה יוגש לבימ"ש לעניינים מנהליים ואם לא זה יוגש לבג"ץ.
אם מבוקש לבטל תקנה לשנות אותה או לחייב רשות להתקין תקנה תוגש לבג"ץ.
חשוב לבדוק האם חל אחד החריגים בתוספת, **למשל**: בנושאי ארנונה זה מוסדר בתוספת הראשונה של בימ"ש לעניינים מנהליים אבל יש גם חריגים, מה החריגים? אם הנושא הוא ביטל צו ארנונה אז צריך להגיש בג"ץ כי מדובר בביטול של תקנה. צו ארנונה למרות שלא כתוב עליו תקנה הוא תקנה. או למשל החלטת שר בדבר אישור של צו ארנונה גם הוא יוגש לבג"ץ כי זה מוחרג בצורה מפורשת בחוק.
4. ככל שהעתירה לא בסמכות המנהלי הולכים לבג"ץ.
5. בימ"ש לעניינים מנהליים מוסמך להעביר מיוזמתו או לבקשת בעל דין (העותר או המדינה המשיבה) נושא לדיון בבג"ץ.

פס"ד בג"ץ 4487/08 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, בעתירות שהוגשו להליך זה ביקשו תושבים של רצועת עזה להיכנס לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי, הדיון התמקד בשאלה האם לבימ"ש לעניינים מנהליים נתונה הסמכות לדון בעתירות שתוקפות החלטות שלא לתת היתרי כניסה לישראל מרצועת עזה, בג"ץ מפי השופטים גרוניס, רובינשטיין וגובראן דחה את העתירות ופסק לעותרים נתונה אפשרות לפנות לבימ"ש לעניינים מנהליים נגד החלטות מסרב להתיר להם כניסה לישראל כלומר בידיהם סעד חלופי ולכן אינם חייבים לפנות לבג"ץ. לפי ההסדר הרלוונטי המצוי בברץ 12 לתוספת הראשונה, בג"ץ בעניין הזה קבע כי לפי חוק הכניסה לישראל כלומר הפורום המוסמך הוא בימ"ש לעניינים מנהליים גם כאשר מוסמך המפקד הצבאי מכוח חקיקת ביטחון להתיר יציאה מהאזור לישראל. גם אז הולכים למחוזי, בגלל התוספת הראשונה. מדובר בפרשנות לפי החלטות ביטחוניות לכאורה זה לא מוסדר בצורה מפורשת חוק האזרחות וזה לא מסתננים זה בקשות של כניסה לישראל מהסביבה בג"ץ מרחיב את הסמכות של המחוזי כדי לא לדון בנושאים כאלה, **פס"ד הזה מעיד על הרחבת הסמכויות שמעביר בג"ץ מידיו לידי בימ"ש המחוזי**. באותה נשימה הוא יכול לתת פרשנות מצמצמת יותר ולומר מכיון שהנושא של קבלת טיפול רפואי באישור של כוחות הביטחון והמעבר עזה לישראל הוא נושא מורכב אז אני אדון בזה בג"ץ אבל הוא

החליט שלא המגמה היא להרחיב את הסמכות של בתי המשפט לעניינים מנהליים ולהוריד עומס מבג"ץ.

לסיכום של הנושא הזה, עדיין לא הגענו לסוף פסוק בכל מה שקשור לבתי משפט לעניינים מנהליים זה חוק יחסית חדש הוא חוק מספר שנים אחרי המהפכה החוקתית של שנת 200, סעיף המטרות סעיף 1 החוק הזה מטרתו להסמיך באופן הדרגתי את בימ"ש המחוזי כבימ"ש לדון בעניינים מנהליים.

בכל קייס שנקבל חשוב לבדוק את נושא הסמכות !!!!

עילות סף

1. זכות עמידה
2. עילת השפיטות
3. אי מיצוי הליכים ופנייה מוקדמת
4. שיהוי
5. סעד חליפי
6. אי ניקיון כפיים
7. עניינים תיאורטיים
8. מעשה עשוי
9. עתירה "כוללנית"
10. דוקטרינת הבשלות החוקתית

עילות סף זה אותם מבחנים, אותן דרישות שאנחנו מבקשים למלא לפני שאנחנו דנים בעתירה.

הסמכות של בג"ץ בניגוד לבית משפט רגיל היא כזו שהוא מפעיל שיקול דעת אם לדון בעניין או לא לדון בעניין אם אני רוצה להגיש תביעה על נזק שנגרם לי לבימ"ש שלום יש את נושא הסמכות והוא נבחן לפי סמכות מקומית ועניינית מקומית, זה בתקנות י-ש הוראות האם בימ"ש בחיפה או בת"א או בבאר שבע הוא זה שצריך לדון בתיק שלי וסמכות עניינית מהי מהות התביעה, אז אם אני מגיש את זה לבימ"ש בימ"ש לא יכול שלא לדון בתביעה שלי הוא מחויב לדון ולהכריע בתביעה לבג"ץ יש סמכות מתי לדון ומתי לא לדון בתביעה.

הטענות שמעלים מול בג"ץ מעלים אותם גם בבית משפט לעניינים מנהליים, אולם התקנות של בית המשפט לעניינים מנהליים מסדירות רק חלק מעילות הסף הללו (תקנה 3,6,25 שמדברות על סף שצריך לעבור כדי להיכנס לבית המשפט- עוסקים במועדים- אם עכשיו אני רוצה להגיד עתירה לבימ"ש לעניינים מנהליים כנגד החלטה של גוף מסוים והסמכות נתונה לבימ"ש לעניינים מנהלים אני צריך לעשות את זה תוך 45 יום מהיום שהתקבלה החלטה וזה מתקשר לעילת הסף של שיהוי בשום מקום בחוק לא כתוב שבג"ץ מחויב לדון בעתירות רק תוך פרק זמן קצר לעומת זאת בימ"ש לעניינים מנהליים נותן לנו שם הגדרה שתהיה וודאות משפטית שהעותרים ידעו שהם צריכים להגיד עתירה בזמן מוגבל והם בחרו 45 יום ממועד העתירה או מאותו מועד שנודע על העתירה, המוקדם בזמן.) בג"ץ יעשה שימוש בסמכות על פי מבחני הסף שהונהגו במשך השנים כדי לעשות צדק עם האזרח. את המבחנים אנחנו מחלקים ל2 חלקים :

1. מבחני הסף הציבוריים, עילות הסף הציבוריות – נוגע לזכות עמידה ולעילת השפיטות. מדברות על שיקולים מדיניים.
2. עילות הסף הנוספות הקשורות להגינות ולטיבה של העתירה הספציפית (10-3).

באופן בסיסי בג"ץ יצר את 2 המבחנים הראשונים זכות העמידה והשפיטות במטרה לחסום את הדיון בעתירות שלא מגלות מצוקה אישית. אם הייתה מצוקה אישית יש זכות עמידה- אדם נפגע כתוצאה מסגירת עסק, אדם נפגע כתוצאה מבעיה רפואית ויש לו מצוקה אישית והוא זקוק לסעד. זה מה שהיה עד שנות ה80 מתוך תפיסה שהצדק מחייב מתן סעד רק למי שיש לו עניין אישי ומובהק ובמחלוקת ציבורית בהבדל מאישית אין מקום למסגרת המשפטית. מה שקרה עם כניסתו של השופט ברק- הייתה מהפכה של השופט ברק והשופט זמיר שהעבירה אותנו מאותם מבחנים קלאסיים נוקשים לעידן של סבירות, מידתיות, שיקול דעת רחב יותר ואנחנו נראה איך זה התגלגל.

זכות העמידה

עוסקת בשאלה האם העותר הספציפי הוא האדם הנכון להציג את העניין. התפיסה המסורתית הייתה שרק מי שיש לו אינטרס אישי תהיה לו זכות עמידה, זה נובע מהעיקרון בעבר שבית המשפט הוא המקום לפתרון סכסוכים. ההבחנה בין עתירה פרטית של אדם שיש לו עניין אישית לבין עתירה ציבורית שיש לה אופי ציבורי, מדוע לא מתכנסת ישיבת קבינט עם הגורמים הרלוונטיים כדי לדון במצב בעזה – טענה ציבורית.

עד שנות ה-80 – אם הייתה לך עתירה פרטית צריך להראות שאתה העותר הנכון שיש לו עניין אישי בתוצאות העתירה – רק הן היו מובאות בפני בית המשפט. התפיסה המסורתית מבקשת שהעותר ידבר בעד עצמו ויבקש "זכות חיובית" – כלומר, לחייב את הרשות לעשות משהו. למשל, בעל קיוסק אחד מגיש עתירה כנגד בעל קיוסק אחר בטענה שהשני לא פועל עם רישיון, לראשון יש אינטרס שיסגרו לו את העסק, יש לו זכות שלילית כלפי בעל העסק – בעבר לא הייתה לו זכות עמידה, הוא היה צריך להראות שיש בהפעלת העסק משהו שמפריע לו (כמו זיהום אוויר). בג"ץ נתן פתח צר לאנשים עם זכויות שליליות. תמיד הייתה זכות עמידה פרטית, אם היה עניין אישי הייתה זכות עמידה. בג"ץ הגמיש את זכות העמידה כי התפיסה השתנתה, והיום בג"ץ הוא גם מקדם את שלטון החוק. בתקופה הזאת במדינה הייתה הרבה מאוד שחיתות שערערו את אמון הציבור, בג"ץ אמר שאם הוא ימנה מאנשים לפנות אליו הוא פוגע בביקורת לגיטימית והוא למעשה מכרסם בעיקרון שלטון החוק.

היה חשש שאם נסגור את שערי בג"ץ בפני העותרים הציבוריים ניתן הכשר להתנהלות בלתי חוקית של הרשות, אומר בית המשפט העליון שבעתירות שמגלמות פגיעה בעיקרון שלטון החוק באופן אינהרנטי (מובנה) אין עותר בעל אינטרס פרטי, למשל, כשיש מינוי ציבורי על בסיס של פרוטקציה ישירה ואישית כל הציבור נפגע, אין נפגע אחד ספציפי, אבל אין אף אחד שיכול להצביע על פגיעה אישית.

מאחר ובג"ץ לא נטש לחלוטין את עקרונות זכות העמידה, במקרים שבהם יש נפגע פרטי שאינו מגיש את העתירה, בג"ץ עשוי שלא להידרש לה. נניח שיש עכשיו מישהו ספציפי שנפגע כתוצאה מאיזשהו החלטה לסגור מפעל, והוא בעל המפעל והוא לא מגיש עתירה – אלא מישהו אחר מגיש בשמו ולא משנה מה האינטרס, יכול לומר בג"ץ שרק מי שיש לו אינטרס אישי יוכל לפנות, לא ניתן לפנות בשם אחר ולהיות לוחמי צדק אוניברסליים.

השינוי התפיסתי הוא שינוי שאומר שלא עוד בית משפט שפוטר סכסוכים בלבד, אלא בית משפט שמופקד על הגנת שלטון החוק בגלל אותה שחיתות שהתרחבה ומצאה ביטוי בהרבה מקומות בשלטון באותם שנים (זה ההסבר הנפוץ למה השלטון האקטיביסטי עלה), בית המשפט למעשה הרחיב את זכות העמידה והיום כל שופטי בג"ץ כולם (אולי למעט אחד) מסכימים שזכות עמידה צריכה להיות לא רק עניין אישי אלא גם אינטרס ציבורי שנוגע לשלטון החוק וברגע שאתה מצביע על אינטרס ציבורי חשוב גם אם אין לך עניין אישי – זה לא חובה, אלא אם כן יש מישהו ספציפי שלא עתר ובג"ץ מוצא לנכון שהוא הצד הרלוונטי.

פס"ד רסלר מדבר על דחיית השירות שניתן לתלמידי ישיבות, באותו פס"ד נטען שמי שכספו נגזל שלא כדין יוכל לפנות לבית המשפט, אבל, מי שכספו של הציבור נגזל שלא כדין לא יוכל לפנות לבית המשפט. רסלר יצא כנגד העניין הזה, ואם בעבר לא היו שומעים אותו – בעניין הזה היה שינוי גישה מהפכני, עצם הטענה שהחוק הופר ושלטון החוק נפגע, ומצביעים יחד עם זאת על נתונים של פגיעה בפעולות המנהל או עניין בעל אופי ציבורי נשמע את אותו בן אדם למרות שלא מדובר בכיס שלו במובן הישיר אלא במובן הרחב יותר של כספי ציבור. באותו זמן רסלר היה במילואים ובמועד שבו קיבלו את הטענה שלו הוא כבר היה מבוגר ולא שירת במילואים- עדיין קיבלו את זה.

עילת השפיטות

מבחן ציבורי ושיקולי מדיניות של בג"ץ. מבחן השפיטות דן בשאלה האם באמת עניין מסוים צריך להידון בבג"ץ. עילת השפיטות התפתחה בעבר באותה תפיסה שבית המשפט צריך לטפל בעניין אישי ולא בעניין פוליטי אחרי. בדר"כ עילת השפיטות וזכות העמידה הולכים ביחד, ננסה להסביר מה היה לנו בעבר, בעבר בשנות ה-50 הוגשו עתירות כנגד קינון יחסים דיפלומטיים בין ישראל לגרמניה בטענה שבגלל מה שהגרמנים עשו לנו אנחנו לא צריכים להיות איתם ביחסים דיפלומטיים, מצד שני ממשלת בן גוריון החליטה כן לקבל מהם כסף כדי לקדם את הכלכלה- הייתה שאלה כפולה, יש גם עתירה ציבורית שאין מישהו אחר שיכול להצביע על אינטרס ספציפי, וגם הייתה שאלת שפיטות האם

בית המשפט הוא המקום הנכון להחליט בנוגע ליחסים דיפלומטיים עם גרמניה, בית המשפט קבע שאין מקום שהוא ידון בעתירה פוליטית שאינה פוגעת במישהו ספציפי והעתירה הזו נפסלה על הסף. שפיטות מחולקת ל2: שפיטות נורמטיבית, שפיטות מוסדית. בשנות ה-80 רצו לבדוק האם יש נורמה משפטית שנותנת הכרעה באותו עניין ספציפי, האם יש איזשהו חוק (יסוד, תקנה, הוראה חוקית אחרת, אמנה בינלאומית) שעוסק בכך. הנושא של אי שפיטות מוסדית מדבר על יחסי הכוחות בין הרשויות, האם בית המשפט הוא המקום הנכון לדון בעתירה או שיש מוסדות מתאימים יותר מבחינה חברתית דמוקרטית להכריע? הגישה של השופט ברק בדעת יחיד בפס"ד רסלר קבעה שמבחינה נורמטיבית כמעט הכל שפיט משום שיש לנו את דוקטרינת הסבירות, גם אין נורמה ספציפית של פעולה שעשה שר מסוים עדיין הולכים לעילה רחבה של סבירות- האם הוא פעל באופן סביר או לא גם אם אין חוק בנמצא. בודקים את זה במשקפיים של סבירות. השופט ברק למעשה רמס את כל הנושא של שפיטות נורמטיבית- הכל מבחינתו שפיט וזה עניין של שיקול דעת. כשנוח לו לדון הוא דן, כשלא נוח לו לדון הוא לא דן. ברק מסכם את עמדתו – אין חלל ריק שלמשפט אין זכות דיבור. התוצאה היא החלטה של מוסד השפיטות. למרות שהמושג של השפיטות הורחב בשנים האחרונות בית המשפט חוזר לדוקטרינת השפיטות ויש נסיגה מגישתו של השופט ברק בפרשת רסלר. המגמה של הנסיגה מהרחבה שהכל שפיט – גם השופט ברק היה שותף לה, כי היה פחד של חציית גבול בין בית המשפט לרשויות האחרות (מאזן אימה שהרשויות לא אהבו התערבות יותר מידי), דוגמה למגמה חדשה – בנוגע לעתירות בנושא של התנחלויות והחוקיות שלהם, רוב העתירות נדחו ע"י בג"ץ בטענה של אי שפיטות מוסדית. למרות שיש נורמות מהמשפט הבינלאומי – הוא טען שהוא לא הפורום המתאים כדי לדון במדיניות הממשלה. לגבי עתירות שעניינם הליכים פנים פרלמנטריים גם אלה נדחו בנימוק של חוסר שפיטות מוסדי. למשל, מועדי דיון בכנסת בהצעות חוק, אי אמון וכדומה – בית המשפט אומר שזה לא מעניינו שהכנסת תבוא ותטען את הטענות שלה מול אותם עותרים- שיסדרו ביניהם. הפרדת רשויות.

פס"ד של הרב מאיר כהנא נ' יושב ראש הכנסת - עתר כנגד החלטה של יושב ראש הכנסת שלא להניח על שולחן הכנסת הצעות חוק מסוימות, יושב ראש הכנסת הסתמך על תקנון הכנסת שאפשר לו במצב שלדעתו לדחות הצעות גזעניות שדוחות את זה שמדינת ישראל היא של המדינה היהודית, כהנא טען שהניסיון להגביל את הזכויות של חבר הכנסת חייבות להיות מעוגנות בחוק ולא בתקנון של הכנסת והוא עתר לבג"ץ והוא טען שאין חוק. התקנון הזה הוא יציר כפיה של מליאת הכנסת, המהות המשפטית של התקנון נשענת על חוק יסוד הכנסת שקובע שהכנסת תקבע את סדרי עבודתה ואם סדרי העבודה לא נקבעו בחוק תקבע אותם הכנסת בתקנון – ואם לא בחוק ולא בתקנון הכנסת תנהג לפי הנהלים המקובלים. כלומר, יש פה סמכות מאוד רחבה לכנסת לפעול בהתאם לשיקול דעתו. הכנסת מיוצגת ע"י יושב ראש הכנסת והסגנים שלו. בסוגיות האלה בית המשפט העליון דחה על הסף את העתירה מחמת אי שפיטות וקבע שעניינים פנים פרלמנטריים הם לא עניינים שבית משפט יזדקק להם למעט מקרים חריגים מאוד. בית משפט נימק שהתקנון מבחינת ההיררכיה – אין לגביו ביקורת שיפוטית מכיוון שהוא מסמך חריג בעל אופי נורמטיבי עליון, ולמעשה התקנון עצמו יוצר את הזכות של חבר כנסת בודד לעלות הצעת חוק. כלומר, אם אני רוצה להציע הצעת חוק אני נשען על התקנון. אנחנו לומדים מפס"ד שביט המשפט עדיין משתדל מבחינת מוסדית לכבד את רשויות החוק האחרות, את רשויות השלטון ונותן להם להחליט בעניינים שלהם לבד.

כשאתם תקבלו קייס במבחן אתם תצטרכו לנתח גם את זכות העמידה וגם את עילת השפיטות ובמידת האפשר להכניס כמה שיותר מהעילות האחרות. תפעילו היגיון בעילות הסף המתאימות. השניים הראשונים (עמידה ושפיטות) חובה לדון בהם!!!!!!

העילות הנוספות – הגינותה של העתירה (10-3)

אי מיצוי הליכים ופנייה מוקדמת

התפיסה בבסיס העילה היא שעתירה לבג"ץ לא אמורה להיות הסעד הראשון אלא האחרון או לכל הפחות מתקדם. כלומר, העותר צריך לפנות קודם כל לרשות עצמה ורק אם הוא לא מקבל מענה על דרישותיו הוא יפנה לבג"ץ לאחר שמיצה את כל האפשרויות במערכת היחסים מול הרשות עצמה.

כלומר, אם אני שולח מכתב למשרד ממשלתי ועונים לי בשלילה, אך מבקשים לשלוח מסמך מסוים – אם אני הולך לבג"ץ הוא יכול להגיד שאתה עדיין בתהליך מול הרשות. זה מתנגש עם השיהוי, הוא יכול להתכתב איתם 5 שנים ואותו דבר כבר לא יהיה רלוונטי.

מה תכלית של אי מיצוי הליכים? כדי שלא יציפו את בג"ץ- הקלת עומס, הגמשה של עיקרון הפרדת הרשויות, עידוד שיח בין האזרח לרשות, חידוד של סוגיות שנויות במחלוקת – כשאני מגיע לבג"ץ הוא כבר יודע על מה המחלוקת. בבג"ץ אין שמיעת עדויות, אין הליך חקירות ולכן כשיש כבר תכתובות בין הרשות לאזרח זה מאפשר לבית המשפט ללמוד עובדתית ולחדד את השאלות, זה מקדם דיון יעיל.

שיהוי

הצד השני של הפניה המוקדמת. אתה תמיד מהלך על התפר בין הפניה המוקדמת שאתה רץ לבג"ץ לפני הזמן לבין זה שאתה תגיע לבג"ץ ויגידו לך שהגעת אחרי הזמן. השיהוי נבחן על פי מבחן הסבירות. יש לנו שיהוי סובייקטיבי ושיהוי אובייקטיבי. השיהוי הסובייקטיבי מתייחס לעותר עצמו, למה הוא איחר בהגשת העתירה? הרי שהוא ידע על החלטת השר ואתה לא פנית לבית המשפט בזמן. השיהוי הסובייקטיבי הוא של העותר הספציפי – יש פה אשמה או היעדר אשמה שנבחנת עפ"י עילת הסבירות של אותו עותר. השיהוי האובייקטיבי מעלה שאלות של צד שלישי. למשל, אני רוצה לבוא ולצאת כנגד החלטה של רשות להקים בית ספר, ואני פונה אחרי שנבנה בית הספר ואז מסתמכים על זה תלמידים – בשיהוי האובייקטיבי יש לנו הסתמכות של צדדים שלישיים שהם תמי לב, הם הסתמכו על פעולה שלטונית ואם העתירה הזו תידון וינתן סעד זה יפגע בהם. יכול להיות שלעותר עצמו נודע אחרי שנה, הוא לא אשם סובייקטיבית אבל מבחינה אובייקטיבית יש לנו צד שלישי שהסתמך. היום יש משקל רב יותר להיבט האובייקטיבי – אם זה עניין ציבורי חשוב בג"ץ מוותר על הסובייקטיבי, משתלב גם עם מעשה עשוי – המעשה כבר נעשה ולא נדון בעתירה שלך.

סעד חלופי

מי שיש לו ערכאה שיפוטית אחרת לפנות אליה או פורום של בורות לפי הסכם, מקום אחר שבו הוא יכול להיענות – שיפנה אם אני לא מרוצה מפס"ד שניתן בבית הדין לעבודה אני צריך להגיש ערעור ולא לגשת ישר לבג"ץ.

אי ניקיון כפיים

הגינות העתירה. התנהגות בלתי ראויה של עותר או שהעותר מפר חוק שהוא עצמו מתבסס עליו (למשל הוא אומר שלא נותנים לו רישיון עסק אבל הוא עדיין מפעיל את העסק שלו באופן בלתי חוקי ועותר לבג"ץ) או כשהעותר מטעה את בית המשפט או לא מגלה עובדות מהותיות לעתירה. היום החלק הראשון של אי ניקיון כפיים במובן שאתה עובר על חוק שאתה יוצא כנגד ההפעלה שלו- היום אנחנו רואים פחות התעסקות בזה. אם מתברר שהוא בצדק פעל והרשות הפרה את החובות שלה אז מרפאים את הפגם. שמים דגש בנוגע להטעיית בית המשפט ואי גילוי עובדות מהותיות.

עניינים תיאורטיים

מדבר על סעד שלא יצמיח שום תועלת בחיי המעשה, ובדר"כ רק יהווה הודאה לכך שהרשות נהגה שלא כדיון. כלומר, לא רוצים לבזבז זמן שיפוטי על דברים שאין בהם תוחלת – לדוגמא, הייתה אגודה חילונית שביקשה להכריז על קיומה של עדה חילונית כעדה. בית המשפט דחה את העתירה ואמר שהיא תיאורטית משום שגם אם יכריז עליהם לא תקום מערכת משפט כתוצאה מההכרזה הזו (מערכת משפט חילונית) ולא ברור איך זה יביא לתועלת מעשית להשגת המבוקש.

מעשה עשוי

בדומה לעילות הסף הקודמות, מדברת על סעד שכבר לא רלוונטי כי המצב העובדתי או המשפטי כבר בלתי הפיך. למשל, מניעת הריסת בית שכבר נהרס.

עתירה "כוללנית"

שאין תשתית עובדתית קונקרטית או שהסעד המבוקש לא מפורט – לא מסבירים מה הם רוצים. "אנחנו רוצים להפסיק את השחיתות במדינה, אנחנו רוצים שלום עולמי" – סעד כוללני. צריך סעד מפורט ועובדות מפורטות.

דוקטרינת הבשלות החוקתית

לא נמצאת בסילבוס. השופטת נאור פיתחה את הדוקטרינה הזו, בעניין בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה היא קבעה שעדיין לא בשלה העת מבחינה עובדתית לדעת אם יש או אין פגיעה, במקרה של העתירה הנ"ל דובר על חוק הנקבה- חוק שהסמך את שר האוצר להפחית תקציב לגוף ששולל את קיומה של מדינת ישראל ועוד לפני שהתקבלה ההחלטה בנוגע לבית הספר הם רצו בעתירה בנוגע לחוק והשופטת נאור אמרה שזה לא בשל ורק לאחר מכן נבחן האם היא פוגעת.

לסיכום,

המגמה של בג"ץ באופן כללי היא מגמה של הגמשה. הפעלה נוקשה פחות של מבחני הסף וזאת כחלק מהתפיסה של בג"ץ כמגן על עיקרון שלטון החוק ומפקח על הרשויות, כאשר בג"ץ מתרשם שמדובר בשאלה חשובה הוא יקפיד פחות על שלב הכניסה לשערו. לא מדובר בביטול של עילות הסף אלא שינוי המשקל היחסי של המבחנים. עילות הסף לא נזנחו אבל הגבולות וההיקף השתנו. גם בג"ץ יכול לעלות עילות סף מיוזמתו וכמובן גם המשיבים (בדר"כ המדינה).

פס"ד לקריאה : בג"ץ 2114/12 , בג"ץ 5812/11 – מופיע בסילבוס.
(לקרוא בג"צ 2114/12 + בג"צ 5812/11 למבחן) אחד מהם מדבר על היתר שניתן לאסותא אשדוד להפעיל בית חולים ולהנהיג שירותי רפואה פרטית. עתרו לאחר 4 שנים מקבלת ההחלטה והיה פה שיהיו ומחמת אותו שיהיו אובייקטיבי וסובייקטיבי בית המשפט דחה את העתירה.

פסד השני מדבר על שימוש בקרקע חקלאית שאדם הקים בלי רישיון עסק מבנים ומחסנים ועתר על כך שלא נתנו לו רישוי ובנסיבות שהיה צריך לתת לו. גילו שהוא גם בנה על קרקע חקלאית ודחו אותו על אי ניקיון כפיים. אמר בית המשפט שאתה לא יכול לזעוק חמס כנגד רשות שאתה לא רשאי להפעיל את העסק.

לסיכום הנושא של עילות הסף הוא נושא חשוב במבחן צריך להכיר את כל הרשימה.

סעד הפיצוי במשפט המנהלי

סוגר את השלב של הגשת עתירה מנושאי עילות הסף, דרך הנושא של דברי חקיקה.

קייס לדוגמא:

לאחר הבחירות הכלליות שנערכו לכנסת ישראל הוקמה ממשלה ובה ראובן נבחר לשמש כשר החקלאות. ראובן מינה את בן דודו, שמעון, לשמש כמנכ"ל משרד החקלאות במשרת אמון. במסגרת הפעילות של המשרד כבר לאחר חודש הוקמה ועדה לבחינת האפשרות לייבא מוצרי חלב מאירופה על מנת להוזיל את המחירים המקומיים. לוועדה מונו 3 חברים- יושב ראש הועדה פרסם "קול קורא" (משרד ממשלתי שמזמין את הציבור להגיש לו כל מיני הצעות לשיפור) וציבור החקלאים התבקש להביע את עמדתו באשר ליזמה. לאחר 3 שעות נחסמה האפשרות להגיש עמדות של הציבור ונערך מכרז בזק למינוי של ממונה על יבוא בלעדי של מוצרי חלב ממדינות אירופה. ההחלטה לא פורסמה ובפועל לאחר חודש נוסף החלו לייבא מוצרים רבים לשוק הישראלי. לוי, חקלאי מקומי, התרעם על המהלך של משרד החקלאות וביקש את עצתכם כיצד עליו לפעול ואם יש בכלל סיכוי לעתירה כנגד שר החקלאות במשרדו. לוי המתין 3 חודשים למענה ממשרד החקלאות ובינתיים נחתמו חוזים לעסקאות בהיקף של מיליונים רבים עם צדדים שלישיים.

תשובה :

ראשית, היינו מגישים את העתירה לבג"ץ, החלטה של שר שהוא חתום עליה ניתן לתקוף אותה בנוגע למדיניות ציבורית שמשפיעה על הצדק כולו. יש לנו את הסמכות השיוטית שהיא מקבילה לבג"ץ ולבית משפט לעניינים מנהליים. לבג"ץ יש את הסמכות לתת סעד מן הצדק ולכן עתירה כזו היא בסמכותו של בג"ץ.

קול קורא – עד 2017 הייתה מגמה של שקיפות של חברי כנסת בעד שיתוף הציבור, היו מנגנונים לזמן את הציבור לוועדות קול קורא שהציבור יהיה שותף להחלטות של מדיניות ציבורית כדי לשמוע

לשתף ולהביע את דעתו. אמנם אין חובה לפרסם קול קורא, אין חובה סטטוטורית, אבל רשות ציבורית כפופה לנורמות המשפט הציבורי. בגלל שנתנו 3 שעות לקול קורא- זה סממן של היעדר תום לב וחוסר סבירות.

מלבד זאת ישנו מכרז, מינו את שמעון – הוא ממונה בלעדי על השיווק. הוא ממונה על משאב ציבורי שיש לו משמעות לכלל הציבור, זה נעשה במסגרת מכרז. רשות לא יכולה לחלק משאבים ציבוריים מבלי להידרש למכרז וכאן יש לנו דיון שאנחנו נצטרך לעשות לגבי המכרז, האם הייתה ועדה כחוק? (לא נתון לנו אז כנראה שלא הייתה ועדת מכרזים), האם היה צורך חיוני למכרז- יש לנו בעיה של מחירים של מוצרי חלב, למה לפרסם מכרז כזה ולהוציא את זה לייבוא מבחוץ? למה לא לטפל בזה במסגרת המדינה? אם היו שומעים את החקלאים לפני אולי היו שומעים את מצוקתם ומטפלים בזה באופן פנימי. העדר פרסום של המכרז – מכרז פנימי- האם היה לזה צורך/ כורח מבחינת הזמנים? חשש למשוא פנים, פגיעה בשוויון המציעים, החלטת המינוי לא פורסמה – מתי לא מפרסמים? כשיש צורך בטחוני או נימוק שהוא לגיטימי, פה היא לא פורסמה כי רצו להעביר מהלך בחשאיות- זאת פגיעה בחופש הציבור לדעת, בחובת הפרסום (על משרדי הממשלה חל חוק חובת הפרסום), זה נוגע בהיעדר סבירות קיצוני- אם הציבור לא יודע זה לא קיים.

לוי הוא העותר – בודקים אם יש לו זכות עמידה – לכאורה כן (הולכים לפי המבחנים בפס"ד רסלר), אנחנו יכולים לראות שיש לו אינטרס אישי, צריכים לבדוק אם הוא לא נגוע בחוסר ניקיון כפיים. הוא פנה למשרד החקלאות, הוא לא קיבל תגובה במשך שלושה חודשים. יש לנו מכתב שלא נענה, יש לנו צד ג' שכרת חוזים בהסתמך בתום לב.

יש לנו את המתח התמידי בין שיהיו לאי מיצוי הליכים – בזה צריך לדון. מצד אחד, יכול לומר בית המשפט – "לאן אתה ממחר" לפנות אם לא קיבלת מענה למכתב, תחכה, מצד שני- אפשר להגיד (תלוי בהרכב השופטים) שחיתות יותר מידי זמן ובגלל זה יש חוזים שנחתמו.

נגיד שעוברים את תהליך של הסף – יש לנו את סעד הבטלות, האם הפגיעה בעקרונות המשפט המנהלי היא מספיק עוצמתית כדי לפגוע באינטרסים של צדדים שלישיים תמי לב שבינתיים התקשרו בהסכמים עם אותו ממונה של משרד החקלאות. יכולה להיות בטלות – ובטלות יחסית. הבטלות היחסית יכולה להיות מגוון רחב של אפשרויות- מלהשאיר את המצב כמו שהוא ועד השהיית ההחלטה, מתן החלטה לביטול חלקי וכולי, זאת אומרת, נניח שביטול משפט מבטל את מה שקרה אבל הביטול יכנס לתוקף אחרי ביצוע החוזה הראשון.

נניח שביטלו את ההחלטה לגמרי וקבעו שהשר מההתחלה לא היה מוסמך להנפיק רישיון יבוא כזה באופן שזה נעשה וההחלטה מבטלת.

אנחנו נדון כעת בזכות של אותו צד שלישי לקבל פיצוי (כספי) על ההתנהלות הבעייתית של הרשות. מי לוקח אחריות על הנזק?

ס' 7 (א) לפקודת הנזיקין – חסינות עובד ציבור, יש חסינות לעובדי ציבור בכל מה שקשור בעבודה הציבורית שהם מבצעים אלא אם זה קורה בכוונה.

ס' 7 (ב) - אין בהוראות סעיף קטן א כדי לגרוע מאחריות המדינה. במילים אחרות, מי שמשלם זה אנחנו.

המדינה אוטומטית נכנסת בנעליים של מי שצריך לשלם בגין אותם רשלניות/מעשים/מחדלים של עובדיה.

ס' 7 (ו) לפקודת הנזיקין אומר " פעל עובד ציבור בסטייה חמורה... זכאית המדינה או הרשות הציבורית על אף הוראות ס' 7(א)... אם נמצאה האחריות לשיפוי".

סעדים כספיים:

לפעמים כשיש הפרה של הדין לא ניתן להשיב את המצב לקדמותו ויש לפצות כספית, כך נהוג במכלול ענפי המשפט, אך לא כך היה במשפט המנהלי. המשפט המנהלי המסורתי לא הכיר בסעד כספי. בעבר, בג"ץ יכול היה לקבוע שהחלטה בטלה או לבטל אותה באופן יחסי או להוציא צו מניעה אבל הוא לא פסק סעד כספי.

החידוש שבישר על מה שעתיד לבוא, היה החלטתו של השופט ברנזון בעניין שיכון בינוי ופיתוח (פסיקה בסילבוס), ברנזון נקט בצעד משמעותי והוביל לכניסת סעד הפיצוי לשטח המשפט המנהלי. יחד עם זאת, היו מחלוקות באשר לדרך שבה עשה זאת, מאחר ולא עשה זאת דרך המשפט המנהלי אלא באמצעות סמכות בג"ץ. בענפי משפט אחרים אם אדם מפר חוזה סעד התרופות מעוגן בדין

המהותי- זה כמובן תלוי בסמכות ובערכאה. ברנזון הלך בדרך ההפוכה, לשיטתו בג"ץ כבר הוסמך לדון בעניינים שקשורים במתן סעד למען הצדק שאינן בסמכותו של בית משפט אחר. השאלה שברנזון ענה עליה בחיוב היא האם פיצויים כספיים עשויים להידרש למען הצדק. נקבע שבג"ץ מוסמך לפסוק פיצוי מטעמי צדק (אין לבג"ץ באמת אומדן לפיצוי), הסמכות מעוגנת בסמכות השיורית שלו על דרך האומדנה השיפוטית.

בפס"ד מיגדה השופט ברק עמד על הבעייתיות בפסיקתו של השופט ברנזון ועל היעדר מקור הפיצויים לכאורה בחוק. השופט ברק כמנהגו ניסה לעשות סדר והוא הרחיב את סמכות בית המשפט, הוא ציין שהסמכות למתן פיצויים היא חלק מהמשפט המנהלי- זה עיקרון על במשפט המנהלי, מה שמותר לבית משפט מחוזי וודאי שיהיה מותר לבג"ץ, עדיין לא ברור לנו מה מעבר להגדרת הסמכות המקור החוקי ומדוע מותר לפסוק פיצוי אומדן.

השופט חשין ניסה להביא סדר בדברים בעניין מאליבו נ' חברת החשמל, הייתה עתירה של חברה שלא זכתה במכרז והוכח שהיה לה את הזכות לזכות במכרז. בית המשפט דן שם מכוח דיני הנזיקין ודיני החוזים ביחס לפיצוי שהגיע למאליבו וקבע שהפרת מכרז כמוה כהפרה של המשפט המנהלי- ז"א שאם מפריס מכרז זה לא שונה מקבלת החלטה בהיעדר סבירות קיצונית. קיים עיקרון לטיני שקובע שהסעד הולך אחרי הזכות- ז"א שאם יש זכות מנהלי לדבר מסוים צומח ממנה גם סעד שמטרתו לממש את הזכות. אם לא את הזכות בעין אז לפחות את הזכות בקירוב. הסעד בפס"ד מאליבו לא נובע מסמכות בג"ץ ולא מעקרון החוזים, אלא מהמשפט המנהלי שמחייב התקשרות בחוזה עם מאליבו מכוח דיני המכרזים.

בפועל, הפסיקה כיום לא הלכה אחרי ההלכה הזו, אפשר לראות זאת במקרים שבהם ההליך לא מנהל אפילו בבג"ץ אלא בבית משפט לעניינים מנהליים. עדיין נפסקים פיצוי אומדן. הזכות לפיצוי כספי :

בעבר הרחוק לא היה זכות כזאת בבג"ץ .

ברנזון – מכוח הסמכות השיורית (אומדנה + סעד מן הצדק)

ברק – מכוח המשפט המנהלי(אומדנה)

חשין – אם יש ממשק בין הפרת זכות במשפט המנהלי למשפט האזרחי כמוה כפגיעה שמצמיחה סעד (אומדנה)

כיום- בית המשפט לא קבע מסגרת של איך פוסקים את סעד הפיצויים- זה נשאר בבית משפט לעניינים מנהליים על דרך של אומדנה.

כחשין דיבר על גישתו הוא דיבר על זה שבבית המשפט לעניינים מנהליים ידונו בזה.

מאמרו של יואב דותן " עילות תביעה ציבוריות ופיצויים ללא אשם" (מומלץ לקרוא את מאמרה של דפנה ברק ארז כפי שהוא מופיע בסילבוס) :

אומר המלומד דותן במאמרו שבפס"ד של חברת חשמל נ' מאליבו בית המשפט העליון הכיר בכך שמי שנמנעה ממנו שלא כדין זכייה במכרז זכאי לפיצויים מלאים על אובדן הרווח הצפוי מביצוע העבודה. זאת לא ההלכה, עדיין הולכים לפי האומדנה אבל הביסוס שנתן בית המשפט לעניין מאליבו היה המשפט המנהלי ופיצוי מלא. השופט חשין למעשה דיבר על אומדנה מוחרגת- פיצוי מלא.

לבית המשפט יש בעיה לתת סעד של פיצוי מלא – עקב שיקולים מערכתיים- כי זה בא על חשבון הציבור- על הכיס של הציבור , אין לכך עיגון חוקי ועדיין רוצים לתת פיצוי מלא מכוח המשפט המנהלי. אם אתה מפר מכרז אתה למעשה מפר חוזה – לפי גישתו של חשין.

** לכתוב בקיים מה הפיצוי שמגיע, מה השופטים יחליטו ואיך הם הגיעו לכך – אומדנה שיפוטית / פיצוי מלא-מוחרגת.

** בפסיקה החדשה אנחנו רואים שפוסקים פיצויים על פי אומדנה ולא פיצויים מוחרגים.

**** לשלוט בתנאי סף לבחינה****

בטלות יחסית ותוצאות הפגם המנהלי

הגענו לשלב שבו אנחנו מדברים על תוצאות הפגם של הרשות המנהלי, האם מבטלים את ההחלטה או שיש דרכים אחרות. היום נגלה שיש מגוון רחב של דרכים ושיקולים שמדריכים את בית המשפט בבואו לדון בפגם המנהלי ותוצאותיו.

רשימת קריאה – חשוב לקרוא

1. רע"פ 4398/99 - הראל נ' מדינת ישראל
2. בג"צ 2911/94 - פרשת "עבדול באקי"
3. רע"פ 2413/99 - גיספן ' התצ"ר

הדוקטרינה של הבטלות היחסית יצרה מציאות שלא כל פגם מנהלי מביא באופן אוטומטי לבטלות ההחלטה. ז"א שרק פגם שבית המשפט התרשם שהוא פגם מהותי יביא לביטול ההחלטה. לעומת זאת, פגם טכני לא יביא בהכרח לביטול האקט המנהלי גם אם הוא נעשה בחוסר סמכות או שלא בהתאם לפרוצדורה שקבועה בחוק.

שאלת המפתח שנצטרך לדון בה היא מהי ההגדרה של אותו פגם טכני והפרשנות שניתנה לעניין זה בבית המשפט ובסופו של דבר אנחנו נראה שלבית המשפט יש גמישות בכל מה שקשור לחתירה לקבלת התוצאה הרצויה מבחינתו, ז"א שבית המשפט בניגוד לעבר אם נעשתה פעולה מנהלתית בחוסר סמכות נקבעה לגביה שהיא VOID – מבוטלת מעיקרה, לא היו משחקים משחקים, היו בודקים אם פקיד קיבל החלטה מנהלית שהיא לא תחת סמכותו היו מבטלים את ההחלטה מעיקרה, בית המשפט אומר שאפילו לא צריך החלטה שיפוטית כי היא מבוטלת מעיקרה. עם השנים, חל ריכוך בגישה הזו ובית המשפט היום בוחן הרבה פרמטרים שלא בהכרח ניתן לצפותם מראש, למרות שיש הפרות מנהלתיות וקבלת החלטות שלא בסמכות בית המשפט אפילו משאיר את ההחלטות בתוקף כאילו התקבלו כדין. או שהוא משהה את הביטול או קובע תנאים אחרים.

רע"פ 4398/99 - הראל נ' מדינת ישראל – בוצעה תקיפה עקיפה של הסמכות השלטונית. במקרה הזה נהגת המשיכה לנהוג למרות שנשלל הרישיון שלה, משום ששלילת הרישיון נעשתה מבלי שימוע קודם לכך. קצין משטרה צריך לערוך שימוע לפני שהוא מחליט על פסילה מנהלתית של רישיון, במקרה הזה הנהגת נתפסה נהגת שיכורה ברכב ונידונה בבית המשפט לתעבורה בת"ד לשישה חודשי פסילה נוספים. לאחר שבית המשפט המחוזי דחה את הערעור שהיא הגישה היא המשיכה לבקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון בטענה שהפסילה מההתחלה לא הייתה חוקית ולכן כל מה שנובע מהפסילה, כלומר, כל ההליך כולל מה שהיה בבית המשפט לתעבורה בטל מעיקרו. בעניין הזה השופט יצחק זמיר נדרש לא רק לדוקטרינה של הבטלות היחסית אלא גם לשאלות הנוגעות לעקיפה ישירה ועקיפה של החלטה מנהלתית שהתקבלה בחוסר סמכות.

השופט זמיר - "ההלכה בדבר בטלות יחסית שראוי היה לקרוא לה לשם הדיוק "חוקיות יחסית" אומרת שיש להפריד במסגרת הביקורת השיפוטית על החלטה מנהלתית ב2 מישורים – הפגם בהחלטה והמישור השני נפקות הפגם, במישור הראשון בית המשפט צריך לבדוק אם נפל פגם בהחלטה, יכול להיות פגם של חוסר סמכות או פגם של זכות הטיעון, ניגוד עניינים שיקולים זרים וכדומה, אם קבע בית המשפט במישור הראשון שנפל פגם בהחלטה או אז עליו לשקול במישור השני את נפקות הפגם- מה הסעד הראוי" – יש למעשה הרחבה של שיקול הדעת המשפטי. השיקולים של בית המשפט בשני המישורים שונים מאוד, אפשר שפגם מאותו הסוג יוביל במקרים שונים לתוצאות שונות לפי הנסיבות של כל מקרה.

יש לנו כאן פגיעה בוודאות, אנחנו לא יודעים ממקרה למקרה איך יכריע בית המשפט אחרי שיש פגם מנהלי, מה יהיו התוצאות של אותה הפרה- האם זה מביא לביטול או להשהיה?

מה שחשוב להבין, בכל האמור בבטלות יחסית יש משמעות כבדה לשאלה האם ההחלטה המנהלתית הותקפה באמצעות תקיפה ישירה או עקיפה. דרך התקיפה אומר השופט זמיר עלולה להכתיב את תוצאות.

לפי ההלכה, התקיפה העקיפה תהייה מועילה רק כאשר הפגם היה מביא לתוצאות בטלות, למרות שיש שחיקה של הכלל הזה בפסקי הדין שניתנו לאחרונה.

מה ההבדל בין תקיפה ישירה לעקיפה?

כאשר יש לי החלטה, נניח אנחנו לוקחים את ההחלטה של אותו גוף, במקרה הזה משטרה, לשלילת רישיון. מדובר בהחלטה מנהלית, לפי סמכות שהייתה להם לשלול את הרישיון לתקופה מסוימת. יש 2 אפשרויות:

תקיפה ישירה – נניח שקיבלתי הביתה את המכתב ואני רואה שפסלו את הרישיון שלי, תקיפה ישירה זה אומר שאני צריך לפנות לבית המשפט המוסמך (מחוזי), אני מגיש עתירה ישירה וחזיתית כנגד ההחלטה.

זמיר אומר שיש חשיבות אם זה נעשה באמצעות תקיפה ישירה או עקיפה.

תקיפה עקיפה – כאשר הטענה עולה כדרך אגב או בפרשת ההגנה / התמודדות של נאשם.

כאשר זה עולה בתקיפה עקיפה מי שיוזם את ההליך הוא התוצאות של החלטת אותו קצין, במקרה הזה פסילה מנהלתית של הרישיון ובית המשפט לענייני תעבורה. כלומר, בבית המשפט היא לא תקפה את ההחלטה אלא הייתה צריכה להתגונן והעלטה ברשות הערעור שלה (חלף זמן) היא אמרה שזה נעשה בחוסר סמכות ולכן לפי דוקטרינת הבטלות מעיקרה, כל מה שנובע מהפגם המנהלי שנעשה בחוסר סמכות- בטל!

מאחר והיא העלתה את זה מאוחר, יש סממן של מאין חוסר תום לב מצידה כי היא חיכתה וכשהיא נזכרה האינטרס הציבורי נפגע. המעשה שלה אושר, בית המשפט קיבל את הטענה שהיא נהגה בשכרות ורק בסוף ההליך היא טענה שהקצין לא ערך לה שימוע.

תקיפה עקיפה נעשית רק בבית משפט אזרחי, היא לא נעשית בבית משפט לעניינים מנהליים ולא בבג"ץ ששם התקיפה היא ישירה. השופט זמיר אומר שיש משמעות גדולה לעניין הבטלות ואם זה נעשה באמצעות תקיפה ישירה או עקיפה. אם זה נעשה בתקיפה ישירה הסיכוי לביטול ההחלטה הוא גבוהה יותר כי אותו אזרח מעלה פגם מנהלי, חזיתית תוקף את ההחלטה וניתן לתת לו סעד של בטלות.

אם זה נעשה בתקיפה עקיפה זה קשה יותר אבל לא בלתי אפשרי, זה אפשרי כאשר ההחלטה התקבלה בחוסר סמכות (מי ששלל ממני לא היה קצין אלא פקיד) גם אם זה בתקיפה עקיפה בגלל שזה חמור מאוד זה יתבטל.

במקרים של העדר טיעון השופט זמיר אומר שבמקרה כזה לנוכח העובדה שמדובר בתקיפה עקיפה שהיא לא יזומה וגם לא הייתה בזמן אז לא יבטלו את ההחלטה הזו.

יש לנו פרשה נוספת, **בג"צ עבדול באקי** – בעניין הזה נידונה טענתו של חבר המועצה המקומית כפר קארה שמונה ע"י החברים שלו למועצת העיר לשמש כנציג הרשות בועדה האזורית לתכנון ובנייה. הממונה על המחוז במשרד הפנים חתם על המינוי אבל זה לא פורסם ברשומות, במקביל פרץ משבר פוליטי בכפר קארה ולאחר חודשיים מועצת העיר הצביעה על חבר אחר לכהן באותו תפקיד. בית המשפט העליון נדרש בעתירה זו להכריע בסוגיית המינויים ותוקפם. אחת השאלות שעלו בעניין המינוי היא האם היה צריך לאפשר שימוע לאותו חבר מועצת העיר לפני שבטל המינוי.

השופט לנדוי בפרשה אחרת קבע את ההלכה שלא תמיד תגרום הפרה של אחד מכללי הצדק הטבעי לבטלות הדין המנהלי מעיקרו. המבחן גמיש, יחסי הדברים תלויים במידת הפרה ונסיבותיה.

גם כאן, בית המשפט חוזר ואומר שלפי התיאוריה של הבטלות היחסית בית המשפט צריך לשקול את חומרת הפרה, אם מדובר בתקיפה ישירה או עקיפה, האם ההחלטה מותקפת על ידי אדם שנפגע ממנה במישרין או ע"י אדם אחר, מתי מותקפת ההחלטה, מה הנזק שנגרם לאדם, מה הנזק שעלול להיגרם לציבור מביטול ההחלטה ומה הסיכוי לתקן את המעוות בדרך של שימוע מאוחר.

מה שקורה במועצות בדר"כ כשיש מינויים פוליטיים, זה היה סוג של "תפיסת כותרות", למעשה מדובר בניסיון לעורר דיון ציבורי. בעניין של כפר קארה מי שצריך לקבוע מי יעמוד כחבר בועדה זה מנכ"ל הרשות, גם כאן המנכ"ל הוא פונקציה שממונית ע"י ראש העיר והוא למעשה עושה מה שראש העיר אומר לו. מדובר למעשה במעגל, ההחלטה המנהלתית מתקבלת ע"י פונקציה ציבורית שממונית ע"י איש ציבור ומי שממונה זה חבר מועצה ולא בבחירות דמוקרטיות.

התקבלה החלטה של מנכ"ל העיריה שהוא מינוי של ראש העיר לבטל את המינוי של אותו חבר מועצת עיר מבלי לערוך לו שימוע. בית המשפט קבע בעניין הזה שההפרה של חובת השימוע גורמת לביטול ההחלטה שהתקבלה אבל לא מונעת קבלת החלטה חדשה לאחר שימוע, במקרים כאלה אומר בית המשפט שהוא מחזיר את העניין לרשות המוסמכת כדי שתדון בו מחדש ובמסגרת הדיון יתקיים שימוע כהלכתו. בית המשפט אומר שבמקרים כאלה כדאי שגורם אחר שלא דן או לא היה אמור לדון בשימוע מההתחלה הוא זה שידון – רק בגדר המלצה, הוא לא קובע הלכה חד משמעית ששימוע צריך להיעשות ע"י אדם נטרלי אחר. למעשה, מה שאומר בית המשפט שעל הרשות המוסמכת לשקול מחדש את העניין כאילו מעולם לא קיבלה החלטה בעניין זה. אמנם בדר"כ הפרה של חובת השימוע תגרור ביטול של ההחלטה אבל אם יש טעם שימנע את הביטול אז בית המשפט יפעל כדי לאפשר לרשות לתקן את הפגם מבלי לבטל את ההחלטה.

רע"פ 2413/99 - גיספן ' התצ"ר – בפס"ד זה נפסק שלא כל טעות ואפילו לא כל הפרה מהותית יגררו בטלות. יש להבחין בין הפגם לבין תוצאותיו. בכל מקרה שבו נפל פגם יש לבדוק את הנסיבות, את מהות הפגם ולהתאים את הסעד כל הנסיבות. ז"א שממקרה למקרה זה משתנה. בית המשפט משאיר לעצמו שיקול דעת רחב לכל מה שקשור לתוצאות הפגם המנהלי, הוא לא בהכרח מבטל את ההחלטה גם אם מדובר בהחלטה שהיא בחוסר סמכות.

המציאות מורכבת אומר בית המשפט והתפיסה המסורתית מתעלמת מהמיוחדות של הנסיבות של כל מקרה .

על הגישה שמותירה את תוצאות הפגם המנהלי לשיקול דעתו של בית המשפט תוך טשטוש הכללים המנחים נמתחה ביקורת מצד מלומדים כדוגמת דפנה ברק ארז במאמרה על מכירן של זכויות, לטענתה, מתן שיקול דעת כה נרחב לבית המשפט בדיעבד פוגע בזכויות הפרוצדורליות כגון זכות השמיעה וזאת היות שכל מקרה גם אם הרשות הפעילה סמכות או פגיעה בזכויות הפרוצדורליות של אזרח עדיין יכול להיות שיהיה תקף. בית המשפט לא מבצע את אלמנט ההרתעה ולא מגן על הזכויות – אולי אם בית המשפט היה עושה זאת הרשויות לא היו פוגעות בזכויות.

כללים ברורים לכאורה :

1. עושים אבחנה בין פגם מהותי לפגם טכני. (לא פגם שיורד לליבה של הרשות המנהלית).
 אם זה פגם מהותי שיורד לשורש העניין בודקים אם הוא חריגה מסמכות – בעבר היה בטל מעיקרו, היום על הכל חלים אותם כללים של גמישות, שיקול דעת רחב ובטלות יחסית. לעומת זאת, אם מדובר בפגם אחר (כללי הצדק הטבעיים, סבירות, הגינות) – בטלות יחסית. – על הכל ניתן להתגבר באמצעות בטלות יחסית.
 לדוגמא: בחוק טל- עניין הגיוס, בית משפט קבע פעם אחר פעם שהממשלה פועלת בניגוד לחובתה הן מבחינת סבירות, הגינות וכדומה. בסוף בטלות יחסית- אומרים שתשבו ותדונו ותחזרו אליי לתשובה עוד שנה – זה היה ככה עשרות שנים ועד היום זה לא הוסדר.
 דוגמא נוספת- בנייה לא חוקית, יכול להיות שעדיין ישתמשו בבטלות היחסית בגלל הסתמכות של הציבור ובאינטרס הציבורי.

המשפט המנהלי הגיע למצב שלא מבחינים בין הבטלות המוחלטת לבין הבטלות היחסית – על הכל חולש הבטלות היחסית. כאשר הרשות פועלת גם בהיעדר סמכות וגם באופן פגום לרשות השופטת יש שיקול דעת רחב אם להכריז בדיעבד על מעשה מנהלי כבטל או תקף.