

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

מחברת בחינה

משפט מנהלי

ד"ר שרון וינטל

המכללת האקדמית נתניה, משפטים, שנה ג' ערב, תשע"ח

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

תוכן

3	מבוא
6	משפט ציבורי
7	מושג היסוד הוא הסמכות המנהלית
8	האישיות המשפטיות במשפט המנהלי
19	עקרונות היסוד של המשפט המנהלי
25	מקרים מיוחדים שמהו בעקרון חוקיות המנהל משתנה :
26	עיקרון חוקיות המנהל
29	עקרונות יסוד :
37	החובות של הרשות "כנאמן" :
42	ההבדל בין "זכות עיון פרטית" ובין "זכות עיון ציבורית" :
44	"כלל ההסדרים הראשוניים"
49	מבחני הפסיקה - מבחני עזר לפרשנות
49	(1) פגיעה בחרויות הפרט / בעקרונות חוקתיים
50	(2) מידת ההשפעה על הציבור
52	(6) הפיכות ההחלטה
52	(7) מורכבות משפטית/ מורכב מבחינות אחרות/ רגישות הסוגיה
70	סמכויות עזר
76	"הסמכות הטבועה של בתי המשפט"
79	הסמכויות השיוריות של הממשלה
80	המגבלות על הפעלת סעיף 32 (פרשנות)
93	מעורבות הגורם הזר בהחלטה
119	המשך- נטילת סמכות :
127	המשך- נטילת סמכות :
129	תורת הפעלת שיקול דעת מנהלי
135	המשך- תורת הפעלת שק"ד :
140	"רגשות הדת" :
144	המשך- תורת הפעלת שק"ד :

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

29 באוקטובר 2017

Sharon-w@bezeqint.net

הסברים לקראת השנה:

עבודה 10%

מבחן בחומר פתוח – 90%

מבוא

במשפט המנהלי אנחנו תמיד מחפשים חוק שמעניק לאיזושהי רשות תפקיד ציבורי.

פס"ד איגוד האינטרנט הישראלי – במקרה הזה אנחנו מדברים על חוק העונשין – ס' 229 לחוק העונשין (בד"כ לא קשור למשפט המנהלי אלא למשפט הפלילי, אבל לפעמים הוא יכול גם להעניק תפקיד ציבורי ולעניין את המשפט המנהלי).

במקרה זה מדובר במפקד מחוז במשטרה רשאי לסגור מקום שמתנהלים בו הימורים.

אנחנו לאורך כל השנה נחפש מי הרשות שקיבלה את התפקיד הציבורי. במקרה דנן, מפקד מחוז במשטרה הוא הרשות השלטונית והיא קיבלה את התפקיד להילחם בהימורים. איך נלחמים בהימורים? אם מגלים מקום שיש בו הימורים איך נאבק בתופעה? מה התפקיד הציבורי שלו? הוא רשאי לסגור. מפקד מחוז המשטרה קיבל סמכות לסגור מקומות שמתנהלים בהם הימורים. תופעת ההימורים היום, לרוב, היא באינטרנט, יש אתרי הימורים ואפשר להמר על כל דבר. מפקד המחוז אמר אוקיי, יש לנו תופעה כזאת של הימורים באינטרנט שמגלים מילארדים, זה מפריע לנו, בוא נעשה משהו, מה נעשה? נסגור. השאלה היא איך סוגרים? את מה סוגרים? אין איזה מועדון שאפשר לבוא ולסגור, אלא מדובר באתרי אינטרנט, האם אפשר לסגור אתרי אינטרנט? הם לא פועלים בכלל מהארץ אלא מהעולם, איך תסגור? אין סמכות במדינות אחרות, אין יכולת פיזית אפילו לסגור אתר. אני יכול להגביל את הגישה של הגולשים הישראלים. אפשר להוציא צו לספקי האינטרנט, לחסום גישה לאתרי הימורים עבור הגולש הישראלי.

מה שראינו עד עכשיו זה שיש רשות שקיבלה תפקיד ציבורי ושקלה האם להפעיל את הסמכות שניתנה לה והחליטה שכן והוציאה צו.

מה השאלה הבסיסית שמתעוררת פה?

יוצאים מנקודת הנחה שהחוק הוא חוקתי. השאלה היא האם הרשות פעלה על פי החוק? האם היא פעלה במסגרת החוק או שהיא חרגה מסמכותה. איזה שאלות עלולות להתעורר במקרה זה?

האם לסגור זה רק פיזית? לבוא למקום פיזית ולסגור או שלסגור זה לחסום גישה גם לאותו מקום?

השופטים מבינים שאנחנו חיים בעולם של הרשת, בעולם הדיגיטלי וצריך להתאים את המשפט לכך, לכן, הפרשנות היא כן לאפשר פעולה גם בעולם האינטרנטי, לכן, כל השופטים מסכימים שמקום זה גם אתר אינטרנט כי גם שם יש מקום שמתנהלים הימורים.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

האם לחסום גישה זה כמו לסגור? למי מצווים?

לפי הסמכות, לפי התפקיד, התפקיד הציבורי שלי מאפשר לי לפגוע במי שאחראי על ההימורים, במי שמנהל את אותו מקום בו מתנהלים ההימורים. מה עושה מנהל המחוז בנוגע לאינטרנט? הוא הולך לצד שלישי שלא קשור להימורים ואומר לו שהוא לא יאפשר גישה להימורים. הצד השלישי אומר אני לא יכול בכלל, אתה לא יכול לפנות למי שלא קשור בכלל ולחייב אותו לחסום גישה.

רוב של בית המשפט אכן קבע שלא ניתן לחייב צד ג' שלא קשור להימורים לעזור למשטרה לאכוף את החוק. השופט סולברג בדעת מיעוט חשב שכן ניתן וההסבר שלו שזה פעולה שנדרשת כדי להבטיח את חסימת המקום. אם יש למשל מקום פיזי שמתנהלים בו הימורים וסגרת אותו ואתה רוצה למנוע מאנשים להגיע לשם וצד ג' מחזיק את השביל, אתה יכול להגיד לצד ג' לשים גדר שאנשים לא יגיעו לשם. אותו דבר לספקי צד ג', נכון שאתם לא קשורים אבל אתם הצינור, אתם מחברים את הגולש הישראלי עם אותם הימורים, אל תיתנו את המעבר. זאת דעת המיעוט שלו.

מה עושה המחוקק כאשר בית המשפט קובע ברוב דעות? מחוקק חוק חדש שמסכים להוציא צווים לחסימה לצדדים שלישיים וכו'. בלי החוק הזה לא הייתה סמכות ואי אפשר היה לחייב את צדדי ג' לחסום את הגישה לאתרים.

דוגמא נוספת – פס"ד אבו ערפה –

מה אומר החוק? סעיף 11 לחוק הכניסה לישראל – שר הפנים רשאי, לפי שיקול דעתו, לבטל רישיון ישיבה בארץ. מי הרשות שקיבלה תפקיד ציבורי? שר הפנים. קיבל תפקיד להחליט מי יכול לשבת בארץ ומי לא, הוא יכול לבטל רישיון ישיבה בארץ. הוא קיבל סמכות מאוד רחבה מכיוון שזה לפי שיקול דעתו. למה הסמכות היא מאוד רחבה? יש רעיון מאחורי הדבר הזה. בדרך כלל החוק הזה חשב על כניסה לישראל של זרים, זה יכול להיות מהגרים או תיירים שבאים לישראל. למה לתת סמכות כל כך רחבה לשר הפנים? איזה עקרון חוקתי מסתתר פה? מה הזכות של המדינה? הזכות של המדינה לשמור על בטחון אזרחיה וגם עקרון ריבונות המדינה. מה זה אומר שהמדינה ריבונית? המדינה אחראית על גבולותיה והיא קובעת מי ייכנס ומי לא ייכנס. דוגמא: אתה יכול להגיע לארה"ב וארה"ב לא מחויבת להכניס אותך, היא יכולה להחליט שאתה לא נכנס ואין לך מה לעשות עם זה. בישראל, אין זכות קנויה להיכנס לישראל ושר הפנים יכול לא להכניס אותך. הרבה פעמים זה יכול להיות שתם כי מישהו לא בא טוב לשר הפנים בעין והוא לא יכניס אותו וקשה מאוד להתחבט בהחלטות כאלה.

פס"ד אבו ערפה מתעסק במשהו אחר – עוסק בערביי מזרח ירושלים.

איך קרה הדבר שהם הפכו להיות תושבים של ישראל? הייתה מלחמת ששת הימים, בשנת 67', ישראל כבשה את השטחים, כולל מזרח ירושלים, רמת הגולן, סיני והחליטה לספח את ירושלים ואת רמת הגולן. זה אומר שהדרוזים ברמת הגולן הם תושבים של ישראל גם אם הם לא הופכים לתושבים, מבחינתם הם תושבים של ישראל וכך גם ערביי מזרח ירושלים הם תושבים של ישראל. מכיוון שמדובר בפלסטינים שאין להם זיקה לישראל ויש להם זיקה לגדה, בדרך כלל הם מקבלים רישיון לתושבות קבע ושומרים על זיקה לגדה. ישראל הכירה בעניין הזה, הם לא מקבלים אזרחות אלא תושבות קבע. אבל, בהסכמי אוסלו, ישראל הכירה בזה שהם

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

יכולים לבחור בבחירות של הרשות הפלסטינית כי הזיקה שלהם היא לרשות הפלסטינית והם יכולים גם להיבחר. לאורך השנים, חלק מערביי מזרח ירושלים מימשו את האפשרות הזאת ונבחרו בבחירות לרשות הפלסטינית ברשימה שמזוהה עם חמאס – רשימה שנקראת הרפורמה והשינוי, רשימה חמאסית. נכנסו לפרלמנט הפלסטיני.

מה הנימוקים שיכולים להיות לשר הפנים לשלול להם תושבות?

- יש כלים להתמודד עם סכנה ביטחונית לכן, לא רלוונטי.
- הנימוק החשוב הינו נאמנות בסיסית למדינה שבה אתה יושב – בחוק הכניסה לישראל אין זכר לדבר הזה. שר הפנים חשב שמי שנבחר ברשימה חמאסית לרשות הפלסטינית הוא מביע בזה חוסר נאמנות למדינה שבה הוא יושב כי ידוע שחמאס הוא ארגון טרור שלא מכיר בישראל ומכאן, על פי ההפרה הזאת של נאמנות בסיסית למדינה, מוצדק להפעיל את הסמכות השלטונית שלו ולשלול את רישיון הישיבה שלהם בארץ. לכאורה, כשקוראים את החוק, האם יש לו סמכות לעשות את זה? כן. כתוב רשאי לפי שיקול דעתו לבטל את הרישיון.

איך המשפט המנהלי נכנס פה? המשפט המנהלי באמצעות כל מיני דוקטרינות, יכול לקחת את כל מה שנראה ברור ולהגיד שאין סמכות.

כלל אחד – עקרון החוקיות ביחס לפגיעה בזכויות יסוד. איזה זכויות יסוד יש כשמגרשים מישהו מהארץ? כבוד האדם, שוויון, הזכות לחיי משפחה (יכולים לנתק אדם ממשפחתו, הורות וכו'). אומר הכלל הזה, כשאתה בא לשלול זכות יסוד אתה חייב לעשות את זה על סמך הסמכה מפורשת בחוק.

מה אין פה? תושבי מזרח ירושלים בכלל לא מוזכרים במקרה לעיל, יש להם מעמד שונה מהשאר. דוגמא: תיירים ומהגרים – אין להם זכות קבועה לשבת בישראל. המדינה יכולה להגיד לתיירים שהם לא יכנסו כי ישראל מדינה ריבונית ולא בא להם אבל תושבי מזרח ירושלים היו פה לפני, הם ילידי המקום, ישבו שם, כמה דורות. כשאתה בא לילידי המקום, החוק הזה נחקק בשנות ה-50, אף אחד לא חשב בכלל שהוא מתייחס לתושבי מזרח ירושלים, זה חוק שעוסק בתושבים ומהגרים. לכן, המחוקק בכלל לא בחן את הסוגיה של ילידי המקום. הסמכות הכללית והרחבה הזאת לא מתאימה לילידי המקום שאנחנו פוגעים בזכויות יסוד שלהם – יש בעיה עם הסמכות, זה לכאורה נראה קל, אבל יש בעיה.

כלל שני – כאשר מדובר בעניין עקרוני מהותי, מה עושים עם ערביי מזרח ירושלים? איזה מעמד יש להם ואיך זה שונה מאחרים? מה המשמעות של המעמד המיוחד שלהם? כל זה זו סוגיה עקרונית שנויה במחלוקת שאמורה להיות נידונה בכנסת. מה עושה הכנסת? היא לא קבעה אם יש בכלל עילת חוסר נאמנות לגבי ערביי מזרח ירושלים ואם אפשר לגרש אותם, מה שהכנסת עושה, היא משאירה את הכל לרשות המבצעת, שר הפנים יחליט. הכלל של המשפט המנהלי אומר שבעניינים עקרוניים מהותיים, מי שצריך בדמוקרטיה לקבל את ההחלטה זה המחוקק ומה עושה המחוקק? שותק, מעביר את כל שיקול הדעת לרשות המבצעת, את זה הוא לא יכול לעשות ומכאן אפשר להבין שאין סמכות ביחס לערביי מזרח ירושלים. אתה יכול לגרש כל אחד שהוא תייר אבל לא את ילידי המקום עד שהכנסת תקבע בחוק שלילת אזרחות על בסיס הפרת נאמנות ותקבע את כל התנאים.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

עד כאן היה פתיח של הקורס.

משפט ציבורי

המשפט המנהלי הוא חלק מהמשפט הציבורי.

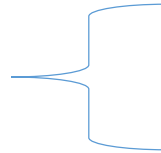
המשפט הציבורי עוסק בסכסוכים בין הפרט לבין השלטון בתחום התפקיד הציבורי של רשויות השלטון.

יכול להיות סכסוך חוזי בין פרט לשלטון אבל זה עדיין יכול להיות חלק מהמשפט הפרטי כי זה לא נוגע בתקפיד הציבורי של רשויות השלטון אלא בעניינים שהמדינה פועלת במשפט הפרטי, כשהיא עושה חוזה, היא פועלת כמו פרט שעושה חוזה.

משפט חוקתי –

רוב הפעולות שהתייחסנו אליהם במשפט החוקתי היו חוקים. לכן, בד"כ אנחנו מדברים על:

מה הופך את זה למנהלי? שיש כרסום
בעקרון חוקתי כתוב/בלתי כתוב.



חוק

או

החלטה מנהלית של הרשות המבצעת

מה שעניין אותנו במשפט החוקתי זה כל מה שהשלטון עושה שמכרסם באיזשהו עקרון חוקתי שאו מכרסם בחוקי היסוד או בלתי כתוב. מה התפקיד הזה? מה הוא נותן לנו? הוא נותן לנו את אכיפת שלטון החוק המהותי (לא רק הכל פורמאלית לפי החוק אלא שהכל מתאים לערכי היסוד של השיטה).

נקודת המוצא למשפט המנהלי: כל חוק מניחים שהוא חוקתי.

הנקודה שבה המשפט החוקתי יכול להפגש עם המשפט המנהלי זה בתחום של החלטה מנהלית של הרשות המבצעת שמכרסמת בעקרון חוקתי.

דוגמא: איך החלטה של מפקד מחוז המשטרה יכולה לכרסם בעקרון חוקתי? אם אני סוגר מועדון שהטענה שלי היא שיש שם פעילות של הימורים – אני פוגע בחופש העיסוק.

✓ אם יש כרסום בעקרון חוקתי ← אנחנו במשפט החוקתי.

✓ שמירת דינים מחלישה מאוד את המשפט החוקתי אבל נשארים עם המשפט המנהלי.

מה עושה המשפט המנהלי?

בודק האם פעולות הרשות המבצעת על פי חוק הוא בהתאם לכללים שנקבעו בפסיקה (אכיפת שלטון פורמאלית). כל מה שאנחנו אוכפים זה את שלטון החוק הפורמאלי.

במשפט המנהלי יש לנו חוק, החוק חוקתי, אנחנו לא מתווכחים עם חוקתיות החוק אנחנו רק בודקים אם מה שהרשות המנהלית עשתה הוא על פי החוק ועל פי הכללים שנקבעו בפסיקה, זה שלטון החוק הפורמאלי. האם הכללים נקבעו על פי החוק?

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

➤ כשלא מדובר בביקורת שיפוטית על חוק אלא על החלטה מנהלית של הרשות המבצעת, במצב כזה גם המשפט החוקתי יכול לחול וגם המשפט המנהלי.

לא נוגעים אף פעם בפסקת ההגבלה – גם אם תהיה תכולה למשפט החוקתי בתוך המשפט המנהלי, אנחנו רק נציין שיש אפשרות לתכולה של חוקתי של פסקת ההגבלה, בלי לבדוק את זה.

סיכום ביניים:

- במשפט החוקתי נבדוק מה עם זכויות האדם.

- במשפט המהותי אנחנו נבדוק האם מה שהרשות המנהלית עשתה הוא על פי החוק.

תחום משפט נוסף שהוא בסכסוך בין הפרט לשלטון –

משפט פלילי -

יש רשויות שקיבלו את התפקיד להעמיד אנשים לדין, יש שקיבלו לשפוט ולהכריע את הדין.

מדובר בסכסוך, המדינה היא צד אחד לסכסוך, הפרט בצד השני, הסכסוך מגיע לבית המשפט. זה גם חלק מהמשפט הציבורי אבל לא מעניין אותנו בקורס הזה.

מושג היסוד הוא הסמכות המנהלית

איפה אנחנו ממוקמים במשפט?

"הסמכות המנהלית" (סמכות שלטונית)



סמכות במובן של "כוח" (טבלת ההופלד)



המשפט מעניק למישהו כוח, הוא מעניק לו את היכולת לשנות את מערך הזכויות והחובות של הכפוף. וזה נעשה באופן חד צדדי.

יש כוחות במשפט, גם לא במשפט הציבורי, למשל בדיני חוזים. צד הפר יסודית את החוזה, הצד שנפגע מההפרה מקבל כוח במובן המשפטי, הוא לא חייב לבטל את החוזה.

למה זה כוח? כי המשפט מעניק לך אפשרות חד צדדית, אתה לא חייב להגיע איתו להסכמה, חד צדדית אתה יכול לבטל איתו את החוזה.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

אותו דבר במשפט הציבורי ← הרשות המנהלית מקבלת כוח, האם זה חד צדדי לגמרי? צריך להתקיים בין הרשות לבין הפרט דיאלוג - ההגינות מחייבת והגינות היא אחת החובות שחלות על הרשות המנהלית, לתת הזדמנות למי שהולך להפגע מההחלטות שלה להתגונן מההחלטה.

הרשות צריכה לשמוע את הפרט, אבל עדיין היא מחליטה חד צדדית. דוגמא: אם ראינו את מפקד המחוז של המשטרה, אני יכול לשלוח לו מכתב שמפרט שהעסק שלי זה מועדון פוקר שמשחקים שם טקסס הולדן. הוא אומר שבמועדון לא משחקים על כסף ולכן, אי אפשר לקרוא למועדון מקום שמתנהלים בו הימורים ולכן, אין סמכות לסגור את המועדון. אני כמנהל יכול לטעון את זה והרשות יכולה לשמוע אותי אבל בסוף היא יכולה להחליט שסוגרים. למה יש פה כוח במובן המשפטי?

- האם היא משנה את מערך החובות והזכויות שלי? היה לי זכות להפעיל את המועדון וזה הקניין שלי ומחר זה יהיה סגור ואסור להיכנס לשם. איך היא עשתה את זה? חד צדדית, היא לא הגיעה איתי להסכמה, הרשות שמעה אותי אבל בסוף היא החליטה חד צדדית.

דוגמא נוספת: פס"ד אבו ערפה – האם הרשות הפעילה שם כוח שלטוני וסמכות מנהלית? מה עשה שם שר הפנים? אנשים, תושבי מזרח ירושלים שנבחרו לרשות הפלסטינית, היה להם זכות לשבת במקום שלהם תושבות קבע ואחרי החלטת שר הפנים, אין להם רישיון לשבת שם והם יגורשו מהארץ. זה מערך שינוי החובות והזכויות. האם זה חד צדדי? כן, שר הפנים יכול לשמוע את הטענות שלהם אבל להחליט חד צדדית.

זוהי סמכות מנהלית/שלטונית.

לא כל הסמכויות הן במובן של כוח ← יש סמכויות שלא מהוות כוח משפטי:

1. הזכות לייעץ – החוק אומר שאני יכול לייעץ לבעל הכוח. למה זה לא כוח בפני עצמו? כי או שהוא יקבל את העצה שלי או שהוא יתעלם ממנה, הוא בעל הכוח, הוא זה שיפעיל את הסמכות.

2. סמכות לחקירה עובדתית – וועדת חקירה, למשל משרדית, צריכה, לצורך העניין, לחקור תאונות ברכבת. אם אין לוועדה הזאת שום סמכות להסיק מסקנות אישיות כנגד מישהו, אז היא לא מפעילה כוח, כל מה שהיא עושה זה בירור עובדתי ומה שהיא עושה עם העובדות זה להעביר לשר התחבורה והוא למשל, יכול לפטר את מנכ"ל הרכבת. אז שר התחבורה הוא בעל הכוח והגוף עצמו הוא רק עוזר.

מכיוון שיש גם סמכויות שהם לא במובן של כוח, ההגדרה הכוללת לסמכות מנהלית לא תהיה רק כוח אלא היא יכולה להיות תפקיד ציבורי שהוטל על רשות מכוח החוק. התפקיד הזה יכול להיות להפעיל כוחות שלטוניים, הוא יכול להיות לייעץ לרשות אחרת וזה יכול להיות תפקיד של לבצע בירור עובדתי ללא הפעלת כוח כלשהו.

האישויות המשפטיות במשפט המנהלי

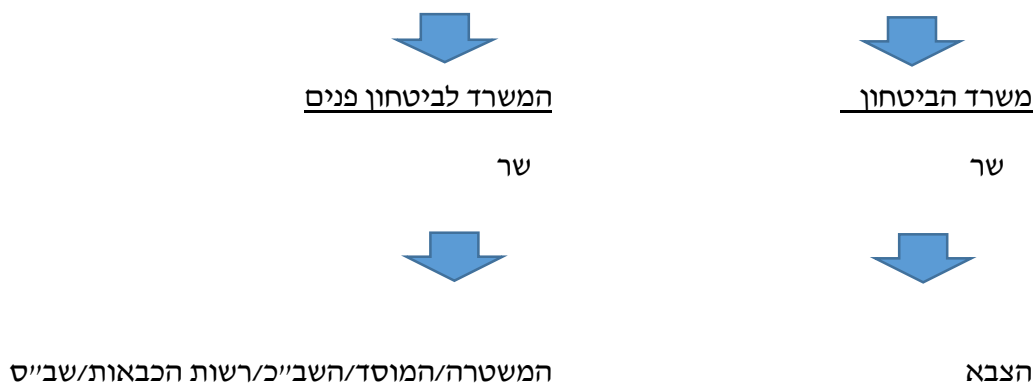
1. מדינת ישראל –

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

דווקא בד"כ אישיות משפטית לא במשפט הציבורי. מדינת ישראל היא אישיות משפטית מופשטת. אין מישהו שאנחנו יכולים להגיד שהוא מדינת ישראל. לכן, מדינת ישראל, כמו תאגיד המשפט הפרטי, גם הוא אישיות משפטית מופשטת (התאגיד לא יכול לפעול בשם עצמו). מדינת ישראל תלויה באורגנים שלה. מה שיעניין אותנו במשפט המנהלי זה קודם כל, אורגן אחד מרכזי שהוא הרשות המבצעת.

א. הרשות המבצעת - הכנסת למשל, יכולה לקבל החלטה על הסרת חסינות של חבר כנסת. משנה את מערך הזכויות והחובות שלו ונערך באופן חד צדדי על ידי הכנסת. גם הרשות המבצעת יש מקרים שהיא מפעילה אקטים מנהליים – למשל, פסילת מועמד בבחירות. יש את וועדת הבחירות של הכנסת שיכולה לפסול מועמד אבל החוק קובע שבית המשפט העליון מאשר, הוא כמו רשות מנהלית, מבצע אקט מנהלי. למה אקט מנהלי? שינוי מערך הזכויות והחובות באופן חד צדדי. למרות שהכנסת וביהמ"ש העליון יכולים להיות מעורבים באקטים מנהליים, אנחנו מתמקדים ברשות המבצעת.

ב. הממשלה – מקבלת החלטה בהצבעה ובהחלטה של רוב – המחוקק חילק את תחומי האחריות של הממשלה למשרדים השונים שהם משרדי הממשלה.



הצבא הוא לא אדון לעצמו, הוא כפוף לדרג המדיני, לשר הביטחון ולהחלטות הדרג המדיני. כשהצבא מפעיל סמכות שלטונית, אם הצבא עכשיו פועל בשטחים המוחזקים ונכנסים לכפר פלסטיני ומבצע מעצר, הוא הפעיל כוח מנהלי? וודאי. כמו שמשטרה מבצעת מעצר, אותו חייל הפעיל מעצר. אומר ברק באחד מפסקי הדין – כל חייל לוקח איתו בקיטב את המשפט המנהלי. גם הוא יכול להיות זרוע שלטונית שמפעילה סמכות שלטונית ויחול עליו המשפט המנהלי.

האישיות המשפטית של המשפט הציבורי:

מדינת ישראל ישות משפטית נפרדת יצור מופשט לא יכולה לפעול לבד ותלויה באורגנים שלה. האורגנים

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

המרכזיים הם שלושת הרשויות והוספנו גם את "הצבא" "השב"כ" "המוסד". מדינת ישראל מתחלקת ל-3 רשויות אבל אותנו מעניין "הרשות המבצעת" שמתחלקת למשרדים.

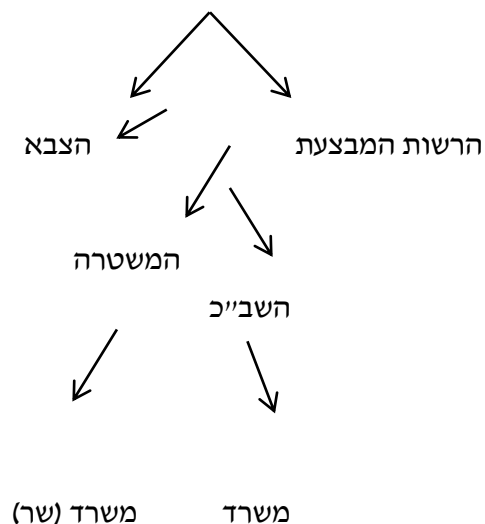
במשרד יכול להיות "שר" שעומד בראש המשרד. יכולים להיות יחידת סמך שכפופה למשרד. כל אחת מהרשויות האלה שקיבלו תפקיד ציבורי בחוק הם "ישות משפטית במפשט הציבורי".

נדרש להפריד בין "המשפט הפרטי" ובין "המשפט הציבורי":

- ❖ המשפט הפרטי: אישיות המשפטית שתהיה קשורה בחוזה היא מדינת ישראל
- ❖ המשפט הציבורי: אנחנו מסתכלים על הרשות שהפעילה את הסמכות בחוק

דוגמה: שר הביטחון רוכש טייסת מטוסים. נוסע לארה"ב לרכוש מטוסים. מי האישיות המשפטית שתהיה קשורה בחוזה? בגלל שאנחנו בתחומי "המשפט הפרטי" אך ורק מדינת ישראל!!

1. מדינת ישראל - "רשות שלטונית":



פקיד יחידת סמך

השאלה על מי המחוקק יטיל את התפקיד הציבורי: מה שמעניין אותנו "במשפט הציבורי" זה מי קיבל סמכות בחוק? ומי שקיבל סמכות הוא הישות המשפטית במפשט הציבורי.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

דוגמה: "המפקח על התעבורה" שהוא שר במשרד התחבורה והוא מוסמך לקבוע את סידורי התנועה לרשויות מקומיות אם הוא חושב שצריך להתערב בהסדרי התנועה של רשות מקומית והוא מחליט לסגור כביש בירושלים. מי האישיות המשפטית שפעלה? בעל הסמכות בחוק - המפקח על התעבורה

אם נגיש עתירה לבג"ץ בתחומי "המשפט הציבורי": לא נעתור נגד מדינת ישראל כי לא היא פעלה "במשפט הציבורי" אלא נעתור נגד אותה ישות משפטית שמוסמכת בחוק שהיא פעלה באותו עניין אז העתירה תהיה נגד "המפקח על התעבורה".

דוגמה: "הממונה על ההגבלים העסקיים". אם קיבל החלטה לא לאשר הסכם מיזוג של גולן טלקום וסלקום. כי חושב שזה יפגע בתחרות. אם הצדדים חושבים שהתערב שלא לצורך כי אין פגיעה בשוק הסלולר כתוצאה מהסכם המיזוג. מול מי יעתרו לבימ"ש? לא מול מדינת ישראל אלא מול הסמכות שהוסמכה בחוק וקיבלה את ההחלטה לא לאשר את המיזוג שזה "הממונה על ההגבלים העסקיים".

מה מבדיל בין "המשפט הפרטי" ובין "המשפט הציבורי":
 "במשפט הפרטי" רק אישיות משפטית אחת שהיא "מדינת ישראל".

"רשות שלטונית" פועלת בספרות שונות: כשהיא מפעילה תפקיד שלטוני ציבורי שהוטל עליה בחוק (הסמכות השלטונית שהוטלה עליה בחוק)- פועלת "בספירה הציבורית" של "המשפט הציבורי".

לצורך הפעלת הסמכות השלטונית יש הרבה פעולות שהיא עושה "בספירה הפרטית": למה קוראים לזה "בספירה פרטית" כי היא פועלת כמו אנשים פרטיים בתחום שהוא לא ייחודי לשלטון.

דוגמה: מעסיקה עובדים. שוכרת ממשד. רוכשת ציוד משרדי. כל אלה גם אנשים פרטים עושים את זה. הדוגמה של הרכישות מטוסים היא גבולית כי אדם פרטי לא רוכש טייסת מטוסי קרב.

כשרשות שלטונית רוכשת משהו עושה פעולה שגם אדם פרטי יכול לעשות אותה אז היא פועלת בתחומי "המשפט הפרטי"

והישות המשפטית כצד לחוזה תהיה "מדינת ישראל" היא זו שמתקשרת בחוזה וגם יתבעו את "מדינת ישראל" אם תתעורר בעיה עם החוזה.

כשמדובר על "לא לאשר הסכם מיזוג" או "להפקיע קרקע" זו סמכות שלטונית אין לה מקבילה במשפט הפרטי, אין סמכות לאדם פרטי למנוע מיזוג אם להפקיע קרקע. התערבות בהסכם מיזוג זה בתחום המשפט הציבורי, ושם מדינת ישראל היא לא הישות אלא פקיד ספציפי שהוסמך בחוק לקבל את החלטה הוא הישות המשפטית נגדו נעתור בבימ"ש ומדינת ישראל היא מחוץ לתמונה.

"בהליך פלילי"- "מדינת ישראל" נגד "העבריינין":

אבל אם אנחנו בעתירה שקשורה ל"משפט המנהלי" שתוקפת את שיקול הדעת של היועמ"ש בהגשת כתב האישום. אם מתנהל "הליך פלילי" המדינה תהיה "התובעת" והעבריינין בצד השני אבל במסגרת זה כשהמדינה מנהלת הליך פלילי יש לה זרועות שונות שמפעילות סמכויות. **דוגמה:** היועמ"ש כשמגיש כתב אישום. אם אני חושב שהוא הפר את כללי "המשפט המנהלי" העתירה לא תהיה נגד "מדינת ישראל" כי היא לא עתירה

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

פלילית אלא העתירה תהיה נגד היועמ"ש כי הוא המוסמך בחוק להגיש כתב אישום וזו פעולה שחלים עליה "כללי המשפט המנהלי" כאקט שלטוני. אם אנחנו בהליך פלילי זה יהיה "מדינת ישראל" אבל אם אנחנו תוקפים החלטה של היועמ"ש בהגשת כתב האישום אז הוא הישות המשפטית. היועמ"ש ולא מדינת ישראל.

2. תאגידי סטטוטוריים (ציבוריים)

מדינת ישראל וכל האורגנים שלה זה גוף מסורבל ככל שהתרבו תפקידי השלטון נהיה לא יעיל ומסורבל כשהכל נוהל ארגון אחד גדול שנקרא "מדינת ישראל". הפתרון היה לקחת חלק מתפקידים שהיו פעם של למדינת ישראל ולייחד אותם לאישות משפטית נפרדת- "תאגידי סטטוטוריים ציבוריים"

- עירייה
- מועצה אזורית
- המוסדר לביטוח לאומי
- רשות השידור (תאגידי השידור)
- רשות העתיקות
- רשות הטבע והגנים
- רשות שדות התעופה

הערה: "רשות המיסים" היא בתוך משרד האוצר

מדוע הוקמו תאגידי נפרדים ממדינת ישראל כישות משפטית נפרדת:

- יעילות: זה לא יעיל שגוף אחד ינהל את כל הפקידים השלטוניים.
- יעילות בניהול תקציב: ככל שאנחנו מתנהלים עם התקציב של מדינת ישראל אז יש חשש שהגופים הללו יתנהלו בבזבזנות אבל אם תפקיד הוא תאגיד והוא מתנהל על בסיס כלכלי כמו שכל תאגיד מתנהל יש סיכוי גדול יותר לשמור על מסגרת התקציב והוא יפתח מקורות מימון חדשים וידאג לפעול בצורה יותר יעילה ועל בסיס תקציב מוגדר ולכן הופרדו התאגידי האלו. יש מקום בתאגידי מסוימים זה לא רק יעילות זה ארגון כלכלי עצמאי שעומד על רגליו.
- השפעה פוליטית: אם זה לא יהיה נפרד ממדינת ישראל אלא חלק ממנה הפוליטיקאים ישפיעו. **דוגמה:** תפקיד של רשות שידור ממלכתית לספק לצופים שידור בלתי תלוי, מאוזן בעל סממנים ממלכתיים אם הפוליטיקאים יכולים לבחוש ברשות הזו היא מאבד את אמון הציבור. זה הופך להיות שופר של מפלגה כמו שישראל היום האשימה את התקשורת. אם מפרידים את רשות השידור אז היא עצמאית ובלתי תלויה ארגונית (ייתכן תהיה תלויה בתקציב מנהלי ושם הפוליטיקאים יעשו שרירים).

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

מדוע הופרד "השלטון המקומי" - "עיריות" ו"מועצות":

מדינת ישראל היא ישות רחוקה מהאזרח גם כשיש משרד ממשלתי רחוק מהאזרח עם הבעיות המקומיות שלו. הרעיון של "שלטון מקומי" הוא לגשר בין האזרח למערכות השלטון המרכזי ואז אם אני מקים תאגיד הוא צריך להיבחר ע"י האנשים במקום והוא רגיש יותר לאנשים במקום יש יותר סיכוי שהוא ימצא פתרונות שיענו על הצרכים של תושבי אזור מסוים ויש אידיאולוגיה ואוטונומיה של השלטון המקומי לתת לאנשים באזור מסוים לנהל חייהם בלי התערבות מתמדת של השלטון המרכזי ולכן יש הגיון ביציר עיריות מקרומיות כתאגידים סטטוטוריים.

איך נדע אם מדובר "בתאגיד סטטוטורי" או "יחידת סמך במשרד"?

א. העובדים הם לא עובדי מדינה

דוגמה: רשות מקרקעי ישראל. פעם היה "מנהל מקרקעי ישראל" היום המנהל זה הזרוע של הרשות. מעל "מנהל מקרקעי ישראל" יש את "מועצת מקרקעי ישראל" שזה הגוף המפקח שקובע את המדיניות והם חלק ממדינת ישראל לא הופרדו. "עובדי רשות מקרקעי ישראל" הם "עובדי מדינה" אז שייכים למדינת ישראל.

תאגידים סטטוטוריים הם ישות משפטית נפרדת לכן "עובדי רשות השידור" הם "עובדי התאגיד" עובדי תאגיד השידור הם לא עובדי מדינה אלא הם "עובדי תאגיד השידור". **דוגמה:** "עובדי מעירייה" הם לא "עובדי מדינה" הם "עובדי עירייה".

ב. החוק מקים אותו כתאגיד:

נראה **בחוק סעיף** שאומר " עירייה היא תאגיד כשר לכל חובה וזכות" אז היא לא חלק ממדינת ישראל. אם הייתה חלק ממדינת ישראל אז היא לא הייתה כשרה לכל מה שקשור "למשפט הפרטי" שזה רק "מדינת ישראל". עירייה לא הייתה כשרה לכל חובה וזכות. לא הייתה יכולה להתקשר בחוזה/ להחזיק בנכסים/ להעסיק עובדים רק מדינת ישראל יכולה אבל אם החוק אומר "העירייה היא תאגיד כשר לכל חובה וזכות" אז היא תאגיד נפרד ממדינת ישראל והיא ישות משפטית נפרדת - תאגיד הסטטוטורי.

מה שמייחד את התאגיד הסטטוטורי זה שהחוק מקים אותו לתפקיד ציבורי מסוים ובלי החוק אין לו שום קיום (לא כמו חב' מסחרית שלא תלויה בחוק האנשים שהקימו אותה יש להם רצון ואוטונומיה להתאגד בצורה כזו) התאגיד הסטטוטורי החוק מקים אותו וקובע שהוא כשר לכל חובה וזכות ואז הוא רשאי להתקשר בחוזה, להעסיק עובדים, להחזיק נכסים בבעלותו, לרכוש דברים שצריך לפעילות התאגיד וזה קבוע בחוק.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

אנחנו בתחום המשפט הפרטי:

דוגמה: "העירייה" כשרה לכל תפקיד וזכות. אם עשיתי חוזה עם העירייה זה נכנס לתחומי "המשפט הפרטי". עכשיו אני בסכסוך חוזי אז אני יתבע את העירייה. כמו "שמדינת ישראל" היא האישיות המשפטית "במשפט הפרטי" ואני תובע במשפט הפרטי את מדינת ישראל כך "התאגיד" הוא אישות המשפטית "במשפט הפרטי".

לעומת זאת ...

אנחנו בתחום המשפט הציבורי:

דוגמה "העירייה" היא תאגיד יצור מופשט ולכן פועלת באמצעות אורגנים ראש העיר/ סגן ראש העיר/ וועדות וכו'

אם זו סמכות של "ראש העיר" ואנחנו בתחומי המשפט הציבורי **דוגמה:** להוציא צו הריסה למבנה. ואני תוקף החלטה בתחומי "המשפט הציבורי" בתחום של סמכות שלטונית של אורגן של התאגיד שהוא "ראש העיר" שקיבל סמכות בחוק ואז העתירה היא נגד "ראש העיר" ולא נגד "התאגיד" "העירייה"

אנחנו בתחום המשפט הפרטי:

דוגמה: מצאתי עתיקה והגעתי להסכם פשרה עם המדינה שאני יעביר לרשות העתיקות בתמורה תשלם לי 10 אשח ולא שילמה, "רשות העתיקות" היא תאגיד סטטוטורי שמנהל את העתיקות המדינה. עשיתי הסכם שאני מעביר לו עתיקה שברשותי והוא ישלם לי. אם לא עמד בחוזה אנחנו בתחומי "המשפט הפרטי" והתביעה תהיה מול התאגיד (**לא מול מהל רשות העתיקות שהגיע איתי לפשרה**) כמו ש"במשפט הפרטי" אני תובע את "מדינת ישראל" פה אני תובע את "התאגיד" "רשות העתיקות".

לעומת זאת ...

אנחנו בתחום המשפט הציבורי:

דוגמה: "רשות העתיקות" החוק קובע שמי שמעניק רישיונות חפירה במדינת ישראל זה "מנהל רשות העתיקות" אם יש ארכיאולוגים מטעם האוניברסיטה העברית רוצים לפור בירושלים ומנהל סמכות העתיקות החליט: זה מקום רגיש ויפגע ברגשות הדת ולכן לא מאשר חפירה. האוניברסיטה רוצה לעתור לבימ"ש לעניינים מנהלים "עתירה מנהלית" יש פה "סמכות שלטונית" לא לתת רישיון חפירה. מול מי אני יעותר? מול מנהל רשות העתיקות מי שהוסמך בחוק לקבל את ההחלטה. תחומי "המשפט הציבורי". אם זה בתחומי "המשפט הציבורי" אני עותר נגד מי שקיבל את ההחלטה, מי שהוסמך בחוק. עותר נגד האורגן שהוסמך בחוק.

איך עושים את ההבחנה אם אנחנו בתחומי המשפט הפרטי או משפט ציבורי:
לא פשוט. כמו בדוגמה של "רכישת מטוסי קרב". אם זה רכישת משהו שאדם פרטי רוכש "מדינת ישראל" או "התאגיד" התביעה תהיה "במשפט הפרטי" אבל אם רוצים לתקוף החלטה של "סמכות שלטונית" זה יהיה בתחומי "המשפט הציבורי".

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

דוגמה: אני ספורטאי שביקש דחיית שירות ממשדד הביטחון שסירב לי ההחלטה היא במסגרת "המשפט הציבורי". הסמכות של שר הביטחון לדחות שירות אין לאדם פרטי רק סמכות שלטונית יכולה לעשות. אבל אם זה משהו שאדם פרטי יכול לעשות אז אנחנו בתחומי המשפט הפרטי.

דוגמה: **תביעה מעורבת:** "משפט פרטי" + "משפט ציבורי": מכרז עם עירייה. התביעה תהיה נגד העירייה אבל המדינה יכולה להביט טענות מהמשפט הפרטי או ציבורי. טענות ברמת הליכי המכרז וועדת מכרזים טענות מהמשפט הציבורי. **כל ענייני מכרזים הועברו לבימ"ש לעניינים מנהלים.** מדובר בבימ"ש מחוזי בשבתו "כבימ"ש לעניינים מנהלים".

הפסיקה קבעה שרשות שלטונית שמתקשרת בחוזה הוחלו עליה דינים מיוחדים - "הלכת ההשתחררות": המדינה מכרה מסכות אב"ח. לאחר מכן פרצה מלחמת המפרץ והייתה צריכה אותם לאזרחי. בימ"ש הכיר שמדינה יכולה להשתחרר מחוזה. לאור הבעיה בלהפריד "מה פרטי" "מה שלטוני". הוחלט "הלכת ההשתחררות" חלה על כל סוגי החוזים כל חוזה רשות שלטונית יכולה להשתחרר ממנו אבל רק אם צרכי הציבור רציניים. המדינה רשאית להשתחרר מכל חוזה.

3. גופים פרטיים שקיבלו סמכות שלטונית בהפרטה:

- **כלא פרטי (בג"ץ המרכז האקדמי)**
- **מכוני טסט**
- **בית ספר מוכרים שאינם רשמיים**
(בימ"ש מוכר: "קיבל רישיון ממשדד החינוך להפעיל בית ספר שאינו רשמי. מורים של "התאגיד הפרטי" לא מורים של "משרד הבריאות")
- **ועדות קבלה ביישובים**
בעבר ועדות הקבלה לא היה מעמד חוקי או רישיון מדובר על גוף שהיה מייצע למהל מקרקעי ישראל שאמור לנהל את קרקע המדינה והיה פונה לוועדות יישוביות כדי להתייעץ את מי אפשר לצרף לישוב או לא. הגורם האחראי היה "מנהל מקרקעי ישראל"
- **פס"ד קעדן:** בימ"ש אמר כל הוועדות האלו לא מעניינות יש גורם אחד אחראי שזה "מנהל מקרקעי ישראל" ואסור לו להפלות בקבלה ליישוב והקצאת קרקעות. זה השתנה בחוק שהסמיך את וועדות הקבלה ביישובים קטנים. יישוב קטן פחות מ-400 תושבים. **וועדות הקבלה קיבלו הכרה בחוק.**

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

החשש בוועדות הקבלה: כמו בקעד"ן. וועדות של אינטרסים- כשמדברים על נדלין מדברים על כסף ואינטרסים. השיקול לא לקבל לישוב: יש אוכלוסייה שמעלה/ מורידה את ערך הנדלין. **השופט גיזברן:** הציע לפסול את חוק וועדות הקבלה. הועדות היא קרקע פורייה להפליה אבל בימ"ש החליט לחכות ליישום החוק לראות אם תהיה הפליה ואם תהיה אפשר לתקוף את החלטת הוועדה כי קיבלה "סמכות שלטונית" אם להכניס או לא תושב ליישוב אפשר לתקוף בבימ"ש לטעון שהיא מפלה ופועלת בניגוד לכללי "המשפט המנהלי" ולבטל את ההחלטה שלה.

בימ"ש מבחינה חוקתית אמר שלא פוסל בינתיים כי העתיקה "לא בשלה". העתירה נדחתה על בסיס "חוסר בשלות" אבל זה היה בחוקתי.

מדובר בגופים פרטיים שמתנהגים כמו שלטון בכוח שההענקה להם "סמכות מנהלית שלטונית" לפעול כזרוע של השלטון:

דוגמה: המחוקק העניק סמכות לבתי הכלא הפרטיים "הפרטת בתי הכלא". משרד החינוך העניק סמכות "לבתי ספר פרטיים". משרד התחבורה העניק סמכות ל"מכוני הטסט". משהו העניק להם סמכות מנהלית לפעול כזרוע של השלטון

אם גוף פועל כמו שלטון גם אם הוא "גוף פרטי" - מכוח זה שקיבל "סמכות שלטונית" הוא כפוף לכל כללי "המשפט המנהלי":

העתירה תהיה מנהלית וכל כללי "המשפט המנהלי" יחולו. הקטגוריה דומה לאחרות למרות שזה גוף פרטי לכל דבר.

דוגמה: כלא פרטי אם אסיר היה טוען שאפריקה ישראל שזכתה במכרז הפרטת בתי הכלא לנהל בתי כלא פרטי שמה אותו בתא לא מאוור שהיא נחנק אז היה מגיש עתירה נגד "אפריקה ישראל".

4. גופים דו-מהותיים

גופים "פרטיים" שיש להם מאפיינים "ציבוריים"

- חברת החשמל (פס"ד מיקרודף - הכירו בגופים דו מהותיים)
- חברת קדישא (פס"ד קסטנבאום - הכירו בגופים דו מהותיים. "כיתוב על מצבות")
- הסוכנות היהודית

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

- התאחדות הכדורגל
- מכללה/ אוניברסיטה
- הבורסה ליהלומים

המאפיינים "הציבוריים" בגופים הללו:

- "הפעלת סמכות שלטונית" – גוף שמשנה זכויות וחובות הפעלת סמכות במובן של "כוח" למדנו שיעור שעבר. מפעל הפיס: שעורך הגרלות ומזמין את הציבור להשתתף בהגרלה לא מפעיל סמכות שלטונית כי לא משנה זכויות וחובות. הפעלת סמכות במובן של "כוח". הוא לא משנה זכויות וחובות באופן חד צדדי זה רק בהסכמה. הוא מציע הצעה ואדם מחליט אם רוצה להתקשר איתו בחוזה הגרלה. זה שהוא מקבל פטור בחוק העונשין לערוך הגרלה/ הימורים זה לא הופך את ההגרלה עצמה ל"אקט שלטוני". לסמכות שלטונית. ההגרלה היא חוזה בין מי שעורך את ההגרלה לבין מי שמשתתף. לכן אם היה מפעיל "סמכות שלטונית" אז היינו מסווגים אותו בקטגוריה שלוש (גופים פרטיים שקיבלו סמכות שלטונית בהפרטה) או אולי קטגוריה שניה (תאגיד סטוטורי) אבל מכיוון שלא מפעיל סמכות שלטונית הוא גוף פרטי.

גוף שמשקיע לטובת הציבור:

- דוגמה: "מפעל הפיס" מספק שירות חיוני בזה שהוא פועל לטובת העירייה ויש לו קופה מאוד גדולה. ברור שגוף כזה משקיע לטובת הציבור סכומים כאלה גדולים אז יש לו מרכיב ציבורי בפעולה שלו בשונה מגוף פרטי.

מעמד "מונופולי" פערי כוחות ביחס לצרכן + שירות חיוני לציבור

שירות חיוני לציבור. מעמד מונופולי. בעיית פערי הכוחות כשהצרכן לא יכול לנהל משא ומתן. מדובר בשירות חיוני

דוגמה: "חברת חשמל" ו"חברת קדישא". לא ניתן לחיות בלי חשמל ולא ניתן למות בלי קדישא.

- ייצוג המדינה + עניין לציבור + פעילות חינוכית לנערים

דוגמה: "התאחדות הכדורגל וכדורסל". מדוע בימ"ש מסווג אותם כגוף דו מהותי? הנימוק לא כמו בחב'

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

חשמל וקדישא כי השירות לא חיוני. יש פה ייצוג של המדינה כי האיגודים הללו מפעילים נבחרות ייצוגיות של ישראל. זה מעניין מאוד את הציבור

- הפעלת כוח ביחס לפרט + שירות חיוני לציבור
- דוגמה:** "אוניברסיטה/מכללה". השכלה זה דרישה בסיסית לעבודה. הכוח שיש להם ביחס לפרט. וועדת משמעת מרחיקה סטודנט זה פגיעה קשה בזכויות

על גוף דו מהותי מפעילים נורמות של "המשפט המנהלי":

לא נחיל את כל "כללי המשפט המנהלי" אלא רק מה שמתאים להפעיל עליו בהתחשב בדו המהותיות.

כבוד האדם וחירותו:

דוגמה: האם חב' קדישא צריכה לכבד את **חוק כבוה"ד**? כן! מי שעוסק בקבורה של אנשים מתאים להחיל עליו חובה לכבד את כבוה"ד. במקרה זה כבוד המשפחה שרוצה להתייחד עם זכר יקירם בכיתוב מסוים על המצבה.

שקיפות:

דוגמה: איגוד כדורסל וכדורגל. **הליכי בחירות חשאיות**. מכיוון שמעניינים את הציבור ועוסקים או מנהלים פעילות חינוכית של אלפי נערים האם צריך להחיל עליהם סטנדרטים של שקיפות? כן! הציבור מתעניין בגופים האלו, יש להם נבחרות שמייצגות את המדינה, אנחנו רוצים לדעת שהם מתנהלים עפ"י סטנדרטים ראויים. נקבע שיש להחיל עליהם את עקרון ה"שקיפות". צריך לאזן את זה עם עקרונות של בחירות חשאיות אבל יש להבדיל בין שלב "אישור הרשימה לבחירות" לבין מה הצביע משהו בקלפי ששם החשאיות יותר חזקה אבל בשלב "קדם הבחירות" "השקיפות" חזקה "מהחשאיות" ולכן נחייב אותם לגלות את כל המסמכים.

לא נחיל את כל "כללי המשפט המנהלי" אלא רק מה שמתאים להחיל וגם "העוצמה שונה":

על הגופים השלטוניים קטגוריות 1-3 נחיל את כל כללי "המשפט המנהלי" ובצורה החזקה ביותר. מדובר בגוף פרטי עם מאפיינים ציבוריים בתחולה חלשה יותר אבל גם כשמדובר בגוף פרטי נקבע לחייב בשקיפות מלאה כמו בדוגמה של "שלב אישור טרום הרשימות".

עתירה לבג"ץ ולבימ"ש לעניינים מנהליים- קטגורייה 1-3:

- מדינת ישראל- "רשות שלטונית"

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

- תאגידים סטטוטוריים (ציבוריים)
 - גופים פרטיים שקיבלו סמכות שלטונית בהפרטה
- כי אלו גופים שהפעילו "סמכות שלטונית" ואותם אני ייקח לערכאות המנהליות לבג"ץ ולבימ"ש לעניינים מנהליים:

עתירה לבימ"ש אזרחי רגיל- קטגורייה 4:

- גופים דו-מהותיים

עתירה לבימ"ש אזרחי רגיל ושם נבקש ממנו להחיל נורמות "מהמשפט המנהלי" כי הם לא מפעילים "סמכות שלטונית"

דוגמה: מכללה לא אוכפת תקנות איסור עישון וסטודנט סובל מעישון פאסיבי. או טענת וועדת משמעת לא נהגה בהגינות בסטודנט העראה היא ערכאה אזרחית רגילה **בימ"ש מחוזי יש לו סמכות במשפט אזרחי.** (הערכאה לא בג"ץ או בימ"ש עניינים מנהלים) ושם נבקש שיחילו נורמות של "המשפט המנהלי".

דוגמה: "אוניברסיטה" הוא לא גוף שלטוני אלא המל"ג ואותו ניקח לבג"ץ ולבימ"ש לעניינים מנהליים

דוגמה: "מפעל הפיס" לא מפעיל הגרלה מכוח "סמכות שלטונית" ניקח אותו לבימ"ש אזרחי ולא בג"ץ

עקרונות היסוד של המשפט המנהלי

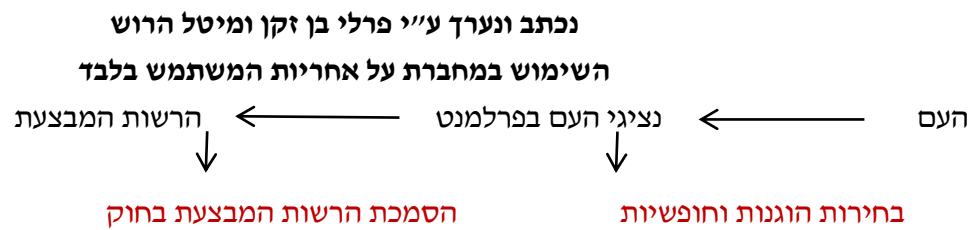
1. עקרון "חוקיות המנהל":

חזרה על "משפט חוקתי". ב"דמוקרטיה" המקור לכל הכוחות השלטוניים בחברה הוא "העם". דמוקרטיה היא שלטון העם.

העם אין לו זמן צריך לנהל חייו האישיים ולא יכול לנהל את המדינה מוותר על הכוח עבור "נציגי העם בפרלמנט". את הנציגים בוחרים "בבחירות חופשיות והוגנות". העם בוחר את נציגיו.

בכנסת יש 120 נציגים. סמכויות במנהל הציבורי יש אלפים ה-120 נציגים לא יכולים לבצע את התפקיד בעצמם וגם בדמוקרטיה חל עקרון "הפרדת הרשויות". לא אמורים להל בעצמם כי לא רוצים לרכז יותר מדיני כוחות בגוף אחד. רוצים שגוף אחד יעסוק "בחקיקה" וגוף אחד "בביצוע" הפעלת הסמכויות לכן נציגי העם לא שומרים את הסמכות אצלם אלא מעבירים הלאה ל"רשות המבצעת".

מסלול העברת הסמכות במדינה דמוקרטית:



העברת כוח שלטוני מרשות לרשות "מנציגי העם" ל"רשות המבצעת":

"הסמכת הרשות המבצעת בחוק X". צריך למצוא חוק שאומר לרשות המבצעת הספציפית הזו יהיה כוח שלטוני מסוים

דוגמה: שר האוצר רשאי להפקיע קרקע לצרכי ציבור. נציגי העם קבעו בחוק שלשר האוצר יהיה הכוח להפקיע בעלות פרטית לקרקע לצרכי ציבור.

דוגמה: הממונה על ההגבלים העסקיים רשאי לא לאשר הסכם מיזוג בין חב' בשוק מסוים - נציגי העם קבעו בחוק שלממונה יהיה הכוח להתנגד להסכם מיזוג בין חב'.

במסלול הכוח הרשות העליונה יותר בדמוקרטיה היא "הרשות המחוקקת":

לפי מסלול הכוח מי הרשות העליונה יותר בדמוקרטיה "הרשות המחוקקת" או "הרשות המבצעת"? "הרשות המחוקקת" כי היא יותר קרובה למקור הכוח. מי שיותר קרוב לכוח היא רשות יותר עליונה הנציגים של העם יותר קרובים למקור "מהרשות המבצעת".

מכיוון שהכוח עובר דרכם רק מה שמסרו "לרשות המבצעת" יהיה לה. אם "הרשות המחוקקת" לא מסרה "לרשות המבצעת" פועל מסוים אז אין לה.

עקרון חוקיות המנהל- מה "שהרשות המבצעת" לא קיבלה "מהרשות המחוקקת" היא לא יכולה לעשות וכל מעשה מנהלי שהרשות רוצה לעשות חייב להישען על הסמכה בחוק מ"הרשות המחוקקת".

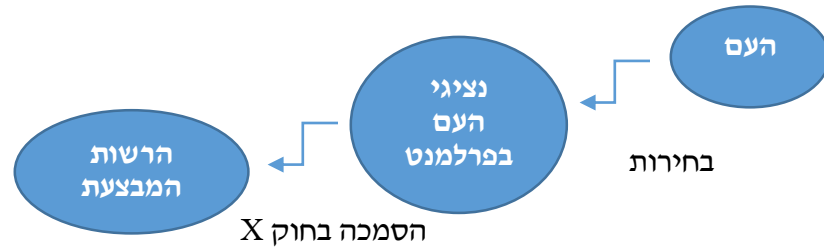
12 בנובמבר 2017

1. עקרון חוקיות המנהל

יסוד (1): יסוד ההסמכה

מסלול העברת הכוח השלטונית במדינה דמוקרטית.

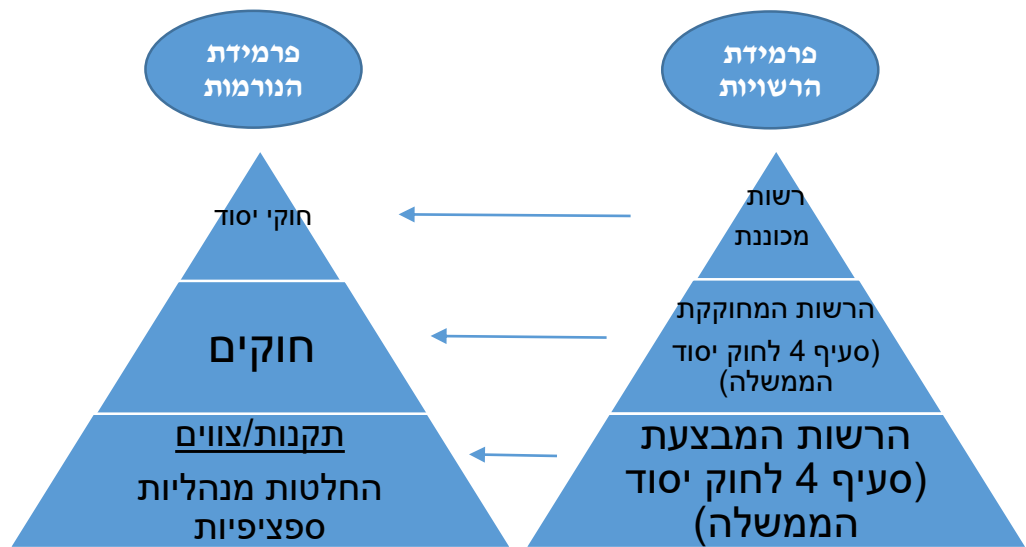
נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד



הנציגים מסמיכים את הרשות המבצעת בחוק.

אם העם היה אומה והיו מקימים אסיפה מכוננת מקורית אז היא הייתה עוד יותר עליונה.

מהותית – מי שמייצג את העם, הוא העליון בדמוקרטיה.



סעיף 4 לחוק יסוד הממשלה: הממשלה אחראית בפני הכנסת אחריות משותפת; שר אחראי בפני ראש הממשלה לתפקידים שעליהם ממונה השר.

סעיף 4 לחוק יסוד הממשלה קובע שהממשלה אחראית באחריות משותפת כלפי הכנסת. מה זה הרעיון הזה אחריות משותפת? יש גוף שנקרא ממשלה והוא אחראי באחריות משותפת – לגופים כאלה שמורכבים ממספר אנשים קוראים גופים קולגיאליים – לא אדם אחד שמקבל החלטות אלא קבוצה של אנשים. איך הם פועלים? הם מצביעים, כמו שמצביעים בממשלה, יש החלטות על סדר היום של הממשלה, צריך להצביע עליהם. אם רוב

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

של הממשלה מאמץ החלטה מסוימת, מה עם השרים שהם נגד? מה הם אמורים לעשות? אם שר פועל נגד החלטות הממשלה, ראש הממשלה יכול לפטר אותו.

אם אני הממשלה, אחראית כלפי הכנסת, מי מעל מי?

סעיף 3 לחוק יסוד הממשלה: הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת.

חוץ מסעיף 4, בא סעיף 3 לחוק יסוד הממשלה וקובע שהממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת. כלומר, אם הכנסת לא תיתן בה אמון, אין ממשלה. מי מעל מי? זה ברור, אם אני לא יכול לעשות כלום בלי אמון של גוף אחר בי, זה אומר שהוא מעליי וכנ"ל גם האפשרות לאי אמון בממשלה. הכנסת יכולה להביע אי אמון בממשלה – סעיף 28 ולכן, הכנסת מעל הממשלה.

מה שהופך החלטה מנהלית לנורמה זה התכולה הכללית שלה, ברגע שזה לא חל רק על מקרה ספציפי אלא על ציבור בלתי מסוים, יכול להיות שיש לנו תקנת אוצר ואנחנו נרחיב על זה בהמשך השנה.

החלטה מנהלית ספציפית כשמה כן היא, היא בכלל לא נורמה ולכן מקומה לא בפרמידה אבל אנו שמים אותה שם כדי שנבין שגם זה כפוף לעקרונות היסוד של המשפט המנהלי.

דוגמא: ההחלטה של הממונה שלא לאשר את הסכם המיזוג בין גולן טלקום לסלקום – על מי חלה ההחלטה הזאת? על גולן וסלקום. ברגע שזה חל רק על אנשים ספציפים, זאת החלטה מנהלית ספציפית של הממונה על ההגבלים העסקיים. אבל, אם הממונה היה מוציא כלל שחל על כל גוף שהוכר כמונופול, אז זה כלל שמהווה תכולה רחבה של תקנה אוצר. החלטה ספציפית כמו הסכם מיזוג היא לא נורמה ולכן, היא לא אמורה להיות בפרמידת הנורמות אלא מחוץ לפרמידת הנורמות.

עקרון חוקיות המנהל – אומר את מה שמתבקש מהציורים שציירנו לעיל - **כל מעשה מנהלי/שלטוני של הרשות (בעיקר המבצעת) חייב להישען על הסמכה בחוק (מונח המפתח) במפורש או במשתמע.**

איך זה נובע מהפרמידות? כל מה שהרשות המבצעת עושה לפי מסלול העברת הכוח, היא קיבלה מנציגי העם, איך הם נותנים לה את הרשות לעשות מה שהיא עושה? בחוק ואז אם היא לא קיבלה מהם בחוק, היא לא יכולה לעשות. הנחיתות שלה בפרמידת הנורמות והרשויות אומרת שהיא לא יכולה לפעול אם המחוקק לא התיר לה לפעול, הוא מעליה. ומכאן, עקרון חוקיות המנהל, יסוד ההסמכה.

למה במפורש או במשתמע? כי לא תמיד החוק יכול לפרט במפורש את כל הדברים שהרשות יכולה לעשות ויש דברים שאנחנו צריכים ללמוד מתכלית החוק שהכוונה הייתה גם לאפשר לרשות לעשות פעולות במשתמע.

דוגמא: מה זה במשתמע? חוק האימוצים. הרשות שממונה על אימוץ החליטה יום אחד שכשהיא נתקלת בזוג הורים שרוצים לאמץ אבל לא כשירים (למשל – שניהם נרקומנים מכורים), אז אפשר להוציא את ההורים האלה מרשימת הזוגות שמועמדים לאימוץ. זה לא כתוב בחוק האימוץ, לא כתוב שאפשר לפסול זוג הורים מלהיות

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש

השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

מועמדים לאימוץ אבל למה זה משתמע מהחוק? תכלית החוק היא טובת הילד, אנחנו צריכים למצוא לילדים שאין להם משפחה שתגדל אותם, משפחה מתאימה שתגדל אותם והכל לטובת הילד. לכן, משתמע מזה שאם יש משפחה שרוצה לאמץ אבל היא לא כשירה ואין לה מסוגלות הורית, אפשר לפסול אותם. הסמכות הזאת – גם אם היא לא כתובה במפורש, היא משתמעת מהחוק.

פס"ד קקאו סנטר נ' עיריית רמת גן – ברמת גן יש פארק לאומי שמשרת את הציבור ברמת גן. מה התפקיד של העירייה ביחס לגנים? בפקודת העיריות אחד התפקידים הוא טיפוח גנים מכיוון שזה לרווחת התושבים, יש גן, התושבים באים ומבלים בגן וזה אחד מתפקידי העירייה לטפח גנים. באיזשהו שלב העירייה חשבה שזה רעיון טוב שבגן הזה יפעל בית קפה, למה זה טוב שבגן יפעל בית קפה? כי לא כל אחד שבא מביא קפה בטרמוס וזה מאוד נחמד לבוא לגן ציבורי שיש שם בית קפה ואז אפשר לשלב את הבילוי בגן עם הבית קפה. אם לעירייה יש נכס שם שמתאים לניהול בית קפה, היא מוציאה מכרז ומזמינה יזמים להתמודד במכרז ולהפעיל בית קפה באותו פארק לאומי ואז באה קקאו סנטר ומפעילה שם בית קפה. התפנית בסיפור מתחילה כשהולך טוב לקקאו סנטר. העירייה מחליטה להיות יצירתית ואומרת אם הולך לקקאו סנטר טוב, למה שלא תפתח בית קפה מתחרה במבנה נוסף שיש לה שם? אם העירייה הייתה רוצה תחרות זה בסדר, אבל היא הייתה צריכה לעשות מכרז חדש שקקאו סנטר לא יכולה להשתתף בו ואז ייבחר יזם חדש שיפעיל את בית הקפה הנוסף, אבל זה לא מה שהיא עושה, היא רוצה לנהל אותו בעצמה.

האם החקיקה שמסמיכה את העירייה, מרמזת על כניסה של עיריות לתחום בתי הקפה? האם כל מה שהרשות עושה, גם אם הוא במשפט הפרטי או המשפט הציבורי, צריך להשען על הסמכה בחוק במפורש או במשתמע? כאשר היא פועלת במשפט הפרטי, הרבה פעמים זה במשתמע.

מה משתמע מטיפוח גנים? האם מותר לעירייה להעסיק גן? כן. האם מותר לרכוש ציוד גינה? כן. לכל זה יש זיקה לתפקיד הציבורי של טיפוח הגן. ניהול בית קפה לא קשור לטיפוח הגן, זה תפקיד שלא אמור להיות בכלל, זה לא קשור לתפקיד הציבורי של העירייה ויש גם חשש של ניגוד עניינים אם העירייה תיכנס לתחום הזה.

ניגודי עניינים אפשריים: היחד שלה כלפי קקאו סנטר לא יהיה הוגן, היא צריכה לפקח על בית עסק – אם יש אישור כיבוי אש, משרד הבריאות וכו', היא לא תפקח על עצמה ויש כאן בעיה של ניגוד עניינים ובקיצור היא לא אמורה בכלל להתעסק בתחום הזה.

האם כתוב בחוק שהעירייה תעשה משהו שקשור באופנייה? העירייה לא אמורה לעשות את זה בעצמה, גם אם היא רוצה לרווחת התושבים לשפץ ולתקן.

פס"ד ניגוד האינטרנט – דיברנו על כך בשיעור הראשון – היה צריך לסגור מקום שמשמש להימורים. האם אפשר לצוות על ספקי האינטרנט שהם צד שלישי ולא קשורים להימורים, לחסום את הגישה? במפורש, אין בחוק היתר לאסור על צד ג'. ספקי אינטרנט לא קשורים. השאלה היא – האם במשתמע אפשר לאסור עליהם? הרוב בבית המשפט קבע שזה לא במפורש ולא במשתמע כי אתה לא יכול לחייב אדם שלא קשור לעבירה פלילית או להתנהגות האסורה להלשין למשטרה. אי אפשר לחייב אדם לספק מידע על אדם אחר וכן הלאה. ספקי האינטרנט במקרה דנן, לא קשורים בכלל להתנהגות האסורה אלא רק לפלטפורמה. הרוב של בית המשפט אמר

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

– אתה רוצה לחייב אותם לחסום את הגישה לאתר אינטרנט? תוציא חוק. כמובן שהאתרים הנפגעים יכולים גם לעתור ולבקש את הסרת הצו הזה. יכול להיות שזה אתר תמים שנלכד בצו שהוא לא אמור להפגע ממנו.

שופט המיעוט, השי' סולברג, אומר: זה במשתמע. כמו שיש לי מקום שמתבצעים בו הימורים ולמקום הזה יש שביל, כדי לדאוג שהמקום יישאר סגור, אני יכול לדרוש מבעל הכביש – נא תחסום את הגישה למועדון הזה כי זה מקום סגור שאסור להגיע אליו ולקיים בו פעילות כלשהי. זה עוזר להגשים את המטרה של לשמור על האינטרס הציבורי. מה זה ספק אינטרנט? זה השביל לאתר. הספר אינטרנט הוא הצינור שדרכו מגיעים למקום האסור, לאתר. אז כמו שאני יכול לצוות על בעל השביל לחסום גישה, אני יכול גם במשתמע מהחוק לצוות על ספק האינטרנט למנוע גישה. במשתמע, מצווים על בעל השביל – דעת מיעוט שלא התקבלה כדעת רוב והיום יש הסמכה כזאת בחוק וזה נפתר.

פס"ד פלוני – בהרכב מורחב של בית המשפט (לטעם המרצה מגיע לתוצאה לא לעניין). סרבני גט. מה אפשר לעשות להם? החוק מתיר לנקוט נגדם בדברים רציניים מאוד. מאסר – יש אנשים שישבו שנים בכלא וסירבו לתת גט. בנוסף, אפשר לשלול רישיון נהיגה, לשלול דרכון ולתת צו איסור יציאה מהארץ, הרבה מאוד כלים מאוד נוקשים. בא בית הדין שרוצה להחמיר את היחס לסרבני הגט ולהעשיר את הכלים ברשותו אבל אנחנו מדינת חוק והכל צריך להיות על פי החוק – בית הדין אמר את הדבר הבא: בוא נוסיף סנקציות הלכתיות, מערכת סנקציות שנקראת "הרחקות דרבנו גרשום" ועושים שם סוג של נידוי חברתי, במקור ההלכתי – גם אם הוא חולה לא באים לבקר אותו.

קודם כל, יש בעיה עם הפעלת סנקציות הלכתיות מסיבה אחת: הן לא חלות באופן שוויוני. אם סרבן הגט הוא דתי – זה משפיע עליו מכיוון שהוא חלק מהקהילה והוא ירגיש את הנידוי הזה בקהילה ובאמת לא יבואו איתו במגע וינדו אותו. אם סרבן הגט הוא חילוני – לא יהיה אכפת לא. זוהי מערכת של סנקציות שעל סרבן אחד היא אפקטיבית ועל סרבן אחד היא לא רלוונטית בעליל וזו בעיה שיש הבחנה בין סרבני הגט.

נשים את הבעיה של תכלות הסנקציות בצד ונסתכל על עקרון חוקיות המנהל –

אמרנו – "כל מעשה מנהלי/שלטוני" – בתי הדין הוציאו סנקציה שהיא באמת מעשה מנהלי/שלטוני. "חייב להשען על הסמכה בחוק במפורש" – האם במסגרת הסנקציות על אכיפה על סרבני גט זה מופיע במסגרת הסנקציות? לא ← האם אפשר ללמוד את זה במשתמע? לדעת המרצה לא. המחוקק החיל סנקציות של המדינה החילונית (שלילת דרכון, מאסר, איסור יציאה מהארץ וכו') הוא נתן רשימה של סנקציות. אם הוא היה רוצה להטיל סנקציות הלכתיות – סביר להניח שהוא היה אומר את זה. האם ממאסר נלמד במשתמע שאפשר לנדות מישהו בהרחקות? אין קשר בין הסנקציות – אז ממה זה משתמע? איך בית המשפט מתמודד עם כל הקושי הזה? בתי הדין מוכנים שזה לא יהיה ציווי – לא להחיל את ההרחקות, כפי שהן, באופן של ציווי דתי אלא כהמלצה. בנוסף שהם פרסמו זה כן "מצווה" אבל הם מוכנים שזאת תהיה מלצה בלבד. זאת אומרת, הם ממליצים לקהילה הרלוונטית לנדות.

האם זה שזה המלצה ולא ציווי פותר את הבעיה? האם המלצה לקהילה זה לא מעשה מנהלי/שלטוני?

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

בית הדין הוא רשות שלטונית והוא גוף שיפוטי והוא ממליץ על הרחוק מסוימות של אותו אדם. לדעת המרצה, אי אפשר להגיד שזה לא מעשה מנהלי/שלטוני כי הוא עושה את זה כבית הדין לא כאדם שממליץ למישהו משהו. אם זה מעשה מנהלי/שלטוני, אנחנו חוזרים לאותו עקרון החוקיות – חייב להישען על הסמכה בחוק במפורש/במשתמע. החוק עוסק בסנקציות שהן מחייבות – כלומר, אם אנחנו עוסקים בסנקציה מחייבת, עוד היינו יכולים לתלות את זה במשתמע מכל הסנקציות שאפשר להטיל עליו בחוק האכיפה על סרבני גט אבל כשזה המלצה, זה אפילו לא קשור לרשימת הסנקציות.

אם זה המלצה – זה לא חל על אף אחד אלא רק על מי שמאמץ את ההמלצה.

✓ האם מותר לעשות שיימינג לסרבן? אחד הביטויים של הלכת "דרבנו גרשום" – שיימינג זה מרכיב הפומביות. לכאורה, אסור אבל אם זה המלצה בלבד ולא שיימינג שיטתי. ביהמ"ש העליון אישר את ההמלצה של ההרחקות של הלכת 'דרבנו גרשום'.

עד פה – סיימנו את הדוגמאות הראשונות.

מקרים מיוחדים שמהו בעקרון חוקיות המנהל משתנה:

1. פגיעה בזכויות אדם (בעקרונות חוקתיים): פגיעה בזכויות אדם – פגיעה בעקרון חוקתי.

למה זה מקרה מיוחד? ← נדרשת הסכמה מפורשת בחוק.

איך זה משנה את עקרון חוקיות המנהל כשיש פגיעה בזכויות אדם או בעקרונות חוקתיים? זה משנה את עקרון חוקיות המנהל כי עכשיו כל המשתמע נופל. משתמע לא מספיק – חייבים הסמכה מפורשת בחוק. במה תלויה דרגת המפורשות? דרגת המפורשות תלויה בחשיבות העקרון וגרעיניות הפגיעה.

פס"ד הוועד הציבורי נגד עינויים (חקירות השב"כ) + מנאע (גביית מיסים במחסום משטרת).

פס"ד הוועד הציבורי נ' עינויים: למה יש פגיעה בזכויות אדם? מה שעשה שב"כ זה היה סדרה של פעולות לא תקינות – טלטולים, מניעת שינה קיצונית ועוד פעולות שפוגעות בעקרון כבוד האדם. השב"כ מבצע את כל הפעולות האלה. מה חשיבות העקרון אם אנחנו בכבוד האדם? עקרון מאוד חשוב, דרגת המפורשות צריכה להיות מאוד גבוהה. מה כתוב בחוק לגבי חוקרי השב"כ? סמכויות כמו של שוטרים. אם זה סמכויות של שוטרים, מה הסמכות הרגילה של שוטרים? לבצע חקירה פלילית. כשאני קורא את הסמכות הזאת, אני מבין, איך חוקרים מישהו חקירה פלילית? שואלים ומקבלים תשובות. זה יכול להיות גם עם לחץ, לא חייב להיות באווירה טובה. אבל האם אפשר ללמוד מזה שאפשר לקשור למישהו שק על הראש? לא, זה לא קשור לתחקור ולחקירה משטרתית. כנ"ל גם תחקור. המקרה של פגיעה בזכויות אדם ובעקרונות חוקתיים צריך להיות בהסמכה מפורשת – אם אין הסמכה מפורשת, אין סמכות.

פס"ד מנאע: המשטרה הייתה נוהגת לשים מחסומים בטחוניים כדי לעצור רחבים ולראות שכל רכב שעובר, יש לו אישור לנסוע בכבישי ישראל והוא לא מגיע מכל מיני מקומות עוינים. המשטרה התחילה לנצל את הטכנולוגיה העילית שיש לה בניידות. יש לה מערכות מחשוב שמחוברות למערכות אחרות ואז בשאילתא קטנה לאחר

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

שבדקה את זהות בעל הרכב, היא יכולה לבדוק האם בעל הרכב הוא גם חייב מס? אנחנו מדברים על פעולה של רשות המיסים בשיתוף פעולה עם המחסום המשטרתי ואנו מגלים שיש לו חוב, מורידים אותו מהרכב ומעקלים לו את הרכב לצורך החוב. קיימת פגיעה בפרטיות, פגיעה בקניין, פגיעה בחופש התנועה, השפלה פומבי (העובדה ששולפים אותך מהרכב שלך ואתה עומד בצד כמו חשוד בטחוני ואתה לא חוזר לרכב הזה יותר) – כל הפומביות הזאת מהווה סיטואציה מביכה ובנוסף, נפגעת הזכות להליך הוגן, מדוע? זכות הטיעון במשפט המנהלי – מנחיתים עליך את הדבר הזה, יכול להיות שאתה לא חייב בכלל, אבל רשום במחשב שאתה חייב להם, אתה לא יכול להתגונן, אתה לא יכול להיוועץ בעו"ד, אתה לא יכול לעשות כלום, פשוט שולפים אותך מהרכב.

ע"פ המקרה המיוחד הזה, בגלל שיש פה פגיעה בזכויות אדם, לא מספיקה הסמכה במשתמע אלא במפורש. קוראים את החוק וכתוב שם שרשות המיסים יכולה להיכנס למקרקעי החייב ולתפוס מטלטלין. כלומר, אתה יכול להיכנס לבית החייב ולתפוס דברים כמו טלוויזיה וכו'. אנו מבינים שאין סמכות לעשות את זה במרחב הציבורי ובמחסום ביטחוני.

19 בנובמבר 2017

עיקרון חוקיות המנהל

יסוד ראשון: יסוד ההסמכה

יסוד ההסמכה – כל מעשה מנהלי (שלטוני) חייב להישען על הסמכה בחוק במפורש/ משתמע.

מקרים מיוחדים רלוונטיים:

1. פגיעה בזכויות אדם (עקרונות חוקתיים)

סרבני גט- פס"ד של השופט דנציגר. הרוב קבעו שזה בסדר. דנציגר לא מתעמק בשאלה האם יש פגיעה בזכויות האדם של סרבן הגט אבל אפשר להניח שיש פגיעה. איזה זכות נפגעת שמרחיקים אדם חברתית? אפשר לדבר על היבטים של החופש הדתי. כי יכול להיות שלא יזמינו אותו למניין, שלא יבקרו אותו שהוא חולה וכו'. יש היבטים של זכויות אדם. השופטת נאור מבלי לנתח יותר מידי את היבטי זכויות האדם קובעת שיש פגיעה. אם כך המקרה המיוחד דורש הסמכה מפורשת! מה זה עושה לעיקרון חוקיות המנהל? לא תופס. צריך הסמכה מפורשת. אם אפשר להטיל על סרבן גט מאסר, לבטל לו את הדרכון וכו'. האם יש הסמכה מפורשת להטיל עליו סנקציות הלכתיות? כשמסתכלים על סנקציה שהיא במהותה הלכתית, ושהם מקובלות בכל מדינה שלא דווקא מחילה את הדין הדתי, אי אפשר להוכיח פגיעה בזכויות אדם ואפשר לקעקע את הפס"ד.

חריגים:

א. הכרה בסמכות במשתמע להגנה על ערכי היסוד

פס"ד ירדור – פסילת רשימה מלהשתתף בבחירות- ירדור נכתב בתקופה שלא היה את 7א. כל אחד יכול להשתתף בבחירות ולא היה כתוב שאפשר לפסול רשימה. ביהמ"ש יכול להכיר בסמכות פסילה משתמעת.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

הכנסת היא במה חשובה לביטוי פוליטי. להיבחר משם זה חלק מחופש הביטוי הפוליטי. חופש העיסוק- יש אנשים זה העיסוק שלהם (ח"כ), אבל זה הפן החלש יותר. שוויון בבחירות- חלק מהזרמים מהחברה בישראל מקבלים אפשרויות להיבחר. הזכות לבחור ולהיבחר בדמוקרטיה – אם נשללת האפשרות, הזכות נפגעת. ככל שזכות האדם הוא העיקרון החוקתי גבוה יותר, כך רמת המפורשות הנדרשת גבוה יותר. שופט המיעוט חיים כהן אמר כי נדרשת הסמכה מפורשת בחוק. אגרנט וזוסמן הסתמכו על העקרונות הבלתי כתובים, על עצם המדינה להגן על עצמה ועל כך שלמדינה הזכות להגן על עצמה ולהגן על עצמה כמדינה יהודית. ברגע שהם בסכנה, אפשר להכיר בסמכות במשתמע. זה חריג מאוד מצומצם בהיסטוריה המשפטית של מדינת ישראל. לא ניתקל בו יותר מידי במשפט מנהלי, מאחר וזה יותר חריג במשפט החוקתי.

פס"ד אבו ערפה – השופט מלצר מנסה להוציא מהנפתלין את חריג ירדור. מה הפגיעה בביטוי רישיון ישיבה? תושבי מזרח י-ם. בד"כ הביטול רישיון מתייחס למהגרים וכו'. למדינה מכוח הריבונות שלה סמכות מאוד רחבה להגיד לאנשים מסוימים שהם באו כתיירים. שונה הדבר לגבי ילדים במזרח י-ם. ברגע שמגרשים מישהו מביתו, יש רשימה מאוד ארוכה של זכויות שנפגעות. השופט מלצר אומר כי לא מדובר בתושבים רגילים במזרח י-ם אלא באנשים שנבחרו מהרשות הפלסטינית מטעם רשימת חמאס. כמו שלמדינה יש זכות להתגונן בפס"ד ירדור(זוסמן) כך יש לה אפשרות להתגונן בפני מי מהתושבים שלה שמאיימים עליה ולצורך עליה אפשר להכיר בסמכות שאין הסמכה מפורשת בחוק וההסמכה היא מאוד כללית. ניסיון להשתמש בירדור במקרה של אבו ערפה. בירדור השתמשו בסמכות במשתמע כדי לחסום רשימה. מלצר רוצה להשתמש באותו רעיון כדי להשתמש בסמכות לגרש תושבים של מזרח י-ם שימאיימים על המדינה. הוא מנסה לעשות את אותו מהלך מאבו-ערפה. אם גוף שלא מזהה את ערכי היסוד של ישראל נכנס לכנסת- הוא מהווה סכנה לעקרונות היסוד. מה שעמד על הפרק באבו – ערפה זה חשש לביטחון המדינה וזה חשש נקודתי. אי אפשר להחיל את ירדור שעוסקת בעקרונות יסוד. בחשש נקודתי כמו באבו ערפה מטפלים נקודתי. מעמידים לדין, ומטפלים במי שצריך.

ב. תזוזה מהגרעין לפריפריה

התזוזה מהגרעין לפריפריה. פס"ד בן חיים- הזכות לפרטיות שנפגעה כתוצאה מחיפוש. לשוטר לא היה חשש סביר שבן חיים עשה עבירה והוא עשה חיפוש על בן חיים. בן חיים היה נאיבי, רוקן את הכיסים והועמד לדין על נשיאת סכין. במקרה של גיבלי – ביקשו מאמא של גיבלי לבצע חיפוש. מוצאים את הסמים של הבן שלה ומעמידים אותו לדין. פסק דין מעניין לאור ההסכמה מדעת לחיפוש. האם אדם יכול להסכים מדעת לחיפוש ולהסכים לחיפוש של המשטרה? אם מחפשים על הגוף של אדם, זה לא עניינו של אף אחד. אם יש הסכמה מדעת, הבסיס לזכות לפרטיות, הרציונל או האוטונומיה של הפרט – הפרט הוא אוטונומי להחליט מה כל אחד חושף לאחרים ואיזה לא. אדם שמפרסם בפייסבוק, מסכים לחשוף את עצמו.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

בייניש אומר בבן חיים – כי אם יש הסכמה מדעת לחיפוש, יש תזוזה לפריפריה. הפגיעה בפרטיות, זזה מהגרעין. אם יש הסכמה מדעת יש תזוזה לפריפריה ואז אפשר לחפש במשתמע. אין אפשרות לחפש באופן מפורש, אבל אפשר באופן משתמע.

הגישה הנוספת בפס"ד בן חיים היא של דנציגר- אי אפשר להגיע להסכמה מדעת במפגש בין אדם לשוטר. יש לחץ, יש פערי כוחות, יש יראה, משחקי כוחות וכו'. ואז חוזרים לגרעין, אם חוזרים לגרעין אין חשש. הגרעין מדבר על תזוזה לפריפריה.

פס"ד פלוני – השופט הנדל. אם הוא שם את חופש הדת. במעגל של חופש הדת, בליבה נמצאת הזכות לקיים את המצוות של אותה הדת. אילו לא קיום המצוות האלו אדם לא יכול להיות אדם דתי. אם מרחיקים את הסרבן גט בהרחקות דרבנו. האם יש פגיעה בליבה? אדם שיכול לקיים את המצוות, אבל בכל מה שקשור לקהילה לא נותנים לו לקיים את המצווה (לעלות לתורה- זה מצווה לא חובה)

אם צריך מפורשות רמה מאוד גבוה, אין בחוק הסמכה מפורשת ברמה גבוה לנדות אותו. אם אדם לא בגרעין אז צריך גם במשמע ללמוד את זה ולא לדרוש רמת מפורשות. איך אפשר להתווכח עם הנדל? נאמר כי אם מרחיקים או ממליצים להרחיק את סרבן הגט וההשלכה יכולה להיות שלא יסחרו איתו או יגיעו במגע עסקי ויפיצו את הדבר בציבור ויפגעו בשמו הטוב. מה הבעיה עם המודל של הנדל? בחופש הדת זזנו מהגרעין לפריפריה, אבל יש עוד זכויות שנפגעות (הילדים שלו לא ימצאו שידוך וכו') המהלך של הנדל לא בהכרח עושה את העבודה. אלא אם נגיד כי חופש העיסוק זה עיקרון פחות חשוב.

הנדל הצליח שזה זז מהגרעין לפריפריה גם בזכויות אחרות. מה שהנדל מצליח להשיג זה שלא צריך הסמכה מפורשת אלא מספיק הסמכה במשתמע. לכן זה לא משתמע משלילת הדרכון וכו'. כל המהלך הגדול מביא אותו למצב שזה מספיק שזה ישתמע מהסנקציות העיקריות.

2. השלמת לקונה

מי משלים לקונות? ע"י ביהמ"ש. איזה סעיף מאפשר לביהמ"ש להשלים לקונות. ס' 1 לחוק יסודות המשפט. פס"ד חירות- מי ששולל את עקרונות היסוד לא השתתף בבחירות. באים לתעמולת בחירות, נניח ויש הסתה נגיד קיומה של המדינה, נגד גזענות וכו'. פס"ד חירות- הגבלת תשדירי הבחירות. צריך השלמה לס' 7א. יש הסמכה בטלוויזיה, אין הסמכה ברדיו. אם אין כלום ברדיו צריך לבחון האם זה הסדר שלילי או לקונה (חלל בחוק) לאור הרציונליים. ברק מסיק כי מדובר בלקונה, לקונה ניתן להשלים על דרך ההיקש. ניתן להיקש מהטלוויזיה על רדיו. למה זה משנה את הסמכה? ברדיו אין מפורש ואין מה שיכול להשתמע במפורש. לכאורה, אי אפשר לעשות רגולציה על תשדירי הרדיו עד שהכנסת תתקן את החוק. ברק בתור נשיא ביהמ"ש העליון, פותר את הבעיה.

3. פעולה הדרושה להגנה על זכויות אדם (פס"ד דבורין)

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

יגאל עמיר- עתרו לבג"צ מאיפה הסמכות של שב"ס על כך שהוא אסר ליגאל עמיר את בקשת ההפרייה. שב"ס זה לא גוף שמחזיק אסירים, זה גוף משקם. אם זה התפקיד המפורש כפי שצריך להבין אותו ← האם צריך לסייע ליגאל עמיר להיות הורה? ולעזור לו לממש את זכותו להיות הורה. אם ביהמ"ש היה אומר כי אין במפורש וכיוון שהתפקיד זה לשמור על הזכויות שלו והיה צריך לסייע לו להיות הורה מכוח הסמכות. בימה"ש אמר כי לכאורה שמדובר בזכויות אדם, חייב לסייע.

26 בנובמבר 2018

משפט מנהלי / שיעור 5

עקרונות יסוד:

1. עקרון "חוקיות המנהל"

עקרון יסוד ראשון

2. יסוד "ההסמכה":

היסוד הראשון של "עקרון חוקיות המנהל"

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

מקרים מיוחדים:

3. פעולה הנדרשת להגנה על "זכויות האדם"

פס"ד דבורין:

שאלת הסמכות במפורש או במשתמע.

שמנו "בכוכבית" כי לא באמת מדובר "במקרה מיוחד" רק אם פס"ד יתפרש כמו שלא אמור להתפרש אז אפשר לראות את זה "מקרה מיוחד".

עוסק באסיר יגאל עמיר הוא ביקש משב"ס לסייע לו בטיפולי פוריות. זו דוגמה לפס"ד שהרשויות הולכות לקראת האזרח- שב"ס הסכים לסייע.

מי שעתר לבימ"ש הייתה ח"כ דבורין (זה **עותר ציבורי**) ברור שעמיר לא יעתור לבג"ץ כי הוא זה שעוזרים לו. דבורין טענה שאין לשב"ס סמכות להיות מעורב בטיפולי פוריות של האסיר.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

מה דורש "ייסוד ההסמכה" של "עקרון חוקיות המנהל"?

הסמכה "במפורש" או "במשתמע". לפי הניתוח הרגיל: **הסמכה במפורש אין**. **פקודת בתי הסוהר** כשנכתבה לא היו "טיפולי פוריות" אז ברור שלא יהיה "במפורש". **האם אפשר להשיג "במשתמע"? ...**

השאלה: מה תכלית החוק ואיזה תפקיד החוק העניק לשב"ס?

תפקיד ראשי שלו לא סתם להחזיק אסירים, אפשר לפרש בצורה יותר רחבה: לשקם אותם כדי שיוכלו להשתלב בחברה כשיצאו ולדאוג לזכויות האדם שלא נשללו כתוצאה מעונש המאסר.

אם בימ"ש היה אומר:

לצורך הגשמת התפקיד אחת הזכויות שלא נשללו בעונש המאסר זה "הזכות להורות" אסיר שנשללה ממנו זכות התייחדות אין אפשרות לממש את הזכות להורות עם התפקיד לשמור על זכויות האסיר בין השאר "הזכות להורות" אז ב"משתמע" אפשר גם לעזור לו בטיפולי פוריות ואז זה לא היה חריג או "מקרה מיוחד" "לעקרון החוקיות" אלא סמכות שנלמדת "במשתמע".

בימ"ש ענה בצורה מתחכמת:

לא זו השאלה "אם יש סמכות לסייע לו" אלא השאלה היא "האם יש הסמכה מפורשת לא לסייע לו". בימ"ש מפנה אותנו ממקרה מיוחד "3" "פעולה הנדרשת להגנה על זכויות האדם" למקרה מיוחד "1" "פגיעה בזכויות אדם" שדורש "הסמכה מפורשת" לפגיעה בזכויות אדם. ואז מכיוון שאין הסמכה "מפורשת" לא לסייע לו" אז לכאורה חייבים לסייע לו. זו הייתה דרך אלגנטית לבימ"ש לבסס את הסמכות עפ"י עקרון החוקיות. לומר "במפורש" אין אבל "במשתמע" מהתפקיד של שב"ס אפשר ללמוד שיש סמכות. הלכו הפוך.

דעת המרצה:

אם רשות רוצה לעשות משהו כדי להגן על זכות אדם של משהו רוצה לעשות אקט שנדרש כדי להגן על זכות אדם אז לא בודקים אם יש סמכות. לא בדקנו אם יש סמכות אבל אמרנו בגלל שזה דרוש כדי להגן על זכות אדם אז צריכה להיות "הסמכה מפורשת" ואז מוותרים על "עקרון חוקיות המנהל" ולא צריך להבין את פס"ד בצורה הזו אלא שמירה על זכויות אדם זה לא שאם משהו שומר על זכויות אדם אז זה יכול להיעשות ללא סמכות. כל רשות מחויבת לזכויות האדם מכוח חוקי היסוד שמחייבים את כל הרשויות מרשויות השלטון שחייבות לכבד זו "פסקת הקיבול" אבל כל רשות בתחום שלה. למה שב"ס מוסמך? כי הוא הרשות המוסמכת לשים אסירים במשמורת ולכן הוא אחראי לזכויות האדם שלהם.

כל רשות תדאג לזכויות אדם בתחום הסמכות שלה בחוק- לכן יש סמכות לשב"ס לעזור "בטיפולי פוריות" כי זה בתחום האחריות שלו.

"טיפול פוריות" זה בתחום "שמירת זכויות אדם" של שב"ס ולכן מותר לו לעזור לזכויות אדם בתחום הזה כי אלו אנשים שמופקדים אצלו במשמורת וזה בתחום שלו.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

דוגמה: יש כלא. ויש גן ציבורי. בגן יש הומלס (דר רחוב). שב"ס מכניס אותו לכלא ונותן לו ארוחה חמה. לא כופים עליו.

בחינת השלבים:

האם מתקיים "ייסוד ההסמכה"?

האם שב"ס קיבל סמכות לטפל בדרי רחוב "במפורש"? לא.
האם ניתן ללמוד מהתפקיד של שב"ס "אחזקה במשמורת" טיפול בדרי רחוב "במשתמע"? לא

האם ניתן להפעיל את "המקרה המיוחד- הגנה על זכויות האדם"?

כשדרי רחוב ישן על ספסל זכותו נפגעת. יש לו זכות למדור. זכותו לכבוד האדם נפגעת. אם היינו אומרים יש חריג כזה אז כל עוד מה שב"ס עושה זה להגן על "זכות האדם שלו" אז לא צריך לחפש לזה סמכות. אבל....

התשובה היא:

אין שום היגיון ביצירת מקרה מיוחד כזה. זה לא מקרה מיוחד צריך לחזור "ליסוד ההסמכה" כולם חייבים לכבד את "זכויות האדם" אבל כל רשות בתחומה. אין לשב"ס סמכות ואין מקרה מיוחד כזה. לומר " כל עוד יש שמירה על זכויות אדם זה לא משנה אם יש לך סמכות או לא" זה שגוי לא צריך להכיר במקרה מיוחד כזה וכל רשות חייבת לכבד זכויות אדם אבל כל אחת בתחום שלה.

בפס"ד דבורין: "טיפול פוריות" זה כן בתחום "שמירת זכויות אדם" של שב"ס ולכן מותר לו לעזור לזכויות אדם בתחום הזה כי אלו אנשים שמופקדים אצלו במשמורת וזה בתחום שלו.

לעומת זאת...

דרי הרחוב אינם חלק מהאחריות של שב"ס הוא לא אמור לדאוג לדרי הרחוב אולי "משרד השיכון" "משרד הרווחה" אולי "הרשות המקומית" כי הגן שייך לה.

סיכום:

כל רשות תדאג לזכויות אדם בתחום הסמכות שלה בחוק ולכן יש סמכות לשב"ס לעזור "בטיפול פוריות" כי זה בתחום האחריות שלו אבל אין לו סמכות להכניס דרי רחוב לגור בכלא ולתת להם ארוחה חמה כי זה אמנם עוזר לזכויות אדם אבל לא בתחום האחריות של שב"ס ואין לו סמכות לעשות את זה לא "במפורש" וגם לא "במשתמע" כי התפקיד שלו להחזיק אסירים ולכן אי אפשר במשתמע להביא דרי רחוב לתוך הכלא. "טיפול פוריות" כן, אבל צריך לנמק את זה לפי "עיקרון החוקיות" טיפולי פוריות זה לא "במפורש" אבל זה "במשתמע" לתפקיד.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

דוגמה: "הרשות לטיפול ביתומים" מה סמכותה בחוק? "משרד הרווחה" שתפקידם לשמור על ילדים במצבי סיכון במשפחה. להוציא ילד למשפחת אומה. אז כל רשות בתחומה. מכיוון ש"הרשות לטיפול ביתומים" לא בסמכותה לטפל בילדים בסיכון במשפחה לא רשאית.

דוגמה: חוק הפונדקאות החדש- רוצים לאשר הליך פונדקאות להורה יחידני. התנאי שתהיה זיקה גנטית לעובר. מה אם יש אסיר הורה יחידני? יש וועדה בחוק שתישאר שאמורה לאשר הסכם לשאת עובר. יש הורה בכלא שלא יכול לטפל בילד. עצם זה שאדם יושב בכלא לא פוסל אותו לעבור הליך פונדקאות אבל אם עבר עבירה שמעידה שאינו כשיר להיות הורה (מאסר עולם או עבירת התעללות בילדים) מאסר עולם מי יגדל את הילד?. לעומת זאת ביגאל עמיר יש לו בת זוג שתגדל את הילד מחוץ לכלא ולהגיד שזה לעצמו מנוגד לטובת הילד זה לא נכון.

למבחן! כל עוד ההגנה על זכויות אדם קשורה לתפקיד של אותה רשות זה מצמצם ולשמור על זכויות האסיר זה קשור לשב"ס, לשמור על דרי רחוב לא קשורה לסמכות שב"ס ולכן לא בסמכותו גם אם זה מגן על זכויות אדם.

לגבי שאלת "מידתיות הפגיעה" לא רלוונטי. כי אין פגיעה להיפך שב"ס רוצים לעזור לאסיר. אבל במסגרת ההגנה שאני נותנת. יש אסיר שיש לו מאסר עולם או מאסר קצר איך יממש את הזכות. אם אסיר שפוט לחצי שנה לא צריך עזרה של שב"ס מבחינת גילך וגיל בת הזוג תתחילו בתהליך עוד חצי שנה, אני לא צריך לעזור לך. אז בהקשר הזה ייחשב "פגיעה בפריפריה של הזכות" ואז צריך "הסמכה מפורשת" או שיחכה חצי שנה ויחכה. זו תזווה מהפריפריה שמוציאה אותנו גם "ממקרה מיוחד 1" לא צריך הסמכה מפורשת לא לעזור לו".

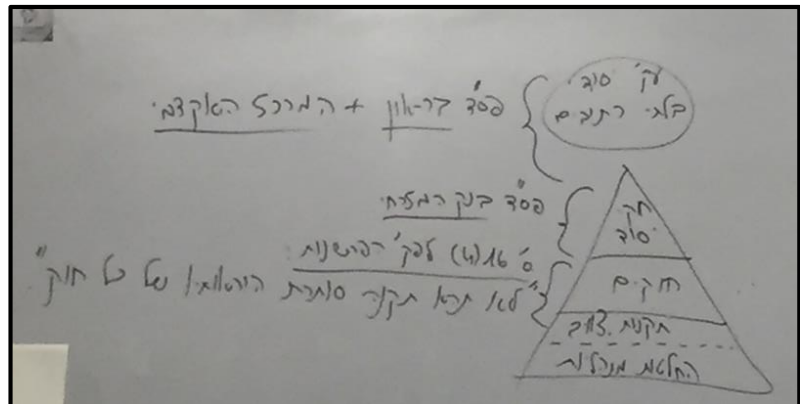
2. יסוד "ההתאמה":

היסוד השני של "עקרון חוקיות המנהל".

כל מעשה מנהלי (שלטוני) חייב להתאים לכל הנורמות שמעליו **(תקנות/ חוקים/ חוקי יסוד/**

עקרונות יסוד בלתי כתובים)

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד



האם "תקנה" יכולה לסתור "חוק"? לא

סעי' 16(א) לפקודת הפרשנות: לא תהא תקנה סותרת הוראותיו של כל חוק. אם לא היה סעי' 16 האם "תקנה" יכולה לסתור "חוק"?

"חוק" הוא הרצון של "הרשות המחוקקת" שמייצגת את "העם" בדמוקרטיה. "תקנה" היא הרצון של "הרשות המבצעת". מכיוון "שהרשות המבצעת" נחותה "מהרשות המחוקקת" ולכן, "תקנה" לא יכולה לסתור "חוק"!

האם "חוק" יכול לסתור "חוק יסוד"? לא

עם המהפכה החוקתית "חוק" לא יכול לסתור "חוק יסוד". אם "חוק יסוד" מתיר לפגוע בו "פסקת הגבלה שמתירה פגיעה" אז אין פגיעה. אבל עקרונית "חוק" לא יכול לסתור "חוק יסוד".

האם "חוק יסוד" יכול לסתור "עקרונות יסוד בלתי כתובים"? לא

פס"ד בראון על תקציב דו שנתי שהוא היה "חוק יסוד" בפני עצמו היום כבר נקבע שלא יהיו יותר תקציבים דו שנתיים בהוראת שעה בחוק יסוד ונקבע "התראת בטלות": אני לא מבטל את התקציב הדו שנתי הזה כי זה יביא לכאוס בניהול הכלכלה והמשק בישראל אבל אישרו חד פעמית. "חוקי יסוד" לא תלויים בהוראת שעה כי זה שימוש לרעה בסמכות המכוננת רוצים "תקציב דו שנתי" לתקנו את "חוק היסוד" ותקבעו תקציב כל שנתיים.

גם שם בימ"ש קבע: "חוק יסוד" לא יכול לסתור "עקרונות בלתי כתובים" ואם תהיה סתירה אפשר לפסול את "חוק היסוד". גם השופט חשין הכיר "בעליוניות חוקי היסוד הבלתי כתובים". זו הפירמידה שמשקפת את עמדת הפסיקה בישראל.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

האם "החלטה מנהלית" יכולה לסתור "תקנה"? לא.

ביחס בין "החלטה מנהלית" ובין "תקנה" שם זו אותה רשות לא ניתן לומר שזו "רשות עליונה" על רשות אחרת.

דוגמה: "החלטה" יכולה להיות של "השר" ו"התקנה" יכולה להיות של "השר". "החלטה מנהלית היא אינה "נורמה" לכן היא בקו מקווקו היא מחוץ ל"פירמידת הנורמות" "ותקנה" היא כמו "חוק". "תקנה היא "נורמה".

לכן, "החלטה מנהלית" (שהיא בכלל לא "נורמה") לא יכולה לסתור "תקנה" (שהיא נורמה כללית שמעמדה כמו "חוק" אמנם נחות מ"חוק" אבל זו "נורמה" שמחייבת את כולם. לכן **"החלטה מנהלית" לא יכולה לסתור "תקנה"**

"נורמה" שלטון החוק מחייב שכולם יקיימו את התקנות במדינה מסוימת לכן גם "רשויות השלטון" כפופות "לתקנות" ול"חוקים" ולכן לא יכולות לקבל "החלטה מנהלית" שתבוא בסתירה "לתקנה" או "חוק".

דוגמה: פתיחת מרכולים בשבת. יש חוק עזר מקומי. משבר ליצמן. עבודות הרכבת. בהוראת האדמו"ר שלו התפטר. אבל המפלגה שלו תישאר בקואליציה.

אי אפשר לקבוע "חוק עזר מקומי" שיכול לפגוע בסטאטוס קוו לענייני השבת אלא בהיתר מיוחד של שר הפנים. זה יכפיף את הרשות המקומית שרוצה לחוקק חוק עזר מקומי לאישור שר הפנים. יבוא דרעי בחוק עזר מקומי הבא ואז חייב את אישור שר הפנים שהוא מעל הרשויות המקומיות. רשות מפקחת ואז הוא לא יאשר את זה. כל המרכולים שקיבלו היתר לפתוח בשבת יצטרכו לסגור.

הפירמידה:

ביסוד הראשון- "ייסוד ההסמכה": כל מעשה מנהלי שלטוני חייב להישען על "הסמכה בחוק" "במפורש".

ביסוד השני- "ייסוד ההתאמה": כל מעשה מנהלי שלטוני חייב להתאים לכל הנורמות שמעליו. מה נמצא

מעליו? תקנות/ חוקים/ חוקי יסוד/ עקרונות יסוד בלתי כתובים

דוגמה: החלטה של ראש העיר אשקלון. לא להעסיק בני מיעוטים בשיפוץ גני ילדים. בישראל יש 20% מ-8 מיליון אזרחים ערבים בישראל "כמובן כולם מסוכנים" אם מתקבלת החלטה כזו ע"י ראש עיר יכול לסתור כמה דברים במקביל ולא יכול לעמוד משפטית:

- סותר חוקים שאוסרים אפליה אם אתה מפלה בעבודות שיפוצים זה סותר את החוק.
- סותר "חוק יסוד" חוק יסוד "שוויון האדם" "כבוד האדם וחירותו"

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

- סותר "עקרונות הבלתי כתובים" "דמוקרטיה" "שוויון" וכו'.

לעיתים לא מדובר "בהחלטה מנהלית" בפני עצמה אלא "בהתבטאות של רשות מנהלית".

דוגמה: רב העיר של צפת. יצא בקריאה לא להשכיר דירות למי שאינו יהודי. פה אין "החלטה מנהלית" כי הוא לא מחזיק בסמכות שלטונית שלו הוא לא משכיר דירות אבל הוא "כרשות מנהלית" קורא/ ממליץ לבצע פעולה.

איפה נמצאת "רשות מנהלית" בפירמידה? "רשות מבצעת" נמצאת בתחתית כפופה לכל "הנורמות" שחלות במדינת ישראל ולכן כל "רשות מנהלית" בישראל כל אדם שמתמנה לתפקיד שלטוני בישראל מחויב לכל "הנורמות" שנמצאות בפירמידה.

לכן, רב של עיר חלק מההתאמה שלו לתפקיד, מעבר לזה שהוא מוסמך רבנות, והוא יודע להעניק שירותי דת ולעזור לקהילה הדתית שבה הוא פועל הוא מחויב "לערכי היסוד של המדינה" לאורך כל הפירמידה.

דעת המרצה:

אחרי ההתבטאות כזו לא ברור איך לא זומן מידית לשימוע. השימוע היה צריך להגיד: הוכחת שאתה אינך מקבל את ערכי היסוד במדינה בה אתה משרת כרב עיר, למה לדעתך צריך להשאיר אותך בתפקיד? היה צריך לפטר אותו מיד וזה לא קרה.

חיילי צה"ל "במשפט המנהלי":

השופט ברק אמר על חיילי צה"ל: צה"ל הוא זרוע של מדינת ישראל. אם חייל מבצע מעצר לא תקין או פעולה מסוימת הוא אורגן של המדינה ופועל מטעם הריבון בשטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית זה המעמד במשפט הבינלאומי של "השטחים".

כל חייל נושא בקיטבג שלו את "המשפט המנהלי" הוא רשות של המדינה מה שהוא לא עושה. חייל הוא אורגן של "המשפט הציבורי" וחל עליו "המשפט המנהלי" וצריך לפעול עפ"י כל פירמידת הנורמות הנ"ל.

יש נורמות כשמנהלים מלחמה יפורשו חוקי המדינה לאור חוקי המלחמה ולא כל פעולה שאתה עושה במהלך מלחמה יכולה להיות חוקית וכשרה.

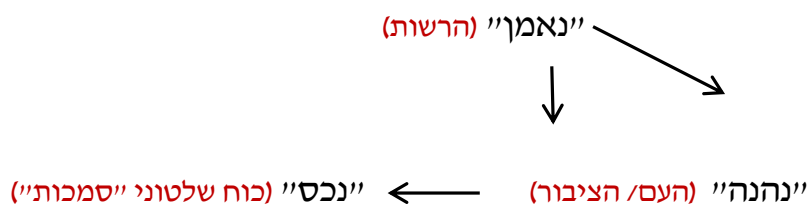
אם ביצעת מעשה שסותר את "הנורמות של המדינה" העובדה שאתה חייל במבצע לא תקנה לך פטור או הגנה אלא אם כן הנורמות של אותה מדינה אומרות "היה מדובר בלחימה ובלחימה יש כללים והוא פעל במסגרת הכללים הללו". ואז אין בעיה.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

אין פטור מנורמות של מדינת ישראל או מהמשפט המנהלי. יש סיטואציות מסוימות שמאפשרות פעולה מסוימת כמו פעולות שהצבא מאשר והן במסגרת המשפט המנהלי. זה יספק הגנות גם במפשט הפלילי גם אם גרמת למותו של אדם וזה נעשה תוך כדי לחימה. אבל אם ניטרלת מחבל גוסס שלא מהווה סכנה לאף אחד אז הופרה נורמה של המדינה ותעמוד לדין פלילי.

I. עקרון "הרשות כנאמן הציבור":

עקרון יסוד שני



מהו "מוסד הנאמנות" כמוסד משפטי:

דוגמה: עסקת מכר. מוכר דירה, וקונה דירה. הכסף מגיע בנאמנות לעו"ד. למה מופקד לעו"ד? למה העו"ד הופך להיות "נאמן" כדי לשמור על הכסף? לעיתים התהליך הוא ארוך כדי שיהיה אפשר לבצע העברת זכויות ולרשום את הזכויות על שם הקונה צריך להשלים את כל תשלום המיסים. המוכר צריך לשלם מס שבח, היטל השבחה עם יש. החשש שאם הקונה יעביר את כל הכסף למוכר והוא לא ישלם את המיסים הקונה יישאר עם דירה שהיא לא על שמו ואין לו שום מנוף להבטיח את תשלום המיסים. לכן מוסד הנאמנות משמש גם במקרים כאלו והעו"ד תפקידו לקחת חלק מהכסף לתשלום המיסים ולשמור אותו עד שהמוכר יסדיר את כל ענייני המס והמכר יוכל לעבור על שם הקונה.

מי הנאמן? העו"ד. מי הנהנה? הבעלים של הנכס. במקרה שלנו "הנכס" זה הכסף שאמור לעבור למוכר לא עובר בינתיים עד שיסיים את ענייני המס. זה בנאמנות עבור המוכר לצורך הגשמת הנאמנות זה תשלום מיסים ע"י המוכר ורישום זכויות על שם הקונה.

האם העו"ד יכול לקחת את הכסף הזה אצלו בבית? לא. "חובת הזהירות" שלו "כנאמן" צריך לשמור על הנכס "הכסף" ולשים בבנק.

האם יכול לשים אותו בבנק "שוק אפור"? לא. "חובת הזהירות" שלו אומרת: שים את הכסף בבנק בטוח. האם יכול לשים אותו בחשבון הבנק שלו? לא. יש חשש לעירוב שימושים ועלול לשים אותו במצב של "ניגוד עניינים"

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

החובות של הרשות "כנאמן":

כל "סמכות שלטונית" שייכת לעם בדמוקרטיה, זה "נכס" שהעם מפקיד בידי "הרשות המבצעת" כ"נאמן" הרשות השלטונית חייבת לאותו ציבור חובות של "נאמן" כלפי "הנהנה".

- ❖ מי הוא "הנאמן"? "הרשות"
- ❖ מי הוא "הנהנה"? "הציבור" או "העם"
- ❖ מהו "הנכס" שמופקד בנאמנות? "כוח שלטוני" - "סמכות" זה מה שהציבור/ העם מפקיד בידי הרשות הציבורית.

1. חובת "הנאמנות":

החובה לפעול להגשמת מטרת הנאמנות מתוך "זהירות" ו"מקצועיות" (הגשמת תכלית הענקת הסמכות בחוק- פעולה לטובת הציבור)

+

הימנעות מניגוד עניינים

דוגמה: מה מטרת הנאמנות באותה עסקת מכר? שהנכס יעבור נקי ל"קונה" והתמורה "תעבור" למוכר". כדי שזה יקרה צריך לשלם מיסים וצריך שיהיה סכום שיבטיח תשלום מיסים ובסוף יעבור הנכס נקי וירשם על שם הקונה.

מהי "זהירות"? אתה צריך להגשים את מטרת הנאמנות אם הכסף ילך לא יהיה מאיפה לשלם מיסים. לשים במקום בטוח. מה יכול לקרות לכסף בעסקה אם המוכר מתעקש לא לשלם מס? יצבור קנסות והיטלים. מצד שני הכסף יכול לצבור ריבית. מה צריך הנאמן לעשות את הכסף אם המוכר מתעקש לא לשלם מס? לשמור על הערך שלו ולהשקיע אותו בצורה ראויה. השקעות שמניבות תשואה ברורה.

מה צריכה לעשות רשות כדי להגשים את "מטרת הנאמנות":

מה הפקדנו בידיה? את הכוח השלטוני. הגשמת תכלית הענקת הסמכות בחוק פעולה לטובת הציבור

דוגמה: הפקדנו בידי "משרד החינוך" לחנך את ילדי ישראל. הופקד "בנאמנות". מה מטרת הנאמנות? לדאוג לחינוך הטוב ביותר לילדי ישראל.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

כל מה שעושה משרד החינוך צריך להראות שזה עפ"י "חובת הנאמנות" שזה מקדם את החינוך הטוב ביותר לילדי ישראל.

האם לימוד מילים שיטת הברות נכונה? מחקר הוכיח שזה פוגע בלימוד, אם המטרה היא לתת את החינוך הטוב ביותר אז "הופרה חובת הנאמנות".

אם יש לי ילד אני יכול לעתור לבג"ץ וייתכן שיקבע להחליף את השיטה.

הימנעות "מניגוד עניינים":

הרשות "הנאמן" לא יכול לשים עצמו לפני הטובה של העם.

דוגמה: העו"ד לא ישים את כספי הנאמנות בבנק שלו אבל אם פותח חשבון נפרד בסניף שלו? איך זה יפגע "בנהנה"? הוא יכול לשדרג את מעמדו בבנק באמצעות חשבון הנאמנות. איזה ניגוד ענייני זה יוצר? אם הבנק בקשיים, הכסף שלו ושל הנאמנות שם. רוצה להשאיר את הנאמנות כדי לרצות את הבנק זה נותן תמריץ לא לפעול לטובת "הנהנה".

דוגמה: "רשות שלטונית" ואתה חבר בוועדת התכנון שדנה בהחלטה לתת היתר לאתר לפינוי אשפה. הישוב שלך גובל באתר.

חובה עליו גילוי נאות כי נמצא בניגוד עניינים. ברור שיהיה נגד הקמת האתר ולא משנה אם זה טוב לציבור או לא. לכן עליו לפסול עצמו מלהשתתף בדיונים.

2. חובת "ההגינות"

דוקטרינת על כללית/ דוקטרינת "סל" (ממנה אפשר לגזור הרבה חובות וכללים ספציפיים)

למה צריך לנהוג בהגינות? יש פה יחסי אמון מיוחדים. משהו מינה משהו לשמור על נכס שלו שמאוד חשוב לו. זה יוצר מערכת של יחסי אמון ואתה חייב לנהוג בהגינות במערכת היחסים הזו. זה לא כמו שתי יריבים לחוזה "במשפט הפרטי" וכל אחד שומר על האינטרסים שלו.

פה העם הפקיד בידך "כוח שלטוני" "בנאמנות" נציגי העם סומכים עליך ולכן הסמיכו אותך בחוק ואתה חייב לנהוג בהגינות כלפי הציבור.

מה הכללים שגוזרים מדוקטרינת ההגינות? כל "המשפט המנהלי" מתפתח כמו "משפט מקובל". איך מתפתח "משפט מקובל"? מהפסיקה. אין חקיקה שאומרת מהי "הגינות". בימ"ש צריך לבחון אם התנהגות מסוימת תואמת את "ההגינות" או לא תואמת ואז דרך המקרה הספציפי הוא יוצר "כלל משפטי חדש". כללים אלו הם "כללי הצדק הטבעי".

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

הכללים שניתן לגזור "מדוקטרינת ההגינות":

א. כללי הצדק הטבעי:

דוגמה: אדם טוען שרשות החליטה החלטה שפוגעת בו לא הודיע לו ולא אפשרה לו להתגונן. בימ"ש מסכים שזה לא הוגן. כך לא נוהגים. ולכן רשות שמחליטה החלטה שפוגעת באינטרס מוגן של הפרט צריכה להודיע לו מראש, לאפשר לו טיעון להתגונן מפני החלטה, ורק אז זה יהיה הוגן.

א.1. חובת ההנמקה:

נגזר מתוך "כללי הצדק הטבעי". **דוגמה:** רשות פוגעת באדם ולא נותנת לו שום נימוק. בימ"ש שואל האם זה הוגן שרשות תקבל החלטה ולא תנמק. איך הוא יתגונן בלי שיבין למה התקבלה החלטה? החלטה ללא נימוק היא החלטה שרירותית ולכן בימ"ש קובע שרשות חייבת לנמק כל החלטה שקיבלה.

3 בדצמבר 2018

משפט מנהלי / שיעור 6

II: הרשות "כנאמן הציבור":

החובות החלות על "נאמן":

1. חובת "הנאמנות":

כלל שנגזר מחובת "הנאמנות": "אסור משוא פנים וניגוד עניינים" - מכיוון "שהנאמן" (רשות שלטונית) מכוח "חובת הנאמנות" נדרשת לפעול לטובת "הנהנה" (הציבור) אם תמצא במצב של "ניגוד עניינים" היא מעמידה את הציבור בסיכון במצב שהיא תפעל לטובת גורם זר. מראש אתה צריך להימנע מלקחת חלק בהחלטה. **דוגמה:** וועדה לפינוי זבל מישוב של מקבל החלטה. צריך לפסול עצמו מהוועדה.

2. חובת "ההגינות":

דוקטרינת על (דוקטרינה כללית/ דוקטרינת סל) על נאמן חלות חובות בין השאר "חובת ההגינות" ביחסים שלו עם "הנהנה" ולענייננו "הרשות השלטונית" שהוא "הנאמן" מול "הציבור" שהוא "הנהנה". החובה לנהוג "בהגינות" זו דוקטרינה על "כללית" / "סל".

איך מתפתחות דוקטרינות כאלה?

כל המשפט המנהלי מתפתח עם משפט מקובל. לא מסדירים בחקיקה מה חובות ההגינות שחלות על הרשות אלא פסיקה ממקרה למקרה. מגיע מקרה לבימ"ש ברגע שנמצא מתאים להחיל עליו את חובת ההגינות אז יש כלל חדש שנגזר מהדוקטרינה הזו.

דוגמה: כללי "הצדק הטבעי", "זכות הטיעון", "אסור משוא פנים וניגוד עניינים", "חובת הנמקה", "זכות העיון", "חובת פרסום של הנחיות מנהליות" וכו'. כל אלה כללים שנגזרים מחובת "ההגינות". פרמטרים שלא צריכים להתקיים כולם אלו כללים שהתפתחו מהפסיקה. אם אין כלל מסוים ניתן לצור כלל משפטי חדש, כי חובת ההגינות מחייבת לצור את הכלל המשפטי חדש המסוים הזה שאני רוצה לצור.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

כללים משפטיים שגוזרים מדוקטרינת העל של חובת "ההגינות" - התפתחו בפסיקה:

א. כללי הצדק הטבעי:

א.1. כולל את "חובת ההנמקה"

" חובת ההנמקה" היא חלק מכללי "הצדק הטבעי" איך נגזר מההגינות? זה לא הוגן לקבל החלטה שמשפיעה על משהוא מבלי לנמק את החלטה

ב. חובת פרסום הנחיות מנהליות:

אם יש הנחיות שעל-פיהם אני פועל מה בחובת ההגינות יכול לחייב לפרסם אותם? למה זה לא הוגן? שהאזרח יוכל לכלכל צעדיו ולהתמודד עם ההנחיות האלו.

דוגמה: יכולה להיות הנחיה שעוסקת "עידוד יצואנים". המדינה רוצה לחלק מענק לעסק שהוא גם מייצא ויכול לשפר מאזן תשלומים של ישראל ולהשפיע לטובה על מאזן התשלומים במשק. אחד הקריטריונים הוא שהעסק צריך לייצא כמות מסוימת לחו"ל. ייתכן שהאזרח יפסיד את המענק על סכום פעוט ולו היה יודע שאלו ההנחיות והקריטריונים היה מתכנן את צעדיו כך שהוא ייפול בזכאות למענק. ההגינות מחייבת לתת לו את ההזדמנות להתאים עצמו לאותם הנחיות.

דוגמה: תמיכה בתאטרות. אחד הקריטריונים אומר הופעה בפריפריה. כמה מופיע בפריפריה. רוצים לעודד תיאטרות גדולים להגיע לפריפריה ולהביא תרבות מהמרכז לפריפריה. אם אדם לא ידע קשה להתאים עצמו לעניין. "ההגינות" אומרת תפרסם כדי שאותו תיאטרון ידע להתאים עצמו וניתן לו הזדמנות הוגנת לעמוד בקריטריונים כדי לזכות בתמיכה ממשלתית למפעל התרבותי שלו.

ג. התחשבות באינטרס בהסתמכות:

אינטרס של הפרט שהסתמך על החלטה שלטונית

דוגמה: זכיתי במכרז לכריית חול. מהי הסתמכות? מה אני יעשה עכשיו? כשהשלטון מחליט איזה שהיא החלטה שאני זכיתי במכרז לכריית חול. האזרח מסתמך על החלטות השלטונית האלו והרבה פעמים עושה פעולות. לצורך הזכייה הזו רכשתי משאית לכריית חול במאות אלפי ₪ עוד חצי שנה תגיד הרשות שהם מצטערים החול הוא משאב מתכלה אין מספיק חול במדינת ישראל ולא יכולים לתת לי להמשיך לכרות חול. "תסתדר". אני כבר פיתחתי עסק והסתמכתי ששולש שנים אני יכול לכרות חול.

הפסיקה אומרת, אם הרשות רוצה לקבל החלטה שמשפיעה על "הסתמכות" לתת לזה משקל נכבד. צריכה לשקול בזירות האם מוצדק לפגוע בהסתמכות. יש לך רישיון מותר לך להסתמך עליו עכשיו המדינה רוצה לשלול את הרישיון היא צריכה לקחת בחשבון שאתה מסתמך וביצעת כל מני פעולות בהסתמכות על הרישיון ורק אם יש החלטה בעלת משקל אפשר לשלול לך. פה חובת ההגינות אומרת נתת למשהו זיכיון חתמת איתו הסכם "התחשבות בהסתמכות". יכול להיות גם "התחשבות בציפיות".

ד. התחשבות באינטרס הציפייה:

"אינטרס הציפייה" שלא מגיע עד "להסתמכות". ציפייה של הפרט שנוצרה מתוך החלטה שלטונית

דוגמה: רישיון מונית שמחודש אחת ל-3 שנים. רישיון מונית כשקיבלתי את הרישיון הסתמכתי עליו והשקעתי בעסק. רכשי מונית חדשה. התחברתי עם "גט טקסי" וכל מני התחייבויות כלכליות שלקחתי על

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

עצמי. אם יבטלו לי את הרישיון בתוך תקופת הרישיון אז זה פוגע **"באינטרס ההסתמכות"**. ידעתי שיש לי את הרישיון ל-3 שנים ופתאום מבטלים לי באמצע.

אבל מה קורה בתום ה-3 שנים? האם אין לי "ציפייה" שהרישיון יתחדש כמעט אוטומטית? . אם קיבלת מהמדינה רישיון למונית ובמשך התקופה הזו לא היית נהג רע גיליון הרשעות נקי מה קורה לקראת סוף השלוש שנים? כל נהג שמגיע לסוף תקופת הרישיון מצפה שיחשו לו אוטומטית אם הוא לא עברייני אין סיבה לא לחדש לו את הרישיון. הציפייה שלו מאוד חזקה לקראת סוף הרישיון שיחדשו לו. "ההגיונות" אומרת אם לאדם יש "ציפייה" כזו חדשה שיחדשו לו את הרישיון אל תפתיע אותו. אם אתה חושב שיש בעיה קודם תודיע לו ואח"כ אם רוצה לפגוע לו **"באינטרס הציפייה"** שיהיה לך טעם בעל משקל שיהיה מוצדק. גם אם צריך להתחשב בציפיות של אנשים ההגיונות מחייבת להתחשב בציפיות הללו.

דוגמה: אם המדינה תכניס את "הובר" זו פגיעה בחובת ההגיונות כי נהגי מוניות הסתמכו על זה שלהיות נהג מונית יש קריטריונים ולא כל אחד יכול להפוך להיות נהג מונית, כדי לא לפגוע **"באינטרס ההסתמכות"** **"ואינטרס הציפייה"** נדרש שתהיה תקופת הסתגלות מסוימת כדי שנהגי הומניות יערכו למצב החדש. לא להפתיע להתחשב בציפייה ובהסתמכות

דוגמה: חכירה לדורות. אדם יש לו קרקע ובונה עליה פתאום המדינה אומרת צריך את האדמה לצורך ציבורי. אי אפשר שהמדינה פתאום תוציא אדם מביתו. יש **"אינטרס הסתמכות"**. "הפקעה" נדרש שתוסדר עפ"י החוק עם פיצוי הולם כדי שהפקעה תהיה חוקית.

ה. **קיום הבטחות:**

הבטחות שרשות חייבת לעמוד מאחוריהם. (שונה מהבטחות במהלך בחירות כי זה לפני מינוי)

דוגמה: **בדיני חוזים** מתי יש התחייבות מחייבת? כשנכרת חוזה עפ"י דיני החוזים. אם יש הצעה וקיבול זה חוזה מחייב. אבל מה אם יש הבטחה חד צדדית ואין קיבול? רשות מנהלית הבטיחה חד צדדית האם יש לזה תוקף? רשות שלטונית אומרת למשק של תרנגולות אם יגדילו את כמות העופות גורם במשרד מבטיח לרכוש. כל עוד אין חוזה שנחתם האם מחייב? המשפט המנהלי אומר יש לרשות שלטונית "חובת הגינות" אם היא הבטיחה אפילו חד צדדית וגם אם לא נחתם חוזה ההגיונות קובעת שההבטחות שנתנה חייבת לקיים.

יש הבדל בין "הבטחות שיש להן תוקף" לבין "הבטחות שמבינים שאין להן תוקף". הבטחות במערכת בחירות מבינים שזו הבטחה להשתדל אבל כשיגיע לתפקיד ויבין שזה לא לטובת הציבור ייתכן ולא יקיים. שר האוצר מתכוון להעלות ריבית בשנה קרובה ומשדרת לשוק אם יש שינוי במשק כמובן אי אפשר לחייב אותו לקיים הבטחה כזו. תחזית כלכלית יכולה להשתנות. אלו הבטחות שלא חייב לקיים.

הערה:

יורד מחומר הלימוד- **"פס"ד קונטרס"** שעוסק "בהדדיות" האם גם הפרט חייב בחובת ההגיונות כלפי הרשות השלטונית. יש שלוש גישות.

3. **חובת "השקיפות":**

"הנאמן" קיבל נכס לאחריותו אמור לפעול לטובת "הנהנה" חייב לפעול בדרך שהיא שקופה "לנהנה". "כל מה שאני עושה אתה תדע".

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

דוגמה: עו"ד שמחזיק כספים בנאמנות. פתח חשבון נדרש לדווח לנהנה שלו שהכספים מוחזקים בבנק המסוים הזה. קונה הדירה יאמר "תביא לי את דפי החשבון רוצה לוודא שהכסף שם" לא יכול לסרב. חייב להתנהל בדרך שקופה.

"לרשות מנהלית" יש שתי מסלולים "לשקיפות":

א. זכות "העיון הפרטית" ("לנוגע בדבר")

המצב היום טוב יותר ממה שהיה פעם לעניין שקיפות. בימ"ש הכיר גם "בזכות עיון פרטית". - זכות עיון למי "שנוגע בדבר" לקבל מידע.

דוגמה: כשרשות הולכת לקבל החלטה מסוימת יש תיק של הרשות באותו עניין. יבואן של מזון רוצה להביא דגים משומרים. הרשות מחליטה שהדגים מסוכנים למאכל אדם והיא משביתה את המשלוח והנזק מאות אלפי ₪ ליבואן. אילו מסמכים של הרשות יהיו בתיק כזה? תוצאות מעבדה, חוות דעת מומחה אם אכן יש סכנה בריאותית. אוסף של מסמכים. של מי המסמכים? של הרשות. מי הרשות? "נאמן של הציבור".

כל התיק הזה הוא של הציבור. הרשות מנהלת עבור הציבור. זה אומר שהציבור רשאי לפחות זה שאמור להיפגע מההחלטה רשאי לעיין במסמכים האלו **אלא אם כן יש "חיסיון" או "שהאינטרס הציבורי" מצדיק "חיסיון"**. מסמכים שיפגעו בביטחון המדינה. זה לגבי מי שנוגע בדבר.

ב. זכות "העיון הציבורית" (חוק חופש המידע)

זכות עיון גם למי שלא "נוגע בדבר" לקבל מידע

דוגמה: רשות טלוויזיה עושה תחקיר עיתונאי. רוצה לדעת עד כמה יש בדיקות מחמירות ביחס ליבוא מזון מחו"ל. אותה לא מעניין המשלוח הספציפי של הדגים אלא אותה מעניין ככלל. האם מעבדות בודקות את המזון, האם יש פיקוח. אותה לא מעניין מידע ספציפי אלא מעוניינת במידע כללי מהרשות המפקחת. ואז הולכת לפי "**חוק חופש המידע**"

ההבדל בין "זכות עיון פרטית" ובין "זכות עיון ציבורית":

זכות עיון "פרטית":

תחול אם רוצים מידע ספציפי אדם מסוים נפגע מהחלטה של רשות ורוצה לקבל מידע אז יש לו זכות עיון פרטית לראות את כל המסמכים הרלוונטיים לתיק שלו.

זכות עיון "ציבורית":

אם יש תחקיר מסוים לא אני הנפגע הספציפי ואני רוצה לדעת איך הרשויות פועלות וכמה פעמים שלחו מזון לבדיקה אז אני פונה בשם הציבור עפ"י "**חוק חופש המידע**".

באמצעות "חוק חופש המידע" עתירה פרטית:

ייתכן שמידע שתקבל במסלול "**חוק חופש המידע**" יכול לעזור גם בעתירה הפרטית.

דוגמה: רשות החילה עליך כלל ובגלל זה נפגעת. אתה רוצה להראות שמעולם לא החילה כלל כזה ואתה "שעיר לעזאזל".

יש "אכיפה סלקטיבית" ולא החילו על אף אחד. איך אני יוכיח? צריך מידע אם הכלל הוחל על אחרים. אז

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

פונים לרשות לקבל מידע לפי חוק חופש המידע "תנו לי את המקרים שהפעלתם את הסעי' הזה" ואז אני רואה שלא הופעל אף פעם עשו למעשה "אכיפה סלקטיבית" ואז באמצעות המידע שקיבלתי אני מפעיל את העתירה הפרטית.

פס"ד אילן נ' עיריית ת"א:

מכרז של מצילים. מכרז לאיוש מתקן מצילים. משהו חשוד קורה. יו"ר וועד המצילים מתקשר לאחד מחברי וועדת המכרזים ומפעיל עליו לחץ לבחור במצילים מסוימים. למה שיו"ר הוועד ירצה מציל אחד ולא אחר? צריך להיבחר ורוצה לבנות מחנה את אנשי שלומו.

הבנו מה האינטרס של יו"ר וועד המצילים הוא גם משכנע אותו לפגוש אותם. מה הבעיה שחבר וועדת המכרזים יפגש עם חלק מהמועמדים הספציפיים האלו? עפ"י **דיני המכרזים** ו"עקרון השוויון" או שנפגשים עם כולם או שלא נפגשים עם אף אחד שלא יהיה מצב שמי שנפגשת איתו יש לו יתרון על פני המועמדים האחרים, אתה כבר מכיר אותו, התרשמת ממנו, לעומת האחר שהוא סתם שם ומס'. **פה הופר "עקרון השוויון"**. התרחשות האירועים האלו יכולים **לפסול את אותו חבר בוועדת המכרזים**. מה אנחנו מצפים שיעשה בוועדה הראשונה של וועדת המכרזים? **יפסול את עצמו!**

מה מוטל על הרשות "הנאמן" של "הציבור" לעשות? :

לנהוג בשקיפות:

השקיפות נובעת מהרעיון של "נאמנות". "הרשות" היא "נאמן" של "הציבור", חייבת לנהוג עמו בשקיפות. יש גם את העניין של **דמוקרטיה**: כל מה שהרשות השלטונית תעשה הציבור ישפוט אותה בהתאם. הרשות לא תסתיר מהציבור מידע ותתנהל בשקיפות.

מה השקיפות מחייבת?

דיווח:

חבר וועדת המכרזים נדרש לדווח שהתקשר אליו יו"ר וועד המצילים וביקש ממנו כך וכך... הפעיל עלי לחץ, נפגשנו עם המצילים האלה והאלה וכו'.

תיעוד:

"פרוטוקול", "צילום" (ווידאו) או בדרך אחרת. לא מספיק שיש "דיווח" כדי שיהיה אפשר להוכיח שהיה "דיווח" צריך גם "תיעוד". צריך גם תיעוד כדי לדעת מה היה איך דווח ומה דווח.

פרוטוקול:

תיעוד רגיל הוא "פרוטוקול". **הבעיה**: אם עובר זמן מהרגע שהיה דיווח עד לרגע התיעוד כשמעלים את זה על הכתב הרבה פעמים בפער הזה יש **"שיפוץ פרוטוקול"** סילוף עובדות. וזה לא התיעוד ששואפים אליו. בחקירות משטרה בעבירות חמורות רוצים תיעוד מדויק ביותר וזה "צילום" החקירה עצמה. והתיעוד ברמה הגבוהה ביותר.

ההשלכות אם לא יהיה תיעוד בהתאם:

"חזקת התקינות של הרשות השלטונית"
חשין: כל מה שהרשות עושה חזקה שהוא תקין.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

נטל ההוכחה על "העותר" שנפל פגם:

נטל ההוכחה שנפל פגם על הטוען/ העותר לבג"צ. העותר צריך להוכיח שיש לו עילה לבג"צ כדי שההליכים ימשיכו.

אם העותר לא יצליח להוכיח שנפל פגם אז לא יקבל **"צו על תנאי"** הפרקליטות לא צריכה להשיב על העתירה והעתירה תיפול עוד לפני שיתבצע דיון אמיתי בעתירה. עושים את זה כדי להגן על הרשות מפני הליכים טורדנים ומפני שטף אינסופי של עתירות ובתביעות ולכן יש נטל הוכחה על העותר.

אם הרשות לא פעלה "בשקיפות" - "חזקה שנפל פגם":

לא ניתן להוכיח פגם כי הרשות לא פעלה "בשקיפות" - חזקה שנפל פגם. אם צריך להוכיח שנפל פגם ולא יכול להוכיח בגלל בעיית "השקיפות". העותר טוען שנפל פגם אבל לא יכול להוכיח כי הרשות לא פעלה בשקיפות, "חזקת התקינות" תיסתר.

אם הרשות הסתירה דברים ולא תיעדה - **"חזקה שנפל פגם"**. אם הרשות אומרת שהיה דיון, היה דיווח ותיעוד אז אין בעיה "חזקת התקינות תחול" אבל אם לא התקיימו אלה "חזקה שנפל פגם". **העילה - "פגם בשקיפות"**

פגם "בשקיפות" מעביר את נטל ההוכחה על הרשות שלא נפל פגם:

הפגמים בשקיפות מעבירים את נטל ההוכחה על הרשות. עכשיו נטל ההוכחה על הרשות שכן היה "דיווח" ו"תיעוד". אחרת תפסיד בעתירה. עכשיו נטל ההוכחה על הרשות שלא נפל פגם.

העילות שיכולות לפסול את חבר וועדת המכרזים:

1. הפרה של "עקרון השוויון"

2. חוסר "שקיפות" וחוסר "דמוקרטיה" - "פגם בשקיפות"

דוגמה: כדי לבחון אם חבר וועדת המכרזים היה צריך לדון או לא במועמדים צריך לבחון אם היה דיווח על הפגם "בשקיפות". אם הוא דיווח על זה שיו"ר וועדת המצילים הפעיל עליו לחץ. **מנגד**, הרשות יכולה לטעון שהיה "דיווח" והיה "תיעוד" והחלטה נלקחה כדיון וזה לא פוסל אותו. הנטל על הרשות להוכיח.

3. "משוא פנים": עילה של "דעה קדומה".

דוגמה: אם הוא נפגש עם חלק מהמועמדים לפני המכרז אז כל המכרז מכור, תפור. הכל למראית עין וברור את מי בוחרים.

סיימנו את "עקרונות היסוד" של המשפט המנהלי....

"כלל ההסדרים הראשוניים"

דיברנו על "עקרון חוקיות המנהל" שכל החלטה צריכה להישען על הסמכה בחוק, שהחוק מטיל עליה תפקיד וצריך לפרש את החוק ולשאול מה התפקיד שהוטל על הרשות. **דוגמה:** שב"ס הוטל עליו גם משמורת על האסירים וגם לשקם אותם. גם לשמור על הזכויות שלהם שלא נשללו כתוצאה מעונש המאסר אבל לא הוטל על השב"ס תפקיד לדאוג להומלס. זה עניין של פרשנות החוק לעניין התפקיד הציבורי.

עכשיו נדון בדוקטרינת שמשפיעות על הפרשנות הרגילה של החוק.

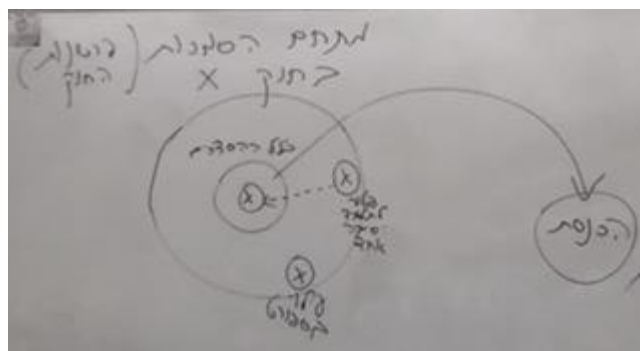
נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

הדוקטרינה הראשונה של "כלל ההסדרים" היא "דוקטרינה שמכרסמת בסמכות". היא אומרת "יש החלטות בתוך מתחם הסמכות" כמו שעשינו בחוקתי עושים גם במנהלי. מפרידים בין "הגרעין" ובין "הפריפריה". יש החלטות שהם החשובות ביותר שהן בליבה של הסמכות ויש החלטות פחות חשובות. אם מדברים על החלטות עקרוניות מהותיות שנמצאות בליבה של הסמכות "כלל ההסדרים" חותך את ההחלטות ממתחם הסמכות ומוציא אותן החוצה. לאן יוצאות? יש את מתחם ההחלטות של "הרשות המבצעת" ומה שיוצא החוצה מהרשות המבצעת עובר "לכנסת". זו **דוקטרינה שמצמצמת מהסמכות**. ומה שנראה לנו בפרשנות רגילה בתוך הסמכות אחרי כלל ההסדרים יוצא החוצה. מכרסם בליבה.

אח"כ נלמד עוד שתי דוקטרינות "שמוסיפות למתחם". "סמכויות עזר" זה מוסיף למתחם הסמכות עוד ערסנל של סמכויות והשנייה היא "הסמכות השיוורית של הממשלה".

נלמד סה"כ שלוש דוקטרינות:

1. דוקטרינה שמכרסמת מהמתחם של הסמכות ומעבירה לכנסת- מצמצמת מהסמכות
2. דוקטרינה שמרחיבה סמכות
3. ועוד דוקטרינה שמרחיבה סמכות



נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

הלכת רובינשטיין- גיוס בחורי ישיבות:
קטגוריה של "פטור" מגיוס

הלכה מהפכנית "במשפט המנהלי". אחת העילות החשובות במשפט המנהלי שכמעט בכל עתירה מעלים אותה. הכל מתחיל "בהלכת רובינשטיין". למדנו "גיוס בחורי ישיבות" וחוקתי. זה "גיוס בחורי ישיבות" מנהלי.

חוק שירות ביטחון:

שר הביטחון רשאי לפטור משירות/ לדחות שירות מטעמים חינוכיים או מטעמים אחרים

לעניין בחורי הישיבות מחליט שר הביטחון לפטור או לדחות את גיוסם בשל נימוק "תורתם אומנותם" הסכם סטאטוס קוו לפני קום המדינה בין דויד בן גוריון והנציגות הדתית והסמכות הופעלה במשך השנים.

אם מסתכלים על "מתחם הסמכות" בחוק X- אמרנו שזה פונקציה של סמכות החוק האם לשר הביטחון יש סמכות לפטור לומד תורה לפי הסמכות הרגילה של החוק. בחוק כתוב שניתן לפטור גיוס מטעמים חינוכיים או מטעמים אחרים. ניתן לומר "שלימוד תורה" זה תחת מטעמים "חינוכיים" או "אחרים". זה אומר **שהחלטה של שר הביטחון לפטור בחור ישיבה מגיוס היא "בתוך מתחם הסמכות"**.

אם זה היה מחוץ למתחם הסמכות היינו אומרים "החוק לא מסמיך" לעשות דבר כזה וזה בהכרח לא חוקי. אם זה מחוץ להיקף הפנימי זה מחוץ למתחם הסמכות ולא ניתן לפעול בדרך זו אבל זה לא מחוץ לסמכות וניתן לקבל החלטה כזו.

אם שר הביטחון היה פוטר בחור ישיבה אחד:

בין "הגרעין" החלטה הכי מהותית ובין "הפריפריה" החלטה פחות מהותית- החלטה ספציפית שנכנסת לפריפריה.

אם שר הביטחון מפעיל את הסמכות על בחור ישיבה אחד זה היה במסגרת הסמכות שלו. לא החלטה חשובה דרמטית, אבל אם על כל בחורי הישיבות ההחלטה שלו מופעלת על ציבור שלם זו הופכת להיות החלטה עקרונית מהותית חיונית לבי' ישראלית

בן שהר

ספורטאי- קטגוריה של "דחיית" גיוס (מתגייסים תוך כדי הספורט)

מקרה ייחודי של בן שהר התקבל לקבוצה של צ'לסי לא יעזור לו "ספורטאי מצטיין" אם דוחים לו את הגיוס זה לא עוזר לו הומצאה **קטגוריה חדשה- "עילוי בספורט"** הקריירה חייבת להימשך בחו"ל. יוגדר כספורטי עלווי. איפה יהיה "בגרעין" או "פריפריה"- החלטה ספציפית שנכנסת לפריפריה.

מה קורה אם שר הביטחון רוצה לפטור קהילה שלמה:

אם שר הביטחון מפעיל את הסמכות על בחור ישיבה אחד זה היה במסגרת הסמכות שלו. לא החלטה חשובה דרמטית, אבל אם על כל בחורי הישיבות ההחלטה שלו מופעלת על ציבור שלם זו הופכת להיות החלטה עקרונית מהותית חיונית לחב' ישראלית. זו החלטה דרמטית וחשובה לחב' הישראלית.

הלכת רובינשטיין- הכלל:

חזקה (חזקה פרשנית שניתנת לסתירה הכלל לא תמיד יחול בכל מקרה) שהמחוקק הראשי לא הסמיך את "הרשות המבצעת" לקבוע "הסדרים ראשוניים" בתחום הנוגע להחלטה עקרונית / מהותית/ גורלית ברמה הלאומית

כל עוד שהחלטות הם של הרשות המבצעת מקומיות קטנות זה יהיה במתחם של "הרשות המבצעת" אבל אם החלטה הגיעה "לליבה של החלטות". העקרוניות מהותיות זה יוצא החוצה "לכנסת" וזה כבר לא בשמחות

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

השר.

לפטור בחור ישיבה אחד: זו לא החלטה עקרונית / מהותית / גורלית ברמה הלאומית, להכיר "בעילוי בספורט": זו לא החלטה עקרונית / מהותית / גורלית ברמה הלאומית לפטור את כל בחורי הישיבות במדינה: זו החלטה עקרונית / מהותית / גורלית ברמה הלאומית - שפוגעת "בעקרון השוויון", האם הם מקבלים אוטונומיה והם חלק נפרד מהמדינה?

ולכן חזקה שהמחוקק הראשי לא הסמיך את "הרשות המבצעת" (את שר הביטחון) לקבוע את "ההסדרים ראשוניים".

מה הם "הסדרים ראשוניים"? אלו עקרונות להפעלת הסמכות / אמות מידה / קריטריונים אלו יקבע רק ע"י "המחוקק"

"הסדרים משניים" הסדרים שקובעים איך מיישמים / מה דרך הביצוע / יישום של אותם עקרונות שקבע המחוקק. אלו יקבעו ע"י "הרשות המבצעת"

דוגמה - "הסדר ראשוני":

הממשלה הקודמת - ממשלת לפיד נתניה בנט. כל מחזור יהיו 1800 עילויים בתורה שיהיה פטורים משירות כליל. זה הסדר ראשוני כי זה עקרון שצריך לשמר את התורה ולהצמיח את גדולי התורה בדור ולצורך זה 1800 לא ילכו לצבא בכלל זה עיקרון / אמת מידה זה הסדר ראשוני זה רק הכנסת תקבע ואכן קבעה בחוק.

דוגמה - "הסדר משני":

איך מיישמים את הכלל של "ההסדר הראשוני". יקבע שר הביטחון "הסדר משני" (מותר לו) כל ראש ישיבה ימלא טופס 65 שבו יציין רשימת עילויים בתורה. הטופס יעבור לוועדה וכו'. זה "הסדר משני". אבל "הסדר ראשוני" ש- 1800 יהיו פטורים רק הכנסת קובעת.

10 בדצמבר 2017

סיכום שיעור שעבר:

חזקה פרשנית שהמחוקק הראשי לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע הסדרים ראשוניים בתחום הנוגע להחלטה עקרונית, מהותית, עקרונית ברמה הלאומית.

ראינו איך זה חל על גיוס בחורי ישיבות

שר הביטחון הוסמך מטעמים חינוכיים או מטעמים אחרים לפטור אנשים מגיוס, האם הפטור לבחורי ישיבות הוא בתוך מתחם הסמכות? או מטעמים חינוכיים או מטעמים אחרים, האם השר מוסמך לעשות את זה? אם היינו פוטרים בן ישיבות אחד = אז זאת לא החלטה עקרונית חברתית מהותית.

פטור של קהילה שלמה = מדובר בגרעין, נכנס לליבה = נתפס ע"י כלל ההסדרים (הליבה) ואז אותה החלטה יוצאת החוצה לכנסת.

פס"ד רובינשטיין 1997, עשר שנים לפני היה את פס"ד רסלר בשנת 1986 - דנו בפטור לגיוס בחורי ישיבות וישב שם ברק. בפס"ד זה קבעו ששר הביטחון מוסמך, כלומר לא בליבה.

ב77 באה הלכת רובינשטיין ואומרת, לא עוד - שר הביטחון לא מוסמך.

איך אפשר להסביר את התפנית בין רסלר לרובינשטיין?

הכמות עושה איכות = 86 זה היה עוד מספרים קטנים, עם קום המדינה היה מדובר ב400 תלמידי ישיבות. הפרשנות הזאת כבר לא טובה ל77. ב97 מדובר על קהילה מאוד גדולה, ואז הכמות עושה איכות במובן שמה

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

שלא היה עקרוני, מהותי גורלי הפך להיות כזה.

ברק בהלכת רובינשטיין לא מדגיש שהמהפכה החוקתית היא זאת שעושה את ההבדל.

כלל ההסדרים הראשוניים לא מוזכר עד 97 אלא בהקשר של תקנות שהרשות המבצעת לא יכולה בתקנות לקבוע את ההסדרים הראשוניים אלא אם הסמיכו אותה במפורש. ואחרי 97 יש פתאום קפיצה מטורפת **בשימוש בכלל ההסדרים הראשוניים**, כאשר היום זאת אחת העילות הכי מרכזיות וחזקות במשפט המנהלי. **רובינשטיין זה בנק המזרחי של המשפט המנהלי** = פס"ד שיוצר מהפכה בתחום משפט מסוים.

כלל ההסדרים הפך להיות לעילה מרכזית. חידוש שעד היום נשענים עליו.

הלכת רובינשטיין לא נשענת על עקרונות חוקתיים למרות שזה נוגע בעקרונות אבל היא חלה בלי שום קשר לפגיעה בעקרונות חוקתיים = חלה על כל דבר במשפט המנהלי, והמהפכה החוקתית לא עשתה את ההבדל, לא זה השינוי - חידוש של ההלכה בבית המשפט העליון.

דוגמא להחלטות שנתפסות ע"י כלל ההסדרים:

1. עילוי בספורט: הכירו בבו סער - נמצא בפריפריה, לא משפיע על החברה הישראלית.
2. סגירת כבישים בשבת: בד"כ יש ברשויות המקומיות, רשות תמרור מקומית שתפקידה לקבוע את הסדרי התנועה המקומיים. ברמה הארצית = המפקח על התעבורה שהוא רשות תמרור ארצית והוא מוסמך לתת הוראות לרשות תמרור מקומית לקבוע איזה הסדרי תנועה יחולו שם. או שהרשות המקומית החליטה לסגור את הכביש בשבת או שהמפקח הארצי הורה לה = מכאן נובעת הסמכות.

האם הסגירה בשבת היא חלק ממתחם הסמכות?

נדרש לבדוק מבחינת פרשנות החוק:

האם זה בתוך העיגול? אם זה בחוץ לא צריך לשאול אם חל כלל ההסדרים, אין סמכות בכלל.

האם זה במתחם הזה?

האם סגירת כביש זה הסדר תנועה? על פניו נראה שכן, וזה בתוך העיגול.

השאלה הפרשנית: האם זה בסמכות או לא בסמכות לסגור כביש בשבת?

פס"ד 'חורב' - כביש בר אילן בירושלים, שישה נתיבים, שלושה לכל כיוון, עורק תחבורה ראשי בירושלים.

האם זה עקרוני שיסגרו עורקי תחבורה ראשיים בשבת?

חשין אומר שכן, ואז אנחנו נמצאים בליבה, בגרעין.

אם זה בליבה = חל על זה כלל ההסדרים הראשוניים = אך ורק הכנסת מוסמכת, יוצא אליה החוצה!

חוצה ישראל = המפקח על התעבורה רוצה לסגור בשבת. האם מוסמך או לא?

אם חשין אמר שבתוך ירושלים זה עניין עקרוני, מהותי ברמה הלאומית. אז על אחת כמה וכמה שסגירת כביש ארצי היא עוד יותר בגרעין ולכן הסמכות היא של הכנסת.

פס"ד 'הליגה למניעת כפייה דתית' - עסק ברחוב קטן בירושלים שנקרא 'שמואל הנגיד', הרחוב מוביל לבית הכנסת הגדול בקינג ג'ורג'.

החליטו לסגור את הרחוב בשבת - האם הסגירה היא בגרעין או בפריפריה? נקבע שיש סמכות כי זה במתחם הסמכות ולא עקרוני, מהותי, גורלי.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

חשין אומר בחורב שכשמדובר בבר אילן, 6 נתיבים זה כבר עקרוני, מהותי וגורלי ורק הכנסת יכולה לקבוע. זה עניין של מידה! אם זה קטן ומידתי, זה במתחם הסמכות.

מבחני הפסיקה - מבחני עזר לפרשנות

כיצד ניתן לקבוע מה עקרוני, מהותי וגורלי?

מתחיל בחשין בפס"ד וועדת המעקב העליונה של ערבי ישראל - הממשלה קובעת אזורי עדיפות לאומי. האזור הזה נהנה מהטבות: הקלות במס, הגדלת תקציבי חינוך, הקלות בתחומים נוספים, מדובר בחבילה עם הרבה כסף שיזרום לאותו מקום. אזורי עדיפות לאומי - מדובר בליבה, בגרעין - בד"כ ישובים שסובלים ממצב בטחוני קשה או יישובי פריפריה מוחלשים.

פס"ד המרכז האקדמי = ההחלטה לייצוא הגז: גז מול חופי ישראל, מה עושים איתו?

האם זה עקרוני, מהותי? זה משפיע על החברה על בישראל, על עתידו של המשק הישראלי = גרעין!

פס"ד אבו ערפה = גירוש תושבי מזרחי ירושלים: אלו ששר הפנים חושב שהפרו נאמנות למדינת ישראל.

כמה חשוב להסדיר את מעמדם של תושבי ירושלים? יש כאן פגיעה קשה בזכויות אדם.

ישראל סיפחה את מזרח ירושלים מבלי להחליט מה עושים עם זה וזה הופך לדבר עקרוני.

מדובר בסוגיה סבוכה וקשה ואין ספק שהיא עקרונית, מהותית וגורלית ולכן היא בגרעין.

ההבדל בין מבחני עזר לפרשנות למבחנים מחייבים (כמו פסקת ההגבלה) - אם אחד לא מתקיים זה נופל.

בכלל ההסדרים ראשוניים זה עניין של פרשנות החוק, מדובר בחזקה פרשנית ולכן המבחנים הללו עוזרים

לפרש את החוק = המחוקק קובע שלא כל המבחנים צריכים להתקיים, יכול להיות שחלק מהמבחנים יתמכו

בהכלת הכלל, וחלק יתנגדו לכלל ועדיין הכלל יתפוס - העוצמה של המבחנים שתומכים בכלל תהיה יותר

גדולה מעוצמת המבחנים שמתנגדים לכלל הזה.

במקרה כזה, מריצים את כלל המבחנים ואז לראות מי תומך ומי מתנגד לכלל ובסוף מחליטים איפה כפות

המאזניים יותר כבדות.

(1) פגיעה בחרויות הפרט / בעקרונות חוקתיים

גיוס בחורי ישיבות מקיים את המבחן הזה? מקיים.

הפטור לחרדים פוגע בעקרון השוויון.

בנוסף, זה מכרסם גם במדינה כמדינה יהודית. הרעיון של המדינה היהודית שכל הזרמים ביהדות צריכים

להתאחד ללאום משותף. ברגע שקהילה שלמה לא לוקחת חלק במפעל הזה ורוצה אוטונומיה, זה חותר תחת

המבנה של מדינה יהודית וככל שמערכת החוקים תכיר ועוד ועוד היבטים של אוטונומיה חרדית זה מוציא את

הקבוצה הזאת מהלאום היהודי הכולל וזה בעייתי מאוד.

כשמכילים את כלל ההסדרים אנחנו שואלים האם זה שהוא פותר אותם זה פוגע בעקרונות חוקתיים? זה בטח

לא פוגע בעקרונות שלהם שהוא פותר אותם, זה פוגע בעקרונות אחרים כמו שוויון, כבוד האדם וכו'

ישנם עקרונות חוקתיים שנפגעים ועל כן המבחן הזה מתקיים.

אבו ערפה - פגיעה בחרויות הפרט. גם כאן ניתן לראות כי המבחן מתקיים, פגיעה קשה בזכויות אדם

ובעקרונות חוקתיים.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

אזורי עדיפות לאומיים - אם לוקחים מישהו שהוא מוחלש יותר באזור שבו הוא חי ורוצים לשקם את האזור הזה זה לא אומר שמדובר בהפליה של מישהו אחר. הרבה פעמים צריך להתייחס שלא בשוויון כדי להגיע לתוצאות שוות, ולכן, לא בטוח שמדובר כאן בפגיעה בשוויון.

גם אם יש פגיעה בשוויון העיקרון החוקתי של שוויון מתעניין בקבוצות מובחנות שסובלות מדעות קדומות והפליה כמו נשים, מיעוטים, חרדים ואחרים. עקרון השוויון החוקתי לא מתעניין בלהגן על תושבי המרכז בשל הפליה כתוצאה מתמיכה בפריפריה - זה לא מעניין את העיקרון החוקתי!

בין פריפריה אחת לאחרת יכול להיות שיהיה מדובר באי שוויון.

מתי זה כן הופך להיות עניין חוקתי? כשציינו את אזורי העדיפות הלאומית דאגו שכל היישובים הערביים יישארו בחוץ, ברגע שזאת חלוקה חדה שהיישובים היהודים נהנים מעדיפות לאומית וזאת אל מול הערבים שלא נהנים כי ככה שרטטו את המפה - זה הופך לעניין חוקתי.

ייצור הגז - נציגי העם קבעו שהמדינה היא הבעלים של הנכסים ובין השאר במשאבי טבע ולכן הקניין הוא של המדינה. אם ההחלטה הייתה לבטל את הזיכיון אז היינו יכולים לדבר על הקניין של השותפות או על חופש העיסוק - ההחלטות רק הלכו לקראת שותפות הגז אולי על חשבון הציבור, ואם זה על חשבון הציבור הרחב זה לא עניין חוקתי.

לא כל החלטה שמקבלת רשות שאולי יש בה בעיות מבחינה פיקוח עתידי על מחירים היא עניין חוקתי, זה יכול להיות עניין של ניהול משאבי המדינה שהיא לא חכמה.

אין מעורבות של עקרונות חוקתיים, אי אפשר שכל החלטה בכל תחום שהוא החוקה תתערב, זה ניהול משק האנרגיה של מדינת ישראל, זה עניין מקצועי שהמשפט החוקתי לא מתערב בו ולכן המבחן הראשון לא מתקיים בתחום הגז!

(2) מידת ההשפעה על הציבור

שני מבחנים:

מידת ההשפעה - אם המדינה מחלקת מיליונים לאותם אזורים וזה הטבות רציניות, אזי מידת ההשפעה גדולה.

היקף ההשפעה - כמה אנשים מושפעים מהדבר הזה.

גיוס בחורי ישיבות - דרמטי גם במובן היחסים בין הקהילות בתוך העם היהודי, השפעה גדולה על הציבור. הגז - אם נייצא 80% מהגז, הציבור והמשק יושפע מכך בצורה דרמטית, מהר מאוד ייגמר לנו הגז ונאבד את הביטחון האנרגטי ונהייה תלויים במדינות אחרות ויכול להיות שהמחירים יהיו יקרים מאוד.

אזורי עדיפות - השפעה על תושבי המדינה. מי שנהנה מזה הם כמיליון אזרחים של המדינה אשר מקבלים עזרה ועדיפות, מבחינת עוצמת ההשפעה זה דרמטי.

אזורי עדיפות לאומית יכול להקיף מיליון מאזרחי המדינה וזה משמעותי. ההקלות הן משמעותיות: מס, הגדלה בתקציבי חינוך, ביטחון.

הכללה של ההתנחלויות - פתאום זה לא נקי ממחלוקת. וככל שזה שנוי במחלוקת זה הופך לעקרוני, מהותי וגורלי..

אבו ערפה - כשמדברים באקט קיצוני של גירוש גם כשהגירוש חל על מעט אנשים ההשפעה היא דרמטית

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

משום האקט הוא דרקוני. לוקחים תושבים ממקום מסוים ומגרשים אותם מהמדינה, להבדיל מתיירים מהגרי עבודה וכן הלאה.

היותה של הכרעה שנויה במחלוקת - גיוס בחורי ישיבות (ברמה הגבוהה ביותר), סגירת הכבישים בשבת. ייצור הגז - יצאו נגד המתווה של הגז לא מעט אנשים, נגד הייצוא היו המון הפגנות (פחות שנוי במחלוקת).

(3) עלות ההכרעה

תוספת של השופט גיורן במשפט האקדמי שאומר שצריך להסתכל גם על **ההשפעה של הממשק בכללותו**, ולא רק כמה זה עולה לנו, אלא איך זה ישפיע על המשק בכללותו. הגז - מכניס מס למדינה במיליארדים, בעלות ההכרעה זה לא עולה לנו כלום, רק נקבל כסף. לא צריך להסתכל כמה זה עולה, אלא, איך זה ישפיע על המשק. השפעה דרמטית על המשק, ולכן, הגז הוא עניין מהותי גורלי ועקרוני. אזורי עדיפות - מדובר במיליונים רבים ולכן זה הופך את העניין לעקרוני מהותי וגורלי. ככל שמוסיפים אזורים, העלות עולה - יותר הקלות במס, יותר תקציבים וכו'. אבו ערפה - אין עלות בגירוש (לא תומך בהכלת הכלל, המבחן לא מתקיים). אבל זה לא אומר שזה אמור להיות מהותי, גורלי.

(4) מעורבות עתידית של המחוקק

האם צפויה התערבות עתידית? האם הכנסת תקבל את ההחלטה העקרונית, מהותית ברמה הגורלית? אבו ערפה: הכנסת בלבד יכולה להחליט לגבי פינוי. לא נתנו לממשלה להחליט משהו עקרוני, מהותי, היא רק מטפלת במקדמות. את החוק יקבע הכנסת. אם צפויה התערבות עתידית של המחוקק זה פועל נגד הכלת כלל ההסדרים! פס"ד שמעוני של המקדמות - מה שהממשלה מקבלת זאת לא ההחלטה העקרונית, בכל מקרה זה יגיע להתערבות המחוקק - זה מחליש את זה שזה במתחם. גיוס בחורי ישיבות: שר הביטחון (הרשות המבצעת) פתר אותם מראשית ימי המדינה עד הלכת רובינשטיין 97, המחוקק לא יעשה כלום, לא יתעסק בעניין הזה כי זה מפיל ממשלות.

(5) דחיפות ההכרעה

ככל שזה יותר דחוף זה נגד הכלת הכלל!

אם זה דחוף ונכיל את הכלל אנחנו תוקעים את העניין, זה צריך ללכת לכנסת, ואז הכנסת צריכה להתחיל תהליכי חקיקה, פרוצדורה. במצב דחוף, ניתן לממשלה לפעול. המקדמות בפס"ד שמעוני זה דחוף.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

(6) הפיכות ההחלטה

פס"ד המרכז האקדמי: הבדל בין גרוניס לגיבראן.
 ככל שההחלטה בלתי הפיכה זה תומך בהכלת הכלל. כשזה בלתי הפיך נרצה שנציגי העם ברשות המחוקקת תקבל את זה ויחליטו עליו.

מכילים את כלל ההסדרים ומוציאים את זה לכנסת.

כשמנתקים מעזה זה בלתי הפיך.

אזורי עדיפות לאומית: זה הפיך, פעם נותנים הטבות ופעם לא.

הגז: גרוניס תמך בטענה שזה הפיך - עכשיו הממשלה החליטה 40%, אחרי 5 שנים הממשלה תדון עוד פעם ותחליט לצמצם את היקפי ייצוא הגז.

גיבראן טען שזה בלתי הפיך - זה לא פינג פונג, אי אפשר לקבוע 40% ואז לשנות. אם אומרים שאפשר לייצא 40% שותפות הגז משקיעות המון כדי לייצא את הגז ויש הסכמים והתחייבויות.

הלכת ההשתחררות: יש חזקות במשפט המנהלי שנותנות פריבילגיה לרשות השלטונית להשתחרר מחוזה = אם צורכי הציבור מחייבים אפשר להשתחרר מחוזה שלטוני, חוזה שהמדינה עשתה.
 נניח עכשיו נתנו לייצא 40% וזה כתוב בחוזה, אחרי חמש שנים מבינים שאין מספיק גז, בפועל הגז הישראלי הולך להיגמר ויש צורך חיוני להשתחרר מהחוזה, ביהמ"ש יכיר באופציה להשתחרר מהחוזה.

(7) מורכבות משפטית/ מורכב מבחינות אחרות/ רגישות הסוגיה

שינוע ברכבלים - החלטה מורכבת, לא נכון ששר התחבורה יחליט על דבר כזה.

מורכבות משפטית: מורכבות ורגישות. ישראל בפס"ד אבו ערפה עוסקים במעמד תושבי מזרח ירושלים, סוגיה מורכבת ורגישה מאוד.

תושבי מזרח ירושלים, מ"י סיפחה את השטח אבל לא נתנה להם מעמד של אזרחות. יש להם הגנות במשפט הבינלאומי, יש להם מעמד של ילידים, לא מדובר בתיירים שאפשר לגרש אותם מתי שרוצים. המרכבות היא גבוהה מאוד.

עילת הגירוש = הפרת אמונים. עילה מורכבת. מהי הפרת אמונים? אמונים למי? תושבי מזרח ירושלים, המדינה הסכימה שתסכים להצביע לרשות הפלסטינית.

לא יכול לבוא שר הפנים ובסוגיה כל כך רגישה ומורכבת ייקבע מה יהיה עם תושבי מזרח ירושלים. ככל שזה מורכב ורגיש יותר זה עובר לכנסת.

24 בדצמבר 2017

כלל ההסדרים הראשוניים:

בשיעור שעבר הספקנו לעשות את כל המבחנים למתי הכלל חל.

הכלל: חזקה שהמחוקק הראשי לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת, לקבוע את ההסדרים הראשוניים בתחום הנוגע להחלטה עקרונית/מהותית/גורלית ברמה הלאומית.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

למדנו 9 מבחנים אשר אמורים לקבוע לנו האם עקרונית/מהותית וכו'? האם חל בכלל הכלל?

סוגיה קטנה (הסיכוי שלה להתעורר נמוך):

אנו מדברים על "אפקט מצטבר".

הדוקטרינה הזו הופיעה פעם ראשונה במשפט חוקתי בפס"ד פלוני – היה סעיף בחוק שמדבר על הארכת מעצר ללא נוכחות של הנחקר – הרעיון היה לא לפגוע ביעילות החקירה – משאירים אותו תחת לחץ של החוקרים ודנים בהארכת המעצר כשמי שדנים בעניינו לא נמצא בכלל באולם בית המשפט. האפקט המצטבר – הוא לא נמצא בבית המשפט, סניגורו לא נמצא במשפט, כלומר, דנים במעמד צד אחד.

שופטי העליון, כשיש להם דוקטרינה שהם אוהבים הם משתמשים בה במקרים שונים ומשונים גם כלל ההסדרים נולד במשפט המנהלי וכך גם דוקטרינות רבות נולדות בתחום אחד והשופטים מחילים אותם בהקשר אחר ומי שמציע לנו לעשות את אותו דבר בכלל ההסדרים זה רובינשטיין בפסק דין התנועה לאיכות השלטון (מתווה הגז) אשר מתחלק לשניים.

➤ רובינשטיין (הסדרת הגז) –

הרבה פעמים כשאנו דנים בכלל ההסדרים עלינו לראות זאת ממבט הציבור, התחום של הסדרת הגז שמצאנו מול חופי ישראל זה לא רק עניין אחד אלא הצטברות של כמה עניינים. היה לנו את יצוא הגז ← פס"ד המרכז האקדמי (אחד מפסקי הדין שנותנים לנו עוד מבחנים על איך לזהות החלטה עקרונית/מהותית ולהחיל את כלל ההסדרים.

הגבלים עסקיים - פסק דין התנועה לאיכות השלטון עוסק בתחום של הגבלים עסקיים – האם נחיל את חוק ההגבלים העסקיים? מה היה במתווה הגז? השותפות של נובל אנרג'י ודלק קידוחים מצאו את הגז הזה. מה החשש אם גוף אחד מחזיק ב-90 אחוז מהגז? מונופול בשוק – הגוף הזה יוכל לשלוט בשוק ובתנאים להגבלת הגז. ולכן, הממונה על ההגבלים העסקיים ניהל מו"מ מול החברות על פירוק המונופול – אתם תמכרו מתמר, אתם תמכרו מלוויתן. השותפות לא הייתה מוכנה לוותר על חלקה בלוויתן כי כדי לפתח את החלק הזה צריך להשקיע מיליארדים ואם הם משקיעים את הסכום הזה הם רוצים גם לקצור את הפירות. יש לה גם מקל להפעיל – הטכנולוגיה להוצאת גז ממעמקי הים לא לכל אחד יש אותה, היא יקרה ומורכבת, אם השותפים יצאו יכול להיות שזה יתקע את הפיתוח של לווייתן עשרות שנים ואז המשא ומתן עם הממונה לא עולה יפה וזה מבקש את הגיבוי של הממשלה בקו של ליצור תחרות בשוק הגז, הוא לא מקבל גיבוי ולכן, הגיש התפטרות. הוא אמר שאם הם לא מגבים את הנגישות שלו להסדר תחרות בתחום הגז, הוא לא יכול להמשיך בתפקידו כממונה. הממשלה – שר הכלכלה שהיה מוסמך אז להפעיל את ס' 52 בחוק ההגבלים העסקיים – מאפשר לשר לפתור הגבל עסקי מתחולת החוק. כלומר, אם השר מפעיל את הסעיף הזה השיקולים שצריכים להוביל אותו זה בטחון המדינה או יחסי החוץ שלה. הגז הזה אמור לחזק את היחסים של ישראל עם מדינות שיש לנו איתם בעיות. הירדנים אמורים לקנות והשלום עם ירדן נמצא במצב לא טוב ועסקה כזאת יכולה לחזק אותו, המצרים היו אמורים לקנות ובאיזשהו שלב הם מצאו בעצמם גז ויכלו לספק את צרכיהם בלי לקבל מישראל, התורכים היו אמורים לקנות גז אך היחסים בינינו על שרטון ← מראה לנו שיש תרומה ליחסי חוץ של ישראל.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

יוצא שישראל יכולה להימצא במצב בעייתי, בטח בזמן מלחמה ואז זה גם משפיע על הביטחון.

במצב כזה, אפשר להפעיל את ס' 52, לשמור את המונופול ולהתקדם במתווה הגז אלא שהשר דרעי שהיה אז שר הכלכלה, לא רצה להפעיל את סעיף 52 מכיוון שיגידו עליו שהוא אמר שהוא ידאג לשקופים והנה מה הוא עושה? הוא נותן מתנות לעשירים על חשבון השקופים כי הם ישלמו חשבונות חשמל הרבה יותר גבוהים כי הבטחת מחיר נמוך של הגז בעתיד (לעשירים). דרעי לא רוצה להפעיל את הסעיף ואומרים לו לחזור למשרד הפנים אבל אז הוא הורשע בשוחד ולכן, הוא לא יכול היה לחזור למשרד הפנים.

בג"צ מקבל ברוב דעות שמי ששילם את חובו לחברה יכול לחזור ולמלא משרה ציבורית ואז הכל הסתדר. בא שר כלכלה אחר, הממשלה מאמצת את מתווה הגז, מפעילים את סעיף 52. בג"צ מאשרים את הפעלת סעיף 52, כלומר, אומרים שיש שיקולי ביטחון ויחסי חוץ אבל פוסלים את פסקת היציבות אשר אומרת שהממשלה מתחייבת שלא יחול שום שינוי רגולטורי שחל על מתווה הגז ואם תופעל רגולציה על הגז, הממשלה מתחייבת ליזום הצעת חוק שתשנה את הדבר הזה, בקיצור זה כובל את הכנסת העתידית ואת הממשלה העתידית לאיזושהו הסכם. אין אפשרות להגביל כל כך הרבה גופים בהסכם ולהגיד שלא תהיה רגולציה.

בענייננו, הממשלה פטרה השותפות מתחולת חוק ההגבלים העקיים (סעיף 52). חוק ההגבלים העסקיים לא יחול על הגז – בסופו של דבר, לא תהיה תחרות מלאה על פי חוק ההגבלים העסקיים בשוק הגז.

את זה קיבלה הרשות המבצעת, המחוקק לא מעורב פה. הממשלה מחליטה על מתווה הגז, מי מחליט על ייצוא הגז? הממשלה. הממשלה החליטה גם על ייצוא הגז וגם על מתווה הגז.

השר יכול לפטור הגבל עסקי בלשון מפורשת שמעבירה את הסמכות לקבוע את ההסדרים הראשוניים לרשות המבצעת, בניגוד לכלל, המחוקק יכול להתגבר על הכלל, במקרים שיש נגיעה בביטחון המדינה ויחסי חוץ ← היכולת להתגבר על כלל ההסדרים.

כעת אנו מגיעים לעניין של האפקט המצטבר.

תחולת הכלל: על פי רובינשטיין – ייצוא הגז, אנו צריכים לבחון האם הוא החלטה עקרונית/גורלית/מהותית ברמה הלאומית?

נניח שאנחנו מגיעים למסקנה שהכלל לא חל על ייצוא הגז בלבד (שזה לא עקרוני/מהותי/גורלי), אומר רובינשטיין, בוא נסתכל על הגז, זה גם ייצוא וגם תחרות, זה נוגע בהרבה תחומים. במצב כזה, יכול להיות שזה לא עקרוני מהותי אבל ביחד זה חוצה את הקו של עקרוני/מהותי/גורלי. כלומר, אם אנחנו מסתכלים רק על סוגיה אחת, אנו יכולים להגיע למסקנה של זה לא עקרוני/מהותי, אם אנחנו מסתכלים רק על ההגבלים העסקיים אנחנו יכולים להגיע למסקנה שזה לא עקרוני/מהותי אבל יחד זה חוצה את הקו.

סתירת החזקה: אותו דבר אפשר לעשות על סתירת החזקה יכול להיות שיש לנו לשון של המחוקק שסותרת את החזקה של ייצוא הגז ויש לנו לשון של המחוקק שסותרת את החזקה על ההגבלים העסקיים אבל ביחד, צריך לשון יותר מפורשת של המחוקק שלא קיימת בשום סוגיה מהשתיים שלעיל.

♥ זה הרעיון של אפקט מצטבר – או לתכולת הכלל או לסתירת החזקה.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

➤ סולברג

השופט סולברג לא מקבל את זה.

כל תחום הוא בפני עצמו – יש לבדוק האם ההחלטה בתחום הזה היא עקרונית/מהותית שחל עליה כלל ההסדרים ואם החזקה של כלל ההסדרים נסתרת בלשון מספיק מפורשת של המחוקק וברגע שהסתדרתי עם כל תחום, אז תחום אחד לא משפיע על השני.

✓ בדקנו האם המבחנים מתקיימים, גם אם הם לא מתקיימים כדי להחליט אם זה עקרוני מהותי אולי יש אפקט מצטבר שכן מעביר אותנו את הרף, עברנו את הרף אז ההחלטה היא עקרונית/מהותית/גורלית אז ישאת החזקה – החזקה היא הכלל.

כעת אנו בודקים האם החזקה נסתרת ←

סתירת החזקה של הכלל

איזו רמת מפורשות נדרשת?

גרונים, המרכז האקדמי (יצוא גז): אומר לנו גרונים איזה רמת מפורשות המחוקק דורש כדי לסתור את החזקה של כלל ההסדרים? **הגישה שלו אומרת תלוי בפגיעה בזכויות אדם (עקרונית חוקתיים)**. אומר גרונים כך – ככל שההחלטה קשורה לזכויות אדם, הוא בעצם יונק את רמת המפורשת מהמקרה המיוחד של עקרון חוקיות המנהל. המקרה המיוחד היה שכל מעשה של השלטון צריך להסתמך על הסמכה בחוק במפורש או במשתמע. אם יש פגיעה בעקרונית חוקתיים, חייב במפורש. על הרעיון הזה הוא אומר איזו רמה של מפורשות צריך? **צריך רמת מפורשות יותר גבוהה.**

האם יצוא הגז פוגע בזכויות אדם או בעקרונית חוקתיים?

אם היינו מגבילים את השותפות, היינו אומרים שפוגעים להם בחופש העיסוק או בקניין וכו'. הציבור כולו לא מחזיק בזכות אדם שלא ייצאו את הגז או משוהו כזה. הוא יידרוש רמת מפורשות נמוכה יותר.

גובראן, המרכז האקדמי: נוקט בגישה אחרת – רמת המפורשות. **גובראן אומר שתלוי בשיקולים להחלת הכלל או בעצם לחשיבות הנושא.**

סולם חשיבות הסוגיה (סדר יורד)

גיוס בחורי ישיבות
ייצוא הגז
סגירת כביש בר – אילן בשבת
אזור עדיפות לאומית (סחות שנוי במחלוקת, זה יותר נטייה פולנית "למה הם מקבלים ואני לא?")

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

- בשנים עברו היה ניסיון של הרשות המבצעת להסדיר את סוגית הפזורה הבדואית בדרום, היישובים הבלתי מוכרים, מבחינת חשיבות העניין, איפה נמקם את זה בסולם חשיבות הסוגיה? בין גיוס בחורי ישיבות לייצוא הגז. אם נחיל את המבחנים נראה שהסדר כולל של סוגיית הפזורה הוא גם משפיע על הציבור והוא גם שנוי במחלוקת, נוגע בחירויות הפרט, עלות אסטרונומית למדינה.

אם ג'ובראן אומר שזה תלוי בחשיבות הנושא במבחנים להחלת הכלל – נניח שאני רוצה לסתור את החזקה ביחס לגיוס ולתת לשר הביטחון סמכות לפטור את בחורי הישיבות משירות בצבא במתווה כזה או אחר, איזה רמת מפורשות אני אזדקק לה?

גרונים - יש לזה נגיע עם עקרונות חוקתיים = נוגע בשוויון (לפי פסיקת בג"צ), לפי המרצה, נוגע בעקרונות של מדינה יהודית, מעמיק את האוטונומיה החרדית באופן שמנוגד לנוסחה של מדינה יהודית.

ג'ובראן – שמנו בראש הסולם החשיבות החברתית, נדרשת רמת מפורשת סופר גבוהה, יצטרך להיות כתוב כך: "שר הביטחון מוסמך לפטור את בני הישיבות והוא יחליט מי מבני הישיבות יהיה פטור" הכל חייב תלהיות מפורש דיו כדי להסמיך את שר הביטחון.

במקרה של גיוס בחורי ישיבות – אין הבדל בין הגישות, שניהם היו מדורגים ברמת מפורשות גבוהה.

המשך פס"ד המרכז האקדמי (ייצוא גז)

ס' 33 לחוק הנפט –

חובת הפקה לתצרוכת ישראל

33. (א) השר רשאי, לאחר התיעצות עם המועצה, לחייב בעלי חזקות לספק תחילה, במחיר השוק, מן הנפט שהם מפיקים בישראל וממוצרי הנפט שהפיקו ממנו, אותה כמות נפט ומוצרי נפט הדרושים לדעת השר לתצרוכת ישראל, לזקק אותה בישראל, במידה שיש להם אמצעי זיקוק, ולמכרה בישראל; ולשם כך רשאי הוא לחייב בעלי חזקות להפיק נפט מבארותיהם הקיימות בשיעור שיספיק למטרות האמורות, ואולם שום בעל חזקה לא יהא נדרש -

(1) להפיק מבאר יותר משיעור התפוקה המקסימלי היעיל שלה;

(2) לספק לכמות הכללית הנדרשת אחוז מתפוקתו שהוא גדול מן האחוז הנדרש מבעל חזקה אחר, אלא אם ראה השר לסטות מכלל זה, אם הדבר דרוש, לדעתו, מטעמים שבבטחון המדינה או כדי למנוע בזבוז או אי יושר כלפי בעל חזקה פלוני.

(ב) "תצרוכת ישראל" כולל הספקת דלק לאניות בנמלי ישראל ולמטוסים בישראל.

אתה קיבלת זיכיון מהמדינה לקדוח, מצאת נפט. השר חושב שקודם חשוב שתצטרך את הנפט בישראל והוא אומר לך תספק קודם לתצרוכת המשק.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

ס' 34 לחוק הנפט –

זכות לעסוק בנפט ובמוצרי

34. בעל חזקה רשאי, בכפוף לתקנות, לייבא נפט ומוצרי נפט לישראל, ורשאי הוא לזקק נפט, בין שהופק בישראל ובין שהובא מחוצה לה, לעבד נפט ומוצרי נפט כאמור, להובילם, לייצאם ולסחור בהם; ולמטרות אלה רשאי הוא להקים מיתקנים ולעשות שאר סידורים הדרושים לכך.

אומר שבעל חזקה רשאי לסחור אותם, לייצא אותם וכו'.

אם לא היה את סעיף 33, כל בעל חזקה יכול היה לייצא 100% ולא היה נשאר כלום לתצרוכת המשק ואז בא סעיף 33 שאומר לו קודם כל תספק למשק הישראלי.

האם כתוב במפורש שהממשלה רשאית לקבוע מכסת ייצוא לכל בעלי החזקות יחד, כמה הם יכולים לייצא וכמה הם יכולים לספק למשק הישראלי? לא! אין פה רמת מפורשות גבוהה.

ראינו שגרונים אומר שתלוי בפגיעה בזכויות אדם ועקרונות חוקתיים – בייצוא הגז אין פגיעה כזו ולכן צריך רמת מפורשות נמוכה ואומר גרונים שזה מספיק.

חוק הנפט הוא חוק מ-1950, המחוקק לא יכול היה לצפות שנמצא כמויות אדירות כאלה של גז.

המחוקק בעצם כן הסמיך את הרשות המבצעת לקבוע הסדרים ראשוניים בתחום ייצוא הגז.

ג'ובראן אומר תלוי – רמת המפורשות תלויה בחשיבות הנושא, כשמחילים את המבחנים, כמה המבחן שלהם חזק לעניין ייצוא הגז? די חזק, חזק מאוד ואז רמת המפורשות הנדרשת גבוהה, השילוב של שני הסעיפים שבאף אחד לא מדובר על מכסת ייצוא אלא רק על הוראה לבעל חזקה מסוים, זה לא מספיק מפורש ואז אין מה שישתור את החזקה של כלל ההסדרים שאומרת חזקה שהמחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת (שר האנרגיה) לקבוע מכסה לכל בעלי החזקות ואז החזקה היא שהוא לא מוסמך על פי ג'ובראן וכן מוסמך על פי גרונים.

פסק דין אבו ערפה –

ביטול רישיון ישיבה = גירוש מישראל לשטחי הרשות הפלסטינית.

גרונים ← פגיעה גבוהה בזכויות אדם, לא מדובר בתיירים אלא בתושבים של ישראל.

ג'ובראן ← נמצא בחלק העליון של סולם החשיבות.

שניהם יגיעו למסקנה שצריך רמת מפורשות גבוהה.

בחוק הכניסה לישראל שר הפנים רשאי לבטל רישיון ישיבה לפי שיקול דעתו. ערביי מזרח ירושלים לא מוזכרים, לא מוזכרת האבחנה בין ילדים לתיירים ומהגרי עבודה, לא מוזכרת העילה של הפרת אמונים, כלומר – אין בחוק כלום!! הכל נשען על הסמכה הכללית העמומה של שר הפנים. יוצא שלפי רוב בבית המשפט העליון

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

הסמכות של שר הפנים לא סותרת את החזקה של כחח ההסדרים ומי שיכול לקבוע את מעמד ערביי מזרחי ישראל, האם ניתן לגרש זה אך ורק הכנסת יכולה לקבוע את זה בחוק!

פס"ד שיח חדש –

ס' 3 לחוק רשות מקרקעי ישראל –

מועצת מקרקעי ישראל

3. הממשלה תמנה מועצת מקרקעי ישראל, שתקבע את המדיניות הקרקעית שלפיה תפעל הרשות, תפקח על פעולות הרשות ותאשר הצעת תקציבה שייקבע בחוק.

1. החוק אומר שהיא תקבע את המדיניות הקרקעית עבור מנהל מקרקעי ישראל.

2. היא תפקח על המנהל

3. תאשר את תקציבו

האם החוק הזה סותר את החזקה עבור מועצת מקרקעי ישראל ומאפשר לה לקבוע הסדרים ראשוניים?

צריך להעביר בתשעת המבחנים כדי לקבוע האם ההחלטה היא עקרונית/מהותית/גורלית ברמה לאומית.

בהנחה שהחלטה של מועצת מקרקעי ישראל עומדת במבחנים עולה השאלה של סתירת הכלל. ככל שיש לנו גגיעה בזכויות אדם, חשיבות ההחלטה, כך נדרשת רמת מפורשות יותר גבוהה. בית המשפט קבע בפסק דין שיח חדש שם דובר על פיצויים לחקלאים – ביהמ"ש קבע שהחזקה נסתרת. ביהמ"ש קבע את זה עוד לפני שהיו הגישות האלה ולפני ששמו לב לרמות של מפורשות, הוא פשוט קבע שהחזקה נסתרת.

מה היו השיקולים של בית המשפט?

קודם כל כדי לסתור את החזקה היה צריך להסתכל על לשון החוק. איך לומדים שהמחוקק כן התכוון לתת לרשות המבצעת לקבוע את ההסדרים הראשוניים (העקרונות להפעלת הסמכות, המדיניות, הקריטריונים)?

1. לשון החוק היא שהמועצה היא תקבע את המדיניות למנהל, אז כתוב במפורש שמועצת מקרקעי ישראל תקבע את ההסדרים הראשוניים עבור מנהל מקרקעי ישראל.

2. החוק הזה הוא מה שנקרא חקיקה עצלה (חקיקה שהכנסת לא קובעת הסדרים ראשוניים בלבד, היא מסמיכה כל מיני גופים אבל היא לא קובעת להם הסדרים ראשוניים כיצד לפעול).

הכנסת בחוק לא קבעה שום הסדר ראשוני מה היא רוצה לעשות עם מקרקעי ישראל – היא אומנם קבעה מטרות עבור רשות מקרקעי ישראל אבל היא לא הגדירה מדיניות מסוימת ומטרות לפעולה. מה יש להבין מזה? הוא רוצה שאותה רשות מבצעת היא זו שתקבע ולכן, חקיקה עצלה זו חקיקה שלא קובעת בכלל הסדרים ראשוניים, אפשר להבין ממנה כוונה שהרשות המבצעת היא זו שתקבע את ההסדרים הראשוניים.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

3. הכנסת עיצבה את מועצת מקרקעי ישראל כמעין מועצת קטנה, מועצת זוטא. מה התפקידים של הכנסת? הכנסת קובעת את ההסדרים הראשוניים בחוק (המחוקק), היא מפקחת על הרשות המבצעת והיא מאשרת את התקציב. מה אמרה הכנסת בחוק? מועצת מקרקעי ישראל תקבע את ההסדרים הראשוניים, תפקח על המנהל ותאשר את התקציב שלו. כלומר, כל מה שהכנסת עושה, בתחום של ניהול הקרקעות מועצת מקרקעי ישראל תעשה. כלומר, אנו רואים כוונה שמועצת מקרקעי ישראל תחליף את הכנסת בתחום זה ואז החזקה של כלל ההסדרים נסתרת.

דוגמא: הפזורה הבדואית – יש מתווה לפתרון בעיית הכפרים הבלתי מוכרים. רוב הכפרים התכנסו לעיר חדשה שתוקם בנוסף לרהט וחלק מהכפרים יישארו במקומם ויעברו הסדרה.

הסדרת הפזורה הבדואית – נניח שרוב המבחנים מתוך ה-9 תומכים בכך שזה עקרוני מהותי.

אנו מגיעים לסתירת החזקה.

גרוניס – חלק גדול מהתושבים הבדואים האלה יצטרכו לעזוב את ביתם ולקבל בית ביישוב אחר, זה העתקה מבית דומה לתהליך ההתנתקות בחבל עזה. יש פגיעה בזכויות אדם, יש גם פגיעה בזכות לאוטונומיה קהילתית כי הקהילה הבדואית חיה כשבטים או קהילות ועכשיו מאחדים את כולם למקום אחד. כשיש פגיעה בזכויות אדם גרוניס יגיד רמת מפורשות גבוהה.

גיוראן – תומך גם בהחלת רמת מפורשות גבוהה.

אנו מגיעים לשאלה – האם החזקה נסתרת והאם רמת המפורשות מספיקה?

מהה אומר לנו פסק דין שיח חדש? החזקה נסתרת לעניין מועצת מקרקעי ישראל. צריך להגיש שלאור הגישות החדשות האלה, אי אפשר להגיד שהחזקה נסתרת בכל מה שקשור למועצת מקרקעי ישראל. הנימוקים של שיח חדש תופסים והחזקה באמת נסתרת. אבל לאור הפסיקה החדשה נדרשת רמת מפורשות גבוהה מאוד, אין כאן רמת מפורשות גבוהה מאוד לעניין פיזור הפזורה הבדואית, מדובר בהסמכה כללית, הבדואים בכלל לא מוזכרים שם.

31 בדצמבר 2017

משפט מנהלי / שיעור 9

דיברנו על הסמכויות, מתחם הסמכות. דוקטרינה אחת מכרסמת במתחם הסמכות – "כלל ההסדרים הראשוניים".

ושתי דוקטרינות שמוסיפות לעיקרון החוקיות, אחת מהדוקטרינות שמוסיפות סמכויות זה הדוקטרינה של "סמכויות עזר" או "סמכויות נלוות".

סמכויות עזר (סמכויות נלוות)

הדוקטרינה אומרת: **סעי' 17(ב) לחוק הפרשנות:**



נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

"הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו- משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת"

לשון של סבירות

"משמעה" לומדים את זה במשתמע מן החוק. מה אומר חוק הפרשנות? כך תפרשו חוקים. אז אם חוק נותן הסמכה כלשהיא הסמכה לעשות דבר זה התפקיד הראשי שהוטל על הרשות. הוטל עליה תפקיד מסוים בתחום כלשהו **דוגמה**: אחראית על ענייני תחבורה צריכים להבין את זה "משמעה" לקרוא את החוק במשתמע, גם כמתכוון להעניק לה סמכויות עזר, הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת. סמכויות העזר דרושות כדי שהיא תוכל למלא את התפקיד הראשי. הלשון: "דרוש במידה סבירה". במידה מתקבלת על הדעת.

הנחת המוצא כל מי שקיבל תפקיד ראשי מביים שקיבל גם "סמכויות עזר" למלא את אותו תפקיד. (לא קשר "לכלל ההסדרים" זה נושא חדש כלל ההסדרים חותך בליבה בהחלטות מהותיות/ גורליות ומעביר לכנסת הדוקטרינה הזו לא חותכת אלא מוסיפה על מה שהחוק נתן לרשות, יש עוד תוספת של כל סמכויות העזר שדרושות למלא את אותם תפקידים ראשיים שהחוק הטיל על הרשות, אם החלטה מסוימת יצאה ע"י כלל ההסדרים, כלומר, היא כבר לא בסמכות הרשות אז כל סמכויות העזר שאפשר היה לדלות מאותו תפקיד ראשי גם נופלות.

דוגמה: אם שר הביטחון לא יכול לפטור את כל הציבור החרדי משירות בצבא בלי חוק של הכנסת אז גם אי אפשר להכיר בסמכויות עזר לתפקיד הזה של פטור החרדים משירות בצבא, ברגע שהסמכות הראשית נופלת כל סמכויות העזר נופלות איתה. כלל ההסדר מפיל חלק מהסמכות הראשית, מהתפקיד הראשי, מה שנפל בכלל ההסדרים מפיל איתו את כל סמכויות העזר שקשורות לאותו תפקיד)

המגבלות:

מתי נכיר בסמכות עזר?

1. זיקה לתפקיד הראשי?

נדרשת זיקה לתפקיד הראשי. אחרת אין קשר בין "סמכות העזר" לתפקיד הראשי. כדי שנכיר בסמכות עזר צריך להראות שיש זיקה שזה באמת דרוש לך. השאלה איזה זיקה דרושה ובאיזה רמה?

(א) איזו זיקה?

פס"ד איגוד העיתונאים-דעת הרוב: ← סבירות

דעת מיעוט השופטת בן דרור: ← חיוניות

פס"ד שעסק במה מידת הזיקה שצריך בין סמכות העזר לתפקיד הראשי פס"ד איגוד העיתונאים היה ויכוח בין השופטים:

גישת דעת המיעוט- "חיוניות":

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

האם סמכות העזר, האם הזיקה צריכה להיות של "חיוניות" שזו דעת מיעוט. שסמכות העזר צריכה להיות חיונית למילוי התפקיד הראשי. בלעדיה אי אפשר לקיים את התפקיד הראשי.

דוגמה: הוזכר גם בפרשנות של "במשתמע" כשבאים לפרש חוק. פס"ד שעסק באימוץ ילדים. רשות האימוץ החליטה לפסול כשרות של הורים מסוימים, לא כשירים לאמץ מכל מני סיבות שפוגעות ביכולת שלהם לדאוג לטובת הילד.

עלתה השאלה: אין סמכות בוק להוציא מהרשימה של המועמדים הורים שלא כשירים. האם ניתן להשתמש בדוקטרינת "סמכויות העזר" על פי הדרישה הזו של "הזיקה"? האם אפשר למלא את התפקיד של הסדרת מנגנון האימוץ בלי לבדוק כשרות הורית? הרי אם כל המטרה היא למצוא לילד בית שיבטיח את טובתו לא ניתן לקיים את התפקיד הזה בלי לבדוק את רקע המועמדים לאמץ ולפסול במידת הצורך מהרשימה כי הם שניהם נרקומנים. אז גם אם הסמכות לא מפורטת בחוק היא יכולה להיחשב סמכות עזר כי לא ניתן להסדיר אימוצים בלי הסמכות הזו.

דרישת החיוניות לא התקבלה בפסיקה, לא דרישה הגיונית ומחמירה מדי. "חיוניות" מצמצמת את הדוקטרינה של סמכויות עזר וזה מביא לתוצאות בלתי סבירות.

גישת דעת הרוב- "סבירות":

דוגמה: רשות השידור היה לה תפקיד חינוכי. הייתה רשות שידור שהייתה צריכה לעסוק גם בחינוך. היה רק ערוץ אחד שלימדו שם מתמטיקה ואנגלית. אם רשות השידור רוצה למכור תוצרים שהפיקה, תוצרים חינוכיים. תוכניות ללימוד קריאה. האם יכולה? האם ניתן להכיר בסמכות עזר? התפקיד הראשי של הרשות השידור לחדר תחנים חינוכיים האם למכור קלטות ולעשות כסף האם זה דרוש במידה חיונית? לא. גם בלי למכור את הקלטות אפשר לחדר לציבור. זה לא חיוני כדי שרשות השידור תקיים את תפקידה.

עפ"י דעת מיעוט: במצב כזה אסור לרשות השידור למכור קלטות וזה לא הגיוני כי אם כבר הפיקה תוצרים ואם מועילים וחינוכיים ואפשר לעשות כסף ולהגדיל משאבים אז למה לא?

עפ"י דעת הרוב: האם המשאבים של רשות השידור מוגבלים? כן. האם מתנגש עם התכנים החינוכיים? לא. אלא תומך בהם, ככל שירכשו אנשים את הקלטות יותר ייחשפו לתכנים החינוכיים וזה רק מחזק את המטרה של רשות השידור. מסקנה – זה דרוש במידה סבירה אז זה בסדר.

הערה: הלשון של **חוק הפרשנות** תומכת בגישה של "סבירות". "דרושה במידה סבירה" זה לשון של "סבירות".

דוגמה נוספת לזיקה...

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

פס"ד קקאו סנטר:

בתי קפה בגן ציבורי ברמת גן, יש כבר בחת קפה בשם קקאו, רוצים לפתוח עוד בית קפה, האם העירייה תנהל אותו או שהיא תוציא מכרז ותביא זכייין.
מה התפקיד הראשי של העירייה? לטפח גנים. זה לטובת התושבים ברשות המקומית.
האם יש זיקה בין ניהול בית קפה וטיפוח הגן ע"י העירייה? האם דווקא העירייה צריכה לנהל את בית הקפה. לא!
בעניין הזיקה כדי לטפח גן לא דרוש לעירייה לנהל בית קפה, לא חיוני ולא דרוש במידה סבירה. אם רוצים עוד בית קפה לא דרוש שהעירייה תנהל אותו ולכן הסמכות הזו לא מקיימת זיקה לתפקיד הראשי של טיפוח הגן, טיפוח הגן זה לא אומר שהעירייה צריכה לנהל בית קפה.

הערה:

זה נפל בעקרון חוקיות המנהל לא במפורש ולא במשתמע, אחת הדוקטרינות שמאפשרות להרחיב את מושג "המשתמע", והדוקטרינה הזו היא "סמכויות עזר" אבל היא דורשת זיקה בין סמכויות העזר ובין התפקיד הראשי. זה נפל בעקרון חוקיות המנהל וגם בסמכויות עזר כי אין זיקה.

פס"ד איגוד העיתונאים:

רשות השידור משדרת תשדירי שירות, חסויות ופרסומות.

✓ תשדירי שירות:

מידע חשוב לציבור. **דוגמה:** ילד עד גיל 9 לא חוצה לבד. מחנכים את הציבור.
האם אפשר להכיר בסמכות לשדר תשדירי שידור כאלה? האם זה במסגרת הסמכות של רשות השידור? כן.
אם אחת המטרות שלה זה גם לחנך את הציבור תשדירי השידור הן חלק מהתפקיד הראשי להעביר מידע. יש מטרה חינוכית + העברת מידע לציבור. מחנכים את הציבור ומעבירים מידע חיוני לציבור ולכן זה במסגרת התפקיד הראשי. לא נדרש לבדוק את כל הדוקטרינה של סמכויות עזר כי יכול לעגן את זה בתפקיד הראשי

✓ חסויות:

אני רוצה לשדר משהו יקר מביא גורם פרטי והוא נותן חסות ומשלם כסף, והוא מרוויח מזה שאומרים את שמו.

× פרסומות:

ההבדל בין "חסות" ובין "פרסומות"?
חסות מזכירים שם של הגורם הכלכלי, בפרסומת עובר מידע מספרים על המוצר. יותר כסף בפרסומת.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

הגורם הכלכלי לא ירצה לשלם הרבה ולכן ישלם עבור חסות.

הבעיה שתיווצר אם רשות השידור שהיא ממלכתית תכנס לתחום הפרסומות המסחריות: תיווצר תלות בין הרשות לגורם שמשלם לה הרבה כסף, ואז אם יהיה מידע בעייתי על המפרסם היא תתלבט אם לשדר אותו כי אז תאבד את המפרסם. התלות הכלכלית היא בעייתית.

דוגמה: סרט ביקורתי "שיטת השקשוקה" התסריטאי בא עם הסרט לערוץ 2 הם סירבו כי יפסידו ומי ששידר את זה ערוץ אחד שהם לא תלויים באף מפרסם ויכול להיות ביקורתי כלפי טייקונים במשק כי לא תלוי בהם. אם נכניס את רשות השידור לתחום הפרסום יוצרים תלות, ואז רשות השידור תסרב לשדר סרט ביקורתי

ההבדל בין שידור "חסות" ובין שידור "פרסומת" ע"י רשות השידור שהיא ממלכתית:

הבדל בתלות הכלכלית:

אם נכניס את רשות השידור לתחום הפרסום יוצרים תלות, ואז רשות השידור תסרב לשדר סרט ביקורתי

הבדל בכך שרשות השידור אמורה לספק מידע מהיימן לציבור:

מסתכנת בפגיעה במטרה ובתדמית הישרה ומהימנה שלה, כשמשדרת חסות האם יש חשש שהיא תטעה את הציבור או תפיץ שקרים! לא! כי מדובר רק במי נותן את החסות. אין סיכוי לשדר משהוא לא נכון, לעומת זאת אם רשות השידור משדרת תחת האחריות שלהם פרסומת מסחרית שיכול להיות שמחילה שקרים או הטעיה של ציבור הצרכנים זה שוחק גם את התדמית של רשות הציבור כרשות ציבורית ממלכתית.

בימ"ש קובע:

חסויות כן! פרסומות לא!

נבחן את המגבלות:

האם יש זיקה בין התפקיד הראשי "לחסויות"?

(תפקיד ראשי זה לשדר תכנים וכו')

דרישת החיוניות (דעת מיעוט) זה לא חיוני לשדר חסויות

האם דרוש במידה סבירה? כן. מכניס כסף. לשדר אולימפיאדה זה יקר הממון מהחסויות. **מתקיימת**

המגבלה!

האם יש זיקה בין התפקיד הראשי "לפרסומות"?

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

האם יעזור למלא את התפקיד הראשי? כן. מכניס הרבה כסף יותר מחסויות. יהיה עוד יותר משאבים. **מתקיימת המגבלה!**

מסקנה:

אם שתיהם מקיימים "זיקה" אז משהו אחר צריך להבדיל בין חסויות לפרסומות וזו המגבלה השנייה...

2. סמכויות עזר כשם כן הן – "עוזרות ולא מפריעות":

האם "חסויות" יכולות לצור תלות כלכלית משמעותית בין רשות השידור לנותן החסות? לא. האם יש סכנה באמינות המידע שמשדרת הרשות? לא. רק הצגת שם. "חסויות" קשורות לתפקיד ולא מפריעות. **מתקיימת המגבלה!**

האם "פרסומות" יכולות לצור תלות כלכלית משמעותית בין רשות השידור למפרסם? כן. עוזרות לתפקיד הראשי כי מכניס יותר כסף, אבל יוצרות תלות כלכלית ועלולות לפגוע באמינות הרשות. "פרסומות" מפריעות למילוי התפקיד הראשי. **לא מתקיימת המגבלה!**

מסקנה:

חסויות כן! פרסומות לא! פרסומות זו לא סמכות עזר אלא סמכות שמפריעה, סמכות עזר אמורה לעזור ולא להפריע.

במבחן: יהיה חוק שמתוכו נבין מה התפקיד הראשי. יש פעולה שניתן לבצע מכוח דוקטרינה של "סמכויות עזר" ואז צריך לבחון, אם זה "בזיקה לתפקיד ראשי" או לא, אם זה "עוזר ולא מפריע".

הסבר:

בשאלת "הזיקה" שואלים- האם דרושה סמכות עזר הזו כדי למלא יותר טוב את התפקיד הראשי? אם יש משהו שיכניס יותר כסף ויאפשר לי להכניס יותר תכנים שזה התפקיד הראשי, אז יש "זיקה" זה ישפר את התפקיד הראשי ולתרום לו. זה שאני ינהל בית קפה זה לא יתרום או ישפר את טיפוח הגן, אפשר שגם משהו אחר ינהל ולא העירייה. אז בשאלת הזיקה גם "חסויות" וגם "פרסומות" זיקה מתקיימת. יש זיקה כי שניהם יכניסו לי הרבה כסף אבל...

בשאלת "סמכויות עזר צריכות לעזור ולא להפריע"- האם "חסויות" ו"פרסומות" עוזרות ולא מפריעות: המגבלה השנייה. "חסויות" לא יוצרות תלות כלכלית זה כסף קטן ואין חשש למידע מטעה. לעומת זאת,

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

"פרסומות" יש חשש שזה יפריע לרשות השידור, פעם הבאה שיבוא סרט ביקורתי, רשות שיש לה תלות כלכלית תסרב לשדר.

הערה חשובה!

כל הדוקטרינה הזו מדברת על הכרה בסמכויות שלא מצויות בחוק אבל מכירים בהם במשתמע מהחוק "הסמכות הראשית" זה "התפקיד הראשי" שכתוב בחוק. כל רשות מוטלת עליה תפקיד ראשי. "תעבורה" לדאוג להסדרי תנועה. "הגבלים עסקיים" לדאוג לתחרות. "רשות שידור" להעביר תכנים ולהעביר מידע. לשדר "חסויות" זה לא בתפקיד היא רוצה להוסיף אותם כסמכות עזר מה מסיקים במשתמע? כל סמכויות העזר שלא כתובות בחוק אבל עוזרות למלא את התפקיד הראשי. הדין בשיעור מה הם סמכויות עזר שעוזרות למלא את התפקיד הראשי.

3. סמכויות עזר כשם כן הן – "נלוות ולא יוצרות עולם חדש" (לא משנות את המהות של התפקיד הראשי)

מגבלה שלישית. סמכויות העזר הן נלוות ולי ותרות עולם חדש. לא משנות את המהות של התפקיד הראשי. כשמכירים בסמכות עזר זו סמכות שנלוות לתפקיד הראשי. לא תצור משהו חדש ותשנה את מהות התפקיד הראשית

"פרסומות" האם זה "נלווה" או "יוצר עולם חדש"?

רשות השידור הוגדרה בחוק כרשות ממלכתית, יש לה אופי מוגדר בחוק. אם נותנים לה סמכות עזר לשדר פרסומת, מה עשינו? יצרנו עולם חדש, את הממלכתי החלפנו עם מסחרי. זה יוצר עולם חדש ולא סמכות נלווית שלא משנה את מהות התפקיד הראשי אלא משנה ולכן זה נופל פה.

לא מתקיימת המגבלה!

מסקנה:

"פרסומת" לא מקיימת את המגבלה. נופלת במגבלה 2 (מפריעה) ובמגבלה 3 (יוצרת עולם חדש)

פס"ד קרייתי:

שר"פ (שירותי רפואה פרטיים) בבי"ח הממשלתיים.

הרעיון להכניס שר"פ לבתי חולים ממשלתיים עצם זה שיש לנו שירותי רפואה פרטיים זה פוגע בשוויון רק מי שיש לו כסף יכול לקנות, ללא טורים, עם קביעת המומחה, במתקנים כמו בית מלון. לעומת הרפואה הציבורית.

למה להכניס שר"פ?

יכניס משאבים לבתי החולים הממשלתיים שנמצאים בגרעון כלכלי.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

בתי חולים הציבוריים מתקשים להחזיק את הרופאים הטובים שרצים לקליניקה פרטית לאחר שמסתיימת המשמרת. אם עזב את ביי"ח ויש ניתוח חירום הוא המומחה היחיד לא נמצא. אם היה שר"פ בבי"ח ציבורי היה מקבל קליניקה פרטית בתוך הבי"ח ואם יש ניתוח חירום הוא במתקן. משאירים אותו יותר שעות במערכת הציבורית.

הסכנה:

הכנסנו מערכת פרטית לתוך הציבורית. הציבורית תשתדל שהניתוח הפרטי בלילה אבל עדיין אם מושבת חדר ניתוח התקלקל יפגעו בניתוח ציבורי ולא הפרטי שמחכה לטור כי שם יש יותר כסף. יש חשש שמנהלי ביי"ח יועדיפו את הפרטי במשאבים לעומת הציבורי וזה על חשבון הרפואה הציבורית. אז אם יש היום פגיעה בשיוויון זה יחמיר אותה

אם רוצים להכניס שר"פ מכוח סמכות עזר של שר הבריאות:

"זיקה" - האם יש זיקה לתפקיד הראשי? כן:

משפר את האפשרות לשפר את התפקיד הראשי. יכניס כסף לציבורי וגם ישאיר רופאים יותר שעות בבי"ח ציבורי זה טוב לשירות הציבורי, גם אם לא "חיוני" עדיין "דרוש במידה סבירה". **מתקיימת המגבלה!**

"עוזר ולא מפריע" אפטר להתלבט:

עוזר בטוח אבל אולי מפריע בתעדוף, יעמיק את אי השוויון כאשר פרטי יכנס למתקנים של ציבורי. **מתקיימת המגבלה!**

"יוצר עולם חדש" כן:

יש הפרדה בין מסלול ציבורי ופרטי. ציבורי יודעים שאין העדפות והפליה. כולם מקבלים אותה זכות בציבורי. לעומת זאת, רפואה פרטית מי שיש לו כסף קונה הכל. כשמכניסים שר"פ פרטי לתוך ציבורי זה יוצר עולם חדש ומשנה את המהות של הציבורי. **לא מתקיימת המגבלה!**

גישת- השופטת ברלינר:

זה אכן יוצר עולם חדש ומשנה את המהות של הציבורי וגם חל על זה כלל ההסדרים הראשוניים, זו החלטה מהותית/ גורלית. זו בחירה עקרונית בין מודל שוויוני של שירותי בריאות שוויונית לבין מודל קפיטליסטי של רפואה פרטית שמי שיש לו כסף קונה יותר וזו החלטה עקרונית. לעניין סמכויות העזר, גישת השופטת ברלינר ייתכן שיש שינוי של מהות של הרפואה הציבורית

גישת- השופטת נאור:

לעניין כלל ההסדרים הראשוניים, זו לא החלטה מהותית/ גורלית. עצם זה שבחוק אישרנו את השר"פ

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

באופן כללי זה היה ההסדר הראשוני וההחלטה העקרונית וזה כבר קיבלנו, אנחנו כבר וויתרנו. לא מקבלים פה שום החלטה עקרונית מהותית כי זה כבר קיבלנו כבר וויתרנו על "שווינוני" כשאישרנו את השר"פ. ברגע שיש שר"פ לא משנה אם זה בתוך בי"ח ציבורי או לא, זה כבר לא שווינוני. השירות בריאות בישראל כבר לא שווינוני ואז לא צריך לראות בזה יצירה של עולם חדש כי כבר יצרנו את זה בחוק. (אפשר לחלוק כי יש הבדל אם מכניסים שר"פ למתקנים ציבוריים או שנשארים בפרטיים)

מסקנה:

לא אישרו! שר"פ יש להכניס בחקיקה של הכנסת ולא ע"י שר הבריאות, לא ניתן להכניס באמצעות "סמכות עזר".

4. פגיעה בזכויות אדם/ עקרונות חוקתיים:

פס"ד לם:

אבחונים של ליקויי למידה. מי רשאי לאבחן? שר החינוך אחרי שמשרד החינוך גילה, אתה בכיתה נורמלית רק ל-10% ליקוי למידה ואז ל-90% יש תוספת זמן וזה פוגע בשוויון התלמידים. מי שדאג לאבחון מקבל הקלה. משרד החינוך קבע מי שרוצה אבחון רק פסיכולוג מומחה שלמד את המקצוע רשאי לאבחן. המאבחנים טענו "פגיעה בחופש העיסוק"

האם אפשר להכיר "בסמכות עזר" כזו? אין עגון בחוק ולכן ניסו להפעיל את סמכויות העזר, כל פעם שאין עגון בחוק מנסים להפעיל את סמכויות העזר

"זיקה" - האם יש זיקה לתפקיד הראשי? כן:

התפקיד של משרד החינוך, לתת חינוך מיטבי שמותאם לצרכים המיוחדים שלהם. תלמיד עם ליקוי יש להתאים לו חינוך מיוחד ולתת הקלות, אבל אם אין לו ליקוי ויקבל אבחון ממאבחן סתם אין לתת הקלות. **מתקיימת המגבלה!**

האם זה יעזור למשרד החינוך להיות יותר מדויק? כן! אף חיוני לשמור על השוויון בין התלמידים. זה אפשר לדייק באבחון ולהתאים את החינוך לתלמידים.

"עוזר ולא מפריע"? כן:

האם זה עוזר ולא מפריע לדייק באבחונים? כן. אם אני מדויק באבחון הפתרון שאני יותר טוב וזה לא מפריע. **מתקיימת המגבלה!**

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

"יוצר עולם חדש" לא :

האם זה "נלווה" או משנה את התפקיד הראשי לאבחן יותר מדויק? נלווה! לא הופך את משרד החינוך למשהו אחר, נותן את אותו חינוך רק עם אבחון יותר מדויק לתלמידים. **מתקיימת המגבלה!**

"פגיעה בזכויות אדם או עקרונות חוקתיים" כן :

יש פה פגיעה בזכויות אדם/ עקרונות חוקתיים- "חופש העיסוק". המגבלה הזו דורשת שכל פגיעה בזכויות אדם או עקרונות חוקתיים תהיה על בסיס הסמכה מפורשת בחוק, אז כל הדוקטרינה של סמכויות עזר היא כולה "במשתמע". סמכויות העזר "משמעה" במשתמע מהחוק. לא כתוב בחוק מפורשות. לכן כל הדוקטרינה של סמכויות עזר אם יש פגיעה בזכויות אדם או עקרונות חוקתיים היא כולה קורסת ולא ניתן להשתמש בה בכלל. **מתקיימת המגבלה!**

כל פעם שיש פגיעה בזכויות אדם נדרש הסמכה מפורשת... ואז כל הדוקטרינה של סמכויות עזר נופלת, **אלא אם כן וזה החריג** כשדיברנו על "עקרון החוקיות" והמקרה המיוחד של פגיעה בזכויות אדם ועקרונות חוקתיים, אם יש תזוזה מהגרעין לפריפריה.

פס"ד בן חיים :

אם יש הסכמה מדעת לחיפוש וזה חל בביה"ד הצבאי אם יש הסכמה מדעת של החייל שיחפשו לו בנייד אז אפשר לוותר על הפרטיות ואם עושים את זה מדעת לפי **השופטת ביניש** זה זז לפריפריה ואז לא נדרש הסמכה מפורשת. יכול להיות גם במשתמע ואולי גם סמכות עזר לחפש. לפי **השופט דנציגר** : אם אין הסכמה מדעת זה נשאר בגרעין ואי אפשר במשתמע ולא סמכויות עזר.

מסקנה :

בפס"ד לם, במקרה שלנו, יש פגיעה "בחופש העיסוק", עומד במגבלות 1-3 אבל לא במגבלה 4 כי זה "פוגע בחופש העיסוק".

זה לא חקיקה ראשית ונדרש הסמכה מפורשת בחוק. צריך להכניס בחוק חינוך חובה שהקלות יינתנו באבחון של פסיכולוג מוסמך, אם אתה רוצה לפגוע בחופש העיסוק נדרש להסדיר בחוק. יש פה פגיעה בגרעין ולא בפריפריה. **לא מתקיימת המגבלה!**

דוגמאות אך לבחון את הדוקטרינה "פגיעה בזכויות אדם/ עקרונות חוקתיים"... בשתי הפס"ד הכירו בסמכות.

פס"ד המרכז לצדק לנשים :

תשלום לסרבני גט כדי שיתנו גט.

מקימים קרן מתרומות לשחרר נשים עגונות. בהליך השיפוטי רואים שהבעל סרבן, נותנים לו כסף שישחרר את האישה.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

תפקיד ראשי של ביה"ד? לשפוט ולעשות צדק בסכסוך נישואים וגירושין.

"זיקה" - האם יש זיקה לתפקיד הראשי? כן:

דרוש לשחרר נשים מעגיונותן אחרת ההליך לא צודק ונפגעת זכות הנשים.

"עוזר ולא מפריע"? אפשר להתווכח:

זה יכול לעזור וגם להפריע.

עוזר: אם יש סנקציה שיכולות להגביל חשבון בנק/ לשלול רישיון/ עיכוב יציאה מהארץ/ מאסר וזה לא עוזר, כסף לא יעזור כי הסנקציות האחרות יעלו לו יותר. יעודד סרבנות גט שחשוף למאסר? לא בטוח.

יכול להפריע: אולי לא גט מעושה כי מרצון מקבל כסף, אבל כשקיבל כסף מביה"ד מפריע כי ככל שיופעל הכלי הזה זה ייתן תמריץ, גם אם חשב לתת גט יסרב כדי לקבל כסף.

"יוצר עולם חדש"? כן:

האם סמכות נלוות או יוצר עולם חדש? יוצר עולם חדש. אין תקדים בעולם השפיטה במצב שבימ"ש משחד צד להליך. בימ"ש משלם לבעל דין שיסכים למשהו מסוים. "עסקת טיעון" לא כבול זה בין התביעה לתובע בימ"ש רק מאשר ולא משלם לאף אחד מהצדדים. גם ב"גישור" הולכים לאותו שופט מערכאה שיפוטית שמנסה לתפור את העסקה אבל השופט לא משלם. **לא מתקיימת המגבלה!**

"פגיעה בזכויות אדם או עקרונות חוקתיים"? לא:

רוצים לשחרר אישה מעגיונותה ומשלמים לסרבן אין פה פגיעה בזכויות אדם, לא באישה ולא בבעל.

מתקיימת המגבלה!

פס"ד פלוני:

סנקציות הלכתיות לסרבני גט

בימ"ש העביר את זה אבל לדעת המרצה זה היה צריך לפול על "יצירת עולם חדש". נופל במגבלה 3. כי אין תקדים בעולם להליך שיפוטי שבו בימ"ש משלם ומפתה בעל דין כדי שיסכים כך או אחר, זה עולם חדש בתחום השפיטה.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

7 בינואר 2018

שיעור 10

סמכויות עזר

מרכז צדק לנשים: מצב שיש קרן לבית הדין הרבני, קרן מתרונות, משלמים לסרבן הגט כדי שיוותר וישחרר את אשתו מעגינותה.

בחנו את זה במגבלות הבאות –

1. האם יש זיקה לסמכות הראשית? הוא צריך לעשות צדק בסכסוכי גירושין ונישואין על פי דין תורה שיחול בסכסוכים האלה.

האם זה דרוש לו לעשות צדק בסכסוכי נישואין וגירושין? האם עגינות של אישה מפריעה לצדק? אם אישה נשארת קבולה לרצונותיו של אדם אז התוצאה היא לא צודקת ובעייתית וזה בהחלט דרוש לו לעשות צדק.

2. האם זה עוזר ולא מפריע? כל מה שישחרר את האישה מעגינותה עוזר. אפשר לטעון שזה לא רק עוזר ויכולה להיות הפרעה אם אותו תמריץ כספי יביא עכשיו סרבני גט להקשיח עמדות כדי לחכות לאותו תשלום מקרן העגונות. ספק אם זה הפרעה משמעותית לתפקיד הראשי – אפשר לאסור, לשלול רישיון ודרכון והרבה סנקציות אחריות אז אפשר להגיד שיש סיכוי שיתנו 20,000 ₪ בסוף ההליך אז הוא ימשיך עם הסרבנות אבל העלות של כל הסנקציות האחריות לא שוות את זה.

3. נלווית ולא יוצרת עולם חדש (לא משנה את מהות התפקיד) – לדעת המרצה זה נופל פה מהסיבה שהוא לא מכיר אף הליך שיפוטי שבו לבית המשפט יש קופה קטנה שהוא יכול לשלוף משם כסף ולהגיד לבעל הדין "קח ושחרר יש לי קופה שאני יכול לשחק איתה כדי לשלם לבעלי הדין". בית המשפט לא משלם לאף אחד, הוא צריך לעשות צדק ולדאוג להוצאות. זה יוצר עולם חדש בעולם השפיטה, גם בעולם השפיטה של בתי הדין שלבתי הדין יש קופה קטנה לתשלום של בעלי הדין – די בעייתי אבל אפשר להתווכח על זה.

4. אינה פוגעת בזכויות אדם/עקרונות חוקתיים – אין בעיה. פעולה שעוזרת לזכויות אדם כי אנו עוזרים לשחרר את האישה מעגינותה.

דיברנו על העמדה של השופטת ברלינר בפסק דין קרייתי – הזכרנו בעבר.

אנחנו בעולם של הרפואה הציבורית ובתי החולים הממשלתיים – הכנסנו את הרפואה הפרטית פנימה ויצרנו עולם חדש בתחום של הרפואה הציבורית.

נבחן את המגבלות על פסק דין פלוני שפתחנו איתו בתחילת שנה – סנקציות הלכתיות – בתי הדין מפעילים סנקציות הלכתיות על סרבן הגט – אמרנו שהדרך שבה בית המשפט העליו התחמק מהבעייתיות זה שהסנקציות

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

יהיו רק בגדר המלצה ולא חיוב. בתי הדין יגידו שהם רק ממליצים לקהילה להחרים אותו – חרם חברתי מהסוג של חרם דרבנו גרשום ולא יחייבו.

מה התפקיד הראשי של בתי הדין? לשפוט בענייני נישואין וגירושין ולעשות צדק בתחום הזה על פי דין תורה.

1. האם יש זיקה לסמכות הראשית שנמליץ להחרים אותו בקהילה? אם זה יפעיל עליו עוד לחץ וזה יכול להביא במיוחד אדם דתי (יש פה בעיה של סנקציה שהיא לא שוויונית, היא פועלת על אדם דתי בקהילה דתית אבל לא פועלת לחלוטין על אדם חילוני שלא נמצא בקהילה דתית). הסנקציות ההלכתיות כן מבחינות בין סרבן לסרבן – הן ייחודיות למי שחי בקהילה דתית והוא באמת ירגיש את זה בחיי היום יום. אפשר לדבר על זיקה כי יכול להיות שחלק מהנשים יפחדו מהנידוי הזה כי הם חיים בקהילה דתית והחרמות האלה יכולים לפגוע בהם ולתמרץ אותם כן לתת גט אז זה דרוש במידה סבירה.

2. האם עוזר ולא מפריע? אם אני רוצה להביא יותר סרבנים לתת גט אז זה מקדם את המטרה, יעזור לי ולא יפריע לי במטרה הזאת.

3. האם זה נלווה או יוצר עולם חדש? (לא משנה את מהות התפקיד הראשי) - העולם הישן הוא זה: בית הדין מחיל את הדין המהותי הדתי (דין תורה מבחינת הדין המהותי) אבל הסנקציות שהוא מחיל הן סנקציות אזרחיות רגילות שאנחנו רגילים לראות אותם בחוק החילוני. העולם הישן הוא עולם שמשלב בין בית דין שמחיל דין מהותי דתי לבין סנקציות מהתורות חילוניות. עד עכשיו ← תפקיד הראשי שהוא קיבל זה להחיל דין מהותי דתי וסנקציות אזרחיות חילוניות דתיות. איך יראה התפקיד החדש/לא חדש עם סמכויות העזר? עכשיו יש לנו דין מהותי דתי וגם סנקציות דתיות. **לטעם המרצה** – יוצר עולם חדש.

✓ **הערה:** אנחנו מכירים שיימינג שהוא תוצאת לוואי של הסנקציה – כלומר, בית המשפט מטיל מאסר וכתוצאה מזה יש שיימינג כי מי שמטילים עליו מאסר יש עליו אות קלון או שביהמ"ש מטיל קנס גבוה וכתוצאה מזה יש שיימינג. לא שמענו על כך שבית המשפט עושה בעצמו שיימינג.

4. אינה פוגעת בזכויות אדם/עקרונות חוקתיים: סמכות עזר לא יכולה לפגוע. למה היא לא יכולה לפגוע בזכויות אדם או עקרונות חוקתיים? כי היא לא ברמה של חוק. מה המקרה המיוחד של עקרון החוקיות? שזה יהיה כתוב במפורש. זה מופיע גם בפסקת ההגבלה ביסוד הראשון שלה "אין פוגעים אלא בחוק". כדי לפגוע בזכות יסוד או בחוק חוקתי זה צריך להיות במפורש ולא במשתמע – כתוב. כל סמכויות העזר הן סמכויות משתמעות מהחוק – הן לא מפורשות בחוק ולכן **כל הדוקטרינה הזאת קורסת אם יש פגיעה בזכות אדם או בעקרונות חוקתיים**. זה מבייש ופוגע בשם הטוב בקהילה, הופכים להיות מנודים בקהילה – פוגע בכבוד האדם. לגבי חופש העיסוק – אם יש עסק בקהילה ואתה מנודה, ההמלצה אומרת לא לדבר איתו או להתקרב אליו וכו'. אז זה פוגע גם בכבוד האדם וגם בחופש העיסוק.

השופט הנדל מנסה לדבר איתנו על גרעין פריפריה –

אמרנו שכדי לפגוע בזכויות אדם חייבת להיות הסמכה מפורשת אבל ראינו בבן חיים שאם תהיה תזוזה מהגרעין לפריפריה, למשל בהסכמה מדעת לחיפוש, ואז אם ההסכמה אכן תהיה מדעת אז הפגיעה בפרטיות תהיה פחות

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

קשה, תזוז מהגרעין לפריפריה ואז אפשר יהיה לפגוע בחיפוש או לנהל חיפוש גם ללא הסמכה מפורשת מכוח סמכויות עזר או מכוח סמכות במשתמע. אותו דבר, את אותו מהלך מנסה לעשות השופט הנדל על חופש הדת.

הוא אומר – מה נמצא בליבה של חופש הדת?



בליבה – החירות למלא את כל מצוות הדת. לפי הנדל אדם יכול לקיים את כל מצוות הדת גם אם החרמות של רבנו דגרשום יחולו. גם אם יש עליו חרם הוא יכול להיות אדם דתי מא' ועד ת'.

כל הפריבילגיות האלה שנמנעות ממך בקהילה, הכבוד שאתה זוכה לו בקהילה, לעלות לתורה בבית כנסת, להיות חלק ממניין וכו' לפי הנדל זה זז לכיוון הפריפריה.

אם הפגיעה בחופש הדת היא לא בגרעין אלא לכיוון הפריפריה אז אפשר להכיר גם בסמכות במשתמע ולא רק בהסמכה מפורשת – כמו בפס"ד בן חיים.

הטיעון כנגד הנדל יכול להיות – יש עוד זכויות אדם כמו חופש האדם, חופש העיסוק וכל מה שקשור בשידוכים. גם פה הנדל נותן לנו תשובה יפה – מצב שבו כל זכויות האדם שנפגעות תלויות בהחלטה שלו עצמו והוא בהחלטה אוטונומית ורצונית שלו יכול להסיר את כל הפגיעה החוקתית. הרי מה אומרים לו? תן לה גט ויהיה לך את כל הזכויות. זאת אומרת, זה כמו "אשם תורם חוקתי" אתה מביא את הפגיעה בזכויות אדם לעצמך בהתנהגות שלך. לסרבן גט יש אופציה מאוד פשוטה להסיר את כל הפגיעות – תן לה גט והכל בסדר.

✓ יכול להיות שהטענה לפגיעה בזכויות חוקתיות נחלשת כשאתה מביא אותה על עצמך ואתה יכול ברגע אחד לבטל את כל הפגיעה ואז אולי אנחנו זזים לפריפריה בכל זכויות האדם ולא רק בחופש הדת כי אתה יכול להחזיר את כל הזכויות שלך בשניה.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

דוגמא: הספר הגנוז – פס"ד פלוני של השופט סולברג – אדם כתב רומן על מערכת יחסים שלו. הוא היה מרצה באוניברסיטה והיא הייתה סטודנטית. הוא כתב ספר שעשיר בפרטים שמאפשרים לזהות את בת הזוג שלו. למשל – הוא הכניס את הנושא של התזה שלה מתואר שני, אז כל מי שמכיר אותה ויודע שהיא עשתה תזה בנושא הזה יודע שהרומן הוא עליה. רומנים מטיבם של רומנים חושפים רגעים אינטימיים במערכת הזוגית שזה הגרעין של הפרטיות. כלומר, במקום לממש את חופש הביטוי הספרותי שלו באופן שלא מאפשר לזהות את בת הזוג כאדם אמיתי ולא פוגע בליבת הפרטיות שלה, הוא בחר לממש את חופש הביטוי בדרך פוגענית שתחשוף את כל החיים הפרטיים שלה לעיני כל מכריה וכל מי שיזהה אותה בספר וזאת למימוש פוגעני של זכות יסוד ואז יכול להיות שהתרחקת לפריפריה.

אותו דבר אומר הנדל על סרבן הגט – אתה מממש את הזכויות החוקתיות שלך בפגיעה באישה, אתה לא נותן לה גט וזה מרחיק אותך לפריפריה.

אם זה נכון, אולי אנחנו יכולים להתגבר על המגבלה הרביעית לטעם המרצה עדיין נופלים במגבלה השלישית.

אם אנחנו נקבל את כל הטענות של הנדל – נוכל לסמן V על מגבלה מס' 4 אבל לדעת המרצה אנחנו עדיין נופלים במגבלה מס' 3.

ההבנה היא שיש דברים מאוד בסיסיים שעליהם אי אפשר לוותר – פס"ד תורג'מן – שעוסק על חיפוש בגופו של אדם. אדם הסכים לוותר על כבוד האדם שלו והסכים שיעשו עליו חיפוש באמצע הרחוב באופן שמשפיל אותו ופוגע בכבוד האדם שלו. התפיסה הייתה שאי אפשר לוותר על כבוד האדם. גם אם אדם יגיד לחוקר שב"כ שהוא מסכים להשפיל אותו, אסור! ויתור על בסיס של חירות, גם אם הוא מדעת הוא לא תופס. לכן, יש זכויות בסיסיות שלא ניתן לוותר עליהם בכלל ויש כאלה שכן.

הסרבן – אפשר לומר שברגע שהוא מתעקש, יכול להיות שהוא וויתר על חלק מהזכויות שלו כי הוא יודע איך הוא יכול להחזיר לעצמו את הזכויות שלו. האם זה מאפשר גם לפגוע בגרעין של כבוד האדם לגביו? כנראה שלו. אם השיימינג הזה מגיע עד פגיעה בגרעין של כבוד האדם, אי אפשר לפגוע בו ואי אפשר להגיד שהוא וויתר עליו בזה שהוא מתעקש (לפי דעת המרצה).

דוגמא נוספת למגבלה הרביעית – "אינה פוגעת בזכויות אדם/עקרונות חוקתיים :

פס"ד עיריית רעננה (פארק רעננה) – פארק רעננה הוא פארק יפה ומיוחד ויש בו הרבה דברים שאין בהרבה פארקים. אגם מלאכותי, פינות ליטוף וכו'. באיזשהו שלב עיריית רעננה הייתה גובה כניסה לפארק לא מתושבי רעננה אלא רק מהאזרחים מחוץ לרעננה. מה הרעיון? למה להבחין בין תושבי רעננה לבין לאזרחים מבחוץ? תושבי רעננה משלמים ארנונה ועם המיסים שלהם הם מממנים את אחזקת הגן ולא צריך לגבות מהם עוד כספים אבל מהאזרחים צריך לגבות את התשלום. האם ניתן להכיר בתשלום כסמכות עזר? האם מותר לה או לא מותר לה כסמכות עזר?

נגדיר את התפקיד הראשי של עיריית רעננה: תפקידה של עירייה זה לטפח גנים לתועלת הציבור ופארק רעננה הוא גן וצריך לטפח אותו וזה התפקיד הראשי.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש

השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

1. האם יש זיקה לסמכות הראשית? יש גן שלתחזק אותו עולה נניח סכום של כמה עשרות אלפי שקלים בחודש ולא צריך מעבר לארנונה הבסיסית שגובים מכל אחד. פארק רעננה – נניח שזה גן שלתחזק אותו בשנה לאור המימדים שלו עולה באזור המיליון ₪ כי זה פארק עצום עם הרבה מאוד אלמנטים ייחודיים, עלות התחזוקה והטיפול של גן כזה יכולה להיות מאוד גבוהה. האם לצורך העניין הזה יכול להיות שצריך לגייס משאבים נוספים כדי לתחזק אותו ברמה הסבירה? יכול להיות מאוד שכן. כמו שראינו שרשות הציבור יכולה לחדר חסויות כדי להגדיל את המשאבים שלה כי השידור הציבורי עולה הרבה כסף – אותו דבר אפשר לומר על עיריית רעננה. דרוש ברמת הזיקה.

2. עוזרת ולא מפריעה? האם גביית התשלום עוזרת לטיפול הגן או מפריעה? למה שזה יפריע? כסף זה עוד כסף ועוד טיפוח ויהיה גן יותר טוב.

3. האם היא נלווית או יוצרת עולם חדש? נלווית. טיפחנו את הגן ולא יצרנו שום תפקיד חדש (בקקאו סנטר היינו נופלים על הנלווה כי לא גבינו כסף כדי לטפח את הגן אלא התחלנו לנהל בית קפה – תפקיד ציבורי חדש ולא קשור למה שעיריות עושות).

עד עכשיו עברנו את כל המגבלות (V במגבלות עד 3 וסימן שאלה במספר 4) אך בכל זאת נמשיך ונבדוק את 4 לבדוק האם יתקבל V.

4. אינה פוגעת בזכויות אדם/ עקרונות חוקתיים? הטיעון הראשון הוא שוויון. לא בטוח בכלל שיש פגיעה בשוויון. עקרון השוויון זה לא עקרון טכני שכולם צריכים לשלם אותו דבר וכן הלאה. הרבה פעמים ניתן להבחין בין אנשים שונים והתוצאה לא תהיה אפליה כי השוני מצדיק את זה. האם יש שוני בין תושבי רעננה לאורחים? תושבי רעננה משלמים דרך הארנונה שלהם לשירותים והאורחים לא משלמים ובאים כאורחים. גם אם נגיד שבכל זאת יש פגיעה בשוויון (לדעת המרצה אין פה פגיעה בשוויון), מדובר על מה מגן השוויון החוקתי בגרעין שלו? האם על אפליה בין תושבי רעננה לאורחים או אפליה בין אוכלוסיות מוחלשות שמתקשות להשתלב בחיים בישראל? זה עקרון של הגרעין החוקתי. אפליה בין תושבי רעננה לאורחים היא אפליה שממש לא מעניינת את המשפט החוקתי – אם נשרטט את זה ← זה זו לפריפריה וזה אומר שזה לא יקיים את המגבלה הרביעית. עד כאן ביחס לשוויון.

✓ לדעת המרצה אין פגיעה בשוויון ואם יש זה פגיעה בפריפריה הרחוקה.

- חוץ משוויון יש גם את התשלום עצמו. האם התשלום מהווה "מס"/"אגרה"/"מחיר"?

מס ← תשלום כפוי ללא זיקה ישירה לשירות המתקבל. מס הכנסה הוא מס מכיוון שהוא כפוי (כולם חייבים לשלם) ומה שאתה מקבל הוא לא בזיקה למה ששילמת. אתה משלם סכום מסוים ומקבל סל של שירותים (קצת בריאות, קצת לימודים וכו').

אגרה ← תשלום כפוי + זיקה לשירות. אגרת פינוי אשפה – אני משלם סכום מסוים וזה הולך לפינוי אשפה. אגרת ביוב – אני משלם סכום מסוים והוא משמש לתחזוקת מערכת הביוב.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

מחיר ← תשלום רצוני + זיקה לשירות. האם הכניסה לפארק רעננה היא תשלום כפוי או רצוני? על פניו אנחנו אומרים שאף אחד לא חייב לבוא לפארק רעננה והתשלום הוא רצוני. נגיד שהתשלום היה חל על כולם, האם הוא כפוי או רצוני? עדיין הוא רצוני. אם המרצה היה אומר שבכל רעננה יש פארק אחד בלבד שהוא פארק רעננה אז מה הברירה שיש לך? לא לצאת בכלל לשטחים ירוקים שאתה רוצה לטייל בהם ברעננה, אתה לכאורה כבול לפארק הזה. יכול להיות שמה שנראה רצוני נראה כפוי. אבל ברעננה זה לא הפארק היחידי, יש הרבה פארקים ברעננה ללא תשלום ובכלל ללא תשלום לתושבי רעננה. יש עוד הרבה פארקים מחוץ לרעננה ללא תשלום ולא מחייבים אף אחד לבוא לפארק רעננה. לכן, מדובר במחיר.

✓ אם זה מס או אגרה חייבים להיות מוטלים בחוק במפורש. מאיפה נובע העיקרון הזה?

1. עקרונות יסוד בדמוקרטיה – יש יסוד חשוב שאומר "אין מיסוי ללא יצוג". למה זה עקרון דמוקרטי? מה היו עושים המלכים והעריצים בעידן שקדם לדמוקרטיה? היו גובים מס כראות עיניהם ללא שום הסמכה כדי לבנות לעצמם ארמונות, כנסיות מפוארות וכו'. עד היום יש בחוף השנהב כניסה שבה השליט הפך עצמו לשליח האל והוא בנה כנסיה ששווה מילארדים כשהתושבים היו רעבים. העריצים היו עושים מה שבא להם בלי הסמכה בחוק. **העקרון הדמוקרטי – אין מיסוי ללא יצוג של העם בפרלמנט. השלטון לא יטיל על העם מיסים ואגרות ללא שנציגי העם אישרו את זה בחוק.**

2. חוק יסוד: משק המדינה – אם זה מס או ואגרה רק בחוק.

3. פגיעה בקניין – מחייב הסמכה מפורשת בחוק.

אבל, אם מדובר במחיר אין פגיעה בקניין וזה לא מס או אגרה שחייבים להטיל בחוק אז הסימן שאלה במגבלה מספר 4 הופך גם הוא ל V.

מכיוון שיש V במגבלה מספר 4 – בית המשפט אישר את גביית התשלום. בהמשך עיריית רעננה זנחה את זה והיום בכלל אי אפשר לגבות תשלום, רצו להתוות משהו לכל הרשויות המקומיות והיום הכניסה לפארקים לא עולם כספים.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

"הסמכות הטבועה של בתי המשפט"

הסמכות הטבועה של בתי המשפט במובן מסוים היא דומה לסמכויות העוזר רק של ערכאה שיפוטית.

סעיף 17(א) לחוק הפרשנות:

סמכויות עוזר

17. (א) הסמכה לעשות דבר או לדון בענין פלוני או להכריע בו - משמעה גם הסמכה לקבוע נוהל עבודה וסדרי דיונים ככל שאלה לא נקבעו בחיקוק.

- "לדון בעניין פלוני או להכריע בו" – מרמז לנו על סמכות שיפוטית.

מה אומר לנו סעיף 17(א)? אם גוף קיבל סמכות שיפוטית לדון בעניין או להכריע בו, הרי ברור שצריך כדי לקיים את התפקיד הראשי, את הסמכות השיפוטית, סדרי דין – מי מתחיל לטעון? מה סדרי הדיונים? איך דנים ואיך מכריעים? ברגע שזה לא נקבע בחוק, אותה רשות שיפוטית תקבע את זה לעצמה כסמכות עוזר שלה שהיא מוגדרת "הסמכות הטבועה".

מגמת אי הקפדה על המגבלות – לאורך השנים והרבה פעמים מבקרים את בית המשפט שהוא קובע כללים גם במשפט המנהלי וגם בחוקתי וכשזה נוגע לעצמו הוא לא מחיל אותם על עצמו. כשבית המשפט נוגע לעצמו הוא לא מחיל את הכללים שהוא קבע. לאורך השנים לגבי הסמכות הטבועה, כך אכן היה. הייתה מגמה שלא להקפיד על המגבלות שבית המשפט בעצמו קבע. סמכות טבועה היא סמכות עוזר של השופטים, לא לומדים אותה בחוק אבל היא במשתמע. **דוגמא:** פס"ד לב + חנא

פס"ד לב – צו איסור יציאה מן הארץ. האם בית הדין הרבני מוסמך להוציא צו איסור יציאה מהארץ? השופט ברק שהוביל את המהפכה החוקתית, לא החיל את הכללים של המהפכה על בית הדין עצמו. אנו נראה זאת במגבלות. לא הייתה סמכות מפורשת להוציא צו איסור יציאה מהארץ לבעל דין בבית הדין הרבני, ברק מכיר בסמכות הזאת כחלק מהסמכות הטבועה אבל צריך להפעיל אותה במידתיות תוך שמירה על הזכויות.

1. זיקה לסמכות הראשית? למה דרוש לבית הדין לאסור יציאה מהארץ? כדי לאכוף את פסקי הדין שלו וכדי לקיים את הדיונים. דוגמא: אני יכול לקבוע מועד דיון ובעל הדין יכול לברוח. כדי לקיים דיון מסודר וכדי לאפשר לאכוף את פסק הדין זה דרוש לי במידה סבירה לאסור יציאה מן הארץ של אחד הצדדים לדיון.

2. עוזר ולא מפריע? האם יציאה מהארץ של אחד מהצדדים לדיון עוזר ולא מפריע? עוזר.

3. נלווה ולא יוצר עולם חדש? אפשר להתווכח לדעת המרצה. אנו מכירים שאי אפשר לקיים הליך שיפוטי בלי בעל דין. אם אני יודע שבעל דין יברח ולא יופיע וצריך לאכוף את פסק הדין אז כל בית משפט יכול לומר לבעל דין שהוא יגיע לדיונים ואם הוא עד אז הוא יופיע ויש לקיים את פסק הדין ובינתיים בית המשפט אוסר את היציאה של בעל הדין או העד מהארץ. זהו דבר מקובל ולא עולם חדש בשפיטה.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

4. אינה פוגעת בזכויות אדם/עקרונות חוקתיים? לכל אדם יש זכות לצאת מישראל ולהיכנס לישראל, אין חוק של חופש תנועה בתוך ישראל – זה נכנס לכבוד האדם. יש זכות מפורשת לצאת מישראל. המגבלה הרביעית אומרת שאי אפשר להכיר בסמכות עזר או במשתמע או סמכות טבועה שהיא למעשה במשתמע, כשיש פגיעה בזכויות אדם אלא אם מדובר בחוק – חייב הסמכה מפורשת בחוק ואין! פה אנחנו רואים שבית המשפט לא אוכף על עצמו את המגבלות.

פס"ד חנא – פסיקת הוצאות אישיות לעורך הדין. אנו יודעים שהוצאות זה הוצאות משפט, אנחנו לא רוצים שצד במשפט יהיה לו חסרון כיס ואנחנו לא רוצים שזה ירד מהפיצוי ההולם המגיע לבעל הדין ולכן, יש הוצאות חוץ מהפיצויים. אפשר לחייב גם צד בהוצאות לקופת המדינה או קופת בית המשפט במידה ופתח תיק סרק. בית המשפט המציא הוצאות אישיות לעורך הדין. כלומר, עורך הדין התנהל בדרך כל כך שערורייתית שהוא גרם נזק להליך השיפוטי ולכן, מגיע לו שאנחנו נטיל עליו הוצאות באופן אישי. נבחן את המגבלות?

1. האם יש זיקה לסמכות הראשית? אם עורך הדין ידע שהוא התנהג באופן מכפיר והוא יטריד בבקשות סרק, הוא יכול לחטוף הוצאות וזה דרוש לי במידה סבירה לקיום הליך שיפוטי תקין.

2. האם זה עוזר ולא מפריע? עוזר ולא מפריע.

3. נלווה ולא יוצר עולם חדש? המרצה מסכים שמדובר בעולם חדש. מדוע? אם אנחנו שנים גדלים על הרעיון שהוצאות זה או שהצד למשפט משלם לצד שזכה כדי למנוע ממנו חסרון כיס שיופחת לו מהפיצוי שראוי להעניק לו או שמי שהטריד את מערכת המשפט לחינם, משלם לקופת המדינה הוצאות על הטרדת המערכת. להעניש עורך דין על ההתנהגות שלו בהוצאות אישיות זה נראה למרצה עולם חדש בתחום ההוצאות – משהו שלא מוכר ולא מקובל ← לכן יכול להיות שיש לנו איקס על מגבלה זו.

4. אינה פוגעת בזכויות אדם/עקרונות חוקתיים: עורך הדין נפגע בקניינו, נפגע שמו הטוב וכחלק מזה כבודו, המוניטין המקצועי שלו ← כל אלה נפגעים כשבית המשפט מטיל עליו הוצאות על התנהגות לא ראויה. פוגע בזכויות אדם ונראה בעיית.

מה אומר בית המשפט? היינו מצפים לאור המגבלות שבית המשפט יגיד שלא ניתן במסגרת הסמכות הטבועה וחייבת הסמכה מפורשת בחוק. בית המשפט אומר שחלק מהסמכות הטבועה שלו זה שאפשר לקבוע זאת. (בית המשפט לא מחיל את הכללים על הסמכויות שלו כשמדובר בו עצמו.

לא סיימנו את הנושא של הסמכות הטבועה כי טרם דיברנו על פס"ד פלוני צווי הרחקה.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

14 בינואר 2018

המשך שיעור קודם - הסמכות הטבועה של בתי המשפט

ראינו שבתי המשפט לא מקפידים על המגבלות בהחלת סמכויות עזר – ראינו את זה בפסק דין לב ובפסק דין חנא ואז בא השופט דנצינגר ורוצה לעשות סדר.

פס"ד פלוני צווי הרחקה (צו למניעת הטרדה מאיימת) –

מי שמטרידים אותו יש לו שתי אופציות – הוא יכול ללכת למשטרה ולהתלונן אם מדובר בעבירה פלילית ולא תמיד ההטרדה היא עבירה פלילית אלא רוצים שמישהו יתרחק ויפסיק להציד. יש הליך שמוציאים צו להטרדה מאיימת.

יש את המסלול של החוק והחוק קבע שהצו פוקע אחרי חצי שנה. באים לדיון אצל השופט, אין בקשה להוצאת צו חדש, כלומר, אנחנו לא במסלול של החוק. באים לדיון אצל השופט והשופט השתכנע שצריך להרחיק אנשים לתקופות יותר ארוכות והאריך את תוקפו של הצו ללא הליך מסודר על פי החוק.

האם צו למניעת הטרדה מהווה חלק מ"הסמכות הטבועה"? דנצינגר נותן במקרה דנן מבחנים שונים שנראה שניתן לעגן את כולן בסמכויות עזר רגילות.

המגבלות על הסמכות הטבועה לפי דנצינגר – הארכת הצו להטרדה מאיימת לא מכוח החוק אלא מכוח הסמכות הטבועה -

1. שיורית – כשאין הסדר בחוק, כשאין מסלול מסודר בחוק. לגבי צו הטרדה מאיימת – היא לא עומדת במגבלה כי הצו לא שיורי, הסמכות הטבועה שהופעלה לכאורה לא שיורית.

2. הסמכות הטבועה עוסקת בעיקר בסדרי דין ולא בענייני מהות – צו איסור יציאה מהארץ – ההבחנה בין פרוצדורלי למהותי תמיד עמומה ובעייתית אבל עיכוב יציאה מן הארץ כחלק מהליכים משפטיים זה מקובל לפי סדרי הדין וכחלק מהפרוצדורות. הוצאות לעורכי הדין – סדרי דין אנחנו מדברים על ההליך שהוא מתנהל ומקבלים הוצאות כשההליך מסתיים – לא מדובר בניהול שוטף של ההליך אלא מן ענישה לפעמים הבאות. צו למניעת הטרדה מאיימת – סדר דין או מהות? העובדה שאפשר להוציא צו זה העניינים המהותיים. איך מגישים בקשה – זה הפרצודורה. להאריך את הצו שלא בענייני החוק – זה מהות. **דוגמא**: אם היינו נמצאים בהליך להוצאת צו והיה מדובר על כך שהשופט רוצה לנקוט בהליך כלשהו שקשור לסדרי הדין זה מתאים לסמכות הטבועה. אבל אם זה הקביעה המהותית שאפשר להאריך לעוד תקופה- חורג מסדרי הדין.

✓ יצירת עולם חדש – כל עוד בית המשפט עוסק רק בסדרי דין זה נלווה לשפיטה הרגילה, ברגע שהוא מתחיל להפעיל את הסמכות הטבועה על דברים אחרים כמו הוצאות אישיות של עורכי דין זה יצירת עולם חדש וכו'.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

3. פגיעה בזכויות יסוד/עקרונות חוקתיים – האם בצו למניעת הטרדה מאיימת אפשר לטעון בפגיעה בזכויות יסוד? כן, זה מגביל את החריות – אסור להתקרב, אסור ליצור קשר, אסור להתקרב לבניין ועוד דברים שמגבילים (היה גם בסמכויות של מגבלות עזר).
4. חריג לעקרון חוקיות המנהל ← תופעל במקרים חריגים – אנחנו לא מכירים מגבלה כזאת לגבי סמכויות עזר אבל לגבי הסמכות הטבועה זה קיים. מכיוון שזה מכרסם בחוקיות המנהל – זה יופעל במקרים חריגים בלבד. ברגע שההכרה בסמכות הטבועה זה משהו שמכרסם בחוקיות המנהל צריך להפעיל זאת בזהירות. דנצינגר, לאור העמדה שלו בפלוני צווי הרחקה, בפסק דין סנקציות הלכתיות לסרבני גט – הוא ייטה לא לאשר את הדבר הזה סנקציות הלכתיות ← 1. שורית – האם זה שיורי להטיל סנקציות הלכתיות? לא, יש חוק שאומר להטיל סנקציות הלכתיות וצריך ללכת לפי החוק. 2. עוסקת בעיקר בסדרי דין ולא בענייני מהות – סנקציות הלכתיות זה ענייני מהות כי זה כבר סוף ההליך. 3. פגיעה בזכויות יסוד – תלוי אם הנדל זזים לפריפריה או לא זזים לפריפריה. 4. תופעל במקרים חריגים – לא נראה שזה המקרה החריג והעמדה של דנצינגר שהמרצה תומך בה היא לא להכיר בסנקציות ההלכתיות).

הסמכויות השיווריות של הממשלה

סעיף 32 לחוק יסוד הממשלה –

32. הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת.

למה שהסעיף הזה יופיע בחוקה? יש פה איזון בין עקרונות חוקתיים מתנגשים –

איזה עקרון נפגע כשהממשלה מקבלת המון סמכויות בלי חוק? חוק היסוד נותן לה לעשות הרבה מאוד דברים בלי חוק אז איזה עקרון נפגע? מהו העקרון שלממשלה תהיה את הסמכויות בכל התחומים? למה זה טוב שלממשלה יהיה סמכויות בכל תחום?

1. עקרון אחריותיות הממשלה בפני הכנסת והציבור לכל התחומים - האחריות של הממשלה זה עקרון חוקתי אחר שהממשלה אחראית בפני הכנסת והיא אחראית על כל התחומים. היא אחראית בפני הציבור מכוח העקרונות הדמוקרטיים וכל מחדל שלה בכל תחום היא תשפט עליו בעיני הציבור ויכול להיות שהציבור ירצה להחליף אותה ← זו הסיבה שטוב שלממשלה יהיה סמכויות בכל תחום.

הקשר בין עקרון זה לבין סעיף 32 הוא: "אין אחריות בלי סמכות". **דוגמא**: נניח בא הבוס שלי ומטיל עליי משימה אבל הוא לא נותן לי סמכויות בחברה כדי להגשים את זה, איך אני יכולה להיות אחראית למשימה מסוימת אם אני לא יכולה לבצע אותה, אם אין לי סמכויות? אם לממשלה לא תהיה סמכות, הממשלה יכולה לברוח מהעקרון הזה ויכולה להגיד שהיא לא יכולה לפעול כי לא הייתה לה סמכות

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

בחוק. **דוגמא**: בשנות ה-90 הגיעו עולים מברית המועצות, לא הייתה חקיקה מסודרת בתחום קליטת העלייה – הממשלה הייתה יכולה לומר שהיא נכשלה בקליטה אבל לא הייתה סמכות בחוק.

יש הרבה תחומים שהם לא מוסדרים בחוק והממשלה אחראית לכל התחומים אז בא סעיף 32 וסוגר את הפינה. אם את רוצה לפעול בתחום שאין לך בו סמכות ואת צריכה סמכות? אז עכשיו יש לך את כל הסמכויות (למדינה). **אם רוצים שהממשלה תהיה אחראית בכל התחומים – חייב לתת לה את כל הסמכויות.**

2. עקרון חוקיות המנהל הוא העקרון שנפגע – הסעיף הזה מכרסם ופוגע בעקרון חוקיות המנהל, הוא נותן לממשלה לעשות מה שהיא רוצה בלי חוק. זו הוראה בחוק שפוגעת בעקרון חוקיות המנהל. העקרון החוקתי הוא שהממשלה כרשות מבצעת היא אחראית לכל התחומים.

בהקשר לפגיעה בחוקיות המנהל - גם השופטים האחרים רואים בסעיף הזה סעיף בעייתי – כשנותנים לממשלה לעשות מה שהיא רוצה כאילו אנחנו לא מדינת חוק. בית המשפט אומר שצריך להירגע עם הסעיף הזה ואחר כך נראה שהוא מצמם אותו מאוד.

סעיף 32 חל בשני מצבים

1. מצב א' – יש חוק שמסמיך את המדינה ולא קובע מי יפעל בשמה – הרי המדינה לא יכולה להפעיל סמכויות, המדינה אישיות משפטית מופשטת, היא חייבת שמישהו יפעל בשמה. האם החוק אומר שהמדינה יכולה למכור את הנכסים שלה או למחות על אמנות? החוק לא אומר שהיא הרשות שהיא תעשה את זה. החוק אומר ← חל סעיף 32 והממשלה תפעל בשם המדינה. כל מה שכתוב שהמדינה תעשה ולא כתוב מי תעשה – הממשלה תעשה.

2. מצב ב' – אין חוק והממשלה רוצה לפעול ← תפעל מכוח סעיף 32. אין חוק בכלל שמעניק סמכות למישהו, אם הממשלה רוצה לפעול, סעיף 32 אומר שהיא יכולה לעשות כל פעולה כל עוד שזה לא מוטל בדין על רשות אחרת. אם אין חוק זה לא הוטל על אף אחד והממשלה יכולה לפעול מכוח סעיף 32.

השאלה – מי מהמצבים האלה יותר בעייתי לעקרון חוקיות המנהל?

מצב ב' הוא הבעייתי כי אין חוק בכלל וזה בעייתי לעקרון חוקיות המנהל.

המסקנה: במצב א' – אין סיבה לפרשנות מצמצמת של הסעיף – הממשלה תפעל בשם המדינה ולכן לא צריך פרשנות מצמצמת. מצב ב' – בעייתי כי אין שום חוק ומכוח סעיף 32 הממשלה יכולה לעשות כל פעולה.

המגבלות על הפעלת סעיף 32 (פרשנות)

המגבלות הן פרשנות של ההוראה החוקתית – בית המשפט מטיל על הממשלה כשהיא באה להפעיל את סעיף 32. המגבלות הן:

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

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

סעיף 1 בחוק יסוד הממשלה – "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה" על פי הפרדת הרשויות המוכרת. אומר השופט ברק בפס"ד שמעוני – סעיף 32 נמצא באותו חוק יסוד שאומר שהממשלה היא הרשות המבצעת של מדינת ישראל, אז למה נתנו לה סמכויות כאלה רחבות בסעיף 32? כדי שהיא תמלא את תפקידה כרשות המבצעת של מדינת ישראל. לא ניתנו לה הסמכויות כדי שתפלוש לתחומים של רשויות אחרות אלא כדי שהיא תצליח להיות הרשות המבצעת של מדינת ישראל.

דוגמא: משבר המסתננים/מבקשי המקלט – הגיעו בשטף אדיר והיום יש גדר שצמצמה את זה וכו' – נניח שהממשלה הייתה אומרת שיש משבר והאנשים האלה טוענים שהם מבקשי מקלט ויש אמנת פליטים וצריך לברר את המעמד שלהם – סעיף 32 אומר – האם אני הממשלה אהיה אחראית למחדל במבקשי המקלט? כן. היא אחראית על הכל כרשות מבצעת. **דוגמא:** השריפה בכרמל – חיכינו לסופרטנקר שיגיע מארה"ב כי לא הייתה לנו טייסת כיבוי אש ועל זה אחראית הממשלה – הייתה גם וועדת חקירה שבדקה את העניין הזה. הממשלה יכולה להגיד שאין טייסת כיבוי והתשובה לכך היא למה הממשלה לא דאגה שתהיה טייסת כיבוי וכו'?

הממשלה לא יכולה לברוח משום דבר וגם לא ממשבר הפליטים. הממשלה החליטה להקים מערך לבתי דין מיוחדים לברור מעמד המסתננים. מה צריך לברר? האם הם פליטים או מסתננים? אם הם פליטים הם מוגנים על פי אמנות בינלאומיות, אם הם מסתננים אפשר לכלוא אותם, להגביל את העבודה שלהם ולגרש אותם כשניתן לגרש. הממשלה מקימה את בתי הדין הללו ועותרים לבג"צ. האם היא עומדת במגבלה הראשונה במתחם התפקיד הטבעי של הרשות המבצעת? בתי הדין בודקים האם זה פליט או מסתנן ולדבר הזה קוראים שיפוט. למה שיפוט? המסתנן טוען שהוא לא מסתנן אלא פליט והמדינה טוענת שהוא לא פליט אלא מסתנן. באים שני הצדדים לבית הדין, מתווכחים ביניהם – זה שיפוט. האם זה במתחם הרשות הטבעי של הרשות המבצעת? יש גורמים ברשות המבצעת שעוסקים בשיפוט אבל זה רק כשהחוק מסמיך אותם. שיפוט צריכה לעשות הרשות השופטת – זה לא במתחם הרשות הטבעי של הרשות המבצעת, זה לא עומד במגבלה הזאת וניתן לומר על כל בתי הדין הללו שהוקמו בחוסר סמכות. מה צריכה לעשות הממשלה אם היא רוצה את בתי הדין האלה? הממשלה תביא הצעת חוק ותסדיר את זה בחוק ואז לא מפעילים את סעיף 32.

שאלה: מה היחס בין המגבלה ל"כלל ההסדרים הראשוניים"?

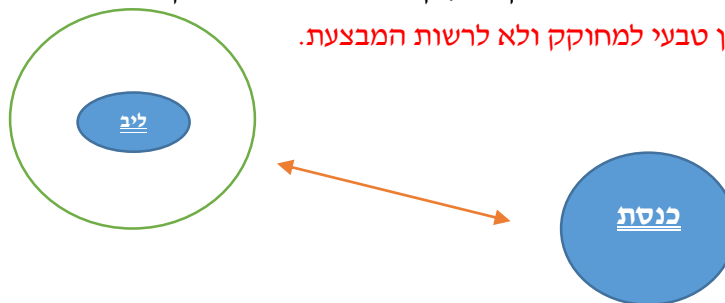
כלל ההסדרים הראשוניים – אמרנו שיש את מתחם הסמכות של הרשות המבצעת (ס' 32). יש את הליבה של ההחלטות העקרוניות והגורליות – מה קורה עם הליבה הזאת כשכלל ההסדרים הראשוניים חל? כשכלל ההסדרים חל, כל מה שנכנס לליבה יוצא החוצה לכנסת. כל מה שנופל תחת כלל ההסדרים עובר חזקה שהוא תחת הכנסת והיא צריכה לקבוע את כלל ההסדרים הראשוניים.

מה זה אומר על היחס בין המגבלה הזאת לכלל ההסדרים הראשוניים? אם כלל ההסדרים הראשוניים חל זה אומר שכל מה שחל עליו כלל ההסדרים הראשוניים חזקה שהוא במתחם התפקיד הטבעי של המחוקק – חזקה שזה שייך למחוקק ולא לרשות המבצעת. מה זה אומר לגבי המגבלה? שאי אפשר להפעיל את סעיף 32. אם זה

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

שייך למחוקק אי אפשר להפעיל את סעיף 32 (נקבע על ידי השופט חשין בפס"ד ועדת המעקב) **מה שחל עליו כלל ההסדרים שייך באופן טבעי למחוקק ולא לרשות המבצעת.**

כלל ההסדרים הראשוניים



✓ מדובר על אזורי עדיפות לאומית שראוי שהכנסת תקבע, זה במתחם הסמכות של הכנסת ואז לא חל סעיף 32. כלל ההסדרים הראשוניים חל מחוץ לסמכות של סעיף 32.

2. מגבלה שנייה – שיוניות – איפה רואים את השיוניות בסעיף? "בכפוף לכל דין" – זו סמכות שיונית, אם נמצא משהו בדין, אז היא לא קיימת. "אינה מוטלת בדין על רשות אחרת". אם חוק מסדיר את התחום, לא ניתן להפעיל את סעיף 32 ולעקוף את החוק. אם יש חוק שמסדיר תחום מסוים אי אפשר להיכנס לשם עם סעיף 32 כי זה יהיה לעקוף את החוק (פס"ד עיריית קריית גת). גם אם זה סמכויות של הרשות המבצעת אך נקבע בחוק שרשות אחרת תבצע – לא יחול סעיף 32.

← שאלות במסגרת המגבלה השנייה – השיוניות

שאלה ראשונה – מה עם חוק שהכנסת מסכימה? שוב ושוב לדחות את יישומו (מכניסה אותו להקפאה). חוק ההסדרים במשק המדינה – עובר ביחד עם חוק התקציב השנתי – למה הם עוברים יחד? חוק התקציב השנתי מגדיר לנו את מסגרת התקציב – כמה הממשלה יכולה להוציא בשנה מסוימת ואת החלוקה במשרדים השונים, בסמכויות השונות וכו'. כעת אנו יודעים את מסגרת התקציב וצריך להשיג אותה שנהיה מאוזנים. בא חוק ההסדרים במשק המדינה, בצד אחד הוא מוסיף הכנסות למדינה (מעלים ארנונה ומע"מ ומס הכנסה וכו') מצד שני מפחיתים הוצאות – מקפויאים חוקים שאמורים לעלות כסף. **דוגמא**: חוק הקולנוע – אפשר היה לעשות סרט אחד בשנה עד שמישהו הבין שקולנוע זה תרבות, החזירו את חוק הקולנוע, תקצבו אותו והנה יש לנו 20 או 30 סרטים בשנה שמסתובבים בפסטיגלים בעולם. חוק התקציב וחוק ההסדרים עוברים בדרך כלל בסמוך כי חוק ההסדרים אמור לעמוד במסגרת של מההקצבנו בחוק התקציב השנתי.

מה שהיה בפס"ד עיריית קריית גת – חוק ערי פיתוח – חוק שיכול לעשות את מה שאזורי עדיפות לאומית עושים – לתעדף אזור מסוים – להגדיר אותו כעיר פיתוח ולתת לו הטבות. כל שנה הייתה באה הממשלה לכנסת והייתה רוצה להקפיא את חוק ערי פיתוח כי זה עולה הרבה כסף. הממשלה הייתה אומרת שתקפיא את החוק הזה והיא תקבע את אזורי העדיפות הלאומית.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

השאלה הפרשנית:

במבחן: אם נתון בקיים שזה חוק שנתון בספר החוקים אבל כל שנה מקפיאים אותו – מתעוררת השאלה הפרשנית – מה האפשרויות במסגרת סעיף 32?

א. פרשנות א' – כל עוד קיים בספר החוקים – התחום עצמו מוסדר בחוק ואז אפשר לומר על סעיף 32 שהוא לא ניתן להחילו אותו. הסבר: פרשנות זו אומרת שמקפיאים כל שנה את החוק הזה, לא הפעילו אותו אבל הוא נמצא בספר החוקים – התחום מוסדר.

ב. פרשנות ב' – חוק שלא יושם לא קיים ← ניתן להחיל את סעיף 32.

מי שדן בשאלה הפרשנית זה השופט חשין בוועדת המעקב. חשין דן בזה אבל הוא לא היה צריך להכריע מכיוון שהוא כבר הפיל את זה במגבלה הראשונה של כלל ההסדרים הראשוניים שזה לא במתחם הטבעי.

שאלה שנייה – האם הסדר בחוק חוסם את הפעלת סעיף 32 בתחום הקרוב לתחום המוסדר?

יש חוק של הכנסת – חוק X – התחום המוסדר על ידי חוק X. מסביב לתחום X יש תחום קרוב לחוק X שנקרא תחום Y. מה השאלה בין תחום X ל-Y? תחום X אתה לא יכול להפעיל, אבל מה קורה בתחום Y?

בתחום Y יש לאקונה או הסדר שלילי?

כשיש לאקונה - אפשר להיכנס עם סעיף 32.

בהסדר שלילי - שני החומים מוסדרים. תחום X וסדר פוזיטיבי ותחום Y מוסדר בהסדר שלילי, הם שניהם מוסדרים ואי אפשר להפעיל את סעיף 32 לא על X ולא על Y.

מתי לפנינו לאקונה בתחום Y ומתי "הסדר שלילי"?

1. האם שתיקת המחוקק מדברת?

2. האם כלל הן את שומע לאו?

3. האם פעולה בתחום Y מסכנת את הגשמת התכלית של חוק X?

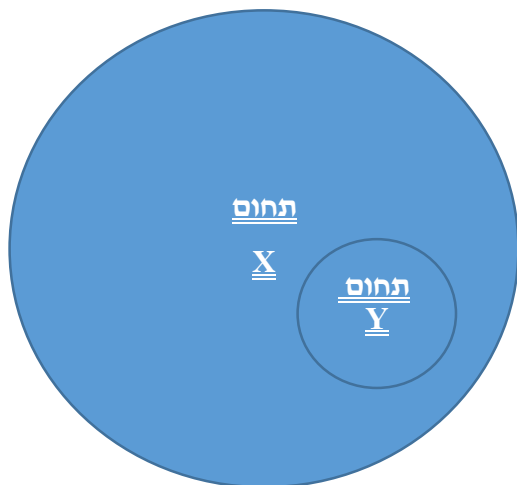
(א) לא מפריעה בכלל = פעולה בתחום Y לא מפריעה להגשמת התכלית של X = לאקונה.

(ב) מפריעה ברמה בינונית =

(ג) מפריעה מאוד מאיים על חוק X = הסדר שלילי. פס"ד חירות (לאקונה), אחד החרגיגים לעקרון החוקיות).

לא דיברנו על פסק דין גרוס ואיגוד השמאים

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד



21 בינואר 2018

משפט מנהלי / שיעור 12

סמכויות הממשלה השיורית:

II. שיורית:

השאלה של "הסדר שלילי" או "לאקונה", יש תחום מסוים שמוסדר ע"י חוק X, ויש תחום קרוב שהוא תחום Y.

השאלה המשפטית: האם בתחום Y, יש "לאקונה" או "הסדר שלילי"? ואיך זה משפיע כאשר הממשלה רוצה להיכנס לתחום Y, להפעיל את הסמכויות השיוריות שלה מכוח סעי' 32.

אם יש לאקונה בתחום Y מה האפשרות של הממשלה להיכנס לתחום Y ולהפעיל את סעי' 32? היא יכולה כי אם יש לאקונה הפעולה של הממשלה היא שיורית כי התחום לא הוסדר. הממשלה יכולה להיכנס לתחום Y.

לעומת זאת...

אם יש הסדר שלילי בתחום Y מה האפשרות של הממשלה להיכנס לתחום Y ולהפעיל את סעי' 32? חוק X מסדיר את תחום X, וגם תחום Y. הכל מוסדר, הממשלה נשארת בחוץ. תחום X: מסדיר פוזיטיבית קובע את ההסדר. **דוגמה**: בטלויזיה תהיה ביקורת על שידורי התעמולה. הסדר חיובי תחום Y: אם מסדיר בהסדר שלילי. **דוגמה**: ברדיו לא תהיה ביקורת על שידורי תעמולה. הסדר שלילי

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

המבחנים האם יש סמכות שיורית מכוח סעיף 32 : האם בתחום Y יש "לקונה" או "הסדר שלילי"?

1. האם השתיקה מדברת? (לא ברור המבחן הזה)
2. האם מכלל הן אתה שומע לאו? (לא ברור המבחן הזה)
3. האם פעולה בתחום Y מסכנת את הגשמת תכלית חוק X? (שלוש רמות של הפרעה בתחום Y, פעולה בתחום Y, לתכלית של חוק X)

א) מפריע מאוד - לקונה (פס"ד חירות)

מדובר בלקונה בחוק כמו שהיה בפס"ד חירות אם כ"כ מפריע זה מסכל את התכלית בתחום X, לא הגיוני שהכנסת חשבה על זה והגיעה למסקנה שהיא רוצה להסדיר את זה בהסדר שלילי, לא יותר סביר להניח שהכנסת בכלל לא חשבה על זה. הכנסת חשבה על טלוויזיה ושכחה מהרדיו ולא כי רצתה הסדר שלילי ברדיו שאפרש יהיה להסיט שם בשידורי תעמולה נגד ערכי היסוד אלא פשוט שכחה להסדיר רדיו.

ב) מפריע ברמה בינונית - לקונה / הסדר שלילי

יכול להיות לקונה או הסדר שלילי.

ג) לא מפריע בכלל - לקונה (פס"ד גרוס + פס"ד איגוד השמאים)

מדובר בלקונה כי הכנסת לא תטרח לחוקק הסדר שלילי אם יש משהו שלא מפריע בכלל, לא מעניין אותה מה קורה בתחום Y, ולכן לא מדובר בהסדר שלילי.

פס"ד גרוס :

מענק מינימום לכל חייל. **השאלה המשפטית : אם החוק שמסדיר מענק שחרור מינימום שולל מענק שחרור אקסטרה**

חוק X מענק שחרור מינימום : כל חייל שמשחרר מהצבא מקבל מענק מינימום. מטרת המענק מינימום עזרה להשתלב באזרחות.
(ליברמן רוצה לבטל מגבלות לקבל את הכסף (רישום ללימודים/ עסק/ עבודה מועדפת וכו') חייל נתן שנים לצבא לתת כסף ולא מעניין מה עושה עם זה).

תחום Y מענק שחרור אקסטרה : הממשלה רוצה לתת מענק אקסטרה לחיילים מרקע סוציאקונומי נמוך. יש כאלה שלא צריכים ההורים ממנים ויש כאלה שצריכים. הממשלה רוצה לזהות את האוכלוסייה החלשה ולתת להם מענק מוגדל.

האם יש מקור בחוק התקציב השנתי?

כדי לשלם את הכסף לא מספיק שיש סמכות לפי סעי' 32 כי **חוק יסודות התקציב** קובע שבשביל תוכנית כזו

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

שמוציאה כסף מקופת המדינה נדרש גם מקור בחוק התקציב השנתי. אם הממשלה הכניסה תקציב לחוק יסודות התקציב 50 מיליון "תמיכה בחיילים מרקע סוציאקונומי נמוך". יש תקציב + סעיף וניתן לשלם. השאלה אם יש סמכות?

המבחנים האם יש סמכות שיורית מכוח סעיף 32: האם בתחום Y יש "לקונה" או "הסדר שלילי"?

האם בתחום Y, הממשלה יכולה להפעיל את סעיף 32?

חוק X: מוסדר- נותנים מינימום לכל חייל. תחום Y: האם ניתן לתת לחלק מהחיילים יותר? האם יש בעיה לממשלה להפעיל את התוכנית בתחום Y? נריץ את המבחנים. (חוק X קרוב ל-Y, כי מדובר "במענק שחרור" תחום שהוא ליד)

1. האם השתיקה מדברת? (במבחן: רק לציין ולומר שיש קושי ביישום)

2. האם מכלל הן אתה שומע לאו? (במבחן: רק לציין ולומר שיש קושי ביישום)

(הערה: לפעמים המבחן ניתן ליישום אבל בעניין אחר, במשפט חוקתי פסקת ההגבלה "אין פוגעים אלא בחוק שעומד בתנאים" רק חוק שעומד בתנאים יכול לפגוע בזכויות, מההן שמענו אל הלאו, כי חוק שלא עומד בתנאים לא יכול לפגוע בזכויות ולכן אין לו תוקף, וכך הבנות את הפעילות הנורמטיבית שלו חוקי היסוד פה כשנותנים מינימום לחייל לא שומעים שניתן להוסיף עוד לחייל שיש לו צרכים מיוחדים)

3. האם פעולה בתחום Y מסכנת את הגשמת תכלית חוק X?

לא. כי אם יתנו יותר למי שקשה לו יותר להשתלב באזרחות זה לא יסכן את מי שקל לו. לא מפריע בכלל להפעיל את חוק X. אלא תומך בחוק X.

ג) לא מפריע בכלל- לקונה

זה לא מפריע בכלל אלא תומך בחוק X. הפרשנות שמדובר בלקונה. לא הסדר שלילי. תנאי השיוריות מתקיים. הסמכות של הממשלה היא שיורית כי התחום לא מוסדר יש לקונה ואפשר להפעיל את סעיף 32. ואז אם גם יש כסף בחוק התקציב השנתי התוכנית תצא לפועל.

הערה:

אם יש סמכות אבל אין כסף בחוק התקציב השנתי, זה מצב שיש סמכות מהותית אבל אין סמכות תקציבית להוציא כסף מקופת המדינה וזה מצב שלא מאפשר לממשלה להוציא את התוכנית לפועל והיא תצטרך להכניס תיקונים שיצרו מקור תקציבי.

הערה:

כלל ההסדרים, המגבלה הראשונה של סעיף 32, אם יחול מדובר בעניין עקרוני מהותי גורלי שהכנסת צריכה להכריע בו, במתחם התפקיד הטבעי של הכנסת ולא של הממשלה, נופלים במגבלה הראשונה.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

במקרה זה לא מדובר בעניין מהותי גורלי, כי זה מחזק את השוויון ולא פוגע בשוויון בעקרון חוקתי. עוזרים לחייל שיש לו בעיה לעומת מי שלא. משפיע על קבוצה קטנה, לא שנוי במחלוקת. ייתכן **המבחן של "עלות ההכרעה"** בכלל ההסדרים יחול כי זה יעלה הרבה אבל מחילים את כל המבחנים של כלל ההסדרים ונראה שכלל ההסדרים המגבלה הראשונה לא מתקיימת. עוברים **למגבלה השנייה**, גם לא מתקיימת כי יש לקונה ולא הסדר שלילי. ולכן אין בעיה.

הערה:

מה תכלית החוק? למה המחוקק בחוק, נותן מינימום לכל חייל? מדובר בתלות לא יודעים מה יהיה המצב הכלכלי בכל שנה של המדינה, זה לא שהכנסת אמרה אני לא רוצה בכל מקרה לתת מענק יותר גדול לחיילים בעלי צרכים, מה שכתוב בחוק חייב לשלם כל שנה גם כשזה שנה טובה או רעה, לכן הכנסת בחוק הלכה על מינימום היה חשש להתחייב על יותר, אבל אם יש שנים שיש בהם עודפים וניתן לעזור לחיילים יותר אז למה לא? זה לא מפריע לתכלית של חוק X, זה רק מחזק את תכלית של חוק X, וזו הסיבה שחוק X, הולך על משהו מינימלי לכולם.

פס"ד איגוד השמאים:

מענק לחקלאים בגין אסון טבע. **השאלה המשפטית: אם החוק שמסדיר פיצוי על אסון טבע שולל את הפיצוי על כמעט אסון טבע**

פיצוי על אסון טבע: אם היה מזג אויר קיצוני נדיר ואפשר להגדיר את זה כאסון טבע יפצו את **X חוק** החקלאים. כשהיו תנאי מזג אויר לא קיצוני הרשות שאחראית הכריזה שלא מדובר באסון טבע. החקלאים יכולים להפעיל לחצים פוליטיים על שר החקלאות והוא יציע לממשלה לפצות אותם על כמעט אסון טבע. לא צריך לחוקק חוק על כמעט אסון טבע כי מבחינה הסמכות המהותית יש את סעיף 32 שאם נעמוד בו הממשלה יכולה לפצות גם על מזג אוויר פחות מאסון טבע אבל היא תצטרך להסדיר סעיף בחוק התקציב השנתי - לא מסובך יכניסו בהצעת חוק התקציב השנתי סעיף לחקלאים.

פיצוי על כמעט אסון טבע: שהחקלאים יקבלו משהו גם אם זה כמעט אסון טבע, כשמנסים **Y תחום** להתחמק מהחוק האם מותר.

האם יש מקור בחוק התקציב השנתי?

בהנחה שיש

יש "לקונה" או "הסדר שלילי"? **Y המבחנים האם יש סמכות שיורית מכוח סעיף 32: האם בתחום**

, הממשלה יכולה להפעיל את סעיף 32? Y האם בתחום

1. האם השתיקה מדברת? (במבחן: רק לציין ולומר שיש קושי ביישום)
2. האם מכלל הן אתה שומע לאו? (במבחן: רק לציין ולומר שיש קושי ביישום)

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

3. האם פעולה בתחום Y מסכנת את הגשמת תכלית חוק X?

ג) לא מפריע בכלל- לקונה

כשיש מזג אוויר שגורם נזק לחקלאים זה טוב למטרה הציבורית לפצות את החקלאים כי המגזר החקלאי סובל משנים קשות וקשה לשרוד בו אבל בגלל שלא יודעים מתי זה יסתדר עם מסגרת התקציב שמנו רף גבוה "אסון טבע" לא קבענו בחוק שכל שפעם שיש נזק משמעותי נפצה כי לא יודעים אם יהיה כסף או לא בשנה נתונה. לכן הלכו על "אסון טבע". אם בשנה מסוימת נגרם "כמעט אסון טבע" ברור שזו לא הייתה שנה טובה לחקלאות זה קטסטרופה עדיין. **האם התכלית בחוק X תומכת שנפצה אותם בשנה קשה? עקרונית כן. במה זה תלוי? אם יש כסף או לא.**

אם נפצה על "כמעט אסון טבע" כשהמטרה לעזור למגזר החקלאי בשנים קשות זה לא מפריע בכלל לתכלית של חוק X אלא תומך ומחזק אותה. הסיבה שהממשלה נכנסה כי למרות שאסון טבע נדיר אם יש עודף תקציבי בסדר העדיפויות זה נכון לעזור למגזר החקלאי ונחלק להם על כמעט אסון טבע. זה לא מפריע לחוק X, אלא תומך בו. ולכן זה לקונה שאפשר להיכנס בה אם יש תקציב.

III. פגיעה בזכויות אדם/ עקרונות חוקתיים:

למה המגבלה הזו חלה על **סעיף 32**? מה קורה לעקרון חוקיות המנהל? בפגיעה בזכויות אדם/ עקרונות חוקתיים נדרש סמכות מפורשת בחוק.

האם סעיף 32 מקנה סמכות מפורשת לפגיעה בזכויות אדם? הוא לא מזכיר זכויות אדם או עקרונות חוקתיים ולכן סעיף 32 הוא לא בגדר הסמכה מפורשת. אם יש פגיעה בזכויות אדם/ עקרונות חוקתיים זה מפיל את כל הדוקטרינה של סעיף 32 כמו שזה הפיל את הדוקטרינה של סמכויות עזר כל מה שמשמע או מסיקים מסעיף כללי לא תופס כשיש פגיעה בזכויות אדם/ עקרונות חוקתיים.

החריג: אם זה זז מהגרעין לכיוון הפריפריה אז ייתכן יחול כי אפשר להגמיש את הדרישה של הסמכה מפורשת כמו פס"ד בן חיים (אם יש הסכמה מדעת לחיפוש) ואז אם זה בפריפריה אז יכול להיות שזה לא יפיל את **סעיף 32**. אפשר יהיה להפעיל אותו. פס"ד פלוני (השופט מנדל: יכול לשמור את המצוות רק קצת מנדים אותו) כל טיעוני "גרעין פריפריה" תופסים פה.

פס"ד וועדת המעקב

אזורי עדיפות לאומית.

כלל ההסדרים הראשוניים הפיל אותנו **במגבלה הראשונה**. השופט חשין לא הכריע במגבלת השיוריות שהיה החוק שמקפיאם אותו שוב ושוב, הייתה השאלה האם נשאר חוק או יוצר חלל שאפשר להיכנס אליו, חשין לא מכריע.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

המגבלה השלישית, של זכויות אדם ועקרונות חוקתיים גם מתקיימת באותו פס"ד. מתברר שמי שחילק אזורי עדיפות לאומית שרטט את המפה כך שכל הישובים היהודיים בפנים ייהנו מעדיפות לאומית והישובים הערבים באזור גיאוגרפי בחוץ. אם יש פגיעה בעקרון השוויון זה מפיל את סעיף 32.

פגיעה בזכויות אדם ועקרונות חוקתיים זה חלק מכלל ההסדרים בגלל שזה רק מבחן אחד מול יתר המבחנים הוא לא יהיה מספיק חזק להכניס אותנו לכלל ההסדרים. אם כלל ההסדרים חל ניפול **במגבלה הראשונה**, ייתכן שתהיה פגיעה בזכויות אדם/ עקרונות חוקתיים שביחס לכל המבחנים של כלל ההסדרים לא מחילה את כלל ההסדרים ואז לא נפלנו במגבלה הראשונה, אבל היא מספיק גרעינית כדי להפיל אותנו **במגבלה השלישית**. (אם רוב המבחנים של כלל ההסדרים הראשוניים חל אנחנו נופלים במגבלה הראשונה. במבחן חייב תמיד להמשיך).

אם החוק שהקפואו אותו כל שנה עדיין כתוב בספר החוקים, חוק הרי פיתוח, אז אנחנו נופלים **במגבלה השנייה** של השיוריות כי ההקפאה לא יוצרת חלל. חשין לא הכריע בזה. ואם זה פגיעה בזכויות אדם/ עקרונות חוקתיים נופלים גם במגבלה השלישית אלא אם זה לא בגרעין.

IV. תחולה של כל כללי המשפט המנהלי

ניתן היה לחשוב שהסמכות של הממשלה היא מכוח חוק יסוד ואם הממשלה מפעילה את סעיף 32 היא פועלת מכוח חוק יסוד ואז זה שונה מסמכות רגילה ואז יש פחות תחולה של כללי המשפט המנהלי כי יש סמכות חוקתית מיוחדת, אבל אין דבר כזה, המקור של הסמכות הוא בחוק אבל היא כל סמכות שלטונית וחלים עליה כל כללי המשפט המנהלי. זה שזה בחוק יסוד זה לא אומר שלא מדובר בסמכות שלטונית רגילה.

פס"ד איגוד השמאים :

פיצוי לחקלאים על אסון טבע. נניח שהחלטנו לפצות את החקלאים, וחקלאי מסוים ההחלטה לגביו שלא יקבל פיצוי כי אין קשר סיבתי בין הקרה לבין הנזקים שנגרמו לו, הרשות טוענת שהנזק נגרם מטפיל ולא קרה. **כללי המשפט המנהלי חלים גם על סעיף 32 ומחייבים אותנו :**

1. להודיע לו על ההחלטה
2. לתת לו זכות טיעון
3. לקבל החלטה מנומקת

פס"ד שמעוני

מקדמות למפונים. המדינה משלמת למפוני עזה מכוח **הסמכות השיורית** להיערך להתנתקות (עוד אין עדיין חוק)

מעורבות הגורם הזר בהחלטה (אצילת סמכות) :

מי הוא גורם זר? **במבחן** : מקבלים חוק שמטיל תפקיד על רשות מסוימת.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

הגדרה אחת: מי שלא הוזכר בחוק, לא קיבל תפקיד בחוק.
הגדרה שניה: גורם שהוזכר בחוק ייתכן וגם הוא גורם זר אם מפעיל סמכות אחרת שלא נמסרה לו בחוק.
דוגמה: אני פקיד במנהל מקרקעי ישראל, התפקיד שלי מוזכר בחוק. השר במשרד מאציל עלי תפקיד נוסף מעבר למה שהוזכר בחוק.
לעניין התפקיד שלי שמעוגן בחוק אני לא גורם זר אבל לעניין התפקיד של השר שהוא האציל עלי אני גורם זר כי רק השר מוזכר בחוק ולא אני.
לכן, גם מי שמוזכר בחוק יכול להיות גורם זר לעניין תפקיד אחר שהוא לא התפקיד שלו.

הכי חמור מבחינת עיקרון חוקיות המנהל:

היוועצות:
אני לא מוסר שום תפקיד רק שומע בעצתך ואני מקבל את ההחלטה כמו שהמחוקק רצה שאני יקבל את ההחלטה.
הסתיעות:
אני נותן לך תפקיד קטן אבל עדיין את ליבת התפקדי אני מפעיל.
אצילה:

המחוקק רצה שאני יפעיל את הסמכות אבל את ליבת הסמכות מעביר לגורם אחר- **בניגוד לכוונה ורצון**

המחוקק מתנגש בעקרון חוקיות המנהל

I. היוועצות (וולונטרית)

"סטטוטורית" (אין גורם זר):

היוועצות מכוח חוק שבעל הסמכות לא יקבל החלטה בלי שהתייעץ עם גורם מסוים. אין גורם זה בהיוועצות סטטוטורית כי כולם מוזכרים בחוק. בעל הסמכות וגם המייעץ מוזכר בחוק ויש לו תפקיד לייעץ כולם משרשרת ההסמכה ואין גורמים זרים).

"וולונטרית" (יש גורם זר):

החוק לא קבע שאני חייב להיוועץ. אני זה שמוסמך לקבל את ההחלטה אבל על דעת עצמי פניתי לאחר שלא מוזכר בחוק לייעץ לי. גורם זר

הדין: כל המרבה הרי זה משובח

תנאי מרכזי: בעל הסמכות מפעיל שיקול דעת עצמאי.

אתה מקשיב למה שהמומחה אומר לך אבל רק אתה זה שמפעיל שיקול דעת עצמאי שמקבל את ההחלטה. אחרת זה אצילת סמכות. **אם התנאי לא מתקיים אז מדובר בהסתיעות או אצילה**

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

חריג: סמכות הדורשת מומחיות שלא קיימת אצל בעל הסמכות (פס"ד טחן + פס"ד כפר ורדים)
מקובל שתקנות קובעים בדרג הפוליטי אבל לא תמיד השר מבין בתחומי משרדו.

פס"ד טחן:

שרת העבודה והרווחה מספרים לה שנגרמו תאונות במעלון במקום העבודה. לא תקין נופל ואדם נמחץ. אומרים לה שחייבים תקנות בתחום הבטיחות בשימוש במעלון. השרה לא מבינה בזה ביקשה שיכתבו תקנות, בוחנת מה שכתבו. תבדוק ותפקח. אם המומחים עשו השוואה לעולם וכו'. אם עשו עבודה טובה תחתום. לא החליטה בעצמה, אבל בגלל שזה דורש מומחיות מיוחדת שלא קיימת אצל בעל הסמכות גם אם חתם בלי להבין יותר מדי עדיין יראו בזה היוועצות. (עקרונית בתחום של בטיחות לא צריכה להביא אבל אם צריכה להעריך תקציבית כמה יעלה למפעל לקיים את התקנות צריכה להבין בזה).

דרישות כלליות: 1) מומחה סביר בתחום 2) אינו בניגוד עניינים

גם אם זו הייתה היוועצות בלבד צריך לשים לב שזה מומחה סביר בתחום ושגם אינו בניגוד עניינים אם יש לו עסק לבדיקות מעליות אז כמובן שימליץ על רגולציה כבדה כדי שתדרוש כמה שיותר כסף והוא ירוויח מזה.

II. הסתייעות (ביצוע באמצעות אחר)

הדין: חזקה שמותרת

נקבע בפסיקה שכל עוד זה הסתייעות בלבד חזקה שהיא מותרת. (פס"ד פליוביץ)
המהות: הגורם המסייע אינו חלק משרשרת ההסמכה.

III. אצילת סמכות:

הדין: חזקה שהיא אסורה!

המהות: מסמכות של גורם אחד לסמכות כפולה: המאציל + הנאצל

קריטי- ההבדל בין "הסתייעות" ובין "אצילה":

הדין:

הסתייעות בגורם אחר: כמעט בטוח חוקי. מעולם לא נפסלה. חזקה חלוטה שמותרת.
אצילה על גורם אחר: רוב הסיכויים שלא חוקי. חזקה שאסורה. המחוקק לא רצה שגורם זר יפעיל את הסמכות אלא בעל הסמכות המקורית

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

המהות משתנה :

הגורם המסייע אם הוא גוף פרטי שלא קשור לשלטון נשאר פרטי ולא הופך להיות חלק משרשרת ההסמכה והשלטון

אצילה מסמכות של גורם אחד לסמכות כפולה. מי שמוזכר כבעל הסמכות בחוק אף פעם לא ישתחרר ממנה. יכול להאציל אבל תמיד נשאר מוסמך לכן יש לנו "מאציל" + "נאצל". עכשיו יש שני גורמים מוסמכים.

אם ההאצלה חוקית נוצרה סמכות כפולה "מאציל" וגם "הנאצל" מוסמכים. **לא חוקית** רק המאציל נשאר מוסמך (חזקה שהאצלה אסורה אבל לא מוחלטת).

הנאצל הוא גוף פרטי הופך להיות חלק מהשלטון, וניתן לתבוע אותו בהליך מנהלי כמו השלטון **דוגמה**: אם כלא פרטי היה מוסמך. היה שתי סמכויות של כליאה בישראל שבס + אפריקה ישראל כמי שיבלה באצילה בחוק את הסמכות. זו סמכות כפולה.

מבחני פס"ד פילפוביץ :

1. היקף התפקיד המועבר :

איזה חלק של התפקיד העברנו לגורם הזר. "הסתיעות" : עובר חלק קטן. "אצילה" : הליבה של התפקיד עוברת

2. מהות/ היקף שק"ד המועבר :

"הסתיעות" : שיקול דעת צר טכני לא עבר תפקיד מהותי הגורם המסייע לא צריך לשיקול דברים נרחבים נתנו לו תפקיד פשוט עם שיקול דעת טכני. "אצילה" : הליבה של התפקיד עוברת שיקול דת רחב מהותי עבר. נדרש איזונים.

פס"ד פליפוביץ :

רשם החב' פותח/ סוגר חב' ובודק שהחב' היא אישות משפטית לגיטימית/ גילוי לציבור. מחליטים להעביר לחב' פרטית את התפקיד של הפקת תדפיס. אזרח שרוצה תדפיס מרשם יפנה לחב' פרטית.

1. היקף התפקיד שעבר לחב' הפרטית :

מדובר בהסתיעות כי הפקדת תדפיס זה חלק קטן כי ליבת התפקיד של רשם החב' זה לפתוח חב' ולוודא שהן אישות משפטית לגיטימית.

2. מהות/ היקף שק"ד המועבר :

מדובר בהסתיעות כי שיקול הדעת הוא טכני "תשלמו ותקבלו תדפיס".
מסקנה : מדובר **בהסתיעות** הדין- **חזקה שהיא מותרת** גם ביחס לגופים פרטיים ולא רק לרשויות ציבוריות,

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

רשם החב' פעל כדין.

25 בפברואר 2018

מעורבות הגורם הזר בהחלטה

בשיעור הקודם למדנו על 3 רמות של התערבות –

1. היוועצות – לא כולל גורם זר – לעניין גורם הזר היוועצות זה הסתייעות.

2. הסתייעות

3. (א) אצילת סמכות. 3(ב) אצילה על ידי שר

עצרנו בנקודה בה אנו צריכים להבחין בין הסתייעות לאצילת סמכות.

- הסתייעות - חזקה שמותרת. לא רק שזו חזקה שמותרת, אין אף פסק דין שבו נקבע שזו הסתייעות בלבד אבל שהיא לא חוקית. ברגע שהראית שזה הסתייעות בלבד, 90 ומשהו אחוז שזה חוקי.

הסתייעות יכולה להיות גם לא חוקית – **דוגמא**: סופרנוס. אם הרשות רק מסתייעת כמעט ב-100% זה תמיד יהיה חוקי אבל אם היא מחליטה להסתייע בארגון פשיעה. הסתייעות תארנו אותה כחלק קטן של התפקיד של שיקול דעת שהוא יחסית טכני ולא מהותי ומורכב. גם אם אני מוציא חלק קטן של התפקיד לארגון פשיעה אז זה לא חוקי.

- אצילת סמכות – חזקה שאסורה. מה קורה לגוף שמסייע או שהואצלה לו סמכות? בהתסייעות בלבד, בהנחה שזה יהיה עם גוף פרטי, הוא בכלל לא הופך להיות חלק מהשלטון, לא רואים אותו כמי שהצטרף למנהל הציבורי. לעומת זאת, באצילת סמכות – הגוף הנאצל הופך להיות חלק משרשרת ההסמכה, גם אם זה גוף פרטי הוא הופך להיות חלק מהשלטון ואפשר לעתור מולו גם בבגצ (לעומת הסתייעות).

עקרון חוקיות המנהל – הכנסת בחוק קובעת מה הסמכות ומי מפעיל את הסמכות. כל מצב של אצילה, עקרונית מנוגד לחוק. המחוקק רצה א' שיפעיל את הסמכות, בא א' והאציל לב' – לכאורה זה בניגוד לחוק ולכן, חזקה שזה אסור. אחר כך, כמו כל חזקה, ניתן יהיה לסתור אותה ואנו נראה בהמשך איך סותרים אותה.

מבחני עזר לפרשנות (מבחינים בין הסתייעות לאצילה)

3(א) אצילת סמכות רגילה – חזקה שהיא אסורה – נדבר עליה כעת.

כדי להבחין האם מדובר באצילות או הסתייעות, יש להחיל את מבחני הפסיקה.

1. מבחני פיליפוביץ': חלק יתמכו בזה שזה הסתייעות וחלק יתמכו בזה שזו אצילה.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

א. היקף התפקיד המועבר? ככל שהעברנו תפקיד יותר קטן, הנטייה היא לכיוון של הסתייעות. חלק קטן של התפקיד = הסתייעות, ליבת התפקיד = אצילה.

ב. מהות שק"ד? שיקול דעת צר טכני = הסתייעות. שיקול דעת רחב/מורכב/דורש איזון בין שיקולים = אצילה.

פס"ד פיליפוביץ' – ליבה של תפקיד רשם החברות זה להחליט מהי חברה אמיתית שיש לה פעילות עסקית אמיתית שהיא ישויות משפטית שאפשר לבוא איתו במגע ומהי חברה קש. הוא מנהל את המרשם. מה הוא העביר לאותה חברה פרטית? את ההפקה של התדפיסים. אדם רוצה לעיין ברשם החברות, ילך לאותה חברה, ישלם סכום מסוים. על פי מבחני פיליפוביץ' מה הוא העביר? את הליבה הוא שמר לעצמו והוא העביר משהו שולי, את הפקת התדפיס שזה משהו קטן מאוד אצל רשם החברות. מה מהות שיקול הדעת? טכני, תן אגרה (שנקבעה על ידי רשם חברות), אתה נותן סכום מסוים ← שולי ואתה מקבל תדפיס – הסתייעות ולכן חזקה שהיא מותרת.

ג. מנגנון ביצוע - פס"ד הורנשטיין – עושה הבחנה בין מנגנון ביצוע או קביעת הסדרים ראשוניים? בית המשפט אומר שצריך לראות מה הגורם הזר עושה. האם הגורם הזר עושה מנגנון ביצוע? מבצע משהו טכני או שהוא גם קובע קריטריונים/הסדרים ראשוניים/ מדיניות? בפסק דין זה מועצת העיר חוקקה חוק עזר ראשוני. חוק העזר העירוני קבע את הנורמה של חניה בעיר. הנורמה אומרת שבאזור חניה מוסדר חונים בתשלום וכל עירייה יכולה לקבוע את התשלום שלה לשעת חניה. מועצת העיר מאצילה לראש העירייה את התפקידים הבאים: (1) איפה יהיו מקומות חניה מוסדרים ואיפה יהיו שדות ומגרשי חול. (נסלול, נעשה מחסום ונגבה כסף). (2) התפקיד השני זה האם באותו חניה מוסדר יהיה שומר או מכשיר חניה שגובה כסף? נבחן לפי מבחני העזר לעיל את השאלה האם יהיה שומר שיגבה או מכונת כסף – 1. היקף התפקיד הועבר ← זה לא הליבה אלא משהו שולי. 2. שיקול הדעת ← סופר טכני וצר. 3. האם ראש העיר הוא מנגנון ביצוע של העירייה או קובע הסדרים ראשוניים ← המרצה חושב שזה מאוד טכני להחליט אם זה יהיה שומר בסוף או מכונת תשלום- מנגנון ביצוע. התפקיד השני הסתייעות.

לגבי קביעת מגרשי החול או המוסדרים – מבחני העזר – 1. היקף התפקיד ← מועצת העיר קבעה את הנורמה אבל עדיין היא לא קבעה איזה אזורים יהיו מוסדרים ואיזה לא, זה משאיר הרבה מאוד תפקיד לראש העיר (ראש העיר מחליט כמה הוא מטיל על התושבים עם מקומות חניה ללא כסף וכמה מקומות חניה בתשלום) ← הקיף תפקיד משמעותי. 2. מהות שיקול הדעת ← ההחלטה איזה מגרש יהפוך לאיזה חניה זה לא שיקול נרחב. 3. מנגנון ביצוע/קביעת הסדרים ראשוניים ← ביהמ"ש חשב שזה מנגנון ביצוע אבל המרצה לא סגור בכלל האם התוצאה צריכה להיות הסתייעות או אצילה. ביהמ"ש אמר שהנורמה נקבעה על ידי מועצת העיר "כל שטח מוסדר ישלמו כך וכך לשעת חניה". מעבירים את התפקיד לראש העיר לפי בית המשפט שיחליט איפה יהיה מוסדר. ההסתייעות היחידה של המרצה זה איך יחליט ראש

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

העיר איפה יהיה מוסדר ואיפה לא. מועצת העיר יכולה הייתה להגיד שאזורי חניה מוסדרים ייקבעו על פי קריטריונים מסוימים. בית המשפט חשב שזה משאיר במנגנון ביצוע אבל המרצה חושב שאפשר להסתייג בגלל שזה קריטריונים שמדברים על מדיניות מסוימת והקריטריונים האלה זה סוג של הסדר ראשוני ולכן לא ברור איך מחילים את המבחן הזה.

ד. האם ניתן להנחות מראש באופן מדוקדק? **פס"ד המרכז האקדמי-1**. היקף התפקיד המועבר ← ככל שאני יכול להנחות את הגורם הזר (מי שקיבל את התפקיד) מראש באופן מדוקדק כיצד להפעיל את התפקיד – הנטייה זה הסתייעות. **דוגמא**: אם היה נקבע בהפרטת בתי הכלא שמדובר בהסתייעות ולא באצילה אז בכלל בג"צ לא היה פוסל את החוק ← בניהול כלא יש הרבה מאוד זכויות אדם של אסירים, טיפול אסירים, מה עושים עם אסירים שיוצאים או חוזרים מחופשה, הפרות משמעת של אסירים וכו' – מהות שיקול הדעת רחבה. האם בניהול כלא אני יכול להנחות מראש באופן מדוקדק כיצד לפעול בכלא הפרטי? בחוק תוכנן שהחברה הפרטית של הזכיון שזכה במכרז יעבור שיעור אצל שבי"ס איך מנהלים כלא – אי אפשר לעשות את זה – אי אפשר להעביר שיעורים על מרד בכלא לדוגמא שבה מסבירים באופן מדוקדק איך מטפלים בזה – זה דברים שצריך מומחיות וניסיון ולכן, כל הרעיון של להעביר את זה לכלא פרטי אבל ללמד אותם איך מנהלים כלא זה לא עובד וכל מערכת היחסים הזאת הוגדרה כאצילה בלתי חוקתית שסותרת את כבוד האדם והזכות לחירות. זה נופל כבר במבחן הראשון כי התפקיד הוא הליכה. 2. שיקול הדעת הוא מאוד מאוד רחב. 3. מנגנון ביצוע/הסדר ראשוני - בניהול כלא, החוק, פקודת בתי הסוהר – לא תמיד קובע את כל המדיניות בתוך הכלא, יש הרבה מאוד הסדרים ראשוניים שאתה קובע בניהול הכלא ובגלל שהחוקים לא מגדירים מראש את כל הדברים האלה ואתה לא רק מנגנון ביצוע אז מדובר במבחן זה בהסדרים ראשוניים.

3(ב) אצילה על ידי שר

משרד זה אורגן מנהלי ענק והיקף התפקידים ששר אחראי עליהם הוא אדיר. השר עומד בכל ההיררכיה הזאת, הוא לא יכול לעמוד בכל התפקידים, אז הוא חייב לאצול את כל התפקידים. בג"צ פסל את הרעיון שבמשרדים מרכזיים לא יהיה שר שהוא חלק מהממשלה אלא במשרד הבריאות, ליצמן שנים היה סגן שר במעמד של שר כי הוא לא רצה להיות חלק מהממשלה, בא בג"צ ופסל את זה, ליצמן נאלץ להשתדרג לשר ולהיות חלק מהממשלה. האדמור של ליצמן נשמע אליו, הוביל אותו אל מחוץ לממשלה – הרעיון היה שהממשלה נותנת יד בחילול שבת, בין השאר, בעבודות ברכבת, ליצמן בהודעת האדמור שלו פרש מהממשלה כי הוא לא רצה להיות שר ואז העבירו תיקון לחוק היסוד – סעיף 33(ב) לחוק יסוד הממשלה – סעיף מיוחד שהוסיפו לחוק – עוסק באצילת סמכות – מטיל עכשיו את כל הסמכויות של השר לסגן שר וזה מחזיר את הסמכויות לליצמן. שינו את פסיקת בג"צ בתיקון של חוק היסוד (זה היה בשנה האחרונה). האם אפשר בתיקון של חוק יסוד לשנות את פסיקת בג"צ? כן. האם התיקון בחוק היסוד מספיק כדי לבצע אצילה כל כך נרחבת או שצריך לפרש בצמצום?

סעיף 33(ב) אומר ששר רשאי לאצול מסמכותו, למעט סמכות להתקין תקנות לעובד ציבור.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

סעיף 33(ה) אומר שהוראות הסעיף יחולו, אם אין כוונה אחרת משתמעת מהחוק המסמיך.

סעיף 33(ב) אומר ששר רשאי לאצול אבל בא סעיף 33(ה) אומר שמה שנאמר בסעיף 33(ב) זה רק אם תהיה כוונה משתמעת אחרת. חוק היסוד אומר שהנחת המוצא היא שהוא רשאי לאצול מסמכותו והוא לא יהיה רשאי רק אם תהיה כוונה משתמעת אחרת מהחוק. זו כוונה שהוא רשאי לאצול אלא אם כן... מדובר בחזקה מותרת.

כל מה שנאמר על עקרון חוקיות המנהל לא חל לגבי שר.

מבחני עזר לסתירת חזקת האצילה- (מבחנים לפרשנות החוק המסמיך) :

1. היקף האצילה- (בדומה למבחנים פיליפוביץ). גם אתה מעביר את ליבת התפקיד לגורם הזר אתה יכול להעביר חלק מהליבה או את כל הליבה בכלל. באצילה אתה מעביר מהליבה אבל עדיין לא ברור כמה מהליבה העברת, ברגע שאתה מעביר בליבה הנטייה לראות בזה אצילה ולא הסתייעות. האם אנחנו בעד האצילה הזאת או לא? אם העברת חלק מהליבה אנחנו בעד, אם העברת את כולה אנחנו נגד.

2. מהות שיקול הדעת – ככל ששיקול הדעת צר אנחנו = בהסתייעות. קצת מורכב = ככל שזה מורכב אנחנו עוברים לכיוון של אצילה אבל אנחנו עדיין בעדה, ככל שזה מורכב מאוד = זאת אצילה שאנחנו נגדה.

3. מעמד המאציל והנאצל – כאן אנחנו מבדילים בין שני סוגים של אצילה:

א. אצילה אנכית – בתוך הארגון המנהלי, יש מאציל - < מאציל לנאצל.

ב. אצילה אופקית – מחוץ לארגון המנהלי, יש מאציל -> הוא מאציל מחוץ לארגון המנהלי -> נאצל.

בית המשפט, בין השאר, בפס"ד יקותיאל מגלה גישה מאוד נגד אצילה אופקית. חוץ מהפסיקה הזאת, גם בספרות, השופט זמיר שכתב את אחד הספרים המפורסמים על הסמכות המנהלית, קובע שאצילה אופקית היא מאוד בעייתית לעומת אצילה אנכית, מדוע? סיבה ראשונה - מכיוון שאנחנו מתרחקים מאוד מכוונת המחוקק. המחוקק רצה שהסמכות תהיה בארגון א', כל עוד אני מוריד אנכית אני עוד תואם לכוונת המחוקק, ברגע שאני מוציא את זה החוצה אני יורד מכוונת המחוקק. הסיבה השנייה – מהות האצילה. כל אצילה יוצרת שני בעלי סמכות – בעל הסמכות המקורי לעולם לא מתנתק מסמכותו כי הוא זה שהמחוקק קבע שהוא אחראי על הפעלת הסמכות. הנאצל רק מצטרף לשרשרת ההסמכה – יש את המאציל + הנאצל. מי אחראי על הפעלת כל הסמכויות? תמיד המאציל נשאר אחראי, הוא לעולם לא משתחרר מהאחריות שלו להפעלת הסמכות. למה זה מחייב אותי האחריות להפעלת הסמכות? לא תהיה אצילה חוקית ללא פיקוח אפקטיבי של המאציל על הנאצל.

באצילה אנכית ← כשזה בתוך הארגון, השר והמנכ"ל שלו, יש להם מנגנון של פגישות ושיחות אם לא על בסיס יומי, כל שבוע הם נפגשים. שר ומישהו במשרד אחר, הוא לא רואה אותו אף פעם, אין להם יחסי עבודה. אצילה אופקית ← לך תעקוב אחרי מה שקורה בארגון מנהלי אחר.

לכן, הפסיקה מאוד בעד אצילה אנכית ונגד אצילה אופקית.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

4 במרץ 2018

משפט מנהלי / שיעור 14

המבחנים לסתירת החזקות... דיברנו על מעמד "המאציל" "והנאצל" ועל "האצלה אנכית" "והאצלה אופקית".

הסברנו ששתי המבחנים הראשונים "היקף האצילה" + "מהות שק"ד" זהים לאותם מבחנים שמבדילים בין "הסתייעות" ובין "לאצילה".
והמבחן השלישי: "מעמד המאציל והנאצל".

כשבאים לפרש את החוק כדי לראות אם נסתרת החזקה יש להפעיל את כל המבחנים, מבחן אחד לא מספיק כדי לסתור את החזקה. גם לגבי אצילה ע"י שר. לגבי המבחן השלישי: "מעמד המאציל והנאצל". "אצילה אנכית" "ואצילה אופקית" זו רק חלק מהמבחנים. באופקית נהייה יותר נגד אצילה

מתי החזקה נסתרת- מבחני עזר לפרשנות החוק המסמך:

המבחנים לסתירת החזקות

1. היקף האצילה:

היקף התפקיד שמועבר

2. מהות שק"ד:

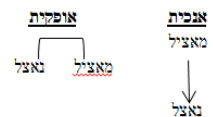
3. מעמד "המאציל" "והנאצל":

אצילה אנכית- בתוך הארגון המנהלי:

בתוך הארגון. "מאציל" שמאציל כלפי מטה בתוך הארגון ל"נאצל". רשות מקומית/ משרד/ תאגיד סטטוטורי כל עוד שהסמכות היא בתוך הארגון יורדת מהבכיר בארגון כלפי מטה זה אנכי. אנחנו בעד כי יש משהוא שאחראי יש פיקוח ויחסי עבודה.

אצילה אופקית- מחוץ לארגון:

מחוץ הארגון. "מאציל" שמאציל מחוץ לארגון. מאציל בארגון מנהלי לא מוריד את הסמכות בתוך הארגון אלא החוצה. בימ"ש מתייחס לאצילה אופקית בחשדנות מלכתחילה כי השליטה יוצאת מארגון מנהלי אחר לארגון אחר. ממשרד אחד לאחר. קשה לפקח ולשלוט ואין יחסי עבודה.

דוג: שר מעביר סמכות לראש אגף בארגון אחר.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

פס"ד יקותיאל:

א. בימ"ש מתייחס לאצילה אופקית בחשדנות כי הסמכות משנה את הסביבה שלה עוברת מארגון אחד לאחר והכפיפות ופיקוח פחות טובים

ב. אצילה אופקית במקרים מסוימים תהיה מנוגדת לחוק יסוד האם בניגוד לסעיף 31 (ב) לחוק יסוד המשלה: עוסק בהעברה ממשרד אחד למשרד אחר

סעיף 31 (ב) לחוק יסוד המשלה- העברת סמכות ממשרד למשרד טעונה אישור הכנסת והמשלה.

האם בניגוד לסעיף? כדי להעביר ממשרד אחד לאחר נדרש אישור המשלה והכנסת. החלטת המשלה מעבירה את הסמכות ממשרד אחד לאחר

אצילה אופקית חשודה מלכתחילה ובמקרים מסוימים יכולה להיות מנוגדת לחוק יסוד כשחל סעיף 31 (ב) לחוק יסוד המשלה ואין אישור הכנסת

א. אישור המשלה

רק היא תחליט איך יארגנו את הסמכויות

ב. אישור הכנסת.

אישור הכנסת להעברה ממשרד למשרד נדרשת כי הכנסת קובעת בחוק את השיוך הארגוני. בחוק יש סמכות ויש שר שממונה על ביצוע החוק. הוא השר האחראי לאותה סמכות. הכנסת קבעה שסמכות מסוימת תהיה תחת משרד מסוים ברגע שהמשלה רוצה לשנות היא למעשה רוצה לשנות את מה שהכנסת קבעה ואז היא צריכה לחזור לכנסת אבל זה לא דורש חיקוק של חוק חדש אלא הכנסת צריכה לאשר את ההעברה ממשרד למשרד

דוג: דרעי לא רצה את מתווה הגז. יכולנו להפעיל את סעיף 31 (ב) לחוק יסוד המשלה היינו אומרים לדרעי אתה שר הכלכלה לכל דבר ועניין ולהפעיל את הפטור של סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים ואת זה נעביר למשרד הפנים וזה הוליד את הטענה "איך משרד שהורשע בשוחד חוזר לזירת הפשע". הגישו עתירה איך אפשר להחזיר מי שהורשע בשוחד לאותו תפקיד. הרוב קבע שאם שילם את חובו לחברה רשאי לחזור לזירה הפוליטית.

פרשנות סעיף 31 (ב) לחוק יסוד המשלה שדן בהעברה ממשרד למשרד:

דעת המרצה:

הפרשנות הנכונה שאם מעבירים חטיבה שלמה במסגרת התארגנות מחדש של המשלה סעיף 31 (ב) בחוק יסוד שמחייב החלטת משלה יחול כי מחייב החלטת משלה ואישור הכנסת. חטיבה שלמה עוברת ממשרד אחד לאחר העברה גדולה של כל העובדים. זה בדיוק המקרה שיחול סעיף 31 (ב) זה יחייב החלטת משלה ואישור הכנסת, לעומת זאת, שר שיש לו הרבה תפקידים והוא מעביר תפקיד קטן לא מעביר הרבה תפקידים מהמשרד שלו למשרד אחר סעיף 31 (ב) בחוק יסוד שמחייב החלטת משלה יחול כי זה לא התארגנות מחדש.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

כדי לדעת אם חוק היסוד מחייב החלטת ממשלה יש לבחון את "היקף ההעברה":

- א. אצילה אופקית של הוצאת חטיבה שלמה ממשרד למשרד יחול החוק יסוד ונדרש אישור הממשלה והכנסת
- ב. אצילה אופקית של הוצאת תפקיד קטן ממשרד למשרד לא יחול החוק יסוד ולא נדרש אישור הממשלה והכנסת אבל **עדיין זו אצילה אופקית שאנחנו חושדים בה** ונגדה אבל היא לא פסולה בגלל סתירה לחוק יסוד

במבחן:

יש לשאול: האם זה עולה כדי העברה ממשרד למשרד שדורשת החלטת ממשלה ואישור הכנסת... אם כן ולא עומד בתנאים אז הכל נופל, ובמידה ולא חל ההוראה בחוק היסוד אז אנחנו חוזרים לאצילה רגילה שהיא עדיין אצילה אופקית בעייתית שבד"כ חושדים בה

חריג לחשדנות כלפי אצילה אופקית - "חריג מומחיות מיוחדת" שאינה קיימת אצל בעל הסמכות:

תיאורטית ניתן להכיר בחריג של מומחיות מיוחדת שיכשיר אצילה אופקית אבל זה צריך להיות באמת משהו שדורש מומחיות

בפסיקה יש חריג לחשדנות הבסיסית כלפי אצילה אופקית, הוא מזכיר את החריג בהיוועצות "מומחיות מיוחדת". בהיוועצות חייב להפעיל שיקול דעת עצמאי אתה זה שצריך לקבל את ההחלטה הסופית אבל אם זה משהו שצריך מומחיות מיוחדת אז לפעמים אין ברירה אלא לסמוך על אחר ולקבל את הרשימה כפי שהוא. **דוג:** תקנות בטיחות למעליות. אותו חריג של "מומחיות מיוחדת".

המשמעות של "חריג מומחיות מיוחדת": אנחנו אומרים לרשויות בעניין של אצילה, עדיף להאציל אנכית שתישאר הסמכות בארגון כלפי מטה. אבל נניח שהפעלת הסמכות דורשת מומחיות מיוחדת בעל הסמכות מסתכל מטה במשרד ואין למי להוריד את הסמכות כלפי מטה אין גורם בתוך הארגון שיש לו את המומחיות המיוחדת בליט ברירה בעל הסמכות מאציל אופקית לארגון אחר, למרות שהפסיקה חשדנית לגבי אצילה אופקית במקרה הזה התירה לכאורה בגלל מומחיות מיוחדת. מכשיר אצילה אופקית כי המומחיות לא קיימת בתוך הארגון אז אין ברירה אלא לאצול אופקית.

פס"ד המכון לטוענות רבניות:

טוען רבני רשאי לייצג רק בביה"ד הרבני. לא עבר הסמכה של עו"ד. תחום שדומה לעריכת דין צריך להעביר אותו. המחוקק מסמיך את שר הדתות שיסדיר את עניין הטוענים הרבניים מי יקבל רישיון לקבל טוען רבני ותעשה בהיוועצות ביה"ד הרבני הגדול כי זו הערכאה השיפוטית העליונה (כמו בימ"ש עליון). שר הדתות צריך לקבוע בתקנות קריטריונים והסדרים ראשוניים לאחר היוועצות עם ביה"ד הגדול מי יוסמך כטוען רבני. **דוג:** ילמד בישיבה קורסים מסוימים ויעבור בחינת הסמכה ומי שסיים יקבל רישיון. כל פעם שיש הסמכה לרישיון הרשות צריכה שתהיה בהמשך הדרך גוף מסמיך כמו לשכת עורכי הדין, שר הדתות מחליט שהגוף

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

המסמך יהיה ביה"ד הרבני הגדול. ביה"ד הגדול הופך להיות גוף מסמך. יש פה האצלה.

שר הדתות הייתה לו את הסמכות להסמך טוען רבני, שר הדתות קובע תקנות ומאציל (מעביר) את הסמכות לביה"ד הגדול והוא יהיה הגוף מסמך

עכשיו ביה"ד הגדול שהפך להיות רשות ההסמכה איזה סמכות מפעילה מנהלית או חקיקתית (שמתקינה תקנות) או שיפוטית? מנהלית כי אין דיון משפטי אין סכסוך בין שתי צדדים יש מועמד שמבקש הסמכה היא בודקת אם עמד בתנאים ונותנת לו רישיון ולכן קוראים לסמכות הזו "סמכות מנהלית רגילה". **הבעיה**: שר הדתות הפך רשות שיפוטית (ביה"ד הגדול) לגורם מנהלי.

זו **אצילה אופקית** בין ארגונים, בין משרד הדתות ובין ביה"ד. יש הפרדת רשויות שופטת (ביה"ד) לא כפופה לרשות מנהלית (משרד הדתות) ולכן זו אצילה אופקית הרד קור כי זו אצילה בין רשות מנהלית לרשות שופטת. אמורה להיות הפרדת רשויות כמו קיר אתם תנהלו ואתם תשפטו ויוצרים פה עירוב זו אצילה אופקית שמנוגדת לעקרונות היסוד של הפרדת רשויות דבר חמור מאוד.

אי אפשר להשתמש "בחריג מומחיות מיוחדת" כי ההסמכה לא דורשת מומחיות מיוחדת. מה שדורש מומחיות מיוחדת זה הקריטריונים להסמכה וזה כבר ההיוועצות עם ביה"ד שפטר את העניין לכן לא היה נדרש לעשות אצילה אופקית כזו אלא שר הדתות היה צריך להקים במשרד הדתות את "לשכת הטוענים" ואז זו הייתה **אצילה אנכית** ללשכת הטוענים והם יסמיכו את הטוענים הרבניים כאשר הקריטריונים יהיו בהיוועצות ביה"ד הגדול.

4. מהות הסמכות: חקיקתית/ שיפוטית/ מעין שיפוטית/ מנהלית רגילה:

הסמכות יכולה להיות חקיקתית, כמו הסמכות של שר הדתות בפס"ד הטוענים הרבניים, להסדיר בתקנות. קובע נורמה כללית. כאן אותו סעיף לגבי שר

האצלת סמכות חקיקתית:

סעיף 33 (ב) לחוק יסוד הממשלה: שר רשאי לאצול, למעט סמכות להתקין תקנות

אצילה אסורה בחוק יסוד. שר נוטים לאפשר לו לאצול כי יש לו הרבה תפקידים וחוק היסוד נתן לו היתר חזקה שיכול לאצול מתפקידו. שר לא רשאי להאציל סמכות חקיקתית על אחר להתקין תקנות ואם שר לא רשאי אז על אחת כמה וכמה לא רשאית רשות אחרת. סמכות חקיקתית (להתקין תקנות) אי אפשר לאצול.

האצלת סמכות "שיפוטית" או "מעין שיפוטית":

הנטייה נגד אצילה. הרבה סמכויות ברשות המבצעת יש להם אופי שיפוטי גם אם זה לא רשות שופטת ממש הסמכות היא שיפוטית כל מי שדן בסכסוך בין שתי צדדים. **דוג**: וועדת ערער שדנות בערער על החלטה של פקיד. **דוג**: וועדה מחוזית לבנייה. יוזם התוכנית קיבל היתר מהוועדה המקומית השכנים מתנגדים. הם באים בפני הוועדה המחוזית זו רשות שמעין שיפוטית. רשות מנהלית שמפעילה סמכויות מעין שיפוטיות.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

יש סכסוך בין שתי צדדים והמחוקק הטיל על משהו סמכות שפיטה הוא בחר בגורם מסוים לעשות צדק. הצדדים עכשיו צריכים לרכוש אמון בגורם הזה שנבחר ע"י המחוקק לעשות צדק ביניהם. איזה צורה יש לזה אם הוא מעביר למשהו אחר שהמחוקק לא מינה אותו. ייתכן ותהיה בעיה לרכשו אמון ברשות השיפוט הזו וזה מנוגד לרצון המחוקק. בשיפוט חשוב שהצדדים יאמינו בהליך השפוט. ולכן אנתנו נגד אצילה במקרה זה.

האצלת סמכות מנהלית רגילה:

מותרת! סמכויות הפשוטות של הרשות המבצעת. אין נטייה נגד אצילה כזו

סיכום:

האצלת סמכות חקיקתית אסורה בחוק יסוד
האצלת סמכות שיפוטית ומעין שיפוטית לא אסורה בשום מקום אבל הנטייה לאסור אותה
האצלת סמכות מנהלית רגילה מותרת

5. השפעה על טובת הציבור:

ככל שהסמכות משפיעה יותר על טובת הציבור ככל שהיא יותר קריטית ורגישה **הנטייה נגד אצילה** כי מי שהמחוקק בחר זה חשוב שהוא ולא אחר יפעיל את הסמכות. כי זה רגיש ומשפיע על הציבור לא רוצים שיעבור לגורם אחר וזה מחזק נגד אצילה.

6. נגיעה לזכויות אדם/ עקרונות חוקתיים:

ככל שהסמכות רגישה חוקתית אז אפילו החוקה יש לה **נטייה נגד אצילה** כי רוצה לצמצם את הפגיעה בזכויות אדם. כי מי שהמחוקק בחר שיפעיל את הסמכות הרגישה לזכויות האדם שהוא יפעיל ולא אחר. כשמפרשים את החוק לאור החוקה מתגברת הנטייה נגד האצילה. **הפרטת בתי הכלא:** לא רוצים שהמחוקק יאציל מסמכות שבס כי יש נגיעה עוצמתית לזכויות אדם אחזקת אסירים זה משהו שמערב זכויות אדם בסיסיות ולכן אצילה זה בעייתי ובטח לגוף פרטי.

7. יעילות

מתיר אצילה! אצילה מותרת אם היא משרתת יעילות יש לבחון עד כמה היעילות דורשת אצילה.
דוג: תפקיד ציבורי הוטל על משהו כדי למלא אותו בצורה אופטימאלית אפשר לסיים בארבע שעות ביום במקום שמונה אין סיבה שיאצול מתפקידו לאחר אם משלמים משרה מלאה בשירות הציבורי ויכול לסיים בחצי יום ואח"כ מאציל לאחר יש בעיה. **לעומת זאת,** שר שיש לו הרבה תפקידים, חלק מהממשלה וצריך לשבת בישיבות ממשלתיות, ויש לו הרבה החלטות שצריך לקחת העומס גדול, היעילות מאפשרת לאצול מתפקידו.

ס"ק (ה): הוראות הסעיף יחולו, אם אין כוונה אחרת משתמעת

חזקה- רשאי לאצול אם אין כוונה אחרת משתמעת מהחוק. חזקה שרשאי לאצול מתפקידו וחייבים משיקולי יעילות להקל עליו אבל אם לפי רוב המבחנים יש בעיה קשה עם האצלה שלו כמו אם היא אופקית וכו'. היעילות מצדיקה את האצלה אם יש לו עומס וגם חוק היסוד אומר שרשאי לאצול אלא אם יש כוונה אחרת.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

דוג: שר לשום דבר (ללא תיק) או שר המדע - אין לו עומס אין סיבה שיאצול לאחר לעומת זאת, שר הפנים או שר הביטחון שיש להם הרבה תפקידים.

הערה: מבחני העזר חלק תומכים בהאצלה וחלק לא, לא מצטברים.

איסור על "אצילה כפולה":

"מאציל" מאציל על "נאצל":

זו האצלה ראשונה וזה בסדר

"הנאצל" (מי שהאצילו עליו) מאציל על "נאצל אחר":

זו האצלה כפולה והיא אסורה כי "הנאצל" התפקידים שמחזיק הם לא שלו אלא של "המאציל" המקורי ולכן לא רשאי להאציל אותם לאחר

"המאציל" האציל "לנאצל", אבל הנאצל לא יכול למלא את התפקיד לבד:

הוא גדול מדי, "הנאצל" צריך לבקש "מהמאציל" שיאציל למשהו נוסף זה יהיה אפשרי שיחלקו בינים את העבודה. שניהם יהיו אצילה ראשונה

"למעט סמכות להתקין תקנות":

איך זה קשור לחריג "למעט סמכות להתקין תקנות"? התפיסה היא שעצם זה שלרשות המבצעת יש סמכות להתקין תקנות זה חריג לעקרון של הפרדת הרשויות כי "תקנות" זה כל חוק. הרשות שיכולה לחוקק זה הכנסת ולכן עצם זה ששר קיבל סמכות להתקין תקנות זה לא שלו, השר שקיבל סמכות להתקין תקנות אי אפשר לראות בו עפ"י עקרון של הפרדת הרשויות כמי שבעל הסמכות המקורית, כי זה תמיד מתחיל ברשות המחוקקת הכנסת והיא נותנת לרשות המבצעת, השר, סמכות להתקין תקנות, זו אצילה אחת. כלומר, עפ"י העיקרון החוקתי של הפרדת הרשויות אסור לרשות המבצעת לחוקק עצם זה שהסמיכו את השר להתקין תקנות זה כבר החריג להפרדת הרשויות וזה כבר "אצילה ראשונה". אם השר יעביר את הסמכות להתקין תקנות לגורם אחר זה כבר "אצילה שנייה" אסורה בחוק יסוד

היתר לאצילה כפולה לכאורה:

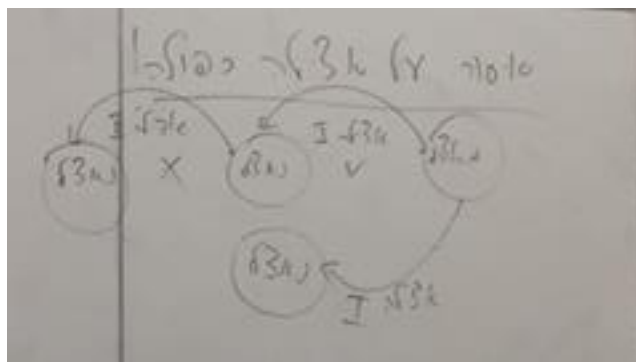
סעיף 33 (ג) לחוק יסוד הממשלה: היתר לאצילה כפולה לכאורה

יש מקרים שמתירים "אצילה כפולה". הממשלה יכולה לאצול סמכות לשר והסעיף קובע שהשר יכול להעביר לעובד ציבור.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

לממשלה יש סמכות שיורית לפעול בכל תחום אבל זה לא גוף שמתאים לו לפעול כרשות מנהלית כי הוא מסורבל. ולכן ברגע שהממשלה רוצה לפעול בתחום מסוים **דוג**: לקלוט את העולים מברית המועצות ואין משרד קליטה הממשלה תפעיל סמכות שיורית ותיקח שר ותחליט שהוא יהיה אחראי על קליטת העולים. כלומר, הממשלה תעביר את הסמכות השיורית שלה תעביר לשר והשר יכול להעביר לעובד ציבור, לכאורה ניתן לומר שזו אצילה כפולה איך זה מותר? הסע' קובע שהשר רשאי להעביר לעובד ציבור אם הממשלה הסמיכה אותו לכך ולכן זו "לכאורה האצלה כפולה".

"הסמיכה אותו לכך" הכוונה שהשר לא מאציל בעצמו אלא הוא מבקש מהממשלה שתעביר לעובד ציבור הכל בהסכמת הממשלה השר לא מעביר על דעת עצמו אלא אומר לממשלה נעזר בעובד ציבור. לכן, אומרים "לכאורה האצלה כפולה" כי למעשה הממשלה היא זו שתסכים להעביר את סמכותה לעובד ציבור



11.3. 2018

משפט מנהלי / שיעור 15

"למעט סמכות להתקין תקנות"

סעיף 33(ב) לחוק יסוד הממשלה

שתי פס"ד של חשין: אצילה של סמכות להתקין תקנות זו סמכות חקיקתית ואסורה בחוק יסוד, אבל חשין מראה איך גם מה שנראה כאצילה של סמכות מנהלית רגילה אפשר לראות אותו כאצילה של סמכות חקיקתית שאסורה בחוק יסוד.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

פס"ד שנסי(השופט חשין):

חוק פיקוח על מוצרים ושירותים: השר רשאי להסדיר (בצו) ייצורו של מצרך
 צו היהלומים: לא יעסוק אדם בייצור יהלומים אלא ברישיון מהמפקח על היהלומים
 (אצילה מהשר)

כל זה פסול!

חוק הפיקוח על מוצרים ושירותים, השר רשאי להסדיר ייצורו של מצרך, הרעיון של חוק הפיקוח שיש מוצרים שליצר אותם זה עניין רגיש.

דוג: מצרך שכדי ליצר אותו משתמשים באמוניה נניח שרפה יכולה להוביל לפיצוץ ולכן אז צריך להסדיר את זה

פס"ד שנסי עוסק בייצור יהלומים רגיש וצריך להסדיר את זה כי המוצר הקטן הזה שווה המון כסף, זה שוק שמסתובבים בו מיליונים והחשש להונאות קטלניות. השר פועל להסדיר את תחום היהלומים ומוציא את "צו היהלומים: לא יעסוק אדם בייצור יהלומים אלא ברישיון מהמפקח על היהלומים".

מדוע "צו היהלומים" זה לא "החלטה מנהלית ספציפית" אלא "תקנה כללית בעלת סמכות חקיקתית" על מי חל צו היהלומים?

החלטה מנהלית:

החלטה מנהלית חלה על אדם מסוים. מי מקבל החלטות מנהליות? אם פונים למפקח לקבל רישיון ההחלטה נותנת לאדם מסוים לייצור יהלומים זו החלטה מנהלית רגילה כי חלה על אדם מסוים.

תקנה כללית בעלת סמכות חקיקתית:

תקנה חלה על ציבור רחב. צו היהלומים זו תקנה כי חלה על ציבור רחב. הצו חל על כל מי שרוצה לעסוק ביהלומים ורוצה רישיון על כל מי שבעתיד ירצה לעסוק ביהלומים גם הוא צריך רישיון מהמפקח. התקנה יכולה להסמיך משהו לקבל החלטות מנהליות.

בטוענים הרבניים ראינו שכדי להסמיך משהו שעבר את הבחינות זו "החלטה מנהלית" למה לתת לביה"ד הרבני הגדול למה להפוך אותו לרשות מנהלית.

מי קובע את ההסדר הראשוני לעניין רישיון לעסוק ביהלומים:

מי האצילה? השר. השר היה אמור להסדיר הוציא את צו היהלומים והעביר למפקח. מי הנאצל? המפקח. איזה סמכות ניתנה למפקח? סמכות לתת רישיונות. איזה סמכות זו לתת רישיונות? מנהלית רגילה. האם יש בעיה בחוק יסוד לאצול סמכות מנהלית רגילה? לא. סמכות מנהלית רגילה היא מסוג הסמכויות שאנחנו נפרש בעד אצילתן, הסמכויות שנהוג לאצול. לכאורה הכל נראה בסדר עד גישת חשין.

"השר רשאי להסדיר בצו" כשהעביר את הסמכות למפקח מדוע ניתן לומר שהוא קיבל יותר "מסמכות מנהלית רגילה"? כדי לטעון שהסמכות שעברה למפקח היא רק סמכות מנהלית רגילה השר היה צריך לקבוע בתחום של "רישיון לעסוק ביהלומים": הסדרים ראשוניים: פירוט קריטריונים בצו היהלומים, התקנות, מי ראשי

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

לקבל רישיון כזה, מה התנאים, מי יקבל רישיון, איזה שיקולים ישקול המפקח לפני החלטה על מתן רישיון, העקרונות לקבלת רישיון, תקופת הרישיון. **הסדרים משניים**: איך מגישים בקשה, פרוצדורה, איך פונים למפקח, תשלום אגרה, איך המפקח ייתן תשובה וכו'.

אם השר היה מפרט את הקריטריונים של "צו היהלומים" ורק מסמיך את המפקח לתת רישיון למפקח נשאר רק לתת רישיון ואכן הוא היה "רשות מנהלית רגילה". מה עשה השר? המחוקק אמר " השר רשאי להסדיר בצו ייצורו של מצרך" אבל השר לא הסדיר כלום! לא קבע כלום והעביר הכל למפקח. מי שרוצה רישיון יפנה למפקח ולא הסדיר מה הקריטריונים לקבלת רישיון ויש איסור בחוק יסוד להאציל סמכות חקיקתית להתקין תקנות.

זה שהאצילה היא "אנכית" זה לא משנה. אם השר היה מסדיר הכל ומשאיר למפקח רק לתת רישיון אין בעיה זה סמכות מנהלית רגילה.

מכיוון שלא הסדיר כלום לא קבע הסדרים ראשוניים ביחס לרישיון לייצור יהלומים והעביר למפקח גם להסדיר את ההסדרים הראשוניים, מי שמסדיר את תחום היהלומים זה לא השר אלא המפקח. הוא יקבע נהלים, הנחיות, קריטריונים, מי רשאי לעסוק ביהלומים. המפקח למעשה הוא זה שיסדיר את זה ואז מה שעבר למפקח זה לא "סמכות מנהלית רגילה" אלא "סמכות להסדיר את תחום היהלומים" זו **העברה של "סמכות חקיקתית" שאסורה בחוק יסוד**.

משמע כל הנ"ל פסול כי מנוגד לחוק יסוד. אסור להעביר סמכות להתקין תקנות (סמכות חקיקתית). **חשין קבע שמה שעבר זה "חקיקתי" ומכיוון שחוק יסוד אוסר לאצול סמכות חקיקתית זה בטל. הצו הזה נפסל האצילה נפסלה**.

פס"ד יקותיאל (השופט חשין):

חוק ההסדרים במשק המדינה: שר הפנים יקבע בתקנות (כללים) למתן הנחה מארנונה

"חוק ההסדרים במשק המדינה" עובר בכנסת יחד עם "חוק התקציב השנתי". חוק התקציב השנתי קובע את המסגרת השנתית.

** חוק ההסדרים במשק המדינה נתקלנו בזה כשמקפיאים חוקים "חוק הרי פיתוח בקביעת אזורי עדיפות לאומית" כשהממשלה מבקשת להקפיא חוק והכנסת מסכימה. השאלה: האם כשמקפיאים כ"כ הרבה פעמים חוק האם הוא עדיין חוסם את הממשלה מלהפעיל את סעי' 32 (סמכויות שירות) או שבעצם זה חוק שלא קיים. אם קפוא ולא מפעילים אף פעם אז אולי לא קיים ואפשר להיכנס לתחום ולהפעיל את סעי' 32 הסמכות השירות, לעומת זאת אם הוא קפוא אבל עדיין קיים בספר החוקים אז התחום חסום לסעי' 32.

כשיש צורך לצמצם הוצאות ולהגדיל הכנסות בתקציב המדינה:

איך מגדילים הכנסות? גביית יותר מיסים. ארנונה נגבית ע"י הרשויות המקומיות איך זה עוזר לעמוד בתקציב של המדינה? אם העירייה תגבה יותר פחות נדרש לתמוך ברשויות המקומיות אם הן בגירעונות, יש פחות עלות תקציבית על השלטון המרכזי. לאפשר לרשויות המקומיות לגבות יותר ארנונה

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

איך מצמצמים הוצאות? הקפאת חוקים שעולים כסף. **דוג: חוק הקולנוע**. לא הפעילו אותו כדי לחסוך בתקציב. היה סרט אחד בשנה.

התברר שהתחום של הנחות ופטורים מארנונה היה פרוץ כל רשות מקומית עשתה מה בא לה, הרשויות המקומיות ידוע שיש שחיתות ובעיתיות, עפ"י דוחות מבקש המדינה והליכים הפלילים שנפתחו נגד רשויות מקומיות מבינים שיש בעיה שם. אם נותנים להם להחליט על הנות לא תהיה גבייה ואז נכנסות לגירעונות. חוק ההסדרים במשק המדינה רוצה לעשות סדר, שר הפנים יקבע שר הפנים יקבע בתקנות כללים למתן הנחה מארנונה, מי יקבל הנחה ומי לא. פעם לא היה הסדרים ראשוניים לעניין גביית הארנונה והרשות המקומית היא זו שהייתה קובעת מי יכול לקבל הנחה ומי לא, בגלל שהייתה בעיה ויש גירעון בתקציב רוצים לשות סדר בתחום. איך עושים סדר? קובעים נורמה לעניין הנחה מארנונה. מי שיכול לקבוע זה המחוקק. המחוקק לא קבע בעצמו והעביר לשר הפנים את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים את הכללים ביחס למתן הנחות מארנונה.

שר הפנים קבע תקנות: **תקנה 2(7) לתקנות הנחה מארנונה: מי שזכאי לגמלת הבטחת הכנסה ממשרד הדתות** התקנה קובעת מי יקבל הנחה מארנונה: מי שזכאי לגמלת הבטחת הכנסה ממשרד הדתות. קשור? לא! מושחת? אולי!

ההחלטה לתת למשהו הנחה מארנונה איזה סמכות זו "סמכות מנהלית" או "סמכות חקיקתית"? סמכות מנהלית. **דוג:** אם פונה תלמיד ישיבה לשר הדתות ומבקש הבטחת הכנסה על בסיס זה שהוא מקדיש עצמו ללמוד תורה, לא עובד וקשה לו להתקיים. ושר הדתות מחליט שהוא עומד בקריטריונים ויקל הבטחת הכנסה. ההחלטה לגבי אותו תלמיד ישיבה שיקבל הבטחת הכנסה היא "מנהלית".

מי קובע את ההסדר הראשוני לעניין מתן הנחה מארנונה:

מי האציל למי? מי שמוסמך בחוק להסדיר את ההנחה מארנונה זה שר הפנים בתחום ההנחה מארנונה הוא העביר את הסמכות לשר הדתות.

האם יש העברה של חטיבה שלמה? לא. **** בפס"ד יקותיאל התייחסו לאצילה אופקית** ביקרו אותה ייתכן בניגוד לחוק יסוד **סעי' 31(ב)** העברה ממשרד למשרד אם מוציאים חטיבה שלמה. בימ"ש שמרמז שסותר חוק יסוד זה לא נכון כי זה רק קריטריון אחד יש עוד הרבה. היא בעייתי כי יש "אצילה". אבל בגלל שהיא רק חלק קטן מהנחות של הארנונה לא ניתן לראות העברה ממשרד למשרד אלא **אצילה אופקית מוגבלת** זה לא שלקחו את כל תחום הנחות הארנונות והעבירו ממשרד למשרד. ממשרד הפנים למשרד הדתות ואז היה צריך החלטת ממשלה ואישור הכנסת לפי סעי' 31(ב) אבל אנחנו לא שם, העבירו רק חלק קטן.

הערה: משרד הדתות הוא שקובע את הבטחת הכנסה לא לפי תקנות. כמו **בפס"ד שנסי** אם שר הפנים היה קובע גם את הקריטריונים למתן הבטחת הכנסה ממשרד הדתות אז שר הפנים היה קובע את ההסדר הראשוני לקבלת הנחה מארנונה וכל מה שהיה משאיר למשרד הדתות לקבוע האם תלמיד ישיבות אחד עומד בקריטריונים כן או לא, אבל שר הפנים לעניין זכאות לפי משרד הדתות לא קבע כלום, הוא אמר "מה שמשרד הדתות יקבע". מי שמשרד הדתות יחלק לו הבטחת הכנסה עפ"י קריטריונים שלו יקבל גם הנחה מארנונה.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

מי קובע את ההסדר הראשוני לעניין מתן הנחה מארנונה? מי שזכאי לגמלת הבטחת הכנסה ממשרד הדתות אוטומטית זכאי לפטור או הנחה מארנונה.

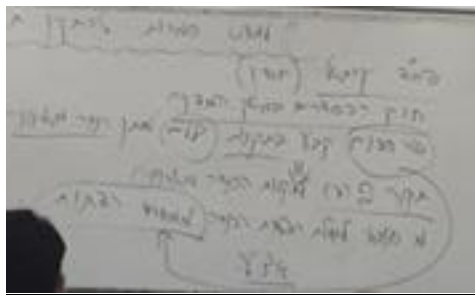
אם משרד הדתות ישנה את הקריטריונים לקבלת הבטחת הכנסה אוטומטית ישתנו הקריטריונים לקבלת הנחה או פטור מארנונה. כלומר, מי שקובע את ההסדר הראשוני בתחום של הנחה מארנונה עכשיו זה שר הדתות. מה שהוא קובע חל גם על ארנונה. זו "אצילה". השאלה מה הועבר באצילה הזו.

עותרים חילונים שיש להם מאבק אידיאולוגי להעדפה של דתיים יתקפו בכל החזיתות "חוק הגיוס" "הקצבה לאברכים" למה סטודנט בהשכלה גבוה לא מקבל וגם "הנחה מארנונה". סטודנט עני לא יקבל הנחה מארנונה אבל מי שזכאי ממשרד הדתות יקבל מי שעותר לבגז ילחם בהעדפה הזו.

אם משרד הדתות היה מחלק לפי תקנות והתקנה של שר הפנים הייתה מפנה לתקנה ואז יש זיקה אבל זה לא כך, משרד הדתות מחלק עפ"י הנחיות פנימיות שלו, שאנחנו לא יודעים מה הם עפ"י התקנה הנ"ל, וברגע שישנה את התקנות שלו אוטומטית זה משפיע על ההנחות מארנונה וזה כבר לא בשליטת שר הפנים. הוא יצר את הזיקה הזו ומה שעושה שר הדתות משפיע גם על ארנונה.

לתת לתלמיד ישיבה ספציפי גמלת הבטחת הכנסה שקשורה גם להנחה בארנונה זה מנהלי רגיל אבל בעצם צריך לראות מה עבר מלמעלה עד למשרד הדתות, **הסמכות המקורית של שר הפנים היא "סמכות חקיקתית"** כמו בפס"ד שנסי, אם היה קובע את כל הקריטריונים להבטחת הכנסה ממשרד הדתות שקושרים גם להנחה מארנונה היינו אומרים ששר הפנים קבע את הסדרים הראשוניים והשאיר לשר הדתות את הביצוע או משהו מנהלי רגיל אבל שר הפנים לא קבע כלום והשאיר לשר הדתות לקבוע עפ"י ההנחיות של שר הדתות תינתן הנחה לארנונה.

למעשה שר הדתות קובע את ההסדרים הראשוניים למתן הנחות מארנונה זו אותה סמכות חקיקתית שהופקדה בידי שר הפנים. **העברה של "סמכות חקיקתית" שאסורה בחוק יסוד**. אז מה שנראה כמנהלי למעשה מה שעבר זה חקיקתי וזה אסור בחוק יסוד. אותו מהלך של חשין בפס"ד שנסי חל בפס"ד יקותיאל וזה נפסל. חשין קבע שמה שעבר זה "חקיקתי" ומכיוון שחוק יסוד אוסר לאצול סמכות חקיקתית זה בטל. **הצו הזה נפסל האצילה נפסלה**.



נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

הפרטה ("אצילה" לגוף פרטי):

הפרטה תוגדר "כאצילה לגוף פרטי". "הפרטה" זה תמיד "אצילה לגוף פרטי" ולא רק "הסתייעות". מדובר באצילה ולא הסתייעות. הסתייעות בגוף פרטי לפי פס"ד פילפוביץ (תדפיסים) זו הייתה חב' פרטית ולמרות שהייתה חב' פרטית השופט ברק אמר בהסתייעות חזקה שזה מותר להסתייע מותר עם כולם גם עם עובד ציבור וגם עם גוף פרטי אין הבדל והחזקה הזו של "בעד הסתייעות" לא נסתרה אף פעם בפסיקה כמעט בטוח שחוקי ומותר.

אם זה הסתייעות בגוף פרטי לא רואים בזה "הפרטה" אלא "מיקור חוץ (out sourcing)" אני ממשיך למלא את התפקיד הציבורי אבל חלק קטן אני מוציא החוצה במיקור חוץ. דוג: אם אפריקה ישראל החב' הפרטית בכלא הייתה עושה רק ניקיונות וכביסה ושבת היה יושב בפנים ומנהל את זה, זה לא היה "הפרטה של בתי הכלא" אלא נחשב "מיקור חוץ של פונקציות לניהול הכלא".

חוקיות ההפרטה:

צריך לנתח את החוקיות של הפרטה. הפרטה לגוף פרטי האם חוקית. מגבלה ראשונה שיכולה להיות

האם קיימת מניעה בחוק יסוד להפרטה סעיף 33(ב) לחו"י הממשלה?
החוק שמאפשר אצילה. "שר רשאי לאצול למעט סמכות להתקין תקנות לעובד ציבור". הסעי' חל על שר.

הפרטה רגילה (שלא ע"י שר):

אין מניעה!

כמו שהיה "אצילה רגילה" ו"אצילה ע"י שר". הפרטה רגילה שלא על ידי שר אין מניעה. הסעי' חל רק על שר למה אין מניעה לפי סעי' 33(ב) אם זה אצילה שלא ע"י שר? אם מי שהפריט את סמכותו הוא לא שר הסעי' בחוק יסוד בכלל לא חל עליו.

הפרטה רגילה שלא ע"י שר סעי' 33(ב) לא חל על זה בכלל. אין תחולה לחוק יסוד ואין בכלל מניעה. דוג:
הפרטה של כל רשות אחרת שהיא לא שר. הממונה להגבלים ירצה להפריט חלק מתפקידיו יחול עליו סעי' 33(ב)? לא כי הוא לא שר. המפקח על התעבורה או ראש מנהל האוכלוסין.

הפרטה ע"י שר:

סעיף 33(ב) שר רשאי לאצול למעט סמכות להתקין תקנות (תנאי I), לעובד ציבור (תנאי II)

תנאי I: שזה לא יהיה סמכות להתקין תקנות:

אם הסמכות היא לא סמכות להתקין תקנות אלא רגילה

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

תנאי II : אצילה רק לעובד ציבור :

לא בטוח עובר. כי שר רשאי לאצול רק לעובד ציבור. והפרטה זה לא אצילה לעובד ציבור אלא לגוף פרטי התנאי של הסעי' לא מתקיים.

מסקנה : בהתקיים שתי התנאים "שר רשאי לאצול" :

אם הסמכות היא לא סמכות להתקין תקנות + מי שמאצילים לו הוא עובד ציבור שתי התנאים מתקיימים

ס"ק (ה) : הראות סעיף זה יחולו אם אין כוונה אחרת משתמעת, מן החוק המסמך (שתי הפרשנויות

מתייחסות לסעי' זה)

פרשנות א' :

אי אפשר להגבר על התנאים.

"כוונה אחרת משתמעת" לא מתייחס "לתנאי האצילה", אלא רק למסקנה שבהתקיימות התנאים שר רשאי לאצול - **התנאים ברזל!! הפרטה אסורה!!**

הסבר :

אם אין כוונה אחרת משתמעת זה לא מתייחס לשתי תנאי הסעי', התנאים הם ברזל, חייבים להתקיים תמיד. מתי יכולה להיות "כוונה אחרת" לגבי המסקנה.

התנאים ברזל, בהתקיים התנאים חזקה שהמסקנה היא ששר רשאי לאצול אלא אם כן יש כוונה אחרת משתמעת מהחוק.

"כוונה אחרת משתמעת" לא מתייחס "לתנאי האצילה", אלא רק למסקנה שבהתקיימות התנאים שר רשאי לאצול - **התנאים ברזל!! הפרטה אסורה!!**

משמע שהתנאים ברזל. אם זה רק לעובד ציבור וזה תנאי ברזל הפרטה אסורה. למה מתייחס הסייג "אין כוונה אחרת משתמעת"? הפרשנות הראשונה אומרת שזה לא מתייחס **לתנאי I + תנאי II**. כלומר, התנאים האלה צריכים להתקיים תמיד. למה זה כן מתייחס? **למסקנה שהתקיים שני התנאים שר רשאי לאצול.**

יש לקרוא את הסעיף כך : בהתקיים שתי התנאים שר רשאי לאצול אלא אם כן יש כוונה אחרת משתמעת

מהחוק. הכוונה לא מתייחסת לתנאים כי תמיד חייבים להתקיים אלא רק למסקנה". משמע התנאים לעולם

יתקיימו. **אחד התנאים שהאצילה רק לעובד ציבור, מסקנה שהפרטה (שזה לא לעובד ציבור) אסורה בחוק**

יסוד. הפרטה של סמכות של שר אסורה בחוק יסוד. כי הסעי' קובע שהשר רשאי לאצול רק לעובד ציבור.

מלכתחילה הפרטה של שר אסורה עפ"י הפרשנות הראשונה כי אחד התנאים שתמיד חייב להתקיים זה אצילה

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

תהיה לעובד ציבור. המשמעות המשפטית שהפרטה זה לא חוקי. מדובר בהפרטה לגוף פרטי האם חוקית: לא חוקי כי שר יכול לאציל רק לעובד ציבור.

פרשנות ב':

אפשר להגבר על התנאים.

"כוונה אחרת משתמעת" מתייחס גם "לתנאי האצילה", וגם "למסקנה שבהתקיימות התנאים שר רשאי לאצול", ניתן להתגבר על התנאי "לעובד ציבור" אם יש כוונה אחרת משתמעת מהחוק.

הסבר:

סעי' 33(ב) שתי תנאים "למעט סמכות להתקין תקנות" "ולעובד ציבור" אם זה מתקיים שר רשאי לאצול. **ס"ק (ה):** אם אין כוונה אחרת משתמעת מהחוק.

פרשנות א'

"כוונה אחרת משתמעת" לא קשור לתנאים כי התנאים חייבים להתקיים תמיד. לכן, "כוונה אחרת משתמעת" תחול על המסקנה "שבהתקיים התנאים שר רשאי לאצול אלא אם כן יש כוונה אחרת משתמעת". אבל לא מתייחס לתנאים זה אומר שהתנאי של "אצילה לעובד ציבור" חייב תמיד להתקיים. משמע אצילה של שר אך ורק לעובד ציבור ומשמע שהפרטה אסורה. לא משנה מה המחוקק ירשום ששר רשאי לאצול חוק היסוד אוסר זאת. וכידוע לאחר **המהפכה החוקתית חוק לא יכול להתגבר על חוק יסוד**

פרשנות ב'

מה שכתוב בס"ק ה "אם אין כוונה אחרת משתמעת" זה מתייחס גם "לתנאים" וגם "למסקנה". כלומר, "כוונה אחרת" יכול להתגבר על "עובד ציבור" למרות שבפרשנות א' זה תנאי שלא ניתן להתגבר עליו לעולם. בפרשנות ב' אם נביא הוכה שיש כוונה אחרת משתמעת מן החוק. נותנת פתח להגבא על חוק היסוד וזה בעייתי.

- 1) שר לא יכול להאציל סמכות להתקין תקנות אלא אם כן יש כוונה אחרת משתמעת שהוא כן רשאי להאציל סמכות להתקין תקנות, התנאי הזה ניתן להתגבר עליו אם יש כוונה אחרת משתמעת.
- 2) שר רשאי לאצול רק לעובד ציבור אלא אם כן יש כוונה אחרת משתמעת שהוא כן רשאי להאציל למי שאינו עובד ציבור, לאצול לגוף פרטי, התנאי הזה ניתן להתגבר עליו אם יש כוונה אחרת משתמעת.

המסקנה של שתי הפרשנויות הפוכה:

1. פרשנות א': אסור בחוק יסוד
2. פרשנות ב': זה אפשרי בכוונה אחרת משתמעת מן החוק

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

פס"ד שנסי + פס"ד יקותיאל

מחזקים את פרשנות א'. הפסיקה שאמרה שמכות להתקין תקנות זה פסול בכלל לא ניסתה ללמוד "כוונה אחרת משתמעת מן החוק" וזה מחזק עקרונית את פרשנות א'. למרות שזה לא אותו הדבר. "עובד ציבור" לא נדון בשנסי ויקותיאל. **למבחן לרשום**: "כוונה אחרת משתמעת" לא מתייחס לתנאי הראשון בפס"ד שנסי ויקותיאל, כי על "הסמכות להתקין תקנות" לא ניתן להגבר. התנאי "למעט סמכות להתקין תקנות" לא ניתן להגבר כי אם השופט הגיע למסקנה שמדובר בסמכות להתקין תקנות הוא מיד יפסול אותה לא בדק "כוונה אחרת משתמעת מן החוק" כי זה תנאי ברזל.

במבחן: גם אם ההפרטה לפי פרשנות א' היא אסורה לא מפסיקים. נרשום: נמשיך בהנחה שתקבל פרשנות ב'... כלומר,

אם זו אצילה שלא ע"י שר בכלל אין מניעה בחוק יסוד, ממשיכים, אם זה הפרטה ע"י שר תלוי בפרשנות: פרשנות א': יש מניעה. פרשנות ב': אין מניעה. נמשיך בהנחה שתקבל פרשנות ב' (בכל מקרה ממשיכים גם אם זה שר או הפרטה רגילה)

הגישות לגבי הפרטה (בהנחה שאין מניעה בחוקי היסוד):

גישה א' - פס"ד הנפלינג ופס"ד זיק דינור:

הפרטה אסורה, אלא אם כן המחוקק התיר אותה במפורש בחוק!

בעייתית כי לא מתיישבת עם פרשנות א+ב לעיל. הדרך היחידה לתת לה היגיון אם היינו אומרים שלא חלה באצילה ע"י שר אבל זה לא נאמר בפס"ד הפרטה רגילה גישה א' תתאים אבל הפרטה ע"י שר בעייתית.

פס"ד הנפלינג:

הפרטה של סמכות הפיקוח על עסקים שעובדים בשבת. צריך לאכוף את חוק שעות העבודה ומנוחה. נתנו לפקח פרטי שהוא מתחרה של אותם עסקים. אם הוא מתחרה עסקי מן הסתם יחמיר איתם בדוחות. נפסל!

פס"ד זיק דינור:

לא מדובר בהפרטה. מכון התקנים העביר למעבדה פרטית את הפעולות לבדיקת זיקוקים אם עומדים בתקן. העבירו למעבדה פרטית אין להם מכשור. נדרש מתקן לפיצוץ מבוקר ומומחיות בזיקוקים. למה זה לא "הפרטה" ויותר "מיקור חוץ הסתייעות"? התקן קובע הכל כל מה שנשאר זה לפוצץ ולקובע אם הפיצוץ עומד בתקן. מה שנשאר זה דיי טכני ודורש מומחיות זה "מיקור חוץ הסתייעות" ו"לא אצילה". בימ"ש הביע גישה לגבי הפרטה באוביטר כי הפס"ד עוסק "בהסתייעות" ולא "הפרטה" לפי פס"ד הנפלינג: הפרטה אסורה, אלא

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

אם כן המחוקק התיר אותה במפורש בחוק!

הגישה בעייתית כי לא מסתדרת עם פרשנות א+ב כשמדובר באצילה ע"י שר:

אמנם פה הייתה אצילה ע"י מכון התקנים וזה משהוא אחר אבל יש בעיה כי לפי הפרשנויות בהפרטה ע"י שר:

פרשנות א': הפרטה אסורה בחוק יסוד:

האם המחוקק יכול להתיר במפורש אם זה אסור בחוק יסוד? עפ"י **המהפכה החוקתית חוק לא יכול להתגבר על חוק יסוד.**

אם פרשנות א' נכונה אז הפרטה אסורה בחוק יסוד זה לא יעזור שהמחוקק יתיר במפורש בחוק כי חוק לא יכול לסתור בחוק יסוד. כלומר, פרשנות א' לא מסתדרת עם הגישה הזו כשמדובר בשר.

פרשנות ב': ס"ק ה' אפשר להפריט אם יש כוונה אחרת משתמעת מן החוק:

אם קיבלנו את פרשנות ב' זה אומר ששר רשאי לאצול רק לעובד ציבור אלא אם כן יש כוונה אחרת משתמעת מן החוק כלומר, אפשר להתיר הפרטה "במשתמע מן החוק" והגישה אומרת "ניתן להתיר רק במפורש בחוק"

גישה ב': פס"ד פילפוביץ ופס"ד תנו לחיות לחיות:

ניתן להתיר הפרטה במשתמע מן החוק החזקה נגד האצילה מתעצמת בהפרטה- ולכן הפרטה תותר רק בנסיבות מיוחדות!

ראינו שבכל אצילה הייתה חזקה נגד אצילה, כי החזקה נגד אצילה קשורה לעקרון חוקיות המנהל שקובע שאם הכנסת מסמיכה רשות, לא משנה אם זה שר או רשות אחרת, הכוונה של המחוקק שאותה רשות תפעיל את הסמכות, לכאורה כל אצילה מנוגדת לחוק ולכן יש חזקה נגד אצילה. גישה ב' אומרת שאם האצילה הזו היא לגוף פרטי, כלומר "הפרטה", אותה חזקה נגד אצילה מתעצמת. עוד יותר עוצמתית ולסתור אותה נדרש נסיבות מיוחדות ובמקרים חריגים בלבד. עקרון החוקיות המנהל נגד אצילה ואם האצילה היא לגוף פרטי עוד יותר אנחנו נגד.

הסיבות שמחזקות את החזקה נגד אצילה: ניגוד עניינים כי יש חשיפה לתחרות כלכלית. בעיה של כפיפות ארגונית כי לא כפוף למנהל הציבורי והארגון המנהלי כפוף לעובד בחב' מסחרית בוס או מנהל שהוא צריך להוכיח שהוא עובד טוב ולא מעניין אותו האינטרס הציבורי. מה שמעניין כמה החב' מרוויחה וכמה העובד תורם לחב'. יש בעיה של כפיפות לדין משמעתי אם עובד מדינה יש נוהל עובד בחב' מסחרית לא מעניין אותו.

אמרנו שלגבי כל אדם שהוא לא שר יש חזקה נגד אצילה, לגבי שר "החזקה" בעד אצילה כי יש חוק יסוד שמתיר לו לאצול אבל "בהפרטה" "החזקה" גם לגבי שר היא נגד אצילה והיא חזקה עוצמתית.

למה רואים "שהחזקה" גם לגבי שר היא נגד אצילה? יש תנאי ברור "האצלה רק לעובד ציבור".

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

לפי פרשנות א': לא ניתן להתגבר על התנאי הפרטה של שר תמיד אסורה בחוק יסוד.
 לפי פרשנות ב': ניתן להתגבר על התנאי של עובד ציבור אם יש כוונה אחרת משתמעת.

זה אומר שהחזקה שזה "רק לעובד ציבור אלא אם תוכח כוונה אחרת משתמעת מן החוק" ושוב אנחנו חוזרים לחזקה נגד הפרטה. כלומר, גם שר שנהנה מחזקה בעד אצילה (באצילה לעובד ציבור), כשמדובר "בהפרטה" החזקה גם לגבי שר היא נגד הפרטה.

18 במרץ 2018

משפט מנהלי / שיעור 16

הפרטה ("אצילה לגוף פרטי"):

הגענו בשיעור שעבר לגישות, דיברנו על איך בוחנים חוקיות הפרטה.
 "הפרטה" זה "אצילה לגוף פרטי". אם זה "הסתייעות" זה לא נכנס לקטגוריה של הפרטה אלא "מיקור חוץ" וחזקה שהוא מותר לפי פס"ד פילפוביץ

חוקיות ההפרטה:

איך נבחן את חוקיות ההפרטה?

מניעה בחוק יסוד?

שלב ראשון: יש לבחון אם יש מניעה לבצע הפרטה בחוק היסוד? למי יכולה להיות מניעה בחוק יסוד לבצע הפרטה? אך ורק לשר, לכן אם זה סמכות רגילה שלא של שר (דוג: רשות) אין מניעה.

סמכות רגילה (שלא של שר):

אין מניעה

סמכות של שר:

יש מניעה בסעי' 33 (ב) לחו"י הממשלה: "לעובד ציבור". שתי פרשנויות: פרשנות א + פרשנות ב

פרשנות א':

יש תנאי "לעובד ציבור". זה תנאי ברזל לעולם לא ניתן להתגבר עליו. ולכן הפרטה של שר אסורה בחוק יסוד

פרשנות ב':

גם על התנאים אפשר להתגבר אם יש כוונה אחרת משתמעת מן החוק שזה הסייג שנמצא בס"ק (ה) ואפשר להתגבר בכוונה אחרת משתמעת מן החוק

הגישות להפרטה בפסיקה:

גישה א': הפרטה אסורה אלא אם הותרה במפורש בחוק,

גישה ב': ניתן להתיר גם במשתמע מן החוק- החזקה נגד מתחזקת, ולכן תותר רק בנסיבות מיוחדות

גישה א' לא מסתדרת עם פרשנות א':

פרשנות א' אומרת אצילה של שר "לעובד ציבור" זה תנאי ברזל. מכאן שהפרטה אסורה. האם בהיתר מפורש ניתן להתיר? גישה א' אומרת שאם המחוקק יתיר במפורש בחוק אז זה מותר, אם לפי פרשנות א' חוק היסוד אוסר אז זה לא יעזור שהמחוקק יתיר במפורש כי זה נוגד חוק יסוד.

גישה א' לא מסתדרת עם פרשנות ב':

פרשנות ב' אומרת שהתנאי "לעובד ציבור" אפשר להתגבר אם יש כוונה אחרת משתמעת מהחוק. ובגישה א' מדובר רק על "מפורש" ולא "במשתמע".
 לכן גישה א' לא מתאימה לפרשנות א' או ב'.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

תשובה למבחן:

גישה א' חלה רק על סמכויות שהם לא של שר(זו גישה שלא טובה לשרים רק לסמכות רגילה גישה ב' יכולה לחול על כל הסמכויות, סמכות של שר או סמכויות רגילות. זו הגישה שאומרת שאפשר להתיר הפרטה גם במשתמע, היא מתאימה לשרים עפ"י פרשנות ב' וגם לסמכויות רגילות

הערה: כשדיברנו על "נגד אצילה מתחזקת". מדוע מתחזקת? בסמכויות רגילות יש חזקה נגד אצילה. למה פוגע עקרון חוקיות המנהל? אם המחוקק קבע שמשוהו מסוים יפעיל את הסמכות זה רצון החוק וחזקה שאסור לאצול את הסמכות לאחר. זה לעניין סמכויות רגילות. אז יש כבר חזקה נגד אצילה. כשזה הפרטה, אצילה לגוף פרטי החזקה עוד יותר עוצמתית כי קשה לסתור אותה. לגבי שר, ביחס לעובדי ציבור הייתה לו חזקה בעד אצילה כי הרי "שר רשאי לאצול לעובד ציבור".... "אלא אם כן יש כוונה אחרת משתמעת". הוא בד"כ נהנה מחזקה בעד אצילה אבל בגלל שהתנאי לעובד ציבור בהפרטה לא מתקיים אז חזקה ששר רשאי לאצול רק לעובד ציבור אלא אם כן עפ"י פרשנות ב' יש כוונה אחרת משתמעת מן החוק (זה לפי פרשנות ב'). אז מה שרואים זה מבנה נגד הפרטה כי שר רשאי לאצול רק לעובד ציבור. אם מסתכלים על שר האם יש חזקה לטובת או נגד הפרטה? חוק היסוד קובע כלל "לעובד ציבור". לפי פרשנות ב' אפשר לסתור את זה אם יש כוונה אחרת משתמעת מן החוק. זה חזקה נגד הפרטה שהיא תהיה עוצמתית כי אנחנו נגד הפרטה משיקולים של הבעיות שיש בהפרטה. החזקה נגד הפרטה היא לעומת בעד אצילה שיש לעובד ציבור. למה מתחזקת? לגבי סמכות רגילה אפשר לומר שהחזקה נגד ורק מתחזקת, לגבי שר הייתה חזקה בעד אבל היא מתהפכת והופכת לחזקה נגד הפרטה והיא תהיה עוצמתית כי אנחנו נגד הפרטה משיקולים של הבעיות שיש בהפרטה **דוג**: גורם פרטי נכנס ולא כפוף ארגונית למנהל הציבורי מונע משיקולי רווח רוצה לרצון את הבוס שלו בעבודה ועוד הרבה מאוד בעיות בהפרטה של סמכות שלטונית. מה "שהתחזק" זה לעניין סמכויות רגילות. לגבי שר, היה "בעד" והפך "נגד" נגד בהפרטה בגלל הכלל של "עובד ציבור". עקרונית באצילה לעובד ציבור הייתה לשר "חזקה בעד" והפכה להיות "לחזקה נגד" בגלל התנאי "לעובד ציבור" שאפרש לסתור אותו לפי פרשנות ב' רק אם תוכח כוונה אחרת משתמעת מן החוק.

מתי מתקיימות "נסיבות מיוחדות" שיצדיקו הפרטה?

פס"ד שעסקו בהפרטה נחפש את אותן "נסיבות מיוחדות" אפשר לחלק ל-3 קטגוריות. הערה: כל הפרטה היא אופקית קיצונית כי זה מארגון מנהלי החוצה למגזר הפרטי. לכן אין טעם לדון אם זה אופקי או אנכי מבחני עזר, בוחנים הכל כמו בכלל ההסדרים, יש דברים שתומכים בהפרטה ויש שמתנגדים. ייתכן שיש יותר מבחנים שמתנגדים ואז לא נכיר "בנסיבות מיוחדות" שמצדיקות הפרטה

1. אופי הסמכות המופרטת:

יש לבדוק מה אנחנו מעבירים, לשים לב לקריטריונים הבאים:

א. מהות שיקול הדעת המועבר?

ככל שנפעיל שיקול דעת פחות מורכב אז ייתכן שיתקיימו נסיבות מיוחדות שנתיר הפרטה אבל אם שיקול דעת מורכב שדורש איזון בין שיקולים מתנגשים וכו', זה בד"כ לא נרצה להפריט.

פס"ד תנו לחיות לחיות:

יש תפקיד להגן על בריאות הציבור מחיות משוטטות. חתולים משוטטים שנראים חשודים במחלה שמשכנת את הציבור. יכולים לעביר מחלות. מי שמוסמך בחוק זה הווטרנר העירוני. הוא אמור לזהות חיות משוטטות שנראות חשודות. **דוג**: זנב מקופל, קצף בפה וכו'. אוספים את החיה מהרחוב בודקים אותה וצריך להפעיל שיקולי דעת: מצד אחד, עפ"י כל מני חוקים לומדים על ערך בעלי החיים לא לצער אותם יותר מדי ולכבד אותם. לכן אם החתול סתם בדיכאון לא "נוריד אותו" נטפל בו ונחזיר אותו לרחוב. מצד שני, בריאות הציבור לא יכולים שישכנו את הציבור.

הבעיה שהווטרנרים העירוניים יש להם הרבה תפקידים ורוצים להעביר לחברה פרטית. ואז ברור מה

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

יקרה לחתולים, גם אם יש לו קולר אם אפשר לאסוף בלי שאף אחד יראה יאספו אותו. וגם אם לא ממש חולה "יורידו" אותו כי זה כסף טוב. ויפעילו מתקן להמתה של חתולים. אם להמית חתול בצורה הומאנית עולה הרבה כסף, אז ימיתו אותם בצורה אכזרית שהיא לרוב זולה יותר. הייתה המתה המונית של חתולים בגריסה.

את **השופטת דורנר** זה הטריד, והקריטריון הראשון שצריך להיות הוא: "שיקול דעת מורכב". לשקול את זכויות בעלי החיים מול בריאות הציבור ולאזן ביניהם. ורק כשיש סכנה מהותית לבריאות הציבור להמית את החיה. שיקול דעת מורכב כזה להעביר לחברה שכל מה שמעניין אותה זה "לגרוס" זה בעיה.

כל גוף פרטי יש לו בעיה של ניגודי עניינים והרבה פעמים משיקולים של רווח. האם ניתן לחשוב על פתרון שיפחית את התמריץ שלהם לגרוס כמה שיותר חתולים בדרך לא הומנית? ראשית, יש שלוודא שלא משולם להם פר ראש כי אחרת ימיתו את כולם.

הערה:

אם הווטרנר מאבחן והחב' ממיתה בלבד בפיקוח הווטרנר שהוא זה שאחראי על הקמת מתקן ההמתה וקובע את דרך ההמתה אז זה היה "מיקור חוץ" כמו **פס"ד פילפוביץ** כי לחברה לא היה שום שיקול דעת מהותי, אותו הדבר **פס"ד המרכז האקדמי** בהפרטת בתי הכלא אם שבס היה יושב בתוך הכלא ומנהל אותו ואחראי לכל מה שקשור לזכויות האסירים בכלא והחב' הפרטית הייתה בונה את הכלא ואחראית על ניקיון/ מטבח/ כביסה (כמו שהחב' פה רק ממיתה אין לה שום שיקול דעת הווטרנר הוא זה שמחליט על המתה) אז זה היה "**הסתיעות**" ולא "הפרטה" והיה עובר את מבחן בג"צ אבל ברגע שמעבירים את כל התפקיד אז אנחנו בהפרטה.

אם הווטרנר היה קובע **הסדרים ראשוניים**, קובע כללים כאלו: כל חתול שאספתם אותו לעשות דגימת דם, את דגימת הדם שולחים למעבדה שאני קובע, אם יוצא תוצאה X, יש להמית את החתול בכל מקרה אחר מחזירים לרחוב. אז זה היה רק "הסתיעות" החב' הייתה אוספת חתולים, שולחת בדיקות וממיתה בהחלטת הווטרנר כמעט ללא שיקול דעת. אבל, הוא לא קבע מנגנון ברור לטיפול חתול והשאיר לחב'. לא קבע הסדרים ראשוניים.

הערה:

העובדה שלא קבע הסדרים ראשוניים האם זה לא "חזקה שאסור"? לא, כי כלל ההסדרים לא חל פה כי זה לא מדובר על החלטה מהותית גורלית הסמכות של הווטרנר פה היא לא להתקין תקנות אלא לדאוג לבריאות הציבור, לפעמים רשות מקבל סמכות להתקין תקנות אבל זה לא המקרה פה.

מה האפשרויות? הכי חשוב שעפ"י החוזה עם החב' התחשיב של התשלום לא יהיה עפ"י ראש, כי אם יקבלו רווח עפ"י ראש יהיה רצח המוני של חתולים מצד אחד, אם רוצים לשמור על זכויות החתולים ולתמרץ על בסיס כלכלי, יקבע שכל חתול שתחזירו לרח' תקבלו בונוס, מצד שני, גם זה בעיה כי יחזירו חתולים חולים. איפה היו בעיות? הייתה בעיית פיקוח, הווטרנר העירוני לא קיבל בדיקות מעבדה, כלום ממה שקורה בשטח רק נייר בסוף כל חודש כמה חתולים המיתו. לא בגרור ואיך המיתו, מה היה מצבם הבריאותי וכו'...

סיכום:

זה תלוי ברמת המורכבות, האם שיקול הדעת מורכב? אם זה ממש פשוט כמו להוציא תדפיס ב**פס"ד פילפוביץ** אז זה "**הסתיעות**", זה יכול להיות קצת מורכב אבל לא מאוד מורכב, ואז זה "**אצילה**" שאפשר להתיר אותה וגם נסיבה

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

מיוחדת להתיר הפרטה, ואם זה מאוד מורכב זה **אצילה הפרטה** שלא נרצה להתיר.

ב. מי מגבש את התשתית העובדתית?

מה החשש כשנותנים לגוף הפרטי לקבוע גם מה העובדות? סילוף העובדות. **דוג**: פקח עירוני שהופרטה לו סמכות לאכוף את דיני החניה. יש לו מכסה שצריך להגיע אליה "ממציאים דוחות". הקצה באדום לבן והשאר בכחול לבן והם נותנים דוח. אנחנו חוששים מגיבוש התשתית העובדתית בידי הגוף הפרטי.

פס"ד תנו לחיות לחיות מה יקרה עם החתולים? החב' הפרטית תטען שכולם חולים ולכן צריך להמית אותם. מה יעשה הוטרנר בעניין העובדות? כל חתול אספתם ייבדק במעבדה שהוטרנר קובע ולא דוח מעבדה של החברה הפרטית. המעבדה ניטרלית. והיא תעדכן את הוטרנר בתוצאות הבדיקות. **דוג**: נניח 200 חתולים הומתו אבל רק 100 יש להם ממצאים של המעבדה חיובי בכלבת. לפחות יהיה לו מדד מה עשו עם החתולים.

ג. כמה ההנחיות מפורטות?

אמרנו "שבהפרטה" יש חזקה נגד הפרטה והחזקה עוצמתית אז אנחנו רוצים שהשר או מי שמפריט ינטרל את כל ההשפעות השליליות של ההפרטה ובטח צריך להנחות את הגוף הפרטי בצורה מאוד מדוקדקת. **פס"ד המרכז האקדמי** בהפרטת בתי הכלא? הבעיה לעניין הנחיות מאוד מדוקדקות שאי אפשר לקיים זאת כי החיים בכלא בלתי צפויים. בחתולים? אפשרי לתת הנחיות מפורטות, רק חתול שנראה כך וכך יש לאסוף אותו, יקבעו הנחיות מפורטות איך מטפלים בחתול. את מי אוספים? לאיזה מעבדה שולחים? (שהוטרנר יקבע). בהתאם לתוצאות יש לפעול כך וכך.

ד. נגיעה לזכויות אדם?

פס"ד המרכז האקדמי - הפרטת בתי הכלא

פס"ד בורוביץ - הרשויות שצריכות לאכוף פלילית ואין להם אורגנים לאכיפה: עוסק ברשויות שהרבה פעמים צריכות לאכוף פלילית אבל אין להם אורגנים של חקירה.

דוג: בעניין של בזק, פילברג ואלוביץ החקירה התחילה ברשות לניירות ערך, כיום לרשות יש אורגן חקירתי שחוקר עבודה. החקירה הסתיימה בלא כלום ואז המשיכו בהאזנות סתר ותפסו אותם על שיבוש ועכשוו חותמים כולם על עדי מדינה.

רשות שצריכה לאכוף פלילית בלי אורגן חקירתי, הרשות להגבלים עסקיים, ייתכן שהיום כבר יש להם אבל אז לא הייתה. מה עושים איך אוכפים את החוק הפלילי כשיש חשד להסדר כובל בשוק הביטוח למי פונים? לרשות אין גוף חקירה אורגני. פונים למשטרה שיחקרו אבל המשטרה אין לה משאבים. מה עושה הרשות? הפרטה לחוקר פרטי.

הערה: האם זה לא נחשב "הסתייעות" out sourcing? לא, כי אם הגוף מנהל חקירה פרטית זה עניין רגיש, מורכב עם שיקול דעת כ"כ מהותי שנוגע לזכויות אדם. נותנים את הלב של הסמכות. הרבה זכויות יכולות להיפגע מעצם החקירה, גם אם הגוף הזה לא קובע כלום ורק מעביר ממצאים, אם לא יקפיד לתת לנחקר להיוועץ עם עו"ד יש פגיעה קשה בנחקר.

אחת הבעיות הקשות בהפרטה זה הניגוד עניינים, למה לתת לחוק פרטי לחקור חברות ביטוח זה ניגוד עניינים קשה, הלקוחות הכי גדולים של חוקרים פרטיים זה חברות ביטוח. מתי מפעילים חוקר פרטי?

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

כשחברת הביטוח חושדת שמבוטח שלה עובד עליה. היא תשלח חוקר פרטי שיחקור את כל התביעות שלו. נניח שיש הסדר כובל והיו מעורבות כל חבי הביטוח, אז חלק של הלקוחות של החוקר הוא יטיב עימם וחלק אחר לא יהיה אכפת לו לפגוע בהם. גם אם אותו חוקר פרטי אין לו כרגע לקוחות שהם חבי ביטוח רואים קדימה יסתכל קדימה אם מי רוצה לעבוד בעתיד ופחות יטריד אותם

איזה זכויות אדם נפגעות בניהול החקירה? נניח שהחוקר הפרטי מבצע חקירה ראשונית של ההסדר הכובל ולא מוצא כלום, האם הוא יחזור לרשות ויאמר לה "לא היה כלום צריך לסגור את התיק" כדאי לו לעשות את זה? ממש לא. כי אם מקבל פר שעות עבודה לא יקבל כלום. הוא ירצה לקחת ראיות קלושות וירצה להפוך אותם לאחד התיקים החמורים בענף הביטוח. יש ניגוד עניינים מוטה נגד זכויות האדם. לכן, כשיש נגיעה לזכויות אדם של הסמכות אנחנו ניטה לא לאשר הפרטה. נאשר "בנסיבות מיוחדות" כשיש הפרטה של סמכות שלא נוגעת באופן ממשי בזכויות אדם.

מה עם הפקח חניה? גם זה אכיפה אבל מדובר בעבירות קנס פעוטות, 250 ₪ זה לא פגיעה קשה בזכויות אדם.

2. אופי הגוף הפרטי:

א. הכשרה:

ברור שהפרטה תפסל אם הגוף הפרטי לא מוכשר לתפקיד. **דוג**: נניח שמבחינת המשפט המנהלי הפרטה בתי הכלא זה בסדר כי נעשתה בחוק בהנחה שהמחוקק אמר את דברו. אבל, עדיין אם היו מבצעים את הפרטה היו צריכים לדאוג להכשרה ראויה לסוהרים של הגוף הפרטי, לא יכולים לשים אנשים בכלא בלי ללמד אותם איך מנהלים כלא, מה לגבי החתולים? אז רק מעבדה שיודעת לאבחן, או להכשיר איך להמית ללא סבל, הזרקה. צריך הכשרה. לא ניקח משהו ללא הכשרה.

ב. רמת ניגוד העניינים

צריך לבדוק את רמת ניגוד העניינים, איזה הפרטה יש לה רמת ניגוד עניינים נמוכה יחסית? צריך שרמת הניגוד עניינים תהיה נמוכה.

דוג: חוקר פרטי שאין לו כיום נגיעה לשוק הביטוח, אם ייתכן מצב שיעסוק בעתיד זה יכול ליצור הטיה אבל לפחות היום אין לו נגיעה.

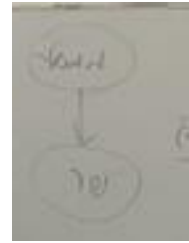
3. רמת הפיקוח:

אם יש חזקה מוגברת נגד הפרטה, ובהפרטה איזה רמת פיקוח אנחנו רוצים? מוגברת. אנחנו חשדנים כלפי הפרטה והחזקה נגד הפרטה היא עוצמתית וכדי לסתור אותה צריך להראות שרמת הפיקוח היא מאוד טובה שכל החששות בהפרטה לא מתקיימים. **דוג**: אם הוטריר היה קובע את המעבדה שתיתן את התוצאות והיה מבקר במתן ההמתה והיה מפקח על דרך ההמתה. הערה: כל הפרטה היא אופקית קיצונית כי לוקחים מארגון מנהלי לסקטור הפרטי וכשמפריטים זה אופקי קיצוני ויש להראות שיש רמת פיקוח מאוד טובה

נטילת סמכות:

סוגי נטילת סמכות

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד



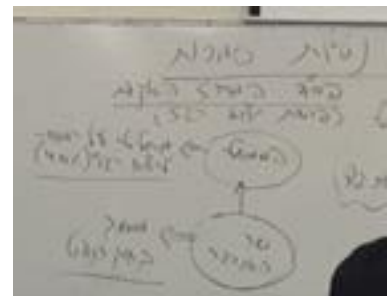
1. הממשלה נוטלת סמכות של שר :
נטילת סמכות השר מכוח עקרונות היסוד של השיטה

פס"ד המרכז האקדמי (פרשת ייצוא הגז) :

שר האנרגיה הוא מוסמך בחוק הנפט, מוסמך להחליט על המכסה של ייצוא הגז, הממשלה נוטלת אליה את הסמכות של השר, הממשלה מחליטה על המכסה לייצוא הגז במקומו. עקרון חוקיות המנהל אומר שאם השר הוא זה שמוסמך, אז הוא זה שצריך לקבל את ההחלטה. אין בשום מקום בחוק סעיף שאומר שהממשלה מוסמכת לטול סמכות של שר. הנשיא גרוניס אומר שמותר.

איך הממשלה יכולה לקחת לו את הסמכות כשהשר הוא זה שמוסמך? צריך להגיע לעקרונות היסוד שעליהם מבוססת השיטה שלנו, אנחנו משטר דמוקרטי, הגוף העליון שבחר את נציגי הכנסת, נציגי העם נותנים אמונה לממשלה כולה ולא רק לשר. מי שקיבל אמון מנציגי העם זה הממשלה. נציגי העם מביאים ממשלה לכנסת. האמון מיתן לממשלה כולה ולא לשר ספציפית. זה לא יעיל בעליל שהממשלה שלנו תפעיל את כל הסמכויות כגוף אחד כי אז צריך לגייס את כולם לכל דבר, הכנסת לא מסרה לממשלה למרות שהיא זו שקיבלה את האמון והיא הגוף העליון בהיררכיה כי זה לא יעיל למסור את כל הסמכויות לממשלה לכן מחלקים את תחומי אחריות הממשלה למשרדים ושמים בראשו שר. השר שם לא כי הכנסת רצתה שהוא יקבל את ההחלטה במקום הממשלה אלא משיקולי יעילות יותר נכון לחלק לשר אחד עדיין האחריות של הממשלה כולה ולכן בנושאים רגישים כמו בכלל ההסדרים נישאים שהם עקרוניים חשובים וכי השר הספציפי יקבל החלטות והממשלה שהאחריות עליה היא מחוץ לתמונה, משמע חל פה כמו כלל ההסדרים שמדבר על החלטות גורליות מהותיות ביחסים בין הכנסת לרשות המבצעת, כלל דומה חל ביחסים בין הממשלה לשר.

השר יטפל בענייני משרדו אבל כששיש עניינים שהם מהותיים גורליים וחשובים הממשלה יכולה להיכנס בנעליו ולקבל את ההחלטה בעצמה, לכן לא חייבת אבל אם עושה את זה יש לה סמכות. כל מה שעקרוני מהותי גורלי עדיף שההממשלה כולה תקבל את ההחלטה ולא השר הספציפי. ראוי שהשר יביא את זה לממשלה אם זה עניין עקרוני מהותי וגם אם לא הביא הממשלה צריכה לטול ממנו. זה נטילת סמכות מכוח עקרונות היסוד של השיטה. כאשר הממשלה מטילה משר. הוכר בפסיקה. הממשלה בכל עניין שרואה שהוא חשוב ועקרוני יכולה ליטול מהשר את הסמכות ולהחליט בעניין בעצמה.



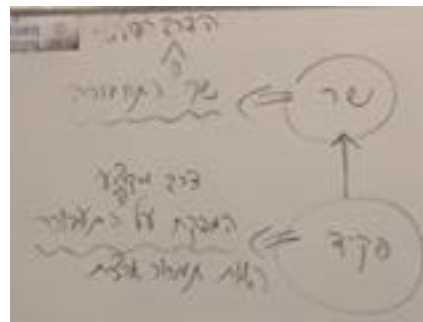
נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

2. השר נוטל מפקיד במשרדו (או מפקיד הכפוף לפיקוח השר):
זו נטילה שיש לה עיגון בחוק סעי' 34 לחו"י הממשלה.

פס"ד חורב:

סגירת כביש בשבת. דיברנו על זה בכלל ההסדרים. חשין אמר שאם זה היה רח' קטן זה לא דבר עקרוני מהותי גורלי אבל סגירת כביש ראשי זה מכיל את כלל ההסדרים. באותו פס"ד הופעלה נטילת סמכות.

מי הפקיד שמוסמך לסגור כבישים בשבת? המפקח על התעבורה. איזה סמכות יש לו שקשורה להסדרי תנועה? הוא רשות תמרון ארצית שהיא קובעת הסדרי תנועה לרשויות מקומיות. המפקח על התעבורה אומר לרשות התמרון המקומית בירושלים "בר אילן זה מקום רגיש יש לסגור בשבת". השר הוא שר התעבורה, "החץ" מהפקיד לשר. השר הוא הדרג הפוליטי. המפקח על התעבורה הוא נניח דרג מקצועי במשרד. למה לתת לפוליטיקאים להתערב למקצוענים? היו הפגנות, זה היה רגיש. השופט ברק התחיל את פס"ד כשאמר "כביש בר אילן הוא לא רק כביש אלא סמל של המאבק על המרחב הציבורי". למה תומכים בזה שהדרג הפוליטי יתערב? השר מייצג את הממשלה. הממשלה נבחרת בדמוקרטיה ועליה האחריות לציבור היא אחראית לכל תחום. אם מטילים על משהו אחריות, אין אחריות בלי סמכות, לא ניתן לומר לממשלה "את אחראית לכל התחומים אבל הפקידים ישלטו בך" לכן חיי לתת לדרג הפוליטי להכתיב מדיניות ולאכוף אותה.



25 במרץ 2018

משפט מנהלי / שיעור 17

המשך- נטילת סמכות:

דיברנו על סוג ראשון של נטילה מכוח עקרונות היסוד הממשלה נוטלת משר. עכשיו מדברים על שר נוטל מפקיד
נטילה מכוח עקרונות היסוד, כשהממשלה באה בנעלי השר. כמו בפרשת יצוא הגז סוג שני של נטילה
כשהנטילה ע"י שר סעי' 34 לחו"י הממשלה.

2. נטילה ע"י שר- השר נוטל מפקיד במשרדו (או מפקיד הכפוף לפיקוח השר):
סעי' 34 לחו"י הממשלה:

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

תנאי I: שר הממונה על ביצועו של חוק.

זה הנוסח של הסעי'. , זה התנאי הראשון, לא כל שר יכול ליטול אלא "שר ממונה על ביצוע של חוק". הרעיון של נטילה זה כשיש "שר" והוא נוטל "מפקיד". הפקיד הוא דרג מקצועי. השר הוא דרג פוליטי. דיברנו על ההיגיון, למה לאפשר לדרג הפוליטי להתערב בדרג המקצועי? כך עובדת הדמוקרטיה שלנו, אנחנו בוחרים ממשלה ולא את אנשי המקצוע, הממשלה צריכה ליישם מדיניות ואנחנו נשפטו אותה. על איזה תחומים הממשלה אחראית? על מה הממשלה צריכה ליישם מדיניות? כל התחומים. אין תחום שהיא לא אחראית עליו ואנחנו "אין אחריות בלי סמכות". אם מטילים על הממשלה אחריות בכל התחומים צריך לתת לה את הכלים.

כלי אחד- סמכויות הממשלה השיוריות:
 אין חוק שנותן לה סמכויות אז חוק היסוד ייתן לה סמכויות שיוריות.

כלי שני: נטילת סמכות:
 אותו שר במשרד כשרואה שפקיד פועל בדרך שמסכנת את מדיניות הממשלה יכול לטול ממנו את הסמכות ולהפעיל אותה בעצמו, ובא חוק היסוד ואומר "חזקה שהנטילה הזו מותרת" למה? כי כך עובדת הדמוקרטיה שלנו אלו הם עקרונות היסוד. השר יושב בממשלה והוא נושא באחריות של כל אותו תחום.

באיזה תחום יכול לטול סמכויות? בתחום שממונה עליו. שר חינוך לא ייטול סמכויות ביטחון זה לא קשור לתחום אחריותו.
 כל שר ממונה על תחום מסוים עבור הממשלה ומייצג את הממשלה באותו תחום וכדי להגשים את הממשלה באותו תחום הוא יכול לטול בתחום שלו חוק. זה התנאי הראשון.

תנאי II: למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי.

לא מדובר על "יועץ משפטי" אלא פקיד שיש אופי שיפוטי לסמכות שלו. יועץ משפטי רק מייעץ מה המצב החוק לפקידים ולשר.
 איך נבדיל אם מדובר בסמכות שיפוטית או מעין שיפוטית? כשיש סכסוך בין צדדים. מי שמוסמך להכריע בסכסוך בין שני צדדים והתפקיד שלו זה לעשות צדק בין אותם צדדים.

המבחן: מבחן הסכסוך (בלטינית LIS):

דיברנו על זה גם "באצילה" אחד המבחנים לסתירת החזקה באצילה שואל מה סוג הסמכות שמאצילים, אם זה סמכות מנהלית רגילה יש נטייה יותר נטייה לאפשר, אם זה חקיקתית אסור בחוק יסוד, שיפוטית ומעין שיפוטית גם הנטייה נגד. כאן, זה שולל את נטילת הסמכות בכלל. "למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי". המבחן הוא "מבחן הסכסוך" אם באים בפני שני צדדים ואני אמור לעשות ביניהם צדק אז אני גוף שיפוטי או מעין שיפוטי.

דוג: גוף ציבורי מנהלי- וועדה מחוזית לתכנון ובניה. אפשר להגיע אליה בהתנגדויות לתוכנית שאישרה וועדה מקומית. הלכנו לוועדה מקומית וביקשנו היתר בניה וקיבלנו היתר מהוועדה. השכנים מגישים התנגדות לוועדה המקומית. מי יופיע בפני הוועדה המקומית? יוזם ההיתר מי שמבקש לבנות רוצה היתר וקיבל היתר מהוועדה המקומית והמתנגדים. הוועדה המחוזית בוחנת את טיעוני המתנגדים ומחליטה אם מוצדק להגביל את ההיתר וכו'. היא גוף שיפוטי או מעין שיפוטי כי מכריעה בסכסוך בין שני צדדים.

דוג: יועץ משפטי לממשלה. יש לו סמכות להגיש כתב אישום או במקרים מסוימים זה יהיה בכפוף לשימוע, נניח צריך לקבל החלטה בתיקי ראש הממשלה, כרגע 1000 ו-2000 מסוכמים ומוכנים להחלטה שלו. 4000 עדיין בתנועה יש עוד חקירות וכו'. יכול לקבל החלטה בתיקי 1000 ו-2000 יש שמוע לראש הממשלה וצריך לקבל החלטה אם להגיש או לא כתב אישום. האם ממלא פונקציה שיפוטית או מעין שיפוטית? לא. בא בפניו צד אחד נניח ראש הממשלה שאומר שקיבל מחבר ומותר לקבל מחבר זה לא שוחד או הפרת אמונים זה "חבר

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

מפנק חבר". בא בפניו צד אחד ראש הממשלה והפרקליטים שלו ויטענו שאין מקום להגיש כתב אישום. בפני היועמ"ש יש רק צד אחד ראש הממשלה ופרקליטיו שמנסים לשכנע שלא צריך להגיש כתב אישום, מי שמכריע זה היועמ"ש. בא בפניו צד אחד זו החלטה מנהלית רגילה. ברור שכתב האישום עובר הליך פלילי בבימ"ש שם זה כבר הליך שיפוטי יש שם שתי צדדים שם המדינה מאשימה והנאשם מתגונן וזה כבר הליך שיפוטי.

סיכום: היועמ"ש צריך להחליט אם להגיש כתב אישום בתיק 1000 + 2000. ישמע את ראש הממשלה בשימוע ויקבל החלטה. האם זו החלטה שיפוטית או מעין שיפוטית? לא! היא לא שיפוטית ולא מעין שיפוטית כי אין סכסוך. בא בפניו צד אחד שאומר לו שלא מוצדק שיפעיל את סמכותו להגיש כתב אישום. היועמ"ש ישמע ויחליט אם להגיש כתב אישום. אם יחליט שמוצדק להגיש כתב אישום הוא לא החליט בסכסוך בין שתי צדדים אלא שמע צד אחד שזה הנאשם ולא קיבל את טיעונו והגיש כתב אישום. מי שידון בהליך הפלילי הוא כבר שיפוטי (בימ"ש) כי פניו באים שתי צדדים. יש את המדינה שמאשימה והנאשם בהליך הפלילי.

מה הוא הליך "מעין שיפוטי"?

רשות מנהלית. הרי שיפוטי זה בתי המשפט, אבל "מעין שיפוטי" זה כמו הוועדה לתכנון ובניה. כי רשות מנהלית התפקיד שלה הוא מעין שיפוטי כי היא מכריעה בסכסוך. הערה: האם "בורר פרטי" הוא הליך שיפוטי או מעין שיפוטי? לא. הוא לא מעניינו אם היה חוק שקובע הליך חובה בפני בורר מטעם המדינה אז הוא היה הליך שיפוטי כי דן בסכסוך בין שתי צדדים.

דוג: בהתנתקות מחבל עזה היה "**חוק הפינוי והפיצוי**". החוק הקים רשות לפסיקת פיצויים למפונים. אדם הגיש בקשה לפיצוי היה לו קניין חממות בית וכו'. נגרם לו נזק קנייני מבקש פיצוי עפ"י הקריטריונים בחוק. היה צריך להופיע בפני הרשות הזו ולהגיש את הבקשה. היה דיון והרשות הייתה פוסקת מה הפיצוי שמגיע לו. האם הליך שיפוטי או מעין שיפוטי? ("שיפוטי" או "מעין שיפוטי" זה אותו הדבר, מבחינתנו או שזה "מנהלי" או שזה שיפוטי). הליך מנהלי. כי בפני הרשות יש צד אחד שהוא המפונה. אם החוק היה אומר שבאותו הליך שהמפונה מבקש פיצוי יופיע גם נציג מטעם המדינה שיתנגד לבקשה אז זה היה "שיפוטי". אבל המדינה אין לה התנגדות עקרונית לפצות את המפונים, להיפך, היא רוצה לפנות את כולם. לכן מופיע צד אחד בלבד בפני הרשות שטוען שעפ"י הקריטריונים של החוק מגיע לו פיצוי. והוועדה תפסוק עפ"י הקריטריונים של החוק. אין שתי צדדים אלא צד אחד שהוא המפונה ולכן הליך מנהלי רגיל.

דוג: שומת מס. פקיד השומה קובע שומת מס. בשלב ראשון האם מדובר בהליך מנהלי או שיפוטי/ מעין שיפוטי? מנהלי. כרגע יש "נישום" צד אחד ויש פקיד השומה שקובע שומה. כרגע צד אחד אז מדובר בהליך מנהלי.

נניח שאפשר להגיש השגה לאותו פקיד שומה האם מדובר בהליך מנהלי או שיפוטי? מנהלי. הנישום מגיש השגה לאותו פקיד שומה על השומה שלו. אותה סמכות דנה שוב בהחלטה שלה. אם אח"כ אפשר להגיש ערעור על ההחלטה של פקיד השומה לוועדת ערעור של רשות המיסים אז זה שונה, כי כל עוד שהיינו מול פקיד השומה זה אנחנו מול פקיד השומה לוועדת ערעור של רשות מנהלית ואנחנו צד אחד מתנהלים מולו. ברגע שעולים מהרף לערכאת ערעור כלשהיא זה כבר שתי צדדים, והופך להיות שיפוטי, כי אני אומר ההחלטה של פקיד השומה היא לא נכונה עפ"י החוק ופקיד השומה מגן על ההחלטה שלו ואותה וועדת ערעור צריכה להחליט. כמובן שאח"כ מגיעים לבימ"ש בערעור אז בימ"ש מחוזי כמובן שהוא שיפוטי.

הערה: החוק של המיסוי יכול לקבוע ערכאות שונות להגשת הערעור, אם ההשגה מוגשת לאותו פקיד שומה ראשוני אז זה מנהלי רגיל אבל זה וועדת ערעור זה "מעין שיפוטי".

הערה: אנחנו קוראים לזה "מעין שיפוטי" כי זה שיפוטי בתוך המנהל הציבורי ולא ברשות השופטת. "שיפוטי" זה בד"כ הרשות השופטת עצמה. "ומעין שיפוטי" זה רשות מנהלית שעושה תפקיד שיפוטי.

דוג: יש אפשרות להסיר חסינות של חבר כנסת. אי אפשר לעצור אותו. אבל היועמ"ש יכול להסיר את חסינותו של הח"כ בפני חיפוש.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

היועמ"ש מגיש את הבקשה לוועדת הכנס. וועדת הכנסת יכולה להמליץ למליאת הכנסת אם להסיר את החסינות. ומליאת הכנסת תקבל את ההחלטה. מי מופיע בפני מליאת הכנסת? היועמ"ש מגיש את הבקשה להסרת החסינות. הח"כ מתנגד שתוסר חסינותו. יש שתי צדדים. היועמ"ש אומר תסירו את החסינות שלו הח"כ כי הוא מעורב בפלילים והח"כ מתנגד. וועדת הכנסת היא מעין שיפוטית כי באים בפניה שתי צדדים היועמ"ש והח"כ. וגם מליאת הכנסת היא מעין שיפוטית כי צריכה לדון שוב בסכסוך בין שתי צדדים בעניין הסרת החסינות. הערה: הדין פה הוא לא לעניין "הנטילה" אלא מי הוא שיפוטי או מעין שיפוטי.

סיכום:

כל עוד שיש צד אחד מדובר בהליך מנהלי רגיל, שני צדדים בסכסוך מדובר בהליך שיפוטי.

תנאי III: הנתונה עפ"י אותו חוק לעובד מדינה גישת המרצה: יפורש בהרחבה כ"עובד ציבור"

התנאי אומר שלא ניתן ליטול כל סמכות שבא לך, אתה ממונה על ביצוע חוק מסוים אתה יכול ליטול מפקיד שקיבל סמכות מאותו חוק. לא יכול לטול מגורמים אחרים כל שר רשאי ליטול בתחום שאחראי עליו. זה סמכות שנתונה עפ"י אותו חוק שאתה ממונה עליו היא נתונה לאותו פקיד. תנאי אחד ושלוש זה אותו הדבר. הסעיף ממשיך ואומר "אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק" זה סתירת החזקה.

סתירת החזקה: אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק

תנאי IV: השר רשאי לעשות כאמור לעניין מסוים או לתקופה מסוימת

סוף הסעיף מוסיף עוד תנאי רביעי, יהיה בסימן שאלה לא ברור שזה תנאי אבל צריך לפרש כתנאי. מה שהסעיף יכול היה לומר: שהשר לא חייב לקחת את הסמכות לתמיד אלא יכול לעשות את זה לעניין מסוים או תקופה מסוימת. שזה יכול להיות נטילה שהיא לא מוגבלת וגם לעניין מסוים. אבל הפרשנות שאומרת שזה תנאי, אומרת שזה חייב להיות מוגבל, שר לא יכול ליטול סמכות לתמיד אלא מוגבל לתקופה מסוימת ולעניין מסוים.

למה נפרש את זה כתנאי שזה חייב להיות מוגבל? מי העניק את הסמכות לפקיד? המחוקק. רצון העם. המחוקק אמר "לא הדרג הפוליטי יפעיל את הסמכות אני רוצה דרג מקצועי אני רוצה פקיד" המחוקק חשב שזה יהיה נכון שהדרג המקצועי יפעיל את זה. חוק היסוד נתן התערבות חריגה לשר, כי אם השר נוטל לתמיד ולא באופן מוגבל זה פוגע בהפרדת הרשויות וברצון העם. למעשה שר שהוא חלק מרשות מבצעת משנה את החוק של הכנסת. הכנסת אמרה "הפקיד מוסמך" ובא השר ונוטל לתמיד, בנטילה הוא משנה את החוק של הכנסת, כי הכנסת אומרת "הפקיד יפעיל" ובא השר "ומצפצף" ואומר אני יפעיל את הסמכות הזו. זה מפר את האיזונים והפרדת הרשויות. אנחנו רוצים לאפשר לשר להתערב אבל כעניין חריג. לא שיעביר את כל הסמכויות אליו

דוג: התערבות מוגבלת של השר. מנהל רשות העתיקות. הסמכות שלו לנהל את העתיקות, להגן על אתרי עתיקות וחפירות בישראל בתחום הארכיאולוגיה דורשות רישיון. הסמכות של מנהל העתיקות לתת רישיון לחפירות ארכיאולוגיות. משלחת ארכיאולוגים מאוניברסיטה העברית רוצה לחפור במקום מסוים. מנהל רשות העתיקות נותן להם רישיון אבל באותו מקום יש גם מסגד. יש פוטנציאל להצתת אינתיפאדה. החלטה רגישה ובעייתית. השר מה יעשה בסיטואציה כזו שבא מנהל רשות העתיקות ומתחיל לחפור במקומות שלא אמורים לחפור שם? איך נעשה את זה "נטילה לעניין מסוים"? מה יאמר השר לרשות העתיקות? במקומות רגישים שאני מגדיר רק אני נותן רישיון ולך למנהל רשות העתיקות אין סמכות. בעניינים של חפירות באתרים דתיים בירושלים רק השר יחליט ולא מנהל רשות העתיקות. ומה זה "נטילה לתקופה מסוימת"? עכשיו יש רגישות פוליטית זה לא זמן טוב בחצי שנה הקרובה אתה לא מוסמך להתעסק עם זה אח"כ אולי הסמכות תחזור אליך בהמשך. זה נטילה מוגבלת.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

"השר לא יכול לעשות" זה המשמעות שזה תנאי, השר לא יכול להגיד "מהיום והלאה אני מנהל רשות העתיקות וכל רישיונות החפירות זה אני מחליט" הוא לא יכול לעשות את זה כי זה שינוי של החוק של הכנסת. הכנסת לא הסמיכה את השר אלא מנהל רשות העתיקות. ולכן הנטילה חייבת להיות מוגבלת, השר נוטל את המינימום שנדרש כדי להגשים את מדיניות הממשלה. במקרה הזה שר החינוך אחראי על תחומי הארכיאולוגיה.

הערה: אם הר הבית תמיד רגיש בזה יגביל לעניין מסוים אבל לא לתקופה, ואם העניין רגיש עכשיו כי זו תקופה מיוחדת, אז יגביל לעניין מסוים וגם לתקופה של חצי שנה. הר הבית תמיד רגיש ולכן יגביל "לעניין" ולא "לתקופה" אבל יכול להגביל גם "לעניין" וגם "לתקופה".
 אם זה עניין שרגיש רק עכשיו כי יש רגישות פוליטית עכשיו ביטחונית. יגביל רק לתקופה.

סיכום:

מבחינתנו הנ"ל זה תנאי רביעי, הנטילה חייבת להיות מוגבלת.

עכשיו נדבר על סתירת החזקה: אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק מה זה אומר "אם אין כוונה אחרת משמעת מן החוק"? זה כמו "באצילה". אם כל התנאים מתקיימים חזקה שהשר רשאי ליטול, אלא אם כן, יש כוונה אחרת משתמעת מן החוק. המבנה של הסעיף הוא כזה שאם התנאים מתקיימים חזקה שהשר רשאי לטול את הסמכות לעצמו אלא אם כן יש כוונה אחרת משתמעת מן החוק המסמך. ננסה לברר מקרים של "כוונה אחרת..."

מתי נסיק כוונה אחרת משתמעת?

מקרים שבהם אפשר להסיק כוונה אחרת משתמעת ששוללת את סמכות הנטילה:

נטילה על ידי שר – ס' 34 לחוק יסוד: הממשלה

תנאי 1: שר הממונה על ביצועו של חוק

תנאי 2: למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי

תנאי 3: הנונה על פי אותו חוק לעובד מדינה

סתירת החזקה: אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק

תנאי 4: השר רשאי לעשות כאמור לעניין מסוים או לתקופה מסוימת

מקרים שלמרות שחזקה ששר רשאי ליטול למרות שזה גוף קולגיאלי מיוחד, יש פה כוונה אחרת שהוא לא יכול לבטל את כל הגוף הזה ולקחת את הסמכות לעצמו:

נגזר מסתירת החזקה:

א. גוף קולגיאלי מיוחד שלשר יש בו נציג? אם ניתן למחליט אחד, כל אדם בא עם זווית ראייה מסוימת לתפקיד, הוא יהיה מוטה לכיוון מסוים, הוא לא בהכרח יביא את כל האינטרסים בחשבון. ברגע שאני הופך את זה אז כל אחד כבר יהיה נציג של תחום אחר. לדוגמא: מים. יש את יצרני המים, אם אני מגביל את המחיר של מים

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

מינרלים למשל, יצרני המים ייפגעו. מצב שני, באותו גוף יש נציגים לצרכנים ויש נניח את נציג נציב המים והוא כמה שנניח יצרכו פחות מים זה יותר טוב למקורות המים. יש כל מיני אינטרסים שונים והרבה פעמים אני רוצה את האינטרס הציבורי הנקי אז אני שם נציגי ציבור. בסוף אני רוצה שכל אחד ייצג מגזר אחר, סקטור אחר, אינטרסים אחרים ושכל ההחלטה תהיה מאוזנת.

אמרנו שהכוונה של המחוקק בחוק הייתה ליצור גוף מיוחד – אם השר יטול את הסמכות הוא מרוקן מתוכן את כל הרעיון של הגוף הקולגיאל – אנחנו אומרים לשר שהמחוקק כבר חשב עליו, הוא שם לו כמה נציגים והוא צריך לנסות לפקח עם הנציגים שלו בתוך הגוף. אנחנו לומדים כוונה אחרת משתמעת מן החוק.

ב. הסמכות ליעץ לשר -



יש חובת היועצות בין השר לגורם המיעץ. הגורם הוא גורם שמופיע בחוק, הוא לא גורם זר אלא מיעץ סטטוטורי.

נניח שהשר מפעיל את סעיף 34 ונוטל את הסמכות של הגוף – למה יש כוונה אחרת משתמעת? התנאי הבסיסי זה הליך דו צדדי, התייעצות זה תמיד הליך שכנוע דו צדדי. כלומר, יש לך איזה עמדת ביניים, אתה פונה לגורם המיעץ ושואל את דעתו, הגורם המיעץ אומר אם כן או לא ואתה צריך לקבל את ההחלטה הסופית אחרי שהתייעצת. אם נטלת את הסמכות של המיעץ זה נגד כל הרעיון של החוק להטיל חובת התייעצות, ברור שלא אפשרי.

ג. גופים בעלי עצמאות מיוחדת –

למה התביעה הכללית היא גוף שצריך להבין את תפקידו כגוף שחייב להנות מעצמאות אחרת?

עקרונית, התביעה הכללית, הפרקליטות והיועץ המשפטי לממשלה כחלק מהתביעה הכללית, חייבים להיות נקיים משיקולים פוליטיים אחרת יהיה מה שקרה ברוסיה עם פוטין. אם הפוליטיקה שולטת בפרקליטות ובתביעה הכללית, אפשר לתפור תיק לכל אחד משיקולים פוליטיים ואתה מנטרל ככה יריבים פוליטיים. רק שברוסיה לא רק התביעה הכללית היא זרוע של פוטין אלא גם בית המשפט הפלילי – אתה יודע מי יורשע ומי לא.

אם אנחנו מזהים גוף שעל פי עקרונות היסוד של השיטה נהנה מעצמאות מיוחדת ואסור לדרג הפוליטי להתערב בתפקיד הזה, זה סותר את החזקה בעד נטילה, לא נוטלים סמכויות שקשורות להליך הפלילי, זה קדוש ונקי משיקולים פוליטיים ועדיין, כל מי שעוקב אחרי הפעולה של הגופים האלה יכול לבקר אותם.

דוגמא: בפרשת 2000 – אכיפה סלקטיבית, אוכפים על נתניהו אבל על כל השאר לא אוכפים.

ד. סמכות בתחום חסר כל זיקה למדיניות הממשלה –

דוגמאות: הוועדה להיתרי הפלות/ פונדקאות/ וועדת שר התרופות.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

מדוע חוק היסוד נותן לדרג הפוליטי אפשרות ליטול סמכות? כי זה תחום שאמור להיות באחריות הממשלה, לממשלה יש מדיניות וצריך לאפשר לה לאכוף את המדיניות שלה ולעמוד למבחן הציבור ואז לתת לה להתערב בהחלטות הפקידים וליטול סמכות.

הוועדה להיתר הפלות –

האם רואים מצב שבאה הוועדה להיתרי הפלות ואומרת שלאישה כזו או אחרת מתירים להפיל את העובר שבבטנה ובא השר ואומר שהוא החליט ליטול את הסמכות כוועדה והוא לא מסכים לעשות הפלה כי הוא חושב שצריך לעודד את הילודה? קודם כל, הוועדה להיתרי הפלות מקיים גם את קטגוריה א – גוף קולגיאלני יכול היה ליפול שם. גם אם היה מחליט אחד בנושא הפלות והוא לא היה קולגיאלני, היינו אומרים שלתחום הזה הממשלה לא אחראית, היא אחראית לכל התחומים במדינה אבל בענייני הפלות היא לא אחראית.

פונדקאות (הסכם לנשיאת עוברים) –

יש וועדה שמאשרת את הנושא הזה. בוועדה יושבים פסיכולוגים שצריכים לבדוק האם הפונדקאית יודעת למה היא נכנסת, רופאים שבודקים האם זה יסכן את בריאותה וכו'. נניח והשר יבוא ויגיד שאי אפשר לעשות פונדקאות והוא לא מאשר את ההסכם. פונדקאות לא צריך לעניין את השר, התחום הזה לא קשור לליבה של תפקידי הממשלה ולמדיניות של הממשלה – מסקנה – אין פה סמכות נטילה, לא נוטלים מאף אחד ולא מתערבים וכן הלאה.

וועדת סל התרופות –

יש פה שתי החלטות: החלטה אחת – כמה כסף המדינה יכולה לממן לתרופות בסל? את זה ברור שהממשלה תקבע ותביא את זה בחוק התקציב השנתי והכנסת תאשר בחוק התקציב השנתי. אחר כך באה הוועדה וצריכה להחליט מה יותר חשוב. לדוגמא: תרופה לסרטן המעי הגס שתאריך חיים בחצי שנה ואז הוועדה צריכה לחשוב האם הארכת חיים בתקופה מסוימת שקולה מול שיפור איכות החיים לקבוצה הרבה יותר גדולה של חולים? איך מחלקים את זה? האם זו קבוצה קטנה של חולים? קבוצה גדולה של חולים? האם ריפוי מוחלט או הארכת חיים או שיפור איכות החיים? זו החלטה משמעותית מאוד ואם זה לא נכנס לסל, אותה קבוצה קטנה של חולים או שפושטת את הרגל בגלל המחירים של התרופות או שמאבדים את החצי שנה הזאת. נניח והשר יבוא ויגיד שהארכת חיים לא חשוב והשר חושב שצריך לקדם את הוויאגרה לצורך העניין ולממן אותה לציבור הגדול.

ה. סמכות של תאגיד סטטוטרי:

עד עכשיו דיברנו על שר ופקיד ונטילה והכל באות ארגון מנהלי, כעת אנו מדברים על תאגיד סטטוטרי שהופרט מהמדינה והוא לא חלק מסמכות התאגיד. השר חיצוני לכך ורק מפעיל על סמכות התאגיד פיקוח, לדוגמא: שר התחבורה על רשות הרכבות, שר החינוך על רשות העתיקות/תאגיד השידור. מה עושים עם סמכות שהופרט מהמדינה ולא קשור לשר?

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

קודם נברר ← האם יש מניעה בחוק יסוד לנטילה?

-אוביטר ברק (פס"ד התנועה לאיכות השלטון)

- גישת המרצה

נשים לב לתנאי השלישי שלעיל (הנתונה ע"פ אותו חוק לעובד מדינה) – האוביטר של ברק אומר את הדבר הבא: עובד תאגיד סטטוטורי הוא לא עובד מדינה, דבר שני – הוא לא כפוף ישירות לשר אלא הנטילה היא מהבוס שכפוף לו ישירות. התאגיד הסטטוטורי הופרט מהמדינה והכפיפות היא למועצת התאגיד וכו', אין כפיפות ישירה לשר. אומר ברק – אין סמכות נטילה בסיטואציה הזאת. כלומר לפי ברק צריך לפרש את התנאי השלישי כמו שזה כתוב – הנטילה היא רק מעובד מדינה ← מישוהו שהוא חלק מאותו משרד שהשר עומד בראשו, בא השר נוטל מהפקיד שבמשרדו וזה מה שמותר לפי סעיף 34. הפרשנות הזאת לא תואמת את עקרונות היסוד של השיטה.

העקרון הוא אחריותיות הממשלה – על מה הממשלה אחראית בפני העם? על כל התחומים.

דוגמא: אמרנו מנהל רשות העתיקות הוא עובד של התאגיד – באה משלחת של ארכיולוגים לירושלים ורוצה לחפור מתחת למסגדים בהר הבית, מנהל רשות העתיקות השתבשה דעתו ומאשר את החקירות. השר מתקשר אליו ומורה עליו לבטל את הרישיון לחפירות. יגיד לו מנהל רשות העתיקות שברק באוביטר אמר שלא ניתן ליטול את הסמכות שלו כי הוא תאגיד סטטוטורי והוא לא כפוף אליו ישירות וחוק היסוד אומר רק לעובד מדינה ומנהל רשות העתיקות לא עובד מדינה – זה לא הגיוני – מישוהו חייב להיות בעל הסמכות ולהרגיע את אותו עובד ציבור.

גישת המרצה אומרת שלמרות שכתוב "עובד מדינה" בתנאי השלישי – יפורש בהרחבה כ"עובד ציבור". גם באצילה – שר רשאי לאצול לעובד ציבור, אז למה פה שינו לעובד מדינה? יכול להיות שזה טעות וגם אם זה לא טעות והרשות המכוננת חשבה שזה צריך להיות עובד מדינה, צריך לפרש את זה בניגוד למה שהיא חשבה כדי לא להגיע לתוצאה אבסורדית שהממשלה אחראית לתחום מסוים אבל לא יכולה לעשות כלום. אנו נפרש בהרחבה את התנאי השלישי ככל סמכות של עובד ציבור.

במבחן: לפי האוביטר של ברק בתנועה לאיכות השלטון – לא אפשרי בחוק יסוד, אפשר רק מעובד מדינה ולכן הנטילה בלתי חוקית. לפי גישת המרצה, אין מניעה בחוק יסוד, אפשר ליטול מכל עובד ציבור, צריך להמשיך הלאה. יש פיצול וצריך לפרש את שניהם. ממשכים ובדקים אם אין כוונה אחרת משתמעת מהחוק. כשמגיעים במבחן לתנאי השלישי כשמדובר בגוף סטטוטורי אנו נבדוק - לפי ברק אנחנו נופלים ולפי המרצה אנחנו צריכים להמשיך.

מגישת המרצה נעבור כעת ל- האם יש כוונה אחרת? (עדיין בה' – סמכות של תאגיד סטטוטורי):

איך נדע אם יש כוונה אחרת משתמעת ששוללת את הנטילה? אם כן אפשר ליטול המרצה נותן שני מבחנים:

מבחני המרצה:

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

מבחן ראשון: האם עצמאות התאגיד משיקולי מהות או יעילות בלבד? אם יש שיקולים מיוחדים שהתאגיד הזה יהיה עצמאי, שיקולי מהות, זה יכול לשלול את הנטילה – לא רוצים התערבות פוליטית. אם סתם יותר יעיל שזה יתנהל תחת תאגיד סטוטורי ולא תחת המדינה, אז אפשר ליטול. דוגמא: רשות השידור – האם העובדה שהקימו רשות שידור עצמאית מהמדינה היא משיקולי מהות או יעילות? מדינה לא יודעת לעסוק בעיתונות וחדשות, אז יותר יעיל גם שהמדינה לא תתעסק בזה. האם יש עצמאות משיקולי מהות? חד משמעית כן, שידור ציבורי אמור להיות ממלכתי – בלתי תלוי פוליטית. אנו לא רוצים את פרבדה, את הפה של הממשלה או רשת אלמנאר שמוסרת לנו מה נסראללה רוצה. אנחנו רוצים רשות ממלכתית, עצמאית, בלתי תלויה ולכן, זה משיקולי מהות ואז זה שולל נטילה, השר לא יכול ליטול את הסמכות הזאת. רשות הרכבות – משיקולי מהות או יעילות? מובהק יעילות. את מי זה מעניין אם הרכבת עצמאית? חשוב שיהיה תהיה רכבת טובה.

מבחן שני:

8 באפריל 2018

משפט מנהלי / שיעור 18

המשך- נטילת סמכות:

(ה) סמכות של תאגיד סטוטורי

האם יש מניעה בחוק יסוד לנטילה? כשמדובר בתאגיד סטוטורי, יש שתי גישות (יברנו שיעור שעבר):

גישת ברק באוביטר- פס"ד התנועה לאיכות השלטון:

אי אפשר ליטול כי זה לא "עובד מדינה" (יברנו שיעור שעבר)

גישת המרצה:

אין מניעה בחוק יסוד ליטול גם מתאגיד אבל תלוי אם יש כוונה אחרת משתמעת מן החוק. צריך לפרש בהרחבה "עובד מדינה" כולל "עובד ציבור" ואז אפשר ליטול גם מתאגיד, עדיין אם יש **כוונה אחרת משתמעת** אז לא ניתן ליטול, זה שולל את סמכות הנטילה "כוונה אחרת משתמעת". איך נחליט אם יש כוונה אחרת משתמעת מן החוק ששוללת את סמכות הנטילה? לפי שני מבחנים **המבחנים ללימוד "כוונה אחרת משתמעת"**:

(1) מבחן "האם עצמאות של התאגיד היא משיקולי מהות/ יעילות":

האם העצמאות היא משיקולי מהות או יעילות? אם יצרנו תאגיד עצמאי שחשוב שבתחום הזה תהיה עצמאות מהדרג הפוליטי **דוג:** רשות השידור זה יותר "מהות" או יעילות? "מהות". ככל שזה יותר "מהות" מ"יעילות" אז יותר ניטה לשלול את הנטילה כי אנחנו לא רוצים שר שיתערב בשידורים. רוצים רשות שידור ממלכתית בלתי תלויה. אנחנו לא רוצים שהפוליטיקאים יחליטו איזה חדשות הציבור יקבל, אנחנו רוצים שם עצמאות, ממלכתיות, רוצים חוסר תלות פוליטי, שם רוצים עצמאות משיקולי מהות לא רוצים נטילה נלמד על כוונה אחרת משתמעת ששוללת נטילה

לעומת זאת... אם זה יעילות נאפשר נטילה. **דוג:** רשות הרכבות: זה יותר "מהות" או יעילות? "יעילות". רוצים שהשר יתערב

חשוב!!! לעניין "מהות הנטילה":

אמרנו שאם הדרג הפוליטי נוטל מהדרג המקצועי, מה קורה בעולם הסמכויות המנהליות?
דוג: אם שר התחבורה נוטל סמכות מהמפקח על התעבורה. מי הוא המפקח על התחבורה? אמרנו שהנוטל הופך את עצמו לבעל התפקיד שממנו הוא נטל. אם נטל מהמפקח על התעבורה אז עכשיו יש שתי מפקחים על התעבורה. יש את המפקח על התעבורה הכללי ויש את השר שהפך למפקח התעבורה לעניין סגירת כביש בר

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

אילן בירושלים. אותו הדבר ... **דוג:** מנהל רשות העתיקות ויש שר החינוך שהוא עכשיו מנהל רשות העתיקות לעניין חפירות במקומות רגישים בירושלים.

אם השר הופך עצמו לדרג מקצועי נוסף אז כל החובות שחלות על הדרג המקצועי שממנו הוא נטל עכשיו גם חלות עליו.

דוג: מנהל רשות העתיקות לפני שנותן רישיון חפירה צריך להתייעץ עם המועצה לארכיאולוגיה, חובת היועצות סטוטורית. השר רוצה ליטול לעניין חפירות בירושלים העתיקה ומרומות רגישים, אם כל החובות חלות עליו הוא עכשיו חייב לפנות למועצה לארכיאולוגיה ולהתייעץ איתה לעניין חפירות בירושלים העתיקה. החובות שחלות על מנהל רשות העתיקות חלות על השר שנטל את סמכותו.

(2) מבחן "פוטנציאל לסיכול מדיניות הממשלה":

מה התכלית של כל מוסד הנטילה, למה לאפשר לדרג הפוליטי להתערב מלכתחילה בהחלטות של הדרג המקצועי?
 מה כל המטרה של המוסד הזה? למה שהדרג הפוליטי מלכתחילה בכלל ייטול סמכות של הדרג המקצועי? למה נכון ששר בממשלה ייטול סמכות של פקיד?
 כך עובדת הדמוקרטיה שלנו, אנחנו לא בוחרים "פקיד" אלא בוחרים "ממשלה" והיא אחראית לכל התחומים. לא יכול להיות שנטיל על הממשלה את כל האחריות בדמוקרטיה שלנו והיא חייבת לנו דין וחשבון על כל התחומים אבל כל פקיד הוא אדון לעצמו ולא סופר את הממשלה ויוכל לסכל את מדיניות הממשלה.

המבחן השני שואל על "פוטנציאל לסיכול מדיניות הממשלה". ככל שרמת הפוטנציאל לסיכול מדיניות הממשלה יותר גבוהה כן נהיה בעד נטילה, ככל להחלטה של הפקיד יש פוטנציאל גבוה לסיכול מדיניות הממשלה אז נהיה בעד נטילה כדי לאפשר לדרג הפוליטי לשמור על המדיניות שלו ולהתערב. ככל להחלטה של הפקיד אין שום קשר למדיניות הממשלה ואין לה שום פוטנציאל לסיכול מדיניות הממשלה אז לא רוצים נטילה, בהקשר לדבר הזה בהתאם נהיה בעד ונגד הנטילה. "פוטנציאל לסיכול מדיניות הממשלה", אנחנו מסתכלים באיזה תחום פועל התאגיד וכמה הוא יכול להפריע למדיניות הממשלה, הפעילות שלו באותו תחום.

דוג: אתר חפירה בשום מקום שלא מפריע לאף אחד לא מעניין אף אחד, האם נאפשר לפוליטיקאים להתערב בחלטה הזו? לא. אין שום סיבה זה עניין של מחקר ארכאולוגי והפוליטיקאים לא צריכים להתערב.

לעומת זאת...

דוג: אתר חפירה מתחת להר הבית זה פוטנציאל לגרימת מלחמה, אם מדיניות הממשלה לשמור על שקט בסביבת ירושלים אז יש פוטנציאל לסיכול מדיניות ממשלה, זו מדיניות של כל ממשלה, ולא רק בירושלים, אז בהחלטה כזו באתר כזה רגיש יש פוטנציאל גבוה לסיכול מדיניות הממשלה ושם נאפשר לפוליטיקאים להתערב. השר יתקשר למנהל רשות העתיקות ויאמר לו: "כל מה שקשור לאתרים דתיים בירושלים אתה לא נוגע רק אני מחליט אם אפשר או לא לחפור".

עד פה שתי המבחנים האלה האם נלמד כוונה אחרת משתמעת ובהתאם נחליט אם נשללה סמכות הנטילה, **במבחן:** צריך לראות מי יותר חזק, איזה מבחן, ייתכן המבחן הראשון יהיה "בעד נטילה" והשני "נגד נטילה" הם כמו מבחני עזר. כמו "בכלל ההסדרים הראשוניים" ארבע מבחנים יהיו בעד החלת הכלל ושלושה נגד צריך לציין ולהחליט.

כל מה שלמדנו עד עכשיו במשפט מנהלי קשור למילה אחת "סמכות". מה היה עד עכשיו? הכל עניינים של סמכות, זה הנושא הראשון כי אם יש פגם בסמכות רוב הסיכויים שהחלטה נופלת, פגם בסמכות זה פגם חמור שבד"כ יפיל את החלטה.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

- ❖ "עקרון חוקיות המנהל" חייבת להיות הסמכה.
- ❖ "כלל ההסדרים הראשוניים" הדוקטרינה שחותכת מהסמכות, למי היא מעבירה את הסמכות? חותכת מהמתחם של הרשות המבצעת ומעבירה לכנסת
- ❖ "סמכויות עזר" "וסמכויות שירות של הממשלה" דוקטרינות שמרחיבות סמכות
- ❖ "אצילת סמכות" מה קורה כשגורם זר מתערב בהפעלת הסמכות
- ❖ "נטילת סמכות"

שלב ראשון:

כשבאים לנתח את החוקיות של החלטה מנהלית, קודם בודקים את כל סוגיות הסמכות.

במבחן: יש את המבנה שלו, לאו דווקא בסדר הזה. בנוי מקיים ואש יש טענות משפטיות שבכל טענה צריך לדון בשאלות המשפטיות שמתעוררות באותה טענה. סדר הטענות נקבעות ע"י שרון, יכול להתחיל "מסמכות" או "משיקול דעת". אבל ההיגיון של הניתוח הוא קודם כל נבדוק האם הייתה סמכות לפעול.

בהנחה שיש סמכות יש לבדוק שתי דברים מרכזיים

כללי הצדק הטבעיים:

האם ההליך היה נכון, האם היה "שימוע" "הנמקה" האם היה "בעיה של ניגוד עניינים" "משוא פנים" (שייך לתרגול).

איך הופעל שיקול הדעת:

בהפעלת שיקול הדעת יכולים להיות פגמים. כדי להבין מה הם הפגמים שיכולים להיות בהפעלת שיקול הדעת אנחנו נלמד תורה של איך מפעילים שיקול דעת המנהלי. ומהתורה הזו נראה את העילות המנהליות.

שאלה: אם אין סמכות האם אנחנו מגיעים לתורת שיקול הדעת? נגיע כי אני בתור עותר רוצה להראות כמה שיותר פגמים, אם יש גם פגם בסמכות וגם בכללי הצדק הטבעיים וגם בשיקול הדעת אז אני יראה לבימ"ש שזה פסול מכמה סיבות, כי אם לא יקבל את הטענה של סמכות אולי יקבל את הטענה של "הליך" או "שיקול דעת" רוצים חזית רחבה.

במבחן: ממוקדים לטענה. כי אם הטענה היא במישור הסמכות אז אני ידון בסמכות. אם הטענה היא במישור כללי הצדק הטבעיים אז נדון בזה או במישור שיקול הדעת.

תורת הפעלת שיקול דעת מנהלי

איך מתחילים? השלב המקדמי לפני שמפעילים את התורה צריכים לדעת מה הבסיס לכל שיקול הדעת, והשלב המקדמי נקרא "סיווג השיקולים".

השלב המקדמי- סיווג השיקולים:

לפני שמפעילים את תורת שיקול הדעת צריך למיין את השיקולים. כל שיקול שיופיע בקיים צריך להגיד לאיזה קטגוריה הוא שייך. יש קטגוריות שונות של שיקולים וכל שיקול יש לסווג אותו לאיזה קטגוריה הוא שייך. השלב המקדמי של התורה צריך קודם לזהות איזה שיקולים נשקלו או היו אמורים להישקל. כל שיקול נמין ל-3 קטגוריות שונות

במבחן: נראה טענה שקשורה לשיקול דעת והקיים ידבר על שיקולים שונים שהובילו להחלטה. כל החלטה ממונעת משיקולים מסוימן

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

דוג: החלטתי לא לתת רישיון חפירה מתחת למסגדים בהר הבית מה השיקולים שהובילו אותי? חשש להתפרצות מהומות וכו'. ביטחון ושלום הציבור. ויש את השיקולים הארכיאולוגיים שהם התרומה לידע ומחקר הארכיאולוגי.

קטגוריה I: שיקולים ספציפיים מרכזיים (הרשות חייבת לשקול):

↓
 נגזר מהתכלית הפרטיקולרית ביסוד החוק המסמיך
 נגזר מליבת התפקיד שהוטל על הרשות

ההגדרה של שיקול מרכזי: הרשות חייבת לשקול
 ההגדרה של שיקול ספציפי: נגזר מהתכלית הפרטיקולרית ביסוד החוק המסמיך ונגזר מליבת התפקיד שהוטל על הרשות, זה דורש פרשנות של החוק, חוק הסמיך רשות, אנחנו צריכים לפרש את החוק וצריכים להבין מה התכלית שהוטל על הרשות הזו, על מה היא ממונה, ומזה נגזרים שיקולים הספציפיים.

דוג: דיברנו על סגירת כבישים בשבת. על מה ממונה המפקח על התעבורה? הוא רשות תמרור ארצית על מה ממונה מה התפקיד שלו? לדאוג להסדרי התחבורה. מה השיקולים הספציפיים שאמורים להנחות אותו? זה שיקולים תעבורתיים, הא רוצה שהתנועה תזרום חופשי, שתהיה תעבירה תקינה, שתהיה בטיחות בעבורה אלו הם השיקולים הספציפיים שלו.

דוג: אם זה רשות הרכבות. מה השיקולים הספציפיים שאמורים להנחות אותה? ששרותי הרכבת יהיו מהירים בטוחה יעילה וזולה.

דוג: שר חינוך מעודד 5 יחידות מתמטיקה. מה השיקולים הספציפיים שאמורים להנחות אותו? שיקולים פדגוגיים, האם זה טוב, האם זה הופך את החינוך שרוכש כל ילד בישראל לטוב יותר, האם זה ראוי מבחינה חינוכית שהול את התוכנית הלימודית. אלו שיקולים של שר החינוך.

דוג: המאבחנים של ליקויי למידה. **פס"ד לם.** האם זה קשור לשיקולים פדגוגיים לשיקולים הספציפיים של משרד החינוך, משרד החינוך רוצה לתת את החינוך הטוב ביותר שמותאם לתלמידים. אם יש תלמיד עם ליקויי למידה זה לא שיקול פדגוגי חינוכי להקל עליו ולסייע לו ולאפשר לו למצות את הכישורים שלו? אני צריך להעביר את החינוך הטוב ביותר שמותאם לתלמידים. אם יש תלמיד שאובחן בעל ליקוי למידה, מה שרצו בתוכנית הזו שהאבחונים יהיו יותר מדויקים שלא כל אחד יוכל לאבחן רק פסיכולוגים מומחים שעשו תואר שני בפסיכולוגיה חינוכית זה מקדם את הפדגוגיה החינוכית כי זה שיקול ספציפי וזה יבטח שהחינוך יותאם לתלמידים ואם יש תלמיד שיש לו ליקוי למידה אז הוא יקבל את החינוך המתאים וזה תואם את השיקול הספציפי. (יש פגיעה פה בחופש העיסוק אבל השיקול לא פוגע בתלמיד שיש לו ליקוי למידה זה תורם לחינוך)

לעניין שיקול ספציפי, ליבת התפקיד לתת חינוך טוב שמותאם לתלמידים ולכן לאבחן ליקויי למידה באופן מדויק שייך לשיקולים פדגוגיים חינוכיים.

דוג: ממונה על ההגבלים עסקיים- שוק הגז. מה השיקולים הספציפיים שאמורים להנחות אותו? מה התפקיד שהוטל עליו בחוק? יש שווקים כלכליים הוא צריך להסדיר את השווקים האלו למנוע כשלי שוק שאחד מהם מונופולים, קרטלים, ריכוזיות, ולעודד תחרות, הממונה זיהה ששותפות אחת (גלובל אנרג'י ודלק קידוחים) מצאה יותר מדי גז. גם את תמר וגם לווינתן. מאגרים הגדולים ביותר. הוא זיהה צמיחת מונופול בשוק הגז ודעתו הייתה לפרק את המונופול בצורה משמעותית. זה השיקולים הספציפיים שאמורים להנחות את הממונה על ההגבלים העסקיים. יש פה עוד שיקולים שקשורים למתווה הגז, האם יפותח לווינתן בקרוב, האם נגיע להסכם עם החב', הביטחון האנרגטי של ישראל, זה כבר שיקולים של שר האנרגיה אבל את הממונה זה לא השיקולים הבסיסים שמנחים אותו, הוא דואג לתחרות. מה עשתה הממשלה אח"כ? הפעילה את סעי' 52 לחוק ההגבלים שמאפשר להחריג את השותפות מחוק ההגבלים. למה? כדי לשקול שיקולים שלא קשורים לממונה ביטחון, יחסי חוץ. השיקול הספציפי של הממונה שתהיה תחרות בשוק הגז. (אח"כ זה הוביל להתפטרותו של ממונה כי לא קיבל ביטויי למהלך שרצה להוביל הוא היה צריך להבין שהממשלה תפעיל את

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

סעי' 52 והוא יאבד שליטה יכל להמשיך להפעיל תחרות בשווקים אחרים, סעי' 52 אומר שהממשלה יכולה להחריג תחום מחוק ההגבלים ואז הממונה היה ממשיך לטפל בתחרות של שווקים אחרים).

דוג: נציב המיס - אחראי על משק המיס בישראל. מה השיקולים הספציפיים שאמורים להנחות אותו? מה טוב או לא טוב למשק המיס בישראל.

אם יתברר לו שיצרניות המיס המינרליים מי עדן נביעות וכו' מביאות לדלדול של מקורות המיס. לפגיעה של מקורות המיס האלו, האם ישקול זאת כשיקול ספציפי מרכזי? הוא אחראי על משק המיס בישראל. חייב לשקול את זה כשיקול מרכזי כי אם מקורות מיס חשובים נפגעים זה נזק לטווח ארוך למשק המיס ולכן חייב לשקול את זה.

במבחן: אלו לא שיקולים מצטברים, כל שיקול הולך לקטגוריה אחרת. השיקול נמצא בקייס וצריך לסווג אותו. אם לא מצאנו סיווג נראה בהמשך מה זה אומר.

עד פה "שיקולים ספציפיים", כל שיקול "ספציפי" הוא גם "מרכזי". מה זה אומר מרכזי? הרשות חייבת לשקול, ספציפי הוא גם מרכזי כי על זה הוא ממונה. למה הרשות חייבת לשקול שיקול ספציפי? זה התפקיד שלה. מננו אותה לזה. זו הקטגוריה הראשונה היא דיי ברורה, כל מה שספציפי הוא גם מרכזי, כי זה מה שהוטל עליך אתה חייב לשקול את השיקול.

דוג: מיננו אותך להיות אחראי על משק המיס מביאים לך נתונים שההמשך שאיבה של מי עדן מביאה לדלדול של אותו מקור מיס וזה יביא לפגיעה במשק המיס בישראל לכן חייב לשקול את זה. אם נציב המיס יבין שהנתונים נכונים מה יעשה? יגיד למי עדן די מהמעין הזה את לא נוגעת בזה חפשי מקור מיס אחר כי במקור הזה את פוגעת.

בקטגוריות הבאות מדובר על "שיקולים כלליים"...
 שיקולים כלליים מרכזיים: הרשות חייבת לשקול (כמו הספציפיים המרכזיים)
 שיקולים כלליים משניים: הרשות רשאית לשקול

קטגוריה II: שיקולים כלליים מרכזיים (הרשות חייבת לשקול):
(קבוצה ב- כי ככה מופיע במחברות הבחינה של שנים קודמות)

"מרכזיים"? הרשות חייבת לשקול. "כלליים"? אני לא מוצא לו עיגון באתו תפקיד ספציפי שהוטל על הרשות אלא באיזה מטרה כללית שכל רשויות השלטון פועלות לקדם אותה. העיגון שלהם הוא לא בתפקיד הספציפי שהוטל הרשות בחוק אלא באיזה מטרה כללית שכל רשויות השלטון פועלות לקדם אותה. **דוג:** שוויון. זה לא נגזר מהתפקיד הספציפי שהוטל עלי אבל כל רשות פועלת וצריכה לקדם שוויון.

1. פגיעה בעיקרון חוקתי / זכויות אדם
 למה חייבת לשקול פגיעה בעיקרון חוקתי / זכויות אדם, מה יש בחוקי היסוד שאומר שהרשות חייבת לשקול את השקול הכללי הזה?
 כל רשות מנהלית חייבת לכבד את החוקה, **פסקת הכיבוד:** כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את זכויות האדם.

מי אלה כל רשות מרשויות השלטון? הכנסת, אם הכנסת מחוקקת חוק שלא מכבד את זכויות האדם החוק יתבטל.
 מה זה אומר שהרשות המבצעת חייבת לכבד? שכל רשות מנהלית חייבת לשקול את השיקול החוקתי כי החוקה מחייבת לכבד. לכן, גם רשות מנהלית רגילה היא "כל רשות מרשויות השלטון לרכבות רשויות המנהל חייבות לכבד את החוקה".

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש

השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

פסקת הכיבוד מופיעה רק בשתי חוקי יסוד: "כבוד האדם וחירותו" "חופש העיסוק" האם עקרונות חוקתיים אחרים שמופיעים בחוק יסוד הכנסת או בחוק יסוד אחר ושם אין פסקת כיבוד האם רשות מנהלית צריכה לכבד עקרונות חוקתיים כאלה? כן. המהפכה החוקתית לא חלה רק על שני וחוקי יסוד של 1992 כבודה האדם או חופש העיסוק, המהפכה החוקתית זו מהפכה שלמה שמחילה את כל חוקי היסוד שמכירה גם בעקרונות יסוד הבלתי כתובים וגם אם בחוק יסוד מסוים לא כתוב "שכל רשות חייבת לכבד" הרי החל מהמהפכה החוקתית ברגע שזה נורמה עליונה היא מעל כל החוקים של הכנסת שהסמיכו את רשויות המנהל אז יש **פסקת כיבוד משתמעת לכל חוקי היסוד**. בגלל המהפכה החוקתית יש פסקת כיבוד משתמעת ל חוקי היסוד זה סוג של היקש ולכן יש לכבד עקרונות חוקתיים שמופיעים בכל חוקי היסוד וגם כשהם בלתי כתובים

דוג: רשות שירות בתי הסוהר. לפני שבג"צ חייב על תחום המחייה של האסירים 4.5 מ"ר. רשות בתי הסוהר לפני שבג"צ חייב צריכה להחליט בכלא מסוים האם הצפיפות מוגזמת שם או לא מוגזמת. האם זה שיקול שחייבת לשקול? נניח שבחלק מהתאים נשאר לה 2 מ"ר לכל אסיר. או 1.5. האם חייבת לשקול את זה? כן, כי ברגע שצפיפות עוסקת בזכות לכבוד האדם ולדחוס אנשים שאין להם מרחב מחיה זה פגיעה בכבוד האדם והרשות חייבת לשקול. זה שיקול כללי שהרשות חייבת לשקול. **חוק יסוד כבוד האדם**

דוג: שר הביטחון יש לו סמכות להרוס בית. האם חייב לשקול את הפגיעה בקניין כתוצאה מהריסת הבית? כן, חייב לשקול. **חוק יסוד אין פוגעים בקניינו של אדם**. ולכן ההחלטה של שר הביטחון הרבה פעמים תהיה, המחבל גר באגף X, של הבית נעשה הריסה חלקית. נהרוס את "קולט האדים" ☺ זה נובע מהתחשבות בעקרון הקניין והמידתיות. שיקול שחייבים לשקול.

דוג: פס"ד פרוז עסק במינוי רב עיר. בגוף שהיה ממנה את רב העיר לא היו ממנים אישה עד העתירה בג"צ. האם הרשות שמרכיבה את הגוף הזה האם צריכה לשקול שהעובדה שלא תמנה אישה תפגע בשוויון המגדרי. האם החוקה אומרת שאסור להפלות על בסיס מגדר? החוקה בישראל לא אומרת זאת במפורש אבל מכניסים את זה לכבוד האדם מאז פס"ד אליס מילר שאם מפלים נשים כתוצאה מהשתייכות מגדרים משדרים מסר פוגעני שפוגע בכבוד האדם אז כל רשות שתמנה לגוף שממנה רב לעיר חייבת לשקול שוויון כי החוק מחייבת ואם אין אף אישה בגוף צריכה לפעול למנות אישה, פסקי דין של העדפה מתקנת. עד פה סוג ראשון של "כל רשות חייבת לשקול". סוג שני של שיקולים כללים מרכזיים ...

2. שיקולים הנגזרים מעקרונות היסוד של המשפט המנהלי:

איך התפתח המשפט המנהלי? כמעט ולא ע"י חקיקה אלא באופן של משפט מקובל. מגיע קיים לבימ"ש צריך להכריע בסכסוך בין האזרח לרשות ואין כלל משפטי שכתוב בחוק שאפשר להחיל אותו, מפתים את המשפט המנהלי, גוזרים כללים מהמשפט המנהלי וברגע שבימ"ש קובע עקרונות יסוד במשפט המנהלי האם הם ספציפיים לרשות מסוימת? העקרונות האלה הם עקרונות יסוד במשפט המנהלי מחייבים כל רשות, אז זה שיקול כללי מרכזי גם כללי חל על כל רשות לא קשור לחוק ספציפי והוא גם כללי כי חייבים לשקול את זה כי בימ"ש קבע את זה בפסיקתו אז יוצא שכל מה שנגזר מעקרונות היסוד של המשפט המנהלי חובה לשקול.

בעקרונות יסוד היה את "עקרונות חוקיות המנהל" זה לא רלוונטי לפה כי זה ראינו "בסמכות", כל הבדיקה של סמכות זה בעצם לשמור על עקרון חוקיות המנהל זה לא צריך לבדוק שוב מה שיהיה לנו פה זה:

הגינות

שיקולי הגינות בגלל שהרשות היא נאמן של הציבור, החובות שחלות על הרשות כנאמן של הציבור בין היתר חל עליה חובה לנהוג בהגינות.

מהגינות נגזר מזה גם "הסתמכות של האזרח". כשדיברנו על דוקטרינה של ההגינות במבוא מהגינות נגזרים כללים שזה לא הוגן כשהרשות מקבלת החלטה היא צריכה להתחשב בהסתמכות של האזרח, כמו אם לוקחים לו רישיון כי אם קיבל רישיון לכריית חול רכש משאיות בנה עסק ואח"כ לבוא אליו ולומר לו נגמר החול בישראל תביא את הרישיון גורמים לו נזק וההגינות מחייבת להתחשב בהסתמכות שלו כך שאם באים לשנות החלטה עקרונות היסוד של המשפט המנהלי אומרים לך שאתה חייב להתחשב בהסתמכות של האזרח על

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

ההחלטה הראשונה שקיבלת זה דוגמה לשיקול כללי מרכזי, כל רשות שמשנה החלטה חייבת לשקול וזה ההגינות מחייבת זה נגזר מההגינות.

שויון

עקרון כללי במשפט המנהלי

שקיפות

אמון הציבור ברשויות השלטון

פסיקה מיוחדת בתחום המינויים שקבע שעל הרשות לשמור על אמון ברשויות השלטון כאשר היא באה לפעול אם יש השלכה לאמון הציבור ברשויות השלטון

דוג: אני הולך למנות עבריין לתפקיד ציבורי, אין חוק שאומר שאסור למנות עבריין, אסור למנות עבריין מסוג מסוים כמו "אות קלון". מה שקבעה הפסיקה שזה שיקול שכל רשות שממנה חייבת לשקול לכן זה כללי מרכזי. כל רשות חייבת לשקול את אמון הציבור. לכן אם אני חושב שמינוי כזה יביא לפגיעה קשה באמון הציבור ברשויות השלטון,

דוג: ראש הממשלה רבין החליט לא לפטר את דרעי מתפקידו כשר גם לאחר שהוגש נגדו כתב אישום חמור בעבירת שוחד שקשור בתפקידו כשר הפנים זה הגיע לבג"צ פס"ד התנועה לאיכות השלטון. בג"צ קבע, כל רשות, רבין הוא רש ממשלה זה רשות, יש לון סמכו לפטר שר מהממשלה הוא חייב לשקול את השיקול הזה כי אם המשך תפקוד של שר לאחר שהוגש נגדו כתב אישום חמור זה שיקול שהרשו חייבת לשקול ואז רבין כשבא להחליט אם לפטר או לא שר חייב לשקול את השיקול הזה. (כשמדברים על מה יקרה אם יוגש או לא כתב אישום נגד ראש הממשלה נתניה אין סמכות לאף אחד לפטר ראש ממשלה, הסמכות לפטר היא של ראש הממשלה לפטר שרים. הוא לא יפטר עצמו ואין לאף אד סמכות לפטר אותו יכול להישאר ראש ממשלה אלא אם יתפטר).

קטגוריה III: שיקולים כללים משניים (רשאית לשקול):

(קבוצה א' - כי ככה מופיע במחברות הבחינה של שנים קודמות)

שיקול התורם לטובת הציבור במונן הרחב + רחוק מליבת התפקיד
 זה ההבדל בין III ובין I-גם I, וגם III, תורמים לטובת הציבור. I- זה בליבת התפקיד. III- רחוק מליבת התפקיד. יש תרומה לטובת הציבור במונן הרחב, אבל רחוק מליבת התפקיד

דוג: שיקול "רגשות הדת"- המפקח על התעבורה (סגירת כביש בשבת). המפקח על התעבורה שולק לסוגר כביש בשבת.

רגשות הדת האם זה שיקול ספציפי? לא. כי הוא לא ממונה על רגשות הדת אלא על התעבורה. רוצה כבישים פתוחים סגירת כביש זה לא טוב לתעבורה ולכן זה לא השיקול הספציפי שלו "רגשות הדת". האם זה שיקולים מרכזיים כללים? נסתכל על **המשפט החוקתי**. האם סגירת כביש יקדם משהו חוקתי? כשהכביש פתוח והתנועה זורמת האם זה פוגע בחופש הדת בעקרון חוקתי? לא, כי אין בעיה לשמור על חופש הדת כשאחרים מחללים דת. זה לא קשור אליך. זה קשור לרגשות הדת אולי או מפריע לתפילה. האם זה נגזר מעקרונות היסוד של המשפט המנהלי? האם זה קשור להגינות? שוויון? שקיפות? אמון הציבור? לא, אין קשר.

איפה נכנס השיקול של "רגשות הדת" כדי לסגור את הכביש בשבת? **האם זה "תורם לטובת הציבור"?** להתחשב ברגשות של קהילות שונות, הפסיקה הכירה בזה שזה טוב לסדר הציבורי, לכבד והתחשב ברגשות של קהילה מסוימת זה תורם לטובת הציבור, אם רגשות של ציבור מסוים לא יפגעו זה תורם לטובת הציבור פחות מתח בין הקבילות השונות ויתרום לאיחוד חברתי. **האם זה "קרוב או רחוק מליבת התפקיד"?** רחוק. זה לא קשור לתעבורה אלא התחשבות בערכים שמקודשים לקהילות. מסקנה, **זה תורם לטובת הציבור אבל רחוק מליבת התפקיד ואז נופל בקטגוריה III.**

מה זה אומר שזה "שיקול מרכזי משני"? כל רשות יכולה לשקול את רגשות הדת אבל לא חייבת וכך קבעה

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

הפסיקה, שזה לא עניין חוקתי שהחוקה מחייבת תמיד לשקול, אלא הרשות רשאית לשקול את זה כתרומה לטובת הציבור.

דוג: השיקול "הקואליציוני"- עבודות הרכבת בשבת. שר התחבורה נטל סמכות מנהל רשות הרכבות. ראש הממשלה אומר ל"י" "ליצמן עומד לפרוש מהממשלה כי האדמור ממגור שמיעץ לו לא מוכן לחיות עם חילול השבת שגורמות עבודות הרכבת בשבת. תורה לרכבת לא לעבוד בשבת למנוע חילול שבת". ראש הממשלה בין שיש חשש לנפילת הממשלה וצריך משיקול קואליציוני להפסיק את העבודות בשבת.

השיקול הקואליציוני איפה נסווג אותו האם זה שיקול ספציפי שנגזר מליבת התפקיד? אני מנהל רשות הרכבות התפקיד שלי לדאוג ששירות הרכבת יהיה יעיל מהיר וזול, אם הרכבת לא תעבוד ביום ראשון ביום העומד בגלל שהעבודות זזו משבת לראשון זה תקלה מבחינת מנהל רשות הרכבות? כן!! זה קטסטרופה כי מטרת הרכבת זה להוריד עומסי תנועה בכבישים באותו יום ראשון לא יגיעו אנשים לעבודה בגלל הפקקים. מנהל רשות הרכבות, השיקול הספציפי שמנחה אותו שעבודות הרכבת כמה שפחות ישפיעו על שירות הרכבת וישפיעו על עומסי התנועה. זה לא שיקול ספציפי של מנהל רשות הרכבות לשמור על הקואליציה.

מה עם חוקתי, האם החוקה מחייבת אותי לשמור על הממשלה? שליצמן לא יפרוש? לא, החוקה לא מעניין אותה מי יצא או יישאר בקואליציה
האם עקרונות היסוד של המשפט המנהלי האם ההגינות או השוויון דורשים שאני יפסיק את עבודות הרכבת בשבת? לא. אין קשר.

הערה: יש פסיקה **פס"ד מיטראל** שמסווגת את השיקול הקואליציוני כשיקול זר, לדעת המרצה זה פסיקה לא נכונה כי צריך לסווג אותו בגטגוריה III.
האם העובדה שאפשר לקיים ממשלות שהקואליציה לא תתפרק זה תורם לטובת הציבור? כן. זה לא טוב שאי אפשר למשול ואי אפשר לשמור קואליציה, לכן, צריך לאפשר לשותפות הקואליציוניות לשקול שיקולים קואליציוניים איך לשמר את הממשלה, אבל האם זה קרוב או רחוק לליבת התפקיד? זה לא קשור לליבת התפקיד, רחוק מליבת התפקיד ולכן זה שיקול כללי שכל רשות יכולה לשקול. רשאית לשקול ולא חייבת. יכול לומר השר "תביא את זה לשיבת הממשלה ונחליט על זה בישיבת הממשלה כי מבחינתי העבודות יהיו רק בשבת". הרשות לא חייבת לשקול את זה.

השיקול הקואליציוני מבחינתנו, שיקול כללי משני. כל רשות רשאית לשקול ולא חייבת. זה נופל להגדרה של **"תורם לטובת הציבור"** במונח הרחב, **"ורחוק מליבת התפקיד"**. ואז זה כללי משני

לעניין כל "רשות רשאית" אפשר להתווכח על זה, אם אתה דרג מקצועי, מנהל רשות הרכבות, מותר לך לשקול שיקולים קואליציוניים? דרג מקצועי זה לא מעניין אותנו! מקבל החלטות מקצועיות, לכן פה זה שיקול מיוחד שהוא כללי אבל עבור כל הדרגים הפוליטיים יכולים לשקול את השיקול הקואליציוני, זה לא קלאסי כללי משני, כי קלאסי כללי משני כל רשות יכולה לשקול. קואליציוני זה כל הדרגים הפוליטיים יכולים לשקול ולא דווקא דרגים מקצועיים.

הדרג המקצועי עבורו עבודות הרכבת בשבת זה שיקול זר, מה יעשה השר? ייטול ממנו את הסמכות ויורה לו, זו תהיה **נטילה מוגבלת לעניין מסוים ותקופה מוגבלת**, כי השר נוטל רק לעניין השבת והוא יגיד לו: "אין יותר עבודות רכבת בשבת" זו תהיה נטילת סמכות של השר מהדרג המקצועי למטרה לשנור על הקואליציה. (הדרג הפוליטי לא חייב לשקול אלא רשאי, עבור הדרגים הפוליטיים זה שיקול כללי משני). מנהל רשות הרכבות אסור לו מבחינתו זה שיקול זר לשקול שיקולים קואליציוניים אז הוא יחליט שעבודות ימשיכו בשבת כי הוא דואג לאינטרסים של הרכבת, בא השר נוטל ממנו את הסמכות ואז השר שוקל שיקול קואליציוני ומורה להפסיק את העבודות בשבת.

דוג: שיקול "איכות הסביבה" עבור רשות הרכבות. רשות הרכבות אחראית על איכות סביבה? לא. היא אחראית שהרכבת תהיה מהירה ויעילה.
האם משפט חוקתי מורה לשקול שיקולי סביבה? לא. הייתה פסיקה בעניין של ברק לא הוכרה לסביבה נקיה כזכות חקתית לא מעניין את המשפט החוקתי

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

האם זה קשור להגינות, שוויון, אמון הציבור? לא. לא קשור לכלום ולכן מגיעים לקטגוריה III, זה תורם לטובת הציבור שהרכבת לא תזהם וזה רחוק מליבת התפקיד.

22 באפריל 2018

משפט מנהלי / שיעור 20

המשך - תורת הפעלת שק"ד:

פס"ד כרדוש ופס"ד חורב היו שתי דוגמאות של "שיקול כללי משני", שהופך "לשיקול זר". פה עצרנו שיעור שעבר.

דוג: המפקח לתעבורה מעוניין שהכביש יהיה פתוח ומספרים לו שצפויה אלימות בכביש, רק בגלל האלימות של המפגינים הוא משאיר את הכביש סגור בשבת. להוריד את מפלס האלימות בחברה זה יכול לתרום לטובת הציבור. ההגדרה של "שיקול משני": תורם לטובת הציבור במובן הרחב אבל רחוק מליבת התפקיד. ואז, עקרונית זה יכול להיות "שיקול כללי משני" אבל ראינו שני טעמים להפוך "שיקול כללי משני" ל"שיקול זר".

טעם אחד - יש רשות אחרת שממונה על השיקול: מי ממונה על הפחתת מפלס האלימות בחברה? משטרת ישראל. זה לא אמור לעניין את המפקח על התעבורה. הוא צריך להתקשר למשטרה ולעדכן שהוא מתכוון לפתוח את הכביש וצפויה אלימות ושהם יטפלו בזה.

טעם שני - עקרונית היסוד תומכים בהפיכת השיקול לזר: כאשר מתחשבים במפגינים האלימים למעשה נותנים וטו לאלימות, אני פועל נגד עקרון דמוקרטי שהישגים פוליטיים משיגים רק בשכנוע באמצעות התהליכים הדמוקרטיים הרגילים ולא באלימות. אז אם אני נותן פרס לאלימות זה נוגד את עקרונית היסוד, לכן אומרים שעקרונית היסוד דוחפים את השיקול הזה לשיקול זר. פה עצרנו, עכשיו אנחנו מתחילים את "תורת הפעלת שיקול הדעת עצמה"...

שלב א' להפעלת שק"ד:

איך שוקלים את כל השיקולים אחרי שמיינו ושצריך לקבל החלטה?

קודם אני צריך לרצות לעשות משהו, אם אני לא רוצה לעשות כלום אז אין על מה לדבר, גם כשאני לא רוצה לעשות כלום הרבה פעמים אני צריך להפעיל שיקול דעת כדי לראות האם טובת הציבור מחייבת שאני כן יעשה משהו אבל נניח שמיזומתי אני רוצה לעשות משהו, תמיד זה מתחיל מזה שאני רוצה לעשות משהו...

דוג: אני המפקח על התעבורה רוצה לסגור את הכביש בשבת.

דוג: מנהל רשות הרכבות רוצה לבחור במכרז קטר יותר איטי אבל שומר על איכות הסביבה.

דוג: אני שר הבריאות רוצה לעצור את כל העבודות למיגון חדר המיון כי מצאו קברים של יהודים למנוע חילול קברים (ליצמן)

הכל מתחיל מזה שהשר לדוגמה רוצה לעשות משהו. ואז נראה מה התשובה של היועמ"ש צריכה להיות. אתה רוצה לעשות משהו, נניח פונה ליועמ"ש ושואל: "האם זה חוקי לעשות את מה שאני רוצה לעשות". **במבחן:** צריך לבדוק האם זה חוקי לקבל את אותה החלטה.

שקילת שיקולים מרכזיים בלבד

איך בודקים אם זה חוקי לקבל את אותה החלטה? קודם כל תורת שיקול הדעת אומרת **שבשלב א'** שוקלים שקילת שיקולים מרכזיים בלבד.

למה מתחילים מהמרכזיים ולא מהמשניים? זה חובה עלי וזה התפקיד שהוטל עלי, לזה אני חייב לדאוג, המשני זה רק משהו שאני "רשאי לשקול".

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

לכן יש פה עדיפות נורמטיבית לשיקולים המרכזיים על המשניים, המרכזיים הם שיקולים מסדר ראשון והם אלה שמכריעים, רק אם אני יודע לדאוג להם כך או אחרת אז אני יכול לעבור לשיקולים מסדר שני, הנחותים יותר, שאלו הם המשניים. אז תמיד מתחילים עם "מרכזיים". סימתי לשיקול "מרכזיים", יש שתי אפשרויות:

תוצאה I אפשרית:

המרכזיים מכריעים --- חייבים לפעול כך או אחרת---סוף הדרך --- פועלים כפי שהמרכזיים מחייבים.

או שאני בתוצאה אחת אפשרית שאומרת "המרכזיים מכריעים" חייבים לפעול כך או אחרת. זו תוצאה אחת שיכולה להיות, אם זה המצב שהמרכזיים מכריעים וחייבים לפעול כך או אחרת, אז איך פועלים? פה נגמר הסיפור, או שהמרכזיים מחייבים, שזה "סוף הדרך", פועלים כפי שהמרכזיים מחייבים. זו אפשרות אחת.

דוג- לכלוא אסיר חודש בצינוק:

איך מגיעים לתוצאה I? מפקד כלא ויש לו אסיר בעייתי. פוגע במשמעת הכלא. הוא פונה ליועץ המשפטי של שירות בתי הסוהר ומתייעץ איתו כי הוא רוצה לשים את האסיר חודש בצינוק. חוקי או לא חוקי? קודם צריך לשיקול את "השיקולים המרכזיים". במקרה הזה, כל השיקולים שיש כאן הם "מרכזיים".

שיקול אחד- מרכזי ספציפי:

למה אני רוצה לשים אותו חודש בצינוק? כדי לשמור על המשמעת בכלא. זה שיקול מרכזי ספציפי כי זה התפקיד. לכלוא אסירים בין השאר זה גם לשמור על המשמעת בכלא. להחזיק אותם במשמורת כאשר הסדר בכלא נשמר. וזה שיקול מרכזי ספציפי. שיקול אחד "ספציפי מרכזי" זה של "המשמעת בכלא": בעד החודש בצינוק כי כמה שיותר זמן יותר טוב תהיה יותר משמעת בכלא.

שיקול שני- מרכזי כללי:

חודש בצינוק. צינוק זה מקום ללא אור תא קטן, מה יקרה לאותו אסיר? מי ששמים אותו חודש בצינוק הוא יפגע פגיעה נפשית קשה. זה פוגע בכבוד האדם וגם בשלמות הגוף כי ייגרם לו נזק נפשי קשה. השיקול החוקתי. זכויות אדם. איזה נזק נגרם לזכויות האדם אם שמים אותו חודש בצינוק. שיקול שני "מרכזי כללי" של "זכויות האדם": נגד החודש בצינוק. תדאג לחוקה ואל תפגע בעקרונות חוקתיים

שיקולים סותרים איך מכריעים בניהם- פסקת ההגבלה מאזנת:

איפה נקבעו האיזונים? אם מדובר בשיקול חוקתי, החוק קובעת את האיזונים, הולכים **לפסקת ההגבלה** ונניח שהתוצאה של פסקת ההגבלה היא שזה לא חוקתי לשים אדם חודש בצינוק. אז לאן הגענו? השיקולים המרכזיים מכריעים כי חוקתית אסור לשים אדם חודש בצינוק ואז מה עושים? לא שמים אותו חודש. אם זה חוקתי לשים אותו שבוע, אז ישימו אותו רק שבוע. זו תוצאה אחת אפשרית. זה לא שהשיקול מספציפי גובר על הכללי, יש איזון, **פסקת ההגבלה** מאזנת. או שהחוקה אומרת "אתה יכול חודש בצינוק" או "זה לא חוקתי".

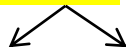
אם אתה מתייעץ עם היועץ המשפטי והוא מריץ את **פסקת ההגבלה** ומגיע למסקנה שחודש זה לא חוקתי אז התשובה שהוא ייתן לך, "אסור לך לשים אותו חודש בצינוק". אם מותר שבוע אז אפשר לשים אותו שבוע בצינוק, ייתכן ומחקרים מראים ששבוע האסיר לא יאבד את שפיות דעתו.

אם היועץ המשפטי היה חוזר עם תשובה שאין בעיה חוקתית עם חודש אז לא חייב לשים אותו חודש אבל אפשר חודש או פחות.

ואז אנחנו **תוצאה II**... זה כשהיועץ המשפטי חוזר עם תשובה שאין בעיה חודש בצינוק כי החוקה לא שוללת

תוצאה II אפשרית:

המרכזיים אינם מכריעים --- אפשר לפעול כך או אחרת--- **שלב ב' להפעלת שק"ד** --- שקילת משניים---הכרעה



נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

שיקול קואליציוני רגשות הדת

המרכזיים "אינם מכריעים" ואפשר לפעול כך או אחרת, אפשר חודש/שבוע/לא לשים אותו בצינוק בכלל. הוא יחליט. ואז אם זה המצב רק "כשהשיקולים המרכזיים" אדישים, אפשר כך או אחרת, לא חייב לתת עונש מסוים. ואז מתחיל **שלב ב' להפעלת שיקול הדעת** שלב ב' מאפשר לשיקולים משניים. "שקילת משניים" ובסוף "הכרעה".

בתוצאה I אין שיקולים משניים, רק את השיקול "המשמעותי", והשיקול "החוקתי". צריך לקבל החלטה ואין שלב ב', אם הוא רצה חודש והיועץ המשפטי אמר שזה חוקתי אז ייכנס לחודש, אבל בהרבה מקרים אין לנו הכרעה, אחרי שלב א', ואז מגיעים עוד שיקולים... "שיקול קואליציוני" "רגשות הדת" "איכות הסביבה" (מי שלא ממונה על איכות הסביבה) וכל מני "שיקולים כללים משניים". הם יכולים להכריע בהרבה מקרים. נדגים איך זה עובד ...

פס"ד חורב- רוצים לסגור את כביש בר אילן בשעות התפילה בירושלים.
פס"ד רלוונטי לשלב א' + שלב ב'.

מי הסמכות? המפקח על התעבורה. מי בסוף מקבל את ההחלטה? שר התחבורה. **השר נטל סמכות מהמפקח.** אחת הסיבות לנטילה, ראש הממשלה אומר לשר התחבורה: "אתה לא דואג לקואליציה שלנו בתחומי משרדך כי ליצמן אמר לי שקיבל הוראה מהאדמו"ר מגור שאם הכביש יהיה פתוח בשבת מפרקים את הממשלה". שר התחבורה חושש לעתיד הממשלה. מתערב ונוטל את הסמכות וסוגר את הכביש.

נתחיל מהשיקולים שצריך לשקול המפקח על התעבורה, **למעשה כששר התחבורה נוטל סמכות הוא הופך עצמו למפקח על התעבורה**, כי מי שנוטל הופך עצמו לאותו תפקיד, ולכן צריך לשקול שיקולים של המפקח על התעבורה בתשובה להחלטה כזו. איזה שיקולים יש?

שיקולים ספציפיים מרכזיים:

1. בר אילן עורק תחבורה ראשי ✓
בר אילן זה 6 מסלולים, עורק תחבורה ראשי.

2. בר אילן כביש גישה למקרקעין ✓
גרים שם אנשים, אם סורים את הכביש בשבת הם לא יכולים להגיע הביתה.

שיקול כללי מרכזי (חוקתי)

3. חופש התנועה ✓
גישת ברק: יש שיקול כלי מרכזי "חוקתי". אם סוגרים כביש פוגעים בחופש התנועה. גישת המרצה: לא ממש. כי הזכות החוקתית היא לא של הרכב אלא של האדם, אם האדם יכול ללכת בכביש, יכול לחנות וללכת ברגל, הזכות שלו לחופש התנועה לא נפגעה, אלא הזכות שלו לנוע עם רכב נפגעה. בכל מקרה הולכים עם גישת ברק שאומרת שבהנחה שיש פגיעה בחופש התנועה.

האם השיקולים סותרים?
ראינו בהחלטה של "חודש בצינוק" המרכזיים מתנגשים, אם שמים חודש בצינוק כבוד האדם של האסיר נפגע, פה הולכים לאותו כיוון או מתנגשים?
אם הכביש פתוח זה טוב גם לתעבורה וגם לחוקתי לחופש התנועה, אם הכביש סגור זה לא טוב לתעבורה ולא לחוקה, אז הם הולכים לאותו כיוון.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

מה אומרת תורת הפעלת שיקול הדעת?

אתה מפקח על התעבורה, אתה אחראי על השיקולים המרכזיים, כי זה התפקיד שהוטל עליך, אתה חייב לדאוג לשיקול 1 + שיקול 2, כי אתה ממונה על התעבורה, ולשיקול 3, כי יש פסקת כיבוד וכולם חייבים לכבד את החוקה. לכן אתה חייב לדאוג לשיקול $1+2+3$.

המפקח על התעבורה בא עם רעיון לסגור את הכביש בשעות התפילה, ומתייעץ עם היועץ המשפטי של המשרד, אם אפשר לסמן $\sqrt{}$ על שיקול $1+2+3$.

מה זה אומר לסמן $\sqrt{}$? אפשר לדאוג לשיקולים האלו גם כשסוגרים את הכביש.

אם מצליחים לסמן $\sqrt{}$ על שיקול $1+2+3$ אני נמצא "בתוצאה I" או "בתוצאה II"?

תוצאה II אפשרית

אם מצליחים לדאוג לשלושת השיקולים המרכזיים גם כשהכביש סגור בשיקולים $1+2+3$ נסמן $\sqrt{}$, זה אומר שאני יכול לפתוח את הכביש בשבת ויכול לסגור את הכביש בשבת ואני עדיין דואג לכל השיקולים המרכזיים.

אם מצליחים לדאוג לשיקולים $1+2+3$ לסמן $\sqrt{}$ כשהכביש סגור בשבת, אז אפשר לפתוח או לסגור את הכביש בשבת, "המרכזיים לא מכריעים".

תוצאה I אפשרית

שיקול 1: כביש בר אילן עורק תחבורה ראשי. אם סגירת הכביש תצור עומסי תנועה בלתי נסבלים ואני לא מוצא חלופות בגלל סגירת הכביש אז אני לא יכול לדאוג לשיקול 1. אני לא יכול לסמן $\sqrt{}$ על "עורק תחבורה ראשי" וזה אומר שאנחנו **בתוצאה I**, ואסור לי לסגור את הכביש.

תוצאה I אפשרית

שיקול 2: בר אילן כביש גישה למקרקעין. אם 1000 תושבים לא יוכלו להגיע הביתה עם הרכב שלהם, אני גורם להם תקלה חמורה עם הרגישות למקרקעין, אז אני לא יכול לסמן בשיקול 2 $\sqrt{}$ ושוב אני מגיע **לתוצאה I**, ואסור לי לסגור את הכביש.

הערה: אם ההחלטה פוגעת באחד משלושת השיקולים, ולא מוצאים פתרון חלופי, אנחנו בתוצאה I. כי כולם לאותו כיוון. אין בעיית איזון כי הם לא סותרים.

חשוב!! אם הצלחתי לסמן $\sqrt{}$ על שיקול 1 והצלחתי לסמן $\sqrt{}$ על שיקול 2 האם זה אומר אוטומטית משהו על שיקול 3? אם אין בעיה "תעבורתית" ואם אין בעיה "בנגישות למקרקעין", אז גם אין "פגיעה בחופש התנועה".

ברגע שאני מצליח לסמן $\sqrt{}$ על שיקול $1 + 2$ אוטומטית יש $\sqrt{}$ על שיקול 3.

הסיבה שהמרצה לא חושב שזה חוקתי, כי הזכות החוקתית היא לא של הרכב אלא של האדם, אם האדם יכול ללכת בכביש, יכול לחנות וללכת ברגל, הזכות שלו לחופש התנועה לא נפגעה, אלא הזכות שלו לנוע עם רכב נפגעה. בכל מקרה הולכים עם גישת ברק שאומרת שבהנחה שיש פגיעה בחופש התנועה.

אם מסמנים $\sqrt{}$ על שיקול $1 + 2$ אז אין פגיעה ממשית בתנועה, ואז נסמן $\sqrt{}$ גם על שיקול 3.

חשוב!! על כל שיקול צריך לאסוף ראיות, לגבש "תשתית עובדתית". כי אם יש מעט אנשים שנחסמה להם גישה ייתכן ואין פגיעה של ממש, זה חובה במשפט המנהלי. בחומר של התרגול- תשתית עובדתית. כל שיקול ששוקלים צריך לגבש תשתית עובדתית.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

איך אוספים תשתית עובדתית על שיקול 1 - בר אילן עורק תחבורה ראשי : היועץ המשפטי כשבא לייעץ על סגירת הכביש, איך אוסף את התשתית העובדתית? אם סוגרים את הכביש מה יקרה? צריך להתייעץ עם מומחה שיודע לעשות הדמיה מה קורה תעבורתית כסוגרים כביש, כמה מכוניות פר שעה יגיעו לכביש העוקף?

דבר ראשון שצריך לבחון, מה המרחק לכביש העוקף: אם אני בנסיעה של ק"מ מוסיף לכביש העוקף 20 ק"מ זה סביר לסגור את הכביש בשבת? לא.
 אם אני סוגר את הכביש וזה מוסיף 1/2 ק"מ בכביש העוקף, זה רק עוד כמה דק' נסיעה. מבחינת המרחק הכביש העוקף לא מוסיף הרבה.

דבר שני שצריך לבחון, נעשה הדמיה על עומסי תנועה: לא יהיו פקקים בשבת? כי בירושלים יש הרבה שומרי דת וזה גם שבת. לא יהיו עומסי תנועה בכביש העוקף. אז מסמנים "√", עשינו הדמיה, בדקתי ואספתי את הראיות. עושים "√" על שיקול 1. כלומר, אפשר לדאוג לשיקול הזה גם כשהכביש סגור.

איך אוספים תשתית עובדתית על שיקול 2 - בר אילן כביש גישה למקרקעין : כמה תושבים חילונים שמשתמשים ברכב ורוצים לנסוע בשבת ורוצים לחזור הביתה יש ברחוב הזה? פה הרשות לא בדקה בכלל. נניח שמצאנו 2 תושבים חילונים שגרים ליד הכביש ולא יוכלו להגיע הביתה. אפשר לומר שהמסי של התושבים שיפגעו הוא שולי. אבל עדיין יפגעו. אז אולי נשים בחסימה של הכביש שומר, יהיו מדבקות לתושבים החילונים, ולכל תושב כזה יתנו לו להיכנס וכך פתרנו את הבעיה. עושים "√" על שיקול 2. או שנניח הם לא נכנסים עם מדבקה אבל המקום חנייה שהם יכולים לחנות הוא 200 מטר מהבית ואין להם מוגבלות פיזית לאותם תושבים לא צריכים נגישות ב-100%. אז זה סביר. אין פגיעה משמעותית של נגישות. יש מספיק נגישות למקרקעין לכולם.

ברגע שסימנו עושים "√" על שיקול 1+2, נסמן גם על 3. כי אם אין פגיעה משמעותית בתעבורה אז אין פגיעה בחופש התנועה.
 הגענו לתוצאה II אפשרית. כי אפשר לסגור או לפתוח את הכביש ולא יקרה שום דבר דרמטי לתעבורה. יש "√" על הכל, ואז "השיקולים המרכזיים" לא מכריעים. והכל נראה תקין ובסדר.

במבחן: כל הניתוח הזה, מדובר על החלטה שכבר קיבלו והשאלה אם זה חוקי. נניח שהיועץ המשפטי הטעה את השר, אמר לו: "אין בעיה לסגור את הכביש בשבת", ובסוף מתברר שהם לא יודעים לדאוג לתושבים שגרים שם. החנייה הכי קרובה היא 1000 מטר מהבית. זה לא הגיוני שאדם יחזור הבית וילך קילומטר.

הקייס יספר לי את השיקולים, כמה תושבים חילונים יש, איזה נזק נגרם להם. אז נדע אם אפשר לסמן שם "√" או לא. נניח, אם מדובר על "מקורות המים" ואני נציב המים, ויש הידלדלות של מקורות מים, אז מבינים שהוא צריך לדאוג למקורות המים, ואם מספרים לו שתהיה המלחה או הידלדלות, אז הוא לא יכול לסמן "√", ואז חייבים להפחית שאיבה מאותם מקורות. בקייס כבר התקבלה החלטה והגיעו לבג"ץ יודעים כבר מה עשה, השאלה אם זה חוקי.

דוג: האם זה חוקי שסגר את הכביש, היועץ המשפטי הטעה את השר ואמר אין בעיה וזה לא היה חוקי, או נתן רישיון לשאיבה של מים מאותם מקורות בעייתיים שהם מדלדלים ומומלחים והולך להיות שם נזק בלתי הפיך, אז הוא כבר עשה פעולה ובודקים את החוקיות שלה בבג"ץ.

קודם כל ממיינים את השיקולים, מחפשים שיקולים זרים, בודקים מה היה צריך לשקול, האם יודע לדאוג להם. לפי הנתונים של הקייס אפשר לדעת אם יש סכנה לאותו מקור מים, והאם תהיה סכנה, אז לא ניתן לסמן "√" ואז מגיעים לתוצאה I אפשרית שחייבים לעצור את שאיבת המים באותו מקור או אסור לסגור את הכביש כי יהיו עומסי תנועה נוראים. מספיק שאחד מהם לא ניתן לסמן "√" אנחנו כבר בתוצאה I אפשרית,

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

"המרכזיים מחייבים" להשאיר את הכביש פתוח, אם לא הצלחנו לסמן $\sqrt{\quad}$ על כולם. אם הצלחנו לסמן $\sqrt{\quad}$ על כולם, אנחנו **בתוצאה II אפשרית**, אפשר לפתוח או לסגור.

שלב ב' להפעלת שיקול הדעת שלב ב' אומר שאפשר לשקול גם שיקולים משניים, למה "המשניים" נכנסו? כי "המרכזיים" לא הכריעו. אם המרכזיים מכריעים יש להם עדיפות נורמטיבית ואז נגמר הסיפור, אם "השיקולים המרכזיים" לא מכריעים, אז אפשר לעבור לשלב ב'.

"השיקולים המרכזיים" הם שיקולים מסדר ראשון. הם אלה שמכריעים. "השיקולים המשניים" הם שיקולים מסדר שני.

אם לא הכריעו השיקולים מסדר ראשון אז עוברים לשיקולים מסדר שני. וכאן יכול להיות לנו:

שיקולים כללים משני (תורם לטובת הציבור אבל רחוק מליבת התפקיד):

"קואליציוני":

אם בשבת הקרובה הכביש פתוח בשבת, ואז אין ממשלה, למפקח על התעבורה מותר לשקול את זה שליצמן פורש? לא, הוא דרג מקצועי לא מעניין אותו ואסור לו לשקול "שיקול זר". בא שר התחבורה ונוטל ממנו את הסמכות, עכשיו הוא שר התחבורה שגם מפקח על התעבורה, עכשיו הוא יכול לשקול את זה כשיקול משני. מה צריך לציין פה? כשמגיעים לפה לשלב ב' הרשות היא לא אדישה, כשאתה מפקח על התעבורה ואתה מגיע **לשלב ב' להפעלת שיקול הדעת** בעד מה אתה? בעד לסגור או לפתוח את הכביש? לפתוח. כל רשות היא תמיד בעד משהו שיותר טוב לתפקיד שלה. היא באה לפה היא פעת לפתוח את הכביש, שכל הכבישים יהיו פתוחים. יש נטייה בסיסית והנטייה לפתוח לא לסגור את הכביש. לכן רק "שיקול משני" ורציני ובעל משקל יכול להפוך את הנטייה הטבעית של הרשות. אם הנטייה הטבעית שלה תהיה כבישים פתוחים יש סכנה משמעותית לקואליציה. לא ניתן להוכיח שליצמן היה פורש והממשלה הייתה נופלת אז אין שיקול קואליציוני משמעותי ואסור לו להתחשב בזה. זה לא מתגבר על הנטייה לכבישים פתוחים. אנחנו רוצים את הכבישים פתוחים. אם יש חשש מהותי שהממשלה תיפול אז יש לשיקול משקל, אם יש רק דיבורים באוויר, זה טוב לקואליציה אבל אין שום איום משמעותי שהממשלה תתפרק, אז אסור לשקול את זה. לשר שהוא חלק מהממשלה מותר לשקול את זה.

"רגשות הדת":

למה זה שיקול "כללי משני"? כי הוא תורם לטובת הציבור, הפסיקה אמרה שרגשות הדת זה חלק מהסדר הציבורי, זה טוב להתחשב ברגשות הציבור אבל זה רחוק מליבת התפקיד. אם הגענו לנטייה לכביש פתוח, אנחנו צריכים שתהיה תרומה ממשית להתחשבות לרגשות הדת, ובאורך החיים הדתי כדי להצדיק את סגירת הכביש. צריך שהשיקול הזה יהיה רציני, בעל משקל כדי להתגבר על הנטייה לכבישים פתוחים של המפקח על התעבורה. הוא צריך לבוא למשל לבית הכנסת, על הר אילן, בשבת, בשעות התפילה ולהתרשם מה מרגישים המתפללים. אם יש רעש אוטוסטרדה ליד התפילה, הוא מתרשם שאי אפשר להתפלל כך. כל תושבי השכונה מתפללים בבית כנסת הזה ואי אפשר להתרכז בתפילה כשהאוטוסטרדה שם נעה במהירות, ואין פתרונות כמו קיר אקוסטי שלא מפריעים למתפללים. צריך להתרשם שיש פגיעה קשה באורח החיים הדתי. ואם אכן יש תרומה משמעותית לטובת הציבור בהתחשבות ברגשות הדת אז זה יכול להתגבר ואפשר לסגור את הכביש.

הכרעה: סוגרים את הכביש בזמן התפילה!

דוג: רוצים לסגור את כביש שינקין בת"א

רלוונטי לשלב א' + שלב ב'. נבחן אם אפשר לסמן $\sqrt{\quad}$ או יש בעיה, במפקח על התעבורה מתייעץ עם היועץ המשפטי לגבי שינקין, נדרש לאסוף נתונים סוגרים את שינקין האם יש בעיה?

שיקולים ספציפיים מרכזיים:

1. נתיב תחבורה $\sqrt{\quad}$

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

שינקין הוא לא עורך תחבורה ראשי. כביש קטן. אין בעיה לסגור אותו. גם חד סטרי. חלקו מדרחוב.

2. כביש גישה למקרקעין ✓
 מה עם התושבים? בת"א אין חניה בשום מקום אז התושבים גם לא מחזיקים רכב. נניח שהתושבים אין להם רכב אם בדקתי כמה תושבים גרים ברחוב. אם אני יודע לפתור, כמה תושבים שיש להם רכב, סידרתי להם תווי חניה, מדבקות, או שיש להם חניה אלטרנטיבית במרחק 200 מטר מהבית.

שיקול כללי מרכזי (חוקתי)

3. חופש התנועה ✓

אם הכל מסמנים "✓" על הכל, הצלחתי לדאוג לתעבורה ולחופש התנועה, אז אני יודע לדאוג "לשיקולים המרכזיים" גם כשהכביש סגור וגם כשהכביש פתוח, ולכן אני **בתוצאה II**, אם היה "X" אחד, אחד, אחד "מהשיקולים המרכזיים", היינו **בתוצאה I**, והיה חייב להשאיר את הכביש פתוח. ואז מגיעים "לשיקולים משניים"...

שיקולים כללים משני (תורם לטובת הציבור אבל רחוק מליבת התפקיד):

"רגשות הדת":

שינקין זה מרכז ת"א, זה מעוז החילוניות, עכשיו יש גם גרעין תורני בשינקין, חרדים של המקום, כשהם הגיעו מרכז ת"א היה חילוני, אבל הגיע גרעין תורני התיישב שם, ונשאלת השאלה האם להתחשב ברגשות הדת? האם יש נטייה לסגור או לפתוח את הכביש? לפתוח את הכביש כי המפקח על התעבורה תמיד הנטייה שלו לכבישים פתוחים. אז יש נטייה לפתוח אבל אם יש שיקול רציני של רגשות הדת, התחשבות באורח החיים הדתי, אז אולי נסגור, אפשר לסגור כי אפשר לסמן "✓" על כל "השיקולים המרכזיים", אבל האם יש תרומה משמעותית לסדר הציבורי בהתחשבות ברגשות הציבור? אם יש חמישה שהתיישבו בגרעין תורני והגיעו לשכונה חילונית שידעו שזה אורח החיים המקומי, זה מרכז ת"א, שזה האופי של העיר הזו, אז אין שיקול רציני של התחשבות ברגשות הדת שיכול להתגבר על הנטייה לכבישים פתוחים. מסקנה- לא סוגרים את הכביש!.

דוג: קו הרכבת ת"א-ירושלים

רלוונטי לשלב א' + שלב ב'. הושקע מיליארד ₪ בקו הזה כדי לחצוב בהרים ושיהיה קו רגיל. נשאר לבחור מרכז לחברת הקטרים שתייצר קטר. יש שתי אפשרויות לקטרים. קטר א', לוקח לו 30 דק', קטר ב' 75 דק'. רמת הבטיחות של שניהם זהה. המחיר במכרז זהה.

קטר א' (מהיר ומזהם) - 30 דק'
 קטר ב' (איטי וידידותי לסביבה) - 75 דק'

שיקולים ספציפיים מרכזיים:

1. מהירות ויעילות הרכבת ×

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

מה השיקולים המרכזיים עבור רשות הרכבות? מהירות ויעילות הרכבת. זה השיקול המרכזי הספציפי. הכל מתחיל ממה הרשות רוצה לעשות. מנהל רשות הרכבות ליועץ המשפטי לרכבת, אומר לו שהוא רוצה לבחור בקטר ב' כי חשוב לו שהרכבת תהיה "ירוקה" ולא תזהם את הסביבה.

האם מותר וחוקי לו לבחור בקטר ב'? לא. כי השיקול הספציפי זה "מהירות ויעילות הרכבת" לכן לא יכול לבחור בקטר ב'. לא ניתן לסמן "√" ליד השיקול. אם הושקעו מיליארדים בקו שלקח לו 90 דק', ולכל מה שחשכנו זה 15 דק', "נשארו בהודו" לא עשינו כלום בזה. זה אומר שמנהל רשות הרכבות מעל בתפקידו. היועץ המשפטי יגיד, שיודעים מה החלופה, יש חלופה, יש עוד הצעה במכרז. אפשר לנסוע ב-30 דק'. זה לא בעיה פיזיקאלית. לכן אי אפשר לסמן "√" לשיקול הזה.

אם סימנתי "X" אני **בתוצאה I אפשרית**: המרכזיים מכריעים --- חייבים לפעול כך או אחרת---סוף הדרך --- פועלים כפי שהמרכזיים מחייבים.

אסור לי לבחור בקטר ב'. מי שיזכה במכרז זה קטר א'. אם בחרו במכרז של קטר ב', המכרז של קטר א' יפנה לבימ"ש יאמר שהייתה החלטה בלתי סבירה לבחור בקטר ב' אנחנו שיא הטכנולוגיה ולא בחרו בנו. בדוגמה הנ"ל אנחנו מגיעים **לתוצאה I אפשרית**, כי אפשר לדאוג לכך שהרכבת תהיה מהירה ויעילה כשלוקח לה 75 דק' להגיע מת"א לירושלים זה 30 דק' יותר מאוטובוס לכן שמים "X" ליד השיקול הזה והתוצאה שאסור לבחור בקטר ב'.

שיקולים כללים משני (תורם לטובת הציבור אבל רחוק מליבת התפקיד):

"איכות סביבה":

אם החוק היה מטיל על רשות הרכבות לדאוג לאיכות הסביבה ושהקטרים יהיו "ירוקים" אז זה היה חלק מהתפקידים המרכזיים של רשות הרכבות ואז השיקול של איכות הסביבה היה שיקול "ספציפי מרכזי" ואז היינו עושים איוון בתוך **שלב א'**. נניח שתפקיד של רשות הרכבות זה לדאוג שהרכבת תהיה מהירה, יעילה וזולה אז איכות הסביבה זה "שיקול כללי משני" כי הוא תורם לטובת הציבור אבל רחוק מליבת התפקיד. זה למעשה **תוצאה II אפשרית**.

שינוי הנתונים...

קטר א' (מהיר ומזהם) - 30 דק'
קטר ב' (איטי וידידותי לסביבה) - 35 דק'

שיקולים ספציפיים מרכזיים:

1. מהירות ויעילות הרכבת √

מנהל רשות הרכבות ליועץ המשפטי לרכבת, אומר לו שהוא רוצה לבחור בקטר ב' כי חשוב לו שהרכבת תהיה "ירוקה" ולא תזהם את הסביבה.

יגיד היועץ המשפטי, עכשיו נוסעים 90 דק', גם 35 דק' עדיין זה שיפור משמעותי של מהירות ויעילות הרכבת. אז ניתן לסמן "√" ליד השיקול "הספציפי מרכזי". אם מצליחים לסמן "√" ליד שיקול מהירות ויעילות הרכבת אז אנחנו **בתוצאה II אפשרית**. אפשר לבחור בקטר א' או בקטר ב'. לא חייב לבחור ב-א'. המרכזיים אינם מכריעים, אפשר לבחור בקטר המזהם או הלא מזהם.

תוצאה II אפשרית:

המרכזיים אינם מכריעים --- אפשר לפעול כך או אחרת--- **שלב ב' להפעלת שק"ד** --- שקילת משניים---הכרעה

איכות הסביבה עלות למשק

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

שיקולים כללים משניים :

"איכות סביבה":

מה הנטייה שלי כשאני מגיע לשלב ב' ? אני בעד מי? מנהל רשות הרכבות יהיה בעד קטר א' רק אם יהיה משהו משמעותי בעל משקל באיכות הסביבה שישכנע אותו לוותר על מהירות רק אז יוותר על מהירות.

במבחן: נניח שהקייס אומר שהחיסכון בזיהום אוויר הוא שולי, במדדים מדובר על חיסכון שולי, אם התרומה לאיכות הסביבה שולית יחסית אז נשארים בקטר א', ואסור למנהל רשות הרכבות לבחור בקטר ב'. (ארגוני הסביבה יכולים להגיש עתירה לבג"ץ אבל התשובה שיקבלו שמנהל רשות הרכבות אחראי שהרכבת תהיה מהירה אז אם החיסכון באיכות סביבה זה שולי אין סיבה לבחור בקטר ב'.

חשוב!!! אם החיסכון בזיהום הוא משמעותי ומקבלים תרומה משמעותית לאיכות הסביבה אז יש אפשרות "שהשיקול המשני" הזה יטה את הכף לטובת קטר ב'. והבחירה תהיה בקטר ב'. אם יש תרומה משמעותית להפחתת הזיהום אוויר אפשר לבחור בסיטואציה הזו בקטר ב' בגלל "השיקול המשני" שהוא בעל משקל וגובר על הנטייה לבחור בשיקול של מהירות ויעילות הרכבת.

תלוי מה יאמר הקייס. אם הרשות בחרה בקטר ב' אז צריך לחפש בקייס אם יש חיסכון משמעותי בזיהום האוויר. וזה יכול להצדיק את הוויתור למהירות, אם לא צריך להישאר עם ה-30 דק'.

נוסיף עובדה נוספת...

כמה דק' מאבד כל עובד כשבוחרים את קטר ב' ? אני גר בת"א, עובד בירושלים. כמה דק' אני מאבד בדרך לשם? 5 דק'. ובחזור 5 דק'. סה"כ 10 דק'.

שיקולים כללים משני (תורם לטובת הציבור אבל רחוק מליבת התפקיד):

עלות למשק:

באים הכלכלנים של הרשות ואומרים למנהל רשות הרכבות: "בדקנו עלות למשק היא 10 דק' לכל עובד, נכפיל במס' עובדים שמשתמשים ברכבת, נכפיל במס' ימים, עלות פגיעה בתפוקה של המשק: 2 מיליארד ₪. הכנסות המדינה ממיסים: ירדו במיליארד ₪. בהנחה שהעובדים לא עובדים ברכבת ומפספסים 10 דק' של תפוקה.

האם מנהל רשות הרכבות אחראי לתפוקת המשק? לא. לכן שמנו את זה "בשיקול משני" ולא "בשיקול מרכזי". "עלות למשק" זה תורם לטובת הציבור אבל רחוק מליבת התפקיד ולכן זה "שיקול כללי משני".

חשוב!!! יש לנו שתי "שיקולים כללים משניים" שמתנגשים:

"איכות הסביבה" - לבחור בקטר ב' (35 דק')

"עלות למשק" - לבחור בקטר א' (30 דק')

סיכום:

בדקנו "מהירות ויעילות" 30 דק'. סימנו "א", זה "מהיר ויעיל" בשתי האופציות, קטר א' / קטר ב'. הגענו **לתוצאה II אפשרית** יש את השיקול של "איכות הסביבה" לכאורה היינו צריכים לבחור בקטר ב' (35 דק')

בא השיקול המשני המתנגש "עלות למשק" ואומר שהכנסות המדינה במיסים יופחתו במיליארד ₪ כי התפוקה למשק תרד ב-2 מיליארד ₪.

במיליארד ₪ האלה אפשר להעביר את כל תחנות הכוח, ולחסוך עם ציוד זיהום פי 1000 ממה שחסכנו מהרכבת.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

איזה שיקול גובר פה? "העלות למשק" גובר על "איכות הסביבה" וחייב לבחור בקטר א'.

במבחן: אם בקיים במבחן לא מופיע בכל שיקול של "עלות למשק" לא ממציאים את זה, לא מופיע אז יש רק שיקול אחד של "איכות הסביבה" שכנראה כן יופיע. אם יש את שניהם אז נדון כי יש התנגשות בין שתי "שיקולים כללים משניים" ואז צריך לחשוב עפ"י ההיגיון איזה "שיקול כללי משני" יותר חזק. דוג: אם רואים שבמיליארד ₪ שהמשק מפסיד אפשר לחסוך זיהום אוויר פי 1000 מהרכבת הזו אז אין שום היגיון לבחור ברכבת הידידותית לסביבה קטר ב'.

29 באפריל 2018

משפט מנהלי / שיעור 21

המשך - תורת הפעלת שק"ד:

שלב א': שקילת מרכזיים בלבד

תוצאה I אפשרית:

סוף הדרך --- חייבים לפעול לטובת המרכזיים (פועלים איך שהמרכזיים מחייבים)

תוצאה II אפשרית:

שלב ב' --- שקילת משניים --- הכרעה

(המרכזיים לא מחייבים, זה אומר שאנחנו מסמנים "√" על כל "המרכזיים" אם אני חושב לעשות משהו שהוא עלול לפגוע במרכזיים ואני מסמן "√" על כולם אז אני מגיע לתוצאה הזו).

במבחן: השלב המקדמי, מסווגים את השיקולים. בסיווג, גם מה שהוא "שיקול כללי משני" יש מקרים שנהפוך את זה "לשיקול זר". זה הכל בשלב המקדמי כשמתלבטים איך לסווג ואם יש "שיקול כללי משני" שאנחנו לא בטוחים שהוא "שיקול כללי משני" או "שיקול זר" זה הכל סיווגים. כשגמרנו לסווג ולא מצאנו "שיקולים זרים" לא קרה כלום. זה בשלב סיווג. אם מצאנו "שיקולים זרים" אז יכול להיות שזה כבר בסיס לפסילת ההחלטה, אם לא ממשיכים הלאה למודל הנ"ל. אם מתלבטים אם זה "שיקול כללי משני" או "שיקול זר" אז ניתן לומר כך: במידה וזה "שיקול זר" תפסל ההחלטה במידה וזה "שיקול כללי משני" אני משבץ במודל הנ"ל.

נריץ את המודל על כמה פס"ד...

פס"ד פורז:

בחירת רב עיר. מתברר ששנים ממנים לגוף שבוחר את רב העיר, גברים בלבד. לא ממנים נשים לגוף הזה. מתוך הנחה שיש מועמדים לרב העיר שלא יהיה נוח להם אם גוף שיש בו נשים שבוחר אותם והם יעדיפו להסיר מועמדות. לא מוכנים להיבחר ע"י אישה. אם רוצים למקסם את הבחירה לרב העיר, רוצים כמה שיותר מועמדים טובים ולכן החליטה הרשות הממנה לא למנות נשים לגוף הבוחר. מועמדים לגוף שבוחר את הרב.

שלב א': שקילת מרכזיים בלבד

בשלב א' מסמנים "שיקולים מרכזיים בלבד". מה השיקולים הספציפיים מרכזיים? והכללים מרכזיים?

ספציפי מרכזי:

1. בחירת רב העיר הטוב ביותר
אם נשים אישה בגוף הבוחר, זה יפגע בשיקול הזה כי חלק מהמועמדים לתפקיד רב העיר יסירו מועמדות.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

כללי מרכזי:

2. פגיעה בשוויון המגדרי- הדרת נשים
"שוויון" הוא השיקול השני שצריך לשקול פה "כשיקול מרכזי". איזה שיקול זה השיקול של השוויון? כללי מרכזי. שיקולים שנגזרים מהחוקה או מעקרונות היסוד של המשפט המנהלי.

האם שני השיקולים פה הולכים לאותו כיוון או מתנגשים? מתנגשים
השיקול הספציפי מרכזי: "אל תשים אישה" כי זה יפגע לך בבחירת רב העיר הטוב ביותר כי חלק יסירו מועמדות.

השיקול הכללי המרכזי: תשים אישה כי זה מה שהחוקה מחייבת
החליטו לא למנות אישה ויש עתירה לבג"ץ. ראש הרשות בא ליועץ המשפטי.

מה עושים כשיש שני שיקולים מרכזיים מתנגשים? איזון:
אם זה היה "חוקתי" היינו מפעילים את "פסקת ההגבלה". האיזון המקובל בחוקתי הוא פסקת ההגבלה. פס"ד פורז קדם למהפכה החוקתית, כלומר אין חוקי יסוד ופסקת ההגבלה והשופט ברק צריך לתת איזון אחר, הוא הולך לאיזון שלהלן:

"אם תוכיחו לי שבמידה ותמונה אישה לגוף הבוחר לא יהיה אף מועמד שיהיה מוכן להציע את עצמו כרב העיר, כלומר, אם תסוכל לחלוטין המטרה הפרטיקולרית של החוק, אם תסוכל לחלוטין התכלית של החוק אז החוקה נסוגה, השוויון ייסוג. כלומר אם לא יהיה אף מועמד לתפקיד רב עיר החוקה נסוגה, ועיקרון השוויון מפסיד אבל אם יהיו לנו מועמדים אולי פחות ממה שהיו בגוף שכולו גברים אבל יהיו מספיק מועמדים אז חייבים להעדיף את השוויון".

היום לאחר המהפכה החוקתית לא בטוח שיש פה איזון, כי אם תסוכל לחלוטין תכלית החוק אז זה כמו לבטל חוק, החוקה מבטלת חוקים אבל אנחנו בעידן שלפני המהפכה החוקתית וברק נותן מקל ולא מוכן לבטל את החוק. אם אף אחד לא רוצה להיבחר אז שלא יהיה בכלל תפקיד כזה אם זה לא מתיישב עם החוקה, אבל לצורך העניין ניקח את האיזון הזה של הפס"ד, אם לא יהיו בכלל מועמדים אז אפשר למנות גברים בלבד כדי לשמור על תכלית החוק, אם בכל זאת יהיו מועמדים החוקה ועיקרון השוויון גוברים.

ברור שיש מספיק מועמדים ומספיק רבנים שלא אכפת להם שהגוף שבחר אותם תשב שם אישה כי עובדה שאחרי פס"ד אחרי שישבו נשים בגוף הבוחר מספיק מועמדים נשארו לתפקיד רב העיר וכל המשרות מאוישות אז לא הוכיחו לבימ"ש שיש סכנה כזו שאף אחד לא יסכים להגיש מעומדות וכך גם התברר גם במציאות.

לדעת המרצה:

הגישה של ברק קצת מוזרה כי נותנת ווטו לגברים. "אם הם לא יגישו מועמדות אז אפשר להפלות נשים". זה קצת מוזר אבל עדיין ברק אומר שהמחוקק קבע שזה פונקציה שצריך לאייש אותה. בימ"ש רוצה שיהיה אפשר לפחות לאייש את הפונקציה הזו כשהמחוקק חשב שזה תפקיד שיש לאייש.

סיכום:

לא נדרש לעשות דיון חוקתי, הפס"ד הזה רק ממחיש איך השיקול החוקתי גובר על השיקול הספציפי ואז צריך להקריב את מטרת החוק, שיהיו פחות מועמדים כדי שנגשים את העיקרון החוקתי.

הערה:

פה אין "שיקולים משניים" רק שיקול ספציפי מרכזי ושיקול כללי מרכזי שצריך לאזן ביניהם, ברק נותן את היזון. היום היינו מפעילים את פסקת ההגבלה ובודקים. מכיוון שהיינו משתכנעים שיהיו מספיק מועמדים לתפקיד רב העיר והתכלית לא תפגע דרמטית אז היה אפשר לשתף גם אישה עפ"י פסקת ההגבלה. בודקים אם יש מניעה הלכתית שאדם יבחר ע"י אישה אז ברור שאף רב לא היה מגיש מועמדות, אבל אם מביאים עדה

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

בלכה שאין בעיה הלכתית שאישה תבחר רב אז ניתן לפסוק שכן יהיו מועמדים. אולי חלקם יפרשו אבל חלק יישארו. זה עניין של דיון בבימי"ש.

הערה:

כשמסמנים "ל" או לא "ל" זה רק כשרוצים לעבור לשלב ב' ולשקול את "השיקולים המשניים". במקרה הזה יש לנו רק "שיקולים מרכזיים" אנחנו לא חושבים בכלל לעבור לשלב ב'. אנחנו בשלב א'. פה אין "שיקולים משניים" שנכנסים לתמונה רק "שיקולים מרכזיים".

במקרה הזה שתי "שיקולים מרכזיים" מתנגשים וצריך לעשות איזון ראוי ביניהם, ופה או תהיה לנו את "פסקת ההגבלה" אבל בעבר לא הייתה וברק עשה איזון אחר בין השוויון ובין התכלית הספציפית של החוק.

ברגע שבאיזון השוויון או החוקה גוברים חייבים ללכת באופן ישיר את החוקה, אין פה אופציות כמו בדוגמה של "הצינוק" אני שוקל לשים את האסיר חודש בצינוק. מה צריך לאזן? השיקול הספציפי מרכזי: זה טוב למשמעת. השיקול כללי מרכזי: זה החוקה, יש פגיעה, זה יפגע בשלמות גוף והנפש שלו. וזה יפגע בכבוד האדם. אם בדקתי את זה בפסקת ההגבלה והגעתי למסקנה שהחוקה מנצחת אז נגמר וחייבים ללכת בתוצאה I אפשרית.

במבחן: ייתכן והמקרה יהיה סבוך יותר, ושרון יכניס גם "שיקולים משניים". דוג: אם תשולב אישה בגוף הבוחר, אז סיעה חרדית כלשהיא תפרוש מהמשלה. זה "שיקול משני" השיקול הקואליציוני. אבל לא נגיע לשלב ב' גם אם היה שיקול קואליציוני כי באיזון החוקתי השוויון גובר וחייבים ללכת עפ"י החוקה ואנחנו בתוצאה I אפשרית ולכן לא מגיעים לזה בכלל שהמשלה תיפול. אם "השיקולים המשניים" לא בקייס אין על מה לדבר אז לא דנים בזה.

חשוב!!

במבחן: האם צריך לדון "בפסקת ההגבלה"? לא! רק צריך להגיד: שברגע שיש איזון בין שיקול חוקתי (פגיעה בעיקרון חוקתי) ובין שיקול ספציפי מרכזי, היום בד"כ חלה פסקת ההגבלה באיזון הזה (רק מזכירים את זה) ואומרים שמה שייצא מפסקת ההגבלה זה מה שיקבע פה. לא נכנסים לבחני פסקת ההגבלה. לא קובעים עושים הנחה: "אם זה עומד במבחני פסקת ההגבלה אז אפשר לתת ביטוי לשיקול "הספציפי מרכזי" ולא לשלב אישה. אם זה לא עומד במבחני פסקת ההגבלה חייבים לתת עדיפות לחוקה וחייבים לשלב אישה.

הערה:

פסקת כיבוד, קובעת שכל רשות חייבת לכבד, לכן כשהכנסת מחוקקת חוק היא חייבת לכבד את פסקת ההגבלה. כשהרשות המנהלית מקבלת החלטה, פה זה הרשות שממנה לגוף שבוחר לרב העיר היא גם חייבת לכבד את החוקה. אז גם כל החלטה מנהלית צריכה לכבד את החוקה ברוח פסקת ההגבלה וראינו שגם בימי"ש "הלכת יששכרוב" אומרת: ההחלטה אם לפסול ראייה או לא גם היא חייבת להיות עפ"י החוקה. ולכן כל הרשויות חייבות לכבד. ולענייננו במשפט המנהלי, רשות מנהלית חייבת לכבד את החוקה. ואם יש לה שיקול חוקתי היא חייבת לאזן עפ"י החוקה. ואם לא עומדת באיזון אסור לה לפעול כפי שרוצה לפעול. דוג: אם חודש בצינוק זה לא חוקתי אסור לקבל החלטה מנהלית כזו אם אתה מנהל כלא.

דוגמה- גוף אוניברסיטאי רוצה להקים מסלול חרדי:

ההנחה שלהם, שאם זה יהיה מסלול משולב שלומדים בו יחד או שהסגל האקדמאי הוא של גברים ונשים יבואו הרבה פחות.

ספציפי מרכזי:

1. הנגשת האקדמיה לקהילה החרדית

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

זה המטרה בלפתוח מסלול חרדי אקדמאי

כללי מרכזי:

2. פגיעה בשוויון המנהלי
נניח במסלול של קריית אונו, ייתכן ויגדל, חצי מהסטודנטים לומדים במסלול החרדי ושם מתקבלים רק חברי סגל גברים. אם חברת הסגל היא אישה היא תפגע. חברות הסגל הגישה בג"ץ. אישה חברת סגל לא מתאימה למסלול החרדי, אם המכללה צריכה לגייס חברי סגל חדשים היא תגייס רק גברים, יהיה לה הרבה יותר נוח לגייס רק גברים כי הם מתאימים לכל המסלולים ויש איתם גמישות ניהולית. המרצה צופה שהבג"ץ הזה יהיה לטובת המרצות

איך צריך לנתח את זה ואיך המשפט המנהלי חל פה?

דרך I:

למה שהמשפט המנהלי יחול על מכללה/ אוניברסיטה? הגופים אקדמאים האלה הם גם אוניברסיטאות זה תאגיד התארגנות וולונטרית בספרה הפרטית אבל מתוקצבים חלקם, גם המכללות שלא מתוקצבות מספקות שירות חיוני עוסקות בתחום החינוך. כל המאפיינים האלו יכולים להגדיר אותם **כגופים דו מהותיים**, ניתן להחיל עליהם את האיזונים של המשפט המנהלי, הם גוף דו מהותי ולכן הם חייבים לתת משקל ראוי לעקרון השוויון.
מה באיזון בין השיקולים: "התועלת הכלכלית" או "הנגשת האקדמיה" לבין "עקרון השוויון"?

דרך II:

לבדוק את החוק. **חוק בשוויון הזדמנויות בעבודה**. חוק שאוסר הפלייה בעבודה. החוק הזה אוסר על הפלייה בעבודה. הוא חל גם על גופים פרטיים וגם על גופים ציבוריים וחל גם על מכלות ואוניברסיטאות. ואם אומרים למרצה: "במסלול הזה את לא נכנסת" (הרי יכול שיהיה חצי מהיקף השעות של אותו מוסד) זה הפליה. הדרה של אותה מרצה, זה פוגע בה מקצועית וכלכלית.

דרך III:

מי הגוף הציבורי פה? הגוף המפקח, המועצה להשכלה גבוה. גוף ציבורי אישר את המסלול החרדי עם ההפרדה. מה זה הבג"ץ? אסור היה לכם לאשר מסלול כזה שיש בו הפליה. למה אושר מסלול כזה, מה השיקולים?

שיקול ספציפי מרכזי של המל"ג (אחראי להסדרת השכלה גבוה):
הנגשת השכלה גבוה לקהילות שונות זה הנגשת ההשכלה הגבוה לכל הקהילות ואוכלוסיות.

שיקול כללי מרכזי

כשמתירים מסלול כזה פוגעים בשוויון המגדרי. **דוג**: אישה לא תשב בגוף שבוחר רב לעיר. בשני המצבים מדירים נשים.

הטענה בבג"ץ:

אם יש פה שיקול חוקתי, חלה החוקה, יש **פסקת הגבלה**, אם ההחלטה לא עומדת במבחנים של פסקת ההגבלה, אז אסור לאשר מסלול חרדי עם הפרדה בהוראה. אם פסקת ההגבלה אומרת "זה לא חוקתי" אז אסור לקבל החלטה כזו. אסור היה למל"ג לקבל החלטה כזו.

הערה: במקרה הזה אין "שיקולים משניים"

במבחן: לא בוחנים את פסקת ההגבלה. רושמים: "אם ההחלטה לא עומדת במבחנים של פסקת ההגבלה אסור לפתוח מסלול כזה ואז אנחנו בתוצאה I אפשרית והמל"ג היה אסור לו לתת אישור למסלול כזה".

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

פס"ד מרדי:

מענקים למגדלי פרחים- יצואנים. נותנים להם מענקים, באמצע השנה נגמר הכסף. הרשות מודיעה את ההודעה הבאה: מי שהגיש את הבקשה שלו עד תאריך כזה וכזה יזכה למענק ומי שיגיש אחרי התאריך הזה לא יזכה למענק כי פשוט נגמר הכסף.

ספציפי מרכזי:

1. עידוד החקלאים היצואנים
 מה אני רוצה להשיג? מה השיקול הספציפי מרכזי במתן המענקים? עידוד גידול הפרחים והיצוא שלהם.

כללי מרכזי:

2. פגיעה "בשוויון המנהלי"
 יש פה פגיעה בשוויון, "השוויון" נובע מעקרונות היסוד של המשפט המנהלי מכיוון שיש שם "חובת הגינות" יש גם "חובה לנהוג בשוויון" ופה יש הפליה בין מגדל פרחים אחד לשני על בסיס שרירותי, בין מגדל פרחים שהגיש את הבקשה למענק עד תאריך מסוים ובין מגדל פרחים שעומד בכל הקריטריונים והגיש את הבקשה למענק לאחר התאריך הזה. זו הפליה שרירותית ויש פגיעה בשוויון.

כללי מרכזי:

3. פגיעה "בהגינות" (הפתעת האזרח)
 ההפתעה של האזרח הייתה שהם לא ידעו מראש על הגשת הבקשה עד מועד מסוים, לקחו זמן להגיש את הבקשה ופתאום הרשות אמרה "מי שלא הגיש עד תאריך מסוים לא יקבל מענק". זה היסוד המפתיע שלא הוגן. אי אפשר לומר לאנשים תגישו בקשה לזכאות עפ"י קריטריונים ואח"כ לומר לא הגשתם עד תאריך מסוים לא תקבלו. זו הפתעה שצריך עד תאריך מסוים. לכן יש פגיעה בהגינות כתוצאה מהפתעת האזרח שהוא לא יכול לכלכל את צעדיו בהתאם להוראות הרשות.

האם "הפליה מהמשפט המנהלי" או "הפליה מהמשפט החוקתי"?
 כולם מהמשפט המנהלי, למה זה לא "חוקתי" הפליה בין מגדלי פרחים? מה זה "הפליה חוקתית"? על בסיס מאפיינים של גזע/דת/מין/נטייה מינית. הפליה בין מגדלי פרחים פחות מטרידה את החוקה, אולי לא הוגנת עפ"י המשפט המנהלי אבל לא מפריעה לישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. זה לא נורא אם לא נהגו בהגינות בין מגדל פרחים אחד לאחר. יש שופטים שאומרים שכל פגיעה בשוויון לא משנה על איזה בסיס זה גם פגיעה במשפט המנהלי אבל רוב השופטים לא חושבים כך.

חשוב!! לכן, נניח שהחוקה לא נכנסת לתמונה וזה רק **פגיעה בשוויון המנהלי** וזה נגזר מעקרונות היסוד של המשפט המנהלי שמחייבים בחובת ההגינות של הרשות. לנהוג בהגינות לא ניתן על בסיס שרירותי, להפלות בין מגדלי פרחים.

שיקול נוסף- "שיקול תקציבי- נגמר התקציב"- איך יסווג: "שיקול מרכזי" או "שיקול כללי משני":
 שיקול של תקציב. באותה שנה כשנגמר הכסף אין מה לתת. זו טעות של הרשות כי מה שהיא עשתה קבעה קריטריונים יותר מדי נדיבים ויצא שיותר מדי חקלאים זכאים והעוגה קטנה. מה עושים? השיקול הוא "נגמר התקציב".

הפרשנות של התוצאה של פסק הדין:

השופט זמיר: קבע בגלל הפגיעה בשוויון ובהגינות אתם חייבים בכל מקרה לשלם לכולם, לכל מי שעמד בקריטריונים גם אם נגמר התקציב.
 אם יש רזרבה אפשר לעשות העברה ממשדד למשרד מתוכנית תקציבית אחת לאחרת אפשר לעשות העברות באמצעות אישור של וועדת הכספים.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

אפשר לשלם על חשבון השנה הבאה. בתקציב הדו שנתי יודעים שיש כסף לשנה הבאה למענקים, אז אם טעיתי בשנה הראשונה אני חייב להשלים את המענקים בשנה אחרי. יהיה לי פחות לחלק בשנה השנייה. בכל מקרה אומר זמיר "חייבים לשלם". הוא אומר את זה ללא שום איזון. הוא לא עושה שום איזון עם השיקול התקציבי. צריך לסווג את השיקול התקציבי אם הוא לא עושה איזון איתו בכלל. נסווג את "השיקול התקציבי" שאין יותר כסף "כשיקול משני".

אם השיקול התקציבי היה שיקול מרכזי זמיר היה אומר שצריך לאזן בין ה"שוויון וההגינות" ובין "אין תקציב",
 הוא יכל לתת מבחן כמו של **השופט ברק** ("אם אף רב עיר לא יבוא זה גובר על השוויון"), "אם המצוקה הכלכלית קשה אז זה גובר על השוויון", אבל **השופט זמיר** לא נתן את המבחן הזה ואמר: "בכל מקרה השוויון והגינות גוברים לא משנה כמה כסף חסר לכם בתקציב זה לא מעניין אותי". הוא לא מאזן עם השיקולים המרכזיים את "אין לי כסף", אז זה לא נמצא בשיקולים מרכזיים אלא זה נמצא "בשיקול משני". אין איזון בין "האין לי כסף" לבין "השוויון".

לכן השיקול התקציבי הוא לא שיקול מרכזי הוא לא מתאזן עם "שוויון והגינות" הוא לא שיקול מרכזי אבל הוא כן **לטובת הציבור ורחוק מליבת התקציב** כי הרי אם אין כסף ומחייבים לשלם זה פוגע בציבור. זה שהרשויות אין לה כסף לשלם והיא תצטרך לקחת מדברים אחרים זה נוגע לטובת הציבור. זה שנגמר הכסף זה משפיע על טובת הציבור. אם יש או אין כסף לשלם צריך לשקול את זה וזה גם נוגע לטובת הציבור. השופט זמיר חייבת אותם לשלם, השיקול התקציבי צריך לשקול אותו כי אם אין לך מאיפה לשלם,

אם אנחנו יכולים לסמן $\sqrt{1+2+3}$ על שיקול $1+2+3$. אז אנחנו מגיעים **לתוצאה I אפשרית** - אפשר כך או אחרת - אפשר לשקול את השיקול התקציבי "שאין מספיק כסף, אם לא ניתן לסמן $\sqrt{1+2+3}$ על שיקול $1+2+3$, אז בכלל לא שוקלים שיקולים משניים
 מה המשמעות של לסמן $\sqrt{1+2+3}$? תמיד שיש לנו שיקולים משניים

קודם יש לסווג את השיקול התקציבי "כשיקול כללי משני":
 כי זה נוגע לטובת הציבור אם אין כסף לשלם, כי הרשות תשלם ממה שאין לה, זה יכול לפגוע בטובת הציבור, ולכן זה נוגע לטובת הציבור. שלא ניקח מתוכניות אחרות כדי לשלם ממה שאין לרשות לשלם. לחלק מענקים יותר מהתקציב שיש ברור שזה נוגע לטובת הציבור. זה יכול להיות שיקול שמתנגש עם "השוויון וההגינות".
 "השוויון וההגינות" אומרים לשלם כי זה יותר שוויוני ויותר הוגן, אבל העובדה שאין לרשות כסף, אין מאיפה לשלם. וצריך לקחת ממקור אחר וזה יפגע בטובת הציבור. אין כסף, לוקחים ממקום אחר זה עלול לפגוע בטובת הציבור.

הערה: לא מדובר **"בשיקול זר"** כשאין לרשות כסף לשלם. "שיקול זר" זה כאשר יש שיקול שלא קשור בכלל לטובת הציבור והוא גם לא משפיע על טובת הציבור. שהרשות תתנהל באופן זהיר עם כסף זה בטח משהו שהיא חייבת לשקול, אנחנו לא רוצים שהרשות תפזר כסף שאין לה ואז תחרוג מהתקציב ותעשה מה שהיא רוצה. זה לא שיקול זר כי רשות צריכה לנהוג בזהירות עם התקציב שלה.

למה "השיקול התקציבי" הוא "שיקול כללי משני"?
 עפ"י **השופט זמיר** לא צריך לאזן את השיקולים, אין איזון. השופט זמיר אומר "תשלמו" כי לטענתו **"השוויון וההגינות"** גוברים.

למה הם גוברים ללא צורך באיזון? כי הם שיקולים מרכזיים והוא שיקול משני. קודם מסווגים שהשיקול התקציבי הוא שיקול משני, "אין לי כסף" זה לא בליבת התפקיד, ליבת התפקיד זה לעודד את הייצוא ולתמוך בחקלאים. "אין כסף" זה משפיע על טובת הציבור אבל זה **"שיקול כללי משני"**.

מה זה אומר "שיקול כללי משני"?

רק אם אני מצליח לסמן $\sqrt{1+2+3}$ על שיקול $1+2+3$ אני יכול בכלל לשקול אותו ואז אני **בתוצאה II אפשרית** זה

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

כאשר אפשר לדאוג לכל השיקולים הנ"ל בדרך אחרת, אפשר כך או אחרת וגם לשקול שאין מספיק כסף לכולם כמו שהבטיחה הרשות.

תוצאה II אפשרית:

שלב ב' --- שקילת משניים --- הכרעה

↓
"שיקול תקציבי"

אבל, אם אני לא מצליח לסמן $\sqrt{1}$ על שיקול $1+2+3$ כמו שהשופט זמיר קבע אז אנחנו בתוצאה I אפשרית ו"השוויון וההגינות" גוברים חייבים לשלם לכולם "ואין לי כסף" בכלל לא שוקלים את זה ושיקול התקציבי בכלל לא נספר. זה מה שיוצא מפס"ד של השופט זמיר.

תוצאה I אפשרית:

סוף הדרך --- חייבים לפעול לטובת המרכזיים

נשנה את העובדות....

נניח שהרשות שלחה מכתב בנוסח הבא: "בדקנו את הבקשה שלכם ונמצא שאתם עומדים בכל הקריטריונים, עפ"י החלטת הרשות אתם תהיו זכאים למענק של 60 אש"ח אם כי, הסכום הסופי למענק יקבע רק בהמשך, כשנדע את מס' הזכאים". הרשות הבינה שאין כסף, הורידה את כל המענק לכולם במקום 60 אש"ח נותנת 50 אש"ח לכולם.

- האם היא מעודדת את כל החקלאים היצואנים? כן. הצלחנו לסמן $\sqrt{1}$ על שיקול 1
- האם היא פוגעת "בשוויון"? לא. כי הורידה את הסכום לכולם. הצלחנו לסמן $\sqrt{1}$ על שיקול 2.
- האם היא פוגעת "בהגינות" (בהסתמכות)? לא. כי אומרת להם אל תסתמכו על 60 אש"ח כי מראש אומרת שהיא לא יודעת כמה זכאים יהיו וייתכן נצטרך להוריד את הסכום. הצלחנו לסמן $\sqrt{1}$ על שיקול 3.

אם יהיה עותר שיטען שהסתמך על הסכום 60 אש"ח וזה לא הוגן, לא יוכל, כי מראש הרשות עדכנה שהסכום לא סופי ויקבע עפ"י מס' הזכאים. אם הרשות הייתה מתנהלת כך אז הייתה יכולה לסמן $\sqrt{1}$ על כל השיקולים המרכזיים, אבל ברגע ששילמה מלא לראשונים ורצתה לשלול לאילו שהגיעו מאוחר לא יכולה בשום מקרה לסמן $\sqrt{1}$.

נשנה את העובדות....

נניח שהרשות שילמה סכום מלא לראשונים ואז הגיעו עוד, לא החליטה לשלול האחרונים, אלא החליטה לקחת מהראשונים ולהעביר למאוחרים.

- עדיין מעודדת את כל היצואנים הצלחנו לסמן $\sqrt{1}$ על שיקול 1
- עדיין יש "שוויון" כי לקחה מהראשונים והעבירה לאחרונים. דאגה לשוויון. הצלחנו לסמן $\sqrt{1}$ על שיקול 2
- אין "הגינות" כי יש פגיעה בהסתמכות. היא לא אמרה שהסכום ייקבע סופית בהמשך, היא חילקה להם את הכסף והם, קנו איתו ציודו חקלאי, בנו חממות ופתאום אומרים להם "תחזירו 10 אש"ח כי צריך לשלם לאחרונים". פה יש כבר פגיעה בהגינות- הסתמכות. לא הצלחנו לסמן $\sqrt{1}$ על שיקול 3

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

מסקנה
במקרה הזה אי אפשר לשקול את "השיקול התקציבי" כשיקול משני. הרשות חייבת לשלם לכולם למרות שאין כסף. תוצאה I אפשרית.
כמו הפס"ד של השופט זמיר. חייבים לשלם לכולם את מלוא הסכום.

סיכום:
לכן הרשות התנהלה כאן ברשלנות, היא הייתה צריכה כשמגישים לה בקשה, קודם לתת זכאות למענק למי שעומד בקריטריונים ולהסתייג לגבי גובה המענק, שהגובה שלו יקבע סופית רק בתום הגשת כל הבקשות וברור מסי הזכאים.
עקרונית השופט זמיר צודק "שהשיקול התקציבי" הוא שיקול משני אבל השאלה אם הבעיה התקציבית תמוטט את הרשות מבחינה כלכלית אז יש כבר פגיעה "בשיקול הספציפי מרכזי". אבל זה מקרה קיצון ולכן צריך להניח שהבור התקציבי לא כזה מאיים על תפקוד הרשות.

הערה:
שיקול תקציבי הוא בד"כ "שיקול כללי משני". כי אם היה שיקול מרכזי היה צריך לעשות איזון איתו. במצוקה תקציבית מסוימת ייתכן זה גובר על "השוויון" אבל בפס"ד הזה השופט זמיר אמר "שהשוויון" תמיד גובר, אין איזון. "שוויון והגינות" יש לשלם לכולם ואז זה אומר "שהשיקול התקציבי" הוא "שיקול משני" ואפשר להתחשב בו רק בהמשך הדרך.

חשוב!!!

במבחן:

האם נדרש לבחון את המעמד של הגוף, האם הוא גוף שלטוני, אם זה "גוף מהותי" או "גוף דו מהותי"?
אם הקייס הגוף שמדובר בו הוא גוף פרטי אז לא בטוח שכללי המשפט המנהלי חלים עליו, ואז יש לברר אם אפשר להגדיר אותו כגוף דו מהותי ולהחיל עליו את כללי המשפט המנהלי, או לתפוס את הגוף השלטוני.

דוג: המכללה לא מעניינת אותי אני הולך למל"ג. איך נתתם רישיון למסלול כזה? הכל תלוי בקייס אם מעלה טענות נגד המכללה או המל"ג. בד"כ המבחנים עוסקים בגופים שלטוניים מובהקים. אולי יהיה ס"ק. דוג: מה אם זה היה גוף הפרטי

דוגמה- מיגון חדר המיון של ביי"ח ברזילאי:

מופיע בפסקי הדין. שר הבריאות היה ליצמן. היה דחוף למגן באשקלון. באשקלון יש ביי"ח. היה חשש לטילים מהחמאס. זה היה דחוף. התחילו בעבודות ומצאו קברים. ליצמן הקפיא את הבודות כדי למנוע חילול של קברים. ראש הממשלה התערב ולא היה אכפת לו מהאיוס של ליצמן. היה בג"ץ והוא היה קובע מהר למגן את חדר המיון כי השיקולים המרכזיים היו:

ספציפי מרכזי:

1. שרותי אשפוז בטוחים x ✓

שיקול כללי משני:

"רגשות הדת"

ביי"ח ממשלתי חייב לספק שירותי אשפוז בטוחים ואם מטופל מגיע להתאשפז ותחת סכנת טילים זה לא

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

בטוח.

השאלה אם זה דחוף או לא? דחוף. אם נתוני המודיעין היו אומרים: "חמאס מנסה להשיג טילים לטווח אשקלון אבל אין לו עדיין אז מילא, לא דחוף אבל זה לא המקרה באותה תקופה כבר היו טילים שמגיעים לאשקלון. בשיקולים מרכזיים הדחיפות קשורה. לכן נסמן "x" על השיקול הזה כי יש לו כבר טילים. אם זה "x" ואי אפשר לסמן "√" על השיקול, לאן מגיעים? **תוצאה I אפשרית** - חייבים למגן ומיד!

אם זה לא היה דחוף, כי אין לחמאס עדיין טילים שיכולים להגיע לאשקלון היינו מסמנים לסמן "√" על השיקול, ואולי היינו מגיעים **לתוצאה II אפשרית** כי אפשר לדאוג לשיקול "שרותי אשפוז בטוחים" גם כשדוחים את עבודות המיגון, אבל אם חמאס מצויד בקסאמים ומחר עקרונית יכולה להיפתח מערכה איתם אז אי אפשר לדחות את עבודות המיגון ומגיעים **לתוצאה I אפשרית** ויש "x" ליד השיקול

תוצאה I אפשרית:
סוף הדרך --- חייבים לפעול לטובת המרכזיים

נשנה את העובדות...

איך אפשר לעשות "√" על השיקול הזה? לא עוצרים את עבודות המיגון אבל משקיעים 10 מיליון שח ובונים תוך כדי עבודות המיגון גשר מעל הקברים וממשיכים את עבודת המיגון כרגיל. משקיעים כסף וזה לא מעכב את עבודות המיגון. אם ממשיכים בעבודות המיגון אפשר לסמן "√", כי יהיו שירותי אשפוז בטוחים. אם אפשר לא לחלל את הקברים ולא לעכב את עבודות המיגון, בו זמנית בונים את הגשר וגם עובדים על עבודות המיגון, אז מגיעים **לתוצאה II אפשרית**. ואפשר להתחשב **"ברגשות הדת"**. אם לא היה את השיקול הזה לא היינו בונים את הגשר.

תוצאה II אפשרית:
שלב ב' --- שקילת משניים --- הכרעה
↓
"רגשות הדת"

נוסיף עובדות...

מתערב מנהל רשות העתיקות ואומר: "בדקתי את האתר הארכיאולוגי הזה והקברים הללו פלישתים מלפני 3000 שנה לא יהודים/נוצרים/מוסלמים"

תמיד כשאנחנו מגיעים **"לשיקולים משניים"**, אנחנו לא אדישים, ליצמן כשר בריאות הנטייה שלו תהיה לכיוון "שיקולים מרכזיים" שאומרים לא לבנות את הגשר כי לוקחים תקציב של משרד הריאות ושמים על גשר. יהיה פחות לתקציב הבריאות ולכן לא ירצה לבנות גשר, הוא יבנה את הגשר רק אם יהיה שיקול משמעותי. **דוג:** זה כמו לסגור את רחוב שינקין כשיש 4 חרדים, "השיקול המשני" חייב להיות משמעותי.

לכן, ברגע שהנתונים אומרים שהקברים לא של יהודים/נוצרים/מוסלמים אין קהילה שתפגע ואין "רגשות דת". ולכן לשיקול הזה אין משמעות ולא בונים את הגשר, מחללים.

הערה: פה יש רק שיקול מרכזי אחד, במקרים האחרים היו כמה שיקולים מרכזיים. אם יש כמה שיקולים מרכזיים, אם יש "√" על כולם מגיעים **לתוצאה II אפשרית**, אם יש רק שיקול אחד ומסמנים עליו "√" גם אנחנו **בתוצאה II אפשרית**. במבחן: בד"כ יש כמה שיקולים מרכזיים ולא רק אחד.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

6 במאי 2018

משפט מנהלי / שיעור 22

שיעור שעבר הדגמנו את התרשים של "שיקול הדעת" עכשיו צריך לקחת את התרשים הזה ולתרגם אותו לעילה במשפט המנהלי, והעילה היא: "חוסר סבירות".

עילה אחת כבר הייתה לנו "בשלב המקדמי", בשלב של מיון השיקולים. אם מיינו את השיקולים והיה לנו שיקול שלא נכנס לאף קטגוריה אז הוא "שקול זר" וזה יכול לפסול את ההחלטה.

עצם זה שיש שיקול זר זה יכול לפסול את ההחלטה. עכשיו נמשיך, בהנחה שההחלטה לא נפסלה כתוצאה משיקולים זרים... מיינו את הקטגוריות, הרצנו את "תורת שיקול הדעת", ועכשיו נראה אם יש לנו את העילה של "חוסר סבירות".

חוסר סבירות:

דוקטרינת הסבירות. מהי "חוסר סבירות" במשפט המנהלי? ההגדרה של חוסר סבירות:

מתן משקל חסר לשיקול מרכזי (שהרשות חייבת לשקול) באופן מעוות העולה כדי חוסר סבירות

כל פעם שאנחנו נותנים "משקל חסר" לשיקול מרכזי שהרשות חייבת לשקול, היא לא נתנה לו את המשקל הראוי, זה צריך להיות משקל חסר לא קטן, אלא משהו רציני, "באופן מעוות העולה כדי חוסר סבירות". זה "מתן משקל חסר לשיקול מרכזי". עכשיו מה שאנחנו הולכים לעשות, זה לראות את מצבי "החוסר סבירות" השונים.

שאלה: איפה המצבים הללו נמצאים? אם פותחים את הפסיקה נראה את המצבים הללו? לא. הפסיקה בתחום של "חוסר סבירות" היא מורכבת לא מביניים. השופט מחליט שאיזשהו שאחד השיקולים קיבל משקל חסר לא נתנו לו את המשקל הראוי והוא חושב שזה "חוסר סבירות". העילה מאוד עמומה ואין ממש קריטריונים ברורים בפסיקה מתי מחילים את המצבים הללו של "חוסר סבירות". הלימוד של עילת "חוסר סבירות" היא ע"י הפעלת העילה על מצבים שונים. ונגדיר עכשיו את המצבים.

מצב I - "חוסר הסבירות" נעוץ בשלב א' של "תורת הפעלת שיקול הדעת":

מצב "חוסר סבירות" הראשון. מה הכוונה נעוץ בשלב א'? מה יש בשלב א'? אין "שיקולים משניים" בכלל אבל בתוך "השיקולים המרכזיים" יש בעיה.

לא מתעסקים עם שיקולים משניים מה שמעניין זה שבתוך השיקולים המרכזיים יש בעיה. אחד "השיקולים המרכזיים" קיבל "משקל חסר" התורה מעוותת שעולה כדי "חוסר סבירות". זה יכול להיות אחד משלושה מצבים.

1. אי שקילת שיקול מרכזי

בכלל לא שקלו אותו, הרי ברור שאם לא שקלתי בכלל שיקול מרכזי אז לא נתתי לו משקל ראוי, ויש משקל חסר. בכלל לא שקלתי. שקלתי שיקולים מרכזיים אחרים (זה לא שלא שקלתי בכלל שום שיקול מרכזי, שקלתי שיקולים מרכזיים אחרים אבל אחד מהם בכלל לא שקלתי). זה כבר הולך לחוסר סבירות. כי אם אני צריך לתת משקל ראוי לכל השיקולים המרכזיים ואחד מהם בכלל לא שקלתי אז יש משקל חסר לאחד מהשיקולים המרכזיים.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

פס"ד חורב- סגירת כביש בר אילן בשבת :

בדקו את הכביש העוקף. אמר יש כביש עוקף אם אני סוגר בשבת את כביש בר אילן.
לא בדקו את "השיקול המרכזי" השני : כמה תושבים גרים סמוך לכביש והאם הם יכולים להגיע הביתה בשבת. לא נבדק. לא נשקל.
 אולי יש 2000 תושבים שלא יכולים להגיע עכשיו הביתה? ברגע שלא נשקל זה נופל מיד. אם היו שוקלים ובימ"ש היה מתרשם שנתנו משקל חסר אז היה אפשר לומר ששקלו אבל לא נתנו את המשקל הראוי אלא שפה לא שקלו בכלל. לא אספו נתונים כמו כמה תושבים חילוניים מתגוררים שם.

הערה :

מצב חוסר הסבירות הראשון בכלל לא עוסק "בשיקולים משניים" עוסק רק "בשיקולים מרכזיים" ובוה שהוזנח שיקול מרכזי ההחלטה תיפול.
 ברגע שלא שקלתי נתתי "משקל חסר".

2. איזון מעוות בין שני מרכזיים מתנגשים

דוגמת חודש בצינוק : דוגמה למצב של "חוסר סבירות" במצב אי' בין השיקולים המרכזיים.

"שיקול מרכזי"- לשים אסיר חודש בצינוק : משמעת בכלא : כשיש ירידה של משמעת בכלא, יש התנהגות שפוגעת קשות במשמעת הכלא רוצים לשים אסיר חודש בצינוק, וזה טוב למשמעת. מעביר מסר מרתייע לאסירים האחרים. "שיקול חוקתי"- פגיעה בכבוד האדם, בגוף (שפיות ובנפש). אי אפשר לשים אדם חודש בצינוק.

פה יש שתי שיקולים, הרשות שקלה את שניהם אבל האיזון שעשתה ביניהם היה מעוות. ברגע שיש שיקול חוקתי,
 מה יקבע את האיזון? "**פסקת ההגבלה**". אם חודש בצינוק לא עומד בפסקת ההגבלה למי נתנו משקל חסר? לחוקה וזכויות האדם והעדפנו את "המשמעת" באופן מעוות.

נתנו משקל יתר למשמעת ומשקל חסר בולט לשיקול החוקתי. זו כמובן דוגמה דמיונית ולא פס"ד שהיה. אם היועץ המשפטי של רשות בתי הסוהר צריך ליעץ לרשות והוא לא הפעיל נכון את פסקת ההגבלה ואומר להם שאין בעיה חוקתית עם חודש בצינוק, אז הוא מוביל את הרשות למשקל חסר לשיקול החוקתי. החילו את פסקת ההגבלה אבל באופן שגוי. שיקולים מתנגשים, אם האיזון מעוות ובלתי ראוי אז ניתן משקל חסר לאחד השיקולים בימ"ש יאמר שההחלטה של הרשות נתנה משקל חסר לשיקול החוקתי וזה החלטה שהיא בלתי סבירה.

פס"ד פורז- בחירת רב העיר :

"שיקול מרכזי" - לא למנות אישה : אם לא ימנו אישה לגוף שבוחר רב עיר יותר מועמדים יגישו מועמדות לתפקיד רב עיר ואז תהיה תחרות יותר טובה ויבחר רב עיר טוב יותר. "שיקול מרכזי" - אם לא תתמנה אישה החוקה תפגע וגם השוויון המרכזי.

שיקולים מתנגשים, אם האיזון מעוות ובלתי ראוי אז ניתן משקל חסר לאחד השיקולים. הפס"ד הזה היה לפני המהפכה החוקתית ולא הייתה "**פסקת הגבלה**". **השופט ברק :** קבע איזון שמעדיף בצורה ברורה את עקרון השוויון רק אם יוכח לו שאם תשב אישה בגוף הבוחר לא יהיה לפחות שתי מועמדים שיגישו מועמדות אז השיקול החוקתי ייסוג .

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

בג"ץ חושב שהאיזון הראוי זה לתת עדיפות לשיקול של שוויון מגדרי שהוא עקרון יסוד של השיטה, והעובדה שהרשות נתנה עדיפות ליותר מועמדים לתפקיד זה איזון מעוות בין השיקולים. צריך לכבד אותו עפ"י **"פסקת ההגבלה"** הכבוד שהחוקה דורשת. פה זה היה לפני פסקת ההגבלה

פס"ד לאיכות השלטון (פרשת דרעי)

הלכה מאוד חשובה. לפני ההלכה הזו הייתה הלכה של "פנחס"י. פסיקה מרכזית במשפט המנהלי ועד היום שנויה במחלוקת.

הלכת דרעי: מהפסיקה הזו נכנס שיקול מרכזי שכל רשות חייבת לשקול. והוא "אמון הציבור ברשויות השלטון".

השיקול הוגדר **"כשיקול כללי מרכזי"** שנגזר מעקרונות היסוד של המשפט המנהלי. הפסיקה הזו העמידה את השיקול "אמון הציבור ברשויות השלטון" כשיקול מרכזי שכל רשות חייבת לשקול. כל רשות שבאה לעשות משהו שעלול לפגוע באמון הציבור היא חייבת להתחשב בזה.

למה זה נגזר מעקרונות היסוד של המשפט המנהלי?

כל מעמד של רשויות המנהל נובע מזה שיש אמון לציבור לדבר הזה, ואם אמון הציבור יפגע אז כל התשתית של המשפט המנהלי מתערערת. לכן כל רשות מנהלית חייבת לשקול את הדבר הזה. האם הרשות עושה משהו שיפגע קשות באמון הציבור ברשויות השלטון. בכלל דמוקרטיה בנויה על אמון הציבור ברשויות השלטון. העם הולך לבחירות מנצחים או מפסידים מאמינים שרשויות השלטון יפעלו בצורה נאותה וידאגו לטובת הציבור, גם אם הפסדנו או ניצחנו. אף אחד לא מתאבל אחרי יום בחירות יודעים שכל רשות תדאג לעם.

זו הפסיקה שקבעה שכל רשות חייבת לדאוג לאמון הציבור ברשויות השלטון

גם במקרה של מינוי לתפקיד או אם שוקלים לפטר משהו מתפקיד, צריך לשים לנגד העניינים את אמון הציבור. פה מדובר על ראש הממשלה יצחק רבין, ועל השר דרעי. מה הסיבה שרבין לא רצה לפטר את דרעי? פוליטיות. שיקול אחד: "לא לפרק את הממשלה". החשש היה שאם יפטר דרעי הממשלה תתפרק ואז אין כוח פוליטי להעביר הסכמים בכנסת. זה **"שיקול קואליציוני"** אבל לא לשכוח שזה "שיקול משני" ולא שוקלים אותו בשלב הזה. קודם מתחילים **"בשיקולים המרכזיים"**: "הבטחתי לדרעי שאני לא יפטר אותו עד שיגמר ההליך הפלילי".

האם משהו שיש לו סמכות פיטורים יכול להבטיח לאדם שלא משנה מה ישעה לא יפטר אותו? לא. אין סמכות לכבול שיקול דעת האם לפטר, יש להפעיל שיקול דעת לטובת הציבור ולא יכול להבטיח דבר כזה אם החוק מחייב לפטר. מה היה צריך לשקול?

"שיקול מרכזי"- אמון הציבור

דרעי הוגש נגדו כתב אישום בעברה של שוחד שקשור לתפקידו כשר. כלומר אין יותר קלון מזה. שוחד שקשור לתפקיד. זה שיקול אחד שהרשות חייבת לשקול.

התנגשות

"שיקול מרכזי": הגינות כלפי דרעי

האם אני חייב משהו לשר עצמו? אפשר אולי לטעון **"חזקת החפות"** כי הוא טרם הורשע אלא שגם בספרות וחלק מפס"ד חזקת החפות כעקרון חוקתי חלה בהליך הפלילי ולא מנהלי, כך שאם באים לשקול האם לפטר אותו או לא אין לו חזקת חפות, כי זה עקרון חוקתי בהליך הפלילי. אז לא בטוח שניתן להחיל את חזקת החפות. בהקשר הזה ברור שזה יפגע בו פגיעה קשה רוב אנשי ציבור שמפוטרים כתוצאה מאשומים לא חוזרים לחיים הפוליטיים. (בניגוד לדרעי).

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

האם "ההגינות" מחייבת שאיש ציבור צריך לקחת את זה בחשבון שלא יוכל לחזור לחיים הפוליטיים? כן. כשרשות מנהלית באה לפגוע באדם ההגינות מחייבת שתיקח את זה כשיקול מרכזי, "אני הולך לפגוע באדם בוא נשקול אם זה מוצדק". זה שיקול של "הגינות". לכן שיקול מרכזי נוסף "הגינות כלפי דרעי". ההגינות אומרת שצריך לשקול את הפיטורים אם זה מוצדק כי זה יפגע בו קשות. יש שתי שיקולים, האם "הולכים יחד" או "מתנגשים"? מתנגשים.

אם לא היה כתב אישום, חשדות בלבד, מה גובר? "ההגינות". כי הולכים לגמור אותו פוליטית. לא ברור אם יהיה הליך פלילי, ויש גם את זכות השימוע בהליך פלילי, אז צריך לתת לו קודם למצות את השימוע. מה שמכריע פה זה כאשר החשדות עדיין לא הבשילו אז הפגיעה באמון הציבור לא קשה, כי הציבור יודע שיש רק חשד, ועדיין לא הבשיל להחלטה של רשות מוסמכת להגיש כתב אישום (כמו ביבי שעדיין אין כתב אישום)

בימ"ש קבע סוג של איזון.

איזון בין השיקולים הללו. כשמוגש כתב אישום בעבירה חמורה שיש עמה קלון כמו שוחד, זה אומר הגענו לבשלות בהליך הפלילי ויש כבר החלטה של רשות מוסמכת, יש ראיות לכאורה, דהיינו סיכוי סביר להרשעה, של אותו אדם בשוחד.

אז מה קורה לפגיעה באמון הציבור? היא קטלנית! כשיש כבר כתב אישום רמת הפגיעה חמורה ביותר ואז להיות הוגן כלפי דרעי זה איזון מעוות בסיטואציה הזו, הפגיעה באמון הציבור היא כ"כ קשה שאתה חייב לפטר אותו למרות "ההגינות".

זו הייתה פסיקה מהפכנית במשפט המנהלי שרבים ביקרו אותה.

גישת פרופ' פרידמן:

הדעות שלו לגבי התערבות של בג"ץ. סוגיות שהחוק לא מחייב. הוא אומר שאותו מעניין רק מה שהחוק קובע ולמה בג"ץ יוצר פסיקה חדשה. אן החוק אמר שעד שהוא לא מורשע בעבירה שיש עמה קלון הכהונה שלו לא נפסקת אז אין סיבה להפסיק אותה.

גישת בג"ץ:

יש הבדל בין השאלה אם הוא כשיר או לא כשיר למשרה מסוימת או מתי נפסקת הכהונה עפ"י חוק, לבין, שאלה של סמכות שראש הממשלה יפטר שר. איזה שיקולים צריך לשקול כשמפעילים את הסמכות הזו, והאם בסיטואציה מסוימת יכולה לחול חובה על ראש הממשלה לפטר שר.

מדוע זה פסיקה מהפכנית?

כי החוק מדבר על סיטואציה אחת ששר הכהונה שלו נפסקת, אם הרשיעו בפס"ד סופי בעבירה שיש עמה קלון אז מידית הכהונה שלו פוקעת ואף אחד לא צריך לפטר אותו. פה, למרות שאין עדיין הרשעה בפס"ד סופי בעבירה שיש עמה קלון, בימ"ש יצר הלכה חדשה שמחייבת את ראש הממשלה לשקול פיטורים עוד לפני סוף ההליך הפלילי.

כי מה אומר בג"ץ? החוק טיפל בנקודות הקיצון, כלומר הרשעה בעבירה בסוף ההליך, זה לא אומר שאם החוק לא קבע שהכהונה שלו פוקעת בהרשעה בדרך אין נקודות שהאיזון מכריע שחייבים לפטר אותו. זה שבסוף הדרך אם הוא יורשע החוק קבע שהכהונה שלו מסתיימת זה לא אומר שמבחינה מנהלית באמצע הדרך לא מגיעה נקודה שהפגיעה באמון הציבור היא כ"כ קשה שראש הממשלה חייב לפטר אותו.

הלכות דרעי:

I. אמון הציבור – "שיקול מרכזי" שחייב לשקול

II. אין קשר לתנאי הקשירות בחוק. גם אם החוק קובע שיש "קשירות" לחוד, "וסמכות המינוי

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

הפיטורים" לחוד, צריך להבדיל בין "תנאי הכשירות" בחוק ובין "סמכות המינוי והפיטורים". ייתכן שאתה עפ"י החוק כשיר, אבל מנהלית חייבים לפטר אותך. "כשירות" לחוד. "והסמכות המנהלית למנות או לפטר" לחוד. ייתכנו סיטואציות שאתה כשיר למשרה עפ"י החוק, אבל במשפט המנהלי מי שמינה אותך חייב לשקול לפטר אותך.

III. עוד איזון שנקבע בהלכה, האיזון שכתב אישום חמור בעבירה שיש עמה קלון מביא את הפגיעה באמון הציבור לרמה כזו שהשיקול הזה גובר על כל שיקול אחר, ומחייב את הרשות (ראש הממשלה במקרה זה) לפטר שר. זה יהיה "חוסר סבירות" כשהוגש כתב אישום והפגיעה באמון הציבור היא כ"כ קשה, וראש הממשלה לא יפטר. במקרה הזה שהפגיעה היא כ"כ קטלנית באמון הציבור הוא חייב לפטר אחרת זו החלטה בלתי סבירה.

דוגמה- שר הביטחון:

חשוד שהוא העביר מידע מסווג לאירנים. (אין עדיין כתב אישום, אבל חשד רציני)

פרופ' פרידמן:

צריך ללכת רק עפ"י החוק ושבג"ץ לא יפרש את החוק ויצור חקיקה חדשה. החוק אומר: שעד שלא יורשע בעבירות נגד בטחון המדינה אז הוא לא צריך לסיים את הכהונה שלו. אבל לא הגיוני ששר שחשוד בעבירות ביטחוניות יישאר כשר בטחון.

גישת המרצה:

התשובה צרחה להיות זו, קודם כל חובה על ראש הממשלה מיידית שלא ישב בקבינט ויהיה חשוף לחומר בטחוני, ולא יהיה שר בטחון. שיהיה שר לאיכות הסביבה כמה חודשים. אם יוגש נגדו כתב אישום נגמר הסיפור בכלל, אבל ברור שצריך לפעול גם על בסיס חשדות כי יש סכנה מיידית לביטחון המדינה ואי אפשר להתעלם מהדבר הזה. צריך להבין שגם אם החוק אומר "רק כשהוא יורשע צריך לפנות את המשרה" ראש הממשלה צריך לשקול אם לפטר אותו לפני זה. ובמקרה של חשד לעבירות ביטחוניות הוא לא יכול להיות שר בטחון.

דוגמה- ראש הרשות לניירות ערך:

חשוד בעבירות מרמה בניירות ערך. מבינים שהעבירה קשורה כמו שוחד שקשור לתפקיד במשרד, אם הוגש נגדו כתב אישום, נניח שיש רשות שממנה את ראש הרשו לניירות ערך, ברור שלא יכול להישאר בתפקידו כי אמון הציבור ייפגע. אם הוא עצמו חשוד בעבירות מרמה בניירות ערך והוא אמור להיות הסמל של המסחר הנקי בניירות ערך והוא זה ששומר על האינטרסים של הציבור.

סיכום:

האיזון הוא משתנה בנסיבות המקרה. אמרנו שבמקרה הרגיל נקודת האיזון שבה השיקול של אמון הציבור מנצח זה כתב אישום בעבירה חמורה שיש עמה קלון שתביא לפגיעה קשה באמון הציבור, אבל יש מקרים שגם חשדות, כמו הדוגמה של עבירות ביטחוניות, יכולות להביא לחובה לפטר או להשהות. בפסיקה שיש כתב אישום יש חובה לפטר כאשר כתב האישום הוא חמור בעבירות שקשורות לתפקיד שיש עמן קלון.

במבחן: לעניין איזון בין השיקולים, אם אין פסיקה ספציפית שעשתה את האיזון וקבעה מה האיזון, הלכת דרעי קבעה האיזון הוא: כתב אישום בעבירה חמורה שיש עמה קלון יוצר כזו פגיעה באמון הציבור שיש חובה לפטר, במקרים אחרים אנחנו צריכים לעשות את האיזון, אם אין פסיקה, ולהעריך האם ניתן משקל חסר בצורה מעוותת לאחד השיקולים המרכזיים.

דוגמה- ראש הממשלה- ביבי:

בהנחה שיוגש כתב אישום, איך חלה הלכת דרעי והאם תחול? מי יפטר? ראש הממשלה נניח יוחלט להגיש נגדו כתב אישום, לא על שוחד אלא הפרת אמונים, הסיגרים והשמפניה, תיק 1000. האם תחול הלכת

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

דרעי על הסיטואציה הזו? לא. כי יש סמכות לראש הממשלה לפטר שר, ואז ראש הממשלה ישקול את השיקולים המרכזיים האם לפטר או לא, אבל אין לאף אחד סמכות כזו לפטר את ראש הממשלה.

השאלה על מה מחילים את הסבירות? אם אין סמכות לפטר את ראש הממשלה אז מה בלתי סביר? זה שהוא נשאר בתפקידו? אבל אין לאף אחד סמכות לפטר אותו. אז לא ברור האם הלכת דרעי תחול כאן. פה נצטרך פס"ד שהוא מבוסס פחות על סמכות מפורשת בחוק, נצטרך להגדיר סיעה כאורגן חוקתי שחלות עליה חובות, שצריכה לנהוג בדרך ראויה נאמן של הציבור ולבנות את המעמד הזה של סיעה באופן שיחייב את הסיעה לפרוש מהקואליציה לא קל אבל אפשר לעשות את זה. זה לא הלכת דרעי, צריך הלכה אחרת. ולא ברור שבג"ץ יתערב.

נניח שאם היועמ"ש יגיד לראש הממשלה "משפטית אתה חייב להתפטר", ראש הממשלה ישאל אותו "עפ"י איזה חוק אני חייב להתפטר ועפ"י איזה סמכות מנהלית בחוק אתה מפטר אותי". התשובה: שאין חוק כזה אלא אם כן נבנה איזו קונסטרוקציה שבכלל לא קשורה לראש הממשלה עצמו אלא לסיעות הקואליציה או משהו אחר.

מה עם הצבעה של אי אמון הממשלה? האם דוקטרינת הסבירות יכולה לחול על הצבעה של חברי כנסת? לא. המחוקק הוא ריבון והמשפט המנהלי בהקשר הזה לאחל עליו, לא בודקים האם אצבעה בכנסת היא סבירה או לא סבירה. ח"כ יכול להצביע מה שרוצה בכנסת. המשפט המנהלי לא חל על הצבעה הזו ואי אפשר לבדוק את הצבעה בכנסת לפי דוקטרינת הסבירות אם לא ראוי להחיל על ח"כ הבודד האם הצביע בסבירות או לא בסבירות. ח"כ חופשיים להצביע כראות עיניהם. מחולקקים או מחליטים איזה החלטה שרוצים ואז זה נבדק חוקתית ואם סותר את החוקה אפשר להתערב אבל פה אי אפשר. אין סתירה לחוקה. יותר קל להתערב בשיקול הדעת של סיעות בכנסת כאורגן ביניים מטווח מאשר באצבעה של ח"כ בודד להגיד שהצבעה של ח"כ היא בלתי סבירה.

3. משקל חסר לשיקול מרכזי אחד

כלומר, אין איזון בין שני שיקולים, יש "שיקול מרכזי" אחד שהייתי צריך לשקול, ונתתי לו "משקל חסר". לא שקלנו כמו שצריך, יש משקל חסר, ולכן ניתן להגדיר את זה "כחוסר סבירות".

פס"ד אדוארדו:

מערכת הביטחון עורכת ניסוי בעוף עזה בבתי ספר ניסוי של מיגון חלקי שיש בבני"ס. מהו מיגון חלקי? דוג: לא כל הכתה בטון אבל הספרייה כן מוגנת. וכשיש אזעקה כל התלמידים רצים לספרייה. עשו ניסוי כזה בבני"ס בעוטף עזה והציון היה "נכשל". ייתכן שהכתה הממוגנת הייתה רחוקה מדי. בעוטף עזה הטיל נע תוך 30 שניות, לא ניתן להגיע בזמן זה לכתה הממוגנת.

ההחלטה של הממשלה ומערכת הביטחון: למרות כישלון הניסוי לא ממגנים מיגון מלא (כל הכיתות ממוגנות). זה מאוד יקר.

"שיקול מרכזי" - ביטחון לתלמידים בעוטף עזה

יש רק את השיקול המרכזי הזה. (תזכורת: "שיקול תקציבי" הוא "שיקול משני"). עותרים אמרו התלמידים שלנו הולכים לבני"ס ואין להם מיגון, הניסוי נכשל, תמגנו את בתי הספר.

חשוב!!!

מה אמרנו בתורת הפעלת שיקול הדעת? רק אם ניתן לסמן "ל" על השיקול הזה, שהוא "שיקול מרכזי" אפשר להתחיל לשקול "כמה זה עולה ל". אם יש או אין כסף, כי זה "שיקול משני".

השאלה אם נתנו "לשיקול המרכזי" "משקל חסר" או ששקלנו אותו כמו שצריך?

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

בג"ץ:

קבע שאי אפשר לסמן על זה "√" הרי עשיתם ניסוי והוא נכשל, התלמידים לא הגיעו לכתה הממוגנת, ולכן יש "x" על השיקול הזה, זה שיקול מרכזי שחייבים לשקול. לא נתנו משקל ראוי לשיקול המרכזי הזה, כי הניסוי נכשל. יש שיקול מרכזי אחד, אין שתי שיקולים שצריך לאזן ביניהם. התוצאה היא אחד מפס"ד השנויים במחלוקת בהיסטוריית בג"ץ. התוצאה: תמגנו מיגון מלא את כל הבי"ס! צו עשה. תג מחיר: 192 מיליון ₪. סיכום: נתתם משקל חסר לשיקול המרכזי הזה כי הניסוי נכשל. והשלמתם עם הכישלון לא עשיתם כלום. זה לתת משקל חסר לשיקול, הייתם צריכים לדאוג לשיקול. כדי לסמן "√" צריך לשעות מיגון מלא. בבי"ס בעוטף עזה.

ביקורת המרצה:

ממשלת ישראל היא אחראית לביטחון אזרחיה. באמצעות זרועות הביטחון, צבא ופיקוד העורף דואגת איך להתגונן. יכולה לומר הממשלה: אני לא מאמינה למגן עצמך לדעת, הרי טילים זה עניין של טווח. בעבר היה עוטף עזה, היום לחיזבאללה יש טילים שמגיעים לכל מקום בישראל אז למגן את כל המדינה? נשקיע מיליארדים? זכותה של הממשלה לומר שלא מאמינה במיגון, מאמינה "בבעל הבית ישתגע", לא ממגנת את עצמי בכלל הטיל הראשון שיפול מלחמה עם עזה. ואז משיגים שקט כמה שנים. ראינו בצפון סוף מלחמת לבנון השנייה למרות שנוהלה לא משהו הסתיים בזה שנסראללה אמר "אם הייתי יודע שאלו יהיו תוצאות המלחמה לא הייתי מחיל עם הסיפור הזה" ומאז שקט בצפון. האם זה שהמדינה לא מגנה את כל הצפון מיגון מלא זה חוסר סבירות? לא. היא החליטה שמספקת הגנה לא בבטון אלא באיומים על האויב. אתה תרה טיל אחד ואנחנו נפגע בכל התשתיות שלכם.

זה בכלל לא עניין של בג"ץ לקבוע איך מתגוננים, הממשלה השקיעה בכפת ברזל, היום כשיצוא הטילים הראשונים ההסתברות שיירטו אותם מאוד גבוה. אם יש מתקפת טילים, כפת ברזל תיירת, באותו רגע כל תלמידי הבי"ס הולכים הביתה ולא חוזרים עד שנגמרת המלחמה. זכותה של הממשלה להחליט איך מתגוננים.

הפסיקה של בג"ץ לא הייתה הגיונית!

למרות שנכשל הניסוי והיינו מאבדים כמה תלמידים בסיטואציית אמת, עפ"י המרצה אפשר לסמן ליד השיקול המרכזי "√". יש כמה אפשרויות למענה: ביטוח כפת ברזל, תוכניות התקפיות. תוכניות לפנות את האזרחים בעוטף עזה, הרי גם ככה ייתכנו פצמרים שינחתו שם גם אם יש מיגון זה לא יעזור. זכותה של הממשלה להחליט איך לפעול.

הערה: זה לא משנה אם אנחנו ב-1/2/3, כי או שלא שקלנו שיקול מרכזי אחד בכלל, או שקלנו אבל האיזון בין שתי שיקולים מרכזיים הוא מעוות, הלכנו לטובת אחד על חשבון אחר, או שלא נתנו משקל ראוי לשיקול מרכזי

מצב II - "חוסר הסבירות" נעוץ בעצם המעבר לשלב ב' "ובשקילת שיקול משני":

אם מצב I, נעוץ בשלב א', בשיקולים המרכזיים (לא שקלנו בכלל שיקולים משניים, הבעיה הייתה עם השיקולים המרכזיים) במצב II, חוסר הסבירות נעוץ בעצם המעבר לשלב ב' ובשקילת "שיקול משני". שקלנו שיקולים משניים, לפני שסימנו "√" על כל המרכזיים. היו הרבה דוגמאות.

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

פס"ד חורב- סגירת כביש בר אילן בשבת:

שקלנו את "רגשות הדת" כדי לסגור את כביש בר אילן בשבת. שקלנו "שיקול משני", לפני שהיה לנו "ל" על כל "השיקולים המרכזיים".

"ל" שזה עורק תחבורה ראשי, "ל" שזה כביש גישה למקרקעין, "ל" שזה חופש התנועה

אם לא הצלחנו לסמן "ל" על כל השלושה, ופתאום שקלנו "רגשות הדת", "חוסר הסבירות" זה בעצם זה שעברנו לשלב ב'. אסור היה לנו לעבור לשלב ב', היינו צריכים לשקול את השיקולים המרכזיים. מי קיבל "משקל חסר" עפ"י ההגדרה? השיקול המרכזי תעבורתי. או שזה עורק תחבורה ראשי בירושלים ועכשיו סגרנו אותו, או שזה כביש גישה למקרקעין

פס"ד אדוארדו:

לא נלך לפי הגישה של המרצה אלא לפי הגישה של השופטת בייניש.

עפ"י גישת המרצה: ניתן לסמן "ל" על "בטחון התלמידים". הגענו לתוצאה לא למגן מיגון מלא. יש כיפת ברזל שמיירטת, מפציצים את חמאס וסוגרים את הבי"ס זה ביטחון די טוב. למה שבג"ץ יקבע מה הביטחון האופטימאלי.

עפ"י גישת השופטת בייניש: עשיתם ניסוי והוא נכשל, אתם לא יכולים לתת ביטחון לתלמידים. ואז יש "א" על "השיקול המרכזי".

הרי לא הגיעו לאזור הממוגן. אסור היה לעבור לשלב ב' ולשקול כמה עולה למגן מיגון מלא ובגלל שיקר אני יישאר במיגון חלקי. בייניש אומרת לא דאגתם "לשיקול המרכזי", הכסף זה "שיקול משני", אסור בכלל היה לכם להגיע לשלב ב'. זה שעברתם ושקלתם כסף, "שיקול תקציבי", זה כבר "חוסר סבירות". הייתם צריכים לדאוג לשיקול המרכזי ורק אם סימנתם על זה "ל" אפשר לעבור ולשקול כסף, "שיקול תקציבי" שהוא "שיקול משני".

סיכום:

לפי בייניש בגלל שהניסוי נכשל אזור היה להם לעבור ולשקול כמה כסף עולה למגן מלא ולהחליט שזה יקר מנדי אז לא נמגן, הם צריכים לדאוג לביטחון התלמידים לא הצליחו במיגון חלקי תמגנו במיגון מלא. היא כן שקלה וזה הכריע את ההחלטה.

הערה: זה רק אם יש "שיקול משני".

קטר איטי וידידותי:

קטר איטי וידידותי, אם האיטי אי אפשר לסמן "ל" על "שירות רכבות מהיר ויעיל", אסור לעבור ולשקול "איכות הסביבה" כי זה "שיקול משני".

אסור היה לעבור לשלב ב'. אנחנו בדוגמה שלוקח שעה וחצי ת"א-ירושלים אחרי שהשקענו מיליארדים. והקטר האיטי וידידותי לסביבה עושה את זה בשעה ורבע. לעומת קטר מהיר שעושה את זה בחצי שעה. עצם זה שעברנו ושקלנו את "איכות הסביבה" בסיטואציה כזו, זה "חוסר סבירות". למה? כי שעה ורבע למדינה מתקדמת שהרכבת יותר איטית מאוטובוס כקיים קטר שעושה את זה בחצי שעה אי אפשר לסמן "ל" על "השיקול המרכזי" של רכבת מהירה ויעילה.

פס"ד מרדי-מענק למגדלי הפרחים

נגמר הכסף הפסיקו, "השיקולים המרכזיים" היו "שוויון והגינות", אי אפשר לסמן "ל" על "השיקול המרכזי"

נכתב ונערך ע"י פרלי בן זקן ומיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד

אסור לעבור ולשקול "נגמר הכסף" כי זה "שיקול משני". אסור היה לעבור לשלב ב' אם עברנו לשקול "נגמר לי הכסף" לפני שדאגנו "לשוויון והגינות" זה "חוסר סבירות" מעצם המעבר לשלב ב'.

מיגון ב"ח ברזילי-קברים של יהודים :
זה אולי שיש שם קברים של יהודים. הגנה על "רגשות הדת" זה "שיקול משני".

סיכום :

מצב I : קלאסי. אין "שיקולים משניים" יש רק שיקולים מרכזיים ופשוט לאחד מהם לא דאגנו כמו שצריך נתנו לו משקל חסר

מצב II : יש שיקולים משניים ואני עברתי לשלב ב' ושקלתי "שיקולים משניים". כשאני לא יכול לסמן "√" על כל "השיקולים המרכזיים" אז אסור היה לי בכלל לעבור לשלב ב'.