

משפט מנהלי\ עביר רמלאו

שרון וינטל 2017

מבוא ועקרונות יסוד

משפט ציבורי: המשפט המנהלי נמצא בחתום של המשפט הציבורי המסדיר את היחסים בין רשויות השלטון לפרטים, האזרחים.

תחום אחד כבר למדנו והוא חוקתי העושה הבטחת "שלטון החוק המהותי", משמעות מונח זה- זה שלא מספיק שהשלטון פועל ע"פ חוק, שלטון החוק הוא שכולם מכבדים את שלטון החוק.. החוק יכול להיות איום ונורא ואז המשפט החוקתי אומר שזה לא מספיק שכולם מכבדים את החוק אלא אני צריך לבדוק את התוכן של החוק, מהותו ולהבטיח שכל החוקים חוקיים.. מתאימים.. להבטיח שכל החוקים מתאימים לרצון העמוק של האומה, לכוון. האומה הזו יש לה רצון עמוק והרצון של האומה הישראלית היא לכוון מדינה מודרנית(כרגע לא מעניין מה זה) יהודית ודמוקרטית ואז המשפט החוקתי בודק שכל החוקים של המדינה מתאימים לזה. מכיוון שהמדינה היא מדינה דמוקרטית שמחויבת לזכויות אדם ועקרונות נוספים זה לא מספיק מבחינת המשפט החוקתי שהחוקים טובים אלא זה גם מתעסק בהחלטות מנהליות וכך זה חודר למשפט מנהלי. ז"א החוק יכול להיות בסדר אבל הרשות עובדת מבחינה מנהלית שמכרסמת את העיקרון החוקתי.. לבדוק את היישום. זה לא נכון לומר שהוא מתעניין רק בפסילת חוקים יכול להיות שהחוקים טובים אבל היישום שלהם, ההפעלה שלהם ע"י רשות מנהלית שאם ההחלטה המנהלית הזו מכרסמת בעקרון חוקתי חשוב אז נגדיר אותה משפט חוקתי.. למשל אם ההחלטה המנהלית שהיא רק יישום החוק מכרסמת בעיקרון חוקתי הנגזר מהנוסחאות של מודרניות יהודית ודמוי אז למרות שזו החלטה מנהלית אנו נכניס את זה לחוקתי כמו למשל פס"ד קול העם זו הייתה החלטה מנהלית של שר הפנים לסגור עיתון אז האם זה מנהלי או חוקתי, קודם כל זה משתלב יחד אך עם זאת זה בליבה של המשפט החוקתי כי זה עוסק בעיקרון חוקתי מוגן הנגזר ממדינה דמוקרטית והוא חופש הביטוי המידע וכן הלאה.. המאפיין הזה של פגיעה באותו חופש ביטוי והוא חלק מאוד חשוב במדינה שכזו הוא לוקח את ההחלטה הזו ומכניסה למשפט החוקתי.

תחום שני הינו "המשפט המנהלי", הבטחת "שלטון החוק הפורמאלי" אם לפני בדקנו שהחוקים טובים במשפט המנהלי אנו יוצאים קודם כל מנקודת הנחה שהחוק שמסדיר את הרשות המנהלית הוא חוקתי. זאת ההנחה שהחוק בסדר ואין איתו בעיה. פה בודקים איך הרשות לקחה את החוק הזה ומה עשתה אתו? האם פעלה במסגרת סמכותה או חרגה.. מה הייתה הפרוצדורה של הפעלת הסמכות, האם הייתה למפעיל אפשרות שימוע, דרך שיתגונן, האם נימקה את החלטתה.. והאם מבחינת שיקול הדעת ההחלטה הינה סבירה.. המשפט המנהלי אומר שהחוק טוב ובואו נדאג שכולם פועלים בהתאם לחוק, על פיו. ז"א המשפט המנהלי יוצא מנקודת הנחה שהחוק הוא חוקתי אך איך הופעל? למשל הפרוצדורה, זה נכון שהיא פעלה על פי חוק אבל היא צריכה להפעיל אותו באופן צודק, שיקול דעת ראוי, קבלת החלטה מושכלת... לכן טענות מנהליות יהיו ברמה של משהו בהפעלת החוק או הסמכות היה פגום.

הנפשות(האישיות המשפטיות) הפועלות במשפט הציבורי-

כל מי שהמשפט המנהלי יחול עליו וירצה לכוון את התנהגותו..

1. האישיות המשפטית קודם כל היא מדינת ישראל, מדינת ישראל זה תמנון רב זרועות, זה הריבון השולט בקבוצת האנשים שהתארגנו פה ואזרחי מדינת ישראל שיש בו רשויות הדוגלת בהפרדת רשויות. קודם כל, לרשות מבצעת העומד בראשה ממשלה וראש ממשלה, הרשות המחוקקת שעסקנו בו במשפט החוקתי ויש את הרשות המכוננת והתעניינו ברשויות הללו במשפט החוקתי ובמשפט המנהלי אנו מניחים שכל מה שהמחוקקת עשתה זה תקין. ועיקר העניין שלנו זה הרשות השופטת, מי שמנהל אותה זה בג"צ ולצדו חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים הקים ערכאה מיוחדת בבית המשפט המחוזי הנקרא ביהמ"ש לעניינים מנהליים. כל החלטה שלא עברה בבית המשפט לעניינים מנהליים מועברת לבג"צ. הרשות המבצעת שמעניינית אותנו זה הממשלה. הממשלה פועלת (יש בחוק תוכנית חלוקה של פעולה למשרדים וכל משרד מקבל סמכויות בחוקים שקשורים למשרד, לכל משרד יש שר ויש פקידים ויכול להיות פקיד במשרד הממונה על תחום מסוים והוא זה שמקבל החלטות והוא זה שיעתרו נגדו למשל מי שממונה על

רישיונות לנהגי מוניות והוא סירב לתת לי רישיון אתה לא פונה, תוקף את השר אלא לאותו פקיד כי ההחלטה לא התקבלה ע"י השר ומול אותו פקיד אני אעתור לבג"צ) יש לנו עוד בתמנון הזה שנקרא מדינה נכניס את האורגנים של המדינה, מדינת ישראל הריבון משליט סדר במדינה, כל ריבון במדינה מודרנית עושה זאת וזה תפקידו ע"פ האמנה החברתית שנדבר עליה בהמשך והוא עושה זאת באמצעות אורגנים לאכיפת השר. צה"ל, משטרת ישראל, שבי"כ, מוסד והם האורגנים ז"א שאם אני חייל אז אני עובד של מדינת ישראל וכנ"ל שוטר, עובד של השב"כ או המוסד.. ההבדל המשמעותי בין משפט פרטי לציבורי.. בפרטי יש משלחת רכש בניו יוק שזה גוף במשרד הביטחון האחראי על ציוד צה"ל, משלחת זו רוכשת מטוסים ממפעל בארצות הברית, מי שרוכש אותו עושה חוזה עם אותו מפעל אמריקאי במטוס.. מי יהיה הצד לחוזה? אך ורק מדינת ישראל.. במשפט הפרטי יש אך ורק אישיות משפטית אחת לכל מה שקשור לנכסי המדינה זה מדינת ישראל.. משרדי הממשלה והעובדים הם של מדינת ישראל והיא האישיות המשפטית אין דבר כזה ראש שבכ שיחייב את המדינה בעסקאות במשפט הפרטי אך לעומת זאת במשפט הציבורי יש לא אישיות משפטית אחת ומדינת ישראל אינה אישיות משפטית בהקשר זה.. בציבורי זה הפקיד המוסמך וכל מי שהחוק הסמיך אותו ואז אני תובע בפרטי את המדינה ואך ורק את מדינת ישראל. ובציבורי נגד הפקיד המוסמך..

התביעה הכללית - היועמ"ש והפרקליטות - גוף זה מקבל עצמאות מיוחדת למרות שיש לו כפיפות ארגונית למשרד המשפטים. הכפיפות היא ארגונית ולא מהותית... התקציב הם מקבלים ממשרד המשפטים.. למה? החשש שבמדינה דמוקרטית היא שהתביעה הכללית תהיה כפופה לשלטון.. מה עלול לקרות? מצד אחד בצדק אם התביעה כפופה לשלטון והשלטון בוחש במה שקורה בתביעה הכללית, אז התביעה תתבקש לא להגיש תביעות נגד השלטון. אם הגוף הזה לא יהיה עצמאי הוא "יעלים עין". מצד שני, הוא יכול לרדוף את "האויבים" הפוליטיים מהאופוזיציה.. אם אני מנטרל את האופוזיציה אז אין באמת "כאבי ראש"...

2. תאגידים ציבוריים - תאגידים סטטוטוריים - עיריות/מועצות מקומיות, ביטוח לאומי, רשות הרכבות, רשות העתיקות, רשות השידור... תאגידים מכוח החוק - מקבלים סמכות שלטונית (תפקיד ציבורי) בחוק. זו לא התארגנות פרטית.. זה תאגיד שהחוק מקים אותו, זו לא הפרטה.

למה להפריד בכלל גופים שהם גופים שלטוניים במדינת ישראל? מה הרעיון שהחוק יקים תאגידים כאלה? הרי כל תאגיד כזה היה יכול להיות אגף במשרד ממשלתי? זה לא הגיוני שהמדינה תעסיק עשרות אלפי עובדים, מעביד אחד שצריך לטפל בכלם.. אם אני מפריד אני יכול ליעל דברים - אם מדובר בעירייה אז יש לי תאגיד שמנהל את הנכסים שלה ועושה עסקאות בשמה ולא המדינה עכשיו צריכה להתנהל בשם כל רשות מקומית. יעילות במשפט הפרטי עם אישיות משפטית חדשה... ומה עם הציבורי? למה שכולם לא יהיו אגפים במשרדים שונים? הרבה פעמים יש שיקול מהותי בלהפריד את המשרד מהתאגיד.. כמו למשל רשות השידור.. השיקול המהותי הוא כמו שאמרנו שבדמוקרטיה אנו לא רוצים רשות שידור ממשלתית שתהיה הפה של השלטון.. אם השר היה הבוס של כל המשרד.. כשאתה תאגיד נפרד אנחנו עדיין רוצים לשמור על איזה שהוא פיקוח ממשלתי כדי שקודם כל לא יפעלו נגד מדיניות הממשלה וייצרו בעיות קשות ולא יכול להיות שהממשלה בדמוקרטיה תהיה אחראית על הכל אבל לא ניתן לה את הכוח גם להגשים את הדבר הזה. אנו מאפשרים לממשלה לפקח על התאגידים למשל היא תקים ועדת בדיקה של מה קורה ברכבת אם יש הרבה תקלות וכו' או אם המנכ"ל לא מתפקד אז ימנו מנכ"ל אחר וכמובן שהמחוקק יכול לבטל את התאגיד.. הרי החוק מקים את התאגיד וכמו שהוא מקים הוא יכול לבטל אותו ולעשות חוק אחר למשל כמו שידור ציבורי ואז יכול לבוא מישהו אחר ויגיד לא מתאים נבטל ונעשה משהו אחר וכו' - ע"פ חוק... אלה הם התאגידים הציבוריים ואנו מפרידים אותם כי זה יותר יעיל ואם הם היו כפופים למשרד אז השר היה צריך לדון בכל עניין לתאגיד כי השר אחראי על משרדו (כשר במדינת ישראל יש אלפי החלטות שצריך הוא לקבל, הוא אחראי על המון חוקים ואם גם כל ענייני התאגידים האלה היו עוברים לשר תחת משרדו זה היה בלתי אפשרי).. מה היעילות של הפרדת הרשויות? אוטונומיה לשלטון המקומי, ראוי שהתושבים במובן מסוים יוכלו לנהל את עצמם...
**** חשוב לציין שהתאגידים הציבוריים הם גופים שלטוניים לכל דבר זה אומר שהם כפופים לבג"צ או לבימ"ש לעניינים מנהליים וחלים עליהם כל כללי המשפט המנהלי. מבחינת המשפט המנהלי זה אותו דבר.

3. גופים פרטיים שקיבלו סמכות שלטונית (הפרטה) - כלא פרטי (הראשונים שקיבלו אישור לזה היו אפריקה ישראל - בג"צ פסל את הפרטת בתי הכלא וכיום אין כלא פרטי בישראל ולא יהיו כי בג"צ פסל את הרעיון בכלל), מסנדל של העירייה, תחנות טסט לרכב, בית ספר פרטי מוכר ושאינו רשמי.

דוגמא להפרטה: אנו מדברים על גוף פרטי שהיה אמור להיות בכלל בחוץ שלא חל עליהם המשפט המנהלי אבל האנשים האלה הם מיוחדים, המייחד אותם זה שהם קיבלו מרשות שלטונית תפקיד ציבורי, קיבלו סמכות שלטונית.

לעניין הפרטת הכלא, נניח שבג"צ אמר שזה מידתי והיה קם בית כלא כזה, השאלה היא מה היחס מה מערכת היחסים בין חברה פרטית- אפריקה ישראל לבין האסירים בכלא.. האם האסירים יכולים להגיש עתירה מנהלית נגד חברה פרטית? התשובה היא כן כי אפריקה ישראל אם בג"צ לא היה פוסל את הקמת הכלא מדובר היה בגוף פרטי שהיה מפעיל את סמכותו בהפרטה ולגוף כזה אומרים שאתה בעצם ה"זרוע" של השלטון, השלטון נעזר בך ולכן אתם כמו השלטון כמו השב"ס. כי השב"ס מחזיקים באסירים במדינה. אתם אומנם זכיתם להפעיל כלא פרטי אבל במהות אתם כמו שב"ס אתם מפעילים סמכויות של אחזקה במשמורת בכלא, ואז מבחינת המשפט הציבורי אתם שלטון, חלק מהשלטון ואז כללי המשפט המנהלי חלים והערכאות של בג"צ ובימ"ש לעניינים מנהליים חלים.

** אותו הדבר עם המסנדל של העירייה. העירייה מאצילה מסמכויותיה לאותו מסנדל שיסנדל בשמה. אסור גם במכרז שההתחשבות של העירייה עם המסנדל תהיה פיר סנדול.

** אותו דבר לגבי טסטים. הבעיה היא בעיות קומבינות גם.. אם למשל השלט של הרכב דהוי אז מוכרים לך אחד אחר מאותו מקום ואז מעבירים אותך גם אם זה לא מספיק .. קומבינה.

בתי ספר פרטיים כמו בית הספר הדמוקראטי, בית ספר חרדי או בתי ספר של העדה הנוצרית.. וכו'- הסמכות לתת חינוך חובה בישראל, כשמשרד החינוך מאשר לבית ספר פרטי להעניק חינוך חובה לזה קוראים הפרטה. בית ספר כזה הוא מוכר – משרד החינוך מכיר בתעודה שהוא מעניק כלומר הוא קיבל רישיון ממשרד החינוך ללמד לימודי חובה.. וזה שהוא לא רשמי זה שהוא לא של משרד החינוך.. מעסיק המורים זה לא מדינת ישראל- לא משרד החינוך זה הבית הספר הפרטי- המעסיק הפרטי, אבל הסמכות היא שלטונית.. ואם יהיו בעיות עם בית הספר הזה אפשר גם לעתור בעניינים מנהליים נגד בית הספר וגם נגד משרד החינוך שמפקח על אותו בית ספר.

4. גופים דו מהותיים- ופה החברות הממשלתיות כמו חברת חשמל, הסוכנות, ההתאחדות לכדורגל, בורסת היהלומים, מפעל הפיס וכו'.

גוף כזה מבחינה תאגידית הוא גוף פרטי לכל דבר כמו קטגוריה 3, התאגדות במשפט הפרטי... השונה בין 3, 4, 3ב העניקו לגוף זה סמכות שלטונית ו4 לעתים מעניקים לגופים אלה סמכות שלטונית אבל עיקר תפקידם הוא לא סמכות שלטונית מובהקת.. הם פועלים בתחום המשפטי אבל יש להם מאפיינים ציבוריים למשל המאפיין של חברת החשמל – המאפיין הפרטי זה עסקה של מכירת חשמל, המאפיין הציבורי זה שהיא איזה שהוא מונופול, דבר חיוני וכו'. יש פערי כוחות משמעותיות בין הלקוח לספק שהיא חברת החשמל ובאה חברת החשמל ויוצרת קטגוריה מיוחדת שנכון שחברת החשמל אינה גוף ציבורי אלא פרטי אבל בגלל המאפיינים הציבוריים אני אחיל עליה נורמות של המשפט הציבורי. כמו אוניברסיטה מכללה וכן האלה.. שהן מתוקצבות. מבחינת כללי המשפט המנהלי- לא הכל חל על גופים כאלה, אנו נחיל את מה שמתאים להחיל.... גם אם יחול כלל מסוים יש הבדל בעוצמת ההחלה.. ממי אנו דורשים יותר? מהשלטון הקלאסי המובהק ששם כללי המשפט המנהלי יחולו במלואו העוצמה. על גופים דו מהותיים אנו יכולים להגיש שזה לא ממש שלטון אז אפשר לעשות כל מיני הקלות ועוצמה מופחתת.

מפעל הפיס- הדבר היחיד שיש לו זיקה לחוק זה שהחוק הפלילי- העונשין במדינת ישראל אוסרים על הימורים ומפעל הפיס מקבל פטור! מפעל הפיס מקבל הגנה במקרה זה פטור מתחולת דיני העונשין. האיסור על הימורים לא חל על ההגרלות של מפעל הפיס.... לאיזה קטגוריה הוא נכנס? האם הוא מדינת ישראל? לא. האם הוא תאגיד ציבורי? נחליט בכך שאנו נפתח את ספר החוקים של המדינה ונראה האם יש חוק של מפעל הפיס ואין. הוא לא הקים אותו כתאגיד ולא הטיל עליו סמכות שלטונית....

אמרנו שמפעל הפיס אין לו את הכוח לכפות עלינו חד צדדית להשתתף במשהו.. במפעל הפיס זה חוזים מתוך הסכמה חופשית בין המציע למקבל.. הוא לא משנה את מערך הזכויות חד צדדית.. כך הסברנו את הסיבה שאין את הסמכות השלטונית למפעל הפיס. אין לא סמכות שלטונית בכוח.

הסמכות השלטונית, הסמכות המנהלית :

המבחן של סמכות שלטונית הוא האם זה באמת תפקיד ציבורי הנמסר לרשות שתפקיד ציבורי זו הגדרה רחבה.

1. הרוב המוחלט של הסמכויות השלטוניות היא סמכות במובן של כוח משפטי. יש כוח ויש כפיפות לכוח.. הכוח הוא היכולת לשנות חד צדדית את מערך הזכויות והחובות של הכפוף לכוח. לדוגמא הכוח לבטל חוזה- זה נקרא

כוח כי יש חוזה של שני צדדים והייתה הפרה צדדית של החוזה, הצד הנפגע יכול להשלים את ההפרה ולסדר את זה.. אבל המשפט העניק לו והוא יכול לבטל את החוזה ואתה (המפר) תישא בעלויות...,

סמכות הפקעת קרקע של שר האוצר- הוא חושב שהקרקע שלי חשובה להקמת בית ספר- הוא יכול להפעיל סמכות שהחוק מעניק לו בהפקעת הקרקע לצורכי ציבור.. למה זו סמכות שלטונית? כי היא באופן חד צדדי- השר לא שואל אותי אם מתאים לי או לא להפקיע את הקרקע. הוא יכול להפקיע את הקרקע והוא משנה את מערך הזכויות והחובות שלי.. הייתה בבעלותי קרקע ועכשיו אין לי.

אישה צועקת על בן זוגה ומאיימת לפגוע בו, יש לה רישיון להחזיק נשק. פקיד הירי מקבל דיווח שהיו איומים בתוך המשפחה של האישה כלפי בעלה לפגוע בו פיזית.. הוא מזמין אותה להשמיע טענותיה אבל הבעלים כבר משוכנע חד צדדית והוא מחליט לפסול לה את הנשק... למה זה שלטונית? כי הוא מחליט חד צדדי.. הוא לא במשא ומתן איתה הוא רק שומע אותה. באופן חד צדדי הוא שולל לה את הזכות להחזיק בנשק. ואלה דוגמאות לסמכויות שלטוניות.

כוח במובן המשפטי זה היכולת לשנות בצורה חד צדדית, יש את היכולת לצד השני לזכות טיעון, שימוע, אבל אחרי זה היא מחליטה חד צדדית להפעיל את הסמכות ולשנות את מערך הזכויות והחובות של הכפוף לכוח.

מרבית הסמכויות יהיו כאלה כוחות.. דוגמא: גולן טלקום והסכם המיזוג ע סלקום- כשיש הסכמים כאלה במשק העולמי לפגוע בתחרות.. ישנן רשות ההגבלים שיכול למנוע הסכמי מיזוג כאלה, הוא יכול לא לאשר את ההסכם וההסכם לא יקרה... הוא יכול לא לאשר את ההסכם וההסכם יהיה חסר תוקף משמע יש לממונה על ההגבלים סמכות שלטונית או מנהלית.. התפקיד הציבורי שהוטל עליו בחוק והיא התחרות במשק.. החוק העניק לו סמכויות שלטוניות, במובן של כוח, כוח לבטל הסכמים.. הממונה יכול לבוא לשני הצדדים ולהגיד להם שההסכם הזה עושה מנופול ופוגע בתחרות במשק ואני לא מאשר את ההסכם. הם יכולים לטעון שזה לא רק אנחנו יש גם עוד חברות של פלאפונים.. יטענו עוד לחופש החוזים.. אבל בסוף לממונה יש את הכוח.

עקרון שלטון החוק דורש כי השלטון לא ייקח לעצמו מבלי שהותר לו.

2. רוב הסמכויות השלטוניות זה כוח: הסמכות ליעץ לרשות השלטונית : היועצות סטאטוטורית

החוק אומר כי לפני שהרשות המנהלית מקבלת את ההחלטה היא חייבת להיוועץ בגוף מסוים נניח מועצת הארכיאולוגים, המים גופים שאתה חייב להיוועץ בהם ואתה חייב להיות בקשר עם אותו גוף לני קבלת ההחלטה.

למה הסמכות ליעץ היא לא כוח? המייעץ לא יכול חד צדדית לשנות כלום, הוא לא מפעיל כוחות הוא רק מייעץ.. זה יכול לעזור לקבל החלטה יותר טובה אפ הרשות המנהלית תתייעץ גורם שהוא מקצועי לקבלת החלטה נכונה יותר ומה שברור שהמתייעץ לא חייב לקבל את העצה. ההחלטה הסופית היא למתייעץ.

מי שמיעץ לרשות מנהלית שיש לה כוח, יש לו תפקיד ציבורי, הוא לא מפעיל את הכוח. היועמ"ש הוא הפרשן המוסמך של החוק עבור הרשויות המנהליות לפני בג"צ.

3. סמכות חקירה (בירור עובדות)- ללא מסקנות אישיות :

נניח שאיזה שהוא גוף חקירה שכל תפקידו הוא בירור עובדות, חקירות ולדווח לממשלה, להעביר את מסכנותיה. נניח שר התחבורה הייתה תקופה שהיו הרבה מפגעים ברכבת, תאונות במפגשים של מסילה כביש, הייתה שריפה באחת הרכבות ואנשים מצאו את מותם ברכבת ישראל.. אני השר מקים ועדת חקירה שתחקור את זה... יש לו את הסמכות השלטונית להקים ועדה מיוחדת דרך האצלת סמכויות. מבחינת האופי של הסמכות זה לא כוח כי הם רק מבררים את העובדות ומעבירים את הדוח לרשות המוסמכת- שיש לה את הסמכות לפעול, לשר שלו יש את הכוח לפעול. על סמך העובדות שהם יעבירו לו הוא יחליט את דרך הפעולה.

עקרונות היסוד של המשפט המנהלי

1. עקרון ראשון הוא עקרון חוקיות המנהל, כדי להבין את שני היבטי, יסודות עקרון זה נחזור למבוא למשפט חוקתי, הפירמידה של הרשויות והנורמות.. אנו מדברים על מדינה יהודית ודמי.. איזו רשות היא עליונה לאחרת? המחוקקת היא העליונה על המבצעת.. היא נותנת את הכוח, מעבירה אותם לרשויות האחרות. בדמי' אחד העקרונות היסודיים הוא שהשליט לעולם מוגבל, הוא לא דמי'.. הוא רוצה לעשות את מה שבראש שלו. במדינה דמי' השליט מוגבל.. אם אני אשים את הרשות המבצעת מעל לרשות המחוקקת אז השליט הוא בלתי מוגבל.. אז כדי לשמור על שלטון החוק, שלטון העם. הכנסת מייצגת את העם ישירות והממשלה נבחרת מתוך הכנסת.. הממשלה מייצגת את הרוב שבחר את ראש הממשלה שבחר את... אבל הכנסת מייצגת ישירות את העם! הרשות המחוקקת במקום שני והמבצעת שהיא הממשלה מתחתיה. ולמעלה המכוננת. ס' 3 לחוק יסוד הממשלה קובע כי הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת- הממשלה תלויה בכנסת ולכן הממשלה מתחתיה. ס' 4 קובע כי הממשלה אחראית באחריות קולקטיבית כלפי הכנסת דהיינו שהממשלה אחראית באחריות משתופת בפני הכנסת ולכן הכנסת מעליה.. היא צריכה לספק לה הסברים על החלטותיה ומעשיה. ס' 21 הכנת יכולה להצביע אי אמון בממשלה ואז מה שקורה לממשלה היא שהיא נופלת. יש בעיה עם הפרדת הרשויות, זה נכון כי לממשלה המושלת- היא מושלת מכוח קואליציה ואז יש בצדק שלממשלה יש רוב בכנסת אך יכול להיות מצב כי ישנו שר שהוא לא חבר כנסת, הממשלה חייבת את תמיכת הכנסת אבל בכל מקרה. גם השרים שמרכיבים את הממשלה יכולים לטעון נגד החלטת ראש הממשלה ולקל את זכות הטיעון בכנסת ולכן גם ככה הכנסת היא מעל לממשלה...

הכנסת- הרשות המחוקקת מייצרת לנו חוקים. הרשות המבצעת מחולקת לתקנות וצווים ולהחלטות מנהליות ספציפיות.. החלטה מנהלית ספציפית היא לא נורמה, יש להכיר שמה שהרשות המבצעת עושה אך זה לא שייך לפירמידת הנורמות.. צו כללי או תקנה זו נורמה, זה חל על כולם.. החלטה מנהלית ספציפית חלה רק על מי שכפוף לכוח, למשל על מי תחול החלטת הממונה על ההגבלים? על החברות וזהו. החלטה ספציפית ולא נורמה שהיא בפירמידת הנורמות.

ממה שנלמד במשפט חוקתי מעל לרשות המחוקקת ישנה הרשות המכוננת.. שהיא הכנסת.. ושם יש את חוקי היסוד. ואז מעל לרשות המכוננת יש "עננים".. בפירמידת הרשויות מה שיש בענן זה פירמידת האומה והאומה מבטאת את הרצון העמוק שלה וזה מדינה יהודית ודמוקרטית ומבחינת איזה נורמות היא מייצרת לנו הם נקראים עקרונות היסוד הבלתי כתובים. מה שיש בפירמידת הנורמות זה חוקי היסוד הכתובים אבל הטענה כאן שמעבר לעקרונות הכתובים יש עקרונות יסוד בלתי כתובים ובימי"ש עליון משתמש בהם יותר מפעם אחת..

מסלול העברת הכוח בדמוקרטיה

איך עובר הכוח? אמרנו שזה שלטון העם.. העם לא יכול לנהל את כל "המדינה" ולכן יש בחירות ומוקם גוף הרשות המחוקקת שהיא נציגי העם. העם בוחר נציגים ואז הנציגים שהם 120 איש לא יכולים לנהל את כל ענייני המדינה ולכן מוקמת רשות מבצעת שתנהל את ענייני המדינה.. אך איך יעבירו להם את זה? הם יחוקקו חוקים שיעניקו לרשות המבצעת את הסמכויות והכוחות כדי לנהל את ענייני המדינה. מכוח מה הממונה על ההגבלים אומר לגולן טלקום וסלקום לא יהיה הסכם כזה? חייבים לחפש חוק, חייבים להראות שנציגי העם, הרשות המחוקקת נתנה כוח, סמכות לאותו ממונה היכולת לפעול. אם אין לו סמכות אז הכל נופל.

1.A. יסוד ראשון בעיקרון חוקיות המנהל הוא יסוד ההסמכה, האומר כי כל מעשה שהשלטון עושה, מעשה שלטוני (מנהלי) הדבר חייב להישען על הסמכה בחוק במפורש או במשתמע. כמו למשל שוטר שמעבב אותי.. הוא חייב הסמכה בחוק.

פס"ד **קקאו סנטר**,-המרצה הסביר אבל לא הספקתי-..

פס"ד **איגוד האינטרנט הישראלי**, ס' 229(א1) לחוק העונשין, בחוק העונשין האיסור הפלילי קשור גם בהסמכה שצריך להסמיך איזו שהיא רשות מנהלית ואז יכול חוק העונשין להסמיך רשות מנהלית. פה הס' קובע כי "מפקד מחוז במשטרת ישראל רשאי להורות על סגירתו של מקום משחקים אסורים או מקום לעריכת הגרלות או הימורים" העבירה הפלילית אומרת כי אסור לעסוק בהימורים וכו' דינו כד וכך. ישנה בהתחלה עבירה פלילית האוסרת על הימורים למעט מפעל הפיס.. המחוקק הסמיך אותי לסגור את המקום.. כיום בעידן האינטרנט אין צורך ש"מקום" יהיה באמת מקום פיזי, אפשר להמר באתרים כאלה או אחרים וכו' אבל המשותף לאתרים האלה זה שאני גולש באינטרנט דרך ספק..

לאותו ספק יש את היכולת לחסום גישות לאתרים מסוימים.. וזה מה שנעשה. ועכשיו זה מגיע לביהמ"ש ואז אנו בודקים בבימ"ש את "יסוד ההסמכה". תראי לי את זה במפורש או משתמע.. בחוק נקבע "מקום" ואז בהתחלה יש לבדוק האם אתר אינטרנט הוא מקום.. בימ"ש אומר כי המשפט צריך להשתנות ולהתאים עצמו לעידן המודרני האינטרנטי ומקום וירטואלי איפה שהוא ברשת יכול להיחשב כ"מקום" לצורך הגדרת הסי. אתר אינטרנט הוא גם מקום. אך מה מפקד יכול לעשות עם מקום כזה? לחסום אותו.. המקום זה האתר והצדדים השלישיים זה ספקי האינטרנט. השוטר מורה לאותו צד שלישי להגביל את הגישה. במפורש אין סמכות לעשות זאת אך האם אפשר ללמוד במשתמע את כל זה? אומר הש' סולברג כן. אפשר ללמוד במשתמע. למה? כי אם זה היה מקום אמיתי.. צד ג שיש לו את הכביש שדרכו אני מגיעה לאותו מחסן שעוסק בזה.. אני יכולה להורות על סגירת אותו שביל ולכן זה בסדר גמור. אך דעתו הייתה במיעוט. דת הרוב של הש' פוגלמן קובעת כי לא ניתן ללמוד במשתמע והרעיון הוא שכשאתה מצווה על ספקי האינטרנט אתה מחייב אותם לסייע לרשויות החוק. יש צורך להראות חוק שמסמיך אותם לחייב את הספקים לעזור להם לאכוף את החוק הפלילי. ולכן אין סמכות לצוות על ספקי האינטרנט לעשות דבר כזה ולכן אם רוצים את זה אז תחקרו.

איפה כתוב בחוק שלא תהא תקנה סותרת כל חוק? זה די ברור כי תקנה לא יכולה לסתור חוק כי זו פירמיה נורמטיבית, חוק זה רצון הרשות המחוקקת המוסמכת ע"י העם. מה זה חוקי יסוד? זה רצון הרשות המכוננת... ס' 16(4) **לפקודת הפרשנות**- כל שלב הפירמיה כפוף למה שמעליו. וזה כתוב בס' שצוין כי לא תהא תקנה סותרת הוראותיו של כל חוק. זה ס' 16(4) לפקודה. האם החלטה מנהלית ספציפית יכולה לסתור תקנה? יש פה שתי הוראות של רשות מבצעת.. תקנה או החלטה מנהלית.. הרשות המבצעת יודעת לייצר שני דברים- נורמות שזה החלק שבתוך הפירמיה והחלק שהוא מחוץ לפירמיה שאלו הם לא נורמות אלא החלטות מנהליות ספציפיות.. אם הממונה מחליט לא לאשר את הסכם המיזוג האם הוא קבע נורמה? לא. זה ספציפי לאותן חברות לא להתמזג.. האם החלטה מנהלית ספציפית יכולה לעמוד בסתירה לתקנה? כנראה שלא כי הוא "צוירה למטה" תקנה זה נורמה- כמו חוק.. הטעם המהותי הוא שתקנה זו בעצם אותה סמכות חוקתית של הכנסת שאותה אצלה למבצעת.. מקל וחומר אם תקנה לא יכולה לסתור את החוק אז החלטה מנהלית ספציפית שהיא נחותה מתקנה לא יכולה לסתור. האם חוק יסוד יכול לסתור את עקרונות היסוד הבלתי כתובים? לא. בימ"ש בכל מיני הקשרים אומר שלא. הש' חשין בעניין גיוס בחורי ישיבות בפעם הראשונה ביטל חוק שעמד בסתירה. מה שיכול לפגום בהחלטה מנהלית זה כל מה שמעליה. החלטות ממשלה נופלות בגדר החלטות מנהליות ספציפיות.

3.1. היסוד השני הוא **יסוד ההתאמה** אם היה לנו ביסוד הראשון כי כל מעשה של רשות מנהלית חייב להישען על הסמכה בחוק במפורש או במשתמע. ביסוד השני : כל מעשה שלטוני(מנהלי) חייב להתאים לכל הנורמות שמעליו, עקרונות יסוד בלתי כתובים, חוקי יסוד, חוקים ותקנות. כל רשות שלטונית כפופה לעקרונות הללו וגם ביהמ"ש שהוא גוף שלטוני אז אפשר להוסיף לפירמיה החלטות של בימ"ש (שיפוטיות). האם בימ"ש כפוף לחוק? וודאי. הוא לא יכול לסתור. האם בימ"ש יוציא צו המנוגד לחוק? לא. למרות שיש לבג"צ סמכות לתת סעד מן הצדק שזה סמכות חוקתית מעל החוק אבל כעיקרון בימ"ש גם הוא כפוף לחוק כשלעיתים יש לו ביקורת שיפוטית המאפשרת לו לפסול משהו שמצוי בפירמיה.

יסוד ההתאמה אומר כי עלי להתאים לכל הנורמות שמעל.

מקרים מיוחדים-

1. סמכות הפוגעת עיקרון חוקתי/בזכות יסוד : **פס"ד הוועד הציבורי נגד עינויים**- נדרשת הסמכה מפורשת בחוק- פס"ד מנאע. ההלכות האלה שקשורות למקרה המיוחד הזה נקבעו הרבה לפני המהפכה החוקתית ופסקת ההגבלה. כיום הפסקה קובעת כי לא פוגעים אלא בחוק ההולם את ערכיה וכו' או מכוח חוק שבו נתקבלה הסמכה מפורשת בחוק. בעצם מה זה עושה לעיקרון חוקיות המנהל ליסוד ההסמכה כשיש פגיעה בעיקרון חוקתי או זכות יסוד? ה"במשתמע" יורד. כל מה שקבע המשפט החוקתי עוד לפני פסקת ההגבלה ומה שקבוע היום בפסקת ההגבלה היא כי כל עוד מדובר בעיקר חוקתי או זכות יסוד אי אפשר לפגוע בהסמכה במשתמע. יש להראות שההסמכה היא לא במשתמע אלא במפורש.

עולה שאלה ברמת המשפט המנהלי האם ההסמכה היא מפורשת בחוק או שיש הסמכה אבל היא מאוד כללית ולא עומדת בדרישה הזו?

חריג נוסף: פס"ד **בן חיים**, אנחנו עוסקים בזכות לפרטיות- אם שוטר נכנס אלי הביתה לעשות חיפוש או עושה חיפוש על גופי האם זו פגיעה בפרטיות? כן. ושמם את זה בגרעין הזכות לפרטיות. מה שהיה בפס"ד זה שני מקרים שלמשטרה אין סמכות לחפש לא בבית ולא בגופי. ג'בלי היה חשוד בסמים, המשטרה דפקה על הבית של גבלי וביקשה כי יש לך בעיה אם נעשה חיפוש בבית? האמא הסכימה. כל הסמכויות חיפוש תלויות בחשד סביר לביצוע העבירה וזה לא התקיים במקרה של גבלי. היה צורך בצו וחשד סביר ושניהם לא היו. (גבלי הוא מקרה אחר מבן חיים אבל לשתיהן כמעט אותן עובדות). הסכמת האמא לא מייתרת את הצורך בצו. מה שלא בגרעין נקרא "פריפריה"... "הסכמה מדעת" נמצאת בפריפריה של הפגיעה בזכות הפרטיות.. אם לפי מקרה זה השוטרים היו אומרים שגברתי אנחנו חייבים צו, אם לא תסכימי נוכל להביא צו ואת ובנך לא תיפגעו וכו' אז זה נקרא היה הסכמה בדעת כי היא הסכימה לחיפוש אחרי כל מה שאמרו לה. אומרת בינינו כי ההסכמה לפגיעה חייבת להיות מפורשת בחוק ולא רק במשתמע אז אם אין למשטרה הסמכה מפורשת זה לא חוקי אסור לה לחפש. אבל, אם יש הסכמה מדעת לחיפוש במקרה זה לא הייתה הסכמה מדעת כי לא הסבירו את המצב המשפטי לאמא או לגבלי ולא אמרו להם מה יקרה וכו'.. אבל אם האדם מבין וההסכמה הייתה לפי מה שנאמר אז זה זו לפריפריה של העיקרון החוקתי המאפשר הגמשה של דרישת ההסכמה המפורשת. כלומר אם השגתי הסכמה מדעת לחיפוש ואין הסמכה מפורשת לחפש אפשר ללמוד גם על הסמכה במשתמע. לעומת בינינו השי' דנציגר אומר כי בסיטואציה כזו בין שוטר לאדם נורמטיבי אין לעולם הסכמה מדעת כי היא תחשוב כשהשוטר מסביר לה כי אם היא לא תסכים אז "יתנכלו" בבן שלה ויעשו לו דווקא וכו'.. אומר דנציגר כי אם אי אפשר לקבל הסכמה מדעת כפי שאומרת בינינו שהיא דחקה את זה לפריפריה כשיש הסכמה מדעת אז במקרים האלה לעולם הפגיעה בפרטיות גם אם תסכים שהשוטר יחפש היא בגרעין העיקרון, הזכות ואז צריך תמיד סמכות מפורשת של המשטרה.

חריג נוסף: פס"ד ירדור, פסילת רשימה מלהשתתף בבחירות השוללת את קיומה של המדינה בכלל או כמדינה יהודית. חוק יסוד הכנסת- מכיוון שפסילת רשימה היא פגיעה בעיקרון חוקתי וזכויות יסוד- הזכות לבחור ולהיבחר, חופש הביטוי הפוליטי, שוויון .. כל אלה נפגעים ואם כל כך הרבה נפגעים אז צריך הסמכה מפורשת בחוק. היום יש הסמכה מפורשת בחוק לפסול רשימה כזאת 7(א) לחוק הכנסת אשר חוקק ב85 ופס"ד ירדור היה ב65 אז לא הייתה סמכות מפורשת לפסול רשימה בגלל כוונותיה הפוליטיות.

החריג הוא שאין הסמכה מפורשת אבל העניין נוגע לעקרונות היסוד הבלתי כתובים ולכן אנו נכיר בזכות שלך להגן על הלא כתובים....., הרשימה הזו נפסלה בסופו של דבר למרות שלא הייתה הסמכה מפורשת בחוק. היא נפסלה מכוח סמכות שלא כתובה בשום מקום הנגזרת מעקרונות היסוד הבלתי כתובים.

2. **השלמת לקונה**- פס"ד חירות- הייתה סמכות בחוק לבקר את התוכן של תשדירי תעמולה והיכולת לא לאשר תשדיר מסוים בTV, הבעיה הייתה כי הוא רק קיים בTV והם פסלו תשדיר ברדיו. האם יש סמכות ברדיו? יסוד ההסמכה אפשר להגיד האם היא משתמעת מהTV או שלא? ברור שלא הייתה הסמכה מפורשת ברדיו.. מה קורה ברדיו? האם זה הסדר שלילי או לקונה? ס' 1 לחוק יסוד מהמשפט וביהמ"ש יש לו סמכות להשלמת לקונות.. אם ראה שאין לו תשובה בחוק או בפסיקה או מכוח היקש ולא במקור אחר אז הוא ממציא השלמה או מכוח היקש או למורשת ישראל והוא יבצע איזו שהיא השלמה ופה אומר ברק כי יש לקונה ואני כבימ"ש יש לי סמכות להשלימה ואני יכול לעשות היקש מהTV לרדיו. אותו הסדר מתאים גם לרדיו וכיום אפשר לעשות אולי היקש לאינטרנט(!) ואז ביהמ"ש משלים את הלקונה ומסמך גם לגבי הרדיו. מכיר בסמכות גם לגבי הרדיו וזה מקרה מיוחד כי עד עכשיו אמרנו כי אם אין הסמכה במפורש או במשתמע וכשנדרש במפורש אז ברור כי כאן אין במפורש וגם כמשתמע אי אפשר לגזור אותה אז אין לפעול וזהו. אך כאן נאמר כי אם היעדר הסמכות הוא הלקונה ולבימ"ש יש סמכות בחוק להשלים לקונה אז בעצם בימ"ש הוא זה שיוצא את הסמכות וזה משלך על עיקרון חוקיות המנהל.

מה היחס של פגיעה בעיקרון חוקתי/זכות יסוד לבין השלמת לקונה? האם השלמת לקונה יכולה להוות גם בסיס לפגיעה בעיקרון חוקתי? אם העיקרון החוקתי הזה מעוגן בחוק יסוד תחול עליו, על כל חוקי היסוד בסופו של דבר חלה פסקת ההגבלה.. או שזה חוקי יסוד שיש להן פסקת הגבלה או כאלה שאין ואלה שאין חלה עליהן פסקת הגבלה שיפוטית. לכן, תמיד חלה פסקת הגבלה כלשהיא..

מה אומרת פסקת ההגבלה? "אין פוגעים אלא בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו". הסי' של השלמת לקונה אומר שלביהמ"ש יש סמכות להשלים לקונה, מה אין שם? אין הסמכה מפורשת לפגוע באיזה שהוא עיקרון חוקתי..ומה הדרגה הנורמטיבית של ס' 1 לחוק יסודות המשפט? האם זה חוק רגיל או יסוד? רגיל. כי חוק יסוד לא נראה כך, לחוק יסודות המשפט יש גם את שנת החקיקה, אם זה היה חוק יסוד המשפט זה היה נראה כך: חוק יסוד: המשפט ללא שנת חקיקה..האם חוק רגיל יכול לגבור על חוק יסוד? וודאי שלא.

אם רוצים לפגוע בחוק יסוד חייבים שהגיעה תהיה מפורשת בחוק או לפי חוק עם פגיעה מפורשת... הסמכות להשלים לקונה היא לא הסמכה מפורשת לכלום.. מסקנה: אי אפשר להשתמש בסמכות להשלים לקונה כבסיס לפגיעה בעקרונות חוקתיים מוגנים.. ויכול להיות שפס"ד חירות כולו הוא פגיעה משפטית.. צריך הסמכה מפורשת לפסילת תשדיר ולקונה היא סמכות מאוד כללית ולא מפורשת והנמצאת בחוק שהוא בדרגה נמוכה יותר מחוק יסוד.

3. **פעולה הנדרשת להגנה על זכות יסוד:** פס"ד דבורין, שזה האסיר יגאל עמיר, הוא רוצה להיות אבא... האם הפעולה של השב"ס נשענת על הוראה בחוק במפורש או במשתמע? עונש מאסר שולל מהאסיר את החירות האישית שלו, מן הסתם זה גם משפיע על חופש העיסוק, שולל את האוטונומיה של הרצון החופשי כי אתה לא יכול לבחור מה אתה עושה עם החיים שלך.. ויתר הזכויות שלא נשללו באופן אינהרנטי מהמאסר נשארות לאסיר.. כמו הפרטיות שלו שנפגעת כשלמשל עושים לו מסדר בתא שלו, הוא לא יכול להגיד אני לא רוצה.. וכו'. כבוד האדם הוא אחד מהזכויות שלא נפגעות.. ואז האם קיימת לאסיר עקרונית הזכות להורות? אם ביהמ"ש מבין את הזכות הזו כחלק מכבוד האדם שזה הוכר בפסיקה כיסוד מחוק היסוד של כבוד האדם.. ולכן יש לו זכות עקרונית להורות.. איך אפשר היה לגזור את זה במשתמע? אפשר להגיד שאם יש לאסיר זכויות שלא נפגעות לאסיר מעצם היותו במאסר אז אנו באים לשב"ס ומציבים להם תפקיד קשה של הנהל לכה הזכויות שאי אפשר לפגוע בהם ועוד לדאוג לשיום שלהם, לבטח אותם, למנוע מהאסיר לברוח וכו'.. זה לא רק להחזיק את האסירים שם. אלא גם לשמור על הזכויות של האסיר.. במפורש או במשמע השב"ס חייב לשמור על הזכויות של האסירים ולפעמים זה גם הזכות להורות, כמובן במידת הסביר.. אפשר ללמוד זאת על הדוקטרינה המרכזית של המשתמע הנקראת "סמכות עזר". האם אפשר לעזור ליגאל עמיר בטיפול הפוריות שלו? מעלים את השאלה האם יש לשב"ס סמכות לעסוק בפוריות האסיר? ביהמ"ש אומר השאלה היא האם יש סמכות לא לעזור לאסיר, בימ"ש הופך את זה.. זה מעביר משאלת הסמכות לשאלת הזכות כי אם יש ליגאל עמיר זכות אז חייבים הסמכה מפורשת לכרסם או לפגוע לו בזכות.. אם יש ליגאל עמיר זכות אז "המקרה המיוחד" הזה חייבים הסמכה מפורשת כדי לפגוע בזכות ואז השב"ס צריך להראות הסמכה מפורשת כדי לא לסייע לו במימוש הזכות.

השאלה היא האם זה מקרה מיוחד? זה שזה מגשים זכות חוקתית של מישהו זה לא נותן לי לעשות פעולה כלשהיא.. אני עושה פעולה רק כשזה בגדר סמכות שלי, זה שפעולה שלי מגשימה זכות של אחר זה לא חוקי, לא פוטר אותי מלהראות שיש לי הסמכה.. שאני מוסמך לעזור ולהגן על זכותו.. אפשר במשתמע לגזור סמכות עזר לעזור לו.. כל עוד זו סמכות עזר הגיונית. למשל אם בת זוגתו בחו"ל והוא רוצה שנטיס אותו וכו' זה לא הגיוני.. במקרה של יגאל היה אפשר למצוא הסמכה במשתמע לעזור לו... במקרה של הומלסים למשל זה לא הגיוני ולא תפקיד השב"ס להכניס אותם לכלא כדי שזכותם לא תיפגע כי בכלא למשל לא יהיה להם קר, תהיה להם קורת גג וכו'... השב"ס לא מוסמך ואין זה תפקידו לעשות זאת עם ההולמסים.

עקרונות יסוד: הראשון הוא עיקרון חוקיות המנהל ועברנו על המקרים המיוחדים. השני:

הרשות כנאמן הציבור:

יש מערכת יחסים במשפט, מוסד הנקרא נאמנות כמו עו"ד שומר כסף בנאמנות.. מה החובות המוטלות על עוה"ד?

1. לא להשתמש באופן שפוגע בנכס.

2. להשקיע באפיקים סולידיים או בהתאם להנחיות.

זה המצופה מהעו"ד, לשמור.

יש עכשיו שניים: הבעלים האמיתי של הנכס שזה הנהנה ויש את הנאמן שיש לו זכות להחזיק בנכס רק כדי לממש את מטרת הנאמנות וזה במקרנו לשמור על ערך הכס עד שיהיה ניתן להעביר את הכספים מהקונה אל המוכר.

מי הנהנה ומי הנאמן ביחסים בין הציבור לרשות? הרשות השלטונית היא הנאמן והנהנה זה הציבור..

**** החובות החלות על נאמן,**

1. חובת הנאמנות

- א. **לפעול תמיד לטובת הנהנה (הציבור)**, הנאמן קודם כל חב בחובת נאמנות, אם היה לנו את העו"ד שחייב לעשות הכל עבור הנהנה או הנהנים שלו, הוא צריך לעשות הכל לטובתם.. בפרמטרים של הרשות השלטונית היא חייבת תמיד לפעול לטובת הנהנה ובמקורו הציבור, כל מה שהרשות השלטונית עושה היא חייבת להראות שהיא עושה זאת לטובתנו.. מה הרשות צריכה לטעון כדי לשכנע אותנו? היא צריכה לטעון ולהראות לנו שזה לטובתנו כמו למשל מתווה הגז.
- ב. **לפעול באחריות ובהירות להגשמת מטרת הנאמנות**, הראשון מסתכל על הכוונות.. מה ראינו כנגד עינינו? טובת הציבור.. שניים, הס' השני, אומר שיש לפעול במקצועיות ובהירות באחריות לפני שאתה מקבל החלטה לטובת הציבור.
- ג. **איסור על ניגוד עניינים**, אי אפשר לשמור על נאמנות כשאני מכניס את עצמי בניגוד עניינים, כמו למשל עו"ד שיש פרויקט ויש לו אינטרסים שם והוא צריך כסף אז הוא משקיע את הכסף שם, מפקיד אותם בבנק האישי שלו והוא כרגע בניגוד עניינים.. זה משפר את המעמד שלו בבנק, הוא עכשיו "לקוח זהב" לאותו בנק אם מדובר בסכום גבוהה ומה שיקרה זה שהוא יקבל הטבות וזה יטה את שיקול הדעת שלו... אסור לך להעמיד את עצמך במקרה כזה! אסור להעמיד את עצמך בניגוד עניינים.

2. חובת ההגיונות

חובה כללית לנהוג בהגיונות עם הנהנה.. אם מישהו מפקיד בידי נכס והוא סומך עלי, יש בינינו מערכת של יחסי אמון יש לנהוג בו בהגיונות.. מה אנחנו מפקידים בידי הרשות? אנו מפקידים את כל הכוחות השלטוניים שלנו, העם.. כוח שלטוני.. אנו מפקידים בידך נכס, כוח ואנו סומכים עלי ואתה חייב כלפינו בהגיונות.. הרשות השלטונית מקבלת גם תקציבים, את המיסים שלנו... כל רשות מקבלת מאיתנו משאבים כדי לפעול ולכן אנחנו סומכים עליה ואנו מצפים ממנה לפעול בהגיונות.

כללי הצדק הטבעי : שזה שייך לחובת ההגיונות- מה זה הפרה של חובת ההגיונות? כל פעם שיש דוקטרינה כללית של המשפט. זה הגיונות וזה מתפתח אחר כך לתו"ל ולכל מיני אחרים.. למשל כללי הצדק הטבעי- איך הם מתפתחים? זכות טיעון, חובת ההנמקה.. שואלים האם צריך להעניק למישהו זכות טיעון? הרשום היא נאמן ואז מה אני גוזר? דוקטרינה של הגיונות.. יש לי עיקרון יסוד האומר כי הרשות היא הנאמן של הציבור, מעיקרון היסוד אני יכול לגזור דוקטרינה כללית של הציבור האומרת כי נאמן יפעל בהגיונות עם הנהנה ובמקורו זה הרשות והציבור, זו הדוקטרינה הכללית.. ואז מה גוזרים מדוקטרינה כללית משפטית? כל מיני כללים משפטיים הנגזרים ממנה, כמו זכות טיעון האם יש זכות לאדם? ונשאלת השאלה האם זה יהיה הוגן להפעיל סמכות שלטונית הפוגעת במישהו ולא לתת לו הזדמנות בכלל לטעון טענות...

חובת הנמקה, האם זה הוגן שאני אפגע בך, יש לי סמכו לקבל החלטה ואתה לא יודע למה.. האם זה הוגן? לא. אני לא יודע למה פגעת בי, אני לא ידע גם איך להתגונן על ההחלטה ואיך לתקוף אותה.. זה לא הוגן.. גם בהתנהלות עם העו"ד אם הוא מקבל החלטות עם הנאמנות הוא חייב לנמק. הוא חייב לנמק משפטית אם בכלל לא הסכים להעביר את כספי הנאמנות.. ואז אפשר לקבל חוות דעת אחרת אם הנימוק לא בסדר מבחינתך, להתייעץ עם עו"ד אחר ויכול להגיד שאין שום בסיס משפטי לעיכוב כספי הנאמנות..

עוד דוגמא, **הבטחה מנהלית**, הבטחה כזאת חייבים וצריך לקיימם, הבטחה מנהלית אין שום כלל במשפט האומר שצריך לקיים אותה כי הרי חוזה זה לא הבטחה חד צדדית אלא הצעה וקיבול, אם הרשות הבטיחה משהו לא נכרת חוזה, אין שום דבר בדיני החוזים המחייב אותה לקיים את מה שהיא הבטיחה.. אבל, אם זה הוגן שרשות תבטיח משהו ואז תתעלם מזה? אז מהדוקטרינה החלה על הרשות כנאמן אפשר לגזור שאם הרשות מבטיחה לך היא צריכה לקיים. אין שום הבטחה מנהלית שהעירייה גובה ארנונה, היא חייבת את כל החובות הרגילות כשהעירייה גובה מס היא לא מבטיחה לנו שהיא תשתמש בכספים לאיזה שהיא מטרה אבל היא חייבת לנו שכשהיא תשתמש בכספי הארנונה היא תנהג בהם בהגיונות ושקיפות וכשתחליט כל החלטה הקשורה לארנונה היא תפעל באופן שקוף שתאפשר לי לתקוף את ההחלטה.

התחשבות בהסתמכות בשינוי החלטה : הרשות מקבלת החלטה, נתנה למישהו רישיון נהיגה, כשהיא באה לשנות את ההחלטה, במה זה פוגע כשהרשות מעניקה משהו לפרט ואז מקבלת החלטה אחרת ושוללת? ם נתת לפרט רישיון תיקח

בחשבון שהוא מסתמך על זה, הוא רכש רכב בהסתמך על הרישיון שנתת... אם אתה משנה את ההחלטה אתה צריך לתת לזה שיקול ורק אם יש שיקול הגובר על ההסתמכות אז אתה יכול לשנות אבל אם לא אז לא. אה צריך להתחשב במה שקרה בשטח.

השאלה של האם הפרט חייב בהגינות כלפי הרשות? פס"ד קונטרס. זה ירד מחומר הקריאה בסילבוס.

3. **שקיפות**, מה זה להתנהל באופן לא שקוף? זה סוג של הפרת ההגינות... מדוע חוסר שקיפות היא גם הפרה של ההגינות? נתתי לך סמכות שהיא שלי, של העם את מפעילה משהו של העם וזה לא הוגן עכשיו אם תסתירי את הנתונים שלך ואת הפעולות שלך ואולי אני ארצה להחליף אותך אם אני אדע מה את עושה, אם לא תשתמשי את הרשות השלטונית בכוחות שאנחנו העם הענקנו לך באופן שאנחנו רואים או חושבים שהוא נכון אז אנחנו נעשה משהו אחר כמו שניקח ממך את הכוח וניתן אותו לרשות אחרת... ואנחנו גם יכולים לבקר אותך בבתי המשפט אם תפעילי את הכוח באופן לא ראוי, לעתור מולך לביהמ"ש.

אמרנו ששקיפות קשורה להגינות אבל כרגע נדבר עליה כחובה עצמאית, למה הרשות צריכה להיות שקופה לציבור? זה נובע מיחסי הנאמנות וזה גם עיקרון מרכזי בדמוקרטיה... היא לא עובדת טוב כשהשלטון מסתתר ומטעה את האזרחים כשהוא עושה עליהם מניפולציה, כשהוא פועל במחשכים, במפשט דמוקראטי ראוי השלטון מבין שכל מה שהוא מחזיק זה לא שלי אלא של העם. נניח העם אומר אני רוצה לראות את פרוטוקולים, השלטון יכול להגיד לא לא אלה שלי? לא. זה לא שלך זה של הציבור אתה רק הנאמן. הכל חייב להיות גלוי. אתה צריך להודיע מה עשית... אני הרשות השלטונית עשיתי כך וכך, למה עשית כך וכך? חשבת שזה לטובת הציבור ושקלתי את השיקולים האלה והאחרים ואז הציבור מה יכול להגיד? אנחנו רוצים לתקוף את ההחלטה הזו בביהמ"ש כי נפלו בה פגמים... או שבסיום ה-4 שנים אני לא אבחר עוד פעם בהם... למה? כי היה ניגוד עניינים למשל...

פס"ד **אילן**, יש מכרז של מתקנים של המצילים בים, יש ביקוש גדול למתקנים האלה, מי תמיד "בוחש" כשצריך לנמות ויש תקנים? הוועד. יו"ר הוועד מתקשר לאחר מחברי וועדת המכרזים וקודם כל מפעילים עליו לחץ להעסיק את הקרוב לנו... אומרים לו גם תיפגש איתנו ותראה במי מדובר... הבעיה היא אם חבר מוועדת המכרזים נפגש עם אחד ועם השני לא זה פוגע בשוויון של דיני המכרזים... בפס"ד יש הרבה בעיות אך אני כחבר בוועדת המכרזים חייב לספר על ההתרחשויות שקרו איתנו... שקיפות! אני חייב לספר על זה שחבר של הוועד התקשר אלי ולחץ עלי לבחור בא' ולא בב' ולספר גם שנפגשתי אותו... אז מה הוועדה צריכה לעשות? וועדת המכרזים צריכה לבדוק האם נפל פגם במה שעשיתי... הם חייבים לבדוק אם אתה עדיין עצמאי או שאתה מטה את הכסף לראשון... האם הם צריכים לפסול אותנו או לא? כל זה לפרוטוקול, הכל נרשם, הפגישה ושיחת הטלפון... ואז בסוף מחליטים למשל להיפגש עם שאר המועמדים כדי לא ליצור עוול וכי' עם כל אלה הולכים לביהמ"ש אשר בודק אם נפל פגם או לא... עם כל הפרוטוקולים האלה יש לנו חובת דיווח אבל זה לא מספיק שהוא ידווח כי איך נדע אם דיווח אמת או לא... יש חובת תיעוד (פרוטוקול) ומה קורה בבימ"ש? אין פרוטוקולים... האדם אומר אבל אני דיווחתי אבל אומרים לו אין פרוטוקולים... מה קורה אם מפרים את חובת השקיפות? ישנו דבר הנקרא חזקת תקנות המנהל או חזקת הכשרות- אם השלטון פועל בנאמנות לפחות לפי הצהרתו ופעול בשקיפות הוא נהנה מדבר עוצמתי הנקרא חזקת תקינות המנהל האומר כי כל מה שעשה השלטון הוא תקין ואין איתו בעיה, ברגע שמשוהו מהחובות האלה מתערער, אם אני גוזר מהשקיפות חובת דיווח וחובה של תיעוד בפרוטוקול והשקיפות העיקרון הזה הופר אז אין חזקה. החזקה מתהפכת- חזקה שלא דיווחת, שלא קיימת את כל החובות שלך כחבר בוועדת המכרזים ואם אתה לא מצליח לסתור את החזקה ההפוכה אז החזקה תיפסל.

כלל ההסדרים הראשוניים-

מתחם הסמכות חוק X

מה שמכרסם בלב המתחם זה כלל ההסדרים הראשוניים, ושתי דוקטרינות שמוסיפות...

דוקטרינה אחת המוסיפה למתחם הפרשני הרגיל זו דוקטרינת סמכויות עזר- היא מוסיפה את "האוזן" מצדו האחד של המעגל והאוזן השנייה היא זו המוסיפה לסמכויות הממשלה השירותיות... דוקטרינה אחת באמצע המעגל זו דוקטרינה המחסירה מהסמכות הרגילה... מה ש"באזניים" מוסיפות ומה שבאמצע המעגל מחסירות.

מה זה ההסדרים הראשוניים ומי קובע אותם? כשמדברים על חוק יש את לב החוק, הסדרים ראשוניים בחוק מסוים זה מה שקובע את העקרונות הכלליים להפעלת החוק, אמו המידה להפעלתו, הקריטריונים וב"כ הקובע אותם זה המחוקק ומה קובעת הרשות המבצעת? נכון שהיא קובעת את הסדרים משניים.. אך איך נפעיל את החוק? איך ניישם אותו? למשל אם בחורי ישיבו ישרתו בצבא או לא? מה זה? ראשוני או משני? זה ראשוני כי זה חשוב וצריך להיות מוסדר בחוק.

אם אני קובע כי ראש ישיבה יחתום או ימלא טופס 103 ובו הוא יציין רשימה של עילויים בתורה שיהיו פטורים מגיוס.. זה הסדר משני.. אז מה הראשוני פה? טופס 103 זה הסדר משני, טכני, פרוצדוראלי.. זה שקבענו כי ראש ישיבה יקבע וכו' זה משני..

אנחנו העם קובעים כי ההסדרים הראשוניים ייקבעו בכנסת, אצל המחוקק כי אלה דברים מאוד חשובים מבחינתנו לכן ההסדרים הראשוניים יקבעו המחוקקים. המחוקקת קובעת את ההסדרים הראשוניים והמבצעת מבצעת אותם, מיישמת וזה שומר את היחס והאיזון בין הרשויות וזה עיקרון הפרדת הרשויות..

נקודת המוצא היא כי זה אמור להיות בסמכות הרשות המבצעת, במתחם הסמכות של המבצעת אבל אמרנו שאנחנו רוצים את החלטות הגורליות האלה יהיו אצל הכנסת לכן זה "קופץ" למחוקקת.

פס"ד רובינשטיין, סמכות של שר הביטחון לדחות/ לפטור מגיוס :

שר הביטחון מוסמך לדחות/לפטור מגיוס מועמד לשירות ביטחון מטעמים חינוכיים או אחרים. מה ההיסטוריה? זה הגיע לבימ"ש מאחד מפסיק הדין המרכזיים- פס"ד רסלר הראשון בשנת 86 ובימ"ש אומר כי שר הביטחון מוסמך לפטור את בחורי הישיבות? אנו צריכים למצוא מתחם של סמכות לפי פרשנות החוק.. איפה זה? ע"פ הפרשנות הרגילה של החוק? "מטעמים חינוכיים או אחרים"- חוק שירות ביטחון. יכול להגיד שר הביטחון כי אתם הסמכתם אותי.. אני חושב שיש טעם חינוכי וגם נתתם "מטעמים אחרים" אם אתם חושבים כי אין כאן טעם חינוכי.. אחרי פס"ד זה מגיע פס"ד רובינשטיין 97 ואמרנו שבימ"ש קבע כי שר הביטחון מוסמך וברק מתייחס לזה לשינוי הזה מרסלר לרובינשטיין שבו ברק אומר כי שר הביטחון לא מוסמך.. וברק מסביר כי מ-רסלר היו כמה מאות.. פה בזמן של פס"ד רובינשטיין דובר על אלפי בחורים.. אומנם יכולה לעלות הטענה של מספר לא אמור להשפיע.. זה פס"ד מנהלי ולא חוקתי- ברק אומר כי "הכמות עושה איכות"- העילה הזו של כלל ההסדרים הראשוניים כי 86 העילה הזו הייתה בהקשר של תקנות.. האם אפשר בתקנות לחוקק הסדרים ראשוניים אבל לא הייתה עילה כזו במשפט המנהלי בצורה מסודרת ואז ברק אמר כי לא היה לנו כלל ההסדרים הראשוניים במשפט המנהלי ואנו עכשיו יוצרים הלכה חדשה והכל צריך להשתנות ואני משנה את ההלכה.. הוא אמר כי לא היה לנו במשפט המנהלי כלל ההסדרים הראשוניים ופה אין לנו תקנה, הכלל של ההסדרים הראשוניים לא מתאים פה כי שר הביטחון לא מתקין תקנה – זו לא תקנה אלא הוא מקבל החלטה מנהלית האם לפטור או לא כשמישהו מגיש בקשה לפטירתו מהגיוס.. ואז נקבעה הלכה חדשה בביהמ"ש העליון- עד רובינשטיין לא היו במשפט המנהלי דיונים על ההסדרים הראשוניים וכו' ומאז יש כל הזמן כאלה... הלשון של החוק אין פה הסדר ראשוני לעניין בחורי ישיבות.. החוק לא מתייחס ללימודי תורה של בחורי ישיבות הוא לא מדבר עליהם בכלל... אין פה הסדר המתייחס אליהם ישירות..

טעמים אחרים יכול להיות למשל עילוי בספורט, במוסיקה וכו' מה עם עילוי בדוגמנות? כמו בר רפאלי? צה"ל צריך לצייר קו במה באמת תורם לקהילה ומה לא.. כשאני פוטר מוזיקאי מחונן והוא הולך לבית ספר מאוד מפואר בניו יורק וזה יביא תרומה לתרבות הישראלית בעניין של המוסיקה.. האם קריירה בדוגמנות זה משהו שהצבא ירצה לקדם או לא.. השאלה היא האם כשאני מסתכל על "הליבה" של הסמכות האם זה מדבר על הליבה או לא? האם זה בסמכות? בליבת הסמכות? האם הפטור משירות בצבא בשביל ספורט או מוסיקה זה בבחינת ליבת הסמכות? אם אני פוטר למשל 3 כדורגלנים בשנה בשביל "עילוי בספורט" זה עדיין בליבה של הסמכות וזה לא מעניין את הציבור ששלושה פטרו אותם משירות.. אבל כמו שברק אמר כמות עושה איכות – כששר הביטחון פוטר עשרות ומאות בשנה זה מהותי מאוד ולכן זה לא בסמכות שר הביטחון לפטור כל כך הרבה.

עילוי בספורט זו החלטה שהיא לא מהותית לחברה הישראלית ולכן היא נמצאת בפריפריה ולא חל עליה כלל ההסדרים הראשוניים וזה לא קופץ לכנסת אלא שר הביטחון יכול להחליט עליהם.. לעומת זאת, הפטור של בחורי הישיבות הוגדר ברובינשטיין כהחלטה עקרונית מהותית בליבה שחל עליה הסדר הכללים הראשוניים והיא קופצת החוצה (לכנסת) והיא לא בסמכות הרשות המבצעת- שר הביטחון.

ברובינשטיין אמרו לשר הביטחון מהיום אתה לא מוסמך- אתה לא מחליט עליהם!

מה היה אמור לקרות יום אחרי הפס"ד הזה? שר הביטחון אמור היה לבטל את כל הפטורים והדחיות ומיד להוציא צווי גיוס לכל הקהילה החרדית בישראל דוקטרינת הפסלות היחסית- כל מה שעשה שר הביטחון הוא לא חוקי אך זה לא בהכרח בטל מיידית... זה בטל אך לא מיידית אלא עוד שנה מהיום... בימ"ש עושה בטלות יחסית! סעד יחסי... אתה לא תמיד תקבל בטלות גם אם הוכחת במשפט המנהלי גם כי ההחלטה לא חוקית זה לא אומר שתקבל בטלות מוחלטת של ההחלטה... אז מה קורה כאשר אין עוד חוק כי זה לוקח המון זמן? כמו מה שקורה כיום בעמונה.. עוד זמן ועוד זמן עד שבימ"ש מתח את האורכות האלה עד קץ וחוקקו את חוק טל שבסיבובו הראשון בפס"ד התנועה לאיכות השלטון עברו 3 שנים מאז חקיקת החוק ומעטי מעט מאותה קהילה התגייסו לצבא וטענו בבימ"ש כי תפסלו את החוק חוקתית כי הוא פוגע בשוויון- בימ"ש באותו זמן מכיוון שעברו רק 3 שנים נתן עוד צ'אנס לחוק.. הוא אמר שיש כמה בעיות שהן לא רק החוק אלא גם ההתנהלות של צה"ל וכו'... עברו 10 שנים אחרי זה ובפס"ד רסלר השני בוטל חוק טל חוקתית. מה קרה מאז? עוד חוק- חוק ממשלת נתניהו לפיד שאמור היה להביא ליתר שוויון ועוד גיוס של תלמידי שוויון- הממשלה נופלת אחרי שנה וחצי וקמה ממשלה חדשה עם הסכמים חדשים ומבטלת את החוק הקודם של נתניהו לפיד ועכשיו אנו חוזרים לפס"ד רובינשטיין שאומר שכולם צריכים להתגייס ובינתיים הם לא מתגייסים. אין חוק שמגדיר את הגיוס של בחורי ישיבות.

הלכרובנשטיין מניעה את כל התהליך החוקתי הזה כי ברגע שאין לשר הביטחון סמכות זה אומר כי הכנסת חייב להסדיר את זה בחוק.

הכלל של ההסדרים הראשוניים שעלה בפס"ד רובינשטיין זה "חזקה פרשנית" ז"א כל חוק שיגיע אלינו אנו נפרש אותו ע"פ החזקה, לאור החזקה... שכל חוק שהכנסת מחוקקת חזקה שזה מתאים לחוקי היסוד וכו' חזקה ז"א חזקה הניתנת לסתירה - חזקה שהמחוקק הראשי דהיינו הכנסת לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת ולא משנה איזו רשות זו- זה יכול להיות תאגיד סטטוטורי, שר הביטחון.. לקבוע את ההסדרים הראשוניים בתחום הנוגע להחלטה מהותית עקרונית גורלית ברמה הלאומית. כל פעם שמזהים עניין שהוא מהותי גורלי עקרוני לחברה הישראלית ברמה הלאומית אז מחילים את החזקה האומרת כי בגלל שזה כך בדמוקרטיה המחוקק אמור להסדיר את זה וזה לא אומר שהרשות המבצעת צריכה להתייחס לזה. חזקה שהמחוקק לא התכוון להסמיך. ואז הפסיקה צריכה לפרש מה זה עקרוני גורלי מהותי ברמה הלאומית... אז עכשיו למשל ע"פ תחושה ולא פסיקה האם לפטור שני בחורים בגלל עילוי ספורט האם זה עקרוני גורלי מהותי ברמה הלאומית? לא. אז שר הביטחון יכול- החוק הסמיך אותו לדון בדברים האלה. כי זה שולי והוא מוסמך. אך מה עם בחורי ישיבות? זה התחיל בכמה בחורי ישיבות והגיע למאות ואלפים.. האם זה בסדר? לא. זה מהותי עקרוני גורלי ברמה הלאומית אז זה בליבה ואז חלה החזקה כי המחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת לפסוק בזה, לקבוע את ההסדרים הראשוניים. זה גורם לפיצול בחברה הישראלית, גורם להתהוות קבוצות וכו'... אך חזקה זו ניתנת לסתירה כאמור.

אמרנו שזו חזקה הניתנת לסתירה, חזקה שהוא לא הסמיך אותי... אך שר הביטחון אומר כי יש לי סמכות למרות החזקה... מה זה יכול להיות? אם הכנסת הייתה אומרת כי שר הביטחון יכול לפטור משירות, שאחד הטעמים זה שימור לימודי התורה לדורי דורות בלי שינקטו במילים בחורי ישיבות... שר הביטחון יכול להגיד שנכון שהחזקה אומרת שהוא לא הסמיך אותי אבל אני יכול לסתור אותה בכך שהמחוקק אמר שאני מוסמך גם בעניין הזה בגלל הלשון שנקטה בחוק "שימור תורה" וכו'. אבל כאן זה לא נאמר.

כשזה "קופץ" לכנסת כי זה בליבה זה נקרא העברת ההחלטה לכנסת. ואז חלה החזקה אבל כשהחזקה ניתנת לסתירה והיא נסתרת היא חוזרת חזרה לרשות המבצעת "סתירת החזקה בלשון מפורשת".

פס"ד חורב עסק בסגירת כביש בר אילן בירושלים- היה מדובר על עורק תחבורה ראשי שישה מסלולים בשבת והשוטט חשין נתן את פסק הדין. רצו לסגור אותו בשבת והיה איזה מאבק- צריכים לבדוק תחילה האם יש סמכות לסגור בשבת והסמכות היא של המפקח על התעבורה ומה הסמכות שלו? הוא רשות תמרור ארצית, בכל רשות מקומית יש רשות תמרור מקומית שקובעת את הסדרי התנועה, איפה לשים דו סטרי חד סטרי איפה אין כניסה וכו'... אבל יש גם את רשות התמרור הארצית כדי לוודא שאין סתירות בין הרשויות המקומיות.. אנו רוצים אחידות ואלה נבדקות ע"י הרשות הארצית.. המפקח על התעבורה הוא הרשות הארצית והוא מוסמך לקבוע את הסדרי התנועה עבור רשות מקומית, הוא קובע את הסדרי התנועה- אמרנו כל מתחם סמכות מתחיל בשאלה פרשנית- האם סגירת כביש בשבת זה הסדר תנועה? האם זה בכלל בסמכותו? האם זה הסדר תנועה? זה נראה על פניו הסדר תנועה- אם שמים מחסום ואומרים כי אין כניסה בשבת זה הסדר תנועה.. אז קודם כל קבענו שזה הסדר תנועה ובעיקרון זה נופל בסמכות, במעגל הזה. השאלה השנייה היא האם זה פריפריה או בליבה? אם זה היה רחוב אחד קטן כזה וזה לא מעניין אף אחד, זה מאוד בפריפריה, סגירת רחוב שמואל הנגיד נסגר בשבת שיש לו 5 בתים בכל הרחוב! אבל מה עם כביש שיש לו 6 מסלולים? האם זה מעניין את הציבור בישראל? האם זה כביש עיקרי שאנשים נוסעים בו בשבת.. למשל סגירת חוצה ישראל אנו שמים

אותו בליבה ואז חל כלל ההסדרים זה כל כך עקרוני ומהותי וחזקה כי המחוקק לא הסמיך ואז זה קופץ לכנסת ואם יחוקקו חוק מפורש יבדקו את חופש התנועה, חופש הדת וכו'. לפני שבדקים במשפט החוקתי נבדוק קודם כל האם החזקה נסתרה ע"י המפקח של התעבורה.. האם היא נסתרת במקרנו? בהסתכלות ראשונית הוא מוסמך לקבוע א הסדרי התנועה.. האם מופיעה מילה אחת על השבת.. על דת ומדינה..? לא. אם אתה רוצה לסתור תראה לי את רצונו של המחוקק ליתן לי סמכות ולסתור את החזקה.. לכאורה אם הכנסת רצתה לתת לך את הסמכות הזאת לסגור כביש לרשות מקומית לרבות יום שבת! אם הייתה לשון מפורשת של הכנסת אז זה היה קופץ חזרה, חוזה לרשות המבצעת.. כביש קטן לא מעניין אף אחד אז ברור שבפריפריה.. כביש כמו חוצה ישראל מעניין הרבה מאוד אנשים ולכן זה בליבה..

חשין בסופו של דבר מגיע למסקנה ואומר כי זה מהותי, מעצב את המרחב הציבורי בישראל, עוסק ביחסי דת ומדינה כי זו אוטוסטרדה גדולה של 6 מסלולים.. זה בגרעין ולכן אתה לא מוסמך לסגור את בר אילן.. אז מי כן מוסמך? הכנסת. שתחוקק חוק וזהו.

המבחנים-

נקבעו בהתחלה מבחנים שניתנו ע"י חשין, מבחנים של מה מהותי עקרוני גורלי- חשין בפס"ד ועדת המעקב העליונה :
למה בכלל שזה יהיה קשור לכלל ההסדרים? הממשלה רוצה להגדיר אזורי העדפה לאומית..

אם החלטנו כי אזורי עדיפות לאומית זה נוגע ומעניין את כל החברה הישראלית אז זה בליבה וזה עובר לכנסת.

הצעת חוק מטעם הממשלה כמו חוק ההסדרה עכשיו.. היא מקדמת חוק.. הממשלה יש לה רוב בכנסת, יש לה קואליציה.. היא יכולה לקדם הצעת חוק מטעם הממשלה וההצעה הזו תסמיך אותה לקבוע אזורי עדיפות לאומית או שהיא תגדיר את האזורים האלה ואז היא מוסמכת. היא יכולה על דרך שליטתה על מערכת החקיקה בהקשר הזה.

מה הבעיה עם המבחנים האלה? הם אלה מבחנים הקובעים מה זה הסדר ראשוני ומה זה הסדר משני.. חשין אומר כן וכמה שופטים אחרים בהקשרים שונים אומרים שכן אבל זה לא מבדיל בין מה זה ראשוני ומה זה משני.. סוג ההסדר! אם זה קובע עקרונות, אמות מידה.. זה ראשוני..... אם זה קובע פרוצדורות וכו' אז זה משני. המבחנים שנדבר עליהם קובעים האם זה מהותי גורלי עקרוני ברמה הלאומית או לא. אם זה לא אז זה בפריפריה אז כלל ההסדרים לא חל וההפך.

1. מבחן ראשון, הנגיעה לחירויות הפרט- חשין אומר כי הנגיעה לחירויות הפרט אני יכול להרחיב את זה אם זה נוגע בעקרונות חוקתיים בכלל ולא רק בחירויות הפרט.. אז גיוס בחורי ישיבות האם זה נוגע לחירויות הפרט? אפשר להתווכח על זה.. מה שכופה עלי לשרת בצבא זה לא בחורי ישיבות לא יכולים אלא נכפה עליך לשרת ללא קשר.. זה נוגע לעקרונות חוקתיים ובאינטואיציה הראשונה אנו אומרים כי זה נוגע לליבה. דוגמא למשל סגירת חוצה ישראל בשבת לעומת סגירת כביש קטן בירושלים.. אם אני סוגר את חוצה ישראל האם זה מגביל את התנועה? כן. זה כביש מאוד מרכזי בישראל ואני נמנע מהשימוש בו. אבל אם אני סוגר כביש קטן שלא מעניין את רוב הפרטים במדינה אז זה פחות.

כלל ההסדרים הראשוניים – המשך :

סוגיית הגז :

מתחם הסמכות של חוק X אשר הוא מוסר סמכות לרשות המבצעת.

המעגל הוא מתחם הסמכות.

ואז, השינוי של כלל ההסדרים הראשוניים הוא שאם ההחלטה הופכת להיות מאוד משמעותית מבחינה חברתית, כלומר – היא ליבת מתחם הסמכות – אז כלל ההסדרים הראשוניים מה שעושה – אומר אם ההחלטה הזו היא עקרונית, מהותית, גורלית ברמה הלאומית - אז כלל ההסדרים הראשוניים הוא שמוציא את זה אל הכנסת.

הוא קובע חזקה פרשנית -

שאם זו החלטה גורלית – אזי המחוקק הראשי, קרי, הכנסת לא התכוונה להסמיך את הרשות המבצעת קרי, הממשלה, לקבוע הסדרים ראשוניים!! ואז אותה הליבה כבר לא של הרשות המבצעת אלא עוברת למחוקק!

אין בעיה למחוקק שהרשות המבצעת תמשיך לדון בפרוצ', אך את העקרונות שהם בתחום הנוגע להחלטה עקרונית/מהותית/ גורלית / ברמה הלאומית - המחוקק לא התכוון להעביר לרשות המבצעת .

ניתן לומר שתחום הגז יכול להשפיע על המשק הישראלי כמו גם על איכות הסביבה (יצוא החשמל יהיה מבוסס על גז טבעי ומכאן – ידידותי יותר).

אם מתקיים המבחן – אז הממשלה לכאורה לא מוסמכת לפי כלל ההסדרים הראשוניים לקבל את ההחלטה בנוגע לזה. זו החלטה מהותית, היסטורית וכו'... זו החזקה!

מה יכול לסתור את החזקה? אם נמצא לשון מפורשת של המחוקק!

**** כל הדין בזה :** כשהממשלה רוצה לעשות משהו, ואז האופוזיציה / עותרים ציבוריים מתעוררים ("זה בניגוד לחוק והממשלה עושה משהו בניגוד לחוק בגלל כלל ההסדרים הראשוניים").

מבחני הפסיקה (חשין, בפס"ד ועדת מעקב + פס"ד המרכז האקדמי שעסק בייצוא הגז) ל-"מה זה עקרוני, מהותי, גורלי ברמה הלאומית"?

1. פגיעה בחירויות הפרט, אותו הרחבנו לכל כרסום בעיקרון חוקתי.

כלומר לא רק חירויות הפרט אלא כל העק' החוקתיים. אם הממשלה פועלת בתחום של העק' החוקתיים אז יתכן שזה מהותי, עקרוני, גורלי .

בנוגע לכרסום בעקרונות החוקתיים: המרצה הרחיב את זה לשם.. ולמה? כי למשל, עקרון השיוויון לא נוגע ישירות בחירויות הפרט, לא מגביל את החירויות אך זה עיקרון חוקתי, **ופס"ד גיוס בחורי ישיבות** – ביהמש חשב שזה כוון עקרוני מהותי וגורלי ברמה הלאומית, אז למה הפטור הגורף לציבור אחד לעומת אחרים הוא מהותי עקרוני? לפי מבחן זה – זה לא נוגע בחירויות הפרט, אך יש פגיעה בשוויון וזה עקרון חוקתי ואז זה הופך את זה להחלטה עקרונית, מהותית עקרונית וכו' ..

גם **בפס"ד ועדת המעקב** שעסק באיזורי עדיפות לאומית והמפה ששורטטה שם כללה הרבה מאוד יישובים יהודיים ובכלל לא יישובים ערביים .

אם יש החלטה של הממשלה שנוגעת לשוויון ברמה החוקתית זה הופך את זה לעקרוני ומהותי – ברמה הלאומית .

פס"ד חורב: מה עם סגירת **כביש בר אילן?** 6 מסלולים, ליד ירושלים .

חופש התנועה פה נפגע, למרות שזה לא הגרעין של חופש התנועה החוקתי, כי אין בעיה לנוע ברחוב – אך לא עם רכב.. אז זה חופש התנועה של הרכב, אך זה מגביל גם את התנועה של מי שנוהג ברכב וגם אם זה לא הגרעין של חופש התנועה החוקתי זה נכנס לתוך העיקרון. ולכן זה מתקיים גם בפס"ד זה, פס"ד חורב.

(2) מידת ההשפעה על הציבור : כמה זה משפיע עליו?!

אם זו השפעה דרמטית זה יותר עקרוני מהותי ואם זו השפעה שולית, זה לא. כביש קטן – אם יש סידורי חניה על מי שגר שם – לא ישפיע בדרמטיות. אוטוסטרדה בין עירונית כבר משפיעה על המון אנשים.

מה עם מתווה הגז? משפיע על כל הציבור לישראל: ביטחון אנרגטי, איכות הסביבה, יחסים בינ"ל וכו'

(3) היקף ההשפעה:

מתווה הגז משפיע על כלל אזרחי מ"י, אם מחירי החשמל ירדו בישראל כולם יהנו מזה. אם מתווה הגז מנגד לא טוב – ואין מנגנון לפיקוח על המחירים ויקום פה מונופול שיגבה מחירים גבוהים מדי ביחס לשוק – אז גם, היקף ההשפעה הוא על כלל הציבור.

(4) היותה של ההכרעה שנויה במחלוקת: כמה זה מטריף אותנו כחברה.

גיוס בחורי הישיבות – מתקיים, רבים על זה פה ממש. כביש בר אילן – שרפו פחים, "הכביש הזה הפך לסמל על הציוויון של המרחב הציבורי" כפי שאמר ברק. כביש שכזה – שנוי במחלוקת, כל ענייני דת ומדינה שנויים במחלוקת במ"י. איזורי עדיפות לאומית: אין כמעט מחלוקת שראוי לתמוך בישובי הצפון שסבלו מעימותים עם חיזבאללה. אם מדובר בהגדרת ההתנחלויות ככאלה – יש כבר מחלוקת... כך שתלוי על מה מדברים בהקשר זה.

(5) עלותה של ההכרעה: כשהעניין הזה עולה לנו הרבה כסף – אפשר לחבר את זה למידת ההשפעה על הציבור. כי

כשמדובר בעניין כלכלי יש השלכה בין המבחינים, יש קשרי גומלין.

דוגמא: מקדמות למפונים – המון כסף אז עלותה של ההכרעה גבוהה!

כמה מזה באמת נוציא מהכיס שלנו כעודף על הפיצויים עצמם??!

זו רק מקדמה – זה מייקר ברמה מסוימת... אך עלות ההכרעה יותר קטנה, אך בכל מקרה לא יהיה חוק שיפנה את עזה בלי פיצויים..

עוד דוגמא – בני הישיבות: מה שנפסל **בפס"ד יקותיאל** – הקצבות לבני ישיבות בתק' הלימוד בישיבה כאשר סטודנטים בחוק הביטוח הלאומי לא זכאים לקצבת הבטחת הכנסה בשנים האלה ולומדי בני הישיבות כך.

אם רוצים להבין כמה זה מהותי, כדאי לבדוק כמה כסף בתקציב זה עולה לנו בשנה.

מתווה הגז – כמה הוא עולה לנו?! אם מצאנו גז- רק נרוויח! כי יכנס כסף למ"י, (א) ממיסים על רווחי החברות. (ב) תמלוג על הממצאים עצמם.

(ג) יאפשר לקנות אנרגיה מספק שאנו יודעים מי הוא בתנאים סבירים וכו'.

זה לא עלות – זה רווח לכאורה....

בהקשר זה, חשוב לציין - יש לבחון את ההשפעה במאקרו על המשק והפרטים! : הש' ג'ובראן בפס"ד המרכז

האקדמי אומר שיש לבדוק את ההשפעה הכללית על המשק ולא רק את עלותה של ההכרעה, של כמה שזה יעלה לנו

עכשיו וגם לבחון את ההשפעה על משקי הבית, על הצרכנים. כי עכשיו לכאורה לא עולה לנו כלום ונקבל אפילו

מילארדים בעתיד, זה לא אומר שזה לא עקרוני- כי יש השפעה על המשק, על הצרכנים הפרטיים והרבה מאוד

השפעות שהופכות את זה למהותי, עקרוני וכו'.

(6) מעורבות עתידית של המחוקק: למשל ההתנתקות – החלטתי לשלם מקדמות למפונים למשל (כממשלה), זה אומר

שאני אקבל את ההחלטה העקרונית על ההתנתקות! לא, כי כדי לפגוע בקניין של אזרחי ישראל – חייבים חוק של

הכנסת שידבר על פיצוי לאותם אזרחים של מ"י ולכן היה חייב להיות חוק הפינוי והפיצוי, בלעדיו כל ההתנתקות לא

היתה חוקתית..

הרציונל של כלל ההסדרים הראשוניים, שבדמוקרטיה – נציגי העם צריכים לקבל את ההכרעה. מה ההכרעה?! המקדמה

היא רק שלב ביניים קטן, זה נלווה להכרעה המרכזית = הפינוי.

אם זה בכל אופן מגיע למחוקק אין צורך להחיל את כלל ההסדרים הראשוניים בשלב הזה, כי בכל מקרה ההסדרים

הראשוניים יקבעו ע"י המחוקק בזמן הקרוב.

למה זה לא קורה במתווה הגז? הממשלה מאשרת את המתווה, חותמת על הסכמים עם השותפויות וזהו, זה לא יעבור

לכנסת. המתווה יוצא לדרך ושום דבר לא יחזיר אותו אחורה. יחתמו הסכמים וזה ייצא לדרך ללא הכנסת.

ככל שצפויה התערבות – זה הופך את הסוגיה לפחות עקרונית ולא צפויה החלת כלל ההסדרים הראשוניים.

*** כל פעם שאנחנו יודעים שבלי חוק זה לא יעבור, שהממשלה אין לה שום כוונה לקבל את זה מבלי להעביר את זה**

לכנסת..

למשל – הסכם בינ"ל חשוב כמו הסכם אוסלו! לפי המנהג החוקתי, למרות שהממשלה מוסמכת לחתום עליהם, בגלל

שזה הסכם היסטורי שמכיר ברשות וכו' – ברור שהוא יובא לכנסת.

אז אין מה לרוץ לבג"ץ: כלל ההסדרים הראשוניים וכו' -

היה אומר ביהמ"ש שהסכמי אוסלו ברור שהם מהותיים וכו', אבל אל תילחצו, כי עפי הכנסת עפי המנהג החוקתי זה

לא יקרה! אין טעם להחיל את כלל ההסדרים הראשוניים בשלב ביניים כי צפויה התערבות עתידית של הכנסת. אם ביהמש מבין שהכרעה האמיתית תהיה בכנסת – אין טעם לעצור את הממשלה בעת הזו.

(7) דחיפות ההכרעה: ככל שיותר דחוף לקבל את ההחלטה – לא נרצה להחיל את כלל ההסדרים הראשוניים, כי זה תוקע את הכל. הממשלה רוצה לרוץ קדימה ולהראות הישגים לציבור, **העותרים רוצים לאט דרך הכנסת** **אם ביהמש ישתכנע שזה דחוף – זה מחזק אי החלה של כלל ההסדרים ולהפך.**

(8) מבחן שאינו מבחן של חשין אך מופיע בפס"ד המרכז האקדמי – הפיכות ההחלטה: האם אנחנו מחליטים היום וזהו אין דרך חזרה? או שזו החלטה עכשיו שטובה לנו לזמן הזה ושהיא תיבחן מחדש בהמשך ואז זה הופך אותה לפחות גורלית? כל שופט כמובן יכול לקחת את זה לאן שהוא רוצה. **הנשיא גרוניס** אומר: "זה הפיך", - דובר בפס"ד זה על ייצוא הגז. הממשלה התירה לייצא 40%, זה הפיך במובן של "אחרי 5 שנים נראה איך התפתח המתווה, כמה גז הוציאו וכמה נשאר ואולי נשנה את זה". הפיך – הממשלה יכולה לדון בזה שוב ולשנות את ההחלטה. אומר **הש' גיבראן**: אם זה חלק מההסכמים זה כבר יהיה פחות הפיך כי אם תרצה לשנות דברים שהם חלק מהמתווה – תהיה חשוף לתביעות מכוח אלמנט ההסתמכות על המתווה ויהיה קשה לשנות את זה ולהחליט אחרת. **ככל שזו החלטה שלא ניתן להפוך אותה בעתיד היא הופכת להיות יותר גורלית ואז הנטייה להחיל את כלל ההסדרים הראשוניים גוברת ולהפך!**

סך כל המבחנים אמורים לתת מסקנה – או מהותי או לא. בענייני הגז, בשני המקרים – אחד עסק בייצוא הגז (**פס"ד המרכז האקדמי**) – אפשר לייצא עד 40% **פסה"ד התנועה לאיכות השלטון** עסק במתווה הגז ובהפעלת ס' 52, שלמעשה הממשלה החריגה את השותפויות מדיני ההגבלים העסקיים למרות שהם מונופול, לא יחולו עליהם הוראות שחלות על מונופול ולא הממונה על ההגבלים העסקיים יקבל את ההחלטה אלא הממשלה, במתווה. ב-2 ההחלטות הללו – על הייצוא ועל המתווה - ברור שזו החלטה מאוודד עקרונית, מהותית וכו' ברמה הלאומית – אין ויכוח על כך!!! ! המבחן היחיד שהוא חלש פה – זה עד כמה זה שנוי במחלוקת: אז לא יצאנו לרחובות כדי למוטט את הממשלה, הציבור הישראלי לא ראה בזה הכרעה שהוא צריך להילחם עליה.

מתווה הגז: מבחן 1 ו-4 חלשים, האחרים יתנו את הטון: מידת השפעה גדול, גם היקף. עלותה של ההכרעה – לא רק כמה מוציאים מהכיס היום אלא גם כמה יכנס – מילארדים, מעורבות עתידית של המחוקק – לא צפויה, מה שנחליט היום: סופי. דחיפות – הגז לא יצא? אנחנו תלויים בתמר, יש לנו צינור אחד ואם עכשיו א. טרור כלשהו מבצע פיגוע בים ויפוצץ את הצינור הזה אין גז. אז כמה זה דחוף לנו לפתח עוד מאגר? דחוף. הפיכות ההחלטה - כל אחד יכול למשוך לכיוונו... שה"כ לא מקיים את כל המבחנים אך מספיק מבחנים כדי שכלל ההסדרים הראשוניים יחול.

כשנפתור קייס: "המבחנים האלה – 2,5,7 תומכים בהחלת כלל ההסדרים הראשוניים ו-1,4,6 לא תומכים בהחלת כלל ההסדרים הראשוניים". בודקים מה יותר דחוף להחלת הכלל ומה לא.

אם הכלל לא חל - הממשלה מוסמכת, אין בעיה.

בהנחה שהכלל חל – לא סוף הסיפור – חזקה שהממשלה לא מוסמכת אלא אם כן החזקה נסתרת ואז עוברים לשאלה: האם החזקה נסתרת בלשון מפורשת של המחוקק?! כשמדברים על מפורשות, זה עניין של רמות – כמה מפורש זה? באחד מפסה"ד, עסקו במניעת פגישה לעו"ד לאסיר. תקנה המאפשרת למנוע פגישה בין אסיר לעו"ד, אם היא עלולה לשמש לביצוע עבירה נוספת: כלומר לא רוצים שאסירים דרך הזכות להיוועץ בעו"ד ימשיכו להיות פעילים מתוך הכלא וימשיכו לבצע עבירות מחוץ לכלא, ואז יודעים שאם משהו חשוד בפגישה הזו ניתן למונעה.

ואז שואלים את השר שהתקין את התקנה – מאיפה הסמכות!! משום שמדובר בזכות של אסיר להיוועץ בעו"ד, זכות יסוד, כדי לשלול/להגביל אותה – אתה צריך הסמכה מפורשת בחוק.

מה אומרת פקודת בתי הסוהר? השר רשאי להתקין תקנות כדי לשמור על המשמעת בכלא. האם זו הסמכה מפורשת כדי להגביל פגישה עם עו"ד?

האם זה שאסיר יושב בכלא וממשיך לבצע עבירותזה פוגע במשמעת בכלא?

עד כמה זו הסמכה מפורשת למנוע פגישה עם עו"ד? זה לא מפורש.

פסקת ההגבלה אומרת – בחוק או לפי החוק מכוח הסמכה מפורשת בו-עליך להראות שהחוק מסמיך אותך במפורש להתקין תקנה כזו.

החוק אומר לשמור על המשמעת ואתה דן בפגישה עם עו"ד – אין הסמכה מפורשת בחוק!

אז כמה מפורש זה צריך להיות בחוק כדי לסתור את החזקה של כלל ההסדרים הראשוניים ולהחזיר את זה לרשות המבצעת!!

גרונים בפס"ד המרכז האקדמי: ככל שמדובר בפגיעה בזכות יסוד (עיקרון חוקתי) כך רמת המפורשות גוברת.

היום זה מופיע בפסקת ההגבלה של חוקי היסוד.

אומר גרונים- ככל שמדובר בפגיעה בזכויות יסוד, בעקר' חוקתיים – נדרוש מפורשות ברמה יותר גבוהה! מה אמרנו על מתווה הגז? כולם ירוויחו, השאלה כמה יירד. האם זו פגיעה חוקתית?! לא, זכות יסוד לא נפגעת בו. אם מתווה הגז לא משפיע ישירות על הזכויות החוקתיות שלנו, על זכויות יסוד, אז כדי לסתור את החזקה רמת המפורשות **לפי גרונים** לא צריכה להיות גבוהה.

הש' ג'ובראן - אנחנו עוסקים בכלל ההסדרים, למה אתה הולך דווקא לפגיעה בזכויות יסוד? אנחנו עוסקים במטרייה

של כלל ההסדרים ולא של המשפט החוקתי? אז רמת המפורשות לא צריכה להיות תלויה בזכויות יסוד או עקרונות חוקתיים, אז במה היא תהיה תלויה? מתי נדרוש רמת מפורשות גבוהה יותר?

אם נעסוק במטרייה של כלל ההסדרים יש לפנות לעניין – ולראות עפ"י מבחני כלל ההסדרים – ככל שהעניין יותר מהותי, גורלי וכו' וחשוב לחברה – כך נצטרך לשון יותר מפורשת של הכנסת!!

רמת המפורשות תלויה ברמת החשיבות של הנושא (עקרונות/ מהותיות).

הגז - לא נוגע לזכויות יסוד אמנם אך הוא חשוב מאוד ולכן גרונים אומר – הכנסת יכולה להעביר את זה לרשות המבצעת גם בלשון לא כזאת מפורשת. וג'ובראן מתייחס לחשיבות של הנושא ולכן יש לנקוט בלשון ממש מפורשת בכדי להעביר זאת לממשלה!

אין הלכה ברורה, אך העמדות הללו תהיינה להן השפעה בעתיד.

אם בחורי הישיבות זה הכי מהותי וחשוב שיש – אז לא "רשאי לפטור מטעמים חינוכיים" ובכלל ללא הביטוי: "בחורי ישיבות", אלא החוק צריך להגדיר בדיוק כדי שזה יהיה בסמכותו!

הגז אם הוא ברמה גבוהה של חשיבות, אז גם הסתירה של החזקה צריכה להיות ברמת מפורשות דיי גבוהה!

אז מה שיש לנו – זה חוק הנפט מ1950, ס' 33:

השר רשאי... לחייב בעלי חזקות לספק תחילה, במחיר השוק מן הנפט (או גז) שהם מפיקים בישראל ...

השר יכול לומר: "מהנפט הזה 50% אתה קודם כל מספק לנו לצרכי המשק במחיר שוק, את היתר אתה יכול לייצא או לעשות מה שתראה".

ס' 34: "בעל חזקה רשאי לעבד נפט ומוצריו ... ולייצאם".

כלומר – אם אין סמכות לממשלה לחייב אותו / לקבוע לו מכסה לייצוא, אז עפי' ס' 34 אם הממשלה לא קובעת לו מכסה לייצוא הוא יכול לייצא הכל!

אם אין לממשלה סמכות לחייב אותו נניח: עעד מכסה מסוימת אסור לך לייצא, אז לפי ס' 34 מותר לו לייצא את כל הנפט והגז.

זה לא מסתדר עם זה שהוא חייב להעביר את זה קודם לצורכי המשק.

לכן הממשלה בעצם מגבילה.

34 – נותן לו לייצא את הכל. 33 – תשאיר משהו לתצרוכת המשק. אנחנו מוסמכים להגיד לבעל חזקה – ספק לנו.

הממשלה אומרת: אם אין לי סמכות יוכלו לייצא הכל! .

רמת המפורשות – לא מהגבוהות! חוק מ1950, הכנסת שהיא חוקקה אותו לא חשבה על זה, לא חשבה שנהפוך לאימפריית גז.

אומר גרוניס: אין פה פגיעה בזכויות יסוד / בחירויות הפרט ולכן לא צריך רמת מפורשות גבוהה! אלא נמוכה. וזה עומד בדרישה, יש פה מספיק מפורשות ומשום שכך – הממשלה רשאית לקבוע את המכסה לייצוא.

אצל גיבראן – מתווה הגז ממש חשוב וצריך מפורשות גבוהה, לא כתוב פה שהממשלה תקבע מכסה לייצוא לכל המאגרים אלא רשום "לבעל חזקה מסוים יכולה להורות" ואם כך – כלל ההסדרים חל – רק הכנסת תחליט!

פס"ש שיח חדש,

ס' 3 לחוק מנהל מקרקעי ישראל, היום זה הרשות: האומר את הדבר הבא: "הממשלה תמנה מועצת מקרקעי ישראל", אנו מדברים על מבנה של תאגיד שהוא מקובל בתאגידים סטטוטוריים.. בד"כ תאגידים אלה בנויים ממועצה, מנכ"ל או במקרה שלנו מנהל מקרקעי ישראל ומועצת מקרקעי ישראל.. הפרדת הרשויות הזאת דומה להפרדת רשויות בין גוף שהוא מחוקק לגוף מבצע.. הכנסת והממשלה או נניח מועצת העיר וראש העיר. ראש העיר הוא גוף ביצועי, מועצת העיר היא גוף מפקח מעין חקיקתי, מועצת עיר מחוקקת חוק עזר עירוני או חוקי העזר האלה הם סוג של תקנות חקיקת משנה של מועצת העיר.

מה אומר החוק? שקום מועצה כזאת ומה תפקידי מועצה זו? שהיא שתקבע ע"פ החוק את המדיניות הקרקעית שלפיה יפעל המינהל. תפקח על פעולות המינהל ותאשר הצעת תקציבושייקבע בחוק. זה דומה להפרדת הרשויות ברמה של: מה עושה הכנסת? הוא בד"כ אמור לקבוע את ההסדרים הראשוניים, העקרונות להפעלת החוק והמדיניות קובעת מועצת מקרקעי ישראל..

האם הדבר הזה סותר את כללי ההסדרים הראשוניים? אחד המבחנים בקורס עסק בבזורה הבדווית, הממשלה פועלת או במקרה מנהל מקרקעי ישראל פועל להגשים איזו שהיא מדיניות בתחום של הבזורה הבדווית והטענה כנגד זה שזה עקרוני ומהותי מדי ברמה הלאומית ולכן חל עליו כלל ההסדרים הראשוניים, עכשיו בד"כ במבחן המרצה ירצה שזה לא יהיה ברור מדי.. המינהל לא מוסמך כי סוגיית הבדווים היא עניין מהותי מכדי שהמינהל יכריע פה ופה צריך להבין שמדובר בטענה של ההסדרים הראשוניים..... אז מה עושים? יש לברר האם הכלל חל, האם זה באמת עניין עקרוני מהותי גורלי ברמה הלאומית המחיל את כלל ההסדרים הראשוניים ואם חל אז הם לא מוסמכים. ועכשיו יש לבדוק אם הקהילה הבדווית שם זה באמת כזה? כתחושת בטן זה כן מהותי עקרוני וכו'.. עניין של הסדרה של מגזר שלם במדינה זה כן מהותי וחשוב מדי.. שלב ראשון מחילים את המבחנים ובודקים האם זה כזה, ומחליטים אם זה עקרוני גורלי מהותי והגענו למסקנה שהכלל חל אז חזקה שהמינהל אינו מוסמך. ואז האם המינהל מוסמך? לא. האם הממשלה מוסמכת? לא כי גם היא חלק מהרשות המבצעת. ע"פ הכלל של ההסדרים הראשוניים רק הכנסת, המחוקק הוא המוסמך והוא יכול להכריע בזה אלא אם כן יש התייחסות מפורשת בלשון החוק ז"א שהחזקה נסתרת.. במקרה של הסדרת הקרקעות של הבזורה הבדווית בדרום לדעת המרצה לא תהיה סתירה בין גרוניס לגיבראן- הגישה של גרוניס מצמידה את רמת המפורשות לפגיעה בזכויות אדם אז גם מבחינת גרוניס גם הוא ידרוש מן הרשות ברמה מאוד גבוהה ולגישה של גיבראן הדרישה פה למפורשות וסתירת החזקה היא מאטריה שונה ולכן רמת המפורשות לא תלויה רק בשאלה אם נפגעו זכויות אדם או לא ולכן לגישתו רמת המפורשות תיקבע בהתאם לחשיבות הסוגיה במדרג(אזורי עדיפות לאומית, סגירת כביש בר אילן, פרשות הגז, גיוס בחורי ישיבות..), לדעת המרצה ולפי תחושות בטן הנושא הזה של הבזורה הבדווית זה בין גיוס בחורי ישיבות לבין פרשות הגז ז"א גבוה ואז לפי גיבראן צריך רמת מפורשות גבוהה בסתירת החזקה... כנראה לפי שתי הגישות גם של גיבראן וגרוניס רמת מפורשו גבוהה כדי לסתור את החזקה לעניין החלת הכלל על הסדרת מעמדם של הבדווים בדרום. ז"א ואז חזקה שרק הכנסת תקבע ולא הסמיכה את הרשות המבצעת אבל זו חזקה הניתנת לסתירה ואיזו רמת מפורשות ראינו שלפי שתי הגישות דרושה רמה גבוהה.

האם הסעיף הזה סותר את החזקה ומקנה סמכות למועצת מקרקעי ישראל להסדיר את מעמדה של הבזורה הבדווית בדרום? האם הסעיף הוא ברמת מפורשות גבוהה כך שנסתרת החזקה ואפשר לומר כי הכנסת הסמיכה את מועצת

מקרקעי ישראל להסדיר את מקרקעי הבדווים בדרום? לא בצורה חד משמעית. אין פה סתירת שום חזקה מהסיבה הפשוטה שהבדווים לא נזכרים בסעיף, זה כללי מדי, לא מופיע פה הסדרה של מעמד של מישהו, לא מופיע מה צריך לעשות עם אותם קרקעות שהן במחלוקת ולכן הסעיף הזה למה הוא יכול להיות טוב: אם מועצת מקרקעי ישראל תקבע דברים פחות חשובים מהסדרת המעמד של הבדווים בישראל כאלה שיוגדרו מתחת אפילו לאזורי עדיפות לאומית ז"א למטה והם פחות נוגעים לזכויות אדם אז גם לפי גרוניס רמת המפורשות היא פחותה.. מדברים על מקרים שהכלל חל אבל התחולה חלשה, הוא חשוב אבל כמו...,,. אם אין פגיעה משמעותית בזכויות אדם אז לפי גרוניס רמת המפורשות לא צריכה להיות גבוהה ולפי ג'ובראן זה הולך לפי סולם החשיבות ואם סכום הפיצוי בקרקע חקלאית זה פחות חשוב לציבור בישראל ולכן המפורשות היא פחותה..

לשון החוק, החוק קובע כי מדיניות תיקבע ע"י מועצת מקרקעי ישראל שתקבע הסדרים ראשוניים.. אם לא צריך רמת מפורשות גבוהה אז זה מספיק... יש גם אינדיקציה הנקראת "חקיקה עצלה" זה חקיקה שהכנסת לא עשתה כלום זה חוק שהוא עצל במובן של קביעת הסדרים ראשוניים, המחוקק לא קבע בכלל הסדרים ראשוניים.. מבינים זה כי אם המחוקק בתחום של ניהול הקרקעות לא קבע כלום אז אנו שומעים כי הוא התכוון שהרשות שהוא מקים אותה תקבע.. אז אם אין אפשר ללמוד מזה שהמחוקק לא רצה לקבוע א הסדרים בעצמו אלא להסמיק במקרנו מועצת מקרקעי ישראל לקבוע את ההסדרים הראשוניים. ואינדיקציה אחרונה היא הפרדת הרשויות שהוא יצר פה המחוקק הרי אם הייתה פועלת רשות מקרקעי ישראל מי שהיה אמור לפקח עליה זה הכנסת ופה הכנסת כאילו הקימה מישהו במקומו העושה את כל הפעולות שלה.. הכנסת שמה מעל מנהל מקרקעי ישראל את המועצה והיא אמרה כי בד"כ אני קובעת את ההסדרים הראשוניים בחוק ושהמועצה תקבע אותם.. בד"כ אני מקפחת על הרשות המבצעת ועכשיו אני רוצה /שהיא תפקח- המועצה.. וזו אינדיקציה שהכנסת התכוונה שאותו גוף יקבע את ההסדרים הראשוניים ולא הכנסת.

מה האינדיקציה שהיא רצתה שמועצת מקרקעי ישראל תקבע הסדרים אלה?

1. כתוב שהיא תקבע את המדיניות הקרקעית.. זו מדיניות זה הסדרים ראשוניים
2. בתחום של הקרקעות הכנסת לא קבעה שום הסדר ראשוני לא קבעה עקרונות אז אם הכנסת חוץ מהמטרות של החוק בכלל אז ברגע שהכנסת לא קובעת שום הסדר אז לומדים שהגופים שהיא מקימה לניהול הקרקעות ובראשה מועצת מקרקעי ישראל הם אלה שיקבעו את ההסדרים הראשוניים..
3. הכנסת נתנה למועצה תפקידים שהם כמו של הכנסת... יצרה הפרדת רשויות ושמה אותה לפקח על ניהול הקרקעות במקום הכנסת..

כל האינדיקציות האלה מתאימות לסתירת החזקה כשנדרשת רמת מפורשות נמוכה אז אם זה עניין של קרקע חקלאית ופיצוי לחקלאים אז זה פחות חשוב לנו כחברה ואז רמת המפורשות הנדרשת לסתירה כלל ההסדרים הראשוניים וזה מספיק לסתירת החזקה אבל אם מדובר בעניין הבדווים שזה ברמת חשיבות גבוהה בהתאם לכך רמת המפורשות לסתירת החזקה היא מאוד גבוהה וזה לא מספיק, לשון החוק לא מספיק מפורשת.

סוגיה אחרונה בנושא של כלל ההסדרים הראשוניים:

אפקט מצטבר:

האם ייתכן אפקט מצטבר?

פס"ד **התנועה לאיכות השלטון** (מתווה הגז)-

מה זה אפקט מצטבר? יש גם במבחיני פסקת ההגבלה היית הכרה בפסיקה לאפקט מצטבר שזה במשפט חוקתי שבד"כ אנו בודקים את הפגיעה של הוראת חוק אחת בזכויות האדם.. אפקט זה אומר שבחוק יש כמה הוראות בעייתיות והפגיעה לא עצמאית ונפרדת אלא פגיעה אחת מצטברת לשנייה.. ואנו מצפים מביהמ"ש לא להסתכל בצרות אלא לבדוק את הפגיעה המצטברת של כל החוק..

מה זה פגיעה מצטברת בחוקתי? בפס"ד פלו י דובר בנחקר בעבירות ביטחוניות, החוק אומר שאפשר להאריך את מעצרו בלי להביא אותו לביהמ"ש, אפשר לדון בהארכת מעצרו בלי לשמוע אותו בכלל.. ופה נפגעת הזכות הבסיסית של הליך הוגן. איפה האפקט המצטבר? הוראה אחרת אומרת כי אפשר לעכב פגישה עם עו"ד..

אם הייתה רק הוראת החוק האומרת כי אפשר לדון בהארכת המעצר ללא נוכחות העצור אז אתה לא נוכח אבל עו"ד שלך יצג אותך והפגיעה בהליך הוגן היא עדיין חזקה אבל העו"ד מניחים שהוא ייצג אותך נאמנה והנה פה האפקט המצטבר שאתה לא שם והעו"ד עוד לא פגשת כלומר מנהלים פה דיון במעמד צד אחד והפגיעה בהליך הוגן היא קשה מאוד והאפקט המצטבר משפיעה על החלת המבחנים ובמבחני פסקת ההגבלה יחולו בצורה יותר קפדנית וקשה יהיה לחוק לעמוד בפסקת ההגבלה.

איך זה יכול להיות רלוונטי לעניין כלל ההסדרים הראשוניים? כשכמה סוגיות מתעוררות ביחד, את הסוגיה האחת של ייצור הגז שמנו אותה במקום חשוב בסולם הדרגות.. יש סעיף בחוק הנפט הסותר משהו את החזקה של כללי ההסדרים.. איך אפשר ללמוד את זה מהחוק? פרשת הגז השנייה עוסקת בהגבלים עסקיים, האם השותפות של הגז תהיה מונופול, האם נחיל עליה מגבלות? אילו סעיפים חוק ס' 52 לחוק ההגבלים העסקיים שנתן סמכות לשר לפטור הגבל עסקי מטעמי ביטחון המדינה ויחסי החוץ.. מה זה אפקט מצטבר? שופט שלמשל בודק את שתי הסוגיות האלה.. ייצוא הגז כמה נתיר לייצא? הוא אומר שזה חשוב ואני רוצה לראות הסמכה מפורשת... אז מגיעה סוגיה אחרת, האם בשוק הגז יהיה מונופול והאם נפטור אותה מתחולת ההגבלים העסקיים וזה גם חשוב מבחינה חברתית וגם פה ירצה לראות הסמכה מפורשת הסותר את כלל ההסדרים ויש הסמכה מפורשת סעיף 52.. מה רמת המפורשות פה? מטעמי ביטחון המדינה ויחסי חוץ? גבוהה. הגז לא מוזכר פה, זה לא עוסק בצורה ספציפית בגז.. אבל זה כן עוסק בשר וביחסי החוץ ואז האפקט המצטבר נוצר בהיבט הזה.. אומרים כך: אם הייתה לנו רק סוגיה חשובה אחת, סתירת החזקה הייתה מספיקה. ואם סוף 52 היה בנפרד אז רמת המפורשות הייתה מספיקה לסתירת החזקה. אבל כשמסתכלים על כל עניין הגז ופאזום זה כמה עניינים שהם עקרוניים מהותיים גורליים ברמה הלאומית אז יכול להיווצר פה אפקט מצטבר ורמת המפורשת הנדרשת היא גבוהה והגוף שיחליט זה הכנסת. הש' רובינשטיין פיתח את הכלל הזה בכלל ההסדרים לכן כל עוד יש לי הסמכה מפורשת לסוגיית הגז הראשונה(סעיף 33(א) וסעיף 34 לחוק הנפט) ויש לי גם הסמכה מפורשת בסוגיה השנייה(סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים) אז זה היה מספיק..

צריך לפחות שתי סוגיות ששתיהן חשובות לסוגיה של האפקט המצטבר ואם יש משהו המספיק לאחת ומשהו לשנייה אז זה לא מספיק... ולכן זה לא יהיה במבחן...

דיברנו עד כאן על אפקט מצטבר בכלל ההסדרים הראשוניים שזה שונה מדוקטרינת האפקט המצטבר בחוקתי.

כל מה שדברנו על נושא זה בפס"ד התנועה לאיכות השלטון לעניין האפקט המצטבר הוא בדעת מיעוט של ג'ובראן ורובינשטיין.

פארק רעננה, עיריית רעננה בתחילת הדרך רצתה לעשות קופה ולמה שלא נגבה כניסה? היא הייתה פוטרת בכניסה את תושבי רעננה, עירייה יש לה פארק "לא רגיל" משהו יותר אטרקטיבי... האם זה לגיטימי או לא? זה לא לגיטימי שהיא רוצה לנהל בית קפה אבל תפקידה הוא לטפח גנים ציבוריים. ואיך אפשר להצדיק את קבלת הכסף בכניסה? עלויות תחזוקה.. יש גם הצדקה לפטירת תושבי רעננה כי ה גם ככה משלמים ארנונה וכו'... נדבר על התשובה של פס"ד זה בהמשך :

הנושא הוא **סמכויות עזר**,

כשדיברנו על הפס"ד של יגאל עמיר עם טיפולי ההפריה. התפקיד הראש של השב"ס היא להחזיק את האסירים במשמורת ולהבטיח את הזכויות שלהם שלא נשללו מעונש המאסר ואחת מהן הייתה הזכות להורות ואז כששאלנו מכוח מה יש להם סמכות לטפל בענייני הפוריות של אסיר, ביהמ"ש אמרנו שלא זו השאלה לדעתו אלא האם יש להם סמכות לא לעזור לו ואמרנו שאם התפקיד הראשי סמכות ראשית היא שמירה על זכויות האסירים אז לצורך המטרה הזו יש צורך להכיר בסמכויות עזר שאני לומד אותם במשתמע מן החוק. לא כתוב בחוק שהשב"ס יעסוק בפוריות של אסירים או יבטיח הליכי פוריות וכן הלאה.. אבל אם התפקיד הראשי אם היה כתוב בפקודת בתי הסוהר כי אחת מתפקידי שבס היא טיפול בפוריות האסיר אז אין בעיה. אך הבעיה היא כשזה לא כתוב ולא בהכרח כתוב שהשב"ס צריך לדאוג לכל זכויות האסיר אבל אנו למדים זאת מכוח חוקי היסוד וזכויות האדם וכו' ולכן השב"ס צריך לדאוג לזכויות אלה ושלא ייפגעו מעונש המאסר שזה התפקיד הראשי.

על תפקיד ראשי זה ניתן להדביק דברים כמו למשל אם אחת הזכויות היא הורות .. אז אנו למדים במשמע שזה כולל עזרה לאסיר בטיפולי פוריות.. מלבישים את סמכות העזר על התפקיד הראשי.

הדוקטרינה של סמכות עזר הייתה קיימת תמיד עוד לפני עיגונה בחוק ולאחר מכן .. סמכות נלוות לתפקיד הראשי.. המחוקק בד"כ לא מפרט את הסמכויות הנלוות האלה והוא מטיל ולומדים אותם במשתמע מהתפקיד הראשי.

דוגמא נוספת לסמכויות שלא מפרטים אותן בחוק :

גוף ציבורי שיש לו סמכויות.. סמכות הפרקליטות הכללית הפלילית היא להורות על פתיחת חקירה והם אלה שמחליטים על הגשת כתב אישום פלילי.. אם נחפש את החוקים המעניקים את הסמכות של היועמ"ש להגיש כתב אישום האם נמצא שם את הסמכויות האלה למשל האם מותר לפרקליטות לרכוש או לשכור משרדים שמשם הם יפעלו? האם מותר לרכוש כלים למשרד.. להעסיק מתמחים.. התפקיד הראשי הוא לטפל בעניינים פליליים... לכן לשם כך אפשר לרכוש משרד לרכוש ציוד להעסיק מתמחים ע"מ לממש ולעשות את התפקיד הראשי שלי. זה לא חיוני אבל זה מסייע לעבודת הפרקליטות. כ הפעולות האלה הן פעולות שהן "מהספירה הפרטית" כמו להעסיק עובדים ולשכור משרדים וכו'.. גם אם זה לא כתוב שאני יכול לעשות את זה זו סמכות עזר.. עוזרת להפעיל את הסמכות השלטונית הראשית .. את התפקיד הראשי..

אין סעיף לדוגמא לגבי הסדרי טיעון.. אין סעיף חוק העוסק בהסדרי טיעון מי רשאי חתום עליהם וכו'.. זו פרקטיקה של התביעה.. התפקיד הראשי הוא לנהל כתב אישום והליך פלילי ואין שאני מוסמך לכתוב הסדר טיעון ולחתום עליו... מה יהיה הטיעון שזה הליך עזר? התפקיד הראשי הוא ניהול הליך פלילי כתב אישום וכו'.. לנהל הליך פלילי זה לא תמיד קל ויש בעיות כמו עומס על התביעה ועל בתי המשפט הפוגע בעקרונות חשובים כמו עינוי דין של הנאשמים ולפעמים הליך הוגן ויש לפעמים קשיים ראייתיים בעייתיים.. ואז הסדרי הטיעון יכולים לסייע לתפקיד הראשי.. וחלק מן התיקים לסגור בהסדרי טיעון וגם במקרים הגבוליים האלה שהראיות הן לא הכי אפשר לגמור הליך שהוא הליך סרק שיכולים לפגוע בנאשם...

ס' 17(ב) לחוק הפרשנות, קובע "הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו- משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת" כל פעם שחוק נותן לכך סמכות לעשות משהו אנו צריכים לפרש אותו כמעניק לך גם סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת..

האם הסדרי טיעון דרושים לתביעה למילוי העבודה שלהם? כן. זה כלי המשרת אותם ודרוש בהם אחרת הם לא היו משתמשים בו כל כך הרבה.. הביקורת היא תשתמשו כשנדרש ואל תהפכו את זה לשיטת עבודה.. זה הופך להיות הכלל ולא החריג.

מה הם המגבלות על הפעלת סמכויות עזר?

פס"ד איגוד העיתונאות, לרשות השידור יש תפקידים בחוק והיא צריכה לספק מידע מהימן לציבור והיא עושה זאת בשידורי חדשות ואקטואליה ולשדר את עמדת הציבור בכל מיני עניינים.. לתמוך בתרבות העברית וכל מיני עניינים בהקשרים האלה.. לשקף בשידורים שלה כל מיני היבטים הקשורים בחברה הישראלית וגם לעסוק בשידורים חינוכיים וכו'. עכשיו נשאלת השאלה מהאם מותר לה לשדר את הדברים

א. **האם מותר לשדר תשדירי שירות**- כמו חובה לחגור ילד על גיל מסוים לכיסא מיוחד.. תאכלו ירקות מחמישה צבעים שונים כי זה שומר על הבריאות.. מומלץ לאכול 3 מוצרי חלב ביום מטעם מועצת החלב למשל... זה שירות לציבור נניח זו חובה אזרחית חשובה להצביע בבחירות זה יגיע בדואר הרישום של הקלפי ותעשו מאמץ ותגיעו ותצביעו ותשקיעו וכו'... זה אספקת מידע לציבור כמו למשל חוקים במדינה כמו לחגור חגורה וכו'.. זה נראה כמו שהיא מספקת מידע חיוני, חינוכי מידע לציבור וכן הלאה. ולכן זה אין בעיה בו. אפשרי.

ב. **תשדירי חסות**- חסויות מכניס כסף.. ההבדל בין חסות לפרסומת? מה מותר בתשדיר חסות? רק את השם של אותו נותן חסות.. זה גוף מסחרי תורם כסף(משלם כסף) כדי שיעזור במימון איזה שהוא שידור נניח משחק הכדורסל של מכבי תל אביב ואז הגוף המסחרי מציינים בסך הכל שהוא נתן חסות על השידור אסור להגיד דברים טובים עליו או המוצרים שלו ואיל הוא טוב ולמה הוא עדיף על מתחרים אחרים וכו'.. רק את השם ושהוא מימן את השידור. השאלה היא: האם מותר לה לשדר תשדירי חסות? האם זה חלק מהתפקיד הראשי של

רשות השידור? זה לא חדשות אקטואליה וחינוך.. האם זה מספק ידיעה לציבור? זה גם אפילו מתנגש "ברכות" עם התפקיד הציבורי שלה.. התפקיד שלה זה להעביר מידע מהימן על הציבור ואנו סומכים עליה כי היא בלתי תלויה, עצמאית, ממלכתית ופה עצם שהיא מתקשרת עם גופים מסחריים זה יכול להיות בעייתי ואנו יכולים לחשוב רגע מה האינטרס שלה האם היא באמת מפרסמת את כל המידע שיש לה וכו' זה כבר פוגע בצורה כל שהיא בתפקיד שלה... בתשדירי חסות יש לנו גם נגיעה כלכלית אך יש הבדל בין חסות לפרסומת שזה קודם כל מבחינת הנזק שרשות ממלכתית יכולה לעשות לציבור בחסויות היא כמעט לא מעבירה מידע, לא לוקחת סיכון... בפרסומות זה כבר לא רק השם אלא עובר גם מידע ויכול להיות שהמידע הזה הוא כבר יכול להיות שרשות השידור עכשיו תפיץ דברים שהם לא אחראיים ומהימנים.. היא מעבירה מידע שהיא לא בדקה... התלות הכלכלית זה בכלל לא באותן סדרי גודל. התלות הכלכלית הן גם לא באותן סדרי גודל.. חסויות הן גם קבוצה קטנה יותר.. אנו לא רוצים את רשות השידור משועבדת.. חסויות הן מוגבלות יותר וקטנות יותר וכו'... היא רוצה חסויות כי זה מכניס כסף והיא רוצה יותר כסף.. השאלה היא האם ביהמ"ש יתיר לה או לא? ביהמ"ש אומר כי חסויות כן. שופט אחד בדעת מיעוט, קודם כל מה שברור זה שצריכה להיות :

1. זיקה בין סמכות העזר לתפקיד הראשי, באיזו רמה? שופטי הרוב לא מסבירים יותר מדי בפסק הדין ואומרים וכנראה דרוש במידה סבירה. ושופט המיעוט הש' בן דרור אומר כי דרוש ברמה של חיוניות. שופט המיעוט לא הסכים לשידורי חסות ואמר כי הזיקה צריכה להיות דרישה של חיוניות ושאל האם זה חיוני שרשות השידור תשדר שידורים כאלה ואמר כי לא. למה? כי היא גובה אגרת רשות השידור ואם היא לא תשדר חסויות יהיה לה פחות כסף ואז היא תנהל את התקציב שלה אחרת.. אתה לא חייב את החסויות.. שופטים שהזיקה שהם דורשים זו רק זיקה סבירה.. הלשון של חוק הפרשנות יותר מתאימה למה? חיוניות או סבירות? לשון של סבירות זה יותר מתקבל על הדעת.. לשון החוק היא לשון של סבירות ולא של חיוניות. ולכן מבחינת שופטי הרוב כן להגדיל את התקציב של רשות השידור...
2. עוזרת ולא מפריעה שזה מביא אותנו לפרסומות :-

ג. **פרסומות**- כל השופטים מסכימים כי פרסומות לא. ופה מוסיפים את המגבלה הבאה: עוזרת ולא מפריעה.. סמכות עזר.. כל הדוקטרינה היא דוקטרינה של סמכות עזר וזה צריך לעזור לרשות בתפקידה הראשית ולא להפריע ואמרנו כי התלות באנשי חברות ואינטרסים כלכליים מסחריים היא מסוכנת לרשות השידור אז אם חסויות זה עדיין שוק קטן ואני יכול עדיין לסבול את הדבר הזה פתיחה של פרסומות בכלל זה יכול להגדיל את התלות של שידורי המסחריים וזה מפריע לרשות השידור להיות עצמאית ממלכתית שהמידע שלה מהימן וניתן לסמוך עליה.

עוד דוגמא, **פס"ד קקאו סנטר**, ניהול בית הקפה של העירייה... אז ברור שלנהל בית קפה זה לא התפקיד הראשי אלא לטפח את הגן אבל האם אפשר להכיר בזה במסכות עזר כמשתמע מן החוק? התפקיד הראשי זה לטפח גן. האם כשיש בתי קפה בגנים ציבוריים זה מטפח את הגן? אז לפתוח בתי קפה בגנים ציבוריים של הרשו המקומית זה תורם לתפקיד הראשי אבל האם שעובדי עירייה ינהלו בית קפה במקום לנהל את התפקידים הציבוריים שלהם.. אין זיקה!!! אין זיקה בין ניהול בית קפה לבין התפקידים הציבוריים.. האם זה עלול להפריע? האם כשהרשות מתעסקת בזה? זה גם ניגוד עניינים וגם הרשות המקומית היא גם רשות לרישוי עסקים כלומר היא יכולה לתת לעצמה רישיון עסק, לא לפקח על עצמה, לפטור עצמה ממגבלות וכו'...לא הגיוני שהיא תנהל עסקים וגם תפקח על עצמה.. זה מריע לתפקידה הציבורי בקיצור.

3. מגבלה שלישית, סמכויות נלוות ושמה כן היא- היא נלוות לתפקיד הראשי ולא משנה אותו למשל בעניין: **שירותי רפואה פרטיים**, בעידן של שירותי הרפואה הפרטים אין יותר שוויון. מי שיש לו כסף יכול לקנות שירותי רפואה משופרים ללא המתנה יותר מדי, גם במתקנים הטובים ביותר, בחדרי הניתוח המשוכללים ביותר.. נשאלת השאלה איפה אפשר להפעיל את השר"פ- שירותי רפואה פרטיים. במצב הנוכחי אם קנית את אלה אז אתה תקבל את השירות במתקן של שירותי רפואה פרטיים או באסותה או באיכילוב וכו'.. ואם אתה בא לבית חולים ממשלתי אז אתה בתוך הרפואה הציבורית ושם תקבל את מה שזאת נותנת. בלכ מקרה, הסיפור הוא כזה: שר הבריאות עולה לו רעיון של למה לא להכניס את השר"פ גם לבתי החולים הממשלתיים? קודם כל יש בזה בעיות אך יש בזה גם יתרונות שהם כמו לאפשר גיוס כספים אפ תעשה את הניתוח ברמב"ם שהוא ממשלתי תשלם לבית החולים על חדר הניתוח כסף, זה דבר ראשון, איך זה טוב להם בבתי חולים הממשלתיים בשימור הרופאים שלהם במערכת הציבורית בתוך המערכת? בגלל שקשה מאוד לבתי החולים להשאיר את הרופאים ושלא יאבדו אותם בשר"פ אז הם אומרים להם תישארו כאן ותעשו את שתי העבודות כאן. אבל אז הרופא מסיים את התורנות בציבורי ורץ לקליניקה הפרטית

להשלמת הכנסה.. איך תגיע למעמד גבוה בפרטי? תתחיל בפרטי, תצבור מעמד ואז תיקח איתך לקוחות...
אז לרופאים האלה אפשר להגיד שאתם לא צריכים ללכת לקליניקה הפרטית. תבואו תנתחו פה תישארו
ואז הם יישארו עד 8 למשל בבית החולים כי יכול להיות שעושה עכשיו ניתוח פרטי קטן ויש עכשיו איזה
אירוע דחוף אז הוא כבר בבית החולים.. יעכב את הניתוח שלו ויטפל במקרה תוך שנייה.. אבל השלילי
בזה הוא שיש כאן ניגוד עניינים- האם אני אעדיף את הניתוח הפרטי או הניתוח הציבורי? למי אני אתן את
העדיפות? ברגע שהשר"פ נכנס לבית החולים הוא יקבל עדיפות כי הוא המכניס את הכסף ומשמר את
הרופאים.. את מי הוא ינתח? את החולה הפרטי או הציבורי? הוא יעדיף קודם כל את הפרטי, יש לו אינטרס
אוד ברור לתעדף את החולה הפרטי וזה מעמיק את אי השוויון כשהכנסנו את הפרטי לציבורי.

פס"ד קרייתני.. האן אפשר להכיר בזה כסמכות עזר או לא.. קודם כל האם יש זיקה בין הכנסת השר"פ לתפקיד הראשי..
מה הוא התפקיד הראשי? שתהיה רפואה ציבורית הטובה ביותר שאפר לתת בתקציב שהיא מקבלת ממשרד הבריאות
וראינו כי בתחומים מסוימים זה כן יכול לשפר גם את הרפואה הציבורית כי זה יכניס כסף לבתי חולים הציבוריים וזה
יביא לרפואה הציבורית מומחים יותר טובים.. אז כן זה עומד במגבלה הראשונה כי זה דרוש במידה סבירה. האם כשמה
כן היא עוזרת ולא מפריעה? אמרנו שהיא בהחלט יכולה להפריע.. אם תהיה בצורה שקטה תעדוף לפרטי אז הנפגע הוא
כל מי שמגיע לרפואה הציבורית ואין לו יכולות לפרטי ואז אנו נופלים פה. ב2. ואם לא נפלנו אנו בשלישית ואז האם
סמכות עזר היא נלווית לתפקיד הראשי והיא לא משנה את האופי והמהות והיא לא יוצרת עולם חדש? האם רשות
השידור משתנה כשהיא משדרת חסות של 5 שניות? אפשר להגיד שלא. האם בשר"פ זה יוצר עולם חדש המשנה את
המהות? יש לנו עולם אחד של שירותי בריאות לא שוויוניים שמי שיש לו כסף קונה את הטוב ביותר ועולם אחר שוויוני
שכל מי שנכנס לשורות הרפואה הציבורית יקבל יחס רגיל שווה.. שירותי בריאות סבירים לכל מי שבא בנעליה.. אם
קודם ניהלנו רק מערכת ציבורית ועכשיו סמכות העזר רוצה להכניס את הפרטי תחת הציבורי האם היא משנה באופי של
הציבורי? השופטת ברלינר בדעת רוב חשבה כי אכן יש פה יצירת עולם חדש שבתוך הציבורי יש גם עולם פרטי וזה יכול
לפגוע בשוויון של הציבורי. גם כשבוא לציבורי לא בטוח שתקבל יחס שוויוני כי יכול להיות שמישהו עכשיו תופס את
החדר הכי טוב בשר"פ. פסלו את האפשרות להכיר בזה כסמכות עזר כי היא לא נלווית לתפקיד אלא היא יוצרת עולם
חדש ומשנה את אופי התפקיד. השופטת נאור בדעת מיעוט חשבה שמי שיצר את העולם החדש זה לא אם נכניס את
השר"פ אלא ההיתר מראש לשר"פ בישראל הוא היה המהפכה ולא אם עכשיו ננהל את השר"פ במקנים של בתי החולים
הציבוריים. נאור עוד אומרת כי זה לא בהכרח פוגע בציבורי כי הניתוחים יכולים להיות בשעות בלתי קונבנציונאליות
וכו'...

מה לגבי הסדרי טיעון? האם זה יוצר עולם חדש ומשנה את אופי התפקיד? בכל העולם התביעה הכללית כחלק מניהול
ההליכים הפליליים גם עושה הסכמים כמו הסכמי עד מדינה והסכמי הסדר טיעון ואי אפשר להגיד שהסדרים אלה
משנים את האופי אבל אולי אם הם הופכים להיות הכלל אז אולי...

עוד דוגמא של בתי הדין התופעה של **קרונשים עגונות**: בית הדין הרבני מתחיל להפעיל דרכים יצירתיות ואחת מאלה
היא אסיפת תרומות ובקרן הזאת "קרן העגונות" נשתמש בזה כדי להציע לגבר "שוחד" והם משתמשים לכספי הקרן
נניח גר שהיא עקשן אומרים לו תראה קח 100 אלף ותשחרר.. ביהמ"ש העליון אמר זו סמכות עזר.. ראינו שכל עוד זה
הולך לעזור לזכויות אדם אז לא אכפת לו.. מספיק שזה משרת את זכויות האדם.. צריך לבדוק את כל המגבלות:
הראשונה, בודקים זיקה.. מה התפקיד הראשי שלו? תפקיד שיפוטי שזה להשתדל לא להשאיר נשים במצב של עגיונות כי
זה גם פוגע בזכויות האדם וזה גם לא בסדר מבחינת הדין הדתי.. האם זה חלק מתפקידו של בית דין.. אפשר לעבור את
הראשונה כי זה חלק מעשיית תפקידו.. למנוע מצב של עגיונות. שנ, האם היא עוזרת או מפריעה? אפשר לטעון שיש פה
אם ניתן לזה יד יש פה תמריץ לגברים לסרב לתת גט כי התשלום יגיע ואז יכול להיות שזה אפילו מפריע לתפקיד כי אם
התפקיד הוא לשחרר מעגיונות זה יגרום לגברים לחכות לתמריץ.. אם מדברים על התפקיד השיפוטי של ביהמ"ש.. עצם
המחשבה כי בימ"ש יתחיל לתת תמריצים עולה השאלה האם בימ"ש ניטרלי בהליך.. אם הוא עושה זאת אז ההליך
כבר לא טהור.. השופט כבר לא ניטרלי והוא "נגוע". (הכוונה לבית הדין). שלישי, האם זה משהו נלווה לתפקיד השיפוטי
או האם זה משנה אותו? אין אף בימ"ש שעושה דבר כזה וזה לא תפקיד בימ"ש לאסוף כסף כדי להציע לאחד הצדדים
וכו'... המרצה חושב שגם אם המטרה היא חשובה וטובה אנו לא יכולים להגיע לתוצאות של "צדק" בין הצדדים.. אנו
אומרים על ביהמ"ש כי אין לו חרב ז"א צבא ואין לו ארנק.. אבל פה יש לו ארנק.. רביעי, מה עם המגבלה הרביעית?
אפשר לדבר פה על חייבים הסמכה ממפורשת לעגן את זה ולא במשתמע כי זה פוגע באופיי של הרשות השופטת, פוגע
בדרך פעולתה הניטרלית בד"כ בין הצדדים היא לא מציעה לאף אחד תשלום וטענה אחרת היא חלק מהאנשים זה עוז
אותם נשים שהגברים שלהם הסכימו לקבל את התשלום ולהם זה שיפר את מצב זכויות האדם אבל אם זה יצר תמריץ
לגברים אחרים להמתין לכסף אז זה פגע בנשים אחרות שהגט שלהן מתעכב עד התשלום שיוצע.. ביהמ"ש העליון אישר

את זה שזה הדבר המתאים פה אבל זה לא עובר כאן שתיים או שלוש מגבלות אבל ביהמ"ש אישר את זה בפס"ד קרן העגונות.

4. פגיעה בזכויות יסוד או עקרונות חוקתיים: למה זו מגבלה? ראינו אותה גם בעיקרון החוקיות בכלל.. כשיש פגיעה כזו עיקרון חוקיות המינהל יסוד ההסמכה משתנה.. השינוי הוא זה: אם פעם בשביל לעושת משהו ע"פ העיקרון הגיל היינו צריכים הסמכה בחוק במפורש או במשתמע אז ראינו בתחילת השנה כשמדובר בזכות יסוד או בעיקרון חוקתי אי אפשר יותר להסתמך על הסמכה במשתמע ומה שנדרש זה הסמכה מפורשת בחוק. זו דרישה שהייתה תמיד במשפט החוקתי והיום היא קיימת בפסקת ההגבלה "אין פוגעים אלא בחוק או ע"פ חוק וכו'" אז למה זה מפיל את כל הדוקטרינה? כל סמכויות העזר הן כולן דוקטרינה של סמכויות במשתמע.. אני לומד עליהם במשתמע מהחוק.. היא לא סמכות המפורשת בחוק ואז אם זה פגיעה בעיקרון חוקתי או חוק יסוד אז זה לא מספיק ונופל. אם היינו חושבים שהשר"פ פוגע בעיקרון חוקתי בשירותי הבריאות אז אנו זקוקים להסמכה מפורשת ולא משתמע. אם יש פגיעה בזכות יסוד או עיקרון חוקתי הדרישה של יוד ההסמכה בעיקרון חוקיות המינהל היא דרישה להסמכה מפורשת בחוק. כל הדוקטרינה הזו שמוסיפה למתחם הסמכות סמכויות עזר היא כולה דוקטרינה של סמכויות במשתמע מהחוק ולכן כל הדוקטרינה נופלת כשצריך הסמכה בחוק.

דוגמא לפס"ד שנפל ב-4. **בפס"ד לאם**, השר הוציא חוזר מנכ"ל שאלו הן הנחיות של השר. שר החינוך רצה לעשות סדר בתחום האבחונים, ומעכשיו אבחונים זה רק ע"י פסיכולוג חינוכי מומחה.. כל המאבחנים שכבר לא הכירו בהם טענו כי חופש העיסוק שלהם נפגע... האם נפגעה זכות חוקתית? כן. ו ב-4 נאמר כי אם זה פוגע בחוק יסוד חייבים הסמכה מפורשת בחוק. מיק בע שרק פסיכולוג חינוכי? השר בחוזר מנכ"ל ולא בחוק ולכן כי אין הסמכה אז אין סמכות. עכשיו באים לבדוק סמכויות עזר.. האם אפשר להוציא את ההנחיה הזו כסמכות עזר? האם זה עוזר למשרד החינוך פדגוגית לאבחן במדויק? אם שר החינוך הגיע למסקנה שיש משהו פגום בשיטה והוא עכשיו הולך למומחים לאבחון והוא יקבל אבחונים יותר מדויקים אז יש זיקה בין ההנחיה לבין התפקיד הראשי.. האם זה עוזר או גם מפריע? עוזר.. למה זה מפריע... זה לא. האם זה יוצר עולם חדש? לא. זה נלווה לתפקיד הראשי שהוא להתאים את ההקלות לתלמידים.. ואז מגיעים ל4 וברגע שיש פגיעה בחופש העיסוק אי אפשר להשתמש בסמכויות עזר כי זה משתמע ולא מפורש וזה נפל. היה לנו את **החריג של בן חיים** שאמר כי אם העיקרון החוקתי לא נפגע בגרעין שלו אלא הוא זו לפריפריה יכול להיות שהדרישה להסמכה מפורשת מתעמעמת ואז יכול להיות להגמיש את הדרישה להסמכה מפורשת ואז אפשר לכאורה להחזיר סמכויות עזר הפוגעות בעקרונות חוקתיים בפריפריה ולא בגרעין.

***** דיברנו על פארק רעננה בשיעור ועכשיו חוזרים לזה: אין אליה כאשר יש אבחנה מוצדקת בין הקבוצות.. כולם צריכים לשלם חוץ מתושבי רעננה.. נשאלת השאלה האם זה "מס" או "אגרה" או האם זה "מחיר(עבור שירות או מוצר)":

מס- מס ואגרה הם כפויים, זה לא תשלום רצוני.. במס התשלום הכפוי הוא ללא זיקה לאיזה שהוא שירות ספציפי... אגרה זה ספציפי, סכום כפוי אבל ספציפי לשירות מסוים נניח אגרת רשות השידור ואני משלם עבור השירות הזה... מה הבעיה הם הקטגוריה הזו של פארק או אגרה? האם אפשר לעשות את זה ככה? האם זה לא מחייב חקיקה? זה כן. כי זה פגיעה בקניין.. סמכויות עזר צריך הסמכה מפורשת בחוק וזה עיקרון החוקיות לגבי פגיעה בחוקי יסוד וסמכויות עזר הן לא הסמכה מפורשת בחוק לפגיעה בקניין... יש עוד בעיה: עיקרון חוקתי בסיסי האומר כי אם אתה השליט רוצה לקחת אז תעגן את זה בחוק לא לוקחים מהציבור לפני שנציגי העם דנים בזה ומעגנים בחוק.. חוק יסוד משק המדינה קובע כי מסים ואגרות מוטלים ע"פ חוק לכן אם מדובר במס או אגרה חייבים חוק של הכנסת ואין לנו פה חוק של הכנסת אבל השאלה היא האם הכניסה לפארק רעננה היא מס או אגרה או שזה מחיר? מה שמאפיין מחיר זה שהתשלום רצוני.. אם חייבים לעבור שם אם יש שירות חיוני בפארק.. או אם זה הפארק היחידי בסביבה ואין ברירה אחרת אלא להגיע לפארק רעננה וגובים ממנו תשלום אז זה "כפוי". נסכם כי מי שנכנס לפארק משלם מרצונו ואז זה לא מס או אגרה אלא תשלום רצוני..

1. התפקיד הראשי הוא לטפח גנים, האם לגבות תשלום בכניסה יש לזה זיקה לטפוח הגן? כן. זה גן שיקר לתחזק אותו.. ואז אומרת העירייה אני צריכה תקציב גדול לטיפוח גן כזה והתשלום יעזור לי לממן את הדבר הזה.. אז יש זיקה סבירה לדרישת התשלום..

2. האם זה מפריע לתפקיד הראשי שגובים תשלום או שזה רק עוזר? עוזרת לרשות.. לא רואים איך זה מפריע..

3. האם זה נלווה או משנה את התפקיד הראשי? נלווה... זה שאני גובה בכניסה זה לא משנה את הטיפוח..

כל המגבלות האלה לא מתקיימות- אין איתן בעיה.. הן לא חוסמות את השימוש בסמכויות עזר ואז מגיעים ל-4

4. האם זה מחיר או אגרה? בגל שזה רצוני אז זה מחיר ואז אין לנו פגיעה בזכויות ואז אין פגיעה באיזה שהוא עיקרון וחוקי יסוד וכו'... .

בסוף ביטלו את התשלום לגמרי אבל מתוך החלטת הרשות עצמה ולא החלטה של ביהמ"ש.

אז המגבלות המצטברות הן, לסיכום: במבחן בודקים הכל גם אם נופל באחד :

1. זיקה בין סמכות העזר לתפקיד הראשי.. באיזו רמה? הרוב אמר כנראה דרוש במידה סבירה. שופט המיעוט אומר דרוש ברמה חיונית.
2. כשמה כן היא- סמכות עזר עוזרת ולא מפריעה.
3. כשמה כן היא- סמכויות העזר- סמכויות נלוות ושמה כן היא- היא נלווית לתפקיד הראשי ולא משנה אותו ; לא יוצרת עולם חדש כניסוחו של ביהמ"ש.
4. פגיעה בזכויות יסוד או עקרונות חוקתיים

נושא חדש,

"סמכויות הממשלה השיוריות"

כלל ההסדרים הראשוניים הוא כרסם את האף של הפיל ואז אמרנו שיש 2 דוקטרינות המוסיפות למתחם הרגיל שהן האוזן של הפיל שאחת מהן סמכויות עזר והשנייה היא סמכויות הממשלה השיוריות :

סעיף 32 לחוק יסוד הממשלה מכיר בסמכויות הממשלה האלה וקובע: "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת".

סעיף רחב מאוד האומר כי אם יש לנו איזה תחום שלא הוסדר בחוק ולא הוטל על רשות אחרת, הממשלה יכולה לעשות שם פעולות, יכולה לפעול שם, ישנם 2 מצבים שהסעיף חל עליהם :

1. **מצב א'**, יש סמכות בחוק אבל לא נקבע מי הרשות המוסמכת ופה ברירת המחדל היא הממשלה, שהסמכות היא לממשלה.. חוק נכסי המדינה למשל המדינה יכולה לעשות עסקאות בנכסים שלה.. כתוב שהמדינה יכולה לעשות עסקאות בנכסיה ולא כתוב איזו רשות מהמדינה המוסמכת לפעול בשם המדינה בעסקאות שלה ואם לא יודעים איזו רשות אבל יש סמכות בחוק.. אז המוסמכת היא הממשלה.
2. **מצב ב'**, אין סמכות בכלל בחוק— הסמכות של הממשלה.

מתווה הגז הוא נכס של מדינת ישראל ואם אנחנו שואלים האם הממשלה מוסמכת לפעול בשם המדינה בתחום של מתווה הגז אז הסעיף הזה אומר שאם יש חוק שהמדינה יכולה לעשות עסקאות בנכסים שלה והגז הוא אחד מנכסיה אז הכוונה היא לממשלה.

איזה מצב פוגע יותר בחוקיות המינהל? מצב א' או ב'? ב. עיקרון חוקיות המינהל אמר לשליט אתה לא תעשה כלום אם אין לך הסמכה בחוק.. מצב א' יש סמכות בחוק פשוט לא צוינה איזו רשות שתפעל בשם המדינה ואז הפגיעה בעיקרון החוקיות היא יותר קטנה. ואז בא חוק היסוד ואומר כי אם לא ברור אז הממשלה.. מצב ב' הוא פגיעה קשה בעיקרון חוקיות המינהל כי יש לנו תחום שאין בו חוק בכלל ועכשיו הממשלה יכולה להתחיל לפעול שם לכאורה כל פעולה היא יכולה לעשות.. מי הגביל אותה בסוף? בג"צ. ביהמ"ש יעשה בזה סדר.... למה זה נמצא בחוק יסוד? חשוב עד כדי כך שזה יהיה בחוק יסוד? כי זה עוזק בעקרונות חוקתיים.. כשפוגעים בעיקרון חוקיות המינהל שהיא חלק מעיקרון שלטון החוק ויש פה כרסום בעיקרון הזה של חוקיות המינהל.. איזה עיקרון חוקתי מצדיק את הכרסום? העיקרון של משילות אבל

איזה עיקרון דימוקראטי? אחריותיות. השלטון נושא באחריות והוא אחראי כלפינו בכל התחומים.. איפה זה כתוב בחוק יסוד הממשלה? סעיף 4 הקובע כי הממשלה אחראית באחריות משותפת כלפי הכנסת והכנסת זה אנחנו זה הנציגים שלנו בעם.. וזה עיקרון האחריותיות.

ביהמ"ש בבואו לפרש את סעיף 32 הוא יצמצם את התחולה שלו..

המגבלות: מה הצמצומים של ביהמ"ש בפסיקה?

1. פס"ד שמעוני + ועדת המעקב העליונה(עם חשין) + קריית גת(אזורי העדיפות הלאומית): מגבלה ראשונה זה-הסמכות נופלת במתחם הטבעי של הרשות המבצעת: למה בכלל יש מגבלה כזו? הסעיף הוא בחוק יסוד הממשלה כלומר הוא עוסק בסמכויות הרשות המבצעת ולמה אנו נותנים לממשלה להיקף לחלל בחוק? כדי שהרשות מבצעת היא תוכל להיות אחראית לכל התחומים.. אין פה כוונה ואין לפרש את הסעיף כנותן לממשלה רשות להיכנס לתחומים שהם לא חלק מהמתחם הטבעי שלה כמו לא לעסוק בשיפוט או לא לעסוק בחקיקה כמו למשל לעסוק בעניין הפליטים כמו הקמת בתי דין מהירים לבירור מעמדו של פליט והממשלה לוקחת על עצמה את העניין הזה ומקימה את בתי הדין האלה מכוח סעיף 32 לחוק.. וקובעת מה קורה הלאה אם הוא פליט ומה קורה אם הוא לא.. האם היא יכולה? לא. זו פעולה של הרשות השופטת.. הממשלה לא יכולה לעשות זאת מכוח סעיף שנתן לה סמכויות כרשות מבצעת ולא סמכויות שיפוט. זה סעיף העוסק בסמכויותיה כרשות מבצעת.

שאלה נוספת המתעוררת: האם חל כלל ההסדרים הראשוניים? אם הכלל חל אז מדובר בהחלטה עקרונית מהותית ברמה הלאומית שהכלל חל עליה אז זה לכנסת ולא לממשלה וחשין בוועדת המעקב מתייחס לזה אז אם כשחל הכלל זה בעצם אומר לנו כי באופן טבעי זה שייך לכנסת ולא לממשלה אז לא יכולה לבוא הממשלה מכוח סעיף 32 ותנסה לקבוע דברים שבכלל לא שייכים לרשות המבצעת אלא למחוקקת.. אז אנו אומרים לה תפעילו את סעיף 32 עד ההחלטות שהן מהותיות עקרוניות וכו'..

סעיף 32 לא חל על קביעת הסדרים ראשוניים שכלל ההסדרים הראשוניים חל עליהם שבאופן טבעי הן נתונות לכנסת ולא לרשות המבצעת.

שיעור 22.1.2017, סמכות הממשלה השיורית,

2. כשקוראים את סעיף 32 היו שם שני חלקים של הסעיף שמצביעים על אותו דבר.. בכפוף לכל דין ושלא הוטלה בדין על רשות אחרת, "בכפוף לכל דין" "שלא הוטלה על רשות אחרת".. מה שומעים פה? אם היא קיימת בדין אחר אז הממשלה צריכה לקחת אחרון, בעצם כל הסמכות הזאת וזאת המגבלה- שיוריות.. שיורי זה משהו שהוא קיים רק כברירת מחדל כשלא נתנו לאף אחד אז זה שלי.. זה משו שלא הוענק לאחר ורק אז הוא שלי אז הסמכויות האלה הן לממשלה רק כשאין הסדר אחר בחוק שהעביר את הסמכויות האלה לרשויות אחרת. מה הממשלה צריכה לחפש בחוק? היא צריכה לחפש חללים בחוק.. מה שהוסדר אז סעיף 32 לא רלוונטי. בכל תחום שכבר הוסדר בחוק הוא חסום. **פס"ד עיריית קריית גת(אזורי עדיפות לאומית)**, אין לעקוף הסדר בחוק באמצעות סעיף 32 סמכויות הממשלה הן שיוריות. גם **פס"ד ועדת המעקב**. בפס"ד קריית גת, הממשלה לא שמה לב שיש חוק ישן הנקרא "חוק אזורי פיתוח" הוא ישן מאוד.. אם יש חוק סעיף 32 אומר בכפוף כל דין ואם מוטל על רשות אחרת.. אז איך מתעדפים? לפי החוק הישן.. הבעיה היא שהוא ישן והוא לא מתאים לממשלה ודרך המלך היא לחוקק חוק חדש אבל את זה הממשלה לא עושה.. גם פס"ד ועדת המעקב מדובר בהחלטה מהותית עקרונית שיש להסדירה בחוק ופס"ד קריית גת אומר שאי אפשר להפעיל את סעיף 32 כי יש חוק ישן ומשתי סיבות אלה חייבים חקיקה.

אם יש חוק ישן עולה השאלה למה לא מפעילים אותו? לא מתאים. הממשלה רוצה דברים אחרים ואז מה קורה? הממשלה מבקשת באופן סדיר להקפיא את החוק והכנסת מסכימה. יש חוק ישן הוא לא מתאים לממשלה היא לא רוצה להפעיל אותו ואז באה לכנסת כדי להקפיא.. חוק ההסדרים משק המדינה, ואומר למשל איך נשיג את התקציב הזה למשל אז אנו נקפיא למשל את החוק הישן הזה כדי שנוכל להשיג את אותו תקציב... כל מיני קיצוצים שבאים בטוב לממשלה... אז לא רוצים זה לא מתאים במסגרת התקציב להפעיל את חוק אזורי הפיתוח ולכן הכנסת מאמצת את חוק משק המדינה ומסכימה להקפיא.. אז השאלה העולה היא האם עכשיו יכולה הממשלה להפעיל את סעיף 32? **פס"ד ועדת המעקב(חשין)**, האם סעיף 32 חל כאשר ישנו חוק אך

הוא קפוא.. האם כשיש חוק אבל לא מפעילים אותו מה קורה עם סעיף 32? האם ניתן להפעיל את סעיף 32 בתקופת ההקפאה? פרשנות אחת תהיה שלהקפיא היא לא לבטל את החוק הוא עדיין נמצא בספר החוקים או לא מבטלים אותו ואז ע"פ פרשנות אחת – הוקפא עדיין קיים בספר החוקים ולכן חוסם את סעיף 32. ופרשנות ב' – הוקפא לתקופת ההקפאה ניתן להפעיל את סעיף 32. הוא כתוב אומנם בספר החוקים אבל בעצם אין לו תחולה במציאות ואז הממשלה יכולה למלא חללים. בפס"ד ועשת המעקב ראינו שחשין פסל את ועדת המעקב על כלל ההסדרים הראשוניים, כלומר, שאתה מתחיל לבדוק את סעיף 32 אתה מתחיל מהמגבלה הראשונה וכבר שם אתה נופל כי אם חל הכלל אז ההחלטות האלה שייכות לכנסת ואז הוא נופל במגבלה אחת וכל הדיון הוא אוביטר. ז"א לא ניתן בפס"ד זה העדפה לפרשנות אחת על השנייה. אבל אנחנו בכיתה העדפנו את הפרשנות הראשונה.

סוגיה נוספת המתעוררת במגבלה 2: "לקונה" או "הסדר שלילי"? אם חוק X הסדיר רק את חוק X ולא יצר הסדר שלילי אז יש לקונה בתחום Y, כי החוק X חל רק בתחום X ואז אם יש לקונה הממשלה יכולה להיכנס בפנים באמצעות סעיף 32. לעומת זאת, אם חוק X הסדיר חיובית את תחום X אבל אנחנו שומעים ממנו הסדר שלילי בתחום Y אז אילו תחומים מוסדרים בתחום X? גם X וגם Y ואז סעיף 32 הממשלה חסומה גם בX וגם ב-Y.

כיצד נוהה הסדר שלילי או לקונה? הפסיקה קבעה מבחנים שלא ממש עוזרים אבל בגל זאת:

1. אם השתיקה של המחוקק(בתחום Y) מדברת? האם אני מהשקט הזה על תחום Y אני מבין שהכנסת לא רצה שם כלום.. אם אני שם את האוזן ליד התחום ואני לא שומע כלום השתיקה לא מדברת ולא אומרת כלום אז כנראה מדובר בלקונה. " לקרוא בין השורות".
 2. האם מכלל הן אתה שומע לאו? מה שיש זה את "ההן" מה שהכנסת הסדירה חיובית.. האם מזה אני שומע לאו על תחום Y ואז זה הסדר שלילי או שמכלל הן אני לא שומע כלום ואז זו לקונה.
 3. המבחן המרכזי זה- האם פעולה בתחום Y מסכלת את תכלית חוק X, האם פעולה בתחום X ומפריעה או מסכלת את תכלית חוק אקס.. קודם כל זה עניין הניתן לפרשנויות.. כשהכניסה לתחום Y מפריעה לתחום X יש חשש שהכנסת פשוט שכחה את העניין הזה .. כמו עניין ההסדרה של הטלוויזיה ולא של הרדיו.. האם בכוונה אין התייחסות לרדיו או שפשוט הכנסת לא חשבה על זה פשוט שכחה... אם יש פגיעה בתכלית של חוק X אז זה כנראה לקונה.. ומנגד גם כשאין הפרעה גם ניתן לחשוב על לקונה.
- אם זה מסכל מאוד את התכלית של חוק X אז אנו אומרים שזה לקונה.. גם כשאין הפרעה הכלל ניתן לחשוב על לקונה.

3 רמות הפרעה של פעולה בתחום Y לגבי תחום X:

1. לא מפריעה בכלל

2. מפריעה קצת

3. מפריע מאוד- מסכל את התכלית

הכנסת חוקקה את חוק X ולא אמרה מה קורה בY ואז אנו שואלים מה קורה בY? יש 3 רמות אפשריות ביחס למה שקורה בY ומה שהכנסת קבעה בX.. למשל אם הכנסת אסרה הימורים ואני משחק משחק למשל טקסס הולדינגס האם זה מפריע בתכלית? לא. אם זה לא מפריע בכלל אז הכנסת לא באמת אכפת לה אם תיכנס לתחום X או Y אנו אומרים אז למה שלכנסת יהיה הסדר שלילי ולכן פה זה תומך יותר(לא באופן חד משמעי) שזה לקונה. אם זה מפריע מאוד עד כדי שלא יישאר כלום מX כי המשחק הזה מפיל אנשים בתקופה קרובה אז לא הגיוני שהכנסת התכוונה להסדר שלילי.. היא שכחה וזה גם לקונה. אם זה פוגע קצת יכול להיות שהכנסת אומרת שבפגיעה הבינונית הזו אז מדובר שם בהסדר שלילי.. אני רוצה הסדר שלילי למרות שזה פוגע קצת.. יכו להיות שזה מפריע קצת ולא אכפת לי אז יכול להיות שזה לקונה אבל גם יכול להיות שזה הסדר שלילי.

דוגמאות:

פס"ד **גרוס**, החוק קובע איזה שהוא מענק לחיילים משוחררים.. זה חוק X.. אנו יודעים שכל חייל המשתחרר מהצבא מקבל מענק.. עכשיו באה הממשלה ואומרת רגע יש חיילים מיוחדים שבכלל אין להם בגרות, יש כאלה שהם משכבות סוציו אקונומיות נמוכות ואני רוצה שבאזרחות ישתלבו בצורה קלה ולכן לאלה ניתן מענק אקסטרה.. נממן למשל מכינות להשלמת בגרות וכו' ואז זה אומר כך: בחוק נמצאים כל החייליים בתחום Xשאלה מקבלים מענק ותחום Y חיילים מיוחדים ללא בגרות משכבות סוציו נמוכות. מש שהכנסת אמרה בחום X זה שכל חייל יקבל מענק מסוים ומעבר לזה אף אחד לא יקבל שום דבר- זה ההסדר השלילי.. בתחום Y הסדר שלילי ומה זה אומר על אפשרות המענק הנוסף? אם יש הסדר גם באקס אז ואי אין אפשרות שמישהו יקבל משהו נוסף כי אקס מוסדר וואי מוסדר והמדינה לא יכולה לתת כלום אף פעם. ואז נשאלת השאלה האם זה שהמחוקק לא אומר כלום לגבי החיילים המיוחדים.. האם השתיקה מדברת? האם מהחוק שאומר כי כל חייל יקבל מענק מסוים אני שומע שאף חייל מהקבוצה הזו לא יקבל מענק מיוחד? סביר להניח שלא. ייתכן כי נקבע מענק מינימאלי לכולם כי אנו לא יודעים מה יהיה המצב הכלכלי בשנה מסוימת ולכן נקבע רק מכסת מינימום שמהמכסה הזאת ניתן לתת יותר.. לא שומעים " אל תוסיפו לחיילים עם צרכים מיוחדים". מה קורה אם נכנסים לY? האם זה מאיים על התכלית של חוק X? איזו רמה אנחנו? לא מפריע בכלל מפריע קצת ומפריע מאוד? צריך לשאול מה המתכלית של חוק? לאפשר להם להשתלב בקלות לאזרחות ואם זיהית כי יש כמה חיילים שאין להם בגרות וכו' ונתת מענק אקסטרה לעניין המכונה כדי להשתלב האם זה מפריע? זה לא מפריע בכלל. המדינה שוקלת האם יש כסף.. האם יש כסף יותר כדי להתחשב בחיילים בעלי הצרכים המיוחדים.. אם זה לא מפריע בכלל אז אין בעיה לכנסת שמישהו יעשה משהו האחר ולכן יותר נכון שזה לקונה ולא הסדר שלילי וכך פסק ביהמ"ש.

יש משהו שצריך לשים לב אליו- בלקונות הממשלה יכולה להיכנס בלי הפרעה אך בהסדר שלילי הממשלה הוא יכולה להיכנס. האופציה השלישית של מפריע מאוד הכוונה היא שהכנסת שכחה להסדיר את זה והאם הממשלה רשאית להיכנס? ואז יכול להיות שבדרגה הקיצונית הזאת להגיד שיש שם לקונה אך הכוונה הייתה שהכנסת חוקקה את תחום X ואין לאפשר לרשות המבצעת לפגוע פגיעה מהותית בתחום אקס כי הכנסת שכחה להסדיר אותו. ביהמ"ש יכול להשלים כשיש לקונה ואז גם ואי מוסדר בהשלמה של ביהמ"ש ובכל מקרה הממשלה לא תתערב.

מה שהמחוקק רוצה גובר על הממשלה, על המבצעת.

במבחן כותבים כך: דרגת ההפרעה היא כך וכך..

ופס"ד **איגוד שמאי הביטוח**,

תחום X הוא פיצויים לחקלאים על "אסון טבע"- מה זה אסון טבע? היו רוחות מאוד חזקות שיכולה לפגוע.. הבעיה היא כשמגדירים משהו כאסון טבע המנגנון של הפיצוי מצומצם. אם היה קצת שלג וקצת רוחות יהיה קשה מאוד לרשות שלטונית להגיד שזה אסון טבע.. יכול להיות שנגרמו נזקים של מיליונים אך זה לא נופל לתוך ההגדרה של הנזק הקיצוני. ופה נקבע מבחן מאוד קשה- למה? ברגע שאתה קובע מנגנון פיצוי בחוק יש חובה- זו סמכות חובה אם התקיים משהו ממה שהחוק מגדיר אתה חייב לשלם למי שצריך לשלם על הנזק שנגרם. אנו לא יודעים מבחינה תקציבית אם נוכל כל שנה לעמוד בנזקים שבהם עברו החקלאים אבל אם נגדיר מה זה אסון טבע שבמהלך כל אסון טבע אחד והשני יהיה לנו כל כמה שנים אסון טבע כזה והכסף שהצטבר משנה לשנה נוכל לשלם.. כי את ה"אסון טבע" המוגדר ניתן יהיה לפצות. איך זה עובד בעולם האמיתי? נגרמו לחקלאים נזקים, הולכים לרשות המכריזה על אסון טבע ומבקשים להכריז על אותו אסון טבע כדי לקבל פיצוי. הרשות בודקת וכו' ואז מנסה "לנפנף" בכך שזה לא אסון טבע ואז אין להם פיצוי בכלל. ואז אם הם חושבים שהרשות טעתה הם ילכו לביהמ"ש אבל יש דרך עוקפת.. למי הולכים? מפעילים לוביסטים והלוביסטים פונים אל מי שקרוב לחקלאים בד"כ המפלגה שקרובה יוצר לקיצובים ולחקלאים כמו מפלגת העבודה למשל ואז מסבירים את המצוקות של העולם החקלאי והשר של החקלאות וכו' רוצה לספק את הסחורה כי הוא צריך להיבחר מחדש בפריימריז הבאים ואל תדאגו.. "עליו" מכנס את הכנסת וכו ומעלה את זה במליאה. ואז מאמצים תוכנית לפיצוי של הממשלה.. על כמעט אסון טבע.. למה שהממשלה על "כמעט" למרות שהכנסת הגדירה את הפיצוי למשהו אחר? בגלל שלמשל יש עודף תקציבי ויש לנו כסף לחקלאים. "עודף תקציבי" יש לה כסף לדבר הזה שהוא כמעט אסון טבע.. לממשלה של אקסטרה ואז איך הממשלה עושה זאת? היא מכניסה את זה להצעת חוק התקציב השנתי, הממשלה לא יכולה להוציא כסף שלא אושר בחוק התקציב השנתי.. היא מכינה תוכנית ומכניסה את זה לחוק התקציב השנתי וזה יבוא לכנסת בצורת סעיף קטן כזה וכי יש לה רוב בכנסת אז הסעיף התקציבי הזה יאושר.. אם זה היה אסון טבע אז הם אוטומאטית מקבלים אבל בגלל שמדובר בכמעט אסון ורוצים בכל זאת לפצות אז זה רק דרך החוק

התקציבי.. ישנה בעיה כי זה תקציב דו שנתי ואם נגרמו נזקים בפתאומיות וזה לא היה אסון טבע אתה צריך לחכות שנתיים עד שתפצה אותם אחורה וכו'.. ישנם שני מקורות הסמכה-

א. הסמכות המהותית. מכוח מה הממשלה רוצה לפעות מהותית? סעיף 32. מה שנותן לי את הסמכות לפצות חקלאים זה סעיף 32 אבל יש לצד זה גם :

ב. הסמכה תקציבית.. אני לא יכול לתת לחקלאים כסף אם אין סעיף תקציבי האומר שניתן לפצות את החקלאים עד גובה כך וכך.. ואז מביאים את זה לכנסת במסגרת הצעת תקציב כדי שזה יאושר ואז תהיה הסמכה מהותית והסמכה תקציבית כדי להוציא את הכסף ע"מ לפצות את החקלאים.

יש ריזירוהו בחוק התקציב שיש שם כסף למקרי חירום כמו למשל מה שהיה בעמונה שאין להם כסף לזה וצריך לחכות על שנת התקציב הבאה אבל ישנם ריזירוות למקרים האלה.. לפעמים גם בימ"ש מטיל חיובים על הממשלה וכו' וצריך לשלם וכו'..

איזו רמת הפרעה זו? מתן פיצוי של אסון טבע? כמו שאמרנו בעניין פס"ד גרוס שם המטרה היא לשלב את החייל וכו' כדי להתחיל את החיים ולכן הוא צריך יותר ולא נתנו מלכתחילה כי לא היה כסף תמיד כל שנה.. וכאן התכלית היא לעזור לחקלאים כי יש נזק גדול.. למה נתנו להם מבחן קשוח של "אסון טבע" ואם אין אסון טבע אל תבואו אבל אם יש עודף כסף וניתן לפצות וישנו כמעט אסון וטבע ולממשלה יש מספיק כסף לעזור להם.. אז למה לא? זה מחזק. וזה לא בא מהכספים של הקרן.. זה אולי מפריע קצת כשזה בא על חשבון.. אם הייתי מפצה על כמעט אסון טבע מהקרן המיוחדת ואז הכסף נגמר ואז שנה אחרי ניתן עוד פיצוי אז זה מפריע כי אין כסף עודף הקרן ריקה. אם יש בקרן כסף עודף ואין בעיה לפצות את החקלאים אז אם זה לקונה הממשלה יכולה להיכנס עם סעיף 32 ואין שום בעיה.

אנחנו בנושא של מגבלות,

שיוריות היה מספר 2.

3- פגיעה בזכויות היסוד/ עקרונות חוקתיים:

האם סעיף 32 הוא בגדר הסמכה מפורשת לפגיעה בזכויות אדם ועקרונות חוקתיים? הסעיף לא מדבר על זכויות אדם או עקרונות חוקתיים חוץ מאלה שהוא מדבר עליהם. הוא לא חל על פגיעה בזכויות ועקרונות.. נדרשת הסמכה מפורשת בחוק!!! **פס"ד ועדת המעקב**, אזורי העדיפות הלאומית.

4. אומר את הדבר המובן מאליו- **כפיפות לכל כללי המשפט המנהלי**: זה שסעיף 32 זה איזה סמכות בחוק יסוד זה לא נותן שום בריוולגיה לממשלה.. ז"א כפיפות לכל כללי המשפט המנהלי. כלומר אם מישהו אומר שאין לתת את זכות הטיעון מכוח סעיף 32 התשובה היא לא. סעיף 32 נותן סמכות א הוא לא פוטר מכללי המשפט המנהלי וכשהיא מפעילה את הסעיף היא צריכה לתת זכות טיעון הנמקה וכו'. הדבר היחיד שהיא פוטרת אותך אם עברת את כל המגבלות זה שסמכות יש לך.

נושא חדש,

מעורבות הגורם הזר בהחלטה – אצילת סמכות:

1. היוועצות-
2. הסתייעות(ביצוע באמצעות אחר)
3. אצילת סמכות

מי הוא הגורם הזר? כל מי שלא מוזכר בחוק כבעל הסמכות. הוא גורם זר לתחום לחוק לתפקיד הציבורי.. אז למה לערב אותו? זו השאלה.

היוועצות: נניח שאני מערב אותו בהיוועצות, למה? יש בעיה אם אני מתייעץ עם הגורם הזר? יש להבדיל בין היוועצות סטטוטורית שאתה חייב להיוועץ עם גוף ציבורי מסוים שגם מוגדר בחוק ולכן הוא לא זר. אנו לא מדברים על היוועצות עם גוף סטטוטורי אלא על היוועצות וולונטרית – לא הייתי חייב לפנות לאותו גוף אבל פניתי.. עקרונית, כל המרבה הרי זה משובח, אם אני מתייעץ כמה שיותר לפני שאני מקבל את ההחלטה אז זה טוב כדי לקבל החלטה.. כעיקרון אין בעיה אבל רק תעמוד בתנאים הבאים: **מצטברים**:

א. תתייעץ עם מומחה סביר בתחומי. **המיעץ סביר בתחומי**. אם תתייעץ עם מומחה שהוא לא מתאים יכול להיות שזה יוביל לפגם בהחלטה.

ב. **המומחה אינו נגוע בניגוד עניינים**. אם הוא נגוע אז גם ההחלטה שלי תהיה נגועה כי הסתמכת על עצתו.

ג. כדי שזה ייחשב בכלל היוועצות, הוא לא המחליט, אתה זה שמחליט אתה רק מקשיב לו ואז אתה מפעי שיקול דעת-בעל הסמכות מפעיל שיקול דעת עצמאי בתום ההיוועצות. אם לא הפעלת שיקול דעת עצמאי אז זה עובר ל: הסתייעות.

חריגתנאי 3: חריג של סמכות הדורשת מומחיות מיוחדת שאינה קיימת אצל בעל הסמכות: מומחיות מיוחדת, **פס"ד טחן+כפר ורדים**.

בטחן באים לשרת הרווחה ואומרת תראי כמה יש תלונות ודבר זה מסוכן וצריך תקנות, שרת הרווחה אין לה יכולת למשל לכתוב תקנות הקשורות במעליות של מפעל למשל ולכן היא אומרת תבדקו ותכתבו אתם.. באים לשרה ואומרים לה הנה התקנות והיא חותמת ואז באים לביהמ"ש ואומרים שהיא לא הפעילה שיקול דעת ואז השרה אומרת אני לא מבינה בזה כלום מה אתם רוצים.. אז זה חריג ומותר לה לעשות את זה כך אבל היא צריכה לבדוק כי הם עשו עבודה רצינית. כמו למשל בדקתם בכמה מדינות? עשיתם איזה שהוא מחקר שאם הפתרונות האלה נבדקו במדינות האחרות ומשתמשים בהם למשל ושהם עובדים וכו'..

בפס"ד **כפר ורדים** - סמכות של שר האוצר לתת מענק ליישובי קו עימות מה מוגדר קו עימות שבעת מלחמה היישוב הזה יטווח על ידי הארטילריה הסורית, עכשיו צריך להכין רשימה של היישובים שיחטפו את הארטילריה הסורית ושר האוצר אין לו יכולת לעשות כך הוא לא מבין בזה.. הוא לא יודע את זה.. אז הוא בא למערכת הביטחון ואמר להם להכין רשימה לאחר שהוא מגדיר את הקריטריונים. חוזרים אליו עם הרשימה והוא מאשר ואז אומרים לו שהוא לא הפעיל שיקול דעת...

מה **שלאנכנס** לחריג: **פס"ד בארותיים**, ליישובים הקטנים לא היה להם מעמד בעבר.. עתרו על החוק הזה של "אפליה תוצאתית" ברור שאם אתה נותן לאנשים פרטיים מי יתקבל אליהם ליישוב אז ברור שתהיה אפליה.. ועדות פרטיות כאלה ביישובים.. בסוף לא דנו בו בשלב הזה וזה נקרא דוקטרינת הבשלות כי הועדות האלה עוד לא פעלו ושעדיין לא הייתה אפליה ואם יש כזאת אז ניתן לפנות לבימ"ש באפליה נקודתית. לפני החוק, לא היה להם שום מעמד ואז ועדות הקבלה ביישוב לפני החוק הגדרתם בעצם הייתה: אם הם פועלות במינהל מקרקעי ישראל והן בקשר איתן אז מה הן? אם אין הגדרה בחוק אז הן גורם זר.. מה רמת הקשר בין הוועדות לבין המינהל? לכאורה, המינהל מתייעץ בהם הרי וועדות הקבלה פוגשות כל מיני מועמדים ואומרות את זה כדאי לקבל ואת זה לא והן מעבירות את זה למינהל מקרקעי ישראל.. המיעץ- הוועדה- הוא מומחה סביר בתחומי? זה לא בדיוק דורש מומחיות אבל "בסדר". האם המומחה אינו נגוע בניגוד עניינים? זה בעייתי אבל עד החוק העלימו עין מכל הבעייתיות הזו. האם בעל הסמכות, המינהל, מפעיל שיקול דעת עצמאי? האם נראה לנו כי מינהל מקרקעי ישראל יש לו זמן ראש משאבים לקחת כל שם שהוועדה קיבלה או פסל להביא את הבן אדם ולראות במי מדובר וכו? לא. אם הטענה היא שהוא רק מיעץ וזה מה שבימ"ש אמר אז היינו מצפים שהמינהל יעבור על שם שם אבל אם הוא לא עושה זאת אלא מקבל כפי שמגישים לו אז זה לא עומד בתנאי השלישי והוא לא מתקיים ואז שואלים האם החריג מתקיים.. האם ישנה מומחיות מיוחדת שאין למינהל ולכן הוא צריך את וועדת הקבלה? לא. להפך עדיף שהוא יעשה את זה ולא יקשיב לוועדות כי סביר להניח שהן יפלו.. אז אם המינהל לא בודק כלום מהרשימות האלה ולכן זה כבר עובר לפן השני כי אחת התנאים לא עומדים, שזה הסתייעות.

19/03/17

1. **הסתייעות (ביצוע באמצעות אחר)**- הפסיקה הגדירה הסתייעות כחזקה מותרת וכן הגוף הפרטי אינו הופך חלק מהשלטון. מרבית המקרים שהגיעו לפסיקה בדבר הסתייעות לא נפסלו ואכן הוכח כי מדובר בהסתייעות גרידא. במידה ולא הוכח כי מדובר בהסתייעות אלא באצילה אזי הדבר מסובך אף יותר היות ואצילה הינה חזקה אסורה וכן הגוף הפרטי כן הופך לחלק מהשלטון. למשל במקרה ובו נדחה חוק הקמת כלא פרטי במדינה, היה נקבע כי פעולות עקרוניות הינן נתונות לשב"ס ואילו הפעולות הלוגיסטיות הינן באחריות אפריקה ישראל- זוהי הסתייעות קלאסית.

אנו מבחנים בין "הסתייעות" לבין "אצילת סמכות" ע"י מבחני עזר לפרשנות החוק שנקבעו בפסיקה:

(א) **היקף התפקיד המועבר (פס"ד פיליפוביץ)**- בהפרטת בתי הכלא החקיקה העבירה הכל משב"ס לזכייני הפרטי, כך שחלק גדול מהתפקיד אם לא כולו (פרט לפיקוח) עבר לגוף פרטי. במצב שליבת התפקיד מועברת אזי מדובר באצילה, מנגד כאשר חלק שולי מן התפקיד מועבר עסקינן בהסתייעות.

(ב) **מהות שק"ד(פס"ד פיליפוביץ)**- האם מדובר בשק"ד המצריך התחשבות בגין אינטרסים שונים, כאשר הינו טכני יחסית אין שיקולים מורכבים והנטייה תיראה לראות בכך הסתייעות. מנגד כאשר מדובר בשק"ד רחב המצריך התחשבות יתרה אזי הנטייה לראות בו כאצילת סמכות.

פס"ד פיליפוביץ- רשם החברות העביר לחברה יכולת להנפיק תדפיסי מרשם הביא את ביהמ"ש לנטייה כי מדובר בהסתייעות כאשר התפקיד מסתכם ב"מזכירות".

פס"ד סנדלר- מכרז להעסקת טסטרים במבחני רכב פרטיים, על פיו הטסטר לא הוא זה שיקבע אם הנהג יעבור או לא יעבור, הוא יקבל מראשות הרישוי טבלת קריטריונים לבדיקה שעל פי מילויה ינתנו ציונים. לבסוף, מידע זה וצילומו של המבחן במצלמת GPS יוחלט ע"י רשות הרישוי אם להעביר את הנהג או לא. הנהג יוכל לראות את נהיגתו דבר המאפשר הגשת ערר, בהנחה שזו נפסלה במילוי ציוניו של הטסטר, לרשות שתדון בערר. אזי מהו תפקיד הטסטר? נקבע כי מדובר בחלק משמעותי בתפקיד וכן הציונים ניתנים לפי שק"ד אישי שלו. למרות שאין הוא מחליט בסוף, וההחלטה ניתנת לרשות כאשר זו מתועדת, על כן הוחלט כי זו הסתייעות.

(ג) **הפסיקה הוסיפה מבחן נוסף – האם הגורם הזר קובע הסדרים ראשוניים או שהוא רק מנגנון ביצוע (פס"ד הורנשטיין)**- הוא הגורם קובע הסדרים ראשוניים או שמא הינו בודק ומפקח על הביצוע? פס"ד עסק בקביעתה של מועצת העיר בדבר הסדר ראשוני- נורמה אשר קובעת כי מי שחונה באזור חניה מוסדר של העירייה ישלם על שעת חנייה סכום כסף מסוים. מועצת העיר העבירה לראש העיר את התפקיד ולקבוע שני עניינים- היכן יקבעו המקומות המוסדרים וכן כיצד יגבה התשלום (שומר בכניסה / מדחן). נדמה כי בדבר העניין השני מדובר בהסתייעות, אך בדבר העניין הראשון מדובר בהאצלת סמכות. לבסוף נקבע ששני העניינים שוכללו והוסכם כי מדובר בהסתייעות ולא באצילת סמכות.

(ד) **האם ניתן להנחות מראש את הגורם הזר או בדיעבד (פס"ד המרכז האקדמי-הפרטת בתי הכלא) ?** גם אם נקבעו הקריטריונים וכלל ההסדרים הראשוניים לא ניתן להנחות מראש בצורה מדוקדקת את הגורם הזר, קרי ההנחות אינן יורדות לפרטים שניתנים להגדרה מדויקת, אלא כל שניתן הוא לתחקר בדיעבד ולא ניתן להעניק הנחיות מפורטות לפרטי פרטים.

2. **אצילת סמכות** – כאמור מדובר בחזקה שאסורה וכן הגוף הפרטי הופך לחלק מהשלטון. ישנן שלושה סוגי אצילות:

(א) אם מדובר ב"אצילה רגילה" אזי כפי שנאמר עד כה זו חזקה שניתנת לסתירה.

ב) אם מדובר ב"אצילה ע"י שר" כידוע ישנו ח"י אשר שם מורשה שר לאצול סמכות. **סעיף 33(א) לח"י הממשלה** הממשלה רשאית לאצול מסמכותה לשר, כלומר אם הממשלה רוצה להפעיל את הסמכות השירותית שלה מכוח הסעיף יכול היא לאצול אותה לשר. **סעיף 33(ב) לח"י** קובע כי "סמכות הנתונה לאחד השרים או הועבר לו עפ"י סעיף 31(ב) "מעבר עניין מסוים משר אחד לשר אחר", **למעט** סמכות להתקין תקנות. רשאי השר לאצול לעובד ציבור...". **ס"ק(ה)** קובע כי "הוראות הסעיף (33) יחולו עם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק המקנה את הסמכות". **קרי זוהי חזקה** שמותר לשר לאצול, אלא אם כן חזקה נסתרת ע"י כוונה משתמעת מהחוק שהסמך אותו. נסכם לגבי השר **סעיף 33(ב)+(ה)= חזקה שאצילה מותרת**.

נסכס:

• הסתייעות = חזקה מותרת

• אצילה מותרת (**לא ע"י שר**) - חזקה אסורה

• אצילה ע"י שר = חזקה מותרת

בהגיענו להיותה אסורה/ מותרת, עדיין עסקינן בחזקה ועל כן **יש לברר מתי החזקה נסתרת?** קרי האם כל חזקה לעיל ניתן לסתירה. **מה יכול לסתור חזקות אלה? כוונה משתמעת מן החוק המצריכה מהלך של פרשנות החוק**, כאשר חשוב לזכור כי החוק יכול לסתור במפורש את חזקה מסוימת. כללי הפרשנות ולמידה על כוונה משתמעת נקבעו **בפס"ד פיליפוביץ**:

א. **היקף העברת התפקיד** - ככל שהתפקיד קטן יותר בעד האצילה וככל שהוא גדול יותר אז נהיה נגד.

ב. **מעמד האציל והנאצל** - נחלק זאת לשניים ונבחין: **"אצילה אנכית"** הינה אצילה שבתוך הארגון המנהלי, למשל שר הממונה על פקיד במשרד, סגן שר וגן מנכ"ל המשרד. לעומת זאת, **"אצילה אופקית"** הינה אצילה מחוצה לארגון מנהלי אחר, למשל שני משרדים שונים שלכל אחד מהם ישנו שר, שכן הסמכות יכולה לעבור משר לשר או מפקיד לפקיד. הפסיקה מחבבת אצילה אנכית ואינה מחבבת את האצילה האופקית, היות ומהות האצילה הינה אינה פוטרת את המאציל כך שהוא נישאר תמיד בעל אחריות וחבות מכוח החוק/ הנציגות שמינתה אותו והעניקה לו סמכות זו, שכן תפקידו נותר לפיקוח מהרגע שבו האציל את סמכותו שלו. **האצלה אינה פוטרת אלא מסמיכה בנוסף את הגורם אליו הועברה הסמכות. מנגד**, אצילה אופקית לעיתים תהה מנוגדת לח"י על אף שאמרנו כי ניתן לאצול סמכות ממשרד למשרד, אך ההחלטה בדבר העברה וצורתה צריכה לעבור דרך הממשלה ולקבל את אישורה של הכנסת (כקבוע בח"י). במילים אחרות, הרשות המבצעת אינה יכולה לעקוף את הרשות המחוקקת. אצילה משר לשר או אדם במשרד אחר עוקפת את ההוראה שבח"י ועל כן אין היא תגיע לכנסת כלל וכלל. אם ניקח נושא מסוים למשל מנהל התכנון ונעבירו ממשרד למשרד אחר, יחול **סעיף 31(ב) לח"י** המחייבת את אישורה של הכנסת. אך כאשר הנושא כולו נותר באותו משרד והועבר תפקיד קטן ניתן לבצע אצילה אופקית שכן אין זו העברה המצריכה את אישור הכנסת. ככל שמדובר באצילה אנכית אנו בעדה, אך ככל שמדובר באצילה אופקית אנו מתנגדים בהיותה משפיעה על מהותה של האצילה. בנוסף, ככל שהשר מעביר לאישיות בכירה יותר סמכות מסוימת האצילה הינה פחות בעייתית. אך בעודו לוקח סמכות מהותית ומעבירה לאחרון הפקידים אזי יכולה היא להיות אנכית אך בהורדתה אנכית תהה פגיעה.

ג. מהות שק"ד - ככל ששק"ד טכני וצר אנו בעד אצילה, אך ככל ששק"ד מורכב יותר תהה נטייה כנגד האצילה.

ד. סוג הסמכות - נהוג להבחין בין 3 סוגים: סמכות מנהלית רגילה (רישיון להפעלת מונית), סמכות חקיקתית/ להתקין תקנות, סמכות שיפוטית/ מעין שיפוטית (להכריע בסכסוכים בין שני צדדים). סמכות מנהלית רגילה היא הקלה וניתן להאצילה, בעוד שסמכות חקיקתית הרי ברור שנפעל כנגדה כאשר הדבר מוזכר בח"י. בסמכות שיפוטית/ מעין שיפוטית יש עניין רגיש של עשיית צדק ובאם המחוקק קבע כי הגורם המסוים הוא שמורשה לדון בעניינים מסוימים אזי האצילה/ העברה אינה ממולצת ועל כן אין לאשר אצילה מתוקף ייחוד שניתן ע"י מחוקק לגורם ספציפי.

***** במבחן אין צורך להכריע בדבר "הסתייעות" או "האצלת סמכות", יש להציג את הדרך ולתת חו"ד אישית באם כן תקבע החזקה כמותרת / אסורה.**

מעורבות הגורם הזר - אצילת סמכות

אמרנו שאם זו הסתייעות אז חזקה שזה מותר.. הפסיקה לאורך שנים היא לא משתמשת במבחנים לעניין הסתייעות ונקודת המוצא היא כי הסתייעות זה תמיד מותר.

לעניין אצילה אמרנו שחזקה שהיא אסורה ובגלל ששר יש לו סעי' בחוק יסוד והסעי' הוא במבנה שהשר רשאי לאצול אלא אם יש כוונה אחרת משתמעת מן החוק.. לעניין השר חזקה שהיא מותרת

מבחנים של איך סותרים את החזקה הזו בפרשנות החוק:

כל החזקות מתנקזות למבחני עזר לפרשנות החוק **בפליבוויץ**,

ד. הגענו למבחן ד- סוג הסמכות: האבחנה שלנו הייתה בין אנכית לאופקית, המועדף הינו האנכי.. באופקית זה בעייתי, זה יכול להיות סותר חוק יסוד, סעי' 31(ב) שאם מעבירים ממשרד למשרד צריך את אישור הממשלה ואת הכנסת..

אחד מפסקי הדין המאפשר את האצילה האופקית: חריג למגמה נגד אצילה אופקית, **פס"ד המכון להכשרת טוענות רבניות**, טוען רבני זה מישוהו שהוא לא עו"ד אבל הוא יכול ייצג בבתי הדין הרבניים, הסיפור הוא כי שר הדתות אמור להתקין תקנות איך להכשיר טוען רבני וכתוב בחוק כי כשהוא מתקין תקנות הוא צריך להתייעץ בבית הדין הרבני הגדול.. למה לערב את בית הדין הרבני הגדול? כי בסוף "הן" הולכות להופיע בפני בתי הדין הרבניים, רק שם.. והגוף העליון של כל מערכת השיפוט הדתי הוא בית הדין הרבני הגדול ולו יש את הידע והמומחיות של מה ומי ואיך יש לעשות זאת.. הקטע הבעייתי הוא: שר הדתות אין לו לשכת עורכי דין "המכשירה טוענים וטוענות".. שר הדתות צריך להקים סוג של לשכת טוענים רבניים... מה עושה שר הדתות? הוא קובע כי מי שיתן את הרישיונות הוא גם בית הדין הרבני הגדול.. הוא הוציא את סמכות הרישוי החוצה לבית הדין הרבני הגדול.. ז"א אצילה אופקית.. המרצה אומר כי מדובר באצילה אופקית חמורה במיוחד, מה עושה את העניין לחמור במיוחד? יש אצילה אופקית שהיא בתוך המינהל הציבורי כמו למשל שר המשפטים ולא שר הדתות ואז זו אצילה אופקית בתוך הרשות המבצעת ומבחינת הפרדת הרשויות לא קרה משהו דרמטי.. פה זה עובר מהרשות המבצעת לרשות השופטת ובכלל לערב את הרשות השופטת בענייני רישוי כמוסמכת הוא דבר לא טוב.. בפס"ד זה הרוב אומר אין בעיה, והסיבה היא כי בית הדין הוא בעל המומחיות המיוחדת לעניין זה.

האם החריג הזה עובד? החריג הזה יכול לעבוד כשאנחנו קובעים מה יהיו התנאים לקבלת רישיון. אילו בחינות יצטרך עבור כל טוען רבני וזה באמת דורש מומחיות מיוחדת ושר הדתות הוא לא גוף מקצועי כמו לשכת עורכי הדין אבל פה בכל מקרה החוק חייב אותו להתייעץ עם בית הדין הרבני הגדול אז פה בכל מקרה הם התייעצו ובית הדין יגיד להם אילו מבחנים צריך כדי לעבור.. שר הדתות קבע את הקריטריונים אחרי התייעצות והכל טוב אבל אחרי זה סמכויות הרישוי אומרות שאם הטוענים עברו מבחנים כאלה וכאלה וציונים כאלה וכאלה ניתן להם רישיון והקטע הזה אינו דורש מומחיות וכל פקיד יכול לעשותו.. אז למה להעביר את הרישיונות לבית הדין הרבני הגדול? ולכן פסק הדין לדעת המרצה מוטעה ולה היה צורך לאצילה מעין זו וזה נוגד את העיקרון החוקתי אבל יש לזכור שישנו חריג הנקרא חריג המומחיות המיוחדת ויש לבדוק האם זה רלוונטי או לא....

ה. המבחן החמישי: נגיעה לזכויות אדם, ברור כי שכלל שהסמכות מערבת שיקולים חוקתיים הנטייה תהיה שלא לאשר להעבירה לגורם זר ונגיד שחשוב שמי שהמחוקק רצה הוא זה שיקבע בעניין. כל נגיעה בזכויות אדם תקשה על האצילה, ככל שהזכויות יותר חשובות פחות נטה לאשר אצילה. גם אם תהיה נגיעה לעקרונות חוקתיים תהיה נטייה לא לאשר.. ופס"ד הטוענות הרבניות מערב רשות שיפוטית בענייני המינהל שזה גם פוגע בעיקרון הפרדת הרשויות.. כל מה שקשור לזכויות בהליך הפלילי למשל לא היינו רוצים לראות אצילה וכו'..

ו. השפעה על טובת הציבור, גם אם זה לא קשור לזכויות אדם אפשר לשאול: בכלל ההסדרים הראשוניים אמרנו כמה זה מהותי וכו' כמו בחורי הישיבות מתווה הגז סגירת הכבישים בשבת והיה לנו מעין סולם שאפשר להתווכח עליו.. ואז ככל שאני גבוה בסולם כלומר יותר עקרוני מהותי לחברה בישראל.. מתווה הגז היה ממוקם גבוה אז אי אפשר להתיר אצילה שכזו.. וככל שזה פחות חשוב אז אפשר.

ז. יעילות, פסד הורישטיין למשל עם הסדרים ראשוניים מול מנגנון ביצוע, נאמר שם כי גלגלי השלטון יוכלו להתגלגל ולא תהיה הפרעה והאצילה מאפשרת את היעילות של הרשות השלטונית. ז"א החלטה במקום שתיקח חודשים היא תיקח שנה אם לא נאפשר אצילה..

החריג האוסר להתקין תקנות לגבי שר: שר רשאי לאצול, ישנה חזקה שהוא רשאי אבל זה לא חל על הסמכות להתקין תקנות: **האיסור על אצילה כפולה**,

יש לנו מאציל המעביר את זה לנאצל א' שזו אצילה מספר 1, ונאצל א' הוא מעביר אותה לנאצל ב', אצילה 2 וזה אסור.

החוק קבע למי הוא הפקיד את הכוח- למאציל למי שמופיע בחוק. הרשות מערבת גורם זר ראשון, נאצל א' הסמכות היא לא שלו, הוא לא מוזכר בחוק, גורם זר.. הוא לא יכול לקחת משהוא שהוא לא שלא ולהעביר את זה הלאה... נאצל א' הוא גורם זר מתערב.

אם המאציל(בעל הסמכות) הסכים לאצילה נוספת אז זו לא אצילה כפולה- אלא ברגע שהוא מסכים להאציל לנאצל ב' אז הוא אצל אצילה ראשונה במקביל גם ל-א' וגם ל-ב' וזו נחשבת אצילה ראשונה גם ל-ב'. כמובן שכל שיש לו יותר נאצלים כאלה אז ישנה בעיה של פיקוח...,

חריג: סעי' 33(ג) לחוק יסוד הממשלה, סעי' 33(א) היא סמכות שהממשלה יכולה לאצול אותה לשר אם יש לה למשל סמכות מכוח סעי' 32.. אז סמכות שהממשלה אצלה לשר, למעט סמכות להתקין תקנות, רשאי השר לאוצלה לעובד ציבור אם הסמיכה אותו הממשלה לכך. למה זה לא ממש חריג? פה יש את הסמכות של הממשלה, מי הנאצל הראשון? השר. השר יכול להאציל לעובד ציבור ולכאורה זו אצילה כפולה "חריג לכאורה", יש פה אצילה שנייה אבל רק אם הממשלה הסמיכה אותו, כלומר, הממשלה הסכימה כי הסמכות תהיה גם לנאצל ב', אז גם כמו שהממשלה הסמיכה את השר אז השר יכול להסמיך את העובד וזה נחשב כאצילה ראשונה גם לשר וגם לעובד הציבור. הממשלה צריכה לפקח על השר ועל עובד הציבור והשר צריך לפקח על עובד הציבור. הממשלה נחשבת למאציל של שניהם ולא השר הוא זה שנחשב המאציל של עובד הציבור. הממשלה מאצילה את א' וב'. וזה נחשב לחריג שהוא לא ממש חריג.

למה אי אפשר לאצול גם סעי' 33(ב) וגם סעי' 33(ג) אומרים לנו כי שר רשאי לאצול למעט סמכות להתקין תקנות.. למה אוסרים על זה? קודם כל האם בכלל יש בעיה עם העקרונות החוקתיים? תקנה היא הסדר מחייב כמו חוק, לעיתים היא קובעת הסדר ראשוני ולעיתים היא לא אבל היא פועלת וחלה כמו חוק ולכן עצם זה ששר מקבל סמכות לחוקק זה כבר חריג להפרדת הרשויות.. ישנה כנסת שהיא הרשות המחוקקת והיא מסמיכה שר לחוקק, הסמכות שר להתקין תקנות, אפשר להגיד שזו כבר האצילה הראשונה ובד"כ אנחנו לא רואים בהסמכה בחוק כאצילה כי אם מסמיכים אותך בחוק אז יש לך את הסמכות מלכתחילה אבל לפי הפרדת הרשויות הכנסת אמורה לחוקק הכל ועצם זה שהיא נותנת למישהו מהרשות המבצעת לחוקק אז היא כבר העבירה חלק מסמכויותיה וזה נחשב כבר לאצילה ראשונה.. ואז השר התיימר להעביר לעובד ציבור וזו כבר אצילה שנייה וזה אסור. לכן אומר חוק היסוד אתה יכול להעביר סמכויות שקיבל בחוק כי אתה בעל הסמכות המקורי אבל לא את הסמכות לחוקק כי אתה כבר נאצל.. ואסור ל לאצול הלאה כי לא אתה "בעל הסמכות" כביכול כי בעל הסמכות המקורית זו הכנסת לכאורה.

** המהלך של השופט חשין שבמקרים שנראה לנו/נחזה שמדובר באצילה חוקית של סמכות מנהלית רגילה, בא הש' חשין ומראה לנו איך אפשר לראות בזה אצילה שבסמכות להתקין תקנות, סמכות חקיקתית ואז אנו מפילים את האצילה. שתי דוגמאות: **פס"ד שניסי**, סעי' 5 לחוק הפיקוח על מוצרים ושירותים, אנחנו רוצים בחוק לפקח על מוצרים ושירותים ובחוק בסעי' 5 מסמיך את השר להסדיר בצו ייצואו של מצרך כמו למשל אם אני לא רוצה תעשיית זיקוקים ללא הסדרה אז אני מסדיר אותם.. בפס"ד זה עסקו בצו היהלומים, השר החליט כי זה עניין שיש להסדיר בצו.. זה תחום רגיש, יחסים בינלאומיים, יהלומים שמגיעים ממדינות בעייתיות וכו' לכן השר אומרים שזה משהו שכדאי להסדיר אותו ואז בא צו היהלומים. והוא קובע סמכות רישוי כמו בטוענות הרבניות שם היה בית הדין הרבני הגדול.. פה השר לקח פקיד משרדו ומינה אותו למפקח על היהלומים, אנו נשארים בתוך המשרד.. הקובע כי לא יעסוק אדם ביהלומים אם אין ברשותו רישיון מהמפקח על היהלומים, סמכות רישוי לכאורה מנהלית רגילה.. מי שרוצה לעסוק ביהלומים מגיש בקשה לעסוק ביהלומים והפקיד הזה בודק את הרקע שלו וכו' ואז יחליט אם ייתן לו או לא.. אם אנחנו מסתכלים על זה כסמכות רישוי רגילה אז אין בעיה ששר יאצול סמכות כזו ויש אפילו חזקה שהוא רשאי לאצול. אפשר לבדוק ע"י המבחנים אם אפשר לאצול את החזקה וכו' אבל פה ישנו החידוש של חשין, לכאורה זו סמכות מנהלית רגילה.. מה שמבדיל סמכות חקיקתית מנהלית היא שאם מישהו מגיע אליך עם בקשה ספציפית אז אתה מחליט לעניינו וזהו. בחקיקתית אני מדבר או אני מחליט על כל אלה שיכולים לבקש... המהלך של חשין, הסדרה של תחום

מסוים במשק לתחום מסוים בצו זו סמכות חקיקתית ברורה שהיא קביעה כללים לכל העיסוק ביהלומים, מה השר אצל למפקח? על פניו נראה כי הוא אצל לו סמכות רגילה.. אבל בעצם מה שהשר אצל למפקח שהוא הנאצל ומה שהעביר לו זו סמכות חקיקתית ולא סמכות מנהלית רגילה.. השר במקור היה צריך להסדיר ייצואו של מצרך, לקבוע את ההסדרים הראשוניים לעיסוק ביהלומים.. היינו מצפים שייקבעו בצו תנאים, קריטריונים, אמות מידה, מי יכול לעסוק וכי' אז ברגע שהוא לא קבע את אלה בצו אז מי שיקבע את זה בפועל זה המפקח.. המפקח יקבע בעצמו עכשיו הסדרים ראשוניים לפי שיקול דעתו למי לתת ולמי לא.. הוא קובע את ההסדרים הראשוניים ובכך הועברה לו הסמכות החקיקתית ואתה השר לא הסדרת בצו, הסדרת באופן מאוד חלקי ומי שישדיר את הנושא הזה זה המפקח ובכך העברת לו סמכות חקיקתית ולא סמכות מנהלית רגילה והדבר הזה הוא אסור בחוק יסוד. מה השר היה צריך לעשות? הוא היה צריך לקבוע את ההסדרים הראשוניים בצו היהלומים.. מה צריך לבדוק, מה הקריטריונים ואז המפקח הוא מעין מבצע אם התקיימו התנאים והאם אפשר לתת רישיון או לא.. ואז זה נחשב לאצילה מנהלית רגילה וזה לא פוגע בזכויות אדם זה לא כמו מתווה הגז בחשיבות, מדובר באצילה אנכית והכל היה טוב.

חשין 2: **פס"ד יקותיאל**, עבודות המקרה: הנחות מארנונה, סעי' 12 לחוק ההסדרים במשק המדינה, בתחום הזה הרשויות התנגדו לעניין של הנחות מארנונה לנכים, הורים חד הוריים וכי'.. כי קופות הרשויות היו "מתרוקנות" החוק קובע כי שר הפנים יקבע בתקנות (סמכות חקיקתית) תנאים וכללים למתן הנחות בארנונה.. עושים סדר בתחום ההנחות מארנונה. השר הוציא תקנות לקביעת כללים למתן הנחה מארנונה ואחת התקנות הייתה תקנה 2(7)(א) לתקנות ההסדרים(הנחה מארנונה) ותקנה 2(7)(א) אומרת: זכאי להבטחת הכנסה מהמשרד לענייני דתות.. למה ששר הדתות יתעסק בהבטחת הכנסה? "קומבינה" ואז למשרד הדתות יש כנראה תקציב שהוא עוזר לכל מיני זכאים להטחת הכנסה של משרד הדתות.. מה עושה שר הפנים? מי שיקבל הנחה מארנונה זה לפי מה שיקבע משרד הדתות.. וכי'.. אז איך יכול לעבוד פה המהלך של חשין שהוא עשה בשנסי? לכאורה, לתת הנחות מארנונה זו סמכות מנהלית, אתה צריך להחליט אם מישהו זכאי ואז הוא העביר לשר הדתות בלי הסדרים ראשוניים.. כי אם שר הפנים היה אומר לו אלו הם הקריטריונים ואם יש לך מישהו ממשרד הדתות שנופל לאותם קריטי' אז הוא יהיה זכאי להנחה מארנונה אבל פה משרד הפנים לא קבע הסדר ראשוני ואמר מה ששר הדתות יחליט.. ומה שהועבר כאן זו הקביעה של ההסדרים הראשוניים בתחום של הנחה מארנונה ז"א העברה של העברה חקיקתית..

אם מעבירים נושא מסוים ממשרד למשרד צריך את אישור הכנסת אם זו העברה קטנה של חלק מתפקיד מסוים אז לא נחיל את סעי' 31(ב) ופה מדובר בהעברה קטנה כי הוא העביר רק את העניין של הארנונה למשרד הדתות ולא כל עניין.... אם סעי' 31(ב) לחוק יסוד חל אז הוא נופל בחוק היסוד כי אין אישור הכנסת לעניין.. החלטת ממשלה + אישור הכנסת אבל טוענים כאן כי סעי' 31(ב) לא חל כי לא הועבר תחום שלם משרד הפנים למשרד הדתות אלא רק חלק קטן מתוך התחום של הנחה מארנונה וזהו. ואז לא מילים זאת לסעי' 31(ב). אנחנו מגיעים לשאלה מה עבר.. אם מה שעבר היא סמכות מנהלית רגילה להחליט על מתן הנחה מארנונה אז זה יכול היה להיות חוקי אבל חשין אומר שמה שעבר זה זו סמכות חקיקתית כי שר הפנים היה אמור לקבוע את הכללים להנחה מארנונה והוא העביר זאת לשר הדתות אז שר הדתות קובע את ההסדרים הראשוניים במתן הנחה מארנונה..

כל פעם שנראה לנו שעברה סמכות מנהלית רגילה יש להעלות סימן שאלה.. אם מה שעברה נראית סמכות מנהלית רגילה ולא נקבעו מאחורי זה קריטריונים והכל אותו נאצל קובע את ההסדרים הראשוניים אז אפשר לטעון שהועברה לו לא רק סמכות מנהלית רגילה אלא סמכות חקיקתית לקבוע את ההסדרים הראשוניים ואז זה נופל.

סיימו את האצילה.

הפרטה (אצילת סמכות לגוף פרטי)

גם פה אנו עושים את אותה אבחנה בין **הסתייעות** (מיקור חוץ), פס"ד פלבוביץ' הוא היה לגוף פרטי שהשרם נתן לה להדפיס וגם שם ברק לא ראה בעיה לכן הסתייעות גם בגוף פרטי חזקה שהיא מותרת. להסתייעות בגוף פרטי אפשר לקרוא גם מיקור חוץ. את ליבת התפקיד עושה הרשות הציבורית וחלק מסוים מהתפקיד היא מוציאה לגוף פרטי. לדבר הזה אנו לא נקרא הפרטה אלא הסתייעות בגוף פרטי מסוג מיקור חוץ. אם קובע ביהמ"ש כי שילוב טסטרים פרטיים זה הסתייעות בלבד אז לא מדובר בכלל בהפרטה אלא מיקור חוץ.. יש לנו עומס על טסטרים וזה מצב לא תקין, הרשות יכולה במצב כזה לקיים פרטיים ובגלל שזו הסתייעות בלבד אז לא מדובר בהפרטה. איך מבחינים? מבחינים. אותם מבחינים.. אם הגורם הזר הוא גוף פרטי קודם בודקים את המבחנים.. אם זו אצילה הכל הופך להיות "יותר בעייתית" אם זו אצילה.

אז הסתייעות גם בגוף פרטי חזקה שהיא מותרת.. אבל מקפידים יותר- למשל הכשירות של הגוף הפרטי לתפקיד- אין בעיה שמשרד התחבורה יוציא מכרז לטסטרים פרטיים- אבל אם אלה אנשים חסרי הכשרה לערוך טסט אז ברור שההסתייעות הזו לא יכולה לעבוד.. אז אפשר להסתייע בגוף פרטי אבל נבדוק את התאמת הגוף הפרטי לתפקיד. אותו דבר בהפרטת בתי הכלא אם הייתה יוצאת לפועל ובג"צ לא היה פוסל אותה.

אצילה לגוף פרטי, אנחנו נקרא לזה הפרטה: ז"א אצילת סמכות שלטונית לגוף פרטי- זה הפן "הבעייתי", למה הפסיקה מתייחסת לזה ביתר חומרה? קודם כל ראינו שני סוגי אצילה- אנכית ואופקית. אנכית זה בתוך הארגון.. אופקית זה החוצה מהארגון המנהלי המסוים לאחר. האם הפרטה היא סוג של אצילה אנכית או אופקית? לא רק שהיא אופקית אלא היא אופקית חמורה במיוחד. אם אופקית רגילה זה מארגון מנהלי אחד לאחר.. פה זה אופקית מארגון מנהלי לאספירה הפרטית וזה חמור במיוחד. קודם כל אין שום כפיפות ארגונית.. כשאני מאציל לעובד ציבור ואני השר למשל יש לי מעמד בכיר בהיררכיה ומי שיפעיל את הסמכות בד"כ כפוף ארגונית לשר יש איזה היררכיה נכונה המביאה פיקוח על הפעלת הסמכות.. כשאתה מוציא זאת החוצה לגוף פרטי כך ההיררכיה המנהלית נעלמת. **בפס"ד בורוביץ'** הרשות להגבלים עסקיים באותה תקופה לא הייתה יחידת חקירה אורגנית שלה והרשות להגבלים פנתה למשטרה באיזה שהיא חקירה של הסדר כובל בביטוח ומשטרת ישראל אמרה אני עמוסה ולא אוכל לחקור. הרשות להגבלים פנתה לחוקרים פרטיים שינהלו חקירה פלילית. זו אצילה של הסמכות לחקור עבירות של הגבלים עסקיים לחוקרים פרטיים.

להשלים את עניין הבעיות: ניגוד עניינים.. בפס"ד בורוביץ' אתה מעביר את זה לחוקר פרטי שיחקור הסדר כובל בשוק הביטוח.. למה הוא בניגוד עניינים חמור? נניח שהוא יכול להיות בעל קשרים עם הגוף הנחקר.. עוד וחוקרים פרטיים "בעלי שם" אין מצב שבוא לא עבד אצל חברות הביטוח האלה, לפחות עם אחת או שהוא עובד באופן קבוע וכו'.. חוקרים מועסקים אצל חברות הביטוח. עוד בעיה עם חוקר הפרטי המנהל חקירה פלילית.. נניח בדק, ולא מצא כלום.. וכרגע סוגרים את התיק.. אם יגיעו ראיות חדשות אולי נפתח את התיק.. האינטרס של החוקר הפרטי הוא שיהיה משהו ושלא יהיה כלום ע"מ להזרים כסף.. החוקר הפרטי יכול "לייצר" דברים.. כדי שימשיכו לשלם לו.

דוגמא נוספת, הפרטת בתי הכלא נפסלה ואין כלא פרטי בישראל. אם היה כזה.. איפה ניגוד העניינים של החברה המנהלת את בית הכלא? כל אסיר שמוחזק אצלך בכלא אתה מקבל מהמדינה כסף ומבחינתך שלא ישתחררו לעולם. אסיר כזה קרוב לשחרור מוקדם על תנאי ברישיון אז "נארגן" לו התנהגות שתירשם לו בתיק ואולי תפריע לשחרור המוקדם. אתה נמצא בניגוד עניינים.. האינטרס הציבורי אומר שיקום וכו' ושחרור אבל האינטרס הפרטי הוא "כלכלי" שכמה שיותר יהיו בכלא וכו'.. לכן אולי פתרון אפשרי הוא תשלום גלובאלי אולי חודשי לא משנה כמה אסירים יש לך..

עוד דוגמא, בג"צ תנו לחיות לחיות, הוטרנר העירוני מעביר לחברה פרטית להיות אחראית על המתת חתולים שמסכנים את בריאות הציבור.. אפשר לראות את ניגוד העניינים- אם חלילה החוזה עם הזכין הפרטי אומר כמה שתוציא מהרחובות יותר חתולים משוטטים ותמית אותם תקבל יותר מהעירייה- אם זה פיר חתול אז יש להניח כי גם אם החברה הפרטית תערוך בדיקה לחתול והוא לא "חולה" זה לא מעניין אותה- כולם המתה. איך אפשר היה למנוע את הניגוד? אולי תמריץ שכל חתול שנראה לכם חשוד, ערכתם בדיקות ושהוא כן בריא והחזרתם לרחוב אני מתמרץ אתכם לא להמית אלא להחזיר..

עוד בעיה להפרטה לגוף פרטי- תחרות, לא תמיד אני יכול להפריט לגורם אחד ולרשות אין ברירה אם היא רוצה את זה בפריסה ארצית אז היא פורסת בפריסה ארצית והיא מפריטה לכמה גורמים.. ברגע שיש תחרות בין הגופים החשיפה לתחרות יכולה להיות בעייתית.. יש שני סוגים של תחרות- תחרות שהיא טובה לכולם – אנחנו מתחרים מי יגיע לפסגה ובדרך לפסגה כולם מרוויחים כמו שוק הסלולר A RACE TO THE TOP, ויש תחרות שלילית A RACE TO THE BOTTOM, למשל שוק התקשורת, כמו למשל תחרויות ריאליטי שמכניסות המון רייטינג..

ברגע שהפרטה היא לכמה גורמים יכול להיות שהתחרות היא שלילית כמו למשל תחנות הטסט.. מה קורה שם? ככל שיש כמה תחנות זה לא טוב למשרד התחבורה למה? כי מי שיקפיד על התנאים ויפסול כל רכב שני יפסיד לא יבואו אליו.. אתה "תקל" ואז מלא יבואו אלי.. אז גם כשעוסקים בהפרטה יש לראות אם תהיה פה חשיפה לשוק ולתחרות וזה יפגע במטרה הציבורית.

שתי גישות לאצילה "הפרטה":

א. בפסיקה הפרטה אסורה אלא אם כן המחוקק התיר אותה במפורש בחוק. (הש' שמגר בפס"ד הנפלינג, עירייה רצתה לפקח על איסור עבודה בשבת של עסקים, נתנה לפקח פרטי לפקח על עסקים מתחרים לו.. הוא רשם חתיכת דוחות ששם גם ניגוד העניינים בולט, בפסד זה ההפרטה היא אסורה אלא אם כן המחוקק התיר במפורש.. נרמז גם בפס"ד זיק-דינור, מדובר בזיקוקים, מכוני התקנים שהוא לא מבין בזיקוקים מוציא את זה למעבדה פרטית.. פס"ד סנדלר זה הטסטרים נקבע שבכלל לא מדובר הפרטה. נקבע שם בסנדלר וזיק-דינור זו הסתייעות ואז זו לא הלכה לענייני הפרטה.

ב. גישה ב', היא אומרת כי נתייחס להפרטה כמו שהתייחסנו לאצילה לגוף ציבורי, הפרטה אסורה אבל כדי + החזקה נגד אצילה מתעצמת(באצילה רגילה הייתה חזקה שאצילה אסורה) פה כשמדובר באצילה לגוף פרטי אז אותה חזקה נגד אצילה היא עכשיו עוד יותר חזקה ובעלת עוצמה. כלומר כדי לסתור את החזקה נגד אצילה צריך הרבה יותר מאמץ כשמדובר בגוף פרטי מאשר אצילה לגוף ציבורי אולם ניתן לסתור את החזקה בהתקיים נסיבות מיוחדות במשתמע מן החוק. ז"א הפרטה אסורה+ החזקה נגד אצילה מתעצמת אולם ניתן לסתור את החזקה בהתקיים נסיבות מיוחדות במשתמע מן החוק. (ברק בפיליפוביץ' + דורנר תנו-לחיות).

גישה א' ההפרטה אסורה אלא אם המחוקק התיר במפורש. גישה ב' אומרת ברור שיש חזקה נגד אצילה בכלל ואם זו אצילה לגוף פרטי החזקה היא בעלת עוצמה עוד יותר אבל אפשר לסתור אותה לא רק בלשון מפורשת של המחוקק אלא גם במשתמע מן החוק מכיוון שהחזק היא כל כך בעלת עוצמה היא תיסתור רק בנסיבות מיוחדות..

מה הן הנסיבות המיוחדות? (פס"ד תנו לחיות+בורוביץ') כדי שיהיה ניתן להתיר הפרטה:

1. אופי הסמכות המופרטת:

א. מהות שיקול הדעת, האם שיקול הדעת הוא רחב ודורש איזון בין שיקולים מתנגשים או שזה משהו טכני.. למשל עניין צער בעלי חיים- האם צער בעלי חיים זה עניין טכני- ההחלטה מתי להמית חתול למשל.. יש לעשות איזון בין הסכנה לבריאות הציבור(יכול להיות שהמחלה היא מאוד רחוקה ז"א האפשרות שזה יפגע וכו') אם מדובר בכלבת אז הסכנה היא יותר מסוכנת ו"קרובה" לפגיעה בציבור.. שיקול הדעת הוא מורכב כי הפסיקה קבעה שזכויות בעלי החיים זה משהו שרשות מנהלית צריכה לשקול ולשים לנגד עיניה.. חייבים לאמץ נוסחאות איזון ורק כאשר הסכנה לציבור היא ממשית אפשר להמית חתולים אז שיקול הדעת הוא מורכב..

ב. נגיעה לזכויות אדם, בורוביץ', למה זה הופך את הסמכות המנהלית שאני מפריט כשאני מפריט עניין הנוגע לזכויות אדם.. ברגע שיש נגיעה לזכויות אדם אתה לא תפריט לאף אחד. אתה תמלא את התפקיד בעצמך.. גם בסנדול יש פגיעה בזכויות אדם אבל זו לא פגיעה קשה בזכויות אדם כמו למשל סמכות לחלט רכבים אז זה לא יכול לבצע גורם פרטי..

ג. מי הגורם שמגבש את התשתית העובדתית, למה זה קריטי בהפרטה? אם הגוף הפרטי הוא גם זה שמגבש את העובדות.. האינטרסים הכלכליים יכולים לעוות את העובדות כי אם הגוף הפרטי קובע את התנאים לחתול שצריך שיומת אז אני חושד בגוף הפרטי.. וסנדול כי אני חייב למלא את מכסת הסנדולים.. אז היינו הרבה יותר שקטים עם מי שמגדיר את עבירת החניה הוא גוף ציבורי.. התשתית היא הבסיס שעליה מפעילים את הסמכות, הקריטריונים.. גם החוקר הפרטי המנהל חקירה פרטית הוא יכול "להחיות" חקירות שאין בהן כלום כדי להמשיך לקבל שכר.

ד. מי קובע את אמות המידה? זה מאוד חשוב, זה בעצם ההסדרים הראשוניים- אם הטסטרים הפרטיים מחליטים מי עובר או לא טסט אז יש עם זה בעיה.. מסרנו להם שיקול דעת מאוד רחב.. פה מתי נאפשר יותר הפרטה? כשהגוף הציבורי הוא המספק את אמות המידה.. לא הם מחליטים מי עבר או לא אלא אתם סוג של "מיישמים".. פה מי קובע את הקריטריונים להפעלת הסמכות. הפרטה שנהיה יותר מוכנים להכיר בה היא הפרטה שהגוף שלטוני הוא שקבע..

נקודת מבט אחת היא על אופי הסמכות המופרטת, ככל ששיקול הדעת יותר צר זה פחות נוגע לזכויות אדם, אין חשש לעיוות העובדות בשטח ואמות המידה נקבעות ע"י הגוף הציבורי גם אם זה לא הסתייעות אנו נהיה אולי מוכנים לסתור את החזקה נגד ההפרטה.

2. אופי הגוף הפרטי :

- א. הכשרה, אנו לא נאשר הפרטה לעולם לגוף פרטי שאין לו את ההכשרה המתאימה לתפקיד.. דיברנו על סוהרים.. אתה לא לוקח סתם אנשים שאין להם הכשרה בהתמודדות עם סוהרים והופך אותם לכאלה בכלא פרטי. לגבי סנדול יש פחות בעיה של הכשרה.. יכול להיות שההכשרה היא בדיני חניה.. אם אתה צריך להחליט אם זו עבירה שמצריכה סנדול אז יש צורך בהכשרה בענייני חתולים ההכשרה צריה להיות ע"י הווטרנר העירוני ל- מה הוא חתול המסכן את בריאות הציבור. למשל, יש לו ריר בצידי הפה, עין אחת עצומה וכל מיני מאפיינים של חתול בבעיה רפואית.., אז צריך הכשרה.
- ב. מצב ניגוד העניינים- ככל שרמת ניגוד העניינים של הגוף המופרט היא גבוה יותר הסיכוי שנתיר הפרטה הוא יותר קטן. ואז הרשות שרוצה להפריט צריכה לפתור את בעיית רמת ניגוד העניינים או לצמצם אותה. איך עושים זאת בבתי הכלא? שהתמחור הוא לא פיר אסיר. חתולים? לא פר חתול, אלא תמריצים דווקא להציל חתולים ולא להמיתם..

3. אופי הפיקוח של הרשות השלטונית: ככל שמתאפשר פיקוח אפקטיבי יותר, נהיה יותר "סלחניים" להפרטות, מסתבר שהחברה הממיתה את החתולים יש לה מתקן להמתה והווטרנר העירוני לא מבקר ולא יודע מה קורה שם ולא מקבל בדיקות עדכניות על מצב החתולים.. הפיקוח שהנהיג הווטרנר הוא דו"ח של פעם בחודש.. קיבלנו X חתולים והמתנו Y.. זה לא פיקוח אפקטיבי.. מה זה פיקוח אפקטיבי בבתי הכלא? הפיקוח הכי אפקטיבי שהיה מעביר את זה להסתייעות ולא אצילה זה אם היה חדר פלזמות שיושבים בו אנשי שב"ס וככל שיש אירוע כזה או אחר בבתי הכלא אז הם היו מטפלים בו.., ככל שהפיקוח הדוק נהיה מוכנים להתיר את ההפרטה.

הפרטה ע"י שר

סעי' 33(ב): שר רשאי לאצול... לעובד ציבור.

סעי' 33(ג): סמכות שהממשלה אצלה לשר רשאי לאצלה לעובד ציבוראם הסמיכה אותו הממשלה.

ס"ק שזה סעי' קטן (ה): הוראות הסעי' יחולו, אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק

שר רשאי לאצול לעובד ציבור ואם הממשלה אצלה סמכויותיה לשר אז השר רשאי לאצול... גם שם מדובר בעובד ציבור.. אם לא היה סעי' קטן ה אז היינו מגיעים למסקנה שלשר אסור להפריט לגוף פרטי אלא לעובד ציבור. מה שעושה את כל הבלגן זה סעי' קטן (ה) האומר כי הוראות הסעי' יחולו רק אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק.

** יש פה שתי פרשנויות:

- א. פרשנות א'- אם אין כוונה אחרת אינו חל על תנאי האצילה(כמו עובד ציבור) ולכן ההפרטה אסורה. לשר למשל אסור להאציל את סמכותו להתקין תקנות ויש את המסקנה שבהתקיים התנאים הוא רשאי לאצול.. הסעי' אומר כי שר אסור לו לאצול סמכות להתקין תקנות והוא צריך לאצול לעובד ציבור ואם הוא עומד בתנאים אז הוא רשאי לאצול.. בסעי' הזה יש תנאים לאצילה ויש את המסקנה שבהתקיים התנאים שר רשאי לאצול... השאלה היא למה מתייחס סעי' קטן(ה).. לפי פרשנות א' אם אין כוונה אחרת משתמעת זה לא מתייחס לתנאי האצילה.. זה לא מתייחס ל-למעט סמכות להתקין תקנות- ולא לתנאי של -עובד ציבור- אלא מתייחס רק למסקנה. כלומר, בהתקיים התנאים שר רשאי לאצול אלא אם יש כוונה אחרת והכוונה האחרת היא למסקנה שבהתקיים התנאים השר רשאי לאצול ואם אין כוונה אחרת מתייחס רק למסקנה ז"א גם אם התנאים מתיימים השר לא יכול לאצול. ע"פ פרשנות א' כוונה אחרת משתמעת לא יכולה להתגבר על התנאים של האצילה לכן זה תמיד לעובד ציבור משמע הפרטה ע"י שר אסורה בחוק יסוד. אם כוונה אחרת לא מתייחסת לתנאי האצילה אלא רק למסקנה ההפרטה אסורה בחוק יסוד.
- ב. פרשנות ב' כוונה אחרת מתייחס גם לתנאים וגם למסקנה שבהתקיים התנאים, שר רשאי לאצול- זאת המסקנה. אם יש "כוונה אחרת משתמעת" רשאי להפריט. אם זה מתייחס גם לאצילה וגם למסקנה אז שר

חייב לאצול לעובד ציבור דהיינו חזקה שהפרטה אסורה אלא אם כן ע"פ פרשנות זו התגברנו על התנאי בכוונה אחרת משתמעת מן החוק.

חזרה על הפרטה ע"י שר

ס' 33(ב) לחוק יסוד הממשלה, קובע שני תנאים לאצילה-

1. למעט סמכות להתקין תקנות
2. לעובד ציבור

המסקנה של הסי' - שר רשאי לאצול.

ס' קטן (ה), קובע כי הוראות הסי' יחולו אם "אין כוונה אחרת משתמעת" מהחוק המסמך.

אמרנו שהמבנה הזה של שני תנאים ומסקנה והוראה האומרת כי אפשר להפוך את התמונה מוליד שתי פרשנויות להפרטה ע"י שר: יש להבין כי אם אחד התנאים הוא לעבוד ציבור- אם חוק היסוד אומר כי שר יאצול רק לעובד ציבור זה תנאי ואז אי אפשר להפריט לכאורה, כי זה תנאי בחוק יסוד שיש לעמוד בו.

הפרשנויות מתייחסות לשאלה למה מתייחס הביטוי הזה? של אין כוונה אחרת משתמעת??

פרשנות א'- אם "אין כוונה אחרת" מתייחס רק למסקנה שבהתקיים התנאים שר רשאי לאצול. אם יש כוונה אחרת משתמעת אז אין הוא רשאי לאצול. פרשנות זו אומרת הוראות היסוד לא יחולו הכוונה לא לתנאים של חוק היסוד- התנאים תמיד חלים וזה רק מתייחס למסקנה ששר רשאי לאצול או לא. זה מתייחס רק למסקנה כי בהתקיים התנאים שר רשאי לאצול ואז איך קוראים את חוק היסוד? התנאים תמיד חלים והשר רשאי לאצול אלא אם כן יש כוונה אחרת משתמעת. החשוב פה הוא שהתנאים תמיד חלים. דוגמא: האם שר רשאי להפריט- ע"פ הפרשנות הזאת- התנאים של הסי' תמיד חלים והמונח אם אין כוונה אחת משתמעת מתייחס רק למסקנה שבהתקיים התנאים שרשאי לאצול- מה זה אומר ששר רשאי להפריט להאציל סמכותו לגוף פרטי? ע"פ פרשנות א' הוא תמיד יכול לאצול רק לעובד ציבור וזה אומר כי ההפרטה שלו אסורה בחוק יסוד. הכוונה בכך שהתנאים חלים זה שהם חייבים להתקיים.

יש חוק יסוד- חוק היסוד אומר כי בהתקיים שני תנאים שר רשאי לאצול- בסי' אחר בחוק היסוד בא ואומר זה נכון רק אם אין כוונה אחרת משתמעת. הכוונה של זה האם בכוונה אחרת ניתן לבטל את התנאי הראשון או השני או רק המסקנה? פרשנות א' אומרת כי כוונה אחרת משתמעת בחוק האפשרות להתגבר על מה שאומר הסי' לא חל על התנאים- רק על המסקנה לכן- בהתקיים שני תנאים שתמיד חלים לפי פרשנות א'- תמיד נדרשים תמיד יש לעמוד בהם שר רשאי לאצול אלא אם כן יש כוונה אחרת מן החוק ואז למרות שהוא עומד בתנאים הוא לא יכול לאצול. התנאי הזה של עובד ציבור חל תמיד. תמיד חייבים לקיים אותו ואי אפשר להתנות עליו... לכן הפרטה לגוף פרטי אינה אפשרית. אסורה.

פרשנות ב'- אם אין כוונה אחרת משתמעת מתייחס גם לתנאים וגם למסקנה.. ז"א ע"פ פרשנות ב' הסי' עובד כך: שר שרוצה לאצול מסמכותו צריך לעמוד בשני התנאים לעיל: אם הוא עומד בהם, מסקנה- הוא רשאי לאצול- אלא אם כן יש כוונה אחרת משתמעת... אבל הפעם הכוונה האחרת יכולה גם לשנות את התנאים וגם את המסקנה. אם אפשר ללמוד פרשנות אחרת מן החוק: שר רשאי לאצול מסמכותו רק לעובד ציבור אלא אם כן אפשר ללמוד כוונה אחרת משתמעת מן החוק ואז הוא רשאי גם להפריט את סמכותו לגוף פרטי. -שר לא רשאי להפריט אבל אם לומדים כוונה אחרת משתמעת מן החוק אז אפשר.

לפי פרשנות ב' הוא צריך לאצול רק לעובד ציבור אבל יש פה חריג- אלא אם כן יש כוונה אחרת משתמעת מן החוק. למשל לשר הביטחון יש סמכות לדחות שירות של מועמדים כמו למשל ספורטאים מצטיינים.. הוא לא מבין בספורט והוא מחליט שכל תחום של ספורטאים יחליט מי הם המצטיינים ע"פ רשימה באיגודו.. ואני אתן להם פטור משירות. ברור שכל האיגודי בספורט הם פרטיים(יכול להיות שהם דו מהותיים אבל אתה בכל זאת גוף פרטי) השאלה האם השר רשאי לאצול מסמכותו לגוף ספורט? ע"פ פרשנות א' התנאים חלים תמיד ונדרשים תמיד- כוונה אחרת משתמעת לא חלה על התנאי של עובד ציבור לכן הוא יכול להעביר סמכותו רק לעובד ציבור- הוא יכול היה למנות עובד ציבור שיהיה אחראי על ספורטאים מצטיינים אבל אסור היה לו להפריט. לפי פרשנות ב' עדיין אסור לו להעביר לגוף פרטי אבל יש לו

איזה מקום לסייג אלא אם כן יש כוונה אחרת משתמעת חל גם על התנאים ואז אסור לו להפריט אלא אם כן יש כוונה אחרת משתמעת מן החוק המסמיך. למשל חוק שירות ביטחון אין שם משהו המתייחס לאיגודי ספורט לכן אנו לא לומדים כוונה אחרת משתמעת שיוכל לאצול להעביר את סמכות שר הביטחון לאיגודי ספורט... הם לא נזכרים.. העניין של המצטיינים לא מוזכר בחוק לכן אי אפשר לאצול.

נטילת סמכות

ס' 34 לחוק יסוד: הממשלה, "שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי ליטול לעצמו כל סמכות למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי הנתונה ע"פ אותו חוק, אם אין כוונה אחרת משתמעת, שר רשאי לעשות כאמור לעניין מסוים או לתקופה מסוימת".

המבנה הוא היררכי, הממשלה שאנו בוחרים היא אחראית בפני הכנסת והעם בכל התחומים וזה לא אפשרי בלי שניתן לה את הסמכויות לעמוד במשימות שלה. ולכן זה עיקרון חוקתי שהממשלה רשאית לפעול במדיניות שלה וחוקי היסוד נותנים לה את הכלים לפעול- ראינו עד עכשיו את הכלי של האצילה, הסמכות השירותית...,

זה כלי של הממשלה לכפות ולשרת את המדיניות שלה על המשרדים בכך שהיא מפעילה את ס' 34, נטילה מפקיד במשרדו לעצמו... השר נוטל את סמכותו של הפקיד והוא מפעיל אותה בעצמו.

נטילה מכוח עקרונות היסוד ע"י הממשלה

פרשת המרכז האקדמי (פרשת ייצוא הגז):

מה זאת הנטילה האחרת שהממשלה נוטלת את סמכות השר? אין חוק יסוד האומר את הדבר הזה.. מה שעשתה הממשלה בפרשת ייצוא הגז היא שהסמכות שם היא של שר האנרגיה לדון בזה ובאה הממשלה והיא מחליטה על המכסה של ייצוא הגז.. איך הממשלה מחליטה במקום השר המוסמך? הממשלה היא הגוף העליון ביותר ברשות המבצעת היא עליונה לשר... הסמכות היא מכוח עקרונות היסוד וזה נקבע במפורש בפס"ד המרכז האקדמי. הממשלה יכולה בכל נושא שהיא רואה בו מרכזי בשבילה להחליט במקום השר.

שר שעושה זאת בפקיד- זה מכוח חוק יסוד, סעי' 34 וממשלה שעושה זאת לשר זה מכוח הפסיקה פס"ד המרכז האקדמי.

שיעור 14.5 לקחת ממישהו את השיעור הזה!!

נטילת סמכות- המשך

כאמור נטילה אחת מסודרת בח"י ומעוגנת בו ואילו הנטילה השנייה אינה מעוגנת אלא נלמדת מן החוק. הדרג המקצועי יכול לקבל תפקיד כלשהו אך כבכול חוק הדרג הפוליטי הינו ראש ההיררכיה והינו המפקח. אחד הכלים לפיקוח הינה נטילת הסמכות כך שישנה התערבות בשק"ד. מדוע נטילה מעוגנת לפי **סעיף 34 לח"י** מקנה התערבות ע"י הדרג הפוליטי לדרג המקצועי? מכוח **עקרון אחריות** של הממשלה הנבחרת כאשר הממשלה הינה זו שחבה בה כלפי הכנסת וכלפי העם. הממשלה תגשים את מדיניותה ע"י נטילה, זהו כלי שניתן לה לצורך גיבוש ויישום התחומים עליה היא אמונה. הפקיד לא קיבל את סמכותו מן השר אלא מהחוק, על כן הנטילה מתערבת בחוק לעניין מסוים, קרי התערבות נקודתית שהחוק העניק לפקיד. הנטילה שאינה מעוגנת בחוק אלא מוסדרת מכוח עקרונות החוק הינה נטילה של הממשלה מן השר, בהקשר זה הועלה עניין ייצוא הגז שנדון **בפס"ד המרכז האקדמי**. ביהמ"ש הכיר בנטילה משר האנרגיה אל הממשלה בגין עניין עקרוני, ייצוא הגז. השליטה על הייצוא מבטיחה את המשק הישראלי לשנים עתידיות וכן המשק כולו יבוסס על מלוא הגז ויוריד את השימוש במקורות אנרגיה מזהמים. מה היה **בפרשת הגז השנייה (חוק ההגבלים)? סעיף 52 לחוק ההגבלים** קבע כי "השר רשאי פטור הגבל עסקי מתחולת הוראות החוק, משיקולי ביטחון

ויחסי חוץ". אמנם עקרון התחרות החופשית ידוע בטובתו, אך ישנם מקרים בהם התחרות אינה כה טובה. השיקולים העיקריים שנדונו היו יחסי חוץ (חיזוק שלום עם מצרים וירדן ואף טורקיה) וכן חשיבות ביטחון המדינה. ביהמ"ש אישר את הפעלת סעיף זה. אזי, האם כאשר שר מפעיל סעיף זה הינו נוטל סמכות? בחוק ההגבלים העסקיים ישנו הממונה וכן שר הכלכלה. אזי מהי פרשנותו של סעיף זה? הסעיף פוטר מתחלת החוק? מתי מדובר בנטילה? כאשר השר יכול להחליף את שק"ד של הממונה, קרי השר הופך עצמו לתפקיד הפקיד. נניח ושר התחבורה נוטל את סמכות המפקח על התעבורה לעניין ספציפי. על כן עקרונית ישנם שני מפקחים תעבורה- אחד כללי ואחד לעניין ספציפי וכל זאת עפ"י **סעיף 34 לח"י**. אך בנוסח **סעיף 52** אין כוונה ליטול אלא לפטור. השר דרעי בזמנו לא היה מעוניין להפעיל את סעיף 52, אך ראינו כי מעל השר ישנה הממשלה וזו יכולה ליטול את סמכותו. לכן היא יכלה לטעון כי הסכם עם שותפות הגז מהווה ליבת מדיניות הממשלה, ואף א נפתח את ליוויתן אזי תועלה בעיה מטעם ביטחון אנרגטי. הממשלה רוצה בחיוניות ההסכם למדיניותה, השר אינו מעוניין. בעקבות **פס"ד האקדמי** נאמר כי הממשלה יכולה ליטול את סמכותו ללא פיטוריו או הזזתו למקום אחר אלא הממשלה יכולה לומר כי היא זו שתפעיל את **סעיף 52** במקום השר דרעי. דרעי הוזז מתפקידו למשרד הפנים וכן גם על עניין זה היתה עתירה לבג"צ. דרך נוספת הינה הפעלת **סעיף 52** הממונה מנוטרל לאותו עניין ועל כן אין זו נטילה היות ונטילה מן הממונה משאירה את הממונה במשחק ואין היא יכולה להתעלם מן המונופול, שכן חוק ההגבלים פועל למתן את המונופולים בשוק. על כן פנו לסעיף זה ע"י הזזת החוק לעניין מסוים ואז להפעילו. על כן פטור מהווה חריג לחוק, החוק מאפשר להחריג גוף שכפוף לחוק ואין הוא יהיה עוד תחת כפיפותו.

האם זה אפשרי ליטול את סמכות הממונה על ההגבלים העסקיים? החוק הסמיכו לטפל בבעיות מבניות של מונופולים וקרטלים בשוק הכלכלי. על כן האם השר יכול להפעיל את **סעיף 34 לח"י** וליטול את סמכות הממונה? מהם התנאים להפעלת הסעיף?

1. **השר ממונה על ביצועו של חוק**- בסוף החוק נראה מיהו הממונה
2. **למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי**- מדוע לא לאפשר נטילת סמכות של גוף שמפעיל סמכות שיפוטית או מעין שיפוטי? למשל שר המשפטים אינו יכול ליטול את סמכותם של בתי המשפט שכן לרוב סמכותם מוכרת בח"י. גופים מנהליים המפעילים סמכות שיפוטית. נתחיל ממהי סמכות שיפוטית? **פס"ד המועצה האזורית חוף עזה (ההתנתקות)**- הוועדה שפוסקת את גובה הפיצויים למפונים הינה גוף שיפוטי, ביהמ"ש חוזר על מבחן המופיע בפסיקה "מבחן הסכסוך"/ ה-LIS, קרי מתי אתה שופט כשהחוק מסמיך אותך להכריע בין שני צדדים? כל מי שקיבל סמכות להכריע בסמכות בין שני צדדים הוא סמכות שיפוטית או מעין שיפוטית. על כן החוק מסמיך ועדה שתקבע את גובה הפיצויים של המפונים, שכן על מנת לקבלם על המפונה ללכת לוועדה שכן החוק קבע מהו הסכום שיגיע לו בעבור רכושו ומקרקעיו. האם ועדה מחשבת זו הינה "גוף שיפוטי" או "מעין שיפוטי"? לא היות וסכסוך לעולם יהיה מחלוקת בין שני צדדים ועל כן הועדה אינה מהווה גוף שיפוטי או מעין שיפוטי. מה עם הממונה על ההגבלים העסקיים- האם הינו גוף שיפוטי או מעין? נניח שישנה פעולה מונופוליסטית בשוק, הממונה רשאי לנקוט בצעדים מסוימים כגון מכירת המונופול ולחלקו לתחרות פתוחה בשוק. על כן ניתנות הוראות למונופול, ועל כן בהחלטה מעין זו הממונה מפעיל את החוק ופוגע בחברה מסחרית- מונופול, ברור כי המונופול הוא הצד הנפגע ועל כן במצב זה אין שני צדדים מול הממונה כך שהממונה אינו מהווה סמכות שיפוטית או מעין. דוגמא נוספת, אישורי מיזוגים – גולן טלקום וסלקום כשני צדדים שמעוניינים בעסקה אך זו אינה מאושרת ע"י הממונה. האם החלטה זו הינה שיפוטית? לא היות ושתייהן עומדות באותו צד. דוגמא נוספת, ועדת התכנון והבנייה המחוזית: אדם רוצה היתרי בניה, הוא מגישה בקשה להיתר לוועדה המקומית. הועדה מפרסמת את הבקשה ואילו כתגובה השכנים מתנגדים. בהגשת ההתנגדות הדיון מועלה לוועדה המחוזית ועל כן מהו מעמדו? שיפוטי או מעין שיפוטי? בהיותה דנה בהתנגדויות, ישנם שני צדדים ועל כן היא מהווה גוף שיפוטי. *****לצורכי הבחינה-** אין זה משנה האם מדובר בסמכות שיפוטית או מעין שיפוטית אלא עצם הקביעה עצמה- כן או לא.
3. **הנתונה עפ"י חוק לעובד מדינה**- אנו מדברים על הפקיד שקיבל סמכות הנתונה עפ"י חוק (החוק שהשר ממונה על ביצועו). כך שאם הפקיד בעל סמכות בחוק שהשר ממונה על ביצועו יש לנו לכאורה אפשרות נטילה.
4. **לעניין מסוים או לתקופה מסוימת**? קרי אפשרות אחת מהווה תנאי- לעניין מסוים או לתקופה מסוימת- "נטילת מוגבלת". אפשרות שניה תגיד כי האימרה הינה לצורך הבהרה ואין הנטילה חייבת להיות גורפת. החוק מעוניין סדרגמקוצעי ספציפי שיפעיל את הסמכות ובהתנגדותה של הרשות המבצעת וברצונה להפעלתה ע"י השר- אם זה יהיה לתמיד הרשות המבצעת תעשה זאת בניגוד לעקרון הפרדת הרשויות. הפרשנות ההולמת את העקרונות החוקתיים ועקרון הפרדת הרשויות- **נטילה אינה מאפשרת לשנות את החוק אלא עליה להיות נקודתית**- לעניין מסוים או לתקופה מוגבלת. על כן ראוי לנקוט בפרשנות הראשונה- הינה תנאי. דוגמא להגבלת נטילה הינה למשל רשות העתיקות אשר אחראית על חפירות ארכיאולוגיות. מנהל רשות העתיקות הינו בעל הסמכות לתת רישיון לחפירה. נניח כי המנהל חושב שלחפור מתחת להר הבית, מבחינה ארכיאולוגית טהורה, הינה חשובה. הדרג הפוליטי יתנגד לצעד זה בהיותו מעוניין לשקט פוליטי היות והנושא רגיש בגין הדתות

השונות. לכן ניתן להציע כי רישיונות חפריה באתרים מקודשים יינתנו רק ע"י השר. ניתן לבצע הגבלה נוספת- בפנים העיר רק השר מוסמך לתת רישיון אך מחוצה לה יוכל אחר לתת רישיונות לכל.

המסקנה- בהתקיימות התנאים המצטברים לעיל- השר רשאי ליטול סמכות. אך בהוספת המשפט "אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק" סוגי מקרים בהם נלמד כוונה אחרת- קרי כוונה אחרת סותרת את החזקה שמוותר ליטול.

דוגמאות למהי "כוונה משתמעת מהחוק"?

1. **גוף קולגיאלי מיוחד** (למשל הממשלה, זהו גוף שלא אדם אחד מקבל החלטה ויש צורך ברוב ע"מ לקבל את ההחלטה בגוף קולגיאלי. גוף זה מורכב מכל מני מגזר למשל נציג שר, נציב יצרנים, נציב ציבור) **שלשר ניתנה בו השפעה**. כיצד ניתן ללמוד על נטילה מגוף זה? נלמד על כוונה אחרת גם החוק עצמו רצה שלא אדם אחד יקבל את ההחלטה אלא קבוצה וגם החוק נתן כבר השפעה לדרג הפוליטי- ישנן נציגים כבר בתוך אותו גוף. על כן אין זה הגיוני שהשר יטול את כלל הקבוצה ויפעיל זאת בעצמו.
2. נניח שישנה **חובת היועצות סטטוטורית** של השר טרם קבל החלטה. האם השר יכול ליטול את הסמכות של מי שמייצע לו? כמובן שלא ניתן היות וכל תכלית החוק הינה תכלית הדדית בין שני צדדים ולא אחד.

דיברנו עוד על נטילה שהיא לא מכוח חוק אלא מכוח עקרונות יסוד והיא הוסדרה בפ"ד המרכז האקדמי- פרשת ייצוא הגז - פה הממשלה נוטלת מהשר.

נטילה מכוח עקרונות היסוד - בפרשת הגז- מי שמוסמך לטפל בגז זה שר האנרגיה והמים ומתברר כי מי שקיבל את ההחלטה על מכסה ייצוא הגז זה לא השר אלא הממשלה- הנושא הזה התעורר בפסק הדין מכוח איזה סמכות? הממשלה עוסקת בגז שמי שמוסמך הוא השר בחוק הנפט. עד פרשת הגז לא הגיע מקרה שכזה לביהמ"ש.. הייתה ספרות בעניין אבל לא היו מקרים שהגיעו(כמובן שעשו זאת אבל אף אחד לא עשה כלום בעניין). פה היה עניין בדבר כי מעניין אותנו כמה יהיה בייצוא כי אם לא נפקח לא יישאר לנו אולי כלום בארץ.

בפרשת הגז השנייה- פרשת ההגבלים העסקיים- **סעי' 52 להגבלים העסקיים**, השר רשאי לפטור הגבל עסקי מתחולת הוראות החוק משיקולי ביטחון ויחסי חוץ. חוק ההגבלים העסקיים לא יחול מהשיקולים האלה.. כמו למשל שמעניין אותנו תחרות בשוק יותר מעניין אותנו ביטחון המדינה. בכל מקרה, ביהמ"ש אישר את הפעלת הסעי' הזה.. האם כשהשר מפעיל את הסעי' הזה הוא נוטל סמכות? מי בעל הסמכות? הממונה על ההגבלים העסקיים. האם סעי' 52 זה סעי' של נטילת סמכות? מתי היינו אומרים שזו נטילה? כשהשר יכול להגבל עסקי מסוים להחליף את שיקול הדעת של הממונה..

השר שפטר הוא פטר בשם הממשלה... פה בפרשה השנייה לא נטלו. נטילה לא תעזור פה. למה? נניח שהוא יכול ליטול מן הממונה והוא מפעיל את השיקול הדעת במקום השר והוא הופך עצמו לממונה על ההגבלים העסקיים(בנוסף לממונה הנמצא כי הוא החליף רק בעניין הספציפי הזה ולא לכל ההחלטות ושיקולי הדעת)..

השר דרעי היה שר הכלכלה ולא רצה להפעיל את סעי' 52, ראינו כי השר הוא המעמד העליון ומעליו יש את הממשלה. הממשלה יכולה להגיד כי לנו ההסכם עם שותפות הגז הוא בליבת המדיניות של הממשלה צריך לפעול עכשיו ואי אפשר להפעיל את כל זה בלי פטור קטן מכוח ההגבלים העסקיים.. ראש הממשלה לא היה צריך לפטר את דרעי או להכניס מישהו אחר אלא למשל להגיד אנחנו נפעיל את סעי' 52 במקומך.. הם לא הלכו לכיוון של נטילה ולהפעיל את סעי' 52 במקום.. פה מי שמבטל הגבל עסקי- הממונה נוטרל באותו עניין לכל חוק- בנטילה יש עדיין ממונה. בנטילה אתה נוטל מהממונה ואתה הופך את עצמך לממונה ופה אתה זה לא עוזר לך כי כשאתה נחשב הופך עצמך לממונה אתה בכל זאת צריך לשקול את שיקולי ההגבלים העסקיים ולכן זה לא באמת עוזר לך. לכן הלכו לסעי' 52. מדובר בחריג- החוק מאפשר להחריג גוף שכפוף לחוק ושיהיה מצב שלא יחולו עליו הוראות ההגבלים העסקיים.

האם היו רוצים ליטול את סמכות הממונה על ההגבלים, האם זה אפשרי? אמרנו שהם יכלו לעשות נטילה אבל זה לא באמת היה עוזר להם, השאלה היא האם הם יכלו בכלל ליטול אותה... התייחסות בהמשך.

שאפשר ליטול סמכות אבל לא ניטול אותה. הנטילה אסורה. הכוונה האחרת היא שלמרות שאתה עומד בתנאים המסוימים האלה אבל הכוונה האחרת היא מה שהופך את החזקה- גם אם עמדת בכל התנאים אתה לא רשאי ליטול.

1. *מקרה ראשון*, גוף קולגיאלי מיוחד שלשר ניתנה/יש בו השפעה- זה גוף שלא מחליט אחד מקבל את ההחלטה אלא קבוצה של אנשים, בד"כ צריך רוב בגוף כדי לקבל את ההחלטה בגוף קולגיאלי ואז בגופים האלה שמים נציגות מכל מיני מגזרים למשל נציג ציבור, נציג היצרנים ואז למשל אנו רואים נציג השר.. ז"א לשר יש גם נציג באותו גוף. איך אני יכול ללמוד על כוונה אחרת משתמעת לעניין הנטילה פה? אני מבין מהחוק שזה לא ראוי שמקבל ההחלטה יהיה אדם אחד.. לשר יש נציג אחד בנוסף לעוד נציגים! אז אין זה ראוי ליטול שההחלטה תהיה בידי השר לבדו. אז בעצם אנו לומדים על כוונה אחרת גם מתכלית החוק וגם בזה שנתנו כבר(החוק) שיהיה לו נציג אחד ולא לאדם אחד והחוק כבר נתן השפעה לדרג הפוליטי שיש להם נציגים בתוך אותו גוף ואז אנו אומרים שזה לא הגיוני שהשר ייטול את כל הקבוצה הזאת לעצמו.

2. *דוגמת היוועצות סטאטוטורית לשר*- הסמכות לייצע לשר- אומרים שאתה חייב להיוועץ בא לפני קבלת ההחלטה- האם השר שחייב להתייעץ יכול ליטול את הסמכות של מי שמייצע לו? לא. ברור שאתה לא יכול ליטול את המייצע לך כי הכוונה היא להליך צדדי בין שניים ואם תיטול אז תכלית החוק מתייתרת. במילים אחרות, כשיש לנו היוועצות אנו מדברים על הליך הדדי בין שני צדדים יש את הגורם המתייעץ שהוא השר במקרנו והוא החייב להתייעץ עם איזה שהיא רשות מייצגת והחוק מחייב הליך דו צדדי בין שני הצדדים האלה.. אז ברור שהוא לא יכול להתייעץ עם עצמו ז"א הוא לא יכול ליטול את הסמכות ובכך הוא הופך עצמו למתייעץ ולמייצע.

3. *סמכות של גופים שהחוק התכוון להעניק להם עצמאות מיוחדת*- לדוגמא הסמכויות של היועמ"ש הקשורות בהליך הפלילי, למשל סמכות לעכב הליכים- קודם כל מבחינת התנאי השני האם הסמכות לעכב הליכים היא סמכות מנהלית רגילה או מעין שיפוטית? אם זה שיפוטי או מעין שיפוטי צריך שיהיו שני צדדים יריבות וכו'.. האם החלטתו לעכב היא כזאת? היועץ הוא המייצג או בודק את האינטרס של המדינה בהמשך ההליך.. היועמ"ש הוא זה שצריך להחליט אם לאשר או לא.. יש את המבקש שאומר תעכב ואם אין צד שני שיתנגד לעיכוב ההליכים אם היועמ"ש החליט לתת אותה אז זה לא שיפוטי או מעין שיפוטי לכן התנאי הזה לא מעיק עלינו...עקרונית אפשר ליטול בסעי' הזה אבל אז מגיעים לשאלה אם יש כוונה אחרת משתמעת מן החוק.. הקטגוריה אומרת שכשמוזהים בחוק שהוא מקים גוף מיוחד עם שיקולים מיוחדים לשמר לו עצמאות ולהגן עליו מהדרג הפוליטי אז לומדים מחוק כזה שיש כוונה אחרת משתמעת נגד האפשרות של נטילה ע"י השר. השאלה היא למה הפרקליטות או היועמ"ש הם גופים "מיוחדים" ואפשר ללמוד מהחוק שיש להגן עליהם ולהקנות להם עצמאות מיוחדת? כדי שיהיה חופשי מהתערבות פוליטית ו"שיקולים זרים". אסור שהפוליטיקה תתערב בניהול ההליך הפלילי במיוחד כשיש עונשי מאסר... **** עכשיו קמה לה רשות שידור האם אפשר להכניס אותו לקטגוריה 3? איך לומדים מזה שהשר לא יכול לבוא וליטול את הסמכויות.. הפואנטה מהקמת הרשות היא שיספק מידע באופן אובייקטיבי שיהיה נקי מאינטרסים זרים שלא בעלי הון ישלטו עליו והם יכניסו לציבור מה שהם רוצים לכן זה "זועק" שזה צריך להיות עצמאי. לכן התערבות תרוקן את החוק מתוכן והגוף הממלכתי הזה הוא לא ממלא ומממש את מטרותו. אם החוק מקים שידור ציבורי אז ראוי שגוף זה יקבל עצמאות וסמכות מיוחדת ואין זה מתקבל ששר רשאי להתערב במדינה דמוקרטית. זה גוף שאנו לומדים מהחוק שיש ליתן לו סמכות עצמאות מיוחדת.

4. *סמכות שבאופייה אינה נוגעת במדיניות הממשלה-היתרי הפלות? אישור הסכמים לנשיאת עוברים(פונדקאות)?* אישור להסכם לנשיאת עובר ז"א פונדקאות יש וועדה שצריכה לתת אישור להליך הפונדקאות? בקטגוריה 4 רק בדוגמא הזו קשור גם ל1 כי קודם על הוועדות האלה העוסקות בהיתר להפלה או הליך פונדקאות הם גם גוף קולגיאלי אז סיבה אחת שלא לאפשר נטילה היא שהוא גוף כזה מיוחד. סיבה שנייה כל הרציונאל החוקתי להעניק לשר את סמכות הנטילה היה מה? לאכוף את מדיניות הממשלה- בגלל זה אנו נותנים לו כלי לאכוף על הפקידות הכפופה לו את מדיניות הממשלה. האם יש לממשלה SAY בעניין ההפלות? אם יש איזה שהיא מדיניות יש לעגן אותה בחוק כי זה דבר אתי מוסרי זה תפקיד המחוקק- אין מצב שלממשלה יש אמירה שונה או תכנית הקשורה לנושא. יכול להיות שהמחוקק יעסוק בזה אבל אין מצב שממשלה פה במדינה תרוץ עם זה לבחירות או תבוא תגיד אנחנו נגד הפלוץ.. אם זה מעניין את חברי הכנסת אז שיחוקקו חוק אבל כשזה מגיע לפעולת של הממשלה של הרשות המבצעת אין פה התערבות או עניין של הדרג הפוליטי, הפקידות בנושא. הפלות זה לא עניין זו סוגיה של זכויות אדם מוסר ומי שיש לו SAY זה רק דרך המחוקק. זה לא עניינם. שהמחוקק יסדיר את התחומים האלה וזה לא עניינם. אין שום מקום ששר בשם הממשלה יפעל בתחומים האלה- אם יש פעולה לגיטימית אז שידון בכנסת..

5. סמכות של תאגיד סטטוטורי או תאגיד ציבורי - לדוגמא רשות העתיקות, רשות הרכבות, עיריות, תאגיד השידור הציבורי שהאחרון הוא בבג"צ ואם החוק יעבור בג"צ אז יהיה לנו תאגיד החדשות- השאל היא האם אפשר ליטול סמכות של תאגיד סטטוטורי או ציבורי? הן מבחינת התנאים לנטילה והן מבחינת הכוונה האחרת המשתמעת? האם בכלל אנחנו עומדים בתנאים כשרוצים ליטול סמכות כזאת? אחד התנאים היה סמכות הנתונה באותו חוק "לעובד מדינה"- פה מדברים על פונקציה שניתנה לראש רשות החפירות והאם שר יכול ליטול את אותה סמכות או פונקציה - דיון ראשון הוא בכלל האם עומדים בתנאים של הנטילה, מה הטענה שבכלל לא מתקיים התנאי הזה? התאגידים האלה הם אישיות משפטית נפרדת.. עובד של העירייה האם הוא עובד מדינה? לא. הוא עובד העירייה- אותו הדבר עם עובד התאגיד הוא עובד התאגיד הציבורי ואם יקום תאגיד החדשות הוא יהיה עובד תאגיד החדשות.. ואז יש לנו אוביטר של ברק בפס"ד **התנועה לאיכות השלטון** העוסק ברשות הרכבות והנמלים דאז וברק אומר שאי אפשר ליטול סמכות של תאגיד סטטוטורי. למה? איזה סמכות אנו נוטלים? השר נוטל סמכות של מי שכפוף לו, מי שבארגון שלו ואנחנו מדברים על עובדי מדינה הכפופים ישירות לשר- עובדי התאגיד הסטטוטורי אין להם קשר ישיר לשר הם כפופים לתאגיד לרשויות התאגיד השר הוא רק מפקח על אותו תאגיד סטטוטורי- אותם עובדים אינם חלק מהארגון המנהלי של השר- עובדי רשות הרכבות הם לא באותו ארגון של משרד התעבורה. 5 אומר אם זה סטטוטורי העובדים הם לא עובדי מדינה והם לא כפופים ישירות לשר, הם לא עובדי מדינה הם עובדי התאגיד ואז הוא לא יכול ליטול את סמכותם. ז"א יש לנו תנאי לעובד מדינה-המרצה אומר כי מדובר בטעות ויש לפרש את המושג "עובד מדינה" שבעצם הכוונה פה הייתה ל"עובד ציבור".. צריך לפרש את המונח עובד מדינה בהרחבה ואנו מדברים על כל עובד ציבור ואז אם זה כל עובד ציבור אז אפשר ליטול לא רק מעובד מדינה אלא גם מעובד של תאגיד סטטוטורי.אם נפרש את זה בצמצום אז אותם "עובדי ציבור" אז אותם עובדים "ישתוללו" ויסכלו מדיניות ממשלה וכו'. עכשיו נכון יש לנו עובדי מדינה שאם נפרש בצמצום אז אי אפשר בהגדרה ליטול אבל אפ בהרחבה אז אפשר מבחינת אותו תנאי- יש רק את האוביטר של ברקי של כוונה אחרת משתמעת מן החוק- האם אני לומד מהחוק כן אפשרות נטילה מאותו תאגיד או לא?כדי ללמוד כוונה אחרת משתמעת ביחס לתאגידים סטטוטוריים קודם כל, כל תאגיד סטטוטורי הייתה כוונה לתת לו עצמאות אחרת למה הפרידו אותו ממדינת ישראל? השאלה היא עד כמה עצמאי ופה יש שני מבחנים :

א. האם עצמאות התאגיד היא משיקולי יעילות או מהות? המבחן אומר הרי כל תאגיד סטטוטורי רצינו שהוא יהיה עצמאי מהמדינה השאלה היא האם כי זה יעיל- נוח יותר לנהל את התחום הזה בתאגיד עצמאי או שיש פה שיקולי מהות מדוע אותו תאגיד יהיה עצמאי? ככל שזה יותר מהותי אנו לא נאפשר נטילה. ככל שזה יותר מהותי לא נרצה התערבות הפוליטיקה בעניין. מה יותר מהותי ופחות יעילות ממה שהזכרנו קודם מהרשויות(רשות הרכבות, רשות העתיקות, תאגיד השידור הציבורי, תאגיד החדשות, עיריות)? עד כמה זה עצמאות מהותית? רשות השידור! כי פה זה מידע שאני רוצה שיועבר לציבור ללא התערבות.. כלומר מבחינת מהות מקום ראשון יש לנו את רשות השידור- הכי מהותי זה שידור ציבורי ואנו לא רוצים פוליטיקה שם ובתוך השידור הציבורי קודם כל זה חדשות. שזה כבר מקום שני. בעיריות יש פה תפיסה אידיאולוגית של האוטונומיה השלטונית.. מישהו שיהיה יותר קרוב לאזרח מהשלטון ארצי ואז מפרידים את העיריות מהמדינה לטובת האזרח והאזרח יכול לבחור אליו ישירות ולהשפיע על אותם יושבים בעירייה וגם העקרונות החוקתיים של האוטונומיה הקהילתית- השלטון המקומי מאפשר אוטונומיה של לבחור שלטון שמזדהה עם השפה שלי, התרבות שלי אז השלטון המקומי משרת פה גם עניין חוקתי. בעירייה יש שיקולים מהותיים חזקים של היכולת השפעה של האזרח על הסביבה הקרובה שלו, אוטונומיה קהילתית, ויש חשיבות לשלטון המקומי בנפרד מהשלטון המרכזי... מקום שלישי זה עיריות, רביעי זה רשות העתיקות וחמישי זה רשות הרכבות- הרכבות מה אכפת לי האמת? זה רק ענייני יעילות- מה ההבדל בין משרד התחבורה לבין רשות הרכבות... למה בעתיקות בכל זאת יש קצת יותר מהות מרכבות? כי זה עוסק במחקר אקדמי במחקר הארכיאולוגיה ואנו רוצים פחות התערבות במחקרים.. (זה לא דירוג דירוג זו פשוט הרשימה שכתבנו על הלוח לכן 5 זה לא באמת חמש קבוע רשות הרכבות כי זה האחרון ברשימה).

ב. מבחן שני- מה פוטנציאל הסיכול של מדיניות הממשלה? ככל שאני פחות מפריע למדיניות הממשלה אז יש פחות צורך שהשר יתערב וייטול את הסמכות- אנו שואלים עכשיו מי הכי פחות מפריע? האם מה שמשרדים בחדשות יכול לסכל את מדיניות הממשלה? לא. זה לא עניינה של הממשלה מה משודר בחדשות.. אבל אם למשל משודר משהו בעניין ביטחון אז הצנזורה מטפלת.. כל היתר משדרים את מה שקורה בעולם..ביקורת על מדיניות הממשלה לא תשפיע.. אם אני אומר המדיניות הזאת לא טובה איך אני יכול לסכל את המדיניות? זה לא אומר שסיכלתי את מדיניות הממשלה אלא מסרתי מידע מהימן לציבור וגם אם הוא לא מהימן זה לא מסכל את מדיניות הממשלה.. גוף שידור לא מזיז כלום בעולם(כמובן שזו דעתו של המרצה). אז זה נחשב למקום ראשון מבחינת הכי פחות מפריע ואז זה פועל נגד נטילה- ככל שזה פחות יכול לסכל את מדיניות הממשלה אז גם זה

פועל נגד נטילה. גם תאגיד השידור הציבורי נוטה לרשות החדשות אז מקום שני.. עיריות- מה עיריות עושות? השאלה היא איזה תחומים בעירייה? אם זה ניקיון תעבורה אז אין השפעה אבל אם למשל זה מגיע לתחומי דת מדינה, חינוך וכו' אז זה במקום חמישי ז"א הכי מפריע.. רשות הרכבות ורשות העתיקות מי 3 מי 4? אם רשות הרכבות רק דואגת לתעבורה סדירה אז זה לא מפריע בכלל. אם הרכבת גם מחליטה על תכניות עתידיות אם למשל לאיזה כיוונים היא רוצה ללכת אז זה כבר חיבור הפריפריה למרכז וכו' אם הממשלה דואגת לכיוונים אז רשות הרכבות זה רק משיקולי יעילות ואפשר ליטול את סמכותה ללא הפרעה. עתיקות גם ברוב המקרים זה לא יכול לסכל כלום- יש מקרים מסוימים כמו חפירות של חילול הר הבית או דברים כאלה וזה יכול לסכל את מדיניות הממשלה ובמקרים כאלה אנו נאפשר נטילה.

***ככל שזה יותר שיקולי מהות – פחות אפשר ליטול וככל שזה פחות מפריע זה פחות עניין של הממשלה להתעסק בזה אז פחות אפשר ליטול.

עוד שיעור

דוגמאות למהי "כוונה משתמעת מהחוק"?

1. **גוף קולגיאלי מיוחד** (למשל הממשלה, זהו גוף שלא אדם אחד מקבל החלטה ויש צורך ברוב ע"מ לקבל את ההחלטה בגוף קולגיאלי. גוף זה מורכב מכל מני מגזר למשל נציג שר, נציב יצרנים, נציב ציבור) **שלשר ניתנה בו השפעה**. כיצד ניתן ללמוד על נטילה מגוף זה? נלמד על כוונה אחרת גם החוק עצמו רצה שלא אדם אחד יקבל את ההחלטה אלא קבוצה וגם החוק נתן כבר השפעה לדרג הפוליטי- ישנן נציגים כבר בתוך אותו גוף. על כן אין זה הגיוני שהשר יטול את כלל הקבוצה ויפעיל זאת בעצמו.

2. נניח שישנה **חובת היועצות סטטוטורית** של השר טרם קבל החלטה. האם השר יכול ליטול את הסמכות של מי שמייצג לו? כמובן שלא ניתן היות וכל תכלית החוק הינה תכלית הדדית בין שני צדדים ולא אחד.

3. **סמכות של גופים שהחוק התכוון להעניק להם עצמאות מיוחדת?** נדגים, סמכויות היועמ"ש הקושרות בהליך הפלילי- למשל הסמכות לעכב הליכים. האם הינה שיפוטית או מעין שיפוטית? אדם נמצא בהליכים פלילים ומסיבה מוצדקת מבקש הוא לעכב את ההליך, היועמ"ש מחליט האם להמשיך או לעכב? האם יש כאן החלטה שיפוטית או מעין שיפוטית? אם אין צד נוסף שיתנגד לעיכוב ההליכים, אלא המבקש והיועמ"ש אשר מחליט בעניינו של צד אחד- מדובר בהחלטה מנהלית. אם אותו צד חושב כי אין ההחלטה שנתקבלה מוצדקת אזי הוא מורשה לפנות לבג"צ- שם יהיו שני צדדים וכן תתקיים סמכות שיפוטית. כאשר אנו מזהים בחוק כי החוק הקים גוף מיוחד שיש שיקולים מיוחדים לשמר לוו עצמאות ולהגן עליו מפני התערבות של הדרג הפוליטי, אזי אנו למדים מחוק זה כי ישנה כוונה אחרת משתמעת נגד האפשרות של נטילה ע"י השר. אזי, מדוע הפרקליטות הינה בעלת עצמאות ושכן לגוף זה לא ניתן ליטול סמכויותיה- ממה אנו למדים זאת? דמוקרטיה מחייבת תביעה פלילית עצמאית וחופשית מהתערבות פוליטית. דוגמא נוספת, האם תאגיד השידור נכנס בגדר סעיף זה? הקמת שידור ממלכתי- ציבורי כוונתו סיפוק מידע אובייקטיבי ונקי מאינטרסים זרים ותכניו לא יקבעו עפ"י בעלי הון. בכתיבת חוק זה עליו להיות עצמאי בדיווח, על כן עצם הנטילה אשר תאפשר לפוליטיקאים לשנות נוסחי שידור אנו למעשה מרוקנים מתוכן את החוק. אם החוק מקים תאגיד שידו ציבורי אנו יכולים ללמוד כוונה כי לגוף זה עצמאות מיוחדת ולא יכול להיות ששר יטול סמכות ויתערב- מצב זה אינו אפשרי במדינה דמוקרטית!

4. **סמכות שבאופייה אינה נוגעת במדיניות הממשלה** (היתרי הפלות ואישור הסכמים לנשיאת עוברים=פונדקאות)- ישנה ועדה אשר צריכה לתת את אישורה לנסכם של פונדקאות או להיתר הפלה הינן גוף קולגיאלי שכן זו סיבה אחת שלא לאפשר נטילה. סיבה נוספת הינה כי כל הרציונל החוקתי להעניק לשר את סמכות הנטילה בח"י היה לאכוף את מדיניות הממשלה. זהו כלי לאכוף על הפקידות הכפופה לו את מדיניות הממשלה. האם לממשלה ישנה אימרה בנושא זה? לממשלה לא יכולה להיות אמירה שונה לנושא היות והפלות אינן מהוות נושא שניגש עימו לבחירות- בעד או נגד. ברגע שזו מגיעה לפעולה של הממשלה אין פה עניין להתערבות הדרג הפוליטי ע"מ להגשים איזו מדיניות של הממשלה- זוהי סוגיה רגישה ועל כן לשר אין אימרה כאן, המחוקק הוא זה שישדיר בנושא אם יבחר אך לא הממשלה.

5. **סמכות של תאגיד סטטוטורי (ציבור) כגון רשות העתיקות, תאגיד השידור הציבורי, עיריות, רשות הרכבות, תאגיד החדשות וכו'-** האם אפשר ליטול סמכות של תאגיד סטטוטורי/ ציבורי הן מבחינת התנאים לנטילה וכן מבחינת "כוונה אחרת משתמעת"? פס"ד התנועה לאיכות השלטון השופט ברק טוען כי לא ניתן ליטול סמכות סטטוטורית. השר נוטל סמכות לכפוף לו, למי שבארגון שלו, עובדי מדינה הכפופים לשר. עובדי התאגיד אינם בעלי כפיפות לשר אלא לתאגיד ולרשויותיו שכן השר הינו המפקח בלבד. האוביטר של ברק אומר כי בתאגיד סטטוטורי העובדים אנם חלק מארגונו או כפיפות ישירה של השר ואינם נחשבים לעובדי מדינה, כך שאין יכולת נטילה. כאמור, חפירת המסגדים בהר הבית שכן עצם החפירה הינה החלטת רשות העתיקות שכן גוף מקצועי מעין זה אינו יכול לסכן את מדיניות הממשלה. אחד התנאים שלמדנו הינו "סמכות הנתונה באותו חוק לעובד מדינה", אם נפרש עובד מדינה בהרחבה ככוונה לעובד ציבור אזי ניתן יהיה ליטול לא רק מעבוד מדינה אלא גם מעובד של תאגיד סטטוטורי. לגבי הרחבה זו אין לפרש את המונח "עובד ציבור" בצמצום אלא בהרחבה. אם התגברנו על התנאי השאלה היא כוונה אחת משתמעת מן החוק- ביחס לתאגידים סטטוטוריים- האם הייתה כוונה לתת לו עצמאות? נשיב עפ"י שני מבחנים הבאים:

א) **האם עצמאות התאגיד היא משיקולי יעילות/מהות?** ככל שהעניין יותר מהותי ופחות יעילות= לא נאפשר נטילה. נדגים, אם נדרג את הגופים בסעיף לעיל מבחינה מהותית במקום הראשון הינו תאגיד החדשות היות וההפרדה מטעם אי התערבות המדינה/ הפוליטיקאים ולאחריו במקום השני יהיה תאגיד השידור הציבורי. במקום השלישי ישנה כבר התלבטות, קרי במקום זה יהיו העיריות ולאחריהן עתיקות ורכבות.

ב) **מה פוטנציאל הסיכול של מדיניות הממשלה?** ככל שאני פחות מפריע לממשלה אזי ישנו פחות פוטנציאל/ שהשר יתערב לנטילת הסמכות. על כן נשאלת השאלה מי מבין הגופים הכי מפריע/ מסכל את מדיניות הממשלה? לעניין תאגיד החדשות, האם מה שמשודר מהווה סיכול? לדעת שרון אין החדשות מהוות סיכול למדיניות הממשלה מהסיבה כי החדשות מהוות "שיקוף" – דיווחים גרידא. ככל שישנה יותר מהות הינה פעולת כנגד הנטילה וכן ככול שהיא יכולה לסכל את מדיניות הממשלה היא גם כנגד הנטילה. במקום השני לסיכול ישנו תאגיד השידור הציבורי גם כן. במקום השלישי יהיו רשות העתיקות ולאחריה רשות הרכבות (שכן ניתן להחליף במיקומיהן) וכן במקום האחרון יהיו העיריות. על הסיכול למנוע את מה שהתאגיד יעשה יכול להתנגש עם מדיניות הממשלה- למשל מדיניות הממשלה היא לשמור על הסטטוס קווי בענייני דת ומדינה. אם עירייה אחת מחליטה כי הסטטוס קוו הנהוג היום אינו מתאים לה עוד והיא מעוניינת להנהיג נסיעות בשבת ופתיחת מרכולים בשבת אזי הדבר מהווה סיכול למדיניות הממשלה.

הסמכות להתקין תקנות

הזכרנו 3 סוגי סמכויות: על סמכות מנהלית רגילה ששם זה רוב הסמכויות נופלות בקטגוריה הזאת. שיעור שעבר על נטילה הזכרנו סמכות שיפוטית או מעין שיפוטית ולמדנו על מבחן איך מזהים סמכות שיפוטית או מעין שיפוטית והקטגוריה השלישית היא סמכות חקיקתית אבל לא חוק של הכנסת כי זה קשור למשפט חוקתי. אנו מדברים על הסמכות להתקין תקנות..

איך מזהים סמכות חקיקתית כזאת?

נפקויות לאם זאת תקנה: ואז מה חל עליה: מה זה אומר שמדובר בתקנה:

1. אם זו תקנה אז פרסום ברשומות (סעי' 17 לחוק הפרשנות - "תקנה בת-פועל תחיקתי"). כמו שחוק יש לפרסם ברשומות כך גם תקנות שחובה לפרסם ברשומות. אם אכן מדובר בסמכות חקיקתית אז התוצר של אותה תקנה חייבים לפרסם ברשומות. אם לא מפרסמים אז אין תוקף לתקנה. וההלכה היא בטלות מוחלטת של התקנה וזה חריג לדוקטרינת הבטלות היחסית. אם הפרט שהפר את התקנה ידע על התקנה והוא הפר אותה תוך ידיעה בתקנות. האם ניתן לו זאת? אם לא פרסם. יש לך עילה לתקוף את התקנה.
2. ראינו שסמכות להתקין תקנות אסור לאצול והאיסור הזה הוא בחוק יסוד הממשלה, סעי' 33(ב). שר חייב בעצמו להתקין את התקנות.
3. העדר תחולה לכללי הצדק הטבעי, אפשר היה להתייחס לתקנות כמו להחלטה מנהלית ואז לחייב את הרשות בארצות הברית למשל הרשות צריכה לפרסם טיוטא שלה תקנות וזאת לאפשר זכות טיעון נגד התקנות.. בישראל התקנות נתפסות כהליך חקיקתי, כל כללי הצדק הטבעי לא חלים שם- אולם נהוג בחקיקה לנמק את העניין בדברי ההסבר של הכנסת או במה שמתלווה לתקנות אבל אין חובה אמיתית להנמקה מסוימת או זכות טיעון. חוק אם תוקפים זה רק אם עקרונות דמוקרטיים נפגעו למשל אישרו חוק שחלק מחברי הכנסת הצביעו פעמיים או אישרו חוק שחברי הכנסת לא היה להם בכלל זמן ללמוד על מה הם מצביעים...
4. היקף ההתערבות קטן יותר- היקף ההתערבות של בתי המשפט במעשים השלטוניים אז יש מדרג, האקט השלטוני המוגן ביותר הוא חוק. ההיקף של ההתערבות בחוק יסוד או תקנות יהיה מצומצם אבל הכי קל לבטל זה הוראת מינהל שהיא לא חקיקתית

איך נגדיר סמכות חקיקתית? סמכות חקיקתית- המבחנים: איך נזהה? פס"ד הבורסה לניירות ערך- יש את המבחן המשולש:

1. הגדרת תקנה: סעי' 1 לפקודת הפרשנות. שני יסודות בהגדרת תקנה:
 - א. יסוד ראשון "מאת כל רשות"
 - ב. יסוד שני הוא "לפי חוק"

איך אני יודע שהוא באמת תקנה? קודם כל צריכים להתקיים שני היסודות האלה. צריך שיהיה מאת רשות שלטונית ולפי חוק, חוק צריך להסמיך את אותה רשות להוציא את אותו צו כלל או מה שלא יהיה.

(לעבודה- שר הביטחון הוא רשות והצו.. החוק קבע ששר הביטחון יעשה בצו..).

השם של ההוראה לא חשוב לא משנה אם קוראים לזה תקנה צו או הוראה אנו בוחנים אותה לפי המבחנים האלה.. הבחינה היא מהותית.

***המינוח בסעי' 17 לפקודת הפרשנות מה צריך לפרסם ברשומות הוא תקנה בעלת פועל דחיקתי.

קודם כל צריך רשות שלטונית והשאלה הזאת מתחדדת עוד יותר בפס"ד הבורסה לניירות ערך- מדובר בתאגיד המאורגן במשפט הפרטי, לכאורה שמחילים את המבחן מאת כל רשות יש לשאול האם הבורסה שהיא תאגיד פרטי היא רשות? השאלה התעוררה מהתקנון של הבורסה לניירות ערך- איזו חברה יכולה להירשם למסחר בבורסה ואת מי מוחקים במסחר.. אז יש סנקציות גם.. אתה לא תעמוד בכללים שקבע תקנון הבורסה הסנקציה היא קשה.. איך מגיעים למסקנה שהבורסה היא רשות? החוק הסמיך אותה לקבוע תקנון, כשהחוק מטיל תפקיד ציבורי על גוף פרטי זה נקרא הפרטה.

הפרטה כזאת הופכת את הגוף הפרטי לחלק מהשלטון. אם מדובר בהפרטה שהופכת את הגוף הפרטי לחלק מהשלטון אז אפשר לקרוא לו רשות. לכן בתחומים שבהם חברת החשמל למשל מוטלת עליה סמכות או מוענקת לה סמכות שלטונית אז היא הופכת לרשות..

היסוד השני של לפי חוק- אותה הסמכה להוציא צו(שיכול להיות תקנה- צריך לאפיין אותו) צריכה להיות בחוק. צריך להיקבע בחוק. הבורסה לניירות ערך החוק קובע מגדיר את התפקיד הזה לבורסה שהיא תקבע כללים למסחר בבורסה. הכללים האלה בתקנון הבורסה הם לפי חוק לא הבורסה קבעה אותם איך שבא לה.

2. התנאי השני והשלישי נקבעו **בפס"ד אלכסנדרוביץ'**, **מבחני אלכסנדרוביץ'**. התנאי השני הוא קביעת נורמה וקביעת נורמה היא שינוי המשפט הנוהג במדינה(מעריך הזכויות והחובות).
3. כללית- חלה על ציבור בלתי מסוים.

שני מבחנים :

הראשון אומר שהתקנה קובעת נורמה, מה זה נורמה? שינוי מערך הזכויות והחובות של האזרחים אבל זה לא מספיק שיש נורמה, היא צריכה להיות כללית, מה זה כללית? זה המבחן השלישי שתחולת הנורמה היא על ציבור בלתי מסוים.

הפס"ד מדבר על סימון סחורות, המכס לא יכול לפתוח מיליוני ארגזים ולחפש איזה סחורות יש שם.. הוא מפרסם סימני מסחר ואומר לכל יבואן את הדבר הבא: אתה מביא סחורה לישראל אתה חייב סמן לפי הטבלה אם זה מוצרי מזון יש סימן מסוים אם זה זיקוקים מסין אז יש סימן אחר. הסימנים קובעים את גובה המכס. האם רשימת סימני המסחר היא מאת רשות? המכס הא רשות והוא מפרסם רשימה של סימני המסחר אז היסוד הזה מתקיים. האם זה לפי חוק? החוק קבע שתפרסם רשימה של סימני מסחר. האם זאת נורמה? מה אנחנו צריכים לשאול? האם עכשיו אני צריך להתנהג אחרת האם השתנה המשפט הנוהג במדינה? כל מי שרוצה עכשיו להביא סחורה חייב לסמן אותה ע"פ הרשימה לכן השתנה המשפט הנוהג במדינה וגם מערך הזכויות והחובות. אתה צריך להתנהג בדרך מסוימת, לא עשית את זה אז יש סנקציות. על מי זה חל? האם מי שמייבא סחורה הוא ציבור מסוים או לא מסוים? הוא לא מסוים. נניח שהיו 5 יבואנים בכל הארץ ויודעים מי הם.. האם זה ציבור מסוים? 5 יבואנים האלה וכל מי שרוצה להיות יבואן בעתיד.. מי זה אותו ציבור שירצה להיות יבואן בעתיד? כל ציבור ישראל לצורך העניין. אז זאת תקנה.

דוגמא לציבור מסוים: צו שמופנה ל-5 מפעלים מזהמים בקישון, הצו מופנה לאותם 5, זה ציבור מסוים- צו אינדוידואלי כי הוא מופנה לאדם עם שם וכו'.., הבלתי מסוים אם הצו היה אומר כך: בסיבית הקישון אסור להזרים חומר שנניח נקרא לו כמות מסוימת של כספית, האם זה מסוים או לא? לא. כי כל מי שיקים מפעל באזור הקישון יחול עליו הצו הזה. מי זה אותו מישהו? אנחנו לא יודעים זה יכול להיות כולם.

נחיל את העניין על תקנון הבורסה: נורמה: אם התקנון קובע כי חייב שיהיה לך הון מסוים ואתה חייב לעמוד בעוד דרישות ומי שלא עומד לא יכול להירשם למסחר ואם נרשמת והפסקת לעמוד עכשיו בתנאים אפשר למחוק אותך מהמסחר, האם זאת נורמה? האם זה משנה את המשפט הנוהג במדינה? אחרי שהבורסה קובעת תקנון אתה לא יכול לסחור בניירות ערך אם אתה לא עומד בתנאים מסוימים אתה חייב להעמיד את החברה שלך עכשיו לתנאי הבורסה ובלי התנאים האלה לא תוכל לגייס כסף מהציבור.

על המבחנים האלה היו לנו 3 מבחנים קובעים שההצטרפות שלהם והם צריכים להתקיים ואם הם מתקיימים אז מדובר בתקנה. יש עוד **מבחן עזר אחד**- הוא לא (4), **מעורבות של גופים שלטוניים מובהקים בקביעת הכלל**: הוא בא לעזור לנו בכל אותם גופים שהם לא רשות קלאסית. למשל חברת החשמל שברוב התחומים היא לא רשות. מתי ארצה לראות בגופים הפרטיים האלה רשות ולראות בכל הכללים שאותו גוף קבע כתקנה, אחד המבחנים שעוזרים מחזקים את המבחנים האחרים זה מעורבות של גופים שלטוניים מובהקים אם חברת החשמל קובעת כללים מסוימים כלשהם ורק היא קובעת אותם ואין מעורבות של גוף שלטוני כלשהו? האם מדובר בתקנות? במבט ראשון לא, זה כללים שקבעה חברת חשמל ולא מעורב בו גוף שלטוני אחר והם קובעים איך החברה רוצה להתנהל.. בבורסה לניירות ערך אנו רואים שהגוף לא עובד לבד הוא צריך להתייעץ עם הרשות לניירות ערך והוא צריך את אישור שר האוצר.. אז כל עוד שזה היה רק הבורסה אז הייתי יכול להתלבט לא בטוח רשות לא בטוח תקנות אבל אם אני רואה שתקנון הבורסה רשות שלטונית מובהקת שהיא הרשות לניירות ערך עוברת עליו ותייעץ

לגביו ושר האוצר שהוא גוף שלטוני מובהק צריך לאשר אותו אז זה כבר לא תקנון של חברה פרטית זה מבחן עוזר האומר שהתקנון הזה לא לא של חברה פרטית רגילה אלא יש פה משהו מעבר והמעבר שיש פה הפרטה לבורסה של סמכות להתקין תקנות.

הסמכות להתקין תקנות - סוגי התקנות

סוגי תקנות:

(1) "תקנות ביצוע" - יש חוק הוא קובע את ההסדרים הראשוניים, עקרונות להפעלת הסמכות, אמות מידה, קריטריונים ומשאיר מקום לתקנות שאמורות לקבוע אל מול הסדר ראשוני שיהיה להם הסדרים משניים, פרוצדורות לאיך מבצעים את החוק. שר הביטחון וספורטאים מצטיינים מה תיחשב תקנת ביצוע של שר הביטחון? מועמד לשירות ביטחון שמעונין לקבל מעמד של ספורטאי מצטיין ימלא טופס 35 שזה טופס בקשה להכרה במעמד של ספורטאי מצטיין, בטופס הוא צריך להחתים את איגוד הספורט, צריך שם חוות דעת של המאמן האישי שלו כל מיני דברים שצריך להכניס לטופס וזה נקבע בתקנות אלו הם תקנות ביצוע קלאסיות, הן עוסקות באיך מבצעים את החוק לפעמים צריך לצרף כל מיני דברים לבקשות האלה והכל יקבע בתקנות הביצוע. תקנות ביצוע אין איתם בעיה, יש פחות בעיה עם העקרונות החוקתיים איזה עיקרון חוקתי אנחנו מתחילים לכרסם בו שאנחנו עוסקים בתקנות בכלל? הפרדת הרשויות, הכנסת אמורה לחוקק והרשות המבצעת אמורה לבצע ועצם זה שנתנו לה לחוקק זה כבר סטייה מעיקרון הפרדת הרשויות. למה פה הסטייה היא קטנה? פה המחוקק מחוקק את כל ההסדרים הראשוניים ומה שהרשות המבצעת עושה זה מה שהיא בדרך כלל עושה היא פועלת לביצוע, אומנם זה חוק, אומנם זה כמו חוק אבל זה רק ההיבט הביצועי של החוק ואז הכרסום בהפרדת הרשויות הוא יותר קטן. כל עוד שזה תקנות ביצוע זו תופעה מוכרת, רגילה שאין לנו איתה יותר מידי בעיה. איפה כתוב ששר יכול להתקין תקנות ביצוע = <= **סעיף מקובל בכל חוק שנותן סמכות לשר או לגוף אחר שהשר מפקח עליו בדרך כלל זה נמצא בסוף החוק ויש סעיף שאומר שר זה זה ממונה על ביצוע החוק והוא רשאי להתקין תקנות לביצועו.** כל חוק שמעניק תפקיד שלטוני ממנה שר כממונה על ביצוע החוק ובמקרים רבים מסמיך אותו להתקין תקנות לביצוע החוק. נניח שחוק מסוים שכח לציין את המילים והשר רשאי להתקין תקנות לביצועו כל מה שהסעיף אומר שהשר ממונה על סעיף החוק והוא שותק לגבי להתקין תקנות, למה אי אפשר להפעיל סעיף 32 כדי להתקין תקנות? ההגבלה הראשונה שהחילה הפסיקה על סעיף 32 הסמכות שהממשלה רוצה להפעיל צריכה להיות במתחם התפקיד הטבעי של הרשות המבצעת, מתחם התפקיד הטבעי הוא לא ענייני חקיקה אלא אם כן אנחנו נגיד שחקיקת ביצוע זה גם סוג של ביצוע ולא חקיקה. מה עושים שלא כתוב שהשר רשאי להתקין תקנות בחוק מסוים יש סמכות סל וזה טוב לכל השרים בכל החוקים, סעיף 37 לחוק יסוד הממשלה והחוק פשוט פותר לנו את כל הבעיה של החוקים הספציפיים. כל שר הממונה על ביצוע החוק רשאי להתקין תקנות לביצועו. קודם כל הולכים לסעיפים ההסמכה הספציפיים ורואים מה החוק הסמיך אותו להתקין אם אין לנו בחוק הספציפי כלום יש לנו את סמכות השר ואז אם השר ממונה על ביצוע של החוק אז יש לו כבר סמכות להתקין תקנות לביצועו של אותו חוק וזה פותר לנו את הבעיה של סמכות להתקין תקנות ביצוע. איפה מתחילה הבעיה? כשהתקנה שהשר התקין היא לא נטו ביצוע דוגמא: פס"ד פרי העמק - שם דובר באגודות שיתופיות והפקודה לא מדברת על האפשרות של הרמת מסך של האגודה וחייב הרמת מסך של התאגיד וחייב הטלת החוב על החבר הפרטי באגודה. השר התקין תקנות לביצועו של לכאורה הפקודה ומה אומרת התקנה 2(א) שעכשיו אפשר בהסכמה של רוב מסוים באסיפה הכללית של האגודה להרים את המסך ולהטיל את החובות על החברים הפרטיים באותה אגודה שיתופית. איזה ביצוע אם אני יוצר פה הסדר חדש שלא קיים בפקודה הסדר שפוגע בזכויות הקניין של החברים באגודה השיתופית שזה סממן לעיקרון, אמת מידה, זה לא סתם פרוצדורה והליכים, זה הסדר ראשוני קלאסי שלא קיים בפקודה ואני מנסה להחיל אותו בתקנות ואז אם השר מה היה בפקודת האגודות השיתופיות? הייתה הסמכה לשר להתקין תקנות לשם גישום (הגשמה) הפקודה, ביצוע הפקודה, מימוש הפקודה פורש בבית המשפט גישום זה ביצוע אפשר היה ללכת לשונית ולנסות להרחיב את הרעיון של מה זה לשם גישום הפקודה, פרשנות בית המשפט זה תקנות ביצוע. מה הפקודה הסמיכה את השר לעשות? להתקין תקנות לשם ביצוע הפקודה. מה הוא מתיימר לעשות? להמציא הסדר ראשוני חדש שלא קבוע בפקודה ופוגע בזכויות הקניין של חברי האגודה ואת זה אי אפשר לעשות באמצעות תקנות ביצוע. לכל שר יש סמכות כזאת אבל היא מאוד מוגבלת למשהו ביצועי.

2) אם זה לא תקנות ביצוע אז מה זה תקנות שקובעות הסדרים ראשוניים בפני עצמם? כמו תקנה 2(א) כזאת אלו הם תקנות "תקנות מחוץ לחוק" = מוסיפות לו הסדרים ראשוניים שאין בחוק, הן לא רק מבצעות את מה שבתוך החוק הן נכנסות לתחום שהוא מחוץ לחוק ומוסיפות לשם הסדרים ראשוניים. מה עושים עם תקנות כאלה? מתי כן תהיה הסמכה להתקין תקנות כאלה? פה נקבע כלל הסדרים ראשוניים מיוחד לתקנות: חזקה שהמחוקק הראשי לא התכוון להסמיך את מחוקק המשנה זה יכול להיות שר, מועצה של עירייה שמתקינה חוק עירוני, (גורם ברשות המבצעת) לקבוע הסדרים ראשוניים בתקנות. חזקה שהוא לא התכוון להסמיך אז חזקה שאין לשר סמכות להתקין תקנות מחוץ לחוק, איך אפשר לסתור את החזקה הזאת? כוונה מפורשת, יש פה חזקה עקרונית נגד הסמכה ואם הוא רוצה לסתור אותה הוא צריך להגיד במפורש שהשר רשאי להתקין תקנות שקובעות הסדרים ראשוניים. דוגמאות אין ניתן לסתור את החזקה הזאת נגד הסמכה של הרשות המבצעת לקבוע בתקנות הסדרים ראשוניים פס"ד שניסי – צו היהלומים מופיע גם בחומר של העבודה. זה דוגמא לאיך סותרים את החזקה. חוק הפיקוח על מוצרים ושירותים שמדבר שהשר יסדיר בצו עיצורו של מצרך ובמקרה הזה המצרך היה היהלומים, החוק קובע שהשר יסדיר בצו עיצורו של מצרך. למה התכוון המחוקק פה? השר כך קבע המפקח שייתן רישיונות לעיסוק ביהלומים זו דוגמא שהמחוקק סותר את החזקה לגבי תקנות מחוץ לחוק כי אם לא היה סעיף כזה והשר היה מתקין את צו היהלומים ונניח קובע הסדרים ראשוניים בשוק היהלומים היינו שואלים אותו מכוח מה הסמכות? היינו אומרים לו שרישיון לעיסוק ביהלומים זה הסדר משני או ראשוני? זה עיקרון שכל מי שרוצה לעסוק ביהלומים חייב רישיון, זה פוגע בחופש העיסוק זה לא רק עניין טכני פרוצדורלי, אם זה לא קבוע בחוק זה הסדר ראשוני שהצו קובע השר היה מנסה להגיד יש לי סמכות מכוח סעיף 37 אבל מה סעיף 37 נותן רק? תקנות ביצוע וזה לא ביצוע אתה קבעת עיקרון חדש בתחום של עיסוק ביהלומים שכל מי שרוצה לעסוק צריך רישיון והוא צריך לפנות למפקח לקבל רישיון ואנחנו בתקנות מחוץ לחוק, קובעת הסדרים ראשוניים. המחוקק נתן לשר את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים בצו ובמקרה שלנו מדובר בסמכות חקיקתית. פס"ד יקותיאל – הנחות מארנונה, שר הפנים מתקין תקנות שקובעות קריטריונים למתן פטור או הנחה מארנונה, אנחנו רוצים לשאול את עצמנו האם יש לו סמכות להתקין תקנות כאלה? קודם כל, האם זה בכלל תקנות אנחנו צריכים להחיל את המבחן המשולש ולהגיע למסקנה אם זה תקנות או לא. מנסים לבסס את הסמכות להתקין את אותם תקנות בא השר ואומר יש לי סמכות כללית יש לי את סמכות הסל בסעיף 37 האם הוא צודק? הוא קבע את ההסדר הראשוני מי יקבל הנחה מארנונה ומי לא, זה לא קבוע בחוק ולכן זה הסדר ראשוני, זה תקנות מחוץ לחוק. הסמכות הזאת לא תעזור לו, ואז אנחנו מגיעים לתקנות מחוץ לחוק מה הכלל שחל? כלל ההסדרים הראשוניים ביחס לתקנות חזקה שהמחוקק לא הסמיך אותו, החוק אומר שר הפנים יקבע בתקנות כללים למתן הנחה מארנונה מה זה כללים? זה את ההסדרים הראשוניים המחוקק הסמיך אותו במפורש לקבוע את ההסדרים הראשוניים בתחום של הנחה מארנונה החזקה נגד ההסמכה נסותרת במפורש בחוק. זה שתי דוגמאות לסתירת החזקה נגד הסמכת הרשות המבצעת באופן מפורש ולכן הוא מוסמך. אתה מתחיל עם שאלה ואתה לא מכריע בה אתה בודק את כל האפשרויות האם התקנות שהסדיר השר הם בכלל תקנות, אם לא אז כל הבעיות מתמוססות אז בודקים אם הן בכלל תקנות ואז שואלים אם הם תקנות ביצוע אם הן תקנות ביצוע בלבד אז יש לו סמכות כללית. בהנחה שיקבע שהן לא תקנות ביצוע אז הן תקנות מחוץ לחוק. מה ההבדל בין כלל ההסדרים הראשוניים שעוסק בתקנות לבין כלל ההסדרים הראשוניים שלמדנו בסמסטר א' שעוסק בכל החלטה מנהלית? כשמדובר בהחלטה מנהלית כמו ההחלטה של שר הביטחון לפטור את בחורי הישיבות משירות בצבא, שם חל כלל ההסדרים הראשוניים הרגיל שדורש שההחלטה תהיה עקרונית, מהותית, גורלית ברמה הלאומית רק על החלטות חשובות חל כלל ההסדרים הרגיל. כל הדבר הזה לא נדרש בתקנות, מדוע כלל ההסדרים הראשוניים הרגיל עוסק במקרים גורליים וכלל ההסדרים הראשוניים של תקנות עוסק בכל תקנה גם אם היא לא עקרונית? עצם זה שהסמכנו מישהו להתקין הסדרים ראשוניים זה כבר סותר עקרונות חוקתיים, כל תקנה שקובעת הסדרים ראשוניים היא פוגעת בהפרדת הרשויות, היא בעייתית. הרשות המבצעת מחוקקת הסדרים ראשוניים ואז אנחנו מחילים את כלל ההסדרים על כל התקנות מחוץ לחוק גם אם הן חשובות וגם אם הן לא חשובות כי כל תקנה מחוץ לחוק היא בעייתית לנו חוקתית היא פוגעת בהפרדת הרשויות, הרשות המבצעת מחוקקת הסדרים ראשוניים. אי אפשר היה לחיות עם חזקה מוחלטת שאומרת אף פעם אסור להתקין תקנות מחוץ לחוק שקובעות הסדרים ראשוניים כי זה היה מטיל על הכנסת לחוק כל דבר בכל תחום, המחוקק לא מסוגל לדאוג לכל התחומים ואז מה הוא עושה? יש תחומים שהוא לא קובע בהם את ההסדרים הראשוניים והוא מעביר את זה לרשות המבצעת.

3) תקנות בניגוד לחוק- מצב שהמחוקק מסמיך לשנות את החוקים שהוא קבע למשל תקנות שעת חירום. המחוקק מסמיך את הרשות המבצעת לשנות בתקנות את החוקים שלו עצמו, או לזמן קבוע כמו בתקנות שעת חירום או בהוראה. בפקודת האגודות השיתופיות הייתה סמכות לשר לפתור אגודה שיתופית מתכולת הוראות

הפקודה. השר יכול בהחלטה של הרשות המבצעת לבטל חוק של הכנסת, אומר לנו ברק בפס"ד פרי העמק שהתופעה הזאת היא תופעה בעייתית מאוד בחברה דמוקרטית- למה? אנחנו פועלים על פי עיקרון של הפירמידות שהכנסת עליונה על הרשות המבצעת ואנחנו בחרנו את הכנסת לחוקק ופה מה עושה הכנסת? היא מתפרקת מהאחריות שלה ונותנת סמכות לרשות המבצעת לשנות את חוקי הכנסת. כל התופעה שהמחוקק נותן רשות לרשות המבצעת להתעלם מהחוקים שלו זה דבר בעייתי, אתה רוצה להכניס חריג לחוק תכניס. כשאתה נתקל בתופעה כזאת בחוק שהחוק מסמיך את הרשות המבצעת להתעלם מהחוק זה מצב בעייתי זה פוגע בעליונות החוק, בעליונות הפרלמנט על הרשות המבצעת אז דבר ראשון תפרש את זה בצמצום כדי שישאר מהמוסד הזה כמה שפחות כלומר אתה בתור שופט תן לזה פרשנות שתחסל את המוסד הזה של תקנות בניגוד לחוק ורק אם אין ברירה תשאיר מזה משהו קטן. נראה את האפשרות של השר להשתמש במסלול הזה, פקודת האגודות השיתופיות אומרת אתה יכול לפתור בצו שמהווה תקנה אגודות שיתופיות מהוראות הפקודה אתה יכול לשנות את הפקודה בתקנה שלך האם זה נותן לו את הכוח, את הסמכות להכניס את המנגנון הזה של הרמת מסך והטלת החוב על חברי האגודה? אנחנו נפרש את זה כמה שיותר בצמצום כי התופעה בעייתית במדינה דמוקרטית, מה הכוח שלך? לגרוע מהוראות הפקודה יש הוראה בפקודה אתה לא תחיל אותה על אגודה שיתופית מסוימת אבל אתה לא יכול להשתמש בזה בשביל להוסיף להוראות הפקודה מה שאין בה. מה מנסה לעשות תקנה 2(א) מנגנון הרמת המסך היא מנסה להכניס משהו שאין בפקודה, מנסה להוסיף לפקודה מה שאין בה ואת זה אתה לא יכול לעשות עם תקנות בניגוד לחוק.

האפשרות להפעיל בחוק בהיעדר תקנות- ירד מהמבחן

הנחיות מנהליות, נושא חדש,

הנחיות מנהליות היא תופעה מאוד נפוצה, כמעט כל רשות קובעת הנחיות, יש 2 סוגים עיקריים "הנחיות עצמיות" ו"הנחיות היררכיות".

"הנחיות עצמיות"- הרשות מנחה את עצמה. הרשות כותבת לעצמה ואומרת במקרים כאלה וכאלה אני נוהגת כך אף אחד לא הורה לה את זה מגבוה, היא עבור עצמה כתבה את ההנחיות האלה שכך היא פועלת זו המדיניות שלה.

"הנחיות היררכיות"- זה ירד מלמעלה למטה, הנחיות מהשר אל הפקידים. קוראים לזה חוזר מנכ"ל אבל זה הנחיות של השר לפקידות של המשרד, המנכ"ל אין לו סמכות להנחות בכלום השר יש לו סמכות להנחות והוא ממונה על ביצוע החוק. התפקיד של להיות ממונה על ביצוע החוק זה לפקד על הפעלת הסמכויות במסגרת החוק ואם הוא רואה שהדברים לא מתנהלים כפי שראוי שהם יתנהלו אז הוא מוציא הנחיות כאלה היררכיות כלפי מטה כדי שכולם יתיישרו על מדיניות אחידה. אם הממשלה אצלה לשר את הסמכות השיורית שלה כל מי שמאציל חייב לפקח על הנאצל אז במסגרת האצילה הממשלה יכולה לצרף הנחיות לשר כיצד להפעיל את הסמכות זה רק במקרה ספציפי שאני עכשיו יגדיר אותו שבכל אצילה אחרי האצילה מי נשאר מוסמך? שני הגורמים, מי אחראי? המאציל לעולם אחראי על הכל גם אם הוא מאציל למישהו הוא אחראי כי הוא מי שהחוק מינה אותו למלא את התפקיד ואז אם אני אחראי ואני מאציל למישהו את הסמכות יש עלי חובה לפקח עליו ובמקרים מסוימים לבטל את האצילה שהמצב לא מתנהל כמו שצריך. איך אני אפקח עליו? אני אוריד הנחיות היררכיות מהמאציל. שאני מפריט סמכות אני מאציל לגוף פרטי מי שאחראי על התפקיד הציבורי שהופרט זה המאציל מי שקיבל את התפקיד בחוק, הוא חייב לשמר מנגנוני פיקוח. עוד דוגמא להנחיות היררכיות רשות מקרקעי ישראל על מועצת מקרקעי ישראל, מועצת מקרקעי ישראל היררכית היא נמצאת מעל מנהל מקרקעי ישראל החלטה 450 שאלה שיכולה להתערער האם זה תקנה? אפשר להעלות טענה שההחלטה היא בעצם תקנה, מה שמבדיל הנחיות מתקנות זה המבחן של הנורמה, האם הייתה כוונה לשנות את המשפט הנוהג במדינה ולקבוע נורמה? כאשר החלטות מועצת מקרקעי ישראל הן לא דבר קדוש אפשר לסטות מהן, ככלל צריך לעשות משהו בנייהול מקרקעי ישראל אבל במקרים מסוימים ניתן לסטות מזה וזה אומר שההחלטות האלה הן לא תקנות כי הן לא קובעות נורמה אז מה הן אם הן לא תקנות? הנחיות היררכיות שיורדות מהגוף העליון ממועצת מקרקעי ישראל למנהל מקרקעי

ישראל ומה אומרות ההנחיות? כשאתה בא לנהל את מקרקעי ישראל בדרך כלל תפעל כך אלא אם כן אתה נתקל במקרה מיוחד שמצדיק סטייה מההנחיות שלי באותה החלטה. כלומר ההחלטה מלכתחילה לא מתכוונת לחול תמיד ולשנות את המשפט הנוהג במדינה, היא מתכוונת לחול בדרך כלל אלא אם כן יש מקרה מיוחד שמצדיק סטייה ולכן זו הנחיה ולא תקנה. **הנחיות היררכיות** - הנחיות מהשר אל הפקידים או בשמו האחר "חוזר מנכ"ל". בכל מקרה של אצילה, שבו ישנו מאציל ונאצל מי שנותר מוסמך הינם שני הגורמים, המאציל הינו לעולם אחראי על הכל היות והחוק מינה אותו לתפקיד. במקרה של אצילה יש למאציל חובה לפקח ובמקרה אף אם דרוש לבטלה. גם בעת הפרטה אנו מאצילים לגוף פרטי, לכן האחראי לתפקיד הציבורי הינו המאציל, מי שקיבל את התפקיד בחוק ועל כן הוא חייב לפקח באמצעות מנגנוני פיקוח. שכן ההנחיות מהוות כלי לפיקוח בידי המאציל. עוד דוגמא להנחיות היררכיות הינה מועצת מקרקעי ישראל שכן תחתיה ישנו מנהל מקרקעי ישראל, שכן ההבחנה בין הנחיות לתקנות הינה הנורמה כאשר השאלה המרכזית הינה האם הייתה כוונה לשנות את נורמה. על כן ההחלטות שמן המועצה אל המנהל אינן תקנות כי אינן באות לשנות נורמה, על כן הן הנחיות. **ההחלטה מלכתחילה לא מתכוונת לחול תמיד ולשנות את המשפט הנוהג במדינה אלא לחול בד"כ אלא אם כן ישנו**

מקרה מיוחד המצדיק סטייה ולכן זו הנחיה ולא תקנה.

דוגמאות: בתקופת הבחינות כותבים צ'ק ליסט אם עלית על הנקודה צברת 5 נקודות, הצ'ק ליסט תמיד מתחיל הרבה מעל 100 כלומר אתה יכול לפספס נקודות ולקבל 100 אבל בנקודות שכתבת הן צריכות להיות מנותחות ברמה עם כל המבחנים והיישום. שני מצבים המרצה מלמד קורס בחירה וכותב צ'ק ליסט למבחן שהוא בודק אותו אופציה שניה היא בקורס במשפט מנהלי המרצה כותב את הצ'ק ליסט והוא אומר לבודקים לבדוק לפי הצ'ק ליסט. הנחיה עצמית זה הבדק שבודק לפי הצ'ק ליסט, אם הוא כותב צ'ק ליסט ומוריד למתרגלים זה הנחיות היררכיות כי זה יורד מלמעלה כלפי מטה ולא מי שמפעיל את הסמכות זה הבדק לא הוא קבע את ההנחיות אלא מי שמפקח.

הנחיות מנהליות:

(1) **הנחיות עצמאיות** - הרשות המנהליות מנחה את עצמה.

(2) **הנחיות היררכיות** - גורם מפקח בארגון המנהלי או שר כלפי הפקיד או מי שהאציל סמכות כלפי הנאצלאו מועצה של ארגון מנהלי כלפי הגוף שהוא ברשות המבצעת של אותו גוף ונתנו את הדוגמא ופה עצרנו של הצ'ק ליסט. הנחיות מבטיחות את השוויון, את האחידות בהפעלת הסמכות אם אין לך הנחיות ואתה פועל בשלוף זה אף פעם לא יהיה אחיד ואף פעם לא יבטיח שוויון ולכן קביעת הנחיות זה דבר שעוזר מאוד, גם הנחיות עצמאיות, זה חוסך הרבה מאוד מהתהליך של קבלת ההחלטה. יעילות של המערכת מקל על הפעלת הסמכות אבל הדבר הזה יש לו גם חסרונות מבחינת האזרח, חסרון מבחינת האזרח שיש לפניו רשות שהיא פעולת על אוטומט המקרה הפרטי שלו הולך לאיבוד באוטומציה הזאת הוא מקבל תשובות לאקוניות לא עמדת בקריטריון 3, אין עם מי לדבר. מה היתרון? זה מבטיח לו שוויון ביחס, שקיפות, אחידות והרבה פעמים אתה בצד הטוב של ההנחיות כלומר אם אתה נופל ואתה כן עומד בקריטריונים אז תקבל הרבה יותר מהר. אם שיקול הדעת היה פגום בעיצוב ההנחיות אז אני יכול לתקוף אותן ולבטל את ההנחיות עצמן, אני יכול לפקח באמצעות בתי המשפט על הדרך שבה מניחים את ההנחיות. אני יכול לבדוק אם הפקיד פועל על פי המדיניות שאני הכתבתי או לא, אם יש הנחיות מאוד ברורות והפקיד סוטה מהנחיות אז הוא לא מקיים את המדיניות שאני הדרג הפוליטי קבעתי. עוד יתרון שיש לאזרח גם בפניה לבג"ץ הפניה יכולה להיות יותר קלה לבג"ץ או לביהמ"ש שאוכף את ההנחיות כי ברגע שיש הנחיות מפורסמות, גלויות ואני עומד בהנחיות עצם זה שלא נתנו לי זה

ראשית הוכחה של פגם מנהלי כלומר אם אני עומד בקריטריונים של ההנחיות ולא נתנו לי זה כבר יאפשר לי לפנות לבג"ץ, אני צריך להראות בסיס לעתירה, אני פוגש שופט אחד והוא צריך לתת צו על תנאי לחייב את המדינה להשיב לעתירה-שלב מקדים שבדקים אם יש בסיס לעתירה ובשלב הזה אני צריך להראות איזה שהוא פגם מנהלי וקשה להוכיח כבר בשלב הראשוני הזה את הפגם, כשיש הנחיות ואני עומד בקריטריונים ולא נתנו לי אוטומטית הוכחתי שלכאורה יש פגם באיך שהרשות פעלה למרות שאני עומד בהנחיות היא לא נתנה לי אז קל לקבל את הצו על תנאי, לסתור את חזקת הכשרות. שהרשות פועלת חזקה שכל מה שהיא עושה כשר וחוקי וכל מי שרוצה לכרסם בזה הנטל עליו, אם הראיתי שעל פי ההנחיות אני זכאי ולא קיבלתי זה אוטומטית יותר את חזקת הכשרות.

יש הרבה יתרונות למוסד הזה אבל יש גם חשש והחשש המרכזי הוא:

1) מהקשחת ההנחיות זהו האיסור להקשיח- הנחיה משמעותה בדרך כלל תנהג ככה, שאני מנחה מישהו אני אומר לך בדרך כלל תנהג כך אבל גם אם יש צ'ק ליסט ואתה רואה שיש לך סטודנט מצטיין והצ'ק ליסט מוביל אותו ל60 אתה יכול לסטות מהצ'ק ליסט. בכל הנחיות נשאר אלמנט של שיקול דעת. = החובה לשקול סטייה מהנחיות. עקרון משפטי שנובע מעקרונות המשפט המנהלי. למה אסור להקשיח הנחיות? אם קבעתי הנחיות הקשחתי אותם אני בעצם לא שוקל את המקרים החריגים מה הבעיה פה מבחינת המשפט המנהלי? קודם כל צריך להבין מה בכלל הבסיס של הסמכות לקבוע הנחיות? החוק יכול רוב ההנחיות הסמכות להוציא אותן לא קבועה בחוק בדרך כלל לא ובתקנות אנחנו יודעים שהכול קבוע בחוק כי מה היסוד של הגדרת תקנה? מאת כל רשות לפי חוק, אז תקנה המקור שלה חייב להיות בחוק והסמכות חייבת להיות בחוק בהנחיות יכול להיות שהחוק יסמך אותך להוציא הנחיות אבל ברוב המקרים החוק מתעלם אז אם החוק שותק מכוח מה אתה יכול להוציא הנחיות? עיקרון החוקיות אומר שכל מי שרוצה לעשות משהו רשות שלטונית שרוצה לעשות משהו חייבת להישען על הסמכה בחוק במפורש או במשתמע.

סמכויות עזר- הם לא מפורשות בחוק אבל הן נלמדות במשתמע מהחוק כי אלה סמכויות שעוזרות לי למלא את התפקיד הראשי שהוטל עלי במפורש בחוק. האם הנחיות עוזרות לרשות לנהל את התפקיד הראשי? גם הנחיות עצמאיות עוזרות לרשות למלא את התפקיד הראשי כי בלי הנחיות זה כל פעם להתחיל את התהליך של החשיבה איך להפעיל את הסמכות, לעומת זאת שיש לי הנחיות עצמאיות כמו צ'ק ליסט אני יודע איך אני בודק בחינה, מנקד ויש לי תוצאה לבחינה אם הייתי צריך כל פעם להתחיל מחדש איך אני בודק בחינה התהליך היה אין סופי. פה החשיבות זה בעובדה שזה מסייע לי בהפעלת הסמכות ובהנחיות היררכיות איך זה עוזר ליי? אם אני השר ממונה על ביצוע החוק איך להוציא הנחיות עוזר לי להיות ממונה על ביצוע החוק? התפקיד הזה של להיות ממונה על ביצוע החוק או להיות מאציל שהאציל סמכות לנאצל או להיות מישהו מועצה שקובעת מדיניות לגוף מנהל כל התפקידים האלה כרוכים בפיקוח, להיות מועצת מקרקעי ישראל שקובעת מדיניות זה לפקח על המנהל שמגשים את המדיניות הזאת. איך אפשר לפקח על מישהו? אחד הכלים שעוזרים ולכן זו סמכות עזר שנלמדת במשתמע מן החוק זה להוריד הנחיות היררכיות לגוף שעליו אני מפקח. כך אתה אמור לנהוג במקרים כאלה וכאלה בהתאם למדיניות שלי.

אסור להקשיח הנחיות:

(א) **הנחיות קשיחות = תקנות-** אם הקשחתי הנחיות ואני לא בודק את המקרים החריגים למעשה מה שקבעתי הוא כמו תקנה ואיפה תהיה הבעיה עם זה שקבעתי הנחיות שהקשחתי אותן כמו תקנות, לא הייתה לי סמכות בחוק לקבוע הנחיות וקבעתי אותן במשתמע (אין סמכות להתקין תקנות במשתמע? מה חייבים לגבי תקנות ולא בטוח שיתקיים פה? לפרסם ברשומות, מי אמר שפרסמת את ההנחיות ברשומות? לא בטוח שיש לך סמכות מפורשת להתקין תקנות ולא בטוח האם פרסם ברשומות. אם הקשחת את ההנחיות זה למעשה הנחיות ואז יש לך חובה לפרסום אותם ברשומות).

(ב) **איסור כבילת שיקול דעת-** אנחנו יוצאים מנקודת הנחה יש שני סוגים של סמכויות רוב הסמכויות שקבועות בחוק הם סמכויות עם שיקול דעת ויש חלק מסוים של סמכויות שהם סמכויות חובה אתה חייב לעשות כך וכך ואין לך שיקול דעת. מכיוון שרוב הסמכויות הם עם שיקול דעת אנחנו נתייחס לעניין הזה, מזה אומר שנתנו לך סמכות עם שיקול דעת מה המחוקק רוצה ממך? שבכל מקרה ומקרה אתה תפעיל את שיקול הדעת שהוא מסר לך בחוק כדי להחליט האם טובת הציבור מחייבת את הפעלת הסמכות או אי הפעלת הסמכות במקרה מסוים. המחוקק לא יכול לצפות את כל המקרים ומה יהיה לטובת הציבור ומה לא יהיה לטובת הציבור ואז הוא נותן לך סמכות למשל לתת רישיון להחזיק נשק, אם זה אדם שיש לו ליקוי נפשי זה מנוגד לטובת הציבור שהוא יחזיק נשק ברישיון אז מה אומר לך המחוקק? תפעיל שיקול דעת, אתה תבדוק כל מקרה ומקרה ותחליט אם אותו אדם ראוי להחזיק כלי נשק ורישיון, אם זה אדם שהורשע בעבירות אלימות בתוך המשפחה אז אולי מסוכן לתת לו כלי נשק ואתה תפעיל את שיקול הדעת בשביל שתתקבל החלטה לטובת הציבור. הממונה על הגבלים עסקיים בעניין הגז זה יפה שהוא רוצה לטפל במונופול אבל אם

הטיפול במונופול יביא לכך שפיתוח מאגר ליווי ידחה ב-20 שנה זה משהו שיכול להיות שצריך לקחת בחשבון ולשקול אותו ולכן אי אפשר להכתיב מראש את כל המקרים משאירים את שיקול הדעת לרשות המנהלית. עכשיו מזה הנחיות קשיחות, אסור לך אם המחוקק נתן לך שיקול דעת אסור לך לכבול אותו ואסור לך להגיד אני לא יפעיל אותו אף פעם כי זה לא שלך זה משהו שהמחוקק העניק לך ואתה מחויב להפעיל ולשקול, אסור לך לכבול את זה ולהתחייב לא להפעיל את שיקול הדעת. למה כשאתה מוציא הנחיות קשיחות אתה כובל את שיקול הדעת של המחוקק? יבואו אליך מקרים שמה המחוקק רצה בחוק? שבכל מקרה ומקרה תפעיל שיקול דעת עצמאי, תבחן את טובת הציבור ותקבל החלטה מה אתה עושה? יש לי הנחיות, ככה זה! זה אומר שלקחת את שיקול הדעת של המחוקק וכבלת אותו אתה כבר קשרת אותו לאיזה שהם הנחיות ואתה לא מפעיל אותו את זה אסור לך לעשות לכן יש פה איסור של כבילת שיקול דעת. הממונה על הגבלים עסקיים לא חייב לפרק מונופול הוא רשאי לשקול אם לפרק מונופול מסוים ובאיזה דרך, הוא לא חייב שלא לאשר מיזוג בין חברות בשוק מסוים יש לו אפשרות לבחון האם המיזוג הזה מאיים על התחרות באותו שוק. דוגמא לכבילת שיקול דעת: חוזה שהרשות עושה, הרבה פעמים הצד לחוזה סעיף היציבות מה אמרו חברות השותפות של הגז? אנחנו רוצים יציבות ברגולציה שברגע שסגרנו אתכם על עסקה אתם לא תפעילו רגולציה חדשה בעתיד זה כבילת שיקול דעת כי כל רגולטור חייב לבדוק האם בעתיד הוא יצטרך להפעיל את הסמכות לטובת הציבור כאשר הרשות חותמת אתך על הסכם ואומרת אתה תבנה למשל איזה שהוא מפעל לטובת הציבור בעיר, פארק מים, תקבל פטור מארנונה אם הפטור הזה הוא לא מוגבל בזמן איפה פה כבילת שיקול הדעת? אתה לא יודע מה יהיה בעתיד, המחוקק אמר אתה תחליט בעתיד לגבי עניינים מסוימים ופה יכול להיות שהעירייה תיקלע לגירעונות ואתה פטרת גוף גדול מארנונה ללא מגבלת זמן ואז בתחילת הדרך כשרשות התחייבה בחוזה שלא להפעיל את הסמכות שלה בתי המשפט אמרו זה מנוגד לטובת הציבור, זה סעיף בטל בחוזה. אם אתה מתחייב בחוזה לא להפעיל את שיקול הדעת שלך בעתיד אז כבלת אותו לתוך חוזה, מה הפתרון? המציאו דוקטרינה שפותרת את הבעיה שנקראת **הילכת ההשתחררות מחוזה של רשות אם אתם מתקשרים בחוזה עם המדינה** והמדינה מתחייב למכור לכם את כל מסכות האבך שלהם ואת זה קבעה הפסיקה אסור למדינה לכבול בחוזה את שיקול הדעת באופן סופי כי זה מנוגד לעיקרון הזה ותמיד המדינה תוכל לשקול ולהפעיל שיקול דעת האם להשתחרר מהחוזה ולא נקבל פיצויים מלאים אם המדינה משתחררת כדין וזה לא נחשב הפרה של החוזה.

הבטחה מנהלית זה שאין צידוק להפר אותה כבר בתוך היסודות לוקחים בחשבון שטובת הציבור תחייב את המדינה להשתחרר מההבטחה שהיא נתנה. שאתה ממנה מישהו לתפקיד מה השיקולים שצריכים להנחות אותך? האם הוא מתאים לתפקיד והאם טובת הציבור מחייבת להשאיר אותו בתפקיד, אם תתחייב בפניו שלא תפטר אותו בעתיד אתה כובל את שיקול הדעת כמי שמינה אותו הרי מי שמינה יש הוראה היא מאוד ברורה כל החלטה מנהלית אפשר גם לשנות באותה הדרך אומר חוק הפרשנות סעיף 15, מינית אותו לתפקיד אתה כל הזמן צריך לעקוב אחריו ולשקול האם הגיע הזמן שתפטר אותו מהתפקיד הזה או תחליף אותו כי אם טובת הציבור מחייבת למשל הוא נהיה מעורב בשחיתות והוגש נגדו כתב אישום חמור אז שיקול הדעת שלך יחייב לפטר אותו, אתה לא יכול להבטיח לו מראש אני לא יפטר אותך בשום מקרה עד סוף הקדנציה אז כבלת את שיקול הדעת של עצמך מתי לפטר אותו. ג) זכות הטיעון במקרה הספציפי- יש עליך חובה במסגרת ההליך המנהלי לתת זכות טיעון למי שנפגע מההחלטה שאתה מקבל, ברגע שהקשחת הנחיות לא שמעת את מי שהולך להיפגע מההחלטה. גם אם שמעת לא שמעת אותו בנפש חפצה אלא אוטומט, נתת לו לשלוח איזה מכתב אבל לא קיימת שימוע מהותי, מזה אומר שיש הנחיות ואתה מעניק את זכות הטיעון? האפשרות לסטות מההנחיות, מה אתה תספר לאזרח שעומד להיפגע מההחלטה שלך שאלו הקריטריונים, מה תטען כלפי הרשות? אני מקרה מיוחד כך נממש את זכות הטיעון, הרשות תדבר על ההנחיות שלה והמדיניות שלה, הפרט יטען אין לי בעיה עם המדיניות שלך אבל אני מקרה מיוחד שמצדיק את הסטייה מההנחיות.

פס"ד הורמן- דובר על מדיניות של הועדה המקומית לתכנון ובניה להפסיק לערבב בין מגורים בתל אביב לעסקים, העירוב שימושים הזה מקשה מאוד על התושבים, יש רעש, נפגעי ריח ושכירות בשמיים זאת מדיניות, נניח שגם אם יצרתי מטרד אני לא רוצה להגביר את המטרד לתושבים עד היום נתתי היתרים למסעדות לפעול במקום שגרים בו המדיניות שלי היא לא לתת יותר היתר לעסקים שעוסקים במכירת מזון במקום שבו גרים אנשים באיזה שהוא שלב רצו לשמור על התושבים ולא לתת עוד היתרים למסעדות באותו מקום. הורמן גם פונה לבקש היתר והוא מקבל את התשובה האוטומטית על פי המדיניות שלנו לגבי עירוב שימושים אנחנו לא מעניקים היתרים למסעדות חדשות במקום שבו גרים תושבים בתל אביב. אנחנו נשמח להציע לך למשל אם היה אזורים תעשייתיים בתל אביב או אזורים כאלה של מסחר למשל בהרצליה פיתוח במקום שבו יש רק תעשייה ומסחר זה לא מפריע לאף אחד שתקום שם עוד מסעדה. הטענה של הורמן בבג"ץ אני מקרה מיוחד אני מסעדה טבעונית, אצלי אין ריחות טיגון, לא מטגנים כלום, לא בעלי חיים או מוצרים מן החי, פה יש רק סלט קינואה עם נבטים וזה לא גורם מפגעים של ריח, זה שקט, זה בריא, זה נקי למה לא לתת רישיון למסעדה כזאת ואומר ביהמ"ש באמת למה לא? אם לא נתתם לו אני מבין שאתם הקשחתם את ההנחיות שלכם ולא שקלתם את המקרה המיוחד, אין פגיעה בשוויון אם המדיניות נועדה למנוע מפגעי ריח ורעש לתושבים שכבר גרים

בעירוב שימושים הזה וזו מסעדה שלא גורמת מפגעים כאלה. **חובה לשקול סטייה זה חלק מהחובות המנהליות שלך גם אם קבעת הנחיות תבחן כל מקרה ומקרה האם מוצדק לסטות מההנחיות.** יכול להיות הטיעון של נכון שאתה מסעדה טבעונית ואנחנו שוקלים בחיוב להחריג מהחיוב מסעדות טבעוניות אבל אתה רוצה לפתוח את המסעדה בארלזורוב שם יש לנו כזה ריכוז של מסעדות שחרגנו כל כך הרבה פעמים לכל מיני מסעדות נחמדות שעוד היתרים זה כבר יהיה יותר מידי עבור התושבים ולכן למרות שהמסעדה שלך שונה הינו שוקלים לתת לך היתר במקום אחר אבל לא בארלזורוב כי שם המכסה נגמרה. שקלתי את האפשרות לחרוג, בגלל שביקשת לחרוג בארלזורוב עניתי לך למה אני לא מוכן לחרוג מהנחיות בארלזורוב.

(2) **הרשות סוטה מיוזמתה** קבעת הנחיות תעמדי בהם, את רוצה לסטות, רשות המבקשת לסטות מהנחיות חייבת הצדקה עניינית וסבירה (פס"ד בארי). האזרח פונה ואומר לא שקלתם את המקרה המיוחד שלי אני מקרה מיוחד שמצדיק סטייה ומתחיל פינג פונג אם לחרוג או לא, כאן הרשות קבעה הנחיות והיא עצמה החליטה לסטות מה יקרה במקרה השני במעמד של צו על תנאי בבג"ץ? יבוא האזרח לכאורה רשות נהנית מחוקת הכשרות האזרח צריך להוכיח פגם, יבוא האזרח וזה יכול לשחק לטובתו ויגיד על פי ההנחיות מגיע לי, על פי ההנחיות אני אמור לקבל והרשות סטתה מההנחיות שהיא עצמה קבעה מה יקרה במעמד צו התנאי? הרשות תצטרך לנמק זה אומר שהוא יקבל אוטומטית צו על תנאי שתחייב את המדינה למה היא קבעה הנחיות והיא לא עומדת בהם, היא בעצמה סוטה מהנחיות של עצמה. צו על תנאי- שמתחיל את הדיון בבג"ץ אם אתה לא מקבל צו על תנאי לא דנים בעתירה והיא נמחקת על הסף, קיבלת צו על תנאי זה יחייב את המדינה להגיש תצהיר אותה הצדקה עניינית וסבירה למה סטינו במקרה שלך. אם הרשות תיתן לך תשובה במיצי הסעדים אתה לא רץ ישר לבג"ץ קודם כל אתה פונה לרשות ואתה מבקש משהו הרשות אומרת לך לא, ויש לך זכות טיעון ותיטען בה אתם קבעתם את ההנחיות ואני עומד בהנחיות יגידו לך עדיין מוצדק לסטות בענייניך, תלך לבג"ץ וישאלו אותך למה אתה חושב שנפל פגם בהחלטה ואני יראה אלו ההנחיות, אני זכאי וזו הוכחה טובה שהרשות תצטרך לנמק למה היא סטתה במקרה שלך שלכאורה אתה זכאי ועומד בכל הקריטריונים כי מה שהוכחת פה זה פגיעה לכאורה בשוויון כי אם הרשות יש לה הנחיות והיא פועלת תמיד בדרך מסוימת פתאום דווקא במקרה שלך היא סטתה נפגע עיקרון השוויון לכאורה הוכחת פגם בפעולה של הרשות והיא צריכה לנמק למה בעיקרון השוויון המהותי לא נפל פגם כי אתה שונה, כי בעניין שלך מוצדק לסטות ולכן לא הפרתי את עיקרון השוויון ולא נפל פגם בפעולה.

פס"ד בארי - בית ספר, ההנחיות אומרות בית ספר קטן לפרק מה עושים עם התלמידים? ממזגים אותנו עם בית ספר יותר גדול. שני טעמים ביסוד ההנחיות למה לפרק בתי ספר קטנים? א. אין לנו כסף להחזיק את הבתי ספר האלה, זה לא יעיל להחזיק בית ספר כל כך קטן כי אם יש לי צוות הוראה שמלמד קצת תלמידים ההוצאות שלי גבוהות ומה שאני מקבל זה חינוך למעט מאוד תלמידים, לא יעיל ולא נכון תקציבית ורוצים עם אותו צוות הוראה ללמד הרבה יותר תלמידים, זה השיקול התקציבי של היעילות. ב. פדגוגי- כשבת הספר כל כך קטן אין כמעט דבר שנקרא שכבה עם כמה כיתות עם פעילות בית ספרית. ועד ההורים של בית ספר בארי עותרים לבג"ץ נגד ההחלטה לפרק את בית הספר, למה יש אינטרס להורים לא לפרק את בית ספר? זה טוב מבחינתם שהכיתות קטנות, הכיתות קטנות כל תלמיד מקבל תשומת לב רבה יותר מהמורה וזה טוב להורים. גם כשמפרקים בית ספר אז עכשיו צריך להרגיל את הילד לבית ספר חדש, חברתית עד שהוא התרגל למעמד שלו בכיתה מסוימת עכשיו עושים שפל והכל מתערבב זה לא טוב לילדים זה יכול להיות כרוך בהסעות, לא רוצים לפרק. מה טוענים ההורים בקטגוריה של 2? **על פי ההנחיות בית ספר בארי לא נופל בהגדרה של בית ספר קטן אז מה עשתה הרשות? אם אני לא נופל בהגדרה של ההנחיות היא סטתה מההנחיות למרות שבארי לא נופל להגדרה של בית ספר קטן החליטו לפרק אותו וזה בניגוד להנחיות. מה תטען הרשות? בבית ספר בארי יש 178 תלמידים קטן או לא? זה קטן מאוד, אם זה בית ספר יסודי ונניח לומדים עד כיתה ו' זה 6 שכבות כמה יש בשכבה? יש לנו פחות מ-30 תלמידים בשכבה זה בקושי כיתה אחת בשכבה הוא קטן לכל הדעות אבל הוא לא נופל בהנחיות ואז הרשות צריכה להראות את הדבר הזה, **נכון שאני סוטה מהנחיות אבל בואו נבדוק מה היו הטעמים ביסוד ההנחיות, טעם אחד היה תקציבי, זה הגיוני שצוות בית ספר שלם יעניק חינוך ל-178 תלמידים בלבד? זה לא כלכלי, זה לא הגיוני, תקציבית זה לא נכון. על פי הטעם התקציבי מוצדק לפרק אותו, מה אם הטעם הפדגוגי? בקושי כיתה בשכבה מעט מאוד תלמידים וגם פדגוגי מוצדק לפרק אותו. על פי ההגדרה פחות ממצצית כיתותיו קטנות ואין בו מספיק כיתות גם ככה, הוא קטן אבל לא נפל להגדרה של בית ספר קטן ואז הטענה של הרשות היא זו נכון שקבעתי הגדרה מהו ביה"ס קטן ונכון שבית ספר בארי לא נופל להגדרה כך שאם הייתי הולכת ע"פ ההנחיות שקבעתי לעצמי לא היה צריך לפרק אותו אבל יש הצדקה עניינית וסבירה מהטעמים של ההנחיות עצמן, מהטעם התקציבי והפדגוגי כן לפרק אותו כי למרות שהוא לא נופל להגדרה הוא על פי כל מבחן אחר הוא בית ספר קטן שצריך לפרק ואז סוטים מההנחיה אבל יש הצדקה עניינית וסבירה לסטייה. **במסלול הראשון האזרח אומר קבעתם הנחיות אבל בואו לא נהיה אטומים המקרה שלי הוא******

מיוחד ותתחשבו בו ותסטו מההנחיות, המסלול השני היא הרשות שרוצה לסטות, היא יוזמת את הסטייה ולמה היא עושה את זה? כי יש לה הצדקה עניינית וסבירה לסטייה. = אלו שני מסלולים שרוצים לסטות.

מבחני עזר לחיזוי הניה של ביהמ"ש לאשר את הסטייה -מתי תהיה נטייה לאשר את הסטיות? שני מבחנים ראשוניים (כולם מבחני עזר כששניהם מתקיימים הם מגדילים את הנטייה נגד סטייה או בעד סטייה)

מבחני פס"ד מטר- השופט חשין.

1) סטייה מליבת ההנחיות פריפריה? אם הסטייה היא מהליבה הנטייה תהיה לא לאשר סטייה, ככל שהסטייה היא מהפריפריה של ההנחיה כן ניטה לאשר אותה. בפס"ד מטר אנחנו מדברים על משרד הפנים מוריד הנחיות לרשויות מקומיות איזה סוג הנחיות אלו? היררכיות מהשר שמפקח על הרשויות המקומיות לגופים שכפופים לו מה אומרת ההנחיה? עד עכשיו עשו לנו שכונה הרשויות המקומיות עם התפקיד הזה שנקרא סגן ראש עיר בשכר מה זה הסגני ראש האלה שאין להם שום תפקיד ולמה הוא ממנה אותם? פוליטיקה, אני נותן לך תפקיד עם שכר ואתה תתמוך בי בקואליציה הבעיה היא שסגן ראש העיר לא עושה כלום ומקבל כסף מהמדינה, כסף מהרשות המקומית שאחר כך זה קשור למדינה כי ככל שהרשויות יכנסו לגירעונות המדינה תצטרך להכניס את היד לכיס ולתמוך בהם יותר. מה אומרת ההנחיה? אסור לשלם לסגן ראש עיר שכר כלשהוא אם לא הואצלה לו סמכות מראש העיר, אם לא קיבל תפקיד ביצועי מעשי אסור לשלם לו שכר. צריך שהשכר יהיה הולם את הסמכות שהוא קיבל מראש העיר אם הוא לא קיבל שום תפקיד מראש העיר אסור לו לקבל שכר בכלל. ברשות מקומית מסוימת האדון מטר מונה לסגן ראש עיר בשכר ולא הואצלה לו שום סמכות האם הסטייה היא מליבת ההנחיה או מהפריפריה? מהליבה כי בזה עוסקת ההנחיה היא לא עוסקת במשהו אחר.

2) האם הסטייה ניכרת או שולית? זה בינארי, 0-100 הוא היה אמור לקבל 0 שכר קיבל שכר מלא זה הסטייה הכי ניכרת שיכולה להיות מזה סטייה שולית? נניח שלא קיבל שום תפקיד אבל שילמו לו 100 ₪ בכל חודש החזרי נסיעות אז יש סטייה וזה גם מהליבה אבל זה לא סטייה ניכרת, סטייה שולית כי בסך הכל קיבל החזרי נסיעה קטנים.

פס"ד בארי האם הסטייה לגבי הגדרת בית ספר קטן האם היא מהליבה של ההנחיה או מהפריפריה? הגדרת בית ספר קטן זה בליבה של ההנחיה? כל ההנחיה עוסקת בלהגדיר מזה בית ספר קטן שאותו מפרקים אז קודם כל זה בליבה האם הסטייה שם הייתה ניכרת או שולית? מכיוון שהוא לא נפל להגדרה אבל הוא עדין היה מאוד קטן משהו לא התיישב שם בהגדרה אבל מבחינת מספר התלמידים הוא היה מאוד קטן הסטייה הייתה מהליבה אבל היא לא ניכרת.

3) סטייה מהנחיות היררכיות/עצמאיות: (פס"ד אל-סנע) שם ההנחיה אמרה לא להתפשר בסכסוכי בעלות מועצת מקרקעי ישראל מנחה את מנהל מקרקעי ישראל. למה לא להתפשר בסכסוכי בעלות? איך זה יכול להפריע למדינה אם המנהל יתפשר פה על קרקע מסוימת? ייווצרו איים של בעלות פרטית ואם אנחנו רוצים להסדיר את כל השטח זה יקשה עלינו נניח שהמנהל יתפשר עם משפחה דרוזי מסוימת על קרקע מסוימת יכול להיות שבתוכנית של המדינה אמור לקום ביה"ס ועיר שתהיה לפזורה הבדואית וברגע שאני יוצר איים של בעלות פרטית זה מקרה עליו להסדיר את כל השטח. אם אני רואה שהמנהל כן מתפשר אז הוא סוטה מההנחיה ומאיזה הנחיה הוא סוטה? עצמאית או היררכית? אם זה הגיע ממועצת מקרקעי ישאל למשל החלטה 750 לא להתפשר בסכסוכי בדואים בדרום זו הנחיה היררכית. היא הגיעה מלמעלה ומי שנמצא למעלה הוא זה שאמור לקבוע את המדיניות הרבה פעמים זה הדרג הפוליטי או איזה שהיא מועצה שמחליפה את הדרג הפוליטי והוא אמור לקבוע את המדיניות וזה מאוד בעייתי שמי שעליו בהיררכיה יקבע את המדיניות וכולם יצפצפו זה בדיוק פוגע בהיררכיה של הארגון המנהלי לעומת זאת, כשאדם קובע הנחיות לעצמו יש בעיה למרצה כתב צ'ק ליסט ורואה שזה לא מתאים ושהתלמיד הכי מצטיין מסיים עם 70 מה הוא יעשה? הוא שם לב שהממוצע הכיתתי הוא 90 הצ'ק ליסט לא עובד זה לא הגיוני שכיתה תשב עם ממוצע 90? אז הוא משנה את ההנחיות של עצמו אין עם זה בעיה כי הוא קבע את ההנחיות מלכתחילה, עם הבודק יעשה את זה על דעת עצמו בלי לקבל אישור של המרצה זה פוגע בכל המבנה של ההיררכיה בקורס, מי שהאחריות עליו לתת את הציון שהולם כל סטודנט הוא על המרצה ולא על הבודק ואז סטייה מהנחיות היררכיות היא הרבה יותר בעייתית. **אם ההנחיה היררכית קשה יותר לשכנע את בית המשפט להתיר סטייה**, במטר זה היררכי משרד הפנים לרשויות המקומיות בית המשפט לא מתיר סטייה. במטר זה היררכי, באל-סנע זה היררכי ממועצת מקרקעי ישראל אל המנהל בית המשפט לא מתיר סטייה. בבארי זה עצמי משרד החינוך מנחה את עצמו בית המשפט כן מרשה סטייה.

4) **קריסת מדיניות** - הנחיות משקפות מדיניות, אם המדיניות קרסה יהיה הרבה יותר קל לאשר סטייה מהנחיות. מה זה אומר שהיא קרסה? מדיניות והנחיות משקפות את הכלל. ברוב המקרים אנחנו נוהגים כך ובמיעוט של מקרים שמוצק לסטות אנו מתנהגים אחרת... ככל שאני מאשר סטייה מהנחיות.. חריג ועוד חריג ועוד חריג אז המדיניות קורסת. מרוב חריגים לא רואים את הכלל. אם המדיניות קרסה אז הרבה יותר קל לבוא ולהגיד לביהמ"ש בואו ותסטו גם במקרה שלי. עכשיו הרשות יכולה להתגונן בכמה טענות:

- א. טענת *גדשה הסאה* - סטינו באמת הרבה פעמים אתה צודק אבל הגיעו מים עד נפש.. אתה צודק שאישרנו הרבה וסטינו.. המדרג לדיירים נהיה כל כך חמור במקומות מסוימים שאנו לא רשאים לסטות עוד למשל בדוגמת המסעדה הטבעונית. אתה לא יכול לפתוח ברחוב הזה מסעדה טבעונית למשל אבל אם היית מבקש במקום אחר ששם הדיירים סובלים פחות אז כן אולי היינו מאשרים לך.
- ב. טיעון שני של הרשות נקרא *חזרה בתשובה* - הייתה מדיניות והיא נותרה עד היום, מי שפעל בעבר לא הקפיד לאכוף את המדיניות זו הייתה טעות, אנחנו מאמינים במדיניות הזאת ורוצים לתקן את הטעות ולהתחיל לאכוף את המדיניות. למזלו של האזרח שהרשות הייתה רשלנית והיא חילקה היתרים לסטייה.. הוא הגיע אחרי שהיא "חזרה בתשובה" והתחילה לאכוף את המדיניות.. אם ביהמ"ש ישתכנע שמדובר בחזרה כנה רצונית אז ינהגו כלפי כולם בתקופה החדשה בשוויון.. אנו נחיל את השוויון מכאן ולהבא עליך ועל האחרים ומה שיסביר את חוסר השוויון זה התרשלות באכיפת המדיניות בעבר.
- ג. יכול להיות גם הטיעון הכי פשוט נכון אתה צודק קרסה המדיניות כי אנחנו שינינו את המדיניות, ע"פ המדיניות החדשה אנחנו אוכפים יותר.. אין יותר "הנחות".. יש שינוי מדיניות לא אותה מדיניות כמו שתי הטענות למעלה. יש שינוי מדיניות שגוררת הנחיות חדשות ואתה לא יכול להשוות את עצמך לאנשים שסטו להם בעבר וכו'..

פרסום הנחיות נשווה בין פרסום הנחיות לתקנות,

פרסום הנחיות: השוואה בין פרסום הנחיות לתקנות.

הנחיות	תקנות	מקור החובה
<p>חובה פסיקתית (מכוח חובת ההגינות) + ס' 6 לחוק חופש המידע. זה לא הוגן לא לפרסם הנחיות פס"ד רומיאו- הוא ניגש לבחינות ההסכמה של רפואה 3 פעמים הוא נכשל כבר בבחינה, ניגש בפעם ה-4 ציון המעבר היה 60 למד בכל הכוח קיבל 64 ואז קיבל מכתב לא עברת, מתברר שציון המעבר נקבע בהנחיות הוא היה באמת עד עכשיו על 60 אבל לפני הבחינה הוא עלה לציון 65 והדבר הזה לא פורסם לציבור וזה לא הוגן שהרשות פועלת ע"פ הנחיות והאזרח לא יכול לכלכל את צעדיו כי ההנחיות לא מפורסמות לציבור ולכן ההגינות מחייבת שאם יש לך הנחיה והיא משליכה על האזרח אז תפרסם אותה. סעיף 6 לא עוסק בפרסום ההנחיות הוא עוסק בזכות העיון בהנחיות של רשות מנהלית, זה דורש מהאזרח פעולה אקטיבית הוא צריך לפנות לרשות הספציפית ולבקש ממנה לעיין בהנחיות שלה ורוב האנשים לא עושים את זה ואז הם לא יודעים על ההנחיות ובסוף זה פוגע בהם.</p>	<p>בחוק- סעיף 17 לפק' הפרשנות.</p>	<p>מקור החובה</p>
<p>1. חובה קונקרטיית- כלומר הפסיקה צריכה לקבוע ומכיוון שהיא נגזרת של חובת ההגינות, בכל מקרה ומקרה הפסיקה צריכה לקבוע שההגינות חייבה לפרסם את ההנחיות לכן זה חובה קונקרטיית להנחיות מסוימות וזה יקבע בדיעבד. כל יועץ משפטי באותה רשות יגיד לה אם היא תתייעץ אתו האם יש לנו חובה לפרסם את ההנחיות הוא יבדוק האם חובת ההגינות מחייבת פרסום וייעץ לה האם לפרסם כן או לא. מה צריך מכוח ההגינות לפרסם? חשין- הנחיה האוצלת על זכותו של הפרט- פס"ד רומיאו. מה ההגינות מחייבת לפרסם? מה שאוצל על זכותו של הפרט. אם זה קריטריונים לקבלת מענק למשל מענק תמיכה ביצואנים זה אוצל על זכותו של הפרט הקריטריונים הזה? אם הוא יעמוד בקריטריונים הוא יקבל מענק של מאות אלפי שקלים זה משליך על זכותו לקבל את המענק, אם הוא לא יעמוד בקריטריונים הוא לא יקבל את המענק וההגינות מחייבת שהוא ידע מה הקריטריונים לחלוקת המענק ויוכל לכלכל את צעדיו כך שהוא יהיה זכאי למענק.</p> <p>2. הנחיות שהועלו על הכתב (זמיר, רומיאו)- איזה שהיא מדיניות מנוסחת כתובה ולא תורה שבעל פה. הרבה פעמים באירגוניים יש ככה אנחנו עובדים וכל מי שבא לארגון אז עושים לו חפיפה ומסבירים לו איך הארגון עובד אבל זה לא כתוב בשום מקום אומר זמיר אם זה לא הועלה על הכתב בכל מקרה אין מה לפרסם כי לא כתוב</p>	<p>כללית- בתקנות החובה היא כללית זאת אומרת כל תקנה חייבים לפרסם ברשומות. לא כל מה שקוראים לו תקנה הוא באמת תקנה, מה שעומד בשלושת המבחנים והוא תקנה בת פועל תחיקתי ואז צריך לפרסם אותה ברשומות –מבחני הבורסה לניירות ערך.</p>	<p>היקף החובה</p>

<p>כלום, מה הבעיה עם המגבלה הזאת? אותם אירגוניים יכול להיות שיהיה להם תמריץ להשאיר את הכל כתורה שבעל פה, לא ננסח כלום, לא נכתוב הנחיות הכל יהיה בתורה שבעל פה וכל אחד יעשה חפיפה לשני ואז לא צריך לפרסם את זה גם, זה מאוד בעייתי. ההגיונות מחייבת שאם יש תורה שבעל פה והיא משליכה על זכויות הפרט ולפרסם אותה. אתה חייב להתנהל בשקיפות כלפי האזרח אז אם יש לך תורה שבעל פה אז עיקרון השקיפות מחייב אותה להעלות על כתב וחובת ההגיונות מחייבת לפרסם לציבור כי זה משליך על זכויותיו.</p> <p>3. אין שיקולים גוברים שלא לפרסם- הטוענים הברורים למה לא לפרסם? נניח פגיעה בביטחון המדינה, איך עובדים בכור הגרעיני בדימונה צריך לפרסם את זה? אם זה פוגע בביטחון המדינה אז הרשות תוכל לטעון נכון שחובת ההגיונות היא לפרסם אבל יש פה שיקול אחר שגובר על ההגיונות ביטחון המדינה. יחסי חוץ- נניח שיש הנחיות למשרד החוץ מה עושים מול הטורקים ההנחיות האלה אם הם התפרסמו יפגעו קשות ביחסי החוץ של ישראל וטורקיה אז נניח שאף בית משפט לא יחייב לפרסם אותם בגלל השיקולים האלה של פגיעה ביחסי החוץ. הנחיות כאלה בדרך כלל לא אוצלות על זכותו של הפרט, איך מתנהלים מול הטורקים לא משפיע על זכויות הפרט ולכן חובת ההגיונות גם לא תחייב לפרסם. ההגיונות אומרת לפרסם אבל יחסי החוץ אומרים לא לפרסם. משטרת ישראל- יש מדיניות אכיפה החוק אומר אסור לך לנסוע מעל 100 קמ"ש בכביש מסוים וכולם יודעים שהמשטרה לא אוכפת ב101 קמ"ש ואם היא תפרסם את המדיניות ותגיד אנחנו מפרסים רק ב130 קמ"ש אז כולם ייסעו 129 קמ"ש אז פה יש שיקול חזק של המשטרה למה לא לפרסם את ההנחיות האלה, אנחנו רוצים שכולם ייסעו וישמרו על החוק ואנחנו לא נגיד מתי אנחנו מתחילים לאכוף את החוק.</p>		
<p>פרסום סביר לנוגע בדבר = פס"ד נמרוזטקס : ככל שהנגיעה לזכותו של הפרט גדולה יותר. ככל שזה יכול לפגוע בו יותר רמת האפקטיביות של הפרסום צריכה להיות גדולה יותר, נדרש פרסום אפקטיבי יותר. לדוגמא: אנשים לא מבקרים בסניף הבנק אלא אם כן יש פעולות שהם חייבים לעשות בסניף, נניח שאתה בא באמת פעם בחצי שנה לסניף ויש הנחיות מאוד חשובות של הבנק שמשפיעות בצורה דרמטית על בעל החשבון נניח העלו לו את העמלות ב-100% אז נניח שיתלו שלט על הסניף מי מגיע אל הסניף? בגלל שהפגיעה בפרט פה היא מהותית שלח לו הביתה, לכל אחד בדואר ולא במייל עם איזה קוד שלא בטוח שהוא יפתח ואם הוא מאותגר</p>	<p>ברשומות</p>	<p>דרך הפרסום</p>

<p>טכנולוגית אז בכלל. ככל שזה יותר חשוב אני צריך להתאמץ יותר שזה יגיע אלייך ויש פה כל מיני אפשרויות: פרסום באתר, תלוי כמה אנשים נכנסים לאתר אם בכלל. מי שעובד נניח וצריך להגיש בקשות למענק עושה את זה דרך האתר והדרך היחידה לעשות את זה, זה דרך האתר אז אני יודע שהוא נכנס לאתר המשרד כי זו הדרך שלו להגיש בקשה ובאתר המשרד אני מפרסם לו במשהו שקופץ שים לב לשינוי הבא בהנחיות שלנו, במדיניות שלנו.</p>		
<p>בטלות יחסית (רומיאו) חשין - היה מוכן לתת סעד בלתי קונבנציונאלי לרומיאו ולמה? באה רשות מקצועית אמרה הבן אדם הזה לא ראוי להיות מוסמך לרופא ובא שופט מבית המשפט העליון ואומר אבל לא פרסמתם את ההנחיות אני מסמיך אותו. זה בלתי קונבנציונאלית שביט המשפט מסמיך אותו לרופא. אני מוסמך להורות על ביטול של הנחיה מנהלית, אתם העלאתם את ציון המעבר לא פרסתם הציון המעבר החדש פגום מנהלית אני בג"ץ קובע שהוא בטל וזה לפי דעת המיעוט בטל, חזרנו לציון 60 והוא הוסמך אז מה עם הועדה המקצועית חושבת שהוא לא ראוי להיות רופא?! דעת הרוב - מכיוון שהבטלות היא יחסית בית המשפט יכול לבחון מגוון שיקולים. זמיר בדעת הרוב אומר נניח שהיו מפרסמים את ההנחיות והיית יודע שציון המעבר הוא 65 היית לומד יותר, מתאמץ יותר כי העלו את ציון המעבר? הרי נכשלת 3 פעמים ברור שאם אתה מגיע למבחן 4 אתה עושה את מירב המאמצים שלך לעבור את הבחינה גם אם היית יודע שציון המעבר הוא 65 היית לומד הכי חזק שאתה יכול היית מוציא 64 לא היה נגרם לך עוול. למרות שנפל פגם לא פרסמו את ההנחיות אנחנו לא פוסלים את ציון המעבר הזה של 65 והוא יישאר בתוקף כלפי רומיאו, אם היה בא עותר אחר שזה המבחן הראשון יכול להיות שלגביו היו מחליטים שכן נגרם לו עוול ובאיזון השיקולים ההגינות מחייבת לבטל את ה65.</p>	<p>בטלות מוחלטת</p>	<p>תוצאות ההפרה</p>

שיקול דעת

בכל התחומים זה האפשרות של מישהו לבחור מבין מספר אופציות לפעולה. מתי אפשר להגיד שיש לי שיקול דעת? אם יש לי את הבחירה מבין מספר אופציות לפעולה ואני צריך לבחור את האפשרות הטובה ביותר למטרה שלשמה הוענק לי שיקול הדעת, איזה אופציה לבחור מבין האופציות השונות אני צריך באמת ובתמים להתכוון לבחור באופציה הטובה ביותר למטרה שלשמה הוענק לי שיקול הדעת. שיקול דעת של רופא- לתת לחולה את הטיפול המיטבי שישפר את מצב בריאותו ויבטיח לו איכות חיים טובה יותר ובמסגרת התפקיד הזה הוענק לי שיקול דעת רפואי. לרשות המנהלית גם החוק מעניק שיקול דעת, מה המטרה שלשמה הוענק שיקול הדעת? תלוי במטרת החוק הרעיון הוא שהרשות תבחר באופציה הטובה ביותר כדי להגשים את טובת הציבור במסגרת אותו תפקיד ציבורי שהוטל עליה. אם אני שר התחבורה אז קיבלתי שיקול דעת כדי שהתחבורה בישראל תהיה הטובה ביותר שאפשר לציבור. במסגרת שיקול הדעת למה יש לי אופציות שונות כרשות?

תורת הפעלת שיקול הדעת המנהלי- הפעלת שיקול הדעת מתחילה בשאלה שהרשות מציבה לעצמה שקשורה לתפקיד שהוטל עליה בחוק. היא שואלת את עצמה שאלה או שהיא ביוזמתה שואלת את עצמה את השאלה הזאת או האזרח פונה אליה אנא תפעילי את סמכותך על פי חוק במקרה שלי. הרשות אולי לא הייתה חושבת על השאלה הזאת אבל ברגע שפנו אליה ההגינות מחייבת שהיא תבחן את השאלה הזאת ברצינות, אם האזרח מבקש משהו כי יש משהו שפוגע בו אז ההגינות מחייבת שהרשות תשקול את זה.

זה מתחיל בשאלות-

- 1) האם לסגור את כביש בר אילן בשבת? (הרשות היא המפקח על התעבורה פס"ד חורב)- שאלה שהרשות מציבה לנגד עיניה, איפה פה שיקול הדעת? לסגור או לא. קודם כל האם להפעיל את הסמכות כן או לא, לסגור או לא לסגור. למה זה שיקול דעת? כי אפשר כן להפעיל את הסמכות ולסגור אפשר לא להפעיל את הסמכות ולא לסגור ויש גם את השאלה איך להפעיל את הסמכות, סגירה רק בשעות התפילה, סגירה לאורך כל השבת. אני יכול לסגור עם מחסום, עם שומר שעומד שם וכן מאפשר לרכבים מסוימים לעבור.
- 2) האם לרכוש לרכבת החדשה מתל אביב לירושלים קטר מהיר ומזהם ואיטי וידידותי- (רשות הרכבות וזה דוגמא פיקטיבית אין פה פסק דין)
- 3) האם לשתף בגוף הבוחר את רב העיר אישה? (פס"ד פורז)-

איך מתחילים לבדוק את השאלות האלה?

- א) השלב הראשון ממיינים את השיקולים השונים- פה יש כמה קטגוריות :
- 1) **שיקול ספציפי מרכזי (חובה לשקול)** = נגזר מליבת התפקיד שהוטל על הרשות בחוק. =**התכלית הפרטיקולרית של החוק- מה החוק רצה להגשים? בחירת רב עיר מצוין, שירות רכבת מצוין, הסדרי תנועה מצוינים זו התכלית הפרטיקולרית של החוק והוא נגזר מאותה תכלית.** (נוגע באחריות הבסיסית שלה) השאלה הראשונה, אני המפקח על התעבורה מה השיקול המרכזי שאני צריך לשקול? מפקח על התעבורה מוגדר כרשות תמרור ארצית הוא קובע את הסדרי התנועה לרשויות התמרור המקומיות, הוא יכול לקבוע הסדר תנועה לרשות תמרור מקומית. הוא אחראי על הסדרי התנועה, מה השיקול הספציפי שהוא שיקול מרכזי שהוא חייב לשקול? מה תהיה ההשפעה של הדבר הזה על התנועה? אני אחראי על הסדרי התנועה אני חייבת לשקול מה תהיה ההשפעה על הסדרי התנועה. קוראים את החוק ומתחקים, מפרשים את החוק מבינים מהי ליבת התפקיד שהוטלה על הרשות השלטונית ועל ידי כך מבינים מה השיקולים הספציפיים שצריכים להנחות אותם. דוגמא שניה- האם לרכוש לרכבת החדשה מתל אביב לירושלים קטר מהיר ומזהם או איטי וידידותי לסביבה? אני רואה פה את רשות הרכבות זה לא השר לאיכות הסביבה, מה התפקיד שהוטל על רשות הרכבות? נא לדאוג שיהיו לנו שירותי רכבת יעילים שזה אומר גם מהירים, בטוחים לשימוש הציבור וכמה שיותר זולים זו השאיפה וזה התפקיד שהוטל עליה ולכן מה באופן ראשוני תהיה בעד? מהיר אחר כך נראה נשקול עוד דברים אבל קודם כל אנחנו רוצים שיהיה לנו שירות מהיר, יעיל מנקודה לנקודה. שאלה שלישית- האם לשתף אישה בגוף הבוחר את רב העיר? הרשות היא הגוף הקולגיאלי שבחר את רב העיר, יש רשות שממנה לגוף הזה. מה התפקיד של הגוף הקולגיאלי שבחר את רב העיר? לבחור רב, השיקול הספציפי מה יתרום לבחירת רב העיר הטוב ביותר? יכולים להגיד למי שממנה תדע לך אם תמנה אישה יהיו הרבה מועמדים טובים לרב העיר שלא יסכימו להופיע בפני הועדה ונפסיד אותם כי הם מועמדים לרב העיר. מבחינת השיקול הספציפי אני רוצה לבחור את האדם הטוב ביותר לרב העיר אם עכשיו 80% מהמועמדים ברגע שתשב אישה בוועדה לא יופיעו בוועדה ויסירו את המועמדות לשיקול הספציפי של לבחור את רב העיר הטוב ביותר זה לא טוב.

2) **שיקולים כללים** - פה יש לנו פיצול, כל רשות יכולה להתעניין בהם הם לא נגזרים מחוק ספציפי לא מדובר על תכלית פרטיקולרית של חוק ספציפי אלא שיקולים שכל רשות יכולה לשקול. נחלק אותם לשתי קבוצות:

א. **קבוצה א'** = שיקולים כללים משניים - (אין חובה לשקול אותם). כל רשות צריכה לפעול לטובת הציבור אז כאן יהיו לנו שיקולים התורמים לטובת הציבור במובן הרחב אך רחוקים מליבת התפקיד, זה טוב לציבור שאני אשקול את זה אבל זה רחוק מליבת התפקיד. דוגמא: כביש בר אילן בשבת? למה אני רוצה לסגור אותו? אני רוצה להתחשב ברגשות הדת של התושבים הדתיים שגרים באזור הכביש ומדובר ב 6 מסלולים שמפריעה לשקט של התפילה בשבת. אתה יושב בבית הכנסת והרכבים עוברים מצד לצד אז רגשות הדת בדרך כלל כמעט תמיד זה יהיה שיקול כללי משני! **למה כללי משני? האם הוא תורם לטובת הציבור במובן הרחב?** זה מכבד את אותו ציבור, זה יכול לגרום ליחסים יותר טובים בין הקבוצות השונות בחברה הישראלית וזה דבר שיכול לגרום לטובת הציבור והפסיקה גם קבעה שרגשות הדת הם חלק מהסדר הציבורי במובן הרחב, זה טוב להתחשב בזה, אם אפשר שזה חלק מהסדר הציבורי במובן הרחב זה שיקול שטוב לשקול אותו אם אפשר להתחשב בו אבל, הוא משני, זה תורם לטובת הציבור אבל זה רחוק מליבת התפקיד, אתה מפקח על תעבורה אתה צריך כבישים פתוחים ולא כבישים סגורים. רשות הרכבות לדאוג לשירות רכבות יעיל ומהיר ואם אפשר לתרום לסביבה - אולי אבל זה בטח לא שיקול מרכזי. רגשות הדת, איכות הסביבה, שיקול קואליציוני אני בא עכשיו להחליט איך להפעיל את הסמכות מה יחשבו השותפות הקואליציוניות והאם זה יצור משבר בקואליציה? האם זה לטובת הציבור לשמור על הקואליציה? זה יציבות הממשלה, לא רוצים ללכת לבחירות כל כמה חודשים אז קודם כל אפשר לשקול שיקול קואליציוני לשמור על קואליציה יציבה זה תורם לטובת הציבור אבל כמה זה קשור לליבת התפקיד!?

ב. **קבוצה ב'** = שיקולים כללים מרכזיים (חייבים לשקול). **זה לא קשור לחוק ספציפי אלא כללי לכל רשות ואם בדרך כלל אמרנו שכללי זה משני פה אנחנו מדברים על כללי מרכזי שחייבים לשקול. מה אתה חייב לשקול שהוא כללי? כללי = נגזר מהתכלית הכללית של כל דבר חוק - בקבוצה הראשונה של השיקולים הכללים כל חוק שהעניק סמכות לרשות המנהלי רוצה שהיא תפעל לטובת הציבור אז כל רשות יכולה לשקול את אותם שיקולים כללים לטובת הציבור זה מקבוצה א' שהרשות רשאית לשקול כעת נראה מה היא חייבת לשקול. שיקולים הנגזרים מחובות במשפט החוקתי - על מי חלה החוקה? לגבי אנשים פרטיים ותכולה ישירה ספק, על רשויות השלטון כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות המוגנות בחוקי יסוד אלה. החובה לכבד את החוקה היא לכל רשות מרשויות השלטון, הכנסת שהיא מחוקקת חייבת לכבד את החוקה. גם הרשות המנהלית שהיא באה להפעיל חוק היא חייבת לכבד את החוקה אז כל שיקול שנגזר מעיקרון חוקתי חייבים לשקול אותו.**

דוגמאות: סגירת כביש בשבת - אומר השופט ברק זה פוגע בחופש התנועה, אם אנחנו חושבים שחופש התנועה במדינת ישראל הוא עיקרון חוקתי אז חייבים לשקול את זה. האם לשתף אישה ברב העיר? אם החוקה מחייבת לנהוג בשוויון מגדרי, העיקרון החוקתי שחובה על כל רשות לשקול הוא שוויון מגדרי, אם אני לא ממנה נשים לרשות מנהלית כלשהיא לגוף קולגיאלי אני פוגע בעיקרון השוויון והחוקה אומרת אתה חייב לשקול את זה ולתת לזה משקל. **שיקולים הנגזרים מעקרונות היסוד של המשפט המנהלי** - אם זה לא נגזר מהחוקה מי קבע שזה עיקרון יסוד במשפט המנהלי וכל רשות חייבת לשקול? הפסיקה קובעת, היא מעצבת את עקרונות היסוד של המשפט המנהלי וברגע שהפסיקה מכירה בעיקרון מסוים שכל רשות חייבת לשקול במשפט המנהלי כמעט כל העקרונות הם יציר הפסיקה, אם הפסיקה בנקודת זמן אומרת זה עיקרון יסוד במשפט המנהלי וכל רשות חייבת לשקול אותו אז זה הופך להיות שיקול כללי מרכזי. דוגמא: שוויון זה גם עיקרון חוקתי, זה גם עיקרון יסוד במשפט המנהלי. שוויון במשפט המנהלי כל רשות חייבת לשקול גם אם זה לא עניין חוקתי זה לא מטריד את המשפט החוקתי זה עדין עיקרון יסוד במשפט המנהלי. חובת ההגינות זה עיקרון יסוד, כל רשות חייבת לנהוג בהגינות. הבטחת אמון הציבור ברשות השלטון - הפסיקה אמרה כל רשות חייבת לשקול הבטחת אמון הציבור.

1.

מיון - מרכזיים --- ספציפיים : מה הם השיקולים הספציפיים של רשות תמרור ארצית ? שיקולים תעבורתיים שהתנועה תזרום!! מרכזיים --- כלליים (קבוצה ב') חייבים לשקול- חוקתי : חופש התנועה – במקרה הזה או שיש לנו התנגשות בין הספציפיים לכלליים או שהם הולכים לאותו כיוון , במקרה הזה הם הולכים לאותו כיוון גם הספציפי רוצה שהכביש יהיה פתוח וגם הכללי רוצה שהכביש יהיה פתוח אין התנגשות כולם רוצים כבישים פתוחים. דוגמא להתנגשות בין האיזונים- פס"ד קוגן – אסירים עשו מרד בכלא ועושים מו"מ אם תפסיקו את המרד תשחררו את הסוהרים לא נעמיד אותכם לדין על העבירות שביצעתם בתקופת המרד , מה עושים המורדים נניח שהם קיבלו את מה שהם רצו אומרים אוקיי בסדר תנו לנו את זה בכתב ואכן הם מפסיקים את המרד ואז מעמידים אותם לדין על מרד בכלא – מה האיזון שצריך לעשות פה? יש שיקולים ספציפיים שצריך לשמור על המשמעת בכלא ומי שמבצע מרד אנחנו נל איתו עד הסוף ויש שיקולים מנהליים שקשורים להגנות הבטחת שהם לא ייפגעו תקיים!! ומאזנים ורואים מה גובר. האיזון הזה מוביל אותנו או לתוצאה אחת אפשרית או לתוצאה שתיים אפשרית(חייב להכריע) ביהמש קבע מהי הנוסחה להשתררות מחוזה אם עמדת בנוסחה אתה יכול להשתחרר אם לא אז לא. חוזרים לסגירת כביש בשבת – היה לנו מרכזיים שלא מתנגשים אין איזון בין המרכזיים כי הם הולכים לאותו כיוון. מה יש לנו במשניים(קבוצה א')? התחשבות ברגשות הדת- זה טוב לטובת הציבור אבל זה רחוק מליבת התפקיד. **כל זה המיון!!!**

2.

שקילה :
א. **שלב א' – שקילת מרכזיים בלבד – ספציפיים + כללים קבוצה ב' =** אני בודק מהם השיקולים התעבורתיים+ חוקתיים חופש התנועה , בתעבורתיים: עורק תחבורה ראשי לסגור שישה נתיבים אם אני סוגר את בר אילן זה יכול ליצור הפרעה קשה לתנועה ושיקול תעבורתי נוסף – אנשים גרים שם ברחוב אם אתה סוגר את הכביש בשבת אנשים לא יכולים להגיע עם הרכב הביתה ואם מדובר באדם נכה הוא לא יכול להגיע לביתו פיזית כלומר זהו כביש גישה למקרקעין. + חוקתי – חופש התנועה. כל השיקולים לאותו כיוון אז זה מכריע את העניין אבל לא!!! זה שכל השיקולים המרכזיים הם לאותו כיוון זה לא אומר שאנחנו בתוצאה אחת אפשרית , שיקולי תעבורה ושיקולי חופש תנועה לא אומר שאנחנו בתוצאה אחת אפשרית !!! **איך אני יכול להגיע לתוצאה אחת אפשרית או שתיים אפשרית?? אם אני יכול לסמן מבחינת האחריות שלי על התעבורה וי וי על כל השיקולים שלי גם כשהכביש סגור אז אני בתוצאה שתיים אפשרית כלומר אפשר לסגור או לא . אם אני לא יכול לסמן וי על אחד השיקולים גם כשהכביש סגור אז אנחנו בתוצאה אפשרית אחת כלומר אסור לסגור את הכביש. לדוגמא: תניחו שאם סוגרים את הכביש בשבת בשעת התפילה מבחינת השיקול התעבורתי הראשון – עורק תחבורה ראשי – מי שרוצה לנסוע בשבת מצפון לדרום לחצות את העיר צריך לנסוע יותר חצי קילומטר = אז יעקפו מהכביש העוקף ואז על מה אני יכול לסמן וי – על עורק תחבורה ראשי כי יש כביש עוקף , עכשיו נשנה את הסיפור ונגיד כי הכביש העוקף הוא כביש קטן ובכביש העוקף יהיו פקקים אדירים כלומר אי אפשר לסמן וי! כי אתה מפקח על התעבורה , אבל הוא נניח שלא יהיו פקקים כי רוב האוכלוסייה בירושלים שומרת שבת. על מה אני לא יכול לסמן וי ? כביש גישה למקרקעין- אם היינו אומרים כי כולם חרדים אפשר לסמן וי על כביש גישה למקרקעין אם כל התושבים הם שומרי שבת אז אפשרי לסמן וי על כביש גישה מה הרשות בפס"ד חורב לא בדקה? כמה תושבים חילונים יש שגרים בכביש הזה ולא יוכלו להגיע הביתה . **אתה עושה וי כשאתה יכול לדאוג לתפקיד שלך גם אם סגירה של הכביש וגם בלי סגירה! נקשה – מה קורה במקרי חירום ? הרי יש פיקוח נפש דוחה שבת – מה עושים אם אמבולנס יצטרך לעבור ? תבוא הרשות ותגיד כי בחסימה של הכביש יבוא שומר שיפתח להם ואז אפשר לסמן וי! סימנתי וי על הכל , אני בתוצאה שתיים אפשרית – תוצאה שתיים מאפשרת לי לעבור לשלב ב' בשקילה. אם אני לא מפריע לתנועה במקום אפשר לסמן על זה וי אז גם על חופש התנועה אפשר לסמן וי. (אם היו הרבה חילונים בכביש אז אי אפשר לסמן וי על כביש גישה למקרקעין ואז תהיה תוצאה אחת אפשרית- בהנחה שהסיפור היה שונה ממה שהמרצה אמר).**

ב. **שלב ב' – שיקול משני כללי קבוצה א' – רגשות הדת –** בוא נתחשב בציבור הדתי ואז אני יכול להחליט שאני כן סוגר את הכביש בשעות התפילה. הוא לא חייב אבל יכול.

**ניקח דוגמא שיש משני אבל הוא לא אמור להוביל לתוצאה כזו או אחרת – סגירת כביש בשבת הפעם רחוב שנקין בתל אביב, האם אפשר לעקוד את שנקין? נניח שכן סימנתי וי , יש תושבים חילוניים – האם יש גישה להגיע? 90% אין להם רכב והעשרה אחוז יכולים לחנות ליד והשני אנשים עם מוגבלויות מקבלים מדבקה ויחננו ליד הבית – פתרתי – וי. גם חופש התנועה נפתר. אם סימנתי וי וי אני נמצא בתוצאה שתיים אפשרית – רשותהיא מגיעה לתוצאה שתיים אפשרית היא אף פעם לא אדישה היא תמיד בעד ליבת התפקיד שלה כלומר שהמפקח על התעבורה מגיע לתוצאה שתיים אפשרית כלומר לא מחייבים אותו כך או אחרת הוא בעד כבישים פתוחים תמיד , הוא המפקח על התעבורה ואז כשהוא בא לשלב ב' הוא תמיד בעד כבישים פתוחים חייב להיות

שיקול משני מאוד חזק כדי לשכנע אותו להקריב מהשיקולים המרכזיים. כשמגיעים לשנקין בתל אביב 99% מהתושבים שם הם חילונים מובהקים כל תל אביב באזורים האלה היא עיר חילונית מה המשקל של התחשבות ברגשות הדת הלב החילונית בתל אביב? מה הסיכוי שסיכוי כל כך חלש יגבורעל השיקולים המרכזיים – אני בעד כביש פתוח ומכיוון שאין לי אוכלוסיה דתית אז אסור לי לסגור אותו כי המשקל של רגשות הדת הוא קלוש.

האם לרכוש קטר מתל אביב לירושלים שהוא מהיר ומזהם או איטי וידידותי:

המדינה השקיעה מילארדים כדי להביא את ישראל לרמה העולמית הכי טובה יש אפשרות להגיע ב28 דקות מירושלים לתל אביב ברכבת. העובדות: הקטר המהיר והמזהם מביא אותנו מנקודה A לתל אביב לנקודה ב' ב28 דקות הקטר האיטי והידידותי לסביבה מביא אותנו ב75 דק משמע שעה ורבע, השקענו מיליארדים בפרויקט תשתית לאומית וקיבלנו חיסכון של רבע שעה בנסיעה ברכבת.

1. מיון- שיקולים מרכזיים וספציפיים – לדאוג לשירותי רכבות מהירים ויעילים. אין קבוצה ב' – לא נפגע משהו חוקתי או מנהלי. שיקול משני – סביבה נקייה.
2. שקילה:
- א. שקילת מרכזיים בלבד – האם אני יכול לסמן וי על שירות רכבות יעיל ומהיר שלוקח 75 דקות מירושלים לתל אביב ??? לא אין וי!!!! כי זה לא שירות רכבות יעיל. ולכן אנחנו מגיעים לתוצאה אחת אפשרית – המרכזיים מחייבים לקנות את המזהמים והמהירים!!!
- ב. אין שלב ב'!! אנחנו בתוצאה אפשרית אחת.

נשנה את העובדות – הקטר המהיר וידדותי לסביבה מביא אותנו מתל אביב לירושלים ב35 דק אני מגיעה לשקילה, שלב א' האם אפשר לסמן וי על על שירות רכבות יעיל ב35 דק? כן אפשר לסמן ולכן אנחנו בתוצאה 2 אפשרית כי גם 28 זה יעיל ומהיר וגם 35 זה יעיל ומהיר. ואז אנחנו יכולים כך או אחרת שלב ב' – **הרשות לא מגיעה לפה אדישה, היא רוצה את הקטר המהיר חייבים לשכנע אותה שיש פה שיקול משני רציני היא לא מגיעה לשלב ב' אדישה היא בעד לקנות את הקטרים הכי מהירים ולכן היא מגיעה לשלב ב' כשהיא בעד הקטר המהיר**, מה יכול לשכנע אותה לקנות את האיטי רק אם החיסכון בזיהום אוויר הוא מאוד משמעותי, אם זה באמת חוסך באופן משמעותי בזיהום האוורי אז בוחרים באיטי אבל אם זה חטוסך באופן שולי בזיהום האוורי אז בוחרים במהיר. יכול להיות שהמשני רציני ועדיין הוא יפסיד – יכול להיכנס משני נוסך שהוא יכול להטות את הכף – באים המומחים ואומרים: במקום 28 דק ייקח לנו 35 דק כלומר 7דק הלוך 7דק חזור כלומר עוד רבע שעה – עלות למשק – שמונה מילארד שקלים(סתם דוגמא) בעלות הזאת אפשר לתרום לאיכות הסביבה ולחסוך הרבה יותר !!! העלות למשק היא נוראית 15 דק רכבת בחישוב שנתי זה מיליארדים אפשר לחסוך באיכות הסביבה פי אלף מהקטר הפחות מזהם הזה. בעצם נכנס שיקול משני אחר שנוגד את השיקול המשני הראשון. ולכן קונים את המהיר. גם אם זה מאוד משפיע על זיהום הואיל יכול לבוא שיקול משני אחר שגובר! כמו חיסכון למשק.

איזה עילות אנחנו גוזרים מתורת הפעלת שיקול הדעת:

- א. עילה של שיקולים זרים - לרשות מותר לשיקול את מה שנופל בשלוש קטגוריות: ספציפי מרכזי, כללי משני וכללי מרכזי. אם פתאום בא שיקול שלא נכנס לקטגוריה הראשונה ולא נכנס לקטגוריה השנייה ולא נכנס לקטגוריה השלישית הוא שיקול זר! מה זה אומר? אסור לרשות לשיקול אותו – עילה אחת לפסול את ההחלטה של הרשות. למשל אני ממנה מישהו ואין לו מושג לתפקיד הזה, אני ממנה אותו כי הוא אישיות מפתח במפלגה שלי ואני רוצה שהוא ידאג לי בפריימריז, נניח שאני השר לאיכות הסביבה ואני ממנה אותו לראש אגף הוא לא מתאים לתפקיד ולא לכלום אין לו מושג, השיקול המרכזי הוא האם הוא מתאים לתפקיד – במקרה הזה הוא לא מתאים האם משהו בשיקולים המשניים יכול להתאים? לא ההפך הוא הנכון זה פוגע בציבור כי הוא לא מתאים, גם לא מונע משיקולים חוקתיים ולא מנהליים, בכל מקרה זה שהוא קבלן קולות זה לא שיקול שנופל לאף קטגוריה ואז אם הוא לא נופל אסור לרשות לשיקול אותו ואם היא שקלה אותו יש פגם בהחלטה זה עילה אחת – שיקול זר! ואז ההחלטה נפסלת. הבטלות תמיד יחסית חוץ מאי פרסום ברשומות של תקנות.
- ב. כל השיקולים שהרשות שקלה בתוך הקטגוריות שותר לה לשיקול- הם רלוונטיים והם לא שיקולים זרים, אז למה לפסול את ההחלטה שלה? עילה של חוסר סבירות בהחלטה. איך קמה עילה של חוסר סבירות? ראינו שהרשות חייבת לתת לכל שיקול את המשקל הראוי לו, מה זה חוסר סבירות? זה מתן משקל חסר לשיקול שהרשות חייבת לשיקול, חוסר סבירות זה מתן משקל חסר לשיקול שהרשות חייבת לשיקול לאיזה שיקול

הרשות נתנה משקל חסר בפס"ד התנועה לאיכות השלטון ? יצחק רבין נתן משקל חסר לשיקול של אמון הציבור בגלל שהוגש נגד דרעי כתב אישום בעבירה חמורה של שוחד שקשור לתפקידו של השר לא לפטר אותו תהיה פגיעה קשה ביותר באמון הציבור ורשויות השלטון זה שיקול שחייבים לשיקול וראש הממשלה החליט לא לפטר אותו הוא נתן לשיקול הזה משקל חסר בצורה מעוותת שהופכת את כל ההחלטה לבלתי סבירה. הדוגמא הכי קלה לחוסר סבירות זה מצב שהרשות לא שקלה בכלל. בכביש בר אילן לדוגמא היא לא שקלה בכלל כביש גישה למקרקעין – זה משקל חסר בצורה מעוותת שמוביל לחוסר סבירות. איפה יכול ליפול לנו החוסר סבירות הזה? אם לא שקלנו בכלל = חוסר סבירות, שקלנו את כל המרכזיים = יש 4 מצבי חוסר סבירות מנהליים: 1. איזון בין שיקולים מרכזיים- בתוך שלב א' – הייתי צריך בשלב א' לשיקול את המרכזיים ואם צריך לאזן ביניהם המצב הראשון של חוסר הסבירות זה כשהאיזון בין המרכזיים שגוי למשל בדוגמא של המרד בכלא נניח יש נוסחא למתי אפשר להשתחרר מחוזה שעשית הרשות לא איזנה על פי הנוסחא היא העמידה לדין למרות שהיא הבטיחה שלא יקרה להם כלום והבטיחה להם בהסכם חתום לאיזה שיקול היא נתנה משקל חסר ? לעקרונות היסוד של המשפט המנהלי – עקרון ההגינות. ואז אתה מאשים את הרשות בחוסר סבירות בשקילת השיקולים המרכזיים. מה מכילים על שיקול מרכזי חוקתי? מכילים את פסקת ההגבלה, אם איזנת על פי פסקת ההגבלה מצויין אם לא – יש לך חוסר סבירות חוקתי. רק לציין שצריך להכיל את פסקת ההגבלה. 2. בעצם המעבר לשלב ב' – אסור היה לי לעבור לשלב ב' ובכל זאת עברתי, מתי אסור לי לעבור לשלב ב' כשאנחנו בתוצאה אחת אפשרית – כאשר השיקולים המרכזיים מחייבים לעשות פעולה מסוימת ואני לא עושה זאת ועובר לשלב ב' מספיק שאין וי אחד ואני עובר לשלב ב' בעצם זה שעברתי לשלב ב' ושקלתי שיקול משני. לאותו שיקול שלא התחלתי לסמן עליו זה השיקול שנתתי לו משקל חסר. 3. אפשר לעבור לשלב ב' עברתי – אבל איפה חוסר הסבירות? אני לא אדיש לתוצאה ואני תמיד בעד ליבת התפקיד, אם אני המפקח על התעבורה אני לא רוצה לסגור כביש בשבת, למרות שנשיקול המשני היה חלש נתתי לו לנצח ולכן זה חוסר סבירות, סגרתי את שנקין בשבת למרות שיש שני דתיים בלבד באיזור השיקול של רגשות הדת חלש מאוד ונתתי לו לנצח את כבישים פתוחים אז חוסר הסבירות הוא בזה שנתתי לשיקול משני חלש לנצח את השיקולים המרכזיים. 4. הייתי בתוצאה 2 אפשרית, אפשר היה לעבור לשלב ב' הגעתי לשלב ב לא אדיש לתוצאה דאגתי למה שנאי צריך לדאוג לו אבל השיקול המשני היה רציני למשל הקטר הידידותי חוסך הרבה זיהום אוויר ואז לכאורה הכל בסדר אבל מה קורה לי במצב חוסר הסיבירות הרביעי ? בא שיקול משני אחר שגובר על השיקול שאני התייחסתי אליו, הרבע שעה לכל נוסע ביום זה עלות למשק של שני מיליארד שנה אם היית משקיע את זה באיכות הסביבה היית יכול לצמצם את זיהום האויר פי אלף יכולת להתחשב בשיקול המשני של זיהום האויר כי הוא היה משמעותי אבל התעלמת משיקול משני אחר שאומר כי העלות למשק תהיה מיליארדים בשנה, למרות שיכולת לעבור לשלב ב והשיקול המשני הוא רציני התעלמת משיקול משני אחר שגובר על המשני הקודם ולכן זה חוסר סבירות.

כל נושא להכין צק ליסט שאלות משפטיות של איך פותרים !!!! לעשות את זה בכל נושא להגיע עם תרשים זרימה זה טיפס הכי טוב למבחן – יישום על הקיים זה הכי חשוב!!!! להעתיק את מחברת הבחינה לא טובבבב .

תרגול משפט מברלי

משפט מנהלי- תרגול

עו"ד אבי וי גרינברג

מה זה המשפט המנהלי?

בשביל מה צריך אותו ומה הוא השלטון? אפשר לחלק את זה לקטגוריות:

1. אזרח נגד אזרח – המשפט הפרטי
2. אזרח נ רשות – המשפט החוקתי/מנהלי/פרטי
3. רשות נ' אזרח- המשפט החוקתי/המנהלי/הפלילי/ הפרטי

**דמות השלטון

** עיקרון חוקיות המנהל

- אנחנו בקטגוריה השנייה בקורס שלנו:

מי הוא השלטון? יכולה להיות המדינה, הממשלה, השרים, הפקידים, עובדי ציבור, רשויות מקומיות, עיריות וייתכן שגם תאגידיים עירוניים וכל מי ש מחזיק בכוח שלטוני. האם חברה פרטית יכולה להיות? כן. יכולה להיות.

עיקרון חוקיות המנהל:

אומר שאין לרשות אלא את מה שהסמיך אותה החוק אם לרשות אין סמכות לפעול היא לא יכולה לפעול לא יכולה לעשות כלום. אם הרשות רוצה עכשיו לחשב ארנונה, לפי מטרים רבועיים והיא מגיעה בכל נכס למטר ריבוע אחרון והוא שבר לא שלם והיא רוצה לעגל כלפי מעלה את חישוב הארנונה ולא כלפי מטה היא צריכה הסמכה בשביל זה ואם ההסמכה היא להגיע למעלה או למטה היא לא יכולה לעגל כפי מעלה ואם תעשה זאת היא פועלת בחוסר סמכות וזה עשוי להביא לבטלות החלטה שקיבלה. אותו דבר לגבי מתן רישיונות וכל החלטה של רשות כזו או אחרת.

דוגמאות אחרות: סדר דין אזרחי- פרוצדורה, טענה מאוד לגיטימית זה לומר או לטעון בפני בימ"ש אין לך סמכות לדון, אתה לא יכול לדון, למה? כי החוק לא הסמיך אותך.. הטענה של חוסר סמכות או לחילופין שבימ"ש נותן פסק דין ולא הייתה לו סמכות שכזו, זה עניין מנהלי! (למרות שההליכים שעשינו לפני כמו תשלום אגרות, הגשת תצהירים וכו' הם סד"א) משום שבימ"ש גם הוא חלק מהשלטון. הוא גוף שיפוטי. אז אותה חוסר סמכות שאנו מוצאים בסד"א היא אותו דבר כמו במשפט מינהלי, שהיא המשפט המנהלי.

פקודת העיריות.. כשהעירייה מפרסמת מכרזים, דבר ראשון שנראה בכרזות האלה יהיה רשום על פי סמכותי וכו'...,,

חזקת תקינות המנהל- חזקה שכל פעולה שהרשות עושה, היא נעשית כדון, כלומר, משמעות הדבר היא שהנטל להוכיח שהרשות פעלה שלא כדון זה האזרח, אם עותרים אני צריכה דבר ראשון להראות שהנטל מתהפך, שהרשות לא עומדת בנטל בגלל מה שעשתה....,,

למה לרשות יש חזקה כזאת? למה השלטון נהנה מהחזקה הזאת? השלטון צריך לתפקד, כשהעירייה מעגל את המ"ר האחרון היא גם טוענת שיש לה סמכות לעשות זאת אבל בגדול הרשות לא יכולה להתעכב על כל החלטה ולהסביר אותה. המדינה היא נאמן של האזרח וכמוהו כמו נאמן ונהנה היחסים הם אותם יחסים.

מכוח מה? זה יכול להיות כל החלטה מנהלית אבל השאלה היא האם מדובר בהחלטה מנהלית? בשביל זה יש לזהות האם מדובר במשפט המנהלי או הפרטי כדי לדעת מה אנחנו יכולים לעשות.. אנחנו מבינים שאין יותר את "החיה" הזאת ששר יכול להגיד משפט כמו "אני עושה כי אני שר", אין כזה דבר. למעשה לממשלה יש המון כוח, אבל כל הכוח הזה ניתן לה ויש דברים שלא ניתנים לה. למשל יש החלטות מנהל שחייבו לעבור חקיקה כי הכנסת לא התכוונה להסמיך את הממשלה להחליט אותם כמו סגירת כביש בר אילן בשבת... אז השאלה היא יכול להיות שיש מקור סמכות אבל במסגרת מקור הסמכות ההחלטה היא כל כך קיצונית או משפיעה שבאה הכנסת ואומרת שלא התכוונתי להסמיך אותך.. וההחלטה עוברת לריבון שזה אנחנו.

אם בג"צ מבקש מהמדינה לנמק מדוע שהעתירה לא תתקבל כבר מתהפך הנטל כי אחרת העתירה הייתה נדחית. עכשיו הנטל הוא על המדינה להראות שהיא פעלה כדין.

**** זכויות שעומדות לאזרח ומשמשות לו כלים כדי להתמודד עם השלטון,

זכות הטיעון

להשלים את התרגיל הראשון!!!!

תרגיל 2 - 6.12.2016

זכות הטיעון

תנאים לקיומה של הזכות:

1. פגיעה באינטרס מוגן.
 - בג"צ ברמן ואח' נ' שר הפנים
2. מדובר בפגיעה ישירה וממשית(עמדתו של זמיר)
 - הרחבת זכות הטיעון מכוח עיקרון השוויון(פס"ד חוקה לישראל; זמיר)
 - הרחבת זכות הטיעון לשמיעת יריב עסקי(פס"ד קרגל)
 - חריגים לזכות.

היום ההלכה קצת מוזרה ובימ"ש חוזר אליה כשנוח לו וההלכה לא בהכרח שתתקבל גם היום..

מצד שני להיווצרות זכות טיעון הוא שהפגיעה תהיה ישירה וממשית, קודם כל צריכה להיות פגיעה ואחרי זה לבדוק אם היא ישירה או ממשית או שהיא זוטרה ורחוקה מהנפגע הפוטנציאלי....

מתי רשות מנהלית תקבל החלטה בנפגע פוטנציאלי שהפגיעה תהיה קשה מאוד: פגיעה בקניין, ביטול או חידוש רישיונות לפרט.. מה יותר קשה? הביטול כי יש הסתמכות על זכות הקיימת לי ואני מאבד אותה והפגיעה קשה יותר אבל בחידוש אני יכול לצפות שלא יחדשו לי אותה..

פגיעות חלשות, רחוקות- אם אני תושב ניצני עוז, חבר באגודה שיתופית חקלאית של ניצני עוז, אני חבר באגודה ואני גם תושב.. רוצים לבנות את כביש 6 ומפקיעים קרקעות, איזה קרקעות הופקעו? של האגודה.. של מי הפגיעה? אני חבר באגודה ולאגודה הופקעו קרקעות, האם לי תקום זכות טיעון במקרה הזה? אני בכובע שלי כבעל תפקיד באגודה יש לי זכות טיעון?.. לי אישית אין פגיעה קניינית, אין לי זיקה לקרקע ואם יש לי אופציה לרכוש את הקרקע הזו בעוד כמה שנים אז הפגיעה שלי תהיה גדולה ואז קמה לי זכות טיעון או חובה לשמוע. התשובה היא שרק לאגודה תקום זכות טיעון אבל לי כתושב של ניצני עוז לא תקום.

בפס"ד ברמן היו שם תושבים שלא היו מעוניינים בסיפוח ובג"צ קבע שיש לשמוע את כל מי שנפגע.. המקרה שונה ממקרה האגודה בכך שבברמן הפגיעה היא ישירה בכל אחד בגלל הארנונה ובגלל ההיטלים והמיסים. יש פגיעה פוטנציאלית בכל אחד מהתושבים שם ולכן קמה זכות טיעון לכל אחד ואחד..

הפגיעה צריכה להיות ישירה וממשית!

לאחר קבלת ההחלטה להפקיע, במקרה זה השר.. ואני לא יכל לפנות לבג"צ או בימ"ש לעניינים מנהליים ולהגיד שיש לי זכות טיעון.

הרחבת זכות הטיעון מכוח זכות השוויון: פס"ד חוקה לישראל עצם מצב של הפליה מקים זכות עמידה בפני עותר שאינו נפגע בעצמו מההחלטה המנהלית אלא עותר לביטול ההחלטה עבור אחר.

יריב עסקי: יש להחיל זכות עמידה, זכות טיעון, השמעה.. משתמשים בכל מיני מושגים שונים אבל הזכות היא אחת. הגישה של זמיר בכובעו באקדמיה הוא אומר כי ע"מ למנוע התדיינות משפטיות מיותרות- הוא הולך לכיוון היעילות. אם יש גופים שהם נפגעים פוטנציאלים אז יש לשמוע אותם.. הם פוטנציאלי בגלל שהחלטה עוד לא התקבלה.. אם הפגיעה היא ישירה וממשית..

חריגים: יש זכות טיעון אבל למרות שהיא קמה היא לא מיושמת כלומר בדין הרשות יכולה להימנע מלשמוע את אותו נפגע פוטנציאלי, החריגים שלנו- מתי לא תינתן הזכות למרות שהיא קמה? המיידיות למשל. פעולות שלטוניות דחופות.. מה עוד? חריג ראשון חשוב הוא הליכי חקיקה ראשית של הכנסת: יושבים שם כבר נציגים שלנו, של עם וזה לא אפשרי לשמוע את כל הנפגעים הפוטנציאלים- בהליכי חקיקה לא תוכר זכות טיעון משום המעמד המיוחד שיש לכנסת כגוף מחוקק! מה גם שהכנסת מראש לפחות בתיאוריה לוקחת את האינטרסים שלנו.. הכנסת משקפת את ההשקות שלנו והגיוינו שלא יהיה לכל אזרח זכות טיעון.. הכנסת בוועדות כן שומעת ומופיעים בפניה נציגים אבל הזכות כבסיס לאזרח שבו אנו מדברים עליו במשפט המנהלי..

חקיקת משנה- תקנות משנה של הממשלה.. האם המעמד של הכנסת פולש גם על החלטות שמוציאה הממשלה במעמד של תקנות, אז האם גם אז? דיברנו על ההיגיון של החקיקה הראשית מטעם המעמד המיוחד של הכנסת שהיא מבחירת העם ואותו עיקרון זה עם הממשלה.. אבל הסייג שלנו לא חל על תקנות- לגבי תקנות יש לכל אזרח ואזרח זכות טיעון, לא נכנס לחריג- הסיבה שלכנסת יש מעמד מיוחד היא כי היא הכנסת, יש לה מעמד מיוחד ובצירוף של הסיבות המעמדיות של הכנסת אז היא כן חל עליה החריג.

פעולות שלטוניות של הממשלה, לפס"ד ברמן, לכאורה לפי הפירמדה שלנו תקנות זה מתחת לחקיקה ראשית אין אבל למשל הכרזת מלחמה- אפשר שתסויג זכות הטיעון וזמיר נותן רשימה מאוד מצומצמת מתי החלטות ממשלתיות לא תינתן עליהם זכות טיעון- כריתה ואשרור אמנות- אין זכות טיעון- אשרור של האמנות הוא בכנסת אבל הממשלה יכולה לעודד כריתה של אמנות. הכרזת מלחמה גם כן אין זכות טיעון. פעולות שאינן שיפוטיות מלכתחילה גם כן אין זכות טיעון כמו למשל וועדת ערר של החלטות ביטוח לאומי או מס הכנסה... הרשות עצמה מקימה מכוח החוק טריבונאל שיש לו זכות להכריע על גוף נמוך יותר.. ערעור זה פניה על החלטה(הערר) לגוף שיפוטית פרופיר כמו בית המשפט לעניינים מנהליים.. תלוי מה החוק אומר ואם אין זכות ערעור אז עתירה. אותו דבר אפשר גם החלטה על בית הדין הרבני הגדול אפשר להגיש עתירה לבג"צ..

פעולות דחופות ואינטרסים נוגדים :

מה יכול להיות ככזה? שלילת רישיון נהיגה על המקום.. נשללה זכותי- פגיעה קשה- בלי זכות טיעון, אחרי זה תינתן זכות טיעון במשפט, בהליך הפלילי אבל כרגע אין לי. איך מאזנים פגיעה זו? ההגבלה תהיה בזמן שהרשות המנהלית יכולה לשלול, לזמן מוגבל.. וכך מאזנים, אנו נותנים לרשות לפעול כל זמן שאינטרס ציבורי שלנו נפגע, נכון לתת לרשות המנהלית סעדים מנהליים להגביל זכויות של הפרט.. עד איזה שלב? עד השלב שהפרט או הציבור מנגד כבר לא בסכנה כמו עיכוב ע"י שוטר.

עד דוגמא, הריסת בתי מחבלים, מה איתה? בימ"ש התייחס לשאלה הזו בפס"ד האגודה לזכויות האזרח נגד אלוף פיקוד מרכז- ניתנה שם החלטה להרוס והשי' שמגר מכיר בכך שיש נסיבות מבצעיות שאין בהם מקום שטרם פעולה לקיומה של זכות הטיעון בפני המפקד הצבאי או לקיומה של ביקורת שיפוטית בפני בג"צ.. אבל הוא אומר איך מאזנים? בימ"ש אומר כי גם במקרים חריגים כאלה כמו החלטה להרוס יש להסתפק בצעד הפיך שזה אטימת הבתים עד שתיתן ביקורת שיפוטית..

דוגמא מסד"א- עיקול זמני ואיסור יציאה מן הארץ- ללא זכות טיעון. זה בא לידי ביטוי שמגישים בקשה לבימ"ש במעמד צד אחד. המשיב מי שרוצים לעקל לו לא יודע מזה בכלל ובימ"ש נותן החלטה ומעוקל החשבון- הוא לא יודע ואותו דבר עיכוב יציאה מהארץ.. אחר כך אפשר להגיש בקשה לביטול אבל יש לשים לב כי זו פגיעה קשה מאוד.. בסד"א גם אפשר שתיפגע זכות הטיעון והפגיעה אנו מאזנים אותה בכך שתוגש בקשה לביטול הצו. איך מאזנים עוד? בהפקדת ערובה, עירבון בבימ"ש להבטחת המשיב על הנזקים.

חריג מסוג אין מה להשמיע, כלומר הרשות יודעת שלנפגע הפוטנציאלי אין עמדה או היא כבר יודעת את עמדתו כי כבר בעשרים הליכים שונים למשל הוא טען את אותו הדבר.. השאלה היא האם זה חריג? כשהרשות יודעת שלנפגע פוטנצי' אין עמדה.. "קשקש" את אותו הדבר והפעם כששאלים אותו אין לו עמדה או הגיב אותו הדבר בהליכים שונים.. החריג הזה הוא לא חריג. אין כזה דבר. צריך בכל פעם לאפשר להתבטא, לקיים את זכות הטיעון אבל בכל פעם שקורה עם "החריג" הזה משהו זה לא חריג אבל בימ"ש יכול לקחת את זה בחשבון- אם לאדם לא היה מה להגיד בעשרים הליכים שונים ובהליך ה-21 לא הייתה לו זכות טיעון.. בימ"ש ייקח זאת בחשבון בבואו לבטל את ההחלטה, בימ"ש אומר כי עמדתך היא שאין עמדה. הפגיעה בזכות פה יותר חלשה. נכון נפגעת זכות הטיעון וזכותך עומדת אבל שיקול בימ"ש בבואו לתת סעד בכך שאתה אף פעם לא אומר כלום ואחרי שמקבלים את ההחלטה ואתה מגיש עתירה על כך יגידו שסעד המקובל הוא אקס אבל אתה תקבל ואי ו ה- ואי הזה הוא פחות מהאיקס כי ראו שאף פעם לא השתמשת באמת בזכות הטיעון שלך.

מה הוא היקף זכות הטיעון? עד כמה צריך לשמוע אותך למשל! האם זה בכתב או בעל פה? האם זה גם כולל מסמכים שרוצים להגיש? יש לנו מבחן והוא מבחן הזכות לשמיעה הוגנת- זה לא רק התוכן כי התוכן משתנה מעניין לעניין ולמה? היקפה של הזכות משתנה מעניין לעניין ותלויה במהות הסמכות של אותו גוף ובמיהות הרשות, מי היא הרשות.. אם זה שר, אם ההחלטה ניתנה ע"י שר פה גם צריך לבחון את היקף הפגיעה.. זכות הטיעון ההיקף שלה יהיה מצומצם יותר משום שזה שר. אבל זה לא כל כך נכון.. כי שר בסופו של דבר הוא איש ציבור והוא שלוח. ולכן גם ההיקף יהיה מצומצם יותר לא כי אני שר אז אני שר פה צריך שתהיה לו סמכות.. חוקיות המנהל. בפס"ד אבו רומיס- שמיעה הוגנת וזו ההלכה

אין משמעה הליך פורמאלי של הזמנה וגמיעה, פה התובע צריך לנחש אילו טיעונים יסייעו לו בהחלטת הרשות ועל הרשות להעמיד את השיקולים העומדים לרעת הנפגע, לאפשר לו לעיין בחומר והענקת הזדמנות נאותה לתגובה. כתוצאה מזכות הטיעון יש לנפגע הפוטנציאלי זכות עיון. אם אין לי זכות עיון אז אין לי זכות טיעון.

שימוע חוזר:

שימוע ועוד שימוע כלומר זכות טיעון כפולה, הרשות עומדת לקבל החלטה- הוועדה המקומית לתכנון ובנייה רוצה לשנות טב"ה ואנחנו התושבים עומדים להיפגע, ויתרו על סלילה של סובה(מעין כיכר), מבטלים את זה למשל, יכולה להיווצר פגיעה פוטנציאלית ולאחר מכן מקבלים החלטה נוספת.. ניתנה זכות טיעון לכל מי שרוצה לפנות ולהגיש התנגדות ואחרי זה היא מקבלת שוב עוד החלטה לגבי הסובה, שימוע חוזר- האם היא צריכה לשמוע שוב? בסיטואציה זו פס"ד מחמוד 685/78, שם נקבע כי שימוע חוזר יעשה כאשר נגלה לרשות מידע חדש לאחר שימוע שהתקיים ושעשוי להשפיע על תוצאות ההחלטה בנוגע לנפגע. אין בכל מידע חדש בשביל לחייב שימוע חוזר. הכוונה למידע מהותי.

מה עם שימוע מאוחר?

פס"ד ע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' גאביץ מ2009. שם זה התעורר- המשיב 1 הוא תושב ישראל והמשיבה 2 היא תושבת האזור(שטחים) ולהם יש 3 ילדים- בתחילת 2006 המשיב 1 ו2 מגישים בקשה למדינה לבצע איחוד משפחות שבמסגרתו תהיה משיבה 2 המוזמנת כלומר היא תבוא לישראל עם הילדים.. ב2006 נתנה המדינה החלטה לדחות את הבקשה לאיחוד מטעמים ביטחוניים.. גם מטעמים אלה יש לנמק. האח של משיבה 2 עוסק בפעילות טרור.. זה הטעם.. המדינה לא נתנה זכות טיעון ודחתה את הבקשה. הם הגישו למשרד הפנים ערר והערר נדחה מאותם טעמים.. מה הם רוצים? הם רוצים איחוד משפחות שהמשיבה 2 תוכל לבוא לארץ עם הילדים.. אחרי דחיית הערר במשרד הפנים הגישו עתירה על הערר וכשמיעים לבימ"ש אנו צריכים לדבר בשפה של בימ"ש ומה אנו נטען? נפגעה זכות הטיעון שזה אומר שאנו רוצים סעד לבטל את ההחלטה בערר.. אנו נטען לפגיעה בזכות הטיעון כי כתוצאה מכך נוצר פגם בהליך.. אי מתן זכות טיעון משמעה בטלות. אז הסעד המבוקש הוא בטלות ההליך בגין פגיעה בזכות הטיעון שזה פגיעה בכללי הצדק הטבעי. הם טענו שלא ניתנה זכות טיעון- מה תטען המדינה? מה עומד לנגד עיניה של המדינה? עתירה בגין אי נתינת זכות טיעון.. המדינה יכולה לטעון לחריגים- במצב כזה היא כמעט מודה שלא ניתן והיא צריכה ללכת לחריגים.. הרבה יותר חזק לתקוף את הטענה שלא ניתנה זכות היא להוכיח שבכלל לא הייתה פגיעה בזכות זו. המדינה תטען כי ניתנה זכות טיעון בכל המסכת הזו, איך ניתנה זכות הטיעון? הרשות עומדת לקבל החלטה בענייני ואם היא מקבלת את הבקשה האיחוד משחות אז לפי היסודות לא קמה לי זכות הטיעון כי בקשתי התקבלה אבל אם הרשות מתכוונת לסרב לבקשתי הפגיעה שלי היא קשה ואותו משיב 1 יש לו זכות לחיות עם משפחתו וזאת הבקשה. ז"א הבקשה לא יכולה להיות הזכות טיעון כי אחרי הבקשה עמדה להתקבל החלטת סירוב.. המדינה יכלה לטעון שמומשה זכות הטיעון דרך הערר שהערר הוא זכות הטיעון. בימ"ש מקבל את הטענה כי הערר הוא זכות טיעון אבל זו זכות טיעון מאוחרת אומר בימ"ש. נכון שזו זכות טיעון אבל זו זכות טיעון מאוחרת. היא אחרי קבלת המשפחה. בימ"ש לא נכנס בנעלי הרשות- לא יחליט על איחוד משפחות הוא רק יחזיר את ההליך לרשות ועשיית הליך תקין עם זכות טיעון מראש ולא בדיעבד ושהרשות תחליט. המדינה מגישה ערעור לעליון על החלטת בימ"ש לעניינים מנהליים שאומר שכל זמן שהמשיבה 2 לא מגיעה לארץ כי יש בעיה ביטחונית בגלל אחיה אבל כל זמן היא לא כאן בארץ.. אין סכנה ולכן אין סיבה לא לקיים את זכות הטיעון. וזה מה שבימ"ש לעניינים מנהליים פוסק. המדינה טענה בעליון כי האינטרס הציבורי והביטחון גובר ואמרה כי משיבה 2 היא לא תושבת ישראל ואין לה זכות טיעון ובכלל המדינה צופה פני עתיד, וכי הכשרה להליך כזה כשהם ממילא שוהים בלתי חוקיים גם אם יהיה איחוד משפחות תשפיע לרעה על היכולות גם של המדינה להתנהל ואלה טענות סבירות.. בימ"ש עליון דוחה את הערעור כלומר מקבל את פסיקת בימ"ש לעניינים מנהליים ומחזיר תא ההליך לשימוע במשרד הפנים תוך המלצה להסדיר את הכל בנוהל מסודר שיעגן את זכות הטיעון מראש ולא בדיעבד. בימ"ש עוסק גם בשאלה לגבי המשיבה 2 שהמדינה טענה כי אין לה זכות טיעון כי היא לא תושבת המדינה- זכות הטיעון נגזרת מכללי הצדק הטבעי ואלה מתייחסות לכל אדם באשר היותו אדם ולא עוסקת בשאלה אם הוא תושב או לא ובימ"ש עליון קובע כי קמה לתושבת השטחים, משיבה 2 זכות טיעון בהליך של איחוד משפחות וזו החלטה משפטית נטו.

בג"צ חוף עזה- ניתן ב2005- 2003 ראש ממשלת ישראל שרון מכריז על תוכנית מדינית ביטחונית לאומית להיפרדות מדינת ישראל מאזור חבל עזה ומאזור צפון השומרון. ביוני 2004 מאשרת מדינת ישראל את התוכנית. בפברואר 2005 עובר חוק יישום ההתנתקות בקריאות. חוק זה אומר בס' 22 קובע כי שר הביטחון וראש הממשלה יהיו מוסמכים להוציא בצווים או לקבוע בצווים את אזור הפינוי והמועד. אז מה עושים? הוציאו צווים וקבעו כי הפינוי יעשה בחבל עזה וצפון השומרון ונקבע מועד ונקבע כי הפינוי יהיה 5 חודשים אחרי הוצאת הצווים. אז מה רוצים המפונים? הוגשה עתירה ששם נטענו טענות רבות וגם חוקתיות וטענות מנהליות.. חוקתית- הם רצו לא להתפנות. אבל מנהלית הם רצו

לעכב את הפינוי, מה מפריע להם? הצווים מכוח ס' 22. הם טענו כי לא ניתנה להם זכות טיעון. צווים זה פעולה מנהלית.. לפי בג"צ ברמן לכולם נפגע כי הייתה להם זכות טיעון.. בימ"ש קובע כי המתדיישים וגם הנציגים נטלו חלק פעיל בתהליך על כל שלביו וזכו אף להשמיע את דבריהם בפני הכנסת וחברי הכנסת ובפני הממשלה והגורמים המקצועיים ז"א עצם המעורבות בהליך החקיקה, גם בקשר עם המנהל- הוקמה מנהלת ההתנתקות שהייתה בקשר איתם.. היה קשר קבוע עם התושבים עד שראש הממשלה עצמו נפגש עם חלק מנציגי המועצות עד שאלה החליטו לא לשתף פעולה עם המנהל ואי הסכמתם להיפגש עם ראש הממשלה ולכן בימ"ש אומר על ניתוק הקשר אין להם עילה אלה על עצמם. ניתנה זכות טיעון ובימ"ש מציין כי בנסיבות אלה נשמעו גם טענות המתדיישים לאורכם ולרוחבם.. לסיכום- השימוע יכול להיות שימוע להופיע בפני גוף.. יכול להיות הנגדות, יכול להיות ערר, יכול להיות הקשר שלנו עם הרשות.. זכות הטיעון היא המהות שלה.

שיעור 20.12.2016

משוא פנים וניגוד עניינים

ה זה משוא פנים? זה זכות הנגזרת מכללי הצדק הטבעי, היא איסור על הגוף המחליט שלא לפעול תחת דעה קדומה והטיה. משוא פנים יביא להיעדר פתיחות ושכנוע כך שלא יהי טעם בהליך המנהלי ולא יהיה טעם לזכות הטיעון..

מהות האיסורים למשוא פנים ולניגוד עניינים:

- הגדרות (בג"צ בן דוד נ' ראש ממשלה
- הטעמים לאיסור על משוא פנים וניגוד עניינים:
 1. חובת הנאמנות של הרשות
 2. חובת ההגינות של הרשות
 3. מניעת חדירה של שיקולים זרים
 4. הבטחת אמון הציבור במינהל הציבורי

צורות של ניגודי עניינים במשפט הציבורי

- ניגוד עניינים מוסדי
- בג"צ סיעת "הליכוד" בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה
- בג"צ שמעון נ' הממונה על מחוז הדרום.

לניגוד עניינים יש ביטוי חיצוני, בעולם החיצון, ביטוי עובדתי ומשוא פנים הוא הרבה יותר קשה לנו להגיע....

מה הטעמים שלנו לטפל בניגוד העניינים ומשוא הפנים?

חובת הנאמנות של הרשות: מעצם תפקידה לעצם משוא פנים- אינטרס מרכזי של הציבור הוא חשיפת האמת ועל כן, גיבוש דעה קדומה פוגע בחשיפת האמת ומהווה הפרה של חובת הנאמנות. אנחנו האזרח או הנפגע או מושא החלטה לא נדע למה נעשתה פעולה בענייננו כפי שנעשתה.. לגבי הניגוד עניינים כאן על הרשות כשלוחה או נאמנה של הציבור חלה חובת הנאמנות בין שולח ושלוח ובין נהנה ונאמן זוהי החובה לפעול אך ורק לטובת הציבור השולח ולהימנע ממצבים של ניגוד אינטרסים.. טעם נוסף שלנו לאיסור היא חובת ההגינות

חובת ההגינות של הרשות היא חובה נמוכה יותר מחובת הנאמנות אך מקל וחומר כי היא נגזרת מזו שמעליה.. חובה זו קיימת, לפעמים די לנו בטענותינו בחובה זו. לעניין משוא פנים- גיבוש דעתו המקדימה של מחליט פוגעת בחובת ההגינות שחלה על הרשות הציבורית כלפי האזרח- חובת ההגינות נגזרת מקל וחומר מחובת הנאמנות.. אין לנו במשפט דבר כזה של חובת הגינות.. היא נגזרת מחובת הנאמנות. לעניין ניגוד עניינים- ההגינות מחייבת כי החלטה בענייננו של אדם העלולה לפגוע בו תתקבל כאשר מקבל החלטות אינו במצב של ניגוד עניינים ואין סכנה מוחשית של שקילת שיקולים זרים. האינטרס האחד יכול להיות אישי או התנגשות בין שני אינטרסים ציבוריים.

מניעת חדירה של שיקולים זרים: אנו רואים זאת כטעם עצמאי.. משוא פנים- מחליט המגבש דעתו מראש ואינו פתוח לשכנוע מעורר חשד כי עמדתו נגועה בשיקולים זרים ואינם רלוונטיים המונעים את שינוי ההחלטה כלומר זכות הטיעון מתאינת היא לא רלוונטית.. ניגוד עניינים- הימאות המחליט בניגוד עניינים מגדילה באופן משמעותי את הסיכויים לחדירת שיקולים זרים(להשלים חסר משפט)... עצם הסיטואציה עצם ה"עלול" מספיקה.

הבטחת אמון הציבור במינהל הציבורי: משוא פנים- הצדק לא יראה כאשר המחליט מעיד על עצמו שאין הוא פתוח לשכנוע ומדובר בהליך מיותר בו אין הזדמנות לפרט לשכנע בצדקת טענתו ולגבי ניגוד עניינים- דבר זה יביא לכך שאף אם הצדק ייעשה ותתקבל החלטה שהיא תקינה במצב של ניגוד עניינים הוא לא יראה באמון הציבור במינהל הציבורי ייפגע... עצם החלטה שניתנת בניגוד עניינים גם אם היא תקינה היא בעצמה "פוגעת".

דעה קדומה היא משוא פנים..

משוא פנים ברור לנו כי הוא אסור.

ניגוד עניינים מוסדי וניגוד ענייני אישי כמו למשל דוגמת השופט שלא יכול לדון בתיק שיש לו זיקה לו בה וזה האישי.. ניגוד עניינים מוסדי הוא למשל אם אני בשני תפקידים שונים ואני צריך לקחת החלטה שנוגעת לאחד מתפקידיי....

ניגוד עניינים מוסדי: ממלא שני תפקידים ציבוריים ובתוך כך נוצרת התנגשות בין שני אינטרסים ציבוריים כמו למשל גוף מבקר אינו יכול שיהיה לו קשר במסגרת תפקידיו הציבוריים לגוף המבוקר.. **בג"צ סיעת הליכוד בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה**: בבחירות שהתקיימו בראשות עיריית פתח תקווה נבחר חבר תנועת המערך לראשות העירייה וסיעת הליכוד נותרה באופוזיציה, במסגרת המינוי לוועדות מונה המשיב 2 מר מוכתאר, הוא חבר בוועדת ביקורת כאשר הוא חבר במקביל בוועדה ההנהלה של העירייה מה הבעיה? ועדת הביקורת מבקרת כמובן את ועדת ההנהלה ופעולותיה וראש העיר ופה טמון הניגוד עניינים.. סיעת הליכוד עותרת לבג"צ והיא טוענת לניגוד עניינים ומבקשת לסעד את ביטול מינוי משיב 2 ואת ועדת הביקורת ועוד צעד שהוא מינוי חבר מטעמה.. בימ"ש פוסק כי חבר ועדת הנהלה נסמך על שולחנו של ראש העיר ההנהלה של העירייה ותפקידו ליעץ לו, בימ"ש מפרט מה הבעיה ואומר כי בתוך כך חבר ועדת הביקורת תפקידו לבקר את פעולות ראש העיר.. עוד אומרים כי מדובר בהפרדת רשויות של המחוקק וטשטוש הפרדה זו יוצר ניגוד עניינים ונפסק כי משיב 2 פסול מלשמש חבר בוועדת הביקורת.. אם צריך לטעון עניין כזה ולבקש סעד מסוים אי אפשר לטעון רק לניגוד עניינים.. צריך לפרט את האינטרסים המתנגשים להסביר על מה אני נסמך בטענתי זו.

שמעון נ' הממונה על מחוז הדרום: התעוררה שאלה: אשת מזכיר מועצת הפועלים הוא אורגן מטעם ההסתדרות והוא משמש גם כדמות ביקורת מכוח תפקידיו בהסתדרות וכסגן של ראש המועצה המקומית וכסגן ראש המועצה גם המשנה לראש המועצה.. הוא גם מזכיר, סגן וסגן משנה. בימ"ש פה פירק את המרכיבים והתעוררה שאלה האם יש כאן ניגוד עניינים? האם יש אינטרסים מתנגשים? המשנה הוא יותר בכיר מהסגן כי המשנה יכול למצוא את עצמו במצב שהוא בנעלי ראש המועצה בניגוד לסגן שיש לו סמכויות משלו.. יש סגן ויש את ראש המועצה.. למשנה הסגן יש סמכויות כסגן וסמכויות כמשנה.. בימ"ש קבע- להשלים... מה שמטריד את ביהמ"ש כי כאשר החוקר יהפוך להיות בפועל ראש מועצה... כי המשנה יכול למלא מקום הסגן ומעצם יכולת זו הוא יכול גם להיות ראש מועצה כממלא מקום הסגן..

ניגוד עניינים אישי: מדובר בניגוד עניינים בין אינטרס ציבורי ואינטרס פרטי של עובד ציבור ועכשיו מי שצריך להחליט במסגרת תפקודי בעניין ציבורי שיש לו השלכות על ענייניו הפרטיים או ענייניהם הפרטיים של מקורביו. פה יש לנו שני מבחנים שהפסיקה עושה בהם שימוש:

מבחן החשש הסביר ומבחן האפשרות הממשית: הפסיקה עושה שימוש בשני אלה כשהיא בוחנת אבל בפועל מדובר באותה מהות לפיה כי ניגוד עניינים וגם משוא פנים מהווים קושי גם אם לא יתממשו בפועל אלא עלולים להתממש וזאת בעיקר בשל הפגיעה במראית פני הצדק ובאמון הציבור. על כן מדובר במבחנים הצטברותיים ולא תוצאותיהם והמבחנים הם אובייקטיבי מנקודת מבט האדם הסביר ויש לשאול במסגרתם האם האדם הסביר היודע את כל העובדות היה מכריע שקיים חשש סביר או אפשרות ממשית בקיומו של ניגוד עניינים או משוא פנים.

מה אנחנו עושים בכל המקרים האלה? מה ייעשה בפועל? חובת מתן הודעה לממונים עליו או לגוף הקולגיאלי בו הוא חבר על מצב ניגוד העניינים שבו הוא נמצא. כמו כן עליו להימנע מהשתתפות בדיונים והצבעה על אותם עניינים. סי' 47

לחוק התכנון ובנייה לדוגמא. בענייני הדיונים בוועדות התכנון והבניה ויש סנקציות על אותם עובדי ציבור כמו סנקציה פלילית או משמעתית.. בס' 47 יש סנקציה ששם נאמר למשל שמדובר בעבירה פלילית שעונשה שנת מאסר.

חריגים למצבים של ניגוד עניינים- בשיעור הבא

פתירת קייס:

מקרה בוחן 1:

(מדובר בשאלה של זכות הטיעון)

יש פה מעשה מנהלי כלשהוא.. יש פה שני חלקים ההמלצה של המתרגל היא זיהוי נכון של המסגרת הנורמטיבית שזה למשל זכות הטיעון אבל זה לא מספיק יש לזהות בתוך המסגרת הזו אילו כלים משפטיים יש להפעיל כאן.. אך גם זה לא מספיק.. יש גם ליישם.

יש פה טענה של העותרת ע"פ הקייס האומרת כי נפגעה זכותה לטיעון.. בהתחלה יש לבדוק האם קמה לה זכות טיעון בכלל.. איך בודקים? פגיעה באינטרס מוגן.. פה יש לנו את חברת אסמוזה ובודקים אם נפגעה זכות הטיעון ואם נפגע אינטרס מוגן.. הם יש פגיעה? כן. הוחלט לבטל לה את הרישיון.. ביטול אמרנו גם שזה יותר קשה מאי חידוש... האם הפגיעה היא קשה? כן. התוצאה מכך היא שקמה לה זכות טיעון.. פס: ברמן שהקים שם זכות טיעון וביטל את החלטת שר הפנים לכל אחד מהנפגעים.. פס, ד חוף עזה ששם עצם ההליך שבו לקחו חלק המתיישבים בחקיקה היווה זכות טיעון שם. פס"ד איחוד משפחות של פס"ד גאביץ בבית המשפט בעניינים מנהליים אמרה המדינה כי הייתה זכות טיעון ועצם הערר היווה זכות טיעון ובבימ"ש עליון (להשלים- דיברנו על זה). עלה גם בבימ"ש העניין של שימוע מאוחר אבל זה לא מתעורר פה בקייס.

משוא פנים וניגוד עניינים:

חריגים לכלל

- יש מקום לבחון חריגים לאיסור על ניגוד עניינים(עמדת השופט ברק בפס"ד סיעת הליכוד)
- אי העלאת הטענה במועד. תקנה 471ב לתקנות סדר הדין האזרחי

תוצאות מעשה מנהלי במצב של ניגוד עניינים

- דוקטרינת הבטלות היחסית
- ניתוק הקשר הסיבתי עקב שרשרת החלטות(פס"ד דיקמן)
- מיעוט המצוי בניגוד עניינים מתוך גוף רובני(פס"ד י.ב.מ)

הרעיון להביא אינטרסים חיצוניים הוא רעיון נכון ז"א אולי יש אינטרסים גדולים יותר המצדיקים לפחות את הותרת אותה החלטה וקבלתה.. להכשיר את החלטה.. הרשות לא כפופה למעשה בית דין.. הרשות אפשר לפנות אליה ולבקש ממנה לבטל או לשנות את החלטתה..

אינטרסים חיצוניים יכולים להשפיע:

פס"ד סיעת הליכוד - ברק בפס"ד זה משאיר מקום לחריגים באופן כללי אבל לא אומר אילו חריגים: הוא כן נותן שני מאפיינים ואומר לעיתים המטריה מחייבת את סיוג הכלל כשטמון בה אינהרנטית ניגוד עניינים.. מה זה אומר? יש מצבים ואפילו רבים שעצם הגופים המנהליים עצם האנשים הממלאים את התפקיד מעצם.. כמו למשל מועצה דתית עניינה עיסוקים בסוגיות דת והעומד לנגד עיניהם זה סקטור מסוים ז"א מובנה כבר ניגוד עניינים.. אז מראש יש העדפה סקטוריאלית.. ואנו מכשירים את החלטות הוועדה..

כמו למשל וועדות מסוימות שקמות לדיון בסוגיה מסוימת שהן מראש צבועות בצבע אחד כמו למשל וועדה הקמה לבחון נגיד ארגוני עבודה או קבוצות עבודה.. היא מראש קמה בשבילם ולהם...

אינהרנטית יש פה בעיה שהחוק מכשיר אותה..

מה עוד יכול להיות אינטרסים חיצוניים אבל נגיד שהיא תעמוד על קנה עד ש..(אולי נבטל אותה או נגיש בקשה לביטול או שינוי): כמו דחיפות: אם שופט נגוע בניגוד עניינים גם אם זה מוסדי או אישי אבל צריך לקבל את אותה בקשה בדחיפות ומייד.. הוא ייתן בכל זאת למרות הקושי..

מאיפה גוזרים את הסמכויות שלה? מהחוק.

אי העלאת הטענה במועד

טענת משוא פנים חובה להעלותה בהזדמנות הראשונה לאחר שנודעו העובדות המקימות את עילת הפסלות.. זה מתקנה 471ב לתקנות הסד"א ושתיקה משמעותה היא הסכמה למהותו של המחליט.. שליה מאוחרת של הטענה יכולה להתפרש כהתנהגות בחוסר תו"ל..

בתחילת הדיון בתובענה או בערעור ולפני כל טענה אחרת רשאי בעל דין לטעון וטענת פסלות, לא היה באפשרותו לטעון זאת בשלב האמור רשאי הוא לטעון אותה לאחר מכן ובלבד שיעשה זאת מיד לאחר שנודעה לו עילת הפסלות.. אותו דבר כמו הסמכות המקומית

תוצאות מעשה מנהלי במצב של ניגוד עניינים-

דוקטרינת הבטלות היחסית: למרות שיש פגם או בהחלטה או במעשה המנהלי או בהליך שמשמעותו הפגם היא בטלות 'VOID', כמו הסתמכות של צדדים שלישיים- היא לא בטלה.. היא קיימת..

דוקטרינת העיפרון הכחול: אומרת אם יש לנו מצב שאפשר לבודד חלק מסוים פגום.. מוצדק או נכון להשאיר את המעשה המנהלי על כנו למרות הפגם ורק אם חלק ממנו יתבטל אז זה העיפרון הכחול.

החריגים כשנכון ומוצג בפני הרשות השופטת או רשות מנהלית אם זה לא מגיע לרשות שיפוטית ולהגיד לה שההחלטה מתבטלת ומוצדק אבל שתישאר על כנה. הכלל הוא שבטלות תמיד אך לעיתים מוצדק ש..

ניתוק הקשר הסיבתי עקב שרשרת של החלטות: רק הסוף שלה הקצה שהתרחק מאוד ממי שאמור לקבל את ההחלטה נגוע בניגוד עניינים: כמו למשל הפקעת קרקע ורק העניין של בניית מחובר על הקרקע הזו נגוע בניגוד עניינים..

פס"ד דיקמן: רק כשהחלטה רחוקה מגרעין ניגוד העניינים למשל עקב שרשרת החלטות ארוכה, ניתן לומר שאין קשר סיבתי בין ניגוד העניינים למעשה המנהלי ואין הכרח לפסול את ההחלטה המנהלית

מזכיר את סוגיית ריחוק הנזק מהמשפט הפרטי..

ניגוד עניינים מיעוט המצוי בניגוד עניינים מתוך גוף ריבוני:

גוף קולגיאלי גוף המורכב מ-20 אנשים ורק שניים מהם נגועים בניגוד עניינים וההחלטה היא של כולם.. מה יכול להיות? האם אנו אומרים שההחלטה היא בסדר כי הם רק שניים או להגיד שלמרות שהם שניים ההחלטה פסולה ויש פגם בכל ההליך? פס"ד י.ב.מ ביהמ"ש מבטל החלטה שהתקבלה ע"י רוב למרות שרק שניים מהחברים היו נגועים בניגוד עניינים והנימוק של ביהמ"ש הוא- בשל יכולתם של אותם חברים לשכנע את החברים כך הפגם דבק גם באחרים. הוא מדבר על היכולת של אותם גורמים שהן בניגוד עניינים בתוך קבלות החלטות בוועדה להשפיע ולשכנע על אחרים שנכון שהם צודקים שצריך להחליט כך וכך.. הוא אומר שאפשר שאותם בעלי תפקידים ידביקו את האחרים והחלטה כזו בטלה.

חובת הנמקה, מצגת חדשה :

נגיד שפלוני קשיש מחליט להעסיק עובד זר, ומתקשר עם משרד הפנים שמסרב לתת ולאשר.. הוא באמת לא יודע למה סירבו את בקשתו.. מה הבעיה? פגיעה אחת זו זכות הטיעון בסופו של סיום אך זכות הטיעון צריכה להיות במסגרת ההליך ואחר כך הוא לא יודע אם לפנות לביקורת שיפוטית או מנהלית והוא לא יודע על סמך מה הרשות קיבלה את ההחלטה ומה יש בפניה...

הטעמים לכך :

1. חייבת הרשות לנמק את כל החלטותיה קודם כל בקורת פנימית טובה יותר של הרשות ומאפשרת לרשות עצמה שקיבלה את החלטה לבקר את עצמה בצורה טובה יותר
2. ההנמקה מאפשרת לבאים בתור להתרשם מההחלטות שנתקבלו ולשמור על אחידות כי רשות כזו אין היא כפופה למעשה בית דין.. ביקורת שיפוטית ושמירה על שלטון החוק כגון היעדרה של הנמקה תקשה מאוד על כל מי שחפץ לבדוק האם ההחלטה התקבלה כדין, למשל היוועצות שקוימה כדין הביאה את הרשות למסקנה מקצועית כי אין לקבל בקשה של פונה לתת רישיון.. הייתה היוועצות עם גורם מקצועי אך אם אין הנמקה ההיוועצות הולכת ופגה מזה שהזמן חולף אך ההחלטה נותרת.... ההנמקה תאפשר לגורמים שיפוטיים לבחון את מהות ההחלטה
3. חיזוק היחסים בין הרשות לאזרח.. ההנמקה מטשטשת את תחושת השרירות בפעולות השלטון ותורמת לפיתוח יחסי אמון

יש חוק, סוגיית ההנמקה הוסדרה בחקיקה ראשית: חוק לתיקון סדרי המינהל, החלטות והנמקות 1958(נקרא חוק ההנמקות) החוק הזה לכאורה מסדיר את סוגיית ההנמקה.. מתי קמה על הרשות חובה לנמק(אפשר להבין שלא תמיד יש חובה כזו): החוק מדבר על :

1. עובד ציבור שהגדרתו עובד מדינה, עובד רשות מקומית, וכן כל רשות שהוענקה לה סמכות ע"פ דין, ס' 2 (א) האומר: נתבקש עובד הציבור בכתב להשתמש בסמכות שניתנה לו ע"פ דין, יחליט בבקשה וישיב למבקש בכתב בהקדם אך לא יאוחר מ45 ימים מיום קבלת הבקשה. אתה דורש ממנו להפעיל את סמכותו ע"פ דין... מבחינת יסודות יש לנו חובה להגיש בקשה להפעיל את הסמכות ע"פ דין, מה זה? כל חיקוק, חוק וחקיקת משנה בנוסף צווים, דיני המשפט המקובל ודיני היושר שנקלטו במשפט הישראלי ולפי גישתו של זמיר החובה חלה גם על הוראות ממשל כלליות וגם הוראות עזר(ס' 17 לחוק הפרשנות). מה אנחנו לא שומעים מסעיף 2(א)? חובת הנמקה. הסעיף מדבר על מתן תשובה.. ז"א סעיף זה נותן לנו את החובה המוקמת לרשות לתת תשובה שהיא יכולה להיות שלילית או חיובית ולא דווקא הנמקה.. מה עוד? יחליט בבקשה וישיב למבקש בכתב בהקדם ולא יאוחר מ45 יום מקבלת הבקשה, ז"א ששוב יש לנו שתי מערכות זמנים בהקדם אך לא יאוחר מ45 ימים.. הרשות תמיד חייבת לתת תשובה אם הוגשה בקשה בכתב לעובד ציבור וע"פ סמכותו ע"פ דין.

סעיף 2א הקובע כי עובד הציבור שנתבקש כאמור בסעיף 2(א) וסירב לבקשה, יודיע למבקש בכתב את נימוקי סירובו, סעיף 2א מקים חובת הנמקה אך הוא עושה זאת רק לסיטואציה של סירוב. סירוב מצמיחה חובה לנמק ולעומת זאת קבלת הבקשה במלואה או החלטה מטיבה מחייב מתן הנמקה בנוגע לסירוב עצמו והתניית הסכמת הרשות לפעול או לתת החלטה מטיבה... החלטה לבקשת אזרח עשויה להיות שקולה לסירוב ועל כן טעונה הנמקה. אם הרשות מתנה את הפעלת סמכותה ע"פ דין היא חייבת לנמק כי התוצאה של ההתניה עלולה להיות סירוב כי התנאי לא התקיים.

החוק לא עוזר לנו לגבי היקף.. כמה היא צריכה לנמק.. **בג"צ שפירא**, שם נקבע שעל הרשות להציג בנימוקה את המסכת העובדתית עליה השתיתה את החלטתה ועל החלטתה להיות מפורטת כך ש תוכל להיבדק האם מצריכה

ביקורת שיפוטית ופס"ד **יורוגום**, שם נקבע כי ההנמקה חייבת לפרט את הדרך למסקנה.. ביהמ"ש פה לא מגביל את עצמו ולא אומר מה היקף החובה אבל הוא אומר שהיא צריכה לפרט את הדרך למסקנה וכמובן שהדרך למסקנה נתמכת בעובדות שהביאו לקבלת ההחלטה. ביהמ"ש מתייחס לזה בפס"ד זה ואומר כי מידת הפירוט מעבר לכך תלויה בנסיבות המקרה.

גוף קולגיאלי - חובת הנמקה של גוף זה, האם כל חבר צריך לנמק או מספיקה תשובה אחידה של כולם? הפסיקה במחלוקת לגבי הדבר הזה בפס"ד **שפירא** נקבע השו' כהן אומר כי הגוף הזה מקבל את החלטתו ברוב קולות ולכן די לנמק כי ההחלטה התקבלה בדעת רוב ואין חובה לפרט את עמדת כל אחד מחברי הגוף.. מנגד הש' קיסטר של מקבל את התפיסה שגוף כזה פטור מהנמקה מהותית של כל אחד מחבריו. הש' קיסטר מתבסס על חוק ההנמקות הנעדר הבחנה בין גוף קולגיאלי לעובד ציבור ואם זה נעדר אז כל אחד הוא עובד ציבור. ויש את הש' לנדוי המשאיר את הסוגיה בצריך עיון.

מה הבעיה עם החוק? הבעיה נעוצה ישירות בסעיף 2(א) הבעיה היא במילה נתבקש.. החוק לא מתייחס לקבוצת מצבים עצומה שיכולה להיווצר וזה כשהרשות פועלת מיוזמתה.. ברוב המקרים היא פועלת מיוזמתה והתוצאה היא כשהיא פועלת כך היא לא צריכה לנמק.

פס"ד **מועצה אזורית חוק אשקלון נגד שר הפנים ואחרים**: תחנת הכוח ששם ב1997 בעקבות וועדת חקירה (ז"א יזמה בעצמה) החליטו להגדיל את שטח השיפוט בתחנת הכוח של עיריית אשקלון על חשבון מועצה אזורית חוף אשקלון.. שטח השיפוט היה XY ואז כשזה קרה זה השתנה... המועצה האזורית חוף אשקלון מקופחת(פחות ארנונה עם הפחתת השטח) היא הגישה עתירה וטענה כל מיני טענות גם לגבי סמכות וזאת הטיעון ולא הסתמכה רק על הנמקה.. ביהמ"ש קובע לעניין חובת ההנמקה ואומר שגם כשאין תחולה מכוח החוק תקום החובה לנמק את ההחלטה מכוח חובת ההגינות המשמעות היא הטלת חובת הנמקה שיפוטית מקום שחוק ההנמקות אינו חל. זה אומר שכשאין תחולה של החוק קמה לרשות חובת הנמקה מכוח הפסיקה.. וזו ההלכה. המשמעות של דבר זה היא שבכל מקרה יש הנמקה.. יש לבחון טוב ממה נובעת חובת ההנמקה או מכוח החוק תחולת החוק ואם אין את זה אז דרך הפסיקה.. אנו תמיד נעדיף את החוק במקרה הזה.

אם אין תחולה לחוק אז הפסיקה שזה מכוח חובת ההגינות החלה על הרשות לפי הפס"ד...:

למשל, תחולה לגבי איסור פרסום לשון הרע- לגבי תחולה במשפט הפרטי לא בציבורי אם יש פרסום ויש לשון הרע אז אנו כבר בחוק יש כבר תחולה לחוק ואנו כנתבעים תמיד נהיה שם.. אנו רוצים שהחוק יהיה היעדר תחולה..

המשך:

יש לנו שני מקורות כשאין תחולה לחוק: ניעזר בשניים- חוף אשקלון המדבר על חובת הנמקה ו-:

נאות ואח' נ' המועצה המקומית קריית טבעון ואחרים, בשנת 1993 מתקיימות בחירות אזוריות בעיריית ירושלים במועצה מקומית קריית טבעון ובעיריית חיפה בעקבות הבחירות האלה שר הדתות נדרש להחליף את המועצות הדתיות הפועלות בתוך הרשויות האלה.. אז הוא פונה לרשויות ואומר להן תציעו לי מועמדים כדי שיתמודדו על אלה.. בכל רשות התקיימה מערכת בחירות פנימית ואיך זה מתקיים? יש בכל רשות יש את "מועצת העיר" ששם יושבים חברי המועצה לפי תוצאות הבחירות וגודלם והרכבם.. כל סיעה מעמידה מועמד והמועמד מקבל משקל יחסי לפי גודל הסיעה.. הסיעה שיש לה רוב אז יש לה משקל הרבה יותר גדול.. ואכן התקיימו בחירות כאלה ונחבר מי שנחבר ואחרי זה הוגשה עתירה- הם טענו שאנשים או מועמדים שהיו ראויים להיבחר גם לפי הכישורים שלהם וגם לפי המשקל היחסי שהם זוכים לו במועצה לא נבחרו. למה? משיקולים זרים? הם טענו בעתירה כי הם לא משתייכים לזרם האורתודוקסי. הבעיה הייתה בשר הדתות שבסופו של דבר לא נבחרו המועמדים הראויים- בעיריית ירושלים שם ראש העיר הודיע בתחילת הישיבה(אהוד אולמרט) שאין צורך לקיים דון עכשיו, שכל מועמד או כל חבר סיעה יציג את עמדותיו.. וילכו ישר להצבעה מתוך מחשבה שכל חבר מועצה בוחר את המועמד באופן ענייני אז אין צורך בדיון ולכן לא התקיים דיון. ביהמ"ש קיבל את העתירות וביטל את המינויים ומשמעות הביטול היא קיום הליך מחדש.. ביהמ"ש העליון אומר צריך לקיים את ההליך הביטול את הליך המינוי מעצם הביטול. בנוגע לחובת ההנמקה: נפסק כי ההנמקה בהליכים מעין אלה חשובה לצורך ביסוס המעשה המנהלי וחשיפת הציבור להליך קבלת ההחלטה לרבות שמיעת

השיקולים בדבר התומכים והמתנגדים וזאת גם עם קיומו של דיון לא יכול לשנות את יחסי הכוחות ואת ההחלטה הצפויה. ביהמ"ש משמש במילים קשות "כנאמני הציבור מוטל על חברי מועצת העירייה לנמק עמדותיהם ולהעמיד את שיקוליהם לביקורת, חברי המועצה אינם רשאים להקים חומה של שתיקה ולהסתיר מאחוריה שיקולי החלטתם, התעטפותם בשתיקה מקום בו הם מצופים לגלות את ליבם ולחשוף את שיקוליהם מחשידה אותם שיש להם מה להסתיר". ביהמ"ש אומר הדיון חשוב וגם אם התוצאות ידועות מראש יש לנהל אותו.. אם הבעיה היא גם בהליך אז יש היגיון בזה שיקיימו את ההליך מחדש ואולי בהליך תקין וסביר כי התוצאה היא תהיה אותה תוצאה בגלל שההליך תקין.. כי ה"אולי" בגלל שלא קיים דיון ובגלל זה נפגע וזה בוטל אז צריך לפחות לקיים דיון ע"מ שתהיה לגיטימציה...".

התעוררה גם שאלה לגבי הנמקה של חבר בגוף קולגיאלי, ביהמ"ש מתייחס לדבר הזה ואומר כי אין משמעות הדבר של הרעיון של הגוף הזה שכל אחד ואחד מחברי המועצה חייב להתבטא בדיון כזה.. בידי חבר מועצה גם לבטא את עמדתו באמצעות ההצבעה עצמה.. זה גם משליך על גוף קולגיאלי דיברנו עליו בעניין זכות הטיעון וכו' וביהמ"ש אומר באמת שלא צריך שכל אחד ואחד ינמק. פה מדובר בחובת הנמקה מכוח הפסיקה. חוק ההנמקות לא יחול פה.

סעיף 6 לחוק ההנמקות: "החלטה או פעולה של עובד ציבור לא יהיו פסולות בשל כך בלבד שהוא לא מילא אחרי הוראות הסעיפים 2א, 2ב, 4 או 5.. ואולם בכל הליך בפני וועדת ערר או וועדת ערעור או לפני ביהמ"ש על עובד הציבור הראייה כי החלטה או פעולה שלא ניתנה לגביהם תשובה או הודעה כאמור נעשו כדין והוראות סעיף זה אינן גורעות מאחריותו המשמעתית של עובד הציבור..". הפרת חובת ההנמקה היא רק הפרה של חובה זו והיא לא אומרת דבר על ההליך עצמו ויכול להיות שהחלטה שקיבל עובד ציבור התקבלה כדין ונעשתה כמו שצריך.. ההחלטה עצמה יכולה להיות תקינה.. אם יש חובת היוועצות והייתה היוועצות והיא כדין ואם יש סמכות ואם ההחלטה היא סבירה ואם היא מידתית ואין שום קושי חוקתי אז היא כדין והתוצאה היא פשוט שאין הנמקה.. סעיף 6 מתייחס לכך ואומר כי לא הגיוני מעצם רק הפרת חובת ההנמקה לבטל את החלטה. זה לא VOID.

סעיף 6(א) אומר כי בעצם עובר הנטל.. הנטל על עובד הציבור עכשיו להראות כי החלטה שקיבל התקבלה כדין. משמעות הדבר, חזקת תקינות המינהל האומרת כי כל פעולותיה נעשות כדין והנטל להראות שלא נעשו כך היא על מי שטוען. פה יש הפרת חובת הנמקה.. סעיף 6 לחוק ההנמקות בא ואומר כי אין תחולה לחזקת תקינות המינהל ואומר כי הנטל יהיה על עובד הציבור להראות שהחלטה (בניגוד להנמקה) או המעשה המנהלי נעשו כדין. אז זה לא לגבי ההנמקה אלא לגבי קבלת החלטה....

פטורים,

חוק ההנמקות נותן לנו פטורים מחובת הנמקה **בסעיף 3** האומר "על אף האמור בסעיף 2א, לא יהא עובד הציבור חייב להודיע נימוקי סירוב-

3(1) אומר כי יש בדיון המעניק את הסמכות הוראה פוזיטיבית לפיה רשאי עובד הציבור לעשות שימוש בסמכותו ללא מתן הנמקה.

3(2) ביטחון המדינה או יחסי החוץ שלה מחייבים שלא לגלות נימוקי החלטה

3(3) שהבקשה שסירב לה עובד הציבור הייתה למנות את המבקש למשרה פלונית או להטיל עליו תפקיד פלוני

3(4) כשגילוי הנימוקים עלול לדעת עובד הציבור לפגוע שלא כדין בזכותו של אדם, זולת המבקש.. (פגיעה בצד אחד, צד שלישי אבל זה לשיקול דעתו של עובד הציבור).

3(5) שיש בגילוי הנימוקים לדעת עובד הציבור משום גילוי סוד מקצועי או ידיעה סודית

3(6) וכו'...

היא רק לכאורה רשימת פטורים...

סעיף 9, הוא מדבר על היעדר תחולה של החוק ואומר מתי לא תהיה תחולה לחוק.. "לא תהא תחולה בעניינים הבאים :

9(א) החלטות לפי חוק כלי ירייה 1949, כאשר גילוי הנימוקים עלול להביא לפגיעה בשלומו של אדם או בדרכי הפעולה של המשטרה.

9(ב) החלטות שר הפנים או מי שהועברו אליו סמכויותיו לפי חוק הכניסה לישראל, למעט, החלטה על ביטול רישיון, ישיבה של מי ששוהה בישראל כדין.

ישנו הבדל בין סעיף 3 ל-9.. זה שאין חובת הנמקה מכוח פטור לא אומר שאין תחולה לחוק. החוק חל וכשמגיעים לסעיף 9 אנו בעצם רואים שאין בעצם תחולה לחוק.. זה אומר שכבר 2(א) חל ו2א חל. ואז שואל עצו עובד הציבור האם הוא זכאי לפטור האם יכול לבקש פטור.. אך סעיף 9 שהוא שונה לחלוטין. הוא סעיף האומר שאין תחולה לחוק.

מה המשמעות כשאומרים יש תחולה לחוק? סעיף 3 מה הפטור שהוא נותן? הוא לא נותן פטור מ2(א).. מה שלא נופל בגדרי סעיף 3 הוא ייפול בגדרי סעיף 2.

הפטור הוא לא מסעיף 2(א) אלא מבג"צ שפירא כי הבג"צ הזה אומר מה תהיה ההפרה ומה אפשר לפרט.. בעצם יכול להיות מידע שהוא לא פטור..

כמו **פס"ד געביץ**.. שם סירבו לבקשה ונימקו בגלל שיש לה אח העוסק בטרור.. לפי סעיף 3 את זה גם לא היינו אמורים לדעת כי המדינה יכלה להגיד שיש לי פטור כי זה פוגע בביטחון המי=דינה וכו'.. אבל המדינה כן נימקה ואמרה כי יש לה אח וכו'.. כי אותו נימוק לא נופל בגדרי סעיף 3 ולכן יש תחולה לסעיף 2(א) מידע שאין פטור לגביו.. הנימוק שהם נתנו הוא לא מסכך... המידע שהיה מסכך הוא לדוגמא למי הוא קשור אילו מידע מודיעיני יש להם וכו'..

קודם הולכים לסעיף 9 ואז לסעיף 3 כשבדקים.

מה המשמעות של סעיף 9 אם אין תחולה היינו יכולים ללכת לבג"צ חוף אשקלון וחובת ההגינות? החוק אומר בסעיף 9 אם יש אחד מסעיפי 9 מתקיימים אני לא נהנית מהחוק.. אז אין חובת הנמקה.. השאלה אם אין תחולה לחוק האם יש תחולה לחובת ההגינות? לקבל נימוק מכוח חובת הנמקה? החוק אומר כי במצבים מסוימים סעיף 9 החלטות למשל של כלי ירייה.. כאשר הוא אומר לא כל הסוגיות של כלי הירייה רק כשזה יכול לפגוע בשלומו של אדם או דרכי פעולה של המשטרה.. המחוקק רוצה להגן על המשטרה או אדם ולכן כשיש תחולה לסעיף 9 אין היגיון שנוכל לגשת לבגצ חוף אשקלון.. בכלל לא תהיה הנמקה. המחוקק אומר בסעיף 9 במקרים האלה לא תהיה הנמקה. תשובת סירוב תספיק. במקרה זה בשונה מסעיף 2, המחוקק אומר בסעיף 9 בצורה פוזיטיבית במקרים אלה אין הנמקה ואנחנו לא נעקוף את מילות המחוקק בפסיקה. אם החוק שותק בגלל לאקונה אז אני אפנה לפסיקה אבל אם המחוקק אומר בצורה מפורשת אין תחולה אז במקרים האלה אני לא מעוניין שתהיה הנמקה.

סמסטר ב'

זכות העיון הפרטית-

התפתחותה של הזכות :

דיברנו שאנחנו מחלקים את המידע או כל דבר שמחזיקה בו הרשות בקשר לנוגע בדבר יש 3 דרגות- מידע שהוא רלוונטי במסגרת הליך שיפוטי, מידע שהוא נדרש לצורך הליך שיפוטי- לקראת הליך שיפוטי והדרגה השלישית היא כל מידע..

עם הדרגה הראשונה אמרנו אין בעיה כי זה מוסדר בחוק במסגרת ההליך השיפוטי

עם הדרגה השנייה אמרנו לקראת הליך שיפוטי אין חוק המחייב את הרשות לספר את המידע לכאורה.. כשמדברים על קשר בין אותו מבקש מידע לבין המידע.. ואותו מבקש מיעד רוצה לקבל את המידע, ואז הבאנו את פס"ד **בג"צ שפירא** ששם ניתנה לפחות לא הלכה אבל פסד שמחיל באופן גורף את הזכות של דורש המידע שיש לו קשר עם המידע, לקבל אותו ולדרוש מהרשות את המידע אבל בג"צ שפירא לא הפך להלכה,

מספנות ישראל נ' חברת החשמל, (הדרגה השלישית שהיא לוקחת אותנו לזכות העיון הציבורית בסוף).. זה היה בשלב המהפכה החוקתית וכו'. המשיבה 1 היא חברת החשמל קיימה מכרז ובמכרז היא ביקשה להחליף שתי מכונות פחם והיא פרסמה מכרז וכו'.. במכרז התמודדו 21 חברות מכל רחבי העולם ובין היתר התמודדה גם חברת מספנות ישראל, איך המכרז עבד? המכרז עבד כך שכל חברה מציעה את הצעתה ובכפוף ליוקר ההצעה ותנאי המכרז- חברת החשמל, משיבה 1 תנהל מו"מ עם 3 חברות כאשר בסופו של דבר מביניהן יוכרז הזוכה במכרז.. על אף שחברת מספנות לא עמדה בקריטריונים מספיקים כדי שינוהל איתה מו"מ המשיבה 1 בכל זאת הכניסה אותה לרשימה המובילה של אחת מ-3 חברות... איך זה קורה? כחול לבן.. רוצים לקדם חברות ישראליות וכו'.. בסופו של דבר החברה הסקוטית ניצחה במכרז ולא מספנות.. ומספנות לא מרוצה והיא מגישה עתירה לביהמ"ש לעניינים מנהליים לפסול את כל המכרז וטענותיה היו כי ההצעה של החברה הסקוטית נגועה בפגמים.. כל המכרז נגוע בפגמים.. זה הגיע לעליון וביהמ"ש העליון בעניין של זכות העיון עסק בשאלה כזו- אם יש הוראה ספציפית לגבי מכרזים האומרת איזה חומר יכולה מתמודדת במכרז לבקש, לעיין בו.. כי החברה רצתה לעיין במסמכים האחרים של החברות היא טענה כי זה נוגע אליה (חברת מספנות טוענת כך).. ביהמ"ש העליון עסק בשאלה האם קיומה של הוראה ספציפית איזה חומר הרשות יכולה לתת המשמעות של הוראה כזו היא הסדר שלילי לגבי כל יתר המידע... אז כל היתר הרשות לא יכולה לתת.. ויש לנו את תקנות העיריות מכרזים המטילות חובה מסוימת לאפשר לעיין במסמכי מכרז, תקנה 22 ט הקובעת- לאחר קבלת החלטה סופית של הוועדה(וועדת המכרזים) רשאי כל משתתף במכרז לעיין בהחלטתה הסופית של הוועדה ובהצעת הזוכה במכרז. אנו רואים הוראה החלה במקרנו ואומרת מה מתמודדת יכולה לעיין.. היא יכולה לעיין בהצעה הזוכה.. כמוכן רק לאחר החלטה סופית של הוועדה.. ביהמ"ש לא עוסק בהיגיון של התקנה אלא תקפו את ההיקף שלה, את היקף העיון במידע כי מספנות ישראל אומרת כי יש לי עניין אישי בכל ההצעות לא רק בהצעה הזוכה כי על סמך כל ההצעות נבחרה ההצעה של המתמודדת הזוכה.. ביהמ"ש אומר כי אם יש לי כאן הסדר שלילי אז הרשות לא חייבת לספק מעבר למה שתקנה 22 אומרת ואם יש הסדר שלילי אז יש לבדוק- הסדר שלילי הוא עניין של פרשנות והוא לפי התכלית.. אז כמוכן יש לנו דרך לפרש ככל שההוראה הנורמטיבית היא ניתן לפירושים שונים.. האם ישנו הסדר שלילי אומר בימ"ש? יש לאמץ את דוקטרינת בג"צ שפירא ושכל משתתף במכרז מקבל זכות עיון רחבה, בימ"ש עוסק כי כל מסמכי המכרז לרבות כל ההצעות שהוועדה דנה בהם חייבים להיות פתוחים בין כל משתתפי המכרז בכפוף לחסיונות והטוען לחיסיון עליו הנטל להקים זכות זו. למעשה, לפי עמדת זמיר בכובעו כאיש אקדמיה, בג"צ משפנות ישראל יוצר הלכה לפיה אדם הנפגע אדם יכול להיות חברה.. אשר נפגע מהחלטה מנהלית או כל הנוגע בדבר בהחלטה של רשות זכאי לעיין במסמכי הרשות הקשורים לאותה החלטה.

זאת ההלכה והוא מאמץ את בג"צ שפירא.

חוק בתי דין מנהליים.. יש בתי דין ויש בתי משפט לעניינים מנהליים..

החוק מדבר על הדרגה הראשונה והוא מסדיר את זכות העיון הפרטית בנוגע להתדיינות בפני בתי הדין המנהליים ששם יש את סעי' 30 (א) לחוק הקובע כי מי שזכאי להגיש ערר על החלטתה של רשות מנהלית זכאי לעיין במסמכים שבידי הרשות הנודעים להחלטה ולהעיק מסמכים מן התיק.

סעיף 30 (ב) לחוק קובע כי זכות העיון בתיק לא תחול על מסמכים או חלקי מסמכים שאין להם נגיעה להחלטה שעליה עוררים.. או שיש בהם סוד מקצועי או שפוגעים בביטחון המדינה וכו'..

לעניין מדינת ישראל- משרד המשפטים נ' סגל, שם בימ"ש פוסק שם כי זכות העיון הפרטית מותנית כמוכן בקיומו של אינטרס אישי בעיון המידע, שם נפסק כי זכות של הפרט לעיין במסמכים- המוחזקים בידי הרשות ואשר שימשו אותה החלטה בענייניו היא מיסודות המשטר הדמוקראטי וזו זכות העיון הפרטית הנגזרת בעיקר מזכות הטיעון ומחובת המינהל לפעול בשקיפות..

זכות העיון הפרטית עומדת בפני עצמה.. אין צורך להוכיח את זכות הטיעון כדי לאפשר את זכות העיון הפרטית... אמרנו כי זכות העיון היא נגזרת מזכות הטיעון כי בלי עיון אין לי מה לטעון..

זכות העיון הציבורית

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

מקורות-

- חופש הביטוי- אחת הזכויות הרחבות ביותר בישראל וממנו נגזרת זכות הציבור לדעת
- תפקידה של הרשות כנאמן לציבור
- חוק חופש המידע

חיוניותה של הזכות

- הערך הדמוקראטי
- יכולת לממש את כלי העתירה הציבורית
- יכולת הפעלת ביקורת על השלטון

זכות העיון הציבורית משמעה .. בג"צ סגל פסקה 18.

מה הדבר הכי בסיסי במשפט המינהלי לגבי זכותנו לקבל כל מידע? המידע הוא שלנו ואם המידע שלנו אז אנו זכאי לדרוש אותו, הרשות היא רק נאמן המחזיק את המידע בנאמנות..

חוק חופש המידע :

ס' 1 לחוק המגדיר את חופש המידע : לכל אזרח ישראלי או תושב הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית בהתאם להוראות חוק זה.

למה לי זכות עיון פרטית כשיש ציבורית? אם יש לי זיקה אישית כדאי שאני אישען עליה מאשר על החוק הזה.. זיקתי האישית היא יותר חזקה כמו לדוגמא בהליכים פליליים.. כשיש עניין אישי תמיד העניין האישי יגבור. קבלת מידע יכולה להתעורר במשפט הפרטי כל הזמן...

ס' 2, אומר מה הוא מידע: כל מידע המצוי ברשות הציבורית והוא כתוב מוקלט מוסרט מצולם או ממוחשב,

קבלת מידע החוק אומר לרבות עיון צפייה האזנה העתקה צילום קבלת פלט.. בהתאם לסוג המידע ואחזקתו...

ממונה: "מי שמונה ברשות הציבורית לחוק חופש המידע עד העמדת המידע לציבור" זה אומר אם אנחנו רוצים לקבל מידע ואין לנו זיקה אנו יכולים לפנות לממונה ואליו אנו פונים.

ס' 7 לחוק : מגדיר את בקשת קבלת המידע.. ואין המבקש חייב לציין את הטעם לבקשתו.. שוב, אם פונים ולא מציינים את הטעם כשיש לנו זיקה למידע, אנחנו חשופים לקושי גדול יחסית לקבלת המידע והמידע יכול להיות קריטי.. ז"א תמיד כדאי לציין את הטעם.

דרך הטיול בידי הרשות, **ס' 7(ג),** מגבלת 30 ימים מיום קבלת הבקשה.. יש פה דין ספציפי לחוק ההנמקות.. במקרה זה לא נפנה לחוק ההנמקות שם נאמר 45 ימים .. פה אומרים ללא שיהוי. יש פה שתי מערכות זמנים שונות מחוז ההנמקות...

...במידה והחליטה הרשות לקבלת בקשתה, תבוצע ההחלטה תוך זמן סביר בנסיבות העניין אך לא יאוחר מ-15 ימים.

דחיית הבקשה- **ס' 7(ו)** במידה והחליטה הרשות לדחות את הבקשה לקבלת מידע, כולה או חלקה, תשלח למבקש הודעה בכתב שתפרט את נימוקי ההחלטה(חובת הנמקה) ותיידע את המבקש על זכותו לעתור נגד ההחלטה לפי הוראות חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים.

יש פה עילות סטאטוטוריות לדחייה- מתי הרשות תוכל לדחות, ס' 8 לחוק, מגדיר רשימה של עילות לדחיית בקשה של פונה לקבלת מידע- החוק מאפשר לרשות לטעון לפי (1)8.. מצריך הקצאת משאבים בלתי סבירה... קושי של ממש.. נקיטת אמצעים סבירים כשמתברר לרשות שלא ניתן לאתר את המידע ושלא נמצא ברשותה.. לקרוא את הסעיף.

(4)8, המידע פורסם ועומד לרשות הציבור או לעיונו בין מתשלום או לא.. סירוב מחמת סיבה זו על הרשות להודיע למבקש מהיכן ניתן להביא את החומר וכו'..

(5)8,

לרשות יש סל של אפשרויות לדחות את הבקשה שלנו... במישור המנהלי ולא השיפוטי הדברים לפעמים קשים.

23698/08 פרשת סגל, המשיב הוא סגל, מה הוא עשה? הוא פרסם מאמר שבמאמר הזה הוא גינה את התפקוד של הרב הצבאי הראשי, בין היתר הוא כתב שם כי הרב הצבאי הראשי מסייע לביצוע עבירות חמורות כמו רצח, בעקבות הכתבה הזו הוגש נגדו כתב אישום.. העלבת עובד ציבור: הוא טען להגנה מן הצדק במסגרת ההליך הפלילי.. הוא אמר שאני צריך לראות חומרים שמחזיק משרד המשפטים בנוגע להחלטות שהוא קיבל בחשד לעבירות דומות. מה זה חמורות בעיניו? החלטות בנוגע לכל סוגי העבירות המגבילות את חופש הביטוי, מאיזו תקופה? מ1995. הוא פנה לממונה על חופש המידע והממונה סירבה לספק את המידע. הממונה אמרה כי הקצאת המשאבים היא בלתי סבירה.. ולכן הרשות לא יכולה לספק את המידע בכלל. מפה לשם ניתן בג"צ מטר אשר התייחס גם לסוגיה דומה מאוד ובעקבות בג"צ מטר הוא פנה שוב לממונה לחומרים משנת 1995.. היא סיפקה 20 דוגמאות של החלטות הנוגעות אך ורק לס' 288 שהוא העלבת עובד ציבור. אז העותר שהוא גם הנאשם לא מרוצה. הוא מגישה עתירה במקביל להליך הפלילי לביהמ"ש לעניינים מנהליים ומבקש מביהמ"ש לקבל את כל המידע מ1995. בימ"ש מחוזי בירושלים בשבתו כביהמ"ש לעניינים מנהליים פוסק לקבלת המידע משנת 2000, 7 שנים אחורה.. המדינה מגישה ערעור לביהמ"ש העליון.. מה קורה שם. בימ"ש עליון כמובן נדרש לשאלה הכי חשובה פה שהיא מה הוא המעמד הסביר? בימ"ש עליון מתווה כמו קווי יסוד לקביעת המעמד הסביר:

דבר ראשון במישור העובדתי, ע"מ לעשות שימוש בסעי' ההכבדה, חייבת הרשות לבצע הערכה במישור העובדתי מה היא הקצאת המשאבים שתידרש במקרה הנדון.. היא צריכה לעריך כמה עובדים היא צריכה להושיב, האם תצטרך להיעזר בעובדי קבלן, האם עבודת הרשות תתעכב לצורך הבקשה וכו' היא צריכה לפרש מה יידרש ממנה היא לא יכולה להסתתר מאחורי בלתי סביר... היא צריכה לפרש את האמצעים בצורה בלתי סבירה..

דבר שני, אמת המידה השנייה היא משפטית בלתי סבירה, ס' (1)8 לפי בית המשפט, יוצר שיקול דעת מנהלי לרשות, הפעלת ש"ד.. בימ"ש פה אומר אמות המידה מורכבות משני נדבכים:

הראשון הוא טכניים כמותיים לעניין מבחן הסבירות לדוגמא שיקולים כספיים או מנהלתיים בירוקרטים

ושנית שיקולים מהותיים- על הרשות להצביע על שיבוש קשה בעבודה וכל זה הרשות תצטרך לעשות.. בימ"ש אומר "הכבדה ממשית על הרשות שהיא בעלת זיקה להקצאת המשאבים הנתונה אצל הרשות וזאת להבדיל מהכבדה ניכרת ושאינה תלויה בהקצאת המשאבים עצמה" כי הכבדה יכולה להיות גם לא תלויה בהקצאת המשאבים.. יש ורך בקשר בין ההכבדה לבין באמת ההקצאה כי אם כל המידע מוחזק במחשב בקובץ.. מדובר בהרבה מידע אבל ההקצאה היא קטנה שהיא הושבת אדם אחד מול המחשב ביוציא את המידע ואז הדפסה נגיד וכו'. וזה לא נורא.. פה בימ"ש יוצר את הקשר בין ההכבדה לבין המשאבים לו טוענת הרשות. המשמעות של הכבדה אומר בימ"ש שהיא ממשית היא בעלת זיקה להקצאת המשאבים העשויה לבוא לידי ביטוי בשיבוש סדר העדיפויות של הרשות המנהלית באופן המחייב אותה להסית משאב קיים ממשיתו העיקרית למשימה אחרת ז"א יש לראות בפועל שיבוש. די למחוקק בנוסחה של סבירות ולא בדרישה של הכבדה ניכרת על הרשות ואין צורך בדרישה לטעמים מיוחדים. ביהמ"ש עוד אחרי זה מוסיף – ואומר אין חשיבות מכרעת בהקשר זה(פסקה 29) בהבחנה של השבתת עובד קיים ממלאכתו העיקרית וריתוקו להשגת המידע תוך הזנחה ממשיתו העיקריות לבין גיוס עובד חדש למשימה זו כתוספת משאבים כך או כך זה הכבדה והקצאת משאבים. אם אתם לוקחים עובד אחר אז גם זו הכבדה.

הנטייה לטובת העיון חייבת להיות ניכרת וזאת לפי שיטתה של פרו' דפנה ברק ארז.

המשיב ביקש את כל החלטות משנת 1995. הרשות סירבה לספק את המידע בכלל..בימ"ש מחוזי אמר 7 שנים אחורה.. בימ"ש אומר כי בנסיבות העניין מסירת מידע על החלטות במשך קופה של 3 שנים אחורה מספקות את האינטרס האישי של המשיב. בימ"ש אומר לא 7 שנים, 3 שנים מספיק לצורת הוכחת הגנה מן הצדק.. זה אומר

שהערעור התקבל באופן חלקי אבל צומצם ל 3 שנים... כל זה ל8(1). הבלתי סביר. אין פה בעיה ליצור היקש לסוגיות האחרות המתעוררות לגבי רשויות.

מידע שאסור לרשות למסור, ס' 9 :

9(א)(1) מידע שיש בגילוי חשש בפגיעה בביטחון המדינה, שר החוץ שלה, ביטחון הציבור או שלומו של אדם..

9(א)(2) .. קבע שר הביטחון בכפוף לחוק כי אין לפרסמו...

9(א)(3) פגיעה בפרטיות..למעט אם הגילוי מותר על פי דין

9(ב) מדבר רעל כך שהרשות לא חייבת למסור את המידע(למעלה אסור פה לא חייבת) לקרוא את הסעיף...!!

פס"ד רביב דרוקר,

חסר לי שיעור לקחת ממישהו

שיעור 25.4.17

חזרה על זכות ההיוועצות.. 3 סוגים..

קיום מוסדות חינוך רשמיים ומתן חינוך חובה חינם לפי חוק זה לנערים

חלוקת 3 סוגי ההיוועצות :

ע מי הרשות יכולה להיוועץ?

1. וולנטארית, ברשות- הרשות לא חייבת להיוועץ היא יכולה לצורך הפעלת סמכות מסוימת להחליט שהיא לא מתייעצת עם אף אחד והיא מקבלת החלטה או שהיא נעתרת לבקשה או מבצעת פעולה בלי להתייעץ. מה המשמעות? שהמסכות הופעלה כדין.
2. היוועצות שבחובה, הרשות לצורך הפעלת הסמכות חייבת להיוועץ, חייבת! כלומר כדי להפעיל את הסמכות בעניין נדון היא חייבת להיוועץ עם גורם מסוים. איפה היא נמצאת? בחוק. היוועצות סטטוטורית.
3. סוג שלישי של היוועצות היא היוועצות שברשות שהפכה להיות היוועצות שבחובה.. הרשות לא הייתה חייבת להיוועץ אבל כתוצאה מפעולות שהיא עצמה עשתה הביאה על עצמה התייעצות שבחובה

היוועצות שבחובה שאז יש לנו את "מלכת" הטענות הסכנה של היעדר סמכות..

מה שמעניין אותנו בעיקר זה השני.. כי אם הרשות לא נועצה או נועצה אבל בצורה כזאת שיש פגם בהיוועצות, אם חלק מהכללים שלנו איך היוועצות צריכה להיראות וזה לא מתקיים- ההיוועצות היא עם פגם. זה דבר מהותי העלול להביא לבטלות ההחלטה או המעשה המינהלי.

היוועצות שבחובה : איך היוועצות צריכה להיראות?

השאלה המבקשת היא מה צריך שיהיה בהיוועצות? הפסיקה סידרה במסגרת אלמנטים מסוימים המצופה שיהיו בהיוועצות- לא מדובר ב-איך היא מתקיימת אלא בכל התהליך והתהליך הזה הוא תהליך עבודתי... :

1. תזמון ביצוע ההיוועצות: מתי היא צריכה להתבצע, באיזה שלב? על ההיוועצות להתבצע בטרם הגיעה הרשות להחלטה סופית בעניין הנדון, היוועצות מאוחרת תיחשב כלא נתקיימה, דבר שיביא לפגם היורד לשורש הסמכות והעשוי לגרום לביטול המעשה המינהלי. מה הזמן הנדרש לביצוע ההיוועצות בטרם קבלת ההחלטה? יהיו מקרים בהם ההיוועצות תידרש להתחיל בשלב מוקדם מאוד בטרם ביצוע המעשה המינהלי ולעתים היא תתקיים באמצעות מספר מפגשים או מסכת התכתבויות אשר יראו בהם כמכלול של היוועצות אחת. כמה זמן מראש על הרשות לקיים הינה תלויה בנסיבות המקרה ומידת הדחיפות. חובת היוועצות מאוחרת יכולה להיות גם אחרי שהרשות גמעה בלבה את ההחלטה אבל בטרם פרסמה את ההחלטה הסופית שלה. זה מקרה בו

הרשות כבר הכריעה בעניין אותו היא התבקשה לבצע או בחרה כך מיוזמתה וזאת בטרם פרסמה את החלטה, היוועצות כזו יתייחס מן הפה אל החוץ כמס שפתיים ועל כן המעשה המינהלי ייחשב בנעדר סמכות. ישנו קושי ראייתי במקרה זה. לכן גם המקרה הגבולי הזה שהוא קיים גם פה יש גם.. הקיצון שלנו היה שהרשות היוועצה ממש מאוחר לאחר קבלת החלטה וזה מקרה הפוך שבו הרשות קיבלה החלטה אבל לא פרסמה אותה ובין לבין היא מתייעצת.

2. צורת ההיוועצות, איך היא צריכה להתקיים? השר רוצה להיוועץ בוועדה, האם הוא צריך להגיע לוועדה, יכול לכתוב מכתב ולחייב את הוועדה להתכנס או שזה יכול להיות באימייל בהתכתבויות בשרשור ונקרא לזה היוועצות? בעניין מתווה הגז ראש הממשלה בעצמו הגיע לבימי"ש עליון כדי לטעון בעצמו.. בהחלטה כל כך גורלית.. מצד שני נכון שאותו גורם קודם כל אותו גורם יכול לחושף את קו המחשבה שלו... מדובר במהות של הדבר ולא בצורת ההיוועצות.. אם זה שיחת טלפון פגישה אימייל.. שואלים האם מהותית הייתה היוועצות. **ע"פ 22/89 עזבי נ' מד"י**, המערער הוא הקים על קרקע חקלאית מבנה מגורים ללא היתר ובשלב מסוים הוועדה המקומית לתכנון ובנייה הייתה מעוניינת להוציא צו הריסה מנהלי לפי סעי' 238 לחוק התכנון והבנייה.. היא הייתה צריכה להיוועץ עם יושב ראש המועצה אז מה עשה יושב ראש המועצה לתכנון ובנייה? הוא פשוט התקשר בטלפון ליושב ראש מועצה מקומית קלנסווה וביקש את עמדתה ובמסגרת שיחת הטלפון הוא אמר לו שהוא מעוניין להוציא צו מנהלי לגבי נכס X והוא אמר שמדובר בהיוועצות וכו' והכל בשיחת טלפון. יום למחרת הוועדה לתכנון הוציאה צו. מה עושה אותו מערער? הוא מקבל צו הריסה.. הוא פונה לבימי"ש מגיש בקשה לבימי"ש שלום לביטול הצו.. ביהמי"ש השום נעתר לבקשה ומבטל את צו הריסה, במקרה זה הוועדה המקומית מערערת לביהמי"ש המחוזי והערעור מתקבל. מה קורה לצו? הוא תקף. המערער שלנו מגיש בקשת רשות ערעור לעליון והוא טוען שיש פגם בהיוועצות- הייתה אבל יש בה פגם. מה הפגם יכול להיות? האם מהותית התקיימה היוועצות כי היא הייתה ערב הוצאת הצו, בטלפון וכו'.. קודם כל לגבי חובת ההיוועצות סעי' 238(ב) האומרת שלא יינתן צו הריסה מינהלי אלא לאחר התייעצות עם ראש הרשות המקומית שבתחומה מצוי הבניין החורג. כאן תמיד יכולה להיות שאלה של פרשנות.. השאלה היא האם מדובר בהיוועצות שבחובה או רשות.. פה חובה! כתוב לא יינתן! פה ביהמי"ש מכשיר את הצורה של ההיוועצות הטלפונית ומקבל את ההיוועצות פה. הוא מקבל את ההיוועצות המהותית אבל בדעת מיעוט של כב' השופט מצא שבכל זאת הם אלמנטים קצת פורמאליים שיש למצואם בהיוועצות.. דבר ראשון הוא אומר קיום דו שיח בין הגורם המייצג והמתייעץ בכתב ובעל פה דבר שני על המייצג והמתייעץ להיות מודעים שהדו שיח משמעו קיומה של היוועצות, דבר שלישי הסוגיה בה ניתנת ההיוועצות מוגדרת ומבוארת היטב.. מה שהוא אומר זה שמדובר בהיוועצות פורמאלית. השי' יוצר רשימה ומה שהשי' לנדוי אומר בדעת רוב שבכלל לא משנה מה צורת ההיוועצות.. עדיף פורמאלית אבל כדי לבחון את ההיוועצות לא משנה מה הצורה שלה. השי' לנדוי אמר שבכלל לא משנה הצורה והוא משאיר שיקול דעת רחב ביותר. בדעת רוב אומרים אין כל נפקות לצורה והחשיבות היא רק למהות "אין להפוך את ההתייעצות הסטוטורית לפורמאלית בלבד ואף שסבור אני שראוי לקים התייעצות בצורה נאותה הן מבחינת הזמן והמקום הרי המבחן העיקרי הוא לא בכללי הצורה ואינני רואה הכרח כי ההתייעצות תקיים בתוך כותלי משרד דווקא או בשעות מסוימות. גם שיחת טלפון אינה פסולה להתייעצות... גם אם מדובר בשיחת טלפון בערב מהבית... ובלבד שמבחינה מהותית לגבי העניין העומד להתייעצות תהא האפשרות לכל אחד להציג עמדתו, להביע דעתו ואף להשפיע על רעהו".

3. המידע שצריך המתייעץ לספק לגוף המייצג- על רשות לספק את כלל המידע הנדרש לגוף המייצג ע"מ שיוכל ליתן עמדה מושכלת ולהיות מסוגל להפעיל שיקול דעת עצמאי באשר לעניין הטעון היוועצות. ההיוועצות כמו חובת השימוע מחייבת מתן מידע ע"מ שנותן העצה יוכל להתכונן לצורך גיבוש הדעה. מה מידת הפירוט הנדרשת? **בג"צ 512/81 המכון לארכיולוגיה של האוניברסיטה העברית נ' שר החינוך והתרבות**, בעיר דוויד שבירושלים בוצעו חפירות והעותר 3 ביצע את החפירות מכוח רישיון שהא קיבל מהאוני' העברית ומהחברה לחקירת ארץ ישראל והעותר הוא כבר ביצע חפירות במקום אבל הפעם ברמת החפירות הזו נשמעה טענה בפעם הראשונה שטרקטור הפועל באיזור חרג מאיזור הרישיון כי הרישיון מתוחם וטרקטור שם הייתה טענה שהוא פגם בקברים והעותר התבקש להפסיק את החקירה. סוכם בין משרד הדתות ובין העותר שהחפירות יתכנסו בתוך האיזור שניתן בו רישיון אלא שמה שקרה בפועל כשנשמעה כל הזעקה שטרקטור פוגע בקברים התחילו להתארגן שם קבוצות דתיות כדי שיפסיקו את החפירות.. נוצרה מהומה ובעקבותיה שני הרבים השנים הוציאו צו הלכה שכל עיר דוויד היא בית קברות ומשרד הדתות בעקבות פסק ההלכה ניתנה החלטה שאסור לחפור בשטח. בינתיים במקביל הסמכות להפסיק את החפירות בכלל נתונה למשרד החינוך והתרבות, משרד התרבות למעשה שהוא אמון על נושא החפירות בכלל בארכיולוגיה.. שר התרבות אמר שאין בכלל שם בהתחלה בעיה

והוא הסתמך על חוות דעתם ועמדתו של משרד התרבות אבל בעקבות המהומה שר התרבות התקבל רוצה לפחות עד בירור העניין אם יש או אין קברים הוא רצה לעצור את החפירות ומשפטית הוא היה צריך להתלות את הרישיון עד הודעה חדשה. מה המשמעות של זה? המשמעות היא בנוסף משמעות כלכלית קשה... בעצם הסיטואציה היא ששר התרבות רוצה להתלות, מה הוא צריך לעשות? השר הולך לחוק והוא רואה שסעי' 9 לחוק העתיקות אומר כי "לא יחפור אדם במקרקעין בגילוי עתיקות לא יחפש עתיקות בכל דרך אחרת לרבות שימוש במכשיר לגילוי מתכות ולא ילקט עתיקות אלא אם קיבל רישיון מאת המנהל ובהתאם לתנאי הרישיון..." מה הבעיה של השר פה? זה לבצע נטילה של הסמכות ומהרגע שהוא נוטל את הסמכות הוא נכנס לנעלי המנהל ואז כפוף לדין, אם הוא כפוף לדין אז הוא מגיע לסעי' 9(ב) לחוק הקובע "בבואו להכריע בבקשה לרישיון חפירה, ייוועץ המנהל במועצה וייתן את דעתו בראש שיקולם ביכולת המדעית והכספית של המבקש", מה הבעיה פה? פה מדובר על מתן רישיון ולא התליית סמכות.. מה השר צריך? שר מה שהוא יכול לעשות כדי שיהיה לו מקור בדין הוא להיעזר בסעי' 15 לחוק הפרשנות "הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראות מינהל משמעה גם הסמכה לתקנם, לשנותם, להתלותם או לבטלם בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה" אז סעי' 15 יוצר לשר ולכל מי שנדרש לחוק הפרשנות השלמה כלומר אם סעי' 9(ב) מאפשר לתת רישיון בכללים מסוימים.. לפי סעי' 15 הוא יכול לאפשר להתלות.. אלא שמה, מה אמר החוק? סעי' 15.. בדרך שניתנו התקנות או ניתנה ההוראה אז אם הרישיון ניתן בדרך של היועצות אז גם הביטול מחייב את זה גם א השר או הגורם המינהלי ללכת באותה דרך.. אז הוא חייב להתייעץ כדי להתלות את הרישיון.. עם מי? עם המועצה של העתיקות.. כתוב. מה עושה השר? הוא מתייעץ אבל הוא מחיש את המועצה להתכנס מהיום למחר ולתת את המלצתה.. המועצה מחליטה כי אין להפסיק ואין להתלות את הרישיון משום שאין קברים. עם קבלת ההיועצות השר לא מקבל את עמדת הגוף המייעץ והוא מתלה את הרישיון בניגוד לעמדה החד משמעית של מועצת העתיקות. כרגע נתייחס לאספקת המידע ושם נקבע כי כאשר הנימוק המכריע להחלטת השר הם קיומם של קברים, חובה עליו לספק למועצה חומר בעניין ולאפשר לה להביע את עמדתה בעניין וחומר כמו מחקרים חוות דעת ע"י היסטוריונים וכדומה.. פה השר כבר רצה לעשות משהו, כבר גיבש איזה שהיא עמדה אז אם הוא מחזיק בעמדה מסוימת אז מן הראוי ובימ"ש אומר יותר מזה שראוי שבמצב זה השר יגיע ויפיע בפני המועצה אבל גם אם לא מן הראוי שהמידע שיש בידי הרשות תינתן לגוף המייעץ כמו מפות מחקרים והשר לא עשה את זה ואמרנו שהדבר נעשה מהיום למחר. פה ביהמ"ש פוסק שהרשות הייתה צריכה לספק את כל המידע ואפילו היה "ראוי" שהשר יופיע בפני הגוף המייעץ וזאת למרות הפסיקה הקיימת בנוגע לצורה..

4. אז מה שניתן לגוף המייעץ? קודם כשדיברנו על תזמון דיברנו מתי הרשות מתייעצת ומפעילה את ההליך הזה.. פה כשהרשות כבר התחילה כמה זמן היא נותנת לגוף המייעץ בקיום ההיועצות? הכלל הוא כי על הגוף המתיעץ, לרשות, לתת זמן סביר לגוף המייעץ ע"מ שזה יוכל לשקול אותם וישתמש בכלים כמו הזמנת מסמכים, קיום פגישות, חקירה בכדי לגבש המלצתה. גוף מייעץ אשר נאלץ לפעול באופן שההיועצות תיחשב מן הפה אל החוץ אינו יכול לספק תשובה נשכלת והדבר יביא לפגם אשר ייווצר בגוף המייעץ.. הפסיקה פה מאמצת את מבחן הסבירות של כמה זמן נדרש לגוף המייעץ לתת את עצתו. הרשות צריכה לפעול לתפקד ז"א תלוי מקרה אבל בשים לב לתועלת הציבורית בקבלת ההחלטה בהקדם. זה מבחן גמיש המתאים עצמו לנסיבות כל מקרה ומקרה.. כאשר עסקינן בחלטה של רשות הדורשת דחיפות נכון יהיה לתחום את הזמן הניתן לגוף המייעץ.. אז בנוגע לפגם בגוף המייעץ השאלה היא כמובן האם יש פגם בגוף המייעץ למרות שהרשות קיימה את חובותיה כלפי הגוף הזה.. האם הרשות יוצאת ידי חובה? ביהמ"ש בדעת רוב בפס"ד המועצה לעתיקות קבע כי פגם בגוף המייעץ דוגמת אי כינוס כדין יוביל לפסלות העמדה של הגוף המייעץ ולפסילת ההיועצות כולה. ישנה דעת יחיד של כב' הש' כהן האומר כי אין המשמעות כי פגם הנופל בהליכים המנהליים בגוף המייעץ מדביק בפגם גם את פעולת הגוף המתיעץ. מה שקרה פה זה שהיה גם פגם בהתכנסות כי לפי התקנות יושב ראש המועצה באפשרותו לנסות את המועצה באסיפה שהיא לא מן המניין באמצעות הודעה ושבעה ימים עובר להתכנסות ז"א מתן הודעה שבעה ימים לפני ההתכנסות וכתוצאה מבקשת השר המועצה התכנסה מהיום למחר.. השבעה ימים האלה הן לבדיקה, ליקוט חומר וכו'. פה בימ"ש פסק שכל ההיועצות פסולה.

מקורל: מצגת שנייה- חובת היוועצות. הנפקות של הפגם- פגם יכול להיות בעצם שההיוועצות לא נעשתה כדין והפגם יכול להיות בסמכות עצמה כי לא בוצעה היוועצות שהייתה נדרשת. שני המצבים האלה גם שיש פגם בהיוועצות וגם כשלא הייתה היוועצות נוצרת פגם בסמכות והפגם הוא כל כך חמור שהוא יורד לשורש הסמכות והכלל הוא בתלות המעשה המנהלי, אם רשות מנהלית גורם מבצע משהו שהיה צריך לקבל החלטה וזה יכול להיות גם שר שהוא היה צריך להיוועץ והוא לא נועץ או שהוא נועץ אבל יש פגם אזי אין לו סמכות לפעול, המעשה צריך להיות בטל מעיקרו. כשיש איזה שהוא פגם בהליך אז יש פגם בסמכות לא הייתה סמכות לפעול וזאת למרות על אף זאת ששיקול הדעת בכל מקרה מצוי בידי הגורם המתייעץ, תמיד שיקול הדעת נשאר אצלו היוועצות היא רק היוועצות. הרשות לא קיבלה את המידע שהייתה צריכה לקבל כי אולי היא לא יודעת את המידע, הרשות לא חשופה לפגיעות אפשריות עתידיות והרשות פשוט לא קיימה את החוק- וזה הכי גרוע והתוצאה היא בטלות, לא נעשה. על אף מה שנאמר יש לנו שיקולים חיצוניים שהם למעשה באים לידי ביטוי באמצעות דוקטרינת הבטלות היחסית שביהמ"ש אימץ את הדוקטרינה הזאת שהובאה מהמשפט האנגלי ואומרים שנכון שבמצבים מסוימים על אף הפגם להותיר את החלטה על הקנה, להותיר את המעשה על קנו. המילה יחסי היא מבלבלת אבל היא באה לבטא את הלא מוחלטת ואם היא יחסית זאת אומרת שיהיו מצבים שמעבר לגבולות של המוחלט שם אנחנו נותיר את החלטה על הקנה, זה לא יחסי רק חלק נשאר. לא מוחלט- יהיו מצבים שמעבר למוחלט, למוחלט יש גבול ואם המקרה המנהלי שלנו, המעשה המנהלי שלנו נופל למצבים של אחרי הגבול של המוחלט אז הוא נופל בחלק היחסי ושם הוא יכול להיוותר כי נכון שהוא יוותר על קנו כלומר לא נבטל. איזה מצבים יכולים להיות שבהם נצדיק בטלות יחסית כלומר נגיד אוקי, היה פגם במעשה המנהלי במקרה שלנו היוועצות אבל נכון שלא נעשה שום דבר, ביהמ"ש לא ייתן סעד של בטלות ומתי זה יכול לקרות? הסתמכות של צדדים שלישיים דבר ראשון משהו הסתמך על המעשה המנהלי אפילו מהפסיקה של המכון הארכיאולוגי היה שם צדדים להקים כזה פרויקט, לשכור צוותים, להביא מומחים מחו"ל ובסופו של דבר להתלות את הרישיון יש מי שמסתמך על המעשה המנהלי. הרשות עצמה מסתמכת על הפעולות שלה, משקיעה כספים, משאבים רשות שמבזבזת כספת היא מבזבזת את כספי הציבור לא את הכספים שלה וזה יכול להיות הצדקה לתורה המעשה המנהלי. מצב שלא היה בהיוועצות כדי לשנות את החלטה, הרשות סברה משהו ואז היא מתייעצת והיא חייבת להתייעץ והגורם המתייעץ לא שינה את דעתו אם היא לא הייתה מתייעצת מראש היה פגם אבל האם זה היה משנה משהו? בין הפגם לבין הסעד יש מרחק אנחנו מבקשים מגוף שלטוני שיבטל את הפעולה שלו שהוא כבר עשה אותה, שבוצעה, שקרתה יכול להיות שהיא בשלבים שהיא בביצוע, בית משפט צריך לבוא ולהגיד לגורם שלטוני תבטל את מה שעשית ואז כמובן הוא צריך לחזור על כל התהליך מחדש ביהמ"ש אומר שהאופן שבה פעלת נוגד את עקרונות המשפט המנהלי. חריגים לחובה של ההיוועצות- דחיפות מין הסתם יכולה להצדיק חריג בדמות היוועצות, לעיתים נדרשת החלטה מהירה והפעלת הסמכות מתחייבת ללא דיחוי. נשאל לגבי חריג מסוג שדעתו של המתייעץ ידועה ונחרצת הגורם המתייעץ כבר יודע מה המתייעץ יגיד כמובן יש פה איזה עניין ויש פה מה לחשוב ודעות השופטים נחלקו בעניין הזה הגישה של השופט מצא- זה לא יכול להיות חריג ויש לאפשר לגורם המתייעץ לנסות ולשכנע בעמדתו את הגורם המתייעץ וההפך. כלומר צריך להתקיים הדוח שיח בין הצדדים והשופט דיאסקי מכיר בחריג והוא אומר שיש גבול לניסיונות השכנוע שם זה היה לגבי ראש המועצה ויושב ראש הועדה לתכנון ובנייה. כעת נותר לנו לדבר על הקטגוריה השלישית; היוועצות ברשות וולונטרית שהפכה להיות היוועצות שבחובה- במקרה הזה יש לנו פסיקה: פס"ד 3536/92 סוויירי נ' עיריית הרצליה (1996)- זו הלכה של בית המשפט העליון. ראש עיריית הרצליה בכובעו ראש הרשות לתמרוך מקומי הוא רוצה לשנות את כיוון התנועה ברחוב המגנים בעיר מדו סטרי לחד סטרי אז לצורך המעשה הזה הוא נועץ עם ועדת התנועה של העיר. מעשה מנהלי ולצורך כך הוא נועץ עם ועדת התנועה באופן וולונטרי הוא לא היה צריך לצורך הפעלת הסמכות להיוועץ כאן וולונטרי יש היגיון הוא לא יודע מה המשמעות לשינוי כיווני תנועה, לשינוי כיוון תנועה יכול להיות השלכות מרחיקות לכת. הוא רוצה לדעת מה המשמעות של הפעולות שהוא עושה אך אין חובה כזו החוק לא אומר לו אתה תיוועץ אז ועדת התנועה המליצה לשנות את כיוון התנועה ברחוב שהוא יהיה חד סטרי ובעקבות ההמלצה הוא אכן החליט בהחלטה מנהלית לשנות את כיוון התנועה לאחר מיכן הוא שינה את דעתו, שינוי דעת יכול להיות מהרבה גורמים, קניין של אזרחי וכו' מה הוא צריך לעשות? יש מעשה מנהלי כלשהוא, קרה משהו אז עכשיו הוא צריך לקבל החלטה חדשה זה שינוי תנועת הרחוב לדו סטרי חזרה. עוד החלטה מנהלית והאם הוא צריך להתייעץ שוב כי זה היה וולונטרי? אם הייתה פונקציה של זמן אז כנראה לא הייתה חובת היוועצות אבל יש חובת היוועצות וכעת נדרשים לסעיף 15 לחוק הפרשנות: הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראות מנהל משמעה גם הסמכה לתקנם, לשנותם, להתלותם או לבטלם בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה. כלומר שאתה וולונטרית התייעצת אבל אתה יצרת משאל משפטי כלשהו בדרך שהתקנת תקנה או שביצעת הוראת מנהל, זאת אומרת שעל מנת לשנות אותה צריך לחזור באותה הדרך. בית המשפט פוסק שעל אף שההיוועצות הראשונית היא וולונטרית תיקון ההוראה כך שהרחוב ישוב לתנועה דו סטרית חייבה את ראש העיר מכוח סעיף 15 לחוק הפרשנות לחזור ולהיוועץ עם הגורמים אשר סייעו לו לקבל את החלטה הראשונית המשמעות היא שהוא צריך לחזור לגוף המתייעץ למרות שזה היה וולונטרי וככה הופכת להיות היוועצות שברשות ההיוועצות שבחובה. ברגע שהוולונטריות הופכת להיות היוועצות לצורך קבלת החלטה אז ההיוועצות היא לפי כללי

המשפט המנהלי לכל המשתמע מכך ולכן גם פה במקרה של סווירי וולונטרי ראש העיר רצה להתייעץ הוא צריך לקיים את כל הכללים של המשפט המנהלי לצורך התייעצות. בית משפט לעניינים מנהלים- רוצים לדעת מהם ומיהם הגורמים שיכולים להטיל ביקורת שיפוטית מנהלית על השלטון? בג"ץ ובית משפט לעניינים מנהלים. בג"ץ ומה תפקידו בשביל להבין אחר כך מה התפקיד של בית המשפט לעניינים מנהלים מדובר בערכאה מאוד משונה, התפקיד היבש שלו לתת צווים ולשנות החלטות מנהל של הרשות המנהלית, של השלטון. בג"ץ היא מאוד משונה ולמה? כשאנחנו פונים לבג"ץ אנחנו בעצם נמצאים בערכאה הראשונה והאחרונה כלומר שמה שבג"ץ יחליט אנחנו נעתור לו ומה שהוא יחליט בענייננו שהעניין שלנו זה איזה שהיא זכות מנהלית, פרטית שיש לנו כלפי השלטון שהיא נפגעה ואנחנו מבקשים סעד כמובן זה מאוד דומה למשפט האזרחי, הזכות שלנו נפגעה ומה שבג"ץ יחליט לא יהיה לנו מה לעשות עם זה, זה מה שיהיה איך כל הדבר הזה נוצר? בג"ץ- בית משפט העליון יושב בשתי כובעים, בית משפט גבוה לערעורים ובית משפט גבוה לצדק והסמכות ניתנה לבית משפט העליון בתקופת המנדט הבריטי. בג"ץ דן בכל העניינים המנהלים. חוק בתי המשפט לעניינים מנהלים שהוא החוק הראשי ויש חקיקה פזורה שמסמיכה את בית המשפט לעניינים מנהלים ויש לנו את בג"ץ ומה היחס ביניהם? סמכות בג"ץ היא מושתת מכוח חוק יסוד השפיטה שנותן את סעיף 15(ג) בית המשפט העליון יש גם כבית משפט גבוה לצדק, בשבתו כאמור ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית המשפט או של בית דין אחר. סעיף 15(ד) לחוק שהוא סעיף ייחודי שהוא מבלי לפוגע בכלליות ההוראות שבסעיף 15(ג) סעד למען הצדק מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק ופה יש פירוט מה הוא הוסמך. היחסים בין בית משפט העליון לבין בית משפט לעניינים מנהלים הם כאלה של סמכויות מקבילות למה בעצם אנחנו אומרים את זה ולא דין ספציפי גובר על דין כללי? חוק יסוד השפיטה וחוק רגיל לא יכול לצמצם את חוק היסוד סעיף 15(ג) שהוא נמצא בחוק יסוד עומד בפני עצמו ואין חוק רגיל יכול לצמצם מה גם שהחוק פוזיטיבי נותן את הכלליות שלו. יש לנו יחסים מקבילים של סמכות עכשיו השאלה היא האם היחסים המקבילים הם כמו היחסים בין סמכות מקבילה של בית הדין הרבני ובית המשפט לענייני משפחה.

הסמכות היא מקבילה, תמיד אפשר לפנות לבג"ץ, אלא שאם יש סמכות אחרת וזו יכולה להיות סמכות לביהמ"ש לעניינים מנהליים או מוסד אחר כמו בית הדין לעבודה לדוגמא, בג"ץ יבדוק את כלל מיצוי ההליכים וכאן נכנס לנו האלמנט של מיצוי הליכים וזו עילת סף המשמעות היא שאם פנינו, החוק אומר יש סמכות לדון, על הסמכות הזאת שהיא קיימת יש לנו את כלל מיצוי ההליכים שזאת עילת סף, יש לו אפשרות לפנות לבית הדין לעבודה והוא פנה לבג"ץ, בית הדין לעבודה לא דן בעניין הוא לא מיצה את כל ההליכים עליו לפנות לבית הדין לעבודה. יהיו מצבים חריגים שבג"ץ ידון למרות שיש את כלל מיצוי ההליכים ונתונה סמכות בערכאה אחרת.

דוגמא: ערר לגבי ביטוח לאומי או ערעור על ועדת ערר של ביטוח לאומי – במקום לפנות לבית הדין לעבודה או לבית המשפט לעניינים מנהליים פנית לבג"ץ – איך נדע מה הסמכות? צריך לבדוק אצל מי הסמכות. זה מציב אותנו במצב שאנחנו חייבים לבדוק אצל מי הסמכות.

כעת נלך לחוק לביהמ"ש לעניינים מנהליים ונבדוק – ס' 1 הוא ס' מטרה:

מטרה (תיקון מס' 15) תשס"ה-2005

1. חוק זה מטרתו להסמיך באופן הדרגתי את בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים לדון בעניינים מינהליים הנדונים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק או בבתי משפט אחרים, על ידי שופטים של בית המשפט המחוזי שייקבעו לצורך זה, ולפי סדרי דין מיוחדים שייקבעו.

זה סעיף המטרה שעונה על הצורך להכשיר את בתי המשפט לעניינים מנהליים לעשות את מה שעושה בג"ץ.

5' לחוק:

סמכות בית המשפט

5. בית משפט לעניינים מינהליים ידון באלה –

(תיקון מס' 15) תשס"ה-2005

(1) עתירה נגד החלטה של רשות או של גוף המנוי בתוספת הראשונה בענין המנוי בתוספת הראשונה ולמעט עתירה שהסעד העיקרי המבוקש בה ענינו התקנת תקנות, לרבות ביטול תקנות, הכרזה על בטלותן או מתן צו להתקין תקנות (להלן – עתירה מינהלית);

(2) ערעור המנוי בתוספת השניה (להלן - ערעור מינהלי);

(3) תובענה המנויה בתוספת השלישית (להלן - תובענה מינהלית);

(תיקון מס' 2) תשס"א-2001 (תיקון מס' 15) תשס"ה-2005

(4) ענין מינהלי או ענין אחר שנקבע בחוק אחר כי בית משפט לענינים מינהליים ידון בו, ובכפוף להוראות אותו חוק.

בכל העניינים שקשורים לתקנות אין סמכות, אין גם סמכות מקבילה כי הסמכות היא לבג"ץ ועל כן סוג אחד היא עתירה. הסוג השני סמכות ביהמש לענינים מנהליים (2)5 – ערעור המנוי בתוספת השנייה – ערעור מנהלי, יש לנו גם עתירה מנהלית, הדבר השלישי זה סמכות לדון בתובענה מנהלית המנויה בתוספת השלישית ועל כן עלינו לפנות לתוספת השלישית ולבדוק את הסמכות.

עם הזמן סמכויות של ביהמש לענינים מנהליים התמלאו וכיום הכמות נושאים שנידונים בביהמש לעניינים מנהליים גדולה יותר מבגץ – מבחינת הסמכות, ההדרגה הזאת יש בה היגיון – השאלה האם זה מקרב אותנו לאנגליה כאשר באנגליה יש 3 ערכאות מסודרות. יש לנו היררכיה ופה יש לנו בלאגן.

ס' 8 לחוק :

עילות, סמכויות וסעדים

8. בית משפט לענינים מינהליים ידון בעתירה מינהלית ובערעור מינהלי בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים שלפיהם דן בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בשינויים המחויבים לגבי עתירה מינהלית ולגבי ערעור מינהלי.

אנחנו בעצם אומרים שביהמש לענינים מנהליים הוא בגץ קטן .

יש להכיר את התוספות. (למבחן)

תוספת ראשונה – עתירה, זה מה שרלוונטי למבחן.

תוספת שנייה – ערעור מנהלי.

תוספת שלישית – תובענה לפיצויים שעילתה במכרז (ציבורי) ותביעה כאמור בסעיף 2)5(2) לחוק תובענות ייצוגיות כלומר תובענה ייצוגית מנהלית, תובענה ייצוגית נגד רשות.

לגבי החוק איך יודעים מה הסמכות? פונים לחוק לבתי משפט לעניינים מנהליים לאחר מכן בודקים אם יש חקיקה פרטיקולרית ואם אנחנו לא מוצאים אז לבגץ.

יש תקנות בתי משפט לעניינים מנהליים – מה שחשוב שנכיר :

תקנה 15:

ראיות

15. (א) בית המשפט ידון בעתירה על פי ראיות שיוכחו בתצהירים, ואולם רשאי הוא, לבקשת בעל דין, להתיר חקירת מצהיר של בעל הדין שכנגד, אם ראה כי הדבר דרוש לשם הכרעה בעתירה.

(ב) בקשה לחקירת מצהיר תוגש בכתב לבית המשפט, לא יאוחר מארבעה עשר ימים לפני מועד הדיון, ותפרט את הנושאים שעליהם מתבקשת החקירה; המבקש יציין בבקשה את עמדתו של בעל הדין שמטעמו הוגש התצהיר, לענין הבקשה, וכן יצרף את תגובתו של אותו בעל דין, אם נתבקש לכך על ידו.

(ג) לא דחה בית משפט את הבקשה, יורה על התייצבותו של המצהיר לחקירה במועד הדיון, אך רשאי הוא לדחות את מתן החלטתו למועד הדיון בעתירה; החליט בית המשפט במהלך הדיון בעתירה להתיר את חקירת המצהיר, רשאי הוא להורות על חקירתו לאלתר, אם הוא נוכח בדיון, או לקבוע את המועד לקיום החקירה.

(ד) לא התייצב המצהיר בהתאם להחלטת בית המשפט, לא ישמש תצהירו כראיה אלא ברשות בית המשפט.

(ה) ראה בית המשפט שהדבר דרוש לשם הכרעה בעתירה, רשאי הוא, לאחר שנתן לשאר בעלי הדיון הזדמנות להגיב לבקשה, ומטעמים מיוחדים שיירשמו, להרשות השמעת עד שאינו מצהיר בנושא ובהיקף שיקבע בית המשפט.

החקירה הנגדית לא תתקיים אלא אם, אין חקירות אין שלב ההוכחות מה המשמעות? אם אתן מגישים עתירה מנהלית ואתם מסתכמים שסדרי הדיון יהיו רגילים כמו סד"א ואם לא יודעים את הדבר הזה זו רשלנות. צריך לבקש לחקור מצהיר.

היוועצות בחובה שמקורה וולונטרית:

סעי' 15 לחוק הפרשנות

בג"ץ 3536/92 סוויי נ' עיריית הרצליה (1996), וועדת התנועה המליצה לשנות את כיוון התנועה ברחוב לחד סטרי ובעקבות ההמלצה הוא אכן החליט בהחלטה מנהלית לשנות את כיוון התנועה, לאחר מכן הוא שינה את דעתו, שינוי דעת יכול להיות מהרבה גורמים כמו למשל פניית אזרחים וכו', מה הוא צריך לעשות עכשיו? הוא צריך לקבל החלטה חדשה, שינוי תנועת הרחוב לדו סטרית, שינוי פונקציה הוא הזמן והזמן לא משנה את החלל את המצב המשפטי ולכן יכול להיות שזה הפונקציה של החריג... אם זה זמן קצר אז החריג חל ואם לא אז לא כי כנראה המצב העובדתי המשפטי השתנה וכו'... אם זו הייתה פונקציה כזאת אז כנראה לא הייתה חובת היוועצות אבל פה יש חובת היוועצות ופה החובה הזו בהתחלה היא לא הייתה חובה אבל עכשיו אחרי השינוי היא כן חובה... סעי' 15 לחוק הפרשנות, אומר כי הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראות מינהל משמעה גם הסמכה לתקנס לשנותם, להתלותם או לבטלם ופה הדגש: בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה. ז"א אתה התייעצת ופה יצרת איזה שהוא דבר שהוא שאם אתה רוצה לשנות אז זה חייב להיות באותה דרך. ביהמ"ש פה אומר בפס"ד סוויי פוסק כי על אף שההיוועצות הראשונית היא וולנטארית, תיקון ההוראה כך שהרחוב ישוב לתנועה דו סטרית חייבה את ראש העיר מכול סעי' 15 לחוק הפרשנות לחזור ולהיוועץ עם הגורמים אשר סייעו לו לקבל את ההחלטה הראשונית ז"א הוא צריך לחזור לגוף המייעץ וכך הופכת היוועצות ברשות לחובה. פה הוא לא היה חייב להיוועץ אבל אחרי שהוא עשה כן דרך השינוי צריכה להיות גם על דרך ההיוועצות ולכן פה היא הפכה להיות חובה משום שההיוועצות הייתה החלטה שלהם.

**** ברגע שהוולונטאריות הופכת להיות היוועצות לצורך קבלת החלטה אז ההיוועצות היא לפי כללי המשפט המינהלי.

זכות העמידה:

מה הרעיון בנוגע לעילות סף?

הכלל הוא שבג"צ מפעיל ביקורת שיפוטית ויחסים בין האזרח לשלטון צריכים לשקף את הביקורת השיפוטית הזאת. ז"א אם אזרח נפגע הוא זה שיפנה לביהמ"ש העליון הוא זה שיבקש להפעיל את הביקורת השיפוטית. זה הכלל שהיחסים הם בין האזרח הנפגע לבין השלטון.

כלומר אם לא האזרח הנפגע עומד בבקשה הפעלת ביקורת שיפוטית אז אנחנו צריכים חריג מסוים.. כדי שביהמ"ש העליון יוכל להפעיל את הסמכויות שלו כשהמבקש הוא לא הנפגע. ומפה נולדה זכות העמידה.

תפקיד בג"צ הבסיס הוא פתרון סכסוכים ואין ריב או סכסוך אמיתי אלא כאשר נפגע אינטרס:

2. ישיר
3. וממשי

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

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

ב. אינטרס ממשי- אלא שהפסיקה הכירה באינטרסים גם קלושים כך הוכר אינטרס לא לשנות את מועד הקימה, התפילה או העבודה עקב אי הנהגת שעות קיץ או האינטרס להתרחץ בים של תחנת הצלה מאוישת. ייתכן ובסיטואציה כזאת ניתן להכיר בעותר ציבורי משום שאין מי שיש לו אינטרס אישי ממשי ונוצר חלל בביקורת השיפוטית וזו החוזה של זכות העמידה- ההכרה בכך שקודם כך מצד אחד יכול להיות שהאינטרס הוא לא ממשי.. **פס"ד עזרא וסגל**. אלא ההלכות שיישמו את הדבר הזה.

יש חריגים לאינטרס האישי והממשי- הכלל הזה הצטמצם והיום מכירים בעותרים ציבוריים וכל מיני עילות איזוטיריות.

אי הכרה באינטרס ספקולטיבי רחוק: אנחנו לא יודעים אם הוא יקרה או לא- הפסיקה אומרת שבמקרה כזה לא בטוח שנכיר בזכות העמידה ואז יכול להיות שיש לנו עילה לעתור אבל אין לנו זכות עמידה לעמוד בפני בג"צ ולטעון או לבקש סעד. ביהמ"ש לא הכיר בעילה ספקולטיבית רחוקה ולא הוכר לדוגמא אינטרס של משלם מסיים ואכיפת חוקי מס על מגזר מסוים בטענה שבכך יפחת נטל המס עליו- על אותו עותר- או אינטרס בגיוס 5000 בחורי ישיבות בטענה שבכך יפחת נטל שירות המילואים. עוד למשל לגבי סיכויי קבלה לעבודה בשל אי נכונות לעבוד בשבת כאשר העותר טרם סיים הכשרתו ולא ידוע מה יהיה הסדר העבודה שלו בעתיד. אי הכרה בפגיעה ברגשות למניעת חילול שבת ברשתות השיווק פוגעת ברגשות דת מהווה פגיעה עקיפה ורחוקה. למה? כי אין חובה על העותר להפעיל את הרואטר של הטלוויזיה זה כל כך לא ממשי שביהמ"ש לא הסכים להכיר בזכות העמידה. אבל יכול להיות שבדין יש עילה אבל הוא לא נפגע או פשוט ביכולת פשוטה יותר הוא יכול לא להיפגע בכך שלא ידליק את הטלוויזיה.. היחס של העותר לפגיעה הוא לא ממשי או ספקולטיבי. מה עוד יכול להיות? קיום עותרים שהאינטרס שלהם חזק מלעתור- הם יותר קרובים לזכות הנפגעת או לסכסוך(פס"ד נמדר)- סיטואציה כזו יכולה לחסום את דרכו של העותר לבג"צ- מה הרציונאליים? אנו אומרים שיש עותר קרוב יותר ונכון שהוא יגיש את העתירה במקומך ולא אתה.. רציונאל אחד הוא לא פגיעה בצדדים שלא מיוצגים בלי שתינתן להם אפשרות להתגונן.. לא לפגוע באפשרות של אחרים שהאינטרס שלהם גדול יותר להביא את העניין לבג"צ כשההנחה היא שבעל האינטרס הכי חזק בסוגיה ייצג את העניין בצורה הטובה ביותר.. רציונאל שלישי הוא לדאוג לכך שתוצג התמונה המלאה בעניין בפני בג"צ.

האינטרס הישיר- אינטרס צריך להיות אישי ממשי וישיר- כלומר נוגע במפורש לאותו עותר ופה השאלה היא לגבי מתחרה עסקי.. אם עותר יכול לדוגמא לטעון נגד מתן הטבות למישהו אחר.. מתחרה עסקי שלי..? אז הפסיקה הכירה בזכות עמידה של מתחרה עסקי למנוע הטבות שלא כדין מיריבו ובמקרה הזה זה ע"פ חוק לעידוד השקעות בהון ז"א ביהמ"ש אמר שכן יש זכות האחר מקבל משהו ואני הנפגע(דיברנו על זה בזכות הטיעון של יריב עסקי).. למה להכיר בזכות העמידה?

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

ב. שנית, מה עוד יכול להיות פה? חופש העיסוק- חוק היסוד.. הכרה חוקתית בחוק יסוד חופש העיסוק מחייבת את בג"צ לפתוח את שעריו למי שעיסוקו נפגע פגיעה ממשית או שיש סכנה מוחשית לפגיעה שכזאת אף אם בעקיפין. מה משמעות חוק יסוד חופש העיסוק ביחס לזכות העמידה? חוק יסוד עומד בפני עצמו והמשמעות היא שאנחנו יכולים לטעון ישירות מחוק יסוד חופש העיסוק לזכות עמידה- אם חוק יסוד חופש העיסוק מלמד על פגיעה בזכות שלי שלא כדין אז נכון שמבחינת עילת הסף תעמוד לי זכות עמידה.. חופש העיסוק הוא עילה אבל עילה לא אומרת שיש לי זכות עמידה שהיא עוצרת אותנו דיונית מלהביא את ענייננו לביהמ"ש. אבל אנחנו

משתמשים בחוק יסוד חופש העיסוק כדי לטעון לזכות העמידה....., יכול להיות שנעמוד בעילה אבל לא נקבל את הסעד.

ג. חלוקת הטבות שלא כדין היא סיטואציה שבה אם לא נכיר בזכות העמידה של המתחרה לא יימצא בעל אינטרס וייווצר חלל בביקורת השיפוטית.. אנחנו לא רוצים חללים..

ד. עיקרון השוויון- הרחבה מכוח עיקרון השוויון- נפגע אינטרס הקשור לעיקרון זה והוא הפגיעה.. אנחנו טוענים בפני בג"צ שיש לנו זכות עמידה מכוח עיקרון השוויון.. אם הוכר חופש העיסוק אז מקל וחומר השוויון. ביהמ"ש הכיר בזכות העמידה של עמותה לטעון כנגד ההכרה כמוסד ציבורי לעניין הקלות מס של גופים פוליטיים אחרים מכוח עיקרון השוויון(פס"ד חוק לישראל), ביהמ"ש פוסק שיש להכיר בזכות עמידה מכוח עיקרון השוויון אף במצב שהעותר אינו מבקש סעד לעצמו אלא מבקש הפסקת ההטבה שניתנה למישהו אחר שלא כדין. כאשר לו אין כל אינטרס כלכלי.

סיימנו את זכות העמידה.

עתירה שהיא ציבורית

הבסיס של העתירה הציבורית הוא סכסוך שבסיסו הפרת חובת הנאמנות.

ניתן להציג עותר ציבורי כבעל סכסוך עם הרשות. למה? פגיעה בשלטון החוק היא הפרת חובת הנאמנות של הרשות כלפי כל אזרח ולפי כך תהווה תשתית לסכסוך. עם זאת, התפיסה בבג"צ הייתה ונשארה שככלל אין בסכסוך מעין זה לכשעצמו כדי לערב את בג"צ לצורך פתרונו.

זכות עמידה לדוגמא של תושב חוץ העתירה הציבורית מבוססת על עיקרון הנאמנות לפיו הרשות היא נאמנה של הציבור וכשאר היא פועלת בניגוד לחוק היא מפרה חובה זו באופן היוצר סכסוך בינה לבין כל פרט בציבור. מה המשמעות? שהנאמנות היא נאמנות של הרשות בציבור כי זו חובת הנאמנות. לכן, אין זכות עמידה לעותר ציבורי שאינו תושב או אזרח אנחנו מדברים על עותר ציבורי- אבל אם יש לו אינטרס אישי וממשי הוא לא צריך ציבורי אלא הוא עותר בשם עצמו ואז בודקים אם זה ישיר לא ספקולטיבי ואם יש מישהו שנפגע יותר וכו'.. אבל אם זה ציבורי הבסיס היא חובת הנאמנות ואם זה לא חל כלפיו אז לא. אם העותר אינו תושב ישראל לדוגמא אי אפשר הוא לא עומד בעילת הסף. זה יכול להיות גם חברה.

הנאמנות היא כמובן של הרשות לציבור בישראל- זה הבסיס.

מה הטעמים של אי הכרה גורפת? החשש מריבוי עתירות והחשש לעתירות פוליטיות בסכסוכים קיבוציים וכן החשש כמובן מהצפת בתי המשפט.

ככל שביהמ"ש תופס את תפקידו בראש ובראשונה כשומר שלטון החוק ורק אחר כך שמיישב סכסוכי בין הפרט לרשות היעדר אינטרס אישי של העותר מאבד מחשיבותו. הוא לא חשוב כי אני יכול לעתור גם אם אין לי אינטרס אישי וביהמ"ש פותח את שעריו בפניי וישמע את מה שאני מבקש ואנחנו נדון זה לא אומר שאקבל את הסעד אבל אני אוכל להופיע בפניו. ולטעון למה אנחנו ראוים להופיע בפני ביהמ"ש ולבקש סעד? בגלל שיש פגיעה קריטית בשלטון החוק..

יש מקרים שאלמלא מוסד העתירה הציבורית עניינים מסוימים לא יגיעו לעולם לבג"צ וכתוצאה מכך ייווצר חלל בביקורת השיפוטית הפוגע במטרה של שמירת שלטון החוק.

קיום עותר קרוב יותר בעל אינטרס אישי- פס"ד **סרוסבירג**, כשיש עותר שיש לו עניין אישי אז זה יכול לפגוע במעמדו של העותר הציבורי המשיב יכול לטעון שיש עותר שנכון יותר שהוא יגיש את העתירה ונכון לדחות את העתירה הציבורית. ההנחה היא שהעותר הקרוב לעניין הוא המתאים ביותר בעל ידיעה אישית ויצוג תמונה מלאה לביהמ"ש. במקרה כזה שיש עותר עם עניין אישי העותר הציבורי נתפס כמי שנכנס במחלוקת לא לו.

שפיטות

שפיטות נורמטיבית ומוסדית.

השפיטות הנורמטיבית עוסקת בשאלה האם עניין המובא לפתחו של ביהמ"ש ניתן להכרעה ע"פ אמות מידה משפטיות:

א. גישה אחת אומרת הכל שפיט- **ברק ברסלר**. השפיטות הנורמטיבית קיים תמיד לכל תחום מתחומי החיים קיימות אמות מידה משפטיות החלות עליו וגם כשיש לקונה המשפט קובע דרכים למילוייה. גם החלטה כמו לצאת למלחמה או לכוון יחסים דיפלומטיים אפשר לבחון ע"פ אמת מידה כללית של סבירות. ביהמ"ש יכול לדון בעניינים שהם נטו ממשלתיים.

ב. גישה שנייה אומרת שלא הכל שפיט גם מבחינה נורמטיבית לא הכל שפיט לא להכל בחיים יש אמת מידה משפטית המתייחסת אליה. כך אומר ביהמ"ש אינו מתיר.. ובאותה מידה אומר שהמשפט אוסר על מלחמה או על ניהול יחסים דיפלומטיים.

הגישה השולטת היא של ברק ברסלר.

שפיטות מוסדית עוסקת בשאלה מי הוא המוסד הראוי להכריע בסכסוך- גם כאשר ישנן אמות מידה משפטיות לכרעה בסוגיה כלומר נורמטיבית אין הדבר בהכרח אומר כי ביהמ"ש יעיל אמות מידה אלה וייתכן שמוטב שההכרעה תיעשה ע"י רשות שלטונית אחרת. הנטייה וזה **ברק ברסלר** הנטייה לצמצומה של השפיטות המוסדית. למה? כי הדוקטרינה הזו בעייתית. זו עילת סף השפיטות המוסדית אנחנו אומרים לו יש לך סמכות אין בעיה של שפיטות נורמטיבית אבל לא ראוי שאתה ביהמ"ש תדון בעניין אלא ראוי למשל שהכנסת תדון... ,

ביהמ"ש דווקא מתערב בעשרים שנים האחרונות בצורה משמעותית ביותר כמו שינוי תוואי הגדר של גדר הפרדה. אבל לעומתו למשל ביהמ"ש לא התערב במתווה הגז באמת אלא הוא דן בתניה ספציפית בנידון.

השפיטות המוסדית אומרים בביהמ"ש כי זו דוקטרינה בעייתית מאוד שיש להפעילה רק במקרים מיוחדים וזאת בשל תוצאתה הקשה של הפעלת העילה בכרסום השמירה על שלטון החוק. בג"צ משמש כשומר שלטון החוק ולא רק כמיישב סכסוכים.

מבחי השפיטות המוסדית:

1. **האופי הדומיננטי של הסוגיה:** שמגר ברסלר- המבחן בוחן את הסוגיה המשפטית ושואל האם האופי הדומיננטי שלה הוא משפטי או פוליטי כאשר במצב בו האופי הדומיננטי פוליטי ביהמ"ש יטה למשוך ידיו מהדיון בעתירה- לא מההכרעה אלא מהדיון. יש לבחון את הרכיבים הפוליטיים של העתירה מול רכיביה המשפטיים. לביהמ"ש עומדת האפשרות לבודד את הרכיבים המשפטיים תחת או במקום דחייה מוחלטת של העתירה כאשר הדבר אפשרי ולדון אך ורק בהם. כמו מבחן עיפרון כחול.

2. **מבחן הפגיעה באמון הציבור בשופטים מול הפגיעה באמון הציבור במשפט-** זה ברק ברסלר. לתפיסת ברק זה אמור להיות מבחן מצומצם למקרים מיוחדים בהם הפגיעה באמון הציבור בשפיטה עקב פוליטיזציה של המשפט- שהפסיקה תהפך להיות מטעמים פוליטיים עולה על הפגיעה באמון הציבור במשפט עקב הכרסום בשלטון החוק. הוא מתכוון שאנחנו כמבחן סף ביהמ"ש ישאל עצמו במקרים מיוחדים האם יותר נכון לא לדון מאשר לדון? אם הפסיקה תהפוך או תצבע את ביהמ"ש בצבע פוליטי אז נכון יותר לא לדון וזאת כאשר הסכנה של פגיעת באמון הציבור בשפיטה גדולה יותר מהפגיעה בשלטון החוק.

3. **המבחן המיוחד בהתערבות בהליכים פנים פרלמנטאריים-** כמו חקיקה או הוועדות לבין מליאת הכנסת... נקבע מבחן של שפיטות ממוסדות שנועד למנוע התערבות מוגזמת של ביהמ"ש בעבודת הכנסת מעבר לאיזונים והבלמים הראויים בין הרשויות ונקבע שיש להתחשב במידת הפגיעה הנטענת במרקם החיים הפרלמנטאריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של המשטר החוקתי.