

משפט מנהלי

שיעורים + תרגולים

ד"ר שרון וינטל + עו"ד מוחמד סעאדה

מסלול בוקר

2018-2019

לירון משאש

21/10/18

שיעור ראשון

מבוא:

ההבדלים בין משפט חוקתי למנהלי:

המשפט החוקתי - בוחן האם יש זכויות יסוד/ זכויות חוקתיות שנפגעו והאם החוק עצמו שהעניק לשר הפנים לאשר כניסה לארץ הוא חוקתי או לא (במקרה של הסטודנטית הערבייה באוני' העברית).

המשפט המנהלי - אם החוק הוא חוקתי שואלים איך הפעילו את החוק, האם הפעילו אותו באופן ראוי- **המשפט המנהלי מתחיל מכאן ובוחר האם הפעילו את החוק בצורה ראויה.**

שאלות לדוג' במבחן:

- טענת לארה שלשר הפנים אין סמכות למנוע את כניסתה לארץ מכוח ס' 2(ד) לחוק הכניסה לישראל.

השאלה המשפטית- האם יש לשר סמכות?

- טענת העותרת כי החלטת השר הינה בלתי סבירה.

הסמכות המנהלית (השלטונית):

- **רוב הסמכויות הן סמכות במובן של כוח משפטי.** כוח = היכולת לשנות את מערך הזכויות והחובות של הכפוף לכוח באופן חד- צדדי.

עוד סמכות זו הסמכות שהחוק מעניק לרשויות השלטון.

- **הסמכות לייעץ** - יש סמכויות שבהן יש את בעל הסמכות ויש את הגורם המייעץ.

- **סמכות חקירה ללא מסקנות** - יש גופים חוקרים שמפעילים כוח שלטוני. מי שמוזמן לחקירה במשטרה, האם המשטרה מפעילה עליו כוח? כן, כבר נפגעות זכויותיו, הוא חייב לבוא, זכויותיו הבסיסיות נמצאות בסכנה. יכול להיות שייהפך לנאשם במשפט הפלילי. **זוהי סמכות במובן של כוח.**

מסלול העברת "הכוח" השלטוני במדינה דמוקרטית:

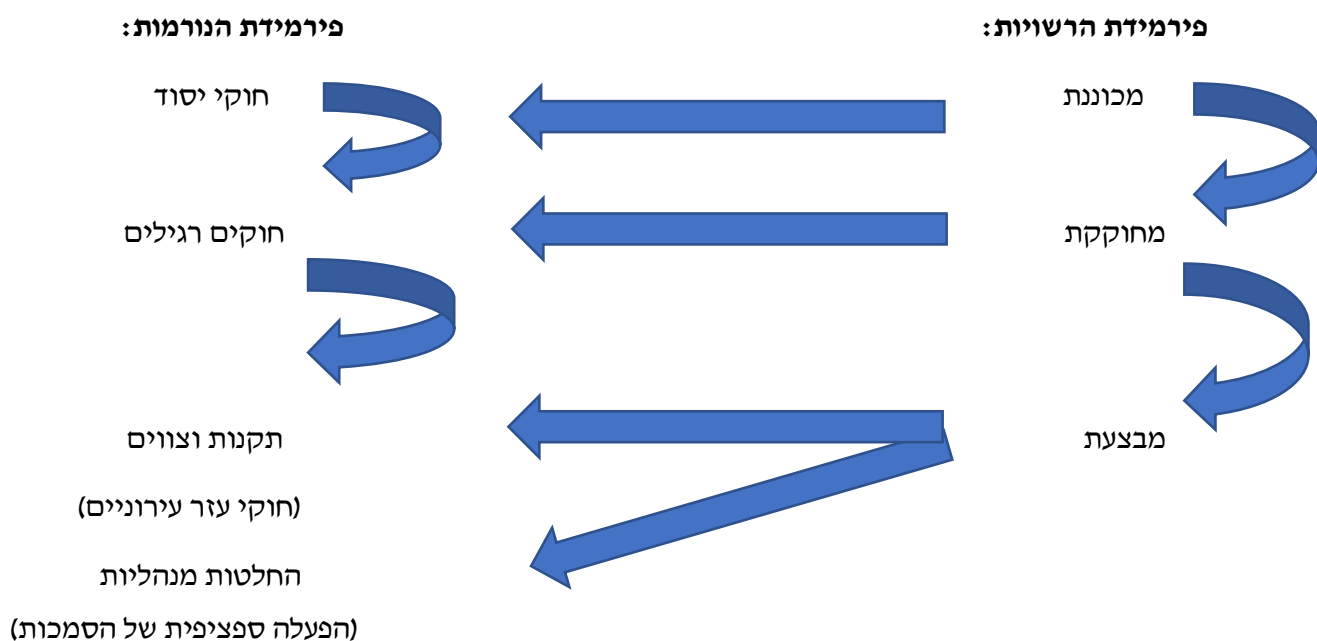
בדמוקרטיה שואלים מי הריבון, העם הוא הריבון.

עקרון ריבונות העם = מקור הכוח אצל העם. קיימת בחירת נציגות בכנסת, הכוח עובר מהעם אל הכנסת. לאחר מכן בודקים בחקיקה את הסמכת הרשות השלטונית בחוק. אם אין חוק שמסמיך הכוח לא עובר אלא נשאר אצל נציגי העם בכנסת.

-המשך- מבוא :

-המשך- סמכות מנהלית :

איך מעבירים סמכות מנהלית? ע"י חוק מסוים. בלי החוק אין סמכות. בלי הענקת הסמכות הרשות לא יכולה לעשות כלום. דוג' לרשויות שמפעילות חוק : הממונה על הגבלים עסקיים- תפקידו לטפל בתחרות במשק. אם הוא רואה שוק עם מונופול לא תחרותי זה עלול לפגוע בצרכן. הוא נדרש לפעולה ויש לו כל מיני סמכויות. אחת הסמכויות היא לאשר הסכמי מיזוג. דוג' : נתינת רישיונות לנהגי מוניות. למשל אם הנהג עובר עבירות שמסכנות את הנהגים האחרים בכביש צריך רשות שתפקח על כך. זה מצב שהמחוקק מזהה תחום שראוי לפקח עליו אבל אין לאף אחד סמכות ולכן צריך חוק חדש שייתן סמכות לפקח.



הרשות המכוננת- הכנסת, פס"ד בנק המזרחי- יצר את 2 הכובעים של הכנסת : מכוננת ומחוקקת.

הרשות המחוקקת- הכנסת, מחוקקת חוקים רגילים.

הרשות המבצעת- הממשלה, מחוקקת חקיקה משנית- ראשית, תקנות, צווים (חוקי עזר עירוניים). שנית, החלטות מנהליות (הפעלה ספציפית של הסמכות).

הרשות השופטת בפירמידה?-לא, היא מפקחת על הרשויות האחרות- איזונים ובלמים.

ההבדל בין החלטה מנהלית לתקנות וצווים :

תקנות וצווים - תופס לכלל הציבור. זה כמו חוק, רק מי שמייצר אותו זו הרשות המבצעת ולא המחוקקת. זה יכול להיות חקיקת משנה של השר. למשל חוק עזר עירוני שזה חקיקת משנה, זה מכון לא לאדם ספציפי אלא לקבוצה של אנשים.

החלטה מנהלית - תקפה לאדם ספציפי אחד. דוג': שר הפנים מול הסטודנטית לארה קאסם. החלטה מנהלית אינה נורמה..

איך מבדילים בין החלטה מנהלית רגילה לבין תקנות וצווים ?

מהי תקנה ? "המבחן המשולש" בפס"ד הבורסה לניירות ערך.

1. הגדרת "תקנה" המבחן בפסיקה: יש הגדרה לתקנה בסעיף 1 לפקודת הפרשנות מאת כל רשות (יסוד 1) - תקנה מאת כל רשות + ע"פ חוק (יסוד 2). הבורסה לני"ע זה תאגיד פרטי ולא קם מכוח חוק. יש חוק שמפקח על הבורסה ומקים את הרשות לני"ע. הגוף השלטוני המובהק זה הרשות לני"ע. זה כמו המכללה בנתניה שהיא גוף פרטי. הגוף המפקח הוא המל"ג. שר שקובע כללים עקרונית מקיים את המבחן הראשון של התקנה. פסה"ד לא מקיים את המבחן כי הבורסה היא גוף פרטי. בחקיקה לני"ע הבורסה הוסמכה לקבוע כללים למסחר בתקנון. כשהחוק לוקח את הגוף הפרטי, את הבורסה ומטיל עליו תפקידים כלליים זה נקרא הפרטה- השלטון/ המחוקק/ הרשות המבצעת מעניקים סמכות לגוף פרטי. ואז הבורסה מקבלת תפקיד ציבורי.
2. **קביעת נורמה** - תקנה קובעת נורמה- תקנה היא כן חלק מפירמידת הנורמות. לעומת זאת החלטה מנהלית היא לא חלק מהפירמידה. **נורמה = שינוי המשפט הנוהג במדינה/ שינוי החובות והזכויות**. האם כשהממונה על ההגבלים העסקיים לא אישר את המיזוג בין סלקום לגולן טלקום הוא שינה את המשפט הנוהג? המשפט הנוהג- כששני גופים רוצים להתמזג הם צריכים את אישור הממונה על ההגבלים העסקיים. לכן זה לא שינה את המשפט לפיו צריך אישור. לכן זו החלטה מנהלית ולא נורמה. לעומת זאת, אם נכתב שמי שחונה באדום- לבן דינו כך וכך בחוק עזר עירוני. האם יש שינוי במשפט הנוהג במדינה? האם משהו השתנה? כן, אסור לחנות באדום- לבן, וזה לא עוסק באדם ספציפי אלא בציבור בלתי מסוים- לכן יש שינוי במשפט הנוהג. אם תקנון הבורסה- חברה לא תירשם בבורסה אלא אם כן תעמוד בתנאים $Y \geq X$, ותימחק אם לא עומדת בדרישות. **האם זה שינוי? כן כי אנשים מתנהגים בהתאם**, לא יוכלו להיכנס לבורסה, לסחור במניות ובאגרות חוב. אותו דבר אדם שחונה באדום- לבן- יתנהג בהתאם ולא יחנה באדום ולבן. **אם אתה מתאים את עצמך לדרישה כדי להתקבל או לא לקבל קנס נגיד, זה שינוי**. עכשיו כל מי שרוצה להתמזג צריך אישור- להתנהג בהתאם, ללכת לקבל אישור.
3. **הנורמה חייבת להיות כללית**- חלה על ציבור בלתי מסוים.

על מי חל תקנון הבורסה? מי שרוצה היום להצטרף לבורסה ומי שבעתיד ירצה להצטרף ואני לא יודעת מיהו. חל על אנשים שאני לא יודעת להגיד מי הם. לכן תקנון הבורסה הוא גם כללי.

אם תקנון הבורסה יחליט שלא לקבל את חברת א.א. הובלות זו כבר החלטה מנהלית כי היא ספציפית לחברה אחת.

האומה- חבר האנשים שהתארגן והקים את המדינה. זה מעל פירמידת הרשויות: חוק יסוד הלאום- אומר מי האומה בישראל- מפעל משותף של העם היהודי ששואף להיות דמוקרטי.

האומה מייצרת נורמות שהם מעל חוקי היסוד- עקרונות יסוד בלתי כתובים שזה מעל פירמידת הנורמות- חייבים לשמור על השוויון בין האזרחים- זה עקרון יסוד בלתי כתוב. כי אין דמוקרטיה בלי שוויון.

-המשך- מבוא :**הנפשות הפועלות במשפט הציבורי :**

1. **הגוף הראשון- מדינת ישראל והאורגנים שלה :** מדינת ישראל היא אישיות משפטית מלאכותית שאנו יוצרים אותה. היא אישיות משפטית מופשטת. גם תאגיד זו אישיות משפטית מופשטת. המדינה זקוקה לאורגנים שלה לכן יש רשות מכוננת, רשות מחוקקת ורשות מבצעת. בצד יש את הרשות השופטת שמפקחת על כולן ומיישבת סכסוכים. הממשלה לא יכולה לנהל את המדינה עד לפרטי העניין לכן חייבים לחלק תחומי אחריות. הממשלה זה גוף קולגיאלי שמורכב משרים וראש הממשלה, מקבלים החלטות בהצבעה עפ"י רוב. כך גם הכנסת שמורכבת משרים וח"כים. הממשלה אחראית על כל התחומים. תחומי האחריות מתחלקים בין השרים ע"י חוק. המחוקק מטיל כל אחריות על שר מסוים. אם למשל מטילים אחריות על רובר הגיוני לשים את שר התחבורה כאחראי על זה. את רשות המיסים וניהול הכלכלה נטיל על שר האוצר. ניתן לשנות את החלוקה בין המשרדים.

הממשלה מחולקת למשרדים :

משרד האוצר, משרד הפנים, משרד הביטחון, משרד המשפטים ועוד. בראש כל ארגון עומד השר וכולם כפופים לו. הוא נחשב לדרג הפוליטי, הוא מייצג את הממשלה באותו משרד. מתחת לדרג הפוליטי יש את הדרג המקצועי של המשרד. כאשר יש בחירות במדינה, הדרג המקצועי הוא הנשאר במשרד, לא מפטרים אותו, מי שמפוטר זה השרים. תחת אותו משרד יש יחידות סמך שאלו הם גופים, יחידה אורגנית נפרדת אבל היא כפופה לאותו משרד וחלק בלתי נפרד מהמשרד.

הרשות המבצעת:

- משרד האוצר
- משרד הפנים
- משרד הביטחון

משרד האוצר:

- רשות המיסים
- הרשות להגבלים עסקיים
- מנהל התכנון
- רשות מקרקעי ישראל

משרד הביטחון:

- צה"ל

המשרד לביטחון הפנים:

- משטרה
- שב"ס

- שירות כבאות והצלה

האישיות המשפטית במדינת ישראל במשפט הפרטי:

למשל צה"ל רוצה לקנות מטוסי "אדיר", F35 היו בו תקלות רבות שהתגלו, משרד הביטחון לא העביר את התשלום האחרון עבור המטוסים, החברה האמריקאית טענה להפרת חוזה. את מי החברה האמריקאית תתבע? במשפט הפרטי יש אישיות משפטית אחת והיא מדינת ישראל שהיא צד לחוזה. מי שגרם נזק זו מדינת ישראל ואותה יש לתבוע. מי שמייצג את המדינה במשפט זו פרקליטות שמייצגת את המדינה. הפרקליטות מחולקת לאחת שמייצגת את המדינה בשלום ובמחוזי ואחת שמייצגת את המדינה בעליון.

האישיות המשפטית במדינת ישראל במשפט הציבורי:

עוסק בסמכויות שלטוניות שנמסרו לגופים האלו. למשל שר האוצר יכול להפקיע קרקע של אדם פרטי לצורכי ציבור. הרבה פעמים צריך להפקיע קרקע כי אין קרקע שתשמש לצרכים ציבוריים וזאת כנגד פיצוי הולם לאדם שהפקיעו ממנו את הקרקע. יש סכסוך לגבי הדרך בה הפקיע שר האוצר את הקרקע. מי שמוסמך להפקיע זה שר האוצר והוא גם האישיות המשפטית. העתירה לביהמ"ש תהיה נגד שר האוצר ולא נגד המדינה כי הוא זה שהפקיע לי את הקרקע מכוח חוק.

דוג' נוספת: שר הביטחון שמוסמך לתת דחיית שירות לחיילים. העתירה תהיה נגד שר הביטחון שהוא זה שמוסמך וקיבל את ההחלטה ופגע לך בזכות.

2. הגוף השני- תאגידים סטטוטוריים (תאגידים ציבוריים): זה נכון להקים תאגידים סטטוטוריים כדי

שהתאגיד הזה יתנהל כמו חברה ציבורית. למשל פעם היה תאגיד השידור (כאן) / רשות השידור. החוק מקים אותם ומטיל עליהם תפקיד שלטוני. הרעיון בהקמת תאגיד סטטוטורי הוא כדי לנטרל התערבות פוליטית או משיקולי יעילות. עוד דוגמאות:

- המוסד לביטוח לאומי- גובה כסף מהציבור.
- רשות העתיקות
- עיריות ומועצות אזוריות- אם העירייה מעסיקה עובדים העובדים הם עובדי עירייה. אם העירייה תעשה חוזה מכס בבעלות העירייה מי שיהיה צד לחוזה זו העירייה ולא המדינה.

1+2 הם גופים שלטוניים מובהקים, הם הוקמו בחוק רק למטרות ציבוריות, הם חלק מהשלטון במדינת ישראל. או שזו מדינת ישראל עצמה או תאגיד נפרד אבל שלטוני.

3. גופים פרטיים שקיבלו סמכות שלטונית (בהפרטה): בתי ספר ממלאים תפקיד שלטוני. כל בתי הספר

הפרטיים צריכים לזכור שהם גוף שלטוני שמעניק חינוך חובה לתלמידי ישראל. עוד דוגמאות:

- אפריקה ישראל- בתי סוהר
- הבורסה לניירות ערך
- תחנות הטסט
- המסנדל של עיריית ת"א- כשחונים במקום אסור, מסנדלים את הרכב ואז הנהג נאלץ לגרור את הרכב. האם המסנדל הוא גוף פרטי לכל דבר? במקור כן, כך הוא מעוגן אבל הפעולות שהוא מבצע הן שלטוניות, זו אכיפה של דיני החנייה.

4. גופים דו-מהותיים:

גופים אלו הם גופים פרטיים בעלי מאפיין ציבורי- למשל חברת החשמל מעניקה שירות ציבורי שלא ניתן להתקיים בלעדיו והיא גם מונופול.

- חברת החשמל (פס"ד מיקרודף)
- חברת קדישא (פס"ד קסטנבאום)
- הסוכנות היהודית
- ההתאחדות לכדורגל
- איגוד הכדורסל
- מפעל הפיס
- מקורות
- אגד
- המכללות והאוניברסיטאות- יש להם אופי חינוכי, חלק מהגופים האלו מקבלים תקצוב מהמדינה (האוניברסיטאות והמכללות הציבוריות).

ההבדל בין גופים פרטיים שקיבלו סמכות שלטונית לבין גופים דו- מהותיים זה שהקבוצה הראשונה פועלת כמו שלטון והקבוצה השנייה אלו גופים פרטיים שפועלים כגופים פרטיים ולא מפעילים סמכות שלטונית, כל מערכת היחסים היא חוזית, יש תקנון.

11/11/18

שיעור רביעי

-המשך- מבוא:

-המשך- גופים דו- מהותיים:

לעומת שאר הקטגוריות בהן יחולו כל כללי המשפט המנהלי, בקטגוריה הזו יחולו רק חלק מכללי המשפט המנהלי. בנוסף, השוני הוא עוצמה מופחתת שיחולו הכללים של המשפט המנהלי באופן קפדני.

עקרונות יסוד- עיקרון חוקיות המנהל:

העילות במשפט המנהלי מתחלקות לתחומים:

1. עילות שקשורות לסמכות. (שיעורים- סמסטר א')
2. עילות שקשורות להליך המנהלי. (תרגול- סמסטר א')
3. עילות שקשורות לשיקול הדעת המנהלי. (שיעורים- סמסטר ב')

השליט במדינה דמוקרטית מחזיק בכוח או שמישהו אחר מחזיק בכוח? האזרחים מחזיקים בכוח, הם מוסרים אותו לנציגי העם ומוסרים אותו לרשויות השלטון. הרשות המחוקקת היא מעל הרשות המבצעת כי היא מחזיקה בעם ומוסרת את הכוח למי שכפוף לה.

יסוד 1: יסוד ההסמכה

כל מעשה מנהלי/ שלטוני של הרשות המבצעת. הרשות המבצעת יכולה להתקין תקנה או צו או לקבל החלטה מנהלית ספציפית. כמו ההחלטה של שר הפנים בקשר ללארה קאסם. אם הרשות המבצעת רוצה להפעיל כוח שלטוני היא חייבת להישען על חוק. אם הרשות המבצעת מחליטה להעלים חשוד בטרור, להפעיל עליו עינויים ולהמשיך את המצב הזה במשך חודשים ארוכים צריך לבדוק מה החוק מתיר לרשות לעשות. ההסמכה בחוק יכולה להיות במפורש או במשתמע.

יסוד 2: יסוד ההתאמה

נגזר מפירמידת הרשויות והנורמות. כל מעשה מנהלי/ שלטוני חייב להתאים לכל הנורמות שמעליה בפירמידת הנורמות, זה יכול להיות תקנות/ חוקים/ חוק יסוד/תק' יסוד בלתי כתובים.

אם ההחלטה סותרת את התקנה (שתקנה היא כמו חוק) היא בטלה. אם ההחלטה סותרת את החוק על אחת כמה וכמה שהיא בטלה וככה גם אם היא סותרת חוקי יסוד. **מעשה הוא חוקי אם אותה רשות הוסמכה בחוק לעשות את אותו מעשה ואין עוד נורמה שעומדת בסתירה לו.** בודקים את החוק הספציפי ש"התיר" ובודקים אם התיר לו. ולגבי הנורמה בודקים אם יש תקנה אחרת שאוסרת לעשות את המעשה שעשית.

דוג': החוק שהסמיך את גולן סלקום- נניח שאני פוסל את הסכם המיזוג בין גולן לסלקום או שאני מגביל את רובר נותן לה להיכנס לארץ אבל בפיקוח. אני בודק אם יש חוק במדינת ישראל שמתיר לי לפקח על רובר ואז תעלה שאלה מהו רובר. **בהקשר של יסוד ההסמכה** אני אבדוק האם הממונה על ההגבלים עסקיים קיבל סמכות בחוק לפסול הסכם מיזוג בין גולן לסלקום? **בשלב השני (לפי היסוד השני)** בוחנים האם יש חוק שסותר את זה. למשל: חוק יסוד חופש העיסוק או חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. בפסילת המיזוג יש פגיעה בקניין. אם נגיע להסכמה שהשפעה של ההסכם הייתה שולית והממונה סתם התערב בחוזה של אנשים פרטיים יכול להיות שזה סותר את חוק היסוד. **גם אם יסוד 1 (יסוד ההסמכה) מסמיך אותו יסוד 2 (יסוד ההתאמה) לא יכול לאפשר לו לפגוע בחוק יסוד. אז אם יסוד 2 לא עומד בתנאים זה ייפול.**

במקרה של רובר ההחלטה הייתה שכל נהג יעבור הכשרה של חצי שנה ואם נחייב שברובר כל נהג יעבור הכשרה כזו חופש העיסוק נפגע פה. אם יש סתירה לחוק יסוד חופש העיסוק היסוד הראשון לא יעזור, זה ייפול ביסוד השני.

(במבחן לרשום ש: "יש אפשרות שהמעשה סותר חוק יסוד אך לא נבחן את זה....")

פס"ד קקאו סנטר ניהול בתי קפה בע"מ נ' עיריית רמת גן- הגן הלאומי שיש בו בית קפה. קקאו שכרה את הנכס מהעירייה במכרז והפעילה בית קפה מהגן. העירייה רוצה להקים שם עוד בית קפה כי יש שם הצלחה, העירייה מחליטה לנהל את הנכס בעצמה. העירייה נמצאת בניגוד עניינים כי תפקידה הוא לפקח על העסקים ואין לה רישיון עסק. עפ"י יסוד 1- יסוד ההסמכה עירייה היא תאגיד סטטוטורי והיא חייבת להישען על הסמכה בחוק במפורש או במשתמע.

כתוב בחוק שעירייה תטפח גנים כי בשביל גן צריך שטח ציבורי ומי שמחזיק בשטח זו העירייה. העירייה צריכה לדאוג לשטחים ירוקים עבור הציבור. ניהול בית הקפה יכול להשתמע מהחיוב לטפח את הגן עפ"י החוק. האם מותר לעירייה לשכור חברת גינון שתעבוד עבורה ותטפח את הגן? כן, גם להפעיל עובדי עירייה. קפה לא קשור לגן, הזיקה מאוד חלשה. זה תורם להנאה של המבקרים בגן אבל זה לא קשור לטיפוח הגן עצמו. זה לא הגיוני שרשות שלטונית תכנס לתחום עסקים מקומיים ותתחרה בהם.

פס"ד מפקד מחוז תל-אביב יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי- הימורים באינטרנט. סעיף 229 לחוק העונשין- מפקד המחוז רשאי לסגור מקום המשמש להימורים. הסמכות היא לסגור מקום. בחוק העונשין

מוצאים סמכויות מנהליות. שופטי הרוב השתכנעו שאין סמכות להורות לספקי האינטרנט לחסום גישה לאותם אתרי הימורים. ש' המיעוט אמר שברור שאין הסכמה במפורש אלא במשתמע. כדי שיהיה אפשר לחסור גישה לאינטרנט לאותם אתרים חוקקו חוק שיאפשר חסימה.

מפקד המחוז מנסה לחייב את ספקי האינטרנט שהם גופים פרטיים לסייע למשטרה במאבק נגד ההימורים. הוא פוגע בחירות של האדם הפרטי.

פס"ד פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול - עפ"י חוק ניתן לשלול לסרבן גט את הדרכון והוא יקבל צו איסור יציאה מהארץ, אפשר לשלול לו רישיון נהיגה, לאסור אותו. ניתן לתבוע אותו בנוזיקין (האישה). בתי הדין מנסים לפתח עוד כלים כדי להמריץ את הסרבן לתת גט. הכלי האחרון הוא חרם דתי. חרם דרבנו תם, החרם עובד רק על אנשים דתיים כי מחרימים את אותו סרבן, לא מקבלים אותו למניין בביה"כ. על האדם החילוני הסנקציות הללו לא עובדות. השאלה היא אם אותה סנקציה דתית היא חוקית או לא חוקית? אם מותר לבית הדין להוציא המלצה? צריך לבדוק דבר ראשון את יסוד 1- למה מוסמך בית הדין בחוק? האם יש שם סנקציות דתיות או רק אזרחיות? בחוק הכל אלו סנקציות אזרחיות- חילוניות שלא קשורות לדת. אז מכוח מה בתי הדין מוסיפים סנקציה דתית? אכן, שופטי המיעוט קבעו שאין סמכות. אם החוק לא העניק סמכות לקבוע סנקציה דתית אז אין סמכות להורות על חרם של אותו סרבן גט. שופטי הרוב רק ממליצים אבל לא מחייבים אף אחד בחרם דתי.

18/11/18

שיעור חמישי

המשך- עקרונות יסוד- עיקרון חוקיות המנהל:

-המשך- יסוד 1: יסוד ההסמכה

יש מקרים שמטילים מעשה מנהלי או שלטוני גם על הרשות השופטת וגם על הרשות המחוקקת. ב- 90% מהמקרים נדבר על הרשות המבצעת.

כל מעשה מנהלי חייב להישען על הסמכה בחוק- במפורש או במשתמע- פס"ד פלוני (סרבני גט)- בודקים בחוק אם מותר להטיל סנקציות דתיות על סרבן הגט.

רשות שלטונית ממליצה לקהילה על החרמת הסרבן. אנשים דתיים שמקשיבים לבתי הדין ילכו אחר ההמלצה. בעייתי לקרוא לזה המלצה, לפי שופטי המיעוט כל דבר שהשלטון עושה יש לעגן זאת בחוק ואם אין הסמכה בחוק לא ניתן לפעול כך. הדין הדתי חל בענייני נישואין וגירושין אבל הסנקציות היו אזרחיות עד אותו פס"ד.

במקרים מיוחדים משתנה יסוד ההסמכה:

1. **מקרה מיוחד ראשון- פגיעה בזכויות אדם / עקרונות חוקתיים** - פס"ד הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל+ פס"ד מנאע.

פס"ד הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל- השב"כ הפעיל שיטות חקירה חריגות ביותר למשל: קשירת שק על הראש, הושבה על ספסל קטן שלא ניתן לשבת עליו עם קשירת ידיים ורגליים הגורמים לכאבים, מניעת שינה קיצונית. ביהמ"ש היה צריך לדון בשיטות האלה ולהחליט אם הן חוקיות או לא. שיטת חקירה נוראית היא טלטול אדם.

קודם בודקים מה אומר החוק. מוצאים שהסמכות של חוקרי שב"כ היא הסמכות לפעול כמו שוטר בחקירה. הסמכות של שוטר בחקירה היא ללחצים חקירתיים אך אסור לו להשתמש בכוח פיזי. הזכות שנפגעת היא הזכות לכבוד האדם וחירותו כאשר יש פגיעה בזכות מבחינת הסמכות המפורשת שהיא לחקור והמשתמע מכך שניתן

להפעיל לחץ חקירתי רגיל, כל מיני שיטות חקירה, למשל: תרגילי חקירה, להפעיל מדובב לחקירה. האם אפשר לנקוט בשיטות שפוגעות בכבוד האדם? הפסיקה אומרת שכשיש פגיעה בזכויות אדם כמו בעקרונות חוקתיים עקרון חוקיות המנהל משתנה. ההסמכה מהחוק במשתמע זה לא מספיק כשיש פגיעה בזכויות אדם או בעקרונות חוקתיים. ההסמכה חייבת להיות מפורשת בחוק. בודקים האם לפי החוק החוקר רשאי לטלטל, רשאי לקשור שק על הראש וכ"ו. למה בפס"ד פלוני עפ"י דעת הרוב אין פגיעה משמעותית בזכויות אדם?

פס"ד מנאע- המשטרה דואגת לשים מחסומים לכלי רכב לשם שמירה על הביטחון. בודקים האם כל כלי הרכב הם ישראלים והנהגים הם אזרחי המדינה. המשטרה עצרה את כלי הרכב וביקשה מהנהגים להזדהות. על הדרך המשטרה רצתה לבדוק אם אותם אנשים חייבים במס בישראל לכן הביאו נציג מרשות המיסים. הנציג היה מחייב את אותו חייב לשלם במקום או מעקל לו את הרכב, מוציא אותו במקום מהרכב. השאלה היא מה אומר החוק? מה החוק מאפשר לרשות המיסים לעשות? להיכנס למקרקעין של החייב ולתפוס מיטלטלין. אם הם לא נכנסו למקרקעין של החייב הם לא יכולים לתפוס שום דבר.

ביהמ"ש חזר על ההלכה שמבוססת בעליון:

הזכות שנפגעת כאן היא קניין ע"י לקיחת הרכב, הוצאת האדם מהרכב ברשות הרבים פוגעת בזכות לכבוד, יש כאן פגיעה בפרטיות- דורשים ממנו להזדהות, חופש התנועה, פגיעה לזכות להליך הוגן. מנאע טען שרשות המיסים חייבת לו כסף ולא הוא חייב לה והוא לא יכול היה לבסס את הטעונו שלו באותו רגע. צריך הסמכה מפורשת בחוק ולא הסמכה משתמעת כי יש כאן פגיעה בזכויות. רשות המיסים מוסמכת לתפוס רק את המיטלטלין שנמצא במקרקעין של האדם ולא בכביש ברשות הרבים.

במשפט החוקתי זה מופיע בפסקת ההגבלה. אין פוגעים בזכויות אלא רק ע"י חוק.

לכלל שצריכה להיות הסמכה במפורש ולא במשתמע יש חריגים:

חריגים למקרים בהם ניתן לפגוע:

א. חריג ראשון- תזוזת הפגיעה מגרעין הזכות לפריפריה-

פס"ד בן חיים נ' מד"י- הזכות לפרטיות. לכל זכות יש גרעין שם הפגיעה בזכות היא הקשה ביותר וככל שהפגיעה נחלשת אנחנו זזים מהגרעין לפריפריה וככל שזוזו נגיד שאין פגיעה בזכות כי זה חלש מדי. תקף לכל עקרון חוקתי ולכל זכות חוקתית. הפרטיות העיקרית היא על הגוף שלנו, אח"כ על הרכוש שלנו. בפס"ד מנאע- הבדיקה נעשתה ברשות הרבים ולכן היא לא בגרעין הקשה ולא בפריפריה. בפס"ד בן חיים וגייבלי (דנו בהם ביחד)- השוטר רואה את בן חיים באזור של בילויים בקריות, כדי לחפש על גופו של אדם לא צריך צו של בימ"ש אלא חשד סביר של ביצוע עבירה. אצלו הסכין הייתה בתוך הכיס ולא ראו אותה. השוטר שאל אותו אם הוא מסכים שיעשו חיפוש על גופו וירוקנו את הכיסים שלו. בן חיים הסכים ומצאו את הסכין, העמידו אותו לדין על אחזקת סכין. הייתה פגיעה בפרטיות ע"י חיפוש על גופו. במקרה של גייבלי- המשטרה הגיעה לביתו והשוטרים ביקשו מאמו לעשות חיפוש בבית אך לא היה ברשותם צו חיפוש מבימ"ש. השוטרים נכנסו פנימה ומצאו את הסמים של גייבלי. חיפוש בבית הוא גם בגרעין של הפגיעה. מה שהפך את הסיפור למיוחד זה שהייתה הסכמה מדעת לחיפוש. **לפי הנ' בייניש יש תזוזה לפריפריה** כשיש חיפוש בהסכמה מדעת. הזכות לפרטיות מבוססת על האוטונומיה של הפרט, הפרט מחליט איזה מידע אישי שלו הוא חולק עם אחרים ואיזה מידע אישי שלו הוא שומר לעצמו. אם השוטר מבקש לחפש על האדם ומספר על ההשלכות של החיפוש והאדם מסכים זו הסכמה מדעת לחיפוש. השוטר צריך לומר על ההשלכות ולהגיד קודם כל שאין לו סמכות לערוך עליו חיפוש. גם במקרה של גייבלי השוטרים יכלו להגיד לאמא שהיא רשאית לא להכניס אותם הביתה. אך אם היא מכניסה אותם בכל זאת היא מסכימה בדעת. **ראיה שהתקבלה תוך חיפוש ללא**

סמכות- נפסלת. אם הפרטיות היא בגרעין אז האם אפשר לפגוע בפרטיות בהסמכה שהיא במשתמע? לא, צריך הסמכה מפורשת ואם היו חיפושים ניתן לפסול את הראיה אך אם הייתה הסכמה מדעת לחיפוש אז אפשר לדבר בפגיעה פחותה בפרטיות, פגיעה שזוהה מהגרעין לפריפריה ואז מחזירים את האפשרות לפגוע בפרטיות במשתמע ולא רק במפורש.

יש גישה אחרת של הש' דנצינגר בפס"ד בן חיים- שאומר שאין דבר כזה הסכמה מדעת לחיפוש. אדם נורמטיבי נכנס למצב של מצוקה ולחץ ולא מבין איך הסתבך עם המשטרה. האדם חושש שאם הוא לא ישתף פעולה עם השוטר, השוטר יתנכל לו. הש' אומר שאדם יסכים לחיפוש לא מדעת אלא מפחד וחשש ולכן אף פעם לא נגיע לפריפריה כי זו לא הסכמה מדעת ואז הפגיעה היא בגרעין.

עיקרון חוקיות המנהל דורש הסמכה במפורש ולא הייתה הסמכה מפורשת במקרים כאלו. **לפי בייניש** אפשר להכפיף, ויכול להיות חריג למקרה שתהיה הסמכה מפורשת במקרה וההסכמה לחיפוש תהיה הסכמה מדעת. במקרה הזה כל הש' הסכימו שהראיה צריכה להיפסל כי לא הייתה הסכמה מדעת. אצל דנצינגר אין חריג למקרה הזה כשמדובר בסיטואציה של הסכמה, כן תהיה תזוזה מהגרעין לפריפריה.

פסה"ד הזה הוחל על מקרים בצבא של פרטיות, חיפוש בנייד של חייל. נשים את הפגיעה הזו קרוב מאוד לגרעין. אם לא היה צו של בימ"ש לחפש צריך רק הסכמה מדעת של החייל. רק בסיטואציה שקיבל החייל הסבר מאוד ברור למה החוקרים הצבאיים יכולים לעשות ומה לא רק אז הוא יכול להסכים.

המשך של אותו חריג- פס"ד פלוני- הש' הנדל הסביר שהזכות היא חופש הדת. חלק מהחרמות האלה נוגעים להיבטים דתיים. בגרעין של חופש הדת יש את החופש לקיים את מצוות הדת. במקרה דנן, מונעים ממנו את המעמד בקהילה, את היכולת לעלות לתורה, לקחת חלק בתפילות וכדו'. אם היו פוגעים במצוות הדת זו פגיעה בגרעין הזכות, הכיבודים של הדת הם חלק מהפריפריה ולא חלק מהגרעין. אם זה אז מהגרעין לפריפריה אפשר גם שתהיה הסמכה במשתמע.

ד"ר וינטל אומר שלא במשתמע ולא במפורש זה תופס כי אם החוק מדבר על סנקציות אזרחיות לא ניתן לשמוע במשתמע על סנקציות דתיות מהחוק. נדרשת הסמכה מפורשת בחוק אבל ככל שהזכות יותר חשובה רמת ההסמכה המפורשת גבוהה. השימוש פה בחריג לא עוזר לעיקרון חוקיות המנהל.

עוד ביקורת על מה שהש' הנדל אמר- הוא התייחס לזכות אדם אחת, הפגיעה היא לא בגרעין של חופש הדת אלא בפריפריה אבל כשמחרימים מישהו נפגעות עוד זכויות: כבוד האדם, פגיעה בחופש העיסוק, פגיעה בזכויות הקטינים.

- טענה אחת שהפגיעה היא לא בגרעין אלא בפריפריה זה שלא מונעים ממך לקיים את מצוות הדת.
- טיעון נוסף- האדם טוען שפוגעים בזכויות שלו אבל זה לא שאין לו דרך להתמודד עם זה, זה הוא שגורם לזה ע"י סירוב מתן הגט. מי שפוגע בזכויותיו של אדם אחר מחליש את הזכויות שלו.
- עוד זכות שנפגעת פה- זכות/ עיקרון השוויון: השאלה באיזו קהילה חבר סרבן הגט? זו סנקציה שפוגעת בחברי קהילה דתית. יש פה פגיעה שפוגעת באנשים דתיים. אם הם לא דתיים זה לא יעניין אותם. לכן זו סנקציה לא שוויונית.

ב. חריג שני- הסמכה שנדרשת להגנה על עקרונות היסוד (פס"ד ירדור)-

בפס"ד ירדור- פסלו רשימה ולא היה את סעיף 7(א) לחוק יסוד הכנסת שקובע שמי ששולל את קיומה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית ניתן לפסול אותו. כיום יש חוק שמסמך לפסול רשימה או מעמד של אותו אדם ששולל

את המדינה ככזו. בשנת 1965 לא הייתה סמכות כזו. ש' המיעוט בירדור הלך עם עיקרון חוקיות המנהל- שאם יש פגיעה בגרעין חייבים הסמכה מפורשת בחוק. פוגעים פה בזכות לבחור ולהיבחר, חופש הביטוי הפוליטי, הזכות לשוויון. **אם אין סמכות מפורשת בחוק כדי לפסול את הרשימה הזו לא ניתן לפסול אותה.** ועדת הבחירות לא יכולה לפסול אותה. **הרוב** הלך לעקרונות היסוד הבלתי כתובים. מקרה מיוחד שהסמכות לא משתמעת מהחוק אלא נדרשת להגנה על אותם עקרונות יסוד בלתי כתובים וזה חריג לכך כי לא הייתה פה הסמכה לא מפורשת בחוק ולא משתמעת מהחוק ובכל זאת הכירו בה כחריג לעקרונות היסוד הבלתי כתובים. אלו המקרים הנדירים שהדמוקרטיה מתגוננת וצריכה להגן על עצמה ואז אנחנו מכירים בסמכות שלא כתובה בשום מקום.

2. **מקרה מיוחד שני- השלמת לאקונה ע"י ביהמ"ש (פס"ד חירות)-** הייתה סמכות ליו"ר ועדת הבחירות לפסול תשדיר תעמולה. מי ששולל את מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית לא ישתתף בבחירות, מי שתומך בטרור מאורגן לא ישתתף בבחירות. במקרים חריגים נותנים לבחור ואז בשלב התעמולה כל מה שאותו אדם אמר שהוא לא יעשה כחלק מתנועה פוליטית הוא עושה. ברור שצריכים להיות ביקורת ופיקוח על הבחירות. הייתה סמכות לפסול בטלוויזיה ולא ברדיו. המצב שנוצר הוא שבטלוויזיה יש פיקוח וברדיו לא. זה לא מצב הגיוני כי התוצאה היא שברדיו אפשר לעשות הכל. ביהמ"ש אמר שבחוק יש לקונה לגבי המצב הזה. יש הסדר שלילי כי לא הייתה החלה על הרדיו. לאקונה- לא רוצה שיסיתו בטלוויזיה אבל עכשיו יש גם רדיו ויש שם הסתה. כשיש לקונה יש סמכות לביהמ"ש להשלים את הלקונה ע"י סעיף 1 לחוק יסודות המשפט. הוא לא חוק יסוד אלא חוק רגיל. הסעיף הזה נותן להשלים את הלקונה או בדרך של היקש או בפנייה למורשת ישראל ועקרונות הצדק של מורשת ישראל. כאן השלימו בדרך של היקש. עשו היקש בין הטלוויזיה לרדיו והחילו את אותה סמכות. זה מקרה מיוחד כי אין במפורש בחוק הסמכה אבל מכירים בכל זאת ברדיו מתוך השלמת לקונה. **יכול להיות מצב שיש רשות שלטונית שאין לה סמכות לפעול בחוק לא במפורש ולא במשתמע ואז ע"י השלמת לקונה כן תהיה לה סמכות.**

25/11/18

שיעור שישי

-המשך- עקרונות יסוד- עיקרון חוקיות המנהל:

-המשך- יסוד 1: יסוד ההסמכה

3. **לא מקרה מיוחד- פעולה להגנה על זכויות אדם- פס"ד דבורגן-** יגאל עמיר רצה ששב"ס יסייע לו בהליכי פוריות של בת זוגו מחוץ לכלא. שב"ס הסכים לסייע. מה השאלה הראשונה? האם יש חוק שמסמך את שב"ס לפעול בהליכי פוריות? אין בחוק שום הסמכה. ניתן להסמך במשתמע. צריך לא לשלול זכויות שמגיעות לו גם במאסר בין השאר כבוד האדם שהפסיקה פירשה שהזכות להורות זה חלק מכבוד האדם אז זה שהוא נאסר לא נשללה ממנו הזכות לכבוד האדם. התפקיד של הסוהרים הוא גם לדאוג לכל זכויותיהם של האסירים שלא נשללו ובמשתמע ניתן להסיק שיש לעזור לאסיר בהליך הפוריות. ביהמ"ש פנה לכיוון אחר מהסמכות המשתמעת ואמר שלא זו השאלה. זה עיקרון יסוד ולכן זהו פס"ד בעייתי. בגלל שמדובר בזכות יסוד של האסיר השאלה היא האם יש לסוהר הסמכה מפורשת לסרב לאסיר לסיוע בהליכי פוריות? מכיוון שאין הסמכה לשב"ס לסרב לכאורה הוא חייב להגיד כן אבל הבעיה, יוצא שכל פעולה הנדרשת להגנה על זכויות אדם חוקית(?) לא מתאפשר מקרה מיוחד כזה כי הוא מרוקן מתוכן את עיקרון חוקיות המנהל.

כל רשות בתחומה על פי מה שמותר לה בחוק צריכה לדאוג לזכויות אדם בתחומה. שב"ס צריך לעזור ליגאל עמיר כי זה בתחומו (עזרה לאסירים).

עקרונות יסוד- הרשות כנאמן הציבור וחובות הפרט כלפיה:

נהנה- בעלים של נכס מסוים, מוסד הנאמנות נתפר כדי לדאוג לאינטרסים של הנהנה בנכס.

מכיוון שהוא צריך למנות אדם אחר שיהיה אחראי על הנכס (הנאמן) נוצרת מערכת יחסים של נאמנות. הנהנה ממנה אדם אחר כנאמן על הנכס שלו.

הבעלות של הנהנה- בעלותו מלאה והוא יכול לעשות מה שהוא רוצה בנכס לעומת הבעלות של הנאמן וזה מטיל הגבלות על הבעלות של הנאמן.

כשמדברים על עו"ד שממונה כנאמן מדברים על נאמן של שני צדדים: קונה ומוכר. ממנים עו"ד נאמן ואז הקונה נניח ישלם למוכר 80% וייתן 20% לעוה"ד. הנאמן צריך לוודא שכל התנאים התקיימו לפני שהוא מעביר את הכסף מהקונה למוכר.

הנאמן חייב בחובות כלפי מי שמינה אותו והוא צריך לדאוג להגשמת העסקה שכל הצדדים זוכים לפי החוזה וחלות עליו חובות למשל: הנאמן קיבל 20% מהעסקה, נניח שאותו עו"ד לא עושה כלום עם הכסף למרות שעוברות 20 שנים, הכסף יישחק. המטרה הייתה שהנאמן יקבל את הכסף בתמורה הממשית ללא שחיקה.

נניח שעו"ד מפקיד את הכסף של הלקוח בבנק לא מצליח, הוא צריך להעביר אותו לבנק אחר, יש פה ניגוד עניינים כי עוה"ד הנאמן יכול להשאיר את הכסף בבנק שלא מצליח כי הכסף של הלקוח.

נניח שהצדדים רוצים שקיפות- לראות איפה הנאמן הפקיד את הכסף, הנאמן מחויב להיות שקוף ולדווח איפה הכסף הופקד וכ"ו.

נניח שבמקום בעלות על נכס יש כוח שלטוני- מיהו הבעלים של הכוח השלטוני? העם. הנהנה הוא הציבור. הנאמן הוא הרשות השלטונית.

נותנים לרשות השלטונית את הכוח השלטוני כי המטרה היא שמישהו יפעיל את זה בצורה מקצועית ושהיה לטובתנו, לטובת הציבור כמו שעו"ד כנאמן צריך לפעול לטובת העסקה של הלקוח שלו.

הרשות הציבורית חייבת בכל החובות שנאמן חב בהם.

החובות החלות על נאמן כלפי הציבור הנהנה:

1. חובת נאמנות- חובה בסיסית- לפעול להגשמת מטרת הנאמנות. למשל: אם אני עו"ד פרטי והמוכר לא

משלם את המיסים שחלים עליו אני כנאמן אצטרך לשלם את החיוב במס ולממש את מטרת העסקה, את העברת הזכויות ובהפעלת כוח שלטוני לפעול לטובת הציבור.

איסור על הימצאות במצב של ניגוד עניינים- הנאמן לא ישים את עצמו במצב שבו אינטרסים יהיו בניגוד עניינים אלא עוד אינטרסים. לדוג': קונה, מוכר ועו"ד. נניח שהקונה הוא יזם ורוצה לפתח מיזם נדלני על הקרקע שקנה, האם עוה"ד הנאמן יכול להיכנס איתו שותף? לא, כי הוא ניטרלי, הוא לא יכול להיות מושפע מאינטרסים זרים, לא יכול להיות שיהיה חלק מהעניין של השותפות.

גם הרשות השלטונית צריכה לדון בעניין רובר- צריכה להיות לנגד עיניה טובת הציבור אם זה טוב שרובר ייכנס או לא, אם יש סכנה ברובר או לא. אם מתגלה שאותה רשות השקיעה באפליקציית הובר, השר חייס כץ שר הרווחה היה מושקע בחברתו קידוחי/חיפושי הגז, הוא בתור שר צריך להחליט על מתווה הגז, לשקול את כל השיקולים של מה פועל לטובת הציבור ומה לא ולקבל החלטה שאכן מקדמת את טובת הציבור.

2. **חובת הגינות** - בין הנהנה והנאמן יש יחסי קרבה/ אמון מיוחדים- אני נותנת לך נכס שלי, זה אומר שאני סומכת עליך, רואה בך מישהו שישמור על הנכס שלי. מה זה מחייב את מי שקיבל כזה אמון? זה מחייב אותו לפעול בהגינות.

הרשות לא פועלת כמו יריב עסקי. ברמה של הקרבה תום לב זו חובה בין יריבים עסקיים, בין צדדים לחוזה במשפט הפרטי. בין נאמן לקונה תום לב לא מספיק אלא הנאמן חייב כלפיו בהגינות.

חובת ההגינות במשפט המנהלי נקראת דוקטרינה כללית- כל רשות חייבת לנהוג בהגינות כלפי הציבור. מתפתחת בפסיקה דוקטרינת הגינות ועכשיו בתי המשפט יכולים לגזור ממנה כללים ספציפיים. כל המשפט המנהלי התפתח כמשפט מקובל. יש מקרה שמגיע לבימ"ש והוא צריך להכריע בסכסוך אם אין לו נורמה מתאימה הוא יוצר אותה. במקרה שהנורמות הקיימות לא מספיקות יוצרים כלל חדש- כך התפתח המשפט המנהלי- לא הייתה חקיקה לכן התפתחו נורמות.

חובת ההגינות ← דוקטרינה כללית:

א. **קיום הבטחה מנהלית**- דיני החוזים אומרים שאם הייתה הבטחה אבל היא לא הייתה מעוגנת בחוזה היא לא קיימת מבחינה משפטית אבל ברשות השלטונית זה אחרת כי אם הרשות חייבת לנהוג בהגינות עם הציבור שמינה אותה כנאמן והרשות הבטיחה משהו לאזרחים ויש הסתמכות של האזרחים וזה יכול לפגוע בהם אם הרשות תפר את ההבטחה יש להתחשב בזה.

ב. **התחשבות הפגיעה בפרט + הסתמכות שלו על החלטה**- למשל נהג מונית ששדרג את המונית שלו וביטלו לו את רישיון הנהיגה. ההגינות מחייבת את הרשות להתחשב. בין אנשים פרטיים אין התחשבות מבחינת דיני החוזים כל עוד אפשר לבטל חוזה אבל הרשות לא יכולה לפגוע, היא צריכה להתחשב בפגיעה. ההסתמכות זה כחלק מההתחשבות בפרט לבחון מה הוא עשה בהסתמך על החלטה של הרשות. למשל נהג המונית שהסתמך על הרישיון שהיה לו, השקיע כסף רב ועכשיו נשלל לו הרישיון. יש להתחשב בהסתמכות שהייתה לפרט.

ג. **מידתיות**- אם ניתן לפגוע פחות ועדיין להשיג את המטרה הרשות תנהג במידתיות.

ד. **כללי הצדק הטבעי**- כמעט הכל נגזר מחובת ההגינות. **זכות הטיעון** למשל- בתחושה הטבעית של הצדק זה לא הוגן לפגוע במישהו מבלי לתת לו להתגונן. גם **הזכות לשימוע** לפני פיטורים. **יש חובת הנמקה כשפוגעים בפרט**- זה לא הוגן לקבל החלטה מבלי לתת נימוקים- זה שרירותי. **זכות לערער לערכאה גבוהה יותר**- חלק מכללי הצדק.

ה. **פרסום הנחיות מנהליות**- הנחיות זו הדרך בה הרשות פועלת בתחום מסוים, בד"כ היא מפרסמת אותן. ההגינות מחייבת לפרסם.

ו. **תקופת הסתגלות**- למשל אם נכנסת מדיניות חדשה תמיד מישהו ייפגע. יש תחומים בהם צריך לתת לפרטים תקופת הסתגלות.

3. **חובת השקיפות**- חובה בסיסית של השלטון. הנאמן לא יכול להסתיר פרטים מהנהנה. לציבור צריך להיות כל המידע הדרוש. הרשות השלטונית לא יכולה להסתיר דברים מהציבור כל עוד אין טעמים מיוחדים. השקיפות היא חלק מהדמוקרטיה, הציבור מבקר את הרשות ועיקרון העל בדמוקרטיה הוא שלטון החוק. כדי לאכוף את שלטון החוק צריך להפעיל ביקורת שיפוטית על הרשויות, כך נדע אם הרשויות מפרות את החוק.

בג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית ת"א- יפו- מכרז לתקנים של מצילים. הייתה ועדת מכרזים כדי למלא תקן. ועדת המכרזים מורכבת מכמה אנשים שזה נקרא גוף קולוניאלי. אחד מראשי הועדה יצרו קשר עם אחד מחברי הועדה (א') ואמרו לו במי הוא צריך לבחור וארגנו לו מפגש עם אותם מועמדים. האם כשיש קשר בין ראש הועדה לבין אחד מחברי המצילים הקשר הוא קשר פסול? הבעייתיות בפגישה של ראש הועדה עם המועמדים לפני תוצאות המכרז היא שאין שוויון ולכן אי אפשר להיפגש רק עם חלק.

אז בעולם של שקיפות צריכה להתקיים חובת דיווח על כל מה שעלול לפגוע בהליך המנהלי ועלול לפגוע בטובת הציבור.

א' היה צריך לדווח על השיחה ועל הפגישה והיו צריכים לפסול אותו בהחלטה ולצורך מינוי המצילים היו מחליפים אותו.

משוא פנים = אתה מגיע להחלטה כשיש לך את המידע מי יבחר.

א' טען שדיווח. ביהמ"ש ביקש הוכחה. הדיווח לא מספיק אם הוא לא מתועד.

חובת התייעוד = במשפט פלילי רק תיעוד יכול להשפיע על כשרות החקירה.

מתעדים בד"כ בפרוטוקול. אם זה עניין של תקנים של מצילים הפרוטוקול מספיק.

העיקרון הוא שהרשות צריכה להיות גלויה בפעולות שלה, היא צריכה לדווח, לתעד כדי שהכל יעמוד מול ביקורת הציבור. כל עוד אין משהו חסוי. מה קורה אם הרשות אומרת שהיא דיווחה אבל אין תיעוד? זה שלא תיעדו לא אומר שהדיווח פסול.

הרשות נהנית מ"חזקת התקינות" "חזקת חוקיות המנהל" - נק' המוצא שכל מה שהרשות עושה חזקה שזה תקין כל עוד שהייתה שקופה עם הציבור ולא הסתירה שום דבר. ברגע שהרשות מסתירה ומפרה את עיקרון השקיפות כל החזקה מתהפכת וחזקה שכל מה שהיה הוא בלתי חוקי. אם הרשות לא מצליחה להוכיח התוצאה תהיה שהחלטה היא בלתי חוקית ויש לפסול אותה. הופכים את נטל ההוכחה.

02/12/18

שיעור שביעי

המשך - עקרונות יסוד - הרשות כנאמן הציבור וחובות הפרט כלפיה:

החובות של הפרט כלפי הרשות:

גישות השופטים בבג"ץ קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר - השאלה המשפטית היא מהי חובת הגילוי של הפרט לרשות? נניח אני מבקש מהרשות להשתמש בנכס כמחסן. הרשות צריכה לבחון אם זה לא יגרום לאיזושהי הפרעה או מטרד לציבור. האם אני חייב להודיע לרשות שלא בטוח שהנכס הוא שלי כי אני נמצא בסכסוך אודותיו ויכול להיות שביהמ"ש יקבע שהוא לא שלי? כעיקרון כן, גם התוצאה של פסה"ד היא שכן. אבל כל אחד מהשופטים מגיע לתוצאה אחרת:

הש' זמיר - הדעה הקיצונית - חובת הגינות כללית של האזרח כלפי הרשות (הדדיות) - הוא רואה את הרשות והאזרחים כשותפים לפרויקט משותף. זה נכון שבסה"כ אנחנו כאזרחים בוחרים שלטון ונכנסים לפרויקט משותף להצלחת התארגנות, שהכל יתפקד לטובת הציבור. האם במצב בו הפרט חושש מהשלטון ניתן לחייב אותו לפעול

בשיתוף פעולה? זה בעייתי. החשדנות כלפי השלטון הולכת ויורדת ואז ניתן לראות שהאזרחים והשלטון רוצים להגשים מטרות משותפות. אז אם כך למה שרק השלטון יהיה מחויב בהגיונות כלפי האזרח? מגישה זו גוזרים חובת הגיונות כללית על האזרח. מהדוקטרינה הכללית גוזרים כללים ספציפיים אז כך גם כאן, אם יש דוקטרינה כללית של הגיונות אפשר לגזור ממנה כלים ספציפיים והכלל הראשון שנגזר בעניין קונטרס הוא **חובת הגילוי לרשות** = **חובת הגיונות של הפרט כלפי השלטון**. אם יש מידע רלוונטי שהוא חשוב לקבלת ההחלטה ולרשות אין נגישות למידע, האם היא יכולה להשיג אותו בלי האזרח? כאן, הרשות לא יכולה לדעת בעצמה שיש סכסוכים שקשורים לנכס הזה ואז נטיל כלל ספציפי שהוא חובת גילוי לרשות.

הש' ברק- התפיסה הליברלית יותר- שלילת חובת הגיונות כללית- השלטון בעייתי וחושדים בו, יש יריבות בין הפרט לשלטון ולכן לא ניתן לבקש מהפרט שיתוף פעולה. לא ניתן להטיל על הפרט הדדיות. מי שחייב למי זו הרשות שחייבת לפרט והיא חייבת בהגיונות. מה שהפרט חייב לרשות זה לציית לחוקים, הוא לא חייב בהגיונות כלפי הרשות אבל ברק אומר שזה שאין חובת הגיונות כללית זה לא אומר שאי אפשר לגזור חובת גילוי קונקרטית. נכון להחיל חובה כזו כשיש נתון חשוב, פרט מהותי וכשהאזרח מגיע לרשות ומבקש ממנה משהו למשל: רישיון למחסן והוא יודע שיש מידע מהותי שנמצא אצלו ומשפיע על טובת הציבור ולא בטוח שהרשות יכולה להשיג את המידע הזה כי לא בטוח שהוא נגיש לרשות. כשהרשות תבוא לקבל החלטה ולגבש את התשתית העובדתית חשוב שהמידע יעמוד לנגד עיניה לפני קבלת ההחלטה אז כן מצופה מהפרט לגלות את המידע לרשות.

דוג': הסיפור של אלאור עזריה ורישיון הנשק- ביהמ"ש קבע שהירי לא היה נדרש באותו מקרה ושמדובר בהריגה. הוא בא לבקש רישיון נשק. הפרט (האזרח) מבקש מהרשות. האם זה מידע מהותי וחיוני שאותו אזרח הורשע בעבירה שקשורה בשימוש בנשק? כן. מבחינת טובת הציבור המידע הזה חייב להיות גלוי לציבור לפני שהרשות תחליט לאשר רישיון נשק לאותו אדם. מה שיכול להפיל את חובת הגילוי- האם יש סיכוי שהרשות תגיע לאותו מידע? לא. האם הרשות יכולה להשיג את המידע אם הוא נמחק (הרישום הפלילי)? לא בטוח. נניח והיא לא יכולה לראות את הרישום. **לפי ברק חובה על האזרח לציין את הפרט המהותי לא כי הוא חייב כלפי הרשות בהגיונות אלא שיהיה לרשות כל התשתית העובדתית כדי לקבל החלטה נכונה.** הרשות צריכה אח"כ לעשות את השיקול מה הייתה חומרת התקיפה של המבקש. חובה על האזרח לגלות את אותו פרט.

הש' חשין- גישה המעמידה במרכז את חירות הפרט- הפרט לא חייב בשום חובה כלפי הרשות, לא חייב לגלות כלום לרשות אלא אם יש חוק ספציפי שמחייב אותו. עד שאין חובה עפ"י חוק הפרט לא מחויב בכלום. למשל: החוק שאדם צריך לדווח מאיפה השיג את הכסף כשהוא קונה דירה.

אין חובת גילוי של הפרט מיוזמתו אבל אם יש סמכות לרשות במשתמע בחוק להפנות אליו שאלה אז הוא יצטרך לענות במידה והוא רוצה את הרישיון.

כלל ההסדרים הראשוניים:

ההלכה שקבעה שצריך חוק היא כלל ההסדרים הראשוניים.

כל חוק מעניק סמכויות לרשות השלטונית.

הדוקטרינה של כלל ההסדרים הראשוניים חותכת מהסמכות. צריך לפרש את הסמכות בחוק כדי לדעת אם יש סמכות. יש ליבה בתוך מתחם הסמכות שיוצאת החוצה והיא כבר לא בסמכות הרשות המבצעת, היא חוזרת לרשות המחוקקת. הרשות שחוקקה את החוק הסמיכה את הרשות המבצעת ועכשיו הסמכות חוזרת לרשות המחוקקת. **זו דוקטרינה שמצמצמת מהסמכויות של הרשות המבצעת.**

יש שתי דוקטרינות שמוסיפות סמכויות: סמכויות עזר וסמכויות הממשלה השיוריות.

הלכת רובינשטיין - בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון - ההלכה קבעה שלא ניתן לפטור את כל החרדים מגיוס לצבא בהחלטה של שר הביטחון. זה התחיל בסמכות של שר הביטחון (בן גוריון) לדחות גיוס והחוק אומר ששר הביטחון רשאי לדחות שירות מטעמים חינוכיים או מטעמים אחרים. חרדים הגיעו עפ"י חוק לבקו"ם ושר הביטחון מפעיל את סמכותו ומברר קודם האם "תורתם היא אמונתם". האם יש סמכות לשר לדחות את גיוסם? בודקים בחוק, האם זה יכול להשתמע או שזו סמכות מפורשת מהחוק? האם יש בסיס בחוק שמסמך על דחיית שירותם? רשום בחוק שהוא יכול לדחות את גיוסם מטעם חינוכי או מטעם אחר. ניתן לראות בתורה טעם חינוכי. אם לא טעם חינוכי אז זה טעם אחר. בכל מקרה יש לשר הביטחון סמכות.

ברגע שיש סעיף חוק כזה יש סמכות לדחות את השירות. לכאורה יש סמכות בחוק עד הלכת רובינשטיין ששם יש את המושג "הסדרים ראשוניים".

הכלל המשפטי = החזקה הפרשנית (כל חוק שנפרש - נפרש אותו עפ"י החזקה הפרשנית) שנקבע שם: הש' ברק שכתב את פסה"ד המרכזי אמר שכל עוד מדובר ב- 400 תלמידי ישיבות היה ניתן לראות את זה בסמכות שר הביטחון אבל ככל שזה גדל, ההחלטה לפטור את כל תלמידי הישיבה מגיוס זו לא החלטה מנהלית רגילה, זו החלטה עקרונית מהותית ברמה של החברה כולה וצריך להבדיל בין החלטה מקומית ספציפית לבין החלטה עקרונית, מהותית ברמה של החברה כולה. ברק קבע את הכלל המשפטי הבא: חזקה שהמחוקק הראשי לא התכוון להסמך את הרשות המבצעת, את שר הביטחון לקבוע את ההסדרים הראשוניים בתחום הנוגע להחלטה עקרונית, מהותית, גורלית ברמה לאומית. הכלל הזה חל רק לגבי החלטות מאוד מיוחדות.

ההחלטה לגבי ייצוא הגז - זו החלטה גורלית, מהותית.

הכלל אומר שאם זו החלטה גורלית, מהותית השר לא הוסמך לקבוע את ההסדרים הראשוניים. **ההסדרים הראשוניים** אלו העקרונות הכלליים להפעלת הסמכות, מתי ראוי להפעיל את הסמכות, אלו אמות המידה, הקריטריונים שחלים על כל הפעלת הסמכות.

הסדרים משניים אלו הסדרים טכניים שעוסקים בשאלה לא מתי צריך להפעיל את הסמכות ועפ"י אלו קריטריונים אלא איך מבחינה טכנית נפעיל את הסמכות.

דוג': עד היום אין חוק שעוסק בפטור הגיוס של החרדים ע"י בג"ץ. החוק הנוכחי בממשלת נתניהו נפסל בבג"ץ כי הוא לא מבטיח שוויון. כרגע מה שיש זו דחייה של גיוס במסגרת דוקטרינה של בטלות יחסית שהחוק לא ייכנס באופן אוטומטי. בג"ץ מבטל כל פעם את החוק אבל לא מגייס מיד את החרדים אלא דוחה את הבטלות. ברגע שבג"ץ מבטל חוק גיוס הוא חייב לתת לכנסת זמן לחוקק חוק אחר.

דוג' מהחוק שהיה קיים בתקופת לפיד ובנט ולא נפסל היא כי הסיבה שאותה ממשלה כיהנה - כל חוק גיוס יהיה חייב להתחשב בערך לימוד התורה בקהילה החרדית ובעם ישראל בכלל. לא יהיה חוק גיוס שלא מאפשר להמשיך ללימוד תורה. מה זה אומר שאלו שפטורים מגיוס ונקראים עילוי תורה? זה הסדר ראשוני או הסדר משני? האם זה קובע את העיקרון או את דרך הביצוע? זה עקרון מרכזי לאיך נסדיר את הגיוס של הקהילה החרדית. ברגע שאומרים כמה יהיו פטורים מגיוס זה עקרון וזה מבטיח את ערך לימוד התורה - זה הסדר ראשוני קלאסי. הכלל של רובינשטיין הוא שחזקה שהמחוקק הראשי לא התכוון ששר הביטחון יקבע אותו. ברגע שזה יוצא מהרשות המבצעת זה עובר לרשות המחוקקת ואז ממשלת לפיד - בנט העלתה את הרעיון של 1,800 עילויים בתורה. עפ"י הכלל הראשוני חזקה שרק הכנסת קובעת על פטור. **עצם זה שפטור לקהילה היא החלטה עקרונית מהותית זה מחייב שמי שיקבע את הכלל זו הכנסת ולא הממשלה כי זה הסדר ראשוני שקובע את אמות המידה.**

אחרי שנקבע עיקרון 1,800 עילויים בתורה שר הביטחון קבע את הנוהל הבא: "נוהל טופס 503"- ראש ישיבה ימלא בכל תום שנת לימודים את הטופס והוא ימלא את שמות תלמידי הישיבה שהוא ממליץ עליהם כעילויים בתורה. הנוהל הזה בסמכות שר הביטחון? כן כי 1,800 עילויים בתורה זה עיקרון שנקבע רק בכנסת אבל נהל טופס 503 הוא ההסדר המשני שאומר איך מבצעים את העיקרון ש- 1,800 פטורים ועל הסדרים משניים לא חל הכלל של רובינשטיין ואז זה בסמכות שר הביטחון ואין בעיה שיקבע את זה.

ההסדר המשני הוא הסדר שמיישם את ההסדר הראשוני.

לאורך השנים העניין הגיע לבג"ץ שקבע שיש לשר הביטחון סמכות לפטור ויש לפתור כללים אחרים שהם לא סמכות לפטור. בהלכת רובינשטיין נקבע שזו קביעה של הסדר ראשוני וחזקה שהכנסת לא התכוונה להסמיך את שר הביטחון ומאז שרי הביטחון לא יכולים לפטור את בחורי הישיבות מגיוס אלא הרשות המחוקקת צריכה לעשות זאת שאז יש לעבור למשפט החוקתי, אם יש לפסול את החוק. איך ביהמ"ש מסביר את השינוי שלאורך השנים לא הייתה בעיה? שרי הביטחון פטרו את החרדים מגיוס ופתאום שר הביטחון לא מוסמך?

הסבר אחד- "הכמות עושה איכות"- כשהיו 400 זה לא היה עקרוני, מהותי ועכשיו כשיש עשרות אלפים זה הופך את זה להחלטה מהותית, גורלית, עקרונית ברמה הלאומית. היה צריך לחכות שהמסה של החרדים תהיה גדולה.

הסבר שני- זאת המהפכה של המשפט המנהלי. אם פעם היו בודקים את עיקרון חוקיות המנהל וכל מה שנכנס במתחם הסמכות אין שאלה של האם שר הביטחון הוסמך. זה שאתה בתוך מתחם הסמכות זה לא אומר שאתה במתחם הסמכות, יכול להיות שיש סמכות אבל לא של הרשות המבצעת אלא של המחוקקת. אם זה עקרוני מהותי יכול להיות שזה כבר לא יהיה של הרשות המבצעת אלא יעבור לסמכות הכנסת.

16/12/18

שיעור שמיני

המשך- כלל ההסדרים הראשוניים:

החזקה הפרשנית= המחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע את ההסדרים הראשוניים. אם זה הסדר משני אין בעיה להסמיך את הרשות המבצעת.

הסדר ראשוני= עקרונית, אמות המידה, הקריטריונים להפעלת חוק או סמכות מסוימת. זה מה שמנחה כיצד להפעיל את הסמכות.

הקביעה ש- 1,800 חרדים יהיו פטורים מגיוס זה הסדר ראשוני? כן, זה עוסק בעקרון, זה שאותם אנשים יהיו פטורים זה עקרון.

הסדר משני= הפרוצדורה- איך מיישמים את ההסדר הראשוני, פרוצדורה, יישום.

שר הביטחון שקובע את 1,800 העילויים בתורה ואת הנוהל שכל חבר ישיבה ימלא טופס 503 זה פרוצדורה, הסדר משני.

שר הביטחון לא מוסמך לקבוע הסדרים ראשוניים ולכן הוא לא יכול לקבוע ש- 1,800 יהיו פטורים. מי שיכול לקבוע זו הכנסת בחקיקה.

אם ההסדר הראשוני כן קבוע בחוק ואנחנו שואלים האם הייתה לשר הביטחון סמכות לקבוע את אותו נוהל של טופס 503 (המלצות של יו"ר ישיבה) בגלל שנוהל הטופס הוא הסדר משני כל נוהל ההסדרים לא חל עליו. הסמכות נשארת אצל הרשות המבצעת ולא עוברת לכנסת.

הכלל של ההסדרים הראשוניים לא חל בכל התחומים אלא רק בתחום של החלטה עקרונית, מהותית, גורלית ברמה הלאומית.

ברגע שהפסיקה קבעה ששר הביטחון לא יכול לקבוע את ההסדרים הראשוניים אלא שזו החלטה עקרונית ומי שיקבע זו הכנסת, הרשות המבצעת מיישמת בהסדר משני את ההסדר הראשוני. יש כאן את הרציונל הדמוקרטי שמי שמייצג את העם זו הכנסת ולא הממשלה לכן אם זה עניין עקרוני, מהותי, גורלי ודמוקרטיה היא שלטון העם אז הכלל הוא חשוב כי בהחלטות עקרוניות כאלה ראוי לשאול את נציגי העם.

הלכת רובינשטיין הייתה ב- 1999 ועדיין אין חוק.

החידוש, המהפכה במשפט המנהלי- העובדה שיש תחום של החלטות עקרוניות, מהותיות ועליו חל כלל ההסדרים ומה שיש עליו הוא עקרוני- מהותי והיה בסמכות הרשות המבצעת עובר לסמכות הרשות המחוקקת.

נניח ההחלטה של גיוס בחורי ישיבה שהיא בגרעין עוברת מהמבצעת למחוקקת.

נניח עילויים בספורט הם רחוקים מהגרעין כי זה לא עקרוני לנו.

עוד דוג': כשנקבע בחוק ש- 1,800 עילויים בתורה יהיו פטורים מגיוס- מבחינת המחוקק אין בעיה, אך יש ביקורת חוקתית אם החוק תואם את חוקי היסוד. לאחר המשפט המנהלי עוברים למשפט החוקתי ובודקים התאמה בחוקי היסוד שאם החוק שחוקק לא תואם את חוקי היסוד הוא ייפסל.

למשל: סגירת כבישים בשבת. למשל כביש בירושלים, כביש קטן עם מעט בתיים שנסגר בשבת כי הוא קרוב לביה"כ. יש מעט דרכים עוקפות שניתן להשתמש בהן, האם זה מהותי/ גורלי/ עקרוני?

זה נקבע בפס"ד הליגה למניעת כפייה דתית- נקבע שזה בסמכות ואפשר לסגור כביש קטן כי זה לא מפריע לאף אחד.

אבל פס"ד אחר שעסק בכביש בר אילן בירושלים שהוא בעל שלושה נתיבים שמחבר את העיר ירושלים מצד אחד למשנהו. האם לסגור אותו בשבת בשעות התפילה זה מהותי- עקרוני? כנראה שכן.

ח'שין בבג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה- מיקם אותו בגרעין ואמר שאם חל עליו כלל ההסדרים העניין הזה הוא עקרוני, מהותי ולא המפקח על התעבורה צריך להחליט החלטה כזו אלא המחוקק בכנסת.

גם לגבי סגירת חוצי ישראל- בגרעין.

את ייצוא הגז יש לשים בגרעין כי זה משפיע. אם נתיר לייצא 80% מהגז יישאר לנו פחות ולא נהנה מביטחון אנרגטי ומהר מאוד נהיה תלויים בגורמי חוץ לכן, זה דבר שהוא כן עקרוני, מהותי. ייצוא הגז זה בבג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל.

הבחינה היא האם נפל פגם מהותי או לא?

דרך הניתוח של כלל ההסדרים הראשוניים:

1. **האם ההחלטה קובעת "הסדר ראשוני"?** אם הכלל חל רק על הסדרים ראשוניים כלומר, ההחלטה קובעת רק הסדר ראשוני אז הכלל חל על קביעה של הסדר ראשוני ולעומת זאת אם זה טופס שצריך למלא אז הכלל לא חל.

במבחן- אם הגענו למסקנה שזה כלל משני ממשיכים לבחון עד הסוף.

במבחן- דנים בשאלה אם זה קובע אמות מידה להפעלת הסמכות, גם אם לא וזה טכני או יישומי רושמים "נמשיך בהנחה שייקבע שזה הסכם ראשוני על אף שעפ"י ניתוחי הגעתי למסקנה שמדובר בהסכם משני...."

2. **האם חל הכלל?** גם אם הכלל הוא הסדר ראשוני לא בטוח שהוא יחול, שואלים **האם השאלה עקרונית, מהותית?**

שלושה פסקי דין עיקריים:

1. פס"ד ועדת המעקב- השי' ח'שין

2. פס"ד המרכז האקדמי

3. פס"ד אבו ערפה

בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ממשלת ישראל- הגדרת אזורי עדיפות לאומית אם מכתירים אזור כאזור עדיפות לאומי נותנים הקלות במיסוי, הקלות בעסקים, הגדלת תקציבי חינוך, נותנים סל הטבות ששווה הרבה כסף. האם זה עקרוני, מהותי? אם היה מדובר בהטבות קטנות זה לא משמעותי. אם זה סכומי עתק זה מהותי.

האם להכיר בהתנחלויות כאזור עדיפות לאומית? זה שנוי במחלוקת ואולי זה עקרוני, מהותי.

חשין קובע שאזורי עדיפות לאומית זה עניין מהותי, עקרוני כמו אזורי פריפריה, אזורים שסובלים מגל טרור.

בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל- עוסק בייצוא הגז, זה קשור בביטחון האנרגטי שלנו בעתיד, בהתפתחות המשק, הכלכלה. זה עקרוני, מהותי, גורלי.

במקרה של לארה קאסם נתנו לשר הביטחון סמכויות רחבות. למה שתהיה לו סמכות רחבה? אפשר היה לקבוע לו יותר הסדרים ראשוניים. אנשים שבאים למדינה לזמן קצר, עיקרון הריבונות אומר שהמדינה לא חייבת להכניס אליה את מי שהיא לא רוצה להכניס. מחילים את הסמכויות על מי שלא חשוב לנו להכניס למדינה.

בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים- העלה בעיה בחקיקה ובפסיקה. לאורך השנים הפסיקה החילה את חוק הכניסה לישראל ואת הסמכות של שר הפנים על תושבי מזרח ירושלים. מה מבדיל בין תושבי מזרח ירושלים למהגרים או תיירים? תושבי מזרח ירושלים הם ילידי המקום, לתיירים לא חייבים שום דבר, למהגר העבודה אם אין מספיק כסף למדינה היא לא חייבת לקבל אותו. האם החוק התכוון להסמיך את שר הפנים לקבוע את ההסדרים הראשוניים ביחס לתושבי מזרח ירושלים? חוק הכניסה לישראל הוא מראשית קום המדינה. איך ניתן לטעון שהמחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע את ההסדרים הראשוניים בתחום החלטה עקרונית מהותית? החוק שהסמיך את שר הפנים הוא מתחילת שנות ה-50 וישראל קיבלה את השליטה על תושבי מזרח ירושלים בשנת 1977. כלומר, המחוקק כשחוקק את חוק הכניסה לישראל והתכוון למהגרים ומחפשי עבודה לא התכוון לתושבי מזרח ירושלים כי השטח שם לא נתפס על ידינו עדיין כשחוקק החוק. האם ההחלטה באבו- ערפה היא החלטה עקרונית- מהותית? תושבי מזרח ירושלים בהסכמי אוסלו, התאפשר להם להמשיך בזיקה בין תושבי מזרח ירושלים לבין הרשות הפלסטינית ולהשתתף בבחירות שם. הם תחת השלטון במדינת ישראל אבל בוחרים

לרשות הפלסטינית. אך התושבים הללו יכלו להיבחר גם לרשות הישראלית. אחד התושבים נבחר לפרלמנט הפלסטיני. שר הפנים אמר שיש כללים בסיסיים של נאמנות של התושב כלפי אותה מדינה שהוא חי בה. אם הוא נבחר לפרלמנט של ישות אחרת שנמצאת בעימות עם המדינה שהוא חי בה הוא מפר את הדרישה הבסיסית לנאמנות של תושב. שר הפנים החליט לבטל לו את התושבות, וכעת הוא תושב קבע שבוטלה לו התושבות והוא לא יכול לשבת בישראל. האם קביעה של כללי נאמנות של תושב שמצדיקים לפעמים לבטל תושבות של תושב זה הסדר ראשוני או משני? השאלה היא מתי הרשות תעניק תושבות ומתי היא תבטל אותה. **כשבוחנים מתי הנאמנות מופרת באופן שיצדיק לבטל תושבות זה העקרונות שלו בתור שר הפנים, העקרונות להפעלת סמכות שר הפנים, לכן זה הסדר ראשוני מובהק ולא הסדר משני.**

האם היחס של רשויות המדינה לתושבי מזרח ירושלים הוא החלטה עקרונית- מהותית ברמה הלאומית? זו החלטה עקרונית- מהותית. **מי שיכול לקבוע את כללי הנאמנות של התושב זו אך ורק הכנסת ולא שר הפנים. רק הכנסת צריכה להגדיר. זה יורד מסמכותו של שר הפנים.**

מבחני הפסיקה, מבחני עזר לפרשנות האם ההחלטה היא עקרונית- מהותית:

1. מידת הפגיעה בחירויות הפרט (או בעקרונות חוקתיים)-

- למשל: סגירת כבישים בשבת- פגיעה בחופש התנועה.
- למשל: החופש מדת. פס"ד אבו- ערפה יש פגיעה בחירות כשמנתקים אדם מביתו.
- אזורי עדיפות לאומית- בהנחה שאין אפליה בין יהודים לערבים או הפליה שהיא מהותית במשפט החוקתי האם זה מהותי שנותנים העדפה לתושבים שחיים ברמת סיכון? כל עוד שאין אפליה פסולה חוקתית ומטרידה את המשפט החוקתי, לתת לפריפריה הטבות כדי לחזק את האזור זו לא פגיעה בחירויות הפרט של אף אחד וזו לא פגיעה במשפט החוקתי.
- בפס"ד ועדת המעקב- ציירו את המפה באופן מפלה- הייתה פגיעה בפרט כי התושבים שנכנסו פנימה אלו רק ישובים יהודים והעיקרון החוקתי שנפגע זה עקרון השוויון.
- פס"ד המרכז האקדמי- מפלה או פוגע בחירויות הפרט? במבחן הזה אם יש 30% או 40% אין פגיעה משמעותית בחירויות הפרט.
- הסדרת המעמד של הפזורה הבדואית בדרום- נניח לוקחים תושבים של ישובים בלתי מוכרים ומעבירים אותם לעיר חדשה שתוקם שתספק להם תנאים אבל זה מצריך אותם לעזוב את המקום שלהם. פוגעים להם בחופש הבחירה, בחופש התרבות של המיעוט כי חיי הנוודות הם חלק מהתרבות שבעיר לא תתקיים להם.

2. מידת השפעה על הציבור- ככל שיש פגיעה גדולה יותר בחירויות הפרט יש סיכוי שנראה בהחלטה יותר

- עקרונית, מהותית, לאומית. ככל שהיא משפיעה יותר על הציבור זה יחס ישיר לסיכוי שנראה את ההחלטה כמהותית- עקרונית גדולה יותר.
- לייצוא הגז יש השפעה גדולה.
- למעמד של תושבי מזרח ירושלים ההשפעה גדולה.
- אזורי עדיפות לאומית- ההשפעה היא גדולה על הציבור. באזורים הללו בלי העזרה הממשלתית יהיה קשה לשרוד שם. ההחלטה לחיות במקום כזה היא בלתי אפשרית.

3. היקף השפעה (השפעה על ציבור קטן או גדול)- בוחנים האם ההשפעה היא קטנה או גדולה וגם על מי

- זה משפיע: על ציבור קטן או גדול?
- האם החרדים ישרתו בצבא- החלטה על כלל הציבור, היקף השפעה גדול.
- האם ספורטאים יקבלו הקלות בצבא?- השפעה בהיקף קטן.

- כשסוגרים כביש קטן כשכמעט אף אחד לא עובר שם מידת ההשפעה היא זעומה, זה ישפיע רק על מי שגר שם לכן ההשפעה על הציבור היא מאוד קטנה והיא רק על מי שגר באותו רחוב.

אם מרבית המבחינים תומכים עם החלת הכלל ניגש לכלל ההסדרים הראשוניים.

23/12/18
שיעור תשיעי

-המשך- כלל ההסדרים הראשוניים:

-המשך- מבחני הפסיקה, מבחני עזר לפרשנות האם ההחלטה היא עקרונית- מהותית:

**במבחן יש לנתח את כולם.

1. **מידת הפגיעה בחירות הפרט (או בעקרונית חוקתיים) –**

פס"ד הליגה למניעת כפיה דתית - סגירת כבישים בשבת. פגיעה בחופש התנועה. החופש מדת הינו עקרון חוקתי מוכר. ניתן לדבר על פגיעה בחירויות הפרט.

פס"ד אבו ערפה – מנתקים אדם מביתו, הוא חייב לעזוב את ביתו ולעבור למדינה אחרת. מדובר בפגיעה חמורה בחירויות.

פס"ד ועדת המעקב - אזורי עדיפות לאומית – בהנחה שאין אפליה בין יהודים לבין ערבים או אפליה שהיא בעייתית במשפט החוקתי, האם יש אפליה בכך שנותנים עדיפות לאזורים מסוימים? כל עוד אין אפליה פסולה חוקתית, לתת לפריפריה או לאזור שרוצים לחזק הטבות, זאת לא פגיעה במשפט החוקתי. מדובר בפגיעה בחירויות הפרט בפס"ד זה מאחר וציירו את המפה של אזורי העדיפות בכך שרוב האזורים שנכנסו פנימה היו ישובים יהודיים. באופן זה, ישובים ערבים לא נהנו ועקרון השוויון נפגע.

פס"ד המרכז האקדמי – אם אני מחליט לאפשר ייצוא של 60% גז, האם יש פגיעה בחירויות הפרט או בעקרונית חוקתיים? לא, לא מדובר בפגיעה של חירויות הפרט. לכן, במבחן זה אין לנו פגיעה משמעותית בחירויות הפרט.

דוגמה מבחינה – הפזורה הבדואית בדרום. מעבירים אותם למקום אחר מהמקום בו חיו במשך שנים. האם יש פגיעה בחירויות הפרט? הזכות לבחור מקום מגורים נפגעה. אומרים להם שהם חייבים לעבור בעיר שתוקם ופוגעים בחופש להתגורר איפה שירצו. לגבי האוכלוסייה הבדואית, יש פגיעה גם בחיי התרבות. מדובר בפגיעה בחופש התרבות של המיעוט.

2. **מידת השפעה על הציבור** - ככל שיש פגיעה גדולה יותר בפרט, יש יותר סיכוי שאראה בה החלטה עקרונית מהותית וגורלית.

פס"ד רובינשטיין – האם החברה החרדית תמשיך להסתגר בפני עצמה או שתשתלב בחברה?

פס"ד המרכז האקדמי – השפעה גדולה.

פס"ד אבו ערפה – השפעה גדולה מאוד. מדובר במצב רגיש של עשרות אלפי אנשים. המדינה סיפחה שטח, אך לא את האוכלוסייה באופן מלא, מה שיוצר מתח רב.

פס"ד ועדת המעקב – השפעה רחבה מאוד על הציבור. מבלי העזרה הממשלתית, לתושבי האזור יהיה קשה לחיות שם.

3. **היקף השפעה** – השפעה על היקף קטן או גדול? מסתכלים כמה השפעה גדולה ועל מי? ציבור קטן או גדול. אם יתנו לאותו כדורגלן מעמד של ספורטאי מצטיין, איך זה ישפיע עליי? זה לא.

פס"ד רובינשטיין – היום מדובר על מסה גדולה מאוד של אנשים שזה משפיע על רוב האוכלוסייה.

פס"ד המרכז האקדמי – לביטחון האנרגטי של המדינה זה לא טוב כי ככל שנייצא יותר, יישאר לנו פחות. כשהגז ייגמר לא יהיה לנו ביטחון אנרגטי והמחירים יכולים להיות גבוהים מאוד.

פס"ד ועדת המעקב – משפיע גם על האזורים שנהנים מההטבות, מאחר ומדובר על אנשים רבים וגם על שאר האוכלוסייה שהכסף "על חשבונה".

פס"ד אבו ערפה – פגיעה בזכויות של האנשים יכולה לפגוע בביטחון המדינה בכך שיכולה ליצור תסיסה. כמו כן, זה יכול לפגוע גם במעמד של המדינה בזירה הבינלאומית בכך שהמדינה תיחשב כמדינה שגירשה אזרחים שלה.

דוגמה מבחינה – פגיעה בכך שהם יכולים ללכת לחפש מקום מחייה באפיקים חדשים.

כל הדוגמאות משפיעות על הציבור הרחב.

4. **היותה של הכרעה שנויה במחלוקת** – הרציונל של כלל ההסדרים זה להחזיר הכרעה לכנסת. ככל שהדבר שנוי במחלוקת יותר, יש יותר הצדקה שנציגי העם בכנסת הם שיקבלו את ההחלטה, ולא גורם של הרשות המבצעת שלא נבחר ולא מייצג את הרצון של הציבור בישראל.

פס"ד רובינשטיין – שנוי מאוד במחלוקת. חסימת כבישים, הפגנות וכ"ו.

פס"ד המרכז האקדמי – נניח כי האופציה של המדינה הייתה לייצא 20%-40% מהגז. לא מדובר בנושא שפילג את הציבור בישראל, ולכן הוא לא מהווה הכרעה שנויה במחלוקת.

ועדת המעקב – לגבי אזורי פריפריה כמעט ואין מחלוקת. לעומת זאת, לגבי אזורי התנחלויות יש מחלוקת רבה. לרוב, השמאל במדינה יתנגד להכליל את ההתנחלויות כאזור עדיפות לאומית ולעומת זאת, הימין יטענו כי אזורים אלה סובלים מאוד מבחינה ביטחונית, קשה לחיות שם ויש לכלול אותם.

פס"ד אבו ערפה – אין מחלוקת רבה בנושא. מדובר באוכלוסייה שהיא מיעוט חלש מאוד.

דוגמה מבחינה – שנוי במחלוקת ברמה בינונית.

5. **עלות ההכרעה** – לא רק כמה זה עולה לנו, אלא בפס"ד המרכז האקדמי הרחיבו את זה להשפעה על המשק והכלכלה.

פס"ד רובינשטיין – עולה הרבה. לא משנה לאן ההכרעה תתקבל, העלות תהייה גבוהה.

פס"ד המרכז האקדמי אין עלות, אלא ההפך. ככל שנייצא יותר, נרוויח יותר.

ועדת המעקב – הרבה כסף. לתעדף אזור שלם זה כסף רב למדינה.

פס"ד אבו ערפה – אם תהייה תסיסה זה יפגע בעתיד מבחינה כלכלית בכך שיצטרכו לתגבר את הביטחון באזור. כמו כן, החלשת המעמד של ישראל בזירה העולמית תיפגע גם היא בכך שלא ירצו ליצור איזה קשרים כלכליים וביטחוניים. בטווח הקרוב אין עלות.

דוגמה מבחינה – לבנות עיר שלמה זה עולה המון כסף.

6. **מעורבות עתידית של המחוקק** – ככל שהסיכוי למעורבות העתידית של המחוקק נמוכה, נרצה להחיל את הכלל כדי לחייב את המחוקק לקבוע הסדרים ראשוניים בתחום קריטי. ניתן להמחיש זאת באמצעות פס"ד שמעוני שעוסק בתשלום מקדמות למפונים מעזה (ההתנתקות).

הממשלה רוצה לשלם מקדמות על חשבון הפיצויים. המדינה מבטיחה להם תשלום עבור עזיבת בתיים. לא יכולה להיות התנתקות בלי חוק של הכנסת. פסקת ההגבלה קובעת זאת. לא ניתן היה משפטית לפנות מבלי חקיקה של הכנסת. השאלה – מדוע אם אנחנו יודעים במאה אחוז שהדבר יוסדר בחוק, מתקיים יחס הפוך לכלל ההסדרים? זה מחליש את הצורך להחליש את הכלל. אם זה בכל מקרה יגיע למחוקק, אין טעם בהסדרים.

פס"ד רובינשטיין – בשנת 1999, מה הסיכוי להתערבות עתידית של המחוקק בעניין של גיוס בחורי ישיבות? הסיכוי נמוך מאחר ואם 50 שנים לא התעסקו בכך, אין סיבה שיתעסקו עכשיו. רוב הסיכויים שאם רובינשטיין לא היה מעלה את זה ומכריח את הכנסת לדון בזה, הם לא היו מתעסקים עוד עשרות שנים.

פס"ד ועדת המעקב – שנים שהחוק נקבר בהסדרים. מה הסיכוי שהכנסת "תקים" את הנושא לחיים? הסיכוי נמוך. אם אני רואה שהכנסת במשך שנים מקפיאה משהו חשוב מבחינה דמוקרטית, הסיכוי שהיא "תפשיר אותו" נמוכה.

פס"ד אבו ערפה – שר הפנים מפעיל סמכויות של כניסה לארץ. הכוונה לא הייתה לתת לו סמכויות להחליט בנושא של מי שיושב בארץ דורי דורות.

דוגמה מבחינה – הכנסת לא עשתה כלום במשך 70 שנים, ולכן הסיכוי נמוך מאוד.

7. **דחיפות ההכרעה** – מדובר ביחס הפוך. **ככל שהסוגיה דחופה יותר לטיפול, נרצה פחות להחיל את כלל ההסדרים. הרציונל – לפעול במהירות. אם ההחלטה דחופה, זה תומך באי העברה לכנסת.** הממשלה אחראית בפני נציגי העם בכנסת. אם היא לא פועלת כמו שצריך מפילים אותה באי אמון או בבחירות. יש פה עקרון חוקתי שמטיל אחריות על המדינה בכל התחומים. נניח כי יש תחום שחשוב לפעול בו באופן דחוף ובית המשפט הפעיל את כלל ההסדרים. לכאורה, אנחנו מבקשים מהממשלה לפעול בתחום ולדאוג לכל הדברים. אם נפעיל את הכלל של הסדרים ראשוניים, הממשלה תוכל להתחמק מאחריות בטענה כי בית המשפט העביר את האחריות לכנסת.

פס"ד רובינשטיין – כאשר יש מסה גדולה כל כך, הדחיפות עולה. ככל שזה דחוף יותר, נרצה להחיל פחות את הכלל של הסדרים ראשוניים, אך פה מפעילים בכל זאת את הכלל.

דוגמה מבחינה – הדחיפות גדולה מאוד. במדינה מתקדמת צריך לדאוג לתושבים. מנגד, יש שיגידו כי אם עד היום הם חיו ככה, אז זה לא דחוף.

8. **הפיכות ההכרעה** – פס"ד המרכז האקדמי – הש' גרוניס מול הש' גיוראן. **אם משהו ניתן לשינוי בעתיד, הוא לא ייחשב כהחלטה גורלית.** היום אחליט ככה ומחר אחרת. הש' גרוניס טוען כי למדינה יש אפשרות להשתחרר מהסכמים. הממשלה תוכל עוד כמה שנים לבחון את זה מחדש ולשנות. הש' גיוראן טוען כי זה מסובך מאוד משפטית, להעביר ציבור גז מישראל לאירופה יעלה מיליארדים ואחרי כמה שנים לשנות את היקף הייצוא עלול להיות מסובך מאוד.

9. **הפיכות המורכבות המשפטית + רגישות הסוגיה-**

פס"ד אבו ערפה – משפטית לקבוע את המעמד של תושבים שהם ילדי המקום. תושבי מזרח ירושלים שהם לא תיירים ולא מהגרי עבודה, הם ילידי המקום- האם זו שאלה משפטית מורכבת? כן. אין יותר מידי דוגמאות למקום הזה ודרך המדינה כאשר היא מספחת שטח הופכים להיות אזרחי המדינה ולא תושבים. מדובר באוכלוסייה ששימרה את הזיקה לרשות הפלסטינית וזה מצב מאוד מוזר. האם משפטית הגדרה של מה זה נאמנות של תושב יליד זה דבר פשוט או מסובך? קשה, לא ברור מתי מפרים, מה זה אומר וכ"ו. האם גירוש ממקום מגוריו של תושב זה סוגיה פשוטה או בעייתית? זוהי סוגיה בעייתית.

ככל שהעניין הוא מורכב יותר משפטית ורגיש יותר הנטייה להכיל את כלל ההסדרים גדולה יותר. מה הסיבה? הכנסת זה נציג העם ושר הפנים יכול להיות שהוא לא ח"כ אלא דמות מקצועית, את מי הוא מייצג? מה הוא מבין? ולכן חשוב שהכנסת תעשה זאת. אם הסוגיה היא כ"כ מורכבת וכ"כ בעייתית מבחינה משפטית אנחנו רוצים שהיא תעבור לנציגי העם להכרעה, זה מחזק את הצורך בהלכת כלל ההסדרים.

****ככל שזה יותר שנוי במחלוקת נראה בהחלטה יותר עקרונית, מהותית, גורלית.**

חזקה פרשנית- חזקה שהמחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע את ההסדרים הראשונים באותו תחום. אם הכלל קובע רק חזקה אז זה אומר שזה ניתן לסתירה. ואז השאלה היא האם החזקה של כלל ההסדרים נסתרת?

ניתן לסתור אם תהיה לשון מפורשת של המחוקק שתגיד ההפך. מבחינת המשפט המנהלי אם החזקה נסתרת נגמר הסיפור. מבחינת המשפט המנהלי הכול תקין כי המחוקק הסמיך במפורש את הרשות המבצעת. לדוגמא: מתווה הגז- מד"י היום מחוברת למאגר תמר ורוצים לפתח את מאגר לווינתן. מה הייתה הבעיה להגיע להסכם עם השותפות של מי שמחזיקה בתמר? קיימת בעיה של מונופול בשוק הגז, אם אותו אחד מחזיק בכל שוק הגז יש בעיה והוא מנופל והממונה על הגבלים עסקים מתנגד למונופול. הממשלה לא נתנה לו גיבוי על המונופול והוא

30/12/18

שיעור עשירי

-המשך- כלל ההסדרים הראשוניים:

1. **האם מדובר בהסדר ראשוני או משני?** אם זה משני ממשיכים לבחון בהנחה שמדובר בהסדר ראשוני.
2. **האם כלל ההסדרים הראשוניים חל או לא?** האם ההחלטה היא גורלית מהותית ברמה הלאומית? בוחנים לפי תשעת מבחני הפסיקה. נניח המבחינים נגד החלת הכלל יותר חזקים בבחינה מציינים שנראה שהכלל לא יחול כי

מרבית המבחנים או המבחנים שחלים בעוצמה יותר גדולה לא תומכים בהחלת הכלל. מציינים מה קורה כשהכלל כן חל, חזקה שהמחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת.

3. **האם החזקה של הכלל נסתרת ע"י המחוקק?** הכלל אומר חזקה שהמחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת וזו חזקה פרשנית. כל חוק שנפרש נפרש אותו כחזקה שהמחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת. אם רואים לשון מפורשת של החוק שהוא כן התכוון להסמיך את הרשות המבצעת ניתן לסתור בלשון מפורשת של החוק.

למשל העניין של בחורי הישיבות זו החלטה מהותית עקרונית גורלית ואז חזקה שהמחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת לפטור את בחורי הישיבה מגיוס. החוק אמר במקור ששר הביטחון רשאי לדחות שירות מטעמים חינוכיים ומטעמים אחרים. בני הישיבות לא מופיעים במפורש בחוק, אם המחוקק היה רוצה ששר הביטחון יקבע את הפטור לעניין בחורי הישיבות הוא היה צריך לרשום במפורש ששר הביטחון היה צריך לקבוע את הקריטריונים לפטור. המחוקק לא סתר את החזקה ואם החזקה היא הופכת להיות מצב משפטי חלוט ואין סמכות.

מהי רמת המפורשות הנדרשת כדי לסתור את החזקה?

המחוקק יכול לדבר בכלליות על בחורי הישיבות אבל מה נדרש כדי לסתור את כלל ההסדרים? זה התעורר בשנים האחרונות בפסיקה- פס"ד המרכז האקדמי- ייצוא הגז. יש שתי גישות: הש' גרוניס והש' ג'ובראן.

לפי הש' גרוניס- רמת המפורשות הנדרשת תלויה במידת הפגיעה בזכויות האדם או בעקרונות חוקתיים. כשיש פגיעה בזכויות אדם המשתמע נמחק וצריך במפורש ונדרוש רמת מפורשות גבוהה שתלויה ברמת הפגיעה. **ככל שהזכות או העיקרון החוקתי נפגעים אני אדרוש רמת מפורשות יותר גבוהה כדי שאני אסמיך את הרשות לפעול.**

ככל שהפגיעה בזכות היא יותר בגרעין, נפגע הגרעין של כבוד האדם אז רוצים רמת מפורשות גבוהה יותר. לא ברור למה גרוניס לוקח את הדיון של האם הפגיעה קשה בכבוד האדם ועד כמה הסמכות מפורשת לכלל ההסדרים.

פגיעה בחירויות הפרט זה המבחן הראשון במבחני הפסיקה, למה להתמקד רק במבחן הזה?

הגישה של הש' ג'ובראן- עוסקת במטרייה של כלל ההסדרים- תלוי בחשיבות ההחלטה כמה שהיא עקרונית, מהותית גורלית ברמה הלאומית, **ככל שהחלטה יותר עקרונית מהותית כדי לסתור את החזקה של כלל ההסדרים נידרש לרמת מפורשות יותר גבוהה.**

חוק הנפט- 1950-

רמת מפורשות גבוהה= הסוגיה התעוררה אצל המחוקק והחליט להסמיך במפורש את הרשות המבצעת לקבוע את ההסדרים הראשוניים. האם המחוקק חשב על זה שישראל תהיה אימפריית גז? כנראה שלא. זה מזכיר את חוק הכניסה לישראל- שר פנים רשאי להעניק או לבטל רישיון ישיבה. האם ב- 1952 המחוקק צפה שיבואו תיירים לישראל? לא. המחוקק אמר במשתמע שאם הוא לא קבע את ההסדרים הראשוניים והמציאות תתפתח אז הוא רוצה שהרשות המבצעת תקבע את ההסדרים הראשוניים. המחוקק לא היה ער למעמד של תושבי מזרח ירושלים שהם ילידי המקום שרק ב- 1967 ישראל כבשה את השטח.

רמת מפורשות גבוהה מאוד- המחוקק חשב על הסוגיה ורצה שהרשות המבצעת תסדיר את ההסדרים הראשוניים.

סעיף 33 לחוק הנפט- הממשלה קבעה מכסה לייצוא של 40% מכל הגז שיימצא וכל השאר יהיה מיועד למשק הישראלי.

האם החוק סותר את החזקה של כלל ההסדרים?

סעיף 34 לחוק הנפט- בעל חזקה בנפט רשאי לייצאם.

אם היה רק את סעיף 34 הבעיה שמי שהיה מוצא גז או נפט היה מייצא הכל ולא היה נשאר כלום למשק הישראלי. סעיף 33 אומר שהשר רשאי לצוות על בעל חזקה לספק תחילה את צורכי המשק. לא מופיע שהרשות המבצעת תקבע הסדרים ראשוניים.

הגישה של גרוניס- רמת מפורשות תלויה במידת הפגיעה בזכויות האדם או בעקרונות חוקתיים. האם לפי גרוניס הוא ידרוש רמה מפורשת בינונית, גבוהה או נמוכה של מפורשות ייצוא הגז כדי לסתור את כלל ההסדרים? את רמת המפורשות נקבע לפי הפגיעה בחוק האדם.

גם אם זה חוק מ-1950 ולא צפינו שנהפוך לאימפריית גז ולמרות שהחוק לא מדבר על מכסה של ייצוא אלא מדבר על לצוות על בעל חזקה מסוים. מבחינת גרוניס זה מספיק מפורש כדי שנגיד שמי שקבע את ההסדרים הראשוניים זה השר.

הש' ג'ובראן- ג'ובראן דורש רמת מפורשות בהתאם למידת החשיבות של ההחלטה לפי כל תשעת המבחנים. כשהחלנו את ייצוא הגז זה היה נראה דיי חשוב. למרות שיש מבחנים יותר חלשים יש מבחנים שהם פחות חלשים. ביחס לאזורי עדיפות לאומית- לתמוך בפריפריה- אין מחלוקת שחשוב לתמוך בחיזוק הפריפריה. לעומת זאת, ייצוא הגז אם נתיר לייצא הרבה- יפגע הביטחון האנרגטי. בייצוא הגז נדרוש רמת מפורשות בינונית.

הרוב בביהמ"ש בפס"ד המרכז האקדמי הולך לפי הש' גרוניס ולכן ההחלטה על כמות הייצוא נשארת בתוקפה. לפי הש' ג'ובראן זה תלוי בחשיבות הסוגיה= 9 המבחנים יחד. ג'ובראן ידרוש רמת מפורשות בינונית או נמוכה בעניין הגז.

לגרוניס רמת המפורשות מספיקה ולג'ובראן לא. החזקה לפי גרוניס לא נסתרת ולפי ג'ובראן היא חלוטה. ההחלטה בטלה. ג'ובראן היה במיעוט.

פס"ד שיח חדש- מועצת מקרקעי ישראל שנמצאת מעל מנהל מקרקעי ישראל. האם מועצת מקרקעי ישראל יכולה לקבוע הסדרים ראשוניים? חוק רשות מקרקעי ישראל אומר שהמועצה **תקבע את המדיניות הקרקעית** עבור המנהל, **תפקח על פעילותו ותאשר את התקציב**.

ביהמ"ש קובע שהמועצה כן מוסמכת לקבוע הסדרים ראשוניים למרות שהיא חלק מהרשות המבצעת:

נימוק ראשון- הלשון המפורשת של החוק קובעת את זה- מדיניות זו היא העקרונות לפעולה, אמות המידה. מדיניות יכולה להיות מוחלפת בהסדרים ראשוניים. היא קובעת אותם עבור המנהל. המנהל לא מוסמך לקבוע הסדרים ראשוניים אבל המועצה יכולה לקבוע את המדיניות הקרקעית.

נימוק שני- "חקיקה עצלה"= חקיקה שהמחוקק מעניק סמכות לרשות כלשהי אבל לא קובע בכלל הסדרים ראשוניים. המחוקק התכוון שהרשות שהוא מסמיך אותה היא תקבע את ההסדרים הראשוניים. ככל שהחקיקה עצלה יותר החזקה היא שהמחוקק התכוון שהרשות המבצעת תקבע את ההסדרים הראשוניים.

נימוק שלישי- "כנסת זוטא"= מה התפקיד של הרשות המחוקקת בהפרדת הרשויות? מה היא עושה ביחסיה עם הרשות המבצעת? היא קובעת את ההסדרים הראשוניים, מפקחת על הרשות המבצעת ומאשרת לה את התקציב. הכנסת מינתה לה מעין "כנסת זוטא", כנסת קטנה שתנהל עבורה את כל התפקידים האלה מול מועצת מקרקעי

ישראל. אם הכנסת שמה לה כנסת קטנה שתלמד ממנה האם זה מובן שהכנסת רוצה שהמועצה תקבע את ההסדרים הראשוניים? זה מחזק את זה שהמחוקק התכוון כן להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע את ההסדרים הראשוניים.

בפסיקה החדשה יש דרישה לרמת מפורשות כלשהי, לרמות מפורשות שונות.

ניהול הקרקעות ביחס לפזורה הבדואית בדרום: נניח מועצת מקרקעי ישראל קבעה שכל מי שמוכן לעזוב- מנהל מקרקעי ישראל תעשה איתו הסדר לקבלת יחידת דיור בעיר החדשה. האם זה הסדר ראשוני או משני? כל מי שמוכן לעבור לעיר החדשה מוותר על הזכויות בפזורה הבדואית ויקבל יחידת דיור בעיר החדשה = זה לא ברמה הכי גבוהה של כלל ההסדרים אבל זה יותר חשוב מאזורי עדיפות לאומית שזה בתחתית הטבלה. הפזורה הבדואית וייצוא הגז הם נושאים חשובים לחברה הישראלית, נמצאים באמצע הטבלה. לגבי הפזורה הבדואית- זה משהו שחשוב לחברה הישראלית שכל תושבי המדינה יחיו ברמת חיים נאותה. זה היה עובר את תשעת המבחנים, זו החלטה עקרונית, מהותית ברמה הלאומית. הכלל קובע חזקה פרשנית: חזקה שהמחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע את ההסדרים הראשוניים. הרשות המבצעת = מועצת מקרקעי ישראל שקבעה את ההסדרים של הפזורה והכלל אומר שחזקה שהמחוקק לא התכוון להסמיך אותה. האם החזקה נסתרת? היא נסתרת כאשר יש לשון מפורשת של המחוקק. קיימת הפרדה בין הפסיקה הישנה לחדשה. יש פסיקה שאומרת שמועצת מקרקעי ישראל כן הוסמכה לקבוע הסדרים ראשוניים בפס"ד שיח חדש- בפסיקה הישנה לא היו רמות מפורשות, לא דיברו על רמה נדרשת של מפורשות. הפסיקה החדשה בוחנת איזו רמת מפורשות נדרשת:

- גישה אחת- הש' גרוניס- תלוי במידת הפגיעה בזכויות האדם. בפזורה הבדואית יש פגיעה בזכויות- חופש התרבות. אם יש פגיעה בזכויות אדם הש' גרוניס ידרוש רמת מפורשות גבוהה מאוד.
- גישה אחרת- הש' ג'ובראן- תלוי בחשיבות הסוגיה, במקרה של הפזורה הבדואית קצת מתחת לבחורי הישיבות- רמת מפורשות בינונית עד גבוהה. בודקים בחוק האם המחוקק סתר את החזקה של כלל ההסדרים ברמת מפורשות בינונית או בינונית עד גבוהה. הבדואים לא מופיעים בחוק, אין פה רמת מפורשות לא גבוהה ולא בינונית עד גבוהה. כל מה שנפסק בפס"ד שיח חדש זה שמועצת מקרקעי ישראל מוסמכת לקבוע הסדרים ראשוניים יפה למקרים שלא דורשים רמת מפורשות בינונית עד גבוהה ולכן הפסיקה של שיח חדש מתאימה למקרים שלא דורשים רמת מפורשות גבוהה.

06/01/19

שיעור אחד עשר

-המשך- כלל ההסדרים הראשוניים:

"אפקט מצטבר" בכלל ההסדרים:

המקור של הדוקטרינה היא במשפט החוקתי- בפס"ד פלוני- נשאל שם האם אפשר להאריך מעצר? החוק קבע שניתן להאריך מעצר של חשוד בעבירה חוקתית כשהחשוד לא נמצא באולם המשפט. זה הזכות להליך פלילי הוגן שזה חלק מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. הדבר הכי בסיסי בהליך הוגן זו הזכות להתגונן. הרעיון בלא להביא את העצור לבקשת הארכת המעצר היא כדי לא להפריע להליך וכדי שלא יגייד שעוצרים אותו בתנאים לא הוגנים. יש סעיף אחר באותו חוק שמאפשר למנוע מפגש עם עו"ד בתקופת החקירה הראשונה ואז ניתן לראות את האפקט המצטבר, הוא לא מגיע לדיון בהארכת מעצר, עוה"ד שלו לא מגיע כי אין לו עו"ד אז אין אף אחד שטוען לטובתו בהליך בקשת הארכת המעצר. האפקט המצטבר זה שלא החשוד נמצא באולם המשפט ולא עוה"ד שלו ואז ביהמ"ש מכיר בדוקטרינת האפקט המצטבר ואם סעיף אחד בחוק פוגע חוקתית באופן מסוים, בנוכחות במשפט וסעיף אחר

פוגע בזכות להיוועץ בעו"ד וזה האפקט המצטבר שבימ"ש אומר שיש. הפגיעה החוקתית יותר גדולה ויהיה יותר קשה לעמוד במבחני המידתיות. יהיה קשה לטעון שהפגיעה היא מידתית. זה יכול להיות גם שתי זכויות שונות שבסוף גורמות לאפקט מצטבר.

פס"ד לתנועה לאיכות השלטון - מתווה הגז, המונופול בשוק הגז. אחת השאלות שעלו שם זה **האם אפשר להכיר באפקט מצטבר בכלל ההסדרים הראשוניים?** קיימות שתי גישות:

הש' רובינשטיין - ניתן להכיר ב"אפקט מצטבר" בכלל ההסדרים.

הש' סולברג - אין דוקטרינה כזו במשפט המנהלי.

קיימות בבימ"ש שתי סוגיות:

פס"ד המרכז האקדמי - ייצוא הגז - כמה ניתן לייצא.

פס"ד התנועה לאיכות השלטון - מונופול הגז - הגבלים עסקיים - האם מאפשרים לה להפוך למונופול. מי שהיה הממונה שבסמכותו לפטור הגבל עסקי היה השר דרעי שלא רצה להיות מעורב. מי שבסוף הפעיל את הסעיף הרלוונטי - סעיף 52 לחוק ההגבלים שמאפשר לפטור הגבל עסקי - רה"מ. השר רשאי לפטור הגבל עסקי מהוראות החוק מטעמי ביטחון המדינה או יחסי החוץ. רה"מ התעקש להופיע בפני בג"ץ.

מה זה "אפקט מצטבר" בכלל ההסדרים?

שלב שני - 9 מבחנים - עד כמה חשובה עקרונית ההחלטה. אם שתי החלטות יחד מהוות החלטה גורלית, מהותית, עקרונית ברמה הלאומית שחל עליה כלל ההסדרים וזה משפיע יותר על 9 המבחנים.

שלב שלישי - סתירת החזקה - רמת המפורשות הנדרשת - איזו רמת מפורשות צריך המחוקק כדי לסתור את החזקה ובכל זאת להשאיר את הסמכות אצל הרשות המבצעת? גרוניס אמר שזה לפי רמת הפגיעה בזכויות האדם ומכיוון שאין זכויות אדם שקשורות לגז הוא הסתפק ברמת מפורשות נמוכה. כאן מדובר לא רק בייצוא הגז אלא גם במונופול הגז וזה שתי סוגיות יחד שדורשות את האפקט המצטבר שיכול להביא לדרישה לרמת מפורשות גבוהה יותר לסתירת החזקה.

סמכויות עזר:

הרעיון הוא שהמחוקק מטיל על הרשות סמכות מסוימת. נניח שר האוצר רשאי להפקיע קרקע לצורכי ציבור. נניח יש צינור שרוצים להעביר דרך קרקע של אדם מסוים, יש שתי אפשרויות: או להעביר דרך הקרקע = פגיעה בקניין או להוביל בדרך אחרת שהיא פחות טובה בגלל פיתולים.

השר צריך לשאול את עצמו אם יש צורך ציבורי שמצדיק את הפגיעה בזכות של האדם הפרטי. המחוקק לא מציין את כל הפעולות שהרשות צריכה לעשות לצורך מילוי אותו תפקיד. נניח האם מותר לשר האוצר לשכור משרד ששם יישב ויפעל שר האוצר? כל דבר צריך להישען על סמכות במפורש או במשתמע. החוק לא מפרט אז איך נדע שחשוב לציבור שהצינור יעבור דווקא באותה קרקע של אותו אדם? צריך הערכת מומחה. מותר לשר לעשות את כל אלו גם אם המחוקק לא רשם את זה בחוק.

הדוקטרינה הזו נמצאת בסעיף 17(ב) לחוק הפרשנות - סמכות לעשות דבר/ לכפות עשייתו משמעו גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה מתקבלת על הדעת.

אם החוק הזה העניק לשר האוצר סמכות להפקיע קרקע איך נפרש אותו ככולל גם מתן סמכויות עזר גם אם הן לא פורשו בחוק? לומדים אותן במשתמע מהחוק. כל מה שעוזר למלא את התפקיד הראשי צריך לכלול את החוק כקולט את סמכויות העזר.

המגבלות הראשונות בהפעלת הדוקטרינה:

1. זיקה מספקת בין סמכות העזר לתפקיד הראשי - עת"מ 46804/09-12 קקאו סנטר ניהול בתי קפה בע"מ נ' עיריית רמת גן- האם יש זיקה מספקת בין ניהול בתי קפה לבין טיפוח הגן? מה שדרוש לטיפול זה ניקיון, עיצוב, גינון, רכישת ציוד לטיפול גינות, קניית מחסן. סמכות העזר למשל היא להקיף את הגן בגדר ולהחליט מתי יהיה פתוח ומתי סגור. אבל לנהל בית קפה זה לא בזיקה לטיפול הגן לכן זו לא סמכות עזר שדרושה לטיפול הגן. האם להשכיר נכס בגן לחברה שישמש כבית קפה זה סמכות עזר? יכול להיות שכן, זה לטובת טיפוח הגן אבל חברה חיצונית תנהל את זה. דעת המיעוט בפסה"ד קובעת שנדרשת זיקה של חיוניות- אותה סמכות עזר צריכה להיות חיונית לתפקיד הראשי. דעת הרוב בפסה"ד - הזיקה צריכה להיות דרושה במידה סבירה למלא את התפקיד הראשי. נניח אם "בלי סודות" היו מוכרים את הקלטות שלהם זה לא היה עוזר להם במידה סבירה למלא את התפקיד הראשי. זה יפיק לרשות השידור מימון גדול יותר. זה עומד במבחני החיוניות אבל אולי לא.

החוק אימץ את לשון הסבירות- במידה מתקבלת על הדעת- דרוש במידה סבירה שזו דעת הרוב.

למשל: חוק האימוץ - צריך לבחון את המשפחה שנותנים לה לאמץ לפי טובת הילד- האם מותר כסמכות עזר לשאול את המועמדים לאמץ אם הם צורכים סמים באופן קבוע? כן, כי זה קשור לסמכויות עזר.

בג"ץ 757/84 איגוד העיתונאים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות - עוסק בסוג מסוים של שידורים אבל הרשות יכולה לשדר תשדירי שירות חסויות ופרסומות. הוטל על הרשות תפקיד ראשי לספק מידע חיוני לציבור, לספק שירותי חדשות לציבור, לבטא את ההשקפות השונות בחברה, לשדר שידורים חינוכיים ולטפח את התרבות.

תשדיר שירות = הרשות מעבירה מידע לציבור. נניח יש פרסומת על בטיחות ילדים ברכב או נניח איך מממשים את זכות ההצבעה לפני הבחירות. האם הסמכויות האלו זה תפקיד ראשי או סמכויות עזר? זה התפקיד הראשי- להעביר מידע חיוני לציבור בכל מיני תחומים, אין כאן סמכויות עזר אלא זה תפקידה הראשי. ביהמ"ש עושה את ההבחנה בין חסויות לבין פרסומות- חסויות זה תפקיד ראשי ופרסומות זה סמכויות עזר. תשדירי שירות זה תפקיד ראשי.

2. סמכות עזר כשמה כן היא- עוזרת ולא מפריעה - חסויות- עוזר לרשות השידור ואילו פרסומות מפריעה ויוצרת ניגוד עניינים ועלול להביא את רשות השידור לפרסם מידע מטעה שיפגע באמון הציבור ברשות. פס"ד קקאו - העירייה רצתה לנהל בית קפה, נניח שהייתה זיקה מספקת האם היינו עוברים את המגבלה השנייה? (סמכות עזר עוזרת ולא מפריעה) העירייה מפקחת על עסקים וזה שהיא תנהל עסק בעצמה יפריע לה לפקח על עסקים, זה מצב של ניגוד עניינים ולכן אם עירייה תיכנס לניהול בתי קפה גם אם זה עוזר לה באיזושהי צורה זה מאוד יפריע לה לפיקוח. אין זיקה מספקת בין פיקוח העירייה לניהול הגן וגם אם יש זיקה מספקת, זה מאוד מפריע לביצוע התפקיד הראשי.

בג"ץ 4253/02 קריית נ' היועמ"ש- שר"פ (שירותי רפואה פרטיים) בב"ח ממשלתיים: עלה רעיון לשלב את השר"פ במתקנים של הרפואה הציבורית. אם הרפואה הציבורית יכולה להשכיר לרפואה הפרטית מקומות למשל לטיפול בלילה זה יכול להוות סמכות עזר, להכניס כסף לקופה.

האם כשרופא שיש לו גם קליניקה פרטית שוכר את הקליניקה במתקנים של השירות הציבורי יכול גם להפריע חוץ מזה שהוא עוזר? כן, כי החולה הפרטי יכול לקבל תעדוף על החולה הציבורי.

השי ברלינר הוסיפה עוד מגבלה לסמכויות עזר והיא :

3. סמכות עזר נלווית כשמה כן היא- נלווית לסמכות הראשית ואינה יוצרת עולם חדש- משנה את מהות התפקיד הראשי- אם עד עכשיו חולים ציבוריים ידעו שהם נכנסים לתור הם ידעו שהוא שוויוני, עכשיו יש עולם חדש וזה לא נלווה לתפקיד הראשי אלא משנה אותו, יש שיקולים כלכליים, התחום הפרטי יכול ליצור רפואה לא שוויונית בתוך בייח ציבורי.

האם ניתן לטעון שניהול בית קפה ע"י עירייה היא סמכות שיוצרת עולם חדש? כנראה שכן כי עיריות לא מתעסקות בניהול בתי קפה, זה משנה את מהות התפקיד הראשי של מה זו עירייה.

האם פרסומות יוצרות עולם חדש לרשויות ממלכתיות? אפשר לומר שכן, כי רשויות השידור הופכות מציבוריות לפרטיות שמקבלות מימון מהמדינה.

בדוגמא של חסויות זה אולי לא יוצר עולם חדש כי הגורם הפרטי נכנס בצורה מוגבלת, השם שלו ליד רשות השידור.

13/01/19

שיעור שניים עשר

-המשך- סמכויות עזר:

4. פגיעה בזכויות אדם או בעקרונות חוקתיים- למה סעיף זה הוא מגבלה? פגיעה בזכויות אדם או בעקרונות חוקתיים- מה אומר עיקרון חוקיות המנהל על המצב הזה כשיש פגיעה בזכויות אדם או בעקרונות חוקתיים? כאשר רשות רוצה להפעיל סמכות שפוגעת בזכויות אדם או בעקרונות חוקתיים היא צריכה הסמכה מפורשת בחוק. לכלל הזה יש חריגים אם נראה שהפגיעה בזכות היא לא בגרעין אלא בפריפריה (כמו בפס"ד בן חיים) ואז נסתפק במשתמע.

מדוע זה מפיל את כל הדוקטרינה של סמכויות עזר? מה זו הדוקטרינה של סמכויות עזר? זה משתמע כי זה לא מוזכר בחוק, זה משתמע. סמכויות העזר הן במשתמע מהחוק.

אם יש פגיעה בזכויות אדם או בעקרונות חוקתיים אז עיקרון חוקיות המנהל משתנה, אין די בסמכות במשתמע אלא חייב הסמכה במפורש ומכאן כל הדוקטרינה לא רלוונטית ואי אפשר להפעיל אותה.

לדוגמא : בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך- מאבחנים של ליקויי למידה. היה חוזר מנכ"ל (הנחיות מנהליות של השר) מה ההבדל בין הנחיות מנהליות לתקנות? התקנות זה מעל כי זה כמו חוק וזה נורמה, אי אפשר לסתות ממנה. תקנה זה כמו חוק רק בדרגה נמוכה יותר. הנחיה זה ברמה נמוכה מאוד, כמו החלטות מנהליות. ההחלטה המנהלית יכולה להיות ספציפית לאדם אחד והיא יכולה להיות הנחיה שכך ראוי להפעיל את הסמכות. מה ההבדל בין הנחיה כזאת (חוזר מנכ"ל) לתקנה? ברגע שקבועה תקנה אי אפשר לסתות ממנה והנחיה מנהלית של השר היא לא תקנה והמשמעות שלה זה שכך תעשו אתם, מנהלי בתי הספר, כל מי שעובד במערכת, אלא אם כן יגיע מקרה מיוחד שמצדיק סטייה מההנחיה.

ההנחיה אומרת שמשרד החינוך שם לב שעושים לו "שכונה" בתחום של ליקויי למידה. הוא הגיע למסקנה זאת עפ"י מחקרים שפורסמו. הוא רוצה להחזיר את הגלגל לאחור. מה אומרת ההנחיה? יאושר רק אבחון של פסיכולוג חינוכי מומחה. לבג"ץ עותרים כל השאר, מי שלא עומד בקריטריון. הם טוענים בבג"ץ שנפגע להם חופש העיסוק.

האם יש כאן זיקה מספקת בין ההנחיה לבין התפקיד הפדגוגי של משרד החינוך? כן. למה זה טוב לאבחן במיוחד ליקויי למידה? כי אז נותנים למי שבאמת צריך ולא למי שלא צריך ובכך יש הזדמנות שווה כי אם אתה נותן הקלה למי שלא צריך אתה בעצם מעדיף אותו על תלמידים אחרים.

האם זה עוזר ולא מפריע? זה עוזר מאוד לאבחן במיוחד ולא מפריע לתפקיד של משרד החינוך.

האם ניתן לראות בהנחיה הגדרת סמכות נלוות ולא יוצרת עולם חדש? היא לא יוצרת עולם כי התפקיד שהיה תמיד הוא לאבחן במדויק מי לקוי למידה ולעזור לו. התפקיד של משרד החינוך לא השתנה ולא נוצר עולם חדש.

האם יש פגיעה בזכויות אדם או בעקרונות חוקתיים? לכאורה בשלושת המבחנים/ המגבלות הקודמים ניתן לומר שזה עומד אבל זה נופל במגבלה הזאת, יש כאן פגיעה בעקרונות חוקתיים.

בסוף פסלו את ההנחיה

אם נניח שמשרד החינוך חושב שבאמת יש לעשות סדר, מה יכול לעשות שר החינוך? יביא לוועדת הממשלה הצעת חוק על נושא זה.

דוגמא נוספת: בג"ץ 8676/00 אדם טבע ודין נ' עיריית רעננה- עוסק בפארק רעננה. בעבר גבו כניסה לפארק וגבו את הכניסה רק ממי שלא תושב רעננה. מדוע לא לגבות מתושבי רעננה? כי הם כבר שילמו זאת בדמות הארנונה.

האם יש זיקה מספקת לגבות תשלום בכניסה לטיפוח הפארק? כן. כי לא ניתן לטפח גן כזה בלי מקורות מימון. גישת הרוב דורשת זיקה של סבירות. אז לגבות תשלום זה דרוש במידה סבירה על מנת לתחזק את הגן הזה.

האם זה עוזר ולא מפריע? זה עוזר ולא מפריע. זה יכול להכניס כסף לטיפוח.

האם זה עולם חדש בטיפוח הגנים? לא. בסוף זה אותו גן פשוט עוזרים במימון התחזוקה בדרך של גביית תשלום.

האם יש פגיעה בזכויות אדם או בעקרונות חוקתיים? ניתן לראות שאין פגיעה בשוויון. אבל עכשיו נבדוק קניין- אנחנו רוצים לראות מהו התשלום שגובים: מס, אגרה או מחיר. מה זה מס? מס תמיד נכפה על האזרח והתמורה שהוא מקבל כנגד המס היא לא ישירה וספציפית. אני משלם מס הכנסה למדינת ישראל ובתמורה אני מקבל חינוך, בריאות וכ"ו... אין קשר בין מה שמשלמים למה שמקבלים.

מה דומה בין אגרה למס? היסוד הדומה- זה שזה כפוי רק שבאגרה יש קשר ישיר בין מה ששולם לבין התמורה שאני מקבל. אם שילמתי אגרת ביוב אקבל בתמורה תחזוקה של קו הביוב וכדו'..

מה זה מחיר? האם זה כפוי? לא. אני בוחר וזה לא נכפה עליי. התמורה שאני מקבל זה השירות או המוצר שאני קניתי.

מה קורה בפארק רעננה? האם זה מס או אגרה? לא מס ולא אגרה אלא מחיר כי זה לא הפארק היחיד, אני לא חייב להגיע לשם ולכן זה מחיר. נניח תושב כפ"ס לא רוצה לשלם כניסה אז שילך לפארק אחר בכפ"ס. ולכן זה מחיר.

המשמעות של ההבחנה: מס ואגרה לפי חוק יסוד משק המדינה חייבים לקבוע בחוק. אז האם אפשר להפעיל את הדוקטרינה של סמכויות עזר אם זה היה מס או אגרה? לא. זה היה מפיל את האפשרות להפעיל סמכויות עזר כי אין מס או אגרה בסמכויות עזר, זה חייב להיות במפורש בחוק.

מה לגבי פגיעה בקניין? האם מס ואגרה פוגעים בקניין? כן, לוקחים ממך את מה שהרווחת בעמל רב ומכאן יש פגיעה בזכויות יסוד או בעקרונות חוקתיים.

אם זה מס או אגרה אי אפשר בסמכויות עזר.

אבל, כניסה לפארק, זה מחיר, האם כשאתה משלם מחיר נפגע הקניין שלך? לא.

מכאן, ניתן לראות שזה עומד בכל ההגבלות וניתן לגבות מחיר בכניסה לפארק.

דוגמא נוספת - בג"ץ 5185/13 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול - סנקציות הלכתיות - חרם דרבנו תם לשחרר סרבני גט. הש' הנדל חשב שאפשר לעשות את זה כסמכות עזר של בית הדין. האם יש זיקה מספקת בין השימוש בסנקציות הלכתיות לבין התפקיד הראשי של בית הדין? התפקיד הראשי של בית הדין לפי חוק צריך להכיל דין תורה בעניין נישואין וגירושין ולמנוע מצב של פגיעה באחד הצדדים. כלומר, אם זה מקרה שמתאים למתן גט אנחנו רוצים למנוע מצב של עגינות. האם זה יכול להידרש במידה והסרבן זה אדם דתי שהחרם הזה יכול להשפיע עליו ועל הקהילה, אז האם יש זיקה מספקת בין סמכות העזר לסמכות הראשית? כן, יכול להיות שזה יכול לעזור וזה יכול לעזור לתת גט כי ירצו לחמוק מהחרם של הקהילה. יש זיקה מספקת. האם זה עוזר ולא מפריע? זה עוזר כי זה יכול להביא למצב של מתן גט. האם זה נלווה ולא יוצר עולם חדש? כאשר מסתכלים על הסמכויות של בית הדין הוא מחיל דין תורה. הסנקציות שנתנו לו הן סנקציות אזרחיות ולא דתיות. זה יוצר עולם חדש כי עכשיו בית הדין יכול לשלב סנקציות הלכתיות עם אזרחיות וליצור עולם חדש. האם יש פגיעה בזכויות אדם או לא? לחזור ולבדוק בשיעורים על עיקרון חוקיות המנהל.

ניתן לראות שזה נופל במגבלה השלישית (יצירת עולם חדש)

חשוב לצין שביהמ"ש אישר זאת

בג"ץ 104/06 "מרכז צדק לנשים" (קרו העגונות) נ' הנהלת בתי הדין הרבניים - מסתבר שבית הדין אוסף תרומות ושומר אותם בקרן לעגונות. למה הוא משתמש בכספים הללו? להציע לסרבן הגט תשלום עבור מתן גט. האם יש זיקה מספקת? לחלק מהסרבנים הכסף יכול לעזור. האם זה עוזר ולא מפריע? לא, זה מפריע. זה יכול להפעיל סמכות. זה לא טוב לתפקיד הראשי של בית הדין. האם זו סמכות נלווה ולא יוצרת עולם חדש? זה יוצר עולם חדש כאשר גוף שיפוטי אוסף כספים על מנת לפתות את בעל הדין. האם יש פגיעה בזכויות אדם? אין פגיעה בטווח הקצר אלא בטווח הארוך.

ניתן לראות שזה נופל במגבלה 2 ו-3.

חשוב לצין שביהמ"ש אישר זאת

הסמכות הטבועה של גוף שיפוטי - (זה גם סוג של סמכות עזר).

הסמכות הטבועה היא רק של גופים שיפוטניים או רק כאשר מפעילים סמכות שיפוטית או מעין שיפוטית.

יש לזה אזכור בס' 17א לחוק הפרשנות- סמכויות עזר- "הסמכה לעשות דבר או לדון בענין פלוני או להכריע בו - משמעה גם הסמכה לקבוע נוהל עבודה וסדרי דיונים ככל שאלה לא נקבעו בחיקוק".

סמכות לעשות דבר או לדון בעניין פלוני- הכוונה לסמכות שיפוטית והמשמעות זה גם סמכות לקבוע נהלי עבודה וסדרי דיונים ככל שאלה לא נקבעו בחיקוק. אם סדרי הדין נקבעו בחוק אז אפשר להגיד לאותו גוף שיפוטי שהוא צריך לפעול עפ"י מה שנקבע בחוק ואם זה לא נקבע בחוק אז אותו גוף שיפוטי יכול לקבוע לעצמו את נהלי העבודה וסדרי הדין באופן שיורי.

הדוקטרינה של הסמכות הטבועה הלכה והתרחבה בפסיקה של ביהמ"ש באופן שלא תואם את המגבלות שדיברנו עליהן בסמכויות עזר (4 מגבלות).

פס"ד לם- שוב בית הדין הרבני, גם פה, השאלה הייתה האם מותר לו להוציא צו איסור יציאה מהארץ כשזה לא קבוע בחוק?

פס"ד חנא- פסיקת הוצאות אישיות לעו"ד. כלומר, שני צדדים, א ו- ב' נמצאים בהליך משפטי, מתי מטילים הוצאות? אם א' הגיש תביעה חסרת כל בסיס, גרם נזק למערכת ונזק לצד השני אפשר להטיל עליו הוצאות ומצד שני אם א' זכה בתביעה ותביעתו הייתה מוצדקת מגיע לו פיצוי כי הוא הוציא הרבה הוצאות משפטיות על מנת לזכות. ולכן פוסקים גם פיצוי וגם הוצאות.

בפס"ד חנא זה לא כמו א ו- ב'- אלא עוה"ד התנהג באופן רשלני שגרם נזק להליך ומכאן אומר ביהמ"ש שהוא מטיל על עוה"ד באופן אישי הוצאות.

אם היינו מחילים את המגבלות של סמכויות עזר בסוף הסמכות הטבועה עוזרת לביהמ"ש, האם צו איסור יציאה עוזר לבית הדין הרבני למלא את תפקידו? כן, כי יכול להיות סרבן גט שיבחר לא להתייחס לסנקציות ולא יהיה אפשר להטיל עליו את הסנקציות, והעגינות תישאר. כמו כן יכול להיות חייב במזונות שאם הוא יברח לא יהיה אפשר לגבות את המזונות ולכן זה עוזר על מנת להמשיך את ההליך ולאכוף את פס"ד. זה עוזר ולא מפריע. האם זה עולם חדש של בתי משפט? לא. זה לא משהו חדש. האם יש פגיעה בזכויות אדם? יש פגיעה. יש זכות ספציפית בחוקי היסוד וזה סעי' 6 לח"י כבוד האדם וחירותו שזה לצאת מהארץ ולכן, **אם יש פגיעה בזכות חוקתית אי אפשר להפעיל סמכות עזר, צריך סמכות בחוק.**

איפה הסמכות הטבועה נמצאת? זה נלמד במשתמש מהחוק וזה לא נמצא במפורש ולכן לכאורה אי אפשר להפעיל סמכויות טבועות כשיש פגיעה בזכות חוקתית.

אהרון ברק אומר שיש סמכות לבית הדין אבל צריך להפעיל אותה באופן מידתי ועפ"י איזון שהוא קובע.

מה אפשר להגיד על פס"ד חנא? פסיקת הוצאות אישיות לעו"ד- האם זה עוזר לתפקיד הראשי של ביהמ"ש? כן. הוא רוצה להרתיע. כמו כן, זה עוזר ולא מפריע. האם זה עולם חדש? כן, כי עוה"ד מייצג את אחד הצדדים ולפסוק הוצאות למישהו שהוא לא אחד הצדדים זה עולם חדש. האם זה פוגע בזכויות אדם? יש כאן פגיעה בשמו הטוב של עוה"ד. כמו כן זכות הטיעון כחלק מהזכות להליך הוגן.

כביכול זה היה אמור ליפול בסמכות הרביעית.

ביהמ"ש אישר את זה וכלל את זה בסמכות הטבועה.

פס"ד פלוני (הארכת צו למניעת הטרדה מאיימת) - השי' דנציגר אומר שמדובר על צו הגנה. הצו, תוך כדי הדיונים בביהמ"ש המסלול של החוק מוצא, הצו פקע, אי אפשר היה להוציא צו חדש עפ"י החוק אלא לפתוח הליך חדש. אבל השי' משתכנע שהנסיבות לא השתנו וראוי להמשיך את הצו (אבל לא ניתן כי הצו מוגבל לתקופה מסוימת). השי' אומר שהוא יאריך את הצו מכוח הסמכות הטבעה של ביהמ"ש. השי' דנציגר אומר שלא ניתן לעשות זאת, ועדיין כפופים לעיקרון חוקיות המנהל. יש לפעול עפ"י המגבלות האלה: מגבלות מצטברות.

1. הסמכות הטבעה חייבת להיות שיורית - רק כשיש לאקונה בחוק, שאין שום הסדר לגביה בחוק.

האם בפס"ד לב זה מתקיים? כן.

האם בפס"ד אבו חנא זה מתקיים? כן.

אבל מה לגבי פס"ד פלוני של מניעת צו? זה מוסדר בחוק ולכן אי אפשר להפעיל סמכות טבעה כי היא כבר לא שיורית. יש ללכת עפ"י החוק.

2. הסמכות הטבעה עיקרה סדרי דין ולא מהות - היא אמורה לעסוק בפרוצדורה ולא במהות.

לגבי פס"ד לב - מצד אחד זה פוגע בזכויות אבל זה בעצם חלק מההליך ולכן זה פרוצדורה.

לגבי פס"ד אבו חנא - מהות, כי עוה"ד לא צד להליך בין א' ל- ב' בכלל.

לגבי פס"ד פלוני של מניעת צו - הצו שהיה פקע, הוא נגמר, ברגע שאי אפשר לתלות את הארכת הצו על הליך חי אין הליך. כלומר, עכשיו אתה יוצר צו חדש ולכן זה מהות ולא פרוצדורה.

3. פגיעה בזכויות אדם או בעקרונות חוקתיים - למה היא קיימת גם לגבי הסמכות הטבעה? צריך הסמכה מפורשת בחוק וכל הדוקטרינה היא במשתמע ולא משהו מפורש בחוק.

בפס"ד לב - היה צורך להפעיל את הסמכות הטבעה כי זה פגיעה בזכות חוקתית, יציאה מן הארץ.

בפס"ד חנא - קניין, שם טוב, זכות הערעור, גם כאן זה היה אמור ליפול במגבלה הזאת.

בפס"ד פלוני למניעת צו - האם זה פוגע בחופש שלו? כן. זה אולי אפילו פוגע בשם הטוב שלו. ולכן יש פגיעה בזכויות אדם ועקרונות חוקתיים ולכן צריך הסמכה מפורשת.

4. אין להפעיל אלא במקרים חריגים בשל הפגיעה בעיקרון חוקיות המנהל -

האם פס"ד לב הוא מקרה חריג? לא. מקובל שמוציאים צווי איסור יציאה מהארץ.

האם פס"ד חנא הוא מקרה חריג? לא. אין מקום להפעיל את הסמכות הטבעה.

האם פס"ד פלוני למניעת צו הוא מקרה חריג? זה חריג ולכן צריך שכנוע.

אבל זה לא משנה כי נופלים בשאר המגבלות.

מה עושים אם יש דוקטרינה של סמכויות עזר או דוקטרינה של הסמכות הטבעה?

אם זה גוף מנהלי שאין לו תפקיד שיפוטי אז מחילים רק סמכויות עזר.

אם מדובר בגוף שיפוטי או בגוף שמפעיל סמכות מעין שיפוטית אז ניתן להפעיל גם סמכויות עזר וגם סמכויות טבעות - הן די דומות לצורך העניין.

לאיזו מגבלה דומה המגבלה של סמכות טבועה- עיקרה סדרי דין ולא מהות? היא דומה למגבלה של עולם חדש.
ניתן לראות שיש 2 דוקטרינות מקבילות שדיי דומות וניתן להחיל גם את זאת וגם את זאת רק אם זה גוף שיפוטי
או מעין שיפוטי.

17/02/19

שיעור ראשון

סמכויות הממשלה השיוריות:

סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה - הסמכויות השיוריות של הממשלה - "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת".

הסעיף הוא איזון בין שני עקרונות חוקתיים - פוגע בעיקרון אחד ומחזק עיקרון אחר.

פגיעה בעיקרון שלטון החוק - העיקרון שנפגע בעקבות זה שהממשלה יכולה לעשות מה שהיא רוצה אם זה לא מוטל על רשות אחרת הוא עיקרון חוקיות המנהל, עקרון שלטון החוק. כל רשות שלטונית שרוצה לעשות פעולה שלטונית צריכה להראות הסמכה בחוק במפורש או במשתמע. העיקרון הזה הוא לא רק עיקרון יסוד של המשפט המנהלי הוא גם עיקרון יסוד במשפט החוקתי. כל מה שהשליט רוצה לעשות הוא חייב להיות עפ"י חוק - עיקרון שלטון החוק - יש פה פגיעה בעיקרון הזה. התרגום של עיקרון שלטון החוק במשפט החוקתי, זה עקרון חוקיות המנהל במשפט המנהלי.

כשיש חוק שמעניק סמכות ניתן לפרש אותו, לראות מה הסמכות המשתמעת, יש דוקטרינת כלל ההסדרים הראשוניים - "המהפכה המנהלית" שחוקת מתחם הסמכות, ומהרשות המבצעת זה עובר לכנסת. אוזן אחת זו דוקטרינה של סמכויות עזר ודוקטרינה נוספת מוסיפה סמכויות שיוריות של הממשלה וזהו סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה.

איך חוק יסוד יכול לסתור עיקרון חוקתי?

האפשרות שחוק יסוד יפגע בעיקרון חוקתי אחד זה שזה יעזור לעיקרון חוקתי אחר.

הגנה על עיקרון אחריותיות הממשלה כרשות המבצעת לכל התחומים במדינה - הממשלה אחראית על כל התחומים ובאים אליה בטענות.

אם לא היה את סעיף 32 והייתה שריפה בכרמל או שהרכבת לא מתפקדת מה הממשלה יכולה הייתה להגיד או לעשות? היא יכולה להגיד שבמקרים מסוימים אין לה סמכויות והיא לא יכולה לפעול כי אין לה סמכויות בחוק. בלי סעיף כזה הממשלה יכולה הייתה לברוח מאחריות ולתרץ שאין לה סמכות. **כדי שרשות תוכל לשאת באחריות יש לתת לה את כל הסמכויות**. לממשלה אין תירוצים והיא יכולה לפעול בכל תחום, גם אם אין לה סמכויות בחוק.

סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה **חל על שני מצבים**:

1. **מצב א' - יש סמכות למדינת ישראל** - החוק אינו קובע מי הרשות המוסמכת - מדינת ישראל יכולה לעשות עסקאות בנכסים שלה. לא ברור מי האורגן שיפעל בשם מדינת ישראל. אם החוק שותק ולא אומר של מי הסמכות - הממשלה יכולה לפעול. כל פעם שלא ברור מי הרשות המוסמכת זו הממשלה. **כאן יש פגיעה פחותה בעיקרון שלטון החוק**.

2. **מצב ב' - אין סמכות בחוק והממשלה פועלת** - אין סמכות בחוק לאף רשות. נניח עולים שעלו מרוסיה, היה ואקום בחוק אז הממשלה הייתה צריכה לפעול ולעשות איתם משהו. **כאן יש פגיעה גבוהה יותר בעיקרון שלטון החוק**.

פירוט מצב ב' - כשאין סמכות בחוק והממשלה פועלת:

אם יש סעיף בעייתי שפוגע בעיקרון דמוקרטי, עיקרון חוקתי של שלטון החוק. האופציה היא לפסול אותו או לפרש אותו בצמצום, כך עושה ביהמ"ש- הטיל מגבלות על סעיף 32.

גם דוקטרינת סמכויות עזר בעייתית- נותנת לעשות פעולות עזר שלא בחוק, ביהמ"ש מכרסם בשלטון החוק ע"י פרשנות מצמצמת.

המגבלות שהטיל ביהמ"ש על הפעלת סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה:

1. **הסמכות נופלת ב"מתחם התפקיד הטבעי" של הרשות המבצעת-** סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה- אומר

שהממשלה היא הרשות המבצעת של מד"י וסעיף 32 קובע שהממשלה יכולה לעשות כל פעולה- כל פעולה **כרשות מבצעת**. הממשלה צריכה להראות שזה חלק מהתפקיד הטבעי של הרשות המבצעת. דוג': כיום יש גדר בין ישראל לגבול מצרים, נכנסים קרוב לאפס מסתננים מדי חודש. המספר של מבקשי המקלט שנמצאים בישראל לא משתנה. הייתה תקופה שכל חודש נכנסו אלפים, האם אנחנו מצפים מהרשות המבצעת לפעול מול מצב כזה שאלפים מסתננים דרך הגבול ממצרים? כן, היא צריכה לעשות והיא בנתה גדר. האם לבנות גדר זה במתחם הטבעי של הממשלה? כן. מי שבונה ומחזק את הגבולות זו הרשות המבצעת. נניח יש עשרות אלפים שנמצאים בישראל- מה יש לעשות איתם? מה הסטטוס של כל אחד? אם האדם הוא פליט והאמנות הבינ"ל מספקות לו הגנה לא ניתן לגרש אותו, הוא צריך לעבוד במדינה. מי שמועמד לגירוש צריך לראות אם ניתן להוציא את הגירוש לפועל או לא. נניח שהממשלה רוצה לברר מהר את המעמד של כל אחד כדי לגרש כמה שיותר מאותם מסתננים את מי שלא הוכר כפליט חזרה למדינתו. כדי לעשות את אותו בירור הממשלה מקימה מערכת של בתי דין לשיפוט מהיר לבירור הסטטוס של כל מבקש מקלט, מי שפליט יישאר ומי שלא יגורש. אין חוק שאומר שהיא יכולה להקים בית דין לשיפוט מהיר. הממשלה אומרת שלמרות שאין חוק רשום בחוק "כל פעולה שאינה מוטלת בדין על רשות אחרת". החוק לא הסדיר את זה אז הממשלה רוצה להקים מערכת של בתי דין. זה לכאורה נכנס תחת סעיף 32 השאלה אם זה נופל במגבלה הראשונה (מתחם התפקיד הטבעי). גדר זה תפקיד הרשות המבצעת, שיפוט זה לא במתחם התפקיד הטבעי של הרשות המבצעת. המחוקק צריך להסדיר בחוק הקמת בתי דין שיפוטיים, זה לא מתפקידה של הרשות המבצעת וזה מפיל את תפקידה של הרשות המבצעת והממשלה לא יכולה לעשות זאת מכוח סעיף 32. הממשלה לא יכולה לגלוש לתחומה של הרשות השופטת באמצעות סעיף 32.

האם מותר לה לגלוש לתחומה של הרשות המחוקקת? האם חל כלל ההסדרים? מתי נמנע מהרשות המבצעת מלגלוש לתחום המחוקק? **הש' ח'שין בפס"ד ועדת המעקב-** הוא קבע לראשונה מתי חל ומתי לא חל כלל ההסדרים, עושה את החיבור בין כלל ההסדרים לבין סעיף 32.

ככל שהחלטה מהותית, גורלית, ברמה הלאומית זה יוצא מהרשות המבצעת ועובר לטיפולו של המחוקק, של הכנסת וכלל ההסדרים קובע **חזקה** שאת החלטה המהותית הכנסת צריכה לקבל ולא הממשלה. אם זה חוזר לרשות המבצעת מהרשות המחוקקת זו **סתירת החזקה**.

אפשר לקבוע שכל פעם שחל כלל ההסדרים הראשוניים הפעולה היא במתחם התפקיד הטבעי של הכנסת ולא של הרשות המבצעת ואז האפשרות להפעיל את סעיף 32, אם זה שייך לתפקיד הטבעי של הכנסת זה מבטל לנו את סעיף 32. למה זה מוחלט בסעיף 32 שחל כלל ההסדרים אי אפשר להפעיל את הסעיף? למה זה הופך להיות חזקה חלוטה בהקשר של סעיף 32? כדי לסתור את החזקה צריך לשון מפורשת של המחוקק שמחזירה את זה לרשות המבצעת. מתי מפעילים את סעיף 32? כשאין חוק ומכיוון שסתירת החזקה היא בלשון מפורשת של החוק-

כשאין חוק אז לא ניתן לסתור את החזקה של כלל ההסדרים. מלכתחילה אין אפשרות לסתירת החזקה. לכן החזקה נהפכה לחלוטה שלא ניתן לסתור אותה. אם לא ניתן לסתור את החזקה- החזקה חלוטה.

***אם תהיה שאלה במבחן לגבי סמכויות הממשלה השיוריות- חובה לבדוק את כל המבחנים של כלל ההסדרים הראשוניים. השלב הראשון- האם קובעים כלל הסדרי או שזה משהו פרוצדורלי, משני, שלב שני- האם מחילים את תשעת המבחנים והאם זה חל, השלב השלישי- לבדוק את סתירת החזקה- לא ניתן לסתור את החזקה כי אין חוק לגבי הכנסת, איזה מהשלים לא רלוונטיים. אם חזקה שזה חל על הכנסת ולא על הממשלה זה לא בתפקיד הטבעי של הממשלה. **אם כלל ההסדרים חל אסור להפעיל את סעיף 32 כי יש הסמכה בחוק ולכן אין סמכות שיורית.**

2. **שיוריות-** לא ניתן להפעיל את סעיף 32 בתחום המוסדר בחוק תוך עקיפת הסדר החוק? (פס"ד עיריית קריית גת) רק כשאין הסדר אחר. **אם יש הסדר אחר בתחום הזה הממשלה חסומה. אם התחום מוסדר בחוק מי שיטפל בו זה מי שהחוק הסמיך אותו. הממשלה לא יכולה לעקוף את ההסדר בחוק כי זה יפגע בהפרדת הרשויות.** אם הכנסת קבעה משהו בחוק הממשלה לא יכולה לעקוף את החוק. סעיף 32- כשיש לקונה, תחום שלא מוסדר בחוק הממשלה נכנסת לתוך הלקונה הזו ופועלת.

סוגיות קשורות לשיוריות:

א. **חוק שיישומו נדחה שוב ושוב** (חשין, ועדת המעקב)- מחוקקים חוק ומעוניינים לדחות את יישומו כי זה עולה כסף והממשלה פועלת במסגרת התקציב שיש לה בחוק התקציב השנתי. כשמעבירים תקציב בכנסת זה במהלך של שני שלבים: חוק התקציב השנתי- מגדירים את מסגרת התקציב וכמה כסף תוציא הממשלה לכל מטרה בשנה השלמה. המטרה לקבוע את מסגרת התקציב, עשו תיקון בחוק ועברו לתקציב דו שנתי. בג"ץ דרש לשנות את החוק כדי שיוכלו לקבוע את מסגרת התקציב, ולא בהוראת שעה. קובעים את מסגרת התקציב וקובעים את חוק ההסדרים של תקציב המדינה- חוק שמכניס תחתיו כל מיני עניינים- מטפלים בהכנסות ובהוצאות של המדינה. איך ניתן בחוק ההסדרים להגדיל את ההכנסות של המדינה ולצמצם את ההוצאות של המדינה? דרך ראשונה- אפשר להעלות מיסים. למשל המס על הטבק, הארנונה. אם תשלום הארנונה עולה יש יותר כסף לרשויות המקומיות ואז הממשלה צריכה פחות לתמוך כלכלית ברשויות המקומיות. הדרך השנייה לצמצם הוצאות זה להקפיא חוקים כי אם יש חוק שאמור לעלות כסף אפשר להקפיא אותו וכך חוסכים בהוצאות המדינה. חוק ההסדרים במשק המדינה הפשירו את חוק הקולנוע והתחילו לזרום כסף, קולנוענים ישראלים התחילו לזכות בפרסים. אחד החוקים שהוקפאו שוב ושוב הוא חוק ערי פיתוח- חוק שעזר לפתח את הערים בפריפריה ולעזור כלכלית לאותן ערים. **מה המשמעות של חוק שכל פעם מקפיאים אותו ולא מיישמים אותו? יש פה אפשרויות של פרשנות א' ופרשנות ב'. מה עושים עם חוק שאף פעם לא מסוים? פרשנות א'- במגבלה השנייה של השיוריות- חוק שבאופן שיטתי אינו מיושם כאילו זה לא קיים. אם הוא כביכול לא קיים הממשלה יכולה להפעיל את סעיף 32 ולעזור לפריפריה כמו שהיא רוצה.**

פרשנות ב' תגיד שכל עוד שהחוק כתוב בספר החוקים ולא משנה מתי הוא צריך להיכנס ליישום וגם אם מקפיאים אותו הוא נחשב לחוק ואז הממשלה חסומה מסעיף 32.

הש' חשין השאיר את העניין בצריך עיון. איך שופט יכול להגיע לעניין קריטי ולא להכריע בו? למה בחוק ערי פיתוח הוא לא הכריע? מבחינתו סעיף 32 נפל עוד במגבלה הראשונה (המתחם הטבעי) מכיוון שהוא קבע שאזורי עדיפות לאומית זו החלטה מהותית, ברמה הלאומית, חל עליה כלל ההסדרים וזה שייך אוטומטית למחוקק ולא ניתן לסתור את החזקה הזו, היא חלוטה ולכן זה נפל במגבלה הראשונה. לכן סעיף

32 נפל במגבלה הראשונה. פרשנות אחת מפילה את האפשרות להשתמש בסעיף 32 והפרשנות השנייה לא מפילה את האפשרות. **אין הכרעה בפסיקה.**

24/02/19

שיעור שני

ב. **ההבחנה בין לאקונה לבין "הסדר שלילי"** – יש חוק שחל בתחום X ומסמיך רשות מסוימת ומסביב לתחום יש תחום Y. אם בתחום Y יש לקונה מי יכול להיכנס בחוק? השאלה האם אפשר להפעיל את סעיף 32 בתחום Y? בתחום X אם זה מוסדר בחוק, הממשלה חסומה ובכל מקרה לא תוכל לפעול בתחום X. על פי מגבלת השיוריות אי אפשר להיכנס לתחום שמוגדר בחוק. אם יש לקונה הממשלה תוכל להפעיל את סעיף 32 בתחום Y ותוכל לפעול שם. למשל: פס"ד חירות – טלוויזיה ורדיו – שירותי התעמולה, הייתה סמכות לראש ועדת הבחירות לפסול תשדיר בטלוויזיה, הרדיו לא מוסדר בחוק. השאלה היא האם הממשלה יכולה להפעיל את סעיף 32? אם יש לקונה היא יכולה להיכנס ולפעול שם. בפס"ד חירות ביהמ"ש השלים את הלקונה ואם הוא השלים את הלקונה זו תהיה סוגיה ג'.

דוג': תחום X מוסדר בחוק, השאלה מה עושים עם תחום ה-Y? יכול להיות שאם נכנסים לתחום Y אם בתחום Y יש לקונה האם ניתן להפעיל את סעיף 32? פס"ד חירות השלים את הלקונה ואם הוא השלים את הלקונה זה יהיה סוגיה ג'. צריך פרשנות להחליט מה עם תחום Y, האם זו לקונה או הסדר שלילי? שני המבחנים לא אפקטיביים אנחנו נתמקד:

1. האם שתיקת המחוקק ב-Y מדברת? הכנסת דיברה ב-X ושתקה ב-Y האם לפי השתיקה היא לא רוצה להסמיך אף רשות?

2. האם מכלל הן אתה שומע לאו? האם מהכך על תחום X ניתן לשמוע כן גם על Y?

3. עד כמה פעולה בתחום Y מפריעה להגשמת התכלית של חוק X?

יש שלוש רמות של הפרעה:

1. **מפריעה מאוד** – יכול להיות שפעולה בתחום Y מפריעה מאוד עד כדי יכולת לסכל את התכלית של חוק X. אם זה המצב – מה יותר הגיוני? שהכנסת חשבה על זה ואמרה שהיא לא רוצה הסדר ב-Y או הסדר שלילי ב-Y או שהיא שכחה להסדיר את תחום Y? הדוגמא לפעולה שמפריעה מאוד להגשמת התכלית של חוק X זה פס"ד חירות – הכנסת הסדירה פעולת ביקורת על שידורי התעמולה בבחירות, המטרה הייתה למנוע הסתה נגד ערכי היסוד. בוחנים את המבחנים לגבי זה שאין הסדר לגבי ההסתה ברדיו וכן יש הסדר לגבי הטלוויזיה: 1. האם בזה שהמחוקק שתק לגבי הרדיו ניתן לשמוע שלא אכפת לו שיסיתו ברדיו? שתיקת המחוקק לא מדברת. 2. האם מכלל הן ניתן לשמוע שזה שהמחוקק לא רוצה שתהיה ביקורת בטלוויזיה הוא רוצה שגם לא תהיה ביקורת ברדיו? כן. 3. עד כמה פעולה בתחום Y מפריעה להגשמת תכלית חוק X? אם יסיתו נגד ערכי היסוד ברדיו זה יפריע? כן, זו אותה הסתה רק בכלי תקשורת אחר. פעולה כזו של סוג Y מפריעה מאוד להגשמה של חוק X.

אם זה כ"כ מפריע סביר שהכנסת שכחה להסדיר את העניין ברדיו, זה לא שהיא לא רוצה. הנטייה היא לפרש כלקונה. הממשלה יכולה להפעיל את סעיף 32 אם יש לקונה.

2. **מפריעה ברמה בינונית** – אם הפעולה מפריעה ברמה בינונית זה לא מפריע מאוד אבל בכל זאת מפריע ברמה כלשהי, זה יכול להיות או לקונה או הסדר שלילי.

3. **אינה מפריעה כלל ואף תומכת בתכלית** - אם פעולה בתחום Y לא מאיימת על הפעולות בתחום X ואפילו תומכת בו, לכנסת לא אכפת ולא מעניין אותה מה קורה שם. אין לכנסת סיבה להסדיר את זה לא בהסדר שלילי ולא בלקונה. גם פה תהיה נטייה לפרש כלקונה.

בג"ץ 381/91 גרוס נ' משרד החינוך - באותה תקופה היה מענק שחרור אחיד לכל חייל. ברגע שקובעים מענק כלשהו בחוק יש חובה לשלם את זה כל שנה ולא משנה בתקציב המדינה. "הסמכה תקציבית" - הכנסת קבעה שצריך לשלם כל שנה מענק לחיילים - כדי שניתן יהיה לשלם צריך הסמכה מהותית, יכולת חוקית לשלם את הכסף. אם יש חוק X והוא קובע את המענק לכל חייל ההסמכה המהותית מצויה בחוק X. התכלית שרוצים להשיג זה לעזור לחייל להסתגל בחיים האזרחיים. הדרישה של "הסמכה תקציבית" - לא ניתן להוציא כסף שאין. אם רוצים להוציא כסף מקופת המדינה ולשלם מענק לחיילים זקוקים להסמכה תקציבית שניתן בחוק התקציב השנתי. הממשלה רוצה להיכנס לתחום Y שמשיק לתחום X. התוכנית של הממשלה היא לתת מענק מוגדל לחיילים בעלי רקע של מצוקה כלכלית. קודם כל יצטרכו לזהות מיהם אותם חיילים. כדי לשלם את המענק המוגדל צריכה להיות "הסמכה מהותית" - למדינה תהיה הסמכה מהותית מסעיף 32 - סמכות שיורית לממשלה. מתעוררת השאלה האם יש ב-Y לקונה או הסדר שלילי? השאלה היא האם הכנסת לא אמרה לנו כלום לגבי תחום Y - אם זו לקונה - הממשלה תוכל להפעיל את סעיף 32 ולהפעיל את תוכנית מענק מוגדל. אם הכנסת רוצה מענק אחיד לכל החיילים זה הסדר שלילי כי ב-Y היא לא רוצה שאף אחד יפעל וזה אומר שלא ניתן להפעיל את סעיף 32. המבחנים אם זו לקונה או הסדר שלילי? 1. האם השתיקה של המחוקק ב-Y אומרת שניתן להבין שלא רוצים להוסיף לחיילים כסף? לא שומעים את זה, המדינה כן הייתה רוצה לתת לחיילים מענק מוגדל אבל היא לא יכולה לכן היא נותנת מענק אחיד. 2. האם מכלל הן של מענק שחרור אחיד ניתן לשמוע שלא רוצים שיוסיפו סכומים? לא. 3. עד כמה פעולה של הממשלה בתחום Y מפריעה להגשמה בתחום X? האם היא מפריעה מאוד? האם היא מפריעה ברמה בינונית? האם היא אינה מפריעה ואפילו תומכת בתחום X? התכלית של המדינה לא מפריעה ואפילו תומכת בחוק X. רוצים לעזור לחיילים אז התוכנית של הממשלה תומכת בחוק X ועוזרת להגשים את התכלית של חוק X. מכיוון שלכנסת לא אכפת אם יהיה כסף לתמוך יותר בחיילים, היא פשוט לא הסדירה את חוק Y ואז יש לקונה. ברגע שזה לקונה אפשר להפעיל את סעיף 32 ויש הסמכה מהותית ואפשר לשלם מענק מוגדל לחיילים. בהסמכה התקציבית יש לבדוק האם זה מופיע בחוק התקציב השנתי, האם מענק מוגדל לחיילים מתקשים כלכלית מופיע וכמה יש לשלם.

בג"ץ 5062/97 איגוד שמאי הביטוח נ' מד"י - חוק X קובע פיצוי לחקלאים במקרה של "אסון טבע". אסון טבע קורה פעם ב-10 שנים לכן המקרה הוא צר. הרעיון של החוק הוא לעשות קרן לפיצויים לאסון טבע, הזרמות תקציביות מביטוחים. המטרה היא שהכסף יילך ויצטבר ואז לשלם לחקלאים בזמן אסון טבע. לממשלה יש תוכנית פיצוי על "כמעט אסון טבע" שזה תחום Y. יש שנים שנגרמו נזקים חקלאיים אבל זה לא אסון טבע. החקלאים הם רבים ולפעמים הם מפעילים לוביסטים שהולכים לאנשים בעלי השפעה כמו שר החקלאות. שר החקלאות רוצה לעזור לחקלאות ואם הממשלה תסכים איתו היא תקים את הפיצוי של כמעט אסון טבע שזה תחום Y. האם ההסדר של אסון טבע יוצר לקונה ב-Y או הסדר שלילי? לפי המבחנים: 1. האם ניתן לשמוע ע"י זה שהכנסת הסכימה לפצות את החקלאים רק לפי מקרה של אסון טבע שהיא לא מעוניינת לפצות את החקלאים לפי אסונות אחרים? אין מספיק כסף למדינה, השיקולים של הכנסת זה שיקולי תקציב. הכנסת לא מתנגדת שאם המצב החקלאי קשה ונגרמו בשנה נתונה נזקים קשים לחקלאים ויש שנים תקציביות טובות, יש לממשלה זרבה תקציבית, לא ניתן לראות שהיא מתנגדת לתת תקציב לחקלאים. 2. האם מכלל הן שומעים שהכנסת לא רוצה לתת שום פיצוי חוץ מאסון טבע? לא ניתן לשמוע את זה. 3. עד כמה פעולה בתחום Y מפריעה להגשמת התכלית של חוק X? האם זה מפריע מאוד? ברמה בינונית? או לא מפריע בכלל ואפילו תורם? המדינה רוצה לחזק את החקלאות, אם לא תהיה חקלאות זה יפגע במדינה. אם הממשלה נכנסת בשנה קשה שיש כמעט אסון טבע ויש תקציב לשלם לחקלאים זה לא מפריע לתכלית של הכנסת אלא מחזק את התכלית של הכנסת ולכן בגלל שזה לא מפריע בכלל ואף תומך בתכלית של הכנסת יש לפרש כלקונה ואם זה לקונה הממשלה יכולה להיכנס ולהפעיל את סעיף 32 ולקבוע עזרה

לחקלאים. הממשלה צריכה להמתין ולראות שהמדינה לא הכריזה על אסון טבע כי אם כן אין סיבה להתערבות הממשלה. בהסמכה התקציבית נכניס את ההוראה ל"כמעט אסון טבע".

ג. **האם ניתן להיכנס לחלל בחוק שהושלם ע"י ביהמ"ש?** (פס"ד חירות) ביהמ"ש ישלים לקונה מכוח סעיף 1 לחוק יסודות המשפט. אם הוא הושלם כבר אין לקונה כי ביהמ"ש השלים אותה ובסוגיה ג' נגיד שכבר אין לקונה ואז זה חוסם את הממשלה מלהפעיל את סעיף 32. **כפי הנראה תחום שהוסדר ע"י לקונה הפך להיות מוסדר וכבר אין לקונה והממשלה לא יכולה להפעיל את סעיף 32.**

אחרי המגבלה של השירות:

3. פגיעה בזכויות אדם/ עקרונות חוקתיים- מה קורה לעקרון חוקיות המנהל כשיש פגיעה בזכויות אדם? עקרון חוקיות המנהל אומר שכל פגיעה בזכויות אדם צריכה להיות מוסמכת בחוק במפורש. מה קורה כשיש פגיעה בזכויות אדם או בעקרונות חוקתיים? ההסמכה צריכה להיות במפורש, מפורשת בחוק ולא במשתמע. **למה זה מפיל את דוקטרינת הסמכויות השירותיות? סמכויות עזר נלמדות במשתמע מהתפקיד הראשי אז אם צריך הסמכה מפורשת סמכויות עזר ייפלו.** לא ניתן להשתמש בסמכות משתמעת כדי לפגוע בזכויות אדם. למה זה מפיל את סעיף 32? כי סעיף 32 הוא סעיף הסמכה כללי. **אין בסעיף 32 הסמכה מפורשת לפגיעה בזכויות אדם או בעקרונות חוקתיים.** זה מפיל את כל הסעיף ולא ניתן להשתמש בו.

4. סמכות הממשלה השירותית- כפופה לכל כללי המשפט המנהלי האחרים- אפשר היה לחשוב שאם נתנו לממשלה סמכויות חוקתיות בחוק יסוד שהיא משהו מעל המשפט המנהלי ואז היא לא חייבת לעמוד ביתר כללי המשפט המנהלי. התשובה של הפסיקה היא שאין דבר כזה. **סעיף 32 מספק את הסמכות לממשלה ולא נותן שום פריבילגיה אחרת ולכן הממשלה כפופה לכל יתר כללי המשפט המנהלי.** האם הממשלה צריכה לתת זכות טיעון לפני שהיא פוגעת במישהו באמצעות סעיף 32? כן, זכות טיעון היא כלל במשפט המנהלי **וסעיף 32 לא פוטר את הממשלה מיתר כללי המשפט המנהלי.** האם תוכנית הפיצוי של הממשלה צריכה להיות סבירה עפ"י כללי הסבירות? כן.

03/03/19

שיעור שלישי

אצילת סמכות- מעורבות הגורם הזר בהחלטה:

גורם זר = מי שאין לו הסמכה בחוק.

אצילת סמכות = רמות התערבות של גורם זר:

1. היוועצות- אני מקשיב אבל לא חייב לקבל את העצה.
2. הסתייעות (ביצוע באמצעות אחר)- מעבירים לו חלק קטן יחסית מהתפקיד.
3. אצילת סמכות- מעבירים לו את ליבת התפקיד.

היוועצות:

- **היוועצות סטטוטורית-** יש חובה להיוועץ בחוק לפני שמקבלים החלטה- בהיוועצות סטטוטורית זה לא גורם זר.
- **היוועצות וולונטרית-** ניתן לקבל החלטה ללא התייעצות אבל בוחרים לקבל עצה מכל מיני גורמים באופן וולונטרי.

הכלל:

כל המרבה הרי זה משובח.

התנאים להיוועצות הסטטוטורית:

1. הפעלת שיקול דעת עצמאי ע"י בעל הסמכות בחוק- האדם צריך לקבל את ההחלטה הסופית כדי שזה ייחשב להיוועצות.
2. ההיוועצות צריכה להיות עם מומחה סביר בתחומו- נניח מנהל רשות העתיקות- תפקידו לתת רישיונות חפירה לארכיאולוגים, שיקול דעתו אמור להיות אם הוא יפגע בקברים ואם יחלל את קידוש הדת וכ"ו. אם מנהל רשות העתיקות לא בקיא בתחום הוא יזמין מומחה.
3. מייעץ שאינו נגוע בניגוד עניינים- אסור להתייעץ עם מייעץ שנגוע בניגוד עניינים אלא במייעץ שאין לו אינטרס ושייתן לי את העצה עפ"י מומחיותו.

לתנאי הראשון יש חריג בפסיקה: החלטה טעונה מומחיות מיוחדת שאינה קיימת אצל בעל הסמכות. בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר ופס"ד טחן. הפסיקה רואה בזה סוג של היוועצות ולא העברת תפקיד.

בפס"ד טחן- אנשים היו נמחצים ממעליונים. מי שצריך לקבוע תקנות בטיחות זו שרת העבודה והרווחה. היא צריכה לקחת מומחה שיכתוב לה תקנות בטיחות. אחרי תקופה נותנים לה את התקנות, היא חותמת. היא לא הפעילה שיקול דעת עצמאי ולכן זה חריג. היא העבירה להם חלק גדול מהתפקיד. אסור להאציל סמכות להתקין תקנות. לכאורה, היינו צריכים לפסול את זה. לא פוסלים את זה כי מדובר בחריג. היא יזמה את התקנות אבל היא לא מבינה בעניין המעליונים, זה עניין טכני שטעון מומחיות מיוחדת ולכן מוכנים לראות בזה היוועצות ולא העברת התפקיד וזה החריג. בהנחה שהיא לא מבינה בנושא עליה לקחת עוד מומחה ולעשות הצלבה בין חוות הדעת, היא צריכה לפקח עליהם שהבדיקה נעשית ברצינות.

בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר- נותנים הטבות לתושבי קו עימות, יישובים שבעת לחימה יחטפו ארטילריה נותנים להם הטבות מס ותמריצים. מי שצריך לחלק את ההטבות זה משרד האוצר. שר האוצר לא מבין בעניין, הוא יפנה למערכת הביטחון שישרטטו לו מפה. הם חוזרים אליו עם המפה ורשימת היישובים והוא חותם על זה. כאן גם יתקיים החריג. הוא מפעיל שיקול דעת עצמאי, אין לו ברירה אלא להישען על המייעץ. זה טעון מומחיות מיוחדת. הוא צריך לפקח שהמומחה הכי טוב ישב על זה ועשה עבודה רצינית.

דוגמא לטעות של הפסיקה:

ע"א 3962/97 בארתיים מושב עובדים נ' ארד- ועדות קבלה ביישובים קטנים הוסמכו בחוק. הייתה עתירה חוקתית לפסול אותן כי זה לא שוויוני. נפתח פתח לאפליה שיטתית. הש' ג'ובראן קבע שצריך לפסול את החוק הזה אבל במשפט החוקתי התפתחה דוקטרינת "בשלות" = "עתירה לא בשלה"- רוב השופטים טענו שיש לחכות שהחוק ייושם ולא צריך להפעיל את החוק ישר. אם תהיה תוצאה של הפליה שיטתית אולי יפסלו את החוק. כשמדינה נותנת סמכות לגורם פרטי זו "הפרטה". זה כמו לקחת אנשים פרטיים ביישוב ולתת להם לנהל את מקרקעי ישראל. בגלל שביהמ"ש הפעיל את הבשלות אין תשובה ברורה אם זה חוקתי או לא.

נניח שהועדות לקבלה ליישובים לא מוסמכות בחוק אז הן גורם זר לכל דבר. מנהל מקרקעי ישראל היה מתייעץ איתן- נניח יש הרחבה ביישוב, מנהל מקרקעי ישראל היה קובע למי ניתן להקצות את ההרחבה. יש מועמדים להתקשר עם המנהל ומי שמראיין אותם זו ועדת הקבלה. הועדה מגישה למנהל רשימה, כיום היא צריכה לנמק עפ"י המשפט המנהלי. האם המנהל הפעיל שיקול דעת עצמאי? אם היה מראיין את כל הנפסלים כן אבל מנהל מקרקעי ישראל מקבל את הרשימה מוועדות הקבלה ולכן הוא לא מפעיל שיקול דעת עצמאי. כדי לוודא אם מדובר בחריג- האם ההחלטה לקבל אנשים מסוימים טעונה מומחיות מיוחדת? לא. ביהמ"ש יכול היה לפסוק שמכיוון

שמהל מקרקעי ישראל מקבל את הרשימות איך שהן- לא מדובר בחריג, מדובר באצילת סמכות וזה פסול. לדעת ד"ר שרון פסה"ד שגוי. כיום החוק הציל את הוועדות ואומר שניתן לראות בזה היועצות.

אם לא הצלחתי להראות שזו היועצות ושהפעלתי שיקול דעת עצמאי ניתן לומר שזה לפחות הסתייעות ואולי גם אצילה.

הסתייעות:

אם זו הסתייעות קובעת הפסיקה שחזקה שהיא מותרת. חזקה ניתנת לסתירה. כל מקרה של הסתייעות הוא חוקי כי מעולם לא נקבע מצב שהסתייעות זה לא חוקי, זו חזקה שהיא כמעט חלוטה.

אצילת סמכות:

חזקה שהיא אסורה.

איך נבחין שמדובר בהסתייעות או באצילה?

בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ' נ' רשם החברות- קבע מבחנים:

1. **מבחן 1: היקף התפקיד המועבר**- ככל שאני מעביר חלק קטן מהתפקיד זה יהיה הסתייעות. ככל שנעביר חלק גדול יותר זו אצילה.

2. **מבחן 2: מהות שיקול הדעת**- ככל שאני מעביר שיקול דעת טכני, צר, מצומצם מדובר בהסתייעות.

לציבור יש עניין לעיין במרשם החברות כשהוא בא להירשם כחברה. רשם החברות לא רוצה להתעסק עם תדפיס המרשם כשירות לאזרחים אז הוא מתקשר עם חברה מסחרית שתהיה אחראית על הפקת התדפיס, הוא קובע לה את גובה האגרה עבור התדפיס. מי שירצה לקבל את התדפיס נדרש לשלם סכום מסוים. האם אפשר להגיד שהייתה פה רק היועצות עם חברה מסחרית או שחלק מהתפקיד כן עבר? החלק הטכני של התפקיד עבר ואז יש הבחנה בין ליבת התפקיד לתפקיד קטן. עיקר התפקיד זה לבדוק את החברות, את הפעילות העסקית שלהן ולדאוג שהמרשם יהיה מדויק לגבי האישיות המשפטית. **ההדפסה היא חלק קטן מהתפקיד. אין פה שיקול דעת אלא שרק מדפיסים וגוברים את הסכום עבור השירות.** ברגע ששני המבחנים קרובים להסתייעות זו הסתייעות וחזקה שהיא מותרת.

בג"ץ 3791/16 סנדלר נ' שר התחבורה- הרפורמה בטסטים- יש מצלמת GPS שמצלמת את כל הנסיעה בטסט והיא זו שקובעת אם הנהג עבר את הטסט או לא. בעבר הטסטר היה קובע אם הנהג עבר את הטסט, כיום הוא רק מכוון לאן לנסוע. המחשב מוציא את התוצאה אם הנהג עבר או לא וזה עפ"י הנתונים. ניתן להגיש ערעור. האם הרפורמה שהכניסה טסטרים פרטיים זו הסתייעות או אצילת סמכות? מבחינת הפסיקה זה צמצם את היקף התפקיד המועבר וגם את מהות שיקול הדעת. המבחן אמור להיות יותר טכני. ברגע שהם נוטים יותר לכיוון הסתייעות חזקה שהסתייעות מותרת.

3. **מבחן 3: מנגנון ביצוע או קובע "הסדרים ראשוניים"?** (פס"ד הורנשטיין)

המבחן בודק מה עושה הגורם הזר, האם הוא סוג של מנגנון ביצוע או שהוא קבע את ההסדרים הראשוניים, את אמות המידה להפעלת הסמכות. פס"ד פיליפוביץ'- האם ההדפסה היא מנגנון ביצוע או קובע הסדרים ראשוניים? היא מנגנון ביצוע. מה שנשאר לה זה להדפיס לכן זה מנגנון ביצוע מובהק. גם בפס"ד סנדלר זה מנגנון ביצוע כי הטסטר לא מכריע מי עובר את הטסט ומי לא.

התפקיד הראשון- הסדרת מגרשי חנייה בעירייה- מגרשי חול שהופכים לחניות מוסדרות בתשלום. צריך להחליט אילו מגרשי חול הופכים למגרשי חניה מוסדרים. איך מסדירים את החנייה? ע"י שומר שגובה תשלום או ע"י מדחן שעומד שם. מועצת העיר הטילה את הסמכות על ראש העיר. האם זה תפקיד גדול להחליט איך ייגבה הכסף? לא. האם שיקול הדעת הוא מורכב, רחב, טכני? טכני. האם ראש העיר הוא מנגנון ביצוע או שהוא קובע הסדר ראשוני? הוא קובע משהו טכני, הוא סוג של מנגנון ביצוע.

התפקיד השני- ראש העיר יחליט איזה מגרש חול יהפוך לאזור חנייה מוסדר. היקף התפקיד- הסדרת החנייה- היקף רחב. האם יש שיקול דעת? ביהמ"ש פנה למבחן השלישי- ושאל מי קבע את הסדרי החנייה? מי קובע את הכללים לחנייה בעיר כלשהי? מועצת העיר זו הרשות המחוקקת, הם נבחרו ע"י התושבים. היא קבעה את ההסדר הראשוני- כל מי שרוצה לחנות בשטח חנייה מוסדר חייב לשלם והתשלום יהיה X. ראש העיר יחליט איזה מגרש חול יהפוך לשטח מוסדר לחנייה. מבחינת מועצת העיר ראש העיר יהפוך למנגנון ביצוע. ניתן להתווכח שזה מנגנון ביצוע או קביעת הסדר ראשוני.

4. מבחן 4 : בשיעור הבא.

10/03/19

שיעור רביעי

המשך- אצילת סמכות- מעורבות הגורם הזר בהחלטה:

א. אצילה רגילה- אצילה שלא ע"י שר- הפסיקה קובעת – חזקה שהיא אסורה! רוב הסיכויים שהאצילה לא חוקית.

חזקות ניתנות לסתירה אולם, החזקה לגבי הסתייעות לעולם לא נסתרה. למדים מכך כי ב- 99% מהמקרים הסתייעות היא חוקית.

מבחני הפסיקה להבחנה בין "הסתייעות" לבין "אצילה":

1. **היקף התפקיד המועבר** – ככל שאני מעביר חלק קטן יותר מהתפקיד, הנטייה תהייה להסתייעות וההפך.
2. **מהות שיקול הדעת** – ככל שאני מעביר תפקיד טכני, שיקול דעת מצומצם וצר, הנטייה תהייה להסתייעות וההפך. תפקיד קשה יותר, דורש איזון בין כמה שיקולים ורחב יותר, הנטייה תהייה לכיוון אצילה.

בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ' נ' רשם החברות- דן בשני המבחנים הראשונים. רשם החברות רושם את החברות הקיימות. המרשם אומר לנו מיהן האישיות המשפטיות האמיתיות שיש להן תוכן באמת. כך נדע מהו תאגיד אמיתי שאפשר להתקשר עמו. אם הרשם מזהה כי מדובר בחברת "קש", עליו למחוק אותה ולהזהיר את הציבור כי מדובר בחברה שמטרתה להונות את הציבור ולא מתנהלת בה פעילות עסקית. רשם החברות מחליט להתקשר עם חברה מסחרית שהיא תהא אחראית על הנפקת התדפיס של הרשם. הוא גובה לה את גובה האגרה עבור התדפיס. מי שירצה לקבל תדפיס של רשם החברות, ישלם את הסכום שהרשם קבע לחברה ויקבל את התדפיס. האם ניתן לומר כי הייתה פה רק היוועצות בחברה מסחרית או שחלק מהתפקיד עבר? עיקר התפקיד של הרשם הוא לבדוק שאכן אין הונאה בחברה ושהאישיות המשפטית אמיתית. החלק של ההדפסה הוא חלק קטן מאוד מהתפקיד. מדובר במשהו טכני מאוד של הדפסה. מהות שיקול הדעת – מדובר בעניין טכני מאוד, אין שיקול דעת. **עולה משני המבחנים כי מדובר בהסתייעות והחזקה היא שזה מותר.**

בג"ץ 3791/16 סנדלר נ' שר התחבורה- הרפורמה בטסטים. בעבר הטסטים היו קובעים את מסלול הנהיגה והיו קובעים את הציון. היום, בעקבות הרפורמה המסלול נבחר באופן אוטומטי והכל מצולם. ניתן לערער על הטסטים. באם הרפורמה שהכניסה טסטים פרטיים שאינם עובדי משרד הרישוי זו הסתייעות או אצילה? בעיקרון הטסטר יושב ברכב, אבל הוא מעין "עוזר של המערכת" והוא טכני יותר. הוא לא מחליט האם עברת או לא, אלא הוא ממלא נתונים. מבחינת הפסיקה מדובר בצמצום היקף התפקיד המועבר וצמצום מהות שיקול הדעת. המבחן אמור להיות טכני יותר, **כאשר שני המבחנים נוטים להסתייעות.**

3. **מנגנון ביצוע או קובע "הסדרים ראשוניים"?** מבחן זה אומר – מה עושה הגורם הזר? האם הוא מנגנון ביצוע או קובע את ההסדרים הראשוניים? קובע את העקרונות, את אמות המידה להפעלת הסמכות.

פס"ד פיליפוביץ' – החברה המדפיסה היא מנגנון ביצוע בלבד.

פס"ד סנדלר – לפי הרפורמה היה לו שיקול דעת והוא היה ההסדר הראשוני. לאחר הרפורמה, המחשב הוא "בעל שיקול דעת". הכל נקבע ע"י משרד הרישוי, מערכת ממוחשבת וזה מנגנון ביצוע. ההסדר הראשוני נקבע במחשב והטסטר רק ממלא פרטים. ההסדר הראשוני שקובע את מי מעבירים ובאיזה הסדרים נקבע במחשב.

פס"ד הורנשטיין – הסדרת מגרשי חניה בעירייה. יש להחליט שתי החלטות – (1) איזה ממגרשי החול בעיר הופכים לחניות מוסדרות. (2) מה היא הדרך באמצעותה גובים את התשלום. מועצת העיר מטילה על ראש העיר את התפקידים האלה. **מבחינת הדרך לגבות תשלום –** מהות שיקול הדעת – טכני מאוד. ראש העיר הוא מנגנון ביצוע בלבד. ניתן להתווכח עם הפסיקה לגבי התפקיד השני – איזה מגרש חול יהפוך למגרש חניה מוסדר. **מבחינת היקף החנייה –** מועצת העיר נתנה יותר סמכות לראש העיר ונתנה לו תפקיד רחב יותר. שיקול הדעת – רחב יותר. בית המשפט בדק את המבחן השלישי וקבע – מי קבע את הסדרי החניה ואת הכללים לחניה בעיר כלשהי? מועצת העיר, הגוף שיש בו את חברי המועצה שנבחרו ע"י התושבים והיא קבעה את ההסדר הראשוני – כל מי שרוצה לחנות בשטח חניה מוסדר חייב לשלם סכום כזה או אחר. ראש העיר קבע איזה מגרש חול יהפוך לשטח מוסדר. המועצה קבעה את ההסדרים וראש העיר קבע רק את מנגנון הביצוע. לפיכך, ניתן לכאורה לטעון כי גם בהחלטה זו מדובר בהסדר ראשוני (זה קובע אמות מידה איזה מגרשים יהפכו לחניות ואיזה לא). **ככל שהוא יותר מנגנון ביצוע, זאת הסתייעות. ככל שהוא קובע הסדרים ראשוניים (אמות מידה) זאת אצילה.** יכול להיות שגם הקביעה אלו מגרשים יהפכו לחניות זה אמות מידה.

פס"ד זיק דינור – מכון התקנים. צריך לתת תקן למוצר ולבדוק שהמוצר לא מסכן את הציבור. מדובר על חברה לייצור זיקוקים. מכון התקנים הוציא את הדוגמה למתקן חוץ במעבדה (אין לו מקום מבוקר לבדוק). מכון התקנים קובע את התקן שאימץ ממדינה זרה לבקרה על זיקוקים. הוא קבע את התקן ומה צריך להתקיים בזיקוק. המעבדה מפוצצת את הזיקוק ובודקת האם הוא עומד בתקן או לא. המכון הוא זה שקבע את התקן וקבע את הסטנדרט והמעבדה רק מפוצצת. יש למעבדה תפקיד קטן יותר. מהות שיקול הדעת- טכני מאוד. האם הפכתי את הגורם הזר למנגנון ביצוע או שהוא קובע את ההסדרים הראשוניים? בתקן שהמכון אימץ. התקן משכלל כמה אנחנו צריכים להתחשב בחופש העיסוק של היצרנים ומה יש להתחשב בציבור. רק מה שעומד בתקן ניתן לייבא לישראל. המעבדה היא מנגנון ביצוע בלבד.

4. **מבחן 4: האם ניתן להנחות מראש את הגורם הזר באופן מדוקדק?** האם אני יכול לפקח עליו מראש ולתת לו הנחיות מפורטות שהוא צריך רק לבצע (מתחבר למבחן 3).

פס"ד זיק דינור – כמכון התקנים יש לי את המידע מהו המתקן שצריך להחזיק. המכון יכול לדרוש מדידות מסוימות, מתקן מיוחד ורישומים מיוחדים. כלומר, ניתן מראש להנחות את המעבדה באופן מדוקדק מאוד.

פס"ד פיליפוביץ' – ניתן לקבוע את הסוג של המדפסת, את הדפים, את גובה העמלה וכדומה.

פס"ד סנדלר – הקריטריונים נמצאים במערכת והמערכת מנחה את הטסטר כיצד לפעול.

מקרים אלה מציגים הסתייעות קלאסית. לכן, החזקה שזה מותר ולעולם החזקה לא נסתרה.

פס"ד המרכז האקדמי – בתי כלא. בניהול כלא ובאירועים שיכולים להתרחש בו יש הרבה אי וודאות ואף קורס של השב"ס לא יכול להנחות את הסוהרים כיצד לפעול. ע"פ מבחן זה, לתת לחברה פרטית לנהל בית כלא **זו אצילה, ולא הסתייעות. לכן, פס"ד נופל במבחני ההסתייעות.** בית המשפט קבע כי מדובר באצילה וזו הייתה אחת הסיבות העיקריות לכך שהפרטת בתי הכלא נפסלה חוקתית. כלא המנוהל ע"י חברה מסחרית זה המודל האנגלי- הפרטה מלאה. המודל הצרפתי מציע מודל משולב - החברה המסחרית עושה את העניינים הטכניים יותר (הסעדה, ניקיון, מסדרים וכו'). נניח כי מצב כזה היה קורה בישראל, זה היה נחשב כהסתייעות שכן טיפול בהפרות סדר וקבלת החלטות חשובות הן בידי סוהרי השב"ס והפעולות היום יומיות של כביסה, ניקיון, הסעדה וכדומה שלא דורשות שיקול דעת נמצאות בידי חברה מסחרית.

אם אני רק מסתייע בו, הוא לא הופך להיות חלק מהשלטון, מהשרשרת השלטונית. לעומת זאת, אם אני מאציל סמכות, אם מדובר על גורם פרטי, זאת הפרטה, והוא הופך להיות חלק מהשלטון, הופך להיות חלק מהשרשרת השלטונית.

מהות האצילה יוצרת סמכות כפולה: המאציל מוסמך + הנאצל.

1. **המאציל** - נותר מוסמך מכיוון שהחוק מסר לו את הסמכות. לעולם הוא לא יצליח להשתחרר מהתפקיד הציבורי שקיבל בחוק. הוא אחראי על הסמכות בחוק והוא חייב לפקח את הנאצל.
2. **הנאצל** – קיבל את הסמכות באצילה. הוא מוסמך עכשיו גם.

המאציל יהיה גבוה יותר בהיררכיה. הנאצל כפוף למאציל. המאציל יכול לבטל את האצילה תמיד וללא תנאי. הוא יכול לבטל את האצילה מאחר והוא בעל התפקיד על פי חוק והוא אחראי כלפי הציבור על הפעלת הכוח השלטוני. לכן, אם הוא חושב שישנה בעיה עם הנאצל, הוא יכול תמיד ללא שום תנאי לבטל את האצילה ולמלא את התפקיד בעצמו.

מודעות להבחנה בין הסתייעות לבין אצילה –

הרשות חייבת להיות מודעת להבחנה הזאת. המודעות של הרשות חשובה, מכיוון שאצילה דורשת רמת פיקוח גבוהה יותר. בהסתייעות- הגורם הזר לא הופך להיות חלק מהרשות השלטונית ואז הנזק שהוא יכול לגרום קטן יותר. באצילה- הרשות חייבת לפקח יותר והנאצל אחראי לכל מה שהוא יעשה. יכול להיות פגם אם רשות חשבה שהיא מסייעת והתברר כי הייתה אצילה למעשה – אצילה לא מודעת. עצם חוסר הוודאות יצר פגם. לכן, רשות שלטונית צריכה לפנות ליועץ המשפטי לפני שהיא מאצילה ותבדוק האם העברת התפקיד לגורם הזר תהיה הסתייעות או אצילה. במידה וזאת תהיה אצילה, היא תצטרך לבדוק האם זאת אצילות ראויה והאם היא תוכל לפקח עליה באופן אפקטיבי. אולם, אם היועץ המשפטי אומר כי מדובר בהסתייעות, אפשר לצאת מנקודת הנחה שאין כלל בעיה עם כך ושזה חוקי ותקין.

עד עכשיו למדנו כי אצילה, חזקה שהיא אסורה. אולם, כעת נציג קטגוריה אחרת של אצילה שחזקה שהיא מותרת.

ב. אצילה ע"י שר- ס' 33(ב) לחוק יסוד: הממשלה. אם יש ס' שאומר שזה מותר, **החזקה הינה שלא ניתן לומר שזה אסור.**

ס' 33(ב) לחוק יסוד: הממשלה – "סמכות הנתונה לאחד השרים ע"פ חוק, או שהועברה לו ע"פ ס' 31, למעט סמכות להתקין תקנות. רשאי השר לאצול לעובד ציבור..".

ס' 31 – כל שר מקבל את הסמכות שלו בחוק. ישנה אפשרות להעביר חטיבות מסוימות ממשרד למשרד (להעביר נושא מסוים שהיה באחריות משרד מסוים למשרד אחר). **על מנת להעביר יש צורך (א) בהחלטת ממשלה (ב) באישור הכנסת.** מדוע הכנסת צריכה לאשר את ההעברה? בהפרדת רשויות לא יכול להיות מצב שהממשלה תשנה את החלטת הכנסת.

ס' 33(ה) – **"הוראות הס' יחולו אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק המסמיך"**. כוונה שאנחנו למדים עליה בפרשנות מהוראות החוק.

למעשה, ס' 33(ב) אומר שהשר רשאי וס' 33(ה) אומר שמה שתכתוב ב 33(ב) נכון, רק אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק המסמיך. כלומר, הוא לא רשאי לאצול בכל מקרה. כלומר השר רשאי לאצול, אלא אם תוכח כוונה אחרת. מדובר על מבנה של חזקה שמוותרת.

***במבחן – יש לבחון האם מדובר באצילה או בהסתייעות ע"פ 4 המבחנים. אם מגיעים למסקנה כי מדובר בהסתייעות יש לכתוב זאת ולהוסיף כי במידה וזאת תהייה אצילה נבחן האם זאת אצילה רגילה או אצילה ע"י שר וההפך. בכל אופן יש לנתח גם לפי הסתייעות וגם לפי אצילה כשבאצילה לפי 2 האפשרויות.

סתירת החזקה – כיצד?

פרשנות החוק המסמיך – מבחני עזר לפרשנות.

הש' ברק בפס"ד פליפוביץ':

1. **היקף האצילה** – ניתן להאציל חלק או הכל. ככל שהאצילה מצומצמת יותר (תפקיד קטן יותר), אני פחות מוטרד ממנה ויש סיכוי גדול יותר שאפרש בעד האצילה. כלומר, אם יש חזקה שאצילה רגילה אסורה, יש סיכוי גדול יותר שבפרשנות האצילה תיסתר. אם זאת אצילה ע"י שר שהיא מותרת, אז הפרשנות מחזקת את האצילה ולא סותרת אותה.

2. **מעמד המאציל והנאצל** – נהוג להבחין בין 2 סוגי אצילה: (א) אצילה אנכית. (ב) אצילה אופקית. **אצילה אנכית** – נניח כי אני השר, אני יכול להאציל כלפי מטה לסגן השר, למנכ"ל, לפקיד במשרד וכדומה. בפסיקה ישנה העדפה ברורה להאצלה אנכית. מדובר על האצלה בתוך הארגון המנהלי. מדובר באנשים מתוך הארגון המנהלי שמכירים את התחום. השר יכול לפקח עליהם באופן טוב יותר, השר לא יכול לעשות הכל לבדו, ולכן חזקה שמותר לו לאצול חלק מסמכויותיו. אם הוא מאציל למישהו שמכיר את הסמכות זה טוב ויהיה פיקוח אפקטיבי.

אצילה אופקית – מארגון מנהלי אחד לארגון מנהלי אחר. למשל – משר לשר שהם באותה מדרגה בהיררכיה. השרים באותה רמה וקשה להטיל מרות. בדרי"כ מדובר על משרד אחר מתחום אחר ואין ישיבות משותפות לרוב. יכולה להיות בניגוד לחוק יסוד. ס' 31 לחוק יסוד" הממשלה. אם האצלת משר לשר, רואים בזה העברת תחום ממשרד למשרד ואז יש צורך בהחלטת ממשלה ובאישור הכנסת. אצילה אופקית יכולה להיות פסולה בהיותה מנוגדת לחוק יסוד.

ככל שהמעמד אנכי יותר, אני בעד בפרשנות שלי וככל שזה אופקי, אני נגד.

מתי לא נחיל את ס' 31? אם אנחנו מוציאים חטיבה שלמה מארגון אחד לשני יש צורך בהחלטת הממשלה ובאישור הכנסת. אולם, אם מדובר בחלק קטן מתפקיד של אחד השרים לא נאמר כי ס' 31 חל עליו ואז אין בעיה חוקתית להעביר משר לשר. הבעיה היחידה הינה כי עמדת הפסיקה היא נגד האצילה האופקית. אם ס' 31 לחוק היסוד:

הממשלה חל על זה, היינו חייבים את אישור הכנסת ואת החלטת הממשלה. אם הוא לא חל, עקרונית ניתן להאציל, אולם בפרשנות זאת אצילה אופקית שהפסיקה מתנגדת לה ויש אפשרות גבוהה יותר שהיא תיפסל.

חריג להתרת אצילה אופקית – ישנו חריג בפסיקה המאפשר אצילה אופקית.

פס"ד המכון להכשרת טוענות רבניות – הוא לא מוסמך לעריכת דין וההסמכה שלו היא לייצג בבית הדין הרבני. רצו לארגן עבודה לאנשים נוספים שהם לא עורכי דין, אז יצרו את המושג של "טוען רבני". לפי החוק – שר הדתות יסדיר בתקנות היועצות בביה"ד הרבני הגדול. מדובר על היועצות סטטוטורית, ולכן ביה"ד אינו גורם זר. שר הדתות מסדיר בתקנות וכעת בית הדין הרבני לא רק מייעץ לו, אלא הוא הופך להיות **רשות הרישוי לטוענים רבניים**. כלומר, מי שירצה לקבל רישיון להיות טוען רבני, הוא יצטרך לקבל רשות מבית הדין הרבני. מדובר על האצלת סמכות גורפת – משרד הדתות הוא מי שצריך להסמיך טוענים רבניים. במידה והוא היה לוקח פקידים ממשרדו שיסמיכו לא היינו פונים אליו "בטענות", מאחר והוא היה מאציל סמכות אנכית. במקרה זה מדובר על האצלת סמכות לבית הדין הדתי, כך שיש לנו אצילה אופקית קיצונית, אך היא לא מרשות לרשות שכן ביה"ד הרבני הגדול איננו חלק מהרשות המבצעת, אלא חלק מהרשות השופטת. מדובר על פגיעה חמורה בעיקרון החוקתי של הפרדת הרשויות. **במקרה זה התירו אצילה אופקית – התפקיד דורש מומחיות מיוחדת שאינה קיימת אצל בעל הסמכות בחוק ובארגון שלו**. מה הדרישות האקדמיות להסמכת טוען רבני? שר הדתות יכול להיות מישהו שאין לו שום קשר למשפטים והוא לא מבין בזה כלום. במקרה זה הוא לא יכול לכתוב תקנות שכן יש צורך במומחיות מיוחדת. לאחר שנקבעו הדרישות, יש את מי שבודק האם המועמד להסמכה עמד בדרישות להסמכה. האם בדיקה זו דורשת מומחיות מיוחדת? לא וזה בדיוק מה שבית הדין הגדול קיבל כתפקיד לעצמו. לא הייתה שום סיבה מיוחדת להעביר את הסמכות לבית הדין הרבני הגדול, ולכן לדעת המרצה יש טעות חמורה בפס"ד.

17/03/19

שיעור חמישי

המשך - אצילת סמכות - מעורבות הגורם הזר בהחלטה:

מבחני עזר לפרשנות החוק המסמיך:

האם החזקה נסתרת?

1. **היקף האצילה**

2. **מעמד המאציל והנאצל** - מה יותר בעייתי: האצילה האופקית או האצילה האנכית? האצילה האופקית כי היא לא נשאת בתוך הארגון המנהלי אלא עוברת לארגון מנהלי אחר.

חריג: מתיר אצילה אופקית- פס"ד המכון להכשרת תורניות רבניות - אם התפקיד דורש מומחיות מיוחדת אין לי למי להאציל אנכית כי אף אחד בארגון לא מבין ולכן נאציל אופקית (פסה"ד הזה זו דוגמה לא טובה כי להסמיך תורנית רבנית לא דורש סמכות מיוחדת).

3. **מהות שק"ד המועבר** - ככל ששק"ד רחב דורש איזון בין שיקולים מתנגשים יש בו תפקיד מורכב הדורש שקילה מסובכת אז זה יהיה נגד אצילה. אותו מבחן של (2)

4. **סוג הסמכות המועברת – יש 3 סוגים של סמכויות:**

א. **מנהלית רגילה** – לתת רישיון להחלטה מנהלית רגילה.

ב. **שיפוטית או מעין שיפוטית** - אין איסור לאצול אבל בדר"כ שממנים שופט לא ניתן להעביר לשופט אחר את סמכות השיפוט שלו, לכן סביר להניח שהאצילה תהיה אסורה אבל אם זו סמכות מעין שיפוטית אז הנטייה לאסור על האצלה.

ג. **חקיקתית** – לקבוע נורמות. במבוא דיברנו על סמכות חקיקתית פסי"ד הבורסה לניירות ערך, שם יש 3 מבחנים על הסמכות להתקין תקנות ולקבוע נורמות.

ככל שמדובר בסמכות מנהלית רגילה אז יהיה בעד אצילה וככל שהסמכות היא חקיקתית יש איסור לאצול אותה בחוק יסוד. בסמכות חקיקתית אסור לשר (שחוק היסוד מתיר לו לאצול כמעט הכל) עדיין אסור עליו להתקין תקנות.

5. **השפעה על הציבור** – עד כמה ההחלטה חשובה? ככל שהסמכות/החלטה חשובה יותר ומשפיעה על ציבור רחב יותר ורגישה יותר אז נהיה נגד לאצול אותה לגורם זר. ככל שהסמכות שולית ולא מעניינת את הציבור אז הנטייה היא לאשר לאצול אותה.

6. **פגיעה בזכויות אדם** – ככל שזו סמכות שיש בה לפגוע בזכויות אדם אז נהיה נגד האצלת הסמכות. ככל שהסמכות משפיעה על זכויות אדם הנטייה תהיה נגד אצילה לגורם אחר.

7. **יעילות** – מדוע חוק היסוד התיר לשר לאצול סמכות? כדי להקל עליו, כי לא הגיוני שיוטל על שר אחד לקבל החלטות על הכל. הוא לא יכול לעשות הכל לבד.

מה כוונת החוק בעד אצילה או נגד? יש 7 מבחני עזר אבל זה מספיק. יש לבדוק האם רוב המבחנים תומכים או נגד. אם זו אצילה רגילה חזקה שהיא לא ע"י שר זו חזקה אסורה לאצול ואחרי שבדקתי מבחנים ראיתי שדווקא מפרשנות החוק המסמיך לפי המבחנים רואים שדווקא יש נטייה בעד אצילה הרי שנראה שיש פה חזקה שנסתרה ע"י פרשנות החוק.

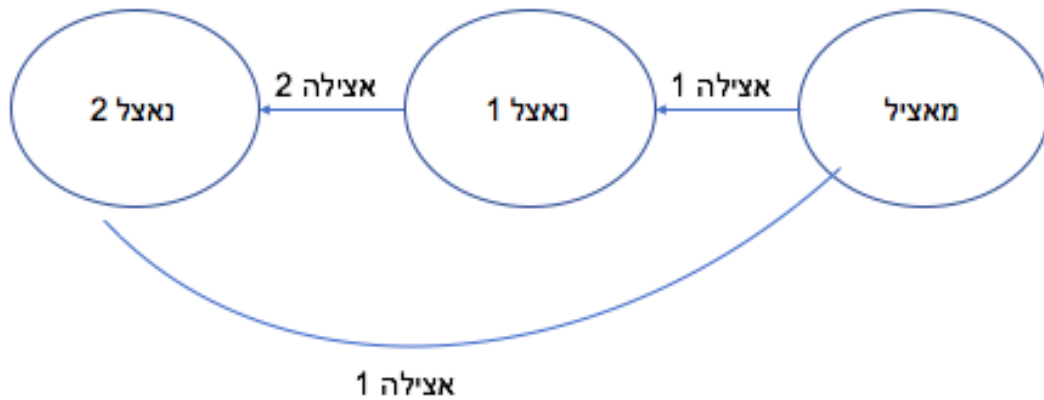
אם זו אצילה ע"י שר חזקה שהיא מותרת לאצול לפי סעיף בחוק יסוד – ונראה במבחנים שיש נטייה כן לאצול אז החזקה מתחזקת ולא יהיה ניתן לסתור את החזקה הזו ולכן תהיה מותרת וחוקית. אם זו אצילה ע"י שר חזקה שהיא מותרת לאצול לפי סעיף בחוק יסוד אלא אם לפי המבחנים יש נטייה נגד אצילה.

****במבחן: לכתוב פשוט לפי המבחנים אם יש נטייה להאציל או אין נטייה. לבדוק את הכיוון ולחבק לחזקות ולהגיד האם יש סיכוי שהחזקה תסתור או לא.

איסור על אצילה כפולה:

יש מאציל שהוא מי שמוסמך בחוק, הגורמים הזרים – נאצל 1 ונאצל 2 שלא מוסמכים בחוק. זה די דומה לבעלות בקניין, אתה לא יכול להעביר משהו שלא שייך לך. המאציל יכול להעביר לנאצל 1 כי הסמכות שלו ונאצל 1 לא יכול להעביר סמכות לנאצל 2 כי הסמכות היא לא שלו אלא של המאציל.

מתי אצילה כפולה תהיה מותרת? נניח שמאציל מעביר סמכות לנאצל 1, ונאצל 1 קורס לא עומד בעומס, כך שהוא רוצה שיהיה נאצל נוסף, כדי שזה יהיה חוקי נאצל 1 חייב לבקש רשות מהמאציל. כך שהמאציל יכול לעשות אצילה נוספת לנאצל 2. אצילה כפולה אסורה כלומר מנאצל 1 לנאצל 2, אלא מה שמותר זה אצילה ממאציל לנאצל 2.



סעיף 33(ג) לחוק יסוד הממשלה - אם זה לא מוסדר בחוק אז לממשלה יש סמכות שיורית. דוגמה: הממשלה מוסמכת לפעול באותו תחום אבל האם זה יעיל שממשלה תנהל תחום מסוים כאשר בכל החלטה היא צריכה לזמן את שרי הממשלה לשיבה מיוחדת? גם אם יש לה סמכות שיורית זה לא הגיוני שזה יישאר בידי הממשלה ואז הממשלה תצטרך להטיל את זה על שר כלשהו. זה לא מוסדר בחוק אז הממשלה תצטרך לאצול מסמכותה ולהאציל את הסמכות לשר מסוים (למשל קליטת עולים מרובה תאצול סמכות לשר הפנים), זה ייחשב לאצילה 1 (ואצילה אנכית) ולפי החוק השר יכול להאציל סמכות לעובד ציבור במצב כזה זה ייחשב לאצילה 2.

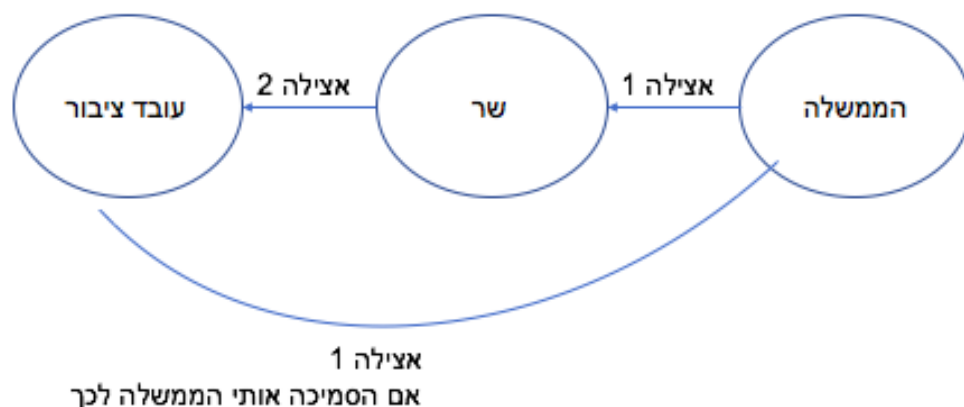
הרי שאסור לבצע אצילה כפולה אז איך פה זה מותר? "אם הסמיכה אותו הממשלה לכך" בעצם כשהמאציל נותן את הסמכותו זה כאילו הממשלה היא אצילה 1 והיא נותנת את הסמכותה להאציל. כלומר הממשלה נתנה הסכמה גם לשר (נאצל 1) ובנוסף, הממשלה נתנה הסכמה לעובד ציבור (נאצל 2).

סייג: למה אסור בחוק יסוד לאצול להתקין תקנות? כימי שמחוקק במדינה דמוקרטית היא הכנסת.

מה הכוונה שהרשות המחוקקת מסמיכה שר להתקין תקנות (שזה כמו חוק, קובע נורמה)? כשהכנסת מסמיכה שר להתקין תקנות יש כבר נאצל 1 של סמכות החקיקה של הכנסת.

העובדה שהרשות המבצעת מתקינה תקנות זה כבר סטייה מהרשות המחוקקת. במצב כזה:

אם שר (נאצל 1) יאציל את סמכותו לעובד ציבור להתקין תקנות (נאצל 2) זה בלתי אפשרי כי זו ייחשב לאצילה כפולה.



בשני פסקי דין מה שעושה השי' חשין הוא מרחיב את מה שייחשב אצילה של סמכות להתקין תקנות.

בג"ץ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה-

פס"ד של השי' חשין- חוק הפיקוח מסמיך את השר, השר רשאי להסדיר בצו את ייצורו של מצרך. "להסדיר בצו"- אפשר לומר שזו סמכות לקבוע נורמה חדשה בתחום של ייצורו של מצרך. השר החליט לטפל בתחום היהלומים, כיוון שזהו מצרך מאוד יקר והוא סחר בינלאומי ולכן הוא רצה לפקח עליו, לכן השר קובע את צו היהלומים. "לא יעסוק אדם בייצור יהלומים אלא ברישיון מהמפקח על היהלומים". האם ניתן לזהות בצו היהלומים גורם זר? כן, זהו המפקח שאינו מופיע בחוק. נניח שהייתה פה אצילת סמכות לגורם הזר, מה התפקיד של המפקח בתחום הזה? הוא בעצם נותן רישיונות לאנשים שרוצים להתעסק בתחום היהלומים, בודק אם יש להם ידע דרוש, הון דרוש וכ"ו.

האם לתת רישיון למישהו זו סמכות חקיקתית או סמכות מנהלית רגילה? לכאורה הואצלה סמכות מנהלית רגילה (מתן רישיון). אם זו סמכות מנהלית רגילה ששר רוצה לאצול סמכות מנהלית רגילה אז חזקה שמותר לו כי זה לא נכנס בסייג "למעט סמכות להתקין תקנות". בא השי' חשין ומשנה את התמונה, הוא אומר "מה זה להסדיר בצו?" התפקיד של השר זה להסדיר בצו ייצורו של מצרך, אם הוא החליט להסדיר את ענף היהלומים אז השר יצטרך בשביל זה להסדר את ההסדרים הראשוניים לדוגמה: לא יקבל רישיון לעסוק בענף היהלומים מי שיש לו עבר פלילי, ואם כך אז המפקח מה שהיה נותר לו לעשות זה רק לראות אם אותו אדם עומד בתנאים של קבלת הרישיון כלומר אם אין לו עבר פלילי. אבל הבעיה שהשר בסיטואציה זו קבע כי מי שרוצה לעסוק בייצור יהלומים יפנה לשם כך למפקח לקבל רישיון, יוצא שהשר לא הסדיר כלום אלא העביר את הסמכות למפקח, כך שהמפקח הוא זה שיסדיר את ענף היהלומים, המפקח קיבל סמכות חקיקתית ולא רק סמכות מנהלית. האם מותר להעביר משר אחד לשר אחר להסדיר חקיקתית תקנות? אסור לפי חוק יסוד.

הסדרת הענף= סמכות חקיקתית – זוהי הסמכות שהייתה אמורה להיות של השר אבל במקרה זה הוא העביר אותה למפקח וזה בעצם אסור לפי חוק יסוד.

מה שכן מותר להעביר למפקח ע"י שר הוא רק הסדר מנהלי, כלומר האם אותו אדם יעמוד בתנאים שקבע השר לשם קבלת הרישיון או לא (משהו מאוד פורמלי)

בג"ץ 6741/99 יקותיאל נ' שר הפנים- חוק ההסדרים במשק המדינה- צריך לטפל בהכנסתו והוצאות הגדלת הוצאות למשל באמצעות מיסים, וצמצום זה באמצעות הקפאת חוקים. פה מדובר בתחום המיסוי ובתופעה רווחת ברשויות מקומיות באשר לתשלומי הארנונה, ככל שרשויות מקומיות יתנו יותר פטורים מארנונה, הקופה של הרשויות תתרוקן, ככל שהרשויות גובות פחות ארנונה המדינה צריכה להשלים להן יותר. לא ייתכן שכל אחד יקבל פטור מארנונה, לכן המחוקק קובע את הדבר הבא – "שר הפנים יקבע בתקנות כללים למתן הנחה לתשלומי ארנונה". שר הפנים צריך לקבוע את ההסדרים ראשוניים והוא זה שצריך להגיד לרשויות מקומיות באילו מקרים ניתן לתת פטור מארנונה ובאילו לא, ואז הרשויות יגבו יותר ארנונה ואז המדינה תצטרך לעזור להן פחות וזה פחות יכביד על תקציב המדינה.

השר קובע כללים- בין היתר את תקנה 72(7) שאומרת "זכאי לגמלת אבטחת הכנסה ממשרד הדתות". מי שזכאי לגמלת אבטחת הכנסה ממשרד הדתות יש לו פטור מארנונה. משרד הדתות הוא הגורם הזר, השאלה האם משהו בכלל עבר למשרד הדתות? שר הפנים קבע את תקנה 72(7) לכאורה הוא זה שהתקין תקנות והוא לא האציל שום דבר למשרד הדתות. ניתן לומר שאין פה בכלל שום אצילה כי הוא זה שהתקין את התקנות לבד. השי' חשין אומר

שהשר צריך להסדיר מי יקבל פטור מארנונה ומי לא, אבל מה שהשר עשה הוא קבע שמי שיקבל פטור מארנונה הוא מי שמשרד הדתות קבע בעצם, כך שיוצא שזה הסדר ראשוני שלא השר קבע אלא משרד הדתות, כך שכביכול השר העביר חלק מההסדרים הראשוניים למשרד הדתות, ולא קבע את כולם בעצמו.

פרסום של חוק ותקנות חייב להיות מפורסם ברשומות- כך שנוכל לראות את תקנה 2(7) של השר אבל מה שלא נראה זה מה הקריטריונים של משרד הדתות, לכן יש כאן גם פגם בפרסום הרשומות כי אותו חלק של ההסדרים הראשוניים לא כתוב ברשומות.

הפרטה:

הפרטה זו אצילת סמכות לגורם פרטי.

האם מעורבות הגורם הפרטי מהווה "הסתייעות" או "אצילה"? (4 מבחנים)

1. **הסתייעות** בגורם פרטי זה לא מה שאנחנו מכנים "הפרטה" אלא זה "מקור חוץ", לקחתי חלק קטן של התפקיד והוצאתי במיקור חוץ לגורם הפרטי. פס"ד פיליפוביץ – החברה שהדפיסה היא הייתה גורם פרטי, הסתייעות חזקה שהיא מותרת. לא משנה אם הסתייעות בגורם פרטי או ציבורי, היא מותרת.

2. **אצילה לגורם פרטי = הפרטה.**

***במבחן יש ליישם את ארבעת המבחנים ואם נגיע למסקנה שמדובר בהסתייעות, אנו נרשום כי אנו מניחים שמדובר באצילה שמשמעה הפרטה.

24/03/19

שיעור שישי

-המשך- הפרטה:

1. האם לפנינו הפרטה?

הסתייעות:

מה שיש לברר זה האם זו באמת הפרטה. כדי לדעת אם מדובר בהפרטה יש להבחין בין הסתייעות לאצילה. הפרטה זה לא המקרה של הסתייעות. מדובר בגורם זר שהוא גורם פרטי שיש לו אינטרס כלכלי ולא אינטרס ציבורי. כשלוקחים גורם פרטי שכל המהות שלו זה להרוויח כסף זה בעייתי וזה מביא למצב של ניגוד עניינים.

נניח שזיהיתי שהגורם הזר הוא אדם פרטי שהוא לא עובד ציבור, ניתן או להסתייע בו או לאצול לו סמכות.

ההלכה נקבעה בפס"ד פיליפוביץ' - מכיוון שזו רק הסתייעות לא קוראים לזה אצילה אלא שזה מיקור חוץ - חזקה שמותרת גם עם גורם זר פרטי. אם זאת הסתייעות אין בעיה גם כשזה גורם זר פרטי, הוא לא הופך להיות חלק מהשלטון. הוא נשאר גורם פרטי שנותן שירות מסוים.

אצילה:

אצילה לגוף פרטי של סמכות שלטונית = הפרטה - זה יכול להיות בעייתי כשמאצילים לכמה גופים במקביל. למשל משרד הרישוי שמפקיד את התפקיד לתחנות הטסט לפרטי, פורסים את זה להרבה מאוד גורמים פרטיים כי יש לתת את השירות בכל הארץ.

קיימים שני סוגים של תחרות:

1. תחרות שמשפרת כל הזמן את המוצר, השירות והמחיר לצרכן - מעוניינים בתחרות כזו כי היא טובה.
2. תחרות שמדרדרת אותנו ברמת המוצר וכ"ו.

מי שמפקח על זה - זה רגולטור שמפקח כשיש כשל שוק. נניח תחרות שמובילה למקומות לא טובים: הטלוויזיה, היא מתפרנסת מפרסומות, מתוכניות ריאליטי, התחרות היא חופשית.

תחנות הטסט - האם התחרות היא תחרות שאמורה לשפר את השירות או לא? יש הרבה תחנות טסט, המוצר הוא מוצר ציבורי, התחנות מבצעות פיקוח על רמת הבטיחות של הרכבים. הן מוכרות שירות שלטוני. לדעת המרצה יש בעיה בתחרותיות כי אם רוצים לפסול רכבים בטסט אף אחד לא יבוא שוב לאותה תחנה. זו תחרות רעה כי יש תמריץ להיות כמה שיותר גרוע בתפקיד. מעלימים עין מבעיות בטיחות כי ככה מושכים לקוחות.

הפרטה להרבה גורמים חושפת לתחרות ותחרות היא לא תמיד טובה.

*** נניח הגענו למסקנה שזו הסתייעות בגוף הפרטי אז חזקה שזו הסתייעות מותרת, ממשיכים ורושמים שבהנחה וזו אצילה בגוף הפרטי..

2. האם קיימת מניעה בחוק יסוד להפריט את הסמכות?

אם יש איסור על הפרטה בחוק יסוד לא ניתן להסמיך גוף בחוק רגיל.

אצילה רגילה - אצילה שלא ע"י שר. הסעיף בחוק יסוד מתייחס רק לאצילה ע"י שר אז לאצילה רגילה אין מניעה בחוק יסוד. לכן אין מניעה להפריט את הסמכות בחוק יסוד.

אצילה ע"י שר - סעיף בחוק יסוד שאוסר באפשרות שלו לאצול סמכות. סעיף 33(ב) לחוק יסוד: הממשלה - סמכות הנתונה לאחד השרים או הועברה לו מכוח סעיף 31.

יש סייג אחד ברור מה שר לא יכול לאצול:

1. תנאי אחד - סמכות להתקין תקנות.
2. תנאי שני - לא יכול לאצול לעובד ציבור.

סעיף 33(ה) לחוק יסוד: הממשלה - הוראות הסעיף יחולו אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק המסמיך. אם הסמכות שהשר מאציל היא לא סמכות להתקין תקנות והוא מאציל אותה לעובד ציבור. אם תנאי הסעיף מתקיימים השר יכול לאצול אלא אם משתמעת כוונה אחרת מן החוק שזו סתירת החזקה. איך לומדים על כוונה אחרת משתמעת מן החוק? יש את 7 המבחנים.

הוא יכול לאצול כמעט תמיד אלא אם יש כוונה אחרת משתמעת מהחוק המסמיך.

מניעת אצילה בחוק יסוד:

התנאי השני להאציל את הסמכות לעובד ציבור- אם הוא תנאי ברזל לא ניתן להתגבר עליו, ולא ניתן להפריט את סמכותו, הוא לא יכול להכניס גורם זר פרטי ולאצול לו סמכות. אם זה תנאי שכן ניתן להתגבר עליו אז זה פותח פתח להפרטה ע"י שר.

יש לפרש את הסעיף אם יש מניעה לשר להפריט או לא:

"הוראות הסעיף יחולו אם אין כוונה אחרת משתמעת מהחוק..". למה מתייחס הסיפא? מתי ניתן להוכיח הוראות כוונה אחרת ולהתגבר על הסעיף?

שתי פרשנויות לסעיף 33(ה)- "אם אין כוונה אחרת משתמעת":

1. **פרשנות א'**- שר רשאי לאצול אם מתקיימים שני התנאים- התנאים הם ברזל ולא ניתן להתגבר עליהם. בהתקיים התנאים בסעיף- אחד התנאים הוא לעובד ציבור, שר רשאי לאצול מסמכותו "אם אין כוונה אחרת" מתייחס רק למסקנה שבהתקיים התנאים השר רשאי לאצול ולא לתנאים עצמם". אם התנאים מתקיימים שר רשאי לאצול, אין כוונה אחרת לא יכולה להתגבר על התנאים. התנאים חלים תמיד והכוונה לא משנה משהו. המסקנה יכולה להתהפך בהוכחת כוונה אחרת. הכוונה האחרת לא יכולה להתגבר על התנאים עצמם, אלא שהתנאים תמיד צריכים להתקיים ולכן מפה ניתן להבין שהפרטה תמיד אסורה מחוק יסוד. אם זו אצילה לגורם פרטי זר זה פסול. אם התנאי חל אז האצילה ע"י שר לא יכולה להיאצל לגורם פרטי. כאן מסיימים את הבחינה.

2. **פרשנות ב'**- אם אין כוונה אחרת משתמעת מהוראות שיחולו זה גם התנאים וגם המסקנה. ניתן להתגבר גם על תנאי הסעיף וגם על המסקנה שבהתקיים התנאים שר רשאי לאצול אם מוכיחים כוונה אחרת משתמעת מן החוק. ניתן להתגבר על כל מה שכתוב בסעיף, על שני התנאים אם מוכיחים כוונה אחרת משתמעת מהחוק. המסקנה היא שאין מניעה מכוח חוק יסוד לאצילה ע"י שר.

3.מה הדין לגבי הפרטה?

שתי גישות:

1. **גישה ראשונה- נגד הפרטה- ניתן להתיר הפרטה רק בהסמכה מפורשת בחוק- בג"ץ 39/82 הנפלינג נ' ראש העיר אשדוד ובאוביטר בפס"ד זיק דינור.** כשמדובר בהסתייעות לא מדובר בהפרטה. לא ניתן להחיל את הגישה הזו על שר.

2. **גישה שנייה- ההיתר יכול להיות במשתמע- הנ' ברק בפס"ד פיליפוביץ' והש' דורנר בבג"ץ 2303/90 תנן לחיות לחיות נ' מנהל השירותים הוטרניריים- המחוקק לא צריך להתיר במפורש הפרטה, ניתן להתיר הפרטה גם במשתמע מן החוק ואולם החזקה הכללית נגד אצילה מתעצמת בהפרטה. ברגע שיש כל אצילה רגילה חזקה שהיא אסורה. סותרים את החזקה ע"י פרשנות החוק. החזקה היא עוד יותר עוצמתית כשזו הפרטה, קשה לסתור את החזקה כשמדובר באדם פרטי, אנחנו עוד יותר נגד אצילה ויהיה קשה לפרש את החוק כמתיר את אותה הפרטה. המקרים יהיו מאוד נדירים. אם יש חזקה עוצמתית נתיר הפרטה במשתמע מהחוק רק בנסיבות חריגות ומיוחדות.**

בעניין בתי הכלא המחוקק התיר במפורש הפרטת בתי כלא. זה היה עובר את הגישה הראשונה כי היא דורשת היתר מפורש בחוק. מבחינת המשפט המנהלי הפרטת בתי הכלא זה חוקתי אבל זה נפסל במשפט החוקתי, מבחינת חוקי היסוד בג"ץ קבעה שהפרטה הזו סותרת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הגישה הראשונה לא עובדת לגבי שר. הגישה עובדת לכל סמכויות אבל לא לסמכות של שר. ניתן להחיל את גישה ב' על שר. איך נוכיח שגישה א' לא רלוונטית לגבי שר? אם חוק יסוד אומר שלשר אסור להפריט זה לא יעזור אם בחוק רגיל יהיה כתוב שהוא יכול להפריט ואז גישה א' לא רלוונטית לפרשנות א' וכך גם גישה ב' לא רלוונטית לפרשנות א'. אם ההפרטה אסורה עפ"י חוק יסוד לא ניתן להתיר אותה בהסמכה מפורשת בחוק ולא במשתמע מהחוק. אם הולכים לפי פרשנות ב' הגישה השנייה תואמת כי אפשר גם בכוונה אחרת משתמעת שזה במשתמע מהחוק ואז ניתן להתיר הפרטה לפי כוונה אחרת משתמעת מן החוק ולא בהיתר במפורש.

4. האם מתקיימות "נסיבות מיוחדות" בהן ניתן ללמוד על כוונה אחרת משתמעת הסותרת את החזקה נגד הפרטה (עוצמתית)?

גם לגבי שר וגם לגבי מי שאינו שר.

בהפרטה גם לגבי שר יש חזקה נגד הפרטה אלא אם תוכח כוונה אחרת משתמעת מהחוק. זהו מבנה שהוא נגד הפרטה ע"י שר.

- אם זו אצילה רגילה שלא ע"י שר אנחנו תמיד נגדה גם אם זה לעובד ציבור. אם מדובר בהפרטה לאדם פרטי זה מעצים ועוד יותר חזקה שאנחנו נגד אצילה.
- אם זו אצילה ע"י שר וזה לעובד ציבור החזקה היא בעד אצילה וזה ע"י סעיף בחוק יסוד שמאפשר לו לאצול אלא אם יש כוונה משתמעת אחרת מהחוק. אם זו הפרטה החזקה מתהפכת והופכת להיות נגד הפרטה כי כתוב בחוק יסוד לא להאציל לעובד ציבור. גם לגבי שר יש חזקה נגד הפרטה שזו פרשנות ב', במקרה הרע היא אסורה בכלל וזו פרשנות א'. בפרשנות המקלה אולי הוא ישכנע שיש לו סיבה להפריט. כשמדובר בהפרטה נוכל להצדיק את זה ולהפוך אותה לחוקית רק בנסיבות מיוחדות וחריגות.

31/03/19

שיעור שביעי

-המשך- הפרטה :

-המשך- 4. אם מתקיימות "נסיבות מיוחדות" בהן ניתן ללמוד על "כוונה אחרת משתמעת" הסותרת את החזקה נגד הפרטה (העוצמתית)

שלב זה רלוונטי רק במידה ואנחנו פועלים לפי גישה ב'.

מבחני עזר לפרשנויות החוק – האם מתקיימות "נסיבות מיוחדות" להתיר הפרטה "במשתמע מן החוק"?

1. **אופי הסמכות המופרטת-** אם הסמכות מתאימה להפרטה. לא כל סמכות מתאימה לכך. ראינו זאת בבג"ץ בתי הכלא – ניהול בתי כלא לא מתאימים לחברה מסחרית.
א. **מהות שק"ד המפורט?** ניהול בתי כלא זה שיקול דעת רחב מאוד ומורכב.

בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות נ"י מנהל השירותים הוטרינריים – העבירו את הטיפול בחתולי הרחוב לסמכות של הוטרינר העירוני. העבירו סמכות שלטונית לוטרינר, על מנת לשמור על בריאות הציבור. שיקול הדעת במקרה זה הינו בריאות הציבור ומנגד השיקול המתנגש הינו צער בעלי החיים. יכול להיות שהחתול שחשבתי שהוא חולה כלל לא חולה ואין סיבה להמית אותו. כשאני צריכה לאזן בית שיקולים מתנגשים מדובר בשיקול דעת מורכב יחסית.

ב. **זהות הגוף המגבש את התשתית העובדתית** – הראיות שהן הבסיס להפעלת הסמכות. האם מדובר על הגוף השלטוני או המופרט? מה הבעיה עם הפקדה בידי -
יש חשד להסדר כובל – ההוא צריך לצאת לחקירה ולאסוף ממצאים. מדוע זה לא טוב שהגוף המופרט יגבש את התשתית הראייתית? אנחנו יכולים להניח שגם אם הוא לא ימצא כלום, הוא יחזור עם משהו על מנת להשאיר את החקירה ב"חיים". יש חשש גדול להטעייה של העובדות ושל הראיות.

להשלים

ג. **קיומן של הנחיות מפורטות מהמפריט** -

ד. **פגיעה בזכויות אדם/ עקרונות חוקתיים** – ע"פ 4855/02 מד"י נ' בורוביץ'.

ככל שהכל מתקיים, ההפרטה נראית סבירה יותר. זה מבחינת מה אני מפריט. כעת, עליי להסתכל מי מקבל את הסמכות, מי הגוף הפרטי?

ה. **אופי הגוף הפרטי** : אני רוצה לבדוק שהוא אכן גוף פרטי המתאים להפרטה זו. האם הוא מוכשר לתפקיד? בהנחה שחוק הפרטת בתי הכלא לא היה נפסל בג"ץ וההפרטה הייתה יוצאת לדרך, מה הייתי דורש על מנת שההפרטה תהיה חוקית?

א. **הכשרה לתפקיד**-

בפס"ד בתי הכלא - היינו בודקים איזו הכשרה העובדים עברו. היינו מצפים כי שירותי בתי הכלא היה מעביר אותם הכשרה מיוחדת שתתאים לניהול בתי הכלא. גם אם בג"ץ לא היה פוסל את החוק, היינו צריכים לבדוק האם ההכשרה מספיקה.

פס"ד תחנות הטסט – מדובר על הכשרה יחסית קלה שיש צורך ללמוד רק את המערכת של המחשב, אך עדיין צריך לוודא שהעובדים הוכשרו.

ב. **רמת ניגוד העניינים של הגוף הפרטי** – אותו גוף פרטי קיבל תפקיד שלטוני ואם רמת ניגוד העניינים של אותם העובדים נמוכה, זה יכול להיות בעד ההפרטה וההפך. **באמצעות ניסוח סעיפי החוזה עם הגוף הפרטי ניתן לקדם את האינטרס הציבורי**- ככל שיתנו יותר תמריצים לגוף הפרטי, כך הוא יקדם את האינטרס הציבורי.

פס"ד בתי הכלא – ככל שיותר אסירים ישוקמו ויהיו כשירים להשתלב בחברה, כך תקבל תמורה גדולה יותר. כמו כן, ככל שיותר אסירים יקבלו ניכוי שליש, כך תקבל יותר תמורה.

פס"ד תנו לחיות לחיות – ככל שיטפלו ביותר חתולים ויחזירו אותם בריאים לציבור, תקבלו יותר תמורה.

פס"ד בורוביץ' – מה הבעיה לתת לחוקר פרטי לחקור הסדר כובל בשוק הביטוח? גם אם יש ניגוד עניינים, הוא ירצה לשמור על החקירה "חיה", על מנת להמשיך להרוויח. לכן, יש לשים לב שהתמורה שלו לא תופחת אם החקירה תסתיים ללא ממצאים. כמו כן, חברות הביטוח הם הלקוחות הגדולים ביותר של החוקרים הפרטיים. במקרה זה, יש לחוקרים הפרטיים את חברות הביטוח שהם הלקוחות הקבועים שלהם, ולכן החוקרים עלולים לתת חסינות ללקוחות הפרטיים שלהם. מדובר על ניגוד עניינים. יכול להיות שלא ניתן יהיה לצמצם את ניגוד העניינים.

ו. **האם הופעלו מנגנוני פיקוח אפקטיביים?** בהפרטה החשיבות של פיקוח היא עליונה. מדובר על גוף שאינו קשור למנהל הציבורי והוא פועל אך ורק משיקולי רווח, ולכן יש לפקח עליו בצורה הדוקה ביותר.

פס"ד תנו לחיות לחיות – מסתבר כי המתקן בו ממיתים את החתולים רחוק מאוד מהמקום שהוטרנר העירוני יושב, ולכן הוא לא יכול היה לפקח על הגוף המופרט בכל רגע נתון.

אם התנאים האלו הולכים לכיוון של הפרטה, אז אולי נאמר כי אולי מתקיימות הנסיבות המיוחדות להתיר הפרטה.

נטילת סמכות:

קיימים 2 סוגי נטילת סמכות וסוג נוסף שניתן לחשוב שהוא נטילת סמכות, אולם הוא לא.

1. נטילה מכוח עקרונות היסוד-אין עיגון בחוק.

בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל- ייצוא הגז- ישנה סמכות של שר האנרגיה בחוק הנפט (שעוסק גם בגז). מי שמחליט על ייצוא הגז בסופו של דבר ומקבל את ההחלטה הינה הממשלה. למעשה, הממשלה נטלה סמכות מהשר. הממשלה היא הגוף שמופיע בחוקי היסוד כרשות המבצעת של המדינה. אם היא הייתה מקבלת את כל ההחלטות, זה היה אופטימלי, אולם הכנסת מבינה כי היא לא יכולה להטיל על הממשלה את הקבלה של כל ההחלטות כתוצאה מבעיה טכנית – אי אפשר לקבל החלטה של כל חברי הממשלה לכל דבר. עקרונות היסוד תומכים בכך שהחלטות מדיניות חשובות לא יתקבלו ע"י שר אחד בלבד, אלא יעלו לרמה של הממשלה כולה שהיא אחראית בפני הכנסת באחריות קולקטיבית. למרות שבאף חוק לא כתוב שהממשלה יכולה ליטול את הסמכות מהשר, בית המשפט מכיר בזה בעצם מכוח עקרונות היסוד הבלתי כתובים. הממשלה נוטלת את הסמכות מהשר ומי שנוטל את הסמכות בא בעלי בעל הסמכות המקומית. כלומר, אם הממשלה נוטלת משר האנרגיה, היא "הופכת עצמה" לשרת האנרגיה.

2. נטילה מכוח ס' 34 לחוק יסוד: "הממשלה" –

34. שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי, הנתונה על פי אותו חוק לעובד המדינה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק; השר רשאי לעשות כאמור לענין מסוים או לתקופה מסוימת.

שר נוטל מעובד מדינה- השר הוא דרג פוליטי ועובד המדינה הוא דרג מקצועי. איזה עיקרון חוקתי תומך בעיקרון זה? אחריות המדינה בפני המדינה ובפני הכנסת היא על כל התחומים, ולכן היא לא תוכל להסתתר ולומר "זה לא באחריותי". מה יקרה אם שר לא יוכל ליטול את הסמכות של הדרג המקצועי? מבחינה חוקתית זה יהיה מצב בלתי הגיוני אם נפקיד את האחריות של הממשלה על כל התחומים, אבל נגיד כי הדרג המקצועי הוא היחיד שאחראי על תחום מסוים. חייבים להביא לדרג הפוליטי את כל הכלים לקיים את המדיניות שלו.

07/04/19

שיעור שמיני

המשך- נטילת סמכות:

המשך- סוגי נטילת סמכות:

1. נטילה של סמכות שר ע"י הממשלה (פס"ד המרכז האקדמי- ייצוא הגז)- כל נטילת סמכות הגוף הנוטל נכנס בנעלי הרשות- האם מופיע היתר בחוק לבצע נטילה כזו של הממשלה לשר? אין סעיף כזה. עקרונית, אם אין היתר בחוק יסוד או בחוק רגיל לבצע נטילה כזו לא ניתן לפעול כך, הממשלה לא מוסמכת כי החוק לא הסמיך אותה אבל הנטילה הוכרה מכוח עקרונות יסוד בלתי כתובים. הממשלה היא ראש הרשות המבצעת, היא אחראית בפני הציבור ובפני הכנסת על כל התחומים, זה מאפשר לה ליטול סמכות של שר שהסיבה שהוא זה שמוסמך היא רק משיקולי

יעילות וחלוקת התחומים. השר מייצג את הממשלה בתחום מסוים. הממשלה כגוף אחראית במשותף כלפי הכנסת בכל התחומים. אם זה עניין שחשוב למדיניות הממשלה כגוף קולקטיבי יש מקום שהממשלה תיכנס בנעלי השר, תיטול את סמכותו ותקבל את סמכות השר.

2. **נטילה מכוח חוק יסוד של שר, סמכות של עובד מדינה** - סעיף 34 לחוק יסוד: הממשלה - "שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי ליטול לעצמו כל סמכות למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי הנתונה על פי אותו חוק לעובד מדינה". הרישא- רק השר הממונה יכול ליטול סמכות. בסעיפים האחרונים יופיע מי השר הממונה על הסמכות לביצוע החוק. הסיפא- פס"ד המועצה האזורית חוף עזה- מהי סמכות שיפוטית או מעין שיפוטית? מבחן הסכסוך (מבחן הליס) סכסוך= הגוף השיפוטי מכריע בסכסוך בין שני צדדים יריבים. איך נזהה סמכות שיפוטית או מעין שיפוטית? נניח ועדה מחוזית לתכנון ובנייה שדנה בהתנגדויות להיתר בנייה- הוועדה המקומית החליטה להעניק היתר בנייה. הוועדה המקומית דנה בהתנגדויות ומחליטה לגבי מתן היתר הבנייה. האם היא גוף שיפוטי או מעין שיפוטי? יש להסביר למה. בוחנים לפי הצדדים היריבים. זה התחיל בכך שמישהו ביקש היתר בקרקע, הצד השני זה הצד שמתנגד. זה שיפוטי, מופיעים בפני הוועדה שני צדדים, היא שומעת את שני הצדדים וצריכה להחליט. זו סמכות בעלת אופי שיפוטי.

דוג' נוספת: הסרת חסינות של חבר כנסת- יש חסינויות לחברי כנסת מפני ההליך הפלילי, לא ניתן לעצור אותו, לא ניתן לחפש בכליו ובביתו, לא ניתן לבצע האזנת סתר. יש חשש לרדיפה פוליטית מצד מי שנמצא בשלטון ולהפעיל עליהם את המנגנון הפלילי. היועמ"ש אחראי על ניהול חקירות פליליות ועל הגשות כתבי אישום, לכן אם יש האזנה לא ניתן לקיים את החקירה באופן תקין. לכן יכול להיות שהיועמ"ש יהיה מעוניין בהסרת חסינות. ועדת הכנסת מוסמכת להמליץ למליאת הכנסת על הסרת החסינות. היועמ"ש מבקש את הסרת החסינות מול ח"כ שרוצה לשמר את החסינות. יש צד מבקש ויש צד מתנגד, יש סכסוך, זה גוף מעין שיפוטי. בעבר, היועמ"ש לא יכול היה להגיש כתב אישום למשל נגד רה"מ בלי ההליך של הסרת חסינות. הוא היה חייב לבקש את אישור הכנסת. חל תיקון בחוק וכדי לחפש הוא חייב להסיר חסינות אבל כדי להגיש כתב אישום הוא לא צריך את אישור הכנסת. כך מבלי לבקש את אישור הכנסת, היועמ"ש הגיש נגד ביבי 3 כתבי אישום.

בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל- תקופת ההתנתקות- ביהמ"ש פסל חלק מסעיפי הפיצוי כי הייתה פגיעה בקניין. הוקמה רשות לקביעת פיצויי המפונים, כמה נפצה? כל מפונה היה צריך להציג את מה הוא איבד: בית, חממות. החוק קובע את הקריטריונים לפיצוי: האם הרשות שפוסקת את הפיצוי היא גוף שיפוטי? אפשר היה לראות במדינה צד אבל אין לה יריבות בין המפונים. החוק קובע את הקריטריונים לזכאות, זה המפונה מול הרשות שפוסקת את הפיצויים. יש מבקש פיצוי ויש את הרשות מול הקריטריונים של החוק. מי שעמד מול הרשות זה מבקש הפיצוי, לכן אין צד שני לסכסוך. הרשות היא בעלת הסמכות ואין צד שני. לכן זו לא סמכות שיפוטית או מעין שיפוטית. למה לא לאפשר נטילת סמכות אם הסמכות היא שיפוטית או מעין שיפוטית? לפי סעיף 34 יש לנו את השר שהוא דרג פוליטי ויש לנו את עובד המדינה שהוא דרג מקצועי. כל רציונל הנטילה הוא לאפשר לדרג הפוליטי להתערב ולהפעיל מדיניות. השיפוט הוא עשיית צדק בין שני צדדים יריבים. איך מבטיחים את אמון הצדדים בהליך עשיית צדק? מינוי אדם אובייקטיבי שישפוט עפ"י הטיעונים של הצדדים ועפ"י החוק. אם מאפשרים לדרג הפוליטי לבחוש בתפקיד שיפוטי זה מנוגד לכל העקרונות. התחום של הצדק והמשפט אמור להיות מחוץ לפוליטיקה. הצדדים לא ירכשו אמון בהליך הזה אם הדרג הפוליטי יתערב בו. חוק היסוד אומר לדרג הפוליטי להתערב בכל תחום אבל לא בתחום המשפט. בהליכים שיפוטיים העצמאות של השופט היא חשובה גם לעשיית צדק ולכן לא רוצים שהדרג הפוליטי יתערב בזה, זה לא צודק ופוגע באמון הצדדים בהליך כולו. לכן חוק היסוד אומר שהדרג הפוליטי יתערב בסמכויות אחרות ולא במשפט.

הסוף של סעיף 34 - "הנתונה על פי אותו חוק לעובד מדינה"- יש חוק שבאותו חוק השר יכול ליטול את הסמכות של עובד המדינה. למשל בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה- עובד המדינה- המפקח על התעבורה- תפקידו בין השאר

הוא רשות תמרור ארצית, היא קובעת הסדרי תנועה ברמה הארצית ויכולה לתת הוראות ביחס להסדרי תנועה לרשות תמרור מקומית. מי ממונה על ביצוע החוק ביחס למפקח על התעבורה? שר התחבורה. סעיף 34 אומר ששר התחבורה יכול ליטול סמכות. אחד מהמקרים שהשר ירצה ליטול סמכות הוא סגירת כביש בשבת. למה המפקח על התעבורה ירצה כבישים פתוחים בשבת? זה טוב בשבילו כי הוא אחראי על סידורי תנועה ובכך התנועה זורמת. למה לשר התחבורה יש אינטרס לסגור כבישים בשבת? ככה עושים קואליציה בישראל, לכן במקום שיש קהילה דתית גדולה ירצו לסגור את הכביש בשבת. סעיף 34 אומר ששר התחבורה יכול להתערב וליטול את הסמכות מהמפקח.

הלשון של חוק היסוד מאוד בעייתית כי לא ברור מיהו עובד מדינה כשמגיעים לרשות שעובדיה הם לא עובדי מדינה. **נטילה מתאגיד סטטוטורי (גוף נפרד ממד"י)** - האם היא אפשרית? למה זה לא הגיוני שאף פעם אי אפשר יהיה ליטול מתאגיד סטטוטורי? רשות העתיקות - התאגיד - בעל הסמכות - מנהל רשות העתיקות. סמכות - מתן רישיונות חפירה לארכיאולוגים. לפי הלשון הפשוטה של חוק היסוד האם השר שאחראי על רשות העתיקות יכול ליטול את הסמכות של מנהל רשות העתיקות? עפ"י החוק ניתן ליטול סמכות רק מעובד מדינה ולכאורה לא ניתן ליטול מתאגיד סטטוטורי. הני ברק באוביטר בפס"ד התנועה לאיכות השלטון - "אי אפשר ליטול סמכות של תאגיד סטטוטורי כי עובדיו הם לא עובדי מדינה והם לא כפופים ישירות לשר אלא להנהלת התאגיד". ד"ר וינטל אומר שהפרשנות לא הגיונית.

3. **דמוי נטילה - סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים** - השר רשאי לפטור הגבל עסקי מהוראות החוק מטעמים של בטחון המדינה או יחסי החוץ. כיום יש את מאגר תמר - בעייתי להסתמך על מאגר גז אחד לכן היה חשוב לפתח את מאגר לווייתן. רוצים לפרק מונופולים, זה לא טוב לשוק החופשי אבל במקרים מסוימים בהם נפרק מונופול תהיה פגיעה בבטיחות המדינה. כאן יש אפשרות לדרג הפוליטי, לפטור מונופול מהוראות חוק ההגבלים העסקיים מטעמים של בטחון המדינה ויחסי החוץ.

הסעיף מאפשר לנטרל את הממונה לעניין מסוים שלאותו עניין לא יחולו הוראות החוק.

חוק ההגבלים העסקיים נועד להילחם במונופולים וקרטלים ולמנוע מיזוגים בשוק שיהפכו למונופול.

סעיף 52 איפשר להשאיר מונופול.

14/04/19

שיעור תשיעי

המשך - נטילת סמכות:

המשך - 3. דמוי נטילה:

סעיף 34 לחוק יסוד: הממשלה- "שר הממונה על ביצועו של חוק, רשאי ליטול לעצמו כל סמכות למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי הנתונה על פי אותו חוק לעובד מדינה".

תנאי הסעיף:

1. שר הממונה על ביצועו של חוק
2. הסמכות אינה בעלת אופי שיפוטי
3. נתונה באותו חוק לעובד מדינה
4. אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק, השר רשאי לעשות כאמור לעניין מסוים או לתקופה מסוימת.

אם אותה רשות דנה בסכסוך בין שני צדדים אז יש סמכות בעלת אופי שיפוטי או מעין שיפוטי. תפקידה של הרשות לעשות צדק בין אותם צדדים. דוגמת הועדה המקומית.

מה אופי ועדת הכנסת? האם זה גוף שממליץ לכנסת להעניק חסינות או האם זה גוף שיפוטי או מעין שיפוטי? מי שרוצה את החסינות זה ח"כ ומי שיתנגד זו האופוזיציה. במצב זה יש שני צדדים: האופוזיציה וח"כ. לכן הכנסת היא גוף מעין שיפוטי.

תנאי שלישי- החלק השלישי של הסעיף- "נתונה באותו חוק לעובד מדינה"- האם ניתן ליטול סמכות של תאגיד סטטוטורי? לא, כי תאגיד סטטוטורי הוא לא עובד מדינה. האוביטר של הני ברק: אין סמכות נטילה מתאגיד סטטוטורי, הם לא כפופים ישירות לשר.

יחידות סמך נחשבים עובדי מדינה.

המפקח על התעבורה הוא עובד מדינה שכפוף לשר ואז השר יכול ליטול את סמכותו.

לדעת ד"ר וינטל הפרשנות לא תואמת את ערכי היסוד. מדוע חוק היסוד מעניק לדרג הפוליטי סמכות נטילה? עיקרון אחריות הממשלה כגוף קולקטיבי לכל התחומים במדינה. היא נותנת דין וחשבון לכנסת ולעם.

אלו סמכויות יש לממשלה? סמכות שיורית- סעיף 32 והכתבת מדיניות. אם הדרג המקצועי לא מתיישר בהכתבת המדיניות, הדרג הפוליטי לוקח את האחריות לעצמו.

לדעת ד"ר וינטל הבעייתיות בגישה של הני ברק- לא יכול להיות שניתן ליטול מעובדי מדינה וליישם את המדיניות של הממשלה אבל בתחום של התאגידים הסטטוטוריים לא ניתן לעשות כלום. זה חותר תחת עיקרון חוקתי. לא יכול להיות שבתחום התאגידים הסטטוטוריים המדינה לא תוכל לפעול ולא תוכל להכתיב את המדיניות שלה. מנהל רשות העתיקות מעניק רישיונות חפירה לכל מי שרוצה לחפור מטעמים של חקר ארכאולוגי. מעל מנהל התאגיד יש את המועצה המפקחת. השר הוא לא חלק מהתאגיד אלא מפקח מבחוץ ע"י נציגים במועצה. יכול להיות שהוא חלק מהליך המינוי של מנהל התאגיד. לדעת ד"ר וינטל- לא יכול להיות מצב שהממשלה אחראית לכל התחומים אבל היא לא יכולה להתערב בתחומים מסוימים של התאגידים הסטטוטוריים ולהכתיב את המדיניות שלה. מבחינת ד"ר וינטל השר אמור להגיד למנהל רשות העתיקות שרק הוא יכול לתת רישיון לחפירה במקומות קדושים בירושלים. ניתן לתת רישיון חפירה רק ע"י אישור השר ובכך הוא מבטיח שלא יפעלו שם מבלי שיש לו שליטה על זה.

לפי ד"ר וינטל ניתן ליטול גם סמכות תאגיד סטטוטורי אך זה לא מתאים ללשון חוק היסוד שמדברת על עובד מדינה ולא על עובד תאגיד. בפרשנות חוקתית לא בהכרח נצמדים ללשון החוק. בסעיף 33 לחוק יסוד: הממשלה- כשמדברים על אצילת סמכות מדובר על אצילה לעובד ציבור וכאן מדובר בעובד מדינה. לטענת ד"ר וינטל היה צריך להיות רשום עובד ציבור אך רשום עובד מדינה ולא חייב לפרש את זה רק כעובד מדינה. אם רוצים להרחיב את

אחריות הממשלה ולהגיד שהממשלה אחראית על כל התחומים יש ללכת לפי הפרשנות של המרצה. אם לשר אין סמכות לאצול סמכות הוא יכול להמליץ.

הלשון של חוק היסוד לצד הני' ברק מול התכלית שתומכת בגישתו של ד"ר וינטל.

תנאי רביעי- החלק הרביעי של הסעיף- הסיפא- "אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק, השר רשאי לעשות כאמור לעניין מסוים או לתקופה מסוימת"- האם אפשר לטעון שזה לא בהכרח תנאי לנטילה? דרך אחת לקרוא את זה זה שזו הבהרה שלא ניתן ליטול את הסמכות לכל העניינים אלא לעניין מסוים ולתקופה מסוימת.

ד"ר וינטל- הנטילה צריכה להיות לעניין מסוים ולתקופה מסוימת ולא יכולה להיות לכל העניינים ולתמיד. למה הפרשנות האחרת רואה בזה תנאי ושנטילת סמכות תמיד תהיה מוגבלת? רשות העתיקות למשל זה יהיה לעניין מסוים- למקומות קדושים- עניין החפירה במקומות קדושים מוגבלת לעניין מסוים.

למה זה תנאי ולא רק הבהרה? אם זה לא תנאי- לא חייבים ליטול לעניין מסוים ולתקופה מסוימת, השר יוכל ליטול סמכות והוא לא יגביל את זה. למה זו פרשנות לא הגיונית? **לא ראוי לפרש שניתן ליטול סמכות ללא מגבלה כי זה יהיה שינוי החוק. לא ניתן לרשות המבצעת כוח לשנות את החוק.**

אם המפקח על התעבורה רוצה לסגור את כביש בר אילן בירושלים בשבת זה לעניין מסוים ולתקופה מסוימת.

אם מתקיימים ארבעת התנאים אז חזקה שהשר רשאי ליטול סמכות אלא אם כן תוכח כוונה אחרת משתמעת מהחוק שזו סתירת החזקה.

מקרים בהם ניתן לטעון לכוונה אחרת משתמעת מן החוק לפיהם השר לא רשאי ליטול סמכות:

1. **גוף קולגיאלי מיוחד של שר יש בו נציג- לנציג אין שק"ד אלא שהוא מייצג את השר.** אם השר יפגע בסמכות הגוף הקולגיאלי הוא פוגע בעיקרון שהמחוקק רצה להקים. המחוקק דאג לדרג הפוליטי שיביא לידי ביטוי את המדיניות שלו ע"י נציג. אם כל פעם שהנציג יפסיד בהצבעה בגוף הקולגיאלי והשר ייטול את הסמכות שלו זה מבטל את הרעיון של המחוקק. לא ניתן לשר להפעיל עילת סמכות בכל פעם שהנציג מפסיד.
2. **סמכות ליעץ לשר- כשהשר צריך להתייעץ זו היוועצות סטטוטורית.** חייב להיוועץ עם מומחה לפני קבלת החלטה. האם ניתן ליטול את סמכות המומחה ליעץ לשר ואז השר לא יהיה חייב להיוועץ בו? לא, כי הרעיון של היוועצות זה הליך שכנוע דו צדדי, זו כוונת המחוקק ולכן לא ניתן ליטול את הסמכות של מי שמייצג לך. יש כאן כוונה אחרת משתמעת מן החוק שהשר לא ייטול את הסמכות.
3. **סמכות של גופים בעלי עצמאות מיוחדת- למשל: סמכות היועמ"ש היא לעכב הליכים פליליים.** האם ניתן ליטול סמכות כזו עפ"י התנאים? נניח שהשר ממונה על ביצוע החוק וזה מתקיים. האם זו סמכות בעלת אופי שיפוטי לעכב הליכים פליליים? הנאשם מבקש לעכב, מי שמחליט זה היועמ"ש, מי שמתנגד זה היועמ"ש שמייצג את המדינה וצריך להחליט אם לעכב או לא. זו לא סמכות בעלת אופי שיפוטי. האם היועמ"ש עובד מדינה? כן, האם הנטילה היא לעניין מסוים ולתקופה מסוימת? כן. לא יכול להיות שהשר ייטול את סמכות היועמ"ש, זה נוגד את עקרונות היסוד של מדינה דמוקרטית, לא ניתן לערב שיקולים פוליטיים במתחם השיפוטי, לא ייתכן שדרג פוליטי יתערב בסמכות שיפוטית. נסיק כוונה אחרת משתמעת מן החוק כיוון שהליכים פליליים הם הליכים רגישים בדמוקרטיה שאסור לפוליטיקה להתערב בהם. לא נתיר לדרג פוליטי להתערב בהליך פלילי.
4. **גופים הפועלים בתחום הרחוק ממדיניות הממשלה- הוועדה שמתירה הפלות- זה מקיים גם את תנאי 1 וגם את תנאי 2.** אין קשר בין גופים אלו למדיניות הממשלה. כל הרציונל הוא שניתן לאכוף את מדיניות הממשלה ואם אין קשר אין צורך להתערב ויש כוונה אחרת משתמעת מן החוק.

הוועדה שמתירה הסכמי פונדקאות (הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים) - סוגיות מוסריות, אתיות שאין להן קשר לאינטרסים פוליטיים ולמדיניות הממשלה ולכן לפוליטיקה אין קשר לעניין.

5. **תאגיד סטטוטורי** - האם אפשר ליטול סמכות של תאגיד סטטוטורי? לפי ברק אין בכלל צורך לבדוק אם מדובר בתאגיד סטטוטורי אבל לפי גישתו של ד"ר וינטל ניתן לבחון אם לא נופלים בתנאי השלישי ואם מתקיימים ארבעת התנאים שהרי חזקה שהשר יוכל ליטול אלא אם תוכח כוונה אחרת.

מבחנים לפרשנות החוק:

א. **האם הפרדת התאגיד היא משיקולי יעילות/ מהות?** אם זו סתם יעילות אז יש יותר סיכוי שנגיע למסקנה שיש ליטול אבל אם זה משיקולי מהות לא ניתן ליטול. דוג': יש את "כאן" תאגיד השידור, התוכנית היא לקצץ את התקציב לשידורי "כאן". כשמקימים תאגיד שידור ממלכתי זה יותר מהות, רוצים תאגיד שידור שהפוליטיקאים לא יתערבו לו ושיציג מידע מהימן ורוצים להפריד אותו ממדינת ישראל כי זה חשוב שיהיה עצמאי ולא כי זה יותר יעיל. לגבי רשות העתיקות זה גם שיקולי יעילות שהמדינה לא תתעסק בזה וגם שיקולי מהות כי הרשות עוסקת במחקר אקדמי, היא עושה את הרגולציה של המחקר. יש במחקר את המהות. עירייה כתאגיד סטטוטורי - יש דברים שקשורים ליעילות ויש גם שיקולי מהות כדי לקרב את השלטון לאזרח, ליצור גורם מתווך כי המרחק בין האזרח למדינה הוא עצום. האזרח בוחר את העירייה בבחירות ישירות. יש גם אוטונומיה לשלטון המקומי משיקולי מהות. ככל שיש יותר שיקולי מהות אנחנו נגד נטילה וככל שזה סתם יעילות אפשר ליטול.

05/05/19

שיעור עשירי

ב. **פוטנציאל הסיכול של מדיניות הממשלה** - עד כמה היה פוטנציאל בגוף לסיכול של מדיניות הממשלה? כל הרציונל של נטילת סמכות זה לאפשר לממשלה להיות אחראית ולהכתיב את מדיניותה על כל התחומים. אם אין הפרעה למדיניות הממשלה אין סיבה שהממשלה תיטול את הסמכות. דוגמא לכך שתאגיד סטטוטורי יכול לסכל פעילות ממשלה - רשות העתיקות - חפירה מתחת למסגדים בהר הבית. המטרה של מדיניות הממשלה היא שקט מתחת להר הבית. הממשלה חייבת שיהיה לה את הכלי הזה להתערב בהחלטות התאגיד כי הפוטנציאל לסיכול מדיניות הממשלה הוא גבוה מאוד, במקרים רגישים אלו ניתן לממשלה כן להתערב.

מיון השיקולים ושיקולים זרים:

כשמקבלים קייס במבחן, יש למיין בצורה נכונה את השיקולים ולבדוק האם יש שיקולים שהם שיקולים זרים.

שיקול דעת = האפשרות לבחור בין מס' אפשרויות לפעולה. כל מי שנתונה לו האפשרות לבחור בין מס' אפשרויות לפעולה מפעיל סוג של שיקול דעת, כאשר הבחירה צריכה להיות תואמת את המטרה שלשמה נמסר לו שיקול הדעת.

לדוג': רופא מפעיל שיקול דעת. הוא יכול לנתח/ לא לנתח/ לנתח חלקית, בכל המקרים יש סיכונים. המטרה של הרופא היא להבריא חולים.

מה שיקול דעת שנמסר לטייס? על הטייס להפעיל שיקול דעת, נניח אנשים שנמצאים במטרה, האם ניתן לפגוע בהם או שהם חפים מפשע? הכל עניין של מידתיות לפי המשפט הביני"ל. יש לו שיקול דעת לא לבצע פגיעה בזמן אמת.

למה נותנים לרשות המנהלית שיקול דעת?

יש לה סמכות שלטונית, מרבית הסמכויות הן מסוג כוח.

כשרוצים להפעיל את הכוח אלו שיקולים יש להפעיל?

1. **שיקולים ספציפיים** - נגזרים מהתכלית הפרטיקולרית שביסוד החוק המסמך. נגזרים מליבת התפקיד הציבורי שהוטל על הרשות בחוק. נניח המפקח על התעבורה שקובע הסדרי תנועה. פס"ד חורב - כביש בר אילן, עורק תחבורה ראשי. ליבת התפקיד של המפקח על התעבורה הוא לקבוע הסדרי תנועה. מה ליבת התפקיד שהוטלה עליו? הוא צריך לדאוג להסדרי תנועה, שהתנועה תזרום באופן חופשי ולא יהיו שום תקלות בהסדרי התנועה. השיקולים שאמורים להנחות אותו הם שיקולים תחבורתיים. אם אני בתור המפקח על התעבורה שוקל שיקולים ספציפיים, רק תחבורתיים אני אתנגד לסגירת כבישים בשבת, אבל ברגע שאכניס שיקולים נוספים זה יהיה אחרת.

בג"ץ 5769/18 אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה - הפרופ' יעל אמיתי חתמה על עצומה לפני 20 שנה, לפיה אם יש סרבני גיוס בקרב הסטודנטים שמבטאים עמדה פוליטית ומוכנים לשאת בתוצאות שבד"כ זה כלא על עריקות. אז במקום זה אמרו שיקלו עליהם עצם זה שהם לוקחים את הסיכון להישלח לכלא. השיקולים הספציפיים במינוי הם אם מתאים או לא מתאים, אם היא בקיאה בתחום או לא.

בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו - צריך למנות גוף שבוחר את רב העיר. אם התפקיד זה למנות את רב העיר הטוב ביותר ונמנה אישה זה יברח הרבה רבנים שטובים להתמודדות. מולו יגיע שיקול כללי, חוקתי.

פס"ד אליס מילר - האם לפתוח את קורס הטייס לנשים? האם פתיחת קורס טייס לנשים היא דבר שיקדם את האפשרות לגייס את הטייסים הטובים ביותר? זה פותח יותר אופציות. נניח 50% מהטייסת הן נשים ואותן נשים נכנסו להיריון בו זמנית - יכול להיות שיקול ספציפי לא לקבל נשים או לקבל פחות נשים. **השיקול החוקתי יכול להפיל הכל.**

כל שיקול ספציפי הוא גם "שיקול מרכזי" = הרשות חייבת לשקול. אם מינו אותי למוסד חינוכי יכול להיות שאני אשקול שיקול שהוא לא חינוכי? לא. אני חייבת לשקול את זה. כנ"ל גם לגבי תפקיד תעבורתי.

שיקול בין סמכות רשות לסמכות חובה - רוב הסמכויות שנמסרות לרשות השלטונית הן סמכויות רשות ולרשות יש שיקול דעת. סמכות חובה = אין שיקול דעת.

2. שיקולים כלליים:

לא לומדים אותם מהחוק הספציפי אבל כל רשות חייבת או יכולה לשקול אותם כי הם שיקולים כלליים.

• קבוצה א' - שיקולים כלליים משניים

- מרכזיים = הרשות חייבת לשקול.
- משניים = הרשות לא חייבת לשקול.

השיקולים המשניים תורמים לטובת הציבור במובן הרחב אך רחוקים מליבת התפקיד. דוג': למה רוצים לסגור את הכביש בשבת? בגלל בית הכנסת, רגשות הדת. כאשר המדינה מתחשבת ברגשות הדת זה יכול לתרום למדינה? חלק מהאוכלוסייה תרגיש שמתחשבים בה, לכן זה טוב להתחשב. זה לא קרוב לליבת התפקיד של הסדרי התנועה. אפשר לשקול את זה אבל זה משני. דוג' נוספת: שיקול קואליציוני- האם זה יחזק את הקואליציה או יפגע בה? אם ע"י תמיכה בסגירת הכבישים בשבת תגרום לכך שהממשלה תישאר יציבה והשר יתחשב בשותפות הקואליציוניות זה יכול לתרום לטובת הציבור, ממשלה יציבה? כן. כמה השיקול האם הקואליציה תתחזק או תתרופף קרוב לליבת התפקיד? לא קרוב. השיקול הקואליציוני יכול לתרום לטובת הציבור ע"י חיזוק הממשלה אבל הוא לא קשור לתפקיד. **לכן זה שיקול כללי משני.**

דוג' נוספת: איכות הסביבה לרשות הרכבות או לשר התחבורה: אם צריך לקנות קטר לרכבת מירושלים לת"א, אני עורך מכרז ויש לי שתי הצעות: קטר שהוא מהיר מאוד אבל מזהם את הסביבה או קטר שהוא איטי אבל לא מזהם את הסביבה. אם זו רשות הרכבות המטרה היא שהנסיעה תהיה מהירה. אם שוקלים שיקול ספציפי באיזה קטר לבחור יש לבחור בקטר המהיר והמזהם. אם אני שוקל שיקולים כלליים משניים- הזיהום נניח, למה זה משני? כי לא מעניינת את שר התחבורה איכות הסביבה אלא יעילות מהירות הרכבת. כמה הקטר מזהם זה שיקול כללי משני.

● **קבוצה ב' - שיקולים כלליים מרכזיים - הרשות חייבת לשקול שני שיקולים:**

1. **שיקולים הנגזרים מהחוקה -** כל מה שהחוקה מחייבת לשקול. דוג': אם כל מי שחותם על עצומה שולית יהיה חסום מפני תעסוקה, ייפגע לו חופש הביטוי הפוליטי. יש לשקול את מה שהחוקה מחייבת לשקול.

האם לא למנות אישה לבחירת רב העיר זה חוקתי? לא, חייבים למנות אישה לגוף הזה וזה לא מעניין אם נפסיד הרבה מועמדים לרב העיר, זה מה שמחייבת החוקה.

גם לגבי קורס טייס לנשים? רוצים שוויון. זהו שיקול שנגזר מהחוקה.

בפס"ד חורב - מה שנפגע זה חופש התנועה. הוא לא מוזכר בחוקי היסוד אבל אפשר להכניס את זה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אין הגבלה של חופש התנועה לאדם כי הוא יכול ללכת ברגל אלא שיש פגיעה לרכב עצמו לעבור שם.

מרחב המחיה של אסירים בכלא- מבחינת שירות בתי הסוהר- לכל אסיר יינתן לכל הפחות 4 מ"ר. זה מחייב אותם השקעה של מיליארדים בנינוי. למה שירות בתי הסוהר חייב לשקול את מרחב המחיה של האסיר? בגלל חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זה שיקול מרכזי- איזה מרחב מחיה יבטיח את כבוד האדם של האסיר? זה גם ספציפי וגם חוקתי, כללי, מרכזי.

2. **שיקולים הנגזרים מעקרונות היסוד של המשפט המנהלי -** כל רשות כפופה למשפט המנהלי אז אם יש דברים שהרשות המנהלית מחייבת אז אותה רשות חייבת לקחת כשיקול. דוג': הרשות היא נאמן של הציבור וחייבת לנהוג בהגינות. אז אם יש החלטה שעליהם לקבל והיא נוגדת את הגינות הציבור אני חייב לשקול את ההגינות, את השוויון שהוא נגזרת של ההגינות. יש שוויון חוקתי בו החוקה מתעניינת אבל המשפט המנהלי מתעניין בשוויון רגיל.

12/05/19

שיעור אחד עשר

-המשך- קבוצה ב' - שיקולים כלליים מרכזיים:

שיקול זה לא קשור לליבת התפקיד והוא לא מופיע בחוק.

**במבחן הוא לא יופיע בחוק, אלא המרצה יוסיף אותו.

1. שיקולים הנגזרים מהחוקה - כל מה שהחוקה מחייבת, הרשות חייבת לשקול.

בג"ץ 5769/18 אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה - אם כל מי שחותם על עצומה שולית יהיה פסול מכל תפקיד ייצוגי במדינת ישראל גם לאחר שנים רבות זה יפגע בעיקרון חוקתי של חופש הביטוי.

בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו - האם למנות אישה לבחירת רב העיר? יש מועמדים שלא יסכימו כי אישה תבחר אותם. אם הרב לא יסכים שאישה תבחר בו שלא יבוא להליך, כי זה יפגע בשוויון. החוקה מחייבת לשמור על שוויון.

פס"ד אליס מילר - גם פה הטענה תהא זכות השוויון.

פס"ד חורב - חופש התנועה לא מוגדר בחוקי היסוד, אולם ניתן להכניס אותו לכבוד האדם וחירותו כפי שטען השופט ברק בפס"ד. חופש התנועה של האדם לא מוגבל בכביש בר אילן, אלא מגבילים את התנועה של הרכב בלבד. לכן, ניתן להתווכח עם ברק בנוגע לכך - לטענת המרצה.

פס"ד בנושא מרחב לכל אסיר - שירות בתי הסוהר צריך לשקול האם מרחב של 4 מ"ר לכל אסיר לא מהווה פגיעה בכבוד האדם וחירותו ובנוסף לדאוג לשיקום האסיר ולחיינו, כך שמבחינת בתי הסוהר מדובר גם על שיקול ספציפי וגם על שיקול כללי מרכזי הנגזר מהחוקה.

טקס זיכרון לפלסטינאים וליהודים ביחד - ההורים השכולים המשתתפים בטקס טוענים למעשה טענה פוליטית שהיא נגזרת של חופש הביטוי. שר הביטחון צריך לשקול שיקול חוקתי. בנוסף, ניתן לשקול שיקול נוסף שהוא האוטונומיה של הפרט להחליט איך להנציח את בני משפחתו שנפטרו. זכות זו נובעת מחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו. במקרה זה, המשפחות הישראליות השכולות הן בעלות הזכות לבקש את כניסת המשפחות הפלסטיניות (למשפחות הפלסטיניות אין זכות לבקש את כניסתם לארץ).

2. **שיקולים הנגזרים מעקרונות היסוד של המשפט המנהלי** - כל רשות כפופה למשפט המנהלי, ולכן אם יש דברים שהמשפט המנהלי מחייב, אז אותה הרשות חייבת לשקול אותם:

- **הגינות** - הרשות היא נאמן של הציבור והיא חייבת לנהוג בהגינות. אם אני צריך לקבל החלטה ויש משהו שאינו הוגן כלפי האזרח, אני חייב לשקול את זה. החובה להתחשב בפגיעה הצפויה בפרט ולשקול אותה. לאחר מכן עיקרון המידתיות קובע כי יש לנסות לצמצם את הפגיעה. כמו כן, ההגינות נשענת על אינטרס ההסתמכות והציפייה של הפרט - יש לי אינטרס הסתמכות וציפייה שמה היה כל השנים ימשך. למי שיש רישיון בתוקף, הוא מסתמך על כך שהוא יכול לנהוג. אולם, למי שנגמר התוקף יש אינטרס ציפייה שאם הוא החזיק ברישיון לאורך כל השנים, אז כל עוד אין מניעה לחדש לו, הרישיון שלו יחודש.

פס"ד לוחמים לשלום - טקס זיכרון לפלסטינאים וליהודים ביחד - האם תהיה פגיעה במשפחות היהודיות השכולות שמקיימות את הטקס כבר 13 שנים? כן. הציפייה שלהם היא שהטקס ימשך, בעיקר לאור קביעת בג"ץ שנה שנייה ברצף. כמו כן, אינטרס ההסתמכות בא לידי ביטוי בכך שיש הכנות לטקס, גיוס תרומות, הזמנת אורחים וציוד וכדומה.

לעולם שיקול מרכזי גובר על שיקול משני - שיקול מרכזי שחייבים לשקול אותו, תמיד עדיף על שיקול משני שאין חובה לשקול אותו.

טקס זיכרון לפלסטינאים וליהודים ביחד- במקרה זה יש לי ארבעה שיקולים מרכזיים חזקים – (1) חופש הביטוי. (2) כבוד האדם וחירותו (3) הגינות (4) הסתמכות וציפייה. במקרה זה יש רק שיקול אחד שיכול היה לנצח את השיקולים – שיקול ביטחוני.

- **שוויון (מנהלי)-נגזר מההגינות-** למשל- ההגינות המנהלית אומרת שלא נפלה בין מגדלי פרחים שכן השוויון המנהלי נגזר מכך. חלה עליי חובת הגינות ואם אני מפלה בין אזרח אחד לאחר, אני אנהג בו שלא בהגינות. אפליה לטובת אחר.
- **אמון הציבור ברשויות השלטון** – התחיל בהלכות של דרעי ופנחסי.

פס"ד לאיכות השלטון (פרשת דרעי) – שר שהוגש נגדו כתב אישום בעבירה של שוחד בהקשר לתפקידו. ראש הממשלה דאז, יצחק רבין, לא רצה לפטר אותו מהחשש שהקואליציה תתפרק. ראש הממשלה הבטיח לו שלא יפטר אותו. בית המשפט קבע את ההלכה- רשות הממנה שיש לה סמכות לפטר לא תמנה או תפטר אדם אם תיגרם פגיעה קשה באמון הציבור ברשויות השלטון (ראש הממשלה יכול לפטר את אחד השרים). חזקת החפות היא מעמד בהליך הפלילי ואינה חסינות מפיטורים במשפט המנהלי.

עלינו לבדוק על איזו רשות מנהלית אנחנו שוקלים את השיקול – בפס"ד זה לראש הממשלה הייתה סמכות לפטר שר והיה עליו לבדוק האם יש פגיעה באמון הציבור ברשויות השלטון. במקרה היום של ביבי, לכאורה בית המשפט יכול לכהן תחת כתב אישום מאחר ואין רשות מנהלית אחרת שיכולה לפטר אותו.

שיקול זר:

כל מה שלא נכנס לאחת משלוש הקטגוריות, הוא שיקול זר.

בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים- אילנה רסקין היא רקדנית בטן המופיעה באולם שמחות. יום אחד משגיח הכשרות מחליט לשלול את הכשרות מהסיבה שהיא מופיעה בו.

על מנת לדעת האם השיקול זר או לא, ננסה לבדוק אם הוא נכנס לאחת הקטגוריות:

שיקול ספציפי – השיקול הוא האם האוכל כשר או לא, ולא ריקודי בטן.

שיקול כללי – גם לא נכנס. היא עבדה שם ויש לה ציפייה שהיא תמשיך לעבוד. היא מסתמכת על זה שעבדה שם בעבר.

השיקול הזה לא נכנס לאף שיקול, ולכן הוא ייחשב כשיקול זר.

דוגמה נוספת – יש תפקידים מסוימים שבאופיים הם פוליטיים – כשר ממנה יועץ, הוא לא ימנה אותו לפי המקצועיות שלו לרוב, אלא קבלן כוחות בפריימריז. כלומר, הוא יבחר מישהו עם ראיית עולם דומה לשלו והוא יבחר כיצד הוא יכול לתרום לו מבחינה פוליטית, ולא מקצועית.

שיקול ספציפי – התפקיד של השר הוא למנות את איש המקצוע הטוב ביותר. זה שהוא יכול לעזור לי פוליטית זה לא קשור.

שיקול משני – זה לא שיקול משני שכן זה לא תורם לציבור במובן הרחב, אלא עוד פוגע. מיניתי אדם מינוי פוליטי ולא מקצועי.

השיקול הזה לא נכנס לאף שיקול, ולכן הוא ייחשב כשיקול זר.

אם יש לי שיקול אחד בלבד והוא שיקול זר = ההחלטה פסולה.

***** במצב של עירוב שיקולים (גם זר וגם לגיטימי) -- יש לנו 2 מבחנים.**

עירוב שיקולים - גם שיקול לגיטימי וגם שיקול זר. למשל - הוא גם המקצועי ביותר וגם מקורב. ישנם 2 מבחנים:

1. **ההשפעה הממשית** – מבחן המחמיר עם הרשות. כל עוד שהייתה לשיקול הזר השפעה ממשית, ההחלטה נפסלת. קל יותר לפסול עפ"י מבחן זה.

2. **השיקול הדומיננטי** – רק אם השיקול הזר היה הדומיננטי. הייתי צריך להוכיח כי לא הייתי ממנה את אותו אדם, והסיבה שמיניתי אותו הוא כי הוא מקורב פוליטית. למשל: אני יכול להוכיח לביהמ"ש שהמקורב הפוליטי הוא האדם הכי מוכשר שאפשר למנות אז זה מצמצם את ההשפעה הפוליטית ולכן יש פחות השפעה על השיקול הזר. ככל שהוא פחות מקצועי הייתה יותר השפעה לשיקול הפוליטי עד כדי השפעה מכרעת ודומיננטית.

טעמים להפוך שיקולים כלליים משניים לשיקולים זרים:

ישנם מקרים שארצה להפוך שיקול כללי-משני לשיקול זר.

1. **יש רשות אחרת שאמונה על שקילת השיקול-**

אם אני ממנה אדם שלא מבין כלום בתפקיד וזה לא ליבת התפקיד שלו אבל הוא יכנס בחוק לתפקיד הזה ורק יעשה נזק במקום לתרום. כמו אדם שאחראי על רכבות אבל רוצה לשיקול שיקול סביבתי ולכן, אם יש רשות מומחית שממונה על מניעת זיהום אוויר מרכבות אז עדיף שהיא תטפל בזה ולכן יכול להיות שעבורי זה יהיה שיקול זר.

פס"ד כרדוש (רשם החברות)- התפקיד של רשם החברות- עשיית סדר ברשימת החברות ולהגן על הציבור מפני חברות קש שאין להן פעילות עסקית וכל ההתאגדות שלהם כחברה זה הונאת הציבור, אני כרשם חברות צריך למחוק אותן. בפס"ד כרדוש היה רשם חברות שהגדיל ראש, הייתה לו חברה שמוציאה לאור- האם מעניין אותו בתור רשם איזה ספרים היא מוציאה? לא. מעניין אותו שיש לה פעילות עסקית והיא לא גורמת להונאה. הוא מחק אותה כי יש שם פרסומים אשר עלולים לפגוע בביטחון המדינה. האם זה שיקול זר שהיא מוציאה תכנים כאלה? אין כאן שיקול ספציפי כי אין כאן הונאה.

האם זה יכול להיות משני כללי? לכאורה, הרשם עושה משהו שיכול לתרום לטובת הציבור במובן הרחב. אבל, למה להפוך את זה לשיקול זר? כי יש רשות אחרת שאחראית על זה וזה לא עניין רשם החברות. הרשות המתאימה זה היועמ"ש כי אולי הונאה זה עניין פלילי ולכן הוא מחליט אם פרסום מסוים הוא מסית/פלילי או לא. כמו כן גוף אחר שאמון על זה- הצנזורה הצבאית ולכן בשביל רשם החברות זה שיקול זר.

פס"ד חורב- סגירת כביש בר אילן בשבת- אחד השיקולים שהופיעו בפס"ד זה שהתנועה בשבת מפריעה לאוכלוסייה החרדית וכו' כל פעם שעברו מכוניות היו הפגנות, שריפת דברים וכו'. לכן, אם הכביש ימשיך להיות פתוח האם זה שיקול ספציפי? לא, כי זה לא התפקיד שלו כמפקח התעבורה.

בנוגע להפרות זה טוב שלא יהיו הפרות אבל זה רחוק מליבת התפקיד של המפקח על התעבורה ולכן זה נופל גם בשיקול הכללי המשני כי הוא אחראי על הסדרי תנועה ולא על הפרות סדר. מדוע להפוך זאת לשיקול זר? כי יש מישהו אחר שזה עניינו.

• **שיקול קואליציוני** - (שיקול כללי משני) שהממשלה לא תיפול- האם זה טוב לטובת הציבור שהממשלה לא תיפול? כן. אבל האם זה קשור לליבת התפקיד של הרשות? לא. לכן, הרשות רשאית לשיקול זאת כשיקול משני.

באילו נסיבות השיקול הקואליציוני יהפוך לשיקול זר? עבור גורם מקצועי במשרד, האם זה עניינו של הדרג המקצועי לשמור על יציבות הממשלה? לא, השרים שמרכיבים את הממשלה זה אחריותם. לכן, אם אתה חלק מהפקידות המקצועית זה לא תפקידך. ומכאן, שעבור השר זה שיקול טוב אבל עבור הפקיד/ הדרג המקצועי זה שיקול זר.

2. עקרונות היסוד תומכים בהפיכת השיקול הזר-

פס"ד כרדוש (רשם החברות)- אם רשם החברות יתחיל לקרוא פרסומים של חברות הוצאה לאור, אז מה אומרים על זה עקרונות היסוד? איזה זכות חוקתית יש כאן? שלטון החוק וזכויות האדם. מי שרוצה לפגוע בחוק יסוד: חופש הביטוי צריך להראות הסמכה מפורשת בחוק. האם מינו את רשם החברות לפגוע בחופש הביטוי? לא. עקרונות היסוד תומכים בזה שעבור רשם החברות זה שיקול זר כי הוא לא הוסמך לזה.

פס"ד חורב- סגירת כביש בר אילן בשבת- איזה עיקרון יסוד נכנס כאן? הרשות אומרת שצריך לפתוח את הכביש אבל אם תפתח אותו יהיו הפרות סדר ולכן תשאיר אותו סגור. מה אומרת מדינה דמוקרטית על השימוש באלימות להשגת מטרה פוליטית? **פסולה מהיסוד**, היא מחוץ לתחום. לכן, אם הרשות תשיקול הפרות סדר כשיקול לעשות כך או אחרת היא תיתן לגיטימציה לאלימות וזה מנוגד לעקרונות היסוד של רשות מנהלית. אסור לה לתת וטו לגורמים אלימים. עבור המפקח על התעבורה זה שיקול זר, גם אם זה לטובת הציבור שלא יהיו הפרות סדר, הוא לא יכול לתת "פרס" לגורמים אלימים.

19/05/19

שיעור שניים עשר

סבירות:

עילת שיקול זר כדי לפסול החלטת רשות מנהלית. אפשר לפסול החלטה אם היא נגועה בשיקול זר.

לאחר שפעלתי ואין לי שיקולים זרים יש לבחון את תורת הפעלת שיקול הדעת כדי לבחון שאין חוסר סבירות.

תורת הפעלת שיקול הדעת:

עילת חוסר סבירות- מה מצופה מהרשות המנהלית לעשות כשהיא צריכה לקבל החלטה? כשהיא לא עושה את מה שמצופה ממנה יש חשש לחוסר סבירות.

השאלה העומדת בפני הרשות- האם הרשות מאפשרת:

1. האם לסגור את כביש בר אילן בשבת בשעות התפילה? (פס"ד חורב) זה נראה הגיוני כי יש שם קהילה חרדית גדולה.
2. האם לסגור את רח' בזל בתל אביב בשבת?
3. לעניין הרכבת- האם לרכוש קטר מהיר ומזהם או איטי וידידותי לסביבה?
4. בעניין השר ליצמן עם מיגון ביה"ח ברזילי- האם ניתן לעצור עבודות למיגון חדר מיון כדי למנוע חילול קברים?
5. האם רה"מ יכול שלא לפטר שר שהוגש נגדו כתב אישום למניעת קריסת הקואליציה? פס"ד התנועה לאיכות השלטון- פס"ד דרעי.
6. האם ניתן להפסיק מענק למגדלי פרחים שכן נגמר התקציב? פס"ד מרדי.
7. האם אני יכול שלא למנות את פרופ' אמיתי לגוף המחקר המדעי המשותף ישראל- גרמניה כי היא חתמה על עצומה?
8. האם אני יכול למנוע את כניסת המשפחות השקולות הפלסטינאיות לעריכת טקס הזיכרון המשותף? פס"ד לוחמים לשלום.
9. האם ניתן שלא למנות אישה לגוף שבחר את רב העיר? פס"ד פורז

הרשות צריכה לקבל החלטה.

השלבים לתורת הפעלת שיקול הדעת:

שאלה ראשונה:

האם לסגור את כביש בר אילן בשבת בשעות התפילה? (פס"ד חורב)

שלב א'- שקילת כל השיקולים המרכזיים בלבד- כל מה שמרכזי אני חייב לשקול כדבר ראשון. לדוג': פס"ד חורב- סוגרים כביש של שישה מסלולים בשבת. המפקח על התעבורה- קודם השיקולים הספציפיים שהם תעבורתיים. האם ניתן לדאוג לשיקול הספציפי שהוא תעבורתי כשהכביש סגור בשבת. יש שני שיקולים שעולים בפסה"ד:

1. שכביש בר אילן שהוא עורק תחבורה ראשי (שישה מסלולים), אם יסגור אותו יכול להיות שיגרום לפגיעה בתעבורה. השר צריך לבקש תשתית עובדתית, איך אוספים נתונים, אלו נתונים, יש לאסוף נתונים ממשד התעבורה. מתברר לשר שבגלל שירושלים היא עיר שומרת שבת, יש בה ציבור חילוני אבל הוא לא גדול, כמות הנוסעים בכביש הזה לא גדולה ואם הוא יסגור את הכביש לא יהיו פקקים, יש דרך עוקפת והיא לא מאריכה את הדרך בהרבה. אם בודקים ואוספים את כל הנתונים ולפיהם לא תהיה קטסטרופה בכביש, אם השר סוגר את הכביש הוא לא מזניח את השיקול התעבורתי. זה לא פוגע בשיקול המרכזי הספציפי.
2. יש אנשים שגרים בכביש הזה והשיקול הזה הוא **כביש גישה למקרקעין**. כביש שבאמצעותו בעלי מקרקעין, תושבים שם מגיעים הביתה. מתברר בפסה"ד שהרשות לא בדקה כמה תושבים גרים שם וזו הזנחה של שיקול מרכזי. נניח שהוא בדק ויש 100 תושבים שגרים וביניהם כמה בעלי מוגבלויות, ניתן לעשות במקום סגירה הרמטית אלא להציב שומר שיכניס את תושבי המקום.
3. שיקול כללי מרכזי- **נגזר מהחוקה- חופש התנועה כעיקרון חוקתי**- לא מפריעים לנוע ממקום למקום אלא להנעה של הרכב. הפגיעה היא בחופש התנועה של הרכב ולא בחופש התנועה של האדם. נניח יש פגיעה בחופש התנועה של האדם אבל יש כביש עוקף ואין בעיה תעבורתית, יש פיתרון לדיירים, אין פגיעה משמעותית בחופש התנועה. זו לא פגיעה חוקתית ממשית ואז כל התנאים מתקיימים.

לאחר השלב הראשון של שקילת השיקולים המרכזיים, יש שתי אפשרויות:

תוצאה 1 אפשרית-

אין אפשרות לדאוג לכל השיקולים המרכזיים- אם אין אפשרות לדאוג לכל השיקולים המרכזיים, יש בעיה עם אחד השיקולים המרכזיים אז חייבים לפעול באופן המכבד את המרכזיים. לכן אין אפשרות לסגור את הכביש בשבת, להשאיר את הכביש פתוח. בתוצאה זו זה סוף הדרך.

** במבחן לרשום שבמידה וכן יש פתרון לדאוג לשיקולים המרכזיים בוחנים את תוצאה 2.

תוצאה 2 אפשרית-

יש פתרונות חלופיים (ניתן לסמן וי על כל השיקולים המרכזיים) והשיקולים המרכזיים אינם מחייבים כך או אחרת. אפשר גם לסגור את הכביש וגם לא לסגור. שיקול הדעת נשאר בשלב זה.

שלב ב'- שקילת שיקולים משניים- רגשות הדת למשל (בפס"ד חורב)

נניח הגעתי לתוצאה 2, מתוקף תפקידו של השר הנטייה שלו לפתוח את הכביש בשבת לכן גם כשיגיע לתוצאה 2 אפשרית הוא לא יהיה אדיש לתוצאה ויש לו את האופציה החוקית לסגור. הוא נגד סגירה, הוא מגיע לשלב ב' עם הנטייה לא לסגור את הכביש, רק אם אותו שיקול משני יהיה בעל משקל רב הוא יכול להתגבר על הנטייה הבסיסית שלו לא לסגור אף כביש. הוא לא חייב להגיע לשלב השני אבל מטבע הדברים מגיע לשם כי השאלה היא אם לסגור את הכביש בשבת. אם השיקול המשני עולה על השיקולים המרכזיים הוא יכול לסגור את הכביש, השיקול צריך להיות מהותי ביותר.

שאלה שנייה: סגירת כביש בזל בשבת:

שלב א'-

1. השיקול הראשון נופל- זה לא עורק תחבורה ראשי אבל הוא נתיב תעבורה שעדיין עוברים שם. נניח שזה כביש קטן ויש נתיבים עוקפים.
2. השיקול השני- התושבים שגרים- ניתן לעשות סגירה שהיא לא הרמטית.
3. השיקול השלישי- אם יש פתרונות להכל חופש התנועה לא ייפגע.

אם כל השיקולים מסומנים בוי אנחנו בתוצאה 2 אפשרית כי מסומן וי על כל השיקולים המרכזיים.

שלב ב'-

המפקח על התעבורה נגד סגירת כבישים. האם יש שיקול משני כבד משקל ששווה להקריב בשבילו מהשיקולים המרכזיים? לעניין רגשות הדת- מדובר בלב תל אביב החרדית ולכן התושבים החרדים הם מיעוט והפגיעה ברגשות הדת היא שולית ביותר, לכן אין שיקול משני שגובר על השיקולים המרכזיים. לכן אין שום הצדקה והתוצאה היא שהכביש יישאר פתוח.

שאלה שלישית: קטר מהיר ומזהם או קטר איטי וידידותי לסביבה:

בקטר הראשון- הקטר המהיר עושה ב- 30 דק' את הדרך מירושלים לת"א והקטר האיטי עושה את זה ב- 75 דק'. בתור שר התחבורה השיקול המרכזי הוא שירותי רכבת יעילים, זולים, בטוחים וכ"ו.

שלב א'-

שיקול מרכזי- האם ניתן לרכוש את הקטר האיטי והידידותי? המדינה השקיעה מיליארדים ועשתה גשרי ענק. האם זה יכול להיות לאחר ההשקעה שהנסיעה תהיה שעה ורבע ולא שעה וחצי? נסמן על זה איקס כי השירות לא יעיל לציבור אם הוא לוקח יותר מזמן של נסיעה באוטובוס. אם יש איקס על השיקול המרכזי נמצאים בתוצאה 1 אפשרית. כלומר, חייבים לבחור בקטר המהיר והמזהם. נניח השר לאיכות הסביבה מביא למצב שאסור לשר התחבורה לרכוש את הקטר המהיר. במצב זה מבטלים את המכרז, מכריזים שאין זוכה במכרז ועורכים מכרז חדש. במכרז החדש יכנס תנאי שהקטר צריך להיות מהיר אבל לא לעבור את התקן שקבע השר לאיכות הסביבה.

נניח שינינו את הנתונים: לקטר המהיר לוקח 30 דק' ולקטר האיטי לוקח 35 דק'. האיקס יכול להפוך לוי כי 5 דק' זה לא קריטי וזה עדיין יעיל. אם ההבדל בין הקטרים הוא 5 דק' נסיעה יכולים לסמן וי על קטר איטי ואז בוחרים בקטר האיטי והידידותי לסביבה ואז נהיה בתוצאה 2 אפשרית. מבחינת המכרז ניתן לבחור במציע א=קטר מהיר או במציע ב=קטר איטי. שתי האפשרויות עומדות בפני שר התחבורה. ניתן לבחור או בזה או בזה, נניח שני הקטרים יעלו אותו דבר.

שלב ב'-

כשהשר יגיע לשלב ב' הנטייה שלו תהיה לבחור ברכבת המהירה והיעילה ביותר. השיקול הכללי המשני זה איכות הסביבה. אם השר יגיע עם נטייה לרכבת מהירה השכנוע הוא ששווה להקריב 5 דק' ברכבת איטית יותר כי חוסכים בזיהום אוויר. אם אין סכנה לבריאות הציבור, יש זיהום אוויר אבל הוא לא משמעותי השר יבחר את הרכבת המהירה. רק שיקול משני מאוד חזק יכול לשכנע אותו לוותר על הרכבת המהירה. איכות הסביבה היא לא ליבת התפקיד של שר התחבורה.

כל זה כשיש שיקול משני אחד, אם מכניסים שיקול משני נוסף זה יכול להפוך את התמונה. אם היה שיקול משני של איכות הסביבה זה היה מצדיק רכישת רכבת איטית.

אם מוסיפים שיקול של עלות למשק- בתפוקה של שנים זה הרבה כסף. גם איחור זו עלות גדולה למשק. בשני מיליארד שנים, אמנם חסכנו זיהום אוויר ברכבת איטית אבל היה אפשר לחסוך זיהום אוויר ככה. השיקול המשני של עלות המשק גובר על השיקול של איכות הסביבה כי היא יקרה מאוד.

שאלה רביעית:

שר הבריאות אחראי על בתי החולים הממשלתיים- האם הוא יכול לעצור את העבודות למיגון חדר המיון בבית ברזילי כי יש חשש של חילול קברים של יהודים מימי בית שני?

שלב א'- למה בכלל למגן את חדר המיון? ההיגיון הוא שבי"ח יהיה בטוח לשימוש.

שיקול מרכזי אחד- בטיחות החולים בביה"ח הממשלתי. אם הוא יעצור את העבודות הוא מסכן את החולים. העובדה שחדר המיון לא ממוגן מסכנת את החולים. מסמנים איקס על השיקול הראשון. אם סימנו איקס אנחנו בתוצאה 1 אפשרית. על השר להורות על ביה"ח להמשיך את העבודות. האופציה השנייה היא שלא עוצרים את העבודות אבל ייבנה גשר באותו מקום של הקברים כדי למנוע חילול של הקברים- מסמנים וי, העבודות ממשיכות, אך הגשר מעכב אותן ואז מגיעים לתוצאה 2 אפשרית, אפשר עם הגשר ואפשר בלי הגשר ואז מגיעים לשלב ב'.

שלב ב'-

הנטייה הבסיסית של שר הבריאות זה להיות נגד הגשר אבל הוא בכל זאת רוצה לשקול את זה. אם נחלל קברים של יהודים זה יפגע ברגשות הדת של הציבור. אם כבוד המת הוא ערך חוקתי היינו מוסיפים את זה לשיקול מרכזי שהוא ערך חוקתי. אם יש לשר נטייה נגד הגשר, השיקול נגד רגשות הדת צריך להיות משמעותי, שלחלק גדול מהאוכלוסייה רגשות הדת ייפגעו. מנהל רשות העתיקות אומר שמי שישב באשקלון הם הפלישתים, בכל מקרה הם עובדי אלילים ואין להם קשר לעם היהודי כי הם היו אויבים שלו ולכן אם זה לא פוגע ביהודים, בנוצרים או במוסלמים זה לא פוגע באף אחד ואין צורך לבנות בגשר.

26/05/19

שיעור שלושה עשר

-המשך- סבירות:

-המשך- תורת הפעלת שיקול הדעת:

שאלה חמישית:

האם ראש הממשלה יכול שלא לפטר שר עם כתב אישום חמור בעניין שוחד? (פס"ד התנועה לאיכות השלטון) כדי למנוע את קריסת הקואליציה.

שלב א'- שקילת שיקולים מרכזיים בלבד:

שיקול מרכזי- אמון הציבור ברשויות השלטון- לא ניתן לדאוג לכל המרכזיים- חובה לפעול או להימנע מפעולה באופן שמכבד את השיקולים המרכזיים כי זו החובה הבסיסית שלי בתור רשות שלטונית. אם לא ניתן לסמן וי על כל השיקולים המרכזיים, עוברים לאפשרות מס 1- אסור לפעול כמו שרציתי או שחובה עליי לפעול בדרך שמכבדת את כל השיקולים המרכזיים. בשאלה זו השיקול המרכזי הוא פגיעה באמון בציבור ברשויות השלטון. השיקול הכללי מרכזי מגיע מעקרונות יסוד של המשפט המנהלי. לא ניתן לשקול שיקול משני ברגע שסימנו איקס על שיקול מרכזי.

שלב ב'- שקילת שיקולים משניים:

אם ניתן לדאוג לכל השיקולים המרכזיים ניתן לסמן וי ואז יכול לחול שלב ב' לשיקול הדעת. שלב ב'- זה שקילת שיקולים משניים. **השיקול המשני הוא השיקול הקואליציוני-** אם נפטר את השר יכול להיות שתתפרק הממשלה. במקרה של התנועה לאיכות השלטון היה כתב אישום סופי. אם הוא ימשיך לכהן תחת כתב אישום סופי האם זה מהווה פגיעה באמון הציבור? כן. לכן לא צריך לסמן וי על השיקול הזה.

שאלה שישית:

האם ניתן לעצור את תוכנית חלוקת המענקים למגדלי הפרחים כי נגמר התקציב? (פס"ד מרדי)

שלב א'- שיקול מרכזי- עידוד ייצוא

אם אני מפסיק את המענק הייצוא ייפגע, כלומר יש איקס על השיקול המרכזי. אם כבר נתתי את המענק ל- 95% ממגדלי הפרחים לא תהיה פגיעה קשה בייצוא ע"י הפסקת המענק. ה- 5% שלא קיבלו לאחר הפסקת המענקים יהיו פגיעה בשוויון בין אלו שקיבלו את המענק לבין אלו שעומדים בדרישות ולא קיבלו את המענק. **שיקול מרכזי נוסף- שוויון.**

שיקול מרכזי נוסף- הגינות- זה לא הוגן כי זה מפתיע את האזרח, הוא ידע שיש לו זמן מסוים להגיש בקשה ופתאום מפסיקים את זה. הגינות מחייבת להתחשב בפגיעה שהולכים לגרום לפרט, שני אינטרסים: אינטרס הציפייה ואינטרס ההסתמכות. אותו מגדל פרחים מצפה שהוא יכול להגיש את המענק עד אותו חודש. אינטרס ההסתמכות מתבטא ע"י כך שמגדל הפרחים בנה עוד חממות על יסוד ההסתמכות, הוא בנה על הכסף הזה כחלק מההשקעה. השיקול לא מתקיים.

שלב ב'- **שיקול משני- שיקול תקציבי-** אם לא יודעים להבטיח שוויון והגינות כלפי האזרח אסור לשקול את השיקול התקציבי כי הוא שיקול משני. אסור להפסיק את התוכנית באמצע, אם אין כסף לוקחים כסף ממקורות אחרים בתקציב.

שאלה שביעית:

האם אני (שר המדע) יכול שלא למנות את פרופ' אמיתי בשל חתימתה על העצומה? (פס"ד אמיתי)

שלב א'- שקילת שיקולים מרכזיים:

1. שיקול ספציפי- **מקצועיות המועמד-** יש למנות מישהו מקצועי לקידום המדע. בוחנים אם היא מתאימה לתפקיד, ראוייה לו. השיקול תומך במינויה. מסמנים על זה וי.
2. שיקול כללי מרכזי- נגזר מעקרונות היסוד במשפט המנהלי- **אמון הציבור ברשויות השלטון-** הנוסחה של ביהמ"ש היא האם מינויה יביא לפגיעה קשה באמון הציבור בשלטון. האם החתימה שלה לפני 20 שנים על עצומה נגד אוניברסיטה שאפילו לא קיבלה כתב אישום, האם זה מהווה פגיעה קשה באמון הציבור? לא. מסמנים על זה איקס. אין לזה משקל בהחלטה.

לא ניתן למנות אותה.

אין לנו שיקולים משניים רלוונטיים אז צריך לאזן בין הכל.

שאלה שמינית:

האם אני (שר הביטחון) רשאי לסרב לבקשה לכניסת המשפחות השקולות הפלסטיניות לטקס משותף עם המשפחות השקולות היהודיות? (פס"ד לוחמים לשלום)

שלב א'- שיקול מרכזי-

1. פגיעה בביטחון המדינה- לא הצליחו להראות שיש פגיעה.
2. פגיעה בחופש הביטוי, בכבוד האדם, בהגינות ציפייה, בהגינות הסתמכות. אם הייתה פגיעה בביטחון המדינה השיקולים המרכזיים לא היו מאפשרים כניסתם. בגלל שאין שיקול של פגיעה בביטחון המדינה נשאר 4 שיקולים מרכזיים שתומכים בכניסת הפלסטיניים.

שלב ב'- שיקול משני- פגיעה ברגשות של המשפחות השכולות וכלל הציבור.

נמצאים באפשרות מס' 1- בגלל שלא יודעים לסמן וי על השיקולים המרכזיים אסור בגלל פגיעה ברגשות למנוע את כניסת הפלסטיניים.

השר לא יודע לדאוג לשיקולים המרכזיים ולכן אסור לו לשקול שיקול משני.

שאלה תשיעית:

האם ניתן שלא למנות אישה לגוף שבוחר את רב העיר? (פס"ד פורז)

שלב א'-

1. השיקול הספציפי תומך בלא למנות אישה כי יותר מועמדים לרב העיר לא יגיעו להתמודד.
 2. שוויון מגדרי- השיקול החוקתי לא נותן להפלות ולהדיר נשים מגוף ציבורי.
- אם באיזון לא יודעים לדאוג לשיקול החוקתי אז בכל מקרה אני חייב למנות אישה לגוף הבוחר את רב העיר.

****במבחן:

מסווגים כל שיקול

במידה ויש שיקול זר בודקים אם הוא מעורב או לא בחוסר סבירות,

ואז תמיד עוברים לשיקול מרכזי ושיקול משני.

מצבי חוסר סבירות:

חוסר סבירות בהגדרה זה מתן משקל חסר לשיקול מרכזי. **לפעול בחוסר סבירות זה להזניח שיקול מרכזי.** יש לי שיקול מרכזי ואני לא יודע לדאוג לו, אני מזניח אותו ואני פועל בחוסר סבירות.

מצב א' של חוסר סבירות- הזנחת השיקולים המרכזיים, חוסר איזון בין השיקולים המרכזיים- בשלב א' של שקילת השיקולים המרכזיים- אם לא איזנתי בין השיקולים או הזנחתי בשלב הראשון את השיקולים המרכזיים נניח בפס"ד לוחמים לשלום- היה היבט בטחוני אבל הסכנה הביטחונית היא חלשה שגם אם אפשר לשקול את ההיבט הבטחוני הוא לא גובר על שאר השיקולים המרכזיים מי שגובר בשלב א' הם: ביטוי כבוד האדם, ציפייה, הגינות. אסור להזניח את השיקולים החוקתיים בהחלטה שמקבלים. אם בשלב א' אחד השיקולים הוא חוקתי איך אדע אם אני מזניח אותו או לא? בפס"ד פורז אם אני לא ממנה אישה שזה שיקול מרכזי חוקתי ויש שיקול שמצדיק פגיעה, האיזון יתבצע עפ"י פסקת ההגבלה. נחיל את פסקת ההגבלה ונגיע למסקנה איזה שיקול גובר.

*** במבחן לא להחיל את השיקול החוקתי אלא להזכיר שהאיזון יתבצע עפ"י פסקת ההגבלה.

בשלב זה בודקים רק שיקולים מרכזיים.

מצב ב' של חוסר סבירות- העדפת שיקול משני על פני שיקול מרכזי (כשיש עליו איקס)- בפס"ד חורב- שיקולים תעבורתיים, יש גישה למקרקעין, חופש התנועה. יש איקס על כביש גישה למקרקעין. חוסר הסבירות של השלב השני היא שלא הצלחנו לדאוג לכל השיקולים המרכזיים ובכל זאת עוברים לשקול שיקולים משניים. במצב זה עוברים לשלב ב' (שיקולים משניים), קיימת פה העדפה של שיקול משני על שיקול מרכזי.

מצב ג' של חוסר סבירות- יש על כל המרכזיים- סגירת כביש בזל בת"א. ניתן לסמן וי על כל המרכזיים, ניתן לעבור לשלב ב' ולסמן וי על המשניים. אבל המפקח על התעבורה נגד סגירת כבישים. למרות הנטייה המובנית שלו

של התפקיד להשאיר כבישים פתוחים ולמרות שהשיקול המשני הוא חלש מאוד הוא החליט לסגור את הכביש. למה השיקול המשני הוא חלש מאוד? כי אין קהילה דתית גדולה. השיקול הוא כ"כ חלש שאין סיבה שישנה את הנטייה המובנית שלו בעד כבישים פתוחים. אם הוא יעשה את זה הוא יעדיף שיקול משני חלש על השיקולים המרכזיים שלו.

מצב ד' של חוסר סבירות- מותר לעבור לשלב ב' ולשקול שיקול משני, השיקול המשני משמעותי, מתעלמים משיקול משני נוסף שהופך את התמונה- עוסקים בין המשניים לבין עצמם- מותר לשקול שיקול משני אבל הוא חלש מדיי בשביל לוותר על השיקול המרכזי- רכבת יעילה: קטר מהיר 30 דק', קטר איטי 35 דק', רוצים לשקול את איכות הסביבה ואז מופיעה עלות למשק. ניתן לסמן וי על יעילות הרכבת. אם הרכבת לא יעילה אסור לעבור לשיקול משני אלא לסמן איקס על השיקול הראשוני, המרכזי. אם שני הקטרים יעילים ניתן לסמן וי על רכבת יעילה גם אם בוחרים באיטיות ואז עוברים לשיקולים המשניים- נניח שיש רק את איכות הסביבה. אם מוכנים להקריב 5 דק' של נסיעה ברכבת, שיקול איכות הסביבה חלש, מותר לשקול את זה אבל החיסכון בזיהום אוויר הוא שולי. לעניין עלות למשק- זה 10 דק' כל יום הלוך חזור- העלות למשק גבוהה. פה כבר מסמנים וי ומותר לעבור לשלב ב'.

*****נדיר שמצב ד' יופיע במבחן.**

הנושא של סעדים- בטלות יחסית לא יהיה במבחן.

23/10/18

שיעור ראשון

מבוא לכללי הצדק הטבעי וזכות הטיעון:

הזכויות הטבעיות של האזרח- זכויות בסיסיות שפגיעה בהן זו פגיעה בכללי הצדק הטבעיים- פגיעה בהם יש לה משמעות משפטית כבדה.

מה מטרת כללי הצדק הטבעיים?

איך משתמשים בהם במשפט? הרי לא רוצים שהצדק רק ייעשה אלא רוצים שייראה גם. אני רוצה לדעת שאותה רשות התנהגה עם הפרט בצורה הוגנת. הרחיבו בהדרגה את כללי הצדק הטבעי כי כללים אלו יחולו גם במישור המנהלי, כלומר לאחר שיש לנו החלטה יש לבחון כיצד הבשילה אותה החלטה ומה יש לעשות כדי שנוכל להוציא את אותה החלטה לפועל. למשל: פומביות הדיון, חובת השמיעה, זכות העיון, חובת ההנמקה, היעדר ניגוד עניינים, זכות הטיעון וכחריג: זכות הערעור. היא חריג כי היא חייבת להיות מעוגנת בחוק. ז"א למשל: אם הגשתי תביעה והיא נדחתה, הגשתי ערעור למחוזי והוא נדחה אני מגיש בקשת רשות ערעור ואם העליון לא מאשר אותה אז אני לא יכול לערער. הזכות לא מוקנית בכל מקרה, היא צריכה להיות מעוגנת בחוק.

היכן מופיעים הכללים של הצדק הטבעי?

1. **חוק ספציפי**- למשל ועדת ערר בחוק התכנון והבנייה, קבוע שם שכשיש תוכנית מתאר יש חובה לשמוע התנגדויות. אם למשל עושים בשכונה שלי תוכנית מתאר פוגעים בנכס שלי אז חייבים לשמוע אותי, את ההתנגדות שלי.
2. **חוק כללי**- חוקים הקובעים באופן כללי על החלטות של רשות מנהלית. הם קובעים תחולה לאחד מכללי הצדק הטבעיים. למשל: חוק חופש המידע- קובע כי לאזרח יש זכות עיון, למשל חוק ההנמקות- קובע שעל הרשות לנמק את ההחלטות שלנו.
3. **קביעה בפסיקה**- מה אומרת הפסיקה? הפסיקה אומרת שכללי הצדק הטבעיים חלים תחולה שיורית, הם חלק מעקרונות היסוד של השיטה הישראלית ולכן מחילים אותם בצורה שיורית. גם אם זה לא מופיע בחוק כללי או בחוק ספציפי, את כללי הצדק הטבעי מחילים מכוח פסיקה של ביהמ"ש.

פס"ד בג"ץ סיעת הליכוד- לכל רשות יש ועדת ביקורת למשל: ראש עיר או סגן ראש עיר לא יכול להיות חלק מועדת הביקורת כי אינו יכול לבקר את העבודה של עצמו. בפס"ד נדון מקרה של חבר ועדת ביקורת שהוא גם חבר הנהלת המועצה. החוק קובע מי כשיר להיבחר לוועדת הביקורת. נקבע כי כדי להיות חבר בוועדת הביקורת אתה חייב להיות חבר המועצה, וראש העיר וסגניו אינם יכולים להיות חברי ועדת הביקורת. בבג"ץ הזה נדונה השאלה לגבי ניגוד עניינים ולגבי האם זה הסדר ממצה או חל לנו העיקרון הכללי של איסור ניגוד עניינים? במקרה דנן, אותו בחור שרצה להיות חלק מועדת הביקורת הוא לא סגן ולא ראש עיר אבל הוא חבר קואליציה. זה לא כתוב בחוק אז נשאלה השאלה מה כוונת המחוקק או שנחיל את זה בצורה שיורית? **נקבע כי הסדרים ספציפיים של כללי הצדק הטבעיים לא ימוצו כהסדר ממצה, לא נסתפק בהם ובמקביל אליהם יחול העיקרון הכללי של כללי הצדק הטבעיים.** כלומר, אם לשון החוק אינה חד משמעית נחיל את כללי הצדק הטבעיים מכוח הסמכות השיורית, מעקרונות היסוד של השיטה.

1. **חובת ההגינות** - הרשות נתפסת כנאמנה של הציבור ומחויבת לנהוג בהגינות כלפי כל פרט בחברה לכן אם היא רוצה או צריכה להשפיע על אזרחים בהחלטותיה או/ו לפגוע בהם זה צריך להיעשות תוך הקפדה על כללי צדק בסיסיים. בגלל כוחה של הרשות אנו כן נקנה הגנה בסיסית לאזרח וניתן דגש להבטיח את הכללים הבסיסיים האלה לכלל האזרחים. חובת ההגינות שהמקור שלה במעמדה של הרשות כנאמן של הציבור היא עיקרון על שיש לו חיים מעצמו. המושג נאמנה של הציבור הוא מושג "שסתום" במשפט המנהלי, הוא מקור גמיש שממנו יכולות להיגזר חובות ספציפיות רבות שאינן מוכרות עד היום וזאת ככל שילך ויתפתח המשפט המנהלי. למשל:

- החובה לקיים הבטחה מנהלית.
- החובה לפרסם הנחיות מנהליות.
- אי סטייה מהנחיות מנהליות - אפשר לסטות מהן אבל צריך סיבה מוצדקת וסבירה.
- הימנעות מהעלאת טענות מסוימות שבדין אם יש בהן חוסר הגינות.

2. **שכלול ההחלטה המנהלית** - כאשר יש ביקורת על רשות מנהלית, היא מתנהגת בצורה הגונה כלפי הפרט אני רואה את ההתנהלות השיפוטית שעוברת בכמה דרגים ואז ההחלטה תהיה נכונה יותר. חלק מכללי הצדק הטבעיים מסייעים לרשות לקבל החלטה יותר טובה. אם למשל לאזרח יש זכות טיעון ויש לו מידע שלא נמצא בידי הרשות אז ברגע שהרשות תקבל את אותו מידע מן הסתם יכולה להיות החלטה אחרת מהחלטה שהייתה מתקבלת אם לא נשמעה זכותו של אותו אזרח. אם לא נחייב את הרשות לנמק את ההחלטות שלה או להתנהג בשקיפות הדבר הזה ימנע מביהמ"ש לבחון את ההחלטה בצורה מושכלת. לכן, אנו מחויבים מכוח כללי הצדק הטבעיים לנמק את ההחלטה הנוגעת לזכויות בסיסיות של הפרט אשר עמדו בבסיס ההחלטה שלנו כרשות. דבר זה מביא לשקיפות כאשר אותו אזרח פונה לביהמ"ש הדרך של בחינת הדברים של ביהמ"ש תהיה יותר מושכלת.

3. **שכלול הביקורת השיפוטית** - אם אני מקבל החלטה בתור רשות, כשאני מגיע לצד של השימוע ואני שומע את הצד השני ההחלטה תהיה יותר הוגנת ויותר צודקת. כאשר הרשות חייבת לנמק את החלטותיה ביהמ"ש ירצה לבחון את ההחלטה, יהיה לו מה לבחון, מה הנימוקים שעמדו בבסיס ההחלטה והוא יכול לבקר את הרשות או לאשר את נימוקי הרשות. אם לא נחייב את הרשות לשקיפות, כאשר האזרח יפנה לביהמ"ש לא יהיה לביהמ"ש דרך לבחון את ההחלטה אלא שיבחן רק את השורה התחתונה.

4. **אמון הציבור ברשות המנהלית** - בתור אנשים ציבוריים אנחנו רוצים שהרשות תהיה הוגנת כלפינו. אם אותה רשות דוחה אותי היא תאבד את האמון שלי בה בתור אזרח. אנו רוצים שהפרט יידע שהגורל שלו מופקד בידיים טובות. כאשר יש הליך תקין ההליך חייב להיות שקוף. מהי שקיפות? כאשר שמעו את האזרח והרשות שקלה את כל הטענות של האזרח וזה נותן לאזרח את ההרגשה כי הצדק לא רק נעשה אלא שהצדק גם נראה. קיימים מצבים של צורך חד משמעי לבצע פעולה מסוימת הפוגעת בכללי הצדק הטבעיים. בד"כ החלטה כזאת ניתן לסכל או לבטל אך יש מקרים חריגים שניתן לבצע בטלות יחסית.

כללי אימוץ הצדק הטבעיים:

1. **זכות הטיעון** - זכות הטיעון חלה כאשר רשות מנהלית עומדת לקבל החלטה העומדת לפגוע באזרח. במקרה הזה הגשת כתב אישום זו פגיעה. פגיעה = החלטה שפוגעת בזכות חוקתית. זו פגיעה לפעמים במדיניות כללית שלא פוגעת. נניח הולכים להגיש נגדי כתב אישום לפי ס' 33(א) לחסד"פ, זה סותר את כללי הצדק הטבעיים. יש חובה לתת זכות שימוע למה לדעתו של הנאשם אין להגיש נגדו כתב אישום. אם האדם לא

יודע על מה מגישים נגדו כתב אישום, איך הוא יוכל לטעון שאין להגיש נגדו כתב אישום? נדרש לעיין בכל חומרי החקירה של הפרקליטות. **זכות הטיעון קשורה לזכות העיון** (העיון בחומרי החקירה).

13/11/18

שיעור שני

-המשך- מבוא לכללי הצדק הטבעי וזכות הטיעון:

-המשך- זכות הטיעון:

נבחן האם הפגיעה היא פיזית, ממשית או אם זו פגיעה באינטרס ראוי כמו לדוגמא רישיון נהיגה. אם שוללים ממני את רישיון הנהיגה זו לא פגיעה ממשית אבל זו פגיעה שפוגעת באינטרס שלי אז זו פגיעה נמוכה. בנוסף נבחן מה הטעמים לפגיעה בזכות הטיעון:

- א. **שכלול ההחלטה המנהלית** – ברגע שאנו שומעים את טענות האזרח שנפגע אז הרשות יכולה להגיע להחלטה מושכלת יותר או להתאים את ההחלטה לנסיבות המקרה הספציפי או במקרים מסוימים.
- ב. **חובת ההגינות** - ההגינות מחייבת את הרשות לתת לאזרח להתגונן בפני הטענות שהועלו נגדו. הרשות כנאמנה של הציבור חייבת להתנהל בצורה הוגנת.
- ג. **זכות הטיעון** – ברגע שנותנים לי לטעון זה מחזק את זכות הטיעון.
- ד. **הגבלת הפעילות המנהלית** - עצם זה שאנו נותנים זכות טיעון לנפגע זה מונע מהרשות לפעול באופן שרירותי נגד הפרטים, נגד האזרחים. אם כל החלטה שהרשות תקבל תחייב אותה לתת זכות טיעון זה יעלה לנו במשאבים וייצור עומס.

מתי אנו מחילים את התנאי בחובת קיום זכות טיעון ובאלו מקרים יש לתת לאזרח זכות טיעון? **הכלל הבסיסי- כאשר רשות מנהלית מקבלת החלטה הפוגעת באדם או קבוצה היא מחויבת לתת להם את זכות הטיעון**. המבחן הבסיסי הוא מבחן הפגיעה. השאלה "מהי פגיעה?" נדונה בכמה פסקי דין.

פס"ד ברמן - הייתה החלטה להעביר את שכונת נחלת יצחק מתל אביב לגבעתיים. התושבים עתרו נגד ההחלטה ואמרו שההחלטה הזו פוגעת בהם ולא ניתנה להם הזכות לטעון. נשאלה השאלה מהי פגיעה? האם פגיעה בנכס ע"י רשות זה מחייב אותה לתת את זכות הטיעון? לא בהכרח, זו לא פגיעה ממשית. צריך לבדוק את רמת הפגיעה שמולה יקבל הנפגע רמת טיעון (רחבה יותר או פחות). פסה"ד קבע את תחולת הכלל של זכות הטיעון וקבע שפגיעה אינה שלילת זכות מאדם, דהיינו החלטה שמיטיבה עם אזרח לא מקימה זכות טיעון. גם אם אני חושב שמה שנתנו לי הוא לא מספיק זה לא מקים זכות טיעון. אין זה משנה אם מדובר בהחלטה שיפוטית או בהחלטה מנהלית. כאשר הרשות פועלת בתחום המשפט הפרטי גם אז כאשר היא מקבלת החלטה יש לאזרח זכות טיעון. כמו למשל אדם שמפוטר הוא חייב לקבל שימוע שאם לא יקבל שימוע זו פגיעה ממשית בעיסוקו. נקבעה רשימה פתוחה של דברים שביהמ"ש הסיק שיש אינטרס ראוי שנפגע.

פס"ד מוטסקי נ' פרקליטות המדינה - היה אגף להכרה בתארים שבחן את העניין של השלוחה של אוני' לטביה, הם חילקו מאות תארים ושללו מכל האנשים את התואר שלהם וזה הוריד להם במשכורת. הטיעון של אותם אנשים זה שלא ניתנה להם זכות הטיעון והטענה של המדינה הייתה שהיא לא מכירה בתואר שהנפיקה האוניברסיטה כי זה הופק במרמה ובדרכים לא כשרות. יש פגיעה בשלוחה ובסגל האקדמי שלה בישראל כי קוראים להם רמאים ויש פגיעה אחרת ע"י שלילת התואר מהאנשים. ביהמ"ש מעגן את הזכויות וקובע איך היה על הרשות להתנהל. לפני שנמצאת כל התשתית הראייתית שמדובר במרמה לא ניתן להחליט, קודם צריך להוכיח את כל התשתית הראייתית המלאה. הוא קבע מפורשות שנקבע לאנשים מהשב"ס שנפגעה זכות בסיסית חוקתית ומכיוון שלא ניתנה להם זכות טיעון הוא מבטל את ההחלטה.

- א. מבחן הפגיעה בתוכו יש פגיעה ממשית- **הפגיעה צריכה להיות באינטרס ראוי של הפרט**. כאשר נקבע שהפגיעה באינטרס שאינו ראוי לאותה הגנה על אף שהפגיעה עשויה להשפיע על אותו אדם זה לא מקים זכות טיעון לאותו אדם.
- ב. פס"ד ברגמן- רשימה גדולה של פגיעה ממשית וראויה לזכות טיעון.

פס"ד מחמוד נ' שר החינוך- ניגש למכרז להתמנות למנהל ב"ס. לוועדה הגיע מידע שמחמוד אדם בעייתי שעבר עבירות משמעת ולאור זה החלטה הייתה לא למנות אותו למנהל ב"ס. עלתה השאלה האם להתמודד במכרז זה אינטרס ראוי? **הש' ברק הרחיב את האינטרס הראוי** ואמר שכאשר מתמודדים במכרז לעבודה ולעיסוק ראוי זה מהווה אינטרס ראוי. אך כאשר יש בידי הרשות מידע חדש אודות המועמד, הרשות הייתה צריכה להציג זאת בפניו ולתת לו את זכות הטיעון. הש' ברק אומר שגם כאשר יש ציפייה של אזרח להשתתף במכרז קמה לו זכות הטיעון. ניתן לחלק את הפגיעה לשלוש רמות: 1. **זכות**. 2. **אינטרס רכושי מסוים** למשל: רישיון נהיגה, רישיון נשק. לא ניתן לשלול מאדם את הרישיון סתם אלא צריכה להיות סיבה מוצדקת לכך. 3. **ציפייה**- מה ההבדל בין אינטרס לציפייה? כשמאבטח הולך לעשות חידוש רישיון נשק ולא נותנים לו- הפגיעה היא קריטית. כשאדם מועסק זו פגיעה בעיסוק שלו והיא יותר קשה. **ההבדל בין אינטרס לציפייה היא מידת ההסתמכות של הפרט, ככל שמידת ההסתמכות של הפרט היא יותר חזקה תהיה נטייה לסווג את המקרה כאינטרס מוגן שאין לפגוע בו**. הציפייה עצמה יכולה להיות ציפייה סבירה ויכולה להיות ציפייה חזקה. מהו היקף הציפייה? ברגע שיש לי רישיון נהיגה 20 שנה ההסתמכות שלי חזקה להבדיל ממישהו שרק עכשיו הוציא רישיון נהיגה. **הש' זמיר וגם הש' ברק- ארז התייחסו לעניין הפגיעה הישירה והממשית ואמרו שהפגיעה הזאת צריכה להיות ישירה ולא עקיפה. צריכה להיות אישית ולא פגיעה של מה בכך**. ברגע שהפגיעה היא פגיעה רוחבית כמו למשל קצבת ילדים שפוגעת בילדים בעקיפין (ובהורים בישרין) או למשל פגיעה שחולשת על רוב האוכלוסייה (כמו הפגיעה ביישובי עוטף עזה) לא קמה לי זכות טיעון.

חריגים לכלל:

1. **חקיקה**- אין זכות טיעון מתוך חקיקה וחזקה כי חברי הכנסת מייצגים נאמנה את האזרחים.
2. **תקנות**- פעולה מעין חקיקתית ומאוד רחבה שעלולה לפגוע באזרחים רבים. דוג: במדרג הראשון יש לנו חוקי יסוד, במדרג השני חוקים רגילים ואח"כ תקנות. גם בתקנות לא קמה זכות טיעון לאזרח.
3. **פעילות שלטונית ריבונית**- בפס"ד המועצה האזורית חוף נ' מד"י- נקבע שפעולות שלטוניות מובהקות לא מקימות זכות טיעון. האם יש פגיעה יותר קשה מלהוציא אדם מביתו? אין פגיעה קשה יותר מהפגיעה בקורת גג. ובכל זאת שם נקבע שכאשר יש פעולה ריבונית שלטונית של הממשלה לא תקום זכות הטיעון לאנשים באופן פרטי לא רק בגלל שזה יסרב את ניהול הפרויקט עצמו אלא כי הוקמו ועדות שדנו בכל ההליך של פינוי היישובים והפיצויים. ביהמ"ש קבע שנשמע הקול שלהם לא פעם אחת ולכן לא ניתנה להם זכות טיעון במקרה הספציפי.
4. **דחיפות**- הוא כלל מכללי הצדק הטבעי הקובע שבמצב של דחיפות וצורך לקבל החלטה בצורה מהירה הדבר דוחה את הזכות עד לזמן המתאים. זאת אומרת יש **ריפוי הפגם המנהלי**- קודם מבצעים את הפעולה ואז שומעים אותם.

החלטת ביניים= אני בתור גוף רוצה לקבל החלטה אבל צריך לקבל המלצה של גוף אחר. האם קמה זכות טיעון לאזרח שהחלטה פוגעת בו? לא קמה זכות טיעון לאותו אזרח.

פס"ד מד"י נ' געאביץ- האדם הגיש בקשה לאיחוד משפחות. הוא מהשטחים והתחתן עם ישראלית. משרד הפנים קיבל החלטה לא לתת לו אישור לאיחוד משפחות מטעמים ביטחוניים. אותו חומר שעל בסיסו התקבלה החלטה הוא חומר חסוי. אותו אדם הגיש עתירה שלא נתנו לו אישור לטעון והמדינה טענה על סמך החומר החסוי שאין לו מה לטעון כי כל החומר חסוי. ביהמ"ש אמר שלא כל פעם שרוצים לקבל החלטה המדינה תגיד שהחומר חסוי ושיש

פגיעה במדינה אלא להצביע נקודתית איפה הפגיעה. **לכן ביהמ"ש ביטל את ההחלטה לזכות הטיעון.** במקרים כאלו אין מה להשמיע ולכן לא תקום זכות טיעון וזה כאשר הפגיעה היא קיומית בביטחון המדינה כי ע"י חשיפת החומר תהיה פגיעה במדינה.

היקף זכות הטיעון:

עיקרון העל הינו שהשמיעה צריכה להיות שמיעה הוגנת וזכות הטיעון המוענקת לפרט עומדת מול חובת הרשות לשמוע, לתת לפרט זכות הוגנת להשמיע את טענותיו וכל זאת מתוך רצון לשמוע את הפרט ואם צריך לשנות את ההחלטה המנהלית. שמיעה הוגנת משתנה לפי העניין, ההיקף יהיה שונה לפי מהות והנסיבות של כל מקרה. היקף השמיעה מורכב משני דברים מרכזיים:

- 1. חומרת הפגיעה - היקף השמיעה -** ככל שאני פוגע בפרט בצורה יותר קשה ככה היקף השמיעה גדל. בגלל המאפיינים של הליך שיפוטי היקף השמיעה יגדל מאחר ומדובר בסכסוך בין זכות חזקה של הפרט שנפגעה שהוא רוצה להגן עליה לבין זכות הרשות המנהלית לקבל החלטות הראויות מבחינתה בנסיבות אותו עניין.
- 2. הפרוצדורה של השמיעה -** יכולה להשתנות ככל שיש צורך אחר, הפרוצדורה היא גמישה. לפעמים מספיק שעוה"ד שלי ייצג אותי ולפעמים אני מחויב להגיע בעצמי. לפעמים בימ"ש לא ידון בתיק מסוים אם אדם לא מגיע עם עו"ד כי מדובר בעונש מאסר והפגיעה היא קשה. ככל שההליך קרוב יותר להליך מעין שיפוטי כך היקף השמיעה רחב יותר.

בדומה לחובת ההיוועצות הדגש הוא שיש דרכי שמיעה רבות ומגוונות. אין דרך שמיעה אחת מחייבת. חשוב שיהיה דיון במהות של העניין ולתת הודעה במה מדובר. למשל: ליחס בין הפרוצדורה למהות בפס"ד מועצה אזורית חוף עזה- עלתה טענה כי צווי הפינוי נעדרים תוקף כי לא העניקו למתיישבים ולבתי העסק זכות טיעון ומאחר ואותם אנשים הם הנפגעים הישירים השמיעה הייתה חייבת להיות פרונטלית. ביהמ"ש קבע כי מבחינה עובדתית ניתנה זכות טיעון וזאת בהסתמך על דרכי שמיעה מגוונות:

- עובדתית הייתה זכות שמיעה שהתקיימה דרך חברי הכנסת- לכן גם אם לא התקיים הליך שימוע מקובל כן היה הליך שימוע בגלל השיח הרחב שהיה הן ברשות המבצעת והן ברשות המחוקקת.
- 3. מועד קיומה של זכות הטיעון -** יש לתת זמן סביר לפרט לבחון את ההחלטה ולהגיב. השימוע צריך להיות לפני מתן ההחלטה כאשר יהיו מצבים שעקב שגגה או דחיפות- השימוע לא יהיה לפני מתן ההחלטה ובמקרים מסוימים ניתן לדחות את זכות הטיעון להשלמה למתן ההחלטה. צריך לתת זמן סביר להתכונן לשימוע.
 - 4. זכות עיון -** זכות העיון היא נגזרת של זכות הטיעון ובכדי להגשים את זכות העיון קמה הזכות לעיין במסמכים שעמדו בבסיס ההחלטה בכדי שהטיעון יהיה רלוונטי יש להסתמך על ההליך שנעשה ברשות או לחשוף בפני אותו פרט את המידע שעל בסיסו קיבלה הרשות את ההחלטה. ס' 60א לחסד"פ- קובע שימוע ניתן לעיין בחומר החקירה רק לאחר קבלת כתב האישום כי לא רוצים לשבש חקירה. במקרה של שימוע שעדיין לא הגישו כתב אישום אין לי זכות מעוגנת בחוק לעיין בחומר. הפסיקה קבעה שבמקרה של שימוע על התביעה לחשוף בפני אותו נאשם עתידי לכאורה את הטענות העיקריות שעל בסיסן קיבלה התביעה את ההחלטה להגיש כתב אישום. הפרקטיקה אומרת שזה מעיד על הגינות שהיא נגזרת מנאמנות.
 - 5. מקום הטיעון -** עולות שתי שאלות:

- א. האם הטיעון חייב להיות בפני הרשות?
- ב. הטיעון יהיה במשרדי הרשות שקיבלה את ההחלטה. יהיו מקרים שיש קבוצה גדולה של אנשים ויצטרכו לשמוע את כולם, במקרה כזה הרשות שמקבלת את ההחלטה תמנה ועדה או אדם מסוים שאותו אדם יהיה אמון לשמוע את אותם נפגעים וכמובן התנאי לכך הינו שהעלו בפני אותו אדם או

בפני אותה ועדה את כל הטיעונים של הנפגעים. במקרה כזה יכול להיות שזה יהיה איפה שיושב אותו אדם או אותה ועדה.

ג. האם זה חייב להיות ע"י הנפגע בעצמו?

בפס"ד אוני" לטביה נקבע שמי שנפגע יכול להציג את גרסתו בצורה הטובה ביותר. הנפגע כן יכול להיעזר בעו"ד. בפס"ד המגורשים ללבנון עלתה טענה האם עורכי דין יכולים לטעון בשם המגורשים? איך ניתן לתקשר עם אותם מגורשים? ביהמ"ש קבע שעו"ד יכול לטעון בשם נפגע וספציפית במקרה שלנו עורכי הדין יכולים לטעון בשם המגורשים אבל במקרה שלא ניתנה הזדמנות לעו"ד לדבר עם הנפגע זה דומה למקרה שאין בו מה להשמיע וביהמ"ש עונה בשלילה ואומר שכאשר עו"ד מייצג אדם הוא צריך להיות בקשר רציף עם הנפגע על מנת לדעת את המאפיינים הסובייקטיביים של הנפגע ובמקרה הזה הצדק מחייב את המדינה למצוא את הדרך ביצירת הקשר בין עורכי הדין לבין המגורשים.

6. **השימוע יכול להיות בכתב** - הגמישות לעניין ההיקף היא גם הגמישות לעניין הצורה. לרוב שימוע בכתב כן ממצה את זכות הטיעון. בהליכים מעין שיפוטיים כאשר יש משקל רב לאמון שאני נותן לנפגע, יש חשיבות יתרה להתרשמות הישירה שלי מהנפגע באותם מקרים, יש חשיבות לא רק לטענות אלא גם ביצירת אמון מול הנפגע, לכן נדרש שימוע בע"פ או פרונטלי.

פס"ד יורם זריפי נ' שר המשפטים - העותר היה יו"ר הגז. באותה תקופה הייתה החלטה של שר המשפטים לבטל את מינויו, אחד הטעמים הוא קשיים בתפקוד ועדת ערר. השופטת פרוקצ'יה אומרת "נוכח טעמים אלו המדברים על כשלים יש מקום להרחיב את זכות הטיעון ולאפשר לאדון זריפי תשובה מלאה יותר לטענות ולא להסתפק במכתב שנשלח ומטיבן מייחסים לו פגמים וקשיים יש חשיבות לעניין הטיעונים בע"פ". השי ברק משאיר זאת בצריך עיון. העתירה מתייתרת מאחר והמדינה חזרה בה מאותה החלטה ואדון זריפי הוחזר לתפקידו.

7. **חובת שימוע משנית** - כאשר יש לרשות חובת טיעון הרשות צריכה לתת לי להתמודד מול מידע חדש ולתת לי הזדמנות נוספת להתייחס ולהשלים את הטיעון לאותן טענות חדשות. ביהמ"ש אומר שכאשר יש מידע חדש שהביא להרעה עם העותר, דהיינו מדברים על תשתית עובדתית שלא הייתה קיימת לפני הטיעון המקורי - יש צורך לתת לעותר אפשרות נוספת להשלים את הטיעון שלו או להגיב לדברים. זכות הטיעון המשנית מוגבלת למקרים בהם מדובר במידע חדש ומהותי.

8. **חקירת עדים** - בהליך מנהלי לא צריך לקיים הליך משפטי מקיף לכן לא ניתן לכלול חקירת עדים וזה בניגוד להליך שיפוטי רגיל. למשל אם אותו מידע של הרשות מתבסס על שלושה עדים לא ניתן לחקור את כולם.

9. **שמיעת הציבור הרחב** - אין בעובדה שיש לציבור הרחב זכות לטעון בגלל פגיעה מסוימת באותו ציבור לא מקימה לו הזכות לטעון. במקרים מסוימים אכן ניתנת זכות טיעון לקבוצה מסוימת. השאלה היא רק לעניין הפרוצדורה - איך עושים זאת? הפרוצדורה גמישה.

מהן תוצאות אי מתן זכות הטיעון? כאשר נפל פגם במתן זכות הטיעון עולה השאלה מה עושים? למשל אדם שלמד משפטים ועשה עבירת פשע לפני 10 שנים, העבירה התיישנה? כן. היא קיימת ברישום המשטרה לאחר 10 שנים מההתיישנות כלומר לאחר 17 שנים. אותו אדם שעבר עבירה, לגופים כמו פרקליטות המדינה, מערכת בתי המשפט מותר להם לעיין בעבר הפלילי. גם לשכת עורכי הדין יכולה לעיין בעבירה שעדיין לא נמחקה. אישרו לו התמחות ואמרו שישקלו אם יתנו לו רישיון עו"ד או לא. לאחר ההתמחות, קיבל שימוע בלשכת עורכי הדין. הגיע לוועדת ההתמחות ולא קיבל את זכות הטיעון. קיבל מייל שרק עוד 4 שנים לאחר שהעבירה תימחק יקבל רישיון לעריכת דין. הגיש עתירה נגד לשכת עורכי הדין על אי סבירות ההחלטה. הוא עשה התמחות בביהמ"ש העליון. במחוזי בירושלים השי' אמר שההחלטה סבירה. **בימ"ש לעולם לא יתערב בשיקול דעתה של הרשות המנהלית. הוא יתערב כאשר בנסיבות העניין המקרה מאוד חריג ולא הוגן בצורה חריגה.** עלתה הטענה שלא התקבל הפרוטוקול של

הלשכה. לא שאלו אותו כלום בשימוע ולא העלו את עניין העיסוק שלו. על אף שאותו שופט רצה לצדד בלשכה בסופו של דבר הוא ביטל את ההחלטה של לשכת עורכי הדין כי לא ניתנה לעותר זכות טיעון. הם יכלו לשאול אותו על עובדות העבירה.

בטלות מוחלטת - אם לא הייתה זכות טיעון ההחלטה עצמה מבוטלת. ככלל, זו בטלות שהפגם מונע שימוע מאוחר.

בפס"ד סרטי נוח נ' המועצה לביקורת סרטים - המועצה החליטה לחזור בה מההחלטה לתת אישור להקרנת הסרט שוער לילה. נשאלת השאלה למה לא נתנו לעותר שימוע מאוחר במקרה הזה? אם מתן שימוע מאוחר הושפעה מהמסקנה שאין טעם לשימוע הזה כי לא הולכים לשנות את ההחלטה הזו וזה נקרא **משוא פנים** = כאשר נותנים שימוע מאוחר חייבים לשימוע את הנפגע בנפש חפצה לשימוע את ההחלטה. זה סותר את חזקת הכשרות המנהלית של הרשות. פגם זה שולל את חזקת הכשרות והרשות הייתה צריכה להוכיח כי יש טעם בשימוע מאוחר ובכך ניתן לתקן את הפגם. לא בכל מקרה נתיר טיעון מאוחר והש' **אגרנט מוסיף שהשימוע צריך להיות אמיתי בשקילה מחדש באופן אובייקטיבי כדי שהמצב של האזרח לא יהיה יותר גרוע בשימוע המאוחר ממה שהיו מלכתחילה**. ביהמ"ש אומר שאין אפשרות לשימוע מאוחר ולא הוכח שיש טעם לשימוע מאוחר לכן הוא מחזיר את ההחלטה המקורית ולסרט יש רישיון. **ביהמ"ש ביטל את ההחלטה ולסרט יש רישיון**.

27/11/18

שיעור שלישי

-המשך- מבוא לכללי הצדק הטבעי וזכות הטיעון:

דרכים להתמודדות עם פגיעה של הרשות בפרט:

יש מקרים חריגים בהם ביהמ"ש רואה שהתנהלות הרשות באה לגרוע מזכותו של אותו אזרח. הרשות כבר גיבשה דעה וביהמ"ש יבטא את ההחלטה של הרשות אבל יתערב בהחלטתה אם הבטיחה לאזרח ולא קיימה.

דרכים להתמודד עם פגם בהחלטת הרשות:

- ביטול ההחלטה ומתן החלטה חדשה.
- הדרך העיקרית היא בטלות ההחלטה עם מתן הזדמנות לשימוע מאוחר.
- דרך נוספת - כאשר בכלל לא ניתנת זכות טיעון כמו בפס"ד המגורשים - היה שם שיקול של ביטחון המדינה אבל ביהמ"ש ביקש לערוך לאותם נפגעים שימוע מאוחר.
- דרך נוספת - בטלות יחסית.

משוא פנים וניגוד עניינים:

משוא פנים הן מחשבות פנימיות לעומת ניגוד עניינים בו לאדם יש שני אינטרסים שהוא צריך להגן עליהם ואז נוצרת התנגשות בין שני התפקידים.

משוא פנים = העדפה לא הוגנת/ אפליה/ יחס מפלה/ החזקת דעה קדומה.

לעומת זאת, **ניגוד עניינים** = מתהווה אם וכאשר לבעל תפקיד יש עניין נוסף הקשור למילוי תפקידו המושפע ממנו ועלול לגרום לו לבצע את שליחותו בצורה טובה פחות.

למה אנחנו לא רוצים שעובד ציבור יהיה מושפע מניגוד עניינים?

מאחר וכלל איסור ניגוד עניינים הוא אחד מכללי הצדק הטבעיים - נחיל אותו על כל מערכת המשפט על אף שהוא לא מופיע בחוק ספציפי או בפסיקה אז מכוח עקרונות היסוד של השיטה נחיל את הכלל הזה.

הטעמים בגללם לא רוצים שעובד הציבור יהיה במצב של ניגוד עניינים או משוא פנים:

1. אמון הציבור.
2. חוסר הגינות.
3. שיקולים זרים- כאשר אותו חבר או יו"ר ועדה נמצא בתפקיד הזה הוא צריך לשקול שיקולים ענייניים, אובייקטיביים. אם הוא מתעלם מדברים מסוימים הוא שוקל שיקולים זרים שהוא לא צריך לקחת אותם בחשבון.
4. חובת הנאמנות של הרשות.

במגזר הציבורי יש שני מצבים של ניגוד עניינים:

מצב של אדם שנמצא בתפקיד ציבורי ולצורך העניין יש לו גם אינטרס אישי. כאשר יש התנגשות בין התפקיד הציבורי לבין אינטרס אישי של אותו עובד ציבור הוא נמצא במצב של **ניגוד עניינים אישי**.

המצב השני זה **ניגוד עניינים ציבורי**- אותו עובד ציבורי ממלא שני תפקידים ציבוריים. כמו בפס"ד סיעת הליכוד בעיריית פתח תקווה. האם שר בממשלת ישראל יכול להיות מבקר המדינה? יש התנגשות בין שני אינטרסים. אותו אדם נמצא בניגוד עניינים מוסדי/ ציבורי.

מתי ניתן לדעת שאדם במצב של ניגוד עניינים? אותו אדם צריך לנטרל את הסיטואציה לפני שהוא נכנס לתפקיד. הפסיקה קבעה שזה עפ"י מבחן החשש הסביר והוסיפה את מבחן האפשרות הממשי. אם יש חשש שאני אמצא בניגוד עניינים אני צריך להימנע מלהיכנס לאותה סיטואציה.

החריגים לכלל איסור ניגוד עניינים:

1. **המטריה מחייבת**- אותו שופט שיושב בדין ומגיע אליו שכן שהוא יושב מעצרים והוא מואשם ברצח אשתו. השופט נמצא בניגוד עניינים והביאו את השכן להארכת מעצר. במצבים של ניגוד עניינים בד"כ ניתן פריבילגיה לשופט מאשר לכל עובד ציבור אחר כי השופט הוא איש מקצוע שמכיר את המצבים של ניגוד עניינים ולכן נוטים לתת בו אמון שהוא יימנע מזה. בקשה לפסלות שופט מגישים לנשיא בימ"ש. במקרים שהמטריה מחייבת שעובד הציבור יימצא בניגוד עניינים זה יהיה חריג.

2. צורך או דחיפות

3. **במצב של ניתוק קשר סיבתי בין ההחלטה הראשונית שהייתה בניגוד עניינים לבין ההחלטה הסופית**. למשל אם אדם נמצא בשרשרת של החלטות והוא אישר היתר בניה ולאחר מכן זה עבר למהנדס הבניה והוגש ערר על זה ובמחוז גם התקבל היתר. ז"א גם אם ההחלטה שלי הייתה פסולה אבל היו החלטות על זה אח"כ זה יתקבל וזה חריג של ניגוד עניינים. עוד דוג': אם אדם הגיע לשופט והוא שכן שלו, רוצים להאריך את המעצר של השכן והשכן אומר שהשופט מסוכסך איתו. כאשר יש ניגוד עניינים יש להעלות את טענת פסלות שופט בהזדמנות הראשונה, איך שנכנסים לאולם. במקרה כזה לא ישנו את ההחלטה- השכן התנהל בחוסר תו"ל אם לא טען לכך בהזדמנות הראשונה.

איך מנטרלים ניגוד עניינים?

למשל: אם אדם הגיש מועמדות למשטרת ישראל להיות שוטר וכל המשפחה שלו עבריינית. מנטרלים ע"י איזון בין בחינת אמון הציבור לבין חופש העיסוק וניתן להעביר את אותו שוטר עיר. ככה מנטרלים את ניגוד העניינים.

במצב של עובד ציבור שנמצא בוועדה ויש ניגוד עניינים- למשל רוצים להפקיע אדמה של קרובי משפחתו. מצהירים שאותו עובד ציבור נמצא בניגוד עניינים והוא לא ישתתף בהחלטות לגבי ההפקעה.

יהיו מצבים בהם עובד ציבור יאציל את סמכותו או שמי שמעליו ייקח לו את הסמכות להחליט וככה אפשר לנטרל.

מה התוצאה של ניגוד עניינים?

בד"כ בטלות יחסית. מבטלים את אותה החלטה ומחזירים את הדיון שוב בפני הרשות.

הטעמים לאיסור של ניגוד עניינים ומשוא פנים:

1. **אמון הציבור** - בניגוד עניינים הרשות כשלוחה או נאמנה של הציבור - חלה עליה חובת הנאמנות בין שולח ושלוח ובין בעלים ונאמן והחובה הזו היא לפעול אך ורק לטובת הציבור ועל השלוח להימנע ממצבים של ניגוד אינטרסים. במצב של משוא פנים אינטרס הציבור הוא חשיפת האמת לכן גיבוש דעה קדומה בלי לב פתוח לחשיפת האמת מהווה הפרה של חובת הנאמנות.
2. **חובת ההגינות של הרשות** - במצב של ניגוד עניינים ההגינות מחייבת שהחלטת הרשות בעניינו של אדם העלולה לפגוע בו תתקבל כאשר מקבל החלטה אינו במצב של ניגוד עניינים ואין סכנה מוחשית של שקילת שיקולים זרים. במשוא פנים אין זה הוגן לקיים הליך מנהלי כאשר הגורם המחליט כבר גיבש דעתו, זה מצב של "משחק מכור" ובו אין טעם בהליך בכלל. גיבוש דעתו המקדימה של המחליט פוגע בחובת ההגינות שחלה על הרשות כלפי הפרט. חובת ההגינות נגזרת מחובת הנאמנות ולכן זה גם פוגע בחובת הנאמנות.
3. **מניעת חדירה של שיקולים זרים** - במצב של ניגוד עניינים הסכנה של חדירת שיקולים זרים היא גדולה יותר ויש לנטרלה מראש, לא צריך להעמיד את עובד הציבור במבחן. ברגע שיש ניגוד עניינים או חשש לניגוד עניינים יש לנטרל את הסיטואציה בכדי שהמחליט לא יעמוד למבחן בנוגע לחובת הנאמנות שלו כמי שפועל מטעם הרשות והמדינה בסופו של יום. במשוא פנים מחליט שגיבש את דעתו ואינו פתוח לשכנוע מחשיד את עצמו שעמדתו נגועה בשיקולים זרים המונעים ממנו לשקול שינוי ההחלטה שלו.
4. **הבטחת אמון הציבור במנהל הציבורי** - במצב של ניגוד עניינים כל עוד עובד הציבור נמצא בניגוד עניינים הצדק לא ייראה גם אם ייעשה. במשוא פנים הצדק לא ייראה כאשר המחליט מעיד על עצמו שאין הוא פתוח לשכנוע ומדובר בהליך מיותר בו אין הזדמנות לפרט לשכנע בצדקת טענתו.

הבחנה בין ניגוד עניינים לבין משוא פנים:

הכללים בדבר ניגוד עניינים עוסקים בסיטואציה המוכרת מתחומים רבים של המשפט ובסיסה חובת הנאמנות וההגינות של שלוח או נאמן לפעול אך ורק לטובת שולחו ולא להעמיד את עצמו במצב של ניגוד אינטרסים. במשוא פנים מדובר בכללים שאין להם מקבילה במשפט הפרטי לכן חובת ההגינות דורשת שהגוף המחליט לא יפעל תחת דעה קדומה והטעיה.

הוכחת משוא פנים וניגוד עניינים:

משוא פנים הוא עניין שבלב לכן קשה מאוד לקבוע מתי אדם גיבש דעה קדומה ואינו פתוח לשכנוע. ההוכחה נעשית ע"י ראיות חיצוניות לגבי ההצהרות או ההתנהגות של הגורם המחליט ומה ניתן ללמוד על הדעה הקדומה שלו. לדוג': בג"ץ 1356/96 בן דוד נ' ראש הממשלה - אתיופים שתרמו דם והיה ח"כ שייצג את האוכלוסייה האתיופית ודרש ועדת חקירה ממלכתית והוא דרש את פיטורו של בן דוד. הממשלה רצתה להקים ועדת חקירה - הפלו לרעה וזרקו תרומת דם של אנשים. אדון מסלה הח"כ היה חבר בוועדת החקירה - נמצא במצב של ניגוד עניינים. בן דוד עתר לבג"ץ בבקשה לפסילת אדון מסלה. הני ברק אמר: "הכלל בדבר איסור במשוא פנים ככל שהוא נוגע לעניינינו מטיל על כל חבר בוועדה איסור על הימצאות במצב שבו קיימת אפשרות ממשית של דעה משוחדת והכלל פוסל את חברתו של אותו אדם בוועדה אם הוא גיבש לעצמו עמדה סופית, ביסוד גישה זו מונח האינטרס הפרטי של מי שעלול להיפגע והאינטרס הציבורי של אמון הציבור בפעילות הוועדה. חבר הוועדה פועל כנאמן הציבור ורק האינטרס הציבורי בגילוי האמת צריך לעמוד לנגד עיניו, לכן ההלכה האוסרת על משוא פנים מבוססת על הצורך לעשות צדק ועל הצורך שייראה שנעשה צדק". התוצאה היא כי היה צו על תנאי להשעות את אדון מסלה מהוועדה והצו על תנאי הפך להיות צו חלוט.

צורות של ניגוד עניינים:

1. **ניגוד עניינים אישי** - ניגוד עניינים בין אינטרס ציבורי לאינטרס פרטי של עובד הציבור. כך למשל מי שצריך להחליט במסגרת תפקידו לעניין ציבורי- להחלטתו יש השלכות על ענייניו הפרטיים. למשל: חבר ועדה מקומית שצריך לקבל החלטה שנוגעת לו אישית. אינטרס אישי יכול להתבטא בכל מיני מצבים. למשל אינטרס חפצי של אותו עובד ציבור- אינטרס שנראה לעין, שאם הוא יקבל את אותה החלטה בעניין- זה יהיה חזות הכל.

פס"ד שימל- יצרה הפסיקה אחידות בהלכה לעניין ניגוד עניינים וקבעה מבחן הצטברותי של חשש סביר ואפשרות ממשית גם על נגיעה חפצית. נראה כי יש לאמץ את המבחן המחמיר ולקבוע שנגיעה חפצית מקימה חשש סביר. עפ"י מבן החשש הסביר כשיש חשש סביר למצב של ניגוד עניינים אני צריך לנטרל את עצמי ולכן זהו מבחן מחמיר יותר. מאמצים את מבחן החשש הסביר. לכן יש לראות שבאותו עניין יהיה חשש סביר והימצאות ממשית של אותו עובד ציבור במצב של ניגוד עניינים.

2. **ניגוד עניינים מוסדי/ ציבורי** - בניגוד עניינים מוסדי עובד הציבור ממלא שני תפקידים ציבוריים ונוצרת התנגשות בין שני אינטרסים ציבוריים. לדוג': גוף מבקר אינו יכול להיות בעל קשר במסגרת תפקידו הציבוריים לאף גוף מבוקר. בג"ץ 595/89 שמעון נ' הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים - התפקיד שלו היה מועצת הפועלים- נקבע שהוא לא יכול לפעול כחבר מועצה בתחומים שקשורים ברווחת העובד לעבודות תרבות וספורט הקשורות לרווחת העובד שכן יש ניגוד אינטרסים מובהק בין שני תפקידיו הציבוריים. בן שמעון היה סגן ואז ביהמ"ש אמר שמאחר ומדובר בסגן יש דרכים לנטרל את ניגוד העניינים למשל או על דרך של אצילת הסמכות שלו במקום מסוים שהוא נמצא בתפקיד אחר או ע"י הגדרת התפקיד שלו. ניתן לתת לו את כל הסמכויות אך רק באותם עניינים של הספורט אסור לו לעסוק וככה ביהמ"ש ניטרל את ניגוד העניינים בבן שמעון.

הבעיה שמנטרלת את ביהמ"ש זה שבימ"ש לא יכול לפטר עובד ציבור ולא יכול להזיז אותו מתפקידו. לכן, ביהמ"ש מנטרל את ניגוד העניינים על דרך של הגדרת התפקיד של עובד הציבור.

האם חבר בוועדת הנהלה יכול לשמש כחבר בוועדת ביקורת? לא, חבר וועדת הנהלה הינו נסמך על שולחנו ותפקידו לייעץ לראש העיר ואילו חבר וועדת ביקורת תפקידו לבקר את עוולות ראש העיר. מדובר בהפרדת רשויות שיצר המחוקק בין הרשות המבצעת לרשות המפקחת. **טשטוש הפרדה זו יוצר ניגוד עניינים.**

בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקוה- ביהמ"ש באותה סיטואציה ביטל את מינויו של אותו בעל תפקיד בוועדת הביקורת מלכהן בתפקידו.

מבחן החשש הסביר והאפשרות הממשית:

ניגוד עניינים ומשוא פנים הם בעייתיים גם אם לא התממשו וגם אם לא נשקלו שיקולים זרים או אם נשמר לב פתוח לשמוע את הנפגע וזאת בשל הפגיעה במראית פני הצדק או באמון הציבור אשר על כן מדובר במבחן הסתברותי ולא תוצאתי. מורכבותם של החיים מזמנת מקרים רבים שבהם לבעלי תפקידים יש היכרות מוקדמת או מסוימת עם נושא החלטה. אם בשל כל היכרות כזו אנו נגדיר את המצב כניגוד עניינים זה היה משתק כליל את פעילותו של הממשל הציבורי. לכן, רתיעה מפסילת יתר של בעלי תפקידים הינה לא נכונה באופן כללי מאחר ואנחנו מדינה קטנה יחסית. האיסור על משוא פנים וניגוד עניינים אמור להביא רק לפסילת מעורבותם בהחלטה של אותם

אנשים שיש להם זיקה ממשית לאותו עניין. לשם כך יש לאמת מבחן שיגדיל את ההסתברות למשוא פנים וניגוד עניינים. לכן, ההלכה בעניין שימל התייחסה להיבט חשוב זה בכך שאימצה את מבחן האפשרות הממשית למשוא פנים. בהלכת שימל נקבע שלא יבחנו את החשש הסביר כי אז כל אדם יהיה בחשש סביר לניגוד עניינים לכן בוחנים לפי המבחן ההסתברותי ואז אותו אדם צריך לפסול את עצמו. המבחן הזה הוא בעל נטייה לצמצם את התחום שבו חל האיסור והוא מגביל לכאורה את יריית הפסילה למצבים שבהם התשתית לחשש מוצקה מדי. הפסיקה התלבטה בין שני המבחנים, עדיין עד היום אין הכרעה בעניין ולעיתים השופטים משתמשים במונח המשולב של "חשש ממשי". אין הבדל מהותי בין שני המבחנים אם כי מבחן החשש הסביר הוא יותר קפדני עם הרשות. בנוגע לתפקידו של שופט מקצועי אנו נעדיף את מבחן האפשרות הממשית ובכך אנו נותנים יותר קרדיט לשופטים.

איך בוחנים את משוא הפנים או ניגוד העניינים? מדובר במבחן אובייקטיבי של האדם הסביר. צריך לשאול האם האדם הסביר היודע את כל העובדות היה מכריע שקיים חשש סביר או אפשרות ממשית לקיומו של ניגוד עניינים או משוא פנים?

במקרים כאשר יש גוף מייצג שנמצא במצב של ניגוד עניינים יש דרכים לנטרל את ניגוד העניינים על אף שהאדם מייצג מגזר מסוים. בד"כ כשרוצים לקדם מגזר מי שידע את הבעיות הכי טוב זה האדם מהמגזר. לכאורה, האדם נמצא במצב של ניגוד עניינים אבל האם זה ימנע ממנו להשתתף? ההשפעה שלו לא תהיה גדולה ממי שמקבל את ההחלטה. כאשר האדם בגוף מייצג הבחינה של ניגוד עניינים היא גמישה.

יש מקום, גוף בחוק המייצג אינטרסים מגוונים ונציגים נסחרים על פי השתייכותם למגזר מסוים למשל סעיף 5(ב) לחוק המועצה לייצור שיווק ירקות קובע כי בהרכב המועצה נציגי הציבור יהיו נציגי מגדלי הירקות, המשווקים, הסיטונאים והצרכנים. זכות הייצוג שקבע המחוקק עומדת בסתירה לכאורה לעקרון איסור ניגוד עניינים שכן האינטרס הצר של המגזר יעמוד לנגד עיני הנציג וזאת אף המטרה בבסיס הייצוג. מה המטרה של הייצוג שלו באותה וועדה? שהוא יבוא מוטה לטובת אותה קבוצה. במקרים שהחוק קובע מנגנון מן הראוי להגמיש את הכללים באופן שייצוג אינטרס צר של מגזר מסוים ייתפס כלגיטימי.

בג"ץ 5575/94 מהדרין בע"מ נ' ממשלת ישראל - סעיף 4 לחוק המגזר מתיר למגזר החקלאי להתמנות לרשות מקרקעי ישראל. השופט אינו פוסל את כהונתם אך מגביל אותה בעניינים בהם הם עומדים בניגוד עניינים. דובר על החלטה בפיצוי שיתנו לחוכרים של קרקע חקלאית וזאת עקב שינוי ייעוד הקרקע והפרת החוזה ע"י המנהל. נקבע כי נציגי המגזר החקלאי מצויים בניגוד עניינים ברור שכן האינטרס שלהם הוא תשלום פיצוי גדול ככל האפשר ואילו כחברי המועצה האינטרס שלהם הוא קביעת פיצוי הולם קטן ככל האפשר. ההבחנה בין נציג בעל אינטרס אישי לנציג המייצג מגזר נראה שראוי להבחין בין נציג המגזר החקלאי שהוא חוכר שהמנהל עומד להפר עימו את החוזה ולו אינטרס אישי לא לגיטימי לבין נציג שאינו בעל אינטרס אישי אלא מייצג את המגזר החקלאי שזאת המטרה של הכשרת חברותו במפורש בחוק. בהחלטות חלוקתיות יש לאזן בין כל נציגי המגזרים כדי להביא להחלטה משוכללת ולבחון את כל האינטרסים המתנגשים באותה סוגיה. אולם בהחלטות הנוגעות למגזר ספציפי אין מקום להשתתפות נציג אותו מגזר.

בפס"ד ברמון - נקבע כי הכלל אינו חל על שלב ההצבעה בלבד אלא על שלב הדיונים לקראת ההחלטה. אם אני נמצא במצב של ניגוד עניינים אני אשפיע על השאר. השי' ברק עושה הבחנה בין דיונים פנימיים כגון שמיעת התנגדות לתוכנית לבין דיונים סגורים עובר להחלטה שם מתרחש הליך השכנוע לקראת ההחלטה.

פס"ד י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' משרד המשפטים - דובר ביועץ של שניים מחברי וועדת המכרזים שהינו עובד של חברת האם של החברה של המשתתפת במכרז. נקבע כי ניגוד עניינים של היועץ משליך על ההחלטה של המייעצים. אותו אדם היה פרילנסר שנתן ייעוץ למשרדים משפטיים. אמרו שההחלטה שלהם גם מושפעת מהייעוץ שקיבלו לכן יש לנטרל את ההחלטה שלהם ויש נפקות על הייעוץ.

11/12/18

שיעור רביעי

-המשך- משוא פנים וניגוד עניינים:

חובת עובד הציבור והסנקציה על הפרת אותה חובה:

החובה של עובד הציבור להודיע על זה שהוא נמצא במצב של ניגוד עניינים במצב של גוף אורגני או קולוניאלי, חובה עליו להודיע לממונים עליו או לגוף הקולוניאלי בו הוא חבר על מצב ניגוד העניינים בו הוא נמצא. עליו להימנע מהשתתפות בדיונים או מהשתתפות בהצבעה באותם עניינים. הסנקציה על עובד הציבור יכולה להיות סנקציה פלילית, משמעטית. בחוק תכנון ובנייה נקבעה עבירה פלילית ספציפית בסעיף 47 לחוק שהעונש בגינה עד שנת מאסר. בתחומים אחרים יכולה לחול העבירה של הפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין. במישור המשמעתי החלטה בניגוד עניינים יכולה לגרום שיפוט משמעתי על עובד הציבור. אותו גוף שהוא נמצא בו יכול להטיל עליו סנקציה משמעטית למשל לא לקדם אותו בדרגה.

החריגים לכלל איסור ניגוד עניינים:

1. **דחיפות**- למשל שופט מעצרים שמגיע אליו השכן שלו להארכת מעצר- אמנם הוא נמצא בניגוד עניינים אבל השכן חשוד ברצח וזה מקרה דחוף. במקרים של דחיפות נתיר את ניגוד העניינים בעניין. במצב כזה נותנים קרדיט לשופט.

נניח אותו עצור לא מסתדר עם השופט בתור השכן שלו והשופט מאריך לו את המעצר. אם הוא יטען לניגוד עניינים אח"כ זה לא יהיה רלוונטי, הוא היה צריך לטעון את זה בהזדמנות הראשונה.

הפעלת שיקול דעת של שופט- עוד סיבה שנתיר לשופט לדון במקרה כזה.

ביקורת שיפוטית- ניתן לבקר את השופט לכן השופט לא יבזה את עצמו מול שאר השופטים לכן יבחר להיות אובייקטיבי במתן ההחלטה. כששופט נותן החלטה בפס"ד או נותן גזר דין הוא לוקח בחשבון את הביקורת השיפוטית לכן הוא נותן החלטה לפי פס"ד מנחים.

2. **המטריה המחייבת**- יש כורח שהשופט ידון בתיק.

3. **ניתוק קש"ס בין ניגוד עניינים לבין החלטה סופית**- למשל יש עובד ציבור שיושב בוועדה לתכנון בניה ומי שהגיש את הבקשה להיתר בנייה זה אחיו, זה מצב של ניגוד עניינים. תנאי הסף בסדר וזו ההחלטה שעובד הציבור נותן ומעביר אותה הלאה. השכן של בעל ההיתר אמר שההחלטה התקבלה בניגוד עניינים. אבל בגלל שהבקשה עברה את השלבים הבאים בהחלטה היא מתקבלת למרות שההחלטה הראשונה בשרשרת התקבלה בניגוד עניינים. כלומר, המסננת עברה וגרמה לניתוק קש"ס בין ניגוד העניינים בהחלטה הראשונית לבין ההחלטה הסופית.

בפס"ד סיעת הליכוד- הש' ברק משאיר חריגים לכלל איסור ניגוד עניינים שבהם יהיה מקום לסייג את תחולת הכלל אף ללא הוראה מפורשת של המחוקק:

1. **המטריה מחייבת**- לעיתים המטריה מחייבת סיוג הכלל למשל: גופי ייצוג של מגזרים מסוימים. במצב כזה נסתרת החזקה שהחוק לא התכוון להגביל עקרונות יסוד של השיטה אלא לקיימם. במגזר מסוים כבר

אינהרנטית יש ניגוד עניינים, עובד הציבור בא מאותו מגזר. הסקטוריאליות יוצרת ניגוד עניינים אבל ייתכן שאותו גורם מקצועי סקטוריאלי הוא בעל המומחיות בנושא. בנוסף, ייתכן כי על בסיס עניינים רגשיים יידע לפתור בעיה מגזרית. זה מצב של ניגוד עניינים אך נשאר את המצב על כינו.

2. **צורך או דחיפות** - שופט הנגוע במשוא פנים וחייב לשמוע משפט כי אותו עניין דחוף מחייב שמיעה ומאחר ועומדת לנו הזכות לערר, מצב זה מכשיר את איסור ניגוד העניינים.

3. **ניתוק הקש"ס** - החלטה שהובילה לעוד החלטה - שרשרת של אירועים שהמקור שלהם ניגוד עניינים אבל אח"כ אין ניגוד עניינים. במצב כזה ההחלטה המנהלית רחוקה מהגרעין של ניגוד העניינים וניתן לומר שאין קש"ס בין ניגוד העניינים במעשה המנהלי ואין בהכרח צורך לפסול את ההחלטה המנהלית.

מיעוט המצוי בניגוד עניינים בתוך גוף אורבני:

פס"ד י.ב.מ ישראל בע"מ נ' משרד המשפטים - שני אנשים של המועצה מתוך כלל המועצה נמצאו בניגוד עניינים. במועצה ישבו מס' מסוים של אנשים. ביהמ"ש ביטל את ההחלטה שהתקבלה ע"י הרוב למרות שרק שניים מהחברים היו נגועים בניגוד עניינים. זאת בשל יכולתם של אותם חברים מהמיעוט לשכנע את האחרים וכך הפגם יכול לדבוק גם באחרים.

אי העלאת טענת משוא פנים וניגוד עניינים בזמן:

טענת ניגוד עניינים ומשוא פנים חובה להעלותה בהזדמנות הראשונה לאחר שנודעו לנו העובדות המתאימות לעילת הפסלות. תקנה 471ב לתקנות סד"א 1984 - מועד לטענת פסלות - "בתחילת הדיון בתובענה או בערעור, ולפני כל טענה אחרת, רשאי בעל דין לטעון טענת פסלות; לא היה באפשרותו לטעון טענת פסלות בשלב האמור, רשאי הוא לטענה לאחר מכן, ובלבד שיעשה זאת מיד לאחר שנודעה לו עילת הפסלות".

שתיקה משמעותה הסכמה למרות המחליט. שליפה מאוחרת של הטענה עלולה להתפרש כהתנהגות חסרת תום לב ולכן יש להעלות את הטענה מיד בכדי לא לשבש את פעולת הרשות. השי' זמיר אומר כי חובת ההגינות של האזרח טומנת בחובה החובה לא לכבוש בליבנו טענות כלפי הרשות ולשמור אותן לזמן המתאים. מה שקובע הוא מועד הידיעה ולא מועד תחילת המשפט. אם לא הודיעו בזמן זה חוסר תום לב.

הדרכים לנטרול ניגוד עניינים:

בג"ץ 4360/94 טאטור נ' שר המשטרה - דובר בבחור צעיר שרצה להיות שוטר והגיש מועמדות למשטרת ישראל כדי להיות שוטר. אותו בחור הגיש מועמדות ולא התקבל ולכן הגיש עתירה והמשטרה דחתה את הבקשה שלו כיוון שהוא נמצא בניגוד עניינים כי כל משפחתו היא משפחת פשע. כשלתרשות יש התנגשות בין שתי הזכויות - יש לעשות איזונים ולנהוג במידתיות. כשפוגעים בחופש העיסוק זו החלטה לא מידתית והיא לא עומדת בפסקת ההגבלה. בפסה"ד בימ"ש אמר שאמנם האדם נמצא בניגוד עניינים באזור קלנסוואה אז למה לא לבחון את המידתיות ולהעביר אותו מקום? ביהמ"ש ביטל את ההחלטה והחזיר את הדיון למשטרה כדי שישקלו את הנושא מחדש.

קיים מתח מתמיד בין כללי ניגוד עניינים לזכויות היסוד של חופש העיסוק או הזכות להיבחר ולכן, ההלכה היא כי פסילת אדם מלכהן בתפקיד מסוים תיעשה כצעד אחרון. החובה לבדוק את אפשרות נטרול ניגוד עניינים בטרם פסילה נגזרת מעקרון המידתיות בפגיעה בחופש העיסוק. ההחלטה של המשטרה הייתה מבוססת על חשש שיש לאדון טאטור קרובי משפחה מדרגה ראשונה שהם עבריינים. החשש מפני ניגוד עניינים הוא סביר, אם כי יש לבדוק אפשרות שהמועמד ישרת הרחק מהאזור שבו מתגוררת המשפחה ובכך ניתן לנטרל את ניגוד העניינים.

עוד דרך לנטרול: כאשר מדובר בעובד ציבור שהוא חלק מגוף קולגיאלי כמו וועדה, האפשרות היא הימנעות בהצבעה ואף הימנעות מהשתתפות בדיונים בנושאים הבעייתיים. לעומת זאת, כאשר מדובר בתפקיד של איש אחד האפשרות היא או אצילת סמכות או נטילתה באותם עניינים בעייתיים.

הגדרות התפקיד הציבורי ואפשרויות הנטרול: כאשר הנטרול משמעותו נטרול האפשרות של עובד הציבור למלא את תפקידו, במקרה כזה ההחלטה היא שעובד הציבור צריך לפסול את עצמו.

בג"ץ 595/89 שמעון נ' הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים - שמעון היה חבר מועצה, סגן ראש העיר, יו"ר אגודת ספורט, נציג העובדים באותה הרשות מטעם ההסתדרות. יש לו 3 תפקידים. הרשות רצתה לפטר עובדים, כלומר שמעון אמור לפטר את העובדים וגם להגן עליהם. אם הרשות רוצה לתקצב תקציבים לספורט זה נעשה גם ע"י שמעון. בפסה"ד עלתה השאלה מה ההבדל בין ממלא מקום לסגן? שמעון היה סגן ולא ממלא מקום וכל עניין הקשור לעובדים או לספורט שמעון לא יכול להשתתף בדיונים או בהצבעות ולא תהיה לו נגיעה בעניינים הנ"ל ובכך נמנע ניגוד עניינים של שמעון.

בפס"ד קסטורו - אומר הש' בך שגם אם עובד הציבור יימנע מהצבעה בהיותו חבר בגוף המפקח על עובדי העירייה המטפלים בעניין מסוים יש חשש ממשי כי אותם עובדים יושפעו בהחלטתם מכך שאדון עובד הציבור יושב במליאה.

אין אפשרות אף פעם לנטרול מלא של ניגוד העניינים וכל פעם שהפגיעה בחופש העיסוק עולה על הנדרש אנו נגיד שהחשש מניגוד עניינים הוא רחוק שאין להתחשב בו.

תוצאות מעשה מנהלי במצב של ניגוד עניינים:

לא כל ניגוד עניינים יפסול את ההחלטה המנהלית, יש לבחון את מהות הפגם ואת הפגיעה באינטרסים הראויים להגנה שנוצרו בעקבות ההחלטה כמו הסתמכות צדדים שלישיים או הסתמכותה של הרשות כאשר לעיתים יש מקום לסייג את ההחלטה. גם כאשר ההחלטה המנהלית רחוקה מגרעין ניגוד העניינים עקב שרשרת החלטות ארוכה ניתן לומר שאין קש"ס בין ניגוד העניינים למעשה המנהלי ואין כורח לפסול את ההחלטה המנהלית בעניין.

צורות של ניגוד עניינים:

1. נגיעה כספית של עובד הציבור.
2. נגיעה משפחתית.
3. זיקה הנובעת מתפקיד ציבורי.
4. דעה קדומה.
5. היכרות אישית של ממש (חיובית או שלילית).
6. כשיש הסדרים סטטוטוריים לגבי ניגוד עניינים: ניגוד עניינים פלילי בניגוד להוראות החוק המפורשות, ניגוד עניינים משמעותיים בניגוד להוראות המשמעות של אותו ארגון, ניגוד עניינים אתי שנראה לא תקין.

חובת ההנמקה:

חלק מכללי הצדק הטבעיים. במשפט האנגלי לא הייתה חובת ההנמקה. חוק לתיקון סדרי מנהל (החלטות והנמקות).

חובת ההנמקה היא חובתה של הרשות להסביר למה פעלה או החליטה בדרך מסוימת והיא נגזרת מכללי הצדק הטבעי ונותנת ביטוי להגינות הרשות בהליך המנהלי.

מה הסיבות לחובת ההנמקה?

1. כדי שנוכל להתגונן, לעתור.
2. נותן אמות מידה מסוימות לאותה רשות לקבלת החלטות.
3. חיטון זמן שיפוט.

הרציונליים:

1. **ביקורת פנימית** - אחד הרציונליים הוא שהרשות יכולה לבדוק את עצמה והרשות יכולה לבקר את הפעולות שלה. אם יש לנו הנחיה לדוג' פרקליט המדינה) ואם פרקליט במחוז דרום החליט לעכב הליך מסוים אם הוא נותן תשובה בשלילה או בחיוב האם אנחנו יכולים לבדוק שהוא עמד בהנחיות אם הוא לא מנמק? לא. אם הוא מנמק אפשר לעקוב אחרי ההחלטה שלו אם היא שגויה או לא.
ההנמקה גורמת לרשות לבדוק את החלטות שלה, מאחר והנמקה דורשת מחשבה סדורה והגיונית, הצורך לנמק מוביל לביקורת עצמית של המחליט. ביקורת כזו, מקטינה את החשש מפני החלטות שגויות, היא מסייעת לקבלת החלטה רציונאלית ומחייבת את הרשות לבסס את החלטה על תהליך מסודר שבו היא מפרטת את השיקולים והטעמים שהובילו אותה לאותה החלטה. הנמקה המתלווה להחלטה נשארת בתוך התיק המנהלי ובכך מאפשרת לרשות לבדוק עצמה לאחר מעשה ומבטיחה עקביות ואחידות בהפעלת הסמכות.
2. **ביקורת שיפוטית** - פס"ד של השופטת ד"ר דפנה ברק ארז- היא הוסיפה את הסעדים לחובת ההנמקה. הנמקה חיונית לקיומה של ביקורת שיפוטית ושמירה על שלטון החוק. החלטה מנומקת מסייעת להסתמכות נכונה עליה. היא מאפשרת להבין טוב יותר את משמעותה והשלכותיה. היא מסייעת לממונים על הרשות לקיים בין היתר ביקורת בכדי לוודא שהרשות פעלה על פי סמכותה ובהתאם למדיניות הרשמית או להנחיות של הממונים. היעדר הנמקה מגביל את היכולת של הנפגע להעריך את החלטה על פי דין. לכן, הדבר מהווה פגיעה קשה בשלטון החוק בגלל שהנמקה מספקת תשתית עובדתית לביקורת על פעולות הרשות כאשר החלטה מנומקת הביקורת מסוגלת להתייחס לטעמי החלטה ולהעריך מההיבט של השוויון ביחס להחלטות אחרות שהתקבלו בעניינים דומים. היא מאפשרת לאזרח שרוצה לתקוף את החלטה לדעת איפה נפל הפגם, מה הם הסעדים העומדים לרשותו לתקיפת החלטה בעניין. ללא הנמקה זה יקשה על האדם שנפגע לשקול את החלטה האם היא עומדת במבחן הדין ואם יש יסוד להעמיד אותה לביקורת שיפוטית.
3. **אמון הציבור** - עצם זה שאתה שולל ממני זכות בסיסית שלי ולא מנמק את זה, זה דוקרני מידי, אני יכול להגיד שהחלטה התקבלה בחוסר סבירות קיצונית, היא התקבלה בגלל ניגוד עניינים, אפשר לפתח בדמיון כל מיני סיבות. זה יוצר פגם בהליך המנהלי, זה פוגע באמון הציבור. ההנמקה תורמת ליחסים בין הרשות לאזרח, היא מבססת את אמון הציבור בשלטון ויש בה כדי להסיר ולו באופן חלקי חשדות לשיקולים לא ענייניים במתן החלטה. נימוק החלטות הוא ביטוי של שקיפות שהיא מעמודי הטווח של מנהל תקין.

מי המקור של חובת ההנמקה?

1. פסיקה של העליון.
2. מכח החוק – 1958 חוק החוק לתיקון סדרי מנהל החלטות והנמקות.

חובת ההנמקה היא חובתה של הרשות להסביר למה פעלה או החליטה בדרך מסוימת. היא נגזרת של כללי הצדק הטבעי ונותנת ביטוי נוסף להגינות של הרשות בהליך המנהלי.
חובת ההנמקה לא הייתה קיימת בחוק הישראלי מאחר והיא לא הייתה קיימת בדין האנגלי, היא תולדה של מערכת המשפט הישראלית. עד שבשנת 1958 חוק חוק לתיקון סדרי מנהל אשר עגן חוקית את חובת ההנמקה לעובדי ציבור. על פי רוב, רשויות לא אוהבות לנמק החלטות. כדי לתקן את המצב המעוות נחקק חוק זה. חובת ההנמקה

נמצאת בחוק אולם קיימות הוראות בחוקים ספציפיים המחייבים את הרשות לנמק החלטות וזה נמצא על פי רוב בגופים שיפוטיים למשל וועדות ערר וכדומה. מאידך, ישנם חוקים והוראות הפוטרים במפורש את הרשות לנמק את החלטתה למשל- צו למתן רישיון ייבוא פוטר את מנהל המכס מנימוק החלטתו אם הוא מסרב לתת רישיון ייבוא לפלוני. כאשר הרשות פטורה מהחובה לנמק, היא נהנית מחזקת החוקיות של המעשה המנהלי. אזי מוטל על העותר להוכיח שהרשות פעלה שלא כדין מבלי יכולת לדעת מה הן האינדיקציות שעמדו מאחורי ההחלטה וגם במקרה הזה נטל ההוכחה ונטל הבאת הראייה נופל גם על העותר. השופט זמיר בפס"ד המועצה האזורית אשקלון- גוזר את חובת ההנמקה מכוח חובת ההגינות. הוא אומר גם אם שר אינו חייב על פי חוק לנמק החלטה הוא חייב לעשות זאת מכוח חובת ההגינות. בפס"ד המפקח על התעבורה- נאמר ע"י בית המשפט באמרת אגב, כאשר החוק פוטר את הרשות מהחובה לנמק במפורש, די במפורש בחשש קל מהקלים לפיו נפל פגם בהחלטת הרשות על מנת שבית המשפט יחייב את הרשות לנמק את החלטה. ככל שהפגיעה באזרח היא קשה יותר, רחבה יותר, פגיעה בזכות שהיא חזקה, בסיסית, יסודית ככה ההנמקה צריכה להיות יותר רחבה. אם הבקשה שלי היא על דחייה טכנית, אז אין מה לנמק.

חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958

סעיף 2(א) לחוק- נתבקש עובד הציבור, בכתב, להשתמש בסמכות שניתנה לו על פי דין, יחליט בבקשה וישיב למבקש בכתב בהקדם, אך לא יאוחר מארבעים וחמישה ימים מיום קבלת הבקשה. יש תנאים לחובת ההנמקה, יש חובה על הרשות לנמק את החלטה:

1. **סמכות על פי דין**- רק אם יש לו סמכות להפעיל אותה מכוח דין. השופט זמיר אומר הסמכות להפעיל חובת ההנמקה חלה על כל סוגי הסמכויות בין אם מדובר בסמכות חובה או סמכות ברשות. היא חלה אפילו על הסמכות להתקין תקנות. היא חלה על פי כל דין. כלומר, חוק בחקיקת משנה, תקנות, צווים ודיני המשפט המקובל ודיני היושר שנקלטו במשפט הישראלי. גם הוראות מנהל וסמכויות עזר, החובה חלה עליהם וזאת מכוח סעיף 17 לחוק הפרשנות.
2. **סירוב לבקשה**- עובד ציבור אשר מסרב לבקשה שהוגשה לפניו הוא מסרב להשתמש בסמכותו, חלה עליו חובת ההנמקה. אין הרשות חייבת לנמק החלטה שנענתה באופן מלא. אבל סירוב חלקי מחייב את הרשות לנמק את החלטה.
3. **ההנמקה חייבת להיות בכתב**- הנמקה תינתן תוך 45 יום מיום קבלת הבקשה והיא חייבת להינתן בכתב, הרשות חייבת להודיע את הנימוקים למבקש ואין המבקש צריך לפנות אליה ולבקשם. היא חייבת להעביר את הנימוקים במהירות הראויה בנסיבות העניין וזו לאחר מתן החלטה. **המקרה של המועצה האזורית חוף אשקלון** קובע בית המשפט בדרי"כ דחיית העתירה גורת חיוב של העותר בהוצאות המשפט של המשיב. בהתאם לכך, היה המקום לחייב את המועצה האזורית בתשלום הוצאות לשר הפנים. אולם, לא יהיה זה ראוי לעשות כן בנסיבות המקרה וזו משום שהשר לא נימק את החלטתו אכן בתשובתו לעתירה ניתנו הנימוקים להחלטה אך מן הראוי היה שהנימוקים ינתנו עם קבלת החלטה או לפחות סמוך לקבלת החלטה.
4. **עובד ציבור**- "עובד מדינה, עובד רשות מקומית וכן כל רשות שהוענקה לה סמכות על פי דין". הגדרה זו של עובד ציבור חובקת את כל הרשויות המנהליות שיש טעם לחייב בהנמקה. אולם, אין מקום שההגדרה תחול על רשויות אחרות מחוץ למנהל הציבורי. את מבקר המדינה, נשיא המדינה והרשות המחוקקת(חברי כנסת) על כל אלו לא ניתן לומר כי אין הם נכנסים לגדרו של חוק זה.

ע"מ 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות- נקבע שם כי ההנמקה מסייעת לרשות לקבל החלטה רציונלית ולא שרירותית. היא מאפשרת הסתמכות נכונה עליה, היא מספקת תשתית עובדתית לביקורת שיפוטית וציבורית והיא מבטאת יחס אנושי ומכבד לפרט שהחלטה המנהלית עוסקת בו. יש בה כדי לבסס את אמון הציבור

בשלטון. חובת ההנמקה בדיני מכרזים מקבלת משנה חשיבות נוכח האופי התחרותי של מכרז המחייב כי הרשות תסביר את הטעמים שעמדו ביסוד בחירתה במועמד זה או אחר וזאת כדי להרתיע את הרשות מפני משוא פנים או פגיעה בטוהר המידות וכדי להבטיח כי הרשות תפעל בשקיפות, ביסודיות ובענייניות ובמידה ראויה של התעמקות.

חובת ההנמקה גורמת לרשות לבדוק את ההחלטות שלה מאחר וההנמקה דורשת מחשבה סדורה והגיונית לכן, הצורך לנמק מוביל לביקורת עצמית של המחליט. ביקורת כזו מקטינה את החשש מפני החלטות שגויות ומסייעת לקבלת החלטות בצורה רציונלית ובכך שהיא מחייבת את הרשות לתת הסבר מסודר שבו היא מפרטת את השיקולים והטעמים שהובילו לאותה החלטה. הנמקה המתלווה להחלטה נשארת בתיק המנהלי ובכך מאפשרת לרשות לבדוק את עצמה לאחר המעשה וזאת כדי להבטיח קביעות ואחידות בהפעלת הסמכות. ההנמקה חיונית לקיומה של ביקורת שיפוטית ושמירה על שלטון החוק. החלטה מנומקת מסייעת להסתמכות נכונה עליה. היא מסייעת לממונים על הרשות המנהלית לקיים ביקורת כדי לוודא שהיא מפעילה את הסמכות בהתאם למדיניות הרשמית או בהתאם להנחיה של הממונים. היעדר הנמקה מגביל את היכולת של הנפגע להעריך את ההחלטה כדין. לכן, פטור מהנמקה בפני הערכאות השיפוטיות מסכל כמעט לחלוטין כל ביקורת שיפוטית ומהווה פגיעה קשה בשלטון החוק. מאחר וההנמקה מספקת תשתית עובדתית לביקורת על פעולת הרשות המנהלית הביקורת מסוגלת להתייחס לטעמים של ההנמקה ולהעריך אותה מהיבט השוויון ביחס להחלטות אחרות שהתקבלו באותו עניין. ההנמקה גם מאפשרת למי שרוצה לתקוף את ההחלטה לדעת איפה נפל הפגם ומהן הדרכים העומדות בפניו לתקוף את ההחלטה. ללא הנמקה הדבר יקשה על האזרח שנפגע מהחלטת הרשות לשקול אם ההחלטה עומדת במבחן הדין והאם יש יסוד להעמיד אותה לביקורת שיפוטית. ההנמקה תורמת לביסוס אמון הציבור בשלטון משום שיש בה כדי להסיר ולו באופן חלקי חשדות לשיקולים לא ענייניים או בשרירות. מתן נימוקים להחלטות הוא ביטוי של שקיפות שהוא מעמודי התווך של מנהל תקין.

המקור הנורמטיבי של חובת ההנמקה:

חוק לתיקון סדרי המנהל - כל מי שמקבל החלטה מנהלית כעובד ציבור צריך לתת הנמקה להחלטה.

הרציונל הוא רק כשיש פגיעה, יש לנמק למה ההחלטה התקבלה כך.

חובת ההנמקה לא הייתה קיימת בחוק הישראלי ואף לא בחוק האנגלי, היא תולדה של מערכת המשפט הישראלי. עד 1958 היא הייתה קיימת מכוח הפסיקה, החוק לתיקון סדרי מנהל עיגן חוקית את חובת ההנמקה לעובדי הציבור. עפ"י רוב, הרשויות לא אוהבות לנמק את ההחלטות ובכדי לתקן את המצב נחקק חוק זה. אמנם קיימות הוראות בחוקים ספציפיים המחייבות את הרשות לנמק את ההחלטות למשל: לשופט חלה חובה להרשיע במקרה אונס עפ"י עדותה של הנאנסת אבל הוא חייב לנמק את החלטתו. לדוג': עפ"י רוב בגופים שיפוטיים ועדות ערר וכדו' יש חובה לנמק את ההחלטות. מתן צו לרישיון ייבוא פוטר את מנהל המכס מנימוק החלטתו.

כאשר הרשות פטורה מהחובה לנמק את החלטה היא נהנית מחזקת החוקיות של המעשה המנהלי ואז מוטל על העותר להוכיח שהרשות פעלה שלא כדין מבלי יכולת לדעת מהן האינדיקציות למתן ההחלטה.

הש' זמיר בפס"ד בג"ץ 2159/97 המועצה האזורית חוף אשקלון נ' שר הפנים - קובע שכאשר השר אינו חייב עפ"י חוק בהנמקה הוא חייב לנמק את החלטתו מכוח חובת ההגיונות. בפס"ד 143/56 נאמר ע"י ביהמ"ש באמרת אגב שכאשר החוק פוטר את הרשות מחובת ההנמקה במפורש די לחשש קל שבקלים לפיו נפל פגם בהחלטת הרשות על מנת שבג"ץ יחייב את הרשות לנמק את החלטה.

חוק לתיקון סדרי מנהל - סעיף 2(א) - הסעיף קובע שמתבקש עובד ציבור בכתב להשתמש בסמכות שניתנה לו עפ"י דין יחליט בבקשה וישיב למבקש בכתב בהקדם אך לא יאוחר מ- 45 ימים מיום קבלת הבקשה. זהו הסעיף העיקרי.

מתי עובד הציבור חייב לנמק את החלטתו?

1. **כאשר הוא מפעיל סמכות** - חובת ההנמקה חלה אך ורק על הפעלת סמכות בדין, היא חלה על כל סמכות מכל סוג בין אם זו סמכות חובה ובין אם זו סמכות ברשות. נראה שהיא אפילו חלה על הסמכות להתקין תקנות ובלבד שסמכות זו ניתנה עפ"י דין. סמכות עפ"י דין זה כל חיקוק שבגיננו מפעילים סמכות שאז מחויבים לנמק את החלטה. כלומר, חוק וחקיקת משנה, צווים, דיני המשפט המקובל, דיני היושר שנקלטו במשפט הישראלי מהמשפט האנגלי, החלטות מנכ"לים במשרדים ממשלתיים וסמכויות עזר. השי' זמיר אומר שהחובה חלה גם על הוראות ממשל כלליות וגם על סמכות עזר. הוא שואב את הפרשנות הזו מסעיף 17 לחוק הפרשנות. עוד דרך להפעלת סמכות היא מכוח חוק ספציפי המעניק סמכות. הסמכות עפ"י דין היא בד"כ סמכות רחבה והיא לטובת האזרח, ככל שהסמכות היא עפ"י דין נגדיר אותה בצורה רחבה יותר וחובת ההנמקה תחול על יותר החלטות.

25/12/18

שיעור חמישי

המשך - חובת ההנמקה :

מידת פירוט ההנמקה

ככל שהפגיעה באזרח היא יותר חזקה, כך הנימוק מצד הרשות יהיה מפורט יותר. ז"א אם הסירוב לבקשה הוא טכני אז ניתן לנמק את זה בקצרה, אבל אם קוראים לי לשימוע לפני הגשת כתב אישום ואז מחליטים להגיש כתב אישום צריכים לפרט בצורה מאוד רחבה למה החליטו כך כי זו החלטה הרת-גורל.

לשאלה עד כמה הנימוקים צריכים להיות מפורטים, אין מענה בחוק. אולם, הפסיקה פתרה את המצב חלקית והיקף ההנמקה תלוי בנסיבות המקרה. בפס"ד מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות - שם נקבע כי עצם קיומה של חובת ההנמקה לא קובע מסמרות בשאלה מהי מידת ההנמקה שתידרש בכל מקרה ומקרה. טיב ההנמקה ומידת פירוטה ייגזרו בין היתר ממאפייניו של המקרה הספציפי וממהותה של השאלה העומדת על הפרק. במקרים פשוטים או ברורים, רשות מנהלית אינה חייבת להרחיב את הדיבור, העיקר שההנמקה תבהיר את הטעם העיקרי להחלטה באופן שיאפשר גם לברר אם היא חוקית.

לצורך כך, ניתן לעיתים שההנמקה תציג ממצאים עובדתיים במידה שההחלטה מתבססת עליהם או פרשנות של חוק, או שיקולי מדיניות אם הם אלה שהנחו את הרשות המנהלית בעת מתן ההחלטה. אם ההנמקה אינה מפורטת או ברורה במידה הנדרשת לפי הנסיבות עשוי בימה"ש לקבוע כי אין היא בגדר הנמקה בכלל והתוצאה היא שהרשות לא קיימה את חובתה כדין.

בפס"ד שפירא השי' קיסטר אומר: "על הרשות להציג את המסכת העובדתית עליה השתיתה החלטתה וכי על ההחלטה להיות מפורטת כך שתוכל להיבדק בעיניים שיפוטיות. השי' זמיר בפס"ד יורגום אומר: "על ההנמקה לפרט את הדרך למסקנה". אם יש לנו ועדה- האם היא חייבת לנמק את ההחלטה שלה? בימה"ש בדרך כלל נהג לתת פטור מחובת ההנמקה לגופים קולגיאליים בהתחשב בכך שחברים בגוף הזה עשויים לתמוך בהחלטה מטעמים שונים. שאלה זו עוררה מחלוקת בפרשת שפירא נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בירושלים, השי' כהן אומר: "כאשר הגוף הקולגיאלי מקבל החלטתו ברוב קולות די יהיה לנמק בהחלטתו כי ההחלטה התקבלה בדעת רוב- ז"א אם לשכת עורכי הדין אומרת שהיא לא מאשרת לי התמחות- די שהיא תגיד שהיא קיבלה את ההחלטה בדעת רוב. השי' קיסטר לא מקבל את התפיסה שגוף קולגיאלי פטור מהנמקה, הוא מתבסס על חוק ההנמקות הנעדר הבחנה בין גוף קולגיאלי לעובד ציבור- אם האזרח פונה לעירייה והיא צריכה לקבל במועצת העיר החלטה בנוגע אליו והיא גוף קולגיאלי- חוק ההנמקות מחייב אותה לנמק החלטתה. אם הגוף הקולגיאלי נופל בגדרי החוק הוא חייב לנמק ואי אפשר להסתפק בהנמקה שהחלטה התקבלה ברוב דעות.

השי' לנדאו משאיר את השאלה בצריך עיון- הוא לא מחליט. עם זאת, ניתן ללמוד על הנימוקים להחלטה של גוף קולגיאלי מתוך פרוטוקול הדיון שקדם להחלטה או מתוך התכתבות של הגוף עם האזרח או התבטאויות של ראש הגוף הקולגיאלי, אבל בהיעדר הנמקה או היעדר פרוטוקול בימה"ש עשוי לפסול את החלטת הגוף הקולגיאלי. למשל, בפס"ד נאות נ' מועצת עיריית חיפה קבע בימה"ש שכנאמני הציבור מוטל על חברי מועצת העירייה לנמק את העמדות שלהם ולהעמיד את השיקולים שלהם לביקורת ציבורית או שיפוטית. חברי מועצה אינם רשאים להקים חומה של שתיקה ולהסתיר מאחוריה את השיקולים שלהם. התעטפותם בשתיקה מקום היה מצופה מהם לגלות ולחשוף את שיקוליהם מחשיד אותם שיש להם מה להסתיר, אין משמעות הדבר שכל אחד ואחד מחברי המועצה חייב להתבטא בדיון הזה- בידי חבר מועצה לבטא את עמדתו גם בהצבעה אם הועלתה הצעה לפסילת מועמד אשר מסמיכה על שיקולים זרים או פסולים, חבר מועצה שיצביע נגד ההצעה יבטא בהצבעתו את הסתייגותו גם מן השיקולים הפסולים, אך אם בכוונתו של חבר מועצה לתמוך בהצעה לפסילת מועמד אך זאת מטעמים ענייניים אז מוטל עליו להשתתף בדיון ולנמק את עמדתו שאם לא כן תמיכתו בהצעה תתפרש כתמיכה בשיקולים פסולים שעליהם התבססה ההחלטה.

פס"ד יורוגם נ' מרכז ההשקעות- ענף היצור בתוכניות ממתקים ומשחקי ילדים- העותרת היא בעלים של מפעל המייצר מסטיקים, מדבקות וקלפים עם דמויות ומוצרים שונים, היא ביקשה להרחיב את המפעל לצורך כך היא פנתה למרכז ההשקעות וביקשה לאשר לה תכנית השקעה לפי חוק לעידוד השקעות הון, האישור הזה מקנה לחברה הטבות בעיקר דרך מענקי כסף או הטבות מס. מרכב ההשקעות דחה את בקשת העותרים משני טעמים: כי אין סבירות לייצוא וכי אין מדובר בתכנית פעילות תעשייתית הזכאית להטבות במסגרת החוק הנ"ל. העתירה של יורוגם נסובה על הנימוק השני לדחייה באשר בשלבים מאוחרים של הדיון הוכיחה העותרת הזמנות לייצוא – אמרו לה שהיא לא עומדת בקריטריונים של ייצוא והיא הוכיחה קבלות על סכום כסף גדול. בימה"ש קבע שאם הנימוקים החדשים של הרשות מבוססים- הפתרון יהיה ככל הנראה החזרת הדיון לרשות כדי שתשקול מחדש את החלטתה.

לסיכום: כאשר רשות לא מנמקת את ההחלטה אין משמעות הדבר לפסול את החלטתה.

חוק ההנמקות נותן פטורים לרשות מחובת ההנמקה וזאת כאשר הרשות במצבים מסוימים לא חייבת לנמק החלטותיה מה שככל הנראה יוצר הסדר שלילי מכוח החובה או מכוח הפסיקה. ס' 3 לחוק ההנמקות קובע רשימה פטורים:

פטור מחיוב ההנמקה (תיקון מס' 1) תשכ"ט-1969

3. על אף האמור בסעיף 2א, לא יהא עובד הציבור חייב להודיע נימוקי סירובו –

- (1) כשיש בדין המעניק לו את הסמכות הוראה שהוא רשאי להשתמש בה ללא מתן נימוקים;
- (2) כשבטחון המדינה או יחסי חוץ שלה מחייבים שלא לגלות נימוקי ההחלטה;
- (3) כשהבקשה שסירב לה היתה למנות את המבקש למשרה פלונית או להטיל עליו תפקיד פלוני;
- (4) כשגילוי הנימוקים עלול, לדעת עובד הציבור, לפגוע שלא כדין בזכותו של אדם זולת המבקש;
- (5) כשיש בגילוי הנימוקים, לדעת עובד הציבור, משום גילוי סוד מקצועי או ידיעה סודית כמשמעותם לפי כל דין.

ס' 3(1): כשיש בדין המעניק את הסמכות הוראה פוזיטיבית, רשאי עובד הציבור לעשות שימוש בסמכותו ללא הנמקה. ז"א, החוק הוא כללי אבל החוק אומר שאם יש דין ספציפי פה הרשות לא תנמק. חוק ההנמקות לא גובר על הדין הספציפי. **חוק ההנמקות הוא לא חוק חוקתי לכן דין ספציפי גובר עליו.**
ס' 3(4): למשל, פגיעה בצדדים שלישיים פוטרת מחובת ההנמקה.

****אם נשאלת שאלה בקשר להנמקה במבחן- קודם כל אם אני רוצה לבחון את חובת ההנמקה יש לבדוק את החריגים אם זה נופל בגדרי החוק או פטור מההנמקה שלו.

אנו צריכים להיות ערים לפטורים מכוח החוק, בנוסף לכך החוק מחריג את תחולתו בס' 9 שאומר:

תחולה (תיקון מס' 4) תשנ"ה-1995

9. חוק זה לא יחול –

(א) על החלטות לפי חוק כלי היריה, תש"ט-1949, כאשר גילוי הנימוקים עלול להביא לפגיעה בשלומו של אדם או בדרכי פעולה של המשטרה;

(ב) על החלטות שר הפנים או מי שהועברו אליו סמכויותיו לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, למעט החלטה על ביטול רשיון ישיבה של מי ששוהה בישראל כדין.

יש לפרש את הפטור המוענק בחוק בצמצום, חובת ההנמקה והפרשנות שלה טומנת בחובה הגבלות על הביקורת השיפוטית. פגיעה בהנמקה היא פגיעה ביישום עקרון שלטון החוק- על בימה"ש להסיר ככל האפשר את הפרגוד האטום ולאפשר לעותר להציף מאחוריו (וזה דרך השופט, מדובר על שלב לפני כתב האישום, שלב המעצרים). השי' זמיר אומר שכדי לאפשר לעותר להתגבר על אותו פרגוד אטום, בימה"ש יסתפק בהוכחת פגם לכאורה אפילו בדרכים עקיפות לצורך הוצאת צו על תנאי שיחייב את הרשות לנמק מדוע אותו צו לא יהפוך לצו חלוט.

ערר על השימוש בפטור:

ערר (תיקון מס' 1) תשכ"ט-1969

4. סירב עובד הציבור להשתמש בסמכות שניתנה לו על פי דין ולא הודיע נימוקי סירובו כאמור בסעיף 2א, יודיע למבקש, בכתב, את הטעם מן הטעמים האמורים בסעיף 3 שעל פיו נמנע מלהודיע נימוקי סירובו; והמבקש רשאי להגיש ערר, תוך שלושים יום מיום קבלת הודעה כאמור:

אם עובד הציבור היה עובד המדינה – לשר הממונה עליו, ואם היה עובד רשות מקומית או היה עובד רשות אחרת – לשר הממונה על ביצוע החוק המעניק את הסמכות האמורה.

הודעה על זכות ערר

5. היתה החלטה של עובד הציבור נתונה לערר או לערעור על פי חיקוק, יודיע עובד הציבור בכתב לאדם הזכאי להגיש את הערר או את הערעור, על זכות הערר או הערעור ועל דרכי הגשתם ומועדיהם במידה שנקבעו בחיקוק.

ס' 5 לחוק ההנמקה- הסעיף מחייב את הרשות להודיע לאזרח כי הוא רשאי להגיש ערר, על ההחלטות השר בערר שהגיש אזרח- ככל החלטה מנהלית תחול עליה ביקורת שיפוטית.

זכות העיון קרובה מאוד לחובת ההנמקה, אולם אין חובה להסיק שהפטור מהנמקה מקים פטור מזכות עיון. יש היגיון בהבחנה לפיה האזרח יכול לעיין בחומר אך לא יידע מה בדיוק היו הטעמים להחלטה. ס' 9 לחוק חופש המידע- גם מסדיר דברים דומים לעניין זכות העיון.

יש מקרים שחובת ההנמקה לא חלה מקום שהוגשו הצהרות לפי החוק ובמועד הקבוע בו ואי קיומה מהווה עבירה פלילית אשר עונש מאסר או קנס בצידה של אותה עבירה.

הפרת חובת ההנמקה:

תוצאות אי-מילוי אחרי החוק (תיקון מס' 1) תשכ"ט-1969 (תיקון מס' 2) תשנ"ד-1994

1. (א) החלטה או פעולה של עובד הציבור לא יהיו פסולות בשל כך בלבד שהוא לא מילא אחרי הוראות הסעיפים 2א, 2ב, 4 או 5; ואולם בכל הליך לפני ועדת ערר או ועדת ערעור או לפני בית המשפט, על עובד הציבור הראיה כי החלטה או פעולה שלא ניתנה לגביהן תשובה או הודעה כאמור, נעשו כדין. הוראות סעיף זה אינן גורעות מאחריותו המשמעתית של עובד הציבור על אי-מילוי חובתו לפי חוק זה.

(ב) לא השיב עובד הציבור או לא הודיע תוך שלושת החדשים כאמור בסעיף 2(א) או 2(ג), רואים בכך, לענין כל דין, החלטה לסרב לבקשה, ללא מתן נימוקים.

ס' 6(א): החלטה לא מנומקת לא פוסלת את ההחלטה אבל היא מעבירה את נטל ההוכחה על הרשות. די בכך כדי לזכות את העותר בצו על תנאי המחייב את המדינה לנמק. כמו כן, הפרת החובה מהווה עבירה של עובד הציבור בפן המשמעותי.

ס' 6(ב): אם ניתנת תשובה בתוך 3 חודשים- כמוה כסירוב לבקשה. הש' זמיר בפס"ד המועצה האזורית אשקלון- גם אם אין בהפרת חובת ההנמקה כדי לפסול את ההחלטה המנהלית- במקרים המתאימים יש לפטור את העותר שהפסיד בדין מתשלום הוצאות הרשות המנהלית. בניגוד לבטלות יחסית, לס' 6(א) אין בטלות- **ההחלטה או הפעולה של עובד הציבור לא יהיו פסולות בשל כך בלבד שהוא לא מילא את הוראות הסעיפים המנויים בחוק. אולם, בכל הליך לפני ועדת ערר או בפני בימה"ש על עובד הציבור הראיה כי החלטה או הפעולה שלו ניתנה כדין ושהוא נתן הודעה לאזרח.** הוראות ס' 6(א) אינן גורעות מאחריותו של עובד הציבור בפן המשמעותי על אי מילוי תפקידו כראיות. החלטה אמנם נשארת על קנה, ובכל זאת מה אנחנו מסיקים מהחוק החדש או משינויו? חזקת התקינות של המנהל הציבורי מצריכה מהאזרח או מהעותר **דבר ראשון**, להראות שהרשות חרגה מסמכותה או פעלה שלא כדין, במקרה של חוק ההנמקות זה לא חל. אם היא לא מנמקת את החלטתה הרשות לא תהנה מחזקת תקינות המנהל הציבורי.

דבר שני, שחלש יותר- זה שעובד הציבור יועמד לדין משמעותי.

הש' זמיר אומר שעובד הציבור לא יודעים אפילו כאשר הם מפריים את חובת ההנמקה שהם יוצרים פגם בהחלטה המנהלית ושהם יהיו חשופים לדין משמעותי- הוא גם מוצא להם סיבה להקלה למה הם לא נימקו את החלטתם.

גם במקרה של שימוע ולפני הגשת כתב אישום על רשויות התביעה לתת לחשוד לעיין בחומר החקירה או לפחות לעיין בראיות העיקריות שעל בסיסן התקבלה החלטה להעמידו לדין. הפסיקה קבעה שאם אתה לא רואה לנכון לחשוף את כל הראיות לפחות יש לחשוף את הראיות המשמעותיות שבגינן אתה הולך להגיש כתב אישום- זה ממחיש כמה זכות העיון היא זכות חזקה.

זכות העיון היא זכותו של אדם לעיין במסמכים שבידי המנהל הציבורי והיא מורכבת מ-2 זכויות קרובות אך נפרדות:

- א. זכות פרטית - זכותו של אדם לעיין במסמכים בהם יש לו עניין אישי.
- ב. זכות הציבור - זכותו של כל אדם לעיין במסמכים אף אם אין לו עניין אישי בהם. כללי הצדק הטבעי כוללים את מרכיב זכות העיון כחלק מזכות הטיעון בכל הנוגע למסמכים שהתוכן שלהם עשוי לתרום לאפקטיביות של טיעוני האזרח בפני הרשות. לצידה של זכות העיון הנובעת מזכות הטיעון התפתחה בהדרגה זכות עיון נוספת המתייחסת למסמכים שנמצאים בידי הרשות ואשר לפרט המבקש לעיין בהם יש זיקה אליהם. יש חשיבות גדולה ומיוחדת לזכות העיון שכן מובן מאליו שעיון במסמכי הרשות ללא רשות מהווה עבירה לפי ס' 117 לחוק העונשין, האוסר מסירת מידע ע"י עובד ציבור ללא סמכות כדין. בכלל, אני בלי רשות אסור לי לעיין במסמכי הרשות. אבל, בכל זאת יש לי את הזכות לבקש לעיין במסמכי הרשות אם יש לי נגיעה אישית בדבר.

08/01/19

שיעור שישי

זכות העיון וחופש המידע:

זכות העיון = הזכות התואמת היא זכות הטיעון.

זכות העיון כהגדרה היא זכותו של אדם לעיין במסמכים שהנמצאים בידי הרשות הנוגעים בהחלטה לעניינו האישי. כלומר, אם יש החלטה בידי הרשות לגבי אדם מסוים, זכותו לעיין במסמכים האלה בכדי לערער, להתגונן על החלטה הזו. זכות העיון התפתחה בפסיקה מכוח כללי הצדק הטבעי. עד שב1998 חוקק חוק חופש המידע, היא כחלק מזכות הטיעון

מה הטעמים?

1. הגשמתו העצמית של הפרט
2. מימוש זכות הבחירה - כאשר יש בפני את המידע אני בוחר מה מתאים לי, ההחלטה שלי ולא של הרשות.
3. מימוש משטר דמוקרטי
4. פיקוח

זכות העיון נחלקת לשתי זכויות:

א. **פרטית** - כאשר אומרים לי אנחנו מגישים נגדך כתב אישום זכותי לעיין בכל חומר החקירה. זכותו של אדם לעיין במסמכים בהם יש לו עניין אישי.

ב. **ציבורית** - מסמכים שיש לי בידי הרשות, אבל בגלל כל הטעמים הפסיקה והחוק אומר תנו לאזרחים לעיין במסמכים, להיות בשקיפות. זכותו של אדם לעיין במסמכים אף אם אין לו עניין אישי בהם.

התפתחותה של זכות העיון-

כללי הצדק הטבעי כוללים את זכות העיון כחלק מזכות הטיעון. בכל הנוגע למסמכים שתוכנם עשוי לתרום לאפקטיביות של הטיעון שלי בפני הרשות. לצידה של זכות העיון התפתחה בהדרגה זכות עיון נוספת המתייחסת למסמכים שבידי הרשות ואשר לפרט המבקש לעיין בהם יש זיקה אליהם. יש חשיבות מיוחדת לזכות העיון שכן מבחינה פורמאלית- עיון במסמכים הנמצאים בידי הרשות ללא רשות מהווה עבירה לפי סעיף 117 לחוק העונשין- האוסר מסירת מידע ע"י עובד ציבור ללא סמכות שבדין.

הטעמים להצדקת זכות העיון- הכרה בזכות הפרט לעיין במסמכים נדרשת לשם הגנה על האינטרסים הפרטיים של המבקש לכן בפסיקה הוכרה החובה לתת פומביות להנחיות פנימיות על מנת שיגיעו לידיעת האנשים העלולים להיות

מושפעים מהנחיות אלה. עוד סיבה להצדקת זכות העיון מטעמים ציבוריים היא הרשות היא נאמן הציבור ומאחר והמידע שייך לציבור חשיפתו חשובה לדמוקרטיה והמידע מסייע לשימוש בחופש הביטוי ובזכות להשתתפות דמוקרטית. הנשיא שמגר אומר- "משטר דמוקרטי בנוי על שיתוף מתמשך של הציבור במידה מתהווה בחיים הציבוריים". החיסוי של מידע מוצדק רק בשל הטעמים יוצאי הדופן – בטחון המידע, יחסי חוץ, חשש לפגיעה בעניין ציבורי, חשש לפגיעה באנשים פרטיים. השופט ברק מוסיף ש"מחובת הנאמנות נגזרת גם חובת הגילוי – "מידע המצוי בידי איש פרטי, יחזיקו לעצמו ואין עליו חובה לגלותו אלא אם כן חובת תום הלב מחייבת זו על פי סעיף 39 לחוק החוזים. לא כן איש ציבור, מידע המצוי עמו אינו נכס פרטי שלו ועליו להביאו לידיעת הציבור. כנגד הזכות של היחיד לקבל מידע עומדת חובתו של השלטון לספק את המידע, מכאן חובתם של נושאי תפקידים ציבוריים ליתן מידע לבני הציבור. הזכות לדעת היא לא רק זכותו של הציבור, היא גם זכותו של היחיד."

זכות העיון הפרטית :

היא זכותו של הפרט לעיין במסמכים המחוזקים בידי הרשות המנהלית אשר שימשו אותה בהחלטה בעניינו. היא במושכלות היסוד של המשטר הדמוקרטי והיא נגזרת בעיקר מזכות הטעון ומחובת המנהל לפעול בשקיפות. חייב עיגון חוקי, הסמכה בחוק לעיין במסמכים האלה, אם אין לך את זה המידע הוא חסוי.

בבג"צ שפירא- השופט כהן התייחס לזכות העיון הפרטית- קבע שהכלל שמסמכים הנמצאים בידי רשות תוך כדי שימוש בסמכות שהוענקה לה על פי דין צריכים להיות גלויים ופתוחים בפני הצד הנוגע בדבר ואין הרשות נשמעת לאמור שמנכס המסמך לתיקייה אין הצד הנוגע בדבר רשאי עוד לראותו. יוצאים מכלל זה מסמכים שמכוח הוראה חקוקה חסויים מפני הגילוי והעיון או שכאשר יש לגבי מסמכים אלה חובה המוטלת על הרשות לשמור בסוד. אנחנו רואים כי זכות זו מסויגת

פס"ד מדינת ישראל נ' אליצור סגל- בית המשפט מתייחס לזכות העיון הפרטית וקובע שהיא נגזרת בעיקר מזכות הטעון ומחובת המנהל לפעול בשקיפות. זכות עיון פרטית שלא מוסדרת בחקיקה היא מוסדרת בחוקים פרטיקולאריים אשר מגבילים את הזכות הזו. כך לדוגמה חוק מרשם האוכלוסין קובע כי כל אדם רשאי לקבל מידע הנוגע אליו במרשם אבל כל אימת שיש לו זיקה אישית לאותו מידע.

זכות העיון הציבורית :

חופש הביטוי מצמיח את זכות הציבור לדעת. שתי זכויות אלו יונקות זו מזו. כדי שהאזרח יוכל להנות מחירותו ולהחליף דעות דרושה לו גם החירות להחליף ידיעות ולגשת ללא מעצור למקורות של האינפורמציה שברצון אזרחים אחרים לספק לו. זאת כל עוד אין בכך נזק העלול לפגוע באינטרסים חיוניים אחרים של המדינה או של צדדים שלישיים. מזכות הציבור לדעת נגזרת זכות העיון הציבורית. אכן לעיתים די בכך שהציבור יקבל מידע מרשות מנהלית באופן ובמידה שהרשות תיראה לנכון. אך לעיתים יש צורך מעבר לכך שגם מסמכי הרשות ייחשפו בפני הציבור. הזכות לעיון נדרשת כדי להשלים ולפעמים גם לחזק את הזכות לדעת. **בפס"ד משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית-** בית המשפט קבע כי הגשמת התכלית העומדת ביסוד חופש הביטוי מחייבת בזכות הרחבה לדעת וכתוצאה מכך הזכות לגישה רחבה למידע הנמצא בידי הרשות המנהלית. חופש המידע חיוני לקיומו של שוק של רעיונות, חיוני לגילוי האמת וחיוני להגשמתו העצמית של האדם, לעיצוב אישיותו של הפרט ולמימוש זכות הבחירה והוא כלי חיוני למשטר דמוקרטי. החלפה חופשית של מידע, דעות והשקפות תוך ניסיון לשכנוע הדדי הוא תנאי חיוני לקיום מנהל תקין המבוסס על משטר דמוקרטי ועל שלטונו של העם ע"י העם ולמען העם. רק בדרך זו ניתן להבטיח כי כל פרט בחברה יקבל את מירב הנתונים הדרושים לו לשם קבלת החלטות בעניין משטר ושלטון. זרימה חופשית של מידע מאפשרת שינוי סדיר במבנה הכוחות המקיים את השלטון (בחירות). הזכות הזו באה לקדם את תרבות השלטון וקבלת מידע על אודות דרכי הפעולה של השלטון היא חיונית ליכולת של הציבור לפקח את פעולות השלטון וכך גם רשויות השלטון ידעו שהן חשופות לביקורת הנותנת בצידה יתר של סדר ומשטר והיא תרתיע את רשויות השלטון מעשיית מעשים החורגים מן המותר והראוי.

חוק חופש המידע - (בא להגן מבחינה חקיקתית את זכות העיון הציבורית)

סעיף 1 - "לכל אזרח ישראלי או תושב, הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית, בהתאם להוראות חוק זה". החוק קובע לנו מי היא רשות ציבורית. אם זה מבוקר זה רשות ציבורית.

כאשר אנו רוצים לענות על שאלה לעניין זכות העיון, בודקים אם היא רשות ציבורית. לאחר מכן אני הולך לחריגים לבדוק אם היא לא נכנסת לחריגים האלו.

עם חקיקת חוק חופש המידע עוגנה זכות העיון הציבורית ביחס לכל אזרחי ישראל ותושביה. כאשר ההסדר בחוק מהווה קונקרטיזציה של ההכרה בעקרון של שקיפות ציבורית. זכות זו בלשונה של כבוד השופטת חיות היא מאבני היסוד של חברה חופשית. הזכות לחופש מידע כפופה לחריגים הקבועים בחוק -

סעיף 8 לחוק חופש המידע - מחריג עניינים מטעמי יעילות :

רשות ציבורית רשאית לדחות בקשה לקבלת מידע באחד מאלה :

(1) הטיפול בה מצריך הקצאת משאבים בלתי סבירה ;

(2) המידע נוצר, או נתקבל בידה, למעלה משבע שנים לפני הגשת הבקשה ואיתורו כרוך בקושי של ממש ;

(3) לאחר שנקטה אמצעים סבירים, התברר לה שלא ניתן לאתר את המידע או שאינו מצוי ברשותה ;

(4) המידע פורסם ועומד לרשות הציבור או לעיונו, בין בתשלום ובין שלא בתשלום ; ואולם בדחותה את הבקשה

לפי פסקה זו, תודיע הרשות למבקש היכן יוכל לרכוש את המידע המבוקש, לקבלו או לעיין בו ;

(5) המידע נוצר בידי רשות ציבורית אחרת, ואין בהפניית המבקש לאותה רשות כדי להכביד הכבדה בלתי סבירה

על קבלתו של המידע על ידו ; ואולם, בדחותה בקשה לפי פסקה זו, תפנה הרשות הציבורית את המבקש לרשות הציבורית אשר בידיה נוצר המידע.

הזכות לחופש מידע עלולה להתנגש עם זכויות יסוד אחרות כגון- הזכות לפרטיות, לכבוד, לקניין ולשם טוב. במקרים כאלה נדרש איזון אופקי בין הזכויות. התנגשות אחרת אפשרית היא עם אינטרסים ציבוריים שונים כגון ביטחון המדינה, יחסי החוץ, ביטחון הציבור, תפקודה התקין של הרשות הציבורית וכיוצא באלה- נדרש איזון אנכי בין הזכות לבין האינטרס הציבורי. איזונים אלו שאנחנו דוברים בהם לא באו אלא לבטא את התפיסה כי חופש המידע עם כל חשיבותו חייב לעיתים לסגת וזאת מקום בו הגשמתו המלאה או החלקית פוגעת בערכים חשובים אחרים. הצורך באיזון של חופש המידע עם זכויות ואינטרסים אחרים לא נעלם מעיניו של המחוקק ואכן החוק מונה מצבים שונים שבהם נסוג חופש המידע בפני זכויות ואינטרסים אחרים וכך קובע סעיף 8 שבחוק. סעיף 9(א) בחוק קובע סוגי מידע שהרשות מנועה מלמסור- מדובר במידע שגילוייה מקים חשש לפגיעה ביחסי החוץ או הביטחון של המדינה, בביטחון הציבור או בשלמו של אדם וכן מידה שגילוייה מהווה פגיעה בפרטיות או שגילוייה אסור על פי דין, כך נקבע בפס"ד משרד התחבורה נ' חברת החדשות.

מה הם אמות המידה להפעלת שיקול הדעת לפי סעיף 18(1) לחוק חופש המידע- בפרשת סגל קבע בית המשפט מבחן הסבירות הכללי אשר מחייב התוויית אמות מידה להפעלת שיקול הדעת המנהלי ביישום עילות הדחיה המנויות בסעיף 8- מבחן סבירות הקצאת המשאבים כמבחן מהותי ולא טכני.

סעיף 9 לחוק חופש המידע - חריגים שעניינם הגנה על אינטרסים נוגדים-

(א) רשות ציבורית לא תמסור מידע שהוא אחד מאלה :

(1) מידע אשר בגילוי יש חשש לפגיעה בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בביטחון הציבור או בביטחונו או בשלמו של אדם ;

(2) מידע בנושאים ששר הבטחון, מטעמים של שמירה על בטחון המדינה, קבע אותם בצו, באישור הועדה המשותפת ;

(3) מידע שגילוי מהווה פגיעה בפרטיות, כמשמעותה בחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 (להלן – חוק הגנת הפרטיות), אלא אם כן הגילוי מותר על פי דין ;

(4) מידע אשר אין לגלותו על פי כל דין.

(ב) רשות ציבורית אינה חייבת למסור מידע שהוא אחד מאלה :

(1) מידע אשר גילוי עלול לשבש את התפקוד התקין של הרשות הציבורית או את יכולתה לבצע את תפקידיה ;

(2) מידע על אודות מדיניות הנמצאת בשלבי עיצוב ;

(3) מידע על אודות פרטי משא ומתן עם גוף או עם אדם שמחוץ לרשות ;

(4) מידע בדבר דיונים פנימיים, תרשומות של התייעצויות פנימיות בין עובדי רשויות ציבוריות, חבריהן או יועציהן, או של דברים שנאמרו במסגרת תחקיר פנימי, וכן חוות דעת, טיוטה, עצה או המלצה, שניתנו לצורך קבלת החלטה, למעט התייעצויות הקבועות בדין ;

(5) מידע הנוגע לניהול פנימי של הרשות הציבורית, שאין לו נגיעה או חשיבות לציבור ;

(6) מידע שהוא סוד מסחרי או סוד מקצועי או שהוא בעל ערך כלכלי, שפרסומו עלול לפגוע פגיעה ממשית בערכו, וכן מידע הנוגע לעניינים מסחריים או מקצועיים הקשורים לעסקיו של אדם, שגילוי עלול לפגוע פגיעה ממשית

באינטרס מקצועי, מסחרי או כלכלי ; למעט מידע שהוא אחד מאלה –

(א) מידע על חומרים שנפלטו, שנשפכו, שסולקו או שהושלכו לסביבה ;

(ב) תוצאות של מדידות רעש, ריח וקרינה, שלא ברשות היחיד ;

(7) מידע שהגיע לידי הרשות הציבורית, שאי-גילוי היה תנאי למסירתו, או שגילוי עלול לפגוע בהמשך קבלת המידע ;

(8) מידע על אודות שיטות עבודה ונהלים של רשות ציבורית העוסקת באכיפת החוק, או שיש לה סמכות חקירה

או ביקורת או בירור תלונות על פי דין, אם גילוי עלול לגרום לאחד מאלה :

(א) פגיעה בפעולות האכיפה או הביקורת או בירור התלונות של הרשות ;

(ב) פגיעה בהליכי חקירה או משפט או בזכותו של אדם למשפט הוגן ;

(ג) גילוי או מתן אפשרות לגלות את קיומו או זהותו של מקור מידע חסוי ;

(9) מידע הנוגע לענייני משמעת של עובד של רשות ציבורית, למעט מידע בדבר ההליכים הפומביים על פי החוק ;

לענין פסקה זו, "עובד" – לרבות חייל, שוטר, סוהר ונושא משרה ברשות הציבורית ;

(10) מידע שיש בגילוי פגיעה בצנעת הפרט של אדם שנפטר ;

(11) לענין רשות ציבורית כאמור בפסקה (9) להגדרה "רשות ציבורית" – מידע שיש בגילוי פגיעה מהותית

בחופש הפעולה בעניינים האקדמיים והמינהליים של מוסד להשכלה גבוהה כמשמעותם בסעיף 15 לחוק המועצה

להשכלה גבוהה, פגיעה בהליכי קידום ושיפוט אקדמיים או במחקרים שטרם פורסמו, או גילוי זהותם של

תורמים שהביעו את דעתם שאינם מעוניינים בגילוי.

(ג) לענין סעיף זה, אין נפקא מינה אם העילה לאי-גילוי המידע היא בשל המידע המבוקש לבדו או בשל הצטברותו למידע אחר.

הטעם המרכזי להצדקת הסייג למסירת מידע מהסוג הנזכר **בסעיף 9(ב)(4)** נעוץ בחשש מן האפקט המצנן

המתבטא ברתיעתם של חברי הרשות הציבורית לקיים דיונים כנים מקום שאין מובטח מעטה מסוים של חיסיון

לדעות המוחלפות בתהליך קבלת ההחלטות. מתן אפשרות לעובד הרשות לקיים דיון פתוח ודיאלוג גלוי ללא חשש

שמה שיגידו בדיונים או בחוות דעת פנימיות יהיה חשוף לעין כל, נועד להגן על איכות ההחלטות של רשויות הציבור

ואפקטיביות קבלת ההחלטות. רשות ציבורית המתבקשת למסור מידע באחד העניינים בנוגע אליהם חל אחד

הסייגים שבסעיפים 8 ו-9 לחוק חופש המידע צריכה לטפל בבקשה על פי כללי המשפט המנהלי שבהם היא מחויבת

בכל עולותיה. אחד הכללים החשובים קובע שרשות ציבורית מפעילה שיקול דעת המסור לה בסבירות, סבירות

כמושג נורמטיבי קרי איתור השיקולים שיש לקחת בחשבון ומתן משקל לשיקולים השונים ואיזון ראוי ביניהם בנקודת החיכוך. סעיף 9(ב) מונה רשימה נוספת שהרשות אינה חייבת למסור. הוראות סעיף 9(ב)1 לשונה רחבה וכללית, היא מתירה לרשות הציבורית שלא למסור מידע העלול גילוי לשבש את התפקוד התקין. כך היא פותחת שער לשיבושה של הזכות לקבלת מידע. לכן, יש להתאים את אמות המידה לפי מבחן הסבירות כפי שזה מושרש בשיטת המשפט שלנו. מקום שיש התנגשות בין זכות ציבורית מוגנת לבין אינטרס ציבורי, גובר האחרון רק מקום בו קיימת הסתברות ראויה - **וודאות קרובה לפגיעה ממשית** באותו אינטרס ציבורי (בג"צ הס נ' **מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**).

סעיף 10 – מדבר על מבקש המידע עצמו- " בבואה לשקול סירוב למסור מידע לפי חוק זה, מכוח הוראות סעיפים 8 ו-9, תיתן הרשות הציבורית דעתה, בין היתר, לענינו של המבקש במידע, אם ציין זאת בבקשתו, וכן לענין הציבורי שבגילוי המידע מטעמים של שמירה על בריאות הציבור או בטיחותו, או שמירה על איכות הסביבה. "
סעיף 10 לחוק נוקב בעניינו של מבקש המידע- ככל שמבקש המידע יצביע על אינטרס בעל חשיבות עקרונית, מהותית יותר מבחינתו, ככה יגברו הסיכויים לקבל את המידע המבוקש ולהיפך ככל שהאינטרס שלו כללי יותר ככה ייטו כפות המאזניים לעבר חיסוי המידע. כשיש אינטרס אישי בקבלת המידע (זכות עיון פרטית) כשיקול רלוונטי הפועל לטובת מבקש המידע, אותו שיקול על הרשות המנהלית לשקול בבואה להחליט בבקשה במסלול חוק חופש המידע (זכות העיון הציבורית). פרשנות זו משולבת בנוסחת האיזון שבסעיף 8(1) לחוק, הן את הטעם הציבורי הניצב בבסיס הגילוי על פי תכלית חוק חופש המידע והן את הטעם האישי הניצב בבסיס הגילוי.

מה קורה במקרה של דחית בקשה לקבלת מידע מהרשות?

- ניתן להגיש עתירה לבית המשפט המפעיל ביקורת שיפוטית על החלטות אלו- סעיף 17 לחוק חופש המידע.
- (א) עתירה על החלטת רשות ציבורית לפי חוק זה תידון בבית משפט לעניינים מינהליים, אלא אם כן הוצאה לגבי המידע נושא העתירה תעודת חיסיון לפי סעיף 44 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 ; הוצאה תעודת חיסיון כאמור, תידון העתירה לפני בית המשפט העליון.
- (ב) בדונו בעתירה לפי חוק זה, למעט בעתירה על דחיית בקשה לפי סעיף 8, רשאי בית המשפט לקבל לידי את כל המידע המבוקש ולעייין בו ; בית המשפט רשאי, מהטעמים המנויים בסעיף 9, לשמוע טענות מפי בא-כוח הרשות הציבורית, בדלתיים סגורות וללא נוכחות העותר או בא-כוחו.
- (ג) לא יורה בית המשפט על מסירת מידע העלול לפגוע בזכויות צד שלישי, אלא לאחר שנתן לצד השלישי הזדמנות להשמיע טענותיו, בדרך שיקבע.
- (ד) על אף הוראות סעיף 9, רשאי בית המשפט להורות על מתן מידע מבוקש, כולו או חלקו ובתנאים שיקבע, אם לדעתו הענין הציבורי בגילוי המידע, עדיף וגובר על הטעם לדחיית הבקשה, ובלבד שגילוי המידע אינו אסור על פי דין.
- (ה) החליט בית המשפט כאמור בסעיפים קטנים (ב) או (ד), ירשום את הטעמים להחלטתו.

כפי שאנו רואים סעיף 17(ד) לחוק נותן לבית המשפט סמכות להותיר מתן מידע על אף שהרשות רואה טעם לדחיית הבקשה. בפרשת עמותת חופש המידע נ' רשות המיסים- קבע בית המשפט כי זכותם של הנישומים לפרטיות צריכה לסגת לטובת זכות הציבור למידע מאחר והפגיעה בה אינה שקולה כנגד היתרונות שעדויים לצמוח מגילוי של המידע וכי גם הפגיעה האפשרית בתפקודה של הרשות אינה כזו המצדיקה את מניעת המידע המבוקש מן הציבור. במצב זה הן פרשנות תכליתית של הוראות החיסיון בדיני מס והן האיזון המתחייב בהוראות סעיף 17(ד) לחוק חופש המידע. על כן אנו רואים כי בתי המשפט מתירים פגיעה בפרטיות של נישומים שעשו הסדרי כופר לצורכי מס למען גילוי מידע לציבור ועריכת איזונים אשר מצדיקים את חשיפת מידע זה כל זאת למען תקינות מנהלית ושקיפות.

חובת ההיוועצות:

הרשות לא תמיד יודעת איך לפעול, ולא תמיד יודעת אם היא פועלת נכון או לא. או אם החלטה שהיא הולכת לקבל היא החלטה הטובה ביותר לאותו עניין. לפעמים, יש דרכים יותר טובות ממה שהרשות מעלה בדעתה. לכן, כאשר הרשות רוצה לקבל החלטה, היא חייבת לקבל דעה או עמדה של גורם אחר בנוגע לקבלת ההחלטה. גם אם רשות חושבת שהחלטה שהיא הולכת לקבל היא החלטה סבירה, נכונה, והיא בעלת הסמכות להחליט, היא עדיין במקרים מסוימים חייבת להיוועץ.

היוועצות מנהלית-פניית הרשות לגורם אחר לצורך קבלת דעה או עצה. התייעצות מאופנת בד"כ ע"י קבלת החלטות בידי אנשים סבירים וראוי גם כי אותו עובד ציבור כאשר הוא בא להכריע בסוגיה מסוימת או בסוגיה לא שגרתית, חדשה, הוא יכול לקבל חיזוק לתשתית שמתבססת עליה ההחלטה שלו.

סוגי היוועצות:

1. **היוועצות מכוח חוק-** ז"א, היוועצות עפ"י חוק היא סוג של ממליץ סטטוטורי או יועץ סטטוטורי הוא חלק מהמנהל הציבורי והוא גוף אשר מחזיק בסמכות ממשל. ההגדרה של הגוף זה גוף הממלא תפקיד ציבורי עפ"י דין. אף אם הדעה שלו היא בגדר המלצה בלבד, או עצה בלבד, מעמדו נעלה ממעמדו של יועץ פנימי וזאת היות והמחוקק הפך אותו לחלק מהמנגנון של קבלת ההחלטה. ז"א, אם יש לנו חוק פיקטיבי שאומר לפני מתן החלטה להתקין תקנות שר התחבורה חייב להיוועץ עם גוף אור ירוק, אם זה כתוב בחוק, אז לפני קבלת ההחלטה הוא מחויב להתייעץ עם אותו גוף. הגוף נותן את הייעוץ אבל בסוף השר מחליט.

2. **היוועצות וולונטרית-** כאשר אני בתור איש ציבור הגיע לפתחי סוגיה מסוימת ואין לי את הכלים, אני לא בקיא וכו'.. אבל אני רוצה לקבל החלטה ולכן על אף שאני לא מחויב מבחינה משפטית היוועצות עם גוף מסוים אני מחליט על דעת עצמי.

כאשר אתה מתנדב ומחליט להיוועץ אם אתה לשנות את ההחלטה שלך אתה צריך להתייעץ עם אותו גוף שוב. **הש' חשין בפס"ד סברי** אומר אומנם ראש העיר היוועץ בוועדת התנועה של העירייה בקביעת רחוב כחד-סטרי כשלא היה חייב לעשות כן בחוק, הוא נמנע מלהתייעץ בשינוי ההחלטה והפיכת הרחוב לדו-סטרי בשנית אם נקיש מסעיף 15 לחוק הפרשנות, המדבר על החובה להתייעץ בשינוי ההחלטה, "אומנם היוועצות וולונטרית מטבעה אינה חובה אך משהלך ראש העיר בדרך זו בקבלת ההחלטה, הרי גם בשינוי ההחלטה, מכוח סעיף 15 לחוק הפרשנות, מחויב הוא בהיוועצות שקיים בקבלת ההחלטה" סעיף 15 קובע- הסמכות לשנות תקנות, או הוראות מנהל, משמע- סמכות לפעול בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה.

בפס"ד סברי הסמכות לשנות את כיווני התנועה בעיר ולשנות תמרורים ועניינים של תעבורה, נתונה לרשות תמרור מקומית. הרשות הזאת כפופה לרשות התמרור הארצית. ראש הרשות התמרור המקומית הוא ראש העירייה. ראש העיר, קיבל החלטה לשנות את כיוון התנועה ברח' המגנים בעיר, ככה שהרחוב יהפוך מדו סטרי לחד סטרי וכדי לקבל את ההחלטה הוא בחר להיוועץ עם ועדת התנועה בעיר ואז קיבל את ההחלטה. התושבים ברחוב עוד לא הספיקו להתבסס וראש הכיר שינה את דעתו והחליט שוב להחזיר את הרחוב לדו סטרי.

הוא החליט להחזיר את המצב לקדמותו מבלי להתייעץ, וחובה עליו להתייעץ כי התייעצות וולונטרית. לכן, אנחנו נדרש פעם נוספת לסעיף 15 לחוק הפרשנות, האומר שהסמכות להתקין תקנות משמעה גם הסמכות לשנותם ותקנם ולהתלותם או לבטלם באותה דרך שהותקנו התקנות או ניתנה הוראת המנהל. ביהמ"ש פסק, על אף שהתייעצות הראשונית היא וולונטרית, ותיקון השינוי מחייבת את ראש העיר מכוח סעיף 15 לחוק הפרשנות, לחזור ולהיוועץ עם הגורמים אשר סייעו לו בקבלת ההחלטה הראשונה.

האינטרס בבסיס חובת היועצות:

1. **אינטרס מקבל העצה** - מרבה עצה מרבה תבונה - התייעצות בזולת מרחיבה את דעתו של מקבל הזולת ומגלה לעיניו חלופות שאפשר ולא עלו כלל על דעתו. עצה טובה, יש בה כדי לפרוס בפני מקבל ההחלטה או העצה את יריעת המידה בשלמותה. היא מסייעת לו להבין לעומק את הנושאים שעליו להחליט בהם. ההתייעצות מרחיבה את דעתו של מקבל העצה או חופשת אותו לדרכים חלופיות. מאחר והרשות לא תמיד עומד לנגד עיניה כל החלופות יש לפעמים גורמים מקצועיים שיכולים להציע הצעה חלופית. לדוגמא אם ניקח טיפול במנהרות, יכול להיות שהרשות לא יודעת להתמודד עם זה, אז היא פנתה לטכניון בבקשה לעזרה, ואז הצבא מקבל תמונה יותר נכונה, מושכלת, ההחלטה שלו תהיה יותר שקולה ונכונה.
2. **אינטרס המייעץ** - בד"כ, יש למייעץ עניין בהחלטה. היא מאפשרת לו להיות לעזר לרשות ולהשפיע על ההחלטות של הרשות וזאת כדי שהחלטות יהיו יותר מאוזנות או שקולות וההחלטות יהיו מתחשבות בכל ההיבטים או העניינים של הציבור.
3. **אינטרס הציבור** - להתייעצות יש ערך דמוקרטי רב. התייעצות מביאה לשקיפות יתר של מעשי השלטון. יש בה להעמיד את מעשי השלטון לפיקוח ציבורי ולהגביר את המעורבות של הציבור בקבלת החלטות. היועצות בגורמים חוץ שלטוניים מגבירה את תחושת השותפות של האזרח בעשייה הציבורית.

מהות הפרת חובת היועצות:

חובת היועצות היא תנאי לסמכות לפי כך אי קיום חובת היועצות מהווה חריגה מסמכות – נקבע בפס"ד יקב הגליל ובבג"ץ 22/89 עזבה נ' מד"י - זוהי פגיעה היורדת לשורש של הסמכות המנהלית ויש בה כדי להביא לביטול ההחלטה המנהלית

פס"ד עזבה - המערער הקים בית על קרקע חקלאית ללא היתר. הוא החליט לבנות את הבית הזה ללא היתר וזו עבירה לפי חוק התכנון והבניה. הוועדה המקומית הוציאה לו צו הריסה מנהלי. ערב הוצאות הצו התקשר ראש הוועדה המקומית לראש מועצת קלנסוואה ובשיחה איתה העלה את רצונו להרוס מספר מבנים ללא היתר מבלי לפרט איזה מבנים, מה השטח, מה מחובר לקרקע, ובלי לתת שום פרטים. זו הייתה לכאורה היועצות בשיחת טלפון. בעל הקרקע, אדון עזבה, הגיש בקרשה לביהמ"ש השלום בנתניה לביטול הצו. ביהמ"ש בנתניה קיבל את הבקשה וביטל את הצו. המדינה ערערה למחוזי, הערעור התקבל. ביהמ"ש המחוזי קבע שהצו תקף וקיים. אדון עזבה הגיש בר"ע לעליון והשאלה המשפטית הועמדת היא האם הוועדה המקומית קיימה את חובת היועצות. כאשר בוחנים סוגיה משפטית נשאלת השאלה במסגרת הנורמטיבית של החוק, האם חלה חובת היועצות על ראש הוועדה? אז כן.

ביהמ"ש הכריע כי יש להפוך את פס"ד של המחוזי ולהחזיר על כנו את החלטת ביהמ"ש השלום, הש' בייסקי אומר שמקובל עליו כי אף היעדר הוראה בסעיף 238 לחוק התכנון והבניה (הסעיף כבר התחלף) בדבר הצורה בה יש לקיים את היועצות עם ראש הרשות, אין מדובר בקיום חובה פורמלית ובבחינת יציאה ידי חובה למראית עין. מטרת ההתייעצות ברורה ומהותה היא היועצות לפני מתן צו הריסה שהוא צו דרסטי, הגם שהוא לא מתייחס למבנה שהוקם שלא כדין. כלומר, אטמנם המבנה הוקם שלא כדין אבל זה לא אומר שהרשות לא צריכה לקיים את חובת היועצות.

בפס"ד הזה, נקבעו המבחנים לקיומה של היועצות כדין:

1. **דרישת הצורה** - מדובר בהליך דו צדדי בו מוחלפות דעות בכתב או בע"פ, ישירות או באמצעות שליח. היועצות היא הליך של שכנוע הדדי - הש' מצא בפס"ד עזבה. ביהמ"ש אומר שזה יכול להיעשות בטלפון, במייל, במברק או בפקס. בהיעדר הוראה מפורשת בחוק, בדבר המתכונת ההכרחית לעריכת התייעצות נדרשת כל צורה המקיימת את היועצות היא צורה המתקבלת על הדעת. גישת הש' מצא היא שחגירה מנהלים מקובלים אפשרית רק במקרים דחופים. משלא ניתן לקיים היועצות רגילה, קמה חזקה שההיועצות לא קיימה את דרישת המהות. אם זה לא דחוף, ואתה בוחר להתייעץ לא בדרך המקובלת, אז חזקה שהיועצות היא לא כדין (דעת מיעוט של מצא).

השי' בייסקי- דעת הרוב אומרת שזה לא משנה הדרך, העיקר המהות ולא הצורה

2. **דרישת המודעות להתייעצות-** המייעץ והמתייעץ צריכים להיות מודעים שהדיאלוג הספציפי שהם מקיימים מהווה חובת התייעצות בחוק. בפס"ד עזבה, ראש הוועדה שוחח עם ראש הרשות המקומית מבלי להבהיר מפורשת שזהו הליך סטטוטורי שאין מאחוריו דבר. עליו היה להגיד לו זאת במפורש ולבקש את דעתו בנושא.

3. **הגדרת הנושאים-** המתייעץ חייב להגדיר את נושא ההתייעצות למייעץ והיא צריכה להתנהל באופן המגדיר שהמייעץ נותן עצה לבעל הסמכות במקרה הספציפי ואין די בדיון עקרוני על מדיניות.

בג"ץ 512/81 המכון לארכיאולוגיה של האוניברסיטה העברית נ' שר החינוך והתרבות- המועצה לא נתבקשה להביע את עמדתה בסוגיות הרלוונטיות למקרה, גם מבחינה עובדתית וגם מבחינה משפטית לכן זה היה סוג של הפרה של חובת היוועצות כי לא הוגדר הנושא שעמד על הפרק להחלטה.

4. **דרישת הנפש הקולטת-** המתייעץ מספק למייעץ את כל החומר הדרוש לקבלת ההחלטה. הוא חייב לספק לו את התשתית העובדתית ההולמת את הדיון. בפס"ד המכון לארכיאולוגיה נקבע כי כאשר הנימוק המכריע להחלטת השר לעצירת העבודה היא הנימוק כי יש קברים באתר החפירה, היה חובה עליו לספק למועצה חומר בעניין הזה ולאפשר למועצה להביע דעתה בעניין זה עב"ס תשתית עובדתית הולמת.

העותר, נקרא ד"ר יגאל שילו החזיק ברישיון לחפור חפירות ארכיאולוגיות בעיר דוד בירושלים. הוא ביצע בעבר כמה חפירות באותו מקום. הייתה טענה מצד קבוצות דתיות שיש באזור (באופן כללי) קברים. ברגע שמדובר בקברים זה מאוד רגיש והעדה החרדית פנתה למשרד הדתות שיעשה משהו בעניין. משרד הדתות סיכם עם מר שילו שלא יהיו יותר חפירות באזור אלא רק בנקודות מסוימות. מי שאמון על החפירות ומתן ההיתרים הוא משרד התרבות.

משרד התרבות היה בגישה שאין באזור קברים וגישתו התבססה על דעות של מומחים מקצועיים בדבר. משרד התרבות קבע כי אומנם אין שם קברים אבל אני לא מעוניין שמר שילו ימשיך בחפירה באזור. החפירות נמשכו ואז הגיעו שני הרבנים הראשיים לישראל וביקרו במקום והוציא הלכה שכל עיר דוד היא בית קברות אחד גדול. כתוצאה מפסק ההלכה, משרד הדתות שינס מותניים משהוצא צו שאוסר על חפירה בעיר דוד. אבל, הסמכות לתת רישיון או לעצור את החפירה היא של משרד התרבות. משרד התרבות ראה את פסק ההלכה והוא שינה את דעתו ואמר שהוא מפסיק את החפירות עד בירור העניין.

משרד התרבות חפץ להתלות את רישיון החפירה של אדון שילו. סעיף 9 לחוק העתיקות קובע כי לא יחפור אדם במקרקעין לגילוי עתיקות אלא אם קיבל לכוח מאת המנהל- הכוונה למנהל העתיקות. לכן, גם השר של משרד התרבות במקרה הזה, צריך סמכות כדי לעשות פעולה מנהלית.

המסגרת הנורמטיבית- השר הפעיל את סמכותו מכוח סעיף 32 לחוק הממשלה. השר עצמו כפוף לסעיף 9(ב) לחוק העתיקות שאומר בבואו להכריע בבקשה לרישיון חפירה יועץ המנהל במועצת העתיקות. הוא ייתן דעתו וראש שיקוליו ליכולת המדעית והכספית של המבקש.

במקרה הזה, המייעץ לא קיבל זמן סביר בכדי לגבש את עמדתו בנושא ההתייעצות. זמן סביר, במובן של הזדמנות מספקת לעיין בסוגיה, לגבש עמדה ולהגיש את עצתו. הזמן הסביר, הוא פונקציה של הנסיבות.

זמן סביר- מורכבות העניין, הרשויות המעורבות בעניין ומידת ההיכרות של המייעצים עם אותו נושא וכן מידת ההשפעה שעשויה להיות על הגופים המייעצים. דוחק הזמן העומד לרשות מקבל ההחלטה משליכה גם על המייעץ עצמו.

בפס"ד יקבי הגליל- נקבע כי 17 ימים הוא זמן סביר במקרה הזה. היות והגורם המייעץ באישור התקן היה שותף בהכנת התקן ככה שהמטריה מוכרת לו

פס"ד מחמוד - האם יש חובת התייעצות משנית? כאשר משתנה עמדת הרשות או התשתית העובדתית בנושא קבלת החלטה, יש חובת היוועצות משנית לצורך מתן זכות שימוע. הש' זמיר, מציע לא לסרב ליתר על המידה את ההליך המנהלי ואומר שהחובה הזאת קיימת רק כאשר סביר להניח שמצב החדש שנוצר עשוי לחול שינוי ממשי בעמדה של הגוף המייעץ. במקרה שאני רוצה לקבל החלטה וקיבלתי החלטה אבל קיבלתי חומר חדש לאותה החלטה והחומר הזה מחייב אותי לבחון ולתת החלטה אחרת - האם חלה עלי החובה שוב פעם להתייעץ? מה אומר הש' זמיר? רק אם אתה רוצה שינוי מהותי והמייעץ הולך לתת שינוי אחר, תתייעץ איתו.

5. אין פגמים בגיבוש הגוף המייעץ - האם פגמים בנפלו בגוף המייעץ פוגמים בהחלטת הגוף המייעץ - חוזרים לפס"ד הארכאולוגיה - האם זה פוגם בהחלטה מכיוון שהתכנסו 3/4 אנשים מתוך 7? גישת הש' לנדוי כי פגם בהתכנות הגוף המייעץ פוגם בגוף הרשות אם ההחלטה התקבלה פה אחד. הליך כזה מנוגד לתכלית התקנה לקיום דיון בישוב הדעת. גישת הש' כהן - פגם כזה לא פוסל את החלטת הרשות. השר אינו אחראי על זימון המועצה. כמו כן, אין פגם זה עושה רע לעותר מאחר והגוף המייעץ דחה את בקשת השר פה אחד. עמדת הש' זמיר והיא הראויה - אומנם הרשות לא מופקדת על ההליכים שהתקיימו בגוף המייעץ ואילו קיימו את כל התנאים והייתה התרשלות מצד המתייעץ פגם זה לא פוסל את ההחלטה כי בהחלטה עצמה לא נפל כל פגם והשר לא אחראי בתקנון על זימון המועצה. הש' זמיר מוסיף חריגים ואומר כי גם אם הפגם נעוץ בגוף המייעץ, ברשות עצמה, פגם זה משפיע על החלטת השר המנהלית. כשהגוף המייעץ מקיים חובת היוועצות מתוך אינטרס אישי שלו, **הלכה היא שפגם בגוף המייעץ מוביל לכך שיש פגם בהחלטה המנהלית עצמה.**

החריגים לחובת ההיוועצות:

1. כאשר דעתו של המייעץ נחרצת וידועה - בפס"ד עזבה, ראש הרשות המקומית היה נחוץ בדעתו שלא צריך להרוס את הבית. לכן, ראש הוועדה המקומית לא נכנס להיוועצות משמעותית. גישת הש' מצא שזה לא יכול להוות חריג ויש לאפשר למייעץ לנסות לשכנע בעמדתו את בעל הסמכות. תכלית ההיוועצות הוא הליך של שכנוע הדדי. הש' בייסיקי - מכרי בחריג זה וקובע כי יש גבול לכל ניסיונות השכנוע.

2. דחיפות - כאשר יש חריג בחוק מטעמי דחיפות, התייעצות שמצריכה זמן, מסרבלת ומעכבת את ההחלטה המנהלית ואם הפעלת הסמכות מתחייבת ללא דיחוי, חריג זה אפשר להפעיל אותו ואפשר להציע עליו בנוגע לחובת ההיוועצות וזכות הטיעון שלא התקיימו בפס"ד המגורשים ואפשר לקיים את זה בדיעבד.

החופש לסתות מעצת המייעץ:

בכל מקרה שקוימה בו חובת ההיוועצות ההחלטה בסופו של יום בידי של המתיעץ כי הוא בעל הסמכות. השאלה היא מה היקף שיקול הדעת של אותו מתייעץ בנוגע לייעוץ:

קודם כל קיימת חזקה שמתיעץ צריך לקבל את העצה. בדיעבד, הוא צריך לנמק מודע לא קיבל אותה. חזקה זו מעמידה את המתיעץ במסגרת מצומצמת של הפעלת שיקול הדעת. אם זו חובה אז כאן יש לו כפליים. אז זה רשות אז זה חזקה.

בפס"ד אשקר נקבע כי קיומה של חזקה לטובת קבלת העצה, כאשר מדובר במומחיות מיוחדת. חזקה זו מתגברת והנימוקים למה לסתות מהעצה צריכים להיות חזקים ביותר.

הכלל הוא, שהפרת חובת היוועצות כמוה כחריגה מסמכות. הפרת החובה הזו יורדת לשורש של קבלת החלטה והפעלת הסמכות. אך, לא בכל מקרה תהיה בטלות של החלטה. בד"כ או במקרים מסויים יתאפשר לנו להותיר או להשאיר את החלטה או הפעולה על כנה, במקרים אחרים, ובנסיבות מסוימת יגידו לנו לקיים את חובת ההיוועצות בדיעבד.

במקרה שלנו, בד"כ, הפסיקה קבעה שאי קיום היוועצות לפני קבלת החלטה/לפני הפעלת סמכות - אנחנו מפעילים את דוקטרינת הבטלות היחסית (דרך של ריפוי הפגם בהחלטת הרשות שהתקבלה באותו נושא).

למשל: בפס"ד המגורשים לא קיימו בכלל היוועצות-מה אמרו להם? לקיים היוועצות בדיעבד.
בפס"ד, עזבה- ביטלו את ההחלטה קליל כי היא ירדה לשורש של ההחלטה של בעל הסמכות, לכן צו ההריסה בוטל.
כאשר יש לנו שאלה על חובת היוועצות יש לבדוק קודם כל: את כל המבחנים (5 המבחנים- מודעות, דרישת הצורה,
הגדרת נושא, דרישת הנפש הקולטת, אין פגמים).

26/02/19

שיעור ראשון

עילות הסף:

לפני שהעתירה מוגשת, בית המשפט בודק האם התובע יכול ל"היכנס בשעריו".

מורשת דיני היושר והתפיסה המנדטורית של הגנה על השלטון מפני הטרדות משפטיות הולידו לנו את עקרון הסעד היתרוני, פרוגרטיבי – סעד שבית המשפט מעניק לעותר, אך לזה, האחרון, אין זכות לקבלו. **עילות סף הינן עובדות המגבילות את יכולת העותר להשמיע את טענותיו בפני בג"צ/בית משפט לעניינים מנהליים**. אנחנו מדברים על היחס בין האזרח לבין השלטון. היכולת להפעיל שיקול דעת האם להעניק את הסעד המבוקש היא סמכות שיקול דעת חופפת גם מכוח ס' 100 ו- 101 לתקנות סד"א והן אינן מקימות סמכות שיקול דעת לבית המשפט, אלא בית המשפט שוקל בכלים משפטיים האם יש מקום להחיל את עילות הסף מכוח התקנות. **אם ביהמ"ש יפסוק להחיל את עילות הסף אזי ביהמ"ש יסלק את התביעה על הסף**. בימ"ש עליון יכול לפסוק את אחת העילות אבל הוא לא ייתן את הסעד המבוקש. המשמעות היא שהעותר יישאר עם סמכות מנהלית שלפעמים אולי צודקת אבל שערי ביהמ"ש נעולים בפניו. אם השתהיתי ויש הסתמכות של צדדים שלישיים ביהמ"ש יגיד שהעותר צודק אבל זה לא מספיק.

המשמעות המשפטית:

ביהמ"ש עשוי לדחות עתירה שהצדק מבחינה משפטית עמה, אם לא מצא טעם מן הצדק לסייע לעותר אף שמבחינה משפטית קטילת בע"ח לצורך ספורט נראית לא חוקית ביהמ"ש העליון ציין שהוא לא רואה את עצמו חייב לתת את הסעד ולהתערב מטעמי צדק. פס"ד בלאן-

1. תפיסה זו אינה עולה בקנה אחד עם תפקיד ביהמ"ש כשומר שלטון החוק.
2. תפיסה זו מחלישה את הזכות המנהלית.
3. היא פוגעת בשוויון בין האזרח לרשות.
4. עם התרחבות המגמה של העברת עניינים מבת"מ"ש מנהליים לבתימ"ש אזרחיים שספק אם ביהמ"ש האזרחי מחזיק באותו שיקול דעת של ביהמ"ש המנהלי- הרלוונטיות של התפיסה הזו נשחקת עד הסוף.

מגמת ההצרה של עילות הסף:

1. **שמירה על שלטון החוק כתפקיד מרכזי** - לא רוצים לסרב את העבודה של הרשות המנהלית. בג"ץ שם לעצמו מטרה - שמירה על שלטון החוק זהו תפקיד ראשי של הרשות השופטת במדינה דמוקרטית. תפיסה זו מחייבת צמצום עילות הסף שבא לידי ביטוי:
 - א. בהרחבת מושג "העתירה המנהלית".
 - ב. קבירת עילת השפיטות.
 - ג. העמדת אינטרס זה מול האינטרסים הפועלים בעילת השיהוי.
2. **חיזוק הזכות המנהלית** - השי' ברק בפס"ד אסולין אומר "כשלעצמי נראה לי כי חולשה זו של הזכות המנהלית אינה רצויה כלל. יש לקחת את הזכות המנהלית ברצינות, זכות זו יצאה מתקופת הילדות והיא זכאית למעמד שווה ערך כמו כל זכות משפטית אחרת, כך שבמצב של מעשה עשוי אין הגנה לזכות, שנית מימושה של הזכות תלוי בשיקול דעת של בימ"ש עליון".

לאחרונה יש התחזקות בשני מישורים אלה: הן בהרחבת סעד הפיצויים בגין פגיעה בזכות מנהלית והן בצמצום עילות הסף כפי שנלמד בפס"ד רסלר ופס"ד אסולין.

התפתחות דוקטרינת הבטלות היחסית:

דוקטרינה זו נותנת לבג"ץ שיקול דעת ואפשרות לערוך איזון בין האינטרסים בסוף ההליך. היא מייטרת את הצורך לעשות את ההכרעה כבר בשלב המקדמי כאשר העניין טרם לובן לעומקו. **איזון האינטרסים הוא בגדר דוקטרינת הבטלות היחסית**, יהיה נכון יותר מאיזון דומה בגדר עילת השיהוי שכן בשלב הדיון המקדמי קשה להעריך את חומרת הפגם המנהלי והפגיעה בשלטון החוק.

במקום לדחות את העתירה של העותר בודקים את רמת החומרה בפגיעה בזכות של העותר ולפעמים מצרפים עותר לעתירה.

עילות הסף הספציפיות:

1. **עילה ראשונה - זכות העמידה** - האם אני האדם הנכון לעתור, לעמוד בפני בימ"ש ולבקש סעד מסוים? על אף שבפני בימ"ש ניצבת שאלה נורמטיבית טעונה הכרעה אין העותר הגורם הנכון להביע עניין נורמטיבי בפני ביהמ"ש. השאלה מתמקדת בזכות העותר.

המרכיבים הנדרשים לזכות העמידה של העותר:

א. **אינטרס אישי** - על העותר לאחוז באינטרס אישי בנוגע לסעד. בעבר, אין העותר שאינו נציג קבוצה היה יכול לשרת נאמנה את האינטרס הנוגע לקבוצה רחבה יותר. דרישה זו בוטלה. **בתי המשפט פסקו שהאינטרס לא חייב להיות מיוחד לעותר המסוים, הוא יכול להיות משותף לקבוצה**. בבג"ץ סגל - כב' הש' ברק- ארז קובעת שפגיעה בזכות מקנה תמיד מעמד לעותר. אין נפקא מינה אם הזכות מיוחדת לעותר או זכות הנתונה לעותר ואף לאחרים לרבות זכות המשותפת לעותר או לבני הציבור כולו.

ב. **על העותר לאחוז באינטרס ממשי** - זיקתו של העותר יכולה להיחשב במבט משפטי שאין לה סיכוי על פניו. בבג"ץ סגל ביהמ"ש הכיר באינטרסים של העותרים שלא לשנות את זמני שיעון הקיץ והחורף. בבג"ץ ברגר - ההכרה באינטרס להתרחץ בים כשתחנות ההצלה מאוישות. אלו מקרים שבג"ץ הכיר אותם כאינטרס ממשי. ביהמ"ש קבע שעל אף שהאינטרס הוא ציבורי, הוא ממשי והוא חלק מהכרת הזכות.

דוגמאות לאי הכרה של בימ"ש באינטרס רחוק:

בפס"ד דוד - ביהמ"ש לא הכיר באינטרס של משלם המיסים באכיפת חוקי המס על מגזרים מסוימים בטענה שבכך יפחת נטל המס עליו עצמו. כל הטענות האלה הן יעשו יותר, ישרתו יותר או בכלל ישרתו הן טענות שהפסיקה קבעה שהן רחוקות מאינטרס ממשי.

בפס"ד ברגר - ביהמ"ש לא הכיר באינטרס גיוס 5,000 בחורי ישיבות בכך שהעותרים טענו שזה יפחית את נטל שירות המילואים.

בפס"ד מירון - אי פגיעה ברגשות - ביהמ"ש פסק שחילול שבת ברשות השידור הפוגע ברגשות הדת מהווה אינטרס עקיף ורחוק שהרי אין חובה על העותר להפעיל את מקלט הטלוויזיה.

ג. **קיומם של עותרים שהאינטרס שלהם חזק מהאינטרס של העותר** - סיטואציה כזו עשויה לסגור דלתות ביהמ"ש בפני העותר.

ד. **קיומו של בעל אינטרס קרוב יותר** - הכוונה היא אי צירוף צדדים רלוונטיים. זה נקבע בפס"ד לנדאו- הרצינול מאחורי עילה זו:

1. לא לפגוע בצדדים שלא מיוצגים בלי שתיתן להם האפשרות להתגונן.
2. לא לפגוע באפשרות של אחרים שהאינטרס שלהם גדול יותר להביא את העניין בפני ביהמ"ש.
3. ההנחה היא כי בעל האינטרס החזק ביותר בסוגיה הנידונה ייצג את העניין בצורה הטובה ביותר. לדאוג לכך שתוצג התמונה המלאה באותו מקרה בפני ביהמ"ש.

בבג"ץ אלוני - הייתה עתירה נגד הסגרת אדון נקש לצרפת. העותרים היו חאקין ואנשי אקדמיה שעתרו נגד ההחלטה להסגרה. העותרים בעלי אינטרס ציבורי. ביהמ"ש מכיר במפורש בהרחבה של זכות העמידה בנושאים הקשורים לשלטון החוק כולל בעיות של ערכים חוקתיים וזאת כחריג לכלל שהעותר צריך להיות בעל אינטרס ישיר, אישי או ממשי. לכן ביהמ"ש בפס"ד זה אימץ גישה ליברלית לעניין זכות העמידה ועותר המעורר נושא הקשור לשלטון החוק יכול לעתור לבג"ץ ותהיה לו זכות עמידה.

הרחבה מכוח עקרון השוויון:

הכרה בזכות העמידה של עמותה מסוימת כנגד ההכרה כמוסד ציבורי לעניין הקלות מס של גופים פוליטיים שונים מכוח עקרון השוויון כאשר העותר לא מבקש את הסעד לעצמו אלא מבקש את הפסקת ההטבה שניתנה לאחר שלא כדין.

סיווג זכות העמידה:

ניתן לראות בזכות העמידה כחריג של עתירה ציבורית במצבים בהם יש היעדר הכרה ואין לאיש אינטרס ובכך ייווצר חלל בביקורת השיפוטית. ניתן גם לראות כי הכרה בכך שהזכות החוקתית של כל פרט לשוויון מבססת אינטרס אישי, ממשי או ישיר. כאשר נפגעת הזכות ע"י הרשות המנהלית אף אם העותר לא ירוויח כל דבר חומרי מעתירתו אנו ניתן לו לנהל את עתירתו וזה מכוח חובת השוויון.

2. **עילה שנייה - עתירה ציבורית** - עותר ציבורי ניתן לדימוי כבעל סכסוך עם הרשות. יד שלטון החוק או הפרת חובת הנאמנות של הרשות כלפי האזרח. הכלל לפי עמדתה של הפסיקה כי ביהמ"ש לא נדרש לסכסך במערכת היחסים והכלל הוא במערכת היחסים עם העותר הציבורי כי בג"ץ לא נדרש לדון בה.

למה לא מכירים בעותר ציבורי באופן גורף?

החשש הוא מגלישה לעתירות פוליטיות וסכסוכים קיבוציים או עתירות לעניין מדיניות משפטית או הצפת בתי המשפט בעתירות. **המגמה היום היא הרחבת החריגים והיא מתפתחת מתפיסת בג"ץ כי תפקידו המרכזי הוא שמירה על שלטון החוק** וככל שביהמ"ש תופס את תפקידו כשומר שלטון החוק ורק אח"כ כמיישב סכסוכים בין הפרט לרשות. בפס"ד אלון - דעת המיעוט שהכלל הוא שהיעדר אינטרס אישי מאבד מחשיבותו.

כאשר מוסד העתירה הציבורית הוא חריג מצומצם במקרים הבאים בלבד - דעת המיעוט בפס"ד אלוני מפי הש' אלון אומרת מתי אני מכיר בעותר הציבורי:

1. שחיתות שלטונית וניגוד עניינים אישי או שוחד או אופי חוקתי מובהק.
2. מימון מפלגות, חנינה של הנשיא וכדו'.

דעת הרוב הרחיבה עד מאוד בהלכה פסוקה את זכות העמידה של העותר הציבורי. נקבע כי מקום שמדובר בעניין בעל אופי ציבורי שיש לו נגיעה לקידומו של שלטון החוק לאכיפתם של עקרונות חוקתיים ומקום שמתבקשת

התערבות כדי לתקן פגם מהותי בפעולות המנהל הציבורי יש להכיר בעותר הציבורי וזאת גם אם העותר הציבורי אינו מצביע על נגיעה אישית, ישירה או על פגיעה אישית בו. **הוכר מעמדו של העותר הציבורי בנושאים שונים בעלי חשיבות ציבורית כללית הקשורים לשלטון החוק** במובנו הרחב ובעניינים בעלי אופי חוקתי, גם כשאין לו אינטרס אישי או ממשי באותו דיון.

כיצד בהרחבת תחום פריסת זכות העמידה נשמר הכלל שלפיו לא ייעתר ביהמ"ש בד"כ לעתירה ציבורית?

מקום בו רקע העניין מצוי נפגע פרטי אשר אינו פונה לביהמ"ש בבקשת סעד על פגיעתו וכך מקום שהעתירה תוקפת מעשה מנהלי הפוגע בזכות או אינטרס של אדם מסוים ואותו אדם נמנע מלעתור לביהמ"ש עשוי ביהמ"ש שלא להכיר בזכות העמידה של העותר גם אם הנושא הוא בעל חשיבות ציבורית כללית. **הסייג הזה נועד לתחום את העתירה הציבורית אל תוך מסגרת מוגדרת שבה נדרש להעמיד במבחן המשפטי פעולה שלטונית בעלת השלכה ציבורית חשובה**, מקום שאין לנפגע העניין הספציפי נוגע לו שאם קיים נפגע- הדבר ייחשב כהתערבות במחלוקת שהיא לא לעותר הציבורי ופנייתו תידחה. **יש ביקורת על גישה זו והיא אומרת שבכל עת שקיים נפגע פרטי בעל אינטרס ישיר וממשי חייב להישמר חריג לגישה המסתייגת זאת אם יראה לביהמ"ש כי העותר הציבורי מצביע על עניין בעל משמעות כללית ומיוחדת החורגת מעבר למקרה הפרטי וגישה זו משתלבת עם התפיסה שלפיה ככל שחשיבותו של העניין מבחינה ציבורית היא גדולה יותר כך תגדל נטייתו של ביהמ"ש להכיר בזכותו של העותר אף אם הוא אזרח מהשורה.** הש' ברק בפס"ד רסלר קובע גבי פגם חמור בפעולות המנהל כי אין היגיון בהגבלת ההתערבות לפגמים מסוג מסוים כעניין בעל אופי ציבורי מובהק שיש לו נגיעה ישירה לקידומו של שלטון החוק היא סבירה. הכוונה של השופט שעתירה המעלה שאלה משפטית רחבה וחשובה וחיובית לשמירה על שלטון החוק. ברק מתייחס לעניין של רשימה לא סגורה. ניתן לחשוב גם על חריגים נוספים וזאת במקרה שמטבעו אין מי שמחזיק באינטרס.

עוד דרישה מהעותר הציבורי- נדרש מהעותר הציבורי להחזיק דבר מה נוסף וזאת כתנאי הכרחי לקיומה של עתירה ציבורית. בנוגע לשיקול דעת ביהמ"ש בהפעלת החריגים, על ביהמ"ש לשקול מהות העניין וככל שהפגם הנטען חמור יותר וככל שהסכסוך נושא אופי ציבורי חזק יותר וככל שבעלי האינטרסים הם מעטים יותר או לא קיימים בכלל כך יבחן ביהמ"ש את השיקולים להכרה בעותר הציבורי והשיקולים האלה ייטו לטובת ההכרה בעותר הציבורי.

סייג לחריג לעותר הקרוב יותר:

אין זכות עמידה במקרה הזה כי החריג הוא שיש זכות עמידה. **קיומו של עותר בעל אינטרס אישי יכול לפגוע במעמדו של עותר ציבורי.** ההנחה שעותר הקרוב לעניין הוא המתאים יותר, הוא גם בעל ידיעה אישית יותר ויצוג תמונה מלאה יותר וסיכויי טובים יותר וגם יש לו את כל הידע. פס"ד האגודה לזכויות האזרח- דן בפסילת תשדירי תעמולת בחירות של תנועת בלאד (חנין זועבי)- כשהרשומות עצמן אינן עותרות לבג"ץ. בפני ביהמ"ש היו שתי דרכים אחת- להכיר בזכות העמידה של הבוחר, להגיד שהעותר האנונימי הוא בוחר פרטי ופסילת תשדיר בחירות פוגעת בזכותו של הבוחר לחופש ביטוי. הדרך השנייה היא להגיד שהעותר הוא עותר ציבורי מיוחד מאחר והוא מביא עניין חוקתי ממדרגה ראשונה והוא פחות רחוק מהעותר הציבורי הרגיל. **דרך זו מצדיקה הכרה בעותר למרות קיומו של עותר קרוב יותר כמו הרשימה עצמה.**

3. **עילה שלישית- עילת השפיטות-** שפיטות נורמטיבית ושפיטות מוסדית.

שפיטות נורמטיבית- נשאלת השאלה האם העניין המובא לפתחו של ביהמ"ש ניתן להכרעה עפ"י אמות מידה משפטיות? הגישה הניצבת בהקשר זה הגיעה מהש' ברק שאומר בפס"ד רסלר "הכל שפיט". הוא קובע כי שפיטות נורמטיבית קיימת תמיד בכל תחום מתחומי החיים גם כאשר יש לקונה- המשפט צריך לקבוע דרכים למלויה. גם

ההחלטה כמו לצאת למלחמה או לכונן יחסים דיפלומטיים אפשר לבחון עפ"י אמות מידה משפטיות של סבירות. גישה שנייה אומרת שלא הכל שפיט וזאת מפי הש' אלון בפס"ד ג'רג'בסקי. גם מבחינה נורמטיבית לא הכל שפיט, לא כל פעולה בחיים יש לה אמת מידה משפטית המתייחסת אליה. אין אתה אומר כי "המשפט מתיר לאזרח מתי לישון או מתי לא ככה המשפט גם לא אוסר על יציאה למלחמה או לא". **כיום הולכים לפי הגישה של הש' אלון.**

שפיטות מוסדית - אומרת מי המוסד הראוי להכריע בסכסוך הקיים, גם כאשר יש אמות מידה משפטיות לדון בסוגיה אין משמעות הדבר כי ראוי שביהמ"ש יפעיל אמות מידה אלה וראוי כי ההכרעה תהיה ע"י מערכת שלטונית אחרת. גישתו של הש' ברק- יש לצמצם את השפיטות המוסדית כי דוקטרינה זו מאוד בעייתית ויש להפעילה רק במקרים מיוחדים וזאת בשביל התוצאה הקשה של הפעלת העילה וכרסום השמירה על שלטון החוק.

המבחנים לשפיטות מוסדית:

1. **אופי דומיננטי** - הש' שמגר קובע שבדקים את הסוגיה המשפטית ונשאלת השאלה האם האופי הדומיננטי של השאלה הוא אופי פוליטי או אופי משפטי? כאשר במצב בו האופי הוא דומיננטי הוא פוליטי ביהמ"ש ימשוך את ידו מהעתירה. אנו נבחן את הרכיבים הפוליטיים של העתירה מול הרכיבים המשפטיים ועומדת לביהמ"ש או לבג"ץ אפשרות לבדד את הרכיבים המשפטיים תוך דחייה מוחלטת של העתירה או לדון רק ברכיבים המשפטיים כשהדבר אפשרי. אם אין שאלה משפטית אלא רק פוליטית - ביהמ"ש לא ידון.
2. **הפגיעה באמון הציבור בשופטים מול הפגיעה באמון הציבור במשפט** - השופט ברק בפס"ד רסלר קובע כי לתפיסתו זה אמור להיות מצומצם ורק במקרים מיוחדים בהם הפגיעה באמון הציבור עקב פוליטיזציה לעומת הפגיעה עקב הכרסום של שלטון החוק. זה פוגע באמון הציבור במערכת בתי המשפט כשהשופטים מושכים לידם סמכויות של הממשלה. יש מקרים קשים לביקורת שיפוטית, כאשר ביהמ"ש משקף עמדות של צד מסוים בוויכוח ציבורי פוליטי הדבר גורם לשחיקה באמון הציבור כמוסד חיוני לביהמ"ש בדמוקרטיה. כאשר ביהמ"ש נתפס כמי שפועל באופן אנטי דמוקרטי בניגוד להכרעת הרוב ומאחר שהוא לא נבחר ציבור זה פוגע פגיעה קשה במעמדו של ביהמ"ש.

סוגים של מקרים קשים להכרעה:

1. **מקרים בעלי אופי פוליטי מובהק הנתונים למרכז הביקורת הציבורית** - מקרים של קבוצה זו הם פוטנציאל שחיקה ללגיטימציה של הביקורת הציבורית והחשש שביהמ"ש יזוהה עם צד מסוים. אם הוא למשל מתיר למועמד מסוים לרוץ לבחירות לכנסת זה לא אומר שביהמ"ש לקח עמדה מסוימת.
2. **התנגשות עם רצון העם** - העם רוצה משהו מסוים והפסיקה היא הפוכה כמו העניין עם השוהים הבלתי חוקיים בארץ. ביהמ"ש התייחס לרחשי הציבור בהקשר זה והתייחס אפילו לסבל לכאורה של תושבי דרום ת"א. בקבוצה זו עניינים המאפשרים מגמה לפיה ביהמ"ש נוהג באופן אנטי דמוקרטי ומבטל את רצון הרוב בקבוצה זו השחיקה היא בשני מאפיינים: הן אובייקטיבית לשפיטה - ביהמ"ש עשוי להיתפס כמי ששם את ההכרעה הסובייקטיבית בניגוד להכרעת הרוב. מבחן ההתערבות במקרים הקשים - מתי ביהמ"ש יתערב בשאלות האלה? על ביהמ"ש לבחון האם השאלה טעונת הכרעה מתחייבת מתוקף תפקידו כבימ"ש מבלי להסתמך על התפקיד הבסיסי של אכיפת שלטון החוק. ביהמ"ש שם את אכיפת שלטון החוק בצד וקובע האם ראוי שהוא יפסוק לגבי הסכסוך והאם ראוי שהוא יבחן אותו.

4. **עילה רביעית - עתירה כוללנית** - בג"ץ הינו שופט מדיניות כוללת של השלטון בתחומי בטחון חוץ של המדינה. כאשר העותר מבקש סעד כוללני ללא הנחת תשתית עובדתית הדבר עלול להביא לתוצאה לא צודקת במקרה הספציפי. עתירה כוללנית גם פוגעת בחובה לצרף משיבים ולביהמ"ש אין את האפשרות לפקח על ביצועו של הסעד שהוא ייתן. בפס"ד לנדאו נקבע כי תוקפה של מדיניות האכיפה של חוקי תכנון

ובנייה במזרח ירושלים הוא סעד כוללני קלאסי ומתייחס למס' גדול מאוד של מקרים בלי שהונחה תשתית לגבי כל מקרה לגופו. ביהמ"ש לא יכול לצפות תוצאות הסעד ויכולת מילוי אחרי צו שייתן אבל במקרים דחופים כמו למשל חקירות השב"כ כאשר יש עצורים רבים החשופים לצורות חקירה בלתי חוקיות אי אפשר לזהות באותו רגע את אותו פרט כשיש הרבה עצורים ויש חקירות אז כאן ייתכן כי יש חריג לסעד הכוללני מאחר ואנחנו לא מזהים את המחבל מבין העצורים. **אם יבקשו שיטות חקירה לכל ה- 100 העצורים זו אכיפה כוללנית.**

26/03/19

שיעור שני

-המשך- עילות הסף:

-המשך- עילות הסף הספציפיות:

5. עילה חמישית- שיהוי- אם העותר השתהה הרבה זמן כנראה שוויתר על זכותו. בד"כ זה יתקשר לסדרי דין אזרחיים. שיהוי בפן המנהלי שונה משיהוי בפן האזרחי ובפן הפלילי, במנהלי אלו כללים שונים. יש 45 יום להגיש ערעור אבל לפעמים נוצרות סיטואציות בדין המנהלי שאתה בתוך ה- 45 יום אבל ביהמ"ש בכל זאת לא ייתן לך את הזכות לעתור. השיקולים צריכים להיות עניינים ואם הם לא והעותר השתהה, ביהמ"ש ידחה את העתירה. מסיקים מזה שכוח עילות הסף זה קריטי. על עוה"ד לחשוב האם ביהמ"ש בכלל ידון בה.

הש' ברק בפס"ד אסולין אומר שבשל הצורך לחזק את הזכות המנהלית הוא מציע לבטל כליל את דיני השיהוי ולקבוע תקופת התיישנות קצרה יחסית בחוק ההתיישנות עם אפשרות הארכה משיקולים מיוחדים.

מהן העילות לדחיית עתירה בעילת שיהוי?

1. **מצב של ויתור-** לעניין העותר המנהלי- ביהמ"ש אומר שהייתה לו זכות והוא יכול היה לממש אותה אבל מסתמן ממערכת העובדות שעולה מבג"ץ שוויתר עליה כי לא פנה בזמן.
2. **שמירת ראיות-** פחות רלוונטי נוכח הרכיבים של הרשויות. זה יותר תקף במשפט הפרטי ולא במשפט המנהלי, אולם מדובר בתקופת התיישנות קצרה בעניינים מנהליים. במשפט הפרטי אם משתהים הרבה זמן יכולים לאבד מסמכים וראיות אבל במשפט הציבורי יש ארכיונים ומאגרי מידע.
3. **ביטחון משפטי-** אמנם זה נוגד את התפיסה הגמישה של הסמכויות המנהליות אבל אם נשים דגש על האינטרס הציבורי ולא על הביטחון המשפטי יוצא שקיימים מועדים מקסימליים להגשת עתירה מנהלית.
4. **שיהוי סטטוטורי-** מכוח חוק. תקנה 3 לתקנות בתי המשפט קובעת כי עתירה תוגש במועד שנקבע לכך בדין. לא נקבע מועד כאמור, תוגש העתירה בלא שיהוי לפי נסיבות העניין ולא יאוחר מ- 45 יום מיום שהחלטה פורסמה כדין או מיום שהעותר קיבל הודעה עליה או מיום שנודע לעותר עליה לפי המוקדם מביניהם. מתחילים לספור מפרסום הרשומות, מיום שהעותר קיבל הודעה ומיום שנודע לו, ידיעה קונסטרוקטיבית.

דוג': אם מדברים על מכרז להסעות תלמידים שלא זכיתי בו. אני חושב שההחלטה הייתה לא חוקית, במשוא פנים, בניגוד עניינים, בשחיתות ו- ב' זכה במכרז להסעות תלמידים. נניח המכרז היה ב- 25/8 ו- ב' שניצח במכרז צריך

להתחיל ב- 1/9, הוא בינתיים פרסם הודעות, נהלים, קנה רכבים וב- 1/9 התחיל לעבוד. לי יש 45 יום לערער. אני מחכה עד ליום ה- 40 ומגישה עתירה. השיהוי "בנסיבות" - ביהמ"ש יפעיל את עילות הסף (עילת השיהוי) וידחה את העתירה שלי כי יש מכלול אינטרסים, לכן בדיני מכרזים אם רואים שיש פגם במכרז עצמו יש לבקש מיד צו על תנאי שיינתן עד לשאלת תקינות המכרז או לא. **בטלות יחסית** - לא נבטל את כל המכרז אלא נחייב את א' להעסיק את הנהגים. ננסה לאזן בין הפגיעה באינטרס הציבורי ובשלטון החוק לבין הפגיעה ב- ב'. מדברים על טווח של זמן וזה מרגע הידיעה או אם זה פורסם עפ"י דין. אולי אפשר להגיד גם ידיעה קונסטרוקטיבית שהיה על האדם לדעת או שהוא יכול היה לדעת, לכן יש טווח זמן לשיהוי הסטטוטורי. תקנה 3(ג) אומרת שביהמ"ש יכול להאריך את הזמן לשיהוי לאחר 45 אם ראה נסיבות מצדיקות. זה לא כמו בדין האזרחי או הפלילי, שם אין שיקול דעת לשופט מעבר לזמן הקבוע. בימ"ש רשאי לדחות עתירה אם ראה כי בנסיבות היה שיהוי בהגשתה על אף שהוגשה לפי תקנה 3.

הבחנה בין שיהוי סובייקטיבי לשיהוי אובייקטיבי:

שיהוי סובייקטיבי - עילת הסף בוחנת את אשמו של העותר בהשתוות בעתירה, הוא ישן על זכויותיו. זה קרוב מאוד לעילת הסף של ניקיון כפיים ואם יש פגם בהתנהגות העותר אין טעם מן הצדק להיעתר לעתירתו. **הש' זמיר בפס"ד נחום** - אומר כי מדובר בצד החלש של טענת השיהוי שאין לעשות בו שימוש, אלא ניתן ללמוד על מצבים של ויתור על הזכות. **מדובר באימוץ גישתו של הש' ברק מפס"ד אסולין** לפיה בכל זאת יש לחזק את הזכות המנהלית אלא אם רואים שהעותר ויתר על זכותו ואז אפשר לדחות את העתירה שלו.

שיהוי אובייקטיבי - בוחן את האינטרסים שנפגעו כתוצאה מחלוף הזמן כדי להגיע לתוצאה ההולמת והטובה של כלל הציבור. השיהוי האובייקטיבי הוא כלל מהותי בדין המנהלי ומתפקידו של בג"ץ כן ניתן לציבור להתייחס אליו מראש. **הש' זמיר בפס"ד נחום** קובע שלשיהוי אובייקטיבי יש טעם רציונלי והוא מניעת נזק כתוצאה מחלוף הזמן.

מה ההבדל בין שיהוי סובייקטיבי לשיהוי אובייקטיבי בקשר לתורת הבטלות היחסית?

בבטלות יחסית העתירה נבחנת בכלים משפטיים וכאשר יש פגם, ביהמ"ש שואל את עצמו אחרי שראה את הפגם, האם למרות זאת, הפגם או ההחלטה המנהלית צריכה להישאר או צריך לבטל אותה. העיתוי הוא בסוף ואילו במצב הרגיל בעילת השיהוי לפני הבטלות היחסית אם מתקיימת עילת השיהוי דוחים את העתירה כבר בהתחלה. **מבחינת הדיון המשפטי אפשר לראות שיש לנו שתי גישות:**

גישה שנותנת מענה הולם בסוף כאשר היא מתייחסת למכלול העניינים והאינטרסים וגישה שמתייחסת רק לעילת הסף. אבל בתי משפט יימנעו מהוצאת צו הנוגד את עיקרון טובת הכלל ושיהוי אובייקטיבי פועל בעת הדיון המקדמי בעתירה ובכוחו לדחות את העתירה על הסף. יש להתייחס גם לאינטרס של שמירה על שלטון החוק שעשוי לגבור על כל האינטרסים האחרים גם אם נגרם נזק יש צורך להוכיח פגם לכאורה כבר בדיון המקדמי בעילת השיהוי. **הש' נתניהו בפס"ד אסולין** אומרת שבהחלטה בלתי חוקית בעליל כאשר אי החוקיות ברורה, אינטרס שלטון החוק עלול לגבור על הנזק הנובע משיהוי. **הש' ברק מוסיף** - תלוי בחומרת הפגיעה בשלטון החוק. יש לבחון מה סוג הפגם, האם ההפרה גלויה, האם נעשתה בתו"ל, האם משתרעת על פני ציבור רחב, האם היא חד פעמית או נמשכת?

אם ההחלטה לגבי המכרז היא בלתי חוקית בעליל, על אף הנזק שייגרם לכל האנשים מבטלים את המכרז. **הש' זמיר** אומר שלא כל פגם משפטי גובר על שיהוי מצד העותר ורק במקרים מיוחדים תגבור דרגת החומרה של הנזק על השיהוי.

לעניין עצירת מירוץ השיהוי מדובר על הפן הסובייקטיבי בלבד:

1. **אי ידיעת הפגם** - כל עוד העותר אינו מודע לעובדות המקימות את העילה לא מתחיל המירוץ.
2. **פנייה לרשות** - אם שלחתי מכתב לרשות והלשכה לא ענתה, מירוץ השיהוי לא נעצר, אם הלשכה השיבה לי- מירוץ השיהוי נעצר. ביהמ"ש אומר שאין די במצב של פנייה חד צדדית לרשות אלא שנדרשת תשובה

מינימלית של הרשות לפחות בנוסח של "העניין בטיפולי". נדרשת תשובה בכדי שמירוף השיהוי ייעצר ולא די לטעון בפני ביהמ"ש שהגשתי מכתב.

החלטה חדשה של הרשות באותו עניין מוחקת את השיהוי לעניין החלטה ראשונית ומתחיל מירוף שיהוי חדש. מיום ההחלטה השנייה יש מירוף שיהוי חדש. כאשר מתקיים מו"מ בנוגע לחוקיות פעולה, מירוף השיהוי נעצר. לעומת זאת, כשהמו"מ הוא פיצוי שיזכה בו האזרח, מירוף השיהוי לא נעצר כי בד"כ בימ"ש לעניינים מנהליים לא נותן פיצוי כספי אלא נותן את הסעד בפן המנהלי לאזרח.

3. מיצוי סעד חלופי:

כאשר העותר חייב למצות סעד, אז בינתיים נעצר מירוף השיהוי כי יש פעולות שהוא צריך לנקוט. עצם נקיטת פעולות אלה לא יביא לשיהוי.

6. **עילה שישית- ניקיון כפיים-** נניח אני בעל קפיטריה וסגרו לי את הקפיטריה כי יש שם בעיות תברואתיות- זה פוגע לי בחופש העיסוק, בעובדים, בסטודנטים, עליי לעתור לבימ"ש. ביהמ"ש ידחה את העתירה אם פתחתי בכל זאת את הקפיטריה יום אחרי כי ככה אני בעצם מגיש עתירה שלא בתום לב. כאשר מגישים עתירה לבג"ץ או לבימ"ש לעניינים מנהליים זה בד"כ צו על תנאי או עתירה. רוצים להקפיד את החלטת הרשות ע"י צו על תנאי. אם לא יתנו צו על תנאי שלא יפרקו לי את הקפיטריה אין טעם לעתירה אם מחר יפרקו לי את הקפיטריה. מגישים תצהירים כי בימ"ש לעניינים מנהליים לא מתעסק בראיות. ביהמ"ש בד"כ ייתן צו במעמד צד אחד ואז ייתן הקפאת הצו בזמן העתירה. **אם יתברר ששיקרתי זה חוסר ניקיון כפיים וביהמ"ש ידחה את העתירה מחוסר ניקיון כפיים.**

אי גילוי פרטים מלאים בעתירה הם סוג של חוסר ניקיון כפיים. הליך בירור העובדות בבג"ץ הוא שטחי, מהיר ומתבסס על תצהירים. אין לקבל מצב שהעותרים מנצלים זאת כדי להסתיר מבג"ץ עובדות או להרוויח על חשבון האינטרס הציבורי לכן מוצדק לדחות עתירות שנוגעות באי גילוי פרטים מהותיים. **בפס"ד מקמל-** העותר לא צירף לעתירה את תשובת המשיבים לעתירה וההתכתבות שקיים עם המשיבים, ביהמ"ש קבע שיש חובה על העותר להביא בפני ביהמ"ש את כל האמת. החובה מתעצמת כאשר מדובר בהליך במעמד צד אחד כמו סעד זמני. זה מצביע על התנהגות בלתי ראויה של העותר. כל זה נובע מהתפיסה שגורסת כי אדם חייב לבוא לבג"ץ בהתנהגות נאותה. האם בג"ץ לא חייב להגן גם על נוכלים, פושעים? השאלה נשארת בצריך עיון.

פס"ד פרידמן- אדון פרידמן הגיש עתירה נגד ביטול רישיון הקיוסק שלו אבל המשיך להפעיל את עסקו גם לאחר כניסת ביטול הרישיון לתוקף. ביהמ"ש קבע כי הוא אינו ראוי לסעד וטו לא. הוא דחה את העתירה.

7. **עילת שביעית- צירוף משיבים ועותרים או אי צירוף משיבים ראויים-** לדוג': אם מחר מגדילים את שכ"ל במכללה אבל מגדילים את זה רק לשנה ג' של משפטים אבל מי שמגיש את העתירה הוא סטודנט של מנהל עסקים, על אף שיש לו זכות עמידה אבל יש עותר שהוא יותר קרוב ממנו לא בטוח שהוא ייצג את העמדה שלו נאמנה, נדחית העתירה כי העותר הקרוב לא צורף לעתירה. הרציונל הוא שלא תיפגע זכותו של אדם ללא אפשרות להתגונן. פועל יוצא מזה שהוא צריך להיות המייצג המתאים של הצד שכנגד, הדבר יביא לכך שתוצג תמונה מלאה ושלמה בפני ביהמ"ש. **בפס"ד לנדאן** נשאלת השאלה מיהו המשיב הראוי לעתירה? ביהמ"ש קבע שכל הנוגעים בדבר, מי שנגדו מתבקש סעד או מי שעלול להיפגע ממשית מהוצאת הצו. פס"ד לנדאן- נקבע כי אם ביהמ"ש יצווה על קיום כל צווי ההריסה, עלולים להיפגע הרבה אנשים שלא הוזמנו לדיון. הדבר מהווה פגיעה בכללי הצדק הטבעי אשר מחייבים זכות טיעון טרם פגיעה בזכויות. הכוונה גם לאי צירוף עותרים במיוחד כאשר יש עותר קרוב יותר וזה מתוך הנחה שהוא המייצג הטוב ביותר של אותו עניין. צירוף עותרים דרוש להצגת תמונה שלמה בפני ביהמ"ש וזה לפעמים יכול להביא לצירוף יתר של עותרים.

8. **עילה שמינית- עתירה תיאורטית-** אם יש לקונה בחוק ואני רוצה לקבל תשובה מבג"ץ האם אפשרי לבקש מבג"ץ שישלים את הלקונה? בד"כ בביהמ"ש אין דיון אקדמי. ביהמ"ש ידחה את העתירה ויגיד שהיא עתירה תיאורטית. אם לצורך העניין יש מקרה שאולי יתעורר שוב האם ביהמ"ש יעשה משהו? הכלל הוא שבג"ץ אינו דן בעניינים תיאורטיים או דן בסעד שאינו נדרש עוד. **החריג לכלל הוא הצורך להנחות לעתיד** אז כאשר יש הסתברות סבירה שמקרה דומה יתרחש בעתיד ובנוסף יש צורך להנחות את הרשות איך לפעול, אזי במקרה כזה ביהמ"ש כן ידון בעתירה. **בפס"ד "סיעת כד"** סיעתו של כהנא, סיעת יחיד, הייתה הצעה שנגעה לזכות להגיש הצעת אי אמון ע"י סיעת יחיד. מגישים הצעות אי אמון בממשלה, הייתה הצעה על הסדר של כהנא לאי אמון. הייתה לקונה בחוק. האם סיעת יחיד של ח"כ אפשרית? עד שהגיש עתירה ההצעה שלו לאי אמון נדחתה. מאחר ועבר מועד ההצעה, ההצעה אינה אקטואלית עוד אבל כמעט תמיד החלטה שלא להעמיד הצעת אי אמון על סדר יומה של הכנסת היא החלטה קצרת מועד ותמיד היא תהיה לא אקטואלית, כך ייווצר חלל בביקורת השיפוטית בעניין חוקתי חשוב.

חריג אחר- שיש אפשרות סבירה שמקרה כזה יתרחש בעתיד- פס"ד יעל שפר- דן בבקשה להמתת חסד אבל עד שנקבע מועד לדיון בעתירה, החולה כבר מתה וזה היה בזמן כתיבת פסה"ד. **הש' אלון-** השלים את כתיבת פסה"ד ואמר "התחלתי ולכן אסיים" וזה ינחה את הבקשות להמתות חסד בעתיד.

9. **עילה תשיעית- מעשה עשוי-** אם מגישים עתירה והמעשה כבר נעשה לא ניתן להגיש צו על תנאי אז אין טעם בעתירה. במקרה כזה הסעד לא אקטואלי. **בפס"ד המועצה האזורית בני שמעון-** נקבע כי הישבים העותרים טוענים כי הם זכאים להיכלל ברשימה של ישובים במצוקה המיועדים לטיפול נקודתי אולם, ממערכת העובדות שהתגלתה בביהמ"ש התברר כי התקציב לתוכנית הנוכחית כבר הוצא ואין אפשרות להרחיב את הרשימה. מדובר במעשה עשוי. בג"ץ אמר שהמשיבים יהיו רשאים לשקול את קיפוחם של הישובים במועצה האזורית בני שמעון במסגרת תוכניות עתידיות.

10. **עילה עשירית- מעשה בית דין-** הרציונל הוא שעותר צריך לרכז את כל טענותיו הנוגעות לעניין מסוים בהליך אחד. בג"ץ לא יתיר פיצול המסרב את עבודת ביהמ"ש ואי צירוף או הוספת טענות חדשות אחרי הגשת העתירה לעיתים קרובות לא תתאפשר ע"י ביהמ"ש.

כאשר אין בימ"ש אחר שנותן את הסעד המבוקש ע"י העותר, הוא יפנה לבג"ץ וזה מכוח סמכותו השיורית. הסמכות השיורית של בג"ץ זה שהוא יכול לדון בכל סוגייה אם נראה לו שיש צורך גם אם היא נמצאת בסמכות של ביה"ד לעבודה למשל.

למה הוקמו בתי משפט מנהליים? כי היה עומס על בג"ץ בעתירות על רשויות. מדובר בבימ"ש מחוזי שמי שיושב בדין זה שופט יחיד בדין יחיד שמתמחה בעניינים מנהליים. מתי צריך לגשת לבג"ץ ומתי לבימ"ש לעניינים מנהליים? כשמגישים עתירה לא משנה איזו, יש לגשת לתקנות הרלוונטיות אם זה אזרחי, פלילי, מנהלי. מה שנמצא בתוספת הוא בסמכות בימ"ש לעניינים מנהליים ומה שלא בתוספת שייך לבג"ץ. בד"כ בג"ץ ידון בדברים מאוד מהותיים.

07/05/19

שיעור שלישי

בית משפט לעניינים מנהליים מול סמכויות בג"ץ:

מתי פונים לבתי משפט לעניינים מנהליים ומתי לבג"ץ?

לבג"ץ יש סמכות שיורית.

נק' המוצא העקרונית היא כי הסמכות לדון בעתירות כנגד מי שממלא תפקיד ציבורי עפ"י דין, נתונה לבימ"ש עליון בשבתו כבימ"ש הגבוה לצדק. זוהי סמכות המעוגנת בחוק יסוד: השפיטה בסעיף 15(ד)2 ולאור מקורה העליון אין בדבר חקיקה רגיל בין אם שנחקק לפני חוק יסוד זה ובין שנחקק אחריו יכולת לשנות הוראה זו. על כן, חקיקה המעניקה לבימ"ש אחר סמכות בעניינים שביהמ"ש הגבוה לצדק הוסמך לדון בהם בחוק יסוד השפיטה לא גורע מסמכותו של בג"ץ לדון באותה סוגיה אלא הדבר יוצר סעד חלופי, מידתי אשר ביהמ"ש העליון מתחשב בו בטרם יפעיל את סמכותו שלו. כך למשל: חוק ביה"ד לעבודה מעניק סמכות ייחודית לבתי הדין לעבודה בעניינים שונים של יחסי עבודה. הוראה זו אין בכוחה כדי לשלול את סמכותו של בג"ץ מלהפעיל סמכויות שלטוניות הקשורות ליחסי העבודה. יחד עם זאת, קיומו של סעד חלופי גורם לכך כי מרבית העניינים הנתונים לסמכותו של בג"ץ יופנו לביה"ד לעבודה. רק במקרים חריגים הוא דן באותם עניינים בעצמו. הכלל הזה הוא הדין גם בסמכותו של בימ"ש מחוזי בשבתו כבימ"ש לעניינים מנהליים. שוב, **הסמכות הזאת לא מחליפה את סמכותו של בג"ץ אלא היא סמכות המקנה תחליף לאזרח בכדי להוריד מהעומס המצוי בו בג"ץ.**

בבג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים - נקבע כי ביהמ"ש העליון יושב גם בבג"ץ בכל עניין שאינו בסמכותו של בימ"ש או של בית דין אחר.

תפקידי העליון:

- ערכאת ערעור על החלטות המחוזי
 - ערכאה ראשונה - בג"ץ - צו על תנאי, צו ביניים, צו חלוט (כאשר מתקבלת העתירה שלי הצו שהיה על תנאי הופך להיות חלוט).
 - סמכות שיורית - כל עניין שהוא בעל חשיבות ציבורית חשובה יש לבג"ץ סמכות לומר לאותו טריבונל שיפוטי שיעביר אליו את אותה סוגיה כדי שידון בה.
- ביהמ"ש העליון יישב גם כבימ"ש גבוה לצדק וידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בימ"ש או של בית דין אחר. למשל:

- א. צווים לשחרור אדם ממאסר שלא כדין
- ב. צווים לרשויות המדינה
- ג. צווים לגופים שיפוטיים
- ד. צווים לבתי דין דתיים

בכדי למנוע מהם או להתיר להם לדון בעניין מסוים לפי סמכותם. אולם, לא ייזקק בג"ץ לבקשה מן הסוג הזה אם המבקש לא עורר את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה.

התנאים להפעלת סמכותו של בג"ץ:

1. כשהצדק מחייב מתן סעד

2. כשמדברים על עניינים שאינם בסמכותו של בימ"ש או של בית דין אחר.

כשרוצים להגיש עתירה לבג"ץ בוחנים את עילות הסף, אם הדין יתיר לי להגיש עתירה.

יש לבקש קודם צו על תנאי כי עד שיגיע זמן העתירה, הפגיעה בעותר תימשך. בד"כ בקשה למתן צו על תנאי תהיה במעמד צד אחד. על סמך החומר שהעותר נותן לשופט הוא ייתן צו בד"כ ויקבע דיון במעמד שני הצדדים. השופט ניזון מהחומר שרק צד אחד נתן לו. בבג"ץ הדיון מתנהל ע"י תצהירים "תצהירי בג"ץ".

לפני שנחקק חוק בתי משפט לעניינים מנהליים כל הנושאים המנהליים, קרי היחסים בין האזרח לרשות נידונו בבג"ץ. התוצאה הייתה לא פחות מקריסה של בג"ץ והמצב המשיך להתדרדר עד שנחקק חוק בתי משפט לעניינים מנהליים. הרעיון היה שבאופן הדרגתי יותר ויותר סמכויות שהיו נתונות לבג"ץ יעברו ויידונו בבתי משפט מחוזיים שיישבו בבתי משפט לעניינים מנהליים כך שיווצר מצב שבאופן הדרגתי בג"ץ יהיו פנויים לעסוק בנושאים רחבים לציבור, בנושאים מהותיים והנושאים הרגילים של האזרח הרגיל יידונו בד"כ בבתי משפט לעניינים מנהליים.

סעיף 1 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים - מטרה - "חוק זה מטרתו להסמיך באופן הדרגתי את בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים 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".

ההגדרות של בתי המשפט.

סעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים - הגדרות - בחוק זה -

"עניינים מינהליים" - עניינים הנוגעים לסכסוכים שבין אדם לרשות;

"רשות" - רשות מרשויות המדינה, רשות מקומית, וכן גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין;

"החלטה של רשות" - החלטה של רשות במילוי תפקיד ציבורי על פי דין, לרבות העדר החלטה וכן מעשה או מחדל.

הסעיף מדבר על מהו עניין מנהלי- כל עניין הנוגע לסכסוך בין אדם לרשות מרשויות המדינה לרבות רשות מקומית וכל גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין. הסמכות העניינית לדון בדיונים כאלה נתונה לבג"ץ על פי סעיף 30(ג) לחוק יסוד: השפיטה.

איך יודעים לאן לנתב את העתירה שלי?

נניח אני מגיש עתירה לערכאה לא נכונה אז מוחקים לי את העתירה. תוספת ראשונה, שנייה ושלישית לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, כל מה שלא נשאר בתוספת הוא נשאר בסמכותו של בג"ץ. אם הוא לא נמצא בתוספת זה חייב להיות של בג"ץ.

בג"ץ יכול לתת: צו על תנאי, צו ביניים וצו חלוט (כאשר מתקבלת העתירה שלי- הצו שהיה על תנאי הופך להיות חלוט).

סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה - בית המשפט העליון - (א) מקום מושבו של בית המשפט העליון הוא ירושלים.

(ב) בית המשפט העליון ידון בערעורים על פסקי דין ועל החלטות אחרות של בתי המשפט המחוזיים.

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

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

- (1) לתת צווים על שחרור אנשים שנעצרו או נאסרו שלא כדין ;
- (2) לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקדיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין - להימנע מלפעול ;
- (3) לתת צווים לבתי משפט, לבתי דין ולגופים ואנשים בעלי סמכויות שיפוטיות או מעין-שיפוטיות על פי דין - למעט בתי משפט שחוק זה דן בהם ולמעט בתי דין דתיים - לדון בענין פלוני או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בענין פלוני, ולבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה שלא כדין ;
- (4) לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בענין פלוני לפי סמכותם או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בענין פלוני שלא לפי סמכותם ; ובלבד שלא ייזקק בית המשפט לבקשה לפי פסקה זו אם המבקש לא עורר את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה שהיתה לו ; ואם לא היתה לו הזדמנות סבירה לעורר שאלת הסמכות עד שניתנה החלטה על ידי בית הדין הדתי, רשאי בית המשפט לבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה על ידי בית הדין הדתי ללא סמכות.

(ה) סמכויות אחרות של בית המשפט העליון ייקבעו בחוק.

מקום מושבו של בית משפט העליון הוא בירושלים. בימ"ש העליון ידון בערעורים על פסקי דין ועל החלטות אחרות של בתי משפט מחוזיים כי בג"ץ ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואינם בסמכותו של בימ"ש או בית דין אחר מבלי לפגוע בכלליות הוראות אלה הנמצאות בסעיף 15 קטן (ג) מוסמך בימ"ש עליון כבג"ץ לתת צווים לשחרור אנשים, לרשויות המדינה, לבתי משפט ובתי דין.

לעיתים ניתקל באותם דברים שניתן לדון בהם גם בתי משפט מנהליים וגם בבג"ץ. **מה כדאי לנו פרקטית?**

כדאי לגשת לבית משפט לעניינים מנהליים כי אז יש את האפשרות לערער.

סעיף 5 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים - סמכות בית המשפט - "בית משפט לעניינים מנהליים ידון באלה -

- (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) ;
- (4) ענין מינהלי או ענין אחר שנקבע בחוק אחר כי בית משפט לעניינים מנהליים ידון בו, ובכפוף להוראות אותו חוק."

הסעיף מדבר על הסמכות העניינית של בתי משפט מנהליים שקובעת שלושה סוגי סמכויות:

1. לדון בעתירה מנהלית נגד רשות- הכי נפוץ (נמצא בתוספת הראשונה)
2. ערעור מנהלי (בתוספת השנייה)
3. תובענה מנהלית לפיצויים של עילת מכרז ציבורי (בתוספת השלישית)
4. עניין מנהלי בחוק ספציפי/ אחר

עתירה= כל דבר הקשור למשל לחוק חופש המידע, חוק ההגנה על הפרטיות, ספורט, תיירות, תעבורה, ארנונה, רישוי עסקים, חוק תכנון ובנייה. **כל אלו נמצאים בבית משפט לעניינים מנהליים.** החריג: בקשות לסעד אכיפה. בקשה לסעד אכיפה לא נמצא בבית משפט לעניינים מנהלים.

ערעור מנהלי= סמכות הנגזרת מהוראות חוק פרטני- כאשר אני מגיש ערעור והדיון התקיים בבית דין ספציפי, **ערעור על החלטה שלו תלך לבימ"ש לעניינים מנהליים.** כל רשות או כל בית דין מסוים שאנו רוצים להגיש ערעור עליו נגיש לבימ"ש לעניינים מנהליים. בתוספת השנייה.

אם יש סמכות לבית דין או בימ"ש ויש הוראה בחוק שאת הערעור מגישים לשם אז הולכים לאותו בית דין או בימ"ש. אם לא, אז הולכים לבימ"ש לעניינים מנהליים. **הוראות הנותנות סמכות לבתי משפט לעניינים מנהליים-** **אנו ניגש לבית משפט לעניינים מנהליים ולא לבג"ץ לפי הסמכות השיורית.** למשל: אם יש טריבונל מסוים נניח הממונה על הבתים המשותפים ורוצים לערער על החלטתו יהיה כתוב בחוק ספציפית, בתוספת השנייה.

תובענה מנהלית לפיצויים של עילת מכרז ציבורי = אם אני תוקף את המכרז עצמו זו תהיה עתירה. אם אני רוצה להגיש עתירה לגופו של המכרז, אני רוצה פיצויים, **אני יכול להגיש תובענה לפיצויים לבימ"ש לעניינים מנהליים, אבל רק כשמדובר במכרז ציבורי ולא פרטי.** לדוגמא: משהי סיימה לימודי מדעי החברה, ניגשה למכרז ציבורי בעיר מגוריה ולפני זה עבדה במקום עבודה והתפטרה עקב המכרז. יש לה נזק אדיר והיא תובעת פיצויים בביהמ"ש לעניינים מנהליים.

בהקשר זה יש שתי חלופות לתובענה מנהלית:

1. **חלופה אחת- תובענה לפיצויים כספיים שעילתה במכרז ציבורי בלבד של המדינה-** בבימ"ש לעניינים מנהליים, אם מדובר במכרז פרטי, לא נופלים לגדרו של בית משפט לעניינים מנהליים.
2. **חלופה שנייה- כשהמטרה היא השבה ולא פיצויים** הסמכות היא בית משפט לעניינים מנהליים. לדוגמא: מס או אגרה.

איפה מגישים את העתירה?

- באופן כללי- לאותו בימ"ש שבאזור שיפוטו ניתנה ההחלטה של הרשות שבעקבותיה עותרים.
- כאשר התביעה היא לגבי מקרקעין היא תהיה במקום הימצאו של המקרקעין.
- כאשר הסמכות היא סמכות מקומית שיורית- תוגש לבימ"ש לעניינים מנהליים בירושלים.

עפ"י החוק, ביהמ"ש המחוזי בשבתו כבימ"ש לעניינים מנהליים ידון בדברים שנידונו בעבר בבג"ץ.

עניין מנהלי בחוק ספציפי/ אחר = אם בחוק ספציפי מפנים אותנו לבימ"ש לעניינים מנהליים זה יהיה שם.

כל נושא שלא נמצא פה הסמכות היא שהדיון יהיה בבג"ץ. יש לבג"ץ גם הסמכות לבקש מבימ"ש לעניינים מנהליים להעביר אליו כל עניין שמגיע אליו לדיון ואשר נראה לבג"ץ כבעל חשיבות ציבורית מיוחדת.

כאשר דנים בעתירה מנהלית זה צריך להיות נגד רשות ציבורית הממלאת תפקיד ציבורי על פי דין.

מהי רשות/ גוף ציבורי הממלא תפקיד ציבורי על פי דין? הכללים:

1. גוף שהוקם ונמצא בבעלות המדינה
2. גוף שהוקם מכוח חוק
3. גוף שמתקיים ע"י מימון ציבורי, למשל: ארנונה, מיסים
4. גוף שמטרתו אינה עשיית רווחים כי אלא מתן שירות
5. גוף שאמור להיות מונופול יחיד בתחומו.

מהי ההגדרה של גוף מנהלי או רשות ציבורי על פי דין?

נניח ניקח חברה פרטית, "יס" – אם אותה חברה בהגדרתה היא מונופול על אף שהיא לא רשות ציבורית, הגדרתה תהיה כגוף ציבורי לעניין תביעה.

בעניין זה יש לציין כי יש גופים רבים שאינם עונים על הכללים הנ"ל ובכל זאת מוגדרים כרשות מנהלית. רשות מנהלית מותר לה לפעול רק מכוח מה שהחוק העניק לה מאחר והיא מקבלת את סמכותה מהחוק. המשמעות היא שרשות מנהלית לא יכולה לפעול לא במסגרת חוק או לבצע פעולה שלא מוגדרת בתוך חוק ואם תעשה כן זו תהיה חריגה מסמכות ופעולתה תיחשב כפעולה לא חוקית.

ע"מ 10811/04 סורחי נ' שר הפנים – נקבע כי בעיקרון הדין המנהלי המהותי והדיוני הנהוג בביהמ"ש לעניינים מנהליים הוא כמו בבג"ץ. ביהמ"ש לעניינים מנהליים בעתירות מנהליות יפעיל את עילות הביקורת במשפט המנהלי אשר מפעיל אותן בג"ץ, הוא לא יפעל כבימ"ש אזרחי רגיל. אמנם, ייתכנו מקרים שבהם יידרש ביהמ"ש המנהלי לבחון באופן עצמאי את הראיות שעמדו בפני הרשות המנהלית ולפעמים גם לשמוע עדויות או לקבוע ממצאים לגביהן. אולם, התערבות בממצאים שנקבעו ע"י הרשות הגם שהיא אפשרית, היא תיעשה לעיתים רחוקות בנסיבות מיוחדות ובשים לב לרציונל של מעמד הרשות המנהלית כרשות מקצועית האמונה על העניינים שבסמכותה.

סעיף 1 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים – מטרה – "חוק זה מטרתו להסמיך באופן הדרגתי את בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים 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".

השגה נגד החלטה של רשות שלטונית שאינה מנויה בתוספת לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים היא תהיה בסמכותו של בג"ץ. לדוג': עתירה נגד המשטרה בבקשה לחייב את המשטרה לסייע לי בתור אזרח בסילוק פולש מהמקרקעין שלי יהיה בבג"ץ כי זה לא נמצא בבימ"ש לעניינים מנהליים.

עניינים מנהליים = עניינים הנוגעים בסכסוך בין אדם לרשות לרבות רשות מקומית וגוף אחר הממלא תפקידה על פי דין.

מי המותב היושב בדין?

בבימ"ש לעניינים מנהליים הדיון יתקיים בדין יחיד, עפ"י סעיף 4 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים – הרכב – (א) בית משפט לעניינים מנהליים ידון בשופט אחד, ואולם רשאי נשיא בית המשפט המחוזי או סגן הנשיא לקבוע כי ענין מסוים יידון בשלושה.

(ב) נשיא בית המשפט העליון רשאי לקבוע סוגי עניינים שיידונו בשלושה; הודעה על סוגי עניינים שנקבעו לפי סעיף קטן זה תפורסם ברשומות.

סמכותו של בימ"ש לעניינים מנהליים בסעיף 5, הן לדון בעתירה מנהלית נגד החלטה של הרשות. בודקים בתוספת הראשונה. כאשר רוצים להגיש עתירה, בודקים את הגוף המוסמך בתוספת הראשונה.

כאשר מגישים ערעור מנהלי בודקים מי הגוף המוסמך בתוספת השנייה.

כשמגישים תובענה לפיצויים במכרז – בודקים מי הגוף המוסמך בתוספת השלישית.

יודגש כי בתי משפט לעניינים מנהליים מוסמכים לדון בשאלות של ביטול או של שינוי החלטה של רשות מנהלית אבל בבימ"ש לעניינים מנהליים:

א. לא ניתן לפתוח בהליך נגד גוף או אדם פרטי

ב. לא ניתן להגיש תובענה לסעד כספי נגד רשות ציבורית- אם אני נניח מחר הולך לתבוע מכללה שהיא גוף ציבורי על פי דין- אם אגיש תביעה נזיקית אגיש אותה בבימ"ש שהוא לא מנהלי. **כנגד גוף ציבורי לעניין פיצויים זה רק כאשר מדובר במכרז.** הסעדים הם שונים ולכן אין צורך בפיצול סעדים.

דוגמאות לעתירות שהן בסמכות של בימ"ש לעניינים מנהליים וחריג לבג"ץ:

1. כל עניין של רשויות מקומיות מצוי בד"כ בסמכותו של בימ"ש לעניינים מנהליים. החריג: החלטה הטעונה אישור שר הפנים שעניינה העיקרי הוא החלטת שר הפנים יהיה בבג"ץ.
2. תכנון ובנייה- כל ענייני תכנון ובנייה הם בסמכותו של בימ"ש לעניינים מנהליים למעט החלטה לעניין תוכנית מתאר ארצית או מחוזית.
3. חינוך- כל ההחלטות לעניין חינוך הם בסמכותו של בימ"ש מנהלי למעט החלטת שר או ממשלה או החלטה בעלת תחולה ארצית.
4. עיסוק- בהחלטת עיסוק- נניח רו"ח, שמאים, עו"ד, מהנדסים- שייך לבימ"ש לעניינים מנהליים. חריג- בבג"ץ- החלטת שר המשפטים לפי חוק לשכת עורכי הדין- העתירה תהיה בבג"ץ.
5. כבאות והצלה- כל החלטה בעניין כבאות והצלה או מינוי הוא בבימ"ש לעניינים מנהליים. אבל, החלטת שר או יועמ"ש או מינוי נציב כבאות והצלה זה בבג"ץ.

כאשר חוקק חוק בתי משפט לעניינים מנהליים כיוון המחוקק בשמירת ייחודו של המשפט המהותי והדיוני כפי שהוצא וגובש בדין או בפסיקתו רבת השנים של בג"ץ. לפיכך, נקבע כי דיון בבתי משפט לעניינים מנהליים יתנהל בהתאם לעילות, לסמכויות או לסעדים שלפיהם דן ביהמ"ש העליון בשבתו כבג"ץ אבל בשינויים המחויבים. על כן, גם סדרי הדין והראיות שבפני ביהמ"ש לעניינים מנהליים דומים לאלה של בג"ץ וברגיל יתמצו ההליכים בהגשת תצהירים בלי לשמוע עדים או מבלי לנהל הליכי חקירה שכנגד. קבועה בתקנה 15 לתקנות בימ"ש לעניינים מנהליים (סדרי דין, תשס"א- 2000). עם זאת, רשאי ביהמ"ש בבקשת בעל דין או מיוזמתו שלו להתיר את חקירת המצהיר של בעל הדין שכנגד אם ראה כי הדבר דרוש לשם הכרעה בעתירה. בנוסף, מותר לו להרשות השמעת עד על אף שלא הצהיר לפי תקנות 15א ו- 15 ה. בהעברת סמכויות לבימ"ש מחוזי (מנהלי) המחוקק ביקש לשמור על ייחודו של המשפט המנהלי השונה באופיו מהמשפט האזרחי.

הבטחה מנהלית והשתק:

שינוי המעשה המנהלי וחזרה מהבטחה:

אם אני בתור שר מבטיח לאזרחים שאתן דירה לכל זוג אם הוא יבחר בי, האם ניתן לאכוף את האמירה הזו? המסקנה במצב זה שכאשר בוחנים אם זו הבטחה מנהלית או לא הבטחה מנהלית צריכים להתקיים כמה תנאים בשביל לדעת אם מדובר בהבטחה מנהלית או סתם בתעמולת בחירות, דיבורי סרק. ניתן למצוא את זה בפקודת הפרשנות.

ההסדר הכללי לשינוי החלטות מנהליות:

ההוראה העיקרית בנושא שינוי החלטות מנהליות מעוגנת בחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, סעיף 14 לחוק מאפשר לשנות או לבטל מינויים וקובע כי הסמכה לעשות מינוי משמעה להתלות את תוקפו, לבטלו, לפטר את מי שנתמנה או להשעותו מתפקידו. לעומת זאת, סעיף 15 לחוק הפרשנות- סמכות התקנה - "הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראת מינהל - משמעה גם הסמכה לתקן, לשנות, להתלות או לבטל בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה".

הסעיף אומר שהסמכות המוקנית לשנות או לתקן החלטות אחרות קרי, הסמכות להתקין תקנות או ליתן הוראות מינהל משמעה גם הסמכות לתקן את התקנות, לשנותן, להתלותן או לבטלן באותה דרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה.

נניח ממנים מנהל לבי"ס וקובעים וועדה שתבחן את כישוריו האם זה סביר לפטר אותו אם מעל בתפקידו? האם יש צורך בוועדה כדי לפטר אותו?

נניח יש לי את הסמכות להעסיק מורה ומחר אני רוצה לפטר אותו, זה חייב להיות אותו הליך, חייב לבצע שימוע אבל כשמינינו אותו לא ערכנו שימוע, **אז האם זו אותה הדרך- פיטורים ומינוי?**

הסמכות לשנות החלטות או לתקן חל באופן עקרוני על כל ההחלטות המנהליות לרבות החלטות בעלות אופי שיפוטי בכפוף להסדרים חקיקתיים מיוחדים הדוחים את תחולתו של החוק. אם יש סמכות להתקין תקנות אז ברור שיש סמכות לשנות, לבטל, להתלות את התקנות.

סעיף 15 רישא- נותן את הסמכות.

הסיפא- עוסק בהליכים- תיקון, שינוי, התליה אן ביטול שיעשו בהליך בו ניתנה ההחלטה המקורית. אבל הסעיף לא מסדיר את עניין שיקול הדעת. לכן, בימ"ש לעניינים מנהליים או בימ"ש עליון פיתח כללים מיוחדים להפעלת שיקול הדעת כאשר אנחנו רוצים לשנות או לבטל החלטה הקיימת, במיוחד כאשר בשינוי ההחלטה יש לנו פגיעה בזכות או בחובה של אנשים ספציפיים. זה לא דומה לשיקול דעת של קבלת ההחלטה המקורית. **בשיקול דעת לשנות או לבטל החלטה, שיקול הדעת של הרשות הופך להיות מצומצם כי יש פגיעה וכאשר יש פגיעה היא צריכה להיות מידתית, לתכלית ראויה ונמצאת בפיקוח תחת עיניהם של בתי המשפט.**

בהחלטה המקורית אמנם שיקול הדעת רחב אבל עם השנים שיקול הדעת הופך להיות מצומצם כי מתווסף שיקול דעת רלוונטי שהוא **שיקול ההסתמכות** וכך צריכות להיות סיבות מיוחדות שחורגות מהשיקולים של האישור הראשוני תוך לקיחה בחשבון את עיקרון ההסתמכות של הפרט.

מהם השיקולים המיוחדים שהרשות נדרשת להתחשב בהם כאשר היא שוקלת לבטל או לא להאריך החלטה כשיש הסתמכות מוצדקת של הפרט:

פס"ד איי בי אמ נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים- נקבע שאין קו ברור ועקבי לא בפסיקה הישראלית או בחו"ד מלומדים, גם לא באנגליה או בארה"ב בשאלת תיקוני החלטות מוטעות ע"י רשות ציבורית ומאחר שיש לשים דגש על החשיבות של סופיות הדין ועל זכותו של האזרח לדעת היכן הוא עומד ביחסיו עם השלטון מבלי לחשוש משינוי ההחלטות של הרשות, חדשות לבקרים יש צורך להביא לתוצאה צודקת במקרה המסוים כך שהדבר מוגדר כערך עליון. על כן, רק במקרים נדירים בעלי ערך עליון של כלל הציבור נאפשר לרשות המנהלית לתקן או לשנות החלטות העלולות לגרום לאי צדק, לעיוות דין, לאפליה ושנבעו מתקלות שונות או משונות.

מתי נאפשר לרשות לשנות, לבטל או להתלות החלטות מנהליות?

1. **הטעיה** - אם אני בתור פרט הטעתי את הרשות, נניח ניגשתי לקבל רישיון נהיגה בלי לספר שאני זקוקה למשקפי ראייה והרשות כן נתנה לי רישיון. שאלת השינוי או הביטול זו הטעיה כי ברור שבמצב שהפרט הטעה את הרשות, הרשות רשאית ואפילו חייבת לבטל את ההחלטה שהתקבלה כתוצאה ממרמה.
2. **טעות בתום לב** - אם אני בתור פרט הטעתי את הרשות אבל הטעות הייתה בתום לב, לא ידעתי, אלו הטפסים שהיו ברשותי והעברתי אותם לרשות, חשבתי שהם אותנטיים. במקרה הזה קיים סיכוי סביר שבתי המשפט יאפשרו לרשות לשנות את ההחלטה או לבטל כי "מבחן האלמלא" אומר שאלמלא האזרח לא היה מטעה את הרשות היא לא הייתה מקבלת את ההחלטה הזו.
3. **טעות הרשות עצמה** - אם יש פקיד רשון שבעקבותיו הרשות טעתה. אין היגיון שלא תשנה את ההחלטה אבל יש צורך שהטעות תהיה טעות משמעותית בעלת השלכות רציניות לגבי האינטרס הציבורי. למשל: בפס"ד שללם - נקבע כי לאור הסכנה המיוחדת והמטריה הביטחונית והבטיחותית של החזקה בנשק לא ניתן לשנות את ההחלטה. לעומת זאת, שופט המיעוט סבר שיש להשאיר את ביטול רישיון הנשק על כנו.
4. **מדיניות שינויים** - אם נבחרתי לפני חודש להיות שר חינוך והגעתי עם אג'נדה שונה משל השר הקודם ואני לא יכול לשנות את ההחלטות המנהליות אלא אם יש טעות או הטעיה, אני לא יכול ליישם את האג'נדה שלי. לכן, נגיד לאותו שר שהוא יכול לשנות מדיניות לגבי העתיד, מעכשיו והלאה אבל כל מי שכבר הסתמך (מורים למשל) על החלטות השר הקודם לא ניתן לשנות אותן. נניח שינוי חוק ההתמחות לתקופה של שנה וחצי, מי שהתחיל ללמוד כבר לימודי משפטים הסתמך על זה שזו שנה אחת של התמחות, לא ניתן לשנות למי שכבר התחיל ללמוד והסתמך על זה. **הרשות יכולה לשנות מדיניות בחופשיות לגבי העתיד אבל אי אפשר לשנות לגבי העבר ורק במקרים חריגים ובנסיבות מיוחדות ניתן להחיל רטרואקטיבית.**

הפסיקה קובעת מדרג בין העילות השונות. הראשון הוא קל והאחרון הוא קשה יותר מבחינת הדרישות מהרשות כאשר תרצה לשנות החלטות.

התיקון/ השינוי באותה דרך שהותקנו התקנות:

פס"ד סווירי - ראש עיריית הרצליה - ראש העיר רצה להפוך כביש מסוים מדו-סטרי לחד-סטרי. נקבע שסעיף 15 לחוק הפרשנות מסמך רשות לשנות מהחלטה ובלבד שיתקיים תנאי זה שאף הוא חוקק בסעיף 15 - כי השינוי ייעשה באותה דרך שבה נעשתה החלטה הראשונה. כך למעשה, הסרת התמרורים והחלטה ראש העיר שנתלוותה אליו היא בעליל שלא כדין הואיל ולא התקיימו כל אותם תנאים מוקדמים של התייעצות ושל הסכמה קודם הסרת התמרורים והנה לאחר הסרת התמרורים, הוסיפו המשיבים ועשו לקיומם של אותם תנאים ונשאלת השאלה: האם היה בהליכים שעקפו את הסרת התמרורים כדי לרפא את הפגם? האם היה בכוחם של ההליכים המאוחרים להפוך מעשה בלתי חוקי למעשה חוקי? למעשה, אין פסיקה חד משמעית בנושא ונראה שמדובר בדרישה בעייתית של הסעיף (סעיף 15) כי יש מקרים בהם לא ניתן לקיים את אותו הליך בעת שינוי או ביטול ההחלטה המנהלית. **ההתייעצות ההתחלתית הייתה מתוך בחירה ולא חובה, האם עליו להתייעץ איתו שוב? אם השר התייעץ בהחלטה הראשונה עליו להתייעץ גם בשינוי או בביטול. נשאלת השאלה האם כשהוא ערך את ההיועצות זה מרפא את הפגם? כן.**

אם יש שר שמתקין את תקנות התחבורה, שנדרש תקציב בו, יש להיועץ עם וועדת הכספים אבל בביטול התקנות זה חוסך כסף אז דרישה להיועצות עם וועדת הכספים זה בעייתי לכן יש לבחון כל מקרה לגופו.

-המשך- הבטחה מנהלית והשתק :**שינוי המעשה המנהלי וחזרה מהבטחה :****כאשר ביטול ההחלטה מצריך הליך נוסף לפי כללי הצדק הטבעי :**

לדוג': בזמן מינוי לתפקיד, בפיטורים צריך לתת זכות טיעון. דרך קבלת ההחלטה של המינוי היא שונה מדרך הפיטורים שלי כעובד כי יש צורך בזכות עיון, זכות טיעון, חובת הנמקה וכ"ו. לפי כללי המשפט המנהלי הביטול דורש הליך נוסף למשל, ביטול רישיון להבדיל מנתינתו דורש שימוע לאור כללי הצדק הטבעיים. פס"ד סיעת הליכוד נ' עיריית פתח תקווה. הדרישה של סעיף 15 לחוק הפרשנות שביטול ייעשה באותה הדרך שבו התקבלה ההחלטה לא מבטלת את כללי הצדק הטבעי אלא במקרה הזה אנחנו נידרש להליכים מיוחדים.

מקרים בעייתיים :

למשל כאשר ממנים אנשים שהתפקיד דרש אישור ועדה מסוימת, האם יש צורך בהתכנסות אותה ועדה שוב כאשר אנו רוצים להעביר את אותו פקיד מתפקידו או ממשרתו למשרה אחרת? לעיתים נראה כי דרישה כזו היא דרישה בעייתית לכן הדבר יהיה תלוי במהות ובפגיעה באותו עובד ציבור. סמכות הממשלה למנות או לפטר את היועמ"ש היא לפי החלטת ממשלה ואילו מינויו בנוסף לכך יהיה לפי המלצה של ועדה מיוחדת. הפיטורים דורשים התייעצות עם אותה ועדה שהמליצה על המינוי.

מקרים שאי אפשר לבצע את אותו הליך :

בוועדת טירקל ובוועדת משה דיין היו בוחנים את טוהר המידות של המועמד לפני המינוי. אין מבחינה זו כל קשר להעברה מתפקיד. אם מעבירים את אותו עובד ציבור לתפקיד אחר, יש צורך להביא את אותה ועדה שמינתה אותו? סעיף 15 לחוק הפרשנות אומר שהדרך שמתקבלת ההחלטה היא אותה דרך בה משנים את ההחלטה. הדרישה נוקשה ולא ניתן ליישם אותה ולכן הפרשנות צריכה להיות כללית ולא דווקנית. **סעיף 15 קובע חזקת פרשנות**: אם בנסיבות העניין הפרשנות הסטנדרטית איננה מתאימה למקרה הספציפי שאנו בוחנים או לא מתאימה מבחינה הגיונית אזי הפרשנות הספציפית של המקרה תגבור על חזקת הפרשנות של סעיף 15 לחוק הפרשנות.

הבטחה מנהלית וחזרה מהבטחה :

כשבוחנים מהי הבטחה מנהלית ניתן לומר שפקיד הציבור הבטיח לי משהו מעשי אבל הוא לא מקיים לכן ניגשים לביהמ"ש כדי שיאכוף את ההבטחה. להבטחה צריך שיהיה תוקף, **איך מוכיחים את התוקף של ההבטחה?** יש כללים שנקבעו בפסיקה, למשל **הלכת סאי טקס** בבג"ץ 135/75 סאי- טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר- שם נקבעו כללים לקיומה של ההבטחה המנהלית. בהבטחה מנהלית, לפני שבימ"ש קובע את קיומה אם יש או אין, אוכפים את ההבטחה. לפי שנכנסים לקריטריונים של ההבטחה בוחנים האם בכלל הייתה הבטחה. **נטל ההוכחה לקיומה של ההבטחה היא על הטוען שהרשות הבטיחה לו.**

הבטחה מנהלית היא מכשיר שפותח בפסיקה כדי לתת הגנה משפטית לציפיות הלגיטימיות של האזרח בשורה של מצבים שבהם נוצרת הסתמכות של הפרט עקב מעשים, מצגים, אמירות של גורמים בתוך הרשות המנהלית. אמירות אלו אינן בגדר חוזה פורמלי, דברים אלו הם גם התחייבות מצד השלטון כלפי האזרח המקימה כלפיו מקור

לתביעת זכות. אם הרשות התחייבה להעניק סיוע למפוני חבל עזה או לתושבי צפון השומרון, ייתכן וזו הבטחה מנהלית.

מה ההקבלה להבטחה מנהלית?

במשפט אזרחי, הבטחה של אדם אחד לאדם אחר מהווה חוזה ביניהם. אך בהבטחה מנהלית זה שונה, בהבטחה מנהלית יש הצעה אבל אין קיבול. יש הבחנה באכיפה בין הבטחה מנהלית לבין חוזה פרטי. הבטחה חד צדדית שלא משתכללת לידי חוזה אינה בעלת תוקף שכן חוק החוזים דורש הצעה וקיבול. **החריג הוא האפשרות לבסס את העילה של ההבטחה במשפט הפרטי מכוח דוקטרינת השתק** (יצירת מצג או הסתמכות סבירה או שינוי מצב לרעה) ואילו במשפט הציבורי חלה חובת הגינות מוגברת ביחסים בין הרשות כנאמן לבין האזרח. הגינות זו תחייב את הרשות לכבד את ההחלטות/ ההבטחות שלה. בפסיקה וכן המלומדים בספרות, חלקם ראו בהבטחה כמקרה פרטי של שינוי ההחלטה המנהלית. לכן, יסודות ההבטחה המנהלית מגבירים את ההסתמכות והציפייה של הפרט. **כך שהאינטרס שיצדיק שינוי של החלטה מנהלית צריך להיות חזק ביותר.** הש' מצא בפס"ד שפקמן.

למה כאשר הרשות מבטיחה לא רוצים שתשנה את ההחלטה/ ההבטחה שלה?

בפועל, כאשר הרשות צריכה לקבל אלפי החלטות, היא לא יכולה להתעכב על כל פיסה של מידע. לפעמים הרשות טועה, היא גם יכולה להיות מוטעית ע"י אנשים וגם אין לה מספיק כלים לרשותה לבדוק כל פיסת מידע. כתוצאה מכך, הרשות יכולה לקבל החלטות שהן לא בהכרח לטובת כלל הציבור. האינטרס של הרשות לשרת אותנו, כאזרחים ביעילות נותן לה את הגמישות לסטות מסדרי המנהל מדי פעם בכדי למלא את תפקידה בצורה הטובה ביותר. לכלל הזה יש חריג: למרות הגמישות שאנו ניתן לרשות הציבורית יהיו מקרים שנגיד לרשות שאת ההחלטה שקיבלה היא לא יכולה לשנות כי היא כפופה לכללים מסוימים וזו מטריה בתוך עיגול הגמישות שלה.

מה ההבדל בין החלטות מנהליות או שיפוטיות?

החלטה שיפוטית היא נוקשה לעומת החלטה מנהלית שהיא נוקשה אבל יש מקום לגמישות. אם ההחלטה של הרשות נופלת לגדרי הנוקשות, לא ניתן יהיה לשנות אותה והיא תיוותר על כנה למרות שהרשות יכולה לטעון שההחלטה התקבלה בצורה לא נכונה, למרות שההחלטה יכולה לפגוע במשאבים של הרשות.

יסודות ההבטחה המנהלית:

1. **קיימת הוכחה ברורה כי הבטחה ספציפית אכן ניתנה** - הש' פרוקצ'יה בבג"ץ 585/01 קלכמן נ' ראש המטה הכללי - הנטל להוכיח הוא על הטוען לקיומה של ההבטחה. פסה"ד דיבר על אנשי מילואים שחלו עליהם תנאי פרישה שונים מתנאי הפרישה של אנשי הקבע. העותרים במקרה דנן, לא הוכיחו שום הבטחה ועצם קיומו של תנאי פרישה מסוים עפ"י מדיניות קיימת אינם יכולים להוות הבטחות שלא ישונו בעתיד. במסגרת ההסדר הישן נקבע במפורש שניתן לשנותו. על ההבטחה המנהלית להיות מפורשת ואינה בגדר הצהרת כוונות גרידא. צריך משהו אקטיבי. על הטוען להוכיח לראשונה את עצם קיום ההבטחה. לאחר שהעותר הוכיח קיומה של ההבטחה יש לבחון אם נתמלאו יתר התנאים המקימים את חובת הרשות לקיימה: היררכיה לאחר שטיפלנו בהוכחה כי קיימת הבטחה והוכחנו כי ניתנה הבטחה רק אז נפנה ליתר המבחנים. אם זה לא מתקיים זה לא רלוונטי להמשך. בפסה"ד דובר בנשות הטייסים הנספים שהיו במילואים ולא בשירות סדיר. תנאי השאירים של הטייסים בסדיר היו טובים יותר מהתנאים של השאירים במילואים. לא יכול להיות ששני נספים שאחד בסדיר ואחד במילואים יקבלו פיצוי שונה לכן, הטייסת בחיל

האוויר שהחתימה את אותם טייסים השוותה את התנאים של הטייסים וזה לא היה בגלוי. עם הזמן חוקק חוק חדש שמשווה את התנאים של אנשי המילואים עם אנשי הסדיר שנספו לאחר שנת 90. נשות הנספים הגישו עתירה לביהמ"ש וטענו כי הייתה הבטחה מנהלית להשוות את התנאים שהמטרה הייתה לתמרץ את הטייסים לשרת כי היה חוסר באותו זמן. נשות הטייסים טענו לקיומה של הבטחה מנהלית, איך נראתה ההבטחה? מפקדת חיל האוויר הוציאה הנחיה לפיה מחתימים את הטייסים על טפסי התנדבות לשירות קבע, טפסים אלה נשארו בכספת והצבא נהג להשוות את התנאים. הצבא טען בביהמ"ש שלטפסים אלה אין תוקף משפטי. מדובר בכספים שהיו צריכים להשתלם לשאירים כאשר הכסף הזה מצריך הסמכה תקציבית. כל פעולה מנהלית מחויבת בהסמכה תקציבית, שאם לא ההבטחה מהווה מעשה בחוסך סמכות והנפקות היא שהמעשה אינו חוקי. הש' פרוקצ'יה אומרת שמדובר בניסיון פרי יוזמה מקומית של מס' טייסות לפעול בדרך עצמאית בכדי שיהיו מספיק טייסי מילואים. יוזמה זו/ פרקטיקה זו לא זכתה לברכת מפקד חיל האוויר, בוודאי לא קיבלה גושפנקא מהמטה הכללי בשום שלב ומעולם לא נעשתה הקצאה תקציבית מיוחדת עפ"י חוק לצורך העברת הכספים האלו. המסקנה כי לא הוכח כנטען עצם קיומה של הבטחה מנהלית ברמת הוודאות והביטחון הנדרשים. ברגע שהוכחנו את קיומה של הבטחה מנהלית יש צורך בקיומם של הכללים בכדי למנוע מהרשות לחזור מהחלטות שלה, זה נקבע בהלכת בג"ץ 135/75 סאי- טקס.

2. התנאים לקיומה של הבטחה מנהלית:

א. **נותן ההבטחה היה בעל סמכות לתת את ההבטחה**- נדרשת סמכות המבוססת על עקרון חוקיות המנהל וחריגה מסמכות, כי חריגה מסמכות פוגעת בעקרון זה ויכולה לבוא לידי ביטוי בשימוש בכספי ציבור למטרה זרה מהיעוד שנקבע מכוח החוק. לכן, צריך להיות תמיד ערים לקיומה של הסמכות התקציבית שנלווית להסמכה המהותית. ככל שקמה סמכות צריך לבדוק האם יש הסמכה תקציבית להוציא כספים מחובת הציבור. הש' פרוקצ'יה לגבי תנאי זה קובעת כי בד"כ ביהמ"ש לא יאכוף הבטחה מנהלית שניתנה ע"י גוף שלטוני שלא הוסמך לתת את אותה הבטחה. עקרון חוקיות המנהל שהוא אבן יסוד במשפט הציבורי קובע כי רשות מנהלית נהנית אך ורק מסמכויות שניתנו לה מכוח הדין. התיימרה הרשות לחרוג מהדין היא יוצאת ממתחם הכרתו של הדין. הפעולה תהיה VOID. היא קובעת גם שתמיד צריך לבחון אם יש הסמכה תקציבית לאותה החלטה.

הש' מצא בפס"ד קלכמן, להבדיל מהש' פרוקצ'יה, אמנם הגיע לאותה התוצאה שלא הייתה הבטחה מנהלית אבל בדרך אחרת, הוא רואה בהתחייבות מטעם הצבא להשוות את תנאי חיילי המילואים לחיילי הקבע כמחייבת. הוא רואה גם בטפסים כאינדיקציה שניתנה הבטחה, מבחינתו יש הוכחה שהייתה הבטחה אלא שהבטחה זו ניתנה בניגוד לדין והיא סותרת את עקרון חוקיות המנהל ומשכך אין לאכוף אותה. גם אם נצא מנק' הנחה שהוכחה ההבטחה מכוח נהג (ביהמ"ש קובע שזה לא נהג אלא מקרה שקורה לפעמים) אלא שמכוח עקרון חוקיות המנהל לא ניתן לאכוף את ההבטחה הזו. ביהמ"ש עשוי להכיר בהבטחה שניתנה לאזרח חרף היעדר סמכות אפילו סמכות תקציבית אבל אז הוא יפעיל את דוקטרינת הבטלות היחסית. במצב כזה יש פגם בהחלטה המנהלית ואז מבטלים את הפגם בסוג של בטלות יחסית ולא ביטול של כל ההבטחה.

כלל ניהול פנימי- לצורך העניין, עובד ציבור קיבל החלטה, הפרט שלח לו מכתב וקיבל מאותו עובד הבטחה. אותו עובד ציבור היה צריך להחתים את הממונים עליו, אני בתור פרט סומך על זה שהוא עשה את הבדיקות. **האם הפרט צריך לבדוק אם יש לעובד הציבור הסמכה בחוק?**

בג"ץ 142/86 דישון נ' שר החקלאות- יישוב בצפון שסבל מקשיים כלכליים בעקבות מלחמה. בגלל הקשיים הכלכליים הם עברו לגידול עופות, זה הצריך אישורים. הם פנו לקבל אישור, איזשהו מנכ"ל חתם להם ואישר, על סמך זה הקימו את הלולים אך התברר שמשרד החקלאות לא היה מעודכן ולא

ידע, הוא לא נתן אישור לזה. היישוב הגיע לביהמ"ש בטענה שלא היה צריך לדעת שאותו מנכ"ל לא פנה למשרד החקלאות ועדכן אותו. הבעיה כאן בגידול עופות היא שיש מכסה מסוימת שמחולקת בין החקלאים. אך פותרים אותה?

על פניו, על בסיס התחייבות שניתנה נראה שההבטחה המנהלית ניתנה כדין וזאת כי הייתה נחזית כדין על סמך מסמכים אשר הציגו מצג לפיו ההחלטה ניתנה כדין. מי שהסתמך על ההחלטה המנהלית ראה לנגד עיניו שאין בעיה מאחר וכל אותם גורמים רלוונטיים בכדי שתתקבל ההחלטה אכן אישרו והיו מעורבים והתקיימו כל הפרוצדורות שהיו צריכות להתקיים. מושב דישון שישב על גבול הצפון בתקופה של העימות עם לבנון היה במצוקה ממושכת. היישוב הוא אגודה חקלאית שעסק בשיווק ביצים. כתוצאה מהקשיים הוחלט לשנות את הפעילות לגידול עופות. בשביל לגדל עופות צריך מכסה ורישיון. מי שנותן את הרישיון הוא מועצת הלול אשר אישרה ליישוב מכסה מסוימת. על אף שההחלטה על המכסה התקבלה על דעתו של יו"ר מועצת הלול במכתב אבל בלי ליידע את משרד החקלאות. יו"ר מועצת הלול חתם על המכתב בידו לכן היישוב יצא מנק' הנחה כי חזקה על יו"ר המועצה כי ההחלטה אושרה בקרב כל הגורמים הרלוונטיים במשרד החקלאות. משרד החקלאות לא אישר את המכסה ואפילו אמר שהוא לא ידע לא על המכסה ולא על האישור שניתן ליישוב דישון. **ביהמ"ש קבע שאין לצפות מהעותרת, מהיישוב לברר את כל ההליכים הפנימיים שהתקיימו בין מועצת הלול למשרד החקלאות** בכדי לקבל את המכסות לכן, הוא קיבל את העתירה והשאיר את המכסה של היישוב על כנה וקבע שההחלטה בתוקף ומשרד החקלאות שהוא הגוף האמון על מתן רישיונות יצטרך להתמודד עם העודף או עם השפע של העופות בשוק ועם הכמויות שאושרו. ייתכן והוא יצטרך להפחית את המכסות לחקלאים אחרים. ביהמ"ש אכף הבטחה מנהלית על אף שהמשרד הראשי, משרד החקלאות לא ידע עליה.

בפס"ד סאי- טקס המטה במשרד החוץ או במשרד התעשייה והמסחר התחייב כלפי חברות יצרניות הנופלות לגדר של מפעל זכאי לתת להם מענק לעניין הייצוא שלהם. משנת 1974. העותרות נפלו להגדרה זו, כלומר מגיע להן לקבל את המענק, וקיבלו את המענק, המענק ניתן בדמות חלוקה בשני חלקים. החלק הראשון שולם לכל מפעל זכאי. מגיעים לחלק השני הבעייתי והוא נושא העתירה. מאחר ובשנה זו היה פחות בלירה הישראלית הוחלט לתת מענק לכל החברות במשק אף אם לא נפלו להגדרה של מפעל זכאי. כל החברות מקבלות את החצי השני של המענק, גם אלו שאינן נופלות בגדר מפעל זכאי. איך מקבלים את הכסף הזה? הכסף הזה ניתן בדרך של קיזוז במיסים ולא ככסף שישולם במזומן. סאי טקס רצו כסף ממשי, את החצי השני ולא רצו הטבה במיסים. ביהמ"ש קבע כי יסודות ההבטחה המנהלית אכן התקיימו במקרה הזה וקיבל את העתירה וחייב את הרשויות לשלם לסאי טקס את החצי השני של המענק.

ב. **הייתה לנותן ההבטחה כוונה להקנות לה תוקף משפטי-** בפס"ד דישון דובר על גמירות דעת בנוגע לנותן ההבטחה. ביהמ"ש אמר שיש לראות במסוימות וקיומו של כתב רק אינדיקציות להקנות להבטחה תוקף משפטי. אין אנו מכניסים במקרה שלנו את דיני החוזים, מדובר רק באינדיקציות וזה בניגוד למשפט הפרטי. אותה התחייבות שמועצת הלול בפס"ד דישון העלתה על כתב פעמיים, מבחינת ביהמ"ש זו הייתה אינדיקציה שהתחייבות הזו היא הבטחה ואילו מדיניות כלכלית כללית שעומדת בבסיס ההתחייבות תהווה אינדיקציה שלילית לכך שמדובר בהבטחה מנהלית שכן מדיניות כלכלית חייבת להישאר כפופה לשינוי. הגמישות היא כלי חשוב ברגע שמדברים על מדיניות כלכלית מאחר ומדובר בקופת הציבור ושימוש בכספים של כלל הציבור, במקרה כזה ביהמ"ש יבדוק את האינדיקציה, הוא יסתכל האם היא חיובית או שלילית, יסתכל על דרישות הכתב ויקבל החלטה לפי שיקולים או לאן נוטות כפות המאזניים: לגמישות או לנוקשות. אם הוא יתרשם שמדובר במדיניות כלכלית אזי זה יהיה גמיש וייתכן וההבטחה לא תהיה מחייבת ואילו יראה שמדובר בהחלטה ולא במדיניות תהיה

נטייה לעבור לצד של נוקשות וזה יחייב את הרשות כמו שנראה בפס"ד דישון. ביהמ"ש תמיד יגיד שמדיניות כלכלית תמיד ניתנת לשינוי על אף שניתנה הבטחה מנהלית והוכחה ניתן לאכוף עד עצם היום הזה ומכאן והלאה לעתיד, תמיד ניתן לשנות את המדיניות הכלכלית- זה נקבע בהלכת סאי טקס. ביהמ"ש בד"כ לא ייתן את הסעד כי הוא רוצה להשאיר את ההחלטה גמישה.

ג. **נותן ההבטחה יש את היכולת למלא אחר ההבטחה - פרופ' שטיין** קובע שמדובר ביכולת חוקית, ז"א סמכות כדי למלא אחר ההבטחה. במקרה של פס"ד קלכמן ברור שלחיל האוויר הייתה היכולת למלא אחר ההבטחה שניתנה לנשות הטייסים. הוא אומר שבנוגע ליסוד היכולת: גם אם נותן ההבטחה אינו מוסמך לנתנה, במידה והתקיימו היסודות האחרים, ההגינות מחייבת את הרשות המוסמכת לשקול את קיום ההבטחה על אף והרשות לא הייתה מעורבת במתן ההחלטה. במקרה של פס"ד דישון משרד החקלאות יכול היה לאכוף את ההבטחה שניתנה ליישוב על אף שלא היה מעורב במתן ההחלטה. פרופ' שטיין אומר שאם הוכחו כל היסודות של ההבטחה על אף שהרשות לא ידעה, ההגינות מחייבת אותה לקיים את ההבטחה (פס"ד דישון).

ד. **אין צידוק חוקי לשנות את ההבטחה או לבטלה** - במקרה הזה, במבחן הזה אנו נעין בכל מיני אינטרסים שונים. קיימים איזונים ובלמים: דבר ראשון נבחן את האינטרס הציבורי שהוא ספציפי ונדבר על עקרון טובת הכלל. גם עלות תקציבית משמעותית ללא עיגון בתקציב היא פגיעה קשה בקופת הציבור כמו שהיה בפס"ד קלכמן. לגבי שינוי נסיבות שיהווה תנאי לצידוק חוקי לשינוי המדיניות. הדבר יפעל מכאן והלאה ולא למפרע.

אינטרסים ציבוריים כלליים:

- **פגם מנהלי שנפל בהחלטה** - לצורך העניין למשל הבטחה מפלה או פוגעת במנהל תקין. חובת ההגינות ועקרון כיבוד הסכמים, חוקיות פעילות המנהל ואמינותו מחייבות אותו לפעול למרות שלא כל הפרה של הבטחה פוגעת באמינות המנהל הציבורי ותהווה הפרה של חובת ההגינות אבל דברים אלו הרשות צריכה לקחת בחשבון (פס"ד קלכמן) הכוונה גם אמון הציבור חשוב כשפגעו בהסכם עם נשות הטייסים.
- **אינטרס הציפייה של האזרח** - אינטרס זה תמיד קיים כאשר ניתנה הבטחה ע"י רשות הנחזית כמוסמכת, כמו המקרה של פס"ד דישון.
- **אינטרס הסתמכות** - כאשר מדובר בשינוי מצב לרעה וההסתמכות שלי כאזרח היא הסתמכות בתום לב, אזי חובת ההגינות מחייבת את הרשות לשקול את הנזק שייגרם לי, לפרט. פס"ד דישון קבע אף ששינוי מצב לרעה אינו תנאי לקיומה של הבטחה מנהלית מחייבת אבל יש בו להוות משקל רציני באיזון בין האינטרסים. במקרה של דישון מאחר והעותרת השקיעה כספים רבים על בסיס ההבטחה שניתנה לה ההבטחה נשארה על כינה.

קודם יש לעבור את המשוכה של הוכחת קיומה של ההבטחה, להוכיח קיומה, אם הוכחנו יש לעבור לתנאים לקיומה של ההבטחה.

השתק משפטי במשפט המנהלי:

מדובר בהבטחה או מצג של הרשות והאזרח מבקש שהיא תעשה מה שהיא הבטיחה. מה ההבדל בין מוסד ההבטחה המנהלית ומוסד השתק במשפט המנהלי? התנאים להשתק דורשים הסתמכות, שינוי מצב לרעה אבל לא דרושה

קיומה של הבטחה. לכן, השתק במשפט הפרטי הוא לא רק טענת הגנה הוא גם טענת התקפה. נקבע בע"א 6996/97 חברת א.עבאדה בע"מ נ' רשות הפיתוח על ידי מנהל מקרקעי ישראל- אם הרשות הציגה לי מצג היא מושתקת מלהתגונן. אם יש פגם ברשות המנהלית זה עונה על הדרישה של השתק מאחר והרשות הציגה מצג לא נכון, זה במשפט הפרטי ואילו במשפט הציבורי הרשות צריכה לפעול עפ"י חוק על מנת שנאכוף הבטחה מנהלית. הרציונל- אנו נמנע ממנה לטעון כי הציגה מצג שאינו נכון והאנשים הסתמכו על מצג זה. המקור של השתק משפטי הוא ב- common law, זה התחיל במשפט האנגלי. **למה היום אין צורך להשתק במשפט הפרטי?** כי יש בדיני החוזים כלל מאוד חשוב שהוא עיקרון תום הלב. במשפט המנהלי עיקרון תום הלב לא קיים, אמנם קיימת חובת ההגינות של הרשות אבל חובת ההגינות היא לא חקוקה כמו עיקרון תום הלב שחקוק בחוק החוזים תרופות אבל בכל זאת המשפט המנהלי הוא משפט בעל אופי קוגנטי.

הבעייתיות בהשתק משפטי שנקבעו בהלכת עבאדה- מצד אחד בודקים את מידת החומרה והנוק מבחינת האינטרס הציבורי אם תתקבל טענת ההשתק ומצד שני בודקים את הנוק והחומרה מבחינת האדם הפרטי אם העילה לא תתקבל. **לכן, במקרה כזה אפשר לבחור בין שני סוגי השתק וחלופה שלישית:**

1. **השתק מלא**- אכיפת ההשתק, העותר טוען שלרשות יש השתק והיא מושתקת מלטעון. מכריעים במקרה הזה כאילו מה שעשתה הרשות היה חוקי.
2. **אכיפה תחליפית**- נותנים לאזרח משהו אחר שהוא שווה ערך למה שניתן לו בהבטחה אבל לא אוכפים את ההשתק המשפטי.
3. **פיצויים כספיים**- בהלכת עבאדה נאמר שפיצויים כספיים ייתבעו בנפרד ואז יהיה צורך לדון בהשתק. לא בטוח שבהלכה זו הצליחו להוכיח הסתמכות סבירה בתום לב.

יחסו של ביהמ"ש להלכה זו בעניין ההשתק: השופטים בד"כ לא אוהבים את הלכת עבאדה, הם לא מבטלים את ההלכה אך אומרים שתמיד יש אפשרות לבטל את ההלכה, האפשרות הזו בעייתית לנוכח שלטון החוק, בתי המשפט מוכנים להתחשב בטענת השתק לא מכוח תורה מוסדרת אלא מתוך שיקול דעת רחב של ביהמ"ש להגיע לתוצאה הצודקת מבחינה אינטואיטיבית. בפס"ד בית הרכב- העירייה השכירה חניון ולאחר שהחווה נגמר היא דרשה על מנת לחדש את החווה, תשלום כפול. העירייה לא יכולה לתת את השכירות בזול וביהמ"ש חייב את השוכר בתשלום הפרש וקבע שמדובר בעניין טכני, הוא אמר שהיה צורך למנות שמאי שיעריך או לא לגבות מחיר שמגלם את המחיר ממנו ניתנה ההנחה. הוא רצה פיתרון ולא להחזיר את העניין לשמאים. הוא פנה לתורת הבטלות היחסית ואמר שהייתה הסתמכות של השוכר אך גם החוק חשוב וההשתק ייעשה עניין של הרחבת סמכויות, לכן הוא קבע סעד לפי שיקול דעתו ואמר שמה שצודק בנסיבות העניין זה שיתווסף חצי לשכירות.

אם ביהמ"ש יגיד שיש השתק הוא ירחיב את סמכות העירייה וזה יהיה לא חוקי כי הפעילות של העירייה לא חוקית, אם הוא יאכוף את החווה הוא יגרום לנוק ציבורי כבד ולכן הוא הלך בדרך המלך בין שתי הדרכים. F

*** במבחן- החומר של התרגול הוא בין 20 ל- 30 נק'.

המבחן לא יכלול את הנושאים: התשתית העובדתית ומידתיות.