

**מבוא לכללי הצדק הטבעי:**

אלו כללים ששיטת המשפט הישראלית שאבה **מסימן 46 לדבר המלך**. שיטת המשפט הישראלית פיתחה כללים אלה בפסיקה, והם קיבלו ביטוי נוסף בחוקים השונים. צדק = כאשר פוגעים בזכות טבעית של אדם, יש לפעול בהגינות ולשמוע את הצדדים השונים. כללי הצדק הטבעי התחילו ככלי דיוני שהשתמשה בו המערכת השיפוטית בפסיקה האנגלית. עם הזמן כללים אלה הומרו לכללים פרוצדורליים ומנהליים. ז"א שהתייחסו אליהם כחלק מההליך המשפטי. הכוונה היא שאנו רוצים שהצדק ייעשה וייראה. **למשל** אם אדם נמצא בסכסוך עם הרשות, הם פגעו בזכות בסיסית שלו, הוא יכול לגעת לערכאות השונות ולעמוד על זכותו. על אף שהוא יכול לקבל את הזכות שלו חזרה, הצדק נעשה, אך לא נראה. אותו אדם תמיד יהיה בתחושה שהרשות המסוימת לא הוגנת, היא התרשלה בתפקידה. בהדרגה, הרחיבו את הכללים האלה וקבעו כי כללים אלה חלים בכל ההליכים המנהליים. ז"א לא רק בבחינת העיניים השיפוטיות, אלא בכל ההליך של קבלת ההחלטות. לכן מדובר בכללים הנוגעים להגינות ההליך, פומביות הדיון, חובת השמיעה, היעדר משוא פנים (דעה קדומה), היעדר ניגוד עיניים, הנמקת ההחלטה וזכות הערעור כחריג. זכות הערעור זה חריג לכללי הצדק הטבעי, מאחר והיא צריכה להיות מעוגנת בחקיקה. אין חובה לביהמ"ש העליון לשמוע ערעורים שכבר דנו בהם.

בעת שימוע, אין חובה לנתבע לראות את חומר החקירה. רק בעת הגשת כתב אישום הנתבע יוכל להיחשף אליו.

**היכן כללי הצדק הטבעי מופיעים?**

1. **בחוק ספציפי** - חוק האומר כי חלק מקבלת החלטה מסוימת, יש זכות מסוימת. **לדוגמא**: בתכנית מתאר מחוזית ישנה חובה לשמוע התנגדויות. ז"א היכולת לתת זכות טיעון, וזה מעוגן בחוק התכנון והבניה.
2. **בחוקים כלליים** - אלו חוקים הקובעים באופן כללי שעל ההחלטות של רשות מנהלית יש תחולה לאחד מכללי הצדק הטבעי. **לדוגמא**: "**חוק חופש המידע**" אשר קובע כי לאזרח יש זכות עיון. "**חוק ההנמקות**" שקובע שחלה על הרשות חובה לנמק את החלטותיה.
3. **בקביעות של פסיקת ביהמ"ש העליון** - ביהמ"ש העליון קבע יותר מפעם אחת שכללי הצדק הטבעי הם חלק מעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית. כלומר גם אם זה לא קבוע בחוק ספציפי או חוק כללי, כללי הצדק הטבעי יש להם תחולה שיורית, הם יחולו בכל מקרה, גם אם לא נקבע באופן מפורש. חזקה פרשנית היא שתחולת החוק היא לקיים את הכללים האלה ולא להגביל אותם.

**בג"צ סייעת הליכוז** נידון מקרה של חבר ועדת ביקורת, שהוא גם חבר הנהלת המועצה. בחוק קבוע מי כשיר להיבחר לוועדת ביקורת. שם נקבע כי כדי להיות חבר וועדת ביקורת, צריך להיות חבר מועצה. ראש העיר וסגניו אינם יכולים להיות חברי וועדת ביקורת. נידונה השאלה בעניין הכלל של ניגוד עיניים – האם מה שנקבע בחוק הוא הסדר ממצה? או האם במקביל להסדר בחוק חל העיקרון הכללי של איסור ניגוד עיניים? **השאלה המשפטית שהייתה בפסה"ד**: האם המחוקק התכוון להחריג רק את ראש העיר וסגניו, או שיש פה הסדר שלילי? ז"א שכחו להגיד שכל מי שחבר בהנהלה לא יכול להיות בוועדה. ההלכה שנקבעה היא: הסדר ספציפי של כללי הצדק הטבעי לעולם לא יהיה הסדר ממצה. כלומר לא נסתפק במה שקבוע בחוק, אלא יחול העיקרון הכללי של כללי הצדק הטבעי. חריג לזה במקרה שלשון החוק אינה חד משמעית. אם היה כתוב בחוק "אך ורק ראש הרשות וסגניו לא יכולים להיות חברי וועדת ביקורת" אז כנראה כאשר חוקקו את החוק דנו בסוגיה הזו. אבל אם קבעו שראש עיר וסגניו לא יכולים, כנראה שלא דנו והקביעה הזו אינה חד משמעית. לאור זאת אנו רואים שמדובר בעיקרון יסוד של השיטה. אנו נהיה סלחניים וניתן לפרש אותו בדרך שהוא יוכל ברוב הנסיבות, וגם אם יש הסדר פרטני, חזקה שהוא לא בא לשלול את העיקרון הכללי.

**מה הטעמים לאימוץ כללי הצדק הטבעי?**

1. **חובת ההגינות של הרשות** - הרשות נתפסת כנאמנה של הציבור. היא מחויבת לנהוג בהגינות כלפי כל פרט בחברה. לכן אם היא רוצה לפגוע באזרחים, זה צריך להיעשות תוך הקפדה על כללי צדק בסיסיים. בגלל כוחה של הרשות, אנו נקנה הגנה בסיסית לאזרח, וניתן דגש להבטיח את קיום הכללים הללו. חובת הנאמנות היא כלי המעגן מתחתיו את רוב הכללים של הצדק הטבעי. **לדוגמא**: החובה לקיים הבטחה מנהלית, החובה לפרסם הנחיות מנהליות, החובה לא לסטות מהנחיות מנהליות ללא הצדקה סבירה, הימנעות מהעלאת טענות מסוימות שבדין, אם יש בהן חוסר הגינות.
2. **שכלול החלטה המנהלית** - חלק מכללי הצדק הטבעי מסייעים לרשות לקבל החלטה יותר טובה. אם לאזרח יש זכות טיעון, ויש לו מידע שלא נמצא בידי הרשות, ברגע שהרשות מקבלת את

- המידע הזה היא אולי תקבל החלטה יותר טובה או שונה באותו עניין. כלומר ניתן יהיה לקבל החלטות טובות יותר ומבוססות יותר. זה מה שיתרום להחלטה עצמה.
- 3. שכלול ביקורת שיפוטית** - כאשר הרשות מנמקת את ההחלטות שלה, אזי שביהמ"ש ירצה לבחון את ההחלטה. יהיה לו מה לבחון ומהם הנימוקים שעמדו בבסיס ההחלטה של הרשות, וכך הוא יוכל לבקר את הנימוקים או לאשר אותם. אם לא נחייב את הרשות לשקיפות, כאשר אזרח יפנה לביהמ"ש, לא תהיה לביהמ"ש דרך לבחון את אותה החלטה, אלא רק את השורה התחתונה.
- 4. אמון הציבור** - כאשר יש הליך תקין, דהיינו תהליך שקוף, כלומר שמעו את האזרח, נתנו לו לדבר, והרשות שקלה את הטיעונים של אותו אזרח, זה עוזר לנו בתור אזרחים להרגיש כי הצדק לא רק נעשה, אלא הצדק גם נראה. ישנם מצבים של צורך חד משמעי שבהם לא ניתן לבצע את הפעולה לפי כללי הצדק הטבעי, ואז או שמכשירים את ההצעה בדיעבד, או שמערכת בתי המשפט תסכל את אותה החלטה. זה מה שנקרא "בטלות יחסית".

**זכות הטיעון**

חלה כאשר רשות מנהלית עומדת לפגוע באדם. פגיעה = זוהי החלטה המקפחת זכות חוקתית של אזרח. מדיניות כללית שלא פוגעת באף אחד- זה לא נקרא פגיעה. אולם ישנם מצבי ביניים שבהם אנו לא יודעים אם צריך לתת זכות טיעון במקרה הזה או לא. **לדוגמא**: אם הולכים לפטר עובד מסוים, חייבים לתת לו את זכות הטיעון, כיוון שזוהי פגיעה ישירה.

**נעשה הבחנה בין זכות הטיעון לזכות העמידה בביהמ"ש**: **זכות העמידה** - זוהי זכות רחבה, גם אם האדם לא זכאי לטיעון. **בפס"ד רחמני** - נידונה השאלה לעניין זכות הטיעון בענייני חובת המכרזים. אין זכות לפני קבלת ההחלטה לתת לכל אחד שמתחרה זכות טיעון, אך הפסיקה קבעה שיש מצבים שבהם נותנים זכות טיעון, וזוהי "זכות טיעון לכאורה" כיוון שהיא לא מעוגנת. יש אינדיקציה בפסיקה שישנה חובה לתת למתחרה עסקי, שלא זכה במכרז, אך היה עם ההצעה הטובה יותר, זכות שימוע. אלא אם במקרים בהם היו הרבה מתחרים.

**מהם הטעמים לקיומה של זכות הטיעון?**

1. **חובת ההגינות** - ההגינות מחייבת שהרשות תיתן לאזרח להתגונן.
2. **שכלול ההחלטה המנהלית** - ברגע ששומעים את טענת האזרח שנפגע, הרשות יכולה להגיע להחלטה שהיא מושכלת יותר, ולהתאים את ההחלטה לנסיבות של המקרה הספציפי, או לפעמים לשנות את ההחלטה שלה.
3. **הגבלת הפעילות המנהלית** - ברגע שנקבעו כללים, ואדם טוען, נוצרת הגבלה על הרשות המנהלית והיא לא יכולה לקבל החלטה באופן שרירותי. עליה לשקול את המקרים באופן ספציפי והיא לא יכולה לקבל החלטות באופן גורף.
4. **אמון הציבור** - אם הרשות רוצה לחזק את אמון הציבור ולהבטיח שקיפות, האזרח צריך להבין כי היה דיון ונשקלו כל הדברים וההחלטה לא ניתנה באופן שרירותי.

**הבעייתיות של מתן זכות הטיעון:**

הליך מתמשך, הרשות צריכה לקבל החלטה ולפעול מיד והיא לא יכולה כל פעם לעצור. זה משפיע על המשאבים של הציבור, ופוגע ביעילות של הרשות. כאשר יש החלטה המשפיעה על המוני אנשים, האם רשות צריכה לשמוע כל אדם לחוד? זה מראה על הבעייתיות במתן זכות הטיעון.

**תחולת התנאי - מתי אנו מחילים את זכות הטיעון? מהם התנאים לזכות ובאילו מקרים הרשות****צריכה לתת לאזרח זכות טיעון, ובאלו מקרים לא קמה לאזרח זכות זו?**

**הכלל הבסיסי**: כאשר הרשות המנהלית מקבלת החלטה הפוגעת באדם, היא מחויבת לתת לו זכות טיעון. המבחן הוא "מבחן הפגיעה". **בפס"ד ברמן** נידונה החלטה להעביר את שכונת נחלת יצחק מתחומי ת"א, לתחומי גבעתיים. עיריית ת"א קיבלה החלטה להעביר את השכונה לגבעתיים והתושבים טענו כי החלטה זו משפיעה עליהם, והרשות אינה יכולה לקבל החלטה כזו מבלי לשמוע את טיעוניהם. **הש' זילבר** קבע כי לא יורשה גוף מנהלי לפגוע באזרח אם זה פגיעת גוף/רכוש/מקצוע/מעמד כאשר אנו מדברים על רשימה פתוחה, אם לא ניתנה לאזרח הזדמנות הוגנת להשמיע את טיעונו והגנתו לפני הפגיעה העתידית. בנוסף היקף זכות הטיעון וצורתה תלויים בנסיבות הקונקרטיות של המקרה. בסופו של דבר ביטלו את ההחלטה להעביר את השכונה לגבעתיים.

**בפס"ד זה נקבעו יסודות מצטברים לתחולת זכות הטיעון:**

1. **מבחן הפגיעה** - פגיעה הינה שלילת זכות מאדם. החלטה המטיבה עם האזרח לא מקימה זכות טיעון. גם אם נתנו לאדם משהו והוא חושב שמגיע לו יותר, אין לו זכות טיעון, ואין זה משנה אם מדובר בהחלטה שיפוטית, אלא זה משנה זה במקרה של סיכוי הפגיעה באזרח, והפגיעה בו בהחלטה שיפוטית טהורה. **בפס"ד מוסדקין** נקבע כי כאשר הרשות פועלת בתחום המשפט הפרטי, היא יכולה לפגוע באזרח, וגם אז לא תקום לו זכות טיעון.
2. **אינטרס ראוי** - לא קמה לפרט זכות טיעון אם לא מדובר באינטרס הראוי להגנה. **בפס"ד ברמן** נקבעה רשימה, אך היא אינה קבועה. **הש' ברק בפס"ד מחמוד** מרחיב את ההגדרה של אינטרס ראוי ומחיל את זה למכרז למנהלת חטיבת ביניים. מחמוד הגיש בקשה לבטל את המכרז, כאשר טענתו שלא ניתנה לו זכות טיעון. בשלב מאוחר יותר הועבר לוועדה מידע שלילי עליו. הוא טען כי לא ניתנה לו אפשרות להגיב לאותן שמועות שליליות, ולכן יש לבטל את המכרז. האינטרס הראוי שנפגע הוא שהליך יהיה הליך שקוף. לתת לאותו מתמודד להתמודד עם הטענות שהועלו נגדו. אין לו זכות לקבל את המינוי, אבל נפגעה לו הציפייה להשיג את התפקיד. המידע השלילי שהגיע "מאחורי הקלעים" גרם לפגיעה בו. לא נתנו לו את זכות הטיעון להפריך שמועות אלה. **הש' ברק** קבע כי גם כאשר יש לאדם רק ציפייה להשתתף במכרז, קמה זכות הטיעון. בשלב הראשון - קמה

- זכות טיעון, בשלב השני- נבחן את היקף זכות הטיעון. ככל שרמת הפגיעה בפרט היא יותר רחבה וקשה, ככה היקף זכות הטיעון יהיה יותר רחב. **ניתן לחלק את המושג "פגיעה" לשלוש רמות:**
- א. **זכות**- במקרה שהרשות פוגעת בזכות בסיסית של אדם כאזרח.
  - ב. **אינטרס**- מדובר על אינטרס רכוש, למשל רישיון נהיגה- לא ניתן סתם לשלול מאדם את רישיונו, אלא צריך סיבה מוצדקת לכך.
  - ג. **ציפייה**- מה ההבדל בין אינטרס לציפייה? ציפייה יכולה להיות סבירה וחזקה. כלומר יש הבדל בחוזק הציפייה. לדוגמא: לאדם יש רישיון נשק 20 שנה, כאשר הוא בא לחדש את הרישיון, הציפייה שלו מאוד חזקה בחידוש הרישיון. אינטרס יותר חזק מציפייה.
3. **פגיעה ישירה וממשית- השופטת ברק ארז והשופט זמיר** טוענים שהפגיעה צריכה להיות ישירה, ולא עקיפה. הפגיעה צריכה להיות אישית, ולא די בפגיעה של מה בכך או פגיעה של מישוה אחר שרק בעקיפין משפיעה עליו.

### החריגים לכלל של זכות הטיעון:

1. **חקיקה**- אין זכות טיעון לחקיקה מתוך יעילות, וחזקה כי חברי הכנסת מייצגים את האזרחים. **למשל** אם מחוקקים חוק שפוגע בחלק מהאוכלוסייה, לאותה אוכלוסייה אין זכות טיעון, כי אנו בחרנו את חברי הכנסת כנציגנו.
2. **תקנות**- מדובר בפעילות שהיא מעין חקיקה ומדובר בפעולה רחבה ואין פגיעה ישירה, לכן אין זכות טיעון. **למשל** תקנות התעבורה קובעות שבכביש בינעירוני עם קו הפרדה המהירות המותרת היא 90 קמ"ש. אדם חושב שבכביש מסוים ניתן לנסוע במהירות גבוהה יותר. תקנות הן גם תחת ביקורת שיפוטית וכאשר מתקנים אותן הן לא נעשות בקלילות ולכן לא קמה זכות טיעון. השי' זמיר טוען כי תקנות יכולות לפגוע באופן אנוש בפרט, ולפעמים הפגיעה מתקנה היא יותר מאשר פגיעה מהחלטה מנהלית, לכן יש בעייתיות באי מתן זכות טיעון. מצד שני, מטעמי יעילות, זה מקרה שלא ניתן בו זכות טיעון. יש גם גישה מרוכבת, שגם הנחיה מנהלית יש לאפשר בה זכות טיעון לגופים הקשורים באופן ישיר לתחום התקנות.
3. **פעילות שלטונית ריבונית**- למשל אם מחר רוח"מ והקבינט מחליטים על מצב חירום במדינה, קרי מצב מלחמה, ברור שאנשים הולכים להיפגע. האם קמה להם זכות טיעון להגיד למדינה לא לצאת למלחמה? ברור שלא. דוגמא נוספת: כאשר מחליטים לנתק את היחסים עם טורקיה. מן הסתם זה יפגע בהרבה יבואנים שמייבאים סחורות בטורקיה. זה פוגע בסוחרים. האם קמה לסוחר שנפגע זכות הטיעון? לא, כי מדובר במדיניות כללית. כאשר ישראל חותמת על אמנה למניעת זיהום אוויר, האם למפעל שמוזהם את האוויר יש זכות טיעון כנגד זה? לא. כל פעילות שלטונית היא לא מקנה קיומה של זכות טיעון. **בפס"ד מועצה אזורית חוף עזה**- החלטה על ההתנתקות הינה החלטה שלטונית ריבונית המושפעת משיקולים לאומיים, מדיניים וציבוריים. אחת הטענות של המפונים הייתה שמגיעה להם זכות טיעון. הקימו וועדות בכנסת ע"מ להחליט איך לפצות את המפונים- ובגלל שלא היה ניתן להשמיע את הטיעונים של כולם- הוחלט שלא קמה להם זכות טיעון.
4. **דחיפות**- כאשר יש דחיפות מסוימת לא קמה זכות טיעון, מאחר ויש צורך לקבל החלטה מיידית. אומנם יש אינטרסים מנוגדים, אבל הפרשנות אומרת שיש לדחות או לסיים את מתן זכות הטיעון. איך אפשר לרפא את זה? כאשר יש מקרה דחוף, אנו צריכים לקבל החלטה ולא רוצים לתת זכות טיעון- אנו נרפא את הפגם הזה במתן שימוע מאוחר. לדוגמא: **סעיף 47(ג) לפקודת התעבורה** מאפשר שלילת רישיון נהיגה מיידית. רישיון נהיגה הינו אינטרס מוגן, וזה מחייב פרשנות של מתן זכות טיעון. פקודת התעבורה אומרת שאם יש נהג שמסכן את שלום הציבור, יש סמכות לקצין לשלול ממנו את הרישיון באופן מיידי. שללו מאדם את הרישיון- מה הפרוצדורה לאחר מכן? השוטר מסביר לו שהוא שולל לו את הרישיון מנהלית, ומחר עליו להגיע לתחנה לטעון את טיעונו על מנת שלא לשלול לו את הרישיון מנהלית ל-30 יום. השוטר לא נתן לו זכות טיעון באמצע הכביש כי הוא ראה שהוא מסכן את שלום הציבור- והוא מזמין אותו למחרת לשימוע. הדחיפות מחייבת אותו לאיין את הסכנה של אותו נהג. הוא ירפא את הפגם במתן שימוע מאוחר יותר. **בפס"ד מדינת ישראל נגד חסן געאביץ'** קבע ביהמ"ש כי המקרים שנקבל בהם את החריג של דחיפות הינם מצומצמים, ורק מצב שבו הרשות יכולה להסביר באופן משכנע ומוחלט מדוע היא הפעילה את אותו חריג. ביהמ"ש אומר שלא כל פעם שעולה טענה של שיקול בטחוני, יהיה שימוע בשלב מאוחר יותר, אלא צריך נסיבות משכנעות. הוא מחזיר את התיק לרשות ע"מ שתיתן את זכות הטיעון ועושה הבחנה בין החלטה שמערבת טעם בטחוני, לבין החלטה שיש בה דחיפות. לא כל טעם של ביטחון המדינה הוא דחוף. בפס"ד זה עלתה טענה של משרד הפנים שטענו שעצם זה שיש מניעה ביטחונית מלתת לאותו אדם אזרחות- מטעמי ביטחון. אם יתנו לו זכות טיעון, והחומר חסוי- אין לו איך להתגונן. במקרה הזה אין מה לטעון ולכן לא קמה לו זכות טיעון. המדינה חושפת את חומר החקירה בעת הגשת כתב אישום. בזמן שימוע- לא ניתן לחשוף את חומר החקירה ולכן אין לו דרך להתגונן. **הפסיקה קבעה שיש לחשוף את הראיות העיקריות שבגינן רוצים להגיש את כתב האישום- לנאשם.**

**היקף זכות הטיעון:**

ככל שהפגיעה חמורה יותר- ככה זכות הטיעון הינה רחבה יותר. אם הפגיעה היא מינורית- זכות הטיעון תהיה מצומצמת יותר. עיקרון העל בזכות הטיעון אומר "שמיעה הוגנת". אם התובעת כבר מלכתחילה הייתה בדעה שהיא רוצה להגיש כתב אישום- מה הטעם בשימוע? הרי היא קיבלה את ההחלטה כבר מראש- בעלת דעה קדומה. זה נוגד את כללי הצדק הטבעי. זכות הטיעון המוענקת לפרט, ומולה החובה של הרשות לשמוע בצורה הוגנת את טענות האזרח. זכות מוגנת זו מחייבת את הרשות לקבל את ההחלטה שלה רק אחרי שמיעת כל הטענות וללא כל משוא פנים. מהי שמיעה הוגנת? שמיעה הוגנת משתנה לפי העניין, וההיקף שלה יהיה שונה לפי מהות הפגיעה והרשות. ז"א השינוי הוא לפי רמת הפגיעה, מיהו הנפגע ומהי הרשות שהולכים להשמיע בפניה את הטיעונים. **הפסיקה קבעה שני מרכיבים מרכזיים לעניין היקף השמיעה:**

1. **ככל שהסיטואציה קרובה יותר להליך שיפוטי, ככה היקף השמיעה יגדל.** ז"א מקרה של שימוע קרוב להליך שיפוטי. בגלל המאפיינים של הליך שיפוטי, יגדל היקף השמיעה מאחר ומדובר בסכסוך ויש זכות יותר חזקה אשר יש צורך להגן עליה. אחת הביקורות אומרת שזה מצריך ביקורת שיפוטית אפקטיבית. יש צורך באכיפה בררנית- וזו טענה חזקה להגנה מן הצדק. משתמשים בהגנה זו לפני שנאשם מודה/כופר בעובדות כתב האישום, אם יש לנאשם טענה של הגנה מן הצדק- הוא מעלה אותה בפני השופט. אם תופסים חמישה עבריינים על עבירה, ומאשימים רק אחד בכתב האישום- יש לבצע אכיפה בררנית ולטעון הגנה מן הצדק. התביעה צריכה למקד למה היא לא הגישה כתב אישום נגד האחרים. אם היא לא מנמקת, הנאשם יכול להעלות את הטענה הזו בביהמ"ש. אם התביעה מנמקת את ההחלטה- זה יכול להתקבל בביהמ"ש.
2. **חומרת הפגיעה- ככל שהרשות פוגעת בצורה יותר קשה בפרט, כך היקף השמיעה יגדל.**
3. **פרוצדורה-איד** מקיימים את זכות הטיעון? האם מקיימים אותה פרונטלית? האם מספיק שאותו אדם שנפגע ישלח הסבר? זה גמיש. בד"כ בהליך הפלילי- בעת השימוע שולחים מכתב ולא צריך להגיע פיזית, אלא במקרים חריגים. הפסיקה קבעה שאין דרך אחת מחייבת והפרוצדורה גמישה. חשוב לדעת את מהות העניין ולתת הודעה לנפגע במה מדובר. **בפס"ד מועצה אזרית חוף עזה-** עלתה טענה כי צווי הפינוי נעדרים תוקף מאחר ולא העניקו למתיישבים ולבתי העסק זכות טיעון. מאחר שאותם אנשים הם נפגעים ישירים- ולא העניקו להם את זכות הטיעון, יש לבטל את ההחלטה. נקבע כי מבחינה עובדתית ניתנה זכות טיעון, וזאת בהסתמך שדרכי השמיעה הן רבות ומגוונות. אחת הדרכים מבחינה עובדתית הייתה דרך חברי הכנסת שהשמיעו את טענות המפונים, על אף שלא התקיים שימוע כמקובל. בגלל השיח הרחב שהיה בין הרשות המבצעת, לבין הרשות המחוקקת, הפרוצדורה היא לא המהות של מתן זכות הטיעון. העיקר שניתנה זכות הטיעון, ולא הדרך שבה ניתנה הזכות הזו.
4. **מועד מתן זכות הטיעון-** יש לתת זמן סביר לפרט לבחון את ההחלטה או להגיב. ככלל, השימוע צריך להיות לפני מתן ההחלטה, כאשר יכול להיות עקב תקלה, שגגה או דחיפות- לא נערך שימוע לפני מתן ההחלטה. במקרים חריגים, ניתן יהיה לדחות את זכות הטיעון.
5. **זכות העיון-** היא נגזרת של זכות הטיעון, ובכדי להגשים את זכות הטיעון, קמה לפרט הזכות לעיין במסמכים שעמדו בבסיס ההחלטה. בכדי שהטיעון יהיה רלוונטי, יש לבחון את ההליך שנעשה בתוך הרשות, ובשל כך יש לחשוף את אותו מידע. צריך לסייג שזכות העיון הינה "זכות מוגבלת". למשל בהליכים פליליים, כאשר מביאים מישהו למעצר לכמה ימים, כל חומר החקירה שעומד בבסיס ההחלטה לבקש להאריך את מעצרו, הוא רק נמצא לעיונו של השופט התורן העומד בדן. לא חושפים בפניו את חומר החקירה: א. זהו תחילת המהלך הפלילי- אדם יכול לשבש את מהלכי החקירה בעת שייחשף אליו- הוא יכול לשנות את גרסתו. ב. מסוכנות- יכול לחשוף אנשים אחרים למסוכנות. ג. חשיפת מידע מודיעיני.
6. **מקום השימוע-** היכן יתנהל השימוע? עולה השאלה: האם הטיעון/השימוע חייב להיות בפני הרשות? הפסיקה קבעה כי ככלל הטיעון יהיה במשרדי הרשות שקיבלה את ההחלטה. למשל אם אדם מגיש טפסים להגיש התמחות וועדת ההתמחות מונעת ממנו להגיש בקשה כיוון שעשה עבירה פלילית. את השימוע עושים במשרדי הוועדה הממונה על ההתמחויות. יכולים להיות מקרים בהם הרשות צריכה לשמוע קבוצה גדולה של אנשים, ואז יהיה צורך למנות ועדה או אדם מסוים שיהיה אמון לשמוע את האנשים. התנאי לכך הוא שהדברים שהועלו באותה ועדה יעלו בפני מקבל ההחלטה, ואז המיקום יהיה היכן שהועדה יושבת. השאלה השנייה: האם זה חייב להיות ע"י הנפגע עצמו, או שהנפגע יכול לבקש שמישהו אחר יטען במקומו? **בפס"ד מוסטקי** נקבע כי בד"כ מי שנפגע יכול להציג את גרסתו בצורה הטובה ביותר. הנפגע יכול להיעזר במישהו אחר. בנוסף, **בפס"ד המגורשים**, עלתה טענה- האם עורכי דין יכולים לטעון בשם המגורשים? ביהמ"ש קבע שספציפית במקרה הזה, כאשר השימוע נעשה ע"י עורך הדין, בלי שתיתן האפשרות שאותו עו"ד ידבר עם הנפגע, זה מאיין את זכות הטיעון. ביהמ"ש קבע שכאשר עו"ד מייצג אדם, עליו להיות בקשר עם אותו נפגע ע"מ לדעת את המאפיינים הסובייקטיביים של אותו נפגע. הצדק מחייב את עו"ד להיות בקשר רציף עם הנפגעים.



7. **שימוע בכתב** - לרוב שימוע בכתב כן ממצה את זכות הטיעון. אך ישנם מקרים מסוימים, במיוחד בהליכים מעין שיפוטיים, יש משקל רב לאמון שנותנים לנפגע. ישנה חשיבות רבה להתרשמות הישירה מאותו אדם שנפגע. במקרים מסוימים, לא מספיק העלאת הטיעונים בכתב, אלא בגלל חשיבות העניין יש צורך בקיום שימוע פרונטלי. **בפס"ד זריפי** היה מדובר ביו"ר ועדת הערר, עפ"י חוק הגז פתיחות ורישוי. הייתה החלטה של שר המשפטים לבטל את המינוי של אדון זריפי. אחד הטעמים להחלטה זו היו ליקויים וכשלים בתפקוד הועדה. **השופטת פרוקצ'ה** אומרת כי נוכח טעמים אלה המדברים על כשלים, יש מקום להרחיב את זכות הטיעון ולאפשר לנפגע תשובה מלאה יותר. לאפשר לו לטעון בע"פ ולא רק בכתב. באותו מקרה - **הש' ברק** משאיר את השאלה הזו בצריך עיון, ואותה עתירה בסופו של יום התייתרה, מכיוון שעד שהגיעו להכריע בה - המדינה חזרה בה מהחלטה לפטר אותו מתפקידו. הש' פרוקצ'ה רצתה לדון בהליך של הרשות עצמה, כי זה יהפוך להיות הלכה מחייבת.
8. **חובת שימוע משנית** - אם למשל נתנו לנאשם זכות טיעון, ובזמן שהוא מתגונן, הגיע עוד מידע חדש לרשות - האם צריך לתת לו עוד פעם לטעון עפ"י המידע החדש? כן. מאחר ומדובר על מתן הזדמנות הוגנת להתמודד עם טענות הרשות - אם יש שינוי או תוספת לחומר שעומד מול הרשות, יש לתת לאותו אדם הזדמנות להשלים את הטיעון שלו בכדי שיתייחס לאותן נקודות חדשות. **בפס"ד מחמוד** - ביהמ"ש קבע שהמידע המאוחר שהגיע לידי הרשות עשה עוול לאדון מחמוד. התשתית העובדתית שלא הייתה קיימת בטיעון הראשון, השתנתה. לכן יש צורך לתת לו אפשרות נוספת להגיב על דברים אלה. זכות הטיעון המשנית מוגבלת למקרים שיש מידע חדש ומהותי.
9. **חקירת עדים** - בהליך מנהלי לא ניתן לחקור עדים. לא צריך לקיים הליך משפטי מקיף שכולל חקירת עדים - וזה בניגוד להליך אזרחי שיפוטי רגיל.
10. **שמיעת הציבור הרחב** - כאשר הזכות קיימת - השאלה היא איך למצות את זכות הטיעון? **פס"ד מוסטקי** דיבר על שלילת תארים אקדמאיים ונקבע שהשמיעה תקינה ע"י נציגים או ארגונים. אז ניתן יהיה להעלות את כל הטענות הקולקטיביות המשותפות של הנפגעים.

### תוצאות אי מתן זכות הטיעון:

כאשר נופל פגם במתן זכות הטיעון - השאלה היא איך אנו נרפא את אותו פגם? אם לא היה הליך של טיעון, בד"כ יש לבטל את ההחלטה. ניתן להתגבר על המכשול הזה בדרך של מתן שימוע מאוחר. **בפס"ד סרטי נוח** - מדובר בהחלטת המועצה לביקורת סרטים שהחליטה לחזור בה מהחלטה לתת אישור להקרנת הסרט "שווער לילה". למה לא נתנו שימוע מאוחר במקרה הזה? ההחלטה שלא להתיר שימוע מאוחר, הושפעה מהמסקנה שאין טעם לשימוע הזה. גם אם יינתן השימוע המאוחר, לא יהיה בכך לתקן את הפגם, כי הם הולכים לקבל את אותה החלטה בדיוק. לכן אין טעם לשימוע המאוחר כי זה יהיה רק למראית עין. **הש' שמגר** אומר כי כללי הצדק הטבעי מחייבים כי כאשר הרשות עומדת לשלול מאזרח רישיון, אותו היא כבר העניקה לו, תהיה לו הזדמנות לפרוס בפני הרשות נימוקיו נגד ביטול הרישיון, כדי שיהיו לה נימוקים בעד ונגד הביטול. הכרעה העלולה להצר את סעדי את של האזרח, ע"י שלילת זכות שכבר הוענקה לו, סותרת את הגינות ההליך. נוצר מצב שייגרם נזק לאזרח, עם ביטול ההחלטה, מבלי לתת לו להעלות בפני הרשות את הצד האחר של המטבע. מקום שהרשות מתנהגת תוך התעלמות מכלל הגינות זה, אין נפקות להחלטה. תנאי נוסף להגינות הרשות, שיש לו חשיבות יתר הוא עם ביטול ההחלטה, עריכת דיון מחדש בנושא של ביטול ההיתר, ואין לרשות לומר שהשימוע הוא חסר ערך או תועלת. על הרשות לשקול מחדש את העניין באופן אובייקטיבי, ולא למראית עין. פירוש הדבר, בבוא האזרח להעלות את טיעונו בפני הרשות, הוא לא יהיה במצב פחות טוב מזה שהיה נתון בו, אלמלא חלה ההפרה של הרשות. ביהמ"ש מבטל את בקשת הרשות, ומשאיר על כנו את הקרנת הסרט. אי קיום זכות טיעון סותר את חזקת הכשרות. יש חזקה שכל רשות מנהלית פועלת כשורה וכדין. הרשות צריכה להוכיח כי יש טעם לשימוע מאוחר, וכי ניתן לתקן את אותו פגם. ברגע שיש פגם כזה, וזה סותר את חזקת הכשרות, הרשות צריכה להראות על אמת כי ניתן לרפא את הפגם. לא בכל מקרה נתיר טיעון מאוחר. **הש' אגרנט** מוסיף כי שימוע מאוחר צריך להיות שימוע אמיתי, ושקילה מחדש באופן אובייקטיבי של עובדות המקרה כדי שהאזרח לא יהיה במצב יותר גרוע מהחלטה שעמד בפניה בפעם הראשונה. ביהמ"ש אומר כי אין אפשרות במקרה הזה לשימוע מאוחר - ולא הוכח שיש טעם, ולכן הוא מחזיר את ההחלטה המקורית כך שלסרט יהיה רישיון. **בפס"ד זריפי** דובר על בטלות והחלטה חדשה. המדינה החליטה לבטל מיוזמתה את ההחלטה, אבל ביהמ"ש קבע שעדיין יש לה אפשרות לקבל החלטה חדשה. **בפס"ד המגורשים** - ביהמ"ש אומר כי הוא משאיר את ההחלטה על הגירוש בתוקף, מאחר וכן ניתן שימוע מאוחר. כמובן שישנה בעייתיות בחשש לדעה קדומה, כיוון שהרשות כבר החליטה, ויש גם חשש לפגיעה באזרח בתקופת הביניים. בטלות יחסית - שימוע בדיעבד זה גם סוג של בטלות יחסית, אבל נוסף, ניתן גם לומר שאין צורך בשימוע בדיעבד. למשל נתנו זכות טיעון אבל נפל פגם במהלך זכות הטיעון.

הכלל הבסיסי הוא שברגע שאנו לא נותנים לאזרח שנפגע את זכות הטיעון - הוא בטלות ההחלטה. **לדוגמא:** אם אדם עבר טסט, קיבל רישיון, ואחרי יומיים הוא מקבל מכתב מהדואר שהרישיון ניתן לו בטעות, ושוללים ממנו את הרישיון. האם צריך לתת לו זכות טיעון? התשובה היא כן. כאשר רשות באה לשמוע

אזרח, היא צריכה לשמוע אותו בנפש חפצה, עם כוונה לשנות את ההחלטה.

### **בפס"ד עומרי מחמוד נ' שר החינוך והספורט, טענותיו העיקריות של העותר:**

- א. ששניים מחברי הועדה היו מצויים במצב של ניגוד עניינים.
- ב. שהמועמד המקביל שלו על אותה משרה, אינו עומד בתנאי המכרז.
- ג. הכי חשוב- המלצת הוועדה התבססה על מידע בלתי נכון לגבי העותר, מבלי שניתנה לו האפשרות להגיב על הידע הזה.

האם מוטלת על הועדה החובה לשמוע את העותר, או לתת לו להגיב על המידע החדש? אומר **הש' ברק**:  
"על שאלה זו אני משיב ללא היסוס בחיוב. ההגינות והיושר מחייבים כי משהופיע פלוני לפני גוף הממליץ בעניינו, וזה האחרון מבקש לבסס את החלטתו על המידע הקשור לאותו פלוני, יש לתת לאותו פלוני את ההזדמנות להגיב על המידע ולהציג את עמדתו ביחס לאותו מידע".

### **בטלות יחסית:**

**בפס"ד זריפי**, המדינה החליטה לבטל מיוזמתה את החלטתה, אבל שמרה לעצמה את הזכות לקבל החלטה חדשה. במקרה הזה יש לנו שילוב בין שימוע מאוחר, לבין שימוע מוקדם. מצד אחד, ביטלו את החלטתה המקורית ונתנו החלטה חדשה. מצד שני, מדובר בטיעון מוקדם, עפ"י דין, בהתייחס להחלטה החדשה. פה ביהמ"ש לא התערב, כי בסופו של יום, הרשות עצמה החליטה לבטל אותו מתפקידו, וחזרה בו, וכך הוא חזר לעבוד. היא תיקנה את הפגם בעצמה וזה נקרא בטלות יחסית= הם ביטלו את ההחלטה הקודמת.

**בפס"ד המגורשים**, ביהמ"ש משאיר את ההחלטה של הגירוש בתוקף ואומר שצריך לתת שימוע בדיעבד. מה הבעייתיות בשימוע מאוחר? צריכים להיות זהירים בעניין הזה, כיוון שיש שתי בעיות: יש פגם בהחלטה של הרשות. הבעיה הראשונה שהרשות תבוא כבר סגורה עם ההחלטה. היא תקיים את השימוע המאוחר רק בשביל להצדיק את ההחלטה. הבעיה השנייה היא- ההחלטה פגומה, אדם נפגע, מה יהיה בתקפת הביניים עד שהרשות תקבל החלטה? אותו נפגע יישאר פגוע. לכן צריך שהשימוע המאוחר יהיה מיידי. בתקופה הזו הפרט נפגע, ולא צריך להשאיר אותו בסיטואציה הזו. בפס"ד זה עלתה עוד בעיה והיא שגירשו את המגורשים ללבנון, ועורכי דינם הגישו עתירה. עו"ד יכול לייצג את לקוחו בשימוע. אבל אין הוא ייצג את המגורש, כאשר אין קשר ביניהם? פה לא ניתן לקיים שימוע, לכן ביהמ"ש אומר למדינה שתדאג למצוא דרך לתקשורת בין עוה"ד, לבין הנפגע. עורך הדין צריך לייצג את התחושה הסובייקטיבית של המגורש. בסופו של דבר הם נשארו מגורשים.

שימוע מאוחר זה סוג של בטלות יחסית, אבל בנוסף לזה, ניתן לומר שאין צורך בשימוע בדיעבד, אם נתנו זכות טיעון, אבל נפל פגם במהלך זכות הטיעון.

**משוא פנים וניגוד עניינים**

**משוא פנים** זו העדפה לא הוגנת, או אפליה, או יחס מפלה כלפי אחר, או החזקת דעה קדומה. ככלל, אסור לרשות הדנה בעניין מסוים, להיות בעלת זיקה לנושא הדיון, או בעלת דעה מוקדמת, אם הדעה כבר מגובשת ולא ניתן לשנות אותה. משוא פנים הוא עניין שלב. קשה לקבוע מתי אדם גיבש דעה קדומה, ואינו פתוח לשכנוע. **מהו ניגוד עניינים?** אדם צריך להיות תפקיד כדי שהוא ימצא בניגוד עניינים. **מהם הטעמים שבגינם אנו לא רוצים להגיע לניגוד עניינים?**

1. הפרת חובת הנאמנות.
2. הפרת חובת ההגינות.
3. שיקולים זרים. פה נכנסים שיקולים שאדם לא צריך לשקול אותם, בתור אחד שמופקד על האינטרס הציבורי.
4. צדק נעשה אבל לא נראה.

ישנו ניגוד עניינים אישי: אדם נותן היתר בנייה לאחיו, ויש ניגוד עניינים מוסדי: ניגוד בין שני תפקידים שאדם ממלא. מהו הכלל של ניגוד עניינים? איך יודעים שאדם נמצא בניגוד עניינים? הפסיקה קבעה: "מבחן החשש הסביר" ו"האפשרות הממשית". מדובר במבחן הסתברותי, ולא תוצאתי. מדובר במבחן אובייקטיבי, מנקודת מבטו של האדם הסביר- ביהמ"ש. המבחן בא לפסול רק מעורבותם של אנשי ציבור, בהחלטה של אנשים שיש להם זיקה של ממש לעניין.

**יש לכך חריגים:**

1. המטאריה מחייבת.
2. דחיפות או צורך.
3. מצב של ניתוק הקשר הסיבתי. אם בהחלטה הראשונית היה פקיד בניגוד עניינים. למשל מהנדס נותן יתרון לאחיו, ולאחר מכן ההיתר עבר לוועדת ביקורת ולמליאה. האם ניתן להגיד שההיתר ניתן בניגוד עניינים? ביהמ"ש לא יבטל את ההיתר כיוון שאומנם ההחלטה הראשונית התקבלה בניגוד עניינים, אבל אין קשר סיבתי בין ההיתר לניגוד העניינים שעבר כמה שלבים.

**מהן הדרכים לנטרול ניגוד עניינים?**

1. **מבחן המידתיות**- נקבע בפס"ד טטור. ניתן לנתק ניגוד עניינים, לא על דרך של שלילת זכות.
2. **אם עובד הציבור נמצא בגוף קולגיאלי או בוועדה, אנו ננטרל את ניגוד העניינים שלו ע"י הימנעות מהצבעה והשתתפות בדיונים.** בנוסף, ניתן להאציל את סמכותו לאחר, או שהממונה עליו ייטול את סמכותו.
3. **אנו נגדיר לו את תפקידו.** אדם למשל סגן ראש העיר. מאחר והוא יו"ר ועד העובדים, כל העניין העובדים יהיה מחוץ לתחום שלו.
4. **כאשר דורשים מהרשות להתנהג בתום לב.** תום הלב צריך להיות הדדי. צריך להצביע על ניגוד עניינים הזדמנות הראשונה, ברגע שנודע לאדם על ניגוד העניינים, באותו רגע הוא צריך להודיע על כך.

**התוצאות של מעשה מנהלי, כאשר עובד הציבור נמצא בניגוד עניינים: בטלות יחסית.****הטעמים לאיסור ניגוד עניינים ומשוא פנים כלומר, מדוע אנו רוצים לנטרל ניגוד עניינים ?**

1. **חובת הנאמנות של הרשות- במצב של ניגוד עניינים,** כאשר הרשות היא שלוחה או נאמנה של הציבור, חלה חובת הנאמנות בין שולח ושלוח, או בין בעלים ונאמן. זוהי החובה לפעול אך ורק לטובת הציבור, ולהימנע ממצב של ניגוד אינטרסים.
2. **במצב של משוא פנים-** אינטרס הציבור הוא בחשיפת האמת. לכן, גיבוש דעה קדומה, בלי לב פתוח לחשיפת האמת, מהווה הפרה של חובת הנאמנות (הש' ברק בפס"ד בן דוד).
3. **חובת ההגינות של הרשות בניגוד עניינים-** הרשות מחייבת שהחלטה בעניינו של אדם, העלולה לפגוע בו, תתקבל כאשר מקבל ההחלטה אינו במצב של ניגוד עניינים, ואין סכנה מוחשית של שקילת שיקולים זרים.
4. **חובת ההגינות במצב של משוא פנים-** אין זה הוגן לקיים הליך מנהלי, כאשר הגורם המחליט כבר גיבש דעה. זה מצב של משחק מכור, בו אין טעם בכלל, ואין משמעות לזכות הטיעון.
5. **מניעת חזירה של שיקולים זרים במצב של ניגוד עניינים-** הסכנה לחזירת שיקולים זרים היא גדולה יותר במצב כזה, ויש לנטרלה מראש, ולא להעמיד את עובד הציבור במבחן הזה. לכן, ברגע שיש חשש לניגוד עניינים, צריך לנטרל את הסיטואציה. אסור להיות במצב של ניגוד עניינים, כדי שמקבל ההחלטה לא יעמוד למבחן בנוגע לחובת הנאמנות וההגינות שלו.



**במצב של משוא פנים** - מחליט שגיבש את דעתו, ואינו פתוח לשכנוע, מחשיד את עצמו שהוא נמצא במצב של שקילת שיקולים זרים.

4. **הבטחת אמון הציבור במנהל הציבורי בניגוד עניינים** - כל עוד שעובד הציבור נמצא במצב של ניגוד עניינים, הצדק לא ייראה, גם אם הוא ייעשה. הדבר פוגע באמון הציבור במנהל תקין. **במשוא פנים** - הצדק לא ייראה כאשר המחליט מעיד על עצמו שאין הוא פתוח לשכנוע, ומדובר בהליך מיותר, בו אין הזדמנות לפרט לשכנע בצדקת טענתו.

#### **צורות של ניגוד עניינים:**

1. **ניגוד עניינים אישי** - מדובר בניגוד עניינים בין אינטרס ציבורי, לאינטרס פרטי של עובד הציבור. כך למשל, מי שצריך להחליט במסגרת תפקידו בעניין ציבורי, ולהחליט יש השלכות על ענייניו הפרטיים, או ענייניהם הפרטיים של מקורביו. מדובר בניגוד עניינים בין אינטרס ציבורי, לאינטרס פרטי. למשל חבר ועדת תכנון ובנייה, שצריך לבחור בקשה לשימוש חורג במקרקעין של קרובי משפחתו.
2. **ניגוד עניינים מוסדי** - עובד ציבור, הממלא שני תפקידים ציבוריים, ובתוך כך נוצרת התנגשות בין שני האינטרסים. לדוגמה: אני נמצא בוועדת ביקורת, מבקר לא יכול להיות גם מבוקר. לא סביר שהגוף המבקר, יהיה הגוף המבוקר. זה יוצר פגם בביצוע התפקיד, ויוצר פגם גם באינטרסים ששני הגופים אמורים לשרת.

**פס"ד שמעון הממונה על מחוז דרום:** שמעון היה מטעם ההסתדרות- יו"ר ועד העובדים ביישוב שלו. הוא היה גם יו"ר אגודת הספורט ביישובו. בנוסף, הוא היה גם סגן ראש המועצה. היה מצב שבו העירייה רצתה לפטר עובדים. מי שאמור לייצג את אותם עובדים ולפטר אותם – היה שמעון. כאשר הוא יו"ר אגודת ספורט, מי שנותן תקציב לאגודה זה שמעון. הדבר הגיע לביהמ"ש. איך נתגבר על הסיטואציה הזו? הסעדים שנותן ביהמ"ש, צריך לבחון אותם בשני דרכים: מצב שעובד הציבור ממלא תפקיד ציבורי, ומצב שעובד הציבור עובד כעובד, ולא כנבחר ציבור. אמרו לו שהוא נמצא כסגן, ולא כממלא מקום. ממלא מקום הוא ראש מועצה בפועל, מתי שראש המועצה נעדר. סגן נשאר תפקיד ציבורי.

**פס"ד בן שמעון:** היה מזכיר מועצת הפועלים, וחבר מועצה בתחומים הקשורים ליחסי העבודה בתחום תרבות וספורט, הקשורות ברווחת העובד. במצב כזה, יש ניגוד אינטרסים מובהק בין תפקידיו הציבוריים. התעוררה השאלה: האם מזכיר מועצת הפועלים, פסול מלכהן כחבר מועצה מקומית, או כסגן ראש המועצה? נפסק כי ניגוד עניינים, בכל הקשור לתפקיד סגן יו"ר המועצה, לבין תפקיד חבר מועצת הפועלים, ניגוד העניינים הוא צר, ואינו משתרע על חלק נכבד משני התפקידים. ביהמ"ש לקח את שלושת התפקידים ועשה הצלבה ביניהם, כדי לראות איזה אינטרסים חופפים, ואם יש ניגוד עניינים, לנטרל אותו. בסופו של דבר, אדון שמעון הסכים להתפטר מתפקידו כממלא מקום ראש העיר, וראש העיר האציל לו תפקידים שאינם מעוררים חשש לניגוד עניינים, עם תפקידיו האחרים. הוא בכל העניין של עובדים, לא יהיה קשור. בכל העניין של אגודות ספורט הוא לא יהיה קשור, וכך מנטרלים את ניגוד העניינים.

**פס"ד סיעת הליכוד נ' מועצת עיריית פ"ת:** ביהמ"ש פסק כי חבר ועדת הנהלה, אשר נסמך על שולחנו של ראש העיר ומיעץ לו, ובתוך כך הוא חבר ועדת הביקורת שתפקידה לבקר את פעולות ראש העיר, כאשר המחוקק קבע במקרה הזה שיש צורך בהפרדת רשויות, בין הרשות המבצעת, לרשות המפקחת, טשטוש ההפרדה הזו יוצר ניגוד עניינים. נפסק כי המשיב פסול מלשמש כחבר ועדת הביקורת.

#### **מתי אנו נצביע על ניגוד עניינים הפסיקה קבעה שני מבחנים: מבחן "החשש הסביר" או "האפשרות הממשית" (עדיין בניגוד עניינים):**

ניגוד עניינים ומשוא פנים הם בעייתיים, גם אם לא התממשו, וגם אם בפועל לא נשקלו שיקולים זרים, או שנשמר לב פתוח, וזאת בשל הפגיעה במראית פני הצדק ובאמון הציבור. אשר על כן, מדובר במבחן הסתברותי ולא מבחן תוצאתי. מורכבותם של החיים מזמנת מקרים רבים, שבעלי תפקידים, הם בעלי היכרות מוקדמת או מסוימת עם נושא ההחלטה. בכל היכרות מסוג זה, אם נטען לניגוד עניינים, זה היה עלול לשתק את פעילותו של המנהל הציבורי. רתיעה מפסילת יתר של בעלי תפקידים, היא נכונה באופן כללי, ולא כל שכן, במדינה קטנה יחסית כישראל. **האיסור על משוא פנים וניגוד עניינים, אמור להביא רק לפסילת מעורבותם בהחלטה של אנשים שיש להם "זיקה של ממש" לעניין.** לצורך זה, יש לאמץ מבחן שיגדיר את ההסתברות למשוא פנים וניגוד עניינים, וההלכה הוותיקה **בעניין פס"ד שימל**, בפסיקה התייחסה למעשה גם להיבט חשוב זה של הדיון בכך שהיא אימצה את מבחן **"האפשרות הממשית"** למשוא פנים.

**נחזור לדון בחריגים יש לכך חריגים:**

1. המטאריה מחייבת – למשל אני שופט ואני מסיים את המשמרת שלי ואותו אדם חשוד ברצח, השופט מכיר את האדם החשוד, ויש ניגוד עניינים, אבל במקרה הזה ניתן לשפוט להאריך את המעצר.
- אם אותו עצור אומר שאני מכיר את השופט ויש ביננו סכסוך שכנים אולם החשוד לא ציין זאת מראש, והוא ציין את זה כאשר ראה את העו"ד שלו, לכן צריך להגיד את ניגוד העניינים בהזדמנות הראשונה. לכן בד"כ ידחו את הבקשה של החשוד ויגדו לו דחיפות או צורך.
2. דחיפות או צורך.
3. מצב של ניתוק הקשר הסיבתי. אם בהחלטה הראשונית היה ניגוד עניינים. למשל מהנדס נותן יתרון לאחיו, ולאחר מכן ההיתר עבר לוועדת ביקורת ולמליאה. האם ניתן להגיד שההיתר ניתן בניגוד עניינים? ביהמ"ש לא יבטל את ההיתר כיוון שאומנם ההחלטה הראשונית התקבלה בניגוד עניינים, אבל אין קשר סיבתי בין ההיתר לניגוד העניינים שעבר כמה שלבים.

**הדרכים לנטרול ניגוד עניינים:**

1. מבחן המידתיות
2. כאשר אותו עובד ציבור שנמצא בשני תפקידים:
  - א) נגיד לו שאתה לא משתתף בדיון
  - ב) האצלת סמכות
  - ג) הגדרת מרחב עבודה.

**מה זה להחיל את עקרון המידתיות?**

**בג"ץ 4360/94 טאטור נ' שר המשטרה** – הבחור הוא גר בקלנסואה ושייך למשפחת פשע, הוא הגיש מועמדות למשטרת ישראל ופסלו אותו כי משפחתו עוסקת בפשע, הוא עתר, והשופט החיל את עקרון המידתיות, הש' אמר להציב אותו במקום אחר ולא בקלנסואה, וזה "פגיעה מידתית בחופש העיסוק".

**התוצאות לנטרול של ניגוד עניינים** – המונח של בטלות כבר איננו, יש "בטלות יחסית" יש משפט שאומר כי בימה"ש לא יחליף את שק"ל של הרשות, כמו פסלות מועמד להיות עו"ד, בימה"ש יבחן את ההליך, של הפסלות לרבות מסירת מידע, זכות המידע, זכות שימוע. נניח כי המועמד לא קיבל את הזכויות שלו, הוא יחזיר את הבקשה ללשכה.

**בניגוד עניינים ומשוא פנים** הם בעייתיים גם אם הם לא התממשו, ובפועל לא נשקלו שיקולים זרים או משצר לב פתוח וזאת בשל הפגיעה במראית פני הצדק ואימון הציבור, לכן מדובר **במבחן הסתברותי ולא תוצאתי**. מורכבות את החיים מזמנת מקרים רבים שבהם בעלי תפקידים הם בעלי הכרות מוקדמת מסוימת עם מושא ההחלטה, בשל כל הכרות מסוג זה הייתה עלולה לשתק כלילי את פעילות המנהל הציבורי, לכן רתיעה מפסילת יתר של בעלי תפקידים היא נכונה, אולם היא צריכה להיות לפי מבחנים מידתיים, האסור על משוא פנים וניגוד עניינים אומר להביא רק פסילת מעורבות בהחלטה של אנשים בעלי זיקה של ממש לעניין, לכן יש לאמץ מבחן אשר יגדיר את ההסתברות למשוא פנים וניגוד עניינים. **ההלכה:** הוותיק **בעניין שימל** התייחס להיבט חשוב זה בכך שהיא אימצה את מבן האפשרות הממשית- המבחן הוא בעל נטייה לצמצום בניגוד עניינים ומשוא פנים והוא מגדיל את יריעת הפסילות שבהם התשתית לחשש מצוקה למדי. **הפסיקה התלבטה בין מבחן האפשרות הממשית והחשש הסביר, עדיין אין הכרעה בעניין לעיתים.**

**בתי המשפט משתמשים בלשון המשותפת של חשש ממשי.** בד"כ ישתמשו בזה בפסלות שופט. אין הבדל בין שני המבחנים אם כי מבחן החשש הסביר יותר קפדני, אבל בעניין פסלות שופט יש להעדיף את **מבחן הפסלות היחסית**.

**המבחנים הם אובייקטיביים מנקודת מבט של האדם הסביר.**

יש לשאול את האדם הסביר אשר יודע את העובדות כדי להכריע אם יש חשש סביר או אפשרות ממשית של **ניגוד עניינים או משוא פנים**.

**גופי ייצוג וניגוד עניינים**

כאשר יש עובד מקצועי אשר נמצא במשרד יותר קל לזיז אותו במשרד שלו ולא כלפי חוץ, יש מקום או גוף בחוק המייצג אינטרסים מגוונים, ונציגיו נבחרים על פי ההשלכות שלהם למגזר מסוים, **למשל סעי' 5 (ב) לחוק המועצה ליצור ושיווק ירקות** אשר קובע כי בהרכב המועצה נציגי הציבור יהיו: נציגי המגדלים, משווקים, והצרכנים. זכות הייצוג אשר קבע החוק עומדת בסטירה לעקרון ניגוד עניינים, אשר האינטרס הצר של הציבור יעמוד לנגד ענייני הנציג וזאת המטרה בבסיס הייצוג.

במקרים שהחוק קובע לייצוג מגזר מסוים ראוי להגמיש את הכלל של משוא פנים וניגוד עניינים, באופן של ייצוג האינטרס כצר, ניתן לראות את הגף המייצג שלוח את המגזר ולא כל הציבור עצמו.

**פס"ד מהדרין – סעי' 4 א (3)** לחוק המנהל מטיל לנציגי המגזר החקלאי להתמנות למועצת מקרקעי ישראל, השופט לא מגביל אותן, אולם מציין שהם בניגוד עניינים, מדובר על פיצוי של חוכרים לקרקעות חקלאים, עקב שינוי ייעוד הקרע על יד המנהל עם החוכרים נקבע כי נציגי המגזר נמצאים בניגוד עניינין כי האינטרס שלהם תשלום פיצוי, ואילו חברי המועצה קביעת פיצו קטן ככל האפשר. לכן בימה"ש אמר כי הנציגים לא יכולים לשבת באותה ועדה ויכולים לשבת במנהל מקרקעי ישראל, אבל לא בוועדה עצמה.

**ההבחנה בין נציג בעל אינטרס אישי לנציג אשר מייצג מגזר שלם** – ראוי להבחין בין נציג המגזר החקלאי שהוא חוכר אשר, אשר לו אינטרס אישי ולא לגיטימי, לבין נציג שאין לו אינטרס אישי אלא מיצג את החקלאים שזאת המטרה לייצג את חבריו והמטרה צריכה להיות כתובה בחוק.

**ההבדל בהחלטות חלוקתיות ?**

היא לדאוג בסופו של יום להחלטה מאוזנת המשכלת את כל האינטרסים אשר מתנגשים באותה סוגיה, אולם החלטות אשר שייכות למגזר ספציפי אין מקום השתתפות לנציג המגזר שהוא נמצא בניגוד עניינים גם המשפט הזה הוא בעירבון מוגבל, למשל: אם אני שר מסוים ורוצה לקדם חוק למניעת אלימות נשים במקרה כזה צריך נשים בוועדה.

**חובת עובד הציבור והסנקציה על ההפרה-**

על עובד הציבור חובה להודיע על הממונים עליו או לגוף **קולגיאלי** על ניגוד עניינים ועליו להימנע להשתתף בדיון או בהצבעות באותם עניינים ז"א קודם כל אתה צריך להודיע. הסנקציה על עובד הציבור יכולה להיות פלילית וגם ומשמעתית, בחוק תכנון ובנייה נקבע עבירה פלילית שהעונש עד שנה מאסר, בתחומים אחרים יכולה להיות עבירה של הפרת האמונים **בסעי' 284 לחוק העונשין**. במישור המשמעותי החלטה בניגוד עניינים יכולה לגורר שיפוט של איש ציבור.

**החריגים לכלל של ניגוד עניינים – הש' ברק בספ"ד סיעת הליכוד** הוא משאיר מקום לחריגים לניגוד עניינים שיש בהם מקום לסייג את תחולת הכלל ללא הוראה מפורשת:

- 1. המטריה מחייבת** – לעיתים המטריה מחייבת סיוג הכלל למשל גופי ייצוג של מגזרים מסוימים כמו נציגי הירקות. במצב כזה נסתרה החזקה כי החוק לא רצה להגביל את עקרונות היסוד של השיטה אלא לקיים אותם. למשל: עובדי ציבור אשם מייצגים ציבור האם נמצאים בניגוד עניינים הסקטוריאלי יוצרת ניגוד עניינים אבל יתכן שאותו איש ציבור סקטוריאלי הוא בעל מומחיות כמו קידום העדה האתיופית, יתכן על בסיס עניינים רגישים העובד ציבור ידע לפתור בעיה של אוכלוסייה מסויית.
- 2. צורך או דחיפות** – יכולים לחייב את הכללים, גם שופט אשר נמצא בניגוד עניינים מחויב לשמוע משפט או דיון כי מדובר בעניין דחוף. למרות ניגוד העניינים נאפשר לשופט להמשיך את המשפט. אם השופט לא ייתן החלטה ראויה, ישנה הזכות לערער על ההחלטה שלו.
- 3. מצבים של ניתק קש"ס** – כאשר ההחלטה המנהלית רחוקה מהגרעין של ניגוד עניינים ניתן לומר שאין קש"ס בין בניגוד עניינים למעשה מנהלי, ואין הכרח לפסול את ההחלטה המנהלית.

**אי העלאת הטענה במועד –**

טענת משוא פנים חובה להעלות אותה בהזמנות הראשונה וזה **לפי תקנה 471 לסדר דין אזרחי**, שלפיה מאוחרת של הטענה יכולה להתפרש כהתנהגות בחוסר תו"ל גם טענות לניגוד עניינים יש להעלות בזמן כדי לא לשבש את פעולת הרשות חובה ההגינות של האזרח, כוללת בתוכה את החובה לא לכבוש טענות שיש לו כלפי הרשות ולשמור אותם לזמן המתאים השופט זמיר **בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר**.

דוג: שופט מגיע לדיון בתיק, התובע יודע כי השי' נמצא בניגוד עניינים מאחר והוא יודע כי השי' קשור לקרקע המופקרת באופן אישי. אם התובע יודע על המצאות השי' בניגוד עניינים צריכים להעלות טענה זו בהזמנות הראשונה לגורם של אותו עניין. ברגע הראשון כאשר נשמעת טענת הצדדים או הצד שטוען לניגוד של עניין.

**מה קורה כאשר לא מעלה את הטענה של ניגוד עניינים בזמן?**

שתיקה משמעותה הסכמה למרותו של הרשות המחליטה.

**מה מועד הידיעה ?**

הפסיקה קבעה ברגע שידעת עובדתית עליך לטעון, העוגן שלה הוא מועד הידיעה הפיזי ולא מועד תחילת המשפט, למשל מגיעה אלי תביעה ואני יודע כי נמצא שופט שהוא בניגוד עניינים ואציין זאת רק במשפט עצמו לכן זה לא יתקבל, לא מועד הידיעה ולא מועד תחילת המשפט. מהרגע שידענו נהיה מוכרחים להעלות את הטענה ולא עם תחילת ההליכים.

**הדרכים לנטרול בניגוד עניינים –**

1. **ניגוד עניינים בחופש העיסוק או הזכות להיבחר** - קיים מתח מתמיד בין כללי ניגוד העניינים לזכויות היסוד של חופש העיסוק או הזכות להיבחר. לכן, הפסיקה קבעה כי פסילת אדם מלכהן בתפקיד מסוים תעשה כצעד אחרון. **החובה לבדוק את אפשרות נטרול ניגוד העניינים בטרם פסילת המועמד נגזרת מעיקרון המידתיות בפגיעה בחופש העיסוק.**  
במשפט החוקתי קיים מבחן המידתיות (במידה שאינה עולה על הנדרש), גם במשפט המנהלי קיים מבחן המידתיות- פגיעה מידתית. **ההבדל בין המשפט החוקתי למשפט המנהלי** - כאשר **הפגיעה היא בזכות יסוד** (חופש עיסוק), **מדובר בפגיעה חוקתית ולא מנהלית**. כאשר הפגיעה היא בחופש העיסוק- זכות חוקתית, עוברים מהמבחן המידתי המנהלי למבחן המידתי החוקתי- מבחן יותר מחמיר. **למשל**: כאשר רשות מנהלית מקבלת החלטה (גם כאשר מדובר בפגיעה קשה החורגת מהמתחם הרגיל אבל היא לא בלתי סבירה) **בימ"ש לא יתערב** בהחלטתה משום שמדובר בגוף מקצועי שמקבל החלטה מקצועית יותר מהחלטת ביהמ"ש, אלא אם היא **חורגת ממבחן הסבירות במידה קיצונית או כאשר החלטת הרשות נוגעת לזכות חוקתית של הפרט, ביהמ"ש יבחן את ההחלטה בעניינים החוקתיות והוא יחמיר עם הרשויות**, ובכך שק"ד הרשות במבחן במידתיות יאה יותר צר מאשר בהחלטה מנהלית רגילה.  
**בג"ץ 4360/94 טאטור נ' שר המשטרה** - בחור ערבי מכפר קלנסואה שרצה להתגייס למשטרה, הבן אדם היה ללא רבב בעברו, בחור מצטיין, בעל פרופיל גופני טוב מאוד. בעת הגשת המועמדות שלו הוא נדחה משום שקרובי משפחתו עבריינים. ביהמ"ש קבע כי השיקול של המשטרה שקרובי המשפחה של טאטור הם עבריינים הוא שיקול לגיטימי, הוא לא יכול לעבוד כשוטר בקלנסואה כאשר משפחתו עוסקת בפשיעה, אבל כרשות הם לא שקלו אם ניתן להעסיקו כשטור שלא בעיר שלו, אלא בעיר אחרת- לא שקלו את כלל השיקולים האפשריים ולכן הוא החזיר את הדיון בפני הוועדה בכדי שתשקול שוב את מינוי באזור אחר. **ההתערבות שנעשתה היא בשל פגיעה בזכות החוקתית של הפרט**. ביהמ"ש קבע כי אי קבלת העותר למשטרה בשל ניגוד עניינים הנובע מהיות קרוביו מדרגה ראשונה עבריינים, **פוגעת באינטרס שלו והיא מחייבת בחינה מידתית של אפשרות הנטרול של ניגוד העניינים**, דרך בדיקת מקום שירות המרוחק מביתו ומשפחתו. הרשות לא ביצעה את המוטל עליה ע"י שקילת אפשרויות לנטרול ניגוד העניינים.

2. **עובד ציבור שהוא חלק מגוף קולגיאלי** - כאשר מדובר בעובד ציבור שהוא חלק מגוף קולגיאלי (וועדה), האפשרות היא הימנעות מההצבעה ומהשתתפות בדיונים בנושאים הבעייתיים. לעומת זאת, כאשר מדובר בתפקיד של איש אחד, קיימת אפשרות נוספת של **אצילת הסמכות או נטילתה באותם עניינים בעיתיים**.

3. **הגדרת התפקיד הציבורי ואפשרויות נטרול ניגוד העניינים** - כאשר הנטרול משמעותו- נטרול אפשרותו של עובד הציבור למלא את תפקידו עקב היותו עובד ציבור המצוי בניגוד עניינים תמידי ומשתרע על חלקים מרכזיים של התפקיד, אין מנוס מפסילת אותו עובד ציבור.

**בג"ץ 5575/94 מהדרין בע"מ נ' ממשלת ישראל** - במועצת מקרקעי ישראל יש נציגים של איגוד החקלאיים. בשל ביצוע הפרטת האדמות רצו לפצות את החקלאיים ובישיבה יושב נציג של איגוד החקלאיים ורשות מקרקעי ישראל- נוצר קונפליקט בין שני התפקידים ברשויות המוסדיות הללו, בתור נציג מקרקעי ישראל המטרה היא להעניק מינימום פיצוי, ואילו בתור חבר באיגוד החקלאיים המטרה היא לקבל מקסימום פיצוי. אותו חבר בשני הגופים הללו מצוי בניגוד עניינים מתמיד בכל הקשור להחלטה הנ"ל. ביהמ"ש ביטל את ההחלטה וקבע כי אין דרך מלנטרל את ניגוד העניינים, אלא מלפסול את אותם חברים מלכהן בשתי הוועדות.

**פס"ד סיעת הצעירים** - עו"ד העובד במשרד שלא מייצג לקוחות בתיקים מול העיריה שבה הוא מכהן חבר מועצת העיר. אותו עו"ד התחייב שלא לעסוק בתחומים אלה בעתיד. ביהמ"ש קבע כי הוא רשאי להמשיך לכהן בתפקידו כחבר מועצה. **אמנם, הוא נמצא בניגוד עניינים, אך הוא חתם על מסמך שבו הוא לא ייצג לא את העיריה ולא נגד העיריה ובכך נטרל את הניגוד עניינים.**

**חומה סינתי** - לא מספיק שאותו עובד לא יעסוק באותו תחום, לפי כללי האתיקה, לכל המשרד אסור לעסוק בתחום.

קיים מתח מתמיד כללי בין ניגוד העניינים לזכויות היסוד של חופש העיסוק או הזכות להיבחר לכן נפסק כי פסילת אדם מלכהן בתפקיד תעשה כצעד ארוחון **פס"ד שמעון** הקשור למנות הדם, הוא לבדוק את ניגוד העניינים נגזרת מעקרון המידתיות. הפגיעה בחופש העסיק החלת את עקרון המידתיות. המנהל מחייבת במקרה של פגיעה בחופש העיסוק אי קבל העותר למשפט **פס"ד טאטור** ואת בשל ניגוד עניינים כי מקורבים פושעים פוגע באינטרס האישי שלו לכן היא מחייבת בדיקה עניין של נטרול כמו שירות במקום אחר.

דבר שלא נשקל על ידי הרשות ההחלטה לדחות את העתירה בכופף לשקילה מחודשת בפני הרשות. כאשר מדובר בעובד ציבור שהוא חלק מהוועדה האפשרות היא להימנע מהשתתפות או הצבעה באותם בנושאים, נעלה זאת כאשר מדובר בתפקיד של איש אחד קיימת אפשרות של האצלת סמכות או נטילת באותם מקרים שעובד ציבור נמצא בניגוד עניינים.

#### **פס"ד איי.ביי.מיי נגד מד"י-**

לשם ביצוע ההחלטה על מחשוב בתי המשפט, הוכנה הצעה אשר הופנתה למס' ספקים, הצעות נבדקו על ידי הרשות אשר המלצה על העותרת ועוד מתחרה שהם יכולות לבצע את העבודה. ההמלצות הועברו לוועדה המרכזית ולמשרד הממשלה אשר החליטה להתקשר עם שתי המתחרות. תחילה היה על המתחרות לערוך אפיונים ולהכין אב טיפס לפרויקט. בשלב השני היה על הודעה להחליט על ההמשך ההתקשרות עם אחת המתחרות. כלומר נשארו שתי המתחרות. הוועדה החליטה להתקשר עם החברה המתחרה של איי.ביי.מיי. מר דיסקל מועסק באגף התקציבים של משרד האוצר כיועץ חיצוני יותר מ 4 שנים והוא סוחר בחברת תדיראן. החברה אשר זכתה משמשת כקבלן משנה של תדיראן של הפרויקט.

היכן יוצב הגבול לקרבה היוצרת ניגוד עניינים ?

עצם ההכרעה הוועדה התבססה על הצעות אשר הגישות איי ביי אם ותדיראן ולא אישורו שינויים בהצעות, לכן על הוועדה לאפשר לאיי ביי אם ותדיראן להסביר את הצעות שלהם בתמיכה. וכך לא נצטרך בוועדה המרכזית ליועצים ומומחים מהשלם. הוועדה תקבל את ההחלטה מי תזכה במכרז בין שתי החברות כאשר החברים אשר יכהנו בוועדה ימשיכו להיות בעודה. אבל פרט לשני החברים של אגף התקציבים שלא יהיו אותם חברים אשר פעלו על פי המלצה של דיסקל אלא להביא אנשים אחרים מאגף התקציבים.

**מה הן תוצאות מעשה מנהלי שהחלט לגביו עניין של משוא פנים או ניגוד עניינים-**

- (א) הפסיקה קבעה כי לא כל ניגוד עניינים יפסול את ההחלטה המנהלית- לפי דוקטרינת הבטלות היחסית, יש לבחון את מהות הפגם והפגיעה באינטרסים הראויים להגנה שנוצרו בעקבות ההחלטה (הסתמכות של צדדי ג' או הסתמכות של הרשות עצמה) כאשר לעיתים קרובות יהיה מקום לסייג את הבטלות.
- למשל אני התמודדתי במכרז על חברת היסעים וחבר שלי היה בתוך הוועדה, אני כבר רכשתי כלי רכב, וכעת צד ב' מערר על ההחלטה. **מה ניתן לעשות ? יש בטלות יחסית:**
- האם המכרז יבוטל? יהיה נזק לציבור ולרשות, לכן יש שתי דרכים לפתרון:
- 1) אותו אדם שנמצא בניגוד עניינים אשר נמצא בוועדה ניתן להגיש נגדו כתב אישום.
  - 2) או סנקציה במישור המשמעותי להוריד אותו ממעמדו.

- (ב) **ניתוק הקש"ס עקב שרשרת החלטות-** הפסיקה קבעה כי כאשר ההחלטה המנהלית רחוקה מתכלית ניגוד העניינים. כך שניתן לומר כי עקב שרשרת החלטות ארוכה, אין קש"ס בין ניגוד העניינים למעשה המנהלי ואין הכרח מלפסול את ההחלטה המנהלית.

**מה הדין כאשר יש מיעוט הנמצא בגוף רובני, החליט ברוב גדול ורק אחד מחבריו נמצא בניגוד עניינים-**

הש' ברק קבע **בנג"ץ 202/90 אי.בי.מ. ישראל בע"מ נ' משרד המשפטים** כי יש לבטל את ההחלטה למרות כי רק שנים מהחברים נגועים בניגוד עניינים וזאת מהסיבה שיכולת אותם שני חברים לשכנע את החברים האחרים היא כה גדולה וכך הפגם של ניגוד עניינים יידבק גם בשאר החברים.

יש את חברת כלל אם – אדון דיסקון הוא דירקטוריון לחברת כלל וגם הוא יועץ של נציגות משרד האוצר. ויש 2 נציגות משרד האוצר, חברת אי.בי.מ, וחברת תדיראן.

לכן הש' ברק קבע כי מר דיסקון נותן יעוץ לנציגות של משרד האוצר הוא נמצא בניגוד עניינים, לכן הש' ברק אמר כי נציגות של משרד האוצר לא ישתתפו בוועדה.

**סוגי משוא פנים וניגוד עניינים:**

1. נגיעה כספית.
2. נגיעה משפחתית.
3. זיקה הנובעת מתפקיד ציבורי לרבות תפקיד קודם.
4. היכרות אישית של ממש (חיובית/שלילית).
5. דעה קדומה. **פס"ד בנק הדוד – פס"ד בן דוד.**
6. הסדרים סטטוטוריים לעניין ניגוד עניינים- הפסיקה קובעת שלמרות שקיים ניגוד עניינים, היא מעוניינת בכך, כמו חוק תכנון ובניה שאומר איש ציבור מנוע להיות בוועדה.
7. ניגוד עניינים פלילי- בניגוד להוראה מפורשת בחוק.
8. ניגוד עניינים בפן המשמעותי ובניגוד להוראות המשפט של אותו ארגון- עובד מדינה.
9. **ניגוד עניינים אתי-** לא בניגוד להוראות החוק ולכללי המשמעת, אך הוא נראה ונשמע לא תקין.



**חובת ההנמקה –**

חובת ההנמקה הנה חובתה של הרשות להסביר מה פעלה או החליטה בדרך מסוימת והיא נגזרת מכללי הצדק הטבעי ונותנו ביטוי נוסף להגינות של הרשות בהליך המנהלי. ז"א הרשות צריכה לנמק את ההחלטה, וזה יוצר אמינות כלפי הציבור וזה יוצר מצב כאשר התיק מגיע לביהמ"ש השופט יכיר את הסוגיה יותר טוב. ואם ההחלטה לא תהיה מנומקת הש' יכול להשית עליך הוצאות כספיות.

**מה הטעמים והחשיבות של חובת ההנמקה:**

**פס"ד מתן שירותי בריאות:** " הנמקה מסייעת לרשות לקבל החלטה רציונלית ולא שרירותית, היא מאפשרת הסתמכות נכונה עליה(ז"א אם אני עובד ציבור חדש נכנס בנעליו של העובד ציבור הקודם, ואם ההחלטה שלו מנומקת אז אני צריך לפעול באותה צורה) מספקת תשתית עובדתית וביקורת שיפוטית או ציבורית. היא מתבטאת יחס אנושי ומכבד לפרט שהחלטה מנהלית עוסקת בו. יש בה כדי לבסס את אמון הציבור בשלטון, בדיני מכרזים חובת ההנמקה מקבלת משני חשיבות, נוכח האופי התחרותי של דיני מכרזים המחייב את הרשות להסביר אתה הטעמים שעמדו ביסוד בחירתה במועמד זה ו או אחר, זאת כדי להתרעה מפני משוא פנים ופגיעה בטוהר המידות, וכדי להבטיח כי הרשות תפעל ביסודיות וענייניות ובמידה ראויה של התעמקות. אז מה הטעמים והחשיבות של חובת ההנמקה ?

**א. היא גורמת לרשות לבדוק את ההחלטות שלה –** ביקורת פנימית, ברגע שהרשות או פקיד הציבור מנמק את ההחלטה שלו והממונים עליו רוצים לבדוק את סבירות ההחלטה שלו יש אצלם את הנימוק להחלטה שלו ולכן זה מועיל לגוף המנהלי עצמה. הנמקה דורשת מחשבה סדורה והגיונית. לפי כך הצורך להנמקה מוביל לביקורת עצמית וביקורת כזאת מסייעת לקבלת החלטה רציונלית בכך שהיא מחייבת את הרשות לבסס את ההחלטה על תהליך מוסדר שבו היא מפרטת את שיקוליה ואת הטעמים שהובילו אותה לאותה החלטה. הנמקה המלווה להחלטה נשאת בתיק המנהלי ובכך, מאפשרת לרשות לבדוק את עצמה לאחר המעשה כדי להבטיח עקביות ואחידות בהפעלת הסמכות.

**ב. חובת ההנמקה חיונית לקיומה של ביקורת שיפוטית ושמירה על שלטון החוק –** ברגע שאני מקבל החלטה הרשות דוחה לי עניין מסוים ואני רוצה לעתור לבימ"ש, החלטה לא מנומקת לכן בימ"ש יהיה לו קשה לקבל אינדיקציה למה הרשות המנהלית קיבלה את אותה החלטה ומאלו מניעים. לכן, ברגע שההחלטה היא מנומקת זה מקל על הרשות השופטת לשקול האם ההחלטה הזאתי היא מידתית ומפורטת דיה? והאם היא בגדר הסמכות של הגוף המנהלי. **הערכאות השיפוטיות חייבות בכדי לתת ביקורת שיפוטית לקבל החלטה מנומקת, וכאשר ההחלטה מנומקת ניתן להעריך ביחס להחלטות אחרות בעניינים דומים, ומאפשרות לתקוף את ההנמקה, ללא הנמקה מאפשרת לאדם סביר לבדוק את ההחלטה במבחן הדין, ולתקוף אותה בדרכים המקובלות.**

**ג. אימון הציבור –** החלטה מנומקת גורמת לאימון הציבור במערכת המנהלית היא חשובה לביסוס אימון זה משום שיש בה כדי להסדיר ולו באופן חלקי חשדות לשיקולים זרים או לא עניינים ומתן נימוקים להחלטות וביטוי של שקיפות שהיא מעמודי התווך של מנהל תקין.

**המקור הנורמטיבי לחובת ההנמקה**

חובת ההנמקה לא הייתה הקיימת בחוק האנגלי, לכן היא תודלה של מערכת המשפט הישראלי, מאז 1948 עד שנת 1958 היא הייתה קיימת מכוח הפסיקה, **בשנת 1958 חוקק חוק לתיקון סדרי מנהל (החלטות והנמקות)** אשר עיגן את חובת ההנמקה לעובדי ציבור. ע"פ רוב, רשויות לא אהבות לנמק את החלטות שלהן – כדי לתקן את המצב נחקק החוק המחייב את הרשות לנמק את החלטותיה לרוב בגופים שיפוטיים למשל ועודות תכנון ובנייה, ומאידך ישנם חוקים והוראות אשר פוטרים את הרשות לנמק החלטות, לדוג צו למתן רישיונות יבוא פוטר את מנהל המכס לנמק את החלטתו בדבר סירוב למתן רישיון יבוא לפלוני. כאשר הרשות פטורה מנימוק החלטה היא נהנית "חזקת החוקיות למעשה המנהלי" הנימוק של הרשות, ואז העותר צריך להוכיח כי הרשות פעלה לא כדין, ללא אינדיקציה לגבי ההחלטה ובמצב כזה נטל ההוכחה והראיה על כתפו של העותר. השופט זמיר **בפס"ד המועצה האזורית אשקלון נ' שר הפנים –** קובע שגם אם השר אינו חייב על פי חוק בהנמקה הוא חייב זאת מחובת ההגיונות. כאשר החוק פוטר את הרשות מחובת ההנמקה בצורה מפורשת הפסיקה קובעת די בחשש קל שבקלים לפיו נפל פגם בהחלטת הרשות על מנת שבג"ץ יחייב את הרשות לנמק את ההחלטה שלה. אמרנו כי רשות יש לה "חזקת החוקיות למעשה המנהלי", אבל כאשר היא לא מנמקת בימה"ש מחליש את "חזקת החוקיות למעשה המנהלי" ז"א בימה"ש יבדוק את ההחלטה במקרה הספציפי. בד"כ החוקים הם שותקים ויש את החוק לעיל שאומר שיש כאלה שאין להם חובת הנמקה, אבל בהימ"ש אומר כי כאשר הרשות לא מנמקת אז זה מחליש את "חזקת החוקיות למעשה המנהלי".

**החוק לתיקון סדרי מנהל החלטות והנמקות 1958 –**

סע' 1 בחוק זה – "עובד הציבור" – עובד מדינה, עובד רשות מקומית וכן כל רשות שהוענקה לה סמכות על פי דין.

**ס' 2(א) – חובת מתן תשובה במועד –** "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".

**פירוט התנאים של ס' 2(א) –**

**תנאי ראשון – עובד הציבור מפעיל סמכות על פי דין** – היא חלה על סמכות מכל סוג, בין אם זה סמכות חובה או ברשות. היא חלה אפילו על הסמכות להתקין תקנות ובלבד שהסמכות ניתנה כדין. כלומר, היא חלה על כל חיקוק – על צווים, דיני המשפט המקובל ודיני היושר שנקלטו במשפט הישראלי. לעניין סמכויות עזר השופט זמיר אומר שהחובה חלה גם על הוראות ממשל כלליות וגם סמכויות עזר לפי ס' 17 לפקודת הפרשנות. היא חלה על סמכות מכוח ספציפי בחוק המעניק סמכות, ככל שהסמכות על פי דין נגדיר אותה בצורה רחבה יותר חובת ההנמקה תחול על יותר החלטות.

**תנאי שני – ההנמקה צריכה להיות בכתב** – ההנמקה תינתן עם ההחלטה ובתוך 45 ימים מיום קבלת הבקשה. הרשות חייבת למסור את הנימוקים למבקש ואין המבקש צריך לפנות אליה ולבקש את הנימוקים. עליה לתת את הנימוקים במהירות הראויה לאחר מתן החלטה, כך למשל **בפס"ד מועצה אזורית אשקלון נ' שר הפנים –** קובע בימה"ש שבד"כ דחיית עתירה גוררת חיוב של העותר בהוצאות המשפט של המשיב. בהתאם לכך, היה מקום לחייב את המועצה האזורית בתשלום הוצאות לשר הפנים. אולם, לא יהיה ראוי לעשות כן בנסיבות המקרה משום שהשר לא נימק את החלטתו. אכן, בתשובה לעתירה ניתנו הנימוקים להחלטה אך מן הראוי היה שהנימוקים יינתנו עם קבלת החלטה או לפחות סמוך לאחר קבלת החלטה.

**תנאי שלישי – ההנמקה צריכה להיות מופנית לעובד ציבור –** עובד ציבור כהגדרתו בסי' לחוק ההנמקות הוא **עובד מדינה, עובד רשות מקומית וכן כל רשות שהוענקה לה סמכות על פי דין –** אולם אין מקום שההגדרה תחול על רשויות אחרות מחוץ למנהל הציבורי – למשל נשיא המדינה, מבקר המדינה או הרשות המחוקקת. כל אלו, ניתן לומר כי אין הן בגדר משמעותו של החוק.



**תנאי רביעי סירוב לבקשה –** הרשות לא צריך לנמק את ההחלטה שלה אם הבקשה שלי התקבל, אם לא קיבלו את הבקשה שלי הרשות צריכה לנמק את ההחלטה. כלומר אם קיבלתי היתר בנייה אין צורך בנימוק. אולם במקרה של סירוב חלקתי הרשות צריכה לנמק רק על החלק של סירוב הבקשה. גם הצבת תנאים מחייבת הנמקה.

**לכן אם נקבל במבחן שאלה על חובת ההנמקה אלו התנאים לחובת ההנמקה.**

### **עד כמה הנימוקים צריכים להיות מפורטים –**

לשאלה הזו אין מענה בחוק, אולם הפסיקה פתרה את המצב חלקית ומסתבר כי היקף ההנמקה תלוי בנסיבות המקרה. **ז"א ככל שהפגיעה יותר קשה צריך לנמק,** עצם קיומה של חובת ההנמקה לא קובעת מסמרות בשאלה מהי מידת ההנמקה או טיב ההנמקה ואורכה ייגזרו בין היתר ממאפייניו של המכרז וממהותה של השאלה העומדת להכרעה **הש' שמגר פרשת אברהמי –** הוא אומר במקרים פשוטים וברורים רשות מנהלית אינה חייבת להרחיב את הדיבור, העיקר שההנמקה תבהיר את הטעם או הטעמים העיקריים להחלטה באופן שיאפשר לברר גם אם היא חוקית. לצורך זה, נדרש לעיתים שההנמקה תציג ממצאים עובדתיים במידה וההחלטה מתבססת עליהם או פרשנות של חוק או שיקולי מדיניות. אם ההנמקה אינה מפורטת או ברורה במידה הנדרשת לפי הנסיבות עשוי בימ"ש לקבוע כי אין היא בגדר הנמקה בכלל והתוצאה היא שהרשות לא קיימה חובת ההנמקה. והתוצאה היא שהרשות הפרה חובת ההנמקה. **השופט קיסטר בבג"ץ שפירא –** קובע שעל הרשות להציג בנימוקה את המסכת העובדתית עליה השתיתה את החלטתה ועל החלטה להיות מפורטת כך שאפשר לבדוק אותה מבחינה משפטית. **השופט זמיר בפס"ד יורוגום –** קובע שהנמקה חייבת לפרט את הדרך למסקנה שהגיע אליה הרשות.

**חובת ההנמקה בגוף קולגיאלי (גוף ציבורי, או וועדה) –**

בד"כ בימה"ש ייתן פטור מחובת ההנמקה לגופים קולגיאלי, בהתחשב בכך שחברים בגוף כזה עשויים לתמוך בהחלטה מטעמים שונים. שאלה זו עוררה מחלוקת **בפרשת שפירא נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין – השופט כהן** אמר שכאשר הגוף הקולגיאלי מקבל החלטה ברוב קולות, די לנמק בהחלטה כי התקבלה בדעת רוב ואין חובה לפרט את עמדת כל אחד מחברי הגוף. **אז נשאלת השאלה איך נדע אם יש ניגוד עניינים? השופט קיסטר בניגוד לשופט כהן לא מקבל את** העמדה הזאת והוא אומר שבחוק ההנמקות לא קבוע אם זה גוף קולגיאלי או גוף מקצועי אלא רשום שיש חובת הנמקה על כל רשות ציבורית. חוק ההנמקות לא מפריד בין עובד ציבור לגוף קולגיאלי, על הגוף הקולגיאלי לנמק את ההחלטה שלו. **השופט לנדאו** השאיר את הסוגיה הזו בצריך עיון. עם זאת ניתן ללמוד על הנימוקים להחלטה של גוף קולגיאלי מתוך פרוטוקול הדיון מתוך התבטאויות, או התכתבות של מטעם הגוף הקולגיאלי, אולם בדיעבד הנמקה ובהעדר פרוטוקול ביהמ"ש יכול לחייב את הגוף לנימוק. **בפס"ד נאות נ' מועצת עיריית חיפה –** חברי מועצה מוטל עליהם חובת ההנמקה ולהמעיד אותם בביקורת שיפוטית, החברים אינם רשאים להקים חומת שתיקה, ההתעטפות בשתיקה מקום שהם צריכים לגלות את ליבם, מחשידה אותם שיש מה להסתיר אומנם אין משמעות להתבטאות, אך בידי חבר מועצה להתבטאות בדרך הצבעה, לכן אם הוסברו לחברי וועדה או למועצה את הנימוקים שלו, והועלתה הצעה לפסילת מועמד אשר נסמכה על שיקולים זרים, חבר מועצה אשר יצביע נגד ההצבעה יביע את ההסתייגויות שלו נגד השיקולים, אך אם בכוונתו לתמוך בהחלטה מטעמים אחרים אז הוא חייב להשתתף בוועדה ולנמק את ההחלטה, אחרת יהיו שיקולים פסולים שעליהם התבססה ההחלטה. הדעה הרווחת כי גוף קולגיאלי נכס תחת עובד ציבור.

**רשלנות ביחס לשינוי חזית ונימוקים סותרים**

מה קורה כאשר הרשות משנה חזית, היא נחשדת בכך שהיא משנה את הנימוקים שלה, או הנימוקים שלה סותרים ?

**בפס"ד יורוגום –** חברת שהייתה מייצרת משחק "פוגים" היא ביקשה לקבל הטבה של מס ומרכז ההשקעה דחה אותה מכל מיני סיבות אחד הקריטריונים זה יוצא, ואז הוגשה עתירה בבימה"ש, מרכז ההשקעה דחה את הבקשה כי המפעל אינו נמצא בפריפריה. אם ביהמ"ש יכול להורת על שינוי חזית זה יהיה תקדים, לא יעלה על הדעת כי נימוקי הרשות לא יהיו נכונים והיא זונחת אותם בבימה"ש, ובמקרה כזה בימה"ש יפסוק לטובת העותר. בימה"ש כיוון שהטעמים אשר מרכז ההשקעות נתן לעותרת בשעתו נמצא פגומים וכיוון שקיים ספק עם הטעמים אשר מציגה היום לפני בימה"ש נשקלו כאשר הוחלט לדחות את בקשה המפעל ובהתחשב בהצהרה שבאי כוח מרכז ההשקעות מוכנים לאשר את בקשה העותרת אם המפעל יועבר לאופקים, לא יהיה ראוי כי בימה"ש יעמיד את עצמו במקום המנהלה לפי כך מציע לבטל את בקשת העותרת ומחזיר א הבקשה למרכז ההשקעות ותשקול זאת בשנית.

**לאחרונה ניתן עוד פס"ד רוזנבלום מלי ואחים נגד שושנה רוזנשיין –** כאן יש עוד חידוש, אמרנו בעבר כאשר אני רוצה לערער על החלטה של שלום ואני מערער למחוזי, ואם אני רוצה לערער לעליון אז יש בקשת ערעור, התנאים הוחל בפרשת חניון חיפה וזה יהיה רק אם יהיה עניין ציבורי רחב, במקרה הנ"ל מדובר על חברה אשר ירשו בית משותף, הם הגישו בקשה לפירוק שיוף הגברת עדנה שושנה התנגדה לפירוק, בימה"ש נתן החלטה לפירוק, שושנה הגישה בקשת ערור למחוזי וקיבלה צו על תנאי עד לקבלת החלטה בניין, כלומר הקפאה של החלטת השלום, בימה"ש המחוזי נתן צו על תנאי. המשיבים הגישו בקשה לדיון חוזר, המחוזי כתב מנסיבות העניין אני משאיר את הצו על תנאי ואין פירוק שיתוף, ואז המשיבים הוגש ערעור לעליון, **הש' ברק ארז -** לאחר עיון בבקשה החלטתי כאילו ניתנה רשות ערעור והוגש ערעור על פיה. החליטה לקבל את הערעור באופן חלקי, כי החלטת בימה"ש המחוזי אינה עומדת בדרישות הסף של חובת ההנמקה. כלומר

**בגלל שהחלטת הש' לא הייתה מנומקת** אז היא דנה בבקשה. היא אורמת ביהמ"ש עמד לא אחת על חשיבות חובת ההנמקה הפרתה עשויה להצדיק במקשרים מסומים מתן רשות ערעור, היקף חובת ההנמקה עשוי להשתנות ממקרה למקרה, ועליה לאפשר לצדדים להביא את הנסיבות עליהם עומד הפס"ד, וכן לאפשר לעלוין לבקר את הפס"ד במידת הצורך. ההנמקה של בימה"ש המחוזי אינה מאפשרת את האדנים עליה היא נשענת, לא ניתן להסתפק בהחלטה כי ראוי לקבל את ההחלטה של המחוזי שהיא עיכוב הביצוע בשים לב לנסיבות. היא אומרת שומה היה על בימה"ש המחוזי לפרט בהחלטתו מה הן אותן נסיבות על עיכוב הביצוע ולהידרש לטענותיהם של המבקשים. לכן הערעור התקבל התיק חזר למחוזי לנימוק ההחלטה. **לכן זה סעד חדש של חובת ההנמקה.**

### **חוק ההנמקות נותנים פתורים לרשות לנמק החלטות-**

הרשות במצבים מסוימים, לא תהיה חייבת לנמק החלטות ככל הנראה הדבר יוצר הסדר שלילי מכוח החוק ומכוח הפסיקה.

### **פטורים להנמקה – ס' 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 הייתה 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.

### **חייבים להיות ערים לפטורים האלו במבחן!!! אנחנו צריכים לשים לב האם לרשות אולי יש**

#### **פטור מחובת ההנמקה.**

החוק מחריד מתחלתו גם את סעיף 9

#### **חריג לחובת ההנמקה – ס' 9 לכלי ירייה**

תחולה (תיקון מס' 4) תשנ"ה-1995

9. חוק זה לא יחול –

- (א) על החלטות לפי חוק כלי הירייה, 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.

**מה הפתור הזה עושה מבחינת כללי הצדק הטבעי ?**

**כאשר אדם מתחתן עם אישה זר, והשר לא נותן תושבות האם זה הגיוני ?**

**סעיף 9 (ב) בד"כ עוסק באיחוד משפחות פלס',** לכן הפסיקה התלבטה בעניין הזה לאור עקרון שלטון החוק נקבע כי יש לפרשת בצמצום את חובת ההנקה, הטומן בחובות הגבלות על הביקורת השיפוטית ופגיעה בה פוגעת בשלטון החוק, הש' זמיר – כדי לאפשר לעותר להציף מעבר לפרגוד, בימה"ש יסתפק בהוכחת פגם אפילו בדרכים עקיפות אשר יחייב את הרשות לנמק.

**השופט זמיר קובע בספרו** כי לאור עיקרון שלטון החוק יש לפרש בצמצום את הפטור מחובת ההנמקה (ס' 9+3) הטומן בחובו הגבלות על הביקורת השיפוטית. על בימה"ש לנסות להסיר ככל האפשר הפרגוד האטום ולאפשר לעותר להציף מאחוריו.

**ערעור על שימוש בפטור – ס' 4**

השימוש בפטור מחייב הנמקה למה מגיע לרשות הפטור. לצד השני יש 30 יום לערער לשר הממונה על החלטה שלא לנמק את החלטה של הרשות (כלומר על קבלת הפטור).

**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 – ס' 5**

הסעיף מחייב להודיע לזכאי על זכותו להגיש ערר. על החלטות השר ניתן להגיש ערער כעתירה מנהלתית.

**הודעה על זכות ערר**

5. הייתה 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.

החלטות שיפוטיות מנהלתיות הפטורות באופן גורף מהנמקה החוק אינו חל עליהם כפי שקבוע בסעי' 9 למשל חוק הירייה והכניסה לישראל. לגבי סעי' זה ההנמקה תלוי ברצון הטוב של הרשות וברצונה יהיה להסיר אות להסתיר את הפרגוד. לגבי הפטור בעס' 2)3 לא מדובר על פטור גורף, החלטה של שיקולי ביטחון שלא לנמקה מקימה בזכות ערער אשר כפופה לביקורת שיפוטית.

לכן השב"כ קודם כל צריך להוציא תעודת חיסיון.

עוד הערה זכות העיון קרובה מאוד לחובת ההנמקה אולם, אין חובה להסיק כי הפטור מחובת ההנמקה מקיים פטור מזכות העיון, יש היגיון כי האזרח יכול לעיין בחומר אך לא ידע מה הטעמים להחלטה. סעי' 9 לחוק חופש המידע מסדיר פטורים דומים לעניין זכות העיון.

יש מקרים כי חובת ההנמקה לא חלה, כאשר מוגשת הצהרה לפי החוק במעוד הקבוע בו הינה חובה שאי קיומה מהווה עבירה פלילית אשר עונש מאסר או כנס בצידה, במקרה כזה במקרה כזה לכאורה אי קיום חובה כזה היא לא בסמכות נקבע בפס"ד הנדס נגד מנהל מס' שבת.

**אי מילוי אחר החוק הקובע חובת הנמקה – ס' 6- הפרת חובת ההנמקה**

ס"ק (א) קובע כי עובד הציבור חייב לבוא בפני בימ"ש ולציין למה לא נימק את החלטה, עצם אי מילוי התפקיד יכולה לגרום עבירת משמעת. הסעיף קובע כי הפרת חובת ההנמקה אינה פוסלת את החלטה אלא מעבירה את הנטל על שכם הרשות – הופכת את חזקת הכשרות של הרשות המנהלית ודי לכך בכדי לזכות את העותר בצו על תנאי המחייב את המדינה לנמק את החלטתה. כאן אין בטלות יחסית בשונה מזכות העיון ואם הופרה חובת ההנמקה לעולם בימ"ש לא יבטל את החלטה והוא יבקש לדון שוב בהחלטה. ס"ק (ב) קובע כי אי מתן תשובה תוך 3 חודשים כמוהו כסירוב לבקשה ללא מתן נימוקים.

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

6. (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.

**(תיקון מס' 1) תשכ"ט-1969**

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



**אז הסעדים הם:** 1. מחייבים את הרשות לנמק, 2. עבירת משמעת של עובד ציבור, 3. אם אני כעותר הפסדתי אז אני לא אשלם את ההוצאות, 4. בקשת רשות ערעור בגין חובת ההנמקה זה חדש עלה בפס"ד **רוזנלבוים מלי ואחים נגד שושנה רוזנשיין**.

**פס"ד מועצת אשקלון – הש' שמיר** אומר אם העותר הפסיד לא יישא בהוצאות, לעניין עבירת משמעת עובד ציבור שאינו מנמק את החלטתו הוא אינו מודע כי הוא יוצר פגם, וחשוף לסנקציה.

**זכות העיון**

כאשר דיברנו על זכות הטיעון אמרנו שהאזרח לא יכול לטעון את הטענות המהותיות שלו לנסיבות העניין אם הוא לא מסוגל לעיין במסמכים של הרשות בה התקבלה ההחלטה בינו. זכות הטיעון היא בבד בבד עם זכות העיון, אתה חייב לתת לי לעיין במסמכים בהם התקבלה ההחלטה שלך על מנת שאוכל להתנגד. זכות העיון היא זכותו של האדם לעיין במסמכים אשר בידי הרשות הציבורית היא מורכבת משתי זכויות קרובות אך נפרדות, **זכות ראשונה**, זכות פרטית לעניין אישי, **הזכות השנייה**, זכות עניין ציבורית וזו זכותו של כל אדם לעניין גם אם אני לו עניין אישי.

**זכות העיון היא זכותו של אדם לעיין במסמכים שבידי המנהל הציבורי והיא מורכבת משתי זכויות קרובות אך נפרדות:**

**1. זכות עיון פרטית-** לא נמצאת בחוק, הומצאה בפסיקה. ניתן למצוא אותה בחקיקה ספציפית.

**2. זכות עיון ציבורית-** פותחה בפסיקה, אך עוגנה בחקיקה משנת 1998 חוק חופש המידע.

**איך התפתחה זכות העיון?** כללי הצדק הטבעי כוללים את מרכיב זכות העיון כחלק מזכות הטיעון. בכל הנוגע למסמכים שתוכנם עשוי לתרום בצורה אפקטיבית לטיעון שלי מול הרשות. לצידה של זכות העיון התפתחה בהדרגה זכות עיון נוספת המתייחסת למסמכים שנמצאים בידי הרשות ואשר לפרט המבקש לעיין בהם יש זיקה ויש חשיבות מיוחדת לזכות העיון שכן, מבחינה פורמלית עיון במסמכי הרשות מהווה עבירה פלילית לפי ס' 117 לחוק העונשין: "האוסר מסירת מידע על ידי עובד ציבור ללא סמכות כדין".

**הטעמים להצדקת זכות הטיעון:** הכרה בזכות הפרט לעיין נדרשת לצורך הגנה על האינטרסים הפרטיים של המבקש. לכן בפסיקה הוכרה החובה לתת פומביות להנחיות פנימיות על מנת שיגיעו לידי האנדים העשויים להיות מושפעים מהחלטות אלו. השיקולים להצדקת זכות העיון מטעמים ציבוריים בגלל שהמידע שייך לציבור וחשיפתו חשובה לדמוקרטיה – המידע מסייע לחופש הביטוי ולזכות להשתתף במשחק הדמוקרטי.

**שמגר אמר:** "משטר דמוקרטי בנוי על שיתוף מתמשך של הציבור במידע המתהווה בחיים הציבוריים. החיסוי של מידע מוצדק רק בשל טעמים יוצאי דופן של בטחון המדינה או יחסי חוץ או חשש לפגיעה בעניין ציבורי חשוב.

**ברק אומר:** "כי מחובת הנאמנות נגזרת גם חובת הגילוי, אכן מידע המצוי לאיש פרטי יחזיקו לעצמו ואין עליו חובה לגלותו אלא אם כן מתוך כוח חוק החוזים תרופות של הפרת חובת תו"ל המחייבת אותו על פי ס' 39 לחוה"ח. לא כך אצל איש ציבור – מידע המצוי בידיו אינו נכס פרטי משלו זה נכס השייך לציבור וכנגד אבל, זכותו של היחיד לקבל מידע עומדת חובתו של השלטון לספק את המידע. מכאן, נובעת חובתם של נושאי תפקידים לתת מידע לציבור. הזכות לדעת היא לא רק זכותו של הציבור היא גם זכותו של היחיד". הש' ברק אומר כי זכות העיון יכולה לתרום למשטר הדמוקרטי שבמדינה.

**זכות העיון הפרטית –**

זכותו של הפרט לעיין במסמכים המוחזקים על ידי הרשות המנהלית ואשר שימשו אותה להחלטה בעניינו. היא ממושכלות היסוד של משטר דמוקרטי, זוהי זכות הנגזרת בעיקר מזכות הטיעון ומחובת המנהל לפעול בשקיפות. חובת הגילוי אינה מוטלת על הרשות אלא כלפי הצד הנוגע בדבר. פה אנחנו צריכים לעשות הפרדה שהחובה הזו נוגעת לפרט הנוגעת לדבר ולא כלפי כולי עלמא! **אם יש שאלה במבחן אנחנו קודם כל בודקים באיזה זכות מדובר האם בזכות העיון הציבורית או הפרטית!** אם אין בחיקוק הוראה אחרת כי אז הרשות אינה חייבת ואולי אף אינה רשאית לגלות את החומר שבידיה לאדם זר שאינו נוגע בדבר. המקור של הזכות הזו אינו נמצא בחוק, **בבג"ץ שפירא –** השופט כהן התייחס לסוגיה וקבע כי מסמכים שהתקבלו בידיה הרשות תוך כדי שימוש בסמכות שהוענקה לה על פי דין צריכים להיות גלויים ופתוחים לפני הצד הנוגע בדבר ואין הרשות נשמעת לאמור משכנס המסמך לתיקיה אין הצד הנוגע לדבר רשאי עוד לראותו. יוצא מן הכלל, מסמכים שמכוח הוראה חקוקה חסויים מפני גילוי או שלגביהם מוטלת חובה על הרשות לשמור בסוד. אנו רואים שהזכות הזו היא זכות מסויגת אם יש הוראה חוקית שמחייבת את הרשות לשמור את המסמכים בסוד, למשל כי זה יסכן את ביטחון המדינה או כל סיבה אחרת הרשות לא תחשוף אותם. באין חובה כללית לגלות רשאי אין אני רשאי לגלות. אך זה לא נתפס לגבי הרשות כי אצל הרשות גם באין חובה בחוק לגלות הרשות חייבת לגלות משום זכות העיון הציבורית אלא אם יש חובה לא לגלות. בימ"ש מתייחס לזכות העיון הפרטית וקובע שזכות הפרט לעיין במסמכים המוחזקים על ידי הרשות זו זכות נגזרת לזכות הטיעון ומחובת המנהל לפעול בשקיפות. זכות העיון שאינה מוסדרת בחקיקה יכולה להיות מוגבלת מתוך חוקים ספציפיים למשל: חוק מרשם האוכלוסין – החוק קובע שמידע שנוגע לאדם יקבל אותו רק אותו אדם כל אימת שיש לו זיקה אישית למידע.

**זכות העיון הציבורית -**

חופש הביטוי מצמיח את זכות הציבור לדעת. שתיים אלו יונקות זו מזו. כדי שהאזרח יוכל להנות מחירותו להחליף דעות דרושה לו גם החירות להחליף ידיעות ולגשת ללא מעצור למקורות האינפורמציה שברצון אזרחים אחרים לספק לו. זאת כל עוד, ואין בכך נזק לאינטרס הציבורי או לאינטרסים חיוניים אחרים הן של המדינה והן של הפרט. הביטוי מקרין מחשיבותו על זכות הציבור לדעת. הזכות לעיין נדרשת כדי להשלים ולעיתים כדי לחזק את הזכות לדעת מרשות מנהלית. יש שהזכות באה על סיפוקה באמצעות שליח ציבור, אם זה מוסד ציבורי ואם זה אמצעי תקשורת. הזכות לעיין נדרשת כדי להשלים או כדי לחזק את הזכות לדעת ניתן לומר כי שתי הזכויות הן שתי פנים של אותה זכות.

אך יש וראוי להעניק זכות זו לכל אדם בציבור באופן אישי וישיר. הזכות מבוססת על העיקרון שהמנהל הציבורי פועל כנאמן הציבור, מכאן, נובע שכל עמידה והמסמכים שבידי המנהל שייכים לציבור ונועדו לשרת את הציבור. לפי כך יש לציבור זכות עיון במסמכים הנ"ל בין השאר כדי לבקר את הדרך בה רשויות המנהל מכלכלות את ענייני הציבור. לאחר שראינו את ההצדקות לקיומה של זכות העיון ההצדקות האלה באו בהתפתחות הפסיקה ובהמשך **לכך בשנת 1998 נחקק חוק חופש המידע**, צורתו העיקרית של חוק חופש המידע היא עיגון זכות עיון ציבורית עצמאית, קרי הכרה בזכות גם ביחס למידע בעל אופי ציבורי שאינו קשור למבקש המידע. הבשורה שנשא עימו החוק אינה אך בעיגון זכות שהוכרה כבר בפסיקה אלא בהרחבת זכות זו, שעיקרה בהכרה בזכותו של הפרט לקבל מהרשות מידע בעל אופי ציבורי ולא רק מידע בעל אופי אישי. כלומר, החקיקה קבעה שהפרט יכול לקבל כל מידע בעל אופי ציבורי ולא רק זה הנוגע אליו. הגשמת התכלית העומדת ביסוד חופש הביטוי מחייבת הכרה רחבה בזכות החברה לדעת וכתוצאה מכך הכרה בזכות גישה רחבה למידע היא חיונית לקיום שוק רעיונות יעיל. חופש המידע חיוני להגשמתו העצמית של האדם לעיצוב אישיותו ולמימוש זכות הבחירה שלו והוא כלי הכרחי להגשמת המשטר הדמוקרטי. החלפה חופשית ולא מוכתבת מהשלטון של מידע או של דעות והשקפות תוך ניסיון לשכנוע הדדי היא תנאי חיוני לקיומו של משטר המבוסס על שלטון העם. רק בדרך זו ניתן להבטיח כי כל יחיד בחברה יקבל את מירב הנתונים הדרושים לו לשם קבלת החלטה בעניין משטר ושלטון. זרימה חופשית זו של דעות מאפשרת שינוי סדר

במבנה הכוחות המקיים את השלטון. זכותו של הציבור לחופש זה באה לקיים את תרבות השלטון, קבלת מידע אודות דרכיו של השלטון חיונית היא ליכולת של הציבור לפקח על פעולות השלטון וידיעתם של רשויות השלטון כי הם חשופות לביקורת תביא מצידה ליתר סדר ומשטר ותרתייע אותן מעשים החורגים מן המותר והראוי.

**בפס"ד מד"י נ' חברת החדשות הישראלית** בימה"ש קבע כי הגשת התכליות של חופש המידע, מעגנות את הזכות הרחבה של הזכות לדעת, וכתוצאה מכך ישנה זכות רחבה למידע. זאת לקיום שוק רעיונות יעיל ולגילוי האמת ולהגשמתו העצמאית של האדם, לעיצוב אישיות ולמימוש זכות הבחירה שלו, חופש המידע הוא כלי להגשת זכות דמוקרטית. משטר אשר מבוסס על שלטון העם ע"י העם ולמען הם, רק בדרך זו אפשר להבטיח כי כל יחיד בחברה יקבל את מירב הנתונים כדי לקבל החלטות בעניין משטר, זרימה חופשית של מידע מאפשר שינוי סדיר במבנה הכוחות השלטוני. קבלת מידע על דרכי פעולות השלטון חיוני ליכולת של הציבור לפקח על פעולות השלטון, עצם זה כי הרשויות יודעות שהם מפוקחות על הציבור מביא ליתר סדר.

## חוק חופש המידע

### חופש מידע

1. לכל אזרח ישראלי או תושב, הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית, בהתאם להוראות חוק זה -  
**אז מהי רשות ציבורית? נבדוק בס' 2 לחוק:**

### הגדרות

2. בחוק זה –  
"רשות ציבורית" –
  - (1) הממשלה ומשרדי הממשלה, לרבות יחידותיהם ויחידות הסמך שלהם;
  - (2) לשכת נשיא המדינה;
  - (3) הכנסת;
  - (4) מבקר המדינה, למעט לגבי מידע שהגיע אליו לצורך פעולות הביקורת וברור תלונות הציבור;
  - (4א) ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, למעט לגבי מידע המפורט בסעיף 79א לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969;
  - (5) בתי משפט, בתי דין, לשכות הוצאה לפועל, וגופים אחרים בעלי סמכות שפיטה על פי דין – למעט לגבי תוכנו של הליך משפטי;
  - (6) רשות מקומית;
  - (7) חברה עירונית;
  - (8) תאגיד שהוקם בחוק;
  - (9) חברה ממשלתית וחברה-בת ממשלתית כהגדרתן בחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, למעט חברות שקבע שר המשפטים באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת; קביעה כאמור יכול שתהיה לגבי כל פעילותה של החברה, או לגבי פעילויות מסוימות;
  - (9א) התאחדות ואיגוד, כאמור בסעיף 9ב לחוק הספורט, התשמ"ח-1988;
  - (9ב) מוסד להשכלה גבוהה שהמדינה משתתפת בתקציבו בהתאם להוראות סעיף 17א לחוק המועצה להשכלה גבוהה;
  - (9ג) החטיבה להתיישבות, במסגרתה הפעלת סמכויותיה לפי סעיף 6ב לחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל, התשי"ג-1952, בכל הנוגע לניהול ענייניה הכספיים של החטיבה להתיישבות, לרבות מידע על אודות הוצאותיה, הכנסותיה, דוחותיה הכספיים, קביעת תקציבה וביצועו, וכן מידע לעניין מכרזים והתקשרויות בחוזים לביצוע עסקאות בטובין או עבודות או לרכישת שירותים, שהיא צד להם;
  - (10) גוף אחר, הממלא תפקיד ציבורי, שהוא גוף מבוקר כמשמעותו בסעיף 9 לחוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958 [נוסח משולב], שקבע שר המשפטים, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת; קביעה כאמור יכול שתהיה לגבי כל פעילותו של גוף כאמור, או לגבי פעילויות מסוימות;

בעצם ס' 2 נותן לנו רשימה של רשויות מנהל שחוק חופש המידע חל עליהם. ס' (10)2 הוא סעיף סל שאומר שכל מה שחל עליו ס' 9 לחוק מבקר המדינה חל עליו חוק חופש המידע. ואז אנתנו בודקים את הרשות שאנחנו רוצים לבקש ממנה מידע והיא לא מופיעה ברשימה אנחנו הולכים לס"ק 10 והוא שולח אותנו לס' 9 ובמידה והרשות הזאת היא גוף מבוקר לפי ס' 9 אז היא חוסה גם תחת ס' (10)2 ואז ניתן לבקש ממנה מידע. עם חקיקת חוק חופש המידע עוגנה זכות העיון הציבורית ביחס לכל אזרח ישראלי **ולכל תושב** כאשר ההסדר בחוק מהווה הכרה בעקרון שקיפות ציבורית. זכות זו בלשונה של השופטת חיות היא מאבני היסוד של חברה חופשית. הזכות לחופש מידע כפופה לחריגים הקבועים בחוק – חריגים שעניינים טעמי יעילות נמצאים **בס' 8 לחוק** הקובע כי רשות ציבורית רשאית לדחות בקשה לקבלת מידע באחד מאלו :

### דחיית בקשות במקרים מסוימים

8. 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 המידע עלולה להתנגש עם יסוד זכויות אחרות למשל הזכות לפרטיות, לקניין ולשם טוב. במקרים כלאה נדרש איזון אופקי בין הזכויות. התנגשות אפשרית אחרת היא עם אינטרסים ציבוריים שונים כגון בטחון המדינה ויחסי חוץ, בטחון הציבור ושלומו או תפקודה התקין של הרשות וכיוצ"ב – אז יידרש ביצוע איזון אנכי ולא אופקי ואז האינטרס הציבורי גובר. איזונים אלה שאנו דוברים בהם לא באו אלה 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 חוק חופש המידע מונה מצבים שונים שבהם נסוג חופש המידע בפני זכויות ואינטרסים אחרים. כך קובע החוק בסעיף 8 רשימה של מקרים אשר בהם רשאית הרשות לדחות בקשה לקבלת מידע בנסיבות שבהן הטיפול בבקשה או איתור המידע כרוכים בקשיים ממשיים או בהקצאת משאבים בלתי סבירים ובנסיבות שבהן המידע פורסם ועומד לרשות הציבור או שהוא מצוי בידי רשות ציבורית אחרת. כלומר בסעיף 8 הרשות מפעילה שק"ל וברגע שהיא מפעילה שק"ל היא יכולה לעשות זאת באופן סביר או לא סביר לכן חייבת להיות אמות מידע בשק"ל, וביהמ"ש עושה בקרה.

**ס' 9(א) לחוק** מונה סוגים של מידע שהרשות מנועה מלמסור, מדובר במידע שגילוי מקים חשש לפגיעה ביחסי החוץ של המדינה או בביטחון שלה או בביטחון הציבור או בשלומם של אנשים וכן, במידע שגילוי מהווה פגיעה בפרטיות או גילוי אסור לפי כל דין וכך נקבע **בפס"ד משרד התחבורה נ' חברת החדשות**.

### ס' 18(1) לחוק - אמות המידה להפעלת שיקול הדעת

#### דחיית בקשות במקרים מסוימים

8. רשות ציבורית רשאית לדחות בקשה לקבלת מידע באחד מאלה:
  - (1) הטיפול בה מצריך הקצאת משאבים בלתי סבירה;

הטעם המרכזי בפרשת סגל קבע בימ"ש את מבחן הסבירות הכללי הקובע **בס' 8(1)** המחייב התוויית אמות מידה להפעלת שיקול הדעת המנהלי ויישום עילת הדחייה. מבחן סבירות הקצאת המשאבים כמבחן מהותי ולא טכני – **כותרתו של סעיף 8 מדברת** על דחיית בקשות במקרים מסוימים אולם וכוללת רשימה של מקרים

בהם רשאית הרשות לדחות בקשה לקבלת מידע. אולם, נוכח חשיבות זכות העיון הציבורית אין די בשיקולי נוחות מנהלית בכדי להצדיק את דחיית הבקשה למידע שהוגשה כחלק מזכות העיון הציבורית. ז"א בימה"ש בא אומר לרשות הציבורית כאשר את דוחה את הבקשה זה חייב להיות במבחן מהותי ולא טכני.

### 9'9 - חריגים שעניינם הגנה על אינטרסים נוגדים

#### מידע שאין למסרו או שאין חובה למסרו

#### 9. (א) רשות ציבורית לא תמסור מידע שהוא אחד מאלה:

- (1) מידע אשר בגילוי יש חשש לפגיעה בבטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בבטחון הציבור או בבטחוננו או בשלומנו 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(יש כאן שק"ל) 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 פרטי משא ומתן עם גוף או עם אדם שמחוץ לרשות;
  - (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; ואנחנו רוצים שעובד ציבור יתבטא באופן חופשי אבל, דבריו לא יצאו החוצה
  - (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



**האם מותר לסרב למסירת מידע של דיונים פנימיים של עובדי הרשות ?**

הטעם המרכזי להצדקת הסייג **נמצא בסעיף 9 (ב)(4)** הנעוץ בחשש מהאפקט המצנן המתבטא ברתיעתם של חברי הרשות הציבורית ועובדיה לקיים דיונים תקינים מקום שאין מובטח בו מעטה מסוים של חיסיון לדעות המוחלפות בתהליך קבלת ההחלטות. מתן אפשרות לעובדי הרשות או הציבור, לקיים ביניהם דיאלוג פתוח או גלוי ללא חשש כי דברים שיאמרו על ידיהם בדיונים פנימיים או בחוות דעת פנימיות ייחשפו לעין כל, נועד איפא להגן על איכות ההחלטות של רשות הציבור ועל האפקטיביות של תהליך קבלת ההחלטות וזו היא **התכלית המרכזית שבסוד הסייג המצוי בס' 9 (ב)(4)**. בשל האינטרס הציבורי הכללי שעליו עמדנו לעיל, הרשות יכולה לסרב למסור מידע הנוגע לדיונים פנימיים, אך עד שתעשה כן עליה לבחון את מכלול השיקולים הצרכים לעניין, ועליה למצוא בנסיבות הספציפיות של מקרה נתון, את נקודת האיזון בין האינטרס הציבורי שבחיסוי המידע לבין האינטרס הציבורי והפרטי ככל שהוא קיים בעת חשיפת המידע. יש להביא בחשבון את נתוניו הקונקרטיים של כל מקרה ומקרה ועל כך שאין להישען על האינטרס הכללי בלבד כנימוק לסירוב לתת את המידע. בימה"ש מתייחס להפעלת שק"ל של הרשות.

רשות ציבורית המבקשת למסור מידע באחד העניינים שבנוגע אליו חל אחד **מן הסייגים שבסעיפים 8+9 לחוק חופש המידע**. צריכה לטפל בבקשה על פי כללי המשפט המנהלי שבהם היא מחויבת בכל פעולותיה. אחד הכללים החשובים כאשר הרשות מפעילה את שיקול דעתה זה הוא שהרשות הציבורית תפעיל את שיקול הדעת המסור לה בסבירות. **הסבירות כמושג נורמטיבי משמעותה** – איתור השיקולים שיש לקחת בחשבון תוך מתן משקל לשיקולים השונים ואיזון ראוי ביניהם בנקודת החיכוך. ז"א כדי שהחלטה לסרב למסירת מידע **מכוח סעי' 8+9** תעמוד במבחן הסבירות על הרשות לאתר ולבחון את מכלול השיקולים ולאזן ביניהם. בין היתר, בהסתייעות בכלי העזר שהחוק העמיד לרשותה **ס' 10 + 11 לחוק חופש המידע**. אחד הכללים החשובים כאשר הרשות מפעילה את שיקול דעתה הוא הפעלת שיקול דעת המסור לה בסבירות. הסבירות כמושג נורמטיבי משמעותו איתור השיקולים שיש לקחת בחשבון ומתן משקל לשיקולים השונים ואיזון ראוי ביניהם בנק' החיכוך. זאת אומרת, כדי שהחלטה לסרב למסירת מידע מכוח סעיף 8 ו 9 לחוק תעמוד במבחן הסבירות על הרשות לאתר ולבחון את מכלול השיקולים הצריכים לעניין ולאזן ביניהם. בין היתר בהסתייעות בכלי העזר שהחוק העמיד לה לצורך כך בסעיפים 10 ו 11 לחוק חופש המידע. הוראות סעיף 9ב' בשורה רחבה וכללית הוראה מתירה לרשות ציבורית שלא למסור מידע אשר גילויי צריך לשבש את ההליך התקין של הרשות או אי יכולתה לבצע את תפקידיה. היא פותחת שער לשיבושה של הזכות לקבל מידע.

**פס"ד הס נגד מפקד כוחות צהל- הסעיף הזה בכללותו** הוא כל כך כללי שהוא עלול לשבש את זכות העיון. פרשנות הסעיף צריכה אפוא להתאים את עצמה לאמות המידע המנחות את החוק ולעקרונות כללים חוקתיים המקובלים בשיטת המשפט שלנו. כלל ידוע במשפטנו כי התנגשות בין זכות חוקתית מוגנת לבין אינטרס ציבורי גובר האינטרס הציבורי על הזכות הראשונה. רק מקום בו קיימת הסתברות ראויה לרוב וודאות קרובה לפגיעה ממשית באותו אינטרס ציבורי. כלל ידוע במשפטנו כי התנגשות בין זכות חוקתית מוגנת בין הפרט לציבור, האינטרס הציבורי גובר, רק מקום קיימת הסתברות לקרוב קיימת פגיעה ממשית באינטרס הציבורי אז ניתן לפגוע באינטרס הציבורי.

**ס' 10 לחוק חופש המידע****שיקולי הרשות הציבורית**

10. בבואה לשיקול 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.

ס' 10 נוקב בעניינו של מבקש המידע. ככל שמבקש המידע יצביע על אינטרס בעל חשיבות עקרונית ומהותית יותר מבחינתו כך יגבר סיכויו לקבל את המידע המבוקש, ולהפך, ככל שהאינטרס שלו כללי יותר כך יטו כפות המאזניים לעבר חיסיון המידע. כאשר יש למבקש המידע אינטרס אישי שזה זכות פרטית, בקבלת

המידע זהו שיקול רלבנטי הפועל לטובת מבקש המידע שעל הרשות המנהלית לשקול בבואה להחליט בבקשה במסלול חוק חופש המידע. פרשנות זו משלבת בנוסחת **האיזון שבס' 18(1) לחוק חופש** המידע הן את הטעם הציבורי הניצב בבסיס הגילוי על פי תכלית חוק חופש המידע והן את הטעם האישי הניצב בבסיס הגילוי של המידע.

אמרנו שזכות העיון הציבורית היא מעוגנת בחוק חופש המידע וזכות העיון הפרטית עוגנה בכלל הצדק הטבעי או בחוקים פרטיקולריים כמו חוק הנזיקין, או פותחה בפסיקה אז בימ"ש אומר שכאשר אני בא לשקול מענה לבקשה לפי חופש המידע שהיא בקשה פרטית אני בוחר אותה בעיניים הציבוריות אני לא אומר אין לו זכות לפי החוק כי זו לא זכות עיון ציבורית אלא פרטית, בימ"ש אומר שיש לבחון את זכות העיון הפרטית כאילו הייתה בקשה של זכות עיון ציבורית ולהתעלם מכך שהיא לא מעוגנת בחוק.

**במקרים שבהם נדחות בקשות לקבל מידע ניתן להגיש עתירה לבימ"ש המפעיל ביקורת שיפוטית על החלטות אלו וזה נמצא בס' 17 לחוק :**

#### עתירה לבית המשפט חוק תש"ס-2000 (תיקון מס' 4) תשס"ה-2005

17. (א) עתירה על החלטת רשות ציבורית לפי חוק זה תידון בבית משפט לעניינים מנהליים, 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.

#### (תיקון מס' 4) תשס"ה-2005

(ב) בדונו בעתירה לפי חוק זה, למעט בעתירה על דחיית בקשה לפי סעיף 8, רשאי בית המשפט לקבל לידיו את כל המידע המבוקש ולעיין 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 סעי' 17(ד) נותן סמכות לביהמ"ש להתיר מידע למרות שהשרות מסרבת, **בפרשת עמותת חופש המידע נגד רשות המיסים** – קבע ביהמ"ש כי זכותם של הנישומים (אדם חייב לרשות המס) העמותה ביקשה לדעת מי האנשים אשר שילמו קופר לרשות. ביהמ"ש אומר שצריך לגלות את המידע כי יתכן ותהיה חוסר הגינות בתשלומים, לכן ביהמ"ש אומר שצריך לחשוף מידע כי יש אינטרס ציבורי. זכות ציבור למידע, מאחר והפגיעה אינה שקולה נגד היתרונות העשויים לצמוח מגילוי המידע וגם הפגיעה האפשרית בתפקודה של הרשות אינה מצדיקה מניעת המידע מן הציבור, הן פרשנות תכליתית של הוראות דיני המס והן האיזון המחייב **מהוראות סעי' 17 (ד) לחוק חופש המידע**. ז"א כאשר יהיה סירוב לחשיפת מידע ע"י הרשות יש פסיקה אשר קובעת כי הרשות אינה יכולה לטעון על שיבוש, ואז בימה"ש יעשה איזון בין השיבוש לחשיפת המידע. אנו רואים כי ביהמ"ש מתיר פגיעה בפרטיות של נישומים אשר עשו הסדר כופר לתשלום מס, למען איזון בקרב הציבור, ולמען תקינות מנהלית ושקיפות הציבור.

**חובת היועצות**

במשפט המנהלי, חובת התייעצות היא חובה המוטלת לפעמים על רשות ציבורית להתייעץ בגורם אחר, בטרם תקבל החלטה בעניין מסוים המצוי בסמכותה. חשיבותה של ההתייעצות נעוצה בכך שהיא מאפשרת קבלת מידע של גורמים מקצועיים, הניתן מנקודת מבט שונה משל בעל הסמכות לקבל את ההחלטה, ולכן היא משפרת את הליך קבלת ההחלטות. לעתים, הגורם עמו הרשות מחויבת להתייעץ מייצג ציבור מסוים שלהחלטה יש השפעה עליו, וההתייעצות מהווה מעין שימוע. **כך, למשל**, חוק ארגון הפיקוח על העבודה, התשי"ד-1954 קובע כי תקנות שמתקין שר העבודה בעניין הכנת תוכנית בטיחות טעונות התייעצות עם "ארגון העובדים המייצג את המספר הגדול ביותר של עובדים במדינה" ועם "ארגון מעבידים שלדעת השר הוא ארגון יציג ונוגע בדבר".

**סוגי היועצות:**

**1. סטוטורית** - השופט חשין קובע שממליץ או מיייעץ על פי חוק הוא יועץ או ממליץ סטטורי הינו חלק מהמנהל הציבורי והוא גוף המחזיק סמכות ממשל.

זאת אומרת, מי שמקבל את הייעוץ הוא ממלא תפקיד ציבורי על פי דין. יועץ סטטטורי אף אם מדובר בעצה בלבד מעמדו יותר גבוה ממעמדו של יועץ פנימי היות והמחוקק הפך אותו לחלק ממנגנון קבלת ההחלטות.

**2. וולנטרית** - כאשר בעל הסמכות רוצה לקבל החלטה והוא מקבל ייעוץ מגוף כאשר הוא לא היה מחויב לעשות זאת קודם. מה הבעיה כאן? הבעיה היא שכאשר אתה מקבל החלטה להתייעץ בצורה וולונטרית אם אתה רוצה לשנות את ההחלטה **סעיף 15 לחוק הפרשנות** מחייב אותך על דרך ההיקש להתייעץ שוב היא הופכת להיות חובה.

ברגע שקיבלתי החלטה ראשונית על דרך של ייעוץ, אם אתה רוצה לשנות אותה שוב אתה חייב שוב לעשות זאת באותה דרך של ייעוץ.

**סעיף 15 לחוק הפרשנות** ← הסמכות לשנות תקנות או הוראות מנהל משמע הסמכות לפעול בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה (הוראת המנהל). זה אומר לנו הדרך שאתה מתקין את התקנה והדרך שאתה רוצה לשנות אותה זה יהיה באותה דרך שהתקנת אותה.

**בפס"ד סוירי נ' עיריית הרצליה**

הסמכות לשנות את כיווני התנועה בעיר נתונה לרשות התמרור המקומית. ראש הרשות תמרור מקומית הוא ראש עיריית הרצליה.

ראש העירייה קיבל החלטה לשנות את כיוון התנועה ברחוב המגנים בעיר ככה שהרחוב יהפוך להיות חד סטרי ובכדי לקבל את ההחלטה לא היה עליו חובה להיוועץ אבל הוא החליט להיוועץ עם ועדת התנועה של העיר.

הנהגים והתושבים ברחוב המגנים עוד לא הספיקו להסתובב ואותו רחוב הפך שוב להיות דו סטרי. ראש העיר שינה את דעתו והחליט להשיב את המצב לקדמותו.

כך ניתנה ההחלטה להפוך את הרחוב לדו סטרי ועשה זאת ללא היועצות.

על פניו לא הייתה חובה על ראש העיר להיוועץ וכן ביהמ"ש נדרש **לסעיף 15 לחוק הפרשנות הקובע** כי הסמכות להתקין תקנות או לתת הוראות מנהל משמעה גם הסמכה לתקן לתלותן לבטלן באותה הדרך שהותקנו התקנות או באותה דרך שניתנה ההוראה.

ביהמ"ש פסק כי על אף שהיועצות ראשונית מקורה וולונטרי תיקון ההוראה כך שהרחוב ישוב לתנועה דו סטרית מחייבת את ראש העיר מכוח סעיף 15 לחוק הפרשנות לחזור ולהיוועץ עם הגורמים אשר סייעו לו לקבל את ההחלטה הראשונה.

**מה האינטרסים בבסיס בחובת היועצות?**

1. אינטרס מקבל ההצעה - מרבה עצה מרבה תבונה. התייעצות בזולת מרחיבה את דעתו של מקבל ההצעה והיא מגלה לעיניו חלופות שאפשר לעשות שכלל לא עלו על דעתו. עצה טובה יש בה כדי לפרוש בפני מקבל ההצעה את יריית המידה בשלמותה, ומסייעת לו להבין לעומקה את הנושאים שעליו להחליט בהם. התייעצות מרחיבה את דעתו וחושפת אותו בפני דרכים חלופיות. במקרים מסוימים ניתן להיעזר בגרומים מקצועיים שיכולים להציע פתרון מקצועי או החלטה מקצועית לבעל הסמכות.
2. אינטרס המייעץ - בדרך כלל למייעץ יש עניין בהחלטה ומאפשרת לו להיות עזר לרשות ולהשפיע על החלטה וזאת כדי שהחלטה תהיה שקולה ומאוזנת יותר. בנוסף שהחלטה תהיה מתחשבת בכל ההיבטים של אותו עניין שעומד על הפרק.
3. הציבור - התייעצות יש ערך דמוקרטי רב היא מביאה לשקיפות יתר של מעשי השלטון התייעצות בגופים חוץ שלטוניים יש בה להעמיד את מעשי השלטון בפיקוח הציבור ולהגביר את תחושת המעורבות של הציבור בקבלת החלטות.

**מהות הפרת חובת היועצות -**

אם אני בעל סמכות ובכל זאת החלטתי לא לקיים את חובת היועצות.

חובת היועצות הינה תנאי לסמכות ולפיכך אי קיום החובה מהווה חריגה מסמכות **וזה נקבע בפס"ד יקבי**

**הגליל ובפס"ד עזבה.**

פגם בחובת היועצות או פגם בחובה הכרוכה בהיועצות משמעה פגיעה היורדת לשורש הסמכות המנהלית ויש בה כדי להביא לביטול החלטה המנהלית.

**פס"ד עזבה הוא פס"ד מנחה שקבע את התנאים לחובת היועצות -**

המערר הקים על קרקע חקלאית ללא היתר בניה מבנה מגורים וזאת עברה פלילית על פי חוק תכנון והבנייה. הוועדה המקומית הוציאה צו הריסה מנהלי להריסת המבנה וערב הוצאת הצו התקשר ראש הוועדה המקומית לתכנון הבנייה בטלפון לראש מועצת קלאונסה. בשיחה העלה ראש הוועדה את הרצון שלו להרוס מספר מבנים ללא היתר. ובשיחה הוא לא פירט אילו מבנים, מה השטח שלהם, מה המחוברים של אותה קרקע ולא נתן שום פרטים. לכאורה זאת הייתה היועצות אבל היא הייתה בשיחת טלפון בעל המקרקעין הגיש בקשה לבית המשפט השלום בנתניה לבטל את הצו. השלום ביטל את הצו, המדינה ערערה למחוזי בתל אביב (מרכז) והמחוזי הפך את החלטת בית משפט שלום וקבע הצו קיים ותקף. המערר הגיש בקשת רשות ערעור פלילי לעליון, והתקבלה הבקשה שלו וניתנה לו רשות לערער. השאלה המשפטית שעמדה בפני בית המשפט העליון האם הוועדה המקומית קיימה את חובת היועצות?

המסגרת הנורמטיבית של חוק התכנון והבנייה בסעיף 238ב' לחוק קובע שחלה חובת היועצות על הוועדה עם ראש הרשות המקומית שבתחומה מצוי הבניין החורג.

**האם אפשר להיועץ בטלפון או האם זה צריך להיות פרונטלי?**

ביהמ"ש העליון הפך את פס"ד של המחוזי וביטל את הצו.

השופט ביסקי קבע שעל אף העדר הוראה מפורשת בדבר הוראה מפורשת לעניין חובת היועצות בסעיף 238ב' אין מדובר בקיום חובה פורמלית. והרשות לא יכול לצאת ידי חובה למראית עין. מטרת היועצות ברורה ומהותה היא התייעצות לצורך צו הריסה מנהלי שהינו בדרך כלל דרסטי. הוא אומר אני שותף לדעה כי ראוי לקיים היועצות בדרך נאותה ואף לאחר הודעה מוקדמת לראש הרשות המקומית בכדי שידע את נושא הדיון ותהיה לו אפשרות להביע את עמדתו לגבי צו ההריסה הספציפי העומד להיות מוצא.

**המבחנים לקיום חובת היועצות-**

**1) צורה-** הליך היועצות הוא הליך דו צדדי בו מוחלפות דעות בכתב או בעל פה, ישירות או באמצעות שליח. גם ככה זה לזכות השימוע, היועצות היא הליך של שכנוע הדדי וזה אמר השופט מצא בפס"ד עזבה והשופט חשין בפס"ד סווארי.

האם יכולה היועצות להיעשות בטלפון? האם היא יכולה להיעשות מחוץ לשעות העבודה?  
**השופט מצא בדעת יחיד אומר-** בהעדר הוראות מפורשות בחוק בדבר מתוקנת הכרכית מסוימת לעריכת ההתייעצות נדרשת כאשר אין הוראה כזאת בחוק אין לדרוש הקפדה על קיום של כללי צורה נוקשים. יחד עם זאת אין לוותר על קיום מאפיינים יסודיים המהווים מעין ערובה לעצם קיומה של התייעצות. חריגה מהנהליים מתאפשרת רק במקרים דחופים כאשר לא ניתן לקיים התייעצות רגילה כי כאשר לא מתקיימת צורת התייעצות מקובלת קמה חזקה שלא התקיימה גם הדרישה המהותית של חובת היועצות.

**השופט בייסקי בפס"ד עזבה (דעת הרוב)** אומר אין כל חשיבות לצורה אלא העיקר הינו המהות וזה יותר הגיוני. **בפס"ד יקבי הגליל** השופט בך מצטט בדעת הרוב בפס"ד עזה ושם דגש על המהות כאשר הוא מציין כי כאשר הגוף המבקש את העצה לא מקבל תגובה מהגוף המייעץ עד מועד מסוים יהיה הגוף המתייעץ רשאי לקבל החלטה והגוף המייעץ ייראה כמי שאין לו מה להעיר בעניין. הגוף המייעץ לא הגיב וגם לא ביקש ערכאה למתן תגובתו ובכך ניתן לראותו כמסכים לאישור ההחלטה של השר. הקושי הוא שהצורה פוגעת במהות וחשובה הדרך של השיקולים של הגוף המייעץ ולא רק התוצאה הסופית. אם המהות היא הליך דו צדדי של שכנוע הדדי לשכלול ההחלטה הרי שמכתב חד צדדי הוא לא תשובה ואינו מאפשר כל דין או דברים בעניין. גם הסכמה חשוב לברר על איזו בסיס היא קמה וייתכן כי השיקולים של המייעץ שונים מהשיקולים של הגוף המנהל. לכן, השתיקה היא לפעמים צורמת כי אפילו אם משהו מסכים יש לדעת מאילו סיבות הוא מסכים. עדיין אין תשובה חד משמעית אם ניתן לראות שתיקה כהסכמה אבל צריך לציין את הקשיים בשתיקה.

**2) דרישת המודעות להתייעצות-** המייעץ והמתייעץ צריכים להיות מודעים שהדיאלוג הספציפי שהם מקיימים מהווה חובת היועצות בחוק. ולא מדובר בשיחה או דיון ראשוני בלבד.

**3) הגדרת נושא ההתייעצות-** המתייעץ חייב להגדיר את נושא ההתייעצות למייעץ והיא צריכה להתנהל על אופן הפעלת הסמכות במקרה הספציפי ואין די בדיון עקרוני על מדיניות. בפס"ד עזבה קבע ביהמ"ש כי ראש הוועדה המקומית לא יצא ידי חובתו בשיחה כללית על מדיניות הוצאת צווי הריסה בתחום המועצה היה צורך להגדיר את נושא ההתייעצות ולדון בכל מקרה לגופו וזאת על סמך תשתית עובדתית הולמת ולהגדיר שהמבנה נושא ההתייעצות הוא מוגדר היטב לצורך הוצאת החלטה מנהלית (צו הריסה) וניתן להקיש שבת המשפט דורש שידעו עד רמת הכתובת כמעט של אותו בית שאותו רוצים להרוס.

דעת הרוב בפס"ד עזבה קובעת שאין להפוך התייעצות סטטורית להתייעצות פורמלית בלבד וראי להתקיים התייעצות בצורה נאותה הן מבחינת הזמן והן מבחינת המקום. המבחן העיקרי הוא לא צורת היועצות. בפס"ד המכון לארכאולוגיה- שם המעצה לא התבקשה להביע את דעתה בסוגיות הרלוונטיות העובדתיות והמשפטיות לכן היה שם גם בעיה בהגדרת נושא ההיועצות.

**4) דרישת הנפש הקולטת-** השופט מצא בפס"ד עזבה קובע כי תנאי בסיסי לקיומה של התייעצות נאותה טמון בכוננות הדדית של 2 הנוגעים בדבר לשמוע ולהשמיע, לשכנע או להשתכנע.

כל אחד משני הצדדים זכאי כמובן לעמוד על דעתו ובוודאי אין איש מהם מצופה לבטל את דעתו שלו מפני דעת רעו. אך ללא נכונותו לשמוע עצה ולהביא בחשבונות את עמדת הגורם הנגדי לא תהיה התייעצות כהלכה.  
**השופט לנדאו בפס"ד המכון לארכאולוגיה אומר כך-** שוכנע השר גמר בדעתו להתלות את רישיון החפירה ותהיה העצה שהוא יקבל אשר תהיה. אומנם זה בסמכותו של השר ואין בעיה שבעל הסמכות גיבש את דעתו עובר להתייעצות וזה אף לפעמיים מתבקש שיביא את עמדתו בפני הגורם המייעץ אך אין לראות בעמדה זו כדעה סופית ומוחלטת. השופט חשין בפס"ד פורום היועצים הדוקומנטריים יש להביא בפני הגורם המייעץ הצעה להחלטה או עמדת בייניים של בעל הסמכות ולאמתו עם ההחלטה המתגבשת שכן רק אז התאפשר לגוף המייעץ לבחון החלטה קונקרטית ולהציע חלופות ולתת הצעה ראויה.

5) **מתן הזדמנות ראויה למייעץ להביע את עמדתו (זמן)** - המתייעץ סיפק למייעץ את כל החומר הנדרש להחלטה, בפס"ד המכון לארכאולוגיה כאשר הנימוק המכריע להחלטת השר הוא קיום קברים באתר חפירה חובה עליו לספק למועצה חומר בעניין זה. ולאפשר למועצה להביע את עמדתה על בסיס תשתית עובדתית הולמת.

#### **פס"ד המכון לארכאולוגיה -**

העותר החזיק ברישיון לחפור חפירות ארכאולוגיות בעיר דוד בירושלים. הייתה טענה מצד קבוצות דתיות באזור ליד שיש בית קברות והטרקטור שחופר באזור הורס את הקברים. הקבוצות הדתיות פנו למשרד הדתות שיעשה מעשה. משרד הדתות סיכם עם העותר שלא יהיו יותר חפירות באזור אלא רק בנק' מסוימות. זה לא הספיק לקבוצות הדתיות והתחילו להתקבץ סביב מתחם החפירה ולמנוע את החפירה בכוח. מי שאמון על החפירות זה משרד החינוך והתרבות, זאת אומרת משרד הדתות לעניין החפירות אין לו מעמד סטטורי, ומשרד החינוך והתרבות היה בגישה שאין במקום קברים כי הוא הסתמך על דעתה המקצועית של הגורמים הבקיעים בדבר וזה ארכאולוגים והאוניברסיטה העברית.

לאחר מכן, הגיעו למקום החפירה 2 הרבנים הראשיים בישראל ואחרי ביקור במקום הוציאו פסק הלכה שכל עיר דוד היא בית קברות אחד גדול. ואם זה בית קברות אסור לחפור לפי ההלכה. כתוצאה מכך, משרד הדתות הוציא צו האוסר על חפירה בעיר דוד.

מי שמוסמך לתת רישיון חפירה זה רשות העתיקות שהם ממשרד החינוך. משרד החינוך ראה את פסקי ההלכה שהוציאו הרבנים וגם הוא שינה את דעתו וביקש להפסיק את החפירות עד לברור העניין.

סעיף 9 לחוק העתיקות קובע שלא יחפור אדם במקרקעין לגילוי עתיקות אלא אם קיבל רישיון לכך מעת המנהל (רשות העתיקות).

שר החינוך נטל את הסמכות של המנהל, הוא נכנס בנעליו לכן מבחינת הגדרה של חוק העתיקות הוא המנהל והחוק חל עליו. לכן במקרה הזה יש לשר חובת היוועצות סטטורית הוא זימן את המועצה בדחיפות והוחלט פה אחד להפסיק את העבודה זאת אומרת הוא קיים את חובת היוועצות שלו. הבעיה פה, זה שהוא אמר להם את זה מיד בהתראה ממש קצרה לכן אמרנו שיש צורך בהזדמנות נאותה מה שלא היה כאן הם לא למדו את הנושא על עיר דוד לתת לו את הייעוץ. בנוסף הייתה בעיה בגוף המייעץ היה צורך שיהיה 10 אנשים ובאו רק ארבעה, האם זה משליח על החלטה של בעל הסמכות?

המתייעץ צריך לתת זמן סביר למייעץ לגבש עמדה בנושאי התייעצות זמן סביר במובן של הזדמנות מספקת לעיין בסוגיה לגבש עמדה ולהגיש את הצעתו. הזמן הסביר הוא פונקציה של הנסיבות מורכבות הנושא הרשויות המעורבות בהחלטה מידת ההיכרות מצד המייעצים עם נושא החלטה בשלבים מוקדמים של הכנתה. העניין בו היא עוסקת ומידת ההשפעה שעשויה להיות על הגופים המייעצים. דוחק הזמן שעומד לרשות בעל הסמכות אשר רוצה לקבל את החלטה.

בפס"ד יקבי הגלילי- נקבע ש17 יום זה זמן סביר במקרה הזה היות והגורם המייעץ באישור התקן היה שותף בהכנת התקן כך שהמטרייה הייתה מוכרת לו היטב.

#### **האם יש חובת התייעצות משנית?**

כאשר משתנה עמדת הרשות או כאשר משתנה התשתית העובדתית גם לגבי זכות שימוע יש חובת היוועצות משנית וזה נקבע בפס"ד יקבי הגליל ולעניין זכות השימוע בפס"ד מחמוד.

השופט זמיר מציע לא לסרב ליתר על המידה את ההליך המנהלי ואומר החובה קיימת רק כאשר סביר להניח שבמצב החדש חל או יחול שינוי של ממש בעמדה של הגוף המייעץ.

6) **אין פגמים בגיבוש עמדת הגוף המייעץ** - השופט לנדאו בפס"ד המכון לארכאולוגיה אומר פגם בהתכנסות הגוף המייעץ פוגם בהחלטת הרשות גם אם היא התקבלה פה אחד. הליך זה מנוגד לתכלית התקנה קיום דיון בישוב הדעת צריך להיות לאחר מתן הודעה לגוף המייעץ.

השופט כהן בדעת מיעוט- כי השר לא אחראי על זימון המועצה לכן פגם זה לא יכול להרעה עם העותר, גם ככה דחה הגוף המייעץ את החלטת השר פה אחד.

**חריגים לחובת היועצות-****1. דעתו של המייעץ נחרצת וידועה-**

כאשר בעל הסמכות הוא עמדה נחרצת וידועה מראש הוא לא יכנס להיועצות משמעותית לכן אין בכלל טעם להיועצות. ויש גבול לניסיונות השכנוע מצד הגוף המייעץ או מצד בעל הסמכות. השופט מצא בפס"ד עזבה אומר שהחריג הזה לא יכול להוות חריג. ויש לאפשר למייעץ לשכנע בעמדתו את בעל הסמכות.

**2. דחיפות-**

כאשר יש חריג בחוק מטעמי דחיפות מאחר והתייעצות מצריכה זמן היתכנו מקרים שהפעלת הסמכות מתחייבת ללא כל דיחוי חריג זה התקבל בנוגע לזכות הטיעון וחובת התייעצות בפס"ד המגורשים. נקבע שבמקרים מיוחדים ניתן לקיים את זכות השימוע ואת חובת היועצות בדיעבד.

**החופש לסטות מעצה-**

הסמכות אצל המתיעץ, הוא פונה למייעץ לפעמים עושה את זה בתור חובה, אבל ההחלטה בסופו של דבר בידי של המתיעץ כי הוא בעל הסמכות ומקור הסמכות מופנה אליו. השאלה היחידה מה היקף שיקול הדעת של אותו מתייעץ בנוגע לייעוץ? איך ניתן לבחון היועצות ומה על בעל הסמכות לעשות עם העצה שקיבל? נגיד שקיימת **חזקה** שהמתייעץ צריך לקבל את העצה ואם הוא רוצה לסטות ממנה הוא יהיה חייב לנמק מדוע לא קיבל אותה. וזה מעמיד אותו במסגרת מצומצמת יותר של שיקול דעת. ואם היועצות היא חובה אז זה מוריד או מצמצם את שיקול דעתו כפליים.

בפס"ד אשקר- נקבע כי קיומה של חזקה לטובת קבלת ההתייעצות כאשר מדובר במומחיות מיוחדת החזקה מתגברת והנימוקים למה לסטות צריכים להיות חזקים יותר. לכן, אם נקיש על פס"ד המועצה לארג וכלוגיה כאשר מקבלים את המידע מהמועצה חזקה על השר לקבל את החלטה של המייעץ (אבל ההחלטה הינה של בעל הסמכות). פס"ד אשקר קיבל על מתן תעודות של הסמכת רופאים.

**הפרת חובת היועצות-**

ככלל הפרת חובה כמוה כחריגה מסמכות והתוצאה היא בטלות ההחלטה המנהלית. אולם, לאחר אימוץ דוקטרינת הבטלות היחסית מסיבות חריגות בהן ייתכן או תסויג הבטלות. כלומר יש נסיבות שבהן לא נבטל את ההחלטה אלא נסייג אותה וזה יהיה בתנאים הבאים :

1. כאשר לא היה בהיועצות לשנות את ההחלטה – למשל כאשר דעת הגוף המייעץ מגובשת וידועה מראש לרשות. אם גוף מסוים רוצה לתת ייעוץ לרשות והם יודעים את הדעה של הגוף הזה מראש, החובה במקרה כזה קיימת אבל הפרת החובה לא בהכרח תוביל לבטלות החלטת הרשות.
2. כאשר אי קיום החובה נבע משיקולי דחיפות וניתן לקיים את ההיועצות בדיעבד (**פס"ד המגורשים**).
3. כאשר קוימה התייעצות אבל נפל בה פגם כלשהו והפגם אינו חמור עד כדי כך שנוכל לומר כי למעשה לא קוימה התייעצות או שאותו פגם ניתן לתיקון בדיעבד מבלי לבטל את ההחלטה.



**עילות הסף**

מונח שהתקבל מהדין האנגלי. עילות שבגינן אם לא עומדים בהן, ביהמ"ש לא נותן להיכנס לשערי. כלומר, העתירה יכול שיש בה צדק אך היא לא עומדת בקריטריונים. יכול להיווצר מצב של אזרח שיש בידיו טענות נכונות וצדקות, אך ביהמ"ש לא ידון בעתירה שלו.

**למשל: מיצוי הליכים** – אדם מקבל החלטה הנוגעת לאחת מזכויותיו מגוף מנהלי, יש קייס טוב לעתירה- נפגעה זכות. אבל, מיצוי ההליכים לעיתים שוללים זכות האדם לגשת לביהמ"ש.

**עילות הסף** – מורשת דיני היושר והתפיסה המנדטורית של ההגנה על השלטון מפני הטרדות משפטיות הולידו את עקרון הסעד העתרוני, סעד שביהמ"ש מעניק לעותר. אך, לזה האחרון (העותר) אין אותה זכות לקבל סעד. **עילות הסף הן עובדות המקימות עילה המגבילה את יכולת העותר להשמיע את טענותיו בפני בג"צ/בימ"ש לעניינים מנהליים.**

ביחסים בין האזרח לשלטון, היכולת של בג"צ להפעיל את שיקול דעתו ולבחון האם יש להעניק את הסעד או לאו. השי' לא כפוף לחוק אלא כפוף לשיקול דעתו.

**תחולת הסף בבית משפט אזרחי :**

**לעניין זה יש שתי תפיסות משפטיות השופט זמיר :**

**1. החלה גורפת** – לשיטתו הקובע כי עילות הסף הן חלק מהמשפט המנהלי המהותי וכאלה הן גם חלות במשפט האזרחי כאשר בית משפט זה עוסק בעניין מנהלי.

**2. החלה סלקטיבית** – יש לבחון כל עילה לגופה ואם יש מקום להחיל אותה בבית משפט אזרחי מקום בו הפן האזרחי הוא דומיננטי כמו בענייני מכרזים הנטייה תהיה לקבל קיומו של שיקול דעת בעד מתן הסעד. כך יש מקום לעילת השיהוי בענייני המכרזים אך ספק רב לגבי ניקיון כפיים.

**מהחוק :**

הגישה בחקיקה אפשר לראות למשל בסעיף 255 לחוק תכנון ובנייה לפיו בית משפט לעניינים מנהליים ידון בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים לפיהם דן בג"ץ.

דברי חקיקה אלה מפנים אותנו לדיון משפטי שכולל גם את עילות הסף.

במשפט הפרטי לבית המשפט אין סמכות שיקול דעת חופפת. יש טענות סף מכוח סעיף 101, 100 לתקנות סדר דין אזרחי והן לא מקנות שיקול דעת לבית הדין האזרחי. אלא בית המשפט שוקל בכלים משפטיים האם יש להחיל את אחת העילות מכוח התקנות. אם הוא יפסוק שיש להחיל את העילות אזי הוא יסלק את התביעה ולא ישקול אם לסלק או לא כמו בית משפט לעניינים מנהליים. הוא בודק האם מתקיימת אחת העילות – אין לו שיקול דעת הוא חייב לסלק את התביעה.

**טענת סף מכוח ס' 101 ו-100 לסד"א אינן מקימות סמכות שיקול דעת לביהמ"ש.** ביהמ"ש שוקל בכלים משפטיים האם יש מקום להחיל את העילות מכוח התקנות. אם פסק שיש להחיל את העילות, השי' יסלק את התביעה ולא יפעיל את שיקול דעתו.

**במשפט הפרטי**, טענת סף הולכת וקטנה וכיום, ביהמ"ש פחות מכיר בעילות הסף. בג"צ יכול להגיד שעילת הסף מתקיימת אבל, הוא רוצה לשמוע. בקיומן של אחת מעילות הסף, נותר העותר עם זכות מנהלית ללא

בימ"ש **(הש' ברק פס"ד אסולין).**

המשמעות המשפטית: בימ"ש עשוי לדחות עתירה, אם לא מצא טעם מן הצדק לסייע לעותר. **פס"ד בלן** על אף שמבחינה משפטית קטילת בעלי חיים לצורך ספורט לא חוקית, **ביהמ"ש לא רואה עצמו חייב, מטעמי צדק להתערב.**

**ביקורת:**

- (1) תפיסה זו אינה עולה בקנה אחד עם תפקיד ביהמ"ש העליון כשומר שלטון החוק.
- (2) מחלישה את הזכות המנהלית.
- (3) פוגעת בשוויון בין האזרח לרשות.
- (4) עם התרחבות המגמה של העברת עניינים מבימ"ש עליון לבימ"ש מנהלי, ספק אם בימ"ש לעניינים מנהליים מחזיק באותו שק"ד כמו בבימ"ש עליון- צמצום הזכות המנהלית.

**הבדל בין מנהלי לאזרחי:**

במנהלי בית המשפט מפעיל את שיקול דעתו ובאזרחי שיקול הדעת הוא מוגבל והוא בודק לאור תקנות סדר דין אזרחי. אם אני עומד בתקנות אז הוא פותח בפניי את הדלת ואם לא אז הוא מסלק את התביעה. זאת אומרת שיקול דעתו של בית משפט אזרחי הוא שיקול מוגבל להבדיל מבית משפט מנהלי.

**צמצום עילות הסף:****הסיבות:**

1. שמירה על שלטון החוק כתפקיד מרכזי.
2. בג"צ שם את שלטון החוק במרכז הבמה. תפיסה זו מחייבת את צמצום עילות הסף שבאה לידי

**ביטוי:**

- (א) הרחבת העתירה הציבורית.
- (ב) קבירת עילת השפיטות.
- (ג) העמדת אינטרס זה מול האינטרסים של עילת השיהוי.

**חיזוק הזכות המנהלית והרחבת עילות הסף:**

**בג"צ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קריית גת** - השי' ברק "נראה לי כי חולשה של הזכות המנהלית אינה רצויה כלל וכלל, צריך לקחת זכות זו ברצינות, היא כבר יצאה מתקופת הילדות והיא זכאית למעמד שווה ערך כמו כל זכות משפטית אחרת.

**לחולשת הזכות המנהלית שני ביטויים:**

- (1) העדר סעד מפותח של פיצויים, כך שמצב של מעשה עשוי, אין הגנה לזכות.
- (2) מימושה תלוי בשק"ד בג"צ בתקופה האחרונה יש התחזקות בשני מישורים אלה, הן בהרחבת סעד הפיצויים והן בצמצום עילות הסף.

**התפתחות דוקטרינת הבטלות היחסית** - דוקטרינה זו נותנת שק"ד לבג"צ ואפשרות לערוך איזון בסוף ההליך ומייתרת את הצורך לעשות את ההכרעה כבר בשלב המקדמי כאשר העניין טרם לובן לגופו. איזון אינטרסים בגדר דוקטרינת הבטלות היחסית תהא נכונה יותר מאיזון דומה בגדר עילת השיהוי, שכן **בשלב** הדיון המקדמי, קשה להעריך את חומרת הפגם המנהלי והפגיעה בשלטון החוק.

**עילות הסף :**

- 1. זכות העמידה** – על אף שבפני ביהמ"ש ייתכן וניצבת שאלה נורמטיבית הטעונה הכרעה, אין העותר הוא הגורם הנכון להביע עניין נורמטיבי בפני ביהמ"ש. השאלה מדברת על זכות העותר. יש צורך שלעותר יהיה:
- א. **אינטרס אישי** – העותר צריך לאחוז באינטרס אישי בנוגע לסעד. כי אין העותר שמציג קבוצה ישרת בנאמנות את האינטרס הנוגע בקבוצה רחבה יותר. דרישה זו בוטלה ונפסק כי האינטרס לא חייב להיות מיוחד לעותר המסוים, ויכול להיות משותף לקבוצה בכלל. השי' ברק קובע כי פגיעה בזכות מעניקה תמיד מעמד לעניין זה ואין נפקא מינה אם הזכות מיוחדת לעותר או זכות נתונה לאחר או לאחרים רבים. זכות המשותפת לעותר ולבני הציבור כולו, הוא גם יכול לייצג את הקבוצה = מבחן הפגיעה.
- ב. **אינטרס ממש** – העותר צריך להיות בעל אינטרס של ממש, הזיקה צריכה להיות חשובה במבט משפטי. למשל: **מחד, בג"צ סגל** – ביהמ"ש הכיר באינטרס הציבור שלא לשנות את שעות השינה וההשכמה בבוקר או העבודה עקב אי הנהגת שעון קיץ – קיים אינטרס ממש. **מאידך, בג"צ לא הכיר** באינטרס בפגיעה בשבת בהפעלת הערוץ הראשון. שכן עומדת להם הבחירה שלא לפתוח את הטלוויזיה לכן אין להכיר בפגיעה ממשית.
- בבג"צ עזרא** ברגר יש הכרה באינטרס להתרחץ בים כשתחנות ההצלה מאוישות.
- מקרים שבהם לא הוכר באינטרס הממשי. **בפס"ד דוד** בית המשפט לא הכיר באינטרס של משלם מיסים באכיפה של מגזרי המס על מגזרים שונים. אם הייתם גובים במגזר הערבי כמו שצריך אני כאזרח הייתי משלם פחות כסף. בית המשפט לא הכיר באינטרס הממשי. **בנוסף בפס"ד ברגר** בית המשפט לא הכיר באינטרס של אנשי המילואים בגיוס 5000 בחורי ישיבות בטענה שכך יפחת נטל שירותי המילואים שלהם. היתה עוד עתירה של אנשי דת נגד רשות השידור על הפעלת מקלטי טלוויזיה בשבת והם אמרו עצם חילול השבת פוגע ברגשות. בית המשפט אומר חילול 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 יותר משל העותר.**
- ד. **קיומו של אינטרס קרוב יותר** – סיטואציה כזו עלולה לחסום את דרכו של העותר בפני בג"צ. למשל: הסיבות לאי צירוף צדדים רלוונטיים לעתירה:
- לא לפגוע בצדדים שלא מיוצגים בלי שתיתן להם את האפשרות להתגונן.
  - לא לפגוע באפשרות של אחרים שהאינטרס שלהם גדול יותר, להביא את העניין בפני בג"צ. ההנחה היא כי בעל האינטרס החזק ביותר ייצג את העתירה בצורה הטובה ביותר.
  - לדאוג שבפני ביהמ"ש תוצג התמונה המלאה.
- בג"צ אלוני** – עתירה נגד הסגרת נקש לצרפת, היו חברי כנסת ואנשי אקדמיה שעתרו נגד החלטת ההסגרה. העותרים היו בעלי אינטרס ציבורי. ביהמ"ש הכיר בהרחבה של זכות העמידה בנושאים הקשורים לשלטון החוק, כולל בעיות של ערכים חוקתיים, אבל **כחרינג לכלל**: העותר צריך להיות בעל אינטרס אישי, ישיר וממשי. **עותר המעורר נושא הקשור לשלטון החוק יכול לעתור לבג"צ ותהא לו זכות עמידה למרות שאינו מחזיק באינטרס אישי, ישיר וממשי.**
- הרחבה מכוח עקרון השוויון**: הכרה בזכות העמידה לטעון כנגד המוסד הציבורי, בא מכוח **א) עקרון השוויון**, כאשר העותר אינו מבקש לעצמו, אלא מבקש הפסקת הטבה שניתנה לאחר שלא כדן. סיווג זכות העמידה: **מחד**, ניתן לראות בה **תריג של עתירה ציבורית**. **מאידך**, ניתן לראות עוד בהכרה בכך שהזכות החוקתית של כל פרט לשוויון מבססת אינטרס אישי, ממשי ישיר.
- ב) כאשר הסוגיה מדברת על דברים הקשורים לשלטון החוק ולעקרונות חוקתיים.**

2.

**עתירה ציבורית** – עותר ציבורי ניתן בדימוי כבעל סכסוך עם הרשות ויד שלטון החוק היא הפרת חובת הנאמנות של הרשות כלפי כל אזרח. עם זאת, הכלל לפי עמדתו העקבית של בג"צ, כי אין הוא נדרש במערכת יחסים בכלל עם העותר הציבורי, זאת משום החשש מגלישה לעתירות פוליטיות וסכסוכים בהקשר של מדיניות משפטית והצפת בתי המשפט. עתירה ציבורית נכנסת לתוך החריגים של הכלל שבג"צ לא נדרש למערכת היחסים בין האזרח לבין הרשות, כי תפקידו המרכזי של בג"צ הוא שמירה על שלטון החוק ורק אחר כך כמיישב סכסוכים בין הפרט לרשות. העדר אינטרס אישי מאבד מחשיבותה של הזכות הציבורית. השי' אלון בדעת מיעוט קובע כי **מבחן האינטרס האישי הוא המבחן העיקרי**, כאשר מוסד העתירה הציבורית הוא חריג מצומצם במקרים הבאים בלבד (רשימה סגורה):

א. שחיתות שלטונית תוך ניגוד עניינים אישי או שוחד ואופי ובעלת אופי חוקתי מובהק.

ב. שאלות של מימון מפלגות וחנינה של הנשיא וכו'.

ביהמ"ש הרחיב עד מאוד בהלכה פסוקה את זכות העמידה של העותר הציבורי, הוא עשה כן מקום שמדובר בעניין בעל אופי ציבורי שיש לו נגיעה לקידומו של שלטון החוק, לאכיפתם של עקרונות חוקתיים ומקום שיש התערבות כדי לתקן פגם מהותי בפעולות המנהל הציבורי. העותר הציבורי הוכר גם במקום שהוא אינו יכול להצביע על נגיעה אישית ישירה או על פגיעה אישית בו. קביעת המדיניות הושפעה במידה רבה ע"י תפיסות היסוד הערכיות בדבר תפקיד הביקורת השיפוטית על מערך רשויות המדינה, ובכך הוכר מעמדו של העותר הציבורי בנושאים שונים בעלי חשיבות ציבורית כללית הקשורים לשלטון החוק ובעלות אופי חוקתי גם במקום שאין אינטרס אישי בנדון. לצד הרחבת תחום פריסתה של זכות העמידה, נשמר הכלל לפיו, לא ייעתר ביהמ"ש, בדרי"כ לעתירה ציבורי, מקום שברקע מצוי נפגע פרטי אשר אינו פונה לביהמ"ש. **מקום שהעתירה תוקפת מעשה מנהלי הפוגע בזכות או באינטרס של אדם מסוים ואותו אדם נמנע מלעתור לביהמ"ש, עשוי ביהמ"ש שלא להכיר בזכות העמידה של העותר הציבורי**. עם זאת, ראוי לציין כי יש ביקורת גדולה מהסתייגות מהכרה במעמד עותר ציבורי, **בכל עת שקיים נפגע פרטי בעל אינטרס ישיר, אישי או ממשי, חייב להישמר חריג לגישה המסתייגת, זאת אם יראה לביהמ"ש כי העותר הציבורי מצביע על עניין בעל משמעות כללית ומיוחדת החורגת מעבר למקרה הפרטי שמדובר בו**. גישה זו משתלבת עם התפיסה שלפיה, **ככל שחשיבות העניין, מבחינה ציבורית גדולה יותר, כך תגדל נגיעתו של ביהמ"ש להכיר בזכות העותר, אף שהוא אזרח מן השורה (חריג לחריג)**.

**הרחבת החריגים: בבג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון**, השי' ברק קבע לגבי פגם חמור בפעולות המנהל-אין היגיון בהגבלת ההתערבות לפגמים מסוג מסוים ועניין בעל אופי ציבורי מובהק שיש לו נגיעה ישירה לקידומו של שלטון החוק- ידון בו. בנוסף, ברגע שהשאלה המשפטית היא בעלת השלכה ציבורית רחבה החיובית לשמירת שלטון החוק- ידון בעתירה. כמו כן, יש צורך בדרישת **דבר מה נוסף**- הפרת חוק ונגיעה לשלטון החוק היא תנאי הכרחי לקיומה של העתירה הציבורית, אבל נדרש דבר מה נוסף, כמו **עניין ציבורי מיוחד, פגם חמור מיוחד וכו'**.

**סייג לחריג הנוגע לעותר קרוב יותר**: כאשר יש עותר קרוב יותר אין זכות עמידה כי החריג שאומר יש זכות עמידה מדבר על קיומו של עותר בעל אינטרס אישי שיכול לפגוע במעמדו של העותר הציבורי. ההנחה שהעותר הקרוב לעניין הוא המתאים יותר, הוא לא יתפשר, הוא בעל דעה אישית, הוא יציג תמונה מלאה והסיכויים שלו טובים יותר ויש לו את כל הידע. **בפס"ד האגודה לזכויות האזרח** ואנחנו מדברים על פסילת תשדירי הבחירות של רשימת רעם ובלאד. הם פסלו להם את התשדירים והרשימות עצמן לא עתרו לבגץ נגד הפסילה אלא האגודה לזכויות האזרח. בפני בית המשפט יש שתי דרכים: להכיר בזכות העמידה של הבוחר, להגיד שהעותר הזה הוא אדם פרטי אנונימי ובוחר פרטי. עמדתו אמנם שהעותר אנונימי אבל בכל זאת יש לו זכות שנפגעה. הדרך השנייה להגיד על האגודה שהיא עותר ציבורי מיוחד שמביא עניין חוקתי ממדרגה ראשונה וגם פחות רחוק מהעותר הציבורי הרגיל. לכן גם במקרה הזה זה מצדיק הכרה בו למרות קיומו של עותר קרוב יותר כמו הרשימה עצמה.

**3. שפיטות**

א. **שפיטות נורמטיבית** – האם העניין המובא לפתחו של ביהמ"ש ניתן להכרעה עפ"י אמות מידה משפטיות. **הגישות הניצבות**: (א) **הש' ברק בפס"ד רסלר – הכל שפיט**. שפיטות נורמטיבית קיימת תמיד, בכל תחום מתחומי החיים, גם כאשר יש לקונה, המשפט קובע דרכים למילוי הלקונה. גם ההחלטה לצאת למלחמה או לקונן יחסים דיפלומטים ניתן לבחון ע"י אמות מידה משפטיות, כלליות וסבירות. (ב) **הש' אלון – לא הכל שפיט**. גם מבחינה נורמטיבית לא הכל שפיט, לא כל פעולה משפטית יש אמת מידה משפטית שניתן להתייחס אליה. אין המשפט אומר כי המשפט מתיר לישון, כך המשפט גם לא אוסר על המלחמה.

ב. **שפיטות מוסדית** – המוסד הראוי להכריע בסכסוך. גם כאשר יש אמות מידה משפטיות לסוגיה, אין המשמעות כי ראוי שביהמ"ש יפעיל אמות מידה אלה וראוי כי ההכרעה תעשה ע"י מערכת אחרת. הש' ברק בפס"ד רסלר קבע כי יש לצמצם את השפיטות המוסדית. **מבחנים לשפיטות מוסדית**:

i. **אופי דומיננטי – הש' שמגר** בוחן את הסוגיה המשפטית ושואל – האם האופי הדומיננטי שלה הוא **משפטי או פוליטי**? אופי פוליטי – ביהמ"ש ימשוך את ידו מהדיון בעתירה. יש לבחון את הרכיבים הפוליטיים מול הרכיבים המשפטיים בעתירה. יש אפשרות שבג"צ יבודד את הרכיבים המשפטיים בעתירה וידון בהם (=עיפרון כחול).

ii. **פגיעה באמון הציבור בשופטים מול הפגיעה באמון הציבור במשפט – הש' ברק בפס"ד רסלר** קבע כי שיקול זה צריך להיות מצומצם במקרים מיוחדים, בהם הפגיעה באמון הציבור, עקב פוליטיזציה לעומת הפגיעה עקב הכרסום בשלטון החוק (שחיתות=בית סוהר). הגדרה זו חוסה על כל המקרים בעלי שחיקה גבוהה שהם לגיטימיים שראוי לדון בהם בעיניים המשפטיות. כאשר ביהמ"ש משקף עמדת צד אחד בוויכוח ציבורי פוליטי, הדבר שוחק את אמון הציבור במוסד החיוני של ביהמ"ש. כאשר ביהמ"ש נתפס כמי שפועל באופן אנטי-דמוקרטי, בניגוד להכרעת הרוב, מדובר בסיטואציה מאוד קשה. **קבוצה א' – מקרים בעלי אופי פוליטי מובהק** הנתונים למרכז הביקורת השיפוטית, במקרים של קבוצה זו יש פוטנציאל גדול בשחיקה של הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית וחשש כי ביהמ"ש יהא מזוהה עם צד מסוים.

**קבוצה ב' – התנגשות עם רצון העם**. העם רוצה א' והפסיקה ב' – ההפך. למשל: שוהים בלתי חוקיים – בג"צ ייחס לרשמי הציבור, בהקשר זה ולכאורה לסבל של תושבי דרום ת"א ולאמירה שהוא נוהג באופן אנטי דמוקרטי, מאחר והוא גוף לא נבחר ומבטל את רצון הרוב. במקרה כזה, השחיקה בשני מאפיינים: (1) אובייקטיבית לשפיטה עצמה. (2) סובייקטיבית בניגוד להכרעת הרוב. מבחני ההתערבות במקרים הקשים מחייבים את ביהמ"ש לבחון האם המקרים האלה טעונים הכרעה מבלי להסתמך על התפקיד הבסיסי של אכיפת שלטון החוק. ביהמ"ש שם את שלטון החוק בצד, ומחליט אם ראוי שביהמ"ש ידון בסוגיה או לאו. **כלומר, ביהמ"ש במקרים מסוג זה, רוצה לשמור על אופי של מערכת משפט נקייה בלי שום נטייה או להסתמן כשמאלני/ימיני, כמצדד בעמדה זו או אחרת של חלק מהציבור.**

**4. עתירה כוללנית**

בג"צ אינו שופט מדיניות כוללת של השלטון אם זה בתחום ביטחון אם זה בתחום מדיניות חוץ של המדינה. סעד כוללני ללא הנחת תשתית עלול להביא לתוצאה בלתי צודקת במקרה ספציפי. עתירה כוללנית פוגעת בחובה לצרף משיבים. מה עוד שאין אפשרות לביהמ"ש לפקח על ביצועו של הסעד שייתן. **בפס"ד לנדאו** הייתה עתירה נגד המדיניות של רשויות האכיפה לעניין חוקי התכנון והבניה במזרח ירושלים. לכן ביהמ"ש מתייחס למספר הגדול של המקרים בלי שהונחה בפניו תשתית עובדתית לגבי כל מקרה ומקרה. הוא אומר אני לא יכול לתת סעד כזה הורסני בלי שאתייחס בכל מקרה למה הבניה הייתה

לא חוקית, האם הייתה בניה של בניין, תוספת, האם הכשל של הרשות ולא של האזרח. לכן ביהמ"ש קובע שהוא לא יכול לצפות תוצאות הסעד מאחר והן יכולות להיות בלתי חוקיות. יש מקרים חריגים שביהמ"ש ייתן סעד כוללני למשל אם שיש 20 אסירים ומתוכם עולה חשש שיש אחד שיש לו מידע לגבי ביצוע של פיגוע שהולך להתרחש במקרה כזה ביהמ"ש יטה לתת סעד כוללני לחקירות של השב"כ למשל, לשימוש באמצעים פיזיים מתונים. כשיש עצורים רבים החשופים לצורות חקירה בלתי חוקיות אי אפשר לזהות באותו רגע את אותו פרט שיש לו את המידע אז כאן ייתכן שיש חריג של סעד כוללני. אמנם לא מזהים את הפרט אבל המדיניות לגבי העצורים היא תשתנה עד להשגת המטרה. זה עניין רגעי, עניין מאוד מצומצם לקבוצה מאוד מצומצמת. אי אפשר להכליל את זה על כל האסירים כי זה אלפים אם אני יודע שלמישהו מה-20 אני אתן.

**5. שיהוי -** לשיטתו של השי' ברק בשל הצורך לחזק את הזכות המנהלית הוא מציע לבטל כליל את דיני השיהוי ולקבוע תקופת התיישנות קצרה יחסית בחוק ההתיישנות עם אפשרות הארכת התקופה משיקולים מיוחדים.

**א.** מצב של ויתור על הזכות. כלומר ויתור על הזכות. ביהמ"ש אומר לעותר אמנם הייתה לך זכות ויכולת לממש את הזכות הזאת אבל מסתמן ממערכת העובדות שעולה לפני ביהמ"ש שוויתרת על הזכות הזאת כי לא פנית לביהמ"ש לקבלת הסעד. למשל, בדיני מכרזים- אם אני הפסדתי מכרז והחוק אומר תוך 45 ימים אם פניתי ביום 40 ואותו בנאדם שזכה במכרז התחיל לבצע עבודות ה 45 ימים אלה לא קדושים כי יש הסתמכות לנוק לצדדים שלישיים ואם ראית שאותו קבלן שזכה במכרז התחיל לעשות עבודות וחיכת 45 יום עולה מן העובדות ויתרת על הזכות הזאת כי אתה לא יכול להגיד התקנות הקציבו לי 45 ימים. במקום כאלה כבר למדו כל אלה שרוצים לתקוף מכרז שברגע זה הוא הולך ומוציא צו על תנאי לא להפעיל את המכרז שמי שזכה במכרז לא ישקיע משאבים ואז תהיה דיון בעתירה שלו.

**ב.** שמירת ראיות- עוד עילה למה ביהמ"ש יכול לפסול עתירה בגלל עילת השיהוי. יותר רלוונטי במגזר הפרטי. אם יש לי למשל התיישנות של הזכות שלי תתיישן אחרי 8 שנים אבל אותו מסוד שאני רוצה לתקוף אותו כבר השמיד את התיק ואן אצלו את כל החומר של התיק כי הוא מחזיק את שנה שנה וזורק את זה עילה לפסילת העתירה שלו. אם ביהמ"ש ידחה את העתירה אתה אשם. ראיות זה עובדות המקרה בגינן הרשות יכולה להתגונן בפניה עתירה שלך ואם אין לה את הראיות האלה אז איך היא יכולה להתגונן בפני העתירה שלך? בשיהוי יש לנו השמדת ראיות. ואם אתה לא מיהרת לקבל את הסעד אז עולה שוויתרת על הזכות הזו למרות שיש לך את הזכות שלו.

**ג.** בטחון משפטי- לשיטתו של ברק זה נוגד את התפיסה של הרשויות המנהליות. מאחר ואנו צריכים לתת שגד על האינטרס הציבורי ולא על הביטחון המשפטי. קיימים מועדים מקסימליים להגשת עתירה מנהלית. תקנה 3 לתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים מדברת על שיהוי סטטוטורי. **ס' 3(א)** אומר עתירה תוגש במועד שנקבע לכך בדין. לא נקבע מועד כאמור תוגש העתירה בלא שיהוי לפי הנסיבות ולא יאוחר מ 45 ימים מיום שהחלטה פורסמה כדין או מיום שהעותר קיבל הודעה עליה או מיום שנודע לעותר עליה לפי המוקדם. לפי הנסיבות ולא יאוחר מ 45 יום. כלומר היו מקרים שהיית בתוך 45 יום וביהמ"ש דחה את העתירה בגלל שיהוי כי בנסיבות העניין איחרת.

### **מתי מתחילים לספור את ה 45 יום? יש שלושה פרמטרים:**

1. פרסום ההחלטה כדין.
  2. כאשר העותר קיבל הודעה עליה מאותו יום מתחילים לספור.
  3. כאשר נודע לעותר- כלומר יכול להיות שפורסמה אבל לא קיבלתי הודעה.
- לעניין **ידיעה**, לפי **תקנה 3** אפשר לומר שאנחנו מדברים על ידיעה קונסטרוקטיבית. **תקנה 3(ג)** אומרת ביהמ"ש יכול להאריך מועד לאחר שנתן למשיב הזדמנות להגיב לבקשת הארכה. כלומר ביהמ"ש

רטוראקטיבית יכול האריך את התקופה. הוא אומר אני רואה שיש שיהוי הוא נותן למשיבה להגיב לעניין ואחרי זה ייתן את החלטה. תקנה 4 לבית משפט להחלטות לעניינים מנהלית- בימ"ש רשאי לדחות העתירה אם ראה בנסיבות היה שיהוי בהגשתה אם הוגשה לפי תקנה 3. כלומר, הוא עושה פעם מזהיר ואומר דע לך 45 יום זה לא קדוש יכול להיות אחרי שבוע ימים אגיד לך שהשתהית בנסיבות העניין. אם יש הסתמכות לצדדים שלישיים, נזק וכו'.

### הבחנה בין שיהוי סובייקטיבי לאובייקטיבי

שיהוי סובייקטיבי- עילת הסף הבוחנת את אשמתו של העותר בהשתהות בהגשת העתירה היא בצעם אומרת לו ישנת על הזכויות שלך. זה דומה לסיטואציה של ניקיון כפיים. אם ביהמ"ש יוכח שיש פגם בהתנהגות העותר אין טעם מן הצדק להיעתר לעתירתו. הש' זמיר **בפס"ד נחום** קובע כי במקרה הזה של שיהוי סובייקטיבי מדובר בצד החלש של טענת השיהוי שאין לעשות בו שימוש אלא במצבים שניתן ללמוד בהם על ויתור על הזכות. הוא מאמץ את גישתו של הש' ברק **בפס"ד אסולין** לפיה יש לחזק את הזכות המנהלית.

שיהוי אובייקטיבי- בוחן את האינטרסים שנפגעו כתוצאה מחלוף הזמן בכדי להגיע לתוצאה ההולמת והטובה ביותר. השיהוי האובייקטיבי מהווה כלל מהותי מתפקידו של בג"צ כנאמן של הציבור. הש' זמיר **בפס"ד נחום** אומר לשיהוי אובייקטיבי יש טעם רציונלי וזה מניעת נזק כתוצאה מחלוף הזמן.

אנו צריכים לעשות הבחנה ביניהם כיה דין שונה. במכרזים אנו מדברים על שיהוי אובייקטיבי. כי הוא בוחן את הנזק. לעומתו, בשיהוי סובייקטיבי הוא בוחן את הפגם בהתנהלות של העותר.

ההבדל בין שיהוי אובייקטיבי לדוקטרינת של בטלות יחסית: בבטלות יחסית- העתירה נבחנת בכלים משפטיים וכשמתגלה שיש פגם ביהמ"ש שואל את עצמו האם למרות הפגם החלטה נישאר על קנה האם עכשיו זה העיתוי לתת את הסעד? לכן במקרה כזה דנים בעתירה מגיעים לסוף ואז מפעילים את תורת הבטלות היחסית. ביהמ"ש ימנע מהוצאת צו המנוגד לעקרון טובת הכלל לכן **שיהוי אובייקטיבי** פועל בדיון המקדמי בעתירה בכוחו לדחות את העתירה על הסף. דוקטרינת הבטלות היחסית נכנסת לתמונה רק עם תום הדיון בעתירה.

האינטרס של שמירה על שלטון החוק- האינטרס הזה עשוי לגבור על כל האינטרסים האחרים גם אם יגרם נזק לצדדים שלישיים. בהחלטות בלתי חוקיות בעליל כאשר אי החוקיות ברורה אינטרס שלטון החוק עלול לגבור על הנזק הנובע משיהוי. הש' ברק מוסיף ואומר תלוי בחומרת הפגיעה בשלטון החוק יש לבחון מה סוג הפגם והאם ההפרה גלויה, האם ההפרה נעשית בתו"ל, האם היא משתרעת על פני ציבור רחב, האם היא חדפעמית או נמשכת? הוא נותן תת מבחנים לבדוק את הפגיעה בשלטון החוק. אם בודקים לפי התנאים האלה אם הם מתקיימים זה פגיעה גסה בשלטון החוק על אף שיהי הנזק אני אבטל. הש' זמיר לעומתו קובע שלא כל פגם משפטי גובר על שיהוי מצד העותר ורק במקרים חריגים תגבור דרגת החומר של השיהוי ושל הפגיעה משלטון החוק על הנזק.

### מתי אנו עוצרים את מרוץ השיהוי?

- א. אי ידיעת הפגם- פגם מתקנה 3 כל עוד העותר אינו מודע לעובדת המקימות את העילה לא מתחיל מרוץ ההתיישנות.
- ב. פניה לרשות- אבל אין די בפניה חד צדדית, נרשת תשובה מינימלית של הרשות. לפחות בנוסח של העניין בטיפול.
- ג. החלטה חדשה ע"י הרשות- מוחקת את השיהוי שחל על גבי החלטה הראשונה ומרוץ השיהוי נפתח מחדש.



ד. **מו"מ עם הרשות** - כאשר מתקיים מו"מ בנוגע לחוקיות עולה, נעצר מרוץ השיהוי. אם אני תוקף את ההחלטה את חוקיותה זה עוצר אם אני מו"מ ולא לגבי חוקיות זה לא עוצר את המרוץ. מו"מ על פיצוי שיזכה בו האזרח לא עוצר את מרוץ השיהוי. אם הפונה לרשת מנהל מו"מ לגבי סכום פיצוי מסוים אבל לא תואם דבר לעניין חוקיות ההחלטה אם היא נעשתה כדיון או לא השיהוי לגבי החוקיות ממשיך הוא לא עוצר.

ה. **מיצוי סעד חלופי** - כאשר העותר חייב למצות סעד בדרך מסוימת אז אין שיהוי כרגע זה עוצר את מרוץ השיהוי כי יש פעולות שהוא צריך לנקוט. עצם זה שהוא נוקט בפעולות זה לא יביא לשיהוי. בג"צ אומר במקרה מסוים שהדיון צריך להיות בביה"ד לעבודה לפי אופי הזכות ועצם אי הפניה לא ממצה את ההליכים לכן אי אפשר לטעון שיש שיהוי. אם רציתי היתר בניה ולא קיבלתי אני מגיש בקשה לעניינים מנהלים וזה לא טוב, הגשת יבקשה להיתר ויש ועדת ערר ואני פניתי לוועדת ערר ובשיח איתם אני לא הגשתי עתירה מנהלית לכן זה עוצר את מרוץ השיהוי כי עשיתי משהו.

**6. ניקיון כפיים** - אי גילוי פרטים מלאים בעתירה - הליך בירור העובדות בבג"ץ הוא שטחי מהיר המבוסס על תצהירים לכן אין לקבל מצב שהעותרים מנצלים זאת כדי להסתיר מבג"צ עובדות ולהרוויח על חשבון האינטרס הציבורי לכן במקרה כזה יהי המוצדק לדחות את העתירות שלהם. **בפס"ד מקמל** - העותר לא צירף לעתירה את תשובת המשיבים לעתירה אחרת ולא צירף את ההתכתבות שקיים עם המשיבים ומאחר ויש חובה לעותר להביא את כל האמת וחובה זו מתעצמת בהליך המתנהל במעמד צד אחד כאשר אני מבקש סעד זמני זו התנהגות לא ראויה העשויה לדחות את העתירה שלי. התנהגות בלתי ראויה של העותר נובע מהתפיסה הגורסת כי אדם חייב לבוא לבג"צ בהתנהגות נאותה. הרעיון הוא שבג"צ צריך לשמור על שלטון החוק ואין משמעות לחוסר תו"ל של העותר כאשר הרשות פועלת בניגוד לדיון.

**7. צירוף משיבים ועותרים** - צירוף משיבים ראויים. הרציונל שלא תיפגע זכות אדם מבלי לתת לו אפשרות להתגונן מאחר והוא המייצג המתאים בסיטואציה הוא יביא לכך שתוצג תמונה מלאה או שלמה בפני ביהמ"ש לכן נשאלת השאלה מישהו המשיב הראוי לצרפו? **בפס"ד לנדאו** נקבע כל הנוגעים בדבר זה בכלל או ספציפי מי שנגדו מתבקש סעד ומי שעלולים להיפגע ממשית מהוצאת הצו. אם ביהמ"ש יצווה על קיום כל צווי ההריסה עלולים להיפגע אנשים רבים שלא הוזמנו לדיון דבר הפוגע בכללי הצדק הטבעי מאחר והרשות היית המחויבת לתת להם זכות תיאום טרם הפגיעה בזכויות שלהם. הכוונה גם לאי צירוף עותרים במיוחד כאשר יש עותר קרוב יותר לסעד. ההנחה היא שהוא המייצג הטוב ביותר של אותו עניין. צירוף העותרים דרוש להצגת תמונה שלמה בפני ביהמ"ש. למשל, אם יש פגיעה בסטודנטים למשפטים ויו"ר האגודה מהמסלול של מנהל עסקים. אמנם הוא יכול להגן על הסטודנטים של משפטים אז לדעת המרצה סטודנט שנפגע שהוא מייצג את מסלול המשפטים ייצג את זה יותר טוב.

**8. עתירה תאורטית** - עתירה שאינה אקטואלית הכלל הוא שבג"צ אינו דן בעניינים תאורטיים. דן בהענקת סעד שלא נדרש עוד אבל יש חריגים: **הצורך להנחות לעתיד** - אם יראה ביהמ"ש כי יש הסתברות סבירה כי מקרה דומה יתרחש בעתיד פלוס יראה צורך בהנחיית הרשויות אז הוא ידון בעתירה. **בפס"ד סיעת קח** הצעה שנגעה לזכות להגיש הצעת אי אמון ע"י סיעת יחיד. מועד ההצבעה עבר והיא אינה אקטואלית עוד. כמעט תמיד ההחלטה שלא להעמיד הצעת אי אמון על סדר יומה של הכנסת היא החלטה קצרת מועד והיא תמיד תהיה ככר לא אקטואלית. מצב כזה יוצר חלל בביקורת השיפוטית בעניין חוקתי חשוב. לכן, במקרה הזה ביהמ"ש כן ידון בעתירה. **בפס"ד יעל שפר** היא הגישה בקשה להמתת חסד. החולה כבר מתה בעת כתיבת פסק הדין. השופט אילון השלים את כתיבת פס"ד הוא התחיל את פס"ד באמירה התחלתי ולכן אסיים. הכוונה היא שיהיו עוד מקרים בעתיד לבקשה מניתוק ממכשירים אז אם יש לי את המצב בזה אדון בזה וזו תהיה הנחיה לעתיד.

**9. מעשה עשוי- פס"ד המועצה האזורית בני שמרון-** הישובים העותרים טוענים כי היו זכאים להיכלל ברשימה של ישובים במצוקה המיועדים לטיפול נקודתי אבל התברר כי התקציב לתכנית הנוכחית כבר הוצא כולו ואין אפשרות להרחיב את הרשימה. לכן מדובר במעשה עשוי והמשיבים היו רשאים לשקול את קיפוחם במסגרת תכנית עתידיות.

**10. מעשה בית דין-** הרציונל הוא שעותר צריך לרכז את כל טענותיו הנוגעות לעניין מסוים בהליך אחד. ביהמ"ש לא יתיר פיצול המסרב את עבודתו. אי צירוף או הוספת טענות חדשות אחרי הגשת עתירה לא תתאפשר לעיתים קרובות. אם הגשתי תביעה נגד קיום צוואה ואני כל הזמן טענתי שהצוואה מזויפת. באה מומחית לאנין צוואות והגרפולוגית קבעה שזה לא חתימה מזויפת. אסור להרחיב חזית. בתחילת התביעה שלך תטען כל מה שאתה רוצה בכדי שלא יחסמו את הדרך של אחר כך ויגידו שאתה מרחיב חזית ומביא טיעון חדש שאנו לא יכולים להתמודד איתו.

**11. בשלות או עתירה מוקדמת:** העילה הזו התפתחה בתחומים חוקתיים ומנהליים. בית המשפט לפי שיקול דעתו ידחה עתירה כאשר יש בה מגמת אנטי ליברליזציה. הוא יכול להגיד שהוא לא רוצה לדון בעתירה והרשות תממש את השאלה המסוימת ואז העותר יפנה אליי. בית המשפט מעדיף שלא להתעמת עם הרשויות בדרך כלל. אבל גם יש שיקולי נגד לדעה הזאת, **למשל אם יש חוקים או תקנות או הנחיות שיכולים להשפיע על התנהגות הרשות או האזרחים וזאת למרות שעדיין לא מומשו אדם מראש לא יבקש משהו כאשר יש תקנה האוסרת את זה.** מקרה אחר – אדם או גוף אחר עתרו לבית המשפט ואז השיקול של בית המשפט הוא למה בכלל לדון בעניין. לעיתים אנשים יפנו אחרי שנים לבקש סעד מבית המשפט ואז למרות שיכלו להיפסל מראש קיימת אפשרות בעייתית שבית המשפט יפעיל את הלכת הבטלות היחסית ולכן בית המשפט ידון בעניין אבסטרקטי וזה לכשעצמו לפעמים בעייתי.

**בית המשפט לעניינים מנהליים מול בג"ץ**

נקודת המוצא העקרונית היא הינה כמובן כי הסמכות לדון בעתירות כנגד מי שממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין נתונה לביהמ"ש העליון בשיבתו כבימ"ש גבוה לצדק. זוהי סמכות המעוגנת בחוק יסוד השפיטה. **ס' 15(ד)2** לאור מקורה העליון אין דבר חקיקה רגיל בין שנחקק לפני כינון חוק יסוד השפיטה ובין שנחקק לאחר מכן היכול לשנות מהוראות חוק היסוד.

לאור זאת, דבר חקיקה המעניק לבימ"ש אחר סמכות בעניינים שביהמ"ש הגבוה לצדק הוסמך לדון בהן בחוק יסוד השפיטה אינו יכול לשנות את סמכותו של ביהמ"ש הגבוה לצדק. פועלו של דבר חקיקה זה 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 דין לעבודה בעניינים שונים של יחסי עבודה. אין בכוחה של הוראה זו לשלול את סמכותו של בג"צ בהפעלת סמכויות שלטוניות הקשורות ליחסי עבודה. עם זאת, קיומו של סעד חלופי גורם לכך כי במרבית העניינים הנתונים לסמכותו של בג"צ הוא מפנה את הצדדים לבתי הדין לעבודה או בתי דין מסוימים. רק במקרים חריגים הוא דן באותם עניינים בעצמו. הוא הדין בסמכותו של ביהמ"ש המחוזי בשיבתו בימ"ש לעניינים מנהליים. סמכות זו אינה באה במקום סמכותו של בג"צ אלא באה כסעד חלופי מידתי לצידה. **ס' 15(ג) לחוק יסוד השפיטה** קובע כי ביהמ"ש העליון ישב כבימ"ש גבוה לצדק בעניינים שאינם בסמכותו של בימ"ש או של ב"ד אחר. **הציוט הזה מבג"ץ 2208/02 מהאא סלאמה נ' שר הפנים** סמכותו של בג"צ זו סמכות שיורית, סמכות מקבילה הוא יכול להגיד בכל רגע נתון שהשאלה הזו חשובה ואני רוצה לדון בה. אפילו אם בא לפתחו של בימ"ש לעניינים מנהלים. כל שאלה משפטית שאינה מעוגנת בחוק מבחינת איפה דנים בה, היא עוברת ישירות לבג"צ. בימה"ש המחוזי יפעיל בעתירות מנהליות את עילות הביקורת במשפט המנהלי, ולא יפעל כביהמ"ש רגיל, יתכן ובימה"ש המחוזי המנהלי ידרש לבחון את הראיות ולשמוע ראיות, אולם התערבות בדברים אשר נקבעו ע"י הרשות תעשה במסורה ובשים לב לרצינות למעמד של הרשות אל מול הסכמות שלה.

דוג – רוצים להרוס לי את הבית וקבילתי צו הריסה, לכן מה שאני אעשה אגיש צו על תנאי+עתירה. איך אני אקבל את ההקפאה של צו ההריסה ?

בימה"ש לעניינים מנהליים הכל מנוהל על תצהירים ואציון שכל מה שרשמתי בעתירה הכל נכון, נקי המוצא שכל מה שרשמתי בעתירה הוא נכון, אולם טרם התקבלה תגובת המשיבה שהיא הרשות. לכן מה שיקרה אקבל צו הקפאה שזה צו על תנאי, ולאחר מכן יקבל דיון לעתירה בעוד מס' ימים.

אם בעתירה יתברר כי התצהיר שלי לא נכון אז בימה"ש ידחה אותו, לכן מה שאומר **בג"ץ מהאא סלאמה בימה"ש דן רק בתצהירים.**

**חוק ביהמ"ש לעניינים מנהליים** - הרעיון העומד מאחוריו הוא להקל על בג"ץ שהגיע לידי קריסה. החוק קבע כי ביהמ"ש המחוזיים ישבו כבימ"ש מנהליים, ישב שם שופט אשר מתמחה בעניינים מנהליים.

**ס' 1 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, מגדיר את מטרת החוק:** "מטרתו של חוק ביהמ"ש לעניינים מנהליים היא להסמיך באופן הדרגתי את ביהמ"ש המחוזי לדון בעניינים מנהליים שנידונו בעבר בבג"ץ. מכוח העיקרון לפיו בג"ץ לא יתערב במקום שקיים סעד חלופי, הסמכות תהא של ביהמ"ש לעניינים מנהליים. לעומת זאת, השגה נגד החלטה של רשות שלטונית שאינה מנויה בתוספת לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים מצויה ככלל בסמכותו של בג"ץ."

**מהם עניינים מנהליים?**

עניינים הנוגעים לסכסוך בין אדם לרשויות המדינה, רשות מקומות וגופים ציבוריים הממלאים תפקיד ציבורי לפי דין.

**ס' 2 לחוק:** ביהמ"ש לעניינים מנהליים הוא ביהמ"ש המחוזי שיושב כבימ"ש לעניינים מנהליים.

**ביהמ"ש לעניינים מנהליים ידון בשופט אחד!**

בהעדר קביעה סמכותית, אז הסמכות היא נתונה לבג"ץ **מכוח ס' 15(ד)2**

**ס' 5 לחוק: מגדיר את סמכותו של ביהמ"ש לעניינים מנהליים:**

- (1) עתירה מנהלית נגד החלטת רשות (תוספת ראשונה).
- (2) ערעור מנהלי נגד החלטות של ביי"ד וטריבונאליים (גופים שיפוטיים) מנהליים שונים.
- (3) תובענה מנהלית לפיצויים שעילתה במכרז ציבורי ותובעה ייצוגית נגד רשות (תוספת שלישית).
- (4) בקשות לביטול/ שינוי החלטה של רשות מנהלית.

לא ניתן לפתוח הליך נגד גוף פרטי או אדם בפרטי בביהמ"ש לעניינים מנהליים וכן לא ניתן להגיש תובענה לסעד כספי (מלבד מה שרשום ב3).

**ס' 5 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים מגדיר לנו במה דן ביהמ"ש לעניינים מנהליים:**

א. **עתירה מנהלית נגד החלטה של הרשות** – קבוע בתוספת הראשונה של החוק. דוג- חוק חופש המידע, רישוי עסקים, חוק תכנון ובנייה, בקשות לסעד אכיפה.

ב. **ערעור מנהלי נגד החלטות של בתי דין מנהליים שונים או טריבונלים** – הסמכות תהיה נגזרת מאותו חוק למשל פקי' התעבורה והסדרת שמירה או תכנון ובנייה, **למשל:** שכן שלי עשה תכנית מפוטרת וחלק מהחלקה שלי מופיע בתכנית שלי, אני מגיש התנגדות, המחוזי דחה את הערעור שלי וזה מגיע לוועדת ערער של הרשות הרלוונטית העוסקת בעניין שלי וואם זה ידחה אני אגיש ערער לבג"ץ.

ג. **תובענה מנהלית לפיצויים שעילתה במכרז ציבורי ותובענה ייצוגית נגד הרשות.**

ביהמ"ש זה מוסמך לדון בבקשות לביטול או שינוי של החלטה של רשות מנהלית. בבתי משפט לעניינים מנהלי לא ניתן להגיש תובעה לסעד פיצוי כספי, כי אנו דנים במידתיות של החלטה ואם היא עמדה במבחן פסק ההגבלה, **אלא אם מדובר בתובעה נגד מכרז ציבורי**. ז"א כאשר מדובר ברשות ציבורית אשר מבוקרת על ידי מבקר ציבורי.

**דוג-** עיריית נתניה מפרסת מכרז להסעות בשכונה מסוימת, מי שקיבל את המכרז זה אדם אשר מקורב לראש העיר וככל הנראה מדובר בשוחד, **אם אני רוצה לתקוף את חוקיות המכרז אז אני מגיש עתירה מנהלית זה אופציה א'**, אבל אם, השקעתי כספים בגין ההסתכמות על המכרז והפסדתי אז אני אגיש תובענה מנהלית לפיצויים שעילתה במכרז ציבורי ותובענה ייצוגית נגד הרשות לכן אבקש פיצוי לשם השבת המצב לקדמות שזה **אופציה ג'**. או למשל אם הרשות חייב אותי בגין כספים שלא בצדק אז אגיש גם **אופציה ג'**.

ד. עניין מנהלי ע"פ חוק אחר.

ה. סעיף סל, הוא נותן לביהמ"ש לעניינים מנהליים או לבג"ץ שק"ל במה לדון, ומכוח ס' זה המחוזי יכול להעביר עניין ציבורי לבג"ץ.

**איך אני יודע שמדובר ברשות מנהלית? מי היא רשות מנהלית?**

1. גוף שהוקם ונמצא בבעלות המדינה.
2. גוף שהוקם מכוח חוק.
3. גוף שמתקיים על ידי מימון ציבורי, למשל: על בסיס ארנונה, מיסים וכו'.
4. גוף שמטרתו אינה עשיית רווחים אלא מתן שירות. כמו חברות כלכליות של העריות או עמותות.
5. גוף שהוא מונופול יחיד בתחומו. כמו חברת חשמל, או אם יש גוף אחד שהוא מונופול יחיד כמו מפעלי ים המלח אשר הופרטו.

על אף הגדרות אלה, יש גופים שהם אינם עונים על הכללים הנ"ל ובכל זאת מוגדרים כרשות מנהלית. לרשות מנהלית מותר לפעול רק לפי מה שהחוק מאפשר לה, זאת משום שהיא מקבלת את סמכותה מכוח החוק. המשמעות היא כי הרשות המנהלית לא יכולה לפעול שלא במסגרת חוק או לבצע פעולות שלא מוגדרות בחוק. אם תעשה כן, זו תהיה **"חריגה מסמכות"** והפעולה שלה לא תהיה תקפה, משמע פעולתה תחשב ללא חוקית.

**אלה הסמכות של הצווים, אשר בג"ץ ניתן:**

**צו על תנאי** - צו המופנה לרשות ודורש ממנה להתייצב וליתן טעם מדוע לא תפעל או לא תמנע מלפעול כרצון המבקש.

**צו עשה** – למשל אבקש מביהמ"ש לחייב את חברת החשמל לחבר אותו לחשמל.

**צו ביניים** – מוסמך בג"ץ ובימ"ש לעניינים מנהליים לתת צו ביניים ומעין צו מניעה בדין האזרחי או צו עשה נגד הרשות, הוא נועד לשמור על המצב הקיים עד לסיום הדין בעתירה.

**צו מוחלט** – צו שביהמ"ש רשאי לתת בסוף ההליך בדרך של עשיית הצו על התנאי לצו מוחלט, פירושו של דבר שתהיה חובה על הרשות או על בעל התפקיד לפעול או להימנע מלפעול כמבוקש בעתירה. זה אומר שהעתירה שלי התקבלה.

בעיקרון הדין המנהלי (המהותי והדיוני) הנהוג בבתי משפט לעניינים מנהליים הוא אותו דין הנהוג בבג"ץ. ביהמ"ש המחוזי יפעיל בעתירות מנהליות את עילות הביקורת במשפט המנהלי ולא יפעל כביהמ"ש אזרחי רגיל. אמנם ייתכנו מקרים שבהם יידרש ביהמ"ש המנהלי הדין בעתירה מנהלית, לבחון באופן עצמאי את הראיות שעמדו בפני הרשות המנהלית, לשמוע עדויות, ולקבוע ממצאים לגביהן. אולם, התערבות בממצאים שנקבעו ע"י הרשות הגם שהיא אפשרית, תיעשה במשורה בנסיבות מיוחדות ובשים לב לרציונל של המעמד של הרשות המנהלית כרשות מקצועית האמונה על העניינים שבסמכותה. בבימ"ש לעניינים מנהליים ובבג"ץ לא מתנהל דיון הוכחות, אלא מצורף תצהיר בג"ץ.

כידוע בתי המשפט לעניינים מנהליים דנים בעיקר בשלושה הליכים: 1. עתירה מנהלית, 2. ערעור מנהלי, 3. תובענה מנהלית – הכל לפי ס' 5 לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים. בית המשפט יכול לדון בעניין מנהלי שנקבע בחוק אחר כי ביהמ"ש לעניינים מנהליים ידון בו. מדובר אפוא בהליכים נפרדים הנבדלים זה מזה, הן במהותם והן בהיותם מוקדים לעניינים שונים, הן בצורתם הן במהותם ובהיותם שונים זה מזה מבחינת סדרי הדין הנהוגים בכל אחד מהם. תכליתו של ביהמ"ש הזה לא הייתה קמה של ערכאה דיונית שתפקידה לקבוע ממצאים עובדתיים בסכסוכים בין הפרט לרשות. מטרתו הייתה להסמיך את ביהמ"ש המחוזי כביהמ"ש לעניינים מנהליים לדון בעניינים הנדונים בבג"ץ. הצורך בחוק והתמריץ לחקיקתו נבעו בין היתר מהעומס שהוטל על בג"ץ אשר ריכז את השיפוט בעניינים מנהליים כערכאה ראשונה. עם הזמן התברר כי בעניינים רבים לא התקיימה הצדקה לריכוזיות כזאת זה **נקבע בפס"ד סורחי נגד משרד הפנים**. כאשר המחוקק רצה לחוקק את החוק הוא התכוון לשמור על ייחודו של המשפט המנהלי (המהותי והדיוני) כפי שהוצב וגובש בדין או בפסיקתו רבת השנים של בג"ץ.

לאור כך, נקבע כי הדיון יתנהל בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים שלפיהם דן ביהמ"ש העליון בשינויים המחייבים לפי **ס' 13 לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים**. גם סדרי הדיון והראיות שבפני ביהמ"ש המנהלי, הינם דומים לאלה שבבג"ץ והם יתמצו בהגשת תצהירים ללא שמיעת עדים וללא הליכי חקירה שכנגד (**תקנה 15 לתקנות בתי המשפט לעניינים מנהליים**). עם זאת, רשאי ביהמ"ש לבקשת בעל דין או מיוזמתו להתיר חקירת מצהיר של בעל דין שכנגד אם ראה כי הדבר דרוש לשם הכרעה בעתירה ואף מותר לו להרשות השמעת עד שאינו מגיש מצהיר **תקנה 15 א ו- 15ה**.  
בהעברת סמכויות לביהמ"ש המחוזי ביקש המחוקק לשמור על ייחודו של המשפט המנהלי השונה באופיו מהמשפט האזרחי.

**בג"צ 8071/01 יעקובוביץ נ' היועמ"ש -** עתירה שעניינה מעשים ומחדלים לכאורה של הרשות באי הפעלה של סמכויות אכיפה בחוק התכנון והבנייה. באיזה ביהמ"ש דינה להתברר? בבג"ץ או בביהמ"ש לעניינים מנהליים? במזרח ירושלים יש 50 אלף בתים שהם בבנייה לא חוקית, התביעה לא אוכפת את החוק ולא מקיימת צווי הריסה. עתירה לבג"צ נ' הוועדה על אי אכיפה. **העותר טען** כי הסמכות לדון בעתירה מסורה לביהמ"ש הגבוה לצדק ולא לביהמ"ש לעניינים מנהליים, הטעם שניתן לכך הוא שעיקר העתירה טענות בעניין אכיפת החוק. סעיף 10(א) לתוספת הראשונה של חוק בית משפט לעניינים מנהליים קובע בפירוש כי ביהמ"ש לעניינים מנהליים יידון בענייני תכנון ובנייה לפי חוק התכנון והבנייה למעט פרק י' (עבירות פליליות). סמכויות האכיפה מצויות בפרק י' ואשר על כן ברור כי בתי המשפט לעניינים מנהליים אינם מוסמכים כלל לדון בעתירה זו. היועמ"ש טען כי על העתירה לדון בפני ביהמ"ש לעניינים מנהליים לשיטתו היקף סמכותו של ביהמ"ש לעניינים מנהליים מבוסס על **בדיקה כפולה של מקור הסמכות ושל אופי ההליך** העומד לדיון, **אשר למקור הסמכות** הרי בסמכותו של ביהמ"ש לעניינים מנהליים משתרעת **לפי ס' 10(א) רק לענייני תכנון ובנייה**, מכאן שטענות לגבי הפעלת סמכות שאינה נובעת מחוק התכנון והבנייה עצמו אין דין להתברר בביהמ"ש לעניינים מנהליים, **אשר לאופי ההליך** – גם אם מדובר בסמכות שמקורה בחוק התכנון והבנייה ביהמ"ש לעניינים מנהליים לא ידון בטענות שעניינן עבירות ועונשין לפי פרק י'. כאשר יש לפרש סייג זה כעוסק בהליכים של אכיפה עצמה אשר מוסדות נוקטים. לפיכך, מקום שמדובר בו בטענות נגד הליכים פלילים מנהליים ושיפוטיים יידונו אלו בביהמ"ש לעניינים מקומיים ולא בביהמ"ש לעניינים מנהליים. **אולם**, מקום שהטענות בו הן נגד שיקול הדעת שביסוד ההחלטה להפעיל או שלא להפעיל סמכות של מוסד תכנון לנקוט צעדים אכפתיים אז תהיה הסמכות של בימ"ש לעניינים מנהליים. יישום מבחן מצטבר זה כי דין העתירה לדון בביהמ"ש לעניינים מנהליים. המשיב הרלבנטי והעיקרי לטענות נגד הפעלת שיקול הדעת הוועדה לתכנון ובנייה בירושלים שמקור סמכותה מכוח חוק התכנון והבנייה, אשר על כן מתקיים התנאי הראשון לסמכותו של ביהמ"ש לעניינים מנהליים. בנוסף, השאלה העומדת לדיון הינה עיצומו או פרטיו של רישום פלילי זה או אחר או צו מנהלי, אלא הפעלת שיקול הדעת באכיפה או באי אכיפה של הוראות חוק התכנון והבנייה. מכאן, שמתקיים גם התנאי השני לסמכותו של ביהמ"ש לעניינים מנהליים. ביהמ"ש קובע כי יש לפרש את המושג "ענייני תכנון ובנייה" הקובעים בס' 10(א) ככולל גם טענות שעניינן שימוש בסמכויות של התכנון והבנייה לשם אכיפה או אי אכיפה של החוק. אמנם ההכרעה בשאלת חוקיותו של שק"ד של גורמי האכיפה יכולה לכלול בענייני התכנון והבנייה הכרעה בשאלות עובדתיות מורכבות שיש בהם יתרון לביורור בפני ביהמ"ש לעניינים מנהליים. טענות כנגד אכיפת החוק או אי אכיפתו יכולות לקפל ביניהן שאלות אזרחיות במהותן שראוי ויתבררו בפני ביהמ"ש לעניינים מנהליים. כל הדינים שעניינם אמנות המידה הראויות להפעלת שיקול הדעת באכיפה נידונו ונתגבשו לא פעם בפסיקת בג"צ. **שילוב טעמים אלו על יסוד התכליות שעמדנו עליהם מוליך למסקנה כי ראוי הוא שהדיון בטענות שעניינן הפעלת סמכויות האכיפה בחוק התכנון והבנייה יהיו גם בפני בתי המשפט לעניינים מנהליים.**

**2208/02 פס"ד סלאמה נ' שר הפנים** – העותרת 1 היא אזרחית ישראלית, העותר 2 תושב השטחים – הם נישאו ולהם 2 ילדים פנו בבקשה למשיב כי תוענק לעותר אזרחות ישראלית, הבקשה נדחתה. השאלה המרכזית שנידונה בעתירה - האם בעקבות חקיקת חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים, סמכות השיפוט בעתירות בנוגע להענקת אזרחות נותרה בבג"ץ או הועברה לשיפוטם של בתי המשפט לעניינים מנהליים? החלטה של השר/רה"מ – לבג"צ. החלטה של הגוף המנהלי הכפוף לשר תידון בביהמ"ש לעניינים מנהליים.

### **סייגים לאותם נושאים שבהם ביהמ"ש לעניינים לא ידון:**

#### **א. עתירות בסמכות בג"צ –**

1. ככלל עתירה שעניינה החלטת שר או ממשלה בנושאים המפורטים בתוספת תידון בבג"ץ (ככלל זה אינו תקף בכל המקרים).
2. עתירה שעניינה התקנת תקנות לרבות ביטול תקנות, הכרזה על בטלותן או מתן צו להתקין תקנות.
3. עתירה שעניינה החלטה בעניין מינוי מפכ"ל המשטרה, מינוי נציב שירות בתי הסוהר וכן מינוי נציב כבאות והצלה.

- ב. **תובענה בסמכות בימ"ש אזרחי** - תובענה שעניינה מכרז פרטי להבדיל ממכרז ציבורי, תידון בבימ"ש אזרחי בהתאם לשווי התובענה.

### **לסיכום:**

עתירה מנהלית- תוספת ראשונה  
 ערעור מנהלי- תוספת שנייה  
 תובענה שעילתה מכרז- תוספת שלישית  
 אם זה לא קיים שם הגוף המנהלי – אז זה יתברר בבג"ץ.



## **הבטחה מנהלית**

### **שינוי או ביטול המעשה המנהלי וחזרה מהבטחה, ההסדר הכללי לשינוי החלטות מנהלית:**

ההוראות העיקריות בנושא שינוי החלטות מנהליות מעוגנות בחוק פרשנות התשמ"ה 1981. **סעיף 14 לחוק** מאפשר לשנות או לבטל מינויים, הוא קובע: **הסמכות לעשות מינוי משמעה גם הסמכה להתלות את תוקפו, לבטלו, לפטר את מי שנתמנה או להשעותו מתפקידו.** ז"א אותו אדם אשר יש לו סמכות למנות אותי אז יש לו סמכות לפטר אותי.

**ואילו ס' 15 לחוק** מקנה סמכות כללית לשנות ולתקן החלטות אחרות. הוא קובע: **"הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראות מנהל משמעה גם הסמכה לתקן, לשנות, להתלות או לבטל בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה."** ז"א הסמכות לשנות החלטות או לתקן חלה על כל החלטה מנהלית. למשל אם אני שר ויש לי סמכות להתקין תקנות אז זה מקנה לי את הסמכות לבטל את אותן תקנות או לבטל אותן.

אנו למדים כי כאשר רשות מנהלית אמרה "אני סוגרת את הרחוב" ופעלה בדרך מסוימת, כדי לשנות את ההחלטה הזאת היא צריכה לפעול באותה דרך בדיוק. למשל, אם הייתה וועדה מייעצת, אז גם בביטול היא צריכה לקחת את ההחלטה של הוועדה המייעצת. הסמכות לשנות החלטות ולתקן חלה באופן עקרוני על כלל ההחלטות המנהליות, לרבות החלטות בעלות אופי שיפוטי בכפוף להסדרים חקיקתיים מיוחדים הדוחים את תכולתו של החוק. אם יש סמכות להתקין תקנות – אז יש סמכות לתקן, או לשנות אותן או לבטלן. **ברישא של סעיף 15 נותן סמכות, בסיפא הוא עוסק בהליכי תיקון או שינוי, התלייה או ביטול.** אך הסעיף לא מסדיר את שיקול הדעת, ששם בתי המשפט נכנסים לשיקול הדעת.

**בפס"ד שלום:** ביהמ"ש פיתח כללים מיוחדים וקבע כי הפעלת שק"ד לשינוי או ביטול החלטה קיימת במיוחד כאשר מדובר בהחלטה שקובעת זכויות או חובות של אנשים ספציפיים זה לא שק"ד של קבלת החלטה המקורית. בהחלטה המקורית יש לנו שק"ד רחב יותר, אבל שק"ד לבטל או לשנות או להתלות אז שק"ד יותר מצומצם.

ביהמ"ש פיתח כללים מיוחדים להפעלת שיקול הדעת, לשינוי או ביטול החלטה קיימת, במיוחד כאשר מדובר בהחלטה שקובעת זכויות או חובות של אנשים ספציפיים. בהחלטה המקורית שיקול הדעת רחב יותר, אולם שיקול הדעת לבטל או לתקן או לשנות יהיה יותר מצומצם וזאת כי מתוסף שיקול דעת רלבנטי שהוא שיקול **ההסתמכות** של הפרט וצריכות להיות סיבות מיוחדות שחורגות מהשיקולים באישור הראשוני תוך לקיחה בחשבון את עקרון הסתמכות של הפרט.

### **השיקולים המיוחדים שהרשות נדרש להתחשב בהם כשהיא שוקלת לבטל או לא להאריך כאשר יש**

**הסתמכות מוצדקת של הפרט:** ביהמ"ש העליון קבע **בפס"ד IBM ישראל בע"מ נגד מנהל מס רכוש וקרן פיצויים** – אין קו ברור ועקבי בפסיקה ואף לא בחו"ד המלומדים בישראל באנגליה ובארה"ב בשאלת תיקוני החלטות מוטעות על ידי רשות ציבורית, ומאחר שיש לשים דגש על חשיבות סופיות הדיון ועל זכותו של האזרח לדעת היכן הוא עומד ביחסיו עם השלטון כל זאת מבלי לחשש משינוי החלטותיה של הרשות חדשות לבקרים. יש צורך להביא לתוצאה צודקת במקרה המסוים הדבר הזה מוגדר כערך עליון, ועל כן באותם מקרים בתי המשפט החליטו כי צריך לאפשר לרשות מנהלית לשנות או לתקן החלטות קודמות העלולות לגרום לאי צדק, לעיוות דין, או לאפליה כאשר ההחלטות במקרו נבעו מתקלות שונות כגון טעות, היסח דעת, חריגה מסמכות, שינוי נסיבות, תרמית והונאה.

**דוגמאות למקרים שבהם הרשות כן יכולה לשנות את החלטה:**

1. **הטעייה** – כשעילת השינוי או הביטול זו הטעייה, ברור שבמצב שהפרט מטעה את הרשות, הרשות רשאית ואולי אפילו חייבת לבטל החלטה או רישיון שהתקבל כתוצאה ממרמה. למשל אני מעוניין להוציא רישיון נהיגה ואני ניגש לאופטימיסט ואבקש ממנו אישור שאין לי בעיית ראייה. במצב כזה הרשות יכולה לשנות את החלטה.
2. **טעות של הפרט בתו"ל** – סיכוי סביר שיאפשרו לרשות לשנות את החלטה כי אלמלא הטעות החלטה לא הייתה מתקבלת.
3. **טעות של הרשות עצמה** – בכדי לשנות את החלטה יש צורך בטעות משמעותית, עם השלכות רציניות לגבי האינטרס הציבורי. **בפס"ד שללם**: נקבע כי לאור הסכנה המיוחדת והמטריה הביטחונית של ההחזקה בנשק יש להשאיר את הביטול על כנו.
4. **שינוי מדיניות של הרשות** – הרשות יכולה לשנות מדיניות בחופשיות לגבי העתיד, אבל למשל לא בצורה פרוצדוראלית – אי הארכת רישיון כאשר הפרוצדורה היא תשלום אגרה ולא בוחנים את הנושא מחדש, לא ניתן יהיה לשנות את החלטה או לבטל את החלטה. ככלל, רק בנסיבות מיוחדות ניתן להחיל את הביטול או השינוי רטרואקטיבית. ביהמ"ש בנסיבות העניין, למשל: אי חידוש רישיון – עצם זה שלא נותנים לי הדבר ייחשב כביטול. **בפס"ד שללם** יוצר מדרג בין העילות השונות – שינוי מדיניות של הרשות העילה הולכת ונחלשת ומשקל ההסתמכות של הפרט הולך ועולה, העילה הולכת ונחלשת ומשקל ההסתמכות נחלש.

**הדרישה של תיקון שינוי ביטול אשר תעשה באותה דרך של החלטה מנהלית:**

**בפסה"ד סוירי** אדון סוירי קם בבוקר וגילה כי שינו את הרחוב בשכונת שלו לחד סטרי, התושבים פנו לראש העיר והחליט להחזיר את הרחוב כפי שהיה, ראש העיר התייעץ עם גופים שלא היה צריך להתייעץ איתם. האם הוא היה חייב להתייעץ איתם? נקבע כי שינוי החלטה ייעשה באותה דרך שבה נעשתה החלטה הראשונה. כך למשל מעשה הסרת התמרורים והחלטת ראש העיר שנתלוותה אליו היא בעליל שלא כדון, הואיל ולא נתקיימו כל אותם תנאים מקדמיים של התייעצות ושל הסכמה קודם הסרת התמרורים, והנה לאחר הסרת התמרורים הוסיפו המשיבים ועשו לקיומם של אותם תנאים, **השאלה האם היה בהליכים שעקבו את הסרת התמרורים כדי לרפא את הפגם? או האם היה פיקוחם של ההליכים המאוחרים להפוך מעשה בלתי חוקי למעשה חוקי?** התשובה היא בעניין אין פסיקה חד משמעית בנושא, נראה שמדובר בדרישה בעייתית כי יש מקרים מסוימים שבהם לא ניתן לקיים את אותו הליך בעת שינוי או ביטול החלטה מנהלית. **למשל**: שר המתקין תקנות יהיה חייב אישור וועדת הכספים ובשביל לשנות את התקנות הוא צריך שוב את אישורה של ועדת הכספים. מכאן נדרש שאתייעץ שוב פעם. **פס"ד וקסנטבאום** – כיתוב על מצבה צבאית, השר התייעץ עם מועצת המשפחות השכולות גם לפני החלטה האם לשנות את הכללים, ביהמ"ש חייב את השר לבדוק את הנושא מחדש למרות שההתייעצות הראשונית עם המשפחות הייתה לא לשנות והתייעצות נעשתה בהתנדבות עדיין היה צריך לעשות זאת.

**כשביטול מצריך הליך נוסף לפי כללי הצדק הטבעי – (למשל מתן זכות טיעון וכו'...):**

**בפס"ד סיעת הליכוד נ' עיריית פתח תקווה** – הדרישה שביטול יעשה באותה הדרך לא מבטל את כללי הצדק הטבעי, ז"א שגם יפעלו לדוג' לפי הוועדה שתמנה ותפטר, וגם לפי ס' 15 שורה על זכות הטיעון והס' אינו מבטל את ההליכים לביטול, ז"א ס' 15 אומר אותה דרך לקבל את החלטה ובנוסף ביטול החלטה צריכה להיות באותה דרך. יש מקרים בעייתיים למשל מינוי אנשים שהתפקיד דרש אישור וועדה – אם אני רוצה להעביר אותו מתפקידו? האם אני צריך שוב לכנס את אותה וועדה לדון על העברתו מתפקידו?

במקרה שכזה יש לבחון מה הייתה סמכות של אותה וועדה, האם רק לצורך מינוי אם גם לתפקידים אחרים. לדוג' סמכות הממשלה למנות/לפטר את היועמ"ש, מינוי לפי המלצה של וועדה ופיטורים דורש התייעצות עם הוועדה.

### מקרים שלא אפשרי לבצע את אותו הליך:

- מינוי אנשים שהתפקיד דרש אישור וועדה, והוועדה צריכה להתכנס שוב כדי לדון בהעברתו של אותו עובד מתפקידו. איך אנו מסיקים האם ניתן לעשות או לא? נסתכל באותה הסמכה של אותה וועדה, אם לאותה וועדה מוקנית הסמכות לעשות זאת, היא כן יכולה להעביר אותו מתפקידו (למעט אם הייתה מוקנית לה סמכות רק למינוי).
- ועדה הבודקת את טוהר המידות לפני המינוי, הבדיקה הזאת אין לה קשר להעברה מתפקיד. הוועדה התכנסה רק כדי לבדוק את טוהר המידות של אותו האדם, האם הוא ראוי להיות בתפקיד? לכן, אין לה את הסמכות לעשות זאת. ס' 15 בחוק הפרשנות הוא סעיף כללי, הקובע חזקות פרשניות, אם בנסיבות העניין הפרשנות הסטנדרטית איננה מתאימה, למשל אם במקרה הספציפי אין היגיון שיעשו את זה באותה דרך, אז הפרשנות הספציפית גוברת על החזקה הכללית.
- כשהתקיים הליך שלא הייתה חובה לקיימו על פי חוק. למשל: שר האוצר לפני משורת הדין ביקש את אישור הכנסת למתווה הגז והוא קבע את יישובי קו החזית לפי המלצת שר הביטחון. האם בכדי לשנות הוא צריך שוב את המלצתו של שר הביטחון? התשובה היא שהוא התנדב לעשות את זה מלכתחילה אז שיעשה את זה שוב. מפני שלשון החוק בס' 15 קובעת "באותה הדרך בה התקבלה ההחלטה" אז גם אם השר נהג לפני משורת הדין ההיגיון אומר כי גם בשינוי ההחלטה עליו להתייעץ עם שר הביטחון.

### מה זה הבטחה מנהלית?

היא מכשיר אשר פותח בפסיקה כדי לתת הגנה לציפיות של האזרח, וזאת בשורה של מצבים שבהם נוצרה הסתמכות של הפרט ע"י גורמים של הרשות שאינה מכוח חוזה, אנו מדברים על התחייבות של הרשות כלפי האזרח אשר מקנה כלפיו זכויות. למשל אם הרשות הבטיחה פיצוי למפונה חבל עזה אז אנו מדברים על הבטחה מנהלית.

ברמה הבסיסית כשמישהו טוען שהבטיחו לו משהו ברמה הראייתית הוא קודם כל צריך להוכיח שהבטיחו לו משהו. איך הוא מוכיח? אם הייתה הסתמכות למשל (יש פס"ד שנדבר על זה בהמשך). הבטחה מנהלית היא מכשיר שפותח בפסיקה על מנת לתת הגנה משפטית לציפיות האזרח בשורה של מצבים שבהם נוצרת הסתמכות של הפרט עקב מצבים או מעשים או אמירות של גורמים בתוך הרשות המנהלית. מעשים אלו אינם בגדר חוזה פורמלי. הבטחה מנהלית היא גם התחייבות מצד השלטון כלפי האזרח המקימה לאזרח מקור לתביעת זכות. אם הרשות התחייבת להעניק סיוע למפוני חבל עזה או תושבי צפון השומרון ייתכן שזו הבטחה מנהלית.

**מה ההבדל בין הבטחה מנהלית להבטחה רגילה?** במשפט הפרטי הבטחה חד צדדית שלא השתכללה לכדי חוזה אינה בעלת תוקף כי חוה"ח דורש: הצעה וקיבול. החריג הוא האפשרות לבסס עילה מכוח דוקטרינת ההשתק, במשפט הציבורי חלה חובת הגינות מוגברת ביחסים בין הרשות כנאמן לבין האזרח – הגינות זו מכבדת את הרשות לכבד את ההחלטות. יש הרואים בהטחה כמקרה פרטי של שינוי ההחלטה המנהלית, יסודות ההחלטה מגבירים את ההסתמכות והציפייה של הפרט כך שהאינטרס המצדיק שינוי החלטה מנהלית צריך להיות חזק יותר **זה נקבע ע"י הש' מצא בפס"ד שפקמן**. במציאות, הרשות לא יכולה כשהיא צריכה לקבל אלפי החלטות להתעכב על כל פיסת מידע, הרשות יכולה לטעות, להיות מוטעה על ידי אחרים ולפעמים לרשות אין את הכלים והאמצעים לבדוק כל דבר. לאור זאת, התוצאה תהיה שלפעמים יתקבלו החלטות שלא טובות לכלל הציבור. האינטרס של הרשות לשרת את הציבור ביעילות ואם היא תצטרך לפעול לפי סדרי הדין בכל מקרה ומקרה היא לא תוכל למלא את תפקידה נאמנה. על אף זאת, לכלל הזה יש חריג ויהיו מקרים שיהיו גמישים, כלומר, הרשות יכולה לשנות אבל השינוי יהיה כפוף במטריה של המשפט המנהלי בניגוד להחלטות שיפוטיות ששם יש לנו את כלל הנוקשות – אם ההחלטה נופלת לגדרי הנוקשות לא ניתן לשנותה למרות שיתכן שהרשות קיבלה החלטה לא נכונה ואף פוגעת במשאבים שלה.

**יסודות ההבטחה המנהלית:**

1. **הוכחה ברורה כי הבטחה ספציפית אכן ניתנה** – השופטת פרוקצ'יה **בפס"ד קלכמן**: אומרת כי הנטל על הטוען לקיומה של ההבטחה. **בפס"ד קהלני**, חלו על אנשי קבע תנאי פרישה חדשים. הם טענו להבטחה מנהלית לפרוש בתנאים הישנים. העותרים לא הוכיחו שום הבטחה ספציפית ועצם קיומם של תנאי פרישה מסוימים על פי מדיניות קיימת אינם יכולים להוות הבטחות שלא ישונו בעתיד. מה גם שבהסדר הישן נקבע מפורשות שניתן לשנותו. "באותו פס"ד נקבע כי על ההבטחה המנהלית להיות מפורשת, ברורה ושהיא אינה בגדר הצהרת כוונות גרידא – צריך משהו אקטיבי. על הטוען להוכיח לראשונה את עצם קיום ההבטחה, ולאחר שהוכחנו את ההבטחה יש לבחון אם נתמלאו יתר התנאים המקיימים את חובת הרשות לקיים את ההבטחה". הכוונה יש לו היררכיה, ויש לקיים את כל המבחנים אחרת הרשות אינה כפופה להחלטה אשר ניתנה.

**בבג"ץ קלכמן נ' ראש המטה הכללי** דובר על עותרות שהן אלמנות של טייסים שנספו בעת שירות מילואים פעיל. באותה תקופה הדין עשה הפרדה בכל הנוגע לזכויות סוציאליות (גמלה, פנסיה וכו'). ההפרדה הזו הייתה בין הנספית של שירות מילואים פעיל לבין אנשי קבע. החוק הקנה לאנשי הקבע זכויות סוציאליות מוגברות כך שמכוח החוק או יותר נכון השארים שלהם יהיו זכאים לגמלה מהצבא ולאנשי המילואים לא הייתה הזכות הזאת. בשנת 2002 נחקק חוק קצבאות למשרתי מילואים ומשפחותיהם שקבע שגם אנשי מילואים שלא זכאים לגמלה או פנסה או קרן פנסיה משום מערכת אזרחית יקבלו גמלה מכוח החוק. החוק אומר שזה רק על נספים משנת 1999. משפחות הנספים פנו לצבא וטענו על קיפוח מאחר ואנשי מילואים לא זכאים לזכויות לפי החוק אבל הם גם טענו שהובטח להם שארים ונספים שישוו התנאים עם אנשי המילואים וטענו כי היה נוהג והצבא נהג להשוות את התנאים רק שאף אחד לא ידע להצביע מאיפה הנוהג הזה צמח או מקור הסמכות לעשות את הדבר הזה. העותרים נשאלו על ידי בימ"ש איך התנהל הנוהג או ההבטחה והם טענו כי מפקדת חיל האוויר הוציאה בזמנו הנחיה לפיה יש להחתים את הטייסים על טפסי התנדבות לשירות קבע וטפסים אלה מולאו בחתימת טייסי המילואים בלבד. אחרי מלחמת יום כיפור וכדי להבטיח את המשך תקינות פעילות חיל האוויר אנשי המילואים חתמו על טפסים אלה – הטפסים נשמרו בכספות והצבא מעולם לא השתמש בטפסים אבל נהג להשוות את התנאים. הצבא טען שאין למסמכים תוקף משפטי ומדובר בכספים שצרכים להשתלם לשארים בשירות מילואים פעיל ואין הסמכה תקציבית. בימ"ש בנוגע לטפסים דחה את הטענה כי מדובר בהבטחה ופסק **מפי השופטת פרוקצ'יה**: "מדובר בניסיון פרי יוזמה מקומית של מספר טייסות לפעול בדרך עצמאית באמצעות חתימה על טפסי התחייבות כדי להשוות את תנאי טייסי המילואים המשתייכים אליהם לטייסי הקבע. על פניו נראה כי פרקטיקה זו לא זכתה לברכת מפקד חיל האוויר ובוודאי לא קיבלה גושפנקה מהמטכ"ל בשום שלב. אין צריך לומר כי מעולם לא נעשתה הקצאה תקציבית מיוחדת על פי החוק לצורך תשלום למשפחות טייס במקרה שיפגע. המסקנה: היא כי לא הוכח כנטען עצם קיומה של הבטחה מנהלית ברמת הוודאות והביטחון הנדרשים הניסיון שלא הלאות את הטפסים שלא נחתמו אשר מחייב אותם לשרת בקבע, בהימ"ש לא ראה בכך התחייבות". ובכך נדחתה העתירה של אלמנות הטייסים, מכאן הנטל להוכחת ההחלטה על התובע. ברגע שהוכח קיומה של הבטחה מנהלית יש צורך בקיום תנאים מסוימים בכדי למנוע מהרשות לשנות את ההחלטה שהיא קיבלה או את ההבטחה היא שנתנה.

2. התנאים לקיומה של הבטחה מנהלית נקבעו **בהלכת 137/75 סייטקס** – **הבג"ץ הזה קבע את המבחנים של הבטחה המנהלית, כעת נעבור לתנאים**:

א. **נותן ההבטחה היה בעל סמכות לתת את אותה הבטחה** – למשל האם שר הביטחון יכול להבטיח מחשב לכל ילד? לא הוא לא בעל הסמכות. הסמכות מבוססת על עיקרון חוקיות המנהל וחריגה מסמכות. חריגה מסמכות פוגעת בעיקרון חוקיות המנהל והיא יכולה לבוא לידי ביטוי בשימוש בכספי ציבור למטרה זרה ובייעוד הכספים מכוח החוק. לכן, יש להיות ערים כל הזמן לעננים הסמכה תקציבית הנלווית להסמכה המהותית. **השופטת פרוקצ'יה** פוסקת לגבי תנאי זה כי בדרך

כלל בימ"ש לא יאכוף הבטחה מנהלית שניתנה על ידי גוף שלטוני שלא הוסמך לתת את אותה הבטחה. עיקרון חוקיות המנהל הוא אבן יסוד במשפט הציבורי ורשות ממנהלית נהנית אך ורק מהסמכויות שהוקנו לה מכוח הדין. **השופט מצא** עמדתו נבדלת מהשופטת פרוקצ'יה אבל מגיע לתוצאה זהה – הוא רואה בהתחייבות מטעם הצבא להשוות את תנאי השארים של חיילי המילואים כמחייבת ורואה בטפסים כאילו הוכחה לנתינת ההבטחה. אולם, התקיימו יסודות **ההבטחה אך זו ניתנה בניגוד לדין והיא סותרת את עיקרון חוקיות המנהל ומשכך אין לאכוף את אותה הבטחה**. **השופט מצא ממש"ך** אומר כי הבטחה היא לא מכוח הדין, אפילו העותרות עצמן לא יכולות להצביע מכוח מה ניתנה ההבטחה, גם לא יכולות להצביע על כוח של נוהג. בימ"ש אומר כי זה אפילו לא נוהג אלא התנהגות של יחידה בצבא שקורית לפעמים. היום בג"ץ משתמש בדוקטרינת הבטלות היחסית ותוצאת פעולה מנהלית שנעשתה בחוסר סמכות אין משמעתה בהכרח בטלות ובימ"ש עשוי להכיר בהבטחה שניתנה לאזרח חרף היעדר סמכות לתת. גם סמכות היא אחד מהתנאים ואפילו סמכות תקציבית. דוקטרינת הבטלות היחסית נכנסת ברגע שניתנה הבטחה ומטפלת בעניין הסמכות כאחד המבחנים כי בימ"ש אומר כי למרות שיש פגם – האם יש להותיר את מבחן המשנה כעומד באמצעות דוקטרינת הבטלות היחסית.

#### **לגבי כלל הניהול הפנימי –**

**בפס"ד דישון נ' שר החקלאות –** הייתה על פניו התחייבות שניתנה ונראתה כי הבטחה כדין, היא נחזית כך על סמך מסמכים אותם הציגו החקלאים לפיהם ההחלטה ניתנה כדין. מי שהסתמך על ההחלטה ראה לנגד עיניו שאין בעיה כי כל הגורמים שהיו רלוונטיים כדי שההחלטה תתקבל אכן אישרו והיו מעורבים והתקיימו כל הפרוצדורות שהיו צריכות להתקיים (מדובר במועצת הלול, ארגון המטפל בענף שיווק הביצים והעופות, מועצת מגדלי הירקות, מועצת הבקר). גופים אלו עובדים מול משרד החקלאות ולרוב צריכים לקבל רישיונות יבוא ויצוא ורישיונות לעובדים זרים. המושב דישון שנמצא בגבול הצפון היה באותה תקופה בעימות עם לבנון והיה שרוי במצוקה כלכלית מתמשכת. המושב שיווק ביצים וכתוצאה מקשיים הוחלט ממועצת הלול כי היישוב ישנה את פעילותו ויתחיל לגדל עופות קטנים. על מנת לגדל עופות צריך אישור למכסה (כמות) והיה צריך להשקיע המון כסף, מועצת הלול אישרה למושב מכסה מסוימת על אף שלא הוכח שההחלה על המכסה התקבלה על דעתו של יו"ר מועצת הלול במכתב. המכתב אומנם היה חתום על ידי היו"ר והישוב יצא מנקודת ההנחה לאור החתימה כי חזקה שההחלטה אושרה בקרב הגורמים הרלוונטיים במשרד החקלאות ועברה את כל התהליכים הנדרשים.

בפעול, משרד החקלאות לא אישר את המכסות ואפילו לא הוכח כי ידע על המכסות או האישור. ההבטחה שניתנה לישוב או לאגודה החקלאית העותרת בבימ"ש אומרת כי אין לצפות ממנה לברר את ההליכים הפנימיים. בימ"ש קבע שכדי לקבל אישור לתת את המכסות הייתה צריכה להיות פנייה של מועצת הלול למשרד החקלאות ואין לצפות מהעותרת לברר נוהל פנימי ברשות ועל כן קיבל את העתירה ולכן בימ"ש חייב לקבל את המכסה שנקבעה וקבע שההחלטה בתוקף וגם משרד החקלאות צריך להתמודד עם אישור המכסות המשפיע על המשק.

**ההבחנה בין הלכת קלכמן לדישון** – בדישון העותרת אומרת שהובטח לה ללא ידיעה כי משרד החקלאות לא אישר (הייתה הסתמכות על החתימה), בפס"ד קלכמן לעומת זאת, העותרות **ידעו** מי קיבל את ההחלטה ומי אישר אותה **וידעו** כי הרמטכ"ל לא פעל ולא ידע על הנוהג הזה ולכן בקלכמן ההחלטה לא ניתנה בסמכות ופס"ד דישון היא נחזית כניתנה בסמכות.

**בפס"ד סייטקס** משרד החוץ דרך המטה לשר החוץ ולמשרד התעשייה והמסחר התחייב כלפי חברות הנופלות להגדרה של מפעל זכאי לתת פיצוי או יותר נכון מענק באשר ליצוא שלהם זה היה בשנת 1974. העותרות נפלו להגדרה הזו כלומר מגיע להם מעניק, אולם המטה לשר החוץ במשרד התעשייה אומר כי הם לא עומדים בהגדרה של הזכאים למענק. **הסיוע ניתן בדמוי חלוקה לשני חלקים: החלק הראשון:** שולם בשנת 1974 לכל המפעלים שהיו זכאים וגם לעותרת. **בחלק השני:**

זה החלק הבעיתי נשוא העתירה, בשל פירות המטבע של הלירה הישראלית באותה שנה הוחלט להעניק לכל החברות גם אלו שאינן נופלות בגדר חברה זכאית את המחצית השנייה של המענק. העותרת טוענת כי ההסדר החדש שמטיב עם כלל החברות והמפעלים, אך מקפח אותה ושולל את הזכויות שהובטחו לה. כלומר העותרת אמרה אני לא רוצה סובסידיות כמו זיכוי מס ואתם מעניקים מענק לחברות ואני כעותרת רוצה כסף. לכן, ביהמ"ש פסק שיסודות ההבטחה המנהלית התקיימו וקיבל את העתירה.

### ג. הייתה לנותן ההבטחה כוונה להתנות להבטחה תוקף משפטי - בפס"ד דישון – מדובר בגמירות

זאת בנוגע לנותן ההבטחה ובימ"ש ישאל האם הייתה כוונה להקנות להבטחה תוקף משפטי. קיומו של כתב הוא רק אינדיקציה להקנות תוקף משפטי. בימ"ש לא דן לפי דיני חוזים בניגוד למשפט הפרטי, מכיוון ולא ניתן לטעון כי אין כוונה ליצור יחסים משפטיים מאחר והטענה המשפטית היא לגיטימית אם אומרים כי המעשה הוא מחוץ לגדרי ההסכם (הוא לא במישור המשפטי אלא במישור המנהלי). בפס"ד דישון דובר על מסגרות משפטיות – בתוך מבחן משנה ואומרים שלא היה תוקף משפטי לאותה הבטחה. כאשר בימ"ש נדרש לטענה שאין כוונה ליצור יחסים משפטיים הדבר הראשון שאנחנו ניגשים לבדוק זה האם הייתה כוונה ליצירת תוקף משפטי, אחרת לא נידרש בדיני החוזים לצורך העניין מאחר והוא לא חל. בפס"ד דישון אותה התחייבות של מועצת הלול הועלתה על הכתב פעמיים זו הייתה אינדיקציה לבימ"ש שהתחייבות הזו הועלתה על הכתב ומאחר ומדיניות כלכלית העומדת בבסיס התחייבות מהווה מאינדיקציה שלילית לכך שמדובר בהבטחה מנהלית שכן, מדיניות כלכלית חייבת להישען כפופה לשינוי, ברגע שמדברים על קופת הציבור או שימוש בכספים העניין נוטה לכיוון גמישות וזה אינדיקציה לחיובי או שלילי. אז דרישת הכתב ודברים מדיני חוזים הם אינדיקציה שלילית. בפס"ד סייטקס בימ"ש גיד שיקולים כלכליים ומדיניות כלכלית נוטה לכיוון הגמישות ואם בימ"ש יתרשם שמדובר במדיניות כלכלית ייתכן שעל סמך אינדיקציות אלה הדבר לא יהיה מחייב. אך את המגיע על בסיס המדינות החדש יש לכבד.

### ג. נותן ההבטחה יש לו את היכולת למלא אחריה: ההגדרה של יכולת לפי פרופ' שטיין שהיכולת

החוקית של נותן ההבטחה הכוונה שקודם כל צריך סמכות כדי למלא אחר ההבטחה. למשל בפס"ד קלכמן- נשות הטייסים היה ברור שלחיל האוויר היכולת למלא הבטחה שניתנה לטייסים וזאת ללא שיתוף פעולה של הרמטכ"ל או של שר האוצר. עמדתו של פרופ' שטיין בנוגע ליסוד היכולת הוא גם אם נותן ההבטחה אינו מוסמך לקיימה במידה והתקיימו היסודות האחרים ההגיונות מחייבת את הרשות המוסמכת לשקול את קיום ההבטחה גם אם לא הייתה לה מעורבות במתן ההבטחה. כך למשל במקרה של פס"ד דישון משרד החקלאות, יכול לאכוף את ההבטחה שניתנה לשוב אומנם לא היה מעורב במתן ההחלטה אבל הוא יכול לקיים את כל עניין המכסות של העופות.

### ד. אין צידוק חוקי לשנות את ההחלטה או לבטלה: יש לבדוק במקרה הזה כל מיני אינטרסים דבר

ראשון נבדוק אינטרס ציבורי שהוא ספציפי עיקרון טובת הכלל עלות תקציבית משמעותית ללא עיגון בתקציב או פגיעה בקופת הציבור כמו במקרה של פס"ד קלכמן. לגבי שינוי נסיבות כתנאי לצידוק חוקי שינוי מדיניות פועל מכאן ולהבא ולא למפרע. נגיד שהכפיפות להבטחה מנהלית לא תהיה שאין בכלל הבטחה יסודות אחרים אף אם התקיימו יש צורך בקיומו של היסוד הראשון [הוכחת קיומה של ההבטחה].

### אינטרסים ציבוריים כללים-

א) פגם מנהלי שנפל בהחלטה – למשל, הבטחה מפלה הפוגעת במנהל תקין, חובת ההגיונות ועקרון כיבוד ההסכמים, חוקיות פעולות המנהל ואמינותו – כל הפרה שפוגעת באמינות המנהל ומהווה הפרה של חובת ההגיונות ביחסי הרשות עם האזרח הרשות צריכה לקחת אותה בחשבון.



- (ב) **אינטרס הציפייה של האזרח** – האינטרס הזה תמיד קיים. ככל שניתנה הבטחה על ידי הרשות הנחזית כמוסמכת (פס"ד דישון) יש לקיים את ההבטחה.
- (ג) **אינטרס ההסתמכות** – למשל שינוי מצב לרעה או הסתמכות בתום לב אז חובת ההגיונות מחייבת לשקול את הנזק שנגרם לפרט (פס"ד דישון) שקבע אף ששינוי מצב לרעה אינו תנאי לקיום הבטחה מנהלית אבל יש בו להוות משקל רציני באיזון בין האינטרסים ומאחר שהעותרת השקיעה כספים רבים במעבר מייצור ביצים לעופות על בסיס ההבטחה שניתנה לה יש לכבד את ההבטחה. מה רמת הפגיעה באינטרס הציבורי לבין פגיעה של הפרט או חוקיות הפעולה של הרשות. במבחן האיזונים הזה אני מגיע לכלל ההחלטה מה המשקל הסגולי שאני צריך לתת לכל אחד מהמבחנים האלה. מצב שבית המשפט לא נותן את המכסה לישוב דישון הישוב היה קורס, אבל אם זה היה יישוב חזק שלא יזיק לו אז בית המשפט היה אומר שההבטחה הזאת לא ברת תוקף כי האינטרס הציבורי יותר חזק מהפגיעה ביישוב.

**הערה: הבטחה מנהלית לא יוצרת השתק משפטי.** הכוונה היא שעצם זה שמתקיימים מרבית התנאים של ההבטחה המנהלית אני לא יכול בתור עותר לטעון שהרשות מושתקת. כאשר אתה חתום על דבר מסוים אתה לא יכול לטעון נגדו, אם אני חתום על הפרת חוזה ולא הייתה סיבה שאני אפר ואני תבעתי את הכסף, אז משפטית אתה מושתק מלטעון נגד 10,000 שהוא התחייב [זה השתק משפטי]. השתק במשפט המנהלי לא מדובר בחוזה, אלא בהבטחה או מצג של הרשות – האזרח מבקש מהרשות שתקיים מה שהבטיחה. **ההבדל בין השתק במשפט המנהלי לפרטי הוא:**

- (1) **הסתמכות** – תנאי להשתק דורש הסתמכות, שינוי מצב לרעה. ואילו הבטחה לא דורשת את זה. האם השתק במשפט מנהלי זו רק טענת הגנה ולא טענת התקפה כמו גם במשפט הפרטי? **בהלכת עבדה התקבלה הטענה הזאת גם כטענת התקף.**
- (2) **פגם בהתנהלות הרשות** – בהשתק מנהלי דרוש פגם בהתנהלות הרשות, כלומר עשתה משהו לא נכון או לא חוקי או הציגה מצג לא נכון. ואילו בהטחה הרשות צריכה לפעול על פי חוק על מנת שההבטחה תתקיים. המקור של ההשתק במשפט המנהלי והפרטי הוא אך היום שהמשפט המנהלי חקוק אין צורך בהשתק כי קיימת עילה חזקה במשפט הפרטי שנקראת תום לב. במשפט המנהלי זה עדיין חל כי הוא עדיין משפט מקובל ולא משפט חקוק.

- בהלכת עבדה** – העליון איזן בין האינטרסים שדיברנו עליהם. מצד אחד בודק את מידת החומרה או הנזק שנגרם לאינטרס הציבורי אם תתקבל טענת ההשתק. ומצד שני בודק את הנזק והחומרה מבחינת האדם הפרטי. **במסגרת זו ניתן לבחור בין סוגי השתק שונים:**
- (א) **השתק מלא** – אכיפת ההשתק. במקרה הזה מה שעשתה הרשות הוא לא חוקי.
- (ב) **אכיפה תחליפית** – הכוונה שנותנים לאזרח משהו שווה ערך להבטחה שניתנה. למשל לא הצלחתי לתת לך את החלקה שהבטחתי אז אתן לך קרקע חלופית.
- (ג) **פיצויים כספיים** – בהלכת עבדה נאמר שפיצויים כספיים יתבעו בנפרד.