

## סיכום תרגול משפט מנהלי עביר רמלאוי

### 2 עקרונות מאוד חשובים המשפט המנהלי :

1. **עיקרון חוקיות המנהל :** זאת אומרת אין לרשות דרך לפעול אלא רק לגבי מה שהחוק הסמיכה במפורש או במשתמע .

2. **עיקרון חזקת תקינות המנהל :** חזקה זו אומרת כי כל מה שהרשות עושה הוא כדין אלא אם העותר מוכיח אחרת כלומר הנטל הוא עליו . בעצם העיקרון בה ואומר כי לרשות יש כל כך הרבה צעדים שהיא עושה וכל היום היא מתעסק בלנמק את ההחלטות שלה אז לפחות פה חזקה כי היא פועלת כדין ומאחר והיא הנאמן של הציבור אז יוצאים מנקודת הנחה שהיא עושה הכל לטובת הציבור.

**זכות הטיעון :** אחד הכלים שעוזרים לנו להתמודד עם השלטון ומבטיחה את זכויות הפרט מול השלטון . זכות הטיעון אומרת כי על הרשות המנהלית לא לפגוע בזכויות של אדם אלא אם קיבל הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיו בפניה . מקור הזכות הוא מכללי הצדק הטבעיים שהם לא כתובים בשום מקום ולא מדובר ברשימה סגורה וכל פגיעה בכללים משמעותה בטלות הפעולה . למרות שהיום הגישה היא בטלות יחסית

### **הטעמים לקיומה של זכות הטיעון :**

1. **חובת ההגינות :** ההגינות מחייבת מתן הזדמנות לאדם להתגונן ולשכנע אות הרשות שאין הצדקה
2. **ביסוס ההחלטה המנהלית :** קיומה של זכות טיעון יכולה להביא בפני הרשות שיקולים רלוונטים שלא חשבה עליהם
3. **הבטחת אמון הציבור :** הצדק לא ייראה אם לא נקבל הזדמנות להתגונן .

### תנאים לקיומה של הזכות :

1. **פגיעה באינטרס מוגן :** פס"ד ברמן נ שר הפנים : שכונה שרצתה להתנתק מעיריית ת"א , שר הפנים הקים וועדה שתבדוק את האפשרות והוועדה המליצה על הסיפוח ובצעם השר פעל כך והוציא צו סיפוח . תושבים שלא רצו לעבור רצו לבטל את הצו וטענו כי לא ניתנה להם את זכות הטיעון ולכן על ההחלטה להתבטל .

בג"צ פסק -ביטל את הצו, כלומר -הוא קיבל את העתירה, כבוד השופט זילבר" : **סבורני כי אין לזוז מההלכה הוותיקה והמושרשת שאין גוף מנהלי רשאי לפגוע באזרח מכוח הוראה מסוימת, אלא אם כן ניתנה לו תחילה אפשרות הוגנת להשמעת הגנתו ,** "ביהמ"ש מורה על ביטול ההחלטה של השר לנתק את השכונה מת"א.

2. **מדובר בפגיעה ישירה וממשית (שופט זמיר) :** הפגיעה צריכה להיות ישירה ואין אפשרות להתבסס על פגיעות משניות ורחוקות ואם הפגיעה היא רחוקה אז נחלשת הזכות לטיעון . למשל שלילת רישיון נהיגה זו פגיעה ישירה .

### **מצבים בהם למרות שהפגיעה לא ישירה אבל קיימת זכות טיעון :**

1. **מכוח עיקרון השיוויון ( פס"ד חוקה לישראל) :** במצב בו הפליה מקים זכות עמידה , זכות להופיע ולהשמיע טענות והעותר יפנה למרות שהוא לא נפגע בעצמו
2. **שמיעת יריב עסקי :** וזאת כדי למנוע התיידנויות משפטיות ארוכות

### **חריגים לזכות :** מתי למרות זאת לא נעניק זכות טיעון :

1. בהליכי חקיקה ראשית של הכנסת לא תוכר זכות טיעון כי לכנסת יש מעמד מיוחד והיא מראש משכללת את האינטרסים של האומה .
2. חקיקת משנה , תקנות

3. פעולות שלטוניות ריבוניות למשל הרגע שמדובר בהחלטה על מלחמה או שלום
4. עיקול זמנו ואיסור יציאה מהארץ כאשר מבקשים זאת במעמד צד אחד
5. פעולות דחופות בהם האינטרס הציבורי דחוף וגובר
6. הריסת בתי מחבלים – בפס"ד האגודה השופט זמיר מכיר במקרים בהם יש נסיבות מבצעיות שאין בהם מקום להעניק זכות טיעון
7. טענה כמו אין מה להשמיע, הוא פסול דין, מכירים את העמדה שלו = זה יכול להיות שיקול אבל לא חריג ואז יש פגם בהחלטה.

### **היקפה של הזכות : כמה צריך לתת להשמיעה ?**

1. מבחן זכות להשמיעה הוגנת : פס"ד אבו רומי : היקפה של הזכות משתנה מעניין לעניין תלוי בקייס הסיפור והיקפו. יש מקרים בהם זכות הטיעון היא רחבה ויש מקרים בהם זכות הטיעון היא צרה.

**\*\* יש זכות לקבל את החומרים שלפיהם הרשות הולכת לקבל החלטה**

\* שימוע חוזר : נעשה אם לאחר שימוע שהתקיים נתגלה לרשות מידע חדש

**פס"ד מדינת ישראל נ חאסין גאביץ :** המשיב 1 הוא תושב ישראל שנשוא למשיבה 2 שהיא תושבת הרשות הפלסטינית. פנו למשרד הפנים בבקשה לעשות איחוד משפחה אבל הבקשה נדחת שמום שאח המשיבה פעיל טרור. טענו כי לא ניתנה להם זכות טיעון. המדינה טוענת כי הערר עצמו הוא זכות הטיעון ובית משפט מקבל את הטענה הזו " שימוע מאוחר ". בית משפט קיבל את העתירה וביטל את החלטת שר הפנים. ואז ערעור נוסף מאת שר הפנים והוא טוען לאינטרסים ציבוריים ביטחוניים אשר גוברים על זכות הטיעון ובנוסף טוען כי המשיבה 2 היא לא תושבת ישראל ולכן בכלל לא קמה לה זכות הטיעון.

נקבע : בית משפט דחה את הערעור וקבע כי שגם למי שהוא אינו תושב ישראל יש זכות טיעון לאור כללי הצדק הטבעיים.

**פס"ד המועצה אזורית חוף עזה :** החלטה על הפרדת מדינת ישראל מאזור עזה, המפונים מגישים עתירה ובעניין הם טוענים שלא נתנה להם זכות הטיעון ולכן דין הצווים להתבטל. נקבע כי מאחר וראש הממשלה עצמו פגש את המפונים אז קמה זכות הטיעון בצורה קצת מוזרה אבל הקשר היה ישיר והזכות של הטיעון יכולה להיות רבת פנים ובית משפט קיבל כי הם קיבלו זכותם להתגונן.

### **הכיייי חשוב לבדוק האם ניתנה מהותית זכות טיעון :**

1. מתן הודעה על מהות העניין
2. עיון בחומר חקירה כחלק מזכות הטיעון
3. מתן זמן סביר להכנת תגובה הולמת
4. קיומה של חובה לשימוע חוזר.

## **משוא פנים וניגוד עניינים :**

**משוא פנים** - הזכות למניעת משוא פנים זה נגזר מכללי הצדק הטבעיים, זה איסור מהגוף המחליט לפעול תחת דעה קדומה והטעייה. זה מוביל להעדר פתיחות לשכנוע, כך שלא יהיה טעם בהליך המנהלי ולזכות הטיעון, משום שאם מקבל ההחלטה (הרשות) מונתה ע"י דעה קדומה אזי שהיא כבר החליטה ולכן אין משמעות לזכות הטיעון. כאזרח מה שאנו נגיד לא ישפיע על ההחלטה כי היא כבר התקבלה. משוא פנים אסור שיתקיים גם אם זה לטובת האזרח כי זה על חשבון האזרח האחר.

**ניגוד עניינים** - מצב בו הרשות או מי שפועל מטעמה מבצע פעולות או מצוי במצב הנוגד את האינטרסים של הציבור, הרשות הציבור היא מאיי"ן נאמנה של הציבור "ולכן חלה עליה חובת נאמנות בדומה מהמשפט הפרטי

## **מהות האיסורים למשוא פנים ולניגוד עניינים :**

### **1. חובת הנאמנות של הרשות :**

משוא פנים - אינטרס מרכזי של הציבור הוא חשיפת האמת ולכן גיבוש דעה קדומה פוגע בחשיפת האמת ומהווה הפרה של חובת הנאמנות. מה קורה לנו שם ? יש משהו נפשי בגוף "המחליט" שאנחנו לא יודעים מה הוא כי הוא פנימי והוא משפיע על ההחלטה, פה נפגעת השקיפות כי אנחנו לא יודעים מה גרם להחלטה - הרשות תגיד לנו טענות וחומר אבל ההחלטה בתאכלס התקבל מגורם אחר.

ניגוד עניינים - על הרשות כשלוחה או נאמנה של הציבור חלה חובת הנאמנות בין שולח לבין שלוח ובין בעלים ונאמן" הנהנה, "זוהי החובה לפעול אך ורק לטובת הציבור השולח ולהימנע ממצבים של ניגוד אינטרסים, כי לגבי ניגוד עניינים בהכרח הפגיעה היא באינטרס הציבורי

### **2. חובת ההגינות של הרשות**

משוא פנים - גיבוש דעתו המקדימה של המחליט פוגעת בחובה ההגינות שחלה על הרשות הציבורית כלפי האזרח - חובת ההגינות נגזרת מחובת הנאמנות, אך היא יותר נמוכה מחובת הנאמנות שזוהי החובה הרחבה ביותר במשפט. ניגוד עניינים - ההגינות מחייבת שהחלטה בענייניו של אדם העלולה לפגוע בו תתקבל כאשר מקבל ההחלטות אינו במצב של ניגוד עניינים, ולכן אין סכנה מוחשית של שקילת שיקולים זרים

**ניגוד עניינים יביא לשיקולים זרים שיקבעו את ההחלטה ואילו משוא פנים נגרם כתוצאה ממצב פנימי, אין דעה קדומה.**

### **3. מניעת חדירה של שיקולים זרים**

משוא פנים - מחליט המגבש דעתו מראש ואינו פתוח לשכנוע, מעורר חשד שעמדתו נגוע בשיקולים זרים שאינם רלוונטיים המונעים את האפשרות לשינוי ההחלטה  
ניגוד עניינים - הימצאות המחליט בניגוד עניינים מגדילה באופן משמעותי את הסיכוי לחדירה של שיקולים זרים ועל כן יש למנעם מראש - לא להעמיד את המחליט במבחן - יש ניגוד עניינים וזה לא אומר שבהכרח התוצאה לא תהיה תקינה אלא שאנחנו מתוך חשש לשימוש לרעה בכלל כלל אחר ומתוך הקשיים שיש לנו לדעת לגלות את המשוא פנים ולפעמים הניגוד העניינים המצב לפעמים תהווה בעיה - עצם ההמצאות בניגוד עניינים, למשל - בגלל זה שופט לדוגמא ברגע שהוא מכיר את אחד הצדדים הוא חייב להודיע על זה

### **4. הבטחת אימון הציבור במנהל הציבורי**

משוא פנים - הצד לא ייראה כאשר המחליט מעיד על עצמו שאינו פתוח לשכנוע ומדובר בהליך מיותר, בו אין הזדמנות לפרט לשכנע בצדקת טענתו

ניגוד עניינים - זה מביא לכם שגם הצדק ייעשה הוא לא יראה, אמון הציבור הוא במנהל הציבורי ולכן האמון במנהל הציבורי יפגע  
**מדובר פה על נראות וזה מאוד חשוב במשפט הציבורי משום שאם הרשות נאמנה כדאי שהציבור יבין שהרשות פועלת לטובתו.**

### **צורות של ניגוד עניינים במשפט הציבורי :**

1. **ניגוד עניינים מוסדי :** עובד ציבורי הממלא שני תפקידים ציבוריים ובתוך כך נוצרת התנגשות בין שני אינטרסים ציבוריים ( למשל מבצע וגם מפקח )  
**פס"ד הליכוד בעיריית פתח תקווה :** עתירה על חבר וועדה לאחר הבחירות שהוא גם משמש חבר בהנהלה של העירייה **נקבע :** חבר וועדת הנהלה נסמך על שולחנו של ראש העיר ותפקידו לייצג לו ומתוך כך ובו זמנית חבר וועדת הביקורת תפקידו לבקר את פעולת ראש העיר, מדובר בהפרדת רשויות שיצר המחוקק בין רשות מבצעת לרשות מפקחת וטשטוש ההפרדה יוצר ניגוד עניינים. נפסק כי המשיב פסול מלשמש כחבר בוועדת הביקורת.

**פס"ד שמעון :** **נקבע כי** ניגוד עניינים כי כל הקשור לתפקיד סגן יושב ראש המועצה לבין תפקיד חבר או מזכיר מועצת הפועלים צר ואינו משתרע על חלק חופף בשני התפקידים האלה, לעומת זאת סגן ראש המועצה אשר גם משמש וגם ממלא מקום ראש המועצה תפקיד אשר עשוי להביאו למלא מקומו בפועל של ראש המועצה על כל תחומיו יתקל בתור כזה ניגוד עניינים חמור כאשר יידרש להתערב בענייני תרבות ספורט ועבודה ולפי כך אין להתיר ניגוד עניינים. ביהמ"ש שואל איפה הקושי בין שני הסמכויות

2. **ניגוד עניינים אישי :** מדובר בניגוד עניינים בין אינטרס ציבורי לבין אינטרס פרטי של העובד הציבורי.

### **המבחנים לזיהוי ניגוד עניינים – בפסיקה נקבעו שני מבחנים :**

1. חשש סביר לניגוד עניינים ( פס"ד שימול )
2. מבחן האפשרות הממשית (פס"ד משולב ) – גם אם ניגוד העניינים לא התממש בפועל אלא היה עלול להתממש , המבחן הוא מבחן אובייקטיבי מנקודת מבט של האדם הסביר , וכלן יש לשאול האם האדם הסביר אשר יודע את כל העובדות היה מכריע כי קיים חשש סביר או אפשרות ממשית של ניגוד עניינים או משוא פנים .  
\*\*\* הרשות תמיד תטען לאפשרות ממשית והעותרים יטענו לחשש סביר .

**חובת הודעה על מצב של ניגוד עניינים** - על עובד הציבור הנמצא בניגוד עניינים חובה להודיע לממונים עליו או לגוף הקולגיאלי שבו הוא חבר. כמו כן, עליו להימנע מהשתתפות בדיונים ועל הצבעה באותם עניינים.  
**דוגמא** - סעיף 47 לחוק התכנון והבניה - הוא מעגן עקרונות כאלה בעניינים של תכנון ובניה. סנקציה על עובד ציבור שלא נותן הודעה ולא מודיע שהוא מצוי בניגוד עניינים ועדיין מקיים הליך - סנקציה פלילית ואם לא אז סנקציה משמעתית.

### **מקרה בוחן**

### **: חובת ההנמקה**

1. הרשות חייבת לנמק את החלטותיה וזאת קודם כל ביקורת פנימית טובה יותר ומאפשר לה לבקר את עצמה
2. ההנמקה מאפשרת לבאים בתור להתרשם מההחלטות של הרשות ולשמור על אחידות כי רשות כזו אין היא כפופה למעשה בית דין
3. חיזוק היחסים בין הרשות לבין האזרח וההנמקה מטשטשת את תחושת השרירות בפעולות השלטון ותורמת לפיתוח יחסי אמון .

חובת ההנמקה הוסדרה בחוק : חוק לתיקון סדרי המינהל , החלטות והנמקות והחוק מדבר על היסודות כדי שתקום את חובת ההנמקה :

סעיף 2 (א) קובע כי התבקש עובד ציבור בכתב להשתמש בסמכות שניתנה לו ע"פ דין , יחליט בבקשה וישיב למבקש בכתב בהקדם ולא יאוחר מ 45 ימים מיום קבלת הבקשה . הסעיף מדבר על מתן תשובה של הרשות שיכולה להיות חיובית או שלילית

סעיף 2א קובע אם עובד ציבור סירב לבקשה בסעיף 2(א) אזו תקום חובת ההנמקה ויודעי המסרב למבקש את נימוקי סירובו. וגם קבלה חלקית של הבקשה מחייבת הנמקה כי בעצם היה סירוב חלקי ועל זה על העובד הציבורי לנמק

**היקף החובה : פס"ד שפירא :** נקבע כי על הרשות להציג בנימוקיה את המסכת העובדתית עליה השתיתה את החלטה ועל ההחלטה להיות מפורטת כך שתוכל להיבדק מאת ביקורת שיפוטית .

**פס"ד יורוגום :** נקבע כי ההנמקה חייבת לפרט את הדרך למסקנה והדרך כמובן נתמכת בעובדות שהביאו לקבלת ההחלטה

**גוף קולגיאלי :** נקבע בפס"ד שפירא ברגע שמדובר בגוף הזה אז דיי לנמק כל ההחלטה התקבלה סדעת רוב ואין חובה לפרט את עמדת כל אחד מחברי הגוף (חשין )  
מנגד השופט קיסטר מתבסס על חוק ההנמקות הנעדר הבחנה בין עובד ציבור לבין גוף זה ולכן כל אחד מהם נחשב כעובד ציבור .

**פס"ד מועצה אזורית חוק אשקלון :** נקבע כי גם שאין תחולה מכוח החוק להנמקה , תחול החובה מכוח חובת ההגינות המשמעות היא הטלת חובת הנמקה שיפוטית מקום שחוק ההנמקות אינו חל וההלכה היא כשאין חובת הנמקה לרשות מכוח חוק אז תקום חובת ההנמקה מכוח הפסיקה !

#### **פס"ד נאות : נטען כי מועמדים שהיו ראויים לא נבחרו**

**נקבע** כי ההנמקה בהליכים מעין אלה חשובה לצורך ביסוס המעשה המנהלי וחשיפת הציבור להליך קבלת ההחלטה לרבות שמיעת השיקולים בדבר התומכים והמתנגדים וזאת גם עם קיומו של דיון לא יכול לשנות את יחסי הכוחות ואת ההחלטה הצפויה. ביהמ"ש משמש במילים קשות "כנאמני הציבור מוטל על חברי מועצת העירייה לנמק עמדותיהם ולהעמיד את שיקוליהם לביקורת, חברי המועצה אינם רשאים להקים חומה של שתיקה ולהסתיר מאחוריה שיקולי החלטתם, התעטפותם בשתיקה מקום בו הם מצופים לגלות את ליבם ולחשוף את שיקוליהם מחשידה אותם שיש להם מה להסתיר".

**סעיף 6 לחוק ההנמקות :** הפרת חובת ההנמקה היא רק הפרה של חובה זו והיא לא אומרת דבר על ההליך עצמו ויכול להיות שהחלטה שקיבל עובד ציבור התקבלה כדן ונעשתה כמו שצריך.. ההחלטה עצמה יכולה להיות תקינה.. אם יש חובת היוועצות והייתה היוועצות והיא כדן ואם יש סמכות ואם ההחלטה היא סבירה ואם היא מידתית ואין שום קושי חוקתי אז היא כדן והתוצאה היא פשוט שאין הנמקה.. סעיף 6 מתייחס לכך ואומר כי לא הגיוני מעצם רק הפרת חובת ההנמקה לבטל את ההחלטה. זה לא VOID.

**סעיף 6 (א) :** הנטל על עובד הציבור עכשיו להראות כי החלטה שקיבל התקבלה כדן. משמעות הדבר, חזקת תקינות המינהל האומרת כי כל פעולותיה נעשות כדן והנטל להראות שלא נעשו כך היא על מי שטוען. פה יש הפרת חובת הנמקה.. סעיף 6 לחוק ההנמקות בא ואומר כי אין תחולה לחזקת תקינות המינהל ואומר כי הנטל יהיה על עובד הציבור להראות שהחלטה (בניגוד להנמקה) או המעשה המנהלי נעשו כדן

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

(1)3 אומר כי יש בדין המעניק את הסמכות הוראה פוזיטיבית לפיה רשאי עובד הציבור לעשות שימוש בסמכותו ללא מתן הנמקה. כלומר ברגע שדין ספציפי מעניק סמכות לרשות לפעול יכול גם הוא להעניק לה סמכות לא לנמק כי חובת ההנמקה היא כללית ופה הסעיף ספציפי

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

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

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

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

הפטור של סעיף (2)3 מאפשר לרשות לצמצם את האיסור לנקבע בשפירא כי בשפירא קבעו כי יש לנמק את כל הדרך עד הסירוב . כלומר נכון שהחוק היה חסר ולא נקבע בו היקף לחובת ההנמקה ואז הפסיקה בשפירא קבעה שיש לנמק את הכל הדרך . אחר כך סעיף (2)3 עוד פעם מצמצם את בג"ץ שפירא .

**סעיף 9 לחוק מדבר על היעדר תחולה של החוק והוא קובע מתי בכלל החוק לא חל . ומדגיש את ההבדל בין היעדר תחולה לפטור .**

היעדר תחולה של החוק קובע כי שלא תהיה תחולה לחוק בעניינים הבאים :

9(א) : על החלטות לפי חוק כלי ירייה וזאת כאשר גילוי הנימוקים עלול להביא לפגיעה בשלומו של אדם או בדרכי

הפעולה של המשטרה .

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

חשוב להבין שיש הבדל בין סעיף הפטורים לבין סעיף היעדר תחולה :

בפטור בעצם אמרנו שיש תחולה לחוק כלומר משהו קטן או מסעיף 2(א) או סעיף 2א ואז חובת ההנמקה חלה והיקפה הוא כפי שנקבע בשפירא , אבל אז הרשות תיטען למרות שהתחולת החוק חלה יש להעניק לה פטור מנימוק לעומת זאת סעיף 9 אומר כי הוראות סעיף 2(א) או סעיף 2א לא חלות בכלל – אין תחולה לחוק ואין תחולה לחוק אז הולכים לחובת ההנמקה מכוח הפסיקה מה שלא קורה בפטורים !!!

### **\*\*\* קודם נבדוק ס 2א ואז בודקים סעיף 9 ואז הפטורים במידה ויש תחולה**

**פס"ד הינדס** מדובר בפקיד שומה שהגדיל את סכום השומה ולכן הם בסוף טענו לסעיף 6(א) לחוק ההנמקות לפיו נפל פגם בחובת ההנמקה אבל עדיין פגם בהנמקה לא מביא לבטלות ההחלטה אלא רק מעביר את הנטל לרשות שנהנית מחזקת תקינות המנהל . ולכן הם הגיעו למצב בו הרשות מוטל עליה הנטל והיא לא הצליחה להרים את הנטל לכן דין ההחלטה להתבטל.

יש בעיה משפטית עם הטענה: בשביל להגיע לס' 6 א' צריך תחולה של חוק ההנמקות. לס' א' יש דרישות, הראשונה שבהן – נתבקש עובד ציבור עפ"י דין. הבעיה שלהן היא במילה "נתבקש". "ז"א: בעצם ביהמש פה בוחן לגבי טענתן את השאלה האם חוק ההנמקות חל (עוד בטרם ס' 6 א') כדי לבחון את זה, הוא שואל עצמו – האם הצהרה לפקיד מס שבח, כי כרתו הסכם וכו' ומחויבות מכח הדין לדווח, האם הדיווח שלהן הוא בגדר "נתבקש עובד ציבור?"

**נשיא שמגר קובע** – הוראות חוק ההנמקות לא חלות על המקרה שכן הצהרה בדבר מס שבח אינה בגדר בקשה לעובד ציבור להשתמש בסמכות שניתנה לו עפ"י דין ועולה מכך כי קיום חובה אין משמעה בקשה להפעלת סמכות . הוא לא התבקש ולכן אי אפשר להגיע לחוק ההנמקות, לס' 6א. "בקשה" עפ"י לשונה היא פניה לרשות לפעול בעניינינו של האזרח לאחר שיקול דעת ובחירה בין פניה לבין הימנעות ממנה. לעומת זאת, הגשת הצהרות עפ"י חוק במועד הקבוע בו, הינה חובה שאי קיומה מהווה עבירה פלילית אשר עונש מאסר או קנס בצידה. לכן אי אפשר להפעיל את חוק ההנמקות את ס' 6 א'.

גם אם היתה תחולה לחוק ההנמקות כך לפי ביהמש, נטל הראיה הורם במסגרת הדיון בפני וועדת הערר, שעה שההערכה החדשה שנעשתה במסגרת הוועדה הושתתה על חוות דעת שהובאו בפניה כשזו של המשיב (פקיד השומה) היא היתה המועדפת וגם אם היתה תחולה לס' 6 א', משום שהשומה נקבעה בחלוף 30 יום הנטל הורם

## זכות העיון

כשאנחנו מדברים על זכות העיון, אומרים שלכל פרט יש זכות לעיין או לקבל חומר שמצוי בידי גוף שיפוטי או מעין שיפוטי או רשות מנהלית, הנוגע אל הפרט עצמו – אליו. זו נק' המוצא – המידע שמחזיקה הרשות וגם גוף שיפוטי נוגע לאותו פרט, יש זיקה בין הפרט לבין המידע. בזכות העיון מה שמעניין אותנו – איזה מידע אנחנו יכולים לקבל (בשים לב שהכל נוגע אלינו) או מה היקפו ומה שעוד מעניין אותנו – באיזו מסגרת: הליך שיפוטי או מעין שיפוטי?

### זכות עיון פרטית פה יש לנו למעשה 3 דרגות בעניין המסגרת מול מי מתמודדים:

1. הליך שיפוטי / מעין שיפוטי (ועדת ערר למשל): החקיקה מסודרת, חשופים למידע אלא אם כן נתקלים בהוראות חסיון. למשל – הליכים אזרחיים, הליכי גילוי מוקדם, שאלונים – אין לנו בעיות בהליכים שיפוטניים. הבעיה – כשאנחנו רוצים מידע שלא נוכל לקבל והוא מצוי בידי הרשות.

2. מידע הנוגע שאנחנו נדרשים לו לקראת הליך שיפוטי, אנחנו צריכים את המידע כדי להגיש תביעה/ערעור/לדעת דבר במסגרת הליך מסוים. לא בפלילי-כבר בדרגה הזו יש בעיה, כי הדברים לא מוסדרים כ"כ. אנחנו לא יכולים להצביע על סעיף גנרי או כללי, או סעיף סל. אין לנו מקור נורמטיבי שמאפשר לנו לקבל מידע! אז קל וחומר שהדרגה השלישית תהיה בעייתית

3. כל מידע, לא במסגרת הליך שיפוטי אלא מידע. הרשות מחזיקה במידע ואנחנו רוצים לקבל אותו בלי שום סיבה? בכלל בעייתי. אז פה, הפסיקה עשתה דרך-

### ישנן הוראות חוק פרטיקולריות שמחייבות את הרשות לחשוף מידע לאזרח שנוגע אליו

ס 13 'לחוק הגנת הפרטיות: קובע כי כל אדם זכאי לעיין בעצמו או באמצעות מי מטעמו במידע שמוחזק במאגר מידע. בעברית, ערבית ואנגלית.

ס 74 'לחסי"פ - מתן אפשרות לנאשם/ סניגורו לאחר הגשת כתב אישום, לעיין בחומרי החקירה

הס' הללו לא נותנים מענה, בטח לא לגבי דרגה שניה ושלישית. ולכן הפסיקה עשתה דרך פס"ד שפירא נ הועד המחוזי (לא נקבע כהלכה) העותר חבר לשכת עורי הדין והוא הגיש תלונה נ עו"ד אחר. הוועד שקל את התלונה בקשר לחומר ובסופו של יום החליטו לגנוז את התלונה מטעם שהתלונה לא מגלה אישום. העותר ביקש לקבל את הנימוקים למגירת התלונה וגם כן הוא מבקש את תגובת העו"ד השני כדי שהוא יוכל לעתור. הועד השיב כי כל חבר בוועדה שקל את התלונה והחליט לגנוז אותה כל אחד מטעמו ועל כן הוא המחוזי כגוף קולגיאלי החליט לגנוז את התלונה ללא מתן נימוקים.

נקבע: מינוי רחב " הכלל הוא שמסמכים שהתקבלו בידי הרשות תוך כדי שימוש בסמכות שהוענקה לה עפ"י דין, צריכים להיות גלויים ופתוחים לפני הצד הנוגע בדבר. וקובע בית משפט כי טענה זו כאין חובה חוקית לגלות אני לא מגלה תישמע מפני אדם או תאגיד פרטי אבל אין היא נשמעת מפי הרשות הממלאת תפקיד על פי דין כרשות ציבורית אבל בנוסף בג"ץ קובע להחלטה הרחבה הזו גבולות ומתי כן הרשות לא חייבת לגלות

1. חומרי חקירה] כיום מוסדר בחקיקה, בזמנו לא. ]

2. מידע שהרשות אוספת בנוגע לפלוני המתמודד במכרז או מתמייך למשרה פלונית

3. מידע העשוי לפגוע בזכויות הזולת.

4. סודות מסחריים

5. מידע שחל עליו חיסיון מכוח הדין

\*\* בג"ץ קובע כי נטל ההוכחה כי אין על הרשות לגלות מידע המצוי בפניה מוטל על הרשות !!!!!

לכאורה הבעיה נתפרה וניתן לקבל כל מידע לפחות לגבי הדרגה 2 אבל עדיין יש בעיה כי בשפירא התייחסו רק למקרה הספציפי ולכן היה לנו עוד פס"ד

פס"ד מספנות ישראל נ חברת החשמל: מדובר על מכרז שבסופו של דבר מספנות ישראל לא זכתה בו ולכן היא ענה שמדובר בהחלטה פגומה וביקשה לעיין בכל ההצעות שהיו כדי שהיא תוכל לדעת איפה היא עומדת. בית משפט מצא תקנה 22(ט) לתקנות עיריות מכרזים לפיה, לאחר קבלת החלטה סופית רשאי כל משתתף לעיין בהחלטה הסופית ולקבל את הצעת הזוכה !!! כלומר לא דיברו פה על שאר ההצעות אלא רק על הצעת הזוכה.

לפי לשון החוק נשמע שיש פה הסדר שלילי אבל בית המשפט מפרש לא רק לפי לשון החוק אלא לפי התכלית והוא מגיע למסקנה כי יש לאמץ את שפירא וכי כל משתתף במכרז קונה זכות עיון רחבה במסמכי המכרז לרבות כל ההצעות וכל זה

בכפוף לזכויות חיסיון, כלומר במידה ויש טענת חיסיון אז מי שטוען עליו להוכיח. **שופט זמיר**: לטעמו מספנות ישראל יוצר הלכה לפיה אדם שנפגע מהחלטה מנהלית רשאי לעיין במסמכי הרשות הקשורים לאותה החלטה ובזה **פתרו את העניין בדרגה 2 !!**

משרד המשפטים נ סגל: נקבע כי זכות העיון הפרטית מותנית בקיומו של אינטרס אישי בעיון המידע – זו אמירה פוזיטיבית של ביהמ"ש. קובע שזכות הפרט לעיון במסמכים המוחזקים בידי הרשות המנהלית אשר שימשו אותה להחלטה בעניינו – היא ממושכלות היסוד של המשטר הדמוקרטי, זו **זכות העיון הפרטית הנגזרת בעיקר מזכות הטיעון** ומחובת המנהל לפעול בשקיפות

**נחזור שניה לדרגה ראשונה**: בחוק בתי דין מנהליים מסודרת זכות העיון הפרטית בנוגע להתדיינות בפני בתי הדין המנהליים ב סעיף 30(א) וקובע שמי שזכאי להגיש ערר על החלטתה של רשות מנהלית, זכאי לעיין במסמכים שבידי הרשות הנוגעים להחלטה ולהעתיק מסמכים מן התיק סעיף 30(ב) זכות העיון בתיק לא תחול על מסמכים שאין להם נגיעה להחלטה שעליה עוררים שיש בהם סוד מקצועי או מסחרי או שכמובן פוגעים בביטחון המדינה ויחסי החוץ.

**דרגה שלישית: לא הרחבנו**

**זכויות העיון הציבורית**: מדובר בזכות הפרט לעיין במסמכים כאשר אינו נגוע לעניין

**מקור הזכות**

- 1. הרשות היא הנאמן**: ופועלת לטובתי ולכן כל מה שהיא מחזיקה הוא נגוע אלי והמידע שהיא מחזיקה שייך לציבור.
- 2. עיקרון חופש הביטוי**: ממנה נגזרת גם זכות הציבור לדעת.
- 3. הדין: כל חוק ופסיקה – למשל חוק חופש המידע.**

**זכות העיון הציבורית חיונית משום ערך דמוקרטי, מימוש כלי העתירה הציבורית, יכולת הפעלת הביקורת על השלטון.**

**חוק חופש המידע**: סעיף 1 לחוק **העיון הפרטית הנגזרת בעיקר מזכות הטיעון** ומחובת המנהל לפעול בשקיפות המידע " לכל אזרח ישראלי הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית.

**סעיף 2 מגדיר מידע** ככל מידע המצוי ברשות ציבורית והוא כתוב, מוקלט, מוסרט, מצולם או ממוחשב.

**הגדרת קבלת מידע**: לרבות עיון, צפייה, האזנה, העתקה, צילום, קבלת פלט מחשב או קבלת מידע בכל דרך אחרת בהתאם לסוג במידע וצורת החזקתו.

**הגדרת ממונה**: מי שמונה ברשות הציבורית על העמדת המידע לציבור.

**סעיף 7 נוהל הגשת בקשה לקבל מידע**:

דרך הגשת הבקשה: בקשה לקבלת מידע תוגש בכתב לממונה או למי שהוסמך לכך על ידו ואין המבקש, חייב לציין את הטעם לבקש. וכשאינן זיקה למידע אנחנו חשופים לקושי גדול יחסית לקבלת המידע.

**סעיף 7(ג)**: מגבלת של 30 יום מיום הגש הבקשה על החלטת הרשות ובמידה והרשות קיבלה את ההחלטה תבקש זאת תוך זמן סביר ולא יאוחר מ 15 יום

**דחיית הבקשה**: אם הרשות החליטה לדחות את הבקשה כולה או חלקה תודיע למבקש בהודעה בכתב שתפרט בו את נימוקיה (חובת הנמקה) ותיידע את המבקש על החלטתה לעתור.



## זכות עיון ציבורית = חופש המידע

### עילות סטטוטוריות לדחיית הבקשה לקבלת המידע : אם העילות לא נופלים פה הרשות לא יכולה לסרב

1. המידע נמצא בידי רשות ציבורית אחרת, כארשר אין בהפניית המבקש לאותה רשות כדי להכביד הכבדה בלתי סבירה על קבלתו של המידע על ידו. דחיית הבקשה בעילה זו, מחייבת את הרשות להפנות את המבקש לאותה רשות ציבורית שבידיה מצוי המידע. (ס. 5 (8' לחוק).

2. המידע נוצר / התקבל בידי הרשות למעלה מ 7-שנים לפני הגשת הבקשה ואיתורו כרוך בקושי של ממש. הערה : בעולם הציבורי כמעט ואין "התיישנות", "יש" שיהוי."

3. בנקיטת אמצעים סבירים, התברר לרשות שלא ניתן לאתר את המידע / שאינו מצוי בברשותה.

4. המידע פורסם ועומד לרשות הציבור/עיונו. כמו נגיז רשם החברות. דחיית הבקשה מסיבה זו להודיע למבקש היכן יוכל לקבל / לרכוש את המידע

5. סעיף 18(1): הטיפול בבקשה מצריך הקצאת משאבים בלתי סבירה. למשל : הוצאת גוש/חלקה מהטאבו כאשר המקרקעין לא מוסדרים. ר' הרחבה למטה

בנוגע " הקצאת משאבים בלתי סבירה " בית משפט עליון בפס"ד סגל : סגל פירסם כתבה נגד רב שמייחסות לו עבירות רצח וכולי והוגש נגד סגל כתב אישום, ולכן הוא ביקש לעיין בכל החלטות שניתנו בנוגע לחופש הביטוי. בהתחלה סירבו לתת לו אבל אחר כך ולאור פרשת מטר הסכימו לתת לו 20 החלטות בנוגע לסעיף ספציפי. הוא הגיש עתירה ובית משפט קיבל את העתירה וקבע כי הוא זכאי לקבל את המידע שהוא מבקש 7 שנים אחורה. הרשות הגישה עתירה בטענה של "הקצאת משאבים בלתי מסבירה"

בית משפט עליון מנתח את המונח הזו ומחלק את זה לאמות מידה : ברמה העובדתית על מנת לעשות שימוש בסעיף 18(1) חייבת הרשות לבצע הערכה במישור העובדתי מהי הקצאת המשאבים שתידרש ואז עליה להוכיח שאכן זה מצריך הקצאת משאבים בלתי סבירה כלומר הנטל הוא עליה !!

### בנוסף בית משפט יוצר מבחן הסבירות להפעלת שיקול הדעת המנהלי :

1. שיקולים טכניים : שיקולים כספיים או מנהלתיים
2. שיקולים מהותיים – ממשיים : על הרשות להצביע על שיבוש קשה העבודה השוטפת שלה "הכבדה" במובן של שהיא בעלת זיקה למאמצים : צפויה לבוא לביטוי בשיבוש סדר העדיפויות של הרשות המנהלית, באופן המחייב אותה להסית משאב קיים ממשימתו העיקרית למשימה אחרת". אם את צריכה להסית את המשאבים שלך

**כלומר בית משפט בכלל לא משאיר לרשות שיקול דעת אלא הוא רוצה שהוא תוכיח שבאמת היא בדקה ובסוף קבע שהוא יקבל את המידע לא 7 שנים אלא 3 שנים מספיק**

למה הפרטית מחזקת את הציבורית ? ביהמ"ש אומר שהמטוטלת תהפוך להיות כבדת משקל בהרבה לטובת מבקש המידע הציבורי כאשר יש לו זיקה אישית, בפרקטיקה מוטב להיות בעל זיקה

**פס"ד התנועה לחופש המידע** : מדובר בהסדר של רשות המיסים שבו תשלם כסף ולא יעמידו אותך לדין. רביב ביקש מידע ברשות המיסים בקשר לכל האנשים כולל שמות שהגיעו איתם להסדר ב 3 שים.

**בית משפט עליון : קבע שיש לספק את כל המידע**, ומכריע כי זכות הפרטיות של הנישומים נוסגת לטובת זכות הציבור למידע. כלומר בית משפט מתבסס על המסקנה כי הסדרי כופר מתקבלים ע"י רשות המיסים כרשות מנהלית שלטונית ובמסגרת הליך בעל סממנים עונשיים, המחייבים הפעלת כלל הפומביות כפי שמתקיים בהליכים פליליים רגילים. בנוסף אין כפל מבצעים, כי הסדר הכופר הוא פריבילגיה, הטבה. הוא מעין 'הטבה' הניתנת לנישום ואין לאפשר להנות מהטבה נוספת בדמות אי חשיפת שמו ברבים, המהווה חריג לכלל הפומביות..

בנוגע לתפקוד התקין של הרשות : ביהמ"ש מביע חשש מכך( שחשיפת המידע תחשוף את פעולות הרשות, תפגע בהמשך קבלת החלטות של הרשות בהמשך, )אך עם זאת, פוסק שאין בכך כדי להצדיק אי חשיפת המידע בנוגע לאותם נישומים.

**פס"ד המועצה להשכלה גבוהה** : סעיף 9(ב)4 לחופש המידע אומר שהרשות לא חייבת לתת מידע גם לגבי תרשוות פנימיות, הדיונים שהיו " פרוטוקולים " ותכלית הסייג כדי שלא ירתיעו עובדי ציבור לקיים דיונים כנים. אבל בית משפט קבע שלא מספיק שהשרות תטען לתרשומת פנימית אלא ישר להראות סיבה נוספת כי אם נאפשר לה להסתמך על

שמדובר בתרשומת פנימית אז הרשות בכל מקרה לא תפעיל שיקול דעת אם למסור את המידע או לא . ולכן על הרשות לבחון כל מקרה וכל לבדוק את כל השיקולים הרלוונטים בנסיבות העניין ולמצוא את האיזון בין האינטרס הציבורי בחיסוי המידע לבין האינטרס הפרטי והציבורי בחשיפת המידע.

**סעיף 11 לחוק חופש המידע :** הוא קובע שמידע שלא ניתן במסירה או שהרשות אינה חייבת למסור אותו וניתן למסור את המידע ללא הקצאת משאבים בלתי סבירה תוך השמטת פרטים / עריכת שינויים – תנהג כך הרשות , ותציין זאת למעט אם יש עליה איסור לגלות

**סעיף 17 לחוק חופש המידע :** עתירה לביהמ"ש : הס' קובע שעתירה על החלטת רשות ציבורית, לפי החוק, תידון בביהמ"ש לעניינים מנהליים למעט אם הוצאה לגבי העתירה תעודת חיסיון שאז תידון העתירה לפניי בג"ץ.

**לגבי תעודת חיסיון :** לממשלה יש יכולת להוציא תעודת חיסיון על מידע. כשזה קורה -הרשות לא יכולה יותר למסור את המידע, ומה שאנחנו היינו יכולים לעשות מול הרשות – עתירה לביהמ"ש לעניינים מנהליים, כבר לא ניתן לעשות ולכן צריך להגיש שעתירה לבג"ץ כי אנחנו כבר מול הממשלה

ואם כבר הוגשה עתירה כי הרשות סירבה למסור מידע ואזזז הוצאה תעודת חיסיון אז התיק יעבור לבג"ץ!

**חובת היועצות :** היא פניה של גורמים ברשות מנהלית לגורמים אחרים פנימיים או חיצוניים , אנכיים או רוחביים לצורך קבלת עמדה בטרם ניתנה החלטה בעניין מסוים . (למשל אם בנק רוצה להוריד את הריבית יפנה למשרד האוצר להתייעץ )

### **למה בכלל להיועץ :**

1. הרשות לא חשופה לכל המידע ולפעמים אינה מחזיקה בידע מקצועי מספיק לצורך קבלת ההחלטה
2. היועצות עונה על צורך דמוקרטי והיא משפרת את הקשר בין השלטון לבין העם

### **יש 3 סוגים של היועצות :**

1. היועצות וולונטרית : הרשות בוחרת אף היא לא חייבת להיועץ
2. היועצות סטטוטורית : הרשות חייבת מכוח החוק להיועץ
3. היועצות ברשות שהופכת להיות היועצות חובה

### **דוגמאות :**

סעיף 7(ב) לחוק חינוך חובה : השר יתייעץ עם מרכז השלטון ובאישור ועדת החינוך יקבע את סכום ההשתתפות סעיף 62(א) לחוק לתכנון ובניה : בית משפט פירש "תעביר את המלצותיה " שחובת היועצות .

ההיועצות היא רכיב בסמכות ; בלי היועצות/היועצות שלא כדין כשיש חובה לרשות להיועץ שומט את סמכות הרשות לפעול. אם לרשות אין סמכות לפעול ההחלטה תהיה בטלה אבל אם החוק הסמיך את הרשות להיועץ ולא עשתה כך את ההחלטה בטלה יחסית

### **היועצות חובה ( סטטוטורית ) – אלמנטים :**

1. **תזמון ביצוע ההיועצות.** על ההיועצות להתבצע , בטרם הגיעה הרשות להחלטה סופית בעניין הנדון . היועצות מאוחרת תיחשב כלא התקיימה , דבר שיוביל לפגם היורד לשורש הסמכות ועשוי להביא לביטולה. אז כמה זמן מראש על הרשות לקיים היועצות ?
- א. תלוי בנסיבות המקרה
- ב. במידת התכיפות – אלמנט משנה מאוד פה

אם הרשות מקבלת החלטה אבל לא מפרסמת אותה ואז מתייעצת אבל היא כבר קיבלה החלטה – אז פה רואים כנפל פגם בהחלטתה

### **2. צורת ההיועצות – הפורמט שלה :**

הכלל : היועצות היא מהותית ולא פורמלית ואין צורה מוגדרת של דפוס מסוים .

**פס"ד עזבה נ מד"י (הלכה ) !!! :** מערער הקים בית על קרקע חקלאית ללא היתר , הועדה רצתה להוציא צו הריסה "צו מנהלי " . הועדה פה חייבת מכוח חוק להיועץ עם ראש מועצה ולכן הם מתקשרים אליו ומספרים לו ההריסה וראש המועצה ממליץ על הוצאת הצו .

המערער קובע כי יש פגם בסמכות מאחר ונפל פגם בצורת חובת ההיועצות והיא הייתה טלפונית !! ולכן היועצות פגומה ואם היא פגומה אז המסכות גם פגומה .

**נקבע :** יש הוראה בחוק שכותבת במפורש כי יש להיועץ – למרות שלא תמיד כתוב ויש לזהות את זה

**דעת הרוב :** אין להפוך את ההתייעצות הססטו 'לפורמלית בלבד ואף שסבור אני שראוי לקיים התייעצות בצורה נאותה מבחינת זמן והמקום המבחן העיקרי הוא לא בכללי הצורה. אייני רואה הכרח כי הי תקיים דווקא בתוך כותלי משרד/בשעות מסוימות, גם שיחת טלפון לא פסולה להתייעץ. גם בשעות הערב אין פסול ובלבד שמבחינה מהותית שלגבי העניין העומד להתייעץ תהא האפשרות לכל אחד להציב עמדתו, להביע דעתו ואף לנסות להשפיע על רעהו."

### **דעת המיעוט :** קבע אלמנטים שבכל היועצות עלינו למצוא :

1. קיום דו שיח בין הגורם המייעץ והמתייעץ – בכתב או בע"פ.
2. על המייעץ והמתייעץ להיות מודעים שהדו – שיח משמעו קיומה של ההיועצות
3. הסוגיה בה ניתנת ההיועצות, מוגדרת ומבוארת היטב

### **3. המידע הנדרש מן הגוף המתייעץ (הרשות)**

הכלל : על הרשות לספק את כל המידע הנדרש לגוף המייעץ על מנת שיוכל ליתן עמדה מושכלת ולהיות מסוגל להפעיל שיקול דעת עצמאי באשר לעניין ההיועצות כי אם הרשות לא מעבירה את כל המידע אחרת יהיה פגם ביעוץ . אפילו אם הרשות כבר יש לה משהו בראש גם את כיוון המחשבה יש להעביר לגוף המייעץ .

**פס"ד המכון לארכיאולוגיה :** מדובר על חפירות במקום יש קברים ליהודים , בחוק יש חובה להיוועץ במעוצת העתיקות לפני מתן רישיון לחפירות . אז השר מכנס את המועצה מהיום למחר כדי שהיא תגבש החלטה בעניין ופה קבע בית משפט בעניין אספקת כל המידע הנדרש : ביהמש בנוגע לטענת לאי אספקת מידע, כך שלא נתמלאה דרישת חובת ההיוועצות : **ביהמש קובע כי כאשר הנימוק המכריע להחלטת השר הוא קיומם של קברים באתר חפירה, החלטה כבדת משקל, לא החלטה של מה בכך – חובה על השר לספק למועצה חומר בעניין ולאפשר לה להביע את עמדתה על בסיס תשתית עובדתית הולמת.** למשל : מפות , מחקרים , מידע שסופק ע"י היסטוריונים.. בשל דחיפות המקרה המידע לא סופק !!!

#### **4. הזמן הניתן לגוף המייעץ : יש לתת לו זמן סביר לגבש החלטה**

**הכלל :** על הגוף המתייעץ – הרשות, לתת זמן סביר לגוף המייעץ על מנת שזה יוכל לבחון את הסוגיה, לשקול אותה, ואם צריך להשתמש בכלים, הזמנת מסמכים וקיום פגישות בכדי לגבש המלצתו – אזי תהיה לגוף המייעץ אפשרות לעשות כן. גוף מייעץ אשר נאלץ לפעול מן הפה ולחוץ, לא יכול לספק תשובה מושכלת והדבר יוביל לפגם בהחלטת הגוף המייעץ ובעמדתו.

#### **הפסיקה מאמצת את מבחן הסבירות שבו עומד לנו :**

- א. האינטרסים הנוגדים הנוגעים באשר לזמן הניתן לגוף המייעץ מצד אחד ההליך המנהלי התקין ומצד שני יעילות תפקוד הרשות היא צריכה לתפקד
- ב. מבחן הסבירות
- ג. משתנה הדחיפות – ברגע שמדובר בהחלטה דחופה יש לקצוב את הזמן הניתן לגוף המייעץ

**פגם בגוף המייעץ :** הרשות למשל עשתה הכל כדין, התייעצה, נתנה את החומר ויש פגם בגוף המייעץ שהביא לעמדה לא שקולה ולא מושכלת

**האם הפגם בגוף המייעץ מוביל גם לפגם בגוף המתייעץ?** בעיני המרצה – המשנה הוא איך החלטה מנהלית הגיעה לעולם. אם המשפט המנהלי אומר איך לקיים היוועצות יש כנראה מאחורי זה אינטרסים מוגנים ואם הם נפגעים – ההחלטה המנהלית נולדה בפגם, ואז מה זה משנה אצל מי הפגם

#### **בפס"ד המכון לארכיאולוגיה :**

**דעת הרוב :** פגם בגוף המייעץ גומאת אי כינוס כדין יוביל לפסולות העמדה של הגוף המייעץ ולפסילת ההיוועצות כולה  
**דעת המיעוט :** שופט כהן, אין המשמעות כי פגם הנופל בהליכים מנהליים בגוף המייעץ מדביק בפגם גם את פעולות הגוף המתייעץ.

**פרופ זמיר :** הלכה זו נוצרה כי לגוף המתייעץ היה חלק בפגם. מי שביקש לכנס את המועצה במהירות – שר התרבות. פסד זה נקבע בהשפעה של פגם בגוף המתייעץ שהשליך על הגוף המייעץ (רומז שאולי אם לא היה – היה נקבע אחרת).

#### **היוועצות בחובה שמקורה היוועצות וולנטרית:**

##### **סעיף 15 לחוק הפרשנות**

**בג"ץ סוויירי :** "א אתה התייעצת ופה יצרת איזה שהוא דבר שהוא שאם אתה רוצה לשנות אז זה חייב להיות באותה דרך. ביהמ"ש פה אומר בפס"ד סוויירי פוסק כי על אף שההיוועצות הראשונית היא וולנטארית, תיקון ההוראה כך שהרחוב ישוב לתנועה זו סטרית חייבה את ראש העיר מכול סעי' 15 לחוק הפרשנות לחזור ולהיוועץ עם הגורמים אשר סייעו לו לקבל את ההחלטה הראשונית ז"א הוא צריך לחזור לגוף המייעץ וכך הופכת היוועצות ברשות לחובה. פה הוא לא היה חייב להיוועץ אבל אחרי שהוא עשה כן דרך השינוי צריכה להיות גם על דרך ההיוועצות ולכן פה היא הפכה להיות חובה משום שההיוועצות הייתה החלטה שלהם.

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

## עילות הסף

**זכות העמידה:** זכותו של העוצר להגיש את עתירתו ולהשמיע טענותיו תפקיד בג"ץ הבסיסי הוא פתרון סכסוכים

ואין ריב או

סכסוך אמיתי אלא כאשר נפגע אינטרס אין צורך בזכות שבדין לא צריך להצביע על הדין המאפשר לי כך או כך אבל כדי שתקום לי זכות העמידה יש להראות כמה דברים :

- 1. אינטרס אישי :** הרציונאל של הדרישה ההיסטורית היא העובדה שהעותר בהנחה שאינו נציג של קבוצה עלול שלא לייצג כהלכה את האינטרס של הקבוצה תוך פגיעה באחרים. למרות זאת דרישת הייחודיות בוטלה ונקבע שהאינטרס האישי אינו חייב להיות מיוחד לעותר מסוים ויכול להיות משותף לקבוצה גדולה של עותרים פוטנציאליים
- 2. אינטרס ממשי :** אלא שהפסיקה הכירה באינטרסים גם קלושים כך הוכר אינטרס לא לשנות את מועד הקימה, התפילה או העבודה עקב אי הנהגת שעות קיץ או האינטרס להתרחץ בים של תחנת הצלה מאוישת. ייתכן ובסיטואציה כזאת ניתן להכיר בעותר ציבורי משום שאין מי שיש לו אינטרס אישי ממשי ונוצר חלל בביקורת השיפוטית וזו החוזה של זכות העמידה- ההכרה בכך שקודם כך מצד אחד יכול להיות שהאינטרס הוא לא ממשי. **פס"ד עזרא וסגל**

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

**אי הכרה באינטרס ספקולטיבי רחוק :** אנחנו לא יודעים אם הוא יקרה או לא- הפסיקה אומרת שבמקרה כזה לא בטוח שנכיר בזכות העמידה ואז יכול להיות שיש לנו עילה לעתור אבל אין לנו זכות עמידה לעמוד בפני בג"צ ולטעון או לבקש סעד. ביהמ"ש לא הכיר בעילה ספקולטיבית רחוקה ולא הוכר לדוגמא אינטרס של משלם מסיים ואכיפת חוקי מס על מגזר מסוים בטענה שבכך יפחת נטל המס עליו- על אותו עותר- או אינטרס בגיוס 5000 בחורי ישיבות בטענה שבכך יפחת נטל שירות המילואים. עוד למשל לגבי סיכויי קבלה לעבודה בשל אי נכונות לעבוד בשבת כאשר העותר טרם סיים הכשרתו ולא ידוע מה יהיה הסדר העבודה שלו בעתיד.

**אי הכרה בפגיעה ברגשות למניעת חילול שבת ברשתות השיווק פוגעת ברגשות דת מהווה פגיעה עקיפה ורחוקה.**  
**למה?** כי אין חובה על העותר להפעיל את הרואטר של הטלוויזיה זה כל כך לא ממשי שביהמ"ש לא הסכים להכיר בזכות העמידה. אבל יכול להיות שבדין יש עילה אבל הוא לא נפגע או פשוט ביכולת פשוטה יותר הוא יכול לא להיפגע בכך שלא ידליק את הטלוויזיה.. היחס של העותר לפגיעה הוא לא ממשי או ספקולטיבי  
קיום עותרים שהאינטרס שלהם חזק מלעתור- הם יותר קרובים לזכות הנפגעת או לסכסוך(פס"ד נמדר)- סיטואציה כזו יכולה לחסום את דרכו של העותר לבג"צ- מה הרציונאליים? אנו אומרים שיש עותר קרוב יותר ונכון שהוא יגיש את העתירה במקומך ולא אתה.. רציונאל אחד הוא לא פגיעה בצדדים שלא מיוצגים בלי שתיתן להם אפשרות להתגונן.. לא לפגוע באפשרות של אחרים שהאינטרס שלהם גדול יותר להביא את העניין לבג"צ כשההנחה היא שבעל האינטרס הכי חזק בסוגיה ייצג את העניין בצורה הטובה ביותר.. רציונאל שלישי הוא לדאוג לכך שתוצג התמונה המלאה בעניין בפני בג"צ.

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

### למה להכיר בזכות העמידה?

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

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

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

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

### עתירה שהיא ציבורית

הבסיס של העתירה הציבורית הוא סכסוך שבסיסו הפרת חובת הנאמנות.

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

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

הנאמנות היא כמובן של הרשות לציבור בישראל- זה הבסיס.

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

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

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

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

### שפיטות

שפיטות נורמטיבית ומוסדית.

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

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

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

הגישה השולטת היא של ברק ברסלר.

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

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

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

### **מבחני השפיטות המוסדית :**

1. **האופי הדומיננטי של הסוגיה :** שמגר ברסלר- המבחן בוחן את הסוגיה המשפטית ושואל האם האופי הדומיננטי שלה הוא משפטי או פוליטי כאשר במצב בו האופי הדומיננטי פוליטי ביהמ"ש יטה למשוך ידיו מהדיון בעתירה- לא מההכרעה אלא מהדיון. יש לבחון את הרכיבים הפוליטיים של העתירה מול רכיביה המשפטיים. לביהמ"ש עומדת האפשרות לבודד את הרכיבים המשפטיים תחת או במקום דחייה מוחלטת של העתירה כאשר הדבר אפשרי ולדון אך ורק בהם. כמו מבחן עיפרון כחול.
2. **מבחן הפגיעה באמון הציבור בשופטים מול הפגיעה באמון הציבור במשפט-** זה ברק ברסלר. לתפיסת ברק זה אמור להיות מבחן מצומצם למקרים מיוחדים בהם הפגיעה באמון הציבור בשפיטה עקב פוליטיזציה של המשפט- שהפסיקה תהפך להיות מטעמים פוליטיים עולה על הפגיעה באמון הציבור במשפט עקב הכרסום בשלטון החוק. הוא מתכוון שאנחנו כמבחן סף ביהמ"ש ישאל עצמו במקרים מיוחדים האם יותר נכון לא לדון מאשר לדון? אם הפסיקה תהפוך או תצבע את ביהמ"ש בצבע פוליטי אז נכון יותר לא לדון וזאת כאשר הסכנה של פגיעת באמון הציבור בשפיטה גדולה יותר מהפגיעה בשלטון החוק.
3. **המבחן המיוחד בהתערבות בהליכים פנים פרלמנטאריים-** כמו חקיקה או הוועדות לבין מליאת הכנסת.. נקבע מבחן של שפיטות ממוסדות שנועד למנוע התערבות מוגזמת של ביהמ"ש בעבודת הכנסת מעבר לאיזונים והבלמים הראויים בין הרשויות ונקבע שיש להתחשב במידת הפגיעה הנטענת במרקם החיים הפרלמנטאריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של המשטר החוקתי.