

משפט מנהלי

מיהו המנהל ?

המנהל ורשויות המנהל השונות הם כל הגופים היוצרים את המסגרת הנותנת שירותים בתחומים שונים ומארגנת פעילות בתחומים שונים במדינה. רוב המנהל מנוהל ע"י הרשות המבצעת, הממשלה ומשרדיה וכל הכפוף והמסונף להם, רשויות מקומיות, תאגידים ציבוריים, חברות ממשלתיות, והרבה מאד גופים פרטיים ללא זיקה מוסדית למדינה אך ממלאים פונקציות שלטוניות.

כיצד נוצר מנהל כה גדול ומגוון ?

מנהל כה גדול החל להיווצר כבר לפני מ-100 שנים, כאשר מדינות החליטו שהגיע הזמן שהמדינה תדאג לצרכים שונים של האזרחים הנמצאים בה ותתן להם שירותים מינימאליים, וידאגו לרווחתם. זוהי מדינת הרווחה המבקשת לדאוג לאזרחיה – המדינה המנהלית (להבדיל, מן המדינה המופרטת, המבקשת ליסוג מן הדאגה בכל התחומים הללו).

מדינת ישראל היא הוקמה כמדינה מאד ריכוזית-מנהלית, ובשנים האחרונות ישנה נטיה לתהליכים מסויימים של הפרטה, שחלקם שנויים במחלוקת. מבחינת המשפט המנהלי, נראה בהמשך, שזה לא תמיד משנה – אך זהו נושא המעלה בעיות שונות.

רוב חיי היומיום שלנו מושפעים בעקבות רשויות המנהל השונות – החל מרגע הלידה (מענק לידה), הילדות (חינוך), הבגרות (רשיון נהיגה) והמשך החיים (הקמת עסק). המשפט המנהלי מתייחס לסמכויות של הרשויות השונות, דרכי הפעלת הסמכויות, דרכי הפיקוח על הרשויות, ומה דינם של גופים דו-מהותיים.

דוגמא לגוף דו-מהותי הוא מוסד פרטי אשר קיבל הסמכה ממוסד הרישוי לבצע טסט שנתי לרכבים. המוסד הפרטי אין לו שום זיקה לאורגני המדינה, אך הוא ממלא פונקציה שלטונית – פיקוח על כלי הרכב. כללי המשפט המנהלי, יחיבו גם את המוסד, למרות שהוא לא שייך לרשויות המדינה. הנה כי כן, המוסד מחוייב **לשתי מערכות נורמטיביות**, המשפט הפרטי (חוזים, מיסים, וכו'), והמשפט המנהלי (איסור הפליה, חובת שוויון, וכו').

גופים נוספים שכאלה הם חברת החשמל, שהיא גוף פרטי אך ממלאת תפקיד חיוני והיא מונופול, לכן היא מוכרת כגוף דו-מהותי, הכפופה למשפט המנהלי; חברה קדישא (בג"ץ קסטנבאום); חברת בזק.

המבחן לגוף דו-מהותי: אם כן המבחן הוא **חיוניותו** של הגוף והשלכתו שירותיו על החיים היומיומיים, והעובדה שהוא **מונופול** יכולה לחזק את הקביעה בעניין.

עקרונות העל של המשפט הציבורי

- **עקרון חוקיות המנהל:** למנהל מותר לעשות אך ורק מה שהוסמך לעשות במפורש. כל השאר, היא פעולה בחוסר סמכות.
- **המנהל הציבורי משמש כנאמן של הציבור:** נאמנות היא וריציאה של דיני השותפות. מאחר שבמדינה דמוקרטית, העם הוא הריבון, והמנהל הציבורי מקבל את כוחו מן העם. המנהל הציבורי מחויב לטובת הציבור, כלומר כל פעילות של הרשות המנהלית נועד לקדם אינטרסים ציבוריים. כל פעולה שאיננה לטובת הציבור היא פעולה בחוסר סמכות.

עקרון החוקיות משפיע על סמכויות המנהל, וחובת הנאמנות משפיעה על שיקול הדעת השלטוני, מחייבת קיומם של כללי דיון מסויים, והסתמכות על כללי הצדק הטבעי.

בעיות היסוד של המשפט המנהלי

העדר חקיקה: עקרון חוקיות המנהל דורש חקיקה ענפה בתחום המשפט המנהלי, שהרי ללא הסמכה מפורשת אין סמכות.

בפועל, בישראל אין כמעט חקיקה במתחום המשפט המנהלי. בהעדר חקיקה, ישנה פסיקה ענפה הבאה לפתור את אותן לאקונות – לכן אנו 'סובלים' מכל הבעיות הנובעות מפסיקה, שהרי הפסיקה היא קזואיסטית (מתייחסת למקרה מסויים). ביהמ"ש העליון רואה עצמו כמי שאחראי לכך שהמנהל יפעל באופן ראוי, ובכך זונח את תפקידו כמכריע בסכסוכים, ומקבל על עצמו את קביעת הנורמות לפיהן יפעל המנהל. מצד אחד, יש בכך פן חיובי שמישהו מתווה נורמות, מצד שני תפקידו של ביהמ"ש אינו עיצוב נורמות, זהו תפקידו של המחוקק.

נאמנות: מה עושים כאשר ישנם אינטרסים פרטיים מול אינטרסים ציבוריים? לפי מה מאזנים בין האינטרסים?

דילמת המנהל: בהתחשב בעובדה שהמנהל הציבורי הוא זה שעושה את רוב העבודה המשפיעה על חיי היומיום שלנו, היינו סבורים שכדאי שיהיו לו סמכויות וכוחות רבים. אם אכן ניתן לו הרבה כוחות וסמכויות, תהיה הרבה בירוקרטיה, שחיתות, והבעיה הקשה ביותר היא שהמנהל יהפוך פחות ופחות דמוקרטי.

אנו רוצים מצד אחד מנהל יעיל, ומצד שני אנו רוצים מנהל דמוקרטי. יש למצוא את נקודת האיזון בין שני הרצונות הללו.

עקרון החוקיות

כפי שנכתב לעיל, לרשות מנהלית אין אלא את אותה סמכות שהעניק לה החוק. כל פעולה שהיא עושה או רוצה לעשות, היא צריכה להראות את העיגון הנורמטיבי שיש לה לאותה פעולה. ללא הסמכה בחוק, היא איננה יכולה לעשות דבר.

עקרון חוקיות המנהל הוא חסר ביסוס נורמטיבי בעצמו, והוא צמח בפסיקה. בפסיקה נקבע כי עקרון חוקיות המנהל הוא אחד מהענפים של עקרון שלטון החוק, ובהעדר הסמכה (אף עקיפה או

משתמעת), הפעולה מחוסרת סמכות. כלל שהמסכות תתפס כפחות משמעותית או פוגענית, ניטה להתייחס לסמכות משתמעת או עקיפה, אך פעולה פולשנית ופוגעת תדרוש הסמכה מפורשת.

בג"ץ הועד נגד עיניים: מה מקור הסמכות של חוקרי השב"כ להפעיל אמצעים פיזיים בחקירה? העותרים ביקשו לטעון כי חוקרי השב"כ, שהוא רשות מנהלית. עקרון חוקיות המנהל דורש כי כל פעולה שעובדי השב"כ עושים, צריכה להיות מעוגנת בחוק. אם זו לא קיימת, אין לשב"כ סמכות להפעיל אמצעים פיזיים בחקירות. השב"כ טען כי הוא נטל את סמכותו מכח **סעיף 12(1) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)**, כמו כל חוקר משטרה.

דעת הרוב: ביהמ"ש קבע כי אין לממשלה או לראשי שירות הבטחון הכללי סמכות לקבוע כללים בעניין אמצעים פיזיים המותרים להפעלה במסגרת חקירה של אנשים החשודים בפח"ע. מעבר לכך, הוא קובע שאין כלל סמכות לקבוע מאומה בעניין, כי אין דבר חקיקה המסמך אותם לעשות כן. אלא שמותר להם להפעיל אמצעים אינהרנטיים הנובעים מעצם החקירה (ובעצם, כלום).

דעת המיעוט: **השופט קדמי**, מתייחס לכך שלמרות עקרון החוקיות, יש צורך לסטות ממנו לעיתים. המדינה אינה יכולה לעמוד חסרת אונים במקרי חירום, בהעדר סמכות מפורשת בחוק. הרי חובתה הבסיסית של המדינה להגן על שלום אזרחיה. השופט קדמי מבקש להפעיל את החריג המצוי **בבג"ץ ירדור** – עקרון ההגנה העצמית של המדינה.

חריגים¹ לעקרון חוקיות המנהל

- **הסמכויות הטבועות:** באופן הסטורי הפסיקה הכירה בקיומן של סמכויות טבועות, וסמכויות עזר שונות העומדות לרשותן של רשויות שונות, אף אם אין להן עיגון ואזכור מפורש בדבר חקיקה כלשהו. הכלל הוא שאם המחוקק העניק סמכות לגוף כלשהו לבצע תפקיד מסויים, ממילא העניק לו הסמכות לעשות את יתר המעשים והפעולות שבלעדיהן אי-אפשר לבצע את התפקיד האמור.

בג"ץ 757/84 איגוד העיתונאים היומיים נ' שר החינוך: שורת עיתונאים עתרה נגד תשדירי שירות וחסות. הטענה היתה כי תשדירי שירות וחסות בטלביזיה מפחיתות את הפרסומות בעיתונאים. הם טענו כי אין לרשות השידור סמכות לשדר שידורים כאלה **בחוק רשות השידור** – לפיכך אין סמכות. רשות השידור טענה כי זו סמכות עזר, ולכן אין צורך לכתוב אותה במפורש. מטרתם שידור תכניות איכות, ולכן הם זקוקים לכסף, ושידור תשדירי שירות וחסות מסייע להם לגייס כספים.

ביהמ"ש קובע כי תופעת תשדירי השירות היתה קיימת עוד לפני חקיקת החוק. לאחר חקיקתו, עצם שתיקתו של המחוקק בעניין, מצביעה על הסכמתו לתופעה **[חגית ב"ג: זה לא עולה בשום פנים ואופן עם עקרון חוקיות המנהל]**. לגבי תשדירי החסות, קבע ביהמ"ש, אין בו משום תשדיר אלא הודאה מטעם רשות השידור על סיוע מצד גורם פרטי למימון התכנית המדוברת, כמו הקרדיטים הרצים בסוף כל תכנית. מוסיף **השופט לוין**, שאם המחוקק לא רוצה שתופעה זו תקרה, שישלול אותה במפורש **[חגית ב"ג: שוב, זה לחלוטין מנוגד לעקרון חוקיות המנהל, שהרי זה יותר דומה לעקרון החוקיות הפלילי!]**.

¹ **בעיה:** אם עקרון החוקיות הוא התשתית של המשפט המנהלי, אנו בעצם מערערים את בסיסו ע"י קביעת חריגים.

השופט קדמי, בדעת מיעוט, סבור כי נושא התשדירים צריך למצוא מקומו בחוק, וכי שתיקת המחוקק אין בה כדי להעניק סמכות כלשהי לרשות השידור.

- **ההסמכה הכללית של סעיף 17 לחוק הפרשנות: "סמכויות עזר"**. כלל הפסיקה לעיל, זכה לעיגון חקיקתי, אך נשאר מאד עמום. **דוגמא**: נעשה שימוש בסמכויות עזר אלו כדי לתקן טעות סופר בצו שפורסם ע"י המנהל, במקום למצוא מקור סמכות המאפשר לתקן טעויות סופר. **דוגמא נוספת**: האם מותר לרשות מנהלית להתייעץ עם גורם כלשהו שאין לה חובה להוועץ בו? לכאורה, עפ"י עקרון חוקיות המנהל, התשובה שלילית. החרגה מאפשר לרשות להתייעץ עם מי שהוא רואה לנכון.

- **הסמכויות השיוריות של ממשלת ישראל: סעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה** קובע כי הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה בכפוף לכל דין כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת. סעיף זה הוא מעין "סל" הנותן סמכות לממשלה כאשר אין דבר חקיקה אחר. סמכויות אלו, המוענקות לממשלה, בפועל **הואצלו לשרים השונים (דוגמא)**: משרד החוץ, עבודתו אינה מוסדרת בשום חוק. סמכות ההאצלה הזו, לא ברור מה מקורה, שהרי הממשלה לא קיבלה סמכות להאציל סמכויות **בסעיף 40**.

בג"ץ עיריית קרית-גת: ביקשו לאגד את מנכ"לי משרדי הממשלה אשר יגיעו באוטובוס לכל יישוב ע"מ לפתור בעיות ברשויות מקומיות, ובין היתר יקבעו את סווג הערים. הממשלה לא שמה לב כי זמן מה לפני כן שחוק איזורי פיתוח עבר, ובו סמכות לשרים מסויימים לקבוע את סווג איזורי הפיתוח, ולא לועדת המנכ"לים. עיריית קרית-גת, שהחלטות ועדת המנכ"לים לא מצאה חן בעיניה, עתרה לביהמ"ש. ביהמ"ש קבע כי ועדת המנכ"לים חסרת סמכות, כי **סעיף 40** הוא סעיף שיורי **וחוק ספציפי גובר** עליו.

בג"ץ פדרמן: ממשלת האיטי ביקשה ממשלות שונות בעולם לסייע לה להקים כח שיטור בינ"ל. ממשלת ישראל שלחה נציגות מן המשטרה. נעם פדרמן טען כי אין לממשלה סמכות להוציא כוחות משטרה מחוץ לשטחי מדינת ישראל. ביהמ"ש קבע כי הסמכויות המוקנות לממשלה רחבות יותר מן הסמכויות הנתונות לה בחוקים שונים, ואין אפשרות לפרוס יריעה כה רחבה על כל הסמכויותיה. בקשה להכיר בסמכויות מפורשות בחוק, יכולות לגרוע מן הפעולות ההכרחיות של הממשלה, ולכן יש לאפשר לה לפעול. מסקנה כי חייבים חקיקה לכל דבר, אינה תואמת את כללי השכל הישר.

- **עקרון ההגנה העצמית של המדינה**:

אופן הפעלת סמכויות העזר בראי הפסיקה:

1. סמכויות העזר הן דברים אשר לא מוסיפים לסמכות העיקרית, אלא טפלים לה. מטרת סמכות העזר היא לא להוסיף סמכויות.
2. את סמכויות העזר יש להפעיל בשימוש סביר, ובמידה מתקבלת על הדעת, תוך קשר סיבתי בין הסמכות העיקרית לבין סמכויות העזר.
3. אסור לסמכויות העזר לפגוע בזכויות אדם.

חזקת הכשרות

זוהי חזקה פרשנית המשלימה את עקרון חוקיות המנהל, ואשר ניתנת לסתירה. לפיה, כל פעולה מנהלית נעשתה כדין :

- מי שרוצה לטעון שהמנהל טען בצורה לא תקימה, עליו הראיה.
- החזקה יכולה להחלש ואף להעלם כאשר פעולת הרשות פוגעת בזכויות אדם, ואז נדרוש מן הרשות להוכיח את חוקיות הפעולה בעצמה.
- כאשר כל הנתונים בידיה של הרשות, החזקה עשויה להחלש גם כן.
- ניתן להפריך את החזקה בראיות לכאוריות ונסיבות – בהתאם לכל מקרה.

בג"ץ מחמוד : המערער שהוצא נגדו צו הריסה ע"י ועדת התכנון והבניה, טען שהצו לא חוקי, אל הסביר מדוע. בשלב הסיכומים טען כי לא הוכח שהיתה התייעצות עם ראש הרשות המקומית שבשטחה נמצא הבניין, כנדרש בחוק. ביהמ"ש לא הקשיב לטענתו, מכיוון שהרשות אינה צריכה להוכיח שהיא התייעצה, אלא שמחמוד צריך להוכיח אחרת – והוא אף לא הביא ראשית ראייה בעניין.

ע"א 1188/92 הועדה לתכנון ובניה ירושלים נ' ברעלי : מדובר באדם שגם בשכונת ליפטה (בכניסה לי-ם). בראלי קיבל היתר לשימוש חורג במסגרת שמורת הטבע שהיתה באזור. לאחר מכן הוחלט לסלול את כביש מספר 1, אשר היה אמור להגיע מטרים ספורים לביתו. בראלי ביקש פיצוי על הנזקים. ועדת התכנון טענה כי הוא גר בשכונת טבע, וכי ההיתר שניתן לבראלי בעבר ניתן שלא כדין.

ביהמ"ש נזף בוועדת התכנון והבניה, ואין הועדה אלא מאשימה את עצמה שהרי היא נתנה לו את ההיתר בעבר. בנוסף, ועדת התכנון רוצה לצאת נשכרת מן החטא שלה עצמה. על הרשות המנהלית לפעול באופן סביר ובתום-לב, ופעולותיה לא עולות בקנה אחד עם עקרון המנהל התקין. ממשיך ביהמ"ש כי לרשות מנהלית חזקת כשרות שהיא פעלה כדין, לכן אם היא מעוניינת להראות שההיתר ניתן שלא כדין, עליה להוכיח זאת, ואין לביהמ"ש מול עיניו אלא את היתר המגורים שניתן לבראלי. משלא הוכיחה זאת, ההיתר ניתן כדין.

יחידה 4: הסמכות המנהלית

המעשה המנהלי הוא מימוש האקטיבי של אותן סמכויות שניתנו למנהל. שתי סוגי סמכויות :

- כוחות בעלי סמכות נורמטיבית, ויכולתם לשנות מצב משפטי.
- כוחות שאינם נורמטיביים – כגון סלילת כביש.

את הסמכות נמצא בחקיקה ראשית, או בחקיקה משנית מכח חקיקה ראשית. נוכל למיין את הסמכויות ולחלקם לקטגוריות שונות. אך לפי המיון, נבחן את התכונות המשותפות להן. הנה :

סמכויות רשות וסמכויות חובה

האם ועד כמה רשות מוסמכת או רשאית להפעיל שיקול דעת משלה כאשר היא עומדת להפעיל את הסמכות ?

- סמכות חובה : אם נתון מצב מסויים – יש חובה על בעל הסמכות לפעול.
- סמכות רשות : באופן טבעי, רוב הסמכויות של המנהל הן סמכויות של שיקול דעת בהתחשב בעובדה שהתפקידים של המנהל מאד מורכבים.

כאשר ישנה סמכות חובה, יש לנו כציבור, ודאות גדולה בקשר למה שהולך לקרות ואנו יכולים לתכנן את חיינו בהתאם. אך כיצד נוזהה אם סמכות הינה בגדר חובה או רשות ? ניתן להסיק זאת מלשון החוק. דוגמא : המילה "רשאי" – משמעותה מתן שיקול דעת לבעל הסמכות. כשביהמ"ש נתקל במקרים שכאלה, הוא אינו קובע במפורש ש"רשאי" משמעותו מתן שיקול דעת, אלא שהוא קבע שהכל תלוי בנסיבות המקרה.

הלכה למעשה, ביהמ"ש קבע כי לשון החוק אינה כובלת אותנו, וכשכתוב "ועדת הבחירות תאשר" ביחס לרשימת מועמדים לבחירות לכנסת בחוק הבחירות, קבע ביהמ"ש בפרשת ירדור שבנסיבות העניין זו חובה, אך לעיתים יש לועדת הבחירות סמכות שלא לאשר רשימת מועמדים של סיעה.

כל סמכות היא סמכות מעורבות. בצד כל סמכות חובה, ישנו שיקול דעת להתחשב בנתונים המתבקשים, ולבחון האם כלל יש צורך להפעיל את הסמכות. מן העבר השני, בצד כל סמכות רשות, ישנן חובות מרובות. ובלשונו של השופט ברק : "המרחק בין סמכויות חובה לסמכויות רשות אינו רב, ובשני המקרים על הרשות להפעיל שיקול דעת".

כבר הזכרנו שככל שסמכויות המנהל רחבות יותר, הבעיות קשות יותר. ובכל זאת, זוהי המסגרת איתה אנו מתמודדים למרות שישנם מצבים בהם ההתמודדות כמעט בלתי אפשרית, כגון בכל הנוגע לסמכויות מנהל מקרקעי ישראל אשר סמכויותיו כלל לא מוגדרות בחוק מנהל מקרקעי ישראל.

העברת הסמכות המנהלית

מבחינה מעשית עלינו להכיר בסמכות של הרשות להעביר את סמכויותיה לגורמים נוספים, כדי לחלק את עומס העבודה שלה, ליעל את השירות לציבור, ושהגוף יהא מאורגן יותר באופן כללי.

מול כל הטובות האלו, מתעוררת בעיה – לכאורה, לפי עקרון החוקיות שהוא הבסיס לכל, אם רשות מהנלית מסוימת קיבלה עליה מטלות בדין, סימן שזו היתה כוונת המחוקק. כשאנו מדברים על העברת סמכות, ישנם שני מצבים:

- העברת סמכות.
- אצילת סמכות.

כדי שרשות מנהלית תוכל להעביר את סמכויותיה, עליה לחפש את ההסמכה בחוק. אנו נראה כי לעיתים אף שאין הסמכה מפורשת בחוק לעשות זאת, עדיין ישנה יכולת להעביר את הסמכות בדרכים אחרות.

אצילת סמכויות : כפל סמכויות

אצילת סמכויות היא סמכות המועברת בתוך הרשות עצמה, כשהרשות המוסמכת היא זו שמעבירה. בד"כ גורם בכיר מאציל את הסמכות לגורמים הכפופים לו (למרות שזה לא מחויב). האצילה בעצם מוסיפה אורגן חדש לרשות המוסמכת. הנאצל, מי שהועברה אליו הסמכות, הופך מכח אותה האצלה לרשות מוסמכת בעצמו. הנה כי כן, לאחר האצילה, קיבלנו רשות מוסמכת מקורית ועוד רשות מוסמכת חדשה.

בעיה: חשוב לציין כי היחסים בין האוצל לנאצל מקבלים תפנית בעייתית. מצד אחד, סמנכ"ל אשר קיבל סמכות ממנכ"ל, עדיין כפוף מבחינת המדרג – למנכ"ל. מצד שני, מבחינת הפעלת הסמכות הרי הם שווים ערך. לפיכך, חשוב לנו לזהות בין האוצל לנאצל.

אצילת סמכויות : החוק

הסמכות העקרונית הבסיסית לאצילת סמכויות קבועות **בסעיף 41 לחוק יסוד: הממשלה**. האצילה, קובע החוק, יכולה להיות חלקית או מסוייגת. בבחינת הסעיף אנו מבחינים כי קיימת סמכות אצילה רחבה לממשלה, ולשרים. הרעיון המרכזי העומד בבסיס האצילה הוא כפי שמוזכר לעיל – יעילות ארגונית, וכדומה. לכן, ישנו אין מניעה לתת לשרים סמכויות רבות במסגרת תפקידם, שהרי הם יכולים לאצול אותם לאחרים. הסייגים לסמכות האצילה של השר הם:

1. **אין לשר סמכות לאצול את כוחות החקיקה שלו** (=התקנת תקנות);
 2. **סמכויות שהאצולו לשר, הוא אינו יכול להאציל אותם הלאה** אלא אם כן הדבר הותר לו במפורש (=כדי לא לעקר את כוונת המאציל המקורי).
 3. **סמכויות ניתן לאצול רק לעובד ציבור** (=גורם שהוא חלק מהמערכת הציבורית). הגדרת עובד ציבור משתנה מעניין לעניין לפי החוקים השונים. הסיבה לסייג זה היא שאותו עובד מדינה הוא גם חלק מן המסגרת השלטונית, ואפשר לקיים לגביו פיקוח מנהלי כללי, הוא כפוף לכללי אתיקה ומשמעת, ועוד.
- בכל זאת, לא ניתן לומר באופן חד-משמעי שלעולם לא נאפשר האצלת סמכויות לגורם פרטי. בהתקיים נסיבות חריגות, נבחן את תכלית החקיקה ובמסגרתה ננסה להבין זאת.

ישנם עקרונות הסמכה כלליים לגבי אצילה, או לעיתים חוקים ספציפיים הקובעים את יכולת האצילה. מאידך, ישנם חוקים ספציפיים שאינם מתירים להאציל את הסמכויות הקבועות בהן.

בג"צ 2303/90 פיליפוביץ' נ' רשם החברות: במקרה זה מדובר בחובתו של רשם החברות לקיים רישומים שונים בכל הנוגע לחברות, ואלו חייבים להיות פתוחים לציבור. הרשם החליט שכדי לייעל את מתן המידע החיוני לציבור, הוא יקים מאגר ממוחשב של כל הנתונים הרלוונטים לעיון הציבור, והוא נתן זיכיון לחברה פרטית להנפיק תדפיסים את המידע בהתאם לדרישת הציבור, כאשר זו רשאית לגבות אגרה בגין התדפיס. גובה האגרה נקבע ע"י הרשם.

טענות: העותרים טוענים כי האצילה נעשתה ללא סמכות מפורשת בחוק, זהרי זוהי סמכות חובה של רשם החברות. בנוסף, הרשם האציל מסמכויותיו לגוף פרטי.

החלטה: ביהמ"ש קובע אין בכך אצילת סמכויות אלא העזרות בגוף אחר. אנו מבחינים בין אצילה לבין קבלת עזרה, בכך שלחברה הפרטית לא ניתן שיקול דעת (זו הסיבה שהיה חשוב שהאגרה נקבעת ע"י הרשם).

ביהמ"ש ניצל הזדמנות זו כדי להשמיע דברים נוספים במסגרת האוביטר, ומוסיף כי הלכה פסוקה היא, כי רשות שלטונית שהחוק מעניק לה סמכות, חייבת לבצע את הסמכות בעצמה, ואינה רשאית - בהיעדר הסמכה בדין - לאצול את סמכותה לזולתה. **חזקה היא כי אצילת סמכות אסורה היא**, אלא אם כן הותר הדבר. התרת ההאצלה נעשית לרוב במפורש, אך לעתים ניתן להסיק אותה כמשתמעת (מכללא) מתוך החוק. תכלית החקיקה הינה שבעל הסמכות יבצע את סמכותו אישית, אם כי **חזקה זו ניתנת לסתירה**.

מכאן מתעוררת בעיה חדשה – באילו סיטואציות ובאילו נסיבות נסיק כי יש צורך לסטות מן החזקה, ולאפשר סמכות אצילה לאותה רשות? ביהמ"ש מסמן קו גבול מאד אמורפי באומרו כי ככל שהפעולה **תהיה יותר טכנית**, יהא קל זה לראות בה קבלת עזרה, ולא אצילת סמכויות. בפסק-הדין, ביהמ"ש מונה מספר מבחנים וקווים מנחים לעניין היכולת לסתור את החזקה. מוסיף ביהמ"ש כי חזקה על פקודת החברות שהעניקה לרשום החברות יכולת להסתייע באחר למימוש סמכויותיו. הבעיה היא, **שקו הגבול בין אצילה לבין ביצוע ע"י אחר, הוא דק**. המאציל, לכאורה, הוא בעל הסמכות אך בעצם מישהו אחר מבצע בפועל. כאשר ההסתייעות בגורמים אחרים מאפשר ביצוע יעיל של הסמכויות – הדבר רצוי, אי לכך דין העתירה להדחות.

העברת סמכויות

מדובר בסמכות אשר נלקחת מרשות אחת, וניתנת לרשות אחרת. במקרה זה, אין כפל סמכויות, ומי שהעביר את סמכותו – אינו משאיר בחזקתו מאומה. המסגרת הנורמטיבית לכך מצויה **בסעיף 39(ב) לחוק יסוד: הממשלה** הקובע כי רה"מ רשאי להעביר סמכות הנתונה עפ"י חוק לשר אחד, לשר אחר. ההחלטה, נתונה לאישור הכנסת.

מכיוון שההעברה נוטלת סמכות מרשות אחת לרשות אחרת, ההתייחסות לגביה היא יותר מצומצמת, והמגבלות עליה קשות יותר – להבדיל מאצילה, אם נתיר את העברת הסמכות בצורה קלה, אנו מתירים לאנשים שאנו רוצים שיהיו אחראים לפעולות מסויימות להתחמק מאחריות.

לכן, בהעברת סמכויות הפסיקה אינה מתירה זאת ללא הסמכה מפורשת, וזאת כדי שרשות מוסמכת לא תוכל להתפרק מאחריותה.

כך למשל **בבג"צ 816/98 אמינוף נ' אלטלף** ביהמ"ש לא התיר לרשות מנהלית לחתום על הסכם בורות, בו היא מסכימה כי הבורר יורה לה כיצד להפעיל את סמכותה.

סמכויות ביצוע, חקיקה ושפיטה

סמכויות ביצוע

המנהל הוא החלק המשמעותי של הרשות המבצעת, ומעצם כך תפקידו לבצע פעולות ע"מ לבצע את מדיניות הרשות המבצעת, כפי שהרשות המחוקקת קובעת. **הכלל הוא כי כל עוד המחוקק לא קובע במפורש אחרת, כל סמכויות הביצוע חייבות להיות נתונות רק בידי הגורמים המנויים עם המערכת המנהלית.** סמכויות סטטוטוריות, ככלל, אינן ניתנות לגורמים שהם מחוץ למערכת השלטונית, למעט **חריגים בודדים** (כגון: מניעת עבירה ע"י אדם הצופה בביצוע פשע חמור **בחסד"פ**; סמכויותיה של לשכת עורכי-הדין בענייני אתיקה), וגם אז צריכים אמירה מפורשת וחד-משמעית של המחוקק בנושא.

סמכויות השפיטה

רשויות המנהל, מלבד שהן כפופות כמו כל אזרחי המדינה למערכת בתי המשפט הרגילה, הן כפופות למערכת מגוונת של **בתי-דין מנהליים** בעלי סמכויות יחודיות, כגון:

- המפקח על הבתים המשותפים.
- ועדות ערר של המוסד לביטוח לאומי, ואגף המכס והמע"מ.
- בתי הדין לעבודה.
- בתי הדין הרבניים.

חוק בתי המשפט לא חל על בתי דין אלו. **חוק בתי הדין המנהליים, התשנ"ב-1992** מנסה לבסס מכנה משותף לחלק מטריבונלים אלו.

הסיבות להקמת הטריבונלים המנהליים:

- **מקצועיות:** המוטיבציה הראשונית להקמת הטריבונלים המנהליים היו מתוך הטענה לפיה המנהל מעורב במדינה באופן כה נרחב, ומתעוררות מחלוקות בעניין, ראוי יהא להקל על מערכת המשפט הרגילה ולהפנות את המחלוקות לטריבונלים אחרים. בנוסף, לעיתים שופטים בבית-משפט רגיל נעדרים המומחיות הנדרשת למעשים מנהליים שונים – **כגון:** קביעת אחוזי נכות. במקום שאלו יבקשו חו"ד מומחה, נקיים את הדיון מלכתחילה בפני מומחה.

- **יעילות:** הטיעון השני היה בטענה שמערכת המשפט הרגילה היא איטית, וכאשר צריך לקבוע אחוזי נכות לאדם, לא יתכן כי הדבר יארך 10 שנים.

פיקוח: הפיקוח על בתי הדין המנהליים נעשה בבית המשפט לעניינים מנהליים או בג"ץ, שהם חלק ממערכת בתי המשפט הרגילה.

חוסר עצמאות: מערכת בתי המשפט הרגילה היא עצמאית, והיא איננה כפופה לרשויות אחרות. להבדיל, טריבונלים מנהליים, סמכותם השיפוטית אינה בהכרח הסמכות היחידה הנתונה למי שהינם חלק מהן. הנובע מכך היא שאין עצמאות מערכתית למי שעובד במסגרת טריבונלים אלו. דוגמא: רופא במוסד לביטוח לאומי יושב חצי מן השבוע בוועדות הקובעות אחוזי נכות, ובשאר השבוע הוא יושב בוועדות ערר, ודן בעררים שניתנו ע"י חבריו הרופאים.

מן הבעיות התאורטיות, לבעיות המציאותיות. הטריבונלים המנהליים אינם סמל היעילות הדיונית, וסחבת יכולה להתרחש גם בהם. ההתמקצעות המיוחדת לטריבונלים איננה תמיד כה טובה כפי הנטען. בנוסף, במקרים רבים (ראה הדוגמא לעיל) מתעוררות בעיות של ניגוד עניינים במסגרת הטריבונל.

סמכויות חקיקה

למרות ש**חוק יסוד: הכנסת** מגדיר כי הכנסת היא הגוף המחוקק במדינת ישראל, אך אם נביט בקובץ התקנות, נבחין כי מי שעושה את רוב החקיקה במדינה, אלו הם גורמי מנהל שונים. הווה אומר, שמודל הפרדת הרשויות האוטופי אינו מתקיים – ולרשות המבצעת סמכויות ביצוע וחקיקה ענפות.

כשאנו מדברים על הסמכות להתקין תקנות, הכוונה היא **לתקנה בת פועל תחיקתי**. ואלו המבחנים לקיומה:

- פעולה בעלת אופי נורמטיבי.
- צופה פני עתיד (למעט חריגים).
- מופנת לציבור בלתי מסויים.

הסיבות, כך נטען, למתן הסמכות לרשות המנהלית להתקין תקנות, הן:

- הורדת העומס מן הרשות המחוקקת.
- הצורך באנשי מקצוע בתחומים מסויימים. אף כשהמחוקק הראשי מבקש לחוקק חוקים או לתקנם, הוא פונה לאנשי מקצוע שהם חלק מרשויות המנהל (ע"ע חוק התקציב). הבעיה המתעוררת היא יצירת מונופול של אותם אנשי מקצוע ברשויות המנהל, וכן חוסר יכולת לפקח ולבקר מקצועית את דעתם.
- החקיקה של רשויות המנהל אינה עוברת את התהליך הארוך שחקיקה ראשית עוברת. חקיקה מנהלית נעשית בד"כ ע"י חתימה של השר, ותו לא.

מבחינה פורמלית, אין בעיה עם סמכויות חקיקה אלו ועקרון חוקיות המנהל מתקיים לגביהן, שהרי חוקים מכילים הוראת הסמכה להתקין תקנות. מהותית, יש הטוענים כי סמכות חקיקה מנהלית היא דבר חיובי, ויש הטוענים שלא כך הוא.

סוגי חקיקת המשנה:

- **תקנות ביצוע** – חקיקה ראשית יוצרת את ההסדרים הראשוניים, והתקנות יוצקות את התוכן הספציפי. השר, בהתחשב בעקרונות והכללים שנקבעו בחוק הראשי, הוא צריך לתת להם את היישום הפרטני והספציפי, מבלי לחדש דבר משל עצמו.
- **תקנות מחוץ לחוק** – מצב בו חוק מסמיך לקבוע בחקיקת משנה גם הסדרים ראשוניים בתחום מסויים, ולא רק את ההסדרים הספציפיים (כלומר, את המסגרת הנורמטיבית). במקרה זה מתחילות להתעורר בעיות חוקתיות, שהרי הרשויות המנהליות הן הקובעות את המדיניות והכללים.
- **תקנות בניגוד לחוק** – מקרים בהם החוק מסמיך תקנות לגבור על הוראות של חקיקה ראשית. הדוגמא הנפוצה לכך הן תקנות לשעת חירום.

בבחינת סוגי חקיקת המשנה השונים, אנו רואים כי התקנות שהן מחוץ לחוק והתקנות המנוגדות לחוק מעוררות שאלות בעניין הלגיטימיות שלהן במשטר דמוקרטי.

בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון: העתירה תקפה את סמכותו של שר הבטחון לדחות בצורה מתמשכת את שירותים הצבאי של בחורי הישיבות, בהקשר לסמכותו לעשות זאת מבחינה נורמטיבית. חוק שירות הבטחון, המסדיר את נושא הגיוס לצה"ל, מקנה בסעיף 36 לשר את סמכותו לפתור משירות.

השאלה: העותרים שואלים האם מכח ההסמכה הכללית להוציא צווי פטור במקרים מסויימים, ניתן לבסס נורמטיבית את כל נושא הפטור לבחורי ישיבות. חופש הדת ועקרון השוויון מתנגשים זה בזה, בעתירה שלפנינו.

הכרעה:

- ביהמ"ש קבע כי **הסדרים ראשוניים** הקובעים עקרונות מנחים ומדיניות צריכים להקבע בחקיקה של הכנסת. החקיקה המנהלית צריכה לקבוע רק **הסדרים משניים-ביצועיים**. הרציונאל הוא הרצון לקיים בפועל עבודת רשויות תוך יצירת פיקוח אפקטיבי על הפעלת הכוחות של הרשויות. אם לא נגביל את יכולת החקיקה, נמוטט את הפרדת הרשויות ונבטל את מוסד הפיקוח על הרשויות המנהליות.
- לאחר המהפכה החוקתית, הכלל הפרשני הנ"ל מקבל חיזוק שהרי הוא נכנס למסגרת תכליתו של החוק. אך עדיין, כשישנה הסמכה מפורשת בחוק, לא ניתן להתעלם ממנה. יש לתת להסמכה הזו פרשנות מצמצמת, ולהפעיל אותה במסגרת הכלל של הסדרים ראשוניים ומשניים.

נקודה תחתונה: לא יתכן כי שר הבטחון מוסמך בצו אינדיבידואלי לפטור ציבור כה רחב משירות בצה"ל, אלא על המחוקק לעשות זאת. שהרי אם לא כן, שר הבטחון בעצם יוצר מדיניות ע"י שימוש בסמכות הנתונה לו (*"כמות עושה איכות"* בלשון ביהמ"ש).

ברסטל-גינת: לו שר הבטחון היה מאציל את סמכותו לפקידים בבקו"ם בתלה"ש, ואלו היו בודקים פרטנית כל מקרה ומקרה, והיה ניתן להוכיח זאת בביהמ"ש, יתכן וההכרעה היתה אחרת.

החובה להתקין תקנות והפיקוח על התקנות: כשאנו מדברים על תקנות, ובייחוד תקנות מחוץ לחוק, במקרים רבים, כדי להפעיל את החוק – חייבים להתקין תקנות. אם החוק קובע כי "השר יקבע כללים", כל עוד אלו לא ניקבעו, לא ניתן לממש אותו (כגון: החוק למניעת מפגעים). בנוסף, ישנם מצבים שהמחוקק קובע, בנוסח הדברים, שחייבים להתקין תקנות. **הבחינה היא, בחינה מהותית – מה קורה כל עוד לא הותקנו התקנות.**

במקרים אלו, ניתן לפנות לבג"ץ ולדרוש מן הרשות המנהלית להתקין תקנות ולהעלות את האפשרות ששתיקתה היא בגדר חוסר סבירות. אך לעיתים, לא ניתן לעשות זאת, בייחוד במקרים בהם החוק אך חוקק.

בג"צ 28/94 צרפתי נ' משרד הבריאות: באמרת אגב, קובע ביהמ"ש כי לא בהכרח במקרים בהם החוק קובע שיש צורך בתקנות כדי לבצע אותן, עדיין יש מקרים ש**תכלית החוק** תוביל למסקנה שאפשר לבצע את החוק גם אם עדיין לא הותקנו התקנות לביצועו. פעולות אלו שנעשו לפני התקנת התקנות, תבחנה לפי הכללים המנהליים. במקרה זה, ביהמ"ש הכיר בעובדה שלוקח לרשות זמן להתקין את התקנות הללו, מכיוון שהם נוגעים להפעלת ציוד רפואי, ודחה את טענת העותרים בעניין חוסר הסבירות שבשתיקה.

סמכות התקנות התקנות מוגבלת:

- מוגבלת ל-ד' אמותיו של החוק המסמך.
- חייבת לשמור על כל עקרונות היסוד וזכויות האדם.
- כפופה לכל הכללים הנוגעים למעשה מנהלי (סבירות, איסור שיקול מטרות זרות, וכד').

פיקוח על התקנת תקנות: תקנה חייבת לעמוד בכל המגבלות לעיל, ואם היא איננה עומדת בהן – ניתן לעתור כנגד מתקין התקנה. אך זוהי חכמה שלאחר מעשה. לא קיימת פרוצדורה ברורה כיצד לבקר את התקנת התקנות בזמן העשייה. חוקים חדשים לעיתים קובעים תנאי לפיו התקנת תקנות חייבת לקבל אישור של אחת מועדות הכנסת. הכנסת גוף מבקר בלתי תלוי, מעלה את הסיכוי שהתקנות יהיו סבירות.

רטוראקטיביות

הפסיקה אימצה את עמדתו של **השופט זמיר בבג"צ 1149/95 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' רה"ע ראשל"צ** וקבעה כי כעקרון, אם המחוקק קבע במפורש כי ניתן לחוקק תקנות רטוראקטיביות, אזי ניתן לעשות זאת. בכל מקרה אחר, קיימת חזקה פרשנית שהמחוקק לא התכוון לעשות זאת. חזקה זו, כפי שהוזכר, ניתנת לסתירה.

במצבים בהם החוק שותק צריך לבדוק האם קיימת הסמכה להתקין תקנות רטרואקטיבית במשתמע, וזאת באמצעות האינטרסים אשר מבקשים להביא לידי ביטוי, כגון כאשר היא מטיבה עם האזרח (דוגמא: הפחתת נטל אגרות, וכדומה), והאם היא פוגעת באינטרסים של הסתמכות (ואז הנטיה תהא לפסוק כי החוק לא העניק להתקין תקנות למפרע).

תקנות שעת חירום

חוק יסוד: הממשלה בסעיף 50 מסדיר את הכללים החלים על תקנות לשעת חירום. בגלל העובדה שבמדינת ישראל מעולם לא שרר מצב משפטי שאיננו מצב חירום, הפסיקה הוסיפה לצמצם את היכולת של הממשלה להשתמש בתקנות אלו ומגבילה זאת לצרכים חיוניים ושירותים חיוניים, בהעדר פעולה אחרת הניתנת לנקיטה. להבדיל, **תקנות ההגנה (שעת חירום)** היא חקיקה מנדטורית, **ראשית**. תקנות אלו חלות מעבר לתחומיה של מדינת ישראל, בקו הירוק ומזרח ירושלים.

המעשה המנהלי (5)

המעשים המנהליים, כל פעולותיה של הרשות המנהלית, מעבר לעובדה שכל עשייה של הרשות המנהלית צריכה להיות עפ"י החוק המסמך. ישנה שורה של עקרונות כלליים המחייבים את הרשות, בזמן שפעולה בניגוד לאותם עקרונות יכולה להביא לפסילת המעשה המנהלי וביטולו.

דרישות וכללים ערכיים

עקרונות-על המנחים את פעולת הרשות, ופעולה בניגוד להם יכולה להיות עילה לביטול הפעולה. כגון: חוקי היסוד הקובעים כי כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את עקרונות היסוד הקבועים בהם.

- **כבוד האדם – בג"צ 355/79 קטלן נ' שרות בתי הסוהר**: במקרה זה עלתה השאלה בדבר הסמכות של מנהל בתי הסוהר לבצע חוקן באסירים החוזרים מחופשה כדי לבדוק האם הם מבריחים סמים, כאשר הטענה הכללית שבסמכותו לשמור על הסדר הטוב בהתאם לתקנות בתי הסוהר ופקודת בתי הסוהר. ביהמ"ש פסק כי בהעדר הוראה מפורשת המתירה לבצע פעולה ספציפית זו, אין סמכות לעשותה מכיוון שהיא נוגדת את כבוד האדם.
- **שוויון**.
- **סבירות ומדתיות**.
- **חובת הגינות**.

סבירות

סבירות היא מילת המפתח של המשפט המנהלי לבחינת תוקפו של המעשה המנהלי. כדי להבין את המונח, נבחן את המקרה של תא"ל ניר גלילי. גלילי היה מפקד בסיס בצאלים וניהל רומן עם פקידתו. ברבות הימים היא התלוננה על כך שאנס אותה, בזמן שהוא טוען כי המגע היה בהסכמה. הפרקליט הצבאי הראשי בסופו של דבר מחליט כי אינו יכול להמליץ על העמדתו לדין של גלילי מכיוון שאין ראיות לעניין. זו מילה נגד מילה. בכל זאת, גלילי מועמד לדין משמעתי בגין התנהגות שאינה הולמת קצין (סעיף סל בחשפ"צ). בעקבות כך, הוא המליץ על עיבוד קידום לשנתיים ונזיפה. שלוש שנים אחרי זה, קוראת הפקידה (שהשתחררה כבר) שעומדים לקדם את גלילי לדרגת אלוף ותפקיד בכיר יותר. הפקידה עותרת על החלטת שר הבטחון, כאשר טענתה היא שהחלטות של הרמטכ"ל ושר-הבטחון הן בלתי סבירות באופן קיצוני – זאת לאור הכתם המוסרי שדבק בגלילי, והוא חסר את התכונות והרמה המוסרית הגבוהה למילוי התפקיד והדרגה. חשוב לציין כי היא לא טענה דבר על סמכותם של הרמטכ"ל ושר הבטחון, שהרי סמכות זו נתונה להם בדין, אלא אך על סבירות החלטתם. השניים מודיעים לביהמ"ש כי חרף הפגם שדבק בו, שנשקל על ידם בכובד ראש, הם החליטו לקדמו לאור תכונותיו המיוחדות והטובות. ביהמ"ש קובע כי גלילי לא יועלה בדרגה, אך הוא כן יקודם בתפקיד. שיקול הדעת של הרמטכ"ל הוא רחב, אך אינו מוחלט, והוא חייב להפעיל אותו בהגינות, סבירות ותום-לב. החלטתו, בנסיבות העניין היא בלתי סבירה כי לא נתן משקל מספיק ראוי לנסיבות האישיות הספציפיות. אדם הנושא פגם מוסרי כה כבד, לא יהיה אלוף בצה"ל, קובע ביהמ"ש.

הסבירות, אם כן, היא עילה שנולדה לפני כ-20 שנה במסגרת בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור. במקרה זה, דפי זהב ביקשה בעתירה שתינתן לה הזדמנות להתחרות על זכויות הפרסום ברדיו באמצעות מכרז, וכי רשות השידור לא תמשיך את החוזה עם חברת הפרסום הקבועה שלה. רשות השידור אימצה חוזה כלכלית אשר יעצה לה להמשיך את ההתקשרות עם החברה הקבועה. בזמנו, על רשות השידור לא היתה חובה לפרסם מכרז.

טענות: דפי זהב טענה כי הרשות מפלה אותה לרעה, פועלת בניגוד עניינים ואיננה סבירה. רשות השידור טענה כי דפי זהב אינה יכולה להציע הצעה השונה מן החוזה שקיים בינה לבין החברה הקבועה, וכי יעיל לה להמשיך עם חברה זו שהיא מכירה אותה מזה שנים.

החלטה:

- **השופט לנדוי** קובע כי המנהל הציבורי לא תמיד מצטיין במדינתנו ביעילות, המונח "סבירות" הוא ריק מתוכן עצמאי ואין להשתמש במשפט המנהלי. בג"ץ יתערב בפעולת הרשות כשישן טענות קונקרטיות – אפליה, חוסר תום-לב, שרירות וניגוד אינטרסים. לא הוכח כי נפל פגם בפועלת הרשות, ולכן היא פועלת כדין, ועל העתירה להדחות.
- **השופט ברק** מגיע לאותה מסקנה כמו השופט לנדוי, אך הוא מתבסס על הטענה שהרשות פעלה בצורה סבירה. ברק קובע כי רשות השידור חייבת לפעול לפי כל הנורמות המשפטיות החלות על שיקול הדעת המנהלי, לרבות סבירות [חגית ב"ג: הנה נולדה לנו עילה חדשה במשפט המנהלי!]. לאחר שנבחן את העילות הקלאסיות, נבחן את סבירותה של פעולת הרשות.

בפסק הדין, מתווה **השופט ברק** את הכללים לבחינת הסבירות של פעולת הרשות המנהלית, הנה:

1. חוסר סבירות כשלעצמו הוא עילה לפסלות של שיקול-דעת מנהלי, גם כאשר ההחלטה נתקבלה תוך כדי שקילת כל השיקולים הרלוונטיים.
2. חוסר סבירות נבחן באמות מידה אובייקטיביות – לפי "**עובד הציבור הסביר**" או "**הרשות המנהלית הסבירה**". מה היה עובד הציבור הסביר במעמדו של מי שקיבל את ההחלטה היה עושה?
3. חוסר סבירות שפוסל שיקול דעת מנהלי, הוא רק חוסר סבירות מהותי או קיצוני – סטייה מהותית משיקול הדעת הסביר היורדת לשורש העניין. "סתם" סטייה ממתחם הסבירות, אינה רלוונטית.
4. שיקול הדעת המנהלי הוא לעיתים בחירה בין אפשרויות שונות. עקרון הסבירות קובע את התחום של האפשרויות, אשר בתוכו כל החלטה שתתקבל ע"י הרשות תהיה לגיטימית, ומה שמחוץ לתחום – אינו סביר.
5. מתחם הסבירות נקבע ע"י ביהמ"ש.

הסבירות נתפסת בתור נגזרת של נושא הסמכות. כלומר, אם פעולה בלתי סבירה באופן קיצוני, ביהמ"ש יקבע כי הרשות המנהלית לא היתה כלל מוסמכת לבצע את הפעולה.

מידתיות

עקרון המידתיות קובע כי מעבר לכל אותם כללים שעל הרשות המנהלית לקיים, **חייב להתקיים יחס ענייני בין הנסיבות העובדתיות לבין הפעולה השלטונית**. נבהיר זאת בדוגמא שעלתה בעתירה בראשית שנות ה-90 בה מחבל שביצע פיגוע, רצו להרוס את המבנה בו הוא גר למרות שהוכח כי משפחתו ושכניו לא ידעו על כוונתו. נקבע כי הפעולה איננה מידתית.

כיום, דרישת המידתיות מצמצמת את מתחם הסבירות, ביחוד לאור מעמדה החוקתי. לכן, ראשית נבחן את פעולת הרשות בהיבט הסבירות, ולאחר מכן בהיבט המידתיות – שהיא "מסננת" דקה יותר.

כמו הסבירות, עילת המידתיות התפתחה באותה השיטה. בבג"צ 3477/95 בן עטיה נ' שר החינוך דובר על שיטת המקצועות ללא חובת בחינה שהנהיג משרד החינוך. הכללים של משרד החינוך קבעו כי לא כל ביי"ס יוכל להנות מתוצאות ההגרלה, ואלו הם בתי ספר ששיעור ההענקות בבתי ספר אלו גבוה ביותר.

טענות: תלמידי תיכון שכאלה והוריהם עתרו לבג"ץ, טענו כי החלטת משרד החינוך מטילה את עוון הדורות הקודמים – עליהם. בנוסף, האחראי להענקות הם משגיחי משרד החינוך, ולא ביה"ס. החלטת משרד החינוך, כך טענו, היא בלתי סבירה.

החלטה: **השופט ברק** מחליט לבחון את העתירה לא רק בהיבט הסבירות אלא בהקשר של עילה חדשה – מידתיות. ברגע שהוכרה העילה בחוקי היסוד, ניתן להעבירה להיבטים ציבוריים נוספים, ובראשם המשפט המנהלי. וכך קבע: **שיקול דעת מנהלי הוא כדין רק אם האמצעי שנקט בוחר להגשמת המדיניות, באמצעי המקיים את דרישת המידתיות**.

מבחני המידתיות הינם:

1. **התאמה בין אמצעי לבין מטרה** – האמצעי צריך להיות מכוון להשגת המטרה שהוא רוצה להשיג אותה, והוא נבחן באמצעים אובייקטיביים-רציונאליים.
2. **האמצעי שפגיעתו פחותה**.
3. **האמצעי (במובן הצר)** – היחס הראוי בין הפגיעה לבין התועלת.

כשמפעילים את עקרון המידתיות, קובע ביהמ"ש, צריך להכיר במבחן התמרון של הרשות. מרחב תמרון זה, הוא מתחם הסבירות. אך המידתיות מצמצמת של שיקול הדעת המנהלי הסביר עוד יותר, בייחוד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה.

חובת ההגינות: הרשות והאזרח

הכלל אומר כי הרשות חייבת לפעול לקיים את חובות ההגינות ביחסיה כלפי האזרח, מתוקף היות המנהל נאמן של הציבור.

האם עקרון ההגינות עומד בפני עצמו? האם ניתן לגזור מעקרון זה כללים חדשים? להזכיר כי עברנו תהליך דומה כשדנו בעקרון הסבירות. בשלב הראשון אין ייצוג עצמאי לעילה. בשלב

המאוחר מצינו כי העילה עומדת באופן עצמאי. בשלב האחרון אנו רואים כי ניתן לגזור מן העילה עקרונות חדשים.

הרשות חייבת לפעול עפ"י כל העקרונות של המשפט המנהלי, ומנגד האזרח צריך לקיים את החוק. השאלה שנשאלת בהקשר זה, האם לאזרח יש חובות כלפי הרשויות מעבר לציות לחוק ?

בבג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר עלתה הסוגיה לדיון. מדובר בחברת קונטרס שעוסקת בעמילות מכס. עיסוק זה טעון רישוי מטעם משרד האוצר. בשנה מסוימת, בהגישה בקשה לחידוש הרישוי, אגף המכס סרב לחדש את רישונה – וביטל אותו, מאחר שהובהר כי החברה הטעתה אותו ביודעין. סיפור שהיה כך היה: אחד התנאים לקבלת רישיון הוא שיש לחברה זכויות קנייניות במחסנים בהם היא מבקשת לפעול. קונטרס הצהירה על כך שיש לה זכויות קנייניות באותם מחסנים. התברר כי זכויות אלו היו שנויות במחלוקת, ובפועל התברר כי זכויות קנייניות אלו היו נשוא הדיון בהליך משפטי בביהמ"ש באשדוד ! לא היה ספק כי קונטרס הטעתה את אגף המכס, וזכותה של הרשות לבטל הרישיון. בנוסף, לא היתה מחלוקת מבחינת החוק כי קונטרס חייבת למסור מידע ספציפי ע"מ לקבל רישיון עמילות מכס. ניתן היה לסיים את הדיון בשלב זה.

אך **השופט זמיר** לוקח צעד אחד קדימה וקובע קונספציה חדשה באוביטר כי **מעבר לעובדה שלפרט אסור להטעות את הרשות, כפי שכתוב בחוק, לאזרח יש גם חובות כלפי הרשות – חובה שלא מוזכרת בחקיקה, וזו חובת ההגינות שחב כל אזרח כלפי הרשות.** ממשיך זמיר ואומר כי משטר דמוקרטי איננו רק קרב הגנה על זכויות אדם, אלא תפקידו גם לקדם את רווחת האדם ולעשות צדק חברתי – וזהו תפקיד שאינו מוטל רק על הרשויות, אלא הוא תפקיד משולב של החברה עם הרשויות יחד.

גישת זמיר: חובת ההגינות חלה על הרשויות והאזרחים יחד

עד כה ראינו כי במערכת פרט-רשות, החובות המוטלות על האזרח הן אלו הקבועות בחוק ותו לא, אלא שלא כך יותר. זאת מכיוון שבחברה דמוקרטית מודרנית, אין אנו רואים ביחסים אלו מערכת הררכית שהרשות נמצאת למעלה והאזרח למטה, אלא מערכת יחסים של שיתוף. לפיכך, ישנה אפשרות להטיל חובות הדדיות כנגזרת ממערכת השותפות המתקיימת בין הרשות לבין האזרח.

אם הסכמנו לעקרון הכללי, ניתן ללמוד ולגזור ממנו חובות נוספות. ממשיך השופט זמיר ואומר כי **עקרון תום הלב** של דיני החוזים הוא דרך נוספת להגיע לחובות אלו, גם ללא חובת ההגינות שנקבעה לעיל. אנו חייבים חובת תום לב לכל מי שאנו באים איתו במגע במסגרת המשפט הפרטי. **הרשות, היא ייצוג של אוסף הפרטים. לכן, אנו חייבים גם כלפיה חובת תום-לב.** אם אדם קיבל רישיון של כדין כתוצאה מכך שהוא הטעה ורימה – אנו פוגעים בכלל הפרטים, אשר יספגו את הנזק שהוא גרם.

מסכם זמיר וקובע כי הוא אינו רוצה לשאוב את חובת ההגינות מעקרונות שונים. בנוסף, מכיוון שיחסי פרט-רשות הינם שונים מיחסי פרט-פרט, אל לנו לייבא עקרונות מן המשפט הפרטי לתוך המשפט הציבורי. זמיר מעדיף ליצור מסגרת חדשה הקרויה "חובת ההגינות" עבור המשפט

הציבורי. **מסגרת חדשה זו היא עמומה וניתן למלאה תוכן לפי הנסיבות המשתנות בכל מקרה.**
עם השנים, היא תתפתח ונוכל לקבוע כללים מגובשים להפעלתה.
חובות ההגינות של רשות כלפי אזרח, ואזרח כלפי רשות, הינן שונות זו מזו. הנגזרות האפשריות מחובת ההגינות – לדעת זמיר:

- **צריכה לבטא את היחסים בין המנהל לבין האזרחים, בכבוד, אמון ואמינות.**
 - **על האזרח מוטלת החובה לנהוג בזהירות לפי הנסיבות.**
- דוגמא: אדם מתבקש למסור מסמכים לרשות לצורך הוצאת רשיון בתוך שבועיים. כל המסמכים מצויים אצלו והוא בוחר להגישם ביום האחרון מתוך עצלנות – זוהי הפרת חובת ההגינות.
- **גילוי מידע מהותי לפי העניין הנדון (ראו: קונטרס).**
 - **אי התכחשות של אזרח להתחייבות שקיבל על עצמו כלפי רשות מנהלית.**
- דוגמא: **בבג"ץ נתן** דובר על קבוצת כתבי עיתון "במחנה" שהגישו עתירה על כך שצה"ל דרש מהם לחתום שס"ן לצורך התפקיד. לגופו של עניין בג"צ דוחה את עתירתם בנימוק חוסר תום-לב חמור ושיהוי – שהרי מדוע חיכו שלוש שנים עד להגשת עתירתם?

השופטים ברק וחשין מגיעים גם כן לאותה תוצאה לגבי חברת קונטרס, אך הם חולקים על גישתו של השופט זמיר, כל אחד בדרכו שלו.

גישת ברק:

השופט ברק חולק בראש ובראשונה בעניין חובת הגינות כללית של האזרח כלפי השלטון, אלא שהחובה היחידה המוטלת על האזרח היא חובת הציות לחוק, מכח עקרון החוקיות. **במשטרנו לא ניתן לגזור חובת הגינות כללית לא כתובה של האזרח כלפי הרשות. יכול להיות שבנסיבות מיוחדות ובאופן נקודתי יגזרו חובות ספציפיות המתאימות לאותן נסיבות, אך גזירת חובת-על של הגינות כללית מצד האזרח המחייבת אותו תמיד – זאת לא ניתן לגזור מעקרונות השיטה במדינה דמוקרטית.**

גישת חשין:

גם השופט חשין מתנגד לקביעתו של זמיר, אך מנקודה אחרת: **חובות הגילוי וההגינות של האזרח מוטלות עליו רק לגבי פרטים שהרשות דרשה ממנו לפרט. לא ניתן לחדש חובות בפסיקה** מכיוון שעקרון החוקיות ומערכת היחסים הקיימת בין רשות לאזרח, שוללות את אפשרות זו.

בשורה התחתונה, חידושו של זמיר לא מתקבל. אך עדיין קיימת אפשרות כי גישתו תתפתח בעתיד (ראו: פרשת מגדל; לשכת מנהלי ההשקעות). הנה:

בבג"ץ אנטון מלבסקי נ' שר הפנים דובר על אזרח רוסי שרצה לעלות ארצה ולקבל אשרת עולה. הוא חתם על טפסים המצהירים שאין לו עבר פלילי. בפועל התברר כי הוא מבוקש ע"י משטרות רבות בעולם. משרד הפנים, לאחר שגילה זאת, ביטל את האשרה. מלבסקי טען כי לא ידע על כך שהוא מבוקש בזמן ההצהרה, אך בפועל התברר כי היה זה שקר. **השופט זמיר** מתבסס בין השאר

על עקרון חובת ההגינות שהוא קבע ב**פרשת קונטרם** כמי שחייב את מלבסקי לפרט בטופס עליו הוא חתם את כל העניין.

בבג"ץ **הראל** דובר על אישה שנתפסה נוהגת בשעת שלילת רשיון. הנהגת טענה כי לא נהגה בשלילה, כי לא היה לה שימוע לפני שלילת הרשיון – וכל זו היתה שלא כדין. **השופט טירקל** דוחה את טענותיה, ובין היתר, תוך אזכור **פרשת קונטרם**, קובע כי מי שנוהג שלא בתום-לב בתוקפו החלטה מנהלית, עלולה טענתו שלא תשמע.

קיום פרוצדורה מנהלית

על-מנת שמעשה מנהלי יחשב כמעשה תקין ותקף עליו להעשות תוך כדי שמירה על הפרוצדורה המנהלית התקינה, כאשר עמידה בדירשות פרוצדורליות במסגרת הפעלת הסמכות של רשות היא תנאי לתוקף המעשה שלה, הסיבה לכך שפגם פרוצדורלי יכול להוות כלל פסילה נובע מן העובדה שאם לא עומדים בפרוצדורה יש בכך ראשית ראיה לכך, שגם היה משהו מהותי שלא הופעל בצורה ראויה.

פרוצדורה מנהלית נקבעת בד"כ באותה מסגרת של הדין המסמך (כגון: חובות התייעצות; המתנה לתגובת הציבור). בנוסף לכך יש מסגרת פרוצדורלית כללית המחייבת כל פעילות של רשות מנהלית –

- **איסוף וסיכום כל הנתונים הרלוונטים, לרבות חו"ד מקצועיות.**
- **בדיקת משמעות הנתונים.**
- **סיכום והחלטה מנומקת.**

לכאורה, כללים אלו נראים טריוויאליים. אך הפסיקה מלמדת אותנו שישנן יותר מדי רשויות אשר לא שקלו את כל השיקולים הרלוונטים בהגיעם להחלטה בדבר מסויים. אם אנו נוכיח כי כל הנתונים לא נאספו כראוי, לא נצטרך להוכיח פגמים במישור המהותי. אך לא כל פגם יוביל לבטלות המעשה המנהלי – יש לבחון את נסיבות העניין.

בבג"ץ **3627/92 ארגון מגדלי הפירות נ' ממשלת ישראל**: שר האוצר החליט בשנה מסויימת כי היה אסון טבע ולפיכך מגיעים לחקלאים פיצויים. התברר כי שר האוצר הכריז על אסון טבע ביחס לתופעה אקלימית אחת, אך לא לגבי תופעה אקלימית אחרת. התברר כי הוא לא התייעץ עם השרות המטאורולוגי בעניין.

מעבר לכללים אלו, ישנה מסגרת מיוחדת של עקרונות שהפסיקה פיתחה המכונה "כללי הצדק הטבעיים" המחייבים את הרשות המנהלית, ונגזרים מכללי ההגינות.

כללי הצדק הטבעיים (11)

עיקריה של מסגרת זו הם שלושה כללים, אך היא דינמית. ואלו הם:

- זכות הטיעון.
- איסור על רשות לפעול בניגוד עניינים או תוך משוא פנים.
- איסור שיקול מטרות זרות ושיקולים זרים כאשר היא פועלת.

זכות טיעון

זכות הטיעון היא החובה של הרשות לתת למי שעלול להיות נפגע כתוצאה מפעולה שלה, להישמע ולהתגונן בפני הפגיעה עוד בטרם היא תתבצע. לפיכך, כדי שתתקיים זכות טיעון יש להודיע לנפגע הפוטנציאלי שהוא עלול להפגע.

דוגמא: הליכי תכנון ובניה.

חריגים: הליכי חקיקה למינהן (וכל "פעולה שלטונית בעלת אופי ריבוני").

אדם שויתר על זכות הטיעון שלו, רואים את הרשות כמי שמילאה את חובתה כלפיו. לאחר הטיעון, יתכן ויעלו טענות-נגד כלפי אותו אדם והדברים שהעלה, לכן קיימת החובה על הרשות לאפשר **זכות תגובה** ("זכות טיעון משנית").

דוגמא: אדם ביקש להתמודד במכרז, והיה עליו לצרף מסמך ובו פירוט נסיונו מעבודות קודמות. הצעתו נפסלה מן הנימוק שאותו מסמך שהוא צירף לא היה מובן. על הרשות לאפשר לו זכות טיעון להגיב על החלטתה זו.

זכות הטיעון יכול שתמומש במישרין, או בעקיפין – דרך ועדה שהיא תקים לשמיעת התלונות והטענות. זכות הטיעון מועצמת ככל שפעולת הרשות נוגעת יותר ל**זכויות אזרח**. אסור לרשות לומר מלכתחילה כי אין טעם שהיא תשמע טיעונים – עליה לתת לכל אזרח לממש את זכותו זו.

מעשה ללא זכות טיעון:

מה הדין כאשר הרשות פעלה ללא זכות טיעון? היש מקום לתת זכות טיעון לאחר מעשה? **הכלל הוא: בגלל כל המשמעות והערך של זכות הטיעון, במקרים בהם אי אפשר לתת אותה לפני המעשה, יש לתת אותה לאחר מעשה.**

דוגמא: סעדים זמניים במעמד צד אחד – כגון צו עיקול. במקרה זה מתן זכות טיעון באופן מיידי לעיתים מייתרת את הסעד, ולכן נדרש הסעד ללא מתן זכות טיעון. זו בסופו של דבר תנתן לנפגע. בנסיון לאזן את ההתעלמות מן הזכות – נדרשות ערבויות גבוהות ביותר מצד מבקש הסעד.

מחדלי הרשות:

מקרים בהם ראוי היה שהרשות תיתן זכות טיעון לפני המעשה, אך בפועל היא איפשרה זכות טיעון רק לאחר המעשה. במקרה זה, שתי אפשרויות:

- ביטול מעשה הרשות.
- מתן זכות טיעון רטרואקטיבית, ללא ביטול מעשה הרשות.

הכלל הוא כלל ביניים:

- **מעשה שלא גרם לנזק:** במקרים בהם ברור כי מתן זכות טיעון לאחר מעשה, למרות שהיה ראוי לתיתו לפי כן, לא גרם נזק בלתי הפיך – לא נבטל את מעשה הרשות, אלא נאפשר זכות טיעון רטרואקטיבית ונחייב אותה לשקול את מעשיה שוב לאור הטיעונים.
- **מעשה שגרם לנזק:** במקרים בהם אי מתן זכות הטיעון גרמה לנזק בלתי הפיך – נבטל את מעשה הרשות.

ניגוד עניינים או משוא פנים

הבסיס לעקרון זה הוא כי "אסור לשאת פנים ולנהוג איפה ואיפה". כדי למנוע מצב של משוא פנים קבעה הפסיקה גם איסור על ניגוד עניינים. במקרים בהם קיים חשש כי מקבל החלטות כשלהו עלול ללבוא לכדי ניגוד אינטרסים, עליו להעביר את קבלת ההחלטה לאדם אחר. זאת גם כאשר לא קיים בפועל מצב של ניגוד עניינים, אלא חשש בלבד.

ניגוד העניינים בו אסור להמצא, קיים גם כאשר ישנו חשש לניגוד עניינים אישי (כגון: אינטרס פרטי של פונקציונר ברשות), וגם כאשר ישנו חשש לניגוד עניינים מוסדי (כגון: אדם שיש לו סמכויות מנהליות שונות התנגשות זו בזו. דוגמא: רופא מומחה של הביטוח הלאומי אשר יושב גם בועדת ערר).

מניעת מצב של ניגוד עניינים:

אם נעשתה פעולה תוך כדי ניגוד עניינים, אנו יודעים בבירור שנפל פגם במעשה המנהלי. אך ישנם מקרים בהם אנו יכולים להיות "חכמים" מלכתחילה. כיצד? לפעמים אנו יכולים, במצבים בהם ישנו פוטנציאל לניגוד עניינים חריף, למנוע מאדם לכהן בתפקיד, או למנוע אדם לפעול בשמה של הרשות במקרים ספציפיים.

בבג"ץ 1100/95 קאסוטו נ' ראש עיריית י-ם דובר על אדריכל מצליח שביקש להיות חבר במועצת עיריית ירושלים. בג"ץ פסל עליו לכהן בתפקיד, כל עוד הוא פעיל במשרד האדריכלים שלו מחשש חריף לניגוד עניינים.

בבג"ץ 4360/94 טאטור נ' שר המשטרה דובר על אדם שרצה להיות שוטר. כשהוא פנה למשטרה וביקש להתגייס, הם סירבו לעשות זאת מכיוון שיש לו יותר מדי קרובי משפחה עבריינים. ביהמ"ש התלבט במקרה באומרו כי מצד אחד יש לשוטר מעמד מאד מיוחד מבחינת הכח הרב שהוא מחזיק ותדמיתו כמייצג הצדק בעיני הציבור, ומאידך האדם שלפניהם לא עשה כל מעשה רע. ביהמ"ש החליט להחזיר את התיק למשטרה שתנסה לאזן בין החשש לניגוד עניינים לבין הרצון לא לשלול ממנו את חופש העיסוק והבחירה (כגון: העברתו לעיר אחרת).

שיקולים זרים ומטרות זרות

הכלל הוא: כי אסור לרשות לשקול שיקול זר או לפעול לאורה של מטרה זרה כשהיא באה להפעיל את סמכויותיה כדין.

בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה ד"ד י-ם רבנות ירושלים סירבה לתת תעודת כשרות למלון מכיוון שמתנהלות בו הופעות של ריקודי בטן באולם המופעים. בג"ץ קבע כי זהו שיקול זר ואי לכך פסול.

שיקולים שאינם בגדר הדין המסמיך הם שיקולים זרים

שיקולים מעורבים – מבחן ההשפעה הממשית:

על הרשות לשקול את כל אותם השיקולים במסגרת הדין המסמיך. כל שיקול אחר הוא שיקול זר ולפיכך הוא פסול. הבעיה כשהרשות מתחילה לעשות את המעשה משיקולים מעורבים – טובים וזרים כאחד. כיצד נכריע במקרים כאלו ?

בג"ץ ברגר נ' עיריית זכרון יעקב: בתחומי עיריית זכרון יעקב גרות קבוצות נוצריות. אחת מן הקבוצות רצתה לקנות שטח קרקע לצורך הקמת מרכז תרבותי. עיריית זכרון החליטה שהיא מפקיעה את השטח על סמך תכנית מגירה שהיתה לה בעבר לטובת "צרכי ציבור" – פעולה שהיא כשרה. עיתוי ההפקעה העלה שאלות בדבר הרצון של העירייה לסכל את השאיפה של הקבוצה הנוצרית. הנה לפנינו שני שיקולים, האחד כשר והשני פסול. כשביהמ"ש שוקל את המעשה, הוא קובע את **מבחן ההשפעה הממשית – האם לשיקול הפסול היתה השפעה ממשית ומכריעה על החלטתה של הרשות לעשות את המעשה, אם לאו.** אם הרשות פעלה בגלל אותו שיקול זר, הרי שהמעשה שלה פגום ויש לפסול אותו, גם אם המטרה היתה טובה.

הבהרה: הרשות נהנת מחזקת כשרות. הראיות שברגר הגיש לביהמ"ש הן הפרוטוקולים של הישיבות בעירייה אשר הצביעו בבירור על כוונותיה. אילו לא היו מנוהלים פרוטוקולים הרי שחזקת התקינות היתה נפגעת ונטל ההוכחה היה עובר לעירייה מראש.

שיקולים מעורבים נבחנים עפ"י מבחן ההשפעה הממשית

הנחיות מנהליות, קריטריונים פנימיים, כללי מדיניות (6)

הנחיות אלה הן כללים שהרשות המנהלית קובעת לעצמה כדי שהם ידריכו אותה כאשר היא הולכת להפעיל את סמכותיה או כאשר היא מפעילה את שיקול דעתה. הנורמות הללו אינן כתובות בחוק או במקום נורמטיבי ברור אך הן הפרקטיקה בהן רשויות מנהל פועלות בפועל. בד"כ מדובר במקרים של פעילות שגרתית מבחינת הרשות. לעיתים ההנחיות הללו מגיעים מ"למעלה" מן הממונה על הרשות, או מגורמים חיצוניים (כגון: קצין הבטחון של הכנסת הנותן הנחיות לכל הלשכות בעניין כללי בטחון). כל הנחיה היא נסיון לגבש שיקול דעת מנהלי כללי-קיבוצי הצופה פני עתיד.

הנחיות מנהליות אינן מקור נורמטיבי

הנחיות מנהליות – יתרונות:

- יעילות ויכולת קבלת החלטות מהירה יותר ע"י הרשות.
- פומביות.
- יכולת הפעלת ביקורת אפקטיבית על פקיד מנהלי, בהתאם להנחיות.

הנחיות מנהליות – עקרונות:

- **הכללים חייבים להיות גמישים:** אדם הפונה לרשות וזו עונה לו אוטומטית כי מבחינת ההנחיות הפנימיות שלה בקשתו נדחתה, הרי שהפעולה הזו פסולה. על הרשות להפעיל שיקול דעת בכל פניה אליה.
- **ביקורת שיפוטית:** מבחינת ביקורת שיפוטית, יש להנחיות מנהליות עמדה מעט יותר טובה מאשר הפעלת שיקול דעת אינדיבידואלי. ההנחיות נתפסות ע"י ביהמ"ש ככאלה שגובשו ע"י מחשבה מעמיקה ולא שרירותית. אך חשוב להזכיר כי ההנחיות הינן פרי שיקול דעת ולכן עליהן להיות גמישות ולשנותן במידת הצורך.
- **הצורך לקבוע הנחיות:** ישנם מקומות בהם החוק עצמו ממליץ לקבוע כללים מנהליים. דוגמא: בעבר חוק התקציב הקציב לשר "כספים יחודיים" ממנה יכול היה לחלק כספים כאוות נפשו. נקבע כי עליו לקבוע כללים ברורים כיצד יחולקו הכספים.

במקרים רבים מי שפועל עפ"י ההנחיות כלל לא מודע לכך שהוא מחויב לסטות מהם. **פעולה של רשות הנצמדת להנחיות היא תמיד פעולה פסולה אם לא הפעילה שיקול דעת עצמאי.** דוגמא: חוזר מנכ"ל משרד החינוך – אין אף מנהל ב"ס המעלה על דעתו לפעול בניגוד לנכתב בו, אלא שהם חושבים שהחוזר מחייב אותם ב-100%.

בג"ץ גבאי: רופאה ביקשה להתמחות בחו"ל. לצורך כך היא היתה זקוקה לאישור ממשרד הבריאות. למשרד הבריאות היו הנחיות לפיהן יש לעודד השארות מתמחי רפואה בארץ ולא להוציא אותם לחו"ל – לכן בקשתה נדחתה. בג"ץ קבע כי ההנחיות אינן פותרות את הרשות מהפעלת שיקול דעת בכל מקרה הבא לפניו. במקרה זה, אין בארץ מקום להתמחות בתחום הספציפי של המתמחה, לכן היה עליהם לתת לה אישור להתמחות בחו"ל.

- **שינוי הנחיות :**

במקרים בהם הרשות משנה את ההנחיות או המדיניות שלה, בין היתר נפגע **עקרון ההסתמכות** של האזרח.

בג"ץ הולצמן : נהלי משרד העבודה לגבי מי יבדוק תקינות ציוד הרמה כבד (מלגזות). בזמנו קבע המשרד נוהל לפיו מי שבדק את הציוד חייבים להיות בודקים חיצוניים, ולא עובדי אותו המקום. זאת כדי למנוע מצב של ניגוד עניינים ולחץ על הבודקים לאשר את תקינות הציוד. בג"ץ אישר את ההנחיות דאז. המדיניות שונתה והוחלט שהבודקים יכולים להיות גם מבפנים. לכאורה, נראה כי ההנחיות בלתי סבירות. בג"ץ מאשר גם את תוקפן של ההנחיות האלו מכיוון שהן מאפשרות זמינות גבוהה יותר לבודקים.

- **הנחיות חייבות פרסום :**

בבג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד דובר על עבריון מס אפרתי שהועמד לדין. הרשות טענה כי במקרה שלו ההנחיות קובעות כי יש להעמידו לדין ולא לאפשר לו כופר. כשאפרתי ביקש לעיין בהנחיות האלו, הפרקליטות סרבה מכיוון שהיא טענה כי בכך שהיא תפרסם את ההנחיות לגבי כופר, היא בעצם תעודד התנהגות עבריינית ותרמוז לעברייני מס מה המתחם בו הם יכולים לפעול מבלי לעמוד לדין אלא לקבל הצעת כופר. **השופט חשין קובע כי הסתרת הנחיות היא פעולה לא דמוקרטית אשר פותחת פתח לשרירותיות.**

אופן הפרסום של ההנחיות הוא מגוון, אך אין חובה לפרסם ברשומות. יש לחפש את אפיק הפרסום הרלוונטי. כך, אם ישנן הנחיות בנושא סטודנטים למשפטים – ראוי לפרסם בפקולטאות השונות ע"ג לוחות המודעות. לעיתים ההנחיות נוגעות לכלל הציבור וראוי יהיה לפרסמן בעיתון.

כיום **סעיף 6 לחוק חופש המידע** קובע כי רשות ציבורית **תעמיד לעיון הציבור את ההנחיות הכתובות** שעל פיהן היא פועלת ושיש להן נגיעה או חשיבות לציבור. כשההנחיות הן לא כתובות, אזי הרשות חייבת לבחור את אופן הפרסום האפקטיבי כנכתב לעיל – אך אין עליה חובה בחוק אלא מכח פסיקה.

- **הנחיות היועץ המשפטי :** אלו הם כללים שהיועמ"ש מגבש ומפרסם. מבחינת רשויות

המדינה השונות והתחשב במעמדו של היועמ"ש, ההחלטות הללו משקפות את הדין. אם רשות תפעל בניגוד להנחיות ומישהו יתקוף אותה בהליך שיפוטי, הרי שהיועמ"ש ופרקליטות המדינה לא יספקו להם הגנה.

שיקול דעת רשות (7)

כעת אנו יכולים להבין מעט יותר טוב את שיקול הדעת שעל הרשות להפעיל. שיקול הדעת חייב להיות עצמאי. אך מה קורה כאשר כחלק מהפעלת שיקול הדעת יש צורך בחוות-דעת חיצוניות או חוות-דעת של מומחים ?

עקרון עצמאות שיקול הדעת: התייעצות כשלעצמה לא בהכרח פוגעת בעקרון של עצמאות שיקול הדעת. התייעצות שכזו יכולה להיות במישור האנכי – עם גורמים ממונים. כל עוד הרשות המוסמכת מתייעצת עם גורמים שונים עובר לקבלת ההחלטה אך ההחלטה הסופית נשארת בידיה, אין עם כך בעיה. זאת במסגרת סמכויות העזר אשר אין צורך לכתוב אותם במפורש אלא הם מוקנים לרשות.

התייעצות מותרת כל עוד ההחלטה התקבלה באופן עצמאי

קבלה אוטומטית של חוות דעת ופעולה על-פיה ללא שיקול דעת היא פעולה פסולה של הרשות.

חוות דעת בנושא מקצועי-טכני: כיצד ניתן לאמץ החלטה שכזו ללא שלילת שיקול הדעת ? הפסיקה קבעה כי בנושאים מדעיים-טכניים מותר לרשות לפעול על-פי חוות דעת שכזו ללא שיקול דעת עצמאי כל עוד היא קיבלה את כל השיקולים והנתונים עליהם המומחה הסתמך.

מה הבעיות המתעוררות עם עקרון עצמאות שיקול הדעת ? להזכירנו, רשויות מוסמכות הם חלק ממארג כללי של מערך כפיפויות מנהליות. מעל לרשות מוסמכת ישנו שר. כאשר ישנה אי-תאימות בין המדיניות של הרשות לבין המדיניות של השר, האם אנו יכולים לסמוך על כך שפקיד יפעיל את שיקול דעתו באופן עצמאי בניגוד להנחיות השר ? מצד שני, כיצד ניתן מלכתחילה לקבוע מדיניות אם כל רשות היא עצמאית ? לעניין זה, אין פתרון.

חובת הוועצות מכח חוק

המניע לקיום חובת הוועצות מכח חוק הוא בד"כ אחד משניים –

- **כדי לוודא שזכות השימוע תמומש.** כגון: חובת הוועצות עם החברה להגנת הטבע בהליכי תכנון ובניה מסויימים; חובת הוועצות עם ארגוני נכים.
- **כדי לוודא שהתקבלה חוות דעת מומחה.**

המצב במקרים אלה הוא יותר מורכב. מצד אחד, ברור לנו כי הרשות – יש לה איזשהי עמדה התחלתית איתה היא מגיעה. מצד שני, כאשר אנו מטילים חובת הוועצות, היא איננה פורמלית בלבד, אלא שהרשות מחוייבת שלא להיות "נעולה" ולקבל בפתירות את חוות הדעת.

אחת הדוגמאות הקלאסיות להתעלמות מחובת ההוועצות מצוי בבג"ץ 512/81 המכון לארכיאולוגיה של האוניברסיטה העברית נ' שר החינוך. במקרה זה התנהלו חפירות בעיר דוד בירושלים ליד שער האשפות. בשלב כלשהו היו הפגנות אלימות של חרדים בטענה כי מדובר

בבית עלמין יהודי המחולל כתוצאה מן החפירות. בארץ, ישנה חובה לקבל רשיון לחפירות. המכון אחז ברשיון, והם התעקשו להמשיך לנהל את החפירות. שר החינוך הודיע כי עומד לבטל את הרשיון באופן זמני עד לבירור כל הסוגיה. בשלב הראשון, הוא נטל את הסמכות של מנהל אגף הארכיאולוגיה במשרד החינוך לעצמו. אח"כ השר הודיע למועצה לארכיאולוגיה כי הוא מעוניין לכנס אותם כדי להוועץ איתם בעניין המכון והחפירות, אך שידעו כי הוא מתכוון לבטל את הרשיון בכל מקרה. הבעיה: השר גיבש את החלטתו מראש עוד לפני קיום חובת ההוועצות – הוא הפר את חובתו.

בעקבות הפרת החובה, ביהמ"ש קבע כללים לחובת ההוועצות:

- **הליך ההוועצות צריך להיות דו-צדדי, לשמוע ולהשמיע.**
- **ההוועצות צריכה להיות לפני קבלת ההחלטה ולא אחריה.**
- **חובת ההוועצות קיימת גם כאשר משנים את ההחלטה.**
- **ההוועצות צריכה להיות ממשית.** אף אם הרשות מגיעה עם דעה מוקדמת היא חייבת להיות פתוחה לשינוי עמדתה.
- **המייצע חייב לקבל את כל המידע הרלוונטי וכן יש לתת לגורם המייצע זמן הולם לגיבוש העצה.**
- **הוועצות לא אומרת שהרשות חייבת לקבל את עמדתו של הגורם המייצע.** אלא שהרשות חייבת לשקול את עמדו של הגורם המייצע. אך ככל שהגורם המייצע מקצועי יותר – לא לשמוע את דעתו תהיה פעולה פחות ופחות סבירה.

הנמקת החלטות ומתן תשובות (8)

חובה נוספת הקיימת לרשות עפ"י חוק היא החובה במקרים מסויימים לתת נימוק וטעם להחלטתה. הרציונאל הוא לאפשר שקיפות וביקורת של פעולות הרשות, ולאפשר לאזרח להבין מדוע היא פעלה כפי שפעלה, ולמנוע כי פעולות לא תהיינה שרירותיות.

חובת ההנמקה קבועה בחוק לתיקון סדרי המנהל (החלטות והנמקות) תשי"ט-1959.

החוק קובע בסעיף 2(א), שכותרתו "חובת מתן תשובה במועד", מתי עובד ציבור חייב להשיב או להגיב לפונה אליו. סעיף 2(ב) מצמצם בחובה כאשר מקיימות נסיבות מסויימות, ובהן כשנושא שבפניה טעון חקירה עפ"י דין, או כאשר נקבע בדין מועד אחד למתן תשובה.

סעיף 2א קובע כי עובד ציבור שנתבקש כאמור בסעיף 2(א) וסירב לבקשה, יודע למבקש בכתב את נימוקי סירובו.

סעיף 3 קובע פטור לעובד ציבור מחובת הנמקה. ובין היתר: כשיש בדין המעניק לו את הסמכות הוראה שהוא רשאי להשתמש בה ללא מתן נימוקים, או פגיעה בבטחון המדינה. הוראות פסיקה: הפסיקה קבעה כי אם יש אפשרות לנימוק חלקי, על הרשות לפרט ולנמק. היא איננה יכולה לפטור עצמה לחלוטין מטעמים של "בטחון המדינה" ולשתוק מקום היא יכולה לפרט דברים מבלי לפגוע בבטחון המדינה.

סעיף 6 קובע את תוצאות אי-מילוי אחרי החוק. כך הוא קובע: החלטה או פעולה של עובד ציבור לא יהיו פסולות בשל כך בלבד שהוא לא מילא אחרי הוראות הסעיפים 2א, 2ב, 4 או 5. אך החלטה שלא נומקה, לא נהנת מחזקת התקינות של המעשה המנהלי. הסיפא של הסעיף קובעת כי אין באי-הפסלות משום מניעה מלהעמיד את עובד הציבור לדין משמעתי.

סעיף 6(ב) קובע כי אם עובד הציבור לא השיב לפונה אליו תוך הזמן הקבוע בסעיפים 2(א) או 2(ג), שלושה חודשים, הרי שיש לראות בכך סירוב לבקשה.

פרסום החלטות, תחילת תוקף החלטות (9)

כעקרון, תוקפן של תקנות הוא יום הפרסום שלהן מכח **סעיף 10** לפקודת סדרי השלטון והמשפט. כל הפעולות המנהליות האחרות כפופות ל**סעיף 6** לחוק חופש המידע כאשר חובת הפרסום מתעוררת כשיש לעניין נגיעה או עניין לציבור.

במקרים מסויימים קיים פטור מחובת פרסום, באותה הרוח בהן יש פטור ממתן הנמקה. כגון: פגיעה בבטחון המדינה.

דוגמא: בבג"ץ 4950/90 פרנס נ' שר הבטחון: תלונה שהוגשה ע"י אנשים שעברו בדיקה בטחונית מדוקדקת כאשר הם יצאו מן המדינה, בגלל מידע מסויים שהעביר השב"כ לרשות שדות התעופה עליהם. בג"ץ קבע כי ישנה חובה למסור לאנשים אלו מדוע רואים בהם סיכון בטחוני. זו זכות שקיימת לאדם באופן ספציפי. אך לא קיימת חובה על השב"כ לפרסם קבל עם ועדה מי ומי נמצאים ברשימה הזו.

דחיית מועד תוקף

אם הזכרנו כי תחילת התוקף הוא מיום הפרסום, במקרים מסויימים נכיר בחובה לדחות תחילת מועד תוקף של חיקוק גם אם החיקוק עצמו לא קבע זאת, אף אם היה פרסום.

דוגמא: בבג"ץ 2832/96 בנאי נ' המועצה הארצית של עוה"ד: לשכת עורכי הדין החליטה לשנות את מבנה בחינות הלשכה. ההחלטה התקבלה כחודשיים לפני הבחינה. ברור לכל כי בנסיבות כאלה ולפני בחינה כה גדולה, שינוי שלה בצורה מהותית פוגעת בהערכות של כל הנבחנים. ביהמ"ש קבע כי החלה מיידית באותן נסיבות, למרות שאדם לא מוגן מפני שינוי מצב ושינוי דין של רשות מוסמכת, ההחלה המיידית – שהיא חוקית – עלולה להראות כוחנית ושרירותית ולפגוע באמון הציבור במנהל. לכן, במקרים מסויימים נחייב יצירת "תקופות מעבר" מקומות בהם החוק שותק.

שינוי וביטול המעשה המנהלי (10)

הצורך בגמישות מול הצורך ביציבות

הבעיה המרכזית היא כי מצד אחד ברגע שישינו מעשה מנהלי סופי ומוחלט – אנו רוצים שהוא ישאר כזה, תוך רציונאליזם של הסמכות ויציבות. מצד שני, אנו רוצים כי המנהל ישמור על נאמנות העל שלו לאינטרסים הציבוריים ולכן במקרים הראויים אם צריך להביא לתוצאה צודקת, שיהיה לרשות את הכוחות לחזור בה מן המעשה, שהיה לכאורה סופי (ע"ע קונטרס).
דוגמא: בהליכי חקיקה, הגמישות עולה על היציבות. בהליכי שפיטה, סופיות הדיון והיציבות חשובה לנו יותר.

שינוי המעשה המנהלי

כשמדובר בסמכויות ביצועיות ישנן ארבע עילות לצורך שינוי המעשה המנהלי:

- **תרמית או הונאה**: כדוגמת קונטרס.
- **כאשר מתגלות ראיות חדשות או כאשר משתנות הנסיבות**.
- **טעות של הרשות**: מקרה זה בעייתי יותר, מכיוון שכאשר מדובר אך בטעות של הרשות, אנו לא רוצים לעודד את הרשות לדעת שהיא יכולה להתרשל כי היא תמיד יכולה לחזור בה.
- **אינטרסים ציבוריים הדורשים שקילה מחודשת**.

שינוי מדיניות

כך גם לגבי שינוי מדיניות. זו מוצדקת רק במקרים מסויימים. כך, לא כל חילוף שרים מצדיק שינוי ההנחיות של קודמיו.

- כאשר המדיניות היתה מוטעית.
- כשמגיעים למצב המשיק לעילת האינטרס הציבורי (לעיל) ומתעוררת החובה לשנות את המדיניות.

טעות – מהי ?

טעות יכולה להיות משלושה סוגים עיקריים:

- **טעות חוקית**: פקיד הרשות טעה בהבנת החוק או שחרג מסמכותו.
- **טעות שבהסח הדעת**: פליטות קולמוס.
- **טעות בשיקול דעת**: יישם בצורה בלתי נכונה את המדיניות הקיימת ע"י פקיד הרשות.

בשתי הטעויות הראשונות, הרשות בד"כ תהיה מוסמכת לשנות את ההחלטה שהיא קיבלה, ואנו רואים עניין בכך. הטעות מן הסוג השלישי היא בעייתית – כאשר ישנן רשויות מוסמכות אשר אינן יודעות להפעיל את שיקול דעתן באופן סביר, האינטרס שלנו הוא למחות על כך ולא לאפשר להן לשנות את החלטתם ולצאת נשכרים מרשלנותם. כעקרון, במקרים כאלה, לרשות אין סמכות לשנות את ההחלטה, אך תמיד יתכנו נסיבות מיוחדות.

בג"ץ 799/80 שללם נ' פקיד הרישוי לפי חוק כלי יריה: אדם קיבל רישיון נשק, למרות שהיה לו עבר פלילי. הרשות היתה צריכה לדעת על עברו, אך לא עשתה זאת. רישונו חודש עם השנים. לאחר כמה שנים הרשות שמה לב לכך וביקשה לבטל את רישונו. דעת הרוב קבעה כי על הרשות היה לבדוק את כל הנתונים, וכי שללם לא שיקר להם או הטעה אותם בעניין. משלא עשתה זאת, אין היא רשאית לבטל את הרישיון. **לא ראוי לבטל רישיון מנימוקים שהיו לפני הרשות או שהיו צריכים להיות לפני הרישיון, כשהרישיון ניתן מלכתחילה.** דעת המיעוט טענה כי נסיבות המקרה, מתן רישיון להחזקת כלי משחית לאדם עם עבר פלילי, מאפשרות לרשות שלא לחדש את הרישיון מטעמים של בטחון הציבור.

אינטרס ציבורי

כשיש אינטרס ציבורי שהרשות תחזור בה מהחלטתה, נכיר בסמכותה לעשות זאת. **בבג"ץ פנחסי** נקבע בועדת הכנסת כי חסינותו של ח"כ פנחסי לא תוסר, אך ביהמ"ש קבע כי השיקולים בדבר שוויון הכל בפני החוק, מכירים באפשרות של הכנסת לשקול שוב את הסרת החסינות.

ההבטחה המנהלית

אזרח קיבל מעשה מנהלי לטובתו וכעת מסתמך על פעולה שלטונית זו. מצד אחד, מעמדה של אמירה זו אינו מוחלט וניתן לבטלה או לשנותה. מצד שני, קיים האינטרס לאכוף על הרשות את החלטותיה.

הבעיה: איזו מחויבות יוצרת הרשות כלפי האזרח, וכן לאיזה סעד אותו אזרח זכאי ?

הבטחה מנהלית – עקרונות:

אם ניתנה הבטחה מחייבת, הרי שהרשות תהיה כבולה להחלטתה ולא תוכל לחזור בה (בכפוף לעקרון העל של האינטרסים הציבורי). בהעדר אינטרס ציבורי, אלו הם **התנאים להבטחה מנהלית מחייבת:**

- **האם נותן ההבטחה היה בעל הסמכות לתת אותה.**
בעיה: הבעיה מתעוררת כאשר ישנה **סמכות נחזית** – כשאנו עומדים מול אדם היוצר מצג לכך שהוא מוסמך לתת את ההבטחה, ובפועל לא קיימת לו הסמכות.
פתרון: בחלק מן המקרים, נראה את הרשות כאילו מי שנתן את ההבטחה אכן היה בעל סמכות ולכן הבטחתו כובלת אותה. זאת, מכיוון שעל הרשות לדאוג לכך שלא שמקרי סמכות נחזית לא יתרחשו, ועליה לפקח על עובדיה ונציגיה.
- **האם היתה כוונה לתת התחייבות בעלת תוקף משפטי:** הבטחת השתדלות או הבטחה פוזיטיבית ? **דוגמא:** תעמולת בחירות נתפסית כחסרת כוונה להיות מחייבת.
- **יש לנותן ההבטחה היכולת למלא אחריה.**
- **אין צידוק חוקי לשנות או לבטל את ההחלטה:** במקרים אלו חובת ההוכחה מוטלת על הרשות המנהלית. **דוגמא:** ההבטחה מנוגדת לחוק; קיום ההבטחה יהיה בגדר אפליה.

הסתמכות: האזרח אשר קיבל את ההבטחה המנהלית מסתמך עליה ופועל בהתאם לה. במקרה בו יש הסתמכות לגיטימית העונה על כל התנאים לעיל, למרות שהרשות מוסמכת לחזור בה מהחלטתה – לא נאפשר לה לעשות זאת או שנחייב אותה **לפצות את האזרח**.

תוצאות פגמים במעשה המנהלי (12)

כעת נבחן מהן תוצאות הפגם במעשי הרשות, כדוגמת: ניגוד עניינים ע"י מקבל ההחלטה, אי מתן זכות טיעון ו-פעולה שנעשתה בחוסר סמכות.

בעבר, פגמים הובילו לשני סוגי בטלות:

- **בטלות מוחלטת (Void):** בד"כ המודל הזה יושם במעשי הרשות שנעשו בחוסר סמכות. היחס למעשה היה כאילו מעולם לא נעשה. החלטתו של ביהמ"ש היתה דקלרטיבית בלבד. ניתן לעלות טענת בטלות מוחלטת אגב הליך. להבדיל מ:
- **נפסדות (Voidable):** במודל זה, ביהמ"ש היה ממלא תפקיד קונסטיטוטיבי. אמירתו של ביהמ"ש היא זו שיוצרת את ביטול המעשה. כדי להגיע לתוצאה שכזו היה ניתן לפעול רק בתקיפה ישירה של מעשה הרשות בביהמ"ש.

מודל הבטלות היחסית

על תפיסות אלו, במשך השנים, קמו ביקורות קשות. בייחוד בעניין הבטלות המוחלטת וסמכותו של ביהמ"ש להחיל את החלטתו רטרואקטיבית. אט אט התפתח מודל חלופי – **"מודל הבטלות היחסית"**. זהו מודל המנסה מצד אחד, להתחשב בכל הנסיבות שאופפות כל מקרה ומקרה ומצד שני, למנוע מצבים בהם אנו מחוייבים להגיע לתוצאות מאד דראסטיות שלא תמיד מתאימות לנסיבות המקרה.

ברירת המחדל במודל הבטלות היחסית הוא *Voidable*. אך ניתן להגיע בעזרתו גם להחלטת *Void* מקרים בהם נפל פגם חמור במעשיה של הרשות. לעיתים אף אם המעשה היה פגום, ביהמ"ש יכול להחליט שבנסיבות העניין – יש לתת לו תוקף. המודל מקנה לביהמ"ש שיקול דעת רחב בכל מקרה ומקרה. הבעיה: גמישות יתר מורידה את אלמנט הודאות.

בג"ץ הראל: גברת הראל נהגה בהיותה במצב של שלילה. נתפסה, והועמדה לדין. בתשובה לאישום של נהיגה בשלילה, הראל טענה כי רשיונה נשלל שלא כדין. הקצין ששלל לה (מנהלית) את הרשיון, לא נתן לה זכות טיעון ולא שמע את דבריה בעניין. אם רשיונה נשלל שלא כדין – הרי שלא עברה עבירה מלכתחילה. ביהמ"ש קובע כי הראל לא העלתה טענה זו בהדמנויות מוקדמות רבות שהיו לה.

בטלות יחסית – התייחסות לנסיבות:

מודל הבטלות היחסית מפריד בין הפגם לבין התוצאה המשפטית, ולא גוזר באופן אוטמטי מאחד לשני. אנו עדיין בוחנים האם המעשה פגום, אך כעת אנו גם בוחנים את נסיבות המקרה. כך אנו יכולים להבדיל בין מקרים שונים שחלו בהם אותם פגמים אך נסיבותיהן שונות. לו למשל, גברת הראל היתה פונה לערכאה הרלוונטית יום לאחר השלילה – ההתייחסות אליה היתה שונה. אך היא המתונה תקופה ארוכה, ונדחתה בביהמ"ש.

בטלות יחסית – תקיפה ישירה ותקיפה עקיפה :

מודל הבטלות היחסית משנה את המוכר לנו בכל הקשור לתקיפה ישירה ותקיפה עקיפה. אם בעבר היינו מזהים את סוג התקיפה שיש לעשות בהתאם למודל הבטלות, הרי שאין זה כך היום. להזכיר כי דרך התקיפה שלנו יכולה להשפיע על התוצאה הסופית (ע"ע הראל : אילו תקפה באופן ישיר כשנשלל לה הרשיון, התוצאה היתה אחת. תקיפה עקיפה כפי שהיא עשתה, הובילה לתוצאה אחרת).

בכל זאת ניתן לסווג את סוג התקיפה שיש לנקוט בה כך :

- **מעשה אינדיבידואלי – תקיפה ישירה :** במקרים של **צו אישי**, הכלל הוא כי אדם שנפגע מצו אישי ירוץ ויפעל בתקיפה ישירה, כדי לתקוף את אותו מעשה מנהלי אינדיבידואלי. דוגמא : אדם שנשלל רשיון הנהיגה שלו.
- **מעשה כללי – תקיפה עקיפה :** במקרים של **תקנות כלליות** שאנו סבורים שנפל בהם פגם אך איננו נפגעים מהם באופן אישי (אילו הן היו פוגעות בנו באופן אישי, עלינו לרוץ ולתקוף אותן באופן ישיר).

השלכות מודל הבטלות היחסית

- זיהוי הפגם לא מקנה לנו יכולת לצפות את התוצאה המשפטית.
- דרך התקיפה ועיתוי התקיפה יכולים להשפיע על התוצאה המשפטית.
- האוטונומיה של ביהמ"ש הולכת וגוברת באופן ברור עם ההיתר שהקנה לעצמו להתחשב בנסיבותיו של כל מקרה.

כעת נדון בערכאות הרלוונטיות לתקיפת המעשה המנהלי.

ביקורת שיפוטית (13ג)

תיחום סמכויות: בג"צ ומערכת בתיהמ"ש האזרחיים (13ג.11)

בעבר, עניינים מנהליים-ציבוריים היו מחייבים אותנו לגשת לבג"ץ, ועניינים אזרחיים היו מחייבים אותנו ללכת לערכאה הרלוונטית לנושא. ההבחנה בין הפניה לערכאות השונות גם היתה נבחנת לאור מבחן הסעד האפקטיבי. הגישה היתה כי בתי משפט רגילים לא יכולים לתת לנו סעד אפקטיבי כנגד המדינה. כך, אם הצד שכנגד היה המדינה, היינו ניגשים גם כן לבג"ץ.

החוק לתיקון סדרי הדין (המדינה כבעל דין) קובע כי לעניין אזרחי, דין המדינה כדין כל אדם, אך ישנם סעדים אזרחיים שאי אפשר לתת כנגד מדינה. החוק, אינו חל בביהמ"ש העליון בשבתו כבג"ץ.

בחלוף הזמן ביקש ביהמ"ש העליון לשנות את מצב הדברים. ראשית בגלל העומס הרב המוטל עליו ובגלל רצונו של ביהמ"ש העליון לרכז את פעולותיו בעיקר לתחום החוקתי. שנית, ביהמ"ש העליון חש כי במקרים מסויימים אין הצדקה שדוקא הוא ידון בהם בערכאה ראשונה. את נושא הסעדים, כך נטען, אפשר לפתור – אם בג"ץ יכול לתת סעדים כנגד המדינה, כך גם כל ערכאה אחרת. כך, ביהמ"ש העליון, בדרך של חקיקה שיפוטית, העביר מסמכויותיו לבתי משפט אחרים ובייחוד לביהמ"ש המחוזי. בעקבות ביהמ"ש, התעורר המחוקק ושינה את החקיקה בהתאם למגמה של בג"ץ. נסקור את התהליך :

מועצות דתיות:

כך, בענייני פסלות כהונה במועצה דתית, קבע בג"ץ בפעם אחת כי הערכאה הרלוונטית תהא בית משפט אזרחי רגיל. ובפעם אחרת בנושא דומה, כשביהמ"ש דן בערכאה הנכונה לדון בתיק, קבע **השופט גולדברג** כי אם אפשר למצוא מקור סמכות להעביר את הנושא לערכאה אחרת, ראוי יהיה לעשות זאת, אך במקרים מיוחדים וקשים יש להשאיר את התיק בבג"ץ לצורך קביעת הלכה.

מכרזים:

בבג"ץ 991/91 פסטרנק נ' שר הבינוי והשיכון, דן ביהמ"ש בנושא מכרזים. ראשית קובע ביהמ"ש כי הוא דן בנושא שיש לו **"מהות מעורבת"**. תמיד היינו רגילים להסתכל על מכרז בפן השלטוני שלו. מצד שני, מכרז הוא בעצם הליך קדם-חוזי – וזוהי נקודת מבט אזרחית. לפיכך, קבע ביהמ"ש, כי אם ניתן להסתכל על אותו נושא משתי נקודות מבט שונות, שלטונית ואזרחית, אז יש לערכאה האזרחית הרלוונטית סמכות לדון בתיק. מקום בו ישנן **סמכויות מקבילות**, יש צורך להחליט היכן הנושא ידון.

תכנון ובניה:

בענייני תכנון ובניה, נעשה אותו תהליך. **בבג"ץ חלפון** בעניין התחנה המרכזית בת"א, קבע ביהמ"ש כי ראשית הוא יבחן האם המקרה שלפניו הוא בעל **מהות כפולה**. שנית, מציג ביהמ"ש את **מבחן העובדות**, לפיו: ככל שמדובר בנושא שיש בו **יותר שאלות עובדתיות**, כך יטה בג"ץ להפנות את הנושא לערכאות אזרחיות רגילות. בג"ץ, לא בנוי ללבן עובדות. שלישית, מציג

ביהמ"ש את **מבחן המהות**, לפיו: ככל שמהות השאלות נשוא הדיון הן שאלות שנוגעות יותר למשפט הפרטי, כך יטה בג"ץ להעביר את התיק לטיפול של ערכאה אזרחית.

בבג"ץ סוקר העוסק גם הוא בענייני תכנון ובניה, שואל **השופט חשין** את שאלת המפתח: האם די בכך שזיהינו נושא כנושא בעל מהות כפולה (**כגון**: "נושא המכרזים") כדי להעבירו לערכאה אזרחית? או האם יש לבחון בכל עתירה לגופה את אותו כפל מהויות? **דעת הרוב** מתעלמת מן הנקודה הזו וקובעת ש**ברגע שנקבע כי הנושא העקרוני הוא בעל מהות כפולה, הרי שקמה סמכות מקבילה**.

בינתיים, המחוקק התעורר והריץ אוסף של תיקוני חקיקה בחיקוקים ספציפיים המסמיכים ערכאות אזרחיות לדון בעניינים הנוגעים אליהם, **כגון**: תכנון ובניה, רישוי, עתירות אסירים בפקודת בתי הסוהר. לאחר התיקון, בג"ץ התמודד איתו במסגרת **בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון** במסגרת עתירה נגד המינוי של יוסי גינוסר, בו עלו תהיות הנוגעות להרחבת הסמכות של ביה"ד לעבודה. וכך קבע:

- החוק המתוקן קבע כי ביה"ד לעבודה הוא המוסמך לדון בתיק, אך בג"ץ כי מאחר וסמכותו של בג"ץ איננה שיורית, **אזי הרחבת סמכות יחודית של ערכאה אחרת אף פעם לא מצמצמת את סמכותו של בג"ץ**. וכל זאת מכיוון ש"תכלית החקיקה שהרחיבה את חוק בית הדין לעבודה לא התכוונה לפגוע בסמכותו של בג"ץ, אלא הרחיבה את סמכותו לטפל בנושאים שלא ברור האם ביה"ד לעבודה מוסמך לדון בהם".
- **חזקה היא כי אין שוללים את סמכות השיפוט של בג"ץ אלא בלשון ברורה שאינה משתמעת לשני פנים**.
- סמכות בג"ץ עפ"י **סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה** היא רחבה ביותר.

חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים

חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים, תש"ס-2000 מבקש להסדיר את כל הנושא הנדון לעיל. החוק מסמך את בית המשפט המחוזי לשבת כבית-דין לעניינים מנהליים ולדון ברשימה של נושאים המנויים בתוספות השונות לחוק. **כגון**: עתירות בנוגע למכרזים, ארנונה, תכנון ובניה, ערעורים על טריבונלים מנהליים שונים.

- **סעיף 6**: ביהמ"ש לעניינים מנהליים, מטעמים שמפורטים בסעיף, רשאי להורות על העברת הדיון בעתירה שבאה לפניו לביהמ"ש העליון בשבתו כבג"ץ. ההעברה יכולה להיות ביוזמת אחד מבעלי הדין, היועמ"ש או ביהמ"ש עצמו. תגובת בעלי הדין אינה מחייבת את ביהמ"ש לעניינים מנהליים והוא יכול להעביר את הדיון לבג"ץ.
- **סעיף 8**: הסעיף קובע שוויון בין בג"ץ לבין ביהמ"ש לעניינים מנהליים. כלים שפותחו עבור בג"ץ ועל-ידי בג"ץ, אלו הם כלים שגם ביהמ"ש לעניינים מנהליים יכול להפעיל. **לרבות**: סעדים מיוחדים שבעבר ניתנו רק בבג"ץ, ועילות תביעה.

עילות הסף (III.ג.13)

אוסף הכללים שמאפשרים לבג"ץ או ביהמ"ש לעניינים מנהליים, למיין את כל העתירות שמגיעות אליו כדי לברור באילו עתירות הוא באמת יטפל. דיני המעמד לא התפתחו מתוך חקיקה מסודרת אלא מתוך אותם כללים של סמכויות עזר של רשויות מנהל. כלומר, למי שיש סמכות לדון, יש לו גם סמכות ליצור את ההלכות השיפוטיות הקובעות את היקף סמכותו. ואכן, במשך השנים, פיתח ביהמ"ש העליון תנאים מקדמיים המקנים מעמד לבאים לפניו, או לא.

דוגמאות: הגשת עתירה עם **חוסר נקיון כפיים** או מי **שלא מיצה הליכים** טרם הגיש את עתירתו – אינם זכאים לעמוד לפני בג"ץ.

זכות עמידה

מתי אדם זכאי להביא את עניינו לפני בג"ץ? לצורך כך, נקבע תנאי סף:

הוכחת אינטרס אישי ועותרים ציבוריים:

על העותר להוכיח כי יש לו עניין אישי בנושא העתירה. הסיבה בגינה הוא עותר, פוגעת בו באופן אישי. הוכחת אינטרס אישי יכולה להיות גם שלילית, כגון: עתירה של בעל מפעל על כך שהפעל הסמוך לו מקבל הטבה שלא כדין והוא מבקש שישללו זאת מן השכן.

מה הדין כאשר אין נפגע ספציפי, אלא שהעתירה היא נגד אי-תקינות של פעולת הרשות (כגון: שחיתות שלטונית)? בד"נ 2/82 רסלר נ' שר הבטחון, עתר אדם כנגד אי-גיוס בחורי ישיבות וטען כי זה פוגע בכלל חיילי המילואים. בג"ץ הכיר **בעותרים ציבוריים** אשר אינם צריכים להוכיח את הזיקה האישית הישירה שלו. בכל מקום שעולות בעיות של שחיתות שלטונית או בעיות בעלות אופי חוקתי מובהק, או כל דבר שיש לו נגיעה לערכים חוקתיים, יש הכרה גם בעותר שלא מוכיח אינטרס אישי ספציפי בנושא העתירה. ככל שהפגם הנטען הוא חמור יותר וכלל שמדובר בנושא בעל אופי ציבורי יותר, כך ההכרה בעותר הציבורי הולכת וגוברת.

לשאלת הוכחת זיקה כלשהי של העותר, המגמה היא מאד מרחיבה, אך הכללים פתוחים ודינמיים. אכן, לכל כלל ישנם חריגים. הנה:

בבג"ץ 2915/96 הייקינד נ' היועמ"ש סנטור אמריקאי יהודי, עתר לבג"ץ שישראל לפעל להעמדתו לדין של אבו-עבאס (טרוריסט). תשובת ביהמ"ש לעתירה היתה כי מאחר והעתירה הציבורית מבוססת על העקרון של הנאמנות של כל עובדי הציבור של מדינת ישראל לתושבי המדינה, חובה שכזו אינה קיימת למי שאינו תושב המדינה – אי לכך, אין לו זכות עמידה לגבי פעולותיה של מדינת ישראל. יתכן, כי אילו הוא היה תושב ישראל, עתירתו היתה נשמעת.

כיום זכות העמידה כמעט ולא באה לידי ביטוי וביהמ"ש העליון עושה בה שימוש לעיתים נדירות. אך לעולם אי אפשר לדעת באיזו עתירה ובאיזה מקרה היא תתעורר.

עילת השפיטות

זוהי עילת סף נוספת שאינה כה רלוונטית היום. עילת סף זו שואלת שתי שאלות: האם ביהמ"ש זה המקום הנכון לדון בנושא שהעתירה מעלה? האם סעד משפטי הוא פתרון הולם לנושא הנדון?

בבג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, מבחין **השופט ברק** בין שני סוגי שפיטות:

- **שפיטות נורמטיבית**: האם קיימות אמות מידה משפטיות כדי לפתור את הסכסוך? אם כן, הרי שניתן להכריע בנושא. אם לא קיימות אמות מידה משפטיות לפתרון הסכסוך, הרי שלא ניתן להכריע בעתירה.

לדעת השופט ברק, **תמיד ישנה שפיטות נורמטיבית**. כל פעולה נתפסית בעולם המשפט, וגם אם אין נורמה משפטית שמתייחסת במישרין לפעולה, אין חלל משפטי. לא יתכן מצב בו שאין נורמה משפטית שחלה עליה (בד"כ, תהא זו נורמה של **סבירות**). לכן, טענות שנטענו בעבר בדבר חוסר שפיטות הינן שגויות.

- **שפיטות מוסדית**: האם **ראוי** שביהמ"ש יכריע בסכסוך הנדון, או שראוי כי הסכסוך יוכרע בפורומים אחרים? דוגמא מובהקת לשאלות שפיטות מוסדית היא נושאי מדיניות חוץ של המדינה.

שפיטות נורמטיבית: האם אפשר?
שפיטות מוסדית: האם ראוי?

כאשר אנו נמצאים בקטגוריה של שפיטות מוסדית, הרי שזהו מבחן המשתנה עם על ציר הזמן. דוגמא מובהקת לכך היא העתירה נגד פעולות צה"ל בג'נין. אם בעבר דברים כאלו נדחו מכיוון שבג"ץ סבר כי **לא ראוי** שהוא ידון בהן, הרי שבעתירה זו הוא החליט כי **כן ראוי** שהוא יבחן את הדברים.

בכל זאת, מעטים המקרים בהם נגיד כי ביהמ"ש הוא לא המקום הראוי להכריע בנושא מסוים, אליבא דברק. אלא שהוא יופעל בד"כ כאשר ישנו חשש של פגיעה באמון הציבור במערכת השיפוטית (כגון: נושא הנראה מאד פוליטי).

שפיטות: מחלוקת ברק ו-אלון

בבג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' רה"מ עלתה שאלת השפיטות בדיון על הסכמים פוליטיים. **השופט אלון** יוצא בצורה נחרצת נגד עמדתו של ברק ואומר: ישנן פעולות שהמשפט לא מתייחס אליהם היוצרות חלל משפטי. אליבא דאלון, יש דברים בהם ביהמ"ש **לא יכול** כלל להכריע, ולא מתקיימת לגביהם שפיטות נורמטיבית. **כגון**: סוגיות מוסריות שונות.

עמדת ברק: השלכות ודוגמאות

בסופם של דברים, החלוקה שהשופט ברק קבע היא זו שמתקבלת. כך, כשהיתה עתירה כנגד מדיניות הממשלה להקים התנחלויות, ביהמ"ש קבע כי העתירה היא בלתי שפיטה בהיבט המוסדי. בשנות ה-90 נאמני הר הבית הגישו מספר עתירות כנגד ניהול מו"מ עם סוריה. השופט אור קבע כי עתירה כנגד מדיניות החוץ של הממשלה איננה שפיטה בהיבט המוסדי. בבג"ץ 8666/99 הם עתרו כנגד העבודות שהוואקף עושה בהר הבית. שוב, ביהמ"ש דחה אותם בטענה של חוסר שפיטות מוסדית.

גם גורלה של השפיטות, כמו גורלה של זכות העמידה, מאד לא ברור. מצד אחד, זוהי עילה קיימת. אך השאלה מתי יעשה בה שימוש, היא שאלה שאנו יודעים כלאחר-יד את התשובה אליה. חושב רק לציין כי היחס לנושאים מדיניים נהיה מאד דינמי בשנים האחרונות, לטוב ולרע.

עילת השיהוי

עולת השיהוי בודקת את השפעת הזמן שעבר מקרות המקרה ועד לתחילת ההליכים השיפוטיים, כאשר משמעות עילת השיהוי היא **שבנסיבות מסויימות, עצם העובדה שחלף פרק זמן מסויים, די בו כדי לדחות את העתירה על הסף** מבלי לדון בה לגופא (זאת למרות שאנו במסגרת תקופת ההתיישנות הקבועה בחוק).

דוגמא: פלוני מבקש להגיש עתירה כנגד פעולות לא תקינות של ועדות הבחירות, אך הוא מגיש את העתירה יום לפני הבחירות. קבלת העתירה במצב דברים זה, מחייבת את דחיית הבחירות. ישנו אינטרס ציבורי כי הבחירות תתקיימנה במועד – עתירתו תדחה מחמת השיהוי.

המבחן הוא משך הזמן שעבר, ומה קרה בזמן זה. ככל שמדובר בדברים דחופים יותר וחמורים יותר, ההקפדה תהא נוקשה יותר (ראה דוגמא לעיל). ביהמ"ש יבחן אינטרסים פרטיים וציבוריים בבואו לדון בעתירה. בבחינת טענת השיהוי והדרך להתגבר עליה, ישנן שתי עילות שתמיד "מפריעות" לעותר: אי-מיצוי הליכים ו-עתירה תיאורטית.

- **אי-מיצוי הליכים**: אם פלוני סבור שרשות שלטונית פגעה בו, עליו לגשת תחילה לרשות ולתת לה הזדמנות לתקן את דרכיה. כעת, יש לתת לרשות פרק זמן סביר לעשות זאת. בינתיים, יתכן ויהיה שיהוי והעתירה תדחה. מנגד, אם פלוני יפנה מיד לבג"ץ, קיים חשש כי עתירתו תדחה מן הסיבה של אי-מיצוי הליכים. אם במסגרת עילת השיהוי נכיר גם באינטרסים של **שלטון החוק**, הרי שהחשש מפני דחיה על הסף תקטן. **השופט ברק** סבור כי מכיוון שכללי השיהוי הם דינמיים ביותר, אולי ראוי להגיע למסקנה ולבטל את כל דיני השיהוי ולקבוע בחוק תקופות התיישנות בהולמות את האופי של נושאים מנהליים.
 - **עתירות תיאורטיות**: עתירה תיאורטית היא בבחינת שאלה אקדמית בעניין שטרם בא לעולם. כעקרון, ביהמ"ש אינו דן בשאלות תיאורטיות, אלא אם כן ישנה סיטואציה בה אם נמתין עד קרות האירוע כבר יקרה **נזק שאינו בר תיקון**, וכן כאשר **ישנה הסתברות סבירה שהנושא התיאורטי יתממש ויקרה**.
- דוגמא: מדוע השתהת להתרות מפני מפגע פוטנציאלי (למרות שהיתה תיאורטית) ?

עילת נקיון הכפיים

זוהי חובה של צד המבקש סעד מבג"ץ לנהוג בנקיון כפיים, בגון: גילוי כל המידע הרלוונטי בצורה מלאה; צירוף כל המסמכים הרלוונטים לעתירה, גם אלו שאינם לטובת העותר; כך, מי שלא מגלה לבג"ץ נתונים רלוונטים, יכול הדבר **כשלעצמו יכול להוות עילה לדחייה על הסף**.

סמכויות בג"ץ (IV.ג.13)

כשאנו עותרים לבג"ץ או מצפים ממנו שיתערב במעשה של רשות ציבורית, ושההתערבות תהא מהזן שיכפה עליה לעשות מעשה כלשהו או להמנע מעשיית מעשה. מתי נוכל לפנות לבג"ץ ובאיזה נושאים ? לכך, נפנה לסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה.

- **סעיף 15(ג):** מקרים בהם בג"ץ רואה בהם צורך לתת בהם **סעד למען הצדק**, ושאינם בסמכותו של בית דין אחר – זוהי סמכות שיורית. (להדגיש: **בפרשת אייזנברג** נקבע כי כדי שסעיף זה לא יחול יש צורך לשלול את סמכותו של בג"ץ במפורש).

סעד למען הצדק – מהו ? הכוונה העקרונית היא מתן **שיקול דעת** לבג"ץ. למשל, כל עילות הסף בהם דנו נכנסות לפעולה במסגרת זו. כך, אם מי מן העילות מתקיימת, בג"ץ יכול לומר שאין צורך לתת סעד מן הצדק. אך אין לנו קריטריון פוזיטיבי ברור מהו מקרה אשר כן "דורש" סעד מן הצדק.

- **סעיף 15(ד):** מקורות סמכות נוספים וברורים. הסעיף קובע כי בג"ץ מוסמך לתת צווים לאוסף גדול מאד של גופים ציבוריים, רשויות מדינה, רשויות ציבוריות, גופים אחרים בעלי סמכות (**כגון**: גופים דו מהותיים), בתי דין ובתי דין דתיים.

בשורת פסקי דין מבית היוצר של בג"ץ נקבע כי גופים כגון הסוכנות היהודית (פרשת בית-רבקה), מפעל הפיס, הקרן לעידוד סרטים אינם ממלאים אחר הקבוע ב**סעיף 15(ד)**, אלא שגופים אלו ממלאים פונקציות "סמי-שלטוניות" מכח הסכמים עם ממשלת ישראל. אי לכך בג"ץ הכתובת לדון בעתירות נגד גופים אלו. אין זה אומר שאין מה לעשות, להיפך, עדיין ניתן להגיש תביעה אזרחית נגד גופים אלו ועקרונות המשפט המנהלי חלים גם בערכאות אזרחיות. להזכיר: כי המגמה של לקבל עילות מנהליות בערכאות אזרחיות היא מגמה התופסת תאוצה.

השאלות המגיעות לבג"ץ בעניין בתי משפט ובתי-דין הן בעיקר שאלות של סמכות (**כגון**: בית הדין הרבני חרג מסמכותו), שהרי אין פונים לבג"ץ כאשר מעוניינים לערער על פסק-דין של ערכאה נמוכה יותר.

כעת נבחן מה הם אותם סעדים אותם בג"ץ מוסמך להעניק.

סעדים כנגד המנהל (14)

ראשית, בג"ץ אינו נותן סעדים כלליים אשר אינם כוללים איזשהו חיוב קונקרטי מוגדר. בג"ץ לא יתן סעדים שיחייבו אותו להתערב התערבות במנהל השוטף של המדינה (דוגמא: סעד הדורש פיקוח תכוף – אכיפה). זאת, מכיוון שבג"ץ אינו מנהל את עניינה של הרשות המבצעת, אלא אך מבקר את חוקיות פעולותיה.

ביהמ"ש בעצמו קבע כי ההבדל בין סעד כוללני לבין סעד ממוקד אינו ברור. בכל זאת, הנה קווי מתאר:

- **סעד כוללני**: כשמבקשים הצהרה כללית לגבי מדיניות ראויה, במקרים בהם לא ידועים לגמרי פרטיהם. עתירה לסעד כוללני בד"כ תידחה על הסף.
- דוגמא: עתירה כנגד מדיניות ממשלת ישראל בנוגע להריסת בתים. אילו העתירה היתה באופן ברור כנגד הריסה מסויימת, היתה זו עתירה לסעד ממוקד.
- **סעד ממוקד**: התייחסות למקרה מסויים כאשר כל או רוב הנתונים בעניינו ידועים. עתירות שכאלה, בהנחה שעמדו בתנאי הסף וכו', הרי שדין להתקבל.

הסעדים שבג"ץ נותן

- **סעיף 15(ד)(1)**: מתן צווי הביאס קורפוס.
- **סעיף 15(ד)(2)** עד **סעיף 15(ד)(4)**:
 - צווי עשה.
 - צווי לא תעשה.
 - צווים הצהרתיים.
 - צווים על-תנאי: בקשת הסעד העיקרי מראשונועד לשמר את המצב הקיים.
 - צווי ביניים: דומה לצו מניעה זמני הנועד להקפיא את המצב כדי למנוע נזקים בלתי הפיכים.

הסמכות לפסוק פיצויים:

האם בג"ץ יכול להורות באופן ישיר על מתן פיצויים? בעבר, הגישה המסורתית היתה כי בג"ץ אינו מוסמך לפסוק פיצויים מכיוון שתפקידו הוא לבחון הפעלת כוחות שלטוניים ותו לא. אך כבר בשנות ה-70 התהפכה הגישה ובג"ץ קבע כי **אין הגבלה על הסעדים אותם הוא מוסמך לתת לאזרחים, לרבות פסיקת פיצויים**. הלכה זו היתה שנויה במחלוקת עד פרדת מיגדה.

בג"ץ 688/81 בג"ץ מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות: **השופט ברק** קובע כי לברק סמכות לפסוק פיצויים. מקורות הסמכות לכך, קובע ברק הם **סעיף 15(ג)**, **סעיף 15(ד)(2)** לחוק יסוד: השפיטה ו-**חוק בתי המשפט**.

עד כאן לעניין הסמכות, אך מתי בג"ץ אכן יפסוק פיצויים?

מתי בג"ץ יפסוק פיצויים – אפשרויות:

1. בג"ץ יפסוק סכום סופי לעותר (פיצוי בעין) במקרים נדירים, וזאת רק כאשר נושא העתירה יהיה ברור והנזק אינו שנוי במחלוקת.
2. אופציה נוספת היא להכריע בעניין אך לא להתייחס לנושא הפיצויים, ואזי פתוחה הדרך בפני העותר לפנות לבית משפט אזרחי ולבקש פיצויים.
3. בג"ץ יקבע כי מגיעים לעותר פיצויים אך יפנה אותו לערכאה אזרחית מוסמכת שתדון בעניין.