

זכות הטיעון – בין צדק פרוצדורלי ויעילות

מאת

דפנה ברק-ארז*

המאמר עוסק בזכות הטיעון, אשר מבטאת, יחד עם האיסור על משוא-פנים, את הליכה של דרישת ההגינות בהליך המנהלי. מסגרת הדיון של המאמר היא המשפט המנהלי, אך בפתח הדיון הוא נדרש גם להיבטים החוקתיים של זכות הטיעון (הן כאחד הביטויים של הזכות להליך הוגן והן כנגזרת של ההגנה החוקתית על הזכות שהחלטה המנהלית עלולה לפגוע בה). המאמר בוחן את תכליותיה של זכות הטיעון (מן ההיבטים של יעילות, דמוקרטיה והגינות במערכת היחסים שבין האזרח לשלטון) אל מול האינטרסים השוקלים כנגדה (בעיקר שיקולים של יעילות מנהלית). מאספקלריה זו הוא דן בהיקף תחולתה של הזכות (ובחריגים לה) וכן בשאלות מעשיות הנוגעות באופן מימושה ובתוצאות הפרטה.

מבוא: הגינות פרוצדורלית במשפט המנהלי. פרק א: המתח הבסיסי – התכליות של זכות הטיעון מול אילוצי היעילות. פרק ב: זכות הטיעון והמשפט החוקתי. פרק ג: היקף תחולתה של זכות הטיעון; 1. מבחן הפגיעה; 2. חריגים לזכות הטיעון: הליכי חקיקה או החלטות "ריבוניות"; 3. חריג הצורך; 4. חקיקה המסייגת את כללי הצדק הטבעי. פרק ד: אופן מימושה של זכות הטיעון; 1. הצגה של מהות האשמה או הטענה לפרט הנוגע בדבר; 2. מועד הטיעון ושמיעה מאוחרת; 3. מתכונת הטיעון; 4. שאלת הייצוג. פרק ה: תוצאות ההפרה של זכות הטיעון. סיכום.

מבוא: הגינות פרוצדורלית במשפט המנהלי

אחת מתכליותיו החשובות של המשפט המנהלי היא הבטחת תקינותו של ההליך שקודם לקבלת ההחלטה על-ידי הרשות. תקינות ההליך היא תנאי לתוקפה של ההחלטה הנובעת

* שופטת בית-המשפט העליון. המאמר נכתב ונמסר לדפוס בזמן שהמחברת שימשה פרופסור מן המניין ומופקדת הקתדרה למשפט וביטחון ע"ש סטיוארט וג'ודי קולטון, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

ממנו. כאשר ההליך שקדם לקבלת ההחלטה המנהלית אינו תקין, ההחלטה עלולה להיפסל מטעם זה בלבד, גם אם הרשות הייתה מוסמכת לקבל את ההחלטה ואף הפעילה שיקול-דעת ראוי. החשיבות הנודעת להליך אינה מיוחדת, כמובן, למשפט המנהלי. זכויות פרוצדורליות הן אמצעי חשוב בשירות ההגנה על זכויות-יסוד גם בתחומים אחרים.¹ עם זאת, המשפט המנהלי מתאפיין בכך שהכלים הפרוצדורליים הם מרכיב חשוב שלו.² בליבה של דרישת ההגינות בהליך המנהלי נמצאים שני כללי-יסוד, המכונים "כללי הצדק הטבעי" (rules of natural justice): זכות הטיעון והאיסור על משוא-פנים. כללים אלה מבטאים את דרישת-הסף של ההגינות הפרוצדורלית. זכות הטיעון – או לחלופין חובת השמיעה (*audi alteram partem*) – היא זכותו של הפרט להציג את טענותיו לרשות, ואילו האיסור על משוא-פנים (*bias*) שולל את האפשרות של קבלת החלטה על-ידי רשות שיש לה דעה קדומה או נטייה מוקדמת לגבי הנוגע בדבר או באשר לנושא העומד לדיון. למעשה, כללי הצדק הטבעי מבטאים את הדרישות הבסיסיות לגבי ההגינות הנדרשת גם בהליכים שיפוטיים ממש: בבית-משפט יש לבעלי-הדין זכות לטעון את טענותיהם, ואסור לשופט היושב בדיון להיות מוטה או בעל נגיעה אישית בעניין. בהמשך לכך, מאחר שכללים אלה משקפים דרישות בסיסיות של צדק, הם הוחלו גם על הליכים המתקיימים ברשויות המנהליות (אך מבלי לאמץ את פרטי הדינים הנוגעים בסדרי הדין המחייבים בבית-משפט). מאמר זה מתמקד בזכות הטיעון,³ אשר חשיבותה הרבה אף הובילה להחלתה בהקשרים שונים בתחום המשפט הפרטי.⁴

- 1 ידועה בהקשר זה מימרתו של השופט פרנקפורטר (Frankfurter): "The history of liberty has largely been the history of observance of procedural safeguards" – *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332, 347 (1943) (ובשינוי קל: "The history of American freedom is, in no small measure, the history of procedure" – *Malinski v. New York*, 324 U.S. 401, 414 (1945)). לדיון במטרותיהם של סדרי הדין, ולטשטוש ההבחנה המסורתית בהקשר זה בין ההליך האזרחי לבין ההליך הפלילי, ראו יששכר רוזן-צבי וטליה פישר "מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין" משפטים לח 489 (2008).
- 2 יצחק זמיר כתב בהקשר זה כי "המשפט המינהלי... בנוי בעיקר על פרוצדורה: תשעה קבין של הגנה על האזרח מפני פגיעה בזכויותיו על-ידי רשות מינהלית נובעים מן הפרוצדורה". יצחק זמיר "השופט יואל זוסמן: עם פרישתו מבית המשפט העליון" משפטים י 187, 190 (1980); יצחק זמיר "דברים שהושמעו בעצרת הזכרון ביום השלושים לפטירתו של יואל זוסמן" ספר זוסמן 47, 50 (אהרן ברק ואח' עורכים, 1984).
- 3 המאמר מבוסס על הדיון בזכות הטיעון בספר דפנה ברק-ארז משפט מינהלי (2010).
- 4 כך לדוגמה, זכות הטיעון מחייבת במקרים רבים גם בתחום דיני העבודה (ראו, לדוגמה, מיכל הורוביץ "לצאת ידי שימוע – עקרון השימוע במבט אנליטי" משפט ועסקים ט 311 (2008)) או בהליכים של הוצאת חברים מהתאגדויות הפועלות במשפט הפרטי, כגון אגודות שיתופיות (ראו, לדוגמה, ע"א 3437/93 אגד, אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' אדלר, פ"ד נד(1) 817, 832 (1998); ע"א 8398/00 כץ נ' קיבוץ עין צורים, פ"ד נו(6) 602, 616 (2002)).

המאמר בוחן באופן שיטתי את העקרונות החלים על זכות הטיעון במשפט הישראלי. בהמשך למבוא זה מוצג בו המתח הבסיסי בין תכליותיה החשובות של זכות הטיעון לבין האילוצים המנהליים השוקלים כנגדה (בפרק א) וכן נבחן מעמדה החוקתי (בפרק ב). על-סמך תשתית זו נידון הפן המעשי של יישום העקרונות הן מבחינת שרטוט היקף התחולה המחייבת של זכות הטיעון (בפרק ג) והן מבחינת דרישותיה של הפסיקה באשר ליישומה – הצגת מהות האשמה לפרט הנוגע בדבר, מועד הטיעון ומתכונתו (בפרק ד). לבסוף מובאת עמדתה של הפסיקה באשר לתוצאות הפרתה של זכות הטיעון (בפרק ה). על רקע כל אלה מוצגת בפרק הסיכום הערכה באשר למידת ההגנה על זכות הטיעון הלכה למעשה.

פרק א: המתח הבסיסי – התכליות של זכות הטיעון מול אילוצי היעילות

חשיבותה של זכות הטיעון מתחדדת בשים לב לכך שהתפיסה של הגינות בהליך המנהלי משרתת למעשה כמה תכליות. באופן כללי, תכליותיה של זכות הטיעון דומות לתכליות הכלליות של השיתוף בהליך המנהלי:⁵ זכות הטיעון משרתת מטרה תועלתנית שעניינה השפעה על ההליך באמצעות הצגת טיעונים ועובדות אשר רלוונטיים להחלטה; היא תורמת לדמוקרטיזציה של ההליך המנהלי באמצעות שיתוף (אם כי כאן הדגש הוא בשיתוף של נפגעים ישירים); והיא מעניקה לפרט הנוגע בדבר תחושה של צדק והגינות באשר לתהליך קבלתה של ההחלטה.⁶ עם זאת, להבדיל מן ההקשר הכללי של שיתוף בהליך המנהלי, אשר

בכל הנוגע בעמותות, העיקרון של זכות טיעון בהליך של הוצאה מעמותה אף זכה בעיגון סטטוטורי (בס' 16 לחוק העמותות, התש"ם–1980). באשר להליכי בוררות, ס' 24 לחוק הבוררות, התשכ"ח–1968, מורה כי אחת העילות לביטול פסק בוררות היא ש"לא ניתנה לבעל-דין הזדמנות נאותה לטעון טענותיו או להביא ראיותיו" (ס"ק (4)) (ראו, לדוגמה, רע"א 9808/02 כץ נ' מילמן, פ"ד נח(2) 901 (2004)).

5 השוו, באופן כללי, איל בנבנשתי וגיא שגיא "שיתוף הציבור בהליך המינהלי" ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה 119 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); ברק-ארז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 291.

6 תכליות אלה זכו בהתייחסות גם בפסיקה, אם כי זו לא תמיד הבחינה ביניהן באופן ברור. בע"א 2962/97 ועד אמנים – חוכרים ביפו העתיקה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל-אביב, פ"ד נב(2) 362 (1998), הסביר השופט אור את ההצדקה להענקת זכות ההתנגדות בהליכי תכנון ובנייה (המהווה קונקרטיזציה של זכות הטיעון) כך: "לא פעם, הגשמתן של מטרות כלל-חברתיות רצויות על-ידי השלטון עלול[הן] להסב פגיעה קשה לפרטים החיים במעגל ההשפעה של פעולות אלה. זכות ההתנגדות מאפשרת לאותם פרטים לנקוט פעולה אקטיבית כדי למנוע פגיעה בלתי נחוצה בהם או להקטינה. היא משפרת גם את תהליכי קבלת ההחלטות התכנוניות בדרך של שיתוף האזרחים הנפגעים מהן." שם, בעמ' 379. בבג"ץ 288/00 אדם,

אינו מוגבל רק למי שנפגע באופן ישיר מן ההחלטה, זכות הטיעון נועדה בעיקרה להגן על האינטרס האישי של האדם הנפגע. נוסף על כך, הענקתה של זכות טיעון אינה שקולה לשיתוף מלא בתהליך ההחלטה, על שלביו השונים.⁷

לכאורה, לנוכח יתרונותיה הרבים של זכות הטיעון, יישומה לא היה צריך לעורר שאלות של ממש. אולם בפועל לא אלה הם פני הדברים. היקף תחולתה של זכות הטיעון ומידת הדקדקנות ביישומה עוררו שאלות רבות, בשל הצורך לגשר בין שיקולים של צדק לבין שיקולים של יעילות בהליך המנהלי. החובה לקיים דרישות פרוצדורליות נתפסת כגורם שמאריך ומסרבל את תהליך קבלת ההחלטות. הדיון בזכות הטיעון מתקיים ב"צילו" של חשש זה. בספר היוצא לכבודו של השופט אור ראוי להזכיר, בהקשר הנוכחי, את פסק-דינו החשוב בעניין מוסטקי.⁸ בנסיבות העניין היו העותרים עובדי מדינה שנשללה מהם הזכות לתוספות שכר בגין לימודים אקדמיים, לאחר שהתברר כי השלימו את לימודיהם במוסד שבו היו תופעות של הענקת תארים שלא כדין (שלוחת אוניברסיטת לטביה בישראל). המדינה קיבלה החלטה זו מבלי לתת זכות טיעון יחידנית לכל אחד מן העובדים הנוגעים בדבר, בשל גודלה של קבוצת העובדים שהחלטה חלה עליה. בית-המשפט העליון קיבל את עתירתם של העובדים, והבהיר, בפסק-הדין שנכתב על-ידי השופט אור, כי גם במקרה כזה העיקרון של זכות הטיעון חל ללא פשרות, חרף המעמסה המנהלית הכרוכה בהבטחתה.

טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים, פ"ד נה(5) 673 (2001), התייחס השופט חשין לזכות ההתנגדות באומרו: "זכות זו להתנגדות שואבת כוחה מחובת ההגיינות המוטלת על הרשות, ומבטאת היא עקרון-יסוד ולפיו אין פוגעים בזכות או באינטרס לגיטימי של אדם בלא לשמוע אותו תחילה; ממקדת היא את תשומת-הלב בנושאים אלה ואחרים שהמתנגדים מעוניינים בהם, ולמותר לומר ששקיפות ההליך מבטיחה באורח מרבי את תקינות פעולתה של הרשות... נוסף עוד זאת, כי שיתוף הציבור בקבלתן של החלטות מהווה שלוחה לעיקרון הדמוקרטי המקובל, בייחוד כך בנושאי תכנון, בנייה ואיכות הסביבה המשפיעים במישורין על היחיד ועל הכלל." שם, בעמ' 691. בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220 (2000), הסבירה השופטת שטרסברג-כהן את החשיבות הנודעת לקיום הליך שבו ניתן להביא לפני הרשות הצעות לשימושים בקרקע ציבורית ולהתנגד לשימושים שהוצעו. לדבריה, "על-ידי מתן זכות טיעון נשמר אמון הציבור בנבחרינו, מתאפשרת הבאת תשתית עובדתית מלאה בפני הרשות ומובטחת קבלתן של החלטות ראויות". שם, בעמ' 230. הבחנה זו ניתנת להדגמה ברורה באמצעות בג"ץ 5960/98 שלפוברסקי נ' שר הביטחון, פ"ד נה(1) 552 (1999). במקרה זה נידונה עתירתן של משפחות שכולות נגד הוועדה שחקרה את אסון המסוקים שבו איברו את יקיריהן. אגב דחיית העתירה, הבהיר השופט זמיר, בהסכמת השופטים דורנר ואנגלרד, כי הוועדה יצאה ידי חובתה המשפטית בכך שאפשרה לכל המעוניינים להציג את עמדותיהם לפני בכתב, מבלי להעניק להם זכות להשתתף בדינניה. שם, בעמ' 567.

8 בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865 (2004).

פרק ב: זכות הטיעון והמשפט החוקתי

באופן מסורתי, זכות הטיעון היא חלק מן המשפט המנהלי שהתפתח בהלכה הפסוקה, ובשל חשיבותה הרבה היה לה מקום גם כאחת מזכויות-היסוד הבלתי-כתובות. כיום הדיון בזכות הטיעון (כמו בעקרונות אחרים מתחום המשפט הציבורי) חייב לעבור הערכה מחדש, בהתחשב בשינויים החוקתיים שחלו במשפט הישראלי עם חקיקתם של חוקי-היסוד בנושא זכויות האדם. מבחינה פורמלית, כללי הצדק הטבעי, ובכלל זה גם זכות הטיעון, לא זכו בהכרה חוקתית מפורשת בחוקי-היסוד. עם זאת, נקבע בפסיקה כי הזכות לכבוד כוללת בתוכה, בין היתר, את הזכות להליך הוגן בהליכים שיפוטיים.⁹ על בסיס זה ניתן להוסיף ולטעון כי הזכות להליך הוגן חייבת להתפרש כחלה לא רק בהליכים המתקיימים בערכאות שיפוטיות, אלא גם בהליך המנהלי. הרחבה פרשנית כזו צפויה לזכות בתמיכה לנוכח קרבתה למהליכים שכבר נעשו בפסיקה ולנוכח אופייה המוסכם יחסית של הזכות להליך הוגן בספירה הציבורית (להבדיל מזכויות-יסוד אחרות, דוגמת הזכות לשוויון, אשר חלק

9 בית-המשפט נתן ביטוי לעמדה זו הן בהתייחס להליכים בעלי אופי אזרחי והן בהתייחס להליכים פליליים. ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 609 (2005) ("בנסיבות מתאימות, פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן תעלה כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם"); ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, 67 לפסק-דינה של השופטת ביניש (2006) (בפסק-דין עקרוני זה התייחסה השופטת ביניש בחיוב לפרשנותם של חוקי-היסוד במתכונת שכוללת הגנה חוקתית על הזכות להליך הוגן. לדבריה, "רבים סבורים כי עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הזכות להליך פלילי הוגן זכתה למעמד חוקתי על-חוקי. בעמדה זו יש טעם רב. פגיעה שלא כדין בזכות להליך הוגן בפלילים עלולה לפגוע בזכותו החוקתית של הנאשם לחירות לפי סעיף 5 לחוק היסוד. כן עלולה היא לפגום בהערכתו העצמית של הנאשם וליצור אצלו תחושה של ביזוי וחוסר אונים כאילו היה כלי משחק בידיהם של אחרים, עד כדי פגיעה בזכותו החוקתית לכבוד לפי סעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד". עם זאת, בסופו של דבר היא הסתפקה, בנסיבות העניין, בהפניה לעמדה שהובעה בעניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל, שלפיה רק "בנסיבות מתאימות" תיחשב הפגיעה בזכות להליך הוגן כפגיעה בכבוד האדם. פסק-דינה של השופטת ביניש בעניין זה ניתן בהסכמתם של הנשיא ברק, המשנה לנשיא חשין והשופטים ריבלין, פרוקצ'יה, לוי ונאור. גם השופט גרוניס, שכתב דעת מיעוט, לא חלק על שופטי הרוב בעניין זה); בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.2.2010) (להלן: עניין הנוכחות בהליכי מעצר) (בפסק-דין עקרוני נוסף זה פסל בית-המשפט העליון הוראת חוק שאפשרה, בנסיבות מסוימות, להאריך את מעצרו של חשודים בעברות ביטחון ללא נוכחותם. בית-המשפט פסק כי הוראה זו פגעה באופן בלתי-מידתי בזכות להליך הוגן, שהיא זכות חוקתית. בהתחשב בהקשר, ההגנה על הזכות להליך הוגן הוכרה כנובעת הן מן הזכות לחירות אישית והן מן הזכות לכבוד).

מיישומיהן שנויים במחלוקת). היא גם משתלבת במסורות חוקתיות קיימות במדינות רבות.¹⁰

לפי שעה גילתה פסיקתו של בית-המשפט העליון פתיחות להגנה על הזכות להליך מנהלי הוגן במישור החוקתי בשני אופנים: ראשית, היא נתנה ביטוי לדעה שהזכות להליך מנהלי הוגן מהווה את אחד המרכיבים של הזכות לכבוד (אם כי ללא הכרעה פורמלית בעניין);¹¹ ושנית, עולה ממנה כי ההגנה החוקתית על הזכות להליך מנהלי הוגן עשויה להיות נגזרת של ההגנה החוקתית על הזכות הפרטיקולרית שהחלטה המנהלית עלולה לפגוע בה (לדוגמה, ההגנה על הזכות לקניין בהליכי הפקעה או ההגנה על הזכות לחירות אישית בהליכים המשפיעים על זכות זו, דוגמת הליכי גירוש).¹² עמדה פרשנית חלופית זו,

10 בארצות-הברית, לדוגמה, העיגון החוקתי של הזכות להליך הוגן הוא במסגרת העיקרון של due process. ראו קולין ס' דייבר "המשפט המינהלי הישראלי מנקודת-מבט אמריקנית" משפט וממשל ד 27, 34–37 (1997).

11 עמדה זו הובעה בכמה פסקי-דין, אך מבלי שההכרעה בה הייתה נחוצה. חשוב לציין כי האפשרות להכיר בזכות הטיעון כחלק מן הזכות לכבוד צוינה, לפחות בחלק מן המקרים, בנסיבות שבהן ההחלטה שהתקבלה ללא מתן הזדמנות טיעון כלל או ללא מתן הזדמנות טיעון מספקת הייתה החלטה בעלת סיכון ממשי לפגיעה בזכות לשם טוב (נסיבה נוספת שאינה קיימת בכל מקרה). ראו, לדוגמה, בג"ץ 4914/94 טרנר נ' מבקרת המדינה, פ"ד מט(3) 771, 790 (1995) (בהתייחסו לזכות הטיעון בנסיבות שבהן ההחלטה נועדה להכריע בשאלה מי מן המעורבים בפרשה ציבורית שיקר, אמר השופט גולדברג: "הערך המוגן של כבוד האדם, בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אף הוא מחייב את המסקנה כי גם פגיעה בכבוד האדם לתכלית ראויה, לא ראוי לה שתיעשה קודם שמיצה, מי שכבודו עלול להיפגע, את זכות הטיעון, במובן של קבלת חומר הראיות בשלמותו והזדמנות להגיב עליו, זכות שהיא חגורת ביטחון' כנגד פגיעה 'העולה על הנדרש'"; בג"ץ 4446/96 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נ(3) 705, 707 (1996) (התייחסות לכך שהחלטה על סיום כהונה ללא מתן זכות טיעון פוגעת, לכאורה, בכבוד האדם של הנוגע בדבר). אם כן, בשני מקרים אלה התייחסו פסקי-הדין למצבים של פגיעה בכבוד במובן הצר. עם זאת, בהמשך שב בית-המשפט ונתן ביטוי לעמדה הקושרת בין הענקתה של זכות טיעון לבין הגנה על כבוד האדם גם בנסיבות אחרות. ראו בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסכיבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, 519 (2004) (במקרה זה נידונה חקיקה שנועדה לקצר הליכים בתחום התכנון, בין היתר על-דרך קיצור פרקי-הזמן להגשת התנגדויות. בהתייחסו להיבט זה של החוק, ציין הנשיא ברק: "מוכן אני להניח, בלא לפסוק בדבר, כי ניתן לכלול את הזכות להליך נאות – וזכות הטיעון במסגרתו – בזכות לכבוד האדם... אלא שבנסיבות המקרה שלפנינו איננו נדרשים לקבוע מסמרות לגבי הקשר שבין הליך ההתנגדות במסגרת הליכי התכנון לבין הפגיעה בכבוד האדם, משום שהעותרת לא ביססה פגיעה שכזו"). ראו, לדוגמה, בג"ץ 2394/95 מוצ'ניק נ' משרד הפנים, פ"ד מט(3) 274, 281 (1995) (לדברי השופט אור, "נראה לי, שבמסגרת חובתה של כל רשות מרשויות השלטון לכבד את הזכויות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 11 לחוק היסוד), ראוי שקודם שתפעיל סמכות המוקנית לה בדין, הגוררת בעקבותיה מעצרו של אדם, תברר הרשות בירור קפדני ראוי של

שאף יש לה תימוכין בפסיקה, מבססת את ההגנה על הזכות להליך הוגן על תפיסה מכשירנית (אינסטרומנטלית) שלה. זוהי חלופה חשובה, אך יש לה חיסרון: היא מעלימה את החשיבות הנודעת להגנה על כללי הצדק הטבעי מעבר לתועלת המעשית הגלומה בהם, ואף כאשר האינטרס שעלול להיפגע אינו זכות חוקתית. במבט לעתיד היה רצוי, כמובן, שהזכות להליך הוגן תקבל ביטוי בחוקי-היסוד, תוך התייחסות מלאה ומפורשת לזכות להליך הוגן, ולא רק למשפט הוגן בבית-משפט.¹³ ראוי לציין כי ביסוסם של כללי הצדק הטבעי על הזכות להליך הוגן במישור החוקתי כפוף למחלוקת הכללית בשאלה אם חוקי-היסוד מעניקים זכויות חוקתיות גם לתאגידיים. הפסיקה השיבה על שאלה זו בחיוב, אך גישה זו אינה נקייה מספקות.¹⁴ ספקות אלה מתעצמים כאשר נושא הדיון הוא הפגיעה

העוברות ותפעל בזהירות המתבקשת"). שתי החלופות הפרשניות נזכרות ברע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (קטין), פ"ד נא(4) 861, 830 (1997) (בהתייחסו לחובה להתערב בהחלטת הורים לגבי קטין, כחלק מן החובה להבטיח שיתקיים הליך ראוי עובר לפגיעה בזכויותיו, ציין השופט אור: "ניתן לראות את הזכות להליך ראוי כמקופלת בזכות לכבוד. דרך אחרת להשקיף על זכות זו היא דרך עקרון המידתיות: על-פי גישה זו, בדרישה כי פגיעה בזכות היסוד לחיים תהיה מידתית (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), מקופלת גם הזכות להליך ראוי טרם פגיעה בזכות היסוד").

13 לפרשנות של הזכות למשפט הוגן ככוללת גם שלבים שקודמים למשפט עצמו, השוו בג"ץ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(2) 782, 757 (1997) (לדברי השופט שטרסברג-כהן, "הזכות למשפט הוגן חובקת ניהול וסיום יעיל ומהיר ככל שניתן של ההליך המשפטי, החל בהליך החקירה, המשך בהליך ההעמדה לדין וכלה בהליך השיפוטי. על שלבים אלה ועל כל אחד מהם להתנהל כך שאדם לא ייחשף לעינוי דין מתמשך המדיר שינה מעיניו, מסיטו מאורח חייו התקין, מעמידו בחרדה מאימת הדין ומטיל בו דופי חברתי").

14 ככלל, פסקי-דין יסודיים רבים בתחום הביקורת השיפוטית התייחסו בפועל להגנה על זכויותיהם של תאגידיים מבלי לעורר כלל את השאלות הנוגעות במידת תחולתה של ההגנה החוקתית על תאגידיים, לרבות בתקדים הבסיסי שנקבע ברע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995). בהמשך לכך הציג הנשיא ברק עמדה עקרונית של תמיכה בזכויות החוקתיות של תאגידיים (כמייצגים את האנשים המתאגדים במסגרתם) בבג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 20.9.2006). מאוחר יותר, בבג"ץ 956/06 איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת (פורסם בנבו, 25.3.2007), הביעה השופטת חיות ספקות באשר להחלתן הגורפת של זכויות חוקתיות גם על תאגידיים, באומרה: "גם אם נניח לטובת הבנקים כי הזכות החוקתית לשוויון נתונה לאישיות משפטית כגון תאגיד בנקאי שאינה אדם... נראה כי לא ניתן 'למתוח' את גבולותיה של הזכות החוקתית לשוויון הנגזרת מזכות האדם לכבוד, באופן המחיל אותה גם לגבי זכויות של הבנקים לתעריף תחרותי בקבלת שירותי דואר" (שם, פס' 7). ראו עוד עופר סיטבון "על בני-אדם, תאגידיים ומה שביניהם – האם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך לחול על תאגידיים?" קרית המשפט ח 107 (2009).

הנטענת באנושיותו של מי שהופרה זכותו להליך הוגן. טענה כזו מתאימה פחות להחלה על אישיות משפטית מלאכותית.

פרק ג: היקף תחולתה של זכות הטיעון

בעבר היה נהוג לסבור כי כללי הצדק הטבעי מחייבים רק בהליכים שיפוטיים או מעין-שיפוטיים, אולם כיום גישה זו אינה מקובלת עוד. באופן עקרוני, כללי הצדק הטבעי חלים גם על החלטות מנהליות אחרות. החריג לכך הוא אי-תחולתה של זכות הטיעון בהליכי חקיקה (כלומר, בהליכים של התקנת תקנות), כמפורט בהמשך. חריג זה, שנובע משיקולים מעשיים, נמצא במתח עם התפיסה הגורסת כי כללי הצדק הטבעי מהווים אמת-מידה בסיסית של הגינות פרוצדורלית, הראויה להחלה אוניוורסלית.

1. מבחן הפגיעה

המבחן הבסיסי לתחולתם של כללי הצדק הטבעי מתייחס לפוטנציאל הפגיעה הטמון בהחלטה מבחינת מי שהחלטה חלה עליו.¹⁵ כלל זה, הידוע גם כ"מבחן הפגיעה", נקבע בפסק-הדין התקדימי בעניין ברמן.¹⁶ במקרה זה נסבה העתירה על החלטה בעניין שינוי הגבול המוניציפלי בין תל-אביב לגבעתיים. העותרים, תושבים שהתנגדו להחלטה, העלו טענות שהתייחסו להפרת זכות הטיעון שלהם בהליך, וכן למשוא-פנים מצידו של שר הפנים, שגמר אומר לתמוך בשינוי. עתירתם התבססה על הטענה שאופיו המעין-שיפוטי של ההליך מחייב לקיים את כללי הצדק הטבעי. בית-המשפט קיבל את הטענה בדבר תחולתם המחייבת של כללי הצדק הטבעי, אך אגב כך קבע עיקרון רחב בהרבה. לשיטתו של השופט זילברג, שכתב את פסק-הדין העיקרי, ניתן לזנוח בהקשר זה את ההתלבטות בנוגע לסיווגם של הליכים כמעין-שיפוטיים, שכן "המשתזר ועולה, מכל האמור, כי לפי הכלל הנקוט במשפט המקובל זה מאות בשנים, לא יורשה גוף אדמיניסטרטיבי – ואפילו אדמיניסטרטיבי טהור (לא מעין-שיפוטי) – לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה,

15 זכות הטיעון נידונה בדרך-כלל בהתייחס להחלטות בעניינם של גורמים פרטיים. עם זאת, שאלת תחולתם עשויה להיבחן גם ביחס להחלטות הנוגעות ברשויות אחרות. ראו, לדוגמה, בג"ץ 3718/04 עיריית חולון נ' משרד הפנים, פס' 16 לפסק-דין של השופט ארבל (פורסם בנבו, 19.6.2007) (הכרה בזכות הטיעון של רשויות מקומיות בעניין החלטה של משרד הפנים. לדברי השופט ארבל, "אני סבורה כי השיקולים הפרקטיים העומדים בבסיס זכות השימוע, ובהם הזדמנות להעמדת הדברים על דיוקם מצד הנפגע מחד, ושיפור החלטת הרשות מאידך, חלים גם במקרה זה").

16 בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493 (1958).

אלא אם-כן ניתנה לנפגע הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו בפני הפגיעה העתידה. היקף החובה וצורת ההזדמנות תלויים יהיו, כמובן, במסיבות הקונקרטיות של העניין הנדון.¹⁷ אם כן, לא האופי המעיין-שיפוטי של ההחלטה קובע, אלא הסיכון לפגיעה הטמון בה מבחינתו של הפרט. סיכון זה צריך להיחשב רציני במיוחד כאשר מביאים בחשבון את התלות הגוברת בסמכויותיה של המדינה המנהלית.¹⁸ המעבר בפסק-הדין מסיווגים משפטיים פורמליים לשיקולים מהותיים בולט גם בכך שמבחן הפגיעה אינו מתייחס לפגיעה בזכויות דווקא. הדגש מושם בפגיעה בפרט, ולצורך כך די בפגיעה באינטרס.¹⁹ גישתו העדכנית של המשפט

17 שם, בעמ' 1508 (ההדגשות במקור). על-אף המבחן המוסכם, נחלקו השופטים בשאלת יישומם של כללי הצדק הטבעי בנסיבות העניין (מבחינת מידת האקטיביות של הרשות ביזום הליך של שמיעה). השופט זילברג סבר כי לא הופרה זכות הטעון של העותרים, מאחר שוועדת החקירה לא ידעה על-אודות קבוצת המתנגדים, ובעניין זה הצטרף אליו השופט זוסמן. השופט ויתקון, לעומתם, סבר כי הוועדה חטאה בכך שלא חקרה בדברים מעבר למידע שהובא לפניו.

18 לנוכח התלות בסמכויותיהן של הרשויות ובפירות החלטותיהן אף הוצע לראות בזכויות שהן מעניקות סוג של "קניין חדש". ראו: Charles A. Reich, *The New Property*, 73 YALE L.J. 733 (1964). תפיסה זו אומצה, באופן חלקי, גם בפסיקתו של בית-המשפט העליון. ראו בג"ץ 4806/94 ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, 200–203 (1998) (במקרה זה הסביר השופט זמיר את הקושי בקביעה שתמיכה ממשלתית היא קניין בהתייחס לחשיבות הנודעת לשינוי מדיניות; עם זאת, הוא נמנע מלשלול אפשרות זו לחלוטין, והוסיף כי הוא "מוכן להשאיר פתח לאפשרות שזכות לקבל תמריץ, מן הממשלה או מגוף ציבורי אחר, תיחשב בנסיבות מיוחדות לזכות קניין כמשמעותה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" – שם, בעמ' 203); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235 (2002) (במקרה זה נמנעה השופטת ביניש מלהכריע בשאלה אם רישיון להפעלת מונית הוא קניין, אשר פתיחתו של שוק הרשימות היוותה פגיעה בו, שכן בנסיבות העניין היה אפשר להכריע בעתירה על-סמך העקרונות של הגנה על הסתמכות ועל ציפיות סבירות). לעומת זאת דחה בית-המשפט באופן ברור עתירה נגד צמצום היקף ההתקשרות של המדינה עם עורכי-דין פרטיים שהועסקו כתובעים פליליים (אשר התבססה, בין היתר, על טענה של פגיעה בזכות קניין המוקנית להם לכאורה). ראו בג"ץ 8340/99 גורלי כוחן ושות' – משרד עורכי-דין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(3) 79 (2001).

19 ביטוי סטטוטורי למבחן הפגיעה באינטרס, להבדיל מפגיעה בזכות משפטית ממש, ניתן למצוא בהגדרה של זכות ההתנגדות לפי ס' 100 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה–1965 (להלן: חוק התכנון והבניה). זכות זו מוקנית ל"כל מעוניין בקרקע, בבנין או בכל פרט תכנוני אחר הרואה את עצמו נפגע" על-ידי תוכנית המתאר. נוסח זה פורש בפסיקה כמתייחס לא רק לבעלי זכות קניין בקרקע, אלא גם לאנשים נוספים שעלולים להיות מושפעים מן התוכנית. ראו עניין ועד אמנים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 380 (לדברי השופט אור, "הזכות להגיש התנגדות בוודאי עומדת למי שיש לו זכויות קניין במקרקעין נושא התכנית. אך מעגל 'המעוניינים במקרקעין' עשוי להיות רחב יותר. המעוניין במקרקעין, אשר רואה את עצמו נפגע, עשוי להיות בעל זכויות במקרקעין אשר מצויים מחוץ לתחום התכנית... מן החומר עולה בבירור, כי מקום מגוריהם של לפחות חלק מן העותרים מצוי בסמוך למקום בו יבוצעו הפרויקטים. מדובר

האנגלי אף היא אינה קושרת את הענקתה של זכות הטיעון לקיומה של זכות, אלא מתבססת על המבחן של הפרת "ציפייה לגיטימית".²⁰ מבחן זה נועד להיות בעל מגמה מרחיבה. עם זאת, המושג "ציפייה לגיטימית" הוא עמום, וספק אם רצוי לבסס עליו כלל פרוצדורלי שהרשות אמורה להפעילו כעניין שבשגרה. הכרה בציפייה לגיטימית דומה, ככל הנראה, להכרה באינטרס (אשר אינו מקים בהכרח זכות, אך מהווה בסיס לציפייה להתחשבות מצד הרשות).²¹ תחומיה של הציפייה הלגיטימית אינם ברורים מאליהם, ותלויים – לא פחות ממבחן הפגיעה – בהגדרות שיפוטיות שיתחמו את מידותיה. יתר על כן, קרוב לוודאי שציפייה לגיטימית תתקיים בנסיבות שבהן יש לאדם אינטרס, לרבות אינטרס בהחלטה עתידית שהרשות עמדה לקבל או הייתה עשויה לקבל.

מבחן הפגיעה חל באופן עקרוני על פגיעה בכל אינטרס (ולא רק בזכות).²² השופט זילברג מנה, בפסק-דינו בעניין ברמן, כמה דוגמות שכיחות ליישומן של המבחן, והתייחס לפגיעות בגוף, ברכוש, במקצוע או במעמד.²³ עניין טרנר,²⁴ לדוגמה, עסק בזכות הטיעון

בשכנות צמודה ומובהקת. האזור הוא ייחודי מבחינת הנוף. מדובר באזור קטן וצפוף. המעברים בין הסמטאות הצרות קשים. מקומות החניה מועטים. מתיאור זה עולה, כי הקמת פרויקטים משמעותיים במקום האמור עשויה להשפיע באופן ממשי על רווחתם של המזעירים".

20 לפירוט ראו: Daphne Barak-Erez, *The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction Between the Reliance and Expectation Interests*, 11 EUR. PUB. L. 583, 595–598 (2005).

21 לעיתים הפסיקה עושה שימוש גם במונח זה. ראו, לדוגמה, עניין עיריית חולון, לעיל ה"ש 15, פס' 16 לפסק-דינה של השופטת ארבל (אשר קבעה כי במקרה זה "נראה כי נוצרה לרשויות אלו ציפייה לגיטימית להישמע בטרם קבלת ההחלטה"). שימוש אחר במונח "ציפייה" מתייחס לציפייתו של הפרט הנוגע בדבר שתתקבל ההחלטה שבה הוא מעוניין, להבדיל מציפייתו לקבל זכות שימוע. ראו, לדוגמה, בג"ץ 2527/03 אסעיד נ' שר הפנים, פ"ד נח(1) 139 (2003). במקרה זה נדחתה עתירה נגד אי-הענקת רישיון לשיבת-קבע מטעמים בטחוניים. עם זאת, בכל הנוגע בפן הפרוצדורלי של קבלת ההחלטה, ציינה השופטת ביניש כי "נוכח הציפייה שפיתח העותר לקבל את מבוקשו עקב 'ההסדר המדורג' שאושר לו, היה ראוי, ככל שהדבר אפשרי בלי לפגוע בביטחון המדינה, ליתן לו הזדמנות להשמיע טענותיו בפני הדרג המחליט בעניינו או בפני נציגיו של גורם זה" (שם, בעמ' 142).

22 כך, לדוגמה, החלטה על שינוי שם שניתן למקום ציבורי אשר נקרא על שמו של אדם פוגעת בו או בבני משפחתו, אף שאין להם זכות לשימור השם. אינטרס זה מוכר כיום בחקיקה, בעקבות חוק קריאת שמות של מקומות ציבוריים ושינויים (תיקוני חקיקה), התשס"ב–2001, שהכניס שינויים בפקודת העיריות [נוסח חדש] ובפקודת המועצות המקומיות [נוסח חדש], באופן שמחייב, בין היתר, את שמיעת בני המשפחה של האדם שעל שמו נקרא המקום. לעתירה שעסקה במקרה כזה בעבר ראו בג"ץ 1965/00 קוגל נ' מנכ"ל משרד החינוך, פ"ד נה(5) 150 (2001) (במקרה זה לא התמקד פסק-הדין בשאלה של זכות הטיעון, אלא בסמכותה הפורמלית של עירייה לשנות שם של בית-ספר ללא אישור מאת משרד החינוך).

23 ראו לעיל ליד ה"ש 17.

של מי שנפגע במעמדו ובשמו הטוב (בשל דוח של מבקרת-המדינה שייחס לו אי-אמירת אמת). דוגמות אלה אינן מהוות רשימה סגורה, ומפעם לפעם התעוררו בפסיקה שאלות לגבי מקרי-גבול. כך, בעניין הרמן²⁵ נידונה השאלה אם גם בנסיבות של מועמדות לתפקיד יש להעניק זכות טיעון למי שמועמדותו בוטלה (עוד לפני שהמינוי הושלם). שאלה זו התעוררה כאשר בעקבות בחירות הוחלט לא להשלים את מינוים של מועמדים למועצה דתית אשר הוצעו בתקופת כהונתה של הממשלה הקודמת, ולהחליפם במועמדים אחרים. בית-המשפט העליון סבר כי בנסיבות העניין אין להכיר בזכות הטיעון של המועמדים נגד השינוי. עם זאת, ההכרעה הוגבלה לנסיבות המאפיינות את המועמדות שנידונה בפסק-הדין. מועמדים למועצה דתית אמורים לייצג קבוצות שונות באוכלוסייה, ועל-כן מועמדותם אינה אישית במובן המקובל. בנסיבות אלה ראוי להכיר בחופש לבחון מועמדים שונים ולהחליפם זה בזה, מבלי שלמועמדים עצמם תהיה זכות טיעון (להבדיל מהגופים שאותם הם אמורים לייצג).²⁶ לעומת זאת, בנסיבות שבהן ביטול המועמדות נובע מהטלת דופי אישי במועמד מסוים, ההכרעה תהיה שונה.²⁷

ההתמקדות בפגיעה באינטרס, להבדיל מפגיעה בזכות משפטית, תומכת בתחולה רחבה של זכות הטיעון, המשתרעת גם על מקרים שבהם נפגעים אינטרסים של אנשים שאינם אזרחי המדינה או תושביה. אכן, בעניין געאביץ²⁸ הכיר בית-המשפט העליון בתחולתה של זכות הטיעון גם בהקשר של החלטה לא להיעתר לבקשה לקבל היתר ישיבה בישראל. השופט רובינשטיין ציין בפסק-דינו כי התנאי להענקת זכות טיעון הוא "אינטרס מוגן".²⁹

24 עניין טרנר, לעיל ה"ש 11.

25 בג"ץ 5621/96 הרמן נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 791 (1997).

26 לדברי השופט חשין, "יש מועמדות לכהונה ויש מועמדות לכהונה, ולא הרי מועמדות כהרי מועמדות... דומני כי בשאלה אם ראובן או שמעון מייצגים או אינם מייצגים גוף או עדה פלונים – ולכמה נציגים במועצה הדתית זכאים גוף או עדה פלונים – בעלי-המעמד הם הגופים שאותם אמורים ראובן או שמעון לייצג". שם, בעמ' 818–819.

27 השופט חשין הוסיף והסביר: "נזכיר כי ענייננו עתה הוא בנושא הייצוג – אם ראובן מייצג או אינו מייצג גוף פלוני, ולכמה נציגים במועצה הדתית זכאי אותו גוף – ולא בכל עניין אחר. כך, למשל, במקום שבו אמורים לפסול מועמד פלוני בשל מעשה שעשה, והמעשה הוא מסוג המעשים המטילים דופי באדם, קרוב להניח כי תקום לפלוני זכות השמיעה והשמעה". שם, בעמ' 820. לזכות טיעון במקרה של הטלת דופי אישי במועמד ראו בג"ץ 6981/97 סיעת מרצ במועצת עיריית פתח-תקווה נ' ועדת השרים שלפי חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], השל"א-1971, פ"ד נב(5) 289, 298–299 (בהתייחס למועמדת לחברות במועצה דתית שנטען לגביה כי היא "אנטי-דתית").

28 ע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ (פורסם בנבו, 10.8.2009).

29 שם, פס' טז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

אולם בסופו של דבר לא כלל פסק-הדין דיון מלא בזכות הטיעון של אזרחים זרים³⁰ – הן משום שהמחלוקת נסבה על בקשות לאיחוד משפחות, אשר החלטה לדחותן פוגעת גם באזרחים ישראלים (בני משפחתם של אלה שבקשותיהם נדחו),³¹ והן משום שהזרים שעניינם נידון היו תושבי השטחים, ולא לה יש זיקה מיוחדת למשפט הישראלי.³² בהתאם למבחן הפגיעה, הכירה הפסיקה בזכות הטיעון במצבים שונים ומגוונים: החלטות בנושאים של השעיה או פיטורים,³³ החלטות בדבר הרחקת אדם מן הארץ³⁴ ועוד.³⁵ הדברים אמורים גם בהחלטות שיש בהן יסוד של הענקת זכות-יתר (פריווילגיה), כגון החלטה על חופשות של אסירים.³⁶ במקביל ניתן לראות כי הפרקטיקה המנהלית לא

30 למרות זאת בחרה הנשיאה ביניש להוסיף הערות שהדגישו את עמדתה העקרונית בזכות תחולת חובותיה של המדינה גם כלפי זרים. לדבריה: "אותה תפיסה גורפת הבאה לידי ביטוי בטיעוני המדינה, לפיה מכח ריבונותה לא מוטלת על המדינה חובה משום סוג כלפי אדם בשל היותו זר אינה מקובלת עוד. דבר יום ביומו באים בפנינו ענייניהם של זרים אשר זכויותיהם הבסיסיות נפגעות. כך בין אם מבקש הזר להישאר בתחומה של המדינה מטעמים של 'איחוד משפחות', בין אם מטעמי מקלט הומניטרי ובין אם מנסיבות ייחודיות אחרות. בעידן הנוכחי הולכת וגדלה המודעות לזכויות האדם באשר הוא אדם ומדינות רבות כאשר הן דנות בהגבלות על הגירה מתמודדות עם בעיות הכרוכות בזכויותיהם של הבאים בשעריה." שם, פסק-דין של הנשיאה ביניש.

31 השופט רובינשטיין כתב כי "כאשר" עסקינן במקרים שבהם אחד מבני הזוג הוא ישראלי, אזרח או תושב, הפגיעה בבן הזוג הישראלי כשלעצמה מצדיקה הענקת זכות טיעון. שם, פס' יז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (ההדגשות הושמטו).

32 השופט רובינשטיין קבע בעניין זה באופן נחרץ: "לדידי, יש לקבוע, כי לתושבי האזור המבקשים איחוד משפחות יש ככלל, בהתחשב במאטריה בה מדובר, זכות טיעון בפני הרשות לפני שמתקבלת החלטה בעניינם." שם, פס' כ לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

33 זכות הטיעון במקרה של פיטורים נידונה בפסק-הדין המפורסם שניתן בע"א 183/69 עירית פתח תקוה נ' טחן, פ"ד כג(2) 398 (1969). לזכות טיעון במקרה של העברה מתפקיד ראו, לדוגמה, בג"ץ 2561/07 השופטת שריר נ' הנהלת בתי-המשפט (פורסם בנבו, 24.7.2008) (עתירה נגד העברתה של שופטת מתפקיד של סגנית נשיא מבלי שקיבלה על כך הודעה מוקדמת, וממילא מבלי שניתן לה לטעון נגדה). לזכות טיעון במקרה של השעיה מעיסוק במקצוע ראו, לדוגמה, בג"ץ 5760/93 פלונית נ' ועדת התלונות על-פי חוק הפסיכולוגים, השל"ז-1977, פ"ד נ(4) 194, 199–200 (1995).

34 ראו, לדוגמה, בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 775–776 (1999).

35 ראו, לדוגמה, רע"א 2896/06 רוזנצויג נ' עירית טבריה, פס' יב (פורסם בנבו, 18.9.2006) (יש לקיים שימוע לפני הוצאת צו לשימוש במגרש ריק לפי חוק הרשויות המקומיות (שימוש ארעי במגרשים ריקים), התשמ"ז-1987); רע"ב 10610/06 בן חמו נ' נציב שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 7.2.2007) (שימוע לפני הפסקה מנהלית של עבודות שירות שתוצאתה היא נשיאה ביתרת העונש בבית-סוהר).

36 ראו, לדוגמה, רע"ב 1769/05 מועד נ' מדינת ישראל, פס' 6 (פורסם בנבו, 4.7.2005) (לדברי השופטת פרוקצ'יה, "גם לטובת הנאה הנתונה לאסיר בכלא, שהיא בבחינת פריבילגיה,

הפנימה תמיד את החובה להעניק זכות טיעון בכל ההקשרים. בפועל פתיחותו של המנהל להענקת זכויות טיעון פוחתת בכל הנוגע בהחלטות שעניינן אוכלוסיות מוחלשות.³⁷ יתר על כן, לעיתים נדרשת חקיקה לצורך הכרה בזכות הטיעון בנסיבות שבהן באופן מסורתי נהגו הרשויות לפעול ללא הליך טיעון, כגון בהקשר של עריכת הסדר-טיעון ללא שיתופו של קורבן העברה.³⁸ בפועל, אף שתחולתם של כללי הצדק הטבעי אינה תלויה בסיווגו של ההליך כשיפוטי או כמעין-שיפוטי, על-פירוב הפסיקה נוטה להחמיר יותר באשר לאופן יישומה של הזכות כאשר החלטתה של הרשות היא בעלת אופי שיפוטי או מעין-שיפוטי. עם זאת, הדגשת אופיו של ההליך כבעל אופי שיפוטי או מעין-שיפוטי³⁹ אינה צריכה להתפרש

מתלווה זכות טיעון של הנוגע בדבר בפני הגורם המוסמך המחליט בעניינו. אולם, מטבע הדברים, היקפה של זכות הטיעון ותוכנה נגזרים מאופי הזכות הנתונה ומהיקפה, ומכלל נסיבות הענין הנוגעות למקרה".

37 ראו, לדוגמה, נטע זיו "משפט ועוני – מה על סדר היום? הצעה לאג'נדה משפטית לעוסקים בייצוג אוכלוסיות החיות בעוני" עלי משפט ד 17, 27–28 (2005) (בהתייחס לאי-הענקת זכות טיעון עובר להחלטה על שלילת קצבה).

38 על-פירוב הקנתה החקיקה המסורתית למתלוננים, לכל-היותר, זכויות למידע. ס' 63 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982, קובע: "על החלטה שלא לחקור או שלא להעמיד לדין תימסר למתלונן הודעה בכתב בציון טעם ההחלטה." ס' 8 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א–2001 (להלן: חוק זכויות נפגעי עבירה), מקנה לנפגעי עבירה זכויות לקבלת מידע בנוגע להליך הפלילי, אך לא יותר מכך. ראו ע"פ 2393/06 חמוד ז"ל נ' מדינת ישראל, פס' 7 לפסק-דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 20.11.2007). לעומת זאת, ס' 17 לחוק זכויות נפגעי עבירה קובע כי "נפגע עבירה תגיע להסדר טיעון עם הנאשם... זכאי שתניתן לו הזדמנות להביע את עמדתו לפני התובע, לפני קבלת החלטה בענין... אלא אם כן קבע פרקליט המחוז או ראש יחידת תביעות במשטרה, לפי הענין, כי יש בכך כדי לפגוע באופן ממשי בניהול ההליך". הוראה זו פורשה כממזה את זכויות הטיעון של נפגעי עבירה בהליך הפלילי. ראו בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 26.2.2008) (להלן: עניין קצב). זכות טיעון נוספת לפי חוק זכויות נפגעי עבירה קבועה בס' 19 ו-20, המקנים לנפגע עבירה מין או אלימות, שביקש זאת בהתאם להסדר שבחוק, זכות להביע את עמדתו בכתב בנושא שחרור מוקדם או החלטת חנינה של העבריין שהורשע בעניינו. זכות זו פורשה בפסיקה כקובעת מינימום נדרש, להבדיל ממחסום להענקתה של זכות טיעון נרחבת יותר (לדוגמה, באמצעות טיעון בעל-פה לפני ועדת שחרורים). ראו רע"ב 10349/08 מדינת ישראל נ' גנאמה (פורסם בנבו, 20.7.2009).

39 ראו, לדוגמה, בג"ץ 233/86 בן יצחק נ' שר הפנים, פ"ד מ(4) 505 (1986). המשיב מינה ועדת חקירה לעניין פעולתה של הרשות המקומית שבראשה עמד העותר. הוועדה המליצה למנות ועדה קרואה, והמשיב אימץ את המלצתה. בין היתר טען העותר כי אחד מחברי הוועדה הקרואה היה מן המשתתפים בדיון שבו הומלץ על הקמתה (משוא-פנים), וכי לא הוצג לו המידע בנושא אי-יכולתו לקיים יחסי-אנוש טובים (לשם קיום שמיעה הוגנת). במקרה זה התייחסה השופטת נתניהו לשאלת משוא-הפנים מבלי להגדיר את סוג פעילותה של הוועדה,

כצמצום תחולתם של כללי הצדק הטבעי רק להקשרים אלה, אלא רק כהקפדה יתרה ביישומם של הכללים בהליכים שיפוטיים ומעין-שיפוטיים.⁴⁰ האינטרס הנפגע חייב להיות לא רק אישי, אלא גם ישר. שאלת ישירותה של הפגיעה עלתה לדיון בעתירה נגד החלטתה של ועדת הבדיקה בעניין מלחמת לבנון השנייה (ועדת וינוגרד). הוועדה פעלה במתכונת דומה לזו של ועדת חקירה ממלכתית, השולחת הודעות לבעלי-תפקידים בדבר מסקנות אפשריות רק בנסיבות שבהן היא מחליטה לפרסם מסקנות אישיות.⁴¹ הנשיאה ביניש הבהירה כי גם "קביעת ממצאים ומסקנות ברמה המערכתית, עשויה להיות כרוכה בפגיעה אישית שלפי טיבה ועוצמתה מקימה זכות טיעון",⁴² אך הוסיפה כי "לא כל פגיעה בבעל תפקיד – במיוחד אם מדובר בפגיעה שולית או רחוקה – מקימה זכות טיעון... הדבר תלוי באופי הפגיעה, בעוצמתה ובחומרתה; במידת היותה של הפגיעה ישירה וממוקדת בבעל התפקיד הרלוונטי, או שמא עקיפה ורחוקה; במידת סופיותה של הפגיעה; בהקשר הדברים ובמכלול נסיבות העניין".⁴³ במקרה זה נדחתה העתירה מאחר שלפני הגשת הדוח הסופי של הוועדה לא היה אפשר לקבוע אם ניסוחו יעלה כדי פגיעה ישירה בנוגעים בדבר. בעניין לוזון⁴⁴ דחה בית-המשפט את הטענה כי מדיניות מגבילה בתחום של רישוי אבטחה חמושה הינה פגיעה המצדיקה הענקת זכות טיעון למי שמעוניין לשכור שירותי אבטחה כאלה.⁴⁵

אך לאחר-מכן סיווגה את הוועדה כגוף מעין-שיפוטי לצורך החלת זכות הטיעון: "כוועדה מעין שיפוטית חייבת היתה הוועדה לקיים לגבי העותר את חובת השמיעה, לאפשר לו להופיע ולהשמיע את טענותיו" (שם, בעמ' 517).

40 ראו, לדוגמה, בג"ץ 7805/00 אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים, פ"ד נז(4) 577, 599 (2003) (לדברי השופטת פרוקצ'יה, "מקום שהגורם המינהלי מפעיל הסמכות הינו בעל אופי מעין-שיפוטי יש להקפיד בקיום דווקני של זכות הטיעון"); רע"א 6846/03 רואי נ' משרד הביטחון, קצין התגמולים, פ"ד נט(5) 178, 181–182 (2005) (לדברי השופט טירקל, "הוועדה פועלת מכוח סמכות סטטוטורית וכגוף מעין-שיפוטי... עליה להפעיל שיקול-דעת... וכן לשמור על עקרונות של צדק טבעי, לרבות מתן זכות טיעון למי שצפוי להיפגע מהחלטתה").

41 בג"ץ 8793/07 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הבדיקה בעניין המלחמה בצפון (פורסם בנבו, 20.11.2007).

42 שם, פס' 10 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

43 שם.

44 עע"ם 9187/07 לוזון נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 24.7.2008).

45 השופט דנציגר כתב בעניין זה, בהסכמתם של השופטים רובינשטיין וג'ובראן: "ספק בעיני אם הזכות לשכור שירותי אבטחה חמושה ניידת כדרך להגן על חיי המערערים (או כל אדם אחר) הינה זכות אשר הפגיעה בה הצדיקה מתן זכות טיעון לפני ניסוח ההנחיה. יתרה מכך, כאמור, המערערים הינם נפגעים עקיפים בלבד מן ההנחיה." שם, פס' 77 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

כך, לדוגמה, במקרה הרגיל הרשות אינה חייבת לתת זכות טיעון למתחרה עסקי של מקבל רישיון, אף שהענקת הרישיון משפיעה גם עליו. הענקת זכות טיעון גם בנסיבות אלה הייתה עלולה לפגוע יתר על המידה ביעילות עבודתה של הרשות.⁴⁶ אכן, למתחרה העסקי יש זכות עמידה לתקוף בבית-המשפט החלטות בדבר רישוי,⁴⁷ אולם אין מקום לסבך את ההליך המנהלי מלכתחילה באמצעות הרחבת-יתר של חובות השמיעה המוטלות על הרשות.⁴⁸ עם זאת, הרשות יכולה כמובן, אם תרצה בכך, לשמוע אנשים נוספים, אם כחלק מן התפיסה של שיתוף בהליך (למשל, בהליך של התייעצות) ואם לשם הרחבת הבסיס העובדתי להחלטתה (כחלק מן החובה לבסס את ההחלטה על תשתית עובדתית). ההחלטה הפוגעת שבגינה יש להעניק זכות טיעון אינה חייבת לנבוע מהפעלת סמכויות סטטוטוריות. כל הפעלת כוח מטעמה של רשות מחייבת, באופן עקרוני, הענקת זכות טיעון, גם כאשר הכוח מופעל מכוח הנחיות פנימיות או מערכת יחסים חוזית. זכות הטיעון גם אינה תלויה בטעם להפעלת הסמכות (אם היא נובעת משיקול-דעת סובייקטיבי של הרשות או

46 בבג"ץ 365/08 נטוויזין בע"מ נ' משרד התקשורת (פורסם בנבו, 17.6.2009), נסבה העתירה על ארכה שניתנה לחברה אחרת בכל הנוגע בעמידה בדרישה רגולטורית. העתירה התבססה הן על טענה פרוצדורלית בדבר זכות הטיעון של העותרות נגד מתן ההקלה למתחרה שלהן והן על טענות לגופו של עניין (הפליה ואי-סבירות). העתירה נדחתה על כל חלקיה. בכל הנוגע בטענה בנושא זכות הטיעון נפסק כי במקרה הרגיל אין למתחרה עסקי זכות טיעון. כפי שהסבירה השופטת ארבל, "מציאות החיים ומורכבות המוסדות הציבוריים אינם מאפשרים, מבחינה מעשית, מתן זכות שימוע גורפת ומלאה לכל גוף הרואה עצמו ניפגע מהחלטה מינהלית ומבקש להשמיע טענותיו בעניין שכן אין לדבר סוף. מצב משפטי שכזה יצור מערכת חובות בלתי מוגבלת שהרשות עלולה שלא לעמוד בה, והוא עשוי אף לפגוע בגמישות החיונית לרשות בהפעלת סמכויותיה וביכולת תפקודה... האיזון הנדרש בין שיקולי היעילות לשיקולי ההוגנות אינו מאפשר קביעת חובת שימוע כל אימת שמתקבלת החלטה הנוגעת לאינטרסים מסחריים של חברה כזו או אחרת המבקשת להשמיע דברה. חובת השימוע תקום לפיכך כאשר החלטת הרשות עתידה לפגוע באופן ישיר בגוף העסקי, ולא כאשר החלטה מובילה לפגיעה נלווית להטבה הניתנת למתחרה אחר בשוק. מאותו הטעם, על הפגיעה במתחרה המבקש להישמע להיות ממשית, כלומר שתוצאותיה ברורות ובעלות משקל". שם, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת ארבל. השופטת ארבל קבעה, בהסכמתו של השופט ריבלין, כי על-פי גישה עקרונית זו לא היה מקום להעניק זכות טיעון גם במקרה זה, שבו ניתנה הטבה קצרת-טווח ולא מהותית במיוחד. לעומת זאת, השופט רובינשטיין, שהסכים לעמדה העקרונית שהציגה השופטת ארבל, סבר כי במקרה זה הייתה הצדקה להכיר בזכות הטיעון של המתחרות העסקיות, כחריג לכלל, בהתחשב באופיו המתוחם של השוק.

47 ראו, למשל, בג"ץ 287/91 קרגל בע"מ נ' מינהלת מרכז ההשקעות, פ"ד מו(2) 852 (1992).

48 ראו, לדוגמה, עע"ם 469/03 השרון שרות טקסי בע"מ נ' נבון, ממונה על תכנון תחבורה ציבורית, מחוזות תל-אביב, פ"ד נח(3) 729, 745-746 (2004) (אי-הכרה בזכות טיעון של מתחרה עסקי, תוך הדגשת השוני בשיקולים במקרה זה בהשוואה לזכות העמידה בשלב הביקורת השיפוטית).

מנתונים עובדתיים שהוצגו לה, לרבות חוות-דעת מקצועיות). כדברי השופט ברק בעניין גינגולד:⁴⁹

”זכות יסוד של האדם בישראל היא, כי רשות ציבורית, הפוגעת במעמדו של אדם, לא תעשה כן, בטרם תעניק לאותו אדם את ההזדמנות להשמיע את דעתו. לעניין זכות יסוד זו, אין נפקא מינה, אם הרשות הציבורית פועלת מכוח חיקוק או מכוח הנחיה פנימית או מכוח הסכם. אין גם כל חשיבות לשאלה, אם הסמכות המופעלת היא שיפוטית, כעין שיפוטית או מינהלית ואם שיקול הדעת, הניתן לאותה רשות, הוא רחב או צר. בכל מקרה בו רשות ציבורית מבקשת לשנות את מעמדו של אדם, עליה לפעול כלפיו בהגינות, וחובה זו מטילה על הרשות את החובה להעניק לאותו אדם את ההזדמנות להשמיע את דעתו.”⁵⁰

דוגמות מובהקות להענקת זכות טיעון בהקשרים חוזיים הן החלטות בעניינים של מציעים במכרז בנסיבות שבהן נשללת מהם הזכייה⁵¹ או החלטות בעניינים של עובדי ציבור בנושאים הקשורים למעמדם בעבודה או לשכרם. דוגמה בולטת להכרה בזכות הטיעון האישית של עובדים במקרה של פגיעה באינטרסים שלהם במקום עבודתם היא ההתדיינות שנגעה בהחלטה לא להכיר בזכאות לתוספות שכר בגין לימודים אקדמיים של כל העובדים שהשלימו את לימודיהם במוסד שבו התגלו תופעות של הענקת תארים לא כדין (שלוחת אוניברסיטת לטביה בישראל). בעניין מוסטקי, שנזכר בפתח הדברים,⁵² התקבלה עתירתם של העובדים הנוגעים בדבר בפסק-דין שהבהיר כי גם במקרה כזה העיקרון של זכות הטיעון חל ללא פשרות. כדברי השופט אור: ”כלל יסוד הוא, כי רשות מינהלית לא תפגע באדם אלא אם ניתנה לו לפני כן הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיו בפניה... כלל זה חל גם כשהרשות פועלת במסגרת המשפט הפרטי, לרבות במסגרת יחסיה החוזיים, כמו בענייננו. כך, משום הדואליות הנורמטיבית החלה על רשות ציבורית.”⁵³

החלטה פוגעת היא החלטה בעלת אופי סופי, להבדיל משלב בתהליך קבלת החלטות (כגון המלצה שניתנת לגורם המחליט). בהתאם לכך נקבע בעבר כי אין חובה לתת זכות טיעון עובר להחלטה על הגשת כתב אישום (שהיא רק שלב הקודם לדיון העיקרי, המתקיים

49 בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה (2) 649 (1979).

50 שם, בעמ' 655.

51 ראו, לדוגמה, ע"מ 4443/02 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' אינפראתום שירותי יעוץ ובדיקה תרמוגרפיים בע"מ (פורסם בנבו, 2.1.2003). ראו עוד להלן ה"ש 62.

52 עניין מוסטקי, לעיל ה"ש 8.

53 שם, בעמ' 889–890.

בערכאה השיפוטית).⁵⁴ ניתן לחלוק על יישום זה של העיקרון, מאחר שהחלטה על הגשת כתב אישום היא החלטה סופית במישור המנהלי (אם כי היא מהווה פתח להליך שיפוטי).⁵⁵ עם זאת, העיקרון הבסיסי – שלפיו רק החלטה סופית מחייבת הענקת זכות טיעון – הוא עיקרון נכון. למעשה, זהו אף עיקרון הכרחי מן הבחינה המעשית, על-מנת לאפשר גיבוש עמדה מקדמית של הרשות. העיקרון זכה באישור בפסק-דינו העירוני של בית-המשפט בעניין מצגר,⁵⁶ שבו נקבע כי היועץ המשפטי לממשלה לא היה חייב להעניק לעותר זכות טיעון לפני הגשת הרוח שבו המליץ לשר המשפטים לנקוט הליכים להפסקת כהונתו של העותר. במקרה כזה זכות הטיעון ניתנת במסגרת ההליכים הננקטים להפסקת הכהונה עצמה.⁵⁷ בעניין לביא,⁵⁸ לעומת זאת, הוכרה זכות הטיעון לפני היועץ המשפטי לממשלה

54 ראו בג"ץ 844/86 דותן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מא(3) 219, בעמ' 222–223 (1987) (בנסיבות העניין נדחתה הטענה כי היה צריך לתת לעותר זכות טיעון לפני שבוטלה ההחלטה על סגירתו של תיק); בג"ץ 47/91 ניימן נ' פרקליטת המדינה, פ"ד מה(2) 872 (1991) (בנסיבות העניין נדחתה טענתו של העותר בדבר זכאותו לעיין בחומר החקירה במלואו עובר להחלטה על הגשת כתב אישום מכוח תיקון מאוחר יותר בחוק סדר הדין הפלילי, אשר הוסיף בחוק העיקרי את ס' 60א (חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 28), התש"ס–2000). קסדר זה, החל רק על עברות מסוג פשע, קובע כי על רשויות התביעה להודיע לחשוד שהועבר אליהן חומר חקירה בעניינו. החשוד רשאי, בתוך שלושים ימים, לפנות בכתב לרשויות אלה בבקשה להימנע מהגשת כתב אישום. ניתן להוסיף, כמפורט בהמשך, כי אי-אפשר לבסס את שלילתה של זכות הטיעון נגד החלטה על הגשת כתב אישום על כך שזכות זו אינה מעוגנת (באופן כללי) בחקיקה, מאחר ששתיקת המחוקק אינה מהווה טעם לשלילתם של כללי הצדק הטבעי. ראו להלן תת-פרק 4.

55 בהקשר הנוכחי שאלת סופיותה של ההחלטה נבחנת לצורך הקביעה אם מוקנית בכלל לאדם הנוגע בדבר זכות טיעון (באופן שמאפשר לדחות תביעות לטיעון נגד שלבי-ביניים המובילים לקבלת ההחלטה המנהלית הסופית). היבט אחר של נושא הסופיות נסב על השאלה אם ההחלטה המנהלית היא סופית גם במובן זה שהיא אינה צפויה לשמש בסיס להתדיינות נוספת בנושא בבית-משפט. כאשר אלה פני הדברים, מתחזקת עוד יותר התביעה לסטנדרט גבוה במיוחד של טיעון. הדברים מצאו ביטוי בהלכה שעסקה בזכותו של הטוען לעיין בחומר שבידי הרשות, בראש ובראשונה, כאשר ההחלטה היא סופית גם במובן זה, כמפורט להלן בתת-פרק 1.

56 בג"ץ 3495/06 הרב הראשי לישראל, הרב מצגר נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 30.7.2007) (להלן: עניין מצגר).

57 הנשיאה ביניש הדגישה את אופיו הלא-סופי של הרוח שכתב היועץ המשפטי לממשלה, אשר נועד רק לשמש בסיס להחלטתו של שר המשפטים. לדבריה, "מאחר והעותר צפוי לשימועים עתידיים בפני שר המשפטים ובפני הוועדה למינוי דיינים, הרי הטלת חובה על היועץ לאפשר לעותר לטעון בפניו טרם פרסום האמירות הלכאוריות שבדו"ח, עלולה היתה להכביד ולהאריך יתר על המידה את ההליכים בעניינו של העותר בשל עריכת מספר ניכר של שימועים שלא לצורך. הדבר עלול היה להוביל לסרבול הליכים ולפגיעה ביכולת התפקוד של מנגנון אכיפת

בנסיבות שבהן חוות-דעתו נשאה אופי מעין-שיפוטי וסופי (בכך שקבעה כי העותר פסול מלהתמנות לתפקיד).⁵⁹

לצד ההלכות הכלליות הוצעו בפסיקה הבחנות נוספות שנועדו לצמצם את תחומי תחולתם של כללי הצדק הטבעי, ובעיקר את החובה לקיים טיעון, על יסוד שיקולים שהוצגו כשיקולי יעילות (בשל החשש מ"סרבול" תהליכי קבלתן של החלטות). במהלך השנים הלכו הבחנות אלה ונדחקו על-פירוב לקרן-זווית. רובן בוטלו בהדרגה, ככל שהופנמה ביתר שאת החשיבות הנודעת לשמירה על כללי הצדק הטבעי. כך, לדוגמה, ההבחנה שנהגה בעבר בין סירוב לבקשה חדשה, שלגביו אין זכות טיעון, לבין ביטולו של רישיון קיים, אשר בגינו ניתנת זכות טיעון,⁶⁰ שוב אינה מקובלת.⁶¹ בדומה לכך, המחלוקת ששררה בעבר לגבי הענקת זכות טיעון למציע במכרז, כאשר הצעתו נפסלה מטעמים של כושר ביצוע או איכות לקויים, הוכרעה אף היא בכיוון של הכרה רחבה בזכות הטיעון.⁶² עם זאת, גם ההלכה

- החוק". שם, פס' 17 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. הנשיאה ביניש הבחינה מקרה זה מעניין טרנר, לעיל ה"ש 11, שבו הוכרה זכות טיעון מלאה של העותר (לרבות זכות עיון רחבה בחומר של הרשות) בהתייחס לדוח סופי של מבקרת-המדינה. ראו להלן תת-פרק ד1.
- 58 בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 12.10.2008).
- 59 הנשיאה ביניש הבחינה מקרה זה מעניין מצגר, לעיל ה"ש 56, בהסבירה כי "חוות-הדעת הנדונה, העוסקת בפרשנות הדין עבור הרשות המוסמכת ובקביעת המסקנות הנורמטיביות המתחייבות מכך בנסיבות העניין, נושאת מאפיינים מעין-שיפוטניים. אין ספק כי לחוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה היו השלכות מהותיות על העותר עקב פסילת מועמדותו לתפקיד מנהל המינהל. כך בוודאי, בהתחשב בעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה עליה נעמוד מיד, ולפיה פסילתו של העותר לתפקיד הנדון היתה סופית במובן זה שלפי קביעת היועץ המשפטי, הממשלה היתה מנועה מלדון במועמדותו של העותר". שם, פס' 31.
- 60 להבחנה זו ראו בג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו 696, 700 (1952).
- 61 לשלילת ההבחנה ראו בג"ץ 685/78 מחמוד נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לג(1) 767, 777 (1979); בג"ץ 799/80 שללם נ' פקיד הרישוי לפי חוק כלי היריה, תש"ט-1949, פ"ד לו(1) 317, 327 (1981).
- 62 בעבר התגלעה מחלוקת פוסקים באשר לזכות הטיעון בהליכי מכרז. ראו, לדוגמה, בג"ץ 270/66 א' לוסיג – ג' דוביצקי, הנדסה וקבלנות בע"מ נ' עיריית גבעתיים, פ"ד כ(4) 129, 133 (1966) (השופט חיים כהן צידד בהענקת זכות טיעון למי שנפסלה הצעתו על יסוד טענה של חוסר כושר מקצועי); בג"ץ 35/78 י.ש.י.פ.א.ב. חברה קבלנית לעבודות בנין בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד לב(2) 581, 587-588 (1978) (השופט ויתקון התנגד להענקת זכות טיעון בנסיבות אלה, משום שהיא תכביד על ועדת המכרזים, הנשיא זוסמן צידד בהכרה בזכות, ואילו השופט שלמה לוין בחר להשאיר את השאלה בצריך עיון); עניין מחמוד, לעיל ה"ש 61 (השופט ברק צידד בהכרה בזכות, ואילו השופט ויתקון חזר על עמדתו נגד הכרה בזכות כאמור). בפסיקה המאוחרת יותר השתרשה ההכרה בזכות זו. ראו, לדוגמה, בג"ץ 346/81 רינגל בע"מ נ' מועצה מקומית כרמיאל, פ"ד לה(4) 825 (1981); בג"ץ 2400/91 בוני בנין ופתוח בפתח-תקוה בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מה(5) 69, 74 (1991). כיום הזכות

העדכנית טומנת בחובה "אָיִם" של השלמה עם זכות טיעון מוגבלת בהקשרים מסוימים. כך, לדוגמה, הפסיקה לא הכירה בזכות טיעון נגד החלטה על הפקעת קרקע (אם כי בית- המשפט התריע כי היה ראוי לעגן זכות כזו בחקיקה).⁶³ לימים הוכרה זכות הטיעון בנסיבות אלה בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה,⁶⁴ ולאחר שנים רבות – גם בתיקון לחוק.⁶⁵ כמו- כן, כפי שכבר צוין, ההלכה המסורתית נמנעה מלהכיר בקיומה של זכות טיעון נגד הגשת כתב אישום (כפוף למדיניות התביעה לגבי קיום שימוע במקרים מיוחדים).⁶⁶ בהמשך הוכרה בחקיקה החובה לאפשר טיעון נגד הגשת כתב אישום, אך רק לגבי עבירות חמורות ובסייגים, כלומר, במתכונת צרה יותר מן הכלל שהיה מתחייב לכאורה מהחלתו של מבחן הפגיעה שנקבע בעניין ברמן.⁶⁷ הפסיקה ניסתה להסביר את אי-ההכרה בזכות הטיעון נגד

- זוכה בהכרה מפורשת גם בתקנות. ראו תק' 22(ה) לתקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח–1987, ותק' 21(ב) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג–1993. לעומת זאת, בתקנות חובת המכרזים (התקשוריות מערכת הבטחון), התשנ"ג–1993, אין הסדר מפורש לגבי עניין זה.
- 63 ראו, לדוגמה, בג"ץ 307/82 לוביאניק נ' שר האוצר, פ"ד לז(2) 141, 150 (1983). ניתן להוסיף כי אפשר לטעון נגד ייעודה של קרקע לצורכי ציבור או להפקעה בתוכנית בהליך של התנגדות לתוכנית לפי ס' 100 לחוק התכנון והבנייה. לעומת זאת, החוק אינו מסדיר את זכות הטיעון כאשר ההפקעה ממומשת. אף-על-פי-כן הובעה בפסיקה הדעה כי "ייתכנו אולי מקרים בהם הנסיבות עשויות להצדיק זכות שימוע גם כאשר הפקעה היא לפי סעיף 189 לחוק התכנון, ולמרות שניתן היה להגיש התנגדות לתוכנית בה נועדו המקרקעין לצורכי ציבור או להפקעה, וזאת משיקולי צדק". ראו בג"ץ 1597/93 ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ-ישראל נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה – קרית אתא, פס' 11 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן (פורסם בנבו, 3.5.1994).
- 64 ראו "נוהלי עבודה הפקעת מקרקעין לצורכי ציבור: שימוע הבעלים" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.3002 (התשס"ד).
- 65 לפי ס' 5א לפקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943 שהוסף בחוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) (מס' 3), התש"ע–2010: "פורסמה הודעה לפי סעיף 5, ייתן שר האוצר הזדמנות לבעל הקרקע ולמי שיש לו טובת הנאה בקרקע, לטעון את טענותיהם נגד רכישת הקרקע בפניו או בפני מי שהוא הסמיך לכך..."
- 66 לפי שעה לא הוכרה זכות זו בפסיקה, אם כי קיים מוסד של "שימוע" המתקיים במקרים מיוחדים. ראו, לדוגמה, עניין דותן, לעיל ה"ש 54, בעמ' 222–223 (לדברי הנשיא שמגר, "נאשם, המבקש כי ההליך המשפטי לא יקוים, רשאי לפנות ליועץ המשפטי לממשלה בבקשה לעיכוב הליכים, אך אין לו מעמד, עובר לפתיחת ההליכים, יהיה זה מעיקרה או בשלב מאוחר יותר לפני הגשת כתב האישום, עת נדונה השאלה אם יש לציבור עניין בקיום ההליכים"). לביקורת על אי-הכרתה של הפסיקה בזכות טיעון נגד החלטה על הגשת כתב אישום, ראו קנת מן "זכות הטיעון והביקורת על שיקול-הדעת של התביעה בדבר העמדה לדין" פלילים ה' 189 (1996).
- 67 כאמור לעיל בה"ש 54, ס' 60א לחוק סדר הדין הפלילי מורה כי במקרה הרגיל תישלח לחשוד הודעה על כך שהועבר לידי התביעה חומר חקירה הנוגע בעבירת פשע ("אלא אם כן החליט פרקליט מחוז או ראש יחידת התביעות, לפי הענין, כי קיימת מניעה לכך", וכן לא בהתייחס

הגשתו של כתב אישום בכך שהחלטה זו אינה מגלמת פגיעה בעלת אופי סופי (מאחר שהיא מובילה להליך פלילי).⁶⁸ אולם דומה כי הנמקה זו הושפעה בעקיפין גם משיקולים מעשיים, שכן היה אפשר לטעון גם שהגשת כתב האישום מגלמת פגיעה עצמאית בפרט הנוגע בדבר, ללא קשר לתוצאותיו של ההליך הפלילי. ראוי להוסיף כי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מתייחסות לחובה להעניק זכות טיעון גם במקרים נוספים שבהם ההכרה בזכות מתחייבת מן העקרונות שנקבעו בפסיקה, וזאת כאשר חשיבותה של הסוגיה מבחינה מעשית וציבורית הצדיקה הידרשות אליה בהנחיה מיוחדת.⁶⁹

2. חריגים לזכות הטיעון: הליכי חקיקה או החלטות "ריבוניות"

אף שההלכה בעניין ברמן אימצה את מבחן הפגיעה, היא סייגה את תחולתו באשר לשני סוגים של החלטות מנהליות – החלטות בעלות אופי חקיקתי והחלטות בעלות אופי "ריבוני". כדברי השופט זילברג, "חובה זו, כמובן, אינה חלה על פעולות תחקיקתיות, או על פעולות בעלות אופי שלטוני-ריבוני במובנו הנכון של מונח זה".⁷⁰ שני חריגים אלה שונים זה מזה, אך חולקים תפיסה שמרנית המצדדת בחופש פעולה רחב בתחום הריבוני (שגם פעולה במתכונת של חקיקת-משנה קרובה אליו) אף בכל הנוגע בפן הפרוצדורלי של פעולת הרשות.

ל"סוגי פשעים" שלגביהם קבע שר המשפטים, באישורה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, כי ההסדר אינו חל, והוא יהיה רשאי "לפנות בכתב... בבקשה מנומקת, להימנע מהגשת כתב אישום" תוך שלושים יום (בכפוף לכך שבנסיבות מיוחדות ו"מטעמים שיירשמו" יהיה אפשר להגיש כתב אישום תוך זמן קצר יותר). הסעיף מקנה אפוא זכות טיעון שחלה, בדרך-כלל, רק לגבי עבירות מסוג פשע, ומגביל את הטיעון למתכונת של כתב (אם כי התביעה רשאית לאפשר טיעון בעל-פה, על-פי שיקול-דעתה). לבחירה בין טיעון בעל-פה לבין טיעון בכתב ראו גם להלן תת-פרק ד3. לדיון בס' 60א ראו עוד בג"ץ 4175/06 הרב אלכז נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 6.6.2006).

68 הסבר זה מופיע בפסק-דינה של הנשיאה ביניש בעניין מצגר, לעיל ה"ש 56. לגישתה, הזכות בס' 60א לחוק סדר הדין הפלילי מקנה אינה מתחייבת מכללי הצדק הטבעי, מאחר שהחלטה על הגשת כתב אישום היא אך החלטה מקדמית המובילה אל ההליך הפלילי. שם, פס' 18.

69 ראו, לדוגמה, "רשימות מעוכבי נישואין" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.4501 (התשל"ג). הנחיה זו מתייחסת לאי-רישום אדם לנישואים בשל חשד לגבי כשרותו ההלכתית להינשא (הכללתו במה שמכונה, בלשון העם, "הרשימות השחורות" של הרבנות), וקובעת כי לפני שמתקבלת החלטה לא לרשום אדם לנישואים יש להודיע לנוגע בדבר כי התקבל מידע באשר למעמדו האישי, לתת לו הזדמנות לעיין במידע זה, ובהמשך לכך – לתת לו אפשרות לטעון את טענותיו בנושא.

70 עניין ברמן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1509.

א. הליכי חקיקה – אי-ההכרה בזכות הטיעון בהליכים של חקיקה מנהלית דומה לכאורה למצב המשפטי הנוהג לגבי חקיקה ראשית, אשר אף היא אינה כפופה לחובות שימוע.⁷¹ עם זאת, ההשוואה בין שני מישורים אלה של חקיקה אינה מדויקת. חקיקה ראשית בכנסת נעשית, באופן עקרוני, בתנאים של חשיפה ציבורית, בניגוד לנסיבות הטיפוסיות לחקיקת-משנה מנהלית. ההצדקה העיקרית שנהוג להציג להחרגתם של הליכי חקיקה מן הכלל הרגיל של זכות טיעון, נוסף על התפיסה המסורתית של חופש ריבוני, היא היעילות המנהלית (בהתחשב בגודלו של הציבור הרלוונטי שעשוי להיות מושפע מן החקיקה המיועדת). הצדקת החריג באמצעות הטענה שחקיקת-משנה רק מוציאה מן הכוח אל הפועל את ההחלטות הנורמטיביות שהתקבלו בחקיקה הראשית אינה משכנעת. הלכה למעשה ההחלטות הנוגעות בתוכנה של חקיקת-משנה כוללות הרבה יותר מאשר יישום של ההסדרים הקבועים בחקיקה הראשית.⁷² אכן, גודלו של הציבור שעשוי להיות מעוניין לשטוח את טיעונו עשוי להצדיק התאמה מסוימת באופן שבו זכות הטיעון מיושמת בהליכי חקיקה, אך לא את שלילתה המוחלטת.⁷³ לאמיתו של דבר ניתן אף לטעון כי היקף תחולתן של ההכרעות הנורמטיביות המתקבלות בהליכים של חקיקת-משנה מחייב את החלתה של זכות הטיעון על הליכים אלה ביתר שאת.

טיעון אחר שהועלה בהקשר זה גורס כי ההסמכה להתקין תקנות כוללת במקרים רבים חובה להתייעץ בגורמים שונים (אשר מייצגים ממילא את האינטרסים השונים שהתקנות אמורות לשקול), וכי חובה זו משמשת תחליף חלקי לאי-ההכרה בזכות טיעון בהליכי

71 לאי-ההכרה בזכות הטיעון בהליכים של חקיקה ראשית השוו בג"ץ 975/89 Nimrodi Land Development Ltd. נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מה(3) 154, 157-158 (1991); בג"ץ 6789/93 "תכלית נכונה לקליטה" נ' שר הבריאות, פ"ד נא(1) 520, 522 (1997); עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 718 ("ככל שהמדובר הוא בחקיקתו של חוק יישום ההתנתקות – הוא החוק שעל-פיו פועלות הרשויות כיום – בוודאי לא קנו העותרים זכות להשמיע טענותיהם עובר לחקיקה"). לאנלוגיה בין הליכים של חקיקת-משנה לבין הליכים של חקיקה ראשית ראו בג"ץ 335/68 המועצה הישראלית לצרכנות נ' יושב ראש ועדת החקירה לענין מתן שירותי גז, פ"ד כג(1) 324, 334 (1969) (לדברי השופט זוסמן, "הכנסת – ואף מחוקקי-משנה למיניהם – מחוקקים, ודבר חקיקה מטיל חובות ועומס על האזרח, אבל אין טוען שמשום כך קנויה בידו של אזרח הזכות לבוא בפני המחוקק ולטעון"). ההכרה בעובדה זו הובילה לפיתוחה של ההלכה המחייבת שהחקיקה הראשית תכלול לפחות את ההסדרים הראשוניים של הנושא שעליו היא חלה. התקדים העקרוני בנושא זה נקבע לראשונה בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998).

72 למעשה, פרסום מוקדם של טיוטת תקנות לתגובת הציבור הולך מעבר לתפיסה של צדק טבעי, מאחר שהוא מזמין תגובות מכלל הציבור, ולא רק מאלה שצפויים להיות מושפעים מהן במישרין (אם כי סביר להניח שמבחינה מעשית המעוניינים ביותר בטיעון יהיו הנפגעים הפוטנציאליים).

חקיקה.⁷⁴ אולם לאמיתו של דבר אין זה תחליף מספק. ראשית, החובה להתייעץ אינה מעוגנת בכל דברי החקיקה המסמיכים להתקין תקנות. יתר על כן, חובות ההתייעצות אינן נותנות תמיד ביטוי מאוזן למכלול האינטרסים שראוי לשקול. לעיתים ההסדרים הסטטוטוריים בנושא ההתייעצות אף יוצרים הטיה לטובת אינטרסים מסוימים. שיקולים אלה הובילו להתפתחותה של ביקורת על החריג לזכות הטיעון בהליכים של התקנת תקנות גם בפסקי-דין של בית-המשפט העליון,⁷⁵ אך ללא שינוי אופרטיבי של ההלכה.⁷⁶ באופן עקרוני ניתן להביא לידי המצב המשפטי בתחום זה באמצעות

74 להשוואה בין הליך ההתייעצות לבין הליך של שימוע, המציגה את השימוש בהתייעצות כתחליף להכרה בזכות טיעון בהליכים של התקנת תקנות, ראו ע"פ 3490/90 יקב הגליל יוסף גולד ובניו בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 11, 16 (1993) (לדברי השופט כן, "חובה זו דומה במהותה לחובה להעניק זכות שימוע למי שעלול להיפגע מפעולות מינהליות. מטרת שתי החובות הללו היא לאפשר למי שעלול להיפגע ממעשה הרשות המינהלית לומר את דברו בטרם תפעל הרשות. כאשר פעולת הרשות הינה התקנת תקנות, לא נדרש – ולא ניתן – לאפשר לכל מי שעלול להיפגע מן התקנה להשמיע את דברו. משום כך מסתפקים בחובות התייעצות עם גורמים ספורים, בדרך כלל עם גופים המייצגים חלקים מהציבור שיש להם נגיעה מיוחדת לנושא הדיון"); בג"ץ 5379/00 Bristol-Myers Squibb Company נ' שר הבריאות, פ"ד נה(4) 473, 447 (2001) (לדברי השופט אנגלרד, "התקנות נבחנו על ידי הממונה על חקיקת המשנה במשרד המשפטים, וכן הועברו להתייחסות של הגורמים הרלבנטיים טרם התקנתן, כך שלעותרות ניתנה אפשרות סבירה לשטוח את טענותיהן").

75 ראו בעיקר רע"א 3577/93 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מוריאו, פ"ד מח(4) 70, 86–87 (1994) (לדברי הנשיא שמגר, "אין להקנות לשיקולי מהירות הפעולה המינהלית מעמד בכורה מוחלט על פני מתן האפשרות להשמיע השגות, וזאת לפחות באותם מקרים שבהם אין דחיפות מיוחדת בעניין התקנת התקנות... בנושאים בעלי חשיבות ציבורית ניתן להנהיג פירסום מראש של הצעת התקנות... מתן הזדמנות לאנשים מתוך הציבור להשמיע הצעותיהם והשגותיהם, יכול שייעשה בדרכים שונות: כך, למשל, ניתן לאפשר העלאת הערות על הכתב, עריכת כינוסים פומביים וכדומה"); בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 342 (1998) (לדברי השופט זמיר, "שרים ורשויות אחרות מוציאים באופן שוטף מספר עצום של תקנות, שלעיתים קרובות יש להן חשיבות מעשית כמו לחוקים. אך להבדיל מחוקים, הרשות המוסמכת להתקין תקנות אינה נוהגת לפרסם טיוטה של התקנות ואינה מאפשרת דיון פומבי לפני מתן תוקף לתקנות. יש בכך משום ביטוי לתפיסה של שלטון. זה נוגד את התפיסה של שותפות").

76 ראו, לדוגמה, בג"ץ 6437/04 תבורי נ' משרד החינוך והתרבות, פ"ד נח(6) 369 (2004). במקרה זה נסבה העתירה על חוקיותה של תקנה שקבעה כי ההחלטה על שיוך תלמידים לבתי-ספר במקרה של הרשמת-יתר תיעשה תוך שימוש בהגרלה. העתירה התייחסה לא רק לתוכנה של התקנה החדשה, אלא גם להליך ההתקנה, אשר לא כלל אפשרות של טיעון נגד תוכנו של ההסדר המוצע. העתירה נדחתה. השופטת חיות קבעה, בהסכמתם של השופטים ברק וטירקל, כי "במקרה שלפנינו שטחו העותרים באמצעות בא כוחם טיעונים ממצים ורחבי היקף בכתב בפני שרת החינוך, טרם תיקון תקנות הרישום", ולכן בנסיבות אלה "אין צורך להיזקק לשאלה

פסיקה חדשה שתשנה מן התקדים ההיסטורי שנקבע לפני שנים רבות.⁷⁷ במקביל ראוי לחתור להסדרתו של נושא זה בחקיקה שתיתן ביטוי לאילוצים המיוחדים המכבידים את מימושה של זכות הטיעון בהליכי חקיקה (תוך התייחסות למודלים ממדינות אחרות, דוגמת החקיקה האמריקאית המחייבת פרסום של טיוטת תקנות על-מנת לאפשר משלוח תגובות מן הציבור).⁷⁸ לפרסומה של הצעת תקנות, בלוויית דברי הסבר, עשויים להיות יתרונות גם במישורים נוספים. לדוגמה, הוא עשוי לתרום לפרשנותן של התקנות לאחר שאלה כבר הותקנו.⁷⁹

לעת עתה, על רקע ההלכה השיפוטית, אשר לא החילה את זכות הטיעון על הליכי חקיקה, מובטחת חשיפה מסוימת של הציבור להליכים של התקנת תקנות רק מכוח הנחיות היועץ המשפטי לממשלה המתייחסות לפרסום מוקדם של הצעת תקנות במקרה של תקנות בעלות השפעה על ציבור גדול.⁸⁰ אכן, לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, ניתן לבקש מן הרשות אפשרות לעיין בהצעות לחקיקת-משנה. אולם החוק אינו מטיל על הרשויות חובה אקטיבית לגלות מידע מסוג זה, ולכן חשיפתו מותנית ביוזמה של הפרט. כמו-כן,

- העקרונות שניתן לעורר בהקשר זה והיא השאלה האם ככלל קנויה בהליכי חקיקת משנה זכות טיעון ושימוע למי שעלולים להיפגע מחקיקה זו". שם, בעמ' 378.
- 77 לדעה התומכת בשינוי ההלכה ראו, לדוגמה, ברוך ברכה "לקראת פתיחות בהליכי התקנת תקנות?" ספר שמגר – מאמרים חלק א 127 (אהרן ברק ואחרים עורכים, 2003).
- 78 בארצות-הברית החובה לפרסם הצעת תקנות (כלומר, הצעה להחלטה מסוג rulemaking) מעוגנת ב-Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. § 553 (1993).
- 79 ראו, למשל, בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 327 (1988) (לדברי השופט ברק, "כידוע, למרבה הצער, אין מפרסמים הצעת תקנות, ואין מכינים לתקנות דברי הסבר שהציבור יכול לעיין בהם"); בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683, 688 (1991) (לדברי השופט ברק, "למרבה הצער, אין מפרסמים הצעות של חקיקת משנה (לרבות חוקי עזר), ולא קיים פירסום פומבי של 'דברי העירייה', מהם ניתן ללמוד על התכלית שעמדה לנגד עיניו של המחוקק ההיסטורי").
- 80 את ההנחיה בנושא של חקיקת-משנה כתב יצחק זמיר בעת כהונתו כיועץ משפטי לממשלה. ראו יצחק זמיר "חקיקת משנה: נוהל והנחיות" עיוני משפט יא 339 (1986). בכל הנוגע בפרסום מוקדם של טיוטת תקנות כתב זמיר כי "רצוי לתת פרסום מוקדם לטיוטת תקנות הקובעת הסדר ראשוני ומקיף, שיש בו חידוש משמעותי או השפעה ממשית על ציבור ניכר. נושאים מסוימים יש להם חשיבות מיוחדת לעניין הפרסום המוקדם, ובהם אלה: חריות האזרח, כגון חופש הביטוי, ההתאגדות, העיסוק וכו'; הגנת הצרכן; איכות הסביבה; תעבורה; בטיחות". שם, בעמ' 375. לנוסחה הערכני של ההנחיה ראו "חקיקת משנה: נוהל והנחיות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 2.3100 (התשמ"ו). בנוסח זה היא קובעת כי "יש שבשל נושא התקנות נודעת חשיבות מיוחדת לפרסום מוקדם. כך למשל, כאשר התקנות קובעות הסדר ראשוני ומקיף, שיש בו חידוש משמעותי או השפעה ממשית על ציבור ניכר (כגון, זכויות יסוד, הגנת הצרכן, איכות הסביבה, תעבורה, בטיחות)". שם, בעמ' 38.

ההליך לפי חוק חופש המידע עלול להתקיים לאחר מעשה, לאחר שחקיקת-המשנה כבר נכנסה לתוקף.

ב. הליכים "ריבוניים" – משמעותו המדויקת של חריג זה נותרה סתומה במשך שנים רבות. לכאורה, הוא אמור לחול על החלטות ממשלה בתחום המדיני. אי-בהירותו של החריג נותרה בעינה גם בעקבות עניין הראל,⁸¹ שבו נדחתה הטענה כי החלטת ממשלה על אי-מתן היתר לפרסום ספר של עובד ציבור היא החלטה "ריבונית" מסוג זה.⁸²

חריג ההסתיוגויות שהועלו במשך השנים לגבי החריגים שעניינם הליכי חקיקה ופעולות בעלות אופי ריבוני, נמנע בית-המשפט משינוי ההלכה כאשר נקרתה בדרכו ההזדמנות לכך בעניין המועצה האזורית חוף עזה.⁸³ בעתירה זו, שבה נידונו טענות חוקתיות נגד החקיקה בנושא תוכנית ההתנתקות,⁸⁴ הועלתה, בין היתר, הטענה כי נפגעה זכות הטיעון של המתישבים בשטחים המיועדים לפינוי, מאחר שלא ניתנה להם האפשרות לטעון נגד צווי הפינוי. טענה זו נדחתה מכל וכל. בהתייחסו לנסיבות העניין, קבע בית-המשפט כי התוכנית, על כל היבטיה, הונחה על סדר-היום הציבורי וזכתה בהתייחסות נרחבת בדיון הציבורי.⁸⁵ מעבר לכך, בית-המשפט הוסיף והעלה את השאלה אם מדעיקרא עמדה למתיישבים זכות טיעון. בהתייחס לנקודה זו הוסיף בית-המשפט וציין כי לפי ההלכה שנקבעה בעניין ברמן, זכות הטיעון אינה חלה בהליכים של התקנת תקנות וכן בהליכים בעלי אופי ריבוני. פסק-הדין אזכר אומנם את הביקורת שנמתחה על ההלכה במהלך השנים, אך קבע כי זו לא שונתה.⁸⁶ מעבר לכך, במישור המהותי, התייחס בית-המשפט להצדקה המעשית להלכה –

81 בג"ץ 130/68 הראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(1) 241 (1969).

82 ההתדיינות המשפטית בעניין זה נותרה סודית במשך שנים רבות, מאחר שהבקשה נסבה על ספר שעסק במבצע חטיפתו של אייכמן בארגנטינה והבאתו למשפט בישראל. פסק-הדין פורסם שנים רבות לאחר שניתן. הנשיא אגרנט הסביר, בהסכמתם של השופטים זילברג ולנדוי, כי במקרה זה "החלטת האיסור של הממשלה הנה במהותה, החלטה בדבר ביטול רישיון שניתן, והעובדה שהיא נתקבלה על-ידי הרשות העליונה של הזרוע המבצעת במדינה וניזונה משיקולים ציבוריים חיוניים, אין בכוחה להקנות לה את האופי של פעולה שלטונית-ריבונית במובנו הנכון של מינוח זה". שם, בעמ' 319.

83 עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 9.

84 חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005.

85 פסק-הדין התייחס לכך שהתוכנית עמדה "בראש סדר היום הציבורי" ו"נדונה בכל פורום שניתן להעלות על הדעת". עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 716. הוא הוסיף וקבע בעניין זה כי גם "המתישבים ונציגיהם נטלו חלק פעיל בתהליך על כל שלביו". שם.

86 במישור הפורמלי קבע פסק-הדין כי ההלכה לא השתנתה, וכי בית-המשפט אינו מוצא לנכון לדון בשינויה במקרה זה: "לעניין חובת השמיעה בעניינה של חקיקת מישנה, הילכת ברמן הוותיקה היא ההלכה השוררת כיום בישראל, ואף שהיו מי שהסתייגו ממנה – ויש ממש בביקורת, למיצער בסוגים מסוימים של חקיקת-מישנה – ההלכה לא שונתה מעולם. העותרים

החשש כי ריבוי הטוענים הפוטנציאליים יפגע ביעילותו של ההליך המנהלי.⁸⁷ התוצאה היא שפסק-הדין נתן אישור לחריגים המסורתיים באופן גורף, יתר על המידה.⁸⁸ ניתן להניח שהנסיבות המיוחדות של ההתדיינות בעניין המועצה האזורית חוף עזה הן שעמדו לרועץ לבחינה מחדשת של החריגים.⁸⁹ מכל מקום, גם בפסיקה מאוחרת יותר חזר בית-המשפט ואישר את ההלכה, כפוף להכרה בכך שהתייעצות עם גורמים רלוונטיים במסגרת הליכים של חקיקת-משנה היא נוהג רצוי.⁹⁰ חשוב להוסיף כי מאז הוכר לראשונה חריג זה בפסיקה

סבורים אמנם כי הגיעה עת שינוי, אלא שלא נמצא לנו כי העניין שלפנינו מצדיק שינוי שכזה. שם, בעמ' 722.

87 בפסק-הדין מוסבר כי "אחד הנימוקים העיקריים להלכה הקובעת כי אין הרשות חייבת לשמוע את היחיד בטרם תתקין תקנה בת פועל תחיקתי, נעוץ בקושי המעשי לקיים חובת שמיעה לציבור רחב של אנשים. החשש הוא שמא קיומה של חובת שמיעה תפגום ותשבש את ההליך המינהלי ואפשר אף תמנע חקיקתה של חקיקת מישנה באורח תקין". שם, בעמ' 723.

88 ביקורת זו מתמקדת באופיו הגורף של אשרור החריג, ולא דווקא בתוצאה. לביקורת על שימור ההלכה המסורתית בסוגיה ראו גם ברוך ברכה "זכות הטיעון: גם בהליכי התקנת תקנות? בעקבות בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל" מאזני משפט ו 423 (2007). למעשה, היה אפשר להגיע לאותה תוצאה גם ללא שלילה כללית של זכות הטיעון בהליכים של התקנת תקנות, תוך הגבלת החריג להחלטות בעלות "אופי ריבוני" (קטגוריה נוספת שנוכרה בהלכה המסורתית) או בהסתמך על כך שטענותיהם של המתיישבים נשמעו למעשה בשיח הציבורי. החריג שעניינו מעשה ריבוני עשוי לשמש בסיס, למשל, לדחיית טענות בדבר החובה לשמוע את הנפגעים מפעולות טרור (או את קרוביהם) קודם לקבלת החלטה על שחרורם של המחבלים שהורשעו בביצוען של פעולות אלה. למעשה, טענות שקראו לבית-המשפט העליון להתערב בהחלטה כזו, בין היתר בשל כך שהיא התקבלה מבלי להעניק זכות טיעון כאמור, נדחו, אם כי ללא אזכור מפורש של החריג, אלא על בסיס הנמקה כללית יותר בדבר ההתערבות המצומצמת בהחלטות מסוג זה. ראו בג"ץ 6063/08 שחר נ' ממשלת ישראל, דינים עליון פט 683 (2008); בג"ץ 6329/08 שחר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 8.7.2008).

89 לביקורת ראו גם גיא זיידמן והלל סומר "בית-המשפט העליון וההתנתקות" משפט וממשל ט 579, 607–610 (2006) (המאמר מצביע על כך שהיה אפשר לתת למתיישבים זכות שמיעה, ולו בדיעבד, שהרי ממילא הם היו אמורים להישמע בוועדות השונות שהוקמו לפי החוק שחל על עניינם).

90 ראו ע"א 810/06 שיכון עובדים בע"מ נ' מנהל אגף המכס ומע"מ (פורסם בנבו, 7.9.2008). במקרה זה העלתה המערערת טענת הפליה שהתייחסה לכך שהיא לא שותפה בהתייעצויות שקדמו לתיקון הצו שבו נקבעו פטורים ממס בולים. בית-המשפט דחה את הטענה לאחר שקבע, כבסיס לפסק-דינו, כי אין זכות טיעון בהליכים של התקנת תקנות, והוסיף כי הרשות אומנם חייבת לשקול התייעצות עם גורמים הנוגעים בדבר, אך היא רשאית לבחור להתייעץ רק עם גורמים מסוימים. בנסיבות העניין נמצאה הצדקה לכך שההליך כלל פנייה רק לתאגידים בנקאיים ולכמה גופים גדולים במשק, להבדיל מתאגידים אחרים. שם, פס' 10.

חלו שינויים משמעותיים באמצעים הקיימים לקבלת תגובות והערות מן הציבור (בעיקר, האפשרות לפרסם ולקבל מסרים באופן מקוון).⁹¹ חשוב להוסיף כי לצד העיקרון של אי-הכרה בזכות טיעון בהליכים של התקנת תקנות קיימים הסדרים סטטוטוריים ספציפיים המכירים בזכויות טיעון גם לגבי החלטות החלות על ציבור רחב, ואף לגבי החלטות בעלות אופי תחיקתי. כך, לדוגמה, לפי סעיף 26 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, "לא יתן שר העבודה צו הרחבה אלא אם פרסם חודש קודם לכן ברשומות ובכל דרך נוספת הנראית לו, הודעה בכתב על כוונתו לעשות כן, ומשנתפרסמה – רשאי כל מעוניין לערור על מתן הצו לפני השר בדרך שתיקבע בתקנות". בדומה לכך, סעיף 100 לחוק התכנון והבנייה מקנה זכויות התנגדות לכל מי שרואה את עצמו נפגע מתוכניות מתאר מחוזיות, מקומיות ומפורטות (אך לא בהקשר של תוכניות מתאר ארציות).⁹² על כך ניתן להוסיף כי ההלכה הפסוקה, שלפיה יש לפרסם הודעה על הקצאת קרקע של הרשות לשימוש ציבורי, נומקה, בין היתר, בחשיבות הנודעת לכך שתושבי הסביבה יוכלו להביא טענות בעניין זה לפני הרשות.⁹³

3. חריג הצורך

תחולתם של כללי הצדק הטבעי היא כללית, אך היקפם עשוי להשתנות בהתאם לנסיבות ולאילווצים שמכתיב הקשר הדיון (כפי שקורה לגבי זכויות אדם אחרות). חשוב להדגיש כי אין די בטענה בדבר קושי מנהלי לשם דחייתם של כללי הצדק הטבעי. הכוונה היא לנסיבות ולטעמים מיוחדים.⁹⁴ הצורך בצמצום תחולתם של כללי הצדק הטבעי נובע מאופיין המיוחד של החלטות מסוימות.

91 להרחבה ראו דפנה ברק-ארוז "המשפט המינהלי בעידן המדינה האלקטרונית" המשפט י 121 (2008).

92 עם זאת, הרשות רשאית לזיזם הליך כזה גם לגבי תוכנית מתאר ארצית (כפי שנעשה במסגרת תכנונו של כביש חוצה ישראל). ראו בג"ץ 2920/94 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, פ"ד נ(3) 441 (1996).

93 ראו עניין בלומנטל, לעיל ה"ש 6, בעמ' 230 (לדברי השופט שטרסברג-כהן, "כאשר ההקצאה משליכה על תושבי השכונה, ויש בה כדי להשפיע על אורח חייהם ועל איכות חייהם, וכאשר יכול שישנם מעוניינים נוספים שבידם להציע הצעות לשימושים שונים בקרקע לצורכי ציבור או קרקע אחרת לצורך הפרויקט המוצע, יש לפרסם את עניין ההקצאה ולאפשר להם להשמיע ולומר דברם").

94 ראו, לדוגמה, בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה, פ"ד לד(2) 566, 575–576 (1980) (להלן: עניין סיעת הליכוד) (לדברי השופט ברק, "מן הראוי הוא לציין כי עשויים להיות מצבים שבהם מהותו של הנושא מחייבת צמצום והגבלת תחולתם של כללי הצדק הטבעי גם בלא הוראה מפורשת וברורה בחוק יוצר הסמכות... כמו כן, יש ועקרונות של צורך (necessity) או 'כורח השעה' ידחו את תחולתם של

א. העדר חלופות לפעולה ללא טיעון – לעיתים הענקתה של זכות טיעון עלולה לגרום נזק לאינטרס הציבורי, משום שהפרסום על-אודות ההחלטה הצפויה עלול לסכל את הגשמת תכליתה. כך, לדוגמה, נפסק לגבי החלטה הנוגעת בהגבלת המסחר במניות בבורסה, אשר התקבלה מבלי שניתן למחזיקים בהן לטעון נגדה.⁹⁵

ב. מצבים שבהם עיכוב ההחלטה לשם הענקת זכות טיעון עלול לפגוע באינטרס הציבורי – לעיתים עיכוב ההחלטה לשם קיומם של הליכי טיעון מלאים עלול להיות כרוך בנזק של ממש. במקרים כאלה ניתן לקבל את ההחלטה ללא זכות טיעון, על-פי-רוב תוך דחייתה למועד מאוחר יותר (להבדיל משלילתה). עם זאת, ברור כי הטיעון המאוחר, כפי שיובהר גם בהמשך, עלול להיות אפקטיבי פחות.⁹⁶ דוגמה קלסית להמחשת הדברים היא פעולה מנהלית דחופה למניעת התפשטותן של מחלות ומגפות. בפועל, המקרים שנידונו בהקשר זה בפסיקה הישראלית נגעו בשמירה על שלום הציבור בהקשרים של בטחון

כללי הצדק הטבעי וניגוד הענינים"); ע"פ 768/80 ש. שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337, 365–366 (1981) (לדברי השופט ברק, "יש שרשות מינהלית מקבלת החלטה בלא לשמוע את הצד המעוניין, וההחלטה תעמוד בעינה. דבר זה יקרה, כאשר האינטרס, עליו מגינה ההחלטה, בעניין ספציפי, שוקל יותר, במסגרת מכלול האינטרסים הכלליים, מהאינטרס של זכות השמיעה... גישה דומה קיימת גם באשר לכלל של איסור על ניגוד ענינים... ולכלל בדבר איסור משוא פנים... עם זאת, את תחולתה של דוקטרינת הצורך יש לצמצם לחיוני בלבד, ולא לעשותה פתח לדחיקת רגלם של כללי הצדק הטבעי").

95 בבג"ץ 555/77 בבצ'וק נ' הבורסה לניירות ערך בתל-אביב, פ"ד לב(2) 377 (1978), נסבה העתירה על החלטה לאפשר סחר במניות מסוימות רק פעם בשבוע (כדי למנוע פעילות ספקולטיבית במניות שהמחזור הכספי שלהן נמוך). העותר טען, בין היתר, כי לא ניתנה למחזיקים במניות האפשרות לטעון נגד הכוונה להגביל את הסחר בהן עובר לקבלת ההחלטה. השופט אשר, שדחה את הטענה, בהסכמתם של הנשיא זוסמן והשופט בכור, הסביר כי "כל החלטה מינהלית של הנהלת הבורסה עלולה בצורה זו או אחרת לפגוע באינטרסים של סוג זה או אחר של משקיעים, אך אין זה מתקבל על הדעת שכל האנשים המשתייכים לסוג אינטרסנטים מסויים יוזמנו להביע את דעתם לפני שתקבל הבורסה החלטה מינהלית כלשהי. לא זו אף זו – הבורסה אינה יודעת ואינה יכולה לדעת על קיומם ועל כתובותיהם של המשקיעים אשר השקיעו במניה מסוימת ולכן הזמנתם האישית אינה אפשרית. אפשר כמובן לטעון שהבורסה יכלה במקרה דנן לפרסם מודעה בעיתון המזמינה את המשקיעים השונים להביע את דעתם בקשר לצעדים המוצעים על-ידי הנהלתה, אך בצדק אמר בא-כוח הבורסה שהודעה כזאת, כשלעצמה, היתה גורמת לעותר, ולאחרים כמוהו, נזק רב יותר מאשר ביצוע החלטתה של הבורסה". שם, בעמ' 381. עם זאת, בסופו של דבר צידדו השופטים זוסמן ובכור (במסגרת דעת רוב) בקבלת העתירה, משום שסברו כי ההחלטה על הגבלת הסחר במניות ליום אחד בשבוע התקבלה בלא סמכות.

96 לטיעון מאוחר ראו להלן תת-פרק ד2.

המדינה או אכיפת החוק. בעניין דרעי⁹⁷ הכיר בית-המשפט העליון בהחלטה לבטל רשיון חופש של אסיר אשר התקבלה בדיון שהתקיים ללא נוכחותו, בנסיבות שבהן דחיית הדיון הייתה מסכלת את האפשרות לקיימו (מטעמים משפטיים).⁹⁸

התקדימים בסוגיה זו שנוצרו בהמשך עסקו באופן בלעדי בהפעלתן במהירות של סמכויות בטחוניות. מתקדימים אלה עולה כי בית-המשפט מוכן להכיר בסייג של דחיפות, אך מנסה להימנע מהגדרה ברורה של הנסיבות שבהן הוא חל, כדי למנוע סחף בהפעלתו. בעניין קוואסמה⁹⁹ סבר השופט יצחק כהן כי הצורך בגירוש מהיר הצדיק את הוצאתו של צו הגירוש במהירות ללא טיעון מוקדם.¹⁰⁰ אולם לא קביעה זו שימשה בסיס להכרעה בנסיבות העניין, אלא דווקא עמדתו המתונה יותר של הנשיא לנדוי, שקבע כי זכות הטיעון אומנם הופרה, אך התרופה המתאימה היא מתן זכות טיעון מאוחרת (בהתאם להלכת הבטלות היחסית).¹⁰¹ בדומה לכך, גם בעתירה שנסבה על ההחלטה לגרש כמה מאות פעילי חמאס¹⁰² לא הוכרעה שאלת הצורך לקיים את הגירוש בדחיפות ללא טיעון מוקדם, לאחר שנקבע כי ניתן עדיין לקיים את הטיעון לאחר מעשה.¹⁰³ ניתן להעריך כי פסקי-דין אלה

- 97 בג"ץ 598/77 דרעי נ' ועדת השחרורים, פ"ד לב(3) 161 (1978).
- 98 בנסיבות העניין, דחיית מועד הדיון הייתה מפקיעה את הסמכות לדון בביטול הרישיון. השופט שלמה לוין, שעיימו הסכים ממלא-מקום הנשיא לנדוי, קבע כי במקרה מסוג זה היה אפשר לקיים דיון ראשוני בנושא. לדבריו, "אף הקנאים לקיום קפדני של כלל השמיעה האמור אינם מסווגים בגדרו צו של רשות מעין-שיפוטית, שניתן על-פי צד אחד מטעמי כורח השעה, או צו ביניים שניתן על-פי צד אחד מטעמים שבדחיפות... והוא, לעניין צו-הביניים, שבהזדמנות הראשונה נשמעו בעלי-הדין המעוניינים בדבר". שם, בעמ' 165. לשם השלמת התמונה ייאמר כי השופט יצחק כהן, שהיה שותף אף הוא לדחיית העתירה, עשה כן על יסוד עקרון הבטלות היחסית (לשיטתו, זכות הטיעון אכן הופרה, אך מכיוון שלא נגרם לעותר עיוות דין – שכן ממילא לא היה לו מה לטעון למעשה – ניתן לדחות את עתירתו מטעם זה). הבעיה שנידונה בפסק-הדין נפתרה בהמשך, במישור המעשי, על יסוד תיקון חוק שהסמיך את ועדות השחרורים להחליט על ביטול רשיונות חופש של אסירים גם בתקופה שלאחר חלוף תקופת הרישיון. ראו, לדוגמה, ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765 (1992).
- 99 בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113 (1980).
- 100 השופט יצחק כהן הסביר כי "קיימים מצבי חירום, שבהם הצורך בפעולה מיידית של הרשות הוא כה דחוף כדי לשמור על טובת הציבור או ביטחון, שמותר לרשות שלא לקיים את החובה לאפשר שמיעה הוגנת לפני הפגיעה באזרח". שם, בעמ' 134.
- 101 שם, בעמ' 124. בפסק-הדין הייתה גם דעת מיעוט של ממלא-מקום הנשיא חיים כהן, אשר סבר כי לא הייתה הצדקה להוצאת הצווים, וכי אין לתת להם תוקף בנסיבות אלה. שם, בעמ' 127.
- 102 בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267 (1993) (להלן: עניין גירוש פעילי החמאס).
- 103 פסק-הדין מאזכר את טענת המשיבים שגרסו כי "לפי עקרונותיו של המשפט המינהלי יש נסיבות בהן גובר האינטרס החיוני של בטחון המדינה על החובה לקיים שמיעה מראש, לפני

מבטאים חשש מפני הכרה רחבה בסייג הצורך. עם זאת, השאלה המתעוררת היא אם הכשרתו של גירוש בכפוף לשימוע מאוחר אינה פוגעת במעמדם של כללי הצדק הטבעי יותר מאשר הגדרה מדויקת של החריגים לתחולתם בנסיבות של צורך (משום שהיא משלימה עם סטנדרט נמוך לקיומה של זכות הטיעון, קרי, קיומה לאחר קבלת ההחלטה). מן הבחינה המעשית, מאחר שההחלטות על גירוש מן השטחים נעלמו מן הזירה הציבורית, התמקד הדיון בחריג הצורך בצווים להריסת בתים מטעמים בטחוניים. במישור העקרוני יש להבחין בהקשר זה בין הריסת בתים לצורך פעילות מבצעית דחופה לבין הריסת בתים מטעמי הרתעה (בתגובה על פעילות חבלנית עוינת של אחד מדרי הבית). בית-המשפט קבע כי הריסת בתים בהקשר מבצעי דחוף יכולה להיעשות ללא טיעון מוקדם, אך לא בנסיבות שבהן ההריסה אינה חלק מפעילות כזו. בית-המשפט נמנע מלקבל את עמדתה של מערכת הביטחון שניתן להוציא צווי הריסה ולבצעם ללא זכות טיעון כאשר קיים צורך בתגובה הרתעתית מהירה, וצמצם את האפשרות לבצע הריסות ללא זכות טיעון מוקדמת למצבים של צורך צבאי (במהלך פעילות מבצעית).¹⁰⁴ הלכה זו מבטאת איזון מתאים בין ההיבט של צורך לבין ההגנה על זכות הטיעון.¹⁰⁵ עם זאת, מבחינה מעשית, בשל הידרדרות המצב הבטחוני בשטחים והצורך לסלק מבנים שמיקומם היווה סכנה מיידית לכוחות הצבא שפעלו באזור, בוצעו בפועל הריסות בתים רבות ללא טיעון מוקדם.¹⁰⁶ הפסיקה הבחינה גם בין

ביצועו של צו הגירוש" (שם, בעמ' 286), אך נמנע מלהכריע בה. נקבע כי לפי הפסיקה בעניין קוואסמה, לעיל ה"ש 99, "אם לא היה שימוע מוקדם יש לקיים שימוע מאוחר המשרת את המטרה של מתן אפשרות לנוגע בדבר להציג עמדתו לפרטיה, והעדר השימוע המוקדם אין בו כשלעצמו כדי לפסול את צווי הגירוש". עניין גירוש פעילי החמאס, לעיל ה"ש 102, בעמ' 289.

104 התקדים העקרוני בסוגיה זו נקבע בבג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד מג(2) 529 (1989). בפסק-הדין של הנשיא שמגר, שזכה בהסכמתם של המשנה לנשיא אלוף והשופט וולנשטיין, הוגדר החריג באופן מצומצם, תוך הבחנה בין "נסיבות צבאיות-מבצעיות, שבהן עניין הביקורת השיפוטית אינו מתיישב עם תנאי המקום והזמן או עם אופיין של הנסיבות", לבין שאר המצבים, שבהם יש לתת לנוגעים בדבר הודעה שתאפשר טיעון ואף שהות לפנות לבית-המשפט בטרם יופעל הצו. שם, בעמ' 540–541.

105 הדיון בזכות הטיעון נגד החלטות מסוג זה נבדל, כמובן, מן המחלוקת הרחבה יותר לגבי חוקיותן של הריסות הבתים מהיבטו של המשפט הבין-לאומי.

106 בית-המשפט סמך את ידיו על הריסה ללא טיעון במקרה של צורך צבאי כבר בתקופת האינתיפאדה הראשונה. ראו בג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד(4) 626 (1990). אולם החלטות מסוג זה נעשו נפוצות יותר בתקופת האינתיפאדה השנייה. ניתן אומנם להצביע על נוהל של מתן זכות טיעון במקרים של הריסה מטעמים בטחוניים בהעדר דחיפות מיוחדת – ראו, לדוגמה, בג"ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(4) 608 (2002) – אולם החלטות על הריסת בתים שהתקבלו במהלך מבצעי הלחימה של הצבא בשטחים התקבלו ובוצעו ללא כל הליך של טיעון. ראו,

פעולות של אטימת בתים, אשר בהיותן הפיכות יכולות להיעשות גם ללא טיעון מוקדם, לבין פעולות הריסה.¹⁰⁷ בעניין געאביץ יישם בית-המשפט את ההבחנה בין מצבים בטחוניים דחופים לבין החלטות אחרות שיש להן טעם בטחוני בהקשר של זכות טיעון נגד החלטות על דחיית בקשות לאיחוד משפחות. בהתאם לכך נפסק כי ככלל יש להעניק זכויות טיעון נגד החלטות כאלה לפני קבלתן.¹⁰⁸

ג. מקרים שבהם נדרשת החלטת-ביניים מהירה – לעיתים הענקתה של זכות טיעון מחייבת היערכות מנהלית. במצבים אלה עשויה להתאפשר קבלתה של החלטה זמנית לפרק-זמן קצר עובר להענקתה של זכות הטיעון. כך, לדוגמה, בהקשר של החלטות מנהליות על פסילת רשיון נהיגה בשל נהיגה לא-זהירה לכאורה, הכיר בית-המשפט באפשרות של פסילה מנהלית ללא שימוע על-מנת לאפשר תגובה אכיפתית מהירה.¹⁰⁹ בהמשך אומץ פתרון זה בחקיקה.¹¹⁰

לדוגמה, בג"ץ 6696/02 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 110, 115 (2002); בג"ץ 4573/04 אלכסיוני נ' מפקד כוחות צה"ל, פס' 2 (פורסם בנבו, 14.5.2004); בג"ץ 4585/04 שקפהת נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (פורסם בנבו, 16.5.2004); בג"ץ 4694/04 אבו עתרה נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (פורסם בנבו, 18.5.2004); בג"ץ 4969/04 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום בצה"ל (פורסם בנבו, 22.7.2004).

107 ראו, לדוגמה, בג"ץ 4772/91 חזראן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מו(2) 150, 153 (1992).

108 עניין געאביץ, לעיל ה"ש 28. השופט רובינשטיין הסביר כי "במקרה הרגיל, בו מדובר בשהים המצויים בתחום ישראל בגדרי משפחתם תקופה ארוכה, יש לקיים את השימוע בטרם ההחלטה". שם, פס' כח לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (ההדגשה במקור). זאת, בכפוף לאפשרות של הכרה בחריגים: "בשעה שיש דחיפות בטחונית או פלילית של ממש בקבלת ההחלטה וביצועה, על פי שיקול דעת של גורם מתאים, אפשר ליתן שימוע מאוחר. אך מקרים אלו יהיו בגדר המיעוט החריג, ויהא על הרשות להיות מסוגלת להסביר באופן משכנע מדוע היתה דחיפות בטחונית כזו, שהצדיקה את החריגה מכלל השימוע המוקדם במקרה הספציפי". שם, פס' כט לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (ההדגשה במקור).

109 בש"פ 6221/94 הילמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 215, 219 (1994) (לדברי השופט זמיר, "אכן, טוב יעשה קצין המשטרה אם ישמע את הנהג לפני שהוא מחליט אם לפסול אותו מהחזיק ברשיון הנהיגה... עם זאת, שאלה היא אם קצין המשטרה חייב לקיים שימוע לפני הפסילה. דומה כי התשובה שלילית. תשובה זאת מתבקשת מתכלית החוק. הפסילה המינהלית לפי סעיף 47 לפקודת התעבורה [נוסח חדש] אמורה להיות, לפי טבעה, מהירה ומרתיעה".

110 ראו ס' 47(ג) לפקודת התעבורה [נוסח חדש], כפי שתוקן על-ידי פקודת התעבורה (תיקון מס' 41), התשנ"ז-1997. סעיף זה כולל הסמכה מפורשת לשוטר הנמצא בשטח לפסול את הרשיון באופן זמני לשלושה ימים, כפוף לזימונו של הנהג להופעה לפני קצין המשטרה שאמור לקבל את ההחלטה הקבועה בנושא. לדיון בחוק בנוסחו החדש ראו רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637 (2000) (במקרה זה התקבלה החלטה על פסילת הרשיון לשישים יום

4. חקיקה המסייגת את כללי הצדק הטבעי

שאלת הגבלתה של זכות הטיעון בחקיקה מחייבת הבחנה שעניינה מועדה של החקיקה המגבילה – לפני חקיקתם של חוקי-היסוד או לאחריה – וזאת לנוכח מעמדה החוקתי של הזכות, כמוסבר לעיל.¹¹¹

באופן מסורתי נמנתה זכות הטיעון עם מגילת הזכויות הפסיקטיות. על-כן תחולתה לא הייתה מותנית בקיומו של הסדר חקיקתי המאמץ אותה, ותחולתה נדחתה רק מכוחה של הוראת חוק סותרת. בהמשך הובהר בפסיקה גם שחקיקה מסייגת כזו צריכה להיות חקיקה ראשית דווקא (כמתחייב מעקרון חוקיות המנהל).¹¹² יתר על כן, בית-המשפט העליון הבהיר לא אחת כי דחייתם של כללי הצדק הטבעי מחייבת הוראה ברורה ומפורשת בחוק.¹¹³ בהתאם לכך, שתיקת החוק באשר לתחולתם של

מבלי לזמן את הנהגת הנוגעת בדבר, תוך הפרה של הוראות החוק. עם זאת, בנסיבות העניין נדחתה טענתה של המבקשת כי ההחלטה בעניינה הייתה בטלה, וזאת על-פי עקרון הבטלות היחסית, שכן במקום לתקוף את ההחלטה, היא בחרה להתעלם ממנה כליל ולהמשיך לנהוג. ראו לעיל פרק ב.

בעבר, בעמ"מ 9/55 פלוני נ' יושב ראש וחברי המועצה המשפטית, פ"ד י 1720 (1956), נפסק, בדעת רוב (נגד דעת המיעוט של השופט זילברג), כי גם חקיקת-משנה יכולה להורות על חריגה מכללי הצדק הטבעי. הלכה זו לא יכלה לעמוד בהתחשב בהלכה הפסוקה שלפיה פגיעה בזכויות-יסוד חייבת להתבסס על חקיקה ראשית מפורשת. ראו, לדוגמה, בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 359 (1983). אכן, בהמשך שינתה הפסיקה את ההלכה המוקדמת שאפשרה לסייג את כללי הצדק הטבעי בחקיקת-משנה. בעניין גירוש פעילי החמאס, לעיל ה"ש 102, שבו נידונה החלטה על גירוש ללא מתן זכות טיעון מכוח חקיקת-משנה של המפקד הצבאי (שאפשרה לבצע גירוש קצר-מועד באופן מיידי גם ללא טיעון), נקבע כי "תחיקת בטחון אינה יכולה להביא לשינוי של נורמות כלליות ומושרשות של המשפט המינהלי, אשר אותן רואה משפטנו כעקרונות של הצדק הטבעי". שם, בעמ' 290. פסק-הדין הוסיף והבהיר כי גירוש ללא הליך של טיעון מוקדם עשוי להיות אפשרי על-פי חריג הצורך (ראו לעיל תת-פרק ג3), אך אינו יכול לקבל את תוקפו מחקיקת-משנה של המפקד הצבאי, שהתיימרה להכשירו גם מחוץ לנסיבות כאלה.

ראו ע"פ 68/66 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(2) 322, 324 (1966) (במקרה זה הגיע בית-המשפט למסקנה כי ועדה שיושב בה היועץ המשפטי לממשלה רשאית לדון בתלונה שהוגשה על-ידי, וזאת למרות הסתייגותו של בית-המשפט ממצב שבו אותו אדם משמש "קטיגור ודיין" כאחד, לאחר שקבע כי "אין... מנוס" מפרשנות זו של החוק שניידון בהקשר זה); עניין סיעת הליכוד, לעיל ה"ש 94, בעמ' 574 (לדברי השופט ברק, "רק הוראה מפורשת וברורה של המחוקק תוכל לשלול את תחולתו של הכלל בדבר ניגוד ענינים, ובמקום שהוראת החוק ניתנת למספר פירושים נעדיף את הפירוש אשר יתן תוקף לכלל בדבר ניגוד אינטרסים"); ע"א 3786/90 ברוך נ' שר הבריאות, פ"ד מו(1) 661 (1992) (במקרה זה קבע בית-המשפט כי החוק שבו הוא דן מאפשר לקובל – או לכל אדם אחר שיש לו ידיעה מוקדמת לגבי המעשים שהליך משמעותי נתון נסב עליהם – לשמש אחד מחברי הוועדה שהדין באותה קובלנה

כללי הצדק הטבעי אינה מספיקה.¹¹⁴ המחלוקות שהתגלעו בפסיקה נגעו על-פי-רוב במצבים שבהם החוק הספציפי כלל הסדרים שעניינם יישום של כללי הצדק הטבעי (על-ידי קביעתו של הליך טיעון או הגדרת איסורים ספציפיים של ניגוד עניינים). השאלה שהתעוררה במצבים אלה הייתה אם ההסדר החקיקתי (אשר נושא לעיתים אופי חלקי) נועד להיות ממצה או רק להוסיף על הדין הכללי. זוהי שאלה פרשנית, ולכן התשובה לה משתנה בהתאם לתכלית החקיקה ולהקשר. בהתחשב בכך שכללי הצדק הטבעי הם ביטוי של זכות-היסוד להליך הוגן (כמפורט בהמשך), יש מקום להעדפה פרשנית של המסקנה כי ההסדר החקיקתי אינו מחליף את הזכות הפסיקתית. אולם ההלכה התייחסה לכך כאל העדפה בלבד, שעשויה להידחות בהתחשב בשיקולים פרשניים אחרים. תחילה נידונה סוגיה זו בהרחבה בפסיקה שעסקה בחקיקה שהסדירה נושאים של משוא-פנים וניגוד עניינים (כלומר, בענף האחר של כללי הצדק הטבעי), כמו בעניין סיעת הליכוד.¹¹⁵ בהמשך יושמה גישה זו,

מתקיים לפניה, ולכן קרא למחוקק להכניס בחוק תיקון; בג"ץ 5009/97 חברת מולטימדיה בע"מ נ' משטרת ישראל, פ"ד (נב) 679 (3) (1998) (במקרה זה נידונה סמכותה של המשטרה להשכיר שירותי שיטור בתשלום לצורך אבטחת אירועים. ה"סדר זה – ס' 36א) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, וכן ס' 102א לחוק המשטרה, התשס"ו-2006, שהחליף אותו – כרוך למעשה בניגוד עניינים מובנה, בשל כך שהמשטרה היא הקובעת את דרישות האבטחה לאירועים לפי חוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968. בנסיבות העניין התקבלה העתירה, בדעת רוב, אך הטעם לכך היה חוסר העקביות בדרישות המשטרה, ולא הבעייתיות הבסיסית של ניגוד העניינים, שאותה הכשיר למעשה ההסדר הסטטוטורי).

114 בג"ץ 290/65 אלתגר נ' ראש עיריית רמת-גן, פ"ד (1) 29, 33 (1966) (לדברי השופט חיים כהן, "חזקה על המחוקק שהוא יודע ידוע היטב על קיומם ועל טיבם של כללי הצדק הטבעי, ועל הקפידה הרבה בה עומד בית-משפט זה על שמירתם. אין לצפות מן המחוקק שכל אימת שמסמיך הוא מאן-דהוא לעשות מעשה שיש בו כדי לפגוע בזכות מזכויות הזולת, יוסיף הוא ויורה בלשון מפורשת שאין להשתמש בסמכות שכזו אלא בהתאם לכללי הצדק הטבעי ומתוך כפיפות להם"); עניין סיעת הליכוד, לעיל ה"ש 94, בעמ' 573 (לדברי השופט ברק, "עקרון מהותי זה, יש והוא מוצא ביטוי בדבר חקיקה זה או אחר, ויש ודבר חקיקה אינו מזכירו. שתיקתו של המחוקק אין בה כדי להצביע על העדרו של הכלל, שכן קיומו אינו מותנה בהוראה חקוקה").

115 עניין סיעת הליכוד, לעיל ה"ש 94. במקרה זה נידונה השאלה אם מהוראת חוק האוסרת את כהונתם של ראש העיר וסגניו בוועדת הביקורת של העירייה משתמע שחברי מועצה אחרים החברים בוועדת ההנהלה של העירייה כשירים לשמש גם בוועדת הביקורת. השופט ברק, שכתב את פסק-הדין העיקרי, קבע כי השאלה אם ההסדר החקיקתי הינו ממצה הינה שאלה פרשנית. השופט ברק הסביר בעניין זה כך: "האם נאמר, כי משנקבע הסדר חקיקתי, יש בו כדי לדחוק את כללי הצדק הטבעי, או שמא נאמר כי בצד ההסדר החקיקתי, ועד כמה שזה לא שונה במפורש, ימשיכו לחול כללי הצדק הטבעי? נראה לי כי התשובה על שאלה זו טמונה בפירושו של החוק אשר יצר את הסמכות והעניק את הכח ואשר קבע לצידם של אלה הסדרים בעניין הצדק הטבעי. יש ופירושו של החוק, יוביל למסקנה הבלתי נמנעת כי ההסדר הקבוע

הגורסת כי החקיקה אינה ממצה את היקף תחולתם של כללי הצדק הטבעי, גם לגבי חקיקה שכללה הסדרים (חלקיים) לגבי זכות הטיעון. גישה מרחיבה זו לתחולתם של כללי הצדק הטבעי היא אכן הראויה, לנוכח החשיבות הרבה של הליך הטיעון והתפיסה הרואה בה זכות-יסוד חשובה. עם זאת, דווקא משום כך נראה שהיה ראוי לנקוט גישה עקרונית מרחיבה אף יותר, ולשלול באופן החלטי את האפשרות שהסדר חלקי בתחום של כללי הצדק הטבעי יפורש כהסדר ממצה. ההתייחסות אל כללי הצדק הטבעי כאל חלק מן המערך של זכויות-היסוד מחייבת מניעת כל פגיעה בהם ללא הוראת חוק מפורשת. מכל מקום, במקרים מאוחרים יותר נתמכה על-פני-רוב הגישה הרואה בהסדרים חקיקתיים בתחום של כללי הצדק הטבעי ביטוי בלתי-ממצה לעיקרון הפסיקתי הרחב,¹¹⁶ ולא תחליף לו.¹¹⁷ עם

בחוק הוא הסדר מלא ושלם, שנועד להחליף את כללי הצדק הטבעי מבית מדרשו של בית משפט זה; ויש ופירושו של החוק יוביל למסקנה כי ההסדר הקבוע בו לא בא לדחוק את רגליהם של כללי הצדק הטבעי, והוראות החוק לא באו אלא להשלים, להדגיש, לחזק, להוסיף, לעתים אף לשנות בתחום צר זה או אחר. פירושו של החוק צריך להעשות על רקע המטרה החקיקתית והמטרייה העניינית. "שם, בעמ' 574–575. השופט ברק העדיף, בנסיבות העניין, את הפרשנות שלפיה ההסדר אינו ממצה. הוא הסביר שהוראת החוק רק נותנת ביטוי לעיקרון הרחב הגורס כי הדמויות הביצועיות המרכזיות בניהול העירייה פסולות, על פניהן, מלשמש בתפקידי ביקורת. לעומת זאת, את ההכרעה בעניין התפקידים המגוונים של שאר חברי המועצה הותיר המחוקק לדין הכללי. בהתאם לכך נפסק שכהונתם של חברי ועדת ההנהלה בוועדת הביקורת היא פסולה (אך לא כהונתם של חברי קואליציה אחרים). שם, בעמ' 580–581. בהמשך הורחב ההסדר החקיקתי והוספו בו חומרות נוספות, דוגמת ההוראה המפורשת שיושב-ראש ועדת הביקורת יהיה חבר האופוזיציה (ס' 149ג) לפקודת העירייה). להסדר החקיקתי העדכני ראו בג"ץ 5743/99 דואק נ' ראש-עיריית קרית ביאליק, פ"ד נד(3) 410 (2000).

116 ראו, לדוגמה, בג"ץ 701/81 מלאך נ' יושב-ראש הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד לו(3) 1, 6–7 (1982) (דחיית הטענה שהאיסורים החקוקים בחוק התכנון והבנייה בכל הנוגע בניגודי עניינים מהווים רשימה סגורה); בג"ץ 595/89 שמעון נ' הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים, פ"ד מד(1) 409, 413–415 (1990) (דחיית הטענה שהאיסורים החקוקים בנושא של ניגוד עניינים של חברי מועצה של רשות מקומית מהווים רשימה סגורה); בג"ץ 1689/90 עאסי נ' בית הדין הרעמי, אזור התיכון, טייבה, פ"ד מה(5) 148 (1991) (במקרה זה נפסק כי ההסדר לגבי משוא-פנים שיפוטי בס' 62 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמאני, שחל על בתי-דין שרעיים, אינו ממצה).

117 כך, לדוגמה, נפסק כי חברים בגוף מנהלי אינם רשאים להשתתף בדיוניו בנסיבות של ניגוד עניינים גם כאשר אין בחקיקה הספציפית איסור מפורש השולל הזאת. ראו בג"ץ 3480/91 ברגמן נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, פ"ד מז(3) 716 (1993). פסק-דין זה נסב על יישומו של האיסור על ניגוד עניינים ביחס לפעילותם של חברים בוועדת תכנון. הדיון התייחס לפרשנותה של הוראה הקובעת כי חברי ועדה אינם יכולים להצביע על תוכניות שהיוזמה להן הייתה של הרשות שאותה הם מייצגים. בפסק-הדין נידונו הוראות-המעבר לגבי מועד תחולתו של הסדר זה (הוראות שהתייחסו לאי-תחולתו על תוכניות שכבר הופקדו). השופט ברק פירש

זאת, בית-המשפט עשוי להגיע גם למסקנה אחרת, מאחר שכל מקרה נבחן לגופו בהתאם לתכלית החקיקתית.¹¹⁸ לעיתים ראה בית-המשפט בהסדר חקיקתי מפורט של זכות הטיעון טעם מספיק לאי-הכרה בזכויות טיעון שאינן נופלות בגדרו, גם בתקופה שלאחר חקיקת חוקי-היסוד בנושא זכויות האדם. בית-המשפט נטה לגישה זו במיוחד בכל הנוגע בזכויות טיעון בהליך הפלילי – הן של נאשמים והן של קורבנות עברה.¹¹⁹

את הוראות-המעבר באופן שהחיל אותן גם על תוכניות שכבר הופקדו (לגבי הטיפול העיתרי בהן). נוסף על כך הוא חיווה את דעתו כי איסור ההצבעה שולל גם את השתתפותם של החברים בחלק הסגור של דיוני הוועדה – הן משום שההצבעה היא השלב הסופי של הדיונים והן מכוחו של העיקרון הכללי של איסור על ניגוד עניינים, אשר תחולתו לא נסתרה במפורש על-ידי החוק. השופט אור, שהצטרף אליו בדעת הרוב, סבר כי הוראות-המעבר אינן חלות על תוכניות שכבר הופקדו, אך הגיע לאותה תוצאה על יסוד תחולתו העקרונית של האיסור הפסיקטי בנוגע לניגוד עניינים. רק השופט כך, בדעת מיעוט, סבר כי הוראות-המעבר של החוק חייבות להתפרש כדוחות את העיקרון הכללי של איסור ניגוד עניינים באשר לדיון בתוכניות שכבר הופקדו (אם כי ציין כי היה נוטה קרוב לוודאי למסקנה שונה אילו דובר בניגוד עניינים במישור האישי). ראו גם בג"ץ 5734/98 עזריאל נ' ועדת המשנה של מועצת מקרקעי ישראל, פ"ד נג(2) 8 (1999). במקרה זה נידונה שאלת השתתפותם של חברים במועצת מקרקעי ישראל שהם חברי קיבוצים ומושבים בדיונים הנוגעים בשינוי ייעודן של קרקעות חקלאיות, לנוכח העובדה שס' 4א(3) לחוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, כנוסחו באותה עת, התיר לכאורה מינויים של חברים שהם בעלי עניין במדיניות הקרקעית, כל עוד מספרם אינו עולה על שליש מחברי המועצה. בהמשך לפסיקה בעניין ברגמן, לעיל, הסביר הנשיא ברק, בהסכמתם של השופטים אנגלרד ואילן, כי "אין מקום לראות את ההסדר שנקבע בחוק המתקן כהסדר הממצה בהכרח את כל ההיבטים הנוגעים להסדר ניגוד עניינים וכשולל את תחולתה הרחבה של ההלכה הפסוקה. אכן, סביב ההסדר הסטטוטורי בעניין ניגוד עניינים אין נוצרת מעטפת של 'הסדר שלילי' באשר לעניינים שלא הוסדרו בחקיקה. סביב חקיקה המסדירה סוגיה של ניגוד עניינים ממשיכים לחול הדינים ההילכתיים בדבר ניגוד עניינים, אלא אם תחולתם נשללת במפורש". עניין עזריאל, לעיל, בעמ' 19–20.

118 כך, לדוגמה, בע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57 (1981), דחו שופטי הרוב שמגר ובן-עתו את הטענה כי יש להכיר בזכות הטיעון של אביו של עופר נגד מתן אישור לאם להפיל את העובר. השופט אלון, לעומתם, סבר בדעת מיעוט כי ההסדר בנושא זה בס' 316 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, אשר מקנה במפורש לאם זכות טיעון מול הוועדה אך אינו מתייחס למעמדו של האב, אינו צריך להתפרש כגורע מכללי הצדק הטבעי.

119 פסיקתו העקבית של בית-המשפט העליון גרסה אי-הכרה בזכות טיעון נגד החלטה על הגשת כתב אישום. ראו לעיל ה"ש 54. בית-המשפט חזר ואימץ אותה גישה כאשר שלל הכרה בזכויות הטיעון של קורבנות עברה ובני משפחותיהם. ס' 63 לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי "על החלטה שלא לחקור או שלא להעמיד לדין תימסר למתלונן הודעה בכתב בציון טעם ההחלטה", ואינו מוסיף הכרה בזכות הטיעון של המתלונן במקרה זה. ס' 17 לחוק זכויות נפגעי עברה מקנה זכות טיעון בנסיבות מצומצמות יותר – רק בהתייחס להחלטה על הסדר-טיעון – כדלקמן: "נפגע עבירת מין או אלימות חמורה שקיבל הודעה... על האפשרות שהתביעה תגיע להסדר טיעון עם הנאשם... זכאי שתינתן לו הזדמנות להביע את עמדתו לפני

בעקבות חקיקתם של חוקי-היסוד, כל הגבלה שחלה על היקף פרישתם של כללי הצדק הטבעי מכוח חקיקה חדשה חייבת לעמוד גם בדרישותיה של פסקת ההגבלה של חוקי-היסוד.¹²⁰ בכל הנוגע בחקיקה הקודמת למועד חקיקתו של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו חל העיקרון של שמירת הדינים, אך גם חקיקה כזו תהיה חייבת להתפרש בהתאם לרוחם של חוקי-היסוד.¹²¹

התובע, לפני קבלת החלטה בעניין. בעניין קצב, לעיל ה"ש 38, שבו נידונו כמה עתירות נגד הסדר-הטיעון שהושג עם הנשיא-לשעבר קצב, הועלתה, בין היתר, טענה נגד אי-שמייעת המתלוננות שעניינן לא נכלל בכתב האישום. טענה זו נדחתה מאחר שחוק סדר הדין הפלילי אינו מקנה זכות טיעון למתלוננים, ואילו ההסדר החדש שנוסף בחוק זכויות נפגעי עברה חל רק על מתלוננים שעניינם נכלל בהסדר-הטיעון. השופט לוי הסביר בעניין זה כי "זכות הטיעון 'הטבעית' משתרעת עד למקום בו חחר המחוקק להגבילה". שם, פ"ס 28 לפסק-דינו של השופט לוי. בהמשך דבריו הוא הוסיף והסביר באופן ממוקד יותר כי "חוק סדר הדין הפלילי מגלה דעתו כי את השגותיו על סגירת התיק יוכל מתלונן להביא בפניה של הרשות רק פעם אחת – בערר על החלטה שנתקבלה. יש להניח שלו הוכרה גם הזכות לעשות כן מבעוד מועד, היה הדבר מטיל על גורמי התביעה עול שקשה לשאת בו". שם. בית-המשפט אימץ גישה דומה גם לעניין ס' 20 לחוק זכויות נפגעי עברה, המכיר בזכות הטיעון של נפגעי עברות (או של בני משפחותיהם) בנושאים של חנינה או הקלה בעונש (זכות המוקנית מלכתחילה רק לאלה שביקשו, לפי ס' 10 לחוק, להיות מיודעים "על מהלך מאסרו של הנידון, או על מהלך שהייתו של הנאשם או הנידון במשמורת חוקית אחרת בעקבות העבירה"). כך, בבג"ץ 9631/07 כ"ץ נ' נשיא המדינה (פורסם בנבו, 14.4.2008), נדחתה טענת קרוביו של דני כ"ץ ז"ל בדבר פגיעה בזכות הטיעון שלהם בהליך שהתקיים בוועדת השחרורים שדנה בבקשות להקלה בעונש של רוצחיו. בית-המשפט שב ואימץ גם כאן את הגישה שלפיה ההסדר שבחוק ממצה את אופן יישומה של זכות הטיעון על-ידי הקורבנות ובני משפחותיהם. שם, פ"ס 24 לפסק-דינו של השופט פוגלמן. בהתאם לכך נקבע כי אין חובה לאפשר טיעון למי שלא פנה מראש וביקש לקבל מידע על-אודות הנידון. לגופו של עניין הוסיף בית-המשפט והסביר כי פרשנות זו הולמת את האילוצים המעשיים המלווים את הטיפול במקרים מסוג זה (בהתחשב בקושי הקיים בדרך-כלל לאתר את הקורבנות מקץ שנים). שם, פ"ס 25 לפסק-דינו של השופט פוגלמן. גישה זו עשויה להיות מיושמת גם בהקשרים נוספים שבהם ההסדר החקיקתי נועד לתת מענה למכלול רחב של בעיות מעשיות שיישומה של זכות הטיעון יכול לעורר. כך, לדוגמה, ס' 100 לחוק התכנון והבנייה מקנה זכות טיעון למי שעשוי להיפגע מתוכנית בשלב שלאחר הפקדתה. יש מקום לטענה כי מטעמים מעשיים אין מקום לאפשר טיעון בשלב שקודם לכך.

120 הדברים אמורים גם בהגבלות חלקיות של זכות הטיעון, לרבות הגבלות שעניינן קביעת תנאים פרוצדורליים למימוש הזכות (כגון ס' 103 א לחוק התכנון והבנייה, הקובע כי הגשת התנגדות לתוכנית מחייבת הגשת תצהיר, וס' 106 ד) לחוק, המסמיך מוסדות תכנון לפסוק הוצאות נגד מגישי התנגדויות על יסוד קביעה כי ההתנגדות הוגשה לא בתום לב והייתה טורדנית וקנטרנית).

121 בהתאם להלכה שנקבעה בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995).

פרק ד: אופן מימושה של זכות הטיעון

מאחר שזכות הטיעון נועדה לאפשר לנפגע להציג את עניינו לפני הרשות המחליטה, אופן מימושה חייב להבטיח שהפרט הנוגע בדבר אכן יוכל להשפיע (באופן פוטנציאלי) על הרשות המחליטה. ברוח זו מקובל להתייחס לשלוש דרישות שחייבות להתקיים בהליך של טיעון: יש להביא לידיעתו של הפרט את מהות האשמה או הטענה שהרשות אמורה להחליט בהן; על הטיעון להיעשות ברגיל לפני ההחלטה, ולא לאחריה; ומתכונת הטיעון חייבת להיות הוגנת.

1. הצגה של מהות האשמה או הטענה לפרט הנוגע בדבר

באופן עקרוני, טיעון אפקטיבי מחייב ידיעה של הטענות שהרשות אמורה להחליט בהן. לדוגמה, החלטה על שלילתו של רשיון עסק בשל רעש לסביבה תחייב היערכות שונה מבחינתו של בעל העסק מאשר החלטה דומה בשל תנאי תברואה ירודים. על-כן, בעניין אבו רומי¹²² נפסלה ההחלטה לא להעניק לעותר רישיון לעיסוק ברפואה על-סמך תקופת התמחותו, משום שלא הובאו לידיעתו הטענות שעליהן התבססה ההערכה שכושרו המקצועי אינו מספיק.¹²³ כפי שהסביר השופט ברק: "זכות זו אין משמעותה אך הליך פורמלי של הזמנה ושמיעה. זכות השמיעה משמעותה הזכות לשמיעה הוגנת... זכות זו משמעותה מתן הזדמנות נאותה להגיב על מידע שנתקבל, והעשוי להשפיע על ההחלטה בעניינו של העותר".¹²⁴ בדומה לכך, בעניין טל,¹²⁵ ביקר השופט מלצר את זימונו של המבקש לטיעון במטרה "לברר כושר נהיגתך", מבלי לציין לפניו במפורש כי נשקלת פסילה של רשיון הנהיגה שלו כפועל יוצא מהגשת כתב אישום נגדו כמה חודשים קודם לכן.¹²⁶ החובה העקרונית להביא לידיעתו של הפרט הנוגע בדבר את עיקרי הטענות נגדו היא ברורה. עם זאת, היא עלולה לעורר קשיים כאשר הרשות נדרשת לחשוף לפרט את החומר הגולמי שעליו הטענות מבוססות. לכאורה, הדרך היעילה ביותר להציג לפני הפרט את מהות האשמה או הטענה היא להעביר לעיונו את המידע שבידי הרשות במלואו. אלה אכן חייבים

122 בג"ץ 656/80 אבו רומי נ' שר הבריאות, פ"ד לה (3) 185 (1981).
 123 באופן ספציפי יותר, בית-המשפט הורה להחזיר את ההחלטה בעניין לוועדה בהרכב שונה. כלומר, עצם פסילתה של ההחלטה שהתקבלה לא העניקה לעותר זכות שעמדתו תתקבל גם לגופו של עניין.
 124 שם, בעמ' 189.
 125 בר"מ 6432/09 טל נ' משרד התחבורה – אגף הרישוי (פורסם בנבו, 31.8.2009).
 126 שם, פס' 10.

להיות פני הדברים במקרה הרגיל.¹²⁷ עם זאת, גילוי כזה של מידע עלול לעורר קשיים כאשר קיים אינטרס ציבורי חשוב השוקל כנגד גילוי המידע. אכן, המחלוקת שהתגלעה לגבי גילוי מידע לאדם הנוגע בדבר נסבו ברובן על דרישות לעיין במסמכים ועל היקפו של העיון בהם, ולא על מצבים של הימנעות מוחלטת מכל גילוי של סוג הטענות שעלו נגד הפרט. השאלה המתעוררת היא אפוא כפולה: ראשית, האם גילוי הטענות לפרט חייב להיעשות במתכונת של גילוי מלא (תוך הכרה בזכות לעיין במסמכים שבידי הרשות, לפחות לצורך הליך הטיעון)?¹²⁸ שנית, בהנחה שזכות כזו קיימת במקרה הרגיל, כיצד ראוי לאזן בינה לבין אינטרסים ציבוריים השוקלים כנגד הגילוי? באופן כללי ניתן לומר כי התפתחותה של הפסיקה עומדת בסימן של הכרה בזכות לעיין במסמכים שבידי הרשות לצורך מימושה של זכות הטיעון,¹²⁹ תוך הכרה בכך שזכות זו אינה מוחלטת, כמו כל זכות אחרת, ולכן מימושה נדחה לעיתים מפני אינטרסים חשובים אחרים.

ככלל, נקודת המוצא העדכנית של הפסיקה גורסת הכרה בזכויות עיון בחומר שבידי הרשות לצורך מימושה של זכות הטיעון. פסיקתו המוקדמת של בית-המשפט דחתה על-פי-רוב דרישות לעיון במסמכים, וקבעה כי ניתן בדרך-כלל להסתפק בגילוי של עיקרי הדברים למי שטוען לפני הרשות.¹³⁰ אולם בהמשך עברה גישה זו תהליך של שינוי.¹³¹ השאלה

127 ראו, לדוגמה, עניין מלאך, לעיל ה"ש 116, בעמ' 13 (לדברי השופט שלמה לוי, "הדיון חייב להיות פומבי. אין כל מידע סודי, הראיות והטענות צריך שיהיו גלויות ומובאות לידיעת כל הנוגעים בדבר").

128 זאת, בנפרד מן השאלה הרחבה יותר בדבר הזכות לעיין בחומר שבידי הרשות לא לצורך הטיעון.

129 לשם השוואה ראוי להזכיר כאן את זכות העיון בראיות התביעה לפי ס' 74 לחוק סדר הדין הפלילי.

130 לפסיקה המוקדמת ראו, לדוגמה, עניין המועצה הישראלית לצרכנות, לעיל ה"ש 71 (במקרה זה נדחתה, בדעת רוב, עתירה לעיון במסמכים שהוצגו לוועדת חקירה לצורך השתתפות בדיוניה. פסק-הדין הבחין בין מי שהחקירה נוגעת בו באופן אישי לבין צדדים מעוניינים אחרים); בג"ץ 243/81 חברת יקי יושע בע"מ נ' המועצה לבקורת סרטים ומחזות, פ"ד לה(3) 421, 424 (1981) (במקרה זה נדחתה עתירה לעיון בפרוטוקולים של המועצה לביקורת סרטים, אף שהדרישה הוצגה על-ידי הצד הנוגע בדבר. הנשיא לנדוי הסביר כי חובתה של הרשות מתמצית בכך שתגלה את "עיקרי הדברים, שישמשו נושא לדיון", ובהמשך תגלה את נימוקי החלטתה); עניין בן יצחק, לעיל ה"ש 39, בעמ' 517 (במקרה זה נפסק כי ועדת החקירה שמונתה לבחון את תפקודו של ראש המועצה המקומית יכלה להסתפק בהתייחסות לטענות נגד העותר בתחום של יחסי-אנוש, ולא לפרוש לפניו באופן מפורט את המידע שבידיה). עמדה זו יושמה גם לגבי הדוגמה הרווחת של בקשות עיון בחומרים הנוגעים במועמד למשרה או לתפקיד. ראו בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, פ"ד כה(1) 325, 332 (1971) (לדברי השופט חיים כהן, "אין הרשות חייבת לגלות לפני מי שמבקש להתמנות למשרה פלונית או לזכות במכרז פלוני, את חומר הידיעות שהיא אספה עליו"); עניין מחמוד,

הגיעה לכלל דיון בכמה פרשות ציבוריות ששימשו נושא להליכי בדיקה או ביקורת, בהתייחס לזכותם של הנוגעים בדבר לטעון נגד גורמי הביקורת. התקדים החשוב הראשון שבו הוכרה זכות עיון לצורך טיעון נקבע בעניין טרנר,¹³² שעסק בעתירה נגד הליך הבירור שקיימה מבקרת-המדינה באשר לטענות של פגיעה בטוהר המידות שהועלו ברקעה של מחלוקת בין מפכ"ל המשטרה לבין השר הממונה עליו. הטענה המשפטית שהועלתה בשמו של המפכ"ל לשעבר, אשר המבקרת ייחסה לו אי-אמירת אמת, הייתה שחלה חובה לאפשר לו לעיין בכל המסמכים הנוגעים בהליך הבדיקה בעניינו – לא רק במידע שעליו היה חייב להגיב משום שסתר את גרסתו, אלא גם במידע שבו היה יכול להסתייע לצורך חיזוק טענותיו. בית-המשפט העליון קיבל את העתירה בפסק-דין עקרוני שאימץ טענה זו, ובכך ביסס לכאורה הכרה בזכות עיון רחבה. אולם חשוב לשים לב כי פסק-הדין אינו יכול לשמש בסיס מספיק להכרה בזכות עיון מלאה בכל מקרה שבו הפרט נדרש לטעון לפני הרשות. דעת הרוב, מפי השופט גולדברג, הדגישה את ייחודו של ההליך המנהלי שנידון בנסיבות המקרה: אופיו המעין-שיפוטי (הכרעה של מבקרת-המדינה בנושא של טוהר מידות ואמיתותן של גרסות שמסרו נושאי-משרה), אופייה הסופי של ההחלטה הצפויה והשפעתה של ההחלטה על כבוד האדם של הנוגעים בדבר (בשל הפגיעה האפשרית בשמם הטוב).¹³³ לכן

לעיל ה"ש 61, בעמ' 775 (לדברי השופט ברק, "למיותר לציין, כי ייתכנו מקרים בהם המידע הנוסף ביחס למועמד הוא מידע סודי, או מידע אשר לגביו מחליטה הוועדה כדין שלא לגלותו בפני המועמד"). כפי שיוסבר להלן, פסק-דין אלה אינם משקפים עוד במדויק את הדין בנושא זה.

131 בעניין טל, לעיל ה"ש 125, אף הוסיף השופט מלצר וביקר את הרשות על כך שבהליך שבו נפסל רשיון הנהיגה של המבקש, בעקבות הגשת כתב אישום נגדו, "נציגת המשיב הקריאה למבקש את כתב האישום (מבלי למסור למבקש אפילו עותק הימנו – לעיונו). "שם, פס' 10.

132 עניין טרנר, לעיל ה"ש 11.

133 פסק-דינו של השופט גולדברג, שכתב את דעת הרוב (בהסכמתם של השופטים מצא, חשין ודורנר), הבחין באופן ברור בין הליכי ביקורת שונים שמבקרת-המדינה מקיים – בין ביקורת שגרתית שעוסקת בשאלות של חוקיות, ניהול תקין ויעילות, שלגביה ניתן להעדיף שיקולים של יעילות בכל הנוגע בהיקפה של זכות העיון, לבין ביקורת שעניינה טוהר המידות, אשר משפיעה על כבוד האדם של הנוגע בדבר, במיוחד כאשר ההחלטה נושאת אופי סופי. שם, בעמ' 791. לעומת זאת, הנשיא (בדימוס) שמגר סבר, בדעת המיעוט, כי על-פי נוסח החוק, הכנתה של חוות-דעת על-ידי מבקרת-המדינה אינה כרוכה בכל ההחמרות הנהוגות בהליך שיפוטי. לדבריו, "חוות הדעת אינה תחליף לחקירה משפטית והיא אינה באה במקום הליך שיפוטי. בהכינו את חוות הדעת פועל המבקש על-פי אותם אמות מידה ואופני פעולה ראויים, המשמשים אותו בעת הכנת דו"ח ביקורת כסדרו. תהליך הכנת דו"ח ביקורת אינו הליך לפני בית-משפט ואף אינו הליך שיפוטי, ואף אינו יכול להיות כזה". שם, בעמ' 782. הנמקה זו מעוררת קושי מאחר שהיא מבססת את שלילתה של זכות פסיקתית על נוסח סטטוטורי שאינו חד-משמעי או מפורש. השוו לעיל לדיון בתת-פרק 4.

פסק-הדין לא היה יכול להיחשב, בעומדו לבדו, תקדים מחייב בעל אופי כללי. עם זאת, ההלכה שנקבעה בעניין טרנר פרצה בפועל את הדרך להתגבשותה של עמדה שיפוטית עקרונית רחבה יותר שלפיה במקרה הרגיל, בהעדר טעמי-נגד טובים, יש לאפשר לפרט הנוגע בדבר גם לעיין במסמכים שבידי הרשות על-מנת לאפשר מימוש אפקטיבי של זכות הטיעון.

עמדה זו מקבלת כיום משנה חיזוק לנוכח חוק חופש המידע, אשר מכיר בזכויות עיון במידע שבידי הרשות באופן כללי, ובהקשר זה קובע כי בשקילת הסיכוי לבקשות עיון יש להתחשב בשאלה מהו האינטרס הפרטי שבשמו הוגשה הבקשה.¹³⁴ כך, בעניין אלוני,¹³⁵ שבו נידונה דרישתה של חברה במועצת העירייה לעיין בדוח של מבקרת-הפנים של העירייה, שהתייחס גם לפעולותיה, ציינה השופטת פרוקצ'יה כי "מזכות הטיעון הנתונה לאדם להעלות טענותיו בפני רשות מינהלית העומדת להחליט בעניינו נגזרת באופן סביר הזכות לעיין במסמכים המשמשים את הרשות לצורך החלטתה".¹³⁶ השופטת פרוקצ'יה הביאה כתימוכין לגישה עקרונית זו הן את הפסיקה בעניין טרנר והן את התפיסה המונחת ביסודו של חוק חופש המידע. עם זאת, היא הוסיפה וקבעה כי זכות זו כפופה לחריגים, בהתייחס למסמכים שקיים אינטרס בחסיונם ובהתייחס להתייעצויות פנימיות ברשות (שיקולים שהוכרו כחריגים לזכות העיון גם בחוק חופש המידע).¹³⁷

בהמשך לכך, בעניין ד.ג.ד.¹³⁸ הוכרה זכות העיון במסמכים שבידי רשות לצורך הליכי השגה על שומה,¹³⁹ ובעניין פריד¹⁴⁰ היא הוכרה כאשר הייתה דרושה לצורך טיעון נגד

134 ס' 10 לחוק חופש המידע.

135 עניין אלוני, לעיל ה"ש 40.

136 שם, בעמ' 600.

137 לדברי השופטת פרוקצ'יה: "כאשר מדובר בחשש לשמו הטוב של אדם עקב פעולת הביקורת, זכות העיון של המבוקר מחייבת ככלל העברה אליו של כל החומר הרלוונטי לצורך הביקורת, אלא אם קיימים טעמים בעלי חשיבות מיוחדת הנעוצים בצורכי תפקידה של מערכת הביקורת המצדיקים להימנע מכך... רק סיבות מיוחדות שהן חיוניות להליך הביקורת עשויות להצדיק סיווג וסיווגו של החומר המועבר כאמור. בכלל סיווג זה עשויים להיכלל חסיונות על מקורות מידע ושמות מתלוננים וכן תרשומות פנימיות המתעדות מהלכים פנימיים המתרחשים בתוך גופי הביקורת בין האנשים העוסקים במלאכה." עניין אלוני, לעיל ה"ש 40, בעמ' 602.

138 רע"א 291/99 ד.ג.ד. אספקת אבן ירושלים נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד נח(4) 221 (2004).

139 שומה לפי מיטב שפיטה חייב למסור לנישום את חומר החקירה בעניינו. כעבר נענתה שאלה זו בשלילה – ראו ע"א 428/82 אל-דין נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד מא(3) 339 (1987) – אולם הפעם החליט בית-המשפט העליון לסטות מפסיקה מוקדמת זו. פסק-הדין של הנשיא ברק, שזכה בהסכמתם של השופטים ריבלין ופרוקצ'יה, הוסבר כי במקרה מסוג זה זכות העיון נובעת מזכות הטיעון, ונקבע כי "זכותו של הפרט לדעת את הבסיס לאותה החלטה. רק ידיעה כזו תבטיח, שהשגתו על החלטת הרשות תהא עניינית וממוקדת. רק השגה שנעשית מתוך

החלטה לסגור תיק חקירה מחוסר ראיות (על-מנת להביא לידי המרתה בסגירת התיק מחוסר אשמה).¹⁴¹ על-דרך ההשוואה, ניתן לציין כי גם מחוץ לתחום המנהלי הטהור הכיר בית-המשפט העליון בזכות לעיין במסמכים לצורך טיעון אפקטיבי, וזאת בהקשר של פיתורים והעברה מתפקיד.¹⁴² לעומת זאת, כאשר השימוע אינו מושתת על הכרה בזכות טיעון, כמו במקרה של שימוע לפני הגשת כתב אישום, זכות העיון היא חלקית בלבד.¹⁴³

- מידע מלא תהיה השגה אפקטיבית, הממצה את זכותו של המשיג לטעון את טענותיו ולתקוף באופן ישיר את המידע ששימש נגדו". שם, בעמ' 232. פסק-הדין דחה את ההתנגדות המסורתית למסירת מידע, שהתבססה על הטענה כי הנישום ישתמש בו כדי "לתפור" גרסה, והבהיר כי יהיה אפשר להימנע ממסירתו של פרט מסוים רק על בסיס ענייני ומנומק (לדוגמה, כאשר הדבר יוביל לחשיפה של מקור מידע). ראו גם רע"א 4483/02 מובילי מים (1994) דבוריה בע"מ נ' מנהל מע"מ טבריה, פ"ד ס(2) 162, 170 (2005).
- 140 בג"ץ 10271/02 פריד נ' משטרת ישראל – מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 30.7.2006).
- 141 בנסיבות העניין ביקש העותר לעיין בחומר החקירה הן כדי לבקש את שינוי עילת הסגירה של התיק והן כדי לעשות שימוש בחומר לצורך הליכים משפטיים. השופט עדיאל קשר גם במקרה זה בין זכות העיון לבין זכות הטיעון, וקבע כי העניין לטעון נגד העילה לסגירת התיק מצדיק את העיון ומכריע את הכף נגד השיקולים שהוצגו כנגדו. בנסיבות אלה לא נדרשה הכרעה בשאלה אם היה מקום לאפשר עיון בתיק לצורך ניהול הליכים משפטיים אחרים. זכות הטיעון בנושא העילה לסגירת תיק מעוגנת כיום בס' 62(ב) לחוק סדר הדין הפלילי, הקובע כי "על החלטה שלא להעמיד לדין תימסר לחשוד הודעה בכתב שבה תצוין עילת סגירת התיק והחשוד יהיה רשאי לפנות לתובע שסגר את התיק בבקשה מנומקת לשנות את עילת הסגירה; תיק שנסגר בשל חוסר אשמה, יימחק רישומו מרישומי המשטרה".
- 142 בג"ץ 844/06 אוניברסיטת חיפה נ' עוז (פורסם בנבו, 14.5.2008). במקרה זה נסבה המחלוקת על דרישתם של עובדים שהועברו מתפקידם לעיין בתלונות שהוגשו נגדם ובעדויות שניתנו בעניינם לפני ועדת בדיקה פנימית. מעבידתם, אוניברסיטת חיפה, התנגדה לדרישה על-מנת להגן על המתלוננים ועל העדים, מה-גם שהוועדה התחייבה כלפי מוסרי העדויות לסודיות מלאה של שמותיהם ושל פרטי העדויות. השופטת חיות, בהסכמתן של הנשיאה ביניש והשופטת נאור, דחתה את עמדתה של האוניברסיטה, שביקשה מבית-המשפט להכיר בחסיון הפרוטוקולים והמידע של ועדת הבדיקה. היא הצביעה על כך שמלבד המקרה המיוחד של ועדות בדיקה שעניינן מוסדר בס' 21 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, עדויות וחומרים הנאספים על-ידי גורמים בודקים אינם חסויים (אלא רק עשויים להיות בלתי-קבילים בהליך משפטי). גם פסק-דין זה מבהיר כי בהתחשב במשקלם של האינטרסים המונחים על כף המאזניים – השלכותיהם של ממצאי הבדיקה על פרנסתם, על שמם הטוב ועל עתידם המקצועי של הנוגעים בדבר – יש לאפשר להם להגן על עניינם על יסוד עיון מלא בחומרים. בנסיבות העניין הושמטו רק שמותיהם של העדים המתלוננים – השמטה שעליה החליט בית-הדין לעבודה, ואשר לא נידונה בעתירה.
- 143 ראו בג"ץ 2678/07 קצב נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 10 (פורסם בנבו, 23.4.2007); בג"ץ 4388/08 שמואל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.6.2008).

בכמה הזדמנויות לא נענה בית-המשפט לדרישה לעיין במסמכים שהיו בידי הרשות כאשר זו הודיעה כי הם לא יישמשו בסיס להחלטה.¹⁴⁴ בית-המשפט אימץ כלל זה כאשר דחה את דרישתו של האלוף גונן (גורודיש) לעיין בכל חומר הראיות שהיה בידיה של ועדת אגרנט,¹⁴⁵ והוא עשה בו שימוש גם במקרים נוספים.¹⁴⁶ עם זאת, ספק אם ניתן לומר שכלל זה מייצג באופן מלא את ההלכה. כפי שהוסבר בעניין טרנר, לעיתים יש תועלת בעיון מלא בחומר המצוי בידי של הגורם המחליט על-מנת לעשות בו שימוש לחיזוק עמדתו של הטוען (ולא רק על-מנת להתגונן מפניו). שיקול זה מתחזק בכל הנוגע בהחלטות בעלות אופי מורכב. ניתן להוסיף כי לעיתים גם חומר שלא שימש לכאורה בסיס להחלטה עלול להשפיע על הלך-הרוח של הרשות המחליטה. בהתאם לכך, ובהתאם לפסיקה בעניין טרנר,

144 לשם השוואה ניתן לציין כי גם בהליך פלילי ממש אין לנאשם זכות לעיין בחומר שאינו "רלוונטי להגנה". ראו בש"פ 1372/96 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 177 (1996).

145 בג"ץ 469/74 גונן נ' ועדת החקירה – מלחמת יום הכיפורים, פ"ד כט(1) 635 (1974). במקרה זה נדחתה הדרישה לעיון מלא בהתחשב בעמדתה של הוועדה כי "רק אמרי פיו של העותר עלולים לבסס מסקנה לרעתו, ואין טעם שאנו נחייב את הוועדה לומר לעותר, מה שממילא גלוי לו וידוע". שם, בעמ' 640–641. בנסיבות העניין הושפעה פסיקה זו מן ההיקף של עבודת הוועדה וממשך הזמן של פעולתה. שם, בעמ' 641. אומנם, ס' 15 לחוק ועדות חקירה, התשכ"ט–1968, קובע כי מי ש"עלול להיפגע מן החקירה או מתוצאותיה" זכאי לקבל הודעה על כך ולעיין ב"חומר הראיות הנוגע לאותה פגיעה". אולם הוועדה ובית-המשפט פירשו סעיף זה בצמצום. לביקורת על פרשנות זו ראו רות גביון "על פירושו הנכון של סעיף 15 לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט–1968, ועל התערבותו של בית-המשפט הגבוה לצדק" משפטים 548 (1976). בהמשך לכך תוקן ס' 15 והוסף בו ס"ק (ד), המאפשר לוועדת חקירה לא לקיים הליך של אזהרה כאמור רק כאשר היא נמנעת מקביעת ממצאים ומסקנות לגבי ומהמלצות לגבי בדיח שהיא מגישה. ראו עוד אביגדור קלגסבלד "צמצום זכות הטיעון בפני ועדת-חקירה" משפט וממשל ד 751 (1998).

146 ראו בג"ץ 221/77 לנגר נ' הוועדה לאישור סניגורים בבתי-הדין הצבאיים, פ"ד לב(1) 182 (1977) (במקרה זה נידונה עתירה נגד ביטול האישור שניתן לעותרת לשמש סנגורית בבתי-דין צבאיים. הוועדה שהחליטה בנושא אפשרה לעותרת לטעון לפנייה, אך לא התירה לה לעיין במסמכים צבאיים שהוגשו לה לצורך הדיון. בית-המשפט דחה את העתירה, ובכלל זה גם את הטענות שהועלו נגד הסירוב לאפשר עיון במסמכים. בפסק-הדין של השופט חיים כהן, שעזמו הסכימו השופטים אשר ולוין, נקבע כי חזקה על הוועדה שלא התחשבה במסמך אנונימי שהוגש לה ואשר העותרת לא קיבלה רשות לעיין בו. שם, בעמ' 185. אולם השאלה המתעוררת היא אם אכן ניתן להניח כי רשויות אינן מושפעות מחומרים "לא-רלוונטיים"; על"ע 1421/04 דר נ' לשכת עורכי הדין בישראל, פ"ד נח(6) 457 (2004) (במקרה זה החליטה לשכת עורכי-הדין לפסול את התמחותו של המערער בשל כך שהוסיף לעבוד כרופא בהיקף שעות ניכר במהלך תקופת ההתמחות. הבדיקה בעניין זה החלה בעקבות מכתבי תלונה ללשכה, אשר לא ניתנה למערער האפשרות לעיין בהם. בית-המשפט הצדיק עמדה זו בהתחשב בכך שלמכתבים עצמם לא היה משקל בהחלטה שהתקבלה, אלא הם שימשו אך בסיס לביקורי-פתע ולהליך בירור, אשר הובילו באופן עצמאי להחלטה. שם, בעמ' 462).

דומה שכיום קיימת זכות לעיין בכל החומר שנמסר לרשות לצורך ההליך, ולא רק בחומר שהרשות החליטה לבסס עליו את מסקנותיה. גישה זו גם עולה בקנה אחד עם ההלכה הפסוקה בסוגיה של זכות עיון במסמכים שבידי הרשות, אשר הכירה לכל-הפחות בזכות העיון של "צד נוגע בדבר"¹⁴⁷ (כלומר, די בקיומה של נגיעה להצדיק עיון, בלי קשר לשאלה אם החומר שימש בסיס להחלטת הרשות), וכן עם ההכרה בזכויות עיון בנושאים בעלי אופי ציבורי.¹⁴⁸

עם זאת, זכות העיון הנגזרת מזכות הטיעון אינה זכות מוחלטת, ויש לאזן בינה לבין אינטרסים ציבוריים התומכים בחסיון המידע:

א. טעמים של בטחון המדינה – טעמים אלה מאפשרים בדרך-כלל מניעת עיון (מלא או חלקי) במסמכים הנוגעים בהחלטות מנהליות, כגון החלטות על מעצרים מנהליים, על הענקת רשיונות ישיבה בישראל, על פסילה לתפקידים המחייבים סיווג בטחוני גבוה או על איסור יציאה מגבולות המדינה.¹⁴⁹ עם זאת, גם במקרים אלה חלה חובה למסור לפרט הנוגע בדבר פירוט מסוים של הטעמים לסירוב. בעניין געאביץ, שבו נידונה זכות הטיעון נגד החלטה על סירוב לבקשה לאיחוד משפחות, נדחתה טענת המדינה שבנסיבות אלה אין טעם

147 עניין שפירא, לעיל ה"ש 130.

148 ראו, לדוגמה, בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353, 365 (1990). מאז נחקק חוק חופש המידע התרחב היקפן של זכויות העיון אף יותר.

149 כיום, חוק שירות הבטחון הכללי, התשס"ב-2002, כולל הליך המאפשר השגה על החלטה הפוסלת אדם לתפקיד בשל אי-התאמה בטחונית (בס' 15 לחוק). הליך זה נועד לסייע בהתמודדות עם החלטה כזו על-ידי טיעון נגדה, אך אינו פותר את הבעיה הבסיסית של אי-יכולת לבסס את הטיעון על עיון מלא במידע ששימש בסיס להחלטה. ראו, לדוגמה, בג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 541 (1953) (לדברי השופט לנדוי, "לפנינו אזרחית שחופש תנועתה הוגבל על ידי החלטה בלשון סתמית, וכאשר היא פונה לבית משפט זה בבקשת סעד טוענים נגדה, שוב בלשון סתמית, שהסירוב בא 'מטעמים בטחוניים', בלי לגלות לה ולבית המשפט מה טיבם של טעמים בטחוניים אלה. כך נשללת מהמבקשת למעשה האפשרות לברר את ענינה בפני בית המשפט, כי את טענות הצד שכנגד אפשר לסתור רק כשהן ידועות; עם ספינקס אי אפשר להתווכח"); בג"ץ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(6) 695, 707 (2002) (לדברי השופט טירקל, "נחה דעתי, כי משניתנה לעותר הזדמנות ראויה להעלות לפני שר הפנים את השגותיו על כך שקיים חשש שיציאתו מן הארץ תנוצל למטרת מפגש עם גורמים עוינים, והמשיב השיב על ההשגות, מוצתה זכות הטיעון והשימוע של העותר, אף-על-פי שהשימוע התקיים בכתב ואף-על-פי שהתקיים אחרי מתן הצו. המשיב יצא אפוא ידי חובתו"); בג"ץ 2527/03 אסעיד נ' שר הפנים, פ"ד נח(1) 139, 143 (2003) (לדברי השופט ביניש, "העובדה שלא נפרסו בפני העותר פרטי המידע שבידי המשיב, מכבידה ללא ספק על יכולתו להפריך את המידע או להגיב עליו, אולם בעניין זה גובר האינטרס הביטחוני").

בטיעון, משום שממילא הטעמים לסירוב הם סודיים.¹⁵⁰ פסק-הדין הנחה כי במצבים אלה על המדינה להכין סיכום כללי של עיקרי הטענות ששימשו בסיס להחלטה.¹⁵¹

ב. מידע הנוגע באיסוף מודיעין על-ידי גורמי אכיפת החוק – גם מידע כזה עשוי להצדיק מניעת עיון מלא במסמכים שבידי הרשויות. בהתייחס להיקף הגילוי של מידע המשמש בסיס להחלטה על הפחתת עונש מאסר של אסירים אף נקבע הסדר סטטוטורי מיוחד.¹⁵² לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, חלה חובה לגלות לנאשמים את כלל חומר החקירה. חובה זו קמה רק בשלב שלאחר הגשת כתב אישום,¹⁵³ ואינה חלה בשלב הטיעון

150 עניין געאביץ, לעיל ה"ש 28. לדברי השופט רובינשטיין, "קביעה מקדימה מצד הרשות בשאלה האם יש לאדם מה לטעון כל עיקר, שומטת את הקרקע מתחת לעקרונות השימוע". שם, פס' כב לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

151 שם, פס' לא לפסק-דינו של השופט רובינשטיין. בשולי פסק-הדין הוסיפו השופטים והתייחסו לסוגיה זו גם בפרספקטיבה השוואתית, בהתייחס להסדרים חקיקתיים במדינות אחרות שנועדו לאזן בין מתן הזדמנות לטיעון אפקטיבי לבין הסודיות הנדרשת בעניינים בטחוניים, דוגמת ההכרה באפשרות של מינוי "פרקליט מיוחד" (special advocate) לצורך עיון בחומר הסודי. פרקליט זה אינו עורך-דינו של האדם הנוגע בדבר, אך הוא מעיין בעבורו בחומר הסודי וטוען טענות בשמו מבלי לחשוף לפניו את המידע.

152 לפי ס' 17 לחוק שחרור על תנאי ממאסר, התשס"א–2001, בא-כוח של היועץ המשפטי לממשלה יכול להציג לוועדה "מידע שגילוי לאסיר ולבא כוחו עלול, לדעתו, לפגוע בביטחון המדינה או בענין ציבורי חשוב אחר", והוועדה רשאית לקבל אותו ולדון בו אם "מצאה... כי הענין שיש באי גילוי של מידע חסוי שהוצג לפניו... עדיף מהצורך לגלותו לשם עשיית צדק". ליישומו של הסדר זה ראו, לדוגמה, רע"ב 2546/06 גית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 1.8.2006); רע"ב 9677/06 עווידה נ' ועדת השחרורים שליד בית הסוהר השרון, פס' 10 לפסק-דינה של השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 12.2.2007).

153 ברגיל, לפי ס' 74 לחוק סדר הדין הפלילי, זכות העיון בחומר החקירה מוגבלת לשלב שלאחר הגשת כתב אישום, כדי לא לסכל את החקירה בשלב קודם. ברע"פ 11364/03 פלוני נ' משטרת ישראל, פ"ד נח(5) 583 (2004), נידון מקרה מיוחד של בקשה לעיין בחומר החקירה גם לפני הגשת כתב אישום, על-מנת לטעון נגד בקשה של המשטרה להורות לבנק להציג למשטרה מסמכים מחשבונו של המבקש. הבקשה נדחתה על-ידי כל השופטים, אך הנשיא ברק העיר בפסק-דינו (והשופט ג'ובראן הצטרף להערותיו) כי אין לשלול באופן עקרוני את האפשרות שבמקרים מסוימים יהיה אפשר לעיין בחומר החקירה גם לפני הגשת כתב אישום. לדברי הנשיא ברק, "מבחינה עקרונית, בקשה של צד מעוניין – לרבות חשוד – לעיין בחומר חקירה שבתיק משטרה צריכה להיבחן לפי נסיבות העניין... השיקול המרכזי שעשוי להצדיק שלילה של זכות עיון הוא החשש כי העיון עלול להפריע להשלמת החקירה. בנוסף יש להביא בחשבון אינטרסים ציבוריים ופרטיים שונים, למשל יש לתת משקל לזכויות החשוד, לזכות לפרטיות של המעורבים בחקירה, לאינטרס הציבורי בהתנהלות תקינה של החקירה ולאינטרסים הכרוכים ביחסי החוץ של המדינה". שם, בעמ' 593. בנסיבות המקרה סבר הנשיא ברק כי קיים חשש לשיבוש החקירה, ולכן הצטרף לדחיית הבקשה.

לפני הגשת כתב אישום, המתקיים לפי סעיף 60א לחוק זה.¹⁵⁴ בכל הנוגע בדיון בבקשות של אסירים לחופשה נפסק כי הם רשאים להניח שההחלטות בבקשותיהם הקודמות משמשות בסיס לדיון בבקשות חדשות, ולכן אין הכרח לגלות להם באופן ספציפי את הטענות שבהן תדון הוועדה המחליטה בעניין.¹⁵⁵

ג. מידע שנמסר לרשות לצורך החלטה בעניין קבלה לעבודה, קידום בעבודה או פיטורים – מידע זה נחשב באופן מסורתי לחסוי, כדי להגן על יכולתן של הרשויות לקבל חוות-דעת אמינות.¹⁵⁶ אולם לנוכח הנפקויות חמורות של חיסיון זה מבחינת יכולתו של הפרט הנוגע בדבר להשיג על ההחלטות, הוא נמצא בסימן צמצום. פסקי-דין חדשים מאפשרים לשמור על חיסיון חלקי בלבד של המסמכים (בעיקר על סודיות שמותיהם של נותני חוות-הדעת, להבדיל מתוכן של חוות-הדעת).¹⁵⁷ בצד הביקורת על החיסיון, חשוב

154 על הטיעון המתקיים לפני הגשת כתב אישום לפי ס' 60א לחוק סדר הדין הפלילי חלים הכללים הרגילים של הטיעון בהליך המנהלי, המחייבים גילוי שמאפשר טיעון יעיל. ניתן להוסיף כי לעיתים הליך פלילי נסב על נושאים דוגמת רישוי עסקים, שבהם עשוי להיות גם טיפול מנהלי. לכאורה, במקרים מסוג זה אפשר לבקש עיון במסמכים לצורך הליך מנהלי של טיעון, וכך לעקוף את ההגבלות של סדר הדין הפלילי בתחום זה.

155 עניין מועד, לעיל ה"ש 36, פס' 6 (לדברי השופטת פרוקצ'יה, "לפני שנעשתה הערכה מעמיקה של החומר המקצועי, יקשה ליתן פירוט טענות כלפי האסיר שעליהן הוא יתבקש להגיב. דרישה כזו אינה מעשית, ואינה מתיישבת עם דרכי תפקודה והתנהלותה של הוועדה... מעבר לכך, הוועדה מתכנסת מידי מספר חודשים לדון בעניינו של האסיר. מאחר שעל פי הנוהל האסיר מקבל דיווח על החלטות הוועדה בחלקן הגלוי, הרי אם הוחלט שלא להתיר את יציאתו לחופשה הוא יודע אל נכון מהם הנימוקים עליהם נשענת ההחלטה, ועל פי נתונים אלה הוא יכול לכוון את טענותיו והשגותיו באשר לדיון הצפוי בעתיד באותו נושא").

156 הפסיקה המסורתית הייתה נחרצת מאוד בעניין זה. ראו, לדוגמה, עניין שפירא, לעיל ה"ש 130, בעמ' 332 (לדברי השופט חיים כהן, "אין הרשות חייבת לגלות לפני מי שמבקש להתמנות למשרה פלונית או לזכות במכרז פלוני, את חומר הידיעות שהיא אספה עליו"); עניין מחמוד, לעיל ה"ש 61, בעמ' 775 (לדברי השופט ברק, "למיותר לציין, כי ייתכנו מקרים בהם המידע הנוסף ביחס למועמד הוא מידע סודי, או מידע אשר לגביו מחליטה הוועדה כדין שלא לגלותו בפני המועמד"). ראו גם עניין בן יצחק, לעיל ה"ש 39 (במקרה זה התקבלה החלטה על העברתו של העותר מתפקידו, בין היתר על-סמך חוות-דעת שהתייחסו לקשיים שלו בתחום של יחסי-אנוש. העותר טען כי זכות הטיעון שלו נפגעה מאחר שלא נמסר לו מידע בנושא זה, אך בית-המשפט דחה את הטענה והסתפק בכך שהעותר נשאל באופן ספציפי על הטענות שהועלו בנושא של יחסי-אנוש. פסק-הדין לא עסק במישרין בזכות העיון, אלא התמקד בכך שהוועדה לא הייתה חייבת לקיים "דיון משפטי מלא", להבדיל מגוף שיפוטי. שם, בעמ' 517).

157 החלטות שמעוררות דילמה זו במלוא עוצמתה נוגעות בקידום אקדמי על-סמך חוות-דעת. בהקשר זה מקובל לסבור כי חיסיון של חוות-הדעת הוא ערובה לשיפוט אקדמי איכותי. אולם אופיו הגורף של החיסיון חושף את הנוגעים בדבר לסכנה של פגיעה ללא כל אפשרות יעילה להתגונן. ההתלבטות בסוגיה זו השפיעה על פסיקתו של בית-הדין לעבודה, שפיתח גישה מצמצמת יותר לגבי תחולתו של החיסיון. גישה זו התבססה על כמה שיקולים, ביניהם

לזכור כי אי-אפשר לבטלו לחלוטין, על-מנת לא לפגוע קשות ביכולתן של הרשויות לאסוף מידע אמין לצורך החלטותיהן.¹⁵⁸

חשוב להוסיף כי זכות הטיעון כוללת בחובה לא רק את הזכות להציג טענות לרשות (במתכונת של שמיעה "ראשונית"), אלא גם את הזכות לחזור ולטעון באותו עניין לשם הזמתן של האשמה חדשה או טענה חדשה שהוצגו לרשות לאחר שהושלם הטיעון הראשוני (שמיעה "משנית"). חובתה של הרשות לקיים שמיעה משנית היא למעשה הכרה בזכות התגובה של הפרט שטען לפני הרשות.¹⁵⁹ בעבר ניטשה בפסיקה מחלוקת באשר להיקף זכותו של משתתף במכרז להגיב על מידע שלילי שהתקבל בעניינו, מחשש לסרבול ההליך.¹⁶⁰ אולם, בסופו של דבר, ההלכה שנקבעה בעניין זה הכירה בזכות. כך, לדוגמה, בעניין מחמוד¹⁶¹ נקבע כי היה צריך לאפשר לעותר לחזור ולהופיע לפני ועדת המכרזים על-

החשיבות הנודעת למניעת זיהוים של נותני חוות-הדעת והשלב שבו מוגשת הבקשה (תוך הבחנה בין הפנייה הראשונית למוסד, שיכולה להיענות במסירת עיקרי הדברים בלבד, לבין פנייה מאוחרת יותר, במסגרת התדיינות, על יסוד טענות ספציפיות בדבר פגמים בהליך). ראו ע"ע (ארצי) 1185/04 אוניברסיטת בר-אילן – קיסר, פד"ע מ' 875 (2005). גישה דומה אומצה בסופו של דבר גם בפסיקתו של בית-המשפט העליון, אם כי זה נתן בסופו של דבר משקל רב יותר לאינטרסים התומכים בחיסיון. ראו בג"ץ 7793/05 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 31.1.2011). בית-המשפט העליון קבע כי בשלב הראשון על המוסד להשכלה גבוהה לאפשר עיון בעיקרי הדברים שנידונו בעניינו של המועמד לקידום (בהתחשב בצורך ליצור כללים אחידים ובהירים לעניין היקף הגילוי), וכי דרישה לעיון בפרוטוקולים של הדיון עצמו יהיה אפשר להעלות רק בשלב שבו קיימת התדיינות משפטית, וזו תידון על-ידי בית-המשפט.

158 כך, לדוגמה, בג"ץ 2454/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 17.4.2008) (שבו נדחתה העתירה נגד הענקתו של פרס ישראל לפרופ' זאב שטרנהל), התייחסה השופטת ארבל בהבנה לפרקטיקה של סודיות הדיונים של ועדות השופטים הממליצות לפני שר החינוך בנושא של הענקת פרס ישראל. בדברים שנאמרו אגב אורחא ציינה השופטת ארבל כי "הסודיות האופפת את פעילותה מביטחה את פעילותה המקצועית כשהיא משוחררת מלחצים ומהשפעות שאין להם דבר עם שיקולים מקצועיים". שם, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת ארבל. עם זאת, ראוי להוסיף כי השופטת ארבל ביססה דבריה גם על כך ש"ועדת השופטים אינה גוף מנהלי ככל הגופים המנהליים. אין היא עוסקת בהענקתה או בשלילתה של זכות". שם.

159 על-דרך ההשוואה ראוי לציין כי גם בהליך של התייעצות, על הרשות המתייעצת לחזור ולפנות לגוף המייעץ לשם קבלת התייחסותו להיבטים נוספים שהתעוררו לאחר ההתייעצות הראשונית. זוהי חובת התייעצות המשנית. ראו, לדוגמה, בג"ץ 3073/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נד(3) 529 (2000).

160 ראו עניין י.ש.י.-פ.א.ב., לעיל ה"ש 62.

161 עניין מחמוד, לעיל ה"ש 61.

מנת להגיב על מידע שנמסר לה לאחר שהושלם הטיעון המקורי.¹⁶² הזכות להגיב או להשלים טיעון, בהתייחס למידע חדש או להצעת החלטה חדשה, מקבלת ביטוי גם בחקיקה. בתחום דיני המכרזים ניתן לה ביטוי בתקנות שונות המכירות בזכויותיהם של משתתפים במכרז.¹⁶³ דוגמה נוספת ניתן להביא מדיני התכנון והבנייה. לפי סעיף 106(ב) לחוק התכנון והבנייה, כאשר קבלת התנגדות גורמת לשינוי התוכנית המוצעת, יש לקיים הליך נוסף של טיעון בהתייחס לשינוי זה. סעיף 106(ב) עצמו מתייחס לכאורה רק למי שלא הגיש התנגדות נגד התוכנית המקורית.¹⁶⁴ אולם בהמשך אימץ בית-המשפט העליון גישה פרשנית רחבה יותר, המכירה בזכות ההתנגדות המשנית גם של אדם שהגיש התנגדות בשלב הראשון.¹⁶⁵

162 בנסיבות העניין, ההמלצה השלילית על העותר התבססה על מידע שנמסר לוועדה, מבלי שהעותר ידע על-אודותיו והגיב עליו. השופט ברק קבע בדעת הרוב, בהסכמתו של השופט בכור, כי "ההגיונות והיושר מחייבים כי, משהופיע פלוני לפני גוף הממליץ בענינו וזה האחרון מבקש לבסס את החלטתו על מידע הקשור לאותו פלוני, תינתן לפלוני ההזדמנות להגיב על המידע ולהציג את עמדתו ביחס אליו". שם, בעמ' 775. השופט ברק הוסיף והבהיר כי הזכות להגיב קיימת גם כאשר המידע מתייחס להערכות, ולא רק לעובדות, לנוכח הקושי להבחין בין שתי קבוצות אלה. השופט ויתקון, בדעת המיעוט, סבר כי אין חובה לאפשר למשתתף במכרז להגיב על מידע בדבר ניסיון שלילי עימו. כאמור, עמדתו העקרונית של ויתקון בנושא נדחתה בסופו של דבר. לחזרה על ההלכה המתייחסת לחובה לתת זכות טיעון משנית (שעניינה זכות תגובה) ראו עוד עניין בן יצחק, לעיל ה"ש 39, בעמ' 517 (בנסיבות העניין נקבע כי קוימו בעניינו של העותר הן זכות השמיעה הראשונית והן זכות השמיעה המשנית, בכך שניתן לו להגיב על הטענות נגדו לעניין יכולתו לקיים יחסי-אנוש טובים); עניין בוני בנין ופתוח בפתח-תקוה, לעיל ה"ש 62, בעמ' 74 (לדברי השופט ברק, "אכן, למשתתף במכרז נתונה זכות טיעון", וזכות זו מתמצית בהגשת ההצעה ובמתן הסברים לה – אם הסברים אלה מתבקשים כדין במסגרת הליכי המכרז (זכות טיעון ראשונית). זאת ועוד: היה וועדת המכרזים תחליט לפסול את הצעתו של אדם מטעמים הנוגעים לגוף בעל ההצעה או ההצעה – למשל, משום שיש נסיון רע עם בעל ההצעה או שההצעה היא מטעה או לוקה בחוסר הבנה – הרי שחובה עליה לאפשר לו לטעון לעניין זה (זכות טיעון משנית)").

163 ראו, לדוגמה, תק' 22(ה) לתקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987; תק' 21(ב) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993.

164 על-פי נוסחו של ס' 106 לחוק התכנון והבנייה, "היתה קבלת ההתנגדות עלולה, לדעת מוסד התכנון, לפגוע באדם שאף הוא רשאי להגיש התנגדות לתכנית, לא יכריע המוסד בהתנגדות לפני שיתן לאותו אדם הזדמנות להשמיע טענותיו". בהתאם לכך, לפי ההלכה המסורתית, סעיף זה חל רק על מי שלא הגיש התנגדות קודם לכן. ראו בג"ץ 524/75 "הריאל" אגודה הדדית לשיכון בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז ירושלים, פ"ד (1) 737, 742 (1976); בג"ץ 3236/93 מרכז על שם ורה סלומנס נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז המרכז (פורסם בנבו, 24.1.1994); בג"ץ 10242/03 מילובלובסקי נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פ"ד נח(6) 673, 677-678 (2004).

165 ראו בג"ץ 702/05 בצרה כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פס' 12 (פורסם בנבו, 3.6.2007); בג"ץ 811/04 אריאלי נ' הוועדה לנושאים תכנוניים

2. מועד הטיעון ושמיעה מאוחרת

ככלל, הרשות חייבת להעניק לפרט הזדמנות לטעון לפניו עובר לקבלת ההחלטה בעניינו. עמדה זו מתחייבת הן מן התפיסה התועלתנית של כללי הצדק הטבעי, שרואה בזכות הטיעון ערוץ להבאת מידע רלוונטי הדרוש לגיבוש ההחלטה, והן מן התפיסה הרואה בזכות הטיעון אמצעי שנועד להעצים את הפרט ולחזק את האמון שהוא נותן ברשות.¹⁶⁶ על-כן, באופן עקרוני, חזר בית-המשפט העליון וקבע כי נוהל של טיעון לפני הרשות חייב לאפשר טיעון לפני ההחלטה.¹⁶⁷ ניתן להוסיף כי אף ההחלטה זמנית של הרשות המתקבלת מבלי לתת זכות טיעון עלולות להיות תוצאות פוגעניות מבחינת הפרט הנוגע בדבר – לדוגמה, בהקשר של החלטה לשלול זכאות לגמלה של אדם ללא מקורות הכנסה אחרים.¹⁶⁸ על רקע זה יש להוסיף ולשאל מה הדין במצב שבו הרשות נתנה לפרט הזדמנות לטעון רק לאחר קבלת ההחלטה (במתכונת של החלטה זמנית דחופה או בשל התנהלות בלתי-תקינה). האם ניתן להכיר בדיעבד גם בשמיעה מאוחרת או שמא החלטה שהתקבלה מבלי לשמוע תחילה את הפרט היא פסולה תמיד? הדין בשאלה זו קשור במידה רבה לסוגיה של תוצאות הפגם המנהלי.¹⁶⁹ אולם ראוי להתייחס אליו גם בעת התוויית הכללים עצמם, משום ששמיעה מאוחרת נחשבת לעיתים למימוש ראוי של זכות הטיעון, בנסיבות שבהן נודעת חשיבות מיוחדת להחלטה ראשונית מהירה.

העמדה העקרונית של בית-המשפט בסוגיית השמיעה המאוחרת היא שיש להתייחס אליה בחשד ושעל הרשות מוטל הנטל להראות שהיפוך הסדר הרגיל לא גרם עוול. ככלל,

עקרונים, המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פס' 10 לפסק-דינו של השופט ד' חשין (פורסם בנבו, 14.6.2007).

166 החובה לקיים את הטיעון לפני שהרשות מקבלת החלטה עולה גם מהסדרים בחקיקה, דוגמת ס' 60א לחוק סדר הדין הפלילי, המתייחס במפורש להליך של טיעון עובר להחלטה על הגשת כתב אישום.

167 בעניין געאביץ, לעיל ה"ש 28, נדחתה עמדת המדינה שביקשה להעניק זכות טיעון בנושא של איחוד משפחות בשלב שלאחר קבלת ההחלטה על דחיית הבקשה. כפי שהסביר השופט רובינשטיין, "קיימים הבדלים של ממש בין שימוע מוקדם לשימוע מאוחר, הן במישור ההגנה על הפרט והן במישור היעילות המינהלית". שם, פס' כו לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

168 כדוגמה לכך ניתן להביא החלטה (זמנית) על שלילתה של קצבת הבטחת הכנסה. ראו בג"ץ 1512/04 חנוכה נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 16.2.2004). העתירה שהוגשה במקרה זה נסבה על שלילתה של קצבת הבטחת הכנסה מאימהות חד-הוריות (בשל הפרה של תנאי הזכאות לגמלה – שימוש ברכב או קיום מערכת זוגית) ללא שימוע מוקדם, אף שהחלטות אלה פוגעות במקורות הכנסה הראשוניים של הנוגעות בדבר. העתירה הובילה לגיבושו של הסדר מוסכם בדבר עריכת ניסוי בארבעה סניפים של הביטוח הלאומי שעל-פיו יתקבלו החלטות אלה רק לאחר שתינתן לנוגעות בדבר אפשרות להביא את השגותיהן נגדן. ראו להלן פרק ה.

אין לראות בה מימוש ראוי של זכות הטיעון כאשר ברור מן הנסיבות שהיא אינה יכולה להשפיע עוד על שיוני החלטה שהתקבלה (באופן שקושר בין מטרתה של זכות הטיעון לבין האיסור על משוא-פנים במובן של דעה מוקדמת שאינה ניתנת לערעור). ההלכה המסורתית בתחום זה נקבעה בעניין סרטי נח.¹⁷⁰ בנסיבות העניין נפסלה החלטה של המועצה לביקורת סרטים לפסול סרט להקרנה, שהתקבלה מבלי לאפשר למפיץ שלו בארץ לטעון לפנייה, מכיוון שבית-המשפט התרשם כי שמיעה מאוחרת לא תוכל עוד להועיל. פסק-הדין התחשב בעובדה שהייתה זו החלטה השנייה של המועצה באותו עניין, ובהערכה שהמועצה לא תוכל כנראה לחזור ולשנות שוב את החלטה לנוכח הוויכוח הציבורי שהנושא עורר.¹⁷¹

170 בג"ץ 549/75 חברת סרטי נח בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטי קולנוע, פ"ד ל(1) 757 (1976).
 171 כפי שהסביר השופט ויתקון: "נסיבות המקרה שלפנינו היו כאלה ששמיעת האזרח לאחר ההחלטה, כמעט אפשר לומר עליה שהיא חסרת משמעות. ראשית, הרשות המינהלית, בעלת הסמכות, אינה מורכבת משופטים או אנשי מינהל מקצועיים אלא (ברובה) מהדיטות, אנשי ציבור למיניהם, שלא תמיד מסוגלים הם להשתחרר מדעתם הקודמת ולשקול את העניין כאילו נתברר הוא לפנייהם לראשונה. שנית, לא בפעם השנייה עמדה המועצה להחליט אלא כבר בשלישית... כלום לא היה צריך להיות חשש בלב חברי המועצה שיגיעו לידי גיחוך, אם שוב תשתנה החלטתם? ושלישית, הנושא אינו ניתן להכרעה רציונלית. כאן אין מקום לומר שמשיוודעו למועצה עובדות ונתונים, שקודם לא ידעה, עליה לשנות את החלטה הקודמת כדבר שבשיגרה. כאן עיקר ההכרעה פועל-יוצא של התרשמויות ותגובות שמקורן בתחום הרגש." שם, בעמ' 761. גם הנשיא אגרנט הסביר כי יכול להיות טעם בקיומו של דיון מאוחר רק אם "אין לומר עליו מראש שהוא נטול ערך וחסר תועלת", כך שהאזרח "לא יהיה במצב פחות טוב מזה שהיה נתון בו אלמלא חלה ההפרה הנ"ל בגין קבלת ההחלטה הקודמת". שם, בעמ' 767. התוצאה במקרה זה היא מרחיקת-לכת לכאורה, משום שאם הרשות מנועה מלחזור ולדון בעניין, ההחלטה מתקבלת למעשה על-ידי בית-המשפט. יש לציין כי לעיתים ניתן להתמודד עם משוא-הפנים הנובע מן ההחלטה הקודמת על-ידי החזרת ההחלטה לגוף שיושבים בו בפועל עובדי ציבור אחרים. חלופה זו לא הייתה אפשרית בגוף כמו המועצה לביקורת סרטים, שמורכב מנציגי ציבור. להשלמת התמונה ניתן לומר כי בנסיבות העניין תאמה התוצאה הסופית את החלטה של המועצה עצמה בסיבוב קודם. ראוי להוסיף כי החלטה על ביטול רישיון, כמו זו שנידונה בעניין סרטי נח, שם, מעוררת קשיים גם מן ההיבט של ההסתמכות על הרישיון. בשולי הדברים ניתן להוסיף כי השופט ויתקון נתן במקרה זה משקל מיוחד להרכבה של המועצה, כגוף מנהלי המורכב מנציגי ציבור, לצורך הצדקת ההתערבות במתכונת חריפה יחסית. עמדתו זו תורמת לחידוד השאלה בדבר היחס בין מתכונת ההתערבות השיפוטית לבין הרכבו של הגוף המנהלי, שכן בהקשרים אחרים שימש הרכבה הייצוגי של הרשות המנהלית טעם להצדקת עמדה המצמצמת את ההתערבות בהחלטותיה (השוו לפסק-דינו של השופט חשין בדעת המיעוט שלו בבג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 698–701 (1997)).

חרף הגישה העקרונית השוללת כלפי שמיעה מאוחרת, נטה בית-המשפט, הלכה למעשה, להכשיר שמיעה במתכונת זו כדיעבד. במילים אחרות, קיים מתח בין הכלל הבסיסי לבין יישומו המעשי. פער זה התגלה תחילה בפסקי-דין שניתנו בנושאים בטחוניים רגישים. הן בעניין קוואסמה¹⁷² והן בעניין גירוש פעילי החמאס¹⁷³ השלים בית-המשפט בפועל עם הענקתה של זכות טיעון למועמדים לגירוש בשלב שלאחר הוצאת צו הגירוש, ולמעשה – לאחר שכבר הועתקו ממקום מושבם (בעניין קוואסמה התקיים השימוע לאחר הגירוש על הגבול עם ירדן, ואילו בעניין גירוש פעילי החמאס הורה בית-המשפט על קיום שימוע לאחר העברתם של המיועדים לגירוש לשטח לבנון).¹⁷⁴ בהמשך לכך הגדיר בית-המשפט את העקרונות החלים על הסוגיה של שמיעה מאוחרת באופן מקל יותר גם מחוץ להקשר הבטחוני. בעניין באקי¹⁷⁵ קבע השופט זמיר כי השמיעה המאוחרת שהתקיימה לא הייתה תקינה, ולכן ההחלטה שקיבלה הרשות פסולה, אך הוסיף כי הרשות אינה מנועה מלחזור ולקבל החלטה באותו עניין לאחר שתשמע את הנוגע בדבר.¹⁷⁶ לכאורה, פסיקה זו אינה נותנת משקל רב דיו לחשש שההליך של שמיעה מאוחרת יתקיים לפני רשות אשר נגועה במשוא-פנים בשל מחויבותה להחלטתה המקורית. השופט זמיר ציין אומנם כי במקרים שבהם יהיה חשש למשוא-פנים כזה לא יאפשר בית-המשפט לרשות להחליט בנושא, אך הוא צמצם את היקף השתרעותו של חשש כזה רק למקרים קיצוניים.¹⁷⁷ לגישתו של השופט

172 עניין קוואסמה, לעיל ה"ש 99.

173 עניין גירוש פעילי החמאס, לעיל ה"ש 102.

174 הסוגיה של מועד הטיעון בהקשרים בטחוניים התעוררה בעקיפין גם בבג"ץ 4950/90 פרנס נ' שר הביטחון, פ"ד מז(3) 36 (1993). במקרה זה פוונה העתירה נגד הנוהל של עריכת חיפושים אצל אנשים הנכנסים לארץ על-פי רשימה שמכין השב"כ. בהתייחס לחובה לאפשר טיעון נגד הכללתו של אדם ברשימה, ציין השופט ברק כי "יש לאפשר לכל מי שכלול ברשימה לתקוף את ההחלטה על הכללתו בה", והוסיף כי "ברוח זו נוהגים גם המשיבים". שם, בעמ' 43. לאמיתו של דבר, מפסק-הדין עולה כי לא נמסרה הודעה לאנשים על-אודות הכללתם ברשימה, ועל-כן הטיעון נידון למעשה להיות טיעון מאוחר (לאחר ביצועו של החיפוש הראשון אצל האדם). אכן, השופט ברק הותיר בצריך עיון את השאלה אם הכללתו של אדם ברשימה חייבת להיות כפופה לביקורת שיפוטית, כמו הוצאת צו חיפוש. שם, בעמ' 43–44.

175 בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291 (1994). במקרה זה הוחלט, ללא שימוע מוקדם, לבטל את מינויו של העותר כחבר בוועדה המקומית לתכנון ולבנייה.

שם, בעמ' 307.

177 השופט זמיר הן בתוצאות של אי-קיום שמיעה במועד בהתייחס לשלוש חלופות: "ונסיבות מיוחדות", שבהן שלילת השימוע גוררת את פסלות ההחלטה מבלי שהרשות יכולה לתקנה; "המקרים הרגילים", שבהם "חובת השימוע המוקדם גורמת לביטול ההחלטה שהתקבלה, אך אינה מונעת קבלת החלטה חדשה לאחר שימוע"; ונסיבות מיוחדות נוספות, שבהן מניעת השימוע "לא גרמה עוול" ולכן בית-המשפט לא יפסול את ההחלטה. שם, בעמ' 305. למעשה, פסק-הדין מבטא גישה מקילה יותר בהשוואה לעניין סרטי נח, לעיל ה"ש 170, בכך שהוא

זמיר בעניין באקי, המקרה שנידון בעניין סרטי נח הוא החריג, ולא הכלל. במבט רחב יותר חשוב להוסיף כי פסק-הדין מבטא את הגישה הגמישה יותר לגבי תוצאותיו של הפגם המנהלי – גישת הבטלות היחסית – המאפשרת לבית-המשפט להימנע מפסילת החלטות בנסיבות שבהן הוא סבור כי הפגם המנהלי לא גרם עוול לעותר.¹⁷⁸ אומנם, מאחר ששמיעה מאוחרת נחשבת בלתי-תקינה, הוסיף בית-המשפט וקבע כי רשות שנהגה בדרך זו לא תינה, במישור הראייתי, מחזקת התקינות.¹⁷⁹ אולם מבחינה מעשית, סנקציה ראייתית זו לא התגלתה לעת עתה כבעלת נפקות של ממש, לנוכח נטייתו של בית-המשפט לבדוק את החלטתה של הרשות שחטאה בשמיעה מאוחרת לגופו של עניין ולהכריע בהתאם לכך.¹⁸⁰

3. מתכונת הטיעון

אופן מימושה של זכות הטיעון (בעל-פה או בכתב, באמצעות הצגת גרסה או על בסיס של שאלות ותשובות, וכולי) משתנה ממקרה למקרה. העיקרון החולש על נושא זה, כמו על הדיון בזכות הטיעון בכללותו, הוא שההזדמנות לטעון חייבת להיות הוגנת, בהתחשב במכלול נסיבות העניין. בהתאם לכך, כפי שנקבע עוד בעניין ברמן, "היקף החובה וצורת ההזדמנות תלויים יהיו, כמובן, במסיבות הקונקרטיות של העניין הנדון".¹⁸¹ בעניין גונן,¹⁸² לדוגמה, נבחנה השאלה אם יש לאפשר למי שהעיד בוועדת חקירה לעיין בפרוטוקולים של

מציג את הנסיבות שנידונו בתקדים זה כמקרה קיצוני (שאינו משקף את הכלל). פסק-הדין בעניין באקי, לעיל ה"ש 175, מבטא ביטחון של בית-המשפט ביכולתו לאבחן מצבים שבהם החזרת העניין לרשות לצורך החלטה חדשה תהיה נגועה במשוא-פנים, אך ניתן להטיל ספק בכך. לזכותו של פסק-הדין ניתן לומר שהוא מנסה לתת ביטוי לגישה מעשית, ולא מחמירה מדי, אולם גישה זו עלולה ליצור הרעת-חסר בכל הנוגע בקיום כללי הצדק הטבעי על-ידי הרשויות.

178 ראו, למשל, ע"ע 3493/08 שחמוך נ' רשות הרישוי המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו, פס' 17 (פורסם בנבו, 13.12.2010) (לדברי השופט ג'ובראן, "במקרה דנן נראה כי מניעת השימוע המוקדם לא גרמה כל עוול"). ראו עוד להלן פרק ה.

179 ראו עניין סרטי נח, לעיל ה"ש 170, בעמ' 765 (לדברי השופט שמגר, "בו בזמן ששמיעתו של הנוגע בדבר לפני ההכרעה יוצרת הנחה לכאורה של הליכים תקינים, בהם קדם ריכוז הנתונים ושיקול-הדעת, לגיבושה של ההחלטה הסופית, הרי כאשר מדובר על שמיעה לאחר מעשה אין הנחה כאמור ויהיה זה בדרך-כלל מחובתה של הרשות להוסיף ולשכנע כי למרות היפוך סדרי השמיעה וההחלטה, אכן תוקן המעוות לאחר מעשה"). בעניין באקי, לעיל ה"ש 175, בעמ' 307, אימץ השופט זמיר גישה זו.

180 עוד לביקורת על שמיעה מאוחרת, תוך קריאה להחלתם של כללים מחמירים עליה, ראו מרגית כהן "זכות טיעון לאחר מעשה" משפט וממשל ד 95 (1997).

181 עניין ברמן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1508 (ההדגשות במקור).

182 עניין גונן, לעיל ה"ש 145.

העדות שמסר, כדי לסכם את טענותיו ביעילות. בית-המשפט קיבל את עמדת הוועדה כי העותר אינו זקוק לעיון זה, משום ש"חזקה עליו שהוא זוכר לפחות את עיקרי הדברים לגבי מה שהעיד בפני הוועדה על מעשיו ועניניו".¹⁸³ קביעה זו היא בעייתית לכאורה בהתחשב במורכבותם של הדיונים בוועדת אגרנט, שבהם עסק עניין גונן. עם זאת, היא עשויה להלום מקרים פשוטים יותר.¹⁸⁴

בעניין המגדר-ברזלית¹⁸⁵ נקבע כי אין לראות בהזדמנות שניתנה לאדם למסור גרסה במהלך חקירה משטרתית טיעון מספיק לצורך החלטה מנהלית שאמורה להתקבל באשר לאותן עובדות.¹⁸⁶ זכות השתיקה שעומדת לנחקר משפיעה על צמצום מסגרת הטיעון שלו במשטרה, ולכן אי-אפשר לראות בחקירה תחליף מלא לטיעון לצורך החלטות מנהליות אחרות.¹⁸⁷ בעניין מנאע¹⁸⁸ נקבע כי הנוהל של עיכוב חייבי מס אגב בדיקה במחסומים משטרתיים היה פגום גם בשל כך שהוא לא אפשר טיעון בתנאים המאפשרים התגוננות ראויה.¹⁸⁹ בעניין מלאך¹⁹⁰ נקבע כי הזמנה לטיעון בישיבה שבה מיועדים להישמע מאות משתתפים, ובהמשך לכך קיומו בפועל של הטיעון במסגרת המונית זו, אינם עומדים בחובה לקיים טיעון בתנאים הוגנים וסבירים.¹⁹¹ באופן כללי יותר ניתן לומר כי התנאים לעריכתו

- 183 שם, בעמ' 642.
- 184 כפי שכבר צויין, הפסיקה בעניין גונן, לעיל ה"ש 145, הייתה מחמירה מאוד מבחינתו של העותר גם מבחינות נוספות: בית-המשפט דחה את דרישתו לאפשר לו לעיין בחומר ראיות נוסף, לאחר שנקבע כי הממצאים נגד העותר יבוססו רק על עדויותיו שלו.
- 185 בג"ץ 36/76 "המגדר-ברזלית" חוטי ברזל ורשתות בע"מ נ' רפאלי, פ"ד לא(3) 281 (1977).
- 186 בנסיבות העניין נידונה השאלה של חיוב בכפל מס בגין אירוע ששימש בסיס גם לחקירה פלילית.
- 187 נוסף על כך נקבע כי החקירה במשטרה לא התייחסה ממילא לחלק מן ההיבטים הרלוונטיים למחלוקת בנושא החיוב במס (שיעורו של התשלום הנוסף שיוטל בנסיבות העניין). שם, בעמ' 293–292.
- 188 בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים (פורסם בנבו, 20.12.2010).
- 189 לדברי השופט פוגלמן, "כאשר הליכי הגבייה מתבצעים באין התרעה, במהלך נסיעה ברכב, מוצא עצמו הנישום, כשהוא לא ערוך לכך, בפני גופי גבייה כשהוא נדרש לשלם במזומן סכום ניכר שבמקרים רבים אינו מצוי בידיו; שאם לא כן – יילקח מידיו הרכב שבו הוא נוהג, לאלתר. ברירה זו מוצגת לנישום כשהוא ברשות הרבים וחשוף לעיני כל, בתנאי לחץ ומתח, וכשלא ניתנת לו שהות של ממש לבחון את הנתונים ולפרוש את טענותיו". שם, פס' 44.
- 190 עניין מלאך, לעיל ה"ש 116.
- 191 שם, בעמ' 10. בהמשך תוקן חוק התכנון והבנייה, והוסף בו הסדר המאפשר שמיעת התנגדויות באמצעות חוקר. ס' 107א(ב) לחוק זה (שנחקק בחוק התכנון והבניה (תיקון מס' 26), התשמ"ח-1988) קובע כי "מוסד תכנון הדין בהתנגדויות לתכנית, רשאי למנות חוקר לשמיעת ההתנגדויות שהוגשו לו, אם הוא סבור כי עקב מספר המתנגדים או מהות ההתנגדויות מן הראוי לעשות כן". ראו, לדוגמה, בג"ץ 10242/03 מילובלובסקי נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, פ"ד נח(6) 673, 677 (2004) (במקרה זה נפסק כי המלצת החוקר על קבלתה של

של הטיעון צריכים להיות מתאימים מבחינת המקום המיועד לטיעון ומשך הזמן המוקצה לו. בעניין מוצ'ניק¹⁹² מתח בית המשפט ביקורת על טיעון שהתקיים מבלי להתחשב באידיעת השפה של הנוגעת בדבר ומבלי לאפשר לה להביא תימוכין לגרסתה (על-ידי הצגת מסמכים או הבאת עד רלוונטי).¹⁹³ באופן כללי יותר ניתן לומר כי נדרשת התראה מספקת מראש לגבי מועד הטיעון, כדי לאפשר היערכות לו.¹⁹⁴ בעניין מוסטקי נקבע כאמור כי גם כאשר ההחלטות שהרשות מקבלת נוגעות באנשים רבים, יש לאפשר לכל אחד מהם להעלות טענות המתייחסות לנסיבות המקרה שלו, חרף העלויות הכרוכות בכך.¹⁹⁵ לעומת

התנגדות אינה מחייבת את מוסד התכנון, ודחיית ההמלצה אינה מהווה הצדקה להענקת זכות טיעון נוספת).

192 עניין מוצ'ניק, לעיל ה"ש 12.

193 תיאור ההליך בפסק-דין של השופט אור מצייר תמונה קשה של פגיעה בזכות הטיעון: "העותרת, אשר הייתה בארץ עד למתן צו הגירוש מספר חודשים בלבד, אינה דוברת עברית. היא זומנה לצורך בדיקת עובדות ולחקירה, ובסיומה של חקירה זו, בו ביום, הוחלט לגרשה מן הארץ והיא נעצרה. קודם מתן צו הגירוש לא ניתנה לה אפשרות להביא את מסמכיה; מי שטענה שהינו בעלה לא הוזמן למסור את גירסתו, ובאותה עת טרם נבדקה האותנטיות של המסמכים עליהם הסתמכה העותרת בבואה ארצה." שם, בעמ' 279-280.

194 עם זאת, בבג"ץ 453/98 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(2) 13 (1998), נדחתה הטענה שלא נקצב זמן סביר להגשת ההתנגדויות, מאחר שהעותרת לא ביקשה בעוד מועד ארכה להגשת התנגדותה, אלא רק נמנעה מלשגר את נציגיה לשיבת ההתנגדויות. שם, בעמ' 32. גם בעניין אדלר, לעיל ה"ש 4, התייחס בית-המשפט לכך שלא ניתנה התראה מספקת על מועד הדיון, אך בנסיבות העניין התבססה הקביעה בעניין זה על כך שההתראה חרגה מפרק-הזמן המינימלי שנקבע בתקנון המחייב. שם, בעמ' 832. במקרה זה מצא בית-המשפט פגם נוסף "בכך שרק על סף תחילת הדיון מסרה לעיונו את המסמך שהכינה בעניינו ואשר הופץ בקרב חברי האספה לפני מועד כינוסה", וכן "בכך שמנעה ממנו לנכוח בישיבת האספה, לפני הזמן שהוקדש לשמיעת טענותיו ואחריו". שם.

195 עניין מוסטקי, לעיל ה"ש 8. השופט אור קבע אומנם כי "זכות שימוע אין פירושה שחובה לשמוע את העלול להיפגע אישית. טיעונו יכול להישמע על-ידי נציג מטעמו, עורך-דין או נציג של הציבור שאליו הוא משתייך", אך הוסיף והסביר כי "כדי שנציג מטעמו יוכל להציג את עניינו, צריך שאותו נציג יביא, כשנדרש הדבר, גם את דברו המיוחד, האינדיווידואלי, של העלול להיפגע ואם יש צורך גם את ראיותיו. נציג ארגון עובדים הטוען את הטענות הכלליות המשותפות לעובדי אותו ארגון, אינו מייצג את עניינו המיוחד של כל יחיד באותו ציבור". שם, בעמ' 891. פסק-הדין מבוסס על ההנחה שנוסף על ההיבטים העקרוניים המשותפים לכלל הלומדים במוסד, ההחלטה בעניינו של כל אחד מהם הייתה צריכה להיות מבוססת על הנסיבות הפרטניות של לימודיו. השופט אור לא קיבל את עמדתה של המדינה, שטענה כי הבחינה שאליה יכלו העובדים לגשת ואשר נועדה להעריך את ידיעותיהם מהווה תחליף לזכות הטיעון נגד ההאשמה שהתואר האקדמי שלהם נרכש בדרך לא-ישרה. שם, בעמ' 895. בכל מקרה, השופט אור הדגיש כי העובדה שהליך הטיעון היה צפוי להיות ארוך ויקר בשל ריבוי הנוגעים בדבר אינה מצדיקה פגיעה בזכות האישית של כל אחד מן הנוגעים בדבר: "לא ברור מדוע העובדה שמדובר בנפגעים פוטנציאליים רבים, מצדיקה את היעדר השימוע הפרטני.

זאת, כאשר קבוצה גדולה של אנשים מעוניינת להעלות טענות עקרוניות שאינן שונות זו מזו, הרשות אינה חייבת לשמוע כל אחד מחברי הקבוצה בהליך פרטני. גישה זו יושמה במיוחד בכל הנוגע בהעלאת טענות נגד החלטת מדיניות ממשלתית בעלת תחולה רחבה (כגון תוכנית ההתנתקות).¹⁹⁶ בכל מקרה, אסור שהטיעון ייעשה רק כדי "לצאת ידי חובה".¹⁹⁷

האם משום שמספר הנפגעים הפוטנציאליים הוא רב יותר ניתן לוותר על מה שהוא מוצדק וראוי קודם קבלת החלטה כה פוגעת בכיסו של כל אחד מן העובדים? "שם, בעמ' 896–897. בהמשך נדחו טענותיהם של העותרים כי המדינה אינה מיישמת פסיקה זו באופן ראוי. ראו בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה (פורסם בנבו, 11.1.2005) (דחיית בקשות למתן צו בגין בזיון בית-המשפט בשל הליכי הבדיקה שנקבעו על-ידי המדינה, דוגמת דרישות למילוי שאלון לגבי הלימודים ולריאיון אישי. בית-המשפט בהחלטה כי המדינה רשאית לקיים הליכי בדיקה, ופסק-הדין בנושא רק ביטל את ההחלטה הגורפת שהתקבלה בעניין); בג"ץ 4573/05 מוסטקי נ' משרד החינוך והתרבות (פורסם בנבו, 27.5.2007) ובג"ץ 973/08 בן שמעון נ' משרד החינוך (קשרי חוץ ואונסקו) (פורסם בנבו, 15.9.2009) (דחיית עתירות נגד הליכי הבדיקה שנקטה המדינה במתכונת של ראיונות עם בוגרי השלוחה).

מתכונת הטיעון המצומצמת לפני הממשלה נובעת מן התפיסה שהליך ההחלטה בממשלה מושפע מבכירותה ומאופי סמכויותיה. על-כן הביקורת על החלטות הממשלה מתמקדת בבדיקה אם כל הנתונים הנוגעים בעניין היו לפניו. ראו בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נגד (5) 493, 459 (1999) (לדברי השופטת ביניש, "בבואו לבחון את שאלת תקינות הליך קבלת ההחלטות על-ידי הרשות, על בית-המשפט להביא בחשבון את סוג ההחלטה, את טיבו של הגוף המחליט, ובהתאם לכך יבחן את השאלה אם נתקיים הליך הולם וסביר של קבלת החלטות. כאשר מדובר בגוף קולקטיבי, ובמיוחד בגוף קולקטיבי בעל סמכות לשקול מגוון של שיקולים ואינטרסים כממשלת ישראל, מתמקדת הביקורת הנוגעת לתקינות ההליך בבחינת השאלה אם הנתונים הקשורים להחלטה המיועדת נמסרו באופן סביר; אם הועלו כל השיקולים הרלוונטיים והוצג משקלם היחסי ואם הייתה למשתתפים בקבלת ההחלטה הזדמנות נאותה לקבל החלטה ראויה וסבירה"); בג"ץ 963/04 לויפר נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 326, 335 (2004) (השופטת ביניש חזרה והתמקדה בכך שעיקרי הטענות היו ידועים לממשלה והוצגו לפניו); עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 717 (הטענה בדבר הפגיעה בזכות הטיעון של המתיישבים נגד תוכנית ההתנתקות נדחתה, בין היתר, בהתחשב בכך ש"החלטת הממשלה על הפינוי ועל היקפו לא נתקבלה בחלל ריק אלא לאחר שנתקיים דיון רחב-היקף, ולאחר שטענות המתנגדים לתוכנית היו נגד עיניהם של הממשלה, ראש הממשלה ושר הביטחון לעת קבלת ההחלטה על הפינוי ולעת חתימת צווי הפינוי". בית-המשפט הוסיף וקבע כי "במקום בו מבקשים להישמע אלפי יחידים, כבענייננו, עשויה השמיעה שתקויים בדרך שתותאם במיוחד למספר הנפגעים, למשל, בשמיעת נציגים או אירגונים יציגים". שם, בעמ' 718. במקרה זה נקבע גם כי ממילא חל החריג לזכות הטיעון בהתייחס להחלטות בעלות אופי ריבוני. ראו לעיל תת-פרק ג).

ראו עניין טל, לעיל ה"ש 125, פס' 10 (שבו מתח השופט מלצר ביקורת על הליך טיעון שנראה פורמלי בלבד, ללא כל פתיחות של הרשות להשתכנע: "נציגת המשיב הקריאה למבקש את כתב האישום (מבלי למסור למבקש אפילו עותק הימנו – לעיונו), המבקש אמר את שאמר,

לצד המחלוקות המתעוררות לעיתים באשר למתכונת הטיעון המחייבת, במישור העקרוני הדברים ברורים: מתכונת הטיעון צריכה להיות הוגנת, אך דרישת ההגינות אינה מזוהה עם הנורמות המקובלות בהליכים שיפוטיים. ביטוי מובהק לכך משמשת האפשרות להסתפק בטיעון בכתב במקרים רגילים (כפי שאכן נעשה בפרקטיקה היומיומית של רשויות רבות).¹⁹⁸ הנכונות להסתפק בטיעון בכתב גוברת ככל שהגורם המחליט הוא בכיר ועמוס

ומיד עם סיום דבריו ואף שביקש להציג מסמכים נוספים, הדבר לא אופשר לו ונציגת המשיב מסרה למבקש מכתב שהוכן מראש המודיע על פסילת רישיון הנהיגה שלו (שעליו הוסיפה בכתב יד הערה שלפיה נערך למבקש שימוע והוא השמיע את טענותיו). בנסיבות אלו קשה לומר שהמשיב שמע את המבקש ב'נפש חפצה'."

198 ראו עניין י.ש.י.פ.א.ב., לעיל ה"ש 62, בעמ' 588 (לדברי הנשיא זוסמן, "השמיעה אינה חייבת להימשך זמן רב וכידוע, מותר גם לרשות מינהלית 'לשמוע' דברו של אזרח בכתב"); עניין גונן, לעיל ה"ש 145, בעמ' 642 (לפי פסק-הדין, המשותף לנשיא זוסמן ולשופטים ברנזון וקיסטר, "זכותו של אדם 'לשמיעה הוגנת' אינה מחייבת שמיעת דברו בעל-פה דוקא, אלא מתן אפשרות להגשת טיעון בכתב דייו"); בג"ץ 161/84 חברת ווינדמיל הוטל בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד מב(1) 793, 796 (1984) (פסק-הדין, שניתן במשותף על-ידי השופטים ברק, ביסקי וגולדברג, מסכם את ההלכה בתחום זה במילים הבאות: "דרכי השמיעה רבות הן ומגוונות ומשתנות על-פי הנסיבות. יש שהשמיעה היא בכתב ויש שהשמיעה היא בעל-פה. כאשר השמיעה היא בעל-פה יש שהיא נעשית בצוותא חדא ובנכחות כל הנוגעים בדבר, ויש והיא נעשית בשלבים, כאשר כל צד נשמע בתורו"); בג"ץ 3424/91 הארגון הארצי להגנת הדייר נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה(5) 340, 344 (1991) (לדברי השופט מלץ, "זכותו של אדם שעניינו עלול להיפגע על-ידי מעשה מינהלי, לטעון טענותיו איננה מוגבלת להשמעת טענות בעל-פה דווקא, ודי בכך שניתנת לו הזדמנות נאותה להגיש השגות בכתב"); עניין דר, לעיל ה"ש 146, בעמ' 461 (לדברי הנשיא ברק, "חובתה של הלשכה לשמוע את טענותיו של המערער נעשתה בכתב ולא בעל-פה. אך בעובדה זו, כשלעצמה, אין כדי לפגוע בזכות הטיעון"); בג"ץ 6339/05 מטר נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה, פ"ד נט(2) 846, 854 (2005) (לדברי הנשיא ברק, "חובת השימוע יכול שתהיה מוגשמת במספר רב של אופנים. בדרך כלל, הרשות תצא ידי חובתה בדרך של שימוע בכתב. רק בנסיבות מיוחדות עשויה חובת השימוע לחייב את הרשות לקיים שימוע בעל-פה"); בג"ץ 10307/08 איגוד חברות הפרסום נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (פורסם בנבו, 8.12.2008) (במקרה זה נידון הליך שבו הוזמן הציבור להגיש עמדות בנושא שינויים ברגולציה בתחום הטלוויזיה המסחרית. העותרת, שטענה כי היא עלולה להיפגע משינויים אלה, דרשה להישמע בעל-פה, וכן העלתה טענות שפוננו נגד פרק-הזמן הקצר שנקבע להגשת הטענות, נגד מגבלת העמודים ועוד. בדחותו את העתירה חזר השופט דנציגר על ההלכה שלפיה "את חובת השימוע... ניתן להגשים במספר רב של דרכים ובדרך כלל, הרשות המינהלית תצא ידי חובתה באפשרה שימוע בכתב כאשר רק בנסיבות מיוחדות עשויה חובת השימוע לחייב את הרשות המינהלית לקיים שימוע בעל-פה". שם, פס' 5 (ההדגשה במקור). השופט דנציגר הוסיף כי הרשות הותירה בידה את האפשרות לזמן חלק מן המשתתפים לטיעון בעל-פה, וכי פרק-הזמן שנקבע אינו ארוך אך סביר. שם, פס' 6). ס' 6א לחוק סדר הדין הפלילי, שמקנה זכות טיעון (מוגבלת) נגד החלטה על הגשת כתב אישום, מתייחס אף הוא לטיעון בכתב (ראו לעיל ה"ש 54 ו-67). ראוי לציין כי אף לפי סדרי

יותר. יש להוסיף כי גם כאשר מתקיים טיעון בעל-פה, הוא יכול להיעשות לא לפני הרשות המוסמכת עצמה, אלא לפני מי שהוסמך על-ידיה לשמוע את הטענות, בעיקר כאשר הדברים אמורים בגורם מחליט בכיר הנושא בתפקידים רבים.¹⁹⁹ חשיבותו של המקרה (באופן כללי

הדין הנוהגים בבתי-המשפט, יש החלטות המתקבלות על-פי טיעון בכתב. ראו בג"ץ 4652/95 שאול נ' שר המשפטים, פ"ד מט(3) 827 (1995). השוני מן הדגם השיפוטי בולט בהקשר זה במיוחד, לנוכח הפסיקה שפסלה את חוקתיותה של חקיקה שאפשרה, בתנאים מסוימים, הארכת מעצר של חשודים בעברות בטחוניות לא בנוכחותם. ראו עניין הנוכחות בהליכי מעצר, לעיל ה"ש 9.

199 לעיתים מזומנות הגורם המחליט רשאי למנות חוקר או צוות בדיקה, אשר מכינים למענו את התשתית העובדתית לקבלת ההחלטה, לרבות על-דרך שמיעת הנוגעים בדבר. כך, בעניינן של ועדות חקירה הממונות על-ידי שר הפנים לצורך המלצה בנושא של שינוי גבולות של רשויות מקומיות – לפי ס' 15(1) לפקודת העיריות, 1934, אשר נהפך בהמשך לס' 8 לפקודת העיריות בנוסחה העדכני – נפסק כי השר יכול להסתפק בטיעון לפני הוועדה, מבלי לחזור ולקיים שימוע נוסף. ראו עניין ברמן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1512 (לדברי השופט ויתקון, "אילו הוזמנו המתנגדים לפני הוועדה, ואילו טענו שם את אשר בלבם לטעון, ייתכן מאד שלא היית רואה פגם בסירובו של השר לאפשר להם להרצות לפניו תחינתם שנית. לא מחובתו הוא לקבל ולשמוע אישית כל מי שפונה אליו, וכאן נדמה לי שהמחוקק דאג לדבר, ובדרשו חקירה על-ידי ועדה קבע את הדרך הנאותה להשמעת טענות הציבור"); בג"ץ 5445/93 עיריית רמלה נ' שר הפנים, פ"ד נ(1) 397, 403 (1994) (לדברי השופט זמיר, "מבחינה משפטית די בכך שניתנה לעירייה הזדמנות הוגנת להעלות טענותיה לפני ועדת החקירה. לצורך זה מוקמת הוועדה. אין צורך או היגיון בשמיעה כפולה: ראשית על-ידי הוועדה, ולאחר מכן על-ידי השר. די בכך שהוועדה שומעת ומציגה את הטענות באופן אמין ונאמן לפני השר"). ראו עוד עניין הראל, לעיל ה"ש 81, בעמ' 322 (לדברי הנשיא אגרנט, היה אפשר לקיים זכות הטיעון גם בכתב בלבד: "לא נעלם מעיניי שהממשלה הינה גוף קולקטיבי, ולא עוד, אלא מוטלת עליה בכל ימות השנה האחריות הכבדה, אשר אין למעלה ממנה, הכרוכה בניהול העניינים המדיניים, הביטחוניים והכלכליים של המדינה. נוכח הדברים הללו מסכים אני שהממשלה לא הייתה מצווה להתפנות ולהקדיש מזמנה כדי לשמוע את דברי טיעונו של העותר מפיו, כי אם לשם מילוי החובה הנדונה די היה אילו הודיעה לו על הערעור של שר החוץ ונתנה לו את הזדמנות להגיש את תעצומותיו בכתב או להביאן לתשומת לבה באמצעות חוקר שנתמנה על-ידיה לצורך זה"); בג"ץ 6268/00 קיבוץ החותרים אגודה שיתופית חקלאית רשומה נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(5) 639, 664 (2001) (לדברי השופט שטרסברג-כהן, "הכורים נשמעו על-פה ובכתב בפני הצוות שהוקם בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה ואף הגישו טענותיהם בכתב ליועץ המשפטי לממשלה. אכן, הם לא הופיעו בפני המועצה עצמה, אלא שטיעון בפני גורם מטעם הרשות המוסמכת להחליט – בענייננו, המועצה – יכול להחליף טיעון בפני הרשות עצמה"); בג"ץ 5770/05 ויזל נ' מפכ"ל המשטרה, פס' 23 (פורסם בנבו, 23.8.2006) (לדברי השופט ברלינר, "באשר לשימוע, אין חובה כי הוא יתקיים בפני המפכ"ל או בפני ראש אגף כוח אדם, וניהול השימוע בפני נציגם של מי מהשניים, די בו... עורך השימוע היה 'זרועו הארוכה' של המפכ"ל לעניין זה"). למיני חוקר לפי ס' 107 לחוק התכנון והבנייה ראו לעיל ה"ש 191.

או מבחינת השלכותיו על הפרט) עשויה לשמש בסיס לדרישה שהטיעון יתקיים בעל-פה דווקא ולפני הרשות המוסמכת עצמה.²⁰⁰ אולם גם טיעון בעל-פה אינו שקול להליך משפטי מלא, ואינו חייב לכלול הזדמנות לקיים חקירה.²⁰¹ לעיתים ייתכן גם שילוב של טיעון בכתב וטיעון בעל-פה המשלים אותו בנקודות מסוימות.²⁰² דרישה אחרת העולה מן הפסיקה היא

200 ראו, לדוגמה, בג"ץ 5464/04 זריפי נ' שר המשפטים, פ"ד נט(5) 721, 732 (2005) (במקרה זה נטתה השופטת פרוקצ'יה, בהסכמת השופט לוי, לדעה כי "בנסיבות העניין, ובייחוד לנוכח עירוב הטעמים להפסקת הכהונה אשר בכללם גם טענות בדבר ליקויים תפקודיים של הועדה ויושב ראשה, היה ראוי לאפשר לעותר להשמיע בעל פה את טענותיו בפני השר, בטרם יוחלט בדבר ביטול מינויו לאחר שנים של כהונה בוועדה"). בהקשר של העברה מכהונה של ראשי ערים על רקע בעיות של לעומתיות או מחסור תקציבי נהוג לקיים טיעון בעל-פה לפני מנכ"ל משרד הפנים (אף שהסמכות הסטטוטורית בעניין מוקנית לשר). ראו, לדוגמה, בג"ץ 6057/07 חאג' יחיא נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 23.12.2007) (במקרה זה נדחו גם טענות שהועלו נגד השימוע שהתקיים, בהתחשב בכך ש"פרוטוקול ישיבת השימוע משתרע על פני עשרות עמודים ואף המסמך הכתוב שהגישו העותרים במעמד השימוע הינו מפורט ומקיף" – שם, פס' 13); בג"ץ 6827/07 בריל נ' שר הפנים, פס' 10–11 (פורסם בנבו, 2.1.2008) (במקרה זה נדחו טענות שהועלו נגד השימוע, תוך התייחסות מפורשת לכך שלא היה פגם בעריכת השימוע לפני המנכ"ל (שם, פס' 11), ונקבע כי מן התמליל ניתן ללמוד שהעותר קיבל הזדמנות להציג את עמדתו באריכות (שם, פס' 10)). ראו גם בג"ץ 10615/07 הוד מעלתו אירינאוס הראשון פטריאך ירושלים נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.12.2007) (במקרה זה נידונה ההחלטה לאשר את החלפתו של העותר כפטריאך היווני-האורתודוקסי של ירושלים. בין היתר נדחו טענות שהועלו נגד השימוע שנערך, בהתחשב בכך ש"העותר ובאי-כוחו נשמעו בעל פה בפני ועדת השרים, ואף העבירו לה טיעונים בכתב. בנוסף, כפי שציינה המדינה, ביום הדיון בממשלה הועברו מטעם העותר מסמכים נוספים, אשר הונחו על שולחן הממשלה" – שם, פס' 7).

201 בג"ץ 646/93 ברכה נ' שר התקשורת, פ"ד מח(3) 661, 665 (1994) (לדברי השופט ברק, "שר התחבורה אינו בית-משפט. הוא נתבקש לקיים הליך של שימוע. אין מנהלים לפניו חקירות ודרישות. מוגש לו חומר (בעל-פה או בכתב). מושמעות לפניו טענות. ניתנת הזדמנות להגיב על טענות הנגד. אין מנהלים חקירות וחקירות שכנגד").

202 כך, לדוגמה, בעניין געאביץ, לעיל ה"ש 28, כתב השופט רובינשטיין: "לדידי, השכל הישר מעדיף אפשרות של שילוב – הנחת תשתית כתובה והשלמתה בשימוע בעל פה, המאפשר גם להתרשם מן האדם עצמו ולשאול שאלות העולות מן הכתוב. התשתית הכתובה מחייבת אדם לערוך כדבעי את טענותיו תוך אחריות והקפדה, וזאת גם באמצעות בא כוח; ההשלמה בעל פה פותחת אפשרות להבהרות. אך איני רואה מקום לקבוע הנחיות קשיחות ומוחלטות בנושא, ונראה לי כי יש להותיר למשרד הפנים לגבש נוהל לשימוע המוקדם, שיאזן בצורה נאותה בין זכות המבקשים לשימוע הוגן ואמיתי, לבין שיקולי היעילות והשכל הישר. כדוגמא, אם מצוי המבקש מחוץ למדינה, לא תמיד יתאפשר השימוע בעל פה". שם, פס' ל לפסק-דינו של השופט רובינשטיין. בנסיבות העניין סבר השופט רובינשטיין כי על משרד הפנים לקבוע נוהל מתאים לגבי דרך הענקתה של זכות הטיעון במקרים של בקשות לאיחוד משפחות. הנשיאה ביניש הסכימה עימו, ואילו השופט מלצר סבר בדעת מיעוט (בעניין זה בלבד) כי אין מקום

הציפייה להגינות בטיעון מן ההיבט של איזון בין המשתתפים בו. בהקשר זה קבע בית- המשפט כי מתן הזדמנות לצד אחד להיות נוכח בדיון ולהציג בו טיעון מחייב מתן הזדמנות דומה גם לצדדים אחרים.²⁰³

באופן כללי יותר ניתן לומר כי ככל שאופיו של ההליך שיפוטי יותר וככל שהפגיעה הצפויה בפרט חמורה יותר כן מתכונת הטיעון חייבת להיות מלאה יותר על-מנת להבטיח אפשרות להתגונן כראוי. זוהי נקודת-מבט אפשרית נוספת על הפסיקה בעניין טרנר, שהכירה בזכויות נרחבות לעיין במסמכים בהקשר של הליך בעל אופי שיפוטי.²⁰⁴ דוגמות להרחבת הדרישות הפרוצדורליות בהליכים בעלי אופי שיפוטי או מעין-שיפוטי ניתן להביא גם מתחום הדין המשמעתי, שבו נוהגים הליכים דומים לאלה שמתקיימים בבית-משפט. תוצאה זו נובעת, ראשית לכל, מניסוחם של החוקים הספציפיים שמסדירים את השיפוט המשמעתי,²⁰⁵ אך היא מתחייבת למעשה גם מגישתה של הפסיקה, הגורסת כי מתכונת הטיעון מושפעת מהקשרו של הדיון. הוראות מפורטות לגבי מסגרת הטיעון מעוגנות גם בחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב–1992, המורה על מתכונת דיון רחבה יחסית. כך, לפי סעיף 26(א) לחוק זה, "בעל דין זכאי להרצות את טענותיו בעל פה, להציג את ראיותיו בפני בית הדין ולסכם את טענותיו לאחר הבאת הראיות, בסדר ובדרך שבית הדין קבע", אם כי

לקביעת נוהל בנושא "מאחר וזכות טיעון – מהותה, היקפה (ותוצאות הפרתה) – היא תמיד תלויה נסיבות נראה לי שיש להשאיר את מתן זכות הטיעון למסורבים בכל מקרה נתון, בין מלכתחילה בין בדיעבד – לשיקול דעתו של המוסמך". שם, פס' 2 לפסק-דינו של השופט מלצר (ההדגשה במקור).

203 עיקרון זה נקבע בבג"ץ 11745/04 רמות למען הסביבה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה (פורסם בנבו, 4.9.2008), בנוגע להשתתפות בדיון שערכה ועדה שדנה בהתנגדויות. בנסיבות העניין אפשרה הוועדה את השתתפותה בדיון של מתכנת המחוז, בעוד שהמתנגדים לתוכנית נשמעו רק לפני החוקר שהתמנה לצורך כך. הנשיאה ביניש כתבה בעניין זה, בהסכמתן של השופטות ארבל וחיות, כי "כנקודת מוצא ניתן לקבוע שאם וכאשר יזמין אותו מוסד תכנון לדיון בפניו את אחד הצדדים שעמדתו נשמעה בהליך שמיעת ההתנגדויות בפני החוקר, הוא יידרש להזמין לדיון גם את הצד שכנגד שהופיע בפני החוקר. שמיעת עמדתו של צד אחד על ידי הרשות המנהלית מבלי לשמוע את עמדת הצד שכנגד – 'האידך גיסא' – מנוגדת לכללי הצדק הטבעי ולעקרונות העומדים בבסיס משפטנו המנהלי. שומה על רשות מנהלית, הנדרשת להכריע בסוגיה שלגביה יש מחלוקת בין שני צדדים ומאפשרת לאחד הצדדים להשמיע את טיעונו בפניה, ליתן הזדמנות דומה אף לצד האחר, שכן אלמלא כן מפרה הרשות את חובת השמיעה ההוגנת... חובה זו היא חלק כחלק מחובת ההגינות המוטלת על הרשות המנהלית בכל פעולותיה, וזאת בין אם יסווג תפקידה של אותה רשות כתפקיד מעין-שיפוטי ובין אם לאו". שם, פס' 19.

204 ראו לעיל תת-פרק ד1.

205 ראו, לדוגמה, תקנות שירות המדינה (משמעת) (סדרי הדין בוועדות המשמעת), התשכ"ד–1963, שהותקנו לפי חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג–1963.

לפי סעיף 26(ב), "בית דין רשאי לקבוע כי טענות מסוימות או ראיות מסוימות יגיש בעל דין, בכתב, בתצהיר או בדרך אחרת שיקבע". עם זאת, חשוב לחזור ולהדגיש כי כללי הצדק הטבעי אינם מחייבים הענקה של מלוא הזכויות הפרוצדורליות הנוהגות בהליכים שיפוטיים.²⁰⁶

4. שאלת הייצוג

שאלה ספציפית במסגרת הדיון במתכונת הטיעון נוגעת באפשרות של ייצוג הטוען על-ידי אחר, לרבות על-ידי עורך-דין. השאלה חשובה משום שניתן להניח כי עניינו של הפרט יוכל להיות מיוצג באופן אפקטיבי יותר על-ידי אדם שיש לו ידע נוסף או מיומנות מקצועית מתאימה. ההתמקצעות והבירוקרטיזציה של ההליכים המנהליים מעצימות את הצורך בייצוג. בעיה זו בולטת במיוחד בכל הנוגע באוכלוסיות מוחלשות, בשל פערים בהשכלה, אך עשויה להיות נכונה גם בהקשרים אחרים.²⁰⁷ לאמיתו של דבר, לסוגיית הייצוג יש שני פנים: מצד אחד, השאלה היא אם יש לצד הנוגע בדבר זכות לבחור בייצוג כאשר הוא מעוניין בכך (או שמא הרשות רשאית לעמוד על כך שהוא יישמע בעצמו וללא תיווך); ומן הצד האחר, השאלה היא אם יש לו זכאות לייצוג מטעם המדינה או במימונה, על-מנת להבטיח כי הטיעון מטעמו יהיה יעיל.

ככלל, העיקרון הכללי הנוהג בישראל באשר לזכות לבחור בייצוג היא שלכל אדם יש זכות לייפות את כוחו של עורך-דין לפעול מטעמו (ולכן גם לטעון בשמו) לפני רשויות. לפי סעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961: "אדם שייפה כוחו של עורך דין זכאי להיות מיוצג על ידיו בפני כל רשויות המדינה, רשויות מקומיות וגופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין". לעיתים קיימות גם הוראות מיוחדות המתייחסות לזכות הייצוג בהקשרים מנהליים. כך לדוגמה, סעיף 27 לחוק בתי דין מינהליים קובע כי

206 בכמה הזדמנויות סירב בית-המשפט להרחיב את המסגרת של כללי הצדק הטבעי ולכלול בהם דרישות פרוצדורליות נוספות. ראו, לדוגמה, ע"א 228/58 רוטשטיין נ' מלמד, פ"ד יב 1439, 1441 (1959) (זכות הערעור אינה נמנית עם כללי הצדק הטבעי); בג"ץ 91/74 גבארה נ' בית המשפט המחוזי תל-אביב-יפו, פ"ד כח(2) 518, 526 (1974) (היבטים של סדרי דין, דוגמת סדרי חקירת עדים, אינם חלק מכללי הצדק הטבעי).

207 לא תמיד הטוען עצמו יודע לטעון ב"שפה הבירוקרטית" המתאימה. ככל שמתכונת הטיעון פורמלית יותר כן היא מתאימה יותר לאוכלוסיות מסוימות בלבד. בהתאם לכך, לעיתים הטוען נשמע אך למעשה אינו נשמע. ראו, לדוגמה: Lucie White, *Subordination, Rhetorical Survival Skills, and Sunday Shoes: Notes on the Hearing of Mrs. G.*, 38 BUFF. L. REV. 1 (1990) (גרסה מקוצרת של המאמר פורסמה גם בתרגום לעברית – ראו לוסקי א' וויט "הכפפה, כישורי הישרדות רטוריים ונעלי יום ראשון: הערות על השימוע בעניינה של גברת ג'" מעשי משפט ב 119 (2009)).

“בעל דין רשאי להיות מיוצג בפני בית הדין על ידי עורך דין או על ידי אדם אחר”. נוסף על כך, בית-המשפט אף חיווה את דעתו כי הזכות להיות מיוצג בהליכים לפני הרשות נובעת מכללי הצדק הטבעי עצמם.²⁰⁸ אכן, הזכות להיות מיוצג עלולה לגרום לסרבולו של הליך הטיעון. עם זאת, אין להפריז במשקלו של חשש זה, מהגם שהטיעון, במקרה הרגיל, נעשה בכתב. בפועל רשויות מנהליות מקבלות פניות וטענות מטעמם של פרטים באמצעות עורכי-דין, ופרקטיקה זו אינה מעוררת על-פירוב כל קושי.²⁰⁹ ראוי להוסיף כי בחלק מן המקרים עריכת הטיעון תוך הסתייעות בעורך-דין עשויה אף להקל על הרשות, ולא להכביד עליה. הזכות להיות מיוצג אינה מבטלת את הצורך בשמיעת האדם עצמו, כאשר הרשות זקוקה לכך. סעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין מוסיף וקובע: “אין בהוראה זו כדי לגרוע מכל סמכות לדרוש נוכחותו או פעולה אישית של האדם המיוצג, ואין בה כדי לפגוע בחיקוק המסדיר את הייצוג בפני רשות, גוף או איש כאמור”. יש נסיבות שבהן בית-המשפט אף היה נכון לאשר פרקטיקה מנהלית שבה הרשות דורשת תחילה מהפרט להציג את גרסתו לא בנוכחות עורך-דינו, ורק לאחר-מכן מאפשרת טיעון מטעמו על-ידי עורך-דין (תוך היעזרות בפרוטוקול שתיעד את הדיון).²¹⁰ לעומת זאת, במקרים אחרים הכשיר בית-המשפט טיעון

208 ראו בג"ץ 515/74 פלוני נ' מפקד משטרה צבאית חוקרת, צה"ל, פ"ד (2) 169, 171 (1975) (לדברי השופט ויתקון, “זכות הייצוג על-ידי עורך-דין שהעותר טוען לה, לא רק בעיקרי המשפט והצדק הכלליים מעוגנת היא כי אם גם בהוראה מפורשת של החוק”); בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 717 (1995). לעומת זאת, בעניין אדלר, שבו נבחן אופן מימושה של זכות הטיעון בהליכים פנימיים של תאגיד (מחוץ לתחום הרגיל של המשפט המנהלי), בחר השופט מצא (בהסכמתם של השופטים אור ושטרסברג-כהן) להותיר בצריך עיון את “השאלה, אימתי עומדת לחבר אגודה שיתופית זכות לייצוג על-ידי עורך-דין בתוך מוסדותיה של האגודה”. עניין אדלר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 833.

209 בבש"פ 6050/01 בנגד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.8.2001), קבעה השופטת ביניש כי “יש ממש” בטענה כי סירובה של המשטרה להמתין לעורך-דינו של נהג, שהוזמן לדיון בפסילת רשיונו, אכן פגם בהליך. עם זאת היא הוסיפה וקבעה כי בנסיבות העניין, מאחר שהמבקש העלה את טענותיו ועניינו גם נידון בשתי ערכאות נוספות, לא נגרם לו עוול, ולכן אין מקום לשלול את ההליך כולו (על-פי עקרון הבטלות היחסית).

210 בית-המשפט סמך את ידיו על ההתנגדות לנוכחותו של עורך-דין בעת הצגת הטיעון האישי של סרבן-מצפון לפני ועדת הפטור מטעמי מצפון, בשל אופיו המיוחד של הליך זה. בנסיבות אלה נדרשו עורכי-הדין לטעון לפני הוועדה על בסיס קריאת הפרוטוקול של הדיון. ראו בג"ץ 1380/02 בן ארצי נ' שר הביטחון, פ"ד נו(4) 476, 480 (2002) (לדברי השופט חשין, “שאלת גילוי מצפוננו של אדם אין היא שאלה קלה כל עיקר, וחברי הוועדה היו יכולים להסיק באורח סביר כי נוכחותו של עורך-דין בעת השיגושיח הייתה יכולה שלא לעזור, אם ננקוט לשון המעטה. גם שאלה זו שאלה של סבירות היא, ולא נמצא לנו כי הוועדה חרגה מן הסבירות”); בג"ץ 1026/02 מלנקי נ' שר הביטחון, פ"ד נט(3) 56, 62 (2004) (השופט ריבלין קבע כי “הדברים יפים גם למקרה שבפנינו”).

שבו רק עורך־הדין היה רשאי להופיע באופן פיזי בהליך המנהלי. כך אירע בעניין גירוש פעילי החמאס, שבו קבע בית־המשפט כי עורכי־דינם של המגורשים יטענו את הטענות בשמם, כפוף לכך שיתאפשר להם להיפגש עם מרשיהם קודם לכן.²¹¹ יש להניח שפסיקה זו הושפעה מן הנסיבות הבטחוניות המיוחדות של המקרה, מאחר שטיעון ללא קשר שוטף עם הצד להליך, במהלך הדברים, צפוי להיות יעיל פחות. בכל הנוגע בהליכים שעניינם החלטה על אשפוז כפוי של חולי נפש, האפשרות למנוע את נוכחותו של האדם עצמו מעוגנת בחוק המסמיך.²¹²

הזכות לייצוג על־ידי עורך־דין בהליכים מנהליים היא חשובה, אך לעיתים אין לה ממשות מעשית בשל העדר גישה מספקת לשירותים משפטיים. במילים אחרות, פרטים הנדרשים לטיעון לפני הרשויות רשאים להיעזר בעורכי־דין, אך לעיתים אין הם יכולים לעשות כן או אין הם מודעים במידה מספקת לחשיבות הנודעת לכך.²¹³ בעיית הגישה לשירותים משפטיים קיימת בכל הרבדים של המערכת השלטונית והמערכת המשפטית. היא זכתה בתשומת־לב רבה יותר, באופן יחסי, בכל הנוגע בהליכים משפטיים שמעורבים בהם אנשים שאין ידם משגת לשכור את שירותיו של עורך־דין. בהקשר זה קיימת זכאות סטטוטורית, אף אם בלתי־מספקת, לשירותים משפטיים מכוח ההסדרים שבחוק הסיוע המשפטי, התשל"ב–1972, ובחוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו–1995. אולם למעשה בעיה זו אינה חמורה פחות בכל הנוגע באפשרות ליהנות מייצוג אפקטיבי לפני רשויות מנהליות, אשר מקבלות החלטות שחשיבותן אינה נופלת במקרים רבים מזו של פסקי־דין

211 בעניין גירוש פעילי החמאס, לעיל ה"ש 102, הורה בית־המשפט על סדרי הטיעון הבאים: "על המשיבים לערוך עתה הסדרים מעשיים למימוש זכות ההופעה לפני ועדה מייצעת... לקראת ההופעה לפני הוועדה יש לאפשר לו גם מפגש אישי עם פרקליט, שיבקש לייצג את המגורש לפני הוועדה." שם, בעמ' 291.

212 חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א–1991, קובע בס' 26(ג) כי במקרה הרגיל "הוועדה תאפשר לחולה, לקרובו ולבאי כוחם, אם יש להם בא כוח, ובדיון בערר, גם לעורר ולבא כוחו ולפסיכיאטר המחוזי, להשמיע את טענותיהם בפניה", אך מוסיף בס' 26(ה) כי אם "סברה הוועדה כי נוכחותו של החולה בדיון, כולו או חלקו, עלולה לפגוע בשלומו הגופני או הנפשי, רשאית הוועדה, מנימוקים שירשמו, לדון באותו חלק של הדיון שלא בנוכחותו".

213 ראו, לדוגמה, בג"ץ 3866/96 שיבלים נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נ(4) 814 (1996). במקרה זה טען העותר בעצמו נגד פיטוריו (בשל הגשת כתבי אישום נגדו). עתירתו נגד ההחלטה על פיטוריו נדחתה ברוב דעות. בין היתר נדחתה טענתו כי הוא ביקש לדחות את מועד הדיון לשם הכנת טיעונו. השופט גולדברג, שעיימו הסכימה השופטת דורנר, ציין כי טענה זו "לא הועלתה בעתירה, ואין היא מוצאת את ביטויה בפרוטוקול השיבה". שם, בעמ' 815. הכרעה זו ביטאה את התרשמותם של שופטי הרוב מכך שהעותר ניסה להעלות בשלב מאוחר טענות שהוא נמנע מלהציג בשלב קודם. אולם יש להביא בחשבון גם את העובדה שרישום הפרוטוקול עלול להיות בלתי־תקין, במיוחד בהליך שבו הפרט אינו מיוצג. השופט חשין, בדעת המיעוט, סבר כי הליך הטיעון בעניינו של העותר היה מקוצר ולא עמד בדרישותיהם של כללי הצדק הטבעי.

של בתי-משפט. אף-על-פי-כן, הזכאות לסיוע משפטי לצורך טעון לפני רשויות היא מוגבלת ביותר.²¹⁴

הבעיה של העדר גישה מספקת לייצוג אפקטיבי מוחרפת לנוכח הוראותיו של חוק לשכת עורכי הדין, אשר מייחדות את הייצוג המשפטי, במקרה הרגיל, לעורכי-דין.²¹⁵ קיימים הסדרים סטטוטוריים המעדנים את חומרתן של הוראות אלה, דוגמת סעיף 386 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה–1995, המאפשר לאדם להיות מיוצג לפני המוסד על-ידי "ידיד קרוב", "נציג ארגון עובדים או מעבידים" או "נציג ארגון של ישובים חקלאיים".²¹⁶ אולם חריגים אלה הם פרטניים וצרים מדי מבחינת הגבלת תחולתם לרשות

214 לפי ס' 2 לחוק הסיוע המשפטי, "לשכת סיוע משפטי תתן שירות משפטי, לרבות ההוצאות הכרוכות בו, בעניינים ובהיקף שנקבעו בתקנות, למי שידו אינה משגת לשאת בהם, או למי שנקבע בתוספת בעניינים ובהיקף שנקבעו בה; השירות יינתן על ידי עורך דין מבין עובדי לשכת הסיוע המשפטי או מחוצה לה, או על ידי אדם אחר הכשיר כדין ליתן את השירות". תקנות הסיוע המשפטי, התשל"ג–1973, מגדירות בצמצום רב את הזכאות לייצוג לפני רשויות. לפי תק' 5(3) לתקנות אלה, הזכות לייצוג ב"עניינים כספיים" אינה כוללת "עניינים לפי פקודת מס הכנסה, חוק מס ערך מוסף, התשל"ו–1976, חוק מס רכוש וקרן פיצויים, התשכ"א–1961, או חוק מס שבח מקרקעין, התשכ"ג–1963". תק' 5(4) מקנה זכות לייצוג ב"עניינים שבית הדין לעבודה מוסמך לדון בהם, למעט עניינים פליליים", אך אין זה ברור באיזו מידה היא חלה על השלבים הקודמים להליך המשפטי עצמו. תק' 5(5) מקנה זכות לייצוג ב"תביעות על-פי חיקוק המעניק גימלאות, מענקים, שיקום או זכויות אחרות לנכים או למשפחות נספים", אך גם כאן יש אי-בהירות לגבי תחולת ההסדר על עניינים נוספים הנוגעים בתפוצה בזכאות, מחוץ להליכים מנהליים שלגביהם הוענקה זכות לסיוע משפטי: הליכים לפי חוק מספר מועט של הליכים מנהליים שלגביהם הוענקה זכות לסיוע משפטי: הליכים לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב–1952; הליכים הנוגעים בקורבנות של עבדות מינית וסחר בבני-אדם בלבד; הליכים שעניינם אשפוז כפוי; והליכים של ערעור על החלטות של מתכנן יעדים תעסוקתי במסגרת התוכנית "מאבטלה לתעסוקה" (לפי חוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2004 (תיקוני חקיקה), התשס"ד–2004).

215 ס' 20–21 לחוק לשכת עורכי הדין כוללים הוראות שעניינן ייחוד פעולות ייצוג לעורכי-דין. ס' 20 מונה שורה ארוכה של פעולות שלגביהן נקבע כי "לא יעשה אותן דרך עיסוק, או בתמורה אף שלא דרך עיסוק, אלא עורך דין". פעולות אלה כוללות "ייצוג אדם אחר וכל טעון ופעולה אחרת בשמו לפני בתי משפט, בתי דין, בוררים וגופים ואנשים בעלי סמכות שיפוטית או מעין-שיפוטית"; "ייצוג אדם אחר וכל פעולה אחרת בשמו" לפני הרשויות המנויות בסעיף; "עריכת מסמכים בעלי אופי משפטי בשביל אדם אחר, לרבות ייצוג אדם אחר במשא ומתן משפטי לקראת עריכת מסמך כזה"; וכן "ייעוץ וחיווי דעת משפטיים".

216 ראו, לדוגמה, תק' 3 לתקנות הביטוח הלאומי (הגשת תביעה לגמלה ואופן תשלומה), התשנ"ח–1998, אשר מכירה באפשרות של הגשת תביעה על-ידי אנשים קרובים לתובע (אם "נבצר מהתובע מחמת ליקוי גופני, נפשי או שכלי, לאשר בחתימתו את פרטי התביעה, ולא מונה לו אפוטרופוס, תיחתם התביעה בידי בן זוגו של התובע או בידי אדם אחר המבקש להתמנות למקבל גמלה"), וקובעת גם כי "תביעה לגמלת סיעור – יכול שתיחתם בידי קרובו

שבה הם עוסקים ולסוגי המסייעים שניתן לפנות אליהם. סעיף 386 לחוק הביטוח הלאומי אינו מתייחס למייצגים רלוונטיים נוספים, דוגמת מתנדב מטעם ארגון חברתי (אם כי ניתן כנראה לפרש את המונח "ידיד קרוב" באופן מרחיב לצורך כך).²¹⁷

סעיף 27 לחוק בתי דין מינהליים, שהוא חוק מאוחר יותר, כבר כולל התייחסות לזכות להיות מיוצג לא רק על-ידי עורך-דין, אלא גם על-ידי "אדם אחר". נוסף על כך, לפי פסיקתו של בית-המשפט העליון, במקרים קיצוניים, שבהם אדם אינו מסוגל לייצג את עצמו, מוטלת על הרשות חובה לדאוג לייצוג משפטי שלו לפניה. הלכה זו נקבעה בעניין וילנצ'יק²¹⁸ בהתייחס להליך של אשפוז כפוי (שהוא אכן דוגמה מיוחדת, בהתחשב בתוצאות החמורות הנובעות מהפעלת הסמכות וברגת חוסר מסוגלותו של הנוגע בדבר).²¹⁹ סוגיה ספציפית זו אף זכתה בינתיים בהסדר מיוחד בחוק טיפול בחולי נפש.²²⁰ אולם לתקדים שנקבע בעניין וילנצ'יק עשויה להיות נפקות רבה לגבי מצבים נוספים שלא זכו בהסדר חקיקתי. למעשה, עולה ממנו כי מזכות הטיעון נגזרת גם חובתה של הרשות להבטיח כי הפרט הנוגע בדבר יוכל לטעון לפניה. דא עקא, הלכה זו חלה רק במקרים קיצוניים יחסית, וכך מותרה ללא מענה מצבים שכיחים יותר של פרטים מאוכלוסיות מוחלשות שייצוגם לפני הרשויות הוא חסר בשל פערי מידע והשכלה. מכל מקום, יש להלכה זו חשיבות רבה לגבי מצבים מובהקים של העדר תקשורת בשל קשיי שפה (כמו בעניינם של פליטים ועובדים זרים).

של התובע, ידיד קרוב שלו, עובד סוציאלי של שירותי הרווחה או אחות של שירותי הבריאות במקום מגורי התובע". אולם ראוי לשים לב כי הסדר זה חל במצבים קיצוניים יחסית של חוסר מסוגלות לתפקד באופן עצמאי, להבדיל ממצב שבו האדם זקוק לסיוע מחמת נחיתות בהשכלה או העדר תחכום או ניסיון רלוונטיים.

217 לשם השוואה, ניתן לציין כי לפי ס' 63(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, ניתן להסמיך אדם שאינו עורך-דין לייצג בעל-דין בבית-המשפט לתביעות קטנות, ובלבד שהוא אינו עוסק בכך דרך קבע, שהייצוג לא נעשה במעריך העסקים הרגיל שלו ושהוא אינו מקבל על כך תמורה.

218 רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי – תל אביב, פ"ד נב(1) 697 (1998).

219 שם, בעמ' 714.

220 חוק טיפול בחולי נפש (תיקון מס' 5), התשס"ד–2004, הוסיף בחוק העיקרי את ס' 29א, אשר מורה בס"ק (א), כי "בדיון בפני ועדה פסיכיאטרית ובדיון בערעור על החלטותיה, רשאי החולה להיות מיוצג על ידי עורך דין", ובס"ק (ב), כי אם "החולה מאושפז על פי הוראת אשפוז או נמצא בטיפול מרפאתי על פי הוראה לטיפול מרפאתי, זכאי הוא להיות מיוצג בדיון כאמור בסעיף קטן (א) על ידי עורך דין שנתמנה לתת שירות משפטי לפי הוראות חוק הסיוע המשפטי, התשל"ב–1972". ראו גם תקנות טיפול בחולי נפש (ייצוג משפטי בטיפול כפוי), התשס"ו–2006.

פרק ה: תוצאות ההפרה של זכות הטיעון

עמדתו המסורתית של המשפט המנהלי לגבי הפרתה של זכות הטיעון התבססה על ההכרה בחשיבות המיוחדת של זכות זו, ובהתאם לכך צידדה בבטלותן של החלטות שהתקבלו מבלי שניתנה לצד המעוניין זכות טיעון, ממש כמו במצבים של חריגה מסמכות ממש.²²¹ אולם גישה זו הומרה באופן הדרגתי בתפיסה גמישה יותר המכירה ביחסיותה של הבטלות. כפי שכבר צוין קודם לכן, תפיסת הבטלות היחסית היא הגישה השלטת באשר לתוצאות הפגם במשפט המנהלי. לפי תפיסה זו, בעיקרו של דבר, גם במקרה שבו הופרו כללי של המשפט המנהלי, וזכות הטיעון בכלל זה, לא בהכרח תיפסל ההחלטה שהתקבלה כך.²²² ראוי לציין כי למעשה ראשית צמיחתו של עקרון הבטלות היחסית הייתה בהקשר של כללי הצדק הטבעי, ובמיוחד של זכות הטיעון. תחילה נפסק כי על-פי עקרון הבטלות היחסית רק הצד שנפגע מהפרתה של זכות הטיעון יכול להסתמך על הפרה זו, במתכונת המזכירה את מבחן-הסף של זכות העמידה.²²³ בהמשך נפסק כי גם כאשר העתירה נגד הפגיעה בזכות הטיעון מוגשת על-ידי בעל הזכות עצמו, יוסיף בית-המשפט ויבחן אם נגרם לו עיוות דין. במקרים אלה בית-המשפט שואל את עצמו אם לנפגע הייתה טענה טובה שהייתה עשויה להתקבל אילו ניתנה לו זכות טיעון.²²⁴

ניתן להבין את הטעמים שהניעו את בית-המשפט לאמץ את גישת הבטלות היחסית, בהתחשב בכך שהיא מאפשרת לחתור לתוצאה הצודקת בנסיבות העניין, תוך נטישתן של קטגוריות פורמליות. אולם היא גם מעוררת קשיים משמעותיים, בעיקר בהקשר של הגנה על זכויות פרוצדורליות, אשר זכות הטיעון היא ראש וראשונה להן. ראשית, הלכת הבטלות היחסית מתאפיינת בגישה של סלחנות להפרות של כללי המשפט המנהלי על-ידי הרשויות. אכן, לכאורה, מתינות זו לא נועדה להיטיב עם הרשויות עצמן, אלא לשרת את האינטרס הציבורי, בכך שהחלטות ראויות יישארו על מכוון (גם אם הרשויות הגיעו אליהן בדרך חתחתים רצופה פגמים). אולם בדיעבד התוצאה עלולה להיות הרתעת-חסר של הרשויות. שנית, כפי שכבר נרמז, הפעלתו של עקרון הבטלות היחסית מועדת במיוחד לפגיעה באכיפתן של זכויות פרוצדורליות. כאשר בית-המשפט בוחן אם הפגם גרם עוול, הוא

221 עניין טחן, לעיל ה"ש 33.

222 באופן כללי ראו דפנה ברק-ארז "בטלות יחסית: על מחירן של זכויות" ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה 283 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); ברק-ארז, לעיל ה"ש 3, פרק 22.

223 בג"ץ 212/74 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי, באר שבע, פ"ד כט(2) 433 (1975).

224 בין פסקי-הדין הראשונים שהלכו בדרך זו ניתן לציין את בג"ץ 598/77 דרעי נ' ועדת השחרורים, פ"ד לב(3) 161 (1978) (פסק-דינו של השופט יצחק כהן), ואת בג"ץ 118/80 גרינשטיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד לה(1) 239 (1980).

מתמקד בשאלה אם תוצאת ההחלטה הייתה משתנה אילו לא הופרה הזכות. בכך הוא מעתיק את מרכז-הכובד מן ההליך אל התוכן המהותי של ההחלטה, ואינו מבטא את החשיבות הנודעת להקפדה על זכויות פרוצדורליות לאו דווקא מן ההיבט התועלתני של השפעה על תוצאת ההליך.²²⁵ בפועל, החלטה של גישת הבטלות היחסית על הפרות של זכויות פרוצדורליות (בעיקר זכות הטיעון, אך גם זכויות הנובעות מכללים אחרים, כגון חובת התייעצות סטטוטורית) מאיימת לכרסם במידת אכיפתן הלכה למעשה. כאשר בית-המשפט פוסק כי הוא רשאי לדחות עתירה המבוססת על הפרתם של כללי הצדק הטבעי אם לא נגרם עיוות דין, תוצאת הדברים היא מתן גושפנקה להפרה זו בנסיבות שבהן הרשות המנהלית מעריכה כי טענותיו הפוטנציאליות של האדם הנוגע בדבר יידחו. עניין זה מתברר, כמובן, רק לאחר מעשה. כלומר, בית-המשפט דוחה עתירה המבוססת על הפרתה של זכות פרוצדורלית כאשר הוא סבור שההחלטה ראויה לגופה. אם זה המצב המשפטי, אזי מהו ערכה של הזכות הפרוצדורלית? כך, זכות הטיעון תיאכף רק אם בית-המשפט ישתכנע בדיעבד כי היה ממש בטענות שהיה אפשר להשמיע. אולם יש לזכור כי זכות הטיעון נועדה לא רק להגנת אלה שטענותיהם צודקות. היא נועדה ליצור מסגרת להעלאת טענות רלוונטיות, לרבות אלה שיידחו בסופו של דבר, על-מנת לשמור על מראית פני הצדק. אם גם במקרים חמורים במיוחד לא יפסול בית-המשפט החלטות שההליך שביסודן היה נגוע ביותר, לא ייוותר הרבה מהצדק הפרוצדורלי.²²⁶ במילים אחרות, גישת הבטלות היחסית כרוכה במעבר מתפיסה של נורמות רבות של המשפט המנהלי כנורמות לא-תוצאתיות לתפיסתן כנורמות תוצאתיות – תפיסה שעל-פיה הפעולה הפסולה היא עילה לתרופה רק

225 ההתייחסות לשאלת ההשפעה של הפגם על תוכן ההחלטה באה לידי ביטוי גם בפסיקה המוקדמת, אשר הנהיגה את ההבחנה בין פגמים טכניים לבין פגמים מהותיים (ונטתה להגדיר פגם טכני כאשר לא הייתה לו השפעה על התוצאה הסופית של ההחלטה). אולם מגמה זו התחזקה בפסיקה שאימצה את גישת הבטלות היחסית, אשר במרכזה עומדת השאלה אם הפגם גרם עוול. העוול מזוהה על-פי-רוב עם השפעה על התוצאה הסופית של ההחלטה. כך, בעניין באקי, לעיל ה"ש 175, התייחס השופט זמיר לכך שפגיעה בזכות הטיעון תהא ניתנת לריפוי אם להערכתו של בית-המשפט לא היו לאדם הנוגע בדבר "טענות ראויות להישמע". שם, בעמ' 304.

226 במקרים של הפרות חמורות במיוחד של הפרוצדורה המנהלית בית-המשפט מצדד בתוצאה של בטלות, אולם גישה זו שמורה כעת למקרים שבהם ההפרה נראית חמורה במיוחד. כך, לדוגמה, בבג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד נד(3) 496, 525–524 (2000), הסביר השופט חשין כי חרף הסכמתו העקרונית להלכת הבטלות היחסית, אין הוא רואה מוצא אלא לפסול את ההחלטה שהתקבלה תוך פגיעה יסודית בחובת ההתייעצות. השופט חשין נתן ביטוי לאותה גישה מחמירה בבג"ץ 3073/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נד(3) 529 (2000), שניתן באותו יום, ואשר התייחס אף הוא לפגיעה קשה בחובת ההתייעצות. שם, בעמ' 548–547.

אם הוכח דבר קיומה של תוצאה פסולה.²²⁷ שלישית, גישת הבטלות היחסית מבוססת על ההנחה הבעייתית שלפיה כל מעשה מנהלי פגום אמור להגיע לדין בבית-משפט. לכאורה, אין עוד דין ידוע מראש לגבי תוצאותיו של הפגם המנהלי, משום שבית-המשפט מחליט עליהן רק בדיעבד, כאשר ההחלטה הפגומה נידונה בו. אולם האם המשפט המנהלי נועד לאכיפה רק באמצעות בתי-המשפט? לדין אמור להיות תפקיד מנחה ומכוון התנהגויות.²²⁸ בעבר ידעה רשות מנהלית שפגעה בזכות הטיעון כי פעולתה תיחשב בטלה. כיום, לעומת זאת, התוצאה תלויה בשיקול-דעתו של בית-המשפט. מציאות זו תורמת לערפול המצב המשפטי, וממילא מעודדת התדיינויות.²²⁹ רביעית, יש מקום לחשש שהלכת הבטלות היחסית מכרסמת בעקיפין בקיומם הקפדני של פסקי-דין. לא אחת, גם כאשר בית-המשפט נותן לרשויות זמן להיערך לביצוע החלטתו, הן מתעכבות בביצוע חובותיהן, תוך פנייה לבית-המשפט לקבלת ארכות נוספות או אף ללא פנייה כזו.²³⁰ כלומר, ייתכן שהמסר של

- 227 לדין בסיבתיות במשפט המנהלי ראו יואב דותן "הקשר הסיבתי במשפט המנהלי" ספר מישראל חשין 261 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2009).
- 228 לביקורת זו ראו גם אריאל בנדור "הגבולות של השופט ברק (או האם באמת קיים שיקול דעת שיפוטי)" משפט וממשל ט 261, 281–283 (2005).
- 229 מעניין שברע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673, 689 (2001), התייחס השופט זמיר בהרחבה לביקורת המתמקדת בהשפעתה של הבטלות היחסית על ערעור הוודאות המשפטית, ומצא לנכון להתעמת עימה. לדבריו, "התשובה לטענה זאת כפולה. ראשית, מידת הוודאות תגדל עם הזמן ככל שההלכה תיעשה מוכרת יותר ומפותחת יותר, כפי שקורה בהלכות חדשות, ומכל מקום, אין בטענה זאת כדי למנוע קליטה של הלכות חדשות, ככל שהן ראויות. שנית, התפיסה המסורתית, לפיה חריגה מסמכות גורמת בטלות מוחלטת, אף שלכאורה היו בה ודאות ופשטות, בפועל הייתה מורכבת מאוד ואף רחוקה מוודאות משפטית". שם, בעמ' 685. תשובה זו מעידה כי לשיטתו של השופט זמיר, הניסיון המצטבר מהפעלתה של גישת הבטלות היחסית צפוי לתרום לצמצומה של אי-הוודאות. אולם אין בדברים התמודדות מלאה עם הקושי הבסיסי, כלומר, עם העובדה שלכאורה רק בית-המשפט מוסמך לקבוע אם ניתן להכשיר את הפגם המנהלי. כמו-כן אין בהם התייחסות לקשיים האחרים הכרוכים בהלכה החדשה (הרתעת-חסר ופגיעת-יתר בזכויות פרוצדורליות).
- 230 ראו, לדוגמה, בג"ץ 7713/05 נוח – התאחדות ישראלית של ארגונים להגנת בעלי חיים נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 22.2.2006) (עתירה בעקבות אי-קיום פסק-הדין שהורה על הפסקתו של פיטום האווזים, לאחר שחלף התאריך שנקבע לעניין זה בפסק-הדין המקורי); בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 27.7.2008) (עתירה נגד התמיכה במוסדות לימוד חרדיים שאינם מקיימים את תוכנית הליבה של משרד החינוך, גם לאחר תקופת המעבר שנקבעה לכך בפסק-הדין המקורי); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1 (2008) (בקשה של בזיון בית-משפט בעקבות אי-קיומו של פסק-הדין שהורה על ביטולה של ההחלטה בדבר הטבות ליישובים באזורי עדיפות לאומית, גם לאחר תום התקופה שנקבעה לכך בפסק-הדין המקורי); בג"ץ 4542/02 עמותת "קו

“גמישות” התוצאה תרם לגיטימציה חלקית של התופעה (אם כי זו, כמובן, אינה תוצאה הכרחית של גישת הבטלות היחסית).

סיכום

בחינה מקרוב של הדיון ביישומה של זכות הטיעון מלמדת כי העיקרון הפשוט בדבר זכותו של כל אדם להגן על עצמו בהליך שעשוי להשפיע על גורלו אינו פשוט תמיד להפעלה. אף שהאינטואיציה הבסיסית בעניין זה ברורה, יישומה מעורר שאלות רבות במתכונת של: מתי? עד כמה? באיזה מחיר? הפסיקה בנושא זכות הטיעון ניסתה להשיב על שאלות אלה, ומהווה כיום מערך עשיר של דינים.

באופן כללי, הפסיקה מקפידה על יישומה של זכות הטיעון, ואינה נכונה לכופף את עצמה רק לנוכח אילוצים של זמן וכסף. עם זאת, ההגנה שהיא פורשת על זכות הטיעון אינה מלאה תמיד. המאמר הצביע על כמה נקודות תורפה בהיקף ההגנה המוענקת בפסיקה לזכות הטיעון. ראשית, הפסיקה נותרה נאמנה למגבלה המסורתית בדבר אי-תחולתה של זכות הטיעון בהליכים חקיקתיים וריבוניים. מגבלה זו גורפת מדי ומותרת החלטות בעלות חשיבות ציבורית רבה מחוץ למעגל של זכות הטיעון. היא מבוססת על הפרזה בהערכת העלויות הכרוכות בהענקתה של זכות טיעון, בעיקר בעידן שבו קיימת טכנולוגיה המאפשרת שיתוף של הציבור במתכונת מקוונת. שנית, זכות הטיעון נסוגה מפני נסיבות של צורך, ובתנאים מסוימים גם מפני חקיקה נוגדת (אם כי כיום תצטרך זו לעמוד במבחן הביקורת השיפוטית). שלישי, המשמעות המעשית של זכות הטיעון עשויה להישחק עד דק לנוכח האפשרות להסתפק בזכות טיעון כתובה, במיוחד כאשר הנוגעים בדבר אינם מיוצגים (בעיה שאינה מיוחדת רק להליכים מנהליים, ועשויה להתעורר גם בהליכים משפטיים מלאים). רביעית, הלכת הבטלות היחסית מאיימת לכרסם באכיפתה הנחרצת של זכות הטיעון.

מעבר לכל אלה, השאלה שחוזרת ועולה נוגעת במידת קיומן בפועל של זכויות טיעון בעניינם של יחידים שאינם מודעים לזכויותיהם ואף אינם מצוידים בכלים מתאימים להציג את טענותיהם באופן אפקטיבי. המבחן לאיתנותה של זכות הטיעון הוא בסופו של דבר המבחן המעשי. השלמת ההגנה על זכות הטיעון מפני הלחצים של חיי היומיום היא אפוא אתגר מתמשך.

לעובד נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346 (2008) (בקשה של בזיון בית-משפט בעקבות אי-קיומו של פסק-הדין שהורה על ביטולה של מדיניות הכבילה של עובדים זרים למעסיקהם בפרק-הזמן שנקבע לכך על-ידי בית-המשפט).