בשולי הפסיקה

זכות הטיעון: גם בהליכי התקנת תקנות?
בעקבות בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל

ברוך ברכה*

ביוזמת הממשלה חוקקה הכנסת את חוק יישום תכנית ההתנתקות, תשס"ה–2005 (להלן: חוק פינוי פיצוי).[1] מטרת חוק פינוי פיצוי הייתה להביא להתנתקותה של מדינת ישראל מאזורי חבל עזה ומאזור צפון השומרון תוך פינוי הישראלים מהאזורים האמורים ופיצוים.[2] ההוראה המרכזית בנידון באה לידי ביטוי בסעיף 22 לחוק פינוי פיצוי:

"(א) לאחר שהממשלה תחליט על פינויה של כל אחת מקבוצות היישובים כאמור בסעיף 2 (א)(2) לנספח א' של החלטת הממשלה מס' 1996, מיום י"ז בסיון התשס"ד (6 ביוני 2004), יקבעו ראש הממשלה ושר הביטחון, בצו, את השטחים שיפונו, ולגבי כל שטח — את יום פינויו; יום הפינוי שייקבע בצו יהיה בתום חמישה חודשים לפחות מיום פרסומו, אלא אם כן שוכנעה הממשלה שטעמים חיוניים מצדיקים קביעת יום פינוי קרוב יותר; צו הקובע יום פינוי קרוב יותר טעון אישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת; צו שהוצא לפי סעיף קטן זה יונח על שולחן ועדת החוץ והביטחון של הכנסת לידיעתה.

(ב) ראש הממשלה רשאי לקבוע, בצו, בהתייעצות עם שר הביטחון והשר לביטחון הפנים, יום שממנו ואילך תוגבל הכניסה לשטח שניתן לגביו צו לפי סעיף קטן (א)."

משמעות הוראה זו היא שלאחר שתחליט הממשלה על פינוי יישובים, יקבעו ראש הממשלה ושר הביטחון בצו את השטחים שיפונו ואת יום הפינוי בכל שטח. בהסתמך על סעיף 22(א) לחוק פינוי פיצוי, החליטה הממשלה על פינוי כל היישובים המוזכרים

---

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל־אביב. תודתי לרון גולדשטיין, עוזר מחקר, על עזרתו המועילה וכן תודתי לד"ר יהושע (שוקי) שגב עורך כתב העת מאזני משפט על הערותיו הטובות.

1 הצעת חוק יישום תכנית ההתנתקות, ה"ח תשס"ה 2.

2 ראו סעיף 1 לחוק פינוי פיצוי — "מטרת החוק".

בהחלטתה מס' 1996, המצוינת באותו סעיף, ומכאן התקינו ראש הממשלה ושר הביטחון את הצווים הרלוונטיים שבסמכותם.[3]

הסדר משפטי זה הותקף בבג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**,[4] על ידי מספר נרחב של עותרים. שופטי הרוב הבהירו כבר בראשית פסק הדין, הארוך במיוחד, ש"עומדת בפנינו ההכרעה המשפטית אם החקיקה של הכנסת ליישום תכנית ההתנתקות היא חוקתית, ואם פעולות על־פיה הן חוקיות".[5] אחת הסוגיות — מיני רבות שנידונו על רקע טענות העותרים — היא: "ההופרה זכות השמיעה בהוצאתם של צווי הפינוי?"[6] זאת בהתייחס לכך, שהצווים האמורים הם בגדר תקנות בנות פועל תחיקתי.[7] במישור הקונקרטי בחנו שופטי הרוב את "מיצוי זכויות השמיעה".[8] מסקנתם:

> "המקובץ מן האמור הוא כי המתיישבים זכו להשמיע את עמדותיהם בהרחבה, ובכל נושא, וכי החלטת הממשלה על הפינוי ועל היקפו לא נתקבלה בחלל ריק אלא לאחר שנתקיים דיון רחב־היקף, ולאחר שטענות המתנגדים לתכנית היו נגד עיניהם של הממשלה, ראש־הממשלה ושר הביטחון לעת קבלת ההחלטה על הפינוי ולעת חתימת צווי הפינוי."[9]

על רקע נסיבות אלה, היה ניתן להסתפק בדברים האמורים כתשובה לסוגיה דלעיל, אך שופטי הרוב ראו לנכון לבחון את העניין ברמה העקרונית: "האם הייתה חובה לשמוע את המתיישבים עובר לפרסום צווי הפינוי?"[10] והטעימו כי:

> "אף שקבענו כי טענות העותרים נשמעו באורח הולם, רואים אנו מחובתנו להוסיף ולהידרש לשאלה עקרונית שעלתה בטיעוני הצדדים והיא זו: האם קנו העותרים בעניינו, מעיקרו של דין, זכות טיעון?"[11]

---

3 צו יישום תכנית ההתנתקות (חבל עזה), תשס"ה–2005; צו יישום תכנית ההתנתקות (צפון השומרון), תשס"ה–2005. מועד הפינוי שנקבע בסעיף 1 לצווים אלה (20.7.05) נדחה (15.8.05) בצווים מתקנים: צו יישום תכנית ההתנתקות (חבל עזה) (תיקון), תשס"ה–2005; צו יישום תכנית ההתנתקות (צפון השומרון) (תיקון), תשס"ה–2005.

4 פ"ד נט(2) 481 (2005) (להלן: עניין **חוף עזה**).

5 **שם**, בע' 512. נוכח המורכבות של הסוגיות המשפטיות, הן נידונו והוכרעו בהרכב רחב של אחד עשר שופטים. עשרה מהם (אהרן ברק, מישאל חשין, דורית ביניש, אליעזר ריבלין, אילה פרוקצ'יה, אשר גרוניס, מרים נאור, עדנה ארבל, אסתר חיות, יהונתן עדיאל) הינם שופטי הרוב, שדחו את העתירות בעיקרן, כשהכתיבה שלהם משותפת, ושופט אחד (אדמונד לוי) הינו בדעת המיעוט.

6 **שם**, בע' 715 [ההדגשה במקור].

7 **שם**, בע' 725–727 [ההדגשה במקור].

8 **שם**, בע' 716.

9 **שם**, בע' 717. ועוד, על רקע נסיבות המקרה, "טיעוניהם של המתיישבים נשמעו באורח הולם" (**שם**, בע' 718).

10 **שם**, בע' 719 [ההדגשה במקור].

11 **שם**.

כאמור, צווי הפינוי הם תקנות בנות פועל תחיקתי. לפיכך, חשובה עמדתו של בית המשפט בשאלה, אם קיימת חובת שימוע בהליכי ההתקנה של תקנות כאלו. שאלה זו היא במוקד דיוני ברשימה הנוכחית.

בית המשפט הבהיר נכונה את ההלכה בנידון:[12]

> ״קביעה משפטית זו, שלפיה אין לו ליחיד זכות להישמע בהליכים טרום חקיקת משנה בת פועל תחיקתי, חרף השפעתה של חקיקת המשנה על זכויותיו, זכתה לאישור במשפט ישראל.״[13]

בית המשפט אף ציין שהלכה זו מקובלת גם במשפט ההשוואתי — כגון בבריטניה, בקנדה ובאוסטרליה.[14] למרות ההלכה הברורה, מודעים שופטי הרוב בעניין **חוף עזה** לכך, שהיא ״חייבה עצמה בביקורת לא מעטה, ונשמעו קולות המבקשים לסטות ממנה ולקבוע כי יש לאפשר זכות השמעת טענות לנפגעיה בכוח של תקנה חדשה, ובלבד שדרך השמעת הטענות תותאם לנסיבות ולא תשבש את פעילותה של הרשות״.[15]

כדוגמה מפורטים שמות מספר של שופטים וסופרי משפט שביקרו את ההלכה הפוטרת ממתן זכות טיעון בהליכי התקנת תקנות בנות פועל תחיקתי.[16] עם המבקרים את ההלכה נמנה השופט מאיר שמגר, המוזכר בעניין **חוף עזה**,[17] שתמך בהענקת זכות טיעון לפני התקנת תקנות ברע״א 3577/93 **הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע״מ נ׳ מוריאנו**,[18] אך ביקש כי המחוקק הראשי יעניק זכות זו.[19]

ברור שעל המחוקק להציב לנגד עיניו את עקרונותיו הכלליים של המשפט המינהלי ולתת להם ביטוי תחיקתי.[20] ובענייננו — שוב, בהכללה, מן הראוי שיממש ויקבע את זכות הטיעון בנוגע להליכי ההתקנה, כדבריו של השופט שמגר. ברם, בעיה כבדת

---

12 **שם**, בע׳ 721.

13 ראו גם ברוך ברכה ״לקראת פתיחות בהליכי התקנת תקנות?״ **ספר שמגר** (מאמרים חלק א, אהרן ברק יושב ראש המערכת, מיכל טוצקי, רון ורד וכפיר מזרחי עורכים, תשס״ג) 127, 129; איל בנבנישתי וגיא שגיא ״שיתוף הציבור בהליך המינהלי״ **ספר יצחק זמיר — על משפט, ממשל וחברה** (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, תשס״ה) 119, 145; אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** (מהדורה שישית, תשס״ה) כרך א, **עקרונות יסוד**, בע׳ 294, הערה 129, כרך ב, **רשויות השלטון ואזרחות**, בע׳ 723, הערה 50, בע׳ 748.

14 עניין **חוף עזה**, **לעיל** הערה 4, בע׳ 721. ראו גם ברוך ברכה **משפט מינהלי** (כרך א, תשמ״ז) 224; Baruch Bracha "The Right to be Heard in Rule Making Proceedings in England and in Israel: Judicial Policy Reconsidered" 10 *Fordham Int'l L.J.* (1987) 613; ברכה, **לעיל** הערה 13, בע׳ 151–153.

15 עניין **חוף עזה**, **שם**, בע׳ 721–722.

16 **שם**, בע׳ 722.

17 **שם**.

18 פ״ד מח(4) 70, 86–87 (1994) (להלן: עניין **הפניקס**). ראו גם ברכה, **לעיל** הערה 13, בע׳ 127–130.

19 עניין **הפניקס**, **שם**, בע׳ 87: ״עניין זה ראוי לתשומת לבו של המחוקק הראשי״.

20 להבחנה בין משפט מינהלי ״כללי״ ל״מיוחד״ ראו ברכה, **לעיל** הערה 14, בע׳ 14.

משקל היא שהעקרונות האמורים לא זכו לטיפול משמעותי מטעם המחוקק.[21] המשפט המינהלי הכללי הוא אפוא בעיקר משפט פסיקתי. היטיב להבהיר זאת השופט אהרן ברק בבג"ץ 1601/90 **שליט נ' פרס**:[22]

"מרבית המשפט המינהלי הוא משפט שיפוטי. דיני המכרזים, כללי הצדק הטבעי, הכללים בדבר איסור על ניגוד עניינים, תורת שיקול הדעת המינהלי — כל אלה הם יצירה שיפוטית, בה פעל בית המשפט לפיתוח המשפט... פעילות שיפוטית זו נעשית לרוב תוך הסתמכות על עקרונות היסוד של השיטה. ממנה אנו גוזרים זכויות וחובות חדשות. כך אנו מגשרים בין המציאות לבין המשפט."[23]

בתי המשפט מילאו בפסיקתם את שהחסיר המחוקק בחקיקתו[24] והצעידו את דיני המינהל קדימה תוך יצירת "משפט מקובל" ישראלי.[25] יצירה משמעותית זו נתנה ביטויה, בין השאר, בענייננו, באשר לכללי הצדק הטבעי. כך באשר לכלל בדבר איסור משוא פנים וניגוד עניינים:

"...אין העיקרון של ניגוד עניינים מתמצה אך בהוראות החוק החרות. זהו עקרון יסוד, המצוי בהיכלם של עקרונות היסוד של השיטה. ממנו נגזרות הוראות

21 לחוקי מסגרת לא רבים בתחום המשפט המינהלי ראו ברוך ברכה "זכויות אדם חוקתיות והמשפט המינהלי" **ספר יצחק זמיר — על משפט, ממשל וחברה** (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, תשס"ה) 161, 223 בהערה 280.

22 פ"ד מד(3) 353 (1990).

23 **שם**, בע' 367. ראו, בין השאר, גם בג"ץ 1635/90 **ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה**, פ"ד מה(1) 749, 859 (1991) (להלן: עניין ז'רז'בסקי).

24 כדברי השופט מישאל חשין, בית המשפט הגבוה לצדק הוא "בית היוצר למשפט המינהלי בישראל": ע"א 700/89 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ**, פ"ד מז(1) 667, 686 (1993).

25 "חלקים נרחבים של משפטנו הם פרי הפעילות המשפטית בפיתוח המשפט המקובל הישראלי. המשפט הציבורי הישראלי הוא אחד מתחומים אלה. במסגרתו של זה מכיר בית המשפט בעקרונות יסוד של השיטה, תוך שהוא משקף בכך את 'האני־מאמין' של האומה ומגבש את תפישותיה הבסיסיות. על יסוד עקרונות יסוד אלה הוא מפתח הלכות שיפוטיות החלות בתחומי המשפט השונים": עניין ז'רז'בסקי, **לעיל** הערה 23 — השופט אהרן ברק. לפסיקה מוקדמת יותר ראו ברכה, **לעיל** הערה 14, בע' 28, הערה 80. ופסיקה נוספת: בג"ץ 595/89 **שמעון נ' הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים**, פ"ד מד(1) 409, 413 (1990) (להלן: עניין שמעון); רע"א 1412/94 **הסתדרות מדיצינית הדסה עין־כרם נ' גלעד**, פ"ד מט(2) 516, 524 (1995); בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481, 517–518 (1998) (להלן: עניין רובינשטיין); בג"ץ 5734/98 **עזריאל נ' ועדת המשנה של מועצת מקרקעי ישראל**, פ"ד נג(2) 8, 13 (1999) (להלן: עניין עזריאל); בג"ץ 7805/00 **אלוני, חברת מועצת עיריית ירושלים נ' מבקרת עיריית ירושלים**, פ"ד נז(4) 577, 596–597 (2003) (להלן: עניין אלוני); בג"ץ 11269/03 **עו"ד כמאל נ' שר המשפטים**, פ"ד נט(3) 205, 216–219 (2004) (להלן: עניין כמאל); עניין חוף עזה, **לעיל** הערה 4, בע' 588–589.

חרותות. על פיו מתפרשות הוראות אלה. ממנו נגזרות הלכות שיפוטיות — 'משפט מקובל נוסח ישראל' — באשר לניגוד עניינים בתחומים שהחקיקה אינה מכסה. באמצעותו יתפתח המשפט ויינתן פתרון ראוי לבעיות של ניגוד עניינים שהחיים יעוררו במרוצת השנים."[26]

וכך באשר לכלל בדבר זכות הטיעון:

"זכות הטיעון של אדם, הנפגע מהחלטה של השלטון מוכרת בשיטתנו המשפטית. יש והיא קבועה במפורש בדבר חקיקה, אך יש ודבר החקיקה אינו מזכיר אותה במפורש, אלא עובר עליה בשתיקה. גם במקרה זה הזכות קיימת, שכן קיומה של הזכות אינו מותנה בהוראה מפורשת בחוק ... נמצא, כי הוראת חוק דרושה לא כדי להכיר בזכות הטיעון אלא כדי לשלול אותה. שלילה זו צריכה להיות בלשון ברורה ומפורשת. במקום שהוראת חוק ניתנת לפירושים מספר, עדיף הפירוש, אשר ייתן תוקף לזכות הטיעון ולא יסתור אותה."[27]

עוד יש להדגיש, שהתייחסות ספציפית בחוק ספציפי להיבטים מסוימים של כללי הצדק הטבעי והתעלמות מההיבטים האחרים, אין משמעותן בהכרח דחייתם של אלה האחרונים.[28] וראו גישה דומה בתחום הפרשנות, הנותנת פרשנות "מרחיבה" להוראת סעיף 101(5) לצו המועצות המקומיות (א), תשי"א–1950 (לפיה פסול מלכהן כחבר מועצה מקומית "עובד במשכורת באותה מועצה") לטובת הכלל האוסר ניגוד עניינים: ע"א 7131/96 **מרעי נ' סלימאן**.[29]

מהפסיקה של השנים האחרונות עולה בבירור שיהיה קשה מאוד לשכנע את

26 **עניין שמעון**, **שם**, בע' 413 — השופט אהרן ברק. ראו גם בג"ץ 531/79 **סיעת "הליכוד" בעיריית פתח־תקוה נ' מועצת עיריית פתח־תקוה**, פ"ד לד(2) 566, 573–574 (1980) (להלן: **עניין סיעת הליכוד**); **עניין עזריאל**, **שם**, בע' 13; **עניין כמאל**, **שם**, בע' 216–219.

27 בג"ץ 654/78 **גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד לה(2) 649, 656–657 (1979) — השופט אהרן ברק. ראו גם עמ"מ 9/55 **עו"ד פלוני נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית**, פ"ד י 1720, 1733, 1735, 1736 (1956); בג"ץ 290/65 **אלתגר נ' ראש העיריה (א' קריניצי)**, פ"ד כ(1) 29, 33 (1966); **עניין אלוני**, **לעיל** הערה 25, בע' 598–599.

28 ראו השופט אהרן ברק בעניין **סיעת הליכוד**, **לעיל** הערה 26, בע' 574–575: "נמצא, כי השאלה שיש להשיב עליה היא אם לאור מטרתו של המחוקק ורקעה של הסוגיה, יש לפרש את הוראות החוק כהוראות ממצות הדוחות את עקרונות הצדק הטבעי שמחוצה להן, או שיש לפרש את הוראות החוק כמגבשות את עקרונות הצדק הטבעי הכלולים בהן, אך המותירות את תחולתם של הכללים שאינם כלולים בהן, תוך חיים בצוותא, זה ליד זה, של הסדרים סטטוטוריים והסדרים הלכתיים". במקרה של ספק באשר לפרשנות הנכונה של החוק, "המגמה הפרשנית צריכה להיות כי כללי הצדק הטבעי — עד כמה שלא שונו במפורש — ממשיכים לחול לצדו של החוק, והוראה סטטוטורית העוסקת בכללי הצדק הטבעי, אך שאינה מקיפה אותם, יש להתיחס אליה, בנסיבות אלה, כאל הוראה משלימה ומדגישה, אך לא כאל הוראה ממצה" (**שם**, בע' 575). ראו גם יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** (תשנ"ו) 796–797.

29 פ"ד נא(1) 214, 218–219 (1997).

בית המשפט שבמקרה נתון מוצתה זכות מהזכויות על פי כללי הצדק הטבעי, הגם שההתייחסות הסטטוטורית אליה היא חלקית אלא אם כן קיימת הוראה מפורשת בנידון.[30]

ההלכה בפסיקה קובעת גם את היקף התחולה של כללי הצדק הטבעי, ובדיוננו — זכות הטיעון. משך שנים מספר מאז הקמת המדינה המבחן שהוחל בפסיקה היה צר למדי, באופן שהרשות המינהלית חויבה לתת זכות טיעון אך שעה שהיא הפעילה הליכים שיפוטיים או מעין שיפוטיים.[31] זאת עד לפסק הדין החשוב — בג״ץ 3/58 **ברמן נ׳ שר הפנים**[32] — שם קבע השופט משה זילברג מבחן ראוי יותר, מבחן הפגיעה, לתחולת זכות הטיעון:

> ״... לא יורשה גוף אדמיניסטרטיבי — ואפילו אדמיניסטרטיבי טהור (לא מעין־שיפוטי) — לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה, אלא אם־כן ניתנה לנפגע הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו בפני הפגיעה העתידה. היקף החובה וצורת ההזדמנות תלויים יהיו, כמובן, במסיבות הקונקרטיות של הענין הנדון.״[33]

מבחן הפגיעה, המודגש בפסק הדין, אומץ כהלכה בפסיקה לאורך כל התקופה מאז.[34] ומכיוון שבמבחן זה עסקינן, הרי ההיגיון אמור לחייב את תחולתו על כל סוג החלטה של רשות מינהלית העלולה לפגוע בפרט, בין שהיא בעלת אופי שיפוטי, מינהלי

---

30 ראו, למשל, ע״א 2444/98 **טרבלסי נ׳ ראש־המועצה המקומית נתיבות**, פ״ד נב(3) 849, 858–859 (1998); עניין **עזריאל**, **לעיל** הערה 25, בע׳ 19–20 (״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...״ — השופט אהרן ברק); עניין **כמאל**, **לעיל** הערה 25, בע׳ 219.

31 כך בבג״ץ 70/49 ״**תבלין**״ **בע״מ נ׳ שר האספקה והקיצוב**, פ״ד ה 1613 (1951), צימצם משרד האספקה והקיצוב את מכסת היבוא של העותרים בלי לאפשר להם להעלות טענותיהם בנידון לפני החלטתו. משקבלו על כך בבג״ץ, פסק בית המשפט העליון כדלקמן: ״טענה זו בטעות יסודה. רשות המתעסקת בחלוקת מכסות היבוא לצרכנים, אין תפקידיה וחובותיה כתפקידיו וחובותיו של גוף מעין־משפטי. רשות זו היא רשות אדמיניסטרטיבית, שאינה קשורה ואינה מוגבלת בהלכות ובהוראות החלות לגבי גופים כאלה. אין לפניה ריב בין צדדים מנוגדים, הטוענים כל אחד על זכותו; שהוא דבר המציין את הדיון בפני גוף מעין־משפטי...״ — השופט מנחם דונקלבלום, **שם**, בע׳ 1618. במילים אחרות, די היה בכך שבית המשפט העליון יסווג את התפקיד של המשרד כ״מינהלי״ כדי לשלול את זכותם של העותרים, שמצבם הורע בעקבות החלטת המשיב, להישמע לפניו עובר לקבלת ההחלטה. ראו גם בג״ץ 5/54 **יונס נ׳ שר האוצר**, פ״ד ח 314, 316 (1954); ה׳ קלינגהופר **משפט מינהלי** (תשי״ז) 93.

32 פ״ד יב 1493 (1958) (להלן: עניין **ברמן**).

33 **שם**, בע׳ 1508.

34 ״נסכים כמובן כי זכותו של היחיד להשמיע טענותיו לפני הרשות בטרם תתקבל החלטה העלולה לפגוע בו — זכות נעלה היא; זכות היא שיסודה בהגינות הנדרשת ביחסי אנוש, והיא עמנו מקדמת דנא. עמד על כך בית־המשפט כבר לפני שנים ארוכות **בפרשת ברמן**...״: עניין **חוף עזה**, **לעיל** הערה 4, בע׳ 719 — שופטי הרוב; ראו גם זמיר, **לעיל** הערה 28, בע׳ 797 בהערה 10.

או תחיקתי.[35] למרבה הצער, השופט זילברג מסייג את הקטע החשוב שצוטט וקובע ש"חובה זו, כמובן, אינה חלה על פעולות תחיקתיות".[36] סייג זה הביא לידי ההלכה בדבר הפטור מחובת השימוע של הרשות המינהלית (היינו היעדר זכות הטיעון של הפרט העלול להיפגע) בהליכי ההתקנה, למרות הביקורת בנידון.[37]

הביקורת הינה משמעותית ומשכנעת. חשוב לחזור ולציין שהיא הושמעה גם על ידי שופטים אחדים בבית המשפט העליון בפסקי דין ובספרות משפטית.[38] כך אהרן ברק בספרו **שיקול דעת שיפוטי**:

> "... ניתן לגזור מעקרון ההגינות את חובתה של הרשות הציבורית ליתן זכות שמיעה בטרם תתקין חקיקת משנה. בעבר נשללה זכות זו, ונקבע כי היא אינה חלק מכללי הצדק הטבעי. לדעתי, יש מקום לעיין מחדש בהלכה זו. דומה כי ההגינות המינהלית מחייבת, כי בטרם יותקנו תקנות בעלות אופי חקיקתי, יישמעו אלה שעשויים להיפגע. אם זכות השמיעה היא הדין לעניין אקט אינדיבידואלי, על אחת וכמה שזה צריך להיות הדין לעניין אקט כללי. אמת הדבר, עשויות להתעורר בעיות מעשיות באשר למימושה של הזכות, אך באלה ניתן לטפל במישור המעשי, כפי שהניסיון האמריקאי מלמד."[39]

וכך יצחק זמיר בספרו **הסמכות המינהלית**:

> "... לאחרונה מסתמנת מחשבה שניה אצל בית המשפט, המצדדת בחובת שימוע גם בהתקנת תקנות, אם כי מחשבה זו לא הגיעה כדי הלכה."[40]

וראו בג"ץ 6437/04 **תבורי נ' משרד החינוך והתרבות**,[41] פסק דין שניתן כעשרה חודשים לפני פסק הדין בעניין **חוף עזה**.[42] השאלה העיקרית שבה עסקה העתירה בעניין **תבורי** היא "מה תוקפה של תקנה 7א1 לתקנות לימוד חובה וחינוך ממלכתי (רישום), תשי"ט–1959... אשר פורסמה ביום 21.6.2004, ועניינה שיבוץ תלמידי בתי ספר

---

35 ראו: Bracha, *supra* note 14, at p. 626.

36 עניין **ברמן**, **לעיל** הערה 32, בע' 1509.

37 ראו **לעיל** טקסט נלווה להערות 12–16, בהתייחס לאמור בעניין **חוף עזה**, **לעיל** הערה 4. ועוד מעניין **חוף עזה**: "לעניין חובת השמיעה בעניינה של חקיקת משנה, הילכת ברמן הוותיקה היא ההלכה השוררת כיום בישראל, ואף שהיו מי שהסתייגו ממנה — ויש ממש בביקורת, למצער בסוגים מסוימים של חקיקת משנה — ההלכה לא שונתה מעולם" — **שם**, בע' 722.

38 ראו **לעיל** טקסט נלווה להערות 16–19. להפניות נוספות ראו ברכה, **לעיל** הערה 13, בע' 130–132.

39 אהרן ברק **שיקול דעת שיפוטי** (תשמ"ז) 487. ראו גם דבריו בנידון בבג"ץ 953/87 **פורז נ' ראש עירית תל־אביב־יפו**, פ"ד מב(2) 309, 327 (1988): "כידוע, למרבה הצער, אין מפרסמים הצעת תקנות, ואין מכינים לתקנות דברי הסבר שהציבור יכול לעיין בהם".

40 זמיר, **לעיל** הערה 28, בע' 803.

41 פ"ד נח(6) 369 (2004) (להלן: עניין **תבורי**).

42 עניין **חוף עזה**, **לעיל** הערה 4.

יסודיים בחטיבות ביניים?"[43] טענת העותרים הייתה שהליך התקנתה של התקנה פגום מכיוון "שלא ניתנה להם זכות טיעון בעל־פה בפני שרת החינוך ובפני חברי 'ועד החינוך' שהינו הגוף המייעץ לשרה בהקשר זה מכוח סעיף 14 לחוק חינוך ממלכתי".[44] משרד החינוך והתרבות פיקפק אם קנויה בכלל לעותרים זכות טיעון ככל שמדובר בהליכים של התקנת תקנות, ו"מכל מקום" גרס כי "טענות העותרים הובאו בפני שרת החינוך במכתב מיום 27.5.2004, ולפיכך לא נפגעה זכותם לטיעון ולשימוע במידה שקיימת זכות כזו".[45] השופטת חיות הבהירה:

> "זכות השימוע והטיעון העומדת למי שזכויותיו עלולות להיפגע כתוצאה ממעשה מינהלי, משמעותה מתן הזדמנות הוגנת להשמעת טיעונים. אין משמעותה בהכרח מתן זכות טיעון בעל־פה, וכבר נפסק כי דרכי השמיעה בהקשר זה רבות, מגוונות ומשתנות על־פי הנסיבות. אחת הדרכים המקובלות להגשמת זכות הטיעון היא הדרך של העלאת טיעונים בכתב בפני הגורם המינהלי הרלוונטי..."[46]

בדרך ההכללה זו ההלכה, שבנסיבות רבות ניתן לממש את זכות הטיעון בכתב, ולא בהכרח בעל־פה.[47] טיעון בכתב הוא "שימוע" הוגן וראוי בהליכי התקנת תקנות. כדברי השופט שמגר בעניין **הפניקס**:

> "בנושאים בעלי חשיבות ציבורית ניתן להנהיג פירסום מראש של הצעת התקנות

43 עניין **תבורי**, לעיל הערה 41, בע' 372 — השופטת אסתר חיות.

44 **שם**, בע' 376.

45 **שם**, בע' 377.

46 **שם**, בע' 378.

47 ראו שם הפניה לאסמכתאות בנידון. וראו, בין השאר, גם: בג"ץ 297/66 **אפלבום נ' לשכת עורכי הדין**, פ"ד כ(4) 459, 461–462 (1966); בג"ץ 469/74 **גונן נ' ועדת החקירה — מלחמת יום הכיפורים**, פ"ד כט(1) 635, 642 (1974); בג"ץ 338/77 **ברסלאו נ' המפקח על מטבע חוץ**, משרד האוצר, פ"ד לב(3) 29, 47 (1978); בג"ץ 4706/02 **סלאח נ' שר הפנים**, פ"ד נו(5) 695, 707 (2002); בג"ץ 963/04 **לויפר נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(3) 326, 333–334 (2004); על"ע 1421/04 **ד"ר דר נ' לשכת עורכי־הדין בישראל**, פ"ד נח(6) 457, 461–462 (2004) ("המערער טען כי נשללה זכותו לטעון בפני הוועד המרכזי עובר להחלטתו שלא לקבלו כחבר בלשכה. אין בידי לקבל טענה זו... חובתה של הלשכה לשמוע את טענותיו של המערער נעשתה בכתב ולא בעל־פה, אך בעובדה זו כשלעצמה אין כדי לפגוע בזכות הטיעון..." — **שם**, בע' 461, השופט אהרן ברק); בג"ץ 6339/05 **מטר נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה**, פ"ד נט(2) 846, 854 (2005) (להלן: עניין **מטר**). עם זה, בנסיבות מסוימות, כאשר בית המשפט ימצא לנכון, שהזדמנות הוגנת להתגונן במקרה נתון משמעותה התגוננות בדרך של טיעון בעל־פה, הוא יחייב את הרשות "לשמוע" את בעל הדין ולא רק לקרוא את השגותיו. ראו, לדוגמה, בג"ץ 5464/04 **עו"ד זריפי נ' שר המשפטים**, פ"ד נט(5) 721, 732–733 (2005) — השופטת אילה פרוקצ'יה. השופט אהרן ברק, בדעת יחיד, לא ראה טיעון בעל־פה כהכרחי — **שם**, בע' 734. וראו גם את ע"א 4069/03 **מ.א.ל.ר.ז שיווק מתכות בע"מ נ' מנהל מכס ומע"מ**, פ"ד נט(5) 836, 847–849 (2005) — השופט אהרן ברק.

(כפי שנוהגים בארצות־הברית וכפי שגם נהגו לגבי הצעת תקנות מסוימות בסוף תקופת המנדט). מתן הזדמנות לאנשים מתוך הציבור להשמיע הצעותיהם והשגותיהם, יכול שייעשה בדרכים שונות: כך, למשל, ניתן לאפשר העלאת הערות על הכתב, עריכת כינוסים פומביים וכדומה. כאמור, יש בכך כדי להעניק לאזרח הזדמנות הולמת להציג את עמדתו ולאפשר לרשות הציבורית המתעתדת לפרסם את התקנות, ללמוד ולהפיק לקחים מן ההערות.״[48]

כאמור, בעניין **תבורי** היה ברור שניתנה לעותרים זכות טיעון בכתב מטעם הרשות המינהלית המוסמכת ששקלה את הטיעון הכתוב.[49] ״בנסיבות אלה ובהיעדר ראיה לסתור אין מקום לטענת העותרים שלפיה המקרה שבנדון הצדיק מתן זכות טיעון בעל־פה דווקא״.[50] המסקנה:

״משקבענו כי ניתנה לעותרים הזדמנות הוגנת להשמיע את טיעוניהם בפני שרת החינוך בטרם תוקנו התקנות, אין צורך להיזקק לשאלה העקרונית שניתן לעורר בהקשר זה והיא השאלה אם ככלל קנויה בהליכי חקיקת משנה זכות טיעון ושימוע למי שעלולים להיפגע מחקיקה זו...״.[51]

השופטת חיות מבהירה בקטע המצוטט כאן שקיימת ״שאלה עקרונית״ בנידון, והיא אם רשות מתקינה חייבת ליתן זכות טיעון למי שעלול להיפגע מתקנתה, אם לאו. כדי לחדד את השאלה היא אף מפנה לפסיקה המשיבה על שאלה זו בשלילה, ״ומנגד״ לפסיקה המשיבה על כך בחיוב.[52] ולבסוף, את השאלה העקרונית היא משאירה פתוחה. מה משמעות הדבר? מכיוון שכבר קיימת הלכה בנידון, שלפיה הרשות המינהלית אינה חייבת ליתן זכות טיעון בהליכי התקנה,[53] האם הכוונה השיפוטית כאן הייתה — לתקוותי! — לקדם גישה פסיקתית שתחייב בעתיד את הרשות המינהלית ליתן את זכות הטיעון האמורה, באופן שבבוא הזמן תשונה ההלכה, כך שבהכללה תינתן זכות טיעון בהליכי ההתקנה?[54]

48 עניין **הפניקס**, **לעיל** הערה 18, בע׳ 87. ראו גם זמיר, **לעיל** הערה 28, בע׳ 803. השופט שמגר מתייחס אפוא ל״דרכים שונות״ הפתוחות לפני הרשות המתקינה באשר להפעלת חובת השימוע המוטלת עליה, שאחת מהן, ״למשל״, היא זו המסתפקת בהעלאת הטיעונים ״על הכתב״. ראו, בין השאר, גם עניין **חוף עזה**, **לעיל** הערה 4, בע׳ 723; ברכה, **לעיל** הערה 14, בע׳ 224–225; ברק, **לעיל** טקסט נלווה להערה 39; זמיר, לעיל טקסט נלווה להערה 40.

49 עניין **תבורי**, **לעיל** הערה 41, בע׳ 378.

50 **שם**, שם השופטת חיות.

51 שם.

52 שם.

53 ראו **לעיל** טקסט נלווה להערות 12–16, 36.

54 עניין **תבורי**, **לעיל** הערה 41, נכתב כמעט כולו על ידי השופטת חיות, ושני השופטים הנוספים — אהרן ברק ויעקב טירקל — הסכימו עמה, כלומר לא הייתה ביניהם מחלוקת גם בנושא הנידון. זמן לא רב לאחר שניתן פסק הדין בעניין **חוף עזה**, יזמו עותרים אחרים דיון מחודש באשר לצווי

הציפייה שההלכה הקיימת אכן תשונה, אין משמעותה שלא יהיו חריגים להליכי ההתקנה שיצדיקו את אי החלת זכות הטיעון. לזכות הטיעון נפסקו חריגים. כך, למשל, כאשר השופט זילברג הרחיב בעניין **ברמן** את היקפה של זכות הטיעון,[55] הוא קבע חריג בנוגע ל"פעולות בעלות אופי שלטוני־ריבוני במובנו הנכון של מונח זה".[56] חריג נוסף בנידון נקבע בבג"ץ 185/64 **פלוני נ' שר הבריאות**.[57] השופט יואל זוסמן הבהיר את ההלכה בדבר חובת השמיעה במקרה של פגיעה ועורר את השאלה באשר לחקירה משטרתית:

"מי יעלה על הדעת, כי בהתאם להלכה האמורה תהא הזכות בידי אדם שהואשם בפשע, להיות נוכח בשעה שהמשטרה חוקרת עדים ולחקור אותם עדים חקירת שתי־וערב?"[58]

נוסח זה של השאלה מבהיר את התשובה:

"בתקופתנו בה כוחות הממשל הולכים וגדלים, ראויות אמנם זכויות האזרח לשמירה מעולה, אך מן הנמנע להפוך את דרכי המינהל להליך שיפוטי, ולכבול את המינהל על־ידי הטלת עקרונות שיפוטיים, מקום שאלה עלולים לסכל את מלאכתה של רשות מינהלית. הטלת עקרונות שיפוטיים, לשם עשיית הצדק, על הליכים מינהליים, אשר לפי טבעם אינם סובלים או אינם מחייבים את

הפינוי: בג"ץ 7723/05 **שמעוני נ' ראש־הממשלה**, פ"ד נט(2) 922 (2005). תגובתו של השופט אליעזר ריבלין — בהסכמת השופטים אהרן ברק ודורית ביניש — הייתה: "שאלת זכותם של העותרים לשימוע בפני הממשלה כבר נדונה והוכרעה במסגרת פסק־הדין שניתן בפרשת המועצה האזורית חוף עזה (**בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**). התוצאה היא שאין להעלות טענות אלה מחדש" (**שם**, בע' 924).

55 ראו **לעיל** טקסט נלווה להערות 31–33.

56 עניין **ברמן**, **לעיל** הערה 32, בע' 1508. למשמעות חריג זה ראו זמיר, **לעיל** הערה 28, בע' 804. כזכור, לצד חריג זה, קבע השופט זילברג חריג נוסף, ובו עסקינן בעניין **ברמן**, שם, שהחובה ליתן זכות טיעון, לפי מבחן הפגיעה, "אינה חלה על פעולת תחיקתיות". וראו **לעיל** טקסט נלווה להערות 34–36. בעניין **חוף עזה**, **לעיל** הערה 4, בע' 724 קובעים שופטי הרוב: "אשר לענייננו, ביודענו כי המאטריה שבה עוסקים הצווים מאטריה לאומית־ביטחונית־מדינית ממעלה נעלה היא, וכי בעלי הסמכות שהחליטו הם הממשלה, ראש־הממשלה ושר הביטחון, נתקשה לקבל כי קנויה לו ליחיד, דוגמת העותרים, זכות להשמיע טענותיו בטרם נתקבלה ההחלטה. אכן, ההחלטה על תכנית ההתנתקות, על היקף השטח המפונה ועל מועד הפינוי, החלטה שלטונית־ריבונית היא במשמעותם הראשונית של המושגים 'שלטון' ו'ריבון', ומוכרעת היא על יסוד שיקולי מדינה רחבי־היקף, ובהם שיקולי שלום וביטחון, שיקולים לאומיים ובין־לאומיים, שיקולים של יחסי־חוץ עם העולם הערבי ועם העולם כולו, שיקולים כלכליים ועוד. ובלשונו של **השופט זילברג** בפרשת **ברמן** (בעמ' 1509) עניינו הוא ב'...פעולות בעלות אופי שלטוני־ריבוני במובנו הנכון של מונח זה'".

57 פ"ד יט(1) 122 (1965).

58 **שם**, בע' 127.

הדבר, לא תעשה צדק אלא תשתיק את מלאכת המינהל ותגרום לתוהו ובוהו, והדוגמה של חקירה משטרתית תוכיח. כיצד תוכל המשטרה למלא תפקידה ולגלות פשעים, אם תהא חייבת בכל שלב ושלב להזמין את החשוד על מנת שהוא או פרקליטו יחקרו את העדים חקירת שתי־וערב? מי יאות בתנאים כאלה למסור לה ידיעות?"[59]

ויש שמוכרת פגיעה בזכות הטיעון בנסיבות של כורח השעה או כשיש צורך בפעולה דחופה שאם לא כן ייגרמו תוצאות חמורות ביותר. עומד על כך השופט שלמה לוין בבג"ץ 598/77 **דרעי נ' ועדת השחרורים**:[60]

"... 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...".[61]

גם השופט אהרן ברק מבהיר היטב את הדברים בע"פ 768/80 **ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל**[62] כדלקמן:

"יש שרשות מינהלית מקבלת החלטה בלא לשמוע את הצד המעוניין, וההחלטה תעמוד בעינה. דבר זה יקרה, כאשר האינטרס, עליו מגינה ההחלטה, בעניין ספציפי, שקול יותר, במסגרת מכלול האינטרסים הכלליים, מהאינטרס של זכות השמיעה. עם כל חשיבותו של הכלל בדבר זכות השמיעה, אין לשכוח, כי הוא רק אחד ממכלול של אינטרסים, הדורשים איזון וכיבוד."[63]

ועוד:

"גישה דומה קיימת גם באשר לכלל של איסור ניגוד עניינים ... ולכלל בדבר איסור משוא פנים ... הוא הדין באשר לפגיעה בכלל השמיעה. עם זאת, את תחולתה של דוקטרינת הצורך יש לצמצם לחיוני בלבד, ולא לעשותה פתח לדחיקת רגלם של כללי הצדק הטבעי."[64]

ניתן אפוא לומר, שהגישה הנידונה חלה בהכללה על כללי הצדק הטבעי, כלומר על הכלל בדבר מתן זכות הטיעון ועל הכלל בדבר איסור משוא פנים וניגוד עניינים.

---

59 **שם**, בע' 127–128. ראו, בין השאר, גם בג"ץ 555/77 **בבצ'וק נ' הבורסה לניירות־ערך בע"מ**, פ"ד לב(2) 377 (1978); עניין חוף עזה, לעיל הערה 4, בע' 720.

60 פ"ד לב(3) 161 (1978) (להלן: עניין דרעי).

61 **שם**, בע' 165.

62 פ"ד לו(1) 337 (1981) (להלן: עניין שפירא).

63 **שם**, בע' 365–366. השופט ברק מצטט בהסכמה גם את דברי השופט לוין בעניין דרעי, לעיל טקסט נלווה להערה 61.

64 עניין שפירא, לעיל הערה 62, בע' 366.

ציטוט הלכתי זה מסתמך גם על בג"ץ 531/79 **סיעת "הליכוד" בעיריית פתח־תקוה נ' מועצת עיריית פתח־תקוה,**[65] שם נקבע:

"... יש ועקרונות של צורך (necessity) או 'כורח השעה' ידחו את כללי הצדק הטבעי וניגוד הענינים[66] ... את תחולתה של הדוקטרינה בדבר הצורך יש לצמצם לחיוני בלבד, ולא לעשותה פתח לדחיקת רגלם של הכללים בדבר ניגוד ענינים...".[67]

ובהנחה שחובת השימוע חלה — וזו ציפייתי — גם על הליכי ההתקנה, הרי ברור שחריגים ונסיבות של כורח השעה, העשויים לשחרר את הרשות המינהלית מחובת השימוע, יחולו — בהקשר הרלוונטי — גם על ההליכים האמורים. כך, למשל, עשוי בית המשפט העליון להכריע, שחובת השימוע חלה על טיוטת תקנות האמורות לקבוע — מכוח הסמכת המחוקק — הסדרים ראשוניים.[68] "ויש 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)".[69] מכאן ניתן להסיק, שתקנות משניות למדי — "תקנות ביצוע"[70] — לא תהיינה כפופות לחובת השימוע, וניתן אף לציין שחובה זו לא תחול אם כך מחייב כורח השעה, למשל כאשר "קיימת דחיפות במתן תוקף לתקנות"[71] וכאשר "קיים צורך לשמור את תוכן התקנות בחשאיות עד התקנתן (כגון, בתקנות המעלות שעורי מסים או מחירי מצרכים)".[72] ואפשר לשקול ולהסיק מסקנות — אם בית המשפט משתכנע — מהוראות החריגים בחקיקה האמריקנית בנידון.[73]

ועוד נתון שיש להביא בחשבון: לכאורה, רשות מינהלית הכפופה לחובת השימוע, עובר לקבלת החלטתה, אמורה היא עצמה לממש את החובה, אך הלכה למעשה בתי המשפט מודעים לנטל הקשה שבקיום החובה באופן אישי, ולפיכך הכירה הפסיקה ביכולתה של הרשות להיעזר בעוזריה בהליך השימוע, ובלבד שתוכן הטיעון־השימוע

65 **לעיל** הערה 26.

66 גם כאן מסתמך השופט ברק על דברי השופט לוין בעניין דרעי, **לעיל** טקסט נלווה להערה 61.

67 **לעיל** הערה 26, בע' 576 — השופט ברק.

68 ראו, למשל, ברוך ברכה "חקיקת משנה" **משפט וממשל** א (תשנ"ב–תשנ"ג) 411, 418–419.

69 **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה**, מספר 2.3100 (60.012) (נובמבר 1985, עדכון: נובמבר 2003), סעיף 21(א).

70 משום המשניות חוק־יסוד: הממשלה יכול לקבוע בסעיף 37(א): "שר הממונה על ביצועו של חוק מוסמך להתקין תקנות לביצועו".

71 **לעיל** הערה 69, מספר 60.012 (נובמבר 1985), סעיף 21.2(ג)2.

72 **שם**, בסעיף 21.2(ג)3.

73 5 U.S.C., סעיף 553, וראו ברכה, **לעיל** הערה 14, בע' 200; בנבנישתי ושגיא, **לעיל** הערה 13, בע' 159.

יועבר לרשות עובר לקבלת החלטתה.[74] מדובר בסמכות בעלת אופי מינהלי,[75] ואם ציפייתי תתמלא וזכות הטיעון — לפי מבחן הפגיעה — תחול גם על הליכי ההתקנה, ניתן יהיה להיעזר גם כאן בהלכה בדבר היכולת לבצע את השימוע באמצעות עוזרים.[76] שהרי הטלת הנטל של שימוע אישי על מתקיני התקנות במלוא מגוון המקרים של התקנת תקנות, הוא כבד למדי.[77]

סוף דבר

לדעתי, היה ראוי שהפסיקה תחיל עוד משכבר הימים את זכות הטיעון גם על הליכי התקנת תקנות.[78] החלה זו לא נעשתה. בשנים האחרונות חלו התפתחויות במשפט הציבורי שיש בהן כדי לחזק את ההיגיון שבהחלה כזו.[79] ״המהפכה החוקתית״, למשל, שהיא תולדה של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם,[80] אמורה לחזק את אופייה הדמוקרטי של המדינה.[81] שיתוף הציבור בהליכי ההתקנה באמצעות הליך שימוע יכול גם הוא לחזק את אופייה הדמוקרטי של המדינה.[82] לכן היה המחוקק מיטיב לעשות לו היה מחוקק הוראת חוק בנידון. למרבה הצער הוא לא עשה כן וספק רב אם יעשה כן (בקרוב).[83]

---

74 לניתוח והפניות ראו ברוך ברכה **משפט מינהלי** (כרך ב, תשנ״ו) 185–187. ראו גם בג״ץ 5770/05 **ויזל, צוערת נ׳ מפכ״ל המשטרה**, פדאור 06(19) 399 (2006) פסקאות 21–26 לפסק דינה של השופטת ברלינר.

75 לא שיפוטית: ברכה, **שם**, עמ׳ 187.

76 ראו זמיר, **לעיל** הערה 28, בע׳ 803, בהתייחסו להלכות הראויות באשר לתחולת זכות הטיעון גם בהליכי התקנה: ״בנסיבות מתאימות אפשר גם למנות חוקר מטעם הרשות המוסמכת, על מנת שישמע את המעוניינים וידווח לרשות״.

77 כדוגמה בנוגע לצווים בפסק הדין שבו עסקינן: ״צווים אלה צוו על־פי סמכות שהוענקה בחוק יישום ההתנתקות, וקשה להעלות על הדעת כי ראש־הממשלה ושר הביטחון חייבים היו להוסיף ולשמוע קודם החתימה על הצווים ופרסומם ברבים — אישית או באמצעות נציגים — את עניינם האישי של כל אחד ואחד מאלפי המתיישבים, מעבר לדברים שכבר נשמעו״ (עניין **חוף עזה**, **לעיל** הערה 4, בע׳ 718).

78 ראו: Bracha, *supra* note 14.

79 ברכה, **לעיל** הערה 13, בע׳ 133 ואילך.

80 ראו אהרן ברק ״המהפכה החוקתית: בת מצווה״ **ספר יצחק זמיר — על משפט, ממשל וחברה** (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, תשס״ה) 227, 256, 257: ״המהפכה החוקתית הביאה לידי קונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי ... אכן, משמעותן של המהפכה החוקתית ושל הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הנובעת ממנה היא שנקבע איזון חדש בין חירותם של הפרטים בינם לבין עצמם ובינם לבין כוחו של השלטון.״ ראו גם **שם**, בע׳ 278: ״התרשמותי היא שתהליך ההפנמה של המהפכה החוקתית נמצא בעיצומו. הרטוריקה מתחילה להשפיע על הפרקטיקה. בוודאי כך הדבר ביחסים בין הפרט לבין רשויות השלטון״.

81 **שם**, בע׳ 279–280.

82 ברכה, **לעיל** הערה 13, בע׳ 136 בהערה 46.

83 ראו **לעיל** טקסט נלווה להערות 19–20.

כידוע, הכללים של המשפט המינהלי נקבעים במידה רבה על ידי בית המשפט העליון.[84] עד כה הוא לא חייב את הרשויות המתקינות לשתף את הציבור.[85] אי חיוב זה הינו ההלכה, ולמרבה הצער גם באחרונה אין חורגים ממנה. אמנם ראינו שאחדים מהשופטים מתחו עליה ביקורת, בפועל הם לא סטו ממנה.[86] ציפייתי היא שביקורת נכונה זו תביא לידי שינוי ההלכה על ידי בית המשפט העליון , ושחובת השימוע, כלומר זכות הטיעון, תחול גם על ההתקנה — בכפוף כמובן לחריגים המתאימים[87] — התקנה שתיקח חלק בחיזוק הדמוקרטיה.

84 ראו לעיל טקסט נלווה להערות 21–25.

85 ראו לעיל טקסט נלווה להערות 11–12.

86 ראו לעיל טקסט נלווה להערות 14–15, 36–39. ועוד ציטוט בנידון מעניין חוף עזה, לעיל הערה 4, בע' 722: "לעניין חובת השמיעה בעניינה של חקיקת מישנה, הילכת ברמן... הוותיקה היא ההלכה השוררת כיום בישראל, ואף שהיו מי שהסתייגו ממנה — ויש ממש בביקורת, למצער בסוגים מסוימים של חקיקת מישנה — ההלכה לא שונתה מעולם."

87 ראו לעיל טקסט נלווה להערות 54–72.