

יכשירו או יפסלו את החלטת הממשלה

ניתוח כלכליסט

משה גורלי

איך יכריע בג"ץ בעתירה על עתיד הגז הישראלי

העותרים בשלל העתירות שהוגשו נגד יצוא הגז טוענים הן נגד המדיניות עצמה והשלכותיה והן נגד הסדרת הנושא בהחלטת ממשלה ולא בחוק. **כלכליסט** ממפה את עמדת שופטי ההרכב בבג"ץ בפסקי דין בעתירות דומות בעבר כדי לנסות לחזות כיצד הם יפסקו כעת

כמה עתירות הוגשו בחור דשים האחרונים נגד מדיניות יצוא הגז של הממשלה. העתירות מבקשות לבטל את הסדרת מדיניות הגז בהחלטת הממשלה ולהעביר את החלטה על עתירה לחקיקה של הכנסת. זאת בגלל שמדובר במדיניות כלכלית בעלת השלכות אדירות לחברה ולכלכלה הישראלית בהווה ולדורות הבאים. העתירות הרבות שהוגשו אוחזות לכדי עתירה אחת שתדון במאוחד. העותרים הם הח"כים ראובן ריבלין, שלי יחימוביץ, משה גפני ואבישי בר-וורמן. בנוסף, עותרים המרכז האקדמי למשפט ועסקים, הפורום הישראלי לאנרגיה, העמותה לכלכלה בת-קיימא, אדם טבע ודין, התאחדות התעשיינים, התנועה למען איכות השלטון, ישראל יקרה לנו ואמון הציבור.

העותרים תוקפים בשתי הזיתות עיקריות: הראשונה, עצם הסדרת הנושא בהחלטת ממשלה. לשיתם, מדיניות כוללת יש להסדיר בחוק של הכנסת. השנייה, תוקפת את חוסר סבירותה של ההחלטה שהתעלמה מהשלכותיה על המשק הישראלי. המדינה מנגד מציגה את עבודת המטה המקצועית שבבסיס ההחלטה ואת כשרותה: חוק הנפט, לטענתה, לא רק מספק את ההסמכה החוקית, אלא גם מחייב אותה לקבל החלטה ולקבוע את מכסות הייצוא. גם היועץ המשפטי לממשלה יהודה וינשטיין סבור שהחלטת ממשלה מספקת.

היועץ המשפטי לממשלה יהודה וינשטיין מסתפק בהחלטת ממשלה

צילומים: חיים צמח, גיא אטיאג

נשיא בית המשפט העליון אשר גרוניס העביר את הדיון להרכב מורחב של שבעה שופטים שיכללו, בנוסף אליו, את מרים נאור, עדנה ארבל, אליקים רובינשטיין, אסתר חיות, סלים ג'ובראן ונעם סולברג.

האם ניתן להעריך כיצד יחליטו ראשית, לא מקובל ולא מכובד להמר על תוצאה של פסק דין.

שנית, הנסיון לצקת את השופטים לתוך התבניות הרלבנטיות – אקטיביסט או שמרן בנטייה להתערב בהחלטות ממשלה – הוא מורכב ועלול לחטוא בפשטות. כל מקרה מציב מערכת עובדות ונסיבות ייחודית שאולי יגרמו לשופט שמרן להיפתיע ולהעז או לשופט אקטיביסט לסטות

מנוהגו בגלל עומק החדירה לטריטוריה הממשלתית.

התקדים שהביא לחוק טל

התקדים לביטול החלטת ממשלה נקבע עם ביטול סמכותה של הממשלה לשחרר משירות צבאי בחורי ישיבות. זאת בעקבות עתירה של ה"כ אמנון רובינשטיין, עו"ד יהודה רסלר ואחרים בדצמבר 1998. באותן שנים שוחררו האברכים מכוח הס"כמים קואליציוניים, בסמכות ובהחלטת שר הביטחון. בג"ץ פסל את המסלול הזה וקבע שיש להמירו בחוק מפורש של הכנסת, קביעה שהובילה לחקיקת חוק טל. הנימוק היה פגיעה בשוויון.

פגיעה בשוויון ופגיעה בזכויות אדם הם המגופים המרכזיים להתערבות בג"ץ בהחלטת ממשלה ואף בחקיקת הכנסת. דוגמה לכך ניתן לראות בפסק הדין בעניין ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל, שמצוטט בהרחבה בעתירת הגז. בג"ץ ביטל תכנית ממשלתית לתמיכות כספיות שהפלתה ישובים ערבים. השופט מישאל חשין שרטט מבחן כמותי-איכותי להתערבות שלפיו "בין השאר נבחן את מידת השפעתו של ההסדר על הציבור בישראל". חשין מוסיף גם מבחן כמותי קונקרטי יותר: "בלשון של מספרים נוכל לומר כך: הענקת 100 ש"ח מקומה הוא בתחום המינהל. הענקת 100 מיליון ש"ח היא בתחום המחוקק".

השופט היחיד שישב בבג"ץ ויעדת המעקב לצדו של חשין ושמשובץ להרכב בעתירת הגז הוא ג'ובראן שתמך כמובן בביטול ההחלטה המפלה. "אין זה בסמכותה של הממשלה לקבוע הסדר ראשוני, כאמור בפסק דינו של חברי המשנה לנשיא חשין. החלטת הממשלה נגועה בהפליה אסורה ופוגעת שלא כרין זכות לשוויון בין אזרחים יהודים לאזרחים שאינם יהודים", כתב.

אלא שקשה להסיק עמדה דומה של ג'ובראן בעתירת הגז. שם הרגש היה על פגיעה בשוויון והפליית אזרחים ערבים. גם בעתירה הנוכחית ניסו העותרים לנמק

את עתירתם בערכים ועקרונות אשר יעודדו את בג"ץ להתערב: הנרטיב של העותרים מתמקד בפגיעה בזכויות האדם (זכויות הדורות הבאים, לטענת העותרים), זאת בעוד שהנרטיב של המדינה מתייחס לסוגיה כעיסוק במדיניות כלכלית. ככל שמדובר במדיניות כלכלית תקטן המורטיבציה של השופטים להתערב. ומה עם מדיניות כלכלית שעלולה לפגוע בציבור? כאן השאלה היא האם השופטים יודעים טוב יותר מהממשלה.

דרוש פסול של ממש

תחושת אי נוחות ממעשיה של הממשלה ואפילו תחושות קשות מאלה לא מספקות כדי להביא את בג"ץ להתערב בהם. במקרים כאלה, בהם בג"ץ נדרש להיכרע על תוכן החלטה, ידרוש בג"ץ התנועה לאיכות השלטון נגד ההסכם שחתם בין המדינה ובין החברה לישראל ושלפיו התחייבה המדינה לרכוש את מניותיה של החברה לישראל בבזון, תמורת 570 מיליון שקל, דחו השופטים את העתירה. שתיים מהשופטות שם היו חיות ונאור. "השתלשלות העניינים בפרשה זו מעוררת תחושה ברורה של אי נוחות. אך בית המשפט אינו יכול ואינו רשאי לפסוק על פי תחושות או השערות" כתבה חיות. ונאור הוסיפה: "המחשבה שיתכן והמדינה 'מחלקת', כלשון העותרת, את נכסיה בשעה שאפי שר והיא זכאית להשתתף חינם אין כסף – היא מחשבה הטורדת את המנוחה, ובפרט בשים לב לסכומים בהם מדובר... עם זאת אילו שוכנעתי, ולו לפי מאזן ההסתברות, שהממשלה מבקשת משום מה לתת את נכסי המדינה במתנה למאן דהוא, היה מקום לנקוט עמדה שונה.



ראש הממשלה בנימין נתניהו. המדינה מציגה את עבודת המטה שבבסיס החלטה



היועץ המשפטי לממשלה יהודה וינשטיין מסתפק בהחלטת ממשלה

27.53x33.36	2/2	17	עמוד	כותרת - כלכלי סט	21/08/2013	38433517-4
המרכז האקדמי למשפט ועסקי - 26330						



איך הם הכריעו בעבר?
עמדות שופטי ההרכב המורחב בעתירת הגז בשאלות שדרשו התערבות בהחלטות ממשלה או גופים מינהליים

פסלה	הכשירה
תוכנית ממשלתית לתמיכות כספיות. נטען כי היא מפלה יישובים ערביים	X
ריסוס קרקעות חקלאיות בטענה שהן אדמות מדינה	X
הקמת ועדת וינוגרד לבידיקת אירועי מלחמת לבנון	✓
פיצויים על נזקי מלחמה	✓
העברת מידע ממשרד הפנים למס הכנסה, רשות השידור והבנקים	✓
הסדרת שירותי רפואה פריים בבתי חולים	✓
התחייבות המדינה לרכישת מניות החברה לישראל בבזן	✓
ביטול תקנות מס הכנסה בנוגע לקופות הגמל	✓
סירוב רשות השידור והרשות השנייה לשדר תשדיר פוליטי בתשלום	✓
סירוב שר הפנים לאשר "גיורי קפיצה"	✓
הסכם בין משרד האוצר למפעלי ים המלח בנוגע לתמלוגים למדינה	✓

נועם סולברג	אסתר חיות	אליקים רובינשטיין	עדנה ארבל	מרים נאור	סלים ג'ובראן	אשר גרוניס
	✓	X	X	X	X	✓
			✓			✓
		X		✓	✓	✓
	✓		✓	✓	✓	✓
			✓	✓	✓	✓
				✓	✓	✓
				✓	✓	✓
				✓	✓	✓
				✓	✓	✓
				✓	✓	✓
✓						✓

צילומים: אלכס קולומובסקי, אביב חופי, יאיר שגיא

הכשיר את סירובו של שר הפנים. אף לא אחד מהשופטים מהמקרה הק" רוב ביותר לענייננו שנדרו בג"ץ לא יושב בהרכב השופטים בעתירת הגז. מדובר בעתירה נגד החלטת מנהל מק" רקעי ישראל לפיצוי חקלאים. פסק הדין על שניתן לפני כעשור עורר את הדיון על צדק חלוקתי במקרקעי ישראל. רא" שית, קבע השופט בדימוס תיאודור אור ש"למשפט תפקיד חשוב בכל הנוגע לפי קוח על החלטות שעניינן חלוקת עושר בחברה". שנית, קבע ש"ראוי שהתווית המדיניות הכללית והעקרונית – זו שהיא ההסדר הראשוני, אשר השפעתה על חיי הפרטים בחברה הינה גדולה – תיעשה בחקיקה ראשית". שלישי, קבע כי "המ" חוקק ראשי, בדברו המפורש, להטיל על גוף מינהלי הנזכר בחוק תפקיד להסדיר נושא אשר ברגיל, ועל פי הראוי בדרך כלל, על הגוף המחוקק עצמו להסדיר". רביעי, ובכך הכריע אור את הדיון לטובת החלטת המינהל: "לשון החוק ברורה היא ומפורשת, ויש בה להקנות למועצת מקרקעי ישראל את הסמכות לקבוע הסי דרים ראשוניים".

העיקרון הציבורי או המשפטי
כאשר מיישמים את שלל העקרונות המתחרים בפסיקות בג"ץ על עתירת הגז ניתן לומר שהעקרונות המשפטיים הם בעד דחיית העתירה, ואילו העקרונות הציבוריים הם בעד קבלתה. מהצד המשפטי קשה להצביע על פג" עה בזכויות אדם, שיקולים זרים או שחי תות. מדובר במדיניות כלכלית שניתן להצביע על ההסמכה המשפטית לקבלתה מכח חוק הנפט. הסמכה שאפילו מסתייגי ההסדרה הממשלתית מכירים בה גם אם היו מעדיפים חקיקה ראשית. מצד שני, ההיבטים הציבוריים תומכים בחקיקה: ראשית, מדובר בהחלטה המסדירה בצור רה כוללת ענף משקי שלם ולא בהחלטה נקודתית. שנית, מדובר בסוגיה השנויה במחלוקת בציבור. שלישי, ההשלכות הכספיות של ההכרעה עצומות. רביעי, ההשלכות הן ארוכות טווח ובידודיות.

נעשתה בסמכות ותוכנה מידתי וסביר ואין בה פגיעה מובהקת בזכויות אדם. בג"ץ מרבה להדגיש שאינו נוטה להחליף את שיקול דעתה של הממשלה בשיקול דעתו. שאלת ההתערבות עלתה גם בעתירות לבג"ץ שהוגשו נגד החלטת הממשלה להקים ועדת בדיקה ממשלתית בראשות השופט וינוגרד לבידיקת אירועי מלחמת לבנון. חמישה מתוך שבעת שופטי ההר" כב בעתירת הגז רנו בעתירות אלה. בג"ץ הכשיר את החלטת הממשלה על חודו של קול – ארבעה נגד שלושה. בין שופטי הרוב היו שלושה משופטי ההרכב הנוכחי: גרוניס, ג'ובראן וחיות. "נראה כי תבונ" תו של בית המשפט איננה צריכה ואיננה יכולה לשמש אמת מידה לבחינת מעשי הרשות", כתבה חיות. במיעוט שסבר כי יש לבטל את החלטתה היו השופטים נאור ורובינשטיין. לדעתם, הוראת החוק בע" ניין ועדת בדיקה ממשלתית אינה חלה על המקרה עליו הופקדה ועדת וינוגרד. מבין השופטים בעתירת הגז, נדמה שהנשיא גרוניס הוא העקבי ביותר בגי" שתו ה"פרויממשלתית". דוגמה לכך ניתן למצוא בעתירה שהגישה האגודה לזכויות האזרח נגד מתן גישה ישירה למאגר המידע של מרשם האוכלוסין במשרד הפנים לצרכיהם של מס הכנסה, ביטוח לאומי, רשות השידור, בנק ישראל והבנקים המסחריים. הדיון שהתמקד בה" פרת הפרטיות העלה שהחוק אינו מאפשר העברת מידע לבנקים שאינם גופים צי" בוריים. גרוניס ברעת מיעוט סבר שני" תן להעביר מידע בהיקף מוגבל לבנקים גם ללא הסמכה מפורשת, מאחר שהיא כרוכה רק ב"פגיעה של מה בכך" בזכות הפרטיות. גישה דומה ברעת מיעוט נר" ספת הביע גרוניס בתקופה שהאקטיביזם השיפוטי בהנהגת ברק היה בשיאו. 11 שופטים ישבו על מדרכת "גיורי הקפיצה" שעסקו בסירובו של שר הפנים להכיר באזרחותם של מתגיירים שהחלו בתה" ליד הגיור בישראל, השלימו אותו בחו"ל וביקשו לחזור ולקבל אזרחות ישראלית. הנשיא ברק הוביל את הרוב שקיבל את עמדת העותרים. גרוניס, ברעת מיעוט,

בידי הכנסת להגשים מטרה זו, שלדבריה "ניתנת ליישום באופנים שונים" – ככל הנראה גם בהחלטת ממשלה. שופטי בג"ץ לא מחפשים תמיד צדק חלוקתי ולעיתים הם יתפקו בסבירות ומידתיות ההחלטה. גישה זו באה לידי ביטוי בפסק דין מקיף שבחן את הח" לת שר האוצר להעדיף ישובי ספר

השופט מרים נאור: לא כל מדיניות שיש לה השלכות חברתיות וערכיות, אפילו אם היא נתונה במחלוקת בין שרי הממשלה, בהכרח מחייבת חקיקה ראשית"

השופט אסתר חיות: "תהא עמדתך אשר תהא לעניין מידת התבונה בהחלטת הממשלה, תבונת בית המשפט לא יכולה לשמש אמת מידה לבחינת מעשי הרשות"

מסויימים על פני אחרים במתן פיצויים על נזקי מלחמה. ארבל דחתה את הע" תירות שנסעו בין היתר על הטענה שהשר חרג מסמכותו החוקית. ארבל קבעה שהשר ערך אבחנה מותרת ומדי" ניותו "סבירה ומידתית". ניתן לומר כי, ככלל, בג"ץ נמנע מה" תערבות בהחלטה ממשלתית כל עוד היא

את המדינה ייצג עו"ד ענר הלמן שמייצג את המדינה בעתירת הגז. השופט נאור דחתה את העתירה לאחר שאיבחנה ש"אין מדובר בהסדר בדבר פנסיית חובה לעצי מאיים, הסדר שמקומו יכירנו רק בחקיקה ראשית", והוסיפה "שוכנענו, כי התיקון לתקנות מקדם מטרה כלכלית-חברתית חיונית ולא מצאנו כי התיקון פוגע בבעלי הכנסה נמוכה ובינוניות כטענת העותרים".

סמכות מכוח חוק הנפט
גרוניס וסולברג דחו לפני כשנה עתי" רה של התנועה לאיכות השלטון ואדם טבע ודין. השתיים עתרו לביטול החלטת הממשלה לאשר הסכם בין משרד האוצר למפעלי ים המלח בנוגע לתמלוגים המשר" למים למדינה. הטענות אז היו דומות לט" ענות היו: הפקרת הקה הציבורית, צדק חלוקתי וחוסר מידתיות. העתירה נדחתה, אך בעיקר בגלל אי מיצוי הליכים.

בעניין הגז טוענת הממשלה כי סמ" כותה לקבל החלטת בנושא נגזרת מחוק הנפט. טענה דומה נשמעה בפרשת המפ" קד הלאומי, שם הוגשה עתירה נגד סירובן של רשות השידור והרשות השנייה לשדר תשדיר פוליטי בתשלום, על סמך כללים האוסרים על שידור פרסומות בנושאים פוליטיים שנויים במחלוקת. נאור, שכת" בה את דעת הרוב, סברה שהחוק, מכוחו הוצאו הכללים, מספיק כדי לאסור פר" סומת פוליטית. נאור היא גם העומדת מאחרי פסק הדין שדחה את העתירות נגד יישום המלצות ועדת ששינסקי באמצ" עות חוק מיסוי רווחי הנפט. העותרים לא הבינו למה לעניין המיסוי הלכה הממשלה למסלול חקיקה בכנסת ואילו לעניין מכ" סות הייצוא החליטה להסתפק בהחלטת ממשלה. "משאב הנפט והגז הוא משאב ציבורי מוגבל ומתכלה. מצב בו הכנסת בוחרת לחוקק חוק שיראג לחלוקה צודקת יותר של הרווחים ממשאב ציבורי מוגבל זה, תוך ערכון של חקיקה ארכאית – הוא חקיקה לתכלית ראויה", משבחת נאור את החקיקה היא. בעתירה הנוכחית מצטיינים העותרים את תמיכת נאור ב"צדק חלוק" תי", אלא שנאור לא בהכרח סבורה שרק

של שירותי רפואה פריים בבתי החר" לים הציבוריים. נבחנה הטענה שההסדר החדש מחייב להעשות בחקיקה ראשית. זו הייתה גם עמדת היועץ המשפטי לממשלה באותה עת, אליקים רובינשטיין. נאור קבעה שחקיקה ראשית לא נדרשה במקרה זה: "בית המשפט לא יעצב מחדש מדיניות חברתית-כלכלית שכן 'תפקידו של בית המשפט הוא בביקורת שיפוטית על חר" קיותן של הפעולות השלטוניות ולא בה" ערכה ערכית של המדיניות לגופה". וכאן מגיע הציטוט העקרוני של נאור שאינו מבשר טובות לעותרים בעתירה הנוכ" חית: "במדיניות האמורה הנקבעת בדריגי הרשות המבצעת יש אמנם כדי להשפיע על התמהיל הציבורי-פרטי במערכת הב" ריאות ולדבר אף עשויות להיות השפעות חברתיות וערכיות. עם זאת, לא כל מדי" ניות שיש לה השלכות חברתיות וערכיות, אפילו מדובר במדיניות הנתונה במחלוקת בין שרי הממשלה, היא בהכרח מדיניות המחייבת הסדר מפורט בחקיקה ראשית". עתירה נוספת בה עלתה סוגיית ההס" מכה החקיקתית הנדרשת הוגשה על רקע ריסוס קרקעות חקלאיות על יד המדינה בטענה כי אלה אדמותיה (אברומדיגם נגד מנהל מקרקעי ישראל). השופטים נאור, ג'ובראן וארבל נחלקו בשאלת ההסמכה החקיקתית. ג'ובראן בדעת יחיד קבע כי פעולת הריסוס נדרשה להסמכה ספציפית בחוק. לעומת זאת, ארבל ונאור סברו כי די בהסמכה החוקית לפעול נגד מסיגי גבול למקרקעין. אותו הרכב ישב גם בע" תירה של לשכת המסחר נגד שר האוצר לביטול תקנות מס הכנסה בנוגע לקופות הגמל. שלוש הטענות שעלו אז חוזרות היום: התקנות קובעות בחקיקת משנה הסדר ראשוני שיש לקובעו בחקי" קה ראשית; הסדרת הנושא באמצעות חקיקת משנה היא בגדר "מחטף"; התק" נות חורגות מסמכותו של שר האוצר בחוק המסמיק. את העותרים ייצג א עו"ד חנן מלצר, כיום שופט בית המשפט העליון.