



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4374/15

בג"ץ 7588/15

בג"ץ 8747/15

בג"ץ 262/16

לפני :

כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גיבראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט נ' סולברג

העותרות בבג"ץ 4374/15 :
1. התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)
2. אדם טבע ודין - אגודה ישראלית
3. הפורום הישראלי לאנרגיה (ע"ר)

העותרות בבג"ץ 7588/15 :
1. המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר)
2. העמותה לכלכלה בת קיימא (ע"ר)

העותרות בבג"ץ 8747/15 :
1. ח"כ זהבה גלאון, יו"ר מפלגת מרצ
2. סיעת מרצ בכנסת

העותרות בבג"ץ 262/16 :
1. מפלגת העבודה הישראלית
2. ח"כ איתן כבל – יו"ר ועדת הכנסת
3. ח"כ שלי יחימוביץ'
4. ח"כ פרופסור מנואל טרכטנברג

נגד

המשיבים בבג"ץ 4374/15 :
1. ראש ממשלת ישראל
2. יושב ראש המועצה הלאומית לכלכלה
3. שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים
4. שר האוצר
5. ממשלת ישראל
6. היועץ המשפטי לממשלה
7. מ"מ הממונה על הגבלים עסקיים
8. הכנסת
9. דלק קידוחים שותפות מוגבלת
10. אבנר חיפוש גז ונפט שותפות מוגבלת
11. חברת נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטיד (Nobel)

- (Energy Meditettanean Limited)
 12. רציו חיפושי נפט (1992) שותפות מוגבלת
 13. דור חיפושי גז - שותפות מוגבלת
 14. ישראלמקו נגב 2-שותפות מוגבלת

- המשיבים בבג"ץ 7588/15 :
 1. ממשלת ישראל
 2. כנסת ישראל
 3. חברת נובל אנרגיי מדיטרניאן לימיטיד (Nobel)
 (Energy Meditettanean Limited)
 4. אבנר חיפושי גז ונפט שותפות מוגבלת
 5. דלק קידוחים שותפות מוגבלת
 6. רציו חיפושי נפט (1992) שותפות מוגבלת
 7. דור חיפושי גז - שותפות מוגבלת
 8. ישראלמקו נגב 2-שותפות מוגבלת

- המשיבים בבג"ץ 8747/15 :
 1. מ"מ שר הכלכלה, מר בנימין נתניהו
 2. חברת נובל אנרגיי מדיטרניאן לימיטיד (Nobel)
 (Energy Meditettanean Limited)
 3. דלק קידוחים שותפות מוגבלת
 4. אבנר חיפושי גז ונפט שותפות מוגבלת
 5. רציו חיפושי נפט (1992) שותפות מוגבלת

- המשיבים בבג"ץ 262/16 :
 1. ממשלת ישראל
 2. ראש הממשלה ושר הכלכלה
 3. שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים
 4. שר האוצר
 5. היועץ המשפטי לממשלה
 6. הממונה על הגבלים עסקיים
 7. הממונה על ענייני הנפט
 8. הרשות לשירותים ציבוריים (חשמל)
 9. חברת נובל אנרגיי מדיטרניאן לימיטיד (Nobel)
 (Energy Meditettanean Limited)
 10. דלק קידוחים שותפות מוגבלת
 11. אבנר חיפושי גז ונפט שותפות מוגבלת
 12. ישראלמקו נגב 2-שותפות מוגבלת
 13. דור חיפושי גז - שותפות מוגבלת
 14. רציו חיפושי נפט (1992) שותפות מוגבלת

- ידידת בית משפט :
 1. התאחדות התעשיינים בישראל
 המבקשים להצטרף כידיד בית המשפט :
 1. עמותת חיים וסביבה (ע"ר)
 2. עמותת מגמה ירוקה (ע"ר)
 3. עמותת צלול (ע"ר)
 4. עמותת ישראל יקרה לנו (ע"ר)
 5. התאחדות הסטודנטים והסטודנטיות (ע"ר)
 6. עמותת אנו (ע"ר)
 7. מר יוסי דורפמן

8. גב' אור-לי ברלב

9. מטה מאבק הגז

עתירות למתן צו על-תנאי

כ"ד בשבט, תשע"ו (3.2.16); ה' באדר א', תשע"ו (14.2.16)

תאריכי הישיבות:

בשם העותרות : עו"ד אליעד שרגא; עו"ד צרויה מידד-לוזון; עו"ד דניאל
בבג"ץ 4374/15 : דושניצקי; עו"ד יעל קריב-טייטלבאום; עו"ד ליהיא
גולדנברג; עו"ד דרור שטרום; עו"ד עמית ברכה; עו"ד נילי
אבן-חן; עו"ד יפעת מידב

בשם העותרות

עו"ד אפי מיכאלי : בבג"ץ 7588/15

בשם העותרות

עו"ד דפנה הולץ-לכנר : בבג"ץ 8747/15

בשם העותרות

עו"ד גלעד ברנע; עו"ד חגי קלעי : בבג"ץ 262/16

בשם המדינה : עו"ד ענר הלמן; עו"ד רן רוזנברג

בשם כנסת ישראל : עו"ד ד"ר גור בליי

בשם נובל אנרג'י : עו"ד צחי גרוסוסר

בשם אבנר חיפושי : עו"ד צבי אגמון; עו"ד עינת שרקי; עו"ד יונתן קהת; עו"ד
נפט : ליאורה פרט-לוין; עו"ד יעל גירון

בשם ישראלמקו נגב

2; ודור חיפושי

עו"ד גיא אהרונסון : אנרג'יה :

בשם דלק

עו"ד ראובן בכר; עו"ד יורם בונן; עו"ד טל אייל בוגר : קידוחים :

בשם רציו חיפושי

עו"ד ערן קריו : נפט :

בשם התאחדות

התעשיינים

עו"ד אלדד כורש; עו"ד איה רייך; עו"ד הילה בלומברג : בישראל :

בשם המבקשים

עו"ד אביגדור פלדמן : להצטרף :

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. עתירות אלה, המעוררות מחלוקת רבתי, עניינן בתגליות משמחות של מאגרים גדולים של גז טבעי בשטח המים הכלכליים של ישראל, עליהן התבשרנו בשנים האחרונות. העתירות חולקות על תקפותו המשפטית של מתוה, שעליו החליטה ממשלת ישראל לעניין הטיפול במאגרי הגז (להלן "מתוה הגז"), והמדינה וחברות הגז, זכייניות המאגרים, מגנות על המתוה. אילו זכינו, היתה מושגת אחדות דעים בסיסית בנושא זה אשר אין מחלוקת אידיאולוגית על חשיבותו לכלכלת ישראל. עכשיו שלא זכינו, עלינו להכריע. נקדים, כי תגליות הגז הובילו לשינויים משמעותיים במפת משאבי הטבע של ישראל, ועמם מספר היבטים של אסדרת משק הגז הטבעי בישראל, ואלה הובילו בתורם לשתי עתירות לבית משפט זה (ראו בעניין גובה המיסוי על הכנסות הגז – בג"ץ 3734/11 דוידאן נ' כנסת ישראל (2012) (להלן בג"ץ המיסוי); בעניין מכסת הייצוא של הגז – בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל (2013) (להלן בג"ץ הייצוא)). עתירות אלה נדחו מכבר, ועתה מונחות לפתחנו עתירות העוסקות – כאמור – ב"מתוה הגז" בכללותו – מהלך ממשלתי, בהסכמת חברות הגז, לאסדרת משק הגז במסגרת החלטת ממשלה 476 מיום 16.8.15. מתוה זה, לשיטת המדינה, אמור לפתוח עידן חדש באספקת אנרגיה למדינת ישראל ואפשרויות ייצוא משמעותיות. הנושאים העיקריים שאותם מסדיר מתוה הגז, הם: (א) הגבלים עסקיים; (ב) פיתוח מאגר הגז "לוייתן" והרחבת מאגר "תמר" הפועל כבר כיום; (ג) מחיר הגז; (ד) ייצוא; (ה) מיסוי; (ו) קיום סביבה רגולטורית יציבה; והדברים יבוארו בהרחבה בהמשך. נאמר כבר כאן, כי הטענות העיקריות בעתירות מופנות כנגד שני רכיבים – כנגד השימוש שנעשה בסעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, וכנגד פרק המבטיח יציבות, לרבות פרלמנטרית, לרגולציה לאורך עשור שנים; ובתוך כך נגד העובדה שהמתוה, על כל רבדיו, הועבר כהחלטת ממשלה חלף חקיקת הכנסת. נטעים מראשית: הכרעתנו אין בה אמירה על מהות מתוה הגז, ויתכן שהוא האופטימלי האפשרי, ויתכן שלא. נושא כלכלי זה אינו ליבת ההכרעה, אלא הפן המשפטי של הפרשה, הוא בלבד.

רקע עובדתי עד לפרסום טיוטת מתוה הגז

ב. תחילת הפרשה בראשית שנת 2009, שאז נתגלה בשעה טובה ומוצלחת מאגר "תמר" ובו כ-BCM 280 גז טבעי (קרי, 280 מיליארד מטר מעוקב); לשם השוואה, כלל צריכת הגז הטבעי במשק הישראלי בשנת 2014 עמדה על כ-BCM 8. בסוף 2010 התגלה מאגר "לוייתן" ובו כ-BCM 620. ב-2012 התגלה מאגר "תנין" ובו כ-BCM 22

גז טבעי, וב-2013 התגלה מאגר "כריש" ובו כ-32 BCM. יודגש, כי כמויות הגז שתוארו מבוססות על הערכות, שכן אין ודאות מוחלטת באשר לכמות הגז המצויה במעמקי הים. בסך הכל מדובר איפוא בעתודות גז טבעי בכמות של קרוב ל-1,000 BCM, המצויות בבעלותן של "דלק קידוחים שותפות מוגבלת" (להלן המשיבה 9 או דלק קידוחים), המחזיקה בכ-16% ממאגר תמר, 23% ממאגר לויתן ו-27% ממאגרי תנין-כריש; "אבנר חיפושי גז ונפט שותפות מוגבלת" (להלן המשיבה 10 או אבנר), המחזיקה בכ-15% ממאגר תמר, 23% ממאגר לויתן ו-26% ממאגרי תנין-כריש (יוער כי "דלק מערכות אנרגיה בע"מ" היא מחזיקת המניות העיקרית הן ב"דלק קידוחים" והן ב"אבנר"); "Nobel Energy Mediterranean Limited" (להלן המשיבה 11 או נובל), המחזיקה בכ-36% ממאגר תמר, 40% ממאגר לויתן ו-47% ממאגרי תנין-כריש; "רציו חיפושי נפט (1992) שותפות מוגבלת" (להלן המשיבה 12 או רציו), המחזיקה בכ-15% ממאגר לויתן; "דור חיפושי גז שותפות מוגבלת" (להלן המשיבה 13 או דור), המחזיקה בכ-4% ממאגר תמר; "ישראלקו נגב 2 – שותפות מוגבלת" (להלן המשיבה 14 או ישראלקו), המחזיקה 29% ממאגר תמר. נדגיש, כי מתוך המאגרים שצוינו – נכון להיום מאגר תמר פעיל ומפיק גז טבעי, ואילו השאר טרם פותחו.

ג. בעת מציאת מאגר תמר, נעשתה עיקר אסדרתם של מציאת נפט וגז טבעי ופיתוחם במסגרת חוק הנפט, תשי"ב-1952 (להלן חוק הנפט). נעמוד בקצרה על עקרונותיו. החוק מעניק שלושה סוגי זכויות, הניתנות בסדר כרונולוגי ואשר כוללות חובות הבאות בצידן. תחילה ניתן היתר מוקדם, למשך 18 חודשים, והוא מאפשר לבצע סקרים משלימים בנוגע להימצאותם של משאבי טבע בשטח מוגדר. השלב הבא הוא רישיון – אשר ניתן לשלוש שנים עם אפשרות להארכה – המאפשר לבעליו לבצע קידוחי נסיון ופיתוח, ולהפיק נפט (או גז). אם הממונה על הנפט השתכנע שאכן מדובר בתגלית גז, בעל הרישיון זכאי לקבל עליה חזקה, הניתנת ל-30 שנה עם אפשרות להארכה. קבלת החזקה מאפשרת הפקה, אך מטילה חובה לפתח את המאגר. כיום ניתנה חזקה בכל המאגרים הנזכרים.

ד. ביום 12.4.10 – לאחר מציאת מאגר תמר ולפני מציאת המאגרים הנוספים – הוקמה הועדה לבחינת המדיניות הפיסקלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל בראשות פרופ' איתן ששינסקי (להלן ועדת ששינסקי). הועדה הגישה את מסקנותיה בינואר 2011, והמליצה להנהיג היטל על רווחי נפט וגז שייקבע בהתאם ליחס שבין ההכנסות המצטברות בניכוי הוצאות הפרויקט, תמלוגים והיטל ששולם בשנים קודמות, לבין ההשקעה הכוללת בחיפוש ופיתוח ראשוני של המאגר. ביום 10.4.11 נחקק חוק מיסוי רווחי נפט, תשע"א-2011, המבוסס בעיקרו על המלצות ועדת ששינסקי (יוער כי כיום

שמו של החוק שונה ל"חוק מיסוי רווחים ממשאבי טבע, תשע"א-2011", אולם כיוון שהמתווה נוקט בלשון הישנה, נכנה את החוק להלן חוק מיסוי רווחי נפט). כאמור, עתירות לבג"ץ בעניין זה נדחו ביום 15.8.12.

ה. ביום 2.10.11 מונחה ועדה בין-משרדית לבחינת נושא משק הגז הטבעי בישראל ופיתוחו העתידי בראשות מר שאול צמח (להלן ועדת צמח), וביום 12.9.12 ניתנו המלצותיה. הועדה סברה, כי יש להבטיח את צרכי הגז הטבעי של המשק הישראלי ל-25 השנים הבאות. להערכתה, מדובר בכמות של BCM 450, והומלץ לעדכן כמות זאת כל 5 שנים. בהתאם הומלץ, כי יידרש רישוי לשם ייצוא גז טבעי ותיקבע מכסת ייצוא לכל מאגר גז. ביום 26.6.13 אומצו בעיקרן המלצות הועדה בהחלטת ממשלה 422, אך נקבע כי הכמות שתובטח לטובת המשק הישראלי תעמוד על BCM 540. כאמור, עתירות לבג"ץ בעניין זה נדחו – הפעם ברוב דעות (הנשיא גרוניס, המשנה לנשיא – כתארה אז – נאור, השופטת (בדימ') ארבל והשופטים חיות וסולברג כנגד דעתם החולקת של השופטים ג'ובראן ורובינשטיין) – ביום 2.7.14.

ו. באפריל 2005 הועברו חלק מן הזכויות במאגר תמר לדלק קידוחים, וביום 24.7.06 הועברו חלק מן הזכויות במאגר לנובל. ביום 22.8.06 קיבלו העברות אלה פטור מהסדר כובל על-ידי הממונה על הגבלים עסקיים דאז – גב' רונית קן. מספר שנים לאחר מכן, ביום 6.9.11, הודיע הממונה על הגבלים עסקיים דאז, פרופ' דיוד גילה, כי הוא שוקל להכריז על נובל, דלק קידוחים, אבנר ורציו כצדדים להסדר כובל במאגר לויתן. ביום 13.11.12 הכריז הממונה על הגבלים עסקיים, כי נובל, דלק קידוחים ואבנר הן מונופול במשק אספקת הגז הטבעי. ביום 27.3.14 פרסם הממונה טיוטת צו מוסכם לעניין מאגר לויתן, שאלה עיקריו: (1) דלק קידוחים, אבנר ונובל ימכרו את אחזקתן במאגרים כריש ותנין לקונה אשר יתחייב למכור ולשווק את הגז בישראל בלבד; (2) לקונה יינתנו 3 אופציות לרכישת גז טבעי ממאגר לויתן בכמות כוללת של BCM 15.2; (3) המחזיקים במאגר לויתן יוכלו לשווק גז במשותף ממאגר זה לשוק הישראלי עד 1.1.20, ואז רשאי הממונה לשוב ולבחון את הנושא; ניתן לייצא גז במשותף ממאגר לויתן ללא הגבלת זמן; (4) החברות השותפות במאגר תמר יארכו את תוקף האופציה שניתנה לחברת החשמל להודיע שהיא מגדילה את הכמות החוזית. ואולם, בעקבות שימוע ציבורי, הודיע הממונה על הגבלים עסקיים ב-23.12.14 כי לא יגיש את טיוטת הצו המוסכם לבית הדין להגבלים עסקיים. בסמוך לאחר מכן הוקם צוות ממשלתי, בראשות יו"ר המועצה הלאומית לכלכלה פרופ' יוג'ין קנדל, אשר הופקד על גיבוש מתווה מוסכם לאסדרת משק הגז (להלן צוות קנדל); בין היתר, היו חברים בצוות נציגים משרד האוצר, משרד המשפטים, משרד התשתיות הלאומיות,

האנרגיה והמים, רשות ההגבלים העסקיים ועוד; בנוסף, במהלך עבודתו, שמע הצוות את עמדות חברות הגז בסוגיות השונות. יודגש, כי הממונה על הגבלים עסקיים נמנה על חברי הצוות. ביום 25.5.15 הודיע פרופ' דיוד גילה על התפטרותו מתפקידו כממונה על ההגבלים העסקיים, נוכח התנגדותו למתווה הגז המתגבש.

טיוטת מתווה הגז

ז. ביום 1.7.15 פורסמה טיוטת המתווה ונערך שימוע ציבורי בכתב (1.7.15-21.7.15) ובעל-פה (22.7.15). להלן יובאו עיקרי טיוטת המתווה, כפי שפורסמה. יודגש, המתווה מגדיר את דלק ככוללת גם את דלק קידוחים וגם את אבנר, נוכח מבנה הבעלות כאמור מעלה. בפרק ההגבלים העסקיים בטיוטה נקבע, כי יופעל סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, אשר זה לשונו:

"השר (שר הכלכלה – א"ר) רשאי, לאחר התייעצות עם ועדת הכלכלה של הכנסת, לפטור הגבל עסקי מהוראות חוק זה, כולן או מקצתן, אם הוא סבור שהדבר דרוש מטעמים של מדיניות חוץ או בטחון המדינה".

ח. נאמר, כי מכוח סעיף 52 יינתנו חמישה פטורים: (1) פטור החל למפרע מחבירת דלק ונובל לרכישת חלק מן הזכויות בהיתר המוקדם "רציו-ים" (שבו, לימים, נמצא מאגר לויתן), ובעלותן המשותפת עליו; (2) פטור מהסדר כובל שייוצר במקרה של שיווק משותף של גז ממאגר לויתן למשק הישראלי; פטור זה יחול עד ליום 1.1.25 וניתן להאריכו עד ליום 1.1.30, אם מצא שר האנרגיה כי ישנם לפחות שלושה מאגרי גז טבעי המחוברים למערכת ההולכה הארצית, שבכל אחד מהם יש במועד האמור חובת הספקה של לפחות 30 BCM למשק הישראלי, ואין גורם המחזיק ביותר מ-25% ממאגר אחד (כריש ותנין נחשבים לעניין זה למאגר אחד). לאחר מועד זה יוכל הממונה על הגבלים עסקיים לשוב ולבחון את העניין, בכפוף לאסדרת שיווק בנפרד על-ידי שר האנרגיה; (3) פטור מהסדר כובל שייוצר במקרה של ייצוא משותף של גז ממאגר לויתן; פטור זה אינו מוגבל בזמן; (4) פטור מהסדר כובל העשוי להיוצר מהסכם רכישה מסוים של גז ממאגר לויתן; פטור זה יחול על חוזים שנכרתו עד ליום 1.1.25; (5) פטור מ"היותן של דלק ונובל בעלות מונופולין מכוח ההכרזות"; הפטור ניתן לגבי סעיפים 30 (הסדרת פעולות מונופולין), 30א (מכירת נכס בידי מונופולין) ו-31 (הפרדת מונופולין) לחוק ההגבלים העסקיים. הוא ניתן לגבי המאגרים תמר ולויתן ותוקפו עד ליום 1.1.25, עם אופציה להארכה עד ליום 1.1.30 בתנאים שפורטו מעלה.

הפטורים הללו – למעט הראשון – מותנים במכירת מאגרי כריש ותנין לצד ג' אשר יאושר על-ידי הממונה על הנפט; המכירה תיעשה תוך 14 חודשים מהחלטת הממשלה ופרסום טיוטת אסדרה על-ידי הממונה על הנפט לגבי תנאי הכשירות של מפעיל גז טבעי (לפי המאוחר); אם המכירה לא תיעשה עד אז – יועברו זכויות החברות במאגרים לידי נאמן, שימכור אותן לצד ג'. מכסות הייצוא שנקבעו לכריש ותנין "יועברו" למאגר לויתן. ככלל, דלק ונובל מנועות לדרוש מקונה של מאגרי כריש ותנין תמלוגי גז בגין המכירה (בניגוד לתמלוגי נפט העשוי להימצא במאגרים), אך לכך חריג המותנה בקצב המכירה – אם זו תיעשה עד 8 חודשים מהחלטת הממשלה, יוכלו החברות לדרוש מן הקונה עד 9% תמלוגים במסגרת המכירה, ואם תיעשה המכירה בין 8-14 חודשים מהחלטת הממשלה, יוכלו החברות לדרוש עד 7% תמלוגים במסגרת המכירה. בנוסף, עד 72 חודשים מיום קבלת החלטת הממשלה תמכור דלק את כל זכויותיה במאגר תמר לצד ג' אשר יאושר על-ידי הממונה על הנפט, ונובל תמכור חלק מזכויותיה בתמר לצד ג' – אשר יאושר גם הוא – כך שבכל זמן נתון זכויותיה במאגר לא יעלו על 25% ולא תינתן לה זכות וטו כלשהי בנוגע אליו. טיוטת המתווה כוללת גם מגבלות על תניות מסוימות בחוזי המכר של גז לצרכנים (למשל, הגבלה על תניות בלעדיות והגבלה על התניית החוזה בתקופת התקשרות ארוכה); זאת כדי למנוע מן החברות הקיימות "לתפוס" את כל השוק, באופן שלא יאפשר לשחקן חדש להשיג לקוחות.

ט. באשר לפיתוח לויתן והרחבת תמר נקבע בטיטת המתווה, כי "הממונה על הנפט יודיע לממשלה שבכוונתו לדחות את מועד התחלת ההפקה המסחרית והזרמת גז טבעי (ממאגר לויתן – א"ר) למשק המקומי עד ליום 31.7.19". מדובר בדחיית המועד המחייב לפיתוח לויתן, הנובע ממתן זכויות בו לחברות הגז (ראו פסקה ג' מעלה). כן נקבע, בלשון כללית, כי "המחזיקות בשדות לויתן ותמר יפעלו באופן מידי להמשך ביצוע ההשקעות והפעולות הנדרשות לצורך פיתוח מהיר של שדה לויתן והרחבת שדה תמר". יצוין, כי טיוטת המתווה מבטלת את הדרישה – הקבועה בהחלטת ממשלה 442 – להנחת צינור נוסף ממאגר תמר למשק המקומי.

י. טיוטת המתווה כוללת פרק פיקוח מחירים, בו נקבע המנגנון הבא: הצרכנים יוכלו לבחור בין שני מחירים אפשריים: (1) מחיר בסיס המחושב לפי הנוסחה הבאה: $P(T) = R(T-2)/Q(T-2)$; קרי, סכום ההכנסות מכלל מכירות הגז חלקי כמות הגז הכוללת שנמכרה לצרכנים – הכל לפי הנתונים מלפני שני רבעונים. למעשה – מדובר בהקפאת מחירים; (2) מחיר שייקבע בהתאם למחיר חבית נפט מסוג Brent, כפי

שיחושב בהתאם לנוסחה המיטבית לצרכן הקיימת במועד קבלת החלטת הממשלה, בהסכמים הקיימים בין צרכנים לבעלי מאגר תמר. בנוסף, חברות הגז רשאיות להציע לצרכן מחיר הקבוע במסגרת חוזה לייצוא, וכן רשאיות הן להציע לצרכנים הנחות ממחירים אלה. אדגיש, כי מנגנון פיקוח המחירים יחול מיום קבלתה של החלטת הממשלה ועד השלמתן של העברות הבעלות במאגרים כריש, תנין ותמר.

יא. בפרק הייצוא בטיוטת המתוה נקבע, כי כמות הגז הטבעי שיש להבטיח למשק המקומי (כזכור, BCM 540 לפי החלטת ממשלה 442) תכלול גם גז בקטגוריית 2C, ולא רק גז בקטגוריית 2P כפי שנקבע קודם לכן. מדובר על קטגוריות לפי שיטת PRMS (Petroleum Resources Management System) להערכת משאבי גז ונפט, אשר פותחה על-ידי הארגון הבין-לאומי SPE (Society of Petroleum Engineers). קטגוריית 2P מתייחסת למאגרי גז קיימים, ואילו קטגוריית 2C מתייחסת למשאבים אפשריים. טיוטת המתוה משנה גם את הקביעה – אשר בהחלטה 442 – לפיה, אין לאפשר ייצוא ממאגר תמר לפני חיבור גז טבעי בכמות של BCM 540 למשק המקומי. לפי טיוטת המתוה, ניתן יהיה לייצא עד 50% מכמות הגז שבעלי החזקה במאגר תמר טרם התחייבו לגבייה למשק המקומי במועד קבלת החלטה 442.

יב. באשר למיסוי, טיוטת המתוה כוללת הוראות באשר לחישוב המחיר הממוצע המקומי (להלן "מ"מ"). מדובר במושג המעוגן בפרק ההגדרות של חוק מיסוי רווחי נפט כך:

"המחיר הממוצע של נפט מהסוג שלגביו מחושב מחיר השוק בצורתו עובר למועד ההעברה בהתאם לנתוני עסקאות למכירת נפט כאמור שנעשו בישראל בשנתיים שקדמו למועד ההעברה".

לפי החוק, בעת מיסוי עסקאות ייצוא, רואים את התקבול בפועל כסכום שאינו נמוך מהמ"מ. דרך אחת שמציעה טיוטת המתוה ל"עקיפת" מנגנון המ"מ, היא על-ידי התחייבות ספק הגז להציע ללקוחות חדשים בישראל אותו מחיר שהוסכם עליו בחוזה הייצוא, וזאת למשך 3 שנים. נציין עוד, כי לפי טיוטת המתוה, רשאי מנהל רשות המסים לתת אישור מראש, כי מחיר יחידת נפט לפי חוזה הייצוא אינו נמוך מן המ"מ. בנוסף, טיוטת המתוה מסווגת פרויקטים שונים (דוגמת הנחת צינור שלישי בין שדה תמר לאסדת תמר) בקטגוריות הקבועות בחוק מיסוי רווחי נפט (דוגמת "השקעות הקמה").

יג. עתה לפרק הבולט של היציבות הרגולטורית. במסגרת טיוטת המתוה, מתחייבת הממשלה שלא ליזום שינויים בתחומי המיסוי, הייצוא וההגבלים העסקיים במשך עשור; כן מתחייבת הממשלה להתנגד להצעות חוק פרטיות המבקשות לקדם שינויים מסוג זה. יצוין, כי ההתחייבות נוגעת לשינויים היחודיים למשק הגז, ולא לשינויים רוחביים-כלליים. כן נקבע, כי כל שינוי באסדרת משק הגז ייבחן בקפדנות, והמאסדר ישאף לעצב מדיניות המתאימה לסטנדרטים המקובלים במדינות ה-OECD.

ההתרחשויות לאחר פרסום טיוטת מתוה הגז

יד. ביום 16.8.15 קיבלה הממשלה את החלטה 476, המאמצת את מתוה הגז שבטיוטה תוך עריכת מספר שינויים בו. להלן השינויים המרכזיים שבהחלטת הממשלה: (1) משך הזמן להעברת הזכויות במאגרים כריש, תנין ותמר יחושב ממועד הפעלתו של סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, ולא ממועד קבלת ההחלטה בממשלה כפי שנקבע בטיטת המתוה; (2) הטיוטה קובעת שפיתוח לויתן יידחה עד ליום 31.7.19, ואילו החלטת הממשלה קובעת שהפיתוח ייעשה עד 48 חודשים מיום הפעלתו של סעיף 52; (3) בפרק הפיקוח על המחירים, החלטת הממשלה מוסיפה מחיר מפוקח המיועד ליצרני חשמל פרטיים, ואשר מוצמד למחיר הניתן ליצרנים גדולים; (4) בעניין סעיף היציבות הרגולטורית, הממשלה מוסיפה ומתחייבת כי ככל שתעבור הצעת חוק פרטית בנושא המיסוי, ייצוא או הגבלים עסקיים – הממשלה תיזום הצעת חוק ממשלתית, אשר תשיב את המצב לקדמותו; (5) החלטת הממשלה כוללת שני תרחישים בהם תתאפשר שקילה מחדש של סעיף היציבות הרגולטורית (להלן "אבני הדרך"). ראשית, אם עד סוף שנת 2017 לא התקשרו בעלי הזכויות במאגר לויתן בהסכמים לרכישת ציוד ושירותים לפיתוח המאגר בסכום מינימלי של 1.5 מיליארד דולר. שנית, אם לאחר חמש שנים מהפעלת סעיף 52 לא החלה זרימת גז ממאגר לויתן למשק המקומי, ובעלי הזכויות במאגר לא השקיעו בהן לפחות ארבעה מיליארד דולר מיום קבלת הרשיונות והם אינם מצויים בשלב מתקדם של פיתוח המאגר; (6) חברות הגז מתחייבות להשקיע ב"תוכן מקומי" (דוגמת העסקת עובדים ישראלים) 500 מיליון ש"ח בתקופה של 8 שנים.

יה. ביום 7.9.15 נערכה בכנסת הצבעה על תמיכה עקרונית במתוה, והתוצאה היתה 51-59 לטובת המתוה. ביום 1.11.15 הודיע חבר הכנסת אריה דרעי, כי הוא מתפטר מתפקידו כשר הכלכלה נוכח הסתייגותו מהפעלת סעיף 52, וסמכויותיו עברו לראש הממשלה המכהן כממלא מקומו. ראש הממשלה – בתפקידו כממלא מקום שר הכלכלה – הודיע על כוונתו להפעיל את סעיף 52, וביום 22.11.15 עד 14.12.15 נערכו דיונים

בועדת הכלכלה של הכנסת כחלק מחובת ההיועצות הסטטוטורית בנוגע להפעלת הסעיף. הדיונים הסתיימו בהמלצת הועדה שלא להפעיל את הסעיף, אליה צורפה דעת מיעוט. נימוקי הרוב היו כי אין מתקיימים התנאים הבטחוניים-מדיניים הדרושים להפעלת הסעיף. ביום 22.12.15 פורסם ברשומות פטור מחוק ההגבלים העסקיים לפי סעיף 52. ביום 24.12.15 העניק הממונה על הנפט שטרי חזקה בנוגע לכריש ותנין לחברות המחזיקות בהן, כדי לאפשר את מכירתם.

העתירות נגד מתווה הגז

10. ביום 27.12.15 הגישו התנועה לאיכות השלטון, אדם טבע ודין והפורום הישראלי לאנרגיה עתירה מתוקנת בבג"ץ 4374/15 (העתירה המקורית הוגשה ביום 23.6.15); עתירה זו נחלקת לטיעונים כנגד המתווה בכללותו וטיעונים כנגד הסדרים ספציפיים בו – ובראשם הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים והתחייבות הממשלה לסביבה רגולטורית יציבה. ביום 21.12.15 הגישו המרכז האקדמי למשפט ועסקים והעמותה לכלכלה בת קיימא עתירה מתוקנת בבג"ץ 7588/15 (העתירה המקורית הוגשה ביום 9.11.15), אשר עוסקת בעיקר בפרק היציבות הרגולטורית במתווה. ביום 17.12.15 הגישו חברת הכנסת זהבה גלאון ומפלגת מרצ עתירה בבג"ץ 8747/15, אשר עוסקת בעיקר בשיקול הדעת בהפעלת סעיף 52 והליך קבלת החלטה. ביום 11.1.16 הגישה מפלגת העבודה, יחד עם שלושה חברי-כנסת מטעמה – איתן כבל, שלי יחימוביץ' ומנואל טרכטנברג – עתירה בבג"ץ 262/16, אשר עוסקת בעיקר בהפעלת סעיף 52 ובפרק היציבות הרגולטורית במתווה. המשיבות הן המדינה והחברות הרלבנטיות. כן ביקשו להצטרף כידידי בית המשפט התאחדות התעשיינים בישראל (התומכת במתווה) מזה וקבוצה של ארגוני חברה אזרחית (המתנגדת למתווה) מזה (עמותת חיים וסביבה; עמותת מגמה ירוקה; עמותת צלול; עמותת ישראל יקרה לנו; התאחדות הסטודנטים והסטודנטיות; אנו עושים שינוי בע"מ; מר יוסי דורפמן; גב' אור-לי בר לב; מטה מאבק הגז). אישרנו את הצטרפות התאחדות התעשיינים (החלטה מיום 10.1.16); אשר לארגוני החברה האזרחית, עיינו בעמדתם ושמענו את טענותיהם בדיונים שנערכו, ועמדתן – המיוצגת גם בעמדות העותרות – הובאה בחשבון.

11. תשובת המשיבות הוגשו בימים (26.1.16 ו-27.1.16). המדינה נתבקשה להשיב על-ידי מצהירים בכירים, ואכן הצהירו שר האנרגיה, מנכ"ל משרד החוץ, ראש המוסד (אשר שימש בעת הרלבנטית כראש המטה לביטחון לאומי), הממונה על הגבלים עסקיים (בפועל), ראש רשות הגז הטבעי, הממונה על ענייני הנפט, סגן הממונה על התקציבים באוצר, סגן מנהל רשות החברות הממשלתיות ומנהלת תחום תכנון ומדיניות

ברשות המסים. תשובות המשיבות תמכו במתווה ופירוטו, ונשוב אל עיקרי הטענות בעתירות ועיקרי התשובות, בדיון המפורט להלן.

הדיון בבית המשפט

יח. במהלך הדיון הראשון בעתירות, ביום 3.2.16, הסכימו נציגי המדינה להצעתנו לקיים את הדיון בתיק כאילו ניתן צו על-תנאי, בכפוף לזכות תגובה. מטעם העותרות נטען, כי ראוי היה לפנות לבית הדין להגבלים עסקיים לפני הפעלת סעיף 52. הודגש, כי מתווה הגז כולל פסקת יציבות אף שהרגולציה הסביבתית טרם הוסדרה. כן הודגשה הסכנה לאינטרס הציבורי בתרחיש בו תחזור בה המדינה מהמוסכם במתווה, וחברות הגז ידרשו פיצויי קיום. הוזכר, כי מאז קום המדינה לא נעשה שימוש בסעיף 52. נטען, כי ביטול הדרישה להנחת צינור נוסף ממאגר תמר אינו סביר, נוכח הפגיעה בביטחון האנרגטי של המדינה. מטעם המבקשים להצטרף כידידי בית המשפט נטען, כי ישנה בעייתיות במוכן הדמוקרטי בכך שסעיף 52 הופעל על-ידי המשיב 1, אשר מכהן סימולטנית כראש ממשלה, שר כלכלה ושר חוץ. מטעם המדינה נטען, כי מתווה הגז אינו חוזה אלא החלטה מינהלית הכוללת הבטחה מינהלית חד-צדדית, הניתנת לביטול בתנאים מסוימים, אף שלכך עשוי להיות מחיר בפיצויים. הודגש, כי צריכת האנרגיה בפועל היתה נמוכה מתחזיות ועדת צמח, ולכן יש יסוד סביר להאמין כי הסדרי הייצוא שנקבעו לא יפגעו בצרכי המשק הישראלי. נטען עוד, כי אין חובה על המדינה להעביר את המתווה בחקיקה ראשית שכן הדבר מצוי בסמכותה של הממשלה. כן נטען, כי הוצאת חברת דלק ממאגר תמר – כפי שנקבע במתווה – מקדמת את התחרותיות במשק הגז הישראלי. הוזכר, כי סעיף היציבות במתווה מותנה בהגשמתן של "אבני דרך" על-ידי חברות הגז. הממונה על הגבלים עסקיים (בפועל) – עו"ד אורי שוורץ – הטעים כי אין בסמכותו של בית הדין להגבלים עסקיים לאשר מדיניות מקיפה דוגמת מתווה הגז. שר האנרגיה, ד"ר יובל שטייניץ, הדגיש את החשיבות בפיתוח מאגרי גז נוספים, נוכח תלותו המשמעותית של המשק הישראלי בגז המגיע – כיום – ממאגר אחד בלבד ועל החשיבות המדינית של פיתוח משק הגז. מטעם הכנסת נמסר, כי אין היא מביעה עמדה בנושא, אך החומרים שהגישה גוללים את תמצית הטענות הפרלמנטריים: מחד גיסא, אישור "עקרוני" על-ידי מליאת הכנסת, מאידך גיסא – המלצה של ועדת הכלכלה שלא להפעיל את סעיף 52. מטעם דלק קידוחים נטען, כי פסקת היציבות נדרשת – בין היתר – כדי לאפשר את מכירת מאגרי כריש ותנין; שכן ללא יציבות, לא ימצאו קונים. בשם חברות אבנר, ישראלמקו ודור נטען, כי פסקת יציבות, מסוג שקילות כלכלית (Economic Equilibrium), רווחת במדינות ה-OECD. לטענתן, שיטה זו מועדפת עליהן – אך המדינה סירבה לנהוג בדרך זו. מטעם התאחדות התעשיינים – אשר אושרה

בקשתה להצטרף כידידת בית המשפט, כאמור – הודגש הצורך של התעשיה הישראלית במקור אנרגיה זול; ההתאחדות הביעה את תמיכתה במתוה הגז במתכונתו הנוכחית.

יט. דיון המשך נערך ביום 14.2.16. לדיון הופיע לבקשתו המשיב 1 – ראש הממשלה ושר הכלכלה, ח"כ בנימין נתניהו – אשר הדגיש בתצהירו וכדבריו לפנינו את החשיבות הרבה אותה הוא מייחס ליישום המהיר של מתוה הגז. המשיב 1 נדרש תחילה לצורך הכלכלי בכך שלא "יברחו" משקיעים, וכן פירט את הנימוקים הבטחוניים והמדיניים שעמדו בבסיס הפעלתו של סעיף 52, וביניהם: הביטחון האנרגטי של מדינת ישראל, והשפעת ייצוא הגז – מבחינה גיאופוליטית – על יציבות האיזור. מטעם העותרות הודגש בדיון, כי צורך כלכלי אינו יכול להצדיק את הפעלת סעיף 52. נטען, כי מתוה הגז הוא במהות חוזה הסותר את תקנת הציבור; וכי אין לממשלה סמכות לכרות חוזה מעין זה. עוד נטען, כי העובדה שפנו להפעלת סעיף 52 לאחר שהנושא טופל במשך שלוש שנים ברשות ההגבלים העסקיים, מלמדת כי אין מתקיימת הדחיפות הדרושה להפעלת הסעיף. בנוסף נטען, כי אפשרות ייצוא הגז למדינות האיזור אינה ודאית, והיא ניצבת בפני מכשולים רבים. מטעם המבקשים להצטרף כידידת בית המשפט נטען, כי אופן העברת המתוה אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות הדמוקרטיה. לאחר מכן נערך דיון בדלתיים סגורות, בו הציגו בפנינו נציגי המדינה ממצאים מסווגים בנוגע להיבטים המדיניים-בטחוניים של נושא הגז. מטעם המדינה קיבלנו גם חוות דעת מסווגות שנכתבו לאורך תקופה בהיבטים הבטחוניים-מדיניים וכן בשאלות משפטיות פונקציונליות. הדיון הסתיים בהמלצתנו לנציגי המדינה לשקול תחליף לפרק היציבות הרגולטורית בדרך של חקיקה ראשית. ביום 21.2.16 השיבה המדינה שלא בחיוב על הצעתנו.

הכרעה

הערות מקדימות

כ. הסוגיה שלפנינו קשה להכרעה, בראש וראשונה מן הטעמים הציבוריים. בית המשפט נדרש להחליט בתוך מחלוקת ופולמוס שקשה לזכור כמותם מקום שמדובר

בנושא לכאורה כלכלי מיסודו, אמנם עצום ורב במובן הכלכלי, אף כי מן הסתם כך הוא כל נושא כלכלי בעל השלכות חברתיות – אך כאמור לא בנושא אידיאולוגי שיש בו כדי לפלג עם וחברה מטבע ברייתו. באופן פשוט, במובן הכלכלי, השאלה היא האם "עשתה המדינה עסק טוב", והציבור הישראלי ייחנה, או שמא היתה שוטה שבעולם והותירה רווחי יתר אצל החברות שבהן מדובר. אלה אוחזים בזה ואלה אוחזים בזה. אכן, קשה להתווכח על כך שנעשו לאורך התקופה הרלבנטית צעדים שונים לשיפור מצב המדינה בקשר להפקת הגז בתחומי המיסוי והייצוא; אך העותרות טוענות כי לא די בהם וטענותיהן בפיהן. במישור הכלכלי לא לנו להכריע, ו"תפקידנו בכוח" הוא הבדיקה המשפטית, אותה נעשה. ערים אנו גם לכך שחלק מן העתירות בהן דנים אנו הן עתירות של מפלגות אופוזיציה שיש בהן ניגוח פוליטי, וגם לכך שההצבעה לגבי סעיף 52 בועדת הכלכלה נחלקה בקוים פוליטיים. עם זאת, ראינו כמובן להתייחס לנושאים בהקשרם המשפטי ולגופם, בלא "רחשי רקע". כאן המקום להטעים: תיתכן בעיניי ציבוריות שאלה האם בג"ץ צריך להתערב בכגון דא, והאם בהיות השאלה הכלכלית ביסודה, עליו למשוך ידו מעיסוק בו, וכבר פסקו קודמינו כי המבחן הוא הרכיב הדומיננטי (בג"צ 852/86 ח"כ שולמית אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2), 1 (1987)). קרי, מהו הנושא המרכזי; וכאן התשובה היא כי מתחת לנושא הכלכלי טמון נושא משפטי יסודי, והוא גבולות סמכות הממשלה במשטר דמוקרטי, ועד כמה ניתן למתוח את סמכותה השירותית, מקום שהמחוקק לא הסמיך אותה מפורשות, כאשר המשמעות הכלכלית הראשונית עצומה כל כך. זו השאלה המשפטית שבה אנו מתמקדים בסופו של דבר.

נוסיף עוד, שלאורך בחינת התיק עמדה לנגד עינינו העובדה כי אין עסקינן בקבלת החלטה מינהלית "נקייה", אלא בהחלטה שהיא תוצר של משא ומתן עם חברות הגז. משא ומתן, מטבע הדברים, מחייב התפשרות של כל אחד מן הצדדים, ואינו מאפשר מקסום אופטימלי של התועלות על ידי כל אחד מהם. יפים לכך דברי השופטת – כתארה אז – נאור בבג"ץ 4999/03 התנועה לאיכות השלטון נ' ראש הממשלה (2006) בפסקה 5 לפסק דינה: "בעשיית פשרה ובקביעת ה'מחיר' אין להתעלם משיקולים מעשיים ובהם יכולתו המשפטית של הצד האחר לגרום 'צרות'. לפשרה (הדרך ההסכמית) יתרון של ודאות (או ודאות יחסית)" (ראו גם דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב, 666 (2010) (להלן ברק-ארז ב)). נזכיר, כי לא אנו ניהלנו את המשא ומתן, ואין לנו סיבות להניח כי העוסקים במלאכה לא פעלו נאמנה ולמען הציבור וצרכי המדינה לפי הבנתם. השאלה היא תקפות המתווה במישור המשפטי.

כא. לפני שניגש להכרעה לגופן של הטענות בעתירות נזכיר, כי ארץ ישראל התברכה כ"אַרְץ נְבִיט וּדְבָשׁ" (דברים ו', ג'), אך לא כך באשר לדלקים פוסיליים. החיפוש אחר משאבי האנרגיה בארץ ישראל מתועד עוד בתקופה העות'מאנית, אז תוכננו קידוחים באיזור ים המלח; סוף דבר הרעיון נזנח בעקבות ממצאים מאכזבים. כיון שעסקינן בחוק הנפט, נציין בשולי הדברים כי מקור המילה "נפט" במילה הפרסית naft; וכי ניתן למצוא אזכורים רבים למקור אנרגיה זה במקורות המשפט העברי. כך, בסיפור מכירת יוסף לישמעאלים מתואר, כי: "וַהֲנִיחַ אֶרְתָּת יִשְׁמַעְאֵלִים בְּאֶה מַגְלֵעַד; וַגְּמְלֵיהֶם נִשְׂאִים, נְכֹאת וַצְרֵי נְלֹט – הוֹלְכִים, לְהוֹרִיד מִצְרַיִמָּה" (בראשית ל"ז, כ"ה). ורש"י במקום מפרש: "למה פרסם הכתוב את משאם, להודיע מתן שכרן של צדיקים, שאין דרכן של ערביים לשאת אלא נפט ועטרן שריחן רע, ולזה נזדמנו בשמים שלא יוזק מריח רע" (הדגשה הוספה – א"ר). המשנה במסכת שבת דנה בשאלת הדלקת נר שבת, ושם מצוין כי "חכמים מתירין בכל השמנים בשמן שומשמן בשמן אגוזים בשמן צנונות בשמן דגים בשמן פקועות בעטרן ובנפט" (ב, ב) (הדגשה הוספה – א"ר). פרשן המשנה, ר' עובדיה מברטנורא (המאה ה"ט, איטליה - ירושלים) מבאר במקום, כי "נפט – מין זפת הוא, ולבן וריחו רע". ריבב"ן (ר' יהודה בן בנימין ענו, המאה הי"ג, איטליה) מפרש "נפט: מין שמן רע, ובלעז פיטרוליו" (בבלי, שבת כד, ע"ב). וכן מבואר בתלמוד על אדם המבקש לקנות נפט: "בא למדוד נפט, אומר לו: מדוד אתה לעצמך" (בבלי, יומא לט, ע"א). ומפרש רש"י: "שאינן אדם רוצה לסייעו" (בשל הריח) (רש"י, שבת כד, ע"ב, ד"ה "נפט").

כב. הדיון להלן יחולק לפרקים לפי הנושאים השונים שעלו בעתירות כנגד המתוה. כל פרק יכלול את עיקר טענות הצדדים, ניתוח משפטי והכרעה; לשם נוחות, אף שהטענות המועלות בכל אחת מן העתירות אינן זהות זו לזו, נתייחס לעותרות כאל מקשה אחת. סדר הפרקים יהא כך: (א) הפעלת סעיף 52; (ב) מדיניות המיסוי; (ג) הפיקוח על המחירים; (ד) מדיניות היצוא; (ה) פסקת היציבות הרגולטורית; (ו) שאלת ההסדרים הראשוניים. כפי שנראה, גם אם פרקים שונים "עוברים", אם בדוחק ואם ביתר שופי, הקושי המשפטי בעיניי הוא בתמונה המצטברת והכוללת.

פרק א: הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים

כג. חלק עיקרי מן המתוה הוא הענקת פטור לחברות דלק קידוחים, אבנר ונובל ממספר הוראות של דיני ההגבלים העסקיים. הפטור ניתן מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, שזה לשונו:

"השר (שר הכלכלה – א"ר) רשאי, לאחר התייעצות עם ועדת הכלכלה של הכנסת, לפטור הגבל עסקי מהוראות חוק זה, כולן או מקצתן, אם הוא סבור שהדבר דרוש מטעמים של מדיניות חוץ או בטחון המדינה".

סעיף זה שכותרתו "פטור" ממוקם בפרק ח' של החוק ("הוראות שונות"), ובכך ובשמו מובלטת חריגותו, המוצאת ביטוי ברור גם בדברי ההסבר לו (הצעות חוק תשמ"ד, בעמ' 62), לפיהן "יאפשר שחרור מהמסגרת הקבועה בחוק לגבי אותם הגבלים עסקיים ששיקולי מדיניות החוץ או בטחון המדינה גוברים בהם על שיקול הבטחת התחרות לטובת הציבור".

כד. מכוח סעיף זה, מעניק המתוה – כאמור – חמישה פטורים שונים: (1) פטור מהפרה לכאורה שנוצרה בחבירת דלק ונובל לרכישת חלק מהזכויות בהיתר המוקדם "רציו-ים"; (2) פטור מהפרה לכאורה שתיוצר משיווק משותף לשוק הישראלי; (3) פטור מהפרה לכאורה שתיוצר מייצוא משותף; (4) פטור מהסדר כובל העשוי להיווצר מהסכם רכישה מסוים של גז ממאגר לויתן; (5) פטור מ"היותן של דלק ונובל בעלות מונופולין מכוח ההכרזות". פטורים מס' 1 ו-3 אינם מוגבלים בזמן; שאר הפטורים ניתנים לתקופה של כעשור (עד 1.1.25) וקיים מנגנון להארכה של חמש שנים נוספות בפטורים מס' 2 ו-5.

כה. העתירות שבפנינו כוללות טענות כנגד הפעלת סעיף 52 בשלושה מישורים: מישור הסמכות, מישור שיקול הדעת ומישור ההליך. נפתח בתיאור הטענות במישור הסמכות. נטען, כי הפעלת סעיף 52, שעד כה לא נעשה בו שימוש, היא החלטה משמעותית ביותר, ואין ממלא מקום שר הכלכלה, כפי שהיה ח"כ נתניהו בעת הגשת העתירות, מוסמך לקבלה. באופן דומה נטען, כי ראש הממשלה – שהיה אז גם ממלא מקום שר הכלכלה (כיום שר הכלכלה) – מר בנימין נתניהו, נעדר סמכות לקבלת ההחלטה, נוכח ריבוי התיקים המצויים בידו. כן נטען, כי אין אפשרות להתנות את הפטור בתנאים שאינם קשורים לדיני ההגבלים העסקיים, ובמיוחד כשמדובר בהתניית הפטור בפעולות שיעשו רשויות מינהליות אחרות. בנוסף נטען, כי הפעלת סעיף 52 – בנידון דידן – מהווה נטילה אסורה של סמכויות הממונה על הגבלים עסקיים ובית הדין להגבלים עסקיים. העותרות טוענות, כי הפעלת סעיף 52 לא נעשתה משיקולים מדיניים ובטחוניים כנדרש בסעיף, אלא משיקולים אחרים, ובעיקרם שיקולים כלכליים לבר-תחרותיים; זאת ניתן ללמוד – לשיטתן – (1) מכך שהפעלת הסעיף עלתה על סדר היום רק לאחר שהממונה על ההגבלים החליט שלא להגיש את טיוטת הצו המוסכם לבית

הדין להגבלים עסקיים; (2) מהיעדרם של נציגים בטחוניים בצוות קנדל; (3) ממספר ציטוטים של בכירים שהוזמנו לוועדת הכלכלה כחלק מהליך ההיועצות, ובעיקר הדברים הבאים מפיו של ראש הממשלה:

”ההחלטה להפעיל את הסעיף הזה נבעה קודם כולל ממצב שנוצר, מצב שנכפה עלינו על ידי התפטרותו של הממונה על ההגבלים. כך שזה לא בגלל מהות ההסכם; ההסכם הוא טוב, אבל ההתפטרות שלו יצרה מצב שגם הסכם טוב, הסכם אופטימלי, שאני רוצה להעביר אותו – אני לא יכול להעביר אותו. ולכן זה מחייב אותנו ללכת למה שהחוק מאפשר” (פרוטוקול ישיבה מס’ 107 של ועדת הכלכלה, הכנסת העשרים, 79 (8.12.15)).

כן נטען, כי השיקולים המדיניים – הנשענים על חשיבות ייצוא הגז לקשרי החוץ של מדינת ישראל – אינם מצדיקים את הפעלת סעיף 52, נוכח אי-הודאות לגבי אפשרויות הייצוא; טענה זו מועלית, בין היתר, על רקע גילוי מאגר הגז Zohr לחופי מצרים המוערך בכ-850 BCM, ואשר יוכל כנטען, לספק תוך כ-3 שנים את כל צרכי הגז של מצרים, ומכאן כי אפשרות הייצוא למצרים אינה עוד על הפרק. עוד נטען, כי הפעלת סעיף 52 אפשרית בנסיבות קיצוניות בהן ישנם שיקולי ביטחון חזקים ומובהקים; לשיטת העותרות, לא כך פני הדברים בנידון דידן. כן כוללות העתירות טיעונים בדבר היעדר הסמכות בנוגע לפטורים הספציפיים שניתנו מדיני ההגבלים העסקיים. הודגש, כי סעיף 52 אינו מאפשר להעניק פטור למפרע, כפי שנעשה במתווה בנוגע לרכישת הזכויות בהיתר המוקדם; וכי אינו מסמיך את הממשלה להעניק לחברות פטור מהיותן בעלות מונופולין, שכן מדובר בסטטוס קיים ולא בפעולה ספציפית.

כו. במישור שיקול הדעת נטען, כי אין זה סביר להפעיל את סעיף 52 נוכח התוצאות הקשות הצפויות למשק. נטען, כי הפעלת הסעיף מהווה מדרון חלקלק של עקיפת המודל השיפוטי של בית הדין להגבלים עסקיים בנימוקים בטחוניים. העתירות כוללות גם טיעונים בנוגע לסבירותם של הפטורים הספציפיים שניתנו במתווה. כך נטען, כי מנגנון הארכת הפטור – אשר ניתן בפטור מס’ 2 (שיווק משותף לשוק הישראלי) ומס’ 5 (היות החברות בעלות מונופולין) – אינו סביר; זאת שכן (1) הסמכות להארכת הפטור ניתנה לשר האנרגיה ולא לממונה על הגבלים עסקיים; (2) התנאים להארכת הפטור אינם מבטיחים את קיומה של תחרות במשק הישראלי; (3) הפטור עלול להיות נצחי, ככל ששר האנרגיה יימנע מהסדרת שיווק בנפרד של גז טבעי. כן נטען, כי הענקת פטור ללא הגבלת זמן – כפי שניתן בפטור מס’ 1 (חבירה לרכישת זכויות בהיתר המוקדם) ומס’ 3 (ייצוא משותף) – אינה סבירה. עוד נטען בהקשר

הייצוא, כי קיים חשש ששיתוף הפעולה במסגרת הייצוא המשותף (אשר אינו מוגבל בזמן, כאמור) "יזלוג" גם לעניין היבוא. באשר לפטור מס' 4 (הסכם רכישה של גז טבעי מלויתן) נטען, כי הוא עלול להוביל להסכמי בלעדיות אשר ייצרו מונופולים בשווקים שונים בישראל. עוד נטען, כי הפטור נגד היות החברות בעלות מונופולין אינו סביר, שכן מדובר במנוף משמעותי של המדינה כנגד החברות.

כז. במישור ההליך נטען, כי ההחלטה להפעיל את סעיף 52 התקבלה בהליך מינהלי שאינו תקין, שכן צוות קנדל הוקם ללא כתב מינוי וללא נציגים מן המשרד להגנת הסביבה, משרד הכלכלה ורשות החשמל. בנוסף, הצוות הסתמך בעיקר על מידע שקיבל מחברות הגז. טענות הועלו גם כנגד התנהלותו הלא שקופה – כנטען – של הצוות. העותרות טוענות, כי השימוע הציבורי שנערך לאחר גיבוש טיוטת המתווה היה קצר ולא ממצה, ונערך למראית עין בלבד. כן נטען, כי הממשלה לא שקלה "בנפש חפצה" כנדרש את המלצות ועדת הכלכלה שלא לעשות שימוש בסעיף 52; עוד נטען, כי נפלו פגמים בהליך בגין אי-חשיפת מלוא המידע שביקשה הועדה, ובגין הנחיית היועץ המשפטי לממשלה כי נציגי ממשלה המופיעים בפני הועדה מחויבים להביע רק את עמדת הממשלה, בניגוד לדעתם האישית. נטען, כי לא נערך דיון מספק בממשלה ובכנסת לפני קבלת המתווה.

כח. מטעם המדינה נטען, כי הפעלת סעיף 52 נעשתה במסגרת הליך מינהלי תקין אשר כלל שימוע ציבורי והצבעה במליאת הכנסת. עוד נטען, כי אין פגם בכך שההחלטה על הפעלת הסעיף התקבלה על-ידי ממלא מקום שר הכלכלה, ולא על-ידי השר עצמו; בהקשר זה נטען, כי יש משמעות לכך שההחלטה התקבלה על-ידי ראש הממשלה, הבקיא בענייני חוץ וביטחון, ולכך ששר הכלכלה היוצא – חבר הכנסת דרעי – תמך במתווה במסגרת ההצבעה על החלטת ממשלה 476. לשיטת המדינה, סעיף 52 מעניק סמכות שיש להפעילה במשורה שבמשורה – דוגמת הנידון דידן; זאת שכן, קיימים שיקולים מדיניים ובטחוניים לזירוז פיתוחו של משק הגז הישראלי. בנוסף נטען, כי הפטורים שניתנו מכוח סעיף 52 הם סבירים, שכן יש במתווה, בכללותו, כדי לקדם את התחרות במשק, ביחס לחלופות. עוד נטען, כי למתווה יתרונות שכן מאגד תחתיו היבטים רגולטוריים רבים, ואינו מפזר את האסדרה בין גורמים שונים.

כט. מטעם חברות הגז דלק קידוחים ואבנר נטען, כי קיבלו פניות של גורמים ממדינות שכנות המתעניינים ברכישת גז, ועם חלק מהם אף התקשרו בהסכמים – ולכך משמעות מדינית שהיא רלבנטית להפעלת סעיף 52. נטען, כי יש לתת משקל נמוך להמלצתה של ועדת הכלכלה שלא להפעיל את סעיף 52, שכן מדובר בהחלטה

שהתקבלה על חודו של קול (6-7), על-ידי ועדה פרלמנטרית שאינה מקצועית אלא פוליטית באופיה. המשיבות מציינות את עמדתו הנוכחית של הממונה על הגבלים עסקיים בפועל – עו"ד אורי שוורץ – לפיה מוטב שמתוה הגז יוסדר על-ידי הממשלה כולה ולא על-ידי רגולטור אחד.

ל. ידידת בית המשפט – התאחדות התעשיינים בישראל – הפנתה להנחיית היועץ המשפטי לממשלה (1.1101) לפיה, ממלא מקום השר מקבל את סמכויות השר; מכאן שאין פגם בכך שהחלטה על הפעלת סעיף 52 התקבלה על-ידי ממלא מקום השר הכלכלה. כן נטען, כי אישור ועדת הכלכלה אינו נדרש לשם הפעלת הסעיף, ולכן לא נפל פגם בהליך קבלת ההחלטה לאחר היועצות בועדה. כן הפנתה ההתאחדות להנחיית היועץ המשפטי לממשלה (1.1001), לפיה "הממשלה רשאית לקבל החלטה גם בעניין שנמסר על-ידי חוק לסמכותו של שר מסוים". לשיטת ההתאחדות, הנחיה זו "מכשירה" את המתוה אשר כולל קביעות בעניינים המצויים בסמכותם של שרים ספציפיים בתוך הממשלה.

הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים – הכרעה

לא. בפנינו מספר שאלות המצריכות הכרעה:

במישור הסמכות: (1) האם ממלא מקום השר הכלכלה מוסמך להפעיל את סעיף 52; (2) האם ניתן להפעיל את סעיף 52 כחלק ממערך רגולטורי רחב; (3) האם סעיף 52 מסמיך את השר הכלכלה להעניק את הפטורים הספציפיים שניתנו בענייננו; (4) האם הפעלת סעיף 52 נעשתה משיקולים מדיניים ובטחוניים, כנדרש בחוק.

במישור הסבירות: (5) האם הפעלת סעיף 52 – בכללותה – נעשתה באופן סביר; (6) האם הפטורים הספציפיים שניתנו מכוח סעיף 52 סבירים.

במישור ההליך: (7) האם הפעלת סעיף 52 נעשתה במסגרת הליך מינהלי תקין.

לב. כאמור, נעמוד ראשית על מישור הסמכות. לשם כך עלינו להקדים מספר מלים בנוגע למסגרת הנורמטיבית של הסעיף. אין חולק, כי סעיף 52 הוא "עוף מוזר" הבולט בחריגותו על רקע חוק ההגבלים העסקיים, חוק שנועד להגן על התחרות במשק. פרשנות הסעיף אינה מלאכה קלה, שכן לא נעשה בו שימוש מעולם, וממילא לא הגיע לפני בית משפט זה. ההיסטוריה החקיקתית אינה מסייעת רבות במאמצינו לעמוד על

כוונת המחוקק בנוגע לגבולות הסמכות אותה ביקש להעניק לשר הכלכלה (כידוע פנים רבות לפרשנות-ראו סדרת ספריו של פרופ' אהרן ברק על פרשנות במשפט, כגון פרשנות החקיקה (תשנ"ג), וכן ספרו פרשנות תכליתית במשפט (תשס"ג). בימים אלה הלך לעולמו השופט אנטונין סקאליה מבית המשפט העליון של ארה"ב, ולו שיטת פרשנות שונה מאוד- ראו Antonin Scalia & Bryan A. Garner *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts* 56-58 (2012). בדברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983, נכתב בנוגע לסעיף זה כך:

"מוצע להסמיך את השר לפטור הגבל עסקי מהוראות חוק זה, מטעמים של מדיניות חוץ או בטחון המדינה. הסעיף המוצע יאפשר שחרור מהמסגרת הקבועה בחוק לגבי אותם הגבלים עסקיים ששיקולי מדיניות החוץ או בטחון המדינה גוברים בהם על שיקול הבטחת התחרות לטובת הציבור" (הצעות חוק הממשלה 39, 62 (תשמ"ד-1983)).

הסעיף לא נדון בהרחבה במליאת הכנסת, וגם הדיון בוועדת הכלכלה היה קצר ותמציתי. נציג את הדיון במלואו (פרוטוקול ישיבה מס' 193 בוועדת הכלכלה, הכנסת האחת עשרה, 8-9 (16.12.87)):

"סעיף 51 – ביצוע ותקנות
סעיף 52 – פטור

היו"ר אוריאל ליין: אני מבקש להוסיף בסעיפים 51 ו-52 את המלים "ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת".

ו' שם-טוב: אני חושב שאפשר להסתפק בצורך להודיע על כך לוועדת הכלכלה של הכנסת, כדי שהועדה תדע במה בדיוק מדובר.

ד' לב: בוועדה הובע בזמנו הרצון שזה יהיה תחת הפיקוח של הכנסת או הממשלה.

היו"ר אוריאל ליין: לא הייתי רוצה שיצאו ידי חובה על-ידי מסירת הודעה על כך במכתב לוועדה.

ו' שם-טוב: יושב ראש הועדה יכול כמובן להזמין את השר, או מי שהשר מצא לנכון לשלוח במקומו, לישיבה של הועדה. בוועדת החוץ והביטחון, למשל, מסתדרים הרבה דברים מהסוג הזה בהודעה לוועדה. כשמדובר בדברים שמסיבות של בטחון המדינה אי אפשר להביאם לידיעת הועדה או לאישורה, אפשר לדרוש שיימסרו לידיעת ועדת החוץ והביטחון של הכנסת.

היו"ר אוריאל לין: אני מציע שבסעיף 51 ייאמר שיש צורך באישור ועדת הכלכלה של הכנסת. ובסעיף 52 ייאמר שיהיה צורך בהתייעצות עם ועדת הכלכלה.

ק' חליפה: אולי אפשר להוסיף בסעיף 52 את הצורך באישור השרים הנוגעים בדבר.

היו"ר אוריאל לין: זה לא יכול לספק אותנו, מפני שבין השרים יכול להיות מצב של שמירה על אינטרסים הדדיים. ועדת כנסת היא יותר אובייקטיבית.

ע' פרי: מקובל עלינו שבסעיף 51 ייאמר שיש צורך באישור הוועדה. לגבי סעיף 52 אני מבקש מכם לשקול אם אי אפשר להסתפק בהודעה לוועדה. זה כמובן מאפשר לוועדה לומר את דעתה.

היו"ר אוריאל לין: אינני רוצה שיהיה כאן דבר שיוכל לשמש אחר-כך יסוד לפגיעה בכבוד הכנסת. אם מסתפקים בהודעה לוועדה, יכול השר להחליט לשלוח מכתב על כך לוועדה. אבל אם נאמר שיש צורך בהתייעצות עם הוועדה, העניין יובא לידיעת הוועדה וידון על ידה. אנחנו רוצים ללוות אתכם לא רק בחקיקת החוק אלא גם בדינאמיקה של ישום החוק.

ט' שפניץ: ובמקרה שהמדובר בעניין סודי?

היו"ר אוריאל לין: נקיים את הדיון באותו נושא בצורה סודית.

סעיף 51 – אושר, בתוספת שתבהיר שיש צורך באישור הוועדה.

סעיף 52 – אושר, בתוספת שתבהיר שיש צורך בהתייעצות עם הוועדה. "

לג. נוכל לשער, כי מצבה הגיאוגרפית המיוחדת של מדינת ישראל עמד ביסוד הסעיף. בהתאם, קשה למצוא הוראה נורמטיבית דומה במדינות מערביות אחרות, דוגמת האיחוד האירופי (Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union art. 109-101, 2008 O.J. C 115/47); אוסטרליה (Trade Practices Act 1974); ארצות הברית (Sherman Act, 26 Stat. 209, 15); U.S.C; U.S.C (Federal Trade Commission Act, 38 stat. 717, 15 U.S.C; U.S.C Act Against Restraints); גרמניה (Enterprise Act 2002; Competition Act 1998); וקנדה (of Competition 1957 (Competition Act R.S.C., 1985, c. C-34) (ראו (International Competition Network) ICN), ותשובות המדינות בהתאם, בין היתר בסוגיית שיקולים לבר-תחרותיים כדיני ההגבלים העסקיים; ניתן לעיין באתר זה:

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/workinggroups/current/unilat>
 eral/questionnaires-responses/objectives/assessment.aspx). בשולי הדברים יצוין,
 כי מדינות שונות מאפשרות שקילת שיקולים שאינם תחרותיים – ובהם שיקולים
 בטחוניים – במסגרת אישור מיזוגים ורכישות (ראו, לדוגמה, באיחוד האירופי:
 (Council Regulation (EC) 139/2004, art. 21(4)).

לד. ניגש איפוא לשאלה הראשונה העומדת בפנינו: האם ממלא מקום שר הכלכלה
 מוסמך היה להפעיל את סעיף 52. תשובתי לשאלה זו – חיובית. מעמדו של ממלא
 מקום שר מעוגן בסעיף 24(ב) לחוק יסוד: הממשלה, שזה לשונו: "חדל שר לכהן או
 שנבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו, ימלא את התפקיד ראש הממשלה או שר אחר
 שתקבע הממשלה". תקופת כהונתו של ממלא המקום קצובה לפי סעיף 24(ג): "תקופת
 מילוי המקום של שר שחדל לכהן כאמור בסעיף קטן (ב) לא תעלה על שלושה
 חודשים". יצוין, כי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה (מספר 1.1101), מבחינה בין
 ממלא מקום שר שחדל לכהן או שנבצר ממנו למלא את תפקידו (וכך המקרה
 בענייננו), לבין ממלא מקום שר שנעדר מן הארץ. לפי ההנחיה, בתרחיש הראשון
 ממלא המקום "נכנס בנעלי" השר באופן מלא, ולא כן בתרחיש השני. עוד צוין בהנחיה,
 כי "בכפוף לאמור לעיל, כל מקום בו מדובר בשר, אם בדרך של הענקת סמכות ואם
 בדרך של הטלת תפקיד, יש לקרוא כאילו מדובר גם במי שנתמנה כממלא מקומו.
 בהתאם לכך, למשל, אם חוק קובע כי שר הפנים מוסמך להתקין תקנות או לעשות
 מינוי, אף ממלא מקומו של שר הפנים במשמע". גישה זו, המעוגנת בצרכי התפקיד
 ובשכל הישר, מאפשרת בראש וראשונה את המשך תפקודו התקין של המינהל הציבורי
 ומכאן יתרוונה; עם זאת, דעת לנבון נקל, כי יתכנו החלטות הרות גורל המצריכות את
 החלטתו של השר – הוא ולא מלאך (מתוך ההגדה של פסח), אך הדבר תלוי נסיבות.
 ניתן ללמוד על כך במידה מסוימת בהיקש מסוגית סמכויותיה של ממשלה יוצאת. בית
 משפט זה נדרש מספר פעמים לשאלת סמכויותיה של ממשלה שימיה ספורים, ומכהנת
 עד קיומן של בחירות וכינון ממשלה חדשה. ההלכה בעניין זה, היא כי "מבחינה
 עקרונית כל הסמכויות העומדות לממשלה ולשריה ב'ימים רגילים' עומדות לה גם
 בתקופת בחירות [...] יחד עם זאת, מתחם הסבירות בהפעלת הסמכויות העומדות
 לממשלה ולחבריה הוא מצומצם יותר בתקופת בחירות" (בג"ץ 1004/15 התנועה
 למשילות ודמוקרטיה נ' השר לביטחון פנים, פסקה 14 לפסק-דינה של הנשיאה נאור
 (2015)); קרי, ההתערבות – ככל שיש בה צורך – נעשית במתחם שיקול הדעת, ולא
 במישור הסמכות. בנוסף, עניינים שאינם סובלים דיחוי במישור הלאומי, אף אם הרי
 גורל, מצוים בודאי בסמכות הממשלה היוצאת. כדברי הנשיא ברק, בנוגע לקיום משא-
 ומתן מדיני על-ידי ראש ממשלה יוצא: "הגנת המדינה מפני מלחמה מקימה בוודאי

צורך ציבורי חיוני שכל ראש-ממשלה, לרבות ראש-ממשלה יוצא, צריך להתמודד עמו" (בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(2) 455, 470 (2001)). ודוק, ההיקש שנערך בין ממשלה יוצאת לממלא מקום שר נעשה בבחינת "קל וחומר"; זאת שכן ממשלה יוצאת עומדת בפני אי-ודאות משמעותית בנוגע לעתידה הפוליטי, באופן היוצר תמריץ ל"מחטף" מדיניות. לעומת זאת, ממלא מקום השר ממונה על-ידי ממשלה, אשר צפויה – ככל שניתן לחזות מראש דברים מסוג זה – להתקיים גם עם תום מינויו. על כן, מנעד פעילותו של ממלא מקום השר, הבא בנעלי שר שסיים כהונתו או נבצר ממנו למלא ולא כ"אורח לרגע" בהיעדרות השר בחו"ל (נושא כשלעצמו הוא חסר משמעות של ממש בעידן הטכנולוגי הנוכחי) הוא רחב יותר.

אכן, בנידון דידן, אין חולק כי מדובר בהחלטה משמעותית ביותר, בעלת השלכות רחבות היקף, לרבות בטחונות (כפי שיורחב בהמשך) – והדבר יעמוד לנגד עינינו בבואנו לבחון את הסבירות והמידתיות שבהפעלת סעיף 52 בנסיבות; אך ענייננו בממלא מקום השר שהוא ראש הממשלה, הבקיא בסוגיה שעל הפרק, לרבות בהיבטי ביטחון וחוק (הוא גם מכהן לעת הזאת כשר החוק). במכלול, נראה כי אין הפעלת הסעיף על-ידי ממלא מקום שר הכלכלה פוסלת את החלטתו; נוסף לכך כי ביום 1.2.16 אף מונה ראש הממשלה לתפקיד שר הכלכלה במינוי של קבע. יצוין, כי העתירות כללו גם טענות שעניינן חוסר סמכותו של המשיב 1 להפעלת סעיף 52 בגין התיקים המיניסטריאליים הרבים אשר בידו. כיון שתלויה ועומדת עתירה בסוגיה דומה (בג"ץ 3132/15 יש עתיד נ' ראש ממשלת ישראל), אין זה המקום להכריע.

לה. כעת, לשאלה השניה: האם ניתן להפעיל את סעיף 52 כחלק ממערך רגולטורי רחב, ולא כמדיניות המוגבלת לתחום ההגבלים העסקיים. כזכור, מתוה הגז מחייב את חברות הגז לפעול בצורה מסוימת (לדוגמה, לעמוד באבני דרך לפיתוח מאגר לויתן) ומתנה זאת בפעולות מסוימות של רשויות מינהליות (לדוגמה, הענקת פרשנות מסוימת ל"חוק מיסוי רווחי נפט" על-ידי מנהל רשות המסים). לשיטת העותרות, אופן פעולה זה עולה כדי חריגה מסמכות, שכן אינו תחום לדיני ההגבלים העסקיים בלבד. נבחן טענה זו. ראשית עלינו לזכור, כי שיתוף הפעולה בין רשויות מינהליות הוא רצוי שלא לומר הכרחי, לשם התמודדות מערכתית יעילה בסוגיה המערבת תחומי מינהל שונים. יפים לכך דברי פרופ' זמיר:

"על אף הפיצול והביזור של המינהל הציבורי, קיימים קשרים הדוקים בין הגופים המרכיבים את המינהל הציבורי, וכל הגופים האלה גם יחד אמורים לפעול להשגת מטרה משותפת. אמנם, לכל אחד מגופים אלה

יש מטרה צרה משלו: המטרה של משרד ממשלתי שונה מן המטרה של עיריה, והמטרה של עיריה שונה מן המטרה של חברה ממשלתית או, אפילו, חברה עירונית. עם זאת, לכולם יש אותה מטרה רחבה: לשרת את הציבור, כל גוף בתחומו ובדרכו" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 274 (תשנ"ו)).

נער הייתי בשירות הציבורי וגם זקנתי בו, וראיתי לא אחת ולא שתיים כמה אנרגיות מיותרות מתבזבזות לשווא במה שקרוי "מלחמות היהודים" על סמכויות, ויד איש ברעהו; שר לשר, בכיר לבכיר, רגולטור לרגולטור, ילחם על סמכותו, ודי לחכימא. מכתבו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד אבי ליכט, המוכתר "יש לויתן בחדר" מיום 16.12.14, נדרש לצורך בתיאום בין הרגולטורים, וזה לשונו:

"הסוגיות העומדות על הפרק הינן סוגיות כבודות משקל, וביניהן – מבנה הענף ואופי הפיקוח על השחקנים בו; קידום התחרות תוך יצירת תמריץ לגילוי ופיתוח שדות חדשים ולכניסת שחקנים נוספים, חיבור המאגרים לחוף, הגדרת היתירות וחלוקת הגז לצרכנים. לכל המעורבים ברור כי אין זה נכון לבחון כל שאלה בנפרד. זאת כיוון שכל החלטה כוללת ממשקים רבים וההחלטות משפיעות זו על זו" (שם, בעמ' 3).

ובהמשך:

"יש צורך בגוף קבוע שידון בכל סוגיות היסוד העומדות על הפרק. זהו גוף שיוכל גם לשמר את הידע ברמה הכלל ממשלתית לאורך זמן" (שם, בעמ' 7).

לו. הצורך בשילוב זרועות מערכת נכון במיוחד בנידון דידן. כפי שציין חברי השופט ע' פוגלמן במהלך הדיון, בפנינו דוגמה מובהקת לבעיה רב-קדקודית המצריכה פתרון מערכתי כולל (ראו גם בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח נ' המפקח על הביטוח, פ"ד נ"ה(3) 625, 645 (2001)). מבקר המדינה נדרש לעניין זה בדו"ח בנושא פיתוח משק הגז הטבעי (פורסם ביום 20.7.15). בין שאר הליקויים העיקריים, מציין מבקר המדינה כי:

"מאסדרים אחדים פעלו מתוקף תפקידם לקידום המטרות שעליהן הם אמונים, מבלי לבחון את השפעות פעילותם על משק הגז הטבעי כולו. לעתים פעולות אלו לא עלו בקנה אחד עם פעילותם של מאסדרים אחרים ונעשו ללא תיאום ובכך הגבירו את אי הודאות בו". (עמוד 15).

גם נגידת בנק ישראל – ד"ר קרנית פלוג – הביעה עמדתה בעניין בוועדת הכלכלה של הכנסת, שם ציינה:

"[...] מה שהיה מאוד חסר בהתנהלות הממשלתית רגולטורית היה איזה שהוא גורם שיסתכל על כל התמונה ויקח בחשבון את כל השיקולים. יש הרבה מאוד רגולטורים שהיו מעורבים. היה חסר אותו גורם מתכלל, וזה העמיד את החברות בפני שינויים מאוד מרחיקי לכת" (פרוטוקול ישיבה מס' 100 של ועדת הכלכלה, הכנסת העשרים, 30 (1.12.15)).

קשה אם כן להלום את הטענה, במישור הסמכות, לפיה הפעלת סעיף 52 צריכה בהכרח להיערך במנותק מאסדרה רחבה יותר של נושא מסוים; וזאת גם אם יתכן כי כריכת נושאים רבים מדיי יחד, תחת סעיף 52, בנסיבות מקרה קונקרטי, תעלה כדי הסדר ראשוני המצריך חקיקה ראשית, ועל כך בפרק ו' להלן. נמחיש בדוגמה. שני שרי כלכלה תיאורטיים מעוניינים לפטור חברות מסוימות מהוראות דיני ההגבלים העסקיים לפי סעיף 52, לאחר ששוכנעו בשיקולי חוץ או ביטחון. הראשון מעוניין להעניק פטור מחוק ההגבלים העסקיים ללא כל התחייבות מצד החברות; והשני מעוניין להעניק פטור מהוראות חוק ההגבלים העסקיים בצד קביעת מנגנון של פיקוח על המחירים, מכוח חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996. קבלת טענות העותרות בהקשר זה, משמעה כי האחרון פעל בחוסר סמכות, וכי האפשרות הזמינה היחידה היא מתן פטור לחברות בחוק ההגבלים העסקיים מבלי מציאת האיזונים הנדרשים, הבאים לעתים מכוח חוקים אחרים. ברי, כי השכל הישר אינו מאפשר קבלת טענה מעין זו, שכן שעה שהחלטתו הנוספת של השר נעשתה לכשעצמה בסמכות אף היא, אין טעם של ממש בטענה כי דווקא התניית הפטור והתויית גדרותיו, באופן שלמעשה מצמצם את מרחב התמרון של החברות, הוא שמוביל לחוסר סמכות בנסיבות העניין. זאת, מבלי להידרש בשלב זה לשאלה האם מקומה של האסדרה הרחבה בענייננו הקונקרטי בהחלטת ממשלה או בחקיקה ראשית, ועל כך בהמשך.

לז. השאלה השלישית העומדת בפנינו: האם סעיף 52 מסמיך את שר הכלכלה להעניק את הפטורים הספציפיים שניתנו במסגרת המתוה. נזכיר, כי הפטורים העיקריים לעניין זה הם פטור מס' 1, אשר ניתן למפרע לגבי הפרה לכאורה שנוצרה בחבירת דלק ונובל לרכישת חלק מהזכויות בהיתר המוקדם "רציו-ים", וכן פטור מס' 5 המתייחס ל"היותן של דלק ונובל בעלות מונופולין מכוח ההכרזות". העותרות טענו, כי מדובר בעבירות פליליות שנעברו, לכאורה, על-ידי חברות הגז, ואין שר הכלכלה מוסמך

להתערב בשיקול הדעת של רשויות התביעה ובתי המשפט באמצעות סעיף 52 (ראו סעיף 161 בעתירה בבג"ץ 262/16). דומני, כי הפטורים שניתנו אינם חורגים מהסמכות הקבועה בסעיף 52. לשון הסעיף רחבה היא – "לפטור הגבל עסקי מהוראות חוק זה, כולן או מקצתן"; וקשה למצוא בה אחיזה להגבלות מבניות במישור הסמכות. באשר לטענות בדבר המישור הפלילי, איני מבטלן עקרונית מיניה וביה, והדבר תלוי נסיבות, אך אין אלה נשענות על תשתית עובדתית ממשית, וכפי שנראה, נושא זה לא היה על הפרק בנידון דידן. כידוע, הממונה על הגבלים עסקיים הוא המופקד על מערך התביעה בנוגע לדיני ההגבלים העסקיים, וההחלטה על העמדה לדין נתונה לשיקול-דעתו. כך צוין בבג"ץ 4501/14 פרסקי נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פסקה כ"א (2015):

"לממונה נתון שיקול דעת, שבמסגרתו בידו לעשות שימוש במבחר הכלים העומדים לרשותו, באופן שיגשים מיטבית את תכלית חוק ההגבלים העסקיים תוך התחשבות בשיקולים שונים, לרבות מידתיות".

בנידון דידן נראה, כי האכיפה הפלילית לא עמדה – כאמור – על הפרק בעת ההחלטה. הדברים עולים במפורש מדבריו של הממונה על הגבלים עסקיים (בפועל), עו"ד אורי שוורץ, שבעת הרלבנטית היה היועץ המשפטי לרשות ההגבלים העסקיים – בועדת הכלכלה של הכנסת:

"אז אני אומר שההסדר הכובל הזה – מלכתחילה לא כל הסדרים הכובלים נאכפים באמצעים פליליים. מרביתם אפילו לא נאכפים באמצעים פליליים. אכיפה פלילית של הסדרים כובלים היא מיוחדת בדרך כלל לעבירות כמו קרטלים או כמו תיאומי מכרזים, וזה לא המקרה כאן. בשום שלב לא נשקלה הפעלה של אמצעי הפעלה פליליים במקרה הזה. אני מזכיר שגם השימוע שיצא בזמנו, יצא ביחס לאפשרות של פרסום קביעה לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים ולא לשימוש באמצעים פליליים. זה לא מסוג ההסדרים הכובלים, שרשות ההגבלים העסקיים אוכפת באמצעים פליליים" (פרוטוקול ישיבה מס' 98 של ועדת הכלכלה, הכנסת העשרים, 122 (29.11.15)).

ראיה נוספת לכך ניתן למצוא בדבריו של פרופ' דיויד גילה – הממונה על הגבלים עסקיים בעת הרלבנטית – באותה ועדה:

"[...] אני מסכים עם עורך הדין שוורץ, שלא היתה כוונה להגיש כתב אישום על ההסדר הזה, לא היתה כוונה ללכת בכיוון פלילי, משום שיחד עם זאת שטענו שמדובר בהסדר כובל, לא מדובר באיזשהו קרטל עירום,

שכל כולו פגיעה בתחרות, כמו קרטלים, כמו תיאומי מכרזים, כמו פרשת "שופרסל". מדובר באיזושהו מיזם בין מתחרים כדי לחפש גז ולהפיק גז, אלה מסוג הדברים שבאופן רגיל לא מתאימים להליך פלילי" (פרוטוקול ישיבה מס' 100 של ועדת הכלכלה, הכנסת העשרים, 83 (1.12.15)).

והדברים מדברים בעדם.

בנוסף, ומבלי לטעת מסמרות, ככל שהפטור דרוש מטעמים של מדיניות חוץ או בטחון המדינה – וכך לכאורה המצב בענייננו (ונדון בכך להלן) – סבורני כי אין טעם של ממש למנוע משר הכלכלה להעניקו אף למפרע; מטרת הסעיף, כאמור, ליתן בכורה לשיקולי החוץ והביטחון על-פני שיקולי התחרות, והדבר נכון הן במבט צופה פני עתיד והן לשם התמודדות עם קשיי העבר, המשליכים ישירות על מצב הדברים בעתיד. באשר לפטור מס' 5 יצוין, כי אף שהפטור מוגדר – כאמור – כ"היותן של דלק ונובל בעלות מונופולין מכוח ההכרזות", ואכן נדמה שהניסוח יכול היה להיות מדויק יותר – היקף הפטור מוגבל למעשה לסעיפים 30 (הסדרת פעולות מונופולין), 30א (מכירת נכס בידי מונופולין) ו-31 (הפרדת מונופולין) לחוק ההגבלים העסקיים. משמע, אין מדובר על פטור מעצם הגדרת החברות כמונופולין – הגדרה הקבועה בסעיף 26 לחוק – אלא על פטור מפעולות ספציפיות אשר הממונה על הגבלים עסקיים מוסמך לנקוט ביחס למונופולין. כך למשל, החברות אינן פטורות מהוראות סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים שעניינו סירוב בלתי סביר על-ידי בעל מונופולין; ולא מהוראות סעיף 29א לחוק שעניינו ניצול מעמד לרעה של בעל מונופולין.

לח. עתה לשאלה הרביעית – והיא עיקר – האם הפעלת סעיף 52 נעשתה משיקולים מדיניים ובטחוניים, כנדרש בחוק. כזכור, העותרות העלו טענות כי סעיף 52 הופעל משיקולים שאינם שיקולי חוץ וביטחון, ובעיקרם שיקולים כלכליים לבר-תחרותיים ואינטרסים עסקיים פסולים של חברות הגז. נדגיש, לית מאן דפליג שסעיף 52 שמור למקרים חריגים ביותר. הדבר עולה מלשון הסעיף השמור למקום בו השר סבור "שהדבר דרוש", ומתכליתו של הסעיף, המבקשת לחרוג מ"דרך המלך" שהותוותה בחוק ההגבלים העסקיים ולצאת מגדרי כללי המשחק שנקבעו בו.

ראשית, לשיקולי הביטחון. על הגדרת מושג "בטחון המדינה" עמד זה מכבר הנשיא אגרנט בפרשת קול העם הידועה (בג"ץ 73/53 קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(1) 871, 879 (1953)):

”המדובר אמנם במושג מורכב ורחב (ביטחון המדינה – א”ר), אך באופן כללי אפשר לומר כי הכוונה היא לכל הכרוך במניעת הסכנה של פלישת האויב מן החוץ; בסיכול כל נסיון להפיכה בכוח של המשטר הקיים על-ידי גורמים עוינים מבפנים; בקיום הסדר הציבורי והבטחת שלום הציבור”.

הגדרה דומה בחלקה למושג הביטחון, המדגישה את הצורך בפרשנות זהירה ומגבילה, מופיעה בחיבורו של המלומד הופנונג (מנחם הופנונג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק 22 (תשס”א)):

”קונצפציה ליברלית-דמוקרטית של ‘שיקולי ביטחון’ דורשת הבחנה בין איום ישיר על העצמאות המדינית, על השלמות הטריטוריאלית, או על מוסדות השלטון המרכזיים של המדינה, ובין קריאת תיגר על הסדר החברתי או הכלכלי. קריאת תיגר לשינוי הסדר לא מהווה איום בטחוני, כל עוד אין היא מלווה בפעולות אלימות שמטרתן הרס המוסדות הקיימים או השתלטות אלימה עליהם שלא באמצעות פתק הבוחר. על-פי תפיסה זו ייחשבו כאיומים ישירים על בטחון המדינה פעולות נמנות על הקטיגוריות הבאות: (1) התקפה של כוח חיצוני; (2) פעולת ריגול, חבלה או לוחמת גרילה, העשויות לסייע לאויב חיצוני בנסיונותיו לקעקע את יסודות המשטר; (3) איומים ישירים על שלמות המדינה או על מוסדותיה בדרכים של הסתה, מרידה או טרור; (4) התארגנות חתרנית שמטרתה לסייע, בבוא שעת הכושר, לכל אחת משלוש האפשרויות הראשונות”

לט. ברי, כי לבטחון המדינה מקום מרכזי ביותר בציבוריות הישראלית; כך היה בשנותיה המעצבות, כך גם היום, אם כי חלו שינויים באמון הציבור ובדרישת השקיפות. בעבר נזדמן לי לומר על כך:

”בשנות נעוריי, בעשורים הראשונים של המדינה, וכמתברר עוד זמן לא מועט לאחר מכן, היה הביטחון בראש הקרואים. מדינת ישראל קמה בסערת מלחמה והמשיכה – אף כיום – להיאבק בקמים עלינו לכלותנו. הביטחון היה איפוא בחינת ‘קדוש יאמר לו’ (מתוך מאמרי ‘ישראל – הביטחון והמשפט: מבט אישי’ 190 אליהו מצא 99, 101 (2015)).”

האתגרים הבטחוניים שעמדו – ולצערנו, עדיין עומדים – בפני המדינה, מביאים עמם לפתחו של בית המשפט שאלות משפטיות שלא שערום אבותינו, אך הזמנים משתנים והולכים. החברה הישראלית דהיום אינה דומה לדור המייסדים, והשינוי ניכר גם במקום השמור לשיקולים בטחוניים. על כך כתבתי בעבר:

"החברה הישראלית נשתנתה; מחברה בעלת מסר קולקטיבי, האתוס הציוני, היתה יותר ויותר לחברה אינדיבידואליסטית, המקדשת את האוטונומיה של היחיד [...] ולפדרציה של קבוצות בעלות מסרים שונים, שהזיקה ביניהן, אף שלא פגה, התרופפה לא מעט. השגת הסכמי שלום עם שכנינו בסוף שנות השבעים ובשנות התשעים, אם גם טרם הגענו כל עיקר אל המנוחה ואל הנחלה, פחתה תפיסתית – לא בהכרח מהותית – בערכו של דגל הביטחון. היו גם אכזבות; בכל הנוגע לצה"ל הולידה מלחמת יום הכיפורים, כמעט לראשונה, מבט ביקורתי על מערכת הביטחון והצבא, ואירועים שונים לאורך השנים שלאחר מכן הוסיפו לכך. הוא הדין בשב"כ, מאז אמצע שנות השמונים" (מתוך מאמרי "הביטחון והמשפט: מגמות" הפרקליט מ"ד 409, 410 (תשנ"ח-תש"ס); ספרי נתיבי ממשל ומשפט 265 (תשס"ג-2003)).

מ. שינוי זה נתן אותותיו גם בהיקף הביקורת השיפוטית על מדיניות הביטחון. כך קבעה השופטת שטרסברג-כהן, כי "בטחון המדינה איננו מילת קסם, ועדיפותו אינה קמה בכל מקרה ובכל נסיבות שהן ואינה שווה בכל רמה של ביטחון ושל פגיעה בו" (בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 124 (1995); ראו גם עמ"מ 10/94 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97, 106 (1997)). כך ציין הנשיא ברק, כי "זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, ובטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. נדרש איזון עדין ורגיש. זהו מחיר הדמוקרטיה. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. הוא מחזק את כוחה של המדינה" (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 383 (2002)). אם כן, ניתן לסכם את הגישה לשיקולי ביטחון כיום בביטוי – "כבדהו בזהירות". הזהירות באה בשל מצבים היסטוריים ופרשיות שונות שהטילו צל על שיקולי הביטחון בעבר (הפתעת מלחמת יום הכיפורים, פרשת קו 300 ועוד). "כבדהו" בא כיון שאין בר דעת אשר אינו מבין כי לישראל בעיות ביטחון לא פשוטות מכיוונים שונים. ואחרי שאמרנו זאת, גם ממה שקראנו ושמענו מפי משיבי המדינה האמונים על הביטחון, מצבה הגיאוגרפית של ישראל ויחסיה עם שכנותיה – במיוחד הקרובות שעמן הושג שלום, מצרים וירדן – מצדיק ראייה רחבה של האינטרס הבטחוני, המערב גם שיקולי חוץ אליהם נשוב, בודאי במעגל האיזורי; ולא בכדי נקראת הועדה הפרלמנטרית בכנסת ועדת החוץ והביטחון, שני המונחים גם יחד; וגם אינטרסים כלכליים ובטחוניים פוסעים לא אחת יד ביד.

מא. לחיבת המשפט העברי אציין, כי שיקולי הביטחון מוזכרים גם בו. ידועה ההלכה, כי "אין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש – אלא עבודת כוכבים וגלוי עריות ושפיכות דמים בלבד" (בבלי, כתובות יט, ע"א) משמע, רק האיסורים החמורים ביותר גוברים על האינטרס הבטחוני. דיון מעניין בנושא זה ניתן למצוא בבבלי, עירובין (מה), ע"א): "אמר רב יהודה אמר רב: נכרים שצרו על עיירות ישראל – אין יוצאין עליהם בכלי זינן, ואין מחללין עליהן את השבת [...] במה דברים אמורים – כשבאו על עסקי ממון. אבל באו על עסקי נפשות – יוצאין עליהן בכלי זינן, ומחללין עליהן את השבת. ובעיר הסמוכה לספר, אפילו לא באו על עסקי נפשות אלא על עסקי תבן וקש – יוצאין עליהן בכלי זינן, ומחללין עליהן את השבת". התלמוד מבחין איפוא בין שיקול בטחוני של פיקוח נפש ("עסקי נפשות") לשיקול בטחוני-כלכלי ("עסקי ממון"). בנוסף, התלמוד מכיר בכך שבנסיבות מסוימות (דוגמת "עיר הסמוכה לספר", המועדת לפורענות) שיקולים כלכליים עשויים להיות בעלי השלכות בטחוניות – וכך יש להתיחס אליהם. עוד ראו הרב כתריאל פ' טכורש, "מלחמת רשות מצוה או חובה" בצומת התורה והמדינה ג' 243 (בעריכת הרב י' שביב, תשנ"א-1991). להרחבה בנוגע ליחס המשפט העברי למלחמה בשבת ראו הרב י"א הלוי הרצוג, "שמירת הביטחון הפנימי במדינה בשבת ויו"ט"; הרב ש' ישראלי "הבטחון הפנימי במדינה בשבת"; הרב י' לוי "המשטרה בשבת", כולם ברצף בתוך בצומת התורה והמדינה ג' 7-43; ומאמרים רבים בקבצי תחומין (ראו נספח "מפתחות" בכרך ל"ב, בעמ' ס"ז-ס"ח); הרב שלמה גורן משיב מלחמה ב' (תשמ"ד); הרב שלמה גורן "לחימה בשבת לאור המקורות" סיני: 197 הויבל; הרב משה צבי נריה "על היתר מלחמה בשבת" סיני: 197 הויבל (מאמרי הרב גורן והרב נריה זמינים באתר "דעת", של מכללת הרצוג (www.daat.ac.il)).

מב. כחלוף השנים, ועם ההתפתחות הטכנולוגית המסחררת, נלוו למושג הביטחון היבטים נוספים; אחד מהם הוא הביטחון האנרגטי. ודוק, העותרות חלוקות בינן לבין עצמן בשאלה האם ניתן להפעיל את סעיף 52 משיקולי ביטחון אנרגטי, קרי, האם ביטחון אנרגטי נכנס בגדרי "ביטחון" לעניין סעיף 52. מושג זה פרץ לתודעה הישראלית בעקבות חרם הנפט הערבי של 1973 (על רקע מלחמת יום הכיפורים), אשר הדגיש את הצורך האסטרטגי במקורות אנרגיה זמינים ורציפים (ראו Gail Cohen, Fredrick Joutz & Prakash Loungani *Measuring Energy Security: Trends in the Diversification of Oil and Natural Gas Supplies* IMF Working Paper (2011)). סוכנות האנרגיה הבינלאומי, ה-IEA (International Energy Agency), מגדירה ביטחון אנרגטי באופן הבא: "The uninterrupted availability of energy sources at an affordable price" (ראו באתר הסוכנות, תחת הערך "energy security", <http://www.iea.org/aboutus/glossary/e>); רוצה לומר, הזמינות הרציפה של מקורות

אנרגיה במחירים בני-השגה. אם כן, האם ביטחון אנרגטי נכנס בגדר "שיקול בטחוני" לעניין הפעלת סעיף 52? לטעמי, אין מקום לתשובה חד משמעית, אלא הדבר תלוי בנסיבות כל מקרה ומקרה. המונח "ביטחון" כשלעצמו בהקשר זה אינו חזות הכל, אך גם אין לשלול ראיית הביטחון האנרגטי כרכיב בטחוני, בעולם שאספקת אנרגיה רצופה היא תנאי בסיסי לתפקודו, שבלעדיה לא יהא חשמל לבית המגורים ולתעשייה, מכוניות לא יסעו, וגם לא טנקים ומטוסים.

מג. בענייננו, שיקולי הביטחון הועלו כבר בדו"ח ועדת צמח שהתפרסם ביום 12.9.12 (ועדת צמח המלצות הועדה 58-59 (2012); להלן דו"ח ועדת צמח) – זמן רב לפני החלטת הממונה על הגבלים עסקיים, מיום 23.12.14, שלא להגיש את טיוטת הצו המוסכם לאישור בית הדין להגבלים עסקיים. ועדת צמח כללה, לצד הממונה על הגבלים עסקיים, גם את המשנה לראש המטה לביטחון לאומי (מר אבריאל בר יוסף, כיום המועמד להיות ראש המטה) והמשנה למנכ"ל משרד החוץ (מר פיני אביבי). פרק הביטחון האנרגטי בדו"ח סוכם במלים הבאות:

"הבטחת ביטחון אנרגטי הוא אחד השיקולים המרכזיים בגיבוש מדיניות ממשלתית במשק הגז הטבעי. המשק הישראלי הוא בעל מאפיינים יחודיים, אם בשל היותו אי אנרגטי ואם בשל מאפייני הביקוש והיחס בין עתודות הגז והביקוש המקומי. לכן, מדיניות ממשלתית צריכה להיקבע בהינתן מאפיינים יחודיים אלה ולהבטיח זמינות פיזית בלתי ניתנת לשיבוש של גז טבעי, במחיר סביר, ותוך התחשבות בשיקולים סביבתיים."

ועל כך נוסיף – לעת הזאת עסקינן במשק אנרגיה אשר כמחצית מצרכיו מסופקים על-ידי מאגר גז בודד שאינו בלתי-פגיע. אין צורך בדמיון מפותח באשר למשמעות המעשית המיידית העלולה – חלילה – להיות לניתוק משק האנרגיה ממקור המספק מחצית מצרכיו. כמובן לכך השלכות בטחוניות משמעותיות ביותר, ואין צורך להכביר מלים.

מד. אם כן, מצאנו כי – בנסיבות ישראל לעת הזאת – אין לשלול את הביטחון האנרגטי כשיקול רלבנטי לעניין הפעלת הסעיף; וכעת לשיקולי החוץ. כידוע, ככלל, בית משפט זה אינו נוהג להתערב בעניינים הכרוכים ביחסי החוץ לגופם (ראו בג"ץ 8666/99 תנועת נאמני הר הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 199 (2000); בג"ץ 7712/05 פולארד נ' ממשלת ישראל, פסקה 8 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה ((2006)); עם זאת, ישנם חריגים נדירים לכך, בהם נדרש בית המשפט לשיקול המדיני

לגופו. כך המקרה בבג"ץ 130/68 איסר הראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(1) 241 (1969), בו דן הנשיא אגרנט בעתירתו של איסר הראל – ראש השב"כ וראש המוסד – שביקש להסיר את הצנזורה מספרו, המתאר את לכידתו של אייכמן. אחת הסיבות להטלת הצנזורה היתה החשש מפגיעה ביחסי החוץ של ישראל עם ארגנטינה. לאחר שדן בפירוט רב בהשלכות חטיפת אייכמן על יחסי החוץ בין המדינות (לרבות חילופי אגרות, דיונים במועצת הביטחון, תזכירים דיפלומטיים ועוד), קבע הנשיא אגרנט, כי:

"הדברים שהובאו לעיל, ואשר יש להם המשקל של השר הממונה על ענייני החוץ של המדינה ושל נציגה במקום, מראים שההערכה כי לפרסום הספר עלולה להיות השלכה מזיקה על יחסי ישראל עם ארגנטינה (ואולי גם על היחסים שלנו עם מדינות היבשת), ושהזמן אינו מתאים לסיכון שכזה – היא הערכה טבירה" (ההדגשה נוספה – א"ר; עמוד 276 לפסק-הדין).

כאמור, מדובר בפסק-דין חריג שאינו מייצג את נטייתו של בית משפט זה שלא לדון בעניינים מדיניים לגופם, אך – כפי שניתן להתרשם – לא בשמים היא (ראו בהקשר זה בבג"ץ 1661/05 חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 554 (2005)). בנידון דידן, אין מנוס מהתייחסות מהותית מסויימת לשיקולים אלה, נוכח נוסחו של סעיף 52.

מה. שיקולי החוץ בענייננו עלו עוד בדו"ח ועדת צמח:

"מסחר בגז הטבעי הוא בעל השלכות מדיניות משמעותיות יותר מאשר המסחר בסוגי אנרגיה אחרים, במיוחד נפט ופחם. הדבר נובע מהצורך בהקמתן של תשתיות קבועות בין המדינה הספקית לבין המדינה הצרכנית, השימוש המקובל בחוזים לטווח ארוך, וחוסר הגמישות של רוב שרשרת האספקה (לרבות שוק ההובלה הימית של הגז הנוזלי אשר גם מתנהל לרוב ע"פ חוזים ארוכי טווח)" (דו"ח ועדת צמח, בעמ' 70).

האמור בדו"ח ועדת צמח מצטרף לחוות דעת, חלקן חסויות, מטעם המטה לביטחון לאומי, משרד החוץ וצה"ל, אשר נדרשות להיבטים המדיניים והבטחוניים של פיתוח משק הגז (ראו גם בהקשר זה כנס המכון למחקרי ביטחון לאומי מיום 23.11.10 בנושא "תגליות הגז הטבעי: השלכות אסטרטגיות"); נוסף לכך גם את השיקולים המדיניים שהועלו בפנינו במעמד המדינה בלבד, בין היתר על-ידי שר האנרגיה, המנהל הכללי של משרד החוץ וראש האגף המדיני-בטחוני במשרד הביטחון בדיון מיום

14.2.16, המצביעים גם הם כי שיקולי החוץ, הכרוכים בנידון דידן בשיקולי הביטחון, הם שיקולים ממשיים וכנים. נוסף על הדו"חות המוזכרים, ניתן למצוא ראייה לנושא השיקולים המדיניים בדבריו של פרופ' דיויד גילה – אשר כיהן כממונה על הגבלים עסקיים בתקופה הרלבנטית – בועדת הכלכלה של הכנסת. לדבריו:

"אני לא שמעתי על בעיה בטחונית. שמעתי על בעיה של יחסי חוץ כבר מההתחלה. כלומר, חייבים להודות שזה הוצף, זה היה על השולחן. אני חושב שמהכיוון של משרד ראש הממשלה ומשרד החוץ והמל"ל, שיש עניין גיאופוליטי, יש עניין של יחסי חוץ, של ארצות-הברית, של ירדן, של הרשות הפלסטינית, מצרים וכו'" (פרוטוקול ישיבה מס' 100 של ועדת הכלכלה, הכנסת העשרים, 71 (1.12.15)).

דומה, כי אף כאן מדברים הדברים בעדם. עם זאת באיזורנו, בתחום הגיאוגרפי-אסטרטגי כאמור, שיקולי חוץ וביטחון עשויים להיות מעורבים אלה באלה, וכך במקרה דנא. עצם השימוש במונח "גיאוגרפי-פוליטי", גם אם לא שמע הממונה את השם המפורש "ביטחון", מדבר בעדו, והדברים ברורים כשמש בצהרי היום. קשה להלום את טענת העותרות, לפיהן דבריו של המשיב 1 בועדת הכלכלה של הכנסת מהווים ראייה לכך שהפעלת סעיף 52 נעשתה משיקולים שאינם רלבנטיים. נזכיר את דבריו:

"ההחלטה להפעיל את הסעיף הזה נבעה קודם כולל ממצב שנוצר, מצב שנכפה עלינו על ידי התפתחותו של הממונה על הגבלים. כך שזה לא בגלל מהות ההסכם; ההסכם הוא טוב, אבל ההתפתחות שלו יצרה מצב שגם הסכם טוב, הסכם אופטימלי, שאני רוצה להעביר אותו – אני לא יכול להעביר אותו. ולכן זה מחייב אותנו ללכת למה שהחוק מאפשר" (פרוטוקול ישיבה מס' 107 של ועדת הכלכלה, הכנסת העשרים, 60 (8.12.15)).

לדידי, דברים אלה אינם יוצרים סתירה. ברי, כי הפעלת סעיף 52 היא החריג ולא הכלל. ככל שהממונה על הגבלים עסקיים מגבש צו מוסכם המגשים מטרות מדיניות ובטחוניות – אין סיבה להפעלת סעיף 52. הפעלת הסעיף הכרחית במקום בו יש צורך בחריגה מן המנגנון הרגיל של דיני הגבלים העסקיים; עם זאת, אין משמעות הדבר – כפי שטוענות העותרות – כי הפעלת סעיף 52 אפשרית רק לאחר "מיצוי הליכים" במסגרת דיני הגבלים העסקיים, כמעין סעיף שיווי. קרי, אין מקום לקבוע כי יש להמתין להכרעת הממונה על הגבלים עסקיים – בודאי שלא להכרעתו המשפטית של בית הדין להגבלים עסקיים – כדי להפעיל את סעיף 52. השכל הישר מחייב לומר

כן, כמו גם ההיגיון הפנימי של הסעיף – יציאה מ"כללי המשחק" של דיני ההגבלים העסקיים – כאמור בדברי ההסבר לסעיף שהבאנו בפסקה ל"ב.

לסיכום שאלה זו, מצאנו, במישור הסמכות, כי השיקולים הבטחוניים והמדיניים הם שיקולים ממשיים, המאפשרים במקרה דידן לבוא בשערי סעיף 52. נפנה עתה לבחינת סבירות השימוש בסעיף, קרי, האם שיקולי החוץ והביטחון שנשקלו אל מול שיקולי התחרות והאיזון ביניהם, מצויים במתחם הסבירות המוקנה לשר בנסיבות דנא, ומצדיקים פטור.

מו. אם כן, הנה השאלה החמישית שבפנינו: האם הפעלת סעיף 52 – בכללותה – נעשתה באופן סביר. מכללי היסוד של המשפט המינהלי הוא כי על הרשות המינהלית לפעול בסבירות ובמידתיות (ראו בג"ץ 6163/92 איזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993); איל זמיר "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי" משפטים י"ב 291 (תשמ"ב); ברק-ארז ב, בעמ' 723). הביקורת השיפוטית על היבט זה מוגבלת למקרים של אי-סבירות קיצונית, ובית המשפט ציין לא אחת, כי אין הוא מחליף את שיקול הדעת של הרשות המינהלית. בהקשר זה נזדמן לי – ואיני נמנה על שוללי עילת הסבירות – לומר כך:

"אודה כי לא אחת ישנה בעייתיות בכל הנוגע ליעילותן של רשויות הממשל בעבודתן, וחלקי עם מי שאינם נרתעים מהתערבות במקום הראוי לה; ואולם, ככל שמתקבלת (לעתים – סוף סוף מתקבלת) החלטה בנושא שיש להכריע בו, ובהיעדר שיקולים זרים העלולים להפוך את הקערה על פיה, המקום להתערבות מוגבל" (בג"ץ 2763/07 המועצה האיזורית אפעל נ' שר הפנים, פסקה ח' (2007); ראו גם בג"ץ 4999/03 התנועה לאיכות השלטון נ' ראש הממשלה, פסקה 18 לפסק-דינה של השופטת חיות (2006)).

מז. סעיף 52 מעניק לשר הכלכלה – באופן חריג – את הסמכות לסטות מדיני ההגבלים העסקיים, מקום בו שיקולים מדיניים או בטחוניים גוברים על שיקולי התחרות. יש איפוא להעמיד אלה כנגד אלה. עמדנו מעלה על טיבם הכללי של שיקולי חוץ וביטחון, ועל קיומם של שיקולים אלה בענייננו; עתה נידרש לאיזון בין שיקולים אלה לשיקולי התחרות.

מח. תחילה בקצירת האומר על שיקולי התחרות, שגם עליהם אין צורך להכביר מלים. חשיבות התחרות צוינה, זה מכבר, על-ידי השופט ברנזון, שקבע כי "חופש

ההתחרות עד גבול מסוים הוא עקרון חשוב ובתי-המשפט מצווים לקיימו ולעודדו עד כמה שאפשר" (ע"א 4/74 ברמן נ' משרד להובלת משאות פרדס חנה-כרכור, פ"ד כט(2) 718, 721-722 (1975)). בנוסף, ההגנה על התחרות החופשית התחזקה לאחר חקיקת חוק יסוד: חופש העיסוק (ראו אייל גרוס "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש העיסוק" עיוני משפט כג(1) 229 (2000)). כך קבע הנשיא ברק בע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה בע"מ, פ"ד נב(5) 213, 229-230 (1998):

"התחרות החופשית היא אבן יסוד בכל שיטת משטר דמוקרטי, בהיותה סממן בולט של חירות הפרט להגשמת האוטונומיה שלו. בהגשמת התחרות החופשית ובשמירה עליה יש משום ביזור מוקדי ההכרעה החברתיים ומניעת ריכוז-יתר של כוח בידי השלטון או בידי גופים מונופוליים פרטיים. היו שראו בשמירה על התחרות החופשית כמנגנון הכרעה דמוקרטי בקבלת החלטות חברתיות בתחום הכלכלי, כאשר שמירת כוחו של הצרכן להכריע בין אלטרנטיבות כלכליות מקנה לו, למעשה, כוח להשפיע ולהכריע גם בהכרעות כלכליות כלליות של החברה (ראה K.J. Arrow Social Choice and Individual Values, at pp. 1-2). ההגנה על התחרות החופשית עומדת גם ביסוד ההגנה על זכויות יסוד אחרות. כך, לדוגמה, אין לנתק בין חופש התחרות לבין חופש העיסוק (ראה בג"ץ 3344/94 שחף נתיבי אוויר בע"מ נ' שר התחבורה ואח' (1995)). קיומו של מונופולין או היעדר זכות שווה לעסוק, פוגעת בחופש העיסוק (ראה: מנחם גולדברג "חופש העיסוק: מזכות יסוד לחוק יסוד" הפרקליט מ"א 291, 304-305 (תשנ"ג-תשנ"ד); בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד מח(5) 441, 471 (1994))."

על חשיבותה של התחרות החופשית למשק נזדמן לי לומר את אלה בע"פ

2560/08 רשות ההגבלים העסקיים נ' וול, פסקה פ"א (2009):

"אכן, תחרות חופשית היא ערובה ומנוע, כמו גם אות, לכלכלה בריאה בה מובטח לצרכנים המוצר הטוב ביותר במחירו האמיתי – כפי שקבעוהו כוחות השוק – באופן המשקף לאשורו את הביקוש למוצר. תחרות בין יצרנים מחייבת עמידתם התמידית על משמר ייעולו של המוצר ופיתוחו למען לא יפגרו אחרי מתחריהם, והיא המובילה ליישומן ופיתוחן של טכנולוגיות חדשות ולניהול משאבים חסכני ויעיל, החיוניים לפעילותו ולצמיחתו של המשק" (ראו גם דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 77-80 (2001); ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה כ"ז

(2015); וראו גם מ' (שיצר) גל ומ' פרלמן ניתוח משפטי כלכלי של דיני ההגבלים העסקיים 17 ואילך (תשס"ח).

מט. גישת המשפט העברי באשר לדיני ההגבלים העסקיים שואפת לאזן בין האינטרס הכללי בתחרות מזה, לבין הפגיעה באינטרס הפרטי של המתחרים מזה. כדברי השופט טל בע"א 6126/92 אטלנטיק נ' דג פרוסט, פ"ד נ(4), 471, 483 "גם במשפט העברי, כמו גם בהלכותיו של בית משפט זה, ניכר המתח בין חופש המסחר, העיסוק והתחרות מזה, לבין הגבלות על חופש זה מטעמי הגינות ויושר". כך נקבע להלכה, כי "מותר לחנוני לחלק קליות ואגוזים לתינוקות, כדי להרגילם שיקנו ממנו. וכן יכול למכור בזול יותר מהשער, כדי שיקנו ממנו, ואין בני השוק יכולים לעכב עליו" (שולחן ערוך חושן משפט, סימן רכח סעיף יח); עם זאת, חופש התחרות אינו מוחלט. כך נפסק בשולחן ערוך כי "[...] היה שם במבוי אחד מבני מבוי אומן ולא מיחו בו, או שהיתה שם מרחץ או חנות או רחיים ובא חבירו ועשה מרחץ אחרת כנגדו, אינו יכול למנעו ולומר לו: אתה פוסק חיי; ואפילו היה מבני מבוי אחר, אינם יכולים למנעו, שהרי יש ביניהם אותה אומנות [...] אבל גר ממדינה אחרת שבא לעשות חנות בצד חנותו של זה, או מרחץ בצד מרחצו של זה, יש להם למנעו" (שם, סימן קנו סעיף ה). קרי, הגבלת התחרות אפשרית – כחריג – כשמדובר במתחרה ממדינה אחרת המבקש להיכנס לשוק. יש לציין, כי התחרות אינה "ערך עליון" במשפט העברי וניתן למצוא מספר הלכות אנטי-תחרותיות המאפשרות לסוחרים להתנהל באופן שאינו עולה בקנה אחד עם דיני ההגבלים העסקיים המודרניים; כך נקבע בתוספתא כי "רשאין הצמרין והצבעין לומר כל מקח שיבוא לעיר נהא כולנו שותפין בו" (תוספתא, בבא מציעא, פרק יא הלכה כד). מושג מרכזי בהקשר זה הוא "היורד לאומנות חברו"; ראו דברי השופט טל בעניין אטלנטיק; דבריי בע"א 9191/03 ע"א V& S Vin Spirit Aktiebolag 9191/03 ואח' נ' אבסולוט שוד בע"מ, פ"ד נח(6), 869, בעמ' 888-890; עוד ראו דנ"א 5407/15 אלי עזור ואח' נ' Canwest Global Communications Corp ואח' (2015), פסקה ג' לחוות דעתי. איסור זה מוגדר באנציקלופדיה התלמודית: "שבא לעסוק באותה אומנות או באותו מסחר שחבירו עוסק בהם, חבירו מעכב עליו – באופנים מסויימים – שהרי הוא מקפח בכך את פרנסתו" (אנציקלופדיה תלמודית כרך כ"ג, שס"ו הערך "יורד לאומנות חברו"). כך פסק הרב משה פיינשטיין (המאה הכ', רוסיה-ארה"ב), כי אסור להקים בית-כנסת חדש ליד בית-כנסת קיים "דיש בזה איסור מהפך בחררה (איסור על אדם לגזול מעני עוגה שהוא מחזר אחריה, בבלי קידושין נ"ט עא – א"ר) ויורד לאומנות חברו" (שו"ת אגרות משה, חושן משפט, חלק א' סימן ל"ח).

נ. עמדנו איפוא על המסגרת הנורמטיבית הרלבנטית לענייננו – לרבות סקירת השיקולים המושכים את החבל מזה ומזה – ועתה מן הכלל אל הפרט. המתוה המונח בפנינו שואף להביא למצב לפיו בעוד מספר שנים תמצא ישראל עצמה עם 4 מאגרי גז משמעותיים – תמר, לויתן, כריש ותנין; בסך הכל – קרוב ל-1,000 BCM. חברת נובל אנרג'י תחזיק במניות – ותשמש כמפעילה (Operator) – בשני מאגרי הגז הגדולים, תמר ולויתן, המכילים יחד כ-95% מכלל עתודות הגז; עם זאת, נובל אנרג'י תדלל את אחזקתה במאגר תמר, ודלק תמכור את כל חלקה במאגר לצד ג'. בנוסף, חברות הגז ימכרו את זכויותיהן במאגרים כריש ותנין. בהיבט התחרותי, מדובר במדיניות המכוונת ליצירת "מתח תחרותי" בין מאגרי הגז השונים. מעצבי המדיניות העדיפו דרך זו על-פני ניסיון ליצירת תחרות בין המחזיקים השונים בתוך מאגרי הגז, בשונה מעמדתו של הממונה על הגבלים עסקיים בשעתו, פרופ' דיוויד גילה (ראו פרוטוקול מספר 100 לדיון בועדת הכלכלה מיום 1.12.15, בעמ' 59). מבלי שאדרש למדיניות העדיפה מבחינה תחרותית – דומה, כי אין חולק שהתרחיש שמתאר המתוה, רחוק מהיות אידיאלי מבחינה תחרותית, ולעמדתו של הממונה על הגבלים עסקיים בשעתו יש לתת את הדעת. עד כאן בקליפת האגוז ההיבט התחרותי. מבחינה בטחונית, דעת לנכון נקל כי משק אנרגיה הנסמך על ארבעה מקורות בטוח יותר – מהיבטים שונים של זמינות, מיגון וכדומה, ובודאי כמובן אספקה – מאשר משק הנשען על מקור אחד בלבד. פיתוח מאגרי לויתן, כריש ותנין יספק למשק הישראלי יתירות ושרידות הדרושים, בין השאר, לשם השגת ביטחון אנרגטי, אך גם ביטחון ותרומה לשיקולי חוץ. בתמצית מבחינה מדינית-בטחונית, ייצוא ממאגרי הגז יחזק את מעמדה של ישראל בעולם ובאיזור, ויתרום ליציבות האיזור.

אם כן, האם השימוש בסעיף 52 עומד במבחן הסבירות? ראשית יש לציין, כי תרחישים לחוד ומציאות לחוד. המתוה מתאר בפנינו שאיפה להישגים מדיניים ובטחוניים – אך אין ודאות שכך אכן יהא, והעותרות עמדו על כך בהרחבה. כך נטען, כי גילוי מאגר Zohr מול חופי מצרים מאיין את האפשרות לייצוא גז טבעי למדינה זאת, וייצוא למדינות אחרות – דוגמת תורכיה או אירופה – אינו אפשרי מסיבות טכנולוגיות וכלכליות. באשר לביטחון האנרגטי נטען, כי אין ודאות שהמתוה יביא לפיתוח מהיר של מאגרי הגז ויפיג את החשש הבטחוני מהישענות ממשית על מקור אנרגטי בודד. אכן, השאלה שבפנינו אינה פשוטה, ויש לה פנים לכאן ולכאן, ונשמעה גם דעה, כי "ברוב המקרים אספקת הגז הטבעי, בפני עצמה, אינה מקנה כוח גאופוליטי משמעותי ואינה משמשת כמנוף יעיל לקידום אינטרסים מול המדינה הצרכנית. בנוסף, האספקה אינה מקנה הגנה צבאית ולא תורמת להשגת שטחים. כמו כן, ההשפעה של המסחר בגז על היחסים המדיניים אינה בהכרח חיובית. למשל, מחלוקות מסחריות

יכולות דווקא להעיב על היחסים המדיניים" (ד"ח ועדת צמח, בעמ' 71), ונזכור כי ההכרעה מחייבת כמובן הערכה ספקולטיבית לגבי העתיד הלוט בערפל.

נא. ואולם, בנסיבות נחה דעתנו כי קיימים שיקולים כבדי משקל המצדיקים את הפעלת הסעיף, גם באיזון מול שיקולי התחרות. ראשית, גם אם עסקינן בהערכות שאין ביטחון גמור בהתקיימותן, זהו אופיין של הערכות בכלל, בין בעולם המודיעיני ובין בעולם העסקי, על סיכוייהן וסיכוניהן. אין לשלול את עמדת המדינה כי – להערכתה – ייתכן ייצוא למצרים, גם לאחר גילוי מאגר Zohr; זאת שכן, לכאורה, ניתן לייצא גז למצרים ממאגר תמר במשך 3-4 שנים עד שיפותח המאגר המצרי. שנית, גם לאחר שיפותח המאגר המצרי, ייתכן שניתן יהיה לייצא גז למדינות אחרות כחלק מפרויקט איזורי משותף, בין אם על-ידי צינור או בתצורה נוזלית (LNG), באמצעות מתקני ההנזלה אשר במצרים; לכך – כמובן – משמעות מדינית לא מבוטלת. התחזית האופטימית לגבי אפשרות הייצוא נשענת על חוות דעת מקצועיות, מטעם המטה לביטחון לאומי (3.11.15) ומשרד החוץ (4.11.15), אשר נערכו לאחר גילוי מאגר Zohr. בנוסף, ישנה האספקה לירדן, מדינה שישראל רוצה בטובתה וביציבותה, והחפצה בגז ככל הנראה. אנו רואים לנגד עינינו מגעים מדיניים בנושא ייצוא הגז, לרבות הפגישה המשולשת בניקוסיה ביום 27.1.16 בין ראשי ממשלות ישראל, יוון וקפריסין, וכן אירועים אחרים המתועדים בתצהירו של המשיב 1. היבטים כבדי משקל נוספים בהקשר זה, לרבות שיקולי ביטחון ממשים, הוצגו לפנינו בדיון שנערך במעמד צד אחד ביום 14.2.16, ובו הביעו דעתם גורמי מדינה בכירים בכיוון זה. באשר להיבט הבטחוני, המתוה מתוכנן כאמור להביא לפיתוחם של מאגרי הגז, ובכך לתרום לבטחונה הכללי והאנרגטי של מדינת ישראל בנסיבות האיזור. שיקולי חוץ וביטחון מעורבים כאן באופן שקשה להשיג עליו, גם אם איש מאתנו – שופטים, עותרים, משיבים וכל היתר - אינו ניחן בחוש הנבואה, ועסקינן באיזור רב טלטלות. לכך יש להוסיף את התחייבות בעלי החזקה במאגר לויתן מיום 23.12.15 לפעול "באופן מידי להמשך ביצוע ההשקעות והפעולות הנדרשות לצורך פיתוח מהיר של שדה לויתן". בנוסף, הפיתוח המהיר של המאגרים כריש ותנין מובנה במתוה על-ידי כך שבעלי החזקה במאגרים מתומרצים למכור את המאגרים במהירות לצד ג', ואם לא יעשו כן תוך זמן מוגדר – תיעשה המכירה על-ידי נאמן. ברי, כי ככל שיפותחו מאגרי גז נוספים, כך ייטב בהיבטים שונים ומסיבות שונות שנמנו, ובין השאר כיון שכמחצית האנרגיה לה זקוקה ישראל מגיעה כיום ממקור אחד – מאגר תמר, על הקושי הכרוך בכך מכיוונים שונים. בסיכומם של אלה, גורמי המקצוע מעריכים – ולא מצאנו להתערב בכך – כי המתוה, לרבות אבני הדרך שנקבעו בו, יועיל בפיתוח מאגרי גז, ובכך יהא כאמור לתרום לא רק לבטחונה האנרגטי של מדינת ישראל, אלא גם מעבר לו

בתחום הבטחוני הכללי והמדיני. מנגד ניצבים שיקולי התחרות. כפי שכבר נכתב, אין חולק כי מתוה הגז יביא למצב תחרותי שאינו אידיאלי, בו מרבית הגז הטבעי נמצא בידיים מעטות. עם זאת, אין לשלול את סבירות השימוש בסעיף 52, מה גם שלא הוצגה חלופה ובה תמונה תחרותית שונה משמעותית, והממונה על הגבלים עסקיים (בפועל), עו"ד אורי שוורץ, הציג עמדה לפיה לא התנגד למתוה, ולכך משקל.

נב. ושוב, גם באותם מקרים חריגים בהם קיימים שיקולים בטחוניים ומדיניים משמעותיים, יש לבחון כנגדם את הפגיעה שתיגרם לתחרות בעקבות הפעלת הסעיף; והשיקול הוא טובת הציבור. כך גם עולה מדברי ההסבר לחוק (ראו פסקה ל"ב מעלה), לפיהם הסעיף יחול "לגבי אותם הגבלים עסקיים ששיקולי מדיניות החוץ או בטחון המדינה גוברים בהם על שיקול הבטחת התחרות לטובת הציבור" (ההדגשה נוספה – א"ר). לעניין זה מקובלת עליו עמדת המדינה, לפיה – משנחצה, במישור הסמכות, "רף החריגות" – מתקיימת, במישור הסבירות, מעין "מקבילית כוחות" בין האינטרס התחרותי לאינטרס הבטחוני-מדיני. ככל שהפגיעה באינטרס התחרותי חזקה יותר, כך יידרשו טעמים בטחוניים-מדיניים חזקים יותר לשם הפעלת הסעיף; וכאמור בנסיבות, חרף הפגיעה המשמעותית באינטרס התחרותי, דומה כי הטעמים הבטחוניים-מדיניים הם כבדי משקל, ומכאן שאין ניתן לומר כי הסעיף הופעל באורח לא סביר.

נג. השאלה השישית: האם הפטורים הספציפיים שניתנו מכוח סעיף 52 סבירים. בהקשר זה עלו בעתירות מספר טענות: (1) מנגנון הארכת מועד הפטור הקבוע בפטורים מס' 2 (שיווק משותף) ו-5 ("היותן מונופולין") אינו סביר; (2) אין זה סביר להעניק פטורים ללא מגבלת זמן, כפי שניתן בפטורים מס' 1 (חבירה לרכישת זכויות בהיתר "רציו-ים") ו-3 (ייצוא משותף); (3) פטור מס' 4 (הסדר כובל העשוי להיווצר מהסכם רכישה מסוים של גז ממאגר לויתן) אינו סביר, שכן הוא עלול ליצור מונופולים רבים במשק הישראלי; (4) פטור מס' 5 ("היותן מונופולין") אינו סביר, שכן בכך המדינה מוותרת על הסנקציה העיקרית שעומדת לרשותה כנגד חברות הגז. נכריע בטענות אלה "על ראשון ראשון ועל אחרון אחרון" (משנה, אבות ה, ז). נזכיר כפי שצינו מעלה, כי התערבות בית משפט זה שמורה למקרים חריגים בהם ההחלטה המינהלית אינה סבירה בצורה קיצונית. יפים לכך דברי הנשיא שמגר בבג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 557 (1986) (להלן עניין ברזילי):

"בית המשפט אינו שם עצמו במקום הרשות, כדי להחליט מה היה מחליט לו היה במקומה, אלא מתערב רק כאשר הוא סובר, כי אף רשות סבירה, במעמדה המוגדר, לא הייתה יכולה להגיע למסקנה אשר אליה

הגיעה. מיתחם הסבירות, אשר על החריגה מתוכו המדובר כאן, הוא, כאמור, מיתחם שמידותיו נקבעות בהתחשב עם מעמדה של הרשות השלטונית ועם אופי סמכויותיה. קרי, בהפעילו סמכותו פועל בית המשפט גם תוך התייחסות לכך, מהי הרשות החוקתית שכלפיה מופעלת הביקורת השיפוטית. ממילא שלובה לתוך המסגרת הנורמטיבית של הביקורת על שיקול הדעת גם התייחסות לאופי ולמהות תפקידה של אותה הרשות מרשויות השלטון, אשר עניינה נמצא אותה שעה בבדיקה בבית המשפט" (ראו גם מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים י"ב 102 (תשמ"ב-תשמ"ג); מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" 190 אור 773 (2013)).

אכן, חיי המעשה יוצרים מצבים שונים של התערבות שיפוטית במעשי המינהל, וקשה להגדירם, ומכל שכן לכמתם – אימתי עסקינן באי סבירות, אימתי זו היא קיצונית, והדבר תלוי בנסיבות הקונקרטיות בכללותן.

נפנה אם כן לבחינת מנגנון הארכת הפטור בפטורים מס' 2 ו-5. העותרות קובלות על כך שהחלטה על הארכת הפטור מופקדת בידי שר האנרגיה, ולא בידי הממונה על הגבלים עסקיים. כן נטען, כי התנאים להארכת הפטור אינם מבטיחים את קיומה של תחרות במשק הישראלי. עוד נטען, כי הפטור עלול להיות נצחי ככל ששר האנרגיה יימנע מהסדרת שיווק בנפרד של גז טבעי. דומה כי בחינת טענות אלה בנסיבות אינה מקימה לעת זו עילת התערבות. איננו סבורים כי הפקדת האחריות להארכת הפטור בידי שר האנרגיה היא בלתי סבירה, שהרי התנאים להארכת הפטור כוללים את תחום התמחות משרדו, וביניהם, בין היתר, בדיקת חיבורם של מאגרי גז למערכת ההולכה הארצית. חזקה על כל שר אנרגיה שיכהן שייועץ בגורמי המקצוע, לטובת הציבור. העותרים העלו כאמור חשש מאי-אסדרת שיווק בנפרד של גז טבעי, באופן שיאריך את הפטור ללא הגבלה. דומה, כי העלאת טענות מסוג זה היא מוקדמת; ומכל מקום הדבר ייבדק במקרה הצורך לכשתגיע העת, בהתאם לעקרונות שהותוו במשפט המינהלי – ועל כך נרחיב בהמשך בפרק היציבות הרגולטורית. אך נאמר כבר עתה, כי פשיטא בעניינו ש"בעל הסמכות עלול להיחשב למי שחוטא לחובתו, אם הוא מותיר את הסמכות, שהוקנתה לו, כאבן שאין לה הופכין במובן זה, שאינו נותן דעתו עליה מטוב ועד רע, בין לחיוב ובין לשלילה, ואינו שוקל כלל, אם ואימתי יפעילנה" (בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, פסקה 3 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא – כתארו אז – שמגר (1983)), ועל כך עוד להלן.

נד. עתה נידרש לטענה בנוגע לאי-הסבירות בהענקת פטורים ללא הגבלת זמן, כפי שניתנו בפטורים מס' 1 (חבירה לרכישת זכויות בהיתר "רציו-ים") ו-3 (ייצוא משותף). באשר לפטור מס' 1, דומה כי הדבר מתבקש נוכח העובדה שמדובר בפטור שמהותו היא למפרע, לגבי חבירת החברות לרכישת הזכויות ב"רציו ים" בשנת 2007, ומשהוחלט להעניק פטור לאירוע נקודתי זה נדמה שלא תהא פגיעה תחרותית ממשית בעצם הארכתו לתקופה שאינה מוגבלת. באשר לפטור מס' 3 יצוין, כי – על פניו – ייצוא משותף אינו פוגע ישירות בתחרות במשק הישראלי, ופטור דומה (לרבות אי-הגבלת הזמן) מופיע גם בטיוטת הצו המוסכם שגיבש הממונה על הגבלים עסקיים בשעתו. בנוגע לחשש ה"זליגה" משיתוף פעולה בייצוא לשיתוף פעולה ביבוא – חזקה על מערכת האכיפה של רשות ההגבלים העסקיים שתדע לנטר ולמנוע תרחיש זה; וכמובן עליה להיערך לכך. לפיכך, קשה לומר שהפטורים האמורים אינם סבירים באופן המחייב את התערבותנו. לעניין פטור מס' 4 (הסדר כובל העלול להיווצר מהסכם רכישה מסוים של גז ממאגר לויתן), פטור זה כפוף להוראותיו של פרק ג', בו נרשם כי חוזי הרכש מתמר ולויתן יוגבלו ב-8 שנים, וככל שהתקופה עולה על 8 שנים, תוענק לצרכן האפשרות לקצר את ההסכם; נוכח הגבלה זו, דומה שהחשש עליו מצביעות העותרות מהסדרי בלעדיות ארוכי טווח עד לשנת 2025, אינו חשש ממשי, ולכן אין להתערב בכך. כעת לטענה האחרונה, לפיה הענקת פטור מס' 5 ("היותן מונופולין") אינה סבירה שכן המדינה פוגעת במעמדה ביחס לחברות הגז ואפשרותה לפקח על פעילותן כמונופול. כפי שציינו, הפטור מ"היותן מונופולין" נוגע לסעיפים מסוימים בלבד, ואינו רלבנטי – לדוגמה – לסעיף 29א (ניצול מעמד לרעה), כפי שכבר נכתב, ומכאן נדמה כי גם סעיף זה אינו בלתי סביר בנסיבות.

יודגש, כי אינני מקל ראש בטענות העותרות בנושא זה. הוראות הפטור האמורות, כפי שנקבעו, מעלות חשש ממשי לכך שמשק הגז שיווצר לא יהיה משק תחרותי. אולם, בהיבט הסבירות, יש לציין כי ההיבט התחרותי – אף שהוא עצמאי ומרכזי – מהווה מרכיב אחד בתוך שיקולים כלכליים רבים, וכי גורמים כלכליים בכירים בישראל מצאו לתמוך במתוה, גם אם באופן מסויג ובהינתן העובדה שמדובר במתוה שהושג במשא ומתן ועל דרך הפשרה: נגידת בנק ישראל – וחשיבות דעתה רבה כמובן – הביעה את תמיכתה במתוה הגז, אשר הפעלת סעיף 52 היא חלק עיקרי בו (פרוטוקול ישיבה מס' 100 של ועדת הכלכלה, הכנסת העשרים, 11 (1.12.15)); תמיכה מסויגת נשמעה גם מפי ד"ר מיכאל שראל (הכלכלן הראשי של משרד האוצר לשעבר), למעט לעניין הייצוא (פרוטוקול ישיבה מס' 100 של ועדת הכלכלה, הכנסת העשרים, 86 (1.12.15)); תמיכה במתוה הגז מופיעה גם בדו"ח ה-OECD האחרון (OECD Economic Survey: Israel 99 (ינואר 2016)); אף כי תיתכן שאלה ביחס בין הדברים

שם למדיניות במדינות ה-OECD בעניין מתן יציבות, ועל כך בפרק ה' להלן. מכל מקום, אלה כאמור תומכים במתווה מן הפן הכלכלי, ולדבר השלכות בבחינת הסבירות.

נה. עד כאן עסקנו במישור הסמכות ובמישור שיקול הדעת. עתה, נפנה לבחינתה של תקינות ההליך המינהלי. נזכיר בראשי פרקים את השתלשלות העניינים. לאחר החלטת הממונה על הגבלים עסקיים מיום 23.12.14 שלא להגיש את טיוטת הצו המוסכם לאישור בית הדין להגבלים עסקיים, קם צוות קנדל לבחינת המדיניות הראויה בנוגע לפיתוח משק הגז הישראלי. ביום 1.7.15 פירסמה הממשלה את טיוטת מתווה הגז. בתאריכים 22-1.7.15 נערך שימוע ציבורי בכתב ובעל-פה. ביום 16.8.15 התקבלה החלטת ממשלה מס' 476 המאמצת את מתווה הגז. ביום 7.9.15 עבר מתווה הגז בכנסת בהצבעה על תמיכה עקרונית בו. בימים 22.11.15-14.12.15 נערכו דיונים בוועדת הכלכלה בנוגע לסעיף 52, ואלה הסתיימו בהמלצה שלא להפעיל את הסעיף. ביום 22.12.15 פורסם ברשומות פטור מחוק ההגבלים העסקיים לפי סעיף 52.

נו. נבחן איפוא את תקינות ההליך המינהלי הנסקר. ראשית – צוות קנדל. דומה, כי הקמת צוות קנדל והתנהלותו מהווה "התייעצות", כמובנה בדין המינהלי. להליך זה התייחס פרופ' זמיר:

"התייעצות היא צורת התנהגות שכיחה של אדם סביר, בייחוד כאשר הוא עומד לקבל החלטה חורגת מן השגרה, גם בעניינים פרטיים. טבעי הדבר שהתייעצות תהיה התנהגות שכיחה גם של רשות מינהלית כאשר היא נתקלת בבעיה חדשה או מוצאת עצמה במצב בלתי שגרת... התייעצות אמורה להרחיב ולחזק את התשתית שעליה נבנית ההחלטה..." (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 1197-1198 (תש"ע) (להלן זמיר ב); ראו גם ע"פ 3490/90 יקב הגליל בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 11, 17 (1993)).

ככלל החוק אינו כולל הוראות מפורשות בנוגע לדרך בה יש לקיים את הליך ההיועצות, והדבר משתנה, על פי נתונים קונקרטיים, מעניין לעניין (בג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד נד(4) 496, פסקאות 26-27 לפסק דינו של השופט – כתארו אז – חשין (2000); בג"ץ 8404/00 האגודה לזכות הציבור לדעת נ' שר התקשורת, פ"ד נה(3) 547, פסקה 3 לפסק דינו של השופט זמיר (2001)); עם זאת, מתכלית הליך ההיועצות נהיר, כי ראוי שתישמע עמדת כל הגורמים הרלבנטיים. טענות בהקשר זה עלו בעתירות שבפנינו. אכן, יש טעם בטענת העותרות, כי – על פניו – ראוי היה לכלול נציגים ממשרד הביטחון, המשרד להגנת הסביבה,

משרד הכלכלה ורשות החשמל בצוות קנדל, שכן עמדתם רלבנטית לעניין. הדעת אינה נוחה איפוא מהיעדרם. עם זאת, צוות קנדל פעל לאחר שנעשתה עבודת מטה במסגרת ועדת צמח ועדת ששינסקי, ועדות שפעלו בשקיפות ובמסגרתן נשמעו עמדות הגורמים השונים, ובטרם נערך שימוע ציבורי. ראו דברי השר לאיכות הסביבה, ח"כ אבי גבאי, בועדת הכלכלה של הכנסת בהקשר זה:

"השאלה הראשונה היתה האם נועצו בנו בעניין צינור נוסף. כמו שאמרת, אנחנו את שלנו אמרנו. המשרד אמר את שלו, המשרד לא היה חלק מצוות הרגולטורים שעסק בנושא, אבל תזכור שצוות הרגולטורים שעסק בנושא, לא התחיל את העולם מאפס. גם לפני זה היתה ועדת צמח והיה נציג של המשרד בועדת צמח והדברים נידונו שם וכו', כך שאי אפשר לומר שדעתנו לא נשמעה" (פרוטוקול ישיבה מס' 103 של ועדת הכלכלה, הכנסת העשרים, 10 (2.12.15))

[...]

אנחנו פנינו באמת, קראנו, בעצם, לצוות שהוקם – פנינו להצטרף, נענינו שלא, אבל בשלב של השימוע הציבורי האנשים שהיו בצוות – יו'גין (קנדל – א"ר) ואני חושב שמורים (דורפמן, סגן יו"ר המועצה הלאומית לכלכלה – א"ר), ועוד אחרים, ישבו עם האנשים אצלנו ושמעו אותם, בשלב של השימוע הציבורי" (שם, בעמ' 25).

עוד נזכור, כי רשות החשמל הביעה את דעתה בכתב ביום 20.7.15 בנוגע למתוה הגז, כך שחוות דעתה עמדה לנגד עיני הממשלה אשר אימצה את המתוה ביום 16.8.15; הדברים נכונים גם בנוגע לחוות דעת בטחוניות של המועצה לביטחון לאומי, אשר היו זמינות לממשלה בעת קבלת החלטתה. מכאן, אף שנפל פגם בעצם היעדרם של בעלי תפקיד רלבנטיים מצוות קנדל, ספק אם מדובר בכזה היורד לשורשו של עניין ומצדיק את התערבותו של בית משפט זה (ראו בג"ץ 9631/07 כץ נ' נשיא המדינה, פסקה 20 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (2008)).

נז. עוד נציין, כי יש טעם בטענות העותרות, שראוי היה להעניק לצוות קנדל כתב מינוי מסודר המפרט את סמכויותיו. ביקורת בעניין זה מופיעה גם בדו"ח מבקר המדינה, אשר ציין כי:

"לדעת משרד מבקר המדינה, עבודה בלתי פורמלית עלולה לפגוע ביכולתם של השותפים לה לקבל החלטות מחייבות ולהוציאן מהכוח אל הפועל. לנוכח חשיבותו של משק הגז הטבעי והשפעתו על הרחבה האוכלוסייה

ועל הכלכלה הישראלית בטווח הקצר ובטווח הארוך, היה ראוי שהעבודה הביין-משרדית תוסדר באופן רשמי. קביעת הסוגיות שיידונו בה, אחריות השותפים לה וסמכויותיהם היו מאפשרים למנות בעלי תפקידים באופן מושכל ולתת מענה מלא ומאוזן לכל הסוגיות" (מבקר המדינה דוח ביקורת: פיתוח משק הגז הטבעי 61 (להלן: דו"ח המבקר). (2015)

דברים כדורבנות, וראוי שיילמדו במבט לעתיד; עם זאת, כיון שמדובר בעובדי ציבור אשר ביצעו עבודת מטה במטרה לגבש המלצות לקובעי המדיניות (ראו בהיקש ע"מ 7024/03 גבע נ' גרמן, פסקה 21 לפסק-דינה של השופטת ארבל (2006)), איננו מוצאים לקבוע כי יש באי הכנתו של כתב המינוי כדי להוות גורם כשלעצמו לאיון המתוה.

נח. עתה, לטענות שהועלו בנוגע להתנהלותו חסרת השקיפות, לכאורה, של צוות קנדל. בבג"ץ 5870/14 חשבים בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט, פסקה ל"ב (2015), נזדמן לי לומר כי:

"מדיניות השקיפות קיבלה בשנים האחרונות רוח גבית על-ידי חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998. החידוש המרכזי של חוק זה הוא במסר, לפיו המידע הציבורי הוא קניינו של הציבור – ולא של המינהל, המחזיק אותו בנאמנות. בדברי ההסבר לחוק נכתב, כי '[...] מבקש המידע אינו חייב לציין בבקשת המידע, שתוגש בכתב, את הטעם שבגללו הוא מבקש את המידע [...] גישה זו נובעת מן ההכרה, שכיוון שהמידע הוא למעשה נכס מנכסי הציבור, אין חשיבות לשאלה מדוע נחוץ המידע לבעליו' (דברי ההסבר לסעיף 7 להצעת חוק חופש המידע, תשנ"ז-1997, הצעות חוק 2630; ראו גם הלל סומר 'חוק חופש המידע: הדין והמציאות' המשפט ח' 437 (תשס"ג))."

אכן, השקיפות היא מסימני ההיכר של פעילות מינהלית תקינה וסדירה – בבחינת "וְטוֹב לְעֵינַיִם לְרֹאֹת אֶת-הַשֶּׁמֶשׁ" (קהלת י"א, 7); וזכורים דברי השופט ברנדייס מבית המשפט העליון של ארצות הברית בדבר אור השמש המחטא. עם זאת, ומבלי לטעת מסמרות, דומני כי דרישות העותרת 1 בבג"ץ 4374/15 לקבלת מידע בנוגע להתנהלות צוות קנדל היו מוקדמות בשעתן. העותרת פנתה למשרד ראש הממשלה בימים 22.1.15 ו-23.2.15 בפניה מכוח חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998, אלא שסעיף 9(ב)(2) לחוק קובע, כידוע, כי "רשות ציבורית אינה חייבת למסור מידע שהוא אחד מאלה: [...] מידע על אודות מדיניות הנמצאת בשלבי עיצוב". יצוין, כי

בסופו של יום אכן פורסמו סיכומים חלקיים משיבות צוות קנדל, שכן לא נערך פרוטוקול כראוי; בשלב בו אנו מצוים עתה, אין אלא להצר על כך. ודוק, ישנו הבדל משמעותי בין חובת הרשות לערוך פרוטוקולים המתעדים את ישיבותיה המקצועיות לבין החובה לפרסם אותם פרוטוקולים. כפי שצוין, יתכן כי בדין דחתה הרשות את בקשת העותרת לקבל לידה את הפרוטוקולים; אך בודאי אין בכך לומר, כי בדין לא נערכו פרוטוקולים מתחילה. הדבר מאפיין התנהלות ישראלית במקומות שונים, שראוי לשרשה, אך אין בה די לאיון עבודת הצוות.

נט. כעת לטענות העותרות בנוגע לשלב השני של ההליך המינהלי שנערך – השימוע הציבורי. המשפט המינהלי מחייב את הרשות המינהלית לערוך שימוע לאדם שצפוי להיפגע כתוצאה מהחלטה אותה היא שוקלת לקבל (בג"ץ 598/77 דרעי נ' ועדת השחרורים, פ"ד לב(3) 161 (1978); ע"א 6185/00 חנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 366, פסקה 7 לפסק דינו של השופט, כתארו אז, חשין (2001); רע"א 2327/11 פלוני נ' פלוני, פסקה 22 לפסק-דינו של השופט דנציגר (2011)). ככל שהפגיעה הצפויה גדולה יותר – כך זכותו של האדם להישמע משמעותית וחשובה יותר (בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, פסקה 3 לפסק דינו של המשנה לנשיא אור (2004)). בנידון דידן דומה, כי העותרות אמנם אינן נפגעות באופן אישי וישיר ממתוה הגז (ראו בג"ץ 1661/05 חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 726 (2005)), אך נכון עשתה המדינה כשערכה שימוע ציבורי בנושא חשוב זה, בעל השלכות רחבות היקף על האינטרס הציבורי – לרבות על הדורות הבאים. לציבור ניתנו כ-20 ימים להגשת התייחסות בכתב, ובסופם נערך יום של שימוע בעל-פה. על ההיקף הראוי לשימוע כתב פרופ' זמיר, כי:

"לאחר שהרשות הודיעה למי שהודיעה על זכותו לשימוע, יש לאפשר לו לערוך את טענותיו לצורך הצגה בפני הרשות, ולשם כך יש להניח בידו את הזמן הנדרש לצורך זה. בדרך כלל, אין רשות יוצאת ידי חובה אם היא מזמנת אדם אליה, אומרת לו מה העובדות והטענות הפועלות נגדו, ומבקשת ממנו תגובה על אתר. במקרה כזה אין לומר כי ניתנה לאותו אדם הזדמנות הוגנת לטעון בפני הרשות. הוא זכאי לזמן סביר כדי שיוכל לברר את מה שצריך ברור, להשיג מסמכים השייכים לעניין, להתייעץ עם מי שירצה, ולגבש לעצמו תגובה. מהו הזמן הסביר? התשובה תלויה, כמובן, בנסיבות המקרה" (יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך ב 817 (תשנ"ו)).

בנידון דידן עסקינן, מחד גיסא, במתוה מורכב הכולל היבטים רבים ושונים, באופן המצריך זמן משמעותי לשם למידתו והגשת התייחסות מסודרת; ועל כן לא אסנגר בחום על לוח הזמנים הקצר שניתן. מאידך גיסא, אין זה השימוע הציבורי הראשון שנערך בנושא זה, שכן קדמו לו השימוע שנערך על-ידי הרשות להגבלים עסקיים לעניין הצו המוסכם וכן ועדות צמח ושינסקי. בנוסף, יש משקל לעובדה שמדובר בשימוע של "רשות" ולא "חובה", לגורמים שאינם עלולים להיפגע באופן ישיר ממתוה הגז. נזכור עוד, כי הממשלה ביקשה למהר בגיבוש מדיניות כפי שהודגש בפנינו לא אחת. במכלול הדברים, נראה כי אין לפסול את הליך השימוע הציבורי, גם אם לוח הזמנים היה קצר.

ס. השלב הבא בהליך קבלת המתוה היה ההיועצות בועדת הכלכלה. נזכיר, כי – בניגוד לשימוע הציבורי – ההיועצות בועדת הכלכלה היא תנאי סטטוטורי להפעלת סעיף 52. מקריאת הדיונים בועדת הכלכלה בעת גיבוש חוק ההגבלים העסקיים – אשר הובאו כזכור מעלה – עולה, כי חובה זו הושגה כמעין פשרה בין התומכים בפיקוח פרלמנטרי מלא (קרי, אישור הועדה כתנאי להפעלת הסעיף), למי שתמכו בפיקוח סמלי בלבד (הגשת הודעה לועדה על הפעלת סעיף 52). בנידון דידן קיימה הועדה לא פחות מ-12 ישיבות – אחת מהן נערכה בדלתיים סגורות, ונחשפו בה חומרים מסווגים – אשר לחלקן הגיעו גורמים בכירים ביותר בשירות הציבורי, דוגמת נגידת בנק ישראל, שר האנרגיה, השר להגנת הסביבה וכמובן ראש הממשלה, גם בכובעו כממלא מקום שר הכלכלה. לאחר שעיינו בפרוטוקולים של הועדה, לרבות זה שנערך בדלתיים סגורות, התרשמנו כי הממשלה שיתפה פעולה בהליך ההיועצות, כראוי. התהליך כשלעצמו היה רציני ונגע בכל הנושאים הרלבנטיים.

סא. ועתה לטענה, לפיה נפל פגם בהליך ההיועצות הנובע מהנחיית היועץ המשפטי לממשלה, לפיה נציגי ממשלה המופיעים בפני הועדה מחויבים להביע רק את עמדתה, בניגוד לעמדתם. סעיף 4 לחוק יסוד: הממשלה קובע, כי "הממשלה אחראית בפני הכנסת אחריות משותפת" (ההדגשה נוספה – א"ר). האחריות המשותפת היא מיסודות שיטת הממשל, ועיקר תכליתה היא חיזוק היציבות והמשילות – אשר בצידן באה האחריות (ראו גם במאמרי "חוק יסוד: הממשלה במתכונתו המקורית – הלכה למעשה" משפט וממשל ג' 571, 586 (תשנ"ו); ספרי נתיבי ממשל ומשפט 79, 94-96). סעיף 87 לתקנון עבודת הממשלה ה-34 מזכיר את סעיף 4 לחוק יסוד: הממשלה, וקובע כי "א) לא יחלוק שר או סגן שר בעת הופעתו במליאת הכנסת או בועדה מועדוית על החלטה של הממשלה, לא יסתייג ממנה ולא יבקר אותה. (ב) שרים או נציגיהם המוזמנים להופיע בועדה מועדות הכנסת, יביעו את עמדת הממשלה, ובאין עמדת ממשלה יגבשו

עמדה משותפת". הנחיית היועץ המשפטי לממשלה תאמה את הדין המצוי, והיא מתבקשת בממשל תקין, בהנחה כי בדיונים שקדמו לגיבוש עמדת הממשלה ניתן לכל הגורמים להביע בחופשיות את עמדותיהם. ראיתי בימי חלדי תופעות לא הוגנות ולא בריאות של נסיון משרדים ממשלתיים לטרפד החלטות ממשלה שבהם לא נתקבלה דעתן, במסגרת דיוני ועדות בכנסת, ואין הדבר ראוי. הממשלה אינה יכולה לדבר בשני קולות, לאחר שהחלטתה נתקבלה, שאחרת תשרור הפקרות וייגרם נזק; ראו והשוו עמדתי לעניין עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה המחייבת את משרדי הממשלה וההסתייגות מהבעת עמדה שונה על ידי משרד ספציפי, לאחר תהליך גיבושה של העמדה הממשלתית האינטגרטיבית, בפני בית המשפט:

"כידוע יש מדינת ישראל אחת, וממשלה אחת, ויועץ משפטי לממשלה אחד, ופרקליטות מדינה אחת שמייצגים את כל גופי המדינה. כשמובאת עמדה לפני בית משפט זה עליה להיות עמדה המייצגת מדיניות ממשלתית אחת, ולא חלילה של לטיפונדיות ואחוזות פיאודליות כאלה ואחרות - מדינה אחת, מדיניות אחת. תפקידם של היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטות המדינה הפועלות בכפיפות לו בהקשר המשפטי הוא האינטגרציה, כך שבית המשפט לא ישמע מנגינות מתוים שונים, משל היו אלה 'שטיבלך' של נוסחים שונים. תזמורת אחת היא ומנצח לה אחד, במישור הכולל - הממשלה, שבמקרה של חילוקי דעות על ראש הממשלה להביא את הדברים לדיון ולהכרעה בה, ובמישור המשפטי - היועץ המשפטי לממשלה. תזמורת אחת אמרנו, ונזכרתי דברי השופט (כתארו אז) חיים כהן בעש"מ 1/76 כהן נ' נציבות שירות המדינה פ"ד ל(3) 500, 503 באשר ל'הרמוניה, שהקולות הרבים והמגוונים של תזמורת גדולה נעשו 'משמעת נעימה, היא הנקראת קונסונאנצה, ומשם המציא חכמת הניגון' (כלשון רבי עמנואל פרנשיס בספרו 'מתק שפתיים', מובא במילון בן יהודה כרך 7, ע' 3398). יתר על כן, גם במקרים שבהם בחרו עותרים לרשום כמשיבים משרדי ממשלה מסוימים, ובכפוף לעניינים הספציפיים של הפעלת סמכות על-ידי רשות מוסמכת, יש לראות בכלל ובמהות את כל הממשלה כמשיבה, ועל הפרקליטות לזהות אם ישנם חילוקי דעות בנושא שלפניה ויש להם רלבנטיות לעתירה (להבדיל מניגוח מפלגתי או אישי כזה או אחר) - ובמקרה כזה לערוך את האינטגרציה. ואכן כתבה גם הפרקליטות בתגובתה כאן, כי 'תגובת המדינה המוצגת במסגרת ההליך מייצגת את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שזו מגובשת בשיתוף כלל גורמי הממשלה הרלבנטיים". הדבר תואם את דברי השופט זמיר שהובאו מעלה, בדבר הצגת הנושא 'באופן מלא וטוב' גם לגבי עמדת מי שלא יוצג. נחזור ונשנן: מדינה אחת, ממשלה אחת, יועץ משפטי אחד ופרקליטות אחת"

(בג"ץ 6017/10 אדם טבע ודין נ' שר התשתיות הלאומיות, פסקה ז' (2012); וראו גם ע"א 7187/12 עו"ד ליאור צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל, פסקה ל"ז (2014)).

בנוסף יצוין, כי – מבחינה מעשית – נראה שנשמעה גם דעתם של נציגי ממשלה שלא תמכו בלב שלם במתווה הגז, ומכל מקום ועדת הכלכלה המליצה בדעת רוב שלא להפעיל את הסעיף. נזכיר את דברי השר להגנת הסביבה אבי גבאי בועדה:

”אז קודם כל אני חושב שהמתווה הזה כולל הנחה, שמכירת השדות וכו' תייצר תחרות. אני חושב שלא תהיה תחרות, אין לזה משמעות. גם אם המתווה יתבצע במלואו, לא תהיה פה תחרות אפקטיבית, ולכן היא גם לא כזאת חשובה. אני חושב שנושא הבטחת היתירות והגברת האמינות של תמר הוא חשוב מאוד, הוא קריטי. אני חושב שצריך לייצר מנגנונים שבאמת ייצרו תמריצים אמיתיים לפיתוח של לויתן. אני חושב שצריך לאפשר לייצא בהיקף סביר. אני חושב שאנחנו צריכים לעסוק בעיקר בעידוד השימוש המקומי והסרת חסמים ולייצר פה חזון” (פרוטוקול ישיבה מס' 103 של ועדת הכלכלה, הכנסת העשרים, 8 (2.12.15)).

כללם של דברים, לא מצאנו שנפל פגם בהליך ההיועצות עם ועדת הכלכלה מכוח סעיף 52, על שלל ישיבותיה והגורמים שנשמעו בפניה, באופן המצדיק את התערבותנו.

סב. לבסוף, נתייחס לשלב האחרון בהליך המינהלי בנידון דידן – אישור המתווה בממשלה ובכנסת. לטענת העותרות, לא נערך דיון מספק בממשלה ובכנסת עובר לקבלת ההחלטה. בנוסף נטען, כי הזמן הקצר שעבר בין המלצת ועדת הכלכלה שלא להפעיל את סעיף 52 לבין החלטת המשיב 1 לעשות כן – כיומיים – מלמד שההמלצות לא נשקלו בנפש חפצה.

אכן, פרק הזמן שעמד לרשות חברי הכנסת היה קצר, ולאורך השנים לא רוינו נחת מהתנהלות כגון דא בהליכי חקיקה שונים, ואשר באה לשיאה בחוק ההסדרים. על כך נזדמן לי לומר:

”חזות קשה אני חווה, כי ככל שימשך הליך חוק ההסדרים ולא ישתנה מהותית, חרף פסיקתו של בית משפט זה וחוות הדעת של היועצים המשפטיים לממשלה ולכנסת, עלולות להישאל שאלות גוברות והולכות באשר למידת ההתערבות השיפוטית בסיטואציות של 'כאילו'; וזאת לא כדי לפגוע בכנסת –

אלא כדי לחזקה ולהגן עליה מפני זילות עבודתה החיונית, החשובה וההכרחית במשטר הישראלי" (בג"ץ 4927/06 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה ה' (2007)).

אי אפשר לרוות נחת גם כיום. ועם זאת בית המשפט נוהג בריסון בבואו להתערב בהליכי חקיקה של הכנסת (בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2)14, 40 (2004); בג"ץ 2704/07 התנועה להגינות שלטונית נ' ועדת הכנסת, סעיף 6 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2008)). יתר על כן, יש לזכור שעסקינן בנושא שעמד על סדר היום הציבורי במשך תקופה ארוכה, ומרבית החומר הרלבנטי היתה גלויה ונגישה. באופן דומה, קשה לומר באופן נחרץ כי החלטתו המהירה של המשיב 1 מצביעה בהכרח על כך שהליך ההיועצות נערך למראית עין בלבד. כלל ידוע הוא, כי היועצות צריכה להיערך ב"נפש חפצה" (בג"ץ 3536/92 טוירי נ' עיריית הרצליה, פ"ד מז(1)125, פסקה 32 לפסק דינו של השופט, כתארו אז, חשין (1993)), והדברים עולים בקנה אחד עם השכל הישר; שכן אין תכלית להתייעצות בנושא אשר מקבלי ההחלטות כבר נמנו וגמרו לגביו. הדעת נותנת, שהמשיב 1 לא השתכנע מהחלטת ועדת הכלכלה, שאותה ראה כלעומתית. שוב, יתכנו דעות שונות באשר למהות ההחלטה, אך מכל מקום אין פגם משפטי באופן שבו התקבלה בשלב ההוא. מנגד, כידוע, היועצות אין משמעה חובה לקבל את עמדת המייעץ (ראו בג"ץ 5870/14 חשבים בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט, פסקה כ"ז (2015)). אם כן, האם ניתן ללמוד בענייננו כי ההיועצות נערכה בצורה פורמלית בלבד? בעיניי, התשובה אינה בחיוב. נימוקי ועדת הכלכלה נשלחו למשיב 1 ביום 15.12.15. יומיים לאחר מכן הפעיל המשיב 1 את סעיף 52. לכאורה, מדובר בפרק זמן קצר, אך ישנן "נסיבות מקלות". ראשית, מדובר בדו"ח תמציתי אשר נפרש על פני 10 עמודים בלבד – כולל עמדת המיעוט שסברה שיש מקום להפעיל את סעיף 52. בנוסף, עם כל הכבוד לוועדת הכלכלה אשר ניהלה דיון מעמיק בנושא, דומה כי עיקר נימוקיה בהתנגדות להפעלת סעיף 52 היו ידועים זה מכבר, ועלו משלל דיוני העבר בנושא זה. כאמור, על רקע הנסיבות, אין בתקופה הקצרה שחלפה בין הגשת הנימוקים להפעלת סעיף 52 כדי ללמד בהכרח על כך שהליך ההיועצות נערך למראית עין בלבד.

סג. מכל האמור עולה, כי אין לומר שסעיף 52 הופעל שלא בסמכות, שלא בסבירות ובהליך מינהלי שאינו תקין; גם אם הסוגיה אינה חפה מקשיים, ולכך משמעות בבחינת המתוה בכללותו ושאלת ההסדר הראשוני, ועל כך בפרק ו'. משאמרנו זאת, נחזור ונדגיש – אין באמור כדי ללמד כי השימוש בסעיף 52 ייעשה כדבר שבשגרה. הכלל הוא ליבת חוק ההגבלים העסקיים ומתן בכורה לשיקולי התחרות; החריג – פעולה

מכוח סעיף 52 תוך מחילה מסוימת על עקרונות התחרות. כאמור מעלה, באנו לכדי מסקנה כי נסיבות ענייננו אינן פוסלות הידרשות לחריג זה, ומכאן כי אין מקום להתערבותנו בעניין זה.

פרק ב': מדיניות המיסוי

סד. כאמור, פרק המיסוי במתווה כולל שני נושאים עיקריים. ראשית, המתווה כולל מסלולים חלופיים לשיטת "המחיר הממוצע המקומי" (ממ"מ) הקבועה בחוק מיסוי רווחי נפט. שנית, המתווה מסווג פרויקטים שונים בקטגוריות הקבועות בחוק.

סה. באשר לסוגיית המיסוי טוענות העותרות, כי אין לממשלה סמכות לשנות בהחלטתה הסדרים שנקבעו בחקיקה ראשית בחוק מיסוי רווחי נפט. לשיטת העותרות, הוראות המתווה חורגות ממה שנקבע במפורש בחוק, ועל-כן אין המדינה מוסמכת לקבלן. בנוסף טוענות העותרות, כי שינוי החוק רק לעניין מאגרי תמר ולויתן פוגע בעקרון השיון. עיקר הטענות קשורות להוראות המתווה המקטינות את מקדם ההיטל שנקבע בועדת ששינסקי, ולכן מקטינות את החבות במס ודוחות את מועד חיובו. עוד טוענות העותרות, כי הסמכות הרחבה שניתנה למנהל רשות המסים לקבוע כי מחיר הייצוא אינו נמוך מהממ"מ אינה עולה בקנה אחד עם החוק שמגדיר הסדר ספציפי וחריג לעקיפת מנגנון הממ"מ. לשיטת העותרות, מדיניות המיסוי אינה סבירה ממספר טעמים: (1) הענקת הקלות מיסוי לבעלי תמר ולויתן פוגעת ביכולת התחרותית של כריש ותנין; (2) מנגנון הממ"מ מעורר מספר בעיות, שכן אין בו התייחסות למנגנוני הצמדה, היקפי עסקאות שונות והיעדר הסדרה של מידע על עסקאות הגז בישראל; (3) המנגנון לעקיפת הממ"מ (הצעת מחיר הייצוא ללקוחות מקומיים במשך 3 שנים) אינו סביר, שכן חברות הגז עשויות להערים קשיים על המכירה בישראל שיעשוה לא כדאית, וייתכן כי לא יישארו הרבה לקוחות פוטנציאליים בישראל; (4) סוגיית ההתאמות. המתווה קובע כי ככל שהייצוא ייעשה מנקודת מסירה שונה מאשר המכירה לשוק המקומי, תתבצע התאמה נדרשת לעניין התקבולים מייצוא. לשיטת העותרות, אין זה סביר ליתן תוקף למתווה כאשר פרטי ההתאמות אינם מוסדרים דיים.

סו. מטעם המדינה נטען, כי פרק המיסוי במתווה הוא למעשה הודעת מנהל רשות המסים, אשר לא נפל פגם במסירתה לממשלה. לשיטת המדינה, הודעת מנהל רשות מהוה "החלטת מיסוי" בהתאם לחלק ט' פרק שני-ב לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), תשכ"א-1961. המדינה טוענת, כי אף שהחלטת המיסוי גובשה ביחס לעסקאות מיסוי ספציפיות, היא פורסמה ברבים כ"עמדת רשות המסים" ולכן כל נישום יכול להסתמך

עליה, וממילא אין פגיעה בעקרון השוויון. נטען, כי לא נפל פגם בפשרה שהושגה בין המדינה לחברות הגז, לפיה ההשקעה בהנחת צינור שלישי בין מאגר תמר לאסדת תמר תוכר בחציה (50%) במכנה "מקדם היטל". עוד נטען, כי אין פגם בקביעה לפיה עלויות צינור הייצוא מאסדת תמר לגבול הימי בין ישראל למצרים יוכרו כתשלומים בחישוב מונה "מקדם ההיטל"; לשיטת המדינה, קביעה זו נוצרה לצורכי פשטות ויעילות, והחלופות לממ"מ נועדו להתגבר על הקושי שבאכיפת הסעיף, וכדי להעניק ודאות לחברות הגז.

סז. מטעם חברות הגז דלק קידוחים ואבנר נטען, כי הממשלה לא "כפתה" את הוראות המתוה על רשות המסים, אלא רשות המסים היא שנתנה את ההתחייבויות שצורפו כנספח להחלטת ממשלה 476 המאשרת את מתוה הגז. עוד נטען, כי התחייבויות רשות המסים מצויות במסגרת סמכותה ואינן סותרות את חוק מיסוי רווחי נפט.

מדיניות המיסוי – הכרעה

סח. השאלה המרכזית שבפנינו בעניין זה היא האם הודעת רשות המסים – המהוה חלק ממתוה הגז – סותרת את חוק מיסוי רווחי נפט. כידוע, אין בסמכותה של רשות מינהלית לקבל החלטות הסותרות חקיקה ראשית. לפני שניגש להכרעה גופה, נסקור את המסגרת הנורמטיבית בנושא זה.

סט. כלל ידוע הוא, כי העיקרון הבסיסי בדיני המס, הוא שומת-האמת (ע"א 6726/05 הידרולה בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 1, פסקה י"א (2008); ע"א 4157/13 דמארי נ' פקיד שומה רחובות, פסקה כ"ג (2015)); קרי, גביה כדין – לא יותר ולא פחות. כדברי השופט אריאל "תשלום מס אמת הוא נשמת החוק ותכליתו" (ע"א 1527/97 אינטרביילדינג בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 1, פ"ד נג(1) 699, 719 (1999)). עיקרון זה מופיע גם במשפט העברי. הדברים מוזכרים בתשובת המהר"ם מרוטנברג: "בני העיר הבאים להכניס מנת המלך ומטילים על כל איש ואשה בגזירה לתת מכל ליטרה או שויה בדבר העומד לסחורה כמו שענייהם רואות לפי צורך [...] ויושבים ומדקדקים ומטילים על כל אחד ואחד בצדק, איש לפי עמלו ולפי טיפולו ודנין על אחיהן כאילו הם גופן" (שו"ת מהר"ם מרוטנברג (רבי מאיר בן רבי ברוך, המאה הי"ג, גרמניה), חלק ד (דפוס פראג), סימן תתקמא; ראו גם אביעד הכהן "וישימו עליו שרי מסים למען ענותו בסבלתם" – צדק ויושר בדיני המס", פרשת השבוע, שמות 18 (עורכים א' הכהן ומ'

ויגודה), תשס"ג); הרב כתריאל פ' טכורש, "מערכת המסים לאור התורה", בצומת התורה והמדינה כרך ב', 295 (תשנ"א).

ע. דיני המסים עשויים לעתים להיראות כנפרדים משאר היבטי המשפט – בבחינת "אין מלכות נוגעת בחברתה" (בבלי, יומא לח, ע"ב); זאת בגין ה"שיח הפנימי" שהתפתח בהם עם השנים, ועליהם נאמר כי "אלה דינים סבוכים, העשויים בישראל טלאי על גבי טלאי" (ע"א 533/89 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' זילברשטיין, פ"ד מז(3) 376, 384, השופט דורנר (1993); ראו גם ע"א 4713/11 זגורי נ' מינהל מס שבח מקרקעין, פסקה 33 לפסק-דינו של השופט מלצר (2015)). עם זאת, דיני המסים אינם מצויים בחלל סטרילי, אלא מושפעים מהתפתחויות באיזורים אחרים של המשפט הישראלי. יפים לכך דברי הנשיא ברק:

"חוק מס אינו עומד בבדידותו. הוא משתלב עם חוקים אחרים המטילים מס דומה ועם כלל חקיקת המס בישראל. יש לפרשו מתוך מגמה ליצור הרמוניה פנימית בתוך חקיקת המס. הרמוניה זו אינה מוגבלת אך להרמוניה 'פנים-מסית'. על הפרשן לשאוף להרמוניה נורמטיבית כוללת. על-כן חזקה היא, כי דיני המס משתלבים בדין הכללי" (אהרן ברק "פרשנות דיני המסים" משפטים כ"ח 425, 435-436 (1997); ראו גם יוסף גרוס דיני המס החדשים 37 (2003); אבי נוב "פרשנות חקיקת מס: בחזרה ללשון החוק" המשפט טו(2) 767 (2010)).

מלבד ההיבט הפרשני, דיני המסים קשורים לתחומי משפט אחרים בהיבט המעשי, שהרי הם נאכפים על-ידי רשויות המס – גופים מינהליים. כדברי הנשיא ברק "פעולותיהן של רשויות המס כפופות לדינים הכלליים של המשפט החוקתי ושל המשפט המינהלי. ככל רשות שלטונית אחרת, אף רשות המס חבה חובת אמון לאזרח" (רע"א 291/99 T.J.T. אספקת אבן ירושלים נ' מינהל מס ערך מוסף, פ"ד נח(4) 221, 232 (2004); ראו גם ע"א 9453/10 ישראייר בע"מ נ' פקיד שומה אילת, פסקה 52 לפסק-דינה של המשנה לנשיא – כתארה אז – נאור (2014)). לדיני המסים אף היבט חוקתי. בסעיף 1(א) לחוק יסוד: משק המדינה נקבע, כי "מסים, מלוות חובה ותשלומי חובה אחרים לא יוטלו ושיעוריהם לא ישונו אלא בחוק, או על פיו; הוא הדין לגבי אגרות" (ראו גם ע"א 9453/06 מינהל מע"מ תל-אביב נ' שופינג.קום בע"מ, פסקה י"ג (2008); דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט 879 (1998) יוסף אדרעי חוק יסוד: משק המדינה 30 (2004)). השופטת חיות התייחסה לכך בע"א 9922/02 רשות השידור נ' שידורי פרטומות מאוחדים בע"מ (2007):

“הוראה זו שבחוק היסוד מבטאת את תמצית מהותו של עקרון שלטון החוק, לפיו אין הרשות השלטונית רשאית להצר את זכויותיו של הפרט או לפגוע בהן אלא בהתבסס על הוראת חוק או לפי חוק” (שם, פסקה 10)).

עא. עתה ניגש להכרעה בשאלה האם הוראות פרק המיסוי במתווה סותרות את חוק מיסוי רווחי נפט. כאמור, הודעת רשות המסים – שצורפה כנספח ב' להחלטת ממשלה 476 – כוללת שני נושאים: (1) חלופות לשיטת המחיר הממוצע המקומי; (2) סיווג פרויקטים שונים בקטגוריות הקבועות בחוק.

עב. סעיף 44 לחוק מיסוי רווחי נפט קובע, כי “לעניין פרק שני-ב' בחלק ט' לפקודה, יראו את הוראות חלק זה כאילו היו דיני מס כאמור בפסקה (1) להגדרה 'דיני המס' שבסעיף 158 בפקודה”. לשון אחר, ניתן לתת החלטות מיסוי (Pre-ruling) בנוגע להיטל הקבוע בחוק (ראו יניב רוג, שי ארז וצבי נמט מיסוי רווחי נפט וגו' 201-199 (תשע"ד-2014)); ראו גם אילן בנשלום וצליל סלומון “ארץ אשר אבניה ברזל ומהרריה תחצוב נחושת” – מיסוי משאבי טבע בישראל” משפטים מ"ה 85 (2015)). החלטת מיסוי מוגדרת בפקודת מס הכנסה כ”החלטה בכל הנוגע לחבות המס של מבקש, לתוצאת המס או להשלכה על חבות המס שלו, בשל פעולה שביצע או בשל הכנסה, רווח, הוצאה או הפסד שהיו לו”. קבלת החלטות מיסוי היא פרקטיקה מקובלת זה מכבר – אשר התפתחה באופן טבעי כתוצאה מצרכי החיים – אך הסמכות המפורשת לעשות כן נקבעה בפרק שני-ב לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] רק לפני כעשור, בשנת 2005, במסגרת תיקון מס' 147 לפקודה (ס"ח 804); להרחבה בנוגע להתפתחות ההיסטורית ראו ע"א 1804/05 אלוני נ' פקיד שומה כפר-סבא, פסקה 8 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (2008). החלטת מיסוי עשויה להתקבל כקביעה חד-צדדית של רשות המס או במסגרת הסכמית (דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 111 (1991)).

עג. בנידון דידן לא מצאתי כי נפל פגם בהודעת רשות המסים (סעיפים 3ב(1)-(3)), לפיה הסיווג של שלושה צינורות גז – לעניין חוק רווחי נפט – מוסכם עליה ועל חברות הגז הרלבנטיות. כלל ידוע הוא, כי אין בית משפט זה ממהר להתערב בהחלטותיהן המקצועיות של רשויות המס. כדברי השופט בייסקי: “בית המשפט לא ישים עצמו במקומו של פקיד השומה ולא יעדיף ניחושיו על אלה של פקיד השומה” (ע"א 647/79 עיוון נ' פקיד השומה, פ"ד לה(4) 645, 650 (1981)); ע"א 10088/09 דגמין נ' פקיד שומה באר-שבע, פסקה י"ב (2011)). דעת לנבון נקל, כי הגדרת המיסוי של צינורות הגז – בנסיבות – אינה דבר של מה בכך ויתכנו עמדות שונות. משאלה פני

הדברים, אין מניעה כי הרשות המקצועית תחליט להפעיל את סמכותה החוקית ולהגיע לפשרה מוסכמת בעניין (על יתרונות הפשרה עמדנו בפסקה כ' מעלה).

עד. הדברים נכונים אף לעניין המסלולים החלופיים לשיטת המחיר הממוצע המקומי (ממ"מ). תכליתה של שיטה זו היא מניעת תרחיש בו חברות הגז מסבסדות את הייצוא באמצעות העלאת מחירים בשוק המקומי – תכלית ראויה לכל הדעות. הודעת רשות המסים מיישמת שיטה זו על-ידי כך שהיא קובעת הוראות פרטניות אשר "פורטות לפרוטות" חלקים רלבנטיים. כך, סעיף 2 כולל הוראות בנוגע לאופן חישוב הממ"מ; סעיף 2ג כולל הוראות בנוגע לקבלת אישור מראש על כך שמחיר יחידת נפט בהסכם הייצוא אינו נמוך מהממ"מ; וסעיף 2ד כולל הוראות בנוגע לאפשרות להציע את מחיר הייצוא ללקוחות חדשים בישראל, באופן המייתר את הצורך בממ"מ. כאמור, סעיפים אלה פעלים הוא ליישום התכלית האמורה באופן מעשי ותוך תשומת לב לצרכי החיים. ודוק, הוראות מנהל המסים – כמו כל החלטה מינהלית – הן בנות שינוי. סעיף 147 לפקודת מס הכנסה (שכותרתו "סמכות המינהל לעיין ולתקן") מאפשר, בנסיבות מסוימות, לשנות החלטת מיסוי. אמנם, לעניין זה אין דין שוה בין החלטת מיסוי "חד-צדדית" להחלטה שהתקבלה בהסכם. נזדמן לי להתייחס לכך בע"א 7726/10 מדינת ישראל נ' מחלב, פסקה ג' (2012) (להלן עניין מחלב):

"ואמנם מסכים אני עם חברי, שיש להביא בחשבון באופן מהותי השגת הסכם. דבר זה מקל וחומר הוא בעיני, שיש מקום לשימוש מצמצם בסמכות לפי סעיף 147 מקום שהמדובר בשומה שבהסכם, שבה אינטרס ההסתמכות גדול שבעתיים; והרי טרח הנישום וניהל משא ומתן, ומטבע הדברים בא אל המו"מ מעמדה פלונית בעוד פקיד השומה בא מעמדה פלמונית מקוטבת, והצדדים נפגשו במקום כלשהו שבין שתי העמדות. משהושג ההסכם, בידי הנישום ככלל להניח איפוא, כי בא אל המנוחה ולכלכל מעשיו בהתאם לכך".

עם זאת, אין משמעות הדבר שהחלטת מיסוי בהסכם אינה ניתנת לשינוי. כך

הוספתי וציינתי בעניין מחלב הנזכר, כי:

"סבורני כי טעות משפטית מקצועית של הרשות היא מן הדברים העשויים להיכנס בגדרי הנסיבות המיוחדות, כדי שהציבור לא יינזק יתר על המידה; על כן יש מקום לפתיחה מסוימת של השומה" (שם, פסקה ז').

דומה, כי הלכה זו – בדבר הפעלת סעיף 147 בהסכמי מס – הלכה והתרחבה בשנים האחרונות. כך ציין חברי השופט מזוז בע"א 3604/13 מנהל רשות המסים נ' אייזינגר (2015), כי:

"גם מבחינת התכליות של סעיף 147, אין הצדקה לקבוע דין שונה לשומה בהסכם מהדין החל על כל שומה אחרת. זו גם זו טעונות פיקוח לשם הבטחת מינהל תקין, אחידות, שוויון בפני החוק וגביית מס אמת. על כן מובן מאליו שאין להחריג שומה בהסכם מגדר הסמכות לפי סעיף 147, אף כי יש מקום להבחין בין סוגי השומות לענין שיקול הדעת, קרי – לענין מקומה של נקודת האיזון שבין תכליות הסמכות לבין שיקולי הסופיות וההסתמכות, כאשר האחרונים מקבלים משקל נוסף מקום בו מדובר בשומה בהסכם" (שס, פסקה 37; ההדגשות במקור – א"ר).

הדברים נכונים במיוחד בנידון דידן, בו הסכם המיסוי נכרך יחד עם מתוה הגז בכללותו, אשר כך נכתב בו:

"הממשלה רואה חשיבות בשינויים במשטר הפיסקלי, לרבות שינויי חקיקה, שתכליתם הגשמת העקרונות שבבסיס חוק מיסוי רווחי נפט וחוק הנפט וכן בשינויים שתכליתם הגנה על חלקו הראוי של הציבור כפי שהוא מעוגן כיום בחוקים אלה. מבלי לגרוע מעקרון כללי זה, הממשלה רואה חשיבות בסגירת פרצות מס ובהבהרת הדין הקיים, כולל באמצעות תיקוני חקיקה. כמו כן, הממשלה רואה חשיבות בקידום הליכי גבייה ובתיקונים שוטפים בתחום דיני המס והתמלוגים, אף אם יש לכל אלה השלכות על בעלי הזכויות בחזקות, לרבות השלכות פיסקליות" (סעיף 5(ב) לפרק י' במתוה הגז).

משמע, נראה כי הסכם המס נערך תוך ששני הצדדים מבינים שאין מדובר בסוף פסוק. דעת לנבון נקל, כי לכך משמעות רבה באשר למידת ההסתמכות על ההסכם, וממילא גם על הנכונות – או אי-הנכונות – לגבי שימוש בסעיף 147 לשינויו.

עה. מן הכלל אל הפרט: נשוא בנפשו, כי – בהתאם לסעיף ג2 להודעת רשות המסים – ניתן אישור מראש לכך שמחיר יחידת נפט בהסכם הייצוא אינו נמוך מהממ"מ. לימים התגלה, כי שגגה נפלה בחישובי רשות המסים, והמחיר בהסכם הייצוא אכן נמוך מהממ"מ. בנסיבות אלו, הדעת נותנת כי מנהל רשות המסים יפעיל את שיקול דעתו ויתקן את הדרוש תיקון, בהתאם לסמכותו. הדברים נכונים גם בנוגע לסעיפים 2ב ו-2ד להודעת רשות המסים. ויטעם מצבים מעין אלה אינם הזויים;

המציאות עשויה בהחלט להולידם, ולשם התמודדות עם נודעת חשיבות לפתיחת "פתח תיקון" לרשויות המס.

עו. לפיכך, נוכח נטייתו של בית המשפט שלא להתערב בשיקול הדעת המקצועי של רשויות המס (ראו פסקה ע"ג מעלה); ולאחר שעמדנו על הסמכות הכללית של רשות המס לחזור בה בתנאים מסוימים מקביעתה – גם כשמדובר בהסכם – ובמיוחד בנסיבות דכאן (ראו פסקה ע"ד מעלה), אין לדידי מקום להתערבות בפרק המיסוי של המתוה; זאת, בכפוף להכרעתנו בכל הנוגע לפסקת היציבות הרגולטורית המופיעה בפרק י' למתוה, ועל כך – בהמשך.

פרק ג': הפיקוח על המחירים

עז. לטענת העותרות בהקשר זה, מחיר הגז הטבעי בישראל גבוה בהרבה מן המחיר התחרותי, וזאת נוכח מעמדן המונופוליסטי של חברות הגז. בהמשך לכך נטען, כי בהיעדר תחרות ממשית, היה המתוה צריך לקבוע פיקוח מחירים אפקטיבי על מחיר הגז, ואולם זה נעדר הימנו; אמנם, נקבע מנגנון פיקוח על המחירים, אולם לפי הנטען אין במנגנון שנקבע כדי להביא למחיר תחרותי, מה גם שהמנגנון הוא כאמור זמני, עד שיבוצע דילול האחזקות של חברות הגז במאגרים. עוד נטען, כי המנגנון מקבע את המחיר הנוכחי בשוק – מחיר מונופוליסטי מעיקרא – ומכאן שאינו סביר בצורה קיצונית, דבר המצדיק את התערבותו של בית משפט זה. כן נטען, כי הצמדת מחירי הגז הטבעי למחיר חבית ברנט (Brent), כפי שנעשתה כאמור במתוה, קושרת בין שני גורמים שאין ביניהם קשר כלכלי ממשי ומכאן כי היא בלתי סבירה; מה גם, לפי הנטען, שכיום מחיר הנפט נמצא בשפל היסטורי וצפוי לפי הנטען לעלות, כך שהצמדת מחירי הגז הטבעי למחירי הנפט משמעה שמחירי הגז הטבעי, הנמצאים כבר כיום, לפי הנטען, ברמה גבוהה בהרבה ממחיר השוק, יעלו בעתיד במידה ניכרת.

עח. המדינה טוענת בהקשר זה כי מדובר בשאלה כלכלית המסורה לשיקול דעתם של גורמי המקצוע אשר מופקדים על כך ברשות המבצעת, ומכאן שאין מקום להתערבותו של בית המשפט. עוד נטען, כי מנגנון הפיקוח במתוה נקבע בתום עבודת מטה מסודרת, שבסופה הוחלט כי אין מקום לקביעת מחיר מרבי אשר יתבסס על עלויות הפקת הגז, אלא נדרש כינון מנגנון המתבסס למעשה על רמת המחירים הקיימת, וגם זאת רק עד לדילול אחזקותיהן של חברות הגז במאגרים. לפי הנטען בהקשר זה, נסיון מדינות העולם החופשי מעלה שמנגנון קביעת מחיר תורם בפועל להנצחת מחיר הגז ברמה המונופוליסטית, ולכן מדינות רבות החליטו לבטלו. בנוסף נקבע, כי לא ניתן לבחון את מחיר הגז אך על רקע עלויות ההפקה כעת, אלא יש לעשות זאת בהתאם

לרצון להגדיל את היקף התשתיות הנדרשות להפקת גז בעתיד, ומכאן כי המחיר עליו מצביעות העותרות כמחיר התחרותי אינו משקף נאמנה את מחיר השוק. לסיכום נטען, כי נוכח חסרונותיו המשמעותיים של מנגנון פיקוח הדוק, הגיעו גורמי המקצוע לכלל מסקנה כי יהיה בקביעת מנגנון מעין זה כדי לפגוע ביכולתה של ישראל למשוך משקיעים פוטנציאליים בעתיד, ולכן הוחלט כאמור להימנע מפיקוח הדוק על המחירים.

הפיקוח על המחירים – הכרעה

עט. לאחר עיון בטענות השונות בהקשר זה, שמיעת טענות הצדדים ועיון במסמכים רלבנטיים, לא מצאתי כי טענות העותרות בהקשר זה מצדיקות את התערבותנו. מדובר בנושא כלכלי מובהק, אשר המומחיות בו מסורה לגורמי המקצוע. אמנם, מתפקידנו לבחון את סבירות ההחלטה, אך כפי שצינו מעלה, כאשר מדובר בעניינים כלכליים גרידא המצויים בליבת שיקול דעתם של גורמי המקצוע, התערבותנו תהא מצומצמת במיוחד; זאת, כיון ש "יש ליתן לרשויות המפקדות על המדיניות הכלכלית – הרשות המבצעת והרשות המחוקקת – מרחב בחירה רחב, בהיותן קובעות את המדיניות הכלכלית, ונושאות באחריות הציבורית והלאומית למשק המדינה ולכלכלתה" (בג"צ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו (1) 235, 263, השופטת – כתארה אז – ביניש (2002); ראו גם בג"צ 6274/11 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר, פסקה 11 (2012), (להלן עניין דלק)); בהמשך לכך, שעה שנמצא כי הרשות שקלה בכובד ראש את האפשרויות הרלבנטיות בקבעה מדיניות כלכלית מסוימת – כפי שנעשה בענייננו – והגיעה להחלטה מסוימת, יהא בכך לתמוך בעמדה לפיה אין להתערב בהחלטתה להעדיף מדיניות מסוימת על פני האחרת (בג"צ 297/82 עזרא ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 37 (1983); עניין דלק, פסקה 25 (2012)).

פ. לגופם של דברים, בענייננו הגיעו גורמי המקצוע למסקנה כי קביעת מחיר מרבי לגז הטבעי תביא לתוצאה שאינה מיטיבה עם הציבור בכללותו; כך, כאמור, משישנו קושי ממשי בקביעת מחיר זה בענייננו, והדבר היה מוביל בפועל לפגיעה באפשרות פיתוחם של מאגרי גז נוספים. אכן, כפי שטוענים העותרים, יש הסבורים כי עמדה זו שגויה, וכי נוכח מחירי הגז הגבוהים יש צורך באסדרה הדוקה יותר. כך למשל, בדו"ח מקיף שהוכן לרשות החשמל, שעניינו אסדרת מחירי הגז ברחבי העולם ולקחים לשוק הישראלי, נכתב כך:

"...[W]e found that current Tamar contracts involve gas prices well above any reasonable estimation of costs, leading to a very high return in comparison to other countries... In Israel, the

lack of both competition and price control results in one of the highest prices among self-sufficient countries in the world" (*Study on World Gas Pricing Regulation and Lessons for the Israeli Market* (Prepared by NEWES, New Energy Solutions for the Public Utilities Authority (Electricity) of the state of Israel, December 2014).

בהמשך לכך, במכתבה מיום 15.12.04 הזהירה גב' אורית פרקש-הכהן, יו"ר רשות החשמל, ממחירי הגז המונופוליסטיים, וקראה לאמץ פיקוח מחירים אשר יכלול גם מחיר מכירה מרבי, בהתאם להמלצת הדו"ח האמור. זמן קצר לאחר מכן, ומשנדחו המלצותיה, סיימה פרקש-הכהן את תפקידה כיו"ר הרשות.

בנוסף, ראו גם את דבריו של פרופ' בן בסט, כלכלן אשר כיהן בעברו כמנהל הכללי של משרד האוצר, בדיון בוועדת הכלכלה של הכנסת:

"בכל אופן אנחנו נמצאים בסיטואציה, שבמתוה הנוכחי אין ממילא תחרות בשני המאגרים הגדולים, גם היום וגם בעתיד נובל אנרג'י תישאר ולכן לא צפויה פה תחרות. מכאן אני נדרש לסוגיית המחירים... המתוה בעצם מציע מחיר תקרה שיחסית מאוד גבוה. אם נסתכל על שווקים אחרים של מדינות מפיקות כמו אוסטרליה, ארצות הברית, קנדה וכו', בוודאי שהמחיר הזה גבוה יותר מהמחיר ששורר שם. יתרה מזו, יש שם [במתוה – א"ר] מנגנון התאמה מופרך מיסודו. כל דבר שתגידו היה יכול להיות טוב באותה מידה... אין פה שום קשר ולכן זה לא סביר" (פרוטוקול ועדת הכלכלה מיום 1.12.05, בעמ' 96).

פא. מנגד, יש הסבורים כי פיקוח על מחירי הגז הטבעי, מעיקרא, הוא שגוי, שכן יש בו כדי לפגום באפשרות של פיתוח משק גז יעיל; כך, למשל, מתארת ממשלת קנדה את נסיונה שלה ונסיונה של ארצות הברית בקביעת מחירי גז מרביים, וכיצד לאחר שהוחלט להפסיק את הפיקוח - המחירים ירדו:

"From 1975-1984 Canadian natural gas prices were set by a series of federal-provincial agreements. However, because natural gas demand can rise or fall so rapidly, it was difficult for regulators to determine the appropriate price for natural gas, that would balance the supply of gas with the amount of gas consumers' demand. Price regulation tends to produce either gas shortages or unnecessarily high gas prices (or swing between

the two). This is not in the best interests of consumers or the natural gas industry.

The 1985 Agreement on Natural Gas Prices and Markets between the Federal government and Alberta, British Columbia and Saskatchewan deregulated natural gas commodity prices in Canada. The immediate result was a dramatic drop in gas prices, indicating that regulated prices had been set too high. The US went through a similar deregulation process at the same time. The result was an open and integrated North American market for natural gas. This structure was reinforced by the Canada-US Free Trade Agreement of 1989, and by the North American Free Trade Agreement of 1994" (Government of Canada - Natural Resources Canada *available at* <http://www.nrcan.gc.ca/energy/natural-gas/5685#faq9as>).

אשר לענייננו הקונקרטי, כאמור ה-OECD חיוה דעתו באשר למתוה במסגרת דו"ח שבחן את כלכלת ישראל. לפי הדו"ח מטעם הארגון, כדי להגיע לרמת מחירים תחרותית, ובדומה לאמור מעלה באשר לניסיון הקנדי, מומלץ לישראל להימנע מפיקוח מחירים ארוך טווח על מחירי הגז (שם, בעמ' 36); גם אם יוער כי הטעמים לכך לא פורטו.

אם כן, עינינו הרואות כי ישנן עמדות לכאן ולכאן, וברי כי יש עמדות ביניים נוספות; אולם התפקיד להכריע בין העמדות השונות מסור לרשות, איננו באים בנעליה, ומשוו החליטה כפי שהחליטה לאחר ששקלה את העמדות השונות, אין מקום ממשי להתערב.

נדגיש, כי אין באמור סוף פסוק, וברי כי הסוגיה טעונה עדיין בחינה עתידית, וחוות הדעת שהוגשה לרשות החשמל אומרת דרשני; מנגנון הפיקוח שנקבע במתוה מניח ככל הנראה כי עם דילול האחזקות במאגרי הגז תגיע במידת מה התחרות המיוחלת, ובכך יבוא אל סופו הפיקוח. אולם ברי, כי על גורמי המקצוע השונים לשקול את עמדתם בסוגיה באופן שוטף, ולקבוע האם ברצונם להמשיך את הפיקוח ובאיזו תצורה. זאת, מכוח חובתה של הרשות – ועל כך נרחיב בהמשך – להפעיל באופן מתמיד את שיקול דעתה, תוך איזון כנדרש עם ההתחייבות אותה קיבלה עליה הממשלה והסתמכותם של צדדים שלישיים (ראו בהרחבה בפרק ה' להלן).

פב. זאת ועוד; כאמור, בהחלטתו מיום 13.11.12 קבע הממונה על הגבלים עסקיים כי נובל, דלק קידוחים ואבנר הן בעלות מונופול בתחום הגז הטבעי. מכאן, כי הן כפופות לחובות החלות על בעל מונופולין בחוק ההגבלים העסקיים, למעט אלה שהוצאו כאמור בפטורים עליהם עמדנו מעלה מכוח סעיף 52. בין היתר, סעיף 29א(ב)(1) לחוק קובע, כי חל איסור על בעל מונופולין לנצל את מעמדו לרעה, לרבות "קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין". לפי חלק מהעמדות, סעיף 29א(ב)(1) כולל גם איסור על קביעת מחיר גבוה ממחיר השוק על-ידי בעל מונופולין; ובדומה לדברי הרמב"ם, תוך התאמה מתבקשת לימינו אנו: "חייבין בית דין להעמיד שוטרם בכל מדינה ומדינה ובכל פלך ופלך... וכל מי שמפקיע את השער ומוכר ביוקר – מכין אותו וכופין אותו ומוכר כשער השוק" (רמב"ם גניבה (פרק ח', הלכה כ'); והדבר גם מופיע בגילוי דעת 1/14 של הממונה: האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין, מיום 9.4.14 (להלן גילוי דעת – האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין). ראו למשל על האיסור בדין האירופי של גביית מחיר גבוה על-ידי בעל מונופולין ב- *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission of the European Communities*, case 22/76 209, 301 (1978); OECD 54-58; OECD - *Excessive Prices-2011* (Directorate for Financial and Enterprise Affairs – Competition Committee, OECD, 2012). אשר לישראל, ניתן לראות ניצני תמיכה בגישה האירופית ברע"א 2616/03 ישראכרט נ' רייט, פ"ד נט(5) 701 (2005); וכן בגילוי דעת – האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין; ובנוסף ראו לעניין זה גם Michal S. Gal *Competition Policy for Small Market Economies* 68 (2003).

מכל מקום, ענייננו אינו המקום להכריע בשאלת פרשנות הסעיף. אולם נציין, כי חוק ההגבלים העסקיים קובע, כי אם בעל המונופולין אכן עשה שימוש לרעה בקבעו מחיר בלתי הוגן, עלול הוא להיות חשוף למספר סנקציות: אם הוכח כי בנצלו את מעמדו לרעה, היה בכוונתו של בעל המונופולין "להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור", יהא חשוף לסנקציה פלילית, הקבועה בסעיף 47 (א)(4) לחוק ההגבלים העסקיים; אם לא הוכח כאמור, יהא חשוף לסנקציה מינהלית, מכוח סעיף 50(3) לחוק; וראו לעניין זה גם סעיף 6 לגילוי דעת 1/12: הנחיות רשות ההגבלים העסקיים בדבר שימוש בהליכי אכיפה של עיצומים עסקיים מיום 24.7.12. בנוסף לאלה, יהא חשוף בעל המונופולין לקביעה של הממונה על הגבלים עסקיים מכוח סעיף 43(א)(1)(5) לחוק ההגבלים העסקיים, אשר יכולה לשמש, בין היתר, כראיה לכאורה בכל הליך משפטי אחר (סעיף 43(ג) לחוק). כאמור, לא נכריע בשלב זה בדבר פרשנותו הראויה של סעיף 29א(ב)(1) לחוק בהקשר בו עסקינן, אולם חזקה על רשות ההגבלים

העסקיים, נוכח חשיבות העניין והמשמעות שתהא בכך לציבור בכללותו, כי אם תגיע למסקנה כי עולה חשש שמא בעלי המונופולין ניצלו לרעה את מעמדם המונופוליסטי באופן האמור, תבחן שימוש בסמכויות המוקנות לה בחוק. זאת, כמובן, מבלי שנתערב מראש בשיקול הדעת הנתון לרשות בעניינים מעין אלה. עוד יוער, כי סעיף 4 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006, קובע כי תובענה בעילה לפי חוק ההגבלים העסקיים היא תביעה שניתן להגיש בה בקשה לאישור תובענה ייצוגית, מכוח סעיף 3(א); ואידך זיל גמור.

פג. לסיכום חלק זה, נוכח שיקול הדעת הרחב המסור לממשלה בקבעה מדיניות כלכלית, ובכפוף לחובתה של הרשות המינהלית להמשיך ולבחון את מדיניותה, לא מצאנו, כי האמור בפרק זה כשלעצמו חורג מסמכותה של הממשלה או עולה כדי חוסר סבירות המצדיקה לעת זו את התערבותנו בכגון דא, גם אם הדברים נאמרים לא בלי קושי; זאת, מבלי להכריע בשלב זה בשאלה האם אין הסדרת מכלול הסוגיות שעל הפרק במסגרת המתווה עולה כדי הסדר ראשוני המצריך חקיקה ראשית, ועל כן בהמשך.

פרק ד': מדיניות הייצוא

פד. כפי שהוסבר, פרק הייצוא במתווה כולל שתי הוראות עיקריות. ראשית, עדכון כמות הגז אשר יש להבטיח למשק המקומי, כך שזו תעמוד על BCM 540 של גז טבעי מסוג 2C ולא מסוג 2P, כפי שנקבע בהחלטה 442. קרי, כמות הגז תכלול גם גז אשר הודאות לגבי קיומו נמוכה יותר. שנית, המתווה מאפשר לייצא עד 50% מכמות הגז שבעלי החזקה במאגר תמר טרם התחייבו לגביה במשק המקומי; זאת בניגוד להסדר הקבוע בהחלטת ממשלה 442.

פה. העתירות שבפנינו כוללות טענות כנגד פרק הייצוא בשני מישורים: מישור הסמכות ומישור שיקול הדעת. במישור הסמכות נטען, כי הממשלה אינה מוסמכת לקבוע את מדיניות הייצוא, וזו מצריכה הסדר ראשוני בחקיקה ראשית. העותרות מכירות אמנם בכך שבג"ץ הייצוא קבע כי אין פגם בהסדרת הייצוא במסגרת החלטה 442, אך מציינות מספר שינויים שאירעו מאז ומחייבים מסקנה שונה: (1) ביטול הדרישה לחיבור לויתן לחוף לפני שניתן יהיה לייצא ממאגר תמר באופן משמעותי; (2) ביטול הדרישה לצינור שני ממאגר "תמר"; (3) העברת מכסות הייצוא של המאגרים כריש ותנין למאגר לויתן; (4) חישוב מחדש של כמות הגז הניתנת לייצוא. כן נטען, כי ככל שהמדינה מבקשת להסתמך על סעיף 33(א) לחוק הנפט כמקור סמכות להסדרת הייצוא

במתוה, עליה להראות ששר האנרגיה קיים היועצות עם מועצת הנפט כנדרש בחוק – דבר שלא אירע.

כאן המקום להבהרה טכנית בנוגע לעניין הצינור השני ממאגר תמר. כבר כיום ישנם שני צינורות בין אסדת תמר לבין שדה תמר, המצוי במעמקי הים. בנוסף, קיים צינור אחד בין אסדת תמר לבין מדינת ישראל. במסגרת פרק זה עסקינן בביטול הדרישה להנחת צינור נוסף – שני במספר – בין אסדת תמר למדינת ישראל.

פו. במישור שיקול הדעת נטען, כי הסדר הייצוא שנקבע אינו יעיל כלכלית למדינה; טענה זו נשענת על חוות דעת שנערכה במשרד האוצר על-ידי ד"ר מיכאל שראל. עוד נטען, כי העובדה שעברו כשנתיים בלבד, ללא שינוי נסיבות משמעותי, מאז החלטה 442 מצביעה – לשיטת העותרות – על כך ששינוי המדיניות במסגרת המתוה אינו סביר. לשיטת העותרות, הסדר הייצוא שנקבע במתוה אינו נותן את המשקל הראוי לביטחון האנרגטי של מדינת ישראל. עוד נטען, כי החלטת הממשלה פוגעת בכמות הגז שיישמר למשק הישראלי, בכך שהיא מאפשרת לכלול בתוך הכמות הנשמרת גם גז מסוג 2C ולא רק 2P. לשיטת העותרות, חברות הגז אינן מנועות מחתימה על הסכמי ייצוא גם כשהגז נמצא בקטגוריית 2C, ולכן אין סיבה לשינוי שערכה הממשלה בנושא. כן נטען, כי ויתור המדינה על הדרישה להניח צינור נוסף ממאגר "תמר" לוקה בחוסר סבירות. באופן דומה נטען, כי ההיתר לייצא כמויות משמעותיות ממאגר תמר לפני פיתוחו של מאגר לויתן אינו סביר.

פז. מטעם המדינה נטען, כי אין הבדל משמעותי בין החלטת ממשלה 476 להחלטה 442 ולפיכך אין מקום לסטות מההלכה שנקבעה בבג"ץ הייצוא. לשיטתה, אין חשש למיצוי מאגר תמר, שכן ייצוא הגז הנמצא בו לא יעלה על 50% מכמות הגז שלא נכללה בהסכמים קיימים במשק המקומי למכירת גז ממאגר תמר במועד קבלת החלטה 442. כן נטען, כי הביקוש לגז בפועל נמוך מתחזיות ועדת צמח, ולפיכך הגז שנשמר לפי המלצות הועדה אמור להספיק לשנים רבות ואין חשש למיצויו המידי. עוד טוענת המדינה, כי הקדמת הייצוא הכרחית מטעמים מדיניים, ויש בה לזרז את פיתוח לויתן באופן שיעניק לישראל ביטחון אנרגטי. לעניין שינוי ההגדרות מ-2C ל-2P נטען, כי מדובר בשינוי הכרחי לשם פיתוח מאגר לויתן; שכן במצב הנוכחי אין אפשרות ליתן אישורי ייצוא בטרם חיבור מאגר לויתן לחוף מחד גיסא, ומאידך גיסא המאגר לא יחובר לחוף כיוון שלא יפותח, שכן ניתן להכיר במאגר לויתן כקטגוריה 2P רק לאחר חתימת חוזים ומתן אישורי ייצוא. עוד טוענת המדינה, כי לפי ההערכות במשרד האנרגיה, הנחת צינור נוסף מאסדת תמר לישראל צפויה לארוך כשלוש שנים – קרי,

פרק זמן שאינו ארוך משמעותית מזה הדרוש לפיתוח מאגר לויתן, אשר יספק לישראל יתירות משמעותית יותר.

פח. מטעם חברות הגז דלק קידוחים ואבנר נטען, כי אין המתוה חורג מהותית מהחלטת ממשלה 442, ולכן אין מקום לשינוי מהכרעת בג"ץ שקבע כי לא נדרש בהיבט זה הסדר ראשוני. עוד נטען, אף ככל שהמתוה שונה מהחלטת ממשלה 442, אין מקום לשנות מהכרעת בג"ץ הייצוא, שכן השיקולים שפורטו בו נשארו זהים בעיקרם: (1) המתוה אינו פוגע בזכויות אדם; (2) אין חשש למיצוי מלא, מייד ובלתי הפיך של הגז הטבעי; (3) פרק הייצוא במתוה אינו כולל הסדרים לגבי היכולת המשפטית לשנות את ההחלטה במקרה הצורך. המשיבות טוענות, כי לא נפל פגם בסבירות הוראות הייצוא במתוה. לשיטתן, הכללת גז מסוג 2C בכמות השמורה למשק הישראלי הכרחית לשם הגעה לכמות של BCM 540, שכן ההבדל בין הקטגוריות נובע בעיקרו מרמת המסחריות של הגז, וחתימה על חוזי הייצוא היא גורם משמעותי ב"הפיכת" גז מסוג 2C לגז מסוג 2P.

מדיניות הייצוא – הכרעה

פט. תחילה לשאלת הסמכות. נטען כאמור כי השינויים שנערכו במסגרת החלטה 442 לעניין הייצוא מובילים לכך שהקביעה, כי אין נדרש הסדר ראשוני בסוגיה זו, אינה יכולה לעמוד עוד. כידוע, עמדת הרוב, והיא תוצאת פסק הדין כמובן בבג"ץ הייצוא, היתה – מן הטעמים שפורטו שם ובעיקר קיומו של סעיף 33 לחוק הנפט – שאין הסוגיה דורשת חקיקה ראשית. עמדת חברי השופט ג'ובראן ועמדת היתה, כי ענייננו בסוגיה המצריכה חקיקה ראשית; כך ביחס להחלטה 442 וכך ביחס להחלטת הממשלה נשוא העתירה כאן לאחר השינויים. נוכח תוצאת פסק הדין הסופית אצא מן ההנחה כי בסמכות הממשלה להסדיר את סוגיית הייצוא כשלעצמה במסגרת החלטת ממשלה, אף כי יוטעם כי גם בעלי דעת הרוב שהכריעה בפסק הדין סייגו עמדתם בכך שהחלטת הממשלה אינה מיועדת להביא למיצוי מלא של משאב הגז הטבעי באופן מייד, ובכך שהחלטת הממשלה מותירה את האפשרות לשוב ולשקול את הסוגיה בתום חמש שנים ממועד אישור ההחלטה. נפנה איפוא לבחון את מישור הסבירות באשר לייצוא.

צ. לשאלת הסבירות בעתירות נטען, כי ויתור המדינה על הדרישה להניח צינור נוסף ממאגר תמר אינו סביר, וכך גם ההיתר לייצא כמויות משמעותיות ממאגר תמר לפני פיתוחו של מאגר לויתן. ביסוד אלה ניצב חששם של העותרים כי לא תיוותר כמות

מספקת של גז טבעי לשוק המקומי. מנגד מסבירה המדינה, כי בהתבסס על חוות דעתם של גורמי המקצוע במשרד האנרגיה, פיתוח מאגר לויתן כמקטע הפקה שלם ועצמאי הוא בעל תרומה רבה יותר במונחי יתירות מהקמת צינור גז נוסף, שיחבר את אסדת תמר לחוף הים, ומעבר לכך הקמתו של צינור גז נוסף מאסדת תמר עתידה לארוך פרק זמן דומה לזה הנדרש לשם פיתוח מאגר לויתן. נדמה שבהיבט זה עסקינן בשאלות מקצועיות שבידי אנשי המקצוע האמונים על המלאכה לעמוד עליהם היטב מאיתנו. הגורמים המקצועיים העוסקים בדבר באו לכלל מסקנה, כי במונחי עלות-תועלת יש להעדיף את פיתוחו המהיר של מאגר לויתן על פני חיבורו של צינור נוסף למאגר תמר, ולהתיר ייצוא ממאגר תמר לפני פיתוח לויתן. שומה עלינו בהקשרים אלה לזכור מושכלות יסוד, שעליהם עמדנו לא פעם, לרבות בפסק דיננו זה: מתחם הסבירות אינו מיועד לקבוע מהי ההחלטה שאותה הייתה אמורה הרשות לקבל, אלא רק להגדיר את טווח ההחלטות האפשריות, אשר הרשות הייתה אמורה הרשות לקבל, בגדר מתחם הסבירות מכיר בית המשפט בכך שהבחירה בין מספר אפשרויות סבירות נתונה לרשות השלטונית, ולא לבית המשפט, וכי שיקולי הרשות רחבים, וחובקים מגוון רב של היבטים (עניין ברזילי, 557). נראה שזהו המקרה בענייננו. יתר על כן, באשר לכלכליות מדיניות הייצוא שנקבעה, כאמור איננו מתיימרים לבחון את תבונתו הכלכלית של המתווה, ומטבע הדברים ישנן דעות לכאן ולכאן. תפקידו של בית משפט זה, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, הוא לבחון האם התקבלה ההחלטה בסמכות והאם באה היא בגדרי מתחם הסבירות.

צא. יוסף, כי כדי להבטיח את פיתוח מאגר לויתן, בהינתן אישור ייצוא לבעלי החזקה בתמר לפני חיבור לויתן לחוף, הוספו "אבני הדרך", אשר גם אם אין בהן כדי להניח את הדעת באשר להיבטים שונים של המתווה, יש בהן כדי לרכך את החשש, שאותו מעלים העותרים, מפני אבדן התמריץ לפיתוח מאגר לויתן. ועוד, וגם לכך משקל לא מבוטל, אישורי הייצוא שיינתנו למאגר תמר יכללו תנאי, שלפיו ייצוא בפועל ממאגר לויתן, יתאפשר רק לאחר חיבורו לחוף.

צב. אשר לטענה כי החלטת הממשלה פוגעת בכמות הגז שיישמר למשק הישראלי, בכך שהיא מאפשרת לכלול בתוך הכמות הנשמרת גם גז מסוג 2C ולא רק 2P, קרי, חלק מהגז למשק המקומי יהיה ברמת הודאות הגבוהה ביותר של עתודות מוכחות ואילו חלקו יהיה ברמת ממשות נמוכה יותר של משאבים מותנים. עיון במערכת הכללים הבין-לאומיים מלמד, כי כטענת המדינה, הגדרת רזרבה כ-2P דורשת רמה גבוהה של היתכנות לחתימה על חוזים, ואישורי הייצוא לא יינתנו טרם חיבור חזקות לחוף בכמות מצטברת של BCM 540 לפי קטגוריה 2P, אשר דורשת ודאות למכירת

הגז, וזו, אינה קיימת טרם מתן אישורי ייצוא. משאלה הם פני הדברים, דומה כי בשינוי שנערך בהחלטה 442 יש טעם. לא נעלם מעינינו כי בבג"ץ הייצוא טענה המדינה, במענה לחשש העותרים, כי בסמכות שר האנרגיה והממשלה לחייב בעלי החזקות כי הגז המוקצה לשוק המקומי יהיה בכמות גז מוכחת בלבד. לא נכחד, האמור מעורר שאלות ואולם, יכולים אנו להבין, גם אם בדוחק, כי המציאות בשטח לימדה שלא כך הדבר, וחייבה התאמה של החלטת הממשלה למצב זה. מכל מקום, כאמור נוכח התוצאה אליה הגעתי, נערך הדיון בשאלת הסבירות בבחינת למעלה מן הצורך, ומבלי לטעת מסמרות.

צג. ולאחר שאמרנו כל אלה, נשוב ונטעים את שאמרנו תחילה: לא באים אנו לבחון את תבונתו הכלכלית של המתווה ותבונתה של הרשות בהיבט זה, אלא מבקשים אנו לבחון את גבולות סמכות הממשלה, וחלוקת התפקידים בינה ובין הרשות המחוקקת בהקשר למתווה. מכאן ניגשים אנו לבחינתה של פסקת היציבות הרגולטורית והשאלה היש צורך בהסדרת הנושאים השונים שבמתווה בחקיקה ראשית.

פרק ה: פרק היציבות הרגולטורית

צד. ענייננו כעת בפרק 'י' למתווה שכותרתו "סביבה רגולטורית יציבה". במסגרת פרק זה, הממשלה מתחייבת שלא לשנות – למשך עשור – את מדיניותה בנוגע למשק הגז בשלושה תחומים: מיסוי – כפי שזה נקבע בחוק מיסוי רווחי נפט וכן בהוראות משלימות במתווה כאמור; ייצוא – כפי שזה נקבע בהחלטת ממשלה 442; והגבלים עסקיים – בהתאם להוראות שנקבעו במתווה, מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים כאמור. כך מתחייבת הממשלה להתנגד להצעות חוק פרטיות המבקשות לערוך שינויים בתחומים אלו, ואם הצעת החוק הפרטית תעבור – ליזום הצעת חוק ממשלתית שתשיב את המצב לקדמותו. כן מתחייבת הממשלה, באופן כללי, לבחון בקפדנות כל שינוי באסדרת משק הגז, ולשאוף לעצב מדיניות המתאימה לסטנדרטים המקובלים במדינות ה-OECD. פרק היציבות כולל סעיף אבני-דרך המאפשר לממשלה לבחון מחדש את התחייבותה בשני מועדים – ב-2017 ו-2020 – בכפוף להתקדמות פיתוח מאגר לויתן.

צה. טענתן המרכזית של העותרות בהקשר זה, היא כי פרק היציבות נקבע בחוסר סמכות, בניגוד לכלל הבסיסי של איסור כבילת שיקול הדעת של הרשות המינהלית, ומכאן דינו בטלות; כן טוענות העותרות כי הוראות הפרק אינן סבירות. לטענת המדינה, פרק זה נקבע מכוח סמכותה הטבועה של הממשלה כרשות המבצעת לקבל החלטות ארוכות טווח, כדוגמת ההחלטה נשוא ענייננו.

אציין כבר עתה, כי אציע לחברי לקבל את טענת העותרות בהקשר זה, ולקבוע כי סעיפים 5 ו-6 לפרק י' למתוה (להלן "פסקת היציבות") נקבעו בחוסר סמכות, ודינם – בטלות, אלא שזו – בגדרי בטלות יחסית – תיכנס לתוקף רק בתום שנה מיום מתן פסק הדין, ועל כך נעמוד בהמשך.

טרם נידרש לבחינת הוראותיו הקונקרטיות של המתוה בהקשר זה, נפנה תחילה לרקע כללי בסוגיית היציבות בתחום האנרגיה; לאחר מכן לרקע הנורמטיבי הרלבנטי – דוקטרינת ההבטחה המינהלית והאיסור על כבילת שיקול הדעת במשפט המינהלי; ולבסוף ניישם לנידון דידן.

רקע

צו. הצורך ביציבות רגולטורית בתחום הגז הטבעי בפרט, והאנרגיה בכלל, אינו מעניינה של ישראל בלבד; ואכן, נדמה כי ברבות השנים חברות ומדינות שונות עשו שימוש בפסקאות יציבות כאלה ואחרות כאשר מדובר היה בהשקעות רחבות היקף, כדי להבטיח למשקיעי סכומי העתק מקור תשואה יציב. הרקע לכך, כך נדמה, נעוץ בהיסטוריה של הפקת הנפט והמעבר החד מבעלות פרטית על מקורות האנרגיה לבעלות ממשלתית (John G. Ruggie *Stabilization Projects and Human Rights – A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative of the Secretary-General on Business and Human Rights*, p. 4 (2009). (להלן Ruggie); Thomas W. Waelde & George Ndi *Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation* 31 Tex. Int'l L.J 216, 216 (1996). (להלן Waelde & Ndi). במאה ה-19, נעשה קידוח הנפט, רובו ככולו, על-ידי חברות פרטיות. בהמשך, הוחלט בחלק ניכר ממדינות העולם להלאים את מצבורי הנפט ולהעבירם לידי הממשלה; תחילה, נעשה הדבר ברוסיה בתחילת המאה ה-20 ובהמשך במדינות רבות נוספות, לרבות בוליביה, מקסיקו, איראן, ארגנטינה, אינדונזיה ועוד (ראו United Nations Conference on Trade and Development *World Investment Report 2007, Part 2 – Transnational Corporations, Extractive Industries and Development*, p. 115 (2007) (להלן WIR); כן ראו בהרחבה Daniel Yergin *The Prize: The Epic Quest for Oil, Money & Power* New York: Simon and Schuster (1991). יש להניח כי

גישה זו נבעה מן המודעות לצרכי ציבור שהממשלות אמונות עליהם, ומן הרצון למנוע התעשרות יחידים על חשבון משאבי הכלל.

צו. והנה בהמשך לכך, החל משנות ה-60 של המאה הקודמת, משביקשו ממשלות שונות להיעזר בשירותיהם של גורמים פרטיים להפקת הנפט או הגז, ביקשו האחרונים לשלב בחוזה ההתקשרות – בשוני מסוים מענייננו, בו מדובר כאמור בהחלטת ממשלה – תניות יציבות מסוגים שונים. הצורך באלה, אז כן עכשיו, נעוץ היה, כאמור, בסכומי הכסף הכבירים הנדרשים בתעשיות האנרגיה, בעיקר בשלב ההתחלתי; מודל הרווח נסמך על החזרת ההשקעות בעתיד, תוך מודעות לפער זמנים ניכר בין השקעת הכספים בשלב ההתחלתי של החיפוש אחר הנפט או הגז, לבין שלב אספקת הנפט או הגז לשוק והפקת רווחים בהתאם (Mario Mansour & Carole Nakhle *Fiscal Stabilization in Oil and Gas Contracts: Evidence and Implication*, pp. 12-11 (The Oxford Institute for Energy Studies, January 2016) (להלן *Mansour & Nakhle*); Margarita T.B Coale *Stabilization Clauses in International Petroleum Transactions* 30 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 217, 221-222 (2001-2002) (להלן *Coale*). מכאן חשש המשקיעים משינוי רגולטורי עתידי, אשר יפגע ביכולתם להרוויח מהשקעתם; כך במיוחד, כיון שבשלב בו עלולה המדינה לבצע שינוי רגולטורי שיפגע ברווחיות המשקיעים, עלויות ההשקעה במצבורי הגז יהיו בגדר עלות שקועה (*Sunk Cost*), דהיינו עלות שהושקעה ולא ניתן להשיבה עוד. כיון שבשלב זה, מבחינה כלכלית, עדיף יהיה למשקיעים להפיק את הגז כל עוד הכנסותיהם יעלו על עלות ההפקה המשתנה – להבדיל מעלות ההשקעה הכוללת, ובה גם עלויות ההקמה הראשוניות – חשש החברות הוא שהמדינה תוכל להחריף את הרגולציה, שכן תדע כי גם לאחר חרפה זו, סביר שימשיכו המשקיעים להפיק את הגז תוך גריפת רווח מסוים, גם אם זה קטן מזה שהיו מרוויחים טרם השינוי הרגולטורי (*Mansour & Nakhle*, at p. 11).

צח. ניתן לחלק את פסקאות היציבות השונות לשני סוגים עיקריים: "תניות 'הקפאה'" (*Freezing Clauses*); ו"תניות איזון כלכלי" (*Economic Equilibrium*) או (*Economic Balancing*) (ראו *Ruggie*, at pp.4-9; *Mansour & Nakhle*, at pp.14-16; Peter D. Cameron *Stabilization in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil and Gas Investors*, pp. 28-36 (Association of International Petroleum Negotiators, 2006) (להלן *Cameron*)).

צט. תניות הקפאה: כשמן כן הן – תניות המבקשות להקפיא את הרגולציה הקיימת ביחס להתקשרויות עם חברות האנרגיה, ולמנוע מהמדינה להחיל על ההתקשרויות הללו רגולציה חדשה. תניות ההקפאה נחלקות, ככלל, לשני סוגים עיקריים:

(1) תניות הקפאה מלאה: מטרתן להחריג את ההתקשרות בין חברת האנרגיה למדינה מכל חקיקה עתידית. לפי המידע שמציג *Cameron*, כך למשל נקבע בחוזה עליו חתומה ממשלת תוניס עם אחת מחברות האנרגיה:

"The Contractor shall be subject to the provisions of this Contract as well as to all laws and regulations duly enacted by the Granting Authority and which are not incompatible or conflicting with the Convention and/or this Agreement. ***It is also agreed that no new regulations, modifications or interpretation which could be conflicting or incompatible with the provisions of this Agreement and/or the Convention shall be applicable*** (Model Production Sharing Contract, 1989, Art., 24.1, as seen in *Cameron*, at p. 30; emphasis added – E.R)".

(2) תניות הקפאה חלקית: מטרתן להחריג את ההתקשרות בין חברת האנרגיה למדינה מחקיקה עתידית בתחומים ספציפיים, בדרך כלל בתחום המסים. תניות אלה נפוצות יותר מאשר תניות ההקפאה המלאה. כך למשל נקבע בחוזה עליו חתומה ממשלת צ'ילה עם אחת מחברות האנרגיה:

"The tax regime, benefits, privileges and exemptions provided in any of the articles hereof, which shall be recorded in the special operation contract, shall remain invariable for the duration thereof" (Decree-Law 1089 of 1975, Art 12 and 12.1, as seen in *Cameron*, at p. 30).

תניות דומות ניתן למצוא בהסכמים שבין חברות האנרגיה לבין המדינה בקמבודיה, אנגולה, בוליביה, וקזחסטן (*Cameron*, at p. 28). ניתן אל לב כבר כאן, מבלי לפגוע, כי בדוגמאות אלה עסקינן במדינות מתפתחות.

ק. עוד ייאמר, כי מן הספרות האקדמית והמחקרים השונים עולה, שבשנים האחרונות הולך ופוחת השימוש בפסקאות הקפאה על סוגיהן, וחוזי השקעה מודרניים

לרוב נעדרים פסקאות מעין אלה; בהמשך לכך, הדעה הרווחת בקרב העוסקים בתחום היא כי יש לחדול מעשיית שימוש בתניות אלה (Ruggie, at p. 40; וראו גם Cameron, at pp. 51, 95-96). הסיבה המרכזית לכך, כך נראה, היא שבחלק ניכר מן המדינות אין לתניות ההקפאה תוקף חוקי מחייב נוכח כבילת שיקול הדעת העתידי של הריבון:

"In most countries (including the UK, for example), the executive cannot give binding commitments about taxes or rates of taxation in the future. Indeed, it can be assumed that in every country the sovereign retains the power – in spite of any laws or contracts to the contrary – to enact laws that legally will ‘trump’ previous laws (and contracts) and that attempts to ‘freeze’ a petroleum contract will be unenforceable" (Cameron, at p. 13; See also Ruggie, at p. 35; Coale, at p. 224)

אין זה מפתיע איפוא שכללל, מדינות ה-OECD אינן כוללות פסקת הקפאה בהתקשרויותיהן עם חברות האנרגיה (Ruggie, at p. 19; Mansour & Nakhle, at p. 13).

קא. תניות איזון כלכלי: מדובר בגירסה מודרנית יותר של תניית יציבות, אשר אינה מונעת החלת רגולציה חדשה על הסכמים קיימים, אלא קובעת "תג מחיר" בצידה; דהיינו, המדינה אינה כובלת באופן הרמטי את שיקול דעתה העתידי, אלא מתחייבת לפצות את חברות האנרגיה בגין שינויים רגולטוריים אפשריים. בחלק מן המקרים, מדובר באיזון כלכלי מלא, דהיינו פיצוי מלא על כל שינוי רגולטורי; ובמקרים אחרים מדובר באיזון כלכלי חלקי, כאשר נגרם למשקיע נזק מעל סכום מסוים, או כאשר מדובר בשינוי רגולטורי בנושאים מסוימים, לרבות איכות הסביבה, בטיחות ועוד (Cameron, at pp. 31-36; Ruggie, at pp. 7-8). חלק מן התניות מסוג זה קובעות מנגנון של משא ומתן, דהיינו כי במקרה של שינוי רגולטורי יפתחו הצדדים את החוזה למשא ומתן מחודש, כדי למצוא איזון כלכלי נקודתי. כך למשל, קובע ההסכם בין מצרים לבין אחת מחברות האנרגיה:

"In case of changes in existing legislation or regulations applicable to the conduct of Exploration, Development and production of Petroleum, which take place after the Effective Date, and which significantly affect the economic

interest of this Agreement to the detriment of CONTRACTOR or which imposes on CONTRACTOR an obligation to remit to the A.R.E. (Arab Republic of Egypt) the proceeds from sales of CONTRACTOR's Petroleum, CONTRACTOR shall notify EGPC (the NOC) of the subject legislative or regulatory measure. In such case, the Parties shall negotiate possible modifications to this Agreement designed to restore the economic balance thereof which existed on the Effective Date.

The Parties shall use their best efforts to agree on amendments to this Agreement within ninety (90) days from aforesaid notice." (Concession Agreement of 2002 for Petroleum Exploration & Exploitation between Egypt & the Egyptian General Petroleum Corporation & Dover Investments Limited, as seen in Cameron, at pp. 32-33; emphasis added – E.R).

קב. עוד יוער, כי בחלק מהמדינות מוענקת יציבות נוספת לחוזי ההתקשרות באמצעות עיגונם של חוזי ההתקשרות בחוק על-ידי הפרלמנט הרלבנטי; כך למשל נעשה באזרבייג'אן, מצרים, צ'אד וצ'ילה. החוק, ככל חוק, ניתן כמובן לשינוי, אולם ההנחה היא שהדבר מעניק יציבות מסוימת נוספת לחוזים הקיימים (Cameron, at p. 39).

קג. לסיכום חלק זה יודגש, כי ניכר מן הכתיבה האקדמית, שהמדיניות של הכללת תניות יציבות בהתקשרויות עם חברות האנרגיה, בעיקר מסוג הקפאה, היא נחלתן של מדינות מתפתחות; כפי שמציינת Coale, מדובר לשיטתה ב-"Quasi States", דהיינו מדינות בהן שלטון החוק רעוע, אשר מערכת המשפט בהן אינה עומדת בסטנדרטים מערביים של עצמאות ההליך השיפוטי, הליך הוגן, היעדר שחיתות וכיוצא באלה (Coale, at p. 223).

קד. יתרה מכך, נדמה שבמדינות ה-OECD מעיקרא אסדרת תחום האנרגיה נעשית לרוב באמצעות רגולציה כללית, ואינה נתפרת למידותיה של חברה זו או אחרת לאחר משא ומתן פרטני:

"One of the curiosities of stabilization clauses is that no developed country will offer them to investors... Developing countries tend to

negotiate individual contract terms, whereas in the OECD the content of contracts or licenses is scarcely affected by any negotiations between IOCs [International Gas Companies – E.R.] and host governments, since the terms on offer are largely standardized" (*emphasis added – E.R.; Mansour & Nakhle, at p. 13*).

באותן מדינות מפותחות, מביא המשקיע בחשבון שיתכן כי הרגולציה, ובעיקר המשטר הפיסקלי, ישתנו באופן שישפיע על רווחיו העתידיים, כפי שאכן אירע, למשל, באנגליה, ארצות הברית (אלסקה) וקנדה (אלברטה). כפי שמציינים Cameron & Kellas, כאשר המדינה מודיעה על שינוי במשטר הפיסקלי, המשקיעים לרוב מודיעים כי יפחיתו את השקעתם; אולם בסופו של יום – "This does or does not happen" – (Peter Cameron & Graham Kellas *Contract and Fiscal Stability: Rhetoric and Reality*, at p. 8 (Wood Mackenzie & CEMLP (2008)).

קה. ענייננו שלנו, ולכך נגיע בהמשך בפירוט, בתניית יציבות מסוג הקפאה חלקית, שנקבעה לאחר משא ומתן פרטני עם חברות הגז במסגרת דיוני צוות קנדל. אלא, כאמור, שבשוני מסוים מן הדוגמאות שהובאו מעלה, התניה נקבעה במסגרת החלטת ממשלה ולא במסגרת חוזה. השאלה המרכזית בענייננו היא האם היה בסמכותה של הממשלה לקבוע חלק זה במתווה הגז. לטענת העותרות, הדבר היה מחוץ לסמכות הממשלה, שכן עומד בניגוד לעקרון בסיסי במשפט המינהלי – איסור כבילתו של שיקול הדעת המינהלי. טרם נידרש להחלת העיקרון בנסיבות ענייננו, נעמוד תחילה על טיבו.

האיסור על כבילת שיקול הדעת המינהלי

קו. עקרון יסוד במשפט המינהלי אוסר על כבילת שיקול הדעת המינהלי (בג"ץ 30/51 י' בלבן נ' עיריית תל-אביב פ"ד ו' 257 (1952); בג"ץ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (1983); בג"ץ 900/06 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' שר התיירות (2006)). משמעות העיקרון היא משמוענת לרשות המינהלית סמכות, חלה עליה חובה מתמשכת לשקול את הצורך בהפעלתה, ואל לה לקבל החלטה מראש לגבי העמדה שתחזיק בה בעתיד באשר לאופן הפעלתה. אחת הנפקויות המעשיות של חובת הרשות להפעיל שיקול דעת היא שהרשות אינה יכולה להתחייב מעיקרא שלא לשנות את עמדתה; וכפי שנקבע: "הכל מודים והכל יודעים שאין הרשות יכולה להצר או לוותר על סמכויותיה החוקיות, למשל, לגבות מסים או להעלותם..." (בג"ץ 298/70 ה' ג' פולק בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד כה(2) 3, 8, השופט ויתקון (1971); ההדגשה

הוספה – א"ר); ואם עשתה כן – "לכל התחייבות כזו אין תוקף" (בג"צ 594/78 אומן מפעלי סריגה בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתיירות, פ"ד לב(3) 469, פסקה 4 לפסק דינו של השופט (כתארו אז) יצחק כהן (1978)); ראו גם דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 201-202 (2010) (להלן ברק-ארז א)). דברים אלה מעוגנים בצרכי ממשל מובהקים, וגם בשכל הישר. אין פירושם שהרשות משילה מעצמה את חובת ההגינות (ראו בג"צ 4445/02 מור נ' ראש עיריית הרצליה, פ"ד נו(6) 900, 911 (2002); בג"צ 4284/08 שמואל קלפנר נ' חברת דואר ישראל בע"מ, פ"ד סג(3) 766, פסקה ל"ו (2010); ע"א 7275/10 הועדה המיוחדת לפי חוק יישום תכנית ההתנתקות תשס"ה נ' שקד, פסקה ל"ה (2011)). כללם של דברים, כדברי ר' משה חיים לוצאטו (רמח"ל) בעל מסילת ישרים בפרק כ' ("משקל החסידות"), "... צריך לפנות כה וכה לכל הצדדים שיכול שכל האדם לראות, עד שידון באמת איזה יכשר יותר, העשיה או הפרישה".

קז. דהיינו, כבילה גורפת מראש, של שיקול דעתה של הרשות המינהלית, ללא הותרת דרך מעשית וסבירה לשיקול ענייני ופרטני בעתיד של כל סוגיה רלבנטית, הטעונה עיון ובחינה בהתאם לצרכי השעה המשתנים, אינה יכולה לעמוד, וכאשר נעשה כך, נקבע בבית משפט זה כי התחייבויות אלה משוללות תוקף; זאת, שכן "הבטחה מראש שלא להפעיל סמכות משמעותה כי בעל סמכות לא יוכל להשתמש בה, אף אם הנסיבות ידרשו זאת, שהרי ככל ידיו מראש. בכך מתרוקנת הענקת הסמכות מתוכנה וממטרתה" (בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 419, הנשיא שמגר (1993); וראו גם בג"ץ 816/98 אמינוף נ' אלטלף, פ"ד נב(2) 769, 809 (1998)).

קח. ודוק, ברי כי הן הבטחות מינהליות והן הסכמים שהרשות היא צד להם, כובלים מהותית, במידת מה, את שיקול דעתה של הרשות (זמיר ב, בעמ' 1092; דפנה ברק-ארז משפט מינהלי, כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 311-313 (2013) (להלן ברק-ארז ג)). בהמשך לכך, כאשר הרשות נותנת הבטחה מינהלית שלא תפעיל סמכות מסוימת בנסיבות מסוימות, עלולה להיווצר הסתמכות או ציפיה לגיטימית אצל מקבלה לקיום הוגן של ההבטחה. עם זאת הבטחה מינהלית, כמו גם חוזה, אינם יכולים לפטור את הרשות מן החובה לשיקול אם ראוי שתפעיל את סמכותה, אף בניגוד להתחייבות שנתנה (זמיר ב, 1092); על המשמעויות הנובעות מכך. באשר לחוזים הוכרה הלכת ההשתחררות (ע"א 4893/14 זועבי נ' מדינת ישראל, פסקאות 45-46 (3.3.16)); בג"ץ 6133/14 גורביץ נ' כנסת ישראל, פסקה ס"ג (2015); ברק-ארז ג, בעמ' 237; ג' שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית פרק 6 (תש"ס); וראו על המתח בין דיני החוזים והמשפט המינהלי: עע"ם 3081/10 תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ נ' מועצה אזורית חוף

אשקלון, פסקאות י"ח - כ"א (2011)), כך שתוקפן של התחייבויות חוזיות של הרשות המינהלית, המגבילות החלטות עתידיות, כפופות להכרה בכוחה של הרשות להשתחרר מחוזה כאשר האינטרס הציבורי מחייב זאת.

קט. לשיטת הצדדים – כפי שהובהר הן על-ידי המדינה בתגובתה והן על-ידי חברות הגז במעמד הדיון – פסקת היציבות, כחלק ממתווה הגז, עולה כדי הבטחה מינהלית, ולא כדי חוזה. נרחיב איפוא מעט על מסגרת נורמטיבית זו.

קי. כארבעה עשורים חלפו מאז הוכרה דוקטרינת ההבטחה המינהלית בשיטת משפטנו. בפסק הדין בעניין סאי-טקס, קבע השופט ברנזון, בפשטות ראויה לציון, כך:

"המצב הוא פשוט וברור ואינו מעורר שום קושי. ניתנה הבטחה ואין סיבה שלא לקיימה ככתבה וכלשונה... כלל גדול הוא שרשות ציבורית חייבת לכלכל את מעשיה בתום-לב, כלומר לנהוג ביושר ובהגינות ביחסיה עם האזרח. ואם במישור הפרטי, לפי סעיפים 12 (א) ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, חייב אדם, במשא-ומתן לקראת כריתת חוזה ובקיום של חיוב הנובע מחוזה. לנהוג בתום-לב, רשות ציבורית בענינים שבינה לבין האזרח לא-כל-שכן" (בג"צ 135/75 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, ל(1) 673, 676 (1975) (להלן עניין סאי-טק)).

קיא. בהמשך נתחמה ההלכה ונקבעו גדרותיה, וכיום ניתן לראות הבטחה מינהלית כתקפה ואת הרשות כמחויבת לקיימה, אם עומדת היא בחמשת התנאים המצטברים הבאים: ראשית, ההבטחה ניתנה בסמכות; שנית, הייתה כוונה ליתן הבטחה בעלת תוקף משפטי; שלישית, ההבטחה מפורשת; רביעית, היא בת ביצוע; חמישית, אין צידוק חוקי לשנות את ההבטחה או לבטלה (בג"צ 594/78 אומן מפעלי סריגה בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתיירות, פ"ד לב(3) 469, 474 (1978); בג"צ 142/86 "דישון" כפר שיתופי להתיישבות חקלאית נ' שר החקלאות, פ"ד מ(4) 523, 528-530 (1986); בג"צ 585/01 קלכמן נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נח(1) 694, 706-707 (2003); וראו גם אלכס שטיין "הבטחה מינהלית" משפטים י"ד 255, 270 (תשמ"ה)).

קיב. דהיינו, בסיס ההבטחה המינהלית, מחזיר אותנו, מטבע הדברים וכמפתח משפטי, לשאלת הסמכות. ויודגש, ונדמה כי הדברים מובנים מאליהם, כי מדובר בסמכות על-פי דין, ואין די בהסכמה בין הרשות לבין הפרט כדי לפתור היעדרה של הסמכה חוקית (בג"ץ 1635/90 יוסף ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, מר יצחק שמיר, פ"ד מה(1) 749, 848-849 (1991); בג"צ 1640/95 אילנות הקריה בע"מ נ' ראש עיריית

חולון, פ"ד מט(5) 582 (1996); בג"ץ 816/98 אמינוף נ' אלטלף פ"ד נב(2) 769, 809 (1998); בג"צ 4156/95 עיזבון המנוחה לילי דנקנר ז"ל נ' מנהל רשות העתיקות פ"ד נב(4) 774 (1998); ברק-ארז ג, בעמ' 261-262). ואכן, לא אחת דחה בית משפט זה טענות בדבר קיומה של הבטחה מינהלית, משנמצא כי הגורם שנתן את ההבטחה הלכאורית, עשה כן בחוסר סמכות (בג"צ 594/78 אומן מפעלי סריגה בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתיירות, פ"ד לב(3) 474, 469 (1986); בג"צ 714/06 זיו נ' ראש אגף התקשוב בצה"ל, פסקה י' (2007); עע"מ 4897/06 בוקובזה נ' עיריית ירושלים, פסקה 15 לפסק דינו של השופט פוגלמן (2008); בג"צ 3579/08 שבתאי שבו נ' צבא ההגנה לישראל (2008); ע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד סג(2) 1, 68-67 (2009); ע"א 9073/07 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פסקה 32 לפסק דינה של השופטת חיות (2012); ע"א 739/13 בן ציון נ' המועצה המקומית אבן יהודה, פסקה י"א (2014)); ואולם, בית המשפט עלול להידרש לפתרונויות שונים, אשר יתנו מחד גיסא משקל לכך שאין מדובר בהבטחה מינהלית כהלכתה, ומאידך גיסא לחובתה הכללית והברורה של רשות מינהלית לנהוג בהגינות ולהימנע ממתן הבטחות ללא כיסוי (בג"צ 9634/08 מועצה אזורית חוף השרון נ' שר הפנים, פסקאות 29-30 לפסק דינה של השופטת ארבל (2009); ע"א 9073/07 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פסקה 39-40 לפסק דינה של השופטת חיות (2012); ע"א 739/13 בן ציון נ' המועצה המקומית אבן יהודה, פסקה י"ב (2014)).

קיג. כאשר נמצא כי ההבטחה ניתנה בסמכות, מאפשרים דיני ההבטחה המינהלית – בדמיון מסוים להלכת ההשתחררות החוזית עליה עמדנו מעלה – שינוי ההבטחה או חזרה ממנה, בעיקר נוכח קיומו של "צידוק חוקי" או "טעם ענייני סביר" המצדיקים חזרה מן ההבטחה (עניין סאי-טקס, בעמ' 676; בג"ץ 250/78 דניאל אביוב נ' שר החקלאות, פ"ד לב(3) 742, 747-748 (1978); ע"א 3604/13 מנהל רשות המסים נ' יגאל צבי אייזינגר, פסקה 18 לפסק דינו של השופט מזוז (2015)). אולם, ברי כי אפשרותה של הרשות לחזור בה מהבטחה שניתנה אינה בלתי מוגבלת, ויתכן כי חזרתה מאותה הבטחה, נוכח הסתמכות מושא ההבטחה, תעלה כדי חוסר סבירות בנסיבות המקרה; כך, שכן "עצם ההכרה בכך שהחלטות שלטוניות אינן סופיות אין פירושה כמובן שהרשות השלטונית רשאית בכל עת ובכל תנאי לשנות מהחלטותיה. סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד" (שם, בפסקה 19 לפסק דינו של השופט מזוז (2014); וראו גם בג"ץ 3406/91 בבלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(5) 1, 10-11 (1991)). בנוסף, אין לכחד, כי יתכן שהחשש מפני ההשלכות של הפרת הבטחה או ההסכם יהיה שיקול משמעותי בהחלטת הרשות המינהלית האם להשתחרר מן ההתחייבות, ובשיקול זה כשלעצמו יהא כדי לכבול את שיקול דעתה במידת מה. ואולם, מטבע הדברים, עדיין

נותר לרשות גם בכגון דא מרחב שיקול דעת רחב מזה המוקנה לה במצב בו היא מתחייבת, מעיקרא, שלא להפעיל את שיקול דעתה, התחייבות שכאמור אין הרשות מוסמכת להעניק ולכן אינה עולה כדי הבטחה מינהלית מחייבת. נציין בהקשר זה, כי לא נעלמה מעינינו חוות הדעת המשפטית האמריקנית שהוגשה על-ידי המדינה בדבר ההשלכות שעלולות – או שלא עלולות – להיות לשינוי מדיניות עתידי בבחינת הדין הבינלאומי; וכן ראו בהקשר זה המאמר אליו הפנה עו"ד מיכאלי – Todd J. Grierson- Weiler and Ian A. Laird *Standards of Treatment The Oxford Handbook of International Investment Law* 259 (Edited by Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, 2008); אולם משהגענו לתוצאה אליה הגענו, ועל כך להלן, איננו מוצאים להידרש לשאלת השלכות הדין הבינלאומי על המקרה נשוא ענייננו.

קיד. ושעמדנו על אלה, נחזור לענייננו שלנו, ונשאל – האם הייתה הממשלה מוסמכת לקבוע את פסקת היציבות במסגרת החלטת הממשלה?

פסקת היציבות בהחלטת ממשלה 476

קיה. כפי שצוין בראשית הפרק, פסקת היציבות מעניקה לחברות הגז יציבות בשלושה נושאים קונקרטיים: האחד, תחום המס, בהמשך לחקיקתו של חוק מיסוי רווחי נפט; השני, מכסות הייצוא, כפי שנקבעו בהחלטת ממשלה 442; והשלישי, תחום ההגבלים העסקיים, כפי שנקבע במתווה עצמו, מתוקף סמכות השר לפי סעיף 52 לחוק. באשר לשלושת התחומים הללו נקבעה הוראת יציבות דומה:

“הממשלה לא תיזום שינויים מהותיים בנושאים האמורים. הממשלה אף תתנגד להצעות חוק פרטיות בעניינים אלה ככל שאלה יבקשו לבצע שינויים כאמור. אם יאושר חוק שתחילתו בהצעת חוק פרטית המהווה שינוי מהותי כאמור, למרות התנגדות הממשלה, אזי הממשלה תקדם, בסמוך לאחר מכן, הצעת חוק ממשלתית לביטול השינוי המהותי” (זהו הנוסח המתייחס לתחום מכסות הייצוא ותחום ההגבלים העסקיים בסעיף 5(ג) כאמור; נוסח דומה נקבע כאמור ביחס לתחום הפיסקלי בסעיף 5(א)).

ובהמשך, כל עוד יעמדו החברות בתנאים שנקבעו במתווה, מובטח להן כי היציבות תישמר למשך עשור מיום קבלתה של החלטת הממשלה (סעיף 6(א)).

קיו. העותרות טוענות כאמור, כי פסקת היציבות, באופן בו נוסחה, כובלת את שיקול דעתה של הממשלה והממשלות הבאות אחריה באופן שאינו עולה בקנה אחד עם

הכלל האוסר כאמור על כבילתו של שיקול הדעת המינהלי. המדינה טוענת, מנגד, כי הדבר מצוי בסמכותה הטבועה של הממשלה כרשות מבצעת; ומכל מקום מדובר בהבטחה מינהלית שתוכל הממשלה או זו שלאחריה לחזור ממנה, בהתאם להלכות שנקבעו בבית משפט זה. המדינה גם מפנה לשתי החלטות ממשלה דומות – לשיטתה – אשר גם בהן נקבעו מעין תניות יציבות, ועל כך בהמשך. חברות הגז סבורות, כי פסקת היציבות נדרשת נוכח חוסר הודאות הרגולטורי בישראל והצורך למשוך השקעות בינלאומיות; עוד הובהר – אם לא למעלה מזה – בהקשר זה, כי שינוי הוראות היציבות הרגולטורית על-ידי בית משפט זה, ישמוט את הבסיס מתחת למתווה כולו.

כפי שצינו מעלה, ענייננו בתניית יציבות מסוג הקפאה חלקית; דהיינו, במסגרתה מבקשת הממשלה להקפא את הרגולציה הקיימת החלה על חברות הגז, בשלושה תחומים קונקרטיים – פיסקלי, מכסות הייצוא וההגבלים העסקיים – למשך תקופה של עשור. במאמרו, מתייחס ד"ר יואב פלדמן מחטיבת המחקר בבנק ישראל לפסקת היציבות, ומציין כי "אמנם רצוי שהסביבה העסקית-רגולטורית תהיה יציבה, אך התחייבות משפטית של הממשלה שלא לשנות את הכללים בענף למשך שנים ארוכות עלולה לפגוע ביכולתה לנהל את משק הגז לנוכח שינויים שעשויים להתרחש בו" (י' פלדמן מדיניות הממשלה בענף הפקת הגז הטבעי: שבע שנים לאחר תגלית 'תמר' 14-15 (בנק ישראל – חטיבת המחקר, מרץ 2016)).

קיז. עוד נביא בהקשר זה את דבריו של עו"ד אבי ליכט, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (עניינים כלכליים-פיסקליים), אשר לקח חלק בצוות קנדל שגיבש כאמור את המתווה וכן הופיע לפנינו כנציג הבכיר מטעם היועץ המשפטי לממשלה, אולם בעבר הלא רחוק השמיע עמדה שונה ביחס לאפשרות השימוש בתניות יציבות, בשתי הזדמנויות מרכזיות. אין לי ספק ביושרתו, ובכך שדבריו שיקפו את אמונתו בכל מקרה רלבנטי, אך ראוי להביאם בהקשר המשפטי.

כך, בחוות דעת שהוגשה לבחינת המדיניות הפיסקלית הנהוגה בישראל בתחום חיפושי הנפט והגט הטבעי ביום 3.1.10, כתב עו"ד ליכט כך:

"היזמים בעולם מנסים לקנות 'יציבות' בעיקר באמצעות חוזים הכוללים תניות הכובלות את שיקול דעתן של המדינות ומונעות מהן לשנות את ההסדרים הפיסקאליים. כאמור, חוזים אלה נהוגים בדרך כלל במדינות מתפתחות. במדינות מפותחות, ובעיקר מדינות החברות ב-OECD, סעיפי יציבות כאלה אינם מקובלים.

זאת, כיון שמדינות מפותחות מסרבות לכבול את שיקול דעתם של המחוקקים" (שם, בעמ' 27).

בנוסף, בחוות דעת שהוגשה לחברי הוועדה לבחינת המדיניות לגבי חלק המדינה המתקבל בעד השימוש של גורמים פרטיים במשאבי טבע לאומיים ביום 15.5.14, כתב המשנה ליועץ המשפטי כך:

"פרשנות של מי"ה [מפעלי ים המלח – א"ר] לפיה שטר הזיכיון חוסם את המס המוצע על ידי הוועדה מבקשת למעשה לראות בשטר הזיכיון כ'הסכם יציבות' לגבי משטר המס שיחול עליה ('stability clause'). פרשנות כזו של שטר הזיכיון, אם תתקבל, מביאה את המציאות המשפטית החלה בין המדינה ובין מי"ה למציאות המאפיינת חלק מן המדינות המתפתחות המאופיינות במערכת משפט שאינה יציבה. במדינות מתפתחות מעין אלה ניתנו לגורמים העוסקים בפיתוח ובהפקה של משאבי הטבע 'הסכמי יציבות' מן הסוג שאליו מכוונת מי"ה. אלה התנו על סמכותה של המדינה לשנות אמ מדיניות המס שלה תוך מתן הטבות מפליגות לאותם גורמים. מדינות המערב ובכלל ישראל מסרבות לפעול בדרך זו המביעה חוסר אמון בשיטה הדמוקרטית וכובלת ממשלות ופרלמנטים לשנים רבות. לא ניתן לקבל פרשנות כזו המציבה את ישראל בחזית אחת עם מדינות העולם השלישי" (שם, בעמ' 34-35).

דבריו של המשנה ליועץ המשפטי בשתי ההזדמנויות עולים בקנה אחד עם שאמרנו בפרק המבוא לחלק זה, כי תניית יציבות היא, ככלל, נחלתן של מדינות מתפתחות, בעוד שמדינות מפותחות אינן מציעות אותה למשקיעים, בין היתר מהסיבה העולה מדבריו כאן – שתניית יציבות "מביעה חוסר אמון בשיטה הדמוקרטית וכובלת ממשלות ופרלמנטים לשנים רבות". יוער לשם ההגינות, כי הדברים נאמרו, בחוות דעתו הראשונה, בהקשר החוזי, ואילו בחוות דעתו השנייה, בהקשר של זכיונות. ואולם, אף שיתכן שיש הבדל משפטי מסוים בין השניים לבין החלטת ממשלה כבענייננו, נדמה כי הרציונל נותר זהה, נוכח חלותם של עקרונות יסוד במשפט המינהלי על כל סוגי ההתחייבויות בהן נקשרת הרשות (ראו מעלה, למשל, לעניין חוזה רשות אל מול הבטחה מינהלית).

ק"ח. היועצת המשפטית של ועדת הכלכלה של הכנסת, עו"ד אתי בנדלר, בחוות דעתה לוועדה מיום 20.7.15 לעניין המתוה הקונקרטי, אמרה את אלה (ויוער מנגד, כי הכנסת עצמה בתגובתה לעתירות נשוא העניין לא מצאה להגיב לגוף טענת היציבות):

"מטבע הדברים, כל יזם, באשר הוא, מעוניין להבטיח לעצמו סביבה רגולטורית יציבה, אלא אם כן מדובר בשינוי רגולטורי המקל או מיטיב עמו. הדברים מקבלים משנה תוקף ככל שהסכומים שיזם משקיע משמעותיים יותר. אבל, עקרון יסוד במשפט המינהלי הוא איסור על כבילת שיקול הדעת של הרשות המינהלית" (שם, בעמ' 2).

ובהמשך:

"הוראות היציבות בניסוחן המוצע, שאין ספק כי הן חריגות ביותר, משנות את האיזון העומד בבסיס הכללים לחזרה מהבטחה מינהלית, ומעניקות מראש משקל גדול יותר לאינטרסים של היזמים. הוראות אלה מביאות לכך שהרף להוכחת הצידוק החוקי לחזרה מההבטחה עלול להיות גבוה עד גבוה מאוד. מכאן שאין ספק שיש בהוראות אלה אפקט מצנן והגבלה משמעותית על יכולת הממשלה לפעול בסטייה מהמתווה במשך תקופה ארוכה מאוד שלגביה הובטחה יציבות רגולטורית" (שם, בעמ' 4; הדגשה במקור – א"ר).

אשר להגבלת הרשות המחוקקת, ציינה עו"ד בנדלר כך:

"למרות שעל פניו הוראות היציבות שבמתווה אינן מגבילות את שיקול הדעת של המחוקק, אלא רק של הממשלה, בפועל התנגדות הממשלה להצעת חוק פרטית מסכלת במידה רבה מאוד את יכולת חברי הקואליציה בכנסת לחוקק, אם בכלל. למעשה יש כאן כבילה כמעט מוחלטת של יכולת המחוקק לחוקק, ולפיכך טענה כאילו לא מדובר בהוראת היציבות האמורה בכבילת שיקול הדעת של המחוקק יש בה משום היתממות" (שם, בעמ' 6).

ק"ט. ומשעמדנו על עיקר הדברים, הגיעה עת ההכרעה, ואנו נדרשים אליה בדחילו וברחימו בהכרת המונח בכף, ובמישור המשפטי, בלא הבעת דעה על המתווה לגופו, כפי שכבר ציינו. סבורני, כי תניית היציבות, באופן בו עוצבה, מפרה במובהק את הכלל האוסר על כבילת שיקול הדעת המינהלי. עלינו להביט אל מהות הדברים. הרצון ביציבות רגולטורית, אמיתי ככל שיהא, אין בו כדי לשנות כללי יסוד בשיטת המשפט הישראלית וליתן בידי הממשלה כוח שאינו נתון לה מעיקרא. אכן, כפי שציינה המדינה בתגובתה ובדיון, "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה" (סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה), ומכאן סמכותה לקבל החלטות ולבצען. אולם כפי שציינו מעלה, כאשר מוקנית לרשות סמכות בחוק, הסמכות מקימה בצידה חובה – חובת הפעלת שיקול הדעת; ובפשטות, אין בסמכותה של הממשלה להחליט שלא להחליט. לטעמי, הדברים

אמורים ביתר שאת כאשר מדובר בנושא המצוי – יהיו הסיבות אשר יהיו – במחלוקת פוליטית של ממש, וכאשר הרשות המבצעת מבקשת לכבול את שיקול דעתה של ממשיתכה, אשר ייתכן שהרכבה והאידיאולוגיה שבה היא מחזיקה, יהיו שונים משל זו הנוכחית; לשון אחר, הדבר עלול לעלות כדי כבילת שיקול דעתה של הממשלה הבאה בנושאים העומדים במרכז השיח הפוליטי, תוך חיוב הממשלה לפעול בניגוד למטרות ששמה לעצמה לקדם ולשמן נבחרה. הקושי המובנה מדבר בעדו.

קכ. יתרה מכך, סבורני כי יש ממש בטענת העותרות שהוראות המתוה כובלות לא רק את ידיה של הממשלה – ושל הממשלות העתידות לבוא – אלא גם את ידיה של הרשות המחוקקת. הוראות המתוה קובעות, כאמור, כי הממשלה תתנגד לכל הצעת חוק פרטית שתועלה בכנסת, וכן תיזום הצעת חוק נגדית במקרה שהצעת החוק הפרטית תעבור. מדובר בהגבלה ממשית של יכולתה של הרשות המחוקקת לחוקק – ראשית, במציאות הפוליטית הישראלית, הצעת חוק אשר נתקלת בהתנגדות ועדת השרים לענייני חקיקה, דהיינו התנגדות הממשלה, סיכוייה לעבור אינם גבוהים; משהמתוה נשוא ענייננו קובע מראש, מבלי בחינתן של הצעות החוק לגופן, כי הממשלה תתנגד להצעות החוק הללו, יש בכך, בפועל, כדי לכבול במהות את שיקול דעתה של הכנסת נוכח המשמעת הקואליציונית המופעלת פעמים רבות, במיוחד כאשר מדובר בנושאים רגישים מבחינה פוליטית. יאמר האומר, הלא הכנסת ריבונית ותוכל לחוקק חרף ההתחייבות; להלכה כן, אך למעשה – כאמור – ההגבלה קיימת בעליל. בהמשך לכך, קשה להלום את טענת המדינה בהקשר זה, לפיה סוגית המשמעת הקואליציונית היא סוגיה פוליטית ולכן אין מקום להתערבות בית המשפט. מדובר בחלק משיטת הממשל, במרקם היחסים בין הממשלה לכנסת, ואילו התעלמנו מכך היה הדבר מוביל לתוצאה בלתי חוקית, ה"רוכבת" על תשובות טכניות ולא מהותיות.

בנוסף, התחייבותה של המדינה ליזום הצעת חוק נגדית, במקרה בו תצליח הכנסת לחוקק חוק שהחל כהצעת חוק פרטית, כובלת עוד יותר את ידי הכנסת – כאמור, בשיטה הישראלית לקואליציה רוב בבית הנבחרים, וכאשר מעוניינת היא – קל וחומר, כאשר היא מתחייבת – "ליזום הצעת חוק נוגדת", סבירות גבוהה כי גורלה נחרץ מראש. ער אני לעובדה שהממשלה אינה מתחייבת להעביר את הצעת החוק הנוגדת אלא אך ליזום אותה, אולם סבורני, בנסיבות, שהרציונל נותר זהה. גם כאן, העובדה כי מדובר בהתחייבות מראש וללא הותרת מקום להפעלת שיקול דעת, משמעה, הלכה למעשה, כבילת שיקול הדעת של הרשות המחוקקת, בנוסף לזה של הרשות המבצעת.

קכא. המדינה אינה נותנת מענה ממשי לטענות בדבר כבילת שיקול הדעת, אלא טוענת כי בבוא היום תוכל לחזור בה מההחלטה, מעין פרפרזה מודרנית על דבריו בשעתו של ראש הממשלה המנוח לוי אשכול, שאולי נאמרו כדרכו בהומור: "הבטחתי אבל לא הבטחתי לקיים" (ראו י' גולדשטיין אשכול 499 (2003)). אלא שמלבד הפגם המוסרי-ציבורי שברמז לכגון דא, ואף אם נניח כי אין הכוונה לכך כל עיקר, יכולתה של הרשות לשנות מהבטחה שניתנה, נוכח צידוק חוקי או שינוי נסיבות בהתאם לשנקבע בפסיקה – וכאמור, מעיקרא מדובר באפשרות מוגבלת – עניינה בהבטחות מינהליות בהן הודיעה הרשות על האופן בו תפעל, או תממש את מדיניותה; ובהתאם, יתכן כי עם שינוי הנסיבות תבקש לשנות מדיניותה ולפעול אחרת. אלא שאין זה המקרה נשוא ענייננו. כאן, אין הרשות מתחייבת לפעול באופן מסוים, אלא שלא לפעול. דהיינו, המדינה מתחייבת מראש להתפרק משיקול דעתה השלטוני, והתחייבות אשר כזו אינה יכולה לעמוד. יתכן שכוונתה של הממשלה רצויה, אך כדברי ספר הכוזרי לר' יהודה הלוי (מהדורת יהודה אבן שמואל תשנ"ד, א'), "כוונתך רצויה אך מעשך אינו רצוי". רוצה לומר, גם אם המתווה הוא רצוי ומועיל או המירב שניתן להשיג לשיטת הממשלה, הדרך אינה מתקבלת משפטית, ועל כן ברצות הממשלה לאשר את המתווה בכללותו עליה לפנות לדרך חקיקה, ההסדר הראשוני, ועל כך יורחב בהמשך.

קכב. נידרש עתה לשתי טענות קונקרטיות שמעלה המדינה לעניין הסמכות: תחילה טוענת היא, כי אין חולק שבסמכותה היה להתקשר עם חברות הגז באופן חוזי, במסגרת חוזי Build Operate Transfer – BOT; דהיינו, מתן חזקה לחברות הגז במאגרים לתקופה ארוכה, אשר לאחריהן תוכל המדינה להחזיר אליה את החזקה במאגרים, לאחר שאלה פותחו על-ידי החברות. לטענת המדינה, היה בחוזים מעין אלה כדי לכבול בפועל את שיקול דעתה באופן רחב יותר מאשר ענייננו, נוכח הקונסטלציה החוזית לעומת הקונסטלציה של הבטחה מינהלית; מכאן, נוכח סמכות הממשלה להתקשר בחוזה כאמור, ומקל וחומר, יש לראות בתניית היציבות בהחלטת הממשלה כזו שנקבעה בסמכות.

קשה להלום טענה זו של המדינה. ראשית, מבלי להרחיב מעבר לנדרש בשלב זה, אסתפק בציון כי מעיקרא, הנחת המדינה לפיה באפשרותה לאסדר את תחום הגז הטבעי בכללותו במסגרת חוזי BOT ארוכי טווח עם חברות פרטיות, אינה חפה מקשיים, ומכל מקום בודאי אין מדובר, כטענת המדינה, בטענה שאין עליה מחלוקת; מבלי להקל ראש כמובן בפרויקט מנהרות הכרמל שנעשה באמצעות חוזה BOT ואליו, בין היתר, משוה המדינה את ענייננו, ברי כי אין הדבר זהה, או דומה כל עיקר, לאסדרת תחום הגז הטבעי בכללותו, הן בחשיבות הנושא במישור הלאומי ומורכבותו, הן

בסכומי הכסף בהם מדובר והן בכך שהגז הוא משאב טבע מתכלה, להבדיל מכבישים אשר יוכלו לעבור לחזקת המדינה כמות שהם, לערך, גם כעבור תקופה ארוכה.

שנית, כפי שצינו מעלה, חוזים עליהם חתומה המדינה כפופים הן למשטר הנורמטיבי של דיני החוזים והן לזה של המשפט המינהלי; ומכאן, כי גם בחוזים אלה לא ניתן יהיה לטעמי לקבל תצורה חוזית המונעת מן המדינה להפעיל את שיקול המדינה בהתאם לשינוי הנסיבות. ודוק, אינני מוצא להידרש, לעת זו, לטענות המדינה לפיהן היה בקונסטלציה של חוזה כדי לייצר התחייבות משמעותית יותר מצידה מאשר בהבטחה מינהלית; אסתפק בציון שהבחנה בדין הישראלי בין שני סוגי ההתחייבויות אינה הרמטית, וכך גם ההכרה במידת ההסתמכות השונה, אם בכלל, של מושא ההתחייבות בכל אחד מהם (ראו למשל ע"א 2553/01 ארגון מגדלי הירקות – אגודה חקלאית שיתופית נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 481, 489-490 (2005); ע"א 9073/07 מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון נ' אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ, פסקה 32 לפסק דינה של השופטת חיות (2012); ברק-ארז ג – בעמ' 322-325). לכך יש להוסיף שהחלטת הממשלה בענייננו עוצבה במידה רבה בדומה לחוזה של ממש, לאחר משא ומתן בין המדינה לחברות הגז, ויתכן – מבלי לטעת מסמרות, כמובן – שלדבר יהיו השלכות בבחינת ההסתמכות בעתיד.

קכג. אשר להחלטות הממשלה הנוספות שמביאה המדינה לביסוס טענותיה: המדינה מפנה לשתי החלטות בהן יש, לפי הנטען, פסקאות יציבות דומות לענייננו. הראשונה, החלטה מספר יקר/13 של ועדת שרים לענייני יוקר המחייה, הריכוזיות ועידוד התחרותיות במשק מיום 28.7.14, אשר קיבלה תוקף של החלטת ממשלה ביום 7.8.14 ומספרה 1960 (להלן ההחלטה הראשונה); השניה, החלטה 4060 מיום 1.1.12 בדבר פרויקט הגנות הקבע בים המלח, מימונו וביצועו, והגדלת התמלוגים המשולמים למדינה (להלן ההחלטה השנייה). אכן, במסגרת שתי החלטות, יש התחייבות ממשלתית מסוימת ליציבות רגולטורית. אלא, שאין הנידון דומה לראיה: ראשית, מדובר בתניות יציבות רכות משמעותית מאשר בענייננו. כך למשל, בהחלטה השנייה נקבע, כי "הממשלה לא רואה צורך, לעת הזאת, בביצוע שינויים נוספים במדיניותה הפיסקאלית... ועל כן, לעת הזאת, לא תיזום וכן תתנגד, לפי הענין, להצעות חוק בעניין זה..." (ההדגשות הוספו – א"ר); די באמור כדי להבחין בהבדל הניכר שבין ענייננו, ובו כבילה נוקשה לתקופה של עשור (אם לא למעלה מזה), לבין נושא ההחלטה השנייה ובו כבילה "לעת הזאת", מינוח מרוכך במידה ניכרת, המשאיר מקום לשיקול דעת ולהתאמת המדיניות לצרכי השעה המשתנים; מה גם שמדובר בתחום הפיסקלי בלבד, ולא במכלול רחב כבנידון דידן. שנית, ונראה כי כאן זו עיקר – למיטב ידיעתנו, שתי

החלטות הממשלה לא עברו ביקורת שיפוטית, ומכאן שאין בעובדה כי נקבעו בשעתו על-ידי ממשלת ישראל, כדי להכשיר את פסקת היציבות במתווה הנוכחי.

קכד. אם כן, די באמור לביסוס הטענה כי פרק י' במתווה שעניינו סביבה רגולטורית יציבה נקבע בחוסר סמכות, בניגוד לכלל הבסיסי בדבר איסור על כבילת שיקול הדעת, ומכאן שאינו יכולה לעמוד. אוסיף מעבר לצורך, כי תמוה הפער הבא במישור הקוסנפטואלי – מחד גיסא קובעת הממשלה במסגרת המתווה, בהקשר הפקת הגז, כי "בעת קביעת כללי האסדרה ישאף המאסדר להתאים את האסדרה, במידת האפשר, לסטנדרטים המקובלים במדינות ה-OECD בהן מתקיימת תעשיית נפט וגז" (סעיף 7.5 בפרק י'); ומאידך גיסא מבקשת היא להתחייב מול חברות הגז בתניית יציבות, אשר אינה נהוגה בקרב מדינות ה-OECD אלא במדינות מתפתחות, והדברים אף עולים כאמור מפיו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה. נדמה, כי אם מבקשת המדינה להשוות עצמה לסטנדרטים של העולם החופשי הנהוגים במדינות המפותחות – בהקשר בו עסקינן ובכלל – תיטיב לעשות אם תנהג כך באופן הרמוני, ותימנע מהחלת סטנדרטים משפטיים שאינם הולמים אותן מדינות מפותחות, וכאמור אינם עולים בקנה אחד עם שיטת משפטנו.

למעשה, המדינה מבקשת בנסיבות שנמתח את קו הגבול; שנגמיש את עקרונות המשפט המינהלי, נוכח חשיבות המקרה שלפנינו והצורך הממשי ביציבות רגולטורית, המשתקף לפי הנטען גם במקומה הנמוך של ישראל במדדים בינלאומיים. אלא שגבולות, מעצם טבעם, נועדו לתחום את "זירת המשחק"; דהיינו גם כאשר הצורך דוחק, מצביעים הגבולות על המותר והאסור; בל נמצא עצמנו, מתוך רצון כן ואמיתי לפתור את הבעיה הקונקרטית שלפנינו, שאין להקל בה ראש והיא טעונה פתרון ראוי, מחוץ לגבולות שמציבה שיטת משפטנו בגדרי הדמוקרטיה.

קכה. נוכח האמור, אציע לחבריי לקבוע כי פסקת היציבות שבמתווה הגז נקבעה בחוסר סמכות ומכאן דינה בטלות, שאליה אדרש בהמשך; לשון אחר – הצדדים סבורים כי מדובר בהבטחה מינהלית, אך מדובר בהבטחה שנתנה הממשלה בחוסר סמכות ולכן משוללת תוקף, במישור המשפט המינהלי. נזכור, כי עמדת המדינה (פסקה 352 לתגובתה לעתירות), והדבר הובלט על-ידי ראש הממשלה ושר הכלכלה לפנינו, היא כי היציבות היא תנאי הכרחי למתווה; על כן, ביטול הפרק המהותי פירושו ביטול המתווה. כך גם בעמדת המשיבות האחרות. ואטעים שוב: אין בכך כדי להביע דעה, בודאי לא בלתי חיובית, על מתווה הגז כשלעצמו, ואולי הוא פרי לית ברירה או תוצאת

משא ומתן שלא לנו להביע דעה על טיבו ותבונתו; עסקינן בשאלה המשפטית של סמכות.

קכו. לסיכום עד כאן: נוכח כל האמור דומה איפוא, כי השימוש שנעשה בסעיף 52 מטעמי חוץ וביטחון נעשה בסמכות ובסבירות; והדברים נכונים, גם אם לא בלי קושי, בשאלות המיסוי, הפיקוח על המחירים והייצוא, כל אחת כשלעצמה; אך באתי לכלל מסקנה כי פסקת היציבות שבפרק י' נקבעה בחוסר סמכות, ומכאן דינה בטלות. על פני הדברים, משנבחנו עיקר פרקי המתוה, מלאכתנו השיפוטית יכולה הייתה להסתיים באמירה זו. אלא שלטעמי, שאלה נפרדת היא האם אין בכל החלקים יחד, לעלות כדי הסדר ראשוני המצריך חקיקה ראשית, בגדר השלם הגדול מסך חלקיו, וכי הממשלה חרגה מסמכותה משלא פסעה בנתיב זה. אפנה לבחון שאלה זו כעת.

פרק ו': שאלת ההסדרים הראשוניים

קכז. כנודע, לפי כלל ההסדרים הראשוניים, הסמכת המינהל לחקיקת משנה או להוראות מינהל היא הסמכה לקביעתם של הסדרים משניים, ועל הסדרים ראשוניים, הקובעים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים, להיקבע בחוק של הכנסת. פסק הדין שהתוה את הדרך ולאורו פסע בית משפט זה הוא בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998) (להלן עניין רובינשטיין), שעניינו דחיית גיוס בני ישיבות ש"תורתם אומנותם". נקבע שם:

"כלל בסיסי של המשפט הציבורי בישראל קובע, כי מקום שפעולת שלטון מעוגנת בתקנה או בהוראת מינהל, מן הראוי הוא כי המדיניות הכללית ואמות-המידה העקרוניות המונחות ביסוד הפעולה יעוגנו בחקיקה ראשית שמכוחה הותקנה התקנה או נעשתה הוראת המינהל. בלשון 'טכנית' יותר קובע הכלל הבסיסי, כי 'הסדרים ראשוניים' הקובעים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים - צריכים להיקבע בחוק של הכנסת, ואילו התקנות או הוראות המינהל צריכות לקבוע אך 'הסדרים משניים'" (שם, בפסקה 19 לפסק דינו של הנשיא ברק).

כלל ההסדרים הראשוניים מיוסד בעיקרו על שניים. הראשון, עקרון הפרדת הרשויות העומד ביסוד משטרנו הדמוקרטי: המחוקק יהא אמון על החקיקה, הממשלה על ביצוע החוק, ובית המשפט יעביר תחת שבט ביקורתו את פעולות המינהל. ואולם, "צירוף התיבות 'הפרדת הרשויות' אינו מעיד על תוכנו במלואו. הלוז פֶּעִיקָר זה אינו ב'הפרדת הרשויות' - הפרדה בין הרשויות, באשר הפרדה היא - אלא בביזור כוחות וסמכויות

בין רשויות שונות ונפרדות; שבעיקרי הדברים הרשות המחוקקת תחוקק, ואך ורק תחוקק: לא תבצע ולא תשפוט; הרשות המבצעת תבצע – לא תחוקק ולא תשפוט; והרשות השופטת תשפוט – לא תחוקק ולא תבצע" (בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763, פסקה 13 לפסק דינו של השופט, כתארו אז, חשין (1999)). בפועל עקרון הפרדת הרשויות אינו מיושם באופן הרמטי, ולוא מטעמים מעשיים (בג"ץ הייצוא, בפסקה ו'). כך היה מקדם במדינות שונות, וכבר שעה שנכתב "רוח החוקים" של מונטסקיה ב-1748 לא היתה הפרדה מלאה, וכל מלים אך למותר. ואולם, ליבת עקרונות ההפרדה, שמשמעם איזון בין "מלכות לכהונה" אם ניטול מינוח שאול ממקורותינו (ראו למשל משנה אבות ו', ה'), שרירה וקיימת, שאם לא כן יינתן לממשלה, שהיא בפועל החזקה מביין הרשויות במובני היום יום, לעשות כרצונה, והדמוקרטיה מה יהא עליה. אמנם במונחי הספר הבולט הפדרליסט יש שויון בין הרשות המבצעת (מחזיקת החרב) ובין הרשות המחוקקת (מחזיקת הארנק), ונזכיר לשלמות התמונה כי לפי הספר הרשות השופטת היא החלשה משלושתן במונחי "הארנק והחרב" (בפרפראזה לדבריו של Alexander Hamilton, James Madison & John Jay, *The Federalist Papers* 467-468 (Clinton Rossiter ed. 1961), שהובאו על ידי הנשיא ברק בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 427 (1995); ובעברית בספר הפדרליסט מאת אלכסנדר המילטון, ג'ימס מדיסון וג'ון ג'יי, מבוא רות גביזון ואלון שפירא, עורכת יעל חזוני, תרגום אהרון אמיר, במס' 78 עמ' 388 (תשס"ב)). ואולם, במציאות החיים ברור כוחה הרב של הממשלה; ראו גם פסקה קכ"ט להלן. הקומיקאים ואנשי הסאטירה היידיים דז'יגאן ושומאכר מסבירים באחד המערכונים את ההבדל בין דמוקרטיה לדיקטטורה; דיקטטורה היא כשהעם אינו יכול לומר דבר והממשלה עושה כרצונה, ודמוקרטיה היא כשהעם יכול לומר את שירצה, ועדיין הממשלה עושה מה שברצונה.

קכח. השני, מהותה של הדמוקרטיה. הדמוקרטיה הישראלית – ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית לפי משטרה, הכרזת העצמאות וחוקי היסוד של הזכויות – היא דמוקרטיה ייצוגית: "העם מדבר באמצעות נבחריו, והנבחרים מדברים באמצעות חקיקתם" (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 481, 565 (2005)). אחד מהיבטיה העמוקים של הדמוקרטיה הוא התפיסה, כי ההכרעות העקרוניות והמהותיות לחיי הציבור צריך שתתקבלנה על ידי הגוף שנבחר על ידי העם לקבל הכרעות אלה (עניין רובינשטיין, בעמ' 508). בהיבט זה יש לתת את הדעת לביקורת המושמעת בדבר ריחוקו של ההליך המינהלי מן האידיאל הדמוקרטי, הנובע מכך שהחלטות רבות ביומיום של חיינו מתקבלות על ידי מי שאינם נבחרים ציבור, ולכן מרוחקים מן העמדות והרצונות הרווחים בו (ראו דינה זילבר ביוורוקרטיה כפוליטיקה 99

(תשס"ז). פרופ' ברק-ארז מציעה בספרה אזרח-נתין-צרכן 47 (תשע"ב) (להלן אזרח-נתין-צרכן), במענה לביקורת מעין זו, שהחתימה לדמוקרטיזציה של ההליך המינהלי עשויה למצוא את ביטויה בפתיחתו של ההליך לשיתוף הציבור במתכונות שונות, והדרך המרכזית המוצעת לכך היא צמצום שיקול הדעת הרחב הנתון בידי המינהל והקשחת הדרישות של עקרון חוקיות המינהל, כך שזה יכלול לא רק קיומה של הסמכה בחוק, אלא גם קביעת אמות מידה ועקרונות יסוד שינחו את הדרג המינהלי; כן ראו י' ה' קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" 199 קלינגהופר על המשפט הציבורי 105, 108 (1993), שלפיו ויתור המחוקק לטובת המינהל על סמכותו לקבוע הסדרים ראשוניים מנוגד לשלטון החוק, הדורש ש"כל פעולה מינהלית תהא מושרשת, בכל אשר לתכונותיה העיקריות והחשובות, בהסדרים ראשוניים שנקבעו בחוק פורמלי". המציאות הישראלית היא – כך דומה – החלשה מתמדת של כוח הכנסת לעומת כוחה של הממשלה, שכמובן באה לידי ביטוי עז יותר בקואליציות בעלות רוב קטן התלוי לעיתים בגחמות של חברי כנסת אחד או שניים; החלטה זו באה לידי ביטוי, למשל בקבלת תקציב דו-שנתי (בג"ץ 4908/10 ח"כ רוני בר-און ואח' נ' כנסת ישראל ואח' (2011); כן ראו מאמרו המעניין של יגאל מרזל "חובת האמון של הממשלה כלפי כנסת" חובות אמון בדין הישראלי 185 (רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים, תשע"ו; ראו גם שמעון שטרית הממשלה: הרשות המבצעת, פירוש לחוק יסוד: הממשלה (עתיד להתפרסם ב-2016), 172-174 (להלן שטרית)). אכן, יש שיאמרו, גם בית המשפט העליון אינו נבחר ולהכרעותיו כוח גדול; התשובה לכך היא כי בית המשפט אינו מעצב – ואינו רוצה לעצב – הסדרים מיוזמתו אלא בוחן בביקורת שיפוטית הסדרים שנעשו, לשם בדיקת חוקיותם או חוקיותם, וההבדל מהותי.

קטו. דומה, כי שומה עלינו להזכיר בהקשר הדמוקרטי את הבסיס העיוני למקור כוחו של השלטון וגבולותיו. תפיסת היסוד של ההוגים המרכזיים בהיסטוריה של הפילוסופיה המדינית המודרנית, המכונים "הוגי האמנה החברתית", כדוגמת תומס הובס, ג'ון לוק וז'אן ז'אק רוסו, לגבי המדינה המודרנית, מושתתת על "אמנה חברתית" בין אזרחי המדינה, המעבירה את זכויותיהם לריבון, תוך ויתור על זכויות אשר קיימות לפרט ב"מצב הטבעי" (תומאס הובס לויטן (1965); ג'ון לוק המסכת השניה על הממשל המדיני (1689); ז'אן ז'אק רוסו האמנה החברתית (1762)). המעבר מן המצב הטבעי למצב המדיני מקנה לאדם חירות מדינית אזרחית, העדיפה על אותה חירות הנתונה במצב הטבעי. ברם, המעבר למצב המדיני באמצעות האמנה החברתית מחייב כאמור את הפקדת הכוח בידי הריבון ונציגיו ואת נטילתו מכל אחד מיחיד החברה. לריבון בלבד נתונה הסמכות להפעלת הכוח (לשם הדיוק והשלמת התמונה יוסבר, כי לשיטתו של הובס אין כל הגבלה על הריבון, ולגישתו של לוק ישנן זכויות שאינן נמסרות

לריבון). בעקבות הפקדת הכוח בידי המדינה צומחות לה חובות כלפי הפרטים בחברה, ו"השלטון [...] מחויב לשרת את הציבור – להבטיח שלום וסדר; לספק שירותים חיוניים; להגן על הכבוד והחירות של כל אזרח; לעשות צדק חברתי" (ראו בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, פסקה 23 לפסק דינו של השופט זמיר (1998); ע"פ 9878/09 מדינת ישראל נ' מוטא (2010)).

קצט. תפקידה המסורתי של המדינה היה שמירה על הביטחון ועל הסדר החברתי, ואולם תפקידה של המדינה בעת המודרנית – וכנגזר מכך, היקף סמכויותיה – השתנה באורח ניכר, והיא פורסת את מצודתה על היבטים רבים בחיי היום יום, לרבות, ולא פחות, תחומים כלכליים וחברתיים. מדינת ישראל מתאפיינת, בדומה למדינות אחרות בעולם החופשי, במעורבות גבוהה יחסית של המדינה בכלל ושל הממשלה במיוחד במערכות הכלכליות והחברתיות. מעבר לזאת הגידול בהיקף פעילותה של המדינה חולל שינוי פנימי בחלוקת התפקידים בין רשויות השלטון על דרך העברת כוח רב לידי הרשות המבצעת (אזרח-נתין-צרכן, בעמ' 20; שטרית, בעמ' 60-62). אכן, למול מגמה זו נראים בשנים האחרונות תהליכים כלכליים של הפרטה וגלובליזציה, הכרוכים בפחות מעמדן של המדינה ורשויותיה ובהשפעתן הפוחתת על חיי האזרחים (שם, בעמ' 46), ולטעמי אכנה זאת "שינוי המינון". אך גם כך, עדיין גדול כוחה של המדינה, ובמיוחד הרשות המבצעת, אל מול הציבור ויחידיו, מטרם לידתו (למשל הליכי הפרייה ופונדקאות) ועד לאחר פטירתו (באשר ייעשה בגופתו ובעזבונו), ורוב מלים אך למותר. לפנינו אם כן מעין מטוטלת הנעה על ציר שבין שתי נקודות קצה, והשאלה היא מקום התייצבותה בכל עת נתונה, והפיקוח השיפוטי – וכמובן גם הרגולטיבי – על כך. מכל מקום, דומה כי כלל ההסדרים הראשוניים הוא כלי מרכזי ביצירת האיזון – בריסון כוחו של השלטון ובשיתוף הציבור מחד גיסא, ובמעורבות הממשלה והתויית מדיניות, לנוכח קיומם של כשלי שוק והצדקות חברתיות למעורבותה, מאידך גיסא. ישנן דמוקרטיה המתמודדות עם שאלות מסוג אחר, שישראל פטורה מהן בשל גודלה הקטן יחסית והמבנה החוקתי שלה, למשל ארצות הברית מקום שהמדובר ביחס בין הממשל המרכזי למדינות ראו Shlomo Slonim, *The Scheme of Enumeration: A Critical Analysis of the New Federalism in the U.S Supreme Court*, 12 U. OF ST. THOMAS L.J. 178 (2015)

קל. עקרון ההסדרים הראשוניים הוא למעשה ביטוי של העיקרון בדבר חוקיות המינהל, שלפיו לרשות מינהלית אין סמכות זולת הסמכות שהוענקה לה לפי חוק (יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך א 74 (2010) (להלן זמיר)). פשיטא, כי בשיטה הדמוקרטית משמשת הרשות המינהלית שלוח של העם או נאמן הציבור, אשר חובה עליו לפעול אך ורק במסגרת השליחות או הנאמנות כפי שנקבעה בחוק. לא זו אף זו, הרשות המינהלית

מוקמת בחוק, ואין לה קיום אלא מכוח חוק. היא רשאית לנקוט פעולות משפטיות רק משום שהחוק קבע זאת ובתנאים שקבע (שם, בעמ' 75).

קלא. קושי במשפט המינהלי מתעורר במצבים שבהם הרשות המבצעת מעגנת בתקנות או בהוראות מינהל הסדרים ראשוניים בחוסר סמכות: כאשר מחוקק המשנה נעדר הסמכה בחוק; או כאשר קיים מקור סמכות, אך לא נקבעו אמות מידה מספקות להפעלת הסמכות, כך שאין הסדר ראשוני מפורט ומפורש דיו (בג"ץ 6215/12 באסטאקאר נ' שר האוצר (2015) (להלן עניין באסטאקאר)).

קלב. נטעים, הכלל בדבר הסדרים ראשוניים הוא בעצמו "עדיין בגדר הסדר ראשוני" (זמיר א, בעמ' 215). ההבחנה בין הסדר ראשוני להסדר משני אינה חפה מקשיים, ומידת הפירוט הנדרשת מן ההסדר הראשוני אינה ברורה ותלויה בנסיבות המקרה. כך רמת ההפשטה של ההסדר הראשוני משתנה מעניין לעניין. ככל שהפגיעה בחירותו של הפרט גדולה יותר, כך אין להסתפק ברמת הפשטה גבוהה מדי, ונדרש הסדר בחקיקה ראשית הקובע, ולוא רק באופן מסגרותי, את מהות הפגיעה או היקפה. כאשר מושא ההסדר הוא נושא מורכב, הדורש מומחיות רבה, ניתן לא פעם להסתפק בדבר חקיקה ברמת הפשטה גבוהה (עניין רובינשטיין, בעמ' 515).

קלג. בחינת השאלה האם הסדר מהוה הסדר ראשוני או הסדר משני, נעשית – כאמור – על רקע הנסיבות הקונקרטיות. בין היתר יש לתת את הדעת למידת ההשפעה של ההסדר על הציבור; להיקף הפגיעה בזכויות הפרט הכרוכה בהסדר; להשלכות הכספיות שלו; לדחיפות שבה יש להסדיר את העניין; למידת המורכבות והידע המקצועי הנדרש, ועוד (בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1 (2006) (להלן ענין ועדת המעקב); עניין באסטאקאר, בפסקה 25). יש כמובן משקל רב לחשיבותו ולמהותיותו של ההסדר, כמו גם להיותו שנוי במחלוקת ציבורית (בג"ץ 4253/02 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סג(2) 86 (2009)).

בעשור האחרון אנו עדים לפעילויות רגולטוריות שכוללות לעיתים את עיצובם של הסדרים ראשוניים (בתחומי התקשורת, הקמעונאות, המזון והבנקים), אשר לא פעם קובעים עקרונות יסוד במשק בתחומי תוכן כלכליים (שרון ידין רגולציה: המשפט המינהלי בעידן החוזים הרגולטורים 141 (תשע"ו) (להלן ידין)). לרוב טעמים של הרגולטור והשחקנים האחרים בזירה להעדפת הסדרים שונים, שאינם על דרך חקיקה, הוא הצורך באסדרה מהירה של התחום, מקום שהשחקנים בשדה הדרוש אסדרה, הם לא פעם חברות מסחריות שמניעיהן כלכליים, ומטרתן, מטבע הדברים, למקסם את תועלתן על כל המשתמע מכך; לא אחת משמיעה המדינה – הממשלה – כי יש לבכר

חלופה של הסדר מוסכם חוץ-חקיקתי על פני הסדר כופה, שכן היעדר הסכמה יביא לדחיה משמעותית בפיתוח המשאב.

מהתם להכא

קלד. מתוה הגז הוא "פתרון מקצועי, בחלקו יצירתי ותקדימי לטובת הציבור במטרה להעמיד פתרון מורכב לבעיה רגולטורית רב-קדקודית, שאסדרתה מחייבת רתימתם של מספר רגולטורים מקצועיים גם יחד" (פסקה 25 לתגובת המדינה), וכפי שגם היטיב לתאר הממונה על הגבלים עסקיים (בפועל), עו"ד שוורץ, בדיון שהתקיים בפנינו, מדובר ב"אסדרה רגולטורית כמעט מאפס של משק הגז". דברים אלה מדברים בעדם. מה משמעות אסדרה "כמעט מאפס"? משמעה כפשוטה, פשוטה כמשמעה, הסדר ראשוני בהתחשב גם בהיקף הענק של משאב הטבע בו מדובר.

קלה. הגז הטבעי הוא אחד מאוצרות הטבע החשובים ביותר שנתגלו במדינת ישראל, אם לא החשוב בהם עד הנה. לאסדרת משק הגז הטבעי השפעה דרמטית על הציבור, לרבות על הדורות הבאים; ענייננו במשאב מוגבל, ועל השלטון לשמש נאמן הציבור לצורך שמירה על משאב זה, כדי להבטיח כי ינוצל לתועלת הציבור ולטובתו (בג"ץ 8938/11 "All For Peace" חברה לתועלת הציבור נ' שר התקשורת (2015)). דעת לנכון נקל, כי באסדרה של משאב ציבורי מוגבל מעורבים שיקולים כבדי משקל של מדיניות ציבורית-כלכלית ושאלות של "צדק חלוקתי". בבג"ץ הייצוא נדרשת, אמנם בדעת מיעוט, להיבט זה:

"ראשית, בענייננו מדובר בזכויות ציבור קולקטיביות, אף אם אין קוראים להן 'זכויות יסוד' [...] הדברים אמורים במיוחד במבט לעתיד. אנו מחויבים לא רק לכאן ועכשיו; אנו מחויבים לדורות הבאים, גם אם בכנסת נדם מוסד "נציב הדורות הבאים". אדגים זאת בשאלת מקרקעי המדינה; ראו סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל הקובע כי 'מקרקעי ישראל...הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת', וזו האחריות לדורות הבאים במשאב מתכלה" (פסקה י').

וראו גם דברי חברי השופט ג'ובראן:

"הכמות שנמצאה ושצפויה להימצא היא בעלת השלכות רבות ורחבות היקף, החוצות תחומי עיסוק של מספר משרדי ממשלה; השלכות ממשיות הקשורות בעצמאות האנרגטית של ישראל ובמעמדה הגיאוגרפי-פוליטי; השלכות על המשק במובנים שונים כגון מעבר לאנרגיה מבוססת גז טבעי, יצירת תשתית להולכתו בתוך המדינה ומחוצה

לה, והתקשרות ארוכת טווח עם מדינות שכנות לשם כך; השלכות על יוקר המחיה בישראל ועוד. חשוב להדגיש - השלכות אלה מתאפיינות ברובן הגדול כתחומי מומחיות מובהקים, אשר איני חולק כי ראוי שיופקדו עליהן דווקא זרועותיו השונות של המינהל הציבורי בשל שיקולי מומחיות ויעילות. עם זאת, הנחות המוצא לפעולתן - הכרעות ערכיות שבערכיות וציבוריות שבציבוריות הן. הכרעות שבשל טיבן ראוי שימצאו מקומן בחקיקה ראשית מטעם נציגי העם בכנסת" (פסקה 83).

קלו. באסדרת משק הגז הטבעי מעורבים גם שיקולים הקשורים ביחסים הבינלאומיים של מדינת ישראל עם שכנותיה, ואף בריבונותה של המדינה, במובן הרחב של מונח זה, כמו גם שאלות הקשורות בבטחון המדינה, כפי ששבה והבהירה המדינה ביחס לסעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, וגם לכך משקל. זאת ועוד, ההשלכות הכספיות הכרוכות באסדרת משק הגז הטבעי הן אדירות הן בהיבט ההכנסות למדינת ישראל, הן בהיבט ההוצאות הנדרשות לשם פיתוח מאגרי הגז והן בהיבט המיסוי. המתוה מבקש להסדיר את הרגולציה של תחום זה כמעט מראשיתו, והוא חובק קשת רחבה ביותר של תחומים: מיסוי, ייצוא, מחירים, הגבלים עסקיים, לרבות לוחות זמנים לפיתוח המאגרים, ומבקש להקנות סביבה רגולטורית יציבה. דבריו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי) במכתבו מיום 16.12.14, הנושא את הכותרת "ליתן בחדר" – הצעה לחשיבה חדשה לשם הסדרת תחום הגז הטבעי" ממחישים את הקושי הטמון בכך. הבאנו בפסקה ל"ה למעלה חלק מן הדברים. נוסף קטע אחד:

"אין עוד תחום של תשתית חיונית בישראל, בעל השפעה כזו, הנשלט בידי גורם פרטי יחיד. כוח השוק שמרכזת הקבוצה מעורר חשש ברמת התחרותיות הענפית וההשלכה שלה על המחיר לצרכנים. אך הבעיה רחבה יותר. לבעיית התחרות הענפית יש להוסיף את החשש מריכוז העוצמה ברמה הכלל-משקית. זהו חשש החורג משאלות של מחיר ותחרות לעבר תחומים אחרים של יכולת השפעה על תהליך קבלת ההחלטות במשק... הסוגיות העומדות על הפרק הינן סוגיות כבדות משקל..." (שם, עמ' 3; הדגשה במקור – א"ר).

קלז. כאמור, הוצע שם לשלב זרועות רגולטוריות. נוסף ביחס לסעיף 52, כי הוא סעיף יוצא דופן שהשימוש בו אפשרי במשורה שבמשורה ובמקרים חריגים, שבהם מתקיימים צרכי חוץ או ביטחון. הוספת הסדרים בתחומי תוכן נוספים על חריג זה, יש בה כדי לחדד את הצורך בהסדרה בחקיקה. עד כמה נמתח את הגבולות החריגים? כאן המקום להפנות זרקור אל המלצת מבקר המדינה אליה התייחסנו בפרק א' למעלה, שמצאה ביטויה בדיון בוועדת הכלכלה, באשר לצורך ב"רגולטור על", אשר אליו תתנקז

עבודות הרגולטורים השונים, כך שיתאפשרו תיאום וחיבה רוחבית. בדו"ח מבקר המדינה בנושא פיתוח משק הגז הטבעי צוין: "מאסדרים אחדים פעלו מתוקף תפקידם לקידום המטרות שעליהן הם אמונים, מבלי לבחון את השפעות פעילותם על משק הגז הטבעי כולו. לעתים פעולות אלה לא עלו בקנה אחד עם פעילותם של מאסדרים אחרים ונעשו ללא תיאום ובכך הגבירו את אי-הודאות בו" (דו"ח המבקר, בעמ' 15). נגידת בנק ישראל – ד"ר קרנית פלוג – התייחסה, כאמור, גם היא להיבט זה בדיון בוועדת הכלכלה והבאנו מדבריה בפסקה ל"ו למעלה. לכן ניתן איפוא בהחלט לברך על המאמץ הרב-רגולטורי שננקט כאן בסופו של יום בהחלטת הממשלה, אך דומה כי לפנינו מקרה מובהק, שבו מכלול ההיבטים הטעונים אסדרה, בהצטברותם, מחייבים אסדרתה של הסוגיה בחקיקה ראשית. לטענת המדינה, סעיף 52 מהוה מקור הסמכה לפרק המתווה שעניינו הגבלים עסקיים ועוד; לעניין ייצוא הגז נקבע בבג"ץ הייצוא, כי זה אינו מצריך חקיקה; בעניין המחירים לא קבעה הממשלה הסדר ראשוני כלשהו בהחלטתה, אלא אך גילתה דעתה בנושא זה; ולעניין המיסוי, הפרק הרלבנטי בהחלטת הממשלה עוסק אך ורק ברישום הודעת רשות המסים על החלטות pre-ruling. אכן, סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים מהוה מקור סמכות ברור לשאלות ההגבל-עסקיות, סוגיית הייצוא – בנוסחה בהחלטה 442 כשלעצמה אינה מצריכה – לגישת פסק הדין בבג"ץ הייצוא – חקיקה, וייתכן שביחס לכל פרק במתווה יכולה להישמע טענה כי אין נדרשת חקיקה ראשית. ואולם, דומני כי העיקר הוא המכלול, ונראה כי השלם עולה על סך חלקיו (ראו והשוו בהקשר החוקתי בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (2014) פסקאות 195-196 לחוות דעתו של השופט פוגלמן, על הצורך בבחינת התמונה הנורמטיבית הכוללת במבט-על נוכח יחסי הגומלין המתקיימים בין ההסדרים הרלבנטיים השונים; אמנם שם היה הנושא זכויות אדם ברובד הבסיסי. כן ראו בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500, פסקה 30 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין ופסקה כ"ז לחוות דעתי (2010)). לדידי המתווה כמכלול על היבטיו השונים טעון אסדרה בחקיקה ראשית בתהליך ליבון מסודר ושקוף בשיתוף הציבור והגורמים הרלבנטיים על-ידי הרשות הנבחרת, תחת תמונה של "טלאי על גבי טלאי" או חלקי תצרף בעלי אופי שונה.

קלח. לא נכחד, מתווה הגז, כאסדרות רגולטוריות אחרות, הוא דוגמה למציאות מינהלית שהתפתחה נוכח מורכבות פעילותם של תאגידיים בסביבה הדורשת פיקוח וניטור מקצועי, מהיר, מותאם וגמיש (דין, בעמ' 144) ונוכח המציאות הפוליטית המורכבת, שבה פועלת הממשלה. אכן, להליך חקיקה יש מחיר בהיבטים של יעילות, גמישות והאפשרות – שאיננו מקלים בה ראש כלל ועיקר – לקידומו המהיר של פיתוח משק הגז הטבעי. אין פירוש הדבר בהכרח, כפי שהוצג מטעם המדינה, הפלת המתווה

על כל משמעויותיו, לרבות עיכוב בפיתוח משק הגז הטבעי ותביעות פיצויים. ככל שהמתווה טוב למדינה – ואיננו מביעים דעה של "שורה תחתונה" – וככל שאלה שהצביעו למענו בכנסת יהיו עקביים, לא בשמים היא; ומכל מקום, לצערנו לדרך שבה בחרה המדינה מחיר כבד אף יותר בהיבט של עקרונות יסוד בשיטת הממשל הדמוקרטית בישראל, מקבילית הכוחות בין רשויות המדינה והתויית גבולות כוחה של הממשלה (בג"ץ 8335/09 קרן דולב לצדק רפואי נ' שר הבריאות ממשלת ישראל (2012)), כמו גם חשש לפגיעה באינטרסים ובזכויות של צדדים שלישיים, ואף עלול להיווצר – והדברים נאמרים מבלי חלילה לפגוע באיש או להפנות אצבע – פתח לשחיתות מוסדית או אישית (וראו ידון, שם). ממשלות מעוניינות לא אחת בתוצאה, והדרך להשגתה מעניינת אותן פחות; אך שלטון החוק ומה שהוא משמיע מדגישים גם את הדרך הנכונה.

קלט. זאת ועוד, בבג"ץ הייצוא סבר בית המשפט בדעת הרוב שהכריעה, כי סוגיית ייצוא הגז אינה מצריכה הסדר ראשוני בחקיקה הן בשל סעיף הסמכה בחוק הנפט (סעיף 33(א)), הן בשל כך שלא הועלתה טענה בדבר פגיעה בזכויות יסוד מוגנות והן כיוון שהחלטת הממשלה פותחת פתח לבחינה עתידית של ההוראות שנקבעו בה. לא כך הוא בענייננו. תחילה אומר כי לדידי, כפי שציינתי בבג"ץ הייצוא, בכך שלא נטען לפגיעה בזכות יסוד של הפרט או של מיעוט מסוים, אין כדי להוביל בהכרח לריכוך הדרישה להסמכה מפורשת של הממשלה לקבוע הסדרים ראשוניים, שכן ענייננו בזכויות ציבור קבוצתיות. יתר על כן, במסגרת המתווה מתחייבת כאמור הממשלה שלא ליזום שינויים בתחומי המיסוי, הייצוא וההגבלים העסקיים במשך עשור; כן מתחייבת הממשלה להתנגד להצעות חוק פרטיות המבקשות לקדם שינויים מסוג זה. הממשלה כבלה את שיקול דעתה ואת שיקול דעתן של ממשלות עתידיות – באורח מעשי – באשר לבחינת הוראות המתווה ומידת התאמתן לצרכי המשק והאינטרס הציבורי. ונטעים, אף אם פרק היציבות הרגולטורית לא היה בא לעולם, אסדרה מערכתית, רחבת היקף של משאב ציבורי בעל חשיבות עצומה, במכלול של היבטים, תוך הקניית הקלות והטבות לגופים שכלפיהם מתייחסת הרגולציה, דורשת אסדרה בחקיקה ראשית על ידי הרשות הנבחרת בהליך חקיקה. דומה שחבריי בעלי דעת הרוב בבג"ץ הייצוא התייחסו לנסיבות אותו מקרה, אך כשנושא זה הופך רכיב אחד בתוך רבים המהווים חידוש גדול – התמונה שונה. אשר לטענה לפיה יש בחוק הנפט כדי להסמיך את הממשלה ליצור הסדר ראשוני, ראו עמדתם של המלומדים צימרמן ושגיא בהתייחסם לבג"ץ הייצוא:

"[לטענת המדינה], סעיף 33 הינו מקור הסמכה מספק לקביעת ההסדרים הראשוניים שנקבעו בהחלטת הממשלה... [אולם] כפי שפירטנו בהרחבה, תכליתו

הכוללת של חוק הנפט הייתה הפוכה לגמרי מכך; תכליתו הייתה דווקא לקבוע הסדרים ראשוניים מסוימים בעצמו, ולהשאיר לרשות המבצעת רק את סמכויות הביצוע. לנוכח העובדה שהחוק כולו נועד להעמיד מסגרת משפטית כוללת ומגובשת, שומה לראות את סעיף 33 כהסדר מהסדריו. לפיכך תהא זו טעות, לדעתנו, לראות בו סעיף מסמיך רחב. מנקודת-מבט זו מובן כי אין לפרש את הוראות החוק בצורה מרחיבה, וקשה לקבל את הגישה שלפיה הסעיף מסמיך את הממשלה לקבוע הסדרים ראשוניים המבשרים על מדיניות כללית חדשה ורבת שנים" (הדגשה הוספה – א"ר).

ובהערת שוליים צוין:

"אך לכנסת ודאי שמורה הסמכות לעשות כן, בגבולות חוקתיים" (נ' צימרמן וי' שגיא "לא זו הדרך: למקורותיו של סעיף 33 לחוק הנפט" עיוני משפטי לח 51, 82 (תשע"ו, דצמבר 2015) (להלן צימרמן ושגיא).

והדברים הללו שנאמרו לעניין סוגיית ייצוא הגז בלבד, נאמרים לטעמי מקל וחומר לגבי ההסדר נשוא ענייננו, על כל רבדיו ומורכבותו, והתחומים הרבים הבאים בגדרו.

קמ. המדינה משליכה יהבה על "אבני הדרך", המתנות את קיומה של סביבה רגולטורית יציבה בעמידתם של כל בעלי הזכויות בחזקות בתנאי המתוה. ואולם בל נשכח, עיון מחדש על ידי הממשלה בסעיף היציבות (ובכל מקרה לא במתוה בכללותו) יתקיים אך ורק ככל שבעלי החזקות לא יעמדו בתנאים שנקבעו במתוה; ומה על מצבים אפשריים אחרים?

קמא. עוד נטען, כי ביום 7.9.15 הובאה החלטת הממשלה מס' 476 לדיון בפני מליאת הכנסת ובתום הדיון החליטה מליאת הכנסת לאשר את החלטת הממשלה. תמיכת הכנסת בדרך זו, כך מוסבר, מחזקת את הלגיטימיות הדמוקרטית של החלטת הממשלה ומקשה את עוקצה של טענת העותרים בדבר הכרח חקיקתי. לצערי, לא מכאן תצמח ישועה משפטית למדינה. אין דומה הצבעה כללית על "המוצר המוגמר" להליך חקיקה מלא על כל שלביו. הליך חקיקה מאפשר דיון מקיף והצגת מגוון דעות וחשיבה מעמיקה. הליך חקיקה הוא שקוף ופרוס לעיני הציבור. יוסף – מבלי חלילה לפגוע במי מן הצדדים – כי הליך חקיקה אף מגביל את יכולת התמרון של קבוצות אינטרסים מאורגנות, בניסיוןן להשפיע על הרשות המינהלית לקבל החלטות שישרתו אותן (אזרח-נתין-צרכן, 29; ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע הסדרים ראשוניים" בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" משפטים מ"ב 449, 471 (2012)). בהליך

חקיקה מגולמים יתרונות נוספים: הלגיטימציה של ביקורת שיפוטית וציבורית מועצמת, כאשר כלל נשוא ביקורת, קבוע במעשה חקיקה. ולבסוף, למול הטיעון המדגיש את קצב השינויים המהיר בעולם המודרני בצירוף שינויי מדיניות בהתאם למערך הפוליטי, מסננת הליך החקיקה מבטיחה קבלת הסדרים, בעלי תמיכה ציבורית מספקת לאורך זמן (מרגית כהן סמכויות כלליות של הרשות המבצעת 426 (תשס"ג)). עוד נוסיף, כדי לסבר את האוזן, שעל דו"ח ועדת נאמן מ-1998 לעניין הגיור הוצבע בכנסת, אך אי חקיקתו הותירה אותו וולונטרי, על כל המשתמע, והדברים עודם מצויים על האבניים בתום ח"י שנים. ישאל השואל, בדוננו בסעיף 52 אמרנו לפני כן כי היה הליך בכנסת והסתייענו בכך כדי לא לפסול את השימוש בסעיף, ואילו כאן אומרים אנו שאין די בדיון בכנסת. אכן, שם – סעיף 52 – דנו ברכיב אחד ספציפי, ואילו כאן עוסקים אנו במגוון רכיבים ובתמונה מצטברת כוללת, ומכאן ההבדל המהותי.

קמב. אדגיש, הכנסת אינה "להקת המעודדות" של הממשלה, ודברי הממשלה אינם בבחינת "נְעֻשָׁה וְנִשְׁמָע" (שמות כד 7), אף אם מבחינה מעשית לממשלה רוב בכנסת; מובן שאין הכרח שכך יהא בכל סוגיה וסוגיה, והיו מקרים מעולם. הממשלה אמנם ריבונית ויונקת את כוחה מן הציבור, ואולם, דעת לנכון נקל כי אין בכך לאפשר לה לפעול ככל העולה על רוחה, אך מן הטעם כי היא המושלת. ישנם בלמים ואיזונים, בחינת פשיטא, והחלטות הממשלה אינן חוק. העיקרון הבסיסי של "איזונים ובלמים", המקובל בשלטון הדמוקרטי, קובע, שעבודת רשות אחת נתונה לרמות שונות של בקרה, המופעלת על ידי הרשויות האחרות:

"וזה עיקרה של הנוסחה: לכל אחת משלוש הרשויות העושות שלטון מוקצית חלקה משלה ובה היא שליטה בלבדית – חלקת-מחוקק, חלקת-מבצע, חלקת-שופט. בה-בעת מחזיקה כל רשות בקרניהן של שתי הרשויות האחרות ומוחזקת היא בקרניה על-ידי שתי הרשויות האחרות, לבל תנגח רשות את רעותה ולבל תשתלט רשות על חלקותיהן של אחיותיה הרשויות האחרות. הרשויות נפרדות אפוא אשה מרעותה, אך גם קשורות הן ביניהן-לבין-עצמן. מדברים אנו במעין-סתְרִיחַת וּלְהָ שְׁלוֹשׁ כְּנַפְיִים. חוכמת המדינאות היא כי יישמר שיווי-משקל והנדנדה תיסוב במתינות לרווחתם של הכל. ואולם, שעה שאחת מן הרשויות תטלטל את קרניה יתר-על-המידה, או, מקום שאחת מן הרוכבות על כנף-הנדנדה תפר את שיווי-המשקל, ייפרעו הסדרים וטלטלה תאחז בכל מערך השלטון" (בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, פסקה 6 לפסק דינו של השופט – כתארו אז – מ' חשין (2004)).

עיגונם של הסדרים רחבי היקף בתחומים בעלי חשיבות רבה והשפעה רחבה, יש בהם "כדי לטלטל את המערכת הרחק אל מעבר למידה הראויה" (שס). כך לצערי אירע בענייננו. לא למותר לשוב ולציין בהקשר זה, כי אין בסמכותה השירותית של הממשלה, בהתאם לסעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה הקובע, כי "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת", כדי להוות מקור הסמכה המייתר אסדרה ראשונית. בענין ועדת המעקב ערך המשנה לנשיא (בדימ') חשין דיון מקיף בגבולות סמכות הממשלה בגדרי סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה וציין את הדברים הנכוחים הבאים, משל נכתבו לענייננו אנו:

"...תכליתה של הוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) היא ליתן בידיה כלים למילוי תפקידה כרשות המבצעת, ובגדריה של תכלית זו תפורש ותקוים סמכותה. החוק ביקש להעניק לממשלה כלים למימוש סמכויותיה כרשות מבצעת, וגבולות הסמכות השירותית ייקבעו כמו-מאליהם בתחומי גבולות סמכות הביצוע. וכך, במקום שבו נקבעים גבולות סמכויות הביצוע, שם ייקבעו (למירב) גם - במסגרת המיגבלות החיצוניות - גבולות הסמכות השירותית. גבול הסמכות השירותית הוא אפוא גבול סמכות הביצוע, ואין הממשלה מותרת לחצות אותו גבול ולחרוש בשדה שלא יועד לה מלכתחילה..." (בפסקה 23 לפסק דינו. ההדגשה במקור).

נוסיף: המונח "סמכות שירותית" אינו מלת קסם ואינו מפתח לכל שער; הוא נבחן כתום בחינתן של הסמכויות הישירות, ואינו צריך להיות עמום.

קמג. דומה כי הממשלה חרגה מגדרי סמכותה, וביקשה – אולי ברצון טוב – לערוך אסדרה של סוגיה מערכתית רב קדקודית רגישה, חשובה ובעלת השלכות אדירות, שלא על דרך חקיקה. טעמיה מובנים, ואני מכבד אותם, אך אין הדבר מתיישב עם עקרונות יסוד של שיטתנו המשפטית. צר לי, אך קשה מאוד להסכין עם דרך זו.

קמד. לבסוף, מוצא אני להוסיף שתי הערות נוספות לסיכום:

ראשית, יש לייחס חשיבות למחלוקת שהנושא מעורר בקרב חלקים נרחבים בציבור. אלפים גדשו את הרחובות, על מנת להביע את מחאתם כנגד ההסדר המתגבש; הכנסת – הרשות הנבחרת – היא המקום בו קולם יכול להישמע, באמצעות הנציגים להם בחר העם לתת את קולו; אף בכך יש כדי להדגיש את החשיבות שנושא זה יבוא בשערי הרשות המחוקקת, לשם חקיקה ראשית.

שנית, קשה להתעלם מן הנסיבות במערכת הממשל שאפפו את קבלת המתווה נשוא העניין, עליהן עמדנו מעלה. הממונה על הגבלים עסקיים בשעתו, פרופ' דיויד גילה – התפטר משעמדתו בסוגיות התחרות שעל הפרק לא התקבלה; יושבת ראש רשות החשמל בשעתו, גב' אורית פרקש-הכהן, אשר השמיעה עמדה חולקת כנגד המתווה, סיימה את תפקידה; שר הכלכלה, אשר לא אבה לנצל את הסמכות המוקנית לו מכוח סעיף 52 לחוק, פרש מתפקידו זה; צוות קנדל, בו התגבש המתווה, פעל ללא כתב מינוי ובשקיפות חלקית בלבד; הבאנו את עמדות נציגו הבכיר של היועץ המשפטי לממשלה בסוגיות מרכזיות שבמתווה, אך לא הובהר די הצורך משמען האופרטיבי; ולבסוף, ההחלטה להפעיל את סעיף 52 מעיקרא, התקבלה על-ידי ממלא מקום שר הכלכלה, בשמשו בעת ובעונה אחת ראש הממשלה ושר החוץ, שההיוועצות לענייני שיקולי חוץ וביטחון נעשית עמו. דומה, שהצטברות הנסיבות מעלה תהיות, וממחישה את הצורך בפיקוח ממשי נוסף של הכנסת – לטעמי – תוך אסדרת נושא הגז הטבעי בחקיקה ראשית.

קמה. לסיכום, אם תישמע דעתי, נקבע כי מתווה הגז שנקבע בהחלטת ממשלה 476 עולה כדי הסדר ראשוני המצריך חקיקה ראשית; אשר לעתיד לבוא, נדמה כי עמדנו מעלה על הקשיים שיש בכל אחת מן הסוגיות נשוא המתווה, והדבר יהא מן הסתם מול עיני המחוקק בשקלו את דרך החקיקה.

הסעד

ועתה למשמעות האופרטיבית של האמור מעלה:

דוקטרינת הבטלות היחסית הפציעה בפסיקתו של בית משפט זה בראשית שנות ה-80 של המאה הקודמת (ראו יואב דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב 587 (תשנ"ד)), ודומה, כי לא יהא מוגזם לומר, שהביאה למהפך בהתייחסות בתי המשפט להשלכות הנובעות מן הפגם המינהלי. בעבר התייחסו בתי המשפט לכל פגם, לרבות חוסר סמכות ואל הבטלות המוחלטת "כאילו הם שניים שהיו לאחד, ויותר אין לנתק ביניהם" (ע"פ 866/95 טוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 793, 816 (1996) (השופט זמיר)). ברם, משחילחלה דוקטרינת הבטלות היחסית לפסיקה, מפריד בית המשפט, במסגרת הביקורת השיפוטית על החלטה מינהלית, בין שני מישורים: הפגם בהחלטה ונפקות הפגם.

"במישור הראשון על בית המשפט לבדוק ולקבוע אם נפל פגם בהחלטה: פגם של חוסר סמכות, הפרה של זכות הטעון, ניגוד עניינים, שיקולים זרים וכיוצא באלה. אם קבע בית המשפט, במישור הראשון, שנפל פגם

בהחלטה, או אז עליו לשקול, במישור השני, את נפקות הפגם, כלומר, את הסעד הראוי. השיקולים של בית המשפט בשני המישורים שונים מאד: בכל מישור פועל בית המשפט לתכלית שונה ובכלים שונים [...] לפיכך אפשר שפגם מאותו סוג, כגון הפרה של חובת ההתייעצות, יוביל במקרים שונים לתוצאות שונות, לפי הנסיבות של כל מקרה ומקרה. אפשר שבמקרה אחד הוא יוביל את בית המשפט להצהיר כי ההחלטה המינהלית בטלה מעיקרה; במקרה שני הוא עשוי להוביל את בית המשפט לביטול ההחלטה ממועד מסויים שבית המשפט יקבע, אם בעבר ואם לעתיד; ואפשר גם, במקרה אחר, שבית המשפט יקבע, על אף הפגם, כי ההחלטה תקפה ומחייבת כאילו לא נפל בה פגם" (רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3), 637, פסקה 7 לפסק דינו של השופט זמיר (2000)).

קמו. בבוא בית המשפט להחליט בדבר הפעלתו של עקרון הבטלות היחסית, ייתן דעתו, בין היתר לחומרת הפרת החוק ולחשיבותה של הזכות המופרת, לתום לבה של הרשות בהפרת הדין, ולהסתמכות הצדדים הנוגעים בדבר על ההחלטה (ברק-ארז ב, בעמ' 837-839). שיקולים אלה הובילו את בית המשפט, לא פעם, להפעלתה של "בטלות יחסית זמנית". קרי, השעיה של מועד הבטלות (בג"ץ 2918/93 עיריית קריית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832 (1993); בג"ץ 7067/07 נתנאל בע"מ נ' שר המשפטים (2007); ברק-ארז ב, בעמ' 819), זאת כדי לאפשר היערכות מתאימה, ולמנוע פגיעה באינטרס ההסתמכות.

קמו. בנדון דידן, כדי לאפשר להמשיך "לתת גז" בפיתוח המאגרים, וכדי שלא יתרחש קיפאון של ענף הגז הטבעי בישראל, בין היתר לנוכח חשיבות הנושא ליחסי החוץ של מדינת ישראל ולבטחונה וההשלכות רחבות ההיקף של פיתוח הגז הטבעי למשק, החלטנו להורות על השעיית מועד הבטלות. בפני המדינה פרק זמן בן שנה, שבו באפשרותה לפעול לאסדרתה של סוגיית הגז הטבעי בחקיקה ראשית. מכל מקום, בתום שנה ממתן פסק דין זה, יבוטל מתוה הגז, שנקבע בהחלטת ממשלה 476, ככל שלא יוסדר בחוק מתאים. במובן זה נעשה הצו על תנאי למוחלט. ובחתימת הדברים נשוב ונציין, כי באשר לצד הכלכלי של המתוה לא הבענו דעה, אלא לצד המשפטי בלבד. אציע בנסיבות שלא נעשה צו להוצאות.

קמח. אחר הדברים האלה, קראתי את חוות דעתו המעניינת מאוד של חברי השופט סולברג החולק על גישתי. אטול חרות לעצמי להידרש בקצרה למספר עניינים.

ראשית, לעניין כבילת שיקול הדעת המינהלי. נדמה שביסוד התייחסותו של חברי לעניין זה (פסקה 12 למשל), קריאה שלא כיונתי אליה בעמדתו. כשלעצמי חוששני, כי הפרשנות שמעניק חברי לעקרון האיסור על כבילת שיקול הדעת המינהלי שקולה כמעט לאיונו כליל של עקרון זה; לדידי אחיזת השור בקרניו בענייננו משמיעה כבילה מעשית שהאפשרות לחזרה ממנה זעומה עד מאוד. עוד מציין חברי כי המעטתי בערכה של הצהרת הממשלה, שלפיה בבוא היום תוכל לחזור בה מן ההחלטה ככל שיידרש. אחרון אני שאקל ראש בהחלטת ממשלה – ישבתי קרוב לט"ו שנים ליד שולחן הממשלה, כמזכיר הממשלה, כיועץ משפטי לממשלה ועוד – ואולם דומני כי אופן הכבילה, לרבות המחיר הכלכלי העלול להידרש, עלול להפוך את החזרה מאותה הבטחה – שמעיקרא לשיטתי ניתנה כאמור בחוסר סמכות – לכמעט בלתי אפשרית; ושאלה יפה היא גם כיצד להתייחס לממד הערכי של הבטחה ששוברה בצידה.

שנית, לעניין הצורך בהסדרת הסוגיות השונות שבמתוה בחקיקה ראשית. חברי סבור כי ענייננו עולה כדי הסדר ראשוני, אולם אין צורך לעגנו בחקיקה ראשית, נוכח ההסמכה בחקיקה הקיימת. את עמדתי הבעתי מעלה. ואוסף אך זאת: חברי מבסס בין היתר, את עמדתו, בבחינת למעלה מן הצורך, על סעיף 5 לחוק נכסי המדינה, תשי"א-1951 (פסקה 61). דומני כי לא לכגון דא נועד חוק נכסי המדינה, ועלינו לתת את הדעת לרקע שבו נחקק: משפטה של ארץ ישראל לפני הקמת המדינה לא הכיר במדינה כאישיות משפטית, שכן ארצנו לא היתה מדינה עצמאית אלא שטח מנדט. מבחינה משפטית היה הגוף ה"מדינתי" ממשלת ארץ ישראל המנדטורית. משקמה מדינת ישראל נחקקה סדרה של חוקים אשר הבהירה, כי המדינה קמה כאישיות משפטית, וירשה את מקום הממשלה, ובין היתר נחקק חוק נכסי המדינה (זמיר א' 396). החוק ביקש להגדיר מהם נכסיה של המדינה שזה עתה קמה, ולבססה כישות משפטית. סעיף 5 נועד לאפשר למדינה לפעול כישות עצמאית בעלת כשירות משפטית, באמצעות הרשות המבצעת, ולבוא בעסקאות שונות כדי לאפשר את פעילותה. לטעמי לא נועד החוק למהלכים רחבי היקף - "קולוסליים" - בדמות המתוה, ולא ביקש לאפשר למדינה להתפרק מנכסיה "עד דלא ידע" (מסכת מגילה ז', ב'). לשלמות התמונה ראו והשוו עמדתי המסתייגת מהפרטה של שירותים ציבוריים שלטוניים דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' ברק כהן (2009), פ"ד ס"ג (1) 644, פסקה י"א בעמ' 729-730. שלישית, אשר ליחס שבין רכיבים למכלול (פסקה 58 בחוות דעתו של חברי), בעיניי אותה ביקורת "מצטברת" (בלעז אינטגרטיבית) היא הקש ששבר את גב הגמל, לאחר שהועמסו עליו משאות-יתר.

קמט. אשר ל"פלונטר", כלשונו של חברי, העלול להיגרם בכוא הממשלה לחוקק. ברי, כי חקיקה על כל רבדיה משמעה הימשכות מסוימת של ההליכים, ואילו הותרת הכוח לשלוט ושיקול דעת מלא בידי מספר מצומצם של אנשים כמוצע במתוה אכן תוביל לקבלת החלטות זריזה יותר. אולם, ראשית, דמוקרטיה אינה נשלטת על-ידי עקרון היעילות בלבד, וחרף חסרונותיה נדמה כי עדיפה היא על פני חלופות אפשריות, שלא כאן המקום לפרטן, ולכך בודאי מסכים חברי. לגופם של דברים, אינני סבור כי אסדרת תחום הגז הטבעי בחקיקה ראשית היא בגדר משימה בלתי אפשרית; על החקיקה לקבוע את עקרונות הבסיס להתקשרות עם חברות המבקשות להפיק ולשווק גז טבעי במדינת ישראל, כאשר אין מניעה כי חלק מפרטי ההתקשרות הספציפיים ייקבעו שלא על דרך חקיקה ראשית. ברי, למשל, כי חקיקה אינה יכולה לכלול מחיר קבוע לגז הטבעי; אולם היא יכולה לקבוע מנגנון לפיקוח על המחיר, או לקבוע חובת פיקוח על מחירי הגז, אם כך יימצא לנכון, בעוד שאופן הפיקוח הקונקרטי יועבר למאסדר (הרגולטור) הרלבנטי. מכל מקום, כל חקיקה שתיבחר תידרש לאיזון בין רצונה של המדינה להציג את מחויבותה המסוימת כלפי החברות המשקיעות, שאין בה כשלעצמה דופי, כי הרי מבקשות הללו להבטיח ככל הניתן את השקעות הענק, לבין חובתה של המדינה להמשיך ולהפעיל את שיקול דעתה בסוגיות השונות שעל הפרק מבלי לכבול מראש את שיקול דעתה כמעט כליל; ראו למשל לעניין זה עמדת המלומדים צימרמן ושגיא, המציינים כיצד חקיקה מפורטת יכולה להביא לאיזון זה – יציבות מסוימת מחד גיסא, והגשמת "הרצון להטביע תו של ריבונות מצד המדינה" מאידך גיסא (צימרמן ושגיא, בעמ' 80). בהמשך לכך, כפי שציין חברי השופט פוגלמן בדיון, חזקה על גורמי המדינה המנוסים כי בידם כישורים מקצועיים לעצב חקיקה ההולמת את ענייננו בהתאם לעקרונות שהותוו מעלה.

קנ. אשר לעמדתו של חברי השופט פוגלמן, שאני מכבדה, חברי מסכים כאמור לעמדתי לפיה אין מקום לפסקת היציבות כפי שזו נקבעה במתוה, אולם אינו שותף לעמדתי כי המתוה בכללותו עולה כדי הסדר ראשוני המצריך חקיקה ראשית; ונזכיר כי עמדת חברי השופט סולברג לעניין זה היא שענייננו בהסדר ראשוני, אולם די בחקיקה הקיימת כדי להסמיך את הממשלה לקבעו. בשאלה האם דבר מה עולה כדי הסדר ראשוני המצריך חקיקה ראשית, מבחין חברי השופט פוגלמן בין הראוי למצוי, ומגיע למסקנה כי אף שהדבר ראוי מבחינה ציבורית, איך זו השאלה העומדת לפתחנו מבחינה משפטית, ובסופו של יום מגיע הוא כאמור למסקנה כי אין צורך בחקיקה ראשית (פסקה 9 לחוות דעתו). עמדתי, בכל הכבוד, שונה. סבורני, כי מהותו של כלל ההסדרים הראשוניים נעוצה בין היתר בשאלה האם ראוי מבחינה ציבורית כי ההסדר הנבחן יבוא בגדר חקיקה ראשית, ותשובה חיובית לכך יש בה כדי להשפיע מבחינה משמעותית על

השאלה המשפטית האם ההסדר שלפנינו מצריך חקיקה ראשית; ובמלים אחרות: קולו של הציבור נשמע באמצעות הרשות הנבחרת, ולכן אם ראוי ציבורית שהדבר יובא לפתחה, לטעמי יש בכך במידה רבה להוביל למסקנה כי ראוי משפטית שכך ייקבע.

ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה

השופט ס' ג'ובראן:

1. אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתו המקיפה והמעמיקה של חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, ולתוצאה שאליה הגיע. אף לטעמי, החלטת ממשלה 476 (להלן: מתווה הגז או המתווה) מהווה הסדר ראשוני אשר טעון הסדרה בחקיקה ראשית, ובהעדרה – דינו של המתווה בטלות יחסית, כאמור בחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה. כמו כן, אני מצטרף לעמדתו של חברי כי הוראות היציבות הרגולטורית הקבועות בפרק י' למתווה הגז נקבעו בחוסר סמכות. אפרט את טעמי להלן, ואוסף מספר הערות הנוגעות לפרקים מסוימים בחוות דעתו של חברי.

2. סדר דבריי יהיה כדלקמן: תחילה, אדון בסוגיית היותו של מתווה הגז הסדר ראשוני ובסוגיית היציבות הרגולטורית, אשר היוו את הבסיס להכרעתו של חברי המשנה לנשיאה. לאחר מכן, אתייחס לסוגיית ייצוא הגז במתווה, אשר בנוגע אליה אנו תמימי דעים. לבסוף, אגע במספר פגמים אשר נפלו, לשיטתי, בפרק המתווה העוסק בהפעלתו של סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים) – ביחס לתשתית העובדתית שעמדה ביסוד הפעלתו של סעיף זה, ובהליך השימוע הציבורי אשר קדם לו.

מתווה הגז כהסדר ראשוני

3. חברי המשנה לנשיאה עמד בהרחבה על מהותו של כלל ההסדרים הראשוניים, מקורותיו וההצדקות לו (וראו פרק ו' לחוות דעתו), ומשכך אינני רואה צורך להכביר במילים על הנושא (הקורא המעוניין יראה דבריי בבג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, בפסקאות 33-54 לפסק דיני (2.7.2014) (להלן: בג"ץ ייצוא הגז)). עיקרם של דברים הוא כי יש לקבוע בחקיקה ראשית הסדרים הקובעים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים.

כפי שעמדתי על כך בבג"ץ ייצוא הגז, במציאות החקיקתית הקיימת בישראל, הסמכות הקיימת לרשות המבצעת חורגת מן ההפרדה העקרונית של הפרדת הרשויות. בפועל, ישנם תחומים שבהם הכנסת העבירה מסמכותה לממשלה וליתר רשויות המינהל. חריגה זו אינה בהכרח שלילית, אך היא תלויה בהיקף של הסמכות המועברת. ככל שנדרשת סטייה מכלל ההסדרים הראשוניים, מנקודת המבט של הפרדת רשויות, נדרש שתהיה בבחינת עניין של מידה (וראו פסקאות 33-35 לפסק דיני שם). כך למשל, נפסק כי הפעלת סמכות באופן מקיף ואינטנסיבי עשויה לעלות כדי הסדר ראשוני (ראו: בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 523 (1998)). כפי שיבואר להלן, סבורני כי מתווה הגז – כמכלול – הוא הסדר ראשוני המחייב עיגון בחקיקה ראשית.

4. בטיעוניה, המדינה הציגה עמדה המפרקת את מתווה הגז לרכיבו, בוחנת האם כל רכיב הוא הסדר ראשוני, וככל שהתשובה היא חיובית – היא מציגה מקור סמכות לאותו רכיב. חברי המשנה לנשיאה דחה עמדה זו, וקבע כי יש לבחון גם את המכלול של מתווה הגז, ולא רק פרק כזה או אחר בו. דעתי בעניין זה כדעת חברי. לדידי, מסקנה זו מתחייבת הן מנסיבות הליך העברתו של מתווה הגז עד לאישורו הסופי על ידי הממשלה, והן מאופיו וממהותו של המתווה, כהסדר כולל ומקיף, אם כי לא ממצה, של משק הגז הטבעי במדינת ישראל.

5. אפתח בנסיבות ההליך. לכל אורך הליך העברת המתווה, החל מעבודתו של הצוות הבין-משרדי בראשותו של יו"ר המועצה הלאומית לכלכלה פרופ' יוג'ין קנדל (להלן: צוות קנדל) ועד לאישורו הסופי על ידי הממשלה, לא נערכה הפרדה בין רכיבו השונים של המתווה, כפי שהמדינה מבקשת לנהוג עתה ביחס לבחינת ראשוניותו של המתווה. מתווה הגז הוצג לממשלה, לכנסת, לוועדת הכלכלה ולציבור בתור החלטה אחת, המשקפת את נקודת האיזון הראויה בין מכלול השיקולים הרלבנטיים להחלטה. בהתאם לכך, הוא נדון כמקשה אחת, ואישורו בממשלה ובכנסת נעשה כהסדר כולל אחד – ולא כצבר החלטות נפרדות. אף בדיונים בפנינו ובתגובתה לעתירות, המדינה הציגה את המתווה כולו כ"חלופה ריאלית יחידה", תוך הדגשת היותו החלטת מדיניות כוללת בתחום משק הגז הטבעי.

6. באשר לאופיו ומהותו של ההסדר, מתווה הגז מהווה מקרה יוצא דופן של אסדרה רב-קודקודית, הנדרשת נוכח מורכבותו של תחום משק הגז הטבעי. הקושי המהותי שאסדרה זו נועדה לפתור אינו רק קושי סטנדרטי של תיאום בין רגולטורים שונים, אלא קושי ייחודי הנגזר ממאפייניו של משק הגז הטבעי. ודוק, החלטות

מהותיות בתחום משק הגז הטבעי הן בעלות השלכות רוחב ועומק רבות ורב-תחומיות, החורגות מתחומי סמכויותיו ומומחיותו של מאסדר כזה או אחר, וביניהן: קידום פיתוחו של משק הגז הטבעי; שיקולי חוץ וביטחון, כולל ביטחון אנרגטי; שיקולי תחרות; מקסום התועלת הכלכלית למשק; והוזלת עלויות עבור ציבור הצרכנים בישראל.

בנוסף, תחום הגז הטבעי הוא תחום חדש יחסית במדינת ישראל, ועל כן מעטים הגורמים המקומיים בעלי הידע וההבנה המקצועית הנדרשים בתחום. פיתוח משק הגז מחייב, אפוא, פנייה לידע המצוי "בשדות זרים", על דרך של משיכת חברות זרות להן הידע וההבנה הנדרשים בתחום. לפיכך, מאפיין זה מחייב שיתוף פעולה בין המדינה לבין גורמים פרטיים בעלי אינטרסים כלכליים מובהקים, אחרת תיוותר המדינה כאשר משאבי הגז הם כאבן שאין לה הופכין. מאפיינים ייחודיים אלו יוצרים קושי ניכר להסדיר את משק הגז הטבעי באופן אפקטיבי בגדר סמכויותיו של כל רגולטור בנפרד.

7. בישראל אמנם נעשה ניסיון להסדיר את משק הגז הטבעי על דרך של אסדרה פרטנית, בידי כל רגולטור בתחום סמכותו. אולם, ניסיון זה לא צלח והביא להבנה בקרב הגורמים המקצועיים כי אסדרתו האפקטיבית של משק הגז הטבעי חייבת להיעשות בגישת Top-down, קרי: תחילה יש לקבוע מדיניות כללית וסדורה, המגדירה יעדים וסדרי עדיפויות בין השיקולים והאינטרסים הרלבנטיים, ורק לאחר מכן יש לקבל את ההחלטות הפרטניות בכל אחד מהתחומים הרלבנטיים, בהתאם למדיניות הכללית. ראו את דבריו בנושא של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי) מר אבי ליכט, במכתבו "יש לוותן בחדר – הצעה לחשיבה חדשה לשם הסדרת תחום הגז הטבעי" מיום 16.12.2014:

7. נדמה כי אין עוד תחום ברגולציה הכלכלית המנקז אליו כמות רבה כל כך של אינטרסים, בעלי עניין, השפעה והיקף הכנסות. חלק מהאינטרסים נוגדים ומחייבים איזון והכרעה.

[...]

11. הסוגיות העומדות על הפרק הינן סוגיות כבדות משקל, וביניהן – מבנה הענף ואופי הפיקוח על השחקנים הקיימים בו; קידום התחרות תוך יצירת תמריץ לגילוי ופיתוח שדות חדשים ולכניסת שחקנים נוספים, חיבור המאגרים לחוף, הגדלת היתירות וחלוקת הגז לצרכנים. לכל המעורבים ברור כי אין זה נכון לבחון

כל שאלה בנפרד. זאת כיוון שכל החלטה כוללת ממשקים רבים וההחלטות משפיעות זו על זו.

12. לכן, דרך הפעולה הרצויה היא להגדיר את סדר העדיפות הכולל בין האינטרסים וממנו לגזור את ההחלטות הפרטניות.

[...]

19. המטרה היחידה היא לנסות ולהציע דרך פעולה אחרת. דרך פעולה זו מבוססת על ההבנה כי האירוע הרגולטורי העומד בפנינו הוא אירוע חריג שלא ניתן לטיפול בדרך הפעולה הרגילה. הוא גדול מדי, מורכב מדי וההשלכות של אי הצלחה בו ישפיעו על כלל המשק. התנהלות רגילה עלולה לקבוע מצב בעייתי בענף" (ההדגשה הוספה – ס.ג.).

8. הלכה למעשה, מתווה הגז הוא ההחלטה המגדירה את סדר העדיפויות הכולל בין האינטרסים השונים, אשר על הצורך בה עמד המשנה ליועץ המשפטי לממשלה במכתבו המצוטט לעיל. כפי שהודגש הן בתגובת המדינה והן בתגובות חברות הגז, האיזון הנערך בין אינטרסים אלו במתווה הוא עדין ביותר, מתוך ראיית התמונה הכללית ומתוך כוונה להשיג את התוצאה הסופית הרצויה – שהיא יצירת התנאים הנדרשים לפיתוח מואץ של מאגרי הגז הטבעי. בהתאם לכך, מתקיימים יחסי גומלין ברורים ובלתי נפרדים בין הוראותיו השונות של המתווה, כאשר ברי כי כל שינוי בהחלטה פרטנית בגדר המתווה מחייב שינוי של המתווה כולו כדי לשמר את נקודת האיזון שהושגה. כבר בדו"ח "המלצות הוועדה הבין-משרדית לבחינת מדיניות הממשלה בנושא משק הגז הטבעי בישראל" בראשות שאול צמח (2012), הודגשה החשיבות של שמירת האיזון בגדר המדיניות המתקבלת במשק הגז הטבעי:

"המלצות הוועדה נבחנו כמכלול המלצות משלימות שרק יחד יוצרות את המדיניות האופטימלית הרצויה, כאשר שינוי מהותי של אחת ההמלצות דורש ביצוע התאמות בהמלצות האחרות על מנת לשמור על האיזון הנדרש" (שם, עמ' 7).

בעתירות שלפנינו, דברים אלו מקבלים משנה תוקף, באשר עסקינן באסדרה מוסכמת בין המדינה לבין חברות הגז. יוזכר, כי מתווה הגז כולו הוא תוצר של משא ומתן בין צוות קנדל לבין חברות הגז, תוך פשרות הדדיות מצד הצדדים למשא ומתן זה – מאפיין המקנה למתווה הגז אופי הסכמי מעין-חוזי מובהק. אסדרה מוסכמת זו, ככל מערכת הסכמית, מבוססת על מערכת איזונים פנימית בין האינטרסים של הצדדים לה.

משכך, יש לבחון את המערכת ההסכמית כמכלול, ולא בהתאם להוראות הספציפיות המרכיבות אותה (ראו והשוו, בהקשר החוזי: ע"א 2553/01 ארגון מגדלי הירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 481, 532 (2005); דנ"א 1792/00 מדינת ישראל נ' שדמון, פ"ד נו(5) 643, 671 (2002)). אמנם, בסופו של יום, המתווה עוגן כהחלטת ממשלה ולא כהסכם בין הצדדים, אך לטעמי, אופיו ההסכמי משפיע על הצורך להשקיף על מתווה הגז כהסדר אחד ולבחון את מידת ראשוניותו בהתאם.

9. מטעמים אלו, מצאתי לנכון להצטרף לעמדתו של חברי המשנה לנשיאה, לפיה לב ליבו של המתווה הוא בשילובן ובכריכתן של ההוראות השונות במסגרת מתווה הגז, ובמובן זה המתווה הוא בגדר שלם העולה על סך חלקיו. אוסיף כי נקל לראות שכל הוראה במתווה היא בבחינת "יסוד תומך", אשר אם יוסר – יופר האיזון הטמון בו ויקרוס המתווה כולו. את הסמכויות הפרטניות המופעלות במסגרת המתווה – כגון הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים והחלטות המיסוי שניתנו על ידי מנהל רשות המיסים – יש לראות, לשיטתי, כהחלטות המהוות אך כלי להוצאתו לפועל של המתווה כולו, ולא כהחלטות העומדות בפני עצמן. על כן, סבורני כי בחינה נפרדת של ראשוניותו של כל אחד מהפרקים השונים במתווה תהיה הפרדה מלאכותית, שאינה עולה בקנה אחד עם מהותו של מתווה הגז כהחלטת מדיניות כוללת. בנסיבות אלה, אף דעתי היא כי יש לבחון האם המתווה כמכלול מהווה הסדר ראשוני אשר מצריך חקיקה ראשית.

10. לטעמי, התשובה לשאלה זו חיובית היא, באשר מתווה הגז מקיים את מרבית התנאים אשר נקבעו בפסיקה לסיווגה של החלטה כהסדר ראשוני (וראו פסקה קלב לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה). בבג"ץ ייצוא הגז, עמדתי על ראשוניותה של החלטת ממשלה 442, אשר עסקה בייצוא הגז הטבעי, בזו הלשון:

"הגז הטבעי שנמצא בחופי ישראל הוא משאב ציבורי. הכמות שנמצאה ושצפויה להימצא היא בעלת השלכות רבות ורחבות היקף, החוצות תחומי עיסוק של מספר משרדי ממשלה; השלכות ממשיות הקשורות בעצמאות האנרגטית של ישראל ובמעמדה הגיאוגרפי-פוליטי; השלכות על המשק במובנים שונים כגון מעבר לאנרגיה מבוססת גז טבעי, יצירת תשתית להולכתו בתוך המדינה ומחוצה לה, והתקשרות ארוכת טווח עם מדינות שכנות לשם כך; השלכות על יוקר המחיה בישראל ועוד. חשוב להדגיש – השלכות אלה מתאפיינות ברובן הגדול כתחומי מומחיות מובהקים, אשר איני חולק כי ראוי שיופקדו

עליהן דווקא זרועותיו השונות של המינהל הציבורי בשל שיקולי מומחיות ויעילות. עם זאת, הנחות המוצא לפעולתן – הכרעות ערכיות שבערכיות וציבוריות שבציבוריות הן. הכרעות שבשל טיבן ראוי שימצאו מקומן בחקיקה ראשית מטעם נציגי העם בכנסת. אופיין של הכרעות אלה מחייב את המסקנה לפיה החלטת ועדת צמח לגבי ייצוא הגז הן בבחינת הסדר ראשוני" (ההדגשות הוספו – ג.ס.).

לא למותר לציין, כי בבג"ץ ייצוא הגז נותרנו אני וחברי המשנה לנשיאה בדעת מיעוט – אולם זאת, ביחס לשאלה האם התקיים מקור סמכות לקביעתו של הסדר ראשוני בנסיבותיה של החלטת ממשלה 442. על כלל השופטים במותב המורחב הוסכם כי החלטה זו היוותה הסדר ראשוני, ואף המדינה לא כפרה בכך (ראו: פסקה 14 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס; פסקה ב לפסק דינו של חברי השופט (כתוארו דאז) א' רובינשטיין; ופסקה 2 לפסק דינו של חברי השופט נ' סולברג).

11. סבורני, כי אם כך הם פני הדברים ביחס להחלטה הנוגעת לייצוא הגז בלבד, הרי שהם נכונים ביתר שאת ביחס למתווה הגז. המתווה מהווה, כאמור, אסדרה מקיפה הרבה יותר של משק הגז הטבעי, ולצד סוגיית היצוא, הוא מקפל בתוכו גם סוגיות של מיסוי, דיני תחרות, פיקוח מחירים ויציבות רגולטורית. חלק מהוראות המתווה מבטאות הכרעות ערכיות חשובות, שתעמודנה למשך שנים לא מעטות, ואשר המקום הראוי להסדרתן הוא על ידי נציגיו הנבחרים של העם בבית המחוקקים. כך למשל, ניתן לציין את הבחירה במנגנון יציבות רגולטורית מסוג "הקפאה חלקית" כהכרעה ערכית בת-משמעות, שכן מדובר בבחירה של הממשלה להידמות למדינות מתפתחות – אשר בהן עוד נהוג השימוש בתניות מעין אלו – חלף הסדרי היציבות הנהוגים במדינות ה-OECD (וראו בהרחבה בפסקאות ק-קחה לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה). כמו כן, ההחלטה להפעיל את סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים כחלק ממתווה הגז, מבטאת החלטה ערכית בדבר אופן ההתמודדות של המדינה עם שליטה ריכוזית של מספר מצומצם של גורמים פרטיים במה שהוא, ככל הנראה, משאב הטבע החשוב ביותר של ישראל.

12. על כך אוסיף, כי לא תהיה זו הפרזה לומר כי אסדרתו של משק הגז הטבעי היא אחת ההחלטות הכלכליות החשובות בתולדות המדינה, אם לא החשובה שבהן, ואשר השלכותיה על המשק הישראלי ועל כלל הציבור רבות ונרחבות. כיאה לחשיבותה הרבה של הסוגיה שעל הפרק, מתווה הגז מצוי בלב השיח הציבורי מזה תקופה ארוכה, ומעורר מחלוקת ציבורית עזה. ביטוי מרכזי, לטעמי, לחשיבותו ולמהותיותו של מתווה הגז מצוי בהחלטתו התקדימית של ראש הממשלה להופיע בפנינו ולשאת את דבריו

בנוגע לצורך הדחוף באישורו והוצאתו לפועל של מתווה הגז. כן מתבטאת חשיבותו של ההסדר בגיוון הרב של הגורמים אשר הופיעו במהלך הדיונים בפנינו: ראש הממשלה עצמו, על כובעיו השונים; שר האנרגיה והתשתיות הלאומיות; מפלגות וחברי כנסת; רגולטורים בעבר ובהווה; נציגי חברות הגז; נציגי התאחדות התעשיינים; וגופי החברה האזרחית.

13. ממכלול הנימוקים המפורטים, לצד אלו המובאים בפרק ו' לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה – אשר מקובלים עליי במלואם – אני מוצא כי מתווה הגז מהווה הסדר ראשוני מובהק, אשר האפשרות להסדירו בהחלטת ממשלה מחייבת את קיומה של הסמכה בחקיקה ראשית של הכנסת. מאחר שהסמכה כזו אינה בנמצא, ראיתי לנכון להצטרף לתוצאה שאליה הגיע חברי המשנה לנשיאה בחוות דעתו, ולהורות על בטלותו היחסית של מתווה הגז.

פרק היציבות הרגולטורית

14. כמפורט בחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה, במסגרת פרק י' למתווה הגז, התחייבה הממשלה שלא לשנות למשך עשור את מדיניותה בנוגע למשק הגז הטבעי, בתחומי המיסוי, הייצוא וההגבלים עסקיים. חברי מצא כי התחייבות זו ניתנה בחוסר סמכות, ובניגוד לכלל הבסיסי של איסור כבילת שיקול הדעת של הרשות המנהלית. חזרתי והפכתי בחוות דעתו של חברי, ולא נותר לי אלא להסכים למלוא נימוקיו.

15. מושכלות יסוד הם כי אין בסמכותה של רשות מנהלית – והממשלה היא בוודאי כזו – להחליט שלא להחליט. כפי שעמד על כך חברי, כאשר מוענקת לרשות מנהלית סמכות, חלה עליה חובה מתמדת ומתמשכת לשקול את הצורך בהפעלתה, והיא אינה יכולה לקבל החלטה מראש לגבי העמדה שתחזיק בה בעתיד ולפטור עצמה מבחינה נוספת של הסוגיה (ראו גם: דפנה ברק-ארז משפט מנהלי כרך א 201 (2010) (להלן: ברק-ארז)).

הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר הרשות המנהלית מחליטה מראש שאף לא תאפשר לרשות המחוקקת להחליט, בכך שתגביל את יכולתה לחוקק חוקים. הרשות המחוקקת אמנם יכולה לכבול את עצמה בכך שתדרוש, למשל, רוב מיוחד על מנת לשנות חוק או אחד מסעיפיו, אך במקרים אלו היא זו שכובלת את עצמה ולא הרשות המנהלית או המבצעת. לרשות המנהלית עצמה אין סמכות לכבול באופן זה את שיקול דעתה של הרשות המחוקקת. עם זאת, הסעד המוצע בפסק דיננו – אסדרת משק הגז

הטבעי בחקיקה ראשית – מאפשר לרפא פגם זה, ככל שבגדרה של אסדרה זו תינתן לממשלה הסמכה בחוק לכבול את שיקול דעתה של הכנסת, או שהכנסת תכבול את עצמה באמצעות חוק.

16. אבקש להוסיף רק הערה אחת, בבחינת למעלה מן הצורך. המדינה טענה כי הוראות היציבות לאו כבילה הן, כי אם הבטחה מנהלית אשר למדינה קיימת הסמכות לחזור בה ממנה, בהתאם להלכות אשר נקבעו בפסיקת בית משפט זה. טענה זו מתקשה אני להלום, נוכח אופן הניסוח הגורף של הוראות היציבות הרגולטרית, לפיהן:

”הממשלה לא תיזום שינויים מהותיים בנושאים האמורים. הממשלה אף תתנגד להצעות חוק פרטיות בעניינים אלה ככל שאלה יבקשו לבצע שינויים כאמור. אם יאושר חוק שתחילתו בהצעת חוק פרטית המהווה שינוי מהותי כאמור, למרות התנגדות הממשלה, אזי הממשלה תקדם, בסמוך לאחר מכן, הצעת חוק ממשלתית לביטול השינוי המהותי”.

17. יוזכר ויודגש כי מתווה הגז מופנה, בין היתר, כלפי גורמים בינלאומיים שאינם צד למתווה. מתגובותיהן של חברות הגז, עולה כי בכוונתן להשתמש במתווה בכלל, ובהוראות היציבות הרגולטרית הכלולות בו בפרט, כדי לקבל מימון מבנקים בינלאומיים לשם השגת הון העתק הנדרש להמשך פיתוח שדות הגז ולשם הפקת והובלת הגז; וכדי שיתאפשר להן להתקשר בחוזים ארוכי טווח לייצוא גז. כמו כן, עולה מתגובתן כי המתווה נועד למשוך הן משקיעים זרים והן גופים זרים בעלי הידע והניסיון הנדרשים בתחום הפקת הגז מעומק הים כדי שישמשו כמפעיליהם של המאגרים.

18. דווקא בנסיבות אלה, בהן הנמענים המרכזיים של הוראות היציבות במתווה הגז הם גורמים בינלאומיים, ישנה חשיבות לאופן ניסוחה של ההתחייבות הניתנת על ידי המדינה ליציבות רגולטרית. כלום ניתן לומר כי קורא זר – אשר אינו מודע לרזי דיני ההבטחה המנהלית, המאפשרים למדינת ישראל לחזור בה מההתחייבות שנתנה – יוכל להבין את סעיף היציבות בכל דרך אחרת מלבד היעדרה של יכולת למדינה לשנות מהסדרים הרגולטוריים? בעניין זה, לא למותר לציין את דו"ח ה-OECD בעניינה של ישראל מחודש ינואר 2016 (OECD Economic Surveys Israel 99-100) אשר התייחס אל מתווה הגז כאל הסכם פשרה (“Compromise Agreement”) ולא כאל החלטה שלטונית. אופן התייחסות זה מעצים את החשש כי הוראות היציבות שבמתווה יתפסו

על ידי גורמים מן החוץ כהוראות הסכמיות-חוזיות, אשר אין המדינה רשאית לחזור בה מהן ואשר ניתן להסתמך עליהן באופן ודאי.

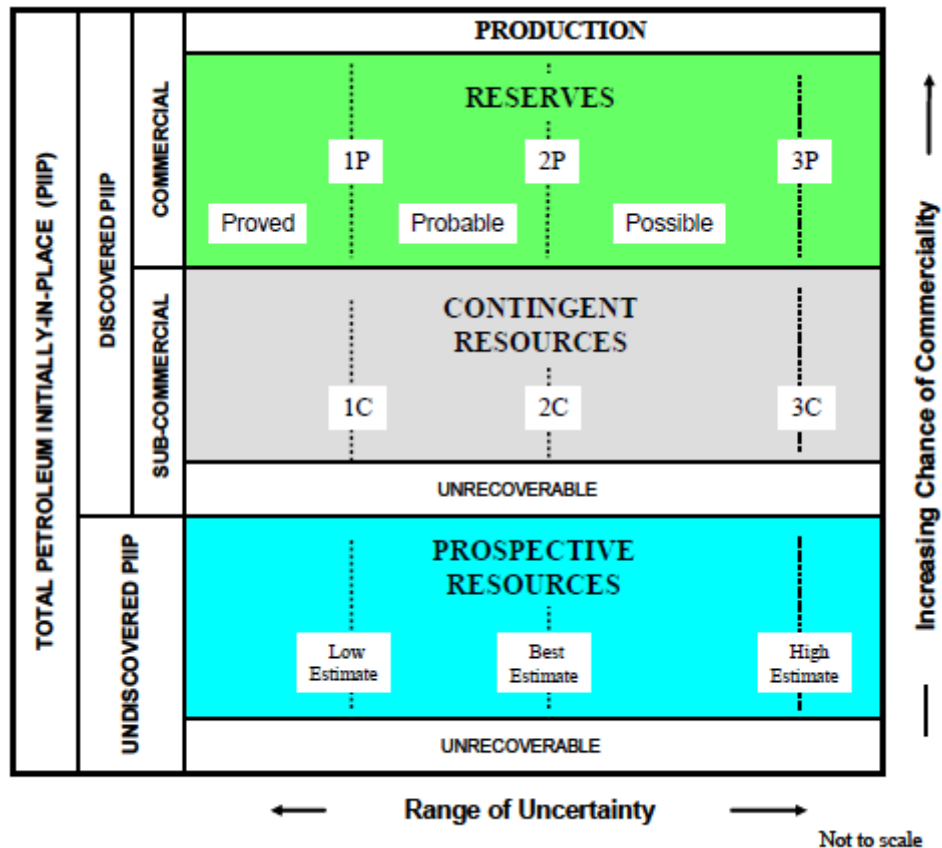
19. לעמדת המדינה וחברות הגז, משק הגז הטבעי חווה טלטלות רגולטוריות, אשר פגעו במעמדה של ישראל בקרב הגורמים הבינלאומיים והרחיקו משקיעים ומחפשי גז פוטנציאליים מישראל. לשיטתן, הוראות היציבות הרגולטורית במתווה הגז נועדו להתמודד עם קושי זה וליצור ודאות ויציבות, אשר יאפשרו את המשך פיתוחו האפקטיבי של משק הגז הטבעי. ואולם, דומה כי דווקא הניסוח הגורף של הוראות היציבות – כאשר לגישת המדינה וחברות הגז מדובר למעשה בהבטחה ממנה ניתן לחזור במקרה המתאים – הוא היוצר פוטנציאל לפגיעה עתידית חמורה באמון הגופים הבינלאומיים במדינת ישראל, היה והסתמכותם על הוראות אלה תופר. על יסוד כל האמור, סבורני כי נפל פגם באופן הניסוח של הוראות היציבות, אשר פוגע באפשרות להשיג את תכליתו המוצהרת של מתווה הגז. עם זאת, נוכח התוצאה שאליה הגענו – לפיה הוראות היציבות הרגולטורית ממילא נקבעו בחוסר סמכות ודינן בטלות – אין צורך להרחיב את היריעה בנושא, מעבר להערה המובאת לעיל.

מדיניות ייצוא הגז

20. בפרק ד' לחוות דעתו, חברי המשנה לנשיאה בחן את פרק ייצוא הגז הקבוע בסעיף ה' למתווה הגז. יוזכר, כי במסגרת המתווה, תוקנה החלטת ממשלה 442 אשר עסקה בייצוא הגז, בשני העניינים הבאים: (א) שונתה הגדרת כמות הגז הטבעי המובטח למשק הישראלי המקומי, כך שזו תכלול הן גז בקטגוריה 2P והן גז בקטגוריה 2C, חלף גז בקטגוריה 2P בלבד כפי שהיה בהחלטת הממשלה (להלן: שינוי ההגדרה); (ב) בוטל התנאי המקדים שנקבע בהחלטת הממשלה למתן היתרי ייצוא. בעוד שבהחלטה זו נקבע כי היתרים לייצוא גז יינתנו רק לאחר חיבור שטח החזקה ב"לוויתן" למשק המקומי ורק לאחר שתובטח למשק כמות גז בהיקף של BCM 540 – מתווה הגז מתיר לייצא עד 50% מכמות הגז שבעלי החזקה במאגר "תמר" טרם התחייבו לגביה במשק המקומי, בטרם יחובר מאגר "לוויתן" אל החוף. חברי המשנה לנשיאה דחה את טענות העותרות ביחס לפרק זה, ומצא כי הן אינן מקימות עילה להתערבותו של בית משפט זה. בפרט, קיבל חברי את עמדת המדינה, לפיה שינוי

ההגדרה אינו משפיע על כמות הגז המובטחת למשק. שותף אני למסקנותיו בפרק זה, ואבקש להוסיף עליהן מספר מילות הבהרה.

21. כפי שציין חברי המשנה לנשיאה בפסקה יא לחוות דעתו, סיווג קטגוריות הגז נעשה בהתאם לשיטת PRMS (Petroleum Resources Management System), שהיא סטנדרט בינלאומי להערכתם של מאגרי גז ונפט. למען הנוחות, אציג עותק של תרשים הלקוח מתוך כללי ה-PRMS, אשר מסכם את ההבחנות בין קטגוריות הגז השונות:



יובהר, כי הציר האופקי בתרשים (Range of Uncertainty) מבטא את דרגת הוודאות של כמויות המשאב הניתנות להפקה מהמאגר, בעוד הציר האנכי (Increasing Chance of Commerciality) מבטא את הפוטנציאל המסחרי של המאגר.

22. ניתן להיווכח בבירור מהתרשים כי קטגוריה 2P וקטגוריה 2C מצויות באותה נקודה על הציר האופקי. משמעות הדבר היא שדרגת הוודאות של קיומם של משאבי הגז במאגר היא זהה בשתי הקטגוריות – דהיינו אפשרות מסתברת (Probable). בשתי הקטגוריות מדובר במאגרים שבהם כבר נמצא גז, וכמותו המדויקת טרם הוכחה. ההבחנה בין שתי הקטגוריות נוגעת לפוטנציאל ההפקה המסחרי של הגז. גז המצוי בקטגוריה 2P הוא גז הנחשב לעתודה מוכחת מבחינה מסחרית, קרי, כי קיימת יכולת טכנולוגית להפיק אותו וקיימת יכולת למכור אותו. לעומתו, גז המצוי בקטגוריה 2C

הוא גז הנחשב משאב מותנה – שוב, מהבחינה המסחרית – במוכן זה שהגז טרם ניתן להפקה מסחרית. על פי הגדרת "משאב מותנה" בכללי ה-PRMS, מצב זה יכול לנבוע מכמה סיבות: העדר שוק מתאים עבורו ניתן להפיק את הגז; היכולת הטכנולוגית להפיק את הגז נמצאת בפיתוח או הקמה; או כאשר קיים קושי להעריך את הפוטנציאל המסחרי של מאגר הגז (עמ' 3 לכללי ה-PRMS משנת 2007). אולם מכל מקום, כרי כי אין כל הבדל בדרגת הוודאות בדבר כמות הגז המצויה במאגר, בין קטגוריה 2P וקטגוריה 2C.

23. נוכח כל האמור, אני מוצא כי המדינה צודקת בטענתה כי שינוי ההגדרה במסגרת המתווה אינו משפיע על כמות הגז המובטחת למשק הישראלי. על פניו, דומה כי החלטת ממשלה 442 אכן יצרה "מעגל שוטה" אשר מתווה הגז נועד לפתור: החלטה זו קבעה כי לא יינתנו אישורי ייצוא גז טבעי בטרם תובטח למשק הישראלי כמות גז בהיקף של 540 BCM, קרי, בטרם יחובר מאגר "לוויתן" לחוף; אך לא ניתן היה להמשיך ולפתח את מאגר "לוויתן" בטרם ייחתמו חוזי ייצוא, אשר יאפשרו להעלות את דרגת הגז במאגר זה לקטגוריה 2P. לפיכך, אני מצטרף לעמדת חברי המשנה לנשיאה, כי אין כל מקום להתערבותנו בפרק הייצוא במתווה הגז.

הפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים

24. חברי המשנה לנשיאה דן בהרחבה בהפעלתו של סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים במסגרת מתווה הגז בשלושה מישורים שונים: מישור הסמכות, מישור הסבירות ומישור ההליך.

25. במישור הסמכות, חברי מצא כי ראש הממשלה – בכובעו כממלא מקום שר הכלכלה – היה מוסמך להפעיל את סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים; כי ניתן להפעיל את הסעיף כחלק ממהלך אסדרה רב-קודקודי, אשר הסדריו חורגים מעולם דיני התחרות; כי שר הכלכלה מוסמך בגדר הסעיף להעניק את הפטורים הספציפיים שהוענקו לחברות הגז במסגרת פרק ב' למתווה הגז; ולבסוף, כי קיימים שיקולים של ביטחון אנרגטי ושיקולים גיאופוליטיים בעלי משקל משמעותי, המצדיקים את הפעלתו של סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים.

במישור הסבירות, חברי המשנה לנשיאה עמד על כך שהתרחישים השונים אשר הועלו ביחס להשפעת מתווה הגז והאלטרנטיבות האפשריות על יחסי החוץ של ישראל, על ביטחונה האנרגטי ועל התחרות במשק הגז הטבעי, הם ספקולטיביים מטבעם

ועוסקים בעתיד שהוא לוט בערפל. עם זאת, חברי מצא כי בנסיבות העניין, שיקולי החוץ והביטחון האנרגטי הם כבדי משקל דיים, גם באיזון מול שיקולי התחרות. כמו כן, הוא מצא כי הפטורים הספציפיים שניתנו במסגרת המתווה לחברות הגז הם סבירים.

במישור ההליך, חברי המשנה לנשיאה מצא כי התקיימו מספר כשלים בעבודתו של צוות קנדל, אך כי אלו אינם עולים כדי פגם היורד לשורשו של עניין. כך, חברי ציין כי היעדרם של נציגי משרד הביטחון, המשרד להגנת הסביבה ומשרד הכלכלה מעבודתו של צוות קנדל מעורר אי-נוחות; כי להבא, ראוי שעבודתו של צוות בין-משרדי דוגמת צוות קנדל תוסדר באופן רשמי; וכי ייערכו פרוטוקולים מסודרים של דיוניו של צוות מעין זה. באשר להליך השימוע הציבורי, חברי ציין כי נוכח היותו שימוע רשות שלא הייתה חובה לקיימו; נוכח קיומם של שימועים קודמים בהליכי עבודתן של ועדת ששינסקי וועדת צמח; ונוכח הצורך במהירות בגיבוש עמדת הממשלה – אין לפסול את הליך השימוע הציבורי גם נוכח סד הזמנים הקצר. לבסוף, חברי קבע כי לא נפל פגם בהליך ההיועצות בוועדת הכלכלה, שכן נמצא כי ההליך בפניה היה רציני וראוי.

26. התוצאה שאליה הגיע חברי בפרק זה של חוות דעתו מקובלת עליי, וכן מקובלים עליי עיקר נימוקיו. אף אני סבור כי בנסיבות העניין, בהפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים לא נפל פגם היורד לשורש העניין, אשר מצדיק את התערבותו של בית משפט זה. עם זאת, ראיתי לנכון לייחד מילים מספר לשני פגמים אשר התקיימו, לטעמי, באופן הפעלתו של סעיף זה: האחד, נוגע לתשתית העובדתית שעמדה ביסוד הפעלת סעיף 52; והשני, בנוגע לסד הזמנים הקצר שניתן לציבור במסגרת השימוע הציבורי, כחלק ממישור ההליך. אדון באלו כסדרם.

התשתית העובדתית להפעלת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים

27. חברי המשנה לנשיאה עמד בפסקאות לב-לג לחוות דעתו על מהותו של סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, ועל היותו "עוף מוזר הבולט בחריגותו על רקע חוק ההגבלים העסקיים, חוק שנועד להגן על התחרות במשק". ואכן, סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים אינו סעיף סטנדרטי, שכן הוא מעניק סמכות רחבה יחסית לעקיפה מוחלטת של דיני התחרות, על מערכת האיזונים והרגולציה שבהם, משיקולים של מדיניות חוץ וביטחון.

28. אין מחלוקת בדבר חשיבותם של שיקולי התחרות ועל מעמדם הרם בשיטה המשפטית בישראל. חוק ההגבלים העסקיים הוגדר זה מכבר בפסיקתו של בית משפט זה כ"מגנא כרטא" של זכויות הצרכן והתחרות החופשית", וביחס לתחרות החופשית נקבע כי היא "אבן יסוד בכל שיטת משטר דמוקרטי" (ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, 229-230 (1998) (להלן: עניין תנובה); וראו גם: ע"א 7958/10 פלאפון תקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקאות מב-מד (1.8.2012); ע"א 3398/06 הרשות להגבלים עסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ, פסק דינה של השופטת ע' ארבל (6.12.2006)).

עם זאת, חשוב להטעים, כי על אף שתחרות חופשית היא אינטרס ציבורי וכלי אינסטרומנטלי רב-מעלה לקידומן של תכליות חברתיות חשובות, היא אינה מהווה מטרה בפני עצמה. חשיבותה נגזרת מאותן תכליות אותן ביכולתה להשיג, וביניהן: הפחתת מחירים בשוק והגדלת הרווחה המצרפית; יצירת תמריצים לחדשנות והתייעלות; ביזור מוקדי ההכרעה החברתית; הגנה על חופש העיסוק; ויצירת הזדמנות שווה לכל אזרח להשתתף בשוק (ראו: עניין תנובה, בעמ' 229-230; דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 79-80 (2001); מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן "חשיבות הניתוח המשפטי והכלכלי של חוק ההגבלים העסקיים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים 17 (2008)).

29. משמעות האופי האינסטרומנטלי של שיקולי התחרות היא שעשויים להתקיים שיקולים לבר-תחרותיים אשר משקלם גובר על שיקולי התחרות. סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים מבטא, אפוא, את הכרתו של המחוקק בכך שבמקרים המתאימים, יש לאפשר ויתור על שיקולי התחרות – ועל התכליות החברתיות אותן הם נועדו להשיג – בשל תועלת רבה יותר הגלומה לציבור בקידומה של מדיניות חוץ או בהגנה על ביטחון המדינה. מדובר בסעיף מובהק של איזון אופקי בין אינטרסים ציבוריים – כפי שאף עולה מדברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"א-1983, ביחס לסעיף 52:

"הסעיף המוצע יאפשר שחרור מהמסגרת הקבועה בחוק לגבי אותם הגבלים עסקיים ששיקולי מדיניות החוץ או ביטחון המדינה גוברים בהם על שיקול הבטחת התחרות לטובת הציבור" (ההדגשה הוספה – ס.ג.).

במילים אחרות, סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים מעניק לשר הכלכלה את האפשרות להעמיד את שיקולי החוץ והביטחון מזה, ואת שיקולי התחרות מזה – ואם התרשם כי משקלם של שיקולי החוץ והביטחון גובר, הוא מוסמך להורות על דחיית שיקולי התחרות מפניהם. עם זאת, לנוכח חשיבותם המתוארת של שיקולי התחרות ולנוכח היעדרו המוחלט של הסדר תחרותי במקרה של פטור הניתן להגבל עסקי לפי הסעיף האמור – מקובלת עליי גישתו של חברי המשנה לנשיאה, לפיה יש להפעיל סמכות זו במשורה ובמקרים חריגים.

30. בבואו של שר הכלכלה להפעיל את סמכותו לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, קיימות אפוא שתי קבוצות משתנים אותן עליו לבחון: שיקולי התחרות, ושיקולי חוץ וביטחון. כדי שהחלטתו תיחשב החלטה תקינה מבחינה מנהלית, עליו להעמיד תשתית עובדתית ראויה לשתי קבוצות המשתנים הללו. כידוע, "תנאי מוקדם לקבלתה של החלטה מנהלית תקינה הוא הביסוס העובדתי לה. אין טעם בהחלטה שנימוקה סבירים וראויים, אם אין היא מתאימה לנסיבות העובדתיות" (ברק-ארוז, בעמ' 439; וראו גם: בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פסקה 31 (1.8.2010); בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, 229 (2000)). לדידי, ובכך אני מצטרף לעמדתו של חברי המשנה לנשיאה, המדינה הציגה בפנינו תשתית עובדתית ראויה ביחס לשיקולי החוץ והביטחון שעמדו ביסוד החלטתו של ראש הממשלה – בכובעו כממלא מקום שר הכלכלה – להפעיל את סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים. לעומת זאת, סבורני כי לא הונחה תשתית עובדתית ראויה המבססת את משקלם של שיקולי התחרות בנסיבות העניין.

31. בהקשר זה, יצוין כי בפני הממשלה לא הונחה חוות דעת תחרותית מפורטת, הבוחנת את השלכותיו של מתווה הגז על התחרות במשק. חוות דעת מעין זו אמורה לבחון האם על רקע מאפייניו של משק הגז הטבעי שייוצר בישראל, ובהינתן מאפייניו של השוק הישראלי ככלכלה קטנה וריכוזית – ההסדרים הקבועים במתווה הגז אכן עשויים ליצור תחרות כלשהי בין חברות הגז, או שדווקא יש בהם כדי לקבע את כוחן ומעמדם של חברות אלה תוך פגיעה משמעותית בתחרות במשק ובציבור. ודוק, אף אם היה מסתבר מחוות הדעת האמורה כי תתקיים פגיעה מסוימת בתחרות ביחס לאלטרנטיבות, עדיין היה שר הכלכלה מוסמך להעדיף את שיקולי החוץ והביטחון אם משקלם של אלו היה גובר. ואולם, בהעדרה של חוות דעת תחרותית, דומני כי לא הועמדה בפניו של מקבל ההחלטות התמונה העובדתית המלאה הנוגעת למשקלם של שיקולי התחרות.

32. החשיבות בהנחתה של תשתית עובדתית ראויה בנסיבות העניין מתחזקת נוכח חילוקי הדעות בין המומחים בתחום התחרות בסוגיית ההשפעה התחרותית של המתווה: מחד, הממונה על ההגבלים העסקיים לשעבר, פרופ' דיויד גילה, סבר כי המתווה יביא לפגיעה בתחרות במשק; ומאידך, עו"ד אורי שוורץ, הממונה על ההגבלים העסקיים (כפועל) בעת אישור המתווה, הביע בפנינו את תמיכתו במתווה הגז. אמנם, המדינה הייתה רשאית שלא לקבל את עמדתו של פרופ' גילה, ואכן נמצאו אחרים אשר אינם שותפים לדעתו – אולם, לגישתי, עצם המחלוקת הצריך זהירות בבחינתם של שיקולי התחרות על ידי שר הכלכלה.

33. בנסיבות המתוארות, סבורני כי החלטתו של שר הכלכלה להפעיל את סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים נעדרת תשתית עובדתית מלאה ומספקת. עם זאת, אינני מוצא כי מדובר בפגם היוורד לשורשו של עניין המצדיק את ביטול ההחלטה להפעיל את סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים. זאת, לאחר ששוכנעתי כי אכן מתקיימים במקרה הנדון שיקולי חוץ וביטחון כבדי משקל, המצדיקים את הפעלתו של סעיף זה, ואשר יש בהם כדי לאזן פגיעה – ככל שתהיה כזו – בתחרות במשק כתוצאה ממתווה הגז (וראו לעניין זה גם את דבריו של חברי המשנה לנשיאה בפסקאות נא-נב לחוות דעתו).

השימוע הציבורי

34. היבט נוסף שבו אני סבור כי נפל פגם בהליך הפעלתו של סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, הוא בהליך השימוע הציבורי אשר נערך לאחר פרסום טיוטת המתווה. עם זאת, אציין כבר עתה כי מצאתי שפגם זה מתרפא ממילא נוכח התוצאה שאליה הגענו, לפיה יש להסדיר את מתווה הגז במסגרת חקיקה ראשית. אבהיר את עמדתי להלן.

35. חברי המשנה לנשיאה ציין בפסקה נט לחוות דעתו כי לציבור ניתנו כ-20 ימים להגשת התייחסות בכתב למתווה הגז, ובסופם נערך שימוע בעל-פה שארך יום אחד. חברי הטעים כי ההיקף הראוי לשימוע ציבורי מותנה בנסיבות המקרה, ואף עמד על כך שהמתווה מורכב מהיבטים רבים ושונים המצריכים זמן משמעותי ללמידתם ולהגשת התייחסות מסודרת לגביהם. ואולם, חברי מצא לבסוף כי חרף לוח הזמנים הקצר, אין מקום לפסול את הליך השימוע הציבורי שנערך, וזאת ממספר טעמים: (א) השימועים הציבוריים הנרחבים שקדמו לו, במסגרת ועדת ששינסקי וועדת צמח; (ב) העובדה שמדובר בשימוע של "רשות" ולא "חובה", אשר נערך לגורמים שאינם עלולים להיפגע באופן ישיר מהמתווה; (ג) דוחק הזמנים שעל הפרק.

36. עמדתי בסוגיה זו שונה מעמדת חברי המשנה לנשיאה. לשיטתי, שימוע בהיקף מצומצם שכזה בסוגיה בעלת היקף כה רחב ובעלת השלכות מהותיות על עניינו של הציבור כולו – איננו ראוי ואין בו כדי לספק את דרישת שיתוף הציבור בהליך קבלת המתווה. לטעמיו של חברי יש משקל לא מבוטל, אך לדידי, משעה שהוחלט לקיים שימוע – על אף שהדבר הוא ברשות – יש לשאוף לקיים אותו ככל שימוע שבחובה, וזאת, אף אם היו שימועים קודמים בהקשרים קרובים, וגם אם סד הזמנים לוחץ. זאת, במיוחד אם נעשה ניסיון להיבנות מהליך שימוע זה כדי להעיד על שיתוף הציבור בקבלת המתווה, כפי שעושה המדינה (וראו למשל סעיף 156 לתגובתה). דומה כי שימוע בעל מסגרת זמנים כה דחוקה אינו מקנה זמן מספיק לציבור ללמוד את הנושאים הרבים והמורכבים שבמתווה ולהגיש התייחסות רצינית אליהם. קשה לראות בשימוע מעין זה, כשימוע המספק את הדרישה לשיתופו של הציבור בתהליך קבלת ההחלטות, או כשימוע בעל משמעות משפטית ממשית.

37. בבג"ץ ייצוא הגז, עמדתי על חשיבותם של הדיון הציבורי ושל השתתפות הציבור בתהליך קבלת ההחלטות, כערכים בעלי מעמד משפטי, שיש למנוע את הפגיעה בהם. כפי שציינתי שם, שקיפות ההליך הפוליטי היא תנאי בסיסי לשם שיתוף הציבור בהליך הדמוקרטי. היא מבקשת שהכרעות עקרוניות לא רק תשקפנה את עמדת רוב הבוחרים, אלא גם את הדרישה שהנושאים העיקריים הנדונים יידונו ברצינות גם בידי הציבור בטרם ההכרעה עצמה (ראו: פסקאות 92 ו-94 לפסק דיני). הדברים נכונים ביתר שאת כאשר מדובר בהחלטה הנוגעת להקצאת משאבים ציבוריים (וראו בהקשר זה: ברק ארז, בעמ' 295).

בהמשך לכך, עמדתי על ההבדל בין השקיפות בהליך חקיקה למול השקיפות בהחלטת מנהלית, ואביא להלן את עיקרי הדברים:

“בעבודת הכנסת, עקרון השקיפות בא לידי ביטוי במספר אופנים. ראשית, דיוני מליאת הכנסת, בה החוקים עומדים להצבעה, מתועדים ב"דברי הכנסת" המתפרסמים ברשת האינטרנט, משודרים בשידור חי בערוץ שאינו דורש חיבור כבלים. שנית, עבודת ועדות הכנסת השונות, שקופה ופומבית ברובה. בפני הוועדה מוצגות ההנמקות להצעת החוק, סעיפיה נבחנים, ומועלות הסתייגויות של חברי הוועדה ומוזמנים חיצוניים [...]. הדיון בוועדות הוא דיון פתוח לציבור, מסוקר בכלי התקשורת ומתועד בפרוטוקולים (למעט ועדת חוץ וביטחון) [...] הליך זה, אפוא, מאפשר

לציבור לבחון את הנעשה ולפקח על נבחריו בשעת
המעשה.

בשונה מהליכי חקיקה בכנסת, הליך קבלת
החלטות בממשלה מצומצם בהרבה בשקיפותו. הנחיות
היועץ המשפטי לממשלה "מסירת מידע מישיבות
הממשלה – פניות מן הציבור" (3.1002, 3.2003)
אוסרות על פרסום תוכן דיוני הממשלה למעט ההחלטות
שנתקבלו בהם. הפרוטוקולים ותמלילי הדיונים
בממשלה אינם מפורסמים לציבור. בשונה מהליך חקיקה
בכנסת, הפרסום של החלטות ממשלה הוא בדיעבד, ולא
ב"זמן אמת", והציבור אינו שותף להליך קבלת
ההחלטות בממשלה ואף לא מודע לאופן התנהלותו [...]
הדבר יוצר קושי לבקר באופן אפקטיבי החלטות ממשלה
בין על ידי הכנסת ובין על ידי כלי התקשורת ויתר
הציבור.

היעדר שקיפות באשר לאופן עבודת הממשלה
מצמצם עד מאד את האפשרות לבקר את המניעים
שבבסיס החלטותיה [...] בשונה מהליך חקיקה בכנסת,
הציבור אינו נחשף לקבוצות האינטרסים המבקשות
להשפיע על הליך החקיקה ועל מידת השפעתן עליו.
[...] הגברתה של השקיפות, בזמן אמת, היא כלי מרכזי
למניעת השפעה בלתי הוגנת של קבוצות אינטרסים
שונות" (פסקאות 95-97 לפסק דיני; ההדגשות במקור –
ס.ג.).

38. בדומה לדבריי בבג"ץ ייצוא הגז – אך ביתר שאת עתה – אני סבור כי במקרה
הנוכחי, חשיבותו של שיתוף הציבור באמצעות שקיפות ופומביות היא בעלת משקל
מכריע. הפעלת הסמכות הראשונית בידי הממשלה כפי שנעשה במקרה הנוכחי
מצמצמת את השתתפותו של הציבור כמתחייב מהליך חקיקה דמוקרטי. הדבר פוגע
בעקרון השקיפות ובזכותו של הציבור להשתתף בהליך כה מכריע אשר יש לו השפעה
רבה עליו. כאמור, אינני סבור כי השימוע שהתקיים עובר להפעלת סעיף 52 לחוק
ההגבלים העסקיים מספק דרישות אלה. עם זאת, סבורני כי הפתרון המוצע על ידי חברי
– להשיב את נושא משק הגז הטבעי לאסדרה בחקיקה ראשית על ידי המחוקק – יש בו
כדי לאיין פגם זה, באשר הליך החקיקה יבטיח את השתתפותו של הציבור בתהליך
קבלת ההחלטה.

39. על כל האמור, אני מסכים לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה א'
רובינשטיין, בתוספת ההערות המפורטות לעיל.

1. חברי, המשנה לנשיאה א' דובינשטיין, פרש יריעה רחבה בהיקף, עמוקה בתוכן. כבקרת רועה עדרו העביר כל סעיף ופסקה מהחלטת הממשלה מספר 476 תחת שבטו; ולאחר מכן – "כולן נסקרין בטקירה אחת" (בבלי, ראש השנה יח, א) – נדרש חברי לבחינת מתווה הגז כמכלול.

2. העתירות הנדונות מעלות סוגיות משפטיות לרוב. העיקריות הן תחולתו של סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1998, על הנדון דידן; וסמכותה של הממשלה להחליט את אשר החליטה על מתווה הגז בהחלטת הממשלה – הן בשים לב לפסקת היציבות הרגולטורית בפרק י להחלטה, הן ביחס למכלול, באשר הוא הסדר ראשוני. דרך ארוכה ורבה עשיתי בעקבי חברי, ודעתי כדעתו במרבית הסוגיות שבהן דן, בעיקר בנוגע לתחולת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים; ו"כל המוסיף גורע" (בבלי, סנהדרין כט, א). נחה דעתי, במלוא מובן המילים השגורות הללו, על סמך מה שהובא לפנינו בעל-פה ובכתב, בדלתיים פתוחות וסגורות, בקיומה של הצדקה לפטור את ההגבל העסקי מושא החלטת הממשלה מהוראות חוק ההגבלים העסקיים. בהתאם ללשון סעיף 52 וכפי תכליתו: "הדבר דרוש" – לעת הזאת ובאופן מובהק – "מטעמים של מדיניות חוץ או בטחון המדינה".

3. מכאן ואילך, בנוגע לשאלת סמכותה של הממשלה לקביעת פסקת היציבות הרגולטורית במתווה הגז, ובנוגע לעיגונו כמכלול בהחלטת הממשלה בהיותו הסדר ראשוני – מתפצלות דרכינו, שלי ושל חברי: חברי לאיסור, אני להיתר. גבי דידי, מוסמכת הממשלה לקבוע את אשר קבעה בהחלטתה. על אף שפסקת היציבות הרגולטורית מגבילה במידה ניכרת את שיקול הדעת המנהלי, הרי שבנסיבות היחודיות של מתווה הגז רשאית היתה הממשלה לעשות כן, בשים לב לכך שהפסקה הנדונה אינה מאיינת ואינה מסוגלת לאיין את הפעלת שיקול הדעת לעתיד לבוא. כיוצא בזה, סבורני כי אף שמתווה הגז כמוהו כהסדר ראשוני, הרי שבנסיבות היחודיות דידן אין צורך בחקיקתו של מתווה הגז ככזה, וניתן להסתפק בכך שהסמכות לקבוע ולהחליט על רכיביו השונים של המתווה הוענקה לממשלה בחקיקה ראשית באופן מפורש. את נימוקי שהובילוני למסקנה זו אפרט להלן. שבתי וחזרתי על המילים 'בנסיבות היחודיות', לאו דווקא בהתייחס אל המאפיינים היחודיים של משק הגז, הגם שהם אכן יוצאי-דופן, ויש בהם כדי להשפיע על ישום הדין בנדון דידן. הנסיבות היחודיות הן הצורך ברגולציה – אסדרה – של תחום פעילות רב-קודקודי, עצום בהיקפו

ובמשמעותו הכלכלית. רגולציה בסדר גודל שכזה הריהי חדשה עמנו, ומעלה שאלות יחודיות בנוגע לאופן הפעלתם של כללי המשפט המנהלי כלפיה. אקדים על כך מילים אחדות.

רקע: על מתווה הגז כרגולציה הסכמית

4. הנושא שעל הפרק מעלה במלוא תוקפה את שאלת היחס המשפטי לרגולציה ההסכמית. בימים עברו, התרכזה האסדרה בהוראת המאסדר או בהנחייתו לגופים המוסדרים; בימינו אלה, שבהם עוסקת הרגולציה בהיקף רחב ביותר של הפעילות הכלכלית במדינה, עולה וגוברת ההכרה שלפיה במצבים רבים אין די בשוט המצווה; הרגולטור זקוק ל'ארגז כלים' מפותח יותר לצורך קידום מטרותיו ולייעול מלאכתו. במסגרת זו משמשת הרגולציה ההסכמית, על שלל שמותיה וריבוי אופניה, כלי עבודה מרכזי של הרגולטור המודרני (ראו שרון ידין רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים 28-32 (2016) (להלן: ידין)). בניגוד לרגולציה המסורתית, הפועלת באמצעות הציווי והשליטה, מתבססת הרגולציה ההסכמית על קיומן של הבנות בין הצדדים הנוגעים בדבר. שינוי זה בדרך עבודתם של רגולטורים מעלה שאלות משפטיות חשובות ומגוונות; הדיון בהן עודנו בחיתוליו (השוו לדברי חברי, המשנה לנשיאה, בפסקה כ ובפסקה קכד).

5. הרגולציה ההסכמית, יש דורשים אותה לשבח ויש דורשים אותה לגנאי; היא טומנת בחובה יתרונות וחסרונות כאחד, סיכויים וסיכונים, אך היא עובדה קיימת (ראו והשוו: ידין, עמודים 111-144; *David Dana & Susan P. Koniak, Bargaining in the Shadow of Democracy*, 148 U. PA. L. REV. 473 (1999-2000); כן ראו דפנה ברק-ארז "האתגר הדמוקרטי של המשפט המינהלי" עיוני משפט כד 369 (2000) (להלן: האתגר הדמוקרטי)). כאמור, התפיסה שבבסיס חלק מן החוזים הרגולטוריים מצויה במתח אל מול עקרונות יסוד של המשפט המנהלי. לעתים, במסגרת ההסכמה המתגבשת כובלת הרשות את שיקול דעתה לתקופת זמן, בניגוד לכלל האוסר עליה לעשות זאת; לפרקים, יוצרת ההסכמה המתגבשת הסדר שכמוהו כהסדר ראשוני, מבלי שיש לרגולטור הסמכה בחקיקה ראשית לשם כך. לדעת חברי, יש בראשון כדי להביא לבטלותה של פסקת היציבות הרגולטורית; ובשני יש כדי להביא לבטלותה של החלטת הממשלה כולה. כשלעצמי, אינני תמים דעים עמו. אשר לפסקת היציבות הרגולטורית, כפי שאפרט בהמשך, סבורני כי לא די להתבונן בה בפני עצמה ובקשיים מן המשפט המנהלי שהיא מעלה. עלינו להתבונן במתווה הגז כמכלול, ובתוך ההקשר הרחב של סוגיית החוזים הרגולטוריים. לטעמי, הקשיים שעליהם הצביע חברי אינם חמורים עד

כדי כך שיש להורות על בטלות פסקת היציבות הרגולטורית; וגם החלטת הממשלה יכולה לעמוד על כנה, מבלי צורך בחקיקה.

6. ניתן לאהוד את הרגולציה ההסכמית, ניתן להסתייג ממנה, אך לדעתי ברור שבעניין שלפנינו כלי זה נחוץ ביותר עבור הרגולטור. כאן, לא היה מועיל לה, לממשלה, להשתמש בכוחה הכופה והמצווה, בבחינת: אלו ואלו התנאים להפקת גז טבעי, כל הרוצה ליטול יבוא ויטול. זאת, משום שבמצב כזה התוצאה הצפויה היא שאין איש בא ונוטל כלל ועיקר. לאו כל אדם ראוי ומסוגל להפקת גז טבעי, ומעט המועמדים הראליים לכך צפויים לבחור בהשקעה בפרוייקטים בעלי סביבה רגולטורית נוחה יותר, באם ציוויה של המדינה יעמוד להם לרועץ. בעניין שלפנינו סבורה הממשלה כי ההסכמה היתה נחוצה, בלעדית לא יצא הפרוייקט אל הפועל, ובחירתה לצעוד בדרך הרגולציה ההסכמית מצויה בליבת שיקול הדעת המנהלי המסור לה.

7. מכל מקום, וכפי שציין חברי (פסקה כ), מטבע הדברים מקום שבו נדרשת הסכמה, נאלצת המדינה להתחשב גם ברצונותיו של הצד האחר לשולחן המשא ומתן. כדי להגיע להסכמה, ביקשו חברות הגז להיות סמוכות ובטוחות שהסביבה הרגולטורית לא תשתנה; הממשלה הסכימה לכך, וכבלה את שיקול דעתה בנוגע לביצוע שינויי חקיקה, לפרק זמן ארוך של עד עשר שנים. האם כבילה זו נעשתה כדין? חברי משיב לשאלה זו בשלילה; לדעתי-שלי יש להשיב בחיוב.

פסקת היציבות הרגולטורית וכבילת שיקול הדעת המנהלי

8. בפרק י להחלטת הממשלה – כותרתו 'קיום סביבה רגולטורית יציבה' – נקבע כי הממשלה אינה רואה צורך בשינוי נוסף בסביבה הרגולטורית הנוגעת לחוק מיסוי רווחי נפט וחוק הנפט, מעבר לשינויים שבוצעו קודם לכן ובמסגרת המתווה. לפיכך, מתחייבת הממשלה שלא ליזום שינויים מהותיים בתחום זה, להתנגד להצעות חוק פרטיות המבקשות לקדם שינויים כאלה, וככל שיתקבל בכנסת חוק כזה – תקדם הממשלה הצעת חוק ממשלתית לביטול השינוי המהותי. התחייבות דומה ניתנה גם לגבי החלטת ממשלה 442 שעניינה ביצוא הגז, ולגבי מתן הפטור בתחום ההגבלים העסקיים. כמו כן נקבע שהאמור יעמוד בתוקפו למשך עשר שנים מיום קבלת ההחלטה, כאשר לממשלה שמורות שתי 'אבני דרך' לבחינת המדיניות (ואם תרצו: 'נקודות יציאה'), בשנת 2017 ובעוד 5 שנים, בהתאם לעמידתן של חברות הגז באשר מוטל עליהן לפי המתווה.

9. לטענת העותרות, פסקה זו אינה חוקית, היא נקבעה בחוסר סמכות, משום שהממשלה אינה רשאית לכבול את שיקול דעתה באופן כה נרחב, למשך זמן רב כל כך. לא זו אף זו, טוענות העותרות, כי לא רק את ידי עצמה וידי ממשלות עתידיות כבלה הממשלה, אלא אף את ידיה של הרשות המחוקקת. לחלופין נטען, כי פסקת היציבות אינה סבירה באופן קיצוני.

10. חברי מסכים עם העותרות, לדעתו יש ממש בטענתן על כבילת ידיה של הממשלה, של הממשלות העתידות לבוא ו"גם את ידיה של הרשות המחוקקת" (פסקה קכ) ונימוקיו עמו: "במציאות הפוליטית הישראלית, הצעת חוק אשר נתקלת בהתנגדות ועדת השרים לענייני חקיקה, דהיינו התנגדות הממשלה, סיכוייה לעבור אינם גבוהים" וכן "נוכח המשמעת הקואליציונית המופעלת פעמים רבות" (שם). דעתי שונה בהקשר זה, ואוכל להשיב לחברי, כי שיטתו-שלו, לפיה נדרש מתווה הגז לעבור הליך של חקיקה בכנסת, צופנת בחובה סכנה רבתי של תג מחיר גבוה שתאלץ הממשלה לשלם – במטבעות של כסף ובמושגים של פוליטיקה – כדי לשכנע סיעות וחברי כנסת להצביע בעד המתווה; סחר-מכר שאזרחי המדינה ישאו בו, ושיכול חלילה גם להיות קלוקל. אמרתי "אוכל" להשיב כך לחברי, אך אינני רוצה לעשות כן, כדי לא לערבב פוליטיקה במשפט. אשיב לו אך זאת, כי עד שהוא חושש להסגת גבולה של הכנסת על-ידי הממשלה, חושש אני – למקרא נימוקיו הנ"ל והנימוק שכנגד, שצינתי לעיל בתשובתי האפשרית – שמא נסיג אנחנו, השופטים, את גבולו של המרחב הפוליטי. אף אחד לא חנן אותנו לצפות בקריסטל ולחזות ולפרש את התרחישים הפוליטיים האפשריים. אמנם איננו תמימים, אך הערכות פוליטיות חורגות מן התחום החוקי והמשפטי שעליו הופקדנו, ולא על סמכן ניתן להשתית מסקנה על כבילת שיקול דעתה של הכנסת.

11. לדעתי, שלא כדעתו של חברי, המשנה לנשיאה, יש לדחות את טענת העותרות כביכול מסיגה הרשות המבצעת את גבולה של הרשות המחוקקת, כאילו מתערבת פסקת היציבות בשיקול דעתה של כנסת ישראל ומגבילה אותו; ולא היא. הן מבחינה פורמלית, הן מהותית, פסקת היציבות מגבילה את שיקול דעת הממשלה בלבד, ולא את שיקול דעתה של הכנסת. כוחה של הממשלה ליזום הצעות חוק ממשלתיות ולהתנגד להצעות חוק פרטיות, וכוח החקיקה של הכנסת מתקיימים במקביל. הכנסת היא ריבונית, עצמאית, סוברנית לקבל כל הצעת חוק, לחוקק כטוב בעיניה. הממשלה מצדה פעילה בהליכי החקיקה שבכנסת, בעיקר באמצעות ועדת השרים לענייני חקיקה, והיא רשאית לקדם באמצעות חברי הכנסת מסיעות הקואליציה, הצעות חוק שונות. דעת לנבון נקל כי לממשלה מסור שיקול דעת באשר לפעולותיה השונות אל מול ובמסגרת

הרשות המחוקקת. לעמדתו, פסקת היציבות הרגולטורית מכוונת להפעלת שיקול דעת זה, וזה בלבד.

12. תימוכין לעמדתו אני מוצא דוקא בדברי חברי, בדונו בכלל ההסדרים הראשוניים, שם ציין כנדבך מרכזי את עקרון הפרדת הרשויות "העומד ביסוד משטרנו הדמוקרטי" (פסקה קכז). בחלק זה של חוות דעתו מצביע חברי, בצדק, על ההבחנה אשר חייבת להישמר בין הממשלה ובין הכנסת. לדבריו – "הכנסת אינה 'להקת המעודדות' של הממשלה, ודברי הממשלה אינם בבחינת 'נעשה ונשמע'. אף אם מבחינה מעשית לממשלה רוב בכנסת; מובן שאין הכרח שכך יהיה בכל סוגיה וסוגיה, והיו מקרים מעולם" (פסקה קמב). דברי חברי הללו, הם עצמם, מלמדים על אי-כבילת ידיה של הרשות המחוקקת בהחלטת הממשלה (על חובות האמון שעשויה מערכת היחסים בין זו לזו להצמיח ראו במאמר פרי עטו של יגאל מרזל "חובות האמון של הממשלה כלפי הכנסת" חובות אמון בדין הישראלי 185 (2016)).

13. האם מוסמכת הממשלה להתחייב, כלפי הציבור או כלפי צד שלישי, לפעול לקידומה של חקיקה? התשובה לכך היא בחיוב. במצבים רבים מוכרת יכולתה של הממשלה לעשות כן. כך הוא הדבר בכל הנוגע לאמנות ולהסכמים בינלאומיים, שבהם מתחייבת הממשלה לפעול לחקיקת הוראות האמנה בדין הפנימי (אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי 915-914 (2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה)). חוקים רבים התחייבה ממשלת ישראל לחוקק או לתקן כתנאי לקבלתה לארגון ה-OECD לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי. כמו כן מוכרת זכותה העקרונית של מפלגה (אף שכמובן אין זהות בין מפלגה לבין הממשלה) לעגן בהסכם 'פוליטי' או 'קואליציוני' התחייבות לפעול לקידום חקיקה בסוגיות מסוימות. עצם ההתחייבות באשר להפעלתן של סמכויות שלטוניות איננה בלתי חוקית ולא סותרת את תקנת הציבור (נילי כהן, "ההסכם הפוליטי", המשפט א 68 (תשנ"ג)). כשלעצמי אף אינני מוצא הבדל של ממש בין התחייבות לקדם חקיקה ובין התחייבות לפעול לביטולה של חקיקה נוגדת. כל חקיקה משנה את המצב החקיקתי הקודם לה, ולמעשה מדובר באותה מסגרת – התחייבות לקיומו של מצב חקיקתי מסוים – בשינוי אדרת. איני רואה בהתחייבות מן הסוג השני ביחס להתחייבות מן הסוג הראשון משום פגיעה חמורה יותר בעצמאותה של הרשות המחוקקת, חריגה רבה יותר מסמכותה של הממשלה, או כבילה נוקשה יותר של שיקול דעתה. שלא כדעת חברי (פסקה קכא), סבורני כי עצם ההתחייבות מצד הממשלה לפעול באופן מסוים, אינה שונה באופן מהותי מהתחייבות שלא לפעול באותו עניין. כזו כן זו. בשתייהן מצויה התחייבות על אופן הפעלת שיקול הדעת השלטוני

בתגובה למצב דברים נתון, אם במעשה, אם במחדל. ההלכה המשפטית הפסוקה המאפשרת חזרה מהתחייבות שכזו, הריהי תקפה כלפי שתי ההתחייבויות במידה שווה.

14. כשלעצמה, עצם העובדה שלהחלטת הממשלה ישנן השלכות ארוכות-טווח, גם כאלו הטומנות בחובן שינויי חקיקה עתידיים או הצהרה על הימנעות משינויים כאלה, אין בה משום חידוש. החלטות ממשלה רבות צופות פני עתיד, מתייחסות לתוכניות שמעבר לאופק כהונתה של הממשלה בעת קבלת ההחלטה. החלטות כאמור מתאפיינות לרוב באסדרת תחום הטיפול של הממשלה בבעיות עומק חברתיות, בפרוייקטים של תשתית, שנדרש להקצות לטובת מימושן תקציבים נכבדים במשך תקופה ארוכה. החלטות אלו עשויות לכלול גם הבטחות מנהליות כלפי צדדים שלישיים, שלגביהן חלות ההלכות הכלליות בדבר ההצדקות לאי-קיומן בנסיבות מסוימות. לעיתים עשויה הממשלה להתחייב גם להימנע מעריכת שינויים במדיניות קיימת. דוגמאות לכך הן החלטות הממשלה בנוגע להגנות ים המלח, וההתחייבות להימנע משינויים במדיניות הפיסקלית בקשר עם כריית מחצבים שם (החלטת ממשלה מספר 4060 מיום 1.1.2012); וכן הוראת היציבות שכלולה בהחלטת ועדת השרים לענייני יוקר המחיה, הריכוזיות ועידוד התחרות במשק בנושא שוק המלט, אשר כללה הנחיה לשרי האוצר והכלכלה להימנע מביצוע שינויים בסחר ובתחרות, ברישוי היבוא ובפיקוח על המחירים בענף זה (החלטה מספר יקר/13 מיום 28.7.2014, אשר קיבלה תוקף של החלטת ממשלה מספר 1960 ביום 7.8.2014). התחייבות דומה, בלבוש אחר, נעשית על-ידי הממשלה מעת לעת מקום בו היא מתקשרת בחוזה מנהלי עם גורם פרטי, הכולל 'סעיף דין מפלה', שמשמעותו היא חיוב המדינה בתשלום פיצויים ככל שתשתנה הסביבה החוקית או הרגולטורית לרעת אותו גורם. בפסקאות קכב-קכג התייחס חברי לטענות אלו, אך לשיטתו אין הנדון דומה לראיה – הן ביחס למושא ההתחייבות, הן ביחס לנוקשותה. לדבריו, תניות אלו לא עברו ביקורת שיפוטית, ומשכך אין בהן כדי להכשיר את פסקת היציבות במתווה דנן. אכן, כל עניין קובע פרק לעצמו, ענייננו-שלנו הוא יחודי ותקדימי בכמה מובנים, ופסקת היציבות היא אחד מהם. ואולם, עצם העובדה כי התחייבויות דומות ניתנו בפועל בעבר, בהקשרים שונים, מלמדתנו על צרכי ה'שטח' בקיומן, ועל כך שכשלעצמן וכעקרון הן אינן פסולות. ועוד זאת מן הראוי לזכור ולהזכיר: לא נס ליחה של חזקת תקינות מעשה המינהל.

15. מכל מקום, והגם שהממשלה רשאית להתחייב על יזום וקידום חקיקה, הרי שמקום שבו מדובר על התחייבות ארוכת טווח, להימנע משינויי חקיקה, הדבר אכן מעורר קושי בכל הנוגע לכבילת שיקול הדעת העתידי של הממשלה. כפי שציין חברי בהרחבה, המשפט המנהלי מכיר באיסור על גוף מנהלי לכבול את שיקול דעתו. איסור

זה נגזר מחובתה של הרשות להפעיל שיקול דעת באופן מתמיד. בד בבד, הכירה הפסיקה גם בקיומו של התחום המשפטי של חוזים מנהליים והבטחות מנהליות, במסגרתם מתחייבת הרשות כלפי צדדים שלישיים בהתחייבויות הכובלות את שיקול דעתה באופן אינהרנטי. הפסיקה והספרות הכירו בכך שיישום דווקני של איסור כבילת שיקול הדעת, יאיין את הפרקטיקה של התקשרויות בין רשויות ציבוריות ובין גורמים פרטיים, שהמציאות מלמדת כי הן חיוניות לקידום עניינו של הציבור (ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי א 204 (2010) (להלן: ברק-ארז); ידן, עמוד 124). כיצד אפוא יש להתמודד עם מתח מובנה זה?

16. בראשית דרכו של בית משפט זה, נבחנו 'סעיפי כבילה' כאלה על רקע הדוקטרינה החוזית של תקנת הציבור. באופן כללי ניתן לומר כי הטענה לפיה אין לה לרשות כל סמכות "לכבול" את דרך ההפעלה של שיקול דעתה בעתיד, לרבות באמצעות חוזה מנהלי, כבר הועלתה בהקשרים שונים, ואולם היא נדחתה בפסיקת בית משפט זה (יואב דותן "הבטחה מנהלית לציבור" משפט וממשל ה 465, 486-487 (תש"ס)). אמנם, באחת מן הפרשיות הראשונות בהן עסק בית משפט זה נקבע, כי התחייבות חוזית של עירייה שלא להפקיע שטח כלשהו של אדם "מנוגדת לטובת הציבור והיא בטלה מעיקרה" (בג"ץ 30/51 בלבן נ' עיריית תל אביב, פ"ד ו 257,260 (1952); וראו בג"ץ 311/60 י. מילר, מהנדס (סוכנות יבוא) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989, 2003 (1961) (להלן: עניין מילר)). אולם, גם בפסקי דין אלו הוכרה האפשרות העקרונית שלפיה כבילת שיקול הדעת המנהלי דווקא נחוצה 'לטובת הציבור': "אמנם בדרך כלל מוטב לרשות להימנע מלהתחייב בחוזה מה שימוש תעשה בשיקול-דעתה לגבי עניין הצפון בחיק העתיד, אך במקרה זנא היה צורך בדבר, מפאת מיגבלות השוק המקומי הקטן" (עניין מילר, עמוד 2006).

17. בהמשך דרכה, העניקה ההלכה הפסוקה משקל משמעותי לכך שהחוזה המנהלי אינו הרמטי, וכי הרשות עשויה במצבים מסוימים להשתחרר ממנו; בכך מוגבלת הכבילה של שיקול הדעת לגדריה של הלכת ההשתחררות, וממילא פוחת פועלה. כך התייחס המשנה לנשיא מ' אלון לסוגיה זו, לגבי הסכם פוליטי שבו נכבל שיקול הדעת של הממשלה העתידה לקום:

"הלכה פסוקה היא, וכבר עמדנו עליה בדברינו לעיל, כי רשות שלטונית רשאית להתקשר בהסכם בדבר הפעלת סמכויותיה השלטוניות בעתיד, והתקשרות כזו, כשלעצמה, אינה פסולה. והיה ובעתיד יתעורר הצורך להפעיל את הסמכות השלטונית, פעילות אשר הינה בניגוד למוסכם, תהא הרשות רשאית, ואף חייבת, להשתחרר מן החוזה ולהפעיל את סמכותה השלטונית, אם צרכי ציבור חיוניים

יצדיקו זאת... אומר על כך חברי השופט ברק... 'אפילו מגביל ההסכם שימוש עתידי בסמכות שלטונית, אין בכך כדי להביא לפסילתו בהווה של ההסכם. הגישה המקובלת בעניין זה בישראל היא, כי הסכמים המגבילים סמכות שלטונית אינם בטלים כשלעצמם... עם זאת, שעה שיבוא מועד הפעלת הסמכות השלטונית, יוכל בעל הסמכות להשתחרר מההסכם, אם צורכי ציבור חיוניים יצדיקו זאת... אין כל צידוק, כי נקדים את המאוחר, וכי נכריז כבר עתה על השתחררות מההסכם..." (בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 806, 749 (1991) (להלן – עניין ז'רז'בסקי); ההדגשה הוספה – נ' ס').

18. אשר לפועלה של הלכת ההשתחררות, הפסיקה והספרות הכירו בכך כי ככלל, צריכה הרשות להיות בת-חורין לעצב את מדיניותה כראות עיניה ולשנותה לפי הנצרך מעת לעת. ואולם, עצם קיומה של ההבטחה השלטונית מביא לכך שיש לאזן עקרון זה עם אינטרסים מתחרים אחרים, והם האינטרס הציבורי בדבר אמינות השלטון המגולם בהבטחת הרשות, ואינטרס ההסתמכות של הפרט, מקבל ההבטחה (אלכס שטיין "הבטחה מינהלית" משפטים יד 255, 274-272 (תשמ"ה); בג"ץ 5941/91 החברה האמריקאית ישראלית לגז בע"מ נ' משרד האנרגיה והתשתית, פ"ד מו(2) 806, 814 (1992)). נוסחת האיזון בין אינטרסים אלו איננה קבועה מראש, ואולם המבחן המכריע בעניין זה הוא טובת הכלל וצרכי הציבור (גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות המינהלית 124 (תש"ס)). חברי, המשנה לנשיאה, סקר את ההלכה הנוהגת בעניין זה (פסקאות קי-קיב) ואינני רואה צורך להוסיף.

19. בעניין ז'רז'בסקי השתמש השופט (כתוארו אז) א' ברק במבחן השיקול הרלבנטי על מנת לקבוע אם 'סעיף כבילה' בהסכם שלטוני תקף, אם לאו. לפי מבחן זה, יש לבחון אם בשעה שתצטרך הרשות להפעיל את שיקול דעתה אם לקיים את החוזה או להשתחרר ממנו בשל צורך ציבורי חיוני, יהיה השיקול שלפיו היא חתומה על החוזה הכובל, שיקול רלבנטי בהחלטתה. כדברים האלה אמר אז השופט ברק:

"מן המפורסמות היא, כי השימוש בסמכות שלטונית - והסמכויות האמורות של הממשלה ושל ראש הממשלה הן בגדר סמכויות שלטוניות - צריך להיעשות בדל"ת אמות החקיקה שהקימה אותה סמכות. השיקולים המדריכים את בעל הסמכות צריך שיהיו השיקולים העומדים ביסוד החקיקה ממנה יונקת הסמכות... מכאן, שאין בעל סמכות שלטונית יכול להצדיק את השימוש או אי השימוש בסמכות שלטונית אך מהטעם שהדבר מתבקש מהסכם אותו עשה עם זולתו. אם הטעמים העומדים ביסוד הפעלת הסמכות (או הימנעות מהפעלתה) אינם עולים בקנה אחד עם הטעמים העומדים ביסוד קיום הסכם, יד הסמכות על העליונה. הסכם אינו יכול להגביל סמכות שלטונית. האם נובע מכאן כי הסכם שעניינו הפעלתה (או אי-הפעלתה) של סמכות שלטונית בטל מעיקרו? נראה לי, כי תוקפו בהווה של

הסכם פוליטי המגביל שימוש סמכות בעתיד מותנה בתשובה לשאלה הבאה: האם יהיה זה במסגרת דל"ת אמותיו של החוק המסמין, אם הרשות השלטונית תתחשב, שעה שהיא תחליט בעתיד להפעיל סמכות שלטונית (או להימנע מהפעלתה), בהתחייבות שהיא נתנה באשר לשימוש באותה סמכות במסגרת ההסכם שכרתה. אם ניתן לקבוע כבר עתה, כי השיקול של מתן ההבטחה במסגרת ההסכם לא יהיה שיקול הנופל למסגרת השיקולים שמוותר יהיה לרשות לקחתם בחשבון, כי אז יש לומר כבר עתה, כי ההסכם בטל ומבוטל. לעומת זאת, אם ניתן לקבוע כבר עתה, כי עצם השיקול של מתן ההבטחה במסגרת ההסכם הינו שיקול רלוואנטי, שיהא מותר להתחשב בו בעת הפעלת הסמכות, כי אז ניתן לומר כבר עתה, כי ההסכם תופס. ודוק: הקביעה כי ההסכם תופס אין משמעותה כי הרשות השלטונית חייבת לקבל בעתיד החלטה על-פי ההתחייבות שהיא נטלה על עצמה באותו הסכם. הקביעה כי ההסכם תופס משמעותה היא אך זו כי על בעל הסמכות להתחשב, במסגרת מיגוון השיקולים שעליו לקחת בחשבון בעתיד בעת הפעלת הסמכות, גם בשיקול שהוא נטל על עצמו התחייבות לפעול (או שלא לפעול) בדרך מסוימת" (שס, בעמודים 848-849; ההדגשה הוספה – נ' ס').

כלומר, מכיוון שהסעיף הכובל את שיקול הדעת המנהלי משמש רק כשיקול אחד במסגרת הפעלת הסמכות, הרי שניתן לפסול אותו מעיקרא רק כאשר מדובר בשיקול שלחלוטין אינו רלבנטי להפעלתה של הסמכות.

20. הכלל הוא, אפוא, כי החוזה המנהלי הכובל את שיקול דעתה של הרשות – הריהו חוזה תקף, בכפוף להלכת ההשתחררות; והחריג הוא שחוזה כזה בטל. לפי השופט ברק, חריג זה יחול מקום שמדובר בו בהבטחה שאין לשקול להעתר לה במסגרת השיקולים להפעלת שיקול הדעת. פרופ' ברק-ארז מצביעה על חריג אחר לכלל זה. לדבריה, אמנם "הלכה למעשה, בית המשפט העליון לא יישם את העיקרון בדבר אי-כבילתו של שיקול הדעת הסטטוטורי באופן המונע מדעיקרא הכרה בתוקפם של הסכמים. העיקרון שימש רק לפסילת הסכמים ששללו כל אפשרות להפעיל שיקול דעת בעתיד" (ברק-ארז, בעמוד 204, ההדגשה שלי – נ' ס'; ראו הדוגמא המובאת שם: בג"ץ 816/98 אמינוף נ' אלטלף, פ"ד נב(2) 769, 806 (1998); כן ראו עע"מ 5042/01 זיד נ' פארס, פ"ד נו(3) 865, 886 (2002)).

21. בהסתמך על האמור לעיל, האם יש למקם את ענייננו במסגרת הכלל, או שמא הוא בא בגרדי החריג? סבורני, כי בחינת הסוגיה הן לפי השקפתו של השופט ברק בעניין ז'רז'בסקי, הן מזוית ראייתה של פרופ' ברק-ארז בספרה, מורה כי בנסיבות העניין שלפנינו אין מקום להורות על בטלות פסקת היציבות רק מחמת כבילת שיקול הדעת המנהלי המעוגנת בה.

22. מנקודת המבט של מבחן השיקול הרלבנטי, הרי שכבר לפני למעלה מיובל שנים עמד בית משפט זה בעניין מילר (ראו בדברים המצוטטים לעיל, פסקה 17) על כך שכבילת שיקול הדעת במסגרת הסכם בעל אופי 'מסחרי', שבלעדיה לא יוכל העניין להגיע לידי מימוש, היא שיקול המצדיק כשלעצמו את הכבילה. בוודאי שהתחייבות כזו היא שיקול שמוצדק להתחשב בו לעת הכרעה אם להשתחרר מהחובה, אם לאו. משעה שהגיעה הממשלה, בדרך הילוכה כפי שתוארה בהרחבה בחוות דעתו של חברי, לידי מסקנה שהפתרון הנכון לסוגיית הפקת הגז הטבעי מצוי במתווה המסוים שקבעה, בדרך של הסכמה עם חברות הגז, אשר כתנאי לה נדרשה בין היתר גם פסקת היציבות הרגולטורית – אין בלבי עוד ספק שפסקה זו מצויה במסגרת "דלת" אמותיו של החוק המסמיך (שאליו אדרש בהמשך) והיא צולחת את מבחן השיקול הרלבנטי. אזכיר לגופם של דברים, כי התחומים הספציפיים הכפופים לפסקת היציבות טופלו זה מכבר באופן נרחב ועמוק במסגרת שלוש רפורמות משמעותיות בנושא הפקת הגז הטבעי: ישום המלצות ועדת ששינסקי, החלטת הממשלה בנושא היקפי יצוא הגז, והשינוי המבני במסגרת המתווה. הממשלה סבורה, על סמך שיקולים מקצועיים ששקלו המומחים השונים במתווה הרב-קודקודי הנדון, כי אין עוד צורך בעריכת שינוי מהותי נוסף בתחומים אלו בעשר השנים הקרובות; כך שהסיכוי לשינוי באופן שיעמוד בסתירה למתווה, הוא מלכתחילה קטן ביותר.

23. כעת נבחן אם פסקת היציבות מצויה בקרב אותם מקרים חריגים שעליהם עמדה פרופ' ברק-ארז, השוללים "כל אפשרות להפעיל שיקול דעת בעתיד". לטעמי, במסגרת בחינה זו יש לראות אל-נכון את תוכנה של פסקת היציבות הרגולטורית והיקף הכבילה המעוגנת בה, על רקע כלל נסיבות העניין. כלומר, יש לבחון את טיב הכבילה, את היקפה ואת משכה, מחד גיסא; וזאת על רקע משמעותו של מתווה הגז כולו ותפקידה של פסקת היציבות במסגרתו מאידך גיסא. בנוסף לנסיבות הספציפיות, יש לזכור את אשר פתחנו בו: את היחס בין כבילת שיקול הדעת המנהלי ובין תוקפם של חוזים מנהליים צריך לבחון כיום על רקע 'המדינה הרגולטורית' ובשים לב ליתרונות הגלומים בכבילה שכזו במסגרתה של הרגולציה ההסכמית. כאשר הכבילה נעשית לצורך גיבוש הסכמה בין הרגולטור ובין הגופים המוסדרים, ובשעה שהרגולטור רואה כי היתרונות ברגולציה ההסכמית עולים בנדון שלפניו על חסרונותיה – מן הראוי לחתור לפתרון משפטי מניח את הדעת שיאפשר מחד גיסא להגיע להסכמה, ומאידך גיסא לשמור על כוחה של המדינה לשנות את מדיניותה. על רקע זה יש לבחון בכל מקרה לגופו אם בכבילה מוחלטת וקיצונית של שיקול הדעת עסקינן, אם לאו.

24. לפני שאפנה לבחון שאלה זו, אקדים ואתייחס להבדל שעשה חברי בין תניות כבילה מסוג 'קיפאון רגולטורי', ובין תניות מסוג 'איזון כלכלי'. חברי עמד על כך שתניות מסוג של קיפאון רגולטורי מוכרות בדרך כלל במדינות מתפתחות בלבד, ולא במדינות מפותחות בעלות משטר דמוקרטי יציב. עובדה זו אכן מעוררת אי-נחת מסוימת; אך יש לזכור, כי הטעם העיקרי להעדר השימוש בתניות קיפאון רגולטורי במדינות מפותחות, כפי שציין חברי, הוא שלתניות אלו אין תוקף חוקי מחייב, נוכח כבילת שיקול הדעת העתידי של הריבון (פסקה ק). כלומר, תניית קיפאון מיועדת לכבול באופן מלא את שיקול הדעת של הרשות במצבים עתידיים, דבר שמשטר דמוקרטי תקין לא יסכון עמו. דא עקא, שבעניין שלפנינו מוסכם על המדינה ועל חברות הגז גם יחד, שאין זה מצב הדברים לאשורו. הכל מודים, שמעמדה של פסקת היציבות הוא כשל הבטחה מנהלית שניתן לבטלה, בכפוף לדיני ההבטחה המנהלית. מכאן, שבמנותק מאופן הניסוח של הפסקה, משמעותה היא כשל תניית איזון כלכלי (למעט העובדה שמחיר השינוי לא נקוב מראש, ויצטרך להיבחן בבוא העת). אכן, יתכן שמוטב היה למדינה לשמר את היציבות הרגולטורית באופן מפורש באמצעות תניית איזון כלכלי, כפי שהדבר נעשה בהסכמים מנהליים אחרים; יתכן גם שלא. בעניינינו שקלה המדינה אפשרות זו, ולדעת באי-כוחה דווקא באופן שבו נוסחה, מעניקה לה פסקת היציבות יתר גמישות אשר בה חפצה. מכל מקום, ובהתחשב בכך שהדבר מוסכם הן על המדינה, הן על חברות הגז – איני רואה מניעה ליתן לפסקת היציבות את הפרשנות האמורה, המתיישבת עם כוונת הצדדים, עם הלשון ועם התכלית. סבורני שיש בדבר כדי לרוכך במעט את הקושי שעליו הצביע חברי. פרשנות שכזו מקרבת את פסקת היציבות שבה עסקינן לתניות מסוג 'דין מפלה' הקיימות בחוזים מנהליים שונים, כאמור לעיל. פרשנות המקיימת את הפסקה עדיפה עשרות מונים על כזו המבטלתה.

25. מנקודה זו נובעת, לעניות דעתי, עיקרה של המחלוקת שביני ובין חברי. חברי התמקד בשאלת הסמכות לקבוע הבטחה מנהלית הטומנת בחובה את כבילת שיקול דעתה של הרשות, מתוך הנחה מסוימת, שלטעמי לא פורטה כל צרכה, שלא תהיה יכולת (חוקית או ריאלית) לבטל את ההבטחה ולהשתחרר ממילוי ההתחייבות הגלומה בה. לא זו בלבד, אלא שאת עצם היכולת להשתחרר מן ההבטחה המנהלית, לכאורה, לא רואה חברי בעין טובה. חברי ממעיט בערכה של הצהרת הממשלה, לפיה בבוא היום תוכל לחזור בה מהחלטתה ככל שהדבר ידרש, ואף רואה בה מעין פגם מוסרי-ציבורי (פסקה קכא). כשלעצמי אינני רואה מצב דברים זה כפגום, מאחר שהאינטרס הציבורי הוא הוא העומד בבסיס יכולת ההשתחררות מן ההבטחה המנהלית. מה שרואה חברי כפגם, רואה אני כתנאי-בלעדיו-אין לתוקף המשפטי הניתן לכל הבטחה מנהלית באשר היא. גם חברי בעצמו ציין כי קיים מתח מובנה בין דוקטרינת החוזים המנהליים ובין

האיסור על כבילת שיקול דעת הרשות. מתח זה מאוזן במידת מה באמצעות הלכת ההשתחררות החוזית מזה ודיני ביטול ההבטחה המנהלית מזה. אשר על כן, לגישתי השאלה העומדת לפתחנו אינה אם מוסמכת הרשות לכבול את שיקול דעתה באופן המצוין בפסקת היציבות כשלעצמה; אלא, האם פסקת היציבות, כפי שנוסחה, היא סבירה; לשון אחר – האם באופן שבו נוסחה פסקת היציבות יש משום שלילה דה-פקטו של יכולת ההשתחררות מן ההבטחה המנהלית, שקיומה הכרחי לשם הצדקתה.

26. בעניין שלפנינו, ההתחייבות הכלולה בפסקת היציבות הרגולטורית היא אכן חריגה. זאת, הן בשל משכה – שנים ארוכות; הן בשל היקפה – הימנעות מוחלטת מחקיקה והתחייבות אקטיבית לשינוי חקיקה נוגדת; הן בשל התוצאות הכלכליות שצפויות לנבוע מאי-קיומה. השאלה המונחת לפתחנו היא, האם בהצטברות המאפיינים הללו יש משום כבילה מוחלטת של שיקול הדעת, המחייבת את התערבותנו. לעמדתי, התשובה לשאלה זו היא בשלילה. זאת, כאמור, על רקע תפיסת תפקידה של פסקת היציבות כחלק מתוצאת המשא ומתן שהושגה במסגרת מתווה הגז כולו, כאשר אני סבור כי הביקורת השיפוטית על נקודת האיזון שהושגה במשא ומתן זה היא לפי טבעה מצומצמת. לא עלינו, כבית משפט, לבוא בנעלי הנושאים והנותנים. חזקה על עובדי המדינה והמומחים מטעמה, כי עשו את מלאכתם נאמנה.

27. ודוק: חקיקה – תכבול עוד יותר את שיקול דעתה של הממשלה; פסקת היציבות הרגולטורית – חרף נוקשותה, מותירה לממשלה מרחב של שיקול דעת, בגלל הלכת ההשתחררות החוזית ודיני ביטול ההבטחה המנהלית, ובכך היא גמישה יותר מאשר עיגון מתווה הגז בחקיקה.

28. הביקורת השיפוטית על תוכנה המקצועי של החלטת הממשלה היא מצומצמת למדי. אשוב ואזכיר מושכלות ראשונים במשפט המנהלי, לפיהן מסור לרשות המנהלית שיקול דעת רחב בעניינים כגון דא, ולא בנקל יתערב בו בית המשפט (ראו גם פסקה נג לחוות דעתו של חברי). הרשות המנהלית היא זו המחזיקה בסמכות, ולה נתונים הכלים המקצועיים לשקילה ולביצוע החלטות בתחומי סמכותה. התערבות בהחלטותיה נעשית במשורה, אך ורק במקרים של חוסר סבירות קיצונית. לראייתי, כאשר עסקינן בשאלה של קביעת מדיניות, הכוללת היבטים מקצועיים יחודיים, הרי שממילא מצוי נושא זה בליבת שיקול הדעת של הרשות המנהלית. ההחלטה על המתווה המיטבי לניצול משאב הגז היא החלטה מקצועית מהדרגה הראשונה, המחייבת קביעת מדיניות רב-קודקודית, בעלת תחומי השפעה והשקפה רבים. אין מדובר בהחלטה שהתקבלה בהיסח הדעת. בקבלת החלטה ובקביעת המדיניות היו מעורבים בכירי הממשל והמשק, ומיטב אנשי

המקצוע מטעם המדינה. יש להעניק משקל רב לכך, בכל הנוגע להיקף הביקורת השיפוטית הראויה ביחס להחלטה זו.

29. עוד יש לזכור, כי מדובר בנושא חסר תקדים בהיקפו ובמשמעויותיו הכלכליות, ברמת ההשקעה והמומחיות המקצועית הנדרשת להכרעה בו, וכתוצאה מכך – גם ברמת התמורה הכלכלית שהוא אמור לספק לאזרחי המדינה. מדובר גם בתחום יוצא דופן ועתיר השקעות וסיכון, אשר השחקנים הפועלים בו שוקלים את צעדיהם בטווחי זמן של שנים ארוכות. בהקשר זה יש לזכור כי הממשלה אינה פועלת, ואיננה יכולה לפעול, בחלל ריק. אופי הפעילות והיקף ההשקעה הנדרשת הביא את הרשות המנהלית להבנה כי לא ניתן לקדם נושא זה באופן ראוי אלא באמצעות שיתוף פעולה עם יזמים פרטיים שלהם נתונים הן המומחיות הטכנית, הן המשאבים הכלכליים הנדרשים. מדובר בתחום יחודי שבו פועל מספר זעום של יזמים פוטנציאליים. שיתוף הפעולה האמור מחייב את המדינה להתחשב גם באינטרסים של אותם יזמים על מנת שהתקשרות כזו תוכל לצאת אל הפועל. בהיבט זה פסקת היציבות הרגולטורית היא חלק מ'עסקת חבילה' כוללת, פרי משא ומתן ארוך ומורכב שניהלה המדינה מול חברות הגז. כפי שנמסר בתגובת המדינה, הבטחת היציבות הרגולטורית היתה ועודנה אחד מהאדנים העיקריים העומדים בבסיס ההתקשרות, והיא בבחינת תנאי-בלעדיו-אין בעיני חברות הגז. גם מכך לא ניתן להתעלם שעה שאנו באים לבחון את סבירות כבילת שיקול הדעת.

30. על רקע הדברים הללו נבחן את שלושת ההיבטים שבפסקת היציבות הרגולטורית שצירופם מעורר קושי. היבט ראשון הוא משך זמן ההתחייבות; לאור האמור לעיל, נדמה כי עשור שנים הוא פרק זמן סביר והגיוני בהשקעות מסוג זה. צמצום טווח השנים של כבילת שיקול הדעת לתקופה קצרה יותר, אין בו טעם מבחינת חברות הגז, מאחר שהוא אינו מגדר כראוי את הסיכונים שבהשקעה הכלכלית האדירה שאותה הם משקיעים. אינני סבור שמתפקידנו להורות על קיצור התקופה, שהרי זהו ענין של מחיר. לבטח תצטרך המדינה לשלם טבין ותקילין לשם כך, אך זהו ענין שראוי לכלכלני המדינה ושאר המומחים מטעמה לענות בו; לא לנו, כשופטי בית המשפט הגבוה לצדק, נועדה מלאכת התימחור. טוען חברי, המשנה לנשיאה, כי משך הזמן מביא לכך שמשמעות פסקת היציבות היא כבילת שיקול דעתה של ממשלתה של הממשלה, בנושאים המצויים במחלוקת פוליטית של ממש. זאת, מאחר שהרכבה האידיאולוגי של הממשלה הבאה יכול שיהיה שונה מזה של הממשלה הנוכחית. לדבריו, קיים קושי מובנה בהתחייבות מסוג זה שמשמעותה חיוב הממשלה הבאה לפעול בניגוד למטרות ששמה לעצמה להשיג ושלשמן נבחרה. לפיכך הוא טוען כי אין בסמכותה של הממשלה להחליט החלטות מעין אלו. דעתי שונה, ודומני כי המציאות

מחייבתה. ביכולתה של הממשלה, ולעתים אף מחובתה, לקבוע מדיניות ולפעול להגשמתה בהתייחס לטווחי זמן ארוכים מתוחלת חייה-שלה. הדבר מתחייב מאופיין של סוגיות שהסדרתן והתמודדות עמן דורשות קבלת החלטות עומק ופעולה לאורך זמן. לשם כך נבחרה הממשלה. לדוגמה אזכיר את מוביל המים הארצי: בתכנונו הוחל עם קום המדינה, בנייתו הושלמה בשנת 1964, בדרכו חצה הרים וגבעות, עמקים ובקעות, במהלך כהונתן של כמה וכמה ממשלות. החלטות מסוג זה מתקבלות על-ידי ממשלות ישראל לדורותיהן, ולעיתים גם ממשלות מיעוט. כך היה כאשר הוחלט על הצטרפות לאמנות בינלאומיות או חתימה על הסכמים בינלאומיים שונים, לרבות כאלו אשר היו כרוכים בהם מחירים שנויים במחלוקת. בכל אחת מפעולות כגון אלו יש משום צמצום שיקול דעתה של הממשלה העתידית, במובן זה שבהחלטותיה תהיה חייבת להתחשב בפעולות קודמתה. מעמדתו של חברי משתמע כי הוא אינו רואה פעולות מסוג זה בעין יפה. ברם, לדידי לא זו בלבד שהדבר אפשרי, אלא שלעתים רבות הוא רצוי ואף מחויב.

31. מפעם לפעם נשמעת ביקורת ציבורית כלפי הממשלה, כל ממשלה, על כך שהיא מקבלת החלטות שיש להן השפעה מיידית בלבד, מתוך מטרה 'לגזור קופון' פוליטי, וללא חשיבה ופעולה לטווח ארוך, שאז אפשר שראש ממשלה או שר אחר 'יגזור את הסרט'. לפי הטענה הזו, ממשלה נמנעת מקבלת החלטות אשר דורשות השקעת משאבים רבים ותשלום מחירים פוליטיים, אך תוצאתן תורגש רק בעוד שנים רבות, והן עלולות שלא להצמיח רווח פוליטי עכשווי. ואילו כאן, עד אשר הגיעה הממשלה לידי החלטה לאחר ביצוע תהליך מקצועי ארוך ומורכב, מתוך אחריות וראיה לטווח של עשרות שנים קדימה, נשמעת מדברי חברי דווקא ביקורת הפוכה, כביכול פעולות אלו מגבילות את הממשלות הבאות. בנסיבות העניין לא ניתן לצפות מהממשלה שלא לעשות דבר. גם אי-החלטה משמעה החלטה. יש מצבים שנדרשת בהם קבלת החלטה, ואי אפשר לשבת על הגדר. לטעמי, זהו אחד מן המצבים הללו.

32. היבט שני הוא היקף ההתחייבות: ההתחייבות להימנע מחקיקה ולפעול לחקיקה נוגדת אם יתעורר הצורך. כפי שצוין לעיל, אף שאין הדבר נעשה לעתים מזומנות – לא תהא זו הפעם הראשונה שבה מתחייבת הרשות המבצעת לקביעת אקלים רגולטורי מסוים, בין היתר גם באמצעות יזום חקיקה או מניעתה. כאמור לעיל, עצם העובדה שלרשות עומדת האפשרות שלא לקיים הבטחה מנהלית שניתנה (ולחלופין – להשתחרר מחוזה מנהלי שנכרת), כאשר הנסיבות מצדיקות זאת, משמעה שהיקף הכבילה הוא מוגבל מראשיתו. יתרה מכך, בעניין שלפנינו נקבעו גם 'נקודות יציאה' למקרה שחברות הגז לא תעמודנה בהתחייבויותיהן, בעוד שנה ובעוד חמש שנים. גם

בכך יש כדי ליתן גמישות מסויימת לרשות המנהלית בהפעלת שיקול הדעת העתידי, ואין מדובר בהיקף התחייבות מוחלט ובלתי מוגבל.

33. הנקודה השלישית נוגעת למחיר שהמדינה תאלץ לשלם ככל שתחליט שלא לקיים את ההבטחה המנהלית. יטען הטוען, כי האפשרות להשתחרר מן ההבטחה המנהלית, על אף שהיא קיימת באופן תאורטי, לעולם לא תבוצע בפועל, בשל 'תג המחיר' הגבוה המוצמד לה. לפי טענה זו, שיעור הפיצויים בהם תחויב המדינה ככל שתבחר שלא לקיים את ההבטחה המנהלית הוא כה גבוה, עד שיש בו משום אפקט מצנן בעוצמה כזו שבכוחה לכבול 'דה-פקטו' באופן מוחלט את שיקול הדעת העתידי של הממשלה – דבר המצדיק את התערבותנו.

34. עניין זה כלל וכלל איננו פשוט, אם כי בסופו של דבר מדובר בשאלה של מידה, שהרי עצם קיומו של אפקט מצנן משמעותי מפני שינוי המדיניות איננו שנוי במחלוקת. המדינה בתשובתה אינה מתכחשת לקיומו של אפקט מצנן כזה, ואולם היא טוענת שאין בו די על מנת לאיין את שיקול הדעת העתידי. לטענתה, ככל שיחול שינוי נסיבות מהותי או שיימצא אינטרס ציבורי חשוב שיצדיק את שינוי המדיניות הרגולטורית, תוכל המדינה לעשות כן, גם אם יהא הדבר כרוך בתשלום פיצויים. הבחינה הנדרשת אפוא היא מהי עוצמתו של אותו אפקט מצנן (השוו בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פסקאות 35-36 לפסק הדין של הנשיא גרוניס (2.7.2014) (להלן: בג"ץ הייצוא)). כשלעצמי סבורני, כי במכלול הנסיבות אין לראות בתשלום הפיצויים העתידי הכרוך בהפרתה של פסקת היציבות הרגולטורית, ככזה הכובל את שיקול הדעת המנהלי באופן מוחלט, עד שיכריחנו להכריז על בטלותה של פסקת היציבות הרגולטורית.

35. ראשית, בהבטחה מנהלית עסקינן, שתוצאות הפרתה אינן ידועות מראש באופן מוגדר. אין מדובר בחוזה שבו נקבעו פיצויים מוסכמים, אשר ביחס אליהם יוכל בית המשפט לחוות דעתו בנוגע לאפשרותה הריאלית של המדינה להשתחרר ממנו. מכאן, שיכולתנו להביע עמדה בדבר העדר היכולת המעשית להפר את ההבטחה המנהלית, כבר בעת הזו, היא מצומצמת נוכח העדר הנתונים. הדבר תלוי לא רק בהיקף ההשקעות שעתידות חברות הגז להשקיע בהפקת הגז הטבעי, אלא גם בהיקף הסטייה ממתווה הגז ובעיתויה של סטייה שכזו. שנית, הפרת ההבטחה בעתיד לבטח תעלה ביוקר, אך עדיין יכול שתהיה "הפרה יעילה"; קרי, שהפסדה יצא בשכרה – אם שיעור הרווח יעלה על סכום הפיצוי. שלישיית, שוב אזכיר את נקודות היציאה שאותן שמרה המדינה לעצמה, במסגרתן תוכל לבחון את הנסיבות הקונקרטיות באותה עת ולשנות את מדיניותה

בהתאם, ככל שלא מתקיימות ההנחות שבבסיסן הושג המתווה, וזאת מבלי שתחויב בפיצוי בגין אי-קיומה של ההבטחה המנהלית – דהיינו, ללא קיומו של אפקט מצנן כלשהו.

36. רביעית – ועיקר: כאמור לעיל, עסקינן בסוגיה יחודית, בסדר גודל שונה לחלוטין מזה שאליו הורגלנו. במובן זה יש לייחס חשיבות יתרה לתנאים היחודיים הנוגעים למתווה הגז: ההשקעה הכלכלית האדירה הנדרשת מהיזמים בפועל תוך סיכון רב מצדם; הצורך הכלכלי, המדיני והבטחוני ביישום מהיר ככל הניתן של המתווה; חשיבותה של פסקת היציבות הרגולטורית בתוך המכלול, וחיוניות קיומה מצד חברות הגז, כתנאי מקדמי להתקשרות; ובסופו של דבר – התמורה הכלכלית הכבירה אשר כולנו תקווה כי תינתן בעד ההשקעה האמורה, לתועלת היזמים והמדינה ואזרחיה כאחד. מכל אלו נובע, כי אך סביר הוא כי המדינה תאלץ לשאת בעלות גבוהה מהרגיל בהשתחררות מההבטחה המנהלית הגלומה במתווה, שהרי כגודל הסיכוי כן גודל הסיכון. זו הפרספקטיבה שלאורה יש לבחון את סבירות כבילת שיקול הדעת.

37. אדגיש. פסקת היציבות הרגולטורית אינה משאת-נפש ולא אידיאלית. הפסקה מעלה קושי ממשי, ואילו היה הדבר אפשרי מוטב היה להימנע ממנה. ואולם, בנסיבות שפורטו לעיל, במצב הדברים בו פסקת היציבות היא – לעמדת המדינה, שלה היכולת המקצועית לקבוע זאת – תנאי-בלעדיו-אין לקיום המתווה, ובגמישות שאותה הותירה המדינה לעצמה במסגרתה, אינני סבור כי ניתן לומר שפסקה זו כובלת את שיקול דעתה העתידי של המדינה באופן מוחלט, המחייב את התערבות בית משפט זה. זאת ועוד: "רשאית הממשלה בשם המדינה, למכור נכסים מנכסי המדינה" (סעיף 5 לחוק נכסי המדינה, התשי"א-1951 (להלן: חוק נכסי המדינה)). הממשלה רשאית אפוא כעקרון למכור את מאגרי הגז, כולם או חלקם, ובעצם המכירה יש כבילה מוחלטת של שיקול הדעת העתידי. אם את המרובה רשאית הממשלה לעשות (למכור), את המועט ממנו (מתווה הגז, על פסקת היציבות הרגולטורית שבו) לא כל שכן.

38. הנה כי כן, לעמדתי, פסקת היציבות הרגולטורית אינה בלתי-חוקית בשל כבילת שיקול הדעת המנהלי. הממשלה מוסמכת לכבול את שיקול דעתה בכפוף ליכולת ההשתחררות מן ההבטחה המנהלית, ובהתחשב בנסיבותיו היחודיות של העניין, לא מצאתי כי תנאיה של פסקת היציבות בלתי סבירים באורח קיצוני המחייב את התערבותנו; התנאים סבירים, והמכלול מתקבל על הדעת.

39. למקרא הערות שהעירו חברי, אבקש להבהיר את אשר טעון הבהרה. האיסור על כבילת שיקול הדעת המנהלי הריהו יסוד מוסד במשפט המנהלי. בלעדיו לא ישרור שלטון דמוקרטי תקין. ברם, ואין בדבר משום חידוש, משרשאית הרשות המנהלית להתקשר בחוזים מנהליים – וכפי שציינתי, הדבר מחויב המציאות – מיניה וביה נובעת כבילת שיקול הדעת. הפתרון לסתירה זו, ואף בכך אין משום חידוש, הוא שכל חוזה מנהלי כפוף להלכת ההשתחררות, המביאה לידי ביטוי את האפשרות שצורך ציבורי יחייב את הרשות להשתחרר מן הכבלים שבהם כבלה את עצמה. אילו סברתי שפסקת היציבות מאינת כליל את שיקול דעתה של הממשלה וכי אין לה מוצא, ולא כל אפשרות לסטות הימנה, הייתי מצטרף לעמדתם של חברי; ברם, כפי שהבהירו לנו באי-כוח הצדדים בעל-פה ובכתב, הכל מודים שפסקת היציבות כפופה לכללי ההבטחה המנהלית, ואכן, אינני רואה נימוק כלשהו שלא לפרשה באופן זה. שלא כדברי חברי, הדברים אינם חדשים עמנו. זו היתה דרכו של בית משפט זה בעניין ז'רד'בסקי, שם ככלו מפלגות את יכולתה של הממשלה להפעיל שיקול דעת בנוגע לסמכות לערוך שינויים בחלוקת התפקידים בממשלה. על פני הדברים, היתה זו כבילה גורפת של שיקול הדעת, באופן המנוגד לאיסור המשפטי לעשות כן. הלכה למעשה לא כך היה בפועל. אלו הם דברי השופט (כתוארו אז) א' ברק:

”מר הברמן וד”ר חשין, באי-הכוח של הצדדים להסכם הפוליטי, חזרו וציינו לפנינו, כי אין להסיק מהוראות ההסכם הפוליטי כבילה מלאה של הממשלה וראש הממשלה. לטענתם, יש להבין את ההסכם על רקע המשפט הציבורי, לפיו חופשי בעל סמכות שלטונית לסטות מהוראות ההסכם הפוליטי, אם השיקולים הנוגעים בדבר יצדיקו הדבר” (שם, עמוד 849).

וזוהי פסיקתו:

”אכן, ניסוחם של סעיפים 12-15 להסכם הפוליטי נושא העתירה הוא גורף. הם קובעים כבילה גמורה ומלאה ואינם מאפשרים השתחררות מהכבילה, כאשר האינטרס הציבורי מצדיק זאת. מהי המסקנה העולה מכך? עקרונית, עומדות לפנינו שלוש האפשרויות הבאות: האחת, הצהרה כי בניסוח זה הוראות הסעיפים 12-15 בטלות ומבוטלות, בהיותן נוגדות את כללי המשפט הציבורי. אין רשות שלטונית רשאית לשלול מעצמה את חופש הפעלת שיקול-דעתה; השנייה, מתן פירוש מצמצם להוראות סעיפים 12-15 באופן שאין בכבילה המנויה בהם כדי להתגבר על אינטרס ציבורי נוגד [...] האפשרות הראשונה אינה ראויה. על פיה תבטל ההתחייבות שנטלו על עצמם הצדדים להסכם בעניין חלוקת התפקידים בממשלה והחלפת שר. נמצא, כי השיקול בדבר התחייבות זו לא יהא בעל משקל כלשהו בעתיד. תוצאה זו חמורה היא מדי ואינה נדרשת על-ידי

כללי המשפט הציבורי. על-פי כללים אלה - ההתחייבות אינה בטילה, אלא שבעל הסמכות ראוי לסטות ממנה [...] האפשרות השנייה נוקטת בטכניקה פרשנית. היא מצמצמת את היקף התפרסותה של ההוראה מכוח פירושה. הצמצום הוא 'פנימי' להוראה עצמה ונובע ממנה [...] לדעתי, עלינו לבחור בפרשה שלפנינו באפשרות השנייה, שכן היא מתבקשת על-פי אומד דעתם של הצדדים. אמת, לשון ההסכם כללית וגורפת. עם זאת, את לשון ההסכם יש לפרש על-פי תכליתו. תכלית זו היא התכלית המשותפת לשני הצדדים והעומדת ביסוד ההסכם. מפי באי-כוח שני הצדדים למדנו, כי תכלית זו לא הייתה להשיג כבילה מלאה, אלא הייתה להתאים את היקף ההתחייבות לזו המותרת על-פי המשפט הציבורי. על רקע תכלית זו הנני סבור, כי עלינו לפרש את לשון ההסכם שבין הצדדים כקובעת כבילה במקום שהאינטרס הציבורי אינו מצדיק סטייה ממנו" (שם, עמודים 850-849; ההדגשות הוספו – נ' ס').

עינינו הרואות, כי אין בדברי משום חידוש, אלא הליכה בתלם שחרשו שופטים שקדמונו. מוטב לפרש את פסקת היציבות באופן המכפיף אותה להלכת ההשתחררות ולכללי ההבטחה המנהלית מאשר לבטלה כליל. לגייתי, פרשנות זו מאזנת כראוי בין האיסור על כבילת שיקול הדעת המנהלי לבין החיוניות שבעצם קיומם של חוזים מנהליים.

40. מכאן, אפנה למסקנתו הנוספת של חברי, המשנה לנשיאה, "כי מתווה הגז שנקבע בהחלטת הממשלה 476 עולה כדי הסדר ראשוני המצריך חקיקה ראשית" (פסקה קמה); ובמישור האופרטיבי – "כדי שלא תתרחש סטגנציה של ענף הגז הטבעי בישראל, בין היתר לנוכח חשיבות הנושא ליחסי החוץ של מדינת ישראל ולבטחונה וההשלכות רחבות ההיקף של פיתוח הגז הטבעי למשק", יש להורות לדעת חברי – "על השעיית מועד הבטלות. בפני המדינה פרק זמן בן שנה, שבו באפשרותה לפעול לאסדרתה של סוגיית הגז הטבעי בחקיקה ראשית... בתום שנה ממתן פסק דין זה, יבוטל מתווה הגז, שנקבע בהחלטת ממשלה 476, ככל שלא יוסדר בחוק מתאים" (פסקה קמח). דעתי כאמור שונה, כדלהלן.

החלטת הממשלה והסמכות לקבוע הסדר ראשוני

41. בבג"ץ הייצוא, שבמרכזו החלטת הממשלה מספר 442, יצאנו מנקודת מוצא שלפיה החלטת הממשלה על היקף יצוא הגז הטבעי הריהי הסדר ראשוני, ולצורך הסדרתו על-ידי הרשות המבצעת נדרשת הסמכה בחוק. בד בבד, הכרענו בפסיקתנו שם ברוב דעות (הנשיא א' גרוניס, המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור, השופטות ע' ארבל וא' חיות ואנוכי, נגד דעתם החולקת של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין והשופט ס' ג'ובראן) כי אותה החלטה חוסה תחת כנפי ההסמכה שבסעיף 33(א) לחוק הנפט, התשי"ב-1952; ומשכך דחינו את העתירות.

42. לא זו עמדתו של חברי, המשנה לנשיאה, בעתירה דנא. לפי גישתו, המכלול הגלום בהחלטת הממשלה – בתחום יצוא הגז, המיסוי, ההגבלים העסקיים, ביחד עם פסקת היציבות הרגולטורית – הצטברותם של אלה כמכלול, יוצרת הסדר ראשוני, ואין הממשלה מוסמכת לקבעו אלא הכנסת. דעתי כדעתו של חברי, המשנה לנשיאה, כי אכן מדובר בהסדר ראשוני; צודק חברי, השופט ס' ג'ובראן, כי מתווה הגז "נדון כמקשה אחת, ואישורו בממשלה ובכנסת נעשה כהסדר כולל אחד – ולא כצבר החלטות נפרדות" (פסקה 5). ברם, לדעתי בנסיבות העניין ועל-פי כללי המשפט, רשאית הממשלה ומוסמכת לקבוע הסדר זה, על-פי ההסמכה שניתנה לה בחוק.

43. "אשדות של מילים נשפכו מקולמוסיהם של שופטים בישראל לתיאור הבעייתיות שבהאצלת סמכויות להכריע בעניינים ראשוניים מן המחוקק לרשות המבצעת" (גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב 5, 11 (2010) (להלן: ספיר)). חברי עמד בהרחבה על מהותו של כלל הסדרים הראשוניים (פסקאות קז-קלג), ומשכך אינני רואה צורך להרחיב בתוכנו ובהגיונו יתר על המידה. לידי חשוב לציין כי ההבחנה בין הסדר 'ראשוני', קרי – "המדיניות הכללית ואמות-המידה העקרוניות" (עניין רובינשטיין, עמוד 502), ובין ענין שאינו אלא הסדר משני, קרי – הסדר המוציא לפועל את המדיניות הכללית האמורה, הוא הבדל עמום, שבמצבים רבים קשה לעמוד על טיבו (השוו: עניין המרכז האקדמי, פסקה 18 והאסמכתאות שם; בג"ץ 4253/02 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 48 לפסק הדין של השופטת ד' ברלינר, ומנגד פסקה 8 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (17.3.2009) (להלן: עניין קריתי); יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב 379, 415 (2012) (להלן: דותן)). בפסיקה צוינו כמה אמות מידה המשפיעות על שאלת הסיווג בין הסדר ראשוני והסדר משני. כך למשל, צוין כי "מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות ומידת פגיעתו בחירות הפרט כל אלה ישפיעו על ההכרעה אם המדובר הוא בהסדר ראשוני או בהסדר משני" (בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 37 לפסק הדין של המשנה לנשיא מ' חשין (27.2.2006)); וכן צוין כי "הסדר ראשוני יהיה דרוש ככלל, מקום בו מדובר בהסדרת תחום או נושא מהותי (בהבדל מתכלית מצומצמת ונקודתית), כאשר מדובר בפגיעה ממשית בזכויות יסוד [...] וכאשר מדובר בנושא המעורר מחלוקת בציבוריות הישראלית" (עניין קריתי, פסק הדין של השופטת ברלינר, שם). הלכה למעשה, אין העניין מבורר כל צרכו; ומשכך נדון כל מקרה לגופו, וכל הסדר נבחן בהתאם לשיקולים הללו שנמנו.

44. בית משפט זה נתן בעבר משקל לאופיו הראשוני של ההסדר, כאשר בחן את היקף ההסמכה הנדרשת בחקיקה לשם קביעתו על-ידי הרשות המבצעת. הדברים

אמורים בעיקר לגבי השאלה אם מדובר בהסדר הפוגע בזכויות יסוד. הלכה פסוקה היא, כי ככל שההסדר הראשוני פוגע בזכויות יסוד, כך נדרשת ההסמכה בחקיקה להיות מפורשת יותר, וככל שהנימוק להגדרתו של ההסדר כראשוני נובע משיקולים אחרים, אזי יכולה ההסמכה להיות כללית יותר (עניין המרכז האקדמי, פסקאות 19-21 והאסמכתאות שם; והשוו דותן, עמודים 413-411). למשל, יתכן הסדר בעל משמעות רבה מנקודת המבט של צדק חלוקתי או בין-דורי, אך מכיוון שאין הוא פוגע בזכויות יסוד ניתן להסתפק בהסמכה כללית של המחוקק לרשות המבצעת לקבעו (בג"ץ הייצוא, פסקאות 29-31; והשוו בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 58 (2002)). יחד עם זאת, גם במצבים אלו אין ניתן לוותר על דרישת ההסמכה כליל; גם החלטות שאינן פוגעות בזכויות יסוד באופן ישיר, אך הן בחינת "הכרעות ערכיות בסוגיות השנויות במחלוקת ציבורית" (רובינשטיין ומדינה, 163), ראוי להן להתקבל על-ידי נציגי הציבור – ולמצער, שנציגי הציבור יסמיכו באופן מפורש את הרשות המבצעת להכריע בהן (והשוו ספיר, עמודים 28-31; האתגר הדמוקרטי, עמודים 378-383). אולם, במצב כזה ניתן להסתפק בדרישה מרוככת יותר של הסמכה מפורשת (בג"ץ הייצוא, פסקה 32). אני ער לעמדתו של חברי, המשנה לנשיאה, המשווה בין זכויות יסוד אישיות לבין זכויות ציבוריות קולקטיביות הנוגעות לשאלות של חלוקת משאבים ציבוריים (פסקה קלה). אף אני סבור כי אנו מחוייבים כלפי הדורות הבאים במבט צופה פני עתיד, אך עדיין אין האחרונות, הזכויות הציבוריות, שוות במשקלן לראשונות – זכויות יסוד חוקתיות של הפרט, המעוגנות בחוקי היסוד.

45. מאידך גיסא, כאשר מדובר בהכרעות ערכיות קשות במיוחד, סוגיות השנויות במחלוקת ציבורית עזה, קיימת הצדקה רבה יותר להקשחת דרישת ההסמכה המפורשת. במקרים אלו – "מקרים מיוחדים וקיצוניים" (עניין רובינשטיין, עמוד 516) – מבוסס כלל ההסדרים הראשוניים על כך שסוגיות אלו צריכות להיות מוכרעות על-ידי נציגי הציבור כולו, ולא על-ידי דרג מקצועי שאינו מייצג את כלל הציבור. אולם לעתים מזומנות השאלה הערכית אינה הגורם המרכזי לסיווגו של הסדר כהסדר ראשוני. לעתים ההסדר הוא הסדר ראשוני בשל ההשלכה שלו על כלל האזרחים, על החברה בכללותה, או בשל משמעויותיו הכלכליות. במצב כזה, כאשר לא עסקינן בפגיעה בזכויות אדם ולא בהסדר המעורר שאלה ערכית שבליבת המחלוקת הציבורית, מוצדק להגמיש את דרישת ההסמכה המפורשת. ודוק: כל הסדר בעל משמעות – ובוודאי כזה שיש לו השלכות רוחב על הציבור – הוא הסדר שמאחוריו מסתתרת הכרעה ערכית. איזון בין שיקולים שונים מגלם העדפה ערכית של אחד מן השיקולים על פני משנהו. ברם, לא די בכך על מנת לקבוע שהסדר הוא הסדר ראשוני מן הטעם שהוא מבטא הכרעה ערכית שעל נציגי

הציבור להכריע בה. היטיבה לבטא זאת השופטת (כתארה אז) מ' נאור בעניין קרית, בפסקה 8 לחוות דעתה:

"לא כל מדיניות שיש לה השלכות חברתיות וערכיות, אפילו מדובר במדיניות הנתונה במחלוקת בין שרי הממשלה, היא בהכרח מדיניות המחייבת הסדר מפורט בחקיקה ראשית. בבג"ץ 3267/97... קבע הנשיא ברק כי תורת ההסדרים הראשוניים הולמת עניינים 'מיוחדים' במינם' המחייבים הכרעה עקרונית בשאלת יסוד המפלגת את החברה הישראלית".

46. בהקשר נוסף עמד בית המשפט על היחס בין אופיו של ההסדר ובין היקפה של דרישת ההסמכה הנדרשת לגביו בחקיקה ראשית. לא אחת צוין, כי כאשר ההסדר מגלם קביעות הדורשות מומחיות מקצועית, אזי די בכך שההסדר הראשוני שייקבע בחקיקה ראשית יהיה בעל רמת הפשטה גבוהה. כבר בעניין רובינשטיין נפסק כי:

"רמת הפשטה של ההסדר הראשוני משתנה מעניין לעניין. ככל שהפגיעה בחירותו של הפרט גדולה יותר, כן אין להסתפק ברמת הפשטה גבוהה מדי, ונדרש הסדר בחקיקה ראשית הקובע, ולו רק באופן כללי, את מהות הפגיעה או את היקף הפגיעה בחירות. כאשר אובייקט ההסדר הוא נושא מורכב, הדורש מומחיות רבה, ניתן לא פעם להסתפק ברמת הפשטה גבוהה" (עניין רובינשטיין, עמוד 515).

פסיקה זו, הגיונה בצדה. שעה שעסקינן בהסדר שהוא בעל אופי מקצועי – גם אם בהיקף רחב – מן הדין שיהיה זה הגוף המקצועי האמון על הנושא אשר יקבע את ההסדר, חרף הפגיעה האפשרית בשיתוף הדמוקרטי של הציבור בתהליך. העניין שעל הפרק עשוי להדגים נקודה זו היטב: אילו, למשל, לא היה שר הכלכלה משתמש בסמכותו מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, וחלף זאת היה הממונה על ההגבלים העסקיים חותם על צו מוסכם עם חברות הגז, שהיה מאושר בבית הדין להגבלים עסקיים, כי אז – ההסדר שהיה נקבע במסגרת צו מוסכם שכזה היה יכול (בהתאם לתוכנו) להחשב כהסדר ראשוני – מחמת סדר הגודל הכלכלי של הסוגיה ובשל השפעתה על החברה בישראל; הסדר זה היה נקבע על-ידי הממונה על ההגבלים העסקיים, ותמהני אם היה אז מי שיקום ויטען כי ראוי שהצו המוסכם יחקק בחקיקה ראשית. במקרה מעין זה, ניתן לטעון כי סמכותו של הממונה על ההגבלים העסקיים לקבוע צו מוסכם היא מכוח סעיף 50ב לחוק ההגבלים העסקיים, כאשר 'ההסדר הראשוני' הקובע את שיקול דעתו של הממונה גלום בדרישת החוק לביקורת שיפוטית על הצו, לפירוט נימוקיו והחלופות שנשקלו על-ידו, ולמעשה – מצוי בדיני ההגבלים העסקיים ותכליתם הכוללת. לכל היותר ניתן היה אז לערער לבית המשפט העליון על אישור הצו המוסכם בבית הדין להגבלים עסקיים. או אז, היו מועלות כל אותן טענות לגופו של ההסדר, שפְּמוֹתן דחה חברי, המשנה לנשיאה. דא עקא, שלא זה היה 'תרשים

הזרימה של העניין הנדון, אלא הממשלה כולה החליטה ומליאת הכנסת אישרה את מתווה הגז, חלף הצו המוסכם. האם כוחם המצטבר של הממשלה ושל הכנסת נופל מכוחו של הממונה על ההגבלים העסקיים? "ולא תהא כוהנת כפונדקית?" (משנה, יבמות טז, ז).

47. כפי שצינו בתחילה, עליית קרנה של המדינה הרגולטורית מעלה שאלות מחודשות של ישום המשפט המנהלי הקלאסי במציאות המשתנה. שאלת סמכותה של רשות מנהלית לקבוע רגולציה שמבליעה בתוכה הסדר ראשוני אינה פשוטה כלל (ידיו, עמודים 139-144; ברק-אדל, עמוד 37; יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב 67, 106 (2005)); אך למרות שהשאלה אינה פשוטה, הרי שהשאיפה היא שאת עצם הרגולציה תקבע הרשות המבצעת, בהיותה אמונה על כך. אין זה מעניינה של הרשות המחוקקת לקבוע את פרטיה של הרגולציה, אלא את העקרונות המנחים אותה בלבד. לפיכך, כאשר לא ניתן להבדיל בין פרטי ההסדר הרגולטורי ובין העקרונות המנחים את יצירתו, הרי שיש מקום לרכך, לעמדת, את הדרישה להסמכה מפורשת. במצבים כאלו יש צורך לפצות על 'הגרעון הדמוקרטי' הנוצר באמצעים אחרים, שאינם קשורים לזהות הגורם המקבל את ההחלטה, כגון באמצעות יצירת מנגנוני שקיפות והגברת שיתוף הציבור בהליך המנהלי באמצעים שונים (השוו: ידיו, עמודים 144-150; האתגר הדמוקרטי, עמודים 383-405).

48. שיקול נוסף שעשוי להשפיע על היקפה של דרישת ההסמכה המפורשת בחוק, הוא אם שאלת קיומה של הסמכה לקבוע הסדר ראשוני מנביעה מתוכה חובה לקבוע הסדר כזה. לעתים, שאלת ההסמכה מהלכת על גבול דק, מעין קו פרשת מים: אם יוחלט כי מדובר בהסדר ראשוני שהרשות המבצעת לא הוסמכה לקביעתו, הרי שדין החלטתה – בטלות מחוסר סמכות; ואולם, אם יוחלט כי הרשות מוסמכת לקבוע הסדר ראשוני זה, הרי שמשמעות החלטה זו לא מסתכמת בכך שהיא רשאית לפעול בעניין זה, אלא שהיא מחויבת לפעול להסדרת העניין. ציינתי את דבר קיומו של מצב עניינים זה בבג"ץ הייצוא (בפסקה 5 לחוות דעתי). לעמדתי, משעה שהשתנתה המציאות וקיומו של מאגר הגז הטבעי התגלה, שוב אין לממשלה אפשרות להימנע מפעולה שתמצה ממנו את המרב עבור האינטרס הציבורי כולו. במצב כזה, כך אמרתי, מתקיימת ההלכה הפסוקה לפיה "סמכות הרשות הופכת לסמכות שבחובה, כאשר הנסיבות העובדתיות הן כאלה שערכי היסוד של השיטה החוקתית והמשפטית שלנו הופכים את אי-הפעלתה של הסמכות לבלתי סבירה באופן היורד לשורשו של עניין" (דברי הנשיא מ' שמגר בבג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 421 (1993)). כאשר מצויים אנו על קו פרשת מים זה, שמצדו האחד נקיטת פעולה בחוסר

סמכות, ומצדו השני פעולה שהיא בגדר חובה – יש מקום להטות את הכף לטובת הגמשת דרישת ההסמכה בחוק שבכלל ההסדרים הראשוניים; לא רק בשל העדר פגיעה בזכויות יסוד ובשל אופיה המקצועי של ההחלטה, אלא גם בשל חובתה של הממשלה לפעול לטובת האינטרס הציבורי.

49. הנה כי כן, בבואנו לקבוע אם הסדר מסוים יחשב להסדר ראשוני ואם קיימת הסמכה בחוק לרשות המבצעת לקבעו, עשויים אנו לשקול מגוון רחב של שיקולים: היקף הפגיעה בזכויות יסוד, המשמעות הערכית שבבסיס ההסדר, השלכותיו על חיי הציבור והמחלוקת הציבורית הכרוכה בו. גם לאחר שיוכרע כי שקלולם של כלל השיקולים הללו מורה כי יש להגדיר את ההסדר כהסדר ראשוני, הרי שיש משמעות למשקלם של כל אחד מן השיקולים הללו – כמו גם לשיקולים אחרים עליהם עמדתי – בבואנו לבחון את קיומה של הסמכה מפורשת בחוק לקביעת ההסדר על-ידי הרשות המבצעת. משהקדמנו כל זאת, נפנה לבחון את תחולתו של כלל ההסדרים הראשוניים בעניין שלפנינו.

אופיו הראשוני של מתווה הגז

50. חברי, המשנה לנשיאה, קובע כי מתווה הגז הוא בגדר הסדר ראשוני; אני מחרה-מחזיק אחריו. הנימוק לכך הוא שמדובר בהסדר שמשמעותו הכלכלית למדינה ולתושביה היא רבה ועצומה. המתווה מעורר מחלוקת בציבוריות הישראלית. בפסקאות קלד-קלו לחוות דעתו עמד חברי גם על היבטים נוספים: התקדימיות שבהסדר, רב-התחומיות שבו, השפעתו על זכויות ציבוריות קולקטיביות והשיקולים הנרחבים העומדים בבסיסו (ראו גם פסקאות 6, 10 ו-12 לחוות דעתו של חברי, השופט ס' ג'ובראן). כל אלו מביאים למסקנה בלתי נמנעת, כי אכן מדובר בהסדר ראשוני במהותו. ברם, על אף שמן ההדים של מחלוקת ציבורית זו נדמה כי מדובר במחלוקת ערכית עקרונית, הרי שאינני סבור שליבת המחלוקת היא ערכית כאותן המחלוקות שעליהן אמר הנשיא ברק בעניין רובינשטיין (בעמוד 523) שהן עוסקות "בשאלות יסוד המפלגות את החברה הישראלית". עיקרה של החלטת הממשלה עוסק, למעשה, בתחולת דיני ההגבלים העסקיים על חברות הגז. סעיף ב להחלטה, יחד עם נספח א שלה, קובעים יחדיו מתווה שלפיו תושג התחרות בשוק הגז לא באמצעות דיני ההגבלים העסקיים, אלא באמצעות מכירה כפויה של חלק מאחזקותיהן של חברות הגז לגורמים שלישיים. לבטח ניתן לבקר, אף לתקוף את תבונתה של ההחלטה ואת סבירותה במישור שיקול הדעת, וכן גם להשיג על תחולתו של סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים במישור הסמכות. אולם, כפי שהראה חברי, המדינה צלחה סוגיות אלו. לא שוכנענו שהחלטת הממשלה נגועה באי-סבירות קיצונית, ואנו סבורים כי הממשלה רשאית היתה

להשתמש בסמכות שהקנה המחוקק לשר הכלכלה בסעיף 52. לעומת זאת, השאלה הניצבת לפתחי כעת היא מהו טיבה הראשוני של ההחלטה. דומני, כי עניינה של ההחלטה הוא בחירת המסלול ליצירת תחרות במשק הגז, באופן המאזן בין שיקולי התחרות ובין הצורך בהפקה מהירה של גז. מסופקני אם ניתן להגדיר החלטה בין מסלולים אפשריים שונים בהקשר זה, כשאלה ערכית נוקבת. אף שהצבע שבו נצבעה העתירה עוסק ב'מכירת נכסי המדינה לטייקונים' וב'יחסי הון-שלטון', אינני סבור שהממד הערכי של ההחלטה הוא כה משמעותי (להבדיל מן הממד הכלכלי, שלו השפעה עצומה). לעניין זה יפים דבריה של השופטת (כתארה אז) נאור בעניין קריתי, שם נדונה שאלת אסדרת שירותי שר"פ. לדעת השופטת ברלינר באותו עניין, אסדרת שירותי שר"פ נחשבת להסדר ראשוני גם בשל כך שבפן הערכי מדובר בשאלה עקרונית הנוגעת להשקפת עולם כלכלית-חברתית. אולם השופטת נאור סברה כי: "לדעתי ההשלכות החברתיות הנזכרות בענייננו אינן מעוררות את שאלת היסוד בדבר 'בחירה בין סוציאליזם כעקרון כללי-חברתי ראוי, אל מול העדפת כוחות השוק, הפרטה והתערבות מינימאלית של הרגולטור', כדברי חברתי בפסקה 48 לפסק דינה" (עניין קריתי, פסקה 8 לחוות הדעת של השופטת נאור). אף בענייננו, הגם שמדובר בנושא בעל משמעות כלכלית אדירה, והגם שהוא מעורר שיח ציבורי נוקב, ואף שביסודו של הוויכוח בין הצדדים עשויה להסתתר גם תפיסת עולם כלכלית-עקרונית – למרות כל אלו, אין לראות סוגיה זו כסוגיה ערכית, במידה כזו שקיים צורך חיוני שדווקא הציבור, באמצעות נציגיו בכנסת, הוא שיכריע בו במישרין. לפיכך, לעמדתי די יהא בדרישה מרוככת של הסמכה בחוק על מנת שהמשלה תהא מוסמכת להחליט בסוגיה.

51. למסקנה זו טעם נוסף: אופיה של החלטת המשלה הוא מקצועי-רגולטורי באופן מובהק. במצב כזה, מן הראוי שבעלי המקצוע הם שייקבעו את המתווה, ולא דווקא המחוקקים. אכן, מלכתחילה על המחוקקים לקבוע את העקרונות, ועל בעלי המקצוע את הישום; אך גם בהינתן העיקרון, לפיו המחוקקים צריכים לקבוע את אמות המידה העקרוניות להפעלת הסמכות, הרי שכאשר עסקינן בסוגיה בעלת מאפיין רגולטורי מובהק, קשה לראות כיצד מצופה מבית המחוקקים לקבוע 'עקרונות ואמות מידה' לקביעת המתווה – כלומר, לבחירה בין האפשרויות העומדות על הפרק ליצירת התחרות במשק הגז.

52. ואחרי שאמרנו את כל זאת, אין ספק כי מתווה הגז הנדון הוא בגדר הTDD ראשוני, והמשלה רשאית לקבועו רק אם המחוקק הסמיכה לעשות כך באופן מפורש. האם אכן הוסמכה המשלה להחליט על מתווה הגז?

הסמכה מפורשת בחוק

53. החלטת הממשלה בעניין מתווה הגז מורכבת מפסיפס של החלטות הנוגעות להיבטים שונים של הפקת הגז הטבעי: חלקה נוגע לתחולת חוק ההגבלים העסקיים על הפקת הגז; חלקה נוגע לייצוא הגז מישראל; חלקה נוגע לפיקוח על מחירו של הגז; חלקה נוגע למיסוי הגז; וחלקה – לקיום סביבה רגולטורית יציבה. כפי שציינתי לעיל, ההיבט הראשוני המרכזי של ההחלטה הוא המרת הפיקוח על התחרות המושג על-ידי חוק ההגבלים העסקיים, ביצירת תחרות באמצעות מכירה של חלק מן האחזקות. היבטים נוספים בהחלטה, ובעיקר סוגיית יצוא הגז, מצטרפים גם הם למכלול הראשוני של ההחלטה.

54. לטעמי, אף שחלק מן ההיבטים שבהחלטה מעורר קשיים משפטיים מגוונים, הרי שאף לא אחד מהם מעלה קושי בשל היותו הסדר ראשוני שאין לגביו הסמכה מפורשת בחוק. אדרש תחילה לחלק הארי של ההחלטה, שעניינו בתחולת חוק ההגבלים העסקיים על הפקת הגז הטבעי.

55. סעיף ב להחלטת הממשלה עוסק במתן הפטור מדיני ההגבלים העסקיים לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים. כאמור בדברי חברי, המשנה לנשיאה, פרשנותו של הסעיף אינה פשוטה, והשימוש בו מוצדק במצבים חריגים בלבד; אך כאמור, נחה דעתנו כי מתווה הגז נמנה על אותם חריגים. משכך, מוסמך שר הכלכלה ליתן את הפטור המדובר. נותרנו אפוא עם עובדת היותו של פטור כזה בגדר הסדר ראשוני; אולם, סוגיה זו איננה מעוררת על פניה קושי של ממש – משום שסעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים הוא ההסמכה המפורשת בחוק לקביעתו של ההסדר. הסעיף מסמיך באופן שאין מפורש ממנו את שר הכלכלה ליתן פטור להגבל עסקי. אמנם הפטור הוא בכפוף לתנאים המפורטים בנספח א להחלטת הממשלה, שבו ליבת מתווה הגז, ובו נקבע אופן חלוקת הבעלות במאגרי לווייתן, תמר, כריש ותנין. על-פי סעיף 12 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, "הסמכה ליתן פטור, הקלה, הנחה וכיוצא באלה - משמעה הסמכה ליתן אותם אף במקצת או בתנאים". ברם, עולה השאלה אם התנאים שנקבעו בנספח הם בגדר הסדר ראשוני ואם סעיף 52 מעניק סמכות, במסגרת קביעת התנאים לפטור, לקבוע הסדרים ראשוניים מעין אלו.

56. לעמדת, התנאים המפורטים בנספח א להחלטה מהווים ישום – מפורט ומורכב – של הסמכות שנקבעה בסעיף 52. זאת, משום שעניינם של התנאים בשימור התחרות בתחום הגז הטבעי, באמצעות העברת הזכויות בחלק מן המאגרים לידי גורמים שלישיים. משמעות הדבר היא, ש"מטעמים של מדיניות חוק או בטחון המדינה" ראה לנכון

שר הכלכלה לפטור את בעלי החזקות בלוויתן ותמר מהוראות חוק ההגבלים העסקיים; אך הפטור ניתן בתנאי שתישמר התחרות באמצעים אחרים. כלומר, הפטור איננו גורף, הוא ניתן באופן מסויג ומרוכך. באופן פרדוקסלי, הגם שעל עצם הפטור מתחולת חוק ההגבלים העסקיים רשאי השר להחליט, הרי שיש הטוענים כי דווקא על סיוגו וריפוכו אין הוא מוסמך ולא רשאי להחליט, משום שמדובר בהסדר ראשוני. עמדה זו מוקשית בעיני. לעמדתי, על אף שמדובר בהסדר ראשוני, הרי שיש לשר הכלכלה סמכות מפורשת בחוק לקבעו.

57. כיוצא בזה, נושא יצוא הגז, עניין נוסף בהחלטת הממשלה, בסעיף ה, שיש לו היבט ראשוני. על סמך מה שנקבע בבג"ץ הייצוא, סעיף 33(א) לחוק הנפט "מקנה לשר את הסמכות לחייב בעל חזקה למכור בישראל כמות נפט ומוצרי נפט הדרושים, לדעת השר, לתצרוכת ישראל. זאת, במחיר השוק" (שם, פסקה 13; ההדגשה במקור). משכך, ברי כי האמור בסעיף ה להחלטה אינו מעורר קושי בהקשר של כלל ההסדרים הראשוניים. אף שכזכור החזיקו חברי, המשנה לנשיאה והשופט ס' ג'ובראן בדעת מיעוט בבג"ץ הייצוא, נראה כי לעת הזו אינם חולקים על כך.

58. הנה כי כן, ודומני כי גם חברי, המשנה לנשיאה, אינו חולק על כך באופן חזיתי, כל אחד מחלקי ההחלטה כשלעצמו, אין בו משום חריגה מסמכות ההסדרה של הממשלה. תורף הכרעתו של חברי בדבר הצורך בחקיקה ראשית נובע מן ההשפעה המצטברת של חלקי ההחלטה השונים. בלשונו: "יתכן שביחס לכל פרק במתווה יכולה להישמע טענה כי אין נדרשת חקיקה ראשית. ואולם, דומני כי העיקר הוא המכלול, ונראה כי השלם עולה על סך חלקיו. המתווה כמכלול על היבטיו השונים טעון הסדרה בחקיקה ראשית בתהליך ליבון מסודר ושקוף בשיתוף הציבור והגורמים הרלבנטיים על-ידי הרשות הנבחרת" (פסקה קלז, ההדגשות במקור).

59. קשה לי להלום מסקנה זו של חברי. גם אם במישור העובדתי מדובר במכלול, הרי שבמישור המשפטי, משהגעתי לכלל מסקנה כי רכיביה הראשוניים של החלטת הממשלה מעוגנים כדבעי בחוק מסמיך (וגם חברי לא רחוק בדעתו מכך), כיצד זה אוכל לאסור על הממשלה לפעול מכוח חקיקה מסמיכה זו, רק בשל מראית פני ה'מכלול'? הלכה למעשה, בגישתו של חברי נעשה שימוש מחודש, אמנם בקיצור מילין, בביקורת שיפוטית מסוג אגרגטיבי. השימוש בדוקטרינה מעין זו – בחינת חוקתיותו של חוק בשים לב לקשייו במצטבר – נעשה בהקשר של ביקורת חוקתית בפסיקתו של בית משפט זה פעמים ספורות בלבד, ולא מבלי שהובעה עליו ביקורת (ראו בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג (3) 500, 540 (2010); בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות

הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקאות 43 ו-59 לפסק הדין של הנשיא א' גרוניס (22.9.2014); זמר בלונדהיים ונדיב מרדכי "לקראת דוקטרינת אפקט מצטבר: אגרגציה בביקורת שיפוטית חוקתית" משפטים מד 569 (2014) (להלן: בלונדהיים ומרדכי)). כפי שעולה מן הפסיקה והספרות בעניין זה, שימוש בדוקטרינת האגרגציה החוקתית מעלה קשיים ניכרים, הן במישור התאורטי, הן באופן הישום של הביקורת החוקתית, הן במישור הפרקטי של הסעדים האפשריים במצבים כאלו. כשלעצמי, אינני פוסל את השימוש באופן ביקורת זה מכל וכל, ויתכן כי יהיה מקום להיזקק לו בעתיד, במקרים המתאימים. ברם, 'דוקטרינת האפקט המצטבר' לימוד היא צריכה, ודומני כי לא יהיה זה נכון לפתחה ולעשות בה שימוש ראשוני בעניין דנן, עם כל כובד משקלו, מבלעדי טיעון ממצה מפי ב"כ הצדדים, עיון ודיון, הנחת המצע התאורטי הדרוש, וקביעת "גבולות הגזרה" של הדוקטרינה והסעדים שראוי ליתן בעקבות הפעלתה. יתרה מכך, עמדתו של חברי מפתחת את כלל ההסדרים הראשוניים באופן שלא נעשה כמותו בעבר. נזכיר, כי מטרתו של כלל זה היא, בין היתר, להכווין את צעדיה העתידיים של הרשות המנהלית מקום בו תבקש לפעול בגדרי סמכותה לקביעת הסדרים בתחומים מתחומים שונים. דא עקא, שעמדתו של חברי, מבטלת באופן כמעט אגבי את יכולתה האפקטיבית של הרשות לעשות כן. זאת, מאחר שכאשר מדובר באסדרת תחום שפנים רבות ומגוונות לו, לעולם לא תוכל הרשות לבטוח בהסמכה הניתנת לה במסגרת החוק, גם אם זו מפורשת על פני הדברים; ונמצאנו גורעים מן היציבות, שהכל – יחידים, ציבור, מדינה – זקוקים לה.

60. לא זו אף זו. מסקנתו של חברי, המשנה לנשיאה, נסמכת על כך שהמכלול הוא בבחינת שלם העולה על סך חלקיו, ולפיכך הוא טעון הסמכה נפרדת בחקיקה ראשית. אכן, מתווה הגז הריהו שלם העולה על סך חלקיו. אולם לטעמי, 'שלמות' זו צריכה להורות דוקא על ריכוך ההסמכה הנדרשת בחקיקה, ולא על הקשחתה. אבאר את דברי.

61. כפי שצינתי לעיל, היקף ההסמכה הנדרשת בחקיקה ראשית לקביעה של הסדר ראשוני נגזר בין היתר ממידת הדחיפות, ומן הכישורים המקצועיים-רגולטוריים הנדרשים לשם קביעתו. חברי נדרש אף הוא לשיקולים אלו (פסקה קלג). ואולם, דומני שבנסיבות העניין לא יחס חברי את המשקל הראוי לשיקולים האמורים. נימקתי לעיל את דעתי, כי בנסיבות היחודיות של העניין שעל הפרק, ככל שלמשלה נתונה הסמכות לקבוע מתווה שיסדיר את הפקת הגז מן המאגרים באופן מהיר, קיימת לה חובה לעשות כן. אף הטעמים שהוצגו לפנינו בנוגע לתחולתו של סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים מלמדים על דחיפות של ממש. כך גם יתר השיקולים כבדי-המשקל שהציגה המדינה, בתחום הכלכלי, המדיני והבטחוני, חלקם בדלתיים סגורות. יתרה מזאת, התבוננות

במכלול הוראותיה של ההחלטה מלמד דווקא, ביתר שאת, על אופיה הביצועי-מקצועי. ככזה, קיימים נימוקים כבדי משקל בעד הסדרת הנושא באמצעות הרגולטור, חלף הפקדתו בידי המחוקק. אזכיר גם את שאמרתי קודם, כי בסופו של דבר איננו עוסקים במחלוקות אידיאולוגיות עמוקות ולא בפגיעה בזכויות יסוד אישיות. ועוד אזכיר את אישור מליאת הכנסת שניתן להחלטת הממשלה על מתווה הגז בכללותה. בהתחשב בכל אלו, אינני סבור כי ראוי לאמץ דווקא כאן אופן ביקורת חדשני, המחמיר עם הממשלה. בנסיבות העניין נזקו עולה על תועלתו.

62. אחר הדברים האלה, ככל שאין די בהסמכה המפורשת כנ"ל בחוקים הרלבנטיים ביחס לחלקי מתווה הגז, ואם חברי עודנו עומד על דעתו בדבר בטלות מתווה הגז מחמת העדר הסמכה בחוק לגבי המכלול, אף אני איני אשיב לו בלשונו של סעיף 5(א) לחוק נכסי המדינה:

“בהתחשב עם האמור בסעיפים הקטנים (ב), (ג) ו-(ד), רשאית הממשלה בשם המדינה, למכור נכסים מנכסי המדינה – בין נכסים שמדובר בהם בסעיף 2 או 3, ובין נכסי-מדינה אחרים המצויים בישראל או מחוצה לה – להעבירם בדרך אחרת, להשכירם, להחכירם, להחליפם, לשעבדם, לחלקם, להפרידם, לאחדם, להרשות את השימוש בהם או את ניצולם, ולהעניק זכויות אחרות בהם, הכל בתנאים שתואם נאותים”
(ההדגשות הוספו – נ' ס').

עינינו הרואות, הסמכה מפורשת. הממשלה מחזיקה בנכסי המדינה בנאמנות – נאמנות כלפי הציבור בישראל (עניין קריתי, פסקה 26 לחוות דעתה של השופטת ברלינר). נכסי המדינה כוללים גם גז טבעי (סעיף 1(2) לחוק נכסי המדינה; בג"ץ הייצוא, פסקה 3 לפסק הדין של הנשיא גרוניס). הממשלה היא האורגן המוסמך של המדינה לביצוע עסקאות בנכסי המדינה (ראו: ע"א 9073/07 מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון נ' אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ, פסקה 26 לפסק הדין של חברתי, השופטת חיות (3.5.2012)). מדובר בסמכות ראשונית:

“כיוון שהמחוקק טרח וחוקק חוק מיוחד העוסק בנכסי המדינה הקובע במפורש את סמכויות הממשלה לעסוק בנכסי המדינה ובמגבלות על סמכויות אלה, הרי שניתן לסכם בקיצור, כי הסמכות הנדרשת בסעיף 2 לחוק היסוד [חוק יסוד: משק המדינה – נ' ס']:¹ [לעשות] עסקאות בנכסי המדינה, [לרכוש] זכויות [ולקבל] התחייבויות בשם המדינה מסורה לממשלה, לא כסמכות שיורית מכוח סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה, כי אם כסמכות ראשונית” (יוסף אדרעי, חוק יסוד: משק המדינה, 155-156 (סדרת פירוש

לחוקי היסוד, יצחק זמיר, 2004) וראו שם 261, 289; יצחק זמיר, הסמכות המינהלית, כרך א 400 (מהדורה שנייה, 2010); אהרן ברק מבחר כתבים כרך ב 1200 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000).

אציין, כי סעיף 81(ב) לחוק הנפט, תשי"ב-1952 מורה כי "סעיפים קטנים (ב)(2) ו-1(ג) לסעיף 5 לחוק נכסי המדינה, התשי"א-1951 – לא יחולו לגבי הענקת זכויות לפי חוק זה". בהחרגת הסעיפים הקטנים הללו, העוסקים בהגבלת זכות המדינה למכירת חלק מן הנכסים ולהכפפתה לאישור גורמים שונים, יש כדי להרחיב עוד את סמכות הממשלה. מכל מקום, במידה שהדבר דרוש, יש בסעיף 5 לחוק נכסי המדינה מענה הולם לדרישת ההסמכה בחוק לגבי המכלול. אשיב אפוא לשאלה שבראש פרק זה – האם אכן הוסמכה הממשלה להחליט על מתווה הגז? – ותשובתי היא בחיוב.

בטלות: יחסית או מוחלטת

63. כאמור, לשם מניעת סטגנציה וכדי לאפשר להמשיך "לתת גז" מבקש חברי, המשנה לנשיאה, להורות על "בטלות יחסית", כך שרק בעוד שנה יבוטל מתווה הגז אם לא יוסדר בחוק (פסקה קמח). כשלעצמי חוששני, שלא בבטלות 'יחסית' עסקינן, לא למחצה, לשליש ולרביע; זוהי בטלות מוחלטת. אף אם תאורטית ממשיך מתווה הגז להתקיים, הרי שמעשית הוא בטל ומבוטל. השקעות שנדרשות חברות הגז להשקיע עתה, לא יושקעו מבלעדי היציבות הרגולטורית שבמתווה. אילו היינו מחליטים למשל שהמתווה יוסיף לחול על מאגרי הגז הקיימים, אך לא על מאגרים שיתגלו בעתיד, שלגביהם יהיה צורך בחקיקה, כי אז היתה זו "בטלות יחסית". ואולם, הכרזה על בטלות פסקת היציבות הרגולטורית, אף אם תיכנס לתוקף בעוד שנה, אינה מאפשרת את קיומו של המתווה, הלכה למעשה, גם לא לשעה קלה.

הסדר חקיקתי – הכיצד?

64. עוד התקשיתי במשמעות האופרטיבית של ההנחיה על אסדרת סוגיית הגז הטבעי בחקיקה ראשית. אם מוסכם דבר קיומה של הסמכה מפורשת בחוק לכל אחד מפרקי החלטת הממשלה כשלעצמו, כי אז, באיזה אופן ראוי לעגן את מתווה הגז כמכלול בחקיקה? כמה מהמורות ישנן על הדרך הזאת: ראשית, חלק הארי של סעיפי המתווה איננו מתאים כלל לחקיקה ראשית, משום שמדובר בהוראות פרטניות, ביצועיות, היורדות לפרטי היחסים בין חברות הגז והממשלה, ובין גופי ממשלה לבין עצמם. אין מדובר בהוראות הקובעות את "המדיניות הכללית ואמות-המידה העקרוניות" (עניין רובינשטיין, עמוד 502) שהן אלו אשר נועדו לחקיקה. שנית, מדובר בחקיקה

שמושאייה הם מוגדרים וקונקרטיים, היוצרים למעשה חקיקה מעין-פרסונלית, על כל המשתמע מכך (אם כי ישנם מקרים שבהם תהא הצדקה לחוק מסוג זה. ראו: בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 35 (2.4.2013)). ובאם יתגלה בעתיד מאגר נוסף, האם נשוב לדרוש חקיקה ראשית למענו? שלישיית, ומה על השלכות הרוחב, מעבר להחלטת הממשלה הנדונה, קשיים צפויים בהתקשרויות הממשלה עם גורמים עסקיים, שיבקשו מעתה גם הם לעגן את ההתקשרות עמם בחקיקה? רביעית, מדובר במתווה פרטיקולרי, מותאם לתנאים הידועים לעת הזאת. אם בעתיד ישתנה מצב האנרגיה, תשתנה היתירות, היוקר יאמיר, המחיר יוזל, יתגלו מאגרים נוספים וכיוצא בשינויים הללו; האם כל אימת שיחולו שינויים משמעותיים יהא צורך בחקיקה על מנת לתקן את קודמתה? חמישית, עצם ההסדרה בחקיקה מעמיד בספק את תוקף ההסמכה ביחס לכל אחד מפרקי החלטת הממשלה, אשר לכאורה עומד על רגליו-שלו. נזכיר, כי ההסמכה שבחוק עליה עמדנו לעיל יסודה במספר חוקים שונים, לכל אחד מהם תכליותיו שלו, ואיזון פנימי שונה הנוצר בדל"ת אמותיו ביחס לרמת האסדרה הנדרשת. כיצד תתישבנה אפוא קביעותינו ביחס לכל אחד מהחוקים הנדונים, לפיה עומדת לממשלה הסמכה מתאימה, עם הקביעה כי אף על-פי כן יש לעגן את המכלול בחקיקה? כיצד תשליך קביעה זו על הפעמים הבאות, שבהן תבקש הממשלה לקבוע הסדר בכל אחד מתחומיהם של החוקים בהם עסקינן? שאלות אלו מדגימות את הקושי הישומי הקיים בשיטת המשפט הנוהגת אצלנו בשימוש בדוקטרינת ה"אפקט המצטבר" (בהשלכה למבחן ביחס לפגיעה בזכויות חוקתיות, הדבר מזכיר את השאלה איזה דבר חקיקה יבוטל מבין כמה היוצרים במשותף פגיעה מצטברת שכזו, ראו בלונדהיים ומרדכי, 620-622). בקיצור: חוששני מפני 'פלונטר'.

65. ביתר שאת וביתר עוז, עולה שאלת ההסדר החקיקתי ביחס לפסקת היציבות הרגולטורית. פסקת היציבות הריהי הצהרה של הרשות המבצעת (כלפי כולי עלמא להלכה, כלפי חברות הגז למעשה), שעניינה בשמירה על 'קיפאון רגולטורי' בשוק הגז למשך תקופה ארוכה. תוכנה של ההצהרה מבטא את עמדתה של הממשלה, הרשות המבצעת, באשר לאופן שבו יש לשמור על הרגולציה של שוק הגז; ואילו האמצעים המנויים בפסקה לביצוע עמדה זו הם פעולה (ובעיקר אי-פעולה) במסגרת אפשרויות הפעולה השונות של הממשלה ברשות המחוקקת. מובן אפוא כי אין מקום לדרוש עיגון של פסקת היציבות הרגולטורית גופה בחקיקה. המחוקק מתווה את המדיניות הנראית בעיניו, ולא את המדיניות הנראית לממשלה. יהיה זה אבסורד לצפות שהמחוקק יקבע בחוק, שהממשלה לא תפעל לשינויו של חוק זה או אחר. קביעה כזו תפגע בעקרון הפרדת הרשויות הרבה יותר מאשר במצב שבו הממשלה תקבע הסדר ראשוני המשיג את גבולה של הרשות המחוקקת. אין גם מקום לצפות לכך שהמחוקק יגביל את עצמו

בעריכת שינויים בחקיקה הקשורה למתווה הגז (השוו לדברי חברי, השופט ס' ג'ובראן, בסיפא לפסקה 15, והם מוקשים בעיניי). המחוקק לא יכול את שיקול דעתו בקביעה כי הוא עצמו לא ישנה את החוק במשך עשור; שאם כך, נמצא המחוקק קובע נורמה חוקתית, מעין 'חוק יסוד: מתווה הגז'. הדבר כלל איננו עומד על הפרק ולא עולה על הדעת. אילו תנוסח פסקת היציבות באופן של פסקת "איזון כלכלי", כפי שסבור חברי, המשנה לנשיאה, כי ראוי לעשות, מעלה הדבר קושי אחר, שהרי ברור כי פסקה מעין זו מתאימה לחוזה מנהלי בין צדדים ולא לחוק עלי ספר החוקים של מדינת ישראל.

66. הנה כי כן, חקיקה ספציפית של סעיפי מתווה הגז מעלה קשיים ניכרים. אפשרות אחרת היא חקיקתו של "חוק תשריר", אשר יבהיר, למען הסר ספק, כי הממשלה פעלה כדין ובסמכות שעה שהחליטה את אשר החליטה ביחס למתווה הגז (דוגמה לחוק תשריר ניתן למצוא בחוק שנדון בבג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד מ(2) 793 (1996); כדוגמה לחוק אשר מהותו ישום הסכם (להבדיל ממתן תוקף להסכם) ניתן להצביע על חוק ישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (סמכויות שיפוט והוראות אחרות) (תיקוני חקיקה), תשנ"ו-1996)). גם דרך חקיקה זו איננה נקיה מקשיים. הקושי המרכזי הוא שכל מטרתה היא הסרת הספק בלבד בנוגע לסמכות הממשלה. אך אם זו אכן המטרה, הרי שבסופו של דבר אין הבדל רב בין חוק מסוג זה לבין אישור הכנסת שכבר ניתן להחלטת הממשלה. כזכור, ביום 7.9.2015 הובאה ההחלטה לדיון בפני מליאת הכנסת ובסיומו הוחלט לאשר את החלטת הממשלה ברוב של 59 חברי כנסת (בכללם מן האופוזיציה) אל מול 51 חברי כנסת שהתנגדו. לדברי חברי, המשנה לנשיאה, הליך חקיקה מלא יש בו, בנסיבות העניין, כדי לתת יתר שקיפות ומבע הולם למגוון דעות בנוגע למתווה הגז הראוי. לא שוכנעתי בכך, מאחר ובכל מקרה גם חוק התשריר עצמו יהא הצבעה על "מוצר מוגמר". מנגד, וגם אם צודק חברי, יש להעמיד את היתרונות האפשריים בהליך זה אל מול המחיר הכבד הכרוך בו, מבחינת היכולת המעשית לקיים את המתווה בשיתוף עם חברות הגז, וזאת בשעה שעננת הביטול מרחפת מעל. במצב הדברים העובדתי והמשפטי הנתון, בנקודת הזמן שבה אנו נמצאים, בשים לב לשיקולים הכלכליים, המדיניים והבטחוניים העומדים על הפרק, דומני כי מוטב להימנע מפתרון של חקיקה. היא אינה מוכרחת ולא רצויה.

67. אין לחדד. התוצאה שאליה הגעתי יוצרת 'גרעון דמוקרטי' מסוים בהחלטת הממשלה על מתווה הגז. ברם, יש לזכור כי מדובר בהחלטה שנתקבלה על-ידי הממשלה במליאתה, ממשלה אשר נהנית מאמונה של הרשות המחוקקת, ואין מדובר בהחלטה שהתקבלה על-ידי רשות מנהלית אחרת, שהגרעון הדמוקרטי שבהחלטותיה גדול יותר. סעד ותרופה לגרעון הדמוקרטי האמור ניתנו, אמנם באופן חלקי, בדיונים

המקצועיים, בהתייעצות עם מומחים, באישור שנתנה מליאת הכנסת למתווה הגז, בדיוני ועדת הכלכלה, ובמאמצים נוספים שנעשו על מנת לשתף את הציבור בגיבושו של מתווה הגז. התהליך אינו מושלם, התוצאה לא פשוטה, אך אינני רואה הצדקה לביטול מתווה הגז.

סוף דבר

68. לדעתי, דינן של העתירות לדחיה. עלו בהן אמנם שאלות משפטיות כבדות משקל, אך בנסיבות העובדתיות והמשפטיות המיוחדות של הנושא שעל הפרק, אין הצדקה להתערב בהחלטת הממשלה על מתווה הגז, לשנותה או לבטלה. ישום סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים הריהו מוצדק; הממשלה מוסמכת על-פי חוק לקבוע את מתווה הגז כדרך שעשתה; פסקת היציבות הרגולטורית, אף שהיא מגבילה את שיקול הדעת המנהלי של הממשלה, יכולה לעמוד; אין צורך בחקיקת מתווה הגז; דינו בהחלטת הממשלה. הגז הטבעי הוא קניינה של המדינה. על הממשלה – בהיותה נאמן הציבור בנכסי המדינה – מוטלת חובה להפעיל את סמכותה בנושא הנדון שהוא בליפת העשייה הממשלתית, על מנת לשמור באופן מיטבי על זכויות הקניין של המדינה בגז הטבעי ולהבטיח את הבטחון ואת הכלכלה, את האנרגיה, את הסביבה, ואת יחסי החוץ; את ההווה ואת העתיד. לא זו בלבד שהממשלה רשאית היתה להחליט, לפעול ולעשות; דומני כי חייבת היתה לעשות כן. זו אחריותה, וזהו תפקידה.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

מצטרף אני לחלק הארי של פסק דינו המקיף של חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, על מכלול הסוגיות שעליהן עמד בפירוט, לרבות תחולתו של סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. אשר לפסקת היציבות – היא אכן הראשה של המתווה בכללותו – כמוהו, גם אני סבור כי היא אינה יכולה לעמוד במתכונתה הנוכחית. לעומת זאת, דרכינו נפרדות בכל הנוגע לסיווג המתווה (בנפרד מפסקת היציבות) כהסדר ראשוני, והן שבות ומתלכדות בפסקת הסעד שמציע חברי.

היציבות הרגולטורית

1. מהו חלקו הראוי של הציבור בתקבולי הגז? מהן המגבלות שתחולנה על ייצואו? האם טעמים של מדיניות החוץ או ביטחון המדינה עודם מצדיקים מתן פטור מהוראות חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים) בהיקף ובדרך שניתן? הגם שמדובר בשאלות שנודעת להן חשיבות כלכלית, ציבורית וחלוקתית, על פי סעיפים 5 ו-6 לפרק י' למתווה (להלן: פסקת היציבות), ממשלות

ישראל תמנענה מלעסוק בהן בעשור הקרוב. זאת גם אם בתקופה זו יחולו שינויים רלוונטיים בתנאים הכלכליים, הביטחוניים והמדיניים. הממשלה אף הוסיפה והתחייבה כי תמנע מכל יוזמת חקיקה בתחומים אלה, תתנגד לכל הצעת חוק פרטית כאמור, ואם – בתרחיש שאינו מן השכיחים – יצליח רוב בכנסת להביא חקיקה שכזו לכדי גמר, תפעל הממשלה ככל יכולתה להחזיר את המצב לקדמותו על ידי קידומה של הצעת חוק נוגדת. כחברי, גם אני סבור כי לא היה בכוחה של הממשלה ליתן התחייבות מרחיקת לכת שאלה הם אפיוניה; וכי בעשותה כן חרגה מסמכותה.

2. נקודת המוצא לדיוננו היא כי המדיניות הכוללת ביחס למשק הגז הטבעי היא נושא מובהק של מדיניות כלכלית המצוי בסמכות הממשלה; וכי ביחס אליו מסור לממשלה שיקול דעת רחב (ראו, בין רבים: בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 60 (2004); בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459, 497 (1999)). ואולם, כפי שהיטיב להסביר חברי, גם לסמכות זו, רחבה ככל שתהיה, נלווית החובה המתמדת לשקול את הצורך בהפעלתה. מקובל לראות בדבריו של ממלא מקום הנשיא מ' שמגר בעניין ברגר – שאותם הביא חברי בהקשר אחר – את תמציתה של ההלכה בעניין זה (הגם שבאותו עניין נאמרו הדברים בגדרה של דעת מיעוט):

"הקניית סמכות, כגון זו שלפנינו, מחייבת, כאמור, מיניה וביה, גם נקיטת עמדה פעילה מצד מי שהסמכות הוענקה לו: נקיטת עמדה עניינה בדיקתו של הצורך בהפעלת הסמכות, ואם בעל הסמכות מחליט להשיב על שאלה זו בחיוב, צריכה גם להישקל דרך הפעלתה של הסמכות. בעל הסמכות עלול להיחשב למי שחוטא לחובתו, אם הוא מותיר את הסמכות, שהוקנתה לו, כאבן שאין לה הופכין במובן זה, שאינו נותן דעתו עליה מטוב ועד רע, בין לחיוב ובין לשלילה, ואינו שוקל כלל, אם ואימתי יפעילנה [...] הדברים הנ"ל, שעניינם בדיקת הצורך בהפעלת הסמכות, מתייחסים לחובה, שאינה נולדת דווקא עקב פניותיהם של אחרים, אלא, כמבואר, המדובר במטלה, המתלווית ipso facto להענקת הסמכות [...]. החובה לשקול את הפעלת הסמכות שרירה וקיימת כמבואר, כשלעצמה וכפועל יוצא מעצם הענקתה" (בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 46 (1983) (להלן: עניין ברגר) (הדגשות במקור – ע' פ')).

3. לפיכך, ביחס לכל אחד משלושת התחומים שעליהם חלה פסקת היציבות – המיסוי, הייצוא, והסדר הפטור מחוק ההגבלים העסקיים – חייבת הממשלה לבדוק מעת לעת אם המדיניות הנוכחית שאליה מתייחס המתווה עודנה משרתת את האינטרס

הציבורי בצורה המיטבית; או שמא שיקולים כלכליים, ביטחוניים או אחרים מחייבים את שינויה. מכאן, התחייבות הממשלה – גם בשם הממשלות שתבואנה אחריה בעשור הקרוב – לא לעשות כן לתקופה בת 10 שנים עומדת בניגוד לאיסור המושרש במשפט המינהלי על כבילת שיקול הדעת ועל "קיבוע" עמדת הרשות מראש (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 201-203 (2010); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 1092-1090 (מהדורה שנייה מורחבת, 2011)). אכן, כפי שציינתי בעבר, "חלוף הזמן עשוי להצדיק – ובנסיבות מסוימות אף לחייב – בדיקה מחודשת של החלטות מנהליות" (בג"ץ 2979/09 מפעלי אנקורי (1971) בע"מ נ' משרד החינוך, פסקה 14 (24.11.2010)). מכאן, שרשות אשר מצרה מראש את צעדיה באופן המגביל את יכולתה לשנות את החלטותיה בעתיד חוטאת לתפקידה כרשות מנהלית (בג"ץ 594/78 אומן מפעלי סריגה בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתיירות, פ"ד לב(3) 469, 474 (1978) (להלן: עניין אומן)). כלל זה עומד בעינו – ולעתים אף בעצמה רבה – גם בהתייחס להחלטות מדיניות רחבות התלויות בתנאים ובנסיבות חיצוניות ושביסודן נתונים מקצועיים סבוכים. עמדתי על כך במקום אחר:

"תוכנית המיגון שעליה הצהירה הממשלה, כמו גם נציגיה בהזדמנויות שונות היא בבחינת מדיניות ממשלתית, אשר נשענת על נתונים מקצועיים של גורמים בעלי מומחיות ומתקבלת לפי שיקול דעתם של הגורמים המוסמכים. מעצם טבעה ותלותה בתנאי רקע משתנים לא ניתן להתחייב מראש לדבוק במדיניות שנקבעה על כל פרטיה, יהיו אשר יהיו הנסיבות החיצוניות. ואכן, מתוך חובתה המתמדת של הרשות המינהלית להפעיל את שיקול דעתה ולבחון את הצורך בהפעלת סמכותה בהקשרים שונים [...] נגזר גם הכלל כי אין הרשות המינהלית רשאית להצר מראש את סמכותה או להגביל את יכולתה לשנות את מדיניותה לעתיד לבוא [...] שכן בכך תחטא לתפקידה הציבורי" (בג"ץ 8013/10 המועצה האזורית אשכול נ' ראש הממשלה, פסקה 9 (8.8.2011) (להלן: עניין המועצה האזורית אשכול); וראו גם בג"ץ 4806/94 א.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, 201-202 (1998)).

הדברים נכונים גם – ואולי אף ביתר שאת – ביחס לסמכות הממשלה בתחומי החקיקה, היינו הסמכות ליזום הצעות חוק ממשלתיות; והסמכות לגבש עמדה ביחס להצעות חוק פרטיות (סעיפים 58-67 לתקנון לעבודת הממשלה ה-34, זמין [כאן](#)) – וכבר נאמר כי:

"איש אינו מוסמך וגם אינו יכול להבטיח מראש את תוכנו של מעשה חקיקה, בין חקיקה ראשית ובין חקיקת

משנה, המסור כל כולו בידי הגוף המחוקק. לפיכך, הבטחה שניתנה כנ"ל אין לה כל נפקות" (בג"ץ 356/83 לידור האגודה להגנת בעלי בתים, זירות ורכוש פרטי בישראל נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד לח(1) 602, 610 (1984); וראו גם: ע"א 3604/13 מנהל רשות המסים נ' אייזינגר, פסקה 16 (10.5.2015) (להלן: עניין אייזינגר); בג"ץ 6/82 "אגיס" סוכנויות מסחריות בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד לו(3) 18, 21 (1982) (להלן: עניין אגיס)).

והנה, פסקת היציבות אינה אלא הבטחה גורפת להימנעות מחקיקה, ודומה שאין צורך להרחיב.

4. זאת ועוד. כלל יסוד במשפטנו המינהלי הוא כי אין לאדם זכות קנויה במדיניות כלכלית קיימת המיטיבה עמו. משמעותו המעשית של עיקרון זה היא כי לאדם אין ציפייה לגיטימית ראויה להגנה משפטית ביחס להימשכותה של מדיניות כלכלית-פיסקאלית קיימת, בין אם מקורה במעשה מינהל, בין אם מקורה בחקיקה ראשית. מכאן, כי פגיעה בציפייה או בהסתמכות שיסודן מדיניות כאמור אינה מקימה לפרט זכות לסעד מן הרשות. כדי שלא להאריך, נביא את לוז ההלכה בהקשר זה שעליו עמדה המשנה לנשיאה (כתוארה אז) מ' נאור בעניין דודיאן:

"מקובל עליי כי מנגנון המיסוי שהיה מוכר לעותרים [...] היווה גורם שעודד ותמרץ אותם להשקיע. שיעור מס או תמלוגים אטרקטיבי עשוי לעודד השקעות [...] עם זאת, יש להדגיש כי גם באורח עקרוני אין מקום לקבל את טענת העותרים שאין לבצע שינוי חקיקתי מעין זה נוכח הסתמכותם. לא אחת נפסק כי למשקיע אין זכות קנויה לכך שמדיניות כלכלית עליה התבסס תימשך. עמד על כך המשנה לנשיאה א' ריבלין:

'מדיניות כלכלית מיטיבה, דוגמת פטור ממס, איננה יוצרת זכות קנויה להמשך המדיניות, אף לא כאשר אדם ביסס את התכנון הכלכלי ארוך הטווח שלו על קיומה של המדיניות. אמנם אפשר שתיווצר ציפייה כי המדיניות תימשך, אך ציפייה זו אינה עולה כדי זכות' (בג"ץ 3644/06 לנדס שהנו נ' משרד האוצר, פסקה 9, 23.9.2009).

והטעים אף השופט א' ברק:

'הלכה פסוקה היא, כי אין לשום אדם זכות מוקנית לכך שמדיניות כלכלית, עליה ביסס את חישוביו העסקיים, תימשך... נמצא, כי אדם, הנוטל סובסידיה או הטבה אחרת מהרשות הציבורית, נוטל על עצמו סיכוי עם סיכון, והסיכון הוא, כי הסובסידיה או ההטבה יבוטלו או ישונו, ועליו לכלכל מעשיו תוך לקיחת אפשרות זו

בחשבון שיקוליו' (בג"ץ 198/82 בן ציון מוניץ נ' בנק ישראל, פ"ד לו(3) 466, 470 (1982)).

דברים אלו יפים מקל וחומר כאשר השינוי נעשה בחקיקה ראשית של הכנסת. לבעלי הזכויות בנפט אין כל ציפייה מוגנת שהכנסת לא תשנה את החקיקה ביחס למיסוי הרווחים מזכויותיהם. ספק כאמור אם ניתן לומר כי העותרים הסתמכו בפועל על ציפייה שכזו ליציבות הדין. אכן, שינוי בדין עשוי לחייב הוראות מעבר מתאימות. יש לוודא כי הוא איננו פוגע בזכויות מוקנות. לעניינים אלו אשוב בהמשך. אולם את טענת העותרים כי ההסתמכות על המצב המשפטי הקיים מונעת את האפשרות להחיל עליהם מעתה ועד עולם (או ל-50 שנה הקרובות) הסדר חקיקתי המשנה את המס על רווחים – אין לקבל. מטעם זה אף יש לדחות את טענת העותרים כי המדינה הפרה 'הבטחה שלטונית' כלפיהם" (בג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל, פסקאות 23-24 (15.8.2012) (להלן: עניין דודיאן) (הדגשות במקור – ע'פ')).

5. הגיונה של הלכה זו ברור. שימור חופש הפעולה של המינהל בתחום הכלכלי-פיסקאלי נועד להבטיח כי המצפן לעיצובה של המדיניות בעניינים אלה יהיה תמיד טובת הציבור; וכי הממשלה תוכל להגיב להתפתחויות רלוונטיות מבלי להיות כבולה למדיניות שאינה הולמת עוד את צרכי הציבור. עלינו לזכור כי המדיניות בתחומים אלה משקפת הכרעה פוליטית ראשונה במעלה אשר לדרך הראויה לחלק את עוגת המשאבים הציבוריים, והיא מבטאת סדרי עדיפויות, תקוות וציפיות אשר מטבע הדברים משתנים מעת לעת. לעומת זאת, כוחה המשפטי של הבטחה מינהלית הוא כי היא יוצרת ציפייה או הסתמכות בת-אכיפה, תוך שהפרתה גוררת זכות לתבוע סעד – אם אכיפה, אם פיצויים (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 336-338 (2013)); לסוג הפיצויים המתאים – פיצויי הסתמכות או פיצויי קיום – ראו ע"א 9073/07 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ, פסקה 1 לחוות דעתו של השופט י' עמית (3.5.2012); בג"ץ 636/86 נחלת ז'בוטינסקי נ' שר החקלאות, פ"ד מא(2) 701, 710 (1987); וראו גם דפנה ברק-ארז "הגנת הציפייה במשפט המינהלי" עיוני משפט כז 209 (2003). לפיכך, להשקפתי, מדיניות כלכלית-פיסקאלית כוללת, בהיקף ובמנעד הנושאי שאליו מתייחסת פסקת הציבור, אינה יכולה להיות נושא להבטחה מינהלית (ראו יואב דותן "הבטחה מינהלית לציבור" משפט וממשל ה 465 (2000)). בכך אין חידוש. כבר בעניין אומן נקבע כי:

"הלכה ידועה היא, והיא באה לידי ביטוי בשורה של פסקי-דין שניתנו בבית-משפט זה, שאין רשות ציבורית יכולה להתחייב, שהיא לא תמלא את חובתה הציבורית

ולא תשתמש בעתיד בסמכויותיה השלטוניות, ולכל התחייבות כזו אין תוקף [...] נאמר על-ידי השופט ויתקון, כי 'הכל מודים והכל יודעים שאין הרשות יכולה להצר או לוותר על סמכויותיה החוקיות, למשל, לגבות מסים או להעלותם, לשנות את שער החליפין, להפקיע נכסים או להתוות קווי מדיניות חדשים בכל העניינים הנתונים לסמכותה. בכל אלה אין לאזרח חזקה או זכות קנויה במצב הקיים'. לפי הלכה זו, שעליה כאמור אין עוררין, לא יכול להיות מקום לספק שלהבטחה שהקרנות תקיימנה עד שנת 1983 לא היה שום תוקף משפטי. [...] קבלת טענת ד"ר נאמן משמעותה שהמשיבים [...] התחייבו, שבמשך תקופה של שבע שנים מאוקטובר 1976 לא יחול כל שינוי בחיקוקים אשר יפגע בקיומן של הקרנות ושבתקציב המדינה ייכללו הסכומים הדרושים במשך כל אותה תקופה לשם קיום הקרנות. לו היו המשיבים נותנים התחייבויות כאלה, היתה בכך חריגה בולטת מסמכותם. לדעתי, כאשר גוף כלכלי מנהל משא ומתן עם משרד ממשלתי ומגיע אתו לסיכום, שקיומו לעתיד תלוי בעליל בהמשך מדיניות כלכלית אשר היתה קיימת בעת שהושג הסיכום, צריך להיות ברור לכולם, שהסיכום נעשה ללא כל כוונה ליצור התחייבות משפטית, במיוחד כאשר, כמו במקרה שלפנינו, מדובר על תקופת זמן ארוכה של שבע שנים [...] על-כן כאשר הוחלפו המכתבים נספחים 2 ו-3 צריך היה להיות ברור להתאחדות שיש בהם לכל היותר הצהרה על כוונת משרד המסחר והתעשייה להמשיך בפעולת הקרנות למשך תקופה מוגבלת ומימוש כוונה זו תלוי בהמשך הנסיבות המדיניות והכלכליות אשר היו קיימות בעת שהושג הסיכום [...] אם אכן העותרות ייחסו למסמכים אלה תוקף משפטי, דבר שהוא מפוקפק כשלעצמו, אין להם לקבול אלא על עצמן בלבד" (ההדגשות הוספו – ע' פ') (עניין אומן בעמ' 475-476 (1978); וראו גם: עניין אייזינגר, פסקה 16; עניין אגיס, בעמ' 21; בג"ץ 298/70 ה' ג' פולק בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד כה (2) 3, 8 (1971); בג"ץ 58/66 מטיאש נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד כ (2) 561, 569 (1966); לגישה שונה ראו בג"ץ 142/86 "דישון" כפר שיתופי להתיישבות חקלאית נ' שר החקלאות, פ"ד מ (4) 523, 529-530 (1986)).

6. הכרה בתוקפן המחייב של הבטחות מינהליות ביחס למדיניות כלכלית-פיסקאלית בקנה מידה מעין זה שלפנינו – ובמיוחד כשמדובר בהבטחות שניתנו לגורמים פרטיים רבי עצמה כלכלית ואחרת – עלולה ליצור תמריצים שליליים ולהביא להטיית יתר בלתי רצויה לטובתם של מעטים. על סוג דומה של חשש בהקשרנו עמד המשנה ליועץ המשפטי לממשלה במכתב מיום 16.12.2014 שכותרתו "יש לווייתן בחדר":

”לבעיית התחרות הענפית יש להוסיף את החשש מריכוז העוצמה ברמה הכלל-משקית. זהו חשש החורג משאלות של מחיר ותחרות לעבר תחומים אחרים של יכולת השפעה על תהליך קבלת ההחלטות במשק”.

7. ער אני לכך כי דברים אלה יוצרים מורכבות אינהרנטית בכל הנוגע להשקעות רחבות היקף במשק הישראלי שכן משמעם הוא כי הממשלה אינה יכולה להבטיח ודאות מוחלטת ביחס לתנאי היסוד הכלכליים העומדים בבסיס ההשקעה. ואולם, כעולה גם מהסקירה ההשוואתית שהובאה בחוות דעתו של חברי, מדובר במגבלה בלתי נמנעת במדינה דמוקרטית. מבקש אני להדגיש כי אין אני מתעלם כלל ועיקר מההיגיון הכלכלי שעומד בבסיסה של דרישת המשקיעים ליציבות רגולטורית. אך מובן הוא שבתמורה להשקעות עתק מצדם של האחרונים מצפים הם להקטין את סיכוניהם, באופן שיאפשר להם להחזיר את השקעתם ואף לקבל תשואה הולמת. לאינטרס זה של המשקיעים יש ליתן מענה הולם. כפי שהבהיר חברי המשנה לנשיאה בחוות דעתו המפורטת, קיימים מודלים שונים שבגדרם יכול להינתן מענה כאמור. ברם, כאמור לעיל, פסקת היציבות הפרטנית שבה עסקינן אינה נמנית על מודלים אלה על רקע מאפייניה הייחודיים האמורים. בנסיבות אלה – גם אם אניח לטובת המדינה, מבלי לקבוע מסמרות, כי פסקת יציבות ”מתונה” יותר, הייתה מצויה בגדר מתחם הסמכות הנתון למינהל הציבורי – פסקת היציבות שלפנינו מצויה מחוץ למתחם זה.

8. חברי, השופט נ' סולברג, מציע כי תחת הכרזה על בטלותה של פסקת היציבות נסתפק בפרשנותה כהתחייבות ”על תנאי” המשמיעה מתוכה פנימה את יכולתה של המדינה להימנע מקיומה, וזאת בדומה לטכניקה שאומצה ביחס להסכמים פוליטיים (ראו פסקה 39 לחוות דעתו). אינני שולל את הניתוח העיוני של חברי, ובמקרים מתאימים ניתן לאמץ מתווה פרשני דומה. דא עקא, לדידי הדברים אינם ישימים בנסיבות המקרה שלפנינו. כך בעיקר משום שלא ניתן להתעלם מ”תג המחיר” המוצמד להפרה צפויה של פסקת היציבות הן במישור הפנימי, הן במישורים אפשריים אחרים. בנסיבות אלו מתגבר עד מאוד החשש כי טענת המדינה אשר ליכולתה האפקטיבית לחזור בה מן ההבטחה שנתנה במסגרת פסקת היציבות במקרה מתאים אינה אלא ”מס שפתיים”. לפיכך, בנסיבות חריגות אלו, על רקע הקשר הדברים הכולל ונוכח משכה, היקפה והתוצאות הכלכליות העלולות לנבוע מאי קיומה, אינני סבור כי פסקת היציבות שלפנינו יכולה לעמוד.

9. דברינו עד כה על פסקת היציבות נגעו למישור הפעלת הסמכות המינהלית. לא אלה הם פני הדברים בהתייחס לחקיקה ראשית של הכנסת, אשר כפי שתיאר בהרחבה

חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בהקשרו של הדיון בשאלת ההסדרים הראשוניים (שאליו נידרש להלן), היא המייצגת את הריבון – הוא העם – וכוח החקיקה המסור לה אינו מוגבל אלא על ידי חוקי היסוד (וזאת מבלי שאביע כל עמדה אשר למגבלות החלות על כוח החקיקה של הכנסת מכוחם של עקרונות היסוד של השיטה; וראו למשל בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 678-680 (2009) בחוות הדעת של השופטת א' חיות; בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 727-732 (2006) בדעת המיעוט של המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין). ברצותה, מוסמכת הכנסת לגבש פתרון חקיקתי שיאפשר לקבע את שלושת ההסדרים שבהם עוסקת פסקת היציבות לתקופת זמן מוגדרת, בין אם על ידי חקיקתו של הסדר ייעודי, בין אם על ידי חקיקת הסמכה מפורשת לעשות כן.

על רקע האמור עד כה, אין בידי להצטרף בהקשר זה לחוות דעתו של חברי השופט נ' סולברג, ומצרף אני קולי כאמור לחוות דעת המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, שאליה הצטרף גם חברי השופט ס' ג'וראן.

הסדרים ראשוניים

10. חבריי, המשנה לנשיאה והשופט ס' ג'וראן, סבורים כי המתווה בכללותו עולה כדי הסדר ראשוני וכי לכן אין מנוס מפני הבאתו לפתחה של הכנסת לצורך עיגונו – על כל מרכיביו – בחקיקה ראשית. תמצית עמדתו של המשנה לנשיאה היא כי:

"כפי שגם היטיב לתאר הממונה על ההגבלים העסקיים (בפועל), עו"ד שוורץ, בדיון שהתקיים בפנינו, מדובר ב'אסדרה רגולטורית כמעט מאפט של משק הגז'. דברים אלה מדברים בעדם. מה משמעות אסדרה "כמעט מאפט"? משמעה כפשוטה, פשוטה כמשמעה, הסדר ראשוני בהתחשב גם בהיקף הענק של משאב הטבע בו מדובר [...] המתווה מבקש להסדיר את הרגולציה של תחום זה כמעט מראשיתו, והוא חובק קשת רחבה ביותר של תחומים: מיסוי, ייצוא, מחירים, הגבלים עסקיים [...] נוסף ביחס לסעיף 52, כי הוא סעיף יוצא דופן שהשימוש בו אפשרי במשורה [...] הוספת הסדרים בתחומי תוכן נוספים על חריג זה, יש בה כדי לחדד את הצורך בהסדרה בחקיקה [...] דומה כי לפנינו, שבו מכלול ההיבטים הטעונים אסדרה, בהצטברותם, מחייבים אסדרתה של הסוגיה בחקיקה ראשית [...] וייתכן שביחס לכל פרק במתווה יכולה להישמע טענה כי אין נדרשת חקיקה ראשית. ואולם, דומני כי העיקר הוא המכלול, ונראה כי השלם עולה על סך חלקיו. המתווה

כמכלול על היבטיו השונים טעון הסדרה בחקיקה ראשית בתהליך ליבון מסודר ושקוף בשיתוף הציבור והגורמים הרלבנטיים על-ידי הרשות הנבחרת" (פסקה קלד לחוות דעתו).

אומר בראשית הדברים כי מקובל אף עלי כי היה זה ראוי מן הבחינה הציבורית כי יעמוד המתווה – במלוא היקפו – להכרעתם הישירה של נבחרי העם במליאתם. אלה יידרשו בעצמם לבחירות המקצועיות והערכיות הגלומות בו, יעמיקו בו חקר ויכריעו בגורלו, אם לשבט, אם לחסד. רצוי ככל שיהיה תרחיש זה, לא זו השאלה המונחת לפתחנו. בגדרו של הדיון בכלל ההסדרים הראשוניים עלינו להכריע אך בשאלה אם בקבלה את המתווה – הוא החלטת ממשלה מספר 476 – עשתה הממשלה את שלא מילאה בידה הכנסת לעשות; ואגב כך הפרה את האיזון העדין שבין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת, תוך פגיעה בעקרונות הדמוקרטיה. לדידי על כך יש להשיב בשלילה. כפי שיפורט בהרחבה להלן, אבקש להשאיר בצריך עיון את שאלת סיווגו של המתווה כהסדר ראשוני; ואולם אף אם אהיה נכון להניח כי יש לראותו ככזה, הרי שלדידי קיימת הסמכה מפורשת לקביעתו של המתווה הנובעת ממכלול הוראות החוק המסמיכות במפורש את הממשלה לקבל את כל אחת מן ההחלטות הפרטניות הכלולות במתווה. אדגיש כי בדיון שלהלן מפריד אני בין פסקת היציבות שלהשקפתי אין לה קיום במתכונתה הנוכחית ללא עיגונה בחקיקה ראשית, לבין חלקיו האחרים של המתווה. ועתה בהרחבה.

האמנם יש לסווג את המתווה כ"הסדר ראשוני"?

(א) טענת ה"מכלול" אינה יכולה לעמוד על רגליה שלה

11. מתקשה אני לקבל את הנחת היסוד של חברי המשנה לנשיאה שלפיה המתווה הוא אסדרה "כמעט מאפס" של משק הגז הטבעי. המתווה לא נוצר בחלל רגולטורי. אסדרתו של משק הגז הטבעי שזורה בין דברי חקיקה רבים המלווים את היזם כמעט בכל צעד ושעל, החל משלב החיפוש, עבור לשלב פיתוח המאגרים, ועד להפקתו המסחרית של הגז, לשיווקו ולהפצתו. עמד על כך בצורה נהירה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה במכתבו הנזכר לעיל:

"הרגולציה הממשלתית של תחום הגז והנפט מפוזרת בין משרדי ממשלה ורשויות רבות: משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים גם באמצעות הממונה על הנפט ורשות הגז הטבעי, הרשות לשירותים ציבוריים – חשמל, רשות הגבלים עסקיים, משרד החוץ והמל"ל, משרד הפנים ורשויות התכנון, המשרד להגנת הסביבה,

משרד הכלכלה ומשרד התחבורה. לאלה יש להוסיף משרדי מטה נוספים – משרד האוצר כגוף מטה, אך גם כמי שקובע את מדיניות המס; משרד ראש הממשלה כולל המועצה הלאומית לכלכלה והמועצה לבטחון לאומי, הוועדה לצמצום הריכוזיות הפועלת מכח חוק הריכוזיות ומשרד המשפטים הן כיועץ משפטי והן כמקדם חקיקה ממשלתית בתחום. גורמים נוספים מן השלטון המרכזי הם צה"ל ומשרד הביטחון המגנים על האסדות והמנחים את הפועלים בו בהיבטי ביטחון. אל השלטון המרכזי מצטרפות גם החברה הממשלתית נתג"ז וחברות ממשלתיות נוספות בתחום התשתיות אשר הממשק עמן מעורר קושי בקידום פיתוח מקטע החלוקה בתחום".

אף אני נדרשתי לריבוי רבדי האסדרה של התחום בעניין אחר הממחיש את מורכבות האסדרה במשק הגז הטבעי:

"ייצור גז טבעי לשימוש מסחרי איננו רק עניין תכנוני. מדובר בהליך תשתיתי סבוך ורב-שלבי הנשלט על ידי מערכות דינים שונות המקימות מנגנוני רישוי שונים, כולם רלוונטיים לפעילותו של יזם המבקש להפיק גז טבעי מתגליות גז. ראשיתו של התהליך היא בשלב החיפוש. שלב זה נשלט על ידי חוק הנפט [...] המחייב קבלת היתרים ורישיונות לצורך שלבי החיפוש השונים שאין זה המקום להרחיב בהם [...] משהתגלתה תגלית, היא שנותנת לבעל הרישיון, בכפוף לתנאים מסוימים, את "שטר החזקה". שטר החזקה מקנה לבעל הרישיון את הזכות להפיק גז טבעי מהתגלית בכפוף לתנאים שנקבעו בשטר החזקה, אם נקבעו כאלה [...] דין נוסף החולש על תהליך ייצור הגז הטבעי הוא חוק משק הגז הטבעי, התשס"ב-2002 (להלן: חוק משק הגז הטבעי). חוק זה עוסק ברישוי מתקני הגז, בין היתר בדגש על היבטי בטיחות, ומחייב קבלת רישיון לצורך הקמת חלק מהמתקנים הדרושים בתהליך ייצור הגז הטבעי [...] לבסוף, הקמת מתקני גז טבעי זוכה להסדרה ייעודית גם בהיבט התכנוני. כך, סעיף 119ו(א) לחוק התכנון והבניה קובע כי היתר הבניה להקמת מתקן גז כמשמעותו בחוק משק הגז הטבעי יינתן על ידי רשות הרישוי המוקמת בסעיף זה" (בג"ץ 7737/14 עיריית יוקנעם נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פסקה 96 (22.12.2015)).

12. נוכח תנאי רקע רגולטוריים מורכבים אלה, אך מובן כי כדי להגשים את המדיניות הרצויה בעיניה – היינו, הגדלת כמות הגז הטבעי המופקת משדה "תמר" ופיתוח מהיר של שדה לויתן ושדות נוספים; כמו גם הגברת התחרותיות במשק הגז הטבעי – היה על הממשלה לכנס את כלל המאסדרים הרלוונטיים (הממונה על ענייני הנפט, הממונה על ההגבלים העסקיים, רשות המיסים ועוד) לכדי פעולה מגובשת

ומתוזמנת, כך שכל אחד ואחד מהם יפעיל את סמכותו באופן המשרת את המדיניות הכללית שקבעה הממשלה, ובנקודה זו שותף אני לדברים שאמר השופט ס' ג'ובראן בפסקאות 6-7 לחוות דעתו. ואכן, עיון קפדני במתווה הגז מלמד שבעיקרו יש בו משום איגום כוחות רגולטורי, כאשר כל מאסדר מפעיל את סמכותו בתחום שעליו הוא מופקד – וזאת מבלי לגרוע כהוא זה מחשיבותו של המתווה כמכלול. כך, בפרק ב' למתווה משמיעה הממשלה דעתה שלפיה יש מקום כי שר הכלכלה יפעל בהתאם לסמכותו לפי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים ויקבע את הפטורים מחוק זה; פרק ג' מורה לממונה על ענייני הנפט ולבעלי התפקיד הנוספים כיצד הם מצופים לפעול כדי לאפשר עמידה בלוחות הזמנים שנקבעו לפיתוח המאגרים; פרק ד' מורה כי יש להותיר את החלטתם הקודמת של התשתיות ושר האוצר על כנה בכפוף לתנאים שונים ומבטא את עמדת הממשלה ביחס להסדרים הרצויים בתחום הפיקוח על המחירים; פרק ה' כולל תיקונים להחלטה הקודמת של הממשלה בסוגיית הייצוא – היא החלטה מספר 442; בפרק ו' מודיעה הממשלה כי רשמה לפניה את הודעת רשות המיסים המובאת בנספח ב' שפרטיה פורטו בחוות דעתו של חברי; פרק ז' עוסק בהודעת הממונה על ענייני הנפט בקשר לתיקון שטרי החזקה ב"כריש" וב"תנין" (כנובע מהמתווה); פרק ח' מורה לצוות המשא ומתן הבין משרדי לסיים את המשא ומתן עם בעלי הזכויות בחזקת "תמר" כדי להגיע להסכמה בנושא פיתוח שדה "תמר דרום מערב" ומוסיף ומפרט את המסלול למתן כל האישורים הדרושים לשם כך; פרק ט' מפרט את המחויבויות שנטלו על עצמן חברות הגז להשקיע במשק המקומי; ולבסוף קובע פרק י' את סוגיית היציבות.

13. לא הארכת בדברים אלה אלא כדי להראות כי להשקפתי, ובשונה מחברי המשנה לנשיאה והשופט ס' ג'ובראן, גם אם המתווה יוצר דבר מה נוסף "גדול יותר" מסך פרטיו, הרי שהלכה למעשה – במישור הנורמטיבי-משפטי – המתווה מפרט את שורת הצעדים שבכוונת הממשלה לנקוט כדי להוציא את מדיניותה האמורה לפועל, תחת ההנחה שאת סמכויות הביצוע הרלוונטיות תפעלנה הרשויות שהוסמכו לכך בדין. כל זאת, במסגרת החלטת הממשלה שהיא אכסניה אפשרית להכרעה מעין זו מבחינת הוראות הדין. עמד על כך פרופ' זמיר:

"לכאורה, השר שהחוק העניק לו את הסמכות חייב להפעיל אותה לפי שיקול דעתו, אולם השר הוא חלק מן הממשלה. לפי סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, לא השר אלא הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה. בהתאם לכך האחריות הכוללת לביצוע החוקים ולניהול המדינה צריכה להיות מוטלת על הממשלה. העובדה שהחוקים מפזרים את הסמכויות בין השרים אינה צריכה להטעות: הדבר נעשה מטעמי נוחות ויעילות, ולא

מטעמי עיקרון. באופן עקרוני צריך לראות את השרים כאילו הם מפעילים את הסמכויות שהחוקים מעניקים להם מטעם הממשלה או עבור הממשלה. רק כך אפשר להסביר את הכלל, שנקבע בסעיף 4 לחוק-יסוד: הממשלה, ש'הממשלה אחראית בפני הכנסת אחריות משותפת'. כיוון שאין אחריות ללא סמכות, צריך לתת בידי הממשלה כלים שיאפשרו לה לשאת באחריות המשותפת, כלומר כלים שיאפשרו לה להנחות את השרים, לתאם ביניהם, ובעת הצורך גם לחייב אותם לפעול לפי החלטת הממשלה. אכן, החוק נותן כלים כאלה בידי הממשלה [...] וחשוב במיוחד: נראה כי מבחינה משפטית החלטת הממשלה מחייבת כל שר להפעיל את סמכותו, לרבות סמכות שהחוק העניק לו במישרין, בהתאם להחלטת הממשלה, אף אם ההחלטה נוגדת את דעתו. אכן, בפועל השרים מקבלים על עצמם את מרות הממשלה גם בקשר לסמכויות שהחוק העניק במישרין לשר זה או אחר. בדרך כלל השר רואה עצמו כפוף למרות הממשלה בשל שיקולים עקרוניים, פוליטיים ואישיים גם יחד. עם זאת, חשוב הדבר שגם המשפט מכפיף את השר לממשלה. אמנם, למעשה השרים הם שמנהלים רבים מענייני היומיום של המדינה ולא הממשלה, אך אין זה משום שהממשלה אינה מוסמכת לנהל עניינים אלה, אלא משום שאינה מעוניינת בכך. הממשלה נוטה להקדיש את מרב זמנה לענייני חוץ וביטחון, אולם, כאשר עניין כלשהו נעשה בעיה בסדר גודל לאומי או במקרה של מחלוקת בין שרים, הממשלה עשויה לקבל על עצמה את הטיפול וההכרעה באותו עניין, יהיה אשר יהיה, והמשפט נותן לה את הכלים הדרושים לצורך זה (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 417-418 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010); בג"ץ 879/79 אפא"י אגודה שיתופית לפירות א"י בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתיירות, פ"ד לד(2) 449, 456-457 (1980)).

והנה, הספקות העיקריים שמעלים העותרים ביחס לסמכות שמכוחה נקבעו חלקיו השונים של המתווה נוגעים בעיקרם לשימוש בסעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים; לתיקון החלטת ממשלה מספר 442; ולפרק המיסוי ובמיוחד להחלטתה המקדמית של רשות המיסים המופיעה בנספח ב' למתווה. מצטרף אני כאמור לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה שלפיה לא נפל פגם במישור הסמכות ביחס לכל אלה.

14. סיכום הנקודה, שלא כחבריי המשנה לנשיאה והשופט ס' ג'ובראן, אינני סבור כי עצם הכללתם של רבדי רגולציה רבים בגדר החלטת ממשלה אחת היא שמוציאה בהכרח את המתווה מן הפררוגטיבה הביצועית הרחבה המסורה לממשלה בעניינים מעין אלה. מובן, כי תנאי לאמור הוא כי כל אחד ואחד ממעשי המינהל שאותם מתימרת הממשלה לעשות בגדרי החלטת הממשלה – אם הכרזה, אם מתן הוראה, אם

קביעה מחייבת – מוצא לו עיגון בהסמכה מתאימה כמתחייב מעקרון חוקיות המינהל. כאמור, סבורני כי תנאי זה מתקיים בענייננו.

(ב) "המכלול" במישור הציבורי-דמוקרטי

15. עיון בחוות דעתו של חברי מלמד כי טעם נוסף שבגיננו סבר כי יש לראות במתווה הסדר ראשוני הוא חשיבותו הציבורית של המתווה והשפעתו בכללותו על המשק הישראלי:

"הגז הטבעי הוא אחד מאוצרות הטבע החשובים ביותר שנתגלו במדינת ישראל, אם לא החשוב בהם עד הנה. לאסדרת משק הגז הטבעי השפעה דרמטית על הציבור, לרבות על הדורות הבאים; ענייננו במשאב מוגבל, ועל השלטון לשמש נאמן הציבור לצורך שמירה על משאב זה, כדי להבטיח כי זה ינוצל לתועלת הציבור ולטובתו [...] דעת לנכון נקל, כי באסדרה של משאב ציבורי מוגבל מעורבים שיקולים כבדי משקל של מדיניות ציבורית-כלכלית ושאלות של "צדק חלוקתי" [...] זאת ועוד, ההשלכות הכספיות הכרוכות באסדרת משק הגז הטבעי הן אדירות הן בהיבט ההכנסות למדינת ישראל, הן בהיבט ההוצאות הנדרשות לשם פיתוח מאגרי הגז והן בהיבט המיסוי" (פסקה קלה לחוות דעתו).

מסכים אני לדברים אלה, ומכאן גם הערתי כי הסדרת המתווה בחקיקה ראשית היא אכן ראויה. בצד האמור יש לזכור כי מתווה הגז אינו נוגע לשתי ההכרעות החלוקתיות המשמעותיות ביותר ביחס למשק הגז הטבעי: מיסוי הרווחים – הוא ההסדר המחלק את העושר, הלכה למעשה, בין חברות הגז לבין הציבור בישראל; והייצוא – הוא ההסדר המכריע כמה גז יישאר בפועל לתצרוכת ישראל. ההכרעה הראשונה התקבלה כבר במסגרת חוק מיסוי רווחי נפט, התשע"א-2011 (שבינתיים שונה שמו לחוק מיסוי רווחים ממשאבי טבע, התשע"א-2011) (ראו סעיף 2(1) לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנות התקציב 2015 ו-2016), התשע"ו-2015, ס"ח 217, 219 (תיקון עקיף לחוק מיסוי רווחי נפט, התשע"א-2011)); והשנייה התקבלה במסגרת החלטת ממשלה מספר 442. אמנם המתווה כולל תיקונים להחלטה זו שעליהם עמד חברי, לרבות שינוי המתיר לבעלי מאגר תמר לייצא 50% מכמות הגז שבעלי החזקה טרם התחייבו לגביו ביחס למשק המקומי. ברם, שינויים אלה הם משניים באופיים ביחס להכרעה החלוקתית העיקרית – שלפיה BCM 540 גז טבעי יישמרו לצרכיו של השוק המקומי. ממילא, כפי שקבע גם חברי, נוכח פסק הדין בעניין ייצוא הגז (בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת

ישראל (2.7.2014) (להלן: עניין ייצוא הגז)), אין כל קושי בעריכת השינויים האמורים במסגרת המתווה הן במישור הסמכות, הן במישור הסבירות. אכן, מתווה הגז התיימר לקבוע כי לא יחול כל שינוי ביחס לשתי ההכרעות החלוקתיות האמורות לתקופה בת 10 שנים, אך משקבענו כי פסקת היציבות אינה יכולה לעמוד, הרי שהסרנו מכשול זה מעל הדרך.

16. מה אם כן פועלו העיקרי של מתווה הגז? מתווה הגז מתמודד באורח מקיף עם בעיית הריכוזיות במשק הגז הטבעי על חוסר התחרותיות הטמונה בו. בעיה זו נובעת הן ממבנהו הייחודי של הענף – המתאפיין במיעוט שחקנים בעלי יכולת מקצועית ופיננסית מתאימה (המכונים "Majors") המעוניינים להשקיע בשוק הישראלי לכתחילה – הן מהתנהלות הממשלה עד לאותו מועד, אשר די אם נאמר כי לא הונחתה בצורה ברורה על ידי שיקולים של מניעת ריכוזיות ועידוד התחרות. במובן זה – ורק במובן זה – מקובלים עלי דבריו של הממונה על ההגבלים העסקיים (בפועל), עו"ד אורי שוורץ, כי מדובר באסדרת התחום "מאפס". נזכיר, הורתו של המתווה לכתחילה בכישלוננו של "הצו המוסכם" שקודם בשעתו על ידי רשות ההגבלים העסקיים; והוא שהוליד את הדינמיקה שסופה במתווה הגז, והדברים ידועים. המתווה הוא אפוא "עסקת חבילה" בין הממשלה לבין חברות הגז. הממשלה רצתה להביא ל"הגדלת כמות הגז הטבעי המופקת משדה הגז הטבעי "תמר" ופיתוח מהיר של שדות הגז הטבעי 'לויתן', 'כריש' ו'תנין' ושדות גז טבעי נוספים" כפי שמורה כותרתו של המתווה; זאת משיקולים כלכליים ואנרגטיים כמו גם משיקולים של ביטחון המדינה ויחסי החוץ. חברות הגז מצדן רצו לפתור את הסוגיה "ההגבלית" בהסכמה תוך ניסיון למקסם את רווחיהן ככל הניתן גם בעידן שאחרי השינוי. נקודת מפגש האינטרסים מצויה אם כן במתווה הגז. הדברים עולים בבירור מתגובת המדינה לעתירות שלפנינו:

"כפתח הצגת הדברים, יצוין כי החלופה הראשונה שעמדה על הפרק, מבחינת חלק מנציגי המשרדים הממשלתיים, הייתה הוצאה כפויה של בעלי החזקה או פתרון כפוי אחר. אולם, לאחר בחינת חלופה זו לעומקה, הגיעו נציגי הממשלה למסקנה [...] כי יש לנסות להגיע, במידת האפשר, להסכמות על המתווה המוצע מול חברות הגז. זאת, מכיוון שהיעדר הסכמה יביא לדחייה משמעותית בפיתוח המאגרים, בין היתר, לאור הצפי להליכי ליטיגציה ארוכים שצפויים היו להיפתח בעקבות הפעלת חוק ההגבלים העסקיים" (תגובת המדינה, פסקה 64).

אין בדברים אלה כדי למעט מחשיבותו של מתווה הגז, אלא אך לומר כי שאלת היותו של המתווה הסדר ראשוני צריכה להיבחן בשים לב לפרטיו הקונקרטיים של המתווה ותוך התמקדות בהסדרים הנוגעים לשינויים המכניים הצפויים במשק הגז היינו, שינוי מבנה האחזקות במאגרי הגז הטבעי (שנעשה בהסכמת חברות הגז ברקע הדברים ואינו מפורט במתווה עצמו); קביעת הסדרי פטור נרחבים מחוק ההגבלים העסקיים מכוחו של סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים; כמו גם הסדרים הנוגעים לקביעת מחיר הגז הטבעי.

17. האם בהינתן האמור יש לראות במתווה הסדר ראשוני על פי אמות המידה שהותו בפסיקתנו? אין ספק כי המתווה מגלם בחובו הכרעה כבדת משקל בכל הנוגע למאפייניו התחרותיים של משק הגז הטבעי. נוכח תפקידו המרכזי של הגז הטבעי כמקור אנרגיה במשק, הסדרים אלה עשויים להיות מורגשים בתחומי פעילות וייצור שונים ואף להשפיע על יוקר המחיה בישראל. זאת ועוד, גיבושו של מתווה הגז לווה במחלוקת ציבורית ערה בממשלה, בכנסת ובקרב הציבור הרחב, שיקול בעל חשיבות אף הוא. אף על פי כן, שאלה היא אם מאפיינים אלה מובילים למסקנה כי יש לסווג את המתווה כהסדר ראשוני. יפים לעניינו דבריה של השופטת (כתארה אז) מ' נאור – שנימוקה לעניין זה נותרו בדעת יחיד – בעניין השר"פ:

"היועץ המשפטי לממשלה סבר, וכך סבורה חברתי, כי יש הכרח בחקיקה ראשית דווקא, אף שניתן לדעתו לקבוע הוראת-שעה לתקופה קצובה. כשלעצמי איני סבורה שיש הכרח בחקיקה ראשית. סוגיית השר"פ היא שאלה חשובה, אך בסופו של יום זוהי שאלה של מדיניות. המדובר ב'נושא מורכב ביותר וכרוכים בו מרכיבים רבים מתחומים הדורשים ידע, מומחיות ונסיון' (פרשת קר, פסקה 8). במדיניות האמורה הנקבעת בדרגי הרשות המבצעת יש אמנם כדי להשפיע על התמהיל הציבורי-פרטי במערכת הבריאות בישראל ולדבר אף עשויות להיות השפעות חברתיות וערכיות. עם זאת, לא כל מדיניות שיש לה השלכות חברתיות וערכיות, אפילו מדובר במדיניות הנתונה במחלוקת בין שרי הממשלה, היא בהכרח מדיניות המחייבת הסדר מפורט בחקיקה ראשית. בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998) קבע הנשיא ברק כי תורת ההסדרים הראשוניים הולמת עניינים 'מיוחדים במינם' המחייבים הכרעה עקרונית בשאלת יסוד המפלגת את החברה הישראלית (ראו שם, פסקה 31). איני סבורה כי אמת מידה זו מתקיימת בענייננו. לדעתי ההשלכות החברתיות הנזכרות בענייננו אינן מעוררות את שאלת היסוד בדבר 'בחירה בין סוציאליזם כעקרון כללי-חברתי ראוי, אל מול העדפת כוחות השוק, ההפרטה והתערבות

מינימאלית של הרגולטור', כדברי חברתי בפסקה 48 לפסק דינה. עם זאת, משהעדיף היועץ המשפטי לממשלה, ולו לטווח הארוך, כי נושא השר"פ בבתי החולים הממשלתיים יוסדר בדרך של חקיקה ראשית דווקא, איני סבורה כי ראוי שבית המשפט יכפה דרך פעולה אחרת. ההסדרה בדרך של חקיקה ראשית אינה נגועה באי-חוקיות כלשהי והיא 'משריינת' את הפעלת השר"פ – אם הממשלה תבחר בדרך פעולה זו – מטענות משפטיות בדבר היעדר סמכות בחקיקה ראשית" (בג"ץ 4253/02 ראש עיריית טבריה נ' היועץ המשפטי לממשלה, סג(2) 86, 174-175 (2009) (להלן: עניין השר"פ) (הדגשות במקור – ע' פ')).

18. גם בענייננו, חרף חשיבותו של המתווה, שאלה היא אם הוא נמנה על אותם עניינים "מיוחדים במינם" המפלגים את החברה הישראלית; וכי לפיכך עיסוקה של הממשלה בהם עולה כדי הפרת האיזון העדין שבין הממשלה לבין הכנסת, באופן המתנה את תקפו של המתווה בעיגונו בחקיקה ראשית. זאת בפרט נוכח ריבוי מקורות הסמכות לחלקיו השונים של המתווה המוצאים את עיגונם בחקיקה ראשית כאמור לעיל. ואולם, אף אם לא אקבע מסמרות ואניח לצורך הדיון כי המתווה עולה כדי הסדר ראשוני – כשיטתם של חבריי המשנה לנשיאה והשופטים ס' ג'ובראן ונ' סולברג – הרי שבכך לא תמה הבדיקה. כידוע, כלל ההסדרים הראשוניים מתיר לכנסת להסמיך את הממשלה לקבוע הסדרים ראשוניים, ובלבד שתעשה זאת בצורה מפורשת (תוך שטיבה של המפורשות הנדרשת עשוי להשתנות מעניין לעניין). עמד על כך הנשיא א' גרוניס בעניין ייצוא הגז:

"עלינו לזכור כי אחת המטרות הבסיסיות של כלל ההסדרים הראשוניים הינה השאיפה למסור... הכרעות ערכיות בסוגיות השנויות במחלוקת ציבורית, להכרעה של גוף בו ניתן ייצוג לעמדות הציבור... (רובינשטיין ומדינה, בעמ' 163). הכרעות כגון דא בהחלט יכולות להתקבל אף כאשר לא נטענת כל פגיעה בזכויות יסוד. אכן, מקובל עלי כי הכרעות מהותיות ובעלות חשיבות הנוגעות למדיניותה של המדינה, לצרכיה הכלכליים והחומריים, ולאופן ניצול משאביה הטבעיים המוגבלים, אמורות, ככלל, להתקבל על ידי הרשות המחוקקת. חברי הכנסת נבחרו על ידי העם לחוקק את חוקיו. הם אלה הנהנים מלגיטימיות חברתית לקבל את ההכרעות הנזכרות (ראו, פרשת רובינשטיין בעמ' 508). מכאן, שגם כאשר לא עומדת על הפרק פגיעה בזכויות יסוד, יש להקפיד על כך שהרשות המבצעת תזכה להסמכה מכוח חקיקה ראשית עת היא מבקשת לקבל הכרעה חברתית מהותית או ערכית, השנויה במחלוקת ציבורית. זאת, בהתחשב בשאיפה, אשר קיבלה את ביטויה בכלל ההסדרים הראשוניים, כי ההכרעות העקרוניות

והמהותיות בחיים הציבוריים יתקבלו על ידי הכנסת"
(שם, פסקה 31).

19. לפיכך, גם בהנחה שיש לראות במתווה הסדר ראשוני – אם בשל היקפו האסדרתי, אם בשל חשיבותו הציבורית ואם בשל צירופם של אלה יחד – הרי שיש להוסיף ולבדוק – כפי שציין גם חברי השופט נ' סולברג – אם הכנסת הסמיכה במפורש את הממשלה לקבוע את המתווה על כל חלקיו. ואדגיש: לדידי קשה להלום מן הבחינה המשפטית תוצאה שלפיה הכנסת הסמיכה במפורש את הממשלה לקבוע כל אחד ואחד מן ההסדרים הפרטניים שבמתווה אך לא הסמיכה אותה לקבוע את "מכלול" הסדריו כאשר אותו "מכלול" אינו יוצר כל הסדר נורמטיבי עצמאי. בנקודה זו אעיר כי אין אני מתעלם מדברים שאמרתי בעניין איתן שאליהם הפנה חברי המשנה לנשיאה שלפיהם "אין זה נכון שנערוך ביקורת חוקתית פרטנית של הוראות החוק שבו מבלי להשקיף עליהן גם במבט על באופן שחושף את יחסי הגומלין ביניהן" (בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 196 (22.9.2014) (להלן: עניין איתן)). בנקודה זו מבקש אני להעיר את ההערות הבאות: ראשית, בעניין איתן דובר בבחינה חוקתית של הוראות חוק שפגעו בזכויות אדם חוקתיות. לעומת זאת, ענייננו נסוב על בחינה מנהלית שעניינה קיומה של הסמכה להחלטת ממשלה אשר כלל לא מעוררת שאלה של פגיעה בזכויות אדם. שנית, גם בענייננו מקובל עלי כי יש חשיבות להשקיף על המתווה בכללותו. ברם, לא שוכנעתי כי הסתכלות על המכלול מחייבת עיגון המתווה בחקיקה ראשית. כפי שכבר ציינתי, לדעתי קיימת הסמכה מפורשת ביחס לכל אחד ממרכיבי המתווה ובמיוחד ביחס לקביעת הפטורים מכוח סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים; לתיקונה של החלטת ממשלה מספר 442 בהחלטת ממשלה מאוחרת, והכל בהתאם לפסק הדין בעניין ייצוא הגז; ולפרקי המיסוי והמחירים. דומה אפוא כי חברי המשנה לנשיאה בעצמו אינו רחוק ממסקנה זו שכן בפסקה קלז לחוות דעתו ציין כי:

"אכן, סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים מהווה מקור סמכות ברור לשאלות ההגבל-עסקיות, סוגיית הייצוא בנוסחה בהחלטה 442 כשלעצמה אינה מצריכה – לגישת פסק הדין בבג"ץ הייצוא, חקיקה, וייתכן שביחס לכל פרק במתווה יכולה להישמע טענה כי אין נדרשת חקיקה ראשית".

מקובל עלי אפוא – בהקשר זה – האמור בפסקאות 53-61 לחוות דעתו של

חברי השופט נ' סולברג.

סיכום הנקודה, אף אם נאמר כי מתווה הגז עולה כדי הסדר ראשוני – וזוהי הנחה שאיני מכריע בה – הרי שישנה הסמכה מפורשת לקביעתו של הסדר זה הנובעת מצירופן של כלל ההוראות הפרטניות המסמיכות את הממשלה לקבוע כל אחד ואחד ממרכיביו של המתווה. מצטרף אני אפוא – בנקודה זו – למסקנתו של חברי השופט נ' סולברג, וזאת מבלי שאביע כל עמדה ביחס לתחולתו של סעיף 5(א) לחוק נכסי המדינה, התשי"א-1951 בענייננו ולמחלוקת שנפלה בעניין זה בינו לבין המשנה לנשיאה.

סוף דבר

20. כחבריי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופט ס' ג'ובראן סבורני כי פסקת היציבות הרגולטורית במתכונתה הנוכחית אינה יכולה לעמוד ודינה בטלות. לעומת זאת, אינני שותף למסקנתם כי תקפו של המתווה (בנפרד מפסקת היציבות) מותנה בעיגונו בחקיקה ראשית. כך משום שלדידי ניתן להציב סימני שאלה בהתייחס לסיווגו של המתווה כהסדר ראשוני; וכי ממילא, גם אם נסווגו ככזה, הרי ששותף אני לדעתו של חברי השופט נ' סולברג שלפיה ישנה הסמכה מפורשת לקביעתו של המתווה, אשר לשיטתי נובעת מצירופם של כלל מקורות ההסמכה הפרטניים לחלקיו השונים.

הסעד

כאמור בפתח דבריי, משמצאנו כי פסקת היציבות שבפרק י' למתווה אינה יכולה לעמוד; ומשהבהירו הצדדים לפנינו הבהר היטב כי פסקת היציבות היא תנאי שאין בלתו לקיומו של המתווה, הרי שאין מנוס מהכרזה על בטלות המתווה. מצטרף אני לדעתו של חברי המשנה לנשיאה שלפיה יש להשעות את ההצהרה בדבר בטלותו של המתווה לתקופה בת שנה שבמהלכה תוכל הממשלה לכלכל את צעדיה בהתאם לאמור בפסק דיננו.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

מבוא

1. במוקד ארבע העתירות שבפנינו עומדת החלטת ממשלה 476 מיום 16.08.2015 שעניינה - "מתווה להגדלת כמות הגז הטבעי המופקת משדה הגז הטבעי 'תמר' ופיתוח מהיר של שדות הגז הטבעי 'לויתן', 'כריש' ו'תנין' ושדות גז טבעי נוספים" (להלן: החלטה 476 ו-המתווה בהתאמה).

חברי המשנה לנשיאה א' דובינשטיין פרש בחוות דעתו יריעה רחבה, מעמיקה ומפורטת בהתייחסו לטענות שעלו בכל אחת מן העתירות כנגד החלטה זו והשיב לכל אחת ואחת מהן בלא להותיר אבן שלא הפכה, תוך שהוא סורק במסרק צפוף את הוראות המתווה לפרטיו וכן את התהליכים שקדמו לגיבושו. מרבית המסקנות שאליהן הגיע חברי המשנה לנשיאה מקובלות עליי אך בשונה ממנו וכן מעמדתו של חברי השופט ס' ג'ובראן, אני סבורה כי אילו היו נגרעות מן המתווה הוראות הכבילה שבפרק י' העוסק ב"קיום סביבה רגולטורית יציבה" (להלן: הוראות הכבילה), לא היה מקום להתערבותו של בית משפט זה בהחלטה 476.

מהו המתווה?

2. טרם שאדרש להוראות הכבילה ולקושי הרב שהן מעוררות, מן הראוי להקדים ולבחון מהי התבנית המשפטית שעל פיה ניתן להגדיר את המתווה. האכסניה הפורמאלית אשר בה מעוגן המתווה היא כאמור החלטת ממשלה. אכסניה זו משמיעה לנו כי מדובר, לכאורה, בהחלטה מינהלית מובהקת. ואולם, עיון בנוסח ההחלטה מגלה מיד כי אין מדובר בהחלטת ממשלה במתכונת המוכרת של החלטות מסוג זה. המתווה שבו עוסקת החלטת הממשלה מורכב למעשה מאוסף של הוראות הנוגעות להיבטים רגולטוריים שונים בתחום משק הגז הטבעי, לצד התחייבויות של חברות הגז ללוחות זמנים, להיקפי השקעות, לפיתוח ולהסדרים מבניים, הכל כמפורט במתווה. שילוב זה שבין הוראות אסדרה ובין התחייבויות של תאגידים מסחריים בתחום שאליו נוגעות הוראות אלה, נושא סממנים מובהקים של "חוזה רגולטורי" שהינו תופעה משפטית חדשה יחסית אשר אותרה לראשונה בארצות הברית בשלהי שנות התשעים של המאה הקודמת, ככלי המבסס הוראות רגולטוריות בתחומים שונים על יחסים חוזיים. אחד הסממנים הבולטים של החוזה הרגולטורי בהבדל מחוזים שלטוניים אחרים, הוא זהות הצדדים לחוזה - "חוזה רגולטורי נערך בין רשות מנהלית בכובעה כרגולטור, לבין תאגיד פרטי (להבדיל מן הפרט)" (שרון ידין רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים 38 (2016) (להלן: ידין)). התבנית המשפטית של החוזה הרגולטורי הינה במידה רבה תולדה של האתגרים הניצבים בפני הרשויות בעידן המודרני בשל מורכבות הרגולציה הנדרשת בתחומים שונים, לרבות ואולי בעיקר בשווקים מפותחים וחופשיים

המגבירים את הצורך ברגולציה מפקחת. על רקע זה התפתחו מודלים חדשים של הסדרה מנהלית ובהם רגולציה המבוססת על שיתוף פעולה עם גורמים פרטיים המעוגנת בחוזים. אחד היתרונות הטמונים במודל רגולטורי כזה הוא השגת שיתוף פעולה מרצון מצד הגורמים המפוקחים אשר, מצדם, עשויים להפיק תועלת מפעילות המתואמת עם הגורם המפקח, בהבדל מהוראות כופות המעוצבות והנקבעות על-ידו באופן חד צדדי. ואולם, מודל החוזה הרגולטורי מעורר שאלות רבות בהיבטים משפטיים וציבוריים כאחד העשויות להשליך, בין היתר, גם על היקף הביקורת השיפוטית שיש להחיל לגבי מודל רגולטורי כזה (לאיפוק ולריסון השיפוטי המנחה, ככלל, את בית המשפט בעניינים של מדיניות כלכלית ראו, למשל, בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה, פסקה 77 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (22.6.2014)).

3. אחת השאלות המרכזיות המתעוררות בהקשר זה נוגעת לכבילת שיקול הדעת של הרגולטור. חוזה רגולטורי נוגע מעצם טיבו להפעלת הכוח הרגולטורי של הגורם המפקח, וחוזה הנוצר כתוצאה ממשא ומתן ותיאום בינו ובין הגורם המפוקח עשוי לכלול וריאציות שונות של התחייבויות מצד הגורם המפקח בתמורה להתחייבויות הניתנות על ידי הגורם המפוקח, באופן הכולל את שיקול דעתו של הגורם המפקח ויוצר קיפאון רגולטורי (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי משפט מינהלי כלכלי 213 (2013) (להלן: ברק-ארז); ידין, בעמ' 73, 124). כפי שיפורט בהמשך הדברים, ועמדו על כך גם חבריי, הקושי הגדול הטמון במתווה נושא העתירות נעוץ בהוראות הכבילה הכלולות בו.

מעיון בנוסח המתווה נגלים, כאמור, סממני החוזה הרגולטורי שהינם תוצאה של משא ומתן שהתקיים בין חברות הגז, המשיכות בעתירות שבפנינו, ובין הצוות בראשותו של פרופסור יוג'ין קנדל שניהל את עבודת המטה הבין-משרדית במחצית הראשונה של שנת 2015, שבסופה הגיעו הצדדים להסכמות וגובשה טיוטת המתווה שהובאה לאישור הממשלה. זאת לאחר שהוכנסו בה תיקונים כאלה ואחרים בעקבות השימוע הציבורי ובעקבות הערותיה של נגידת בנק ישראל. בטיעוניה ציינה המדינה כי "עבודת המטה הבין-משרדית ... [ש]כללה דיונים משותפים של גורמי הממשלה הרלוונטיים, וביניהם, משרד האוצר, משרד האנרגיה, המועצה הלאומית לכלכלה, רשות ההגבלים העסקיים, משרד המשפטים ובחלקים הרלוונטיים גם רשות החשמל" (פסקה 141 לתגובת המדינה). עוד מציינת המדינה כי "עבודת המטה כללה גם את שמיעת עמדות החברות והתדיינות מולן" (שם). מסמך נוסף המלמד על כך שהמתווה מתאפיינ בסממנים של חוזה רגולטורי והינו במידה רבה תולדה של משא ומתן בין חברות הגז ובין נציגי הגורמים הרגולטוריים הרלוונטיים, הוא מכתבו של ראש

הממשלה וממלא מקום שר הכלכלה מיום 17.12.2015 אל יו"ר ועדת הכלכלה, חבר הכנסת איתן כבל, בו צויין בפסקה 19 כי:

"כפי שהסברתי לחברי הוועדה, אין מדובר בהסדר אידיאלי. הוא מבוסס על הסכמה עם בעלי החזקות ולכן לא ניתן היה להשיג את כל התנאים שאפנו אליהם. אולם, בעיתוי הנוכחי ועל בסיס הנתונים הקיימים מדובר לדעתי במתווה הכרחי" [ההדגשה לא במקור-א.ח.]

מן החומר שהוצג בפנינו במסגרת העתירות עולה עוד כי ההתדיינות בין חברות הגז ובין הגורמים הרגולטוריים שביצעו את עבודת המטה הנ"ל, באה לאחר מגעים ממושכים שהתקיימו בין הממונה על ההגבלים העסקיים ובין חברות הגז שנועדו להגיע לנוסח של צו מוסכם על פי סעיף 50ב לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים או החוק). מגעים אלה החלו לאחר שהממונה הודיע ביום 6.9.2011 כי הוא שוקל להכריז על נובל, דלק קידוחים, אבנר ורציו כצדדים להסדר כובל במאגר לויתן והם הסתיימו בלא כלום ביום 23.12.2014 לאחר שבעקבות שימוע ציבורי שאותו קיים באשר לנוסח הצו המוסכם, החליט הממונה שלא להגיש את טיוטת הצו המוסכם לאישור בית הדין ולהשלים את הליך האכיפה במסלול של פרסום קביעה בדבר קיומו של הסדר כובל. על ההשלכות שהיו להתנהלותו זו של הממונה על תנאי המתווה שעליו הוחלט לבסוף אעמוד בהמשך הדברים, אך בשלב זה וככל שעסקינן בסממני החוזה הרגולטורי של המתווה, ראוי להזכיר כי טיוטת הצו המוסכם שהוזכר לעיל שימש, במידה כזו או אחרת, מסד לעבודת המטה שעליה הופקד הצוות בראשותו של פרופסור קנדל. טיוטה זו מתאפיינת אף היא בסממנים של חוזה רגולטורי שכן צו מוסכם מעצם טיבו כרוך בהתחייבות של הממונה ההגבלים העסקיים להפעיל או להימנע מהפעלה של סמכות רגולטורית על בסיס הסכמות המושגות בינו ובין הגורם המפוקח (ידין, בעמ' 68).

4. הנה כי כן, המתווה בו עסקינן אינו משתייך באופן מוחלט לתבנית משפטית אחת ובפנינו למעשה שילוב של תבניות משפטיות. הוא אושר בהחלטת ממשלה המאגדת את מכלול ההיבטים הרגולטוריים שדרשו התייחסות באותו שלב וחלק מן ההוראות הרלוונטיות בהקשר זה אף נוסח באופן התואם את מודל האסדרה המסורתית הכופה והחד צדדי (ראו, למשל, סעיף ג.4). במובן זה ניתן לסווגו כהבטחה מנהלית וכך אף בחרה המדינה ובחרו חברות הגז לסווגו בדיון בפנינו. אלא שלאורך המתווה קיימות הוראות לא מעטות המנוסחות כתנאים בהסכם שהינם תולדה של מפגש רצונות

בין הגורמים הרגולטוריים ובין חברות הגז (ראו, למשל, סעיף ה.2.; פרק ט'), ומהיבט זה מתאפיין המתווה בסממנים של חוזה רגולטורי.

הוראות הכבילה

5. כפי שצוין לעיל, אחד הקשיים המהותיים העשויים להתעורר בעקבות השימוש במודל החוזה הרגולטורי הוא הוראות הכובלות את שיקול הדעת של הרגולטור, העלולות למצוא את מקומן בחוזה מסוג זה. ואכן המתווה שבפנינו אף שאינו חוזה רגולטורי במלוא מובן המילה, לוקה בהוראות כובלות מסוג זה המצדיקות את התערבותו של בית המשפט, בהינתן תוכנן של ההוראות הללו ומשך התקופה שעליה הן משתרעות. כוונתי להוראת הכבילה שבסעיף 5 א בפרק י' הנוגעת לסוגיית המיסוי והחוזרת באותו נוסח עצמו גם בסעיף 5 ג של המתווה לגבי הוראות הייצוא וההסדר המבני הקבוע בפטור לפי חוק ההגבלים העסקיים.

וזו לשון ההוראה:

הממשלה לא תיזום שינויים כאמור בתחום זה וכן תתנגד להצעות חוק פרטיות המבקשות לקדם שינויים כאמור בתחום.

אם יאושר חוק שתחילתו בהצעת חוק פרטית המהווה שינוי מהותי כאמור, למרות התנגדות הממשלה, אזי הממשלה תקדם, בסמוך לאחר מכן, הצעת חוק ממשלתית לביטול השינוי המהותי. במקרה זה, עצם אישור החוק שהחל בהצעת חוק פרטית על ידי הרשות המחוקקת, בניגוד לעמדת הממשלה, לא יהווה פעולה בניגוד לסעיף זה.

סעיף 6.א. למתווה מוסיף וקובע כי הוראות הכבילה המפורטות בסעיף 5 יחולו למשך 10 שנים מיום קבלת החלטת הממשלה ובהמשך סעיף 6 יש התייחסויות נוספות לפרק הזמן האמור לעניין תחולת הוראות הכבילה.

6. חברי המשנה לנשיאה עמד בחוות דעתו בהרחבה על כללי המשפט המנהלי המסורתי השוללים כבילה מעין זו של שיקול הדעת המנהלי והקובעים כי אל לה לרשות "להתחייב מראש שלא לשנות את עמדתה, תהיינה הנסיבות אשר תהיינה" (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 202 (2010); ראו פסקאות קו-קח לחוות דעתו של המשנה לנשיאה וכן ראו לעניין זה פסקה 15 לחוות דעתו של חברי השופט ט' ג'ובראן ופסקאות 2-3 לחוות דעתו של חברי השופט ע' פוגלמן).

ייתכן כי בהיבט הוודאות והיציבות המודל של חוזה רגולטורי מצריך הגמשה מסוימת מבחינת כללי המשפט המנהלי המסורתי. עמדה על כך המלומדת ירין באומרה:

”... בכל הנוגע לרגולציה, הוודאות והיציבות חשובים במיוחד לגורם העסקי המסתמך עליהם, ולהבדיל מהחלטות המנהל כלפי הפרט, ההחלטה הרגולטורית משפיעה לא אחת על הציבור בכללותו. חשיבותה של הרגולציה הגמישה (לכבול את עצמה) מתעוררת ביתר שאת בעידן הגלובלי, שבו המדינה המודרנית מתחרה על פעילות עסקית עם מדינות אחרות, בין היתר באמצעות רגולציה נוחה (ארביטראג' רגולטורי). שוב נראה שהכלל המשפטי המגביל התקשוריות רגולטוריות עם התאגיד מעוצב באופן קשה מדי, ויש לקבוע את המקרים המתאימים לריכוכו” (ידין בעמ' 124-125)

חברי המשנה לנשיאה עמד אף הוא בחוות דעתו על וריאציה מודרנית של תניית יציבות המקובלת במדינות רבות בדמות מה שמכונה ”תניות איזון כלכלי” - (Economic Balancing), אשר אינן כובלות החלת רגולציה חדשה על הסכמים קיימים אך קובעות במסגרת אותם ההסכמים התחייבות של המדינה לפצות את התאגיד המסחרי בגין שינויים רגולטוריים אפשריים (פסקה קא לחוות דעתו). מודל זה הקובע פיצוי הסכמי במקרים של שינוי רגולטורי יש לו - בשינויים המחויבים - אחיזה מסוימת בפסיקה הישראלית בכל הנוגע להלכת ההשתחררות מהבטחה מנהלית וכן מחוזה רשות (בג”ץ 840/97 סבית נ' מדינת ישראל, פ”ד נז(4) 803 (2003); בג”ץ 636/86 נחלת ז'בוטיסנקי נ' שר החקלאות, פ”ד מא(2) 701 (1987); ע”א 2064/02 תשלובת ח. אלוני בע”מ נ' עיריית נשר, פ”ד נט(1) 111 (2004)); ברק ארז, בעמ' 335-338). בטיעוניה בפנינו אף ציינה המדינה כי המתווה לרבות הוראות הכבילה שבו מהווים הבטחה מנהלית אשר ככל שתתקיימנה נסיבות המצדיקות נסיגה ממנה ”יכול שתקים חבות בפנינו” (פסקה 366 לתגובת המדינה). משכך, נראה לי כי אילו היה המתווה כולו מוצא את ביטויו בחוזה רגולטורי הכולל תחת הוראות הכבילה הוראה בדבר פיצוי מוסכם ידוע וקצוב, היה בו אולי כדי לצלוח את הביקורת השיפוטית.

7. מטעוניה המדינה עולה כי האפשרות להתקשר בחוזה רגולטורי כזה אף עמדה על הפרק אך המדינה העדיפה לכלול את המתווה במסגרת החלטת ממשלה על מנת ליתן למתווה דגש מינהלי והסביר את הדברים המשנה ליועץ המשפטי לממשלה בדיון שהתקיים בפני ועדת הכלכלה ביום 1.12.2015 (פרוטוקול מספר 101) באומרו:

הדרך הראשונה היא לחתום חוזה. אני חשבת שלא נכון לחתום פה על חוזה, כי חוזה הופך את מערכת היחסים בין המדינה ליזם, מעביר אותה מתחום שהמדינה היא הריבון, והיא זו שמחליטה, לעולם של התקשרות חוזית, שבעיניי יכולת התמרון של המדינה בחוזה יותר נמוכה מאשר אנחנו אומרים אמירה מסוימת, האמירה היא חד-צדדית, המדינה יכולה לחזור בה, אבל זה מתאים לתוצאה. יש תוצאה משפטית של חזרה מהבטחה מינהלית. אנחנו חשבנו שזו דרך יותר טובה להציג את זה. כי אני חושב שאם היינו שואלים את נובל לצורך העניין, ויש להבין - מבחינת נובל אפשר היה להגיע להסדרים בכל מיני היבטים אחרים. התחום של היציבות היה הכי חשוב לנובל. הוא בעצם השחקן המרכזי פה. אם היינו אומרים לה: בואו נחתום חוזה, תחתום לי פה, ופה – הם היו שמחים לחתום על חוזה. אנחנו לא רצינו לחתום על חוזה, כי חשבנו שיכולת התמרון של המדינה בעולם של הבטחה מינהלית היא יותר רחבה.

[...]

... ואני אומר לכם שמה שמעניין את היזמים בהיבט הזה זה פחות האכיפה, מה שאנחנו קוראים הסד המשפטי - אלא היכולת שלהם לתבוע פיצויים - לא רק בישראל אגב אל גם בבוררות בין-לאומית. לכן כשמדברים על יציבות כל הזמן צריך לזכור ולחשוב שאנחנו לא מדברים על משהו שנעל את היכולת של המדינה להתנער, אלא משהו שיוצר חסם פסיכולוגי אולי או חסם כלכלי, קובע מחיר כלכלי להתנערות. ולשם הם חותרים. זה מה שנקרא היציבות.

אכן, חברות הגז מדגישות בטיעוניהן את העובדה כי נכונותן להשקיע השקעות עתק של מיליארדי דולרים בהרחבת מאגר "תמר" (כ-2.5 מיליארד דולר) ובפיתוח מאגר "לוויתן" (כ-5-8 מיליארד דולר) מקיימת יחס ישר לקיומה של סביבה רגולטורית יציבה, בהדגישן את הסיכונים הפיננסיים הכרוכים בהשקעות אלה, את הצורך בגיוס מימון וכן את העובדה כי בעקבות חוק מיסוי רווחי נפט, התשע"א-2011 (להלן: חוק מיסוי רווחי נפט) (ששמו שונה לחוק מיסוי רווחים ממשאבי טבע, התשע"א-2011) ובעקבות רגולציה נוספת בתחום הפיסקאלי, גדל משמעותית שיעור ה-Government Take (ה-GT). מכאן דרישתן האולטימטיבית בשלב זה להבטיח סביבה רגולטורית יציבה. טיעון זה מפי חברות הגז מצא הד בדבריו של שר התשתיות הלאומיות האנרגיה והמים, ד"ר יובל שטייניץ, במהלך הדיון בפנינו מיום 3.2.2016, אשר ציין כי על פי נתונים שפרסם ארגון ה-OECD מגיע שיעור ה-GT (בתמלוגים, מיסים והיטל רווחי הנפט) לכשני שלישי מהכנסות חברות הגז (עמ' 27 שורה 22 לפרוטוקול הדיון מיום 3.2.2016). על השינוי הדרמטי שחולל חוק מיסוי רווחי נפט, בהגדילו באופן משמעותי את הנתח שנוטלת המדינה מתוך רווחי חברות הגז (אם כי לא

בשיעור שציין ד"ר שטייניץ) עמד גם בית משפט זה בבג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל, פסקה 42 לפסק-דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור (15.8.2012) (כן ראו לעניין זה מכתבו של יו"ר ועדת הכלכלה של הכנסת לראש הממשלה מיום 15/12/2015 בעמוד 3 - מש/20). ראש הממשלה בדבריו בפנינו עמד אף הוא על חשיבותה של הוודאות והיציבות בשוק הגז הטבעי בהתייחסו, בין היתר, לנתוני שירות ה-IHS Petroleum Economics and Policy Solutions אשר פותח עבור חברות שבודקות אפשרויות השקעה בתחום חיפושי הנפט והגז בעולם, בהפנותו אל הנתונים שהציגה המדינה בהקשר זה בטיעוניה הכתובים. מנתונים אלה עולה כי על פי הסקר של הרבעון האחרון של 2015 בפרמטר של הנטל הרגולטורי, מדורגת ישראל במקום נמוך מאוד (מקום 77-100) וכך גם בפרמטר של תנודתיות של מדיניות הממשלה (מקום 81-99), בעוד אשר במדד הכללי של סיכויי ההצלחה לאתר גז מדורגת ישראל במקום ה-13 בעולם, שהוא מקום גבוה מאוד.

8. איני מבקשת לבחון את התבונה או את ההצדקה המשפטית למסלול שנבחר על-ידי המדינה לצורך הוצאת המתווה אל הפועל, עליה עמד המשנה ליועץ המשפטי בדבריו בפני ועדת הכלכלה. אולם, משנבחרה תבנית של החלטת ממשלה יש לבחון אותה על פי תוכנה ומהותה ולא על פי כותרתה (השוו: ע"א 3833/93 לוי'ן נ' לוי'ן, פ"ד מח(2) 862, 869 (1994)). משהראנו כי במהות הדברים משולבות במתווה הוראות בעלות סממנים מובהקים של חוזה רגולטורי - להבדיל מהחלטה רגולטורית חד-צדדית כופה - ומשהראנו עוד כי הוראות אלה הינן תולדה של משא ומתן עם חברות הגז, במסגרתו נאלצה המדינה לרצות את דרישת חברות הגז ליציבות באופן אחר ולכלול במתווה הוראות כבילה מרחיקות לכת בנוסח המצוטט לעיל, מותר לתמוה מהו, אם בכלל, היתרון המשפטי שהושג בבחירתה של התבנית האמורה. זאת בעיקר משום שהוראות הכבילה הללו אינן צולחות את כללי המשפט המנהלי המסורתי האוסרים, כאמור, על כבילה מרחיקת לכת כזו משום שהיא שוללת את שיקול דעתה של הרשות לשוב ולבחון את הצורך בשינויים רגולטוריים הסוטים מן המצב הרגולטורי הקיים במועד אישור המתווה וזאת בתחומים מרכזיים הנוגעים למשק הגז הטבעי - המיסוי, הייצוא וההגבל העסקי.

הוראות הכבילה הכלולות במתווה מרחיקות לכת אף יותר. הן כובלות את ידיה ורגליה של הממשלה כמי ששולטת למעשה על הליך החקיקה בכנסת ליזום חקיקה (אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל - רשויות השלטון ואזרחות 746 (2005); כן ראו: אור טוטנאור "יש התנגדות? מאפיינים ומגבלות של האופוזיציה הפרלמנטרית בישראל" פרלמנט 73 (2012); דנה בלאנדר וערן קליין חקיקה

פרטיות 44 (2002); וחוות דעתה של היועצת המשפטית של ועדת הכלכלה של הכנסת לעניין מתווה הגז מיום 20.7.2015 כפי שהובאה בפסקה קי"ח לחוות דעתו של המשנה לנשיאה). על טשטוש התחומים בהיבט זה בין הממשלה לכנסת ועל כוחה העודף של הממשלה עמד המלומד י' מרזל במאמרו "חובת האמון של הממשלה כלפי הכנסת" חובות האמון בדין הישראלי 1, 13 (2016) בציינו כי:

אכן לא פעם במשטר פרלמנטרי הממשלה מורכבת מחברי הפרלמנט עצמם (ברובה או כולה). על רקע זה תפיסה של הפרדת רשויות מלאה אינה אלא "פורמליזם לגליסטי", ובמידה רבה ניתן להגדיר את הממשלה ביתר דיוק: "החלק המוביל" של הפרלמנט. כוחה העודף של הממשלה כלפי הפרלמנט עצמו ובמסגרתו בא לידי ביטוי בין היתר ברוב שיש לה בפרלמנט, והוא מעוגן לא פעם בהסדרים חוקתיים ותקנוניים המקנים לה שליטה בפרלמנט. ניתן אף לראות תהליך של החלשת הפרלמנט ואפילו העברת כוח החקיקה מן הפרלמנט לממשלה.

משזהו מצב הדברים, גובר עוד יותר הפסול שבהוראות הכבילה לפיהן התחייבה הממשלה שלא ליזום שינויים לרבות יוזמות חקיקה בתחומים שצוינו. המשמעות המעשית של כבילה כזו היא שלילת שיקול הדעת של הכנסת לחוקק חוקים הנוגדים את הוראות המתווה. מנקודת מבט זו, מתווסף רובד כבד של אי חוקיות להוראות הכבילה בשל העיקרון שהוא בבחינת מושכלות יסוד במשטר דמוקרטי ולפיו הממשלה אינה מוסמכת לכבול את כוחה של הכנסת. אם לא די בכך ועל מנת להסיר כל סיכון שמא "תסתגן" הצעת חוק פרטית שלא ביוזמת הממשלה ותצליח בדרך כלשהי לגבור על הרוב הפרלמנטרי של הממשלה ולעבור בכנסת, נוספו בהוראות הכבילה פרט ל"חגורה" גם "כַּתְפוֹת" (שלייקעס ביידיש) ונקבע בהן כי "אם יאושר חוק שתחילתו בהצעת חוק פרטית המהווה שינוי מהותי כאמור, למרות התנגדות הממשלה, אזי הממשלה תקדם, בסמוך לאחר מכן, הצעת חוק ממשלתית לביטול השינוי המהותי". התחייבות אקטיבית זו מצד הממשלה לסכל - כך ממש - כל שינוי בחוק הנוגד את המתווה, חוצה בעיניי את כל הגבולות המותרים בדמוקרטיה פרלמנטרית והיא צובעת בצבע בלתי חוקי ברור ומובהק את הוראות הכבילה. זאת גם אם כטענת המדינה ההיתכנות להתממשותו של תרחיש כזה (העברת הצעת חוק פרטית) אינה גבוהה (פסקה 377 לתגובת המדינה).

9. הלכת ההשתחררות מהבטחה מנהלית אשר בה נאחזת המדינה לצורך הטענה כי אין מדובר בכבילה מוחלטת, אינה מועילה בעיניי משום שאין בה כדי למחוק את אי החוקיות המובהקת שדבקה בהוראות הכבילה נוכח עוצמתן והיקפן של הוראות אלה

בתוכן ובזמן (עשר שנים). זאת ועוד, בניגוד לטענת המדינה בדבר האפשרות הפתוחה למדינה להשתחרר מהוראות הכבילה, אני סבורה כי הלכה למעשה הוראות אלה יוצרות קיפאון רגולטורי וחקיקתי בהינתן החשיפה לתביעת פיצויים העשויה להיות משמעותית במקרה של השתחררות מן המתווה או חלק ממנו. המדינה מודעת לחשיפה זו ומודה בהיתכנותה, ומדובר בפיצוי ששיעורו לא הוסכם מראש עם חברות הגז ועל-כן פתוח להכרעות במסגרת הליכים משפטיים כאלה ואחרים שיהא על המדינה להתמודד עמם. לכך יש להוסיף כי אין כל ערובה שהגורם אשר יידרש להחליט בתביעה כזו יחיל בהכרח את הדין הישראלי הפנימי שאף הוא אינו מגובש דיו בכל הנוגע לסוג הפיצוי (ראו ברק ארז, בעמ' 337). על כן חשופה המדינה לסיכון כלכלי בלתי ידוע במקרה של השתחררות וסיכון זה עשוי להיות משמעותי ביותר, כאמור.

הנה כי כן, אין להסכין עם הקיפאון הרגולטורי והחקיקתי שנוצר בעקבות הוראות הכבילה. הוראות אלה אינן חוקיות ויש להורות על בטלותן.

10. חברי השופט נ' סולברג מציין בחוות דעתו כי אילו סבר שפסקת היציבות מאינת כליל את שיקול דעתה של הממשלה וכי אין לה מוצא, היה מצטרף לעמדה התומכת בביטולה, אך לגישתו האפשרות של הרשות המנהלית לכבול את שיקול דעתה בכפוף לכללי ההשתחררות מהבטחה המנהלית, קיימת במקרה דנן ועל-כן אין לבטל את הוראות הכבילה. מן הטעמים שצינתי לעיל דעתי שונה. אבקש להוסיף ולהתייחס בהקשר זה, בתמצית, לאנלוגיה שמצא חברי השופט סולברג לענייננו בפסיקתו של בית משפט זה הנוגעת להסכמים פוליטיים. חברי הפנה בהקשר זה לבג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991) (להלן: עניין ז'רז'בסקי) ממנו הוא מצטט בהרחבה ובו נפסק כי אף שהסכם פוליטי כבל את יכולתה של הממשלה להפעיל שיקול דעת בנוגע לסמכות לערוך שינויים בחלוקת התפקידים בממשלה, אין להורות על בטלותו משום שבעל הסמכות רשאי לסטות ממנו. בעיניי אין הנדון דומה לראיה וזאת לא רק משום שבענייננו נראה כי אין משמעות אמיתית-מעשית לאפשרות להשתחרר מהוראות הכבילה אלא משום שקיימות לפחות שלוש הבחנות מהותיות בין עניין ז'רז'בסקי לענייננו. ראשית, עניין ז'רז'בסקי עסק בהסכם פוליטי בין שני גופים הפועלים במשפט הציבורי (סיעת הליכוד והסיעה לקידום הרעיון הציוני), אשר מותר להניח כי המטרה המנחה את שניהם כאחד היא קידום אינטרסים ציבוריים על פי השקפת עולמם הפוליטית או הסקטוריאלית, מה שאין כן בענייננו בו מדובר במתווה שבו ניצבות אל מול הרשות חברות הגז שהינן תאגידים מסחריים החותרים באופן לגיטימי להשאה ולמקסום של רווחיהם. שנית, לא למותר להזכיר לצד הדברים שמהם

ציטט חברי מפי השופט (כתוארו אז) ברק בעניין ז'רז'בסקי גם את השאלה שהציב השופט ברק שם בעמוד 850:

... מן הראוי לציין, כי הסמכות השלטונית, נושא ההסכם, היא זו של הממשלה ושל ראש הממשלה. לעומת זאת, הצדדים להסכם הם הליכוד מצד אחד והסיעה לקידום הרעיון הציוני בישראל מצד שני. על ההסכם חתומים שרי הליכוד, המתוארים בשמם ובמשרתם כשרים (כגון: ראש הממשלה, מר יצחק שמיר; סגן ראש הממשלה, מר דוד לוי) וכן חברי הסיעה לקידום הרעיון הציוני, המתוארים בשמם ובמשרתם (כגון: שר הכלכלה והתכנון, מר יצחק מודעי; חבר-כנסת פסח גרופר). שאלה יפה היא, אם לעניין הדינים הנוגעים לכבילת שיקול הדעת השלטוני אין להבחין בין הסכם בו נוטל על עצמו בעל הסמכות עצמו התחייבות הכובלת את שיקול-דעתו השלטוני לבין הסכם בו נוטלת על עצמה מפלגה או סיעה להביא לידי כך שגוף שלטוני יפעל על-פי האמור בהסכם הפוליטי. לאור מסקנתי, אין לי צורך לדון בהבחנה זו לגופה.

הנה כי כן, גם בהקשר זה של הסכמים פוליטיים לא הוכרעה השאלה המתעוררת בענייננו מה יהא הדין כאשר הממשלה ("בעל הסמכות" בלשון השופט ברק) כובלת את שיקול דעתה השלטוני ולא רק את שיקול דעתה שלה אלא גם את שיקול דעתן של הממשלות שתבואנה אחריה וכפי שהובהר לעיל אפשר שהיא כובלת הלכה למעשה גם את ידיה של הכנסת, והכל לאורך עשר השנים הקרובות. שלישיית, "תג המחיר" שניתן להצמיד להשתחררות מהסכם פוליטי (ביטול והתנצלות, ראו שם, בעמ' 845-846), שונה מאוד מ"תג המחיר" הגבוה והבלתי ידוע העלול להיות מוצמד לנסיגה מהוראות הכבילה שבמתווה ועל כך עמדתי לעיל.

האמנם השלם עולה על סך חלקיו ?

11. בצומת זה נפרדת דרכי מדרכם של חבריי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופט ס' ג'ובראן. לשיטתם אף שכל פרק במתווה אינו דורש חקיקה ראשית "השלם עולה על סך חלקיו" ועל כן "המתווה כמכלול על היבטיו השונים טעון הסדרה בחקיקה ראשית בתהליך ליבון מסודר ושקוף בשיתוף הציבור והגורמים הרלוונטיים על ידי הרשות הנבחרת" (פסקה קלז לחוות דעתו של המשנה לנשיאה). דעתי שונה ובעניין זה תמימת דעים אני עם חברי השופט נ' סולברג כי משאין מחלוקת שהממשלה הוסמכה לקבוע כל אחד ואחד מן ההסדרים הפרטניים הכלולים במתווה הגז לרבות ההסדרים הראשוניים שבו, אין מקום לשימוש שעשה המשנה לנשיאה בביקורת שיפוטית

אגרגטיבית (ראו בפסקה 59 לחוות דעתו והאסמכתאות שם וכן ראו: Ariel Porat & Eric. A. Posner *Aggregation and Law*, 122 *Yale L.J* 2 (2012)).

סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים

12. עניין אחרון אשר רציתי לייחד לו הערות אחדות נוגע להוראת סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים. המלומדת ח' בולמש מציינת בספרה הגבלים עסקיים מערכות היחסים בערוצי השיווק וההפצה (2013) (להלן: בולמש) כי אף שחוק ההגבלים העסקיים אינו מפרט מהי מטרתו הכללית עולה מן הפסיקה כי:

”מטרת דיני ההגבלים העסקיים היא למנוע היווצרות כוח שוק או ניצול מעמד לרעה של כוח שוק וזאת כדי לקדם את התחרות - ובעקבותיה את רווחת הצרכן ... ההנחה היא שתחרות חופשית זו המאופיינת בריבוי ספקים, מפיצים וצרכנים ובהיעדר כשלי שוק, תמקסם את התועלת החברתית באמצעות קביעת מחירים נמוכים והעלאת איכות המוצרים” (בולמש בעמ' 31-33)

לצורך השגת מטרה זו קובע החוק איסורים והגבלות על הסדרים כובלים כהגדרתם בחוק וכן על מיזוג ורכישת חברות, על מונופולין ועל קבוצות ריכוז. אך לצד הגבלות ואיסורים אלה ראה המחוקק להחריג הסדרים מסוימים מגדר האיסורים וההגבלות שבחוק. כך מונה סעיף 3 לחוק שורה של הסדרים אשר על אף שמתקיימים בהם יסודות ההסדר הכובל כהגדרתו בסעיף 2 לחוק, הם לא ייחשבו כהסדרים כובלים ובכלל זה: הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין (סעיף 3(1) לחוק); כבילות הנוגעות לזכות שימוש בקניין רוחני (סעיף 3(2) לחוק); כבילות הנוגעות לשימוש במקרקעין (סעיף 3(3)); כבילות הנוגעות לגידולים חקלאיים (סעיף 3(4)); כבילות הנוגעות לתובלה בינלאומית (סעיף 3(7)) ועוד. החריגים הסטטוטוריים שיצר המחוקק בעניינים אלה נבעו מן ההכרה כי באותם התחומים קיימים אינטרסים חשובים אחרים המצדיקים פגיעה מסוימת בתחרות (לעניין חריגים אלה ראו בהרחבה דיויד גילה “חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים, ומונופולין” חוזים כרך ג' (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003) וכן ראו בג"ץ 47/83 תור אור (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד לט (1) 169 (1985)). כמו כן הסמיך המחוקק את הממונה בסעיף 14 לחוק לפטור צדדים להסדר כובל מהחובה לקבל את אישור בית הדין בהתקיים התנאים הקבועים בסעיף ועוד הוסמך הממונה לקבוע כללים לסוגי הסדרים כובלים אשר הצדדים להם יהיו פטורים מקבלת אישור בית הדין (סעיף 15(א) לחוק).

ההבדל בין ההחרגה הסטטוטורית של ההסדרים המפורטים בסעיף 3 ובין הוראות הפטור שבסעיפים 14 ו-15(א) לחוק הוא כי הוראות הפטור מותרות בידי הממונה - שהינו הרשות המקצועית המופקדת ברגיל על תחום ההגבלים העסקיים - את שיקול הדעת ואת ההחלטה לפטור את ההסדר מן האיסורים וההגבלות הקבועים בחוק. לעומת זאת החריגים הסטטוטוריים שבסעיף 3 לחוק, אינם מותרים שיקול דעת כזה לממונה ובהתקיים התנאים הקבועים באיזה מסעיפי המשנה שבו יוצאים חריגים אלה משדה ההגבלים העסקיים שעליו מופקד הממונה. סעיף 52 שהופעל בענייננו, נמנה אף הוא עם אותם המקרים בהם ביקש המחוקק לפטור הגבל עסקי מן האיסורים וההגבלות שבחוק בהתקיים העילה להענקת הפטור על פי הסעיף קרי - "שהדבר דרוש מטעמים של מדיניות חוץ או בטחון המדינה". כמו כן סבר המחוקק כי מן הראוי להוציא את ההחלטה להענקת פטור בנסיבות אלה מתחומי שיקול הדעת של הממונה ולהקנות את הסמכות לקבלה מטעמים אלה לשר הכלכלה הממונה על ביצוע החוק. זאת לאחר התייעצות עם ועדת הכלכלה של הכנסת.

13. סעיף 52 מצא את מקומו בפרק האחרון תחת פרק ח' הכולל "הוראות שונות". בשונה מנוסחם של סעיפי הפטור וההחרגה הסטטוטורית האחרים שבחוק הוא מנוסח בלשון כללית, אך אין חולק כי הסמכות שהעניק המחוקק לשר הכלכלה לפי סעיף זה היא חריגה באופייה ויש להפעילה במשורה, בזהירות ובמקרים חריגים בלבד (פסקה 37 לתגובת המדינה). כפי שציינה ועדת הכלכלה של הכנסת במכתבה לראש הממשלה ושר הכלכלה מיום 15.12.2015 (מש/20), הפעלתו של סעיף 52 במקרה דנן היא מהלך תקדימי וראשוני שלא נעשה מעולם קודם לכן. עוד צוין באותו המכתב כי הליך ההיוועצות שהתקיים בוועדת הכלכלה על המתווה היה אינטנסיבי ו"ברמה המקצועית הגבוהה ביותר שנראתה מזה שנים בכנסת", ועמד על כך גם חברי המשנה לנשיאה (פסקה ס לחוות דעתו). בתום הליך ההיוועצות האמור סברו רוב חברי הוועדה כי לא מתקיימים במקרה דנן נימוקים כבדי משקל מהותיים ואמיתיים של בטחון המדינה או יחסי החוץ שלה המצדיקים עקיפה של חוק ההגבלים העסקיים תוך שימוש בסעיף 52 לחוק ועל כן המליצו לבטל את המתווה.

המבחנים שאותם הציבה ועדת הכלכלה לעניין הפעלתו של סעיף 52 לחוק

פורטו באותו מכתב ולפיהם:

יש צורך בקיומו של קשר סיבתי הדוק וברור בין ההגבלים העסקיים (4 הסדרים כובלים ומונופול אחד) שאותם מבוקש לפטור מהוראות חוק ההגבלים העסקיים במתווה הגז, לבין השיקולים המדיניים או הבטחוניים,

כך שלא ניתן יהיה להגשים את המטרות המדיניות או הבטחוניות כבודות המשקל אלא בדרך של הפעלת סעיף 52.

אנו גם סבורים, שלצורך הפעלת סעיף 52 יש להשתכנע כי התועלת שתצמח מהפעלת הסעיף תעלה באופן ניכר על הנזק שייגרם מההסדרים הכובלים שאותם מבקש ראש הממשלה ושר הכלכלה לפטור מהוראות החוק. ברור שהפגיעה בתחרות צריכה להיות רק במידה הנדרשת כדי לקדם את העניין המדיני או הביטחוני שבשלו ניתנו הפטורים מהוראות החוק, ולא מעבר לכך. (ההדגשה במקור-א.ח.)

מבחינים אלה מקובלים עליי בהחלט כמבחינים ראויים לצורך הפעלת סעיף 52 לחוק. ואולם, לאחר עיון בחומרים החסויים והגלויים הרבים שבאו בפנינו בהקשר זה, ובשונה מעמדת רוב חברי ועדת הכלכלה אני סבורה כי קיימים במקרה דנן שיקולים כבדי משקל של מדיניות חוץ וביטחון המצדיקים את הפעלת הסעיף אשר לא ניתן יהיה להגשימם בשלב זה אלא בדרך של הפעלת הפטור הקבוע בסעיף 52. עוד שוכנעתי כי לא נפל פגם בשיקול הדעת שהפעיל ראש הממשלה וממלא מקום שר הכלכלה בכל הנוגע למבחן העלות-תועלת המפורט לעיל.

14. בעמוד 4 למכתבה של ועדת הכלכלה צוין כי:

... בתשובה לשאלה של ח"כ איילת נחמיאס ורביץ וח"כ יוסי יונה, חשף ראש הממשלה ושר הכלכלה, את המניע האמתי להפעלת סעיף 52 לחוק, והסביר כי לאחר שהממונה התפטר, הדרך היחידה שנותרה בפני הממשלה כדי לאשר את המתווה הייתה באמצעות הפעלת סעיף 52. וכך אמר ראש הממשלה: "ולכן ההחלטה להפעיל את הסעיף הזה נבעה קודם כל ממצב שנוצר, מצב שנכפה עלינו על ידי התפטרותו של הממונה על ההגבלים".

מכאן ביקשה ועדת הכלכלה להסיק כי שיקולי מדיניות חוץ וביטחון לא היו "המניע האמיתי" להפעלת סעיף 52 לחוק וכי נעשה בו שימוש שלא לשמו. עמדתה זו של ועדת הכלכלה אינה מתיישבת עם המסמכים הרבים, הגלויים והחסויים, שהוצגו בפנינו אשר מרביתם הוצגו גם בפני ועדת הכלכלה, ומהם עולה כי שיקולים של מדיניות חוץ וביטחון עמדו גם עמדו ביסוד המגעים עם חברות הגז כבר בתחילת הדרך ובעת שנעשה באמצעות הממונה מאמץ ארוך וממושך להגיע עמן לנוסח של צו מוסכם

שיאושר על ידי בית הדין. חברי המשנה לנשיאה עמד על כך בפרוטרוט בחוות דעתו ואין צורך לחזור על הדברים (ראו פסקאות מג-מה לחוות דעתו), אך חשוב להדגיש כי העובדה שתחילה ניתנה הזדמנות למיצוי המהלך במסלול של צו מוסכם אינה עומדת בסתירה לקיומם של שיקולים הנוגעים למדיניות חוץ וביטחון. אמנם, אילו היה מסלול הצו המוסכם מגיע לכלל מיצוי מוצלח היינו נותרים, ככל הנראה, בחזית המיסוי עם הוראות חוק מיסוי רווחי נפט ללא הפרשנות שניתנה לו בחוות הדעת המקדימה של רשות המיסים הכלולה במתווה, ועם החלטה 442 בחזית הייצוא ללא השינויים שהוכנסו בה על פי המתווה. והעיקר - ייתכן כי במצב דברים כזה הוראות הכבילה שעיימן כאמור לא ניתן להסכין, לא היו באות כלל לעולם. כמו כן, לא מן הנמנע כי פרק הזמן שניתן לממונה לצורך מיצוי מסלול הצו המוסכם היה ארוך מדי ובחוכמה שלאחר מעשה בהחלט ייתכן שאילו הופעל סעיף 52 קודם לכן היו גם אז התנאים שעל פיהם ניתן היה להגיע להסכמות עם חברות הגז נוחים יותר מבחינת המדינה בהיבטים שונים ובמיוחד בהיבט הכבילה. משהחליט הממונה לאחר כשלוש שנים שבהן נשא ונתן עם חברות הגז על נוסח הצו המוסכם לחזור בו מן ההסכמה להביא לאישור בית הדין את נוסח הצו שגיבש עימן, יש טעם רב בטענת המדינה כי באותו שלב נוצרה דחיפות בהשגת הבנות עם חברות הגז, בין היתר, משום ששיקולי החוץ והביטחון לא רק שלא נעלמו מן הזירה - במובנים מסוימים ניתן לומר כי הם הפכו דוחקים יותר ומשכך בדין הופעל באותו שלב סעיף 52 לחוק.

סוף דבר

15. סיכומם של דברים - מן הטעמים שפירטתי, אני סבורה כי הוראות הכבילה שבפרק י' של המתווה הן בלבד דינן להתבטל וכי ככל שהוראות אלה תיגרענה מן המתווה אין מקום לביטול יתר הוראותיו. שלא כחברי השופט ע' פוגלמן אינני סבורה כי יש מקום להיחפז אל המסקנה לפיה משנמצא כי פסקת היציבות אינה יכולה לעמוד אין מנוס מהכרזה על בטלות המתווה כולו משום שחברות הגז הודיעו כי פסקת היציבות היא תנאי שאין בלתו לקיומו של המתווה. לדעתי יש להותיר בידי חברות הגז את ההחלטה אם לבטל אם לאו את המתווה כולו בנסיבות אלה ועלינו לצמצם עצמנו אך ורק אל המסקנה המשפטית הנובעת מן הניתוח שערכנו והיא - בטלותן של הוראות הכבילה.

ש ו פ ט ת

א. הוחלט ברוב דעות (המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופטים ס' ג'ובראן, א' חיות וע' פוגלמן) כנגד דעתו החולקת של השופט נ' סולברג, כי פסקת היציבות כנוסחה בסעיפים 5 ו-6 בפרק י' למתוה הגז, שנקבעה בהחלטת הממשלה 476 ועניינה "קיום סביבה רגולטורית יציבה" (כבילת הממשלה למתוה, לרבות אי שינויי חקיקה, והתנגדות ליזמות חקיקה למשך עשר שנים) – אינה יכולה לעמוד.

ב. מעבר לכך, לדעת המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופטים ס' ג'ובראן וע' פוגלמן, נוכח האמור בסעיף א' למעלה, ונוכח הצהרת המשיבים כי פסקת היציבות היא תנאי אין בלתו, דין המתוה כולו – להתבטל; אך יש ליתן למדינה פרק זמן של שנה שבו באפשרותה לפעול להסדרת הדרוש בהתאם לפסק דיננו. בתום שנה ממועד פסק הדין וככל שלא תהא הסדרה, יבוטל מתוה הגז. במובן זה נעשה הצו מוחלט.

השופטת א' חיות סבורה לעומת זאת, כי יש להורות על בטלות הוראות הכבילה שבפרק י' למתוה הגז – זאת ותו לא.

ג. לדעת השופט נ' סולברג, פסקת היציבות הרגולטורית, אף שהיא מגבילה את שיקול הדעת המינהלי של הממשלה, יכולה לעמוד; אין צורך בחקיקת מתוה הגז; ודיינו בהחלטת הממשלה, שאושרה במליאת הכנסת. לפיכך, לדעתו, דינן של העתירות להידחות.

ד. ברוב דעות השופטים א' חיות, ע' פוגלמן ונ' סולברג כנגד דעתם החולקת של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופט ס' ג'ובראן הוחלט, כי תקפו של המתוה כולו (בנפרד מפסקת היציבות) אינו מותנה בעיגונו בחקיקה ראשית.

ה. שופטי ההרכב, למעט הערה מסוימת של השופט ג'ובראן, לא ראו בנסיבות פגם בשימוש בסעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, הפוטר מהוראות חוק זה משיקולי חוץ וביטחון.

ו. השורה התחתונה היא איפוא כאמור בסעיפים (א) ו-(ב) למעלה: הוחלט על ביטולו של מתוה הגז בשל פסקת היציבות (בלא שמצאנו מקום להתערבות שיפוטית בנושאים אחרים שעמדו על הפרק), תוך השעית הצהרת הבטלות לשנה כדי לאפשר הסדרה.

ניתן היום, י"ז באדר ב' התשע"ו (27.3.2016).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

ש ו פ ט

ש ו פ ט