

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1703/92

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט ת' אור
כבוד השופט מ' חשין

העותרת:

ק.א.ל קווי אוויר למיטען

נ ג ד

המשיבים:

1. ראש הממשלה
2. שר האוצר
3. אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ

תאריך הישיבות:

ה' בחשון תשנ"ג (1.11.92)
י"ט באייר תשנ"ג (10.5.93)
ל' בכסלו תשנ"ד (14.12.93)

בשם העותרת:

עו"ד משה לשם

בשם המשיבים:

עו"ד עוזי פוגלמן

פסק-דין

השופט מ' חשין:

מענקי-מדינה, שוויון והפלייה, חופש העיסוק, מונופולין - אלה הם נושאים שיעסיקו אותנו זו הפעם.

עיקרי העובדות שלעניין

2. (א) העותרת, ק.א.ל. קווי אוויר למיטען בע"מ (קאל), נתאגדה כחברה בשנת 1976, ועיסוקה הובלת מטענים בדרך האוויר מישראל ואל ישראל. בעלי המניות של קאל מייצגים את מירב הסקטורים החקלאיים בישראל, וחקלאים בישראל, באמצעות חברת אגרקסקו - חברה לייצור חקלאי בע"מ (אגרקסקו) - עושים שימוש בשירותי קאל ליצוא תוצרת חקלאית מישראל.

(ב) לקאל אין - אף לא היו - כלי-טיס משלה, גם לא צוותי-אוויר ואחזקה למטוסים. כל שמתיר לה רשיון ההפעלה שניתן לה על-פי חוק רישוי שירותי התעופה, התשכ"ג-1963, הוא לחכור מאל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ (אל-על) מטוס ב"חכירה רטובה" ("wet lease"), דהיינו: חכירת מטוס על צוותו לרבות שירותי אחזקתו (השוו: בג"ץ 196/77 ק.א.ל. קווי אוויר למיטען בע"מ נ' ראש מינהל התעופה האזרחית ואח', פ"ד לא(3) 203). ואמנם, עיקר פעילותה של קאל הוא בחכירת מטוס מטען אחד מאל-על, ובמטוס זה עושה היא שימוש ליצוא תוצרת חקלאית לאירופה משך תקופה בת כשישה חודשים בשנה. כל-כך בעונת החורף, בה מייצאות קאל - ואל-על במקביל לה - תוצרת חקלאית לאירופה, ובכמויות שוות פחות-או-יותר. ואילו בעונת הקיץ נעשה יצוא מוצרי חקלאות בידי אל-על בלבד, במחיר המתואם בין אל-על לבין קאל. קודם היות קאל, היתה זו אל-על לבדה שהטיסה מוצרי חקלאות לחו"ל. לאחר שקאל החלה עוסקת אף היא ביצוא מוצרי חקלאות, פחת מחיר ההובלה באורח ניכר.

3. (א) אל-על וכמותה קאל חייבות הן השתיים לנקוט אמצעי אבטחה בהפעלת טיסות, מן הארץ לחו"ל ומנמלי התעופה בחו"ל ארצה. חובה זו הוטלה עליהן בחוק הטיס (בטחון בתעופה האזרחית), התשל"ז-1977, ובהוראות שניתנו מכוחו.

(ב) אמצעי אבטחה דורשים מימון, ובתחילה מימנה המדינה את הוצאות האבטחה כולן, הן אלו של אל-על הן אלו של קאל. כך היה, עד שביום 9 בדצמבר 1984 החליטה הממשלה (החלטה מס' 197) כי נטל מימון הוצאות האבטחה יחול על החברות עצמן: "חברות התעופה והספנות הישראליות ישאו במלוא הוצאות-האבטחה שלהן בישראל ומחוץ לישראל". וכך, החל ביום 1 באפריל 1985 החלה קאל נושאת בנטל הוצאות האבטחה של טיסותיה, טיסות מישראל וטיסות אל ישראל.

(ג) לא יצאו אלא כשנתיים ימים, וביום 16 בפברואר 1987 תיקנה הממשלה את החלטתה על דרך הוספת סייג: "למעט חברת אל-על לגבי שנות התקציב 1986 ו-1987" (החלטה מס' 214). לגבי שנות תקציב אלו, איפוא, נטלה המדינה על עצמה לממן את הוצאות האבטחה שאל-על נשאה בהן, ומצבה של אל-על חזר לקדמתו. בפועל היה מצבה של קאל כמצבה של אל-על.

(ד) מערכת זו נמשכה והלכה, עד שביום 21 באוקטובר 1990 נערך הסדר בין המדינה לבין אל-על, ולפיו אמורה היתה המדינה לשאת במימון 80% מעלות האבטחה של אל-על. כך באשר לאל-על - לא כך באשר לקאל. זו האחרונה אמורה היתה לשאת בכל עלות האבטחה של טיסותיה מן הארץ ואל הארץ.

(ה) משנתחוויר לה כי אל-על זכתה להסדר מיוחד באשר למימון הוצאות האבטחה של טיסותיה, וכי הסדר זה לא הוחל עליה, מחתה קאל על הפלייטה כך לרעה. שר החקלאות היה עימה, שלא כמותו היה שר האוצר. משלא נענתה למישאלתה כי מעמדה יושווה למעמדה של אל-על, באה קאל אלינו בבקשת סעד. וכך הוצא לקאל צו על-תנאי כבקשתה:

1. "מדוע לא תקבע הממשלה כי כל החלטה שלה, הקובעת כי הממשלה תשא בהוצאות הבטחון של המשיבה מס' 3 [אל-על], תחול גם על העותרת;

2. מדוע לא יוקצה לעותרת תקציב ממשלתי למימון הוצאות האבטחה שלה.

לחילופין - מדוע לא יימשך ההסדר לפיו מומנו הוצאות האבטחה של העותרת באמצעות המשיבה מס' 3 [אל-על], ומתקציבה של המשיבה 3, במימון ממשלתי."

4. הנה-הינה, איפוא, השאלה העומדת לפנינו לדיון: האם החלטתה של הממשלה לשאת במימון הוצאות האבטחה של אל-על - ולו בחלקן - חייבת לחול אף על קאל - וזו גירסת קאל - או שמא נאמר: אל-על לעצמה וקאל לעצמה, ואין להקיש מראשונה לאחרונה.

מסגרת הדיון - מענקי מדינה

5. מימון הוצאות האבטחה של אל-על הינו בגדר מענק-מדינה (סובסידיה): הענקת כספים מתקציב המדינה במישרין, ושלא על-פי הסמכה מפורשת בחוק הקובע הסדרים ראשוניים לחלוקתם של אותם כספים.

על תופעה מיוחדת זו של יניקה מן המקור עמד המלומד ד"ר זאב פלק במאמרו "תקציב המדינה וסמכויות המינהל" (הפרקליט יט, תשכ"ג 1963-, 32), וסקירת-חטף של שנים עברו תלמדנו כי קשיים ועכבות שהיו בראשית הנה הם עימנו אף כהיום הזה; ראו והשוו: רובינשטיין ומדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (הוצאת שוקן, תשנ"ז 1996-, מהד' 5), כרך שני, 785 ואילך. ראו עוד: בג"ץ 2918/93, 4235 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832; בג"צ 381/91 גרוס נ' משרד החינוך והתרבות ואח', פ"ד מ(1) 53, 57. צא וראה: הביטוח הלאומי (למשל) לא ישלם לנזקק מאות בודדות של שקלים, אלא אם יעמוד במיבחינים מפורטים ומדוקדקים שהדין הציב לפניו. לא עוד, שלעניינו של כל תשלום ותשלום תיערך בדיקה - ובדיקה חוזרת - וכל החלטה וכל תשלום יעמדו לבחינתם של בתי-דין ובתי-משפט על-פי כללים שנקבעו מראש לדקדוקיהם. כל כך בפת-לחם. ואילו בהענקתם של סכומי-עתק, המיבחינים אינם אלא מבחינים כלליים ועמומים: מדיניות הממשלה היא שתקבע, מדיניות שלא נצרפה בכור-של-חוק מהותי, ספציפי ומפורט, וביקורת ראויה - ביקורת מראש - של מחוקק ושל עם לא עלתה על ראשה. אמנם כן: אין הממשלה מורשית להוציא מכספי מדינה אלא על-פי האמור בחוק התקציב, אך הכל יודעים שלא הרי חוק תקציב כהרי חוק שבגופו מפרט ומפרש תשלומים שייעשו וזכאים שיהיו.

אין לחדד כי צעדנו אל-עבר דין ראוי בחוק יסודות התקציב, התשמ"ה 1985-: כך, למשל, בהוראות סעיף 3א בו (תמיכה במוסדות ציבור) וכך בפרק ד' בו (הוראות בקשר לתאגידים ורשויות מקומיות). ראו עוד: רע"א 2920/90 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 397. ואולם זו אך תחילה: הדרך ארוכה לפנינו, ואין הקומץ משביע את הארי. ראו: רובינשטיין, שם, 669, 785. ראו עוד, בג"ץ 434/87 סן הרשקו ואח' נ' שר העבודה והרווחה ואח', פ"ד מד(4) 154, 159 (מפי השופט ד' לוי).

אכן, קבלת הפנים שמיקצת משרדי-ממשלה ערכו להוראות השוויון שבחוק יסודות התקציב, לא היתה חמה ולבבית. ראו, למשל: בג"ץ 7142/97, 7378/97 מועצת תנועות הנוער בישראל ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט ואח' (טרם פורסם) ופסקי-דין נוספים הנזכרים בראש פסק-הדין. כפי שאמרנו בפרשת מועצת תנועות הנוער (בפיסקה 1 לפסק-הדין): "[התמונה הנגלית לעינינו לאחר חקירה ודרישה - מעלה הרהורים נוגים באשר לנכונותם של המחזיקים במפתח-הכספת לסגל עצמם לאורחות של ממלכה מתוקנת". ואולם גם זאת אמרנו באותה פרשה (בפיסקה 49 לפסק-הדין): "אנו על משמרתנו".

6. בהיעדר חוק-של-מהות הקובע זכויות למענקים במפורט ובמדוקדק - ולמיער: על דרך של הסדרים ראשוניים - קבע בית-המשפט הגבוה לצדק מאז ימים ראשונים, וממשיך הוא וקובע, כללים ועקרונות להנחיית

של המדינה בחלוקת מענקים, ובצידם של אלה - עיקרים להתערבותו במקום בו נמצאה חריגה מאותם כללים ומאותם עקרונות. כללים ועקרונות אלה נתגבשו בשורה ארוכה של פסקי-דין, ועיקריהם חיובה של המדינה לנהוג בהגינות ובישור, בשוויון וללא הפליה, באורח ראוי וצודק ועל-פי שיקולים שלעניין. על דרך זה ייבחן כל מענק הניתן לפלוני ואינו ניתן לאלמוני, ובמקום הראוי יתערב בית-המשפט ויאמר את דברו. ראו, למשל: בג"ץ 382, 363/71 טחנת קמח "דגן" בע"מ ואח' נ' שר המסחר והתעשייה ואח', פ"ד כו(1) 292, 298. ראו עוד: בג"ץ 59/88, בשג"ץ 418/88 צבן נ' שר האוצר ואח', פ"ד מב(4) 705, 706-707; בג"ץ 281/82 שילה-אשכנזי ואח' נ' שר העבודה והרווחה ואח', פ"ד לז(1), 95, 98; בג"ץ 332/78, המ' 73/79 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר האוצר ואח', פ"ד לג(2) 593, 594-595; בג"ץ 198/92 מוניץ נ' בנק ישראל, פ"ד לו(3) 466, 470-471; בג"ץ 49/83 המחלבות המאוחדות בע"מ נ' המועצה לענף החלב ואח', פ"ד לז(4) 516, 523; בג"ץ 1992/92 חברת נוה שוסטר בע"מ נ' שר האוצר ואח', פ"ד מו(3) 675, 680.

מענקים בהפליה

7. מבין כל מיבחינים שהוצבו לביקורת על מענקי-מדינה, סומכת קאל עצמה בחוזקה אל מיבחן-השוויון ואיסור ההפליה. קאל אינה חולקת כי מעיקרו של דין לא קנתה זכות למענק מאוצר המדינה למימון הוצאות האבטחה של טיסותיה. ואולם, כך מוסיפה היא וטוענת, משהוחלט כי אל-על תזכה במענק למימון הוצאותיה (ולו בחלקן), שוב אין המדינה רשאית שלא להעניק לה, לקאל, את שהיא מעניקה לאל-על. שאם תחדל ולא תעניק לה את שמעניקה היא לאל-על, תחטא המדינה לעקרון השוויון ואיסור ההפליה, והוא עקרון-יסוד במשפטנו בכלל ובשדה המענקים בפרט. ואומנם, טענת הפליה לעולם נשמע לה, והיא בתשתית התשתיות. עקרון ההפליה יסודו בצורך עמוק הטבוע בנו, בכל אחד מאיתנו - שמא נאמר ביצר ובצורך שבאדם: באדם, אך לא רק בו - כי לא יפלו אותנו לרעה, כי נזכה לשוויון, מאלוה ממעל ולמיצער מן האדם. ילד מביטנו יזעק: המורה, מדוע הוא קיבל ואני לא? ולכשיגדל והיה לאיש, יעמוד ויקבול: מדוע חוייבתי אנוכי במס ואילו הוא פטור מתשלום מס? הפליה (אמיתית או מדומה) מוליכה אל תחושה-של-קיפוח ותסכול, תחושת-קיפוח ותסכול מישירים אל קנאה, ובבוא קנאה תאבד תבונה:

"ויהי מקץ ימים יבא קין מפרי האדמה מנחה לה'. והבל הביא גם הוא מבכורות צאנו ומחלביהן וישע ה' אל הבל ואל מנחתו. ואל קין ואל מנחתו לא שעה ויחר לקין מאוד ויפלו פניו" (בראשית ד', ג'-ה').

ומכאן:

"ויאמר קין אל הבל אחיו ויהי בהיותם בשדה ויקם קין אל-הבל אחיו ויהרגהו" (שם, שם, ח').

הוא שנאמר: מאה מיתות ולא קנאה אחת.

נכונים אנו לשאת בעול ובסבל ובמצוקה אם נדע כי גם זולתנו כמותנו ועימנו; אך נתקומם ולא נשלים במקום בו יקבל זולתנו - השווה לנו - את שאנו לא נקבל. כל אלה הוליכו להלכה מבראשית, שרשות אסורה בהפליה, והיא: יחס בלתי שווה ובלתי הוגן לשווים. ובלשונו של השופט אור בבג"ץ 678/88, 803 כפר ורדים ואח' נ' שר האוצר ואח'; אליהו נ' שר הבטחון ואח', פ"ד מג(2) 501, 507-508:

"הפליה פסולה פירושה יחס שונה אל שווים; פירושה יחס בלתי שווה ובלתי הוגן למי שראויים לאותו יחס... לא כל הבחנה ביחס הרשות אל אזרחיה, בין אזרח למשנהו, מהווה הפליה. לעתים יש הצדקה להבחנה כזו, בשל שוני כזה או אחר בין השניים. וכבר נאמר, ש'לא כל הבדלה בין סוגי בני אדם שונים קרויה 'הפליה'; גלום בו במושג הפליה הרעיון של אי-הגינות שבנהיגת אי-שוויון בשווים' (דברי השופט ויתקון בבג"צ 30/55, בעמ' 1265). ההפליה, להבדיל מהבחנה בין פלוני למשנהו, משמעותה מנהג שרירותי של איפה ואיפה, שאין לו הצדקה בשל העדר שוני הגיוני משמעותי בנסיבות בין האחד למשנהו".

ראו עוד: רובינשטיין, שם, כרך א', 271 ואילך (עקרון השוויון), 285 ואילך (בעניין הבחנה מותרת והפליה אסורה); ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה' 481, 490, 502-503; בג"ץ 30/55 ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד ט' 1261; ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל ואח', פ"ד כה(1) 7, 35; בג"צ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ ואח', פ"ד מח(5) 749, 759; בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון ואח', פ"ד מט(4) 94, 109-110; פ' רדאי "על השוויון מעמד האשה בחברה ובמשפט" (פ' רדאי, כ' שלו, מ' ליבן-קובי עורכות, תשנ"ה) 19. שוויון, הפליה, הבחנה, הבדלה, שוני ממין-העניין, שוני שלא-ממין-העניין, שוויון רלבנטי, אי-שוויון רלבנטי, אי-שוויון בלתי רלבנטי - כל שמות ותארים אלה, הם ואחרים כיוצא בהם, אינם אלא נגזרים מעקרון-יסוד אחד, והוא: עקרון ההגינות ויושר-הלבב.

אכן, הפליה היא רעה-חולה. מעט מן הרעות תדמינה לה. על מירשעת זו אמרנו במקום אחד (בג"ץ

8195, 7111/95 מרכז השלטון המקומי ואח' נ' הכנסת ואח', פ"ד נ(3) 485, 503):

"והפליה, ידענו, היא הרע-מכל-רע. הפליה מכרסמת עד כלות ביחסים בין בני-אנוש, ביניהם לבין עצמם. תחושת הפליה מביאה לאובדן עשתונות ולהרס מירקם היחסים בן אדם לרעהו. אנו נתקלים בתופעת ההפליה יום-יום: במקום העבודה, בבית המשותף, בעמידה בתור, ביחסם של בעלי שררה לאזרח ולתושב. כך בהפליה אישית, כך בהפליה חברתית, כך בהפליה אתנית, כך בכל הפליה והפליה. הפליה תפרק משפחה. בהפליה מתמשכת יאבד עם ותשבות ממלכה. אין פלא בדבר אפוא שבכל אתר ובכל דור עשו ועושים בני החברה הנאורים להעלמתה ולמיגורה של ההפליה. והמלחמה היא מלחמה מתמדת, מלחמת יום-יום. משולה היא להדיפת גלי הים, שאם תנוח לרגע ישטפו ויכסו. עיקר הוא, כמובן, יחסי האנוש בחיי היום-יום. וגם אם לא נדקדק בקיום המצווה 'ואהבת לרעך כמוך', נתבע ונתבע קיום הצו 'דעלני סני לחברך לא תעביד': כל ששנוא עליך אל תעשה לחברך."

ראו עוד: בג"צ 6051/95, 6086 ריקנט ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח'; אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח' (טרם פורסם), בסעיף 32 לחוות-דעתי; בג"צ 453/94, 454 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח', פד מח(5) 501, 521; בג"צ 953/87, 1/88 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח'; סיעת העבודה בעיריית תל-אביב-יפו ואח' נ' מועצת עיריית תל-אביב יפו ואח', פ"ד מב(2) 309, 332; פרשת דנילוביץ (לעיל) 759.

8. השאלה הנשאלת היא, איפוא, האם הופלתה קאל לרעה? האם ראוי הוא כי יחולו עליה אותם כללי-מענק החלים על אל-על? טוענת קאל כי מופלית היא לרעה, ולחיזוק טענתה סומכת היא על התבטאויות אישים שונים במשרד התחבורה ובמשרד החקלאות. כך, למשל, כתב מ"מ המנהל הכללי של משרד התחבורה, ביום 17 בספטמבר 1991, אל הממונה על אגף התקציבים במשרד האוצר:

"אי השתתפות הממשלה בכיסוי הוצאות הבטחון של חברות אלה (ארקיע וק.א.ל - מ' ח') יוצרת אפליה לא מוצדקת ומונעת את התנאים הבסיסיים לתחרות על בסיס שווה מול חברת אל-על, מחד גיסא ומול חברות זרות מאידך גיסא, תוך סכנה ממשית לעצם פעילותן, עם כל המשתמע מכך."

וכך אף מכתבו של סמנכ"ל סחר חוץ במשרד החקלאות, מיום 14 באפריל 1993:

"אין כל הגיון והצדקה לקבוע כי, למשל, חבילת פרחים שתוטס ביום אחד באל על, הוצאות אבטחתה יכוסו על ידי המדינה ואילו חבילה זזה שתוטס באותו יום, או למחרת על ידי ק.א.ל, הוצאות אבטחתה לא יכוסו על ידי המדינה."

טוענת קאל כי קביעות אלו שיצאו ממשרד התחבורה וממשרד החקלאות, כבדות הן במשקלן, והרי הממשלה אחת היא. המדינה כמו נתפשת היא על הודאתה, והרי קאל זכאית בדין של הפלייה.

טענה זו לאו טענה היא. משרד התחבורה ומשרד החקלאות אמרו לייצג את קאל לפני שר האוצר - בנסותם לשכנע אותו להשוות את מעמדה למעמד אל-על - ופעילותם לא היתה אלא כשגרירי רצון-טוב וכפרקליטיה של קאל. הסמכות ליתן מענק היא בידי שר האוצר; שר האוצר לא הסכים מעולם לטענת ההפלייה; וממילא אין באותן התבטאויות שהבאנו - בהן ובאחרות זולתן - כדי לחייב את המדינה. מכל מקום, כדברי מ"מ הנשיא השופט שמגר בבג"ץ 366/81 לשכת מפעילי אוטובוסים לתיוור ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד לז(2) 115, 117:

"הבעת אהדה על-ידי משיב זה או אחר, שאינה עולה כדי שינויה של ההחלטה, והתגובה המוגשת לבית-משפט זה, אין בהן מבחינתנו כדי להוסיף או כדי לגרוע, אלא אם כן יש לכך השלכה על תום הלב של בעל הדין או על האמינות של הנימוקים שמובאים לפנינו..."

באותו עניין טענו העותרות כי שר התיירות "תומך עקרונית בעמדתן", ועל כך השיב מ"מ הנשיא את שהשיב. ובהמשך דבריו הוסיף מ"מ הנשיא שמגר ואמר (שם, שם):

"מן החומר שהוגש לנו עולה באופן ברור וגלוי, כי עמדתו של האוצר, אשר הוא שצריך היה לאשר את ההקצבות הכספיות עליהן סבה העתירה, הייתה שלילית..."

אין צורך להאריך על ההקבלה בין אותו עניין לבין עניינו-שלנו. אם כך ככלל, לא כל שכן שלא שר החקלאות ולא שר התחבורה אינם משיבים לעתירה.

זאת ועוד: שאלת קיומה או אי-קיומה של הפלייה הינה שאלת משפטית, וההכרעה בה ניתנה לבית-המשפט. קביעתו של שר - או של פקיד בכיר - על דבר קיומה או אי-קיומה של הפלייה, עשויה אמנם לשמש שיקול-בין-שיקולים במערך הכולל, אך ההחלטה היא לעולם של בית-המשפט, כשאר שאלות משפטיות שההכרעה בהן היא בידי הרשות השופטת, ובידיה בלבד.

9. חזרה איפוא שאלה למקומה: האם נהגה המדינה בהגינות בתיתה לאל-על מענק אבטחה בעוד אשר מקאל שללה אותו מענק? לכאורה, יש בטיעוני קאל טעם רב, ותחושה ראשונה היא כי אכן הופלתה לרעה. הנה-כי-כן, אל-על הינה חברת תעופה, וכמותה קאל אף היא חברת תעופה. אל-על מטיסה מיטען (ונוסעים), וכמותה קאל מטיסה אף היא מיטען. אל-על חייבת באבטחת טיסותיה, וכמותה קאל אף היא חייבת באבטחת טיסותיה. אל-על נושאת בהוצאות ביטחון מכבידות, וכמותה קאל אף היא נושאת בהוצאות בטחון מכבידות. ומה בין חנה לבין פנינה? שני מטוסים הם העומדים על מסלול ההמראה, ובביטנו של כל אחד מן השניים תוצרת חקלאית ליצוא. הנה הם ממריאים - ואל אותו יעד. מה טעם יזכה מפעילו של האחד במימון הוצאות האבטחה שהוא נושא בהן, ואילו חברו לא יזכה בכל מימון שהוא והוצאות האבטחה תחולנה על ראשו בלבד? אמנם כן: קאל דומה לאל-על במרכיבים הרלבנטיים לנושא מימון הוצאות האבטחה, ומסקנה נדרשת מאליה היא איפוא זו - כך לכאורה - כי קאל זכאית למענק אבטחה, כמוה כאל-על. מדוע בכל זאת אין קאל זוכה למעמדה של אל-על? על-כך שמענו מספר תשובות מפי בא-כוח המדינה, ובסמוך נעמוד על תשובות אלו, אחת לאחת, כסידורן.

חברה ממשלתית וחברה פרטית

10. טוענת המדינה כי קאל אינה דומה לאל-על במרכיב מהותי והוא בנושא הבעלות; שאל-על היא חברה בבעלות המדינה (חברה ממשלתית) ואילו קאל היא חברה בבעלות פרטית. מאפיין מיוחד זה מחייב מעצמו, כך מוסיפה וטוענת המדינה, יחס שונה לשתי החברות. מכאן: קאל אינה מופלית לרעה - ביחס לאל-על - והיחס השונה אל השתיים יש לראותו כ"הבדלה" ו"הבחנה" ולא כהפלייה. טענה זו להבחנה בין השתיים, אין להבינה, כמובן, כפשוטה. שהרי לא יעלה על הדעת לטעון כי המושג "חברה ממשלתית" ישמש מעין מילת-קסם הפותחת שערי בית-גגנים ומוליכה כסף טוב מאוצר המדינה אל הקוראת בשם, בעוד שחברתה - הטובה כמותה - תישאר עומדת מבויישת אל-מחוץ לשער ולא תזכה בדבר. אלא זאת טוענת המדינה, שבשל מאפייניה המיוחדים לחברה בבעלות הממשלה, מוצדק הוא לנהוג באל-על אחרת משנהגים בקאל, והכל בשים-לב למערכת הכספים המסועפת והמורכבת בין המדינה לבין אל-על, מערכת שבין חברה לבין בעליה.

יתירה מזאת, כך מוסיפה המדינה וטוענת: לא רק שיקולים עסקיים מניעים את אל-על בפעילותה; פעילותה כפי שהיא פועלת גורמת לה הפסדים כספיים, להבדילה מקאל, וגם גורם זה יש להביא במניין. הנה-כי-כן, מעיקרה אמורה אל-על לפעול "לפי השיקולים העסקיים שעל-פיהם נוהגת לפעול חברה לא-ממשלתית" (סעיף 4(א) לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975), אך הממשלה הורתה את אל-על - כסמכותה בסעיף 4(א) הנ"ל, ובאישור ועדת הכספים של הכנסת - כי תסטה מהנחיה עקרונית זו, וכי לא תפעיל טיסות בשבת.

השבתת הטיסות בשבת מביאה על אל-על הפסדים רבים, ועל הפסדים אלה אף-הם אומרת המדינה לפצות את אל-על. כל כך באשר לאל-על. שלא כאל-על, ניצבת קאל מנגד, והיא חברה פרטית המשוחררת מכל אילוצים שהם (כגון השבתת טיסות בשבת) ומגמתה עסקית בלבד. מסקנה נדרשת היא, כי אין להשוות בין אל-על לבין קאל, ולא הרי זו כהרי זו. וכלשונו של שר האוצר במכתבו אל שר החקלאות מיום 4 בדצמבר 1991:

"הנדון: השתתפות באבטחת ק.א.ל"

1. עפ"י החלטת הממשלה (האחרונה הקיימת) בנושא זה, הרי שכל חברות התעופה תשאנה במלוא נטל האבטחה שלהן (העתק מצורף).
2. ההסדר הקיים בין משרד האוצר לבין אל על הינו חלק ממערכת יחסים מורכבת של הממשלה, עם חברה שבבעלותה והנוגעת לבעלות על חלק מצי המטוסים, והסדר תשלום החובות עליהם ע"י אל-על, מתן ערבות מדינה לחלק מחובות אל-על, החלטה על הפסקת טיסות בשבתות וחגים המשפיעה על רווחיות החברה.
3. הוצאות האבטחה של כל חברת הובלה הינן חלק בלתי נפרד מההוצאות העסקיות הדרושות ע"מ להפעיל חברת הובלה. ללא הוצאות אבטחה לא יכולה אף חברה (בכל העולם) להתקיים מבחינה עסקית (כי לא יהיו נוסעים ו/או מטען). מכאן, שאין המדינה צריכה לממן אבטחת חברות פרטיות כתחליף לאבטחה עצמית.
4. השתתפות אל-על בהוצאות אבטחה של חברות אחרות ולא ממשלתיות אינה מוסדרת בהחלטות הממשלה. (ההדגשות במקור - מ' ח')

בקיצור לשון: מסכת היחסים המיוחדת בין אל-על לבין המדינה - והיא מסכת יחסים סבוכה שבין חברה לבין בעליה - מקנה לאל-על מעמד מיוחד משל-עצמה. במסכת יחסים מורכבת זו יש וראוי, לדעת המדינה, להדגיש שני גורמים עיקריים אלה: הגורם האחד, מערכת הכספים המיוחדת שבין חברה לבין בעליה, לרבות הלוואות בעלים, ערבויות, החזרי הלוואות, כיסוי הפסדים וכו'; והגורם האחר, הוראת הממשלה כי אל-על תזנח, בחלקם, שיקולים עסקיים האמורים להדריכה בפעולתה, וכי תשבית את צי מטוסיה בשבת. כל אלה, לטענת המדינה, מייחדים את אל-על משאר חברות התעופה, ומכאן אף זכותה למענק אבטחה שקאל אינה זכאית לו.

11. האמנם יש בכל אלה כדי לייחד את אל-על לעצמה וכדי להבדילה מקאל? לדעתנו התשובה היא בשלילה. אכן, הקשר האינטימי המתקיים והולך בין המדינה לבין חברה שבבעלותה, מוסיף למערכת גורמים שיש בהם כדי להקשות על השוואתה של חברה ממשלתית (אל-על) לחברה שאינה ממשלתית (קאל), ועל

הכרעה בשאלה אם חברה שאינה ממשלתית (קאל) הופלתה לרעה ביחס לחברה ממשלתית (אל-על). ואולם גם קושי זה ניתן להתרה, בוודאי כך בעניינינו-שלנו.

ראשית לכל נאמר, שלדידנו אין כל נפקא מינה אם מתת-כסף שנותנת המדינה לחברה ממשלתית, השם "סובסידיה" קורא עליו - קרי: מתת-כסף שנותן הריבון לחברה ממשלתית - או אם השם "מענק בעלים" או "הלוואת-בעלים" קורא עליו, קרי: מתת-כסף שנותן בעלים לחברה שבבעלותו. גם כאן וגם כאן המתת הוא בכסף המדינה, וכל כסף שמוציאה המדינה מתחת ידיה מקורו בתקציב המדינה וכסף "ציבורי" הוא. חילופי מלים במלים לא יתרמו להבנה ונסיח דעתנו מהם.

שנית, כל שיקולים אלה שמנינו להבדלתה ולהבחנתה של אל-על מקאל - שיקולים שלדעת המדינה ראוי להם שיעמידו את אל-על על כן משל עצמה, גבוה מהפן עליו עומדת קאל - אין בהם ולא כלום, לא לעצמם ובעיקר לא בנסיבות עניינינו-שלנו. טעם הדבר הוא, שהמדינה נתנה - ונותנת - מענק לאל-על, וחישבו של זה נעשה בדיוק על-פי הוצאות האבטחה שאל-על נשאה ונושאת בהן. הלא זו היא החלטת הממשלה, שהמדינה תישא במימון 80% מעלות האבטחה של אל-על. משיוחד המענק לעניינינו כפי שיוחד, ומשחושב כפי שחושב, שוב לא ידעתי מה היא לעניינינו השבתתה של אל-על בשבת - ובאותו הקשר: מה הם לעניינינו חובותיה הכלליים - ומדוע לא תוכל קאל לטעון שלעניין זה של הוצאות האבטחה דינה זהה לדין אל-על. אכן, לו אמרה המדינה להעניק לאל-על מתת-כסף כפיצוי על השבתתה בשבת - ולביצוע ההחלטה היה נערך חשבון הפסד-ורוח ומענק לאותו עניין - החרשנו. אך לא מצאנו הצדק לאותו עירוב של מין-בשאינו-מינו, לאמור, לפיצוייה של אל-על בשל הוצאות האבטחה שהיא נושאת בהן, אך בשל כך שהושבתה בשבת; או להטמעת מימון הוצאות האבטחה בחשבון הכללי שבין המדינה לבין אל-על. יתירה מזאת: קאל מוליכה מטעני חקלאות, והשוואתה לאל-על אף היא אמורה להיות להולכת מטעני חקלאות; ולא שמענו כי לעניין זה מושבתת אל-על בשבת בעוד שקאל אינה מושבתת כך.

נודה כי בנסיבות אלו ואחרות, לא יהיה קל להבחין בין תמיכה שהמדינה כבעלים מעניקה לחברה בבעלותה, לבין תמיכה שהמדינה כריבון מעניקה לחברה שבבעלותה. ואולם, העובדה כי לעתים עשויה המדינה להטמיע תמיכה ספציפית (סובסידיה) בתמיכה כללית (מענק בעלים) - כשהיא לעצמה - אסור לה שתכרפה את ידינו מראות את הדברים נכוחה. מחובתה של המדינה להבדיל בין מענק למענק, וגם אם לא עשתה כן, מחובתנו אנו להבדיל בין מענק למענק, והכל למניעתה של הפליה האסורה על-פי דין.

אל-על כמוביל לאומי

12. מוסיפה המדינה וטוענת, כי אל-על היא "המוביל הלאומי" של ישראל, ובתורת שכזו לממשלה עניין רב בקיומה ובאיתנותה הכלכלית. בידי אל-על מופקד קיום הקשר האווירי הסדיר של ישראל עם מדינות חוץ, וקיומו של מוביל לאומי שישמור על קשר אווירי רצוף בשעת חירום חיוני לאינטרסים הבטחוניים הכלכליים של ישראל. מכאן ייחודה של אל-על, ומכאן אף ההצדק לתמיכה בה, תמיכה שקאל אינה זכאית לה. ובלשון תצהיר התשובה של המדינה (ובו נכללים אף שיקולים שדיברנו בהם למעלה):

7". לטעמנו אין שוויון רלבנטי בין 'אל-על' ל.ק.א.ל. ועל מנת לבסס זאת נבקש לעמוד על מאפייניה המיוחדים של 'אל-על' המצדיקים התייחסות נפרדת כלפיה, לעומת מאפייניה של העותרת.

8. 'אל-על' הינה חברה ממשלתית בבעלות מלאה של מדינת ישראל שעיקר פעילותה הוא הטסת נוסעים. לממשלה עניין רב בקיומה ובאיתנותה הכלכלית של 'אל-על' כמוביל הלאומי וכמוביל הנקוב היחידי של ישראל בקווי תעופה סדירים לנוסעים ומטען, כאשר בידיה מופקד קיום הקשר האווירי הסדיר של ישראל עם מדינות חוץ.

קיומו של מוביל לאומי כאמור חיוני לאינטרסים הבינלאומיים הבטחוניים והכלכליים של מדינת ישראל.

רק כדי לסבר את האוזן מזכיר את הצורך בקיומו של קשר אווירי רצוף למדינת ישראל וממנה בשעות חירום שבהן חברות זרות מפסיקות את טיסותיהן לארץ (כך למשל, בתקופת 'מלחמת המפרץ' הפסיקו כל חברות התעופה הזרות את טיסותיהן למדינת ישראל, ורק 'אל-על' המשיכה לקיים עבור נוסעים את הקשר האווירי לישראל).

ביטוי לכך ניתן גם בעובדה שבשעת משבר, כאשר 'אל-על' עמדה בפני פירוק נאלצה הממשלה לרכוש עבורה את המטוסים, כדי להבטיח מצד אחד את המשך פעילות החברה, ומצד שני את המשך הטיסות אם תיפסק פעילות החברה.

'אל-על' צריכה להמשיך להתקיים תוך תחרות נמרצת בחברות תעופה זרות אשר אינן נושאות בהוצאות בטחון בהיקף שחל על 'אל-על', וממילא מטיל הדבר נטל משמעותי על 'אל-על' ומקטין את כושר התחרות שלה בגורמי חוץ.

עוד יוזכר כי הגם שבהתאם לחוק החברות הממשלתיות, על 'אל-על' לפעול לפי שיקולים עסקיים, רשאית הממשלה לקבוע לה, באישור ועדת הכספים של הכנסת שיקולי פעולה אחרים [סעיף 4(א) לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975]. בהתאם לסמכותה זו החליטה הממשלה להורות ל'אל-על' שלא לקיים טיסות בשבת.

בנסיבות אלה ומטעמים אלה, מממנת מדינת ישראל 80% מהוצאות האבטחה של 'אל-על', ונוכח מעמדה הייחודי הנ"ל סבורים המשיבים כי יש שוני רלבנטי בין 'אל-על' ובין ק.א.ל., אשר מצדיק התייחסות שונה כאמור, וכי בשל השוני הרלבנטי אין מדובר איפוא בהפליה."

ראו עוד והשוו: בג"ץ 508/83, 733 מעוף נתיבי אוויר בע"מ ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד לח(3) 533; בג"ץ 355/86 שחף שירותי תעופה בע"מ נ' שר התחבורה ואח', פ"ד מ(4) 729. האמנם יש בדברים אלה כולם כדי להצדיק הענקת מענק לאל-על בגין הוצאות האבטחה, ובה-בעת שלילתו של אותו מענק מקאל?

13. לא נחלוק, כמובן, על חשיבותה של אל-על כמוביל לאומי, ועל נחיצותה - יתירה מזאת: חיוניות קיומה ופעילותה - בעיקר בעיתות צוקה ומשבר. נזכור את הימים בהם חדלו חברות תעופה אחרות לפקוד את הארץ, בעוד אל-על ממשיכה בפעילותה, כיאה וראוי לחברת תעופה לאומית. ואולם השאלה היא, אם יש קשר מיידי וישר בין כל אלה לבין שלילת מענק מקאל. ספק רב בעינינו.

ראשית לכל נאמר, שטעמי המדינה לתמיכה באל-על טובים ויפים הם לעניין הובלתם של נוסעים, אך לא (בהכרח) לעניין הובלתם של מיטעני יצוא של תוצרת חקלאית. הנה היא קאל עומדת על מסלול ההמראה של מטוסי המיטען; והנה היא אל-על העומדת על מסלול סמוך. על מסלולים אלה הצמודים זה-אל-זה - עליהם ולא בכל במקום אחר - תיבחן טענת ההפליה. ומה בין רחל לבין לאה? ואמנם, לו ניתן מענק לאל-על אך לכיסוי הוצאות האבטחה בהטסת נוסעיה - בעוד אשר היה עליה לשאת עצמה בהוצאות האבטחה של טיסות המיטען - דומה כי לא היינו שומעים לקאל בטרניה של הפליה. אלא שהמדינה נושאת במימון האבטחה של אל-על גם בטיסות המיטען, ולא ידענו מה טעם כך בטיסות אל-על אך לא כך בטיסות המיטען של קאל.

שנית, כל הצדקים שניתנו להענקת מענק לאל-על תקפים הם לעצמם, אך לא ידענו מה ביניהם לבין אי נתינת מענק מקאל. קאל אינה מבקשת כי לא יינתן מענק לאל-על - לו ביקשה כי אז היתה תשובת המדינה במקומה - אלא כי יינתן מענק אף-לה, כמוה כאל-על. האמנם טוענת המדינה כי "קיומה ואיתנותה הכלכלית" של אל-על תיפגע אם קאל תזכה אף-היא במענק? בוודאי שאין היא טוענת כן. אם כך, מה היא טענת המדינה ותישמע? המדינה ידעה לנמק היטב כורח התמיכה באל-על. הבחנה בין אל-על לבין קאל לעניין טיסות מיטען - לא שמענו. רשאית המדינה להחליט כי ברצונה להעניק מתת-כסף למפעלי פלדה, למשל, או למאפיות; הממשלה קובעת סידרי-עדיפויות במשק, והכל יכבדו מדיניות המעגנת עצמה בחוק. ולו טענו מפעלי הפלדה או המאפיות כי הופלו לרעה ביחס לאל-על, לא היו נשמעות בטענתן, שאין אלה כזו. ואולם קאל כמוה כאל-על - שתיהן מוליכות מיטעני חקלאות בבטן מטוסייהן - ודברי תשובתה של המדינה לאו דברי-תשובה הן.

ועל הכל: קאל מתחרה באל-על על הובלת מיטעני-חקלאות. אם נקבל את טענת המדינה כערכה על-פניה, יימצא לנו כי מתן מענק לאל-על ושלילת מענק מקאל, עשויים להביא לחיסולה של קאל - או, למיצער,

לפגיעה קשה בה - ולא יהיה פוצה פה ומצפצף. נשווה בנפשנו כי אל-על וקאל מתחרות ביניהן על משלוח פלוני. בתנאי תחרות רגילים תזכה אל-על בנקל במשלוח: יהיה בכוחה להציע לשולח מחיר זול מזה שיהיה בידי קאל להציע, והרי הוצאותיה (באגף מיטעני החקלאות) קטנות באופן יחסי. כך במשלוח אחד, כך במשלוח שני, וכך בכל המשלוחים כולם. אכן, איתנותה של אל-על תגבר ותלך, אך קאל תיעלם כמו-לא-היתה. דוגמה זו תמחיש לנו כי הקביעה - הנכונה לעצמה - כי למדינה עניין בהמשך קיומה של אל-על, אין היא אוצרת כוח כדי להצדיק מתן מענק אבטחה לאל-על ושלילתו בה-בעת מקאל.

קאל מופלית לרעה

14. בראשית מסענו סברנו, לכאורה, כי לעניין מימון הוצאות האבטחה דינה של קאל כדינה של אל-על: ומה אל-על זוכה בהוצאות אבטחה כך זכאית אף קאל להוצאות אבטחה. בהמשך המסע בחנו טיעונים אלה ואחרים שאמורים היו, לגירסת המדינה, להבחין בין השתיים, ונמצא לנו כי אין בכוחם של אלה כדי לשנות תחנת מוצא, והרי אנו על עומדנו. ואמנם, דעתנו היא כי לענייננו-שלנו דין קאל כדין אל-על: שתיהן מפעילות מטוסי מיטען ליצוא מוצרי חקלאות, ושתייהן חייבות באותם אמצעים עצמם לאבטחת טיסותיהן; שתיהן נושאות באותן הוצאות; שתיהן עומדות על אותו מסלול המראה; ואין כל טעם ראוי וצודק להבחין זו מזו.

15. אגרקסקו מרכזת בידיה את מירב היצוא של מוצרי-חקלאות מישראל, ולהובלת התוצרת לחו"ל נדרשת אגרקסקו גם לשירותיה של אל-על גם לשירותיה של קאל. גם אל-על גם קאל מובילות כל העת אותם מוצרי חקלאות עצמם, וורד פלוני או מלפפון אלמוני לא יידעו מראש אם יסעו לחו"ל בבטן מטוס של אל-על או בבטן מטוס של קאל. רק עם עלותם למטוס יידעו הוורד והמלפפון מי הוא המוליך אותם באוויר (כפי שראינו, המטוס הוא לעולם מטוסה של אל-על, והשאלה היא אך מי היא החברה המפעילה אותו בעת מסויימת). יש זהות מוחלטת בדרך האבטחה ובאמצעי האבטחה של הטיסות, והרי אל-על וקאל כאחת: הן חברות התעופה הישראליות היחידות המובילות מטענים של תוצרת חקלאית לחו"ל, ויש זהות מוחלטת באופי פעילותן ובמטרותיהן לעניין הובלתם של מטענים.

ביודענו כל אלה, ובהכירנו כי לענייננו זהה קאל לאל-על, נשוב ונשאל את עצמנו: האם רשאית היא המדינה להעניק מתת-כסף לאל-על - לכיסוי הוצאות האבטחה שהיא נושאת בהן - ובה-בעת לשלול אותה מתת-כסף מקאל? אמנם כן: הצורך בקיומו של שוויון, ככל ששוכן הוא במעמקי ליבנו, אין לראות בו חזות פני הכל, ויש שאינטרס אחר יגבר עליו (השוו: רובינשטיין, שם, כרך א' 276 ואילך (יישומו של עקרון השוויון וסייגים

לו); בג"ץ 114/79, המ' 510/78, 451 בורקאן נ' שר האוצר ואח', פ"ד לב(2) 800; בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד מג(4) 297; פרשת שדולת הנשים, שם). ואולם השאלה היא, האם ימצא בענייננו אינטרס-מדינה שבכוחו לגבור על עקרון השוויון? דומה בענייננו, כי למרות יגיעתה של המדינה, לא נמצא לה - לא לה ולא לנו - אינטרס ראוי שבכוחו להכריע את עקרון השוויון. לא נמצא לנו כי קיומה או איתנותה של אל-על כמוביל לאומי ייפגעו אם נלך אחרי עקרון השוויון. ובהיעדר כל כוח-שכנגד יכריע עקרון השוויון: בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מב(2) 221, 277, מפי השופט ברק; פרשת מילר (לעיל), 122.

16. מסקנה מתבקשת היא, לכאורה, שגם אם מלכתחילה לא קנתה קאל זכות למימון הוצאות האבטחה שלה, הנה בהימצא לנו כי מעמדה - לענייננו - זהה למעמדה של אל-על, זכאית היא לזכויותיה של אל-על. ראו עוד והשוו: בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר ואח', פ"ד מו(1) 191, 205. ושוב: המדינה החליטה בזמנו כי לא עוד תישא בהוצאות האבטחה של חברות התעופה והספנות, אך בצידו של כלל זה קבעה יוצא והוא באשר לאל-על. סטיה זו ממדיניות היתה, אמנם, סטיה לגיטימית, אך תחול עליה ההלכה הקבועה ולפיה: "רשות ציבורית יכולה לסטות במקרה מיוחד מקווי מדיניות שקבעה לעצמה, ואם עשתה זאת במקרה אחד מטעמים מסויימים אפשר לחייבה לנהוג באותו אופן במקרה דומה כדי למנוע הפלייה בין שווים": בג"ץ 11/63 יפו סן (מוצרי הדר) בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה ואח', פ"ד יז 737, 744.

מלכתחילה, אין לו לאדם פתחון-פה לתבוע מענק-מדינה על-פי חוק התקציב, ומתן מענקים למאפיות לא יזכה מפעלי-פלדה בטיעון-של-זכות. שונים פני הדברים בתמיכות הניתנות באותו ענף משק, ו"כאשר מדובר בתמיכות הניתנות למתחרים שונים במשק, ניתן לקבוע, כי הממשל חייב להנהיג קריטריונים אחידים לפחות באותו ענף כלכלי" (רובינשטיין, שם, כרך ב' 786). יפים לענייננו דברי הנשיא שמגר בפרשת לישכת מפעילי אוטובוסים לתיור (לעיל), בו אמר (שם):

"השאלה שלפנינו היא שאלה מובהקת של מדיניות כלכלית, אשר במסגרתה מחליטים הגורמים שהופקדו על כך, אילו ענפים במשק יזכו בסיבסוד פלוני, ואילו לא ייהנו ממנו, או מה שיעורו של הסיבסוד במקרה זה או אחר. לו היה לפנינו מקרה, בו ראתה הרשות לאבחן ללא טעם סביר בין שווים, היינו בין העוסקים באותו תחום מקצועי, הרי היה בית המשפט נוטה להתערב כדי למנוע מעשה של איפה ואיפה; אך בית המשפט אינו נוטה להתערב, כאשר המדובר בענפים שונים, אשר צירופם או אי-צירופם להסדר הוא בגדר הבחנה בין שווים ולא בין שווים". (ההדגשה במקור - מ' ח')

אנו, ענייננו-הוא במציעתה של דברי הנשיא.

סובסידיות, חופש העיסוק, מונופולין

17. מאז נחרת בחוק יסוד: חופש העיסוק, חופש העיסוק הוא זכות חוקתית במשפטנו. וכדברו של סעיף

3 לחוק-היסוד:

"חופש 3. כל אזרח או תושב של המדינה זכאי
העיסוק לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח
יד."

סביב לחופש העיסוק בנה המחוקק גדרים וסייגים, והם בהוראת סעיף 4 לחוק היסוד:

"פגיעה 4. אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחופש בחוק
ההולם את ערכיה של מדינת העיסוק ישראל, שנועד לתכלית
ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור
מכוח הסמכה מפורשת בו."

אמרנו על-כך בבג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, מר יצחק רבין ואח' (פ"ד מז(5))

:514, 485

"חופש העיסוק - אם תרצה: חירות העיסוק - אינו אך זכות במובנה
הראשון בטבלת הופלד (liberty), והרי מציב הוא עצמו ככלל של זכות
מהותית הגוררת בעקביה חובה; מישכנו הוא ברמה של חוק (כיום -
ברמה של חוק יסוד) ועם חוק ישוחח כשווה-אל-שווה. לשון אחר: אין
הרשות המבצעת, בראשה הממשלה, רשאית ומוסמכת לפגוע בחופש
העיסוק או להצר אותו, וחייבת היא, תוך שימוש בסמכויותיה, לכבד את
חופש העיסוק, אלא אם הוסמכה אחרת בחוק."

וכלשונו של סעיף 5 לחוק-היסוד:

"תחולה 5. כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש
העיסוק של כל אזרח או תושב."

המדינה חייבת, איפוא, לכבד את חופש העיסוק של האזרח והתושב, ואסורה היא לעשות שימוש בסמכויותיה אם יהיה במעשה כדי לפגוע בחופש העיסוק של אדם. בניסוח אחר: סמכויותיה של המדינה יש לראותן, מעיקרן, כסמכויות שזכויות היסוד באות בתוכן; ובמקום שהמדינה אומרת לפגוע בחופש העיסוק, עליה הנטל להראות כי קנתה לכך סמכות בחוק. בביקעת-המריבה אליה נאספו סמכויות-מדינה וזכויות-יסוד, ובהיעדר הוראה ספציפית אחרת במידרג מתאים של הנורמות, ידן של זכויות-היסוד תהא על העליונה.

18. והנה, בחינה מקרוב תגלה לנו, ולא להפתעתנו, כי מעשה הענקת הסובסידיה לאל-על ובצידו מחדל אי-הענקתה של סובסידיה לקאל, מעשה ומחדל אלה יש בהם, לכאורה, כדי לפגוע בחופש העיסוק של קאל. שכן חופש העיסוק שקנתה קאל פירושו כהילכתו הוא, כי יינתן לה לעסוק בשלה בלא שהמדינה תתערב בעשייתה; חופש בעיסוק וחופש מהתערבות בעיסוק. ואולם, בתיתה מענק לאל-על, ולאל-על בלבד, מעניקה המדינה יתרון בולט לאל-על על קאל - בתחרות בין השתיים על ליבו של הלקוח - ועל דרך זה מתערבת היא באורח בוטה בחופש העיסוק של קאל. חופש העיסוק אין פירושו אך היתר לתחרות בזולת. חופש העיסוק משמיע מעצמו זכות לתחרות בלא התערבות המדינה. הענקת יתרון (מענק) לנפתלי בתנאי שוק חופשי, פירושה הוא, גריעה מזכותו של יושב שר ופגיעה בחופש העיסוק שקנה, אפשר עד כדי הכנעתו וחיסולו כגוף פעיל בשוק. לא יקשה עלינו להבין כי לו אחרת אמרנו, כי-אז כמו הצמתנו במו-ידינו את חופש העיסוק, ולמצער, צימצמנו אותו עד לבלי-הכר. חופש העיסוק אין פירושו החופש להפסיד בעסקים או "לרעוב תחת הגשר". חופש העיסוק במובנו המהותי משמיע אף הטלת איסור על המדינה להתערב בתחרות החופשית על דרך הענקת סובסידיה לנפתלי ושלילתה בה-בעת מיששכר, מתחרו של נפתלי בשוק. ראו עוד והשוו: בג"ץ 292/78 אולפני הרצליה בע"מ נ' שר האוצר ואח', פ"ד לג(2) 739.

פגיעה ישירה בחופש העיסוק אסורה היא אלא אם קנתה לעצמה שביתה בחוק - זה עקרון עימנו מאז הילכת בז'רנו (בג"ץ 1/49 פ"ד ב, 80) - והנטל הוא על המדינה להצביע על חוק תקף המייפה את כוחה לפגוע בעיסוקו של פלוני. הענקת סובסידיה למתחרה בשוק פועלה הוא כפועלה של פגיעה ישירה. הנה-כי-כן, בחינת ענייננו מצידו של חופש העיסוק תוליך אותנו - אף-היא - אל אותה מסקנה אליה הגענו גם בלא להידרש לחופש העיסוק. אלא שזו הפעם עלה איסור ההפליה בגרם-המעלות והגיע למעלה של איסור חוקתי.

19. וכך אף באשר למונופולין המוענק בידי המדינה. מונופולין הוא אויבו-בנפש של חופש העיסוק, ועל הרע שבו עמד מ"מ הנשיא, השופט ש' ז' חשין, בבג"ץ 125/57 אניות מיכל ומשא בע"מ נ' שר האוצר ואח', פ"ד יא 1490. הדברים נאמרו לפני כארבעים שנה, אך טעמים עמד בהם וריחם לא נמר. וכה אמר השופט חשין (שם, 1501):

"המונופולין לאחד כרוך בדחיקת רגלי האחרים מן התחום שעליו הוא משתרע ומונע משום כך התחרות חופשית והורדת מחירים. כל העלאה של מחירים - וכן אי הפחתתם - מונעת מן הצרכן את האפשרות לרכוש לו מצרכים אחרים, שהוא רוצה בהם. המונופולין משעבד את הציבור לבעלי-המונופולין ומאלצו לצרוך סחורה ירודה בטיבה ולעתים גם להסתפק במועט, מבחינת הכמות. המונופולין, וביחוד מונופולין שאת חלק הארי שבו נוטלים דוקא תושבי חוץ, כמו במקרה שלנו, עשוי להבטיל פועלים מקומיים ממלאכה ולעשותם תלויים בחסדי הציבור. במקום ההתחרות החפשית בשוק, מביא המונופולין לידי שיתוף פעולה הדוק בין הממשלה ובעלי היכולת המרובה ('חברות ההובלה', טוען בא-כוח המשיבים עצמו, 'יכולות לקיים קו-אניות סדיר, מה שאין כן המבקשת'), ואלה הם המועטים בציבור, לדיכוי הרבים. ואין לדבר סוף: היום ניתן מונופולין על הובלת עצים מפילנד; מחר יינתן לחברה אדירה אחרת מונופולין על הובלת בשר מיוגוסלביה; מחרתיים ישתלט מישור אחר באמצעות מונופולין על הובלת נפט מוונצואלה ולאחר חודש על מכונות מגרמניה ועל מוצרי תעשייה אחרים משווייץ ומאמריקה. ובמה ימצא האיש הקטן במדינה את לחמו? ואין זו שאלה של כלכלה בלבד. צופה ועולה גם הגורם החברתי: המונופולין נוטה ליצור שדרה מיוחסת, סגורה, בעלת זכויות-יתר, אנשים מטיפוס 'האדם העליון', כנגד האנשים הקטנים, פחות-הערך הסובבים אותו והמשועבדים לו."

ראו עוד: בג"ץ 734/88 התאחדות בעלי המלאכה והתעשייה, אשקלון נ' עיריית אשקלון ואח', פ"ד מג(3) 665; בג"ץ 2505/90 התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד מו(1) 543; בג"ץ 311/60 י' מילר, מהנדס (סוכנות יבוא) בע"מ נ' שר התחבורה ואח', פ"ד טו 1989. בשל כל אלה נקבע כלל - מקורו במשפט המקובל - שאין אדם קונה מונופולין מן המדינה אלא אם זכה בו בתוקף חוק מפורש, וזה משפט הארץ. כך היה לפני היות חוק-יסוד: חופש העיסוק, וחוק-היסוד הוסיף והטיל איסורים והגבלות על היכולת לפגוע בחופש העיסוק.

ענייננו-שלנו אין הוא במונופולין - בוודאי לא במונופולין במובנו המצומצם - שהרי המדינה לא העניקה מונופולין לאל-על להוביל מיטעני חקלאות לחו"ל. ואולם בחינה מקרוב תגלה לנו - שוב: שלא להפתעתנו - כי קירבנו עצמנו אל המונופולין. ההבדל אינו אלא הבדל של דרגה. במונופולין מעניקה המדינה זכות בלעדיות לפלוני לעיסוק בתחום מסוים, ואותה זכות בלעדיות - בהיותה מה שהיא - מוציאה אחרים מן השוק: מתחרים-בפועל ומתחרים-בכוח. בענייננו-שלנו עושה המדינה - אפשר שלא-ביודעין ושלא-בכוונה - לדחיקת רגלי המתחרים מן השוק. אכן, שלא כבמונופולין, סילוק המתחרים אינו נעשה באיבת-חרב. התהליך פועל אט-אט - אך לעולם פועל הוא בביטחה. לעתים לא יוכל עוסק בענף פלוני להמשיך בעיסוקו אלא אם יזכה בתמיכת הרשות; ובאין תמיכה יפרוש וייעלם. ואולם, גם במקום בו הענקתה של טובת הנאה לפלוני - תוך אי-הענקתה לאלמוני, המתחרה בו - לא תביא לפרישתו של אלמוני מן השוק, הנה הפגיעה בו פגיעה רעה היא כמעט כפגיעת המונופולין. ועל פגיעה זו נאמר: ומה מונופולין אותו מעניקה המדינה (מונופולין דה-יורה) אין אדם זוכה

בו אלא מכוחו של חוק מפורש, כך סובסידיה לפלוני, תוך שלילתה מאלמוני המתחרה בו, אין המדינה מוסמכת לתיתה כך אלא מכוחו של חוק מפורש (ולאחר חוקי היסוד - גם במיגבלות שנקבעו בהם). הענקת סובסידיה לפלוני הפועל בשוק תוך שלילתה ממתחרהו השווה לו, אינה אלא התערבות במשחק הכוחות החופשי, וכמוה כחדירה פולשנית לגופו של השוק: אסורה היא בין מכוח עקרון השוויון ואיסור ההפליה, בין מכוח עקרון חופש העיסוק, בין מכוח איסור המונופולין והכוח המניע איסור זה.

ומנגד סיבסוד היצוא החקלאי, או: מי את קאל?

20. מוסיף וטוען בא-כוח המדינה: אם נפשוט את העתירה ממחלצותיה, נגלה כי ענייננו אין הוא אלא בדרישה למתן מענק לחקלאים - והוא מענק נוסף למענקים הניתנים כיום לחקלאים, לעידוד היצוא החקלאי. לשון אחר: מענק לקאל אינו אלא מענק לחקלאים. קנקן הוא קאל, תוכו של קנקן הם החקלאים. ואם במענק לחקלאים ענייננו, כך מוסיפה וטוענת המדינה, אין אנו נכונים להעניק להם מענק נוסף על המענקים בהם זוכים הם כיום. לשון אחר: קאל אינה אלא הדגל - דגל המלחמה - אך בבחינתה המהותית של טענת ההפליה אל-לנו לבחון את הדגל אלא את נושא-הדגל, את החקלאי. נראה ללבב ולא אך לעיניים. ומשנתבון בחקלאי נדע כי טענת ההפליה אינה אלא טענה שתוכנה מיקסם-שוא. בלשון ימינו: טעות אופטית. להבנת הדברים שומה עלינו להוסיף ולעמוד על טיבה של מערכת היחסים בין קאל, אגרקסקו והחקלאים, וזאת נעשה עתה.

21. בעליה של קאל הם מירב הסקטורים החקלאיים בישראל, וזו חלוקת המניות בה:

אחוז מזהה	אחוז מזהה	אחוז מזהה
56.65%	56.65%	1. ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופים להתיישבות עובדים בישראל בע"מ
17.85%	17.85%	2. המועצה לייצור ולשיווק של פרחים, פקעות וצמחי נוי
7.65%	7.65%	3. מועצת הפירות (יצור ושיווק)
17.85%	17.85%	4. המועצה לייצור ושיווק של ירקות

נוכל לומר, איפוא, כי קאל היא בבעלות החקלאים. יצוא מוצרי החקלאות נעשה בעיקרו בידי אגרקסקו, המצויה אף היא, ולו בחלקה, בבעלות החקלאים (אגרקסקו היא "חברה מעורבת" כהוראת הדיבור בחוק החברות

הממשלתיות, התשל"ה-1975, ובעלי המניות בה הם, בין השאר, מדינת ישראל, "תנובה" ומועצות ייצור שונות עבור מייצאת אגרקסקו תוצרת חקלאית). הואיל וקאל נועדה לשרת את היצוא החקלאי, נגזר היקף פעילותה מהיקף התוצרת החקלאית המיוצאת בידי אגרקסקו (שכן קאל אינה משרתת את היצואן הבודד). הסדרי התשלום עבור ההובלה הם אלה (ולענייננו עתה נפשט אותם), שאגרקסקו משלמת לקאל עבור טיסותיה, וכך פועלת קאל לפי בסיס של עלות המובטחת לה בכל מקרה. במקביל לכל אלה, תומכת הממשלה ביצוא החקלאי במספר דרכים, וביניהן - סובסידיה להבטחת מחירי מינימום למגדלי הירקות והפריים.

על יסוד כל אלה טוענת המדינה כי קאל והחקלאים - חד הם. אכן, לקאל אישיות משפטית משל עצמה; לאגרקסקו אישיות משפטית לעצמה; והחקלאים, וכל אחד מהם, הם לעצמם. ואולם, אם נסיר מחלצות ונתבונן בתוכם של דברים, נגלה כי אין אנו עוסקים אלא בחקלאי המייצא תוצרתו לחו"ל. קאל ואגרקסקו אינם אלא מכשירים בידי החקלאי, ומכאן שסובסידיה כי תינתן לקאל, כמו ניתנה הסובסידיה לחקלאי. יש לראות את כל המערכת כולה כמרוכזת בחקלאי המייצא, והשאלה שלעניין תהיה, איפוא, זו: האם נכון וראוי הוא לחייב את המדינה לתת סובסידיה (נוספת) לחקלאי (על דרך מימון הוצאות האבטחה של קאל)? תשובת המדינה היא בשלילה, שלדעתה אין בידי החקלאי (קרי: קאל) עילה משפטית לדרוש סיבסוד עבור מוצרי החקלאות שהוא מייצא. האם צודקת המדינה בטענתה? להכרעה בטענת ההפליה, האם נכון וראוי הוא כי נרים מסך, נתעלם מאישיותה העצמאית של קאל, וננסה לגלות מי הם בעליה ומה הן זכויותיהם?

22. ענייננו בעקרון השוויון ובאיסור הפליה, וידענו מכבר להבדיל ולהבחין בין שוויון "טכני" (או "פורמלי") לבין שוויון "מהותי": בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג(1) 693; בג"ץ 260/81, 246 אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה(4) 1; בג"ץ 141/82 רובינשטיין ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד לז(3) 141. וגם זאת ידענו, ששוויון "מהותי" אינו "שוויון" לאמיתם של דברים, אלא הגינות וצדק, אם תרצה: שוויון צודק. בבית השוויון המהותי ישכנו להם גם שוויון גם צדק, ויד אחרון על העליונה. ובלשונו של השופט אור בפרשת אביטן (לעיל, שם, 299):

"עקרון השוויון בא לשרת מטרה של השגת תוצאה צודקת. לא השוויון ה'טכני' או 'הפורמאלי' הוא הראוי להגנה, אלא השוויון המהותי, דהיינו השוויון בין שווים. בני-האדם, או קבוצות בני אדם, שונים לא אחת זה מזה או זו מזו בתנאיהם, בתכונותיהם ובצורכיהם, ולעתים יש צורך להפלות בין מי שאינם שווים כדי להגן על החלש או הנזקק, לעודדו ולקדמו. שוויון בין מי שאינם שווים אינו, לעתים, אלא לעג לרש. לפיכך, השאלה המתעוררת כשנטענת טענת הפליה אינה רק אם פלוני מופלה לטובה לעומת אלמוני, אלא יש גם לברר, אם ההפליה היא בלתי מוצדקת. דהיינו, האם מסיבות זהות גררו אחריהן יחס שונה. ההבחנה בין מסיבות שונות, מאידך, אין בה משום הפליה." (ההדגשות במקור - מ' ח')

הוא שאמרנו בראשית דברינו: תשתית התשתיות היא בהגינות וביושר-הלבב, והשאלה בכל עניין ועניין תהיה: בעשותה כך ובחודלה אחרת, האם נהגה המדינה בהגינות או שלא-בהגינות, ביושר-לבב או שלא ביושר-לבב? (להסרת ספיקות נוסף, שבחינת ה"הגינות" תיעשה על-פי אמות-מידה אובייקטיביות).

האם מדברים אנו עתה בשוויון מהותי או בשוויון פורמלי? דומני שהתשובה לשאלה פשוטה. לו העסקנו עצמנו בפירוש התיבה "שוויון" שנקבעה בדבר-חוק חרות (כפי שהיה בפרשות ברגמן, דרך ארץ ורובינשטיין), כי-אז שומה היה עלינו לנסות ולרדת לחיקרו של אותו "שוויון" בהקשרו; אגב הילוך הפרשנות היינו נדרשים לשאלת ההבחנה בין שוויון פורמלי לבין שוויון מהותי; ולסופה של דרך, ועל-פי הפירוש המתבקש לחוק, היינו מציעים לפסוק כך או אחרת. ואולם אנו, ענייננו עתה הוא בשוויון - ובאיסור הפלייה - שעל-פי ההלכה, קרי: שוויון כבן להגינות ולצדק; ופשוט הוא, איפוא, שבשוויון מהותי עיסוקנו. ראו עוד והשוו: פרשת סן הרשקו, לעיל; בג"ץ 720/82 אליצור איגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לז(3) 17, 20-21.

23. בהחילנו עתה על ענייננו את עקרון השוויון המהותי, מה דין טענת המדינה כי אין-לה לקאל לתבוע זכות שאל-על קנתה? בחינת הדברים מקרוב תלמדנו, כך דומה עליי, כי יקשה עלינו לשלול את צידקת טענתה של המדינה. אכן, סיבסוד 80% מהוצאות האבטחה של קאל, יביא לשוויון פורמלי-טכני בין שתי החברות מבחינת עלות ההובלה. ואולם, אם הגינות, יושר וצדק חיפשו - והרי אלה הם היסודות היוצרים את עקרונות השוויון המהותי ואיסור ההפלייה - דומה כי לא נוכל להתעלם מאותם גורמים המחזיקים את קאל על כתפיהם. בסוף כל הסופות, קאל אין היא אלא מכשיר משפטי-טכני בידי בעליה, בידי החקלאים: כל שיש לה - להם הוא, וכל שהיא מקבלת - קיבלו הם: מה שקנה עבד קנה רבו. סובסידיה כי תינתן לקאל - סובסידיה לחקלאים היא, ולא נצדק אם נתעלם מאמת זו. בדוגמה פשוטה: לו היו החקלאים מייצאים ישירות את תוצרתם במטוס שחכרו (במטוס "שלם") - בלא להידרש לקאל ולאגרקסו - דומה שהכל היו מסכימים כי ההשוואה הנכונה אמורה היתה להיות בין החקלאים מזה אל-על מזה. ודומה עליי כי קיומן של קאל ושל אגרקסו - בתורת שכאלו - אסור לו שיטוח את עיינו מראות את המציאות נכחה. מכאן שההשוואה הנכונה באותו שוויון "מהותי" לא עוד תהיה בין אל-על לבין קאל, אלא בין אל-על לבין החקלאים עצמם. ואם עד כה בדקנו את השווה והשוונה בין קאל לבין אל-על, הנה עתה נבדוק שוויון ושוני "רלבנטיים" בין החקלאים לבין אל-על. על דרך זה נגלה אם נהגה המדינה בהגינות ובצדק - קרי: בשוויון מהותי וללא הפלייה פסולה - ובסופה של הדרך נפסוק דין.

24. בדיקת הדברים על דרך זו מחייבת אותנו, כמובן, לשדד מערכות ולשנות נתונים. סברנו עד-כה כי מדברים אנו בשתי חברות תעופה - ובהענקת מתת-כסף אך לאחת מן השתיים - והנה מתגלה לנו, כמו-לפתע,

כי ענייננו אין הוא בשניים שהן שווים-לכאורה, אלא בשניים שהם שונים-לכאורה. הכל יסכימו כי אין דמיון-לכאורה בין חקלאים מייצאים תנובת-האדמה לבין אל-על, והרי עיסוקיהם שונים: אלה מגדלים ומייצאים וזו מוליכה באוויר. היכן הוא, איפוא, היחס המפלה בין שווים? יתירה מזאת: צפורן פלונית או כרובית אלמונית לא תדענה מראש אם תעזובנה את הארץ על-כנפי אל-על או בביטנה של קאל, ואולם כל הציפורנים וכל הכרוביות ההולכות לחו"ל - של החקלאים הן, אותם חקלאים שהם הבעלים של קאל. פירוש הדברים אינו אלא זה, שחלק מיצוא התוצרת החקלאית של החקלאים יעזוב את הארץ במטוס אל-על וחלק אחר מיצוא התוצרת החקלאית של החקלאים יעזוב את הארץ במטוס קאל (קרי: במטוס החקלאים). בנסיבות אלה נתקשה למצוא את הפלייתם של החקלאים לרעה. טענת ההפלייה היא כמו שלא-מן-העניין כלל.

לו ניתן מענק לקאל לכיסוי הוצאות האבטחה, כי אז היתה היא זוכה לטובת-הנאה במישרין, והחקלאים היו זוכים לטובת הנאה, בין במישרין בין בעקיפין. במישרין, על דרך קבלת המענק עצמו; ובעקיפין: קבלת המענק היתה פותחת פתח לפני קאל להפחית את מחירי ההובלה (הטבת-מישרין), והפחתה זו היתה מחייבת את אל-על להפחית אף-היא את מחירי ההובלה (הטבת-עקיפין). משנשלל המענק מקאל, נפגעים החקלאים - בין במישרין בין בעקיפין. לכאורה, איפוא, ענייננו הוא בשניים: בקאל ובחקלאים. שניים אלה מונחים על כף אחת, יחדיו יעלו ויחדיו יירדו. פגיעה באחד היא פגיעה בחברו והנאה לאחד היא הנאה לחברו. ובכל-זאת שונים הם השניים. אם מדברים אנו בקאל - כחברת תעופה לעצמה - קשה שלא לומר כי נושאת היא בהפלייה בהשוואתה לאל-על. בה-בעת, אם ענייננו הוא בחקלאי - וזו היא אמנם תחנת המוצא לדיונונו עתה - לא יהיה זה נכון לצמצם את הברור לנושא המענק הניתן להובלתם של מטעני חקלאות לחו"ל. מן הראוי יהיה להרחיב את הדיון לנושא כלל המענקים שהחקלאי זוכה בהם, ובמיכלול זה נבדוק - כאחד הפריטים - את סוגיית המענק להובלה באוויר. לשון אחר: מערכת כספית כוללת ומורכבת - מעין חשבון עובר-ושב - מקשרת בין המדינה לבין החקלאים. יהא זה אך מוזר ומלאכותי אם נשלוף פריט אחד מבין פריטים רבים העושים אותה מערכת, ונחיל עליו דין כמו חי הוא הנושא את עצמו. לא כך ייעשה במערכת של כלים-שלובים או במערכת אורגנית המתפקדת בתיאום בין אבריה. נוסיף ונזכיר גם את אפשרות הסיבסוד-הצולב, אך לא נאריך.

גיבורנו הראשי הוא איפוא החקלאי: הוא הניצב במרכז הבימה ואותו נשטוף באור הזרקורים. וכך, בדיקת הדברים מקרוב תגלה לנו, כי החקלאי בישראל נהנה מתמיכת-מדינה לאורך כל תהליך הייצור והייצוא, החל במחירי הקרקע, המשך במחירי המים ותשומות חקלאיות אחרות, וכלה בהבטחת מחירי היצוא. לרקע כל אלה, כך טוענת המדינה, אין זה ראוי לנתק חולייה אחת באותה שלשלת ארוכה - חוליית המענקים הניתנים ליצוא - ולטעון בגינה להפלייה כביכול.

25. מראשית הדברים, איפוא - מראשיתם ומעיקרם - אין כלל מקום לטענת הפלייה. עניינם של החקלאים אצל אל-על דומה לעניינם של המאפיות אצל מפעלי הפלדה, ואין צד שווה בין השניים: אלה לעצמם ואלה לעצמם. ואולם, גם אם אמרנו כי יש מכנה משותף בין השניים; כי ראוי להשוות בין החקלאים לבין אל-על; גם-אז, נכון יהיה אם יניחו החקלאים בקדירת טיעונם כלפי המדינה כל אותן סובסידיות שהם זוכים בהן, סובסידיות המאפשרות להם להניח מלפפון וציפורן, ורד וכרובית אצל כבש המטוס. אכן, אם יוותרו החקלאים על כל הסובסידיות הניתנות להם - כחקלאים - דומה כי יהיה טעם לטענתם על דבר הפלייתם לרעה - קרי: הפלייתם של קאל - לעומת אל-על. ואולם אין זה ראוי כי ניתן להם, לחקלאים, להכניס בבית-גנזים שלהם כל סובסידיות אחרות שהם זוכים בהן - להתעלם מקיומן של אותן סובסידיות כמו-לא-היו - ולטעון אך בגין סובסידיה של הובלה בקאל.

הממשלה כמו אומרת היא לחקלאים המייצאים לחו"ל: השנה אומרת אני לתת בידכם מענק של כך-וכך שקלים: חלקו יינתן לכם במחירי קרקע, חלקו במחירי מים, חלקו בתשומות אלו ואחרות וחלקו בהבטחת מחירי יצוא. אין בכוונתי להעניק לכם מעבר למה שהענקתי - בעיקר: לא אעניק לכם סובסידיה למימון אבטחת טיסותיה של קאל - והרי חייבת אני במענקים גם למיגזרי משק אחרים ולשיטחי חיים אחרים. אם אלה פני הדברים - ודומה שאלה הם פניהם - כיצד יכולים הם החקלאים כך לנתק הובלה לחו"ל מחוליות קודמות לה, ולטעון להפלייה בעניינה של הובלה בלבד? המחמירים יוסיפו ויטענו נגד קאל - קרי: נגד החקלאים - כי גם סובסידיה הניתנת לאל-על כמוה כסובסידיה לחקלאים, ולו בעקיפין, שהרי עם קבלת הסובסידיה מן הממשלה יכולה אל-על להפחית מחירי הובלה לחקלאים המייצאים, והנה הסובסידיה לאל-על כמוה כסובסידיה לחקלאים. אנו לא נאמר כך, בידוענו כי מחירי אל-על נקבעים (בין השאר) על-פי מחירי קאל, אך תשובה ראויה לטענת המענקים האחרים הניתנים לחקלאים - לא שמענו.

26. כללם של דברים: משנבחן את העתירה במישקפי סיבסוד היצוא החקלאי בכללו, לא עוד תיוותר טענת ההפלייה. תקציב המדינה נחלק לפי מערכת של קדימויות, ולענייננו-שלנו נאמר, כי בחלקו ניתן הוא לאל-על כמוביל לאומי וחלק אחר בו ניתן לסיבסוד היצוא החקלאי. סובסידיה זו לכאן וסובסידיה זו לכאן, וכל אחת מהן היא לעצמה; החקלאים אינם "שווים" לאל-על - אלה בשלהם וזו בשלה - ומשנפלה טענת ההפלייה ממילא לא נמצא לנו כי נפלו פגם או סירכה בשיקול דעתם של המשיבים בהחליטם את שהחליטו.

27. דיברנו ארוכות בטענת ההפלייה והיסקנו מסקנה שהיסקנו. אותם דברים עצמם יכולים שייאמרו - בשינויים המחוייבים מן הענין - גם באשר לחופש העיסוק.

לעניינו של חופש העיסוק אמרנו, כי הענקת סובסידיה לגוף עיסקי פלוני, ושילתה של אותה סובסידיה - בה-בעת - מגופים המתחרים באותו גוף, מִדְמוּת עצמן למונופולין המוענק שלא-כדין. במה דברים אמורים, בתנאי שוק פתוח וחופשי. לא אלה הם התנאים בהם פועלות קאל ואל-על. קאל - קרי: בעליה החקלאים - מסתופפים זה מכבר בבית-הסובסידיות, וממילא לא תישמע מפיה טענה של שוק חופשי במובנו הנקי של המושג. חופש העיסוק לא לבדד ישכון, ובחינתו תיעשה, על דרך העיקרון - כמוהו כטענת ההפלייה - על-פי מיבחן מהותי ולא על-פי מיבחן פורמלי. ובאמרנו כי מיבחנו של חופש העיסוק מיבחן מהותי הוא, כמו הוספנו ואמרנו: זו עיקרה של התורה, ואידך נלמד בפרק על ההפלייה.

תשובה בדומה נשיב לטוען כי הסובסידיה אמורה להינתן למעשה ההובלה באוויר, וכי בבחינתו של מעשה ההובלה, דמה של קאל אדום כדמה של אל-על. באמצעו מיבחן מהותי להכרעתו, לא נוכל להתעלם מההטבות האחרות הניתנות לחקלאים. אכן, האמת אחת היא - מעשה-מיקשה היא - והיא תישאר אותה אמת בין אם נשקיף עליה מצידה, ממעל-לה או מתחת-לה.

28. משאמרנו דברים שאמרנו, נמהר ונוסיף סייג בצידם: לדעתנו, כאמור, לא תיכון טענת הפלייה המועלית בפי קאל על רקע הנתונים כפי שהוצגו לפנינו. ואלה הם הנתונים: אל-על היא חברה ממשלתית - בתורת שכזו מוכרת היא כמוביל הלאומי - ובצידה מחזיקה קאל כיום במטוס אחד העושה דרכו מן הארץ לאירופה, ובחזרה, כשישה חודשים בשנה, וביטנו עמוסה כל העת בדרכו אל-חוץ בתוצרת חקלאית של ישראל. לשון אחר: קאל פועלת בתפוסה מלאה; מוליכה היא תוצרת חקלאית במחירי הובלה שאין בהם הפסד; מתכונת פעילותה מובטחת לה; והלכה למעשה אין תחרות (יומיומית) בין אל-על לבין קאל. אם ישתנה נתון מנתונים אלה, עשויה התמונה להשתנות מעיקרה. למשל: אם יסתבר כי פעילות ההובלה של קאל היא פעילות הנושאת הפסדים, שלא באשמתה של קאל (ולעניין זה נראה את קאל ואת אגרקסקו - המבטיחה מראש את תעסוקתה המלאה של קאל במחירי עלות - כיחידה אחת), כי אז נכון יהיה לבדוק את כל המערכת מחדש. אם כך יהיה, אפשר לא עוד תישמע המדינה בטענה כי קאל והחקלאים חד-הם, ולא עוד יהיה הצדק לראות את קאל כחוסה תחת כנפי הסובסידיה הכוללת שהחקלאים זוכים בה. במקרה מעין-זה תעמוד קאל על רגליה-שלה. קאל תעלה על הבימה בצידה של אל-על, ונשמע מפיה טענת שוויון ואיסור הפלייה. אלא שטרם הגיעה העת לכל אלה, ולא נדע מראש מה תהא ההכרעה במקרה מעין-זה. לא ידענו נתונים שלעניין, ולא נחוה דעתנו על טיבה של ביצה שטרם נולדה.

29. ולבסוף: בחוות-דעתנו אמרנו לבחון מעשי-ממשלה בכלים-של-משפט. שאבנו נורמות מבאר-המשפט, ועשינו כמיטבנו להעביר את פעילות הממשלה בכור-המצרף של נורמות אלו. ואולם עיסוקנו לא היה אלא

בחוקיות מעשי המימשל. לא העסקנו עצמנו לא ביעילות פעולות הממשלה ולא בשאלה אם טוב או אם רע עושה היא. פעילותה של קאל הביאה לירידה ניכרת במחירי ההובלה של תוצרת חקלאית אל-מחוץ למדינה. אל-על התאימה עצמה לתנאי-תחרות שלא ידעה קודם היות קאל, וכדרכה של תחרות במיגזרים אחרים כך אף בענייני הביאה התחרות להפחתה במחירי ההובלה. עתה, אפשר שמדיניות הסובסידיות במיגזר האבטחה תפגע בתחרות הטובה שהיתה, ולא נדע מה יהיה. דיברנו על הסובסידיות הניתנות לחקלאים לבר-הוצאות האבטחה, ואפשר הגדלת הסובסידיות במקומות אלה תפתור את השאלה. אפשר כן ואפשר לא. כל שאלות אלו - הן ושאלות אחרות בדומה להן - לא מתחומנו הן. לא צויידנו בכלים ראויים לפותרן ולא ידענו כיצד לפתורן. מכל מקום, משלא הובאו לפנינו כל הנתונים שלענין ממילא לא יעלה בידינו לתת תשובה ראויה לשאלה שלא נשאלנו.

30. והערה לסיום: בין בעלי-הדין נתגלעה מחלוקת בשאלה אם יש ואם אין תחרות בין קאל לבין אל-על על הובלת מטענים בטיסות חוזרות, ומה השפעה נודעת לטיסות החוזרות על כלל ההכנסות וההוצאות. בחילוקי-דעות אלה נשתרבבה אף שאלת היחס בין קאל לבין אגרקסקו, כאשר המדינה טוענת כי בהוצאות קאל כולן נושאת אגרקסקו, ומכאן ששלילת סובסידיה מקאל לא תפגע בה כלל. חילוקי-דעות אלה כולם נותרו סתומים, לא זכינו לקבל נתונים על טיסות חוזרות, ולענייננו עתה נראה אותן טיסות כפעילות הנטמעת בכלל פעילותה של קאל.

הבטחה שלטונית

31. טוענת קאל כי ניתנה בידה "הבטחה שלטונית" שמיומן הוצאות האבטחה יחול על המדינה (באמצעות אל-על), ולעניין זה מסתמכת היא על מכתבו של עוזר ראש הממשלה מיום 22 בספטמבר 1976. אין בטענה זו ולא כלום. אותו מכתב - המהווה סיכום דיון - אין בו לא התחייבות ולא הבטחה, ואף אין הוא נחזה על-פניו כהבטחה הניתנת בידי בעל-סמכות בכוונה כי יותן לה תוקף משפטי. אין בו במכתב - ובאשר עקב אותו - אלא הצהרת כוונות על דבר מדיניות כיסוי הוצאות האבטחה. אכן, המדינה נשאה תקופת שנים אחדות בהוצאות האבטחה של קאל - כולן או חלקן - אך לימים סברו הרשויות כי יש ונכון לשנות אותה מדיניות. מדיניות, כל מדיניות, עשויה להשתנות - כפי שנסתנתה המדיניות בענייננו - אך "הבטחה שלטונית" בכל אלה לא מצאנו. לא נמצאה לנו הבטחה (או התחייבות) מפורשת וברורה אשר ניתנה בידי בעל-שררה בגדר סמכותו החוקית ובכוונה כי יהיה לה תוקף משפטי. בהיעדר ראיה מעין-זו דין הטענה להידחות. ראו והשוו: בג"ץ 135/75, 321 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ ואח' נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673, 676; בג"ץ 3246/92 הר-עוז ואח' נ'

שר הבטחון ואח', פ"ד מז(5) 301, 307; בג"ץ 4225/91 גודוביץ נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מה(5) 781,

.786

סוף הדבר

32. מסענו תם, ועילת-זכות בידיה של קאל לא נמצאה לנו. אציע, איפוא, לחבריי כי נדחה את העתירה ונבטל את הצו על-תנאי. עוד אציע, כי לא נחייב את קאל בתשלום הוצאות.

ש ו פ ט

השופט ת' אור:

אני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי, השופט חשין, כי דין העתירה להידחות.

כפי שמציין חברי, אחת מן הטענות המרכזיות שמעלים המשיבים בתשובה לטענת האפליה שבפי העותרת היא, כי התמיכה באל-על על דרך ההשתתפות בהוצאות האבטחה של החברה קשורה לתפקידה הייחודי של אל-על כ"מוביל הלאומי" של מדינת ישראל בכל הקשור לתעופה אווירית. לכאורה, יש עוצמה ניכרת בטענה זו. כעולה מתצהיר התשובה מטעם המשיבים, אל-על מופקדת על הבטחת קיומו של הקשר האווירי הרציף של ישראל לעולם, הן בתחום הובלת הנוסעים והן בתחום הובלת המטענים. אל-על ממלאת תפקיד חיוני זה גם בזמני מצוקה וחירום, כמו מלחמת המפרץ, בהם הסיכון בקיום התעבורה האווירית עלול להיות גבוה, והכדאיות בה נמוכה. ניתן לסבור, על כן, כי המדינה רשאית להביא מאפיין ייחודי זה בחשבון במתן תמיכה לאל-על, ובהעדפתה על פני חברות אחרות אשר לא מתקיים בהן מאפיין דומה.

עם זאת, אני רואה צורך לבסס את הכרעתי על שיקול זה, שכן לדעתי דין העתירה להידחות מן הטעם עליו עומד חברי, השופט חשין. בנסיבות מקרה זה הגשמת עיקרון השוויון במובנו המהותי מחייבת התבוננות במציאות הכלכלית כהווייתה (השוו בג"צ 823/90 סיעת בת ים נ' מבקר המדינה, פ"ד מד(2) 692, בפיסקה 8 לפסק דינו של חברי השופט ברק). אני מסכים עם המסקנה אליה הגיע חברי, לענין זה, לפיה בחינה כזו מלמדת כי העתירה שבפנינו מכוונת, לאמיתו של דבר, להביא לסבסוד עלות ההובלה לחו"ל עבור החקלאים, אשר, כפי שהראה חברי, הם בעליה של קא"ל באמצאות הסקטורים החקלאיים בישראל. על רקע זה אין מקום להיעתר לטענת האפליה שבפי העותרת: ככל שמדובר באל-על ובחקלאים, לא מדובר בהבחנה בין שווים (השוו, לקו מחשבה דומה, לדעת הרוב בבג"צ 434/87 סן הרשקו נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מד(4) 154).

לענין זה יש לזכור, כי קא"ל פועלת על בסיס עלות, המובטחת לה בכל מקרה. מכך עולה, כי התמיכה בהוצאות האבטחה של קא"ל היתה מביאה בהכרח להוזלת מחירה. זאת ועוד, נוכח הזהות בין מחירי אל-על לבין מחירי קא"ל (סעיף 10 לתצהיר הנוסף מטעם העותרת) - זהות אשר טיבה ומקורה המדויקים לא לובנו עד תום על ידי הצדדים - ניתן להניח כי מתן תמיכה לקא"ל היה מביא להפחתה דומה גם במחירי אל-על לחקלאים. כך היתה גם הסובסידיה שניתנת לאל-על מתועלת בעקיפין אל החקלאים, אשר היו נהנים מסבסוד נוסף של עלות ההובלה לחו"ל בדרך האוויר. לא מצאתי כל עילה להתערב בהחלטת המשיבים, במסגרת סדרי העדיפויות שקבעו לעצמם, שלא ליתן סבסוד כזה לחקלאים, בנוסף על התמיכות האחרות הניתנות להם.

ש ו פ ט

הנשיא א' ברק:

צר לי, אך עלי לחלוק על דעת חברי. אילו דעתי היתה נשמעת היינו קובעים כי החלטת הממשלה, בדבר מימון הוצאות הבטחון של אל-על, מפלה שלא כדין את ק.א.ל. הברירה הנתונה לממשלה, הינה איפוא זו: המשכת התמיכה באל-על, ובמקביל מתן תמיכה גם לק.א.ל.; ביטול התמיכה באל-על, וממילא הימנעות ממתן תמיכה לק.א.ל. אנמק בקצרה את עמדתי.

תחילת הדבר

1. דרך ארוכה עושה אני יחד עם חברי השופט מ' חשין. בדרך זו, מניח אני את "נקודות הציון" הבאות: ראשית, כי בהחלטת הממשלה לממן הוצאות אבטחה יש משום סובסידיה; כי במתן הסובסידיה חייבת הממשלה לפעול בגדרי הדין. עליה להימנע משרירות או חוסר סבירות. עליה לפעול בהגינות. עליה לחלק הסובסידיה על-פי עקרון השוויון. אמת, אין למקבל סובסידיה זכות לקבלה. אך יש למקבל סובסידיה זכות להקצאה שוויונית של הסובסידיות. בכוחה של הממשלה, על-פי מדיניותה, להפסיק את הסובסידיות. אך משהחליטה להמשיך בהן כלפי פלוני, היא חייבת - מכוח עקרון השוויון - להעניק גם לאלמוני, עד כמה שפלוני ואלמוני שווים בתכונות שהן רלבנטיות למתן הסובסידיה.

2. שנית, הערך והזכות בדבר השוויון מונחים ביסוד כוחותיה של הממשלה. הם הבסיס לכל סמכויותיה, בין בחלוקת סובסידיות ובין בכל פעולה אחרת. שלטון הפוגע בשוויון הוא שלטון הפועל ללא סמכות (בג"ץ

637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו(1), 191, 201). כשם שפעולה שלטונית הנעשית מתוך שיקולים זרים, שרירות או חוסר סבירות, עשויה להיפסל, כך גם פעולה שלטונית הנעשית מתוך פגיעה בשוויון - כלומר, פעולה מפלה - עשויה להיפסל. עם זאת, השוויון אינו ערך "מוחלט". הוא אינו מעניק זכות "מוחלטת". השוויון הוא ערך יחסי. הוא מעניק זכות "יחסית". ניתן להצדיק פגיעה בשוויון, אם הפגיעה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, אם היא נועדה לתכלית ראויה, ואם היא אינה במידה העולה על הנדרש (ראו בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 70, להלן פרשת הופנונג).

3. שלישית, הענקת סובסידיה ממשלתית לפלוני עשויה לפגוע בתחרות שבין פלוני לאלמוני, המצוי בתנאים דומים. חופש התחרות מונח, בין היתר, בבסיס חופש העיסוק המוגן בחוק-יסוד: חופש העיסוק. פעילות שלטונית, המעניקה סובסידיה אך לפלוני פוגעת בחופש העיסוק של אלמוני המתחרה עמו (ראו בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 471; בג"ץ 28/94 צרפתי נ' שר הבריאות, פ"ד מט(3) 804, 817; בג"ץ 5277/96 חוד, חברה לתעשיות מוצרי מתכת בע"מ נ' שר האוצר (טרם פורסם)). פגיעה זו בחופש העיסוק עשויה להביא לביטול הפעולה השלטונית, אלא אם כן ניתן להראות כי הפגיעה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, שהיא נועדה לתכלית ראויה, ושהיא אינה במידה העולה על הנדרש (סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק).

4. רביעית, החלטת הממשלה, לפיה המדינה נושאת במימון עלות האבטחה של אל-על, והשוללת מימון זה מחברת תעופה ישראלית אחרת מהווה לכאורה החלטה הפוגעת בשוויון שבין אל-על לבין אותה חברת תעופה ישראלית אחרת. כפי שחברי, השופט מ' חשין, מציין: "ק.א.ל. דומה לאל-על במרכיבים הרלבנטיים לנושא מימון הוצאות האבטחה", ועל כן מתן מענק לאל-על ושלילתו מק.א.ל. מהווה לכאורה פגיעה בשוויון. לעניין זה, אין זו תשובה ראויה כי אל-על היא חברה ממשלתית - ואף מהווה מוביל לאומי - וק.א.ל. היא חברה פרטית. אם המדינה רוצה בטובתה של חברה "שלה" או בטובתו של המוביל הלאומי, עליה להחליט לתת לה מענק כיוון שהיא חברה שלה או כיוון שהיא מוביל לאומי. לזו כך היה, היינו בודקים החלטה זו על-פי העקרונות המקובלים, בהם עקרון השוויון. ואולם, עניין זה אינו עומד לבחינתנו, שכן זו אינה החלטת הממשלה. אך אם המדינה רוצה להעניק מענק לאל-על כיוון שיש לה הוצאות אבטחה הנובעות מהיותה חברת תעופה ישראלית, היא צריכה להעניק מענק דומה לחברות תעופה ישראליות אחרות. כך, למשל, אם המדינה סבורה כי ראוי לפצות את אל-על על שזו משביתה את מטוסיה בשבת, תתקבד המדינה ותביא נימוק זה למעניקה. נימוק זה ייבחן לגופו. אך אם המדינה מעניקה מענק בגין הוצאות אבטחה, אין היא יכולה לבססו על פצוי בגין השבתה של אל-על בשבת. מענק האבטחה עומד על רגליו הוא, ורגליים אלה מחזיקות - מכוח עקרון השוויון - גם מענקים לחברות ישראליות אחרות הנזקקות להוצאות אבטחה. בצדק ציין חברי, השופט מ' חשין, כי "לא מצאנו הצדק

לאותו עירוב של מין-בשאינו-מינו, לאמור לפיצוייה של אל-על בשל הוצאות האבטחה שהיא נושאת בהן, אך בשל כך שהושבתה בשבת" (פיסקה 11 לפסק הדין). מקובלים עלי, איפוא, גם דבריו, לפיהם:

"דעתנו היא כי לענינו-שלנו דין ק.א.ל. כדין אל-על: שתיהן מפעילות מטוסי מטען ליצוא מוצרי חקלאות, ושתיהן חייבות באותם אמצעים עצמם לאבטחת טיסותיהן. שתיהן נושאות באותן הוצאות; שתיהן עומדות על אותו מסלול המראה; ואין כל טעם ראוי וצודק להבחין זו מזו" (פיסקה 14).

5. עד כאן הולך אני בדרך שנשללה על ידי חברי. מכאן ואילך נפרדות דרכנו: חברי, השופט מ' חשין - וחברי השופט אור עמו - קובע כי מן הראוי הוא "להרים את המסך". מאחורי ק.א.ל. עומדים החקלאים. "בסוף כל הסופות" - כותב חברי, השופט מ' חשין - "ק.א.ל. אין היא אלא מכשיר משפטי-טכני בידי בעליה, בידי החקלאים" (פיסקה 23). ההשוואה הנכונה, לדעת חברי, אינה בין ק.א.ל. לבין אל-על, אלא בין החקלאים לבין אל-על. שני אלה שונים הם. עקרון השוויון אינו דורש טיפול שווה כלפיהם. החקלאי לחוד, ואל-על לחוד. החקלאי זוכה לתמיכות אלו ואחרות, ורשאית הממשלה שלא ליתן לו תמיכה נוספת באמצעות ק.א.ל. מכאן, שאין כלל תחולה לעקרון השוויון ביחסים בין ק.א.ל. (קרי - החקלאים) לבין אל-על, ולא מתעוררת כל שאלה של הפליה. ואם ישאל השואל, מה צידוק יש "להרים את המסך" בעניין שלפנינו, תשובתו של חברי היא, כי עקרון השוויון הנבדק בענייננו הוא השוויון המהותי (לא הפורמלי), וכי השוויון המהותי "אינו 'שוויון' לאמיתם של דברים, אלא הגינות וצדק, אם תרצה: שוויון צודק" (פיסקה 22 לפסק הדין). ומשנעשית הבדיקה במבחנים של צדק, היא מצדיקה את הרמת המסך, והעמדת החקלאים עצמם לעומת אל-על. "אם הגינות, יושר וצדק חיפשנו" - כותב חברי, השופט מ' חשין - "והרי אלה הם היסודות היוצרים את עקרונות השוויון המהותי ואיסור ההפליה - דומה כי לא נוכל להתעלם מאותם גורמים המחזיקים את ק.א.ל. על כתפיהם" (פיסקה 23 לפסק הדין). הנמקה זו אין בידי לקבלה. אין בה כדי להסיר מהחלטת הממשלה את אופיה המפלה. את הצגת עמדתי אחלק לשניים. תחילה אעמוד על עקרון השוויון ודרכי הפעלתו. לאחר מכן אבחן את יישום דרכי הפעלתו של עקרון השוויון על נסיבות העניין שלפנינו.

עקרון השוויון ודרכי הפעלתו

6. השוויון הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי. השוויון הוא "ערך חיוני להסכמה החברתית המונחת ביסוד המבנה החברתי" (בג"ץ 869/92 זוילי נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-

עשרה, פ"ד מו(2) 692, 707). השוויון הוא עקרון יסודי עליו בנויה השיטה המשפטית שלנו (ראו א' ברק, פרשנות במשפט, 457 (כרך שני, 1993)), השוויון מהווה את "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (השופט לנדוי בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698; להלן פרשת ברגמן). הוא מהווה במשפטנו, "עקרון יסודי חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי-נפרד מהן" (השופט שמגר בבג"ץ 114/79 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800, 806). עמדתי על-כך באחת הפרשות, בציני:

"השוויון הוא ערך יסודי לכל חברה דמוקרטית... הפרט משתלב למירקם הכולל ונושא בחלקו בבניית החברה, בידועו שגם האחרים עושים כמוהו. הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזוהתו העצמית של האדם". (בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332; להלן פרשת פורז).

הנה כי-כן, השוויון הוא ערך שהמשפט נשען עליו. השוויון הוא זכות שהפרט יונק חיותו ממנו.

7. השוויון הוא ערך סבוך. השוויון הוא זכות מורכבת. אכן, "פנים רבות יש לשוויון" (השופט זמיר בבג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה (טרם פורסם, פסקה 1; להלן פרשת רקנט)) סיבוך ומורכבות אלה נובעים בעיקר משני טעמים: ראשית, נקודת המוצא הינה כי בני האדם שונים הם זה מזה. כל אדם הרי הוא עולם בפני עצמו. כל אדם חופשי לפתח את גופו ורוחו על פי רצונו-הוא. משטר דמוקרטי מבוסס על שונות זו ומכבד אותה. והנה, בין בני אדם שונים אלה מבקש משטר דמוקרטי לקיים שוויון. זהו, אם כן, שוויון בין שונים. דרישה זו יוצרת, מטבע ברייתה, קושי: אם בני האדם שונים הם, כיצד זה ניתן לקיים ביניהם שוויון? (ראו בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 760; להלן פרשת דנילוביץ).

8. שנית, תוכנו של השוויון שנוי במחלוקת. אין הסכמה באשר למטען הנורמטיבי הטמון בו. רבים מזהים את השוויון עם הגינות וצדק. יש הרואים בשוויון ערך "אשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו" (הנשיא אגרנט בד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה(1) 7, 35; להלן פרשת בורנובסקי). כשבאים להגדיר צדק מהו, עושים זאת לרוב במונחים של שוויון (ראו Rawls, (1975) A Theory of Justice) בפנינו מעגל שוטה ללא מוצא. אחרים מרחיקים לכת וגורסים, כי השוויון אינו ערך לעצמו והרי הוא אך אמצעי להשגתם של ערכים אחרים - אשר במרכזם ההגינות והצדק - אותם

מבקשת החברה להגשים (ראו, למשל, בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 501 וכן (1990) Westen, Speaking of Equality), אך אם השוויון הוא רק אמצעי, מדוע אנו רואים בו ערך כה מרכזי? האין לומר כי המטרה שהשוויון נועד להשיגה היא העיקר (ראו 40 "Against Equality" Lucas, (1965) 296 Philosophy)? אחרים התייחסו ממתן תוכן מהותי לעקרון השוויון, ורואים בו "מושג פורמלי" (השופט שמגר בבג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1, 19; להלן פרשת אגודת דרך ארץ). גם בעלי דעה זו מסכימים, כי "גם השוויון, כמושג פורמלי, הבנוי על מקדם או על מדד אחיד ואף-מעין-מאתימטי, אינו בהכרח פשוט ליישום" (שם, שם). אכן, תוכנו של השוויון - כערך בפני עצמו או כאמצעי להשגתם של ערכים אחרים - שנוי במחלוקת. האם זהו ערך "טהור" או שמא זוהי תערובת - ואולי תרצו לומר תרכובת - של ערכים אחרים (ראו א' ברק, שם, ע' 459)? מה משקלו של השוויון ביחס לערכים ולעקרונות אחרים? האם יש לו, לשוויון, משקל מיוחד במינו, המצדיק עדיפות יחסית על פני ערכים ועקרונות אחרים, והגורם לביקורת שיפוטית מחמירה ביותר (כפי הנהוג בארצות הברית: ראו א. ברק, פרשנות במשפט 522 (כרך שלישי, 1994))? מתי השוויון הנבחן הוא שוויון בהזדמנות ומתי הוא שוויון בתוצאה? דומה שהצדק עם השופט ש' לזין, בצינו כי:

"אין הגדרה יחידה לדיבור שוויון. אנו עושים שימוש בדיבור זה בתחומי המתימטיקה, המוסר, הפילוסופיה והחוק, וגם בכל אחד מתחומים אלה משמעותו אינה אחידה" (בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141, 148; להלן פרשת רובינשטיין).

רב גוניות זו מכבידה על הבנתנו את השוויון.

9. בפסק-דין זה איני מבקש להתמודד עם כל הקשיים האלה. מבקש אני, עם זאת, להקל על פתרונם. הקלה זו יכול שתבוא מגיבוש מתודה אנליטית להתמודדות עם בעיית השוויון. לעתים קרובות הצגתה של השאלה הנכונה, עשויה להקל במתן תשובה לבעיה קשה. אכן, לעקרון השוויון היבטים שונים. עמידה על היבטים אלה, תוך הבחנה ביניהם, עשויה לסייע בהתמודדות עם הקשיים אשר השוויון מעורר. לדעתי, מן הראוי הוא להבחין בין ארבע שאלות שונות - התוחמות ארבעה מצבים שונים - אשר העיסוק בשוויון מעורר. למותר לציין כי הגבולות בין התחומים הם, לעתים קרובות, מטושטשים, וניסוח שונה עשוי להעביר אותנו מתחום לתחום בלא שתעמוד מאחורי הדברים הבחנה-של-ממש.

10. השאלה הראשונה, הינה זו: האם נורמה משפטית, הקובעת הסדר בעניינה של קבוצה פלונית או פרט פלוני, היא נורמה שוויונית ביחס לקבוצה אלמונית או פרט אלמוני, המצויים מחוץ להסדר. ניתן לכנות שאלה זו כשאלת "השוויון החיצוני". הנחת היסוד כאן הינה, כי על פי פירושה של נורמה נתונה, היא משתרעת

על פרט או קבוצת פרטים ועליהם בלבד. היא מותירה מחוץ לתחום פריסתה פרט או פרטים אחרים. השאלה הינה אם בכך נוצר חוסר שוויון כלפי פרטים אחרים. אם אכן נוצר חוסר שוויון כזה, הרי הוא חוסר שוויון חיצוני, שכן אין הוא בוחן את השוויון ביחסים הפנימיים בין הפרטים עליהם חלה הנורמה, אלא את השוויון ביחסים שבין פרטים אלה, כקבוצה, לבין פרטים אחרים, עליהם הנורמה לא חלה. דוגמא לכך הוא פסק הדין בפרשת ברגמן. כאן קבע חוק מימון כי מימון יינתן רק למפלגות המיוצגות בכנסת היוצאת. נקבע כי בכך יש חוסר שוויון - כלומר, הפליה - כלפי רשימות בוחרים חדשות, שאינן מיוצגות בכנסת היוצאת. (ראו פרשת ברגמן). בדומה בבג"ץ 6541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (להלן פרשת מילר), קבעו הוראות הפיקוד העליון כי במקצועות לחימה משובצים גברים בלבד. נקבע כי בכך יש חוסר שוויון כלפי נשים. בפרשת דנילוביץ קבע הסכם קיבוצי כי הטבה מסויימת ניתנת לעובד או עובדת ולבן זוג. הדבר התפרש כמתייחס לבן זוג מהמין השני. נקבע כי בכך יש הפליה - כלומר, חוסר שוויון - כלפי בני זוג מאותו מין. במקרים אלה ואחרים, טענת חוסר השוויון מתייחסת כלפי קבוצה שהיא חיצונית לאלה הכלולים בנורמה המשפטית. נורמה זו יכולה להיות חוק - והטענה היא כי מופר עקרון השוויון המצוי בחוק-יסוד; נורמה זו יכולה להיות חקיקת משנה - והטענה הינה כי מופר עקרון השוויון המעוגן בחוק-יסוד או בחוק; נורמה זו יכולה להיות חוזה - והטענה הינה כי החוזה אינו חוקי, שכן הוא נוגד הוראה בחיקוק או עומד בניגוד לתקנת הציבור. בכל המקרים הללו השופט חייב לקבוע את מהותו של עקרון השוויון, ואת החלתו בעניין שלפניו.

11. ההתמודדות עם בעיית השוויון החיצוני, מחייבת קביעה של היקף הפריסה של הנורמה (חוק, פעולת מינהל, חוזה) שעל פי הטענה, יש בה חוסר שוויון כלפי מי שמצוי מחוצה לה. זוהי פעילות פרשנית. על השופט לפרש את הנורמה, ולקבוע בכך את היקף פריסתה מבחינת הפרטים עליהם היא חלה. פירושה של הנורמה נעשה על-פי כללי הפרשנות המקובלים. נורמה מתפרשת על-פי תכליתה (המיוחדת והכללית). בגדרי אלה יש ליתן משקל נכבד לעקרון השוויון (ראו פרשת פורז, פסקה 6). אכן, חזקה היא שתכלית הנורמה היא להגשים את השוויון. חזקה היא, על-כן, כי חוק או חקיקת משנה מבקשים לקיים את עקרון השוויון. נדרשת לשון מפורשת כדי לשלול תחולתה של חזקה זו (ראו בבג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 548, 693). על-כן חזקה היא כי הסמכה בחקיקה ראשית לפעולה של רשות מינהלית היא הסמכה לפעולה במסגרת עקרון השוויון. אכן, בשל מקומו המרכזי של עקרון השוויון בפעילות הפרשנית, ירבו המקרים בהם פרשנותו של דבר חקיקה תביא לכך שכל קבוצות הפרטים שעקרון השוויון מחייב הכללתן בגדרה של הנורמה, אכן יכללו בה. באותו כיוון יפעלו גם עקרונות של סבירות, מניעת שרירות וכיוצא בהם שיקולים המגבשים את התכלית הכללית של דבר חקיקה. עם זאת, יהיו מקרים בהם חזקת השוויון תוסתר, ופרשנותה של נורמה תגרור אחריה את התוצאה כי היקף הפריסה של נורמה, וקבוצות הפרטים עליהם היא חלה, תהווה הפרה של השוויון כלפי קבוצות פרטים שמחוצה לה. דבר זה יקרה בכל אותם המקרים, בהם לא יהא בכוחו של עקרון השוויון, כאמת

מידה פרשנית, להתגבר על לשונה של הנורמה ועל ערכים, אינטרסים ועקרונות אחרים, המגבשים יחדיו את תכלית החקיקה. במצב דברים זה, הנורמה (לאור פרשנותה) הינה נורמה לא שוויונית.

12. השאלה השניה אשר העיסוק בשוויון מעורר, היא זו של "השוויון הפנימי". שאלה זו מניחה קיומה של נורמה (חוק, פעולת מינהל, חוזה) החלה על פרטים שלגביה אין טענה של העדר שוויון חיצוני, אם משום שהלכה למעשה מתקיים שוויון (חיצוני) בין קבוצת הפרטים שהנורמה חלה עליהם לבין פרטים אחרים, ואם משום שלא מועלית בענין זה כל טענה. ניתן לדבר, איפוא, במקרה זה על מה שהשופט זמיר מכנה "קבוצת שוויון" (ראו פרשת רקנט, פסקה 6; בג"ץ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאומנויות (טרם פורסם, פסקה 31); להלן פרשת תיאטרון ארצי לנוער). השאלה השניה מבקשת להשיב על השאלה כיצד יש לנהוג, על מנת לקיים שוויון בין הפרטים הנכללים בקבוצה שהנורמה חלה עליה. כותב השופט זמיר:

"לאחר שקבוצת השוויון נקבעה, חובה היא להחליט באופן שוויוני בתוך קבוצה זו". (פרשת תיאטרון ארצי לנוער, פסקה 34).

עניין לנו כאן ב"שוויון פנימי". קבוצת הפרטים עליה חלה הנורמה כבר נקבעה. אנו מניחים שקביעה זו תואמת את עקרון השוויון (החיצוני), אם משום שכך הוא הלכה למעשה, ואם משום שלא נטענת בענין זה כל טענה. עתה אנו שואלים את עצמנו, מהן דרישות השוויון לענין היחסים הפנימיים בין הפרטים המשתייכים לקבוצה. טלו שוב את ענין מימון המפלגות. נקבע - במסגרת בחינת השוויון החיצוני - כי קבוצת השוויון לענין המימון הן מפלגות ורשימות (ישנות וחדשות) המשתתפות בבחירות לכנסת. עתה מתעוררת השאלה כיצד לחלק באופן שוויוני את המימון בין המפלגות והרשימות, בינן לבין עצמן. כך, למשל, האם שינוי למפרע ביחידת המימון פוגע בשוויון (פרשת רובינשטיין)? האם הקצאת זמני תעמולה זהים ("שוויון פורמלי") ברדיו ובטלוויזיה למפלגות קטנות וגדולות מקיימת את עקרון השוויון (ראו פרשת אגודת דרך ארץ)? במקרה זה ובאחרים - כמו בענין השוויון החיצוני - על השופט לקבוע את תכונותיו של עקרון השוויון, ואת החלתו בענין שלפניו.

13. השאלה השלישית היא זו: האם נורמה, הפוגעת בעקרון השוויון, היא חוקית חרף אופיה המפלה? במצב שלישי זה אנו מניחים כי נורמה משפטית פוגעת בעקרון השוויון. סיבת הפגיעה יכולה להיות זו שהנורמה מסדירה את ענינה של קבוצה פלוגית, ונמנעת מלהסדיר את ענינה של קבוצה אלמונית, השווה לה (פגיעה בשוויון החיצוני). סיבת הפגיעה יכולה להיות זו שהנורמה מסדירה באופן לא שוויוני את החלוקה הפנימית בתוך קבוצת המקרים ("קבוצת השוויון") שהנורמה חלה עליהם (פגיעה בשוויון הפנימי). בשני המקרים גם יחד נפגע עקרון השוויון. עם זאת, פגיעה זו אינה תמיד פאטאלית לתוקפה של הנורמה (המפלה). שוויון אינו ערך מוחלט.

שוויון אינו מעניק זכות מוחלטת. השוויון הוא יחסי. בהתנגשות בינו לבין ערכים, אינטרסים, או עקרונות אחרים, עשויה ידם של אלה להיות על העליונה. עמדה על כך השופטת דורנר לענין הפגיעה בשוויון בציינה:

"ככל זכות, גם הזכות לכבוד (לרבות איסור ההפליה הקבוצתית הנגזר ממנה) אינה זכות מוחלטת אלא יחסית, ויש לאזן בינה לבין ערכים ואינטרסים לגיטימיים אחרים. על כן, במקרים מיוחדים עשויה פגיעה בזכות האישית לשוויון להיות מוצדקת, אם היא עומדת באמות המידה המשקפות את האיזון הראוי בין זכות זו לבין ערכים ואינטרסים לגיטימיים אחרים" (פרשת מילר, ע' 133).

ואף אני עמדתי על כך בפרשה אחרת בצייני:

"בתחום זכות לשוויון, ההבחנה היחידה אינה עוד בין שוויון או הבחנה (שהם חוקיים) לבין הפליה (שאינה חוקית). עתה עלינו להבחין בין זכות השוויון לבין האפשרות החוקתית לפגוע בזכות זו כאשר מתקיימות דרישותיה של פסקת ההגבלה. במצב דברים זה הפעולה השלטונית היא מפלה - אין בה הבחנה ויש בה פגיעה בשוויון. עם זאת, הפליה זו ראויה היא, שכן היא תואמת את ערכי המדינה, היא לתכלית ראויה, והפגיעה בשוויון אינה מעבר לנדרש". (פרשת הופנינג, ע' 76).

דברים אלה נכונים הם, הן מקום שטענת חוסר השוויון מכוונת ליחסים בין חוק לחוק-יסוד (כפי שהדבר היה בפרשת הופנונג), והן מקום שטענת חוסר השוויון מכוונת ליחסים בין חקיקת משנה ופעולת מינהל לחוק (כפי שהדבר היה בפרשת מילר). אכן, מקובל עלינו כי פסקת ההגבלה חלה בכל תחומי המשפט המינהלי, והיא מהווה - במסגרת הפרשנות הראויה של כל דבר חקיקה - אמת מידה להגנה על זכויות אדם ולפגיעה בהן גם יחד (ראו בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה (טרם פורסם, פסקה 54 לפסק דיני)). הנה כי כן, מוכר אצלנו המושג של אי-שוויון מותר. שוב איננו מוגבלים אך לשני מצבים נוגדים - זה שבו מתקיים שוויון וזה שבו מתקיימת הפליה (פסולה). קיים גם מצב שלישי, זה שבו קיימת פגיעה בשוויון, אך פגיעה זו היא כדין, שכן היא מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. במסגרתה של זו יש, כמובן, מקום לעקרון השוויון. הוא מהווה חלק מערכיה של מדינת ישראל. הוא משפיע על תכלית החקיקה. הוא מעצב את המידתיות של הפגיעה. אכן, הזכות והפגיעה בה יונקים ממקור משותף.

14. השאלה הרביעית, מכוונת לענין הסעד. ההנחה כי נורמה משפטית (חוק, פעולת מינהל, חוזה) פוגעת בשוויון, והפגיעה אינה כדין. השאלה הינה מהי התרופה לה זכאי הנפגע. תרופות אלה הן, מטבע הדברים, התרופות הרגילות בחלוצות בנסיבות אלו, כגון - הכרזה על בטלות הנורמה המפלה. עם זאת, כאשר הפגיעה הינה בשוויון יש להתחשב בתרופה נוספת שניתן להעניקה במקרים מתאימים. תרופה זו ענינה

הקביעה כי הנורמה המפלה תעמוד בעינה, ובמקביל לה יורחב ההסדר הנורמטיבי ויחול גם על הקבוצה שהופלתה (ראו פרשת דנילוביץ, ע' 764).

15. מתודה אינה תחליף למהות. ניתוח הבעיה להיבטיה השונים מקל על התשובה אך אינו מייצר את הצורך להתמודד עם מהותו של השוויון. השאלה המרכזית היתה ונשארה, אלו אמות מידה קובעות אם במצב נתון נפגע השוויון (החיצוני או הפנימי)? נקודת המוצא המקובלת היא הנוסחה האריסטוטליאנית כי יש להעניק יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים במידה פרופורציונית לשוני ביניהם (אריסטו, אתיקה (מהדורת ניקומאכוס, ספר ה, פרק ג', בתרגומו של ג. ליבס)). על יסוד תפיסה זו גובש עקרון השוויון סביב תפיסת הרלבנטיות. שוויון אינו מניח זהות. לעתים "לשם השגת השוויון יש לפעול מתוך שונות" (פרשת דרך ארץ, ע' 11). שוויון מניח זהות בתכונות שהן רלבנטיות. עמד על כך הנשיא אגרנט, בצינו:

"עקרון השוויון, אשר אינו אלא הצד השני של מטבע ההפליה ואשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף מטעמים של צדק והגינות, להמחישו, משמעותו, כי יש להתייחס, לצורך המטרה הנדונה, יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה. אם אין מתייחסים אליהם יחס שווה, כי אז לפנינו הפליה. לעומת זאת, אם ההבדל או ההבדלים בין אנשים שונים הם רלוונטיים למטרה הנדונה, אז תהיה זו הבחנה מותרת, אם מתייחסים אליהם, לצורך אותה מטרה, יחס שונה, ובלבד שההבדלים ההם מצדיקים זאת. המושג שוויון, בהקשר זה פירושו איפוא שוויון רלוונטי (relevant equality) והוא הדורש, לענין המטרה הנדונה, 'טיפול שווה' (equality of treatment) באלה אשר המצב האמור מאפיין אותם. כנגד זה, תהא זו הבחנה מותרת, אם השוני בטיפול בבני אדם שונים ניזון מהיותם נתונים, בשים לב למטרות הטיפול, במצב של אי-שוויון רלוונטי (relevant inequality), כשם שתהא זו הפליה, אם הוא ניזון מהיותם נתונים במצב של אי-שוויון, שאיננו רלוונטי למטרת הטיפול" (פרשת בורנובסקי, ע' 35).

גישה זו אומצה בפסיקה הישראלית (ראו פרשת דנילוביץ, ע' 761; פרשת מילר, ע' 109; ראו גם א. רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 279 (מהדורה חמישית, 1996)). אכן, עקרון השוויון אינו שולל דינים שונים לאנשים שונים. עקרון השוויון דורש כי קיומו של דין מבחין זה יוצדק על פי טיב העניין ומהותו. עקרון השוויון מניח קיומם של טעמים ענייניים המצדיקים שוני. הפליה - שהינה ניגודו של השוויון - קיימת באותם מצבים שבהם דין שונה לאנשים שונים זה מזה (מבחינה עובדתית) מבוסס על טעמים שאין בהם להצדיק הבחנה ביניהם. היטב להביע זאת השופט מצא, בצינו:

"הכלל הוא כי שונות רלוואנטית עשויה להצדיק הבחנה. הלוא בכך טמון שורש ההבדל בין הפליה פסולה לבין הבחנה כשרה... אך כתנאי להשגתו של שוויון מהותי חובה לקבוע, שאת עצם הרלוואנציה של השונות, ואת מידתה, יש לבחון, בכל מקרה נתון, בשים לב למטרה הפרטיקולרית שלשם השגתה מיושמת ההבחנה. לאמור: הזיקה

הנדרשת בין התכונות המיוחדות המצויות באחד ואין מצויות בזולתו, לבין המטרה שלשם השגתה מותר להעדיף את האחד על פני האחר, חייבת להיות ישירה וקונקרטית" (פרשת מילר, ע' 110)

ודוק: אין בגישה זו לשוויון כדי לשקף את מלוא היקפו של השוויון על כל היבטיו. מכיר אני גישות נוספות לשוויון אשר טרם נבחנו על ידינו (ראו, למשל, Sen, Inequality Reexamined (1992); Dworkin, "What is Equality? Part 1: Equality of Welfare", 10 Philosophy and Public Affairs 185 (1981); Dworkin, "What is Equality? Part 2: Equality of Resources", 10 Philosophy and Public Affairs 283 (1981); Dworkin, "What is Equality? Part 3: The Place of Liberty", 10 Iowa L. Rev. 1 (1987); Raz, The Morality of Freedom (1986)). זאת ועוד: בגדריה של גישה זו עצמה יש מקום לעידונים ולהבחנות נוספים. כך, למשל, יש מקום לבחון מהי רלבנטיות וכיצד היא נקבעת? מה היחסים הפנימיים בינה לבין שוויון? האם הרלבנטיות נקבעת על פי אמות מידה שהן חיצוניות לשוויון, או שמא הן עצמן מושפעות על ידי השוויון? כאשר נקבע כי שונות היא רלבנטית, האם אין מקום לנטרל אותה במצבים מסויימים? (ראו דברי השופט שטרסברג-כהן בפרשת מילר). אין לנו צורך לבחון שאלות קשות אלה, שכן גם בלא ליתן עליהן תשובה ניתן לפתור את המקרה שלפנינו. אפנה איפוא למקרה שלנו.

מן הכלל אל הפרט

16. נקודת המוצא הינה הנורמה המשפטית שלגביה נטענת הטענה בדבר חוסר שוויון. נורמה זו היא החלטת הממשלה. החלטה זו קובעת כי "חברות התעופה והספנות הישראליות ישאו במלוא הוצאות-האבטחה שלהן בישראל ומחוצה לה" (החלטה מס' 197 מיום 9.12.1984). בהוצאות אלה נשאות חברות התעופה מכוח הוראות חוק הטייס (בטחון התעופה האזרחית), התשל"ז-1977. לכלל זה נקבע סייג לפיו הוא לא יחול על חברת אל-על (החלטה מס' 214 מיום 16.2.1987). לגביה נקבע הסדר, לפיו תישא המדינה ב-80% מעלות האבטחה של אל-על. ק.א.ל. טוענת כי נורמה זו מפלה אותה. טענתה של ק.א.ל. נופלת, איפוא, לקטיגוריה הראשונה עליה עמדתי (ראו פסקה 11 לעיל). עניין לנו בטענה של העדר שוויון חיצוני. אכן ק.א.ל. אינה טוענת כי ביחסים הפנימיים שבינה לבין אל-על, זו האחרונה זוכה לתמיכה גדולה יותר מזו שעקרון השוויון מעניק לה. אין בפנינו טענות בגדרי "קבוצות השוויון" (ראו פסקה 13 לעיל). טענתה של ק.א.ל. הינה כי תוכנה של הנורמה (החלטת ממשלה) המעניק לאל-על בלבד מפלה כלפי ק.א.ל. - חברת תעופה ישראלית - שהוצאה מחוץ להסדר. פרשנותה של הנורמה - היא החלטת הממשלה - לא פותרת את הבעיה שבפנינו. מקובל הוא על הכל, כי פרשנות ראויה של החלטת הממשלה - פרשנות המבוססת מצדה על התכלית הכללית של שוויון - אין

בכוחה להכניס את ק.א.ל. לגדריה של החלטת הממשלה. הנה כי כן, החלטת הממשלה מעניקה טובת הנאה לקבוצה אחת (אל-על) ושוללת אותה מקבוצה שניה (ק.א.ל.). האם החלטה זו פוגעת בעקרון השוויון (החיצוני)?

17. החלטת הממשלה אינה פוגעת בשוויון, אם השוני בטיפול באל-על ובק.א.ל. הוא רלבנטי לעניין מימון הוצאות הבטחון. ודוק: השאלה אינה אם אל-על וק.א.ל. שונות הן זו מזו: בוודאי שיש ביניהן שונות ניכרת. השאלה הינה אם אל-על וק.א.ל. שונות הן זו מזו בעניין שהוא רלבנטי. זאת ועוד: רבים הם העניינים הרלבנטיים המבחינים בין אל-על לק.א.ל.. השאלה אינה אם קיים עניין שהוא רלבנטי המבדיל ביניהם. השאלה הינה, אם בין אל-על לק.א.ל. קיים הבדל שהוא רלבנטי לעניין הנורמה המשפטית שלגביה נטענת טענת ההפליה. נורמה זו קובעת מענק לכיסוי הוצאות אבטחה. השאלה הינה, איפוא, אם לעניין כיסוי הוצאות אבטחה השונות בין אל-על לק.א.ל. היא רלבנטית.

18. לדעתי, התשובה על שאלה זו היא בשלילה. אין כל שוני בין אל-על לק.א.ל. לעניין הוצאות אבטחה. לשתייהן הוצאות אבטחה, ושתייהן זקוקות לכיסוי הוצאות אלה. מנקודת המבט של הנורמה בדבר כיסוי הוצאות אבטחה דין אל-על כדין ק.א.ל. אמת, אל-על היא חברה ממשלתית וק.א.ל. אינה חברה ממשלתית. אך לעניין הנורמה בדבר הוצאות אבטחה שוני זה אינו רלבנטי. כמובן, יתכן שהמדינה מבקשת ליתן תמיכה לחברה ממשלתית בכלל או לחברה ממשלתית העוסקת בתעופה ובספנות בפרט, ולא לחברה שאינה ממשלתית. במקרה זה יהיה עליה לקבוע נורמה ברוח זו, ולהצדיקה על פי מיכלול שיקולים ובהם עקרון השוויון. לא זו ההחלטה שנתקבלה בעניין שלפנינו (ראה פסקה 4 לעיל). הממשלה לא החליטה לממן את הוצאות האבטחה של חברות ממשלתיות העוסקות בתעופה ובספנות, ולא יצרה הבחנה בין חברות ממשלתיות וחברות שאינן ממשלתיות. ייתכן ולממשלה עניין לפצות את אל-על על הפסדים הנגרמים לה בשל החלטות ממשלה המגבילות אותה, כגון, איסור הטיסה בשבת. אם זה המצב, תקבע נא הממשלה נורמה ברוח זו. יהא מקום לבחון אז, בין השאר, אם אין בכך הפליה כלפי חברות ממשלתיות אחרות, שאף להן הוצאות בשל החלטות ממשלה. אף עניין זה אינו עומד בפנינו. הממשלה לא החליטה ליתן מענק לאל-על בשל "הוצאות שבת", אלא בשל הוצאות אבטחה. החלטה זו היא הבסיס לקביעת הרלבנטיות, היא ולא אחרת.

19. ביסוד החלטת הממשלה - כך מסבירים לנו הטוענים בשמה - מונחת העובדה כי אם נרים את המסך, נמצא בדרך של שרשור שמאחורי ק.א.ל. ניצבים חקלאים, ולהם אין הממשלה רוצה ליתן מענק כספי, שכן הם קיבלו תמיכות כספיות די והותר בתחומים אחרים. לא נמסר לנו כל מידע על מענקים אלה. איננו יודעים מה שיעורם, ומה יחסם למענק האבטחה. איננו יודעים מי קיבל אותם. האם רק חקלאים המגדלים מוצרים לייצוא -

והם העומדים, לפי הטענה, מאחורי ק.א.ל. - או שמא כל החקלאים? איננו יודעים אם מענקים אלה ראויים הם אם לא, ומה השפעתם על עלויות הייצור והייצוא החקלאי? איננו יודעים גם אם אל-על לא קיבלה אף היא מענקים אלה ואחרים, ומדוע לא נרים גם את מסך ההתאגדות של אל-על? אך יהא עניין זה כאשר יהא, שוני זה בין החקלאים לאל-על - אינו רלבנטי לעניין מימון הוצאות אבטחה. אם הממשלה סבורה כי החקלאים מקבלים תמיכות רבות יותר, שתקבע נורמה לפיה יש להפחית משיעורן של תמיכות אלה מטעמים אלה ואחרים, או שסך כל התמיכה לחקלאים לא יעלה על רמה מסוימת. יהא מקום לבחון אז אם בהפחתה זו אין המדינה נוהגת הפליה כלפי מי שאינם חקלאים, והזוכים גם הם לתמיכה שאין מפחיתים אותה. יהא עניין זה כאשר יהא, אין הוא עומד לבחינתנו. מהותם של הגורמים העומדים - תוך ביצוע הרמת מסך - מאחורי ק.א.ל. היא רלבנטית רק עד כמה שמהות זו משפיעה על עניין הקשור להוצאות אבטחה. לא הוצג בפנינו כל קשר בין חקלאים להוצאות אבטחה. אכן, הממשלה קבעה שהיא מעניקה סיוע לאל-על בגין הוצאות אבטחה. היא לא קבעה כל נורמה אחרת. במסגרת הנורמה שנקבעה על ידה, עליה לשקול שיקולים שעניינם אבטחה. השונות הרלבנטית היא זו הנוגעת לאבטחה. במסגרת שונות זו ניתן "להרים את המסך" ולבחון מי עומד מאחורי ק.א.ל. בחינה כזו אינה מגלה, בעניין שלפנינו, כל נתון שיש בו כדי להצביע על כך שהשונות בין ק.א.ל. לבין אל-על היא רלבנטית. אכן, הרמת המסך מותרת היא, כדי ליתן תוקף לנורמה המשפטית החלה בעניין (ראה בג"ץ 823/90 סיעת בת-ים 1 נ' מבקר המדינה, פ"ד מד(2) 692, 697). הנורמה המשפטית החלה בענייננו היא מימון הוצאות אבטחה. כדי ליתן תוקף לנורמה זו מותר וצריך לבחון מי הוא זה הגוף המקבל מימון זה. מותר, איפוא, להרים את המסך האופף את האישיות המשפטית של ק.א.ל. ושל אל-על. הרמת מסך זו אינה מלמדת אותנו דבר שהוא רלבנטי להוצאות אבטחה. משזו המסקנה, יש להוריד את המסך.

20. הגעתי, איפוא, למסקנה כי החלטת הממשלה, לפיה ניתן מענק אבטחה לאל-על ונשלל מענק דומה לק.א.ל., פוגעת בשוויון. בכך בלבד אין כדי לסיים את הבחינה המשפטית. כפי שראינו (פסקה 14 לעיל), עלינו להמשיך ולבחון, אם הפגיעה בשוויון היא כדין. לדעתי, התשובה על שאלה זו היא בשלילה. דומה שזו גם עמדתו של חברי, השופט מ' חשין, הכותב:

"למרות יגיעתה של המדינה, לא נמצא לה - לא לה ולא לנו - אינטרס ראוי שבכוחו להכריע את עקרון השוויון" (פסקה 15).

לכך אני מסכים.

21. משקבעתי כי הפגיעה בעקרון השוויון אינה כדין, עלי לעבור לשאלת הסעד (פיסקה 15 לעיל). לא אאריך בעניין זה, שהרי דעתי דעת מיעוט. די אם אציין, כי לפי הכללים המקובלים עלינו, הברירה בידי

הממשלה. תרצה, תתמיד במתן מימון להוצאות האבטחה של אל-על. אם זו החלטה, יהא עליה לתת הוצאות מימון גם לק.א.ל. (לקיום עקרון השוויון החיצוני); תרצה, תתמיד בשלילת המימון של הוצאות האבטחה מק.א.ל. במקרה זה ישלל המימון גם מאל-על. כמובן, בפני הממשלה עומדות אפשרויות נוספות, שלא נידונו על ידינו, ולא אעסוק בהן. כדי לאפשר לממשלה לגבש את עמדתה, הייתי משהה את המועד למתן תוקף החלטתי באשר לאי חוקיות החלטת הממשלה לשלושה חודשים (ראה בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר (טרם פורסם)).

22. סיכומי של דבר: אילו דעתי היתה נשמעת היינו הופכים הצו-על-תנאי למוחלט, וקובעים כי החלטת הממשלה מפלה את ק.א.ל., תוך נקיטה בסעדים המתוארים בפסקה 21 לעיל.

נ ש י א

אחרי כותבנו כל דברים שכתבנו - דברי-רוב ודברי-מיעוט - ביקשה המדינה כי יותן לה להגיש תצהיר משלים מטעמה. טעם הבקשה: מאז שמיעתה של העתירה חל שינוי במערכת הסובסידיות הניתנות להוצאות הביטחון של קאל ושל אל-על. הנה-כי-כן, כך משמיעה אותנו המדינה, מאז חודש ינואר 1995 משתתפת המדינה ב- 50 אחוז מהוצאות הביטחון של קאל (וכמות קאל דינן של "סאן דור" ו"ארקיע"), ובה-בעת חל שינוי בשיעור השתתפותה של המדינה בהוצאות הביטחון של אל-על: הוצאות פחותות מ-58 מיליון דולר, המדינה משתתפת בהן בשיעור של 75 אחוז, והוצאות מעל לסכום זה, המדינה משתתפת בהן בשיעור של 66.6 אחוז מן ההוצאות.

קאל מתנגדת לדיון נוסף בעתירה, ועומדת היא על הכרעה בעתירה על-פי הטיעונים שהועלו לפני בית-המשפט.

שקלנו את בקשתה של אל-על והחלטנו לדחותה. גם שופטי הרוב גם שופט המיעוט מכריעים בעתירה על יסוד טעמים עקרוניים, והשינוי במערכת הסובסידיות, באשר הוא, אין בו כדי לשנות מאותם טעמים.

אנו מחליטים איפוא, ברוב דעות, לבטל את הצו על-תנאי ולדחות את העתירה באין צו להוצאות.

היום, ג' בתשרי תשנ"ט (23.9.98)

ש ו פ ט

ש ו פ ט

נ ש י א

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
G02.92017030