



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6971/11

לפני : כבוד הנשיא א' גרוניס
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט צ' זילברטל

העותרת : איתנית מוצרי בניה בע"מ

נגד

המשיבים : 1. מדינת ישראל
2. הכנסת
3. השר להגנת הסביבה
4. שר האוצר
5. מועצה אזורית מטה אשר
6. אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה
7. העמותה למען איכות סביבה וחיים בנהריה

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : כ"ג אלול התשע"ב (10.9.2012)

בשם העותרת : עו"ד פנחס רובין

בשם משיבה 1, ומשיבים 3-4 :	עו"ד שרון רוטנשקר
בשם משיבה 2 :	עו"ד אביטל סומפילינסקי
בשם משיבה 5 :	עו"ד איתן מימוני
בשם משיבה 6 :	עו"ד קרן הלפרן-מוסרי
בשם משיבה 7 :	עו"ד משה גולדבלט

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. מונחת לפנינו עתירה נגד חוקתיותו של סעיף 74 לחוק למניעת מפגעי אסבסט ואבק מזיק, התשע"א-2011 (להלן: חוק האסבסט). סעיף זה מכריז על השקת פרויקט

לסילוק פסולת אסבסט מהגליל המערבי (להלן: הפרויקט). העתירה מופנית בעיקר כנגד חיובה של העותרת, חברת איתנית מוצרי בנייה בע"מ (להלן: איתנית), לשאת במחצית מעלויות הפרויקט, עד לסכום של 150 מיליון ₪.

רקע כללי - אסבסט

2. אסבסט הינו שם כללי לקבוצת מינרלים סיביים, בעלי יכולת בידוד ועמידות גבוהה. בשל תכונות אלו נעשה שימוש תעשייתי נרחב באסבסט מזה מאות שנים, לשם ייצור כפפות וביגוד מגן, לוחות בידוד אקוסטיים ועוד.

כיום ידוע כי אסבסט פריך, כלומר: אסבסט כשהוא במצב מפורר או כתוש, הוא חומר מסוכן ומסרטן. האסבסט הפריך משחרר לאוויר סיבים זעירים, אשר חודרים לקנה הנשימה ופוגעים ברקמות הריאות. בין המחלות הראשונות שהוכרו בקשר עם אסבסט היא אסבסטוזיס: הצטמקות והצטלקות של הרקמה הריאתית, שמביאה לקוצר נשימה ולירידה בתפקוד הריאות. מחלה אחרת היא מזותליומה: גידול סרטני אשר פוגע בקרום הריאות, קרום הלב וקרום הבטן.

העתירה שלפנינו עוסקת, כפי שיוסבר להלן, בחומר הקרוי אסבסט-צמנט. זוהי תערובת המורכבת מכ-10% אסבסט וכ-90% מלט, במצב קשיח. מתערובת האסבסט-צמנט ניתן לייצר מוצרים מוגמרים כגון צינורות ולוחות. כל עוד האסבסט-צמנט נמצא במצב קשיח - סיבי האסבסט נותרים "כלואים" בתוך המלט. מצב זה עלול להשתנות כאשר האסבסט-צמנט - או המוצר שעשוי מאסבסט-צמנט - נשחק, מתפורר או נשבר, שאז משתחררים לאוויר סיבי האסבסט המסוכנים.

המודעות למסוכנותו של האסבסט הלכה והתפתחה עם השנים. כבר בראשית המאה ה-20 הצטבר מידע אודות שכיחותה של מחלת האסבסטוזיס בקרב עובדים שנחשפו לאסבסט. בהמשך דווח על ריבוי מחלות סרטן אצל עובדי אסבסט. בשנת 1976, לאחר בדיקה מקיפה של החומר המדעי, הכירה הסוכנות הבינלאומית לחקר הסרטן (IARC) באסבסט כחומר מסרטן לאדם באופן ודאי (Class I). מחקרים נוספים הצביעו על היווצרות סיכונים בריאותיים לא רק אצל עובדי אסבסט, אלא גם בקרב אלו המתגוררים בסמיכות למכרות אסבסט, וכן אצל קרובי משפחה של עובדי אסבסט (במישור הכללי, לסקירה עדכנית של ה-IARC אודות סכנות האסבסט ראו: monographs.iarc.fr/ENG/Monographs/vol100C/mono100C-11.pdf).

העותרת ותעשיית האסבסט

3. איתנית הקימה בשנת 1952 מפעל אסבסט-צמנט באזור נהריה (להלן: המפעל). העבודה במפעל כללה שני שלבים: בשלב הראשון ייבא המפעל ארצה אסבסט גולמי, וייצר ממנו אסבסט-צמנט. בשלב השני הוכנו במפעל מוצרי אסבסט-צמנט מוגמרים, כגון צינורות ולוחות. המפעל סגר את שעריו בשנת 1997.

במשך השנים, ובמסגרת תהליכי הייצור, הצטברה במפעל פסולת אסבסט תעשייתית מרובה (להלן: הפסולת). איתנית "נפטרה" מהפסולת בשתי דרכים: דרך אחת - מכירה או מסירה של הפסולת לצדדים שלישיים, שיכנונו להלן בקיצור: משתמשי קצה. אלו השתמשו בפסולת בעיקר לחיפוי קרקע, כגון סלילת דרכים וציפוי מגרשי חניה. דרך שנייה - הטמנה של הפסולת בקרקע. יצוין כי הדרך הראשונה לסילוק פסולת, דהיינו: מכירה או מסירה למשתמשי קצה, נפסקה ככל הנראה לקראת סוף שנות ה-70.

בין כה ובין כה, הפסולת המדוברת פוזרה בעשרות רבות של אתרים בכל רחבי הגליל המערבי. הפסולת, הן זו שהוטמנה והן זו ששימשה לחיפוי קרקע, מהווה עד היום מקור לסיכון בריאותי לתושבי האזור. הפסולת מפוררת בחלקה, כך שסיבי האסבסט הפריך משתחררים לאוויר. בנוסף, במהלך השימוש היומיומי בקרקע המחופה בפסולת אסבסט - נחשפים מצבורי האסבסט הפריך ויוצרים מפגע בריאותי. סקרים שיזמה המדינה העלו כי כמות פסולת האסבסט שפוזרה בגליל המערבי היא כ-30 אלף קוב, וההערכה של המדינה היא כי כמות הקרקע הנקייה שזוהמה בשל פסולת זו היא כ-150 אלף קוב. העותרת, לעומת זאת, סבורה שהיחס בין הפסולת לקרקע המזוהמת הוא 1:5 ולא 1:3.

ההליכים הקודמים בעניינה של העותרת

4. העתירה שלפנינו עוסקת, כאמור, בפרויקט לפינוי פסולת האסבסט שיצאה - כך נטען - מן המפעל של איתנית. אלא שאין מדובר ב"סיבוב ראשון" של ההליכים המשפטיים בסוגיה זו, בין איתנית לבין הרשויות.

בשלב מסוים החלה איתנית לפנות חלק מפסולת האסבסט לאתר בתחומי המועצה המקומית שלומי (מחצבת חניתה), ללא היתר או רשיון. בשנת 1981 דרש משרד הבריאות להפסיק את ההטמנה שם, והאתר נסגר. לאחר מכן הטמינה איתנית פסולת אסבסט באתר שייח' דנון, גם כאן ללא היתר או רשיון. במרץ 2002 הוציא המשרד להגנת הסביבה (להלן: המשרד) תנאים להיתר הזמני שיאפשרו את שיקום האתר בשייח' דנון. עתירה שהגישה איתנית נגד המשרד - נדחתה, תוך שבית המשפט

מציין כי הדרישה לחייב את איתנית לשאת בעלויות שיקום האתר היא "טבעית וברורה מאליה" (עת"מ 589/02). בסופו של דבר בשנת 2003, בתום הליכים משפטיים נוספים, נסגר גם אתר שיח' דנון.

בשנת 1998 - לאחר סגירת המפעל - יזמה עיריית נהריה פרויקט להקמת פארק שעשועים בשם "מדינת הילדים". הפארק אמור היה להיות מוקם על חוף הים, בסמוך למפעל הסגור. כאשר התברר שהשטח מזוהם באסבסט הוציא המשרד צו לשמירת הניקיון, מכוח סעיף 13 ב לחוק שמירת הניקיון, התשמ"ד-1984. עיריית נהריה הודיעה כי היא תנקה את השטח מאסבסט, ובהמשך תבעה את איתנית להחזיר עלויות. בשנת 2007 הסתיים הסכסוך בין העירייה לאיתנית בהסכם פשרה ביחס לאותו שטח.

בשנת 2005 נפגש השר להגנת הסביבה (להלן: השר) עם נציגי איתנית ועיריית נהריה, בניסיון להגיע להסכמה על מימון משותף לסילוק פסולת האסבסט מהגליל המערבי. הניסיון לא צלח. במאי 2007 חודשו המגעים בין הצדדים. איתנית הציעה, בין היתר, כי היא תבצע בעצמה את עבודות פינוי הפסולת. בנובמבר 2008 הודיע המשרד לאיתנית כי הוחלט שהמדינה לא תקדם עוד את ההסכם המשותף.

בדצמבר 2008 הופץ תזכיר חוק האסבסט. החוק ביקש לתת מענה למכלול ההיבטים הסביבתיים של מפגעי האסבסט בארץ. בין היתר כלל החוק סעיף מיוחד, שעסק בפרויקט לניקוי הגליל המערבי מפסולת אסבסט. זהו סעיף 59 להצעת החוק, אשר התגלגל בסופו של דבר לסעיף 74 בחוק המוגמר - הוא הסעיף שעומד בלב העתירה שלפנינו. להלן נעמוד ביתר הרחבה על החוק ועל הסעיף. בתמצית נאמר כי הסעיף הטיל על איתנית לממן מחצית מהפרויקט לסילוק פסולת האסבסט מהגליל המערבי. בנובמבר 2009 התקבל החוק בקריאה ראשונה, והועבר לטיפול ועדת הפנים והגנת הסביבה. נציגי איתנית נכחו אף הם בדיוני הוועדה, ושטחו את טענותיהם נגד ההסדר המוצע. במרץ 2011 אושרה הצעת החוק בקריאה שנייה ושלישית.

במקביל לקידום החוק, פרסם המשרד מכרז לבחירת החברה המנהלת של פרויקט הסילוק. התקיימו מגעים גם עם איתנית, ובדצמבר 2009 היא הציעה להשתתף בפרויקט בסכום של 10 מיליון ₪, סכום שעודכן בהמשך ל-15 מיליון ₪. בין הצדדים התגלו פערים גדולים ביחס לתחשיב העלויות, בין היתר לנוכח אומדן שונה של כמות הקרקע שזוהמה ושל עלות הפינוי. בנובמבר 2010, בתום משא ומתן, הודיע משרד האוצר לאיתנית על דחיית הצעתה הכספית לביצוע הפרויקט, ואיתנית הודיעה בתגובה כי היא מבטלת את הצעתה.

ביוני 2011, לאחר שהחוק פורסם ברשומות, פנתה איתנית לשר להגנת הסביבה וטענה כי סעיף 74 מעלה בעיות חוקתיות מהמעלה הראשונה. הוצע כי השר יתקין תקנות באופן שימנע, או לכל הפחות יצמצם, את הפגיעה בזכויותיה של איתנית. המשרד בתשובתו הדגיש כי השאלות החוקתיות כבר נדונו בצורה מקיפה ויסודית בטרם אישור החוק. בהמשך, באוגוסט 2011, העביר השר לעיון איתנית טיוטה של הוראות לביצוע החוק מכוח סעיף 74. הטיוטה לא השביעה את רצונה של איתנית, וההתכתבות בין הצדדים נמשכה. בסופו של דבר, בספטמבר 2011 חתם השר על הנוסח הסופי של ההוראות. משבאה איתנית לכלל מסקנה כי מיצתה את ההליכים לעידון סעיף 74, מבלי שדרישותיה לצמצום הפגיעה בה באו על סיפוקן - הוגשה העתירה שלפנינו.

על החוק למניעת מפגעי אסבסט ואבק מזיק (חוק האסבסט)

5. חוק האסבסט נועד לצמצם את המפגעים הסביבתיים והבריאותיים אשר נגרמים על ידי אסבסט, או על ידי אבק מזיק מסוג אחר. זאת לשם הבטחת קיומה של סביבה נאותה לפי עקרון הזהירות המונעת, ושיפור איכות החיים והסביבה (סעיף 1).

באופן קונקרטי הוטל איסור על ייצור, ייבוא, החזקה ושימוש באסבסט בכל דרך שהיא ולכל מטרה שהיא, למעט היתרים הקבועים בחוק (סעיף 3). נקבעו הוראות שעניינן המשך שימוש באסבסט קיים במקומות ציבוריים ובמפעלים (סעיפים 4-8). החוק אוסר על כל אדם לגרום למפגע אסבסט, דהיינו: להביא לנוכחות של סיבי אסבסט באוויר, ומחייב את יוצר המפגע להסיר את המפגע על חשבונו (סעיפים 10-11). החוק מסדיר גם את אופן העיסוק באסבסט, לרבות מתן רשיונות ואופן ביצוע עבודות באסבסט (פרקים ה'-ו'). כן ניתנה אופציה להחיל כמה מהוראות החוק ביחס לחומרים נוספים שיוגדרו כאבק מזיק (סעיף 71).

סעיף 74 יוחד לטיפול במפגעי האסבסט שבגליל המערבי. זהו הסעיף בו מתמקדת, כאמור, העתירה שלפנינו. נביא כאן את לשון הסעיף:

(א) בסעיף זה -

"הפרויקט לפינוי אסבסט מהגליל המערבי" - פרויקט לאיתור, לסילוק ולהטמנה של פסולת אסבסט שמקורה במפעל לייצור אסבסט בגליל המערבי, שהוטמנה או פוזרה ברדיוס שאינו עולה על 15 ק"מ מהמפעל, למעט בקרקעות שבבעלות חברות אסבסט, בהיקף ובמתכונת שהורה עליהם השר בהתייעצות עם שר האוצר, ולעניין ההיבט התקציבי של הפרויקט - בהסכמת שר האוצר;

"חברות אסבסט" - חברות שעסקו במועד שקדם ליום התחילה בייצור אסבסט בגליל המערבי.

- (ב) הפרויקט לפינוי אסבסט מהגליל המערבי ימומן מתקציב המדינה ומתשלומים שיעבירו חברות האסבסט, וכן מתשלומים שיעבירו רשויות מקומיות שבתחומן מתבצע הפרויקט (בסעיף זה - הרשויות המקומיות).
- (ג) בקרן לשמירת הניקיון ינוהל חשבון נפרד שישמש למימון עלויות, ישירות או עקיפות, של הפרויקט לפינוי אסבסט מהגליל המערבי (בסעיף זה - החשבון הנפרד).
- (ד) השר, בהסכמת שר האוצר, לאחר שנתן לרשויות המקומיות ולחברות האסבסט הזדמנות לטעון את טענותיהן, יורה על גובה הסכומים שיעבירו הרשויות המקומיות וחברות האסבסט לחשבון הנפרד, ועל מועדי תשלומם, ובלבד שהסכום הכולל שיעבירו חברות האסבסט יהיה שווה לסכום התשלומים הכולל שיועברו מתקציב המדינה ומהרשויות המקומיות יחד; ואולם הסכום הכולל שיעבירו חברות האסבסט כאמור לא יעלה על 150 מיליון שקלים חדשים.
- (ה) בקביעת סכום התשלום ומועדיו לפי סעיף קטן (ד) ישקול השר בין השאר את היקף תקציב המדינה המיועד למימון כלל עלויות הפרויקט, את התקציב שהוצא בפועל, ולגבי הרשויות המקומיות - את זהות בעלי הזכויות בקרקעות שבהן קיים האסבסט, את השימושים הנעשים בקרקעות האמורות ואת היקף אחריותן של הרשויות לגביהן, וכן את מצבן הכלכלי של הרשויות המקומיות.

במילים אחרות, יוקם פרויקט לפינוי פסולת אסבסט שמקורה במפעל של איתנית, ואשר הוטמנה או פוזרה ברדיוס של עד 15 ק"מ מהמפעל. לעניין זה "פסולת אסבסט" כוללת אסבסט שפורק, נפגע או נשבר, וכן אסבסט שאינו בשימוש (הגדרות בסעיף 2). יצוין כי החוק אמנם לא נוקב בשמה המפורש של איתנית, אלא נוקט בניסוח כוללני - "חברות אסבסט" ו"מפעל לייצור אסבסט". ברם, כפי שיובהר להלן, אין מחלוקת כי החוק מכוון הלכה למעשה רק אל איתנית ואל המפעל שבבעלותה - היא החברה היחידה באזור הגליל המערבי שעסקה בייצור אסבסט.

הפרויקט ימומן משלושה מקורות תקציביים: המדינה, הרשויות המקומיות שבתחומן מתבצע הפרויקט, ואיתנית (אשר כאמור לא מוזכרת בשמה המפורש בסעיף). השר יקבע את היקף הפרויקט ומתכונתו. כמו כן יורה השר על גובה הסכומים שיעבירו הרשויות המקומיות ואיתנית, לאחר שישמע את טענותיהן. קביעת סכומי ההשתתפות כפופה כאמור לשתי מגבלות: ראשית, הסכום שתעביר איתנית יהיה שווה לסכום הכולל שיועבר מהמדינה ומהרשויות המקומיות יחד. שנית, הסכום שתעביר איתנית לא יעלה על 150 מיליון ₪.

בספטמבר 2011 חתם השר על הוראות הביצוע. נקבע שם כי הפרויקט יבוצע במשך חמש שנים, באמצעות חברה מנהלת שנבחרה במכרז. השתתפות של רשות מקומית תחושב על בסיס 10% מעלות הסילוק, באמצעות ביצוע פעולות שוות ערך, לרבות השבת המצב לקדמותו. לשם קביעת הסכומים שתעביר איתנית יישלח לה מדי

שלושה חודשים פירוט של התשלומים שנעשו, בתוספת דיווח מפורט אודות האתרים בהם בוצעו עבודות הסילוק וכמות הפסולת שפונתה. לאיתנית תינתן שהות של 30 יום להגיב על כל דרישת תשלום שתועבר לה (נספח 20 לתשובת המדינה).

טענות הצדדים

6. איתנית טוענת, בתמצית, כי סעיף 74 פוגע בקניינה ובזכותה לשוויון, מבלי שיתקיימו תנאיה של פסקת ההגבלה.

הפגיעה בקניין מתבטאת בעצם השתת החיוב הכספי, ומתעצמת לנוכח זאת שמדובר באחריות רטרואקטיבית וחמורה ללא הוכחת אשם. הפגיעה בשוויון נוצרת משום שהעותרת הופלתה לרעה בהשוואה לגורמים אחרים - יבואני אסבסט, משתמשי הקצה ומזהמים עתידיים - אשר הופטרו באופן חלקי או מלא מאחריות לפסולת האסבסט.

הפגיעה בקניין ובשוויון איננה עומדת, כך נטען, במבחני פסקת ההגבלה. זו איננה פגיעה על פי חוק, משום שמדובר בחקיקה פרסונאלית. היא איננה לתכלית ראויה ההולמת את ערכי מדינת ישראל, משום שאיתנית נצבעה רטרואקטיבית בצבע של מפרת חוק, מבלי שהוכח כי היא זו שזיהמה בפועל את הקרקעות. ולבסוף, הפגיעה איננה מידתית: החוק איננו מקדם את התכלית של הכוונת התנהגות והרתעת עבריינים, כך שאין קשר רציונאלי בין התכלית לבין האמצעי שנבחר. כמו כן ניתן היה לבחור באמצעים פוגעניים פחות, לדוגמא: לאפשר לאיתנית לבצע את הפרויקט בעצמה, או לקבוע את שיעור ההשתתפות במימון על פי מידת אחריותה. בין כה ובין כה, התועלת שיש בסעיף מתגמדת לנוכח הפגיעה שתיגרם לאיתנית.

בשורה התחתונה, איתנית מבקשת להורות על בטלותו של סעיף 74. לחלופין מתבקשים מספר סעדים חלופיים, על פי המדרג הבא: להורות לשר לקבוע תקנות אשר יפטרו את איתנית דה-פקטו מהוראותיו של סעיף 74; להורות על שימוש באמצעים מידתיים יותר (כיסוי שבילים או ביצוע עבודות על ידי איתנית); או להורות לשר לקיים לאיתנית הליך שימוע, במסגרתו הוא ישקול את היקף אחריותה ביחס לכל חטיבת קרקע הנכללת בפרויקט.

7. המדינה מדגישה כי סעיף 74 נועד לחול אך ורק על פסולת תעשייתית שמקורה בתהליכי העבודה במפעל של איתנית. אין מדובר במוצרי אסבסט-צמנט מוגמרים,

שנרכשו על ידי משתמשי הקצה ולאחר זמן פורקו והושלכו, אלא רק בפסולת אשר יוצרה על ידי איתנית.

המדינה מוכנה להניח כי החוק פוגע בקניינה של איתנית. ברם לא כך הוא באשר לפגיעה בשוויון: ספק אם יש מקום להחיל את זכות השוויון החוקתית על תאגידים, ובכל מקרה לא נפגעה כאן זכותה של איתנית לשוויון, שכן קיים שוני רלבנטי בינה לבין כל אחד מהגורמים האחרים שעליהם היא הצביעה.

על בסיס זה ממשיכה המדינה את הניתוח החוקתי. הפגיעה היא על פי חוק, אף אם מדובר בחוק פרסונאלי. הפגיעה היא לתכלית ראויה - הסרת מפגע סביבתי חמור בגליל המערבי. החוק מבוסס על עיקרון "המזהם משלם", אשר שואב את כוחו משיקולי יעילות, הרתעה וצדק. באשר לשאלת המידתיות, ישנו קשר ברור בין המטרה - ניקוי הגליל מפסולת אסבסט, לבין האמצעי - הקמת הפרויקט. האמצעי שנבחר הוא מתון, שהרי איתנית נושאת רק במחצית העלות ובכל מקרה עד לסכום של 150 מיליון ₪. ההצעה לפיה איתנית תפנה את השטח בעצמה נדונה זמן רב בין הצדדים, אך התבררה כלא יעילה ולא מעשית. ולבסוף, התועלת שיביא החוק (הסרת סיכונים בריאותיים מוכחים) עולה בהרבה על הנזק שייגרם, ככל שייגרם, לאיתנית.

8. בשטחה של המשיבה 5, המועצה האזורית מטה אשר, מצויים רבים מבין אתרי פסולת האסבסט המיועדים לפינוי. המועצה מדגישה בתשובתה לעתירה כי איתנית התפרנסה היטב ממכירת פסולת האסבסט-צמנט, על אף שידעה בזמן אמת - או לכל הפחות צריכה הייתה לדעת - אודות ההשלכות המסוכנות שיש לחשיפה לאסבסט. המועצה אף מציינת כי זכויות היסוד להן טוענת איתנית, ככל שישנן, נדחות מפני הזכות לחיים ולשלמות הגוף של נפגעי האסבסט בפועל ובכוח.

המשיבות 6-7, עמותות ציבוריות בתחום הגנת הסביבה, מזכירות כי החוק בא לעולם לאחר שכל הנסיונות להסדיר את החבות הכספית של איתנית בהסכמה - כשלו. המשיבות מפנות בהקשר הנוכחי לעיקרון אחריות היצרן המורחבת (EPR), אשר מטיל אחריות על יצרנים בגין השפעות סביבתיות של המוצרים לאורך כל מסלול חיי המוצר. עיקרון זה מיושם בהקשרים שונים במרבית מדינות ה-OECD, אשר כיום גם ישראל חברה בו.

9. להשלמת התמונה יצוין כי ביום 10.9.2012 התקיים דיון בעתירה. בתום הדיון הורינו לצדדים למסור, בתוך 60 יום, הודעה באשר לאפשרות להגיע להסדר. ביום 16.11.2012 הודיעו המשיבים כי לשיטתם אין מקום להגיע להסדר שונה מזה שקבע המחוקק בסעיף 74. מכאן הצורך להכריע בעתירה.

כמו כן יצוין כי הונחה לפנינו בקשה מטעם גב' איילת ברונר להצטרף כמשיבה לעתירה. בבקשה הוסבר כי בעלה של המבקשת, איש קיבוץ כברי הסמוך לשטח המפעל, נפטר ממחלת המזותליומה עקב חשיפה לאבק אסבסט, וכי המבקשת הגישה בשל כך תביעה נזיקית כנגד איתנית וכנגד המדינה. המבקשת טוענת כי ברשותה ראיות נוספות לכך שהמדינה ואיתנית ידעו במועדים הרלבנטיים על סיכוני האסבסט. בנסיבות העניין טיעוני המבקשת מצאו ביטוי, בין במפורש בין מכללא, בטיעוניהם של יתר הצדדים לעתירה, ועל כן לא מצאנו לנכון להורות מבחינה פורמאלית על צירופה של המבקשת.

דיון והכרעה

1. המשפט המשווה

10. הסוגיה שמונחת לפנינו היא בעלת מימד אוניברסאלי. היא נובעת מהקשר בין האדם לבין האדמה. ביתר פירוט, היא נובעת מהקונפליקט שבין רצונו של האדם להשתלט על סביבתו לבין המחיר שהתקדמות זו גובה.

הדיאלקטיקה שמתעוררת בשל שאיפתו של האדם להתפתח מוכרת גם למשפט העברי, והיא חוצה את כל שערי הזמן. שורשיה נטועים עוד באדם הראשון. בספר בראשית מצווה האדם: "פרו ורבו ומלאו את הארץ וכבשוה" (בראשית א, כח). במסתו המונומנטאלית של הרב יוסף דב הלוי סולובייצ'יק, "איש האמונה הבודד", שנכתבה לפני כמעט 50 שנה, צוין כי בפתיחת ספר בראשית קיימים שני תיאורים של בריאת האדם כדי להדגיש שני פנים שלו. אדם הראשון המתואר בפרק א' בספר בראשית, אשר לגביו נאמר כי "בצלם אלוהים ברא אותו" (בראשית א, כז), הוא יוצר. "הוא עוסק במלאכה יוצרת, מתוך שאיפה להידמות לבוראו... בעשותו כל אלה משתדל האדם הראשון למלא את התפקיד שהוטל עליו... 'ומלאו את הארץ וכבשוה'... כבוד האדם, הבא לידי ביטוי בתודעת האדם שהוא אחראי וכי הוא מסוגל למלא את התפקיד שהוטל עליו, אינו ניתן להגשמה כל עוד לא השתלט על סביבתו... אין כבוד ללא אחריות, ואי אפשר לשאת באחריות כל עוד אי אפשר לקיים את ההתחייבויות הכרוכות בכך... הגענו אפוא למשוואה משולשת: אנושות = כבוד = אחריות = הוד" (The Lonely Man of Faith, J. B. Soloveitchik, Tradition Magazine (summer 1965), Rabbinical Council of

America; תורגם לעברית ע"י הוצאת מוסד הרב קוק, הדפסה שמינית תשנ"ב, עמ' 13-18). שליטה על הסביבה - אליה וקוץ בה. האדם בהתמודדותו עם הטבע מרשים, יצירתי ומתקדם מדור לדור. דא עקא, הבנתו מוגבלת. אין ביכולתו לדעת, באותה עת שבה הוא משתלט על הסביבה, מה המחיר ש"התקדמות" זו גובה.

המשפט העברי אף היה רגיש להיבט זה של העניין. הלכה היא - בל תשחית (ראו אנציקלופדיה תלמודית, כרך ג, ערך "בל תשחית"). במקור, האיסור הוא להשחית עץ מאכל במהלך מצור במלחמה: "כי תצור אל עיר ימים רבים להילחם אליה לתופסה לא תשחית את עצה" (דברים כ, י"ט-כ). אולם חכמי ההלכה פירשו את האיסור באופן רחב. ספר החינוך, אשר מסכם את כל תרי"ג המצוות (נכתב במאה ה-13 ככל הנראה על ידי ר' אהרון הלוי מברצלונה), מסביר את טעמי המצווה ותחולתה:

"שורש המצוה ידוע, שהוא כדי ללמד נפשנו לאהוב הטוב והתועלת ולהדבק בו, ומתוך כך תדבק בנו הטובה ונרחיק מכל דבר רע ומכל דבר השחתה. וזהו דרך החסידים ואנשי מעשה אוהבים שלום ושמחים בטוב הבריות ומקרבים אותן לתורה, ולא יאבדו אפילו גרגר של חרדל בעולם, ויצר עליהם בכל אבדון והשחתה שיראו, ואם יוכלו להציל יצילו כל דבר מהשחית בכל כחם" (פרשת שופטים, מצוה תקכ"ט).

בעל התניא, ר' שניאור זלמן מלאדי (מייסד חסידות חב"ד ברוסיה במאה ה-18), סבור כי האיסור של "בל תשחית" חל אף על הפקר:

כשם שצריך להזהר בגופו שלא לאבדו ולא לקלקלו ולא להזיקו, כך צריך להזהר במאודו [ממונו] שלא לאבדו ולא לקלקלו ולא להזיקו. וכל המשבר כלים או קורע בגדים או הורס בנין או סותם מעין או מאבד מאכלות או משקין או ממאסם, וכן המקלקל שאר כל דבר הראוי ליהנות בו בני אדם עובר בלא תעשה, שנאמר 'לא תשחית את עצה'... אפילו משל הפקר (שולחן ערוך הרב, חושן משפט, הלכות שמירת הגוף והנפש ובל תשחית, סעיף י"ד).

כך העניין איננו שמירה על הזכויות הקנייניות של האחר במובן הפרטי, אלא על הסביבה בתור שכזו.

האמור משמש רקע נורמטיבי לסוגיה הנידונה. בכל העולם נדרשות מדינות, בשנים האחרונות, להתמודד עם דילמות שונות הקשורות לאיכות הסביבה. חלק נכבד מהדילמות משלב בתוכו בין היתר היבטים משפטיים, כלכליים ומוסריים. בתוך כל אלו, סילוק פסולת מזהמת - הסוגיה הניצבת בלב העתירה שלפנינו - הוא נושא אשר תופס משקל של ממש. האסבסט, בפרט, הוכיח את עצמו כחומר יעיל וחזק, בעל שימושים רבים. התברר עם הזמן כי כוחו לפגוע עולה לאין שיעור על כוחו להועיל.

מאז המאה ה-20, מדינות שונות התמודדו עם הסוגיה כיצד לנקות את הסביבה מהאסבסט, על מי מוטלת חובה זו ומי ישלם על הביצוע. אשר על כן, מצאתי לנכון להפנות תחילה את המבט אל המצב המשפטי הרלבנטי בכמה מדינות מפתח שמעבר לים. מובן שאין להקיש אוטומטית מהתם להכא. אך בשל אופייה האוניברסאלי של הסוגיה שלפנינו אני סבור שתצמח ברכה מהטיית אוזן קשבת אל המגמות המשפטיות בעולם הרחב. ראוי לציין, טרם הצגת המצב המשפטי במדינות השונות, שדברי החקיקה אליהם אתייחס חלים גם על מפגעי אסבסט כחלק מקבוצה רחבה יותר של חומרים מזהמים או מסוכנים.

11. בשנת 1980 נחקק בארצות הברית החוק הפדראלי לטיפול במפגעים סביבתיים: Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act, ובקיצור CERCLA. מטרת החוק הייתה להסדיר את אופן הסילוק של חומרים מזהמים מאתרי פסולת מסוכנת שננטשו או שהפעילות בהם הופסקה. נקבע כי החובה לשאת בעלויות הניקוי מוטלת על מי שיצר את המפגע (ראו: Karen S. Danahy, *CERCLA Retroactive Liability in the Aftermath of Eastern Enterprises v. Apfel*, 48 BUFF. L. REV. 509, 530 (2000)). להלן נתמקד בשני אלמנטים של החוק שיש להם חשיבות מיוחדת לענייננו: אחריות חמורה, ורטוראקטיביות.

הפסיקה קבעה כי CERCLA מכונן משטר של אחריות קשיחה, או – בתרגום המקובל – אחריות חמורה (strict liability): אין נפקות לשאלה האם, ובאיזו מידה, יוצר המפגע הפר את חובתו לנהוג בזהירות סבירה או נשא באשמה כלשהי ביחס לסיכון שנוצר. דהיינו, במצב זה, יוצר המפגע יישא באחריות אף מבלי שהוכחה הפרה של חובת זהירות (Alexandra Klass, *From Reservoirs to Remediation: The Impact of CERCLA on Common Law Strict Liability Environmental Claims*, 39 WAKE FOREST L. REV. 903 (2004); וראו ישראל גלעד דיני נזיקין - גבולות האחריות 1190, בה"ש 167 (2012), אשר מתייחס לאבחנה בין אחריות חמורה לבין אחריות מוחלטת (absolute liability), כאשר האחרונה "אינה מסויגת בהגנות כלשהן"). על אף שעיקרון האחריות החמורה לא נכתב במפורש ב-CERCLA, נקבע בפסיקה כי ההיסטוריה החקיקתית - כולל פרוטוקולים של הוועדות ודיוני המליאה בבית המחוקקים ובסנאט - מוכיחה שזו הייתה כוונת המחוקק (ראו: *New York v. Shore Realty Corp.*, 759 F.2d 1032, 1042 (2nd Cir. 1985); *General Elec. Co. v. Litton Indus. Automation Sys., Inc.*, 920 F.2d 1415, 1418 (8th Cir. 1990); *Burlington N. & Santa Fe Ry. v. United States*, 556 (U.S. 599, 608 (2009)).

סטנדרט האחריות החמורה לא צמח על קרקע בתולה. במשפט המקובל, אחריות חמורה היא סטנדרט נזיקי נפוץ ביחס לפעילויות מסוכנות במיוחד. פסק הדין האנגלי מהמאה ה-19, *Rylands v. Fletcher*, עסק במאגר מים שהתפוצץ והציף מכרה פחם סמוך של שכנו (*Rylands v. Fletcher*, L.R. 3 H.L. 330 (1868)). בית הלורדים הטיל על הנתבע אחריות, על אף שלא הוכחה כל רשלנות מצידו, משום שמדובר היה ב"דבר העלול לגרום נזק בהימלטו" ("likely to do mischief if it escapes"). בימינו אנו, ב-RESTATEMENT OF TORTS השני והשלישי מצוין כי מי שעוסק בפעילות מסוכנת באופן חריג (abnormally dangerous activity) - יחוב בנזק שייגרם כתוצאה מן הפעילות, גם אם נקט באמצעי זהירות מקסימאליים (RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 519(1)). (1977); ראו גם: RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL AND EMOTIONAL HARM § 20 (2010)). זהו המסד ההיסטורי-משפטי שממנו צמח סטנדרט האחריות החמורה של ה-CERCLA.

מההיסטוריה של החקיקה, הפסיקה והמאמרים שהובאו ביחס ל-CERCLA עולה נימוק נוסף להטלת אחריות חמורה: שיטות משפט קונבנציונאליות נכשלו בניסיון להתמודד עם התופעה של פסולת מזהמת. נקודה זו, ששייכת לאסכולת הריאליזם המשפטי, אף היא תרמה את חלקה לעיצוב המדיניות המשפטית. בין הטעמים הנוספים להטלת אחריות חמורה עומדים שיקולי צדק: בהעדר אשמה, מוצדק יהיה להטיל את הסיכון על מי שיצר אותו והפיק ממנו תועלת כלכלית (Lynda J. Oswald, *Strict Liability of Individuals Under CERCLA: A Normative Analysis*, 20 B.C. ENVTL. AFF. L. REV. 579 (1993)). אמנם היו כאלו שתקפו את החקיקה בשל הטלת אחריות ללא אשם. אך התקבלה העמדה לפיה בבחירה בין פיזור העלות על כל החברה לבין פיזור העלות על הגורם המזהם - ידה של האפשרות השנייה על העליונה. זאת גם בשל הזיקה של הגורם המזהם לנזק שנגרם, כאמור, הן מבחינת יצירת הנזק והן מבחינת הרווח שהפיק ממנו.

מנקודת מבט אחרת, נשאלת השאלה מה התועלת הכלכלית בהטלת אחריות ללא אשם? היכן ההרתעה? תשובה לכך מצויה בהבחנה בין הפנמת עלויות לבין החצנת עלויות (cost internalization vs. cost externalization). לפי תיאוריה זו, מי שעוסק בחומר מזהם או שעלול לזהם - ייקח בחשבון את האפשרות שיחויב על פי אחריות חמורה. כדי לחסוך בעלויות עתידיות הוא ייזום מלכתחילה פעולות מחקר ופיתוח ניסיוניות כדי לייצר מוצר חסכוני וידידותי לסביבה, או לכל הפחות בעל פוטנציאל נזק קטן יותר. הגורם המזהם, שהוא בעל הידע והיכולת, מצוי בעמדה הטובה ביותר לנקוט צעדי מניעה כאלו. על פי תפישה זו, דווקא אחריות חמורה עשויה

לעודד הרתעה (להרחבה ראו: MARK WILDE, CIVIL LIABILITY FOR ENVIRONMENTAL DAMAGE: A COMPARATIVE ANALYSIS OF LAW AND POLICY IN EUROPE AND THE UNITED STATES (2002); LUCAS BERGKAMP, LIABILITY AND ENVIRONMENT: PRIVATE AND PUBLIC LAW ASPECTS OF CIVIL LIABILITY FOR ENVIRONMENTAL HARM IN AN INTERNATIONAL CONTEXT (2001)).

כפי שהוזכר, ה-CERCLA מטיל אחריות גם על מי שפיזר חומרים מסוכנים לפני כניסת החוק לתוקפו, על אף שפעולות כאלו היו מותרות בשעת עשייתן. החוק נאלץ להתמודד עם עובדות שכבר מצויות בשטח. גם בהקשר זה החוק האמריקאי לא ציין במפורש את האחריות הרטרואקטיבית. יוזכר גם כי בדין האמריקאי ישנה חזקה הניתנת לסתירה שדבר חקיקה איננו חל רטרואקטיבית, אלא אם ברור שכוונת המחוקק הייתה אחרת (*Eastern Enterprises v. Landsgraf v. Usi Film Prods.*, 511 U.S. 244 (1994); *Apfel*, 524 U.S. 498 (1998)). אלא שהפסיקה הכירה בתחולתו הרטרואקטיבית של ה-CERCLA, מתוך הבנה שזו הייתה כוונתו הברורה של המחוקק. כך נלמד מלשון החוק, מההיסטוריה שלו ומאופיים של מנגנוני התשלום שנקבעו בו (ראו: *U.S. v. Hooker Chem. & Plastics Corp.*, 680 F.Supp. 546 (W.D.N.Y. 1988); *U.S. v. Olin Corp.*, 107 F.3d (11th Cir. 1997)).

התחולה הרטרואקטיבית של CERCLA עמדה בביקורת השיפוטית. נקבע שאין בהיבט זה של החוק כדי להפר את עקרונות ההליך ההוגן (due process). זאת משום שביסוד החקיקה עומדת תכלית רציונאלית ולגיטימית של ניקוי אתרי פסולת מסוכנת שאינם עוד בשימוש. בנוסף, החקיקה איננה שרירותית או לא-רציונאלית, היות והיא מוטלת על הגורם אשר יצר את הזיהום והרוויח מכך (*U.S. v. Ne. Pharm. & Chem. Co.*, 810 F.2d 726, 732-734 (8th Cir. 1986)). פסקי הדין אף התייחסו לכך שבהעדר תחולה רטרואקטיבית - לא ניתן יהיה להשיג את תכלית החוק: ניקוי הפסולת הקיימת. יש לשים לב לדמיון בין מבחנים אלו לבין מבחני פסקת ההגבלה בדין הישראלי.

12. בשנת 2004 התקבלה באיחוד האירופי דירקטיבה שעוסקת באחריות לנזקים סביבתיים: Environmental Liability with Regard to the Prevention and Remedying of Environmental Damage, ובקיצור ELD. העיקרון המנחה של הדירקטיבה הוא "המזהם - משלם": מי שגרם במעשיו לנזק סביבתי - יישא בנטל הכספי של התוצאות.

הוראות ה-ELD אינן מחייבות את מדינות האיחוד לקבוע תחולה רטרואקטיבית, כלומר: כזו שתחול גם על נזק סביבתי שהתרחש לפני שנקבע האיסור

בחוק. באשר להיקף האחריות, דירקטיבת ה-ELD מבחינה בין שתי קטגוריות. הקטגוריה האחת היא של אחריות חמורה, והיא חלה על נזק שנגרם בשל פעילויות מסוכנות אשר מנויות בתוספת השלישית לדירקטיבה. הקטגוריה השנייה היא של אחריות מבוססת-אשמה, והיא חלה על כל יתר הפעילויות במידה ונגרם נזק לשמורות טבע או למינים מוגנים של בעלי חיים. יצוין כי בגרסאות מוקדמות יותר של הדירקטיבה הובעה תמיכה בתחולה גורפת יותר של אחריות חמורה: בשנת 1993 פרסמה הנציבות "מסמך ירוק", מעין נייר עבודה בלתי מחייב, אשר עסק בהצדקות למשטר של אחריות חמורה בהקשר של נזק סביבתי (*Commission Green Paper on*) (Remedying Environmental Damage (COM 1993) 47 final (May 14, 1993)). בהמשך לכך פורסם בשנת 2000 "מסמך לבן", מעין מסמך עקרוני מחייב-למחצה (*Commission*) (White Paper on Environmental Liability (COM 2000) 66 final (Feb. 9, 2000)). מסמך זה הרחיב אודות הקשיים הראייתיים שנובעים ממשטר של אחריות מבוססת-אשם, ואשר עשויים להיפתר תחת משטר של אחריות חמורה, וטען כי יש מידה רבה יותר של צדק בהטלת אחריות חמורה על מזהם. בנוסף הודגשה הדוקטרינה של הפנמת עלויות כדרך להשיג הרתעה.

בפועל, מדינות אירופה אימצו גישות שונות (על המצב המשפטי באירופה

ראו: CHRIS CLARKE, UPDATE COMPARATIVE LEGAL STUDY (2001); Robert V. Percival, Katherine H. Cooper & Matthew M. Gravens, *CERCLA in a Global Context*, 41 SW. L. REV. (1999) 727; N.S.J. KOEMAN, ENVIRONMENTAL LAW IN EUROPE (1999) 740. בשוודיה מוטלת אחריות חמורה בגין כל זיהום שגורם נזק או סיכון לאדם ולסביבה (Sweden) (Environmental Code, 1998). כך הוא המצב גם בשווייץ, שאיננה חברה באיחוד האירופי (Environmental Protection Act of 1983, §4), (Percival, Cooper &) (Gravens, 740). בהולנד, קיימת הבחנה בין שני דברי חקיקה: החוק משנת 1982 (Soil) (Clean-up (Interim) Act of 1982) חל רטרואקטיבית משנת 1975 והלאה, משום שהחל מתאריך זה מזהם היה צריך להיות מודע לכך שהוא צפוי לשאת באחריות בגין מעשיו. המשמעות היא שאם המדינה מסלקת זיהום שנוצר לאחר שנת 1975 - ניתן לדרוש מהבעלים לשאת בעלויות. כך קבע בית המשפט העליון ההולנדי (State v. Van) (Wijngaarden and State v. Akzo Resins (24.4.1992)). החוק משנת 1994 מתמקד בצווים מנהליים לסילוק מפגעים. הרשות עושה שימוש בחוק זה, בהצלחה מסוימת, כדי להורות למזהם או לבעל הקרקע לסלק זיהום שנוצר לפני שנת 1975. כמו כן קיים מנגנון של ביטוח סביבתי משותף לחברות הביטוח ההולנדיות (Nederlandse) (Milieupool), אשר מטרתו להעניק כיסוי כולל לעלויות שנגרמות בשל סילוק זיהומים, באמצעות תשלומים ישירים לצד ג' (Percival, Cooper & Gravens, 744; WILDE, 2003).

בסעיף 5, החוק הרלבנטי (Wastes Law tit. V (B.O.E. 96, 1998)) מטיל על יוצר הזיהום את האחריות לניקוי האתר המזוהם. האחריות היא רטרואקטיבית וחמורה. גרמניה אימצה בשנת 1998 את החוק הפדראלי שמסדיר את הגנת המקרקעין מפני זיהומים (The Federal Soil Protection Act). החוק מחיל משטר של אחריות חמורה, אולם היקף הפיצוי בפועל עשוי להיות מוקטן בהתחשב במידת האשמה של המזהם. בפינלנד, החוק החדש משנת 2000 (Environmental Protection Act) מחיל אחריות חמורה על כל סוגי הזיהומים, אך לא באופן רטרואקטיבי. המצב בבריטניה דומה במידה רבה למצב המשפטי בארצות הברית תחת ה-CERCLA: החוק הבריטי להגנת הסביבה (Environmental Protection Act) משנת 1995 מטיל אחריות חמורה ורטרואקטיבית לסילוק מפגעים, ללא קשר למועד היווצרות הזיהום וללא הגבלה לרשימה ספציפית של חומרים מסוכנים.

בקנדה, החקיקה הסביבתית הרלבנטית איננה במישור הפדראלי. באופן כללי, החקיקה במרבית המחוזות בקנדה מבוססת על עיקרון "המזהם משלם" תוך אימוץ של משטר האחריות החמורה. בסטקצ'ואן, החוק מטיל על יוצר המפגע אחריות מלאה לסילוק המפגע (Environmental Management and Protection Act). בנובה סקושיה, כל מי שמשחרר חומר מזהם לסביבה נדרש לתקן את הזיהום ולהסיר את החומר המזהם (Nova Scotia Environment Act, 1994-1995 S.N.S., ss. 67(2), 68(2)). משטר האחריות המחמיר ביותר הוא של קולומביה הבריטית (Environmental Management Act, S.B.C.) (2003). החוק מחייב יצרן של חומר מסוכן, או את מי שמעוניין להיפטר מהחומר המסוכן, לסלקו, וכן לשאת באחריות מלאה ורטרואקטיבית לסילוק ושיקום האתר שהזדהם. הובהר בחוק כי האחריות חלה גם אם בשעת יצירת הזיהום לא הייתה חקיקה שאסרה זאת.

בדרום אפריקה, החוקה מבטיחה את זכותו של כל אדם לסביבה שאיננה מזיקה לבריאות או לרווחה (S. AFR. CONST. §24(a), 1996). כנגזרת של זכות זו, חוק הסביבה משנת 1999 (NEMA) דורש מכל מי שגורם לזיהום או פגיעה בסביבה להסיר את המפגע ולשקם את האתר שניזוק. החוק איננו מטיל במפורש אחריות חמורה, אך בית המשפט העליון של דרום אפריקה פסק שחלה אחריות חמורה על מי שהזיהום נוצר בשטחו. יחד עם זאת נפסק שהחוק איננו רטרואקטיבי, מן הטעם שלא זו הייתה כוונת המחוקק (Chiege Pule Shadrack VII Bareki and Others v. Gencor Limited and Others) ((2005)).

13. לסיום חלק זה יוזכר כי באירופה מרבים לעסוק במדיניות סביבתית המכונה "אחריות יצרן מורחבת" (Extended Producer Responsibility, ובקיצור: EPR). מדיניות זו חותרת להרחיב את אחריותו של היצרן על פני כל "מחזור החיים" של המוצר, גם לאחר שהמוצר עזב את רשותו של היצרן ויצא מכלל שימוש. הציפייה היא שכלי מדיניות מתאימים יתמרצו יצרנים לקחת בחשבון מלכתחילה, עוד בעת תכנון המוצר, שיקולים סביבתיים: שיפור יכולת המחזור של המוצר, הפחתת השימוש בחומרי גלם ועוד (ראו סקירה של ה-OECD: www.oecd.org/env/tools-evaluation/eprpoliciesandproductdesigneconomictheoryandselectedcasestudies.htm).

באופן מעשי, דוקטרינת ה-EPR מאגדת כלי מדיניות שונים: היטלי הטמנה, דמי פיקדון, סובסידיות, כלי מס ותקינות. כך, למשל, בשנת 1994 הנפיק האיחוד דירקטיבה שעוסקת בפסולת אריזות: הדירקטיבה כוללת תקינה לייצור אריזות, כמו גם יעדים כמותיים לאיסוף ומחזור פסולת אריזות (עוד על יישום מדיניות ה-EPR במדינות האיחוד האירופי ראו: Aaron Ezroj, *Extended Producer Responsibility Programs in the European Union*, 20 COLO. J. INT'L ENVTL. L. & POL'Y 199 (2009)).

14. לסיכום, הסקירה שהוצגה מצביעה על מרכיבים משותפים ושונים. בכל הקשור לאחריות החמורה שמוטלת על המזהם, נראה כי קיים סוג של קונצנזוס, ודאי בכל הקשור לחומרים מסוכנים מטבעם כגון אסבסט. אמנם יש מדינות שהבחינו במידת האחריות החמורה על פי מידת האשם. באשר לתחולה הרטרואקטיבית, עולה כי יש גישות שונות - אלה התומכות בתחולה רטרואקטיבית ואלו שמסתייגות ממנה. הנפקות של סקירה זו לענייננו תובהר בהמשך.

2. הניתוח החוקתי

15. עתה נפנה לבחינת חוקתיותו של סעיף 74 על פי הדין הישראלי. תחילה יש לעמוד על הזכויות שנפגעו לשיטת איתנית. לאחר מכן ניתן לדון בשאלה האם פגיעה זו, ככל שנגרמה ובהיקף שנגרמה, עומדת במבחני פסקת ההגבלה של סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

א. הזכויות הנפגעות

(1) הזכות לקניין

16. הזכות לקניין מעוגנת במשפטנו בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות זו מוענקת אף לתאגיד (ראו: בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל

אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, בפסקה 41 לפסק דינה של השופטת בייניש ובהפניות לפסיקה ולמאמרים שם (2004)).

מוסכם על המדינה כי סעיף 74 פוגע בזכותה של איתנית לקניין. ממילא, אין צורך להרחיב בנקודה זו. אציין רק כי לשיטת איתנית הפגיעה בקניין מתבטאת לא רק בעצם החיוב הכספי שהוטל עליה, אלא גם בכך שמדובר לכאורה בחיוב רטרואקטיבי וללא בחינת האשם שדבק בה. לשני היבטים אלו של סעיף 74 אתייחס בהרחבה בהמשך.

(2) הזכות לשוויון

17. טיעונה של איתנית מורכב משני נדבכים: האחד, שהיא נהנית מהגנה חוקתית על זכותה לשוויון. השני, שזכות זו נפגעה.

דא עקא, שהנדבך הראשון איננו פשוט כלל ועיקר. בישראל, ההגנה החוקתית על הזכות לשוויון נגזרת מן ההגנה החוקתית על כבוד האדם. זאת משום שהזכות לשוויון איננה מפורשת בחוקי היסוד. זהו סוג של מודל ביניים, במובן זה שיש הכרה בפגיעה בשוויון רק בהקשר - שאמנם רחב הוא - של פגיעה בכבוד האדם. ביחס לאחרון אימצה הפסיקה מודל ביניים: ההגנה החוקתית מתפרשת לא רק על השפלה וביזוי, אלא גם על היבטים נוספים הקשורים בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם. ההשלכה לענייננו היא שההגנה החוקתית על השוויון נפרשת רק על אפליה שמביאה להשפלה ולביזוי, או על אפליה שקשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק (בג"ץ 5427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פסקה 38 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006); בג"ץ 6304/09 לה"ב נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 76 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2.9.2010)). בראייה זו, ניתן לומר כי קיים ספק בדבר הרחבת הזכות החוקתית לשוויון גם לאישיות משפטית שאיננה בשר ודם (השוו: בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה, פסקה 10 לפסק דינו של הנשיא ברק (20.9.2006); בג"ץ 956/06 איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת, עמ' 12 לפסק דינה של השופטת חיות (25.3.2007); עופר סיטבון "על בני אדם, תאגידים ומה שביניהם" קרית המשפט ח 107 (2009)).

במקרה שלפנינו אין צורך להכריע בסוגיה העקרונית של היקף ההגנה החוקתית על הזכות לשוויון של תאגידים. הטעם לכך הוא שלפי השקפתי, אותה אפרט להלן, אין כאן כלל אפליה לרעה של איתנית. אגב, נדמה כי ניתן להציג מקרים בהם מימד האפליה או היעדר השוויון ביחס לתאגיד עשוי לדרוש דיון. אסתפק בשתי

דוגמאות: האחת, חוק שמטיל מיסוי שונה על חברה בבעלות ערבים לעומת חברה בבעלות יהודים. גם אם המדינה תטען שהמיסוי יחול על התאגיד ולא על היחיד, עדיין אין להימנע מדיון בסוגיה. מקרה כזה קל יותר משום שהגם והאפליה מכוונת לתאגידים - היא מבוססת על יסודות שקשורים לבשר ודם. הדוגמא השנייה, והיא הרלבנטית לענייננו, היא לגבי תאגיד שטוען שמס מסוים מוטל רק עליו ולא על אף תאגיד אחר בארץ. הטענה ברורה ובולטת, ועשויה לגרור דיון. ברם הפגיעה, ככל שהיא קיימת, איננה בכבוד האדם בדמות החברה אלא בזכות הקניין. העמדה לפיה פגיעה בכבוד האדם איננה תופסת לגבי תאגיד, איננה פוטרת את המדינה מחובתה להתמודד עם הטענה שהחוק פוגע בקניין, גם אם הפגיעה הנטענת נובעת מטענת אפליה. ברי כי דיון בפגיעה בקניין הינו דיון בעל אופי אחר מדיון אודות פגיעה ישירה בשוויון. להשלמת התמונה יובהר כי המדינה רשאית לצלוח את הטענה בדבר פגיעה בקניין בשני אופנים לפחות: האחד - שאין כלל פגיעה, והשני - שהפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. באשר לענייננו, דעתי היא כי תשובת המדינה בנקודה זו היא מספקת אפילו אם נניח שיש לתאגיד זכות חוקתית לשוויון, והוא המצב גם אם נבחן את חוסר השוויוניות תחת המטרייה של פגיעה בקניין.

18. בהיבט אחד, איתנית טוענת לאפליה משום שיהיה עליה לשאת בעלויות הסילוק של פסולת שמקורה ביבואני אסבסט שהשליכו פסולת אסבסט. כן יהיה עליה לשאת בעלויות סילוק במקום גורמים שרכשו ממנה במשך השנים מוצרי אסבסט-צמנט מוגמרים, השתמשו בהם ולבסוף השליכו אותם. כמובן יש לכך השלכות כלכליות.

אלא שדין טענות אלו להידחות, לאור עיון בלשון החוק. "אוכלוסיית הפסולת" שעליה חל סעיף 74 היא פסולת תעשייתית שמקורה בתהליכי העבודה במפעל של איתנית. הגדרה זו ממעטת שני סוגי פסולת: (1) מוצרי אסבסט-צמנט מוגמרים - כגון צינורות ולוחות - שהועברו למשתמשי קצה ולאחר זמן פורקו, הושלכו ונהפכו בהדרגה לפסולת ("החריג הראשון"). (2) פסולת אסבסט שמקורה בתהליכי ייצור של גורמים אחרים, שאינם איתנית ("החריג השני"). שני חריגים אלו אינם נכנסים ל"אוכלוסיית הפסולת" שעליה חל סעיף 74.

ויובהר: מהחומר עולה כי גורמי המקצוע יכולים להבחין בנקל בין פסולת אסבסט שמקורה בתהליכי ייצור, לבין מוצרי אסבסט-צמנט מוגמרים שהושלכו לאחר שימוש (זהו החריג הראשון). ראשית, פסולת האסבסט היא תערובת עיטתית לא-הומוגנית, אשר מורכבת מגושים ושאריות של אסבסט גולמי, מלט, שברי לוחות ומקטעי צנרת העשויים מאסבסט-צמנט. בנוסף, חלק מאתרי הפסולת בנויים בצורת

שכבות: שכבת פסולת, מעליה שכבת אדמה, ושוב שכבת פסולת, וכך הלאה לסירוגין. בחלק מהאתרים אף ניתן להבחין בשקים שבהם הובאה הפסולת לאתר. טכניקות אלו מלמדות על עבודה שיטתית וממושכת של סילוק פסולת, באמצעות הטמנה או חיפוי. אין מדובר במצבור אקראי של מוצרי אסבסט- צמנט שהתבלו והושלכו כלאחר יד.

בד בבד, לשון החוק קובעת כי איתנית לא תחויב לשלם על החריג השני - פסולת אסבסט שמקורה בתהליכי ייצור של גורמים אחרים. שאלה נפרדת היא: כיצד נדע שאיתנית לא תיאלץ לשלם בגין פסולת שלא יצאה ממפעלה, בהתאם לחריג השני? לכך יש מספר אינדיקציות. ראשית, סעיף 74 עוסק רק בפסולת שתימצא ברדיוס של 15 ק"מ ממפעלה של איתנית. שנית, מפעלה של איתנית היה היחיד שעיבד באותה תקופה בישראל אסבסט גולמי למוצרי אסבסט-צמנט מוגמרים. הפסולת התעשייתית מתהליכי ייצור אלו היא בעלת מאפיינים ייחודיים, כפי שפורט לעיל. מפעלים אחרים עיבדו מוצרי אסבסט-צמנט מוגמרים, ולכן הפסולת התעשייתית שלהם הייתה צריכה להיות מורכבת מאסבסט-צמנט ואבק בלבד. שלישית, אין כל ראייה לכך שמפעלים אחרים אכן פינו את הפסולת שלהם בדרך שעשתה איתנית. רביעית, אין ראייה לכך שיבואני אסבסט - אשר פעלו בארץ בתקופה הרלבנטית במקביל לאיתנית - פיזרו באזור פסולת אסבסט, ובכל מקרה המדינה מבהירה כי אותם יבואנים השתמשו בחומר לבידוד אקוסטי ותרמי מותז ללא מלט. חמישית, במסגרת סקר שבוצע בשנת 2007 העידו גורמים שונים מתוך ידיעה אישית על קניית הפסולת או קבלתה מהמפעל ועל פיזור בקרקע. נתונים אלו אומתו, כך טוענת המדינה, באמצעות דגימות קרקע וקידוחים.

הצטברות האינדיקציות הללו, יחד עם האמור לעיל אודות טיב הפסולת ושיטתיות הסילוק - מלמדים, להשקפתי, כי קמה מעין "חזקת הטמנה" נגד איתנית בהקשר של סעיף 74: חזקה שפסולת אסבסט בעלת סימני היכר אופייניים, שהוטמנה בטכניקות שיטתיות ובאופן מסודר, והכל בשטח מצומצם ומוגדר הסמוך למפעל - יצאה ממפעלה של איתנית. בל נשכח: זו איננה חזקה חלוטה, והיא ניתנת לסתירה. הלוא המחוקק קבע כי לאיתנית שמורה הזכות לטעון לפני השר, לגבי אזורים קונקרטיים, שהפסולת שם לא הגיעה ממפעלה (לפי ההסמכה שבסעיף 74(ד) לחוק, ובהתאם להוראות שהוציא השר - ראו לעיל בסעיף 5, והצהרת בא כוח המדינה בדבר תוכן ההשגה ופרשנות ההוראה הרלבנטית - עמ' 9 שורה 28 לפרוטוקול).

סיכומו של דבר, החוק מחייב את איתנית לשאת רק בעלויות הסילוק של פסולת תעשייתית שמקורה בתהליכי העבודה במפעל שלה. טענותיה של איתנית במישור זה לא יכולות להיות מופנות כלפי המחוקק, אשר קבע במפורש כי האחריות

של איתנית מוגבלת רק לפסולת שלה. הטענות יהיו רלבנטיות לכל היותר במישור המנהלי, אם וכאשר יתעוררו ספקות בהפעלת החוק, כאמור לעיל, ולא במישור החוקתי המובהק שבו עסקינן כאן.

19. טענה מורכבת יותר היא ביחס למשתמשי הקצה, שקיבלו מאיתנית פסולת אסבסט והשתמשו בה לחיפוי קרקע. מבחינה אנליטית, טענתה של איתנית היא כפולה: ברובד אחד, היא צריכה לשלם בעוד שמשתמשי הקצה הופטרו מתשלום ישיר. ברובד נוסף, היא צריכה לשלם על פסולת שממנה נהנו גם משתמשי הקצה. בעיניי, התשובות לשאלה הראשונה פותרות למעשה גם את הקושי שמציבה השאלה השנייה. הנקודה העיקרית היא שיש שוני רלבנטי אשר מצדיק הבחנה בין משתמשי הקצה, שלא חויבו ישירות לשאת בעלות, לבין איתנית. יש לזכור כי לא כל הבחנה מהווה הפליה אסורה; הבחנה מוצדקת, שמתבססת על שוני רלבנטי, בדרך כלל לא תיחשב להפליה אסורה (ראו למשל עניין לה"ב, פסקה 77; בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 53 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (20.8.2008)). לטעמי, יש שלושה הבדלים בין איתנית לבין משתמשי הקצה: מבחן הידע, מבחן השליטה ומבחן הרווח. כל אחד מהם כשלעצמו, לא כל שכן הצטברותם יחד, יוצרים שוני רלבנטי שמייחד את איתנית לעומת משתמשי הקצה, שמצדיק את ההבחנה ביניהם – על שני רבדיה.

ראשית, מהחומר עולה כי בתקופה הרלבנטית היה לאיתנית יתרון מידע בולט על פני משתמשי הקצה. יתרון זה בא לידי ביטוי, בעיקר, בהבנה המדעית שהייתה מצויה - או צריכה הייתה להיות מצויה - אצל איתנית כבר באותה עת, בדבר פוטנציאל הסיכון הבריאותי שיש בפסולת האסבסט. ודוק: אין הכוונה להטיל אשמה על איתנית, במישור הנזיקי או הפלילי. אדרבה, ההנחה הינה שהיא חייבת לשלם מכוח אחריות חמורה ולא על בסיס קביעה שהיא הפרה חובת זהירות. ואולם המיקוד הוא במודעות איתנית לפוטנציאל של הסיכון הטמון באסבסט, וזאת ביחס לגורמים אחרים - משתמשי הקצה, שאליהם היא מבקשת להידמות. הרלבנטיות של נושא המודעות תידון גם בהמשך.

במאי 1969 ביקר במפעלה של איתנית פרופ' שילינג (Schilling), שעמד באותה עת בראש המחלקה לבריאות תעסוקתית בבית הספר להיגיינה ולמחלות טרופיות בלונדון (The London School of Hygiene & Tropical Medicine). בעקבות הביקור חיבר פרופ' שילינג דו"ח, אשר צורף כנספח 7 לתגובת המשיבים. שילינג מצביע בדו"ח על סכנות בריאותיות חריפות הנובעות מהחשיפה במפעל לאבק אסבסט, לרבות

אסבסטוזיס, סרטן ריאות ומזותליומה. הודגש כי על המפעל לנקוט אמצעים מידיים על מנת להפחית את הסיכון להתגלות מחלות כאלו בעתיד.

בשנת 1970 התקיים כנס של ארגון רופאי התעסוקה בישראל, אשר הוקדש לאוכלוסיית העובדים במפעלי אסבסט-צמנט. במהלך הכנס הוצג מאמר שנכתב בשיתוף עם נציגי המפעל, ואשר צורף כנספח 8 לתגובת המשיבים. כבר בפסקת הפתיחה של המאמר מציינים המחברים כי קיימת "ידיעה ברורה של נזקי בריאות מאסבסט, וריבוי המקרים של אסבסטוזיס מחד ושל ניוון סרטני ממאיר מאידך".

באפריל 1976 שלח יקותיאל פדרמן (מבעלי השליטה באיתנית) מכתב אל מנהל המפעל (מר ב. פרידריך). במכתב מציין מר פדרמן כי "היום נעשה ציד מכשפות נגד תעשיית האסבסט... אם נצליח לקבל דו"ח חיובי אשר יוכיח כי הטענות הן מוגזמות ולא רציניות, וכי יותר מסוכן ללכת ברחוב ולנשום את הגאזים של המכוניות, ודו"ח זה יוכן על ידי קרן ארנסט ברגמן, ששמו מוכר בעולם המדע, נוכל להלחם בצורה אקדמית ומדעית בהתקפות". אף מכתב זה מצביע על כך שאיתנית הייתה מודעת, כבר בשלב הזה אם לא קודם לכן, לטענות המדעיות שרווחו באותה עת בדבר הסיכון הבריאותי החמור שטומן בחובו האסבסט.

לכך יש להוסיף כי היבטים מסוימים של חוקי העבודה מאותה תקופה לימדו על הסכנה הטמונה באסבסט. כבר בשנת 1945 הגדירו שלטונות המנדט בארץ ישראל את האסבסטוזיס כמחלת מקצוע. המשמעות הייתה שיש לדווח לשלטונות על כל התגלות של המחלה אצל עובד במפעל. כמו כן נאסרה העסקת בני נוער ונשים בעיבוד אסבסט ובשימוש תעשייתי בו. הוראות אלו שולבו בדין הישראלי כבר בראשית שנות ה-50. בשנת 1964 נקבעו תקנות הבטיחות בעבודה (בדיקות רפואיות של עובדים באבק אסבסט, טלק וצורן), התשכ"ד-1964. בתקנות אלו הוטלו מגבלות על אופן העסקתם של עובדים באסבסט, ונקבעה חובה לבצע לעובדים בדיקות רפואיות עתירות. בשנת 1978 התווספו תקנות הבטיחות בעבודה (הגבלות בהתזת אסבסט), התשל"ח-1978, אשר אסרו על התזת אסבסט פריך לצורכי בידוד. כל אלו היו בתוקף באותם זמנים שאף איתנית מודה כי העבירה את הפסולת למשתמשי הקצה, לא כל שכן בתקופה שבה הוטמנה הפסולת בקרקע. בהמשך, בשנת 1984 שולבו התקנות הישנות - משנת 1964 ומשנת 1978 - בתקנות הבטיחות בעבודה (גיהות תעסוקתית ובריאות הציבור והעובדים באבק מזיק), התשמ"ד-1984. בתקנות החדשות נקבע גם איסור על שימוש באסבסט לסלילת דרכים. בשנת 1988 הוחל איסור זה גם על ייצור, ייבוא ושיווק של אסבסט לסלילת דרכים.

אין בידינו מסד עובדתי מספק בקשר לצד השני של המטבע: היקף ועומק הידיעה של משתמשי הקצה ביחס לסיכונים הבריאותיים שטמונים בפסולת האסבסט. ברם, על פני הדברים, ספק אם איתנית ומשתמשי הקצה נמצאים באותה משבצת בכל מה שקשור לידע שהיה או צריך היה להיות להם. איתנית היא זו שבמשך עשרות שנים ייבאה אסבסט גולמי, עיבדה אותו לכדי אסבסט-צמנט, והכינה ממנו מוצרים מוגמרים. למעשה, היא הייתה הגורם הדומיננטי בארץ - אם לא היחיד - בענף תעשייתי זה. מתוקף מעמדה הכירה איתנית ככל הנראה בזמן אמת את המחקר המדעי הרלבנטי, בכל מה שנוגע לסכנות הבריאותיות של האסבסט. איתנית לא רק שעקבה ככל הנראה אחר ההתפתחויות, אלא אף הייתה בדרגה של "צופה פעיל" בזירת המחקר (ראו למשל המאמר משנת 1970 ומכתבו הנזכר של מר פדרמן מאפריל 1976). איתנית - כמעסיק עובדים באסבסט - אף הייתה כפופה על פי חוק לחובות שונות, אשר שיקפו את הסיכון הבריאותי שטמון באסבסט. משתמשי הקצה, לעומת זאת, נמצאים במשבצת אחרת. מהחומר עולה כי אין מדובר ביצרני אסבסט, ואף לא במפעלים תעשייתיים, אלא בעיקר ביישובי וקיבוצי הסביבה ובאנשים פרטיים. אין מדובר ככל הנראה ב"מומחי תוכן" מתחום האסבסט, כמעסיקים או עובדים באסבסט, ואף לא בשחקנים פעילים בזירת המחקר המדעי.

על דרך ההיקש, בדיני נזיקין יש משקל לא מבוטל לקיומם של פערי מידע בין צדדים. כך, למשל, חובת הגילוי של רופא למטופל יונקת את שורשיה מן ההנחה שבין הצדדים קיימים פערי מידע מובהקים, הגם שעומקם ורוחבם משתנים ממקרה למקרה (ראו לעניין זה: ע"א 2342/09 ג'ובראן נ' בית החולים משגב לדך (6.4.2011)). באופן דומה, היקף חובת הזהירות של סוכן הביטוח למול הלקוח תלוי, בין היתר, בשאלה האם מדובר בעניין שיש בו פערי מידע בין הלקוח לבין סוכן הביטוח או המבטח (רע"א 5695/06 טייף נ' מרעי, פסקה 14 (21.9.2009)).

לאמיתו של דבר, השיקול בדבר פערי המידע בין איתנית למשתמשי הקצה איננו אלא חלק ממכלול רחב יותר. איתנית נבדלת ממשתמשי הקצה בכך שהמוצרים והפסולת יצאו מן המפעל שבבעלותה. עובדה זו מצביעה על השוני המהותי בינה לבין אותם משתמשי קצה: איתנית היא היצרנית של הפסולת. משתמשי הקצה היו לקוחותיה. מדובר בשתי קבוצות אוכלוסיה שונות, שההבחנה ביניהן מתבקשת. היא אף משתקפת היטב בעיקרון של אחריות היצרן המורחבת (EPR - Extended Producer Responsibility), אותו הזכרתי לעיל. החובות המוטלות על היצרן אינן זהות לחובות המוטלות על המשתמש. היצרן שולט על עיצוב המוצר, הרכבתו והשלמתו. ממילא יש

היגיון רב בהטלת אחריות מוגברת על היצרן, ובהסטת הנטל הכספי לעברו, הן משיקולי צדק והגינות והן משיקולי יעילות כלכלית. בענייננו, מבחן השליטה הוא בעל היבט נוסף. נכון להעניק משקל לעולה מן החומר לפיו איתנית מכרה את הפסולת במחיר נמוך, ולעיתים אף מסרה אותה בחינם או במחיר סמלי. יש בכך לתת הצדקה נוספת לקשר שבין איתנית לבין הפסולת, גם כאשר הפסולת לא מצויה בשטח המפעל אלא בשטח העוטף אותו ברדיוס של 15 ק"מ. מבחן הידע מתחבר אפוא למבחן השליטה ולהיבטים כלכליים, ואל לנו לשכוח את מבחן הרווח.

על פי הגישה הכלכלית למשפט, ברי כי איתנית ומשתמשי הקצה אינם באותו מעמד. זאת כנגזרת ממבחן הרווח. כפי שעולה מהפסיקה בחוץ לארץ, ובמיוחד מהפסיקה האמריקאית, נמצא צידוק לחיוב החברה המייצרת אסבסט לשאת בעלויות סילוק הפסולת בשל היותה יצרנית. היא, יותר מכל גורם אחר, הרוויחה מהפעולות שהביאו ליצירת המפגע המזהם. שיקול זה איננו רלבנטי רק מנקודת מבט כלכלית, אשר עשויה להצדיק את העברת הנטל הכספי להסרת המפגע אל כתפי היצרן, אלא גם מטעמי צדק והגינות. בראייה זו, לא מדובר באפליה נגד העותרת אלא דווקא בהשגת תכלית החוק - "המזהם משלם". לנקודה זו נחזור כאשר נבחן את שאלת התכלית הראויה שהינה, כידוע, אחר מהמבחנים של סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

סיכומה של נקודה זו: בין איתנית לבין משתמשי הקצה היו קיימים פערי מידע, הן בפועל והן בכוח. יתירה מזאת, יש הבחנה ברורה בין איתנית - שהיא היצרן, לבין משתמשי הקצה. שוני זה משקף את ההבדל בין שני הגורמים במבחן השליטה, כמו גם במבחן הרווח. השילוב של כל אלו - ידע, שליטה ורווח - מקים, להשקפתי, שוני רלבנטי בין איתנית לבין משתמשי הקצה. מכיוון שכך, אינני סבור כי איתנית הופלתה לרעה לעומת משתמשי הקצה, כאשר הוטל עליה להשתתף במימון עד למחצית מהפרויקט לסילוק הפסולת.

20. ברובד נוסף, איתנית טוענת כי היא הופלתה לעומת הרשויות המקומיות. זאת לדעת איתנית משום שסעיף 74 מעניק לרשויות זכות טיעון לפני השר, באופן שמאפשר להקטין את מידת השתתפותן במימון הפרויקט. באופן מעשי אף נקבע בהוראות שיעור שרירותי ונמוך של 10% בלבד, שאף ניתן "לשלמו" באמצעות מתן שירותים שווי כסף. מאיתנית לעומת זאת נשללה האפשרות לביצוע עצמי של הפרויקט.

אף כאן אני סבור כי איתנית והרשויות המקומיות אינן משתייכות לאותה קבוצת שוויון. בין איתנית לבין הרשויות קיים שוני רלבנטי, המבוסס על הטעמים

אותם ציינתי לעיל: איתנית היא היצרן של הפסולת המדוברת, על כל המשתמע מכך. הרשויות המקומיות, כך עולה מהחומר, אינן אף בגדר "משתמשי קצה" אליהם התייחסנו לעיל. זיקתן לפסולת ולזיהום היא עקיפה, והן אינן אלא בבחינת הכתובת השיורית למימון הפרויקט. יתירה מזאת, המנגנון שנקבע בחוק מחלק את העלויות שווה בשווה בין איתנית (מצד אחד) לבין הרשויות המקומיות והמדינה (מצד שני). כל שקל שירד מחובן של הרשויות המקומיות - יתווסף לחשבון שיוגש למדינה. בסך הכל יממנו הרשויות המקומיות והמדינה ביחד מחצית מהפרויקט. יוצא, אפוא, שהחשבון בגין מחצית זו יוגש לציבור משלמי המיסים, ירצה או לא ירצה. הוא זה שייאלץ לשאת בעלות הישירה של מחצית מהפרויקט, לכל הפחות. גם בשל כך, דינה של טענת ההפליה בהיבט זה להידחות.

21. ולבסוף, איתנית טוענת כי היא מופלית לרעה אל מול מזהמים עתידיים: לדבריה, החוק שלפנינו קובע כי מי שייצור מפגע אסבסט יישא בהוצאות הסילוק לפי מידת אחריותו, והוא יהיה רשאי לבצע את הסילוק בעצמו (סעיף 11(ה) לחוק). בנוסף, על שולחן הכנסת מונחת הצעת חוק מניעת זיהום קרקע ושיקום קרקעות מזוהמות, התשע"א-2011. ההצעה קובעת הסדרים מקלים, לשיטת איתנית, ביחס לבעלים של קרקע מזוהמת, ובכלל זאת התחשבות במידת האשם. זאת בעוד שאיתנית נושאת באחריות חמורה ללא קשר לאשם, ונשללה ממנה האפשרות לסלק את הפסולת בעצמה.

באשר להפליה הנטענת ביחס להצעת חוק מניעת זיהום קרקע ושיקום קרקעות מזוהמות - אינני רואה טעם לדון בטענת הפליה אל מול הצעת חוק שטרם התקבלה. באשר להפליה הנטענת ביחס להסדרים אחרים בחוק - אני סבור כי אין צורך להידרש לפרטי ההסדרים, ולשאלה האם יש בהם משום הפליה של איתנית לרעה או אולי אף לטובה. זאת משום שהפרויקט לסילוק פסולת האסבסט מהגליל המערבי, בו עסקינן, "קובע ברכה לעצמו" ומצדיק קביעת הסדר ייחודי. על נקודה זו אעמוד ביתר הרחבה להלן, בהקשר לטענה נגד היותו של החוק פרסונאלי. מעבר לכך, יוזכר כי חוק האסבסט החדש אוסר על יצור מוצרי אסבסט, מטיל על המזהם את מלוא האחריות לזיהום שנוצר, ומאפשר אופציה של ניקוי עצמי רק בהסכמת בעלי הקרקע. לא נראה על פני הדברים כי ההסדר המשפטי שהוחל על העותרת חמור במובהק מן ההסדר המשפטי המתואר שישרור מעתה ואילך. במובנים רבים, ההיפך הוא הנכון.

22. לסיכום חלק זה, מקובלת עלי טענת איתנית כי סעיף 74 פוגע בזכות הקניין שלה. אולם לדעתי יש לדחות את טענת איתנית לפגיעה בזכותה לשוויון, כזכות עצמאית או כחלק מהזכות לקניין, וזאת מן הטעמים שפירטתי לעיל. על בסיס מסקנות

אלו אעבור לבחון את השאלה האם הפגיעה בזכות הקניין של איתנית עומדת בתנאי פסקת ההגבלה לפי סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכותרתו "פגיעה בזכויות":

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

ב. פגיעה בזכויות בחוק או לפי חוק

23. עמדת איתנית היא שהפגיעה האמורה בקניין (ובשוויון לשיטתה) איננה פגיעה בחוק או על פי חוק. זאת משום שאין מדובר בחוק כללי אלא חוק פרסונאלי, אשר מכוון כנגד נמענת ספציפית - היינו איתנית. לשיטתה, חוק שאיננו כללי – לא יכול להיחשב לחוק לעניין פסקת ההגבלה.

אין בידי לקבל את גישת איתנית. יוזכר כי על פי הפסיקה התיבה "בחוק... או לפי חוק" מבטאת מבחן פורמאלי, שעיקרו - האם הפגיעה בזכויות היסוד נעשתה בחקיקה ראשית או מכוח הסמכה בחקיקה ראשית (עניין המפקד הלאומי, פסקה 9 לפסק דינה של הנשיאה בייניש; עניין לה"ב, פסקה 104 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; ראו גם אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי - פרשנות חוקתית 489-498 (1994)). לשם השוואה, סעיף 5 לאמנה האירופית לזכויות אדם עוסק בדרכים להגביל את הזכות לחירות, כאשר בין היתר נדרש שהגבלת החירות תיעשה על פי חוק (in accordance with a procedure prescribed by law). מונח דומה מופיע בסעיף 10(2) לאמנה ביחס להגבלת חופש הביטוי. בית הדין האירופי לזכויות אדם נדרש בכמה הקשרים לפרשנות המונח "על פי חוק", וקבע שעל מנת שהוראה מסוימת תיחשב כחוק לעניין זה עליה להיות ברורה ונגישה, דהיינו: מפורסמת לכל אדם (ראו: Tonilo v. San Marino & Italy, §46 (26.6.2012); Telegraaf Media v. Netherland, §§89-102 (22.11.2012)).

דבר החקיקה שעומד לדיון כאן הוא פרי עבודת הכנה ממושכת. לאחר שהתקבל בקריאה ראשונה עבר החוק לטיפול ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת. הוועדה ישבה על המדוכה, והקדישה למעלה מעשר ישיבות לדיון בפרטי החוק. במהלך הדיונים נבחנה גם הסוגיה החוקתית, ואיתנית השמיעה ברמה את עמדתה - אך טיעוניה נדחו. משסיימה הוועדה את עבודתה אושר החוק בקריאה שנייה ושלישית ופורסם ברשומות. בראיה זו, לא ניתן לטעון שהתוצר שהתקבל איננו חוק. נראה כי

טענותיה של איתנית כנגד אי-כלליותו של החוק - הן במובן מסוים חזרה על הטענות בדבר אפלייתה לרעה, טענות אליהן התייחסתי בהרחבה לעיל, ובמובן אחר טענות כנגד תכליתו הפסולה של החוק - טענות שאליהן אתייחס להלן. ושוב יוזכר: החוק לא נוקב בשמה של איתנית או בשם המפעל. תחת זאת מופיעים המונחים "חברות אסבסט" ו"מפעל לייצור אסבסט". אמנם נכון הוא, ועל כך אין מחלוקת, כי רק איתנית עונה על ההגדרות שבסעיף 74. עניין זה עשוי להגביר את הצורך לוודא שהחוק מידתי, ואיננו פוגע יתר על המידה בזכויות הקנייניות של איתנית. עם זאת, אין בנתון לפיו החוק בפועל מתייחס לאיתנית בלבד כדי להביא לכך שהחקיקה איננה "בחוק".

ג. לתכלית ראויה ההולמת את ערכי מדינת ישראל

24. מהי תכליתו של סעיף 74 לחוק, והאם תכלית זו הינה ראויה והולמת?

סעיף 1 מבהיר מהי תכליתו הכללית של החוק: לצמצם את מפגעי האסבסט בישראל. מכאן גם נגזרת התכלית הקונקרטית של סעיף 74: להקים פרויקט לסילוק פסולת האסבסט מן הגליל המערבי. בדברי ההסבר להצעת החוק, כמו גם בתשובת המדינה לעתירה זו, מתואר כיצד נוצר בגליל המערבי מפגע סביבתי חמור ובעל מאפיינים ייחודיים. כמות גדולה מאוד של פסולת אסבסט פוזרה או הוטמנה בעשרות רבות של אתרים. הפסולת בחלקה מוטמנת במעבה האדמה, ובחלקה משמשת כמצע לשבילים, לגינות פרטיות, לשטחים חקלאיים ועוד - והכל כאמור בעשרות אתרים שונים. על הסכנה שנשקפת מפסולת זו עמדתי בהרחבה לעיל, ואין צורך לחזור כאן על הדברים. תכליתו של סעיף 74, אפוא, היא להסיר או לצמצם ככל הניתן סכנה זו, אשר מבחינה מסוימת מהווה "פצצת זמן מתקתקת" שמאיימת על שלומם ובריאותם של רבים מתושבי האזור. אין ספק אפוא כי מדובר בתכלית ראויה וחשובה, ויפה שעה אחת קודם.

תכלית זו לא רק ראויה, אלא אף הולמת את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לאחרונה עמדתי על התייחסותו של המשפט העברי לנושא איכות הסביבה, מנקודת מבטו של הדין האזרחי והדתי (בג"ץ 1756/10 עיריית חולון נ' שר הפנים (2.1.2013)). באופן קונקרטי ציינתי את התייחסות המשפט העברי להסדרת הטיפול בשפכים ובפסולת, ואת המנגנונים הכספיים שנקבעו על מנת לקדם תכלית זו.

בהיבט נוסף, תכליתו של סעיף 74 היא ראויה גם משום שהיא מגשימה את הזכות לבריאות והזכות לאיכות סביבה של תושבי האזור. אין כל צורך להיכנס כאן לשאלות ביחס למעמדן החוקתי של זכויות אלו והיקפן (ראו: בג"ץ 3071/05 לוזון נ'

ממשלת ישראל (28.7.2008); בג"ץ 11044/04 טולומטין נ' שר הבריאות, פסקאות 11-13 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (27.6.2011); דניאל שפרלינג וניסים כהן "השפעתם של חוק ההסדרים ופסיקות בג"ץ על מדיניות הבריאות ועל מעמדה של הזכות לבריאות בישראל" חוקים ד 153, 218-225 (2012)). כל אלו הן שאלות מורכבות, נכבדות וכבדות משקל, אך הן אינן נוגעות לעתירה שלפנינו. כל שחשוב לענייננו הוא שניקוי הפסולת נועד להסיר מפגע חמור אשר מאיים על בריאות התושבים, ועל כך יש לברך. כפי שהובא לעיל, דאגה זו ביחס לבריאות התושבים אופיינית למדינות דמוקרטיות, שהקדישו מאמץ משפטי ניכר להסדרת הטיפול בפסולת בחקיקה סביבתית מודרנית.

25. לטענת המדינה, תכלית נוספת מונחת בבסיס מנגנון המימון שנקבע בסעיף 74: עיקרון "המזהם - משלם". לאמיתו של דבר, אינני משוכנע כי עיקרון זה הוא אכן תכלית החוק, במובן של פסקת ההגבלה. ניתן לטעון כי מדובר בהצדקה למנגנון המימון שנבחר, ולא בתכלית של דבר החקיקה. לאמור: זו ההצדקה לאמצעי שנבחר להשיג את המטרה. על פי קו זה, עיקרון המזהם משלם חייב לעמוד תחת הביקורת של פסקת ההגבלה, אך זאת ביחס לסוגית המידתיות ולא לסוגית התכלית. אולם המדינה טוענת בצורה מפורשת כי לחוק יש גם תכלית של הגשמת עיקרון "המזהם משלם" (עמ' 9 לפרוטוקול). יוער כי אף לפי גישה זו התכלית של עיקרון "המזהם משלם" איננה עומדת לבדה, אלא משולבת עם התכלית הדומיננטית שהיא ניקוי הגליל המערבי מפסולת אסבסט.

כאמור, מסופקני אם עיקרון "המזהם משלם" הוא תכלית - ולו משנית - של החוק. ייתכן כי עמדה כזו, אשר משדרגת את האמצעי למעלה של תכלית, נועדה להעצים את הלגיטימיות של מנגנון התשלום שנבחר. אפשרות נוספת היא שהמדינה תפסה את השור בקרניו. דהיינו: מתוך מודעות לכך שהקושי מצוי במיוחד בעיקרון "המזהם משלם" ויישומו, סיווגה המדינה את העיקרון כתכלית משנית, תוך נכונות שהעניין יזכה לביקורת החוקתית הראויה. אך כפי שיובהר, אינני מוכן לקבל כי סיווג העיקרון כתכלית יפגע באיתנות וימנע ממנה את הבדיקה המידתית לגבי מנגנון התשלום שנקבע בסעיף 74. לצורך ההכרעה בעתירה זו, מוכן אני להניח - לשם שלמות הדיון - כי עיקרון "המזהם משלם" מהווה תכלית משנית של החוק במובן של פסקת ההגבלה. גישה זו תדרוש שהעניין ייבדק גם בביקורת הדוקה של מבחן המידתיות. בל נשכח כי מבחן התכלית הראויה איננו אלא דרישת סף (אהרן ברק מידתיות במשפט 297 (2010)). דהיינו: בהעדר קיומה של תכלית ראויה - החוק נכשל בבחינה החוקתית. דווקא בשל כך מבחן התכלית איננו מבחן ממצה. מבחן התכלית איננו בהכרח סוף

פסוק אלא תחילת פסוק. המלאכה הקשה של הביקורת החוקתית עודה לפנינו. כפי שכתב הנשיא לשעבר ברק: "תהא זו טעות לעסוק בחוקתיות האמצעים במסגרת הבחינה של חוקתיות המטרה. יהא זה עיסוק 'מוקדם' מדי" (שם, בעמ' 299). אשר על כן, נדרשת תחילה התייחסות לשאלה האם עיקרון "המזהם משלם" הוא בגדר תכלית ראויה ההולמת את ערכי מדינת ישראל. דיון זה יתקיים בנפרד מהסוגיה האם עיקרון המזהם משלם ויישומו במקרה שלפנינו הינו מידתי, מאחר והוא מטיל חבות בלא אשם ובאופן רטרואקטיבי.

עיקרון "המזהם משלם" הוא פשוט: מי שיצר את הזיהום - יממן את סילוקו ויישא באחריות לנזקים שנגרמו ושייגרמו. עיקרון זה נובע גם משיקולי יעילות, מתוך הנחה שחיוב הגורם המזהם להפנים את עלויות הזיהום יביא אותו להפחית את היקף הזיהום למינימום ההכרחי. המטרה היא להפחית את כמות הפסולת המיועדת לסילוק, ולעודד את המזהם לנקוט אמצעי זהירות ולפתח טכנולוגיה "ירוקה". תפיסה כלכלית זו מוצאת עיגון כאמור ברעיון של הפנמת עלויות. לכך מצטרף גם שיקול של צדק, לפיו אין זה צודק שהגורם המזהם שהרוויח מפעולת הזיהום אך יסיט את העלויות אל כתפי הציבור (ראו: מרשה גלפי, רות פלאטו-שנער ועמיחי קרנר "אחריות מלווים למפגעים סביבתיים הנגרמים על ידי הלוויים" הפרקליט נ 439, 442-447 (2010); יששכר רוזן-צבי "של מי הפסולת הזו לעזאזל?! סילוק פסולת וצדק סביבתי בישראל" מחקרי משפט כג 487, 553-554 (2007)). גישה זו הוכרה במשפט המשווה במדינות דמוקרטיות רבות, כפי שהובא לעיל.

נציין שגם במשפט העברי החובה הבסיסית לטיפול בפסולת מוטלת על בעליה. כך, נאסר באופן עקרוני להוציא לרשות הרבים חומרי גלם - כגון אבנים ועפר - או פסולת של ממש, והבעלים צפוי לחוב באחריות נזיקית ואף חשוף לקנסות נוספים (תוספתא בבא קמא ב; תוספתא בבא מציעא י"א; תלמוד בבלי בבא קמא ל, א; היד החזקה לרמב"ם, הלכות נזקי ממון יג, יג-יז; שולחן ערוך, חושן משפט תי"ד, ב; ראו עוד חוות דעתי בעניין עיריית חולון).

עיקרון "המזהם משלם" מושרש היטב במארג החקיקתי הקיים. אגב - זו גם התשובה לטענת העותרת, לפיה סעיף 74 שבו אנו דנים איננו משתלב במארג החקיקתי. החוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992, מסמיך את בית המשפט לתת צו המורה למי שגורם מפגע סביבתי להימנע מהמעשה, לתקן את המעוות או להחזיר את המצב לקדמותו, וזאת ללא קשר למידת ההתרשלות או לעצם קיומה (סעיפים 2 ו-4). בנוסף, שורה של תיקוני חקיקה ברוח זו נקבעה בחוק הגנת הסביבה

(המזהם משלם) (תיקוני חקיקה), התשס"ח-2008. כמו כן, בהקשר של פסולת תעשייתית, עקרון "המזהם משלם" מיתרגם לעיקרון דומה של "אחריות יצרן". המשמעות המעשית היא שעלויות הטיפול והמחזור של פסולת יושתו, בדרך כלל, על המפעל שהפיק תוצרים מזהמים במסגרת תהליכי הייצור (ראו לעיל בקשר למדיניות ה-EPR). לכך יש היבטים רבים בחקיקה הסביבתית החדשה בישראל. נזכיר כאן את החוק לטיפול סביבתי בצידוד חשמלי ואלקטרוני ובסוללות, התשע"ב-2012; החוק להסדרת הטיפול באריזות, התשע"א-2011; חוק הפיקדון על מכלי משקה, התשס"א-2001, אשר תוקן בשנת 2010 ונקבעו בו מכסות איסוף בקבוקים על ידי היצרנים; החוק לסילוק ולמיחזור צמיגים, התשס"ז-2007; וחוק שמירת הנקיון, התשמ"ד-1984, אשר תוקן בשנת 2007 ונקבע בו מנגנון של היטלי הטמנה (ראו עניין עיריית חולון, פסקה 31 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז).

אגב, המדינה מציינת כי עקרון "המזהם משלם" בא לידי ביטוי גם בחוקים שהיו בתוקף עוד בזמן שאיתנית יצרה את פסולת האסבסט. כך, סעיף 54(1) לפקודת בריאות העם מס' 40 לשנת 1940 קובע כי הרשות המקומית או המשרד מוסמכים לצוות על אדם שעל ידי מעשיו נוצר מפגע - לסלקו. לצורך העניין, מפגע הוא כל מקום שמצבו או אופן שימוש מסכנים את הבריאות או מזיקים לה (סעיף 53).

לסיכום, איתנית איננה חולקת על תכלית החוק ככל שמדובר בניקוי פסולת האסבסט בגליל המערבי: "זוהי מטרה חברתית ראויה" (ראו סעיף 107 לעתירה). הטענה המרכזית של העותרת היא נגד עיקרון "המזהם - משלם", ובעיקר בהיבט של חבות ללא אשם וחיוב רטרואקטיבי. בהקשר זה, איתנית מסתייגת מיעילות יישום הכלי של "המזהם משלם" ומחוסר הצדק שביישומו. אם כן, מתוך הנחה שהמזהם משלם הינה תכלית ראויה בשל תרומתה למאבק האקולוגי - עדיין יש לשאול האם מנגנון התשלום הוא מידתי. שאלה זו תכוון אותנו אל העיקר, והוא: הקביעה של אחריות חמורה ורטרואקטיבית.

ד. מידתיות

26. התנאי האחרון הקבוע בפסקת ההגבלה הוא שהפגיעה בזכות החוקתית המוגנת תהיה "במידה שאינה עולה על הנדרש". זהו תנאי המידתיות. הפסיקה הכירה בשלושה מבחני משנה, שבאמצעותם נבחנת מידתיות הפגיעה בזכות החוקתית: מבחן הקשר הרציונאלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, ומבחן התועלת מול הנזק (מידתיות במובן הצר).

בטרם ניגש למלאכה, יוזכר כי קריטריון המידתיות איננו מכתוב בחירה באמצעי אחד בלבד להגשמת תכלית החקיקה. ישנה קבוצה, אולי אפילו גדולה, של אמצעים, אשר כל אחד מהם כשלעצמו עשוי לעמוד במבחן המידתיות. האמצעים נבדלים זה מזה בכל הנוגע להיקף הפגיעה בזכות החוקתית, וכן באשר לאופן שבו הם מגשימים את תכלית החקיקה. כך נוצר מתחם מידתיות שבתוכו פועל המחוקק. יש למחוקק מרחב תמרון, והוא רשאי לבחור בין האמצעים השונים כל עוד הם מצויים בתוך מתחם המידתיות (השוו: בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פסקה 46 לפסק דינה של הנשיאה בייניש (19.11.2009)).

(1) קשר רציונאלי

27. על פי מבחן המשנה הראשון של המידתיות, יש לבדוק האם מתקיימת זיקה הגיונית בין תכלית החוק לבין האמצעי שנבחר להגשמתה. לעיל עמדתי על כך שלצורך הדיון יש לחוק שתי תכליות: ניקוי הגליל המערבי מפסולת אסבסט, והגשמת עיקרון "המזהם משלם". אלו הן התכליות. האמצעי שנבחר על ידי המחוקק הוא המנגנון של סעיף 74, ובפרט ההיבט המימוני שבו (אשר עומד בלב העתירה). נבחן את הקשר בין האמצעי שנבחר לבין כל אחת מהתכליות.

28. באשר לתכלית הראשונה אינני רואה מקום להרחיב, משום שכאן הקשר בין האמצעי למטרה הוא כמעט מובן מאליה. התכלית הראשונה עניינה - ניקוי פסולת האסבסט מהגליל המערבי. האמצעי שנבחר הוא הקמת הפרויקט המדובר, תוך קביעת אופן תקצובו והסמכת השר לקבוע תקנות אופרטיביות. האמצעי מוביל באופן ישיר לתכלית.

29. באשר לתכלית השנייה המצב מורכב יותר. איתנות מעלה שורה של סימני שאלה אודות הקשר בין מנגנון המימון שנבחר לבין עיקרון "המזהם - משלם". הביקורת של איתנות כוללת ארבעה טיעונים: ראשית, אין ראיה לכך שהיא פיזרה את הפסולת. שנית, חלק ניכר מהפסולת פוזר על ידי משתמשי הקצה ולא על ידי איתנות. שלישית, על איתנות הוטלה אחריות חמורה, והיא משלמת על פעולות שבאותה עת לא היו אסורות על פי חוק. רביעית, היא נאלצת לשלם בגין פעולות שנעשו בעבר, כך שאין כאן אלמנט של הכוונת התנהגות והרתעת עבריינים. התשלום הרטרואקטיבי, לגישת איתנות, גם איננו צודק. מכאן שאין קשר, לשיטת איתנות, בין אופי החיוב שהוטל עליה בחוק לבין עיקרון "המזהם משלם".

הטיעון הראשון מעורר שאלה עובדתית שעליה עמדתי לעיל. יוזכר בתמצית כי הצטברות של מספר אינדיקציות מלמדת על כך שקמה "חזקת הטמנה" נגד איתנית, בהקשר של סעיף 74: פסולת אסבסט בעלת סימני היכר אופייניים, שהוטמנה בטכניקות שיטתיות ובאופן מסודר, והכל בשטח מצומצם ומוגדר הסמוך למפעל. אף אין מדובר בחזקה חלוטה, שהרי לאיתנית שמורה האפשרות לטעון שפסולת במצבור קונקרטי לא יצאה ממפעלה. שאלה יפה היא באיזו מידה עותר רשאי לתקוף את התשתית העובדתית שעומדת בבסיס החוק. נראה לי כי תקיפה כזו איננה זהה לתקיפת תשתית עובדתית שביסוד החלטה מנהלית, ואפילו בעתירה מנהלית בפני בג"ץ, או למחלוקת עובדתית בין צדדים בתיק אזרחי או פלילי. ברם בהמשך לאמור לעיל, הסוגיה המשפטית הרחבה איננה נדרשת להכרעה כאן, משום שבכל מקרה התשתית העובדתית מעוגנת היטב. השאלה שרלבנטית באמת היא מה המשמעות של תשתית זו.

אף הטיעון השני איננו שולל את הקשר הרציונאלי בין האמצעי למטרה. נכון הוא שחלק מן הפסולת הונח על הקרקע בידי משתמשי הקצה. ברם, כזכור, אחת ההצדקות החשובות לעיקרון "המזהם משלם" היא הפנמת עלויות על ידי מי שנהנה מיצירת הזיהום. במקרה שלפנינו איתנית עונה על קריטריון זה, שהרי היא הפיקה רווחים מפעולות הייצור שבמהלכן הצטברה הפסולת התעשייתית, ובנוסף היא הרוויחה - ולו באופן עקיף - ממסירת הפסולת שיצאה מהמפעל למשתמשי הקצה. ממילא, יש קשר רציונאלי ברור בין האמצעי - חיוב איתנית להשתתף בעלויות לסילוק הפסולת, לבין התכלית הרלבנטית - עיקרון "המזהם משלם". ניתן להשקיף על טיעוניה של איתנית בנקודה זו מזווית אחרת, שתמקד את הדיון בשאלת ה"שוויון בנטל", דהיינו: מדוע רק איתנית נושאת בנטל התשלום ולא משתמשי הקצה. אם כך הוא המצב, הרי שהתשובה מורכבת משני אלמנטים: האחד - אין אפליה בין איתנית למשתמשי הקצה. לכך התייחסתי בהרחבה לעיל. השני - האם ניתן היה לבחור בחלוקה שונה של נטל התשלום, באופן שיפחית את הפגיעה באיתנית. לכך אתייחס להלן, כאשר אנתח את מבחני-המשנה השני והשלישי של המידתיות.

הטיעונים השלישי והרביעי עניינם אחריות חמורה ורטוראקטיביות. באשר לקשר הרציונאלי בין האמצעי - דרך המימון, לבין התכלית המשנית - עקרון "המזהם משלם", עולה כי הטלת החיוב על הגורם אשר יצר את המפגע והרוויח ממנו מקדמת עקרון זה ולמעשה מבטאת אותו. נפנה לאמור לעיל לפיו עיקרון "המזהם משלם" מיוסד גם על אדנים של צדק והגינות: מי שיצר מפגע והפיק ממנו את עיקר התועלת - אך סביר והגיוני הוא שיצטרך גם לשלם על כך. טעמים אלו רלבנטיים גם לתחולה רטוראקטיבית שאיננה מבוססת על אשם. כאן, נכון יהיה לשלב את שתי התכליות

שבחוק לשיטת המדינה. נוצר צורך, המוסכם גם על איתנית, לפנות את פסולת האסבסט מהגליל המערבי. המחוקק בחר, כפי שבחרו מחוקקים אחרים במדינות דמוקרטיות, להטיל עלות מיוחדת על חברת האסבסט - היצרן והמרוויח הישיר - לעומת גורמים אחרים לרבות הציבור.

לסיכום נקודה זו נאמר: אין זה מקרה בו האמצעי איננו מקדם את המטרה. ההפך הוא הנכון. נזכיר כי "מבחן הקשר הרציונאלי - כמו מרכיב המטרה הראויה - הוא מבחן סף. הוא איננו מבחן של איזון. הוא איננו עורך איזון בין המטרה הראויה לבין הפגיעה בזכות" (מידתיות במשפט, עמ' 387). לצד זאת, קיימת גישה לפיה מבחן המשנה הראשון אינו מבחן טכני: "מבחן משנה זה אינו מסתפק בקיומו של קשר סיבתי טכני גרידא, בין האמצעי לתכלית, ולכן הדרישה לקיומו של קשר רציונאלי מכוונת, בין היתר, לכך שאין לנקוט באמצעי שהוא שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון" (בג"ץ 2887/04 אבו מדיגס נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד סב(2) 57, פסקה 37 לפסק דינה של השופטת ארבל (2007)). כשלעצמי, סבורני כי המקום הטבעי לבחון מבחני צדק והגינות של האמצעי הוא במסגרת מבחן המשנה השני, וביתר שאת במבחן המשנה השלישי. עם זאת, מוכן אני להניח כי במקרה קיצוני בו בולטת השרירותיות וחוסר ההוגנות של האמצעי - יזכה הדבר להתייחסות אף במבחן המשנה הראשון. זה בוודאי איננו המקרה כאן. לאמור, במקרה שלפנינו - הבדיקה של שני מבחני המשנה הנוספים היא שתאיר על מידת ההגינות והצדק שיש באמצעי שנבחר.

(2) האמצעי שפגיעתו פחותה

30. באנו כעת בשערי מבחן המשנה השני של המידתיות. השאלה שעומדת לפנינו היא האם, מבין האמצעים שמגשימים את תכלית החוק, נבחר אותו אמצעי שפגיעתו בזכות הקניין של איתנית היא הפחותה ביותר. בניסוח אחר, נשאל: האם יש חלופה פוגענית פחות, שתגשים את תכלית החוק במידה דומה (השוו: בג"ץ 10202/06 עיריית דאהריה נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית, עמ' 12 (12.11.2012)).

בהקשר זה, איתנית מצביעה על שתי חלופות למנגנון שנקבע בחוק: האחת, "שיפוץ" האתרים בהם הפסולת משמשת כחיפוי לקרקע. השנייה, מתן אפשרות לאיתנית לבצע את פרויקט סילוק הפסולת בעצמה. נבחן כל אחת מהאופציות.

31. האפשרות הראשונה נטענה על ידי איתנית בעלמא, מבלי להוסיף פרטים שיוכלו לשפוך אור על השאלה העיקרית הרלבנטית: האם היא צפויה להשיג את אותה תכלית תוך הסבת פגיעה מצומצמת יותר. יוזכר כי, כפי שהדברים הוצגו על ידי איתנית,

מדובר לכל היותר בפיתרון חלקי לבעיית הפסולת - ציפוי ואיטום של השבילים אשר רוצפו בפסולת אסבסט. ספק אם יש בכך פיתרון אמיתי אף לשבילים עצמם, ומעבר לכך לא ברור לשיטת איתנית מהו הפיתרון לסוגים האחרים של מצבורי הפסולת - למשל, הפסולת המוטמנת בקרקע. אם כן, אין בידנו אפשרות לקבוע כי האמצעי המוצע יוכל להשיג באופן מספק את תכלית החוק - ניקוי הגליל המערבי מפסולת אסבסט, תוך הסתפקות בפגיעה מצומצמת יותר באיתנית.

32. נותרנו עם האפשרות השנייה: הסמכת איתנית לסלק את הפסולת בעצמה, במקום לשלם עבור הסילוק (אופציית "הביצוע העצמי"). דא עקא, העותרת לא עמדה ברף להוכיח כי אפשרות זו תשרת את תכלית החוק במידה נאותה.

משימת סילוק פסולת האסבסט נדונה בין הצדדים במשך תקופה ארוכה. הצעתה של איתנית לפנות בעצמה את הפסולת, באמצעות קבלן משנה מטעמה, עלתה אף היא על שולחן הדיונים. בתום כמה סבבים של משא ומתן - נדחתה ההצעה. בהקשר זה אפנה למכתב מפורט ומנומק שנשלח לאיתנית בנובמבר 2010 על ידי מר אושיק בן-עטר, סגן בכיר לחשב הכללי, ובו הודיעה המדינה לאיתנית כי הצעתה בדבר ביצוע עצמי של הפרויקט אינה בת ביצוע. מהמסמך עולה כי איתנית העריכה את עלות פרויקט הסילוק בכ-66 מיליון ₪, בעוד שהמדינה העריכה את הפרויקט בסכומים שנעו בין 166 ל-300 מיליון ₪ ואף למעלה מזה (ראו גם סעיף 120 לעתירה). מדובר בפערים משמעותיים, אשר מעוררים חשש שמא האומדן הנמוך שסיפקה איתנית יביא לכך שהיא לא תבצע את הפרויקט באופן מלא ומוצלח. לכך מצטרף גם הספק שמא יש לאיתנית, על פני הדברים, תמריץ נמוך לביצוע מיטבי של הפרויקט. זאת משום שאין לה כל ציפייה לרווח מעצם ביצוע הפרויקט, ואין לה כל תמריץ לבצע סקרים יסודיים ואיתור של כל האתרים המזוהמים.

איתנית טוענת כי לאחרונה היא השלימה פינוי של שטח מאסבסט בפיקוח המדינה, וכי עלות הסילוק הייתה נמוכה בכ-65% מהעלות המוערכת על ידי המדינה. המדינה, מאידך, טוענת כי הניסיון המצטבר עם איתנית בתחום זה איננו חיובי: המדינה מפקחת על עבודות של איתנית לשיקום אתרי הפסולת בשייח' דנון ובשלומי שנזכרו לעיל, וכן עבודות לפינוי פסולת אסבסט בשטחים נוספים. בעבודות אלה נתגלו ליקויים מקצועיים, אשר הובילו לעיכובים משמעותיים בביצוע.

אין בידי או בכוונתי להכריע במחלוקות העובדתיות הללו שהתגלו בין הצדדים, כאילו מדובר בסכסוך אזרחי או בעתירה מנהלית. הכרעה כזו איננה נדרשת

למסגרת הנוכחית. עסקינן בזכור בביקורת חוקתית על סעיף 74 לחוק, לא בביקורת מנהלית או ערעורית. השאלה שלפנינו היא האם ישנו אמצעי חלופי, אשר יפגע פחות באיתנות תוך שהוא מגשים בבירור את התכלית שלשמה נחקק סעיף 74. בראייה זו, איתנות לא הרימה את הנטל המוטל עליה. לא שוכנעתי כי אופציית הביצוע העצמי - דהיינו, שאיתנות תבצע את העבודות לסילוק הפסולת - תביא להשגת המטרה שלשמה נחקק סעיף 74: ניקוי הגליל המערבי מפסולת האסבסט. אף הובא חומר שתומך בעמדת המדינה, או לפחות מראה את ההיגיון שבה.

33. נקודת המבט ששימשה אותנו עד כה היא על דרך השלילה: האם יש חלופות שיגשימו את תכלית החקיקה תוך פגיעה פחותה בזכויותיה של איתנות. האחרונה שמה דגש על כיוון זה. ברם ניתן לבחון את הסוגיה, במקביל, גם על דרך החיוב. מנקודת מבט זו, המנגנון שבחר המחוקק כולל בתוכו איזונים ובלמים אשר מצמצמים את הפגיעה שנגרמת לאיתנות. בהקשר זה יוזכרו חמישה אלמנטים: ראשית, איתנות תחויב לשלם לא יותר ממחצית מעלותו המשוערת של פרויקט הסילוק. מחצית, ואולי אף פחות, אך ודאי לא יותר. שנית, חיובה הכספי של איתנות לא יעלה בכל מקרה על 150 מיליון ₪. שלישית, מנגנון המימון שקבע המחוקק, יחד עם ההוראות המשלימות שפרסם השר, מבטיחים כי אין מדובר בקנס או בפיצוי. החיוב הכספי שהושת על איתנות ישמש לכיסוי (חלקי) של עלויות סילוק הפסולת בלבד. רביעית, פרויקט הסילוק בו עסקינן מוגבל לרדיוס של 15 ק"מ סביב המפעל. סעיף 74 איננו מחייב את איתנות להשתתף במימון סילוק פסולת אסבסט אם היא מצויה מחוץ לטווח זה. ולבסוף, ההוראות שפרסם השר יוצרות מנגנון בדיקה ובקרה, אשר יאפשר לאיתנות להשיג באופן פרטני על חיובה לשלם בגין מצבורי פסולת ספציפיים.

חמשת האלמנטים הנזכרים אינם בגדר השערה או פרשנות יצירתית. מדובר באיזונים ובלמים המובנים בתוך לשונו המפורשת של סעיף 74 וההוראות המשלימות אותו. הם מפחיתים את הפגיעה שתיגרם לקניינה של איתנות, תוך הגשמת התכלית הדומיננטית של ניקוי הגליל המערבי מפסולת אסבסט והתכלית המשנית של "המזזה משלם" (ככל שיש כזו).

ניתן לסווג את האלמנטים הנזכרים דרך שלוש שאלות: כמה, על מה, וכיצד. "כמה" - 50 אחוז, וזאת עד לתקרה של 150 מיליון ₪. בדוגמאות שהובאו מארצות הברית וממדינות אחרות, היו חוקים שדרשו תשלום של 100% ובלא תקרה. הפער בגובה התשלום הינו משמעותי. בכך יש מענה נוסף לטענת איתנות לפיה היה נכון להטיל על משתמשי הקצה חבות מסוימת בגין סילוק הפסולת. כאמור לעיל, לא

השתכנעתי שהתקרה שנקבעה איננה משקפת אומדן הוגן של העלויות האפשריות. יתר על כן, גם אם העותרת חלוקה על הערכת עלויות הסילוק, מאחר והמדינה נושאת במחצית מעלויות אלו - הרי שגם למדינה אין אינטרס בניפוח העלויות. "על מה" - ניקוי שטח מתוחם. החשיבות של העניין היא שאין עונש או סנקציה. תחימת הפעילות שבגינה חייבת איתנית לשלם מבססת את המסקנה שאין אמצעי של הטלת אחריות כיעד בפני עצמו. לאלמנט של "על מה" מתווסף היקף השטח - רדיוס של 15 ק"מ סביב המפעל. שטח זה, לא רק שהוא מצומצם אלא משקף את ההיסטוריה של התנהגות איתנית בכל הקשור לפיזור פסולת האסבסט התעשייתית. היסטוריה זו כוללת את העובדה שאיתנית הטמינה חלק מפסולת האסבסט, וכן מסרה פסולת לידי משתמשי הקצה תושבי האזור תמורת סכום סמלי או אף ללא תמורה. יש בכך לחזק את הסברה שיישום העיקרון של "המזהם משלם" איננו שרירותי או לא רציונאלי. השאלה השלישית היא "כיצד": הסעיף כולל מנגנון פנימי, לפיו איתנית תוכל להציג את עמדתה בדבר דרישות התשלום העיתיות שיועברו אליה מדי שלושה חודשים. הסתייגויותיה של איתנית לא הוגבלו לדרכי חישוב, אלא אף לשאלה האם מצבור פסולת ספציפי אכן יצא ממפעלה. כך הבהירה המדינה (סעיף 121 לתגובתה לעתירה). אלמנט זה תורם למידתיות האמצעי שנבחר. המנגנון הפנימי שם דגש על בקרה ולא על שיטה של תכתיב מלמעלה.

(3) מידתיות במובן הצר

34. נותרנו, אפוא, עם מבחן המשנה השלישי והאחרון בביקורת החוקתית: מבחן המידתיות במובן הצר. מבחן זה בודק את היחס הראוי "בין התועלת הציבורית הצומחת מדבר החקיקה שחוקתיותו עומדת על הפרק, לבין הנזק לזכות החוקתית הנגרם על ידי אותו דבר החקיקה" (עניין המרכז האקדמי, פסקה 50 לפסק דינה של הנשיאה בייניש; וכן ראו בג"ץ 2651/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, פסקה 22 לפסק דינה של השופטת נאור (15.6.2011)). זהו מבחן של נזק מול תועלת במישור החוקתי – תועלת חברתית מול פגיעה בזכות.

בפסיקה הובעה הדעה לפיה: "זהו מבחן החשוב ביותר מבין שלושת מבחני המשנה" (דברי השופטת דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 140 (1995)). כך או כך, אין זה מבחן סף. מקומו כמשוכה האחרונה במסע החוקתי מכוון אליו את הזרקור. על אף שכותרתו של מבחן משנה זה היא "מידתיות במובן הצר", אין הוא צר כלל ועיקר. הוא מהווה אתגר מיוחד לשופט. לתפיסתי, ודווקא בשל כך, מבחן זה עשוי להתפתח עם הזמן - לרבות קביעת כללים להבניית יישומו - יותר ממבחני משנה אחרים.

בכל מצב, במקרנו, ברי כי התועלת המופקת מן החוק רבה מאוד. לכן, יהיה ניתן לקבוע שסעיף 74 איננו חוקתי רק אם יימצא שהפגיעה בזכות הקניין של איתנית - הצד השני של המשוואה – היא בעוצמה כה גדולה, עד שתאפיל על התועלת.

סעיף 74, על החיוב הכספי שבו, פוגע בזכות הקניין של איתנית. מטיעוני איתנית עולה כי שלושה נדבכים מעצימים את הפגיעה: (1) החוק הוא פרסונאלי. (2) החוק מטיל אחריות חמורה. (3) החוק הוא רטרואקטיבי. ביחס לכל נדבך אציג תחילה את אופי הפגיעה הנטען, ואז אבחן את מימדיה האמיתיים: האם החוק חצה את הקו האדום החוקתי, ועל כן יש לעשות שימוש בנשק הלא-קונבנציונאלי של ביטול החוק; האם "הפגיעה היא כזעקתה" או שמא יש מרכיבים בחוק שממתנים אותה. באמצעות בחינה זו תתבצע ההשוואה החוקתית בין הנזק לתועלת.

חוק פרסונאלי

35. מוסכם כי גם אם החוק איננו מזכיר את איתנית בשמה המפורש, הרי שהוא חוק פרסונאלי מאחר ובפועל הוא מכוון באופן ספציפי אליה.

ברובד הכללי, אחד המאפיינים הבסיסיים של חוק, אשר מבדיל אותו באופן עקרוני מנורמה שרירותית אחרת, הוא היותו בעל תחולה כללית. תכונה זו לרוב באה לידי ביטוי בהתייחסות לקבוצה בלתי מסוימת של נתינים (אליהם ממוען החוק), או בכך שהחוק מצווה, אוסר או מתיר ביצוע תמידי או סדור של פעולה (היבטים עליהם עמד הארט בפרק השני בספרו על מושג החוק - H. L. A. HART, THE CONCEPT OF LAW (1961); ראו עוד חיים גנז "על כלליותן של נורמות משפטיות" עיוני משפט טז 579, 579-584 (1992)). הבחנה זו אף מהווה אחד מההבדלים בין חוק שממוען לציבור, לבין פסק דין שממוען ליחיד. על בסיס האמור ניתן היה לטעון כי הגם שעסקינן בחוק שנחקק לפי סדרי הדין, ברובד המהותי הוא לוקה בחסר עד כדי פגיעה בזכות הקניין של איתנית.

לכך אשיב כי ישנו הסבר ענייני להכוונת החוק כלפי איתנית לבדה. זו איננה שאלה של מספר, דהיינו: כמה גורמים כלולים בתחולת החוק, וככל שהתשובה נסובה סביב מספר קטן ביותר - דבק בה פגם של חוק פרסונאלי. תחת זאת, יש לברר האם קיימת סיבה עניינית מדוע החוק יחול על קבוצה מצומצמת. הבדיקה תיעשה בזהירות במספרים קטנים, ודאי כאשר החוק חל על מפעל אחד בלבד.

מהו ההקשר של סעיף 74? מתברר כי אין מדובר בשרירות לב, בגחמה או ברדיפה נקודתית. המחוקק שם לנגד עיניו את הצורך בפרויקט ייעודי לניקוי הגליל המערבי. הסעיף נועד לתת מענה למצב הייחודי שנוצר: מצבורי פסולת אסבסט בהיקף גדול, באזור גיאוגרפי מוגדר, שנוצרו באופן שיטתי על ידי גורם אחד דומיננטי. איתנית לא הציגה טענה לפיה מצב זה איננו ייחודי לאזור הגליל המערבי. עוד יצוין כי איתנית נהנתה מהיותה "בת יחידה", במובן זה שתקופה ארוכה היא הייתה הגורם הדומיננטי בשוק האסבסט המקומי.

לב הדבר הוא כי הייחודיות של איתנית איננה פרי החקיקה אלא פרי המציאות. סביר להניח כי במדינה גדולה יותר היה נוכח בשוק יותר מגורם אחד. כך מלמד הניסיון של המשפט המשווה. ובכל זאת, החוק הישראלי נועד לסלק את הפסולת תוך השתתפות - אך לא מלאה - של הגורם שיצר אותה והרוויח ממנה. גורם זה אמנם יחיד הוא, אך הצדק בדבר לא נפגם עקב כך. בראייה זו, אינני סבור כי העובדה שאיתנית הינה בגדר מפעל יחיד - בכוחה להצביע על פגיעת-יתר מבחינה חוקתית בקניינה. לדעתי, יש בשיקולים אלו כדי למתן את הפגיעה הנטענת בגין אי-כלליותו של הסעיף. יצוין גם כי ככל שאיתנית טוענת שאי-הכלליות של החוק היא בגדר אפליה - אין בידי לקבל את הטענה, מן הנימוקים שפירטתי באריכות לעיל, כאשר נדונה שאלת הפגיעה בשוויון.

אגב, לספר החוקים של ישראל כבר הוכנסו בעבר חוקים שלמים שהינם בעלי אופי פרסונאלי מובהק. למשל, חוק הנשיא חיים ווייצמן (גימלה ועזבון), התשי"ג-1953, קובע את גובה הגמלה שתשולם לאלמנתו של הנשיא הראשון. דוגמא אחרת היא חוק המניות הבנקאיות שבהסדר (הוראת שעה), התשנ"ד-1993, אשר טיפל בהליכי ההלאמה וההפרטה של ארבעת הבנקים הגדולים דאז (לאומי, הפועלים, דיסקונט ומזרחי), בעקבות משבר מניות הבנקים של שנות ה-80'. נראה כי דוגמאות אלו ממחישות את הטענה כי מצב מיוחד דורש חוק מיוחד, ואף עשוי להצדיק חוק בעל מאפיינים פרסונאליים.

אחריות חמורה

36. העותרת מצביעה על נדבך נוסף שמעצים את הפגיעה בקניינה: משטר של אחריות חמורה דה-פקטו. במילים אחרות, המחוקק הטיל על איתנית לשאת באחריות בגין פעולות הזיהום שביצעה בעבר, וזאת על אף שפעולות אלו על פני הדברים לא היו כרוכות באותה שעה בהפרה של חובת זהירות, ובכל מקרה לא התנהל לפני בית משפט

הליך אזרחי בעניין אשר קבע אחרת. איתנית טוענת כי יסוד זה מחמיר את הפגיעה בזכותה הקניינית.

נכון הוא שעל פני הדברים אחריות חמורה מעוררת סימני שאלה ומזמינה עיון ובדיקה. אך במקרה דנן, להשקפתי, שלושה שיקולים מצמצמים - או מאזנים - את הקושי החוקתי הכרוך בהטלת אחריות חמורה.

ראשית, התמיכה בהטלת אחריות חמורה במשפט המשווה. בכך ארחיב בהמשך. שנית, הטלת אחריות חמורה בהקשר של סילוק זיהומים נשענת על טעמים כבדי משקל. הזכרתי לעיל את שיקולי הצדק וההגינות, כמו גם את הרציונאליים הכלכליים של הרתעה והפנמת עלויות. טעם נוסף שצוין הוא הקושי הראייתי שנובע ממשטר של אחריות מבוססת-אשם, ואשר עשוי להיפתר תחת משטר של אחריות חמורה (ראו לעיל בדיון אודות המשפט האירופאי והאמריקאי). שלישיית, אני סבור כי במקרה דנן ישנו אלמנט ייחודי אשר מקהה את עוקצה של האחריות החמורה. צפיות (foreseeability) היא שיקול רלבנטי בהקשר של אחריות חמורה. כך הוא למשל במשפט האמריקאי: ב-RESTATEMENT OF TORTS השלישי מצוין שיש להטיל אחריות חמורה בגין פעילות מסוכנת באופן חריג (abnormally dangerous activity). הוסבר שם כי פעילות תוגדר כמסוכנת באופן חריג אם מתקיימים מספר תנאים מצטברים, ובכלל זאת שהפעילות יוצרת סיכון צפוי (foreseeable) ומשמעותי מאוד (highly significant) לנזק, תוך שימוש שאיננו רגיל (not one of common usage), וזאת אפילו אם האחראי על הפעילות נקט אמצעי זהירות סבירים (RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL AND EMOTIONAL HARM §20 (2010); ראו עוד: גלעד, בעמ' 1293-1297). על פי קו זה, הצפיות קובעת את גבולותיה של האחריות החמורה - בהיבט אחד, ומצדיקה את עצם הטלת האחריות החמורה - בהיבט אחר. יודגש כי ה-RESTATEMENT איננו דין מחייב בארצות הברית, אך הוא נחשב כמשקף את הדין הקיים ונעשה בו שימוש רב בפסיקה. גם נכון הוא שבארצות הברית זיהום פסולת מוסדר בחקיקה ייעודית. אך לדעתי יש באמור רלבנטיות לתקיפה החוקתית של אחריות חמורה.

המשפט העברי עשוי להבהיר את הנקודה. המשנה קובעת, בהקשר הנזיקי, כי "אדם מועד לעולם, בין שוגג בין מזיד, בין ער בין ישן" (בבלי, בבא קמא כו, א). זהו סוג של אחריות חמורה. הרמב"ם מסייג את היקף האחריות:

במה דברים אמורים שהישן חייב לשלם, בשניים שישנו כאחד ונתהפך אחד מהן והזיק את חברו או קרע בגדו. אבל אם היה אחד ישן, ובא אחר ושכב בצידו - זה שבא באחרונה, הוא המועד; ואם הזיקו הישן, פטור. וכן אם

הניח כלי בצד הישן, ושיברו הישן - פטור: שזה שהניחו, הוא המועד שפשע (משנה תורה, ספר נזיקין, הלכות חובל ומזיק א, יא).

צא ולמד, שאם למשל אדם ישן בבית חברו ליד מנורה, ותוך כדי שינה הוא פוגע בה ושובר אותה - חייב לשלם. לעומת זאת, אם לאחר שנרדם הניח מאן דהוא את המנורה לידו, ובהמשך הלילה שבר אותה הישן - אין הוא חייב לשלם על הנזק. הזיקה לענייננו היא שגם בשיטה של אחריות חמורה של האדם כמזיק, הכנסת חפץ לזירה ללא ידיעתו של המזיק - עשויה לשחרר אותו מאחריות. גישה זו אף מזכירה את ה- innocent owner defense: לפי ה-CERCLA, יש לפטור בעל מקרקעין אם בזמן שרכש את השטח לא ידע ולא הייתה סיבה שידע על קיומו של חומר מסוכן בשטחו ("did not know and had no reason to know that they had any hazardous substance": 42 U.S.C. § (9601(35)(A)(i)).

במקורנו, עולה מהחומר כי מעשיה של איתנית בפסולת נעשו לא בלי קורטוב של צפיות או ידיעה ביחס לסכנות האסבסט. עמדתי על כך לעיל, כאשר בחנתי את פערי המידע בין איתנית לבין משתמשי הקצה. דו"ח של פרופ' שילינג משנת 1969 מנה את הסכנות הבריאותיות הנובעות מהחשיפה לאבק אסבסט, לרבות אסבסטוזיס וסרטן. מאמר משנת 1970, שנכתב בשיתוף עם נציגי המפעל, מציין כי קיימת "ידיעה ברורה של נזקי בריאות מאסבסט, וריבוי המקרים של אסבסטוזיס מחד ושל ניוון סרטני ממאיר מאידך". מכתב מאפריל 1976 של מר יקותיאל פדרמן, מבעלי השליטה באיתנית, עוסק במחקרים המדעיים מאותה תקופה בהם נדונו הסכנות הבריאותיות שבאסבסט. בנוסף על כך - איתנית, כמעסיקה של עובדים באסבסט, הייתה כפופה לחוקי עבודה שונים אשר שיקפו את ההכרה בסכנת האסבסט: הגדרת האסבסטוזיס כמחלת מקצוע, איסור על העסקת בני נוער ונשים בעיבוד אסבסט ובשימוש תעשייתי בו, מגבלות על אופן העסקתם של עובדים באסבסט, חובת ביצוע בדיקות רפואיות עיתיות וכן הלאה.

משמעות הדברים היא, במילים אחרות, שהתקיים אצל איתנית מימד מסוים של צפיות עובדתית או ידיעה אודות נזקי האסבסט. יודגש, למען הסר כל ספק, כי אינני עוסק כאן ברף הנדרש לצורך הוכחת אחריות נזיקית או פלילית כזו או אחרת. לא זה הדיון ולא זה הרף. עסקינן בביקורת חוקתית. השאלה שעל הפרק היא מה היקף הפגיעה שנגרמה לקניינה של איתנית, ובפרט: מהו המשקל שיש לייחס להטלת אחריות חמורה. בראייה זו אין להתעלם מכל האינדיקציות שציינתי, אשר מלמדות על צפיות או ידיעה - ולו מסוימות - אצל איתנית, והכל כאמור ברף הרלבנטי להליך שלפנינו.

בבוא בית המשפט לבחון האם קמה פגיעה חוקתית בכך שנטל החיוב הכספי נופל על כתפי איתנית - סבורני כי גם ידיעותיה החלקיות מפחיתות את הפגיעה בקניינה. רוצה לומר, שגם אם אין אחריות או שיש אחריות חמורה - הקשר בין החייב לבין המעשה עדיין מצריך בדיקה. נאמר זאת בצורה אחרת: לו סעיף 74 היה מטיל את החבות על חברה אחרת שלא עסקה בייצור אסבסט בתקופה הרלבנטית, או אפילו עסקה אך לא באזור הגליל המערבי - סימני השאלה סביב סעיף 74 היו מתרבים בצורה משמעותית. ושוב אין לשכוח כי סעיף 74 איננו מטיל על איתנית אשמה נזיקית או פלילית. הדין אינו מרשיע, מכתים או אפילו מייחס לה חבות. כפי שצינתי בקשר לאמצעי שנבחר, החיוב הכספי כאן איננו בגדר קנס או פיצוי. מטרתו היא לסלק את פסולת האסבסט מהגליל המערבי. כמובן, אין זה אומר כי המחוקק רשאי להטיל את החבות כראות עיניו ובאופן שרירותי. לשם כך יש לבחון את סעיף 74 על פי פסקת ההגבלה. בענייננו, כפי שהוסבר, יש זיקה בין איתנית לבין הפסולת, שמצדיקה את משטר האחריות שנקבע.

לסיכום, הגם שאחריות חמורה מעוררת קושי, בהתחשב במכלול הנסיבות - קיומו של משטר משפטי דומה במדינות רבות ביחס לאותה סוגיה של סילוק חומרים מסוכנים מוטמנים; ההצדקות בדמות "המזהם משלם"; אלמנט הידיעה או הצפיות של איתנית בקשר לנזק הספציפי; וטיב החיוב שעניינו לא פיצוי או קנס, אלא מחיר ניקוי השטח כדי לעצור את התפתחות הנזק החמור במיוחד לתושבים ולסביבה - נדמה כי התועלת מרובה על הפגיעה בזכות.

חוק רטרואקטיבי

37. סוגיה נפרדת מתעוררת בקשר לתחולתו בזמן של החוק. איתנית טוענת כי זהו חוק רטרואקטיבי, ועל כן יש החמרה בפגיעה בזכות הקניינית שלה. על פי קו זה, חוק רטרואקטיבי נכנס לשטח לאחר מעשה, ומשנה למפרע את כללי המשחק. המדינה לעומת זאת סבורה כי החוק הוא בעל תחולה אקטיבית, ועל כן טענת איתנית לפגיעה חוקתית איננה עומדת במלוא קומתה. אף אין לשלול לגישת המדינה את השימוש בחוק רטרואקטיבי בכל מצב. עם מי הצדק בנקודות אלו? סוגיית הגדרת התחולה בזמן היא סבוכה. על כן, תחילה יוצגו המושגים הרלבנטיים באופן כללי. לאחר מכן נבחן את הסוגיה בהקשר של סעיף 74, לרבות מידת הפגיעה באיתנית.

חוק רטרואקטיבי משנה כלפי עבר את מעמדה המשפטי של פעולה שנעשתה לפני כניסת החיקוק לתוקף. חוק רטרואקטיבי משנה כלפי עתיד את ההשלכות

המשפטיות של פעולה שנעשתה לפני כניסת החיקוק לתוקף. חוק פרוספקטיבי משנה כלפי עתיד את מעמדה המשפטי של פעולה שתיעשה אחרי כניסת החיקוק לתוקף.

להמחשת ההבדל נדמיין את התרחיש הבא: ראובן מעשן סיגריה במקום ציבורי ביום 1.1.2012. באותה שעה לא היה שום איסור על כך. ב-1.2.2012 פורסם חוק שמטיל קנס גבוה על עישון סיגריה במקום ציבורי. אם החוק החדש חל רק על מי שיעשן במקום ציבורי מיום 2.2.2012 ואילך - זהו חוק פרוספקטיבי. אם לעומת זאת ייקבע שמועד תחולת החוק הוא מיום 1.1.2012 ואילך - זהו חוק רטרואקטיבי: הוא משנה את מעמדה המשפטי של פעולת עישון הסיגריה של ראובן, ומטיל עליו קנס. בשונה מאלה, החוק הוא רטרואקטיבי אם ייקבע שכל מי שעישן מיום 1.1.2012 ועד ליום פרסום החוק - לא עבר עבירה מנהלית או אחרת, אך יחויב להשתתף בסדנה במשרד הבריאות בנושא עישון פאסיבי. החוק לא שינה כלפי עבר את מעמדה המשפטי של פעולת העישון של ראובן - שאיננו עבריין - אך שינה כלפי עתיד את תוצאות הפעולה. במקרה זה, מעמדו הייחודי של החוק הרטרואקטיבי הוא ניכר לעין: החוק מפרש שראובן לא עבר עבירה וכי התוצאה שבה יהיה עליו לשאת איננה קנס או עונש, וזאת בניגוד לחוק הרטרואקטיבי. בד בבד עדיין ראובן יהיה מחויב בהשלכות מסוימות של הפעולה שביצע בעבר, וזאת בניגוד לחוק פרוספקטיבי. יצוין כי הבחנה זו, בין תחולה רטרואקטיבית לתחולה רטרואקטיבית, איננה מקובלת על כולי עלמא, אך מצאה יתד בפסיקת בית משפט זה ובחלק משיטות המשפט דוגמת קנדה (עוד על ההגדרות עיינו: ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765 (1992); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני - פרשנות החקיקה 609-645 (1994); יורם מרגליות "אפליה בהסדרי החיסכון הפנסיוני ופתרונה המוצע" משפטים לא 529, 552-556 (2001); יניב רוזנאי "רטרואקטיביות - יותר מאשר 'רק עניין של זמן'!" משפט ועסקים ט 395 (2008); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 351-352 (2009)).

סיווג נוסף שעשוי להתאים לענייננו הוא חקיקה אקטיבית: דבר חקיקה אשר משנה כלפי עתיד את תוצאותיו המשפטיות של מצב אשר היה כבר קיים ביום כניסת החיקוק לתוקף. כפי שניכר לעין, קיימת קרבה רבה בין חקיקה אקטיבית לחקיקה רטרואקטיבית. ההבדל בין השניים הוא שחקיקה אקטיבית חלה על מצב שקיים בהווה, בעוד שחקיקה רטרואקטיבית חלה על פעולה שהסתיימה בעבר. בדוגמא שהובאה לעיל, נניח שהחוק החדש היה מניח כי השפעה של עישון במקום ציבורי משאירה את אותותיה לתקופה של חודשיים, ומטיל חיוב בהתאם - זוהי חקיקה אקטיבית. כך ניתן להצדיק באופן אחר חובת השתתפות בסדנה למי שעישן במקום ציבורי חודש לפני כניסת החוק לתוקף, כפי שהצגנו בדוגמא.

בספרו מביא פרופ' ברק דוגמא אחרת, להמחשת ההבדל בין תחולה רטרופקטיבית לתחולה אקטיבית. ההבדל יהיה תלוי בפרשנות תכליתית של החוק הרלבנטי:

"טול חוק חדש, הקובע כי מי שהורשע בעבירה אינו יכול לכהן כחבר כנסת. האם הדיבור 'מי שהורשע בעבירה' מצביע על פעולה או על מצב? האם החלת החוק על מי שהורשע בעבירה לפני כניסתו של החוק לתוקף תהווה החלת רטרופקטיבית של החוק? [...] אם מטרת החוק הינה לקבוע סנקציה נוספת - מעבר לסנקציה הפלילית - על מי שהורשע, הרי הוא מתייחס אל הפעולות שהביאו להרשעה בעבר. החלת החוק החדש על פעולות אלה תהווה החלה רטרופקטיבית של החוק. לעומת זאת, אם מטרת החוק היא לקיים אמון הציבור בנבחריה ובמוסדותיו, הרי הוא מתייחס אל המצב של 'מורשע'. החלת החוק החדש על מצב שנתקיים לפני חקיקתו והמשיך להתקיים בהווה אינה החלה רטרופקטיבית שלו" (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני - פרשנות החקיקה 628 (1994)).

38. מצוידים בכלים אלו, נשאל מהו המצב במקרה שלפנינו? סעיף 74 לחוק מטיל על איתנית לשאת בעלויות לסילוק פסולת שהיא הטמינה בקרקע או העבירה למשתמשי קצה. מן העבר האחד, אין מדובר בתחולה רטרואקטיבית: הסעיף איננו משנה את העבר, ואיננו קובע שפעולותיה של איתנית היו בגדר עבירה על החוק או שהיא נושאת בגינן בחבות נזיקית. מן העבר האחר גם אין מדובר בתחולה פרוספקטיבית, שהרי מדובר על סילוק פסולת קיימת ולא על פסולת שתגיע לשם בעתיד. השאלה היא האם מדובר בתחולה אקטיבית או רטרופקטיבית. מצד אחד, ניתן לטעון שזו תחולה אקטיבית: החוק עוסק במצב העכשווי - פסולת מפוזרת שמסכנת את בריאות הציבור. זו עמדת המדינה. לחלופין, ניתן לטעון שזו תחולה רטרופקטיבית: החוק משנה את התוצאה המשפטית של פעולות ההטמינה והמסירה שביצעה איתנית בעבר, ומטיל על איתנית סנקציה חדשה. זו למעשה עמדת איתנית.

הויכוח בין הצדדים איננו תיאורטי לחלוטין, ויש לסיווג התחולה בזמן של סעיף 74 גם השלכות חוקתיות. הסיבה היא שניתן לסדר את ארבעת המצבים העיקריים של התחולה בזמן - פרוספקטיבית, רטרופקטיבית, אקטיבית ורטרואקטיבית - על "ציר לגיטימיות". ציר זה משקף את האופן שבו אנו מתייחסים אל דבר החקיקה. הנחת היסוד מאחורי "ציר הלגיטימיות" שלנו היא כזו: ככל שהחוק שולח את זרועותיו כלפי העבר באופן מובהק יותר - כך מתעוררים קשיים רבים יותר בדבר הלגיטימיות שלו. לאינטואיציה שמאחורי הציר יש טעמים מרובים: כללי המשחק צריכים להיות ברורים מראש, משיקולי הגינות וצדק, ואין לאפשר למחוקק לשנות אותם בדיעבד. כמו כן, שינוי למפרע של הכללים פוגם באמון הציבור במחוקק, פוגע בתכלית החוק לכוון

התנהגות עתידית, ומערער את היציבות ואת הוודאות. ויודגש: אין לשלול חוק באופן אוטומטי רק בשל מקומו על הציר. אולם הצידוק לתחולה בזמן של החוק צריך להיות משכנע יותר (לא כך הוא המצב בחקיקה פלילית - ראו סעיף 3 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; מצב דומה שורר בקנדה [CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS, §11(g)], בהודו [CONSTITUTION OF INDIA, §20(1)], בדרום אפריקה [CONSTITUTION OF SOUTH AFRICA, CHAPTER 2 - BILL OF RIGHTS, §35(3)(1)] ובנורווגיה [KONGERIKET NORGES GRUNNLOV, §97]).

בקצה אחד של "ציר הלגיטימיות" נמצאת תחולה פרוספקטיבית. זו התחולה ה"מקובלת" ביותר, שכן היא איננה משפיעה כלל על פעולות או מצבים שמקורם בעבר. בקצה השני של הציר נמצאת תחולה רטרואקטיבית. זו התחולה הקשה ביותר לעיכול, שכן היא שומטת את הקרקע מתחת לפעולות שכבר הסתיימו ומשנה בדיעבד את הגדרתן המשפטית. בתווך מצויה התחולה הרטרואקטיבית, אשר משפיעה רק על תוצאותיהן של פעולות שהסתיימו בעבר. התחולה האקטיבית מצויה בין התחולה הרטרואקטיבית לבין התחולה הפרוספקטיבית, מכיוון שהיא חלה על מצב שאמנם שורשיו מצויים בעבר אך הוא נמשך גם בהווה. לכן, במובן מסוים, היא יותר "מקובלת" וסבירה מאשר תחולה רטרואקטיבית, שכל כולה נוגעת לפעולות שהסתיימו כבר בעבר. מכאן חשיבותה היחסית של השאלה שניצבת לפנינו, ביחס לסיווג התחולה של סעיף 74: רטרואקטיבית, או אקטיבית.

התחבטתי לא מעט בשאלה זו. נכון הוא שהחוק חל על מצב דברים קיים. עסקינן בסילוק פסולת שכבר מוטמנת בקרקע, או שמשמשת לחיפוי קרקע בצורות שונות (כבישים סלולים וכדומה). במובן זה החוק הוא בעל תחולה אקטיבית. אולם דומני כי שיבוץ סעיף 74 בקטגוריה של תחולה אקטיבית מחמיץ את העיקר. יש לזכור כי אין מדובר במקרה שבו רק חלק מן היסודות העובדתיים התגבשו בעבר. במקרה שלפנינו, כל היסודות העובדתיים של המצב הנוכחי התגבשו במלואם בעבר: הפסולת כבר הוטמנה או הונחה כחיפוי. במקרה כגון דא, קיים ספק בעיניי אם זו אכן תחולה אקטיבית במובנה הסטנדרטי (השוו: ע"א 6066/97 עיריית תל-אביב יפו נ' אבן אור, פ"ד נד(3) 749, 755 (2000)). יתירה מזאת: סעיף 74 איננו מופנה כלל כלפי עתיד. ניקח לשם השוואה את הדוגמא שהבאתי לעיל מפי פרופ' ברק, בעניין החוק החדש שקובע כי מי שהורשע בעבירה לא יכהן כחבר כנסת. חוק היפותטי כזה בחלקו צופה פני עבר - אנשים שכבר הורשעו בעבירה, ובחלקו צופה פני עתיד - אנשים שיוורשעו בעתיד בעבירה. ברם סעיף 74 בו עסקינן איננו צופה כלל פני עתיד. הוא עוסק בפסולת אסבסט שהוטמנה בעבר הרחוק או הקרוב על ידי איתנית. הסעיף איננו מטפל, ואף

איננו מתיימר לטפל, בהטמנת פסולת אסבסט מכאן ואילך. בכך עוסקים יתר חלקיו של חוק האסבסט, אך לא סעיף 74 דידן. ייתכן שיש לפנינו, אפוא, מעין קטגוריה בפני עצמה, אקטיביות במובן הצר. אם להשתמש ב"ציר הלגיטימיות" שהוצג לעיל, דומני כי סעיף 74 והקטגוריה של אקטיביות במובן הצר קרובים יותר לנקודת הלגיטימיות של התחולה הרטרופקטיבית, מאשר לנקודה של התחולה האקטיבית. כך או כך, האפשרות המסתברת לפיה סעיף 74 איננו חוק רטרואקטיבי מובהק, מחלישה את הפגיעה הנטענת בזכותה הקניינית של איתנית.

ברם, מבלי להכריע בנקודה עקרונית זו של סיווג תחולת החוק, יש לזכור כאמור לעיל כי אפילו אם מדובר היה בחוק רטרואקטיבי לעילא - וכך ודאי לא המצב כאן - אין פירושו של דבר שהוא נפסל אוטומטית. עדיין שומה עלינו לבחון את מכלול השיקולים הנוגעים לחוק, בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה, לרבות תכלית החוק, תועלתו והפגיעה שהוא מסב לזכויות מוגנות (השוו: בג"ץ 1149/95 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד נד(5) 547, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (2000); בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, פסקה 33 (1996)). במילים אחרות, הניתוח שערכתי עד כה בשאלת התחולה בזמן - הוא בבחינת שיקול נוסף במאזן התועלת מול הנזק. ודוק: שיקול נוסף, אך לא שיקול מכריע.

להשקפתי, במאזן התועלת מול הפגיעה בזכות, ישנם שלושה שיקולים אשר תומכים בצד הראשון ומשמשים כמשקל-נגד לפגיעה הנגרמת מתחולתו הרטרואקטיבית של החוק. כאמור, אינני סבור שמדובר בתחולה "רטרואקטיבית" *per se*, אך לשם הנוחות אכנה אותה כך בקיצור. כמובן שאין זה רק עניין של נוחות: סעיף 74, על מבנהו המיוחד שתואר, מעלה מעין ניחוח של חוק רטרואקטיבי, אף אם אין לקטלג אותו בתור שכזה.

באשר לשיקול הראשון, עמדתי לעיל על אלמנט הצפיות שמאפיין במידה מסוימת את התנהגותה של איתנית. לכך יש השלכה לא רק על שאלת האחריות החמורה, אלא גם על שאלת הרטרואקטיביות. בתי המשפט בארצות הברית, כפי שהוסבר, פירשו את חוק ה-CERCLA כבעל תחולה רטרואקטיבית. זאת על אף שהדבר איננו מצוין במפורש בלשון החוק, וקיימת בשיטה האמריקאית חזקה הניתנת לסתירה נגד תחולה רטרואקטיבית. אחד מן הטעמים לפרשנות זו התקשר ליסוד הצפיות:

"While the generator defendants profited from inexpensive waste disposal method that may have been technically 'legal' prior to CERCLA's enactment... it was certainly foreseeable at the time that improper disposal could cause enormous damage to the environment" (*U.S. v. Monsanto Co.*, 858 F.2d 160, 174 (4th Cir. 1988)).

כלומר, נכון הוא שהפעולות לסילוק הפסולת היו מותרות בשעת ביצוען מבחינה הדין הפורמאלי, אך בד בבד ניתן היה לצפות כבר באותה עת שהן יסבו נזק חמור לבריאות התושבים ולסביבה. במילים אחרות, צפיות או ידיעה בדבר הנזק מהווה צידוק מסוים להטלת אחריות "רטרואקטיבית". קו חשיבה דומה מצינו בהולנד, כפי שהסברתי לעיל: בית המשפט העליון ההולנדי קבע שהחוק משנת 1982 חל רטרואקטיבית מ-1 בינואר 1975 והלאה. הטעם לבחירה בתאריך זה דווקא הוא משום שממנו והלאה - כל מזהם היה צריך להיות מודע לכך שהוא צפוי לשאת באחריות בגין מעשיו. הנה כי כן, צפיות או ידיעה של הנזק - לא במובן הנזיקי או הפלילי, אלא לצורך הבחינה החוקתית - עשויות להצדיק תחולה "רטרואקטיבית".

לכך מצטרף שיקול שני: הסיכון הרב לציבור. סיכון זה איננו פוחת עם הזמן, והוא מחייב טיפול. יש בכך לחזק את התועלת הציבורית בחקיקת סעיף 74, גם אם הוא נושא בחובו אלמנטים מעין-רטרואקטיביים. העדר טיפול בסיכון האסבסט - כמוהו כחשיפת האזרחים לפצצה בריאותית מתקתקת. אין תימה אפוא שהמחוקק מחפש לכך פיתרון. צו השעה הוא לסלק את פסולת האסבסט. העדר טיפול איננו אופציה - "לא תוכל להתעלם" (דברים כב, ג). כך או כך, האחריות על מפגע האסבסט שכבר נוצר תהיה מעין-רטרואקטיבית. לפיכך, השאלה איננה האם להטיל אחריות רטרואקטיבית, אלא על מי להטיל (לרבות האפשרות של פיזור העלות בין הגורמים השונים). הוצגה הגישה לפיה בבחירה בין הטלת החיוב הכספי על החברה המזהמת, לבין הטלת החיוב על הציבור הרחב - מטעמי צדק יש מקום להעדיף את האפשרות הראשונה. ודוק: הפיתרון של המחוקק הישראלי, במסגרת סעיף 74, מעוצב באופן שלכל היותר מחצית מההוצאות תוטל על איתנית.

באשר לשיקול השלישי שוב נפנה לתוצאות הבדיקה של המשפט המשווה, אשר מגלות שבמדינות רבות - אם כי לא בכולן - ישנה הכרה בתחולה רטרואקטיבית. לעמדה זו, כפי שהוסבר, אף יש הצדקה, שנשענת בעיקר על טעמי צדק וצורכי השעה.

אינני מתעלם מכך שבכל הנוגע לסעיף 74 יש קשר מסוים, או אף חפיפה חלקית, בין סוגית הרטרואקטיביות לבין סוגית האחריות החמורה. מצב דברים זה הוא מובן. בכל הקשור לפגיעה בקניין של איתנית, האחריות החמורה והרטרואקטיביות

צועדות יד ביד. שתייהן כאחת מעלות הסתייגות מכך שאיתנית חייבת לשלם על פעולות שבשעת עשייתן לא היו אסורות, ואף לא נקבע נגדה כי הפרו חובת זהירות. בסופו של שיקול, יש לבחון את פרטי סעיף 74. בחינה זו מגלה כי מצד אחד אין קביעה של אשמה, אך מצד שני יש טעמים של מדיניות משפטית - כפי שפורט - שמבססים את המסקנה שעוצמת הפגיעה נופלת מהיקף התועלת.

39. במסגרת מבחן המשנה השלישי, מידתיות במובן הצר, הושם דגש על שלושה נימוקים שהועלו על ידי איתנית ושמעוררים קושי: פרסונאליות, אחריות חמורה ותחולה רטרואקטיבית. לאחר ניתוח פרטני של כל אחת מהטענות כשלעצמה, עולה כי היקף הפגיעה איננו כה רב כפי שנראה היה בתחילה. המסקנה המצטברת היא שאיתנית לא הצליחה להראות כי הפגיעה בזכותה הקניינית עולה על התועלת הציבורית המרובה שיש בסעיף 74.

הערות בטרם סיום

40. טרם סיום יישום פסקת ההגבלה על המקרה, ראוי להדגיש שתי נקודות בעלות משקל רב. נקודות אלו היו שזורות כחוט השני לאורך הניתוח החוקתי, אך נכון יהיה להעלות אותן למרכז הבמה כדי שתוכר חשיבותן.

הנקודה הראשונה עניינה המשפט המשווה. עסקינן בקרקע משפטית בתולה, מבחינת הדין הישראלי. הסוגיות המתעוררות כאן - הופיעו בלבוש דומה במדינות רבות. האסבסט, כחלק מקבוצת החומרים המסוכנים והמזהמים, הוא בעיה שחוצה גבולות. בבוא בית המשפט ליישם את הביקורת החוקתית על מקרה כזה, דעתי היא כי יש משמעות לכך שמדינות רבות צעדו בשביל דומה לזה של סעיף 74. הזהירות מתבקשת. השיטה הישראלית עצמאית היא. בחלוף כ-65 שנה מיום הקמת המדינה, ניתן להצביע על הדין הישראלי כיצירה דינאמית בעלת חיים משלה. הדין הישראלי הוא אשר תוחם את השאלה, והוא אשר מספק את התשובה. עם זאת, מעבר לכך שמדובר כאמור בסוגיה משותפת לישראל ולמדינות אחרות, לא ראיתי שבנדון ישנם סממנים ייחודיים - ודאי לא ברורים או בולטים - שיוצרים אבחנה עניינית בין המצב הישראלי למצב במדינות אחרות בעולם. אין זה אומר כי המדינה יצאה ידי חובתה בכך שהצביעה על כך שהחוק שנחקק כאן מצוי בתוך גבולות הקונצנזוס הבינלאומי. אך באותה מידה אין לומר שמדובר בשיקול לא רלבנטי. זאת במיוחד כאשר מתברר שההתמודדות החוקתית במדינות שונות עם חוקים דומים מעשירה את תוכן הדיון החוקתי כאן. יש במלאכת ההשוואה גם לחזק את טענת המדינה שסעיף 74 מצוי במתחם החוקתי. זהו נתון שניתן לקחת אותו בחשבון במקרה זה (וראו ע"א 1326/07

המר נ' עמית, פסקה 34 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (28.5.2012), בעניין הולדה בעוולה). ברם, אין בכך כמובן תחליף לביקורת חוקתית עצמאית על פי מבחני סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לגופו של עניין, מן הסקירה לעיל של המצב המשפטי במדינות המערב עולה מסקנה ברורה: משטר של אחריות חמורה הוא נפוץ ומקובל בהקשרים של סילוק חומרים מסוכנים ומזהמים. כך בארצות הברית, שם קבעה הפסיקה שכוונת מחוקק ה-CERCLA הייתה לכוון משטר של אחריות חמורה. אף הדירקטיבה של האיחוד האירופי, ה-ELD, ממליצה להטיל אחריות חמורה על נזק שנגרם בשל פעילויות מסוכנות אשר מנויות בתוספת השלישית לדירקטיבה. אחריות כזו אכן הוטלה בפועל בשוודיה, צרפת, הולנד, גרמניה (במידה מסוימת), פינלנד ובריטניה. זהו גם המצב במדינות אחרות שאינן חברות באיחוד האירופי דוגמת שווייץ, קנדה ודרום אפריקה. משטר רטרואקטיבי נפוץ במידה פחותה בהשוואה למשטר של אחריות חמורה, אך גם מקומו לא נפקד: בארצות הברית עמדה התחולה הרטרואקטיבית של ה-CERCLA במבחן הביקורת השיפוטית. כך הוא המצב גם בקולומביה הבריטית. חלק ממדינות אירופה אימצו אף הם משטר אל אחריות רטרואקטיבית, ובהן ספרד, בריטניה והולנד (במידה מסוימת).

ראינו את המשותף. ציינו כי יש לכך משקל. כדי לחדד את נושא הרלבנטיות בכגון דא, אעבור לנקודה השנייה. עסקינן בביקורת חוקתית, ולא בביקורת מנהלית. המבחן איננו סבירות, אלא פסקת ההגבלה, לפי סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מתחם האפשרויות רחב יותר, אם כי כדי להימצא בתוך המתחם יש לעמוד בתנאים נקודתיים שקבע המחוקק בפסקת ההגבלה. בית המשפט מודע למגבלותיו, אך גם לאחריותו. כפי שצוין לעיל, אין פיתרון חקיקתי אחד לסוגיה משפטית מסוימת. אף בענייננו, ניתן היה להגיע למבנה חוקי אחר שאף הוא היה עובר את הביקורת החוקתית. סעיף 8 הוא המפתח. במקרנו, דעתי היא כי צודקת המדינה בכך שהמחוקק צלח את כל המשוכות.

סיכום

41. העתירה שלפנינו התמקדה בחוקתיותו של סעיף 74 לחוק האסבסט, ושל הפרויקט לסילוק פסולת אסבסט בגליל המערבי שהוא מכונן.

ראשית דבר, נדרש לאתר את הזכויות הנפגעות. מסקנתי היא כי סעיף 74, בו עסקינן, פוגע בזכות הקניין של איתנית. למעשה, אף המדינה מסכימה לקיומה של

פגיעה זו. עם זאת, אינני סבור כי סעיף 74 מפלה לרעה את איתנית לעומת גורמים אחרים: המחוקק לא דרש מאיתנית לשלם על מוצרי אסבסט-צמנט מוגמרים שהושלכו על ידי משתמשי הקצה, ואף לא על פסולת אסבסט שמקורה בתהליכי ייצור של גורמים אחרים שאינם איתנית. "אוכלוסיית הפסולת", כלומר: זו שעליה חל סעיף 74, היא אך ורק פסולת תעשייתית שמקורה בתהליכי העבודה במפעל של איתנית.

בהקשר זה הסברתי מדוע יש הצדקה להשתתפות של איתנית, ולא של משתמשי הקצה, בסילוק הפסולת אשר שימשה לחיפוי קרקע. לשיטתי, בין איתנית למשתמשי הקצה קיים שוני רלבנטי ומשמעותי, שמבוסס על שלושה מבחנים: במבחן הידע, לאיתנית היה יתרון מידע בולט על פני משתמשי הקצה. במשך עשרות שנים הייתה איתנית הגורם הדומיננטי בארץ שעסק בייבוא, עיבוד ושיווק אסבסט. מתוקף מעמדה הכירה איתנית את המחקר המדעי אודות סכנות האסבסט, וכן הייתה כפופה על פי חוק לחובות שונות אשר שיקפו את הסיכון הבריאותי שבאסבסט. במבחן השליטה, איתנית היא היצרנית בעוד שמשתמשי הקצה הם הלקוחות. כיצורן - איתנית שלטה על ייצור הפסולת ופיזור, וממילא יש היגיון רב בהסטת הנטל הכספי לעברה. במבחן הרווח, יש צידוק ברור לחייב את החברה המייצרת אסבסט, ואשר יותר מכל גורם אחר הרוויחה מהפעולות שהביאו ליצירת המפגע המזהם, לשאת בעלויות הסילוק. כל הטעמים הללו נכונים ביתר שאת באשר להבחנה בין איתנית לרשויות המקומיות, שאפילו אינן בגדר "משתמשי קצה".

משהגעתי לכלל מסקנה שנפגעה זכות הקניין של איתנית, עלתה השאלה האם הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, לפי סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ברקע לניתוח שיוצג להלן יש להעניק משקל למשפט המשווה, אותו סקרתי בהרחבה. זאת בין היתר משום שמדובר בסוגיה משפטית חדשה, בעלת מימד אוניברסאלי מובהק, ומשום שלא הוצג מאפיין המייחד דווקא את ישראל בהקשר הנוכחי. נקודה נוספת שחשוב להדגיש היא שמלאכתנו היא ביקורת חוקתית, ולא ביקורת מנהלית. לכך יש השפעה על רוחב מתחם שיקול הדעת של הכנסת.

תחילה הבהרתי כי הפגיעה היא בחקיקה ראשית, היינו חוק שהתקבל בכנסת על פי הדין והכללים. טענת איתנית כי אין מדובר ב"חוק", במובן של פסקת ההגבלה, משום שזהו חוק פרסונאלי - איננה נכונה. מדובר במבחן פורמאלי, שעיקרו - האם הפגיעה בזכויות היסוד נעשתה בחקיקה ראשית או מכוחה. במקרה דנן, התשובה לכך היא חיובית.

בשלב הבא נבחנה תכליתו של סעיף 74. תכליתו העיקרית של הסעיף היא להקים פרויקט לסילוק פסולת האסבסט מן הגליל המערבי. זאת כנגזרת מתכליתו הכללית של חוק האסבסט: לצמצם את מפגעי האסבסט בישראל. אין ספק כי מדובר בתכלית ראויה וחשובה, ההולמת את ערכי מדינת ישראל. למעשה, נראה כי אף איתנות איננה חלוקה על כך. נוטה אני לעמדה כי זו תכליתו הבלעדית של החוק. אלא שלגישת המדינה קיימת תכלית נוספת: הגשמת עיקרון "המזהם משלם". כשלעצמי אני סבור כי עיקרון זה הוא בבחינת הצדקה למנגנון המימון שנבחר, ולא תכלית החוק. אולם לשם שלמות הניתוח הנחתי כי "המזהם משלם" הוא תכלית משנית של החוק. גם כאן אני סבור שמדובר בתכלית ראויה והולמת: עיקרון "המזהם משלם" נשען על טעמים ראויים וחשובים - שיקולי יעילות, הפנמת עלויות, צדק והגינות, והוא אף מצא את מקומו במשפט העברי ובמגוון של דברי חקיקה בישראל מן השנים האחרונות.

האם האמצעי שנבחר בסעיף 74 עומד בדרישת המידתיות? ראשית כל בחנתי את סוגית הקשר הרציונאלי, בהתייחס לכל אחת משתי התכליות. באשר לתכלית הדומיננטית, הקשר בין האמצעי למטרה הוא מובן מאליו: הפרויקט המדובר מוביל באופן ישיר להגשמת התכלית - ניקוי פסולת האסבסט מהגליל המערבי. באשר לתכלית המשנית - "המזהם משלם", אף כאן אני סבור שיש קשר של התאמה בין האמצעי לתכלית: הטלת החיוב על איתנות, אשר הפיקה רווחים מהטמנת הפסולת בקרקע וממסירתה למשתמשי הקצה, מגשימה את התכלית של "המזהם משלם". אף הבחירה של המחוקק להטיל מעין אחריות חמורה ורטוראקטיבית מקדמת את עקרון "המזהם משלם", בעיקר מהיבטי צדק והגינות.

התחנה הבאה היא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. כאן, החלופה המרכזית שהציעה איתנות היא אופציית "הביצוע העצמי", דהיינו שאיתנות - או קבלן מטעמה - יבצעו את פרויקט סילוק הפסולת. אלא שאופציה זו כבר נדונה בין איתנות לבין המדינה תקופה ממושכת, ובסופו של דבר נדחתה. ברקע לכך עמדו פערים כספיים גדולים מאוד בין הצדדים, כמו גם ספקות נוספים שקשורים לאיכותן של עבודות דומות שביצעה איתנות בעבר. בהתחשב בכל אלו, לא שוכנעתי כי אופציית הביצוע העצמי תביא להשגת המטרה שלשמה נחקק סעיף 74: ניקוי הגליל המערבי מפסולת האסבסט. נוסף על כך, מנקודת מבט חיובית, המנגנון שבחר המחוקק כולל בתוכו איזונים ובלמים אשר מצמצמים את הפגיעה שנגרמת לאיתנות: איתנות תחויב לשלם לא יותר ממחצית מעלותו המוערכת של פרויקט הסילוק, ובכל מקרה לא יותר מ-150 מיליון ₪. מנגנון המימון מבטיח כי אין מדובר בקנס או בפיצוי, אלא בקרן ייעודית לסילוק הפסולת. פרויקט הסילוק מוגבל לרדיוס של 15 ק"מ סביב המפעל, ובכל מקרה קיים

מנגנון בדיקה ובקרה לכל אורך חיי הפרויקט אשר יאפשר לאיתנית להשיג על חיובה לשלם בגין מצבורי פסולת ספציפיים.

התחנה האחרונה היא מבחן המידתיות במובן הצר. בהקשר זה חידדתי שלוש נקודות שעמדו בלב טענותיה של איתנית. בסוגית הכלליות, אין מחלוקת על כך שסעיף 74 לחוק מכוון באופן ספציפי כלפי איתנית לבדה (מלבד המדינה והרשויות המקומיות). אלא שההתמקדות באיתנית איננה רוח-עוים שתקפה את המחוקק, אלא פרי המציאות שנוצרה על ידי איתנית עצמה. הסעיף נועד לתת מענה למצב הייחודי שנוצר: מצבורי פסולת אסבסט בהיקף גדול, באזור גיאוגרפי מוגדר, שנוצרו באופן שיטתי על ידי גורם אחד דומיננטי - הוא איתנית.

בסוגיית האחריות החמורה, נכון הוא שעל פני הדברים מדובר במשטר נוקשה שמעורר סימני שאלה. אלא ששלושה שיקולים מצמצמים את הקושי. ראשית, טעמים כבדי משקל למשטר אחריות חמורה ובראשם שיקולי צדק והגינות, הרתעה והפנמת עלויות, כמו גם הקושי הראייתי במשטר של אחריות מבוססת-אשם. שנית, התמיכה בהטלת אחריות חמורה במדינות רבות באירופה, בארצות הברית ובמדינות נוספות. שלישית, מימד מסוים של צפיות עובדתית או ידיעה של איתנית אודות נזקי האסבסט (כמובן לא ברף נזיקי או פלילי).

ולסיום, בסוגיית תחולתו בזמן של החוק, מסקנתי היא כי החוק הוא בעל תחולה אקטיבית במובן הצר. הוא אמנם חל על מצב דברים קיים, אך אין זו תחולה אקטיבית במובן הרגיל: כל היסודות העובדתיים התגבשו במלואם בעבר, וסעיף 74 איננו מופנה כלל כלפי עתיד. בכל מקרה, אפילו אם מדובר היה בחוק רטרואקטיבי לגמרי - אין זה שיקול מכריע, אלא רק שיקול נוסף במאזן החוקתי. בנקודה זו עמדתי על שלושה אלמנטים שממתיקים את "רוע הגזירה": ראשית, אלמנט הצפיות או הידיעה של הסיכון. שנית, היקף הסיכון. הנתון לפיו העדר טיפול בפסולת האסבסט - יותר אזרחים רבים חשופים לפצצת בריאות מתקתקת. לא ניתן להשאיר את המצב על כנו. בתחרות בין הטלת התשלום על כתפי איתנית, לבין הטלת התשלום על כתפי הציבור - זיקתה של איתנית לפסולת בגדר היוצר והמרוויח מטה את הכף, או לכל הפחות מאפשרת זאת. ושלישית, התמיכה בהטלת אחריות רטרואקטיבית בארצות הברית ובמדינות נוספות (דוגמת ספרד ובריטניה).

אין להתעלם מהפגיעה בזכויותיה של איתנית, ומכך שהמחוקק יצר מתווה חדש. ברם, דעתי היא כי הפגיעה בזכויות החוקתיות של איתנית - כתוצאה מסעיף 74 - עומדת במבחני פסקת ההגבלה.

אחרית דבר

42. כך מנהגו של הדין. הוא מאותגר על ידי המציאות המשתנה, אשר דורשת מהמחוקק למצוא פיתרון לסוגיות שמאיימות בדרך כזו או אחרת על החברה. כדי להשיג מטרה זו, לעיתים יש צורך לעצב חקיקה שנשענת על ראייה חדשה של עקרונות המשפט. כך היה גם בעבר, ונביא לכך מספר דוגמאות.

המשפט המקובל התקשה למצוא צידוק משפטי להטיל על אדם זר חובה לסייע לאדם אחר המצוי במצוקה. חרף זאת, בנסיבות מסוימות בהן גורמי ההצלה הרשמיים רחוקים מן השטח - חייב הדין את הזר להציל. כך למשל בחובה להצלת חיים בים, שהוטלה על אוניות שעברו בסמוך (*Scaramanga v. Stamp*, 5 C.P.D. 295, 304-305 (1880); *The Beaver*, 3 Chr. Rob. 292 (1801); *Sophie Cacciaguidi-Fahy, The Law of the Sea and Human Rights*, 1 Panoptica Vitoria 1, 4-5 (2007)). דוגמא נוספת היא האפשרות להגיש תביעה ייצוגית: לנוכח החשש כי בהיעדר ניזוק עיקרי בסכומים של ממש ימשיכו מעוולים בהתנהגותם המזיקה עיצב המשפט את המכשיר הדיוני האמור, והוכרה האפשרות להגיש תובענה בשם קבוצת נפגעים גדולה. החידוש הוא הן מבחינת האפשרות המשפטית ליצור קבוצת תובעים, אשר חלקם המכריע כלל לא הביע עמדה בנושא, והן מבחינת ההשלכות הכלכליות גם על נתבע בעל מעמד איתן (ראו חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006). דוגמא אחרת היא התפתחות דיני החברות, במספר רבדים. ראשית, עצם ההכרה באישיות המשפטית הנפרדת של החברה: ביטול אחריותם האישית של בעלי המניות היה בבחינת חידוש משפטי, והיווה תמריץ משמעותי לשימוש בכלי של חברה בע"מ. בהמשך ההיסטוריה המשפטית נעה המטוטלת חזרה, במובן מסוים. המחוקק החל להטיל חובות שונות על האורגנים ונושאי המשרה בחברה, למשל חובות זהירות ואמונים, בהתבסס על הבנת סבך האינטרסים שמכתיב את צעדיהם (אירית חביב-סגל דיני חברות פרק י' (2007); *P. M. Vasudev, Corporate Law and Its Efficiency: A Review of History*, 50 AMERICAN JOURNAL OF LEGAL HISTORY (2010) 237).

רואים אנו כי החוק עבר תהליכים אבולוציוניים. כדי להתאים את הדין למציאות נחקקו חוקים, שעל פני הדברים סטו מכללי המשפט שהיו מוכרים ומושרשים עד אז. נדמה כי אף ענייננו, כחלק מהחקיקה הסביבתית החדשה בישראל, מצטרף

לרשימה זו. פוטנציאל הנזק הגדול שטמון בפסולת האסבסט, על מורכבות העניין - מחייבים פיתרון שאיננו נע על הציר המקובל של אחריות נזיקית. ככלל, מציאת פיתרון לבעיה סבוכה איננה בהכרח פשרה משפטית במובן של ויתור. זו הדרך בה מתקדם המשפט. בד בבד, בתקופה חוקתית של הכרה בזכויות, תפקידו של בית המשפט לוודא כי הפיתרון שנבחר על ידי המחוקק עומד בסטנדרטים החוקתיים של פסקת ההגבלה. לא די בקיומה של בעיה כדי לפתוח את השער לכל פיתרון. המלאכה השיפוטית היא עדינה, אך חיונית. במשטר חוקתי, התקווה היא שאף המחוקק ינהג יותר בזהירות. הוא יהיה מודע לכך שחוקי היסוד מתבוננים מעבר לכתפו, "משגיח מן החלונות מציץ מן החרכים" (שיר השירים ב, ט). הוא יתאמץ לעמוד בביקורת החוקתית. תקווה זו איננה תמיד מתממשת. בענייננו, יש מרכיבים בסעיף 74 שמשקפים ניסיון של המחוקק לעמוד בדרישות החוקתיות. ניסיון זה צלח.

43. סוף דבר, הייתי מציע לחברי לדחות את העתירה, ובנסיבות העניין ומהותן לחייב את איתנית בהוצאות ושכר טרחת עו"ד כדלקמן: למשיבים 1, 3 ו-4 יחדיו - בסך 100,000 ₪; למשיבה 5 והמשיבות 6 ו-7 - בסך 70,000 ₪ לכל קבוצה; ולמשיבה 2 בסך 25,000 ₪.

ש ו פ ט

הנשיא א' גרוניס:

אני מסכים.

ה נ ש י א

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, כ"ב ניסן התשע"ג (2.4.2013).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א