



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 9488/11

לפני :

כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

העותרות :

1. מישראל בע"מ
2. רפת בערבה בע"מ

נגד

המשיבים :

1. מדינת ישראל - משרד החקלאות ופיתוח הכפר
2. מנהל השירותים הוטרינריים במשרד החקלאות
3. קיבוץ אילות - אגודה שיתופית חקלאית בע"מ
4. בקר תנובה שותפות מוגבלת
5. סאלח דאבח ובניו בע"מ
6. פר אור בע"מ
7. עגלי תל שווק בקר בע"מ

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה :

כ"ג בתמוז התשע"ד (21.7.14)

בשם העותרות :

עו"ד עדו אורלנסקי ; עו"ד טוני ימין

בשם המשיבים 1-2 :

עו"ד נחי בן אור

בשם המשיב 3 :

עו"ד משה באדר

בשם המשיבה 4 :

עו"ד ערן שמעוני

בשם המשיב 5 :

עו"ד פאג' תהא

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. עניינה של העתירה בבקשה לבטל חלקים ב"נוהל הקצאת מקומות ותחנות הסגר למקנה מיובא" (להלן הנוהל) של משרד החקלאות. העותרות הן חברות העוסקות ביבוא מקנה (עותרת 1) ובשירותי הסגר (קרנטינה – עותרת 2), והנוהל

נוגע, בין השאר, לפעילותן. השאלה שבמוקד העתירה היא, הניתן לכפות על תחנת הסגר פרטית מפוקחת שימוש לרבים?

הנוהל

ב. נפתח בתיאור הנוהל מושא העתירה, מיום 1.11.11. הנוהל מטפל בהליך קליטתם של בעלי חיים מיובאים לישראל והעברתם לאתרי הסגר למטרות בדיקות וטרינריות, ומבקש לקבוע כללים בנוגע לפעילות אתרי ההסגר, ואלה נחלקים לשניים: תחנות הסגר ממשלתיות ומקומות הסגר פרטיים. בין היתר קובע הנוהל הקצאת זמני אכלוס למקומות הסגר פרטיים, וקובע כי זו תיעשה באופן שיווני ושקוף בשים לב למגבלות המקום ולמשאבי הפיקוח הוטרינרי השלטוני. בנוהל הוסבר, כי מאחר שמקומות ההסגר מספקים שירות הנדרש לשם הפעלת מערך הפיקוח השלטוני על בעלי חיים מיובאים, חלה על מפעיליהם ועל מחזיקיהם החובה לפעול בהגנות, בשוויוניות ובתום לב. על כן קובע הנוהל, כי על מפעיליהם ומחזיקיהם של מקומות ההסגר להעמיד את שירותיהם לרשותם של כלל היבואנים הפועלים בענף, ולספק שירותים אלה באורח שיווני. הנוהל קובע עקרונות להפעלת אתרי הסגר ותחנות הסגר, ובין היתר כללים להפעלתם השוטפת. בנוסף מטיל הנוהל על היבואנים המבקשים אישור יבוא להכין תכנית שנתית מראש, אשר תוגש למשיבים 1-2 (להלן המשיבים) והכוללת את מועדי היבוא המתוכננים והיקפי היבוא; זאת – לשם תכנון שנתי של אתרי הסגר למיניהם. כן כולל הנוהל אמות מידה לדירוג בקשות שיוגשו לאישור מקומות הסגר חדשים למקנה. כנגד הנוהל, כאמור, מכוונת העתירה.

העתירה

ג. בעתירה במקורה נטען, כי עסקינן בנוהל שרירותי "שעניינו ניסיון ממשלתי להשתלט על פעילותן המסחרית והכלכלית של התחנות הפרטיות, דבר שאינו לגיטימי ואינו חוקי ואשר אין לו כל מקור בדין". נטען, כי יש בנוהל כדי לפגוע בחופש העיסוק של העותרות, וכי בין העותרת 2 – חברה ישראלית שהוקמה במטרה לדאוג לשירותי תחנת ההסגר בעבור לקוחותיה (קבוצת Livestock shipping services) – לקיבוץ אילות (להלן הקיבוץ) יש הסכם המקנה לה "זכות

ראשונים" במקום ההסגר המצוי בשטחו, והמאפשר בלעדיות וזמינות מלאה של שירותי ההסגר (להלן ההסכם); אעשה כאן אתנחתא לשונית ואזכיר, כי תחנת הסגר מעין זו בה עסקינן קרויה בלע"ז קרנטינה, וזכור שירו של נתן אלתרמן "קונצרטניה וגיטרה" המספר על גב' נינה סניטר בקרנטינה, שסיפרה "על מחלות עונתיות לפי תקופות, וכמו כן על השירות הפרופילקטי, שנועד למניעת המגפות". נשוב לעתירה: עוד נטען, כי הנוהל פוגע באינטרס ההסתמכות של העותרות, וכן כי הוא מוביל להפרת החוזה בין העותרת 2 לבין הקיבוץ; "זכות הראשונים" של העותרת 2 משליכה, לפי הטענה, גם על העותרת 1, שהיא חברה ישראלית העוסקת ביבוא מקנה בעיקר מאוסטרליה דרך נמל אילת, ומייצגת את חברת Livestock shipping services. כן נטען, כי הנוהל כופה על יבואנים להכין תכנית שנתית, גזירה שציבור היבואנים והספקים אינו יכול לעמוד בה, וכי בכך יש אף להוביל להפרת סודות מסחריים. כנטען, הוראה זו גם מטילה על יבואנים גזירה כספית בלתי סבירה. הוטעם, כי סנקציה נוספת, אשר גם היא מהווה כנטען התערבות שלטונית בלתי סבירה, קובעת כי יבואן אשר יאחר בהגשת התכנית, יאבד את זכותו לשימוש במקום ההסגר המוקצה לו.

השתלשלות הטיפול בעתירה

ד. ביום 5.12.12 התקיים דיון בעתירה בפני המשנה לנשיא נאור והשופטים עמית וסולברג. בגדרי הדיון נאמר, כי הקיבוץ לא הגיש עתירה מטעמו, ומעמדו כמשיב אינו ברור. בא כוחו טען, כי הוא חושש מהתנכלויות הרשויות אם יצטרף לעתירה. בסיום הדיון החליט בית המשפט לאפשר לעותרות להגיש עתירה מתוקנת.

ה. בעתירה המתוקנת חזרו העותרות על טענותיהן בדבר הסכם בין העותרת 2 לבין הקיבוץ וצירפו סימוכין לטענתן זו. כן צורפו המשיבות 4-7, שהן יבואניות בקר. הוסף, כי העותרת 2 הסתמכה על רשיון עסק שניתן לקיבוץ, ולאחר קבלתו הושקעו על ידיה למעלה משני מיליון דולר בהקמת מקום ההסגר. במענה טענו המשיבים, כי מן ההסכם עם הקיבוץ לא ניתן ללמוד על בלעדיות או על עדיפות כלשהי שאפשר לתת ליבואנים מסוימים, והוא אינו עולה בקנה אחד עם טענת

העותרות להסתמכות; לכך מצטרפת אף התכתבות מפורשת של המשיבים מול הקיבוץ, כפי שיפורט. מעבר לזאת נאמר, כי מקום ההסגר בקיבוץ לא קיבל מן המשיבים היתר פעולה קבוע, אלא אך היתר לצורך משלוח מסוים. כן נטען, כי הקיבוץ הפר את חוק ההתיישבות החקלאית (סייגים לשימוש בקרקע חקלאית ובמים), תשכ"ז-1967 (להלן חוק ההתיישבות) בגין שימוש חורג בקרקע בדרך של הקניית זכות בקרקע לאחר.

ו. ביום 1.12.13 פורסם מטעם המשיבים נוהל מעודכן ועמו טיוטת תכנית הקצאה שנתית לשנת 2014. בעקבות האמור, ועל רקע משלוח של המשיבה 4 אשר יועד להגיע למקום ההסגר בקיבוץ במהלך ינואר 2014, הגישו העותרות ביום 10.12.13 בקשה לצו ביניים. ביום 2.1.14 דחה בית המשפט (המשנה לנשיא נאור) את הבקשה לצו ביניים וקבע, כי אין מקום להקדים את ההכרעה בבקשה למתן צו ביניים להכרעה בעתירה גופה.

ז. לאחר דיון ביום 21.10.13 הוצא צו על תנאי בשאלה היש בידי המדינה "לכפות שימוש בתחנת הסגר פרטית".

תשובת המשיבים לצו על תנאי

ח. לטענת המשיבים, דין העתירה להידחות. נומק, כי התכלית העיקרית של החזקת בעלי חיים בהסגר היא מימושה של חובת הפיקוח הוטרינרי. נטען, כי הפיקוח הוטרינרי הממשלתי הוא משאב ציבורי במחסור, ויש להקצותו איפוא באופן שוויוני ובשקיפות מלאה; כדי להבטיח מימוש שוויוני של חובת הפיקוח הוטרינרי במקום ההסגר, יש לאפשר לכל יבואן המעוניין לעשות שימוש במקום ההסגר – לעשות כן. הוטעם, כי מדובר בסמכות שלטונית של הפיקוח הוטרינרי אשר אינה ניתנת לאצילה לגורם פרטי. עוד נטען, כי אין בסיס לטענת ההסתמכות של העותרות בעניין הקמתו של מקום ההסגר, משום שהמדינה לא היתה מעולם צד להתקשרות מולן, ומעולם לא ניתן כל היתר קבוע להפעלת מקום ההסגר בקיבוץ. בנוסף נטען, כי הדרישה להכנת תכנית יבוא שנתית מתחייבת, בשל הצורך להקצות באופן יעיל את משאבי הפיקוח הוטרינרי. אשר לטענה כי הדרישה לתכנון מוקדם

אינה סבירה, נטען כי אין לכך יסוד, וכי אף אם מדובר בשוק דינמי, ויש בהטלת החובה משום נטל כלכלי רב – הדבר ישפיע לטובה על השוק כולו. אשר לאפשרות המעשית להגיש תכניות אלה, נאמר כי יבואני הבקר זולת העותרת 1 הגישו תכניות לשנת 2012, ומכאן שאין מדובר בגזירה אשר אין הציבור יכול לעמוד בה. הודגש, כי הנוהל גובש על ידי אנשי מקצוע, ופורסם לעיון הציבור ולהערותיו בטרם נכנס לתוקף.

ט. לאחר סקירת התקנות הרלבנטיות שהותקנו מכוח נוסחה הקודם של פקודת מחלות בעלי חיים (נוסח חדש), תשמ"ה-1985 – פקודת מחלות בעלי חיים, 1945 (להלן פקודת מחלות בעלי חיים או הפקודה) – נטען מטעם המשיבים בהיבט הסמכות, כי כאשר מפעילים המשיבים את סמכותם להתיר החזקת מקנה מיובא באתר הסגר, ובכלל זה הקצאת רופא וטרינר ממשלתי לפיקוח רפואי וטרינרי במקום, נלוית לכך הסמכות להפעיל שיקול דעת באשר לאופן הקצאתו של המשאב הציבורי. על שיקול דעת זה להיות מופעל בהתאם לעקרון השוויון. הוסף בהקשר זה, כי תקנה 9(ב) לתקנות מחלות בעלי חיים (יבוא בעלי חיים), תשל"ד-1974 (להלן התקנות), שלפיה מקום הסגר פרטי יאושר למשלוח מסוים, נותנת ביטוי לתפיסת המשיבים שלפיה מקום הסגר אינו פועל אלא בהתאם להוראות המשיבים וליכולתם לממש את עקרון ההקצאה השוויונית. עוד נטען, כי גם בחינה של הוראות הדין הרלבנטיות במשקפיים של דיני ההסתייעות בהיקש למשפט המינהלי תומכת בגישת המשיבים, שכן מקום בו בוחרת הרשות להסתייע בגורם פרטי לצורך ביצוע סמכויותיה, עליה להקפיד שלא ייוצר ניגוד עניינים בין מטרותיו של אותו גורם לבין האינטרסים הציבוריים שעל הגשתם מופקדת הרשות. הוסף, כי הפרקטיקה העקבית הנוהגת תומכת בפרשנות המשיבים. גם היקש לדיני ההגבלים העסקיים מלמד, לתפיסתם של המשיבים, כי המגמה והעקרונות שמקדם הנוהל, יתרמו להגברת התחרות. לבסוף הסבירו המשיבים, כי בכוונתם לקדם תיקון חקיקה אשר יעגן במפורש את הסמכות ליתן רשיונות יבוא ולאשר אתרים כמקום הסגר, בשים לב לעקרון השוויון ולהבטחת נגישותם של כלל היבואנים לכלל מתקני ההסגר.

תשובת המשיב 3 (הקיבוץ)

י. הקיבוץ הודיע, כי אינו מתנגד לכך שהצו על תנאי יהפוך לצו מוחלט, וכי "מבוקש כי ביהמ"ש... יורה למשיבות שלא לנסות לשים עצמם במקום הקיבוץ ולהכתיב לו תכתיבים, שמשמעותם שלילת חופש העיסוק וחופש ההתקשרות מהקיבוץ".

תשובת המשיבות 4-5

י"א. לטענת המשיבות 4-5, מקום ההסגר מהווה פלטפורמה למתן שירות ציבורי שיש להקצותו באופן שוויוני, קל וחומר כאשר מדובר במשאב מוגבל. נומק, כי על מקום הסגר פרטי לפעול באופן שוויוני בהיותו גוף דו-מהותי. הוסף, כי גם אם ישנה פגיעה בזכות הקניין, מקיימת זו את תנאי פסקת ההגבלה. עוד נטען, כי בהסכם מול הקיבוץ לא ניתנה בלעדיות בשימוש במקום ההסגר. המשיבות 6-7 לא השיבו.

י"ב. ביום 21.7.14 קיימנו דיון המשך בעתירה שבסיומו (ביום 22.7.14) נתקבלה, ונקראה באוזני בעלי הדין, ההחלטה הבאה (עקב תקלה פורסמה ההחלטה ברבים רק ביום 4.9.14):

"נשמעו טענות הצדדים בעקבות הצו על תנאי. בטרם נכריע בעתירה, או כדי לייתר הכרעה, יודיעו הצדדים בתוך 45 יום (ימי הפגרה במניין), אם מקובלת עליהם ההצעה הבאה, שהועלתה על-ידינו בדיון: המדינה מוסרת כי היא מתכוונת לפעול לחקיקה שתסדיר את שאלת הסמכות, העומדת ביסוד העתירה ושהצבענו על קשיים לגביה במצב הקיים, והדבר ראוי. המדינה תצהיר כי היא פועלת לשם כך בשקידה ראויה. למשך תקופת המעבר, שלא תעלה על שנתיים, תודיע מיטראל – שהשקיעה בהקמת הקרנטינה באילות – באופן שוטף על תכנית היבוא שלה, כך ש-45 יום מראש תהיה הודעה לגבי הגעת בקר. היא לא תפעל בקרנטינה צופר בתקופת המעבר. בכל הזמנים האחרים יוקצה השימוש בקרנטינה לכל דורש, והכל בפיקוח השירותים הוטרינריים בהקצאה. אין בכך כדי לקבוע דבר לגבי ההסדר שיושג בחקיקה. העותרות הודיעו על הסכמתן. תשובות הצדדים האחרים יימסרו בתוך 45 יום. בעקבות זאת יוחלט על המשך הטיפול בעתירה".

י"ג. העותרות הסכימו למוצע. הקיבוץ הודיע, כי הוא "מקבל את ההצעה לתקופה כל עוד יהא בינו לבין העותרת 2 הסכם בתוקף". המשיבים הודיעו, כי אין בידם להסכים למוצע. הוסבר, כי היענות להצעה יהא בה משום הכשר, ולוא גם במשתמע, לחוקיות ההתקשרות שבין הקיבוץ לבין העותרות. כן ציינו המשיבים, כי היענות להצעה עלולה להוביל לכך שהעותרות תגרומנה לדחיקה אפשרית של יבואנים מסוימים מאתר ההסגר בקיבוץ, ואולי משוק היבוא כולו. המשיבה 4 אף היא הודיעה כי אינה יכולה לקבל את ההצעה. נומק, כי בשים לב לזמן ההתארגנות הנדרש לצורך הבאת משלוח בקר מאוסטרליה לישראל (למצער 60 יום), לא יתאפשר ליבואנים להתארגן ולעשות שימוש באתר ההסגר, אף אם יהיה בו מקום.

י"ד. ביום 23.11.14 הודיעו העותרות כי מתנהל משא ומתן בין העותרת 2 לקיבוץ להארכת ההסכם, וכי בשלב זה הוארך ההסכם ב-45 יום. בהודעה מטעם המשיבים מיום 11.12.14 נאמר, כי יש לדחות את נסיונן של העותרות להציב את רשויות המדינה בפני עובדות בשטח, בדמות הארכת ההתקשרות בינן לבין הקיבוץ. עוד צוין, שנגד הקיבוץ נפתח בשנת 2013 הליך לפי חוק ההתיישבות החקלאית, אולם זה לא מוצה על רקע הודעת הקיבוץ כי התקשרותו מול העותרות עומדת בפני סיום; נוכח המשך ההתקשרות פונה עתה הרשות המוסמכת לפי חוק ההתיישבות בדרישה לקבלת הבהרות מן הקיבוץ. לבסוף צוין, כי העובדה שהודעה בדבר הארכת התקשרות מוגשת מטעם העותרות תוך שהקיבוץ אינו עותר בעצמו, עומדת בניגוד לעיקרון הבסיסי, שלפיו עתירה לבג"ץ צריכה להיות מוגשת על ידי הגורם הטוען לפגיעה בהתנהלותה של הרשות הציבורית שנגדה הוא עותר. בתגובה מיום 28.12.14 ביקשו העותרות להבהיר, כי הפעלת הקרנטינה בקיבוץ נעשית בהתאם לחוק ההתיישבות החקלאית, והיא בחינת שימוש חקלאי, וכי התנהלות המשיבים גובלת ב"שיבוש הליכי משפט וחוסר נקיון כפיים". (פסקה 1 לתגובה); בפועל מסתיים ההסכם בינן לקיבוץ ביום 6.1.15.

הכרעה

ט"ו. כעולה מתגובת המשיבים, בישראל פועלות נכון לעת זאת שתי תחנות הסגר ממשלתיות (בחיפה וברמלה), אשר אליהן מועבר מקנה מיבוא המגיע מאירופה. בנוסף מאשר מנהל השירותים הוטרינריים (להלן המנהל) העברת מקנה מיבוא למקומות הסגר פרטיים הפועלים תחת פיקוחו במושב צופר ובקיבוץ אילות החל מאמצע שנות ה-2000, ואלה קולטים מקנה מיבוא שמקורו בעיקר באוסטרליה. מאז שנת 2012 פועל בישראל מקום הסגר נוסף במושב דוד (ראו בג"צ 1486/11 עגלי תל שיווק בקר בע"מ נ' שר החקלאות (2012) – עגלי תל היא המשיבה 7 בתיקנו). היבואנים מקבלים אישור לשימוש במקומות הסגר אלה בעבור כל משלוח ומשלוח. לפי עמדת המשיבים, תכליתו של הנוהל, כמוצהר בפתיחתו, היא "להסדיר את ההכרה במקומות הסגר למקנה... ולהתוות את המדדים להקצאת זמני האכלוס של מקומות הסגר ותחנות הסגר ממשלתיות למקנה מיובא, באופן שקוף ושיווני ובשים לב למגבלות המקום ומשאבי הפיקוח הוטרינרי השלטוני".

ט"ז. דומה, כי לא יתכן חולק שהסדרתו של ענף יבוא המקנה נחוצה, נוכח חשש מובנה להתרחשות תופעות כגון מחלות בקר, העלולות לפגוע במובהק באינטרס הציבורי, לרבות באספקת בשר ממקנה מיובא. מקובלת עלינו אף עמדת המשיבים, כי הואיל ותחנת הסגר אינה יכולה לפעול אלא בכפוף לפיקוח ממשלתי, וכיון שהפיקוח הממשלתי מצוי עתה בחסר, יש מקום לקביעת כללים שיווניים, הוגנים ושקופים להקצאתו, ככל משאב ציבורי (בג"צ 8335/09 קרן דולב לצדק רפואי נ' שר הבריאות ממשלת ישראל (2012), פסקה ל')). נציין בהיבט זה כי אין מדובר ב"משאב ציבורי" במובנו הקלאסי, בדומה למים או חשמל, למשל, שהרי ענייננו בהסדרתה של רגולציה לשירות הציבור ולא באספקה כלשהי; בעולם אידיאלי היה על הרשות לספק פיקוח ולמלא תפקידה בהתאם לצרכי השוק, אולם לצערנו אף משאבי הרשות מוגבלים הם, וגוזרים איפוא התמודדות מורכבת. נוסיף, כי אין עסקינן לטעמי בפטרנליזם, קרי, כדברי המלומדת פרופ' דפנה ברק-ארז (אזרח-נתין-צרכן, משפט ושלטון משתנה (תשע"ב-2012) 26) "בחתירה לכפיית אורחות חיים או תפיסת טוב מסוימת גם על אנשים שאינם מעוניינים בהם". אחת הדוגמאות שמביאה המחברת היא ביקורת על "כפייתם של הסדרי בטיחות כמו שימוש

בקסדות מגן או בחגורות בטיחות", וכפי שמעירה היא, "חשוב להדגיש כי לפחות חלק מן ההסדרים שנהוג להציגם כפטרנליסטיים מבוססים גם על הצדקות כלכליות כלל-חברתיות (לדוגמה, מניעת ההחצנות השליליות הכרוכות בנזקים של נהיגה ללא אמצעי מגן או בנזקי עישון)" (עמ' 27). כך גם בענייננו עסקינן בסוג נזקים שאינו פטרונות, אלא לו השלכות רוחב ברורות בתחום בריאות הציבור, ורוב מלים אך למותר.

י"ז. מושכלות יסוד הן, כי הרשות המינהלית רשאית לפעול רק בתוך דל"ת אמות הסמכות שהוקנתה לה בחוק, והיא אינה מורשית לבצע פעולה שלא הוסמכה במפורש לעשותה (בג"צ 6824/07 ד"ר עאדל מנאע נ' רשות המסים (2010); בג"צ 7455/05 הפורום המשפטי למען א"י נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 905, 910 (2005); בג"צ 2887/04 אבו מדיגס נ' מינהל מקרקעי ישראל (2007); י' זמיר הסמכות המינהלית (תש"ע-מה' 2), כרך א', 74-80; ד' ברק-ארז משפט מינהלי (תש"ע), כרך א', פרק 4 (להלן ברק-ארז) ולאחרונה אי. סיג בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות (3.12.14)). עיקרון זה תקף במיוחד בנוגע לסמכויות שיש בהן משום פגיעה בזכויות יסוד. ואולם, תחולתו אינה מצטמצמת למצבים אלה, ובמקרים שונים נתקפה פעולת הרשות בבית המשפט בהתבסס על עיקרון זה, הגם שלא היו לה השלכות על זכויות אדם מוכרות, והשפעתה התמצתה בפגיעה באינטרסים כאלה ואחרים (ראו למשל בג"צ 3424/90 איגוד העיתונאים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מה(2) 24 (1991)). עיקרון זה מגשים תכלית דמוקרטית, שכן מחייב הוא כי החלטות הנוגעות לסמכויות השלטון יהיו מבוססות על חוק שהתקבל ברשות מחוקקת נבחרת (ברק-ארז, בעמ' 97). אכן, הדברים מורכבים ולא תמיד מתאפשרת השגת תוצאה זו מניה וביה, אך העיקרון הוא המצפן המנחה, כך בכלל וכך בענייננו.

י"ח. פקודת מחלות בעלי חיים מסדירה את פעילותם של השירותים הוטרינריים, ומטרתה מניעת הפצת מחלות של בעלי חיים במטרה להגן על הציבור, על בעלי החיים ועל המשק החקלאי (בג"צ 409/78 דר' אבליון (צ"ל אבטליון – דומני) נ' שר החקלאות (1979), פ"ד לג (1) 823). סעיף 20 (11) לפקודה בנוסחה הקודם

קבע, כי "שר החקלאות רשאי להתקין תקנות לביצוע מטרות פקודה זו והוראותיה, ובמיוחד בעניינים הבאים, כולם או מקצתם: ... (11) איסור והסדרה של יבוא ויצוא של בעלי חיים, גויות, רפד, זבל או מספוא". בהמשך לכך מסדירות התקנות את הליך היבוא של בעלי חיים, את תנאיו ואת סמכויות הפיקוח. תקנה 2 קובעת, כי יבוא בעלי חיים טעון רישיון בכתב מאת המנהל או ממי שהוסמך על ידיו, לא פחות מעשרה ימים לפני צאת בעלי החיים מארץ המוצא לישראל (תקנה 2(א) ותקנה 2(ב)). עוד נקבע בתקנות, כי המנהל רשאי לתת את הרישיון, לסרב לתת, לבטלו או להתלותו, לכלול בו תנאים, להוסיף עליהם או לשנותם (תקנה 2(ג)). תקנה 9(א) מורה, כי "בעלי חיים המועברים להסגר, יוחזקו בתקופת ההסגר בתחנת הסגר ממשלתית...". תקנה 9(ב) מכירה באפשרות לעשות שימוש באתר הסגר שאיננו ממשלתי. נקבע בהקשר זה, כי "המנהל רשאי להרשות החזקת בעלי חיים בהסגר, במקום שאושר כמקום הסגר למשלוח מסוים". ולבסוף, תקנה 9(ג) מוסיפה, כי "לא יכניס אדם לתחנת הסגר או למקום הסגר בעלי חיים, כלים, ציוד וחומרים ולא יוציאם משם, אלא לפי היתר מאת הרופא".

י"ט. לית מאן דפליג, כי יבוא בעלי חיים מותנה באישורו של המנהל, הרשאי ליתן רישיון ולכלול בו תנאים, ושהפעילות באתרי הסגר פרטיים מוסדרת ומוגבלת על ידי המנהל, תוך שהתכלית כולה היא הצד הבריאותי-הוטרינרי. יתר על כן, לא נעלם מעינינו, כי כבר בשנת 2005 הובהר לקיבוץ שיהא צורך לאפשר נגישות למקום ההסגר ליבואנים נוספים. עמדה זו אף הובעה בפני בא כוח העותרות דאז בשנת 2006, במכתב (מיום 7.5.06) שבו צוין על ידי הייעוץ המשפטי של המשיבים, בין היתר, כי המנהל "לא יתן ידו לאישור מקום הסגר אשר מנוהל על ידי יבואני בקר וכבשים, כאשר אין מקום אחר בערבה שניתן לאשר כמקום הסגר, באופן שהוא יפעל כמונופולין, תוך פגיעה בתחרות ומתן עדיפות לצאן ובקר המיובא על ידם...". טענתן של העותרות להסתמכות רעועה איפוא, ואף נוסח ההסכם אינו תומך בטענתן. יודגש עוד כי היתר פעולה למקום הסגר ניתן לצורך משלוח מסוים מדי פעם, ואין מדובר, כפי שהסבירו המשיבים, בהיתר גורף. עם זאת וחרף האמור נראה לנו כי פרשנות המשיבים לפקודה ולתקנות שהוצאו מכוחה, היא מרחיקת לכת; לא הרי רישוי לתחנת הסגר (כגון תקנה 9(ב)), כהרי

קביעה כי על התחנה ליתן שירותים לגורמים שונים שיקבע המנהל, בחינת מעין כפיה.

כ. נפרט במקצת: אמנם במישור העקרוני ברי, כי הכיוון שהמשיבים חותרים אליו הוא ראוי, במובן זה, שכאשר עסקינן בבריאות הציבור, רגולציה היא במקומה ומתחייבת. אין איש שיחלוק על הצורך בפיקוח על יבוא מקנה, והדבר עלול לעלות כדי דיני נפשות – ובכל הכבוד לאינטרס המסחרי של העותרות או אחרים, בריאות הציבור מצויה במדרגה גבוהה ממנו. על כן נחוץ פיקוח על כל יבוא מקנה, בחינת פשיטא. ועוד, אנו ערים אף לחשש כי אי החלתם של עקרונות הנוהל עלולה לגרום לדחיקה אפשרית של יבואנים מן השוק וליצירת מונופולין בפועל. עם זאת, אין להקל ראש בטענות העותרות באשר לכפיית שימוש במשאב פרטי ללא הסדרה חוקית, משל היה מדובר ב"מעין הפרטה", מבלי שהדברים נאמרים מפורשות והוסדרו באופן ברור; התקנות הקיימות אינן מקנות סמכות ל"רישוי כופה". השירות צריך היה להינתן על-ידי המדינה, כמובן בתשלום הראוי, כאותה קרנטינה שגב' נינה בשירו של אלתרמן עבדה בה כסניטר, וכעיקרון לא באופן שבו ייכפה על בעלי תחנות לשמש תחליף. בדנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' ברק כהן (2009), פ"ד ס"ג (1) 644, פסקה י"א הבעתי עמדתי העקרונית המסתייגת באשר להפרטה של שירותים ציבוריים שלטוניים; כאן עסקינן בסוג מיוחד של הפרטה, הפרטה כפויה מקום שהרשות אינה מסוגלת למלא את צרכי הרגולציה – והתכלית ראויה, אך עדיין יש צורך בסמכות שבדין. צר לנו, אך יקשה אף לומר שמדובר בהסתייעות גרידא בגוף פרטי כפי שטוענים המשיבים, שכן אין המדובר אך בסיוע הנוגע להיבטים הטכניים של סמכויות המשיבים (ברק-ארוז, בעמ' 178-179), אלא בהעברה כפויה של תפקיד מתפקידיה של הרשות לגורם פרטי; כאמירה הנודעת בספר הכוזרי לר' יהודה הלוי – "כוונתך רצויה אבל מעשיך אינם רצויים".

כ"א. כיון שהפקודה ותקנות 2 ו-9 – כמו התקנות בכללותן-אינן מקנות למשיבים את הסמכות, כמפורט מעלה, להגביל את פעילותן של העותרות באופן בו מדובר, יש לנקוט אם בחקיקה מסדירה (שתעמוד בתנאי חוקי היסוד) ואם בבניית

תחנה ממשלתית ואם בשתיהן. ודוק; התקשינו להלום את הטענה, כי כאשר המשיבים מפעילים את סמכותם (החיונית) להתיר החזקת מקנה מיובא באתר הסגר מסוים, ובכלל זה הקצאת רופא וטרינר ממשלתי לשם פיקוח וטרינרי במקום, נלוית לכך מניה וביה הסמכות להפעיל שיקול דעת באשר לאופן שבו יוקצה המשאב הציבורי, הפיקוח, מבלי שיוסדר בחוק בהקשרים כגון ענייננו. לדברים אלה משנה תוקף נוכח העובדה, שהחלטת המשיבים מגבילה את חופש העיסוק של העותרות והקיבוץ מבלי שיש בידם להצביע על מקור סמכות ברור ומפורש כנחוצ, וזאת בלא שנביע דעה – ואנו מטעימים זאת – בשאלה הקניינית ביחס להפרה נטענת של חוק ההתיישבות על ידי הקיבוץ, המצויה במישור משפטי שונה. נוסף, שבדוגמאות אותן מציגים המשיבים כתמיכה לטענתם בדבר הצורך בחלוקה שוויונית של משאבים ציבוריים (כגון קרקעות, רשיונות ותמיכות), דבר שלא יתכן חולק לגביו, דובר בהקצאה ובחלוקה של משאבים המוסדרת בחוק (לעניין תמיכות ראו סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985; לעניין הקצאת קרקעות ראו סעיף 2א(1) לחוק רשות מקרקעי ישראל, תש"ך-1960, ולעניין הקצאת רשיונות ראו, בין היתר, כדוגמה, תקנות משק הגז הטבעי (דרכים ותנאים למתן רשיון חלוקה), תשס"ח-2008)). ושוב, על פני הדברים, ככל שיש מחסור במקומות הסגר, מן הראוי שתוקמנה תחנות הסגר ממשלתיות, אך אין בידינו- גם לא בכך עניינה של העתירה-לקבוע כי מקומות הסגר פרטיים בפיקוח ממשלתי אינם יכולים לענות על הצורך בנסיבות, אלא שלשם כך על המחוקק או מחוקק המשנה (ואיננו מביעים דעה באשר לזה או זה) ליתן כלים בידי הרגולטור. דעת לנכון נקל איפוא שהסדרת הפעילות הוטרינרית החשובה מתבקשת, נוכח חיוניות הפונקציה לה היא משמשת – אך על הדבר להיעשות במסגרת הדין.

כ"ב. עם זאת, ונוכח כל האמור, האינטרס הציבורי והצורך בהיערכות, וגם כיוון שהרשות סברה כי הנושא בסמכותה משפירסמה את הנוהל, יש לנקוט סוג של בטלות יחסית או השהיית מועד התחולה. קרי, ברוח אשר הוצע על-ידינו והוסכם בעיקרון על-ידי העותרות בדיון, ראוי לטעמנו, שעד אשר יוסדר הנושא בחקיקה כמוצהר על ידי המשיבים – או תיבנה על-ידיהם תחנת הסגר – ולמשך תקופת מעבר שלא תעלה על שנה מהיום, יחול הסדר כלהלן: העותרות תודענה באופן

שוטף על תכנית היבוא שלהן – קרי, 60 יום מראש תימסר הודעה לגבי הגעתו של בקר. העותרות לא תפעלנה בקרנטינת צופר בתקופת המעבר. בכל הזמנים האחרים יוקצה השימוש בקרנטינה לכל דורש, והכל בפיקוח השירותים הוטרינריים לגבי ההקצאה. יתכן כי על סמך ניסיון שיירכש – ושכבר נרכש בשנים האחרונות – יהא מקום לתיקונים ולהשלמות בהסדר אשר נקבע בנוהל ושיבוא לידי ביטוי בחקיקה או חקיקת-משנה מכוחה. נציין, כי קביעת 60 תחת 45 יום שהוצעו בשעתו באה לסייע לגורמים הנזקקים לקרנטינה למיניהם, ככל שמדובר בלוח הזמנים.

כ"ג. הצו על תנאי נעשה איפוא מוחלט במובן של הקביעה, כי כדי להפעיל את הנוהל יש צורך בהסדר כפי שפורט, וזאת לא יאוחר מאשר תוך שנה; עד אז יופעל מתוה המעבר האמור.

כ"ד. אציין, כי הערת חברי השופט מלצר מקובלת עלי מאוד.

כ"ה. העתירה מתקבלת כאמור מעלה, ומשיבות המדינה ישלמו לעותרות הוצאות בסך 25,000 ₪.

המשנה לנשיאה

השופטת ד' ברק-ארז:

1. אני מסכימה עם חברי השופט א' רובינשטיין כי דין העתירה להתקבל, ומבקשת להדגיש כי הסכמתי זו ניתנת ב"כן רבתי", ואף ביתר שאת. מורכבותו של הדיון שהתקיים בפנינו עומדת בניגוד עז לפשטותם ובהירותם של העקרונות שצריכים לעמוד ביסוד הדברים: המדינה אינה רשאית ליטול קניינם של אנשים פרטיים ללא סמכות אך משום שהוא דרוש לה, לטענתה, כדי לעשות בו שימוש לצורך תכלית ציבורית ראויה כשלעצמה.

2. וזה הילוכם של הדברים: מדינת ישראל לא השקיעה די בתשתיות הדרושות לצורך החזקת בהמות בהסגר בהיקפים הנדרשים. העותרת, כגוף פרטי, בחרה

אפוא להקים עבור עצמה תשתיות כאמור, שבהן יוכלו להיות מוחזקות בהמות שהיא מייבאת בתנאי הסגר מבלי לעמוד בתור הכללי. כל זאת, כמובן, בפיקוח מטעם המדינה. באה אפוא המדינה ואומרת: שלך – שלי, היינו המדינה מבקשת לעשות שימוש במשאב הפרטי לצורך החזקת בהמות של גורמים אחרים בהסגר. התכלית עשויה להיות ראויה, וכפי שציין חברי, אין מחלוקת על עצם הצורך בפיקוח וטרינרי על יבוא בקר. אולם, על כך נאמר: "מי שמך?". הרשות הציבורית אינה יכולה ליטול משאב שאין לה זכויות בו, אך משום שהיא זקוקה לו. משמעות הדברים היא אף חמורה יותר כאשר מביאים בחשבון את העובדה שדבר לא מנע מן המדינה הקמת תשתיות נוספות הדרושות לה לטענתה (מלבד אילוצים רגילים של סדרי עדיפויות). זאת ועוד: כפי שציין חברי, דווקא העותרת הייתה מוכנה לאפשר שימוש במתקניה אף לאחרים על בסיס מקום פנוי, ואילו המדינה הכשילה פשרה זו בעמידתה על כך ש"כולה שלי", היינו על כך שהיא זכאית להקצות את השימושים במתקן הפרטי לפי שיקול דעתה. מה שהתגלה נגד עניינו במקרה זה הוא אפוא לאו דווקא "מעין הפרטה" כפי שציין חברי, אלא "מעין הלאמה" או "מעין הפקעה".

3. אין בסיס לטענת המדינה כי מסמכות הפיקוח שלה נובעת הסמכות להורות על שימוש – על בסיס שוויוני – במתקנים פרטיים. סמכות הפיקוח – לחוד; והשימוש בקניינו של הפרט – לחוד. סמכות פיקוח במסגרת רגולטורית אינה כוללת מניה וביה סמכות להתנות את הפיקוח בכך שהגורם המפוקח יאפשר שימוש במשאביו הפרטיים. אכן, שירותי פיקוח עשויים להיות כרוכים בתשלום, אולם תשלום זה אמור להיות מעוגן בחוק, וזאת במתכונת של תשלום אגרה, בהתאם לחוק יסוד: משק המדינה. כך – ולא אחרת.

4. כידוע, יש מצבים שבהם הרשות רשאית לעשות שימוש גם במשאבים פרטיים הדרושים לשימוש של הציבור, כמו למשל במסגרת דיני ההפקעות. אפשרות זו, הפוגעת בזכות הקניין, פתוחה בפניה רק במסגרת חקיקה ראשית או מכוח הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית (ראו: סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ע"א 524/88 "פרי העמק" - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב –

מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות, פ"ד מה(4) 529, 563 (1991)). על חקיקה כאמור לעמוד כמובן בסטנדרטים חוקתיים, הנדרשים לתכלית הנטילה ולמידתיותה, ובהקשר זה גם לפיצוי שניתן למי שרכושו הופקע. חקיקה כזו אינה בנמצא בפנינו, וכפי שציין חברי גם אם תיחקק יהיה עליה לעמוד בדרישותיהם של חוקי היסוד, מבלי שאנו מביעים כמובן דעה באשר לאפשרות זו.

5. אוסיף ואציין כי אני מסכימה להערתו החשובה של חברי השופט ח' מלצר כי קיומו של מונופול טבעי או הענקת זיכיון בלעדי מהווים שיקול חשוב שיש בו כדי להצדיק הפעלתן של סמכויות רגולטוריות לשם חיובו של בעל המונופול או הזיכיון לאפשר לאחרים שימוש במתקניו על בסיס מקום פנוי ובתנאי שוויון, ככל שסמכויות אלה אכן מעוגנות בחוק, על-פי פרשנותו הנכונה.

ש ו פ ט ת

השופט ח' מלצר:

1. הנני מצטרף בהסכמה לפסק-דינו של חברי, המשנה-לנשיאה, השופט א' רובינשטיין ולחלק מהערותיה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז. עם זאת מוצא אני לנכון לחדד נקודה מסוימת שעשויה להיות לה רלבנטיות, או השלכות – בהסדרים נורמטיביים, או סמכויות פיקוח שתבקש החלתן בעתיד על מצבים קרובים.

2. מקובל עלי שכאשר אין בפנינו מונופול טבעי, או זיכיון בלעדי שניתן ע"י הרשות – סמכות הפיקוח לא מנביעה את הכח להורות על שימוש, על בסיס שוויוני, במתקנים פרטיים. זהו מסד הנתונים במקרה שלפנינו, לאחר שהתברר כי דבר לא מנע מן המדינה להקים תשתיות נוספות הדרושות לצורך החזקת הבהמות המיובאות בתנאי הסגר ובדיקתן (מלבד אילוצים רגילים של סדרי עדיפויות, כפי שמציינת חברתי). יתר על כן, כפי שהדגישו חברי, דווקא העותרת היתה מוכנה לאפשר שימוש במתקנים שהקימה על חשבונה ובאחריותה ולתת אף לאחרים ליהנות מהם – על יסוד מקום פנוי, ואילו המדינה הכשילה הסדר זה.

3. עד הנה דומה שהדברים מוסכמים, ואולם בעת שמדובר במונופול טבעי, או בזכיון בלעדי שהוענק לגורם פרטי – קמה בנסיבות מסוימות – לרשות להגבלים עסקיים, או לגוף המפקח סמכות לכפות על בעל המונופולין, או על בעל הזיכיון הבלעדי ליתן גם לאחרים אפשרות שימוש במתקניו, על בסיס מקום פנוי ובתנאי שוויון לאלו שהוא נהנה מהם. עיינו: בג"צ 5812/00 Samedan Mediterranean Sea נ' הממונה על ענייני הנפט במשרד התשתיות הלאומיות, פ"ד נ"ה (4), 312 (2000); תיק מונופול 1/93 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' חברת דובק בע"מ ואח' (פסק דין בבית הדין להגבלים עסקיים בירושלים, בראשות השופטת מ' נאור (כתארה אז) מתאריך 17.01.95); במשפט המשווה (ארה"ב): Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp. 472 U.S. 585 (1985); Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP 540 U.S. 398 (2004).

לא ארחיב פה עוד בחלופה האמורה, בתנאיה ובסייגיה, ואולם יש לזכור את קיומה של סמכות חשובה זו במקרים הראויים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין.

ניתן היום, י"ד בשבט התשע"ה (3.2.2015).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה