

## נספח א' תיקון חוק הנפט והפגיעה בזכויות חוקתיות – ניתוח מפורט

יוסף מ' אדרעי אוניברסיטת חיפה

### Contents

1.....	נספח א' תיקון חוק הנפט והפגיעה בזכויות חוקתיות – ניתוח מפורט
2.....	א. למי שייך הנפט
2.....	(1 מרבצים במדינת ישראל
6.....	(2 זכות הקניין של המדינה במרבצים המצויים בים
8.....	(3 היקפה וחזקה של זכות הקניין של בעלי זכות נפט
8.....	ב. התמלוגים
10.....	ג. שינוי תמלוגים: פגיעה בזכות חוקתית?
10.....	(1 הזכות החוקתית לחופש העיסוק והיקפה
12.....	(3 הזכות החוקתית לקניין והיקפה
16.....	ד. האם הפגיעה מוצדקת בהתאם לדרישותיה של פסקת ההגבלה
18.....	ה. העלות הכלכלית האמיתית של חיפושי נפט בישראל
18.....	(1 עלות פיננסית
20.....	(2 השתתפות המדינה בסיכונים משפטיים ודיפלומטיים
20.....	(3 השתתפות המדינה בסיכונים ביטחוניים
21.....	סיכום

## נספח א' תיקון חוק הנפט והפגיעה בזכויות חוקתיות – ניתוח מפורט

יוסף מ' אדרעי אוניברסיטת חיפה

כאמור בחוות הדעת ("מרבצי גז ונפט וחקיקה פיסקאלית") מובאים כאן הנימוקים המפורטים התומכים במסקנתי על פיה שינוי שיעור התגמולים (12.25%) שחייבים בעלי זכות נפט לשלם למדינה כקבוע בחוק הנפט הוא אפשרי ואף ראוי.

אחזור והדגיש, השאלה אם ראוי לשנות את גובה התמלוגים שנקבעו בעבר לגבי בעלי זכות נפט שהחלו בהשקעות לפני זמן רב, והמדינה, בשמו של הציבור, מבקשת לשנות את כללי המשחק בשלב כה מאוחר, כאשר החיפוש נשאו פרי, אינה פשוטה ואינה קלה. עם זאת לאחר שחקרתי וגיליתי עד כמה העסקה בין בעלי זכות הנפט והמדינה אינה מאוזנת, וכי הציבור, שנשא בעול החיפוש בשיעור גבוה – לעיתים בשיעור גבוה מ-50% - אמור לקבל שיעור זעום מפרי התגליות, הגעתי למסקנה כי שינוי כזה אפשרי מבחינה משפטית וחוקתית ונראה לי בסופו של דבר גם הוגן. להלן הנימוקים.

### א. למי שייך הנפט<sup>1</sup>

#### 1) מרבצים במדינת ישראל

פקודת המכרות המנדטורית מ-1925<sup>2</sup> קובעת, כי מחצבים<sup>3</sup> שנתגלו יהיו שייכים למדינה<sup>4</sup>. פקודה זו מסדירה את הדרכים והאמצעים להענקת תעודות היתר לחיפוש מחצבים לגופים לא שלטוניים<sup>5</sup>. מי שקיבל היתר כזה זכאי לקבל גם רשיון לחיפוש<sup>6</sup>, וכן קבלת תעודות היתר לחקירה<sup>7</sup>. הנסח של פקודה זו יצא

<sup>1</sup> כאמור בחוות הדעת, חוק הנפט, תשי"ב-1952, מגדיר "נפט" ככולל "נפט ניגר, בין נוזלי ובין אדי, לרבות שמן, גז טבעי, גזולין טבעי, קונדנסאטים ופחמימנים (הידרוקרבונים) ניגרים קרובים להם, וכן אספלט ופחמימנים של נפט מוצקים אחרים כשהם מומסים בתוך נפט ניגר וניתנים להפקה יחד איתו". לפיכך, נשתמש גם כאן במונח "נפט" במשמעותו הרחבה, הכולל כאמור גם גז טבעי. ועוד, הביטוי "זכות נפט" מוגדר בחוק הנפט ובתקנות הנפט: "זכות נפט" – "רשיון או חזקה" וכן "רשיון לחפש ולהפיק נפט או חזקה בשטח המיועד לחיפוש נפט". ועל כן נשתמש בביטוי "בעל זכות נפט" כביטוי כולל לכל בעלי הזכויות כאמור.

<sup>2</sup> חוקי א", 1925, כרך א', 903. (להלן: פקודת המכרות).

<sup>3</sup> שם, כהגדרתם בסעיף 2: "מחצבים" פירושו כל החמרים בעלי ערך כלכלי שהם חלק מקליפת האדמה או שמוצאם הטבעי הוא מקליפת האדמה, לרבות שמן מינרלי, חמר, אספלט וגז טבעי, ולמעט מחצבי תמיסה או כבול (Peat), אילנות, עצי בנין וכל תוצרת יער כיוצא בזה או החמרים שהוגדרו במונח 'מחצבה' בסעיף 108". נפט וגז אינם נחשבים כ"מחצבים יקרים".

<sup>4</sup> שם, ס' 36 קובע לאמור: "(1).36" מחצבים שהוגשו או נתקבלו תוך כדי חיפוש או חקירה עפ"י תעודת היתר לחיפוש או לחקירה או עפ"י רשיון לחיפוש, הרי הם קנינה של ממשלת ישראל ואסור לו לבעל תעודת היתר או לבעל הרשיון או לכל אדם אחר להעבירם מן הקרקע ולהוציאם לרשות אחרת אלא בהסכמת המפקח, ואולם שום דבר האמור בזה לא יפורש כאילו הוא בא לאסור על בעל התעודה או הרשיון להעביר משם מזמן לזמן דוגמאות מאותם המחצבים בכמות שתהא מספקת לבחינתם ובדיקתם ועשיית נסיונות בהם על מנת לברר את טיבם ואת ערכם המסחרי.

(2) בעל רשיון לחיפוש הרוצה לשמור לעצמו או להוציא מרשותו מחצבים שהוגשו או נתקבלו תוך כדי החיפוש, חייב להגיש בקשה למפקח באופן הקבוע, ואם נתברר לו למפקח שלא ניהל המחפש עבודת חיפוש אלא במידה שהיתה נחוצה לו כדי לאפשר לו לבחון את סגולותיה המחצביות של הקרקע, יכול הוא להרשות למבקש לשמור אצלו או להוציא מרשותו את המחצבים שעליהם מוסבת בקשתו בשלמו את דמי-הזכות הקבועים.

(3) המפקח רשאי להרשות להעביר מחצבים מן הקרקע שנתקבלו מתוכה לכל מקום אחר שיאושר ע"י המפקח לשם שמירתם הבטוחה בכפוף לאותם התנאים שיאבה להטילם".

<sup>5</sup> פקודת המכרות, ס' 13.

<sup>6</sup> פקודת המכרות, ס' 24.

<sup>7</sup> פקודת המכרות, ס' 16, וראו בין היתר חוק זיכיון ים המלח, תשכ"א-1961, ס"ח 130.

כנראה מנקודת מוצא כי ברור מאיליו שמדובר במחצבים שהתגלו בתוך גבולות המדינה או בכל מקום בו יש למדינה ריבונות.

חוק הנפט משנת תשי"ב<sup>8</sup> יוצא מתוך הנחה, המושתתת על קביעתו של סעיף 36 לפקודת המכרות, על פיה כל מקורות הנפט והנפט שנמצאים בשדות הנפט מוקנים למדינה, בין אם מדובר בנפט המצוי בקרקע בבעלות פרטית בין בקרקע בבעלות המדינה. חוק הנפט קובע איסור כללי על חיפוש נפט<sup>9</sup>. חוק זה גם אוסר הפקת נפט ללא קבלת היתר או רשיון מהמוסדות המוסמכים שנקבעו בחוק<sup>10</sup>. שר הפיתוח רשאי לקבוע, כי שטח משטחי המדינה, יהיה שטח פתוח לחיפוש נפט ולהפקתו ורשאי הוא, כאותה דרך עצמה, לחזור ולסגור שטח פתוח, כולו או מקצתו<sup>11</sup>. משניתן רשיון ייחשב בעל הרשיון לבעל "זכות נפט"<sup>12</sup>. בנוסף: חוק הנפט גם מאפשר לרשויות להעניק היתרים לבדיקות בכל קרקע הנמצאת בתחומי המדינה, בין אם הבעלות בידי המדינה בין היא פרטית, ובלבד שבתום הפעילות תוחזר החזקה בקרקע לבעליה וכן שבעל הקרקע יקבל פיצויים הולמים מבעל ההיתר<sup>13</sup>.

ראוי להדגיש כבר בתחילת הדברים: כעולה גם מסעיף 36 לחוק הנפט<sup>14</sup>, החוק אינו מעביר את הבעלות בנפט לבעלי זכות נפט. חוק הנפט מגדיר "זכות נפט" בלשון זו: "רשיון או החזקה"; תקנות הנפט, תשי"ג-1953<sup>15</sup> חוזרות ומגדירות "זכות נפט" – "רשיון לחפש ולהפיק נפט או חזקה בשטח המיועד לחיפוש נפט". לפיכך בעל זכויות נפט אינו הבעלים של הנפט. אין לו בעלות בנפט, לא מותנית ולא עתידית. הזכות היחידה היא אם כן לחפש ולהפיק נפט המצוי בבעלות המדינה.

על חולשת הזכות הקניינית של בעל זכות הנפט ניתן ללמוד גם מהעובדה שאם תקופת הרשיון פוקעת – בין אם נמצאה תגלית נפט ובין אם לאו – על בעל הרשיון להגיש בקשה מנומקת להארכת הרשיון: "רשאי המנהל<sup>16</sup> לדחות את הבקשה, או כל בקשה לארכות נוספות, ורשאי הוא ליתן את הארכה לאותו זמן שיראה לנכון"<sup>17</sup> גם אם התגלה נפט. אין צריך לומר שסמכותו של המנהל כפופה לעקרונות המשפט המינהלי. עם זאת עצם קיום הסמכות מחלישה כאמור את זכותו של בעל זכות הנפט בנפט שהתגלה. שהרי אם יתגלה, לדוגמה, כי המנהל פעל בחוסר סמכות או באי סבירות גבוהה בעת שהעניק רשיון, הרישיון עלול לפקוע וזכויותיו של בעל הזכות תיפקענה אף הן.

יש אם כן לשוב ולהדגיש: הנפט הגולמי אינו עובר לבעלותו של בעל זכות נפט. גם אם חיפוש הנפט הסתיים בהצלחה "בתגלית". בעל הזכות פועל לאורך כל הדרך כנאמן הציבור או המדינה. כך לדוגמה קובע סעיף 24 לחוק הנפט:

<sup>8</sup> ס"ח, 322 (להלן: חוק הנפט).

<sup>9</sup> זהו מונח רחב ביותר הכולל קדיחת בארות ניסיון לשם מציאת נפט או לשם קביעת גודלו או גבולותיו של שדה נפט, כל פעולה אחרת לחיפוש נפט לרבות בדיקות וניסויים גיאולוגיים, גיאופיסיים, גיאוכימיים ודומיהם, וכן קדיחות להשגת ידיעות גיאולוגיות בלבד, שם, ס' 1.

<sup>10</sup> השר שהממשלה קבעה אותו לעניין זה (להלן: "השר"), בהתייעצות עם מועצה מיוחדת שהוקמה לשם כך, חוק הנפט, ס' 6.

<sup>11</sup> חוק הנפט, ס' 5.

<sup>12</sup> חוק הנפט, ס' 1 ו-16.

<sup>13</sup> חוק הנפט, ס' 10.

<sup>14</sup> לעיל הע' 4.

<sup>15</sup> ק"ת 334, עמ' 622.

<sup>16</sup> בהערת אגב נזכיר כי נראה שנפלה שגגה בידי נסח החוק. סעיף 2 לחוק הנפט קובע כי השר ימנה ממונה על עניני נפט (להלן - הממונה); הודעה על המינוי תפורסם ברשומות. אך בהמשך מתייחס החוק ל"מנהל" כשהכוונה הייתה כנראה לממונה.

<sup>17</sup> תק' 15 ו-17 לתקנות הנפט, תשי"ג-1953, עמ' 622.

24. הגיע בעל רשיון לתגלית בשטח הרשוי, חייב הוא, אם אין טעם לסתור חובה זו, להפיק נפט, לקבוע את גבולותיו של שדה הנפט ולפתחו - והכל בשקידה הראויה - כאילו היה בעל חזקה, וחייב הוא לגבי אותן פעולות ולגבי הנפט המופק בכל חובותיו של בעל חזקה; ואין הוראה זו גורעת מחובותיו כבעל רשיון.

מסקנת הביניים היא פשוטה. בעל התגלית פועל כבעל רשיון. זכות נפט אינה זכות בעלות בנפט אלא רק רשיון לחפש ולהפיק נפט או חזקה בשטח המיועד לחיפושי נפט. הנפט שבעל הזכות בנפט מגלה אינו בבעלותו, אלא כאמור בבעלות המדינה. רק המדינה מוסמכת למכרו, במישרין, או באמצעות אדם אחר שהיא תסמיך לרבות בעל זכות נפט שגילה והפיק את הנפט.

ברוח זו קובע סעיף 33 לחוק הנפט:

33. (א) השר רשאי, לאחר התייעצות עם המועצה, לחייב בעלי חזקות לספק תחילה, במחיר השוק, מן הנפט שהם מפיקים בישראל וממוצרי הנפט שהפיקו ממנו, אותה כמות נפט ומוצרי נפט הדרושים לדעת השר לתצרוכת ישראל, לזקק אותה בישראל, במידה שיש להם אמצעי זיקוק, ולמכרה בישראל; ולשם כך רשאי הוא לחייב בעלי חזקות להפיק נפט מבארותיהם הקיימות בשיעור שיספיק למטרות האמורות, ואולם שום בעל חזקה לא יהא נדרש -  
 (1) להפיק מבאר יותר משיעור התפוקה המקסימלי היעיל שלה;  
 (2) לספק לכמות הכללית הנדרשת אחוז מתפוקתו שהוא גדול מן האחוז הנדרש מבעל חזקה אחר, אלא אם ראה השר לסטות מכלל זה, אם הדבר דרוש, לדעתו, מטעמים שבבטחון המדינה או כדי למנוע בזבוז או אי יושר כלפי בעל חזקה פלוני.

ואילו סעיף 34 לחוק הנפט, על אף שאינו ברור כל צורכו, מסמיך את בעל החזקה לבצע מספר פעולות:

34. בעל חזקה רשאי, בכפוף לתקנות, לייבא נפט ומוצרי נפט לישראל, ורשאי הוא לזקק נפט, בין שהופק בישראל ובין שהובא מחוצה לה, לעבד נפט ומוצרי נפט כאמור, להובילם, לייצאם ולסחור בהם; ולמטרות אלה רשאי הוא להקים מיתקנים ולעשות שאר סידורים הדרושים לכך.

קשה לקבוע אם הסעיף מסמיך, באופן חד משמעי, את בעל החזקה שגילה נפט למכור ולסחור בנפט שגילה והפיק, אך גם אם נניח שמדובר גם בנפט שהפיק, ולא רק בנפט ובמוצריו שהוא מייבא, עדיין אין להסיק מכך כי בעל החזקה הפך לבעלים בנפט. שהרי פעולתו ומשמעותו של סעיף זה היא הסמכת בעל החזקה לעשות עסקאות בנפט שהוא רכוש המדינה, כנדרש מסעיף 2 לחוק יסוד: משק המדינה.

סעיף 2 לחוק יסוד: משק המדינה קובע:

עסקאות בנכסי המדינה, רכישת זכויות וקבלת התחייבויות בשם המדינה ייעשו בידי מי שהוסמך לכך בחוק או על פיו.

חיזוק נוסף לראיה שהנפט הוא בבעלותה של המדינה ולא של בעל הזכות נפט מצוי גם בסעיף 29(ג) ו-29(ד) לחוק הנפט, המעיד מיהו בעל העניין המשמעותי בנפט, מיהו הבעלים השולח ומיהו השולח הפועל עבורו:

29. (ג) לא הפיק בעל חזקה משטח החזקה נפט בכמויות מסחריות בתוך שלוש השנים הראשונות למתן החזקה, והשר שלח לו לאחר תום תקופה זו, הודעה הדורשת ממנו להתחיל בהפקת נפט בכמויות מסחריות בתוך זמן שקבע בהודעה ושלא יפחת

מששים יום, תפקע החזקה כתום הזמן הקבוע אם לא התחילה ההפקה כפי שנדרש בהודעה.

(ד) הפיק בעל חזקה משטח החזקה נפט בכמויות מסחריות, ולאחר מכן חדלה ההפקה, רשאי השר, בכל עת אחרי תום שלוש השנים הראשונות למתן החזקה וכל עוד ההפקה חדלה, לשלוח לבעל החזקה הודעה הדורשת ממנו לחדש את ההפקה בכמויות מסחריות בתוך הזמן שקבע בהודעה ושלא יפחת מששים יום, ואם לא חודשה ההפקה כפי שנדרש בהודעה, תפקע החזקה כתום הזמן הקבוע בהודעה; אולם הודעה כאמור לא תישלח לפני תום ששה חדשים מיום שחדלה ההפקה; וכן לא תישלח הודעה כאמור לפני תום שנתיים מיום שחדלה ההפקה, כל עוד הולכת ונעשית בשטח החזקה קדיחת נסיון או קדיחת פיתוח בשקידה הראויה.

עם זאת ס"ק 29(ה) לחוק הנפט מעניק סעד משפטי לבעל חזקה הרואה עצמו מקופח על ידי פעולה של השר: הוא רשאי לערער לפני בית המשפט תוך שלושים יום מיום שנודעה לו פעולת השר.

נסכם: כיוון שפקודת המכרות מקנה את הבעלות במחצבים למדינה, בין אם הם נמצאים בקרקע ציבורית<sup>18</sup> ובין אם קרקע פרטית, המחצבים הם בבחינת נכסי המדינה. עסקאות בנכסי המדינה כפופות להוראתו של סעיף 2 לחוק יסוד: משק המדינה. רק המדינה מוסמכת למכור הנפט. יכול והיא תעשה זאת במישרין, בעצמה על ידי רשות מינהלית המייצגת את הממשלה ויכול שהיא תסמיך גוף אחר, לרבות גוף פרטי<sup>19</sup>. לא ברור אם המדינה זכאית למכור את הנפט, או כל מחצב אחר, לפני שהתגלה. סעיף 5(א) לחוק נכסי המדינה<sup>20</sup> קובע אמנם את הכלל אך הכלל כפוף למספר סייגים:

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

עם זאת נקבע בסעיף 5(ג) לאותו חוק:

(ג) הממשלה לא תהא רשאית, בשם המדינה, להעניק זכיון, לתקופה העולה על 20 שנים, בין לפי חוק זה ובין לפי חוק אחר, הנוגע למכרות או למחצבים של המדינה, אלא באישור ועדת הכספים של הכנסת; בסעיף זה, "מכרות" ו"מחצבים" - כמשמעותם בפקודת המכרות.

<sup>18</sup> כהגדרת המונח בסעיף 2 לפקודת המכרות: "קרקעות ציבור" פירושו כל הקרקעות בישראל, הנתונות לפיקוחה של ממשלת ישראל בתוקף אמנה, ברית, הסכם או ירושה וכל הקרקעות שנרכשו או שעומדים לרכשן לשירות הציבור או לכל צורך אחר".  
<sup>19</sup> סעיף 6 לחוק נכסי המדינה, תשי"א-1951.  
<sup>20</sup> חוק נכסי המדינה, תשי"א-1951, ס"ח 52. (להלן: חוק נכסי המדינה).

ללמדך, כי ללא אשור של הוועדה, הממשלה לא זכאית להעניק זיכיון<sup>21</sup> לתקופה העולה על 20 שנה; קל וחומר שאינה מוסמכת למכור את המחצבים. ספק בעיני אם אישור של ועדת הכנסת **למכירת** המחצבים, לרבות נפט לפני שהופק, יכול לספק. שהרי הסעיף קובע לכאורה שמתן זיכיון לתקופה ארוכה אסור, קל וחומר שיש איסור למכירת המחצבים. ממשיך הסעיף וקובע כי **מתן זיכיון** לתקופה מעל 20 שנה – אך **לא מכירה** – מותר רק באישור ועדת הכספים. בהעדר הוראה מפורשת המתירה מכירת המחצבים, ובהתאם לעקרון חוקיות המינהל<sup>22</sup>, אין למדינה זכות למכור את הנפט, כל עוד הוא בבחינת מחצב, המצוי בבאר ובטרם הופק והפך למוצר. שהרי אין זה מתקבל על הדעת שמתן זיכיון לתקופה ארוכה דורש את אישור הנבחרים – ועדת הכספים של הכנסת, ואילו פעולה מרחיקת לכת יותר ממתן זיכיון – מכירה והפרדות מהבעלות במחצב – אינה דורשת כל תנאי.

גם הוראתו הכללית של סעיף 5(א) לחוק נכסי המדינה לא מבהירה את התמונה, שהרי היא כפופה להוראת סעיף 5(ג) ולתכליתו. והתכלית ידועה: נכסי המדינה אינם נכסים של הממשלה, לא של שרי הממשלה, לא של פקידיה אלא של כלל הציבור. לא כל שכן נכסים שקמותם, איכותם ושווים הכלכלי אינו ידוע עדיין – כמו מחצבים. הפיתויים לעשות רווחים על חשבון הציבור גדלים והסכנה שפקידים, שרים או מקורבים יפרידו בין נכסי המדינה לבין המדינה ויביאו לציבור הפסדים הביאו את המחוקק לקבוע, כי כדי למכור נכסים משמעותיים ובעלי ערך כלכלי רב, יש צורך בבקרה קפדנית, בביקורת ובמגבלות רבות. נראה שהסדר המונח ביסודו של חוק הנפט הוא שבעל הזכות נפט זכאי למכור את הנפט לאחר שהפך למוצר. לעניינו אין חשיבות רבה לשאלה אם מרגע שהנפט מופק והופך ממחצב למוצר הבעלות בו עוברת לבעל הזכות והוא עושה בנפט כרצונו – כפוף למגבלות הקבועות בחוק<sup>23</sup> - או שמא הוא מוכר את הנפט בשם מדינת ישראל ובהתאם להנחיותיה, כנדרש בסעיף 2 לחוק יסוד: משק המדינה.

## 2) זכות הקניין של המדינה במרבצים המצויים בים

גבולותיה הימיים של ישראל נקבעים בהתאם למשפט הבינלאומי. המקור העיקרי לדין הבינלאומי לעניין זכויות בים הוא "אמנת האומות המאוחדות לחוק הים" (United Nations Convention on the Law of the Sea) (להלן אמנת הים)<sup>24</sup>. על פי אמנת הים, המים הטריטוריאליים משתרעים על שטח של 12

<sup>21</sup> כמשמעותו בהתאם להגדרת המונח בסעיף 1 לחוק נכסי המדינה: "זכיון" כולל רשיונות, תעודות היתר, חווי הכירה וזכויות כרייה לפי פקודת המכרות, פקודת כריית השמן, 1938, או פקודת המינרלים הרדיואקטיביים, 1947.

<sup>22</sup> ראו בין היתר יצחק זמיר, "הסמכות המינהלית" (תשנ"ו) עמ' 49 ואילך.

<sup>23</sup> ראו בין היתר חוק הנפט סע' 13(2), 18(א), 20-24, 29(ג)-(ד), 31, 32(ג)-(ה), 33, 36.

<sup>24</sup> האמנה מהווה למעשה אוסף של אמנות שגובשו לאמנה אחת, בשנת 1984. נוסח האמנה ניתן באתר: נוסח האמנה:

[http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/closindx.htm](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/closindx.htm). על הרקע ההיסטורי ראו [http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/convention\\_historical\\_perspective.htm#Historical%20Perspective](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_historical_perspective.htm#Historical%20Perspective)

מייל מקו החוף (22 ק"מ לערך). הדין הישראלי אימץ כלל זה. כך בפקודת הפרשנות<sup>25</sup>, בחוק הפרשנות<sup>26</sup> ובחוק מימי החופין, תשי"ז-1956<sup>27</sup>.

על פי הידוע, מרבצי הגז והנפט שהתגלו בים התיכון אינם מצויים במימי החופין של ישראל. מכאן לשאלה מניין נטלה המדינה את הכוח והסמכות להעניק רישיונות לחיפוש ולהפקה מחוץ למימי החופין שלה.

התשובה מצויה בחלקה במשפט הבינלאומי, ובעיקר בפרק החמישי של אמנת הים<sup>28</sup>. פרק זה קובע כי למדינות הגובלות בחוף ימים יש גם ריבונות כלכלית בשטח המוגדר כאזור כלכלי בלעדי ( BEZ - Exclusive Economic Zone). האמנה מקנה למדינה בעלת הריבונות באזור הכלכלי הבלעדי - שטח המצוי בתחום של 200 מייל ימי (כ-370 ק"מ) מחופה של מדינה - זכויות לניצול באופן בלעדי את המרבצים המינרליים המצויים באזור האמור<sup>29</sup>.

הקושי הוא שלא זו בלבד שמדינת ישראל לא הצטרפה לאמנה האמורה ולא אישררה אותה,<sup>30</sup> אלא שהאמנה קובעת כי כדי שמדינה תוכל ליהנות מהמשאבים שבתחומי מימייה הכלכליים עליה להכריז תחילה על אלו כשלה. האמנה לא מגדירה דרישה צורנית כלשהי להכרזה, אך קובעת שזו צריכה להיות מופקדת במוסדות האו"ם<sup>31</sup>. לא ידוע לי אם הודעה כזו פורסמה והופקדה בידי מזכ"ל האו"ם על ידי ממשלת ישראל.

עולה מהדברים שפורטו לעיל, כי הזכות המשפטית של מחפשי הנפט באזור הכלכלי הבלעדי של ישראל נגועה בכמה ספיקות לא מבוטלים: הזכות שלהם נגזרת מזכותה של מדינה ישראל למחצבים המצויים באיזור הכלכלי הבלעדי. ספק אם למדינה יש זכות כזאת. ייתכן מאד שהקהילה הבינלאומית מכירה בזכותה של ישראל למרות שישאר לא הצטרפה כאמור לאמנה, אך מכאן לא ברור כלל שזכות זו מוכרת במשפט הפנימי. אם כך הזכות הנגזרת מזכותה של המדינה אף היא לא נקייה מספיקות. אמנם ייתכן מאד כי כלליה של אמנת הים הפכו לכללי משפט בינלאומי מינהגי, ועל כן הם מחייבים גם במישור הפנימי.<sup>32</sup>

<sup>25</sup> פקודת הפרשנות, דיני מדינת ישראל [נוסח חדש] 1, עמ' 2, מגדירה: "ישראל" או "המדינה" — לרבות מימי חופין שלה"  
<sup>26</sup> חוק הפרשנות, תשמ"א-1981, ס"ח 228, קובע: "מימי חופין" — רצועת ים פתוח לאורך חופי המדינה, ברוחב שנים עשר מילים ימיים מנקודת שפל המים שבחוף"  
<sup>27</sup> ס"ח 18.

<sup>28</sup> שם פרק 5 ו 6. לאמנה סעיפים 55 -

<sup>29</sup> שם סעיף 77.

<sup>30</sup> בהתאם לפרסום של האו"ם הצטרפו לאמנה 160 מדינה. ישראל לא מופיעה ברשימה? רשימת המדינות ראו באתר האו"ם

[http://www.un.org/Depts/los/reference\\_files/chronological\\_lists\\_of\\_ratifications.htm](http://www.un.org/Depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm)

<sup>31</sup> ראו סעיף 75 ס"ק 2 לאמנת הים: "The coastal State shall give due publicity to such charts or lists of geographical coordinates and shall deposit a copy of each such chart or list with the Secretary-General of the United Nations."

<sup>32</sup> ראו לאחרונה בג"ץ 2690/09, "יש דין" - ארגון מתנדבים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית.

עם זאת עקרון ידוע הוא כי גם אם כלל מהמשפט הבינלאומי שהפך לכלל בינלאומי מינהגי, הרי שבמקרה של סתירה בין מנהג בינלאומי לבין החוק הפנימי, יש להעדיף את המשפט הפנימי<sup>35</sup>.

### 3) היקפה וחזקה של זכות הקניין של בעלי זכות נפט

לאור כל הדברים הללו עולה כי זכותם של בעלי זכויות הנפט במרבצים ימיים המצויים מחוץ למים הטריטוריאליים של מדינת ישראל אינה זכות קניין חזקה במיוחד. אין להם זכות **בעלות** בנפט. הם רק מוסמכים לחפש נפט, לפתח בארות נפט, להפיק נפט ולמוכרו בשם מדינת ישראל. זכותם של בעלי זכויות הנפט לבצע פעולות מסחריות בנפט מוגבלת בשורה ארוכה של מגבלות הקבועות הן בחוק יסוד: משק המדינה, בחוק המכרות, בחוק הנפט ובחוק נכסי המדינה. בעל זכות נפט אינו יכול להניח כי העסקאות שהוא יבקש לעשות בנפט שיתגלה תאושר על ידי הממשלה או על ידי ועדה מוועדות הכנסת.

לא זו בלבד, גם זכותם המוגבלת של בעלי זכות נפט אינה חד משמעית ומבוססת. נראה שהדין הפנימי חל רק על מרבצי נפט המצויים בתחומי מדינת ישראל ובמימי החופין שלה. ייתכן שלמדינת ישראל יש זכות טובה באיזור הכלכלי הבלעדי שלה במישור הבינלאומי, אך אין ודאות, בעיקר לאור העובדות שישראל לא הצטרפה לאמנת הים וספק אם נקטה בהליכים הנדרשים לצורך ביסוס זכותה הקניינית באזור זה, שזכותה זו חלה גם במישור הבינלאומי – כנגד מדינות שכנות – וגם בדין הפנימי, ביחסיה עם מבקשי רישיון.

### ב. התמלוגים

יהא אשר יהא ההסדר המשפטי הנוהג בפועל – בעל הזכות מוכר בשם המדינה את הנפט וגובה את העמלה (87.5%); או שמא בעל הזכות הופך לבעלים של הנפט, מוכרו ומחזיק בידי את התמורה בניכוי התמלוג (12.5%) שהוא חייב בתשלומו – לעניינו סעיף 32 לחוק הנפט קובע:

32. (א) בעל חזקה חייב בתמלוג בשיעור שמינית מכמות הנפט שהופקה משטח החזקה ונוצלה, למעט כמות הנפט שהשתמש בה בעל החזקה בהפעלת שטח החזקה, וכן יהיה חייב באגרת חזקה על שטח החזקה בשיעור הגבוה ביותר של אגרת הרישיון שנקבעה לפי סעיף 19.

(א1) בעל החזקה המשלם תמלוג כאמור בסעיף קטן (א), יהא פטור מאגרת חזקה בעד שטח רצוף של חמישים אלף דונם שיבחר בעל החזקה מסביב לכל באר חדשה שבשטח החזקה ושצורתו תאושר על ידי המנהל (להלן – שטח הפקה), ובלבד שכל שטח הפקה חדש או חלקו לא יהא חופף בשום מקום שטח הפקה קודם או חלקו.

(ב) בעל חזקה ישלם לאוצר המדינה, בתקופות תשלום שייקבעו בתקנות, את שווי השוק של התמלוג על פי הבאר.

ס"ק (ג) קובע כי זכותה של המדינה לקבל תמלוג בעין בנפט – במקום בכסף.

<sup>33</sup> ש.ם.

אין צריך לומר שבימינו אלה שיעור התמלוג ( $100 \times 1/8 = 12.5\%$ ) נמוך באופן מאד משמעותי על פי כל גנה מידה כלכלי. על כן יש לבחון תחילה את הרקע לקביעת שיעור התמלוג, שנקבע כאמור בשנת 1952.

ראשית, מחיר חבית נפט בשנת 1952 עמד על \$2.57 לחבית<sup>34</sup>.

שנית, מדינת ישראל הייתה מדינה צעירה, בת 6 שנים, חסרת אמצעים, טרודה בשאלות קיומיות, קולטת עליה כשמרבית העולים במצב כלכלי חמור ומתמודדת עם בעיות כלכליות אדירות. יש לזכור כי בשנת 1951 חלה הרעה חמורה במצב הכלכלי הלאומי שהביאה את המשק לכלל משבר. הממשל התמודד עם בעיות כלכליות כבדות משקל. מדיניות הצנע שלטה עד 1951. גרעון תקציבי רחב ממדים שאיים להביא אינפלציה בלתי ניתנת לשליטה; והצורך המידי, בעיקר לצורך הצטיידות צבאית, במטבע זר. כל אלה הביאו את הממשלה דאו להחליט על מדיניות ממשלתית חדשה, שכללה ביטול משטר הצנע, קביעת קריטריונים מסוימים במדיניות הקליטה, התחלת מפעל הבונדס ("מלווה העצמאות") – מכירת אג"ח ממשלתיות בחו"ל; בקשת סיוע מארצות הברית תוך הבעת תמיכה במדיניותה<sup>35</sup>; פנייה לממשלת גרמניה המערבית ופתיחת המשא ומתן על הסכם השילומים<sup>36</sup>.

צעדים אלה נועדו בעיקר ליצירת מאגר מטבע זר בידי המדינה ולשם התרת הלחצים האינפלציוניים. במקביל נקטו ממשלות ישראל בשנים אלה במדיניות אגרסיבית שנועדה למשוך השקעות הון בישראל. כך לדוגמה הגיע לעולם נוסחו הראשון של חוק עידוד השקעות הון הראשון כבר בשנת 1950<sup>37</sup>.

על רקע המצב הכלכלי, הבטחוני ואף הקיומי של המדינה הצעירה; המחסור האדיר במטבע חוץ לצורך הצטיידות צבאית, ולצורך השקעות הון לצורך פיתוח מקומות עבודה וקליטת עליה; כאשר מחירה של חבית נפט עומד על סכום נמוך של \$2.57; קופת המדינה מדוללת, קיומם של סיכונים כלכליים וקיומיים על המדינה הצעירה, ניתן להבין את המחיר שהמדינה הייתה חייבת לשלם למשקיעים שנטלו על עצמם סיכונים כלכליים משמעותיים – לרבות סיכונים שנבעו מהמצב הבטחוני הרעוע – כדי לשכנעם להשקיע בחיפושי נפט. אכן מחיר גבוה מאד – 87.5% מהנפט שיתגלה, אם יתגלה.

עוד יש לזכור כי בתקופת ניסוחו של חוק הנפט לא הייתה אמונה משמעותית בדבר הסיכויים למציאת נפט בכמויות כלכליות. ראייה לכך ניתן למצוא, בין היתר, בסעיף 32 (ד) ו-ו(ה) לחוק הנפט הקובעים לאמור:

(ד) על אף האמור לעיל, התמלוג שבעל חזקה חייב בו לא יפחת בשום שנה מן הסכום המינימלי הקבוע לאותה שנה לפי סעיף קטן (ה), ואם נמצא שהתמלוג הוא פחות מן הסכום המינימלי, ישלם בעל החזקה אחרי אותה שנה, בתוך זמן

<sup>34</sup> ראו the Financial Forecast Center, Spot Oil Price: West Texas Inte <http://www.forecasts.org/data/OILPRICE.htm>

<sup>35</sup> על משמעויות שונות של מדיניות זו ראו את בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים פ"ד ז(2) עמוד 871.

<sup>36</sup> על הרקע ההיסטורי הזה ראו בין היתר יעקב קונדור "כלכלת ישראל" (ירושלים, שוקן, תשמ"ד 1984) עמוד 31.

<sup>37</sup> חוק עידוד השקעות הון, תש"י-1950, ס"ח 129. אמון מורג, "מימון הממשלה בישראל: התפתחות ובעיות", (י.ל. מאגנס האוניברסיטה העברית תשכ"ז 1967), עמוד 296.

שייקבע בתקנות, את ההפרש בין התמלוג ובין הסכום המינימלי; ולענין זה, התמלוג שבעל חזקה חייב בו הוא הסכום שהוא חייב בו ולפי סעיף קטן (ב) בצירוף שווי השוק על פי הבאר של הנפט שהוא חייב בו לפי סעיף קטן (ג).  
 (ה) (1) הסכומים המינימליים שבעל חזקה ישלם לשנה פלונית לכל אלף דונם שבשטח הפקתו יהיו השווי של מספר חביות נפט, כמפורט להלן, בסוף אותה שנה:

בעד השנה הראשונה של החזקה - 4 חביות;

בעד השנה השניה של החזקה - 6 חביות;

בעד השנה השלישית של החזקה - 12 חביות;

בעד השנה הרביעית של החזקה - 20 חביות;

בעד השנה החמישית של החזקה ובעד כל שנה שלאחריה - 32 חביות;

חישוב פשוט מגלה כי בשנה החמישית ואחריה מדובר בהפקה צפויה מינימלית של 256 חביות. במחירי 1952 מדובר בתפוקה של כ \$670 לשנה. תחת הנחות כאלה אין פלא שהממשלה הייתה מוכנה להציע שיעור תגמול נמוך כל כך.

אין צריך להרבות במילים כדי להסביר מדוע תנאים אלה לא קיימים יותר בישראל וכי ראוי היה מזה זמן רב לשנות את המחיר שהמדינה גובה עבור הנפט שבתחומיה. השאלה היא האם ניתן לשנות היום את הכללים ואת גובה התמלוגים ביחס לתגליות נפט שהתגלו.

שאלה זו מחייבת דיון בנושא החוקתיות של שינוי כזה. מי מוסמך להחליט על שינוי כזה. ואם שינוי כזה יתקבל על ידי הכנסת כתיקון לחוק הנפט, האם הוא פוגע בזכות חוקתית? ואם כן, האם הפגיעה תיחשב כמוצדקת? לצורך בחינת שאלות אלה יש לאתר את הזכות החוקתית שנפגעה, מה היקפה, והאם הפגיעה מוצדקת ועומדת בתנאייה של פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד. מכאן ואילך נניח כי שינוי שיעור התמלוגים מחייב תיקון לסעיף 32 לחוק הנפט (להלן: התיקון, או התיקון לחוק הנפט).

### ג. שינוי תמלוגים: פגיעה בזכות חוקתית?

השאלה שנדון בה כאן היא אם המדינה יכולה, באמצעות מערכת החוקים שלה, לשנות את גובה התמלוגים באופן חד צדדי. שאלה זו מורכבת מכמה שאלות משנה, שכולן נוגעות בעיתוי השינוי.

הזכויות החוקתיות שנבחן הן חופש העיסוק וזכות הקניין.

#### 1) הזכות החוקתית לחופש העיסוק והיקפה.

אומר כבר בשלב זה כי איני סבור שהעלאת התמלוגים, בכל דרך שהיא שאינה יוצרת הפליה, מהווה פגיעה בזכות החוקתית לחופש העיסוק. העלאה גורפת – בין אם היא רטרואקטיבית ובין פרוספקטיבית החלה על כל בעלי זכות נפט – אין בה הפליה. היא אינה חוסמת אף אדם מלעסוק בעיסוק של חיפוש נפט או הפקתו.

עיקריה של הזכות החוקתית לחופש העיסוק נזרעו כידוע כבר בתחילת הדרך, בעניין **בז'רנו נ' שר המשטרה**<sup>38</sup>, שם הודגש כי:

"לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה ובמשלוח יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שהתעסקות בעבודה או במשלוח יד אינה אסורה מטעם החוק... זוהי זכותם; זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה"<sup>39</sup>.

חקיקתו של חוק יסוד: חופש העיסוק, הקובעת במפורש כי "כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד", חיזקה כמובן את מעמדה של זכות זו והעלתה אותה לכדי זכות-על, לזכות יסוד הנובעת מהעיקרון הערכי של חירות הבחירה הניתנת לו לאדם, בהיותו בן חורין; חירות אישית המעוגנת גם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זו זכות המגלמת שוויון ההזדמנויות לכל אזרח באשר הוא לבחור לעצמו את עיסוקו ואת מקור פרנסתו.<sup>40</sup> זו זכות הנגזרת מהאוטונומיה של הרצון הפרטי. הוא ביטוי להגדרתו העצמית של האדם. באמצעות חופש העיסוק מעצב האדם את אישיותו ואת מעמדו ותורם למרקם החברתי.<sup>41</sup> נראה כי בית המשפט העליון הרחיב במידה לא מעטה את הזכות. לא עוד זכותו הבסיסית של אדם להתפרנס בהתאם לבחירתו, כי אם אימוץ עיקרי התפישה של שוק חופשי וסיכול מניעתה של התחרות החופשית. מכאן הדגשתו של בית המשפט העליון כי בבסיס הזכות לחופש העיסוק נמצא את חופש התחרות והשוויון בין מתחרים. פגיעה בחופש התחרות על ידי התערבות בדרך של הענקת טובות הנאה לאחד המתחרים בלבד והעדפתו על אחרים, יש בה פגיעה בחופש העיסוק. התערבות שלטונית המעניקה לאחד את אשר אינו מוענק לאחר או המצירה את צעדיו של אחד באופן שאינו מוטל על מתחרהו מתערבת **בתחרות** חופשית באופן הפוגע בחופש העיסוק.<sup>42</sup> פגיעה בחופש העיסוק היא גם התניית פעילות כלכלית בתנאים שאינם ממין הפעילות, כגון התניית יבוא בשר בכך שהבשר יהיה כשר<sup>43</sup>. כך גם נקבע, כי הענקת סובסדיה לעסק אחד שאינה מוענקת לעסק מתחרה מהווה אף היא פגיעה בחופש העיסוק:

הענקת יתרון (מענק) לנפילי בתנאי שוק חופשי, פירושה הוא, גריעה מזכותו של יישכר ופגיעה **בחופש העיסוק** שקנה, אפשר עד כדי הכנעתו וחסולו כגוף פעיל

<sup>38</sup> בג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב' 80

<sup>39</sup> שם עמ' 82.

<sup>40</sup> בג"צ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441.

<sup>41</sup> דברי השופט ברק ב בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367.

<sup>42</sup> בג"צ 1030/99 אורון ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח', בג"צ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, בג"צ 1703/92 קאל קווי אויר למטען נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193, בג"צ 4676/94 מיטראל בע"מ ו-4 אח' נ' כנסת ישראל ו-3 אח'. פ"ד נ(5) 15.

227-228; בג"צ 3344/94 שחף נתיבי אוויר נ' שר התחבורה, דינים עליון, כרך מב, 179; בג"צ 5277/96 חוד, חברה לתעשיות מתכת בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נ(5) 854; בג"צ 2313/95 קונטקט לינסן (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נ(4) 397, 410; בג"צ 1255/94 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט (3) 661; בג"צ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451.

<sup>43</sup> בג"צ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, מר יצחק רבין, פ"ד מז(5) 485

בשוק. לא יקשה עלינו להבין כי לו אחרת אמרנו, כי אז הצמתנו כמו ידינו את חופש העיסוק, ולמיצער, צימצמנו אותו עד לבלי הכר. **חופש העיסוק** אין פירושו החופש להפסיד בעסקים או "לרעוב תחת הגשר". **חופש העיסוק** במובנו המהותי משמיע אף הטלת איסור על המדינה להתערב **בתחרות** החופשית על דרך הענקת סובסידיה לנפטלי ושילתה בה בעת מיששכר, מתחרהו של נפטלי בשוק"<sup>44</sup>

ואכן, הכלל שהתגבש הוא שהפלייה מינהלית המעניקה יתרון לגוף כלכלי אחד פוגעת בעקרון השוויון ומן הסתם בחופש העיסוק של מי שאינו נהנה מההטבה או מהיתרון<sup>45</sup>.

לאור גישה מוסכמת זו נראה כי החלטת ממשלה, לא כל שכן תיקון חוק של הכנסת, שיעלה את התמלוגים שכל בעלי זכות נפט יידרשו לשלם למדינה לא תפגע בזכות החוקתית לחופש העיסוק. קשה לראות איזה הפלייה עסקית, כלכלית או פיסקאלית תיווצר אם כל מי שיזכו ברווחים מהפקת נפט מיום חקיקת התיקון לחוק יידרשו לשלם תמלוג גבוה יותר.

ייתכן אף כי אם תיקון החוק יחול רק על מחפשי נפט "חדשים", שהחלו לפעול אחרי חקיקת תיקון החוק, תהווה פגיעה בחופש העיסוק שלהם, כיוון שרווחים שהם יפיקו אחרי מועד כניסת החוק לתוקף יחויבו בתמלוגים גבוהים, ואילו רווחים שיופקו על ידי מחפשי נפט שונים, גם הם אחרי תיקון החוק, ישלמו תמלוגים נמוכים, רק בגלל שהחלו את פעולות החיפוש לפני חקיקתו של התיקון. במילים אחרות, דווקא תיקון החוק שיחול רק באופן פרוספקטיבי ולא רטרואקטיבי עלול להיתקל בביקורת על פיה התיקון פוגע בחופש העיסוק של מחפשי הנפט החדשים.

יתירה מזו, כפי שנראה בהמשך, ההטבות המפליגות הקבועות הן בחוק הנפט והן בתקנות מס הכנסה העוסקות בנפט מפלות לטובה רק את בעלי זכות הנפט. סילוק ההטבות ואף העלאת שיעור התמלוגים באופן גורף, יהווה מבחינה מסוימת **חיזוק** הזכות החוקתית של חופש העיסוק.

כיוון שטענה אחרונה זו אינה עומדת במרכז נימוקיי כאן, אין צורך שאפרטה.

### 3) הזכות החוקתית לקניין והיקפה

הדיון בשאלה מהי זכות הקניין החוקתית בישראל, מה היקפה, מה משקלה ומה מעמדה במדרג זכויות האדם בישראל הוא מורכב וקשה<sup>46</sup>. אסתפק רק בעיקרי הדברים.

כידוע, בית המשפט העליון שלנו נמנע מדיון מסודר בשאלות שהזכרנו לעיל. בלהיטותו לבסס ולאשש את המהפכה החוקתית הניח בית המשפט העליון, מפני מרבית השופטים<sup>47</sup>, כי זכות הקניין החוקתית היא זכות

<sup>44</sup> דברי השופט מ' חשין בעניין **קאל**, בג"צ 1703/92, לעיל הערה 42, בפיסקה 18 לפסק דינו.

<sup>45</sup> ראו לדוגמה פסק דינה של השופטת וסרקרוג ב ע"א 40319-02-10 **סגל ואח' נ' גולדהמר ואח'** מיום 10 לאוגוסט 2010.

<sup>46</sup> דוד אלקניס "וישימו עליו שרי מסים למען ענתו בסבלתם": המס כפגיעה בקניין", ספר שמגר חלק ג', עמ' 529 (תשס"ג).

י' אדרעי, "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיובית - מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם", תשנ"ז, **משפטים** כח 461.

<sup>47</sup> עא 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, השופט זמיר הסתייג מקביעות גורפות

רחבה ביותר. בהקשר החוקתי תכלית המכונן היא להגן על רכושו של אדם. על כן קניין, במישור החוקתי, הוא כל אינטרס שיש לו ערך כלכלי. דעת הרוב הניחה כי חובות של חקלאים לבנקים, למשכירי ציוד ולנושים אחרים, שחוק ההסדרים במשק צמצם את היקפם או במקרים מסוימים מחק אותם, מהווים פגיעה בזכות הקניין של הנושים. מכאן קצרה הדרך לדון בשאלה אם הפגיעה הייתה מוצדקת בהתאם להוראותיה של פסקת ההגבלה. דעת הרוב הגיעה למסקנה כי הפגיעה אכן עמדה בדרישותיה של פסקת ההגבלה.

ראוי להדגיש כי בית המשפט העליון שלנו לא ניסה לאמוד את איכות הזכות, היקפה ומעמדה במדרג זכויות האדם וגם לא את איכות הפגיעה ואת היקפן. לדוגמה, הוא לא בחן את גובה הסיכון שנטלו על עצמם הבנקים או הנושים האחרים, בעת שהם העניקו אשראי רב לחקלאים. בית המשפט גם לא בחן את השאלה אם הבנקים או הנושים האחרים היו ערים לקשים שהחייבים עמדו בהם ולא אמדו את גובה הסיכון בהענקת הלוואות חסרות אחריות באותה תקופה. ייתכן שבדיקה כזו הייתה מגלה – לדוגמה – כי כנגד כל ש"ח חוב של החקלאים לבנקים עמדה הפרשה של 30 אגורות כחוב רע, או אולי אפילו חוב אבוד. אם כך הדבר, הרי שמבחינה כלכלית הזכות הקניינית של הבנקים בחובות עמדה לא עמדה על 100% אלא אולי רק על 70%. אם כך, ואם חוק הסדרים מחק רק 30% מחובות החקלאים ובתמורה העניק ערבות ממשלתית מלאה ליתרת החוב, הרי שמבחינה כלכלית לא נפגע קניין הבנקים. כאמור בית המשפט העליון לא בחן אפשרויות אלה.

בית המשפט העליון גם לא בחן לעומק את השאלה האם פיצוי כלכלי לבעל הקניין שנפגע מאיין את הפגיעה בקניין. נניח לדוגמה כי אדם ירש את ביתו. לבית ערך סנטימנטלי רב. הממשל זקוק לבית לצורכי ציבור ועל כן הוא מפקיע את הבית ומעניק לאדם פיצוי שנקבע בהתאם לשווי השוק של הבית. במקרה כזה הנטייה השלטת היא שלא לראות בהפקעה פגיעה בקניין. סירובו של הממשל לפגוע ברגשותיו הסנטימנטליים של האדם וליטול ממנו את ביתו יכול להיחשב כפגיעה בכבודו, או בחירותו אך לא בקניינו.

ניתן לראות בדבריהם של כמה שופטים רמזים לגישה על פיה אם, כתוצאה מהפגיעה בקניין, בעל הקניין שנפגע נהנה מפעולות הממשל שבאו בעקבות הפגיעה, הרי שיש בכך כדי להצדיק את הפגיעה בהתאם לפסקת ההגבלה<sup>48</sup>. ייתכן שהיה מקום לבחון גם שאלה מקדמית: האם במקרה כזה נפגעה בכלל זכות

<sup>48</sup> ציין כי יש להיזהר שלא לקבוע מסמרות בשאלה מהו קניין ומהי פגיעה בקניין. ספק בעיניו אם כל פגיעה בשווי רכושו של אדם, לרבות פגיעה בחיובים כספיים למיניהם, היא פגיעה בקניין. עם זאת הוא הצטרף להנחה כי החוק שנדון באותו עניין אכן פגע בזכות הקניין של נושי החייבים, שם בעמ' 470 ז-471 א).

<sup>48</sup> עניין המזרחי לעיל הערה 47, כך למשל השופט ד' לוויין מדגיש בדבריו שללא הפגיעה ייתכן והיה נגרם זוק גדול לכלכלת המדינה ובהכרח גם לנושים. יתירה מכך הוא גם מציין שהנושים הם אלה שהרוויחו רווחים גדולים ונאים כל עוד הכלכלה תפקדה כראוי. לאמור כלכלה מתפקדת, שאמורה להינצל כתוצאה מהפגיעה בחובות הנישומים לבנקים, מיטבה גם עם הנושים,

הקניין, שהרי מבחינה עסקית במאזן כולל ובראייה רחבת אופקים, מצבו של מי שקניינו נפגע בשלב הראשון של פעולת הממשל, אינו מורע עקב ההנאה שפעולות הממשל מקנות לו בשלב השני.

דוגמה מובהקת היא עניין מחיקת החובות של לקוחותיו של בנק. נניח שאירע משבר כלכלי חמור ורוב החובות של לקוחות הבנק בסכנה. בפני ממשל אחראי עומדות למעשה שלוש אפשרויות. האחת, הממשל יימנע מלפעול. הבנק ינסה לממש זכויותיו ולגבות את החובות, אך הלקוחות לא יעמדו בכך, יפשטו את הרגל ומצבו של הבנק (ובעקבותיו גופים כלכליים רבים במשק) ייפגע קשות. אפשרות שנייה, הממשל יפעל ויחייב רק את הבנק לשאת בתהליך צימצום החובות. אפשרות שלישית, שהממשל, קרי כל הציבור, יפרע חלק מחובות הלקוחות. ההבדל בין האפשרות השנייה והשלישית ברור. בשנייה נראה כי בטווח הקצר נפגע קניינו של הבנק. בשלישית נראה כי בטווח הקצר נפגע קניינו של הציבור, קרי קניינם של כל משלמי המסים. הפגיעה בקניינו של הציבור יכול שתבוא לידי ביטוי בכך שהוא יידרש לשלם יותר מסים, או בכך שהון החברתי המקומי<sup>49</sup> נפגע; לאמור, צימצום השירותים והסחורות הציבוריים שהממשל מספק לציבור.

בכל שלוש האפשרויות גם הבנק נהנה מפעולות ההצלה של הממשל. לקוחותיו יינצלו, הפעילות הכלכלית תשוב. רווחי הבנקים, מעסקיהם שניצלו ומהעסקים העתידיים שיתווספו כתוצאה מהגידול בפעילות הכלכלית שנוצרה עקב פעילות הממשל, יפצו את הבנקים על הפגיעה בקניינם בשלב הראשון. אם כך מתעוררת כאן שאלה כבדת משקל. האם פגיעה של הממשל בקניינו של אדם בטווח הקצר, המביאה בטווח הארוך פיצוי הולם ואולי אף רווחים לאותו אדם יכולה להיחשב כפגיעה בזכות הקניין? נראה ששאלה זו מסבירה את העובדה שמעמדה של זכות הקניין החוקתית בדמוקרטיה שונות אינו גבוה במיוחד. בקנדה היא לא כלולה כלל ברשימת זכויות האדם. בארה"ב היא מנוסחת באופן מאד מצומצם האוסר על פגיעה בקניינו של אדם שלא בהתאם להליך תקין. בתי המשפט שם עדיין ממדרגים את זכות הקניין החוקתית בתחתית המדרג של זכויות האדם<sup>50</sup>. גם באירופה מעמדה של זכות הקניין החוקתית הוא משני<sup>51</sup>. עוד יש

בטווח רחוק. עמ' 466 ו-467 א לפסק הדין.  
<sup>49</sup> על ההכרה בהון החברתי כחלק משמעותי מגורמי הייצור המודרניים ראו בין היתר אצל אדרעי, מיסוי ועידוד השקעות הון פיננסי, הון חברתי והון אנושי" עתיד להתפרסם במשפטים קיץ 2010.  
<sup>50</sup> כידוע בתי המשפט בארה"ב סיימו את עידן "לונקר" *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1904), שתחילתו בתחילת המאה הקודמת, כבר בשנות השלושים של אותה מאה, בעניין *Nebbia v. New York* (291 US 502) וכן ראו: *West Coast Hotel v. Parish*, 300 US 379 (1936); גם בעידן שהתחדש בשנות השמונים של המאה הקודמת הגבירו בתי המשפט בארה"ב את הגנתם על זכות הקניין אך זאת רק במקרים בהם הפגיעה בקניין לא לוותה בפיצוי הולם; וראו בין היתר את דבריו של (L. H. Tribe *American Constitutional Law* (2nd ed. the Foundation Press, NY) (570 – 571); *Nollan v. California First English Lutheran Church v. Los Angeles* US 304 (1987) 769. *Lucas v. South Carolina Coastal Council* S. Ct. 2886 (1987); *Coastal Commission* US 825 (1987); *Dolan v. City of Tigard* S. Ct. 2309 (1994).

<sup>51</sup> לדוגמה, הצ'רטר החברתי האירופאי אינו נוקט בלשון הגנה על זכות הקניין. הפרוטוקול הראשון לאמנה האירופאית כולל את הזכות של כל אדם (לרבות תאגידים) "ליהנות בשלווה מרכושו"; ואולם זכות זו אינה חופשייה ממגבלות - שנועדו ברובן להבטיח את שלום הציבור ואת ההגנה על האינטרסים הציבוריים. *European Social Charter*, Oct. 18, 1961, Europe.

להזכיר את ההשקפה המקובלת<sup>52</sup>, אותה הציג Charles Reich במאמרו "The New Property"<sup>53</sup> על פיה הטבות והקלות ממשלתיות הן חלק מקניינו של אדם. אם כך ביחס להטבות והקלות, אם כי במישור החברתי, נראה הדבר בבחינת קל וחומר ביחס לזכות תגמולים שפירמה זכאית לקבל בתמורה לסכומים שהשקיעה לצורך חיפושי נפט.

לפיכך, משבחרה הכנסת לכלול בחוק יסוד גם את האיסור לפגוע בקניינו של אדם, הרי שזכות הקניין היא מוגנת מפני פגיעה שרירותית של השלטון. עם זאת מעמדה של זכות זו אינו חזק.

אם נסכם את הדברים שאמרנו עד כה נוכל כמדומני להגיע למסקנה כי הזכות לחפש נפט, להפיק ולמכור בתמורה לתגמולים בשיעור של 12.5% מהווה נכס. הזכות לשלם רק שיעור זה מהווה קניין של מחפשי הנפט שקיבלו כבר רישיון או חזקה בעת שהחוק שקבע את גובה השיעור ל 12.5% עמד בתוקפו. כיוון שכך אני סבור שהעלאת שיעור התמלוגים מ-12.5% לשיעור גבוה יותר והחלתו על בעלי זכויות בנפט נראית כפגיעה בזכות הקניין שלהם.

עם זאת ראוי להדגיש כי נכון להבחין בין זכות הקניין של בעלי זכות נפט שהיו שרכשו זכותם לפני שהדיונים בנושא אפשרות העלאת שיעור התגמולים טרם החלו ("זכות ותיקה"), לבין מי שרכשו זכות נפט, באמצעות תעודת השתתפות או בדרך אחרת, לאחר שהדיונים החלו ("זכות חדשה"). העלאת שיעור התמלוגים לא תיחשב לדעתי כפגיעה בזכותם של האחרונים. אלה ידעו על האפשרות לשינוי בגובה התגמול ועל הקמת וועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל בראשותו של פרופ' איתן ששינסקי (להלן הועדה).<sup>54</sup> עצם הקמת ועדה ממלכתית שתבחן את שאלת גובה התמלוגים מערערת את זכותם לשלם רק 12.5%. כך ביחס למי שהצטייד ברישיון מקורי מהמדינה לאחר התאריך האמור. גם מי שקנה, לאחר הקמת הוועדה, תעודת השתתפות בחיפושי נפט שהרישיון שלהם ניתן בעבר,

Louis Henkin, ECONOMIC RIGHTS של סקירתו המשווה של T. S. No. 35, 529, U.N.T.S. 89 (1961); וכן את סקירתו המשווה של Louis Henkin, ECONOMIC RIGHTS UNDER THE UNITED STATES CONSTITUTION, 32 *Columbia Journal of Transnational Law*, 97 (1994).

<sup>52</sup> ראו בין היתר בג"ץ 5578/02, **מנור ואח' נ' שר האוצר ואח'**, פסקה 11 לפסק דינו של הנשיא ברק המתייחס לקצבת הזקנה כחלק מקניינו של אדם בישראל.

<sup>53</sup> 73 *Yale L. J.* (1964) 733, 785-786.

<sup>54</sup> ראוי לציין תופעה מוזרה. בכתב המינוי שהוציא שר האוצר לחברי הועדה ב-12 אפריל 2010 נאמר: "משימות הועדה: לבחון את המערכת הפיסקלית הנהוגה בישראל כיום בנוגע למשאבי נפט וגז, על כלל מרכיביה, תוך השוואה למדינות בעלות מאפיינים מקרו-כלכליים ודמוקרטיים דומים, תוך התחשבות בתנאים הכלכליים והגיאופוליטיים המיוחדים לישראל. להציע מדיניות פיסקלית עדכנית, תוך התייחסות לשלבי הרישוי והגילוי השונים שבהם מצויים שטחי המשאבים במועד הקמת הוועדה. לבחון את ההשלכות האפשריות של הגילויים העכשוויים והגילויים העתידיים על הכלכלה הישראלית".

ואילו בהודעה לעתונות שהוציא דובר משרד האוצר ביום 13 באפריל 2010, מצאנו "על הוועדה להציע מדיניות פיסקאלית עדכנית שתחול על גילויי נפט וגז עתידיים." – המסמכים מצויים באתר האינטרנט של משרד האוצר <http://www.mof.gov.il/Pages/SearchResults.aspx#2010667.doc>. להערכתי הודעה מוזרה זו עומדת בניגוד לרוח הכתב המינוי ולצורך בהקמת הועדה וראוי כי הועדה תתעלם מהודעת הדובר ותפעל בהתאם לכתב המינוי ללא כל הגבלות רטרואקטיביות.

לא יוכל לטעון בתום-לב כי העלאת שיעור התמלוגים פגעה בזכות קניינו. לא ארחיב ולא אנמק מסקנה זו, שהרי אם נגיע למסקנה שהחלטה בדבר העלאת שיעור התמלוגים תחול על בעלי זכות נפט ותיקה וכי העלאה כזאת עומדת בדרישותיה של פסקת ההגבלה, ממילא מתייטר הצורך בדיון במצבם של רוכשי זכות חדשה, בבחינת קל וחומר.

לאור מסקנתי ששינוי שיעור התמלוגים לבעלי זכות נפט ותיקה מהווה פגיעה בזכות קניינם, נפנה אם כן ונבחן האם הפגיעה בקניינם, באמצעות שינוי חוק הנפט והעלאת גובה התמלוגים, יכולה לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה.

#### ד. האם הפגיעה מוצדקת בהתאם לדרישותיה של פסקת ההגבלה.

כידוע בנה בית המשפט העליון שלנו מבנה אנאליטי מסודר על פיו יש לבחון את השאלה האם הפגיעה בזכות חוקתית מוצדקת. לצורך זה ראוי להזכיר את תכלית החקיקה של תיקון חוק הנפט האמור להעלות את שיעור התמלוגים הקבוע היום בחוק הנפט. התכלית היא פשוטה. תיקון מצב מעוות שנוצר בשנת 1952 על פיו נקבעו שיעורי תמלוגים נמוכים מאד על רקע מציאות כלכלית קשה שהשתנתה ללא היכר. במילים אחרות התכלית היא להשיב לציבור את קניינו ולמנוע הפקעה של קניין הציבור על ידי קבוצה של מעטים. עם זאת, לא לשלול את כל זכויותיהם של המעטים ואף לא את מרביתן, אלא לבנות מחדש עסקה הוגנת בין הציבור לבין קבוצות המחפשים.

להערכתי תכלית זו והאמצעי שייבחר – תיקון סעיף בחוק הנפט - עומד בדרישות המידתיות כפי שנקבעה על ידי בית המשפט העליון שלנו. אין צורך לפרט את כל השלבים עליהם עמדו בתי המשפט שלנו לצורך בחינת ההצדקות לפגיעה בזכות חוקתית. נסתפק באיזכור קצר שלהם. (ראו בנספח ב' תרשים זרימה פשוט המפרט את שלבי המבחן).

- 1) הפגיעה בזכות הקניין הנדונה כאן חייבת להיות בחוק שיתקן את סעיף 32 בחוק הנפט.
- 2) להערכתי הפגיעה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל. העלאת שיעור התמלוגים נועדה בין היתר:
  - א) להחזיר לציבור הישראלי את הקניין שבבעלותו ולהבטיח כי לא ייחמד ולא יופקע ממנו על ידי קבוצה של מעטים.
  - ב) להשיג חלוקה הוגנת וסבירה יותר של העושר, וצמצום הפערים החברתיים בישראל – כל אלה ערכים המעוגנים בדברי נביאי ישראל כפי שצוטטו גם בהכרזת העצמאות שלנו.
  - ג) לשכלל את תהליך קבלת ההחלטות הקולקטיבי, לבטל את ההסדר המעוות שנוצר במהלך הזמן, על פיו שלטון אדיש – במקרה הטוב – מתעלם משינויים מרחיקי לכת שנוצרו עם השנים ומאפשר לקבוצת משקיעים לחמוד את הקניין הציבורי.

(3) אמרנו כבר שהתכלית היא השבת קניין הציבור לבעליו. אך בכך אין די. התשובה קשורה כמובן בתוכניות הממשלה. אם הכוונה לנצל את הכספים, שהציבור יקבל, להשקעות בהון החברתי<sup>55</sup> התכלית ודאי ראויה.

(4) האם הפגיעה הצפויה במחפשי הנפט היא במידה הראויה? גם לעניין המידתיות קשה לענות על שאלה זו בהעדר מידע מספק. נסתפק ונציג את עיקרי הבדיקה המבוססת על שלושה מבחני משנה. נפרט את המבחנים בקיצור ונצביע על כך כי נראה שהם מתקיימים:

(א) **מבחן המשנה הראשון**, מבחן ההתאמה: על האמצעי הפוגע שננקט בחוק להתאים רציונאלית להשגת התכלית שנועד לה.

קיימת התאמה רציונאלית בין המטרה/התכלית לאמצעי. כאמור המטרה היא לכוון מחדש את זכות הקניין של הציבור במרבצי הנפט השייכים לו. ניתן לומר אפילו כי הוראתו של סעיף 32 לחוק הנפט בנוסחו המקורי היא שפגיעה בזכות הקניין של הציבור. העלאת התמלוגים באמצעות חוק של הכנסת נועדה כאמור להשיב לציבור את שלו.

(ב) **מבחן המשנה השני**, הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, על האמצעי הפוגע שננקט בחוק לפגוע בצורה הפחותה ביותר בהשוואה לאמצעים אפשריים אחרים שמגשימים את התכלית.

גם מבחן זה מתקיים כאן. אין מדובר בשלילת זכות הקניין של בעלי זכות הנפט, ואף לא ברובה. גם הכפלת שיעור התגמולים הקבועים היום בחוק תעמוד להערכתנו במבחן המשנה השני.

(ג) **מבחן המשנה השלישי**, הוא מבחן המידתיות במובן הצר, או מבחן היחס הראוי: על האמצעי הפוגע שננקט לקיים יחס ראוי בין הפגיעה לבין התכלית והתועלת הציבורית הנובעת ממנה.

כאמור מדיניות הממשלה היא שתקבע אם מבחן המשנה השלישי מתקיים. אם כספי התמלוגים ייועדו להשבת ההון החברתי – השבת מערכת הרווחה, החינוך, ההשכלה והתשתיות הפיסיות, נראה שהמבחן יתקיים. אם כספי התמלוגים יופנו לצריכה פרטית – למשל באמצעות הפחתה ניכרת של שיעורי המס – ייתכן שדרישות מבחן-המשנה לא תתקיימנה.

כדי לראות את התאמת האמצעי הנדון כאן – העלאה משמעותית של התמלוגים – לתכלית החקיקה של התיקון, ראוי לשוב ולהזכיר את חוסר האיזון המצוי בהסדר זהיום ואת הרקע לחקיקתו (מחיר חבית נפט 2.57 – כ 3.5% ממחיר חבית נפט היום; משק כלכלי על סף תהום). לא זו בלבד שהציבור מעביר לבעלי זכות הנפט 87.5% משווי הנפט, אלא – כפי שנראה בהמשך בפסקה ה' להלן וגם בפרק ב' בחוות הדעת הדן בהיבטי המס – העלות שהשקיעו מחפשי הנפט היא נמוכה באופן משמעותי ממה שנחזה על פניו.

על כפות המאזניים עומדות אם כן, מצד אחד, זכותו של הציבור להשיב לעצמו את קניינו. לתקן את המעוות שנציגו יצרו במהלך השנים ולבטל מספר הישגים שהשיגו בעלי עניין כתוצאה מחוסר המעש של שליחי הציבור בממשל; הישגים שאינם מקובלים למיטב ידיעתי במדינות מערב. מצד שני עומדת זכות הקניין של בעלי זכות הנפט, להמשיך ולשלם תמלוגים בשיעור נמוך במיוחד שאינו מתאים יותר לתנאים השוררים בישראל, זכות שהיא כאמור לעיל חלשה עקב המגבלות המרובות המצויות הן בדין הישראלי הן

<sup>55</sup> לעיל הע' 49.

בדין הבינלאומי. יתירה מזו, מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם הוא נמוך ברוב החוקות המוכרות בעולם המערבי, לרבות בארה"ב.<sup>56</sup> ראוי אולי להזכיר את מטרת ההגנה על זכות הקניין, כפי שביטא אותה לא מכבר בית המשפט העליון בארה"ב:

אחת המטרות העיקריות של פסקת הלקיחות (Taking clause) היא "למנוע מהממשל לכפות על אנשים מסוימים לשאת לבדם בנטל שעל-פי כל **ההגנות והצדק צריך לשאת בו הציבור כולו**".<sup>57</sup> (הדגשות הוספו)

אילו תיקון חוק הנפט היה מביא לכך שהתמלוגים היו **נשללים לחלוטין** מבעלי זכות הנפט, ברור שזכות הקניין שלהם הייתה נפגעה באופן העומד בניגוד לתכלית המצוטטת. גם אם התיקון ישלול מהם את זכותם לרווח הוגן, גם אז הייתי נוטה למסקנה שהפגיעה אינה מוצדקת. אך אם מדובר בתיקון בחוק הנפט שישאיר בידם רווח הוגן, אך יעניק גם לציבור את חלקו ההוגן, אין מקום לדחות את התיקון בשם ההגנה על זכות קניינים כיוון שהרציונל המונח ביסוד ההגנה על זכות הקניין לא מתקיים.

אזכיר עוד, כי בית המשפט העליון שלנו אישר גם פגיעה בזכות הקניין, וגם פגיעה בזכות השוויון החוקתית, שהיא ללא כל ספק זכות המצויה בדרגה גבוהה בהרבה מזכות הקניין<sup>58</sup>, בעניין **קניאל**<sup>59</sup>.

### ה. העלות הכלכלית האמיתית של חיפושי נפט בישראל.

ההסדר הקבוע היום בחוק בישראל הוא בלתי מתקבל על הדעת. טמון בו מצב של הפלייה לא מוצדקת לטובתם של בעלי זכויות הנפט. יש כאן למעשה הפקעה של קניין הציבור על ידי בעלי זכות הנפט. כדי להיווכח בכך וגם כדי לראות מדוע טענתם של בעלי זכות הנפט, על פיה **רק הם נשאו בכל העלויות והסיכונים**, היא טענה לא נכונה, יש גם לקחת בחשבון את העלות הכלכלית האמיתית של חיפושי הנפט בישראל.

כפי שנראה חלק לא מבוטל מהסיכונים הכלכליים מוטלים דווקא על הציבור, קרי המדינה.

### 1) עלות פיננסית

לאחר שחלפו ארבע שנים מיום חקיקת חוק הנפט התקין שר האוצר את תקנות מס הכנסה (ניכויים מהכנסת בעלי זכויות נפט), תשט"ז-1956 (להלן: תקנות מס הכנסה נפט).<sup>60</sup> בשלב זה של הדיון מעניינת תקנה 4 המעניקה למחפשי הנפט יתרון מס משמעותי ביותר: **זכות ברירה לנכות את הוצאות החיפוש והפיתוח שהוציאו כהוצאה שוטפת כנגד הכנסתם השוטפת ממקורות אחרים**. בהעדר הכנסות אחרות

<sup>56</sup> לעיל ה' 50. **Error! Bookmark not defined.** וכן ראו הסקירה אצל אדרעי, "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיובית" לעיל הע' 46.

<sup>57</sup> *Nollan v. California Coastal Commission* US 825 (1987) at p. 836.

<sup>58</sup> ראו לאחרונה בג"צ 7426/08 **טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך ואח'** (ניתן בכ"א באלול התש"ע 31.08.10). פורסם בנבו.

<sup>59</sup> בג"צ 9333/03 **פרופ' שמואל קניאל נ' ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד 1 277.

<sup>60</sup> ק"ת תשט"ז מס' 625 עמ' 1097.

קובעת תקנה 7 כי עודף ההוצאות שלא נוכו באותה שנת מס מועברות לשנים הבאות, ללא ההגבלות הקבועות בסעיף 28(ב) לפקודת מס הכנסה.

הטבת המס הגלומה בניכוי מידי של הוצאות הון היא מרחיקת לכת, כיוון שההוצאות הללו הן הוצאות הון. בהתאם לעקרון ההקבלה, החל על כלל ציבור הנישומים (למעט מחפשי נפט, מפיקי סרטים, ומבצעי מ"פ) ניכוי חיפושי הנפט מותר רק כנגד ההכנסות מהנפט שיתגלה. יתירה מזו, התקנה מאפשרת לנישומים הללו לשנות את החלטתם למעשה בכל עת. משמעות הניכוי האמור היא שהעלות הפיננסית של המחפשים והמפתחים היא נמוכה משמעותית מהסכומים הנראים לכאורה. הדברים ידועים ועל כן נפרטם בקיצור.

הענקת ניכוי מידי של הוצאה הונית כנגד הכנסות שוטפות אחרות מהווה כאמור יתרון מרחיק לכת. בתנאים מסוימים משמעות הניכוי המידי שווה לפטור ממס על התשואה הנוצרת. ישנן כמה דרכים להמחיש זאת. נסתפק כאן<sup>61</sup> בפשוטה והקצרה: כמפורט: נניח שנישום משקיע 1,000 ש"ח. נמשיך ונניח, כי שיעור המס שלו הוא 48%. ניכוי מידי של ההשקעה יביא לו חיסכון במס של 480 ש"ח ( $1,000 \times 0.48 =$ ) ומכאן שהעלות הכלכלית של הנישום היא 520 ש"ח. כל שקל שיופק מההשקעה המקורית יחויב במס של 48% וישאיר תשואה נקייה אחרי מס של 0.52 ש"ח. יחס התשואה הנקייה של כל שקל הוא, אם כן,  $0.52/520$ ; יחס השווה לתשואה של שקל אחד שאינו חייב במס המופק מההשקעה של 1,000 ש"ח, שאינה מותרת בניכוי ( $1/1,000$ ). הנקודה המרתקת כאן היא, שבגלל ניכויי האזילה הנדיבים הכלולים בתקנות המס נפט (50% מההכנסה נטו), שיעור המס בדוגמה זו של הנישום אינו 48% אלא רק 24%! הווה אומר, בנסיבות מסוימות הניכוי המידי יוצר לבעל זכות הנפט מס שלילי!

מכל מקום, המשמעות הפשוטה היא כי הממשלה משתתפת בעלות חיפושי הנפט בשיעור השווה לשיעור המס של הנישום. כך לדוגמה אם חברה תושבת ישראל זכתה בשנת 1994 בהכנסה חייבת בסכום של 10,000,000 ש"ח. רווחיה היו מתחייבים במס חברות ומס הכנסה בסכום כולל של 6,700,000 ש"ח אם הייתה מחלקת דיבידנדים, או 6,100,000 ש"ח אם נמנעה מלחלקם. לעומת זאת, אם החליטה להפנות את סכום ההכנסה לחיפושי נפט הרי שהיא לא שילמה אף לא אגורה אחת למס הכנסה. במילים אחרות, מתוך ההשקעה של 10,000,000 ש"ח בחיפושי נפט החברה הוציאה "מכיסה" רק 3,300,000 ש"ח. את יתרת הסכום, בסך 6,700,000 ש"ח שילם בעבורה הציבור, באמצעות הפחתת תשלומי המס שלה על הכנסותיה השוטפות. אילו היה מדובר היום – כשנטל המס הכולל של החברה ובעלי המניות נע בין 40%

<sup>61</sup> דוגמאות נוספות ראו בין היתר ראו יוסף מ' אדרעי "מבוא לתורת המסים: על מקורותיה, עקרונותיה, תכליתה והגיונה" (תשס"ט 2008), עמוד 203.

ל-43.75%, המשמעות היא שכל השקעה של 10,000,000 ש"ח, הציבור משתתף בעלות חיפושי הנפט של החברה המחפשת בשיעור של 40% והחברה משקיעה רק 6,000,000 ש"ח.

אם מדובר בשותפות של יחידים, שיעור חסכון המס הנובע למשקיעים היחידים נע בסביבות 50%. הוזה אומר נישום יחיד שהשקיע במישרין בשותפות לחיפוש ולפיתוח נהנה מהשתתפות המדינה בשיעור של כ-50% מההשקעה הנדרשת ממנו. הוא משלם כ-50% עבור עלות החיפושים, הפיתוח וההפקה והציבור משלם כ-50%.

השורה התחתונה מדהימה. הציבור משתתף בהשקעות בחיפושי הנפט בשיעור כמעט שווה בחיפושי הנפט, אך חלקו בתמלוגים הוא 12.5% בעוד שחלקם של המשקיעים מגיע ל 87.5%. שיעורי תשואה שאין להם אח ורע בכל עסקה במדינה מערבית מתוקנת.

מתקין התקנות לא הסתפק בכך. תקנה 5 לתקנות מס הכנסה – נפט מאפשר הטבה מס מיוחדת במידה שאינה מוכרת לאף סוג אחר של נישום: ניכוי עלות הקרקע על פני מספר שנות החזקתה.

תקנה 6 מחילה את הוראת השיבוב השלילי, דוגמה הוראתו של סעיף 27 לפקודת מס הכנסה, על כלל הנכסים ברי הפחת של מחפשי הנפט. לאמור התקנה מאפשרת לנישומים אלה לנכות כהפסד שוטף את יתרת המחיר המקורי של נכסי הון ברי פחת בשנה בה מפסיקים החיפושים ללא הצלחה, למרות שהתנאים הקבועים בסעיף 27 לא מתקיימים.

עוד יש לזכור כי סעיף 26(א) לחוק הנפט מעניק פטור גורף לבעל זכות נפט לייבא לישראל, בעצמו או באמצעות סוכן, ללא תשלום מכס ומס יבוא אחר<sup>62</sup>, את כל המכונות, הציוד, המיתקנים, הדלק, הבתים, מערכת ההובלה וכיוצא באלה, הדרושים לו למטרות נפט (להלן - חמרים), למעט רכב מנועי פרטי, כמשמעותו בפקודת התעבורה, שאינו מסוג ג'יפ או רכב שדה דומה לו ולמעט טובי תצרוכת.

## 2) השתתפות המדינה בסיכונים משפטיים ודיפלומטיים.

לא מן הנמנע כי יהיו מי שיערערו על זכותה של מדינת ישראל להעניק רישיונות בשטחים מסוימים ועל זכותם של מחפשים והמפתחים ליהנות ממרבצי הגז והנפט. יתכן מאד שיתגלעו סכסוכים עם מדינות או רשויות שונות באיזור. במקרה כזה ניתן להניח שממשלת ישראל תצא להגנתה ולהגנת המשקיעים וזכויותיהם. הנטל הכלכלי ייפול כמובן על הציבור.

## 3) השתתפות המדינה בסיכונים ביטחוניים

הקמת אסדות בלב ים אינו דבר של מה בכך. האזור האלים שבו אנו מצויים, ארגוני טרור ומדינות עוינות עלולים לסכן את המתקנים השונים המצויים במרחק לא קטן מגבולות המדינה. הנטל הביטחוני (יש להניח

<sup>62</sup> ניתן להניח כי במסגרת פטור זה היבוא האמור פטור ממע"מ ישראל. מפאת קוצר הזמן לא הספקתי לאשש הנחה זו.

כבד מבחינה כלכלית) לצורך אבטחת אתרי הקידוחים, השאיבה, ונתיבי ההובלה יוטל על תקציב המדינה ומשרד הביטחון.

מכאן כי טענתם (?) של בעלי זכות נפט, כאילו רק הם נשאו לבד בסיכונים הכלכליים הכרוכים בחיפושם ובהפקות נפט, אין לה אחיזה במציאות הישראלית. התמונה המתבהרת היא אם כן לא נתפשת. הציבור משתתף לפחות ב-50% מהוצאות חיפוש הנפט ומשמתגלה הנפט, השייך כאמור לציבור, הציבור זוכה לחלק זעום ביותר מהרווחים שנוצרים מהעסקה המשותפת. זה המצב שתיקון החוק אמור לשנות. להשיב לציבור חלק מקניינו בהתאם לתנאי עסקה הוגנת.

כפי שנראה בפרק השני של חוות דעתי<sup>63</sup>, שיטת המס מרחיקה עוד יותר לכת וממסה את בעלי הזכות בנפט במס הכנסה נמוך בהרבה – לפחות ב-50% משיעורי המס המוטלים על כלל הציבור.

## סיכום

1. לבעלי זכות הנפט "וותיקה" (שרכשו זכותם לפני גילויי מרבצי הגז הגדולים) יש זכות קניין – זכות קניינית לשלם שיעור נמוך במיוחד כתמלוגים לציבור עבור הנפט, השייך לציבור. ספק עם לבעלי זכות "נפט חדשה" (שרכשו זכותם לאחר מינוי ועדת שיינסקי) יש זכות קניין כזאת.
2. הזכות המשפטית הוותיקה היא חלשה. היא מותנית בהגבלות בדין הפנימי ובדין הבינלאומי.
3. ההסדר שקבע את הזכות יצר למעשה מצב בלתי סביר ולא דמוקרטי. הוא איפשר למספר משקיעים ומחפשי נפט להפקיע למעשה את הנפט השייך לציבור – למדינה, תמורת תמלוגים בשיעור נמוך במיוחד.
4. ההסדר שקבע את הזכות נקבע לפני כ-58 שנים בנסיבות מיוחדות: מחיר חבית נפט היה בשיעור של כ-3.5% ממחירה של חבית נפט היום; המדינה עמדה בפני משבר כלכלי רב עוצמה, חסרת מטבע זר, עם צרכים אדירים שנועדו לממן את תקציב הביטחון, את העלייה רחבת הממדים ואת החינוך והרווחה. נסיבות אלה השתנו ללא היכר במהלך השלושים השנים האחרונות ולפיכך יש לתקן את ההסדר באופן משמעותי.
5. להסדר שנקבע באמצעות שיעורי התגמולים הנמוך מאד יש להוסיף את הסדר המס שהביא לידי כך שלמעשה כ-50% מההשקעות בחיפוש נפט, בפיתוח מרבצי נפט ובהפקתו הושקעו על ידי כלל הציבור.
6. זכות הקניין של הציבור אינה נופלת מזכות הקניין של בעלי הזכות בנפט.
7. העלאת שיעור התגמול באמצעות תיקון חוק הנפט נועד להשיב לציבור חלק מהקניין שנלקח ממנו בעבר בנסיבות השונות תכלית השינוי מאלה הקיימות היום.

<sup>63</sup> פרופ' יוסף מ' אדרעי, אוניברסיטת חיפה, "מרבצי גז ונפט וחקיקה פסקאלית"

8. לאור כל אלה מסקנתי היא שתיקון החוק שיעלה את שיעורי התמלוגים של הציבור הישראלי, יעמוד להערכתי במבחניה של פסקת ההגבלה.

פרופ' יוסף מ' אדרעי

יום שלישי 7 ספטמבר 2010, כ"ח אלול, תש"ע