

פרופ' מיגל דויטש, עו"ד

רח' טאגור 44, רמת אביב

טל. 03-7323924, פקס 03-5731326

=====

24.8.10

לכב'

דלק מערכות אנרגיה בע"מ

דלק קידוחים שותפות מוגבלת

אבנר חיפושי נפט שותפות מוגבלת

הנדון: תמלוגים בגין גז טבעי

כללי

1. התבקשתי לחוות את דעתי בשאלה אם ובאיזו מידה יהיה בידי המחוקק להגדיל את שיעור התמלוגים בגין הפקת גז טבעי, הקבוע כיום בחוק הנפט, תשי"ב-1952 (להלן "חוק הנפט" או "החוק"). זאת, בכל הנוגע לקידוחים אשר לגביהם כבר ניתן לכם רשיון חיפוש לפי החוק.

2. העובדות המופיעות בחוות דעת זו מעת לעת מושתתות על המידע שנמסר לי על-ידיכם. יובהר כי לאור כך שהיבטים שונים הנוגעים לחוות דעתי טרם נדונו בתקדימים של ביהמ"ש העליון, לא ניתן לחזות כיצד יפסוק ביהמ"ש בסכסוך מושא חוות הדעת, אם הוא יבוא להכרעתו. חוות הדעת משקפת אפוא את הערכותי ביחס למצב המשפטי בנושאים הנדונים בחוות הדעת.

3. ניתן לחלק את מצב ההתקדמות של תהליך חיפוש הגז הטבעי על-ידיכם (להלן, יחד, "דלק ואבנר"), יחד עם שותפים למיזמים, לשלוש קטגוריות. זאת, כאשר אני מתמקד, כאמור, בפרוייקטים שקיבלו רשיון חיפוש:

(א) קטגוריה אחת היא קבוצת הקידוחים שבה מצוי קידוח כגון "תמר", אשר לגביו אין חולק כי קיימת "תגלית" כמובנה בחוק הנפט וקיימת כבר היערכות לקבלת "חזקה", כמובנה בחוק. בקידוח "תמר", כפי שנמסר לי, הושקעו עד עתה מיליארדי שקלים.

(ב) קטגוריה שנייה היא זו שבה נמצא קידוח כגון "לווייתן". בקידוח זה קיימת כבר הסתברות ממשית, הקרובה ל-50%, כי נמצא גז. המעמד של גילוי מעין זה כ"תגלית" ייבחן בהמשך חוות דעת זו. בקידוח "לווייתן" הושקעו עד עתה מאות מיליוני שקלים.

(ג) קטגוריה שלישית כוללת רשיונות שבמסגרתם אין עדיין בנמצא "תגלית" של הימצאות גז, והחיפושים מצויים בשלב שבו עדיין לא ברור מהם הסיכויים להימצאות גז. במסגרת קטגוריה זו הושקעו סכומים קטנים יותר מאשר בשתי הקטגוריות הראשונות.

4. המורכבות והסיכונים הטמונים בחיפוש גז טבעי בכלל, ובתנאים הסביבתיים באזורנו בפרט, הם מן המפורסמות. במכלול החיפושים הושקעו ומושקעים סכומי-עתק. זאת, כאשר סיכויי ההצלחה מיזעריים. מדובר בהשקעה רוויית סיכון באופן מיוחד. הקידוחים באזורנו מתבצעים במים עמוקים; היה צורך לגייס מיתקני קידוח שלא היו בנמצא באזור; העלויות של ההפקה גבוהות מאוד; כמו-כן קיימים סיכונים שוק כבדים, שכן השוק הישראלי מצומצם ביותר, ויש צורך לדאוג למערך יצוא מתאים, הכולל השקעות כבדות ביותר בשינוע. נלווים לכך סיכונים גיאופוליטיים מובהקים, בהינתן הקשיים שישראל מתמודדת עמם תדירות במישור הבינלאומי. בסיכונים ועלויות אלה נשאו ונושאות דלק ואבנר, כאשר המדינה לא תרמה השקעה או סיכונים כלשהם. ארחיב בהיבטים אלה ובמשמעויותיהם בהמשך חוות הדעת.

החקיקה הרלוונטית

5. הדין הרלוונטי בענייננו הוא חוק הנפט, החל גם על גז טבעי. התהליך לחיפוש ושיווק גז טבעי מורכב, על-פי החוק, ממספר שלבים:

(א) השלב הראשון הוא קבלת היתר מוקדם. כבר עם קבלת ההיתר המוקדם צומחת למקבל ההיתר מערכת של זכויות לפי חוק הנפט, כגון האפשרות לקבלת זכות קדימה לקבלת

רשיון חיפוש (סעיף 7א לחוק). מי שמבקש לנצל את זכות הקדימה מתחייב לבצע בדיקות מוקדמות לפי תוכנית עבודה מסוימת ולהשקיע בחיפוש גז סכום שלא יפחת מהסכום שהשר קבע. כמו-כן עליו לשלם אגרה. מערכת החובות המוטלת עליו כוללת גם חובה להשיב את מצב הקרקע לקדמות ולפצות את בעל הקרקע אם הוא נפגע. עליו להפקיד ערבות וערובה להבטחת הנזקים (סעיפים 9-11 לחוק).

(ב) השלב הבא הוא רשיון לחיפוש גז, הכולל זכות לחפש גז בשטח הרישוי ומחוצה לו, זכות ייחודית לקידוחי נסיון ופיתוח, וזכות להפקת נפט (סעיף 13 לחוק). על בעל הרשיון מוטלות, בנוסף לאגרות, חובות שונות כגון העמדת הון מתאים והגשת תכנית עבודה הולמת (סעיף 15 לחוק). כאמור בסעיף 20 לחוק, בעל רשיון חייב להתחיל בחיפוש תוך 4 חודשים, ולהמשיך בו "בשקידה ראויה" בכל תקופת הרשיון. לפי סעיף 21, הוא חייב להתחיל בקידוחי נסיון בתאריך שנקבע ברשיון ולהמשיך בכך בשקידה ראויה עד התגלית. סעיף 21 גם שולל אפשרות להמתנה העולה על 4 חודשים בין קידוח אחד למישנהו. סעיף 22 מחייב הגשת דו"חות מתאימים.

(ג) השלב השלישי מתרחש כאשר החיפוש מניב גילוי של גז ("תגלית"). בעל הרשיון זכאי אז, כזכות שבדין (סעיף 13(4) וסעיף 26) לקבל "חזקה", כהגדרתה בחוק (למעשה, צ"ל "החזקה"). החזקה היא למעשה זכות בלעדית לחיפוש והפקת גז טבעי במקרקעין הנדונים. מדובר במונופול, במסגרת אותו מיתחם. תקופת החזקה היא 30 שנים, והיא ניתנת להארכה ל-20 שנים נוספות (סעיף 29 לחוק). כנגד הזכויות המוקנות לחברה שמצאה גז מוטלת בסעיף 32 לחוק הנפט החובה לשלם למדינה תמלוגים בשיעור של 12.5% מכמות הגז שהופקה ונוצלה (בניכוי הכמות שנדרשה לשם הפעלת שטח החזקה), בנוסף לתשלום אגרות. על בעל רשיון שמצא גז מוטלות בחוק חובות נרחבות לדאוג להפקת הגז בכמויות מסחריות ולפיתוח שדה הגז (סעיף 24 ו-29 לחוק). סעיף 31 לחוק מרכז את החובות העיקריות המוטלות על בעל החזקה: עליו להתחיל בקדיחת באר פיתוח תוך 6 חודשים מיום קבלת החזקה, לקבוע את גבולות השדה, לפתח את השטח, להפיק ממנו גז, לחפש שווקים ולשווק את הגז, והכל בשקידה ראויה. כמו-כן, ניתן להטיל עליו חובה לספק תחילה את הגז לשוק המקומי (סעיף 33 לחוק), ליתן לאחרים במקרים מסוימים אפשרויות הובלה בצינור ההזרמה (סעיף 36), ועוד. חובות אלה נועדו לאזן בין האינטרסים של היזם לבין האינטרסים הציבוריים.

אופיו של הסדר הרישוי בחוק – "עסקה" בין המדינה ליזם

6. מן הראוי לנתח תחילה את איזון האינטרסים בחוק הנפט. עמדת המוצא היא כי לאור האינטרס הציבורי במשאבים הנדונים, המדינה "מפקיעה" את הבעלות על זכויות החיפוש וההפקה. יצוין כי בהקשרנו עסקינן בחיפוש גז טבעי מחוץ למים הטריטוריאליים של המדינה. הרחבה זו של זכויות המדינה מעוגנת בחקיקה מיוחדת. חוק השטחים התת-מימיים, תשי"ג-1953, קובע, בסעיף 1(א), כי:

" שטח מדינת ישראל יכלול את קרקע הים והתת-קרקע של השטחים התת-ימיים הסמוכים

לחופי ישראל, והם מחוצה למים הטריטוריאליים, עד היכן שעומק המים שמעליהם מאפשר

את ניצול אוצרות הטבע שבשטחים אלה."

אין מדובר אם כן במשאב אשר זיקת המדינה ביחס אליו היא אינהרנטית. בין יתר השיקולים, יש לקחת בחשבון גם היבט זה, כאשר נשקל גובה התמלוגים שראוי כי המדינה תהיה זכאית להם.

7. המודל החקיקתי בחוק הנפט משקף סוג של עסקה בין המדינה לבין הגופים בעלי הרשיון. מבחינה עניינית, קיימים איפיונים דומים למדי בין המודל הקבוע בחוק לבין עסקאות B.O.T הנערכות לא אחת על-ידי המדינה. עסקה כזו (Build-Operate-Transfer) היא חוזה לביצוע פרויקט שבו גוף פרטי מקבל זיכיון מגוף ציבורי כדי לממן, לתכנן, לבנות ולהפעיל מתקן המועיל לציבור. זאת לתקופה קצובה, שאחריה מועברת הבעלות על המתקן בחזרה לידי הציבור. בענייננו, המדינה אינה משקיעה ואינה מממנת את הפרוייקט. בעל הרשיון מממן את החיפוש, מתכנן את השגת המטרה, ומשנמצא גז הוא מפתח את בארות הגז ומקבל בסופו של דבר חזקה, כשבתום תקופת החזקה עתיד האינטרס לחזור לידי הציבור, בתנאים כאלה או אחרים. המודל הקבוע בחוק יכול היה להיבנות באותו אופן בדיוק באמצעות מסמך חוזי. לא בכדי מניחים רבים בציבור (כפי שהדבר בא למשל לידי ביטוי בהתבטאויות פומביות של בעלי תפקידים בכירים כגון נגיד בנק ישראל) כי קיים בנדון חוזה. אכן, לפנינו "דמוי חוזה" - חוזה מכוח החוק, הכולל תמורות הדדיות כמתואר להלן. התופעה של "חוזה מכוח חוק" מוכרת בתחומים שונים של משפטנו (ראה מ' דויטש "החוזה הכפוי והחופש מהתקשרות בחוזה" עיוני משפט טז (1991) 35).

8. ניתן גם להשקיף על המודל הקבוע בחוק כך: המדינה היא בעלת המונופול על המשאב הנדון. היא מקנה רשיונות לצורך מציאת וניצול המשאב. רשיונות אלה מזכירים רשיון

הניתן על-ידי בעל קניין רוחני. בעל הרשיון משקיע בפיתוח וניצול הקניין הרוחני, ובעל המונופול זוכה לתמלוגים המושתתים על המכירות, באחוז כזה או אחר. לא בכדי התשלום למדינה מוגדר כ"תמלוגים", בדומה למצב ביחס לרשיונות בתחום הקניין הרוחני.

בענייננו, בעל רשיון לחיפוש גז מצוי מבחינת עלויות העסקה במצב נחות מזה שבו נמצא בעל רשיון בתחום הקניין הרוחני. בעל רשיון בתחום הקניין הרוחני בדרך כלל אינו משקיע בעצם יצירת הקניין הנדון. בעל המונופול הוא זה המשקיע בכך. כך, למשל, בתחום הפטנטים, הממציא הוא בעל הפטנט הראשון, והוא זה שהשקיע את ההשקעות הדרושות בהגעה להמצאה. בעל הרשיון משקיע בניצול ובהפצה של ההמצאה, ולא בעצם הפיתוח. לעומת זאת, בענייננו, בעל הרשיון הוא הגוף המגיע ל"תגלית", כמובנה בחוק, דהיינו מייצר את האובייקט המוגן עצמו. עובדה זו משפיעה בהכרח על שיעור התמלוגים הראוי.

9. המדינה מעוניינת לתמרץ יזמים להשקיע השקעות רוויות-סיכון במיוחד, כגון בחיפושי גז טבעי ונפט. קיים בנוגע למציאת גז טבעי אינטרס לאומי עליון, לאור היתרונות האסטרטגיים, הכלכליים והסביבתיים הטמונים במשאב זה. בין היתר, מציאת גז משחררת את המדינה מתלות מדינית בגורמים זרים ומשפרת את מעמדה האסטרטגי הבינלאומי. בנוסף, רמת הזיהום עקב שימוש בגז טבעי נמוכה בהרבה מאשר זו הנגרמת עקב שימוש בפחם או במזוט. התמריץ המוקנה בנדון על-ידי המדינה יכול שיהיה ישיר או עקיף. תמריץ עקיף הוא קביעת שיעור תמלוגים המעודד (או למצער אינו מרתיע) יזמים להשקיע בחיפושי גז. זהו תמריץ נוח למדינה הרבה יותר מאשר תמיכה כלכלית ישירה של המדינה בחיפוש, תוך נשיאת הקופה הציבורית בסיכונים הכבדים הטמונים בחיפושי גז. אינטרס ציבורי מרכזי המעורב בענייננו, אם-כן, הוא האינטרס לעודד השקעות בתחום זה, אשר יובילו להגשמת המטרות הציבוריות הנזכרות לעיל. תמרוץ היזם על-ידי שיעור תמלוגים מתאים אינו אפוא רק אינטרס פרטי של היזם, אלא גם חלק מהאינטרס הציבורי עצמו. להיבט זה יש להוסיף כי מרכיב חשוב באינטרס הציבורי לעידוד יזמים טמון ביצירת אווירה של יציבות וודאות ביחס ל"כללי המשחק", באופן אשר ימנע מצב שבו יתווספו לסיכונים העצומים הקיימים בנדון גם הסיכון לחוסר יציבות כלכלית ביחס לרמת התמלוגים, אם הסיכוי המזערי למציאת גז יתגשם.

10. במסגרת ה"עסקה" שבין המדינה לבין היזמים, המדינה תורמת אפוא את ההרשאה לבצע את המיזם, בתנאים עסקיים (שיעור תמלוגים) ההופכים את נטילת הסיכון לכדאית מבחינת היזם. היזם תורם למדינה, בנוסף לתמלוגים, את עצם מציאת הגז, עניין המשרת אינטרס לאומי עליון, ברמה הכלכלית, הסביבתית והמדינית גם יחד. בנוסף, על היזם מוטלות חובות כבדות, כפי שאלה נסקרו לעיל: החובה לבצע חיפושים, לבצע קידוחי נסיון, להפיק נפט, לפתח את השטח, לחפש שווקים ולשווק את הגז. מוטלת עליו חובה למכור גז

לשוק המקומי ולאפשר לגופים אחרים להוביל גז. כל אלה מבטיחים כי כנגד הקניית הרשיון, היזם נוטל על עצמו, כדרך של עסקאות הדדיות, חובות והגבלות מהותיות. מדובר במבנה עסקתי מובהק של "quid pro quo" - תמורה כנגד תמורה. אין נפקא מינא אם המבנה הפורמלי הוא הסכמי או באמצעות הצבר של הקניות הדדיות חד-צדדיות התלויות ושלובות זו בזו. לצורך הניתוח החוקתי, כמו גם להקשרים אחרים של משפטנו, לא המבנה הפורמלי הוא המכריע את הכף, אלא מהותם של דברים.

ההגנה החוקתית על תאגידיים

11. כיוון ששיעור התמלוגים בנושא הגז מוסדר בחוק, הוא חוק הנפט, שינוי השיעור טעון תיקון חקיקתי. השאלה אשר יהיה צורך לבחון היא אם תיקון חקיקתי מעין זה יעמוד בדרישות החוקתיות. תנאי מוקדם לביקורת בנדוננו בנושא החוקתיות הוא כי קניינם של תאגידיים ייתפס, עקרונית, כמוגן על-פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

12. עמדה מבוססת היא זו הרואה גם בקניין של תאגיד משום אובייקט המוגן על-פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. קיימים צידוקים הולמים להגנה כזו. כך ציין פרופ' א' ברק:

"...כך, למשל, ההוראה כי 'אין פוגעים בקניינו של אדם' מתאימה יפה גם לקניינו של תאגיד.... שלילת ההכרה בתאגיד כבעל זכות אדם תפגע, בסופו של דבר, גם בבני האדם 'המסתתרים' מאחורי התאגיד. דבר זה גורר אחריו תוצאות חמורות לפרט (בן אדם)...אכן, הפעילות באמצעות תאגידיים היא אלמנטרית בחברתנו.... מניעת זכויות אדם מהתאגידיים משמעותה המעשית הינה פגיעה קשה בזכויות האדם של הפרטים הפועלים במסגרת תאגידיים אלה או הנהנים משירותיהם."

(א' ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (1994) 438-440).

אכן, כפי שמצביע פרופ' ברק, אין כל סיבה עניינית למנוע מקניינם של תאגידיים את ההגנה המוגנת לקניין של כל אדם. גריעת ההגנה החוקתית מתאגידיים תיצור "שטח הפקר" עצום שבתוכו יכול השלטון לנהוג ללא הגבלות חוקתיות. הדבר אינו מתקבל על הדעת.

ואמנם, בית המשפט העליון הכיר לא אחת במעמד החוקתי של קניינם של תאגידיים, ללא צורך בדיון מיוחד בכך. ראה, למשל, רע"א 10376/07 ל.נ. הנדסה ממוחשבת בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (11/2/09).

מושג ה"קניין" ו"פגיעה בקניין" במסגרת ההגנה החוקתית

13. כידוע, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מגביל את כוחה של חקיקה לפגיעה בקניינו של אדם, כך שפגיעה כזו חייבת לעמוד בפסקת ההגבלה. על יסודותיה של פסקת ההגבלה ויישומיה בענייננו נרחיב להלן. בשלב זה נתמקד בהבהרת מושג ה"קניין" בהקשר החוקתי.

מושג ה"קניין" הובהר לראשונה, בהקשר החוקתי, בפסק הדין הידוע בעניין בנק המזרחי נ' מגדל (ע"א 6821/93 בנק המזרחי בע"מ נ' מגדל, פ"ד מט(4) 221, 328). בית המשפט קבע כי מושג זה אינו כולל רק זכויות המסווגות כזכויות *in rem*, אלא כולל, עקרונית, כל זכות רכושית שהיא. בית המשפט העליון חזר לא אחת על עמדתו זו. כך, לאחרונה נקבע בע"א 2281/06 אבן זוהר נ' מ"י (28/4/10), בפיסקה 45 לחוות דעתו של השופט דנציגר, כי:

"כאמור, סעיף 3 לחוק היסוד קובע כי "אין פוגעים בקניינו של אדם"... בעניין בנק המזרחי (עמ' 431, דברי כבוד הנשיא א' ברק) צוין כי קניין הוא כל אינטרס, אשר יש לו ערך כלכלי. הקניין מבטיח לפרט חירות כלכלית והוא מאפשר לבני האדם להפעיל את האוטונומיה של הרצון הפרטי שלהם. מכאן הקשר בין ההגנה על הקניין לבין ההגנה על כבוד האדם. בהקשרו של חוק היסוד, מקובל לאמץ פרשנות מרחיבה למושג "קניין", דהיינו, ככזה הכולל הן זכויות *in rem* והן זכויות *in personam*..."

אם כן, באלו מקרים נאמר כי הייתה "פגיעה" בקניינו של אדם? הפגיעה שחוק היסוד מבקש למנוע היא מניעת שלילתו של מה שיש לאדם [ראו: עניין בנק המזרחי, עמ' 328 (כבוד הנשיא לשעבר (כתוארו אז) מ' שמגר)]. עקרונית ניתן לומר, כי פגיעה בקניין מתרחשת כאשר הערך הרכושי של אינטרס קטן לעומת ערכו עובר לפעולה השלטונית (או פעולת החקיקה) [ראו: עניין בנק המזרחי, עמ' 431 (כבוד הנשיא א' ברק)]. כלומר, לפנינו פגיעה בקניין לצורך סעיף 3 לחוק היסוד כאשר מבחינה כלכלית יש לאדם, לאחר המעשה שקובלים עליו, פחות משהיה לו לפני המעשה."

(ההדגשה נוספה - מ' ד').

14. בבג"צ 8276/05 עדאללה נ' שר הבטחון (12/12/06) נבחנה החוקתיות של "חוק האינתיפאדה", אשר הגביל את זכות התביעה בניזקין של נפגעים ממעשים של כוחות הבטחון, באזור עימות. בית המשפט קבע כי זכות זו של הנפגעים היא חלק מקניינם. זאת, בעקבות סקירת פסיקה קודמת שקבעה כך, כגון בפרשת ההתנתקות (עניין בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481).

הסיכום הממצה של הדברים בהקשר זה מצדיק הבאת הדברים, וההפניות לפסיקה קודמת, בשם אומרם (הנשיא ברק). וכך הוא קובע (בפסקה 24):

"הזכות בנוזיקין הנתונה לניזוק (או ליורשיו או לתלויים בו), ואשר נשללה על ידי תיקון מס' 7, הינה חלק מזכותו החוקתית של הניזוק לקניין. אכן, הדיבור "קניין" בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – "אין פוגעים בקניינו של אדם" – משמעותו רכושו של אדם. בפרשת המועצה האזורית חוף עזה נפסק לעניין הדיבור "קניין" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"הקניין' בהוראה זו משתרע על כל זכות רכושית. חוק היסוד מגן על פגיעה ברכושו של אדם. נמצא כי ההגנה על הקניין משתרעת לא רק על זכויות 'קנייניות' כגון בעלות, שכירות וזיקת הנאה, אלא גם על זכויות 'אובליגטוריות' בעלות ערך רכושני" (שם, עמ' 583. ראו גם פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 431, 572).

בפרשת בנק המזרחי המאוחד 2 הוספתי:

".... דומה שהכל מסכימים כי הקניין בחוק היסוד משתרע על כל הזכויות הקנייניות למיניהן כמשמעותן במשפט הפרטי. כמו כן מוסכם על הכל כי הקניין בחוק היסוד אינו מוגבל לזכויות הקנייניות בלבד. אכן, לא הרי הקניין במובנו החוקתי כהרי הקניין במובנו במשפט הפרטי... על כן כולל המושג החוקתי של הקניין גם את הזכות לחזקה ואת הזכויות האובליגטוריות... באחת הפרשות נפסק כי הדיבור קניין בחוק היסוד כולל בחובו קיצבת זיקנה... על רקע זה נקבע כי הקניין במובנו החוקתי משמעותו זכות רכושית, בין זכות חפצא ובין זכות גברא" (שם, פסקה 9 לפסק הדין).

גישה זו למושג החוקתי של הקניין מקובלת במרבית המדינות בהן הקניין זוכה למעמד חוקתי... מתבקשת מכאן המסקנה, כי זכותו של הניזוק על פי דיני הנוזיקין היא חלק מרכושו ועל כן חלק מקניינו. זאת ועוד: זכותו של אדם לפיצויים בגין הפגיעה בזכותו נגד המדינה, אף היא חלק מקניינו. אכן, "הזכות לפיצויים הבאים להשיב לקדמותו את מצבו של מי שניזוק ... היא זכות קניינית כמשמעותה בחוק היסוד" (א' ריבלין, תאונת הדרכים - סדרי דין וחשוב הפיצויים (מהדורה חדשה מעודכנת, תש"ס), 932). הפגיעה בזכות לפיצויים היא גם פגיעה בזכות הקניין (ראו פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 589; דנ"א 1332/02 הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה נ' הורוויץ (טרם פורסם); בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625; ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", פ"ד נז(4) 526).

לזכות האובליגטורית לפיצוי בנוזיקין כ"קניין" המוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ראה גם ע"א 1162/96 וייס, קטינה, נ' מאק, פ"ד נג(2) 79.

לפרשנות מרחיבה למושג "קניין" בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ככולל כל זכות בעלת ערך כלכלי, ראה גם ע"א 5209/91 מ"י נ' רמיד את בנימין בע"מ, פ"ד מט(4) 830.

במקום אחר הצבעתי על כך כי אין קושי לראות גם זכות מסוג "חופש" (במונחים הופלדיאניים) כ"קניין" מוגן לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראה מ' דויטש קניין (כרך א, 1997) 248.

15. לא זו בלבד, אלא שבית-המשפט העליון הכיר בכך שאפילו ציפייה שלא התגבשה לכדי זכות יכול שתיתפס כאינטרס הראוי להגנה מפני פגיעות רטרופקטיביות. כך נאמר בבג"צ 1398/07 לביא נ' משרד הבטחון (10/5/10):

"בהקשרים שונים נקבע בעבר, כי בנסיבות מסוימות נדרש להגן לא רק על ציפיות שהתגבשו לכדי זכות מוקנית של ממש, אלא גם על ציפיות במובן רחב יותר. כדברי השופט מ' חשין, בהקשר אחר:

'...ואשר לציפיות הפרט, ניתן דעתנו לציפיות הראויות בעינינו להגנה, והן ציפיות ששיטת המשפט – והסדר החברתי בכללו – מיוסדים עליהן ומעודדים אותן, לביטחון המשפטי-החברתי. ציפייה ראויה תכלול, כמובן, גם ציפייה שנתגבשה לכלל 'זכות' ('עקרון הזכויות המוקנות'), אך מיתחם הציפיות ישתרע אל מעבר לאותן 'ציפיות' שהפכו 'זכויות' מוכרות בשיטת המשפט'. ראו: ע"פ 4912/91 תלמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 581, 624 (1993). ראו גם עניין מרדי, 554; עניין זוהר 574."

ראה גם, לעניין אינטרס ההסתמכות, "אחיו" של אינטרס הציפייה, את דברי הנשיא ברק בעניין גניס, להלן, בפסקה 18 לפסק-הדין: "אחד מערכי היסוד של שיטתנו הינו אינטרס ההסתמכות של הפרט."

16. אם-כן, כל זכות רכושית (וכך גם ציפייה או הסתמכות לגיטימית שאינה בגדר "זכות") נתפסת כ"קניין" מוגן. האם קיים בענייננו אינטרס מוגן מעין זה?

אני סבור כי התשובה לכך היא בחיוב. יש להשקיף על הגדלת שיעור התמלוגים כפגיעה בזכות על-פי הרשיון. רשיון לחיפוש והפקת גז הוא בוודאי זכות רכושית, בעלת ערך כלכלי. זהו חלק מה-new property, כמובנו של מושג זה במחקריו של פרופ' רייך (ראה מ' דויטש קניין (כרך א), לעיל, בע' 33). "כללי הרשיון" כוללים את גובה התמלוגים. זהו

חלק אינטגרלי מובהק, ואפילו חלק מרכזי, מהרשיון. זהו אחד הגורמים המובילים להשקעה מסיבית של קניין, המגיעה בענייננו עד למיליארדי שקלים. הגדלת שיעור התמלוגים היא בגדר "פגיעה" בקניין, תוך הפחתת ערכו של הרשיון ונפקויותיו. הרשיון עצמו הוא זכות קיימת ובשלה, ושיעור התמלוגים הוא חלק מ"העסקה" הנדונה. העובדה כי טרם הגיעה השעה לתשלום התמלוגים אינה משליכה כלל בענייננו, כשם שהעובדה כי שעת התשלום על-פי חוזה נתון עדיין לא הגיעה אינה גורעת מכך שחקיקה חדשה אשר תעצים את החוב החוזי, טרם הגיע מועד התשלום, מהווה פגיעה רטרופקטיבית בעייתית ביותר בזכויות (השווה, למשל, לראיית הפגיעה בקצבת שאירים כפגיעה רטרופקטיבית, גם טרם הגיע המועד לתשלום, בעניין ע"א 7654/06 עדה רוזנשטראוך נ' קרן הגמלאות של חברי אגד בע"מ (30/12/07)).

17. מאלפת בהקשר זה תשובתו של ביהמ"ש העליון לאחת הטענות שהועלו באחד המקרים, ולפיה כל עוד לא הגיע המועד תשלום פנסיה, אין לראות שינוי של התנאים בתוכניות של קרנות פנסיה כפגיעה למפרע בזכויות מוקנות. כך נאמר בבג"צ 7691/95 ח"כ שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5) 577 (פיסקה 18):

"האם תנאי התכנית לוקים בפגם של תחולה למפרע? לדעת המשיבים, התשובה שלילית. זאת התשובה, לדעתם, שכן תחולה למפרע פירושה פגיעה בזכויות מוקנות. אכן, תנאי התכנית עשויים לפגוע בעמיתים חדשים, כגון שעמיתים אלה ייאלצו לעבור מתכנית של פנסיית יסוד לתכנית של פנסיה מקיפה, או שהם ייאלצו להסתפק בתקרת שכר נמוכה יותר לצבירת זכויות פנסיה. אולם, הזכות לפנסיה אינה מתגבשת ביום שבו עמית מצטרף לקרן פנסיה, אלא רק ביום שבו הוא נעשה זכאי לקבל פנסיה, שהוא בדרך-כלל יום הפרישה מן העבודה. ראו לעיל פיסקה 5. מכאן, טוענים המשיבים, שגם אם התנאים החדשים יורידו את שיעור הפנסיה שתשלום לעמיתים החדשים בבוא היום, או ישנו את תנאי הפנסיה שלהם באופן אחר, אין בכך פגיעה בזכותם לפנסיה, שהרי זכות זאת טרם נתגבשה. המסקנה היא, לטענתם, שאין בכך פגיעה בזכות מוקנית, ולפיכך גם אין בכך תחולה למפרע.

טענת המשיבים מעוררת את השאלה מה פירוש תחולה למפרע. אכן, התחולה למפרע היא מושג מורכב, ויש לו יותר ממשמעות אחת. ראו, לדוגמה, ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל [6]. אולם, תהא המשמעות אשר תהא, במקרה הנדון אין ספק כי החלה של תנאי התכנית בגין התקופה שלפני החלטת הממשלה, יש בה פגיעה למפרע בזכויות של עמיתים חדשים וכן גם בזכויות של קרנות הפנסיה הוותיקות. הכיצד?

העמיתים החדשים, שהצטרפו לקרנות הפנסיה ברבע הראשון של 1995, רכשו לעצמם זכויות חוזיות כלפי קרנות אלה: זכות להיות עמית של הקרן; זכות להשתתף בתכנית של פנסיית יסוד; זכות לרכוש זכויות פנסיה בהפקדה חד-פעמית ועוד. על היחסים החוזיים שבין קרן פנסיה לבין עמית בקרן, ראו לעיל פיסקה 5. זכויות אלה נרכשו על-ידי העמיתים החדשים שעה שהצטרפו לקרנות הפנסיה. זכויות אלה בוטלו, בעקבות החלטת הממשלה, למפרע. העמיתים החדשים נדרשים, לפי התנאים החדשים, לעזוב את הקרן שבה הם נתקבלו כעמיתים, ולעבור מתכנית של פנסיית יסוד לתכנית של פנסיה מקיפה. הם נדרשים גם לוותר על הטבות נוספות שהקרן התחייבה להעניק להם. זוהי, באופן ברור, פגיעה למפרע בזכויות

מוקנות של עמיתים חדשים. זוהי גם פגיעה למפרע בזכויות מוקנות של קרנות הפנסיה הוותיקות שרכשו לעצמן עמיתים חדשים, ולפי תנאי התכנית העמיתים נדרשים לעזוב קרנות אלה ולעבור לקרנות חדשות. זוהי, ללא ספק, תחולה למפרע."

18. אם-כן, בענייננו העלאת שיעור התמלוגים תהווה פגיעה בזכויות הרכושיות הטמונות ברשיון, ובזכויות במסגרת ה"עסקה" בין החברות בעלות הרשיונות לחיפוש גז לבין המדינה. יודגש, כמפורט בהמשך, כי חוק היסוד אינו דורש קיום "נטילה", אלא די ב"פגיעה". השינוי יפגע הן במשמעות הרכושית של הרשיון ובזכויות המגולמות בו, והן בציפיות ובהסתמכויות המתבטאות בהשקעות העצומות שנערכו. כאמור לעיל, ציפיות והסתמכויות לגיטימיות הן אף בגדר "קניין" המוגן כשלעצמו על-פי חוק היסוד, אפילו כאשר הן אינן מעוגנות ב"זכות" ממש. קל וחומר מדובר בענייננו בפגיעה בקניין, כאשר עסקינן הן בפגיעה בזכויות והן בפגיעה בציפיות ובהסתמכויות לגיטימיות כבדות-משקל, על יסוד שיעור התמלוגים הקבוע בחוק. יוער כי גם בהתעלם מהתפיסה האמורה לגבי מהות הזכות והפגיעה בנדוננו, הרי שגם חסינות בעלת אופי רכושי היא בגדר "קניין" מוגן, כנזכר לעיל. זכויות דלק ואבנר יוצרות בין היתר "חסינות", במובנים הופלדיאניים. דהיינו, בטרם העלאת שיעור התמלוגים, לדלק ולאבנר נתונה כיום הזכות לכך ששיעור התמלוגים יהיה בשיעור הקבוע בחוק ולא מעבר לכך. זו חסינות, אשר פגיעה בה תהווה אף היא פגיעה ב"קניין".

על הסתמכויות וציפיות במשפט

19. יסוד "גרעיני" לאיזון האינטרסים בענייננו טמון במערך ההגנה על הסתמכויות וציפיות במשפטנו. ראוי להפנות זרקור נוסף לנושא זה, טרם פנייה למערך הכללים החוקתיים הישמיים בענייננו.

מוסד החוזה כשלעצמו מושתת על הצורך לכבד ערכים אלה. ההבטחה החוזית יוצרת הסתמכויות וציפיות הראויות להגנה (ראה, למשל, ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (כרך א, 1991), בע' 70-73). הצורך להגן על ציפיות לגיטימיות מפני פגיעה בלתי-מוצדקת משמש בסיס לענף הדינים בתחום עשיית עושר ולא במשפט, המגן על עוסק מפני תחרות בלתי הוגנת. כך, למשל, לעניין ההגנה על הציפיות כי לא יתבצע יבוא מקביל בלתי-הוגן (רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. א. י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309) או כי מתחרה לא יחקה באופן בלתי-הוגן מוצר של התובע (רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. נ' פורום בע"מ, פ"ד נב(4) 289).

ראה, למשל, הדיון אצל מ' דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר (2002) פרק 3.

20. אכן, ציפיות לגיטימיות הן "כוח מניע" בעל משקל רב, במסגרת איזון האינטרסים בין צדדים. כך, למשל, נאמר בעניין א.ש.י.ר., לעיל, על-ידי הנשיא ברק:

"אכן, בשורה ארוכה של פסקי־דין הכיר בית־המשפט העליון בזכות להשבה שלא באה בעקבות הפרת דין "חיצוני" כלשהו (ראה פרשת אדרס [4], בעמ' 276; פרשת ליבוביץ [1], בעמ' 323; ע"א 442/85 [30], בעמ' 691; פרשת סודהגל [15], בעמ' 477; פרשת אטלנטיק [20], בעמ' 480). בכל המקרים הללו הכיר בית־המשפט בדין "פנימי" – פנימי לדיני עשיית עושר ולא במשפט – אשר הפרתו מצדיקה זכות להשבה.

ביסודו של דין "פנימי" זה מונחת ציפייה של המזכה, אשר הדין מכיר בה כבסיס להשבה. עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני, כי:

"...קיימים מצבים רבים, שבהם עשויה לבוא התעשרות שלא כדין מפגיעה בציפייה בלבד, שאינה מגיעה לכדי זכות (חוזית או קניינית)" (פרשת אדרס [4], בעמ' 276).

וברוח דומה ציין הנשיא שמגר, כי:

"ציפייה של אדם, אף אם אין היא עולה כדי זכות חוזית או קניינית, עשויה להיחשב לרכושו, ופגיעה בה עשויה שתוגן במסגרתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט" (פרשת ליבוביץ [1], בעמ' 325).

גישה דומה נקטה השופטת נתניהו בציינה, כי:

"...גם פגיעה באינטרס או בציפייה עשויה להקים זכות להשבה עקב התעשרות שלא כדין" (ע"א 442/85 [30], בעמ' 693).

ועמדה דומה נקט השופט מצא, בציינו:

"...תחרות הפוגעת בציפייה עסקית לגיטימית של הנפגע... והמצמיחה למתחרה, על חשבון הנפגע, רווח או טובת הנאה, עשויה – בהתקיים תנאים מסוימים – להעמיד לנפגע עילת תובענה בשל עשיית עושר ולא במשפט" (פרשת סודהגל [15], בעמ' 477).

21. פסק הדין בעניין גניס (בג"צ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241) מבליט את החשיבות המיוחדת שיש לייחס לרעיון ההסתמכות במשפט הישראלי. כך נאמר על-ידי הנשיא ברק, בפסקה 19:

"כחוט השני עובר אינטרס ההסתמכות במשפט הישראלי. חלקים ניכרים של המשפט הפרטי מבוססים עליו (ראו א' ברק, חוק השליחות 180 (כרך א', 1996); ד' פרידמן ונ' כהן, חוזים 151 (כרך א', תשנ"א)); ג' שלו, דיני חוזים 161 (מהדורה שנייה, תשנ"ה); ד' ברק-ארז, "הגנת

ההסתמכות במשפט המינהלי", משפטים כז 17, 22 (תשנ"ו)). כך היה הדין בעבר עת נהג עקרון המניעות, המבוסס על עקרון ההסתמכות. כך הדבר כיום, שעה שניתן לראות בהגשמת אינטרס ההסתמכות חלק מעקרון תום הלב. מהמשפט הפרטי הועבר אינטרס ההסתמכות למשפט הציבורי... אכן, הרשות הציבורית היא נאמן הציבור. מנאמנותה של הרשות הציבורית נגזרת חובתה לפעול בהגינות, ביושר, בסבירות ובמידתיות. מאלה נלמדת חובה להתחשב באינטרס ההסתמכות של הפרט. על בסיס זה נבנו דיני ההבטחה המינהלית, דיני המכרזים, דיני הסופיות המינהליים, דיני ההנחיות המינהליות ודיני הבטלות היחסית (ראו ברק-ארז, שם). הם הבסיס לצורך להבטיח בחקיקה (בין חקיקה ראשית ובין חקיקת משנה) הוראות מעבר כדי להגן על האינטרסים של מי שסמכו על הדין הקודם. בוודאי כך כאשר האדם מסתמך על זכות שהוענקה לו (אם בחקיקה ראשית, אם בחקיקת משנה, ואם בפעולת מינהל אחרת), וזו נשללת ממנו לא רק מעתה ואילך (ובלא הוראת מעבר כלשהי) אלא אף למפרע. הפגיעה באינטרס ההסתמכות מגיעה במצב דברים זה לשיאה. ביסוד ההגנה על אינטרס ההסתמכות מונחים שיקולים מוסריים ותועלתניים כאחד. כמובן, כוחו של אינטרס ההסתמכות אינו מוחלט. אין הוא שיקול יחיד. יש לאזן בינו לבין אינטרסים אחרים, הפועלים לכיוונים אחרים. עם זאת, לעולם יש להתחשב בו ולתת לו את משקלו היחסי הראוי (ראו א' ברק, פרשנות במשפט 470 (כרך שני, 1993)).

ראה גם דבריו הנזכרים לעיל של הנשיא ברק בפסקה 18 לפסק הדין, שלפיהם: "אחד מערכי היסוד של שיטתנו הינו אינטרס ההסתמכות של הפרט."

22. לגבי משקלו של אינטרס ההסתמכות בהקשר החוקתי נאמר בספרות האמריקאית כך:

"Reasonable reliance on existing law is important for the successful assertion of a (1) takings claim (which may turn on whether the retroactive law interferes with an investment-backed expectation), (2) due process claim (which considers the fairness of changing the rules on someone who has relied on a previous set of rules), or (3) Contracts Clause claim (which assumes that parties to a contract rely on the fact that the terms of the contract will not change). Detrimental reliance often is influential in determining whether an expectation thwarted by a retroactive law rises to the level of a protected vested right."

(J. Laitos "Legislative Retroactivity" 52 Wash. U. J. Urb. & Contemp. L. 81 (1997) 81, 154

כן ראה הדברים שצוטטו לעיל, לגבי המעמד של ציפיות במשפטנו, בפסק-הדין בעניין

לביא.

על רטרואקטיביות, רטרוספקטיביות, וזכויות מוקנות

23. הזכויות על-פי הרשיונות בענייננו צמחו בטרם השינוי הנשקל ביחס לחקיקה בנושא התמלוגים. מהי המשמעות של המימד העתי בנדון? כיצד יש להתייחס לעובדה כי חקיקה מהסוג הנבחן תפגע בזכויות קיימות בעת החקיקה? היבט חשוב זה מחייב ליבון מונחים כגון רטרואקטיביות, רטרוספקטיביות, פרוספקטיביות, זכויות מוקנות ומונחים קשורים לכך. בעקבות ליבון זה, נבחן את המשמעות שיש לייחס למונחים האמורים, במסגרת ההכרעה הסופית בענייננו.

24. תחולתו של חוק היא רטרואקטיבית, כאשר החוק משנה בתחולה למפרע את המצב המשפטי הנדון. כך, למשל, כאשר חוק משנה את שיעור המס שהיה צורך לשלם על-פי החוק בעבר, בגין הכנסות שנצמחו אז.

תחולתו של חוק היא רטרוספקטיבית, כאשר מועד תחולתו הוא אמנם לעתיד, אולם הוא משנה את התוצאות המשפטיות של מעשים שנעשו בעבר, לעומת התוצאות שהדין ייחס להם באותה עת. כך הוצג עניין זה בפסיקה הישראלית:

"חזקת אי הרטרוספקטיביות עניינה בהחלת החוק על פעולות שהתרחשו בטרם הוחק, או על מצבים משפטיים שנסתיימו בטרם הוחק"

(עע"א 1613/91 ארביב נ' מ"י, פ"ד מו(2) 765, בע' 785).

וכן:

"חקיקה היא רטרוספקטיבית אם היא משנה לגבי העתיד את המעמד המשפטי, התכונות המשפטיות או התוצאות המשפטיות של מצבים שכבר נסתיימו או של פעולות או אירועים (מעשים או מחדלים) שנעשו או שהתרחשו לפני מועד כניסתו של החוק לתוקף."

(שם, בע' 777).

תחולתו של חוק היא אקטיבית, כאשר החוק חל מיידית על מצבים נמשכים שכבר

התגבשו. כך, למשל, כאשר חוק מטיל מס רכוש חדש בגין רכוש שכבר צמחו זכויות לגביו ביום חקיקת החוק. תחולה היא פרוספקטיבית, כאשר החקיקה חלה רק על מצבים חדשים.

(ראה, בין היתר, עניין ארביב, לעיל).

יצוין כי לעתים קרובות הפסיקה (לרבות פסיקה מוקדמת של השופט ברק) והספרות אינה מבחינה בין חקיקה רטרואקטיבית לרטרואקטיבית, ומכנה את שני הסוגים כ"רטרואקטיבית". יש המכנים בספרות האמריקאית חקיקה רטרואקטיבית כסוג של "רטרואקטיביות שניונית".

25. קווי התייחסות בין חקיקה רטרואקטיבית לבין חקיקה אקטיבית הם דקים ובלתי-בהירים. פרופ' ברק הציע להשתית זאת על ההבחנה שבין "פעולה" לבין "מצב" (או "נסיבות"). ברק רואה כאקטיבית תחולה של חוק חדש על מצבים ונסיבות נמשכים (כגון על בעלות בנכס) וכרטרואקטיבית - תחולה על פעולות שנעשו בעבר. עם זאת, ברק ער היטב לקשיים הרבים שבהבחנה מעין זו. הוא מציין כי:

"הקושי נובע מכך, שברוב המקרים, מצב או נסיבות הם פרי פעולה היוצרת אותם. אם נתייחס אל אותה פעולה, כי אז החלת החוק החדש על פעולות שהתרחשו לפני כניסתו לתוקף תחשב כהחלה רטרואקטיבית. אולם אם נתייחס אל המצב הנמשך שהפעולות יצרו, כי אז החלת החוק החדש על מצב שהתקיים טרם כניסתו לתוקף והממשיך להתקיים אינה החלה רטרואקטיבית של החוק. נראה לי כי התשובה לשאלה זו לא תימצא בצורת הניסוח של לשון החוק. התשובה חייבת להימצא בתכליתו של החוק. אם החוק בא להטיל סנקציה (או להעניק טובת הנאה) על הפעולה שנעשתה בעבר ואשר הביאה ליצירת המצב, כי אז יש להתייחס אל הפעולה ולא אל המצב. לעומת זאת, אם מטרת החוק הינה להגן על הציבור בפני מי שמצוי במצב נמשך מסוים, כי אז יש להתייחס אל המצב הנמשך ולא אל הפעולה".

(ההדגשה נוספה - מ' ד')

א' ברק פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה (1993) 628 (על יסוד דבריו בעניין ארביב, לעיל).

26. כיצד יש לראות תחולה של חקיקה חדשה על חוזים שנכרתו טרם החקיקה הנדונה? מאלפים דבריו של פרופ' ברק בהקשר זה בספרו פרשנות החקיקה, לעיל, בע' 633:

"אך מה הדין, אם חוק חדש משנה זכויות חוזיות או קובע תרופות חוזיות חדשות, או עילות חדשות

לביטול חוזה? האם החלתו של חוק זה על חוזים שטרם נכרתו היא החלה רטרואספקטיבית? האם נתייחס אל הזכויות, התרופות והעילות החוזיות שאותן מבקש החוק החדש לשנות כאל המשך של הפעולה (האירוע) הקשורה בכריתת החוזה, או שמא נתייחס אליהן כתוצאות של מצב משפטי שנסתיים בעבר? נראה לי כי התשובה הראויה טמונה באפשרות הראשונה. החוזה הוא מצב כלפי צדדים שלישיים והוא אירוע לגבי צדדים לו. הבטחון. הוודאות והיציבות המשפטית ייפגעו אם יחולו דינים חדשים על חוזה שנכרת על פי הדין הקודם. הציפיות הסבירות של הצדדים ייפגעו. על כן חוק חדש בענייני חוזים המשנה את הזכויות של הצדדים לחוזה הוא רטרואספקטיבי אם הוא מוחל על חוזים שנכרתו לפני תחילת תוקפו."

(ההדגשה נוספה – מ' ד').

27. פרופ' ברק מבחין בספרו ובעניין ארביב, לעיל, בין שאלת הרטרואספקטיביות של חקיקה לבין השאלה אם היא פוגעת בזכויות מוקנות (ראה ברק, פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה, לעיל, בע' 633-635). כאמור, הבחנה זו, אשר אינה מן הבהירות, נשענת בעיקרה על ההבחנה הבעייתית בין "פעולה" לבין "מצב". הבחנה דקה זו אינה מקובלת על רבים, ולעתים קרובות מזהים פגיעה רטרואספקטיבית עם פגיעה בזכויות מוקנות: ראה דבריו של פרופ' ברק בספרו האמור, שם, בע' 633: "מקובל לזהות את סוגיית הרטרואספקטיביות עם סוגיית הזכויות המוקנות", והאסמכתאות שאליהן הוא מפנה שם. כן ראה א' רובינשטיין המשפט החוקתי של מדינת ישראל – עקרונות יסוד (2005) 315. כך, למשל, נאמר בפסיקה האמריקאית, בעניין Phillips (608 A. 2d 901):

"We have traditionally determined the constitutionality of retroactive legislation by examining whether the statute impairs or abrogates "vested rights".

מכל מקום, גם אם חקיקה נתונה אינה רטרואספקטיבית (אלא "אקטיבית"), והיא פוגעת בזכויות מוקנות, יהיה צורך לבחון בזהירות רבה את שאלת חוקתיותה. כבר הצבעתי על היבט זה בספרות (ראה מ' דויטש קניין (כרך א, 1997) שם, בע' 243-247). לא בכדי, כפי שיפורט בהמשך, לצד הפרזומפציה כנגד הרטרואספקטיביות של חקיקה קיימת גם פרזומפציה כנגד כוונתה לפגוע בזכויות מוקנות. שתי הפרזומפציות גם יחד משקפות גישה העויינת פגיעות מעין אלה, דבר אשר ישפיע על ההכרעה החוקתית בענייננו.

28. מהם אם-כן פני הדברים בענייננו? כיצד יש לסווג חקיקה עתידית אשר תגדיל את שיעור התמלוגים המגיעים למדינה?

בענייננו, התמלוגים משולמים למדינה כנגד כך שהמדינה מאפשרת פעילות מסוימת: עריכת בדיקות, חיפוש הגז, מציאתו ושיווקו. מדובר בפעולות שונות המבוצעות על ידי

בעל הרשיון. הגדלת שיעור התמלוגים עתה תהווה, כלשונו של בית-המשפט בעניין ארביב, לעיל, שינוי רטרואספקטיבי של-

"התוצאות המשפטיות של מצבים שכבר נסתיימו או של פעולות או אירועים (מעשים או מחדלים) שנעשו או שהתרחשו לפני מועד כניסתו של החוק לתוקף."

שינוי בשיעור התמלוגים יוביל עתה לכך שהתוצאות המשפטיות של הפעולות שנעשו על-ידי דלק ואבנר תשתנינה. טרם השינוי, ההשקעות העצומות שנעשו הובילו לכך שהפקת הגז שהתגלה תוביל לתמלוגים בשיעור של 12.5%, ואילו עתה השיעור יהיה גבוה יותר. אכן, חלק מהפעולות (הפקת הגז ושיווק) יתבצע, כך יתכן, לאחר חקיקת החוק, אולם כפי שהובהר בפסק-הדין לעיל בעניין ארביב ולאור דברי פרופ' ברק כפי שצוטטו לעיל, על-מנת להעריך את ההשפעה של שינוי החוק (האם הוא חל על "פעולה" או על "מצב"), יש לבחון את תכליתו של החוק אשר עומד להשתנות. כפי שהדבר צוטט לעיל -

"אם החוק בא להטיל סנקציה (או להעניק טובת הנאה) על הפעולה שנעשתה בעבר ואשר הביאה ליצירת המצב, כי אז יש להתייחס אל הפעולה ולא אל המצב."

בענייננו, ה"מצב" של גז מופק ומשווק, עומד להיווצר כתוצאה מפעולות החיפוש וגילוי הגז. פעולות אלה עומדות בלב הפעילות הכוללת בנדון, ובהן טמון עיקר הסיכון של היזמים. כאמור לעיל, הסיכויים לגילוי גז הם מלכתחילה קלושים, ולא בכדי היה צורך להמתין שנים כה ארוכות עד אשר יזם כלשהו הגיע לגילוי הגז. היזמים נוטלים על עצמם סיכון עצום בנדון. השלבים הבאים, תהיה עלותם אשר תהיה, אינם רווי סיכון כמו השלב של החיפוש עד הגילוי. שלבים אלה, לאחר הגילוי, אינם טעונים עידוד כלשהו, שכן מסתמא הם יהיו רווחיים. שיעור התמלוגים הנוכחי משקף את מטרתו של החוק לעודד יזמים לבצע השקעה כה ספקולטיבית כחיפוש הגז. בלשון הציטוט לעיל, שיעור התמלוגים שנקבע (וליתר דיוק- ההימנעות משיעור תמלוגים גבוה יותר) "בא...להעניק טובת הנאה (וליתר דיוק, בענייננו - אך חסינות מהכבדה נוספת -מ' ד') על הפעולה שנעשתה בעבר" (פעולת החיפוש עד הגילוי). איתור תכליתו האובייקטיבית של החוק בנדון מוביל אם כן להערכה כי הגדלת שיעור התמלוגים תוביל לפגיעה בעלת אופי רטרואספקטיבי בפעילות החיפוש והגילוי, אשר אותה ביקש המחוקק לעודד.

29. יש להבחין בין חוק אשר טמון בו עידוד לפעילות נתונה, כבענייננו (בהנחה, כטענת

מי שמבקש להעלות את התמלוגים, כי שיעור התמלוגים כיום אינו גבוה), לבין חוק מסוג אחר. רמת הפסול שבשינוי שיעור התמלוגים כאשר הייתה הסתמכות על חוק שבא לעודד את הפעילות הנדונה היא חריפה יותר באופן מובהק. אין זה מתקבל על הדעת כי החקיקה תעודד בני אדם ליטול על עצמם סיכונים כבדים ביותר למען מטרה המועילה לכלל, וכאשר מתממש הסיכוי שבצד הסיכון, תבוטל הנורמה המעודדת, ויינטל הסיכוי או חלקו.

ראה S. Selinger "The Case against Civil ex post Facto Laws" 15 The Cato Journal, no. 2-3 (1995-6)

דומה כי שיקולי הגינות בסיסיים תומכים בכך שלא יתאפשר כעת שינוי הפוגע בזכויות המוקנות בנדון. אם בדרך כלל שינוי "כללי המשחק" לאחר שהתוצאות נודעו נתפס כבלתי-הוגן, קל וחומר הדבר בענייננו, בהינתן הסיכון העצום שהיה כרוך ביוזמה, והיעדר מימון כלשהו מצד המדינה.

30. לתוצאה דומה, הרואה שינוי חקיקה שיתבצע בנדון כשינוי רטרופקטיבי בעייתי ביחס לרשיונות האמורים של דלק ואבנר, נגיע אם נזכור את האופי של המודל החקיקתי בענייננו, כמעצב מעין "עסקה" בין היזם לבין המדינה. כנזכר לעיל, על-פי הסיווג שנערך על ידי פרופ' ברק, כמצוטט לעיל, הוספת חובות לחוזה קיים, באמצעות חקיקה חדשה, נתפסת כחקיקה רטרופקטיבית. הציפייה הסבירה היא כי המערך המשפטי המגדיר את הסיכויים והסיכונים לא ישתנה במהלך הצעידה בתלם הקבוע בחוק.

31. בנוסף להוראות בחוקה האמריקאית העוסקות בנטילה שלטונית, כמפורט בהמשך, קיימת בחוקה הוראה המטילה על ה-States איסור לחוקק חקיקה "impairing the obligation of contracts" (1st article, cl. 10). הוראה זו נועדה מלכתחילה לחול באופן זמני, בהקשר לשאלות של סחר בין ה-States, ונפקויותיה עומעמו ונחלשו בעידן המודרני. כובד המשקל במקרים של פגיעה בזכויות חוזיות עבר להוראות בחוקה האוסרות על taking ללא פיצוי הולם, ולאיסור על פגיעה בקניין ללא due process. עם זאת, לענייננו טמון עניין בפרשנות שניתנה בעבר למושג ה"contract" בהוראה זו. יש בכך כדי לסייע לאיתור התשתית הרעיונית להגדרת אינטרסים הראויים להגנה מפני פגיעה חוקתית, ולאיתור הסיווג של המקרה בענייננו. כך נאמר בספרות האמריקאית לגבי רשיונות, תוך ראייתם כחוזה הראוי להגנה מפני חקיקה המבקשת לפגוע בהם:

"Notwithstanding some difference of opinion it may now be regarded as settled law that it is within the power of the legislature, when not forbidden by the organic law of the State, to grant to a corporation exclusive rights and privileges in the pursuit of its business, and that such grant constitutes a contract which no

subsequent legislature can revoke or impair."

(H. Campbell Black An Essay on the Constitutional Prohibitions against legislation Impairing the Obligation of Contracts, and against Retroactive and Ex Post Facto Laws (1887)

Black מצטט (בע' 62-63) אמירה מאלפת המופיעה בפסק הדין בעניין Bighamton Bridge 3 Wall. 51, והקובעת כך:

"The legislature, therefore, says to public-spirited citizens: 'If you will embark, with your time, money and skill, in an enterprise which will accommodate the public necessities, we will grant to you, for a limited period, or in perpetuity, privileges that will justify the expenditure of your money and the employment of your time and skill: such a grant is a contract, with mutual considerations, and justice and good policy alike require that the protection of the law should be assured to it.'

(הדגשות נוספו-מ' ד')

דברים אלה תואמים היטב את ענייננו ואת המדיניות הראויה. יש לראות בעסקת הרשיון, במקרה מעין זה, כעסקה כוללת הראויה להגנה מפני שינויים חקיקתיים פוגעים.

32. תפיסה זו בדבר קיומה של "עסקת רשיון" כוללת, בנסיבות מעין אלה, אשר העקרונות החוקתיים יפסלו את "פתיחתה" בדיעבד, מגיעה לידי ביטוי מעניין גם בדברים הבאים שנאמרו על-ידי Black, לעיל, בע' 75-76:

"But if the Charter provides that the corporation shall pay to the State a certain percentage on its stock or profits, which shall be in lieu of all taxes to which the company or its stockholders would otherwise be subject, this is an express renunciation by the State of the right to impose further duties, and a subsequent act increasing the measure of taxation is unconstitutional."

הדברים אמורים ביחס למיסוי, אולם עקרון ההדדיות יפה, ואף ביתר שאת, לסוגיית התמלוגים.

33. הספרות מצביעה על כך, שבמצבים של פעילות נמשכת, אין להשלים עם חקיקה הפוגעת בזכויות, כאשר המשך הפעילות הנדונה נשען על מיתווה המוגדר וקבוע מראש. מיתווה מוגדר כזה אינו חייב להישען על חוזה דווקא, ודי בכך שהוא מושתת על מיתווה המוגדר בדין.

כך נאמר בנדון על-ידי Selinger, לעיל:

"The second type of ex post facto law that is particularly objectionable is where the future actions that are affected are well-articulated. If they are well-defined, there is not a problem of whether there is any abuse of the system if an individual claims that his prior plans (extending into the future) were frustrated.

One way for the plans to be well-defined is through a contract. This is one attractive feature of the contracts clause, which *Calder* rightly recognized as containing a prohibition on a certain kind of ex post facto laws. Although the contracts clause prohibits ex post facto laws on actions that have not been completed, at least there is a contract that spells out what the future contemplated actions are. Hence, because we know what these actions are, via the contract, there is less potential for abuse (for example, abuse by someone trying to feign that they were wrongfully affected when they actually were not). A contract is not the only way to set forth the future course of action. Instead, an edict for the future can come directly from the government as can be seen by California Government Code st66474.2, California's recent move to prohibit retroactive zoning laws after an individual has applied for a subdivision permit."

(ההדגשה נוספה – מ' ד').

ואכן, גם בענייננו מדובר במיתווה כולל של זכאות, המוגדר מראש בחוק. מיתווה כזה קיים משעה שהתקבל רשיון. כאמור, בעל רשיון שמצא גז זכאי, כעניין שבדין, ללא שיקול דעת מינהלי, לקבל "חזקה", לנצל את התגלית ולשווק את הגז.

34. שאלה היא מהו המועד המדויק שבו נוצרת אותה "עסקה", או מתבצעת אותה פעילות, אשר בהינתן תכלית החוק לעידודה, הגדלת שיעור התמלוגים תהפוך לבעלת אופי רטרוספקטיבי בכל הנוגע לפעילות זו.

דעתי היא כי המועד לכך הוא מועד קבלתו של רשיון החיפוש. משעה זו ואילך, מודל התמריצים והחובות הנגדיות מתחיל את פעלו העוצמתי. זהו השלב שבו נוצרות הציפיות וההסתמכויות הרלוונטיות. כאמור, משעה שמלאכתו של היזם צולחת ומתקיים גילוי, יש חובה להעביר אליו "חזקה". קיימת אם כן בידי בעל הרשיון זכות ממשית להגיע ל"סוף הדרך", ללא שיקול דעת מינהלי נוסף – הכל, כמובן, בהנחה שהוא מגיע לתגלית. היזם מצפה ומניח באופן לגיטימי כי מעת קבלת הרשיון, כש"המירוץ" מתחיל, מתגבשים נתוני העסקה והוא יחתור להגיע ליעד ויבצע השקעות על יסוד פרמטרים ידועים מראש. שינוי התנאים לאחר שהדבר צולח בידיו מהווה פגיעה חריפה ובלתי הוגנת באינטרס לגיטימי וראוי. זו לדעתי פגיעה רטרוספקטיבית מובהקת, על-פי מהותה וסיווגה.

35. בעקבות המסקנה שאליה הגעתי, שלפיה הגדלת שיעור התמלוגים עתה תהווה פגיעה רטרוספקטיבית בדלק ובאבנר, יש לבחון את התייחסותו של המשפט החוקתי לפגיעות מעין אלה, וכך ייעשה להלן. כפי שנצביע, גם אלמלא הפגיעה הייתה נתפסת כרטרוספקטיבית, אלא "רק" כפגיעה בזכויות מוקנות, היא לא הייתה לגיטימית. דהיינו, המימצא שאליה הגעתי ביחס לסיווג אינו חיוני למסקנה הסופית. יחד עם זאת, סיווג זה מוסיף כוח משכנע למסקנה הנדונה.

חזקת אי-הרטרוספקטיביות וחזקת אי-הפגיעה בזכויות מוקנות

36. תורת המשפט מציבה חזקות פרשניות כנגד הרטרואקטיביות (ובוודאי כנגד הרטרואקטיביות) של חקיקה, כמו גם כנגד הכוונה לפגוע בזכויות מוקנות. הגם שמדובר בחזקות פרשניות בלבד, הן משקפות מדיניות משפטית המשליכה גם על שאלת החוקתיות של נורמות אלה.

כך, ציין הנשיא ברק בעניין ארביב, לעיל (בפיסקה 9 לחוות דעתו):

"החזקה (הפרוזומפציה) הינה, כי חוק אינו פועל למפרע. זהו "כלל של פרשנות"... הוא יונק את כוחו מהגישה, כי חקיקה למפרע נוגדת עקרונות יסוד של השיטה, ואין להניח, כי המחוקק ביקש להשיג תכלית העומדת בניגוד לעקרונות יסוד אלה. ...חקיקה רטרואקטיבית או רטרוספקטיבית נוגדת מושגים מקובלים של צדק" (ע"פ 290/63 [19], בעמ' 577, 579 (השופט ח' כהן)), והחזקה נגד חקיקה זו דרושה למען עשיית צדק. עקרון שלטון החוק דורש ודאות וביטחון ביחסים הבין-אישיים. חקיקה למפרע פוגמת בשני אלה. היא מבלבלת "סדרי בראשית" (בלשונו של השופט זילברג בבג"צ 98/53 [20], בעמ' 613). היא אינה מאפשרת תכנון מראש של ההתנהגות, ולפיכך גם פוגעת ביציבות המשפט עמד על כך השופט אשר, באומרו:

"...בבואנו לפרש את כוונותיו של המחוקק, עלינו לזכור כי אינטרסים חברתיים שונים משפיעים על היווצרותו של חיקוק... כשמדובר בתחולתו הרטרואקטיבית של חיקוק; כי אז האינטרס הציבורי אשר

חשיבותו עולה על כל האחרים הוא האינטרס שבבטחון וביציבות המשפטיים... (בג"צ 122/73 [21], בעמ' 280).

אכן, מטרתו של חוק היא לכוון התנהגות אנושית. החוק נועד לקבוע מותר ואסור. החוק, מעצם מהותו, מכוון לפעולות עתידיות. אין כל משמעות לכוון היום פעולה שנעשתה אתמול... חקיקה למפרע פוגעת בתפיסות יסוד חוקתיות. היא פוגעת בעקרון שלטון החוק, בוודאות המשפט ובביטחון הציבור בו. היא פוגעת בעקרונות היסוד של צדק ושל הגינות ובאמון הציבור במוסדות השלטון."

(ההדגשות נוספו – מ' ד').

אכן, דברים כדורבנות, המתייחסים גם לפגיעה ב"תפיסות יסוד חוקתיות", בעקרון שלטון החוק, וב"מושגים מקובלים של צדק", תוך בלבול "סדרי בראשית". "האינטרס הציבורי אשר חשיבותו עולה על כל האחרים הוא האינטרס שבבטחון וביציבות המשפטיים". נזכור דברים אלה כאשר נבחן את האינטרס הציבורי בענייננו, בהמשך חוות הדעת. יודגש, כי הדברים המצוטטים לעיל מתייחסים גם לתחולה רטרואקטיבית של חקיקה, ולא רק לתחולה רטרואקטיבית.

37. עוד נאמר בדנג"צ 9411/00 ארקו בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון (19/10/09):

"חזקה היא במשפטנו כי ככלל, תכליתו של דבר חקיקה הינה לצפות פני עתיד, ואין הוא חל למפרע. חזקה זו, חזקת אי-הרטרואקטיביות של החקיקה, מושרשת היא בעקרונות היסוד של משפטנו משכבר הימים (ראו: ע"א 27/64 בדר נ' לשכת עורכי הדין - בישראל, פ"ד יח(1) 295, 300 (1964); רע"א 7678/98 קצין התגמולים נ' דוקטורי ([פורסם בנבו], 20.6.2005), בפסקה 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; רע"א 7028/00 אי.בי.אי ניהול קרנות נאמנות (1978) בע"מ נ' אלסינט בע"מ ([פורסם בנבו], 14.12.2006), בפסקה 13 לפסק דינו של הנשיא ברק (להלן: פרשת אלסינט); בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 258 (2004); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה (1993) 617-619; רענן הר-זהב המשפט המינהלי הישראלי (1996) 203-204)). הטעם שביסוד חזקה זו הינו כי "חקיקה למפרע פוגעת בתפיסות יסוד חוקתיות. היא פוגעת בעקרון שלטון החוק, בוודאות המשפט ובביטחון הציבור בו. היא פוגעת בעקרונות היסוד של צדק ושל הגינות ובאמון הציבור במוסדות השלטון" (עע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, 777 (1992). ראו גם פרשת אלסינט, בפסקה 13 לפסק הדין; רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ראשון 311 (מהדורה שישית, 2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה))."

38. החזקה האמורה טבועה עמוק גם בדין האמריקאי. ראה, למשל, Bowen v. Landgraf v. U.S. Film Prods., 488 US 204, 208 (1988), וכן: Georgetown, 511 US 244, 265-266 (1994).

"As JUSTICE SCALIA has demonstrated, the presumption against retroactive legislation is deeply rooted in our jurisprudence, and embodies a legal doctrine Elementary considerations of fairness dictate that centuries older than our Republic. individuals should have an opportunity to know what the law is and to conform their For that conduct accordingly; settled expectations should not be lightly disrupted. reason, the "principle that the legal effect of conduct should ordinarily be assessed under the law that existed when the conduct took place has timeless and universal (SCALIA, J., concurring). In a free, dynamic *Kaiser*, 494 U.S. at 855appeal." society, creativity in both commercial and artistic endeavors is fostered by a rule of law that gives people confidence about the legal consequences of their actions."

39. כאמור לעיל, לא אחת התייחסה הפסיקה לפגיעה בזכויות מוקנות, כפגיעה "רטרוספקטיבית". הנשיא ברק הסתייג מתפיסה זו, וסובר כי פגיעה בזכויות מוקנות אינה בהכרח פגיעה רטרוספקטיבית. יחד עם זאת, גם הוא מכיר בכך שקיימת פרזומפציה חשובה גם כנגד פגיעה בזכויות מוקנות. הוא מציין כי:

"אמת, חזקה על חוק שאינו בא לפגוע בזכויות מוקנות. זוהי חזקה חשובה, העומדת על רגליה שלה ונגזרת מזכויות אדם בסיסיות."

(עניין ארביב, לעיל, בע' 785).

ההבחנה שהנשיא ברק דוגל בה נעוצה בהנחתו כי בכל הנוגע לשיקול של וודאות ויציבות, שיקול זה נפגע יותר כאשר ההחלה של הדין החדש היא רטרוספקטיבית, מאשר במקרה של החלה אקטיבית הפוגעת בזכות מוקנית. זאת, מבלי לגרוע מכך שגם לדעתו, כמצוטט לעיל, ההגנה על זכויות מוקנות מושתתת על שיקולים חוקתיים בעלי עוצמה. החזקה, כדבריו, "נגזרת מזכויות יסוד בסיסיות". ספק אם הנחתו של ברק לעניין עוצמת הפגיעה השונה בנושא הוודאות, בשני סוגי המצבים, היא מוצדקת. מכל מקום, אין היא חלה בענייננו. כך, ברק רואה כפגיעה אקטיבית מקרה של חוק חדש אשר יחייב התקנת מעלית בבניין ישן. הוא מכיר בכך שקיימת בנדון פגיעה בזכויות מוקנות (מבלי שיביע דיעה בדבר חוקתיותו של חוק כזה), אך סובר שהפגיעה אינה רטרוספקטיבית (ברק פרשנות במשפט-פרשנות החקיקה, בע' 635). יתכן שהצדק עמו בשאלת הסיווג במקרה מעין זה. אולם הדבר נובע מכך שכאשר אדם הוא בעלים של דירה, אגד האינטרסים בנדון הוא מסוגים שונים, משך הקיום של הבעלות הוא נצחי, וברור כי הציפיות הסבירות לכך שלא תהיה פגיעה מתונה כזו או אחרת בעתיד בזכות הבעלות, כתוצאה

מחקיקה עתידית, הן מופחתות. בענייננו, המומנט המרכזי הוא בכך שהגדלת שיעור התמלוגים תשמיט את הקרקע מתחת לשיקולים שעמדו בבסיס הפעילות של ההשקעות בזמנו. כמפורט לעיל, הסיווג הנכון של הפגיעה בענייננו יהיה מן הסוג של פגיעה רטרוספקטיבית. אך גם בהתעלם מכך, בוודאי לפנינו פגיעה בזכויות מוקנות המלווה גם בפגיעה חריפה בוודאות וביציבות, המשמיטה את הקרקע מתחת לשיקולים שהובילו להשקעות של סכומי-עתק. יהיה הסיווג בענייננו אשר יהיה, הרציונלה להשקפה אשר אינה אוהדת מהלך מעין זה מתקיימת במקרה זה כפי שהיא מתקיימת בחקיקה רטרוספקטיבית.

פסקת ההגבלה – עקרונות כלליים

הקדמה

40. הגדלת שיעור התמלוגים תהווה אם כן בענייננו פגיעה בזכויות הקניין של דלק ואבנר. זו תהיה פגיעה בזכות מוקנית, וכמנותח לעיל, אף פגיעה רטרוספקטיבית. עתה אבקש לבחון את שאלת חוקתיותו של מהלך מעין זה. אזכיר תחילה בתמצית מספר עקרונות-יסוד בביקורת החוקתית, ובהמשך איישם את הדין על המקרים של פגיעות רטרוספקטיביות בכלל, ועל הפגיעה בענייננו בפרט.

הלימות לערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית- כללי

41. ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית כוללים, כחלק מהרכיב הדמוקרטי, את כיבוד שלטון החוק, לא רק ברמה הפורמלית של המושג אלא גם ברמה המהותית.

הרמה המהותית של שלטון החוק כוללת, כאחד הרכיבים, את התפיסה כי אין לחוקק חוק אשר נועד לחול למעשה באופן פרטני על בני אדם מסוימים, להבדיל מתחולה כללית (ראה א' רובינשטיין, לעיל, בע' 286-288). בענייננו, החלה של הגדלת שיעור התמלוגים על בעלי רשיונות קיימים, אשר הגיעו לתגלית או "מעין תגלית" (ראה בהמשך), היא בפועל החלה אינדיווידואלית על דלק ואבנר והשותפים לחיפושי הגז. אכן, כבר עמדו בספרות על כך שהחלה רטרוספקטיבית של חקיקה עלולה לפגוע להיות בעלת אופי אישי, לאור הידיעה של המחוקק על מי בדיוק יחול החוק (ראה D. Troy, Retroactive Legislation (1998), בע' 19-20).

מעבר לכך, אחד הערכים היסודיים של דמוקרטיה הוא התנהלות שלטונית הוגנת כלפי

הפרט. שינוי "כללי המשחק" עתה, אם יתרחש, יהווה פגיעה בערך יסודי זה. על חובת ההגינות המוגברת המוטלת על המדינה אין צורך להכביר מלים.

ואמנם, אחד הנימוקים המרכזיים המועלים כנגד החלה רטרוספקטיבית של שינויי חקיקה טמון בשיקולי הגינות, תוך הבנה כי שינויים מעין אלה פוגעים ב"כללי המשחק" ההוגנים ובחובתו של השלטון כלפי הפרט (ראה להלן). בית-המשפט העליון כבר ציין במפורש, כמצוטט לעיל (בעניין ארביב ובפסיקה נוספת שאליה מפנה פסק הדין), כי חקיקה רטרוספקטיבית פוגעת בשלטון החוק.

בצד כך, חלק אינטגרלי משלטון החוק הוא קיום וודאות ויציבות משפטית (עניין ארביב, לעיל, וכן א' רובינשטיין, לעיל, בע' 304, 308). חקיקה רטרוספקטיבית פוגעת בערכים אלה באופן חריף.

כך מוסיף ומציין פרופ' א' רובינשטיין, לעיל, בע' 311:

"אחת הדרישות העיקריות הנובעות מעקרון שלטון החוק היא האיסור על החלה למפרע של החלטות שלטוניות. החלה למפרע פוגעת ביכולת התכנון וההסתמכות של הפרט, ולפיכך בתחושת הבטחון שלו. החלה למפרע יוצרת חשש לשרירותיות בהפעלת סמכויות שלטוניות, והיא פוגעת בשאיפה לוודאות וליציבות. מכאן ההכרה באיסור על חקיקה למפרע כעקרון יסוד בחוקות רבות בעולם."

(ההדגשה נוספה- מ' ד')

"תכלית ראויה"- כללי

42. התכלית של חקיקה חדשה אשר תעלה את שיעור התמלוגים, אם תתקבל חקיקה כזו, תהיה להגדיל את הקופה הציבורית ממשאבי הגז הטבעי. מהם המבחנים הכלליים להכרעה בשאלה אם תכלית נתונה היא ראויה, בהקשר החוקתי?

מציין פרופ' א' ברק :

"מהי 'תכלית ראויה'? נראה לי כי ניתן לומר שתכלית ראויה היא תכלית שנועדה להגשים זכויות אדם, או תכלית שנועדה להגשים מטרות חברתיות חשובות לקיומה של מסגרת חברתית שמכירה בעליונותן החוקתית של זכויות האדם, ובצורך היסודי להגן עליהן.

על פי אמת-מידה זו, לא כל תכלית שתועלתה החברתית בצדה (על פי המודל התועלתני) או שנתקבלה על פי הצבעת הרוב (על פי מודל שלטון הרוב) מקיימת את הדרישה ל'תכלית ראויה'. כדי שתכלית תועלתנית, המקובלת על הרוב הפוליטי תהא 'ראויה', היא צריכה להיות מכוונת להגשמת יעדים חברתיים חשובים, אשר השגתם עולה בקנה אחד עם אופייה של החברה כמגינה על זכויות אדם."

(א' ברק פרשנות במשפט-פרשנות חוקתית, בע' 525).

ברי אם כן כי התכלית התועלתנית להשאת העוגה הציבורית אינה מספקת כלל ועיקר (לשאלה אם אמנם האינטרס הציבורי יקודם בענייננו כתוצאה ממהלך של הגדלת שיעור התמלוגים אתיחס בהמשך). התכלית צריכה להתיישב עם קידום זכויות היסוד – בענייננו, זכות היסוד של דלק ואבנר לקניין.

ועוד, ברוח זו:

"אכן, חברה אשר מעמידה בראש סולם ערכיה המוגנים זכויות אדם, צריכה להיות מוכנה לשלם עבורן. הרטוריקה של זכויות אדם צריכה להיות מכוסה במציאות המעמידה זכויות אלה בראש סולם העדיפויות הלאומי. הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית."

(ברק, שם, בע' 528).

לתפיסה כי שיקולים תקציביים כלליים, לא די בהם כשלעצמם על-מנת להצדיק את הפגיעה בזכות לקניין, ראה גם בר"מ 3781/04 הועדה המקומית נתניה נ' הר (7/8/06).

43. ברוח זו פסק הנשיא ברק בעניין עדאללה, להלן, בפסקה 28 לחוות דעתו, בעקבות פסיקה קודמת שלו:

"שאלת התכלית היא סבוכה. לענייננו, די אם נקבע כי התכלית שיש להתחשב בה היא תכליתו הדומיננטית של החוק (ראו בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 264; להלן – פרשת מנחם). תכלית זו צריכה להיות "ראויה" בהקשר של פגיעה בזכויות האדם (ראו פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 548; פרשת עדאלה (פסקה 61 לפסק דיני)). מאפייניה של התכלית הראויה הינם כי היא "נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה

של המדינה ככלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל" (ראו פרשת עדאלה, פסקה 62 לפסק דיני). מבחינת הצורך בהגשמת התכלית, הדין הוא כי צורך זה משתנה על פי מהותה של הזכות ומידת הפגיעה בה (ראו פרשת צמח, עמ' 273; פרשת מנחם, עמ' 258; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 52). כאשר הפגיעה היא בזכות מרכזית – כגון החיים, החירות, כבוד האדם, הקניין, הפרטיות – התכלית צריכה להגשים מטרה חברתית מהותית, או צורך חברתי לוחץ (פרשת עדאלה, פסקה 63).

הדרישה אם כן היא לקיום "צורך חברתי לוחץ" או "מטרה חברתית מהותית", תוך רגישות הולמת לזכויות האדם. כמפורט להלן, רגישות כזו מחייבת הימנעות מפגיעה רטרופקטיבית בקניינו של אדם, אשר השלכותיה על ערכים בסיסיים היא חמורה במיוחד.

דרישת המידתיות-כללי

44. מבחן המידתיות של הפגיעה בזכות היסוד מורכב משלושה מבחני-מישנה:

המבחן הראשון בודק את מידת ההתאמה של האמצעי שנבחר, לתכלית המבוקשת:

"הפגיעה אינה נדרשת אם האמצעי שבחר המחוקק אינו מתאים להשגת המטרה. נדרש קשר של התאמה (fit, geignet) בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי צריך להיות גזור להשגת המטרה. האמצעי צריך להוביל, באופן רציונלי, להגשמתה של המטרה (מבחן האמצעי המתאים או האמצעי הרציונלי)."

(ברק, פרשנות במשפט-פרשנות חוקתית, לעיל, בע' 536).

שני מבחני-המישנה הנוספים בנושא המידתיות בוחנים אם ניתן להשיג את המטרה על-ידי אמצעי אחר, שפגיעתו בזכויות האדם פחותה, ואת היחס בין עוצמת הפגיעה בפרט לבין התועלת הצומחת מהפגיעה (ראה, למשל, עניין ארקן, לעיל. כן ראה ברק, שם, בע' 536).

מבחן המישנה השלישי, באשר ליחס בין עוצמת הפגיעה לבין התועלת, ממקד אליו במידה רבה את מרכז האיזונים החוקתיים, בין המטרה הציבורית העומדת על הפרק לבין האינטרס הפרטי.

45. הפסיקה הצביעה לא אחת על החשיבות בעמידה על כך שפגיעה בקניינו של אדם לא תיעשה באופן בלתי-מידתי. כך, למשל, נאמר בעניין דינר (ע"א 3535/04 דינר נ' מ"י 27/4/06, בפסקה 7 לפסה"ד) כי-

"...פגיעתו של החוק הייתה ללא ספק קשה עוד יותר מהפגיעה ממנה נפגע, בדרך כלל, בעל מקרקעין שמקרקעיו מופקעים על-פי פקודת הקרקעות. זאת, משום שחוק הרכישה אפשר את הכשרתה הרטרואקטיבית של תפיסת חזקה במקרקעין על ידי המדינה, שככל הנראה נעשתה (לפחות בחלקה) בהעדר הסמכה בדין." ובהמשך:

"את אופיין החמור של הוראות חוק הרכישה ואת אי השימוש בהסדרי הפקעת המקרקעין הקבועים בפקודת הקרקעות ניתן להבין רק באספקלריה של הנסיבות ההיסטוריות הייחודיות של ראשית ימיה של המדינה; על רקע צרכי התקופה ובעת שקרקעות ננטשו על ידי בעליהן עקב אירועי המלחמה. נסיבות היסטוריות אלה הביאו לחקיקתו של חוק הרכישה שהוראותיו פוגעות ניכרת בזכות הקניין, ואין ספק כי כיום חקיקה מעין זו לא הייתה עומדת במבחן החוקתיות; חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992 מבטאת את שינוי סדרי העדיפויות החברתיים, ובהם מתן משקל רב יותר לזכויות היסוד של הפרט אל מול האינטרסים של המדינה. אחד מענפי המשפט שהושפעו במיוחד ממעמדה החוקתי של זכות הקניין לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הינו דיני ההפקעות. בפסיקתו של בית משפט זה נקבע כי ההפקעה כפופה למבחן המידתיות ואין להפקיע מקרקעין אם ניתן להגשים את מטרת ההפקעה באמצעי פחות בזכות הקניין (בג"ץ 3956/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' ראש הממשלה (לא פורסם), פסקה 6 לפסק הדין; ע"א 396/98 מדינת ישראל נ' פז חברת נפט בע"מ, פ"ד נח(3) 145, 150-151); כך גם נקבע כי דין ההפקעה להתבטל, משתם הצורך הציבורי במקרקעין המופקעים...עוד נקבע כי בעל מקרקעין שהופקעו במלואם זכאי לפיצוי מלא על שווי המקרקעין (ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629).

(ההדגשה נוספה- מ' ד').

46. גם כאשר מתאפשרת פגיעה כלשהי בזכות מוקנית, תוך החלה אקטיבית של החוק החדש, דרישת המידתיות מחייבת הקניית משקל הולם להגנה על הזכויות שצמחו טרם התיקון. כך, טבעי הדבר שכאשר מסדירים מחדש תחום עיסוק (כגון מנהלי השקעות בניירות ערך), הסדרה מעין זו תחול גם על עוסקים ישנים. ברם, אין זה מידתי להחיל על עוסקים ותיקים אותן דרישות כמו על עוסקים חדשים. ואכן, ביהמ"ש פסל כבלתי-מידתיות את הוראות המעבר בחוק שהסדירו את התחום של ניהול השקעות.

ראה בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר (24/9/97).

העקרונות ליישום פסקת ההגבלה בענייננו

כללי

47. כיצד יש להתייחס לפסקת ההגבלה, ברמה הכללית, כאשר מדובר בחקיקה רטרואקטיבית, או חקיקה הפוגעת בזכויות מוקנות? כיצד יש ליישם עקרונות אלה בענייננו? תחילתם של דברים כבר נזכרו לעיל, ועתה נערוך ניתוח בנדון, לאור פסקת ההגבלה. בהינתן העובדה כי רכיביה השונים של פסקת ההגבלה שלובים זה בזה, ופרופוזיציות שונות ניתנות ליישום הן במסגרת רכיב אחד והן במסגרת רכיב אחר, אבחן את יישום רכיביה השונים של פסקת ההגבלה בצוותא חדא. בסופו של דבר, נדרש איזון הולם בין המטרות הציבוריות, בינן לבין עצמן, ובין מטרות אלה לבין האינטרס הפרטי, בהתחשב בערכים שביסוד השיטה הישראלית. בשלב זה של הדיון ינותחו מבחנים שונים המשליכים על סוגייתנו, תוך הוספת הערות על השלכות אפשריות של מבחנים אלה להקשרנו. בפרק הבא – פרק המסקנות, נסכם את מימצאינו באשר למצב המשפטי בשאלת העלאת התמלוגים בנושא הגז הטבעי, לאור הלקח המצטבר מהדיון בתפיסות החוקתיות המוצגות בחוות דעת זו.

48. כבר נאמר בעניין ארביב, כנזכר לעיל, כי חקיקה רטרואקטיבית פוגעת בשלטון החוק. המשמעות היא ניגוד לערכי המדינה כמדינה דמוקרטית, במסגרת פסקת ההגבלה. ראה גם דבריו של פרופ' א' רובינשטיין, שצוטטו בסעיף 41 לעיל.

וכך נאמר גם בבג"צ 1149/95 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד נד(5) 547, בפסקה 10:

" בעיקרון, פוגעת חקיקה רטרואקטיבית בשלטון החוק. היא פוגעת באינטרסים לגיטימיים של האזרחים. היא פוגעת בתכלית החוק כמכוון התנהגות. היא פוגעת בכללי משחק הוגנים. היא מטילה עלויות כלכליות בכרסמה בציפיות ובהסתמכות על חקיקה קיימת (ראה *D.E. Troy Retroactive Legislation* [17], at pp. 17-24). בצדק ציין הנשיא ברק, כי:

"חקיקה למפרע פוגעת בתפיסות יסוד חוקתיות. היא פוגעת בעקרון שלטון החוק, בוודאות המשפט ובביטחון הציבור בו. היא פוגעת בעקרונות היסוד של צדק ושל הגינות ובאמון הציבור במוסדות השלטון" (ע"א 1613/91 הנ"ל [1], בעמ' 777).

יפים דבריו של פולר:

"...a retroactive law is truly a monstrosity. Law has to do with the governance of human conduct by rules. To speak of governing or directing conduct today by rules

that will be enacted tomorrow is to talk in blank prose" (L.L. Fuller *The Morality of Law* [18], at p. 53).

על־כן מן הראוי להימנע מחקיקה רטרואקטיבית ככל האפשר. מן הראוי כי חקיקה כזו תיעשה במקרים חריגים. אך אין באלה כדי לקבוע כי חקיקה רטרואקטיבית כשלעצמה פסולה היא בכל מצב ובכל הנסיבות (ראה בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור (להלן – פרשת זנדברג [13]), בעמ' 818-817). יש לבחון כל חקיקה לגופה על־פי נסיבות העניין ולבדוק אם היא עומדת במבחן הסבירות. בבחינת סבירות דבר החקיקה יש לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים, וביניהם מידת ההסתמכות על החוק הישן, מטרת ההחלה הרטרואקטיבית, מידת ההחלה הרטרואקטיבית, מידת הפגיעה בזכויות מוקנות וכל שיקול רלוונטי."

49. אכן, מקרים חריגים שבהם יש מקום לחקיקה רטרואקטיבית כוללים מקרים של *de minimis*, או מצבים שבהם החלה לאחור של חקיקה נועדה לתקן טעות אשר ביהמ"ש רואה אותה כבעלת אופי טכני, מבלי שהתיקון פוגע בציפיות הכפופים לחוק באותה שעה. בעניין ארקן הנזכר לעיל דובר בשגגה ביחס לחישוב הפרשי הצמדה. דוגמה אחרת היא עניין זנדברג, הנזכר במובאה האמורה, ואשר התייחס לצורך באישור של שר האוצר להעלאת אגרת טלוויזיה, בתקופה ששררה הקפאת המחירים במשק. ביהמ"ש הכשיר חוק שאישרר העלאה שנגדה את דיני ההקפאה, וזאת לאור כך שהוא ראה את אישור שר האוצר כעניין טכני, וסבר כי מחזיקי המקלטים לא נפגעו בציפיותיהם שכן הניחו כי הגבייה הנעשית היא כדין. זהו גם מקרה שבו הסכומים הנדונים אינם גבוהים (ביחס לכל נפגע) (לביקורת על פסק הדין ראה מ' דויטש קניין (כרך א, 1997), פרק 4).

גם בדין האמריקאי רואים חקיקה רטרואקטיבית כסבירה כאשר מטרתה היא תיקון טעות בחקיקה או בפסיקה (דהיינו, חקיקה שהיא "curative" באופייה) (כמובן, יש להבחין בין תיקון טעות מלכתחילה לבין שינוי מדיניות). כן רואים כסבירה חקיקה רטרואקטיבית המוסיפה הבהרה לדין או העוסקת בתחום התרופתי או הדיוני (ראה Laitos, לעיל). מקרים לגיטימיים נוספים עשויים להיות חקיקה הדרושה לצורך הגנה על בריאות הציבור או על המוסר הציבורי (ראה Black, לעיל, מע' 82 ואילך, וכן בע' 220-221). אין בין מצבים מסוג זה לבין המקרה הנדוננו ולא כלום.

50. לא מכבר נדרש ביהמ"ש העליון למעמדם של כללים רטרואקטיביים, ולא חסך שבטו מחוסר הלגיטימיות של כללים מעין אלה. בבג"צ 1398/07 לביא נ' משרד החינוך (10/5/10) נאמר:

"הנה כי כן, בעיקרון, על שינוי מדיניות לחול מעתה והלאה ולהיות צופה פני עתיד ולא פני עבר... כדברי השופט – כתוארו אז – א' ברק:

"חקיקה למפרע פוגעת בתפיסות יסוד חוקתיות. היא פוגעת בעקרון שלטון החוק, בוודאות המשפט ובביטחון הציבור בו. היא פוגעת בעקרונות היסוד של צדק ושל הגינות ובאמון הציבור במוסדות השלטון" (עע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, 777 (1992)(להלן: עניין ארביב)).

החלת הוראה חדשה על התנהגות שהסתיימה טרם שנכנסה ההוראה החדשה לתוקף, או שינוי של תוצאה משפטית המתייחסת לפעולה שנעשתה בעבר – לא רק שהיא פוגעת בתחושות של צדק והגינות, אלא שהיא פוגמת בוודאות, בביטחון וביציבות המשפט ואינה מאפשרת תכנון ראוי מראש של ההתנהלות הרלבנטית (ראו: עניין ארביב, 776; זמיר, 964).

הסלידה מתחולה למפרע קיימת לא רק ביחס לחקיקה וחקיקת-משנה, אלא גם ביחס למדיניות ולהוראות מינהליות. כדברי השופט י' זמיר:

'אכן, בדרך-כלל רשות מינהלית רשאית לשנות מדיניות, אך השינוי במדיניות צריך לחול מכאן ולהבא, ולא למפרע... נקודת המוצא היא שתחולה למפרע חשודה כפסולה (בג"ץ 7691/95 שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5) 577, 598 (1998)(להלן: עניין שגיא)).'

על כן, מקום בו הרשות המינהלית מעוניינת להחיל שינויים באופן רטרואקטיבי, עליה להצביע על נימוק מיוחד וכבד משקל המצדיק זאת (ראו: בג"ץ 5060/96 קהלני נ' ראש הממשלה, פ"ד נד(3) 270, 281-282 (2000)(להלן: עניין קהלני)).

ומוסיף עוד בית-המשפט, בפיסקאות 24-25:

"בעת קבלת ההחלטה על תחולה רטרואקטיבית של מדיניות חדשה, על הרשות להידרש במיוחד לשאלה האם השינוי צפוי לפגוע באופן קשה במי שהסתמך על המצב המשפטי הקודם, באופן שהחלת המדיניות המתקנת לגביו הופכת לבלתי-צודקת, או בלתי-סבירה באופן קיצוני (דותן, 173). אמנם, אין לאדם זכות מוקנית בכך שמדיניות עליה התבסס – תימשך, ואף אין לאדם ערובה כלשהי כנגד אי-שינוי המדיניות....

יחד עם זאת, מטבעם של דברים, אדם נוטה להסתמך על המצב הקיים, ורשאי לצפות כי כל שינוי יונהג בסבירות, במידתיות ובהגינות (ראו: עניין מוניץ, 470-471; עניין מרדי, 551; עניין בנאי, 594). משום כך נפסק עוד משכבר הימים כי על החלטות מינהליות בדבר תחולה בדיעבד לעמוד לביקורת על פי מבחנים של סבירות ולאחרונה גם של מידתיות ...

סיכומם של דברים: גם במקרה בו שינויה של מדיניות מינהלית נעשה במסגרת סמכותה של הרשות, על יסוד שיקולים ענייניים ולצורך תכלית ראויה, עצם החלת השינוי למפרע על מי שכלכל את צעדיו לאור המדיניות הישנה – עשויה להיפסל מקום בו אין בה החלטה סבירות, או שנגרמת למסתמך פגיעה במידה העולה על הנדרש, דהיינו שאין השינוי עומד בדרישות המידתיות. במקרים כאלו בית המשפט עשוי להתערב לשם הגנה על זכויות האזרח הנפגע (עניין סאי-טקס, 676; עניין בנאי, 590; עניין קהלני, 281-282)."

51. בעניין הנזכר של לביא, פסק הדין עסק בשאלת ההחלה של כללים מגבילים חדשים שנקבעו על ידי משרד החינוך, לעניין ההכרה בתארי דוקטור שנרכשו בחו"ל, על מי שלמד בחו"ל טרם קביעת הכללים החדשים, והגיש בקשה להכרה בלימודים אלה. ההכרה בנדון חשובה לצורך השכר בשירות הציבורי, על פי הסכמים קיבוציים. בעבר, הזכאות הייתה אוטומטית, אם הלימודים בחו"ל היו מוכרים בחו"ל. עתה נדרשת הערכה על-ידי ועדת מומחים שתבדוק אם העבודה אכן נכתבה על ידי מגיש הבקשה בעצמו, וכי היא עומדת בסטנדרטים הנדרשים מעבודת דוקטורט בתחום הרלבנטי במוסדות ישראלים. בית-המשפט פסל את ההחלה של הכללים החדשים על מי שלמדו בעבר בחו"ל והגישו בקשה להכרה, כאשר פסילה זו נשענת במידה רבה (אם כי לא רק) על הצורך להימנע מהחלה רטרואקטיבית של דין חדש והצורך להגן על הסתמכויות וציפיות מוקנות.

מעניינת במיוחד לסוגייתנו תשובתו של ביהמ"ש לטענה שהועלתה באותו מקרה, ולפיה למבקשים מעולם לא הובטח כי הדין לא ישתנה:

"אכן לא הובטח לעותרים אישור אוטומטי של שקילות התואר, ואף לא עומדת להם זכות קנויה כאמור. עם זאת אין חולק כי המדיניות שנהגה במשך שנים רבות היתה מבוססת על "אישור טכני", בהתבסס על דרישות פורמאליות. במצב של פעילות ממושכת של רשות מינהלית על פי מדיניות מסוימת, החלטות הרשות יוצרות מעין-מצג לגבי החלטותיה במקרים דומים בעתיד, ומצג זה מעודד הסתמכות. מצג כזה נוצר גם בהיעדר הצהרה מפורשת של הרשות ביחס לעתיד, וזאת כפועל יוצא מחובת הרשות לנהוג בשוויון ובהגינות.... במקרה זה, העותרים הסתמכו על המצג שנוצר על בסיס המדיניות רבת-השנים של הגף, והם השקיעו מזמנם ומכספם בלימודים לתואר, בין השאר, מתוך ההנחה כי אם ישלימו את הלימודים על פי דרישות המוסד בו הם לומדים – הם יזכו באישור השקילות. אילו ידעו העותרים מראש כי הם יתבעו לעמוד גם בסטנדרט של מוסדות ישראלים, או שיבחנו על ידי ועדת מומחים בארץ – סביר להניח כי היו מכלכלים את צעדיהם אחרת – ייתכן שחלקם היו חוזרים בהם מעצם ההחלטה ללמוד בחו"ל, ואילו אחרים יתכן והיו משנים את האופן בו כתבו את עבודת הדוקטורט, או שהיו לומדים בישראל. הסתמכות העותרים על המדיניות הנוהגת והשקעת המשאבים הכספיים והאנושיים שהתלוותה להסתמכות זו, בצד שיקולים נוספים שיקרו בפרקי המשנה הבאים, הופכת את ציפיותיהם לציפיות הראויות להגנה. בהקשרים שונים נקבע בעבר, כי בנסיבות מסוימות נדרש להגן לא רק על ציפיות שהתגבשו לכדי זכות מוקנית של ממש, אלא גם על ציפיות במובן רחב יותר."

52. יושם לב, כי בעניין לביא, הפגיעה של הכללים החדשים בהסתמכויות ובציפיות של בעלי תואר הדוקטור הייתה מוגבלת ביותר, והצידוק לה מובהק. לא מדובר בשלילת ההכרה, אלא רק בכפיפות לבדיקה אם אמנם התלימד עצמו כתב את העבודה, ואם העבודה עומדת בסטנדרטים אקדמיים. אין מדובר, כמובן, בבדיקה מחודשת של העבודה, אלא בבדיקה אם אמנם מדובר בעבודה אקדמית של ממש. אלה בדיקות אלמנטאריות ומתבקשות, אשר ניתן היה אף לצפות כי

תבצענה זה מכבר, כאשר מבקשים תוספת שכר על יסוד כך. הכללים החדשים נקבעו על רקע התופעה הפסולה שנגלתה, של לימודי דוקטורט בחו"ל במוסדות קיקיוניים, אשר בפועל אינם דורשים דרישות אקדמיות כלשהן. מבחינת תכלית הנורמה החדשה, זו בוודאי תכלית ראויה ביותר על רקע האמור. התכלית היא מניעת תרמיות. מבחינת הפגיעה בבעלי התואר, הכללים החדשים לא הגבילו באופן כלשהו את ההכרה של המדינה או כל גוף אחר בדוקטורט שנרכש בחו"ל, כפי שהיו פני הדברים לפני הכללים האלה, אלא שלצורך מסוים בלבד – ההכרה בדוקטורט לצורך הטבות מסוימות של עובדים בשירות הציבורי – הוכפפה ההכרה לבדיקה נוספת. לרכישת דוקטורט השלכות מעמדיות וכלכליות. מבחינה מעמדית, מעמדו של אותו אדם כ"דוקטור" לא נפגע כלל ולא הוגבלה בכללים החדשים הזכות לשימוש בתואר זה בכל הקשר שהוא. גם בצד הכלכלי, לא הוגבל כלל השימוש בתואר זה בהקשר לשוק הפרטי, אלא רק בכל הנוגע לקבלת הטבות מסוימות בשירות הציבורי. שוב, יש לזכור כי למעשה כל שנדרש עתה הוא הוכחה שלמעשה הדוקטורט הוא "אמיתי" ולא נרכש בכסף, אלא באמצעות עבודה בעלת אופי אקדמי. ניתן אם כן להבין את הזהירות שבה נקט ביהמ"ש ביישום העקרונות החוקתיים באותו מקרה, הגם שכאמור, הוא אכן פסל את ההחלה של הכללים החדשים על קבוצה משמעותית של בעלי תארים מחו"ל. ההצהרה בפסק הדין בדבר העקרונות החלים מאשררת את ה"עוינות" הרבה בשיטתנו כלפי החלה רטרואספקטיבית של נורמות חדשות, ואת הצורך להגן על הסתמכויות על המצב המשפטי שנהג טרם השינוי. בענייננו עתה, אין מדובר בפגיעה קלה כבעניין לביא, אשר רק נועדה למנוע מעשי-תרמית, אלא בפגיעה דרמטית המשבשת הסתמכויות וציפיות שהובילו להשקעות-עתק, ואשר משמעותה הכלכלית עצומה. זאת אך כדי להעשיר את קופת מדינה על חשבון ההשקעות והסיכונים שנטלו על עצמן דלק ואבנר.

ראוי עוד להפנות לבג"צ 1447/03 התנועה להתחדשות יהודית נ' שרת החינוך (14/12/04), שבו נאמר בפסקה 35, בהקשר לאופן החלוקה של כספי תמיכות, כי:

"המבחנים נשוא הדיון פורסמו בסוף נובמבר 2002, לאחר שפורסמו להערות הציבור באוגוסט 2002. החלה רטרואקטיבית שלהם על פעילות שכבר התקיימה היא, למצער, בלתי סבירה."

53. ראוי להדגיש כי בענייננו דלק ואבנר לא קיבלו בחוק הנפט "סובסידיה" כלשהי. חוק הנפט מטיל על דלק ואבנר חובה כבדה, והיא החובה לתשלום תמלוגים בסכומים גבוהים. דלק ואבנר נטלו על עצמן, בכניסתם למודל החקיקתי, התחייבויות להשקעות-

עתק, כאשר שיעור התמלוגים במקרה של הצלחה הוא שיקול חשוב במסגרת השיקולים. כאשר עסקינן בסובסידיה, ההנחה היא כי המצב הכללי וה"רגיל" כולל הכבדה נתונה, ואילו בעקבות הטובה המיוחדת לקבוצה כזו או אחרת, יש הקלה ברמת ההכבדה. בענייננו, אין מצב "טבעי" כלשהו של הכבדה ולא ניתנה לדלק ולאבנר הקלה כלשהי מהשיעור הרגיל. שיעור התמלוגים שדלק ואבנר מחויבות בו הוא השיעור הכללי הקבוע בחוק, המשקף איזון מסוים בין האינטרס הפרטי לציבורי, ואשר שימש בסיס להתנהלותן. לא ניתנה לדלק ולאבנר הטבה מיוחדת כלשהי ביחס לשיעור זה, או בכלל. בנוסף, יש לזכור כי עסקינן עתה בפגיעה רטרואקטיבית אשר היא בלתי-ניתנת לתיקון באמצעות פרישה מהמשך העסקה, ובאמצעות הכוונת ההתנהגות העתידית בהתאם לכך. כאמור לעיל, הסיכונים הכבדים נעוצים בשלב החיפוש. לאחר שדלק ואבנר נטלו על עצמם סיכונים כה כבדים, באמצעות השקעות מסיביות, אין אפשרות ריאלית "לפרוש" כעת מהעסקה.

מבט השוואתי על המשפט האמריקאי

54. גם בתורת המשפט האמריקאית קיימת "עוינות" רבת-שנים לחקיקה רטרואקטיבית, תוך השקפה על חקיקה כזו, עקרונית, כבלתי-חוקתית. השקפה זו נשענת על יסודות רעיוניים אשר יש בהם כדי להשמיט את קיום יסודותיה של פסקת ההגבלה. כך, למשל, הוזכר לעיל השיקול המוסרי, בדבר הפגיעה בערכים יסודיים של צדק ושלטון החוק. בנוסף למובאות לעיל, גם בספרות האמריקאית נאמר כי:

"The concept of notice is fundamental to fairness and to the rule of law. A retroactive law is unfair precisely because it does not afford the affected individual notice about the rule that will be applied."

(D. Troy, *supra*, at p.18)

בדומה, נאמר בספרות האמריקאית:

"There are no admitted fans of retrospective legislation. For well over two hundred years of American history, few concepts have been so universally Justice In Ogden v. Saunders, criticized and reviled. Trimble declared: in my judgment, the language of the authors of the

Federalist proves that they, at least, understood, that the protection of personal security, and of private rights, from the despotic and iniquitous operation of retrospective legislation was, itself, and alone, the grand principle intended to be established. It was a principle of the utmost importance to a free people...

All this hostility stems from a recognition that retrospective laws as a class are unrivaled in their susceptibility to abuse.

By definition, retrospective or retroactive laws act upon events which have already transpired. In effect, such laws travel back in time. It is this time traveling aspect which gives such laws an arbitrary and capricious or "Queen of Hearts" character.

Because they are enacted after an event has occurred, retrospective laws are inherently unknowable at the time of the event. One cannot know today what laws will be passed tomorrow or a year from now. A citizen's conduct today may thus have dire legal consequences which cannot be predicted and which cannot therefore be avoided.

Friedrich von Hayek discussed the principle of the rule of law in his classic work, *The Road to Serfdom: The Rule of Law . . .* means that the government in all its actions is bound by rules fixed and announced beforehand--rules which make it possible to foresee with fair certainty how the authority will use its coercive powers in given circumstances and to plan one's individual affairs on the basis of this knowledge."

(M. George "Digging up new Revenue: Retrospective Estate Taxation and the Omnibus Budget Reconciliation Act of 1993" 96 *W. Va. L. Rev.* 971, 975-977 (1994))

חוק הפוגע בערכים יסודיים של צדק אינו הולם את ערכיה הדמוקרטיים של המדינה. הוא אינו לתכלית ראויה, ואינו מידתי.

כאשר בוחנים את השאלה אם תכלית נתונה היא ראויה, יש לבחון גם את שאלת התאמתה לשיקולי יעילות כלכלית ולסדר החברתי הכולל. חקיקה רטרואקטיבית גם פוגעת בשני אלה, לאור כך שהיא אינה מאפשרת הסתמכות על מצב הדין בשעת הפעולה:

"Retroactive legislation thus leads to erroneous and therefore inefficient value assessments. Predictability is essential to continuing investments in productive enterprises, as well as to the availability of insurance. Decisions whether to invest or to provide insurance rely on the probabilities of a loss and the potential range of

such loss. Retroactive legislation undercuts this vital predictability, expanding the range of possible outcomes, thus harming society by suppressing investment.'

(Troy, *supra*, at p. 20)

דברים כדורבנות אשר כאילו נכתבו לענייננו. בהמשך הדברים כותב Troy, כי יזמים לא ישקיעו השקעות אופטימליות במיתקנים חדשים, אם קיים סיכון שהמדינה תטיל הגבלות על שיווק המוצרים מאותו מיתקן, לאחר הקמתו. חקיקה בעלת אופי רטרואספקטיבי מרתיעה משקיעים וגורמת להידרדרות במשיכת השקעות מבחוץ (שם, בע' 20-21). מובן הדבר כי גם בדין האמריקאי, בדומה לדין הישראלי, אפשר כי עצם הרטרואספקטיביות לא תספיק בהכרח על מנת לפסול חקיקה. עם זאת, עמדת הפתיחה היא כי חקיקה כזו "חשודה" כבלתי-חוקתית, ונדרשים איזונים כבדי-משקל, במונחים של אופי התכליות לפגיעה בפרט מול עוצמת הפגיעה, על מנת להכשיר את החקיקה. בהמשך חוות דעתי אתייחס לאופן עריכתו של האיזון באסמכתאות אמריקאיות.

55. במהלך השנים חלו שינויים והתעוררו חילוקי דיעות ביחס לבסיס הדוקטרינרי לפסילת חקיקה רטרואספקטיבית וביחס לשיקולים הנאותים לפסילה. מבחינת הבסיס הדוקטרינרי, מדובר בהסתמכות על הוראות בחוקה האמריקאית כגון ה-Fifth Amendment's Taking Clause, האוסר על "taking" של קניין אלא אם כן הדבר נעשה למטרה ציבורית וכנגד "just compensation"; ההוראה האוסרת על פגיעה בקניין שלא באמצעות "due process", וההוראה ב-Article I, § 10, cl. 1, האוסרת על States לחוקק חוקים "impairing the obligation of contracts".

השאלה איזו דוקטרינה הולמת את ההגבלות על חקיקה רטרואספקטיבית מצויה במחלוקת נמשכת בתורת המשפט האמריקאית, כאשר הזרם המרכזי משעין את האיסורים בנדון בעיקר על סעיפי ה-due process וה-Takings Clause. יצוין עוד כי Article 1, sec. 9 בחוקה גם כולל הוראה הקובעת במפורש, לגבי חקיקה רטרואספקטיבית, כי: "no Bill of Attainder or ex post facto law shall be passed." דא עקא, הוראה זו פורשה כעוסקת רק בתחום הפלילי, למרות שרבים סוברים כי יש להחילה גם במשפט האזרחי (ראה Selinger, לעיל).

כך, למשל, נאמר בעניין Landgraf, לעיל, בע' 352-353:

"It is therefore not surprising that the antiretroactivity principle finds expression in several provisions of our Constitution. The *Ex Post Facto* Clause flatly prohibits retroactive application of penal legislation. Article I, § 10, cl. 1, prohibits States

from passing another type of retroactive legislation, laws "impairing the Obligation of Contracts." The Fifth Amendment's Takings Clause prevents the Legislature (and other government actors) from depriving private persons of vested property rights except for a "public use" and upon payment of "just compensation." The prohibitions on "Bills of Attainder" in Art. I, §§ 9-10, prohibit legislatures from singling out disfavored persons and meting out summary punishment for past conduct. See, e. g., *United States v. Brown*, 381 U.S. 437, 456-462, 14 L. Ed. 2d 484, 85 S. Ct. 1707 (1965). The Due Process Clause also protects the interests in fair notice and repose that may be compromised by retroactive legislation; a justification sufficient to validate a statute's prospective application under the Clause "may not suffice" to warrant its retroactive application. *Usery v. Turner Elkhorn Mining Co.*, 428 U.S. 1, 17, 49 L. Ed. 2d 752, 96 S. Ct. 2882 (1976)."

ראה גם, ביחס לדין האמריקאי, מ' דויטש קניין (כרך א, 1997) 244-249.

56. מקרה שבו הזיהוי של המקור הדוקטרינרי ההולם לתקיפת חקיקה רטרואקטיבית זכה לדיון ממצה הוא עניין *Eastern Enterprises v. Apfel* 524 US 498 (1998). תשעת השופטים נחלקו בדיעותיהם באשר לשאלת החוקתיות של חקיקה אשר הטילה חיובים על חברה בגין תקופת העבודה של עובדים בעבר. דעת הרוב קבעה כי החקיקה בטלה עקב חוסר חוקתיות. באשר למקור האפשרי לפסילה, ארבעה מן השופטים סברו כי חקיקה מעין זו נכנסת לגדר מגבלת ה-taking בחוק. שופטים אחרים סברו כי איסור זה מחייב פגיעה בזכות קונקרטית (ולא די בהטלת חובה כספית) (השופט Kennedy), או למצער כי הפגיעה תהיה לטובת המדינה, ולא לטובת צד שלישי (השופט Breyer). בענייננו, הפגיעה היא בזכות קונקרטית (הזכות לרשיון – זכות הנזכרת כדוגמה על-ידי השופט Kennedy), ובנוסף, מדובר בנטילה לטובת המדינה, כך שגם לפי שופטים אלה, מדובר בענייננו בנטילה מן הסוג הנאסר על ידי איסור ה-taking. מכל מקום, חמישה מתוך תשעת השופטים קבעו כי חקיקה רטרואקטיבית זו נוגדת את חובת ה-Due Process בחוקה, הנשענת על חובת ההגינות. יצוין כי הגינות שלטונית היא חלק מיסודות שלטון החוק, ומרכיב בערכי המדינה כמדינה דמוקרטית.

השופט Kennedy, שלמעשה הכריע את הכף באותו מקרה, קבע:

"As today's plurality opinion notes, for centuries our law has harbored a singular distrust of retroactive statutes. Ante, at 31. In the words of Chancellor Kent, "A retroactive statute would partake in its character of the mischiefs of an ex post facto law . . . ; and in every other case relating to contracts or property, it would be against every sound principle." ... "Retrospective laws are, indeed, generally unjust; and, as

has been forcibly said, neither accord with sound legislation nor with the fundamental principles of the social compact." 2 J. Story, Commentaries on the 1398 (1833).

The Court's due process jurisprudence reflects this distrust...Even though prospective economic legislation carries with it the presumption of constitutionality, "[i]t does not follow . . . that what Congress can legislate prospectively it can legislate retrospectively. The retrospective aspects of [economic] legislation, as well as the prospective aspects, must meet the test of due process, and the justifications for the latter may not suffice for the former." *Id.*, at 1617. We have repeated this formulation in numerous recent decisions and given serious consideration to retroactivity-based due process challenges, all without questioning the validity of the underlying due process principle....These decisions treat due process challenges based on the retroactive character of the statutes in question as serious and meritorious, thus confirming the vitality of our legal tradition's disfavor of retroactive economic legislation....

These cases reflect our recognition that retroactive lawmaking is a particular concern for the courts because of the legislative "tempt[ation] to use retroactive legislation as a means of retribution against unpopular groups or individuals." *Landgraf v. USI* (1994); see also Hochman, *The Supreme Court 511 U.S. 244, 266 Film Products, and the Constitutionality of Retroactive Legislation*, 73 *Harv. L. Rev.* 692, 693 (1960) (a retroactive law "may be passed with an exact knowledge of who will benefit from it"). If retroactive laws change the legal consequences of transactions long closed, the change can destroy the reasonable certainty and security which are the very objects of property ownership. As a consequence, due process protection for property must be understood to incorporate our settled tradition against retroactive laws of great severity. Groups targeted by retroactive laws, were they to be denied all protection, would have a justified fear that a government once formed to protect expectations now can destroy them. Both stability of investment and confidence in the constitutional system, then, are secured by due process restrictions against severe retroactive legislation."

(ההדגשה נוספה – מ' ד').

וישופטי הרוב האחרים הדגישו:

"The decisions, however, have left open the possibility that legislation might be unconstitutional if it imposes severe retroactive liability on a limited class of parties that could not have anticipated the liability, and if the extent of that liability is

substantially disproportionate to the parties' experience."

57. כך סוכמה ההלכה בעניין Eastern Enterprises v. Apfel ב-note שפורסם ב-
:222- 221 בע' , 112 Harv. L. Rev. 212(1998)

"Given that the plurality's Connolly analysis effectively reduced to a discussion of investment-backed expectations, it appears that all nine Justices agreed that the central concern in assessing the constitutionality of a retroactively operating economic statute is whether that statute holds individuals responsible in a manner they could not have expected for a problem not of their own doing. This unanimous and continued by the focus is also a sound one, grounded in common law tradition Constitution. As the Justices recognized, the law has long distrusted retroactive statutes, a distrust that Justice Breyer saw as reflecting the very spirit of the Magna Carta. The justifications for this hostility to retroactivity range from the notion that the law should serve as a stabilizing force, to separation of powers principles. The plurality's concern with causation - that the problem for which a party is held liable must be one at least partly of its own creation - should also come as no surprise, given the considerable attention devoted by at least some members of the Rehnquist court in takings cases to the nexus between governmental actions and the private behavior to which those actions attach.

.... Beneath the confusion created by the plurality's multifaceted discussion, a 5-4 split on a factual issue, and a different 5-4 split on the proper doctrinal label for claims of retroactivity, there lies a principle that all nine Justices embraced, and for good reason: the Constitution will not tolerate legislation that reaches back in time to hold individuals liable for problems they did not create, in a manner they could not have expected. It is this basic principle that should rise above the various complexities of Eastern Enterprises as its lasting significance."

(הדגשות נוספו- מ' ד').

58. פרופ' J. Laitos הצביע היטב, במאמרו לעיל, על החולשות בנימוקים המועלים לעתים בעד מידה של סובלנות כלפי חקיקה רטרואקטיבית. אחת הטענות המועלות היא כי יש לעודד שינויים – "change is good". התשובה של Laitos לכך (בע' 99- 100) היא משכנעת:

" Unfortunately, the change-is-good rationale ignores the fact that retroactive

change holds the potential of adversely affecting those who in good faith have reasonably relied on the then extant legal regime. Indeed, it has been said that the hallmark of an invalid retroactive law is a law which serves to defeat the reasonable expectations of the person it affects. Even if the purpose of retroactive application is to rearrange or nullify the effect of an earlier law to correct inappropriate welfare distributions, the accomplishment of that otherwise benign purpose may harm those who have assumed that current rules will continue. It may be wrong to conclude that the benefits resulting from the new distribution will always outweigh the harm experienced by those who relied on a continuation of existing laws."

(ההדגשה נוספה – מ' ד').

וכך משיב פרופ' Laitos לטענה כי שינויים בחקיקה הם עניין צפוי:

"Of course, such a result would wreak havoc with America's economic market system. The market functions because its actors can rely on a set of rules that permit them to make decisions. When this reliance is deemed so unreasonable as to not be worthy of judicial or constitutional protection, then decisions must be made in the absence of predictable rules. Without rules backed by law, there is no foreseeability or accountability. The market would largely cease to work. The unreasonable expectations defense fails to justify unchecked retroactivity."

(ההדגשה נוספה – מ' ד').

59. פרופ' Laitos מבהיר יפה את ההשפעות הקשות הנובעות לחקיקה רטרואקטיבית (חקיקה בעלת אופי "רטרואקטיבי מישני") על ההתנהלות של פרטים, בכל השלבים הרלוונטיים: טרם החקיקה, בעת החקיקה, ולאחר החקיקה. הוא מדגיש את החשיבות הרבה בהגנה על ההסתמכויות והציפיות הנוצרות על-פי המצב המשפטי בעת הפעולה, כאלמנט קריטי בקיום שוק יעיל וסדר חברתי, המאפשרים יוזמות והשקעות:

"When individuals are unable to evade a retroactive decision in the pre-enactment period, there are two related consequences. The first consequence involves uncertainty. Decisionmaking in the pre-enactment period becomes problematic because those making decisions are without knowledge concerning one critical variable - the probability that existing law will continue in the future. As a result of this uncertainty, decisionmaking during the pre-enactment period may be chilled.

Individuals will be reluctant to act if they are unable to predict the likely outcome of a decision. They may be deterred by the possibility of a change in the law with secondary retroactive effects. These behavior changes in anticipation of retroactivity generate social costs which take the form of deferred investments and reduced risk-taking. By contrast, laws announced in advance of private action allow individuals to predict how rules will be applied to their future behavior. Such predictability is critical to legal order.

The second negative consequence of retroactivity during the pre-enactment period involves expectations. When individuals cannot take steps in the pre-enactment period to evade the post-enactment imposition of new rules, settled expectations arising in the pre-enactment period are undermined. This result is inconsistent with a central purpose of law in a civilized society, which is to preserve the expectations of individuals that are formed in light of existing laws, as well as actions taken in reliance on those laws. Laws that operate with secondary retroactivity are inconsistent with this premise. In the post-enactment period, such laws may defeat planned investments of labor, interfere with uses of property, conflict with personal autonomy, and impair contracts. Such disruption in private patterns of conduct may be particularly severe if the old law had been in effect for a considerable time in the pre-enactment period. As John Austin once observed, "Whenever expectations have been raised in accordance with the declared purpose and concession of the state, to disappoint those expectations by recall of the concession ... [is] pernicious."

(שם, בע' 103-105. ההדגשות נוספו – מ' ד').

דברים אלה כמו נכתבו לענייננו, במיוחד בהינתן העובדה כי במקרה הנדון, מדובר בהשקעה בעלת חשיבות לאומית ממדרגה ראשונה, הכרוכה בסיכון עצום, ואשר למדינה יש עניין מובהק לעודדה. גם אליבא דמי שרואה את שיעור התמלוגים הנוכחי כסוג של קונצסיה, הרי שנטילתה בדיעבד של הקונצסיה היא לא פחות מ-"pernicious".

60. חקיקה רטרואקטיבית גם פוגעת, כאמור, בשלטון החוק. בני אדם לומדים כי שוב אין הם יכולים לסמוך על החוק. הדבר פוגע קשות בסדר החברתי, ובהינע לפעול:

"At the time of enactment, a law that applies with secondary retroactivity violates one prime tenet of the Rule of Law: Persons subject to laws should have their behavior governed by rules fixed in advance, because such rules then provide fair notice and warning to those contemplating the action. As Justice Scalia observed: "The principle that the legal effect of conduct should ordinarily be assessed under the law that existed when the conduct took place has timeless and universal human appeal."

The enactment of secondarily retroactive legislation allows private behavior to be judged, post-enactment, by new, often unanticipated rules. If a number of laws are adopted which act with secondary retroactivity, individuals who find themselves surprised by new rules learn that they cannot plan conduct with reasonable certainty of the legal consequences. When market actors cannot plan because the relevant rules are uncertain, this may result either in a disinclination to act at all, or hedged action, where the actor takes cautious compensatory measures to protect against future loss."

(Laitos, שם, בע' 106).

מוסיף ומדגיש פרופ' Laitos, בע' 107-109:

"In the post-enactment period, secondary retroactivity may also remove a benefit currently enjoyed, take away property currently held, or deprive a person of liberty to act in a manner earlier permitted. Lon Fuller maintained that the function of law was to provide a mechanism for eliminating "the blind play of chance" by clear and understandable rules previously declared and consistently applied. Secondary retroactivity is entirely at odds with this view of law. Conversely, prospectivity reduces the role of chance by removing the specter of behavior being judged by norms not yet in existence. Prospectivity allows for possible changes in behavior to reduce the risk of sanctions under existing laws. In addition, prospectivity is consistent with elemental notions of fairness..... Secondary retroactivity prevents persons from changing their pre-enactment behavior to reduce the likelihood that they will incur a post-enactment sanction. Prospectivity also fosters predictability. Increased predictability permits individuals to make accurate value assessments, which will increase the probability that they will devote resources to maximize their utility. Legislation that applies retroactively, even legislation that applies with secondary retroactivity, carries with it considerable costs"

61. המבחן הראוי בשאלת החוקתיות, כפי שמפתח זאת פרופ' Laitos על יסוד הפסיקה, נשען על קיומו של "protected legal status". יש לבדוק את טיבו של האינטרס הנפגע, את אופי השינוי ואת הגינותו. ברור שככל שהאינטרס הנדון פחות כפוף לשיקול דעת מינהלי, הציפיות ביחס אליו הן מוגברות וראויות יותר להגנה. ראה, למשל, ההגנה החוקתית שביהמ"ש הכיר בה ביחס לרשיון לבצע חפירות, ב- Walz v. Town of Smithtown, 46 F.3d 162, 168-69 (2d Cir. 1995).

בענייננו, כפי שהדברים תוארו לעיל, מדובר בזכויות מוקנות - רשיונות שכבר ניתנו. זאת ועוד: המעבר מן הרשיון אל השלב הבא – שלב ה"חזקה" (לרבות זכות ההפקה והשיווק) – הוא אוטומטי, בעקבות תגלית, ללא קיום שיקול דעת כלשהו לרשות המינהלית. מדובר בזכאות עוצמתית, הראויה להגנה עוצמתית.

62. במשפט האמריקאי נקבע כי השאיפה להגדיל את אוצר המדינה אינה מספקת כשלעצמה צידוק הולם לפגיעה רטרואספקטיבית בזכויות, שהרי בדרך זו ניתן יהיה בנקל להצדיק כל פגיעה רטרואספקטיבית המתבטאת בהטלת הכבדות חדשות ומסים חדשים:

"In the case of OBRA, it is well established that the government's sole reason for enacting a retroactive modification of the estate and gift tax rate schedule was a desire to maximize revenue. In justifying their actions, the President and Congress have relied upon the tired old excuse that the additional revenue raised was made necessary by the existing national emergency represented by the federal deficit. Whether a creeping emergency (one which builds over several decades) provides an appropriate vehicle for justifying retroactive taxation is unclear. That the enactment was motivated merely by Congress' desire to secure for the general fund as much revenue as possible seems obvious. The mere desire to increase revenue to the general fund does not rise to the level of a meaningful "special circumstance" and is thus an insufficient excuse to justify the imposition of a retroactive tax. Indeed, such a position would stand for the proposition that Congress can do most anything, if it only wants to badly enough. While this may have worked for Dorothy in Oz, it should be denied Congress.

(George, לעיל, בע' 1004-1005. ההדגשה נוספה – מ' ד').

כפי שמציין George, הנסיבות המיוחדות הנדרשות על מנת שחקיקה רטרואספקטיבית תהיה סבירה הן מן הסוג של משבר לאומי חריף. בענייננו, לא זה המצב.

63. אחד המבחנים אשר ראוי להחיל במסגרת האיזונים החוקתיים, כנזכר על ידי George, הוא מבחן הצפיות. במסגרת זו, נבדקת השאלה אם היה על הנפגע מהחקיקה לצפות את השינוי. אינני סבור כי זהו המצב בענייננו. בהינתן סיכויי ההצלחה הקלושים למציאת גז, והעלויות המסיביות של החיפושים, שיעור התמלוגים נועד לעודד השקעות בחיפוש גז. צעד חקיקתי אשר משנה את שיעור התמלוגים לאחר ביצוע ההשקעות

הכבדות, באופן המשפיע על האינטרסים שכבר נוצרו, יהווה צעד בלתי הוגן. המשמעות של צעד כאמור תהיה "שידול" משקיעים באמצעות תנאים נתונים, ולאחר מכן, כאשר "הכושי עשה את שלו", התכחשות ל"עסקה" שעל סמכה ניטלו הסיכונים. אין על משקיע סביר לצפות התרחשותו של מהלך בלתי-הוגן מעין זה. חוסר ההגינות שיווצר כתוצאה מכך עוד מתעצם כאשר לוקחים בחשבון את העובדה כי אמנה שנחתמה בין ישראל למצרים העניקה פטור ממס לחברה המצרית המספקת גז לישראל. הדבר משקף את החשיבות האסטרטגית הרבה שהמדינה מייחסת לאספקה סדירה של גז טבעי ואת הנכונות ליתן תמריצים לשם כך. ניתן היה לצפות בעקבות זאת כי למצער לא יוחמרו בדיעבד הנטלים הקבועים בחוק הנפט, אם וכאשר יימצא גז על-ידי בעל רשיון לפי חוק זה. לא למותר גם להזכיר, כי בהצעת חוק ההסדרים לשנת 2003 (הצעת חוק מיום 23/10/02) הופיעה הצעה להסמיך את שר האוצר לשנות את שיעור התמלוגים והמסים בחוק הנפט. הדיונים בוועדת הכלכלה מיום 18/11/02 ו-5/12/02 חושפים את ההתנגדויות למהלך זה, אשר הובילו להסרת ההצעה הנדונה מחוק ההסדרים. התנגדויות אלה מצביעות על הרתיעה מפני פגיעה בתמריצים לבצע השקעות בתחום זה ועל החשש מפני פגיעה רטרואקטיבית בזכויות. לאחר דיונים אלה בוודאי התחזקה הציפייה הלגיטימית של משקיעים לכך כי לא יתבצעו שינויים העלולים לפגוע בבעלי רשיונות. חיזוק אחר לציפיות סבירות אלה, אשר אף אינן זקוקות כלל לחיזוק, טמון בעובדה כי במשך מספר שנים, בין 2000 ל-2006, משרד התשתיות "סגר את הים" למעוניינים ברשיונות חיפוש, לאור הרצון לבדוק מחדש את שיעור התמלוגים. משעה שהוחלט כי אין הצדקה להגדלת התמלוגים, ניתנו רשיונות חדשים (ראה הודעה לעיתונות של שר התשתיות הלאומיות, מיום 25/7/07). "סגירת הים" בזמנו מצביעה, על-פי הגיון הדברים, על ההכרה של משרד התשתיות כי אם יינתן בתקופת הבדיקה של המדיניות רשיון לגוף כלשהו, ויוחלט לאחר מכן להעלות את התמלוגים, לא ניתן יהיה להחיל שינוי זה על אותם בעלי רשיונות. יקשה להסביר באופן אחר את "סגירת הים", בתקופה זו. ההודעה הנזכרת לעיל של שר התשתיות, המציינת כי אין הצדקה להגדלת התמלוגים, גם קובעת כי: "בטחון אספקת אנרגיה הוא אחד מן היעדים המרכזיים של המשרד. הגדלה וגיוון של מקורות גז טבעי ונפט היא חלק בלתי נפרד מיעד זה. מדינת ישראל, אשר אינה משופעת באוצרות טבע, נסמכת על מקורות אספקה חיצוניים, ולכן כולי תקווה שהחברות שקיבלו לידיהן את רשיונות החיפוש יצליחו במשימתן ויתרמו להגדלת מקורות האנרגיה הקיימים". השתלשלות זו מוסיפה בעליל עוד נדבך לביסוס הציפיות הלגיטימיות של משקיעים (אשר קיימות ממילא, גם בהתעלם מההתפתחויות הנזכרות) כי משעה שהוקנה רשיון, לא יפגעו התנאים אשר יצרו את התמריץ להשקעה. ראה גם ההזמנה שהוציא שר התשתיות למשקיעים פוטנציאלים בשנת 1999, המזמינה אותם להשקיע בחיפוש גז תוך פירוט שיעור התמלוגים והמיסוי הקבועים בחוק. גם הזמנה זו יוצרת ציפייה לגיטימית מובהקת של משקיעים כי התשתית המשמשת בסיס להזמנה לא תישמט תחת רגליהם לאחר שהם נענו להצעה והשקיעו את הכספים.

64. כאמור לעיל, לעתים קרובות מזהים את סוגיית הפגיעה בזכויות מוקנות עם סוגיית הפגיעה הרטרוספקטיבית. גם הספרות האמריקאית מתייחסת לא אחת לאיסור הפגיעה בזכויות מוקנות במונחים דומים לאלה של פגיעה רטרוספקטיבית. כך, למשל, מצייין Black, לעיל, בע' 223:

"Vested rights must not be impaired – This is, indeed, a rule of universal application. It is not competent for a legislature...to pass any law divesting settled rights of property."

ובהמשך, בע' 235:

"The principle is well established that any statute which, operating upon existing or antecedent transactions or rights, has the effect to destroy or transfer vested interests or estates, is unconstitutional and void."

האיסור על פגיעה בקניין ללא פיצוי, והשלכותיו בענייננו

65. אחד מכללי היסוד בדין החוקתי הוא כי גם כאשר מתאפשרת פגיעה בזכות מוקנית, הפגיעה מחייבת פיצוי הולם, המשקף את פחיתת השווי של הזכות שנפגעה.

כך נאמר בעניין אבן זוהר, לעיל (סעיפים 50-51 לחוות דעתו של השופט דנציגר):

"... עוד נקבע, כי משנפגע הקניין בדרך של הוראה מפורשת, קמה ועולה זכות יסוד נוספת, והיא הזכות לפיצוי הוגן, זכות שתישלל רק בהוראת חוק מפורשת...אכן, הזכות לפיצויים בשל נטילת קניין או פגיעה בו נגזרת מזכות הקניין [ראו: עניין הורוויץ, עמ' 316 (דברי כבוד השופט מ' חשין, כתוארו אז)]. הכלל שלפיו אין לפגוע בקניין אלא בכפוף לפיצוי קיבל משנה תוקף עם חקיקתו של חוק היסוד ועליית קרנה של זכות הקניין (ראו: עניין פינקלשטיין, סעיף 9 לפסק הדין). "הדעת - וחוק היסוד - אינם סובלים עוד שהנפגע לא יזכה בפיצוי הולם עבור הנישול או הפגיעה, אלא אם כן היתה זאת פגיעה מזערית שבמזערית ('de minimis'), 'פגיעה של מה בכך', 'זוטי דברים'" [ראו: עניין הורוויץ, עמ' 928 (דברי כבוד השופט י' טירקל)].

אם נבחן את הדברים בראי פסקת ההגבלה, הרי אף שנפסק כי פגיעה בקניין לצורך ציבורי הולמת את ערכיה של מדינת ישראל ועשויה להיות לתכלית ראויה, כאשר מפקיעים מאדם נכס למטרה ציבורית בלא תשלום פיצויים הולמים ושווי ערך, יהא בכך, בדרך כלל, משום פגיעה

בבעל הנכס מעבר לנדרש, תוך הפרת המגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד [ראו: ויסמן, עמ' 262; עניין הולצמן, עמ' 642; ראו גם: בג"ץ 840/97 סבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(4) 803, 812 (2003)]. משכך, נפסק כי הפיצוי משפיע על המידתיות של הפגיעה, שכן הוא מביא לצמצום הפגיעה בזכות הקניין כדי שלא תעבור את המידה הראויה, וכך משרת את תכליתו של חוק היסוד [ראו: עניין חוף עזה, עמ' 577 ופסקי הדין הנזכרים שם]. במתן פיצוי בגין פגיעה אמנם אין כדי לבטל את הפגיעה בקניין, אך יש בו כדי לעשותה מידתית. לפיכך גם כאשר הרשות החליטה כי קיים אינטרס ציבורי המחייב פגיעה במקרקעין, הרי בעיקרון עליה ליתן פיצויים לבעלי הזכויות במקרקעין שנפגעו באופן המעמיד אותם באותו מצב כלכלי שבו היו בטרם הפגיעה [ראו: עע"ם 2775/01 ויטנר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה 'שרונים', פ"ד ס(2) 230, 249-250 (2006)].

הדברים המצוטטים לעיל, מאת השופט דנציגר, מושתתים על אסמכתאות כמפורט במובאה האמורה. לגוף ההכרעה באותו עניין השופט דנציגר היה בדעת מיעוט, לאור כך שסעיף שימור הדינים בחוק היסוד מנע ביקורת שיפוטית על החקיקה הישנה שנבחנה, וחקיקה זו שללה בעליל את הזכות לפיצוי. שני השופטים האחרים לא חלקו על העקרונות הנזכרים במובאה הנדונה. השופטת פרוקצ'יה העירה כי בכל הנוגע לפגיעות עקיפות בקניין, מתעוררות שאלות של מדיניות הטעונות בדיקה (בענייננו עתה - מדובר בפגיעה ישירה, בזכות על-פי הרשיון).
ראה גם עניין דינר, לעיל.

66. התפיסה שלפיה אין לאפשר הפקעה ללא פיצוי חלה גם במשפט האמריקאי. ראה Troy, לעיל, פרק 7.

סעיף ה-taking בחוקה קובע:

"nor shall private property be taken for public use without just compensation."

מקרה שנדון בארה"ב ב-1996 ממחיש היטב את החשיבות שפסיקה זו מייחסת לצורך לשלם פיצוי כאשר נפגעות זכויות מוקנות. באותו מקרה המימשל עודד גופים חזקים ליטול על עצמם את הרכישה של גופים חלשים אשר החזיקו חסכוניות של הציבור, וזאת באמצעות הקלות בתחום הלימות ההון. לאחר מכן נחקק חוק אשר קבע תנאי הלימות הון אחרים. נקבע כי שינוי זה מהווה "taking" המחייב את המדינה בפיצוי הגופים הנדונים, אשר נפגעו מחקיקה זו ((U.S v. Winstar Corp. 116 S. Ct. 2433 (1996)).

67. בניגוד לחוקה האמריקאית, העוסקת באיסור על "taking" ללא פיצוי, חוק היסוד אצלנו אוסר על "פגיעה". זהו גם המצב בחוקות של מדינות שונות בארה"ב, אשר לפיהן די בכך שהנכס נפגע (damaged). נוסח זה, של "פגיעה", הוא רחב יותר מהנוסח של "נטילה" (ראה Troy, לעיל, בע' 66). התפיסה בדבר כך שהפגיעה בזכות היסוד הראשונית מצמיחה זכות לפיצוי, חלה אם כן אצלנו גם במקרה של "פגיעה". דוגמה חקיקתית מפורשת טובה לכך היא סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה, המחייב תשלום פיצוי בגין הפגיעה העקיפה הנגרמת על ידי תוכנית חדשה.

גם במסגרת הדין האמריקאי הועלתה הדיעה כי יש לקבוע כלל רחב בדבר זכאות לפיצוי בגין פגיעה רטרואקטיבית שאינה כרוכה ב"taking", תוך החלה אנלוגית של הוראת הפיצוי בסעיף בחוקה העוסק ב-taking. כאמור לעיל, חלק מהפסיקה נוטה לראות הוראה זו בחוקה כמתייחסת לנטילות ישירות לטובת המדינה (ולא לפגיעות אחרות) דבר המוביל לכך שהטיפול בבעיה החוקתית הטמונה בחקיקה רטרואקטיבית ממוקד לעתים קרובות בעיקר בסעיף בחוקה המחייב "due process". הוראה זו אינה מזכירה את סוגיית הפיצוי. הוצע אם כן בספרות להחיל את חובת הפיצוי בהקשר זה, באופן אנלוגי:

" One suitable proposal for handling retroactive legislation is a more flexible approach that would allow retroactive laws so long as individuals harmed by the new laws are compensated. It would make retroactive analysis similar to Fifth Amendment takings analysis. For example, a taking for the public good is permissible if there is compensation to the individuals whose property is taken. Thus, if the state wants to impose new environmental clean-up laws on property owners retroactively, it must pay just compensation to them.

Given the close connection between a prohibition on retroactive civil laws and the safeguarding of private property rights, it should not be surprising that enlightened retroactivity analysis mirrors takings analysis. The Fifth Amendment, which allows takings for public use provided compensation is paid, came after the absolute ban on retroactive laws contained in the original Constitution. Therefore, the Fifth Amendment can be viewed as implicitly amending the absolute ban on retroactivity to allow retroactivity if compensation is paid to harmed individuals.

This proposal makes it possible to respond to one of the chief arguments that proponents of retroactivity have given, namely, that retroactivity should be permitted because the state needs flexibility in running its affairs (e.g., Weiler 1993). Allowing retroactivity if compensation is paid offers the state the flexibility that the Fifth Amendment allows; the state merely needs to pay for it. This flexibility, moreover, is not invented by relying on the vagaries of "substantive due process." It flows from the initial wording of the Constitution banning ex post fact laws and an analysis of the

subsequently passed Fifth Amendment that allows takings as long as individuals are compensated."

(ראה Selinger, לעיל).

כאמור, בשיטתנו, חוק היסוד, והזכות לפיצוי הצומחת בעקבות פגיעה, חלים מלכתחילה על כל "פגיעה" ולא רק על "נטילה".

68. בענייננו, הזכות המוקנית היא הזכות מכוח "עסקת הרשיון", הכוללת זכאות לכך ששיעור התמלוגים לא יעלה על 12.5%. הפיצוי הראוי בגין הפגיעה בזכות זו, אם היא תתרחש, הוא בגובה פחיתת השווי של הזכות שתיפגע, דהיינו בגובה התוספת לתמלוגים, כתוצאה מהשינוי. המשמעות היא כי העלאת שיעור התמלוגים תפגע לא רק בזכות הראשונית לקניין (הזכות ביחס לשיעור התמלוגים), אלא גם בזכות היסוד השניונית לקבלת פיצוי בגין הפגיעה בעין בקניין. מדובר אם כן בפגיעה חמורה בקניין, ללא פיצוי. לעובדה זו נודעת חשיבות רבה כאשר בוחנים את מידתיות הפגיעה (ראה עניין אבן זוהר, לעיל).

עניין גניס כ"מקרה מעבדה"

69. המקרה שנדון בעניין גניס, לעיל, מספק הנחייה בעלת חשיבות לענייננו. באותו עניין הקנה חוק הטבה מסוימת לזכאי משרד השיכון. לאחר זמן-מה החוק תוקן וההטבה נשללה. התעוררה השאלה בדבר חוקתיותו של התיקון לחוק. כל השופטים הביעו דעתם כי אין לאפשר פגיעה בהסתמכויות של זכאים אשר ביצעו פעולות ושינו מצבם בעקבות ההנחה כי יקבלו את ההטבה הנדונה. חמישה מהשופטים הביעו דעתם כי ניתן להגיע לתוצאה זו בדרך של פרשנות החוק, בעוד שארבעה שופטים אחרים סברו כי המהלך הפרשני אינו אפשרי, ולא נרתעו מפסילת התיקון לחוק. עיון בחוות דעתם של שופטים שסברו כי המהלך הפרשני אפשרי מבהיר, כי אילו סברו שהפרשנות המצמצמת אינה אפשרית, היו מצטרפים לפסילת התיקון לחוק. השופט מ' חשין גם מציין כי ניתן למעשה לראות בהחלטתו משום ביטול חלקי של החוק, וכי החלטתו אף מיטיבה עם הזכאי יותר מהחלטת ארבעת השופטים האחרים, שכן היא מהווה סוף פסוק בהתדיינות באותו נושא. יצוין גם, כי למרות שהזכות הנדונה הייתה מותנית בעמידת הזכאי בתנאים, ביהמ"ש ראה בזכות זו משום "קניין".

בין היתר מצטט השופט חשין בפסקה 23 לחוות דעתו את דבריו של השופט ברק בעניין

ארביב, לעיל:

"השופט ברק היטיב להביע רעיונות אלה בפרשת ארביב, בהנחותו אותנו כך (שם, 776-777):

'החזקה (הפרזומפציה) הינה, כי חוק אינו פועל למפרע. ... תפיסת היסוד הינה, כי "החלת חוק חדש על עיסקה שתמה ונשלמה לפני צאת החוק, והנוגעים בדבר עשו והשלימו אותה בסומכם על הדין שהיה נוהג אותה שעה, עלולה לגרום עוול ואי-צדק" ... חקיקה רטרואקטיבית או רטרוספקטיבית נוגדת "מושגים מקובלים של צדק" ... והחזקה נגד חקיקה זו דרושה למען עשיית צדק. עקרון שלטון החוק דורש ודאות ובטחון ביחסים הבינאישיים. חקיקה למפרע פוגמת בשני אלה. ... היא אינה מאפשרת תכנון מראש של ההתנהגות, ולפיכך פוגעת גם ביציבות של המשפט ..."

השופט מצא (אשר היה בין השופטים אשר הציעו לבטל את החוק) קבע:

"מה משמיעה לנו הבחינה החוקתית במקרה שלפנינו? כחברי השופט חשין, אף אני סבור כי החוק המזכה הקים לזכאים על-פיו זכות מהותית, וכי מחוקק החוק המתלה לא היה רשאי להתעלם מהסתמכותם עליה. זכות מהותית זו היא בגדר "קניין", כמשמעו בסעיף 3 לחוק-היסוד (ראו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 431-433, וכן את הערתי בעמ' 578). כן נכון אני לקבל, כי הפגיעה בקניינו של מי שלא שינה את מצבו לרעה בהסתמך על החוק המזכה, עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-היסוד. לאמור: בהיעדר אינטרס לגיטימי של הסתמכות, חזקה היא כי היד החקיקתית שנתנה רשאות גם לקחת ובכך אין לראות משום פגם חוקתי. לא כן הדבר בפגיעה במי שהסתמך על זכות הקניין האמורה ושינה את מצבו לרעה בעקבות החוק המזכה. גם אם נראה פגיעה זו כהולמת את ערכיה של מדינת ישראל וכמיועדת להשגתה של תכלית ראויה, הרי שאין היא יכולה להיחשב לפגיעה מידתית. פגיעה מידתית בקניינו של מי שהסתמך על החוק המזכה חייבת הייתה, לכל הפחות, להתחשב בפרמטרים שונים הקשורים בהסתמכותו, כגון מידת הלגיטימיות של ההסתמכות, עוצמתה ואמות המידה להוכחתה. החוק המתלה אינו מתייחס כלל לשאלות אלה, וגם מקורות חקיקתו לא עולה כי מחוקקיו נתנו עליהן את דעתם."

הנשיא ברק אף מציין בעניין גניס כי "אחד מערכי היסוד של שיטתנו הינו אינטרס ההסתמכות של הפרט" (סעיף 18 לחוות דעתו).

70. הנה כי כן, גם בעניין גניס לפנינו מקרה של הסתמכות על הוראת דין, ופעולה בעקבות כך. אף שביהמ"ש מתייחס לפגיעה שם כרטרואקטיבית, אין באותו עניין הבדל בין רטרואקטיביות לרטרוספקטיביות, שכן השאלה המעניינת לא הייתה אם המענק ישולם בערך כספי של מועד x או בערך המשוערך לששה שבועות לאחר מכן (ההחלה של התיקון הייתה ששה שבועות לאחור). השאלה הייתה אם מי שביצעו מעשי-הסתמכות בתוך אותם ששה שבועות, בהסתמך על ההוראה בחוק, יהיו חסונים מפני ביטול המענק. המענקים

בפועל טרם שולמו. מבחינה זו, אם כן, לא היה כל הבדל בין חקיקה שמועד תוקפה הוא ששה שבועות לאחור, כפי שנעשה, לבין חקיקה שהייתה קובעת כי מיום תחילת החוק לא ישולם המענק הנדון, גם אם אדם הסתמך על הזכאות. נוסח שני מעין זה היה בוודאי נתפס כרטרוספקטיבי ולא כרטרואקטיבי, ועדיין, אותם שיקולים בדיוק היו חלים, ולא היה כל הבדל ענייני ומעשי בין המצבים. העוקץ לנכונותם של תשעה שופטים לשלול את המעשה החקיקתי בעליל אינו טמון אם כן במועד התוקף של החוק, אלא בהתפרשותו העניינית, באופן שפעולות שנעשו בעבר (פעולות הסתמכות) והציפיות שנוצרו בעקבות כך, אינן זוכות במסגרת החוק הנדון להגנה. זהו גם המקרה בענייננו. המומנט שדורש עדיין הגדרה הוא מה תהא אותה הסתמכות לגיטימית אשר תצדיק בענייננו פסילה של חקיקה המגדילה את שיעור התמלוגים. אבחן זאת להלן, במסגרת המסקנות.

מסקנות

71. לאחר בחינת הדין הישראלי וההשוואתי בשאלות החוקתיות הרלוונטיות, נוכל לגשת עתה לשלב המסקנות. מסקנות אלה נשענות על הניתוח שנערך במהלך חוות הדעת, וחלקן גם שולב מעת לעת בגוף חוות דעתי, אגב עיסוק ברעיונות שהועלו בפסיקה ובספרות. פירוט נוסף לאדנים למסקנות שלהלן ימצא הקורא בגוף חוות הדעת.

72. אם יועלו עתה התמלוגים תיווצר פגיעה בעלת אופי רטרואקטיבי בדלק ובאבנר, לגבי קידוחים שביחס אליהם התקבל כבר רשיון. למסקנה זו הגעתי על יסוד שיקולים שונים שפורטו בחווה"ד. בין היתר, בהתייחס להבחנה בין "פעולה" לבין "מצב", הרי שכאשר לוקחים בחשבון את התכלית של שיעור התמלוגים הקבוע בחוק, יש לראות את השינוי כמשפיע על התוצאות של הפעולות שנעשו בעבר. בנוסף, לפנינו מודל של "מעין עסקה", הכרוך בתמורות הדדיות בין המדינה לבין חברות הגז, כך שהגדלת שיעור התמלוגים משמעותה התערבות חקיקתית בדיעבד בתוכנה של עסקה קיימת. אף אם לא תתקבל התפיסה כי עסקינן מבחינה סיווגית בתחולה רטרואקטיבית, לפנינו פגיעה בזכויות מוקנות, אשר מבחינה עניינית, מהותה והשפעתה בהקשר הנדון דומות לאלה של השפעה רטרואקטיבית, וראוי על-כן להחיל לגביה את העקרונות החלים על פגיעה רטרואקטיבית. בהמשך הדברים אתמקד אם כן במונח "חקיקה רטרואקטיבית", אך כאמור, למצער בענייננו, הדברים ישימים גם על פגיעה "אקטיבית" בזכויות המוקנות בהקשרנו.

73. הן בדין הישראלי והן במשפט ההשוואתי קיימת פרזומפציה מבוססת כנגד החלה רטרואקטיבית של חקיקה חדשה (וכאמור, גם כנגד פגיעה בזכויות מוקנות). נודעות לכך השלכות רעיוניות על ההקשר החוקתי.

74. לדלק ולאבנר נתונות בענייננו זכויות המהוות "קניין", על-פי ההגדרה הרחבה שניתנה למונח זה במשפט הישראלי. שינוי שיעור התמלוגים יפגע בקניין זה פגיעה בעלת אופי רטרואפקטיבי. עמדת המוצא העקרונית היא כי חקיקה רטרואפקטיבית הפוגעת בקניין היא פסולה. שלל מקורות מגדיר חקיקה מעין זו כנוגדת ערכים בסיסיים ואוניברסליים של שלטון החוק, הגינות וצדק. מקורות אלה עושים לא אחת שימוש בלשון חריפה ביותר כנגד החלה רטרואפקטיבית של חקיקה חדשה. בהיות ערכים אלה חלק ממהותה של ישראל כמדינה דמוקרטית, הרי שבהיעדר שיקולים חריגים בעלי משקל מאוד מיוחד, אין חקיקה כזו יכולה "לעבור בשלום" את הרכיב הזה בפסקת ההגבלה, ודינה בטלות.

אין מדובר בענייננו במצב חירום העשוי אולי להצדיק במצבים חריגים מסוימים פגיעה רטרואפקטיבית בזכויות. חברות הגז עומדות להוסיף לאוצר המדינה משאבים ואמצעים חדשים, אשר נוצרו כל-כולן כתוצאה מהיוזמה, ההשקעות ונטילת הסיכונים על-ידיהן. המדינה לא ציפתה למשאבים אלה ולא הסתמכה עליהן. היא לא השקיעה דבר, לא הסתכנה ולא יזמה. המשאבים אף מצויים מחוץ למים הטריטוריאליים של ישראל, והחלתה של חובת תמלוגים כלשהם מתאפשרת רק בזכות חקיקה מיוחדת. מצב שבו קיים מעין "שידול" ללקיחת סיכונים עצומים על יסוד שיעור תמלוגים מסוים, בעוד ששיעור התמלוגים גדל בדיעבד לאחר שהמטרה הושגה, יהווה חוסר הגינות בסיסית. אם בדרך כלל הדין תופס חקיקה רטרואפקטיבית כנוגדת יסודות בסיסיים של צדק, בענייננו הדברים יפים שבעתיים.

75. היבט מרכזי במסגרת האיזונים החוקתיים טמון בבדיקת ההסתמכות והציפיות העומדות להיפגע. הסתמכויות וציפיות לגיטימיות, במיוחד על יסוד זכויות קיימות, זוכות במשפט הישראלי להגנה עוצמתית. בענייננו מדובר, כאמור לעיל, בהשקעות-עתק בחיפוש הגז, כאשר מלכתחילה הסיכויים להצלחה אפסיים. מדובר במיליארדי שקלים בנוגע לקטגוריית הקידוחים שבה מצוי "תמר" ומאות מיליוני שקלים בנוגע לקטגוריית "לוייתן". לכך יש להוסיף, במבט מערכתי כולל, את ההשקעות הרבות שנערכו באתרים נוספים, ואשר לא צלחו. יש לקחת גם היבט זה בחשבון. כל הסיכונים נפלו על היזמים. כפי שניתן להניח וכפי שנמסר לי על-ידיכם, היוזמות ניטלו על יסוד בדיקת מערך הנתונים הכולל – הכלכלי, ההנדסי, המשפטי ועוד. היקפו של שינוי המצב וההסתמכות על בסיס הדין הקיים הוא אם-כן במספרים שלא ישוערו, והציפייה לכך שיכובדו "כללי המשחק", בתוך המודל החקוק הקיים, אשר גיבש את "עסקת הרשיון", היא מובהקת ועוצמתית ביותר.

בנוסף לסיכון האינהרנטי הגבוה ביותר הטמון בחיפוש גז באופן כללי, הרי שכפי שנמסר לי, קיימים בהקשרנו סיכונים ועלויות מיוחדים. קידוחי הגז מתבצעים במים עמוקים. מציאת והפקת הגז במים עמוקים היא מורכבת ויקרה הרבה יותר מאשר במים אחרים, והדבר מגדיל עלויות וסיכונים. מקובל בעולם להבחין בשיעור התמלוגים למדינה בין שני מצבים אלה. כמו-כן, היה צורך לגייס מתקני קידוח, שלא היו זמינים ליזמים באזור.

בנוסף, העלויות של הפקת גז טבעי באזורנו הן גבוהות מאוד וקיימים סיכונים שוק כבדים, שכן השוק הישראלי מבודד ומצומצם ביותר, ויש צורך לדאוג למערך יצוא מתאים, הכולל השקעות כבדות ביותר בהקמת מערך הובלה. מערך זה הוא סבוך במיוחד כשמדובר בגז טבעי. לסיכונים הרגילים של חברות לחיפוש גז מצטרפים באזורנו סיכונים גיאופוליטיים מיוחדים, כמתואר בפתיחה.

חקיקה אשר תגדיל את שיעור התמלוגים בנוגע לרשיונות שלגביהם בוצעו השקעות כבדות תנגוד אם כן לדעתי את היסוד בפסקת ההגבלה הדורש הלימות לערכים הדמוקרטיים של ישראל. להגדרה המדויקת של הרשיונות אשר הגדלת שיעור התמלוגים לגביהם לא תהיה לגיטימית, אשוב בהמשך.

76. זאת ועוד: על-מנת להכשיר חקיקה הפוגעת בקניין יש לעמוד באופן מצטבר בכל יסודותיה של פסקת ההגבלה. בנוסף לכך שהגדלה רטרוספקטיבית של שיעור התמלוגים לא תעמוד בדרישת ההלימות לערכי המדינה, כאמור לעיל, דבר המספיק לשם פסילת השינוי, אני סבור כי שינוי כאמור גם לא יוכל לעמוד במשוכת ה"תכלית הראויה" ובדרישת המידתיות. כאמור לעיל, תכלית היא ראויה כאשר היא נועדה לקדם זכויות אדם והיא רגישה לצורך לכבדן. לא זה המצב בענייננו, ככל שהחקיקה החדשה תפגע בציפיות ובהסתמכויות של בעלי רשיונות חיפוש, המוגנות בהתאם למפורט בחוות דעת זו.

אני גם בדיעה כי החלת הגדלה של שיעור התמלוגים על הזכויות המוגנות של דלק ואבנר לא תעמוד בדרישת המידתיות. דרישת המידתיות בוחנת את היסודות הבאים: הצפי לכך כי האמצעי שננקט ישיג את מטרתו (מבחן ההלימות); השאלה אם ניתן להגיע ליעד באמצעות "מדרגה" פחות פוגענית במסגרת אותו אמצעי; והשאלה אם קיים איזון בין התועלת מהמהלך לבין הנזק לזכויות היסוד.

בענייננו, התכלית של הגדלת ההכנסה הלאומית אינה מספקת על-מנת להצדיק הגדלה רטרוספקטיבית בשיעור התמלוגים. ראשית, לא קיים איזון בין הפגיעה בזכויות לבין התועלת. כבר נקבע בפסיקה כי "זכויות אדם עולות כסף" (ולעתים מזומנות, על-פי הפסיקה, גם הרבה כסף) (כגון בפרשת המיגון בשדרות; גדר ההפרדה, ועוד). גם נטילה שלטונית רטרואקטיבית של הכנסות עבודה תעשיר לכאורה את קופת המדינה, אך תהיה בלתי-מוסרית וגם תגרום לנזק גדול בעתיד לאינטרס הלאומי, כיוון שתצמצם באופן

דרמטי את ההשתתפות בכוח העבודה. את האינטרס לאומי יש לבחון במבט רחב. שנית, יש להניח כי בענייני העלויות הנוספות תגולגלנה לציבור, באופן שבסופו של דבר לא יועיל כלל לאינטרס הציבורי. שלישית, התרומה של איתור ושיווק גז טבעי למערך האסטרטגי של ישראל, ולעצמאותה הכלכלית והמדינית לא תסולא בפז, ואינה טעונה הרחבה. מניעת זעזועים פיסקליים אשר יזעזעו את שיווי המשקל בשוק כה "רגיש" ומתפתח היא כשלעצמה אינטרס לאומי עליון. הדבר דרוש לא רק על-מנת למנוע שיבוש בהצלחת המיזמים הסבוכים המתנהלים כיום בנדון, אלא גם כמקרה-מבחן קריטי לעתיד, ביחס למשק בכללותו. אין ספק שהקהיליה העסקית הבינלאומית עוקבת בעניין רב אחר המדיניות שתניקט בנדון. תחושה של חוסר יציבות וחוסר הגינות ביחס ל"כללי המשחק", הכוללת שינויים בדיעבד, לא תימדד רק במונחים נקודתיים, אלא תניב לקחים לעתיד. ההשפעה על השקעות-חוץ צפויה להיות מיידית. כפי שהצביע מחקר של הבנק העולמי, ההשפעה של הלאמות על משקיעי-חוץ, במדינות שונות, היא דרמטית. בעניינינו אין מדובר אמנם בהלאמה במובן המובהק של הביטוי, אולם הקונוטציה קרובה והמסר שיעבור לקהיליה העסקית יהיה דומה: "שבירת" כללי המשחק לאחר שמיזם מצליח. נמצא, כי האינטרס הציבורי והכלכלי הכולל ייצא נפסד ממהלך מעין זה, והמטרה לא תושג. רביעית, כאמור לעיל, התכלית של הגדלת הכנסות המדינה וחלוקה מחדש של משאבים אינה יכולה להיבחן בטווח קצר וכעניין המבודד משיקולים כלכליים רחבים יותר. "כותרת הגג" לתכלית הרלוונטית, אשר את ראויותה יש לבחון, אינה "הגדלת הכנסות המדינה" אלא "קידום הכלכלה הלאומית", וקידום אינטרסים לאומיים בכלל. מעבר להשפעות הקשות שתהיינה למהלך הנדון על המשק הישראלי ברמה הבינלאומית, שיקולי יעילות כלכלית שוללים מהלך כזה. כפי שהספרות האמריקאית היטיבה להדגיש, אין בנמצא שוק יעיל ללא הגנה על זכויות מוקנות ועל ציפיות והסתמכויות לגיטימיות המאפשרת תכנון ויזמות, והמתרצת יוזמות. גם מבחינה זו, העלאת שיעור התמלוגים לא צפויה להשיג מטרה ראויה.

אני סבור אם-כן כי תכליתה של הפגיעה המתוכננת לא תהא ראויה ולא תעבור את פסקת ההגבלה. מובן, כי אין מניעה להגדלת שיעור התמלוגים לגבי אינטרסים חדשים שיווצרו, אך לא כך הדבר לגבי האינטרסים המוגנים שכבר צמחו.

77. בשולי הדברים הנזכרים לעיל, ולמעלה מהדרוש, אוסיף כי כפי שנמסר לי על-ידיכם, מחקר של הבנק העולמי גם מצביע על כך (כפי שניתן היה לשער גם ללא שימוש בכלים מחקרניים) כי שיעור התמלוגים המשולמים למדינה נתונה במקרים שבהם הסיכונים בחיפוש ושיווק גז הם גבוהים במיוחד, מסיבות גיאופוליטיות, אסטרטגיות ואחרות, הוא נמוך יותר מאשר במדינות אחרות. אצלנו, כמפורט לעיל, מדובר בהשקעה רוויית-סיכון במיוחד. בנוסף, גם בהנחה שהיקף ההפקה והשיווק יהיה גבוה, יש לזכור כי הכנסות המדינה תהיינה באחוז נתון מהכמות המנוצלת, כקבוע בסעיף 32 לחוק.

המשמעות היא כי אחוז התמלוגים הקיים יוביל להכנסות אבסולוטיות בסכומים מאוד גבוהים למדינה, כאשר השיווק יתבצע. לא רק היזמים יהנו מכך, אם כן, אלא גם המדינה, באותו יחס הקבוע בחוק.

בנוסף לשיקולים הנדונים, יש להזכיר, כאשר באים להעריך את ההכבדה הכלכלית שבתמלוגים, כי שיעור התמלוגים הקבוע בחוק מתייחס להכנסות ולא לרווחים. מתאפשר לנכות מכך רק הוצאות מסוימות. לכך מתווספת, כמובן, ההכבדה הכלכלית הנובעת מהיבט המיסוי.

78. מהי ההסתמכות המדוייקת בענייננו, אשר מצמיחה את האינטרס החסין מפני חקיקה רטרוספקטיבית? מהו קו הגבול להיקף ההסתמכות הדרוש על-מנת שהמחוקק יהיה מנוע מלחצות אותו באמצעות חקיקה פוגענית חדשה? כאמור לעיל, קבלת רשיון חיפוש יוצרת "קניין", המוגן על-פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כבר משעת קבלת הרשיון, אם-כן, נדרשת המדינה לעמוד בפסקת ההגבלה על-מנת שיתאפשר לה לפגוע בזכות הנדונה. כפי שהזכרתי, הפגיעה בנדוננו תישא אופי רטרוספקטיבי, ובהתאם לכך, עמדת הפתיחה היא כי פגיעה כזו "חשודה" כפגיעה שאינה עומדת בפסקת ההגבלה ועל-כן, כפגיעה בלתי-חוקתית. בצד כך, במסגרת האיזונים של פסקת ההגבלה, יש לקחת בחשבון את עוצמתו של הקניין הנפגע. ככל שהקניין עוצמתי יותר, ההגנה עליו במסגרת האיזונים של פסקת ההגבלה תהא מוגברת ויקשה על המדינה לבסס הצדקה לפגיעה בו. ככל שההסתמכות של בעל הרשיון כבדה יותר, האינטרס הנדון קרב לאותה "מסה קריטית" של הסתמכות השוללת במובהק את הלגיטימיות של החלת החקיקה הפוגעת. קיימים בנדון שני צירים אשר יש להתחשב בהם ולשקלל אותם. האחד הוא הציר הכמותי, הבוחן את היקף ההשקעות. בשתי הקטגוריות הראשונות שנזכרו בפתח חוות הדעת – תמר ולוייתן – ההשקעות הן בהיקפים עצומים, של מיליארדי שקלים ומאות מיליוני שקלים, בהתאמה. בקטגוריה השלישית, ההשקעות הן גבוהות, אך בסדרי גודל נמוכים יותר מאלה שבקטגוריות הקודמות.

הציר השני הוא הציר האיכותי, הבוחן לאיזה שלב הגיע הקידוח, מבחינת התקדמות הפרוייקט. ככל שאנו מצויים ב"תגלית" או בסמוך לכך, המשמעות היא כי הפרוייקט "חצה את הים הגועש", וגבר על גלי הסיכון הגבוהים. לאחר "שבע השנים הרזות" נולדה ציפייה חזקה להצלחה - ל"שבע שנים שמנות". זהו השלב שבו סוף-סוף היזם הגיע לפאתי ה"ארץ המובטחת". יש לזכור כי תגלית מעניקה זכאות אוטומטית לקבלת חזקה בלעדית ולהפקת גז. תחושת ההגינות הבסיסית מתקוממת בחריפות כנגד מצב שבו לאחר שעוסק נטל את כל הסיכונים והיזומות, בעידוד מובהק של המדינה ובאופן המקדם אינטרסים לאומיים יסודיים, תישלל ממנו ההנאה המצופה, המעוגנת בתוואי שהוגדר

מלכתחילה בחוק.

ההגדרה של "תגלית" בחוק היא "פתוחה" ובלתי-חדה. מדובר בסעיף 1 על "גילוי שדה נפט", ותו לא. מושג ה"גילוי" אינו מוגדר. כמו כל יסוד אחר במשפט האזרחי, יש להניח כי הוא מתקיים כאשר על-פי מאזן ההסתברויות יותר סביר כי מתמלאים התנאים שבו, מאשר שהם אינם מתמלאים. דהיינו, סיכוי להימצאות גז ברמת הסתברות של למעלה מ-50% מהווה "תגלית" לצורך החוק.

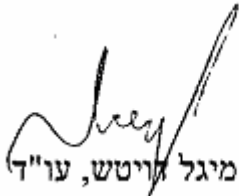
אינני סבור שבמסגרת ה"ציר האיכותי", הנבדק עתה על-ידינו לצורך ההכרעה בשאלת החוקתיות של העלאת התמלוגים, קיימת נפקות ממשית לשאלה אם הפרוייקט הגיע ממש לרמה של "תגלית" או שמא הוא רק מצוי קרוב לנקודת ה"תגלית". לצורך היבט זה, סיכוי ממשי להימצאות גז, בשיעור כלשהו הקרוב ל-50% (גם אם הוא נמוך משיעור זה), כמוהו כסיכוי של 51%. אנו עוסקים, במסגרת שני הצירים, בספקטרום הבוחן את עוצמתן של הסתמכויות וציפיות, ולא ב"תחנות" קשיחות. גם סיכוי ממשי להימצאות גז ברמה הקרובה ל-50% יוצר ציפייה סבירה לכך שבדיקות וקידוחים נוספים יאששו את הימצאות הגז. דינה של "מעין תגלית" הוא דומה מבחינה זו לדינה של "תגלית", ככל שסיכויי הגילוי במקרה של "מעין תגלית" אכן קרובים בנסיבות העניין ל"תגלית".

79. בענייננו, שתי הקטגוריות הראשונות של הרשיונות שנזכרו בסעיף 3 לחוות דעתי (כגון "תמר" ולווייתן") חצו לדעתי את הרף של אותה "מסה קריטית" של הסתמכות וציפייה היוצרת בנדוננו באופן מובהק הגנה חוקתית מפני חקיקה שתגדיל את שיעור התמלוגים. מבחינה כמותית, מדובר בהשקעות-עתק על פי כל קנה מידה. מבחינה איכותית, אין חולק כי "תמר" עברה את המבחן ל"תגלית". קידוח "לווייתן" הגיע למעמד של "מעין תגלית", בהתאם לאמור לעיל. אין ספק כי רמת הציפיות שנוצרה גם ביחס לקידוח "לווייתן" לאור מצב התקדמות הפרוייקט היא גבוהה מאוד. שני הרכיבים - הכמותי והאיכותי - טעונים שקלול משולב. בהינתן ההיקף העצום של ההשקעות, בצד הכמותי, אין לדרוש דרישות מופרזות בהיבט האיכותי. יוער, לגבי שתי קטגוריות אלה, כי חוות דעת זו התמקדה בנתונים של "תמר" ו"לווייתן", כמייצגים של קטגוריות אלה. רשיונות אחרים המצויים במצב דומה, מבחינה כמותית ואיכותית, ראויים להגנה דומה.

באשר לתקופת ההגנה ביחס לשתי קטגוריות אלה, לדלק ולאבנר מוקנית לדעתי הגנה חוקתית מלאה מפני הגדלת שיעור התמלוגים בתקופת החזקה הראשונה שתוקנה (דהיינו למשך 30 שנים). ביחס לתקופה המוארכת שלאחר 30 השנים הראשונות, התנאים שייקבעו כפופים לשיקול דעת מינהלי. זאת, הגם כי שיקול הדעת המינהלי בנדון הוא מוגבל, שכן התנאים צריכים להיות "תנאים המתקבלים על הדעת", שייקבעו לאחר התייעצות עם המועצה המייעצת (סעיף 29(ב) לחוק הנפט). לא מן הנמנע כי מבחינה חוקתית ניתן יהיה לבצע שינויים בשיעור התמלוגים בתקופה זו, תוך לקיחה בחשבון של

האינטרסים הלגיטימיים שנוצרו. מכל מקום, דומה כי אין צורך להיזקק עתה לסוגיה זו.

80. בכל הנוגע לקטגוריה השלישית של הרשיונות, שנזכרה בסעיף 3 לחוות דעתי (בס"ק ג), דומה כי כאן נתון למדינה חופש פעולה מסוים, והיא תוכל לבצע עתה שינויים בשיעור התמלוגים שישפיעו על רשיונות המצויים בקבוצה זו. יחד עם זאת, אני סבור כי יהיה זה בלתי-מידתי אם רשיונות "ישנים" יזכו לאותו יחס כמו רשיונות "חדשים" (השווה לפרשת מנהלי ההשקעות, לעיל). יהיה צורך לתת ביטוי להסתמכויות ולציפיות שכבר נוצרו בנדון, במסגרת עיצוב שיעור התמלוגים בחקיקה חדשה. גישה אחרת לא תיחס משקל לערך החשוב של הסתמכויות לגיטימיות ואף תפלה לרעה את בעלי הרשיונות הישנים, אשר נשענו על הנחות כלכליות שעתה תסתברנה בדיעבד כשגויות, לעומת בעלים של רשיונות חדשים אשר יינתנו לאחר התיקון לחוק.

בכבוד רב,

 פרופ' מיגל מיטש, עו"ד