

הקצאה הוגנת של נטלי רגולציה בראי רציונל הנטל החריג ועקרון השוויון בנטלים

רון פוליאק*

המאמר מציע מודל לפיצוי פרטים בגין נזקים שנגרמו להם מנטל רגולטורי חריג. ההצדקה לפיצוי מצויה במה שמכונה במאמר "עקרון השוויון בנטלים", אשר בוחן את הפגיעה בפרט הנגרמת מעצם היותו כפוף לנטל רגולטורי חריג בהשוואה לפרטים אחרים בחברה, בזיקה לפגיעה בזכות חוקתית שלו. במאמר נטען כי מעיקרון זה נגזרת חובתה של הרשות השלטונית לפצות את הפרט הכפוף לנטל חריג בגין אותו נטל אשר חורג מ"מתחם הנטל הסביר" שניתן לצפות שאדם יישא בו, במהלך העניינים הרגיל, לשם קידומו של אינטרס ציבורי או לשם מימוש זכות חוקתית של פרטים אחרים. כינונו של עקרון השוויון בנטלים כעיקרון חוקתי מאפשר לבית-המשפט לצוות על הרשות השלטונית ליתן פיצוי לפרט כסעד חוקתי, וזאת גם בהעדר עיגון סטטוטורי מפורש לפיצוי. לצד דיון בבסיס הרעיוני של דוקטרינת הנטל החריג ובמעמדה החוקתי, המאמר מציע מודל מעשי ליישומה, תוך הדגמתו ביחס לפרשות שנדונו באחרונה בפסיקה.

מבוא: נטלי רגולציה. א. הבסיסים הרעיוניים לפיצוי בגין נטלי רגולציה. ב. הדין הקיים: קניין ומידתיות אנכית. ג. הבסיס הרעיוני המוצע: רציונל הנטל החריג: 1. רציונל הנטל החריג כנגזרת של הזכות החוקתית לכבוד האדם; 2. אמת-המידה להערכת ה"נטל"; 3. אמת-המידה להערכת "חריגות" הנטל; 4. תחולת הרציונל על פגיעה בכל זכות חוקתית. ד. שאלת מעמדו החוקתי של עקרון השוויון בנטלים בישראל: 1. ההכרה החלקית בעקרון השוויון בנטלים; 2. אמצעים אפשריים להגשמת עקרון השוויון בנטלים; 3. סוגי הנטלים בני-הפיצוי. ה. קווי מתאר לדוקטרינה חוקתית מוצעת של נטל חריג: 1. שלב ראשון: פגיעה; 2. שלב שני: הצדקה; 3. שלב שלישי: סעד; 4. סיכום המודל. ו. הערכה ביקורתית: 1. האין המודל המוצע נבלע בחובות הקיימות של רשות שלטונית? 2. האין תלותו של הפיצוי המוצע בהסמכה להוצאה תקציבית הופכת אותו לבלתי-מעשי? 3. הדגמת המודל. ח. סיכום.

* דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; זוכה פרס גורני לחוקר צעיר בתחום המשפט הציבורי של העמותה למשפט ציבורי בישראל (2015). תודה לפרופ' ברק מדינה על הערות מעמיקות לגרסה מוקדמת של מאמר זה, שאותו כתבתי כעמית-מחקר בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, וכן למערכת משפט וממשל, ובפרט לד"ר אילן סבן ולירדן אנקב, על הערותיהם המצוינות.

מבוא: נטלי רגולציה

בשנים האחרונות התקבלו כמה החלטות של ממשלת ישראל בעניין ייעולה ושיפורה של הרגולציה הממשלתית,¹ ובאחרונה נקבע מנגנון מפורט להערכת עלויותיה.² החלטת הממשלה משנת 2014 מטילה על כל רגולטור לבצע הערכת השפעות לגבי כל רגולציה חדשה. הערכה זו כוללת שני משתנים עיקריים: התועלות³ הצפויות מהחלת הרגולציה אל מול הנטל הכרוך בה.⁴ בכך הלכה ממשלת ישראל אחר מגמה עולמית של הערכת עלויותיה של כל רגולציה מוצעת.⁵ מגמה זו ראשיתה בהנחיה של הנשיא רייגן משנת 1981 שחייבה את כל הרשויות הפדרליות בארצות-הברית לערוך ניתוח עלות-תועלת (cost-benefit analysis) להחלטותיהן, ולקדם רק רגולציה שיש בה יתרון לתועלת.⁶ בשנת 1985 קיבלה ממשלת תאצ'ר בבריטניה החלטה דומה, והמגמה התפשטה מאז בהדרגה בעשרים השנים האחרונות גם לאיחוד האירופי ולמדינות נוספות.⁷ מגמה גלובלית זו הגיעה גם לישראל,⁸ אם כי באיחור-מה, ואומצה במפורש על-ידי הממשלה ה-33 בראשות בנימין נתניהו בדרך של קביעת מנגנון מחייב להערכת רגולציה.⁹ החלטת הממשלה משנת 2014 מטילה על משרדי הממשלה את החובה להצדיק את הרגולציה שהמשרד מעוניין לקדם במונחים של יעילות. החלטה זו משתלבת עם המגמה העולמית הדוגלת ברגולציה "חכמה".¹⁰

- 1 החלטה 4027 של הממשלה ה-32 "ייעול ושיפור הרגולציה הממשלתית – המשך הדיון" (25.12.2011); החלטה 708 של הממשלה ה-33 "טיוב, תיאום ושיפור הרגולציה הממשלתית – המשך הדיון" (25.8.2013); החלטה 2118 של הממשלה ה-33 "הפחתת הנטל הרגולטורי" (22.10.2014) (להלן: החלטת הממשלה משנת 2014).
- 2 עמחי פישר ואהוד פראוור מדין הפחתת הנטל הרגולטורי (2015) www.pmo.gov.il/policyplanning/Regulation/Documents/regu130715.pdf.
- 3 ס' 3(א) להחלטת הממשלה משנת 2014, לעיל ה"ש 1.
- 4 שם, ס' 3(ג).
- 5 Claire A. Dunlop, Martino Maggetti, Claudio M. Radaelli & Duncan Russel, *The Many Uses of Regulatory Impact Assessment: A Meta-Analysis of EU and UK Cases*, 6 REGULATION & GOVERNANCE 23 (2012); REGULATORY IMPACT ASSESSMENT: TOWARDS BETTER REGULATION? (Colin Kirkpatrick & David Parker eds., 2007).
- 6 ROBERT BALDWIN, MARTIN CAVE & MARTIN LODGE, UNDERSTANDING REGULATION: THEORY, STRATEGY, AND PRACTICE 315–316 (2nd ed. 2012).
- 7 שם, בעמ' 316–318.
- 8 ניתן לראות בכך דוגמה נוספת להשפעת הגלובליזציה על המשפט הציבורי בישראל. להשפעות נוספות ראו דפנה ברק-ארז ואורן פרוז "המשפט המנהלי בישראל והאתגר הגלובלי" עיוני משפט לד' 93, 111–114 (2011).
- 9 הכוונה לאימוץ החלטת הממשלה משנת 2014, לעיל ה"ש 1. ראו גם ס' 4(ג) לתקנון הממשלה ה-32 (2012), הקובע כי דברי הסבר להצעה המועלת לסדר-היום של הממשלה יכללו התייחסות לשורה של היבטים המפורטים בנספח א לתקנון, שבו נקבע כי "בהצעות שיש להן היבט כלכלי יובאו נתונים כלכליים, לרבות נתונים מספריים, נתונים השוואתיים וכן צפי להשלכות על משק המדינה ועל כלכלתה". www.pmo.gov.il/Secretary/Documents/takanon120812.pdf.
- 10 NEIL GUNNINGHAM & PETER GRABOSKY, SMART REGULATION: DESIGNING ENVIRONMENTAL POLICY (1998).

הקצאה הוגנת של נטלי רגולציה
בראי רציונל הנטל החריג ועקרון השוויון בנטלים

החלטת הממשלה אינה כוללת בגדר המונח "נטל רגולטורי" גם נטל חברתי המוטל על פרטים מסוימים או קבוצה מסוימת. המודל הממשלתי אינו כולל התייחסות למרכיב זה,¹¹ ומתודולוגיית הכימות הקבועה בו – שהיא מתמטית, ולא איכותנית¹² – מזניחה אותו. המאמר הנוכחי אינו עוסק בהצדקות השונות לרגולציה ממשלתית,¹³ שהיא נושא שנוי במחלוקת בקרב חוקרי מדיניות ציבורית, כלכלה ומשפטים.¹⁴ הטענה המרכזית במאמר היא כי בעת ביצוע הערכה של נטלי רגולציה חלה על הממשלה חובה חוקתית לפצות פרט או קבוצה אשר כפופים לרגולציה ונושאים במסגרתה במה שאכנה "נטל חריג". פיצוי זה נועד להפחית את הנטל הרגולטורי המוטל על הפרט או הקבוצה לכדי נטל סביר.

ניתוח של עלויות הרגולציה מחייב כמובן קביעת הגדרה לרגולציה ובחירת מתודולוגיה לביצוע ההערכה. הנחת מוצא זו וההגדרות להלן חיוניות לתיחום היקף הדיון ולמיקוד הטענה. לכך מוקדש חלק זה. דיון בדוגמאות ממחישות ייערך בחלק האחרון והמיישם של המאמר. מקובל לומר כי "רגולציה" משמעה פיקוח ציבורי על פעילות פרטית.¹⁵ הגדרה זו נדמית כיום צרה מדי, שכן רגולציה אינה בהכרח פיקוח במובן של הגבלת התנהגות. זהו המובן המקובל אך הצר של רגולציה, אשר קושר אותה בעיקר לעידן ההפרטה ולהטלת מגבלות על גופים מופרטים.¹⁶ אך במובן רחב יותר רגולציה עניינה הכוונת התנהגות לא רק באמצעות מגבלות, אלא גם בדרך של עידוד התנהגות רצויה,¹⁷ לרבות ברגולציה הסכמית,¹⁸ והכוונה כזו

- 11 במסמך שהיווה את הבסיס למדריך הפחתת הנטל הרגולטורי (לעיל ה"ש 2) הייתה התייחסות גם לצורך בהערכת השפעתה של רגולציה על "קהילה" ועל "אנשים כפרטים". ראו מיכאל אטלן "תורת הערכת השפעת רגולציה" 51 (מהדורה להערות 2013). אולם השפעות אלה לא נכללו במדריך הממשלתי, אשר דחה למועד מאוחר יותר את מתודולוגיית הכימות לגבי שיקולים אלה.
- 12 מדריך הפחתת הנטל הרגולטורי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 6 ("משרד ראש הממשלה בוחן את האפשרות לפתח מדד איכותי למדידת התכנית על ידי יצירת מדרג של כלים לרגולציה טובה").
- 13 לדיון בהצדקות שונות – כלכליות, חברתיות וחוקתיות – לרגולציה ממשלתית ראו, למשל, דפנה ברק-ארו אזרח נתין צרכן 25–26 (2012).
- 14 Kai Wegrich, *Regulatory Impact Assessment: Ambition, Design and Politics*, in HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION 397 (David Levi-Faur ed., 2011); Robert W. Hahn & Robert E. Litan, *Counting Regulatory Benefits and Costs: Lessons for the US and Europe*, 8 J. INT'L ECON. L. 473 (2005); Robert W. Hahn & Rohit Malik, *Is Regulation Good For You?*, 27 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 893 (2004).
- 15 יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב 67, 74 (2005). להגדרה מפורטת יותר השומרת על קו מנחה זה ראו שרון ידין "מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית" חוקים בקצרה 6, 9 (2014) (להלן: ידין "מהי רגולציה?") (רגולציה היא "פעילות שיטתית הנעשית בידי גוף מנהלי ברשות המבצעת של המדינה, העוסק בגיבוש ובהוצאה לפועל של מדיניות להכוונת שווקים המקדמת אינטרס ציבורי, חברתי או כלכלי, כלפי גופים הפועלים בשוק או בסקטור מסוים, באמצעות נורמות משפטיות כופות או וולונטריות, לצד הפעלתם של מערכי פיקוח לציות ויישומם של מנגנוני אכיפה").
- 16 דפנה ברק-ארו "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל 461, 489–491 (2008); דפנה ברק-ארו "הוראת המשפט המינהלי: בין חוקתיות להפרטה" עיוני משפט כה 503, 514–517 (2001), ובפרט בעמ' 515 ("המשפט המינהלי... בישראל... צפוי לאמץ בהדרגה מתכונת אמריקאית, במובן זה שבמרכזו הדיון יעמדו הרשויות... המפקחות על הפעילות הפרטית").
- 17 Baldwin, Cave & Lodge, לעיל ה"ש 6, בעמ' 2–3.

עשויה להתבצע לא רק על-ידי רשויות שלטוניות, אלא גם על-ידי ארגונים במגזר השלישי וחברות במגזר הפרטי.¹⁹ בהתאם, יש הגדרות מגוונות לרגולציה.²⁰ המאמר מתבסס על ההגדרה שאימצה הממשלה בהחלטתה משנת 2014 שלפיה רגולציה היא "חוק או תקנה בת פועל תחיקתי המהווה כלל התנהגות מחייב במסגרת פעילות כלכלית או חברתית, ושהוא בר אכיפה על ידי רשות מינהלית מוסמכת לפי דין".²¹ הרגולציה שבה עסקינן היא אפוא במובן צר יחסית, קרי, הסדרה ממשלתית של פעילות פרטית בדרך של חקיקה ראשית או חקיקת-משנה.²² התמקדות זו מאפשרת לדון בחוד החנית של הרגולציה ובמגבלה המשפטית שחלה עליה בגדריה של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית וחקיקת-משנה. דיון בהחלת המודל על החלטות שלטוניות ומנהליות "יומיומיות" העשויות לעלות כדי רגולציה במובן הרחב²³ מערב שיקולים נוספים ומחייב התייחסות נפרדת.

באשר למתודולוגיה של הערכת העלויות – ה"עלויות", כפי שנקבע בהחלטת הממשלה משנת 2014, הן משני סוגים שונים: חלקן עלויות המוטלות על המנגנון הציבורי עצמו (לרבות הביורוקרטיה הגלומה בקביעת הרגולציה ובאכיפתה),²⁴ וחלקן עלויות המוטלות על הגורמים הכפופים למגבלות הרגולציה.²⁵ המאמר מתמקד רק בעלויות מן הסוג השני. נקודה נוספת: בהתבסס על המודל שנקבע בהחלטת הממשלה,²⁶ לא אתייחס לניתוח עלות-תועלת בחקיקת מיסוי.²⁷

העלויות הגלומות במגבלות הרגולטוריות המוטלות על הפעילות הפרטית יכוננו במאמר "נטל" רגולטורי. הטענה המרכזית היא כי נטל רגולטורי חריג המוטל על גורמים פרטיים – חברות ופרטים הכפופים לרגולציה – עשוי להקים חובה חוקתית לפיצוי ממשלתי של הפרט או הקבוצה. כפי שאראה, שיטת המשפט בישראל, למעט חריג מרכזי אחד, אינה מאפיינת עלויות

18 שרון דין "חוזים רגולטוריים בשווקים פיננסיים בישראל" עיוני משפט לה' 447, 450 (2012) ("רגולציה הסכמית... מבוססת על משא-ומתן, קונצנזוס והבנות בין רגולטורים לבין גורמים נוספים כמו התעשייה והציבור").

19 Baldwin, Cave & Lodge, לעיל ה"ש 6, בעמ' 329.

20 Patrick Luff, *Risk Regulation and Regulatory Litigation*, 64 RUTGERS L. REV. 73, 89-91 (2011).

21 הגדרה א להחלטת הממשלה משנת 2014, לעיל ה"ש 1.

22 שם, ס' 4.

23 דין "מהי רגולציה?", לעיל ה"ש 15.

24 הגדרה ג להחלטת הממשלה משנת 2014, לעיל ה"ש 1 ("עלות הביורוקרטיה – העלות הישירה הנובעת מתהליכי העבודה מול הרגולטור כגון חובות דיווח, הגשת בקשות וטפסים, קבלת היתרים, זמני המתנה וכו'").

25 שם, הגדרה ד.

26 שם, הגדרה א ("למען הסר ספק, חקיקה בתחום המסים והטלת אגרות או שינויים בשיעורן אינן בגדר רגולציה לעניין החלטה זו").

27 בהקשר זה הגישה המקובלת בפסיקה בארצות-הברית היא שיש לרשויות המיסוי שיקול-דעת רחב ביותר בהטלת מס, ורק במקרים קיצוניים של שרירותיות – העולה למעשה כדי הפליה – תהא חקיקה כזו כפופה למגבלות של דוקטרינת הנטילה החוקתית. ראו Eduardo Moisés Peñalver, *Regulatory Taxings*, 104 COLUM. L. REV. 2182, 2199 (2004) ("the) 2254 (traditional exclusion of taxation from takings scrutiny").

אלה כנוק בר-פיצוי. ככל שהרגולציה אינה כרוכה בפגם חוקי של חוסר סמכות או עילות אחרות של ביקורת שיפוטית, זהו נזק שאין מוכרת לגביו גם עילת התערבות שיפוטית ברגולציה עצמה, לא כל שכן ביחס לשיפוי בגין נטליה. המודל הממשלתי להערכת עלויות ותועלות של רגולציה מתעלם אף הוא ממרכיב זה. דומה שהוא מקדש את מדד היעילות: ככל שהרגולציה יעילה, היא גם רצויה וחוקית. לכן, גם אם בגין רגולציה יעילה זו מוטל נטל על פרט מסוים או על קבוצה מסוימת, אין בכך כדי להצדיק שינוי של מתווה הרגולציה, לא כל שכן התערבות שיפוטית.

מודל זה מתעלם מכתובה ענפה בארצות-הברית²⁸ ובאנגליה²⁹ שקראה להתחשב גם בשיקולים חברתיים ובתכליות לא-כלכליות, לרבות אתיקה וצדק.³⁰ שכלול כזה עשוי להתבצע במסגרת הרחבה³¹ של אמת-המידה של יעילות או ריכוכה,³² או באמצעות הרחבה של המודל לאמת-מידה איכותנית,³³ לרבות התחשבות בזהות הגורמים הנושאים בנטל ובתועלת וכן התחשבות בסוג הנטל.³⁴ כתיבה זו משתלבת עם הגישה המקובלת הן בדיני קניין³⁵ והן בפילוסופיה המשפטית,³⁶ המבקשת לשלב שיקולים של יעילות עם שיקולים נוספים. על רקע זה מוצע כאן בהקשר הישראלי לכלול במודל הממשלתי התייחסות גם לשיקול של שוויון בנטלים. מכיוון שהתייחסות זו, כפי שאטען, היא בגדר חובה חוקתית, היא ניתנת לאכיפה גם בגדרי ביקורת שיפוטית. התחשבות כזו עשויה לחזק את העמידה של המודל אל מול ביקורת שגורה³⁷ שלפיה הוא כלי בידי הקבוצות החזקות בחברה לחיזוק מעמדן.

-
- Mark Sagoff, *At the Shrine of Our Lady of Fatima or Why Political Questions Are Not All Economic*, in THE MORAL DIMENSIONS OF PUBLIC POLICY CHOICE: BEYOND THE MARKET PARADIGM 371, 374–382 (John Martin Gillroy & Maurice Wade eds., 2004) 28
 Tony Prosser, *Regulation and Social Solidarity*, 33 J.L. & SOC'Y 364 (2006) 29
 Baldwin, Cave & Lodge, לעיל ה"ש 6, בעמ' 335. 30
 Matthew D. Adler & Eric A. Posner, *Rethinking Cost-Benefit Analysis*, 109 YALE L.J. 165, 168 (1999); MATTHEW D. ADLER & ERIC A. POSNER, NEW FOUNDATIONS OF COST-BENEFIT ANALYSIS 35–36 (2006) 31
 Robert W. Hahn & Cass R. Sunstein, *A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis*, 150 U. PA. L. REV. 1489, 1500 n. 40 (2002) ("soft variables") 32
 Baldwin, Cave & Lodge, לעיל ה"ש 6, בעמ' 34; מתודולוגיית ה-"social impact assessment" (SIA) מבוססת על מדדי איכות להערכת ההשפעות החברתיות והתרבותיות של הרגולציה. ראו L. GRAHAM SMITH, IMPACT ASSESSMENT AND SUSTAINABLE RESOURCE MANAGEMENT, 14 (2014); Ana Maria Esteves, Daniel Franks & Frank Vanclay, *Social Impact Assessment: The State of the Art*, 30 IMPACT ASSESSMENT & PROJECT APPRAISAL 34 (2012) 33
 Cass R. Sunstein, THE COST-BENEFIT STATE: THE FUTURE OF REGULATORY PROTECTION 82 (2002) ("In addition to knowing the benefits and costs of regulation, it is necessary to know who bears those costs and enjoys those benefits, and also the particular nature of those costs and benefits") 34
 Frank I. Michelman, *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of Just Compensation Law*, 80 HARV. L. REV. 1165, 1219 (1967) 35
 Eyal Zamir & Barak Medina, LAW, ECONOMICS, AND MORALITY 3 (2010) 36
 Baldwin, Cave & Lodge, לעיל ה"ש 6, בעמ' 322. 37

לגישה המקובלת הדוחה טענות בדבר עלויות רגולציה יש חריג מרכזי אחד המוכר בדין הקיים בארצות-הברית ובישראל. זוהי דוקטרינת הנטילה השלטונית. פיצוי בגין עלויות רגולציה עשוי להתחייב בישראל מכוח הוראות חקיקה ראשית המטילות אילוצים על הפגיעה השלטונית המותרת בזכות הקניין. שיטות משפטיות אחרות הכוללות הוראות דומות, לעיתים ברמה החוקתית, רואות בפגיעה הרגולטורית בקניין הפרטי נזק בר-פיצוי. הפיצוי מותנה בקיומם של שני תנאים: הוראה חקיקתית המחייבת פיצוי בגין פגיעה בקניין (גם אם הפגיעה היא תכלית ראויה של הגשמת אינטרס ציבורי); והוכחה עובדתית של פגיעה בקניין. בהתמלא תנאים אלה, אין ככלל לרשות המנהלית שיקול-דעת, והיא חייבת להעניק לפרט פיצוי הולם בגין הפגיעה. הבסיס הרעיוני לפיצוי זה, כפי שאטען, הוא בתפיסה של מידתיות "אנכית": הפיצוי נועד להפוך את הפגיעה בקניין לפגיעה מידתית מבחינת עוצמתה המוחלטת ביחס לנפגע עצמו. במובן זה הפיצוי הוא תנאי לחוקיותה של רגולציה שיש בה הפעלת סמכות של פגיעה פיזית (הפקעה) או פגיעה תכנונית בדיני הקניין. המאמר אינו עוסק בדוקטרינה זו כעניין מרכזי, אלא מבקש להציג הצדקות לשתי דוקטרינות חוקתיות משלימות: דוקטרינה חוקתית של נטילה שלטונית ודוקטרינה חוקתית של נטל חריג. הראשונה מרחיבה את הדוקטרינה הקיימת ברמה התת-חוקתית (חקיקה ראשית) לרמה החוקתית, ומתמקדת בהגנה של מידתיות "אנכית" על זכות הקניין; ואילו השנייה משלימה את התמונה ברמה החוקתית ומתמקדת בהגנה "אופקית" על כל זכות חוקתית, וזאת בהתבסס על הרעיון של שוויון בנטלים. במידתיות "אנכית" הכוונה היא לעוצמת הפגיעה בפרט כשהוא לעצמו, ואילו במידתיות "אופקית" הכוונה היא לעוצמת הפגיעה בו בהשוואה לפגיעה באחרים. מישור זה נשלט על-ידי מה שאכנה "עקרון השוויון בנטלים".

המאמר מבקש אפוא לדרון בשתי שאלות. השאלה הראשונה היא במישור הרעיוני: האם יש בסיס רעיוני לפיצוי בגין עלויות רגולציה בהקשר רחב יותר מדוקטרינת הנטילה התת-חוקתית – הצדקה המשתחררת ממגבלותיה של הדוקטרינה המוכרת? כאן אטען כי בסיס רעיוני כזה מצוי בעקרון השוויון בנטלים, אשר נגזר מעקרון השוויון החוקתי. אטען כי עיקרון זה אינו בוחן את עוצמת הפגיעה המוחלטת בפרט, אלא את עוצמת הפגיעה בשוויון הגלומה בפגיעה זו. הבחינה היא אם הפגיעה באינטרסים מוגנים של הפרט – לרבות בזכויות חוקתיות אחרות שאינן זכות הקניין – מטילה עליו נטל שהוא חריג בהשוואה לנטל הכרוך ברגולציה זו מבחינת פרטים אחרים בחברה. תכליתו של הפיצוי היא להפחית את הנזק המוטל על הפרט מרמה של נטל חריג לרמה של נטל סביר.

השאלה השנייה היא במישור המוסדי: היש לגיטימציה להכרה שיפוטית בפיצוי בגין עלויות רגולציה – בהנחה שפיצוי כזה מוצדק במישור הרעיוני – גם בהעדר הוראה חקיקתית? כאן אטען כי לגיטימציה כזו קיימת לנוכח ההכרה של שיטת המשפט בישראל בעקרון השוויון בנטלים כעקרון-יסוד חוקתי, אשר הפיצוי הוא אמצעי מרכזי להגשמתו. במתווה הדוקטרינרי שאציע, מקורו של הפיצוי הוא בפרשנותה של החוקה, ולא בפרשנותה של חקיקה ראשית. הפיצוי הוא חובה חוקתית על-חוקתית, ובית-המשפט עשוי לחייב את הרשות המבצעת להעניקו במסגרת ביקורת שיפוטית על פעולותיה. זאת, כל עוד הרשות המנהלית אינה עושה כן מיוזמתה כחלק מן המנגנון שעליו החליטה הממשלה בהערכת עלויות הרגולציה.

שילוב התשובות לשתי שאלות אלה מוביל לפיתוח דוקטרינה חדשה, היא דוקטרינה של פיצוי בגין נטל חריג. דוקטרינה זו אינה סותרת את דוקטרינת הנטילה השלטונית, שמתמקדת

הקצאה הוגנת של נטלי רגולציה
בראי רציונל הנטל החריג ועקרון השוויון בנטלים

במידתיות אנכית (ואשר חלה רק במקרים שבהם הוכחה פגיעה בזכות החוקתית לקניין), אלא משלימה אותה. הכרה בדוקטרינה כזו עשויה להרחיב את היקף חובתן של רשויות השלטון לפצות את הפרט בגין רגולציה ממשלתית גם כאשר הרגולציה חוקית כשלעצמה. במובן זה, תוצאות מסוימות של הפעולה השלטונית עשויות להיחשב נזק בר-פיצוי, אך זאת לא מכוח דיני הנזיקין או דיני הקניין, אלא מכוח דוקטרינה חוקתית. חובת פיצוי זו אינה בלת-מוגבלת. כפי שיוסבר, חובה זו ניתנת להגשמה גם באמצעים אחרים השקולים לפיצוי, ולרשות המנהלית עומדות גם כמה טענות הגנה – במסגרת מבחן המידתיות – שעשויות להביא בסופו של יום לידי שלילת הפיצוי.

מבנה המאמר הוא כדלקמן. בחלק הראשון אטען כי יש להבחין בין שני בסיסים רעיוניים לפיצוי בזיקה לנטילה רגולטורית: פיצוי לשם הגשמת המידתיות האנכית ופיצוי לשם הגשמת המידתיות האופקית. בחלק השני אטען כי הבסיס הרעיוני של עקרון השוויון בנטלים אינו מרכיב שולט בדוקטרינת הנטילה המוכרת בישראל – הן הדוקטרינה התת-חוקתית והן הדוקטרינה החוקתית. בחלק השלישי אדון בתיאוריה של עקרון השוויון בנטלים, ואטען כי הוא חל על פגיעה בכל אינטרס מוגן של הפרט, ולא דווקא באינטרסים המוגנים בזכות החוקתית לקניין. תכליתו של עיקרון זה היא להפחית את הנטל המוטל על הפרט מרמה של נטל חריג לרמה של נטל סביר. אמצעי מתאים להפחתה כזו הוא פיצוי ישיר או עקף של הפרט או הקבוצה הכפופים ישירות לרגולציה. בחלק הרביעי אטען כי עקרון השוויון בנטלים הוא עיקרון מוכר בישראל ברמה החוקתית, אם כי בתחום צר של ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים. בחלק החמישי אטען כי מן העיקרון החוקתי של שוויון בנטלים המוכר בישראל ניתן לגזור דוקטרינה חדשה המחייבת פיצוי שלטוני ביחס לכל רגולציה ממשלתית. אציע קווים מנחים אחדים ליישום הדוקטרינה המוצעת, ואצביע על ניצנים שלהם בפסיקה. החלק השישי יוקדש לדיון ביקורתי בגישה המוצעת. בחלק השביעי אבקש להדגים את הגישה המוצעת באמצעות דיון ביקורתי בפסיקה קיימת שלא בחנה את עקרון השוויון בנטלים בנסיבות שבהן התבקשה בחינה כזו. דיון זה מבקש לחדד את תרומתה של הגישה המוצעת. לבסוף אסכם את הגישה המוצעת ואדון בהשלכות אפשריות שלה.

א. הבסיסים הרעיוניים לפיצוי בגין נטלי רגולציה

הקונספציה של פיצוי בגין עלויות רגולציה מושתתת במדינות המשפט המקובל על הוראות חקיקתיות או חוקתיות הקובעות חובת פיצוי בעת הגשמת הסמכות המנהלית לפגוע בקניין הפרטי.³⁸ התיקון החמישי לחוקת ארצות-הברית, אשר מחייב כי לכל פגיעה בקניין יתלווה פיצוי הוגן,³⁹ הוא הפרדיגמה שבבסיסן של הוראות דומות שנחקקו בעקבותיו במדינות אחרות.⁴⁰

38 Thomas W. Merrill, *Private Property and Public Rights*, in RESEARCH HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF PROPERTY LAW 75, 82 (Kenneth Ayotte & Henry E. Smith eds., 2011).
39 "nor shall private property be taken for public use without just compensation"
40 TOM ALLEN, THE RIGHT TO PROPERTY IN COMMONWEALTH CONSTITUTIONS 223 (2000)

מהו הבסיס הרעיוני להוראות אלה? זרם אחד מדגיש את האילוץ המושת על הכוח השלטוני לפגוע בזכות החוקתית לקניין.⁴¹ תפיסה זו, הקובעת אילוץ שלפיו פגיעה שלטונית בזכות החוקתית לקניין מחייבת פיצוי בעת הפעלת הסמכות השלטונית, הובילה בשיטות שונות, ובכלל זה בישראל, לדיון מתמשך בשאלות מהו היקפה של זכות הקניין החוקתית המוגנת ומה נחשב פגיעה בה.⁴² אלה שאלות פרשניות של ההוראה החוקתית או החוקתית המגדירה את המונח "קניין". לצד זרם זה קיים זרם נוסף, המדגיש את הפיצוי כביטוי להגינות שלטונית. זרם זה מוכר הן בספרות⁴³ והן בפסיקה בארצות-הברית,⁴⁴ ולדידו הפיצוי נועד להגשמת תכלית של הגינות, ולא של הגנה על קניין. הפיצוי נועד לאזן את הפגיעה בפרט או בקבוצה הקטנה אשר קניינם ניטל בשם אינטרס ציבורי רחב לתכלית ציבורית. הוא נועד להפחית את הנטל שהוטל עליהם לכדי רמה סבירה, ולא דווקא להבטיח תיקון מלא או השבה של המצב לקדמותו. התובנה כי ההצדקה לפיצוי מצויה בתפיסה רחבה של הגינות שלטונית, ולא בקניין, עשויה לנתק את הקשר בין הפיצוי לבין הזכות החוקתית לקניין. כדי להבין זאת, יש לחלץ באופן מדויק יותר את העיקרון החוקתי הגלום בתפיסה של "הגינות שלטונית". זהו, כך אטען, עקרון השוויון בנטלים.

כתבתי כי מדובר בזרם נוסף, ולא בזרם סותר, מכיוון שניתן להבין כל אחד מזרמים אלה כמכוון למובן אחר של מידתיות. הזרם הראשון מתמקד במידתיות אנכית, קרי, בתיקון הנזק שנגרם לקניין הפרטי בפני עצמו על-ידי חישוב הירידה שחלה בשווי השוק של האינטרס

LAURENCE TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 605 (2nd ed. 1988) ("a limit on government's power to isolate particular individuals for sacrifice to the general good... society simply should not exploit individuals in order to achieve its goals") (מצוטט אצל Daryl J. Levinson, *Making Government Pay: Markets, Politics, and the Allocation of Constitutional Costs*, 67 U. CHI. L. REV. 345, 394 (2000) William A. Fischel & Perry Shapiro, *Takings, Insurance, and Michelman: Comments on Economic Interpretations of 'Just Compensation' Law*, 17 J. LEGAL STUD. 269, 269-270 (1988) ("The compensation requirement... serves the dual purpose of offering a substantial measure of protection to private entitlements, while disciplining the power of the state, which would otherwise overexpand unless made to pay for the resources that it consumes")

אייל גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי 53 (חנוך דגן עורך, 1999); יואב דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" משפטים כח 535 (1997); חנוך דגן "דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות – לקראת שיח קנייני חדש" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 673 (1997); יהושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין הפרקליט מב 258 (1995). בארצות-הברית, ראו, למשל, William M. Treanor, *The Original Understanding of the Takings Clause and the Political Process*, 95 COLUM. L. REV. 782, 847 (1995).

ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES 640 (3rd ed. 2006); Daniel A. Farber, *Public Choice and Just Compensation*, 9 CONST. COMMENT. 279, 286 (1992).

Lucas v. S.C. Coastal Council, 505 U.S. 1003, 1071 (1992); Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 535 U.S. 302 (2002)

הקצאה הוגנת של נטלי רגולציה
בראי רציונל הנטל החריג ועקרון השוויון בנטלים

הרכושי המוגן.⁴⁵ הזרם השני מתמקד במידתיות אופקית, קרי, בריכוך עוצמת הנטל שהוטל על הפרט בהשוואה לפרטים אחרים בחברה כעניין שבהגינות שלטונית.⁴⁶ לפי ראייה זו, דוקטרינת הנטילה השלטונית כפי שהיא מוכרת ביחס לזכות החוקתית לקניין היא ביטוי אחד בלבד ובלתי-שלם לחובת המידתיות השלטונית בעת פגיעה בזכויות. הזרם של עקרון השוויון בנטלים מבקש להשלים את הגשמת עקרון המידתיות גם במובן האופקי.

חשוב להבהיר כי השימוש המוצע כאן במונחים "אנכי" ו"אופקי" שונה מהשימוש הנפוץ בהם בדין החוקתי הישראלי, המדבר על איזון בין זכויות לאינטרסים כ"איזון אנכי" ועל איזון בין זכות לזכות כ"איזון אופקי".⁴⁷ הגישה המוצעת כאן אינה מבוססת על איזון אינטרסים. היא מבוססת על השוואת נטלים. אומדן הפגיעה בפרט נעשה בשני מישורים: כלפי עצמו ("אנכי") וכלפי אחרים ("אופקי"). המימד האופקי עניינו עקרון השוויון בנטלים.

חלק זה מתמקד באפיון תפיסה זו של עקרון השוויון בנטלים. כאמור, קיימת כתיבה על כך גם בגדריה של דוקטרינת הנטילה השלטונית, מאת כותבים הסבורים כי היא ביטוי לתפיסה של הגינות וצדק, המחייבת שהציבור הרחב, אשר נהנה מתועלות הנטילה השלטונית, הוא שיישא בעלויותיה, וזאת באמצעות מתן פיצוי הולם לנפגע מקופת הציבור.⁴⁸ לפי גישה זו, ההצדקה הרעיונית הראויה⁴⁹ – ויש הטוענים אף העיקרית⁵⁰ – לדוקטרינת הנטילה הרגולטורית בארצות-הברית⁵¹ מקורה בעקרון השוויון בנטלים.

JOSEPH W. SINGER, PROPERTY LAW: RULES, POLICIES, AND PRACTICES 1049–1050 (4th ed. 2006). לגישת שווי השוק לצורך קביעת הפיצוי הקנייני בישראל – במקרים הפקעה או פגיעה תכנונית – ראו ע"א 832/13 טוסי נ' מע"צ – החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פס' 27 לפסק-דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 23.9.2014); רע"א 4487/01 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רחובות נ' מ. לוסטרניק ובנו חברה להנדסה ובניין בע"מ, פ"ד נו(5) 536, 529 (2003). ההגנה ה"אנכית" על האינטרס הרכושי כוללת הן את המרכיב ההוני שלו והן את המרכיב הפירוטי שלו. ראו ע"א 5154/10 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה נ' כלפון נווה ארוזים בע"מ, פס' 17 לפסק-דינו של המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין (פורסם בנבו, 22.8.2012).

45 Armstrong v. United States, 364 U.S. 40, 49 (1960) ("to 966 בעמ'"); 46 SINGER bar Government from forcing some people alone to bear public burdens which, in all fairness and justice, should be borne by the public as a whole"); Agins v. City of Tiburon, 447 U.S. 255, 260 (1980) ("The determination that governmental action constitutes a taking is, in essence, a determination that the public at large, rather than a single owner, must bear the burden of an exercise of state power in the public interest")

47 אורן גול-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" משפטים מא 97, 106, ה"ש 22 (2011).

48 David A. Westbrook, *Administrative Takings: A Realist Perspective on the Practice and Theory of Regulatory Takings Cases*, 74 NOTRE DAME L. REV. 717, 757–758, 769 (1999)

49 John E. Fee, *The Takings Clause as a Comparative Right*, 76 S. CAL. L. REV. 1003, 1007 (2003) ("The proper role of the Takings Clause is to require compensation in those circumstances where the government legitimately targets merely one or a few owners to bear a unique legal burden for the benefit of the general community"); Lawrence Rosenthal, *A Theory of Governmental Damages Liability: Torts, Constitutional Torts, and Takings*, 9 U. PA. J. CONST. L. 797, 821–822 (2007) ("the Takings Clause... responds to a concept of... undue burden by requiring that the public compensate those whose property it takes for public use")

לגישתי, הצדקה זו ניתנת ליישום עקרוני ביחס לפגיעה בכל זכות חוקתית, ולא דווקא בזכות הקניין החוקתית. לפי תפיסה זו, הדגש מושם בהתנהלות שלטונית הוגנת, ולא דווקא בעוצמת הפגיעה כשלעצמה.⁵² בחינת ההגיונות נעשית במישור התוצאה של הפעולה השלטונית הרגולטורית, ולא במישור היסוד הנפשי שבבסיסה.⁵³ לפי פרשנות זו, פיצוי יינתן רק בזיקה לפגיעה שלטונית ישירה בקניין הפרטי. כאשר לא הוכח קשר סיבתי ישיר בין הפעולה השלטונית לבין הפגיעה בזכות הקניין, אין עילת פיצוי לפי דוקטרינת הנטילה הרגולטורית בפרשנותה זו, מכיוון שהפגיעה אין מקורה בהתנהלות שלטונית. ההקפדה על תנאי זה בדבר קשר סיבתי ישיר הובילה בארצות-הברית – ערש הקונספציה של הנטילה השלטונית – לדחיית תביעות לפיצוי בגין מדיניות המחייבת את השלטון במישור הבין-לאומי (כאן הגורם הפוגע הוא לכאורה גורם זר), וכך לדחיית דרישת פיצוי בגין עלויות שהוכח כי נגרמו כתוצאה מכוחות השוק (שבהן הגורם הפוגע הוא גורם לא-ממשלתי)⁵⁴ או מכוחות הטבע,⁵⁵ או כתוצאה מהסתכנות מרצון של הפרט הנפגע.⁵⁶

לפי זרם זה, הפיצוי הקנייני הוא תנאי לחוקיותה של הפעולה השלטונית שפגעה במישרין בקניין הפרטי. ללא פיצוי הולם, הפעולה השלטונית מטילה על הפרט נטל החורג מהנטל המצופה שאדם סביר בחברה יישא בעבור הגשמת תכלית ציבורית המשרתת את החברה בכללותה. הפיצוי הוא אילוץ המחייב את השלטון לכבד את עקרון השוויון בנטלים ולבחון את השלכותיה של הרגולציה על הפרט בהשוואה לפרטים אחרים בחברה. הרשות השלטונית ניצבת בפני בררה: להתמיד ברגולציה וללוותה בפיצוי הולם או לזנוח את הרגולציה.⁵⁷

הבסיס הרעיוני לזרם זה מצוי בעקרון השוויון. הטעם להתמקדותה של דוקטרינת הנטילה בזכות הקניין הוא טעם פוזיטיבי, ולא רעיוני, הנובע מכך שההוראה החוקתית מחייבת פיצוי בגין פגיעה בזכות הקניין, ולא בגין פגיעה בזכות חוקתית אחרת. בהתאם, הגישה המקובלת בארצות-הברית מתנה את הפיצוי ההולם כעיקרון חוקתי בהוכחת פגיעה בזכות הקניין

50 Levinson, לעיל ה"ש 41, בעמ' 394: "The leading noninstrumental argument in support of compensation proceeds from a principle of political equality or antidiscrimination: the government should not be allowed to single out a small minority to bear the costs of public benefits"

51 JESSE DUKEMINIER, JAMES KRIER, GREGORY ALEXANDER & MICHAEL SCHILL, PROPERTY .1111 (7th ed. 2010)

52 לזיקה ההדוקה שבין שוויון לבין כללי הגינות וצדק ראו ראם שגב "שוויון ודברים אחרים" משפט וממשל יז 191, 210 (2016). במונחים של שגב, עקרון השוויון בנטלים שאני טוען לו במאמר זה שייך לענף של "שוויון השוואתי" (שם, בעמ' 199).

53 זאת, בהתאם לגישה המקובלת בישראל ביחס ליישום עקרון השוויון. לתיאור גישה זו ולביקורתה ראו משה כהן-אליה "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת בית-המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?" משפט וממשל יז 147 (2016). ראו גם בארצות-הברית: Deborah Hellman, *Two Concepts of Discrimination*, 102 VA. L. REV. 895 (2016)

54 Jan G. Laitos, *The Role of Causation When Determining the Proper Defendant in a Takings Lawsuit*, 20 WM. & MARY BILL RTS. J. 1181, 1207 (2012)

55 שם, בעמ' 1232.

56 שם, בעמ' 1205.

57 SINGER; לעיל ה"ש 51, בעמ' 1169; לעיל ה"ש 45, בעמ' 957 ובעמ' 1010.

הקצאה הוגנת של נטלי רגולציה
בראי רציונל הנטל החריג ועקרון השוויון בנטלים

החוקתית. במילים אחרות, דוקטרינה זו נעצרת בגבולות היקפה של זכות הקניין החוקתית, ואינה חלה ביחס לזכויות חוקתיות אחרות.⁵⁸ עם זאת, יש טעם בטענה כי ככל שהבסיס הרעיוני לדוקטרינה מצוי בתיאוריה של שוויון והגינות, ולא דווקא בתיאוריה של קניין, קיימת הצדקה להרחבת הדוקטרינה כך שתחול גם על פגיעה בזכויות חוקתיות אחרות.⁵⁹

ניתן לטעון כי יש בכל זאת חשיבות להיצמדות ללשון ההוראה החוקתית, וזאת במישור הלגיטימציה לחיובה של הרשות המבצעת בפני ציבור. הגישה הפוזיטיביסטית הזו מדגישה כי מקור הפיצוי נעוץ בהכרעה חוקתית מפורשת שהגדרה באופן יוצא דופן פגיעה בזכות חוקתית מסוימת – זכות הקניין – ככת פיצוי.⁶⁰ לפי הגישה הפוזיטיביסטית, אין לגזור הכרה חוקתית משתמעת בפני ציבור כזה ביחס לזכויות חוקתיות אחרות.

הכרעה בין עמדות אלה תלויה בתיאוריית הפרשנות החוקתית המקובלת בשיטה מסוימת ובהוראותיה של החוקה. תיאוריה של פרשנות תכליתית – אשר בוחנת לא רק את לשון החקיקה, אלא גם את תכליתה – עשויה להוביל לפרשנות רחבה יותר של זכות הקניין, הכוללת גם נטילה "רגולטורית".⁶¹ אך גם זו תהיה תלויה עדיין בלשון ההוראה, קרי, באינטרסים שניתן להכליל כחלק מהיקפה של הזכות החוקתית לקניין. כך או כך, בכל הנוגע בפגיעה בזכות החוקתית לקניין, מקובלת בארצות הברית פרקטיקה שלטונית של הערכת ירידת הערך הצפויה לנכסי הפרט בעקבות הרגולציה הנבחנת, וזאת כחלק מובנה מתהליך קבלת ההחלטות השלטוני הן במישור הפדרלי (בעקבות ההנחיה של הנשיא רייגן) והן במדינות.⁶² הגישה המקובלת משקפת אמת-מידה אופקית של שוויון בנטלים, ובהתאם לכך, רגולציה המטילה נטל על פרטים או חברות שנראה סביר בראייה השוואתית-חברתית⁶³ אינה נחשבת פגיעה רגולטורית המצדיקה פיצוי.⁶⁴

שאלת הלגיטימציה תלויה אפוא במאפייניה של שיטת משפט קונקרטי. בחלק הבא אתמקד בדוקטרינת הנטילה המוכרת בשיטת המשפט בישראל. אטען כי דוקטרינה זו על שני רבדיה – התת-חוקתית והחוקתית – אינה כוללת מובן של שוויון בנטלים, וכי פרשנותה המקובלת משקפת תפיסה של מידתיות אנכית בלבד.

58 William A. Fischel, *The Political Economy of Just Compensation: Lessons from the Military Draft for the Takings Issue*, 20 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 23, 28 (1996) ("Although government is required to compensate landowners whose land has been taken through eminent domain, no court of law has required the government to pay 'just compensation' to draftees")

59 Frederick Schauer, *Uncoupling Free Speech*, 92 COLUM. L. REV. 1321, 1322, 1325, 1327 (1992).fn. 21

60 Richard Fallon & Daniel J. Meltzer, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, 104 HARV. L. REV. 1731, 1779 n. 244 (1991)

61 CHEMERINSKY, לעיל ה"ש 43, בעמ' 641.

62 SINGER, לעיל ה"ש 45, בעמ' 974.

63 *Kimball Laundry Co. v. United States*, 338 U.S. 1, 5 (1949) ("burden of ; 966 בעמ' common citizenship")

64 SINGER, לעיל ה"ש 45, בעמ' 1019 : "Laws that adjust the burdens of economic life, such as consumer protection laws [and] workplace regulation... have almost never been ruled to be unconstitutional takings of property... such claims generally fail"

ב. הדין הקיים: קניין ומידתיות אנכית

דוקטרינת הנטילה השלטונית בישראל מתמקדת בהגנה על הזכות החוקתית לקניין. בפסיקת בית-המשפט העליון משתקפת גישה זהירה ביחס להיקף האינטרסים המוגנים בגדרה של הזכות, אשר פגיעה בהם מחייבת פיצוי. אציע להבחין בין דוקטרינת הנטילה התת-חוקתית, אשר נשענת על הוראות פיצוי מפורשות בחקיקה ראשית, לבין דוקטרינת הנטילה החוקתית, שהתפתחה בעקבות עיגונה של הזכות החוקתית לקניין בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על-פי דוקטרינת הנטילה התת-חוקתית, הלגיטימציה לפיצוי השלטוני נובעת מהכרה מפורשת של המחוקק בחובת פיצוי מכוח חקיקה ראשית. פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, וחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה) הם החוקים העיקריים העוסקים בכך.⁶⁵ חוקים אלה קובעים כי פגיעה פיזית בקניין (הפקעה⁶⁶) או פגיעה תכנונית⁶⁷ במקרקעין⁶⁸ מחייבות פיצוי.⁶⁹ בהינתן חקיקה זו, כאשר מתרחשת פגיעה פיזית או תכנונית במקרקעין פרטיים, לרוב אין חולק כי אכן מתקיימת "פגיעה"⁷⁰ בת-פיצוי. המחלוקת היא לרוב בשאלה אם הפגיעה היא מידתית מנקודת-מבטו של הפרט הנפגע.⁷¹ כאמור, הפיצוי ניתן בגין שווי השוק הרכושי-האובייקטיבי של הקניין הפרטי שנפגע. דוקטרינה זו היא תת-חוקתית מכיוון שהיא מכפיפה את חובת הפיצוי לחקיקה ראשית. הסמכות השלטונית להענקת הפיצוי מקורה בחקיקה ראשית מפורשת, ולכן הפיצוי עשוי גם לסגת מפני הוראת חוק מפורשת סותרת.⁷² על-פי תפיסה זו, הפיצוי ההולם עשוי להיות חלקי ואף להישלל לחלוטין.⁷³ אכן,

- 65 לחוקים נוספים העוסקים בהפקעה ראו אהרן נמדר הפקעת מקרקעין [כולל תיקון מס' 3 לפקודת הקרקעות] 85–110 (2011).
- 66 השימוש במונח "הפקעה" כאן עניינו נטילה כפויה של זכות במקרקעין. ראו ע"א 655/82 גרובר נ' פרבשטיין, פ"ד מ(1) 748, 738 (1986) ("הפקעה היא רכישה כפויה של זכויות המקרקעין למען מטרה ציבורית"). למובנים השונים של המונח "הפקעה" ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 261, ה"ש 71 (מהדורה שנייה, 2010).
- 67 לפגיעות תכנוניות ראו דפנה לוינסון-זמיר פגיעות במקרקעין על ידי רשויות התכנון (1994); חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 147–150 (2005).
- 68 כאשר ההפקעה כרוכה בהריסה או בהשמדה של נכס שאינו מקרקעין, חובת הפיצוי קבועה לרוב בחקיקה ראשית. ראו, למשל, ס' 16 לפקודת מחלות בעלי חיים [נוסח חדש] התשמ"ה-1985, הקובע כי המדינה תשלם פיצויים לבעלים של בעל-חיים שהומת לפי הפקודה. ס' 17 לפקודה האמורה מוסיף סייגים לחובת הפיצוי. ראו זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 66, בעמ' 263.
- 69 לעיקרון הכללי ראו דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(6) 328, 289 (2004).
- 70 להגדרת פגיעה ראו ע"א 4809/91 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים נ' קהתי, פ"ד מח(2) 190, 202 (1994).
- 71 בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה, פס" 15 ו-18 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') ברק (פורסם בנבו, 20.9.2006).
- 72 מעמדו של הפיצוי הקנייני כעיקרון פרשני הוא שריד יציב של הדין שהיה נהוג לפני עיגון זכות הקניין כזכות חוקתית. ראו, למשל, בג"ץ 150/69 רייך נ' מנהל אנף העתיקות והמוזיאונים במשרד החינוך והתרבות, ירושלים, פ"ד כד(1) 204, 209 (1970); ע"א 377/79 פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת-גן, פ"ד לה(3) 656, 645 (1981).

דוקטרינת הנטילה התת-חוקתית⁷⁴ אינה שוללת לחלוטין את האפשרות של הפקעה ללא פיצוי או תמורה.⁷⁵

בעבר נכתב כי הפסיקה טרם גיבשה עמדה ברורה בשאלה אם פגיעה רגולטורית – שאינה פיזית או תכנונית – כפופה גם היא לדוקטרינה זו.⁷⁶ נראה כי הגישה המקובלת כיום היא שהרשות השלטונית רשאית ללוות רגולציה כזו בפיצוי יזום, אך הדבר כפוף לשיקול-דעתה; כל עוד אין חקיקה המחייבת זאת במפורש, אין מחובתה לעשות כן. בפרשת אבן זוהר,⁷⁷ שהיא ההלכה בסוגיה זו, נדונה סוגיית פיצוי בעלים של קרקע שהוכרזה על-ידי צה"ל כשטח אימונים. בית-המשפט העליון בחן את הסוגיה כחלק מהדוקטרינה התת-חוקתית של נטילה שלטונית,⁷⁸ ובמסגרת זו שקל את האפשרות להרחיב את מושג הפגיעה גם למקרים של הטלת מגבלה רגולטורית לא-תכנונית על יכולת ה"הנאה" של האזרח מרכושו,⁷⁹ ובלבד שמדובר בפגיעה באינטרס בעל "אופי קנייני ישיר".⁸⁰ בדעת רוב (של השופטים פרוקצ'יה וג'ובראן) נפסק כי פגיעה כזו מחייבת פיצוי רק כאשר הפיצוי נקבע במפורש על-ידי המחוקק. בעניין הנדון לא הייתה הוראה כזו, ודרישת הפיצוי נדחתה.⁸¹ הלכה זו אושרה בדיון הנוסף.⁸² השיטה המשפטית בישראל אינה מכירה אפוא בחובת פיצוי בגין פגיעה רגולטורית מכוח דוקטרינת

- 73 משילוב של ס' 3(ד) ו-12 לפקודת הקרקעות עולה כי חלה אומנם חובה לשלם פיצויים לבעל מקרקעין שהופקעו, אך חובה זו כפופה לחריגים (ראו ס' 20 לפקודה, אשר מתיר בנסיבות מסוימות הפקעה של עד 25% ממקרקעין ללא תשלום פיצוי). רק הפקעה של המגרש במלואו מחייבת פיצוי מלא – ראו ע"א 3819/01 מדינת ישראל נ' אסלן, פסק-דין של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 27.12.2004). בכל הנוגע בפגיעות תכנוניות, ס' 197 לחוק התכנון והבנייה קובע זכות לפיצויים, אך גם היא כפופה לתנאים מסוימים ולאפשרות הפחתה (ראו ס' 200 לחוק).
74 לפירוט החקיקה התת-חוקתית ראו דגן, לעיל ה"ש 67, בעמ' 130.
75 עע"ם 4927/08 הממונה על המחוז – משרד הפנים נ' אפרמיאן, פס' 33 לפסק-דין של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 16.6.2011) ("לקיחה בכפייה של קנין הפרט בלא תמורה נתפסת כחריג שאינו משקף את הכלל").
76 למונח "פגיעה רגולטורית" ראו יוסף מ' אדרעי "על חוקה דקלטיבית וחוקה קונסטיטוטיובית – מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם" משפטים כח 461, 528 (1997). לדיון בדוקטרינת הנטילה הרגולטורית בישראל, במנותק מההקשר של דיני התכנון והבנייה, ראו דגן, לעיל ה"ש 67, בעמ' 191.
77 ע"א 2281/06 אבן זוהר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.4.2010) (להלן: ע"א אבן זוהר).
78 שם, פס' 2 לפסק-דין של השופטת פרוקצ'יה.
79 שם, פס' 2, 5 ו-17 לפסק-דין של השופטת פרוקצ'יה.
80 שם, פס' 17 לפסק-דין של השופטת פרוקצ'יה.
81 ההסדר החקיקתי שמכוחו הוצאו צווי הסגירה לא כלל הוראה מפורשת המקנה פיצוי. השופט ג'ובראן קבע כי יש לפרש הוראה זו כהסדר שלילי (שם, פס' 6–8 לפסק-דין), ולמסקנה זו הצטרפה השופטת פרוקצ'יה (שם, פס' 4–7 ו-10 לפסק-דין). המסקנה של דעת הרוב הייתה לפיכך כי "לא נתבססה זכות משפטית לפיצוי בעלי זכויות בקרקע בגין הפגיעה הנגרמת להם עקב צו סגירת שטח המגביל את תנועתיהם במקרקעיהם" (שם, פס' 14 לפסק-דין של השופטת פרוקצ'יה). לעומתם קבע השופט דנציגר, בדעת מיעוט, כי מדובר בחסך הטעון השלמה, באופן המחייב עקרונית פיצוי גם בהעדר קביעה מפורשת (שם, פס' 56–67 לפסק-דין).
82 דנ"א 5151/10 אבן זוהר נ' מדינת ישראל, פס' 7 להחלטת המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 15.11.2010).

הנטילה התת-חוקתית. הדברים נוסחו בפסק-הדין בהרחבה, כך שהם חלים ביחס לכל פגיעה רגולטורית המטילה מגבלות על יכולת ה"הנאה" של הפרט מקניינו.⁸³ בעקבות עיגון זכות הקניין כזכות חוקתית בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁸⁴ נעשו נסיבות להרחיב את היקף האינטרסים הרכושיים המוגנים של הפרט באמצעות הכרה בדוקטרינת נטילה חוקתית. העוגן בהוראה חוקתית הוביל לשינוי תיאורטי, שכן הוא חייב הטלת מגבלות נוספות על פעולות שלטוניות הפוגעות בזכות הקניין – מגבלות שמקורן בפסקת ההגבלה ועקרון המידתיות. אכן, בעקבות שינוי זה התפתח ענף חדש של "כללי קניין ציבורי".⁸⁵ לפי כללים אלה, אם הוכיח עותר כי אינטרס רכושי שלו שנפגע כלול בהיקפה של זכות הקניין החוקתית – המוקנית לכל אדם, קרי, לכל תושב ואזרח בישראל, לרבות תאגיד פרטי – מוטלת על הרשות המנהלית החובה להוכיח כי הפגיעה עומדת במבחן המידתיות.⁸⁶ השינוי לא פסח גם על שאר שלבי הבחינה החוקתית. בשלב הראשון של הבחינה החוקתית נפסק, באופן מרחיב ביחס לעבר, כי היקפה של זכות הקניין החוקתית כולל הן אינטרסים רכושיים⁸⁷ והן זכויות אובליגטוריות מסוימות שהן בעלות ערך רכושי;⁸⁸ ובשלב השלישי של הבחינה החוקתית נפסק כי פגיעה בלת-מידתית בקניין עשויה להביא לידי הכרה בסעדים חרשים, כגון השבה של נכסים שהופקעו.⁸⁹ מה כללי הקניין החוקתיים קובעים ביחס לשלב השני של הבחינה החוקתית, המתמקד במבחן המידתיות? פסקי-דין שניתנו סמוך לאחר עיגון זכות הקניין כזכות חוקתית אימצו את הגישה הפרשנית שאפיינה את דוקטרינת הנטילה התת-חוקתית, והיא שהגשמת עקרון המידתיות בזיקה להחלטה שלטונית שפגעה בזכות החוקתית לקניין עשויה להתבצע באמצעות

83 ע"א אבן זוהר, לעיל ה"ש 77, פס' 7 ו-9 לפסק-דין של השופטת פרוקצ'יה.
 84 "אין פוגעים בקנינו של אדם". להצדקות המקובלות להגדרת הקניין כזכות חוקתית ראו אדרעי, לעיל ה"ש 76, בעמ' 494–498.
 85 ראו זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 66, בעמ' 267. מקור הביטוי בבג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, 653 (2001). ראו גם דנ"א 1595/06 עזבון ארידור נ' עיריית פתח תקווה, פס' 34 ו-35 לפסק-דין של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 21.3.2013) ("הפיצוי הוא בעל זיקה אמיצה לעקרון הסמכות המינהלית ולפיכך נושא אופי ציבורי"; "מקורם של 'כללי הקניין הציבורי' בפועלה של זכות הקניין בתחום המשפט הציבורי בכל הנוגע ליחסים שבין הפרט בעל זכות הקניין לציבור... פיצויי ההפקעה הם 'פיצויים ציבוריים'") (בדעת מיעוט, אך לא בנקודה זו).
 86 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 71, פס' 10 לפסק-דין של הנשיא (בדימ') ברק. כאמור שם, היקף ההגנה הניתנת לאישיות משפטית שאינה אדם, במסגרת השלב השני של הבחינה החוקתית, עשוי להיות שונה מהיקף ההגנה הניתנת לאדם.
 87 שם, פס' 9 לפסק-דין של הנשיא (בדימ') ברק ("הקניין במובנו החוקתי משמעותו זכות רכושית").
 88 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 582 (2005). יש קשר רעיוני בין פסיקה זו לבין גישת "הקניין החדש" בכתיבה האקדמית בארצות-הברית: Charles Reich, *The New Property*, 73 YALE L.J. 733 (1964); Charles Reich, *Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues*, 74 YALE L.J. 1245, 1255 (1965). ראו גם בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, 739 (2004).
 89 זוהי הלכת קרסיק הידועה, לעיל ה"ש 85.

הקצאה הוגנת של נטלי רגולציה
בראי רציונל הנטל החריג ועקרון השוויון בנטלים

הענקת פיצוי הולם בגין הפגיעה.⁹⁰ זהו מרכיב חשוב בדוקטרינת הנטילה החוקתית, אשר קלטה את הזיקה ההדוקה בין הפיצוי לבין המידתיות – זיקה שהוכרה עוד בדוקטרינה התת-חוקתית.

פרשה חשובה בהקשר זה היא פרשת די.בי.אס.⁹¹ בפסק-דין זה בחן בג"ץ את השאלה אם רגולציה שהטילה על חברות פרטיות הכפופות לה חובה לאפשר גישה חופשית (open access) מהווה פגיעה בזכותן החוקתית לקניין, ואם פגיעה זו היא מידתית. העותרת, חברה בעלת רישיון מטעם משרד התקשורת, טענה כי ההוראות הכופות עליה העברת ערוצים ייעודיים באמצעות תשתיתה במתווה של גישה חופשית, ללא תמורה או פיצוי, "מפגיעות חלק מקניינה וגורמות לה נזקים כלכליים ישירים ונזקים עקיפים נוספים".⁹² מכיוון שפגיעה כזו אינה באה כאמור בגדר דוקטרינת הנטילה התת-חוקתית, אשר מתמקדת בפגיעה פיזית או תכנונית בקניין הפרטי, טענה החברה כי הפיצוי נדרש על-פי אמות-מידה חוקתיות. בג"ץ דחה את הטענה, וקבע כי גם אם אינטרסים רכושיים של העותרת כלולים בזכות החוקתית לקניין, וגם אם נאמר כי הם נפגעו כתוצאה מהרגולציה⁹³ (אלה הן מסקנות שמתגבשות בשלב הראשון של הבחינה החוקתית), בנסיבות המקרה הפגיעה היא מידתית גם בהעדר פיצוי.⁹⁴ זאת, בהינתן שמבחינת נכסיה ומחזור עסקיה של החברה הפגיעה בה אינה קשה.⁹⁵ ניכר כי פסק-הדין מבסס מסקנה זו על יסוד בחינה "אנכית" של המידתיות: התמקדות בהשפעת הרגולציה על הנפגע עצמו. פסק-הדין עולה בקנה אחד עם התפיסה המקובלת בישראל, אשר רואה בפיצוי הקנייני מרכיב המגשים את עקרון המידתיות על-ידי "ריכוך" הפגיעה בפרט.⁹⁶

90 בפרט ביחס לפיצוי מכוח פקודת הקרקעות. ראו דנג"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת דורנר (1995) ("הפיצויים אינם מבטלים את הפגיעה מעיקרה. משמעותם היא רק לעניין השאלה, אם הפגיעה אינה 'במידה העולה על הנדרש', כאמור בסיפה של פיסקת ההגבלה") (בדעת מיעוט אך לא בנקודה זו). ביחס לפיצוי מכוח חוק התכנון והבנייה ראו ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463, 483 (1995).

91 בג"ץ 6792/10 די.בי.אס שרותי לוויין (1998) בע"מ נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 20.7.2014).

92 שם, פס' 32 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור.

93 שם, פס' 54 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור.

94 שם, פס' 64 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור. לאמת-המידה לצורך הקביעה אם פגיעה ברווחיות או בהכנסות היא לא-מידתית ראו שם, פס' 67 ו-71 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור.

95 שם, פס' 54 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור.

96 בג"ץ 9488/11 מישראל בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד החקלאות ופיתוח הכפר, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארו (פורסם בנבו, 3.2.2015) ("על חקיקה [הפוגעת בזכות הקניין] לעמוד כמובן בסטנדרטים חוקתיים, הנדרשים לתכלית הנטילה ולמידתיותה, ובהקשר זה גם לפיצוי שניתן למי שרכושו הופקע"); ע"ע 4955/07 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה נ' קרן תורה ועבודה, פס' 22 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 26.10.2010) ("על מנת ליצור משוואה מאוזנת יחסית בין הפגיעה בקניין לבין האינטרס הציבורי משתמש הדין בכלי הפיצויים"); ע"א 3015/06 מדינת ישראל נ' פינקלשטיין, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 9.12.2008).

כאן נכנס לתמונה הניתוח התיאורטי שהצעתי לעיל בדבר עקרון השוויון בנטלים.⁹⁷ ניתוח הפסיקה מלמד כי גם בעידן החוקתי היא מתמקדת במידתיות האנכית – עוצמת הפגיעה בפרט⁹⁸ – ולא בעקרון השוויון. לעקרון השוויון יש ביטוי מסוים גם בדוקטרינת הנטילה התת-חוקתית,⁹⁹ אך הוא טרם זכה בפיתוח תיאורטי-חוקתי, למעט בהקשר של פגיעות תכנוניות.¹⁰⁰ הפיתוח הרעיוני שמוצע במחקר הנוכחי מבקש לצעוד עם בסיס זה צעד נוסף ולהחילו על הקשרים נוספים במסגרת דוקטרינת הנטילה: מחוץ להקשר של דיני תכנון ובנייה; בהקשרים

97 Carlos A. Ball & Laurie Reynolds, *Exactions and Burden Distribution in Takings Law*, 47 Wm. & Mary L. Rev. 1513, 1533, 1558–1559 (2006).

98 ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ – החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פס' 87 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 14.5.2012); ע"א 119/01 אקונס נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 817, פס' 44 לפסק-דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 22.1.2003). ראו גם אהרן נמדר הפקעת מקרקעין: עקרונות, הליכים ופיצויים כרך ראשון 123, 136, 386–387 (2005).

99 דוגמאות להתחשבות בעקרון השוויון מצויות בפסיקתה של השופטת דורנר: בג"ץ 840/97 סבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(4) 803, 816 (2003) ("באין עילה לאכוף על הרשות להקצות אדמות לצורך התיישבות העותרים באזור שממנו נעקרו אבותיהם, הסעד שהם זכאים לו – שהוא מידתי ואף מקיים את עקרון השוויון – הוא פיצויים, אם בכסף ואם בקרקע"); ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 642, 629 (2001) ("יש צורך בפיצוי הוגן ושווה ערך. בלא פיצוי כזה תפגע ההפקעה בשוויון. שכן, רק בעלי המקרקעין הדרושים לשימוש הציבור, להבדיל מבעלי מקרקעין או נכסים אחרים, יצטרכו לשאת במימון התועלת הציבורית בלי שקיימת הצדקה להטיל את המימון על בעלים אלה בלבד"); ע"א 3964/97 מדינת ישראל נ' בורזייקובסקי, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת דורנר (פורסם בנבו, 20.11.2011) ("הפקעה ללא תשלום פיצוי שווה-ערך פוגעת בזכות הקניין במידה העולה על הנדרש, תוך פגיעה בשוויון"). ראו גם ע"א 813/03 עיריית נצרת נ' ג'י.בי. טורס בע"מ, פ"ד נח(5) 664, פסק-דינו של המשנה לנשיא מצא (2004) ("את הוראות החוק המתירות לרשות להפקיע זכויות בלי שתתחייב בתשלום פיצוי יש, על דרך העיקרון, לפרש בצמצום משום המשקל הנכבד שיש לייחס בכגון דא לפגיעה בזכות הקניין של הפרט וכן לפגיעה בשורת השוויון שבין כלל הנהנים מתוצאות ההפקעה"); עניין קרן תורה ועבודה, לעיל ה"ש 96, פס' 11 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ריבלין (בדעת רוב) ("מוסד ההפקעה ללא פיצוי הוא מטבעו אינו שוויוני שכן הוא נופל על כתפיהם של בודדים בחברה... יש לשאוף כי 'גזירה' זו תחול באופן שוויוני על כלל הציבור וכי הסיבה לאי תחולתה על פרט זה או אחר תנבע מסיבה עניינית מוצדקת").

100 לוינסון-זמיר, לעיל ה"ש 67, בעמ' 106 ("הנימוק העיקרי לכלל של פיצוי מבוסס על עקרון ההגנות ועל השאיפה להעניק יחס שווה לשווים"). חרף חשיבותו של עקרון השוויון במימון, בעיקרו הוא נועד להצדיק את שלילת הפיצוי, להבדיל מהענקת פיצוי כנטען במאמר זה. ראו ע"א 6663/93 צאיג נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון לציון, פ"ד נה(1) 49, 67 (1999) (שלילת הפיצוי הינה ביטוי "לתרומה הנדרשת מבעלים של מקרקעין לטובת הכלל. זהו ביטוי לעקרון המידתיות"). ההצדקה לשלילה כזו מקורה בכך שזכות הקניין, בניגוד לזכויות חוקתיות אחרות, מוקנית רק לבעלי קניין, כך שמלכתחילה מדובר במצב לא-שוויוני. לכן תפיסה של שוויון במימון או תפיסה קרובה של אחריות חברתית של בעל הקניין (דגן, לעיל ה"ש 67, בעמ' 138) עשויות להצדיק הפחתה של הפיצוי שבעל הקניין זכאי לו או אף את שלילתו כליל. אך היגיון זה אינו חל ביחס לפגיעה בזכויות חוקתיות אחרות המוקנות לכל באופן שוויוני מלכתחילה, כגון כבוד האדם וחופש הביטוי. עוד יוער כי תפיסות אלה מובילות להכרה, ולו חלקית, בחובות של אדם בזיקה לזכויות אדם – סוגיה החורגת ממאמר זה. ראו חנוך דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין" עיוני משפט כא 491, 504 (1998) (הקניין אינו רק "מקור לזכויות, אלא גם... בסיס לאחריות מיוחדת כלפי הקהילה וכלפי יתר החברים בה").

של פגיעה בזכויות חוקתיות אחרות שאינן בהכרח זכות הקניין החוקתית; ובמצב נורמטיבי שבו אין חובה חקיקתית מפורשת להעניק פיצוי.

ניתוח הפסיקה כמפורט לעיל מלמד כי התפיסה המקובלת של דוקטרינת הנטילה בישראל, על שני רבדיה, אינה מקפלת בחובה באופן אינהרנטי את עקרון השוויון. לצורך הגנת השוויון קיימת דוקטרינה מפותחת אחרת, היא דוקטרינת השוויון. להלן אטען כי מדוקטרינה זו עשויה להתחייב חובת פיצוי גם מחוץ לדוקטרינת הנטילה. מהלך זה הוא מתבקש, אף שהפסיקה טרם הקדישה מחשבה ליחסי-הגומלין בין דוקטרינת הנטילה לבין דוקטרינת השוויון. במאמר זה אבקש להבנות יחסי-גומלין אלה כיחסים של השלמה – הדוקטרינה הראשונה מכוונת לפיצוי כמרכיב במידתיות אנכית, ואילו השנייה מכוונת לפיצוי כנגזרת של עקרון השוויון בנטלים. עוד קודם לכן יש לשים לב להבחנה חשובה נוספת, והיא בין דוקטרינת הנטילה התת-חוקתית לבין דוקטרינת הנטילה החוקתית. אף שהן עוסקות באותה מְטריה – פגיעות שלטוניות בקניין – הן אינן זהות. בעוד הראשונה נגזרת מהוראות התת-חוקתיות, הטענה לפיתוח דוקטרינת נטילה חוקתית נשענת על פרשנות של סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם, הקובע כי "אין פוגעים בקנינו של אדם". גם אם כתוצאה משאיפה לאחידות פרשנית ניתן להסכים כי היקפה של הזכות לקניין זהה בשתייהן, עדיין לשוני במקור הנורמטיבי יש חשיבות ביחס לשאלת הלגיטימציה להכרה פסיקתית בחובת פיצוי. בעוד הדוקטרינה התת-חוקתית תלויה בהכרעה חקיקתית ובפרשנות החקיקה, הדוקטרינה החוקתית תלויה בפרשנות חוקתית. בדוקטרינה התת-חוקתית מדובר בחזקה פרשנית של דבר חקיקה: "מקום שנפגעה זכות אדם, חזקה כי תכלית החקיקה הינה שהנפגע יקבל פיצויים בגין הפגיעה בזכותו."¹⁰¹ בהעדר חקיקה – אין חובת פיצוי. לעומת זאת, ככל שמדובר בפרשנות של עיקרון חוקתי – וכזה הוא, כך אטען, עקרון השוויון בנטלים – הפיצוי אינו מותנה בחקיקה. הוא עשוי להיות נגזרת של הגנה על זכות חוקתית, בהתאם לפרשנות חוקתית של עקרון המידתיות החוקתי, המטילה חובה חוקתית על רשות שלטונית. בהקשר זה תפקידה של חקיקה ראשית משתנה. חקיקה כזו אינה דרושה כדי להעניק לרשות סמכות לתת פיצוי. אך היא עשויה להידרש כדי לשלול את הסמכות מכוח חובת הפיצוי החוקתית, כל עוד חקיקה כזו עומדת כמובן באמות-מידה חוקתיות. השינוי במקור הנורמטיבי של חובת הפיצוי משנה את הפונקציה שהחקיקה הראשית ממלאת כחלק מבחינת חוקתיותה של הפעולה השלטונית בראייה חוקתית.

הטענה במאמר זה היא כי לא דרושה "אלכימיה" של זכות הקניין החוקתית עם עקרון המידתיות החוקתית כדי להעניק לגיטימציה למהלך פסיקתי המטיל חובת פיצוי בגין פגיעה רגולטורית. מהלך כזה, שהוא אפשרי, מבוסס על פרשנות פנימית של מושג הקניין החוקתי. הלגיטימציה אשר לה אטען מקורה בהסתכלות חיצונית על מושג הקניין החוקתי. היא מצויה בעיקרון חוקתי אחר, הוא עקרון השוויון בנטלים. לביסוס טענה זו דרושים שני מהלכים מצטברים: המהלך הראשון – שיפורט בחלק הבא – טוען כי במישור התיאורטי עקרון השוויון בנטלים רחב מדוקטרינת הנטילה, ויש בכוחו להצדיק פיצוי בגין פגיעה באינטרסים מוגנים של הפרט גם כאשר אלה אינם חלק מהיקפה של זכות הקניין החוקתית; והמהלך השני – שיפורט

101 אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 426 (2003).

בחלק הבא אחריו – טוען כי במישור הפוזיטיבי עקרון השוויון בנטלים הוא עיקרון חוקתי מוכר בשיטה הישראלית, וניתן לגזור מכוחו חובת פיצוי ישירות בפרשנות חוקתית (של עקרון השוויון בנטלים), וזאת גם בהעדר חקיקה ראשית המטילה על הרשות המנהלית חובת פיצוי.

ג. הבסיס הרעיוני המוצע: רציונל הנטל החריג

חלק זה הוא מסד תיאורטי להמשך הדיון. הוא מוקדש לאפיונו של רציונל הנטל החריג כחלק מן הזכות החוקתית לכבוד האדם. בחלק זה אנסה גם להציע אמות-מידה ראשוניות לאפיונו של נטל חריג. במהלכו אצביע על כמה הכרעות ערכיות שיש לקבל בניסיון ליישם את עקרון הנטל החריג הלכה למעשה.

1. רציונל הנטל החריג כנגזרת של הזכות החוקתית לכבוד האדם

בחלק זה אציע פירוש של הזכות החוקתית לכבוד האדם לאור עקרון השוויון הדוורקיניאני. אטען לקריאה חדשה של הזכות החוקתית בישראל ככוללת מובן של שוויון בנטלים. עקרון השוויון הדוורקיניאני (equal concern and respect) מטיל על השלטון חובה לכבד את הפרטים באופן שווה. תכליתו להגן על הפרט מפני "הקרתו" על מזבח הכלל.¹⁰² מקובל לומר כי הוא מבסס שתי חובות שלטוניות נפרדות.¹⁰³ האחת גוזרת מעקרון השוויון את התפיסה שלפיה לכל בני-האדם יש ערך שווה, ולכן המדיניות השלטונית אינה רשאית להתבסס על טעמים המייחסים לפרטים מסוימים ערך נמוך בהשוואה לאחרים (למשל, מחמת דת או מין). רעיון זה מקביל לתפיסה של תכלית ראויה, מכיוון שהוא מוציא – ולמעשה שולל – טעמים שלטוניים מסוימים.¹⁰⁴ זוהי ההבנה של עקרון השוויון כשולל הבחנות שהן "חשודות". רעיון זה חשוב פחות לענייננו, מכיוון שהמשפט הישראלי כבר מכיר במובן זה של השוויון כבעל מעמד חוקתי.¹⁰⁵ החובה השלטונית האחרת היא החובה לכבד את תפיסותיו של הפרט ביחס ל"מה

RONALD DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE: THE THEORY AND PRACTICE OF EQUALITY 1 (2000) 102 ("Equal concern is the sovereign virtue of political community – without it government is only tyranny")

RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 272–273 (1977) ("Government must treat those whom it governs with concern, that is, as human beings who are capable of suffering and frustration, and with respect, that is, as human beings who are capable of forming and acting on intelligent conceptions of how their lives should be lived. Government must not... distribute goods or opportunities unequally on the ground that some citizens are entitled to more because they are worthy of more concern"); Laurence H. Tribe, *Equal Dignity: Speaking Its Name*, 129 HARV. L. REV. F. 16 (2015)

משה כהן-אליה "מידתיות ותרבות ההצדקה אצל אהרן ברק" משפט ועסקים טו 317, 326 Richard H. Pildes, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, 45 HASTINGS L.J. 711 (1994)

ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" משפט וממשל יז 63, 66 (2016) (להלן: מדינה "הזכות החוקתית לשוויון").

טוב", קרי, את תפיסת הרווחה שהוא מחזיק בה. היישום המקובל לרעיון זה הוא בדרישת הניטרליות.¹⁰⁶ הדרישה לניטרליות שלטונית היא שנויה במחלוקת, ודיון בה חורג ממסגרת המחקר. לצד שתי חובות אלה, המבוססות על כתיבתו הראשונית של דוורקין על-אודות העיקרון האמור, קמה חובה שלישית. חובה זו מבוססת על הקשר הענייני ההדוק שיצר דוורקין, בספרו משנת 2006, בין עקרון הכבוד וההערכה השוויוניים לבין הזכות החוקתית לכבוד האדם.¹⁰⁷ עניינו בחובת השלטון להראות בפעולותיו יחס שוויוני לערכם של האנשים המושפעים מהמדיניות השלטונית.¹⁰⁸

המאמר הנוכחי אינו מאפשר דיון תיאורטי מקיף בפילוסופיה של "יחס שוויוני". הקישור בין מושג השוויון הדוורקיניאני לבין תיאוריה חוקתית מעסיק את חוקרי המשפט החוקתי, ויש הטוענים כי היחס השוויוני לפרט הוא אף תנאי מקדמי להגשמת הזכות לכבוד האדם.¹⁰⁹ כתיבה זו מלמדת על תוכנה ההולך ומתרחב של הזכות החוקתית לכבוד האדם, כמרגם על הקשר הבל-יינתק בין שוויון לבין זכות זו. עקרון השוויון הדוורקיניאני אינו בוחן את העוצמה המוחלטת של הפגיעה, אלא את העוצמה היחסית. בחינה זו עניינה שאלת הפער בין הנטל המוטל על פרט מסוים או קבוצה מסוימת לבין הנטל המוטל על פרטים אחרים או קבוצות אחרות בחברה. קיומו של פער חריג כזה מתפרש כאי-הענקת כבוד והערכה שוויוניים לפרט. פער זה אינו מוגבל למושג השוויון בזיקה להבחנות "חשודות". הוא מיוחד לבחינה "אופקית" של שוויון בנטלים. עקרון השוויון בהקשר זה עניינו בדיקה אם עוצמת הנזק שנגרם לפרט היא חריגה בהשוואה חברתית, באופן שמעיד על "הקרבתו" של הפרט לטובת הכלל. זוהי השוואה בין הנזק-תועלת לפרט לבין הנזק-תועלת הציבורית המושגת מההחלטה כאשר היא מתפרשת על-פני הפרטים הרבים בציבור הרחב. ככל שקיים פער משמעותי במאזן הנטלים האמור, ניתן להצביע על עוצמת נזק "חריגה". יש להעיר כי בשיטות שבהן עקרון השוויון מפותח מאוד, כבצרפת,¹¹⁰ מקובל לגזור ממנו את עקרון השוויון בנטלים¹¹¹ גם ללא המהלך הדוורקיניאני. ההתמקדות בעקרון השוויון מלמדת כי מידת הזיקה של הפגיעה השלטונית לזכות החוקתית לקניין דווקא אינה מכרעת. השאלה המכרעת היא אם על המדינה לפצות את הפרט כחלק מתפיסה של כבוד והערכה שוויוניים לפרט, ובפרט אם התקיימו נסיבות של נטל חריג. אם התשובה היא חיובית, ניתן אומנם, במהלך רטורי, לומר כי מדובר באינטרס "קנייני" או "רכושי". הדבר מתבקש בעיקר בשיטת משפט כבארצות-הברית, שבה יש עוגן חוקתי מפורש לפיצוי בגין פגיעה בזכות החוקתית לקניין לפי התיקון החמישי לחוקה. אך מהלך כזה אינו

.Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights* 185–186 (2012) 106
 RONALD DWORGIN, *IS DEMOCRACY POSSIBLE HERE?* 10 (2006) ("the two principles of 107
 human dignity")
 MÖLLER, לעיל ה"ש 106, בעמ' 54. 108
 לגישה קרובה ראו שם, בעמ' 124. 109
 לטענה כי יותר מ-40% מפסקי-הדין של המועצה החוקתית בצרפת – העוסקת בביקורת שיפוטית 110
 חוקתית – כרוכים ביישום של עקרון השוויון ראו MARTIN A. ROGOFF, *FRENCH 111*
CONSTITUTIONAL LAW – CASES AND MATERIALS 313 (2011).
 L. NEVILLE BROWN & JOHN S. BELL, *FRENCH ADMINISTRATIVE LAW* 184, 194 (5th ed. 1998); DUNCAN FAIRGRIEVE, *STATE LIABILITY IN TORT: A COMPARATIVE LAW STUDY* 137 n.
 6 (2003).

הכרחי בישראל. בהינתן הפרשנות התכליתית הנהוגה בישראל לזכות החוקתית לכבוד האדם, אין הכרח לדחוס את רציונל הפיצוי לד' האמות של דיני הנטילה השלטונית בקניין. מהלך כזה של דחיסה לא רק שאינו הכרחי, הוא גם אינו נכון מבחינה תיאורטית. כאשר הפגיעה אינה באינטרס קנייני או רכושי מובהק, אך היא מטילה על הפרט נטל חריג, יש לבחון זאת בראי הזכות החוקתית לכבוד האדם. מהלך זה עשוי להקל את הענקת הפיצוי לא רק בגין נטל רכושי, אלא גם בגין נטל לא-רכושי, וזאת לנוכח החתירה לשוויון בנטלים בכללותם כחלק מן התפיסה של כבוד והערכה שוויוניים לפרט.¹¹²

כיצד נעריך את הנטל המוטל על הפרט? אפיון אמות-המידה לזיהוי נטל "חריג" הוא חשוב, כמובן, להבנת הגבולות התוחמים את המודל המוצע. סף הכניסה למודל מחייב הבחנה בין נטל סביר לבין נטל חריג. רק הנטל האחרון חוסה תחת המודל המוצע. תכליתו של עקרון השוויון בנטלים היא להפחית את הנטל המוטל על הפרט מרמה של נטל חריג לרמה של נטל סביר.¹¹³ אומדן הנטל המוטל על הפרט בהשוואה לנטל המוטל על פרטים אחרים מחייב שתי הערכות: הערכת הנטל המוטל על הפרט כשלעצמו; והערכת הנטל המוטל על קבוצת השוויון הרלוונטית להכרעה ("חריגות" הנטל). לכך יוקדשו שני התת-סעיפים הבאים.

2. אמת-המידה להערכת ה"נטל"

מהו ה"נטל" המוטל על הפרט, וכיצד הוא יוערך? המודל המוצע מכוון להערכת הנטל הממשי שנגרם לפרט כתוצאה מן ההחלטה השלטונית. רעיון הנטל החריג אינו מכוון להצדקת פיצוי בגין נטל המוטל על הפרט לא בעטייה של פעולה שלטונית (דוגמת כוח עליון או חוסר מזל סתם). הנטל הוא מכלול העלות שהפרט נושא בה כדי להגשים את האינטרס החברתי. מצד אחד, יש להביא בחשבון גם נטל שהוא מוצדק מבחינה חברתית (לתכלית ראויה).¹¹⁴ מצד אחר, אין להביא בחשבון נזק סובייקטיבי שהוא בבחינת אי-נוחות גרידא.¹¹⁵ ככל פגיעה בזכות חוקתית, על הפרט להוכיח את מידת הנטל שהוטלה עליו. הפיצוי נועד למתן את הנטל ולהביאו לידי רמה סבירה. הוא אינו אך ביטוי לכך שבוצעה פגיעה נורמטיבית בזכות חוקתית. בכך הגישה המוצעת שונה מגישות אחרות ביחס לחובת פיצוי, אשר מבקשות לבסס הצדקה

Michael A. Fragoso, *Taking Conscience Seriously or Seriously Taking Conscience?: Obstetricians, Specialty Boards, and the Takings Clause*, 86 NOTRE DAME L. REV. 1687, 1725 (2011).

John Bell, *Administrative Law in a Comparative Perspective*, in *COMPARATIVE LAW – A HANDBOOK* 287, 308 (Esin Örüçü & David Nelken eds., 2007).

Jean C. Love, *Damages: A Remedy for the Violation of Constitutional Rights*, 67 CAL. L. REV. 1242, 1267 (1979) ("a plaintiff who has been deprived of procedural due process may obtain compensation for the resulting distress *irrespective of whether the substantive deprivation was justified*" (emphasis added)).

השוו אריאל פורת נזיקין כרך א 216, ה"ש 407 (2013) (בהקשר של פעולה שלטונית רשלנית, "כאשר הנזק הוא קל, כגון אי-נוחות כזו או אחרת, אפשר לטעון כי הן משיקולים של חיסכון בעלויות מנהליות והן מהשיקול כי נזקים כאלה בסופו של דבר מתפזרים על כל בני הציבור באופן שווה פחות או יותר, ראוי לפטור את הרשות מאחריות בגינם").

הקצאה הוגנת של נטלי רגולציה
בראי רציונל הנטל החריג ועקרון השוויון בנטלים

לפיצוי גם במקרים שבהם לא נגרם כל נזק לפרט.¹¹⁶ גישות אלה מבוססות בעיקרן על הצדקה אחרת, החורגת ממסגרת המחקר הנוכחי, היא ההצדקה של עשיית עושר ולא במשפט. הצדקה זו, בניגוד לרציונל הנטל החריג המוצע כאן, אינה ייחודית ליחסי פרט-שלטון.¹¹⁷ לצורך הערכת הנטל ניתן לעשות שימוש בנוסחאות שונות. אחת הנוסחאות המוכרות בספרות היא הנוסחה של מייקלמן.¹¹⁸ נוסחה זו היא למעשה קונקרטיזציה מתמטית לרעיון הנטל החריג. נקודת המוצא של מייקלמן היא תועלתנית (utilitarian) ומבוססת על ההנחה שהפגיעה בזכות החוקתית מקיימת את קריטריון קלדור-היקס, דהיינו, התועלת החברתית שהיא מניבה עולה על העלות החברתית שהיא מייצרת. מייקלמן סבור כי גם אם הפעולה השלטונית מקיימת את קריטריון קלדור-היקס, הפיצוי עשוי להיות מוצדק בנסיבות מסוימות, וזאת בהתחשב בשני משתנים נוספים: עלויות דה-מורליזציה ועלויות הסדר. לצד הפגיעה הרכושית, הנפגע סובל נזק נפשי של "אכזבה" ו"חרדה" (עלויות דה-מורליזציה). מייקלמן מבהיר כי עלויות דה-מורליזציה גבוהות בנסיבות שבהן נזקו של הפרט חריג בהשוואה לאחרים במצבו. לעומת זאת, גם להחלטה לפצות יש עלויות (עלויות ההסדר). במרכיב זה מייקלמן כולל את כל העלויות המנהליות הכרוכות במנגנון הפיצוי, כגון עלויות זיהום ואיתורם של הנפגעים, העלות של ניפוי תביעות-השווא, העלות של ניהול המשא-ומתן על הפיצוי, העלויות של ניהול המשפט (ככל שהוא נדרש) והעלויות של העלאת המיסוי לצורך מימון הפיצוי. לפי הנוסחה של מייקלמן, חובת הפיצוי קמה רק כאשר עלויות דה-מורליזציה עולות על עלויות ההסדר. במונחים כלכליים, הנוסחה של מייקלמן משקפת עמדת-ביניים בין הקריטריון של יעילות פרטו לבין הקריטריון של יעילות קלדור-היקס.¹¹⁹ בקריטריונים שהציע מייקלמן ניתן לעשות שימוש לא רק כדי להצדיק את הפיצוי המתבקש בעקבות הפרה של עקרון הנטל החריג, אלא בעיקר כדי לכמת אותו.

3. אמת-המידה להערכת "חריגות" הנטל

המקרה הפרדיגמטי של נטל "חריג" הוא המקרה שבו פרט מצביע על נטל שהוא ייחודי לו (או לקבוצה קטנה שהוא חבר בה), וזאת להבדיל מנטל המוטל על הציבור הרחב בכללותו.¹²⁰

- Chris D.L. Hunt, *Constitutional Damages in the Supreme Court of Canada*, 7 *CAMB. STUDENT L. REV.* 115, 116 (2011) ("[When the] remedial goal is vindication... [t]he focus... is not on the actual harm done to the victim, but rather the harm breaches of the Charter cause the state and society more generally by impairing public confidence in the efficacy of constitutional protections"). 116
- Love גם ראו גם, לעיל ה"ש 114, בעמ' 1282-1283.
- Kit Barker, 'Damages Without Loss': *Can Hohfeld Help?*, 34 *OXFORD J. LEGAL STUD.* 631 (2014); Christian Von Bar, *Damage Without Loss*, in *THE SEARCH FOR PRINCIPLE: ESSAYS IN HONOUR OF LORD GOFF OF CHIEVELEY* 23 (William Swadling & Gareth Jones eds., 1999) 117
- Frank I. Michelman, *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law*, 80 *HARV. L. REV.* 1165, 1214-1219 (1967) 118
- WILLIAM A. FISCHER, *REGULATORY TAKINGS: LAW, ECONOMICS, AND POLITICS* 216-217 (1995). 119
- השוו רע"א 6948/13 מנהל מס רכוש וקרן פיצויים נ' קטיף מושב שיתופי בע"מ, פס" 9 לפסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 13.12.2015) ("על התובע להוכיח כי אכן נגרמו לו נזקים" (ההדגשה הוספה)). 120

כאשר השלטון מצביע על פגיעה דומה שנגרמה גם לאחרים, באופן ש"מדלל" את ייחודיותו של הנטל שהוטל על הפרט שנפגע, נחלשת טענתו של הנפגע בדבר התייחסות שלטונית הפוגעת בזכותו לכבוד ולהערכה שוויוניים. פיזור הפגיעה באופן אופקי רחב – או לפחות על-פני קבוצה גדולה דייה, גם אם לא על-פני הציבור הרחב בכללותו – מחזק את ההערכה כי הרשות השלטונית פעלה באופן המכבד את הפרט.¹²¹ בהקשר זה ניתן לבחון את יכולת ההתארגנות הפוליטית של הקבוצה כדי להשפיע על מצבה במסגרת ההליך הדמוקרטי.¹²² אין מדובר בהכרח בקריטריון כמותי. קבוצה עשויה להיות גדולה מבחינה מספרית אך קטנה מבחינת המשקל שיש לה בתהליך קבלת ההחלטות השלטוני;¹²³ ולהפך – קבוצה עשויה להיות קטנה מבחינה מספרית אך חזקה מבחינת המשקל שיש לה בתהליך קבלת ההחלטות השלטוני, אם מבנה המשטר והנסיבות הפוליטיות מאפשרים לה להיות קבוצת "לשון מאזניים".¹²⁴ רעיון הנטל החרגי מגן רק על הנטל החורג מ"מתחם הנטל הסביר" שניתן לצפות שאדם יישא בו, במהלך העניינים הרגיל, לשם קידומו של אינטרס ציבורי או זכות חוקתית של פרטים אחרים.

בניתוח סוגיה זו ניתן ללמוד מתובנותיה של תורת הבחירה הציבורית ביחס לדוקטרינת הנטילה השלטונית. תובנה מרכזית היא כי העובדה שמדובר בקבוצה בלתי-מאורגנת היא ההצדקה העיקרית לפיצוי שניתן בארצות-הברית בעבור "פגיעה רגולטורית". פגיעה רגולטורית – למשל, באמצעות הליכים של תכנון ובנייה – מתאפיינת בפגיעה בזכויות של אדם יחיד או של קבוצה שלרוב אין לה מכנה משותף שיאפשר התארגנות פוליטית.¹²⁵ או שקיימת הסתברות נמוכה שהיא תוכל למצוא בעלי-ברית פוליטיים שיפעלו לקידום האינטרסים שלה.¹²⁶ זאת, בניגוד למקרים של החלטה שלטונית אשר פוגעת בקבוצה שיכולה להתארגן בקלות ולהשפיע על ההליך הפוליטי, כגון תושבי עיר מסוימת שנפגעים מרעש של שדה-תעופה ואשר יש להם נציגות פוליטית בשלטון המקומי ואולי אף בשלטון המרכזי. במקרה כזה

121 לגישה זו ראו באחרונה ע"מ 683/13 רשות שדות התעופה נ' טויטו, פס' 109–111 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 3.9.2015). נפסק כי עובדת פגיעתה של תוכנית בקבוצה גדולה, גם אם לא בכל תושבי הארץ, היא שיקול התומך באפיון הפגיעה התכנונית כפגיעה סבירה שאינה מצדיקה פיצוי.

122 Saul Levmore, *Just Compensation and Just Politics*, 22 CONN. L. REV. 285, 314 (1990) ("capable of effective participation in the political arena").

123 משה כהן-אליה פסקות ההגבלה בחוקי היסוד על זכויות האדם – התחשבות באופי הזכויות 71 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים, התש"ס) ("ממחקרים סוציולוגיים... עולה, כי אין די ברוב המספרי בכדי לצמצם את מידת ההפליה כנגד המשתייכים לקבוצות פגיעות").

124 שם ("קבוצות מיעוט יכולות להחזיק בכוח פוליטי רב, אם הרוב תלוי בהן לשם הגעה לשלטון והן מהוות לשון מאזניים").

125 Levmore, לעיל ה"ש 122, בעמ' 314: "zoning that narrowly singled out an individual, or a small group that did not otherwise have much in common for the purpose of political organization, would be the kind of burden that might either be regarded as a 'regulatory taking,' triggering compensation, or would, in some other way, be constrained by courts"

126 שם, בעמ' 315: "uniquely situated victims who would be unlikely to find close political allies"

אף סביר להניח כי הבחירה למקם את שדה-התעופה בקרבת אותה עיר זכתה בפיקודי שלטוני במישור אחר, עקיף, באמצעות הטבות או כלים אחרים.¹²⁷ ככל שהחלטה השלטונית פגעה בקבוצה שיכולת ההתארגנות שלה והשפעתה על ההליך הפוליטי חלשות, יש הצדקה עקרונית לפיצויה כאמצעי להגשמת עקרון הנטל החריג. הכרעה כזו יש לסייג בכך שהבחנה בין קבוצת-לחץ מאורגנת ובעלת השפעה פוליטית (בהקשר של החלטה שלטונית קונקרטי) לבין קבוצה שאינה כזו היא הבחנה דקה הניתנת לטשטוש.¹²⁸ בהקשר זה עשויה להתעורר שאלה נוספת – האם הפיקוד המוצע אמור להינתן ליחיד או לקבוצה, קרי, לכל בני הקבוצה? תכלית הפיקוד היא להקטין את הנטל המוטל על הפרט, לרבות הפרט כחלק מקבוצה, לרמה של נטל "סביר". מכאן שכאשר הפיקוד ניתן בגין פגיעה בהליך הדמוקרטי מחמת אי-מתן ייצוג הולם לקבוצה, הפיקוד הדרוש צריך להתחלק בין כל חברי הקבוצה באופן שווה.

שיקול נוסף שעשוי לשלול את "חריגות" הנזק עניינו קיומה של תועלת ייחודית לפרט כתוצאה מן הרגולציה הנבחרת. תועלת ייחודית כזו היא טעם טוב לשלילת טענה בדבר שרירותיות שלטונית, שכן הפרט הוא גם מוטב ישיר וייחודי של הפעולה השלטונית. ההצדקה לפיקודי קיימת רק כאשר הנטל נתפס כחריג גם לאחר קיומו התועלת הייחודית שהפרט הפיק מן ההחלטה השלטונית.

כפי שניתן להתרשם, ההכרעה אם מדובר בנטל "חריג" מעוררת שאלות יישומיות לא-פשוטות, שרק על חלקן עמדתי כאן. הדיון לעיל לא נועד ליתן להן תשובה ממצה, אולם אני סבור כי גיבוש אמת-מידה להכרעה הוא אפשרי. אמת, גיבוש כזה מחייב כמה הכרעות משפטיות וחברתיות, אך כאלה מתבקשות גם בפרשנות של זכויות חוקתיות אחרות. ככל שחובה חוקתית קיימת, כפי שטענתי, הרשות המנהלית אינה רשאית להתחמק ממנה בטענה שהגשמתה קשה לביצוע. בית-המשפט נוטה לדחות טענות כאלה, ובצדק. כך, למשל, סעיף 43 לחוק הניקוז וההגנה מפני שטפונות, התשי"ח-1957, מטיל על רשות הניקוז, בבואה לחלק את הוצאותיה בין הרשויות המקומיות, להתחשב במידת "ההנאה והתועלת" של כל רשות מקומית מפעולות הניקוז של רשות הניקוז. בדברי ההסבר להצעת חוק ממשלתית שביקשה לבטל את הסעיף¹²⁹ נכתב כי הוראות הסעיף אינן ניתנות ליישום, אך בית-המשפט העליון קבע כי טענה זו לא הוכחה, וכי ניתן להגשים את הוראות החוק בנוסחו כיום חרף הקושי הכרוך באומדן "ההנאה והתועלת".¹³⁰ בית-המשפט הקפיד על קיום החובה החוקתית, ורציונל זה תקף גם ביחס לחובה חוקתית. קשייה של הרשות המנהלית ביישום חובתה החוקתית ומגבלותיה בעריכת הכימות הנדרש הם שיקול מסדר שני, שאינו שולל את החובה החוקתית לערוך כימות כזה. מתפקידו של עובד הציבור ברשות המבצעת להגשים את החובה

127 שם : "most noise problems emanating from airports and highways affect large numbers of people and are regular grist for the political process"

128 שם, בעמ' 316 : "the theory requires some awkwardly drawn line between 'interest groups' and 'unprotected minorities'"

129 הצעת חוק הניקוז וההגנה מפני שטפונות (תיקון מס' 7), התשע"ד-2014, ה"ח הממשלה 964.

130 ע"א 1715/14 עיריית חיפה נ' רשות ניקוז כרמל, פס' 41-42 לפסק-דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 13.1.2016).

החוקתית הזו בעזרת הכלים המצויים בידיו ומומחיותו.¹³¹ הנטל להוכיח כי מדובר במשימה בלתי-אפשרית מוטל על הרשות המנהלית. מחקרי רגולציה בשיטות אחרות מלמדים על טווח רחב של מתודולוגיות כמותניות ואמפיריות בהקשר זה.¹³² הרשות השופטת עשויה לסייע בהנחיית שיקול-הדעת הזה בגדרי פיתוח חובתה של הרשות המנהלית לאסוף תשתית עובדתית ראויה להחלטותיה.¹³³ דיון בהיבטים אלה חורג ממסגרת המאמר.

4. תחולת הרציונל על פגיעה בכל זכות חוקתית

עקרון השוויון בנטלים עשוי להקנות חובת פיצוי בגין פגיעה בכל אינטרס מוגן של הפרט, ולאוו דווקא באינטרסים המוגנים בזכות החוקתית לקניין. רעיון הכבוד וההערכה השוויוניים לפרט נתפס, כאמור, כתנאי מקדמי להגשמת הזכות לכבוד האדם. משמעות הדברים בעיניי היא שעקרון השוויון בנטלים מבסס מימד חוקתי חדש, אשר בחינתו מיתוספת על הבחינה החוקתית המקובלת. כדי להבהיר את כוונתי, היזכרו בפסק-הדין שניתן בפרשת לשכת מנהלי ההשקעות בישראל.¹³⁴ בית-המשפט פסק שם כי אף שהחוק שנתקף בעתירה הוא חוקתי, הוא מעורר במקביל סוגיה חדשה והיא שאלת "היחס שבין חוק חדש לזמן". בית-המשפט פסק כי שאלה זו מצדיקה בחינה חוקתית נפרדת, ובחן באופן משלים ונפרד את חוקתיותה של הוראת-המעבר שנקבעה בחוק כשהיא לעצמה. בדרך זו ניתן לאפיין גם את רציונל הנטל החריג כמבסס מימד חוקתי חדש המצדיק בחינה חוקתית נפרדת. כך, חוק מסוים עשוי להיות חוקתי ולפגוע בפרט כדיון על-פי המבחנים המקובלים, ועדיין, לפי התזה המוצעת כאן, יש טעמים טובים לבחינה חוקתית נפרדת של שאלת היחס שבין החוק לבין הנטל שהוא מטיל. בדומה למישור התחולה בזמן, מישור הנטלים (המידתיות ה"אופקית") נבחן באופן עצמאי גם כאשר הבחינה החוקתית הרגילה הובילה למסקנה כי הפגיעה בפרט בכל הקשר אחר היא פגיעה כדיון (כלומר, עומדת במבחן המידתיות ה"אנכית"). בהתאם, סוגיית יישומו של עקרון השוויון בנטלים מתעוררת בכל הקשר של פגיעה בזכויות חוקתיות, ולא רק בהקשר של פגיעה קניינית.¹³⁵

- Vanessa MacDonnell, *The Civil Servant's Role in the Implementation of Constitutional Rights*, 13 INT'L J. CONST. L. 383, 394–395 (2015) 131
- Despoina Mantzari, *Economic Evidence in Regulatory Disputes: Revisiting the Court-Regulatory Agency Relationship in the US and the UK*, 36 OXFORD J. LEGAL STUD. 565, 569 (2015); Carolyn J. Heinrich, *The Bite of Administrative Burden: A Theoretical and Empirical Investigation*, J. PUB. ADMIN. RES. & THEORY (2015), available at <http://jpart.oxfordjournals.org/content/early/2015/12/07/jpart.muv034>; John C. Coates IV, *Towards Better Cost-Benefit Analysis: An Essay on Regulatory Management*, 78 LAW & CONTEMP. PROBS. 1 (2015) 132
- Aileen McColgan, *Litigating the Public Sector Equality Duty: The Story So Far*, 35 OXFORD J. LEGAL STUD. 453, 463–465 (2015) 133
- בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997). 134
- Frederick Schauer, *Uncoupling Free Speech*, 92 COLUM. L. REV. 1321, 1325, 1327 n. 21 (1992) 135

ד. שאלת מעמדו החוקתי של עקרון השוויון בנטלים בישראל

בחלק זה אטען כי עקרון השוויון בנטלים, במובן התיאורטי שפורט בסעיף הקודם, הוא עיקרון המוכר רק בחלקו בשיטה הישראלית. אטען כי הרציונל שעליו עמדתי בחלק הקודם מצדיק פרשנות של עקרון השוויון החוקתי ככולל גם את עקרון השוויון בנטלים, אשר שולל תוצאה של הטלת נטל שלטוני חריג על הפרט.

1. ההכרה החלקית בעקרון השוויון בנטלים

עקרון השוויון הוא עקרון-יסוד של שיטת המשפט הישראלית,¹³⁶ ונפסק כי הוא בעל "מעמד חוקתי".¹³⁷ השאלה אם הזכות החוקתית לכבוד האדם כוללת בתוכה עיקרון זה הוכרעה בפרשת התנועה לאיכות השלטון,¹³⁸ שבה הוכר לראשונה "מודל הביניים" ביחס לזכות החוקתית לשוויון.¹³⁹ פסק-הדין אסר קיפוח של קבוצה מסוימת בחברה, גם אם אין היא קבוצה שיש לגביה ניסיון היסטורי של קיפוח ואף שהיא קבוצה חברתית דומיננטית.¹⁴⁰ הרחבה זו של הזכות החוקתית לכבוד האדם ככוללת מובן מסוים של שוויון קירבה את עקרון השוויון בעל המעמד החוקתי לעקרון השוויון המנהלי.¹⁴¹ לגישתי, הכרעה בית-המשפט מהווה בסיס ראשוני להכרה בעקרון השוויון בנטלים כחלק מן הזכות החוקתית לכבוד. יש לזכור כי פסק-הדין ניתן על רקע דיון ציבורי ער בסוגיה של "שוויון בנטל". החוק שחוקתיותו נבחנה לראשונה בפרשה זו העלה על נס את מושג השוויון בנטל. כזכור, החוק נחקק בעקבות עניין רובינשטיין,¹⁴² ונועד לענות על בעיית אי-השוויון בנטל הנשיאה בעול הביטחון.¹⁴³ נפסק כי התכלית של צמצום אי-השוויון בנשיאה בנטל היא תכלית ראויה.¹⁴⁴ מפסק-הדין עולה כי אין

- 136 ע"א 3781/07 אליהו נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה פתח תקווה, פס' 34 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 31.5.2009) ("עקרון השוויון הוא אמנם מעמודי התווך של כל משטר דמוקרטי ושל שיטת המשפט הישראלית בכלל זה"); בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 331 (1988) ("מבין ערכי היסוד של השיטה מקובל ומוכר הוא הערך בדבר השוויון").
- 137 בג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ, פס' 13 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש (פורסם בנבו, 17.5.2012) ("בית משפט זה עמד לא אחת על מעמדו של עקרון השוויון בשיטתנו, ואף קבע כי הוא נהנה ממעמד חוקתי על-חוקי").
- 138 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון).
- 139 שם, פס' 36 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
- 140 שם, פס' 41 לפסק-דינו של הנשיא ברק ("החוק מפר הפרה קשה את השוויון בזכויות ובחובות האזרחיות הבסיסיות. הוא גורם לאפליה וקיפוח").
- 141 דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ב 679, ה"ש 23 (2010) (להלן: ברק-ארוז כרך ב).
- 142 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998).
- 143 בג"ץ 5803/06 גוטמן נ' שר הביטחון, פס' טו-טז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 12.6.2007).
- 144 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 138, פס' 54 לפסק-דינו של הנשיא ברק ("התכלית... הינה להביא ליתר שוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי בחברה הישראלית"). ראו גם שם, פס' 43 ו-46 לפסק-דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

מדובר אך בתכלית ראויה, אלא בחובה שלטונית הנובעת מעקרון השוויון החוקתי.¹⁴⁵ הנשיא ברק הדגיש כי הנטל – הגלום בעוצמה הגבוהה של פגיעת החוק באינטרסים של הפרט¹⁴⁶ – אינו מתפרש באופן שוויוני, וכי הדבר מהווה פגיעה בעקרון השוויון החוקתי, העולה כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם.¹⁴⁷

הדין בפסק-הדין נשא תרומה נוספת, והיא זיהוי הנסיבות המשקפות נטל שהוא "חריג" המהווה פגיעה כאמור. המשנה לנשיא חשין, למשל, הדגיש כי הנטל הכרוך בחובה אזרחית זו של גיוס לצבא הוא כבד. במונחים של מאמר זה, מדובר בנטל אנכי כבד. לגישתו של חשין, ככל שהנטל (האנכי) כבד יותר כן יחייב עקרון השוויון החוקתי נשיאה שוויונית יותר בו על-ידי הציבור הרחב.¹⁴⁸ זהו כבר הנטל האופקי. אומנם, פרשה זו לא עסקה בשאלת הפיצוי בגין נטל חריג זה, ובית-המשפט אף לא פסל את החוק.¹⁴⁹ אך הרוח העולה ממנו היא כי נטלים חברתיים מסוג של חובות אזרחיות¹⁵⁰ צריכים להיות מוטלים על הציבור הרחב בכללותו, ולא על קבוצה מסוימת בו. הלך-מחשבה זה עמד בבסיס פסק-הדין שפסל את החוק כעבור שנים אחדות בפרשת רסלר.¹⁵¹

פסקי-הדין בפרשות אלה הם חלק מהמשפט המצוי. איני טוען כי הם תקדים משפטי להכרה בעקרון השוויון בנטלים במונח הרחב שאני מכוון לו. דומה כי הלכה כזו טרם התגבשה. הרשימה הנוכחית נועדה למלא חסר זה ולהביא לידי הכרה נרחבת יותר בחובת השוויון בנטלים, שתקיף תקשרים נוספים מלבד ההקשר של חובת השירות הצבאי. תנאי לכך הוא הכרה מהותית בצדקתו של רציונל הנטל החריג, שאותה ביקשתי לבסס בחלק התיאורטי של מאמר זה. פסקי-הדין הנזכרים אינם אלא ביטוי ראשוני לרציונל זה. אין בהם מודל לבחינה השוואתית של נטלים, והם אינם נשענים במפורש על הרציונל המוצע.

145 שם, פס' 55 לפסק-דינו של הנשיא ברק ("תכלית [זו] נועדה לצמצם את חוסר השוויון הכרוך בהסדר דחיית השירות"). ראו גם שם, פס' 7 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

146 שם, פס' 41 לפסק-דינו של הנשיא ברק ("חובת השירות פוגעת בשוויון של חירויות יסוד של הפרט המשרת").

147 שם, פס' 42 לפסק-דינו של הנשיא ברק ("הפרת השוויון לגבי חובת השירות הצבאי וביחס להיקף חופש הבחירה הנתון לכל אדם מביאה להפליה הפוגעת בכבוד האדם").

148 שם, פס' 18 לפסק-דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

149 בג"ץ הכיר בהסדר החקיקתי המדורג כהסדר אפשרי להגשמת עקרון השוויון בנטלים על-פי אמות-המידה המקובלות בשלב השני של הבחינה החוקתית, וקבע כי לפי שעה אין בידי די נתונים עובדתיים לקבוע כי הסדר זה אינו מידתי. ראו שם, פס' 69–70 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

150 שם, פס' 28 לפסק-דינו של הנשיא ברק. ראו גם שם, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה, אשר הדגישה את חובת ה"נשיאה בנטל חובות האזרחיות, ובראש כולן – חובת השירות הצבאי בצה"ל".

151 משהצטברו הנתונים העובדתיים הדרושים לבחינת המידתיות, פסל בג"ץ את ההסדר החקיקתי בקובעו כי החוק לא הצליח להגשים את תכליתו, וזאת כחלק מן השלב השני של הבחינה החוקתית: בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פס' 51 ו-56 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 21.2.2012). ראו גם שם, פס' 4–5 לפסק-דינה של השופטת חיות. נפסק כי "בעיקרם של דברים נותר בעינו הפער המקיים חוסר שוויון בגיוס לצבא והימנעות מנשיאה שוויונית במילוי חובות אזרחיות" (שם, פס' 63 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש). הנשיאה ביניש הדגישה את מימד ה"שוויון במילוי החובות הבסיסיות ביותר בחברה הישראלית ובחלוקת הנטל בו נושאים אזרחי המדינה" (שם, פס' 54 לפסק-דינה).

הקצאה הוגנת של נטלי רגולציה
בראי רציונל הנטל החריג ועקרון השוויון בנטלים

זאת ועוד, אין לכחד כי הקריאה לקדם את הדין המצוי באופן המוצע עלולה להיתקל בקושי לנכח המושגיות הקיימת, המבחינה בין שוויון מנהלי לשוויון חוקתי. הגישה המקובלת נוטה לאפייין את השוויון החוקתי כצד יותר מהשוויון המנהלי, בין היתר לנוכח העובדה שהזכות החוקתית לשוויון אינה מעוגנת באופן מפורש בחוקי-היסוד.¹⁵² גם קריאה מרחיבה של הזכות החוקתית לשוויון, כזו הקולטת את אמות-המידה של השוויון המנהלי,¹⁵³ אינה מצמיחה חובה כללית לשוויון נטלים. הזכות החוקתית לכבוד האדם, שהיא "זכות האדם" שבבסיס הזכות החוקתית לשוויון, מחילה את עצמה רק על חלק מסוגי ההפלות.¹⁵⁴

חרף כל זאת, הגישה המוצעת במאמר זה מכוונת לפרשנות רחבה יותר של הזכות החוקתית לשוויון מזו המוכרת בשיטה. גישה זו מוצדקת – בבחינת דין רצוי – לנוכח הבסיס הרעיוני שעליו עמדתו בחלק הקודם. עד כה לא ערכה הפסיקה דיון בבסיס הרעיוני של עקרון השוויון בנטלים, אולם ניתן למצוא בה דיון ראשוני ומשתמע בשאלת האמצעים להגשמת עיקרון זה, כפי שאסביר בסעיף הבא.

2. אמצעים אפשריים להגשמת עקרון השוויון בנטלים

הדין המצוי כולל דיון משתמע בשאלת האמצעים האפשריים להגשמת עקרון השוויון בנטלים (אף שלעת הזו, כאמור, השיטה אינה מכירה בעיקרון זה במפורש). בעניין התנועה לאיכות השלטון נקטה הנשיאה ביניש עמדה שלפיה קשה – ולא רצוי – להגשים את עקרון השוויון בנטלים באמצעות כפיית הצד שאינו נושא בנטל לשאת בו.¹⁵⁵ הכרעת הדין בעניין רסלר, שניתנה כעבור שנים אחדות (בשנת 2012), משקפת הכרעה נחרצת יותר. בג"ץ ביטל את החקיקה באופן השולל הלכה למעשה את הסמכות להעניק פטור מהתייצבות, ובכך סלל את הדרך לכפיית הנטל על הצד שאינו נושא בו. אולם כפייה כזו לא התבצעה עד היום, כידוע, והדבר מעמיד בספק את שאלת התאמתו של הסעד החוקתי שנפסק. הסעד פוון למעשה לעבר הצד שאינו נושא בנטל. זהו צד אחד של משוואת הנטל. אני סבור כי התמודדות יצירתית עם אתגר הגשמתו של עקרון השוויון בנטלים אפשרית על-ידי התמקדות בצד האחר של משוואת הנטל, קרי, בצד הנושא בנטל. כך, דרך נוספת להגשמת עקרון השוויון בנטל עשויה להימצא בדמות הקלת הנטל החריג של הצד הנושא בו לכדי רמה סבירה. כאן יש להביא בחשבון פיצוי ישיר או עקיף שיהיה בו כדי להקל את הנטל החריג.

152 אריאל בנדור "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מנהלי" ספר שמגר – מאמרים חלק א 277 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2003); מיכל טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות" הפרקליט מה 94, 109–114 (2000).

153 להבחנה בין הזכות החוקתית לשוויון לבין הזכות ה"מנהלית" לשוויון ראו מדינה "הזכות החוקתית לשוויון", לעיל ה"ש 105, בעמ' 64. לטענתו, "פסיקתו של בית המשפט העליון מן השנים האחרונות מתאפיינת במידה רבה בטשטוש ההבחנה הזו" (שם, בעמ' 64–65).

154 בג"ץ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 7.12.2006) ("הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה את הזכות לשוויון ככל שזכות זו קשורה קשר ענייני הדוק לכבוד האדם").

155 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 138, בעמ' 659. כן ראו עניין רסלר, לעיל ה"ש 151, פס' 11 לפסק-דינה של השופטת ארבל ופס' 66 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

על רקע זה יש להבין, לדעתי, את ההטבות השונות שניתנו בחקיקה לקבוצת המשרתים בצה"ל.¹⁵⁶ נפסק כי מטרת ההטבות הללו, "הניתנות למי ששירתו בכוחות הביטחון... היא להוקיר את מי שהקדיש תקופה משמעותית משנות נעוריו לצבא, או לכוחות הביטחון האחרים (ואף סיכן את חייו למען הכלל). טעם נוסף שעומד בבסיס ההטבה למשרתי כוחות הביטחון הוא הרצון לצמצם, ולו במעט, את הפער שנוצר, לעיתים, בין מי שאינם משרתים בכוחות הביטחון לבין מי ששירתו בכוחות הביטחון תקופה משמעותית".¹⁵⁷ דהיינו, הפיצוי באמצעות הטבות מסוימות נועד לצמצם את הנטל החריג המוטל על הפרט הנושא בו.¹⁵⁸ מהלך כזה נועד להפוך את הנטל החריג – בהשוואה "אופקית" לפרטים אחרים בציבור הרחב שאינם נושאים בנטל כלל – לנטל סביר.

דומה כי המתודולוגיה של פיצוי באמצעות החלטה של הרשות המבצעת מוכרת בדין הישראלי בכל הנוגע בהשוואה בין קבוצתיות. כך, למשל, בבג"ץ התגבשה תפיסה שלפיה השלטון רשאי לפצות באמצעות הטבות מס קבוצות מסוימות, כגון יישובים בפריפריה, בגין הנטל החריג שהן נושאות בו לשם הגשמת תכליות ציבוריות שונות. הטבות מס אלה, שניתנות רק לקבוצה מסוימת של אזרחים, אינן מקימות פגיעה בעקרון השוויון.¹⁵⁹ בנסיבות מסוימות ומוגבלות הכיר בג"ץ באפשרות להעניק הטבות אלה בגדרי הסמכות הכללית של הממשלה,¹⁶⁰ אף שלעיתים, כאשר התעורר חשד מבוסס להפליה ביישומה של מדיניות זו או כאשר דובר במדיניות רחבת-היקף, הוא קבע כי הדבר מחייב חקיקה ראשית.¹⁶¹ כאשר קיים חשד להפליה אך הוא אינו מבוסס, ניכרת נכונות של בג"ץ להכשיר מדיניות כזו גם בהחלטת ממשלה.¹⁶²

156 כגון פטור ממכרו בהקצאת קרקע (ס' 25(24) ו-25(24א) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג–1993); פיקודון, מענק שחרור והלוואת שיכון מוגדלת הניתנים על-פי מספר חודשי השירות, ולעיתים אף על-פי סוג השירות ששירת החייל המשוחרר (ס' 9 ו-10 לחוק קליטת חיילים משוחררים, התשנ"ד–1994).

157 בג"ץ 11088/05 הייב נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד סד(1) 453, פס' 10 לפסק-דינו של השופט מלצר (2010).

158 שם, פס' 12 לפסק-דינו של השופט מלצר ("קיימת זיקה ברורה בין משך השירות של החייל המשוחרר והפער שנוצר בינו לבין מי שלא שירת כלל... רק הגיוני הדבר שיהיה ביטוי לזיקה זו גם באופי ההטבות הניתנות למי ששירת תקופה ממושכת יותר מחברו"). זהו ביטוי מובהק לתפיסה של מידתיות אופקית.

159 בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 19 לפסק-דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 27.2.2006) ("לו היה נבחר קו גיאוגרפי שונה במקצת, שהיה מקיים עדיין את התכלית של 'פיצוי' הפריפריה על הריחוק מן המרכז, יכלו להיכלל בקו זה יותר יישובים ערביים תוך השגת תוצאה שוויונית יותר").

160 בג"ץ 381/91 גרוס נ' משרד החינוך והתרבות, פ"ד מו(1) 53, 57–58 (1991). מהלך כזה מבוסס על קביעה פרשנית שלפיה ההסדר החקיקתי אשר מעניק את ההטבות אינו הסדר שלילי ולכן אינו שולל את הפעלת הסמכויות הכלליות של הממשלה. לדרכי הפרשנות בסוגיה זו ראו בג"ץ 5062/97 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 181, 191–192 (1999); עניין ועדת המעקב, לעיל ה"ש 159, פס' 13–15 לפסק-דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

161 שם, פס' 29 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

162 בג"ץ 3354/12 זנכלל בע"מ נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 18.8.2014). פסק-הדין עסק בחוקיותה של החלטת הממשלה בדבר "תכנית ניסיונית (פיילוט) להעצמת מועצות מקומיות בפריפריה". נקבע כי אף שיש אינדיקציות להפליה, היא לא הוכחה באופן "חד-משמעי ונחרץ",

3. סוגי הנטלים בני-הפיצוי

בעניין התנועה לאיכות השלטון החיל בג"ץ את עקרון השוויון בנטלים רק על השירות הצבאי. ניתן לטעון כי נטל השירות הצבאי שונה מן הנטל הרגולטורי, משום שהוא חל כברירת-מחדל על כלל אזרחי המדינה, וחוסר השוויון נובע מן הפטורים החריגים שפרטים וקבוצות מקבלים ממנו. לעומת זאת, הנטל הרגולטורי, שאליו מתייחס המודל המוצע, עוסק במגזרים ספציפיים, הכפופים לפיקוח ולאסדרה מצד המדינה, כך שלעיתים נוצר חוסר שוויון בתוך ענף מסוים או בין ענפים שונים.

חרף הבחנה זו, אני סבור שלא יהא זה מרחיק-לכת לטעון כי עקרון השוויון בנטלים כפי שגובש בפסק-הדין האמור חל גם ביחס לחובות אזרחיות נוספות שהוכרו בפסיקה ואף בהקשרים נוספים של "נטל חברתי" שאינם משקפים באופן מובהק חובה אזרחית. הרציונל של עניין התנועה לאיכות שלטון מחייב בחינה של העול המוטל על הפרט, קרי של הפגיעה באינטרסים שלו לטובת הכלל, ביחס לכל חובה אזרחית שהוכרה בפסיקה. בעניין רסלר שנוכר לעיל¹⁶³ הוחלה שוב הדרישה לשוויון בנטלים ביחס לחובות השירות הצבאי, ואילו בעניין יקותיאל¹⁶⁴ ובעניין נסר¹⁶⁵ היא הוחלה, בהתאמה, גם ביחס להענקת תמיכות כספיות (תשלומי הבטחת הכנסה) וביחס להענקת הקלות מס. הפסיקה הדגישה את הרעיון הכללי בדבר "חובותיו האזרחיות [של כל אדם בריכות] למדינה שאליה הוא משתייך, ובכלל זה – לשרת בצבא, לשלם מיסים ולהקנות ערכי חינוך בגרעין בסיסי המשותף לכל המגזרים".¹⁶⁶ הנה לפנינו רשימה ראשונה של נטלים שהשיטה מחייבת נשיאה בהם באופן שוויוני, שאם לא כן מדובר ב"הפליה הפוגעת בכבוד האדם".¹⁶⁷

לצד האמור יש בסיס לגישה שלפיה נשיאה שוויונית בנטל מוצדקת גם ביחס לחובות שאינן מצויות בזיקה הדוקה לכבוד האדם.¹⁶⁸ בהתאם למגמה זו, אין זה מן הנמנע להכניס לרשימה נטלים נוספים כחלק מתפיסה רחבה של "עקרונות יסוד חברתיים של שוויון ונשיאה משותפת בנטל".¹⁶⁹ שאלה חשובה בהקשר זה היא מהו המכנה המשותף לנטלים אלה. בדין הקיים מדובר כאמור ב"חובות אזרחיות". אני סבור כי אין הכרח לצמצם זאת לחובות אזרחיות.

והובהר כי "אף אם נקבל את טענת העותרת כי הקריטריונים בהחלטת הממשלה 'נתפרו' לטובת [חברה אחרת], קשה לומר כי משכך נפגעה זכותה-שלה לשוויון ועל יסוד טענה זו להתערב בהחלטת הממשלה" (שם, פס' 21 לפסק-דינו של השופט זילברטל).

163 עניין רסלר, לעיל ה"ש 151.

164 בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד (1) 142 (2010).

165 בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012).

166 עניין יקותיאל, לעיל ה"ש 164 פס' 6 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

167 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 138, פס' 42 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

168 על"ע 3467/00 הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בתל-אביב-יפו נ' צלטנר, פ"ד נו (2) 895, 902–903 (2002) ("עקרון השוויון, שהוא עיקרון חברתי ראשוני בעל ממד חוקתי... מורה, בצד הדאגה לשוויון זכויות בין כל האדם, גם על חובת נשיאה משותפת ושוויונית בנטל החובות לספק את צורכי החברה כולה... ובכלל זה חובות בתחום הביטחון והשירות הלאומי, הכלכלה ותחומי חיים אחרים").

169 ע"מ 398/07 התנועה לחופש המידע נ' מדינת ישראל – רשות המיסים, פ"ד סג (1) 284, פס' 56 לפסק-דינה של השופטת ארבל (2008).

בנקודה זו אבקש להתייחס לדעתם של אותם שופטים בעניין עדאלה שפנו לביטולו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003, משפסקו כי הוא בלתי־חוקתי.¹⁷⁰ הקביעה כי החוק פגע בעקרון השוויון החוקתי הייתה מקובלת על רוב חברי ההרכב, והמחלוקת נסבה בעיקר סביב השאלה אם הפגיעה היא מידתית (וכן לעניין הסעד שיש לתת).¹⁷¹ כפי שהסבירו פרופ' מדינה וד"ר סבן, הפגיעה בעקרון השוויון החוקתי באותה פרשה הייתה נעוצה בכך שנטל משאה של הפגיעה לתכלית ראויה הוטל על קבוצה מסוימת (שיש להניח כי נבחרה בהיותה קבוצה מסוימת) של אנשים.¹⁷² לפי קריאה זו, אם משלבים אותה עם הגישה המוצעת כאן, מדובר במקרה נוסף של נטל חריג, ולא בהקשר של חובות אזרחיות. זהו בסיס אפשרי להרחבה של הרעיון הגלום בעניין התנועה לאיכות השלטון. אני סבור כי הרחבה כזו היא נכונה, מכיוון שהיא מתבקשת מן החובה החוקתית לחלוקה שוויונית של נטלים.

ה. קווי מתאר לדוקטרינה חוקתית מוצעת של נטל חריג

על רקע האמור עד כה ניתן לשרטט כמה קווים מנחים לדוקטרינה חדשה שמוצעת במאמר, אשר אבקש לכנותה "דוקטרינת הנטל החריג", ואשר נובעת מן ההכרה בתיאוריה של שוויון בנטלים במשפט הישראלי. בסעיף זה אבקש להסביר כיצד דוקטרינה חדשה זו משתלבת במתודולוגיה המקובלת של הבחינה החוקתית בישראל, אשר מבחינה בין שלושה שלבים. כמרכן אתייחס להיבטים מעשיים של הדוקטרינה המוצעת.

1. שלב ראשון: פגיעה

מהי דרגת הנטל אשר מהווה פגיעה בעקרון השוויון בנטלים? הנטל העומד בקנה־המידה החוקתי אינו חייב להתחלק (אופקית) באופן שוויוני מלא. עקרון השוויון בנטלים מגן על הפרט מפני נטל חריג, אך לא מפני נטל סביר או "בינוני".¹⁷³ במילים אחרות, הפגיעה בעקרון השוויון בנטלים מתקיימת רק כאשר מדובר בהטלת נטל שהוא חריג. נטל קל, סביר או בינוני אינו מהווה פגיעה בעיקרון זה.

המתודולוגיה המשמשת לבחינת מידת "חריגותו" של הנטל היא השוואה אופקית בין הנטל שהוטל על הפרטים הממלאים את החובה הגלומה ברגולציה (או נושאים בסוג אחר של נטל) לבין הפרטים שאינם ממלאים את החובה האמורה. הבדיקה אינה "אנכית" – היא אינה בוחנת

170 בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 50 לפסק־דינו של הנשיא ברק (2006).

171 בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44, פס' 1 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש (2012).

172 ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, תיוג אתני ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" משפטים לט 47, 67 (2009). ראו גם שם, בעמ' 78 ("הפליה בחלוקת הנטל שבו נדרשים אזרחים מקבוצה מסוימת לשאת (פגיעה בזכותם לחיי משפחה) לשם קידום ההגנה על ביטחון המדינה").

173 לגישה זו בארצות־הברית ראו Levmore, לעיל ה"ש 122, בעמ' 293–292: "Our legal system might be described as requiring compensation for a 'medium' amount of burdens that the government imposes".

את עוצמת הפגיעה בפרט כשלעצמו, קרי, את עוצמת הנטל המוטל על הפרט באופן מוחלט. הבדיקה היא "אופקית". מוטיב זה מסביר מדוע בעניין התנועה לאיכות השלטון הושם דגש בפגיעה בכבוד האדם, ולא בפגיעה בחירות: אין חולק שהפגיעה בחירות המגויסים היא נטל אישי כבד בבדיקה אנכית ביחס לכל פרט, לנוכח הפקעת החירות הכרוכה בשירות צבאי. אך מבחינת עקרון השוויון בנטלים עוצמתו המוחלטת של הנזק ביחס לכל פרט אינה הגורם המכריע, אלא הדגש מושם בבחינה השוואתית-אופקית של הנטל. אכן, בחינה זו לימדה כי הנטל שהוטל על הקבוצה הנושאת בנטל הוא חריג בהשוואה לקבוצה שאינה נושאת בנטל, ופער זה בנטלים הוביל למסקנה כי הזכות החוקתית לכבוד האדם נפגעה. הבחינה החוקתית לא התבססה אפוא על הפגיעה בזכות החוקתית לחירות כשלעצמה, אלא על הקיפוח הגלום בה לנוכח היחס השלטוני הלא-שוויוני לפרט, העולה כדי פגיעה בעקרון השוויון בנטלים כחלק מן הזכות החוקתית לכבוד האדם.

המתודולוגיה האופקית האמורה מושתתת על הזיקה ההדוקה שבין עקרון השוויון החוקתי לבין הזכות החוקתית לכבוד האדם. מתודולוגיה חוקתית זו אינה נשענת על השוואה כמותית גרידא. יש בה מרכיב ערכי לא-מבוטל. בעניין התנועה לאיכות השלטון בחן בית-המשפט את שאלת הפגיעה בשוויון לא במונחים של ניתוח כלכלי, קרי, אם הטלת הנטל באופן שבו הוטל היא יעילה. בג"ץ דחה את אמת-המידה הכלכלית.¹⁷⁴ נראה אפוא כי המשפט החוקתי בישראל אינו מפרש את עקרון השוויון בנטלים כתפיסה של פיזור נזק גרידא, כפי שנהוג להבין שיקול זה בדיני הנזיקין.¹⁷⁵ הדרישה החוקתית היא לפיזור נזק הוגן, ולא דווקא יעיל.¹⁷⁶ הדגשת הפיזור ההוגן על-פני הפיזור היעיל מחדדת את ייחודו של עקרון הנטל החריג כעיקרון הבוחן את הצדק וההגינות – שהם הרציונל שבבסיס הגישה המוצעת – בכלים האופייניים למשפט הציבורי. כלים אלה מתרחקים ממתודולוגיה השמה דגש בשיקולים של יעילות כלכלית. בעוד במשפט הפרטי בישראל ניתן לשיקולים שיסודם בגישה הכלכלית למשפט משקל לא-מבוטל בעיצוב הדין הקיים,¹⁷⁷ ניכרת רתיעה מיישומם במשפט הציבורי, בפרט בהקשר של הגנה על חירויות וזכויות חוקתיות.¹⁷⁸ במקרה הקונקרטי של הנשיאה בנטל השירות הצבאי למען בטחון

174 עניין רסלר, לעיל ה"ש 151 פס' כז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין ("אמת המידה הכלכלית שבה נבחן הנושא גם על-ידי צה"ל בהקשרים מסוימים... אינה יכולה להיות הרלבנטית והנכונה, כשבשירות צבאי על סכנותיו המובנות עסקינן").

175 ישראל גלעד "גבולות ההרתעה היעילה בדיני-הנזיקין" משפטים כב 421, 431-432 (1993). להרחבה ולביקורת ראו צחי קרן-פז "האם האדם הסביר הוא האדם היעיל? ניתוח מבנה ההתשלול הנזיקי במשקפי משפט וכלכלה" מחקרי משפט כג 793 (2007).

176 בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, פס' 67 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (2012).

177 ראו באופן כללי את הספר הגישה הכלכלית למשפט (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

178 בג"ץ 685/78 מחמוד נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לג(1) 767, פס' 7 לפסק-דינו של השופט ברק (1979) ("שלא כחבריו ביבשת אירופה, אין [בג"ץ] מבקר את יעילותן של החלטות המינהל... אך אם את היעילות איננו בודקים, את ההגינות עלינו לבדוק. ואל לנו לצמצם את היקף בדיקתה של ההגינות מטעמי יעילות, שכן עקרונות ההגינות המחייבים את המינהל הם אחד המכשירים העיקריים שפותחו על ידי בית משפט זה לשמירה על זכויות האזרח"); בג"ץ 93/06 ד.ג. כל גדר בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, פס' 39 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 2.8.2011) ("שיקולים של יעילות כלכלית... אינם בבחינת ערך עליון בשיטתנו ויש שהם ייסוגו

הציבור יש לתת מקום, במסגרת הערכת הפגיעה, לשיקול הערכי שלפיו הנשיאה הלא-שוויונית בנטל נושאת עימה מסר שלילי כלפי הפרט, אשר קשה לתת לו מענה באמצעות פיצוי ישיר או עקיף. השירות הצבאי כרוך לא רק באובדן הכנסה, אלא גם בסיכון חיים ובקושי פיזי. ספק אם פגיעות אלה הן בנות-כימות, וגם אם כן, הן אינן בנות-פיצוי בהכרח.¹⁷⁹ עם זאת, אין בכך כדי לשלול את תחולתו של עקרון הנטל החריג המוצע כאן. כזכור, אין בו דרישה לאיזון מוחלט של מלוא הנטלים.

בסיכומו של השלב הראשון של הבחינה החוקתית, ככל שהפרט הוכיח כי הוטל עליו נטל חריג במישור ה"אופקיי", הדוקטרינה המוצעת מובילה לחזקה שלפיה מוטלת על השלטון החובה להעניק לו פיצוי ישיר או עקיף (או חובה שקולה לכך) במטרה להפחית את הנטל המוטל עליו לרמה סבירה. בשלב השני של הבחינה החוקתית הרשות השלטונית עשויה לסתור חזקה זו, כפי שיוסבר בסעיף הבא.

2. שלב שני: הצדקה

עקרון השוויון בנטלים, בדומה לעקרון השוויון החוקתי¹⁸⁰ והמנהלי¹⁸¹ ובדומה לזכות החוקתית לקניין,¹⁸² הוא עיקרון יחסי. יישומו צריך להיות מידתי, ולא מוחלט. בהתאם, המדינה עשויה להצדיק את הפגיעה בעקרון השוויון בנטלים בשיקולים ענייניים נוגדים.¹⁸³ יישומה של מתודולוגיה זו על עקרון השוויון בנטלים משמעה שככל שהצדקה כזו מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה, יהיה אפשר להטיל על הפרט גם נטל "חריג" מבלי שהדבר יחייב

מפני זכות, אינטרס או ערך אחר". להרחבה ראו ברק מדינה "משפט ציבורי" הגישה הכלכלית למשפט 565, 634 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

FRANK ACKERMAN & LISA HEINZERLING, PRICELESS: ON KNOWING THE PRICE OF EVERYTHING AND THE VALUE OF NOTHING 8 (2004) ("The basic problem with narrow economic analysis of health and environmental protection is that human life, health, and nature cannot be described meaningfully in monetary terms"); Matthew Wansley, *Cost-Benefit Analysis as a Commitment Device* 87 TEMP. L. REV. 447, 492-495 (2015); Cass R. Sunstein, *The Arithmetic of Arsenic*, 90 GEO. L.J. 2255, 2257 (2002).

180 בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 76 (1996).

181 בג"ץ 7871/07 רפאל – רשות לפיתוח אמצעי לחימה בע"מ נ' שר האוצר, פס' 38 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 6.2.2011).

182 ע"א 8661/10 נעמה נ' טורקיה, פס' 13 לפסק-דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 19.2.2012) ("ההגנה על זכות הקניין כפופה לעקרונות של צדק, הגינות ותום לב"). ראו גם רע"א 1054/03 הועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים נ' בדיחי, פס' 4 להחלטת השופט ריבלין (פורסם בנבו, 8.6.2003).

183 עע"ם 7335/10 קצין התגמולים – משרד הבטחון נ' לופו, פס' כב לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 29.12.2013); בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459, 506 (1999) ("השוויון הוא ערך יחסי במובן זה שניתן להצדיק פגיעה בשוויון, אם היא נועדה לתכלית ראויה ואם מידתית היא ונועדה להגן על אינטרסים ראויים העומדים למולה").

הקצאה הוגנת של נטלי רגולציה
בראי רציונל הנטל החריג ועקרון השוויון בנטלים

את המדינה בפיצויו.¹⁸⁴ בשלב זה מוטלת על המדינה החובה להצדיק את העדר הפיצוי, או בנוסח אחר – לסתור את חזקת הפיצוי שקמה בשלב הראשון של הבחינה החוקתית.¹⁸⁵ כיצד ניתן לסתור את חזקת הפיצוי שקמה בשלב הראשון של הבחינה החוקתית? ניתן לעשות זאת באמצעות טענה שלטונית מסוג טענת הגנה. אין הכוונה לטענה שלפיה הנטל שהוטל על הפרט אינו נטל חריג. זו אינה טענת הגנה, אלא טענה (המועלית בשלב הראשון) שלפיה עקרון השוויון בנטלים לא נפגע כלל. טענה שלטונית מסוג טענת הגנה מכוונת להצדקת הנטל החריג באמצעות מבחן המידתיות. ההצדקה שתעלה הרשות השלטונית עשויה להוביל בשלב זה של הבחינה החוקתית להפחתת הפיצוי הנדרש בחזקת הפיצוי או לשלילתו המוחלטת. אציע להבחין כאן בין שני שיקולים רלוונטיים – שיקולים פנימיים של הרשות ושיקולים חיצוניים במישור של העותר והתנהלותו.

השיקול הפנימי הענייני העיקרי שהרשות עשויה להעלות הוא השיקול התקציבי, שמקובל להביאו בחשבון בשלב השני של הבחינה החוקתית גם בהקשרים אחרים של התדיינות חוקתית.¹⁸⁶ כך, המדינה עשויה לטעון כי מבחינה עקרונית היה מקום להפחית את הנטל החריג באמצעות פיצוי או הטבות כלשהן לקבוצה הנושאת בנטל החריג, אך אמצעים אלה אינם מתאימים עקב שיקולים תקציביים. השאלה היא, כמובן, איזה משקל יש לתת לשיקול זה,¹⁸⁷ ואם הטענה שבבסיסו הוכחה במידה מספקת במישור העובדתי.¹⁸⁸ לעיתים קרובות ניתן לשיקול זה בפסיקה משקל מכריע בקביעת היקפם של הסדרי פיצויים.¹⁸⁹ בולט בהקשר זה המשקל שניתן לטענת "הגנת תקציב" של רשויות מנהליות בדיני עשיית עושר ולא במשפט.¹⁹⁰

184 השוו בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אור למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 235 (1998) (הנשיא ברק) ("מוכר אצלנו המושג של אי-שוויון מותר... איננו מוגבלים אך לשני מצבים נוגדים – זה שבו מתקיים שוויון וזה שבו מתקיימת הפליה (פסולה). קיים גם מצב שלישי, זה שבו קיימת פגיעה בשוויון, אך פגיעה זו היא כדין, שכן היא מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה"). ראו גם שם, בעמ' 239. לגישה שונה במקצת אך כזו המבטאת רעיון דומה ראו בג"ץ 6845/00 נב נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 684, 663 (2002) (השופט חשין) ("כל הפליה פסולה היא, אך בגדרן של ההפלות עצמן ישנן דרגות שונות. חריפותה של ההפליה נגזרת מחומרת הפגיעה בעקרון השוויון"). תפיסה יחסית זו, אשר מכירה ב"אי-שוויון מותר", נהוגה גם ביחס לעקרון השוויון החוקתי – ראו בג"ץ 1662/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פס' 45–46 לפסק-דין של השופט נאור (פורסם בנבו, 3.3.2009).

185 לגישה קרובה ראו MÖLLER, לעיל ה"ש 106, בעמ' 133 : "a person's constitutional rights will be violated [only] if a policy which imposes a burden on her cannot be defended as reasonable".

186 ברק-ארו כרך ב, לעיל ה"ש 141, בעמ' 694.

187 עניין לופו, לעיל ה"ש 183, פס' כז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

188 שם, פס' כט, לא-לב ו-לט לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

189 בג"ץ 3627/92 ארגון מגדלי הפירות בישראל בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(3) 387, 391–393 (1993). ליישום גישה זו ראו, למשל, בג"ץ 4214/02 החברה הכלכלית לירושלים בע"מ נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 18.11.2002); בג"ץ 6407/06 דורון, טיקוצקי, עמיר, מזרחי עורכי דין נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 23.9.2007).

190 ע"א 1761/02 רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות בע"מ, פ"ד ס(4) 545, 581–592 (2006); ע"א 546/06 עיריית ירושלים נ' שרותי בריאות כללית, פס' 50 לפסק-דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 20.8.2009); דנ"א 7398/09 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית, פס' 46–49 ו-54 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 14.4.2015).

המשקל הכבד שניתן לשיקול התקציבי בהקשרים אלה נובע לרוב מזיקתו לשיקולים מוסדיים בדבר היקף הביקורת השיפוטית על סדרי עדיפויות חברתיים¹⁹¹ כמרגם למגבלות מעשיות,¹⁹² בין היתר בהינתן מצב אופייני של משאבים ממשלתיים מוגבלים.¹⁹³ אולם טענה בדבר משאבים מוגבלים אינה מילת קסם. השיקול התקציבי הוא ענייני, אך לאו דווקא מכריע. כידוע, "כשעל הפרק ניצבת תביעה למימוש זכות יסוד... משקלם היחסי של השיקולים התקציביים אינו יכול להיות גדול".¹⁹⁴ בהקשר קרוב, של עילת הסבירות המנהלית, נפסק כי "המשקל שיש לייחס לשיקולים תקציביים נבחן בין היתר אל מול חשיבות הזכויות והאינטרסים העומדים מנגד".¹⁹⁵ הנטייה במסגרת איזון זה הייתה, לפחות בעבר, להכיר בעדיפותו של עקרון השוויון על שיקולים תקציביים.¹⁹⁶ כאמור, איזון זה נעשה בגדרי השלב השני של הבחינה החוקתית, ולא בשלב הראשון: בית-המשפט נמנע מלהכיר בשיקול תקציבי כטעם להצדקת פגיעה בשוויון,¹⁹⁷ אך הוא נכון לגלות בעטיו גמישות – לטובת המדינה – במישור הסעד השיפוטי שיינתן בגין ההפרה של עקרון השוויון.¹⁹⁸

- 191 עניין קניאל, לעיל ה"ש 183, בעמ' 497.
- 192 Richard H. Fallon, Jr., *Some Confusions about Due Process, Judicial Review, and Constitutional Remedies*, 93 COLUM. L. REV. 309, 366 n. 310 (1993) ("practical concerns")
- 193 John Haldane & Anthony Harvey, *The Philosophy of State Compensation*, 12 J. APPLIED PHIL. 273, 279 (1995) ("the right is to no more than a fair share of that which the state may reasonably be expected to provide within the limits of its economic circumstances")
- 194 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 113 (1995). ראו גם שם, בעמ' 142; ע"א 7440/97 מדינת ישראל נ' גולן, פ"ד נב(1) 1, 9 (1998) ("המימוש של זכויות יסוד עשוי לעלות בכסף, אך חברה המחשיבה את זכויות היסוד צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר בעבור מימוש הזכויות"); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 281 (1999) ("ההגנה על זכויות האדם כרוכה לא פעם במחיר. החברה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר בעבור הגנה על זכויות האדם").
- 195 ע"ם 662/11 סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים, פס' 32 לפסק-דין של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 9.9.2014).
- 196 בג"ץ 205/94 נוף נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 449, 463 (1997) ("בשום מקרה אין בקיומם של אילוצים תקציביים כדי להצדיק קביעת אמות מידה המפרות את שורת השוויון"); בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 368 (1999); בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 185–186 (2000); בג"ץ 5496/97 מרדי נ' שר החקלאות, פ"ד נה(4) 540, 568–569 (2001); ברק-ארוז כרך ב, לעיל ה"ש 141, בעמ' 714 ("עמדתה הבסיסית של הפסיקה היא שעל הרשות לקיים את החובות המוטלות עליה, ובכלל זה גם את חובת השוויון, אף אם התוצאה היא חריגה מתקציב"). לדיון בדרכים יצירתיות שבהן התמודד בית-המשפט עם הקושי התקציבי, כגון הותרת העתירה תלויה ועומדת או מתן הנחיה כללית או הדרגתית לתיקון ההפליה, ראו שם, בעמ' 715–717.
- 197 בג"ץ 2021/11 ועקנין נ' שר האוצר, פס' 22–23 לפסק-דין של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 6.6.2013); עניין לופו, לעיל ה"ש 183, פס' כו לפסק-דין של השופט רובינשטיין ("שיקול תקציבי... אינו יכול להסביר שוני, העלול לעלות כדי הפליה") וכן פס' מג ("יש לתת משקל ראוי לזכות לשוויון, אף בגדרי משאבים המוגבלים של הרשות").
- 198 בג"ץ 6758/01 ליפשיץ נ' שר הביטחון, פ"ד נט(5) 258, 276–277 (2005); עניין זנלכל, לעיל ה"ש 162, פס' 22 לפסק-דין של השופט זילברטל.

לפי גישה זו, השיקול התקציבי עשוי לשלול מתווה של פיצוי ישיר כאמצעי להפחתת הנטל החריג שהוכח בשלב הראשון של הבחינה החוקתית.¹⁹⁹ אולם לעיתים נמצאת גם דרך לפיצוי ישיר. כך, נראה כי מהלך כזה נעשה לאחר פסק-הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון, בדמות העלאת התגמול שניתן לקבוצת המשרתים בצה"ל בחובה²⁰⁰ ובמילואים.²⁰¹ סוג אחר של שיקולים הוא חיצוני ומתמקד בעותר. כאן עשוי לבוא בחשבון שיקול בדבר זהות הנפגע. הרשות עשויה לטעון כי דין פגיעה בתאגיד אינו כדין פגיעה בפרט, במיוחד כאשר הפגיעה היא בתאגיד הנהנה ממעמד מונופוליסטי.²⁰² גם שיקולים אלה רלוונטיים במישור של היקף ההגנה על הזכות החוקתית הניתנת לסוג האישיות המשפטית הנושאת את הנטל הרגולטורי – קרי, בשלב השני של הבחינה החוקתית – ועשויים להוביל להפחתת הפיצוי ואף לשלילתו, כפי שאסביר להלן.

בהקשר זה, של ההבחנה בין נושאי הנטל הרגולטורי למיניהם, ניתן לטעון כי ההגנה על אנושיותו ועל כבודו של אדם אינה יכולה להיות מובנת באותו אופן ביחס לאישיות משפטית מלאכותית.²⁰³ גישה זו נדחתה לכאורה בפסיקה בישראל, אשר בעורכה ביקורת שיפוטית חוקתית לא קיימה דיון נפרד בשאלת ההצדקה למתן פיצוי לתאגידים.²⁰⁴ נראה כי התפיסה המקובלת בכל הנוגע בשלב הראשון של הבחינה החוקתית – קרי, ניתוח הפגיעה בזכויות חוקתיות – היא כי אין מקום להבחנה בין תובע פרטי שהוא אדם לבין תובע פרטי שהוא תאגיד,²⁰⁵ וזאת להבדיל מהשלב השני של הבחינה החוקתית, קרי, ניתוח המידתיות.²⁰⁶ האם העובדה שהגורם הנושא בנטל הרגולטורי הוא תאגיד מצדיקה התייחסות שונה? בפועל דומה כי ההתייחסות לתאגיד אכן שונה לעיתים. רגולציה שלטונית על חברות ועסקים במשק עשויה להיות מוטלת באופן דיפרנציאלי על חברות גדולות וקטנות, תוך יצירת שוויון מהותי הלכה למעשה בין מפוקחים. הדבר תלוי, בין היתר, באופייה של הרגולציה. רגולציה

199 שלילת הפיצוי הישיר עשויה להצדיק בנסיבות מסוימות בחינה של פיצוי עקיף. בהקשר הקונקרטי של השירות הצבאי, שבו שסע עמוק של החברה הישראלית מעורב בהסדר הרגולטורי הנבחן, סוגיית הצדקתו של הפיצוי העקיף היא מורכבת, ודיון בה חורג ממסגרת המאמר. להרחבה ראו את השיח בין ד"ר אילן סבן לד"ר דורון מנשה בבלוג המרצים של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, אוגוסט 2006, http://haifalawfaculty.blogspot.co.il/2006_08_01_archive.html.
200 ראו החלטה שניתנה בבג"ץ 5799/12 לורך נ' משרד הביטחון (פורסם בנבו, 26.3.2015). כן ראו גיא ישראל זיידמן "צבא והפרטה" משפט ועסקים יז 15, 228 (2014).
201 ס' 20 לחוק שירות המילואים, התשס"ח–2008 ("...רשאים הממשלה וכן כל גוף ציבורי לקיים פעולות או לקבוע הוראות שיש בהן כדי לתגמל חיילי מילואים או להביע הוקרה כלפיהם... פעולה או הוראה כאמור שהיא סבירה ומידתית לא תיחשב הפליה אסורה").
202 עניין מישראל, לעיל ה"ש 96, פס' 2–3 לפסק-דינו של השופט מלצר. ראו גם שם, פס' 5 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארוז ופס' 6 לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.
203 עופר סיטבון "על בני אדם, תאגידים ומה שביניהם: האם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך לחול על תאגידים?" קרית המשפט ח 107 (2009).
204 דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך א 76, ה"ש 40 (2010).
205 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 71, פס' 6 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') ברק ("הדיבור 'אדם' בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חל גם על תאגיד מהמשפט הפרטי").
206 בג"ץ 956/06 איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 25.3.2007).

המתאפיינת בציווי ובשליטה נוטה להיות גורפת וכלל-מגזרית, בלא הבחנה בין "קטנים" ל"גדולים". לעומת זאת, רגולציה עצמית ורגולציה הסכמית נוטות להיות שוויוניות יותר, לפחות בהיבט של ה"נטל" (כלומר, חברה גדולה תבקש "לשלם" יותר, בכסף או בציות, המתבטא בתמורות אחרות). מאמר זה אינו עוסק בשאלה האמפירית, אלא בשאלת הנורמטיבית, קרי, אם יש הצדקה, מנקודת-המבט של עקרון השוויון בנטלים, להתייחסות שונה. אמת-המידה בדבר "חריגות" הנטל היא אחת, אך יש כאמור נסיבות שבהן הענקת פיצוי לשם הפחתת הנטל אינה מוצדקת. נסיבות אלה עשויות להתקיים כאשר החברה הפרטית הנושאת בנטל הרגולטורי קיבלה תמורה מן המדינה שאפשרה את פעילותה המסחרית לכתחילה, דוגמת זיכיון או הקצאת משאבים אחרת, והאקלים הרגולטורי הקודם אפשר לה ליהנות מרווחיות נאה. דוגמה לכך היא פרשת מרכז הכוכביות הארצי.²⁰⁷ באותה פרשה טענו העותרות כי רגולציה חדשה הפכה את השירות שהן מספקות למיותר, ובכך פגעה באופן משמעותי בעסקיהן.²⁰⁸ דומה כי בסיס מרכזי לדחיית העתירה היה נעוץ בעובדה שהרגולציה השלטונית נתנה בעבר לעותרות פרק-זמן ממושך של רווחיות מונופוליסטית למחצה, באופן ששלל פיתוח הסתמכות לגיטימית על המשך הרווחיות הנובעת ממצב רגולטורי זה.²⁰⁹ קביעה זו משולה לאמירה כי זהות הנפגע – חברה שנהנתה מתנאים רגולטוריים מיטיבים – מצדיקה אפיון שונה של נטלי הרגולציה. זוהי טענה שונה מטענת העדר לגיטימציה להסתמכות על המשך המדיניות הקיימת. זוהי טענה שלפיה הטלת נטל חריג על נפגע זה היא מוצדקת, בהתחשב בכך שהוא נהנה מן המדיניות הקודמת, ומידת הפגיעה בו כתוצאה משינוי המדיניות "מתקזזת" עם מידת רווחיו הנאים בתקופה שקדמה לנטל הרגולטורי החדש. פיצוי חרות אלה בגין הרגולציה החדשה אינו מוצדק מהטעם שהן כבר "נהנו" פעמיים על-חשבון הציבור – פעם אחת כאשר הן גרמו לעיוותים בשוק (כשלי שוק), שהטילו נטל גבוה על ציבור הצרכנים (הפקעת מחירים), ופעם שנייה כאשר המדינה הפעילה מערכי רגולציה יקרים לתיקון כשלי השוק הללו – כך שאין שום סיבה להעניק להן הנאה שלישית על-חשבון הציבור בדמות פיצוין.

לצד האמור יודגש כי עצם העובדה שתאגיד הוא "גדול" או "חזק" אינה שוללת את זכותו החוקתית. רגולציה שלטונית כלפי גוף כזה אינה "חסונה" מפני תחולתו של עקרון השוויון בנטלים. אומנם, ניתן לטעון כי ההצדקה הרעיונית בדבר כבוד והערכה שוויוניים לפרטקשורה

207 בג"ץ 5551/14 מרכז הכוכביות הארצי בע"מ נ' משרד התקשורת (פורסם בנבו, 27.1.2015).
 208 הרגולציה קבעה כי גורם אחר יספק במקומן את השירות שסופק על-ידיהן. ראו שם, פס' 23–24 לפסק-דינו של השופט מזוז.
 209 כך יש להבין, לדעתי, את הדברים הבאים מפי השופטת ברק-ארז (שם, פס' 6 ו-8 לפסק-דינה):
 "לא אחת מהלך רגולטורי חיובי מרע את מצבם של גופים עסקיים שזיהו קודם לכן צורך... [ונקטון] יוזמה עסקית. פעולה רגולטורית [ראויה אשר פוגעת]... באינטרסים של גופים כאלה (שלהם אין הסתמכות לגיטימית על כך שלא יחול שינוי ברגולציה) אינה כרוכה בהכרח בפגיעה בזכות חוקתית... כפי שבעבר זיהו העותרות הזדמנות עסקית ואף הפיקו ממנה רווח, יש להניח ואף לקוות עבורן שישכילו לעשות כן גם בעתיד. אולם – אין לומר שמה שהיה חייב להוסיף להתקיים באותו אופן".

למעמדו של הפרט מול השלטון, ולכן אינה יכולה לבסס טיעון בהקשר של רגולציה של עסקים או תאגידים. אולם לטענה זו קיימות כמה תשובות מצטברות.

ראשית, מעמדו של הפרט מול השלטון רלוונטי גם בהקשרים רגולטוריים, שבהם הפרט תוקף חוק או תקנה בת פועל תחיקתי שקבעו כלל התנהגות מחייב במסגרת פעילות כלכלית או חברתית. הרגולציה עצמה חלה באופן שווה הן על פרטים והן על תאגידים – כך מורה עקרון שלטון החוק. נורמות מקובלות של שוויון הזדמנויות ושוויון בפקוח ובאסדרה הוחלו גם בהקשר של מה שמכונה "עתירות כלכליות" שבבסיסן אינטרסים כלכליים של תאגידים.²¹⁰ לכן אין לומר כי רגולציה של עסקים או תאגידים דווקא מהווה הקשר שונה באופן מהותי. עתירות של גופים מפקחים בטענה לפגיעה בזכות השוויון שלהם נדונות תדיר, וממחישות את ההגנה המוענקת לזכותם.²¹¹

שנית, ההבחנה בין פרט עצמאי לבין עסק אינה חד-חד. אופן ההתאגדות או התיוג הלשוני אינם אינדיקציה למידת חוזקו של הכפוף לרגולציה. את הדגש יש לשים בעוצמת הפגיעה, ולא בזהות הנפגע. במישור של עוצמת הפגיעה סביר בהחלט לתת משקל לעובדת היות הגוף הנפגע (אדם או תאגיד) איתן מבחינה כלכלית. גם בנסיבות שבהן גוף כזה נושא בנטל חריג, כאשר בוחנים את ההצדקה לפיצוי, יש משקל לעובדה שהוא מסוגל לספוג את הפגיעה. יש לזכור כי הפיצוי עלול להטיל נטל כבד על קופת הציבור. כאשר מדובר בפיצוי בסכומים גבוהים, הענקתו עלולה להטיל על הציבור בכללותו נטל "חריג" ובכך ליתן הצדקה להימנעות ממנו. שלישיית, עקרון הנטל החריג המוצע במאמר זה הוא חלק מן הזכות החוקתית לכבוד האדם. מבחינה עקרונית, "תאגיד פרטי יכול להיות בעל זכויות יסוד חוקתיות, למעט זכויות שעל-פי טיבן אינן מתאימות לחול על תאגיד".²¹² השאלה אם הזכות לכבוד אינה מתאימה מ"טיבה" לחול על תאגיד היא מורכבת, ודיון ממצה בה חורג ממסגרת המאמר.²¹³ נקודת המוצא היא שכל עוד לא נפסק אחרת, ההגנה החוקתית האמורה חלה גם על תאגידים. עם זאת, היקף ההגנה הניתנת לזכות החוקתית של תאגיד עשוי להיות פחות מהיקף ההגנה הניתנת לזכות החוקתית של אדם פרטי.

בנקודה זו אבקש להסב את תשומת-הלב לפסק-הדין שניתן באחרונה בסוגיית מתווה הגז.²¹⁴ כידוע, בפרשה זו נבחנה, בין היתר, חוקיותה של תניית יציבות שמנעה רגולציה חדשה על הסכמים קיימים לתקופה ממושכת. בית-המשפט פסל תניה זו, אך לא משיקולים הקשורים

210 ראו בג"ץ 287/91 קרגל בע"מ נ' מינהלת מרכז ההשקעות, פ"ד מו(2) 852 (1992). השוו באחרונה בג"ץ 3733/14 כהן נ' סגן בכיר למנהל הרשות לתכנון (כלכלה) במשרד החקלאות, פס' א, ט ו-י לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 20.7.2015).

211 ראו, למשל, עת"ם (מחוזי ת"א) 25955-12-14 צים שירותי ספנות משולבים בע"מ נ' חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ (פורסם בנבו, 31.12.2014).

212 בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(14) 66 (2004). ראו גם בג"ץ 7611/01 מכבי מגן אגודה שיתופית לביטוח הדדי נגד מחלות בע"מ נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 20.8.2006).

213 להרחבה ראו אהרן ברק "התאגיד וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מאזני משפט ח 11 (2013). לגישה אחרת ראו סיטבון, לעיל ה"ש 203.

214 בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.3.2016) (להלן: בג"ץ מתווה הגז).

לעקרון השוויון בנטלים, אלא מכוח איסור כבילת שיקול-הדעת השלטוני.²¹⁵ בפסק-הדין יש דיון גם בתניות יציבות מרוככות – כאלה שאינן שוללות רגולציה חדשה אך מצמידות לה "תג מחיר". דהיינו, המדינה אינה כובלת באופן הרמטי את שיקול-דעתה העתידי, אך מתחייבת לפצות את החברה הנפגעת בגין שינויים רגולטוריים אפשריים. תניה כזו כונתה בפסק-הדין "איזון כלכלי מלא" או "חלקי".²¹⁶ דומה כי הסדרים מסוג זה הם דוגמה לרגולציה הכוללת בתוכה מרכיב פנימי של "שוויון בנטלים", כאשר הרשות השלטונית מעריכה מראש כי עוצמת הפגיעה בגוף הכפוף לרגולציה תהא חריגה או מפלה.²¹⁷ מפסק-הדין עולה כי רגולציה כזו, על פניה, אינה נראית פסולה בעיני בית-המשפט. השופטת חיות קבעה כי "אילו היה המתווה כולו מוצא את ביטויו בחוזה רגולטורי הכולל תחת הוראות הכבילה הוראה בדבר פיצוי מוסכם ידוע וקצוב, היה בו אולי כדי לצלוח את הביקורת השיפוטית".²¹⁸ השאלה היא אם בעיצוב מנגנון כזה מוצדק לקבוע, למשל, כי הפיצוי יותנה בהתקיים פגיעה בשיעור מסוים מכלל רווחיו של התאגיד או במחזור עסקיו. אמת-מידה זו, כאמת-מידה עיקרית גם אם לא בלבדית,²¹⁹ מביאה בחשבון את עוצמתו הפיננסית של התאגיד הכפוף לרגולציה, ובכך נותנת משקל לשוני בין פרט לבין תאגיד. כך, למשל, פגיעה כספית בסכום גבוה, שהייתה עשויה לעבור בהרבה את רף ה"כניסה" לעקרון השוויון בנטלים אילו נגרמה לאדם פרטי, לא תיחשב בהכרח כמצדיקה פיצוי בשעה שמדובר בתאגיד פרטי, מכיוון ששיעור הפגיעה ברווחיותו עשוי להיות לא-גבוה. לגישתי, עקרון השוויון בנטלים המוצע במאמר זה עשוי להכשיר התניה כזו, וזאת מן הטעם, הנזכר לעיל, שלפיו הפיצוי שיינתן לתאגיד כזה ילקח בסופו של דבר מקופת הציבור. יש להימנע ממצב שבו הפיצוי יביא לידי הסטת הנטל החריג מן התאגיד אל הפרט. בהתנגשות זו גוברת חובתה של הרשות כנאמן של הציבור בכללותו. אין בכך כדי ליתר בחינה נפרדת של עוצמת הפגיעה גם לאור דוקטרינת הנטילה השלטונית. ייתכן כי בחינה כזו תביא לידי פסילת הפגיעה בתאגיד, אך הטעם לכך יהיה נעוץ במושג המידתיות (ה"אנכית"), ולא בעקרון השוויון בנטלים.

על רקע שיקולים אלה – פנימיים וחיצוניים כאחד – ניתן לדבר על "מתחם מידתיות" של הרשות השלטונית בבחירת האמצעי המתאים להגשמת עקרון הנטל החריג.²²⁰ ככל שיוכחו

215 שם, פס' 8–9 לפסק-דינה של השופטת חיות.

216 שם, פס' קא לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; פס' 6 לפסק-דינה של השופטת חיות.
217 השוו שם, פס' 14 לפסק-דינו של השופט סולברג, אשר התייחס למצב שבו המדינה "מתקשרת בחוזה מנהלי עם גורם פרטי, הכולל 'סעיף דין מפלה', שמשמעותו היא חיוב המדינה בתשלום פיצויים ככל שתשתנה הסביבה החוקית או הרגולטורית לרעת אותו גורם".

218 השוו שם, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת חיות.

219 השוו להקשר של פרשנות תקנות מס רכוש וקרן פיצויים (תשלום פיצויים) (נזק מלחמה ונזק עקיף) (הוראת שעה), התשס"ו–2006: רע"א 6540/15 כתר אחזקות בע"מ נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, פס' 3 להחלטתו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 18.4.2016) ("מתן פיצוי אך ורק לפי היקף המחזוריים, באופן טכני ומבלי לבחון נתונים נוספים מעבר להגדרת הניזוק כמיוחד, מעניק לו פיצוי יתר על חשבון נפגעים אחרים... אין לקבל עמדה השוללת כל בדיקה של נתונים נוספים מלבד הירידה במחזור העסקאות").

220 John C.P. Goldberg, *The Constitutional Status of Tort Law: Due Process and the Right to a Law for the Redress of Wrongs*, 115 YALE L.J. 524, 626 (2005) ("governments have

טעמים טובים, דוגמת אלה שהועלו כאן, נראה שהרשות השלטונית תוכל לסתור את חזקת הפיצוי ולהצדיק הפחתה של הפיצוי או הימנעות ממנו.

3. שלב שלישי: סעד

מהו הדין אם הרשות השלטונית לא הרימה את הנטל האמור ולא סתרה את חזקת הפיצוי? ככל שהרשות השלטונית נמנעת מהענקת פיצוי ישיר כמתחייב מעקרון המידתיות, קמה הפרה של הנורמה החוקתית המחייבת בדבר שוויון בנטלים. במקרה כזה בית-המשפט עשוי לקבוע סעד חוקתי בדמות ציווי המחייב את הרשות השלטונית לקבוע מתווה של פיצוי שיגשים את עקרון השוויון בנטלים. חשוב להדגיש כי הסעד בגין הפרה זו של העיקרון החוקתי בדבר שוויון בנטלים הוא סעד של ציווי, ולא סעד של פיצוי. אמת, הפיצוי יהיה בסופו של דבר תוצר של הצו השיפוטי הנלווה לקביעה בדבר הפרה חוקתית, אך הצו השיפוטי עצמו רק אוכף את חזקת הפיצוי שלא נסתרה. במילים אחרות, הסעד החוקתי ממיר את חזקת הפיצוי מחזקה ניתנת לסתירה לחזקה חלוטה. תהא זו לא רק טעות אופטית לומר שמבחינה מעשית ניתן כאן פיצוי בגין הפרה של נורמה חוקתית, אלא גם טעות רעיונית. הצו השיפוטי – שעשוי להיות גם הצהרתי – הוא הסעד החוקתי בגין ההפרה של הנורמה החוקתית. הנורמה החוקתית היא שמחייבת את הרשות השלטונית להעניק מיוזמתה פיצוי, והסעד החוקתי בהקשר זה הוא סעד של אכיפה.

מקור הלגיטימציה לסעד החוקתי – שבעקבותיו הרשות השלטונית חייבת לפצות את הפרט – יונק את כוחו מסמכותו של בית-המשפט לערוך ביקורת שיפוטית חוקתית. בית-המשפט מוסמך לפסוק סעד חוקתי מקום שהוכחה פגיעה לא כדין בזכות חוקתית, באופן המחייב את הרשות לפעול בדרך מסוימת. עקרון החוקיות בהענקת הפיצוי על-ידי הרשות השלטונית מוגשם בהקשר זה באמצעות הקביעה השיפוטית שנסמכת על מקור נורמטיבי גבוה יותר, הוא החוקה. מטעם זה הרשות השלטונית אינה רשאית לחסות בטענה של העדר חקיקה המסמיכה אותה להעניק את הפיצוי. עליה לחוקק חקיקה כזו במסגרת הטיפול הדרוש בהשלכות הרגולציה. ביחס לנפגע הקונקרטי, ההסמכה לחיוב לחוקק מצויה בציווי השיפוטי, שניתן כסעד חוקתי, והסמכת בית-המשפט לתת את הציווי החוקתי האמור מצויה בחוקה, כפי שטענתי במקום אחר.²²¹

על-פי המודל המוצע כאן, בחירה בסעד החוקתי של פיצוי מכוונת לרשות המבצעת, ולא לרשות המחוקקת. הפיצוי על-ידי הרשות המבצעת מתקן את האפקט הבלתי-חוקתי של החוק, ונועד להפחית את עוצמת הנטל שהחוק מטיל על הפרט הנמנה עם הקבוצה הנושאת בנטל, וזאת באופן שהופך את הנטל החקיקתי מנטל חריג שמהווה הפרה של עקרון השוויון החוקתי לנטל סביר שאינו עולה כדי הפרה כזו. הבחירה בסעד זה דווקא, ככל בחירה בסעד חוקתי,

considerable leeway in determining how to discharge the duty that corresponds to the "right")

221 להצדקת סעד חוקתי של חובה לחוקק ולהצעת מודל מדרג ליישומו ראו רונן פוליאק "סעד החובה לחוקק" משפטים 20 (צפוי להתפרסם ב-2017). ראו גם אהרן ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד" משפט וממשל יז 9, 25 (2016) (להלן: ברק "הזכות החוקתית להגנה").

כפופה לעקרון המידתיות.²²² במישור זה עשויים לבוא בחשבון שיקולים מסדר שני, ביניהם ההסתברות לאכיפת הסעד השיפוטי. במצב עניינים שבו הסעד ניתן בגדרי ביקורת שיפוטית חוקתית על חקיקה, וקיימת הסתברות גבוהה לשימור המצב החוקתי הקיים (הבלתי-חוקתי) הכרוך בהפרה של עקרון השוויון בנטלים, יש הצדקה לסעד חוקתי המכוון לרשות המבצעת, להבדיל מהרשות המחוקקת. סעד כזה נועד להבטיח הפחתה של הנטל לכדי רמה סבירה, כך שבמבחן התוצאה – ההשפעה בפועל על הפרט – יעמוד החוק באמת-המידה החוקתית. דומה כי בעניין רסלר יש בסיס לתפיסה כזו שלפיה עקרון הנטל החריג אינו מחייב שוויון גמור, אלא רק הפחתה של הנטל לכדי רמה סבירה. אכן, "נשיאה שוויונית בנטל אין משמעה בהכרח שכולם תורמים לחברה באותו אופן ובאותה מידה".²²³ יודגש: פיצוי אינו בהכרח הסעד החוקתי המתאים. הפגיעה בעקרון השוויון בנטלים עשויה להצדיק סעדים חוקתיים שונים. יש לשקול בכל מקרה לגופו את הסעד החוקתי המתאים לאור בחינה נפרדת של מידתיות הסעד החוקתי.

בנסיבות שבהן סוגיית הנטל כרוכה בפגיעה קשה בזכות החוקתית לכבוד האדם מתחייב סעד של בטלות החקיקה, בדומה לסעד שנשקל בעניין עדאלה.²²⁴ הטעם לכך שבנסיבות של עניין עדאלה אין לראות בפיצוי אחד מן האמצעים להפחתת הנטל החריג לכדי רמה סבירה (על-מנת שהחוק לא ייחשב כפוגע בעקרון השוויון החוקתי) הוא שהקבוצה הנושאת בנטל החריג, בזיקה לפגיעה בזכות החוקתית לחיי משפחה,²²⁵ היא קבוצה שיש לגביה ניסיון היסטורי של הדרה, ולכל-הפחות מדובר בקבוצת מיעוט. ככל שהפגיעה בעקרון השוויון בנטלים מקבלת "חיזוק" על רקע כזה, עשוי להתבקש סעד חוקתי השולל הסתפקות בפיצוי מבחינה מתודולוגית ההצדקה לסעד חוקתי כזה מצויה בקביעה כי הבחירה במתווה של פיצוי אין בכוחה בנסיבות אלה – של פגיעה בקבוצת מיעוט – לתקן את ההפרה של עקרון השוויון החוקתי. משכך, הסעד החוקתי המתאים במקרה כזה של פגיעה בקבוצת מיעוט הוא בטלות החקיקה. עוד ניתן לטעון, במידה רבה של צדק, כי מלכתחילה אין בפיצוי כדי להפחית את הנטל המוטל על קבוצת המיעוט לכדי נטל סביר, ולו מחמת המסר השלטוני המכוון כלפי הקבוצה הנפגעת, שהיא קבוצת מיעוט שיש לגביה ניסיון מתמשך של הדרה משיתוף בהליכים פוליטיים. בנסיבות אלה נעצר הרציונל של פיצוי כאמצעי להגשמת עקרון הנטל החוקתי, ומתבקש סעד חוקתי אחר.

4. סיכום המודל

פתחתי את המאמר בהתייחסות להחלטת הממשלה משנת 2014 הקובעת מודל להערכת רגולציה. שילוב הגישה המוצעת כאן במודל האמור מוביל לכך שבמהלך העניינים הרגיל ראוי שהפיצוי הדרוש יינתן ביוזמת הרשות השלטונית ללא כל מעורבות שיפוטית, וזאת במסגרת

222 לתחולתו של עקרון המידתיות בשלב השלישי של הבחינה החוקתית ראו יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39, 95 (2005).

223 עניין רסלר, לעיל ה"ש 151, פס' 63 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

224 ראו את הדיון סביב ה"ש 170 לעיל.

225 על הזכות החוקתית לחיי משפחה ראו אהרן ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" משפט ועסקים טז 13, 25–26 (2013).

הקצאה הוגנת של נטלי רגולציה
בראי רציונל הנטל החריג ועקרון השוויון בנטלים

תהליך קבלת ההחלטות בעניין הרגולציה. משנטלה על עצמה הממשלה, מיוזמתה, לבצע הערכה מקדמית של הנטלים הכרוכים בכל רגולציה ממשלתית, עליה לכלול בכל הערכה כזו גם את עקרון השוויון בנטלים על-פי המתודולוגיה שהוסברה כאן, קרי: הערכה אופקית – ולא רק אנכית – של עלויות הרגולציה. ככל שמתקבלת הערכה כי הרגולציה עלולה להטיל נטל חריג על גורמים פרטיים – פרטים או חברות – מוטלת על הממשלה חובה חוקתית להשלים את הרגולציה במנגנון פיצוי מתאים שתכליתו להפחית את הנטל המוטל על פרטים אלה לכדי רמה סבירה.

בהערכה כזו, כמו גם בקביעת מנגנון הפיצוי המשלים, הרשות השלטונית נהנית – על-פי המודל המוצע – משיקול-דעת רחב. היא רשאית להביא בחשבון שיקולים תקציביים וכן טענות הגנה אחרות, כמפורט לעיל. אף שאמת-המידה בהערכה האמורה אינה רק של יעילות, לבחינת היעילות יש משקל נכבד, ובמישור זה הממשלה נהנית מכלי הערכה וממומחיות אשר מובילים למתחם סבירות רחב יחסית. יש לזכור עוד כי הדוקטרינה המוצעת מכירה בכך שייתכנו מגוון אמצעים להגשמת העיקרון החוקתי, ולא רק פיצוי ישיר. אולם אם הרשות לא ביצעה הערכה של הנטל האופקי, בית-המשפט מוסמך, מכוח העיקרון החוקתי, לחייבה לעשות כן כסעד חוקתי. אם הערכה כזו בוצעה והתגלה כי על פרט מסוים או קבוצה מסוימת מוטל נטל חריג, והרשות השלטונית לא הפחיתה נטל זה לכדי רמה סבירה על-פי שיקול-הדעת הנתון לה, הסעד החוקתי עשוי להיות נחרץ יותר, בדמות ציווי לקבוע מתווה פיצוי. ככל מתווה הכרוך בשיקולים תקציביים ובבחינת מומחיות וסדרי עדיפויות, תיהנה הממשלה ממתחם רחב של שיקול-דעת בקביעת המתווה. אך צריך להיות ברור כי הנטל האופקי הובא בחשבון, וכי הממשלה פעלה, באמצעים העומדים לרשותה, כדי להפחית את הנטל החריג הגלום ברגולציה לכדי רמה סבירה.

ו. הערכה ביקורתית

בחלק זה אבקש לדון בביקורת אפשרית על המודל המוצע.

1. האין המודל המוצע נבלע בחובות הקיימות של רשות שלטונית?

ניתן לטעון כי הרשות השלטונית חייבת בעקרון השוויון בנטלים מתוך עקרון הסבירות או המידתיות. לפי טענה זו, מבחינת פירמידת הנורמות אנחנו זקוקים למודל החוקתי רק לצורך תקיפת חוק, שהרי לצורך תקיפת מעשה מנהל – למשל, מהלך של רגולציה בחקיקת-משנה שאינו מלווה פיצוי הולם – אין צורך להגיע למעלה הפירמידה. החובה להפחית את הנטל לכדי רמה סבירה חלה על הרשות מכוח חובות המעוגנות ממילא במשפט המקובל נוסח ישראל (מידתיות וסבירות).

התשובה לטענה זו כפולה. הנקודה הראשונה היא פוזיטיבית. לסבירות ולמידתיות משותפת מתודולוגיית האיזון בין שיקולים נוגדים.²²⁶ האיזון הנוהג הוא בין משקלה של כף

226 אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 465 (2010).

הגשמת המטרה לבין משקלה של כף הפגיעה בפרט או במטרה מתחרה. בחינה זו אינה כוללת השוואה בין הפגיעה בפרט לבין הפגיעה באחרים. ההשוואה בסבירות ובמידתיות היא לרוב בין הפגיעה בפרט לבין תועלת הכלל.²²⁷ בחינה זו מדרגת את החשיבות של זכויות, עקרונות ואינטרסים; חשיבותם היא יחסית, וההשוואה נעשית ביניהם.²²⁸ עוצמת הפגיעה בפרט נבחנת לא אל מול עוצמת הפגיעה באחרים, אלא אל מול התועלת שהם מפיקים, כציבור הרחב, מאותה פגיעה בפרט. כידוע, מתודולוגיית המידתיות במובן הצר בוחנת את "התוספת השולית" של היתרון שבהגשמת המטרה אל מול "התוספת השולית" של הנזק שבפגיעה בזכות.²²⁹ גם בחינת החלופות אינה מתמקדת בעוצמת הפגיעה באחרים, אלא בניסיון להשיג את עיקרי התועלת החברתית תוך גרימת נזק קטן יותר לזכות החוקתית של הפרט המסוים שנפגע.²³⁰ זאת ועוד, בניגוד למתודולוגיה הנוהגת של המידתיות, אשר מבוססת על שיקול-דעת ערכי²³¹ ועל מושגיות של חשיבות חברתית,²³² המודל המוצע כאן הוא בעל דגש עובדתי. הוא מבוסס על כימות של עוצמת הפגיעה בפרט ושל עוצמת הפגיעה בפרטים אחרים. המימד הערכי נכנס לתמונה בשלב השני, שבמסגרתו יש לבחון אם הפער בין עוצמות הפגיעה משקף הטלת נטל "חריג" על הפרט. הקביעה אם מדובר בנטל חריג מחייבת גם הכרעה ערכית. אך ההשוואה האופקית היא כמותית-עובדתית בעיקרה, ומבוססת על אומדן נטלים. המימד העובדתי במתודולוגיה המקובלת של המידתיות הוא במישור אחר – הערכת ההסתברות של מימוש המטרה הראויה²³³ והערכת עוצמתה של הפגיעה בזכות הפרט כשלעצמה.²³⁴ אומנם, ניתן לטעון כי מרכיב התכלית הראויה – להגשמת אינטרס ציבורי – כבר כולל התחשבות ברווחת הכלל. אולם יש לשים לב שבחינה זו מתמקדת בתועלת הצפויה, ולא בנוק שנגרם לנמנים עם ציבור זה. המודל המוצע מבקש לבחון את עוצמת הנטל המוטל על הציבור הרחב כתוצאה מהפעולה השלטונית, ולא את מידת הרווחה הנגרמת לו כתוצאה מהפעולה השלטונית. אומנם, לציבור ולפרטיו יש משקל בכל אחת מהמתודולוגיות, אך אופן הבחינה שונה. ההתמקדות במודל המוצע אינה ברווחת הכלל בעת הגשמת התכלית השלטונית, אלא בנטל (או בהעדר הנטל) המוטל עליו בעת הגשמת התכלית השלטונית.

הנקודה השנייה מחדדת את חשיבותו של המודל כמודל חוקתי במישור המעשי. לנוכח שליטתה של הממשלה בהליך החקיקה בכנסת,²³⁵ דומה כי מהלכים רגולטוריים לא-מעטים מנותבים למסלול של חקיקה ראשית, באופן ה"מחסן" את המהלך מפני תקיפה באמות-המידה של המשפט המנהלי. האמצעי העיקרי לכך הוא חקיקת חוק ההסדרים. חרף הביקורת הרבה נגד

227 שם, בעמ' 430.
 228 שם, בעמ' 432. ראו גם שם, בעמ' 443 ("לא כל הזכויות החוקתיות שוות בחשיבותן וממילא גם לא במשקלן הסגולי").
 229 שם, בעמ' 432-434.
 230 שם, בעמ' 434.
 231 שם, בעמ' 438.
 232 שם, בעמ' 445-446.
 233 שם, בעמ' 439.
 234 שם, בעמ' 444 ("המשקל הניתן לכף הפגיעה בזכות נגזר לא רק מחשיבותה של הזכות אלא גם מהיקף הפגיעה בה, מעצמתה ומשיעורה").
 235 יובל רויטמן "הפיקוח המשפטי-הפנימי בשעת לחימה" שערי משפט ו 293, 296 (2013).

הקצאה הוגנת של נטלי רגולציה
בראי רציונל הנטל החריג ועקרון השוויון בנטלים

השימוש בכלי זה,²³⁶ הוא לא חלף מן העולם, והוא עדיין כלי מרכזי לקידום רפורמות שלטוניות. דומה כי תרמו לכך גם הרחבת תחולתו של עקרון ההסדרים הראשוניים²³⁷ וכן כללים אחרים שנקבעו בפסיקה,²³⁸ אשר מעודדים פנייה למתווה של חקיקה ראשית במקום חקיקת-משנה. במצב עניינים זה יש חשיבות מעשית מוגברת לעיגונו של עקרון השוויון בנטלים כעיקרון חוקתי. לשיטתי, כמפורט בהרחבה לעיל, אין מניעה לעשות כן גם מבחינה רעיונית, לנוכח מקורו של עיקרון זה בכבוד האדם.

2. האין תלותו של הפיצוי המוצע בהסמכה להוצאה תקציבית הופכת אותו לבלתי-מעשי?

ביקורת אפשרית נוספת היא שהפיצוי המתחייב מן העיקרון המוצע כרוך בהוצאה תקציבית שלטונית ישירה, וזו מחייבת הסמכה חקיקתית מפורשת. האם הרשות רשאית לטעון כי אין בידיה הסמכה חקיקתית מפורשת להוצאה כזו? התשובה לקושי זה מחדדת שוב את חשיבות עיגונו של עקרון השוויון בנטלים במישור החוקתי.²³⁹

במישור המנהלי הרשות המנהלית רשאית להעניק את הפיצוי הדרוש לפי עקרון השוויון בנטלים ביוזמתה, ללא כל הליך שיפוטי. ניתן להעניק פיצוי כזה בגדר דוקטרינת הסמכויות הכלליות של הממשלה, וזאת גם ללא חקיקה הקובעת את פרטי היישום.²⁴⁰ כאשר הסמכות הכללית נועדה לקדם הגנה על זכויות חוקתיות, ולא לפגוע בהן, חלק ממגבלות השימוש בה מוסרות.²⁴¹ על-כן מתווה הפיצוי ביוזמת הרשות עשוי להיקבע בהנחיות מנהליות או בחקיקת-משנה.²⁴² מכל מקום, במישור המנהלי עקרון השוויון בנטלים אינו דורש חקיקה ראשית המעניקה במפורש פיצוי. ההפך הוא הנכון: דרושה הוראה תת-חוקתית כזו כדי לשלול – במפורש – פיצוי כזה ככל שהוא דרוש על-פי אמת-המידה החוקתית. חקיקה שוללת כזו, ככל

236 הביקורת בפסיקה לא הובילה להתערבות שיפוטית מעשית בכלי זה. ראו, לדוגמה, עניין ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 212; בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 71–73 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 2.9.2010).

237 בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פס' 15–27 לפסק-דינו של הנישיא גרוניס (פורסם בנבו, 2.7.2014); ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע הסדרים ראשוניים בחוק – תגובה ליובא דותן ולגדעון ספיר" משפטים מב 449 (2012).

238 דוגמת החלת העיקרון של איסור כבילת שיקול-הדעת השלטוני על הממשלה – ראו בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 214, פס' קכא לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

239 למשמעויות נוספות של עיגון עיקרון מסוים כעיקרון חוקתי ראו (בהקשר של הגנה על זכויות חוקתיות) ברק "הזכות החוקתית להגנה", לעיל ה"ש 221, בעמ' 17 ("זכות חוקתית המעוצבת כעיקרון [עשויה לחייב] את הרשות השלטונית לפעולה חיובית").

240 עניין גרוס, לעיל ה"ש 160, בעמ' 57. ראו גם את הפרקטיקה המתוארת בבג"ץ 9604/10 ארגון אלמנות ויתומי צה"ל נ' שר הבטחון, פס' ח–יא לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 21.9.2011).

241 השו"ב בג"ץ 8600/04 ראש-המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש-הממשלה, פ"ד נט(5) 673, 687 (2005).

242 עניין לופו, לעיל ה"ש 183, פס' יח לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

שהיא פוגעת בזכות חוקתית, כפופה כמובן לאמות-המידה של פסקת ההגבלה.²⁴³ רגולציה שנקבעה בחקיקה ראשית או בחקיקת-משנה ושללה במפורש פיצוי או קבעה פיצוי חלקי בלבד עשויה עדיין להיות חוקתית בנסיבות מסוימות, וזאת הן מנקודת-המבט של זכות הקניין²⁴⁴ והן מנקודת-המבט של עקרון השוויון בנטלים.²⁴⁵

מה באשר לרגולציה שנקבעה בחקיקה ראשית או בחקיקת-משנה ואשר אין בה כל התייחסות לפיצוי? החלטה של הרשות השלטונית להימנע מהענקת פיצוי מכוח רגולציה כזו (המוסקת מפרשנות השתיקה כהסדר שלילי), כמו-גם החלטה להעניק פיצוי ביוזמתה בבחינת "לפנים משורת הדין", הן החלטות מנהליות הכרוכות בפרשנות הדין הקיים, וככל החלטה מנהלית הן כפופות לביקורת שיפוטית. הפרט הנפגע רשאי לפנות לערכאות ולתקוף את החלטה, כמו-גם את הרגולציה שעליה היא התבססה, בטענה כי הוטל עליו נטל חריג המחייב פיצוי. זהו כבר המישור השיפוטי. ככל שבית-המשפט מחייב את הרשות המנהלית להעניק פיצוי כסעד חוקתי, על הרשות השלטונית מוטלת החובה לכבד את הסעד החוקתי.

לצד האמור יש לזכור עוד כי ההקפדה בפסיקה על עקרון החוקיות והדרישה למקור סמכות חקיקתי מפורש להוצאה תקציבית נועדו להגביל את האפשרות של הרשות המבצעת לפגוע בזכויות חוקתיות, ולא להקל פגיעה כזו. בהתאם, בג"ץ הקפיד לדרוש סמכות מפורשת ככל שהרשות המבצעת ביקשה לגבות כספים מהפרט באופן הפוגע בזכויות חוקתיות, כגון חופש הביטוי, גם אם לא דובר בפגיעה בזכות הקניין דווקא.²⁴⁶ אך קריאה קפדנית כזו של עקרון החוקיות אינה מקובלת כאשר הפעולה המנהלית אינה פוגעת בחירויות.²⁴⁷ קריאה קפדנית כזו גם אינה מוצדקת מקום שהיא עלולה להוות מכשלה בדרך לחיזוק ההגנה על זכויות

243 לגישה דומה ביחס לשלילת הזכות לפיצוי כנגזרת של זכות הקניין ראו עניין ארידור, לעיל ה"ש 85, פס' 40 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור (השלילה "כפופה לשתי מגבלות: עליה להיות קבועה בחקיקה מפורשת; ועליה להיות מידתית"). לנימוקה של גישה זו ראו שם, פס' 41–42 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור.

244 למשל, בנסיבות שבהן תכלית ההפקעה היא "להשיג את הפגיעה בבעלי נכסים מסויימים, ומטרת [ההפקעה] תסוכל אם תותנה בפיצויים (כגון כאשר מטרת [ההפקעה] לצמצם את אי-השוויון הכלכלי שבקרב האוכלוסיה)". יהושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי 27, 47 (חנוך דגן עורך, 1999).

245 בנסיבות שבהן הוכיחה המדינה כי הנטל האופקי הוא מידתי, על-פי השיקולים שפורטו לעיל בתת-פרק ה2.

246 בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200, פס' 19 לפסק-דינו של הנשיא (בדמי') ברק (2006); בג"ץ 1405/14 סלויץ נ' המשנה למנכ"ל משרד הבריאות, פס' 31–41 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 7.8.2014).

247 בג"ץ 5917/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר המשפטים, פס' 27–28 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 8.10.2009). ראו גם יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב 379, 398 (2012) (להלן: דותן "עקרון החוקיות החדש") ("כאשר הפעולה המנהלית איננה מכילה פגיעה בחירויות המוגנות על ידי חוקי היסוד, בית המשפט יגמיש מאוד את דרישת ההסמכה הסטטוטורית לפעולה"). השוו בג"ץ 6665/12 אי.סיג בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פס' 23–26 לפסק-דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 3.12.2014).

הקצאה הוגנת של נטלי רגולציה
בראי רציונל הנטל החריג ועקרון השוויון בנטלים

חוקתיות,²⁴⁸ לרבות באמצעות עקרון השוויון בנטלים. יש להוסיף כי הסדרת הפיצוי בחקיקת-משנה כפופה כמובן לכל כללי המשפט המנהלי, לרבות האיסור החל על ניגוד עניינים ושקילת שיקולים זרים. בכך יש כדי להפחית את החשש מפני השפעה אסורה של גורמים חזקים במשק ומפני שחיתות מנהלית.

מטעמים אלה אני סבור כי אין לדרוש מקור חקיקתי מפורש להענקת פיצוי שמטרתו לחזק את ההגנה על זכויות חוקתיות ולהגשים את עקרון השוויון בנטלים. ניתן לומר כי הכרה עקרונית-כללית של הרשות השופטת בדוקטרינת הנטל החריג כנגזרת של הזכות החוקתית לכבוד האדם מהווה מקור סמכות של המשפט החוקתי המקובל להענקת פיצוי שלטוני לפרט באופן המגשים את עקרון השוויון בנטלים ומצמצם את הפגיעה בזכויות חוקתיות.²⁴⁹ גישה זו עולה בקנה אחד עם התפיסה המקובלת המכירה בכך שזכויות אדם, לרבות שוויון, "עולות כסף",²⁵⁰ מה שמחייב את הרשות השלטונית לעשות את הפעולות הדרושות לצורך הגשמת הזכויות החוקתיות²⁵¹ והאינטרסים המוגנים של הפרט,²⁵² ולחוקק את המקור התקציבי הדרוש לכך – אם לא ביוזמתה, אזי כתוצר של סעד חוקתי.

ז. הדגמת המודל

בסעיף זה אבקש לעמוד על דוגמאות מן הפסיקה שבהן עלו נסיבות של נטל חריג אך בית-המשפט לא עשה שימוש בעקרון הנטל החריג כפי שהצעתי להגדיר כאן. אבקש להראות כי הדין שנערך בפסקי-דין אלה אינו שלם, וכי היה אפשר להגיע בחלקם לתוצאה שונה וראויה יותר אילו נבחנו נסיבות המקרה לאור דוקטרינה של נטל חריג.

- 248 דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41, פס' 8 – 12 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (2009). ראו גם דותן "עקרון החוקיות החדש", לעיל ה"ש 247, בעמ' 399.
- 249 השוו לפתרון היצירתי בע"א 4584/10 מדינת ישראל נ' שובר, פס' 110 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 4.12.2012), המבוסס על המלצה שיפוטית תוך ציפייה לכיבודה על-ידי הרשות המבצעת ("הדרך הנכונה הינה להמליץ בפני המדינה לפצות את המשיב בסכום המכסימלי על פי התקרה הקבועה בתקנות... וחזקה על המדינה שתיקח המלצה זו לתשומת לב ותפעל לפיה").
- 250 עניין צמח, לעיל ה"ש 194, בעמ' 281; דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 355 (2000) ("זכויות אדם עולות כסף. הבטחת שוויון עולה כסף. לרוב הדרישה לתשלום ה'מחיר' באה כלפי השלטון"); בש"פ 1956/12 מדינת ישראל נ' אלגמיל, פס' יז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 7.8.2012).
- 251 בג"ץ 488/11 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' שר הבריאות, פס' 1 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 19.6.2011) (דרוש "מתן עדיפות תקציבית להגנה על זכויות האדם, וככל שמדובר בזכות חשובה יותר והפגיעה בה קשה יותר, כך ינתן משקל רב יותר לעדיפות זו"); עניין נוף, לעיל ה"ש 196, בעמ' 462–463. ראו גם גיא דוידוב "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית" הפרקליט מט 376, 345 (2007).
- 252 כגון זכות הטיעון, שהיא חלק מכללי הצדק הטבעי במשפט המנהלי. ראו ע"מ 8675/11 טדסה נ' יחידת הטיפול במבקשי מקלט, פס' 21 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 14.5.2012).

המקרה הראשון הוא הלכת **מנחם**,²⁵³ שעסקה בדרישת פיצוי בזיקה לדה-רגולציה של שוק מונופוליסטי. באותה פרשה נבחנה השאלה אם לבעלי רישיון להפעלת מונית קיים אינטרס מוגן שלא תשונה המדיניות הקיימת של הגבלת מספרם של בעלי המוניות. דרישת הפיצוי של בעלי המוניות נבחנה לאור דוקטרינת הנטילה השלטונית, שבחנה את הנטל האנכי שהוטל על הגורמים שנפגעו כתוצאה מפתיחת השוק לתחרות. לנוכח המשקל שניתן לתכלית של קידום תחרות, נפסק כי הדה-רגולציה חוקית גם בהעדר פיצוי.²⁵⁴ עם זאת, בפסק-הדין לא נבחן הנטל האופקי, קרי, אם בעלי המוניות נשאו בנטל חריג לצורך קידום תכלית ציבורית ראויה של הגברת התחרות. נראה שגם אם התשובה לכך חיובית, המדינה הייתה עשויה להצדיק את הנטל החריג בטענת הגנה שלפיה הענקת פיצוי בהקשר זה עלולה לשמר מעמד מונופוליסטי ולחתור תחת תכליתה של הדה-רגולציה, כמו-גם להביא לידי התעשרותם של הטוענים לפיצוי, שכן מלכתחילה היו רווחיהם חריגים כבשוק מונופוליסטי.

מה באשר לרגולציה, להבדיל מדה-רגולציה? בהקשר זה לא קיים בהכרח השיקול של רקע מונופוליסטי, שמכוחו ניתן לשלול את הפיצוי בטענה כי הוא עלול לחתור תחת תכליתה של הפעולה השלטונית. אך גם כאן הגישה המקובלת היא שרגולציה אינה מחייבת פיצוי. דוגמה לכך היא ההלכה שניתנה בעניין נח השני.²⁵⁵ המדינה עיגנה בתקנות²⁵⁶ את ההלכה שניתנה בעניין נח הראשון,²⁵⁷ אשר אסרה את השימוש בפרקטיקה של פיטום אווזים אך לא כללה בתקנות כל התייחסות לפיצוי החקלאים שמטה-לחמם נשכר. בעניין נח השני התעוררה דרישת הפיצוי במלוא עוזה. העותרים טענו כי שינוי המדיניות שחולל השלטון מחייב פיצוי, גם אם מקורו של השינוי בפסק-דין מחייב, ולא ביוזמה מנהלית. בית-המשפט העליון פסק כי לרשות המנהלית מוקנה שיקול-דעת רחב בשאלה אם לפצות וכיצד.²⁵⁸ משקבעה המדינה כללי פיצוי חלקיים בדמות "דמי הסתגלות", אשר לא כיסו את הפגיעה במלואה, הוגשה עתירה נוספת ביחס לחוקיות המתווה המנהלי לפיצוי. זו נדחתה בפסק-דין שלישי של בית-המשפט העליון – עניין פורגס – שבו נפסק כי בנסיבות המקרה, בהינתן שהמדינה חויבה על-ידי בית-המשפט לשנות את מדיניותה, די בהסדר שנקבע, גם אם הפיצוי אינו מלא ואינו חל על מלוא הקבוצה שנפגעה.²⁵⁹

253 בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235 (2002).
 254 שם, בעמ' 270 (השופט ביניש), בעמ' 288א (הנשיא ברק). לגישה דומה ראו בג"ץ 6268/00 קיבוץ החותרים אגודה שיתופית חקלאית רשומה נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(5) 639, עמ' 663 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן ועמ' 672 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2001).
 255 בג"ץ 7713/05 נוח – התאחדות ישראלית של ארגונים להגנת בעלי חיים נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 22.2.2006) (להלן: עניין נח השני). עתירה לדיון נוסף נדחתה: דנג"ץ 2197/06 בנימיני נ' מינהל השירותים הווטרינריים במשרד החקלאות (פורסם בנבו, 21.3.2006).
 256 תקנות צער בעלי חיים (הגנה על בעלי חיים) (הלעטת אווזים), התשס"א–2001.
 257 בג"ץ 9232/01 נח"ה התאחדות הישראלית של הארגונים להגנת בעלי חיים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(6) 264, 212 (2003).
 258 עניין נח השני, לעיל ה"ש 255, פס' 21 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.
 259 ע"א 2118/12 פורגס מוצרי בשר אקספורט בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד החקלאות ופיתוח הכפר, פס' 9 לפסק-דינו של השופט דניציגר (פורסם בנבו, 5.7.2015).

הקצאה הוגנת של נטלי רגולציה
בראי רציונל הנטל החריג ועקרון השוויון בנטלים

אני סבור כי ההלכה כפי שהתגבשה בפסקי-הדין בעניין נח השני ובעניין פורגס חסרה התייחסות לעקרון השוויון בנטלים. הנטל, בין כתוצאה מרגולציה ביוזמה מנהלית ובין כתוצאה מחובה פסיקתית, צריך להיות מידתי הן במישור האנכי (מכוח דוקטרינת הנטילה החוקתית) והן במישור האופקי (מכוח עקרון השוויון בנטלים). אין להסתפק בבחינת הפגיעה בפרט הכפוף לרגולציה כשלעצמו, אלא יש לבחון גם את עוצמת הפגיעה בו בהשוואה לעוצמת הפגיעה בציבור הרחב אשר נהנה מן הרגולציה. מכיוון שעקרונות אלה הם עקרונות חוקתיים, אי-אפשר להסתפק בקביעה – שהייתה הבסיס להלכה בעניין נח השני – כי הפיצי המבוקש אינו דרוש על-פי חקיקה ראשית קיימת, קרי, מכוח דוקטרינת הנטילה התת-חוקתית. ההסדר התת-חוקתי כפוף לאמת-המידה החוקתית בדבר עקרון השוויון בנטלים. אי-קיום העיקרון החוקתי עשוי להצדיק סעדים חוקתיים שונים. לגישתי, כאשר הנורמה התת-חוקתית אינה מממשת את הזכות החוקתית בהתאם לעיקרון החוקתי של שוויון בנטלים, קמה חובה לרשות השלטונית להתאים ביוזמתה את הדין התת-חוקתי כך שהנטל המוטל על הפרט יהא נטל סביר, כנדרש לפי אמת-המידה החוקתית. משלא עשתה כן ביוזמתה, הדבר עשוי להתחייב כסעד חוקתי שיפוטי.²⁶⁰

במישור האופקי השאלה המכרעת היא אם לפנינו פרט או קבוצה הנושאים בנטל חריג בהשוואה לפרטים אחרים או לקבוצות אחרות לצורך הגשמת תכלית ציבורית ראויה. ההכרעה אם קיים פער משמעותי בין עוצמת הנטל שהפרט או הקבוצה נדרשים לשאת לבין עוצמת הנטל המוטל, אם בכלל, על קבוצות אחרות בחברה לצורך הגשמת התכלית הראויה מחייבת תשתית עובדתית השוואתית. זוהי מלאכתה של הרשות המבצעת, קרי, מלאכתו של הרגולטור. על פני הדברים, הנסיבות בעניין נח השני ובעניין פורגס היו עשויות לקיים את אמות-המידה להוכחת נטל חריג. מדובר כאן בפרטים שנדרשו להתאים את עצמם לתפיסות חברתיות משתנות בתקופה שבה זכויות בעלי-החיים החלו לזכות בהכרה רחבה מכפי שהיה נהוג בעבר כחלק מן האינטרס הציבורי. שינוי חברתי זה, שזכה בהכרה פסיקתית, הוביל לסיווג מחדש של פעילות הפיטום החקלאית כפעילות אסורה. האיסור נקבע ברגולציה חדשה. הנזק שנגרם לחקלאים הכפופים לרגולציה זו, שהיא בעלת תכלית ראויה, היה כבד ברמה האנכית. מטעם-לחמם של רבים בקבוצה זו נשבר.²⁶¹ חלקים אחרים בחברה, במגזר החקלאי ובמגזרים אחרים, נהנו מהגשמת האינטרס הציבורי האמור ולא נשאו בנטל כלל. הפער בין הנטלים הוא חריג. בנסיבות אלה נפגע עקרון השוויון בנטלים באופן המחייב את המדינה לפצות בגינו, כך שהנטל יופחת לרמה סבירה, או להצדיק את העדר הפיצי במסגרת השלב השני של הבחינה החוקתית. אולם המדינה לא עשתה זאת – לא פיצתה כראוי ולא הצדיקה זאת – אלא טענה כי בידה שיקול-הדעת לגזור את היקף הפיצי כרצונה ולהתנותו בתנאים שונים. בהתאם לכך גיבשה המדינה

260 להרחבה ראו את מאמרי "סעד החובה לחוקק", לעיל ה"ש 221.

261 ראו, למשל, את התיאור העובדתי בת"א (כלכלית) 26804-12-12 לז'ה נ' דוברוצקי, פס' 1 להחלטתה של השופטת קרת-מאיר (פורסם בנבו, 11.9.2013). בקשת רשות ערעור נדחתה: רע"א 6657/13 לז'ה נ' דוברוצקי (פורסם בנבו, 19.12.2013).

הסדר של "דמי הסתגלות" לציבור המגדלים שנפגע, שכלל תבחינים שונים להענקת ה"סיוע"²⁶².

בעניין פורגס חסרה במיוחד בחינה של הסדר דמי הסתגלות מבעד למשקפיו של עקרון השוויון בנטלים – האם ההסדר מקיים את דרישת ההצדקה בשלב השני של הבחינה החוקתית? אני סבור כי בשלב זה העובדה שהרגולציה נכפתה על הרשות אינה מעלה ואינה מורידה. אין זה טעם להצדקת שלילת הפיצוי אפילו מחלק מהחקלאים הנמנים עם הקבוצה שנפגעה במישרין מהרגולציה. אין להבין פסיקה המחייבת רגולציה מסוימת כהרשאה פסיקתית לקביעת פיצוי (או אי־פיצוי) בגינה על־פי שיקול־דעתה המוחלט של הרשות השלטונית. הפסיקה חייבה רגולציה, וכעת המשפט החוקתי מחייב שרגולציה כזו – יהא מקורה אשר יהא – תעמוד באמות־מידה חוקתיות, לרבות בעקרון השוויון בנטלים. אין בפסיקה המחייבת רגולציה כדי לפטור את הרשות המנהלית מחובה חוקתית זו. עקרון השוויון בנטלים חל על כל החלטה שלטונית, בין שהיא נעשית מיוזמתה של הרשות ובין שהיא נובעת מאילוץ חוקי הנכפה עליה. המתכונת של פיצוי בדמות "דמי הסתגלות" מתאימה לנסיבות שבהן שינוי חברתי הוביל לשינוי נורמטיבי והפך פעילות שהייתה מותרת בעבר לפעילות אסורה. הפיצוי נועד להפחית את עלויותיה של הקבוצה הנושאת בשינוי, ובמקביל להכשיר אותה לאימוץ פעילות חלופית במגבלות הרגולציה החדשה. הפיצוי מרכז את האפקט של השינוי הרגולטורי והופך אותו להדרגתי. חשוב להדגיש כי לא כל שינוי חברתי־נורמטיבי מצדיק דמי הסתגלות כאלה. יש צורך להעריך את אופייה של הפעילות שנאסרה. אם מדובר בפעילות שהיא רע מוסרי, אין מקום לפיצוי בגין האיסור הרגולטורי (להבדיל מהכבדה רגולטורית רגילה). פיצוי כזה יהא בלתי־מוצדק. ההכרעה השלטונית בעד דמי הסתגלות בדוגמת פיטום האווזים משקפת גם הכרעה ערכית שלפיה אין מדובר ברע מוסרי. אך אין ללמוד מכך גזרה שווה למקרים שבהם הפעילות שנאסרה ברגולציה אכן משקפת רע כזה (ניתן לחשוב, למשל, על רגולציה פלילית המטילה איסור על הימורים או פורנוגרפיה).

דוגמאות נוספות מתעוררות בפרשות שכבר כיום מעסיקות את המערכת הפוליטית ואת המערכת המשפטית אך טרם זכו בהכרעה. דוגמה ראשונה היא עבודות הרכבת הקלה המתבצעות ברחבי גוש דן. המדינה רואה פרויקט זה כבעל חשיבות אסטרטגית וכלכלית, והוא יצא לדרך במימון המדינה באמצעות חברת נת"ע הממשלתית. עם תחילת העבודות נגרמו שיבושי תנועה ונוצרו מגבלות חדשות בגישה לבתי־עסק שחזיתותיהם פונות לאתר העבודות. בהצעת חוק פרטית שהונחה על שולחן הכנסת ביום 30.3.2016 נכתב כי "אין זה הוגן שבעלי העסקים הפועלים בסמוך לאתרי העבודה, ישלמו את המחיר האישי והכלכלי, אף אם מחליטים על הוצאתו לפועל של פרויקט ציבורי, והם אינם צריכים להקריב את העסק שבנו בעמל רב, השקעות הון אישיות והקרבה אישית. האחריות הציבורית והאינטרס הציבורי מחייבים סיוע ופיצוי לבעלי העסקים... בעלי העסקים אינם צריכים לשלם את המחיר האישי בשם כל הציבור,

262 בג"ץ 6422/10 אשתר נ' משרד החקלאות, פס' 2 לפסק־דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 21.11.2010).

הקצאה הוגנת של נטלי רגולציה
בראי רציונל הנטל החריג ועקרון השוויון בנטלים

אלא הציבור צריך להיות זה שנושא בנטל למען האינטרס הציבורי אותו הוא מבקש לקדם".²⁶³ בהצעת החוק מוצע להקים בכל רשות מקומית רלוונטית "ועדה להכרה בבעלי עסקים כנפגעי עבודות פיתוח הרכבת הקלה", בראשות שופט מחוזי בדימוס או מי שכשיר להתמנות לשופט מחוזי, אשר תעניק הכרה כאמור בהתאם לתבחינים המוצעים בהצעת החוק, תוך חיוב המדינה לשלם לבעל עסק שהוכר כנפגע "פיצוי בסכום השווה להפרש מחזור העסקאות, עבור כל שנה בה נעשות עבודות פיתוח הרכבת הקלה, עד תומן, ולא יותר ממיליון שקלים חדשים בשנה".²⁶⁴

הצעת חוק זו היא דוגמה מובהקת לשימוש ברציונל השוויון בנטלים לצורך הקמת מנגנון פיצויי שלטוני ביוזמת הרשות השלטונית ללא כל הליך שיפוטי. הפיצוי שמוגדר בדברי ההסבר להצעת החוק כ"פיצוי הולם" נועד להפחית את הנטל לכדי רמה סבירה. השימוש בחקיקה ראשית מיתר את שאלת ההסמכה התקציבית. לגישתי, גם בהעדר חקיקה כזו אין מניעה שהרשויות המקומיות יפעלו ביוזמתן להענקת פיצוי. כך, למשל, עיריית תל-אביב-יפו הודיעה כי תקצה חמישה מיליון ש"ח לסיוע כספי לעסקים שנמצאים בתוואי של עבודות הרכבת הקלה.²⁶⁵ פיצוי כזה עלול להיות מתחת לרף הנדרש על-פי עקרון השוויון בנטלים, ושאלה בנוגע לכך עשויה להתעורר, במקרים קונקרטיים, בגדרי הליך משפטי. ככל החלטה מנהלית, היא כפופה לביקורת שיפוטית. במקרה כזה עשוי להינתן סעד שיפוטי שיחייב את הרחבת הפיצוי השלטוני כך שיעמוד באמת-המידה החוקתית.

בפרשת דאוס²⁶⁶ עלתה טענה דומה של בעלי עסקים בירושלים, שהגישו בקשה לאישור תביעה כתובענה ייצוגית בגין הנזקים שגרם פרויקט הרכבת הקלה בירושלים. בית-המשפט דחה את הבקשה מבלי לדון בעקרון השוויון בנטלים, לאחר שקבע כי היא אינה עומדת באמות-המידה לאישור תובענה ייצוגית. בהקשר של הרכבת הקלה בתל-אביב כבר הביע בית-המשפט העליון עמדה ראשונית שלפיה פיצוי הוא דבר מתבקש בנסיבות הדברים. בעניין אוליב קרליבך בע"מ²⁶⁷ דחתה השופטת חיות בקשת רשות ערעור על החלטת בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו לדחות את בקשתם של בעלי העסקים לצו מניעה זמני המורה, בין היתר, על דחיית המועד לתחילת העבודות להקמת הרכבת הקלה. בפסק-דינה הוסיפה השופטת כי "ניתן לצפות שיוזמי הפרויקט יהיו מודעים וקשובים לנזקים הפוטנציאליים העומדים להיגרם לבעלי העסקים דוגמת המבקשים", והדגישה כי ראוי לאמץ מתווה לניטור הנזקים ולצמצומם.²⁶⁸ בין שהפיצוי יינתן במסלול המנהלי ובין שהוא יינתן במסלול השיפוטי, הצדקתו נטועה ברעיון השוויון בנטלים.

263 דברי הסבר להצעת חוק פיצויים לבעלי עסקים נפגעי עבודות פיתוח הרכבת הקלה בעיר תל-אביב-יפו וסביבותיה, התשע"ו-2016, פ/20/2951.

264 ש.ם.

265 ליאור גוטמן והדס גליקו "עיריית תל אביב תציע פיצוי זעום לעסקים על תוואי הרכבת הקלה" כלכליסט 22.12.2015 www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3676584,00.html.

266 ת"צ (מחוזי י"ם) 25015-10-10 דאוס נ' סיטיפס בע"מ (פורסם בנבו, החלטה מיום 11.5.2011 ופסק-דין מיום 8.1.2012).

267 רע"א 5267/15 אוליב קרליבך בע"מ נ' נת"ע בע"מ (פורסם בנבו, 30.7.2015).

268 ש.ם, פס' 5.

דוגמה שנייה הייתה עשויה להיות רלוונטית, אך התפתחויות פוליטיות ייתרו אותה. כוונתי לרפורמת הדה-רגולציה שתוכננה בחקלאות בישראל בענפי החלב והביצים. במסגרת התכנון היו קבוצות של חקלאים אמורות לשאת בעלות הרפורמה בתמורה לפיצוי ישיר.²⁶⁹ בהיאסף נתונים עובדתיים בדבר טיבה של רפורמה זו, היה אפשר לנסות להצדיק פיצוי שלטוני על-פי עקרון השוויון בנטלים בדומה לניתוח שהצעתי לעיל לפרשת מנחם. אולם בסופו של דבר הוקפאה הרפורמה בעקבות מחאת החקלאים.²⁷⁰ סיפור זה הוא דוגמה לכך שקבוצת נושאי הנטל עשויה להגיע לתוצאה דומה לזו המקווה בהליך משפטי באמצעות הפעלת לחץ פוליטי. המקרה ממחיש את התובנות של תורת הבחירה הציבורית שעליהן עמדתי בחלק התיאורטי של הרשימה. כזכור, אחת התובנות המרכזיות הייתה שכאשר הפגיעה השלטונית היא בקבוצה שיכולה להתארגן בקלות ואשר יש לה נציגות פוליטית חזקה (במקרה הזה – השדולה החקלאית והרגולטור השבוי של מועצת הלול), אין הצדקה להפעלה שיפוטית של עקרון הנטל החרגי. ההפעלה השיפוטית של עיקרון זה נדרשת ומוצדקת לשם הגנה על קבוצות שיכולות להתארגנות שלהן והשפעתן על ההליך הפוליטי הן חלשות, והכל תוך עיון קונקרטי ועובדתי בשאלה מה קיבלו חברי הקבוצה לעומת מה ראוי שיקבלו על-פי אמת-המידה של עקרון השוויון בנטלים.²⁷¹

כפי שראינו מהנעשה בירושלים, בהקשר זה עשויה להתעורר שאלה נוספת, והיא אם הפיצוי צריך להינתן ליחיד או לקבוצה. לשיטתי, כאשר הפיצוי ניתן בנסיבות של אי-מתן ייצוג הולם לקבוצה במסגרת ההליך הרגולטורי, הפיצוי, ככל שהוא מוצדק לפי אמות-המידה של עקרון הנטל החרגי שעליהן עמדתי במאמר זה, צריך להתחלק בין כל חברי הקבוצה באופן שווה, ובלבד שהוא מפחית את עוצמת הנטל של כל אחד מחברי הקבוצה לסף הנטל הסביר. אין בכך כדי לשלול פיצוי נוסף במקרים שבהם הוכחה עילה אזרחית-נזיקית לפי אמות-המידה של המשפט האזרחי, ובלבד שלא יהא בכך כפל פיצוי לפרט. ההליך במשפט הציבורי אינו שולל מהפרט את זכותו לתבוע את הרשות בעילה אזרחית בגין נסיבות הפגיעה בו.²⁷²

269 אורה קורן "רפורמה היסטורית: תמיכה ישירה בחקלאים במיליארדים, יבוטלו מכסים ומועצות הייצור" **TheMarker** 21.2.2016 www.themarker.com/news/1.2858165

270 מירב ארלוזורוב "לממשלת ישראל אין ביצים" **TheMarker** 18.4.2016 www.themarker.com/news/1.2918232

271 לחשיבות הבחינה העובדתית והקונקרטית במשפט החוקתי ראו רונון פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לז' 45, 78 (2014). לפסק-דין מעניין המבחין בהקשר קרוב בין ראיות פרטניות לבין "ראיות קולקטיביות" ביחס לנזק קבוצתי ראו דנ"א 8957/15 קטיף מושב שיתופי בע"מ נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויי פעולות איבה, פס' טו לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 13.4.2016). לקריאה למיקוד הביקורת השיפוטית על שינויים רגולטיביים בטענות של פגיעה בזכות לשוויון, בדומה לנטען במאמר זה על בסיס עקרון השוויון בנטלים, ראו באחרונה בג"ץ 3729/16 איגוד תעודות הסל בלשכת המסחר נ' שר האוצר, פסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 20.11.2016) ("מרכז הכובד של טענות המופנות נגד שינויים רגולטיביים שמטרתם פתיחת השוק לשחקנים חדשים הוא בפגיעה הנטענת בזכות לשוויון").

272 זאת, מכיוון שהפעלת הסמכות השלטונית נבחנת בשני משוורים נפרדים – ראו ע"א 324/82 עיריית בני-ברק נ' רוטברד, פ"ד מה(4) 102, 130 (1991) ("אם המשפט הציבורי מעניק לוועדה מקומית סמכות פלוגית ומכיר על-כך באישיותה המשפטית לעניין הפעלת סמכות זו, הרי אישיות

לצד דוגמאות אלה ניתן להעלות דוגמאות נוספות מן העת האחרונה,²⁷³ וכן התייחסות מפורטת להערכת נטלי רגולציה בתזכירי חקיקה.²⁷⁴ דוגמאות אלה מלמדות כולן על מגוון ההקשרים שבהם עשויה להתעורר טענה בדבר קיומו של נטל חריג ברגולציה, בין בחקיקת-משנה ובין בחקיקה ראשית. החלטת הממשלה משנת 2014, שעימה פתחתי את המאמר, נתקלת ב"מחלות ילדות" ובקשיי יישום.²⁷⁵ הנושא מעסיק זה זמן-מה גם את הכתיבה האקדמית האמפירית.²⁷⁶ במאמר זה הצעתי לחשוב על המודל המתאים ליישום החלטת הממשלה האמורה תוך הרחבת נקודת-המבט גם למישור החוקתי.²⁷⁷ הצעתי מתודולוגיה להתמודדות עם הבעיה המשותפת לכל הדוגמאות שהובאו עד כה, היא בעיית הנטל החריג. פתרונה של בעיה זו מתבקש לנוכח העיקרון החוקתי של שוויון בנטלים, אשר לו הוקדש מאמר זה.

משפטית זו מוכרת (בתחומי המשפט הציבורי) גם לעניין הפעלה שלא כדין של אותה סמכות, והיא מוכרת (בתחומי המשפט הפרטי) לעניין אחריות בנוזיקין בגין מעשה עוולה שנגרם בשל הפעלתה של אותה סמכות). השוו לעילות הפיזיות השונות בדיני תכנון ובנייה, כענף של המשפט הציבורי, ובדיני נזיקין: עניין כלפון נווה ארזים, לעיל ה"ש 45, פס' 26 לפסק-דין של המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין (פורסם בנוב, 22.8.2012) ("השיקולים להטלת אחריות בדיני הנזיקין שונים מן השיקולים הפועלים בהליך המנהלי"). ראו עוד דנ"ם 6808/06 הוועדה המקומית לתכנון ובניה נתניה נ' הר, פס' 13 להחלטתו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנוב, 21.10.2007). עם זאת, ככל שיש חפיפה בין השיקולים במשפט הציבורי ובמשפט הפרטי, יש להימנע מכפל פיצוי. ראו רונן פוליאק "הזכות המנהלית והסעד הכספי במשפט המקובל המנהלי" עיוני משפט לח 271, 306–307 (2015).

273 כך, למשל, הכוונה להחמיר את הרגולציה על ייצוא ידע בתחום הסייבר תוך אי-הבחנה בין חברות טכנולוגיה גדולות לבין חברות קטנות (ראו יובל אזולאי "משרד הביטחון בוחן שינויים בפיקוח על ייצוא מערכות סייבר" גלובס 20.1.2016 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001096880); התיקון לחוק הביטוח הלאומי המגביל את שכר-הטרחה בתביעות נגד המוסד לביטוח לאומי, שנשמעות נגדו טענות כי הוא עלול להביא לידי סגירתן של חברות העוסקות בתחום (ראו אורי תובל "הכנסת אישרה את 'חוק לבנת פורן' המגביל את שכר הטרחה בתביעה מביטוח לאומי" כלכליסט 28.7.2015 www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-366); איני מוצא מקום לדון בדוגמאות אלה בפירוט. הבאתי אותן כהמחשה לפוטנציאל הרחב של המודל המוצע. החשיבות היא בעיקר בהצעת המתודולוגיה לבחינת השאלה המשותפת המתעוררת במקרים אלה, ופחות ביישומה הקונקרטי בכל מקרה ומקרה. זו מלאכתה של הפסיקה.

274 "נספח RIA – סיכום דו"ח הערכת השפעת הרגולציה לתזכיר חוק לשכת עורכי הדין (תיקון – שינויים במתכונת ההסמכה והוראות נוספות), התשע"ו–2016" (2016) www.justice.gov.il/Units/PolicyPlanning/Documents/InternshipProlongationMemo.pdf.

275 מירב ארלוזורוב "נתניהו וכחלון מנחיתים מהלומה על הרגולציה הממשלתית: תיעצר ב-5 השנים הקרובות" *TheMarker* 31.7.2016 www.themarker.com/news/1.3022499.

276 ראו באחרונה Carolyn J. Heinrich, *The Bite of Administrative Burden: A Theoretical and Empirical Investigation*, 26 J. PUB. ADMIN. RES. & THEORY 403 (2016).

277 לצד נקודות-מבט נוספות הקיימות בספרות של מדיניות ציבורית. ראו, למשל, Per Læg Reid, *Book Review – Public Administration Theories: Instrumental and Value Rationality*, 26 J. PUB. ADMIN. RES. & THEORY 588 (2016).

ח. סיכום

במאמר זה טענתי כי מעקרון השוויון החוקתי המוכר בישראל נגזר עיקרון נוסף, הוא עקרון השוויון בנטלים. עיקרון זה מחייב את הרשות המבצעת להפחית את עוצמת הנטל המוטל על הפרט בגין רגולציה לכדי רמה סבירה. אמת-המידה להערכת הנטל היא אופקית, במובן זה שהיא בוחנת את הנטל שהוטל על הפרט או על קבוצה מסוימת בהשוואה לנטל המוטל על אחרים בחברה. עיקרון זה משלים את דוקטרינת הנטילה החוקתית, שאותה הצעתי לאפיין כמשקפת הערכת נטל אנכית, במובן זה שהיא מתמקדת במידתיות הפגיעה בפרט כשלעצמו ללא בחינה השוואתית. רגולציה שלטונית המטילה על הפרט נטל חריג במובן האופקי מקימה, כך טענתי, חזקת פיצוי המכוון להפחתת הנטל. עקרון השוויון בנטלים חותר לרמת נטל סבירה, ולא לנטל שוויוני אריתמטי מוחלט. ככל שהרשות השלטונית לא קיימה את חזקת הפיצוי מיוזמתה, ולא הצדיקה את אי-הענקת הפיצוי במסגרת ביקורת שיפוטית התוקפת את הרגולציה, בית-המשפט עשוי לחייב את הרשות להעניק פיצוי כאמור, וזאת בצו שיפוטי. זוהי, בתמצית, דוקטרינת הנטל החריג.

הגישה המוצעת כאן מבקשת להרחיב את בחינת העלויות והתועלות של כל רגולציה – בחינה שאותה נטלה על עצמה ממשלת ישראל לעשות ביוזמתה – כך שתיעשה גם בראי עקרון השוויון בנטלים. עיקרון זה מחייב את השלטון לבחון את התפרשותן של עלויות הרגולציה על פרטים וקבוצות שונות בציבור. על-פי הדוקטרינה שהוצעה כאן, ככל שפרישה זו אינה שוויונית באופן המטיל על פרטים מסוימים או קבוצות מסוימות נטל חריג, מוטלת חובה חוקתית על הממשלה – ככל שהיא מתמידה ברגולציה – להפחית נטל זה לכדי רמה סבירה באמצעות אימוץ מתווה פיצוי הוגן. בכך הגישה המוצעת עשויה להוביל לא רק לטיוב הרגולציה ולהעשרת מנגנון ההערכה הממשלתי, אלא גם להרחבת ההגנה על זכויות חוקתיות שנפגעות כתוצאה מרגולציה כזו.

לגישה המוצעת עשויות להיות כמה השלכות נוספות שעשויות לקדם את הדין בישראל לבחינה חוקתית שלמה ועשירה יותר. ראשית, המאמר תומך בהכרה בדוקטרינת נטילה חוקתית, שהיא שונה מדוקטרינת הנטילה התת-חוקתית. דוקטרינת הנטילה החוקתית אינה מותנית, כדוקטרינת הנטילה התת-חוקתית, בקיומה של הוראה חקיקתית מפורשת המחייבת פיצוי. כמו-כן, היא אינה מוגבלת להגנה על אינטרסים הכלולים במובן הקלסי של בעלות קניינית (פגיעה פיזית או תכנונית), אלא מגינה גם על זכאות בעלת ערך רכושי שמקורה ברישיון שלטוני וזכויות אובליגטוריות.

שנית, המאמר טוען כי דוקטרינת הנטילה החוקתית מוגבלת בשני הקשרים בהשוואה לדוקטרינת הנטל החריג שהוצעה כאן: היא מחייבת הוכחת פגיעה באינטרס הכלול בהיקפה של זכות הקניין החוקתית בלבד; והיא מחייבת שפגיעה כזו תהיה מידתית (אך לא דווקא תלויה פיצוי). דוקטרינת הנטל החריג שהוצעה במאמר זה משלימה מגבלות אלה: היא חלה על כל נטל המוטל על פרט או קבוצה בזיקה לפגיעה בזכויות חוקתיות שלהם; ובאותן נסיבות שבהן הוכח נטל חריג היא משקפת העדפה חזקה יותר לאמצעי מידתי של פיצוי ישיר, בדמות הכרה בחזקת פיצוי המטילה על הרשות השלטונית חובה להצדיק העדר מתווה של פיצוי ברגולציה. במילים אחרות, חזקת הפיצוי שקמה מכוח דוקטרינת הנטל החריג מטילה על הרשות השלטונית חובה נוספת מעבר לחובה להצדיק את הפגיעה בזכות החוקתית, היא

הקצאה הוגנת של נטלי רגולציה
בראי רציונל הנטל החריג ועקרון השוויון בנטלים

החובה לסתור את חזקת הפיצוי בטעמים ייחודיים לכך. זוהי חובת הצדקה נוספת, שעשויה להרחיב את היקף הנסיבות שבהן יתחייב פיצוי.

שלישית, כנגזרת מן הנקודה הקודמת, ההבניה הנכונה של יחסי-הגומלין בין שתי הדוקטרינות החוקתיות היא יחס של השלמה. דוקטרינת הנטילה החוקתית ודוקטרינת הנטל החריג משלימות זו את זו, וכל אחת מהן מעשירה בגזרתה את ההבנה של עקרון המידתיות בשיטה הישראלית. הדין הקיים מפרש את ההגנה החוקתית על הקניין בעיקר לאור הדוקטרינה הראשונה. במאמר הצעתי זוית הסתכלות רחבה יותר ומשלימה, המחייבת למעשה בחינה כפולה של כל רגולציה הן בהינתן זכות הקניין החוקתית והן בהינתן עקרון השוויון בנטלים. הסתכלות זו עשויה לעודד התנתקות – ראויה בעיניי – ממהלך של בחינת הסוגיה של "פיצוי הוגן" בראייה הבלבדית של הזכות החוקתית לקניין.

רביעית, כנגזרת מן הנקודה הקודמת, פיצוי חוקתי עשוי להתחייב לא רק בגין הפרה של זכות הקניין, אלא גם בגין הפרה של עקרונות חוקתיים (ובראשם העיקרון שנבחן במאמר זה, הוא עקרון השוויון בנטלים). על-פי היגיון זה, לא רק פגיעה בזכות הקניין של פרט או של קבוצה עשויה להיחשב פגיעה בת-פיצוי; גם פגיעה בזכויות חוקתיות אחרות של פרט או של קבוצה אשר כפופות לעקרון השוויון בנטלים עשויה להיחשב פגיעה בת-פיצוי. מהלך זה אינו תלוי בהבנה משפטית של האינטרסים הכלולים בזכות הקניין החוקתית, ואף לא בתיאוריות של דיני קניין או בניתוח כלכלי; הוא תלוי בהגדרה מהו פיצוי הוגן אשר מתחייב מן העיקרון החוקתי של שוויון בנטלים. אמת-המידה של צדק והגינות – ולא דווקא של קניין – היא התשתית הרעיונית לכל האמור כאן. ההתמקדות צריכה להיות במושגיות שונה, של נטל ושל השוואה אופקית, אשר יש לחדשה ולפתחה כחלק מן המתודולוגיה החוקתית בישראל.