

א	ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נגד 1. ראש-הממשלה 2. שר האוצר	א
ב	3. אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ	ב
ג	בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק [23.9.1998] לפני הנשיא א' ברק והשופטים ת' אור, מ' חשין	ג
פסק-דין		
ד	השופט מ' חשין מענקי-מדינה, שוויון והפליה, חופש העיסוק, מונופולין – אלה הם נושאים שיעסיקו אותנו זו הפעם.	ד
ה	עיקרי העובדות שלעניין	ה
ו	2. (א) העותרת, ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ (קאל), נתאגדה כחברה בשנת 1976, ועיסוקה הובלת מטענים בדרך האוויר מישראל ואל ישראל. בעלי המניות של קאל מייצגים את מרב הסקטורים החקלאיים בישראל, וחקלאים בישראל, באמצעות חברת אגרקסקו – חברה לייצור חקלאי בע"מ (אגרקסקו), עושים שימוש בשירותי קאל לייצוא תוצרת חקלאית מישראל.	ו
ז	(ב) לקאל אין – אף לא היו – כלי-טיס משלה, גם לא צוותי-אוויר ואחזקה למטוסים. כל שמתיר לה רישיון ההפעלה שניתן לה על-פי חוק רישוי שירותי התעופה, תשכ"ג-1963, הוא לחכור מאל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ (אל-על) מטוס ב"חכירה רטובה" ("wet lease"), דהיינו: חכירת מטוס על צוותו לרבות שירותי אחזקתו (השוו בג"ץ 196/77 ק.א.ל. קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש מינהל התעופה האזרחית ואח' [1]). ואמנם, עיקר פעילותה של קאל הוא	ז

בחכירת מטוס מטען אחד מאל-על, ובמטוס זה עושה היא שימוש לייצוא תוצרת חקלאית לאירופה משך תקופה בת כשישה חודשים בשנה. כל כך בעונת החורף, שבה מייצאות קאל – ואל-על במקביל לה – תוצרת חקלאית לאירופה, ובכמויות שוות פחות-אדירות, ואילו בעונת הקיץ נעשה ייצוא מוצרי חקלאות בידי אל-על בלבד, במחיר המתואם בין אל-על לבין קאל. קודם היות קאל, הייתה זו אל-על לבדה שהטיסה מוצרי חקלאות לחוץ-לארץ. לאחר שקאל החלה עוסקת אף היא בייצוא מוצרי חקלאות, פחת מחיר ההובלה באורח ניכר.

3. (א) אל-על וכמותה קאל חייבות הן השתיים לנקוט אמצעי אבטחה בהפעלת טיסות, מן הארץ לחוץ-לארץ ומנמלי התעופה בחוץ-לארץ ארצה. חובה זו הוטלה עליהן בחוק הטיס (בטחון בתעופה האזרחית), תשל"ז 1977-, ובהוראות שניתנו מכוחו.

(ב) אמצעי אבטחה דורשים מימון, ובתחילה מימנה המדינה את הוצאות האבטחה כולן, הן אלו של אל-על הן אלו של קאל. כך היה, עד שביום 9 בדצמבר 1984 החליטה הממשלה (החלטה מס' 197) כי נטל מימון הוצאות האבטחה יחול על החברות עצמן: "חברות התעופה והספנות הישראליות ישאו במלוא הוצאות-האבטחה שלהן בישראל ומחוץ לישראל". וכך, החל ביום 1 באפריל 1985 החלה קאל נושאת בנטל הוצאות האבטחה של טיסותיה, טיסות מישראל וטיסות אל ישראל.

(ג) לא יצאו אלא כשנתיים ימים, וביום 16 בפברואר 1987 תיקנה הממשלה את החלטתה על דרך הוספת סייג: "למעט חברת אל-על לגבי שנות התקציב 1986 ו-1987" (החלטה מס' 214). לגבי שנות תקציב אלו אפוא נטלה המדינה על עצמה לממן את הוצאות האבטחה שאל-על נשאה בהן, ומצבה של אל-על חזר לקדמתו. בפועל היה מצבה של קאל כמצבה של אל-על.

(ד) מערכת זו נמשכה והלכה, עד שביום 21 באוקטובר 1990 נערך הסדר בין המדינה לבין אל-על, ולפיו אמורה הייתה המדינה לשאת במימון 80% מעלות האבטחה של אל-על. כך באשר לאל-על – לא כך באשר לקאל. זו האחרונה אמורה הייתה לשאת בכל עלות האבטחה של טיסותיה מן הארץ ואל הארץ.

א	א	<p>(ה) משנתחוויר לה כי אל-על זכתה להסדר מיוחד באשר למימון הוצאות האבטחה של טיסותיה, וכי הסדר זה לא הוחל עליה, מחתה קאל על הפלייתה כך לרעה. שר החקלאות היה עמה, שלא כמותו היה שר האוצר. משלא נענתה למשאלתה כי מעמדה יושווה למעמדה של אל-על, באה קאל אלינו בבקשת סעד. וכך הוצא לקאל צו-על-תנאי כבקשתה:</p>
ב	ב	<p>1. "מדוע לא תקבע הממשלה כי כל החלטה שלה, הקובעת כי הממשלה תשא בהוצאות הבטחון של המשיבה מס' 3 [אל-על – מ' ח'] תחול גם על העותרת;</p> <p>2. מדוע לא יוקצה לעותרת תקציב ממשלתי למימון הוצאות האבטחה שלה.</p>
ג	ג	<p>לחילופין – מדוע לא יימשך ההסדר לפיו מומנו הוצאות האבטחה של העותרת באמצעות המשיבה מס' 3 [אל-על – מ' ח'], ומתקציבה של המשיבה 3, במימון ממשלתי".</p>
ד	ד	<p>4. הנה-הינה אפוא השאלה העומדת לפנינו לדיון: האם החלטתה של הממשלה לשאת במימון הוצאות האבטחה של אל-על – ולו בחלקן – חייבת לחול אף על קאל – וזו גירסת קאל – או שמא נאמר: אל-על לעצמה וקאל לעצמה, ואין להקיש מראשונה לאחרונה?</p>
ה	ה	<p>מסגרת הדיון – מענקי-מדינה</p>
ו	ו	<p>5. מימון הוצאות האבטחה של אל-על הינו בגדר מענק-מדינה (סובסידיה): הענקת כספים מתקציב המדינה במישרין, ושלא על-פי הסמכה מפורשת בחוק הקובע הסדרים ראשוניים לחלוקתם של אותם כספים. על תופעה מיוחדת זו של יניקה מן המקור עמד המלומד ד"ר זאב פלק במאמרו "תקציב המדינה וסמכויות המינהל" [59], וסקירת-חטף של שנים עברו תלמדנו כי קשיים ועכבות שהיו בראשית הנה הם עמנו אף כהיום הזה; ראו והשוו א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך ב) [56], בעמ' 785 ואילך. ראו עוד: בג"ץ 2918/93, 4235 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל; המועצה המקומית אריאל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' [2]; בג"ץ 381/91 גרוס נ' משרד החינוך והתרבות ואח' [3], בעמ' 57. צא וראה: הביטוח הלאומי (למשל) לא ישלם לנזקק מאות בודדות של שקלים, אלא אם יעמוד במבחנים מפורטים ומדוקדקים שהדין הציב לפניו. לא עוד, שלעניינו של כל תשלום ותשלום תיערך בדיקה – ובדיקה</p>

חוזרת – וכל החלטה וכל תשלום יעמדו לבחינתם של בתי-דין ובתי-משפט על-פי כללים שנקבעו מראש לדקדוקיהם. כל כך בפת-לחם. ואילו בהענקתם של סכומי-עתק, המבחנים אינם אלא מבחנים כלליים ועמומים: מדיניות הממשלה היא שתקבע, מדיניות שלא נצרפה בכור-של-חוק מהותי, ספציפי ומפורט, וביקורת ראויה – ביקורת מראש – של מחוקק ושל עם לא עלתה על ראשה. אמנם כן: אין הממשלה מורשית להוציא מכספי מדינה אלא על-פי האמור בחוק התקציב, אך הכול יודעים שלא הרי חוק תקציב כהרי חוק שבגופו מפרט ומפרש תשלומים שייעשו וזכאים שיהיו.

א

ב

אין לחדד כי צעדנו אל-עבר דין ראוי בחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985: כך, למשל, בהוראות סעיף 3א בו (תמיכה במוסדות ציבור) וכך בפרק ד' בו (הוראות בקשר לתאגידים ורשויות מקומיות). ראו עוד רע"א 2920/90 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' מדינת ישראל [4]. ואולם, זו אך תחילה: הדרך ארוכה לפנינו, ואין הקומץ משביע את הארי. ראו רובינשטיין בספרו הנ"ל (כרך ב) [56], בעמ' 669, 785. ראו עוד, בג"ץ 434/87 סן הרשקו ואח' נ' שר העבודה והרווחה ואח' (פרשת סן הרשקו [5]), בעמ' 159 (מפי השופט ד' לוי).

ג

ד

אכן, קבלת הפנים שמקצת משרדי-ממשלה ערכו להוראות השוויון שבחוק יסודות התקציב, לא הייתה חמה ולבבית. ראו, למשל: בג"ץ 7142/97, 7378 מועצת תנועות-הנוער בישראל ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט ואח' (פרשת מועצת תנועות הנוער [6]) ופסקי-דין נוספים הנזכרים בראש פסק-הדין. כפי שאמרנו בפרשת מועצת תנועות הנוער [6] (בעמ' 437): "[ה]תמונה הנגלית לעינינו לאחר חקירה ודרישה – מעלה הרהורים נוגים באשר לנכונותם של המחזיקים במפתח-הכספת לסגל עצמם לאורחות של ממלכה מתוקנת". ואולם גם זאת אמרנו באותה פרשה (בעמ' 463): "אנו על משמרתנו".

ה

ו

6. בהיעדר חוק-של-מהות הקובע זכויות למענקים במפורט ובמדוקדק – ולמצער: על דרך של הסדרים ראשוניים – קבע בית-המשפט הגבוה לצדק מאז ימים ראשונים, וממשיך הוא וקובע, כללים ועקרונות להנחייתם של המדינה בחלוקת מענקים, ובצדס של אלה – עיקרים להתערבותו במקום שבו נמצאה חריגה מאותם כללים ומאותם עקרונות. כללים ועקרונות אלה נתגבשו בשורה ארוכה של פסקי-דין, ועיקריהם חיובה של המדינה לנהוג בהגינות וביושר, בשוויון וללא הפליה, באורח ראוי וצודק ועל-פי שיקולים שלעניין. על דרך זה ייבחן כל מענק הניתן לפלוני ואינו ניתן לאלמוני,

ז

ובמקום הראוי יתערב בית־המשפט ויאמר את דברו. ראו, למשל בג"ץ 363/71, 382 טחנת קמח "דגן" בע"מ ואח' נ' שר המסחר והתעשייה ואח' [7], בעמ' 298. ראו עוד: בג"ץ 59/88, בשג"ץ 418/88 צבן נ' שר האוצר ואח' [8], בעמ' 706-707; בג"ץ 281/82 שילה־אשכנזי ואח' נ' שר העבודה והרווחה ואח' [9], בעמ' 98; בג"ץ 332/78, המ' 73/79 סאי־טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר האוצר ואח' [10], בעמ' 594-595; בג"ץ 198/92 מוניץ נ' בנק ישראל [11], בעמ' 471-470; בג"ץ 49/83 המחלבות המאוחדות בע"מ נ' המועצה לענף החלב ואח' [12], בעמ' 523; בג"ץ 1992/92 חברת נווה שוסטר בע"מ נ' שר האוצר ואח' [13], בעמ' 680.

מענקים בהפליה

7. מבין כל מבחנים שהוצבו לביקורת על מענקי־מדינה, סומכת קאל עצמה בחוזקה אל מבחן־השוויון ואיסור ההפליה. קאל אינה חולקת כי מעיקרו של דין לא קנתה זכות למענק מאוצר המדינה למימון הוצאות האבטחה של טיסותיה. ואולם, כך מוסיפה היא וטוענת, משהוחלט כי אל־על תזכה במענק למימון הוצאותיה (ולו בחלקן), שוב אין המדינה רשאית שלא להעניק לה, לקאל, את שהיא מעניקה לאל־על. שאם תחדל ולא תעניק לה את שמעניקה היא לאל־על, תחטא המדינה לעקרון השוויון ואיסור ההפליה, והוא עקרון־יסוד במשפטנו בכלל ובשדה המענקים בפרט. ואמנם, טענת הפליה לעולם נשמע לה, והיא בתשתית התשתיות. עקרון ההפליה יסודו בצורך עמוק הטבוע בנו, בכל אחד מאתנו – שמא נאמר ביצר ובצורך שבאדם: באדם, אך לא רק בו – כי לא יפלו אותנו לרעה, כי נזכה לשוויון, מאלוה ממעל ולמצער מן האדם. ילד מבטנו יזעק: המורה, מדוע הוא קיבל ואני לא? ולכשיגדל והיה לאיש, יעמוד ויקבול: מדוע חויבתי אנוכי במס ואילו הוא פטור מתשלום מס? הפליה (אמיתית או מדומה) מוליכה אל תחושה־של־קיפוח ותסכול, תחושת־קיפוח ותסכול מישירים אל קנאה, ובבוא קנאה תאבד תבונה:

"וַיְהִי מִקֵּץ יָמִים וַיָּבֹא קִין מִפְּרִי הָאֲדָמָה מִנְחָה לַה'. וְהֶבֶל הֵבִיא גַם־הוּא מִכֹּרֶת אֹנֹן וּמִחֻלְבֵּהֶן וַיֵּשַׁע ה' אֶל־הֶבֶל וְאֶל־מִנְחָתוֹ. וְאֶל־קִין וְאֶל־מִנְחָתוֹ לֹא שָׁעָה וַיַּחַר לְקִין מִ ד וַיִּפְּלוּ פָּנָיו" (בראשית, ד, ג-ה [א]).

ומכאן:

"וַיֹּאמֶר קִין אֶל־הֶבֶל אָחִיו וַיְהִי בְהִיּוֹתָם בְּשָׂדֶה וַיִּקָּם קִין אֶל־הֶבֶל
אָחִיו וַיַּהַרְגֵהוּ" (שם, ח [א]).

א

הוא שנאמר: מאה מיתות ולא קנאה אחת.

נכונים אנו לשאת בעול ובסבל ובמצוקה אם נדע כי גם זולתנו כמותנו
ועמנו, אך נתקומם ולא נשלים במקום שבו יקבל זולתנו – השווה לנו – את
שאנו לא נקבל. כל אלה הוליכו להלכה מבראשית, שרשות אסורה בהפליה,
והיא: יחס בלתי שווה ובלתי הוגן לשווים. ובלשונו של השופט אור בג"ץ 678/88,
803 כפר ורדים ואח' נ' שר האוצר ואח'; אליהו נ' שר הביטחון ואח' [14], בעמ' 507-508:

"הפליה פסולה פירושה יחס שונה אל שווים; פירושה יחס בלתי
שווה ובלתי הוגן למי שראויים לאותו יחס... לא כל הבחנה ביחס
הרשות אל אזרחיה, בין אזרח למשנהו, מהווה הפליה. לעתים יש
הצדקה להבחנה כזו, בשל שוני כזה או אחר בין השניים. וכבר
נאמר, ש'לא כל הבדלה בין סוגי בני אדם שונים קרויה 'הפליה';
גלום בו במושג הפליה הרעיון של אי־הגינות שבנהיגת אי־שוויון
בשווים' (דברי השופט ויתקון בבג"צ 30/55, בעמ' 1265). ההפליה, להבדיל
מהבחנה בין פלוני למשנהו, משמעותה מנהג שרירותי של איפה
ואיפה, שאין לו הצדקה בשל העדר שוני הגיוני משמעותי בנסיבות
בין האחד למשנהו".

ה ראו עוד: רובינשטיין בספרו הנ"ל (כרך א) [56], בעמ' 271 ואילך (עקרון
השוויון), בעמ' 285 ואילך (בעניין הבחנה מותרת והפליה אסורה); ע"פ 112/50
יוסיפוף נ' היועץ המשפטי [15], בעמ' 490, 502-503; בג"ץ 30/55 ועדה להגנה על אדמות נצרת
המופקעות ואח' נ' שר־האוצר ואח' [16]; ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל
ואח' (פרשת בורנובסקי [17]), בעמ' 35; בג"ץ 721/94 אל־על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ'
דנילוביץ ואח' (פרשת דנילוביץ [18]), בעמ' 759; בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון ואח'
(פרשת מילר [19]), בעמ' 109-110; פ' רדאי "על השוויון" [60]. שוויון, הפליה,
הבחנה, הבדלה, שוני ממין־העניין, שוני שלא־ממין־העניין, שוויון רלוונטי,
אי־שוויון רלוונטי, אי־שוויון בלתי רלוונטי – כל שמות ותארים אלה, הם
ואחרים כיוצא בהם, אינם אלא נגזרים מעקרון־יסוד אחד, והוא: עקרון
ההגינות ויושר־הלבב.

ז

אכן, הפליה היא רעה־חולה. מעט מן הרעות תדמינה לה. על מרשעת זו אמרנו במקום אחד (בג"ץ 7111/95, 8195 מרכז השלטון המקומי ואח' נ' הכנסת ואח' [20], בעמ' 503):

א

"והפליה, ידענו, היא הרע־מכל־רע. הפליה מכרסמת עד כלות ביחסים בין בני־אנוש, ביניהם לבין עצמם. תחושת הפליה מביאה לאובדן עשתונות ולהרס מירקם היחסים בן אדם לרעהו. אנו נתקלים בתופעת ההפליה יום־יום: במקום העבודה, בבית המשותף, בעמידה בתור, ביחסם של בעלי שררה לאזרח ולתושב. כך בהפליה אישית, כך בהפליה חברתית, כך בהפליה אתנית, כך בכל הפליה והפליה. הפליה תפרק משפחה. בהפליה מתמשכת יאבד עם ותשבות ממלכה. אין פלא בדבר אפוא שבכל אתר ובכל דור עשו ועושים בני החברה הנאורים להעלמתה ולמיגורה של ההפליה. והמלחמה היא מלחמה מתמדת, מלחמת יום־יום. משולה היא להדיפת גלי הים, שאם תנוח לרגע ישטפוך ויכסוך. עיקר הוא, כמובן, יחסי האנוש בחיי היום־יום. וגם אם לא נדקדק בקיום המצווה 'ואהבת לרעך כמוך', נתבע ונתבע קיום הצו 'דעלני סני לחברך לא תעביד': כל ששנוא עליך לא תעשה לחברך".

ב

ג

ד

ראו עוד: בג"ץ 6051/95, 6086 רקנט ואח' נ' בית־הדין הארצי לעבודה ואח'; אל־על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' בית־הדין הארצי לעבודה ואח' [21], בעמ' 322-323; בג"ץ 453/94, 454 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח' [22], בעמ' 521; בג"ץ 953/87, 1/88 פורז נ' ראש עיריית תל־אביב־יפו ואח'; סיעת העבודה בעיריית תל־אביב־יפו ואח' נ' מועצת עיריית תל־אביב יפו ואח' [23], בעמ' 332; פרשת דנילוביץ [18], בעמ' 759.

ה

8. השאלה הנשאלת היא אפוא, האם הופלתה קאל לרעה? האם ראוי הוא כי יחולו עליה אותם כללי־מענק החלים על אל־על? טוענת קאל כי מופלית היא לרעה, ולחיזוק טענתה סומכת היא על התבטאויות אישים שונים במשרד התחבורה ובמשרד החקלאות. כך, למשל, כתב ממלא־מקום המנהל הכללי של משרד התחבורה, ביום 17 בספטמבר 1991, אל הממונה על אגף התקציבים במשרד האוצר:

ו

ז

"אי השתתפות הממשלה בכיסוי הוצאות הבטחון של חברות אלה [ארקיע וקאל – מ' ח'] יוצרת אפליה לא מוצדקת ומונעת את התנאים הבסיסיים לתחרות על בסיס שווה מול חברת אל־על,

מחד גיסא ומול חברות זרות מאידך גיסא, תוך סכנה ממשית לעצם פעילותן, עם כל המשתמע מכך".

א

וכך אף מכתבו של סמנכ"ל סחר חוץ במשרד החקלאות, מיום 14 באפריל 1993:

ב

"אין כל הגיון והצדקה לקבוע כי, למשל, חבילת פרחים שתוטס ביום אחד באל על, הוצאות אבטחתה יכוסו על ידי המדינה ואילו חבילה זהה שתוטס באותו יום, או למחרת על ידי ק.א.ל, הוצאות אבטחתה לא יכוסו על ידי המדינה".

ג

טוענת קאל, כי קביעות אלו שיצאו ממשרד התחבורה וממשרד החקלאות, כבדות הן במשקלן, והרי הממשלה אחת היא. המדינה כמו נתפשת היא על הודאתה, והרי קאל זכאית בדין של הפליה.

ד

טענה זו לאו טענה היא. משרד התחבורה ומשרד החקלאות אמרו לייצג את קאל לפני שר האוצר – בנסותם לשכנע אותו להשוות את מעמדה למעמד אל-על – ופעילותם לא הייתה אלא כשגירי רצון-טוב וכפרקליטיה של קאל. הסמכות ליתן מענק היא בידי שר האוצר; שר האוצר לא הסכים מעולם לטענת ההפליה, וממילא אין באותן התבטאויות שהבאנו – בהן ובאחרות זולתן – כדי לחייב את המדינה. מכל מקום, כדברי מ"מ הנשיא, השופט שמגר בבג"ץ 366/81 לשכת מפעילי אוטובוסים לתיור ואחי' נ' שר האוצר ואחי' (פרשת לשכת מפעילי אוטובוסים לתיור [24]), בעמ' 117:

ה

"הבעת אהדה על-ידי משיב זה או אחר, שאינה עולה כדי שינויה של ההחלטה, והתגובה המוגשת לבית-משפט זה, אין בהן מבחינתנו כדי להוסיף או כדי לגרוע, אלא אם כן יש לכך השלכה על תום הלב של בעל הדין או על האמינות של הנימוקים שמובאים לפנינו...".

ו

באותו עניין טענו העותרות כי שר התיירות "תומך עקרונית בעמדתן", ועל כך השיב מ"מ הנשיא את שהשיב. ובהמשך דבריו הוסיף מ"מ הנשיא שמגר ואמר (שם):

ז

"מן החומר שהוגש לנו עולה באופן ברור וגלוי, כי עמדתו של האוצר, אשר הוא שצריך היה לאשר את ההקצבות הכספיות עליהן סבה העתירה, הייתה שלילית..."

א

אין צורך להאריך על ההקבלה בין אותו עניין לבין ענייננו-שלנו. אם כך ככלל, לא כל שכן שלא שר החקלאות ולא שר התחבורה אינם משיבים לעתירה.

ב

זאת ועוד: שאלת קיומה או אי-קיומה של הפליה הינה שאלת משפטית, וההכרעה בה ניתנה לבית-המשפט. קביעתו של שר – או של פקיד בכיר – על דבר קיומה או אי-קיומה של הפליה עשויה אמנם לשמש שיקול-בין-שיקולים במערך הכולל, אך ההחלטה היא לעולם של בית-המשפט, כשאר שאלות משפטיות שההכרעה בהן היא בידי הרשות השופטת, ובידיה בלבד.

ג

9. חזרה אפוא שאלה למקומה: האם נהגה המדינה בהגינות בתתה לאל-על מענק אבטחה בעוד אשר מקאל שללה אותו מענק? לכאורה, יש בטיעוני קאל טעם רב, ותחושה ראשונה היא כי אכן הופלתה לרעה. הנה-כי כן, אל-על הינה חברת תעופה, וכמותה קאל אף היא חברת תעופה. אל-על מטיסה מטען (ונוסעים), וכמותה קאל מטיסה אף היא מטען. אל-על חייבת באבטחת טיסותיה, וכמותה קאל אף היא חייבת באבטחת טיסותיה. אל-על נושאת בהוצאות ביטחון מכבידות, וכמותה קאל אף היא נושאת בהוצאות ביטחון מכבידות. ומה בין חנה לבין פנינה? שני מטוסים הם העומדים על מסלול ההמראה, ובבטנו של כל אחד מן השניים תוצרת חקלאית לייצוא. הנה הם ממריאים – ואל אותו יעד. מה טעם יזכה מפעילו של האחד במימון הוצאות האבטחה שהוא נושא בהן, ואילו חברו לא יזכה בכל מימון שהוא והוצאות האבטחה תחולנה על ראשו בלבד? אמנם כן: קאל דומה לאל-על במרכיבים הרלוונטיים לנושא מימון הוצאות האבטחה, ומסקנה נדרשת מאליה היא אפוא זו – כך לכאורה – כי קאל זכאית למענק אבטחה, כמוה כאל-על. מדוע בכל זאת אין קאל זוכה למעמדה של אל-על? על כך שמענו תשובות מספר מפי בא-כוח המדינה, ובסמוך נעמוד על תשובות אלו, אחת לאחת, כסדרן.

ד

ה

ו

ז

10. טוענת המדינה כי קאל אינה דומה לאל-על במרכיב מהותי והוא בנושא הבעלות; שאל-על היא חברה בבעלות המדינה (חברה ממשלתית) ואילו קאל היא חברה בבעלות פרטית. מאפיין מיוחד זה מחייב מעצמו, כך מוסיפה וטוענת המדינה, יחס שונה לשתי החברות. מכאן: קאל אינה מופלית לרעה – ביחס לאל-על – והיחס השונה אל השתיים יש לראותו כ"הבדלה" ו"הבחנה" ולא כהפליה. טענה זו להבחנה בין השתיים, אין להבינה, כמובן, כפשוטה. שהרי לא יעלה על הדעת לטעון כי המושג "חברה ממשלתית" ישמש מעין מילת-קסם הפותחת שערי בית-גנזים ומוליכה כסף טוב מאוצר המדינה אל הקוראת בשם, בעוד שחברתה – הטובה כמותה – תישאר עומדת מבושת אל-מחוץ לשער ולא תזכה בדבר. אלא זאת טוענת המדינה, שבשל מאפייניה המיוחדים כחברה בבעלות הממשלה, מוצדק הוא לנהוג באל-על אחרת משנוהגים בקאל, והכול בשים-לב למערכת הכספים המסועפת והמורכבת בין המדינה לבין אל-על, מערכת שבין חברה לבין בעליה.

- יתרה מזאת, כך מוסיפה המדינה וטוענת: לא רק שיקולים עסקיים מניעים את אל-על בפעילותה; פעילותה כפי שהיא פועלת גורמת לה הפסדים כספיים, להבדילה מקאל, וגם גורם זה יש להביא במניין. הנה-כי-כן, מעיקרה אמורה אל-על לפעול "...לפי השיקולים העסקיים שעל פיהם נוהגת לפעול חברה לא-ממשלתית..." (סעיף 4(א) לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975), אך הממשלה הורתה את אל-על – כסמכותה בסעיף 4(א) הנ"ל, ובאישור ועדת הכספים של הכנסת – כי תסטה מהנחיה עקרונית זו, וכי לא תפעיל טיסות בשבת. השבתת הטיסות בשבת מביאה על אל-על הפסדים רבים, ועל הפסדים אלה אף-הם אומרת המדינה לפצות את אל-על. כל כך באשר לאל-על. שלא כאל-על, ניצבת קאל מנגד, והיא חברה פרטית המשוחררת מכל אילוצים שהם (כגון השבתת טיסות בשבת) ומגמתה עסקית בלבד. מסקנה נדרשת היא, כי אין להשוות בין אל-על לבין קאל, ולא הרי זו כהרי זו. וכלשונו של שר האוצר במכתבו אל שר החקלאות מיום 4 בדצמבר 1991:

"הנדון: השתתפות באבטחת ק.א.ל

1. עפ"י החלטת הממשלה (האחרונה הקיימת) בנושא זה, הרי שכל חברות התעופה תשאנה במלוא נטל האבטחה שלהן (העתק מצורף).

2. ההסדר הקיים בין משרד האוצר לבין אל על הינו חלק ממערכת יחסים מורכבת של הממשלה, עם חברה שבבעלותה והנוגעת לבעלות על חלק מצי המטוסים, והסדר תשלום החובות עליהם ע"י אל-על, מתן ערבות מדינה לחלק מחובות אל-על, החלטה על הפסקת טיסות בשבתות וחגים המשפיעה על רווחיות החברה.

א

3. הוצאות האבטחה של כל חברת הובלה הינן חלק בלתי נפרד מההוצאות העסקיות הדרושות ע"מ להפעיל חברת הובלה. ללא הוצאות אבטחה לא יכולה אף חברה (בכל העולם) להתקיים מבחינה עסקית (כי לא יהיו נוסעים ו/או מטען). מכאן, שאין המדינה צריכה לממן אבטחת חברות פרטיות כתחליף לאבטחה עצמית.

ב

ג

4. השתתפות אל-על (כך; צ"ל: "הממשלה" – מ' ח') בהוצאות אבטחה של חברות אחרות ולא ממשלתיות אינה מוסדרת בהחלטות הממשלה."

ד בקיצור לשון: מסכת היחסים המיוחדת בין אל-על לבין המדינה – והיא מסכת יחסים סבוכה שבין חברה לבין בעליה – מקנה לאל-על מעמד מיוחד משל-עצמה. במסכת יחסים מורכבת זו יש וראוי, לדעת המדינה, להדגיש שני גורמים עיקריים אלה: הגורם האחד, מערכת הכספים המיוחדת שבין חברה לבין בעליה, לרבות הלוואות בעלים, ערבויות, החזרי הלוואות, כיסוי הפסדים וכו'. והגורם האחר, הוראת הממשלה כי אל-על תזנח, בחלקם, שיקולים עסקיים האמורים להדריכה בפעולתה, וכי תשבית את צי מטוסיה בשבת. כל אלה, לטענת המדינה, מייחדים את אל-על משאר חברות התעופה, ומכאן אף זכותה למענק אבטחה שקאל אינה זכאית לו.

ה

ו 11. האומנם יש בכל אלה כדי לייחד את אל-על לעצמה וכדי להבדילה מקאל? לדעתנו התשובה היא בשלילה. אכן, הקשר האינטימי המתקיים והולך בין המדינה לבין חברה שבבעלותה, מוסיף למערכת גורמים שיש בהם כדי להקשות על השוואתה של חברה ממשלתית (אל-על) לחברה שאינה ממשלתית (קאל) ועל הכרעה בשאלה אם חברה שאינה ממשלתית (קאל) הופלתה לרעה ביחס לחברה ממשלתית (אל-על). ואולם גם קושי זה ניתן להתרה, בוודאי כך בענייננו-שלנו.

ז

- ראשית לכול נאמר, שלדידנו אין כל נפקא מנה אם מתת-כסף שנותנת המדינה לחברה ממשלתית, השם "סובסידיה" קורא עליה – קרי: מתת-כסף שנותן הריבון לחברה ממשלתית – או אם השם "מענק בעלים" או "הלוואת-בעלים" קורא עליה, קרי: מתת-כסף שנותן בעלים לחברה שבבעלותו. גם כאן וגם כאן המתת היא בכסף המדינה, וכל כסף שמוציאה המדינה מתחת ידיה מקורו בתקציב המדינה וכסף "ציבורי" הוא. חילופי מילים במילים לא יתרמו להבנה ונסיח דעתנו מהם.
- שנית, כל שיקולים אלה שמנינו להבדלתה ולהבחנתה של אל-על מקאל – שיקולים שלדעת המדינה ראוי להם שיעמידו את אל-על על כן משל עצמה, גבוה מהפן שעליו עומדת קאל – אין בהם ולא כלום, לא לעצמם ובעיקר לא בנסיבות ענייננו-שלנו. טעם הדבר הוא, שהמדינה נתנה – ונותנת – מענק לאל-על, וחישבו של זה נעשה בדיוק על-פי הוצאות האבטחה שאל-על נשאה ונושאת בהן. הלא זו היא החלטת הממשלה, שהמדינה תישא במימון 80% מעלות האבטחה של אל-על. משיוחד המענק לעניינו כפי שיוחד, ומשחושב כפי שחושב, שוב לא ידעתי מה היא לעניינו השבתתה של אל-על בשבת – ובאותו עניין: מה הם לעניינו חובותיה הכלליים – ומדוע לא תוכל קאל לטעון שלעניין זה של הוצאות האבטחה דינה זהה לדין אל-על. אכן, לו אמרה המדינה להעניק לאל-על מתת-כסף כפיצוי על השבתתה בשבת – ולביצוע ההחלטה היה נערך חשבון הפסד-ורווח ומענק לאותו עניין – החרשנו. אך לא מצאנו הצדק לאותו עירוב של מין-בשאינו-מינו, לאמור לפיצויה של אל-על בשל הוצאות האבטחה שהיא נושאת בהן, אך בשל כך שהושבתה בשבת; או להטמעת מימון הוצאות האבטחה בחשבון הכללי שבין המדינה לבין אל-על. יתרה מזאת: קאל מוליכה מטעני חקלאות, והשוואתה לאל-על אף היא אמורה להיות להולכת מטעני חקלאות, ולא שמענו כי לעניין זה מושבתת אל-על בשבת בעוד שקאל אינה מושבתת כך.
- נודה כי בנסיבות אלו ואחרות, לא יהיה קל להבחין בין תמיכה שהמדינה כבעלים מעניקה לחברה בבעלותה, לבין תמיכה שהמדינה כריבון מעניקה לחברה שבבעלותה. ואולם, העובדה כי לעתים עשויה המדינה להטמיע תמיכה ספציפית (סובסידיה) בתמיכה כללית (מענק בעלים) – כשהיא לעצמה – אסור לה שתכפה את ידינו מראות את הדברים נכוחה. מחובתה של המדינה להבדיל בין מענק למענק, וגם אם לא עשתה כן, מחובתנו אנו להבדיל בין מענק למענק, והכול למניעתה של הפליה האסורה על-פי דין.

12. מוסיפה המדינה וטוענת, כי אל-על היא "המוביל הלאומי" של ישראל, ובתורת שכזו לממשלה עניין רב בקיומה ובאיתנותה הכלכלית. בידי אל-על מופקד קיום הקשר האווירי הסדיר של ישראל עם מדינות חוץ, וקיומו של מוביל לאומי שישמור על קשר אווירי רצוף בשעת חירום חיוני לאינטרסים הביטחוניים הכלכליים של ישראל. מכאן ייחודה של אל-על, ומכאן אף ההצדק לתמיכה בה, תמיכה שקאל אינה זכאית לה. ובלשון תצהיר התשובה של המדינה (ובו נכללים אף שיקולים שדיברנו בהם למעלה):

"7. לטעמנו אין שוויון רלבנטי בין 'אל-על' ל.ק.א.ל. ועל מנת לבסס זאת נבקש לעמוד על מאפייניה המיוחדים של 'אל-על' המצדיקים התייחסות נפרדת כלפיה, לעומת מאפייניה של העותרת.

8. 'אל-על' הינה חברה ממשלתית בבעלות מלאה של מדינת ישראל שעיקר פעילותה הוא הטסת נוסעים. לממשלה עניין רב בקיומה ובאיתנותה הכלכלית של 'אל-על' כמוביל הלאומי וכמוביל הנקוב היחידי של ישראל בקוי תעופה סדירים לנוסעים ומטען, כאשר בידיה מופקד קיום הקשר האווירי הסדיר של ישראל עם מדינות חוץ.

קיומו של מוביל לאומי כאמור חיוני לאינטרסים הבינלאומיים הבטחוניים והכלכליים של מדינת ישראל.

רק כדי לסבר את האוזן נזכיר את הצורך בקיומו של קשר אווירי רצוף למדינת ישראל וממנה בשעות חירום שבהן חברות זרות מפסיקות את טיסותיהן לארץ (כך למשל, בתקופת 'מלחמת המפרץ' הפסיקו כל חברות התעופה הזרות את טיסותיהן למדינת ישראל, ורק 'אל-על' המשיכה לקיים עבור נוסעים את הקשר האווירי לישראל).

ביטוי לכך ניתן גם בעובדה שבשעת משבר, כאשר 'אל-על' עמדה בפני פירוק נאלצה הממשלה לרכוש עבורה את המטוסים, כדי להבטיח מצד אחד את המשך פעילות החברה, ומצד שני את המשך הטיסות אם תיפסק פעילות החברה.

א	א	<p>י'אל-על' צריכה להמשיך להתקיים תוך תחרות נמרצת בחברות תעופה זרות אשר אינן נושאות בהוצאות בטחון בהיקף שחל על י'אל-על', וממילא מטיל הדבר נטל משמעותי על י'אל-על' ומקטין את כושר התחרות שלה בגורמי חוץ.</p>
ב	ב	<p>עוד יוזכר כי הגם שבהתאם לחוק החברות הממשלתיות, על י'אל-על' לפעול לפי שיקולים עסקיים, רשאית הממשלה לקבוע לה, באישור ועדת הכספים של הכנסת שיקולי פעולה אחרים [סעיף 4(א) לחוק החברות הממשלתיות – מ' ח']. בהתאם לסמכותה זו החליטה הממשלה להורות לי'אל-על' שלא לקיים טיסות בשבת.</p>
ג	ג	<p>בנסיבות אלה ומטעמים אלה, מממנת מדינת ישראל 80% מהוצאות האבטחה של י'אל-על', ונוכח מעמדה הייחודי הנ"ל סבורים המשיבים כי יש שוני רלבנטי בין י'אל-על' ובין ק.א.ל., אשר מצדיק התייחסות שונה כאמור, וכי בשל השוני הרלבנטי אין מדובר איפוא בהפליה."</p>
ד	ד	<p>ראו עוד והשוו: בג"ץ 508/83, מעוף נתיבי אויר בע"מ ואח' נ' שר התחבורה ואח' [25]; בג"ץ 355/86 שחף שירותי תעופה בע"מ נ' שר התחבורה ואח' [26]. האומנם יש בדברים אלה כולם כדי להצדיק הענקת מענק לאל-על בגין הוצאות האבטחה, ובה-בעת שלילתו של אותו מענק מקאל?</p>
ה	ה	<p>13. לא נחלוק, כמובן, על חשיבותה של אל-על כמוביל לאומי, ועל נחיצותה – יתרה מזאת: חיוניות קיומה ופעילותה – בעיקר בעתות צוקה ומשבר. נזכור את הימים שבהם חדלו חברות תעופה אחרות לפקוד את הארץ, בעוד אל-על ממשיכה בפעילותה, כיאה וראוי לחברת תעופה לאומית. ואולם השאלה היא, אם יש קשר מיידי וישיר בין כל אלה לבין שלילת מענק מקאל. ספק רב בעינינו.</p>
ו	ו	<p>ראשית לכול נאמר, שטעמי המדינה לתמיכה באל-על טובים ויפים הם לעניין הובלתם של נוסעים, אך לא (בהכרח) לעניין הובלתם של מטעני ייצוא של תוצרת חקלאית. הנה היא קאל עומדת על מסלול ההמראה של מטוסי המטען; והנה היא אל-על העומדת על מסלול סמוך. על מסלולים אלה הצמודים זה-אל-זה – עליהם ולא בכל מקום אחר – תיבחן טענת ההפליה. ומה בין רחל לבין לאה? ואמנם, לו ניתן מענק לאל-על אך לכיסוי הוצאות האבטחה בהטסת נוסעיה – בעוד אשר היה עליה לשאת עצמה בהוצאות האבטחה של טיסות המטען – דומה כי לא היינו שומעים לקאל בטרוניה של</p>

הפליה. אלא שהמדינה נושאת במימון האבטחה של אל-על גם בטיסות המטען, ולא ידענו מה טעם כך בטיסות אל-על אך לא כך בטיסות המטען של קאל.

שנית, כל הצדקים שניתנו להענקת מענק לאל-על תקפים הם לעצמם, אך לא ידענו מה ביניהם לבין אי-נתינת מענק לקאל. קאל אינה מבקשת כי לא יינתן מענק לאל-על – לו ביקשה כי אז הייתה תשובת המדינה במקומה – אלא כי יינתן מענק אף-לה, כמוה כאל-על. האומנם טוענת המדינה כי "קיומה ואיתנותה הכלכלית" של אל-על תיפגע אם קאל תזכה אף-היא במענק? ודאי שאין היא טוענת כן. אם כך, מה היא טוענת המדינה ותישמע? המדינה ידעה לנמק היטב כורח התמיכה באל-על. הבחנה בין אל-על לבין קאל לעניין טיסות מטען – לא שמענו. רשאית המדינה להחליט כי ברצונה להעניק מתת-כסף למפעלי פלדה, למשל, או למאפיות; הממשלה קובעת סדרי-עדיפויות במשק, והכול יכבדו מדיניות המעגנת עצמה בחוק. ולו טענו מפעלי הפלדה או המאפיות כי הופלו לרעה ביחס לאל-על, לא היו נשמעות בטענתן, שאין אלה כזו. ואולם קאל כמוה כאל-על – שתיהן מוליכות מטעני חקלאות בבטן מטוסייהן – ודברי תשובתה של המדינה לאו דברי-תשובה הן.

ועל הכול: קאל מתחרה באל-על על הובלת מטעני חקלאות. אם נקבל את טענת המדינה כערכה על-פניה, יימצא לנו כי מתן מענק לאל-על ושליחת מענק מקאל, עשויים להביא לחיסולה של קאל – או, למצער, לפגיעה קשה בה – ולא יהיה פוצה פה ומצפצף. נשווה בנפשנו כי אל-על וקאל מְתַחֲרוֹת ביניהן על משלוח פלוני. בתנאי תחרות רגילים תזכה אל-על בנקל במשלוח: יהיה בכוחה להציע לשולח מחיר זול מזה שיהיה בידי קאל להציע, והרי הוצאותיה (באגף מטעני החקלאות) קטנות באופן יחסי. כך במשלוח אחד, כך במשלוח שני, וכך בכל המשלוחים כולם. אכן, איתנותה של אל-על תגבר ותלך, אך קאל תיעלם כמורל-הייתה. דוגמה זו תמחיש לנו כי הקביעה – הנכונה לעצמה – כי למדינה עניין בהמשך קיומה של אל-על, אין היא אוצרת כוח כדי להצדיק מתן מענק אבטחה לאל-על ושליחתו בה-בעת מקאל.

קאל מופלית לרעה

14. בראשית מסענו סברנו, לכאורה, כי לעניין מימון הוצאות האבטחה דינה של קאל כדינה של אל-על: ומה אל-על זוכה בהוצאות אבטחה כך זכאית אף קאל להוצאות אבטחה. בהמשך המסע בחנו טיעונים אלה ואחרים

א שאמורים היו, לגירסת המדינה, להבחין בין השתיים, ונמצא לנו כי אין בכוחם של אלה כדי לשנות תחנת מוצא, והרי אנו על עומדנו. ואמנם, דעתנו היא כי לענייננו שלנו דין קאל כדין אל-על: שתיהן מפעילות מטוסי מטען לייצוא מוצרי חקלאות, ושתיהן חייבות באותם אמצעים עצמם לאבטחת טיסותיהן; שתיהן נושאות באותן הוצאות; שתיהן עומדות על אותו מסלול המראה ואין כל טעם ראוי וצודק להבחין זו מזו.

ב 15. אגרקסקו מרכזת בידיה את מרב הייצוא של מוצרי-חקלאות מישראל, ולהובלת התוצרת לחוץ-לארץ נדרשת אגרקסקו גם לשירותיה של אל-על גם לשירותיה של קאל. גם אל-על גם קאל מובילות כל העת אותם מוצרי חקלאות עצמם, וורד פלוני או מלפפון אלמוני לא ידעו מראש אם ייסעו לחוץ-לארץ בבטן מטוס של אל-על או בבטן מטוס של קאל. רק עם עלותם למטוס ידעו הוורד והמלפפון מי הוא המוליך אותם באוויר (כפי שראינו, המטוס הוא לעולם מטוסה של אל-על, והשאלה היא אך מי היא החברה המפעילה אותו בעת מסוימת). יש זהות מוחלטת בדרך האבטחה ובאמצעי האבטחה של הטיסות, והרי אל-על וקאל כאחת: הן חברות התעופה הישראליות היחידות המובילות מטענים של תוצרת חקלאית לחוץ-לארץ, ויש זהות מוחלטת באופי פעילותן ובמטרותיהן לעניין הובלתם של מטענים.

ה בידוענו כל אלה, ובהכירנו כי לענייננו זהה קאל לאל-על, נשוב ונשאל את עצמנו: האם רשאית היא המדינה להעניק מתת-כסף לאל-על – לכיסוי הוצאות האבטחה שהיא נושאת בהן – ובה-בעת לשלול אותה מתת-כסף מקאל? אמנם כן: הצורך בקיומו של שוויון, ככל ששוכן הוא במעמקי לבנו, אין לראות בו חזות פני הכול, ויש שאינטרס אחר יגבר עליו (השוו: רובינשטיין בספרו הנ"ל (כרך א) [56], בעמ' 276 ואילך (יישומו של עקרון השוויון וסייגים לו); בג"ץ 114/79, המ' 451/78, 510 בורקאן נ' שר האוצר ואח' [27]; בג"ץ 528/88, בשג"ץ 335/89 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח' (פרשת אביטן [28]); פרשת שדולת הנשים [22]). ואולם השאלה היא, האם יימצא בענייננו אינטרס-מדינה שבכוחו לגבור על עקרון השוויון? דומה בעניינו, כי למרות יגיעתה של המדינה, לא נמצא לה – לא לה ולא לנו – אינטרס ראוי שבכוחו להכריע את עקרון השוויון. לא נמצא לנו כי קיומה או איתנותה של אל-על כמוביל לאומי ייפגעו אם נלך אחרי עקרון השוויון. ובהיעדר כל כוח-שכנגד יכריע עקרון השוויון: בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח' [29], בעמ' 277, מפ' השופט ברק; פרשת מילר [19], בעמ' 122.

16. מסקנה מתבקשת היא, לכאורה, שגם אם מלכתחילה לא קנתה קאל זכות למימון הוצאות האבטחה שלה, הנה בהימצא לנו כי מעמדה – לענייננו – זהה למעמדה של אל-על, זכאית היא לזכויותיה של אל-על. ראו עוד והשוו בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר ואח' [30], בעמ' 205. ושוב: המדינה החליטה בזמנו כי לא עוד תישא בהוצאות האבטחה של חברות התעופה והספנות, אך בצדו של כלל זה קבעה יוצא והוא באשר לאל-על. סטייה זו ממדיניות הייתה, אמנם, סטייה לגיטימית, אך תחול עליה ההלכה הקבועה ולפיה: "רשות ציבורית יכולה לסטות במקרה מיוחד מקווי מדיניות שקבעה לעצמה, ואם עשתה זאת במקרה אחד מטעמים מסויימים אפשר לחייבה לנהוג באותו אופן במקרה דומה כדי למנוע הפליה בין שווים": בג"ץ 11/63 יפו סן (מוצרי הדר) בע"מ נ' שר-המסחר והתעשייה ואח' [31], בעמ' 744.

מלכתחילה, אין לו לאדם פתחון-פה לתבוע מענק-מדינה על-פי חוק התקציב, ומתן מענקים למאפיות לא יזכה מפעלי-פלדה בטיעון-של-זכות. שונים פני הדברים בתמיכות הניתנות באותו ענף משק, ו"כאשר מדובר בתמיכות הניתנות למתחרים שונים במשק, ניתן לקבוע, כי הממשל חייב להנהיג קריטריונים אחידים לפחות באותו ענף כלכלי" (רובינשטיין בספרו הנ"ל (כרך ב) [56], בעמ' 786). יפים לענייננו דברי הנשיא שמגר בפרשת לשכת מפעילי אוטובוסים לתיוור [24], ובה אמר (שם, בעמ' 117):

"השאלה שלפנינו היא שאלה מובהקת של מדיניות כלכלית, אשר במסגרתה מחליטים הגורמים שהופקדו על כך, אילו ענפים במשק יזכו בסיבסוד פלוני, ואילו לא ייהנו ממנו, או מה שיעורו של הסיבסוד במקרה זה או אחר. לו היה לפנינו מקרה, בו ראתה הרשות לאבחן ללא טעם סביר בין שווים, היינו בין העוסקים באותו תחום מקצועי, הרי היה בית המשפט נוטה להתערב כדי למנוע מעשה של איפה ואיפה; אך בית המשפט איננו נוטה להתערב, כאשר המדובר בענפים שונים, אשר צירופם או אי-צירופם להסדר הוא בגדר הבחנה בין שונים ולא בין שווים".

אנו, ענייננו-הוא במציעתה של דברי הנשיא.

T

א 17. מאז נחרת בחוק-יסוד: חופש העיסוק, חופש העיסוק הוא זכות חוקתית במשפטנו. וכדברו של סעיף 3 לחוק היסוד:

”חופש העיסוק, כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד”.

ב סביב לחופש העיסוק בנה המחוקק גדרים וסייגים, והם בהוראת סעיף 4 לחוק היסוד:

”פגיעה בחופש העיסוק 4. אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו”.

ד אמרנו על כך בבג”ץ 3872/93 מיטראל בע”מ נ’ ראש הממשלה ושר הדתות ואח’ [32], בעמ’ 514:

”חופש העיסוק – אם תרצה: חירות העיסוק – אינו אך זכות במובנה הראשון בטבלת הופלד (liberty), והרי מציב הוא עצמו ככלל של זכות מהותית הגוררת בעקביה חובה; משכנו הוא ברמה של חוק (כיום – ברמה של חוק-יסוד) ועם חוק ישוחח כשווה אל שווה. לשון אחר: אין הרשות המבצעת, בראשה הממשלה, רשאית ומוסמכת לפגוע בחופש העיסוק או להצר אותו, וחייבת היא, תוך שימוש בסמכויותיה, לכבד את חופש העיסוק, אלא אם הוסמכה אחרת בחוק”.

ו כלשונו של סעיף 5 לחוק היסוד:

”תחול 5. כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב”.

ז המדינה חייבת אפוא לכבד את חופש העיסוק של האזרח והתושב, ואסורה היא לעשות שימוש בסמכויותיה אם יהיה במעשה כדי לפגוע בחופש העיסוק של אדם. בניסוח אחר: סמכויותיה של המדינה יש לראותן, מעיקרן,

כסמכויות שזכויות היסוד באות בתוכן, ובמקום שהמדינה אומרת לפגוע בחופש העיסוק, עליה הנטל להראות כי קנתה לכך סמכות בחוק. בבקעת-המריבה שאלה נאספו סמכויות-מדינה וזכויות-יסוד, ובהיעדר הוראה ספציפית אחרת במידרג מתאים של הנורמות, ידן של זכויות-היסוד תהא על העליונה.

18. והנה, בחינה מקרוב תגלה לנו, ולא להפתעתנו, כי מעשה הענקת הסובסידיה לאל-על ובצדו מחדל אי-הענקתה של סובסידיה לקאל, מעשה ומחדל אלה יש בהם, לכאורה, כדי לפגוע בחופש העיסוק של קאל. שכן, חופש העיסוק שקנתה קאל פירושו כהילכתו הוא, כי יינתן לה לעסוק בשלה בלא שהמדינה תתערב בעשייתה; חופש בעיסוק וחופש מהתערבות בעיסוק. ואולם, בתתה מענק לאל-על, ולאל-על בלבד, מעניקה המדינה יתרון בולט לאל-על על קאל – בתחרות בין השתיים על לבו של הלקוח – ועל דרך זה מתערבת היא באורח בוטה בחופש העיסוק של קאל. חופש העיסוק אין פירושו אך היתר לתחרות בזולת. חופש העיסוק משמיע מעצמו זכות לתחרות בלא התערבות המדינה. הענקת יתרון (מענק) לנפתלי בתנאי שוק חופשי, פירושה הוא, גריעה מזכותו של יששכר ופגיעה בחופש העיסוק שקנה, אפשר עד כדי הכנעתו וחסולו כגוף פעיל בשוק. לא יקשה עלינו להבין כי לו אחרת אמרנו, כי-אז כמו הצמתנו במו-ידינו את חופש העיסוק, ולמצער, צמצמנו אותו עד לבלי-הכר. חופש העיסוק אין פירושו החופש להפסיד בעסקים או "לרעוב תחת הגשר". חופש העיסוק במובנו המהותי משמיע אף הטלת איסור על המדינה להתערב בתחרות החופשית על דרך הענקת סובסידיה לנפתלי ושליטתה בה-בעת מיששכר, מתחרהו של נפתלי בשוק. ראו עוד והשוו בג"ץ 292/78 אולפני הרצליה בע"מ נ' שר האוצר ואח' [33].

פגיעה ישירה בחופש העיסוק אסורה היא אלא אם קנתה לעצמה שביתה בחוק – זה עיקרון עמנו מאז בג"ץ 1/49 בז'רנו ואח' נ' שר המשטרה ואח' (הילכת בז'רנו [34]) – והנטל הוא על המדינה להצביע על חוק תקף המייפה את כוחה לפגוע בעיסוקו של פלוני. הענקת סובסידיה למתחרה בשוק פועלה היא כפועלה של פגיעה ישירה. הנה-כי-כן, בחינת ענייננו מצדו של חופש העיסוק תוליך אותנו – אף-היא – אל אותה מסקנה שאלה הגענו גם בלא להידרש לחופש העיסוק. אלא שזו הפעם עלה איסור ההפליה בגרס-המעלות והגיע למעלה של איסור חוקתי.

19. וכך אף באשר למונופולין המוענק בידי המדינה. מונופולין הוא אויבו-בנפש של חופש העיסוק, ועל הרע שבו עמד מ"מ הנשיא, השופט שי' ז' חשין,

בבג"ץ 125/57 אניות מיכל ומשא בע"מ נ' שר-האוצר ואח' [35]. הדברים נאמרו לפני כארבעים שנה, אך טעמים עמד בס וריחם לא נמר. וכה אמר השופט חשין (שם, בעמ' 1501):

א

"המונופולין לאחד כרוך בדחיקת רגלי האחרים מן התחום שעליו הוא משתרע ומונע משום כך התחרות חפשית והורדת מחירים. כל העלאה של מחירים – וכן אי הפחתתם – מונעת מן הצרכן את האפשרות לרכוש לו מצרכים אחרים, שהוא רוצה בהם. המונופולין משעבד את הציבור לבעלי-המונופולין ומאלצו לצרוך סחורה ירודה בטיבה ולעתים גם להסתפק במועט, מבחינת הכמות. המונופולין, וביחוד מונופולין שאת חלק הארי שבו נוטלים דוקא תושבי חוץ, כמו במקרה שלנו, עשוי להבטיל פועלים מקומיים ממלאכה ולעשותם תלויים בחסדי הציבור. במקום ההתחרות החפשית בשוק, מביא המונופולין לידי שיתוף פעולה הדוק בין הממשלה ובעלי היכולת המרובה ('חברות ההובלה', טוען בא-כוח המשיבים עצמו, 'יכולות לקיים קראניות סדיר, מה שאין כן המבקשת'), ואלה הם המועטים בציבור, לדיכוי הרבים. ואין לדבר סוף: היום ניתן מונופולין על הובלת עצים מפינלנד; מחר יינתן לחברה אדירה אחרת מונופולין על הובלת בשר מיוגוסלביה; מחרתיים ישתלט מישוהו אחר באמצעות מונופולין על הובלת נפט מוונצואלה ולאחר חודש על מכונות מגרמניה ועל מוצרי תעשייה אחרים משווייץ ומאמריקה. ובמה ימצא האיש הקטן במדינה את לחמו? ואין זו שאלה של כלכלה בלבד. צופה ועולה גם הגורם החברתי: המונופולין נוטה ליצור שדרה מיוחסת, סגורה, בעלת זכויות-יתר, אנשים מטיפוס 'האדם העליון', כנגד האנשים הקטנים, פחותי-הערך הסובבים אותו והמשועבדים לו".

ב

ג

ד

ה

ראו עוד: בג"ץ 734/88 התאחדות בעלי המלאכה והתעשייה, אשקלון נ' עיריית אשקלון ואח' [36]; בג"ץ 2505/90 התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל ואח' נ' שר התחבורה ואח' [37]; בג"ץ 311/60 י' מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר-התחבורה ואח' [38]. בשל כל אלה נקבע כלל – מקורו במשפט המקובל – שאין אדם קונה מונופולין מן המדינה אלא אם זכה בו בתוקף חוק מפורש, וזה משפט הארץ. כך היה לפני היות חוק-יסוד: חופש העיסוק, וחוק היסוד הוסיף והטיל איסורים והגבלות על היכולת לפגוע בחופש העיסוק.

ו

ז

- ענייננו־שלנו אין הוא במונופולין – בוודאי לא במונופולין במובנו המצומצם – שהרי המדינה לא העניקה מונופולין לאל־על להוביל מטעני חקלאות לחוץ־לארץ. ואולם, בחינה מקרוב תגלה לנו – שוב: שלא להפתעתנו – כי קירבנו עצמנו אל המונופולין. ההבדל אינו אלא הבדל של דרגה. במונופולין מעניקה המדינה זכות בלעדיות לפלוני לעיסוק בתחום מסוים, ואותה זכות בלעדיות – בהיותה מה שהיא – מוציאה אחרים מן השוק: מתחרים־בפועל ומתחרים־בכוח. בענייננו־שלנו עושה המדינה – אפשר שלא ביוזעין ושלא־בכוונה – לדחיקת רגלי המתחרים מן השוק. אכן, שלא כבמונופולין, סילוק המתחרים אינו נעשה באבת־חרב. התהליך פועל אט־אט – אך לעולם פועל הוא בבטחה. לעתים לא יוכל עוסק בענף פלוני להמשיך בעיסוקו אלא אם יזכה בתמיכת הרשות, ובאין תמיכה יפרוש וייעלם. ואולם, גם במקום שבו הענקתה של טובת הנאה לפלוני – תוך אי־הענקתה לאלמוני, המתחרה בו – לא תביא לפרישתו של אלמוני מן השוק, הנה הפגיעה בו פגיעה רעה היא כמעט כפגיעת המונופולין. ועל פגיעה זו נאמר: ומה מונופולין שאותו מעניקה המדינה (מונופולין דה־יורה) אין אדם זוכה בו אלא מכוחו של חוק מפורש, כך סובסידיה לפלוני, תוך שלילתה מאלמוני המתחרה בו, אין המדינה מוסמכת לתתה כך אלא מכוחו של חוק מפורש (ולאחר חוקי היסוד – גם במגבלות שנקבעו בהם). הענקת סובסידיה לפלוני הפועל בשוק תוך שלילתה ממתחרהו השווה לו, אינה אלא התערבות במשחק הכוחות החופשי, וכמוה כחדירה פולשנית לגופו של השוק: אסורה היא בין מכוח עקרון השוויון ואיסור ההפליה, בין מכוח עקרון חופש העיסוק, בין מכוח איסור המונופולין והכוח המניע איסור זה.

וּמִנְגַד סִבְסוּד הַיִּיצוּא הַחֲקֵלָאִי, או: מִי אֵת קֵאל?

20. מוסיף וטוען בא־כוח המדינה: אם נפשוט את העתירה ממחלצותיה, נגלה כי ענייננו אין הוא אלא בדרישה למתן מענק לחקלאים – והוא מענק נוסף למענקים הניתנים כיום לחקלאים, לעידוד הייצוא החקלאי. לשון אחר: מענק לקאל אינו אלא מענק לחקלאים. קנקן הוא קאל, תוכו של קנקן הם החקלאים. ואם במענק לחקלאים ענייננו, כך מוסיפה וטוענת המדינה, אין אנו נכונים להעניק להם מענק נוסף על המענקים שבהם זוכים הם כיום. לשון אחר: קאל אינה אלא הדגל – דגל המלחמה – אך בבחינתה המהותית של טענת ההפליה אל־לנו לבחון את הדגל אלא את נושא־הדגל, את החקלאי. נראה ללבב ולא אך לעיניים. ומשנתבונן בחקלאי נדע כי טענת ההפליה אינה אלא טענה שתוכנה מקסם־שווא. בלשון ימינו: טעות אופטית. להבנת הדברים שומה עלינו להוסיף ולעמוד על טיבה של מערכת היחסים בין קאל, לאגרסקו ולחקלאים, וזאת נעשה עתה.

21. בעליה של קאל הם מרב הסקטורים החקלאיים בישראל, וזו חלוקת המניות בה :

	אחוז מההון	אחוז מזכויות ההצבעה
א		
1. ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות עובדים בישראל בע"מ	56.65%	56.65%
ב		
2. המועצה לייצור ולשיווק של פרחים, פקעות וצמחי נוי	17.85%	17.85%
3. מועצת הפירות (יצור ושיווק)	7.65%	7.65%
ג		
4. המועצה לייצור ושיווק של ירקות	17.85%	17.85%

נוכל לומר אפוא, כי קאל היא בבעלות החקלאים. ייצוא מוצרי החקלאות נעשה בעיקרו בידי אגרקסקו, המצויה אף היא, ולו בחלקה, בבעלות החקלאים (אגרקסקו היא "חברה מעורבת" כהוראת הדיבור בחוק החברות הממשלתיות, ובעלי המניות בה הם, בין השאר, מדינת ישראל, "תנובה" ומועצות ייצור שונות שבעבורן מייצאת אגרקסקו תוצרת חקלאית). הואיל וקאל נועדה לשרת את הייצוא החקלאי, נגזר היקף פעילותה מהיקף התוצרת החקלאית המיוצאת בידי אגרקסקו (שכן קאל אינה משרתת את היצואן הבודד). הסדרי התשלום בעבור ההובלה הם אלה (ולענייננו עתה נפשט אותם), שאגרקסקו משלמת לקאל בעבור טיסותיה, וכך פועלת קאל לפי בסיס של עלות המובטחת לה בכל מקרה. במקביל לכל אלה, תומכת הממשלה בייצוא החקלאי בדרכים מספר, וביניהן – סובסידיה להבטחת מחירי מינימום למגדלי הירקות והפרחים.

על יסוד כל אלה טוענת המדינה כי קאל והחקלאים – חד הם. אכן, לקאל אישיות משפטית משל עצמה; לאגרקסקו אישיות משפטית לעצמה והחקלאים, וכל אחד מהם, הם לעצמם. ואולם, אם נסיר מחלצות ונתבונן בתוכם של דברים, נגלה כי אין אנו עוסקים אלא בחקלאי המייצא תוצרתו לחוץ-לארץ. קאל ואגרקסקו אינם אלא מכשירים בידי החקלאי, ומכאן שסובסידיה כי תינתן לקאל, כמו ניתנה הסובסידיה לחקלאי. יש לראות את כל המערכת כולה כמרוכזת בחקלאי המייצא, והשאלה שלעניין תהיה אפוא זו: האם נכון וראוי הוא לחייב את המדינה לתת סובסידיה (נוספת) לחקלאי

א (על דרך מימון הוצאות האבטחה של קאל)? תשובת המדינה היא בשלילה, שלדעתה אין בידי החקלאי (קרי: קאל) עילה משפטית לדרוש סבסוד בעבור מוצרי החקלאות שהוא מייצא. האם צודקת המדינה בטענתה? להכרעה בטענת ההפליה, האם נכון וראוי הוא כי נרים מסך, נתעלם מאישיותה העצמאית של קאל, ונסה לגלות מי הם בעליה ומה הן זכויותיהם?

ב 22. ענייננו בעקרון השוויון ובאיסור הפליה, וידענו מכבר להבדיל ולהבחין בין שוויון "טכני" (או "פורמאלי") לבין שוויון "מהותי": בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח' (פרשת ברגמן [39]); בג"ץ 246/81, 260 אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור ואח' (פרשת דרך ארץ [40]); בג"ץ 141/82 רובינשטיין ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח' (פרשת רובינשטיין [41]). וגם זאת ידענו, ששוויון "מהותי" אינו "שוויון" לאמיתם של דברים, אלא הגינות וצדק, אם תרצה: שוויון צודק. בבית השוויון המהותי ישכנו להם גם שוויון גם צדק, ויד אחרון על העליונה. ובלשונו של השופט אור בפרשת אביטן [28], בעמ' 299:

ד "עקרון השוויון בא לשרת מטרה של השגת תוצאה צודקת. לא השוויון ה"טכני" או "הפורמאלי" הוא הראוי להגנה, אלא השוויון המהותי, דהיינו השוויון בין שווים. בני האדם, או קבוצות בני אדם, שונים לא אחת זה מזה או זו מזו בתנאיהם, בתכונותיהם ובצרכיהם, ולעתים יש צורך להפלות בין מי שאינם שווים כדי להגן על החלש או הנזקק, לעודדו ולקדמו. שוויון בין מי שאינם שווים אינו, לעתים, אלא לעג לרש. לפיכך, השאלה המתעוררת כשנטענת טענת הפליה אינה רק אם פלוני מופלה לטובה לעומת אלמוני, אלא יש גם לברר, אם ההפליה היא בלתי מוצדקת. דהיינו, האם מסיבות זהות גררו אחריהן יחס שונה. ההבחנה בין מסיבות שונות, מאידך, אין בה משום הפליה".

ה הוא שאמרנו בראשית דברינו: תשתית התשתיות היא בהגינות וביושר-הלבב, והשאלה בכל עניין ועניין תהיה: בעשותה כך ובחודלה אחרת, האם נהגה המדינה בהגינות או שלא-בהגינות, ביושר-לבב או שלא ביושר-לבב? (להסרת ספקות נוסף, שבחינת ה"הגינות" תיעשה על-פי אמות-מידה אובייקטיביות).

האם מדברים אנו עתה בשוויון מהותי או בשוויון פורמאלי? דומני שהתשובה לשאלה פשוטה. לו העסקנו עצמנו בפירוש התיבה "שוויון" שנקבעה בדבר־חוק חרות (כפי שהיה בפרשות ברגמן [39], דרך ארץ [40] ורובינשטיין [41]), כי־אז שומה היה עלינו לנסות ולרדת לחקרו של אותו "שוויון" בהקשרו; אגב הילוך הפרשנות היינו נדרשים לשאלת ההבחנה בין שוויון פורמאלי לבין שוויון מהותי, ולסופה של דרך, ועל־פי הפירוש המתבקש לחוק, היינו מציעים לפסוק כך או אחרת. ואולם אנו, ענייננו עתה הוא בשוויון – ובאיסור הפליה – שעל־פי ההלכה, קרי: שוויון כבן להגינות ולצדק, ופשוט הוא אפוא, שבשוויון מהותי עיסוקנו. ראו עוד והשוו: פרשת סן הרשקו הנ"ל [5]; בג"ץ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה ואח' [42], בעמ' 21-20.

23. בהחילנו עתה על ענייננו את עקרון השוויון המהותי, מה דין טענת המדינה כי אין־לה לקאל לתבוע זכות שאל־על קנתה? בחינת הדברים מקרוב תלמדנו, כך דומה עליי, כי יקשה עלינו לשלול את צדקת טענתה של המדינה. אכן, סיבסוד 80% מהוצאות האבטחה של קאל יביא לשוויון פורמאלי־טכני בין שתי החברות מבחינת עלות ההובלה. ואולם, אם הגינות, יושר וצדק חיפשנו – והרי אלה הם היסודות היוצרים את עקרונות השוויון המהותי ואיסור ההפליה – דומה כי לא נוכל להתעלם מאותם גורמים המחזיקים את קאל על כתפיהם. בסוף כל הסופות, קאל אין היא אלא מכשיר משפטי־טכני בידי בעליה, בידי החקלאים: כל שיש לה – להם הוא, וכל שהיא מקבלת – קיבלו הם: מה שקנה עבד קנה רבו. סובסידיה כי תינתן לקאל – סובסידיה לחקלאים היא, ולא נצדק אם נתעלם מאמת זו. בדוגמה פשוטה: לו היו החקלאים מייצאים ישירות את תוצרתם במטוס שחכרו (במטוס "שלהם") – בלא להידרש לקאל ולאגרוסקו – דומה שהכול היו מסכימים כי ההשוואה הנכונה אמורה הייתה להיות בין החקלאים מזה לבין אל־על מזה. ודומה עליי כי קיומן של קאל ושל אגרוסקו – בתורת שכאלו – אסור לו שיטוח את עינינו מראות את המציאות נכוחה. מכאן, שההשוואה הנכונה באותו שוויון "מהותי" לא עוד תהיה בין אל־על לבין קאל, אלא בין אל־על לבין החקלאים עצמם. ואם עד כה בדקנו את השווה והשוונה בין קאל לבין אל־על, הנה עתה נבדוק שוויון ושוני "רלוונטיים" בין החקלאים לבין אל־על. על דרך זה נגלה אם נהגה המדינה בהגינות ובצדק – קרי: בשוויון מהותי וללא הפליה פסולה – ובסופה של הדרך נפסוק דין.

24. בדיקת הדברים על דרך זו מחייבת אותנו, כמובן, לשדד מערכות ולשנות נתונים. סברנו עד-כּה כי מדברים אנו בשתי חברות תעופה – ובהענקת מתת-כסף אך לאחת מן השתיים – והנה מתגלה לנו, כמו-לפתע, כי ענייננו אין הוא בשניים שהם שווים-לכאורה, אלא בשניים שהם שונים-לכאורה. הכול יסכימו כי אין דמיון-לכאורה בין חקלאים מייצאים תנובת-האדמה לבין אל-על, והרי עיסוקיהם שונים: אלה מגדלים ומייצאים וזו מוליכה באוויר. היכן הוא אפוא היחס המפלה בין שווים? יתרה מזאת: ציפורן פלוני או כרובית אלמונית לא ידעו מראש אם יעזבו את הארץ על-כנפי אל-על או בבטנה של קאל, ואולם כל הציפורנים וכל הכרוביות ההולכים לחוץ-לארץ – של החקלאים הם, אותם חקלאים שהם הבעלים של קאל. פירוש הדברים אינו אלא זה, שחלק מייצוא התוצרת החקלאית של החקלאים יעזוב את הארץ במטוס אל-על וחלק אחר מייצוא התוצרת החקלאית של החקלאים יעזוב את הארץ במטוס קאל (קרי: במטוס החקלאים). בנסיבות אלה נתקשה למצוא את הפלייתם של החקלאים לרעה. טענת ההפליה היא כמו שלא-מן-העניין כלל.

א

ב

ג

לו ניתן מענק לקאל לכיסוי הוצאות האבטחה, כי אז הייתה היא זוכה לטובת-הנאה במישרין, והחקלאים היו זוכים לטובת הנאה, בין במישרין בין בעקיפין. במישרין, על דרך קבלת המענק עצמו, ובעקיפין: קבלת המענק הייתה פותחת פתח לפני קאל להפחית את מחירי ההובלה (הטבת-מישרין), והפחתה זו הייתה מחייבת את אל-על להפחית אף-היא את מחירי ההובלה (הטבת-עקיפין). משנשלל המענק מקאל, נפגעים החקלאים – בין במישרין בין בעקיפין. לכאורה אפוא ענייננו הוא בשניים: בקאל ובחקלאים. שניים אלה מונחים על כף אחת, יחדיו יעלו ויחדיו ירדו. פגיעה באחד היא פגיעה בחברו והנאה לאחד היא הנאה לחברו. ובכל-זאת שונים הם השניים. אם מדברים אנו בקאל – כחברת תעופה לעצמה – קשה שלא לומר כי נושאת היא בהפליה בהשוואתה לאל-על. בה-בעת, אם ענייננו הוא בחקלאי – וזו היא אמנם תחנת המוצא לדיונו עתה – לא יהיה זה נכון לצמצם את הבירור לנושא המענק הניתן להובלתם של מטעני חקלאות לחוץ-לארץ. מן הראוי יהיה להרחיב את הדיון לנושא כלל המענקים שהחקלאי זוכה בהם, ובמכלול זה נבדוק – כאחד הפריטים – את סוגיית המענק להובלה באוויר. לשון אחר: מערכת כספית כוללת ומורכבת – מעין חשבון עובר-ושב – מקשרת בין המדינה לבין החקלאים. היא זה אך מוזר ומלאכותי אם נשלוף פריט אחד מבין פריטים רבים העושים אותה מערכת, ונחיל עליו דין כמו חי הוא הנושא

ד

ה

ו

ז

את עצמו. לא כך ייעשה במערכת של כלים-שלובים או במערכת אורגנית המתפקדת בתיאום בין אבריה. נוסיף ונזכיר גם את אפשרות הסבסוד-הצולב, אך לא נאריך.

א

גיבורנו הראשי הוא אפוא החקלאי: הוא הניצב במרכז הבימה ואותו נשטוף באור הזרקורים. וכך, בדיקת הדברים מקרוב תגלה לנו, כי החקלאי בישראל נהנה מתמיכת-מדינה לאורך כל תהליך הייצור והייצוא, החל במחירי הקרקע, המשך במחירי המים ותשומות חקלאיות אחרות, וכלה בהבטחת מחירי הייצוא. לרקע כל אלה, כך טוענת המדינה, אין זה ראוי לנתק חוליה אחת באותה שלשלת ארוכה – חוליית המענקים הניתנים לייצוא – ולטעון בגינה להפליה כביכול.

ב

ג

25. מראשית הדברים אפוא – מראשיתם ומעיקרם – אין כלל מקום לטענת הפליה. עניינם של החקלאים אצל אל-על דומה לעניינן של המאפיות אצל מפעלי הפלדה, ואין צד שווה בין השניים: אלה לעצמם ואלה לעצמם. ואולם, גם אם אמרנו כי יש מכנה משותף בין השניים; כי ראוי להשוות בין החקלאים לבין אל-על, גם-אז, נכון יהיה אם יניחו החקלאים בקדרת טיעונם כלפי המדינה כל אותן סובסידיות שהם זוכים בהן, סובסידיות המאפשרות להם להניח מלפפון וציפורן, ורד וכרובית אצל כבש המטוס. אכן, אם יוותרו החקלאים על כל הסובסידיות הניתנות להם – כחקלאים – דומה כי יהיה טעם לטענתם על דבר הפלייתם לרעה – קרי: הפלייתם של קאל – לעומת אל-על. ואולם אין זה ראוי כי ניתן להם, לחקלאים, להכניס בבית-גנזים שלהם כל סובסידיות אחרות שהם זוכים בהן – להתעלם מקיומן של אותן סובסידיות כמו-לא-היו – ולטעון אך בגין סובסידיה של הובלה בקאל.

ד

ה

ו

הממשלה כמו אומרת היא לחקלאים המייצאים לחוץ-לארץ: השנה אומרת אני לתת בידכם מענק של כך-וכך שקלים: חלקו יינתן לכם במחירי קרקע, חלקו במחירי מים, חלקו בתשומות אלו ואחרות וחלקו בהבטחת מחירי ייצוא. אין בכוונתי להעניק לכם מעבר למה שהענקתי – בעיקר: לא אעניק לכם סובסידיה למימון אבטחת טיסותיה של קאל – והרי חייבת אני במענקים גם למגזרי משק אחרים ולשטחי חיים אחרים. אם אלה פני הדברים – ודומה שאלה הם פניהם – כיצד יכולים הם החקלאים כך לנתק הובלה לחוץ-לארץ מחוליות קודמות לה, ולטעון להפליה בעניינה של הובלה בלבד? המחמירים יוסיפו ויטענו נגד קאל – קרי: נגד החקלאים – כי גם

ז

א סובסידיה הניתנת לאל-על כמוה כסובסידיה לחקלאים, ולו בעקיפין, שהרי עם קבלת הסובסידיה מן הממשלה יכולה אל-על להפחית מחירי הובלה לחקלאים המייצאים, והנה הסובסידיה לאל-על כמוה כסובסידיה לחקלאים. אנו לא נאמר כך, ביודענו כי מחירי אל-על נקבעים (בין השאר) על-פי מחירי קאל, אך תשובה ראויה לטענת המענקים האחרים הניתנים לחקלאים – לא שמענו.

ב 26. כללם של דברים: משנבחן את העתירה במשקפי סבסוד הייצוא החקלאי בכללו, לא עוד תיוותר טענת ההפליה. תקציב המדינה נחלק לפי מערכת של קדימויות, ולענייננו-שלנו נאמר, כי בחלקו ניתן הוא לאל-על כמוביל לאומי וחלק אחר בו ניתן לסבסוד הייצוא החקלאי. סובסידיה זו לכאן וסובסידיה זו לכאן, וכל אחת מהן היא לעצמה; החקלאים אינם "שווים" לאל-על – אלה בשלהם וזו בשלה – ומשנפלה טענת ההפליה ממילא לא נמצא לנו כי נפלו פגם או סירכה בשיקול-דעתם של המשיבים בהחליטם את שהחליטו.

ד 27. דיברנו ארוכות בטענת ההפליה והסקנו מסקנה שהסקנו. אותם דברים עצמם יכולים שייאמרו – בשינויים המחויבים מן העניין – גם באשר לחופש העיסוק.

ה לעניינו של חופש העיסוק אמרנו, כי הענקת סובסידיה לגוף עסקי פלוני, ושלילתה של אותה סובסידיה – בה-בעת – מגופים המתחרים באותו גוף, מַדְמֹות עצמן למונופולין המוענק שלא-כדין. במה דברים אמורים, בתנאי שוק פתוח וחופשי. לא אלה הם התנאים שבהם פועלות קאל ואל-על. קאל – קרי: בעליה החקלאים – מסתופפים זה מכבר בבית-הסובסידיות, וממילא לא תישמע מפייהם טענה של שוק חופשי במובנו הנקי של המושג. חופש העיסוק לא לבדד ישכון, ובחינתו תיעשה, על דרך העיקרון – כמוהו כטענת ההפליה – על-פי מבחן מהותי ולא על-פי מבחן פורמאלי. ובאמרנו כי מבחנו של חופש העיסוק מבחן מהותי הוא, כמו הוספנו ואמרנו: זו עיקרה של התורה, ואידך נלמד בפרק על ההפליה.

ז תשובה בדומה נשיב לטוען כי הסובסידיה אמורה להינתן למעשה ההובלה באוויר, וכי בבחינתו של מעשה ההובלה, דמה של קאל אדום כדמה של אל-על. באמצעו מבחן מהותי להכרעתנו, לא נוכל להתעלם מההטבות

האחרות הניתנות לחקלאים. אכן, האמת אחת היא – מעשה־מיקשה היא – והיא תישאר אותה אמת בין שנשקיף עליה מצדה, ממעל־לה או מתחת־לה.

א

28. משאמרנו דברים שאמרנו, נמהר ונוסיף סייג בצדס: לדעתנו, כאמור, לא תיכון טענת הפליה המועלית בפי קאל על רקע הנתונים כפי שהוצגו לפנינו. ואלה הם הנתונים: אל־על היא חברה ממשלתית – בתורת שכזו מוכרת היא כמוביל הלאומי – ובצדה מחזיקה קאל כיום במטוס אחד העושה דרכו מן הארץ לאירופה, ובחזרה, כשישה חודשים בשנה, ובטנו עמוסה כל העת בדרכו אל־חוץ בתוצרת חקלאית של ישראל. לשון אחר: קאל פועלת בתפוסה מלאה; מוליכה היא תוצרת חקלאית במחירי הובלה שאין בהם הפסד; מתכונת פעילותה מובטחת לה, והלכה למעשה אין תחרות (יומיומית) בין אל־על לבין קאל. אם ישתנה נתון מנתונים אלה, עשויה התמונה להשתנות מעיקרה. למשל: אם יסתבר כי פעילות ההובלה של קאל היא פעילות הנושאת הפסדים, שלא באשמתה של קאל (ולעניין זה נראה את קאל ואת אגרקסקו – המבטיחה מראש את תעסוקתה המלאה של קאל במחירי עלות – כיחידה אחת), כי אז נכון יהיה לבדוק את כל המערכת מחדש. אם כך יהיה, אפשר לא עוד תישמע המדינה בטענה כי קאל והחקלאים חד־הם, ולא עוד יהיה הצדק לראות את קאל כחוסה תחת כנפי הסובסידיה הכוללת שהחקלאים זוכים בה. במקרה מעין־זה תעמוד קאל על רגליה־שלה. קאל תעלה על הבימה בצדה של אל־על, ונשמע מפיה טענת שוויון ואיסור הפליה. אלא שטרם הגיעה העת לכל אלה, ולא נדע מראש מה תהא ההכרעה במקרה מעין־זה. לא ידענו נתונים שלעניין, ולא נחוה דעתנו על טיבה של ביצה שטרם נולדה.

ב

ג

ד

ה

29. ולבסוף: בחוות־דעתנו אמרנו לבחון מעשי־ממשלה בכלים־של־משפט. שאבנו נורמות מבאר־המשפט, ועשינו כמיטבנו להעביר את פעילות הממשלה בכור־המצרף של נורמות אלו. ואולם, עיסוקנו לא היה אלא בחוקיות מעשי הממשל. לא העסקנו עצמנו לא ביעילות פעולות הממשלה ולא בשאלה אם טוב או אם רע עושה היא. פעילותה של קאל הביאה לירידה ניכרת במחירי ההובלה של תוצרת חקלאית אל־מחוץ למדינה. אל־על התאימה עצמה לתנאי־תחרות שלא ידעה קודם היות קאל, וכדרכה של תחרות במיגזרים אחרים כך אף בענייננו הביאה התחרות להפחתה במחירי ההובלה. עתה, אפשר שמדיניות הסובסידיות במיגזר האבטחה תפגע בתחרות הטובה שהייתה, ולא נדע מה יהיה. דיברנו על הסובסידיות הניתנות

ו

ז

לחקלאים לבר־הוצאות האבטחה, ואפשר הגדלת הסובסידיות במקומות אלה תפתור את השאלה. אפשר כן ואפשר לא. כל שאלות אלו – הן ושאלות אחרות בדומה להן – לא מתחומנו הן. לא צוידנו בכלים ראויים לפותרן ולא ידענו כיצד לפותרן. מכל מקום, משלא הובאו לפנינו כל הנתונים שלעניין ממילא לא יעלה בידינו לתת תשובה ראויה לשאלה שלא נשאלנו.

א

30. והערה לסיום: בין בעלי־הדין נתגלעה מחלוקת בשאלה אם יש ואם אין תחרות בין קאל לבין אל־על על הובלת מטענים בטיסות חוזרות, ומה השפעה נודעת לטיסות החוזרות על כלל ההכנסות וההוצאות. בחילוקי־דעות אלה נשתרבה אף שאלת היחס בין קאל לבין אגרסקו, כאשר המדינה טוענת כי בהוצאות קאל כולן נושאת אגרסקו, ומכאן ששלילת סובסידיה מקאל לא תפגע בה כלל. חילוקי־דעות אלה כולם נותרו סתומים, לא זכינו לקבל נתונים על טיסות חוזרות, ולענייננו עתה נראה אותן טיסות כפעילות הנטמעת בכלל פעילותה של קאל.

ב

ג

הבטחה שלטונית

ד

31. טוענת קאל כי ניתנה בידה "הבטחה שלטונית" שמימון הוצאות האבטחה יחול על המדינה (באמצעות אל־על), ולעניין זה מסתמכת היא על מכתבו של עוזר ראש־הממשלה מיום 22 בספטמבר 1976. אין בטענה זו ולא כלום. אותו מכתב – המהווה סיכום דיון – אין בו לא התחייבות ולא הבטחה, ואף אין הוא נחזה על־פניו כהבטחה הניתנת בידי בעל־סמכות בכוונה כי יותן לה תוקף משפטי. אין בו במכתב – ובאשר עקב אותו – אלא הצהרת כוונות על דבר מדיניות כיסוי הוצאות האבטחה. אכן, המדינה נשאה תקופת שנים אחדות בהוצאות האבטחה של קאל – כולן או חלקן – אך לימים סברו הרשויות כי יש ונכון לשנות אותה מדיניות. מדיניות, כל מדיניות, עשויה להשתנות – כפי שנשתנתה המדיניות בענייננו – אך "הבטחה שלטונית" בכל אלה לא מצאנו. לא נמצאה לנו הבטחה (או התחייבות) מפורשת וברורה אשר ניתנה בידי בעל־שררה בגדר סמכותו החוקית ובכוונה כי יהיה לה תוקף משפטי. בהיעדר ראיה מעין־זו דין הטענה להידחות. ראו וחשו: בג"ץ 135/75, 321 סאי־טקס בע"מ ואח' נ' שר המסחר והתעשייה [43], בעמ' 676; בג"ץ 3246/92 הר־עוז ואח' נ' שר הביטחון ואח' [44], בעמ' 307; בג"ץ 4225/91 גודוביץ נ' ממשלת ישראל ואח' [45], בעמ' 786.

ה

ו

ז

- א 32. מסענו תם, ועילת-זכות בידיה של קאל לא נמצאה לנו. אציע אפוא לחבריי כי נדחה את העתירה ונבטל את הצו-על-תנאי. עוד אציע, כי לא נחייב את קאל בתשלום הוצאות.

השופט ת' אור

- ב אני מסכים לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט חשין, כי דין העתירה להידחות.

- ג כפי שמציין חברי, אחת מן הטענות המרכזיות שמעלים המשיבים בתשובה לטענת ההפליה שבפי העותרת היא, כי התמיכה באל-על על דרך ההשתתפות בהוצאות האבטחה של החברה קשורה לתפקידה הייחודי של אל-על כ"מוביל הלאומי" של מדינת ישראל בכל הקשור לתעופה אווירית. לכאורה, יש עוצמה ניכרת בטענה זו. כעולה מתצהיר התשובה מטעם המשיבים, אל-על מופקדת על הבטחת קיומו של הקשר האווירי הרציף של ישראל לעולם, הן בתחום הובלת הנוסעים והן בתחום הובלת המטענים. אל-על ממלאת תפקיד חיוני זה גם בזמני מצוקה וחירום, כמו מלחמת המפרץ, שבהם הסיכון בקיום התעבורה האווירית עלול להיות גבוה, והכדאיות בה נמוכה. על-כן, ניתן לסבור כי המדינה רשאית להביא מאפיין ייחודי זה בחשבון במתן תמיכה לאל-על, ובהעדפתה על פני חברות אחרות אשר אין מתקיים בהן מאפיין דומה.

- ד עם זאת, איני רואה צורך לבסס את הכרעתי על שיקול זה, שכן לדעתי דין העתירה להידחות מן הטעם שעליו עומד חברי השופט חשין. בנסיבות מקרה זה הגשמת עקרון השוויון במובנו המהותי מחייבת התבוננות במציאות הכלכלית כהווייתה (השוו בג"ץ 823/90 סיעת בת"ם 1 נ' מבקר המדינה [46], בעמ' 697-696 בפסק-דינו של חברי השופט ברק). אני מסכים עם המסקנה שאליה הגיע חברי, לעניין זה, ולפיה בחינה כזו מלמדת כי העתירה שבפנינו מכוונת, לאמיתו של דבר, להביא לסבסוד עלות ההובלה לחוץ-לארץ בעבור החקלאים, אשר כפי שהראה חברי, הם בעליה של ק.א.ל. באמצאות הסקטורים החקלאיים בישראל. על רקע זה אין מקום להיעתר לטענת ההפליה שבפי העותרת: ככל שמדובר באל-על ובחקלאים, אין מדובר

בהבחנה בין שווים (השוו, לקו מחשבה דומה, לדעת הרוב בבג"ץ 434/87 הנ"ל [5]).

לעניין זה יש לזכור, כי ק.א.ל. פועלת על בסיס עלות, המובטחת לה בכל מקרה. מכך עולה, כי התמיכה בהוצאות האבטחה של ק.א.ל. הייתה מביאה בהכרח להוזלת מחירה. זאת ועוד, נוכח הזהות בין מחירי אל-על לבין מחירי ק.א.ל. (סעיף 10 לתצהיר הנוסף מטעם העותרת) – זהות אשר טיבה ומקורה המדויקים לא לובנו עד תום על-ידי הצדדים – ניתן להניח כי מתן תמיכה לק.א.ל. היה מביא להפחתה דומה גם במחירי אל-על לחקלאים. כך הייתה גם הסובסידיה שניתנת לאל-על מתועלת בעקיפין אל החקלאים, אשר היו נהנים מסבסוד נוסף של עלות ההובלה לחוץ-לארץ בדרך האוויר. לא מצאתי כל עילה להתערב בהחלטת המשיבים, במסגרת סדרי העדיפויות שקבעו לעצמם, שלא ליתן סבסוד כזה לחקלאים, בנוסף על התמיכות האחרות הניתנות להם.

הנשיא א' ברק

צר לי, אך עליי לחלוק על דעת חבריי. אילו דעתי הייתה נשמעת היינו קובעים כי החלטת הממשלה, בדבר מימון הוצאות הביטחון של אל-על, מפלה שלא כדין את ק.א.ל. הבררה הנתונה לממשלה הינה אפוא זו: המשכת התמיכה באל-על, ובמקביל מתן תמיכה גם לק.א.ל.; ביטול התמיכה באל-על, וממילא הימנעות ממתן תמיכה לק.א.ל. אנמק בקצרה את עמדתי.

תחילת הדרך

1. דרך ארוכה עושה אני יחד עם חברי השופט חשין. בדרך זו, מניח אני את "נקודות הציון" הבאות: ראשית, כי בהחלטת הממשלה לממן הוצאות אבטחה יש משום סובסידיה; כי במתן הסובסידיה חייבת הממשלה לפעול בגדרי הדין. עליה להימנע משרירות או מחוסר סבירות. עליה לפעול בהגינות. עליה לחלק הסובסידיה על-פי עקרון השוויון. אמת, אין למקבל סובסידיה זכות לקבלה. אך יש למקבל סובסידיה זכות להקצאה שוויונית של הסובסידיות. בכוחה של הממשלה, על-פי מדיניותה, להפסיק את הסובסידיות. אך משהחליטה להמשיך בהן כלפי פלוני, היא חייבת – מכוח עקרון השוויון – להעניקן גם לאלמוני, עד כמה שפלוני ואלמוני שווים בתכונות שהן רלוונטיות למתן הסובסידיה.

	2. שנית, הערך והזכות בדבר השוויון מונחים ביסוד כוחותיה של הממשלה. הם הבסיס לכל סמכויותיה, בין בחלוקת סובסידיות ובין בכל פעולה אחרת. שלטון הפוגע בשוויון הוא שלטון הפועל ללא סמכות (בג"ץ 637/89 הנ"ל [30], בעמ' 201). כשם שפעולה שלטונית הנעשית מתוך שיקולים זרים, שרירות או חוסר סבירות, עשויה להיפסל, כך גם פעולה שלטונית הנעשית מתוך פגיעה בשוויון – כלומר, פעולה מפלה – עשויה להיפסל. עם זאת, השוויון אינו ערך "מוחלט". הוא אינו מעניק זכות "מוחלטת". השוויון הוא ערך יחסי. הוא מעניק זכות "יחסית". ניתן להצדיק פגיעה בשוויון, אם הפגיעה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, אם היא נועדה לתכלית ראויה, ואם היא אינה במידה העולה על הנדרש (ראו בג"ץ 3434/96 הופנונג ואח' נ' יושב ראש הכנסת ואח' (להלן – פרשת הופנונג [47]), בעמ' 70).	א
א		
ב		
ג	3. שלישית, הענקת סובסידיה ממשלתית לפלוני עשויה לפגוע בתחרות שבין פלוני לאלמוני, המצוי בתנאים דומים. חופש התחרות מונח, בין היתר, בבסיס חופש העיסוק המוגן בחוק-יסוד: חופש העיסוק. פעילות שלטונית, המעניקה סובסידיה אך לפלוני פוגעת בחופש העיסוק של אלמוני המתחרה עמו (ראו: בג"ץ 726/94, 878 כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח' [48], בעמ' 471; בג"ץ 28/94, 2917, 3113, 3674 צרפתי ואח' נ' שר הבריאות ואח' [49], בעמ' 817; בג"ץ 5277/96 חוד, חברה לתעשיות מוצרי מתכת בע"מ נ' שר האוצר ואח' [50]). פגיעה זו בחופש העיסוק עשויה להביא לביטול הפעולה השלטונית, אלא אם כן ניתן להראות כי הפגיעה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, שהיא נועדה לתכלית ראויה, ושהיא אינה במידה העולה על הנדרש (סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק).	ג
ד		
ה		
ו	4. רביעית, החלטת הממשלה, שלפיה המדינה נושאת במימון עלות האבטחה של אל-על, והשוללת מימון זה מחברת תעופה ישראלית אחרת, מהווה לכאורה החלטה הפוגעת בשוויון שבין אל-על לבין אותה חברת תעופה ישראלית אחרת. כפי שחברי השופט חשין מציין: "...קאל דומה לאל-על במרכיבים הרלוונטיים לנושא מימון הוצאות האבטחה...", ועל-כן מתן מענק לאל-על ושילתו מק.א.ל. מהווים לכאורה פגיעה בשוויון. לעניין זה, אין זו תשובה ראויה כי אל-על היא חברה ממשלתית – ואף מהווה מוביל לאומי – וק.א.ל. היא חברה פרטית. אם המדינה רוצה בטובתה של חברה "שלה" או בטובתו של המוביל הלאומי, עליה להחליט לתת לה מענק כיוון שהיא חברה שלה או כיוון שהיא מוביל לאומי. לו כך היה, היינו בודקים החלטה זו על-פי העקרונות המקובלים, ובהם עקרון השוויון. ואולם, עניין זה אינו עומד לבחינתנו, שכן זו אינה החלטת הממשלה. אך אם המדינה רוצה להעניק	ו

מענק לאל-על כיוון שיש לה הוצאות אבטחה הנובעות מהיותה חברת תעופה ישראלית, היא צריכה להעניק מענק דומה לחברות תעופה ישראליות אחרות. כך, למשל, אם המדינה סבורה כי ראוי לפצות את אל-על על שזו משביתה את מטוסיה בשבת, תתכבד המדינה ותביא נימוק זה למענקה. נימוק זה ייבחן לגופו. אך אם המדינה מעניקה מענק בגין הוצאות אבטחה, אין היא יכולה לבססו על פיצוי בגין השבתה של אל-על בשבת. מענק האבטחה עומד על רגליו הוא, ורגליים אלה מחזיקות – מכוח עקרון השוויון – גם מענקים לחברות ישראליות אחרות הנזקקות להוצאות אבטחה. בצדק ציין חברי השופט חשין כי "...לא מצאנו הצדק לאותו עירוב של מין-בשאינו מינו, לאמור לפיצויה של אל-על בשל הוצאות האבטחה שהיא נושאת בהן, אך בשל כך שהושבתה בשבת" (פיסקה 11 לפסק-הדין). מקובלים עליו אפוא גם דבריו, שלפיהם:

"...דעתנו היא כי לענייננו-שלנו דין קאל כדין אל-על: שתיהן מפעילות מטוסי מטען לייצוא מוצרי חקלאות, ושתיהן חייבות באותם אמצעים עצמם לאבטחת טיסותיהן. שתיהן נושאות באותן הוצאות; שתיהן עומדות על אותו מסלול המראה ואין כל טעם ראוי וצודק להבחין זו מזו" (פיסקה 14).

5. עד כאן הולך אני בדרך שנשללה על-ידי חבריי. מכאן ואילך נפרדות דרכינו: חברי השופט חשין – וחברי השופט אור עמו – קובע כי מן הראוי הוא "להרים את המסך". מאחורי ק.א.ל. עומדים החקלאים. "בסוף כל הסופות" – כותב חברי השופט חשין – "קאל אין היא אלא מכשיר משפטי-טכני בידי בעליה, בידי החקלאים..." (פיסקה 23). ההשוואה הנכונה, לדעת חברי, אינה בין ק.א.ל. לבין אל-על, אלא בין החקלאים לבין אל-על. שני אלה שונים הם. עקרון השוויון אינו דורש טיפול שווה כלפיהם. החקלאי לחוד, ואל-על לחוד. החקלאי זוכה לתמיכות אלו ואחרות, ורשאית הממשלה שלא ליתן לו תמיכה נוספת באמצעות ק.א.ל. מכאן, שאין כלל תחולה לעקרון השוויון ביחסים בין ק.א.ל. (קרי – החקלאים) לבין אל-על, ואין מתעוררת כל שאלה של הפליה. ואם ישאל השואל, מה צידוק יש "להרים את המסך" בעניין שלפנינו, תשובתו של חברי היא, כי עקרון השוויון הנבדק בענייננו הוא השוויון המהותי (לא הפורמאלי), וכי השוויון המהותי "אינו 'שוויון' לאמיתם של דברים, אלא הגינות וצדק, אם תרצה: שוויון צודק" (פיסקה 22 לפסק-הדין). ומשנעשית הבדיקה במבחנים של צדק, היא מצדיקה את הרמת

המסך, והעמדת החקלאים עצמם לעומת אל-על. "אם הגינות, יושר וצדק חיפשנו" – כותב חברי השופט חשין – "...והרי אלה הם היסודות היוצרים את עקרונות השוויון המהותי ואיסור ההפליה – דומה כי לא נוכל להתעלם מאותם גורמים המחזיקים את קאל על כתפיהם" (פיסקה 23 לפסק-הדין). הנמקה זו אין בידי לקבלה. אין בה כדי להסיר מהחלטת הממשלה את אופייה המפלה. את הצגת עמדת אחלק לשתיים. תחילה אעמוד על עקרון השוויון ודרכי הפעלתו. לאחר מכן אבחן את יישום דרכי הפעלתו של עקרון השוויון על נסיבות העניין שלפנינו.

עקרון השוויון ודרכי הפעלתו

6. השוויון הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי. השוויון הוא "ערך חיוני להסכמה החברתית המונחת ביסוד המבנה החברתי" (בג"ץ 869/92, 931 ז'ילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה ואח'; האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' מנכ"ל רשות השידור ואח' [51], בעמ' 707). השוויון הוא עקרון יסודי שעליו בנויה השיטה המשפטית שלנו (ראו א' ברק פרשנות במשפט כרך ב, פרשנות החקיקה [57], בעמ' 457), השוויון מהווה את "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (השופט לנדוי בבג"ץ 98/69 הנ"ל (להלן – פרשת ברגמן [39]), בעמ' 698). הוא מהווה במשפטנו "...עקרון יסודי חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי-נפרד מהן" (השופט שמגר בבג"ץ 114/79, המ' 451/78, 510 הנ"ל [27], בעמ' 806). עמדתי על כך באחת הפרשות, בציני:

"...השוויון הוא ערך יסודי לכל חברה דמוקרטית... הפרט משתלב למירקם הכולל ונושא בחלקו בבניית החברה, בידעו שגם האחרים עושים כמוהו. הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם" (בג"ץ 953/87, 1/88 הנ"ל (להלן – פרשת פורז [23]), בעמ' 332).

הנה־כִּי־כן, השוויון הוא ערך שהמשפט נשען עליו. השוויון הוא זכות שהפרט יונק חיותו ממנו.

א

7. השוויון הוא ערך סבוך. השוויון הוא זכות מורכבת. אכן, "פנים רבות יש לשוויון..." (השופט זמיר בבג"ץ 6051/95, 6086 הנ"ל (להלן – פרשת רקנט [21]), בעמ' 340) סיבוך ומורכבות אלה נובעים בעיקר משני טעמים: ראשית, נקודת המוצא הינה כי בני־האדם שונים הם זה מזה. כל אדם הרי הוא עולם בפני עצמו. כל אדם חופשי לפתח את גופו ורוחו על־פי רצונו הוא. משטר דמוקרטי מבוסס על שונות זו ומכבד אותה. והנה, בין בני־אדם שונים אלה מבקש משטר דמוקרטי לקיים שוויון. זהו אפוא שוויון בין שונים. דרישה זו יוצרת, מטבע ברייתה, קושי: אם בני־האדם שונים הם, כיצד זה ניתן לקיים ביניהם שוויון? (ראו בג"ץ 721/94 (להלן – פרשת דנילוביץ [18]), בעמ' 760).

ג

8. שנית, תוכנו של השוויון שנוי במחלוקת. אין הסכמה באשר למטען הנורמטיבי הטמון בו. רבים מזהים את השוויון עם הגינות וצדק. יש הרואים בשוויון ערך "...אשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו..." (הנשיא אגרנט בד"צ 10/69 הנ"ל (להלן – פרשת בורנובסקי [17]), בעמ' 35). כשבאים להגדיר צדק מהו, עושים זאת לרוב במונחים של שוויון (ראו [61] *J. Rawls A Theory of Justice*). בפנינו מעגל שוטה ללא מוצא. אחרים מרחיקים לכת וגורסים, כי השוויון אינו ערך לעצמו והרי הוא אך אמצעי להשגתם של ערכים אחרים – אשר במרכזם ההגינות והצדק – שאותם מבקשת החברה להגשים (ראו, למשל: בג"ץ 7111/95, 8195 הנ"ל [20], בעמ' 501 וכן [62] *P. Westen Speaking of Equality*), אך אם השוויון הוא רק אמצעי, מדוע אנו רואים בו ערך כה מרכזי? האין לומר כי המטרה שהשוויון נועד להשיגה היא העיקר (ראו [65] *Lucas "Against Equality"*)? אחרים התייאשו ממתן תוכן מהותי לעקרון השוויון, ורואים בו "מושג פורמאלי" (השופט שמגר בבג"ץ 246/81, 260 הנ"ל (להלן – פרשת דרך ארץ [40]), בעמ' 19). גם בעלי דעה זו מסכימים, כי "גם השוויון, כמושג פורמאלי, הבנוי על מקדם או על מדד אחיד ואף מעין־מאתימטי, אינו בהכרח פשוט ליישום..." (שם). אכן, תוכנו של השוויון – כערך בפני עצמו או כאמצעי להשגתם של ערכים אחרים – שנוי במחלוקת. האם זהו ערך "טהור" או שמא זוהי תערובת – ואולי תרצו לומר תרכובת – של ערכים אחרים (ראו ברק שם (כרך ב) [57], בעמ' 459)? מה משקלו של השוויון ביחס לערכים ולעקרונות אחרים? האם יש לו, לשוויון, משקל מיוחד במינו, המצדיק עדיפות יחסית על פני ערכים ועקרונות אחרים,

ד

ה

ו

ז

והגורם לביקורת שיפוטית מחמירה ביותר (כפי הנהוג בארצות־הברית: ראו א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית [58], בעמ' 522)? מתי השוויון הנבחן הוא שוויון בהזדמנות ומתי הוא שוויון בתוצאה? דומה שהצדק עם השופט ש' לוי, בציינו כי:

א

"אין הגדרה יחידה לדיבור שוויון. אנו עושים שימוש בדיבור זה בתחומי המתמטיקה, המוסר, הפילוסופיה והחוק, וגם בכל אחד מתחומים אלה משמעותו אינה אחידה" (בג"ץ 141/82 הנ"ל (להלן – פרשת רובינשטיין [41]), בעמ' 148).

ב

רב־גוניות זו מכבידה על הבנתנו את השוויון.

9. בפסק־דין זה איני מבקש להתמודד עם כל הקשיים האלה. עם זאת, מבקש אני להקל על פתרונם. הקלה זו יכול שתבוא מגיבוש מתודה אנליטית להתמודדות עם בעיית השוויון. לעתים קרובות הצגתה של השאלה הנכונה עשויה להקל במתן תשובה לבעיה קשה. אכן, לעקרון השוויון היבטים שונים. עמידה על היבטים אלה, תוך הבחנה ביניהם, עשויה לסייע בהתמודדות עם הקשיים אשר השוויון מעורר. לדעתי, מן הראוי הוא להבחין בין ארבע שאלות שונות – התוחמות ארבעה מצבים שונים – אשר העיסוק בשוויון מעורר. למותר לציין כי הגבולות בין התחומים הם, לעתים קרובות, מטושטשים, וניסוח שונה עשוי להעביר אותנו מתחום לתחום בלא שתעמוד מאחורי הדברים הבחנה־של־ממש.

ג

ד

ה

10. השאלה הראשונה הינה זו: האם נורמה משפטית, הקובעת הסדר בעניינה של קבוצה פלונית או פרט פלוני, היא נורמה שוויונית ביחס לקבוצה אלמונית או פרט אלמוני, המצויים מחוץ להסדר? ניתן לכנות שאלה זו כשאלת "השוויון החיצוני". הנחת היסוד כאן הינה, כי על־פי פירושה של נורמה נתונה, היא משתרעת על פרט או על קבוצת פרטים ועליהם בלבד. היא מותירה מחוץ לתחום פריסתה פרט או פרטים אחרים. השאלה הינה אם בכך נוצר חוסר שוויון כלפי פרטים אחרים אלה. אם אכן נוצר חוסר שוויון כזה, הרי הוא חוסר שוויון חיצוני, שכן אין הוא בוחן את השוויון ביחסים הפנימיים בין הפרטים שעליהם חלה הנורמה, אלא את השוויון ביחסים שבין פרטים אלה, כקבוצה, לבין פרטים אחרים, שעליהם הנורמה לא חלה. דוגמה לכך הוא פסק־הדין בפרשת ברגמן [39]. כאן קבע חוק מימון כי מימון יינתן רק

ו

ז

למפלגות המיוצגות בכנסת היוצאת. נקבע כי בכך יש חוסר שוויון – כלומר, הפליה – כלפי רשימות בוחרים חדשות שאינן מיוצגות בכנסת היוצאת (ראו שם [39]). בדומה, בבג"ץ 4541/94 הנ"ל (להלן – פרשת מילר [19]), קבעו הוראות הפיקוד העליון כי במקצועות לחימה משובצים גברים בלבד. נקבע כי בכך יש חוסר שוויון כלפי נשים. בפרשת דנילוביץ [18] קבע הסכם קיבוצי כי הטבה מסוימת ניתנת לעובד או לעובדת ולבן-זוג. הדבר התפרש כמתייחס לבן-זוג מהמין השני. נקבע כי בכך יש הפליה – כלומר, חוסר שוויון – כלפי בני-זוג מאותו מין. במקרים אלה ואחרים, טענת חוסר השוויון מתייחסת כלפי קבוצה שהיא חיצונית לאלה הכלולים בנורמה המשפטית. נורמה זו יכולה להיות חוק – והטענה היא כי מופר עקרון השוויון המצוי בחוק יסוד; נורמה זו יכולה להיות חקיקת משנה – והטענה הינה כי מופר עקרון השוויון המעוגן בחוק יסוד או בחוק; נורמה זו יכולה להיות חוזה – והטענה הינה כי החוזה אינו חוקי, שכן הוא נוגד הוראה בחיקוק או עומד בניגוד לתקנת הציבור. בכל המקרים הללו השופט חייב לקבוע את מהותו של עקרון השוויון, ואת החלתו בעניין שלפניו.

11. ההתמודדות עם בעיית השוויון החיצוני מחייבת קביעה של היקף הפריסה של הנורמה (חוק, פעולת מינהל, חוזה) שעל-פי הטענה, יש בה חוסר שוויון כלפי מי שמצוי מחוצה לה. זוהי פעילות פרשנית. על השופט לפרש את הנורמה, ולקבוע בכך את היקף פריסתה מבחינת הפרטים שעליהם היא חלה. פירושה של הנורמה נעשה על-פי כללי הפרשנות המקובלים. נורמה מתפרשת על-פי תכליתה (המיוחדת והכללית). בגדרי אלה יש ליתן משקל נכבד לעקרון השוויון (ראו פרשת פורז [23], בעמ' 317-318). אכן, חזקה היא שתכלית הנורמה היא להגשים את השוויון. על-כן, חזקה היא כי חוק או חקיקת משנה מבקשים לקיים את עקרון השוויון. נדרשת לשון מפורשת כדי לשלול תחולתה של חזקה זו (ראו בג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל ואח' [52], בעמ' 693). על-כן, חזקה היא כי הסמכה בחקיקה ראשית לפעולה של רשות מינהלית היא הסמכה לפעולה במסגרת עקרון השוויון. אכן, בשל מקומו המרכזי של עקרון השוויון בפעילות הפרשנית, ירבו המקרים שבהם פרשנותו של דבר חקיקה תביא לכך שכל קבוצות הפרטים שעקרון השוויון מחייב הכללתן בגדרה של הנורמה, אכן ייכללו בה. באותו כיוון יפעלו גם עקרונות של סבירות, מניעת שרירות וכיוצא בהם שיקולים המגבשים את התכלית הכללית של דבר חקיקה. עם זאת, יהיו מקרים שבהם חזקת השוויון תוסתר, ופרשנותה של נורמה תגרור אחריה את התוצאה כי היקף הפריסה של

נורמה, וקבוצות הפרטים שעליהם היא חלה, יהוו הפרה של השוויון כלפי קבוצות פרטים שמחוצה לה. דבר זה יקרה בכל אותם המקרים שבהם לא יהא בכוחו של עקרון השוויון, כאמת-מידה פרשנית, להתגבר על לשונה של הנורמה ועל ערכים, על אינטרסים ועל עקרונות אחרים, המגבשים יחדיו את תכלית החקיקה. במצב דברים זה, הנורמה (לאור פרשנותה) הינה נורמה לא שוויונית.

א

12. השאלה השנייה אשר העיסוק בשוויון מעורר, היא זו של "השוויון הפנימי". שאלה זו מניחה קיומה של נורמה (חוק, פעולת מינהל, חוזה) החלה על פרטים שלגביה אין טענה של היעדר שוויון חיצוני, אם משום שהלכה למעשה מתקיים שוויון (חיצוני) בין קבוצת הפרטים שהנורמה חלה עליהם לבין פרטים אחרים, ואם משום שאין מועלית בעניין זה כל טענה. ניתן לדבר אפוא, במקרה זה, על מה שהשופט זמיר מכנה "קבוצת השוויון" (ראו: פרשת רקנט [21], בעמ' 346; בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות ואח' (להלן – פרשת תאטרון ארצי לנוער [53]), בעמ' 281-282). השאלה השנייה מבקשת להשיב על השאלה כיצד יש לנהוג, על-מנת לקיים שוויון בין הפרטים הנכללים בקבוצה שהנורמה חלה עליה. כותב השופט זמיר:

ב

ג

ד

"לאחר שקבוצת השוויון נקבעה, חובה היא להחליט באופן שוויוני בתוך קבוצה זאת" (פרשת תאטרון ארצי לנוער [53], בעמ' 283).

עניין לנו כאן ב"שוויון פנימי". קבוצת הפרטים שעליה חלה הנורמה כבר נקבעה. אנו מניחים שקביעה זו תואמת את עקרון השוויון (החיצוני), אם משום שכך הוא הלכה למעשה, ואם משום שלא נטענת בעניין זה כל טענה. עתה אנו שואלים את עצמנו, מה הן דרישות השוויון לעניין היחסים הפנימיים בין הפרטים המשתייכים לקבוצה. טלו שוב את עניין מימון המפלגות. נקבע – במסגרת בחינת השוויון החיצוני – כי קבוצת השוויון לעניין המימון הן מפלגות ורשימות (ישנות וחדשות) המשתתפות בבחירות לכנסת. עתה מתעוררת השאלה כיצד לחלק באופן שוויוני את המימון בין המפלגות והרשימות, בינן לבין עצמן. כך, למשל, האם שינוי למפרע ביחידת המימון פוגע בשוויון (פרשת רובינשטיין [41])? האם הקצאת זמני תעמולה זהים ("שוויון פורמאלי") ברדיו ובטלוויזיה למפלגות קטנות וגדולות מקיימת את עקרון השוויון (ראו פרשת אגודת דרך ארץ [40])? במקרה זה ובאחרים – כמו

ה

ו

ז

בעניין השוויון החיצוני – על השופט לקבוע את תכונותיו של עקרון השוויון, ואת החלתו בעניין שלפניו.

א

13. השאלה השלישית היא זו: האם נורמה, הפוגעת בעקרון השוויון, היא חוקית חרף אופייה המפלה? במצב שלישי זה אנו מניחים כי נורמה משפטית פוגעת בעקרון השוויון. סיבת הפגיעה יכולה להיות זו שהנורמה מסדירה את עניינה של קבוצה פלונית, ונמנעת מלהסדיר את עניינה של קבוצה אלמונית, השווה לה (פגיעה בשוויון החיצוני). סיבת הפגיעה יכולה להיות זו שהנורמה מסדירה באופן לא שוויוני את החלוקה הפנימית בתוך קבוצת המקרים ("קבוצת השוויון") שהנורמה חלה עליהם (פגיעה בשוויון הפנימי). בשני המקרים גם יחד נפגע עקרון השוויון. עם זאת, פגיעה זו אינה תמיד פאטאלית לתוקפה של הנורמה (המפלה). שוויון אינו ערך מוחלט. שוויון אינו מעניק זכות מוחלטת. השוויון הוא יחסי. בהתנגשות בינו לבין ערכים, אינטרסים, או עקרונות אחרים, עשויה ידם של אלה להיות על העליונה. עמדה על כך השופטת דורנר לעניין הפגיעה בשוויון, בציינה:

ב

ג

ד

ה

"...ככל זכות, גם הזכות לכבוד (לרבות איסור ההפליה הקבוצתית הנגזר ממנה) אינה זכות מוחלטת אלא יחסית, ויש לאזן בינה לבין ערכים ואינטרסים לגיטימיים אחרים. על-כן, במקרים מיוחדים עשויה פגיעה בזכות האישה לשוויון להיות מוצדקת, אם היא עומדת באמות מידה המשקפות את האיזון הראוי בין זכות זו לבין ערכים ואינטרסים לגיטימיים אחרים" (פרשת מילר [19], בעמ' 135).

ואף אני עמדתי על כך בפרשה אחרת, בציני:

ו

ז

"...בתחום זכות לשוויון, ההבחנה היחידה אינה עוד בין שוויון או הבחנה (שהם חוקיים) לבין הפליה (שאינה חוקית). עתה עלינו להבחין בין זכות השוויון לבין האפשרות החוקתית לפגוע בזכות זו כאשר מתקיימות דרישותיה של פיסקת ההגבלה. במצב דברים זה הפעולה השלטונית היא מפלה – אין בה הבחנה ויש בה פגיעה בשוויון. עם זאת, הפליה זו ראויה היא, שכן היא תואמת את ערכי המדינה, היא לתכלית ראויה, והפגיעה בשוויון אינה מעבר לנדרש" (פרשת הופנונג [47], בעמ' 76).

דברים אלה נכונים הם, הן מקום שטענת חוסר השוויון מכוונת ליחסים בין חוק לחוק יסוד (כפי שהדבר היה בפרשת הופנונג [47]), והן מקום שטענת חוסר השוויון מכוונת ליחסים שבין חקיקת משנה ופעולת מינהל לחוק (כפי שהדבר היה בפרשת מילר [19]). אכן, מקובל עלינו כי פסקת ההגבלה חלה בכל תחומי המשפט המינהלי, והיא מהווה – במסגרת הפרשנות הראויה של כל דבר חקיקה – אמת-מידה להגנה על זכויות אדם ולפגיעה בהן גם יחד (ראו בג"ץ 5016/96, 5025, 5090, 5434 חורב ואחי' נ' שר התחבורה ואחי' [54], בעמ' 41-43). הנה-כי כן, מוכר אצלנו המושג של אי-שוויון מותר. שוב 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. במסגרתה של זו יש, כמובן, מקום לעקרון השוויון. הוא מהווה חלק מערכיה של מדינת ישראל. הוא משפיע על תכלית החקיקה. הוא מעצב את המידתיות של הפגיעה. אכן, הזכות והפגיעה בה יונקים ממקור משותף.

14. השאלה הרביעית מכוונת לעניין הסעד. ההנחה כי נורמה משפטית (חוק, פעולת מינהל, חוזה) פוגעת בשוויון, והפגיעה אינה כדין. השאלה הינה מהי התרופה שלה זכאי הנפגע. תרופות אלה הן, מטבע הדברים, התרופות הרגילות החלות בנסיבות אלו, כגון – הכרזה על בטלות הנורמה המפלה. עם זאת, כאשר הפגיעה הינה בשוויון, יש להתחשב בתרופה נוספת שניתן להעניקה במקרים מתאימים. תרופה זו עניינה הקביעה כי הנורמה המפלה תעמוד בעינה, ובמקביל לה יורחב ההסדר הנורמטיבי ויחול גם על הקבוצה שהופלתה (ראו פרשת דנילוביץ [18], בעמ' 764).

15. מתודה אינה תחליף למהות. ניתוח הבעיה להיבטיה השונים מקל על התשובה אך אינו מייתר את הצורך להתמודד עם מהותו של השוויון. השאלה המרכזית הייתה ונשארה, אילו אמות-מידה קובעות אם במצב נתון נפגע השוויון (החיצוני או הפנימי)? נקודת המוצא המקובלת היא הנוסחה האריסטוטליאנית כי יש להעניק יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים במידה פרופורציונית לשוני ביניהם (אריסטו אתיקה (מהדורת ניקומאכוס, ספר ה, פרק ג', בתרגומו של ג. ליבס, תשל"ג)). על יסוד תפיסה זו גובש עקרון השוויון סביב תפיסת הרלוונטיות. שוויון אינו מניח זהות. לעתים "לשם השגת השוויון יש לפעול בתוך שונות" (פרשת דרך ארץ [40], בעמ' 11). שוויון מניח זהות בתכונות שהן רלוונטיות. עמד על כך הנשיא אגרנט, בציינו :

א	א	<p>"עקרון השוויון, אשר אינו אלא הצד השני של מטבע ההפליה ואשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו, משמעותו, כי יש להתייחס, לצורך המטרה הנדונה, יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה. אם אין מתייחסים אליהם יחס שווה, כי אז לפנינו הפליה. לעומת זאת, אם ההבדל או ההבדלים בין אנשים שונים הינם רלוונטיים למטרה הנדונה, אזי תהיה זו הבחנה מותרת, אם מתייחסים אליהם, לצורך אותה מטרה, יחס שונה, ובלבד שההבדלים ההם מצדיקים זאת. המושג 'שוויון', בהקשר זה פירושו איפוא שוויון רלוונטי (relevant equality) והוא הדורש, לענין המטרה הנדונה, 'טיפול שווה' (equality of treatment) באלה אשר המצב האמור מאפיין אותם. כנגד זה, תהא זו הבחנה מותרת, אם השוני בטיפול בבני אדם שונים ניזון מהיותם נתונים, בשים לב למטרת הטיפול, במצב של אי-שוויון רלוונטי (relevant inequality), כשם שתהא זו הפליה, אם הוא ניזון מהיותם נתונים במצב של אי-שוויון, שאיננו רלוונטי למטרת הטיפול" (פרשת בורנובסקי [17], בעמ' 35).</p>	א
ב	ב		ב
ג	ג		ג
ד	ד		ד

גישה זו אומצה בפסיקה הישראלית (ראו: פרשת דנילוביץ [18], בעמ' 761; פרשת מילר [19], בעמ' 109. ראו גם רובינשטיין בספרו הנ"ל (כרך א) [56], בעמ' 279). אכן, עקרון השוויון אינו שולל דינים שונים לאנשים שונים. עקרון השוויון דורש כי קיומו של דין מבחין זה יוצדק על-פי טיב העניין ומהותו. עקרון השוויון מניח קיומם של טעמים ענייניים המצדיקים שוני. הפליה – שהינה ניגודו של השוויון – קיימת באותם מצבים שבהם דין שונה לאנשים שונים זה מזה (מבחינה עובדתית) מבוסס על טעמים שאין בהם להצדיק הבחנה ביניהם. היטיב להביע זאת השופט מצא, בציינו:

ה	ה	<p>"...הכלל הוא כי שונות רלוואנטית עשויה להצדיק הבחנה. הלוא בכך טמון שורש ההבדל בין הפליה פסולה לבין הבחנה כשרה...</p> <p>אך כתנאי להשגתו של שוויון מהותי חובה לקבוע, שאת עצם הרלוואנציה של השונות, ואת מידתה, יש לבחון, בכל מקרה נתון, בשים לב למטרה הפרטיקולרית שלשם השגתה מיושמת ההבחנה. לאמור: הזיקה הנדרשת בין התכונות המיוחדות המצויות באחד</p>	ה
ו	ו		ו

ואינן מצויות בזולתו, לבין המטרה שלשם השגתה מותר להעדיף את האחד על פני האחר, חייבת להיות ישירה וקונקרטית" (פרשת מילר [19], בעמ' 109-110).

א

ודוק: אין בגישה זו לשוויון כדי לשקף את מלוא היקפו של השוויון על כל היבטיו. מכיר אני גישות נוספות לשוויון אשר טרם נבחנו על-ידינו (ראו, למשל: R. Dworkin "What is Equality? Part 1: Equality of Welfare" [66]; R. Dworkin "What is Equality? Part 2: Equality of Resources" [67]; R. Dworkin "What is Equality? Part 3: The Place of Liberty" [68]; J. Raz *The Morality of Freedom* [64]). זאת ועוד: בגדריה של גישה זו עצמה יש מקום לעידונים ולהבחנות נוספים. כך, למשל, יש מקום לבחון מהי רלוונטיות וכיצד היא נקבעת; מה הם היחסים הפנימיים בינה לבין שוויון; האם הרלוונטיות נקבעת על-פי אמות-מידה שהן חיצוניות לשוויון, או שמא הן עצמן מושפעות על-ידי השוויון; כאשר נקבע כי שונות היא רלוונטית, האם אין מקום לנטרל אותה במצבים מסוימים? (ראו דברי השופט שטרסברג-כהן בפרשת מילר [19]). אין לנו צורך לבחון שאלות קשות אלה, שכן גם בלא ליתן עליהן תשובה ניתן לפתור את המקרה שלפנינו. אפנה אפוא למקרה שלנו.

ב

ג

ד

מן הכלל אל הפרט

16. נקודת המוצא הינה הנורמה המשפטית שלגביה נטענת הטענה בדבר חוסר שוויון. נורמה זו היא החלטת הממשלה. החלטה זו קובעת כי "חברות התעופה והספנות הישראליות ישאו במלוא הוצאות-האבטחה שלהן בישראל ומחוץ לישראל" (החלטה מס' 197 מיום 9.12.1984). בהוצאות אלה נושאות חברות התעופה מכוח הוראות חוק הטיס (בטחון בתעופה האזרחית). לכלל זה נקבע סייג שלפיו הוא לא יחול על חברת אל-על (החלטה מס' 214 מיום 16.2.1987). לגביה נקבע הסדר, שלפיו תישא המדינה ב-80% מעלות האבטחה של אל-על. ק.א.ל. טוענת, כי נורמה זו מפלה אותה. טענתה של ק.א.ל. נופלת אפוא לקטגוריה הראשונה שעליה עמדתי (ראו פסקה 11 לעיל). עניין לנו בטענה של היעדר שוויון חיצוני. אכן, ק.א.ל. אינה טוענת כי ביחסים הפנימיים שבינה לבין אל-על, זו האחרונה זוכה לתמיכה גדולה יותר מזו שעקרון השוויון מעניק לה. אין בפנינו טענות בגדרי "קבוצות השוויון" (ראו פסקה 13 לעיל). טענתה של ק.א.ל. הינה כי תוכנה של הנורמה (החלטת

ה

ו

ז

א ממשלה) המעניק מענק לאל-על בלבד מפלה את ק.א.ל. – חברת תעופה ישראלית – שהוצאה מחוץ להסדר. פרשנותה של הנורמה – היא החלטת הממשלה – אינה פותרת את הבעיה שבפנינו. מקובל הוא על הכול, כי פרשנות ראויה של החלטת הממשלה – פרשנות המבוססת מצדה על התכלית הכללית של שוויון – אין בכוחה להכניס את ק.א.ל. לגדריה של החלטת הממשלה. הנה-כי-כן, החלטת הממשלה מעניקה טובת הנאה לקבוצה אחת (אל-על) ושוללת אותה מקבוצה אחרת (ק.א.ל.). האם החלטה זו פוגעת בעקרון השוויון (החיצוני)?

ב 17. החלטת הממשלה אינה פוגעת בשוויון, אם השוני בטיפול באל-על ובק.א.ל. הוא רלוונטי לעניין מימון הוצאות הביטחון. ודוק: השאלה אינה אם אל-על וק.א.ל. שונות הן זו מזו: ודאי שיש ביניהן שונות ניכרת. השאלה הינה אם אל-על וק.א.ל. שונות הן זו מזו בעניין שהוא רלוונטי. זאת ועוד: רבים הם העניינים הרלוונטיים המבחינים בין אל-על לק.א.ל. השאלה אינה אם קיים עניין שהוא רלוונטי המבדיל ביניהם. השאלה הינה, אם בין אל-על לק.א.ל. קיים הבדל שהוא רלוונטי לעניין הנורמה המשפטית שלגביה נטענת טענת ההפליה. נורמה זו קובעת מענק לכיסוי הוצאות אבטחה. השאלה הינה אפוא, אם לעניין כיסוי הוצאות אבטחה השונות בין אל-על לק.א.ל. היא רלוונטית.

ג 18. לדעתי, התשובה על שאלה זו היא בשלילה. אין כל שוני בין אל-על לק.א.ל. לעניין הוצאות אבטחה. לשתייהן הוצאות אבטחה, ושתייהן זקוקות לכיסוי הוצאות אלה. מנקודת המבט של הנורמה בדבר כיסוי הוצאות אבטחה דין אל-על כדין ק.א.ל. אמת, אל-על היא חברה ממשלתית וק.א.ל. אינה חברה ממשלתית. אך לעניין הנורמה בדבר הוצאות אבטחה שוני זה אינו רלוונטי. כמובן, ייתכן שהמדינה מבקשת ליתן תמיכה לחברה ממשלתית בכלל או לחברה ממשלתית העוסקת בתעופה ובספנות בפרט, ולא לחברה שאינה ממשלתית. במקרה זה יהיה עליה לקבוע נורמה ברוח זו, ולהצדיקה על-פי מכלול שיקולים ובהם עקרון השוויון. לא זו ההחלטה שנתקבלה בעניין שלפנינו (ראו פסקה 4 לעיל). הממשלה לא החליטה לממן את הוצאות האבטחה של חברות ממשלתיות העוסקות בתעופה ובספנות, ולא יצרה הבחנה בין חברות ממשלתיות לחברות שאינן ממשלתיות. ייתכן שלממשלה עניין לפצות את אל-על על הפסדים הנגרמים לה בשל החלטות ממשלה המגבילות אותה, כגון איסור הטיסה בשבת. אם זה המצב, תקבע נא

הממשלה נורמה ברוח זו. יהא מקום לבחון אז, בין השאר, אם אין בכך הפליה כלפי חברות ממשלתיות אחרות, שאף להן הוצאות בשל החלטות ממשלה. אף עניין זה אינו עומד בפנינו. הממשלה לא החליטה ליתן מענק לאל-על בשל "הוצאות שבת", אלא בשל הוצאות אבטחה. החלטה זו היא הבסיס לקביעת הרלוונטיות, היא ולא אחרת.

19. ביסוד החלטת הממשלה – כך מסבירים לנו הטוענים בשמה – מונחת העובדה, כי אם נרים את המסך, נמצא בדרך של שרשור, שמאחורי ק.א.ל. ניצבים חקלאים, ולהם אין הממשלה רוצה ליתן מענק כספי, שכן הם קיבלו תמיכות כספיות די והותר בתחומים אחרים. לא נמסר לנו כל מידע על מענקים אלה. איננו יודעים מה שיעורם, ומה יחסם למענק האבטחה. איננו יודעים מי קיבל אותם. האם רק חקלאים המגדלים מוצרים לייצוא – והם העומדים, לפי הטענה, מאחורי ק.א.ל. – או שמא כל החקלאים? איננו יודעים אם מענקים אלה ראויים הם אם לא, ומה השפעתם על עלויות הייצור והייצוא החקלאי: איננו יודעים גם אם אל-על לא קיבלה אף היא מענקים אלה ואחרים, ומדוע לא נרים גם את מסך ההתאגדות של אל-על? אך יהא עניין זה כאשר יהא, שוני זה בין החקלאים לאל-על – אינו רלוונטי לעניין מימון הוצאות אבטחה. אם הממשלה סבורה כי החקלאים מקבלים תמיכות רבות יותר, שתקבע נורמה שלפיה יש להפחית משיעורן של תמיכות אלה מטעמים אלה ואחרים, או שסך כל התמיכה לחקלאים לא יעלה על רמה מסוימת. יהא מקום לבחון אז אם בהפחתה זו אין המדינה נוהגת הפליה כלפי מי שאינם חקלאים, והזוכים גם הם לתמיכה שאין מפחיתים אותה. יהא עניין זה כאשר יהא, אין הוא עומד לבחינתנו. מהותם של הגורמים העומדים – תוך ביצוע הרמת מסך – מאחורי ק.א.ל. היא רלוונטית רק עד כמה שמהות זו משפיעה על עניין הקשור להוצאות אבטחה. לא הוצג בפנינו כל קשר בין חקלאים להוצאות אבטחה. אכן, הממשלה קבעה שהיא מעניקה סיוע לאל-על בגין הוצאות אבטחה. היא לא קבעה כל נורמה אחרת. במסגרת הנורמה שנקבעה על-ידיה, עליה לשקול שיקולים שעניינם אבטחה. השונות הרלוונטית היא זו הנוגעת לאבטחה. במסגרת שונות זו ניתן "להרים את המסך" ולבחון מי עומד מאחורי ק.א.ל. בחינה כזו אינה מגלה, בעניין שלפנינו, כל נתון שיש בו כדי להצביע על כך שהשונות בין ק.א.ל. לבין אל-על היא רלוונטית. אכן, הרמת המסך מותרת היא, כדי ליתן תוקף לנורמה המשפטית החלה בעניין (ראו בג"ץ 823/90 הנ"ל [46], בעמ' 697). הנורמה המשפטית החלה בענייננו היא מימון הוצאות אבטחה. כדי ליתן תוקף לנורמה זו מותר

וצריך לבחון מי הוא זה הגוף המקבל מימון זה. מותר אפוא להרים את המסמך האופף את האישיות המשפטית של ק.א.ל. ושל אל-על. הרמת מסך זו אינה מלמדת אותנו דבר שהוא רלוונטי להוצאות אבטחה. משזו המסקנה, יש להוריד את המסך.

20. הגעתי אפוא למסקנה, כי החלטת הממשלה, שלפיה ניתן מענק אבטחה לאל-על ונשלל מענק דומה לק.א.ל., פוגעת בשוויון. בכך בלבד אין כדי לסיים את הבחינה המשפטית. כפי שראינו (פיסקה 14 לעיל), עלינו להמשיך ולבחון, אם הפגיעה בשוויון היא כדין. לדעתי, התשובה על שאלה זו היא בשלילה. דומה שזו גם עמדתו של חברי השופט חשין, הכותב:

”...למרות יגיעתה של המדינה, לא נמצא לה – לא לה ולא לנו – אינטרס ראוי שבכוחו להכריע את עקרון השוויון” (פיסקה 15).

לכך אני מסכים.

21. משקבעתי כי הפגיעה בעקרון השוויון אינה כדון, עליי לעבור לשאלת הסעד (פיסקה 14 לעיל). לא אאריך בעניין זה, שהרי דעתי דעת מיעוט. די אם אציין, כי לפי הכללים המקובלים עלינו, הבררתי בידי הממשלה. תרצה, תתמיד במתן מימון להוצאות האבטחה של אל-על. אם זו החלטה, יהא עליה לתת הוצאות מימון גם לק.א.ל. (לקיום עקרון השוויון החיצוני); תרצה, תתמיד בשלילת המימון של הוצאות האבטחה מק.א.ל. במקרה זה יישלל המימון גם מאל-על. כמובן, בפני הממשלה עומדות אפשרויות נוספות, שלא נדונו על-ידינו, ולא אעסוק בהן. כדי לאפשר לממשלה לגבש את עמדתה, הייתי משהה את המועד למתן תוקף להחלטתי באשר לאי-חוקיות החלטת הממשלה לשלושה חודשים (ראה בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח' [55]).

22. סיכומי של דבר: אילו דעתי הייתה נשמעת היינו הופכים הצרעל-תנאי למוחלט, וקובעים כי החלטת הממשלה מפלה את ק.א.ל., תוך נקיטת הסעדים המתוארים בפיסקה 21 לעיל.

השופט מ' חשין

אחרי כותבנו כל דברים שכתבנו – דברי-רוב ודברי-מיעוט – ביקשה המדינה כי יותן לה להגיש תצהיר משליך מטעמה. טעם הבקשה: מאז שמיעתה של העתירה חל שינוי במערכת הסובסידיות הניתנות להוצאות הביטחון של קאל ושל אל-על. הנה-כי-כן, כך משמיעה אותנו המדינה, מאז חודש ינואר 1995 משתתפת המדינה ב-50 אחוז מהוצאות הביטחון של קאל (וכמות קאל דינן של "סאן דור" ו"ארקיע"), ובה-בעת חל שינוי בשיעור השתתפותה של המדינה בהוצאות הביטחון של אל-על: הוצאות פחותות מ-58 מיליון דולר, המדינה משתתפת בהן בשיעור של 75 אחוז, והוצאות מעל לסכום זה, המדינה משתתפת בהן בשיעור של 66.6 אחוז מן ההוצאות.

קאל מתנגדת לדיון נוסף בעתירה, ועומדת היא על הכרעה בעתירה על-פי הטיעונים שהועלו לפני בית-המשפט.

שקלנו את בקשתה של המדינה והחלטנו לדחותה. גם שופטי הרוב גם שופט המיעוט מכריעים בעתירה על יסוד טעמים עקרוניים, והשינוי במערכת הסובסידיות, באשר הוא, אין בו כדי לשנות מאותם טעמים.

אנו מחליטים אפוא, ברוב דעות, לבטל את הצרעל-תנאי ולדחות את העתירה באין צו להוצאות.

היום, ג' בתשרי תשנ"ט (23.9.1998).