

מדינת ישראל¹

משרד המשפטים

מחלקת יעוץ וחקיקה
(משפט כלכלי - פיסקאלי)

ירושלים: ה' אלול תשע"א
04 ספטמבר 2011
תיקנו: 803-09-2011-000057
סימוכין: 803-99-2011-050656

אל: היועץ המשפטי למשרד האוצר
החשבת הכללית במשרד האוצר
הממונה על התקציבים במשרד האוצר

ביצוע פרויקט הגנות ים המלח ומימונו – חוות דעת משפטית

כללי

1. ממשלת ישראל שוקלת לפתור את בעיית עליית המפלס של בריכה 5 הנמצאת בחלקו הדרומי של ים המלח באמצעות "קציר מלח מלא" בצירוף הגנות אחרות על חוף ים המלח (להלן - הקציר או פתרון הקבע). בריכה 5 היא בריכת ענק באגן הדרומי של ים המלח המשמשת להפקת מינרלים שונים ממימיו. לבריכה 5 שימושים נוספים בעיקר תיירותיים ונופיים.
2. הפקת המינרלים נעשית על ידי חברת מפעלי ים המלח בע"מ (להלן - מי"ה או החברה) מכוח זיכיון שהעניקה לה המדינה שעתיד לפקוע בשנת 2030. עלות הקציר עד תום תקופת הזיכיון מוערכת על ידי מפעלי ים המלח ב-3.76 מיליארד ש"ח¹.
3. הפקת המינרלים ממי ים המלח נעשית לאחר אידוי מי הים ושקיעת החומרים הלא רצויים לתחתית הבריכה.

¹ הערכת עלות הפרויקט מבוססת על הערכת עלות שהציגה מי"ה במסגרת המגעים שקיימה עם נציגי המדינה לגבי עלות הפרויקט עד תום תקופת הזכיון. למען השלמת התמונה נציין כי הערכת העלויות שהציגה החברה הממשלתית להגנות ים המלח בע"מ (להלן - חל"י) היתה גבוהה יותר ועמדה על 4.9 מיליארד ש"ח. לעלות הקציר יש לצרף את עלות הגנות החופים המוערכת במספר מאות מיליוני ש"ח.

4. תהליך הייצור מחייב שמירת נפח קבוע של מים בבריכה. בשל אידוי המים במהלך הייצור והצורך בשמירת נפח קבוע של מים בבריכה, נדרשת הזרמה קבועה של מים מחלקו הצפוני של ים המלח אל בריכה מס' 5. ההזרמה הקבועה מביאה עמה מים נוספים ועימם חומרים השוקעים אף הם לתחתית הבריכה. החומרים השוקעים מביאים לעליית מפלס הבריכה בקצב של כ- 20 ס"מ בשנה.
5. עליית המפלס באגן הדרומי, התמודדות מי"ה עם עלייתו והמשך שאיבת המים מהאגן הצפוני, גורמים לנזק סביבתי וכן עלולים לגרום נזק לאינטרסים ציבוריים חשובים אחרים, בעיקר אינטרסים של ענף המלונאות. מצב זה מחייב פתרון.
6. במשך שנים רבות נבחנו חלופות שונות להתמודדות עם עליית המפלס. על פי הנחיית ראש הממשלה החלופה הנבחנת עתה היא חלופת הקציר. הקציר נועד לגרד מתחתית הבריכה את השכבה העליונה של החומר המצטבר בקרקעית. גירוד הקרקעית ימנע עלייה נוספת של המפלס. יודגש, הקציר לא נועד להוריד את המפלס ולתקן את הנזק שנגרם עד כה. מטרתו למנוע עלייה נוספת של המפלס. לפיכך הוא מיועד להתמודד עם מלח שייערם בקרקעית הבריכה החל מהתקופה הנוכחית. כלומר, חלופת קציר המלח המלא צופה בעיקרה פני עתיד.
7. נציגי משרד האוצר הונחו לנהל מו"מ עם נציגיה של מי"ה לגבי ביצוע הקציר ומימונו. משא ומתן זה טרם הושלם. כמו כן טרם התקבלה החלטה סופית לגבי הפתרון לעליית המפלס. במסגרת חוות דעת זו לא נפרט את העמדות שהציגו הצדדים במסגרת המשא ומתן. עמדות אלה ידועות לעורכי המשא ומתן.
8. מטרתה של חוות דעת זו היא להציג בפני מנהלי המשא ומתן את עמדתנו המשפטית בשתי שאלות: **הראשונה**, מהי חלוקת הנטל הראויה במימון הקציר וההגנות החופיות. **השנייה**, האם קיימת אפשרות לכפות את ביצוע הקציר ומימונו על מי"ה בחקיקה, ככל שהמשא ומתן לא יצליח.
9. **בנוגע לשאלה הראשונה, עמדתנו המשפטית היא, כי על מי"ה לשאת בחלק משמעותי ביותר מעלות הקציר.** עליית המפלס והצורך להמשיך ולהגביה את סוללות הבריכה, גורמים נזק לאינטרסים ציבוריים וצפויים לגרום לנזקים עתידיים לתעשיית התיירות ולאינטרסים נופיים וסביבתיים. פעילותה של מי"ה היא שיוצרת את הסיכון ולכן עליה לפתור את הבעיה ולשאת באופן עקרוני בעלויות של מניעת עליית המפלס מכאן ולהבא. הדרך הראויה להשגת מטרה זו היא ייצוב המפלס באמצעות ביצוע הקציר והגנות החופים על ידי מי"ה ובמימונה. על מי"ה לנהוג ככל יצרן ולהפנים את עלות הסיכון הנגרם בשל תהליך הייצור של מוצריה ובכלל זה הנזקים הסביבתיים שהיא גורמת.

10. פתרון הקציר מחויב המציאות בראייה ארוכת טווח. המשך התבססות על הפתרון הנוכחי של הגבהת הסוללות מסביב לבריכה אינו יכול להימשך לעד. מסיבות הנדסיות ניתן יהיה להמשיך ולהגביה את הסוללות לכל היותר עד שנת 2035. הזיכיון של מי"ה פוקע בשנת 2030 ולכן סמוך למועד זה יהיה צורך לקצור את המלח בכל מקרה. לכן אין לקבל את ההתנהלות של מי"ה שתגרום לכך שבתום תקופת הזיכיון יועברו למדינה שטח הזיכיון והמפעלים עם מפלס גבוה ופגיעה ביכולת הייצור העתידית, באופן שיחצין את כל הנזקים של עליית המפלס על המדינה ועל הזיכיון החדש. לכן, גם מטעם זה יש להתחיל בקציר כבר עתה. המשך המצב הקיים אף יחייב את המשך הפגיעה הסביבתית הכרוכה בהגבהת הסוללות.

11. אולם בכך לא די. על פי עמדתה המקצועית של החברה הממשלתית להגנות ים המלח בע"מ (להלן - חל"י), הקציר נושא עמו יתרונות רבים למי"ה. מדובר בין היתר בחיסכון בעלויות הנובעות כיום מעליית המפלס וכן בתועלת הנובעת מהרחבת שטחי הייצור כתוצאה מהקציר. שווי התועלות הכלכליות למי"ה כתוצאה מקציר מלא של המלח מוערך בכ- 2.5 מיליארד ₪ לפחות, וייתכן שאף הרבה יותר.

12. מן העבר השני יש לציין כי עובר להפרטת החברה, בשנת 1992, משכה המדינה מכי"ל, החברה האם של החברה, 30 מיליון דולר כדיבידנד. דיבידנד אשר ככל הנראה, אמור היה לממן את הפתרון לבעיית עליית המפלס שנדון באותה עת או את חלקו. בניגוד לעמדת מי"ה אין לומר שדיבידנד זה אמור היה למנוע כל טענה עתידית כלפי מי"ה בנוגע למימון ההגנות. אולם על מנת לתת ביטוי לדיבידנד זה יש לנכות את הערך מהוון של סכום זה מהחלק אותו צריכה לממן מי"ה.

13. כמו כן לא ניתן להתעלם מהאינטרסים הציבוריים בשמירה על מפלס קבוע בדרום ים המלח בעייתי הנוכחי. הן האינטרס הסביבתי והן האינטרס התיירותי. אינטרסים אלה מחייבים שאיבה מצפון ים המלח. לכן, יש ליחס למדינה אחריות מסוימת וגם אותה יש לקזז מחובתה העקרונית של מי"ה לשאת בכל עלות הפתרון. אולם, יש לזכור כי עליית המפלס בבריכה 5 הוא תוצאה בראש ובראשונה של הפעילות התעשייתית של מי"ה ומשרתת בעיקר את מי"ה. לכן, אחריותה של מי"ה גדולה בהרבה מאחריות המדינה.

14. מטעמים אלה מי"ה צריכה לבצע את פתרון הקבע ולממן חלק משמעותי ביותר ממנו. יתר המימון צריך לבוא מהמדינה, המלונאים והמועצה האזורית.

15. עמדה משפטית זו טומנת בחובה סיכונים משפטיים, בין היתר, לאור מבנה הזיכיון שבו מחזיקה מי"ה והתנהלותה של המדינה מאז הענקת הזיכיון. כמו כן לדעת הגורמים המקצועיים קיים יתרון בסיום מהיר של הפרשה בחודשים הקרובים. לכן המלצתנו היא, לסיים את הטיפול בפרשה זו בהסכם שישקף את העקרונות עליהם עמדנו. מטבע

הדברים, וכדרכם של משאים ומתנים יש להעניק מרחב של גמישות למנהלי המשא ומתן. לכן חוות הדעת נמנעת מלנקוב במספרים מדויקים. במסגרת זו יש לקבל כי במשא ומתן נערכות פשרות. פשרה כאמצעי לפתרון מהיר היא לגיטימית במקרה דנן.

16. יחד עם זאת, וכאן עמדנו ביחס לשאלה השנייה, אם המשא ומתן לא יעלה יפה, יוכל המחוקק לבוא ולקבוע בחקיקה על מי תוטל חובת הביצוע וכן את אופן חלוקת התשלומים הכרוכים בכך. מהלך זה אינו המהלך המועדף, אולם בהיעדר אפשרות אחרת, הוא חוקתי ואפשרי מבחינה משפטית.

17. הגם שהדבר לא קשור במישרין לנושא חוות הדעת, נבקש לציין, כי שיעור התמלוגים שמעבירה מי"ה למדינה הוא שיעור נמוך. על פניו שיעור זה אינו משקף כלל את חלקו הראוי של הציבור מהרווחים הנוצרים משימוש במשאב טבע המצוי בבעלותו. הבעיה בעניין זה מתעצמת לאור עליית משקלו המשפטי של עיקרון הצדק החלוקתי, ולאור התוצאות הסביבתיות של פעילות החברה, גם אם משקללים את התועלת שבפעילותה.

18. מצב זה מחייב בחינה מעמיקה. חוות הדעת מציעה תלופות להתמודדות עם סוגיה זו. ההמלצה היא לבחון הטלת מס על רווחי היתר של החברה, בדומה למס המוטל על העוסקים בתחום הפקת הגז והנפט. מובן, כי פעולת חקיקה מעין זו מחייבת בחינה מקצועית מעמיקה. לטעמנו יש להתחיל בבחינת הנושא כבר עתה.

19. נעיר כי בשל לחץ הזמנים הנובע מההכרת לסיים את המו"מ בהקדם, ועל מנת שלא לעכב את המו"מ, חוות דעת זו היא חוות דעת פנימית הכוללת את עיקרי הדברים. תכליתה העיקרית היא להציג בפני הנושאים והנותנים כיווני פעולה אפשריים מן הבחינה המשפטית. חוות דעת זו לא הוצגה למי"ה. כמו כן לא מוצה הליך בירור התועלות מהקציר מול מי"ה. לכן, אם ייכשל המו"מ יהיה צורך קודם לייזום הליך חקיקה, לבצע בחינה מחודשת על בסיס כל העובדות שיונחו בפנינו במועד זה.

20. חוות דעת זו נכתבה על ידי צוות במחלקת ייעוץ וחקיקה (כלכלי – פיסקאלי) שכלל את עו"ד לירון נעים ושירן ברזילי בסיוע של עו"ד תמר קלהורה ממחלקת ייעוץ וחקיקה (אזרחי). חוות דעת זו מקובלת גם על המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי) והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה). טיוטה של חוות הדעת הופצה לכל משרדי הממשלה הרלוונטיים - משרד ראש הממשלה, משרד האוצר, המשרד להגנת הסביבה, משרד התיירות, רשות החברות הממשלתיות וחל"י.

רקע עובדתי

פעילות מפעלי ים המלח

21. ים המלח הוא הבקע היבשתי העמוק ביותר על פני כדור הארץ. הוא מהווה תופעת טבע ונוף ייחודית בעולם כולו. הוא נחשב לאזור בעל תכונות מרפא. זהו מקום בעל היסטוריה דתית ולאומית. ים המלח מוזכר בתנ"ך ובמקורות היהודיים פעמים רבות². ההתיישבות לחופיו, הפרחת השממה ופיתוח האזור הפכו לחלק מהאתוס הציוני³.

22. חלק מאותו אתוס היה גם הקמת תעשייה המבוססת על הסגולות המיוחדות של מי ים המלח. מים אלה אוצרים חומרים יקרי ערך⁴.

23. רידוד מהותו של ים המלח, אפילו במצבו כיום, ל"בריכה תעשייתית" או לאמבטיה גדולה עם מינרלים גורמת עוול לאתר ייחודי זה. הפעילות התעשייתית הנעשית במקום היא מרכיב אחד בלבד ממכלול היסטורי, סביבתי, נופי, תיירותי ותעשייתי. ים המלח היה ונשאר מקור מים ומשאב טבע שחשיבותו למדינת ישראל ראשונה במעלה. לכן כל פעילות תעשייתית באזור חייבת להשתלב עם שאר האינטרסים הציבוריים המונחים על הכף.

² ראו אזכורים במקורות המופיעים בהחלטתו של השופט רובינשטיין מיום 13.8.07 בג"ץ 2640/06 **התאחדות המלונות בים המלח נ' מדינת ישראל** (טרם הוכרע) (להלן: **עניין התאחדות המלונות**): בספר בראשית, בכינוי "עמק השידים": "פֶּלֶאֱלָה, חֶבְרוֹן, אֶל-עַמְקֵי, הַשְּׂדִים: הוּא, יַם הַמֶּלַח (בראשית, י"ד, ג'); שמו של ים המלח משמש בספר במדבר לציון גבולות ארץ ישראל: "... והיה לכם גבול נגב מקצה ים המלח קדמה" (במדבר ל"ד, ג'); גבולות שבט יהודה מתוארים בספר יהושע "ויהי להם גבול נגב מקצה ים המלח מן הלשון הפונה נגבה" (יהושע ט"ו, ב), וכן: "וגבול קדמה ים המלח עד קצה הירדן" (שם, ה'); בדברי הנביא זכריה "והיה ביום ההוא יצאו מים חיים מירושלים, חצים אל הים הקדמוני (ים המלח-א"ל) וחצים אל הים האחרון בקיץ ובחורף יהיה" (זכריה, י"ד, ח); חזונו של הנביא יחזקאל מנבא כי הטובלים בים המלח יירפאו: "ויאמר אלי המים האלה יוצאים אל הגלילה הקדמונה וירדו על הערבה ובאו הימה אל הימה המוצאים ונרפאו המים; והיה כל נפש חיה אשר יבוא שמה הנחל; והיה עמדו עליו דוגים מעין והיה הדגה רבה מאוד, כי באו שמה המים האלה וירפאו וחי כל אשר יבוא שמה הנחל; והיה עמדו עליו דוגים מעין גדי ועד עין עגלים משטוח לחרמים יהיו, למינה תהיה דגתם כדגת הים הגדול רבה מאוד; ביצותיו וגבאיו ולא יירפאו, למלח ניתנו..." ; בנוסף, מצדה, המהווה מצוק סלעי הצופה אל ים המלח היא סמל גבורה למרד הגדול של מאות יהודים שבחרו להקריב את נפשם ולא לחיות תחת שלטונם של הרומאים.

ראו גם **מסמך המדיניות בעניין אגן ים המלח: הערכת מצב ומשמעויות לעתיד בתנאים של המשך ירידת מפלס הים (2006)** (להלן: **מסמך מדיניות (2006)**), בעמ' 114: "חופי ים המלח הם מקום חשוב בדימויה ההיסטורי, התרבותי והנופי של ארץ-ישראל. חוף ים המלח – המקום הנמוך בעולם – למרגלות מצוק ההעתקים ומדבר יהודה – בליבו של השבר הסורי-אפריקני – הוא תבנית נוף שחשיבותה חורגת מגבולות הארץ. חשיבותו של האזור מבחינה דתית והיסטורית מתבטאת ברצף התרבותי הנמשך בו ובנקודות המייצגות רצף זה החל מן העיר יריחו, אחת הערים העתיקות בעולם, חרבת-קומראן והמערות בהן נתגלו המגילות הגנוזות שזכו לעניין בינלאומי והאירו את ההיסטוריה של כתות ים המלח וימי תחילת הנצרות. סמוך לים המלח נמצא נדבר יהודה- חבל ארץ גדוש אתרי נוף וטבע, ארכיאולוגיה והיסטוריה בעל חשיבות כלל עולמית. צירוף זה של ים ומדבר, חופי ים המלח, מצוק ההעתקים ומדבר יהודה, מהווה יסוד חשוב בקידום האזור".

³ ראו בנימין זאב הרצל בספרו המפורסם **אלטנוילנד** על ייחודו הכלכלי של ים המלח: "... אבל המלחים של ים המלח אף הם זהב הם. כמות הברום של המים הללו אין להשיג משום תמיסה טבעית אחרת. והרי יודעים אתם איזה חומר יקר הברום, ומה רבה וענפה התוצרת, שאנו מייצרים מחוץ לכל אלה באותו המחוז הפורה של ארצנו, שהיה לפנינו השומם מכולם, המת!..." ; ראו גם **מסמך מדיניות (2006)**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 18: "ההתיישבות בחבל ים המלח היתה מאושיות תורת ההתיישבות הציונית בארץ ישראל... ב-1930 החל לפעול בצפון ים המלח מפעל האשלג (חברה אנגלית שהוקמה בארץ ישראל בשנת 1929 וקיבלה זיכיון מאת ממשלת ארץ ישראל ועבר הירדן לשם הפקת אשלג וברום ושיוקס-א"ל), אשר שכונת העובדים שלו, שקמה ב-1933, היתה למעשה היישוב העברי הממוסד הראשון באזור". ישוב זה גובש כחלק מהרעיון להקים קיבוצים המבוססים על תעשיות ים המלח והוא הוקם למרות גזירות הספר הלבן באותה התקופה. מפעל זה טבע את חותם "הפרחת השממה" באזור בית הערבה.

⁴ **אלטנוילנד**, שם.

24. עוד בתקופת המנדט קיבלה חברת האשלג הארץ ישראלית בע"מ זיכיון להפקת מחצבים מים המלח. חברה זו, שהוקמה ביוזמה ציונית, חדלה לפעול במלחמת השחרור לאחר שמפעלה נהרס.
25. בשנת 1952 הקימה מדינת ישראל את מי"ה כחברה ממשלתית אשר פועלת החל משנת 1968 במסגרת קבוצת כימיקלים לישראל בע"מ (להלן - **כי"ל**).
26. מי"ה פועלת בדרום ים המלח מכוח שטר זיכיון שהוענק לה בשנת 1961 ועוגן בחוק זיכיון ים המלח, תשכ"א-1961 (להלן **חוק הזיכיון או החוק**)⁵. השטר והחוק שונו מספר פעמים. באחד התיקונים הוארך הזיכיון עד לשנת 2030⁶.
27. עד שנת 1995 הייתה כי"ל בשליטת מדינת ישראל. בשנת 1995 נמכר גרעין השליטה של כי"ל לחברה לישראל בע"מ, כחלק מתהליך הפרטה שהחל עוד בשנת 1992. על תהליך זה נרחיב בהמשך.
28. מי"ה מפיקה ממימי ים המלח מינרלים שונים, בעיקר אשלג וברום. היא מהווה שחקן עולמי מהותי בהפקת חומרים אלה הודות לעלות הזולה של הפקת המינרלים. זאת הן בשל הריכוז הגבוה של המינרלים במי הים, הן בשל הליך ההפקה הקל והזול, והן בשל יכולת האחסנה הזולה הנובעים מהתנאים הייחודיים בים המלח⁷.
29. תהליך ההפקה מבוסס על איזוי מי ים המלח בשורה של בריכות איזוי שהגדולה בהן מכונה בריכה 5.
30. מי"ה היא חברה מצליחה ביותר. היא מעסיקה כ-1500 עובדים באופן ישיר, ואלפי בתי אב בנגב נהנים מתעסוקה עקיפה בשל פעילותה, הן בכי"ל והן במקומות אחרים. לפעילותה קיים גם יתרון נופי של שימור "דמוי ים" באזור בריכה 5. בריכה 5 קיימת, כאמור, לשם הספקת הצרכים התעשייתיים של מי"ה. ללא בריכה זו ובהיעדר פתרון אחר, היה חלקו הדרומי של ים המלח מתייבש⁸. לקיומה של הבריכה יש גם יתרון תיירותי שכן היא מאפשרת להקים מלונות לאורך הבריכה שמפלסה יציב יחסית.

⁵ חוק זכיון ים המלח, תשכ"א-1961, ס"ח 342, 130 (להלן: **חוק הזכיון**).

⁶ ראו חוק זכיון ים המלח (תיקון), תשכ"ח-1968 ס"ח תשכ"ח 533 (להלן: **תיקון מס' 1 לחוק הזכיון**); חוק זכיון ים המלח (תיקון מס' 2), התשמ"ו-1986 ס"ח תשמ"ו 1180 (להלן: **תיקון מס' 2 לחוק הזכיון**); חוק זכיון ים המלח (תיקוני חקיקה), התשנ"ה-1995 ס"ח 128 1505, שכלל תיקונים שונים שהתייחסו לזכיון (להלן: **חוק הזכיון (תיקוני חקיקה)**).

⁷ ראו בדו"ח התקופתי לשנת 2010 שפורסם ע"י כי"ל (להלן: **דו"ח תקופתי לשנת 2010**): בעמ' 7- החברה מדורגת כיצרנית השישית בגודל בעולם בתחום האשלג והראשונה בתחום הברום; בעמ' 9-5 - עולה מהדו"ח כי הודות לזכיון מתאפשרת גישה נוחה למשאבי הטבע הנדירים. מיקום המפעלים על גדות ים המלח תורם להקטנת עלויות השינוע לגמלים וללקוחות בעולם, להקטנת עלויות ייצור של מוצרי לוואי נוספים המשולבים בעבודות הייצור וכן להקטנת עלויות אחסון הודות לאקלים היבש המאפשר לאחסן כמות גדולה של אשלג בשטח פתוח, כל אלה מאפשרים ייצור בעלויות נמוכות. בנוסף, הטכניקה שבה משתמשת כי"ל להפרדת החומרים - שימוש במערכת איזוי המבוססת על קרני השמש - מאפשרת לה לייצר בעלויות נמוכות יחסית לשאר המתחרות. **מסמך המדיניות (2006)**, לעיל הי"ש 2, 9; **תמ"א 13 לים המלח וחופיו - מדיניות הפיתוח והשימור סובב ים המלח ומערבו (ספטמבר 2010)** (להלן: **מסמך באופן עקרוני את מסמך המדיניות**).

⁸ **מסמך המדיניות (2006)**, לעיל הי"ש 2, בעמ' 58: "מול האיום שנוצר עקב תפעול הבריכות, יש לזכור את התלות של המלונות במפעלי ים המלח, משום שבלא תפעול הבריכות לא תהיה למלונות סמיכות לחוף ים...יש להתייחס לאפשרות, הרחוקה אמנם, שהמפעלים יושבתו וכל מערך תפעול הבריכות יופסק. במצב זה תיהפכה הבריכות בהדרגה, כולל בריכה מס' 5, אשר לחופה שוכנים מלונות ים המלח, למלחות ומשטחי-מלח"; **מסמך מדיניות פיתוח**

31. בהמשך חוות הדעת נבקר את התנהלות החברה בנקודות מסוימות ונבקש להטיל על החברה עלויות שהיא אינה חפצה בהן. אולם יש לזכור כל העת את הצלחתה וחשיבות פעילותה. נדגיש, כי הטלת העלויות על מי"ה אינה נובעת מהצלחתה הכלכלית, ממנה נהנה בעקיפין גם הציבור, אלא מאחריותה למעשיה ולהשלכותיהם.

32. כאמור, תהליך הייצור מבוסס על אידוי מי ים המלח. במהלך האידוי שוקעים לקרקעית הבריכה חומרים שאינם נדרשים לתהליך הייצור, בעיקר נתרן כלורי (מלח בישול). מן המים הנותרים ניתן להפיק את החומרים היקרים.

33. תהליך הייצור של מי"ה מחייב שמירת נפח קבוע של מים בבריכה. בשל קצב האידוי הגבוה, ועל מנת לשמור על נפח מים קבוע בבריכה, נדרשת הזרמת מים לבריכה מחלקו הצפוני של ים המלח ההולך ונסוג⁹. הזרמת המים נעשית מתעלה שחפרה מי"ה בשנות השבעים. החומר השוקע מעלה את המפלס בכ- 20 ס"מ כל שנה.¹⁰

34. לעליית המפלס תוצאות קשות. השאיבה של מי"ה מצפון ים המלח ההולך ונסוג גם בשל סיבות אחרות תורמת שיעור ניכר של כ- 20% לירידת המפלס בצפון ים המלח¹¹. מדובר על ירידה כוללת במפלס של כ- 1.2 מטר בשנה שמתוכם כ- 21 עד 28 ס"מ ניתן לייחס לפעילותה של מי"ה¹². לירידת המפלס בצפון ים המלח השפעה קשה על החיים לאורך החוף, בין היתר, בשל הופעת בולענים, פגיעה בתיירות, פגיעה קשה בנוף, האצת קצב ההתחננות של הנחלים וכו'. למען ההגנות נציין, כי ירידת המפלס בצפון ים המלח נובעת, בעיקרה, מניצול של מי גשמים ונחלים לתועלת אחרות, הפסקת ההזרמה של מים מהירדן וכן משאיבה דומה של המפעלים הירדניים הפועלים בגדה המזרחית של ים המלח¹³. עם זאת, לא ניתן להתעלם מהתרומה המשמעותית של מי"ה לירידת המפלס הנוצרת מפעילות החברה, תרומה העומדת כאמור, על כ- 20%.

ושימור ים המלח (2010), שם, בעמ' 31: "כיום, הימה הצפונית היא ים המלח ההיסטורי והאגן הדרומי מנותק לחלוטין מהאגן הצפוני, ובו פועלות בריכות האידוי של המפעלים הכימיים הישראליים והירדניים".

⁹ נעיר כי ים המלח אינו צפוי להיעלם גם אם יימשך קצב ירידת המפלס. בתוך כ- 200 שנה המפלס אמור להתייבב. ראו **מסמך המדיניות (2006)** בעמ' 9.

¹⁰ שם, בעמ' 10; **מסמך מדיניות פיתוח ושימור ים המלח (2010)**, לעיל הי"ש 7, בעמ' 31; וכן **בדו"ח התקופתי לשנת 2010**, לעיל הי"ש 7, בעמ' 57: "המינרלים מים המלח מופקים על דרך של אידוי סולרי שבמסגרתו, שוקע מלח בקרקעית אחת מבריכות האידוי בסדום באתר פעילותה של מי"ה מכיל דשנים. המלח השוקע יוצר שכבה על קרקעית הבריכה בגובה של כ-20 ס"מ מדי שנה. תהליך יצור חומר הגלם מחייב שמירה על נפח תמיסות קבוע בבריכה. למטרה זו מועלה דרך קבע מפלס התמיסות בבריכה בכ-20 ס"מ מדי שנה".

¹¹ ראו למשל **מסמך מדיניות (2006)**, לעיל הי"ש 2, בעמ' 15: "ירידת המפלס בכמטר אחד בשנה, מבטאת מאזן מים שלילי באגן, המסתכם בשטחו הנוכחי בכ-650 מליון מ"ק בשנה. ירידת המפלס נובעת בעיקר מניצול המים השפירים באגן ההיקוות, על ידי ישראל, סוריה וירדן. בנוסף, מפעלי ים המלח והמפעלים המקבילים בירדן, מאדים את מי ים המלח בבריכות אידוי באגן הדרומי ותורמים יחדיו כ-35% מסך גירעון המים הנוכחי".

¹² קיימים נתונים שונים לגבי קצב ירידת המפלס ותרומתה של מי"ה לעומת שאר הגורמים. החישוב שערכנו מבוסס על **מסמך מדיניות פיתוח ושימור ים המלח (2010)**, לעיל הי"ש 7, ו**מסמך מדיניות (2006)**, לעיל הי"ש 2.

¹³ לעניין מידת ירידת מפלס הים והנטקים הנלווים לכך ראו **מסמך המדיניות (2006)**, לעיל הי"ש 2, בעמ' 9: "קצב הירידה של מפלס ים המלח בשנים הבאות יהיה כמטר אחד בשנה". הדו"ח מצוין בקצרה סוגי פגיעה בלתי הפיכים בנאות החוף ובמינים מיוחדים בעמ' 10-9 וכן מפרט בהרחבה נזקים עתידיים ובהם: התחננות נחלים (עמ' 46-34); גלישות, סחף והתירת נחלים, עקב רעידות אדמה ושיטפונות קיצוניים (עמ' 46); שינויים בהרכב מי התהום (עמ' 47-48); התפתחות בולענים (עמ' 56-48); כן ראו **מסמך מדיניות פיתוח ושימור ים המלח (2010)**, לעיל הי"ש 7, בעמ' 28-

35. לפעילות של החברה בדרום ים המלח השפעה סביבתית קשה. בין היתר, היא גורמת לפגיעה ביכולת הניקוז של נחלים ומי שיטפונות, יוצרת חשש להצפת תשתיות פרטיות כגון מלונות, אך גם תשתיות ציבוריות כמו כבישים ותשתיות מים וחשמל. היא גורמת לנוק סביבתי מכריה וחציבה של חומרים לצורך הקמת סוללות בבריכה 5, פוגעת במערכות אקולוגיות ויוצרת פגיעה נופית בשל קיום הסוללות¹⁴.

תועלות כלכליות נוספות מים המלח

36. ים המלח אינו "בריכה תעשייתית" בלבד. מדובר בראש ובראשונה במשאב טבע השייך לציבור. מגוון השימושים והתועלות מנכס ציבורי יקר ערך זה, מחייב איזון עדין בין הפעילות התעשייתית לבין ערכו הנופי והסביבתי, לצד הפעילויות האחרות שהוא משרת, כמו התיישבות, חקלאות והתיירות¹⁵.

37. בדרום ים המלח קיים מתחם מלונאות בשני אתרים סמוכים לבריכה 5 – חמי זוהר ועין בוקק שבהם למעלה מ-4000 חדרי מלון. הענף מעסיק אלפי עובדים. ענף התיירות הוא בעל פוטנציאל הגידול הרב ביותר מבין כלל הענפים הכלכליים במקום¹⁶.

32; לעניין הגורמים לירידת מפלס הים **ראו מסמך מדיניות (2006)**, לעיל ה"ש 2, עמ' 9: "מצבו הנוכחי של ים המלח מבטא את מצוקת המים האזורית. הוא תולדה של מדיניות ממשלות ירדן, סוריה וישראל לניצול משאבי המים באגן ההיקוות והפקת מלחי הים על ידי המפעלים התעשייתיים בישראל ובירדן"; כן ראו **במסמך מדיניות פיתוח ושימור ים המלח (2010)**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 5: "כתוצאה מניצול ושימוש מוגבר במי אגן ההיקוות באמצעות מפעלי הטיה ומשאבי מים המלח עצמו לצרכי התעשייה, גורמת לשינויים אקולוגיים בעלי השפעות מרחיקות לכת על דמותו של האגם...תהליך ירידת המפלס באגן הצפוני של כ-1.2 מטר בכל שנה מוגדר ביחס לתוכנית זו כתהליך ספונטאני "חיצוני", המתחולל בעיקר בהשפעת גורמי אנוש שהנם בשליטה חלקית ומזערית בלבד של הרשויות בישראל".

¹⁴ ראו פירוט אודות ההשפעות של עליית המפלס בבריכות האידוי **במסמך מדיניות פיתוח ושימור ים המלח (2010)**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 31-32: חשש מפני שיטפונות – "עליה במפלס בריכה 5 בדרום האגן, אינה מאפשרת ניקוז יעיל של נחלים אל האגן הטבעי ומגבירה את סיכויי השיטפונות... מצב זה גורם לשיטפונות (Backflow) באזור כביש 90 ובאזור המלונות ומחייב הקמת מתקנים לריסון והגנה מפני שיטפונות..."; הצפת תשתיות חוף; כריה וחציבה – "עליית המפלס מלווה בהגבהת סוללות הבריכה, אשר להקמתן והגבהתן נדרשו חומרי גלם ממתצבות בתחום הזכיון, המשפיעות על פני האזור ונופיו"; פגיעה במערכת האקולוגית – "החפרה הסביבתית של חופי האגן הדרומי והקמת מפעלי התעשייה, גרמה לשינויים במערכות האקולוגיות ולהיעלמות בתי גידול ומעיינות מקומיים".

¹⁵ ראו **במסמך מדיניות פיתוח ושימור ים המלח (2010)**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 18: "מדיניות פיתוח דרום האגן מדגישה את חשיבות יצירת האיזונים בין הפעילות הכלכלית המתקיימת באגן לבין ההגנה על הסביבה הטבעית והנוף. קיום וקידום תעשיית האשלג בדרום האגן, על יסוד שיקולים כלכליים-חברתיים המביאים בחשבון השפעות חיצוניות (חיוביות ושליליות), הסביבה הטבעית, ההתיישבות, התיירות והנופש. איזון חדש זה יאפשר שגשוג האזור ופיתוחו כמוקד תעשייה, תיירות, התיישבות וסביבה" וכן בעמ' 61: "מדיניות התכנון רואה באגן הדרומי מערכת משולבת שבה מתקיימים יחדיו התעשייה, התיירות, ההתיישבות והסביבה, תוך שמירה על איזון ותרומה הדדית של כל המרכיבים ובראייה ארוכת טווח של אזור דרום ים המלח וסביבתו. לאור ראייה זו, יש להגדיר את בריכה מס' 5 כבריכה תעשייתית-תיירותית... עקרון המדיניות המרכזי להבטחת המשך פעילות התעשייה והתיירות באגן הדרומי מחייב שינוי כיוון באופן פעילות תעשיית האשלג ויצירת איזון חדש וסביר בין ניצול משאבי הטבע לצרכי התעשייה והתיירות, לבין הסביבה וההתיישבות... חלק מאיזון זה מחייב גם שיקום נזקי עבר והקטנת טביעת הרגל הסביבתית של התעשייה"; סעיף ג(2) **להחלטת ועדת שרים להפרטה מח/31 מיום 15.1.1992** שקיבלה תוקף של החלטת ממשלה 2337 מיום 20.1.1992 קובעת הטלת סייגים על בעל הזכיון באזור התיירות עין בוקק וחמי זהר אשר יבטיחו, בין היתר, "את האינטרסים התיירותיים באזור וימנעו מבעל הזכיון ניצול לרעה של חוק הזכיון" (להלן: **החלטה מח/31**); **החלטת ממשלה מס. 2863 מיום 5.1.2003**: "ב. הממשלה מכירה בכך כי קידום עתיד ים המלח מחייב עריכת בדיקות מעמיקות בסוגיות שונות הנוגעות להשלכות הכלכליות, הסביבתיות, הלימנולוגיות והגיאולוגיות בכל הנוגע לעתיד ים המלח וסביבתו (כגון: תשתיות, מפעלי תעשייה, תיירות, מיקום קו החוף, איכות המים ומחצבים)".

¹⁶ ראו **במסמך מדיניות פיתוח ושימור ים המלח (2010)**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 33 לעניין מדיניות פיתוח התיירות: "בחמישים השנים הבאות עתיד אגן ים המלח להפוך למוקד המושך תיירים ומבקרים מהעולם..."; כן בעמ' 16: "לאור הפיתוח העתידי הנרחב של ענף המלונאות והשירותים הנלווים, ניתן להניח כי ענף המלונאות יהיה ענף התעסוקה המרכזי באזור, יתפוס את מקומה של החקלאות ויהיה בעל משקל ניכר ביצירת מקומות תעסוקה נוספים"; ובעמ' 15: "היקף המימוש החזוי של הפיתוח המתוכנן למלונאות ותיירות בכל אזור סובב האגן, עומד על כ-

38. הקמת המלוונות בדרום ים המלח, בסמוך לגדות בריכה 5, לאחר שמפעלי מי"ה כבר נכחו במקום, החלה בתחילת שנות השבעים ונמשכה עד לשנות התשעים. אין חולק, כי המלוונות נהנים מהקרבה למי הבריכה.

39. כבר מתחילת שנות השבעים בעת שהחלה בניית המלוונות, היה ברור כי עליית המפלס (אם לא תטופל) תציף את המלוונות בשלב כלשהו בעתיד, וכי המשך קיומו של ענף המלוונות מחייב פתרון לבעיית המפלס.

40. בראשית הדרך הביעה מי"ה התנגדות להקמת המלוונות, אולם בהמשך, הוחלפה ההתנגדות באזהרות מפני עליית המפלס ובהחתמת חלק מהמלוונות על כתבי התחייבות, המסירים מהחברה כל אחריות לנזקים שייגרמו ממנה¹⁷. התרעה דומה הגיעה גם ממינהל מקרקעי ישראל¹⁸.

41. גם רשויות המדינה היו ערות למפלס העולה ולסכנות שהוא מגלם. החשש אף החל לבוא לידי ביטוי במגבלות שנקבעו בשנות השמונים על הבנייה במקום, ואף בתקופות הקפאה שונות, שלאחריהן חודשה הבניה. בפועל, המגבלות על הבניה לא היו משמעותיות, חלקן לא יושמו והן לא פתרו את חשש ההצפה¹⁹.

ההתמודדות הראשונית עם בעיית ההצפה והקישור להליך ההפרטה

42. בסוף שנות השמונים ותחילת שנות התשעים התלכדו שתי מגמות, שהביאו לעליית הילוך בטיפול בעליית המפלס. הראשונה, ההבנה כי ללא מתן פתרון לעליית המפלס לא תהיה

20,000 חדרי מלון לתקופת עשרים וחמש השנים הקרובות ועשוי אף להתקרב להכפלת כמות זו בטווח חמישים השנים הבאות. היקפים אלו עתידיים... להפוך את אזור ים המלח למוקד תיירות המופיע על מפת התיירות העולמית... כמו כן, צפוי כי הפיתוח התיירותי המתוכנן יגרוור בעקבותיו פיתוח התיישבות חצי עירונית בקנה מידה לא מבוטל לצד פיתוח תשתיות, בעיקר בתחומי תחבורה..."; **מסמך מדיניות (2006)**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 146: "ים המלח הוא אחד האזורים המובילים לביילוי חופשה בישראל... אזור ים המלח הוא אבן שואבת לתיירים בכל ימות השנה".

¹⁷ ראו לדוגמא **מכתבים של מלוונות** הוד המדבר מיום 28.2.1988 ומגדלי על מיום 19.4.88; ראו **בדי"ח שנתי 53 של מבקר המדינה לשנת 2002 ולחשבונית שנת הכספים 2001** (להלן: **דוח המבקר הראשון**) שבו צוין כי במקביל להקמתו של המלון הראשון על החוף שבאזור חמי זוהר ב-1971, שלח מנכ"ל מי"ה מכתב אל שר האוצר ושר הפיתוח המתרע בפניהם על סכנת ההצפה ובו ביקש "כי הממשלה תדאג לכך שהמבנים אשר כבר הוקמו ומוקמים יוגנו מפני הצפה, שהרי אי קיום הוראות חוק הזיכיון ע"י המדינה ורשויותיה הוא שגרם למצב הנוכחי".

בשלב מאוחר יותר, נתבקשו היוזמים לחתום על כתב התחייבויות כלפי מי"ה שנוסחו הוסכם על דעת משרד התיירות, החברה לפיתוח חוף ים המלח וחבל סדום וערד בע"מ, מנהל מקרקעי ישראל, המועצה האזורית ומי"ה ובו הצהירו כי לא יימנעו ולא יבקשו למנוע ממי"ה "מלנקוט בפעולה כלשהי... לרבות פעולה של העלאת מפלס פני בריכה 5", כי הם מודעים לבעיית עליית מפלס הים בגובה של לא פחות מ-20 ס"מ בכל שנה וכן כי הם מתחייבים לקחת זאת בחשבון בתכנון הפרויקט ומסכימים לשאת באחריות של על כל המתחייב מכך ובכלל זה, להימנע מדרישת פיצוי, שיפוי או כל תשלום אחר בגין נזקים או הפסדים שייגרמו כתוצאה מהעלאת המפלס על ידי מי"ה. עקב עליית המפלס בבריכה 5, פנו בעלי מלון מרחצאות מוריה ים המלח בע"מ אל מי"ה בינואר 1981 ודרשו ממנה שלא להעלות עוד את מפלס המים בבריכה. סיומה של המחלוקת בין שני הצדדים היה בהסכם שקיבל תוקף של פסק-דין (ת"א 3078/81) ולפיו מי"ה התחייבה לבנות מערכת הגנה למלון כך שיתאפשר להעלות את מפלס המים בבריכה וזאת מבלי להציף את המלון.

¹⁸ ראו **דוח המבקר הראשון**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 763, שבו נכתב כי בחוות דעת פנימית של מנהל מקרקעי ישראל מאוקטובר 1971 נכתב: "יש למנוע בעתיד הקמת בתי מלון ומבנים אחרים בטווח ההצפה של המים".

¹⁹ שם, בעמ' 764, שם צוין כי בשנת 1976, שנה לאחר שאושרה "תכנית בניין ערים, חמי זוהר, תשל"ג-1973", קבע מהנדס החברה לפיתוח חוף ים המלח, חבל סדום וערד בע"מ, כי יש לתכנן את הבניינים כך שהמפלס הנמוך ביותר יהיה מעל פני הבריכה בשנת 2000, ובשים לב לכך שמפלס הים עלול להמשיך לעלות. בעשור שלאחר מכן, הוקפאה הבניה בבריכה 5 והופשרה, הוחלט על הקמת סוללה ובריכה חלופית לבריכה 5 ונדרש למגן את היסודות מפני עליית מפלס המים.

תקומה לענף המלונאות בים המלח, והשנייה, הליך הפרטת כ"ל שחייב התמודדות גם עם בעיה זו כחלק משורת בעיות הנובעות מהזיכיון.

43. באוקטובר 1989 הוקמה המינהלה לפיתוח התיירות בנגב, שהחלה בפעולות בדיקה של אופן ההגנה על החוף בדרום ים המלח. בינואר 1991 הגישה המינהלה את המלצותיה לטיפול בבעיה. הדו"ח המליץ על טיפול בעליית המפלס באמצעות הקמת לגונה בעין בוקק והגנות חוף בחמי זוהר. עלות ההגנות הוערכה אז בכ- 27.3 מיליון דולר.²⁰

44. עמדה אחרת הביע באותה עת אגף התקציבים באוצר, שתמך בחלופה זולה יותר של הגנות ישירות על המלונות ללא בניית לגונה, ובניית מוקד תיירות חדש בנחל חבר. אגף התקציבים העריך את עלות הפרויקט ב- 53.1 מיליון ₪, לעומת עלות של 80.7 מיליון ₪ לפתרון עליו המליצה המינהלה. משרד האוצר המליץ, כי מ"ה תישא במחצית העלות, וכי המלונות והמדינה יישאו במחצית השנייה.²¹ נקדים את המאוחר ונעיר כי מדובר בפתרונות שונים לחלוטין מהפתרון הנדון כיום.

45. באותה עת, דהיינו בסוף שנת 1991, החלו דיונים בועדת שרים לענייני הפרטה (מכירת מניות המדינה בחברות הממשלתיות) (להלן - **ועדת השרים**). דיונים אלה נמשכו מספר שנים ובמסגרתם התקבלו כמה החלטות.²²

46. נעיר, כי אחד הנושאים שעלו בועדת השרים היה הצורך לשנות את שטר הזכיון שהוענק לחברה. מדובר בזיכיון ארכאי המבוסס על זיכיונות שניתנו בתקופת המנדט. הוא לא התאים למציאות שהתהוותה בשטח, ובוודאי שאינו מתאים למציאות הנוכחית. ועדת השרים החליטה על מספר רב של שינויים בזיכיון,²³ אולם חרף זאת, הזכיון והחוק לא שונו.²⁴ לא עלה בידינו לברר מדוע ההחלטות לא יושמו.

²⁰ ראו **מסמך "הגנת חוף ים המלח - חלופה אפשרית"**, מסמך מאת המנהלה לפיתוח התיירות בנגב משנת 1991 (להלן: **מסמך המנהלה לפיתוח התיירות בנגב (1991)**).

²¹ ראו **מכתבו של הממונה על התקציבים** דוד ברודט אל שר האוצר מיום 26.11.91: "א. ממליצים על חלופה ג'. כלומר ביצוע הגנה ישירה ונפרדת לכל מלון "בעייתית" בהתאם לעיתוי הפגיעה הצפויה ליסודותיו אם בכלל. עלות חלופה זו כאמור 53.1 מיליוני ₪ מהווים כ-10%. ב. ממליצים כי מפעלי ים המלח יישאו במימון 50% מעלויות ההגנה ויהיו האחראים לביצועה. ג. 50% הנותרים יהיו מתקציב המדינה ומהשתתפות המלונות".

²² ראו: החלטה **מח/6** מיום 1.9.1991 שעניינה "מכירת מניות המדינה בחברת כימיקלים לישראל בע"מ"; החלטה **מח/15** מיום 27.10.1991 שעניינה "מניית המדינה המיוחדת בחברת כימיקלים לישראל בע"מ- המשך הדיון"; החלטה **מח/18** מיום 30.10.1991 שעניינה "מניית המדינה המיוחדת בחברת כימיקלים לישראל בע"מ"; החלטה **מח/22** מיום 4.12.1991 שעניינה "מכירת מניות כימיקלים לישראל בע"מ"; החלטה **מח/31** מיום 4.12.1991 שעניינה "זכיון ים המלח"; החלטה **מח/26** מיום 11.12.1991 שעניינה "מכירת מניות כימיקלים לישראל בע"מ"; החלטה **מח/31** לעיל ה"ש 15; החלטה **מח/34** מיום 27.1.1992 בעניין "זכיון ים המלח" (להלן: **החלטה מח/34**); החלטה **מח/38** מיום 13.2.1992 שעניינה "מימון עלויות ההגנה על בתי-מלון באזור עין-בוקק וחמי-זוהר (להלן: **החלטה מח/38**); החלטה **מח/53** מיום 1.4.1992 שעניינה "זכיון ים המלח"; החלטה **מח/31** מיום 14.7.1993 שעניינה "חברת כימיקלים לישראל- זכיון ים המלח"; החלטה **מח/53** מיום 18.5.1994 שעניינה "המשך הפרטת חברת כימיקלים לישראל"; החלטה **מח/71** מיום 13.9.1994 שעניינה "הפרטת חברת כימיקלים לישראל בע"מ".

²³ ראו **החלטה מח/34**, לעיל ה"ש 22, שקיבלה מעמד של **החלטת ממשלה שמספרה 2374** מיום 27.1.1992 (להלן: **החלטת ממשלה מס' 2347**) החלטה ביקשה לשנות את נוסח שטר הזיכיון בעניינים שונים ובהם: הגדרת השטחים הנכללים בהגדרת "ים המלח", יכולתה של המדינה לאזן בין יכולת החברה לממש את זכויותיה לבין האפשרות של פגיעה מהותית בערכי טבע, התחייבות רשות המים שלא להשהות או למנוע אישור להשגת מים מתוקים או מתוקים למחצה מטעמים בלתי סבירים ויכולתה להתנות את האישור מטעמים סבירים, הרחבת זכותה של הממשלה להיכנס למתקני מ"ה ולבצע ביקורת לגבי קיום תנאי שטר הזכיון, עיגון זכותה של המדינה להעניק זכויות מסוימות

47. כך, ביום 15.1.92 התקבלה החלטה המבקשת, בין היתר, להבטיח את "עתיד התיירות באזור בריכה 5". בהחלטה נקבע, כי "יוטלו על בעל הזכיון סייגים אשר יבטיחו, בין היתר את האינטרסים התיירותיים באזור וימנעו מבעל הזכיון ניצול לרעה של חוק הזכיון... בין יתר הסייגים ייאמר שכי"ל ומי"ה מתחייבות לאפשר את ביצועו הפיזי של הפתרון הטכני עליו יוחלט לשם הגנת אזורי התיירות באזור הזכיון. זאת מבלי שהדבר יסב למי"ה פגיעה בכושר הייצור והתחרות". ההחלטה הטילה מגבלות על המשך בניית המלונות וקבעה, כי הפיתוח התיירותי ייעשה מעל גובה מסוים המתאים לפתרון בעיית עליית המפלס²⁵.

48. ביום 27.1.92 התקבלה החלטה נוספת של ועדת השרים, הקובעת שורה ארוכה של שינויים בשטר הזכיון. בין היתר, תיקנה החלטה זו את ההחלטה מיום 15.1.92. נקבע, כי הסייגים עליהם הוחלט בהחלטה הקודמת יוטלו "בכפוף להסכמים שנחתמו או למצב הקיים". עוד הוחלט, כי סוגיית המימון של ההגנות תיקבע בהחלטה משותפת של שר האוצר ושר המשפטים על דעת ועדת השרים²⁶.

49. נעיר כי ביום 23.1.92 וביום 30.1.92 קבעו הגופים המוסמכים בכי"ל ומי"ה כי שינוי הזכיון בהתאם להחלטות האמורות לא יפגע בתפקודה של מי"ה²⁷.

50. ביום 13.2.92 התקבלה החלטה נוספת שכותרתה "מימון עלויות ההגנה על בתי המלון באזור עין בוקק וחמי זוהר". בשל חשיבות ההחלטה נביא אותה במלואה:

"

- א. לרשום את החלטת שרי האוצר והמשפטים שלא לשנות מהמצב הקיים וממערכת ההתחייבויות הקיימת כיום בין מפעלי ים המלח בע"מ ובין מדינת ישראל ו/או בתי המלון שהוקמו ומתוכננים לקום באזור עין בוקק וחמי זוהר בכל הקשור לעלויות ההגנות על בתי המלון באותם אזורים.
- ב. לרשום את הודעת שרי האוצר והמשפטים כי לקראת מכירת מניות כימיקלים לישראל בע"מ (להלן כי"ל) לציבור ולפני ביצוע הצעת המכר, יימשך מכי"ל דיבידנד במזומן בסך 30

לאחרים לניצול של מים או בוץ המכילים חומרי מרפא בכפוף לכך שפעילותה של מי"ה לא תיפגע ותפוקה לא תפחת, קביעת תנאים ליכולתה של הממשלה להתיר לאחרים לבצע עבודות על רצועת החוף, שינוי זכויות מי"ה בקרקעות חכורות ושמורות, צמצום היקף זכות סירוב ראשונה של מי"ה לגבי הקרקעות השמורות, זכותה של הממשלה להתנות תנאים סבירים לעניין ריכוז פסולת, צמצום סעיף בשטר הזכיון המעגן מניעת הפקעה או החרמה של המפעל, קביעת חובת ייצור בשקידה ראויה, החלת חוק ההגבלים העסקיים התשמי"ח-1988 על מי"ה, ביטול סעיף בשטר הזכיון המקנה למי"ה זכות לדרוש מהמדינה בניית תשתית, הכפפת מי"ה לפקודת הטלגרף האלחוטי, חוק הבזק התשלי"ג-1973 או כל דין אחר וכן עיגון זכותה של המדינה לקבוע סייגים לגבי אופן תפעול התיירות באזורים עין בוקק וחמי זוהר.

²⁴ החלטה מח/25 של ועדת שרים לענייני הפרטה מיום 10.5.1993 בעניין מכירת מניות המדינה בחברות ממשלתיות. ראו החלטה מח/31, לעיל הי"ש 15, שקיבלה מעמד של החלטת ממשלה מס 2337 מיום 20.1.1992 ועניינה "זכיון ים המלח- ענייני התעשייה והתיירות".

²⁵ ראו סעיף ב.א. (3) להחלטת ממשלה מספר 2374, לעיל הי"ש 23.

²⁷ ראו הי"ש 1 בעמוד ו-12 לתשקיף משנת 1992.

מליון דולר בגין שנת 1991 (בנוסף לסכום של 12 מליון דולר עליו החליט דירקטוריון כי"ל בשנת 1990).²⁸

51. פרשנות החלטה זו אינה מלאכה פשוטה. לכאורה, נדמה כי כוונת הצדדים היתה לתחום את החבות של מי"ה ושל כי"ל עובר למועד ההפרטה. נדמה, כי כך עולה גם מההתכתבות שקדמה להחלטה.²⁹ אולם, בגוף ההחלטה לא מצוין כי מדובר בסכום שיכסה לחלוטין כל פתרון עתידי. גם הרישא של ההחלטה אינה מנוסחת בצורה הפוטרת את מי"ה מכל מחויבות עתידית. ההחלטה מקבעת מצב קיים, וכפי שיפורט בהמשך, נדמה כי היא התכוונה שלא להכריע בסוגיית המימון.

52. אף עיון בהתנהלות המדינה סמוך לאחר קבלת ההחלטה מעיד, שנציגי המדינה לא ראו בהחלטה כפוטרת את כי"ל ומי"ה מכל השתתפות עתידית נוספת בהגנות מפני עליית המפלס.³⁰ נקדים ונאמר, כי לטעמנו יש להתחשב בדיבידנד זה, אולם אין לומר בשום פנים ואופן כי הוא חסם מימון עתידי של פתרונות הביניים ופתרון הקבע על ידי מי"ה. לסוגיה זו נחזור בהמשך.

53. בעקבות ההחלטות של ועדת השרים הופרטו כי"ל ומי"ה במספר שלבים. החלטות הממשלה צוטטו בתשקיפים הרלוונטיים אותם איתרנו, כולל ההחלטות המדברות על שינוי תנאי הזכיון וסוגיית המימון. לא ניתן בתשקיפים כל מידע נוסף לגבי סוגיית המימון ולטעמנו ניתן ללמוד מהם שהדיבידנד לא אמור היה לפטור את מי"ה מכל חבות למעשיה.³¹ לסוגיה זו, כאמור, נחזור בהמשך.

54. בשנת 1995 נמכרה השליטה בכי"ל ודרכה במי"ה לחברה לישראל בע"מ.³² רוב העסקאות בתקופה בה נמכרו עיקר המניות של כי"ל נעשה על בסיס ההערכה, כי שווי השוק של

²⁸ החלטה מח/38, לעיל ה"ש 22, אשר קיבלה תוקף של החלטת ממשלה 2447 מיום 13.2.1992 בעניין "מימון עלויות ההגנה על בתי-מלון באזור עין-בוקק וחמי-זהר" (להלן: החלטת ממשלה 2447).

²⁹ ראו מכתבה של גבי' לחמן מסר אל שר המשפטים מיום 28.1.1992 בעניין "השתתפות במימון עלויות ההגנה". במכתב זה נאמר כי היתרון בהצעה לחייב את מי"ה בתשלום דיבידנד הוא כי "ההצעה לא פוגעת במערכת ההתחייבויות הקיימות בין בתי המלון ותוחמת את ההתחייבויות הכספיות של כי"ל לעתיד בגין הנושא הנדון".

³⁰ ראו לדוגמא נייר עמדה של אגף התקציבים באוצר מיום 4.8.92 הרואה בהחלטת הממשלה כאי הכרעה בסוגיית חלוקת המימון ומבקש להגיע לפשרה שתביא למימון הפתרון הזול שהוצעה באותה עת על ידי כל הגורמים המעורבים בהליך.

³¹ ראו למשל, סעיף 6.3.2, עמ' ו-11-15 לתשקיף משנת 1992; וכן פרק יא וכן עמ' ו-136-115 לתשקיף משנת 1995.
³² להלן פירוט שלבי המכירה ושווי השוק של כי"ל המשתקף מהתמורה שקיבלה המדינה בכל שלב. הטבלה הוכנה על ידי עו"ד גוין גומלסקי מרשות החברות הממשלתיות, בהתבסס על נתונים שפורסמו בדוחות השנתיים של הרשות:

שנה	דרך המכירה	שיעור החזקות המדינה לפני המכירה	שיעור המניות שנמכרו	שיעור החזקות המדינה בחברה לאחר המכירה	תמורה למדינה במיליוני \$ (לפי השער במועד המכירה)	הערות

2.92	הצעה לציבור ולעובדי קבוצת כי"ל (כי"ל וחברות הבת במסגרת תשקיף	100%	20% (18.9% - לציבור ו-1.1% לעובדי קבוצת כי"ל)	80%	235.2 (כ-550 מיליון ₪)	המכירה לעובדים נעשתה, בהתאם לכללי הרשות, בהנחה משמעותית ביחס למחיר לציבור; המכירה לציבור משקפת שווי של החברה בין 1,176 עד 1,244 מיליון \$ (אין נתונים על חלוקת התמורה בין התמורה מהעובדים לבין התמורה מן הציבור)
1.93	מכירה פרטית לגורמים מוסדיים (מחוץ לבורסה)	80%	4.7%	75.3%	58.1	המכירה משקפת שווי החברה 1,236 מיליון \$
12.94	מכירה של מניות בבורסה	75.3%	0.5%	74.8%	5.4 (כ-16.2 מיליון ₪)	המכירה משקפת שווי של החברה 1,080 מיליון \$
2.95	מכירה פרטית במסגרת ניהול מכירה נעשתה בהתאם לחוזה בין המדינה לבין חברה לישראל וחברה נוספת (שתיחן דאז בשליטתו של מר שאול אייזנברג). בשנת 12.96 רכשה החברה לישראל את מניות החברה האחרת בכי"ל, וחברה זו הודיע כי אינה עוד בגדר "רוכש" לענין החוזה הנ"ל;	74.8%	24.9%	49.9%	231	1. בנוסף למכירת המניות, בהתאם לחוזה המכר, המדינה התחייבה להשתמש בזכותה למנות דירקטורים, כך שלחברה לישראל יתאפשר למנות רוב הדירקטורים בחברה. 2. לפיכך, תמורה המכירה אמורה לכלול, לכל הפחות באופן חלקי, שווי השליטה בחברה. 3. המכירה משקפת שווי של החברה (מבלי להתחשב בפרמיית שליטה) - כ-930 מיליון \$ - בשל התעלמות משווי השליטה מדובר בפועל בשווי גבוה יותר משווי החברה בניטרול של פרמיית השליטה.
3.97	מכירה פרטית לחברה לישראל, בהמשך לחוזה המכר משנת 95, לפיו הציעה המדינה לחברה לישראל את המניות הנמכרות בהתאם למחיר שהגנזר ממחיר המניות בבורסה בתקופה שקדמה למכירה.	49.9%	17%	32.9% (מתוכן כ-1.4% מניות הופקדו בידי הנאמן לשם תגמול לעובדים)	198 (667 מיליון ₪)	המכירה משקפת שווי של החברה 1,165 מיליון \$.
11.98	הצעה לציבור ולעובדי קבוצת כי"ל (לרבות עובדים במסגרת תשקיף.	32.9% (מתוכן כ-1.4% מניות הופקדו בידי הנאמן לשם תגמול לעובדים)	30.74% (28.65% - לציבור ו-2.08% לעובדי קבוצת כי"ל)	2.2%	299.5 (מתוכן: 1.289.6 תמורה מהצעה לציבור 1,213) מיליון ₪; 9.8 תמורה מהצעה לעובדים (41 מיליון ₪)	המכירה לעובדים נעשתה, בהתאם לכללי הרשות, בהנחה משמעותית ביחס למחיר לציבור; המכירה לציבור משקפת שווי של החברה כ-1,011 מיליון \$.
10.99	מכירה במסגרת הבורסה.	2.2%	0.62%	1.6%	7.0	המכירה משקפת שווי של החברה כ-1,130 מיליון \$.
3.00	מכירה במסגרת הבורסה.	1.6%	1.47%	0.1%	20.5	המכירה משקפת שווי של החברה כ-1,395 מיליון \$.

כ"ל הוא כמיליארד דולר. נזכיר כי כ"ל כוללת חברות נוספות מלבד מ"ה. כיום עומד שוויה של כ"ל על כ- 21 מיליארד דולר (נכון ליולי 2011).

הגנות הביניים

55. החל משנות התשעים ננקטו מספר מהלכים במטרה למנוע את הצפת התשתיות והמלונות בתקופת הביניים עד לגיבוש פתרון הקבע. הדבר נעשה גם מכוח החלטה של שר האוצר ושר התיירות "על כך שהם רואים עצמם אחראים כלפי הגורמים הזמניים למציאת פתרון לעליית המפלס"³³. ההחלטה הייתה, כי כל הגורמים המעורבים יישאו בעלות הפתרונות. פתרונות אלה מכונים שלבים א/1 וא/2 והם מבוצעים גם בימים אלה.³⁴

56. בהקשר זה נדגיש, כי ככל שהתקדם יישום פתרונות הביניים הלך ועלה שיעור ההשתתפות בפועל של מ"ה.

57. בשלב א/1 מימנה מ"ה 38% מהעלויות, אולם בפועל חלקה של מ"ה מומן ממענק של מרכז ההשקעות.³⁵

58. פרויקט ההגנות הראשון לא צלח, ולכן הובילה המדינה את שלב א/2, שהתנהל אף הוא במספר שלבים. המימון לשלב זה נקבע בחקיקה אשר הורתה כי המדינה תישא במחצית העלות ואילו מ"ה, המועצה האזורית תמר ובתי המלון יישאו בשישית מהעלות לכל מגזר.³⁶

12.07	מכירה בבורסה.	0.11%	0.11%	0%	14.9	המכירה משקפת שווי של החברה כ-14,900 מיליון \$.
				המדינה המיוחדת מוחזקת בידי המדינה)		

שווי החברה בבורסה ליום 14.7.11 הינו כ-21,250 מיליון \$.
³³ **מכתבו של הממונה על התקציבים** מיום 2.2.94 למנכ"ל מ"ה, לראש המועצה האזורית תמר ולמנכ"ל מלונות מוריה בעניין יחתימה על ההסכמים הנלווים לביצוע הגנות ים המלח.

³⁴ **דוח המבקר הראשון**, לעיל הי"ש 17, בעמ' 767-770, מתוארים השלבים הראשונים של פתרון הביניים. שלב א/1 כלל הקמת סוללת מגן ומערכות ניקוז תת קרקעיות שנועדו לפנות את מי התהום באזור יסודות מבני המלונות. **הסכם עקרונות למימון ההגנות** כאמור נחתם בין משרד האוצר לבין מ"ה ביום 9.2.1994 (להלן: **הסכם עקרונות למימון ההגנות**). עלות הפרויקט חולקה בין המועצה האזורית תמר (33%), מ"ה (38%) והמדינה (29%). במקביל הוסכם כי משרד האוצר יפעל לכך שפרויקט ההגנה יוכר על ידי מרכז ההשקעות כמפעל מאושר וכך תקבל מ"ה מענק השקעה בגובה של 38% מסכום ההשקעה. מאוחר יותר, שלב א/2 עוגן בהסכם נוסף שנחתם בדצמבר 2000 בין מדינת ישראל לבין מ"ה ובמסגרתו נדרשה מ"ה להגבהת הסוללת. החלטת ממשלה מס 749 מיום 16.9.2001 קבעה את חלוקת נטל המימון כך שמחצית העלות תמומן על ידי המדינה והמחצית השנייה תחלק באופן שווה בין מ"ה, המועצה האזורית תמר ובתי המלון, כך שכל אחד מהגופים האמורים יישא ב-1/6 מהעלות. חלוקת העלות עוגנה בסי' 22(ב) **לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2002)**, **תשס"ב-2002** ס"ח תשס"ב 1831 (להלן: **חוק ההסדרים (2002)**). חוק זה תוקן והורחב **בחוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2005 (תיקוני חקיקה) התשס"ה - 2005** ס"ח 1997 345.

³⁵ ראו **הסכם עקרונות למימון ההגנות**, לעיל הי"ש 34, ממנו עולה כי המדינה נשאה ב-29% מהעלות ואילו המועצה האזורית והמלונות נשאו כל אחד בשישית מהעלות.

³⁶ ראו סעיף 22 **לחוק ההסדרים (2002)**, לעיל הי"ש 34.

59. בשנת 2007 הושגה הסכמה ולפיה מי"ה תממן 39.5% מפתרונות שלב הביניים ובדיקות ההיתכנות לשלב הקבע. עוד הוסכם, כי אין בהסכמה זו כדי ליצור תקדים לגבי מימון פתרון הקבע. במכתב שהוציאו הממונה על התקציבים והחשב הכללי במשרד האוצר ביום 30.12.07, נאמר כי במקרה של מחלוקת "נפעל בהתאם להוראות שנקבעו בשטר הזכיון בין ממשלת ישראל לבין מפעלי ים המלח בע"מ בדבר יישוב סכסוכים". הסכמה זו עוגנה בהחלטת ממשלה מיום 12.5.09, הקובעת כי יותקנו בעניין זה תקנות על ידי שר האוצר, אולם, בהחלטה לא אוזכרה ההפניה למנגנון יישוב הסכסוכים בנוגע לפתרון הקבע.³⁷

60. בפועל, טרם הותקנו התקנות המעגנות הסכמה זו בשל מחלוקת עם המלונאים והמועצה האזורית. כוונת משרד האוצר היתה כי המדינה תישא ב- 35.5%, המלונאים ב- 12.5% והמועצה האזורית תמר ב- 12.5% הנותרים. בפועל נמסר לנו כי מי"ה נושאת בעלות שנקבעה בהחלטת הממשלה, דהיינו 39.5% מהעלות.

עבודת המטה לקראת פתרון הקבע

61. עבודת המטה לקראת פתרון הקבע מתנהלת כבר למעלה מ-20 שנים, משנת 1989. נדמה, כי עתה, לאחר שנים רבות של ועדות, החלטות ממשלה ומשא ומתן עם כלל הגורמים הנוגעים בדבר, עומדת ליפול ההכרעה בדבר אופי הפתרון ודרך מימונו.³⁸

³⁷ ראו החלטה 2193 מיום 12.8.07 המטילה על שר האוצר לנהל מו"מ עם מי"ה. **מכתב החשב הכללי והממונה על התקציבים** מיום 30.12.07 וכן **החלטה 134** מיום 12.5.09 המעגנת את ההסכמות ומורה לשר האוצר לתקן את תקנות בהתאם לחוק ההסדרים (2002) (להלן: **החלטת ממשלה מספר 134**).

³⁸ ראו **מסמך המנהלה לפיתוח התיירות בנגב (1991)**, לעיל ה"ש 20 - שבמסגרתו הומלץ על הקמת לגונה כפתרון ארוך טווח בעין בוקק וכן בניית סוללה על החוף שתפריד בין חוף תמי זחר לבין בריכה 5; מינוי ועדת היגוי לגיבוש פתרון הקבע, על ידי מנכ"ל משרד התיירות בפברואר 1997. ועדת ההיגוי קיימה מספר דיונים במהלך שנתיים לאחר הקמתה, אולם לא ננקטו צעדים למציאת פתרון קבע ויישומו; העברת האחריות במציאת הפתרון אל החברה הממשלתית לתיירות בינואר 1998, ולאחר מכן לטיפולו של שר האוצר; הקמת ועדת היגוי חדשה בנובמבר 1999 שבראשה מנכ"ל משרד התיירות; הקמת ועדת מנכ"לים בראשות מנכ"ל משרד התשתיות בשנת 2002, וצוות מקצועי אשר הגיש בפברואר 2004 את מסקנותיו שכללו, בין היתר, המלצה לחלק את בריכה 5, ולבצע קציר מלח אל מול בתי המלון; **החלטת ממשלה מס. 2424** מיום 12.8.2004 שעניינה "הגנות החוף בים המלח" הורתה על בדיקות היתכנות הנדסיות ובדיקות עלויות לשם גיבוש החלטה סופית לפתרון קבע והטילה אחריות על שר התיירות לגבש ממצאים לצורך קבלת החלטה עד ליום 1.1.2005; החלטת ועדת שרים לענייני חברה וכלכלה שמשפרה **חב' 26** מיום 11.9.2006 הטילה את האחריות לטיפול "בכל מכלול ים המלח" על שר התיירות, כהמשך להחלטה 2424. קיבלה מעמד של החלטת ממשלה ביום 6.3.07, והציבה לשר התיירות סד זמנים של כתשעה חודשים (עד ליום 31.12.2007); מינוי "ועדת תיאום בין משרדית" על ידי שר התיירות ביום 20.11.06 שתפקידה לרכז את התיאום וקידום הנושאים הקשורים להגנות ים המלח; **החלטת ממשלה מספר 1666** מיום 13.5.2007 שבה הוחלט להקצות 8 מלש"ח לטובת ריכוז הטיפול שעורך משרד התיירות בעניין וכן, להטיל על שר האוצר "לקבוע בתקנות, בתוך 30 ימים, את הסדרי המימון בין השותפים השונים לעניין השלמת הגנות ים המלח ובכלל זה את אופן התקצוב" וכן להכריז על פרויקט ההגנות של ים המלח "כפרויקט תשתית בעל חשיבה לאומית". בסעיף ט' להחלטת הממשלה הובהר כי "ההקצאה התקציבית בהחלטה זו אינה עוסקת באחריותו של גורם כלשהו לתוצאות עליית מפלס המים בים המלח ו/או להתחייבות המדינה למימון בלעדי של הפרויקט ו/או לאופן חלוקת תקציב לביצוע פרויקט ההגנות"; **החלטת ממשלה מספר 134**, לעיל ה"ש 37, אשר קבעה, בין היתר את "חלוקת מימון עלותן של הגנות חוף נוספות ועלות תכנון וביצוע של פעולות לבדיקת חלופות לפתרון ארוך טווח מפני עליית מפלס המים", לפיה המדינה תישא ב-35.5%, מי"ה תישא ב-39.5%, המועצה האזורית תמר תישא ב-12.5% ובתי המלון באזור עין בוקק ותמי זוהר יישאו ב-12.5% מהעלות.

62. מלבד לחץ הזמנים הדוחק, יש לייחס את התקדמות המהלכים גם להקמת חל"י, שתפקידה הבלעדי לרכז את הטיפול בהגנות ים המלח וכן לתכנן ולנהל את ביצוע הפרויקט³⁹. ההחלטה להקים את מי"ה באה בעקבות החלטת בית המשפט הגבוה לצדק בנושא⁴⁰.

63. בסופו של הליך בדיקה ארוך, הציגה חל"י שלוש חלופות לפתרון הקבע - הקמת לגונה לאורך החוף המערבי של הבריכה; העתקת בתי המלון לאתר חלופי; וקציר מלח מלא בכל בריכה 5.

64. לאחר דיונים רבים התגבשה הסכמה בקרב כלל הגורמים, כי הפתרון אותו יש לבחון בשלב זה הוא קציר מלח מלא בכל בריכה 5 לצד הגנת החופים. בחינת חלופת הקציר כפתרון מועדף בעיתוי הנוכחי היא מהלך חדש. פתרון זה נפסל בעבר מטעמים שונים ורק עתה הוא הפך לחלופה המועדפת. נעיר כי טרם התקבלה החלטה סופית לגבי הפתרון.

65. העלות המשוערת של הפרויקט לדעת מי"ה עד שנת 2030, היא שנת תום תקופת הזיכיון - היא כ- 3.76 מיליארד ₪ וייתכן שאף מעבר לכך. לצד עלות זו יש להוסיף גם את הגנת החופים שעלותה מספר מאות מיליוני ₪.

66. קידום חלופת הקציר טורף את הקלפים. עלותו הכבדה של הפתרון, העובדה כי בשום שלב בעבר לא נצפה כי זה הפתרון שייבחר, ובעיקר העובדה שמדובר בפתרון מסייע למי"ה (כפי שיוסבר בהמשך), מחייבת הסתכלות מחודשת על חלוקת המימון בפרויקט זה.

דו"חות מבקר המדינה והעתירה בעניין ההחלטה על פתרון הקבע

67. קודם שנעבור לניתוח המשפטי נציין, כי מבקר המדינה כתב שני דו"חות בעניין הגנות ים המלח. בשני הדו"חות נמתחה ביקורת קשה על התנהלותה של המדינה – הן על אי ראיית הנולד והן על הדרך שבה טופלה הבעיה מאז שהובן כי יש לתת לה מענה⁴¹.

68. עוד נציין, כי בשנת 2006 הגישה התאחדות בעלי המלונות עתירה לבג"ץ נגד המדינה ובה דרשה בעיקר כי המדינה תפעל לאימוץ פתרון קבע ולמימושו. עוד דרשה, כי מימון הפתרון לא יוטל על בעלי המלונות⁴².

³⁹ החלטת ממשלה מספר 3262 מיום 20.2.08 בעניין "הקמת החברה הממשלתית להגנות ים המלח בע"מ" קובעת כי החברה שמוקמת תהיה בבעלות ממשלתית של המדינה ותפקידה "לרכז את הטיפול, לתכנן ולנהל את ביצוע פרויקט הגנות ים המלח".

⁴⁰ עניין התאחדות המלונות, לעיל הי"ש 2.

⁴¹ דוח המבקר הראשון, לעיל הי"ש 17, עמ' 772-761; דו"ח שנתי 56 לשנת 2005 ולחשובות שנת הכספים 2004, עמ' 727-715 (להלן: דוח המבקר השני).

⁴² עניין התאחדות המלונות, לעיל הי"ש 2.

69. הדיון בעתירה מתנהל במשך מספר שנים ולאחרונה גם הוצא בו צו על תנאי. במהלך הדיונים הבהירו שופטי ההרכב מספר פעמים, כי בית המשפט רואה במדינה אחראית למציאת הפתרון ולהובלתו, אך אינו פוטר מאחריות גם את הגורמים הנוספים⁴³. כאמור, בעתירה זו טרם ניתן פסק דין ודברינו מתבססים על החלטות ביניים שניתנו במסגרת הדיונים.

70. חשוב לציין, כי אין מדובר בפסקי דין או דו"חות הקובעים כי על המדינה לשאת במימון הפתרון או חלקו, אולם ברור כי לאמירות בדו"חות ובהחלטות הביניים יכולה להיות השפעה בהליך משפטי עתידי.

⁴³ שם, פסקה ט לדברי השופט רובינשטיין: "נוסיף כי על פני הדברים נראה לנו, כאמור, שהצדדים השונים לעתירה כולם צריכים שיהיו שותפים בצורה מתאימה במאמץ התיאומי והביצועי לפתרון ביניים ופתרון הקבע, וכמובן בתיק זה והן בהוצאות הגדולות, זאת מבלי שנידרש כאן כאמור ועתה לפרטים, כיוון שהנתונים אינם בידינו. מחויבותה ההנהגתית ("המנוע", "הקטרי") של המדינה אינה גורעת מדבר זה, ואיך זיל גמור."

התשתית המשפטית

מעמדו של הזכיון

תיאור הזכיון

71. מי"ה פועלת בדרום ים המלח מכוח שטר זיכיון שהעניקה לה מדינת ישראל. הזיכיון עוגן בחוק הזיכיון ונוסחו נכלל כתוספת לחוק. בחוק הזיכיון נאמר כי "רואים אותו כבר תוקף לכל מטרותיו על אף האמור בכל דין"⁴⁴. שטר הזיכיון וחוק הזיכיון עברו מספר שינויים מועט, כאשר כל תיקון של שטר הזיכיון עוגן בתיקון חקיקה.

72. הזיכיון מעניק למי"ה "זכות בלעדית" להפיק מחצבים וכימיקלים מים המלח ולצורך כך לבצע מגוון רחב של עבודות בים המלח ובסמוך לו, כולל עבודות חציבה בשטח הסמוך לים המלח⁴⁵. לבעל הזיכיון זכות ל"חזקה מוחלטת ובלתי מופרעת"⁴⁶.

73. על בעל הזיכיון מוטלות מספר חובות, אחת מהן היא החובה לעבוד ולהפיק ב"שקידה ראויה" את המחצבים מים המלח. אלא, שהכמויות אליהן נדרש להגיע בעל הזיכיון נמוכות ביותר. הזכיון, דהיינו, מפעלי ים המלח, חצה את הסף הקבוע בזיכיון לפני שנים רבות⁴⁷.

74. בעל הזיכיון מחויב בתשלום תמלוגים למדינה. כיום משלם הזכיון תמלוגים בשיעור של 5% בלבד, בניכוי הוצאות מסוימות⁴⁸.

⁴⁴ סעיף 1 לחוק הזכיון, לעיל ה"ש 5.

⁴⁵ ראו סעיפים 2(א)-(ד) לשטר הזכיון שצורף כנספת לחוק הזכיון (להלן: **שטר הזכיון**), הקובעים כי: "הממשלה מעניקה בזה לבעל הזכיון את הזכיון הבא; דהיינו: (א) הזכות הייחודית להשיג בדרך אידוי (שמשי או מלאכותי), צינון, כריה, חציבה, או בכל דרך אחרת את מלחי-המחצבים, המחצבים וכימיקלים, בין בתמיסה ובין בצורה מוצקת, בים המלח ומתחתיו ולהתקנם לשיווק, למכרם ולעשות בהם; (ב) הזכות הייחודית – בכפוף לכל הזכויות הקיימות בתאריך שטר זה, ובכפוף להוראות סעיף 3(3) להלן – לעשות, להרחיב, לשנות, להחזיק ולהרוס, בים המלח ומתחתיו כל עבודות, לרבות – אך מבלי לגרוע מכלליות האמור לעיל – סוללות, בריכות אידוי, מעברי-מים, מחסומי-מים, תחנות שאיבה, תעלות, צינורות, קווי חשמל וכבלי חשמל, כבישים, מיתקני הגנה נגד שטפון, בארות וקידוחים ומתקנים אחרים, ביחד עם הזכות הייחודית לגישה לאותן עבודות ולשימוש בהן; (3) הזכות להשיט כלי שיט בים המלח לצרכי המפעל, בכפוף לדינים הנהוגים אותה שעה; (ד) הזכות – באישור הרשות המוסמכת וכפוף לזכויות בקיימות בתאריך שטר זה – וכפוף לכל זכות שתוענק לאחר אותו תאריך לפי סעיף 10(ב) לשטר זה – לעשות את המעשים שלהלן, כולם או מקצתם בקרקעות החכורות ובקרקעות השמורות: (1) להשיג בדרך חציבה, כריה או בכל דרך הפקה אחרת, סלעי דולומיט וסלעים אחרים ומלחי מחצב, מחצבים וכימיקלים ככל שיידרשו מזמן לזמן לבעל הזכיון לצורך כל תהליך המשתמש במלחי מחצב, מחצבים וכימיקלים המושגים או ניתנים להשגה מים המלח, ולחצוב לשם הפקת מלח סלע בהר סדום או בסביבתו; וכן (2) לחצוב לשם הפקת החומרים הדרושים לבנייתו, להרחבתו ולהחזקתו של המפעל; הרשות המוסמכת לא תסרב לתת את אישורה לפי סעיף-קטן זה, והוא יינתן תוך 30 ימים מיום הגשת הבקשה לכך".

⁴⁶ סעיף 10, שם.

⁴⁷ סעיף 12, שם.

⁴⁸ סעיף 15, שם.

75. על פי שטר הזיכיון, למדינה קיימת זכות לדרוש את העלאת שיעור התמלוגים בעבור האשלג עד לשיעור של 10% מדי שנה, לאחר שהייצור יחצה את סף מיליון טונות אשלג ועל הכמות העודפת מעל מיליון טונות.⁴⁹ אלא שבמסגרת מכתב מטעם שר האוצר ושר המסחר והתעשייה מיום 11.1.1995 (להלן - **מכתב השרים**) נאמר, כי המדינה לא תדרוש העלאת תמלוגים עד לשנת 2010. על פי מכתב השרים, שנכתב סמוך למכירת גרעין השליטה בחברה, החל משנת 2010 יכולה המדינה לדרוש דיון מחודש בהעלאת שיעור התמלוגים רק על הכמות העולה על שלושה מיליון טונות אשלג בשנה.⁵⁰ הפסד התמלוגים מהתחייבות יכול להגיע עד כ- 370 מיליון דולר וזאת ב-10 השנים האחרונות בלבד.⁵¹

76. שטר הזיכיון מחייב את הצדדים לפנות לבוררות אם תתעורר מחלוקת בין הצדדים "בדבר פירושו או ביצועו של זיכיון זה או של כל דבר הקשור בו או בדבר הזכויות והחובות של הצדדים לו".⁵²

77. למדינה טענות על אופן תשלום התמלוגים של מי"ה. הטענה היא, כי אפילו שיעור התמלוגים הנמוך ממילא לא מועבר למדינה בצורה תקינה וראויה. לכן, שיעור התמלוגים בפועל נמוך בהרבה מהתחייבותה של מי"ה על פי תנאי הזיכיון. מדינת ישראל תבעה את מי"ה על פי ההסדר הקבוע בשטר הזיכיון. במסגרת תביעת הבוררות מדינת ישראל אף דורשת להעלות את שיעור התמלוגים שמעבירה מי"ה על מכירות מעל 3 מיליון טון ל-10%, משנת 2010 ואילך.⁵³

78. במהלך השנים תוקנו שטר הבוררות וחוק הזיכיון פעמיים באופן ישיר. בתחילה לצורך דחיית תשלום התמלוגים ולאחר מכן לצורך הארכת תקופת הזיכיון עד 2030 ולשם הסדרת תשלום התמלוגים.⁵⁴ לצד התיקונים הישירים הושפע הזיכיון גם מחקיקה חיצונית עליה נרחיב להלן.

⁴⁹ סעיף 15, ש.ס.

⁵⁰ ראו **מכתבם של שר האוצר ושר התעשייה והמסחר** מיום 11.1.95 בעניין "שטר זכיון ים המלח - סעיף 15(א)(1) - תמלוגי כלוריד האשלג" (להלן: **מכתב השרים**).

⁵¹ חישוב שערך משרד פרופי בלאס שנשכר על ידי המדינה כדי לתמוך בעמדתה בהליך הבוררות. ראו פסקה 35 **לחות הדעת של משרד פישר בכר חן וול אוריון** בעניין "מכתב השרים מיום 11.1.1995", מיום 18.7.11. חישוב זה מניח העלאת שיעור התמלוגים לרמה המקסימלית של 10% בכל אחת מהשנים הללו. נעיר כי מול התחייבות השרים עומדת התחייבות של מי"ה שלא לדרוש העמדת תשתיות על חשבון המדינה בהתאם לסעיף 17 לשטר הזיכיון. לא ברור מה עלות היותור של מי"ה כיוון שכבר כיום עומדות לרשות מי"ה תשתיות שלמי דוחותיה הכספיים מאפשרים לה לשווק את מוצריה בצורה יעילה.

⁵² סעיף 26 **לשטר הזכיון**, לעיל ה"ש 45.

⁵³ **כתב התביעה לבוררות** מיום 14.3.11. סכום התביעה הנוכחי עומד על 291 מיליון דולר. ביום 31.7.11 הגישה מי"ה כתב הגנה החולק על טענותיה של המדינה.

⁵⁴ ראו **תיקון מס' 1 לחוק הזכיון**, לעיל ה"ש 6 - "בסעיף 15(א) לשטר הזכיון במקום "החל מהשנה המתחילה ב-1 באפריל 1964" יבוא "החל מהשנה המתחילה ב-1 באפריל 1970; סעיף 2 **לתיקון מס' 2 לחוק הזכיון**, לעיל ה"ש 60 "בסעיף 4 לשטר הזכיון במקום "ייד בניסן התשנ"ט (31 במרס 1999)" יבוא "כ"ו באדר ב' התש"ץ (31 במרס 2030)". נזכיר כי כפי שהובהר לעיל, ממשלת ישראל קיבלה מספר החלטות שתכליתן להפוך את שטר הזכיון למתאים וטביר יותר, אולם החלטות אלה לא קוימו.

המגבלות על הזכיון

79. אין מדובר בזיכיון חופשי מכל מגבלות. הוא אינו מעניק לחברה בלעדיות מוחלטת ללא פיקוח. כך, המדינה מוסמכת להתיר פעילויות אחרות על חוף ים המלח, כל עוד פעולות אלה לא תתחרנה בזכיון או תפרענה לו⁵⁵. הוראה אחרת בשטר הזיכיון מאפשרת למדינה להחכיר קרקעות לאחרים בתחום ה"קרקעות השמורות", בכפוף לזכות סירוב ראשונה של בעל הזכיון⁵⁶. המדינה אף רשאית לבצע "עבודות ציבוריות" בתוך שטח הזיכיון, ובכלל זה סלילת כבישים ומסילות ברזל ובלבד שהעבודות "לא יפריעו במידה בלתי סבירה" לפעולתו התקינה של הזכיון⁵⁷.

80. שטר הזיכיון צופה את פקיעת הזיכיון. הוא קובע, כי עם פקיעת הזיכיון יועברו נכסיו הקבועים של בעל הזיכיון למדינה תמורת תשלום. למדינה מוקנית סמכות לפקח על ביצוע ההשקעות לקראת תום תקופת הזיכיון, כדי למנוע ניצולה לרעה. לזכיון ישנה זכות סירוב ראשונה על תקופת ההארכה של הזיכיון⁵⁸.

81. לצד הוראות הזיכיון הסדירה המדינה בחקיקה ראשית תחומים שונים הנוגעים לבעל הזיכיון בעיקר בנושאי תכנון ובניה, רישוי עסקים ואפילו את חלוקת המימון של שלב א/2 של ההגנות מפני עליית המפלס⁵⁹.

מהותו של שטר הזכיון וכללי הפרשנות החלים עליו

82. שטר הזכיון הוא יצור כלאיים, שריד לעבר רחוק. מדובר בדגם של זיכיונות שהיה נהוג בזמן המנדט ואינו נהוג עוד. הזכיון מנוסח כחוזה. אולם במהותו ומעצם טבעו כזכיון שמעניקה המדינה הוא מערב גם היבטים מתחום המשפט המינהלי⁶⁰. הזיכיון אף עוגן בחקיקת חוק הזיכיון ובכך מגן על הזכיון מהחלטות מינהליות שאינן תואמות את תכנון עיגונו של הזכיון בחוק ומעמדו המיוחד צריכים להשפיע גם על פרשנותו כדין עליו חלים עקרונות של פרשנות תכליתית.

⁵⁵ סעיף 3(3) לשטר הזכיון, לעיל ה"ש 45.

⁵⁶ סעיף 1(9), ש.ס. להגדרת "קרקעות שמורות" ראו סעיף 1, ש.ס.

⁵⁷ סעיף 11, ש.ס. ראו תנאים נוספים כמו חובת שיפוי במקרים מסוימים למי"ה.

⁵⁸ סעיפים 24 ו-25, ש.ס.

⁵⁹ חוק זכיון ים המלח (תכנון ובניה) (הוראות שעה לעבודות מסוימות), התשנ"ד-1994, נתקבל בכנסת ביום ד' בניסן התשנ"ד (16 במרס 1994); חוק הזכיון תיקוני חקיקה, לעיל ה"ש 6; ס' 22 לחוק ההסדרים (2002), לעיל ה"ש 34.

⁶⁰ על מהותו של זיכיון ניתן ללמוד מע"א 222/00 ע"א 658/00 מדינת ישראל - מנהל המכס ומס בולים נ' שיכון ובינוי אחזקות בע"מ, פ"ד נו(3), 353, 360-361 (2003) -"באופן עקרוני, ממהותו של זיכיון הענקת משאב ציבורי לבעל הזיכיון, משאב שהשימוש בו נימנה על תפקידיה של המדינה. מימד ציבורי זה מבדיל בין חוזה קבלנות רגיל, שהמדינה כורתת עם יזם, לבין הענקת זכיון. החוקים הנוכחים שעסקו בהענקת זיכיונות - חשמל, נפט, תחבורה, ים המלח - מאשרים את המבחן המהותי המתבסס על טיב המשאב המוענק לבעל הזיכיון"

83. הפרשנות התכליתית של שטר הזיכיון צריכה להתבסס על מהותו של הזכיון כמעניק זכות במשאב ציבורי השייך לציבור כולו לתקופת זמן ארוכה. ים המלח הוא משאב ציבורי. הוא מוחזק על ידי המדינה למען הציבור ב"נאמנות ציבורית"⁶¹. חובתה של המדינה להחזיקו ולשמור עליו באופן המשרת את האינטרס הציבורי. לכן, גם אם נקבל כי הזיכיון הוא חוזה, חופש החוזים של המדינה מוגבל והוא אינו כולל התקשרות הפוגעת בציבור. גם עקרונות של פרשנות חוזים מעין אלה יש לתת משקל גם לעקרונות הכלליים של הגנה על הציבור ואיזון בין כלל האינטרסים במשאב הציבורי⁶².

84. הוראות חקיקה המתייחסות לזכיון מתייבות את הזכיון ואת המדינה להתחשב גם באינטרסים ציבוריים אחרים, פרט לאינטרס שבהפקת תועלת כלכלית ממימי ים המלח, כמו אינטרסים סביבתיים, בריאותיים ותיירותיים⁶³.

⁶¹ לפי תיאורית הנאמנות הציבורית, הקיימת במשפט הזר, משאבי הטבע מוחזקים על ידי המדינה בנאמנות עבור הציבור. מכאן חובתה של המדינה להחזיקם באופן המשרת את האינטרס הציבורי. ראו: A. Kanner "The Public Trust Doctrine, Parens Patriae, and the Attorney General As the Guardian of the State's Natural Resources" 16 *Duke Envtl. L. & Pol'y F.* 57, 62 (2005): "In his widely cited 1970 law review article, Professor Joseph Sax developed the modern theory of the public trust doctrine as a tool to protect the public interest from the 'insufficiencies of the democratic process.' Sax states that: When a state holds a resource which is available for the free use of the general public, a court will look with considerable skepticism upon any governmental conduct which is calculated either to reallocate that resource to more restricted uses or to subject public uses to the self-interest or private parties... The state's role as sovereign over trust lands imposes certain environmental duties that it owes to the public and are thus enforceable by the public. Under the public trust doctrine, the state 'may not destroy or relinquish its control over public resources except under [*pg 76] certain, very narrow circumstances.' Although states have broad discretion implementing fiduciary obligations imposed by the public trust, states are not free to alienate or extinguish the trust".

אכן תיאוריה זו בהקשר הסביבתי טרם נקלטה בצורה מפורשת בדין הישראלי בצורה רחבה. אולם לעניינו היא בודאי נקלטה מבחינה רעיונית מכוח העיקרון הכללי של הרשות המינהלית כנאמן הציבור. ראו בהקשר דומה עע"מ (מנהליים) 2273/03 **אי התכלת שותפות כללית (המערערת בע"מ 2273/03 ג' החברה להגנת הטבע**, תק-על 2006(4), 3390, 3404 (2006).

⁶² גם אם נבחן את הזיכיון לצורך עניין זה כחוזה, הרי שפרשנות חוזים מהווה "צינור" להחדרתם של ערכים ציבוריים לדיני החוזים. כחלק מפרשנות החוזה על הפרשן לבחון גם את תכליתו הסובייקטיבית ("אומד דעתם של הצדדים"), וגם את תכליתו האובייקטיבית. הדבר נכון בעיקר לאור העובדה שהזכיון עוגן בחוק ולכן פרשנותו צריכה להיות דומה לפרשנות חוקים. וכך כותב פרופ' ברק בספרו (אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך רביעי – פרשנות החוזה 531-561 (2001)): "התכלית האובייקטיבית היא 'פרי הקונסטרוקציה המשפטית. היא נקבעת על פי מבחן אובייקטיבי. אין היא פרי רצונם הסובייקטיבי של הצדדים לחוזה... (היא) משקפת עקרונות של סבירות והיגיון... מועברים עקרונות היסוד של המשפט והשיטה אל החוזה של המשפט הפרטי, הוא זה הקובע כי חוזה יפורש על פי תכליתו האובייקטיבית. התכלית האובייקטיבית משקפת, ברמתה הגבוהה ביותר, את ערכי היסוד של המשפט. אכן, בהעדר תכלית סובייקטיבית רלוונטית, דין הוא כי חוזה יפורש באופן שיגשים את ערכי יסוד של המשפט הישראלי.... שכן חוקה (על הצדדים) כי ביקשו לקיים ביחסיהם ההדדיים את ערכי היסוד של המשפט". הדברים יפים ביתר שאת כשאר אין המדובר בחוזה רגיל במשפט הפרטי, אלא בחוזה רשות, וקל וחומר בזיכיון. ואכן, פרופ' ברק מוסיף ומבהיר כיצד יש לבחון את תכליתו האובייקטיבית של חוזה רשות (שם, בעמ' 560-561): "בצד התכלית הסובייקטיבית, יש לכל חוזה רשות תכלית אובייקטיבית. אלה הם הערכים, האינטרסים והעקרונות אשר חוזה הרשות נועד להגשים. ברמתה הנמוכה, זו התכלית שהייתה לצדדים אילו חשבו בדבר. ברמה גבוהה יותר, זו התכלית שהייתה לצדדים סבירים. ברמה נוספת, אלה התכליות שיש לסוג החוזה ולטיפוסו. ברמה הגבוהה ביותר, אלה התכליות הנגזרות מעקרונות היסוד של השיטה". פרופ' ברק מצטט בעניין זה את פרופ' שלו, אשר מתייחסת לכך בספרה (גבריאלה שלו **חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית** 31 (1999)): "בפרוש חוזה רשות מוטל עלינו בדרך כלל לבחון ולשקול את התכלית האובייקטיבית של חוזים אלה, את המטרות האופייניות ואת האינטרסים הציבוריים שחוזי רשות מהסוג הנדון מיועדים להגשים. כאשר מדובר בחוזי רשות יש ליתן משקל מיוחד לעקרונות היסוד של המשפט הישראלי ולמערכת הערכים שחוזים בכלל, וחוזי רשות בפרט, נועדו להגשים. חוזי רשות מבטאים אינטרס ציבורי, ומיועדים לקדם את טובת הציבור. זוהי ההצדקה לקיומם".

⁶³ ראו סעיפים 255ג' ו-255ד' שהוספו לחוק **התכנון והבניה התשכ"ה** – 1965, ס"ח תשכ"ח, 467, במסגרת חוק **הזכיון (תיקוני חקיקה)**, לעיל ה"ש 6.

85. מסגרת נורמטיבית זו מגבילה את יכולת הפעולה של מ"מ בהתאם לשטר הזיכיון. היא קובעת את המובן מאליו, ניתן ואף ראוי להחיל נורמות מן הדין הכללי על מ"מ, בוודאי נורמות המעוגנות בחקיקה סביבתית מודרנית המאוחרת לחוק הזיכיון.⁶⁴

86. בענייננו, המדינה מוסמכת לאפשר פיתוח תעשייה באזור ים המלח, אולם חובתה להבטיח כי במסגרת פעילות זו לא תיווצר הטיה לשימוש של בודדים במשאב הציבורי על חשבון הציבור. על יסוד פרשנות שטר הזיכיון, וכן בהתבסס על כללי המשפט המינהלי, סמכותה של המדינה בהענקת זיכיונות מוגבלת, תחומה לקידום האינטרס הציבורי, וכפופה לאיזון מול אינטרסים נוגדים, כפי שיהיו מעת לעת.

87. לצד חובות המדינה עומדות גם חובותיו של הזכין כמי שקיבל זכות במשאב ציבורי. על זכין זה מוטלות חובות גם מתחום המשפט הציבורי. בעניין אחר נפסק כי:

"זיכיון מונופוליסטי המופקד בידי גוף פרטי לתקופה ארוכה, מטיל עליו אחריות לאספקת שירות חיוני לציבור, ומחייב אותו לעמוד באמות מידה נאותות שיבטיחו כי הציבור יזכה בשירות שהוא ראוי לו. הסדר כזה אינו מותנה בעמידה בדיני ההגבלים העסקיים בלבד; חלה על בעל זיכיון כזה חובה מכח המשפט הציבורי לנהוג בנאמנות כלפי הציבור, ולהבטיח כי השירות החיוני יסופק באופן יעיל, הוגן ושוויוני לציבור הרחב. על המחזיק בזיכיון חלה חובה לנהוג בזכות ההפעלה שהופקדה בידי בנאמנות כלפי הציבור; חובה מקבילה חלה על הרשות הציבורית להבטיח כי חובה זו תקיים בידי בעל הזיכיון" (ההדגשה הוספה).⁶⁵

לטעמנו, ניתן לפרש את הפסיקה כמחילה את חובת הנאמנות גם כאשר ניתן זכיון לגורם פרטי לעשות שימוש במשאב טבע ציבורי. זאת לאור מהותו המשפטית של הזכיון ולאור כך שלפעילותו השלכות סביבתיות והשלכות על אינטרסים ציבוריים אחרים.

88. פרשנות הזיכיון והפעלת סמכותה של המדינה ביחס אליו חייבות להביא בחשבון גם את תום תקופת הזיכיון. אין לאפשר לזכין "לסחוט את הזיכיון" עד תום ולהעביר למדינה בתום התקופה, נכס שאינו שמיש ואף גורם לנזק או לסיכון.⁶⁶ זאת בייחוד כאשר מדובר

⁶⁴ ראו ע"א (ב"ש) 7/92 מלון מרחצאות מוריה ים המלח בע"מ נ' מפעלי ים המלח בע"מ פ"מ תשנ"ג(1) 265 שבו נדחתה טענת מ"מ שהסדר הזיכיון הוא הסדר ממצה. נקבע כי הוראות חוק התכנון והבניה חלות במקביל לחוק הזיכיון, ועל כן גם בניה במסגרת התחום עליו חל הזיכיון מחייבת לעמוד בדרישות חוק התכנון והבניה. זאת, על אף שביחס לאותו מקרה קיימת הוראה בשטר הזיכיון (סעיף 2ב) המתירה למ"מ לבצע שלל עבודות בינוי. התיקון המאוחר לחוק התכנון והבניה בהקשרה לזכין לא שינה מהותית מהקביעות המהותיות של פסק הדין.

⁶⁵ עע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ), תק-על 2008(1), 2109, 2130 (2008).

⁶⁶ גם אם נראה בשטר הזכיון חוזה, הרי שזה חוזה ארוך טווח הנפרש על פני שנים ארוכות. תכליתם האובייקטיבית של חוזים תלויה באופיים. בחוזים מסוג זה, הדורשים שיתוף פעולה לאורך שנים בין הצדדים, חלות חובות מוגברות של הגינות ותום לב. עניין זה ניתן ללמוד גם מתלא (ח"י) 16685-06 סוגול ישראל בע"מ נ' בתי זיקוק לנפט בע"מ: "מעצם היותו של הסכם היסוד חוזה ארוך טווח הדורש שיתוף פעולה בין הצדדים, יש לדרוש מן הצדדים חובות"

בנכס כמו ים המלח, לאור ערכו הרב בכל האמור להיבטים ההיסטוריים, הנופיים והסביבתיים. היבטים אלה מתווספים להיבטים הכלכליים הכרוכים בו ומעצימים את האינטרס הציבורי בהמשך קיומו התקין של הנכס גם לאחר תקופת הזכיון.

89. על כן, פרשנות תכליתית של הוראות הזכיון וסמכויות הרגולטורים השונים מתייבת יצירת איזון הדדי בין כלל האינטרסים באופן המביא לידי ביטוי את ייחודיותו של ים המלח.

90. לאחר שהצגנו את הבסיס העיוני העקרוני של היחס העדכני להוראות הזכיון נבקש להתמקד עתה בפרויקט הקציר המלא. תחילה נציג את התיאוריות המשפטיות בנושא זה, ולאחר מכן ניישמן על המקרה שלפנינו.

מוגברות של הגינות ותוס לב. הגישה לפיה אין לבזיין כל חובה כלפי החברה, לא לכמות, לא לאיכות, ולא בכלל, אינה עולה, לכאורה, עם חובות תוס הלב המאפיינות התקשרות שכזו, ומקימה עקב כך, עילת תביעה לחברה".

חלוקת האחריות לקציר המלח המלא

בסיס תיאורטי

הפנמת סיכונים וצמצום הפגיעה הסביבתית על ידי יוצר המפגע

91. דיני הגנת הסביבה בישראל התפתחו מאוד בשנים האחרונות. אחד מעקרונות היסוד עליהם מבוססים דינים אלה הן בישראל והן בעולם הוא הטלת אחריות על יצרנים בנוגע לתוצאות הסביבתיות של פעילותם.

92. עקרון זה מבוסס על היבט ערכי המבוטא יפה במדרש הבא :

”רָאָה אֶת מַעֲשֵׂה הָאֱלֹהִים כִּי מִי יוּכַל לְתַקֵּן אֶת אֲשֶׁר עָוְתוּ” (קהלת ז, יג) בשעה שברא הקדוש ברוך הוא את אדם הראשון נטלו והחזירו על כל אילני גן עדן ואמר לו ראה מעשי כמה נאים ומשבחין הן וכל מה שבראתי בשבילך בראתי תן דעתך שלא תקלקל ותחריב את עולמי שאם קלקלת אין מי שיתקן אחריך.”⁶⁷

93. אולם לצד ההיבט הערכי, עקרון זה מיוסד גם על אדנים כלכליים⁶⁸. המזהם או יוצר המפגע יהיה המטפל היעיל ביותר בתוצאות מעשיו. הוא בעל המומחיות והידע, הוא בעל השליטה האפקטיבית בפעילות הפוגעת והוא בעל היכולת לאתר או לפתח מנגנונים להפחתת המפגע. לפיכך, היצרן הוא גם הגורם אשר יכול להיערך באופן הטוב ביותר ליישום דרישות הדין הסביבתי ומדיניות הרשויות הסביבתיות⁶⁹. היצרן הוא גם הגורם שדרכו ניתן להגיע לחלוקת נטל יעילה, שכן הוא יכול לגלגל את העלויות העודפות על לקוחותיו בצורה היעילה ביותר. הטלת האחריות על היצרן היא גם הדרך הטובה ביותר להשגת הרתעה יעילה של היצרן מפני ביצוע פעולות מזיקות ומיותרות, ולהכוונת התנהגותו העתידית⁷⁰.

⁶⁷ קהלת רבה (פרשה ז, ד"ה א, פסי יג) מובא ברע"פ 7861/03 מדינת ישראל נ' המועצה האזורית גליל תחתון (לא פורסם, 8.5.2006).

⁶⁸ בהחלטה משנת 1998 התחייבה ממשלת ישראל לפעול במסגרת הליכי התקינה של דיני איכות הסביבה בהתאם למתודולוגיה כלכלית. ראו החלטת ממשלה מספר 3125 מיום 4.1.1998 שעניינה "הוועדה הציבורית מקצועית לקביעת הליכי תקינה להגנה על איכות הסביבה". לעניין עקרונות כלכליים כבסיס לרגולציה של איכות סביבה, ראו גם: EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY, MARKET-BASED INSTRUMENTS FOR ENVIRONMENTAL POLICY IN EUROPE (2005); THE UNITED STATES EXPERIENCE WITH ECONOMIC INCENTIVES FOR PROTECTING THE ENVIRONMENT (2001).

⁶⁹ ראו: מרשה גלפי, רות פלאטו-שנער ועמיחי קרנר "אחריות מלווים למפגעים סביבתיים הנגרמים על ידי הלוויים – הניסיון האמריקני כמודל לקביעת החסדר הישראלי הראוי" הפרקליט נ 439, 453 (2009) (להלן: גלפי, פלאטו-שנער וקרנר, אחריות מלווים).

⁷⁰ למנגנוני ההרתעה הקולקטיבית וההרתעה השוקית, ראו: ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנויקין" משפטים כ"ב 421, 476 (1993). (להלן- גלעד, התרעה יעילה)

94. כך מסביר, למשל, ד"ר פרו במאמרו⁷¹:

"...מכשירים כלכליים מאפשרים את השגתם של היעדים הסביבתיים שקבעה הכנסת (או הרשות המבצעת) בעלות הנמוכה ביותר האפשרית. ההסבר האינטואיטיבי לטענה זו הוא שמכשירים כלכליים גורמים לכך שההפחתה הגדולה ביותר ברמות הזיהום תיעשה על ידי אותן פירמות שיכולות לעשות כן בעלות הנמוכה ביותר... מכשירים כלכליים תורמים גם להשגתה של יעילות דינמית מאחר שהם מעניקים לגופים המפוקחים תמריץ לאתר ולפתח טכנולוגיות מתקדמות יותר להפחתת הזיהום. תמריץ זה (שקיים בעיקר במכשיר של מיסוי סביבתי) נובע מכך שלפירמה כדאי תמיד להפחית עוד את הזיהום שהיא יוצרת אם היא מצליחה לאתר טכנולוגיה יעילה שתאפשר לה לעשות כן בעלות נמוכה מהמס שהיא צפויה לשלם".

95. לעומת זאת, הטלת העלויות של הנזקים הסביבתיים על הציבור יוצרת הקצאה לא יעילה של משאבים כיוון שמחיר המוצר לא כולל את העלות הנדרשת כדי לתקן את הנזקים הכרוכים בפעילות. החצנת סיכונים יוצרת כשל שוק. כאשר היצרן פטור מהפנמת כל ההוצאות העסקיות שלו, חלוקת המשאבים אינה אופטימאלית. הטעם לכך הוא שהמחיר שדורש היצרן עבור המוצר אינו מגלם בתוכו הוצאות חברתיות נוספות שנובעות מההשפעות התיצוניות השליליות של מעשיו⁷².

96. לעקרון יסוד זה קיימות נגזרות בדין הישראלי ובדין הזר. הנגזרת המרכזית היא עקרון "המזהם משלם". עקרון זה מטיל אחריות על יצרנים בגין התוצאות הסביבתיות הישירות של פעולותיהם. עקרון "המזהם משלם" (Polluter Pays Principle) מושתת על עקרון הפנמת העלויות. זהו עקרון יסוד במדיניות הסביבתית האירופית והבינלאומית⁷³ וכן במדיניות הסביבתית בארצות הברית⁷⁴ המזהם משלם הוא מנגנון יעיל להפנמת עלויות הסיכון על ידי יוצרי הסיכון⁷⁵.

97. עיקרון זה עומד גם ביסודם של הסדרים רבים הקיימים היום בחקיקה בישראל⁷⁶. הוא אף קיבל ביטוי וחיזוק בפסיקה⁷⁷.

⁷¹ אורן פרו "ההשפעה של החשיבה הכלכלית כל דיני איכות הסביבה בישראל: מבט ביקורתי" עיוני משפט לא(2) 448, 429 (2009).

⁷² ראו: גלפי, פלאטו-שנער וקרנר - אחריות מלווים, לעיל ה"ש 69, בעמ' 444.

⁷³ ראו: N. De Sadeleer Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules (Oxford, 2002) 21-60.

⁷⁴ ראו: S. E. Gains "The Polluter-Pays Principle: From Economic Equity to Environmental Ethos" 26 Tex. Int'l L.J. (1991) 463, 480.

⁷⁵ לעניין זה ראו, למשל: Jonathan Remy Nash "Too Much Market? Conflict Between Tradable Pollution Allowances and the 'Polluter Pays' principle" 24 Harv. Env'l L Rev. 465, 471 (2000).

⁷⁶ ראו לעניין זה בין היתר את החוקים שעניינם מניעת זיהום מסוגים שונים, וביניהם, למשל, חוק מניעת זיהום הים (הטלת פסולת), התשמ"ג-1983, ס"ח תשמ"ג מס' 1084, 110 (להלן: חוק מניעת זיהום הים (הטלת פסולת)); חוק מניעת זיהום הים ממקורות יבשתיים, התשמ"ה-1988, ס"ח תשמ"ח מס' 1256, 118 (להלן: חוק מניעת זיהום הים ממקורות יבשתיים).

98. לעקרון "המזהם משלם" הגדרות שונות ודגשים שונים, שהמשותף לכולם הוא הדרישה שהמזהם - בפועל או בכוח - יישא בעלויות של פעילותו, בין אם אלה עלויות של תיקון נזק, ובין אם אלה עלויות של מניעת נזק והפנמת נזקים או סיכונים.

99. העלויות החיצוניות שנדרשים המזהמים להפנים מכוח עיקרון זה כוללות פעמים רבות נזקים לטובין ציבוריים ובהם הקרקע, האוויר והמים.

100. במילים אחרות, עקרון "המזהם משלם" קובע, כי על המזהם לשאת בעלויות של הפחתת זיהום בהתאמה להיקף הנזק שנגרם או עלול להיגרם לציבור. לעיקרון זה יש היבטים נזיקיים⁷⁸, וכן היבטים מניעתיים.

101. אחד ההיבטים החשובים ביותר של עקרון "המזהם משלם" הוא הרציונל המניעתי. המזהם הפוטנציאלי נדרש לבצע פעולות, ואף לממן פעולות שיבוצעו על ידי גורמים אחרים, על מנת לצמצם ולהפחית מראש את ההשלכות הסביבתיות של פעילותו. כמו כן הוא נדרש לבצע פעולות על מנת להפנים סיכונים פוטנציאליים טרם התממשותם. רציונל הפנמת הסיכונים חל גם מקום שפעולת המניעה היא באופייה פעולת שיקום הנדרשת לצורך מניעת התממשות הסיכון.

102. לפי רציונל זה, עקרון "המזהם - משלם" מהווה בסיס לקביעת אגרות והיטלים על פליטת מזהמים לסביבה שנעשית כדין ועל פי היתר⁷⁹.

103. החקיקה הסביבתית עושה שימוש גם בכלים נזיקיים שונים, כגון עוולת המטרד ועוולת הרשלנות. כך, למשל, במצב שנוצר זיהום או מטרד שהוא תוצר לוואי של פעילות הייצור, יש למצוא את הכלים שיביאו להקטנת המטרד ובכך לגידול ברווחה הכוללת. הפתרון לכך יכול להימצא בהסדרים שונים להפנמת סיכון. כפי שמסביר פרופ' גלעד:

⁷⁷ כך, למשל, בתי"פ 8753/02 (קרי) מדינת ישראל נ' חיפה כימיקלים בע"מ (לא פורסם, 29.11.2005), הטיל בית המשפט על חיפה כימיקלים קנס בגין הפרת חוק מניעת זיהום מי היס ממקורות יבשתיים. בית המשפט מסביר כי הפעילות המזהמת מביאה להחצנת עלויות הזיהום על הרשויות הלאומיות והמוניציפליות. משמעותה של החצנה זו היא שהציבור נאלץ לשלם על הסרת הזיהום. כמו כן, הדגיש בית המשפט את ההפסד הכלכלי שבאובדן השימוש הפוטנציאלי האלטרנטיבי ברצועת החוף המזוהמת. וכך נפסק: "חומרתן של העבירות בהן קא עסקינן נובעת, בין השאר, מן ההחצנות השליליות הנובעות להן בתחומים הכלכליים, האקולוגיים והבריאותיים ומחומרת תוצאותיהן ההרסניות הן ברמה הלאומית הכללית, הן ברמה המוניציפלית, הן ברמה של הקהילה התעשייתית והן ברמה הפרטנית, לא למוטרד, איפוא להביא את עיקרון של החצנות השליליות הללו... המשאבים הכלכליים הדרושים ברמה הלאומית וברמת הפרט... עלולים להרקיע שחקים" (להלן: עניין חיפה כימיקלים).

⁷⁸ גישה זו באה לידי ביטוי, למשל, בחקיקת חוק הגנת הסביבה (המזהם משלם) (תיקוני חקיקה), התשס"ח-2008 ס"ח 2181, 858 ולאחרונה בסעיף 74 לחוק למניעת מפגעי אסבסט ואבק מזיק, התשע"א-2011 ס"ח תשע"א מס' 694. כמו כן, העיקרון האמור קיבל ביטוי וחיוזוק בפסיקה. כך, למשל, בעניין חיפה כימיקלים.

⁷⁹ ראו לדוגמה סעיף 9א חוק מניעת זיהום היס ממקורות יבשתיים, לעיל ה"ש 76, וכן סעיפים 30-31 לחוק אוויר נקי, התשס"ח-2008 ס"ח תשס"ח מס' 2174, 752 הקובעים כי אגרת בקשה להיתר פליטה נועדה גם לממן את פעולות המשרד להגנת הסביבה לשם יום הוראות לפי חוק זה ואכיפתן, ולשם הפעלת המערך הארצי לניטור אוויר (להלן: חוק אוויר נקי).

"יש ליצור התאמה מחודשת בין האינטרס החברתי לאינטרס הפרטי. יש להבטיח כי כל עלות חברתית תהפוך לעלות פרטית... פער זה, הנובע מקיום ההשפעה החיצונית, ייסגר על ידי הטלת עלות ההשפעה החיצונית על מי שצריך לקחתה בחשבון אך בפועל מתעלם ממנה. הדבר ייעשה באמצעות חיובו בנוזיקין של הצד ה"מחצין". החיוב בנוזיקין "יפנים" את ההשפעה החיצונית אל תוך שיקוליו של מי שהתעלם ממנה קודם לכן. בכך תושג הזהות המבוקשת בין האינטרס הציבורי לאינטרס הפרטי"⁸⁰.

104. היבט נוסף שנגזר מעקרון המזהם – משלם הוא יצירת מנגנונים רגולטורים של **אחריות יצרן מורחבת**. מנגנונים אלה משיתים על יצרני מוצרי צריכה שונים את כלל העלויות הנדרשות להפחתת ההשפעות הסביבתיות של המוצרים שהם מייצרים, ולא רק של פעילות הייצור כשלעצמה. בראייה כלכלית, היצרן הוא הגורם שדרכו ניתן להגיע לחלוקת נטל יעילה, שכן הוא יכול לגלגל את העלויות העודפות על לקוחותיו בצורה היעילה ביותר. הטלת האחריות על היצרן היא גם הדרך הטובה ביותר להשגת הרתעה יעילה של היצרן מפני ביצוע פעולות מזיקות ומיותרות⁸¹.

105. עיקרון זה התפתח בהדרגה בדירקטיבות אירופאיות⁸². ועוגן לאחרונה גם בחקיקה בישראל⁸³. הוא מרחיב את האחריות הבסיסית של היצרנים שמשמעותה הן אחריות על יצרנים לבטיחות המוצרים שיוצאים ממפעליהם ולמניעת סיכונים שעלולים לנבוע מהם, והן אחריות למנוע מפגעים כתוצאה ישירה של הייצור (למשל, פליטת מזהמים מארובות הייצור ומשפכים תעשייתיים). האחריות הבסיסית האמורה הורחבה והפכה ל"אחריות יצרן מורחבת" בהקשרים קונקרטיים, מכוח תפיסת "המזהם משלם", ומתוך תפיסה רחבה של הפנמת סיכון⁸⁴.

⁸⁰ גלעד-הרתעה יעילה, לעיל ה"ש 70, בעמ' 456.

⁸¹ שם, 476.

⁸² DIRECTIVE 2002/96/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 January 2003 on **waste electrical and electronic equipment (WEEE)**; DIRECTIVE 2006/66/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 6 September 2006 on **batteries and accumulators** and waste batteries and accumulators and repealing Directive 91/157/EEC; DIRECTIVE 2002/95/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 January 2003 on the **restriction of the use of certain hazardous substances in electrical and electronic equipment (RoHS)**. כן ראו http://ec.europa.eu/environment/waste/landfill_index.htm.

⁸³ ראו, חוק להסדרת הטיפול בארזות, התשע"א-2011, ס"ח תשע"א מס' 2275 (להלן: **חוק הסדרת הטיפול בארזות**), וכן תזכיר חוק לטיפול סביבתי בציוד אלקטרוני, התשע"א-2011.

⁸⁴ לעניין זה ראו מאמרו של זקס: Noah Sachs, *Planning the Funeral at the Birth: Extended Producer Responsibility in the European Union and the United States*, 30 *Harv. Envtl. L. Rev.* 51 (2006):

"The theory behind EPR (extended producer responsibility), and take-back laws in particular, is that manufacturers should be forced to internalize disposal costs and environmental externalities associated with their products. As the Organization for Economic Cooperation and Development ("OECD") put it, EPR involves "(1) the shifting of responsibility (physically and/or economically; fully or partially) upstream toward the producer and away from municipalities, (2) to provide incentives to producers to incorporate environmental considerations in the design of their products." In other words, **EPR extends the Polluter Pays Principle** -- which is most often discussed in the context of factory emissions, effluents, and hazardous waste clean-ups--to products themselves.

106. עיקרון אחריות היצרן המורחבת עוגן לאחרונה בחקיקה הישראלית, עם כניסתו לתוקף של החוק להסדרת הטיפול בארזיות, התשע"א-2011.⁸⁵ חוק זה מחייב יצרנים של מוצרים ארוזים לממן את עלויות האיסוף והפינוי של פסולת ארזיות ומחייב אותם לעמוד ביעדים של מחזור פסולת ארזיות. החוק מכונן הסדר המחייב יצרנים להפנים נזקים מאוחרים הנובעים מהשימוש במוצריהם, להבדיל מנזקים הנובעים מהפעילות היצרנית שלהם באופן ישיר. כך, למשל, על היצרן להפנים את הנזק הנובע מהשלכת ארזיות ברשות הרבים ואף את העלויות הכרוכות בפינוי הפסולת לאתרי ההטמנה על ידי הרשויות המקומיות. הנזק שנדרש אפוא היצרן למנוע כחלק מאחריותו המורחבת הוא נזק מאוחר, שנגרם על ידי המשתמשים במוצרו ולא על היצרן. היצרן נדרש להפנים את העלויות המאוחרות שנובעות מפעילותו, כדי למנוע את הנזק הסביבתי הכרוך בטיפול בפסולת, שאינו יעיל מבחינה סביבתית בראיה לאומית.

107. גם עקרון אחריות היצרן המורחבת מזהה את בעל העסק היצרני כגורם הכלכלי בעל השליטה על כל התהליך היצרני, לרבות על ההשלכות הסביבתיות לאורך חיי המוצר. היצרן נתפס כגורם שיוכל לטפל בהשלכות אלה באופן היעיל ביותר מבחינה כלכלית, ולכן נכון ורצוי להטיל עליו את האחריות והעלויות למניעת ההשלכות הסביבתיות לכל אורך חיי המוצר אף לאחר שיצא משליטתו.⁸⁶

108. כאמור, מלבד הטלת אחריות נזיקית, פלילית או מנהלית מכוח חוקים כאמור לעיל, קיימים בחקיקה מנגנונים נוספים שתכליתם להביא להפנמת עלויות על היצרנים, כמו מנגנוני ההיטלים⁸⁷ והאגרות.⁸⁸

EPR theory predicts dramatic impacts on industrial economies and the environment through changing the default rule for how waste is managed. The linear product chain is a creature of law. **Law determines which externalities within the chain will be internalized, and which will remain social costs**".

⁸⁵ חוק הסדרת הטיפול בארזיות, לעיל ה"ש 83, וכן תזכיר חוק לטיפול סביבתי בציד אלקטרוני, התשע"א-2011. ⁸⁶ יש לציין, כי בעבר הוטלה אחריות על יצרני הפסולת בראייה של "from cradle to grave" ובתרגום מילולי, "מהעריסה לקבר". תפיסה זו ראתה, למשל, מי שפסולת מסוכנת נוצרה במפעלו כאחראי לפנות את הפסולת לאתר הטמנה מתאים. כיום התפיסה המקובלת היא "from cradle to cradle", כלומר, אחריות של היצרן לכל אורך חיי המוצר ועד להפיכתו למוצר חדש.

⁸⁷ מכשיר זה עוגן בשורה ארוכה של דברי חקיקה, כגון חוק שמירת הניקיון (תיקון מס' 9), התשס"ז-2007 ס"ח 2076, 88, הקובע היטל הטמנה; חוק החומרים המסוכנים, התשנ"ג-1993 ס"ח תשנ"ג מס' 1408 28; חוק שמירת הסביבה החופית, התשס"ד-2004 ס"ח תשס"ד מס' 1958 540; חוק אוויר נקי, לעיל ה"ש 79. קיימות גם דוגמאות להטבות במס לשם עידוד התנהגות פרו-סביבתית, כגון הטבות בשיעור מס הקנייה לרכבים היברידיים. מכשירים דומים לרעיון ההיטל הסביבתי קיימים גם בפקודת המכרות, 1925, חא"י, כרך ב', עמ' (ע) 910 הקובעת היטל המועבר לקרן לשיקום מחצבות; וכן בחוק הפיקדון על מיכלי משקה, התשנ"ט-1999 ס"ח תשנ"ט מס' 1710 170. ההיטלים נועדו להביא להפנמת סיכון ולתמריץ להפחתת סיכון. כך, למשל, היטל ההטמנה נועד להביא להפנמת עלויות, וכתוצאה מכך לתמריץ את מטמיני הפסולת להגביר את היעילות ולהפחית את כמות הפסולת המיועדת לסילוק, ובעתיד אף להפחית את מספר אתרי הפסולת שיוצרים נטל סביבתי. לעניין זה ראו, למשל, Been, "What's Fairness Got to Do With It? Environmental Justice and the Siting of Locally Undesirable Land Uses." *Cornell Law Review* Vol. 78: 1001-1036 (1993).

⁸⁸ חוק מניעת זיהום הים (הטלת פסולת), לעיל ה"ש 76; חוק מניעת זיהום הים ממקורות יבשתיים, לעיל ה"ש 76; פקודת מניעת זיהום מי-ים בשמן [נוסח חדש], התש"ס-1980 דיני מדינת ישראל [נוסח חדש] מס' 33 630. משטר האגרות שונה ממשטר של היטלים, משום שאין קשר בין שיעור האגרות לבין הנזק הסביבתי.

הפנמת הסיכון על ידי מי שיצר אותו - הטלת האחריות על מי"ה

109. עקרון היסוד של הפנמת הסיכון על ידי היצרן חייב להיות מיושם גם במקרה שלפנינו. מי"ה היא האחראית לעליית מפלס המים בחלקו הדרומי של ים המלח, דהיינו בבריכה מס' 5. פעילותה בבריכה 5 גורמת לנזק סביבתי ונזק לאינטרסים אחרים החשובים לציבור. לכן, אפילו אם לא ניתן לראות בפעילות זו "זיהום" במובנו הרגיל, עדיין מדובר בפעילות היוצרת מפגע סביבתי וסיכון ממשי לנזק לאינטרסים ציבוריים חשובים. סיכון זה חייב להיות מופנם בראש ובראשונה על ידי מי שאחראי לו. כלומר, על ידי מי"ה, שהיא האחראית לבריכה שממנה נשקף הסיכון. זאת בהתאם לעקרונות עליהם הרחבנו.

110. לא זו בלבד שעל מי"ה לממן את עלויות הסיכון כאמור, אלא שהיא הגורם היעיל לביצוע הפרויקט. היא בעלת המומחיות. היא שתדע כיצד לבצע את הפרויקט ולמזער את הפגיעה הסביבתית. היא בעלת היכולת להקטין את המפגע. היא בעלת היכולת לגלגל את העלויות לצרכן לכן, מכל הטעמים הללו, מי"ה היא שצריכה לבצע את פרויקט הקציר ולשאת במימונו.

האיזון בין האינטרסים השונים בים המלח מחייב את הטלת האחריות על מי"ה

111. בריכה 5 אינה בריכה תעשייתית בלבד. היא מתפקדת כיום גם כחוף המערבי בדרום ים המלח. הציבור "משלם" תמורת קיומו של חוף זה בעצם מתן החיתר למי"ה לשאוב מחלקו הצפוני של ים המלח באופן התורם תרומה משמעותית לירידת המפלס שם, ופוגע בשימושים האחרים באזור זה. הציבור מוסיף לשלם באמצעות מתן תנאי זכיון מפליגים.

112. ראוי להדגיש, כי השאיבה מצפון ים המלח משרתת בראש ובראשונה את האינטרס הכלכלי של מי"ה ובכך שמאפשרת את קיום המפעלים. אולם בכך לא די. השאיבה מצפון ים המלח התורמת לירידת המפלס בצפון משרתת אינטרס כלכלי נוסף של מי"ה. ירידת המפלס גורמת לכך שריכוז המינרלים במים בחלקו הצפוני של ים המלח הולך ונעשה גבוה יותר. הריכוז הגבוה תורם להגדלת התפוקה של המפעל ותורם להכנסות מפעלי ים המלח מיליוני שקלים נוספים מידי שנה⁸⁹.

113. לשאיבה מצפון ים המלח ולשקיעת המלח ישנה גם תוצאה סביבתית קשה של עליית המפלס בחלקו הדרומי. המים מאיימים להציף את המלוונות ואת התשתיות שסללה המדינה כדין בתוך שטח הזיכיון.

⁸⁹ מסמך מדיניות (2006), לעיל הי"ש 2, בעמוד 10 ועמוד 116.

114. עד כה התמקד הפתרון, שבוצע על ידי מי"ה, בהקמת "סכרים" וסוללות מפני המים הגואים לצד פעולת שאיבה שונות. זוהי גם משמעותו של פתרון הלגונה. אולם סוללות הן פתרון קצר טווח. מטעמים הנדסיים לא ניתן להגביה את הסוללות ללא סוף. בנוסף, הקמת סוללות כעורות לאורך חופו הדרומי של ים המלח משמעותה פגיעה נופית-סביבתית ופגיעה תיירותית קשה. היא דורשת חציבה רבה בשטחים בעלי חשיבות סביבתית. הגבהת הסוללות אף מגדילה את החשש לפריצת המים דרכן באופן שעלול לגרום לנזק רב ואולי אף סכנה לחיי אדם. אימוץ פתרון זה, משמעו העדפה מוחלטת של האינטרס הבלעדי של מי"ה על פני האינטרס הציבורי. לכן, סוללות אינן יכולות להוות פתרון קבוע.

115. מכאן עולה שהמשך העלאת המפלס יגרום בהכרח פגיעה חמורה בנוף ובמשאב הטבע הייחודי, גם במקומות שכיום אינם פגועים. חובתה של המדינה למנוע פגיעה זו לטובת כלל הציבור ואף לטובת הדורות הבאים. זאת ללא קשר לסוגיית המלונות.

116. פתרון קבע בדמות קציר מלח חייב להתבצע ולהיות ממומן באופן עקרוני על ידי גורם הסיכון דהיינו מי"ה.

117. חשוב לציין כי פתרון הקבע כולל מרכיבים נוספים שאינם כלולים בקציר. מדובר בהגנות חוף שונות וכן בהגנות למלונות. העקרונות עליהם הרחבנו לגבי הקציר נכונים גם להגנות חוף אלה.

פרשנות תנאי הזכיון – מימד הזמן

118. טעם נוסף להטלת האחריות על מי"ה נובע ממהותו של הזכיון כמכשיר משפטי התוחם את זכויותיו של הזכיון לזמן קצוב. בזכיון קיים מנגנון פנימי הקובע את קיצו ומניח תשתית ליום שאתרי.

119. מכיוון שהוראות הזכיון מניחות את סוף הזכיון וקובעות הסדרים מפורטים לגביו, פרשנות תכליתית של הוראות שטר הזכיון מחייבת את העברת הנכסים מידי הזכיון למדינה במצב שיאפשר הפעלה מיידית ויעילה על ידי הזכיון החדש. מהוראות אלה נגזרת החובה של מי"ה להפעיל את הזכיון כבר עתה, באופן שלא ידלדל אותו, ולא יפגע ביכולת המדינה להפיק את המחצבים גם לאחר תום תקופת הזכיון.

120. על פי עמדת חל"י, נראה שלא ניתן יהיה להגביה יותר את סוללת החוף המערבית עוד הרבה לפני תום הזכיון הנוכחי, ואת הסוללה ההיקפית לא ניתן יהיה להגביה מעבר לשנת 2035 ואולי אף קודם. לפיכך, על פי עמדה מקצועית זו, לא ניתן יהיה לדחות את פתרון הקציר לשלב מאוחר יותר בחיי הזכיון.

121. על פי תיאור מציאות זה, אי מימוש הפתרון כבר עתה יגרום לכך שמי"ה תחצין אל הציבור את הנוקים והסיכונים שהיא יוצרת ותמשיך ליצור בעתיד. בלא פעולת קציר הציבור יקבל לידו נכס מדולדל והציבור הוא זה שייאלץ לממן את פעולת הקציר בעיקר בשל ירידת ערך הזכיון החדש.

122. מכאן נובע, כי חובתה של מי"ה היא להתמודד עם בעיית המפלס כבר עתה. אין לאפשר לה להמשיך ולהגביה את הסוללות עד שנת 2030, ולהעביר אז לידי המדינה אמבטיה כעורה מוקפת סוללות.

123. אכן, תנאי הזכיון אינם קובעים במפורש חובה זו. אולם לטעמנו, פרשנות תכליתית של הוראות הזכיון והסביבה הנורמטיבית שבו הוא נטוע מחייבים באופן עקרוני להטיל את הביצוע והמימון על מי"ה כבר עתה.

התועלת הכלכלית שמפיקה מי"ה מהפתרון היא עצומה

124. בדרך כלל הטלת חובה על יצרן להפנים את נזקיו כרוכה בעלות רבה עבורו ממנה אין הוא יכול ליהנות באופן ישיר. במקרה שלפנינו המצב שונה לחלוטין שכן פתרון הקציר יתרום תרומה עצומה למי"ה. לכן אין להתפלא שהמפעלים הירדניים המצויים בצדו השני של ים המלח מבצעים כבר כיום קציר מלח בצדו השני של הים, מטעמים תפעוליים.
125. על פי עמדתה המקצועית של חל"י הצטברות המלח בקרקעית הבריכה ועליית המפלס מהווה בעיה תפעולית קשה למי"ה. היא מחייבת אותה לממן את המשך הגבהת הסוללות סביב הבריכה ולתחזק אותן באופן שימנע מהן לדלוף. היא מחייבת השקעה גדולה בכריה ובשינוע של חומרי כריה וחציבה לצורך הגבהת הסוללות. שקיעת המלח אף מקטינה את השטח האפקטיבי של הבריכה המשמש לייצור. היא גורמת לבעיות אחרות כמו "פטריות מלח", שהן תוצאת לוואי של הצטברות המלח בקרקעית הבריכה. קציר המלח אמור לצמצם בעיות תפעוליות אלה. הוא יחסוך פעולות אחזקה יקרות וכן יחסוך את עלויות הגבהת הסוללות - הן את העלויות הכרוכות בחציבה וההובלה והן את העלויות מהתחזוקה הנוספת.
126. קציר המלח אף יאפשר למי"ה להגדיל את שטחי האידוי ובכך להגדיל תפוקה באופן משמעותי. הוא יאפשר לה לנצל תמיסות שנלכדו במלח בשכבות המלח ששקעו.
127. מדובר בתועלת כלכלית גדולה ביותר. כך, עלות פרויקט קציר המלח כולו מוערכת על ידי מי"ה בכ-3.76 מיליארד ₪ עד לתום תקופת הזיכיון ועל פי חשבון של חל"י 4.9 מיליארד ₪. חל"י מעריכה את התועלת הכלכלית של מי"ה מהפרויקט בכ- 2.5 מיליארד ₪ בחישוב שמרני. כנראה שהתועלת רבה עוד יותר ועולה על שלושה מיליארד ₪.
128. מדובר בנימוק נוסף המסביר מדוע יוצר הסיכון ומי שנהנה באופן כה משמעותי מהמניעה שלו יישא בעלותו.
129. לסיכום, האחריות לביצוע הקציר ולמימונו מוטלת בראש ובראשונה על מי"ה כיוצרת הסיכון. מה עוד, שיש לזכור שמי"ה תחזיר שיעור ניכר מהשקעתה בפרויקט בחסכון בעלויות והגדלת התפוקה.
130. במהלך השנים הועלו טיעונים נוגדים, שלפיהם מוצדק להטיל את הטלת העלות (ולו באופן חלקי) דווקא על המדינה. נבקש להתייחס עתה לטיעונים אלה.

השיקולים המפחיתים מחיובה הבלעדי של מי"ה

טיעון ההפרטה

131. עובר לתחילת הליכי ההפרטה, קיבלה ועדת השרים החלטה על משיכת דיבידנד חריג מכי"ל בסכום של 30 מליון דולר⁹⁰. מי"ה טוענת, באופן עקרוני, כי עם משיכת הדיבידנד באה לקיצה כל מחויבות מצדה לשאת בעלות כלשהי של פתרונות הביניים ופתרון הקבע. זאת מכיוון שדיבידנד זה נועד למימון ההגנות. נכונותה להשתתף בעלויות היא, לטענתה, לפני משורת הדין. מי"ה טוענת, כי חיובה לשאת בעלויות סותר את המצגים שיצרה המדינה בתשקיף הפרטת החברה. אין לקבל טענות אלה במלואן ממספר טעמים:

132. **ראשית**, למרות שלא ניתן לפסול את טענת מי"ה כי זו אכן הייתה כוונתם הסובייקטיבית של חלק מהמעורבים, לשונה של החלטת ועדת השרים אינה מצביעה על כך. קריאת ההחלטה במלואה יחד עם הרישא של ההחלטה מצביעה על כך שההחלטה אינה משנה את מערך ההתחייבויות בין הצדדים המעורבים. לכן, נדמה כי הכוונה בהחלטה הייתה דווקא לא להכריע באותו מועד בשאלת המימון. לו הייתה כוונה "לסגור חשבון" לעד, מן הסתם עובדה קריטית זו הייתה מופיעה בצורה מפורשת בהחלטה אך לא כך נעשה.

133. **שנית**, הדרך שבה מתוארת ההחלטה בתשקיפים שפורסמו לקראת הפרטת החברה מעידה, כי המדינה וכי"ל לא הניחו שתשלום זה אמור לסיים את החשבון בנוגע להגנות העתידיות. בתשקיף משנת 1992 שפורסם סמוך להחלטת ועדת השרים, מתוארת ההחלטה בהערת שוליים בחלק המתאר את השינויים הצפויים בשטר הזיכיון, ללא כל הסבר או ביאור, ולא נראה כי עורכי התשקיף ייחסו להחלטה משקל משמעותי. החלטת הממשלה נסקרת בצורה לאקונית. מוסבר, כי המדינה החליטה לא לשנות את המצב הקיים בנוגע למערכת התחייבויות הקיימת בעניין זה, אך "יחד עם זה" מתוארת ההחלטה למשוך את הדיבידנד. אין כל אזכור לכך שמדובר בדיבידנד הסוגר חשבון⁹¹.

134. מעניין לציין את התשקיף משנת 1998 אשר ברור כי חלקו מועתק מתשקיף 1992. באותו חלק בתשקיף ובאותה הערת שוליים שבים עורכי התשקיף ודנים בהחלטה. אולם כאן עורכי התשקיף חשו מחויבים להוסיף הבהרה ולפיה:

"בהתאם למצב שהיה קיים ובהתאם למערכת ההתחייבויות שהיתה קיימת בעת ההחלטה הנ"ל היתה מחלוקת באשר לחלוקת הנטל בכל הקשור בעלויות ההגנה הנ"ל בשנת 1993 הובהר המצב הנ"ל באופן שמשרד האוצר, משרד התיירות והמועצה האזורית תמר

⁹⁰ החלטה מח/38, לעיל הי"ש 22, שקיבלה תוקף של החלטת ממשלה 2447 לעיל הי"ש 28.

⁹¹ עמוד ו-15 בתשקיף 1992.

התחייבו לשאת בעלויות תוכנית ההגנה על בתי המלון
הקיימת כיום (ראה סעיף 4.1 סיפא לעיל). יחד עם זאת
 הודיעו השרים כי... (המשך תיאור משיכת הדיבידנד –
 הערה שלנו)⁹².

135. עולה מכאן שהחלטת הממשלה ומשיכת הדיבידנד לא אמורים היו לפתור את המחלוקת ולא אמורים היו למנוע תשלום עתידי מכ"ל. עורכי התשקיף ראו דווקא בהחלטה מאוחרת כפותרת את המחלוקת. אולם, יש לזכור כי מדובר היה במחלוקת על שלב ראשוני של ההגנות שנדון באותה עת, וברור שלא היתה כל כוונה דרך הערת שוליים זו לפתור את כל הסכסוכים לגבי פתרון הקבע. כך לדוגמא, בתשקיף משנת 1998 מוסבר, כי הפתרונות הקיימים יחזיקו מעמד לכל היותר לעשר שנים נוספות ולאחריהם יהיה צורך בפתרון אחר.⁹³

136. **שלישית**, בחלקים אחרים בתשקיפים קיימים אזכורים לכך שמ"ה תיאלץ לשאת בעלויות נוספות לשם פתרון הגנות נוספות. אם ההנחה הייתה שהמדינה היא שתיאלץ לשאת בעלויות אלה, לא היה כל צורך לכתוב בתשקיפים שמ"ה היא שתישא בעלות זו.⁹⁴ עוד נעיר, כי בתשקיף משנת 1992 מ"ה סוקרת את הסכסוך בינה לבין המלוונות ומבהירה כי, לטעמה, בעלי המלוונות הם אלה שצריכים לשאת בעלות. אולם בחלק זה של התשקיף הדיבידנד האמור כלל אינו מוזכר ובודאי שאין כל אזכור לפטור מאחריות כלפי המדינה בעקבות אותו דיבידנד.⁹⁵

137. **רביעית**, כאמור, אין אחיזה לשונית ברורה בהחלטה לכך שהדיבידנד אמור לממן את כל ההגנות יהא שוויין אשר יהא. לטעמנו החלטה כה מהותית חייבת היתה להיכתב בצורה ברורה וחדה. אפילו שיעורו של הדיבידנד אינו מצביע על כך. נציין בהקשר זה, כי אין מדובר במשיכת דיבידנד ייחודית. כך, ב- 23.10.90 מספר חודשים לפני ההחלטה משכה המדינה דיבידנד גדול עוד יותר בסך של 37 מליון דולר.⁹⁶

138. **חמישית**, המדינה ומ"ה לא התנהלו אחרי קבלת ההחלטה, כאילו הוסרה כל אחריות ממ"ה לפתרון בעיית עליית המפלס. הראינו, כי סמוך לקבלת ההחלטה, נציגי המדינה שבו ודרשו כי מ"ה תשתתף בעלויות, וכך אכן היה. לאורך השנים הלך ועלה חלקה של החברה במימון ההגנות, והצדדים התנהלו על בסיס ההנחה כי קיימת ביניהם מחלוקת לגבי חלוקת מימון ההגנות. עדות טובה לכך ניתן לקבל מדברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית לגבי מימון הגנות הביניים, שבה נכתב בין היתר כי:

⁹² עמוד יא-15 בתשקיף 1998.

⁹³ ראו בעמ' יא-5, שם.

⁹⁴ ראו בעמ' ט-6 בתשקיף 1992.

⁹⁵ ראו בעמ' ט-3, שם.

⁹⁶ ראו בעמ' ג-3, שם.

”שאלת חלוקת האחריות המשפטית להקמת ההגנות לא הוכרעה בעבר והדיונים המשפטיים בעניין זה הסתיימו בפשרה, שבה הסכימו הצדדים על מימון משותף של השלב הראשון בהקמת ההגנות”⁹⁷.

מכאן עולה כי כל הצדדים לא ראו בהחלטת הממשלה כמסיימת את המחלוקת. ההיפך הוא הנכון.

139. **שישית**, גם אם נקבל שזאת אכן הייתה הכוונה המקורית של החלטת ועדת השרים הממשלה, וכנראה לא כך היה, יש לבחון את ההחלטה בהקשר שבו ניתנה, ובהתחשב בשינוי הנסיבות המשמעותי שהיה מאז. באותה עת, הפתרונות שעמדו על הפרק היו אחרים לגמרי, זמניים באופיים וזולים בהרבה. הפתרון המוביל כפתרון קבע היה הקמת לגונה. אלא שגם פתרון זה היה זמני באופיו ועלותו נאמדה בכ- 27 מליון דולר. כעת אנו דנים בפתרון קבע שיקר עשרות מונים ותועלתו למי”ה רבה ביותר. לכן, דרישה כי המדינה תממן פרויקט של מיליארד דולר על בסיס משיכה של דיבידנד של 30 מליון דולר בנסיבות אחרות לגמרי הינה בלתי סבירה.

140. לסיכום, לא ניתן לבטל את הטענה כי הדיבידנד שנמשך נועד למימון ההגנות, אולם ברור שאין לפרש את משיכת הדיבידנד כמטילה את האחריות הבלעדית למימון ההגנות על המדינה או כחותם את חובתה של מי”ה להשתתף במימון ההגנות.

141. לכן יש לפרש את החלטת ועדת השרים כקובעת כי סכום הדיבידנד שנמשך יממן את חלקה של מי”ה במימון ההגנות. אולם אם ההשקעות הדרושות יעלו על סכום זה תשלם מי”ה את חלקה לפי אחריותה בניכוי הדיבידנד המהוון. לכן יש לקזז את הערך המהוון של דיבידנד זה מחלקה של מי”ה במימון ההגנות.

אחריותה של המדינה כמגנה על האינטרסים האחרים

142. מי”ה טוענת כי פעלה ופועלת כדין, ואילו המדינה היא שיצרה את הבעיה בהקמת בתי המלון דווקא על גדות הבריכה ובגובה נמוך מזה שקבעה בהחלטותיה שלה. זאת, למרות התראות של מי”ה כי יום יבוא והמלונות יוצפו. מי”ה גם רואה בבעלי המלונות אחראים לכל נזק עתידי, כיוון שידעו על עליית המפלס ואף הודיעו כי אין למי”ה אחריות לנזקים שייגרמו. לשיטת מי”ה, המדינה אף אשמה בטיפול האיטי בבעיית עליית המפלס ובבניית המלונות, מתוך ידיעה כי יום יבוא ויהיה צורך להגן עליהם מפני עליית המפלס. מי”ה שבה ומסתמכת בעניין זה על דו”חות מבקר המדינה. נעיר בהקשר זה, כי למרות הטענה העקרונית של מי”ה היא השתתפה במימון פתרון הביניים בשיעורים הולכים וגדולים.

⁹⁷ הצעות חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2002), התשס”ב-2001 מס’ 3043 מיום 29.10.2001 בעמוד 44 (דברי ההסבר בעמ’ 77). הצעת חוק זה הבשילה בסופו של דבר לחוק ההסדרים (2002), לעיל ה”ש 34.

כמו כן במהלך המגעים לגבי פתרון הקבע אף הועלו הצעות לגבי אופן מימון פתרון הקבע. בשל כך שמדובר במשא ומתן שלא הסתיים, ובאמירות שאינן מחייבות, לא נרחיב בעניין. זאת כדי לא לפגוע במשא ומתן וכדי שלא לחשוף עמדות ללא הסכמה של נציגי מי"ה במשא ומתן.

143. אין לקבל גישה זו של מי"ה, ולפחות לא במלואה. ההבדל המרכזי בין עמדתנו לעמדת מי"ה נובעת מתפיסת אופייה של בריכה 5. נדמה כי מי"ה רואה בבריכה זו בריכה תעשייתית. אנו חולקים על גישה זו. לשיטתנו, יש לראות את הנושא בראייה רחבה בהרבה. יש המלח הוא משאב טבע ציבורי יוצא דופן בקנה מידה בין לאומי, המגלם תועלות רבות, שהתועלת התעשייתית היא רק אחת מהן. זוהי גם עמדתם של יוזמי מסמך המדיניות של תמ"א 13, שאושר עקרונית במועצה הארצית לתכנון ובנייה ביום 2.8.11, הרואים בבריכה 5 כבריכה שלה ייעוד תעשייתי – תירותי⁹⁸. גם מהחלטות הממשלה שקדמו להפרטה ואפילו משטר הזיכיון המאפשר שימושים נוספים בשטח הזכיון ברור לחלוטין כי לתיירות יש זכות קיום לצד מפעלי התעשייה. הקמת מפעלי התיירות אינה אילוץ אלא איזון בין אינטרסים שונים שצריך להתקיים בכפיפה אחת כחלק משטר הזכיון.

144. לכן אין להטיל על המדינה כל אחריות בגלל עצם ההחלטה להקים מלונות בדרום ים המלח. האתר הנוכחי של המלונות הוא האתר המתאים למלונאות. הוא מנצל בצורה מיטבית את המשאבים הייחודיים של ים המלח, גם בשל קיומה של הבריכה היוצרת חוף ים יציב. חלופות אחרות אינן ישימות בגלל ירידת המפלס ותופעת הבולענים, שהפעילות התעשייתית של מי"ה תורמת להן, גם אם תרמה משנית. יתר על כן, המדינה רשאית על פי הסכם הזיכיון להקים בתי מלון לחוף הים. יש להזכיר בהקשר זה כי הציבור "משלם" על חוף ים זה בתוספת לנזק הנגרם בצפון ים המלח הנגרם בשל השאיבה העודפת של מי"ה.

145. לכן, המדינה לא צריכה לשלם למי"ה תמורת הסכמתה להקים מלונות, ואינה מחויבת לממן את הסיכון שיוצרים המפעלים לפעילות בתי המלון.

146. אולם גם אם המלונות לא היו קיימים כלל, אין לקבל שמי"ה הייתה יכולה להמשיך להגביה את המפלס, לגרום לנזקים סביבתיים ולפגוע בתשתיות. האינטרס התעשייתי אינו האינטרס הבלעדי. איזון בינו לבין האינטרסים האחרים מחייב את הפסקת העלאת המפלס ללא קשר לקיומם של המלונות.

⁹⁸ ראו מסמך מדיניות פיתוח ושימור ים המלח (2010), לעיל הי"ש 7, בעמ' 11-12: "מדיניות הפיתוח ושימור לאגן סובב ים המלח רואה באגן הדרומי את מוקד הפיתוח המרכזי ובעל פוטנציאל הפיתוח המשמעותי במערב האגן, ומתווה עקרונות אשר נועדו לקדם ואף להרחיב את הפעילויות השונות המתקיימות באזור. אזור זה עתיד לשלב, תוך יצירת איזונים ראויים, את הפיתוח של התיירות, התעשייה, ההתיישבות שימור וההגנה על הנוף והסביבה". ראו גם עמודים 64-65.

147. יתר על כן, כפי ששבנו והזכרנו, גם חובתה של מי"ה למנוע את "סחיטת הזכיון" מחייבת את מי"ה לבצע את הקציר כבר עתה, כדי למנוע את התצנת הנזקים העתידיים על המדינה ועל הזכיון העתידי. זאת כיוון שלא ניתן להגביה את הסוללות ללא סוף מטעמים הנדסיים ותפעוליים. הגבהת הסוללות אף יוצרת פגיעה נופית וסביבתית ויש מקום להפסיקה ללא קשר למיקומם של בתי המלון.

148. מטעמים אלה גם אין לקבל, כי חתימת בעלי המלונות על התחייבויות חוזיות כלפי מי"ה פוטרת את מי"ה מאחריותה כלפי הציבור ושלל האינטרסים שלו בים המלח. התחייבות חוזית זו מול בעלי המלונות אינה נוגעת למערכת הזכויות והחובות הקיימת בין מי"ה לציבור ולמדינה כמי שמחזיקה את הנכס בנאמנות עבור הציבור. לכן התחייבות חוזית זו אינה מקימה כל מחסום בפני טענה של המדינה כלפי מי"ה. אכן בעלי המלונות צריכים להשתתף בעלות הפתרון אולם זאת במסגרת פתרון כולל ולא בעקבות התחייבות חוזית מול מי"ה.

149. אכן אין להכחיש כי עבודת המטה לקראת אימוץ פתרון הקבע ארכה זמן רב מדי והטיפול בנושא מעלה קשיים לא מבוטלים. בעניין זה דו"חות מבקר המדינה מדברים בעד עצמם. אלא שלעניין זה יש לזכור כי עיקר הקושי בהתנהלות נבע מהעיכוב בקבלת ההחלטה הסופית. אולם מחירו של העיכוב נפל בסופו של דבר בעיקר על כתפי המדינה שנשאה בעיקר המימון של הגנות הביניים עד לקבלת אותו פתרון. עתה בעת קבלת ההחלטה על פתרון הקבע יש לקבל החלטה עקרונית לגבי חלוקת האחריות. בשל מספר השימושים שיש לבריכה ובשל האחריות של מי"ה לעליית המפלס, האחריות צריכה להיות מוטלת בראש ובראשונה עליה. לפיכך, לטעמנו, יש לדחות את טענתה העקרונית של מי"ה.

150. עם זאת, דווקא בגלל שהבריכה אינה רק בריכה תעשייתית אלא גם משמשת לצרכים תיירותיים ונופיים יש לייחס חלק מהאחריות לבעיית עליית המפלס גם לשימושים אלה. הרי עליית המפלס נובעת מהזרמת מים מהצפון. הזרמת המים משמשת בעקיפין גם לצרכים הנוספים ולכן חלק מהאחריות לסיכון יש לייחס גם לצרכים אלה, ובהתאם לכך יש לייחס חלק מן החבות לציבור. לכן המדינה צריכה להשתתף במימון פתרון הקבע.

151. אולם, ברור שמדובר באחריות מופחתת בהרבה מהאחריות של מי"ה. ענף המלונאות והצרכים הסביבתיים והנופיים אינם זקוקים לנפח כה גדול של מים ובבריכה ולשטח בריכה כה נרחב. בעלי האינטרסים האחרים אף לא ייהנו מהתועלות העצומות שתפיק מי"ה מפרויקט הקציר. כמו כן חלק מן החבות הציבורית, גם אם לכאורה הוא אינו משמעותי, יש לקזז מהנזק הציבורי שנגרם מירידת המפלס בצפון ים המלח.

152. לכן האחריות לעליית המפלס אותה יש לייחס לאינטרסים האחרים אינה שקולה כלל ועיקר לאחריותה של מי"ה. אין ביכולתנו לכמת את העלויות המופחתות, אולם בכל מקרה תוצאת החישוב חייבת להביא לכך שמי"ה תבצע את הפרויקט ותממן חלק משמעותי ביותר ממנו. את החלק הנותר יש להשית גם על בעלי המלוונות והמועצה האזורית בהתאם לעקרונות שהנחו את מימון פתרונות הביניים בעבר.

153. לסיכום חלק זה, מי"ה חייבת לבצע את הקציר ולממן חלק משמעותי ביותר ממנו.

154. על אף כל האמור, אנו סבורים שיש, לדעתנו, לתת עדיפות למסלול המו"מ. כך נעשה עד כה וכך ראוי שיעשה גם בעתיד. מו"מ מהיר יכול להניב הסכם, שיאפשר מימוש מהיר של הפרויקט לטובת כלל המעורבים. פעילות כופה בחקיקה נושאת עמה עלויות של ניהול הליכים משפטיים הבאים יחד עם סיכון, הגם שלטעמנו מדובר בתיזה משפטית ראויה. נציין כי אחד הטעמים לקביעת נוסחה כללית ולהימנעות מנקיבה במספרים מדויקים הוא מתן חופש פעולה לנושאים ונותנים ללא כבילתם מראש לתוצאה מוכתבת וכן לאפשר להם להתפשר מבלי לחרוג מהעיקרון הכללי.

חלופות לכשלון המו"מ - חקיקה

מיקוד השאלה

155. קיים חשש, כי מי"ה לא תסכים להגיע להבנות המבוססות על העקרונות שפרטנו לעיל. בנסיבות אלה, נתבקשנו לבחון האם ניתן לחוקק חוק שיחייב את מי"ה לבצע את הפרויקט ולממן. כיוון שמסקנתנו המשפטית היא שמי"ה מחויבת לבצע את הקציר ולשאת בחלק משמעותי ביותר מעלות הקציר, נבחן האם ניתן להגיע להסדר כזה בחקיקה כופה.

156. עיקר דיוננו יהיה דיון חוקתי. אולם קודם לדיון החוקתי נבקש להתייחס לסעיף בירור הסכסוכים בשטר הזכיון. על פי הוראת שטר הזכיון על הצדדים לפנות לבוררות אם תתעורר מחלוקת בין הצדדים "בדבר פירושו או ביצועו של זכיון זה או של כל דבר הקשור בו או בדבר הזכויות והחובות של הצדדים לו"⁹⁹. כפי שצינו לעיל, החשב הכללי

⁹⁹ לשם הנוחות להלן יובא נוסחו של סעיף 26 לשטר הזכיון, לעיל ה"ש 45: "אם בזמן מן הזמנים בתוך תקופת הזכיון או לאחר מכן, יתעורר ספק, מחלוקת או סכסוך בין הצדדים בדבר פירושו או ביצועו של זכיון זה או של דבר הקשור בו או בדבר הזכויות והחובות של הצדדים לו, הרי אם לא הושגה הסכמה ליישב את הספק, המחלוקת או הסכסוך בדרכים אחרות, ומבלי להתחשב אם קיימות הוראות מפורשות למסירת העניין לבוררות לפי כל סעיף אחר מסעיפי שטר זכיון זה, יובאו אלה לבוררות של שלושה אנשים, ששניים מהם ימונו כל אחד על ידי כל צד מהצדדים לבוררות והשלישי ימונה בכתב בחתימת ידם של השניים שמונו כאמור, בטרם יתחילו בבורות. לא באו שני הבוררים האלה לידי הסכם ביניהם בדבר הבורר השלישי, ימונה הבורר השלישי על ידי מי שמכהן אותה שעה כנשיא בית המשפט המחוזי בירושלים. היה כרוך בבורות עניין של שומה או כל עניין טכני אחר, יהא הבורר השלישי שמונה כאמור לעיל מומחה טכני המוסמך לטפל באותו עניין מיוחד. פסק שלושת הבוררים יהיה סופי ומחייב את הצדדים. במקרה שדעת

והממונה על התקציבים הסכימו, כי במקרה של מחלוקת לגבי מימון פתרון הקבע תפעל המדינה בהתאם להוראות שנקבעו בשטר הזיכיון בדבר יישוב סכסוכים¹⁰⁰. אי לכך תחילה ננתח את סוגיית הבוררות.

סוגיית הבוררות

157. ככלל, בוררות מתאימה לסכסוך אזרחי-עסקי בין צדדים במעמד שווה, ולא למחלוקת רגולטורית בין המדינה לזכיון. אין זה רצוי שזכיון יביא להכרעה בבוררות את הפעלת הסמכויות השלטוניות כלפיו. ודאי שאין לעשות כן בתחומים מורכבים כמו בנושא שלפנינו, המערבים החלטות ערכיות ושיקולי מדיניות רחבים.

158. אולם במקרה שלפנינו נכללת בשטר הזיכיון תניית בוררות. נשאלת השאלה האם תניית הבוררות חלה גם על כפיית הפתרון ומימונו.

159. לטעמנו, פרשנות תכליתית של שטר הזיכיון ותניית הבוררות מביאה למסקנה, שאין מדובר במקרה המתאים לבוררות. נסביר עתה מסקנה זו.

160. לטעמנו, שאלת פתרון הקבע לעליית המפלס היא שאלה המחילה מדיניות עקרונית של דיני הגנת סביבה וטיפול במשאבי טבע על הזכיון. זוהי הוראה שהיא במהותה חיצונית לשטר הזכיון הנובעת מעמדה משפטית עקרונית לגבי תחולת דינים החיצונית לשטר הזכיון. אין בשטר הזכיון כל הוראה העוסקת בסוגיה זו או קובעת כי עקרונות אלה לא יחולו על מי"ה.

161. הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בעניין "יישוב סכסוכים שהמדינה צד להם באמצעות בוררות"¹⁰¹, קובעת אילו מקרים מתאימים לבוררות ואילו מקרים ראוי שיתבררו בדרך המלך השיפוטית. הנחיה זו אינה חלה במישרין על ענייננו, כיוון שמדובר בשטר זכיון שניתן לפני כניסת ההנחייה לתוקף ובכל מקרה אין אנו סבורים כי החלופה לבוררות במקרה דנן היא הפניית הנושא להליך שיפוטי. אולם ניתן להבין מהנחייה זו כיצד ראוי לפרש שטרי בוררות קיימים.

הבוררים לא תהיה אחידה, יהיה הפסק של רובם סופי ומחייב. מקום הבוררות יהיה כפי שיוסכם עליו בין הצדדים, ובאין הסכם – יהיה המקום ירושלים. במידה שלא הותנה אחרת בשטר זכיון זה יחולו הוראות פקודת הבוררות על בוררות לפי סעיף זה. האמור בסעיף זה לא ישחרר את הממשלה מלהיזקק לאישור ועדת הכספים של הכנסת באותם עניינים שאישור כזה דרוש לפי תנאי שטר זכיון זה".

¹⁰⁰ ראו **מכתבם של הממונה על התקציבים והחשב הכללי אל יו"ר דירקטוריון מי"ה** מיום 30.12.2007 בעניין "הגנות ים המלח".

¹⁰¹ **הנחיית היועץ המשפטי לממשלה** מס' 6.1205 מיום 12.10.09 בעניין "יישוב של סכסוכים שהמדינה צד להם באמצעות בוררות".

162. בין סוגי המקרים שאינם מתאימים לבוררות מונה ההנחיה, בין היתר, טענות אודות הפעלת סמכות שלטונית על ידי המדינה, כולל במקרים של אכיפה, שאלות משפטיות עקרוניות ורגישות, השלכה על ציבור רחב או על צדדים שאינם צד לבוררות וכו'.

163. זה בדיוק המקרה שלפנינו- מדובר בסכסוך שמעורבים בו צדדים נוספים כמו המלוונות, המועצה האזורית והאינטרס הציבורי הכללי והבין-דורי שעליו מופקדת המדינה. הסמכות היא רגולטורית בעיקרה והשאלה היא עקרונית ומשפיעה על כלל הציבור. אין היא מתאימה כלל להידון בבוררות, שמתאימה יותר לבירורים טכניים או לשאלות אזרחיות-עסקיות. על בסיס הגיון זה הפעילה המדינה את תנית הבוררות והגישה תביעה שנוגעת בעקרה לסוגיות של חישוב התמלוגים.

164. האכסניה המתאימה לקביעת הסדר שלם ומלא היא חקיקה של הכנסת, שתביט על הסוגיה במבט רחב ותאזן בין כלל האינטרסים. חקיקה כזו גם תיצור מקור סמכות רגולטורי ברור לחיוב עצמו. אכן, ייתכן ומי"ה תנקוט הליכים כאלה ואחרים כדי להימנע מהליך חקיקה, אולם לטעמנו, הליך החקיקה הוא ההליך הראוי וכך יש לטעון בפני הבוררות.

165. בדברינו אלה אין אנו מתעלמים ממכתבם של הממונה על התקציבים והחשב הכללי משנת 2007, שבו נכתב כי יש לפעול בהתאם למנגנון יישוב הסכסוכים במקרה של מחלוקת על פתרון הקבע. נעיר כי מבלי להתייחס ליכולת של המכתב לחייב את המדינה, כיוון שהוא לא עוגן בהחלטת ממשלה ועל כך יש טענות טובות, יש לשים לב לכך שמכתב זה אינו מדבר על העברת הסכסוך לבוררות, אלא על פעולה בהתאם להוראות שטר הזיכיון בדבר יישוב סכסוכים. כיוון שפירשנו את הוראות הזיכיון ככאלה שאינן מתאימות להכרעה של בוררים בסוגיה זו, הרי שבסירוב לדון בנושא בבוררות ובהפניית הנושא לחקיקה אין כדי לסתור את המכתב האמור ואין בו כדי להוות הפרת התחייבות.

166. בכל מקרה, מובן כי ההתחייבות האמורה, אינה יכולה לחסום חקיקה של הכנסת. אין לקרוא מכתב זה שניתן בשעתו, כחל כיום כאשר ברור כי הסוגיה מערבת שיקולי מדיניות רחבים וסבוכים והכוונה היא להסדירה בחקיקה, אם ייכשל המשא ומתן. מכתב זה אינו יכול לעצור יוזמת חקיקה.

הניתוח החוקתי

הפגיעה בזכויות החוקתיות

167. השאלה המשפטית היא, האם הכנסת מוסמכת לחוקק חוק שיטיל על מי"ה לקצור את המלח ולממן חלק משמעותי ביותר מהפרויקט.

168. ניתוח חוקתי מתחיל באיתור הפגיעה בזכויות החוקתיות. במקרה שלפנינו שתי זכויות באות בחשבון והן חופש העיסוק המעוגן בחוק יסוד: חופש העיסוק, וזכות הקניין המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

169. הטלת חובת הקציר מטילה מגבלה על עיסוקה של מי"ה ומונעת ממנה לפעול בחופשיות להמשך הייצור תוך המשך העלאת המפלט. הטלת מגבלה זו יכולה להיתפס כפגיעה בחופש העיסוק. עם זאת אין מדובר בהגבלה מהותית על יכולת הפעולה של הזכייין, ולכן לא ניתן לומר כי החקיקה תפגע בחופש העיסוק של מי"ה¹⁰².

170. הטלת חובה לקצור את המלח מטילה על החברה נטל כלכלי ותפעולי, לנוכח העלויות הכרוכות בכך, ולכן יכולה להיתפס גם כפגיעה בקניין. בית המשפט העליון טרם קבע במדויק את היקפה של הזכות החוקתית לקניין, אולם הנטייה בפסיקה היא לפרש זכות זו באופן רחב¹⁰³. אלא, שניתן לטעון, שלאור התועלת העצומה של מי"ה וכיוון שהחקיקה לא אמורה ליצור נורמה, אלא לעגן אחריות קיימת אין היא כשלעצמה פוגעת בקניין.

171. עם זאת, לא ניתן לפסול את ההנחה, כי בית המשפט יקבע שנפגעה זכותו החוקתית של הזכייין. לכן, למען הזהירות ועל מנת להשלים את הניתוח החוקתי, נבקש לדון עתה בשאלה האם עומד חוק הכופה את הפתרון ומימונו בתנאי פסקת ההגבלה.

חקיקה חדשה תעמוד בתנאי פסקאות ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק

172. הזכויות המוגנות בחוקי היסוד אינן זכויות מוחלטות, אלא יחסיות. כלומר, ניתן לפגוע בהן אם מתקיימים תנאים מסוימים הקבועים בפסקאות ההגבלה שבחוקי היסוד. התנאים העיקריים בפסקאות ההגבלה, שבהתקיימם ניתן לפגוע בזכויות החוקתיות, הם: הפגיעה חייבת להיות בחוק או מכח הסמכה מפורשת בו, החוק חייב להלוס את ערכיה

¹⁰² ראו, למשל, בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, 259-261 (2002).

¹⁰³ ראו, למשל, ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 327 (1995); ע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' יצחק חזן (לא פורסם), 29.6.2003.

של מדינת ישראל, התכלית חייבת להיות ראויה והפגיעה אינה עולה על הנדרש¹⁰⁴. נדון עתה בכל תנאי בנפרד.

פגיעה בחוק

173. ההסדר המוצע ייקבע בחקיקה ראשית, ולכן הוא עומד בתנאי הראשון של פסקת ההגבלה. בהקשר זה נבקש לציין, כי לעיתים, במסגרת ניתוח חלק זה של פסקת ההגבלה, מועלות טענות נגד רטרואקטיביות של הסדרים חקיקתיים. במקרה שלפנינו סוגיה זו אינה מתעוררת כלל מכיוון שאין מדובר בניקוי כל החומר שהצטבר בבריכה מס' 5 אלא רק המלח שיערם מעתה ואילך וב"קבוע" מפלס קיים. מדובר, אם כן, בהסדר הצופה פני עתיד והוא אינו מעורר כל בעיה חוקתית בהיבט זה.

תכליתו של ההסדר המוצע היא תכלית ראויה

174. התנאי השני והתנאי השלישי של פסקת ההגבלה דורשים, כי הפגיעה בזכות תיעשה בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל ולתכלית ראויה. הניתוח של שני תנאים אלה בפסיקה משולב תחת הניתוח של התכלית הראויה וכך נעשה גם אנחנו.

175. תכליתו של ההסדר החקיקתי היא למנוע פגיעה סביבתית בלתי הפיכה בים המלח ובאינטרסים ציבוריים אחרים כמו האינטרסים התיירותיים. תכלית נוספת ומשלימה היא קביעת הסדר, אשר מגשים את העיקרון הסביבתי של הפנמת הסיכון והפנמת עלויות מניעת הסיכון על ידי יוצר הסיכון. זאת, כדי לשמר את ים המלח גם עבור הדורות הבאים. מדובר לכל הדעות בתכלית ראויה העולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל. הראינו כי תפיסה עקרונית זו מעוגנת היטב בפסיקתו של בית המשפט וגם בחקיקה וניתן לטעון כי הפכה לדוקטרינה משפטית של ממש.

176. דברים אלה עולים בקנה אחד גם עם ערך הצדק החלוקתי, אשר הולך ותופס משקל כמרכיב בתהליכי חקיקה וקבלת החלטות של הרשויות המנהליות. זאת בעיקר בהחלטות שיש להן השלכות על חלוקת המשאבים הציבוריים.¹⁰⁵ בענייננו, עקרון זה בא לאזן בין כלל האינטרסים ממשאב ציבורי רב ערך וגם מטעם זה מדובר בתכלית ראויה.

¹⁰⁴ ראו אהרן ברק פרשנות במשפט, כרך שלישי פרשנות חוקתית, 473 (1993). ראו גם בג"ץ 4947/03 עיריית באר שבע נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, 10.5.2006) (להלן: עניין עיריית באר שבע), ובג"ץ 6304/09 לה"ב- לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל (לא פורסם, 2.9.2010) (להלן: עניין לה"ב).

¹⁰⁵ ראו בעניין זה את דברי השופט אור בבג"ץ שיח חדש המתייחס לשיקולים של צדק חלוקתי כשיקולים שהרשות המנהלית חייבת לשקול- בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש נ' השר לתשתיות לאומיות פ"ד נו(6) 25, 65: "החובה לשקול שיקולים של צדק חלוקתי היא חלק בלתי נפרד מסמכותה של רשות מינהלית, אשר בסמכותה להחליט על הקצאת משאבים מוגבלים.

החוק המוצע הוא חוק מידתי

177. המבחן האחרון של פסקת ההגבלה הוא מבחן המידתיות. הפגיעה בזכות החוקתית חייבת להיות "במידה שאינה עולה על הנדרש". הפסיקה חילקה את מבחן המידתיות לשלושה מבחני משנה¹⁰⁶. נדון בכל אחד מהם בנפרד.

178. מבחן המשנה הראשון, מבחן ההתאמה, דורש קשר רציונאלי בין התכלית הראויה לבין האמצעים שבתר המחוקק כדי להגשימה. במקרה שלפנינו, הטלת ביצוע הפרויקט ומימונו על מ"ה יביאו לפתרון בעיית המפלס, ימנעו פגיעה באינטרסים חשובים אחרים, ויביאו לידי ביטוי את עקרון הפנמת העלויות, הנובע מן העקרונות הסביבתיים עליהם שבנו והרחבנו. אי לכך ההסדר המוצע עומד במבחן המשנה הראשון.

179. מבחן המשנה השני, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, מבקש לוודא כי נבדקו חלופות אחרות לשם הגשמת התכלית, וכי נבחר האמצעי שפוגע את הפגיעה הפחותה בזכות החוקתית, אך עדיין מגשים את התכלית הראויה.

עם זאת, למחוקק, בעיקר בחקיקה כלכלית ופיסקאלית, מוקנה "מרחב מידתיות" רחב במציאת האמצעי המתאים. בית המשפט לא ישים עצמו בנעליו של המחוקק ויבחר עבורו את הפתרון הראוי לדעתו¹⁰⁷.

במקרה שלפנינו, נבחנו במשך שנים רבות חלופות רבות. חלופת הקציר היא החלופה המוסכמת כיום על דעת רוב הגורמים המקצועיים (לרבות מ"ה עצמה). אם יוגשם הליך

¹⁰⁶ ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (לא פורסם, 11.5.2006) בעמ' 58 "מבחן המשנה הראשון למידתיות הפגיעה הוא "מבחן ההתאמה" או מבחן "הקשר הרציונאלי". על פי מבחן זה נדרש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי. האמצעי צריך להיות גזור להשגת המטרה ... אין הכרח כי יהא אמצעי אחד בלבד המגשים את התכלית הראויה. יתכנו לעתים מספר אמצעים שיש ביניהם ובין המטרה קשר רציונאלי. זאת ועוד: לא נדרש כי האמצעי שנבחר יגשים באופן מוחלט וודאי את המטרה. "די במידה נאותה של הסתברות כי הפעולה הפוגעת בזכות או באינטרס המוגן תתרום במידה סבירה להשגת התכלית". ... מבחן המשנה השני למידתיות הפגיעה הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. זהו מבחן של צורך. "האמצעי החקיקתי משול לסולם, שעליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת התכלית החקיקתית, ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה... אכן, ביסוד מבחן משנה זה עומדת התפיסה כי החוק הפוגע לא יפגע בזכות החוקתית מעבר לנדרש להשגתה של התכלית הראויה... מבחן המשנה השלישי למידתיות הפגיעה הוא מבחן האמצעי המידתי (או המידתיות "במובן הצר"). הוא בוחן את היחס הראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה לבין היקף הפגיעה בזכות החוקתית. זהו מבחן הבורן את תוצאותיה של החקיקה. הוא מתמקד באפקט שיש לה על זכות האדם החוקתית... בחינה זו היא בעלת אופי ערכי. היא מבוססת על עקרונות של איזון. היא מבטאת תפיסה של סבירות... היא בוחנת את היחס שבין התועלת (בהגשמת התכלית הראויה) לבין הנוק (הפגיעה בזכויות האדם)".

¹⁰⁷ ראו למשל בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 438: "לכל מחוקק יש מרחב סביר של תימרון... קביעת המדיניות החברתית – בין בסוגיות כלכליות ובין בסוגיות אחרות – נתונה למחוקק, ויש להעניק לו מרחב של תימרון חקיקתי. בית המשפט אינו קובע את המדיניות החברתית. עניין הוא למחוקק. אך אם המדיניות אינה חוקתית, זהו עניין לשופט". וראו גם בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 386; ובג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807; בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת(טרם פורסם); בג"ץ 4795/95 רון מנחם ואח' נ' שר התחבורה פ"ד נו(1) 235; עניין לה"ב, לעיל הי"ש 104. לעניין הרחבתו של "מרחב התימרון" בכל מה שנוגע לחקיקה כלכלית ראו עניין עיריית באר שבע, לעיל הי"ש 104, בעמוד 18: "רק אם המחוקק יחרוג באופן משמעותי מ"מתחם המידתיות" יהיה מקום להתערבותו של בית המשפט... דומה, שבמיוחד בתחום החקיקה הכלכלית מן הראוי ש"מתחם המידתיות" הנתון למחוקק יהיה רחב יחסית נוכח הקושי המובנה של המחוקק ושל בתי המשפט בבואם להשוות בין מידת הפגיעה האפשרית בזכויות האדם, כאשר נדרשת בחירה בין אלטרנטיבות תקציביות וכלכליות שונות".

החקיקה יהיה זה רק לאחר כשלון משא המתן, שאמור היה להביא ליישום הפרויקט ומימונו בהסכמה, וגם בכך יש כדי לתרום למידתיותו.

ההסדר המוצע, המטיל על מי"ה לשאת בחלק משמעותי ביותר מהפתרון משקלל את כלל האינטרסים. הוא מטיל עלות מסוימת גם על כתפי המדינה ועל בעלי האינטרסים האחרים. הוא לא יוטל בבת אחת אלא ייפרס ברובו עד תום תקופת הזיכיון. אכן מי"ה תישא בחלק משמעותי ביותר, אולם קביעה זו מבוססת על אחריותה העיקרית של מי"ה. לכך יש להוסיף את התועלת העצומה שתפיק מי"ה מפתרון זה.

כל פתרון אחר בעיתוי הנוכחי לא יענה על התכלית הראויה, כולל פתרונות שיטילו על כתפה של המדינה עלויות נכבדות, או שתועלתם תהא מוגבלת ולא תתמודד עם הבעיה לעומקה. אי לכך, החקיקה המוצעת עונה גם על מבחן המשנה השני של המידתיות.

180. מבחן המשנה השלישי, המכונה מידתיות במובן הצר, בוחן האם מתקיים יחס ראוי בין מידת התועלת החברתית בשינוי אל מול עוצמת הפגיעה בזכות המוגנת.

התועלת הצפויה לציבור ולאינטרס הציבורי מקציר המלח גדולה ביותר. פתרון זה יימנע את החרפת הפגיעה בים המלח, הצפת תשתיות ופגיעה בזכיון העתידי.

מול תועלת משמעותית זו עומדת פגיעה מסוימת במי"ה שלטעמנו אינה מהותית. יתר על כן, על פי עמדת חל"י, מי"ה תפיק תועלת רבה מפתרון זה והיא גם בעלת הידע הנדרש לשם ביצועו. לכך יש להוסיף, כי המדינה, המלוונות והמועצה האזורית ישתתפו אף הם בחלק מסוים מן הפרויקט, ולכן גם מטעם זה מדובר בהסדר מאוזן.

181. לסיכום, גם אם קיימת פגיעה כלשהי בזכות חוקתית בחקיקה הכופה מדובר בפגיעה העומדת בתנאי פסקאות ההגבלה. על כן מדובר בהסדר חוקתי. לכן אין כל מניעה משפטית לעשות שימוש בכלי זה אם ייכשל המו"מ.

הערה לסיום - חלקו של הציבור ברווחי הזכיון מאוצרות הטבע מחייב בחינת יוזמה חקיקתית

182. הגם שנושא זה אינו עומד בליבת חוות הדעת, נבקש להתייחס בקצרה לסוגיית חלקו של הציבור ברווחים המופקים מאוצרות הטבע של ים המלח. אין מחלוקת, כי אוצרות הטבע של ים המלח שייכים בראש ובראשונה לציבור. הציבור העניק את זכות ההפקה של אוצרות טבע אלה לזכיון בעבור תמלוגים.

183. אולם, שיעור התמלוגים מכלל רווחי היזם הוא נמוך, אפילו בהשוואה לשיעורים האפשריים על פי שטר הזכיון. בעוד רווחי הזכיון הולכים ועולים והדיבידנדים, חלקו היחסי של הציבור ברווחי היזם הולך ונשחק. בנוסף למדינה טענות אפילו לגבי אופן התשלום של שיעור נמוך זה.

184. כך, מנתוני כתב התביעה שהגישה המדינה עולה, כי ב- 10 השנים האחרונות חילקה כ"ל לבעלי מניותיה דיבידנד בסכום של 3.8 מיליארד דולר, בעוד שהציבור קיבל תמלוגים בסכום כולל של 303 מליון דולר בלבד.

185. בעוד שבעבר על כל 1 ₪ תמלוגים שהעבירה כ"ל לאוצר המדינה היא העבירה לבעלי מניותיה 3 ₪, הרי שכיום כ"ל מחלקת 13 ₪ לבעלי מניותיה על כל 1 ₪ העובר לאוצר המדינה. משמעותם של נתונים אלה היא, שהציבור שהוא בעל הנכס שממנו מפיקה מ"ה את רווחיה, זוכה לחלק יחסי שהולך וקטן מרווחיה של מ"ה. המלצתנו היא לבחון שינוי בחלוקת ההנאה ממשאב ציבורי נדיר זה.

186. חלק מהקושי הדורש בחינה נובע מהתחייבות שהעניקו שר האוצר ושר התעשייה לכ"ל במכתב מיום 11.1.1995. מכתב זה ניתן סמוך למכירת גרעין השליטה של כ"ל, כנראה במטרה להעלות את שווי של גרעין השליטה, ליצור גרעין שליטה אטרקטיבי ולהעניק ודאות לרוכשים. במכתב זה התחייבו השרים שלא לדרוש את העלאת התמלוגים לשיעור של 10% מעל סף ייצור מסוים בתנאים ובסייגים הנקובים במכתב.

187. ברור כי מטרתם של השרים הייתה ראויה ואין לשפוט החלטה זו בחוכמה בדיעבד. אולם, כתוצאה מהתחייבות זו, קטן שיעור התמלוגים שקיבלה המדינה בעד 370 מליון דולר. נעיר, כי מול התחייבות זו עומדת התחייבות של מ"ה שלא לדרוש את הפעלת סעיף 17 לזיכיון, העוסק בחובתה של המדינה להעמיד לרשות הזכיון מערכת תחבורה שתאפשר לו להוביל את מוצריו ולייצאם. אולם, כלל לא ברור כי למדינה היו קמות חובות כלשהן מכוח סעיף זה לאחר ההפרטה. בהקשר זה נעיר, כי מ"ה רואה כאחד מיתרונותיה על פני

מתחרה את עלויות השינוע הנמוכות¹⁰⁸. כמו כן, בתשקיף משנת 1992 הודיעו מי"ה וכי"ל כי ביטולו הצפוי של סעיף 17 לזכיון אינו אמור לפגוע בתפקוד של מי"ה¹⁰⁹.

188. ניתן לבסס טענה משפטית בדבר הבעייתיות הרבה בהמשך התבססות על התחייבות זו כיום. ניתן אף לבסס טענה משפטית בדבר השתחררות מהתחייבות זו **מכאן ואילך** בשל שינוי הנסיבות, הזמן הרב שחלף מאז מכתב השרים והנוק הרב שנגרם לאינטרס הציבור¹¹⁰. השתחררות ממכתב זה מכאן ואילך אינה תלויה בחקיקה של הכנסת. מדובר בהשתחררות שאינה מביאה בהכרח לעלייה בתמלוגים. אי הסכמה בעניין תוביל את הנושא לבוררות. היא גם תאפשר למי"ה להעלות טענות משלה לגבי תחולת סעיף 17 לזכיון ותאפשר למדינה להתמודד עם טענות אלה. לכן היא כוללת אלמנטים מידתיים.

189. עם זאת, בשל הקושי להשתחרר מהתחייבות מפורשת וברורה זו, לאור הרקע שבו ניתנה עובר למכירת גרעין השליטה ותכליתה וכן בשל המשמעות הרוחבית של מהלך שכזה, ניתן להשאיר הכרעה בסוגיה זו לעתיד. שימוש בחלופה זו לעת הזאת אינו מומלץ. נעיר כי הדרגים המקצועיים והמשפטיים במשרד האוצר מתנגדים למהלך זה. לכן מוצע בעיתוי הנוכחי לבחון דרך פעולה אחרת.

190. אנו מציעים לבחון הטלת היטל על רווחי היתר של הזכיון בדומה להסדר החוקי החדש שהוטל על מפיקי הגז והנפט¹¹¹. מובן, כי החקיקה בתחום הגז והנפט לא ניתנת להעתקה, כיוון שמדובר בהסדרים שונים ובמחצבים אחרים. אולם הגיונה של חקיקה זו דומה להסדר שאנו מציעים לבחון.

191. הטלת מס על רווחי היתר הוא הסדר מידתי יותר מהעלאת התמלוגים, מכיוון שהסדר כזה מכווון אל רווחי היתר של הזכיון ולא להכנסותיו. הסדר מעין זה המשלב תמלוגים והיטל על רווחי יתר מוכר בעולם גם בתחום האשלג¹¹² והוא זה שיושם גם על מפיקי הגז והנפט. ההכרעה לגבי הטלת היטל מעין זה מחייבת בדיקה מקצועית מעמיקה קודם להחלטה על עצם הטלת ההיטל והבנייתו.

¹⁰⁸ ראו דו"ח תקופתי של כי"ל לשנת 2010, לעיל ה"ש 7, בעמוד 7.

¹⁰⁹ ראו בעמ' ו-12 ה"ש 1 בתשקיף משנת 1992.


¹¹⁰ עע"מ 3081/01 תשתיית נפט ואנרגיה בע"מ נ' מועצה אזורית חוף אשקלון (ניתן ביום 21.8.11) והמקורות שם.

¹¹¹ ר' חוק מיסוי רווחי נפט, התשע"א-2011 ס"ח תשע"א מס' 2295, 806.

¹¹² ראו הסדר דומה למוצע המונהג במדינת ססקצואן שבקנדה המרכזת 10 מבין 11 מרבצי האשלג בקנדה. ההסדר במדינה זו משלב משטר של תמלוגים עם מס על רווחי היתר של הזכיון.

192. לסיכום, מומלץ להגיע להסדר שיאפשר פתרון מהיר ויחסוך עלויות וסיכונים משפטיים ההנחיה לעורכי המשא ומתן היא לנסות ולהגיע להסדר המבוסס על כך שמי"ה תשלם חלק משמעותי ביותר מפתרון הקבע. בהיעדר הסכם ניתן לבחור במסלול של חקיקה. כמו כן מוצע לבחון הטלת מס רווחי יתר על מי"ה.

בברכה,



אבי ליכט

משנה ליועץ המשפטי לממשלה

(כלכלי – פיסקאלי)

העתיקים : היועץ המשפטי לממשלה

משנה ליועץ המשפטי (אזרחי)

משנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה)

מנכ"ל חל"י

היועצת המשפטית למשרד ראש הממשלה

היועצת המשפטית למשרד להגנת הסביבה

היועץ המשפטי למשרד התיירות

היועצת המשפטית לרשות החברות הממשלתיות