

סוגיית ייצוא הגז הטבעי מישראל – בין הייצוג המשפטי לייצוג ה'פוליטי'

אפי מיכאלי, עופר סיטבון וערן צין*

המחאות החברתיות שפרצו בישראל ובעולם בעשור האחרון, חשפו את מערומיה של הדמוקרטיה. לטענת המוחים, בצורתה הנוכחית משרתת הדמוקרטיה מיעוט קטן של בעלי אמצעים, בעוד רובו ככולו של הציבור נותר מחוץ לחדר הסגור שבו מתקבלות החלטות המשפיעות על גורלו. בהתאם, הדרישה העיקרית שחזרה על עצמה בכיכרות הערים השונות, הייתה לשיתוף ולייצוג של כלל הציבור וזאת על בסיס קיומם של הליכים שקופים המאפשרים בחינת פעולתם של נציגי הציבור. דהיינו, מעבר מ'פוליטיקה', כמנגנון לשמירה על הקיים, לשלב הראשוני ה'פוליטי', המאופיין ברב-גוניות ובאישור הסכמה המאפשרת לכלל הקולות להישמע. דרישה זו שבה וחזרה גם במאבק הציבורי כנגד החלטת הממשלה על התרת ייצוא חלק ממשאבי הגז שנמצאו מול חופי מדינת ישראל. דרך דיון במקומו של המשפט במאבק זה, מבקש המאמר לטעון שהדרישה האמורה משרטטת מחדש גם את תפקידו של עורך הדין החברתי, כמי שאינו נמצא בחוד החנית של המאבק הציבורי, אלא משמש כאחת מצלעותיו. זאת בשונה מטיפול משפטי הנעשה במנותק מתהליכים אלה ונעדר תמיכה פוליטית-ציבורית, ואשר עלול להוביל למה שנתפס כ'ניצחונות פירוס'. בתפקידו זה, משליך עורך הדין את יהבו על מציאת הכלים המשפטיים שיתמכו בדרישה האמורה למקום שווה ליד השולחן ולקיומו של דיון שקוף, פתוח ומשתף. זאת תוך הכרה במגבלותיה של הדמוקרטיה כפי שהתעצבה בשנים האחרונות, וכחלק מניסיון לרפא את הפגמים הקיימים בה, המקנים לקבוצות מצומצמות ומאורגנות היטב יתרונות מובהקים על פני קבוצות אחרות ועל פני הציבור הרחב.

מבוא

"העם דורש צדק חברתי"; "הון-שלטון עולם תחתון"; "אנחנו ה-99%". סיסמאות אלה ודומות להן, התנוססו בשנת 2011 בכיכרות ערים שונות ברחבי העולם. נראה כי המכנה המשותף לחלק ניכר של המוחים היה הטענה ששליחי הציבור המירו את נאמנותם לאינטרס הציבורי ולציבור שולחיהם בנאמנות לאינטרסים של קבוצות מצומצמות של מקורבים ובעלי הון. טענה זו יורדת לשורשיה של

* כותבי שורות אלה הגישו את העתירה בבג"ץ 4491/13 המרכזי האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2.7.2014), שעומדת בבסיס מאמר זה.

סוגיית ייצוא הגז הטבעי מישראל – בין הייצוג המשפטי לייצוג הפוליטי | אפי מיכאלי, עופר סיטבון וערן צין

המשטר הדמוקרטי ונוגעת לאחד מיסודותיו של עקרון הייצוג הפוליטי. הרי, לכאורה, במשטרים דמוקרטיים הרשות הציבורית "כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום; כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן..."¹.

במציאות זו, שבה החלטות גורליות ובעלות השלכות רב־דוריות נתונות בידיהם של המעטים בחדר הסגור, האקסיומות הדמוקרטיות של שוויון ומקום סביב השולחן מתאינות. לטענת קראוץ' (Crouch),² זהו משטר פוסט־דמוקרטי המשרת קבוצה מצומצמת של בעלי אינטרס. מבחינה זו, המחאות נשאו בפיהן בשורה חדשה: לא עוד מאבק על זכויות בסגנון התנועות החברתיות החדשות, אלא דרישה לאתחול מחדש של המערכת וחזרה למושכלות היסוד של השיטה הדמוקרטית, ובראשן הדרישה לחירות ולשוויון.³ בשורה חדשה זו מוגדרת בספרות כמעבר מ'פוליטיקה' ('politics') אל ה'פוליטי' ('the political').⁴ ה'פוליטיקה' מתייחסת למשחק הפוסט־דמוקרטי של קביעת חוקים, תקנות וניהול ויכוחים שכמו נעים סביב עצמם וכל מטרתם הוא שמירה על הסדר הקיים. כאמור, שלב זה מאופיין בהיותו מנוהל על־ידי קבוצות עניין מצומצמות, או על־ידי נציגים המשרתים אינטרסים צרים ולא את האינטרס הציבורי, ונעדרים ממנו קולות רחבים מן החברה. לעומת זאת, ה'פוליטי' הנו השלב האונטולוגי, הבסיסי, הקודם ל'פוליטיקה', השלב טרם כינונה של חברה ואשר מאופיין ברב־גוניות ובאי־הסכמה, וככזה פתוח בפני כלל החברה.

במאמר זה נבקש לטעון כי דרישה זו משרטטת מחדש גם את תפקידם של עורכי הדין החברתיים כאלה המסייעים בידי הציבור לזנוח את ה'פוליטיקה' ולשוב אל ה'פוליטי', ומסייעים לבסס זיקה משמעותית יותר בין פעולות הייצוג של נציגי הציבור לאינטרס הציבורי. במסגרת זו, עורך הדין אינו נמצא בחדר החנית של המאבק החברתי־פוליטי, אלא משמש כאחת מצלעות המאבק החברתי. בתפקידו זה, משליך עורך הדין את יהבו על מציאת הכלים המשפטיים שיתמכו בדרישה האמורה למקום שווה ליד השולחן ולקיומו של דיון שקוף ומשתף לטובת האינטרס הציבורי.⁵ זאת, להבדיל מטיפול משפטי גרידא, הנעשה במנותק מתהליכים אלה ונעדר תמיכה פוליטי־ציבורית, ואשר עלול להוביל ל'ניצחון פירוס'.

כדי לתמוך בטענה זו, יתבסס המאמר על המאבק הציבורי והמשפטי בעניין זהות המוסד הדמוקרטי שבסמכותו ההכרעה בדבר ייצוא חלק ממשאבי הגז הטבעי שנמצאו מול חופי מדינת ישראל. שליחי הציבור נדרשו במקרה זה להכריע מהו האופן המיטיבי שבו ייהנה הציבור ממשאבי הגז שבבעלותו. לכאורה, הייתה זו עוד סוגיה מורכבת של מדיניות שתוכרע על ידי מומחים בחדר הסגור תוך שימוש ב'פוליטיקה' כמסד לקבלת החלטות בשם אינטרס הציבורי. כך, החליטה הממשלה על מינוי ועדה בין־משרדית, בראשות מנכ"ל משרד האנרגיה והמים דאז שאול צמח (להלן: ועדת צמח). פעילים סביבתיים־חברתיים למודי ניסיון הבינו שכאשר מונחות על הכף מאות רבות של מיליארדים, חברות הגז – המחזיקות ברישיונות חיפוש על־יפי חוק הנפט, התשי"ב–1952 – לא יחסכו במשאבים ובלחצים כדי להשפיע על המלצות הוועדה וכי פניהן, ככל הנראה, לא יושבו ריקם. ברוח מחאות 2011, פעילים אלה היו נחושים הפעם לחזור אל ה'פוליטי' ולדרוש בשם הציבור מקום שווה ליד השולחן. בדרישה זו לא נפקד מקומו של המשפט. ביוני 2013 הוגשה עתירה – בין השאר על־ידי כותבי שורות אלה – נגד החלטת הממשלה לאמץ את המלצות ועדת צמח בעניין ייצוא חלק מעתודות הגז הטבעי, בטענה כי הכנסת – ולא הממשלה – היא הגוף המוסמך לקבוע את המדיניות בנושא.

בשורות שלהלן נבקש לגולל את 'מאחורי הקלעים' של הפן המשפטי במאבק הציבורי נגד אימוצן של המלצות ועדת צמח במסגרת החלטת הממשלה בעניין. נפתח בסקירה כרונולוגית של האירועים והפעילויות המשפטיות שליוו את המאבק הציבורי במשך כשנה, נמשיך בנייתו ההיבטים

התיאורטיים המוזכרים לעיל ונסיים ביישום התיאוריה על המקרה דנן ובכיסוס הטענה המוצגת כאן שלפיה הדרישה לשוב אל ה'פוליטי' מחייבת חשיבה מחדש על תפקידו של עורך הדין החברתי. במסגרת זו נבקש לבסס תפיסה שלפיה, במציאות הנוכחית, תפקידו של עורך הדין החברתי הוא, לפחות במקרים מסוימים, לסייע להעביר את ההכרעות הציבוריות מה'פוליטיקה' אל ה'פוליטי'. זאת על ידי העברת הדין המקדים מזירה שבה מדירים קבוצות מסוימות מנגישות למידע ולמנגנוני קבלת ההחלטות אל זירה שבה המידע נגיש וקבלת ההחלטות נעשית לעיני הציבור באופן פתוח ושקוף יותר, המאפשר לצמצם את השפעתן של קבוצות אינטרס מסוימות וחזקות על ההכרעות המתקבלות.

א. השתלשלות האירועים

דבר קיומם של מאגרי דלקים מחצביים (פוסיליים) וביניהם מצבורי גז טבעי מול חופי ישראל היה ידוע זה שנים. אולם רק בשנים האחרונות, תודות לשכלול טכנולוגיות החיפוש הססמי והתפתחות טכנולוגיות בתחום הפקת דלקים מחצביים ממים עמוקים, מתאפשרת הפקה מסחרית של משאבים אלה במים הכלכליים של ישראל.⁶ ניצול מיטבי לטובת אינטרס הציבור של אוצרות הגז הטבעי שנמצאים מול חופי ישראל, הוא אחת המשימות החשובות שניצבו אי פעם בפני מקבלי ההחלטות במדינת ישראל. בהחלטה בדבר אופן ניצול הגז הטבעי שנמצא מול חופי ישראל, יש כדי להשפיע על דמותה הכלכלית-חברתית של מדינת ישראל בעשורים הקרובים, כמו גם על מצבה הגיאופוליטי, הביטחוני והמדיני. בכך נקרתה בפניה של מדינת ישראל הזדמנות היסטורית נדירה להביא לשינוי של ממש באופן אספקת האנרגיה למשק המקומי תוך צמצום ניכר של התלות במקורות אנרגיה זרים. הזדמנות זו נושאת בחובה גם את האפשרות הממשית להסבת חלק הארי של המשק בישראל לשימוש בגז טבעי שמקורו במאגרים שנתגלו מול חופי ישראל – בייצור החשמל ובענפי התעשייה, בחקלאות, בתשתיות ובענפים נוספים של המשק הישראלי – תוך יצירת מציאות חדשה של עצמאות אנרגטית למשק הישראלי.

לאור חשיבותה ההיסטורית של ההחלטה בדבר ניצול מיטבי של הגז הטבעי שנמצא מול חופי ישראל, מינו ראש ממשלת ישראל ושר המים והתשתיות הלאומיות ב־2 באוקטובר 2011 את ועדת צמח. ב־12 בספטמבר 2012, פרסמה הוועדה את המלצותיה בנושא המדיניות המומלצת ביחס לייצוא הגז הטבעי מישראל. המלצתה העיקרית של הוועדה נגעה להתרת הייצוא של כמחצית ממשאבי הגז הטבעי שנמצא מול חופי ישראל (לרבות משאבים חזויים).

לאור העובדה, כי משאב הגז הטבעי הנו משאב ציבורי חיוני ולאור העלויות הכבדות המעורבות ברכישת חלופות אנרגיה לגז שייצא במקרה הצורך, יש למסקנות הוועדה השלכות אסטרטגיות, חברתיות וכלכליות שמשמעותן דרמטית לעתידה הכלכלי של מדינת ישראל ולעצמאות משק האנרגיה הישראלי בעשורים הקרובים. כתוצאה מכך, קבוצה משולבת של תנועות וארגונים בעלי אופי ומניעים שונים, חברה יחדיו לצורך מאבק ציבורי בהחלטה. חברי הקבוצה הם בחלקם בעלי מקצועות חופשיים ככלכלנים ומומחים לאנרגיה ומדיניות ציבורית (כגון חברים בעמותה לכלכלה בת קיימא, הפורום הישראלי לאנרגיה, 'המכון לתכנון כלכלי' ו'ישראל יקרה לנו') וחלקם פעילים סביבתיים-חברתיים (כגון חברי מגמה ירוקה וחברי 'חדר המצב'). כותבי מאמר זה ליוו משפטית את המאבק הציבורי.

כמפורט להלן, האסטרטגיה המשפטית שנבחרה התמקדה בדרישה להעביר את ההכרעה בדבר שאלת ייצוא הגז למחוקק. בבסיס הדרישה עמד הצורך להכיר בקיומן של הכרעות כלכליות-חברתיות אשר עצם חשיבותן מחייב את הכרעתה המפורשת והישירה של הרשות המחוקקת, כגוף שבמסגרתו מתקבלות הכרעות דמוקרטיות מסדר ראשון בדרך של חקיקה ראשית. לצד צורך זה, ולאור קיומה

סוגיית ייצוא הגז הטבעי מישראל – בין הייצוג המשפטי לייצוג הפוליטי | אפי מיכאלי, עופר סיטבון וערן צין

של הוראת חוק מצומצמת, שלעמדת העותרים אינה מקנה לממשלה את הסמכות המפורשת לקבל הכרעה כה דרמטית ומקיפה, עלה הצורך לקיים דיון מעמיק, שקוף, משתף ורחב בכינונה של הוראת חוק המתאימה להכרעה שניצבה בפני מדינת ישראל באותה העת. בהתאם לכך, פנו המכון לאחריות תאגידית והקליניקה לשינוי חברתי-סביבתי במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ב־30 בדצמבר 2012 לראש הממשלה בדרישה לעשות כן.

במקביל לדרישה להעברת הסוגיה להכרעת המחוקק, החלו להצטבר סימני שאלה רבים באשר לאופן התנהלות הוועדה ובאשר למסד הנתונים שעליהם היא התבססה במתן המלצותיה האמורות. סימני שאלה אלה התגברו לאור הנחתה של חוות דעת מיעוט חריפה ומנומקת על-ידי מנכ"לית המשרד להגנת הסביבה דאז, עו"ד אלונה שפר (קארן). בין היתר, טענה שפר (קארן) כי:

הדו"ח הסופי של הוועדה ערוך באופן מגמתי וכל תכליתו להצדיק החלטה בלתי אחראית ובלתי מבוססת על ייצוא נרחב של גז טבעי מישראל. המלצה זו מתבססת על שורה של הנחות מקלות ואופטימיות בסוגיות מהותיות כגון היקף הביקוש בשוק המקומי, היקף של תגליות עתידיות והתפתחות המחירים בטווח הבינוני והארוך בשוק האנרגיה המקומי.⁷

סימני השאלה דלעיל נתמכו גם על-ידי גורמים מקצועיים שונים שהציגו בוועדה, כגון המדען הראשי של משרד האנרגיה והמים ד"ר שלמה ולד, והמדענית הראשית של משרד להגנת הסביבה ד"ר סיני נתינה, שיצאו חוצץ נגד הנחות ועדת צמח.⁸

סימני השאלה באשר לסמכות הממשלה לנהל את הדיון בייצוא חלק ממשאבי הגז הטבעי, כמו גם הדרישה הציבורית להפקיד את הדיון האמור בידי הכנסת, הונחו לפתחה של הממשלה באופן ברור וחד-משמעי. ב־22 באפריל 2013 אף פנו לראש הממשלה 60 חברי כנסת, מן הקואליציה ומן האופוזיציה, במכתב משותף שכותרתו "הבאת סוגיית ייצוא הגז בפני הכנסת" ובו נאמר:

ההחלטה בסוגיית ייצוא הגז מהמאגרים שהתגלו בסמוך לחופי ישראל נושאת בחובה השלכות כלכליות, חברתיות וסביבתיות מרחיקות לכת. סוגייה כבדת משקל כזו, ראוי שתידון ובסופו של דבר גם תוכרע על ידי הכנסת, במסגרת דיון ציבורי ומקצועי מקיף ושקוף.

אנו, החתומים מטה, חברי כנסת מסיעות שונות, קוראים לך לפעול להבאתו של העניין בפני הכנסת במתכונת שתאפשר דיון והכרעה כאלה.⁹

אם לא די בכך, סמוך לכינוסה של ישיבת הממשלה בעניין אימוץ עיקרי המלצות של ועדת צמח, הגיש המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקאלי) עו"ד אבי ליכט את חוות דעתו בעניין. לצורך כך ניתח ליכט את חוק הנפט, התשי"ב-1952, ובעיקר את הוראות סעיף 33, שהנו הסעיף הרלוונטי, וקבע כך:

"עולה ספק אם הוראת סעיף 33 לחוק הנפט יכולה לשאת את מגוון ההוראות בהצעת ההחלטה ורוחבו כמקור הסמכה לקביעת הסדר ראשוני. עולה ספק אם יש בהוראות סעיף 33 הוראות המסמיכות את הממשלה לקבוע מדיניות ארוכת שנים לגבי כלל המאגרים. אין בסעיף הוראות המתוות את שיקול דעתה של הממשלה באופן המכוון את שיקול דעת הממשלה בשורה של הוראות יסוד במדיניות הרואה עשרות שנים קדימה. מדובר, איפוא, על שאלות לכמה שנים יש לשמור את הגז או כיצד תחושב התצרוכת המקומית, דהיינו מהם השימושים שעל בסיסם תחושב התצרוכת המקומית וכיצד יראה המשק בהתבסס על שימושים אלה. לכן, מבחינה משפטית, רצוי היה כי הנושא יובא להכרעת

הכנסת בין באופן פרטני ובין באמצעות חקיקה המעניקה לממשלה הסמכה מפורשת לקבוע מדיניות מקיפה, כוללת וארוכת טווח במשק הגז הטבעי.¹¹

למרות הדברים הנ"ל ועל אף המחאה הציבורית הערה, דחתה הממשלה את הדרישה להעברת הדיון לכנסת. ב־23 ביוני 2013 קיבלה ממשלת ישראל את החלטה 442 בדבר "אימוץ עיקרי המלצות הוועדה לבחינת מדיניות הממשלה בנושא משק הגז הטבעי בישראל". במסגרת ההחלטה, הכוללת הסדר מקיף ומפורט, אימצה ממשלת ישראל חלקים מרכזיים מהמלצות הוועדה. בעקבות החלטה זו, ב־24 ביוני 2013 הוגשה כנגד החלטת ממשלת ישראל עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק.¹² העתירה התבססה על כמה טענות מרכזיות אשר בבסיסן הטענה כי החלטת הממשלה בעניין ייצוא הגז הטבעי מישראל מהווה הסדר ראשוני, דהיינו הסדר הקובע מדיניות כללית ועקרונות מנחים ולא הסדר משני שעיסוקו באופן היישום של קווים מנחים אלה (כגון תקנות או הוראות מינהל).¹³ לפיכך, בהיעדר הסמכה מפורשת וישירה המאפשרת את קבלתה במסגרת החלטת ממשלה, היא מהווה החלטה בחוסר סמכות, ואי לכך סותרת את פסיקת בית המשפט העליון בדבר החובה לקבל הכרעות המהוות הסדר ראשוני במסגרת חקיקה של הכנסת. לצד זאת, נסקרו במסגרת העתירה היתרונות של הליך החקיקה בכנסת על-פני קבלתן של הכרעות בהחלטת ממשלה. באופן ממוקד יותר, נטען כי על הוראת החוק המסמיכה את הממשלה לקבלתה של הכרעה שהיא במעמד של הסדר ראשוני להיות מפורשת, ברורה וחד-משמעית, וכי אין די בהוראה כוללת ורחבה שממנה עולה הסמכה חלקית או משתמעת. לפיכך, נטען בעתירה, הוראות חוק הנפט, התשי"ב-1952, ובפרט הוראת סעיף 33 שבו, אינן מהוות הוראה מפורשת וישירה לצורך קבלתה של החלטת ממשלה מקיפה ורחבה כפי שהתקבלה בעניין ייצוא הגז הטבעי מישראל. נטען, על כן, שהחלטת ממשלה זו התקבלה בחוסר סמכות ויש לבטלה. לאחר הרחבתו של הרכב השופטים, התקיים ב־20 באוקטובר 2013 דיון בעתירה בעל־פה בפני מותב של שבעה מבין שופטי בית המשפט העליון. הדיון התקיים במאוחד עם עתירות נוספות שהוגשו בנושא ובבסיסן טענות דומות, ובמתכונת מוסכמת כאילו הוצא צו על תנאי, וזאת לאור הסכמת הצדדים לכך בדיון מוקדם שנערך חודשים אחדים קודם לכן. כבר למחרת נדחתה העתירה – בלא נימוקים – ברוב של חמישה שופטים מול שניים. רק ב־2 ביולי 2014 פורסמו נימוקי פסק הדין.

את פסק הדין המרכזי של שופטי הרוב כתב נשיא בית המשפט העליון, השופט גרוניס. לעמדתו, ניצבו להכרעה שתי שאלות מרכזיות: האחת, בדבר היקף הסמכה הנדרשת לקביעתו של הסדר ראשוני, שלא עולה לגביו טענה שהוא פוגע בזכויות אדם; השנייה, האם סעיף 33 לחוק הנפט עונה להגדרה זו. לצורך ההכרעה הונח כי חלק מהחלטת הממשלה עונה להגדרה הסדר ראשוני ולפיכך הדיון בשאלת היותה של החלטת הממשלה הסדר ראשוני הפך לשולי במסגרת ההכרעה בפסק הדין. עיקר הדיון המשפטי בפסק דינו עסק בשאלת תוקפה של החזקה הפרשנית שנקבעה בפסיקה, שלפיה מקום שבו מבקשת הרשות המבצעת להכריע בסוגיה שהיא בעלת מעמד של הסדר ראשוני, עליה להצביע על הוראה מפורשת וחד-משמעית בחוק, הוראה המאפשרת לרשות המבצעת לקבל את ההחלטה שהיא מבקשת לקבל באופן שהוראת חוק כללית ובלתי-משתמעת אינה מספקת לצורך כך. בפסק דינו מגיע הנשיא גרוניס למסקנה כי בעניין סוגיית ההחלטה בדבר ייצוא הגז מישראל ניתן להסתפק בדרישה מרוככת ל'הסמכה מפורשת' בחקיקה עת מדובר בהסדרתו של הסדר ראשוני שאין בו פגיעה בזכויות אדם וזאת משני טעמים: האחד, מדובר בהחלטה שעל-פי טיבה ניתנת לשינוי בטווח של חמש שנים מיום קבלתה; השני, אין מדובר בהחלטה על צריכה מיידית של הגז הטבעי אלא בהחלטה שממנה עולה כי מדובר בצריכת המשאב הציבורי לאורך שנים רבות.

סוגיית ייצוא הגז הטבעי מישראל – בין הייצוג המשפטי לייצוג הפוליטי | אפי מיכאלי, עופר סיטבון וערן צין

השופטים ג'ובראן ורובינשטיין סברו, בדעת מיעוט, כי יש לקבל את העתירות ולקבוע כי החלטת הממשלה בטלה מאחר שנעשתה בחוסר סמכות. השופט ג'ובראן סבר כי השאלה אם מדובר בפגיעה אפשרית בזכויות האדם אינה מעלה ואינה מורידה מהדרישה כי נושאים שהם בבחינת הסדר ראשוני יוסדרו בחקיקה ראשית, וכי על ההסמכה במסגרתם להיות מפורשת וישירה. במסגרת זו סבר השופט ג'ובראן כי ערכים כגון שקיפות בהליך החקיקה ובהליך המנהלי ושיתוף הציבור הם תנאים יסודיים בהליך הדמוקרטי, וכי יש בכוחם להוביל למסקנה כי על הסדר ראשוני להתקבל בהליך חקיקה מלא בכנסת בשונה מקבלת ההחלטה בהליך המנהלי שאינו מגשים בצורה דומה ערכים אלה. השופט רובינשטיין מצדו הוסיף כי סוגיית הסדרת ייצוא הגז היא בעלת מעמד מובהק של הסדר ראשוני אשר נובע בין היתר מעקרון הפרדת הרשויות.¹⁴

לפיתסתנו, עמדת שופטי הרוב בפסק הדין אינה משכנעת. מדוע, מבחינה דמוקרטית, הצורך בהגנה על זכויות אדם זוכה למעמד רם יותר מהצורך בהגנה על עקרון הפרדת הרשויות, על עקרון החוקיות ועל עקרון שלטון החוק – שלושה יסודות מרכזיים של השיטה הדמוקרטית? לא ברור גם מדוע ההגנה על זכויות האדם חשובה יותר מהגנה על הצורך בקבלתה של הכרעה בעלת השלכות חברתיות-כלכליות עצומות במסגרתו של הליך שיתופי ושקוף בכנסת. לשיטתנו, עקרון השקיפות וחובת השיתוף בהליך הדמוקרטי, כמו גם עקרון השמירה על שלטון החוק ועקרון החוקיות הם בניה של הדמוקרטיה לא פחות מאשר עקרון ההגנה על זכויות האדם. עמד על כך שופט המיעוט ג'ובראן, כאשר קבע כי "מידת ההקפדה על דרישת ההסמכה המפורשת צריכה להיות הקשרית, ולהיגזר בעיקר ממידת ראשוניותו של ההסדר, ולא מסיווגו הצורני של הערך הנפגע כ'זכות', כ'אינטרס' או כערך אחר. אני סבור כי גישה זו מאפשרת בחינה עניינית וגמישה, המבחינה בין מקרים שונים על יסוד שיקולים קונקרטיים ורלבנטים בנסיבות המקרה, כגון האופי החקיקתי של ההסמכה הראשית, הנסיבות שהביאו לקביעת ההסדר מכוחה, ובראש ובראשונה מידת חשיבותה ועקרוניותה של ההכרעה שמבקש ההסדר לאמץ"¹⁵.

לצד זאת, נציין כי הנשיא גרוניס קבע כי במסגרת העתירות לא עלתה כל טענה לפגיעה "בזכויות יסוד" ולפיכך, הנחת המוצא לניתוחו היתה כי לא נפגעה זכות חוקתית. לעמדתנו, הצגתן של העתירות באופן זה אינו תואם את הדברים שהובאו בכתבי העתירות עצמם. במסגרת העתירות הוקדשה חלק מהיריעה לטענה כי החלטת הממשלה מהווה פגיעה בעקרונות של "צדק חלוקתי" ו"צדק בין-דורי" וזאת על בסיס הטענה כי קניינו של הציבור בגז הטבעי מחייב לשקול שיקולים של צדק חלוקתי ושוויון בין דורי בהקצאת המשאב. בפסק דינו התייחס הנשיא גרוניס לטענה זו,¹⁶ אך בחר לסווגה כטענה שאינה נוגעת לפגיעה בזכויות יסוד שכן לא הוצגה לצידה טענה כלשהי לקיומה של פגיעה "מסוימת וקונקרטית" בהן. על כך משיב לו השופט רובינשטיין בפסק דינו כי "מדובר בזכויות ציבור קולקטיביות, אף אם אין קוראים להן 'זכויות יסוד'¹⁷ תוך שהוא מצטט מדבריו של פרופ' יוסף אדדעי לפיהם "גם הקניין הציבורי ראוי להגנה ואין הכרח להעדיף את זכויות הקניין של היחיד על פני זכות הקניין של כלל הציבור."¹⁸ לפיכך, נראה כי לצורך ביסוסה של טענה זו של שופטי הרוב במסגרת פסק הדין, היה מקום לניתוח מעמיק ורציני של השאלה האם טענה לפגיעה בזכויות קולקטיביות של הציבור כמו הדרישה לחלוקה שוויונית של המשאב הציבורי בין בני הדור עצמם ובין בני דורות שונים אינה שקולה לפגיעה ב"זכות יסוד", לעניין החלתה הקפדנית של החוקה הפרשנית לקיומה של הסמכה מפורשת וחד משמעית הנלמדת מהכלל בדבר הסדרים ראשוניים. לטענתנו, הגם שניתן לטעון לקיומם של מאפיינים מסוימים לזכויות הנכללות בקבוצת "זכויות יסוד", אין משמעות הדבר כי הכלל בדבר הסדרים ראשוניים אינו חל באופן דומה גם ביחס

לזכויות אחרות, שאינן זכויות יסוד (לרבות זכויות קבוצתיות). לכל הפחות היה מקום לדון בשאלה לצורך ביסוס הטענה של הנשיא גרוניס בסוגיה זו.

באמירה אגבית בפסק דינו, אשר עדות לה ניתן היה לשמוע גם במסגרת הדיון בעל-פה, הלין נשיא בית המשפט העליון על קיומה של 'תופעה' שבמסגרתה פונים חברי כנסת בעתירות לבית המשפט הגבוה לצדק כ'עותרים ציבוריים', וזאת למרות קיומו של כלי פוליטי משמעותי המצוי בידם – האפשרות להביא לתיקון חקיקה במסגרת הרשות המחוקקת. לשיטתנו, אמירה זו אפשר שמעידה היא על תפיסת עולם שאינה מכירה בתפקידו החשוב של בית המשפט כרשות מאזנת ובלולמת במקרים שבהם חורגת רשות אחרת – הכנסת או הממשלה – מתפקידה ומבקשת לחדור לתחום פעילותה של האחרת. במקרים אלה, כפי שאנו סבורים שקרה בעניין ההכרעה על ייצוא הגז הטבעי מישראל, על בית המשפט היה להכריע האם הממשלה נטלה לה סמכויות לא לה, במקרה זה – הסמכות לקבל הכרעה במעמד של הסדר ראשוני במסגרת החלטת ממשלה. לראייתנו, לא רק שהיה מקום לפנייה כאמור לכג"ץ, אלא שזו אף הייתה הדרך היחידה שבמסגרתה יכלו חברי כנסת המהווים חלק מהרשות המחוקקת לבקש את הגנת בית המשפט מפני חדירתה של הרשות המבצעת לתחום פעילותה כרשות מחוקקת. במקרה זה נדרש בית המשפט, כפי שנטען בעתירה, למלא את אחד מתפקידיו הדמוקרטיים היסודיים במסגרת הפרדת הרשויות בדמוקרטיה הישראלית, לבלום את שינוי הכללים על-ידי הממשלה ולקבוע האם ההכרעה שהתקבלה במסגרת החלטת הממשלה מהווה חריגה מסמכות. אנו סבורים אפוא כי עמדתו של הנשיא גרוניס בעניין זה אינה מקנה משקל מתאים לתפקיד זה של בית המשפט בדמוקרטיה הישראלית. דברים אלה מקבלים משנה תוקף לאור אופיו הייחודי של המבנה הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, שבמסגרתו כוחם של חברי הכנסת המצויים באופוזיציה מוגבל ביותר, ולנוכח יכולתה של הממשלה לסכל בכנסת חקיקה שאינה משרתת את השקפתה.

פסק הדין כולל חידושים משפטיים שונים וראוי לדיון מעמיק, אולם קצרה היריעה מלעשות כן במסגרת מאמר זה. לעניינינו, עם זאת, יוער כי במובנים רבים בית המשפט הוא חלק מה'פוליטיקה', במובן זה שהוא משמש זה שנים כציר מרכזי בשמירת מערכת הכוחות החברתית הקיימת.¹⁹ כך גם דחייתה של העתירה שבה וייצבה את בית המשפט כגוף שמרני המצוי בצדה של ה'פוליטיקה'. אולם, אין זה מן הנמנע כי הדרישה לחזור אל ה'פוליטי', שהיבטים הימנה – מעקרונות השוויון ועד עקרונות השקיפות והדמוקרטיזציה – מהדהדים בפסיקותיו של בית המשפט העליון הישראלי,²⁰ תחלה ותחדור גם למחוז זה ולמחוזות משפטיים אחרים. במובן זה, עמדות המיעוט המשמעותיות שנכתבו על-ידי השופטים ג'ובראן ורובינשטיין, הכוללות התייחסות לעקרונות דמוקרטיים חשובים אלה, הן צעד אחד בחדירתו של שיח זה אל הכרעותיו של בית המשפט העליון. לטעמנו, כמפורט להלן, לעורכי הדין החברתיים יש תפקיד משמעותי בקידום תפיסה זו גם בעתיד.

ב. עריכת דין חברתית ביום שאחרי המחאות החברתיות

ב.1. המחאה החברתית – מ'פוליטיקה' ל'פוליטי'?

על אף הדעיכה המהירה יחסית של מרבית המחאות החברתיות ברחבי העולם, תחושות הקיפוח והאפליה שהניעו אותן נותרו בעינן. יתרה מכך, המחאות ממשיכות ונותנות אותותיהן, ובמקומות מסוימים אף מביאות לשינויים פוליטיים מרחיקי לכת (לדוגמה ביוון או בספרד). המשותף למחאות החברתיות (בעיקר במדינות המערב) הנו ההתפכחות מהבטחות הניאורליברליזם והגלובליזציה

סוגיית ייצוא הגז הטבעי מישראל – בין הייצוג המשפטי לייצוג ה'פוליטי' | אפי מיכאלי, עופר סיטבון וערן צין

הכלכלית. הבקיעים שנבקעו במודלים הגמוניים אלה (החל מהמשבר הכלכלי של 2008) אפשרו למי שקולם לא נשמע לצאת חוצץ נגד המודל הפוסט-דמוקרטי. על-פי קראוץ' (Crouch) זהו השלב שבו:

שיעמום, תיסכול וחידלון שקעו [...] כאשר קולו של מיעוט של אינטרסנטים בעלי עוצמה, הינו בעל השפעה פוליטית רבה בהרבה על זה של כלל הציבור; כאשר אליטות פוליטיות למדו כיצד לנהל ולעצב את דעת הקהל; כאשר יש לשכנע את הציבור בחשיבות ההצבעה [...] ²¹.

רנסייר מוסיף ואומר שהמצב הפוסט-דמוקרטי מבוסס על קונצנזוס רחב של "מי שיש לו חלק בחברה נתונה". ²² הקונצנזוס, הוא טוען, מעניק תחושת חמימות ונוחות, שתחת השפעתה 'הפוליטיקה' הופכת ללא יותר משילוב של אמצעים שנועדו לתת לגיטימציה לסדר הקיים ולשמר כל אחד במקומו הראוי. ²³ בהתחשב אפוא במצב הפוסט-דמוקרטי אין להתפלא על כך שבמדינה דמוקרטית כספרד זעקו המוחים: "אנחנו רוצים דמוקרטיה עכשיו" ואלה שבארצות הברית תמחו איך זה של-1% יש יותר השפעה פוליטית מל-99% או שבישראל שבה ועולה הזעקה "הון-שלטון עולם תחתון". קריאות אלה אינן יוצאות חוצץ דווקא נגד ממשלה זו או אחרת, אלא מבקשות לחשוף את המצב הפוסט-דמוקרטי ולהוקיע את הקונצנזוס המשתק (דיסנסוס, כלשונו של רנסייר). ²⁴ יתרה מכך, במישרין או בעקיפין, קולות אלה קראו לחזור אל עקרונות היסוד של הדמוקרטיה: אל ה'פוליטי' (או, מדויק יותר בהקשר דנן ה'דמוקרטי-פוליטי'). זהו השלב האונטולוגי, טרם כינונה של החברה. השלב שבו אי-הסכמה (או אפילו אנטגוניזם) בין אנשים הוא לגיטימי, ועל כן הזירה פתוחה גם בפני אלה שאין להם חלק בחברה נתונה, לקום ולדרוש חזרה אל האקסיומה העומדת בבסיס הדמוקרטיה: "שוויון וחירות לכל אדם בהיותו אדם". ככזה, ה'פוליטי' עומד בבסיס ה'פוליטיקה' הממוסדת והמאורגנת אשר מאפשרת כינונה של חברה מתפקדת. אולם, דרך כינונה של חברה זו, מגיע השלב שבו כאמור המשחק נעשה 'מכור' וכל ייעודה של ה'פוליטיקה' הוא שימור מערכת הכוחות הקיימת, תוך דחיקת ה'פוליטי' והלכה למעשה התכחשות ליסודות השוויון והחירות.

ההבנה של משתתפי המחאות החברתיות ברחבי העולם שה-1% אווזים בשלטון, היא צעד חיוני בדרישה לחזרה אל ה'פוליטי'. אולם, זהו רק צעד ראשון שחייב להיות מלווה ב'אירוע' מתמשך שזוכה להד ציבורי נרחב ומצליח לקרוא תיגר על הסדר הקיים. על פניו, מחאת האוהלים בישראל, שהצליחה להגיע לכדי תמיכה תקדימית של כ-90% מהאוכלוסייה, יצרה 'אירוע', אלא שבמידה רבה, היא התהדרה ברצון להשיג את החיבוק החם של הקונצנזוס (ולא דיסנסוס). ²⁵ גישה זו באה לידי ביטוי בהתנהלותה הפסטיבלית של המחאה ובקידום תפיסה רפובליקנית א-פוליטית. לכך יש להוסיף גם את הקפונה הפוסט-מודרנית שהתקיפה את המחאה על היותה 'לבנה-אשכנזית-תל אביבית', ²⁶ ביקורת שאף שבבסיסה עומד הרצון הראוי לתת קול ל'אחרים', הפכה ברבות השנים, בהיפוך היסטורי מעניין, לחלק מהאמצעים לשיעתוק ה'פוליטיקה', שכן הניסיון לכונן סובייקט פוליטי שביכולתו לקרוא תיגר על מבני הכוח בחברה נתקל בחשש הפוסט-מודרני ממהותנות ומיצירת פרויקט הגמוני נוסף. ²⁷ נסיבות אלה אפשרו אפוא את ניטרולה המהיר יחסית של מחאת האוהלים וחזרה לשגרת ה'פוליטיקה' המיינית.

עם זאת, המחאה בהחלט נטעה את הזרעים לאתגור המצב הפוסט-דמוקרטי ולהופעתן של תנועות שידרשו את ה'פוליטי'. כאמור, תנועה מעין זו היא הקבוצה שקמה כדי להיאבק בהחלטה על ייצוא הגז ואשר ממשיכה, גם לאחר קבלת ההחלטה על הייצוא, לשתף פעולה בנוגע לסוגיות נוספות המתעוררות בהקשר למדיניות משק הגז הטבעי. אף שתנועות אלה אינן חולקות בהכרח את אותן תפיסות פוליטיות-כלכליות, במקרה דנן כולן היו שותפות להבנה, שאוזנם של מקבלי ההחלטות

בשאלת ייצוא הגז הטבעי – שהיא, כאמור, מההחלטות הכלכליות-חברתיות המשמעותיות ביותר שהונחו לפיתחם – כרויה לבעלי הממון וכי קולו של כלל הציבור אינו נשמע. המשימה אפוא הייתה להביע דיסנסוס ולהשמיע את קולם של ה-99% שאין להם חלק (כלשונו של רנסייר). כלומר, בדומה למחאות החברתיות השונות, גם פעילות זו מהדרת את הצורך להשיב את הפוליטי ש'נבלע על-ידי הפוליטיקה'. לצורך כך גויסו כלים שונים לרבות: מחאות קולניות במרחב הציבורי, פרסום ניירות עמדה ומאמרי דעה וגיוס חברי כנסת ומעצבי דעת קהל. כאמור, בפעילות זו לא נפקד מקומו של המשפט ושל עורך הדין החברתי ובכך ידון החלק הבא.

2. בתי משפט ושינוי חברתי

הדיון בגבולות יכולתו של בית המשפט לקדם שינוי חברתי מעסיק את הכתיבה המשפטית בעשורים האחרונים.²⁸ אחד ממייצגיו הבולטים הוא הספר **התקווה החלולה**, ספרו רב-ההשפעה של ג'ראלד רוזנברג, שגם במהדורתו החדשה משנת 2008 שב ומאשרר את התזה הספקנית שלו בנוגע ל'בית המשפט המוגבל', נטול החרב והארנק, שפסיקותיו הן תוצר של אילוצים פוליטיים, חוקתיים, כלכליים וחברתיים ושיכולתו לקדם שינוי חברתי תלויה בקיומה של רוח גבית ציבורית ופוליטית ניכרת, ובהתנגדות הנתפסת כאינטרסנטית. גם התדיינות הדרגתית המייצרת בסיס של תקדימים והשגת תמיכה מרשויות שלטון אחרות יכולה לרחוף את בית המשפט לכיוון של קידום שינוי חברתי.²⁹

לצד ביקורת זו, התפתח בשנים האחרונות כיוון ביקורת נוסף, שאפשר לראותו כביקורת 'משמאל': אורלי ליבל מגדירה עמדה זו כ'תודעה משפטית ביקורתית' וטוענת לחוסר יעילות יחסי של המשפט בהשפעה על שינוי חברתי, הבא לידי ביטוי בקאופטציה שגורמת להישענות על אסטרטגיות משפטיות למאבקים חברתיים.³⁰ שימוש באסטרטגיות אלה, נטען, גוזל משאבים רבים, מצמצם את מטרות המאבק החברתי, מבטל את הרדיקליות של סדר היום, מספק לגיטימציה לעוולות מתמשכות ומסיט את תשומת הלב מאפשרויות יעילות יותר, חוץ-משפטיות, לקידום השינוי החברתי. הוא גם מציב בהכרח, ושלא בצדק, את עורכי הדין בחוד החנית של המאבק החברתי, תוך התעלמות מן ההטיה המבנית של מערכת המשפט לטובת 'אלה שיש להם' ומן ההטיה הקוגניטיבית שמבנה את התוצאה המשפטית כתוצאה 'צודקת' ו'טבעית' בעיני 'אלה שאין להם'.³¹

לנוכח האכזבה מיכולתו של המשפט לקדם שינויים חברתיים נראים לעין, חלק מהכתיבה המשפטית העכשווית מתמקד בטענה שהמשפט נועד בעצם להשיג בעיקר תוצאות עקיפות. זוהי תפיסה צנועה יותר של העשייה המשפטית שמשליכה את יהבה בראש ובראשונה על השפעתה על התודעה הציבורית, וזאת, באמצעות פעולה משותפת של עורכי הדין החברתיים בצוותא חדא עם גופים קהילתיים נוספים. המשפט, על-פי תפיסה זו – המכונה לעתים 'משפט והתארגנות' (law & organizing) – הוא רק אמצעי בדרך להשגתם של יעדים חברתיים, כמו חינוך והסברה, יצירת דעת קהל אוהדת או בניית נרטיב חלופי לתפיסות ההגמוניות המקובלות. עורך הדין החברתי, על-פי תפיסה זו, הוא שותף למאבק הקהילתי, ולא מוביל שלו. ודוק, כפי שקאמינגס ואיגלי מדגישים, חשובה ככל שתהא, גישת 'משפט והתארגנות' היא רק כלי משלים נוסף בארגו הכלים של המשפטן החברתי, שגם לו אורבת סכנת הקאופטציה.³² כדי לקדם שינוי חברתי, מזכירה ליבל, יש לפעול במסגרת השדה הפוליטי הקיים, כהתארגנות רחבה, תוך מעורבות בדיון הציבורי, ומתוך ניסיון לאתגר את המציאות הקיימת ולעצבה מחדש. הבנת יחסי הגומלין בתוך השילוש 'משפט', 'שינוי' ו'חברה' מחייבת הימנעות מהישענות מוחלטת על אחת הצלעות, הבנה של ההקשר החברתי הרחב של המאבק ושל הצורך בריבוי פעולות ובהשפעות עקיפות.³³

סוגיית ייצוא הגז הטבעי מישראל – בין הייצוג המשפטי לייצוג הפוליטי | אפי מיכאלי, עופר סיטבון וערן ציון

3.3. 'מחשבה מתוך המפלה'

קריאתה הנ"ל של ליבל מתכתבת עם סוג עריכת הדין החברתית המזוהה כ'עריכת דין מהשטח'. גישה זו מבקשת לקדם שינוי חברתי-פוליטי כולל, בין השאר תוך שימוש חשדני במשפט.³⁴ גישה זו, כפי ששמה מעיד, ערה לזרמים התת-קרקעיים הגועשים בדרישה לשינוי חברתי והיא זו המתכתבת עם הנאמר במאמר זה.³⁵ כאמור, קולות אלה צפו ועלו אל פני השטח במלוא עוזם במחאות החברתיות ברחבי העולם. אולם, כביקורתה הנ"ל של ליבל, בישראל זהו אינו הקול הדומיננטי בקרב עורכי דין חברתיים. יתרה מכך, בחינה של ההישגים ארוכי הטווח של חלק מפסקי הדין התקדימיים שבהם זכו עורכי דין חברתיים, מאששת חלק מהביקורת המוטחת בעריכת הדין החברתית. כך למשל, פסק הדין בעניין קעדאן³⁶ סייע לעותר באופן ספציפי, אך הביא ברבות הימים לחקיקת חוק 'עדות קבלה'³⁷ ולהפליה הנמשכת של קבלת ערבים ליישובים קהילתיים; פסק הדין התקדימי בעניין הפרטת בתי הסוהר³⁸ מנע הקמת בית סוהר פרטי, אך יש החוששים כי סימן 'גבולות גזרה' המאפשרים תהליכי הפרטה נרחבים; פסקי הדין בעניין כליאת מבקשי מקלט הביאו לשיפור תנאי כליאתם, אך לא מנע את המשך שליחתם למתקן חולות ואף הביא להגברת הלחץ הפוליטי לעשות כן.³⁹ לא אחת, אם כן, ובהיעדר תמיכה ציבורית-פוליטית, ניצחונותיהם התקדימיים של עורכי הדין החברתיים עלולים להיתפס כ'ניצחונות פירוס' ניצחונות אלה מחייבים לחשוב מתוך המפלה,⁴⁰ כדי לשוב ולהעריך את תפקידו של עורך הדין החברתי.⁴¹ דרך אחת לעשות כן היא התייחסות לדרישה של המחאות החברתיות לשוב אל 'הפוליטי'. שיח זה מציב את עורך הדין החברתי לא בחוד החנית של המאבק החברתי-פוליטי, אלא כאחת מצלעותיו. בתפקידו זה, משליך עורך הדין את יתרו על מציאת הכלים המשפטיים שייתמכו בדרישה האמורה למקום שווה ליד השולחן.

העתירה נגד החלטת הממשלה על התרת ייצוא של חלק ממשאבי הגז מהווה דוגמה להתנהלות מעין זו. העתירה התמקדה בהעברת הדיון לכנסת, כמקום שבו ניתן לנהל דיון פתוח ומשתף יחסית בסוגיה כבדת משקל בעלת השלכות רב-דוריות על הציבור בישראל. אכן, הביקורת הברורה והחד-משמעית, שתוארה לעיל, על ממצאי ועדת צמח פתחה לכאורה פתח לתקיפת המלצות הוועדה, או ההחלטה שתתבסס עליהן, על בסיס עילת הסבירות המינהלית. למרות זאת, בחרנו להמשיך ולמקד את הפנייה המשפטית בדרישה להעברת ההכרעה לכנסת. זאת, על בסיס היותה בבחינת הסדר ראשוני. אנו מודעים היטב לאופן התנהלותן הבעייתית של ועדות הכנסת – מהדרת רגליהם של חברי הוועדה מהדיון וכניסתם ברגע האחרון רק כדי להצביע, דרך האופן שבו יושבי ראש הוועדות משתמשים בכוחם כדי ליתן פתחון פה לצד שהם חפצים ביקרו תוך השתקת מי שנמצא מעבר למתנס, ועד פעילותם מאחורי הקלעים של בעלי הממון ושליחיהם. מכאן שההחלטה להתמקד בהעברת הדיון לכנסת לא נעשתה מתוך נאיביות, אלא מתוך הבנה של האופן שבו הפעילות המשפטית והפעילות הפוליטית משולבות ומשוקעות זו בזו. השימוש במשפט נועד הן לשיפור עמדת המיקוח במאבק הפוליטי והן כדי לכלול את התקדמות היריב.⁴² הדרישה הפרוצדורלית להעברת הדיון לכנסת, שהתכתבה עם השיח 'הפוליטי' של אנשי המחאה החברתית, ענתה על מטרה זו. בהתאם לכך, הפך טיעון זה לגולת הכותרת של המאבק הציבורי ונישא כפי המפגינים ברחובות. מעבר לכך, ועם כל מגבלותיו האמורות, הדיון בכנסת מאפשר מקום בשולחן הדיונים למי שקולם לא נשמע בדיונים מאחורי דלתיים סגורות. לכך צריך להוסיף כי הימים הם הימים שלאחר המחאה החברתית ולאחר הדיונים הפוריים בכנסת בנושא המיסוי על רווחי הגז. בהקשר זה, האמנו כי לדיון בכנסת הייתה יכולת השפעה ממשית על ההחלטה הסופית ועל החלטותיהם של שומרי סף אחרים מקרב זרועות השלטון ביחס למשאב ציבורי זה. הראיה הטובה ביותר לעובדה זו היא ההתעקשות הנחרצת של הממשלה

שלא להעביר את הדיון לכנסת. זאת, על אף הלחץ הציבורי, הפנייה הצפויה לערכאות, ההבטחה של יו"ר ועדת הכלכלה לסיים את הדיון במהרה⁴³ וחוות דעתו הנ"ל של המשנה ליועץ המשפטי. לצד הפניות החוזרות לממשלה, טרם ההחלטה, להעביר את הדיון לכנסת, וכחלק מהתפיסה הכוללת המבקשת שהחלטות הנוגעות להעברת משאבי ציבור לידיים פרטיות יעשו בצורה גלויה ופומבית, פנו הכותבים בבקשה על בסיס חוק חופש המידע, ודרשו לחשוף את הפרוטוקולים של ועדת צמח. להפתעתנו, גם דרישה בסיסית זו לא נענתה. לאור זאת, הוגשה עתירה לבית המשפט המחוזי בירושלים,⁴⁴ שבעקבותיה, ועוד בטרם העניין נדון, הורה שר האנרגיה על חשיפת הפרוטוקולים לעיון הציבור. אלה בתורם, סיפקו ציטוטים מהדהדים שתרמו למאבק החברתי-ציבורי. זאת ועוד, כחלק מהתפיסה האמורה, נטלו הכותבים חלק בפגישות השותפים השונים למאבק (גם כאשר נושא הדיון לאו דווקא נסב על השאלה המשפטית). במסגרת פגישות אלה ומתוך הכרה בבעייתיות הכרוכה בהעברת המאבק מהרחוב לבית המשפט ומפעילים חברתיים לבעלי המקצוע, שבה והוכרה העמדה כי העתירה לבג"ץ היא המוצא האחרון. אכן, העתירה הוגשה רק לאחר שהממשלה החליטה להתעלם מהמחאה הציבורית ומתוך הבנה שזו הערכאה היחידה שעוד יכולה לעכב את ההליך. זאת, בעיקר נוכח החשש שמיד עם קבלת האישור מהממשלה יחתמו בעלי הזכויות על חווי ייצוא ארוכי טווח. ישנן לא מעט דוגמאות של שיתוף פעולה בין פעילים חברתיים ובין עורכי דין חברתיים-ציבוריים בנוגע לתכנון, לאסטרטגיה ולביצוע, והשימוש בכלים משפטיים נבחן על רקע שאלות מגוונות הנוגעות לאסטרטגיית הפעולה של המאבק החברתי: מהי הבעיה שעמה יש להתמודד? האם וכיצד יכול המשפט לתרום לפתרונה? מהי האסטרטגיה המיטבית לשינוי משפטי ומהו הפורום המתאים ביותר לכך – בית המשפט, המחוקק או ה'שטח'? האם ניתן לשלב בין האסטרטגיות? מהי התשובה המשפטית והפוליטית הצפויה של היריב? כיצד ניתן לצמצם את הסיכונים הכרוכים בה? ועוד.⁴⁵ סיכומו של דבר, כפי שגורס בכמן (Bachmann), גם אם עורכי הדין אינם מובילים את השינוי החברתי, חשיבותם נעוצה הן בסיוע להתארגנות והן במתן לגיטימציה לתביעות השינוי.⁴⁶ למרבה הצער, תוצאת העתירה נגד ההחלטה על ייצוא משאבי הגז אינה יכולה להתיימר להציג שינוי חברתי. עם זאת, תהליכי הגשתה והדיון בה היוו נדבך נוסף בשיח הפוליטי שהחל לצמוח במחאה החברתית והצביעו על כיווני מחשבה חדשים ביחס לעבודת עורך הדין החברתי במציאות הפוליטית הנוכחית. כמועד הדיון בבית המשפט העליון, הטיח בציניות אחד מעורכי הדין של חברות הגז לכיוון עורכי הדין של העותרים, משפט שעיקרו: "תשמרו טוב טוב על הגז שיישאר באדמה עוד 3000 שנה". נסיגה של עורך הדין הממולח למלל ציני זה, בעתירה שעיקרה העברת ההחלטה מהממשלה לכנסת, מעידה על החשש של האליטה הפוליטית-כלכלית מכוחו המחטא של אור השמש. העתירה אמנם נדחתה, אך בין היתר תודות למעורבות המשפטית במאבק, הוקטנה כמות הגז הטבעי המיועדת לייצוא, ולא פחות חשוב, שבה והועלתה הדרישה לשוויון במובן הראשוני והבסיסי ביותר של הדמוקרטיה. מאמר זה מבקש לשוב ולהדגיש אמירה זו. שהרי במערך הכוחות הנוכחי, המקרה הבא של חלוקת נכסי ציבור לאלטות על בסיס החלטות שהתקבלו בחדרים הסגורים, נמצא מעבר לפינה. המשפט ישוב וישחק תפקיד גם במקרה זה, כפי שאירע גם לאחר דחייתה של העתירה הנדונה כאן.⁴⁷

הערות

- 1 בג"ץ 142/70 שפירא נ' הועד המחוזי של לשכת עוה"ד, פ"ד כה (1) 325, 331 (1971).
- 2 CROUCH COLIN, POST-DEMOCRACY (להלן: קראוץ' – פוסט דמוקרטיה).
- 3 Eric Swyngedouw., *Interrogating post-democratization: Reclaiming egalitarian political space*, 30 POLITICAL GEOGRAPHY 370 (Harvard University Press, 2011).

סוגיית ייצוא הגז הטבעי מישראל - בין הייצוג המשפטי לייצוג הפוליטי | אפי מיכאלי, עופר סיטבון וערן צין

- 4 שם.
- 5 ראו לעניין זה גם את דבריו של ברוס אקרמן (Bruce Ackerman) אשר מבקש לטעון כי בבסיס מהפכת זכויות האזרח האמריקאית בשנות ה-60 של המאה ה-20, עמד רעיון הריבונות הפופולארית שמשמעותו תמיכה של המחוקק בקידום השוויון הגזעי: BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION 3 (Harvard University Press, 2014).
- 6 זכויותיה הכלכליות של מדינת ישראל, לרבות אלה הנוגעות לניצול אוצרות טבע, חלות מעבר למים הטריטוריאליים. זאת בהתאם לחוק השטחים התתימיים, התשי"ג-1953. לעניין זה השוו: "הדין החל באזורים הימיים" (חוות דעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד אבי ליכט, מיום 15.1.2013). הוועדה הבין-משרדית לבחינת מדיניות הממשלה בנושא משק הגז, דו"ח הוועדה, נספח ד (12.9.2012) (להלן: ועדת צמח).
- 8 "מדיניות ניהול משאבי הגז הטבעי בישראל", חוות דעת בנושא אופציית ייצוא גז טבעי מישראל (חוות דעת של ד"ר סיני נתניהו, המדענית הראשית של המשרד להגנת הסביבה וד"ר שלמה ולד, המדען הראשי של משרד האנרגיה והמים, 19.3.2012).
- 9 מכתב מ-60 חברי כנסת, לבנימין נתניהו, ראש הממשלה (22.4.2013).
- 10 ס' 33 לחוק הנפט, התשי"ב-1952 קובע כדלקמן:
(א) השר רשאי, לאחר התייעצות עם המועצה, לחייב בעלי חזקות לספק תחילה, במחיר השוק, מן הנפט שהם מפיקים בישראל וממוצרי הנפט שהפיקו ממנו, אותה כמות נפט ומוצרי נפט הדרושים לדעת השר לתצרוכת ישראל, לזקק אותה בישראל, במידה שיש להם אמצעי זיקוק, ולמכרה בישראל; ולשם כך רשאי הוא לחייב בעלי חזקות להפיק נפט מבארותיהם הקיימות בשיעור שיספיק למטרות האמורות, ואולם שום בעל חזקה לא יהא נדרש -
(1) להפיק מבאר יותר משיעור התפוקה המקסימלי היעיל שלה;
(2) לספק לכמות הכללית הנדרשת אחוז מתפוקתו שהוא גדול מן האחוז הנדרש מבעל חזקה אחר, אלא אם ראה השר לסטות מכלל זה, אם הדבר דרוש, לדעתו, מטעמים שבבטחון המדינה או כדי למנוע בזבוז או אי יושר כלפי בעל חזקה פלוני.
(ב) "תצרוכת ישראל" כולל הספקת דלק לאניות בנמלי ישראל ולמטוסים בישראל.
הערות לסדר היום לשיבת הממשלה ביום ה-23.6.2013 (חוות דעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה).
11 בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2.7.2014) (להלן: בג"ץ המרכז האקדמי), ימים אחדים לאחר הגשתה של עתירה זו הוגשה עתירה נוספת בעניין - בג"ץ 4593/13 אדם טבע ודין נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2.7.2014).
12 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב (5) 481, 502 (1998).
13 לניתוח ביקורתי של פסק הדין ראו: חגי קלעי וגיא רוח "לקראת המהפכה החוקתית השנייה - תפקידה של הכנסת בהליך החוקתי בעקבות בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) נ' ממשלת ישראל", המשפט ברשת: זכויות אדם, מבזקי הארות פסיקה 36, 4 (נובמבר 2014).
14 בג"ץ המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 12, פס' 5, 52-42 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.
15 שם, פס' 31-28 לפסק דינו של השופט גרוניס.
16 שם, פס' י' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
17 יוסף ארעבי, "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיובית - מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם" משפטים כח 461, 524 (תשנ"ז).
18 מנחם מאוטנר "פתח-דבר: ליברליזם בישראל - 'האדם הטוב', 'האזרח הרע' והגשוג האישי והחברתי" עיוני משפט לו 7-79 (2013).
19 ע"ם 10112/02 אדם טבע ודין נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז ירושלים, נח (2) 817 (2003); בג"ץ 6698/95 עאדל קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד (1) 258 (2000) (להלן: פרשת קעדאן).
20 קראוין' - פוסט דמוקרטיה, לעיל ה"ש 2.

- JACQUES RANCIERE, *DISSENSUS: ON POLITICS AND AESTHETICS* 36 (Steven Corcoran Trans., 2010) 22
 שם, בעמ' 43. 23
- שם, בעמ' 38. 24
- יהודה שנהב "הקרנבל בחברה לא אפוזיציונית" *תיאוריה וביקורת* 41, 121-145 (2013). 25
- Ernan Tzin and Gal Levy, "We are Democracy": *The Quest for 'the Political' After 2011* (work 26
 in progress).
- TERRY EAGLETON, *THE ILLUSIONS OF POSTMODERNISM* (1996) 27
- Scott L. Cummings, *Empirical Studies of Law and Social Change: What* ראו 28
Is the Field? What Are the Questions? 2013 WISCONSIN L. REV. 171, 173-178 (2013)
 הרבים המאזכרים שם (להלן: קמינגס).
- רות גביוון "התקווה החלולה: האם בתי משפט יכולים להביא לשינוי חברתי? ביקורת על המהדורה 29
 השנייה (2008) של ספרו של ג'רלד רוזנברג "מעשי משפט ב 15 (2009).
- אורלי ליבל "הפרדוקס של אקטיביזם חוץ-משפטי: תודעה משפטית ביקורתית ופוליטיקה לשינוי החברה" 30
מעשי משפט א 63 (2008) (להלן: ליבל – תודעה משפטית ביקורתית).
- מארק גאלאנטר "מדוע 'אלה שיש להם' נוטים להצליח: ההורים על גבולות השינוי המשפטי" **מעשי 31
 משפט** ד 15 (2011).
- Scott L. Cummings & Ingrid V. Eagly, *A Critical Reflection on Law and Organizing*, 48 UCLA 32
 L. REV. 443 (2001).
- ליבל – תודעה משפטית ביקורתית, לעיל ה"ש 30, עמ' 77. 33
- Thomas M. Hilbink, *You Know the Type: Categories of Cause Lawyering*, 29 L. & SOC. INQUIRY 34
 657 (2004).
- גיב רוזנאי וקרין פאר פרידמן "עריכת-דין מהפכנית" **המשפט** כ 303 (2014). 35
- פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 20. 36
- החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2001. 37
- בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009). 38
- בג"ץ 7146/12 נג'ט סרג' אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.2013); בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה 39
 ישראלית נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.9.2014); בג"ץ 8665/14 טשומה נגה דסטה נ' הכנסת
 (פורסם בנבו, 11.8.2015).
- כאמרתו הידועה של אנטוניו גרמשי, שתמה כיצד דווקא ברוסיה הצארית המבוססת על חקלאות, אירעה 40
 המהפכה הקומוניסטית ולא בארצות אירופה התעשייתיות. ראו לעניין זה: דני פילק "פופוליוזם והגמוניה
 בישראל" (רסלינג, 2006)
- ראו לעניין זה: אפי מיכאלי "העותר הציבורי ובית המשפט: מסקנות מפרשת ביטול הפרטת בתי-הסוהר" 41
מעשי משפט ג 163 (2010).
- ראו קמינגס, לעיל ה"ש 28. 42
- פרוטוקול ישיבה מס' 13 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-19, עמ' 4 (13.5.2013). 43
- עת"ם (י-ם) 24588-05-13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' משרד האנרגיה והמים (פורסם בנבו, 44
 10.11.2013).
- קמינגס, לעיל ה"ש 28, בעמ' 179-180. 45
- Steve Bachmann, *Lawyers, Law, and Social Change – Update Year 2010*, 34 N.Y.U. REV. 46
 L. & SOC. CHANGE 499, 501 (2010).
- בעניין זה ראוי לציין את עתירתה של העמותה לדמוקרטיה מתקדמת בנוגע לבקשה לחשוף את יומני 47
 פגישותיהם של שר האנרגיה ומנכ"ל משרדו ערב קבלת ההחלטה בדבר ייצוא הגז הטבעי בממשלה. ראו:
 עת"ם 31282-03-14 העמותה לדמוקרטיה מתקדמת נ' שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים; כן

ראו את העתירה כנגד הליך הוצאתם של שטרי החזקה במאגר לווייתן וכנגד נוסחם; ראו: בג"ץ 3397/14 העמותה לכלכלה בת-קיימא נ' שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים (פורסם בנבו, 13.5.2014); כמו כן, ניתן לציין את הפנייה לממונה על ההגבלים העסקיים בעניין כוונתו לפתוח בהליך לאישור הצו המוסכם בעניין ההסדר הכובל במאגר לווייתן בהתאם לסעיף 50ב(ד), לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ולחזרתו של הממונה על ההגבלים העסקיים מכוונתו כאמור ולאירועים שנלוו לכך.