

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

העותרים: 1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, ע"ר 580312247

2. האגודה לזכויות האזרח בישראל, ע"ר 580011567

ע"י ב"כ עו"ד מאיסאנה מוראני ו/או סוהאד בשארה ו/או חסן ג'בארין ו/או סאוסן זהר ו/או נדים שחאדה ו/או מונא חדאד ו/או מוחמד בסאם מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 31090
טל: 04-9501610; פקס: 04-9503140
דוא"ל: myssana@adalah.org

וכן ע"י ב"כ עו"ד רוני פלי ו/או דן יקיר ואח'י
האגודה לזכויות האזרח בישראל
נחלת בנימין 75, תל אביב 6515417
טל: 03-5608185; נייד: 054-4502944; פקס: 03-5608165
דוא"ל: roni@acri.org.il

- נגד -

המשיבים:

1. הכנסת

ע"י היועץ המשפטי לכנסת
משכן הכנסת

2. הממשלה

3. שר החקלאות

ע"י מחלקת הבג"צים, פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

4. החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית

רח' המלך ג'ורג', ת"ד 92, ירושלים 9100

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה למשיבים, והמורה להם לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא ייקבע כי חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל (תיקון מס' 2), התשע"ו-2015 בטל.

ולחילופין:

ב. מדוע לא ייקבע, כי החלטה מס' 1998 של הממשלה - "אצילת סמכויות הממשלה בתחום ההתיישבות והסדרת מערכת היחסים שבין ממשלת ישראל לבין החטיבה להתיישבות" הינה בטלה.

בקשה לאיחוד דיון

בפני בית משפט נכבד זה תלויה ועומדת עתירה דומה (בג"צ 9518/16 אלון הראל נ' כנסת ישראל). העתירה הוגשה בדצמבר 2016 וככל הידוע לעותרים טרם נקבע מועד לדיון בה. לפיכך מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על איחוד הדיון בעתירות.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

1. ביום 24.12.2015 נתקבל בכנסת חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל (תיקון מס' 2), התשע"ו-2015 (להלן: "התיקון") (ס"ח מס' 2581 מיום 29.12.2016), המסמיך את ממשלת ישראל להאציל להסתדרות הציונית העולמית, באמצעות החטיבה להתיישבות שבה, מסמכויות הממשלה בתחום ההתיישבות ובשאר תחומי הפעילות הנוספים של ההסתדרות הציונית שנמנו באמנה שנכרתה בין הממשלה לבין ההסתדרות הציונית העולמית והכוללים בין היתר: עליה; אחזקה ותמיכה במוסדות תרבות, חינוך, מדע, דת, ספורט ומוסדות למתן שירותים חברתיים; התיישבות חקלאית ורכישת קרקע והכשרתה; השתתפות ביסודם והרחבתם של מפעלי פיתוח בארץ; עידוד השקעות הון פרטי בארץ ועוד.

2. התיקון בטל וזאת בהתבסס על 3 טיעונים עיקריים:

- א. התיקון מנוגד להוראותיו של סעיף 33(א) לחוק-יסוד: הממשלה הקובע הסדר שלילי לפיו הממשלה מוסמכת לאצול מסמכויותיה, הנתונות לה לפי חוק או בצורה שיורית, לשרי הממשלה ולהם בלבד;
- ב. התיקון סותר את הוראות סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה הקובע כי "הממשלה הינה הרשות המבצעת של המדינה", בכך שהוא מאפשר לממשלה להתפרק כליל מסמכויות שלטוניות חשובות ששמורות לה ולה בלבד;
- ג. התיקון פוגע בזכויות החוקתיות לכבוד ולשוויון של האוכלוסייה הערבית בישראל, אינו לתכלית ראויה ולא מידתי.

העותרים

3. העותר מס' 1 הינו עמותה אשר נוסדה בנובמבר 1996 כמרכז משפטי עצמאי הפועל לקידום זכויות האדם בכלל וזכויות האזרחים הערבים בישראל בפרט.
4. העותרת מס' 2 הינה עמותה, אשר נוסדה בשנת 1972 והפועלת לקידום זכויות האדם, ובכלל זה זכותם של האזרחים הערבים לשוויון.

החלק העובדתי

התיקון לחוק

5. כאמור, על פי התיקון, ממשלת ישראל רשאית להאציל מסמכויותיה בתחום ההתיישבות להסדרות הציונית העולמית (להלן: "ההסדרות הציונית") באמצעות החטיבה להתיישבות שבה (להלן: "החטיבה" או "החטיבה להתיישבות"). התיקון קובע, בין היתר, כי:

"6ב. [...]

(ב) (1) ממשלת ישראל רשאית, בהסכמת ההסדרות הציונית העולמית, לאצול מסמכויותיה בתחום ההתיישבות ובתחומים נוספים, בהתאם למדיניות שעליה תחליט, להסדרות הציונית העולמית, באמצעות החטיבה להתיישבות, ולשם כך רשאית היא לחרות הסכמים, כלליים או פרטניים, בין משרדי הממשלה לחטיבה להתיישבות לשם מילוי משימותיה של החטיבה להתיישבות כפי שתחליט הממשלה; ההסכמים יכללו, בין השאר, את גובה ואופן התשלום וכן הסדרי פיקוח ובקרה, בשים לב לאופייה ולתפקידיה הייחודיים של החטיבה להתיישבות;"

6. הלכה למעשה, התיקון לחוק מאפשר לממשלה להפריט מסמכויותיה השלטוניות לקבוע ולבצע מדיניות התיישבות - סמכויות שלטוניות מובהקות אשר כרוכה בהן הפעלת שיקול דעת וקביעת סדרי עדיפויות כפי שיפורט להלן - לגוף פרטי האמון על האינטרסים של האזרחים היהודים בלבד ואיננו מחויב לכללים ולאמות המידה החלות על גוף ממשלתי.

7. התיקון אינו מסתפק בכך, אלא הוא אף קובע מפורשות כי אצילה זו אינה הופכת את החטיבה לרשות מרשויות הממשלה (ס' 6ב(ב)(3)). אמנם התיקון מחיל על החטיבה את חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, אך תחולה זו הינה מוגבלת להתקשרויות חוזיות לביצוע עסקה בטובין, לביצוע עבודה ולרכישת שירותים בלבד (ס' 6ב(ד)). התיקון גם מגביל את תחולתו של חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 אך ורק לענייניה הכספיים של החטיבה (ס' 2 לתיקון).

8. הסדר זה גרר ביקורת רבה בדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט. הביקורת נסבה סביב העובדה שהחטיבה אינה גוף שלטוני, אלא גוף פרטי או גוף דו מהותי לכל היותר, ומשכך אינה כפופה לעקרונות המשפט הציבורי במלואם. וכן סביב העובדה שלא נקבעו בחוק מנגנוני פיקוח כלשהם והם הושארו להסדר עתידי בין הממשלה לחטיבה. נציגי היועץ המשפטי לממשלה (המשנה ליועץ המשפטי, עו"ד דינה זילבר) ומשרד המשפטים (עו"ד תהילה רוט) וכן הייעוץ המשפטי לוועדת חוקה חוק ומשפט, כולם הסתייגו מהצעת החוק. כך, למשל, הביעה עו"ד דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, בפני ועדת חוקה, חוק ומשפט בדיוניה בהצעת התיקון הנדון, את דעתה לעניין עצם האצלת הסמכות נשוא התיקון כלהלן:

יש פה בעיה של האצלה של סמכויות שלטוניות שמעוררת האם בכלל ממשלה, נניח שהיא רוצה בצורה מודעת, בחקיקה, יכולה להתפרק מחלק מאוד מאוד משמעותי מדברים שהם לא בשולים, לא חוק מגן דוד אדום שמטפל באיזושהי סמכות מאוד מאוד חשובה אבל עדיין נמצאת בשולי העשייה הממשלתית. מדובר כאן בעצם בהתיישבות. התיישבות זה עולם ומלואו. זה רכיבי ביטחון, זה קליטה, זה חינוך, זה תעשייה ותשתיות ובעצם זאת שאלה. אני כרגע לא אומרת מה התשובה אלא אני מציפה את זה כקושי, איך בעצם היקף ההאצלה הרחב לחטיבה להתיישבות מסתדר אל מול חוק יסוד: הממשלה, האם יש אפשרות לבצע את הדברים האלה גם בחקיקה אל מול ההלכות שעושות הבחנה בין אצילה שהיא על פני הדברים אסורה לבין הסתייעות על ידי אחר ... (פרוטוקול דיון של ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 1.12.2015, עמ' 71)

== מצ"ב העתק מהעמודים הרלוונטיים מפרוטוקול דיון ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 1.12.2015 כנספח 1/ע.

וכן עו"ד תהילה רוט, משפטנית במשרד המשפטים :

"המבנה של אצילה כפי שנעשה היום בהצעת החוק – זה לא אצילה אלא התפרקות מסמכות. למעשה כאן הממשלה מתפרקת מסמכותה." (פרוטוקול דיון ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 22.12.2015, עמ' 25)

"כמו שאנחנו קוראים ומבינים את הנוסח, הצעת החוק מקימה מעין רשות שלטונית, מקנה לה סמכויות שלטוניות מובהקות שמצויות בליבת הסמכות השלטונית, סמכויות רחבות בלתי מוגדרות, מגוונות מאוד. לא ברור מה נכלל בתחום ההתיישבות, ברור שהתחומים הנוספים הם רחבים מאוד ומגוונים. לצד זה יש מגוון גדול מאוד של פעולות – בעצם את כל הפעולות הדרושות שהחטיבה תהיה לכאורה רשאית לבצע." (פרוטוקול דיון ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 21.12.2015, עמ' 31-32)

== מצ"ב העתק מהעמודים הרלוונטיים מפרוטוקול דיון ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 22.12.2015 כנספח 2/ע.

== מצ"ב העתק מהעמודים הרלוונטיים מפרוטוקול דיון ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 21.12.2015 כנספח 3/ע.

9. צוות הייעוץ המשפטי של וועדת חוקה, חוק ומשפט הביע הסתייגות מכך שנוסח הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית – אשר התקבל בסופו של תהליך – הינו גורף יותר מזה שאושר בקריאה ראשונה. מצב זה עורר קשיים רבים לפי חוות הדעת אשר הוגשה לוועדה. כך, למשל, הסבה חוות הדעת של הייעוץ המשפטי את תשומת הלב לכך כי :

"בנוסח הקריאה הראשונה דובר על כך שהממשלה תטיל משימות ביצוע על החטיבה והחטיבה תשמש כ"קבלן ביצוע" של מדיניות הממשלה, בעוד שבנוסח המוצע מדובר על אצילה מפורשת של סמכויות שלטוניות.

בנוסח הקריאה הראשונה אין התייחסות לתקצובה של החטיבה, בעוד שבנוסח המוצע מדובר על תקצוב ישיר של החטיבה בתקציב המדינה. בנוסח הקריאה הראשונה דובר על הטלת משימות "בתחום ההתיישבות", בעוד שבנוסח המוצע מדובר על האצלת סמכויות בכל תחומי הפעילות של ההסתדרות הציונית העולמית.

הנוסח המוצע כולל את הקביעה – שלא הופיעה בנוסח הקריאה הראשונה – שאין באצילת הסמכות לחטיבה כדי להפוך אותה לרשות מרשויות המדינה, או כדי לשנות את היקף החובות מתחום המשפט הציבורי החלות עליה ועל עובדיה. הכוונה העומדת ביסוד הוראה חדשה זו, היא הרצון להותיר את החטיבה כגוף פרטי דו-מהותי, כפי שהיא היום, כדי להימנע מתחולה סטטוטורית רחבה של מכלול החובות החלות על רשות ממשלתית ועל עובדיה."

(חוות דעת הייעוץ המשפטי לוועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 30.11.2015 עמ' 2)

== מצ"ב העתק מחוות הדעת של הייעוץ המשפטי של הוועדה כנספח 4/ע.

10. מצב זה עורר קושי משפטי עליו עמד הייעוץ המשפטי לוועדה נוכח העובדה כי "על כל רשות מרשויות המדינה שמפעילה סמכויות שלטוניות חלות חובות שונים מתחומי המשפט הציבורי: חלקן מכוח חקיקה מפורשת, [...] וחלקן מכוח העקרונות הכלליים של המשפט הציבורי בישראל, כגון: החובה לנהוג בהגינות, בשוויון, לפי כללי הצדק הטבעי ועוד. כמו כן, על עובדי הרשות הציבורית חלים כללי אתיקה

ומשמעת שונים, שנועדו להבטיח כי הפעלת הסמכות השלטונית תיעשה תוך הקפדה על מנהל תקין וטוהר מידות. " (חוות דעת הייעוץ המשפטי לוועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 30.11.2015, עמ' 2).

11. חוות הדעת מציינת עוד את אי ההלימה בין היקף הסמכויות אותן הממשלה מעבירה לחטיבה – לפיהן החטיבה תתפקד למעשה כגוף ממשלתי - לבין החובות אשר יוטלו עליה כאשר התיקון "מבקש לשוות לחטיבה מעטפת משפטית חיצונית של גוף פרטי דו-מהותי שכללי המשפט הציבורי אינם חלים עליו במלואם. " (חוות דעת הייעוץ המשפטי לוועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 30.11.2015, נספח ע/4, עמ' 2).

12. אי לכך המסקנה של חוות הדעת המשפטית הנ"ל הינה כי "יש להשמיט את הקביעה שבנוסח המוצע ולפיה אצילת סמכויות לחטיבה אין בה כדי להפוך את החטיבה לרשות מרשויות המדינה או לשנות את היקף החובות מתחומי המשפט הציבורי החלות עליה ועל עובדיה, ותחת זאת לכתוב במפורש כי על החטיבה ועובדיה יחולו כל החובות החלים על גוף ממשלתי שהיה מפעיל את אותן הסמכויות". חוות דעת הייעוץ המשפטי לוועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 30.11.2015, נספח ע/4, עמ' 3-4 (ההדגשות במקור).

13. להשלמת התמונה נציין גם כי התיקון מחיל את הוראותיו, בצורה רטרואקטיבית, על החלטות ממשלה והסכמים שנתקבלו או נחתמו לפני כניסת התיקון לתוקף (ס' 6(ה)).

החטיבה להתיישבות והקשר למוסדות המדינה

14. החטיבה להתיישבות הינה אורגן של ההסתדרות הציונית העולמית הפועלת "למען הגשמת התכנית הציונית" (סעיף 4 לחוקת ההסתדרות הציונית העולמית). יעדה המרכזי של החטיבה הינו:

"להקים ולחזק את ההתיישבות היהודית באזורי הפריפריה, תוך הגברת האחיזה באדמות המדינה שנמסרו לחטיבה על ידי ממשלת ישראל."

== מצ"ב העתק מהעמודים הרלוונטיים מחוקת ההסתדרות הציונית כנספח ע/5.

15. לשם השגת יעדיה עוסקת החטיבה, בין היתר, בתכנון יישובים והקמתם; תכנון אזורי והכנת תכניות מתאר; אכלוס, קליטה ותכנון וסיוע חברתי וקהילתי. היא גם עוסקת לטענתה בשמירה על קרקעות המדינה; פיתוח ענפי ייצור, אזוריים יצרניים ומוסדות מעודדי קליטה לתעסוקה; סיוע למו"פים חקלאיים ואזוריים ולמערכות תומכות כלכליות. מדובר בפעולות רחבות יריעה אשר נמנות על ליבת הסמכויות השלטוניות. את הפעולות הללו, אשר החטיבה מבצעת, להקמת יישובים כפריים וטיפול ביישובים וביסוסם, היא עושה מטעם ממשלת ישראל ובמימון מלא מתקציב מדינת ישראל.

== מצ"ב העתק מהעמודים הרלוונטיים מהאתר הרשמי של החטיבה להתיישבות והמסומנים כנספח ע/6.

16. בשנת 1952 נחקק חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, התשי"ג-1952 (להלן: "החוק"). החוק מהווה סמל למעמדה של ההסתדרות הציונית ולכך כי "מדינת ישראל מכירה בהסתדרות הציונית העולמית ובסוכנות היהודית לארץ-ישראל כסוכנויות המוסמכות שיוסיפו לפעול במדינת ישראל לפיתוח הארץ ויישובה, לקליטת עולים מהתפוצות ולתיאום פעולותיהם בישראל של מוסדות ואיגודים יהודיים הפועלים בתחומים אלה." (סעיף 4 לחוק).

17. בשנת 1976 נחתמה אמנה בין ממשלת ישראל לבין ההסתדרות הציונית העולמית (להלן: "האמנה") בה נקבעו, בסעיף 1, תפקידי ההסתדרות הציונית כדלקמן:

- (א) ארגון פעולות העליה בתפוצות והעברת העולים ורכושם לישראל.
- (ב) השתתפות בשיכונם של העולים ובקליטתם.
- (ג) מתן שירותי בריאות לעולים, אגב עלייתם וקליטתם.
- (ד) עליית נוער, טיפול בנוער והכשרתו.
- (ה) אחזקה ותמיכה בישראל ומחוץ לישראל, של מוסדות תרבות, חינוך, מדע, דת, ספורט ומוסדות למתן שירותים חברתיים.
- (ו) התיישבות חקלאית ורכישת קרקע והכשרתה על-ידי מוסדות ההסתדרות הציונית וקרנותיה.
- (ז) השתתפות ביסודם והרחבתם של מפעלי פיתוח בארץ.
- (ח) עידוד השקעות הון פרטי בארץ.
- (ט) תמיכה וסיוע למפעלי תרבות, למוסדות להשכלה גבוהה ולמכוני מחקר.
- (י) טיפול בזקנים, בבעלי כשירות מוגבלת, בנכים ובנזקקים אחרים לעזרה ולשירותים חברתיים.

18. האמנה אף קובעת כי ההסתדרות הציונית תהא רשאית לבצע את תפקידיה באמצעות מחלקותיה והמוסדות שבשליטתה. בין מחלקות אלה נמצאת החטיבה להתיישבות, הממומנת ע"י המדינה.

19. במשך שנים רבות, מאז שנת 1967 ועד לשנת 1992, פעלה החטיבה להתיישבות מבלי שמערכת היחסים בינה לבין ממשלת ישראל עוגנה רשמית. בחינת פעילותה של החטיבה על ידי מבקר המדינה בשנת 1999 העלתה כי במהלך השנים החטיבה פעלה על פי שיקול דעת, סדרי עדיפויות, כללים ונהלים שקבעו הסוכנות היהודית וההסתדרות הציונית ושלא תמיד עלו בקנה אחד עם הכללים המחייבים את רשויות המדינה. כל זאת ללא ביקורת נאותה מצד הממשלה. בדיקת המבקר העלתה גם כי במהלך השנים החטיבה החלה לפעול, במימון מדינת ישראל, בתחומים נוספים שלא פעלה בהם קודם, וזאת מבלי שקדם לכך תהליך קבלת החלטות תקין כלשהו.

== מצ"ב העתק מדו"ח מבקר המדינה 1999 כנספח ע/7.

20. יצוין כי בעת כתיבת דו"ח מבקר המדינה, הרוב הגדול של פעילות החטיבה היה בשטחים הכבושים משנת 1967. בשלב מאוחר יותר הרחיבה הממשלה את הפעילות של החטיבה גם לאזורי הגליל (החלטת ממשלה 2701 מיום 8.11.2002) והנגב (החלטת ממשלה 2517 מיום 18.9.2002).

21. עתירה זו מתייחסת לפעילות של החטיבה אך ורק בתחומי הקו הירוק. אזור הגדה המערבית מצוי תחת כיבוש וחלים בו דיני הכיבוש המעוגנים באמנת האג 1907 ובאמנת ג'ינבה הרביעית 1949. הדין הבינלאומי אוסר על הכח הכובש להעביר את אזרחיו להתגורר באזור הכבוש, על כן כל הפעילות של ממשלת ישראל בהקשר זה אינה חוקית, בין אם היא נעשית על ידי הממשלה עצמה ובין אם על ידי החטיבה כשלוחתה.

22. בעקבות דו"ח מבקר המדינה, נחתם בשנת 2000 הסכם מסגרת בין ממשלת ישראל לחטיבה להתיישבות. הסכם זה מסדיר באופן כללי את מעמד החטיבה, עקרונות פעילותה ותקציבה. להסכם שמונה נספחים שאמורים להסדיר את העקרונות המפורטים על פיהם תפעל החטיבה בנושאים השונים: בקרה ודיווח; מענקי תשתיות; אכלוס יישובים; שמירת קרקעות; הלוואות לתשתיות; קליטת מתיישבים; מערכות תומכות אזוריות והשתתפות בפעולות קליטה. בפועל, החטיבה חתמה אך ורק על הנספח הנוגע לבקרה ודיווח בלבד (מתוך חוות דעת המשנה ליועמ"ש נספח ע/8, עמ' 3).

23. הנה כי כן, החטיבה להתיישבות, כמו גם ההסתדרות הציונית העולמית, רואות את עצמן מחויבות לשרת את האינטרסים של העם היהודי בלבד. ברור לכל כי פעולות אלה אינן שוקלות כלל את האינטרסים של האזרחים הערבים. יתרה מכך, לא פעם אינטרסים אלה מקודמים על חשבון זכויות האזרחים הערבים, במיוחד בכל הקשור להקצאת משאבים מוגבלים כגון קרקעות והתיישבות.

24. על הבעייתיות בקשר בין המדינה לחטיבה להתיישבות עמדה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד דינה זילבר, בחוות דעתה מיום 26.2.2015 שהופנתה למזכיר הממשלה וכן למשרדי הממשלה השונים. בחוות הדעת, שכותרתה "צבר האנומליות בקשר שבין החטיבה להתיישבות לבין המדינה והתיקון המתחייב" (להלן: "חוות דעת המשנה ליועמ"ש"), סוקרת המשנה ליועמ"ש את הפעילות הרחבה אותה עושה החטיבה (עמ' 4, 9-10 לחוות הדעת) ומגיעה למסקנה, שלאור היקף ורוחב הסמכויות שמבצעת החטיבה, מדובר בסמכויות הנמצאות בליבת "הגרעין הקשה" של הסמכויות שאין להאציל אותן לאחרים, הכל כפי שיפורט להלן (אנו ערים כמובן לבג"צ 3664/15 פורום קהלת נ' היועץ המשפטי לממשלה, בו נטען כי יש לבטל את חוות הדעת הנ"ל, אך העתירה נדחתה בפסק דין אשר ניתן ביום 29.6.2015).

== מצ"ב העתק מחוות דעת המשנה ליועמ"ש כנספח ע/8.

25. עוד על הבעייתיות של הקשר בין מדינת ישראל לבין הארגונים הציוניים עמד פרופ' דוד קרצמר בספרו על המעמד המשפטי של הערבים בישראל. פרופ' קרצמר מבהיר כי פעילות הסוכנות היהודית – ודבריו תקפים גם לענייננו בנושא החטיבה להתיישבות - עוקפת הלכה למעשה את כללי המנהל התקין בהם מחוייבת הממשלה בביצוע סמכויותיה, כולל ענייני התיישבות והיא בבחינת מסלול להפליית האזרחים הערבים. וכדברי פרופ' קרצמר:

"The implications of the Jewish Agency operations as far as the Arabs of Israel are concerned should be abundantly clear. The entire process is directed to the establishment of *Jewish* settlements. It may be seen as a continuation of the Zionist program for Jewish settlement in the Land of Israel, which is regarded as justified both on ideological and security grounds.

The Arab citizens of Israel are entirely excluded from the process, whether as decision-makers or as beneficiaries. This means not only that no new Arab agricultural settlements have been established in Israel since independence, but that basic services in Arab villages lag after behind those in all new rural settlements."

"The status of the National Institutions is problematical because while entrusted with tasks that are *par excellence* tasks of a governmental nature, their mandate restricts them to dealing with the Jewish sector of the Israeli population. This means that they do not see themselves as bound by the basic legal principle that public bodies may not discriminate between citizens on the basis of religion, ethnic group or national origins. The activities of the ZO and Jewish agency in Israel, the most important of which is rural settlement, are confined to the Jewish sector. Furthermore, there is no parallel governmental agency that deals with the same activities for those not covered by the WZO and Jewish Agency activities. The result is that an area such new agricultural settlement in Israel is in effect restricted to the Jewish sector. [...]

The exclusive nature of the Jewish Agency activities is recognized by the government decision-makers and is sometimes

utilized in order to realize policies that may not be adopted by governmental agencies bound by the equality principle"

(DAVID KRETZMER, THE LEGAL STATUS OF THE ARABS IN ISRAEL 96-97 (1990)).

יישום החוק:

26. ביום 9.10.2016 נתקבלה החלטה מס' 1998 של הממשלה שכותרתה "אצילת סמכויות הממשלה בתחום ההתיישבות והסדרת מערכת היחסים שבין ממשלת ישראל לבין החטיבה להתיישבות", לפיה הוחלט "לאצול מסמכויות הממשלה בתחום ההתיישבות ובתחומים נוספים [...] לשר החקלאות ופיתוח הכפר אשר יאצילן להסתדרות הציונית העולמית באמצעות החטיבה...".

27. להחלטת הממשלה צורפה חוות דעת של עו"ד אפרת אביאני מטעם משרד החקלאות כאשר קריאה בחוות הדעת מלמדת בבירור כי הממשלה מודעת לבעייתיות שבתיקון הנדון. כך, למשל, ההאצלה בפועל נעשתה לשר החקלאות עם הוראה כי זה יאציל את אותה סמכות לחטיבה להתיישבות. כמו כן קובעת ההחלטה מנגנון פיקוח, כביכול, שלפי חוות הדעת יש בו בכדי להתגבר על קשיים רבים נוספים הנובעים מהיות החטיבה גוף שאינו פועל על פי נורמות של גוף ציבורי.

== מצ"ב העתק מהחלטת הממשלה מס' 1998 מיום 9.10.2016 כנספח 9/ע.

== מצ"ב העתק מחוות הדעת המשפטית של משרד החקלאות אשר צורפה להצעת ההחלטה כנספח 10/ע.

28. נציין כבר כאן, כי מלבד העובדה כי החלטת הממשלה הנ"ל נשענת על הוראת חוק בעייתית ובלתי חוקתית, הרי החלטת הממשלה הנ"ל איננה יכולה לרפא את הפגמים החוקתיים, כפי שיפורטו להלן, שבהוראות התיקון הנ"ל. על כך עמדה עו"ד תהילה רוט מטעם משרד המשפטים בדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט כלהלן:

"המבנה של אצילה כפי שנעשה היום בהצעת החוק – זה לא אצילה אלא התפרקות מסמכות. למעשה כאן הממשלה מתפרקת מסמכותה. אלה סמכויות שגם אם הממשלה מחליטה לאצול עליה לייצר מנגנונים של מעורבות ממשלתית, פיקוח ממשלתי, דיווח, בקרה ושקיפות הם לא יכולים להיקבע בהסכם. הם לא אמורים להיות תולדה של משא ומתן בין החטיבה להתיישבות לממשלה. הם אמורים להיקבע באותה רמה נורמטיבית שבה נקבעת אצילת הסמכות." (פרוטוקול דיון ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 22.12.2015, עמ' 25)

== העתק מהעמוד הרלוונטי צורף כנספח 2/ע.

מיצוי הליכים:

29. ביום 22.3.2016 שלחו העותרים מכתב ליועץ המשפטי לממשלה ולראש הממשלה בעניין אי החוקתיות של התיקון. הנ"ל התבקשו לפעול לביטולו של התיקון באופן מיידי. עד לכתיבת שורות אלה, ולמרות הודעות התזכורת, טרם התקבלה כל תגובה עניינית מהיועמ"ש או מראש הממשלה בנושא.

== מצ"ב העתק מהמכתב מיום 22.3.2016 והתזכורות שנשלחו ליועמ"ש (20.5.2016 ו- 28.7.2016) והמסומנים כנספח ע/11.

הטיעון המשפטי

התיקון סותר את הוראות ס' 33 לחוק יסוד: הממשלה

30. הוראות התיקון המאפשרות לממשלה לאצול מסמכויותיה לחטיבה להתיישבות, גוף פרטי, עומדות בסתירה ברורה להוראותיו של ס' 33(א) לחוק יסוד: הממשלה, שכן הוא קובע הסדר מפורש לפיו הממשלה מוסמכת לאצול מסמכויותיה, הנתונות לה לפי חוק או בצורה שיורית, לשרי הממשלה **ולהם בלבד**:

"סמכות הנתונה על פי דין לממשלה רשאית הממשלה לאצול לאחד השרים;
סעיף זה לא יחול על סמכויות הממשלה לפי חוק-יסוד זה, למעט סמכויות לפי
סעיף 32"
(לעניין זה ראו גם בג"צ 4212/91 רוג'נסקי נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל,
פ"ד מז(2) 663, 673 (1993)).

31. לשון הסעיף הברורה עולה בקנה אחד עם עקרון שלטון החוק וחוקיות השלטון (בג"ץ 428/86 ברזילי נ' **ממשלת ישראל**, פ"ד מ(3) 505, 621 (1986)). בהקשר זה, דינה של הממשלה כדין רשויות המנהל בנוגע לסדרי הפעולה של הרשות המבצעת, כך שבדומה לקביעה של עקרון חוקיות המנהל לפיה על הרשות לפעול בדי אמותיו של החוק, הרי על "הרשות המבצעת לפעול בגדרי החוקים שהקימו אותה ונפחו בה רוח חיים [...] לשלטון אין כח אלא אם הוענק לו כדין" (אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" **משפט וממשל** ה' 319, 325 (2000)).

32. סעיף 33 נמנה על אותן הוראות הקבועות בחוק-יסוד: הממשלה, שתכליתן לקבוע סדרי מנהל תקינים לפיהם תתנהל הרשות המבצעת. הוראות אלה נועדו לקבוע נורמות חוקתיות מסוג של כללים, ולא סטנדרטים, שיסדירו את הצורה בה על הממשלה לפעול על מנת לקיים סדרי מנהל תקינים. הוראות אלה נועדו לקבוע כללים שיאזנו כראוי בין הסמכויות של הרשות המחוקקת לאלה של הרשות המבצעת וכן לגשר על הפער הקיים, או על הפער שעלול להיווצר, בין הצורך בחלוקת סמכויות ברורה וכיבוד שלטון החוק מחד גיסא לבין צרכי חיי היום-יום, המשילות והיעילות מאידך גיסא (לעניין ההבחנה בין כלל לסטנדרט ראו: אהרן ברק **מידתיות במשפט** 75-76 (2010)).

33. נוסף, כי התיקון הנדון גם משנה את עקרון היסוד בשיטת המשפט הישראלית, ואשר בא לידי ביטוי בהוראות ס' 33(ב) ו-(ג) לחוק-יסוד: הממשלה, לפיה אצילת סמכויות נעשית בתוך הרשות המבצעת ולעובדי ציבור, אך לא לגוף פרטי.

34. סתירה זו להוראות סעיף 33 לחוק-יסוד: הממשלה הנ"ל מספיקה היא לפסילתו של התיקון. שכן, מאז פסק הדין בעניין **בנק המזרחי** הלכה מושרשת היא כי "... לפי המצב המשפטי הראוי חוק רגיל לא ישנה מעתה ואילך ולא יפגע בהוראה חוקתית, בהיעדר הסמכה מפורשת לכך בהוראה חוקתית. אם הוראת חוק משנה הוראה חוקתית או פוגעת בה, הרי הוראת חוק סותרת כאמור כפופה לתרופות הנגדיות

שנולדו במשפט החוקתי. " (ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 276 (1995)).

35. אמנם, במבחן היישום, וכנראה מתוך מודעות לבעייתיות שבתיקון דנן, בהחלטתה מס' 1998 הנ"ל האצילה הממשלה את סמכויותיה הנדונות לשר החקלאות, אך שם נקבע מפורשות כי שר החקלאות יאציל סמכויות אלה "להסדרות הציונית העולמית באמצעות החטיבה...". החלטה כאמור אין בה בכדי לרפא את הפגם החוקתי שכן הפגם מקורו בתיקון לחוק וסידור זה שנקבע בהחלטה הינו אך ורק למראית עין והוא ריק מתוכן ובפועל האצילה נעשית לחטיבה להתיישבות בצורה ישירה. מה גם שהאצלת הסמכות משר החקלאות לחטיבה להתיישבות מנוגדת אף היא לסעיף 33 (ג) לחוק יסוד: הממשלה, הקובע כי "סמכות שהממשלה אצלה לשר, למעט סמכות להתקין תקנות, רשאי השר לאצלה, כולה, מקצתה או בסייגים, לעובד ציבור אם הסמיכה אותו הממשלה לכך". במילים אחרות, כל פעולה היונקת את סמכותה מהתיקון הנדון הינה נשענת על תיקון לא חוקתי הסותר את חוק היסוד ועל כן גם היא בטלה.

התיקון סותר את סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה

36. התיקון מאפשר לממשלה להתפרק כליל מסמכויות שלטוניות חשובות שהיו עד היום שמורות לה ולהעבירם לגוף פרטי בעל אג'נדה מפלה. בכך, מהווה התיקון שינוי מהותי בתפיסת הממשל של המשטר בישראל, לפיה סמכויות אלה חייבות להיות מבוצעות על ידי הממשלה, שריה ועובדי ציבור בלבד. משכך, התיקון סותר את הוראות סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה הקובע כי "הממשלה הינה הרשות המבצעת של המדינה", ועל כן הוא אינו חוקתי ודינו בטלות.

37. סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי תפקידה של הממשלה בשיטת המשטר הישראלית להיות הרשות המבצעת. מסעיף זה אנו לומדים כי ישנם תפקידים, הנמצאים בליבה של סמכות הביצוע במדינה, אשר הממשלה חייבת לבצעם בעצמה ואינה יכולה להתפרק מהן. וכדברי הנשיאה ביניש בעניין **הפרטת בתי הסוהר**:

"אנו נוטים לפרש את הוראת סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה באופן המעגן ברמה החוקתית את קיומו של "גרעין קשה" של סמכויות שלטוניות, אותן הממשלה כרשות המבצעת של המדינה חייבת לבצע בעצמה ואסור לה להעבירן או להאצילן לידי גורמים פרטיים."

(בג"ץ 4491/13 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סג(2) 545, 612 (2014) (להלן: "**הפרטת בתי הסוהר**"))

38. סמכויות הממשלה בנושאי התיישבות נמצאות בליבת הסמכויות השלטוניות ומהוות אחד התפקידים העיקריים אשר מבצעת הממשלה אל מול אזרחיה. כסמכות ליבה, אין הממשלה יכולה להאציל אותה לגופים לא ממשלתיים כגון החטיבה להתיישבות. מדובר בסמכויות שבהפעלתן קיים שיקול דעת רחב, כמו גם קביעת מדיניות והקצאת משאבי קרקע ציבורית. בחוות דעתה הנ"ל של המשנה ליועמ"ש לממשלה הבהירה עו"ד דינה זילבר, כי "קשה לחלוק על כך כי סמכויות הקשורות בקביעת מדיניות של פיתוח ההתיישבות והקצאת משאבים לשם כך, נכללות בגרעין קשה של סמכויות אותן המדינה אינה יכולה לבצע באמצעות אחר" (**חוות דעת המשנה ליועמ"ש**, לעיל נספח ע/8, בעמ' 5).

39. בחוות דעתה הבהירה המשנה ליועמ"ש כי סמכויות אלה אינן ניתנות לביצוע באמצעות גוף לא שלטוני:

”ריכוז הסמכויות והתפקידים שמבצעת החטיבה בפועל והצטברותם [...] הם תפקידים המצויים בליבת הסמכות השלטונית וככאלה לא ניתן לבצעם באמצעות גוף שאיננו שלטוני – מדובר בסמכויות שעניינן פיתוח וקידום התיישבות, לצד הקצאה וניהול מקרקעין בשטחי יהודה ושומרון. בולט הדבר כי תפקידי החטיבה להתיישבות אינם אך תפקידי ביצוע קונקרטיים וגדורים. אלא שטיב הסמכויות והתפקידים אותם מבצעת החטיבה לאורך השנים הם רחבים, רבים ומגוונים. הם כשלעצמם, לצד התקציב המשמעותי עליו היא חולשת, ובוודאי שצירופם של כל אלו יחד הביאו לכך שהחטיבה אינה אך גוף ביצוע, אלא גוף שבפועל קובע מדיניות, מפעיל שיקול דעת רחב, לצד הקצאת משאבים בהיקפים משמעותיים ולצרכים מגוונים לישושים, לחקלאים, לבעלי עסקים, רשויות מקומיות, מסודות חינוך, מוקדי תירות ועוד, באופן החוצה תחומי אחריות ממשלתיים של משרדי ממשלה.”
(חוות דעת המשנה ליועמ”ש, לעיל נספח 8/ע, בעמ’ 5, ההדגשה במקור)

שהרי סמכויות אלה הן בעלות מאפיינים רבים של ”קביעת מדיניות, הקצאת משאבים ויצירת סדרי עדיפויות”:

”[...] היקף שיקול הדעת הרחב ביותר שמפעילה החטיבה להתיישבות נגזר הן מטיב המשימות המבוצעות על ידיה והן משילובן והצטברותן. דהיינו, המשימות והתפקידים אותן מבצעת החטיבה עם בעלי היבטים משמעותיים ומרכזיים של קביעת מדיניות, הקצאת משאבים ויצירת סדרי עדיפויות. יתרה מכך, שילובן של הסמכויות והמשימות השונות שבידי החטיבה יוצרים מרחב מצטבר של שיקול דעת הגלום בכל אחת מהסמכויות כשלעצמה, המצטברים יחד לכדי שיקול דעת מהותי רחב במיוחד המצוי בידי החטיבה”
(חוות דעת המשנה ליועמ”ש, לעיל נספח 8/ע, בעמ’ 5, ההדגשה במקור)

40. משכך מגיעה המשנה ליועמ”ש למסקנה לפיה אצילה זו הינה אצילה אסורה:

”... עיצוב המדיניות, הפעלת שיקול הדעת המהותי ויצירת סדרי העדיפויות בנושא ההתיישבות, שהוא תחום ליבה שלטוני מובהק, אמורים להתבצע על ידי הממשלה ולא ניתן לבצעם באמצעות החטיבה. ביצוע תפקידים אלו על ידי החטיבה חורג הרבה מעבר להסתייעות המותרת על ידי אחר ומהווה דה פקטו אצילה אסורה לגורם שאינו שלטוני. מצב דברים זה אף יוצר כשל משמעותי ביכולת המשילות של הממשלה, שכן נפגעת יכולתה האפקטיבית לקבוע בעצמה את מדיניותה ואת סדרי העדיפויות בתחום ההתיישבות, המשפיע על מגוון תחומים נוספים במרחב הכפרי ובהם פיתוח התעשייה, החקלאות, התשתיות, איכות הסביבה, החינוך, התירות ועוד.”
(חוות דעת המשנה ליועמ”ש, לעיל נספח 8/ע, בעמ’ 2, ההדגשה במקור)

41. נדבך נוסף לחיזוק המסקנה הנ”ל נמצא בעובדה כי סמכויות התכנון וההתיישבות נמנות על אותן סמכויות הכוללות הרשאה לשימוש בכח הכופה של המדינה. שכן, בעוד נקודת המוצא הליברלית של שלטון החוק הינה שאדם רשאי לעשות כל אשר על רוחו כל עוד אין הדבר אסור עליו, בתחום התכנון וההתיישבות המצב הפוך: אין ריק תכנוני ומה שהדין – החוק או התכנית הסטטוטורית הרלוונטית – אינו מאפשר לבעל הזכויות בקרקע לבצע, הינו אסור.

42. אספקט נוסף בהקשר הזה נוגע להיקף הסמכויות ורוחב התפרשותן שיוצרות ממשק אינטנסיבי של מגע בין המדינה לאזרחים בתחום זה. סמכויות אלה אינן מסדירות היבט מסוים או תנאים מסוימים של היבטי התכנון בלבד, בדומה למתן רישיון לנשיאת נשק למשל, אלא מסדירות תחום רחב ביותר הנוגע לכל היבטי החיים של האזרח. שכן, בנוסף לנגיעה הישירה לזכות הקניין של הפרט ולשימושים במקרקעין, ההגבלות התכנוניות נוגעות להכנסתו, לסיכויי פרנסתו, לאיכות חייו ולחיי הקהילה בה הוא חי.

43. תימוכין נוספים לרוחב היריעה של סמכויות אלה אפשר למצוא בעובדה שאין חקיקה כלשהי המסדירה את היקף הסמכויות של הממשלה בהקשר של התכנון. למרות ריבוי החוקים הנוגעים לתכנון, אין בהם כיסוי של כל הסמכויות הממשלתיות בהקשר זה, וחלק גדול של הפעולות הנעשות על ידי הממשלה הן סמכויות שירותיות שכוללות אלמנטים רבים של שיקול דעת ושל מדיניות. כך, למשל, הסמכות להקמת יישוב אינה מעוגנת בדבר חקיקה כלשהו ואין לגביה שום הסדר ראשוני (למעט הנחיית יועמ"ש כללית מאוד בעניין - הנחיה 1.1800 - נוהל קבלת החלטה בנושא הקמת יישובים חדשים, 6.12.2004).

44. בשל העובדה כי הקצאת קרקע לאדם אחד תמנע את השימוש של אדם אחר, וכן ייעודה של הקרקע לשימוש מסוים יבוא בהכרח על חשבוננו של שימוש אחר, הרי כל פעולה בתחום דורשת קביעת סדרי עדיפויות ובחירה בין אלטרנטיבות שונות ואיזון בין האינטרסים והצרכים של הפרטים השונים, הקבוצות השונות ושל צרכיו וטובתו של כלל הציבור. דהיינו, הפעלת מרות שלטונית. וכדי שהפעלת מרות כזו תהיה לגיטימית, ההחלטות הנוגעות לתכנון חייבות להתקבל, להיות מקודמות ומוכרעות על ידי רשויות השלטון או עובדי הציבור בעצמם. ניתן להקיש לענייננו כאן מפסק הדין בעניין הפרטת בתי הסוהר לפיו:

הפעלת מרות שלטונית הנתונה לריבון, שבכוחה לפגוע בליבת זכויות האדם, בידי גורם פרטי, המונע על ידי שיקולי כדאיות משלו, פוגעת בבסיס המוסרי-ערכי שביסוד השימוש בכח השלטוני. על פי יסודות השיטה, כח זה הופקד בידי השלטון מכח הסכמה חברתית רחבה לצורך השגת תכלית מוגדרת, והפעלתו מחייבת הקפדה על אמות-מידה המובנות בתוך השיטה. אין ערובה כי אמות-מידה אלה תישמרנה בידי הגורם הפרטי, וכאשר הסיכון להפרתן עלול לפגוע בליבת זכויות האדם, הופכת העברת הסמכויות, מלכתחילה, לבלתי קבילה מן הבחינה החוקתית. ואחרון, הגורם החוץ-מדינתי, המפעיל כח-מרות שלטוני, אינו נשען בפעולתו על בסיס אמון חברתי רחב הנתון למדינה, כחלק מההסכמה החברתית, המקנה לשלטון סמכות ואחריות לשמירה על הסדר הציבורי. הפעלת כח-המרות בידי גורם חוץ-מדינתי, הפוגעת בליבת זכויות האדם, מלווה באי-אמון ובאי-קבלה מובנים. היא נטולת לגיטימציה חברתית, מוסרית וחוקתית.

(עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 635)

45. האמור לעיל מקבל משנה תוקף נוכח אופיו של משטר המקרקעין הישראלי, שבו לא רק סמכויות התכנון הן סמכויות ממשלתיות אלא אף הבעלות על 93% מהקרקע. משאלה הם פני הדברים, החשיבות של שיקולים של צדק חלוקתי ושוויון מקבלים משנה תוקף והם חלק מכל החלטה תכנונית שהיא. משכך, בנוסף לפגיעה האינהרנטית בזכויות אדם הנובעת מאופי הסמכות, בפועל, הפעלת הסמכות תביא בהכרח לפגיעה באינטרסים ובזכויות של פרטים ושל קבוצות שונות. על מנת שפגיעה זו תהיה מידתית וחוקתית היא חייבת להיות תוצר של החלטה שנתקבלה על ידי גוף ממשלתי שהוא נאמן של הציבור ושללקח בחשבון ואיזון, עת קיבל את ההחלטה, שיקולים ענייניים בלבד הנובעים מהיותו נאמן ציבור.

46. לאור כל האמור לעיל, סמכויות התכנון וההתיישבות של הממשלה נמצאות בגרעין הקשה של סמכויות הממשלה כרשות מבצעת ועל כן אין היא רשאית לאצול אותן לגוף פרטי. דהיינו, הוראות התיקון עומדות בסתירה להוראות הקבועות בנורמות חוקתיות הנמצאות ברמה נורמטיבית גבוהה יותר ומשכך בית המשפט מתבקש להצהיר על אי חוקתיות התיקון ולבטלו.

פגיעה בזכות לכבוד ולשוויון

47. התיקון דנן אף פוגע בזכויות החוקתיות לכבוד ולשוויון של האוכלוסייה הערבית בישראל בצורה לא מידתית ומשכך התיקון אינו חוקתי ודינו להתבטל.

48. האצלת הסמכות הנדונה לגוף, אשר קבע באופן מפורש את יעדיו לשרת את האוכלוסייה היהודית בלבד, מהווה פגיעה בזכות לשוויון ובזכות לכבוד של האוכלוסייה הערבית בישראל. בית המשפט קבע ככלל, כי "מקרקעי ציבור צריכים להתנהל לפי אמות מידה ממלכתיות" (בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793, 801 (1992)), וכי כנאמן של הציבור, על הממשלה לנהל את מקרקעי המדינה ולהקצותם תוך שמירה על האינטרסים של כלל הציבור ועל פי שיקולים ענייניים, כמו גם שמירה על עקרונות השוויון והחלוקה הצודקת של המשאבים הציבוריים (בג"ץ 3939/99 קיבוץ שדה נחום נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(6) 25, 64 (2002)). אי לכך נפסק בעניין קעדאן, כי המדינה איננה יכולה להשתחרר מאמות מידה אלה על ידי שימוש בגוף שלישי "אשר מצדו מפלה בהקצאת מקרקעין על בסיס דת או לאום" (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1), 258, 283 (2000) (להלן: עניין קעדאן)).

49. העברת סמכויות ממשל לגוף, אשר קבע באופן מפורש כי יעדיו הם לשרת את האוכלוסייה היהודית בלבד, מהווה פגיעה בזכות לשוויון ובזכות לכבוד של האוכלוסייה הערבית בישראל. פגיעה זו, בדומה לקביעה של בית המשפט בעניין הפרטת בתי הסוהר, הינה במספר רבדים. ראשית: החטיבה להתיישבות הינה גוף פרטי לחלוטין שאף נקבע לגביה בסעיף 6ב(2) בצורה מפורשת שאין לראות בה, גם אחרי העברת הסמכויות הממשל אליה, כרשות מרשויות המדינה. משכך, ברור לכל כי הוראות המשפט החוקתי והמנהלי אשר חלות על רשויות הממשל ומסדירות את התנהלותן אינן חלות על החטיבה להתיישבות (לעניין זה ראו: עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 596).

50. שנית: הפגיעה נובעת גם מהחשש הממשי, המובנה שאין צורך להוכיחו אמפירית, כי האצלת הסמכויות כאמור מביאה למצב שבו התכליות הציבוריות של מדיניות התיישבות מתערבבות בשיקולי החטיבה לממש את עקרונות ויעדי ההסתדרות הציונית. כתוצאה מכך קיים חשש טבוע ומובנה כי האצלה כני"ל תהפוך לכלי בידי החטיבה להתיישבות למימוש יעדי ההסתדרות הציונית ולהפליה נגד אזרחי המדינה הערבים. דברים אלה גם עולים מסעיף 6ב(2) לחוק, הקובע בצורה מפורשת, כי "אין באצילה כאמור בפסקה (1) כדי להפוך את החטיבה להתיישבות לרשות מרשויות המדינה". דחינו החטיבה היתה ותישאר נאמנה לעקרונות ההסתדרות הציונית העולמית ויעדיה ולא להבלבד. אי לכך, ההאצלה האמורה כוללת פגיעה אינהרנטית בזכויות של האזרחים הערבים לכבוד ולשוויון (ראו: עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 614).

(למקרים נוספים בהם הגופים הציוניים הפלו בפועל את האזרחים הערביים ראו: עניין קעדאן; פסק הדין בעניין חוק ועדות קבלה (בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת, במיוחד חוות הדעת של השופט גובראן (פורסם במאגרים, 17.09.2014)).

51. בחוות הדעת של המשנה ליועמ"ש (לעיל נספח ע/8) היא הדגישה את הבעייתיות המיוחדת בהאצלה האמורה, על רקע אי כפיפותה של החטיבה להתיישבות לכללי המערכת הנורמטיבית החלה על רשויות הציבור והפגיעה המובנית שבאצילה כזו:

"... החטיבה להתיישבות, אשר אינה נמנית על רשויות השלטון, אינה כפופה לאותה המערכת הנורמטיבית לה כפופות רשויות השלטון, ומשכך ביצוע

הסמכויות והתפקידים על ידה אינו נעשה בהתאם לסטנדרטים הברורים בהם מחויבים גופים שלטוניים [...] אצילה זו של סמכויות רחבות ומשמעותיות המצויות בליבת הסמכויות השלטוניות לידי גוף **חוץ שלטוני** אשר אינו כפוף לדין המנהלי במלואו, יוצרת בעייתיות חמורה בשני מישורים: **המישור הראשון**, קיים חשש מובנה כי העברת המשימות מהמדינה לגוף כזה, ובעניינינו לחטיבה, תעשה על מנת לבצען שלא במסגרת המגבלות להן היא נתונה [...] קיומו של ערוץ ביצוע חוץ ממשלתי, בו מבוצעות סמכויות שלטוניות מובהקות ואשר כל תכליתו הוא יישום החלטות ממשלה, ועל אף כך הוא אינו כפוף במלואו לחובות הדין המנהלי, אינו תקין. [...]

המישור השני, כאשר מבוצעות סמכויות שלטוניות על ידי החטיבה, קיים **חשש ממשי** כי הליך הביצוע, קבלת ההחלטות והפעלת שיקול הדעת, לא יעמדו באותם הסטנדרטים בהן חייבות רשויות השלטון בשל ההחלטה הוולונטרית אם בכלל של סטנדרטים אלו על ידי החטיבה על פעולותיה. " **חוות דעת המשנה ליועמ"ש**, לעיל נספח ע/8, בעמ' 6-7, ההדגשות במקור)

בעייתיות נוספת נובעת מהיקף התקציב המועבר לחטיבה, שיטת התקצוב והיעדרה של כל אפשרות ממשית לפקח עליה (**חוות דעת המשנה ליועמ"ש**, לעיל נספח ע/8, בעמ' 10-11).

52. החשש האמור לפגיעה מוגברת הופך אף לוודאי לאור הקביעה המוזכרת לעיל בסעיף 6ב(ב)(2) של התיקון, לפיה האצלת הסמכות אינה הופכת את החטיבה לרשות מרשויות המדינה. במצב דברים זה, בפועל לחטיבה מואצלות סמכויות שלטוניות אך אין היא כפופה להוראות המשפט החוקתי והמשפט המנהלי במלוא היקפם. קביעה זו בחוק מעלה אף את החשש שמא העברת הסמכויות האלה נועדה לעקוף את העיקרון, לפיו מה שאסור למדינה לעשות באופן ישיר אסור לה לעשות על ידי שימוש בגוף שלישי "אשר מצדו מפלה בהקצאת מקרקעין על בסיס דת או לאום" (עניין **קעדאן**, בעמ' 283).

53. הדברים האמורים לעיל חלים ביתר שאת על הסמכויות המועברות לחטיבה להתיישבות שהן סמכויות שבהגדרה כוללות היבט חלוקתי בין קבוצות ושימושים שונים. כך שהחלטה על הקמת יישוב במקום מסוים, ההחלטה על גודלו ועל אופיו של יישוב זה ועל סוג אוכלוסיית היעד הרלוונטית והחלטות נוספות הנובעות מאופייה של הסמכות, כולן החלטות בלתי הפיכות ברובן ובעלות השלכות גדולות ביותר הן ברמה של הפרט, ברמה הקבוצתית ואף ברמה של המדינה כולה. החלטות מעין אלה יכולות לתמרץ התנהגות מסוימת או להפחית את כדאיותה וכן להיטיב עם קבוצה מסוימת או לפגוע בה. בנוסף, החלטות אלה הן החלטות חוסמות בכך שיעוד קרקע לשימוש מסוג א' חוסם בהכרח הקצאה מסוג ב', הקצאה לפרט א' באה בהכרח על חשבונו של אדם ב', כפי שפורט לעיל. אי לכך עניין לנו גם בהפרה בוטה של עקרון הצדק החלוקתי (לעניין עקרון הצדק החלוקתי ראו 244/00 **עמותת שיח חדש, למען השיח הדימוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו(6) 25, 64 בפס' 38 (2002)).

התיקון איננו לתכלית ראויה

54. התיקון דנן איננו לתכלית ראויה. הלכה פסוקה היא כי כל חקיקה ראשית חייבת לשרת תכלית ראויה. הפסיקה קבעה כי תכלית אשר לא נותנת משקל ראוי לזכויות האדם ומתעלמת מזכויות חוקתיות אינה תכלית ראויה (בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 570 (2005); ראו גם רע"פ 5086/97 **בן חור נ' עיריית תל-אביב יפו**, פ"ד נא(4) 625 (1997); ע"א 524/88 **"פרי העמק"** – **אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב** – **מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות**, פ"ד מה (4) 529 (1991)).

55. בדברי ההסבר להצעת התיקון הובהרה תכליתו כלהלן: "מוצע לעגן בחקיקה ראשית את ההתקשרות ארוכת השנים בין ממשלת ישראל לבין החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית, שמכוחה החטיבה להתיישבות משמשת כזרוע ביצוע של הממשלה לפיתוח ההתיישבות בארץ ישראל".

56. כאמור, מסגרת היחסים הקיימת בין המדינה לחטיבה להתיישבות בעייתית היא בכמה מישורים. מישור עקרוני אחד הוא ההאצלה, הלכה למעשה, של סמכויות שלטוניות לגוף "אשר חובות המשפט המנהלי אינן חלות עליו במלואן" (חוות דעת המשנה ליועמ"ש, לעיל נספח ע/8, בעמ' 9). מישור שני נוגע למערכת יחסים המשמשת "חצר אחורית" לממשלה לביצוע פעולותיה שלא במסגרת הדין והמהווה מצע נוח להתפתחותן של פתולוגיות מובנות. " (חוות דעת המשנה ליועמ"ש, לעיל נספח ע/8, בעמ' 7). עיגונה בחקיקה של מערכת יחסים בעלת מאפיינים אלה אינה לתכלית ראויה.

57. היבט נוסף של התכלית הבלתי ראויה מתבטא גם בניגוד העניינים הגלום בתיקון הנדון. שכן, האצלת סמכויות ממשלתיות לחטיבה להתיישבות הינה בעייתית מחמת שיקולים של ניגוד עניינים בין מטרות ההסתדרות הציונית העולמית ויעדיה, כפי שהובאו לעיל, לבין הנורמות שאמורות לחול על הממשלה כבעלת הסמכות בענייני התיישבות. האצלת הסמכויות האמורה לגוף אשר תכליות השוויון מנוגדות לעקרונותיו כאמור, "פותחת פתח לשילובם של שיקולים זרים ובלתי רלוונטיים במערך השיקולים שנשקל" על ידי החטיבה להתיישבות, שאינם עולים בקנה אחד עם הצורך לשמור על כללי מינהל תקין ועל עקרונות השוויון והצדק החלוקתי בהקצאת משאבי הקרקע (עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 646). נוסף לעניין זה כי לחטיבה להתיישבות גם שיקולים כלכליים מובהקים שיכולים אף הם להיכנס למערך השיקולים הזרים בהפעלת הסמכויות המואצלות לה על ידי הממשלה.

58. עוד נקבע בהקשר הזה בפסיקה, כי גם אם ניגוד העניינים לא יתממש בפועל או יבוא לידי ביטוי מעשי, הפעלת סמכויות ממשלתיות מחייבת כי זו תהיה מנותקת "כליל מכל חשש לניגוד עניינים מכל סוג שהוא" (עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 646, 658). וכדברי השופטת (כתוארה אז) נאור בעניין הפרטת בתי הסוהר, "מדובר בניגוד עניינים מובנה שאינו טעון בירור עובדתי-נקודתי" (שם). כאמור, התיקון קובע באופן מפורש, כי "אין באצילה כדי להפוך את החטיבה לרשות מרשויות המדינה".

59. אמנם החלטת ממשלה מס' 1998 הנ"ל קובעת, כביכול, מנגנון פיקוח ובקרה על פעולות החטיבה במסגרת הסמכויות המואצלות לה, בניסיון להתגבר על הקושי הנ"ל, אך אין במנגנון זה בכדי למצות את סוגיית ניגוד העניינים בתחום פעולותיה של החטיבה להתיישבות (ראו לעניין זה: בג"ץ 5734/98 עזריאל נ' ועדת המשנה של מועצת מקרקעי ישראל, פ"ד נג(2) 8 (1999)). שכן, חשש זה לניגוד עניינים הינו טבוע בעצם אצילת הסמכויות הממשלתיות לחטיבה להתיישבות, כאמור.

התיקון איננו מידתי

60. מאחר שעסקינן בסוגיית שוויון/הפלייה על רקע שייכות קיבוצית, הרי הקביעה שלפיה המדיניות אינה לתכלית ראויה ו/או הינה מפלה על רקע לאום די בה בכדי לא לקיים תנאי פיסקת ההגבלה, ולקבוע כי החקיקה אינה חוקתית (אהרן ברק **מידתיות במשפט** 143, 297 (2010)). יחד עם זאת ולמעלה מן הצורך, העותרים יטענו כי הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של אזרחי המדינה הערבים כמפורט לעיל הינה בלתי מידתית. (לעקרון המידתיות ראו בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5), 807, 839-838 (2004)).

לאור כל האמור לעיל, מתבקש בזאת בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמפורט בתחילת עתירה זו ולאחר קבלת תשובת המשיבים להפכו למוחלט.

רוני פלי, עו"ד

ב"כ העותרים

סוהאד באשרה, עו"ד

ב"כ העותרים

מאיסאנה מוראני, עו"ד

ב"כ העותרים

חיפה, 22.1.2017