

בג"ץ 9518/16
בג"ץ 778/17
קבוע ליום 25.4.2017

**בבית המשפט העליון
בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק**

פרופ' אלון הראל

ע"י ב"כ עוה"ד חגי קלעי ו/או אוהד רוזן ואח'
קלעי, רוזן ושות' משרד עורכי דין
רחוב קלישר 30, תל-אביב
טל': 03-7943040 ; פקס': 03-7943065

העותר בבג"ץ 9518/16

- נ ג ד -

1. הכנסת

באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת
קריית בן-גוריון, ירושלים 9195016
טל': 02-6408636 ; פקס': 02-6753495

2. ממשלת ישראל

באמצעות פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים
טל': 02-6466589 ; פקס': 02-6467011

3. החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית

ע"י ב"כ עוה"ד יאיר עשהאל ו/או נגה גל
ממשרד א. אברמזון ושות', עורכי דין
מרח' ביתר 2 (בית הטיילת), ירושלים
טל': 02-5654000 ; פקס': 02-5654001

המשיבות בבג"ץ 9518/16

1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

2. האגודה לזכויות האזרח בישראל

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

העותרים בבג"ץ 778/17

- נ ג ד -

1. הכנסת

באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת
קריית בן-גוריון, ירושלים 9195016
טל': 02-6408636 ; פקס': 02-6753495

2. הממשלה

3. שר החקלאות

באמצעות פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים
טל': 02-6466589 פקסי': 02-6467011

4. החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית

ע"י ב"כ עוה"ד יאיר עשהאל ו/או נגה גל
ממשרד א. אברמזון ושות', עורכי דין
מרח' ביתר 2 (בית הטיילת), ירושלים
טל': 02-5654000 ; פקסי': 02-5654001

המשיבות בבג"ץ 778/17

תגובה מקדמית מטעם המשיבה 1

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מיום 23.1.2017 ומיום 26.1.2017 ולהארכת המועד,
מתכבדת המשיבה 1 (להלן: **המשיבה**) להגיש את תגובתה המקדמית לעתירות, כדלקמן:

כללי

1. עניינן של העתירות בתקיפת חוקתיותו של חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל (תיקון מס' 2), התשע"ה-2015 (להלן: **התיקון**), ושל החלטת ממשלה מס' 1998 מיום 9.10.2016, אשר התקבלה מכוח התיקון.
2. התיקון אשר הוסיף את סעיף 6ב לחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל, התשי"ג-1952 (להלן בהתאמה: **סעיף 6ב והחוק**), שכותרתו: "מעמד החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית", נועד להסמיך את הממשלה להאציל סמכויות לחטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית (להלן: **החטיבה להתיישבות** או **החטיבה**), וכן לקבוע את המסגרת לפעולתה של החטיבה להתיישבות בעת מימוש הסמכויות שהואצלו לה.
3. העותר בבג"ץ 9518/16 והעותרים בבג"ץ 778/17 (להלן: **העותרים**) טוענים כי התיקון אינו חוקתי משום שהוא מהווה שינוי של הנורמה החוקתית המעוגנת בסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה ולפיה הממשלה היא הרשות המבצעת של מדינת ישראל (פס' 135-130 לעתירה בבג"ץ 9518/16, פס' 36-46 לעתירה בבג"ץ 778/17). כמו כן טוענים העותרים כי התיקון סותר את סעיף 33 לחוק-יסוד הממשלה, אשר לטענתם קובע כי הממשלה רשאית לאצול מסמכויותיה אך ורק לעובדי ציבור ולא לגופים פרטיים דוגמת החטיבה להתיישבות (פס' 135-119 לעתירה בבג"ץ 9518/16, פס' 30-35 לעתירה בבג"ץ 778/17).
4. בהמשך לכך, טוען העותר בבג"ץ 9518/16 כי התיקון בפועל גורם לשינוי של ההוראות הקבועות בחוק-יסוד: הממשלה, והיה עליו להתבצע באמצעות חוק יסוד שהתקבל ברוב של למעלה מ-61 חברי כנסת (136-151 לעתירה בבג"ץ 9518/16). לחילופין לטענתו גם אם מדובר בפגיעה

בלבד בנורמה החוקתית, הרי שהיא אינה צולחת את תנאי פסקת ההגבלה השיפוטית ואף לא התקבלה ברוב הדרוש לשם כך (פס' 152-206 לעתירה).

5. בנוסף העותרים טוענים כי יעודה המוצהר של החטיבה להתיישבות הוא קידום התיישבות עבור הציבור היהודי במדינת ישראל, ועל כן התיקון מפלה את האוכלוסייה הערבית, פוגע בשוויון החוקתי המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (139-141 לעתירה בבג"ץ 9518/16, פס' 47-53 לעתירה בבג"ץ 778/17), ואינו עומד במבחני פסקת ההגבלה (פס' 54-60 לעתירה בבג"ץ 778/17).

6. לחלופין, טוען העותר בבג"ץ 9518/16 כי גם אם סעיף 6ב חוקתי, הרי שיש להורות על בטלותה של החלטת הממשלה 1998 שהתקבלה מכוחו. לטענת העותר, החלטת הממשלה מהווה הסדר ראשוני, אשר התקבל בלא תשתית עובדתית מספקת, בלא מתן זכות טיעון לציבור, בניגוד להוראות חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 ותוך פגיעה בזכות לשוויון (פס' 217-254 לעתירה). לחילופי חילופין, טוען העותר כי החלטת הממשלה בטלה בכל הנוגע להתיישבות בשטחי יהודה ושומרון (פס' 255-272 לעתירה).

7. מלבד הבקשה למתן צווים על-תנאי, ביקש העותר בבג"ץ 9518/16 כי בית המשפט הנכבד יורה על מתן צו ביניים 'הקובע כי ממשלת ישראל לא תוכל להאציל סמכויותיה לחטיבה להתיישבות מכוח החלטת ממשלה 1998 ומכח כל הסכם שיכרת על בסיסה'.

8. בהחלטה מיום 26.1.2017 דחה בית המשפט הנכבד את בקשת העותר לצו הביניים.

9. **עמדת המשיבה היא כי דין העתירות החוקתיות נגד התיקון להידחות.** מטבע הדברים, המשיבה לא תתייחס לטענות המועלות נגד החלטת ממשלה מס' 1998 שנתקבלה מכוח התיקון.

10. המשיבה טוען כי סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה אינו קובע נורמה חוקתית האוסרת על אצילה של סמכויות שלטוניות, וכי בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד יש לראות בו סעיף הצהרתי. כמו כן, תטען המשיבה כי התיקון תואם את האמור בסעיף 33 לחוק-יסוד: הממשלה.

11. בנוסף, המשיבה טוען כי גם אם מקבלים את טענת העותרים לפיה סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה מעגן איסור על אצילת סמכויות, העותרים אינם מבססים טענתם כי הסמכויות המואצלות מכוח התיקון דגן אכן מצויות ב"גרעין הקשה" של תפקידי הממשלה, ולמעשה הסמכות לאצול סמכויות לחטיבה להתיישבות בתחומים שהוגדרו בתיקון אינה נמנית עם סמכויות אלו, כפי שיפורט להלן. בהתאם המשיבה טוען כי התיקון אינו **משנה** את האמור בסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, או **פוגע בו**.

12. לבסוף טען המשיבה כי טענות העותרים באשר לפגיעת התיקון בשוויון החוקתי המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מעצם הסמכות בתיקון לאצול סמכויות לחטיבה להתיישבות שהיא זרוע של ההסתדרות הציונית, מתעלמות העותרות מפסיקת בית המשפט הנכבד שהכיר בסמכות הממשלה לפעול בעזרת המוסדות הלאומיים (ראו למשל בג"ץ 3664/15 **פורום קהלת**

נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' ט"ז לפסה"ד (פורסם בנבו, 29.6.2015) (להלן: עניין קהלת), ומחובת המדינה לפעול בשוויון כלפי כלל אזרחיה. (ראו בהקשר זה פסיקת בית המשפט הנכבד כפי שנקבע בבג"ץ 6698/95 עאדל קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, נד(1) 258 (2000) (להלן: עניין קעדאן)).

היסטוריה חקיקתית

13. ראשיתו של התיקון הנדון בהצעת חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל (תיקון – מעמד החטיבה להתיישבות), התשע"ה–2015 (להלן: הצעת החוק), הצעת חוק פרטית של חה"כ בצלאל סמוטריץ' אשר הונחה על שולחן הכנסת ביום 6.7.2015.

14. הצעת החוק כללה שלושה סעיפים:

סעיף הצהרתי, המכיר ביכולת המקצועית המוכחת של החטיבה להתיישבות בתחום פיתוח ההתיישבות בארץ ישראל, ובייחוד שלה כזרוע ביצוע למימוש ייעוד ההסתדרות הציונית;

סעיף המסמיך את הממשלה להטיל על החטיבה משימות בתחום ההתיישבות, בהתאם למדיניות הממשלה;

סעיף המסמיך את החטיבה להתיישבות לבצע כל פעולה הנדרשת לצורך ביצוע המשימות שהוטלו עליה בהחלטות הממשלה ובכלל זה הקצאת משאבים, עריכת מכרזים וכו'.

הצעת החוק מצ"ב ומסומנת מש/1.

15. ברקע להצעת החוק עמדה חוות הדעת מטעם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה אשר פורסמה ביום 26.2.2015, לפיה נפל פגם בדרך הפעלתה של החטיבה להתיישבות על ידי הממשלה וכי השימוש בחטיבה להתיישבות חרגה מההסתהיות המותרת על פי דין, בידי רשות שאינה שלטונית. העתק חוות הדעת צורף לעתירה בבג"ץ 9518/16 כנספח 2, ולעתירה בבג"ץ 778/17 כנספח 8/ע).

16. ביום 22.7.2015 נדונה הצעת החוק בקריאה טרומית במליאת הכנסת. בדיון הביע חה"כ איילת שקד, שרת המשפטים, את תמיכת הממשלה בהצעת החוק, בין היתר כי: 'לאחרונה נקבע בחוות דעת מטעם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה כי נפל פגם בדרך ההפעלה וכי יש להסדיר את דרך הפעלתה של החטיבה. משכך אמורה הייתה, על-פי ההסכם הקואליציוני, לקום ועדת מנכ"לים אשר תגבש את מסקנותיה בנושא ותסיים את עבודתה לאחר 60 יום, שחלפו להם ביום ראשון האחרון. מכיוון שהוועדה טרם התחילה לפעול, תמכה ועדת השרים בהצעת החוק שבנדון, וזאת כדי להסדיר את בעיית ההסמכה של הממשלה לפעול באמצעות החטיבה להתיישבות'.

17. בתום הדיון במליאה אושרה הצעת החוק ברוב של 65 תומכים, 41 מתנגדים ונמנע אחד, והועברה לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (להלן: **ועדת החוקה או הוועדה**) לשם הכנתה לקריאה הראשונה.

העמודים הרלוונטיים מן הדיון במליאת הכנסת מצ"ב ומסומנים **מש/2**.

18. ביום 14.10.2015 קיימה ועדת החוקה דיון ראשון לשם הכנת הצעת החוק לקריאה הראשונה. חה"כ בצלאל סמוטריץ' יוזם החוק, הציג את החוק כדלקמן: " - החוק הזה מסדיר פעילות שקיימת הרבה מאוד שנים, פעילות ציונית, התיישבותית, חשובה, ראשונה במעלה, שמפתחת מאוד ותורמת להתפתחות של התיישבות גם בנגב, גם בגליל וגם ביהודה ושומרון... " ובהמשך דבריו: "עלו לאחרונה מספר הערות משפטיות, אם אפשר לקרוא לזה ככה, שהחוק הזה בסך הכל מבקש לתת להן מענה, וחשוב מאוד להדגיש שהוא לחלוטין לא מתנגש עם אותן חוות דעת... " (עמ' 14 לפרוטוקול הדיון).

19. במהלך הדיון חה"כ חיים ילין טען כי יש חשיבות רבה בפעילות החטיבה להתיישבות, אולם עליה לפעול בשקיפות, כך שניתן יהיה לדעת לאן היא מעבירה את הכספים שהיא מקבלת מהמדינה (עמ' 8-10 לפרוטוקול הדיון). חברי כנסת נוספים הדגישו את החשיבות של הכפפת החטיבה להתיישבות לכללי שקיפות (בין היתר חה"כ סתיו שפיר (עמ' 17 לפרוטוקול), חה"כ אלעזר שטרן (עמ' 24 לפרוטוקול), חה"כ איתן ברושי (עמ' 28 לפרוטוקול) וחה"כ ציפי לבני (עמ' 29 לפרוטוקול)), לקריאה להחיל על החטיבה להתיישבות את חוק חופש המידע, הצטרפה עינת הורביץ, מנכ"לית התנועה לחופש המידע דאז (עמ' 37 לפרוטוקול).

20. בתגובה לדברים שנאמרו בדיון טען מר ירון דוד שיינין, סמנכ"ל בהסתדרות הציונית העולמית, כי בחטיבה להתיישבות יש חשבת מטעם החשב הכללי במשרד האוצר, וכי מכרזי הרכש של החטיבה מתבצעים דרך מערכות המחשוב של המדינה – מערכת **מרכב"ה**. לפיכך הטענות לפיהן לא ניתן כיום לדעת מה קורה עם התקציבים של החטיבה אינן מדויקות (עמ' 42 לפרוטוקול).

21. עו"ד אלעזר שטרן מצוות הייעוץ המשפטי לוועדת חוקה, הסביר בין היתר כי במסגרת חוק שמסדיר את הסמכות של הממשלה להאציל סמכויות לחטיבה להתיישבות יש צורך לקבוע במפורש מהן החובות המנהליות החלות על החטיבה ועובדיה, ולציין זאת מפורשות (עמ' 33 לפרוטוקול).

22. חה"כ סמוטריץ' טען כי עדיף להשאיר את החטיבה להתיישבות כגוף דו-מהותי, ולא להחיל עליה את כל המגבלות החלות על המדינה. לשיטתו זהו המודל המתאים עבור החטיבה וזאת על מנת לאפשר לה יכולת פעילות מהירה ויעילה (עמ' 54-55 לפרוטוקול).

פרוטוקול הדיון מיום 14.10.2015 מצ"ב ומסומן **מש/3**.

23. ביום 19.10.2015 אישרה הוועדה ברוב של 7 תומכים מול 5 מתנגדים, ללא נמנעים, את הצעת החוק לקראת הנחתה לקריאה ראשונה.

פרוטוקול הדיון מיום 19.10.2015 מצ"ב ומסומן **מש/4**.

24. ביום 16.11.2015 אישרה מליאת הכנסת את הצעת החוק בקריאה הראשונה, ברוב של 61 תומכים, מול 46 מתנגדים וללא נמנעים, והיא הוחזרה לוועדת החוקה לשם הכנתה לקריאה השנייה והשלישית.

הצעת החוק כפי שאושרה בקריאה הראשונה מצ"ב ומסומנת **מש/5**.

25. לקראת הדיון בוועדה בהצעת החוק בהכנה לקריאה שנייה ושלישית, הופץ לחברי הוועדה נוסח מעודכן של הצעת החוק. בנוסח זה הוכנסו מספר שינויים מרכזיים, ובהם:

- שינוי אופן העברת המשימות לחטיבה, מהנוסח שאושר בקריאה ראשונה בו הוצע לקבוע כי הממשלה תהיה "רשאית להטיל על החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית **ביצוע משימות לאומיות בתחום התיישבות**", לנוסח המעודכן שקבע מפורשות שלממשלה סמכות **לאצול מסמכויותיה** השלטוניות לחטיבה להתיישבות.
- הוגדרו תחומים נוספים בהם רשאית הממשלה לאצול סמכויות לחטיבה להתיישבות. בשונה מהנוסח שאושר בקריאה ראשונה, בו נקבע כי הממשלה רשאית להטיל סמכויות "בתחום התיישבות", בנוסח המעודכן נקבע "בתחום התיישבות ובתחומים נוספים", מתוך תחומי הפעילות שנמנו באמנה שנכרתה בין ההסתדרות הציונית העולמית וממשלת ישראל, כתפקידי ההסתדרות הציונית.
- נקבע כי החטיבה להתיישבות תתקצב בתקציב המדינה (בנוסח הקריאה הראשונה אין התייחסות לתקצוב החטיבה).
- התווסף סעיף לפיו "אין באצילה לפי פסקה (1) כדי להפוך את החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית לרשות מרשויות המדינה ולשנות את היקף החובות מתחומי המשפט הציבורי החלות עליה ועל עובדיה".

נוסח הצעת החוק לדיון מצ"ב ומסומן **מש/6**.

26. לאור השינויים הרבים שחלו בהצעת החוק, הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה שלח לחברי וועדת החוקה מסמך הכנה לדיון בו נמנו השינויים שחלו בהצעת החוק והובהרה משמעותם. הייעוץ המשפטי לוועדה הדגיש כי הנוסח לדיון של הצעת החוק הרחיב את הסמכויות אותן רשאית הממשלה לאצול לחטיבה להתיישבות, ויחד עם זאת מצמצם את היקף החובות המנהליות המוטלות עליה. בהתאם הודגש במסמך כי: "אנו סבורים 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" (הדגשה במקור).

מסמך הכנה מטעם הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, מיום 30.11.15, מצ"ב ומסומנת **מש/7**.

27. ביום 1.12.2015 דנה ועדת החוקה בהצעת החוק במסגרת הכנתה לקריאה השנייה והשלישית.

פרוטוקול הדיון בוועדה מיום 1.12.2015 מצ"ב ומסומן מש/8.

28. בפתח הדיון, הציג חה"כ בצלאל סמוטריץ' את המקור לשינויים בנוסח הצעת החוק. הוא הדגיש כי: "החטיבה איננה גורם פרטי במובן הפשוט של המילה. היא לא גורם שתכליתו להשיא רווחים, נהפוך הוא, היא מלכ"ר היא גוף ללא כוונת רווח שנועד לממש את אותה מדיניות של הממשלה, היא חלק מהמוסדות הלאומיים ולכן אני חושב שמהבחינה הזאת מצבה טוב יותר מאשר של גופים פרטיים. יחד עם זאת, בפירוש האצילה שאנחנו מכוונים אליה במסגרת החוק הזה, היא אצילה לגוף דו מהותי ולכן ציינו גם בהצעת החוק שהחוק הזה איננו הופך את החטיבה עכשיו לגורם ממשלתי כדי להוציא מכדי ספק או שלא יבואו אחר כך פרשנים יצירתיים ויאמרו שהפכנו את החטיבה לחלק מן המדינה. החטיבה תישאר גוף דו מהותי".

ובהמשך דבריו: "החוק הזה הוא בסך הכול חוק מאפשר שמאפשר לממשלה בהמשך לשיקול דעתה העתידי לקבוע אילו סמכויות, באילו תחומים, באילו היקפים, באילו מנגנונים, באיזו שיטה של התנהלות ושל בקרה ושל פיקוח והממשלה תחליט" (עמ' 10 לפרוטוקול הדיון).

29. עו"ד אלעזר שטרן מצוות הייעוץ המשפטי לוועדת חוקה, הסביר את הנקודות המרכזיות שעלו בחוות הדעת שנשלחה לחברי הוועדה והדגיש כי היות שהחוק מאפשר אצילה של סמכויות שלטוניות לחטיבה, מן הראוי כי "בצד הסמכויות צריכות להיות מוטלות חובות של מינהל תקין, של טוהר מידות, של שקיפות, סט שלם של דברים שצריך לחול על מי שמפעיל סמכויות שלטוניות" (עמ' 16 לפרוטוקול הדיון) וכי "הנוסח הנוכחי לא מביא לידי ביטוי להבנתנו את הנקודה הזאת" (עמ' 17 לפרוטוקול הדיון).

30. חה"כ יעל גרמן טענה כי השינויים שנעשו בהצעת החוק הם מרחיקי לכת, ובהתאם מדובר בהוספת "נושא חדש" להצעת החוק, אשר יש לדון בהוספתו בוועדת הכנסת (עמ' 20 לפרוטוקול הדיון). לעמדתה הצטרפו מספר חברי כנסת, וביניהם חה"כ משה גפני (עמ' 66 לפרוטוקול הדיון).

31. חה"כ סתיו שפיר טענה כי בפועל המדינה מפריטה את ההתיישבות ומעבירה לגוף פרטי את האחריות להתיישבות וסיוע לפריפריה. היא טענה כי מן הראוי להפוך את החטיבה להתיישבות לחלק מרשויות המדינה, ולפעול במסגרת החטיבה כגוף ממשלתי (עמ' 54-55 לפרוטוקול הדיון).

32. בהמשך הישיבה, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (יעוץ) עוה"ד דינה זילבר, הציגה בפני הוועדה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה באשר להצעת החוק. היא הסבירה כי נוסח החוק בו דנה הוועדה שונה משמעותית ממה שאושר על ידי הממשלה וקיבל את תמיכת הממשלה (עמ' 70 לפרוטוקול הדיון). בעניין השיקולים השונים שעל חברי הכנסת לשקול היא הדגישה כי "כרגע המאבק של החטיבה הוא לא על עצם השימוש בה ובהמשך קיומה אלא בעצם על האופן שבו היא תבצע את הסמכויות שרוצים להעביר אליה". בהתאם היא הדגישה כי עיגון

הסמכויות של החטיבה להתיישבות בהסדר ראשוני הוא צעד נכון מבחינה משפטית, אולם יחד עם זאת יש להסדיר את החובות שמוטלות על החטיבה, כחלק מאותה הסדרה (עמ' 72 לפרוטוקול הדיון), וכי הנוסח המוצע לדיון חורג משמעותית בהשוואה להסדרים אחרים המאפשרים אצילה מכוח חוק (עמ' 73 לפרוטוקול הדיון).

33. לבסוף, שירה ברגמן, מאגף תקציבים במשרד האוצר, טענה כי ההוספה לפיה החטיבה תתקצב ישירות מתקציב המדינה, פוגעת ביכולת משרד האוצר לבצע את הליך בניית התקציב בהתאם לכללי המינהל התקין (עמ' 75 לפרוטוקול הדיון).

יודגש כבר עתה כי בנוסח הסופי של החוק נקבע כי תקצוב החטיבה לא יתבצע ישירות מתקציב המדינה.

34. להשלמת התמונה יצוין כי, כפי שעולה מפרוטוקול הדיון שהתקיים ביום 1.12.2015, ובטרם אושר התיקון בקריאה שניה ושלישית, עודכנו חברי ועדת חוקה בדבר פניית מבקר המדינה במכתב לראש הממשלה, בה הוא ביקש להפנות את תשומת לב ראש הממשלה לממצאי טיוטת דו"ח ביקורת הנערך בעניין התנהלות החטיבה להתיישבות, ולקושי העולה לשיטתו בקידום תיקון החקיקה, בזמן שוועדת מנכ"לים, שמונתה לבחון את נושא הסדרת מעמד החטיבה להתיישבות, טרם סיימה עבודתה.

35. ביום 2.12.2015 קיימה ועדת החוקה דיון נוסף בהצעת החוק.

פרוטוקול הדיון בוועדה מיום 2.12.2015 מצ"ב ומסומן **מש/9**.

36. בתחילת הישיבה עו"ד תהילה רוט ממשרד המשפטים ציינה שלעמדת משרד המשפטים החטיבה להתיישבות צריכה לתפקד כזרוע ביצוע, ושהחלטה על תיעדוף משאבים וחלוקתם בין יישובים שונים צריך להתקבל על ידי הממשלה (עמ' 9 לפרוטוקול הדיון). היא הסבירה שהצעת החוק מאפשרת לכאורה להאציל לחטיבה להתיישבות גם את שיקול הדעת לחלוקת המשאבים (עמ' 10 לפרוטוקול הדיון). כמו כן היא הדגישה כי בחקיקה מקבילה בה מואצלות סמכויות שלטוניות ישנם מנגנונים שיוצרים בקרה על עבודת הגוף שאליו מואצלות הסמכויות, מנגנונים שחסרים במסגרת הצעת החוק (עמ' 33 לפרוטוקול הדיון).

37. בהמשך עו"ד אלי רוזנפלד מהלשכה המשפטית במשרד האוצר הסביר לחברי הוועדה על מבנה התקציב של החטיבה להתיישבות. בין היתר הוא הסביר כי תשלום שוטף עבור תפקוד החטיבה ומשכורות העובדים עומד על כ-20 מיליון ₪ בשנה, ואילו כ-30 מיליון ₪ נוספים הם לפרויקטים והתחייבויות קיימות (עמ' 14 לפרוטוקול הדיון). בנוסף, כל שנה מעבירה הממשלה תקציבים ייעודיים לחטיבה עבור פרויקטים מוגדרים (שם).

38. מר יואל ריבלין, אדריכל החטיבה להתיישבות, הדגיש כי כאשר מועברת משימה לאחריות החטיבה מהממשלה, החטיבה מאשרת את התוכניות מול המדינה, ואם אין אישור, התוכניות אינן מבוצעות (עמ' 15 ו-17 לפרוטוקול הדיון). בעניין זה העירה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד דינה זילבר, כי הליך הפיקוח על עבודת החטיבה לקה בחסר וכי **"במיים**

האמיתיים, לא היה שום הליך מסודר של התוויית מדיניות על ידי הממשלה" (עמ' 19 לפרוטוקול הדיון).

39. בהמשך הדיון, עו"ד אריאל ארליך מפורום קהלת הביע עמדתו כי אצילה לגוף פרטי אפשרית בהתאם לחוק-יסוד: הממשלה, וכי בהתאם להוראות חוק היסוד על אצילה כאמור להיעשות בחקיקה ראשית של הכנסת (עמוד 29 לפרוטוקול הדיון). עוד הסביר כי אצילה כאמור לגוף פרטי אמנם מחייבת בקרה איכותית של הממשלה, אולם אינה הופכת את הגוף שקיבל את הסמכויות לגוף ממשלתי, אלא לגוף דו-מהותי.

40. ביום 21.12.2015 קיימה ועדת החוקה דיון שלישי בהצעת החוק.

פרוטוקול הדיון בוועדה מיום 21.12.2015 מצ"ב ומסומן **מש/10**.

41. עובר למועד הדיון הופץ נוסח חדש של הצעת החוק. נוסח זה אימץ את רוב השינויים שנעשו עד כה בהצעת החוק, אולם קבע כי אצילת סמכויות לחטיבה תיעשה על ידי הסכמים בין משרדי הממשלה והחטיבה להתיישבות. הסכמים אלו יכללו את מנגנוני הבקרה וכן תקצוב של ההסכם, זאת בניגוד לתיקצוב ישירות מתקציב המדינה כפי שהוצע בנוסח הקודם של הצעת החוק.

42. בפתח הדיון הודיע יו"ר הוועדה, חה"כ ניסן סלומינסקי, כי הוא מציע יחד עם חה"כ בצלאל סמוטריץ' וחה"כ בני בגין להוסיף לנוסח המוסכם הוראה המחילה על החטיבה את חוק חובת המכרזים התשנ"ב-1992 (להלן: **חוק חובת המכרזים**), בכל הנוגע להתקשרויות לרכש טובין, וכן להחיל את חוק חופש המידע התשנ"ח-1998 (להלן: **חוק חופש המידע**), בכל הנוגע לעניינים הכספיים של החטיבה (עמ' 14 לפרוטוקול הדיון).

43. במענה לשאלות חברי הכנסת הסביר חה"כ בצלאל סמוטריץ' כי נוסח הצעת החוק מחריג את ניהול הקרקעות של החטיבה מחוק חופש המידע, וזאת מסיבות של רגישות פוליטית ומדינית (עמ' 15 לפרוטוקול הדיון). בתגובה חה"כ מיכל רוזין הביעה עמדתה כי על החטיבה להיות כפופה לחלוטין לחוק חופש המידע ללא החרגות (עמ' 18 לפרוטוקול הדיון). לעומתה חה"כ בני בגין טען כי "מכיוון שהעולם לא מושלם, יש כלפי היישובים היהודים בתבלים האלה של מולדתנו מידה רבה של זדון, בוודאי ברחבי העולם, ומי שרוצה להיתמם - ייתמם. אני לא רוצה להשתתף בהיתממות הזאת חופש המידע - גם בחוק חופש המידע יש סייגים, לא כל דבר פרוץ" (עמ' 31 לפרוטוקול הדיון).

44. מנגד, עו"ד רחלי אדרי מהתנועה לחופש המידע טענה כי ההחרגה המוצעת מהוראות חופש המידע אינה קיימת ביחס לצה"ל, משרד הביטחון או גופים ביטחוניים אחרים (עמוד 49 לפרוטוקול הדיון), בנוסף היא ציינה כי ההגבלה על חוק חופש המידע מונעת את היכולת לקבל כל מידע שאינו קשור בהעברת כספים, כך למשל בהתאם להחרגה לא ניתן יהיה לקבל מידע על כמה נשים עובדות בחטיבה (עמ' 50 לפרוטוקול הדיון).

45. התנגדות נוספת להצעת החוק הובעה על ידי חה"כ אוסאמה סעדי, אשר טען מפורשות כי החוק נועד לאפשר את המשך המדיניות של הממשלה בשטחי איו"ש וזאת ללא הכרזה בריש גלי על בניה בהתנחלויות (עמ' 20 לפרוטוקול הדיון). בדומה, חה"כ יוסף ג'בארין טען כי החטיבה להתיישבות אומרת במפורש כי היא משרתת את הציבור היהודי בלבד בארץ ישראל, ועל כן החוק נועד לאפשר המשך אפליה של הציבור הערבי במדינה (עמ' 22 לפרוטוקול הדיון).

46. חה"כ איתן ברושי טען כי נכון להסדיר את פעולת החטיבה וכי צריך להבחין בין השאלה הפוליטית באילו תחומים מבקשת הממשלה מהחטיבה לפעול, שזו שאלה שתשתנה בין ממשלה לממשלה, לבין שאלת אופן הפעולה של החטיבה, שבכל מקרה צריכה להיות יעילה ועל פי כללי המנהל התקין (עמ' 37-38 לפרוטוקול הדיון).

47. בעקבות העלאת הטענה בדבר "נושא חדש" בהצעת החוק, הועבר הנושא להכרעת ועדת הכנסת, וזו הכריעה שאין מדובר בנושא חדש, וכי ניתן להצביע על הצעת החוק.

48. ביום 22.12.2015 התקיים דיון נוסף בוועדת החוקה בהצעת החוק ובו חברי הכנסת השונים נימקו את הסתייגויותיהם לחוק. בסיום הדיון, אישרה הוועדה ברוב של 7 תומכים מול 6 מתנגדים את הצעת החוק לקריאה השנייה והשלישית.

פרוטוקול הדיון בוועדה מיום 22.12.2015 מצ"ב ומסומן **מש/11**.

49. ביום 23.12.2015 אושרה הצעת החוק במליאת הכנסת בקריאה השנייה והשלישית ברוב של 53 תומכים מול 49 מתנגדים ונמנע אחד.

נוסח החוק כפי שפורסם ברשומות מצ"ב ומסומן **מש/12**.

ההסדר החקיקתי שהתקבל

50. ההסדר החקיקתי שהתקבל, המשנה את המצב הנורמטיבי ששרר עובר לחוות הדעת בעניינה של החטיבה להתיישבות, מאפשר לממשלה לאצול סמכויות להסדרות הציוניות העולמית, באמצעות החטיבה להתיישבות, מתוך הכרה בחטיבה, המשמשת כזרוע ביצוע של ההסדרות הציוניות, כגורם בעל יכולת ביצוע ומומחיות רבת שנים בתחום פיתוח ההתיישבות. האצילה נעשית על מנת לאפשר לממשלה להיעזר בחטיבה ולפעול בנושאים אלו במהירות, בגמישות וביעילות.

51. על פי התיקון האצלת הסמכויות בתחום ההתיישבות (או בתחומים אחרים שהוכרו כתחומי הפעילות של ההסדרות הציוניות) תיעשה על ידי התקשרות בהסכמים כלליים או פרטניים, אשר בהם יקבע אופן התשלום והסדרי פיקוח ובקרה של הממשלה, בהתאם למדיניות ממשלה מוגדרת (סעיף 6 ב(ב)(1) לחוק). התיקון מדגיש כי אין באצילה כאמור כדי להפוך את החטיבה לרשות מרשויות המדינה, כך שהחטיבה תשמור על עצמאותה כאורגן של ההסדרות הציוניות, תוך שמירה על מאפייניה הייחודיים (סעיף 6 ב(ב)(2) לחוק).

52. בהתאם לתיקון, החטיבה מוסמכת לבצע את כל הפעולות הנדרשות לשם מימוש הסמכויות שנאצלו לה, מילוי החלטות הממשלה וביצוע ההסכמים שבין הממשלה לחטיבה להתיישבות, ובכלל זה הקצאת משאבים, התקשרויות, פיתוח תשתיות ועוד (סעיף 6ב(ג) לחוק). במסגרת הפעלת סמכויותיה בתחום שהועבר לידיה מהממשלה יחולו על החטיבה חוק חובת המכרזים בכל הנוגע להתקשרויות לביצוע עסקה בטובין, ביצוע עבודה ורכישת שירותים (סעיף 6ב (ד) לחוק), וחוק חופש המידע, בכל הנוגע לניהול ענייניה הכספיים של החטיבה, וכן מידע באשר לעניין מכרזים והתקשרויות שהיא צד להם (סעיף 2 לתיקון).

עוד יצוין, כי התיקון חל גם על הסכמים בין הממשלה והחטיבה שנחתמו לפני חקיקת התיקון (סעיף 6ב (ה) לחוק).

הטיעון המשפטי

1. התיקון אינו סותר את הוראות חוק-יסוד: הממשלה

53. כאמור, טענתם הראשונית והמרכזית של העותרים היא כי בית המשפט הנכבד יחדש הלכה לפיה ישנה הגבלה חוקתית על אצילת סמכויות שלטוניות לגופים פרטיים.

54. המשיבה טוען כי עמדה מרחיקת לכת זו של העותרים אינה מבוססת על הפרשנות המקובלת של בית המשפט הנכבד לחוקי היסוד ודינה להידחות.

א. סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה ותוכנו

55. סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי *"הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה"*.

56. הוראה זו נידונה בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, (פורסם בנבו, 19.11.2009) (להלן: עניין הפרטת בתי הסוהר). באותו מקרה דן בית המשפט הנכבד בעתירה נגד הקמת בתי סוהר פרטיים. בית המשפט קיבל ברוב דעות (שמונה שופטים כנגד דעתו החולקת של כב' השופט א' א' לוי) את העתירה וקבע כי החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר בטל, בשל פגיעתו הבלתי מידתית בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי.

57. ואולם, נוכח מסקנתו של בית המשפט הנכבד כי החוק פוגע בצורה לא מידתית בזכויות חוקתיות, הוא לא נדרש להכריע בשאלה האם הפרטת בתי הסוהר נוגדת גם את סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, והשאלה נותרה ב"צריך עיון". למעלה מן הנדרש הנשיאה דאז, כבוד השופטת ביניש, העירה כי סעיף 1 *"הוא הצהרתי בעיקרו, שנועד לקבוע באופן עקרוני את תפקידי הממשלה בשיטת המשטר בישראל. משכך ישנו קושי לבסס עליו טענות כנגד חוקתיות הפרטתם של שירותים ממשלתיים שונים"*.

58. בדבריה בהקשר זה ציינה כבוד הנשיאה, בלא לטעת מסמרות, כי *"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. וכעולה מן האמור לעיל, הסמכויות הכרוכות בכליאת אסירים **ובהפעלת כוח מאורגן בשם המדינה**, אכן נכללות בגדר אותו "גרעין קשה". כמובן שקבלת פרשנות מעין זו תחייב לשרטט באופן ברור את גבולותיו של אותו "גרעין קשה"; **שכן ניתן להניח כי אין מניעה חוקתית מפני הפרטת חלק מכריע מהשירותים שמספקת המדינה, ועניין זה מצוי בעיקרו במתחם שיקול הדעת של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת**" (סעיף 63 לפסק דינה, הדגשות אינן במקור; וראו חוות דעת כב' השופטת חיות בפסקה 3 לפסק דינה, אשר הצטרפה לעמדת הנשיאה ביניש בנוגע לקושי הקיים "למצוא בהוראת סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה עיגון חוקתי לסמכות הכליאה כסמכות שלטונית גרעינית שאינה ניתנת להעברה").

59. החלטת בית המשפט להותיר את פרשנות סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה ב"צריך עיון" נובעת בין היתר מכך כי ככלל ההכרעה בעניין הפרטה של שירותים ציבוריים היא החלטה שהיא ביסודה עניין של מדיניות חברתית, בה בית המשפט הנכבד ממעט להתערב, כפי שהבהיר כב' הנשיא ברק כבר בפסק הדין בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 438 (1995), 'השאלה אינה אם החוק הוא טוב, יעיל, מוצדק. השאלה היא אם החוק הוא חוקתי. **מחוקק 'סוציאליסטי' ומחוקק 'קפיטליסטי' עשויים לחוקק חוקים שונים ומנוגדים, אשר כולם ימלאו את דרישותיה של פסקת ההגבלה**".

60. עמדת המשיבה היא שיש לפרש את סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה באופן המותיר את שיקול הדעת באשר למדיניות חברתית, ובכלל זה היכולת להפריט שירותים ציבוריים בידי המחוקק. במקרים בהם, בדומה לעניין הפרטת בתי הסוהר, אגב הליך של הפרטה, נפגעות זכויות חוקתיות, בית המשפט הנכבד יכריע בעניין הפגיעה בזכויות אלו, והאם הפגיעה בהן עומדת בדרישות פסקת ההגבלה.

61. בעניין זה המשיבה תוסיף ותדגיש כי הכרעה לפיה סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה כולל בתוכו הגבלה על סמכות הכנסת להפריט שירותים ממשלתיים בחקיקה ראשית, או לחילופין להפריט "גרעין קשה" של סמכויות כאמור, כאשר ההגבלה אינה משתמעת בהכרח מלשון הסעיף, היא קביעה נורמטיבית שאין לה מקום, ועל כל פנים המקרה שלפנינו אינו המקרה המתאים להכריע בכך.

ב. התיקון אינו מאפשר אצילה של סמכויות המצויות ב"גרעין הקשה" של סמכויות הממשלה

62. המשיבה תטען כי במקרה הנדון יש לדחות את טענתם הכללית והבלתי מבוססת של העותרים, ולפיה תחומי הפעילות אותם מסמך החוק להעביר לחטיבה להתיישבות מצויים באותו "גרעין קשה" של סמכויות שלטוניות, אשר כאמור לעיל אף לגביהם לא הוכרע, כאמור, כי הם חייבים להינתן רק על ידי הממשלה.

63. התחומים בהם רשאית הממשלה לאצול סמכויות על פי התיקון הם בתחום ההתיישבות ושאר תחומי הפעילות של ההסתדרות הציונית (סעיף 6 ב(ב)(3)). תחומי הפעילות של ההסתדרות

הציונית נקבעו באמנה בין ממשלת ישראל וההסתדרות הציונית, אשר נכרתה מכוח סעיף 7 לחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל תשי"ג-1952.

64. האמנה שנכרתה לראשונה ביום 2.12.54 ותוקנה בשנת 1979 קובעת כי תחומי הפעילות של ההסתדרות הציונית במדינת ישראל יהיו: "(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 ובנוקמים אחרים לעזרה ולשירותים חברתיים. ובלבד שמוצהר על ידי ההסתדרות הציונית כי תבצע רק את אותן פעולות, בתחומי התפקידים המוגדרים לעיל, אשר הסוכנות היהודית אינה מבצעת אותן, בתחומי תפקידיה, הלכה למעשה".

65. כפי שניתן לראות מהרשימה המפורטת לעיל, ישנם הבדלים משמעותיים בין השירותים שנאסרה הפרטתם במסגרת פסק הדין בעניין הפרטת בתי הסוהר, ובין השירותים שניתן לאצול לידי החטיבה להתיישבות במסגרת התיקון הנדון.

66. בפסק הדין בעניין הפרטת בתי הסוהר דן בית המשפט בהפרטת סמכויות הנוגעות לשלילת חירות אישית, ובסמכות הממשלה להשתמש בכוח שלטוני כלפי אזרחיה. בית המשפט הדגיש את החשיבות של זכויות אלו:

"הזכות לחירות אישית הינה ללא ספק מזכויות היסוד המרכזיות והחשובות בכל משטר דמוקרטי, והיא הוכרה בשיטתנו עוד בטרם עוגנה בחוק היסוד. שלילתה של זכות זו היא אחת מהפגיעות הקשות ביותר המתאפשרות במדינה דמוקרטית המקפידה על שלטון החוק ומגינה על זכויות האדם. פגיעה בזכות לחירות אישית היא בעלת חומרה מיוחדת, מאחר שהיא כרוכה מעצם טיבה בפגיעה בשורה של זכויות אדם אחרות, שהיכולת לממשן מוגבלת מבחינה פיזית, נפשית וערכית כאחד" (סעיף 20 לפסק דינה של כב' הנשיאה דאז, בייניש, ההדגשות אינן במקור).

67. עמדת המשיבה היא שאף אם מכירים בקיומן של מגבלות חוקתיות על הפרטה, יש לפרש את הסמכויות השלטוניות שנכללות ב"גרעין הקשה" בהתאם לסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, כסמכויות שלטוניות שכרוכות בהן מעצם טיבן פגיעה בזכויות וחירויות יסוד של הפרט. המשיבה סבורה כי כך גם משתמע מדבריה של כבוד הנשיאה ביניש בעניין הפרטת בתי הסוהר.

68. ספק רב אם הסמכויות הניתנות לאצילה בהתאם לתיקון, הקשורות במימוש מדיניות התיישבותית, קליטת עולים, תמיכה במוסדות תרבות וחינוך, הקמת יישובים וסיוע לביסוסם של יישובים קיימים, נכללות ב"גרעין הקשה" של הסמכויות השלטוניות, שעה שהן אינן

קשורות מעצם טיבן בפגיעה בזכויות וחירויות פרט, ומאחר שהפעלתן על פי התיקון כפופה לפיקוח ובקרה ממשלתית. נראה שבעניין סמכויות מהסוג הנ"ל מתאימים במיוחד דברי כבוד הנשיאה ביניש "כי אין מניעה חוקתית מפני הפרטת חלק מכריע מהשירותים שמספקת המדינה, ועניין זה מצוי בעיקרו במתחם שיקול הדעת של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת".

69. בנוסף, יש להתחשב בכך כי בענייננו התיקון אינו מסמיך את הממשלה לאצול סמכויות לחברה פרטית רגילה אשר פועלת למטרות רווח (כפי שהיה בעניין הפרטת בתי הסוהר) או אפילו למלכ"ר רגיל, אלא מאפשר אצילה של סמכויות לגורם חוץ ממשלתי המשמש כזרוע ביצוע למימוש ייעודה של ההסתדרות הציונית, שהיא בעלת מאפיינים ציבוריים מובהקים, ונמנית על המוסדות הלאומיים, אשר מעמדם מוסדר בחקיקה ראשית ותחומי הפעילות שלהם מוסדרים באמנות עם הממשלה (לעניין ההבדלים בין ההסתדרות הציונית ותאגיד שהוקם בחוק ראו עע"מ 6101/13 ימית א. בטחון (1998) בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל (פורסם בנבו, 23.02.2014)).

70. בהקשר זה נזכיר את מעמדה של החטיבה להתיישבות כגוף דו-מהותי, על כל המשתמע מכך מבחינת החובות החלים עליה מכוח המשפט הציבורי, כאשר מעבר לפיקוח לו הייתה נתונה בעבר הוגברו במסגרת התיקון אמצעי פיקוח ובקרה שונים שנקבע כי יעוגנו בהסכמים עם החטיבה להתיישבות, בשים לב לאופייה ולתפקידיה הייחודיים (סעיף 6ב (ב1)) (ר' פסק דינו של כב' המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בעניין קהלת לפיו לא מדובר בעוד "קבלן שירותים", אלא בחלק מהמוסדות הלאומיים הפעילים בבניין הארץ עשרות שנים).

71. זאת ועוד, בעניין אופן ביצוע הבקרה על ידי הממשלה, יודגש כי **התיקון אינו מאציל לחטיבה את סמכויות הממשלה בתחומי הפעילות של ההסתדרות הציונית**, או מחייב את הממשלה לאצול סמכות כלשהי לחטיבה להתיישבות. **התיקון מאפשר** לאצול סמכויות לחטיבה להתיישבות, בהתאם לרצון הממשלה, כפי שייקבע בהחלטותיה. לאור זאת, הוגדר בתיקון כי רק בעת אצילת הסמכויות המתבצעת בהסכמים בין החטיבה להתיישבות ובין משרדי הממשלה השונים ייקבעו מנגנוני הבקרה הרלוונטיים לאותו הסכם ולאותן סמכויות שהואצלו, בהתאם למדיניות ממשלה מוגדרת, וכן התקצוב הנדרש לצורך ביצוע הפעולות.

72. גם טענת העותר בבג"ץ 9518/16 כי התיקון מבצע "הפרטה רדיקלית" של סמכויות הממשלה, אשר נועדה לשיטתו לאפשר לממשלה לפעול בנושאים שנויים במחלוקת, או שלא בכפוף לחובותיה החוקתיות, לכללי המינהל התקין ולשלטון החוק, אינה עולה בקנה אחד עם האמור בתיקון לחוק. התיקון אינו מבצע "הפרטה רדיקלית" או הפרטה כלל, התיקון מאפשר לממשלה לבצע אצילה בכפוף לסייגים המנויים בתיקון. על הטענה בדבר "הפרטה רדיקלית", ככל שהיא עוסקת באצילת סמכויות בניגוד לדין, להיטען ולהיבחן ביחס לסמכויות שהועברו **בפועל** על ידי הממשלה מכוח התיקון בהחלטות ממשלה, לידי החטיבה להתיישבות, תוך בחינה פרטנית של הסמכויות שהואצלו.

73. לאור כל האמור לעיל, הוראת התיקון – אשר מסמיכה את הממשלה באופן כללי לאצול סמכויות על החטיבה להתיישבות שהיא חלק מההסתדרות הציונית, אחד מהמוסדות הלאומיים, על פי בחירתה ובפיקוחה, בתחומים אשר אינם מעצם טיבם פוגעים בזכויות פרט של אזרחים אינו משנה או פוגע בעקרון החוקתי הנטען לפיו 'הממשלה היא הרשות המבצעת במדינה' המעוגן בסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, אינו הופך את החטיבה להתיישבות לרשות המבצעת, ובהתאם, התיקון לא נדרש לעמוד בדרישת השריון הצורני המעוגן בסעיף 44 לחוק-יסוד הממשלה, או בשריון המהותי ("פסקת הגבלה שיפוטית") ויש לדחות את טענות העותר בעניין זה.

ג. על בית המשפט לתת פרשנות מקיימת לתיקון

74. כמפורט לעיל בהרחבה, עמדת המשיבה היא כי התיקון אינו מאפשר אצילה של סמכויות שלטוניות הנמצאות ב"גרעין הקשה" החייבות להינתן על ידי הממשלה. אולם, גם אם ניתן לפרש כי חלק מהסמכויות אותן מוסמכת הממשלה לאצול לחטיבה להתיישבות בהתאם לתיקון נכללות באותו "גרעין קשה" של סמכויות שלטון, הרי שעל-פי ההלכה הפסוקה, על בית המשפט הנכבד לעשות כל מאמץ לפרש את התיקון באופן שיתיישב עם חוק-היסוד, וזאת כדי להימנע מהכרעה חוקתית ומהכרזה על סתירה בין החוק ובין חוק היסוד. כפי שהסבירה כב' הנשיאה ביניש בבג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פס' 15 לפסק דינה (פורסם בנבו, 28.5.2012):

"כנקודת מוצא למלאכה הפרשנית יבקש בית המשפט להימנע ככל האפשר מביטול חוק שחוקקה הכנסת, מתוך כבוד למחוקק ומתוך עקרון הפרדת הרשויות העומד במרכז שיטת המשפט הישראלית. לפיכך, פעמים רבות יעדיף בית המשפט להשאיר את החוק על כנו תוך שימוש בפרשנות המאפשרת התאמתו למערכת החוקתית ולערכי היסוד".

ראו עוד למשל, בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 276 (2004) ("אכן, כולנו שותפים לתפיסה, כי הגישה הראויה הינה כי על הפרשן של החוק לעשות כל שניתן לעשות כדי לתת לחוק אותו פירוש אפשרי אשר יתאים לחוקה (ואצלנו – חוק היסוד) ולא ינגוד לה").

כך גם הבהיר פרופ' ברק בספרו שופט בחברה דמוקרטית (2004) כי:

"השופט יכריז על חוק כנוגד את חוק היסוד רק אם יגיע למסקנה כי אין כל אפשרות לפרש את החוק באופן שאינו נוגד את חוק היסוד. הזהירות הנדרשת בתחום זה מחייבת את השופט לעשות כל מאמץ לפרש את החוק באופן שהוא יתיישב עם חוק היסוד. מבין פירושים אפשריים אחרים של החוק יש לבחור באותו פירוש שעולה בקנה אחד עם חוק היסוד. יש להימנע מפירוש היוצר ניגוד לחוק היסוד. בטרם יפנה השופט אל 'הנשק הלא קונבנציונלי' של ביטול החוק בהיותו נוגד לחוק היסוד, עליו לעשות שימוש ב'נשק קונבנציונלי' של פירוש החוק. רק במקום שהפירוש אינו מסיר את אי-החוקתיות יש לעבור למישור החוקתי" (שם, בעמ' 343).

הדברים אף קיבלו ביטוי בפסק הדין בבג"ץ 8425/13 **איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל**, פסי' 202 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן, פסי' 52 לפסק דינו של כב' הנשיא גרוניס ופסי' 13 לפסק דינו של כב' השופט הנדל (פורסם בנבו, 22.09.2014).

75. יוצא אם כן שגם אם בית המשפט יחדש הלכה לפיה ישנן סמכויות שלטוניות שחייבות להתבצע רק על ידי הממשלה, וכי חלק מהסמכויות שניתן לאצול לחטיבה להתיישבות בהתאם לתיקון נכללות בגרעין הקשה זה, על בית המשפט לפרש את התיקון באופן שימנע את הסתירה כאמור. בהתאם, על מנת שבית המשפט יכריע כי התיקון **משנה** את חוק-יסוד: הממשלה, על העותר להוכיח כי **אין שום סמכות שניתן לאצול בהתאם לתיקון אשר אינה בגרעין הקשה**, ועל כן לא ניתן לפרש את הסמכות לאצול סמכויות לחטיבה להתיישבות ככזו שמתיישבת עם האמור בחוק היסוד.

ד. האצילה בתיקון התבצעה בהתאם לסעיף 33 לחוק-יסוד: הממשלה ואינה סותרת את סעיף 31 לחוק-יסוד הממשלה

76. עוד טוענים העותרים כי סעיף 33 לחוק-יסוד: הממשלה קובע באילו מקרים ובאיזה הליך פרוצדוראלי רשאית הממשלה או חבר ממשלה להאציל מסמכויותיו.

הסעיף קובע כי:

"(א) 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.

(ב) סמכות הנתונה לאחד השרים על פי חוק או שהועברה לו על פי סעיף 31(ב), למעט סמכות להתקין תקנות, רשאי השר לאצול, כולה, מקצתה או בסייגים, לעובד ציבור.

(ג) סמכות שהממשלה אצלה לשר, למעט סמכות להתקין תקנות, רשאי השר לאצלה, כולה, מקצתה או בסייגים, לעובד ציבור אם הסמיכה אותו הממשלה לכך.

(ד) בסעיף זה, סמכות הנתונה לממשלה או לשר, לרבות חובה המוטלת עליהם.

(ה) הוראות סעיף זה יחולו אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק המקנה את הסמכות או המטיל את החובה"

77. סעיף 33 לחוק-יסוד: הממשלה קובע מה הם המקרים בהם רשאית הממשלה או שרי הממשלה לאצול סמכויות המוטלות עליהם מכוח דין. הסעיף קובע כי הממשלה רשאית לאצול סמכות לשרים (למעט סמכות להתקין תקנות), וסמכות הנתונה לשר (למעט סמכות שהועברה לו מהממשלה או סמכות להתקין תקנות) הוא יכול לאצול לעובד ציבור. הסעיף אינו חל על הסמכות השיוורית של הממשלה (סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה).

78. כאמור, העותרים טוענים כי סעיף 6 לחוק סותר את הוראת סעיף 33 לחוק-יסוד: הממשלה, וזאת, לטענתם, משום שסעיף 33 לחוק היסוד מאפשר רק אצילת סמכויות לעובד ציבור (פסי' 35-30 בבג"ץ 778/17, פסי' 119-121 לעתירה בבג"ץ 9518/16).

79. ואולם, בטיעונם בעניין זה מתעלמים העותרים כליל מסעיף 33(ה) לחוק היסוד הקובע מפורשות כי הוראות סעיף 33 בדבר הגבלה על סמכות האצילה "יחולו אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק המקנה את הסמכות או המטיל את החובה".

80. במלים אחרות, חוק יסוד: הממשלה השאיר פתח לאצילת סמכות לגורם פרטי אף באופן משתמע, וקל וחומר כאשר בחוק המסמיך קיימת הוראה הקובעת אחרת בלשון מפורשת. בענייננו, כאמור, התיקון מסמיך בצורה מפורשת את הממשלה לאצול מסמכויותיה לחטיבה להתיישבות (סעיף 6ב(א) לחוק). נוכח ההסמכה המפורשת המעוגנת בתיקון לאצול מסמכויותיה של ממשלת ישראל להסדרות הציונית העולמית באמצעות החטיבה להתיישבות, ברי כי אין כל סתירה בין סעיף 6 לחוק ובין הנורמה החוקתית המעוגנת בסעיף 33 לחוק-יסוד: הממשלה.

81. יודגש כי גם הפסיקה הכירה בסמכות הממשלה לאצול סמכויות לגופים פרטיים (ראו למשל פסק דינו של כבוד השופט ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 2017/91 אליעזר ויטנר נ' אוניברסיטת תל-אביב, מה(4) 736 (1991), עמ' 738 "יתרה מזאת, אפילו הייתה האוניברסיטה תאגיד במשפט הפרטי בלבד, ניתן היה להסמיכה מכוח חוק לבצע פעולות ולקיים תפקידים ציבוריים באופיים. מכוח הסמכה זו מתרחבים כוחותיו של אותו גוף וכוללים - בנוסף לכוחותיו "הרגילים" (פרטיים או שלטוניים) - גם כוחות שלטוניים מיוחדים, שדבר החקיקה המיוחד העניק לו"; בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות פ"ד מו(1)410, פסי' 19 לפסק דינו של כבוד השופט ברק (כתוארו אז) לפיו ישנם מקרים בהם ניתן להסיק מהחוק סמכות לבצע אצילה לגוף פרטי "נדרשות נסיבות מיוחדות המאפשרות הסקה (משתמעת) של תכלית חקיקתית, המאפשרת אצילה לגורם פרטי"; וכן בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, נז(3) 652 (2003)).

82. בהתאם, לא רק שהתיקון אינו סותר את סעיף 33 האמור, אלא למעשה הוא מיישם את דרך הפעולה הקבועה בסעיף 33 לחוק היסוד – עיגון האצילה בחקיקה ראשית מפורשת, תוך הותרת שיקול הדעת המהותי על ביצוע האצילה בידי המדינה.

83. בנוסף העותר בבג"ץ 9518/16 קורא את סעיף 33 לחוק-יסוד: הממשלה יחד עם סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, ובהתאם מסיק כי הממשלה היא הרשות המבצעת ולכן היא אינה רשאית לאצול מסמכויותיה לידי גוף פרטי (ראו פסי' 132 בבג"ץ 9518/16).

84. טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם לשון חוק-יסוד: הממשלה. מלשון סעיף 33 לחוק יסוד: הממשלה ברור כי הוא אינו עוסק בשאלה של הפרטת שירותים ממשלתיים, אלא בשאלה למי רשאית הממשלה או השר לאצול סמכויות שהוקנו להם מכוח החוק. העברה של סמכויות שהוקנו מכוח חוק לידי גוף או אדם בניגוד להוראות סעיף 33, בין אם הוא פרטי או אורגן אחר

בתוך הממשלה היא פעולה שנעשית בחוסר סמכות חוקית. אולם, אם יש הסמכה חוקית לאצול את הסמכויות מבחינת סעיף 33 אין בכך כל בעיה.

85. גם בטענתו של העותר בבג"ץ 9518/16 לפיה התיקון סותר את סעיף 31 לחוק-יסוד: הממשלה אין ממש. מלשון הסעיף ברור שהוא עוסק בחלוקת התפקידים ושינוי תחומי אחריות בין משרדי הממשלה ובכלל אינו נוגע לשאלה של אצילת סמכויות.

2. התיקון אינו סותר את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

86. לטענת העותרים, התיקון פוגע בזכות לשוויון ולכבוד של המיעוט הערבי ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה, כך "העברת ממשל לגוף, אשר קבע באופן מפורש כי יעדיו הם לשרת את האוכלוסייה היהודית בלבד, מהווה פגיעה בזכות לשוויון ובזכות לכבוד של האוכלוסייה הערבית בישראל" (פס' 49 לעתירה בבג"ץ 778/17), וכך "המשמעות הברורה של הפעלת סמכויות שלטוניות של שיכון, בינוי, קידום עסקים ותיירות, השקעה בתרבות וכדומה, באמצעות החטיבה להתיישבות, מפלה את האוכלוסייה הערבית במדינת ישראל ומונעת ממנה לקבל חלק שווה מתקציבים אלו" (סעיף 140 לעתירה בבג"ץ 9518/16).

87. בפועל, העותרים מבקשים מבית המשפט לקבוע בצורה קטגורית כי הממשלה אינה רשאית לאצול סמכויות לידי אף אחד מהמוסדות הלאומיים, וכי בעצם השימוש במוסדות הלאומיים יש פגיעה אינהרנטית בשוויון החוקתי של האוכלוסייה הערבית.

88. טענה מרחיקת לכת זו של העותרים אינה מתיישבת עמדתו של בית המשפט הנכבד בעניין קהלת, בו קבע כבוד המשנה לנשיאה, השופט רובינשטיין כי המדינה רשאית לעשות שימוש בהסתדרות הציונית, אולם עליה לעשות זאת בפיקוח.

"החטיבה להתיישבות היא חלק מן המוסדות הלאומיים – ההסתדרות הציונית – ומעוגנת מוסדית בהיסטוריה חשובה ומשמעותית של הציונות ובניין הארץ דבר שעליו כשלעצמו אין המשנה ליועץ המשפטי חולקת, ואדרבה. קשה מאוד להתייחס אליה כ"קבלן שירותים" גרידא. מאידך גיסא, על החטיבה לפעול על פי דין ובשקיפות, ולא להיות חלילה "חור שחור" באופן כלשהו לעומת מערכת הממשל בחינת "עוקף כללי הממשל", ועל כך לכאורה אין חולק. אם מוטלות על החטיבה משימות, בלא שניכנס להגדרתן, היא אינה יכולה כמובן לפעול עקרונית באופן שונה מאשר משרדי הממשלה המפעילים אותה, כדי שלא ליצור אפשרות לחריגה מהוראות שאילולא כן היו מחייבות משרד ממשלתי"

89. בהתאם, התיקון קובע כי ניתן לאצול סמכויות לחטיבה להתיישבות, ואילו המדינה היא זו שמגדירה לחטיבה את היעדים והמדיניות בכל הסכם, בין אם בהסכם כללי ובין אם פרטני. כמובן שבקביעת היעדים נתונה הממשלה לדיני המנהל הציבורי, ולעקרון השוויון החוקתי, והחלטתה נתונה לתקיפה מינהלית (ראו עניין קעדאן).

90. בהתאם, לאור חובת המדינה לנהוג בשוויון, עמדת המשיבה כי אין בעצם ההסמכה הכללית בחוק לאצול סמכויות לחטיבה להתיישבות, שהיא זרוע של ההסתדרות הציונית, משום פגיעה מובנת בשוויון החוקתי של הציבור הערבי במדינת ישראל.

91. בנוסף, יש גם לדחות את טענת העותרים כי קיים פסול בחלק ההצהרתי של התיקון, הקובע כי:

"מדינת ישראל מכירה בייחודה של החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית (להלן - החטיבה להתיישבות) כאחת מזרועות הביצוע למימוש ייעודה של ההסתדרות הציונית העולמית, בעלת יכולת מקצועית מוכחת בתחום פיתוח ההתיישבות בארץ ישראל" (סעיף 6ב א)).

92. סעיף הצהרתי זה, אשר אינו טומן בחובו סמכויות אופרטיביות, משתלב בנוסח חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית ושל הסוכנות היהודית בארץ ישראל, אשר בו חלקים נרחבים בעלי אופי "הצהרתי" (ראו דבריו של כבוד המשנה לנשיאה, השופט רובינשטיין בעמ"מ 6101/13 ימית א. בטחון (1998) בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל (פורסם בנבו, 23.02.2014): "מדובר איפוא בחוק ייחודי שבא להצהיר על הקיים ולבססו, ולא ליצור יש מאין"; ראו עוד פסק דינו של המשנה לנשיא אלון בבג"ץ 4212/91 המוסד החינוכי הממלכתי דתי העל-יסודי לבנות "בית רבקה" נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פ"ד מז(1) 661, 667 (1993): "גופו של החוק, ביסודו, אינו אלא הצהרתי בלבד, אין הוא קובע סמכויות שלטוניות ואין הוא מאציל אותן").

93. כך סעיף 2 לחוק קובע כי:

"ההסתדרות הציונית העולמית מאז היווסדה לפני יובל שנים עמדה בראש תנועת העם היהודי ומאמציו להגשים חזון דורות לשוב למולדתו, ובעזרת חוגים וגופים יהודים אחרים נשאה באחריות מרכזית לכינון מדינת ישראל"

וסעיף 2א קובע כי:

"הסוכנות היהודית לארץ-ישראל היא התאגדות מרצון עצמאית, מורכבת מן ההסתדרות הציונית העולמית ומארגונים וגופים אחרים; היא פועלת במדינת ישראל בתחומים שבחרה בהסכמת הממשלה."

94. על כן, לעמדת המשיבה אין בחלק ההצהרתי של החוק כדי לתמוך בטענות העותרים לפיהם יש בחוק כדי לפגוע בזכותם לשוויון.

4. הריסון והזהירות הנדרשים בהפעלת ביקורת חוקתית

95. ככלל, על-פי ההלכה הפסוקה, על בית המשפט לנהוג בזהירות ובריסון בבואו להפעיל את סמכותו לביקורת חוקתית על חוקי הכנסת. ראו לעניין זה, דברי כב' השופט זמיר בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996):

"המסר העיקרי הוא, לדעתי, שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק לא באו לעשות את חוקי הכנסת טרף קל לכל מי שדעתו אינה נוחה מחוק. חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט... צריך להיות ברור לכל בר-דעת שבית המשפט אינו אמור לעשות שימוש בסמכותו לבטל חוק, אלא במקרה בולט של פגיעה מהותית בזכויות יסוד או בערכים בסיסיים. כבוד האדם אינו צריך לדחוק את כבוד החוק".

וכן דברי כב' השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 1548/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים (פורסם בנבו, 14.7.2008):


"בבחינת חוקתיות של חוק הכנסת, נוהג בית המשפט, מלכתחילה, בריסון שיפוטי רב בבואו להפעיל את ביקורתו השיפוטית. לא על נקלה יכריז בית המשפט כי חוק שחוקקה הכנסת הינו בלתי חוקתי... עיקרון זה נטוע בתורת הפרדת הרשויות, העומדת ביסוד המשטר הדמוקרטי בישראל" (פסי' 17 לפסק דינה).

96. דברים אלה יפים גם לענייננו. אכן, במקרה דנן התיקון מאפשר אצילה של סמכויות לידי החטיבה להתיישבות במגוון רחב של תחומים, אולם התיקון הוא במידה רבה תיקון מסגרת אשר יוצר פלטפורמה שעל בסיסה הממשלה יכולה לאצול סמכויות לחטיבה להתיישבות לצורך קידום מדיניותה, כאשר כל המוטל עליה מעוגן באופן ברור וחד משמעי, בפיקוח ובקרה, ומבלי שבאופן הפעלת הסמכויות הללו יהיה משום הפליה כלפי מאן דהוא. בהתאם עיקר המבחן של התיקון הוא יישומו בפועל, אשר לא בשלה העת לדון בו, וודאי שאין מקום להתערב בתיקון המסמך.

97. אשר על כן, נוכח כל האמור, תטען המשיבה כי דין העתירות נגד חוקתיות התיקון להידחות.

היום: 5 באפריל, 2017
ט' בניסן, התשע"ז


צביאל גבון, עו"ד
ב"כ הכנסת


רון דהרי – בן-נון, עו"ד
ב"כ הכנסת