

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 9518/16

בג"ץ 778/17

קבוע: 25.4.2017

פרופ' אלון הראל

על-ידי ב"כ עוה"ד חגי קלעי ואוהד רוזן
קלעי, רוזן ושות' משרד עורכי דין
רח' קלישר 30, תל-אביב
טל': 03-7943040 ; פקס: 03-7943065

העותר בבג"ץ

9518/16

1. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, ע"ר 580312247

2. האגודה לזכויות אזרח בישראל, ע"ר 580011567

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.il

וכן ע"י ב"כ עוה"ד רוני פלי ו/או דן יקיר ואח'

האגודה לזכויות האזרח בישראל

רחוב 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. **כנסת ישראל**

על-ידי היועץ המשפטי לכנסת

הלשכה המשפטית, כנסת ישראל

טל': 02-6408636 ; פקס: 02-6753495

2. **ממשלת ישראל**

על-ידי פרקליטות המדינה, משרד המשפטים

רח' צלאח א-דין 29, ירושלים 91010

טלפון: 02-6466590 ; פקס': 02-6467011

3. **החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית**

על ידי ב"כ עוה"ד יאיר עשהאל ונגה גל

משרד א. אברמזון ושות', עורכי דין

רח' ביתר 2 (בית הטיילת), ירושלים

טל': 02-5654000 ; פקס: 02-5654001

המשיבים בבג"ץ

9518/16

1. **כנסת ישראל**

ע"י היועץ המשפטי לכנסת
הלשכה המשפטית, כנסת ישראל
טל': 02-6408636 ; פקס': 02-6753495

2. ממשלת ישראל

3. שר החקלאות

על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טל': 02-6466590 ; פקס': 02-6467011

4. החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית

ע"י ב"כ עוה"ד יאיר עשהאל ונגה גל
משרד א. אברמזון ושות', עורכי דין
רח' ביתר 2 (בית הטיילת), ירושלים
טל': 02-5654000 ; פקס': 02-5654001

תגובה לעתירות מטעם המדינה

בהתאם להחלטת כב' השופט פוגלמן מיום 29.3.2017, ולקראת הדיון הקבוע בעתירות, מתכבדת המדינה להגיש תגובה מטעמה, כדלקמן:

מבוא

1. עניינן של העתירות בבקשת העותרים כי בית המשפט הנכבד יכריז כי סעיף 6ב לחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל, תשי"ג-1952 (להלן: "חוק הסדרת מעמד החטיבה" או "חוק החטיבה") בטל; ולחלופין כי יש לבטל את החלטת הממשלה מס' 1998 מיום 9.10.16 שכותרתה "אצילת סמכויות הממשלה בתחום ההתיישבות והסדרת מערכת היחסים שבין ממשלת ישראל לבין החטיבה להתיישבות (להלן: "החלטה 1998").
2. עמדת המדינה הינה כי דין העתירות להידחות ולהלן תפרט טעמיה.

בתמצית ייאמר, כי טענות העותרים במישור החוקתי אינן מניחות תשתית מספקת לסעד החריג של ביטול חקיקה. גם במישור המנהלי סבורה המדינה כי המנגנונים שנקבעו במסגרת החלטת הממשלה ויקבעו בהסכם המסגרת, לרבות המעורבות הממשלתית והחלת חובות מתחום המשפטי הציבורי על החטיבה, נותנים מענה לחששות השונים המועלים על ידי העותרים בעתירתם. דברים אלה מקבלים משנה תוקף, בשים לב למעורבותו של היועץ המשפטי לממשלה באישורה המשפטי של החלטת הממשלה, וכאשר בהתאם לקבוע בהחלטת הממשלה, גם הסכם המסגרת כפוף לאישורו של היועץ המשפטי לממשלה.

העתיירות מבוססות, במידה רבה, על תשתית עובדתית ומשפטית אשר שררו עובר לחוות הדעת בעניינה של החטיבה ולתיקון לחוק להסדרת מעמד החטיבה. ואולם, בהקשר זה נעשה שינוי משמעותי, עת החליטה הכנסת לתקן את החוק, ולהסמיך בתקימה את הממשלה להאציל סמכויות להסדרות הציונית העולמית, באמצעות החטיבה להתיישבות. בהמשך לתיקון לחוק, הסדר זה הושלם באמצעות החלטת הממשלה והסכם המסגרת, בגדרם מוכפפת החטיבה לכללי מינהל תקין, ונקבעו מנגנוני בקרה ופיקוח, שיש בהם כדי ליתן מענה לחששות הנוצרים שעה שמואצלות סמכויות לגורם חוץ ממשלתי. כפי שפורט בתגובת המשיבים לבקשה למתן צו ביניים, על מנת לראות אם המנגנונים שנקבעו מספקים מענה אפקטיבי ואם יש בהם כדי ליתן מענה לחששות העותרים, ולקשיים עליהם הצביע בשעתו היועץ המשפטי בממשלה. יש ליתן למשיבים לפעול על פי המנגנון שהותווה ובהיבט זה לוקות העתיירות בחוסר בשלות, וכבר מן הטעם האמור דינן להידחות על הסף.

3. נשלים, כי בהחלטת כב' השופט פוגלמן מיום 26.1.2017, נדחתה הבקשה למתן צו ביניים בבג"ץ 9518/16, ובהתאם לאמור עומדים כיום המשיבים לפני חתימה על הסכם המסגרת מול ההסתדרות הציונית העולמית.

4. להלן יפורטו טעמי המדינה לדחיית העתיירות. נפתח ברקע הדברים הצריך לענייננו.

רקע הדברים הנדרש לענייננו

החטיבה להתיישבות - רקע היסטורי

5. ברקע הדברים יצוין, כי החוק הנתקף בעתירה הינו תיקון של חוק מעמד ההסתדרות הציונית העולמית - הסוכנות היהודית לארץ ישראל, תשי"ג-1952 (להלן: "חוק המעמד"), אשר עיגן בין היתר את הקשר בין ההסתדרות הציונית לבין מפעלי קליטה והתיישבות במדינת ישראל.

6. החטיבה להתיישבות היא יחידה בהסתדרות הציונית העולמית והיא אחד הגופים המרכזיים העוסקים בקידום ובטיפול בנושאים הקשורים בהתיישבות ובמרחב הכפרי. החטיבה להתיישבות הוקמה בשנת 1971, כגוף ביצוע שתכליתו לפעול לפיתוח ההתיישבות. הרקע להקמתה היה פנייתו בשנת 1967 של ראש הממשלה דאז, לוי אשכול, ליושב ראש ההנהלה הציונית, אריה ל' פינקוס, בה ביקש אשכול את סיועה של ההסתדרות הציונית בקידום ההתיישבות בשטחים "המוחזקים". וזו לשון הפנייה:

"הואיל וממשלת ישראל החליטה לטפל בעיבוד קרקעות בשטחים המוחזקים, ומאחר שלמחלקת ההתיישבות של ההסתדרות הציונית ניסיון של עשרות שנים בהקמת יישובים חקלאיים, אבקשך מאוד לדאוג לכך, כי מחלקת ההתיישבות

**של ההסתדרות הציונית תסייע בידי ממשלת ישראל בביצוע
תכניות אלו בשטחים האמורים. כל ההוצאות בנידון יהיו על
חשבון הממשלה" (מכתבו של לוי אשכול מיום 9.11.1967
ליו"ר ההנהלה הציונית).**

7. ואכן, ההסתדרות הציונית קיבלה על עצמה לקדם את פיתוח ההתיישבות באזור יהודה, שומרון, עזה, בקעת הירדן והגולן, כאשר כל תקציבה לשם כך מקורו בתקציב המדינה. עד לשנת 1992 פעלה החטיבה להתיישבות כחלק בלתי נפרד מהמחלקה להתיישבות של הסוכנות היהודית, כאשר המחלקה להתיישבות של הסוכנות היהודית הייתה אחראית על היישובים הנמצאים בתחומי "הקו הירוק" ואילו באחריות החטיבה היו היישובים המצויים מחוץ לגבולות "הקו הירוק". בעקבות תמורות שחלו בסוכנות היהודית, למן שנת 1993 החלה החטיבה לפעול כגוף נפרד ובמנותק מהמחלקה להתיישבות של הסוכנות היהודית. משנת 2002 הוחלט כי החטיבה להתיישבות תפעל אף בנגב (החלטת ממשלה מס' 2517, מיום 18.9.2002), ומשנת 2004 הורחב תחום פעילותה של החטיבה אף לגליל (החלטת ממשלה 2701 מיום 8.1.2004).

8. במהלך השנים בוצעו מספר פעולות והתקבלו מספר החלטות ממשלה שנועדו להסדיר את פעילותה של החטיבה להתיישבות מול הממשלה ולהחיל נורמות נדרשות על פעילותה. במסגרת זו, בין היתר, נחתם בשנת 2000 הסכם בין הממשלה, באמצעות החשב הכללי, לבין ההסתדרות הציונית, בעניין פעילותה ותקצובה של החטיבה (זאת בין היתר בעקבות ביקורת שנכתבה בהקשר זה בדו"חות מבקר המדינה). לאורך השנים, תקציב החטיבה מומן באופן ישיר ומלא מתקציב המדינה.

בנוסף, בהחלטת ממשלה מס' 2069 מיום 22.7.2007 נקבע כי שר החקלאות ופיתוח הכפר יהיה השר הממונה על החטיבה, וכי החטיבה היא גוף ביצוע חיצוני בעל ידע ניסיון ומומחיות בתחום ההתיישבות. בהחלטה נקבעו מנגנוני פיקוח על תקציבה של החטיבה, תכנית העבודה שלה ופעולותיה, ופעילותה הוכפפה לעקרונות המיועדים להבטיח מינהל תקין, לרבות התקשרויות לפי דיני המכרזים, עקרונות חוק חופש המידע ושוויון, בהתיישבות הכפרית והחקלאית בכלל המגזרים.

בהחלטת ממשלה מס' 601 מיום 19.7.2009 נקבעו מטרות החטיבה ויעדי פעילותה וכן הוראות לעניין גיבוש ואישור תוכנית העבודה השנתית שלה. בהחלטה זו נקבע עוד כי תכנית העבודה של החטיבה תגובש בהתבסס על אמות מידה ענייניות ושוויוניות, ותתן דגש ליישובים במצוקה בכלל המגזרים, והיא תפורסם באתר האינטרנט של החטיבה ושל משרד החקלאות ופיתוח הכפר. בד בבד עם גיבושה על החלטתה ממשלה זו, בוצעה בחינה של נהלי התמיכה של החטיבה להתיישבות על ידי גורמי המקצוע במשרד החקלאות ופיתוח הכפר, לרבות היועץ המשפטי של המשרד. בהנחיית המשרד, נוסחו מחדש נהלי העבודה של החטיבה במטרה להביא לכך שהקצאת המשאבים שבוצעה בשעתו על ידו, תיעשה בהתאם לאמות מידה שוויוניות.

בהחלטת ממשלה מס' 3336 מיום 19.6.2011, הועברה האחריות לפעילות החטיבה להתיישבות ממשרד החקלאות ופיתוח הכפר למשרד ראש הממשלה.

חוות דעת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ)

9. על אף הדברים האמורים, בעקבות פניות שונות בעניינה של החטיבה להתיישבות, נערכה עבודת בחינה משפטית בשיתוף משרדי הממשלה הרלוונטיים, אשר בסיומה ניתנה חוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), עוה"ד דינה זילבר, מיום 26.2.2015, שהצביעה על "צבר אנומליות בקשר שבין המדינה לחטיבה" ומכלול השלכותיהן (להלן: "חוות הדעת"). חוות הדעת הופנתה לממשלה, ועסקה בעיקרה בניתוח הסמכויות השונות הממומשות בפועל על ידי החטיבה להתיישבות והלימתן לגבולות ההסתייעות המותרת לממשלה בידי רשות שאינה שלטונית.

חוות הדעת צורפה לעתירה בבג"ץ 9518/16 כנספח 2

עיקרם של הקשיים עליהם הצביעה חוות הדעת: היקף ומגוון הסמכויות שמומשו בידי החטיבה, טיבן והצטברותן חרגו מגבולות ההסתייעות המותרת לרשות שלטונית ועלו כדי התפרקות אסורה; הפער בין מעמדה הנורמטיבי של החטיבה והיקף החובות החלות עליה אל מול טיב הפעולות והסמכויות אותן מימשה, אשר יצרו מצב בו סמכויות שלטוניות בוצעו שלא בהתאם לסטנדרטים הנורמטיביים החלים על רשויות השלטון; על אף היקף הסמכויות והתקציבים שהועברו לחטיבה להתיישבות, יכולת הפיקוח הממשלתית על פעולותיה הייתה מצומצמת ובעלת אפקטיביות מוגבלת משני טעמים מרכזיים: התקציבים הועברו לחטיבה שלא במסגרת התקשרויות אלא בתקצוב ישיר בדומה לתקצובם של גופים ממשלתיים, ומשום העדר כפיפות ארגונית למערך הממשלתי ולדין המשמעותי.

10. בגדרה של חוות הדעת נקבעו הנחיות משפטיות, לפיהן: הממשלה תשיב לידה את כל הפעולות שביצעה החטיבה ואשר עניינן קביעת מדיניות, יצירת סדרי עדיפויות והפעלת שיקול דעת. עוד נקבע, כי החטיבה לא תקצה עוד משאבים וכספים לגורמים שלישיים, אשר סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985, היה חל לגביהם, אלא על הקצאה וחלוקה כאמור להיעשות ישירות על ידי הממשלה. נקבע כי למן הצעת חוק התקציב 2015 ייפסק תקצובה הישיר של החטיבה להתיישבות בין בחוק התקציב ובין בדרך של העברות כספים ישירות ואחרות (ואכן החטיבה תוקצבה באותה שנה ב"תקציב 0" בחוק התקציב. עד לאישור התקציב לשנת 2015 התנהלה החטיבה על דרך תקציב המשכיל). ככל שהממשלה תבקש להסתייע בחטיבה להתיישבות כגוף ביצועי, הרי שהדבר יעשה בדרך של התקשרויות ובהתאם לחוק חובת המרכזים והתקנות מכוחו. על התקשרויות אלו להיות גזורות, קונקרטיות ואגב פרויקט פרטני.

11. בעקבות חוות הדעת החלה בממשלה בחינה מחודשת של מערכת היחסים בין הממשלה לבין החטיבה, זאת על יסוד תפיסה כי הממשלה מעוניינת בהמשך הפעלתה של החטיבה להתיישבות לביצוע המשימות אותן ביצעה לאורך השנים, ובכוונתה למצוא את הדרך הראויה והמתאימה להסדרת פעילות זו בהמשך.

12. ביני לביני, לאחר מתן חוות הדעת הוגשו לבית המשפט העליון שתי עתירות. האחת, בג"ץ 3301/15 זהבה גלאון נ' סיעת הליכוד בכנסת ה-20, תקפה סעיפים בהסכם הקואליציוני שבין סיעת הליכוד וסיעת הבית היהודי, אשר עניינם היה בתקצוב והעברת כספים לחטיבה להתיישבות, ואשר לגביהם נטען כי הם סותרים באופן מהותי את ההנחיות המשפטיות שבחוות הדעת. ואילו העתירה השנייה, בג"ץ 3664/15, פורום קהלת נ' היועץ המשפטי לממשלה, תקפה את חוקיות חוות הדעת, הקביעות המשפטיות הכלולות בה ואת סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה בנתינתה.

ביום 29.6.2015 דחה בית המשפט העליון את שתי העתירות, ובפסק דינו נכתב כדלקמן:

"נוסיף: החטיבה להתיישבות היא חלק מן המוסדות הלאומיים - ההסתדרות הציונית - ומעוגנת מוסדית בהיסטוריה חשובה ומשמעותית של הציונות ובניין הארץ [...]. 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".

בנוגע לעתירה הראשונה (הרלוונטית לענייננו כעת) נקבע כי חלוקת הכספים על ידי הממשלה "לא תיעשה בלא שתהא כדוין" וכי "הדעת נותנת כי הכנסת והממשלה לא תסכנה להשתית חקיקה על כרעי תרנגולת מובהקים". בנוגע לעתירה השנייה, נדחו הטענות בדבר היעדר סמכותו של היועץ ובדבר אי החוקיות הכרוכה בה ונקבע כי חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את הממשלה, **וכל המוטל על החטיבה צריך שיהא "מעוגן באופן ברור וחד משמעי כך, שאם היא משמשת לעניין כלשהו "ידה הארוכה של הממשלה", לא ייתכן הבדל ממשי מאשר אילו עשתה הממשלה עצמה את הפעולה; והכול כדי לאפשר פיקוח ושקיפות מלאים".** בית המשפט דחה בפסק דינו את הטענות שהופנו נגד חוקיות חוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), וייחד דיון לחשיבותן של חוות דעת משפטיות ושומרי סף בפעילותה של הממשלה.

13. לאחר כינון ממשלת ישראל ה-34, הוחלט על העברת האחריות לתכלול העבודה מול החטיבה להתיישבות ממשרד ראש הממשלה למשרד החקלאות ופיתוח הכפר (החלטת ממשלה מס' 15 מיום 19.5.2015). עוד באותו היום הוקמה ועדת מנכ"לים, עליה הוטל לבחון את מודל ההפעלה של החטיבה וממסקי העבודה עימה, לנוכח הקביעות

המשפטיות שבחוות דעת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה. במקביל לעבודתה של הוועדה, קודמו בכנסת הליכי חקיקת חוק החטיבה, שיועדו לשנות חלק מהקביעות המשפטיות בחוות הדעת.

בסופו של יום, ולאור התקדמות הליכי החקיקה, המלצות ועדת המנכ"לים לא הובאו לאישור הממשלה. לאחר חקיקת החוק החל משרד החקלאות ופיתוח הכפר בעבודת המטה לגיבוש החלטת ממשלה אשר תביא לידי ביטוי את השינוי הנורמטיבי בעקבות חוק החטיבה, לצד יישום ההנחיות אשר נקבעו בחוות הדעת.

להשלמת התמונה בלבד, יצויין כי אחד מתחומי פעילותה של החטיבה להתיישבות הוא ניהול המקרקעין ביישובי המגזר הכפרי ביהודה ושומרון. חוות הדעת הצביעה על הצורך לקיים בחינה של סוגיה זו, אולם היא לא נבחנה משפטית במסגרתה. בראשית חודש פברואר 2016 מינה ראש הממשלה ועדה לבחינת נושא ניהול אדמות המדינה במגזר הכפרי ביו"ש, בשים לב למצב המקובל במגזר הכפרי בישראל, ובכלל זה בהיבטים הנוגעים לחטיבה להתיישבות. הוועדה נתבקשה להגיש המלצות בתוך חצי שנה. פרק הזמן לעבודתה הוארך בהמשך בתקופה נוספת של תשעים יום, אך בשל מורכבות הנושא עבודת הוועדה התארכה.

14. הוועדה קיימה עד כה 7 ישיבות במליאה, ובנוסף, התקיימו שתי ישיבות בנושא אצל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי) באחת הסוגיות שעלו במסגרת דיוני הוועדה. בישיבה שהתקיימה ביום 6.2.2017, הוצגו בפני המשנה ליועץ מתווים שונים בנושא ניהול האדמות במגזר הכפרי באזור. בתום אותה ישיבה, סוכם כי הנושא טעון בחינה נוספת, וכי ליבון הסוגיות המורכבות שעלו, יימשך על ידי המשנה ליועץ.

15. באחרונה נתקיימה ישיבה נוספת בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי), ולאחר בחינת המתווים השונים, הסתמן מתווה (מודל פעולה) מסויים, אשר משפטית ומקצועית ניתן לקדמו.

עמדת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה הועברה אל נציגי ועדת המקרקעין וכעת על הוועדה לשוב ולהתכנס על מנת להשלים את בחינת המתווה, על מכלול ההיבטים הנדרשים ליישומו, ולסיים את גיבוש המלצותיה והעלאתן על הכתב.

16. נושא הקצאת מקרקעי מדינה באיו"ש על ידי החטיבה להתיישבות עומד במוקד העתירה בבג"ץ 8261/15, אשר תלויה ועומדת בפני בית המשפט הנכבד. להערכת הוועדה, לשם השלמת עבודתה והגשת המלצותיה, דרוש לה פרק זמן של 5 חודשים. בהתאם להחלטת בית המשפט על המדינה לעדכן עד ליום 31.7.17 באשר להתקדמות ההליכים בוועדה.

העתק כתב המינוי צורף לתגובה לבקשה למתן צו ביניים וסומן מש/1

17. בחוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) נקבע, כי ניתן יהיה להסתייע בחטיבה, כגוף ביצועי, רק במסגרת התקשרויות קונקרטיות וגדורות, שתבחנה בהתאם להוראות חוק חובת המכרזים ותקנותיו. כמו כן נקבע כי לא ניתן יהיה להעביר לחטיבה ביצוע פעולות של חלוקת תמיכות ומשאבים לגורמים שלישיים.
18. בתגובה למתן צו ביניים פורטו שני תחומים בגדרם אושר המשך התקשרות עם החטיבה - עודפים מחויבים ושיקום עוטף עזה (ר' סעיפים 20-22 לתגובה למתן צו ביניים).

תיקון החוק נושא העתירה

19. ביום 6.7.2015 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק פרטית לתיקון חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל, תשי"ג-1952.

בדיון בוועדת השרים לענייני חקיקה החליטה הממשלה לתמוך בהצעה, תוך הערה כי ההצעה תחזור לדיון בוועדה לאחר אישורה בקריאה טרומית. לאחר אישורה כאמור, חזרה ההצעה לדיון נוסף בוועדה והממשלה החליטה לתמוך בה. יצוין כי היועץ המשפטי לממשלה הציע לחברי הוועדה להתנגד להצעת החוק, וזאת בעיקר, בשלב הזה, מן הטעם שבאותה עת פעלה עדיין ועדת מנכ"לים אשר נתבקשה להמליץ על הסדרת אופן פעולתה של החטיבה להתיישבות, וזו עדיין לא הגישה את המלצותיה לממשלה.

20. בדיונים שהתקיימו על הצעת החוק בוועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת, הצביעו נציגי היועץ המשפטי לממשלה על הקשיים שראה היועץ המשפטי לממשלה, בהצעה.

בין היתר, הצביעו נציגי היועץ על כך שבמסגרת הצעת החוק לא ברור היקף ומהות אצילת הסמכויות לחטיבה, לא קבועים מנגנוני בקרה ופיקוח על פעולות החטיבה להתיישבות וכן לא ברור מה הצעת החוק מה היקף החובות מעולם המשפט המנהלי, אשר חלות על החטיבה. בהקשר זה עמדו נציגי היועץ המשפטי לממשלה על כך שאין התאמה בין היקף הסמכויות הרחב שניתן לאצול לחטיבה בהתאם להצעת החוק (בתוך כך הסמכות להקצות משאבים), לבין הקביעה בהצעה לפיה אין באמור בחוק כדי להפוך את החטיבה להתיישבות לרשות מרשויות המדינה.

ר' נספחים ע/1-3 לעתירה.

ההצעה עברה קריאה ראשונה ביום 16.11.2015, וביום 24.12.2015 אושרה בקריאה שנייה ושלישית.

21. החוק להסדרת מעמד החטיבה נכנס לתוקפו ביום 29.12.15. כפי העולה מדברי ההסבר, התיקון נועד לאפשר את האצלת הסמכויות לחטיבה להתיישבות ולהסדיר את מערכת היחסים בינה לבין הממשלה.

22. במסגרת התיקון נוספו הוראות שעניינן, בין היתר:

- א. הכרה בייחודה של החטיבה להתיישבות כאחת מזרועות הביצוע למימוש ייעודה של ההסתדרות הציונית, בעלת יכולת מקצועית מוכחת בתחום פיתוח ההתיישבות בארץ ישראל.
- ב. הרשאתה של ממשלת ישראל, בהסכמת ההסתדרות הציונית, לאצול מסמכויותיה בתחום ההתיישבות ובתחומים נוספים **בהתאם למדיניות שעליה תחליט הממשלה**, להסתדרות הציונית, באמצעות החטיבה. לשם אצילה זו רשאית הממשלה לכרות הסכמים, כלליים או פרטניים, בין משרדי הממשלה לחטיבה להתיישבות לשם מילוי משימותיה של החטיבה **כפי שתחליט הממשלה**; ההסכמים יכללו, בין היתר, את גובה ואופן התשלום וכן **הסדרי פיקוח ובקרה**.
- ג. הכפפת התקשרויותיה של החטיבה לחוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992 ולתקנותיו, אולם זאת רק ביחס להתקשרויות של החטיבה בחוזה לביצוע עסקה בטובין, לביצוע עבודה ולרכישת שירותים (במובחן מענייני מקרקעין). כמו כן תוקן חוק חופש מידע, תשנ"ח-1998, כך שהוראותיו הוחלו, בין היתר, בכל הנוגע לניהול ענייניה הכספיים של החטיבה (לרבות מידע בדבר הוצאותיה, הכנסותיה ודו"חותיה הכספיים (במובחן מענייני המקרקעין).
- ד. החטיבה להתיישבות מוסמכת לבצע את כל הפעולות הדרושות לשם מימוש הסמכויות שנאצלו לה, מילוי החלטות הממשלה וביצוע ההסכמים שבין הממשלה לחטיבה, ובכלל זה להקצות משאבים, לבצע פעולות תכנון ופיתוח, לפרסם מכרזים ולהתקשר עם גורמים אחרים, להפעיל מערך ליווי וייעוץ להתיישבות ולסייע בפיתוח התשתיות הקהילתיות והכלכליות בהתיישבות, **והכול בכפוף להחלטות הממשלה ולהסכמים שבין הממשלה והחטיבה להתיישבות**.
- ה. נקבע כי אין באמור כדי להפוך את החטיבה להתיישבות לרשות מרשויות המדינה.

וכך קובע סעיף 66 לחוק:

"66. (א) 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.

(ב) (1) ממשלת ישראל רשאית, בהסכמת ההסתדרות הציונית העולמית, לאצול מסמכויותיה בתחום ההתיישבות ובתחומים נוספים, בהתאם למדיניות שעליה תחליט, להסתדרות הציונית העולמית, באמצעות החטיבה להתיישבות, ולשם כך רשאית היא לכרות 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;

(2) אין באצילה כאמור בפסקה (1) כדי להפוך את החטיבה להתיישבות לרשות מרשויות המדינה;

(3) בסעיף זה, "תחומים נוספים" – תחומי הפעילות שנמנו באמנה שנכרתה בין הממשלה ובין ההסתדרות הציונית העולמית לפי סעיף 7, כתפקידי ההסתדרות הציונית העולמית.

(ג) החטיבה להתיישבות מוסמכת לבצע את כל הפעולות הדרושות לשם מימוש הסמכויות שנאצלו לה לפי סעיף קטן (ב), מילוי החלטות הממשלה וביצוע ההסכמים שבין הממשלה והחטיבה להתיישבות, ובכלל זה להקצות משאבים, לבצע פעולות תכנון ופיתוח, לפרסם מכרזים ולהתקשר עם גורמים אחרים, להפעיל מערך ליווי וייעוץ להתיישבות ולסייע בפיתוח התשתיות הקהילתיות והכלכליות בהתיישבות, והכול בכפוף להחלטות הממשלה ולהסכמים שבין הממשלה והחטיבה להתיישבות.

(ד) במסגרת הפעלת סמכויותיה לפי סעיף זה, יחולו על החטיבה להתיישבות הוראות חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, בכל הנוגע להתקשרות שלה בחוזה לביצוע עסקה בטובין, לביצוע עבודה ולרכישת שירותים.

(ה) הוראות סעיף זה יחולו גם על החלטות הממשלה ועל הסכמים שהתקבלו או נחתמו לפני תחילתו של חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל (תיקון מס' 2), התשע"ו-2015, לפי העניין".

באשר לאמור בסעיף 36(ב)(3), תחומי הפעילות שנמנו באמנה בין ממשלת ישראל לבין ההסתדרות הציונית העולמית הם:

תפקידי ההסתדרות הציונית בהתאם לאמנה:

- "(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".

23. חוק החטיבה הינו הסדר עקרוני וכללי, והוא טעון השלמה במובן זה שמכוחו בלבד לא ניתן לאצול סמכויות לחטיבה והוא מחייב פירוט בשאלת הסמכויות שתואצלנה בפועל לחטיבה להתיישבות, לצד קביעת מנגנוני הפיקוח והבקרה הממשלתיים על פעולותיה. החוק מעניק לממשלה הסמכה כללית לביצוע אצילה כאמור, אך הסמכויות שתואצלנה

לחטיבה, כמו גם מנגנוני המעורבות הממשלתית, הפיקוח והבקרה, והמערך הנורמטיבי שיחול על החטיבה בפעולותיה, נקבעו בהמשך בהחלטת הממשלה וטעונים כעת עיגון ופירוט נוסף בהסכם המסגרת שעתיד להיחתם עם ההסתדרות הציונית העולמית.

החלטת הממשלה

24. לצורך יישומו של החוק, התקבלה ביום 9.10.2016 החלטת ממשלה 1998, ובמסגרתה הוחלט לאצול מסמכויות הממשלה בתחומים שפורטו בה לשר התקלאות ופיתוח הכפר, אשר יאצילן להסתדרות הציונית העולמית באמצעות החטיבה להתיישבות. כל זאת, בכפוף להסדרת מערכת היחסים בין הממשלה לבין החטיבה באופן שיאפשר פיקוח אפקטיבי מטעם הממשלה על החטיבה. כבר כעת יצוין, כי החלטת הממשלה גובשה בליווי היועץ המשפטי לממשלה, אשר קיים מספר ישיבות במטרה לעמוד על הנקודות השנויות במחלוקת ולהבטיח מנגנוני פיקוח וביקורת שיתנו מענה לאצילת הסמכויות הרחבה, שנקבעה בהחלטת הממשלה, ואף אישר את נוסחה הסופי של ההחלטה.

25. סעיף 2 להחלטת הממשלה קובע את התחומים שלגביהם תבוצענה התקשרויות עם החטיבה להתיישבות, ובפועל יוצק תוכן קונקרטי לסעיף 6(ב) לחוק:

- קידום תכנון לצורך הקמת יישובים כפריים חדשים.
- ביצוע פעולות נוספות להקמת יישובים חדשים במגזר הכפרי.
- ביצוע פעולות תכנון ופיתוח ושיקום תשתיות בהתיישבות הכפרית.
- הקמה, שיפוץ, הרחבה ופיתוח מבני ציבור בהתיישבות הכפרית.
- פיתוח מקורות תעסוקה בתחומי חקלאות, תיירות כפרית, יזמות עסקית כלכלית ופיתוח מנועי צמיחה בהתיישבות הכפרית.
- הקמה ותחזוקה של תשתיות והקמת אתרי מגורים זמניים במסגרת פעילות לקליטת עולים חדשים.
- ניהול מבנים יבילים ומבני קבע למטרות קליטת מתיישבים חדשים, קהילה וחברה בהתיישבות הכפרית.
- חיזוק ושיקום יישובים כפריים חלשים בהיבטים חברתיים או כלכליים.
- פעולות לעידוד צמיחה דמוגרפית בהתיישבות הכפרית.
- ביצוע פעולות כמוסד מיישב לפי חוק המועמדים להתיישבות חקלאית, תשי"ג-1953.
- המשך ניהול המקרקעין ביישובים הישראליים שבמגזר הכפרי ביהודה ושומרון עד השלמת הבחינה כאמור בסעיף 24 להחלטה (הכוונה לוועדת המנכ"לים הבוחנת את נושא ניהול אדמות המדינה במגזר הכפרי באיו"ש - הח"מ).

26. בסעיף 3 להחלטה מובהר כי אין בהגדרת תחומי פעילותה של החטיבה כדי לגרוע מאחריותו ומסמכותו של משרד ממשלתי ייעודי לביצוע משימות בתחומים הנמצאים

באחריותו. עוד מובהר, כי מתן שירותים וביצוע משימות על ידי החטיבה, ייעשה בהתאם לכל דין.

עוד קובעת ההחלטה, כי ככל שתתקבלנה החלטות ממשלה פרטניות, אשר יטילו על החטיבה ביצוע משימות נוספות, יחולו עליהן העקרונות הקבועים בהחלטת הממשלה, ועל ההתקשרויות שייערכו ליישומן יחולו הוראות הסכם המסגרת.

27. החלטת הממשלה קובעת מסגרת שמטרתה להבטיח פיקוח ובקרה אפקטיביים של הממשלה על החטיבה, וזאת על-מנת לוודא כי שיקול הדעת שמפעילה החטיבה במשימות המואצלות לה מופעל באופן שנקבע על ידי הממשלה. מסגרת זו מעוגנת בהחלטת הממשלה עצמה, ובכוונת הממשלה לעגנה בגדרו של הסכם מסגרת רב שנתי, אשר כשמו, יהווה את המסגרת העקרונית, לצד החלטת הממשלה, להסדרת מערכת היחסים בין החטיבה לממשלה. בהתאם לסעיף 2 בהחלטה, גם הסכם המסגרת יקבל את אישורו של היועץ המשפטי לממשלה. בהמשך לכך, תבוצענה התקשרויות שנתיות קונקרטיות לביצועה של תכנית עבודה שנתית שתיקבע באופן המפורט בהחלטה (ר' סעיף 7 להחלטה).

28. בשל היקפן של הסמכויות השלטוניות המואצלות לידי החטיבה, התעורר צורך בפיקוח אפקטיבי ומשמעותי, בכל אחת מהנקודות הקריטיות בתהליכי ביצוען של הסמכויות. בפרט נדרש להסדיר את תהליכי קביעת החלטות, באופן שיבטיח כי המדיניות העקרונית בתחומי פעילות החטיבה תמשיך להיקבע על ידי הגורמים המוסמכים בממשלה; וכי שיקול הדעת שיופעל על ידי החטיבה יופעל בהתאם לאמות מידה ועל פי הנחיות ברורות של הממשלה. נוסף על האמור, ולנוכח העובדה שבפועל מפעילה החטיבה סמכויות שלטוניות, צידו השני של המטבע חייב הטלת חובות המאפיינים פעולה של גוף המפעיל סמכויות שלטוניות גם על החטיבה להתיישבות - חובות שעניינן שמירה על כללי מנהל תקין ומניעת חשש לניגוד עניינים בפעילות החטיבה, שעה שהיא מממשת את הסמכויות הנרחבות שהואצלו לה.

בהתאם לכך נקבעה המסגרת בהחלטת הממשלה, וזו אמורה להיות מעוגנת במישור ההסכמי גם בגדרו של הסכם המסגרת, ובגדרן של ההתקשרויות הקונקרטיות אשר תבוצענה בהמשך על ידי החטיבה להתיישבות, באופן המפורט בהחלטת הממשלה.

להלן נפרט. בהחלטה 1998 מוצע תהליך רב שלבי, המשקף מעורבות ממשלתית ניכרת בשלבי גיבוש המדיניות, תוך הפעלת אמצעי בקרה לאורך תהליך הביצוע. אלה השלבים המרכזיים בתהליך:

שלב א' - קביעת המדיניות בתחום ההתיישבות הכפרית, תיעשה על ידי שר החקלאות ופיתוח הכפר, בכפוף למדיניות הממשלה. המדיניות תנוסח באופן מפורט, ותכלול את יעדי תכנית העבודה השנתית ומטרותיה. מסמך המדיניות יפורסם לידיעת הציבור.

שלב ב' - גיבוש טיוטת תכנית עבודה שנתית על ידי עובדי החטיבה, שתבוסס על מיפוי צרכים ואיסוף מידע בקרב ההתיישבות הכפרית, שיעשו על ידי החטיבה, ובהתאם למסמך המדיניות מטעם השר. טיוטת תכנית העבודה תכלול פירוט של המשימות, ההוצאות, מדדי ביצוע ועוד, כמפורט בהצעת ההחלטה.

שלב ג' - בחינת התכנית על ידי צוות מקצועי פנימי המורכב מעובדי משרד החקלאות, בו יהיו חברים פרט לגורם המקצועי שיופקד על פיקוח על פעילותה של החטיבה, שני עובדים בכירים נוספים בדרגת סמנכ"ל. **צוות זה יבחן את טיוטת תכנית העבודה וייועץ באשר לתכניה עם משרדי הממשלה הרלוונטיים בנוגע להיבטים בטיטת תכנית העבודה הקשורים בסמכויותיהם.** הצוות ינחה את עובדי החטיבה באשר לתיקונים או עדכונים שיש לבצע בתכנית העבודה. **יובהר, כי עובדי החטיבה מחוייבים למלא אחר הנחיות הצוות.**

שלב ד' - טיוטת תכנית העבודה השנתית תפורסם להערות הציבור.

שלב ה' - לאחר בחינת ההערות על ידי הצוות המקצועי, תועבר התכנית לאישור השר או לאישורו בשינויים.

שלב ו' - ביצוע תכנית העבודה השנתית על ידי החטיבה. שלב זה מורכב משני שלבים עיקריים, אשר כוללים מעורבות משמעותית של נציגי הדרגים המקצועיים בממשלה, ובפרט של נציגי החשב הכללי והיועץ המשפטי לממשלה.

בשלב אישור הנהלים נדרשת החטיבה להתיישבות לגבש את הנהלים הנדרשים לשם ביצועה של תכנית העבודה השנתית. מדובר, לרוב, בנהלים שעניינם ביצוע התקשרויות או הקצאת משאבים לגורמים שלישיים, כלומר - נהלי תמיכה. יובהר, כי בהחלטה נקבע במפורש כי תמיכות ומענקים שאילו היו משולמים על-ידי המדינה היה חל עליהן סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, לא יוקצו על-ידי החטיבה ולא ייכללו בתכנית העבודה השנתית. הנהלים יוגשו על-ידי מנכ"ל החטיבה לאישורו של צוות ייעודי, המורכב מנציג הגורם המקצועי המשרדי, נציג חשבת המשרד ונציג היועצת המשפטית למשרד. הצוות יבחן את הנהלים ויאשרם או יאשרם בשינויים. **יצוין כי שלב זה הוא בעל חשיבות רבה, שכן גיבוש הנהלים לביצועה של תכנית העבודה כרוך בהפעלת שיקול דעת שעניינו הקצאת משאבים והנהלים, לאחר גיבושם, מתווים את שיקול הדעת שמופעל על-ידי החטיבה.** קביעת הצורך באישורו של הצוות מקצועי המורכב מנציגי החשבת הכללית והיועץ המשפטי לממשלה, כגורמים עצמאיים ובלתי תלויים, משקפת את הפיקוח המשמעותי והאפקטיבי אותו תקיים הממשלה על ביצוען של הסמכויות המואצלות.

בשלב הביצוע בפועל, תפעיל החטיבה להתיישבות את הסמכויות שתואצלה לה באמצעות שתי ועדות - 'ועדת תמיכה' ו'ועדת מכרזים'. בכל אחת מהוועדות יהיו חמישה חברים - שני עובדי החטיבה, שאחד מהם הוא מנכ"ל החטיבה והוא יהיה יו"ר הוועדה,

נציג הגורם המקצועי במשרד, נציג חשבת המשרד ונציג היועצת המשפטית למשרד. בעניינים הנוגעים להקצאה ולתשלום של כספים יפעלו הוועדות על פי הוראות התכ"ם בשינויים המחויבים. ככל שיהיה ספק באשר ליישומן של הוראות אלה, תכריע בעניין דעתו של נציג חשבת המשרד. בשאלות משפטיות, תכריע דעתו של היועץ המשפטי מטעם משרד החקלאות.

29. עוד נפנה לסעיפים 10 ו-11 להחלטה, המצויים תחת הכותרת "סדרי התקשרות, פיקוח, בקרה ופעילות על-פי עקרונות של מינהל תקין":

סעיף 10 להחלטה קובע כי מאחר שמשרד החקלאות ופיתוח הכפר הוא המשרד האמון על תכלול הפעילות מול החטיבה להתיישבות, **בכל עניין הכרוך ביישומה של החלטת הממשלה, תפעל החטיבה על פי הנחיות הגורם המקצועי האמון על כך במשרד החקלאות.**

לטובת האמור מוקמת יחידה ייעודית במשרד החקלאות אשר תהיה אחראית לתכלול תכנית העבודה המפורטת, ניהול ההתקשרויות עם החטיבה וביצוע בקרה ופיקוח על פעילותה. לצורך כך יוקצו למשרד החקלאות 4 תקני כח אדם נוספים (ו-2 תקנים נוספים לחשבות).

עוד קובעת החלטת הממשלה את חובת החטיבה לפעול בהתאם לעקרונות של מינהל תקין, מניעת ניגוד עניינים, שקיפות ושמירה על טוהר מידות.

30. מעבר לסנקציות האישיות שניתן יהיה להפעיל כלפי עובדי החטיבה במקרה של הפרת משמעת הנובעת מהפרת חובה שהוטלה על החטיבה לפי החלטת הממשלה וההסכמים שיערכו עם החטיבה, נקבע בהחלטת הממשלה מנגנון של "סנקציות מוסדיות", בהן ניתן יהיה לנקוט במקרה של הפרה יסודית או משמעותית של ההסכם. ראשית, תישמר לממשלה הזכות לבטל את ההסכם המסגרת או לצמצמו תוך מתן הודעה מוקדמת, בהינתן הפרה יסודית של ההסכם או שינוי מהותי בנסיבות. שנית, במקרה של הפרה משמעותית של החטיבה או של עובד מעובדיה את הוראות ההסכם המסגרת או את הוראותיו של ההסכם פרטני, תהיה הממשלה רשאית לשנות, לצמצם או לבטל את תכנית העבודה השנתית או חלקים ממנה, באותה שנה או בשנה לאחריה. בכך צפוי להיווצר תמריץ משמעותי נוסף לקיום חובותיהם של החטיבה ועובדיה כלפי הממשלה.

הסכם המסגרת

31. החלטה 1998 מוסיפה וקובעת, כי על משרד החקלאות להתקשר בהסכם מסגרת עם ההסתדרות הציונית העולמית וזאת עד ליום 15.12.2016. ההסכם המסגרת יכלול הוראות

לשם הסדרת מתן שירותים וביצוע משימות על ידי החטיבה להתיישבות, כפי שאלה יעוגנו בהסכמים מפורטים, בתחומי הפעולה בהם הממשלה מאצילה סמכותה לחטיבה. בהתאם לאמור בהחלטת הממשלה, הסכם המסגרת יחתם בהסכמת מנכ"ל משרד הבינוי והשיכון ובאישור היועץ המשפטי לממשלה.

בהסכם המסגרת שייחתם מול ההסתדרות הציונית ייקבעו באופן מפורט, בהמשך לקביעות בהחלטת הממשלה ובהתבסס עליהן, דרכי הפיקוח והבקרה על פעולות החטיבה, בין היתר בכל הנוגע להתקשרויות, מניעת ניגודי עניינים, שמירה על טוהר המידות ועוד. הסכם המסגרת נועד להשלים את ההסדרים שנקבעו בחוק ובהחלטת הממשלה ולעגנם במישור ההסכמי שבין הממשלה לבין ההסתדרות הציונית.

32. לאחר שנדחתה הבקשה למתן צו ביניים בהחלטת כב' השופט פוגלמן בבג"ץ 9518/16, התקדמו הצדדים לקראת חתימת הסכם המסגרת בהתאם להחלטת הממשלה. ההסכם עומד היום לפני חתימה ועתיד להחתם בשבועות הקרובים.

עמדת המדינה

33. **עמדת המדינה היא כי דין העתירות להידחות.**

כאמור בראשית דברינו, העתירות מבוססות, במידה רבה, על תשתית עובדתית ומשפטית אשר התקיימו עובר לתיקונה של החקיקה. אלא שבינתיים נפל דבר, והכנסת הסמיכה את הממשלה מפורשות, להאציל סמכויות להסתדרות הציונית באמצעות החטיבה להתיישבות. בהמשך לאמור נקבעו גם מנגנונים משמעותיים שנועדו לטייב את ההתקשרות בין הממשלה לחטיבה להתיישבות ולהכפיף את פעילות החטיבה לכללי מינהל תקין. בהיבט זה **העתירות לוקות אף בחוסר בשלות**, וכבר מן הטעם האמור דינן להידחות.

המדינה תטען להלן כי ההסדר הכולל שגובש, ואשר כולל את התיקון לחוק, החלטת הממשלה והסכם המסגרת שעתיד להחתם, אשר שלובים זה בזה ומשלימים זה את זה, נותן מענה לטענות שהעלו העותרים ואף לקשיים עליהם הצביע בשעתו היועץ המשפטי לממשלה. כפי שפורט בתגובת המשיבים לבקשה למתן צו ביניים, על מנת לראות אם המנגנונים שנקבעו מספקים מענה אפקטיבי ודי בהם כדי להפיג את חששות העותרים, יש ליתן למשיבים האפשרות ליישם ולהתחיל לפעול על פי המנגנון שהותווה. גם הביקורת השיפוטית תוכל להיות לטעמנו אפקטיבית יותר, ככל שהיא תתבסס על תשתית עובדתית קונקרטית ועדכנית, תחת טענות תיאורטיות שיש בהן ממד ספקולטיבי.

34. לחטיבה להתיישבות ניסיון ארוך שנים והיכרות עמוקה עם היישובים השונים בארץ וצרכיהם. החטיבה הוכיחה במהלך השנים יכולות ביצוע בתחומי ההתיישבות, ולנוכח האמור ביקשה הממשלה לשוב ולהתקשר עימה, בזו הפעם תחת מערכת כללים שהוסדרה

בחקיקה, בהחלטת ממשלה ובהמשך לכך תעוגן במישור ההסכמי. כללים אלה גובשו בליווי היועץ המשפטי לממשלה, הם סבירים וראויים, ולטעמנו נותנים מענה הולם לטענות השונות העולות בגדרן של העתירות. אשר על כן תטען המדינה כי דין העתירות להידחות.

המישור החוקתי

1. דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה

35. לעניין זה נפנה לפסיקתו של בית המשפט הנכבד העוסקת ב"דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה" במשפט החוקתי. ר' למשל בג"ץ 7190/05 אריה לובל נ' ממשלת ישראל (מיום 18.1.06). בפסק הדין נקבע, כי הכרעה שיפוטית בסוגיה חוקתית תעשה מקום בו הונחה תשתית עובדתית "קונקרטית, ברורה ושלמה". וכך נאמר (הדגשה נוספה):

"לדעתי קיים טעם נוסף לדחיית העתירה על הסף, והוא כי העתירה אף אינה בשלה להכרעה בבית משפט זה, עקב היעדרה של מערכת עובדות קונקרטית, ברורה ושלמה, החיונית לצורך מתן הכרעה שיפוטית עקרונית. מקובלת עלי עמדת המדינה, לפיה אין מקום בשלב זה לעריכת בירור עקרוני במסגרת תקיפה חוקתית ישירה בבית המשפט הגבוה לצדק. בעיני, העתירה שבפנינו לא היתה בשלה עת שהוגשה, ערב ביצוע תכנית ההתנתקות, ואף היום היא אינה בשלה לדיון, וגם מטעם זה דינה להידחות.

4. בית משפט זה פיתח, במסגרת שיקול הדעת בהפעלת סמכותו, כלים לוויות זרם הפניות והעניינים המוגשים לפניו. כלים אלה הם יצירה שיפוטית ומקורם אינו סטטוטורי ...

5. אכן, בין כלים מווסתים אלה ניתן למנות גם את דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה (להלן: דוקטרינת הבשלות). דוקטרינה זו, המוכרת בשם Doctrine The Ripeness, מקורה במשפט הקונסטיטוציוני האמריקאי, כנגזרת מדרישת העניינים והסכסוכים (The Case-or-Controversy Requirement), הנטועה בחוקה האמריקאית ואשר תוחמת את גדרי הפעלת סמכותו של בית המשפט.

6. כאמור, על הכרעה שיפוטית מושכלת להיות קשורה בטבורה לעובדות קונקרטיות העולות מהמקרה, וזאת אף אם המקרה מעורר שאלה חוקתיות. בהתאם, דוקטרינת הבשלות נועדה לאפשר לבית המשפט להימנע מלהכריע במחלוקות מופשטות. הרי, אירוע מאוחר עשוי לחדד את המחלוקת בין הצדדים או לייתר את הצורך בהכרעה בהיבטים מסויימים של המחלוקת, אף אם היא מעוררת שאלה חוקתיות. לפיכך, גם בהקשר החוקתי, דוקטרינת הבשלות מאפשרת לבית המשפט להחליט שההכרעה בשאלה החוקתית המונחת לפניו תתקבל בשלב מאוחר יותר, אם בכלל.

.....

7. דוק. החלטה לדחות את ההכרעה במקרה שהובא לפני בית המשפט, על יסוד דוקטרינת הבשלות, עשויה לעכב את ההכרעה אך לא בהכרח למנוע אותה. על כן, דוקטרינת הבשלות היא כלי שיפוטי עצמאי וגמיש הנתון לשיקול דעתו של בית המשפט, בהתאם לנסיבות העניין, ובהתאם לבשלות העולה מן התשתית העובדתית המונחת לפניו. נסיבות המקרה שלפנינו הולמות לדעתי את "הפעלתה" של דוקטרינת הבשלות על העתירה הנוכחית."

ר' עוד פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 2311/11 אורי סבח נ' כנסת ישראל (ניתן ביום 17.9.2014); בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (5.1.2012); בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (5.2.2012); בג"ץ 3166/14 יהודה גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה (12.3.2015).

36. לעמדתנו, בשים לב לאמות מידה אלה שנקבעו בהלכה הפסוקה, דין העתירות להידחות על הסף, כאשר יש להותיר את בירורן לעת הרלוונטית, אם וכאשר תונח בפני בית המשפט הנכבד תשתית עובדתית קונקרטית ועדכנית בכל הנוגע ליישומו של החוק ולאופן פעילותה של החטיבה להתיישבות בשים לב לסמכויות שיואצלו לה על ידי הממשלה.

2. היקף הביקורת השיפוטית

37. כזכור, הסעד הראשון המבוקש בעתירות הינו ביטול דבר חקיקה של הכנסת. לפיכך, נבקש לעמוד בקצרה על עקרונות שנקבעו בפסיקה של בית המשפט הנכבד באשר להתערבות בחקיקה ראשית של הכנסת.

38. הביקורת השיפוטית על חוקתיותו של חוק נעשית בזהירות ובמשורה. ביסוד הלכה זו עומד עקרון הכיבוד ההדדי בין הרשויות והריסון העצמי שנוקט בית המשפט הנכבד בעתירות המבקשות מבית המשפט הנכבד להורות על ביטול חקיקה של הכנסת. לעניין זה ראו והשוו דברי כב' המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין בבש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל תק-על (1)2010 (6850) (2010) (להלן: "פרשת פלוני"), בו אמנם ביטל בית המשפט הנכבד סעיף בחוק, אך נדרש לרציונל הכללי של הריסון השיפוטי העקרוני השורר בתחום זה:

"בית המשפט העליון עמד לא פעם על הצורך לנהוג איפוק וריסון מרבי בהפעלת הסמכות להכריז על בטלותם של חוקים בשל היותם נוגדים את הוראות חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. "הכרזה על בטלותו של חוק או חלק ממנו היא עניין רציני.

לא על נקלה יעשה כן השופט... בבטלו חקיקה ראשית, השופט מסכל את רצון המחוקק. הצידוק לכך הוא בכפיפותו של

המחוקק להוראות חוקתיות-על-חוקיות, שהוא עצמו קבען... עם זאת, נדרשת לכך זהירות שיפוטית רבה".

כן ראו דבריה של כב' השופטת (כתוארה אז) מ' נאור בפרשת פלוני האמורה, כדלקמן:

"ביטול חוק הינו מוצא אחרון. השאיפה החוקתית היא לאיזון בין הערכים המתנגשים ולא להכרעה ביניהם"

39. עוד נבקש להפנות לדבריו של בית משפט נכבד זה, מתוך פסק דינו בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר פ"ד נא(4) 367, בו נקבע:

"נקודת המוצא העקרונית היא כי תפקיד החקיקה הוטל על המחוקק. הוא נציגו הנאמן של הריבון - העם. האחריות הלאומית לחקיקת חוקים אשר יגשימו תכלית ראויה באמצעים מידתיים מוטלת, על פי עקרון הפרדת הרשויות, על המחוקק. בידי הכלים לאיתור התכלית הראויה ולבחירת האמצעי המידתי. בית המשפט לא בא להחליף את שיקוליו של המחוקק בשיקוליו שלו. בית המשפט אינו נכנס לנעליו של המחוקק. הוא אינו שואל את עצמו מהם האמצעים שהוא היה בוחר אילו היה חבר בגוף המחוקק. בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית. הוא בוחן את חוקתיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק טוב, יעיל, מוצדק. השאלה הינה אם הוא חוקתי" [ההדגשות הוספו].

40. כידוע, בית המשפט הנכבד לא ימהר להתערב ולבטל הוראות חוק שיצאה מבית המחוקקים. הלכה היא, כי על בית המשפט הנכבד לפעול בעניין זה באיפוק שיפוטי, בזהירות ובריסון. יפים לעניין זה דבריו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 518-519 (2005):

"בחינת חוקתיות חקיקה ראשית של הכנסת על-ידי בית המשפט בזהירות ובריסון רב, תוך הקפדה על האיזון העדין הנדרש בין עקרונות שלטון הרוב והפרדת הרשויות לבין ההגנה החוקתית על זכויות האדם ועל ערכי היסוד העומדים בבסיס שיטת המשטר בישראל ... במסגרת איזון זה, אפילו יימצא כי מעשה החקיקה אינו מתיישב עם עקרון חוקתי, נדרשת רמת עוצמה ניכרת לפגיעה החוקתית כדי שתצדיק התערבות שיפוטית במעשיה של הרשות המחוקקת" [ההדגשה הוספה].

כמו-כן, ראו פסק-דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 6976/04 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' שר החקלאות ופיתוח הכפר (פורסם באר"ש, 1.9.2005):

"אכן, הכרזה על בטלותו של חוק או חלק ממנו היא ענין רציני. לא על נקלה יעשה כן השופט. לא הרי הכרזה על בטלותה של חקיקת משנה בהיותה סותרת הוראותיו של חוק, כהרי הכרזה על בטלותה של חקיקה ראשית בהיותה סותרת חוק יסוד. בבטלו חקיקת משנה, נותן השופט ביטוי לרצון המחוקק. בבטלו חקיקה ראשית, השופט מסכל את רצון המחוקק. הצידוק לכך הוא בכפיפותו של המחוקק להוראות חוקתיות-

על-חוקיות, שהוא עצמו קבען (ראו א' ברק "ביקורת שיפוטית על חוקיות החוק", משפט וממשל ג 403 (התשנ"ו)). עם זאת, נדרשת לכך זהירות שיפוטית רבה"

41. עמדת המשיבים היא כי העתירה שלפנינו אינה מגלה עילה מסוג העילות המצדיקות את התערבותו של בית המשפט הנכבד בחקיקה ראשית של הכנסת, ועל כן דינה להידחות.

3. לגופו של עניין

42. במישור החוקתי מתבקש בעתירות ביטולו של התיקון לחוק, בטענה שיש בו משום פגיעה ושינוי של האמור בחוק יסוד: הממשלה.

43. עמדת המשיבה הינה כי חוק החטיבה אינו פוגע או משנה מהוראותיו של חוק יסוד: הממשלה והוא עולה בקנה אחד עמן. חוק החטיבה מסמיך את הממשלה להאציל סמכויות לחטיבה להתיישבות, זאת לצד שמירה על העיקרון כי המדיניות תיקבע על ידי הממשלה ותוך יצירת מנגנונים של פיקוח ובקרה מטעמה.

44. ראש אחד לטיעונם של העותרים הוא כי חוק החטיבה משנה ופוגע בנורמה חוקתית, ולפיה "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". נורמה זו מעוגנת, לשיטת העותרים, בסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה.

הפרשנות שמייחסים העותרים לחוק יסוד: הממשלה בטיעונו זה היא מרחיקת לכת, והיא אינה משתמעת מפסיקתו של בית המשפט הנכבד ביחס לחוק יסוד: הממשלה כמו גם מהפסיקה הנוגעת לאצילת סמכויות על ידי הממשלה. לשיטתו של העותר בבג"ץ 5918/16, "אין הרשות המבצעת רשאית להפריט את מלאכת הביצוע" (סעיף 115 לעתירה). בכל הכבוד הראוי, האצלת סמכויות לחטיבה להתיישבות, כפי שנעשתה בחוק החטיבה, אינה מהווה הפרטת מלאכת הביצוע של הממשלה באופן העולה כדי פגיעה חוקתית בחוק יסוד: הממשלה, וודאי שאינה הופכת את החטיבה להתיישבות לרשות המבצעת תחת ממשלת ישראל.

בהקשר זה נציין, כי סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה הוא בעיקרו סעיף בעל משמעות הצהרתית, והוא אינו קובע תפקידים או תחומי פעילות פרטניים, שהאחריות לביצועם היא אחריות בלעדית של הממשלה. לעניין זה ר' האמור בבג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר**, פסק דין מיום 19.11.09, פורסם בנבו.

באותו פסק דין קובעת כב' הנשיאה דאז ביניש, באוביטר לפסק דינה, וביחס לטענה לפגיעה בסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה בגין הקמת בית סוהר פרטי, כי "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" (שם),

ההדגשות הוספו). דברים אלה יפים, לטעמנו, ביתר שאת, כאשר אין אנו עוסקים בהאצלה של סמכויות אשר יש בהן, באופן מובהק ומובנה, פגיעה בזכויות אדם.

להרחבה בטענה לפיה עקרונות חוקתיים צריכים לשמש אמצעי להגבלת ההפרטה במקרים חריגים וקיצוניים ראו גם דפנה ברק ארז, **המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים**, עיוני משפט ל' תשס"ח, בעמ' 492. בעניינו, ועל כך נרחיב בהמשך, תחומי פעילותה של החטיבה אינם כוללים פעולות פיקוח או אכיפה, אשר עלולות להיות כרוכות בפגיעה בחירויות יסוד של הפרט.

45. הראש השני לטיעונם החוקתי של העותרים הינו כי התיקון לחוק המעמד אינו עולה בקנה אחד עם הוראות סעיף 33 לחוק יסוד: הממשלה. גם ביחס לסעיף זה טוענים העותרים כי התיקון מהווה פגיעה ואף שינוי של הנורמה החוקתית, הקבועה בסעיף.

46. לעומת סעיף 1 לחוק היסוד, קובע סעיף 33 הוראות מפורטות באשר לאפשרותה של הממשלה להאציל את סמכויותיה. בהקשר זה טוענים העותרים כי אצילת סמכויות לחטיבה להתיישבות מנוגדת גם לסעיף 33(ב) לחוק, "...הקובע ברחל בתך הקטנה, כי סמכות של הממשלה יכולה להיות מואצלת אך ורק לעובד ציבור" (ר' סעיף 120 לעתירה בבג"ץ 9518/16). טיעון זה מתעלם מלשונו הברורה של סעיף קטן (ה) לאותו סעיף 33, אשר מורה אותנו כדלקמן:

"הוראות סעיף זה יחולו אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק, המקנה את הסמכות או המטיל את החובה".

כלומר, סעיף קטן זה, מסייג את הוראותיו של סעיף 33, למקרה בו אין כוונה אחרת (ודאי מפורשת ואפילו משתמעת!) בחוק המסמך. בעניינו, סעיף 36(ב)(1), קובע **מפורשות** כי ממשלת ישראל רשאית לאצול מסמכויותיה להסתדרות הציונית העולמית באמצעות החטיבה להתיישבות. משכך הם פני הדברים, ברי כי חוק החטיבה אינו פוגע בנורמה החוקתית, וכל שכן אינו משנה אותה, אלא תואם את הוראותיו של חוק היסוד עצמו. ממילא, אין כל צורך לעמוד בדרישות השריון הצורניות הקבועות בסעיף 44 לחוק יסוד: הממשלה ואף דין טענות העותרים בהקשר זה להידחות.

47. בשולי הדברים בכל הנוגע לטענות ל"הפרטה רדיקלית" של סמכויות הממשלה לחטיבה להתיישבות נציין, כי לטעמה של המשיבה, האצלת סמכויות לגוף, אשר המחוקק יצר את הקשר בינו לבין נושא ההתיישבות עוד בשנת 1952, ואשר עסק בנושא זה משך עשורים (גם אם היו ליקויים במתכונת היחסים בינו לבין הממשלה ובאופן בו פעל), ודאי אינה מהווה "הפרטה רדיקלית". לעניין זה ר' פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין החטיבה להתיישבות שניתן אך לאחרונה (בג"ץ 3301/15):

"החטיבה להתיישבות היא חלק מן המוסדות הלאומיים - ההסתדרות הציונית, ומעוגנת מוסדית בהיסטוריה חשובה ומשמעותית של הציונות ובניין הארץ ..."

מעבר לאמור, לעיל פרטנו בהרחבה את מנגנוני הפיקוח והביקורת הרחבים ואת המעורבות הממשלתית במסגרת מימוש הסמכויות שהואצלו לחטיבה להתיישבות. גם לנוכח האמור סבורה המשיבה כי האצלת הסמכויות לחטיבה להתיישבות, אף אם היא רחבה, ודאי אינה מהווה התפרקות הממשלה מכלל סמכויותיה בתחום ההתיישבות.

לדברים אלה יש להוסיף, כי פועל יוצא של ההסדר שנקבע בהחלטת הממשלה הוא שהממשלה אינה מתפרקת מסמכויותיה, וזאת משום שבידי המאציל נותרת הסמכות לשנות החלטה שנתקבלה על ידי הנאצל, כאשר הדבר מתחייב כתוצאה מנסיבות חדשות (בג"ץ 6218/93 ד"ר כהן עו"ד נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529). לעניין זה נפנה לסעיף 3א להחלטת הממשלה 1998, הקובע דברים אלה באופן מפורש.

48. עוד נוסיף במישור החוקתי, כי אף אם טוענים העותרים שניתן לפרש את חוק החטיבה כאילו הוא מאפשר אצילת סמכות בכל דבר ועניין כמעט לחטיבה להתיישבות, ובהיקף בלתי מוגבל, הרי אף בכך אין כדי להצדיק את בטלותו של חוק החטיבה. **להווי ידוע, כי ביטול של דבר חקיקה ראשית מהווה מוצא אחרון, ובטרם יורה בית המשפט הנכבד על בטלותו, יבכר את האפשרות של מתן פרשנות מצמצמת, כך שיעלה בקנה אחד עם העקרונות החוקתיים.** דברים אלה מקבלים משנה תוקף, בהינתן מנגנוני הפיקוח והבקרה והמעורבות הממשלתית המשמעותית, אשר עצם קיומם נקבע כבר במסגרת החוק, ואשר נועדו אף הם להבטיח כי יישומו של החוק יעלה בקנה אחד עם עקרונות המשטר החוקתי והמנהלי. לעניין זה ר' בג"ץ 5239/11, שנזכר לעיל, כדלקמן:

"הפרופוזיציה הנ"ל, נותנת תוקף לגישה הגורסת, שפסילת חוק היא בבחינת אמצעי אחרון, שיש לפנות אליו רק כאשר כלו כל הקיצין, כדברי השופט א' ריבלין (כתוארו אז) בבג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 286 (2004). (להלן: עניין גניס). בהקשר זה פותחה אצלנו התפיסה, של העדפת התיב הפרשני, אשר לגביה התבטאה השופטת ד' ביניש (כתוארה אז) בעניין גניס, כך: "הכול מסכימים, כי כאשר תוקפו של חוק מועלה לדיון, ומתעורר ספק בדבר חוקתיותו, שומה על בית המשפט לבחון תחילה אם אפשרית פרשנות סבירה, אשר תמנע את הצורך להכריע בחוקתיותו ותאפשר קיומו של החוק בהתאמה לעקרונות היסוד של החוקה והשיטה".

עוד נוסיף, כי על הפרשנות הראויה לתיקון לחוק, ניתן ללמוד גם מהחלטת הממשלה, אשר כאמור לעיל מיקדה את התחומים בהם מבקשת הממשלה לאצול מסמכויותיה לחטיבה להתיישבות, ולצד האמור פרטה את אופן הפיקוח על פעילותה של החטיבה.

49. בבג"ץ 778/17 טוענים העותרים, כי התיקון פוגע בזכות לכבוד ולשוויון של האוכלוסיה הערבית בישראל, זאת הן לנוכח יעדיה של ההסתדרות הציונית העולמית, כפי שנקבעו

בחוקתה (ר' נספח ע/5 לעתירה), והן לנוכח חששם של העותרים מן האופן בו תיושמה הסמכויות שיואצלו לחטיבה להתיישבות, הלכה למעשה.

50. לטענה זו נשיב במספר מישורים.

51. ראשית, כי החובה לנהוג בשוויון נקבעה זה מכבר בפסיקת בית המשפט הנכבד. חובתה של המדינה לנהוג בשוויון משתרעת על כל פעולותיה, וזאת בין אם הן מבוצעות על ידה ובין אם תבוצענה על ידי שימוש בגוף שלישי (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258). דברים אלה נכונים כמובן גם על אצילת סמכויות הממשלה לחטיבה להתיישבות, וזאת על אף האמור בחוקת ההסתדרות הציונית העולמית, אליה מפנים העותרים. למותר לציין בהקשר זה, כי אין בכוחה של חוקת ההסתדרות, כדי לגבור על עקרונות יסוד, העומדים בבסיס שיטת המשפט הישראלית.

כך גם בענייננו, וכפי שפורט בתגובת המדינה לבקשה למתן צו ביניים בבג"ץ 9518/16, ההסדר שנקבע בחוק, בהחלטת הממשלה ובהסכם המסגרת מגבירים את מעורבות הממשלה בפעילות החטיבה ומכפיפים אותה לחובות שונות מתחום המשפט הציבורי, בין היתר לחובה לפעול בשוויון.

החובה לפעול בשוויון מופיעה במספר הקשרים לאורכה של החלטה 1998. להלן מספר דוגמאות:

- א. לפי סעיף 7(ג) אנשי משרד החקלאות יאשרו כל מבחן תמיכה שלפיו תבקש החטיבה לפעול. כמו כן, נציג היועץ המשפטי במשרד החקלאות ונציג החשב הכללי יהיו חברים בוועדות התמיכה בחטיבה להתיישבות, ודעתם תהא מכרעת בעניינים הרלוונטיים (משפטיים או כספיים).
- ב. לפי הוראת סעיף 16(י) להחלטה, ואף כמתחייב מהתיקון לחוק, פעולותיה של החטיבה יהיו בהתאם לחוק חובת המכרזים. כידוע, דיני המכרזים מטרתם, בין היתר, להבטיח כי התקשרויות הרשות הציבורית יתבצעו בהתאם לעיקרון השוויון.
- ג. לפי הוראת סעיף 16(יג)(1) להחלטה, קבלת עובדים לעבודה בחטיבה, תיעשה בהתאם לעקרונות השוויון והייצוג ההולם, השקיפות, הפומביות וטוהר המידות.
- ד. לפי סעיף 4 להחלטה, "ככל שתתקבלנה החלטות ממשלה פרטניות, אשר יטילו על החטיבה ביצוע משימות נוספות, יחולו עליהן העקרונות הקבועים בהחלטה זו". בהמשך לכך, הוראת סעיף 7(ב)(2) עוסקת במפורש בצורך להבטיח מניעת כפל תקצוב בהקשר זה, שמטרתו למנוע פגיעה בשוויון.
- ה. בסעיף 21 להחלטה נקבע כי מתן עדיפות לאזורים או יישובים מסוימים בפעילות החטיבה, מותנית בקבלת החלטת ממשלה בהתאם לקבוע בפרק כו לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009-2010), התשס"ט-2009.

52. עוד יובהר ויודגש בהקשר זה, כי לטעמה של המדינה, פרשנותו הראויה של התיקון לחוק הינה כי האצילה המותרת על פיו, תיעשה באופן שעולה בקנה אחד עם עיקרון השוויון. לעניין זה נשוב ונפנה לכלים העומדים בידי הממשלה במקרה של הפרת ההסדר, וראו המפורט בסעיף 30 לעיל.
53. שנית, בהיותה גוף דו מהותי, אשר חלות עליו תובות מתחום המשפט הציבורי, החובה לנהוג בשוויון חלה ממילא באופן עצמאי גם על החטיבה להתיישבות עצמה. מכל מקום, אנו סבורים כי מעורבותה של הממשלה בפעילות החטיבה כאשר היא מיישמת סמכויות שהואצלו לה, תכליתה, בין היתר, להבטיח, כי מימוש הסמכויות שהואצלו לחטיבה ייעשה בהתאם לחובת השוויון. כלומר, האמור בפסקה הקודמת אודות ביצוע האצילה באופן העולה בקנה אחד עם עקרון השוויון, אך מקבל משנה תוקף לאור החובות מתחום המשפט הציבורי החלות על החטיבה. לשם המחשת האמור נציין, כי באחרונה נטלה החטיבה להתיישבות חלק בתכנון יישוב דרוזי, אותו מבקשת הממשלה להקים.
54. לעניין חובתה של החטיבה להתיישבות לפעול בהתאם לעקרונות בסיסיים מתחום המשפט המנהלי ראו פסק דינו של כב' המשנה לנשיאה בעניין גלאון: **"אם מוטלות על החטיבה משימות, בלא שניכנס להגדרתן, היא אינה יכולה כמוכן לפעול עקרונית באופן שונה מאשר משרדי הממשלה המפעילים אותה, כדי שלא ליצור אפשרות לחריגה מהוראות שאילולא כן היו מחייבות משרד ממשלתי"**.
55. גם בהקשר זה יש, לטעמנו, בהחלטת הממשלה, כדי ללמד על הפרשנות הראויה שיש ליתן לחוק ולאופן שבו על החטיבה להתיישבות לפעול, בעת שהיא מממשת סמכויות שלטוניות שהואצלו לה. נפנה לסעיף יג(3) להחלטה, אשר במסגרתו נקבע מפורשות כי **"עובד החטיבה יתחייב למלא את תפקידיו בהתאם להחלטה זו, בתום לב, בהגינות, בשוויון, בלא משוא פנים ובלא הפליה"**.
56. העותרים מפנים לחיזוק טענתם לפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009) (להלן: **פרשת המרכז האקדמי**) במסגרתו נדונה חוקתיותו של התיקון לפקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004 (להלן: **תיקון 28**). בפסק הדין שם נקבע, בין היתר, כי **"תיקון 28, המאפשר את הקמתו של בית סוהר שינוהל ויופעל על ידי תאגיד פרטי, מביא לפגיעה בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם של האסירים שאמורים לרצות את עונשם באותו בית סוהר; וזאת, בשל עצם העברת סמכויות הניהול וההפעלה של בית הסוהר מידי המדינה לידי זכיון פרטי הפועל למטרות רווח"** (ראו עמוד 596 לפסק הדין).
57. בכל הכבוד, עניין של העתירות בפנינו שונה בתכלית מעניינה של העתירה בפרשת המרכז האקדמי.

58. פסק הדין בפרשת המרכז האקדמי התבסס, במידה רבה, על העיקרון המשטרי בדבר המונופול המוקנה למדינה על הפעלת כוח מאורגן לשם קידום האינטרס הציבורי הכללי. כפי שהודגש בפסק הדין, עקרון יסוד זה הוא חלק מן הזכות החוקתית לחירות אישית (בהקשר זה יוער כי כבי' השופטת (כתוארה אז) נאור ציינה ש"ניתן לקבוע כי קיימת בענייננו פגיעה בזכות החוקתית לחירות גם ללא היזקקות לעקרון יסוד "משטרי"). כמו כן, השופט ג'ובראן התייחס לכך ש"העברת ניהול בית סוהר לידיים פרטיות אינה מהווה אך הפרטה של סמכויות הנלוות לענישה או משלימות אותה, אלא התפרקות המדינה מנדבך מרכזי בסמכותה הריבונית לענישת אזרחיה". בענייננו, הפגיעה הנטענת היא בזכות לשוויון, תוך שלא מונחת תשתית המבססת פגיעה בזכות החוקתית לשוויון וראו בהקשר זה בבג"ץ 8300/02 ג'דבאן נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם באר"ש, 22.5.12), במסגרתו נקבע כי לא כל פגיעה בשוויון, גם כאשר היא קיימת (וזאת, בשונה מהמקרה דנן), עולה כדי "פגיעה חוקתית":

"43. השאלה הנשאלת היא האם הפגיעה בשוויון הניכרת מתיקון 146 עולה כדי פגיעה בכבוד האדם. לשון אחר, השאלה היא האם הפגיעה בשוויון מהווה פגיעה חוקתית. לשאלה זו נפקות משמעותית בהתחשב בכך שהטבות המס ניתנו מכוחה של חקיקה ראשית ולא מכוחה של מדיניות ממשלתית הכפופה לכללי המשפט המינהלי. לכנסת, כידוע, שיקול דעת רחב במלאכת החקיקה, וישנם מצבים בהם עשויה להינתן הגנה רחבה יותר מפני פגיעה בשוויון על ידי רשות מינהלית, מזו הניתנת לפגיעה על ידי המחוקק. השאלה הנשאלת במקרים כאלה היא אם הפגיעה בשוויון עולה כדי פגיעה בזכות לכבוד האדם – החוסה תחת כנפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו."

זאת ועוד: על-מנת להצדיק התערבות שיפוטית של בית המשפט הנכבד בדבר חקיקה על רקע פגיעתו בשוויון יש להניח תשתית עובדתית מוצקה ומבוררת. יפים לעניין זה פסק-דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 240/98 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, כדלקמן:

"לו היו העותרים טוענים – כך על דרך הסתם – להפלייתן לרעה של העדות הדתיות הערביות בישראל, בוודאי לא היו זוכים בדבר. היינו שומעים לטענותיהם – כשם ששומעים אנו לכל מתדפק על שערי בית-המשפט – אך בסעד לא היו זוכים. טענת הפליה סתמית הנזרקת לחלל בית-משפט – כך למדנו בשכבר הימים – אין בה ולא כלום. שומה עליו, על הטוען הפליה, להיכבד ולפרוש רשת ראיות המלמדת על יחס מפלה המצדיק הענקתו של סעד. על כך, דומה, נסכים כולנו. ההרחיקו העותרים מדגם זה של סתמיות וכלליות? גם על שאלה זו נשיב בשלילה."

[...]

“עד שבית-המשפט יבוא לבטל סעיפי חוק תקציב – כעתירת העותרים – חייב הוא להשתכנע כי אותן הוראות פוצעות אנושות בזכויות היחיד, כי אין תקנה אחרת ליחיד מאשר ביטולו של החוק; במקרה מעין-זה החוק כמו יזעק מתוכו כי לא קנה זכות קיום”.

כפי שפורט לעיל, החטיבה להתיישבות כפופה לעקרון השוויון ומחויבת לפעול לאורו. כיוון שההסדר שנקבע בחוק, בהחלטת הממשלה ובהסכם המסגרת טרם יושם, לא ניתן להראות עדיין כי הוא מביא לפגיעה כלשהי בעיקרון השוויון; לא כל שכן בזכות החוקתית לשוויון של מאן דהוא. נשוב ונציין, כי לטעמנו המנגנונים שנקבעו במסגרת ההסדר, נותנים מענה לחששם של העותרים, כי תגרם פגיעה בשוויון במסגרת מימוש הסמכויות שהואצלו לחטיבה להתיישבות.

59. הבדל נוסף הקיים לטעמנו בין פרשת המרכז האקדמי לבין המקרה דנן, הינו כי פרשת המרכז האקדמי עסקה בהקניה של סמכויות כליאה לידי תאגיד פרטי הפועל למטרות רווח ואילו העתירה דנן עוסקת בהאצלת סמכויות לידי גוף שמעמדו הוכר בחקיקה ראשית, עוד בראשית שנות החמישים, והוא פעל במהלך עשרות השנים, ועוד לפני הקמתה של המדינה, בתחום ההתיישבות בישראל. נפנה שוב לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה, בעניין גלאון:

“נוסיף: החטיבה להתיישבות היא חלק מן המוסדות הלאומיים - ההסתדרות הציונית - ומעוגנת מוסדית בהיסטוריה חשובה ומשמעותית של הציונות ובניין הארץ [...]. קשה מאוד להתיחס אליה כ"קבלן שירותים" גרידא...”.

60. לנוכח האמור, עמדת המשיבים היא כי אין בתיקון לחוק כדי לפגוע בשוויון בכלל ובזכות החוקתית לשוויון הנובעת מכבוד האדם, בפרט.

61. על יסוד האמור נטען כי דין הטענות במישור החוקתי להידחות, וכי לא הונחה תשתית לביטולו של סעיף 66 לחוק החטיבה.

62. גם בכל הנוגע לטענות מתחום המשפט המנהלי, בגדרן מתבקש ביטולה של החלטת ממשלה 1998, נראה כי העותרים מערבים בין עבר לבין עתיד, כאשר לטעמה של המדינה, אין ביסוס מספק להשערותיהם, כי פעולתה של החטיבה במסגרת ההסדר החדש תיעשה תוך פגיעה בשלטון החוק, או בניגוד לעקרון השוויון. כפי המפורט לעיל, ההסדר אותו מבקשת הממשלה לקדם באמצעות חוק החטיבה, החלטת ממשלה 1998 והסכם המסגרת, נועד ליתן מענה לנושאים אלה בדיוק ולהבטיח פעילותה של החטיבה להתיישבות על פי כללי מינהל תקין ובפיקוח ובקרה של המדינה.

משכך, פתחנו ואמרנו כי טענות אלו של העותרים אינן בשלות לדיון. לא זו אף זו, במסגרת ההסדר שנתגבש, קיימות נקודות בהן ניתן יהיה לבחון את יישומו של ההסדר. כך, למשל, תכנית העבודה של החטיבה להתיישבות תפורסם להערות הציבור, כך שניתן יהיה להעלות טענות, ככל שיהיו כאלו, מדי שנה בשנה. על כן, ברי כי גם ביקורת שיפוטית על בסיס תשתית קונקרטית ועדכנית תהא אפקטיבית יותר.

דברים אלה מקבלים משנה תוקף כאשר אין בפנינו עותר קונקרטי המצביע על פגיעה בו, בגין פעילותה של החטיבה להתיישבות, וכאשר מן העבר השני, החלטת הממשלה אושרה מבחינה משפטית על ידי היועץ המשפטי לממשלה, אשר אמון על שקילת האינטרס הציבורי, וכאשר גם הסכם המסגרת מאושר על ידו.

63. להלן תוצג עמדת המדינה, לפיה החלטה 1998 אינה מקימה עילה להתערבות שיפוטית.

64. בפתחו של הניתוח המשפטי להחלטת הממשלה נדגיש, כי התיקון לחוק החטיבה שינה את המצב המשפטי הקיים בכל הנוגע לעצם סמכותה של הממשלה להאציל סמכויות לחטיבה להתיישבות ובכל הנוגע להיקף הסמכות האמורה. יפה לעניינו קביעתו של כב' השופט (כתוארו אז) א' ברק לפיה "בכל מקרה בו מתעוררת שאלה הקשורה בסמכותה של רשות שלטונית לאצול מסמכותה, פתרון השאלה מצוי בפירושו של החוק המסמיך" (בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות, פ"מ מו(1) 410, 427 (1992)). בענייננו, החוק המסמיך קובע כי "ממשלת ישראל רשאית, בהסכמת ההסתדרות הציונית העולמית, לאצול מסמכויותיה בתחום ההתיישבות ובתחומים נוספים, בהתאם למדיניות שעליה תחליט, להסתדרות הציונית העולמית, באמצעות החטיבה להתיישבות".

65. בצד האמור יובהר כי האצילה צריכה להתבצע בהתאם לחוק המסמיך ובהתאם ליתר עקרונות המשפט המינהלי. ואכן, החלטה 1998 והסכם המסגרת אשר אמור להיחתם מכוחה, אמורים להביא ליישומו של התיקון לחוק החטיבה, תוך הסדרה כוללת ומקיפה של מערכת היחסים שבין הממשלה לבין החטיבה.

במסגרת החלטה 1998 נקבעו הסדרי פיקוח על פעולות החטיבה, זאת על-מנת ליתן מענה לחששות המתעוררים בעקבות אצילת הסמכויות. החלטה 1998 כוללת סדרת הוראות וכללים שיחולו על ההסתדרות הציונית העולמית, על מנכ"ל החטיבה להתיישבות ועל עובדיה, באופן שיבטיח ששיקול הדעת שיופעל על-ידם מכוח הסמכויות שיואצלו להם, יופעל בהתאם להנחיות מדיניות מפורטות שנקבעו על-ידי הממשלה, ובמסגרת כללי פיקוח ובקרה הדוקים.

66. מטבע הדברים, ובהתאם להלכה הפסוקה אופיו של הגוף הנאצל מהווה שיקול רלבנטי במסגרת בחינת חוקיותה של האצילה. בהקשר זה, קיים יתרון לאצילה של סמכות שלטונית לגורם המהווה חלק מהמסגרת השלטונית, הנתון לפיקוח מינהלי ואשר כפוף לכללי אתיקה ומשמעת של השירות הציבורי (ראו והשוו בג"ץ 1783/00 **חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נו (3) 652). לעומת זאת, במקרה של אצילת סמכויות לגוף פרטי, עלול להתעורר, בין היתר, חשש לניגוד עניינים ולחדירה לא מאוזנת של שיקולי יעילות. יחד עם זאת, כפי שעולה מסעיף 33(ה) לחוק יסוד: הממשלה כאמור לעיל, אין מניעה קטגורית אפריורית על אצילת סמכויות שלטוניות לגוף שאינו רשות מרשויות המדינה.

כך לדוגמא, בבג"ץ **חיפה כימיקלים** הנזכר לעיל, דן בית המשפט העליון באפשרות להאציל סמכויות שלטוניות מובהקות של תביעה פלילית לעורכי דין פרטיים שאינם חלק מהשירות הציבורי; והכריע כי יש אפשרות להאציל סמכויות שלטוניות לידי גורם פרטי בהתקיים נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת. בית המשפט הנכבד לא קבע רשימה סגורה של נסיבות המצדיקות אצילת סמכויות לגורם פרטי, אך התייחס בין היתר לשיקולי יעילות, לשיקולים של שלטון החוק, לשיקולים של מסורת ותרבות משפטית, ולצורך להתחשב במציאות העובדתית שנוצרה במרוצת השנים.

גם בעתירה אשר ביקשה לתקוף את הפעלת אתר "עיר דוד" באמצעות עמותת א.ל.ע.ד. (בג"ץ 5031/10 **עמותת עיר עמים ואח' נ' רשות הטבע והגנים הלאומיים ואח'**, פורסם ביום 26.3.2012) התייחס בית המשפט הנכבד לאפשרות להאציל סמכויות שלטוניות לידי גורם פרטי, תוך שהוא קובע כי במקרה של אצילה כאמור על הרשות השלטונית להבטיח כי שיקול הדעת בכל הקשור לקביעת המדיניות שביסוד הפעלת הסמכות יישאר בידיה, ומחובתה להותיר ברשותה אפשרות אפקטיבית לפקח על הגוף הפרטי הנאצל ולהבטיח כי הסמכות תופעל באופן הראוי (עניין **עמותת עיר עמים**, בעמוד 19).

67. אמנם, בענייננו, חוק החטיבה מורה מפורשות כי אין בו "כדי להפוך את החטיבה להתיישבות לרשות מרשויות המדינה". עם זאת, לטעמם של המשיבים, חרף האמור ניתן, בנסיבות העניין, להאציל לחטיבה סמכויות, כולל סמכויות שלטוניות. בהקשר זה יוער כי חלק מההצדקות להאצלה לגוף פרטי אשר נימנו בעניין **חיפה כימיקלים** רלבנטיות גם לענייננו. כך, הרצון של המחוקק ושל הממשלה להאציל סמכויות לחטיבה, נשען על מומחיותה של החטיבה ונסיונה ארוך השנים בתחום זה. כמו כן, יש ליתן משקל

למציאות שנוצרה במרוצת השנים, בהן מילאה החטיבה מגוון רב ורחב של תפקידים בתחומי ההתיישבות הכפרית. אף זהו שיקול רלוונטי בפסיקתו של בית המשפט הנכבד. נשוב ונפנה לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה, השופט רובינשטיין, בעניין גלאון, אשר התייחס למעמדה הייחודי של החטיבה להתיישבות, כפי שהוכר בחוק עוד משנת 1952. אליבא דפסק הדין, החטיבה מהווה חלק מן המוסדות הלאומיים והיא מעוגנת מוסדית בהיסטוריה חשובה של הציונות ובניין הארץ. אין דינה של אצילה לחטיבה להתיישבות, דין אצילת סמכויות ל"קבלן שירותים פרטי", הפועל למטרות רווח.

68. על-מנת להתמודד עם החששות שמתעוררים בעקבות אצילת הסמכויות לחטיבה, שחרף כל האמור עדיין אינה "רשות מרשויות המדינה", מוטלות על החטיבה במסגרת החלטה 1998 נורמות לא מבוטלות מתחום המשפט הציבורי. לעניין זה ראו והשוו: "הנורמות והכללים האמורים יופעלו תוך התחשבות באופיו המיוחד של הגוף, ולייחוד זה השפעה הן על העקרונות מתחום המשפט הפרטי והן על הנורמות מתחום המשפט הציבורי" (ע"א 294/91 **חברה קדישא נ' קסטנבאום**, פ"מ מו(2) 464 (1992)). ואכן, כפי שמפורט בחוק ובהחלטה 1998 - על החטיבה מוחלים כללים ונורמות מתחום המשפט הציבורי, ובהם החלה מסוימת של חוק חופש המידע, של חוק חובת מכרזים, שקיפות וכיוצא בזה.

69. זאת ועוד. בהתאם לחובתו של המאציל שלא להתפרק מסמכותו, מובהר בהחלטה 1998 כי "אין בהגדרת תחומי פעילותה של החטיבה כדי לגרוע מאחריותו ומסמכותו של משרד ממשלתי ייעודי לביצוע משימות בתחומים הנמצאים בתחום סמכותו". כך, בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד, בידי המאציל נותרת הסמכות לשנות החלטה שנתקבלה על ידי הנאצל, כאשר הדבר מתחייב כתוצאה מנסיבות חדשות (בג"ץ 6218/93 **ד"ר כהן עו"ד נ' לשכת עורכי הדין**, פ"ד מט(2) 529). יובהר, כי כל תקציב שיוקצה לתחום פיתוח ההתיישבות במשרד החקלאות לצורך מימוש החלטת הממשלה בשנה מסוימת, יוכל לשמש לביצוע פעולות שלא רק באמצעות החטיבה. זאת, בין היתר, אם ימצא כי מדובר בפעולות שהחטיבה אינה מוסמכת או שאינה רשאית לבצען, או אם ימצא כי יעיל יותר לבצען בדרך אחרת (כגון תמיכות לפי סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, או עקב תיקון או שינוי תכנית העבודה במהלך השנה).

70. משתנה רלבנטי נוסף בסוגיית האצילה הוא היקף הסמכויות המואצלות. בהקשר זה, הצעת החוק מסמיכה את הממשלה לאצול לחטיבה סמכויות שלטוניות "בתחום ההתיישבות ובתחומים נוספים". המונח 'תחומים נוספים' מוגדר בסעיף 6ב(3) לחוק, כ" תחומי הפעילות שנמנו באמנה שנכרתה בין הממשלה ובין ההסתדרות הציונית העולמית לפי סעיף 7, כתפקידי ההסתדרות הציונית העולמית". האמנה האמורה כוללת רשימה ארוכה של תחומי פעילות, שכל אחד מהם מנוסח באופן כללי ובהרחבה.

71. אומנם חוק החטיבה, נוקט בלשון רחבה ובלתי מסוימת, אולם, החלטה 1998 קובעת מיקוד של תחום הסמכויות המואצלות לחטיבה. בהקשר זה מתווה החלטת הממשלה,

לטעמנו, את האופן שבו יש לפרש גם את תחומי הסמכויות שנקבעו בחוק. החלטת הממשלה מתייחסת לפעולות של תכנון והקמה של מבנים ותשתיות, ופעולות חברתיות לשם ביסוסה וחיזוקה של ההתיישבות הכפרית. מיעוטם של תחומי הפעילות מנוסחים באופן רחב ("פעולות לעידוד צמיחה דמוגרפית בהתיישבות הכפרית"), אך תכלית הפעילות בתחומים אלה היא ברורה וממוקדת.

כאמור לעיל, קיימות הצדקות לכך שסמכויות אלו תואצלנה לחטיבה להתיישבות, גוף שיש לו מומחיות בתחומים הנדונים, ראייה כוללת, והיכרות מעמיקה עם היישובים הכפריים.

72. באשר למהותן של הסמכויות המואצלות, יובהר כי הגם שמדובר בסמכויות לא מבוטלות, הכוללות גם הפעלה של שיקול דעת, כמו גם חלוקת משאבים, הרי שבחינת הרשימה המנויה בהחלטת הממשלה מצביעה על כך שמדובר בסמכויות גזרות, הכוללות הן סמכויות ביצוע ואת הסמכות לחלוקת משאבים, הכול בגדרי סעיף 2 להחלטה. כך, לשם הדוגמא, ניתן לאצול לחטיבה סמכות של "הקמה, שיפוץ, הרחבה ופיתוח מבני ציבור בהתיישבות הכפרית", "קידום תכנון פרוגרמטי ותכנון סטטוטורי לצורך הקמת יישובים כפריים חדשים" ו"ביצוע פעולות להקמת יישובים חדשים במגזר הכפרי בהתאם להחלטות הממשלה".

ודוק. סמכויות אלו אינן באות לייתר את עבודת הגורמים המוסמכים כגון מוסד התכנון או להחליף את הממשלה בעת החלטה על הקמת יישוב. [במאמר מוסגר נזכיר כי החלטה 1998 לא קבעה הסדרים בעניין ניהול המקרקעין במגזר הכפרי ביהודה ושומרון על ידי החטיבה והמצב הקיים בעניין זה נמשך לעת עתה, זאת עד להשלמת הבחינה האמורה בסעיף 24 להחלטת הממשלה ולהבאת נושא זה לממשלה. כאמור בראשית דברינו, נושא זה מצוי כעת בבחינה על ידי ועדת מנכ"לים, אשר טרם סיימה את עבודתה, ועל כן לא נדרשנו אליו במסגרת התגובה לעתירה].

73. בהקשר זה יצוין כי במסגרת בחינת מהותן של הסמכויות המואצלות, יש לבחון גם את מידת השפעתן על זכויות אדם. בענייננו, תחומי פעילותה של החטיבה אינם כוללים פעולות פיקוח או אכיפה, אשר עלולות להיות כרוכות בפגיעה בחירויות יסוד של הפרט, ועל כן לא מתעורר חשש לפגיעה בזכויות מסוג זה. עם זאת, תחומי הפעילות של החטיבה כוללים גם הקצאת משאבים ותמיכות לצדדים שלישיים, ובמסגרת פעילות כזו עלולה להיגרם פגיעה בשוויון, ככל שאותן סמכויות לא תופעלנה באופן הראוי. מענה לחשש זה, שאינו מבוטל, ניתן באמצעות הפעלת מנגנוני פיקוח שיבטיחו שוויוניות בפעולותיה של החטיבה (ראו הפרק לעיל, המתייחס לסוגיית השוויון).

74. בסופו של יום, גם החלטת הממשלה מאפשרת להאציל לחטיבה להתיישבות היקף בלתי מבוטל של סמכויות שלטוניות. בגדרם של הדיונים שנתקיימו בראשות היועץ המשפטי לממשלה, סוכם כי ככל שהיקף הסמכויות שתואצלנה לחטיבה יהא רחב יותר, כך על

הפיקוח והביקורת המוטלים עליה להיות משמעותיים יותר. לנוכח האמור, ובהינתן היקף הסמכויות שמאפשרים החוק וההחלטה להאציל לחטיבה, נקבעו גם פיקוח ובקרה משמעותיים ואפקטיביים על פעילותה. כך, בהתאם להסדר שגובש במסגרת החוק והחלטה 1998, המדיניות העקרונית בתחומי פעילותה של החטיבה תמשיך להיקבע על ידי הגורמים המוסמכים בממשלה, ושיקול הדעת שיופעל על-ידי החטיבה מכוח הסמכויות המואצלות, יופעל בהתאם לאמות מידה ועל-פי הנחיות שנקבעו על-ידי הממשלה. בנוסף, הוטלו על החטיבה חובות שעניינן שמירה על כללי מנהל תקין ומניעת חשש לניגוד עניינים בפעילותה, שעה שהיא מממשת את הסמכויות שהואצלו לה. **מובן, כי ככל שהסמכויות רחבות יותר, מתחייבת הטלת חובות בהיקף דומה לאלה החלות על רשויות השלטון ועובדיהן.** חלק מחובות אלו עוגן במסגרת החלטה 1998 וחלק נוסף שלהן אמור להיות מעוגן במסגרת הסכם המסגרת, ובמסגרת התקשרויות שנתיות קונקרטיות לביצועה של תכנית עבודה שנתית שתיקבע באופן המפורט בהחלטה 1998.

כמפורט בהרחבה לעיל, תהליך עבודתה של החטיבה מכוח התיקון לחוק הוא תהליך רב-שלבי. השלב הראשון של קביעת המדיניות נעשה על ידי הממשלה; בשלבים הבאים קיימת מעורבות ממשלתית ניכרת, הכוללת הפעלה של אמצעי בקרה לאורך תהליך הביצוע, ומעורבות נציגי היועץ המשפטי לממשלה והחשב הכללי בצמתים חשובים בתהליך. בהחלטה 1998 נקבע, כי "יועץ משפטי מטעם משרד החקלאות הכפוף ליועצת המשפטית למשרד יהיה מופקד על ההיבטים המשפטיים הנובעים ממימוש החלטת ממשלה זו וממימוש סמכויות שלטוניות על ידי החטיבה". פיקוח זה עולה בקנה אחד עם פסק-דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין בעניין גלאון במסגרתו נקבע כי "מעורבותו של היועץ המשפטי נדרשת לא כדי להיאבק באינטרס פוליטי כזה או אחר או למנוע חקיקה; לא זה תפקידו. תפקידו להבטיח שמדיניות שעליה מחליטה הממשלה תיושם כדין ועל פי דין, ואף שהממשלה לא תתפרק במהות מסמכויותיה".

75. אשר לטענות בתחום המכרזי. בתמצית ייאמר כי הקשר בין ההסתדרות הציונית לבין נושא פיתוח ההתיישבות במגזר הכפרי נקבע כבר בחוק המעמד, בשנת 1952, ומאז צברה החטיבה להתיישבות עשורים של ניסיון מקצועי בתחום זה.

דברים אלה קיבלו ביטוי גם במסגרת הוראת הפטור ממכרז, המנויה בתקנה 3(19)(א) לתקנות חובת המכרזים, ואשר קובעת כדלקמן:

"התקשרות עם הסוכנות היהודית או ההסתדרות הציונית לביצוע מטרת ציבוריות לרבות הקמה, ביסוס או הרחבה של יישובים קהילתיים, כפריים או חקלאיים".

76. ממשלת ישראל ביקשה להמשיך ולהתקשר עם החטיבה להתיישבות לטובת ביצוע פעולות שבתחום מומחיותה, כיוון שסברה שהחטיבה היא גוף בעל מומחיות וניסיון מיוחדים

בתחום פיתוח ההתיישבות. דברים אלה מצדיקים, לטעמנו, את ההתקשרות עם החטיבה להתיישבות בהסכם המסגרת.

באשר להתקשרויות פרטניות שתיעשנה בין המדינה לחטיבה להתיישבות בהתאם לתכנית העבודה של החטיבה להתיישבות, נבהיר, וזאת **מבלי לגרוע מהאמור בסעיף 85 לתגובה**, כי אלו תהיינה כפופות לחוק חובת המכרזים ותקנותיו, וכי חזקה על ועדות המכרזים והפטור הרלוונטיות כי יבחנו את התשתית הנדרשת לצורך אישור התקשרות עם החטיבה להתיישבות בכל מקרה ומקרה. נציין, כי סעיף 6(ד) לחוק המעמד קבע מפורשות כי הוראות חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 יחולו ביחס להתקשרויות של החטיבה להתיישבות עם צדדים שלישיים לעניין עסקה בטובין, לביצוע עבודה ולרכישת שירותים. הוראת חוק זו אף עוגנה בסעיף 16(י) להחלטת הממשלה 1998, בה נקבע כי עובדי החטיבה יפעלו בכל נושא המחייב התקשרות עם צדדים נוספים, לרבות מומחים, יועצים, ספקים וקבלנים, לפי חוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992 והתקנות מכוחו. בכל מקרה של ספק באשר ליישומה של הוראה זו תכריע דעתה של היועצת המשפטית למשרד או נציגה.

77. להשלמת התמונה בהקשר זה נציין, כי בימים אלה מתקיימת בממשלה עבודת מטה לכתובת הנחיות החשב הכללי ליישום תקנה 3(19) לתקנות חובת המכרזים. הנחיות אלו תשמשנה את משרד החקלאות ופיתוח הכפר (כמו גם משרדי ממשלה אחרים) בעת החלטה על התקשרויות רלוונטיות עם החטיבה להתיישבות.

78. העותרים מניחים (על בסיס ניסיון העבר לטענתם) כי החטיבה להתיישבות תפעל באופן לא שוויוני, ולטעמם יש בהנחה זו כדי להצדיק התערבות בהחלטת הממשלה והימנעות מחתימה על הסכם המסגרת. אלא, שכפי שפורט במישור החוקתי, החלטת הממשלה והסכם המסגרת מגבירים את המעורבות של הממשלה בפעילות החטיבה ומכפיפים אותה לחובות שונות מתחום המשפט הציבורי, בין היתר החובה לפעול בשוויון. כך, למשל, אנשי משרד החקלאות יאשרו כל מבחן תמיכה שלפיו תבקש החטיבה לפעול. לא זו אף זו, נציג היועץ המשפטי במשרד החקלאות ונציג החשב הכללי יהיו חברים בוועדות התמיכה בחטיבה להתיישבות, ודעתם תהא מכרעת בעניינים הרלוונטיים (משפטיים או כספיים). לעניין החובה לנהוג בשוויון נקבע זה מכבר בפסיקת בית המשפט הנכבד, כי חובתה של המדינה לנהוג בשוויון משתרעת על כל פעולותיה, וזאת בין אם הן מבוצעות על ידה ובין אם תבוצענה על ידי שימוש בגוף שלישי (בגי' 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258). דברים אלה נכונים כמובן גם על אצילת סמכויות הממשלה לחטיבה להתיישבות.

בהיותה גוף דו מהותי, אשר חלות עליו חובות מתחום המשפט הציבורי, החובה לנהוג בשוויון חלה באופן עצמאי גם על החטיבה להתיישבות עצמה. מכל מקום, אנו סבורים כי מעורבותה של הממשלה בפעילות החטיבה כאשר היא מיישמת סמכויות שהואצלו לה,

מפחיתה מן החששות שמעוררים העותרים גם בהקשר זה ומבטיחה אף היא החלה של חובת השוויון במסגרת יישום הסמכויות שהואצלו לחטיבה להתיישבות.

79. טוענים העותרים כי החלטת הממשלה מהווה הסדר ראשוני, באשר היא מבהירה לראשונה את היקף הסמכויות המואצלות על ידי שר התקלאות ופיתוח הכפר לחטיבה להתיישבות. לעניין זה נשיב, כי סעיף 66 לחוק קובע מראש מסגרת לתחומים בהם תואצל הסמכות לחטיבה, שכן הוא מפנה לאמנה שנחתמה בין ממשלת ישראל לבין החטיבה להתיישבות, ובה מפורטים תחומי הפעילות של החטיבה מול הממשלה.

החלטת הממשלה כללה בסופו של דבר פירוט משמעותי יותר בכל הנוגע לתחומי הפעילות, ויישומו של פירוט זה ייעשה במסגרת הסכם המסגרת וההסכמים הפרטניים שייקבעו לאחר מכן על סמכו. המשיבה סבורה כי אין באמור פגם, המצדיק התערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטת הממשלה או בחוק המסמך, גם בהיבט של הסדרים ראשוניים.

80. הכרעה בשאלה אם הסדר שקבעה הממשלה מהווה הסדר ראשוני אם לאו, אינה פשוטה, והיא תלויה בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. בהתייחס למבחני הפסיקה ניתן לאמר בענייננו, כי ההסדר אשר מתייחס לסמכויות שהואצלו לחטיבה נקבע כבר בחקיקה, והחלטת הממשלה פורטת אותו לפרטים; מכל מקום, אין עסקינן בנושא של הסמכה לפגיעה בזכויות אדם, אשר ככלל יצדיק הסדר מפורט בחקיקה ראשית. ר' לעניין זה פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 6111/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1 (2006).

משידענו כי סמכותה השירותית של הממשלה כהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) אינה כוללת סמכות לקביעתם של הסדרים ראשוניים; כי קביעתם של הסדרים ראשוניים יוחדו ויועדו לכנסת ואילו הממשלה לא קנתה אלא סמכות להסדרים מישניים, להסדרי ביצוע; עדיין שאלה היא, מה אמת-מידה ניעזר בה לידע הסדר ראשוני - מהו? מהי אבן בוחן נחזיק בידנו להבחין בין הסדר ראשוני לבין הסדר מישני? התשובה לשאלה אינה פשוטה כל-עיקר, וקו הגבול בין הסדרים אלה לבין הסדרים אלה יכול שיהיה לעיתים מטושטש משהו. אכן, יימצאו הסדרים שהכל יסכימו כי הסדרים ראשוניים או הסדרים מישניים הם. כולנו נסכים, למשל, כי חיובים שהמדינה מטילה על היחיד - חיוב בתשלום מס, חיוב לשרת בצבא ועוד כיוצא באלה חיובים - חיובים אלה כולם חיובים של הסדרים ראשוניים הם. ומנגד: קביעת טפסים שעל היחיד למלא בביצועו של חוק פלוני, פעולה של הסדר מישני היא. אלא שעיקר הוא בתחום האפור שבין שני קצוות אלה, והתחום האפור, למרבה הצער, תחום רחב הוא ביותר. על תחום זה ניתן לומר, כי ההכרעה בשאלת ההבחנה תיעשה בכל מקרה ומקרה תוך שניתן דעתנו לטיבו ולמהותו של הנושא שבדיון, לרקע עיקרי היסוד ששיטת המשפט בנויה עליהם, ותוך שנפעיל את השכל הישר ואת חוש ההיגיון. אכן, באמרנו כי הסדרים ראשוניים הם אותם הסדרים שעל-פי עצם טיבם ראוי להם שהכנסת תקבעם, וכי גופם של

ההסדרים ונסיבות הענין יכריעו, נקלעים אנו לטאוטולוגיה-משהו. וכפי שנאמר בפרשת פריצקי (שם, 790):

הסדרים ראשוניים הינם אותם הסדרים שבהיותם נוגעים לנורמות התנהגות החלות על כלל הציבור או לשאלות-יסוד בחיינו, נצפה כי המחוקק הראשי יקבע אותם בחוק ... הגדרה זו להסדרים ראשוניים הינה הגדרה מעגלית-משהו, ואיתורם של אותם הסדרים ראשוניים ייעשה מעת-לעת ומעניין לעניין.

בה-בעת, בודענו כי תחנת המוצא למסע הפרשנות והתהייה תימצא באותם עיקרי-יסוד המנהיגים את שיטת המשפט בישראל - שילטון החוק (במובנו המהותי), עקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות, זכויות היחיד וכו' - נוסף ונדע כי נוכל להיאחז במהויות לפיתרון הקושיה. על כך נאמר, כי מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות ומידת פגיעתו בחירות הפרט כל אלה ישפיעו על ההכרעה אם המדובר הוא בהסדר ראשוני או בהסדר מישני. ובלשונה של השופטת נאור בבג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח (2) 746, באומרה דברים אלה (שם, 760):

ההבחנה בין הסדר ראשוני למשני אינה חדה. מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות, מידת פגיעתו בחירות הפרט - כל אלה משפיעות על היקפו של ההסדר הראשוני ועל מידת הפירוט הנדרשת ממנו; גם במשטר דמוקרטי מודרני קשה לקיים את תורת ההסדרים הראשוניים במלוא היקפה.

הניסוחים לקביעת גדריו של הסדר ראשוני ניסוחים שונים הם, ואין מקום כי נאריך בהם. על כל אלה, ועוד, עמד חברנו הנשיא ברק בפרשת רובינשטיין, והמעין יעיין וישכיל. ראו: שם, 515-517.

38. התשובה לשאלה אם פעילות פלונית של הממשלה מהווה הסדר ראשוני, אם לאו, תימצא לנו - אפוא - בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, בשים לב לטיבו ולמהותו של העניין, ותוך שניעזר, כמובן, בשכל הישר והטוב ובהיגיון. כך, בין השאר, נבחן את מידת השפעתו של ההסדר על הציבור בישראל, וברי כי אין דין פעולה שנועדה לתכלית מצומצמת ונקודתית - וקרובה היא על-פי טיבה לסמכויות ביצוע - כדין פעולה שיש בה כדי להשפיע על מיגזר שלם - אפשר על החברה כולה - ומקרבת היא עצמה כך להסדר ראשוני על-פי הגדרתו (השוו: פרשת רובינשטיין, 523, 529; בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 337, 505). נבחן, למשל, את תכלית הפעולה, אם נועדה היא לתכלית שנויה במחלוקת בציבור - תכלית העלולה לעורר זעם ומירמור בקרב חלקים בעם - או שמא זוכה היא להסכמה ציבורית רחבה (פרשת רובינשטיין, 527-528); עלותה של הפעולה אף היא תשפיע על מהותה, וברי כי אין דין פעולה שהשלכותיה הכספיות מיזעריות כדין העברתם של עשרות מיליוני שקלים מקופת הציבור למיגזר פלוני (השוו: סעיף 40(א) לחוק-יסודות התקציב, תשמ"ה-1985).

39. מידת מעורבותו של המחוקק בפעולה והשפעתו עליה תשליך אף היא על השאלה אם מדובר בהסדר ראשוני או מישני. כך, למשל, שומה עלינו לבדוק אם מדובר בפעולות שנועדו להבטיח ביצועו של חוק הנמצא בתהליכי חקיקה מתקדמים, או אם הפעולה נדרשת לאישור הכנסת או ועדותיה (פרשת שמעוני, פסקה 4 לחוות-דעת). נסיבות העניין תשפעה אף-הן על טיבו של ההסדר. כך, למשל, לא נוכל

להתעלם מן השלב בו הובא העניין לפני בית-המשפט - אם לפני מעשה או לאחר מעשה - שכן לא הרי ביקורת והכוונה שלפני מעשה כהרי ביקורת והכוונה שלאחר מעשה (פרשת שמעוני, שם). ייבחר הצורך בדחיפותה של הפעילות - אם מדובר בפעולה דחופה שהממשלה נדרשת לעשותה בהיותה הרשות המבצעת של המדינה, או בקביעתה של מדיניות ארוכת טווח שהכנסת יכולה וצריכה להידרש לה. יינתן מישקל להסתמכות ציבור על הבטחת הממשלה, ועוד. רשימת השיקולים, למותר לומר, אין היא רשימה סגורה. ההכרעה נתונה, כאמור, לשכל הישר ולהיגיון, ובלבד שנדריך עצמנו על-פי עקרונות היסוד של שילטון החוק והעיקרים האחרים שדיברנו בהם למעלה (ההדגשות הוספו)."

81. גם דין הטענות המתייחסות לסמכותה של הממשלה לפעול באיו"ש להידחות. טענותיו של העותר בבג"ץ 9518/16 בהקשר זה הן כלליות וכוללניות, ואינן מביאות בחשבון את האפשרות הקיימת לממשלה לפעול באיו"ש מכח סמכותה השירותית, במצבים בהם היא אינה נדרשת להסמכה מפורשת בדין. לעניין זה ר' והשוו פסק דינו של בית משפט נכבד זה בבג"ץ 5128/94 נעם פדרמן נ' משטרת ישראל, פ"ד מח(5), 647 (1995).

82. בית משפט נכבד זה נדרש לא אחת לטענות הנוגעות לחוקיות פעילות ממשלת ישראל באזור, וקבע כי מדובר בהחלטות מדיניות מובהקות, אשר היקף ההתערבות בהן הוא מצומצם ביותר, ושמור למקרים חריגים ביותר. דברים אלה רלוונטיים גם בענייננו, כאשר העותרים מבקשים לתקוף את מדיניותה של הממשלה, המבוצעת באמצעות החטיבה להתיישבות, במגזר הכפרי באיו"ש.

83. לעניין זה ר' למשל פסק דינו של כב' הנשיא (דאז) שמגר, בעתירה שביקשה לתקוף את חוקיות ההתיישבות באזור - בג"ץ 4481/91, בשג"ץ 5156/91, 5459, 5527, 5530, 5558, 272/92 ברגיל ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210, בעמ' 215:

"לטעמי, יש לדחות עתירה זו, כי היא לוקה בכך שהיא מתייחסת לנושאי מדיניות השמורים לזרועות אחרות של הממשל הדמוקרטי, והיא מעלה נושא שהסממנים המדיניים שבו הם דומיננטיים וגוברים בעליל על כל קטעי הקטעים המשפטיים שבו. אופיו השליט של הנושא המועלה בעתירה הוא מדיני מובהק."

עוד ר' פסק הדין בבג"ץ 9549/09 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (פורסם באתר הרשות השופטת, 21.4.2010), אשר עסק בתקיפת החלטת הקבינט המדיני-בטחוני על התליית הליכי הבנייה ביהודה ושומרון. עוד ר' פסק דינו של כב' השופט לוין בבג"ץ 4400/92 המועצה המקומית קרית ארבע חברון נ' מר יצחק רבין, פ"ד מח(5) 597, 610 (1994). וראו גם דברי הנשיא (דאז) א' ברק בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005) (להלן: "פרשת חוף עזה") בעמ' 556 ו-573; ופסקי דין נוספים.

84. דברים אלה יפים גם לענייננו, ובשל כך גם דין הטענות במישור המשפט הבינלאומי להידחות.
85. בכל הנוגע להקצאת מקרקעין במגזר הכפרי באיו"ש, בהקשר זה נחתמו במהלך השנים הסכמי הרשאה פרטניים בין הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באזור לבין החטיבה להתיישבות. נושא המקרקעין מצוי היום בבחינתה של ועדת מנכ"לים אשר מונתה על ידי ראש הממשלה בפברואר 2016, וטרם הציגה את המלצותיה. מדובר בנושא מורכב, בעל השלכות משמעותיות לפעילות הממשלה והמפקד הצבאי באזור, אשר אף לא נדון במסגרת חוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ). משיושבת היום ועדת המנכ"לים על המדוכה בהקשר זה, יינתן המענה לטענות הקיימות לגביו במסגרת עבודתה, ואין מקום להידרש אליהן בשלב זה.
86. לנוכח כל שפורט לעיל, עמדת המדינה הינה כי דין העתירות להידחות, הן במישור החוקתי והן במישור המנהלי.
87. תגובה זו נתמכת בתצהירה של ד"ר אינג' רות פרום-אריכא, סגנית מנהל הרשות לתכנון במשרד החקלאות ופיתוח הכפר.

היום, י' בניסן תשע"ז

06 באפריל 2017

מיכל צוק-שפיר, עו"ד

סגנית בכירה א' בפרקליטות המדינה

ב' / י"ג / אדר
שי כהן, עו"ד
עוזר לפרקליט המדינה