

בג"ץ 9518/16, 778/17

פורום קהלת (ע"ר) 580553915
ע"י ב"כ עו"ד אריאל ארליך או עו"ד אהרן גרבר
או עו"ד מאיר בוחניק
מרח' עם ועולמו 8 בירושלים
טל' 02-6312720; פקס 02-6312724
נייד aerlich@kohelet.org.il; 054-6891319

המבקש להצטרף כידיד בית המשפט

בעניין שבין:

(העותר בבג"ץ 9518/16)

1. פרופ' אלון הראל

ע"י ב"כ עוה"ד חגי קלעי ואוהד רוזן
ממשרד קלעי, רוזן ושות', עורכי דין
רח' קלישר 30, תל אביב
טל 03-7943040; פקס 03-7943065

2. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

ע"י עוה"ד מאיסאנה מוראני וסוהאד בשארה
מרח' יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 31090
טל 04-9501610; פקס: 04-9503140

3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י עוה"ד רוני פלי ודן יקיר
מרח' נחלת בנימין 75, תל אביב 6515417
טל' 03-5608185; פקס' 03-5608165

(העותרים בבג"ץ 778/17)

- נ ג ד -

1. כנסת ישראל

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

2. ממשלת ישראל

ע"י פרקליטות המדינה
רח' צלאח א-דין, ירושלים
טל' 02-6466588; פקס 02-6467011

3. שר החקלאות

ע"י פרקליטות המדינה

4. החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית

ע"י ב"כ עוה"ד יאיר עשהאל ונגה גל
מרח' ביתר 2 (בית הטיילת), ירושלים
טל' 02-5654000; פקס' 02-5654001

(המשיב 3 בבג"ץ 778/17)

המשיבים

בקשה להצטרף להליך במעמד של ידיד בית המשפט – פורום קהלת

א. כללי

1. פורום קהלת (להלן – הפורום) מתכבד לבקש מבית המשפט הנכבד להצטרף להליך כידיד בית המשפט. הפורום יבקש להציג בפני בית המשפט **בתמצית שבתמצית** את הערותיו בכמה עניינים בעלי חשיבות משפטית עקרונית המתעוררים בתיק. טענות הפורום יתמקדו בניתוח המשפטי של שאלת **גבולותיה של אצילה** מבחינת המשפט החוקתי, של מאפייני האצילה מבחינת המשפט

המינהלי, וסיווג החלטת הממשלה בהקשר זה. **נבקש להתריע על משמעותה הרוחבית של קבלת טענות העותרים, במישור החוקתי – מבחינת גבולות ההתערבות של בית המשפט בעניינים הנוגעים למבנה המשטר ובעניינים שאופיים המרכזי אידיאולוגי, ובמישור המינהלי – מבחינת מרחב הפעולה הנתון לממשלה לבחור את הדרכים להגשים את מדיניותה.**

ב. המבקש – פורום קהלת

2. פורום קהלת הוא עמותה ציבורית שהוקמה בראשית שנת 2012 על-ידי אנשי ציבור ואקדמיה מתחומי המשפט הציבורי, מדע המדינה והכלכלה. הפורום פועל לחיזוק הדמוקרטיה הישראלית, לקידום חירות הפרט ועידוד יישום עקרונות השוק החופשי בישראל, ולעידוד מעמד הקבע של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי. הפורום אינו נתמך על ידי ישות מדינתית כלשהי ולא על ידי בעלי עניין אישי בתחומי עיסוקו.

3. הפורום מאגד מומחים אקדמאים בתחומי המשפט הציבורי, מדע המדינה, כלכלה ואנשי ציבור וממשל. אחדים מעמיתי הפורום עוסקים בסוגיות הנדונות בהליך זה דבר יום ביומו – בהוראה ובמחקר. בהקשר של העתירה הנדונה נציין מבין חברי הפורום את פרופ' גדעון ספיר, פרופ' אברהם דיסקין, ד"ר אביעד בקשי, פרופ' אבי בל, פרופ' יוג'ין קונטורוביץ', ד"ר מיכאל שראל, ד"ר יצחק קליין, ד"ר עמנואל נבון, ויו"ר הפורום פרופ' משה קופל. הפורום סבור כי צירופו ושמיעת טענותיו יועילו לבירור אמיתי של הסוגיות על כל צדדיהן, וכי יוכל לתרום תרומה של ממש לדיון בעניינים העקרוניים שהוא מבקש לטעון לגביהם.

ג. הבקשה להצטרפות כידיד בית משפט

4. בהתאם למסורת הפסיקה של בית המשפט הנכבד בסוגיית צירוף צדדים להליכים כידידי בית המשפט, בחינת בקשה להצטרפות כ-ידיד בית משפט תיעשה בעיקר לאור "מידת התרומה הפוטנציאלית הגלומה בצירוף המבוקש אל מול החשש שצירוף כאמור יפגע ביעילות הדיון, בצדדים ובזכויותיהם" (ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (2) 241). הללו – התרומה מצד אחד והחשש לפגיעה ביעילות הדיון מאידך – נפרטו למבחני משנה (בלתי ממצים) בפסק הדין המנחה בעניין קוזלי (מ"ח 7929/96 קוזלי ואח' נ' מדינת-ישראל, פ"ד נג(1) 529).

5. **הפורום מעורב בתהליכים העוברים על מערכת היחסים וההתקשרות שבין הממשלה והחטיבה להתיישבות מזה למעלה משנתיים.**

בסמוך לפרסום חוות-הדעת מטעם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה הוכנה בפורום חוות דעת משפטית שהתייחסה לחוות הדעת של המשנה ליועמ"ש.

חוות הדעת מיום 31.3.15 מצורפת **נספח א**

בהמשך, כפי שצויין בתגובות המשיבים, עתר הפורום לבית המשפט הנכבד נגד הנחיות אופרטיביות שניתנו לכאורה על-ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה במסגרת חוות דעתה ובמסמכים נוספים, משום שהפורום סבר כי בחוסר סמכות ניתנו (בג"ץ 3664/15 פורום קהלת נ' היועץ המשפטי לממשלה). במהלך חקיקת התיקון שבו עוסקות העתירות נטלו נציגי הפורום חלק פעיל בדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת וסייעו בהכנת החוק לקריאות במליאת הכנסת.

במהלך השנים האחרונות הצטרף הפורום או ביקש להצטרף כידיד בית משפט בשורה של הליכים חוקתיים עקרוניים שהתנהלו בבית משפט זה (כגון בג"ץ 9149/10 וותד נ' הכנסת; בג"ץ 7146/12

אדם נ' הכנסת; והליכים נוספים), וכן בהליך שעסק בסוגיית אצילה והפרטה (בג"ץ 3791/16 סנדלר נ' משרד התחבורה).

6. ההכרעה בעתירה דנן תצטרף לשורת פסקי-דין של בית המשפט הנכבד, אשר שרטטו את ההגבלות המשפטיות על אצילת סמכויות שלטוניות והפרטת שירותים בישראל. מדובר בהכרעה העשויה להשפיע משמעותית על מדיניות ציבורית עתידית בתחום זה באופן החורג מגבולותיו של המקרה שבפנינו. הפורום מבקש אפוא לשמש שליח ציבור, כדי להעלות לפני בית המשפט הנכבד טענות מתחום מומחיותו ועיסוקו ובכך לסייע לבית המשפט הנכבד בבירור העתירה.

7. טענותינו יתמקדו בחידוד היבטים עקרוניים בתחום האצילה וההפרטה, ברמה החוקתית והמינהלית, שאנו מוצאים לנכון להוסיף לגביהן על אשר נטען על ידי ב"כ הצדדים. נשתדל להימנע מחזרה על שנאמר, ונתמקד – בקצרה – במה שנחוצים לגביו עיון, תוספת, הבהרה, או העמקה.

8. הגשת הבקשה נעשית כעת, ימים אחדים לפני הדיון, משום שהפורום המתין עד לאחר הגשת התגובות מטעם כל הצדדים בטרם ניגש לבחון אם יוכל לתרום תרומה נוספת לדיון בפני בית המשפט הנכבד. כדי שלא לטעון לשווא את אשר כבר נטען ולהכביד על הדיון, נאלץ הפורום לדחות את הגשת בקשתו זו. עם זאת, אין בדברים כדי לפתוח חזיתות חדשות בנושאים שלא נדונו, כי אם להוסיף ולחדד ולהעמיק היכן שיש בכך צורך; ולפיכך לא תהיה כל הכבדה בצירוף הפורום לדיון, וההליך יכול לצאת מכך רק נשכר.

ה. עמדות הצדדים בנוגע לבקשת ההצטרפות

9. אתמול (19.4.17) נשלחה טיוטה של עיקרי טיעון אלה אל ב"כ העותרים והמשיבים.

ב"כ המשיבה 1 ביקש למסור כך:

"המשיבה 1 מבקשת להותיר את ההכרעה בבקשה לשיקול דעת בית המשפט הנכבד".

ב"כ העותר 1 בבג"ץ 9518/16, עו"ד חגי קלעי, ביקש למסור כך:

"העותר מתנגד לצירוף פורום קהלת כידיד בית משפט. מועד הגשת הבקשה, 3 ימים עבודה בלבד לפני הדיון בעתירה (שהוגשה, כזכור, ביום 8.12.2016) מלמד על שיהוי קיצוני, ולא מאפשר את ההתייחסות אליה. בהקשר זה, יוזכר כי הן החטיבה להתיישבות, הן המדינה הגישו תגובות מפורטות לבקשה למתן צו ביניים, וכתב אז ניתן היה ללמוד את עמדתם של גופים אלו. ודאי שהיה ניתן להגיש את הבקשה מיד עם הגשת עמדת המשיבים.

בהמשך לאמור, עיון בבקשה לגופה מלמד אף הוא כי יש לדחות את הבקשה. כלל הטענות המועלות בבקשה הועלו, בניסוחים שונים, על ידי המשיבים (ונזכיר כי גם בין המשיבים מחלוקות משפטיות ועובדתיות ממשיות). צירוף פורום קהלת להליך לא צפוי לתרום דבר מעבר לאמור בכתבי הטענות שבפני בית המשפט הנכבד.

יצוין, בהקשר זה, כי לגישת העותר ישנו פסול בניסיונה של המבקשת להגיש בד בבד עם הבקשה גם את עיקרי הטיעון מטעמה, כך שהם יקלטו בתיק בית המשפט אף אם הבקשה תדחה (ולגישת העותר יש להורות על הוצאת "עיקרי הטיעון" שהוגבו לתיק בית המשפט ממנו או על הגשת מסמך זה במעטפה סגורה עד להכרעה בבקשת ההצטרפות). בבחינת למעלה מן הצורך יצוין כי העיון בבקשה מלמד שהיא רובה ככולה הפניוה לפסיקה של בית המשפט הנכבד. כידוע, חזקה על בית המשפט שהוא מכיר את הדיון, וגם מטעם זה ראוי לדחות את בקשת ההצטרפות".

עמדת יתר הצדדים טרם התקבלה, ואנו נעדכן את בית המשפט הנכבד בהקדם האפשרי, ולא יאוחר מיום ראשון 23.4.17.

ו. לסיכום

10. מפאת חשיבותם של העניינים שמבקש הפורום להעלות, שמיעת טענותיו תסייע לבית המשפט לבחון את טענות העותרים, ולהכריע כפי שמתחייב מכלל ההיבטים הרלוונטיים שבסוגיה, בהתאם לחוקי היסוד, בהתאם למבנה החוקתי של המשטר בישראל, ובהתאם לעקרונות המשפט המינהלי. בית המשפט הנכבד מתבקש אפוא לאפשר לפורום להציג את טענותיו, לצרף את עיקרי הטענות הנלווים לבקשה זו לתיק העתירה, ולאפשר לפורום לטעון את טענותיו גם בדיון בעל-פה.

11. יהא זה אפוא נכון ומועיל להיעתר לבקשה; ואף מן הדין לעשות כן. מן הדין על שום מה? על שום שמדובר בהליך חוקתי, שיוזמיו אינם טוענים לפגיעה ספציפית בהם אלא אך מבקשים לטעון כעותרים ציבוריים. כעותרים ציבוריים, אין הם טובים מן הפורום במאומה, כדי שטענותיהם יישמעו וטענותיו של הפורום יחסמו. מן הדין אפוא להיעתר לבקשת הצטרפות זו ולאפשר גם לפורום לטעון בקצרה את טענותיו.

12. כתב הטענות יצורף כנספח לבקשה זו, לנוחות בית המשפט הנכבד.

ירושלים,
כ"ד בניסן תשע"ז
20 באפריל 2017

אריאל ארליך, עו"ד

אהרן גרבר, עו"ד

ב"כ פורום קהלת

עיקרי טיעון מטעם פורום קהלת (המבקש להצטרף כידיד בית משפט)

א. כללי

העתירה מעלה טענות בנוגע לחוקתיות סעיף 6ב לחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית והסוכנות היהודית לארץ ישראל, התשי"ג-1953 (להלן – חוק המעמד), נגד חוקיות החלטת הממשלה שהתקבלה מכוחו ונגד חוקיות פעולת החטיבה להתיישבות.

חשוב להדגיש: לסוגיות שהעתירה מעלה ולתזה שהיא מבקשת לקדם צפויות השלכות רחב על כלל סוגיית האצילה וההפרטה, בהחלטות ממשלה ובחקיקה. עתירה זו תוקפת אמנם את עניין החטיבה להתיישבות, בטענות בעלות לבוש משפטי; אולם היא מהווה חלק מפולמוס פוליטי-עקרוני סביב שאלת יכולת האצילה וההפרטה של הממשלה לגופים שאינם שלטוניים.

מדינה מודרנית זקוקה למרווח תמרון רחב בתחום זה, כדי שתוכל לעמוד בשלל המשימות המוטלות עליה. כנקודת מוצא אנו סבורים כי יש לשמור על מרווח זה. יש לאפשר לממשלה לנווט בו בהתאם לצרכיה ולגבש את מדיניותה בהתאם לתפיסותיה הפוליטיות. לפיכך, הכרעה משפטית שתצר את צעדי הממשלה מעבר לדין הקיים (אשר יתואר להלן), עלולה לקלקל את השורה. כך לגבי הממשלה, ובוודאי שכך לגבי המחוקק. יש אפוא להתייחס לעתירה זו בהקשר הרחב של אצילה והפרטה, ולא רק כעתירה ספציפית נגד חוק המעמד, ולהיזהר בשינוי המצב המשפטי הקיים בנוגע לדיני האצילה בישראל.

בנוסף לכך, העותרים מבקשים מבית המשפט לעשות דבר שנמנע מלעשותו עד כה – **לפסול חקיקה מטעמים של מבנה משטר, להבדיל משיקולים של הגנה על זכויות אדם.** עד כה התערב בית המשפט בפעולות המחוקק רק כשסבר כי יש צורך להגן על זכויות האדם או האזרח בישראל. העותרים דנו, ובייחוד העותר 1 (בבג"ץ 9518/16), מבקשים להרחיב את הביקורת השיפוטית אל מחוזות חדשים, שההיבט הפוליטי בהם הוא ללא ספק ההיבט הדומיננטי. זה אינו עניין של מה-בכך; וגם עליו מתבקש בית המשפט ליתן דעתו.

מטרתו של מסמך זה איננה להידרש לכל אחד מראשי הטיעון של העותרים. זאת היטיבו לעשות המשיבים – הכנסת, הממשלה והחטיבה להתיישבות. מטרתו היא לשרטט באופן תמציתי את קווי המתאר של תורת האצילה בישראל, תורה שהעתירות מבקשות לשנות שינוי רדיקלי.

נבקש להסביר, בתמצית, כי המשפט המינהלי פיתח תורה בנוגע לאצילה, המתחשבת הן בצורך לאפשר לרשויות מרחב פעולה להגשמת מדיניותן ומילוי חובותיהן, הן בצורך לעמוד על משמר המינהל התקין ושלטון החוק, הן בחובה לפעול לפי סמכות. תורה זו כוללת בקורות ואיזונים פנימיים, שמבטלים ממילא את החששות שמנסים העותרים לפתח ביחס לאצילה לפי החוק דנו.

נבקש להסביר כי הניסיון לגרור את בית המשפט לתחם את מרחב האצילה הנתון לרשויות, הוא ניסיון להעביר את סמכות ההחלטה לגבי הדרך שבה תבצע הממשלה את מדיניותה מידי הממשלה לידי בית המשפט. זהו ניסיון לערב את בית המשפט בויכוח על תפיסת עולם באשר לתפקידה ואופיה של המדינה, שבית המשפט הקפיד בצדק רב להימנע מלהכנס אליו.

נבקש להסביר כי הניסיון לקבוע – ברמה החוקתית – סייגים על מרחב האצילה לפי חוק, הוא ניסיון להצר את שיקול דעתו של המחוקק בעניינים שאופיים הוא אידיאולוגי מובהק הנתונים במחלוקת בין השקפות עולם שונות המתחרות בבית המחוקקים. גם זאת הקפיד בית המשפט להימנע מלעשות עד כה.

נבקש אפוא להסביר בתמצית כי טענותיהם של העותרים אינן משקפות את המצב המשפטי הקיים בישראל בנוגע לאצילה והפרטה, ואף לא את המצב הראוי.

חלק ראשון – ההיבט החוקתי

ב. תמצית טענות העותרים בדבר אי חוקתיות של החוק:

העותרים טוענים כי סעיף 66 לחוק המעמד עומד בניגוד לנורמה החוקתית הקובעת כי הממשלה היא הרשות המבצעת (סעיף 1 לחוק יסוד הממשלה), וכי את סמכויותיה היא יכולה לאצול לעובדי ציבור בלבד (סעיף 33(ב) לחוק היסוד). לטענת העותרים סעיף 66 לחוק סותר נורמה זו, משום שהוא מאפשר לממשלה להעביר את כל סמכויותיה, ללא סייג, לגוף שאינו גוף ציבורי כי אם פרטי. בכך לטענת העותרים מהווה סעיף 66 שינוי של הנורמה החוקתית, ולכן חייב להיעשות בדרך של שינוי חוק היסוד וברוב של 61 חברי כנסת. בנוסף טוענים העותרים כי זו פגיעה בנורמה החוקתית הכפופה למבחני פסיקת ההגבלה. לפיכך, לטענתם, היא חייבת להיות כללית ולא פרטיקולרית; להיות לתכלית ראויה ולעמוד במבחני המידתיות. במסגרת זו טוענים העותרים כי מדובר במה שהם מבקשים לכנות 'הפרטה רדיקלית', כלומר דרך של הממשלה לבצע דברים שהיא מוגבלת לבצע בעצמה משום שהם נתונים במחלוקת ציבורית או ממגבלות דמוקרטיות, ולכן הדבר אינו לתכלית ראויה. עוד טוענים העותרים במסגרת זו כי זו אצילה של סמכויות ליבה הנתונות לממשלה, וכי היא מנועה מלאצול אותן.

ג. הנקודות השגויות בטיעון החוקתי של העותרים, בתמצית, הן אלו:

1. סעיף 33(ה) לחוק יסוד הממשלה מאפשר אצילה גם לגורם שאינו שלטוני כאשר היא משתמעת מן החוק המסמך, ובוודאי כאשר החוק מתיר אותה במפורש. העותרים בעתירתם מתעלמים מקיומו של הסעיף הזה. לכן אין מדובר בשינוי הנורמה החוקתית, וכל הדיון שבעתירה על שינוי חוק יסוד אינו רלוונטי.
2. בנוסף לכך, פסיקת בית המשפט פיתחה גם תורת אצילה שלימה מעבר למה שהחוק מתיר במפורש. מבחינה זו החוק לא חידש חידוש מהותי. לכן לא רק שאין כאן שינוי של נורמה חוקתית, אלא גם אין פגיעה בה.
3. אין במשפט הישראלי הכרה ב'תחומי ליבה' שאינם ניתנים לאצילה, או שאצילתם נוגדת את סעיף 1 לחוק יסוד הממשלה. העניין נדון בכמה הזדמנויות ובית המשפט נמנע מלקבוע תחומי ליבה כאלה, בין היתר משום שזו שאלה פוליטית.
4. טיעון 'ההפרטה הרדיקלית' שהעותרים מנסים לקדם, יחד עם ניסיון להמשגה חדשה, גם הם למעשה טיעון פוליטי. הפסיקה קבעה כללים כדי לוודא שגם לאחר האצילה תישאר תחת סמכות המאציל החובה לקבוע מדיניות, לבקר את הנאצל ולפקח עליו. מבחינת חובות מן המשפט המינהלי, גוף נאצל הופך לגוף 'דו מהותי', וכמידת הסמכות השלטונית העוברת לידי כך מידת הנורמות מן המשפט המינהלי המוחלות עליו.
5. החוק דן עושה כל זאת היטב: משאיר את קביעת המדיניות בידי הממשלה, מגביל את סוגי הסמכויות שניתן לאצול, מחייב קביעת מנגנוני פיקוח ובקרה.

ד. אצילה – רקע

אצילת סמכויות פירושה הסמכתו של גורם לקבל החלטה במקום הרשות המוסמכת תוך הפעלת שיקול הדעת השלטוני המסור לה לצורך ביצוע סמכות זו, מה שהופך למעשה את הגורם שאליה הואצלו הסמכויות

ל"רשות מוסמכת". עם זאת, הגורם המאציל אינו מתרוקן מסמכויותיו וממשיך לשאת באחריות להפעלתם.¹ עליו להתוות את המדיניות, ולפקח על יישומה בידי הנאצל. בסעיפים שלהלן נראה בתמצית כי חוק-יסוד הממשלה מכיר באפשרות לאצול סמכויות מן הממשלה לגורם שאינו ממשלתי. במקביל, נראה כי גם דוקטרינת האצילה המינהלית הכללית, שפותחה בפסיקה, מאפשרת לרשות לאצול מסמכותה אם אין משתמעת הוראה אחרת בחקיקה. לאור זאת נבחר כי גם ללא הוראה מפורשת בחוק, אצילה במקרים רבים תהיה אפשרית. כאשר החוק מורה במפורש על אפשרות כזו, בוודאי שאין עילה להתערבות שיפוטית. לאחר מכן נתייחס לטענות העותרים על קיומן של מגבלות חוקתיות על אצילה של "תחומי ליבה", ולטענתם בדבר הצורך להגביל "הפרטה רדיקלית".

ה. חוק-יסוד הממשלה ואצילה

בשורה אחת: חוק היסוד מאפשר אצילה גם לגורמים שאינם שלטוניים, כאשר כך משתמע מהחוק המסמיך. חוק-יסוד הממשלה מתייחס במפורש לאפשרות של הממשלה לאצול מסמכויותיה למבצעי-משנה, בסעיף 33. הסעיף קובע כי הממשלה יכולה לאצול את סמכויותיה לשרים (סעיף קטן א), וכי השרים יכולים לאצול מסמכויותיהם לעובדי ציבור (סעיפים קטנים ב ו-ג); מסתבר כי עובדי החטיבה להתיישבות הם עובדי ציבור, כפי שטוענים ב"כ החטיבה, אולם נניח לכך כעת). לבסוף מסייג חוק היסוד את הוראות סעיף זה, וקובע כי אם משתמעת כוונה אחרת מהחוק המסמיך הוא לא יחול (סעיף קטן ה). כלומר, כשאין בחוק המסמיך דבר שניתן ללמוד ממנו על אפשרות אצילה, רשאי השר לאצול מסמכויותיו לעובד ציבור בלבד; וכשיש בחוק דבר שממנו משתמעת אפשרות לאצול סמכויות, הרי שניתן לאוצלן לא רק לעובדי ציבור כי אם לכל אדם, כפי שציין פרופ' זמיר בספרו:

"כל הסייגים האלה, כמו יתר המרכיבים של סעיף 31 לחוק-יסוד: הממשלה, חלים רק (כפי שנאמר בסעיף קטן ה) אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק המקנה את הסמכות. אם משתמעת כוונה אחרת, הולכים לפי אותה כוונה, גם לעניין הסמכות וגם לעניין הסייג. כך, לדוגמה, אף כי לפי סעיף קטן (א) הממשלה רשאית לאצול את סמכותה לאחד השרים, אפשר כי בהקשר של חוק מסויים, המעניק לממשלה סמכות, תשתמע כוונה שהממשלה אינה רשאית לאצול סמכות זאת או, להיפך, שהממשלה רשאית לאצול סמכות זאת גם לעובד ציבור שאינו שר. כמו כן, אפשר כי בהקשר של חוק מסויים, המעניק סמכות לשר, תשתמע כוונה לאפשר לו לאצול את הסמכות גם למי שאינו עובד ציבור".²

ו. דוקטרינת האצילה המינהלית

בשורה אחת: דיני אצילה במקורם עוסקים בשאלה של סמכות – האם נתונה לאוצל הסמכות לאצול. ניסיון החיים מלמד שיש הכרח לאפשר אצילה, ולכן הגמיש בית המשפט את האפשרות לאצול. עקרון החוקיות קובע כידוע כי הרשות רשאית לבצע רק מה שהוסמכה לבצע בחוק. מעיקרון זה נובע גם כי הרשות אינה רשאית להעביר סמכויות שהחוק מקנה לה, כי הקניית סמכות לבצע איננה בהכרח כוללת סמכות להעביר הלאה את הסמכות שהוקנתה. "אין שליח עושה שליח". כלומר, השאלה היסודית היא שאלת סמכות. לאור זאת, ההלכה היסודית בנוגע לאצילת סמכות קובעת חזקה פרשנית הניתנת לסתירה, ולפיה העברת הסמכות השלטונית לאחר אסורה כל עוד לא התיר החוק המסמיך את ההעברה במפורש.³ אבל למעשה החזקה הזו רוככה מאד, והפסיקה הכירה גם בהסמכה מכללא ובהסמכה משתמעת:

¹ ברק-ארז משפט מינהלי א, בעמ' 173; בג"ץ 5031/10 עמותת עיר עמים נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים, עמוד 15 (ניתן ביום 26.03.2012).

² יצחק זמיר הסמכות המינהלית ב (מהדורה ראשונה) עמ' 530. מספרי הסעיפים שבחוק היסוד כנוסחו היום שונים.

³ ראו עניין פיליפוביץ'; יצחק זמיר, שם, 842 ואילך; דפנה ברק ארז אזרח-נתין צרכן – משפט ושלטון במדינה משתנה 103 (2012).

”בהיעדר הוראת האצלה מפורשת, השאלה הינה, אם על-פי פירושו של החוק יש להסיק כי תכלית החקיקה הייתה שבעל הסמכות יבצע אותה בעצמו, או שמא יש להסיק, כי תכלית החוק הינה כי בעל הסמכות מוסמך לאצול את סמכותו לזולתו”.⁴

ההצדקה המרכזית לכך היא השאיפה ליעילות. הרשות המוסמכת הרי אינה מסוגלת לבצע כל דבר בעצמה. עם התפתחותה של המדינה המודרנית והתעצמות כמות ומגוון הסמכויות הביצועיות של המדינה, הדבר הולך ונעשה נחוץ. ברקע גם עומדת ההבנה כי המחוקק, כשהסמיך את הרשות לבצע פעולות, במקרים רבים לא התכוון באמת שהיא תבצען בעצמה דווקא.

ריכוך החזקה נגד אצילה בא לידי ביטוי לא רק בהכרה בכוונה משתמעת, אלא גם ב**נכונות ללמוד על קיומה של כוונה כזו בפתיחות רבה**. בית המשפט מברר האם יש סיבה לקרוא את החוק המסמיך באופן ששולל אצילה ודורש כי הסמכות תבוצע על ידי הרשות דווקא, או שמא אין הצדקה לכך, ואז האצילה תהיה מותרת.⁵ כלשונו של פרופ' זמיר,⁶ מתברר כי 'הצורך חזק יותר מן העקרון', וטובת הציבור לעיתים קרובות היא שסמכויות יועברו והרשות תסתייע והממשל יוכל לתפקד באופן יעיל. הדבר בא לידי ביטוי בפסקי דין רבים, שבהם בית המשפט הכיר בכך שהאצילה הכרחית ומתבקשת, ואינה מעוררת כל סתירה למושכלות יסוד של מינהל תקין ומשפט.⁷

כך התפתחה בפסיקת בית המשפט העליון **דוקטרינה של אצילה מותרת**. תחת יישום החזקה, בית המשפט בוחן עניינית כל מקרה לגופו, ושאלת עצם הסמכות לאצול אינה עומדת עוד במרכז.

ניתן אפוא לומר כי גם אלמלא נחקק סעיף 6ב סביר בהחלט כי אצילת סמכויות מהממשלה לחטיבה להתיישבות יכולה להיות חוקית. כך סברו כולם – לרבות הייעוץ המשפטי לממשלה – במשך כארבעה עשורים. אולם הואיל ונחקק החוק, שאלה זו שייכת להיסטוריה. נדון אפוא במצב לאחר שנחקק סעיף 6ב.

ז. אצילה לפי חוק מפורש

במשפט: חוק המתיר אצילה במפורש מונע ביקורת שיפוטית מהזווית של השאלות המוסדיות – הסמכות לאצול ושיקול דעת בהחלטה לאצול.

לאור העובדה כי אצילה למי שאינו עובד ציבור מותרת כאשר משתמעת מן החוק אפשרות כזו, נקודת המוצא הברורה היא כי חקיקה מפורשת המאפשרת אצילה **שוללת** ביקורת שיפוטית על מעשה האצילה. בהיבט הפורמלי של עיקרון החוקיות, חקיקה שמאפשרת אצילת סמכויות מממשת את עיקרון החוקיות. בהיבט הביקורת על שיקול הדעת – על פי הדין הנוהג בישראל בית המשפט מנוע מלבקר את שיקול הדעת של הרשות המחוקקת כפי שמתבטא בחקיקה ראשית, כל עוד היא עולה בקנה אחד עם חקיקת היסוד. אין מקום ששיקול דעתם של השופטים ביחס לשאלה **האם ראוי** לאצול סמכות מסוימת יגבר על שיקול דעתם של

⁴ עניין פיליפוביץ, עמודים 226-227.

⁵ עניין פיליפוביץ הנ"ל, עמוד 428: "בהקשר זה יש לקחת בחשבון, בין השאר, את היקף ההאצלה, את מעמדו של המאציל ואת מידת הייחוד של משרתו, את היקף שיקול-הדעת הניתן לבעל הסמכות (תוך הבחנה בין סמכות של שיקול-דעת לסמכות שבחובה), את מהות הסמכות (תוך הבחנה בין סמכויות שיפוטיות, חקיקתיות, ביצועיות), את השפעתה של הסמכות על זכויות האדם ושלומו הציבור ואת הצרכים המעשיים והיעילות המינהלית". וראו דפנה ברק ארז משפט מינהלי א 174 (2010).

⁶ זמיר, שם, עמוד 865.

⁷ ראו, לדוגמה, בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(3) 652, 654 (2003). שם קבע בית המשפט כי אין פסול מנהלי באצילת הסמכות לייצג את המדינה בהליכים פליליים לעורכי דין פרטיים, שכן הכלל האוסר על אצילה מכיר ב"נסיבות מיוחדות המאפשרות הסקה (משתמעת) של תכלית חקיקתית, המאפשרת אצילה לגורם פרטי". סתירת החזקה הסתמכה שם על שיקולים נסיבתיים בלבד: העומס על הפרקליטות, המסורת הנוהגת בישראל ובמדינות אחרות של העברת סמכויות תביעה לעורכי דין פרטיים, וכן השלכות הרחב של פסילת הפרקטיקה על אינספור תיקים שמתנהלים והתנהלו בעבר. זו דוגמה לאצילה שבהחלט איננה מובנת מאליה, שהרי מדובר בעורכי דין הפועלים למטרת רווח, ובכל זאת קבע בית המשפט כי אצילת הסמכות מותרת.

המחוקקים, ועל מושכלות-יסוד אלו לא נאריך. בפסקי דין מוקדמים שעסקו באצילה הסתייגות זאת הופיעה במפורש, כשנכתב כי המגבלה על אצילה קיימת רק כל עוד אצילת הסמכויות לא נעשתה בחקיקה.⁸ המסקנה היא חדה: גם אם ביקורת שיפוטית על חקיקה המתירה אצילה אפשרית היא לשם הגנה על זכויות אדם – אין כל מקום לביקורת כזו מטעמים של מגבלות מוסדיות.

ראוי לציין כי גם המשנה ליועמ"ש, שהעותר 1 מבקש להסתמך בעתירתו על חוות דעתה שקדמה לתיקון החוק, הביעה עמדה זו בדיונים בעת הכנת החוק בוועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת: "אני שבה ומדגישה זה לא במנדט שלי. מי שקובע את זה צריך להיות קובעי המדיניות. עכשיו אני כרגע עונה, כאילו בסוגריים, מחוץ לתפקיד המשפטי שלי, אני באמת חשבתי שהדבר הנכון ביותר זה במרכאות להלאים את החטיבה פנימה, על מנת, מצד אחד, לא לאבד את הידע, את העיקרון הארגוני, את כל היכולות. מצד שני, באופן שבו הם נהיים עובדי מדינה, מוחל עליהם סט שלם של חובות. העובדה שקובעי המדיניות לא בחרו בכיוון הזה, וגם בהצעת המחליטים שמתגבשת, וגם בחקיקה, בחרו בפתרון אחר... זה כמו בן לגיטימי זכותם של קובעי המדיניות לבחור את זה".⁹

הנה כי כן, אף שעמדתה האישית קרובה לעמדת העותרים בשאלה הערכית של הפעלת סמכויות המדינה באמצעות אחרים, אין היא מהרהרת מבחינה משפטית אחר זכותו של המחוקק לבחור בהכרעה ערכית שונה ולאפשר במפורש אצילה מעין זו.

ח. האם קיימת מגבלה על אצילת 'סמכויות ליבה'? האם ראוי לקבוע מגבלה כזו?

במשפט: לא לחינם נמנעו בתי המשפט מלקבוע מגבלה כזו, משום שהשאלה היא שאלה של תפיסת עולם פוליטית באשר לתפקיד המדינה.

בשנים האחרונות נשמעת בדיון הציבורי הטענה ולפיה ישנן הגבלות על אצילת סמכויות גם כאשר אלו נעשות בחקיקה. טענה זו נשמעת בעיקר בהקשרים של הפרטה, כאשר הממשלה או הכנסת מבקשות להוציא סמכויות מסוימות מידי המדינה לגורמים פרטיים. במישור הפורמלי מבקשים מי שמעלים טענה זאת להתבסס על סעיף 1 לחוק יסוד הממשלה הקובע כי "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה", וללמוד ממנה הסדר שלילי. במישור המהותי, עמדה זו מוצגת בדרך כלל על ידי מי שמחזיקים בתפיסת עולם חברתית-כלכלית מסוימת בנוגע לתפקידה הראוי של המדינה ורמת מעורבותה הרצויה. ואכן, החלטה על הפרטת מערכים ממשלתיים באופן חלקי או מלא תלויה בין היתר בתפיסת העולם בנוגע לתפקידה של המדינה הליברלית ורמת מעורבותה בחיי אזרחיה. תפיסת עולם ליברלית שואפת לצמצם את מעורבות המדינה בחיי אזרחיה עד למינימום, אל מול תפיסת עולם השואפת להגדלת המעורבות הממשלתית בתחומים אזרחיים שונים ובריכוז הסמכויות בידי הממשלה.

השאלה האם ניתן להכריע בשאלת היקף המעורבות הממשלתית הראויה, באמצעות הכרזה שיפוטית על קיומן של סמכויות ליבה שאין להוציא מידי הממשלה, כוללת שתי שאלות משנה:

ראשית, השאלה האם מגבלה כזו על סמכויות המחוקק ראויה היא. בניגוד למקרים של פגיעה בזכויות אדם, שבהם ישנה הצדקה לביקורת שיפוטית, כאן אין מדובר אלא בשאלה של מדיניות. בית המשפט העליון היה זהיר מתחילת הדרך מהתערבות בהכרעות של מדיניות כלכלית שמכריע המחוקק וביקש להימנע מלגלוש למחוזות אלו:

"השאלה אשר הופט צריך לשאול את עצמו אינה מהו החוק המאזן כראוי בין צורכי הכלל לצורכי הפרט שהשופט היה מחוקק אילו היה חבר בבית-הנבחרים... השאלה אינה אם החוק הוא טוב, יעיל ומוצדק, אלא אם

⁸ ראו בג"ץ הופנונג.

⁹ פרוטוקול מס' 75, מיישבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, יום רביעי, כ' בכסלו התשע"ו (02 בדצמבר 2015).

החוק הוא חוקתי. מחוקק 'סוציאליסטי' ומחוקק 'קפיטליסטי' עשויים לחוקק חוקים שונים ומנוגדים, אשר כולם ימלאו את דרישותיה של פסקת ההגבלה... אכן, קביעת המדיניות החברתית – בין בסוגיות כלכליות, בין בסוגיות אחרות – נתונה למחוקק, והגשמתה נתונה לממשלה.¹⁰

שנית, השאלה האם הטלת מגבלה כזו היא בת-יישום. הדעת נותנת ששופטים בעלי השקפות עולם שונות יקבעו את גבולות גרעין הליבה באופן שונה. מטעם זה, מלומדים שונים הזהירו מפני הניסיון להתערב באופן משפטי ולהצביע על סמכויות ליבה שאין לאפשר את אצילתן אפילו בחקיקה:

"קביעת גבולותיה של ההפרטה מן ההיבט המוסדי היא משימה קשה, ככל שהכוונה לקביעתן של הגבלות משפטיות... ראשית אין הסכמה לגבי הגדרת הגרעין המינימאלי לפעילותה של כל מדינה. מגוון הדעות בתחום זה הוא רחב – החל בתפיסה של מדינת "שומר הלילה", המספקת בעיקר ביטחון אישי, מצד אחד, וכלה בתפיסה של מדינת רווחה מפותחת, מן הצד האחר... יש המייחדים למדינה את הפעלתו של הכוח האלים; יש המייחדים לה פעולות שיש בהן סממנים של ריבונות; ויש המייחדים לה את התפקיד של הספקת טובין ציבוריים. הקושי לגבש עמדה משפטית בנושא נובע גם מן האופן השונה שבו נתפשת המשימה המופרטת... לא ברור עד כמה תועיל הגדרה של תחום הפעילות שאינו ניתן להפרטה: לנוכח חילוקי הדעות בנושא, הגדרה זו צפויה להיות צרה למדי".¹¹

ניסיון להיתלות בסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה כדי למנוע מהממשלה להעביר תחומי פעילות לגופים שאינם שלטוניים נעשה בעבר, בין היתר בפרשת הפרטת בתי הסוהר.¹² העותרים שם טענו כי הפרטת בתי הסוהר נוגדת את סעיף זה, הקובע כי הממשלה היא הרשות המבצעת. בית המשפט לא נדרש להכריע בשאלה זו, שכן קיבל את העתירה מן הטעם של פגיעה בכבוד האדם, בלי קשר לחוק יסוד: הממשלה. עם זאת העיר, בבחינת למעלה מן הצורך, כדברים הבאים:

"סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, הקובע כי 'הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה', הוא סעיף הצהרתי בעיקרו, שנועד לקבוע באופן עקרוני את תפקידיה של הממשלה בשיטת המשטר בישראל. משכך ישנו קושי לבסס עליו טענות כנגד חוקתיות הפרטתם של שירותים ממשלתיים שונים. מקורו של הקושי האמור הוא בכך שסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה אינו קובע מפורשות תפקידים או תחומי פעילות פרטניים, שהאחריות לביצועם היא אחריות בלעדית של הממשלה... 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".¹³

הנשיאה דאז בייניש הוסיפה והעירה כי דעתה נוטה לקבוע שאמנם קיים "גרעין קשה" כלשהו של סמכויות שלטוניות, הקשורות בעיקר **בהפעלת כוח מאורגן** בשם המדינה; ואפילו עמדה מינימליסטית זו, שהנשיאה בייניש שבה וסייגה אותה לאוביטר תוך כדי דיבור, לא זכתה להסכמה מצד כלל חברי ההרכב. היא נותרה בגדר הרהור בלבד, הושארה במפורש אפילו בדברי השופטת בייניש ב"צריך עיון", ובוודאי שלא נקבעה להלכה.¹⁴ השופטת חיות ציינה כי **"תמימת דעים אני עם הנשיאה כי קיים קושי למצוא בהוראת סעיף 1**

¹⁰ אהרן ברק "החוקה הכלכלית של ישראל", משפט וממשל ד 357, 376 (1998).

¹¹ ראו דפנה ברק ארז **אזרח-נתין-צרכן – משפט ושלטון במדינה משתנה** (2012) 104, וכן במאמרה: המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים נורמות ואתגרים עיוני משפט ל(3) 461, 492 (2008).

¹² בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545 (2009).

¹³ שם, עמוד 612; ההדגשה הוספה.

¹⁴ הנה דבריה של השופטת בייניש במלואם: "משמצאנו כי תיקון 28 אינו חוקתי משום שהוא פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות אדם המוגנות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, איננו נדרשים להכריע בטענות העותרים המבוססות על הוראת סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה. אמנם נראה כי כפי שטוענים המשיבים סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, הקובע כי: "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה", הוא סעיף הצהרתי בעיקרו, שנועד לקבוע באופן עקרוני את תפקידיה של הממשלה בשיטת המשטר בישראל. משכך ישנו קושי לבסס עליו טענות כנגד חוקתיות הפרטתם של שירותים ממשלתיים שונים. מקורו של הקושי האמור הוא בכך שסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה אינו קובע מפורשות תפקידים או תחומי פעילות פרטניים, שהאחריות לביצועם היא אחריות בלעדית של

לחוק יסוד: הממשלה עיגון חוקתי לסמכות הכליאה כסמכות שלטונית גרעינית שאינה ניתנת להעברה. מהלך חוקתי זה מעורר בעיות לא פשוטות עליהן עמד בית המשפט בפסיקתו לאורך השנים¹⁵. גם הנשיא גרוניס בפסק דין מאוחר יותר שעסק בהיקף יצוא הגז הטבעי מישראל העלה את השאלה ואף הגדיר אותה כ"מעניינת", הזכיר את הערתה הנ"ל של בייניש, וציין שלא הוכרע כדבריה וכי הדבר נשאר ב"צריך עיון"¹⁶.

במספר עתירות נוספות לבג"ץ ביקשו עותרים מבית המשפט לקבוע כי ישנו גרעין ליבה של סמכויות שאין להוציאו מידי המדינה,¹⁷ אולם עד כה נמנע בית המשפט להכיר בדוקטרינה שמאפשרת לפסול אצילה בחקיקה במקום שלא מדובר בפגיעה בזכויות אדם.

לא ניתן להימלט מכך: **כל הכרעה שיפוטית בדבר הטלת סייג חוקתי על יכולת הממשלה להפריט או לאצול חלק מפעילותה היא הכרעה פוליטית מובהקת**. אם יעשה כן בית המשפט, יימצא מגן על עמדה פוליטית אחת ושולל את האחרת, תוך עקיפת המנגנון הקונבנציונאלי להכרעה במחלוקות פוליטיות ציבוריות בבית הנבחרים – למרות שלא מדובר בהגנה על זכויות אדם. אין מנוס מן המסקנה כי עותרים הדורשים זאת מבית המשפט, מבקשים לגרור אותו עמוק אל תוככי השדה הפוליטי.

יתירה מכך, דווקא משום שהכרעה על הפרטת תחום מסויים של פעילות ממשלתית היא פעולה בעלת מאפיינים השנויים לעיתים במחלוקת אידיאולוגית, היו שהציעו כי ראוי לה שתיעשה תמיד בחקיקה.¹⁸ בעניין שלנו, אין מדובר על הפרטת תחום שיש בה משום שינוי מצב קיים. מדובר כידוע על הסדרת מצב הקיים מזה למעלה מארבעים שנה, כפי שמצויין גם בדברי ההסבר לחוק.

נדגיש: בקשת העותרים מהפכנית שלוש פעמים. לא זו בלבד שהעותרים מבקשים מבית המשפט לפסול חקיקה ראשית של הכנסת מכוח חוק יסוד מוסדי, ללא פגיעה בזכויות אדם, דבר שלא נעשה מעולם; ולא זו בלבד שהם מבקשים מבית המשפט להכריז על קיומן של מגבלות חוקתיות על אצילה, שנעשתה לפי חקיקה, דבר שבית המשפט נמנע מלעשותו עד כה; הם גם מבקשים גם כי בית המשפט ייצר באופן פרשני פסקת הגבלה שיפוטית לחוק-יסוד הממשלה, דבר שאף הוא תקדימי ומהפכני מבחינה חוקתית, כפי שהעירה אף הנשיאה בייניש בעניין בתי הסוהר.¹⁹ מדובר אפוא בשלוש קומות חדשות למהפכה החוקתית, והכל על עניין הנתון במחלוקת פוליטית קשה.

ט. מגנוני הבקרה על גוף פרטי המפעיל סמכויות שלטון – גופים דו מהותיים

הממשלה. יחד עם זאת, ועל אף הקושי הנזכר - ובמיוחד בהתחשב בתפיסתנו בדבר הפרשנות המרחיבה שיש ליתן להוראות בעלות מעמד חוקתי - 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. מכל מקום, נוכח התוצאה אליה הגענו איננו נדרשים לקבוע מסמרות באשר לפרשנותו של סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, וניתן להותיר סוגיה זו בצריך עיון" (בג"ץ 2605/05 הנ"ל, סעיף 63 לפסק דינה של הנשיאה בייניש).

¹⁵ פסקה 3 לפסק דינה של השופטת חיות. ראו גם את דברי השופט לוי, בעמוד 696 ואילך; "המדינה המודרנית היא גוף מתפתח ומשתנה, וההסדרים הנוהגים בה משקפים גם את שינויי העתים, מבלי שהמסקנה המתבקשת מן הדברים היא אובדן ריבונותה של המדינה" (עמוד 699).

¹⁶ בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל (2014), פסקה 23 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

¹⁷ ראו לדוגמה: בג"ץ 3791/16 יצחק סנדלר נ' שר התחבורה (2016)

¹⁸ ראו ברק מדינה ויואב דותן "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים", משפטים 10 (תשס"ז) 1.

¹⁹ עניין המרכז האקדמי למשפט ועסקים הנ"ל, פסקה 63 לפסק דינה של הנשיאה בייניש.

דוקטרינת 'ההפרטה הרדיקלית' שמבקש העותר 1 לקדם במאמרו ובעתירתו זו יחדיו, נשענת על החשש כי המדינה "תפריט" תחומי פעילות חשובים, "תחומי ליבה", כדי להגשים מטרות השנויות במחלוקת פוליטית, והתוצאה תהיה הפעלת סמכויות שלטוניות על ידי גוף פרטי שאינו נתון למגבלות ואינו מחויב לנורמות שהשלטון מחויב אליהן.

כמפורט לעיל, במצב המשפטי היום אין מגבלה חוקתית על האפשרות לאצול סמכויות שלטוניות, גם 'סמכויות ליבה'. אולם גם מבחינת חששו של העותר 1 וניסיונו לעצב דין חדש, **הטענה מבוססת על טעויות אחדות:**

ראשית, החשש כי מהלך הפרטה ייעשה להגשמת מטרות פוליטיות שנויות במחלוקת הוא מופרך מיסודו. ממשלה נבחרת כדי להגשים את מטרותיה השנויות לעיתים במחלוקת פוליטיות. בדיוק לשם כך ישנו מנגנון דמוקרטי המאפשר הסמכת גורמים שיגשימו מדיניות, בדרך כלל למגינת ליבם של אלו שלא זכו בשלטון בהליך הדמוקרטי.

שנית, ועיקר, החשש משחרור הרסן של המגבלות המנהליות מקבל **מענה מלא** במשפט הישראלי. המשפט המינהלי הישראלי מונע מצב שבו ממשלה תעשה באמצעות אחרים את מה שהיא מצויה לעשות, או שגופים פרטיים ינהלו את משאבי הציבור כטוב בעיניהם.

מצד אחד תורת האצילה המינהלית קובעת כי לעולם תיוותר האחריות על האוצל, בעל הסמכות המקורית.²⁰ בנוסף, המדינה היא זו שמכתיבה את המדיניות, והיא חייבת לקיים הליכי בקרה ופיקוח.

מצד שני, תורת הגופים הדו-מהותיים שפיתח המשפט המינהלי הישראלי מעניקה מענה מלא לבעיית אי הכפיפות של הגוף הנאצל למשפט המינהלי. לא כאן המקום להרחיב על תורה זו, ונסתפק בהצגת העיקרון: גוף המתפקד כגוף ציבורי ומפעיל סמכויות שלטוניות כפוף לכללי ועקרונות המשפט המינהלי גם אם מדובר בגוף פרטי. ככל שהגוף מפעיל סמכויות שלטוניות רבות יותר, וככל שבפעילותו יש השלכה רבה יותר על זכויות אדם, כך יהיה כפוף ביתר שאת לכללי המשפט המינהלי.

ואכן, החטיבה להתיישבות כפופה לעקרונות המשפט המינהלי. כך היה – מעצם טבעה ואופי פעילותה – גם קודם שנחקק החוק;²¹ כך ביתר שאת לאחר שנחקק, והיא הוכפפה לדיני המכרזים, לפיקוח מבקר המדינה ולחוק חופש המידע.

יש להדגיש: דוקטרינת הגופים הדו-מהותיים מטילה על הגופים הללו חובות מן המשפט הציבורי, אך בד בבד עומדת על שמירת אופיים ויתרונותיהם כגופים פרטיים:

"בכל מקרה צריך להישמר שלא יוטלו על גוף דו-מהותי, שהוא ביסודו גוף פרטי, כבלים של המשפט הציבורי שיכבידו עליו ללא הצדקה לפעול באופן יעיל למילוי תפקידיו ולהשגת מטרותיו".²²

תכלית ההפרטה או האצילה – וכך גם במקרה של החוק דנן – היא ניצול יתרונותיו של גוף פרטי, מבחינת מומחית ספציפית, יעילות וגמישות תפעולית. זו הסיבה שבגללה מבקשת הממשלה להיעזר בחטיבה בהגשמת מדיניות ההתיישבות שלה, וזו גם הסיבה שהכנסת בחרה להעניק לממשלה את האפשרות לאצול סמכויות לחטיבה. כך עולה גם מפרוטוקול הדיונים בוועדת החוקה של הכנסת לקראת חקיקת תיקון החוק. לפיכך, בד-בבד עם החלת נורמות מן המשפט המינהלי, יש לשמור על יתרונותיו ואופיו של הגוף הנאצל, כפי שגם מורה התיקון לחוק.

י. דחיית טיעון ההפרטה הרדיקלית לגופו

העותר 1 מפנה למאמר שעתידי להתפרסם, ובו ניסיון לבסס באופן אקדמי את הטענות שבעתירתו זו. העותר מבקש למשוך את בית המשפט לפסיקה חדשנית ומרחיקת לכת, כפי שתואר לעיל, בהסתמך על המשגה

²⁰ ראו למשל עניין עיר עמים, לעיל בה"ש 1 ובטקסט שלידה.

²¹ ראו בר"מ 3992/12 ההסתדרות הציונית העולמית נ' יש דין (8.7.12).

²² ע"א 3414/93 שמחה און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט (3) 196 (1995).

חדשה שהוא מבקש להשריש בשיח האקדמי. נבקש בקצרה להראות – בכל הכבוד – כי הטענה שהעותר מנסה לקדם במאמרו אינה יכולה לעמוד.

במאמרם מתיימרים המחברים להציע קריטריון אובייקטיבי לאבחון פעילות ממשלתית שתוגדר כסמכות ליבה ואצילתה לאחרים צריכה להיות אסורה קטגוריאלי. כאמור לעיל, בית המשפט נוהר עד כה מלהכריז על סמכויות ליבה כאלה, בשל הקשיים האינהרנטיים הכרוכים בכך, בשל ההשלכות של קביעה כזו על המבנה החוקתי בשיטתנו, ובשל הבעייתיות של כניסת בית המשפט לנושאים השנויים במחלוקת פוליטית מובהקת. המחברים במאמרם מנסים לשכנע כי מצא פתרון לקשיים אלו. על פי הגדרתם "הפרטה רדיקאלית" מוגדרת כהעברת סמכויות לגורם פרטי שיבצע פעולות שהממשלה אינה יכולה או שהיא מתקשה למלא אותם בעצמה, לא משיקולי יעילות אלא בשל "מחלוקות עקרוניות פוליטיות, התנגדות פוליטית ציבורית או קשיים חוקתיים דמוקרטיים".

המחברים מתבססים כביכול על העיקרון ולפיו אסור למדינה לבצע באמצעות אחרים את שהיא מנועה מלבצע בעצמה. העיקרון הזה אינו שנוי במחלוקת. הוא חל על גופים שהואצלו אליהם סמכויות גם כיום, מכוח דוקטרינת הגופים הדו-מהותיים, כמפורט לעיל. אולם ניסיונם של המחברים לקבוע כי כל פעולה שקיימת התנגדות פוליטית ציבורית לגביה, ואשר לשלטון יש העדפה לבצעה באמצעות גוף שאינו שלטוני, היא בחזקת פעולה אסורה – רחוק מלשכנע.

למעשה, כל פעולה של הפרטה ניתן להגדיר כ"פעילות ששנויה במחלוקת עקרונית פוליטית" או "פעילות שחושפת את הממשלה לביקורת ציבורית שעלולה לגבות ממנה מחיר אלקטורלי",²³ בכפוף לרמת ההפשטה של הגדרות אלו. הרי כל פעולה של השלטון חושפת אותו למחיר אלקטורלי מסויים. כך שהאבחנה שביקשו המחברים ליצור במאמרם, כביכול מצאו את הקטגוריה של התחום האסור להפרטה – ריקה מתוכן. היא יוצאת מן התחום המוחלט אל מתחם ההגדרות הפתוחות – פעולה שעלולה לייצר קשיים, או עלולה לגבות מחיר אלקטורלי – ובכך מרוקנת מתוכן ממשי את ההגדרה.

גם הניסיון להציג את שאלת המניע לאצילה כקריטריון מבחין – האם מדובר באצילה שנועדה להשיג "יעילות" (כשר) או מטרה אחרת (פסול), איננה מקדמת את הדיון. הממשלה בוחרת לאצול סמכויות מסיבות של יעילות, אולם פנים רבות לה ליעילות ותכליות שונות יכולות להיות מקודמות ביעילות רבה יותר. ההנמקה של המחברים כי הפרטות מהסוג שהם מדברים עליהן אינן מקדמות את "האינטרס הציבורי" לוקה אף היא בכשל דומה. לשיטתם, אינטרס הציבור במובן המהותי הוא אינטרס שמקדם את רווחת הציבור, ובמובן הפרוצדוראלי אינטרס הציבור משקף קבלת החלטה הנוגעת לאינטרס הציבור באמצעות הליך חוקי ונאות. גם כאן, "רווחת הציבור" היא מונח חמקמק; יתירה מכך, המחברים מתיימרים להחיל את הדוקטרינה על אצילה והפרטה שנעשו בחקיקה, כמו במקרה דנן. **הניסיון לטעון כי החלטה שהתקבלה בחקיקה ראשית של הכנסת בהליך חוקי, לאחר דיונים ממושכים בוועדות הכנסת השונות, איננה עומדת במובן הפורמאלי של האינטרס הציבורי על פי האופן שבו הגדירו המחברים עצמם את האינטרס הציבורי, מפריכה את טענתם מתוכה. היא מעוררת חשש כי "אינטרס ציבורי" לשיטת המחברים הוא מה שנכון לפי השקפתם.**

סיכומו של דבר, ניסיונם זה של המחברים רק מחדד את הבעייתיות שבקביעת דוקטרינה משפטית להגבלת מתחם הפעולה של המחוקק בשאלות השנויות במחלוקת ציבורית. המחברים לא מצליחים לבסס כלל אובייקטיבי שיאפשר לקבוע מתי מדובר בפעולה שדורשת סטייה ממנגנון ההכרעה הרגיל להכרעות ערכיות ופוליטיות. ניסיון לסטות ממנגנון ההכרעה המקובל באצטלה של דוקטרינה מינהלית חדשה (ורדיקאלית)

²³ כלשונו: "הפרטה היא רדיקאלית כאשר הפעולה המופרטת עתידה לקדם תכלית שהממשלה כגוף ציבורי-פוליטי איננה יכולה או מתקשה לקדם בשל החשיפה של החלטותיה לפרוצדורות ציבוריות המאפשרות ביקורת ציבורית, התנגדות פוליטית וגובות מחיר אלקטורלי".

עלול לפגוע במשפט המינהלי בכללותו, באמון הציבור לגבי האופן שבו הוא מופעל ובמבנה המשטרי-חוקתי כולו.

המחברים סבורים כי "ההחלטה של הרשות המבצעת במקרה זה [הפרטה רדיקאלית על פי הגדרתו] איננה אלא בגדר "פוטש" באשר היא מסמיכה גופים פרטיים לבצע פעולות המנוגדות לאינטרס הציבורי".²⁴

מחלוקות עקרוניות פוליטיות בדבר גבולות סמכויות המדינה מלוות כל תהליך אצילת סמכויות לגורמים פרטיים. הניסיון לאסור הפרטת סמכויות השנויות במחלוקת משקף למעשה ניסיון להגביר את הפוליטיזציה בשימוש בדוקטרינת האצילה לביקורת על שיקול הדעת של הרשות המבצעת, וסטייה משמעותית מהאדנים שעליהם הושתתה דוקטרינת האצילה. המחברים יוצרים הגדרה שאין בינה לבין דוקטרינת האצילה דבר מלבד ניסיון להגביל את היקף שיקול דעתם של נבחרי הציבור תוך הטחת האשמות לא מבוססות על מי שבחר לקדם סדר יום פוליטי בחקיקה בניגוד לעמדתם בדבר האינטרס הציבורי המהותי.

יא. סיכום ההיבט החוקתי

חלק זה של טיעוננו תיאר את יסודותיה של תורת האצילה בישראל מבחינת מעמדה החוקתי. הראנו כי אצילת סמכויות מבעל תפקיד לגופים שאינם שלטוניים מוכרת במשפט הישראלי. ראינו כי חוק היסוד מכיר באפשרות הזו, וכי בפסיקת בית המשפט היא פותחה באופן שהעביר את מוקד הבחינה לשאלת אופן האצילה. לפיכך, ברור כי הטענה לקיומה של מגבלה חוקתית על אצילה יסודה בחוסר הבנה. בהמשך לכך, הראנו כי גם הטענה על קיומה של מגבלה באצילת סמכויות ליבה היא טענה שגויה. במישור הפוזיטיבי, אין לה עיגון בחוק היסוד ובית המשפט נמנע מלאמצה. אפילו לגבי הפרטת סמכויות הקשורות בהפעלת כוח לא אומצה העמדה כי ישנה הגבלה חוקתית. במישור הנורמטיבי, הסברנו מדוע הטלת מגבלה כזו היא נקיטת עמדה פוליטית ומדוע אין בה צורך. הבהרנו מדוע אין ראוי שבית המשפט יעשה כן, ומדוע גם הניסיון לתאר סוג של פעולות שאצילתן תהא אסורה ("הפרטה רדיקלית") אינו יכול לעמוד, באשר לעולם יבטא עמדה פוליטית. הבהרנו כי אין בכך צורך משום שתורת הגופים הדו-מהותיים ממילא מונעת אפשרות כי אצילה תנוצל לפעולות שאינן חוקיות.

יב. יישום האמור על סעיף 66 לחוק המעמד

סעיף 66 שנוסף לחוק המעמד מבטא בדיוק את העקרונות האמורים עד כה.

א. החוק מאפשר לממשלה לאצול סמכויות מסוימות לחטיבה. **בניגוד לאמור בעתירות, הסעיף אינו מאפשר לאצול כל סמכות שהיא ללא הגבלה.** תיקון החוק מגביל את האצילה לתחום ההתיישבות ול"תחומים נוספים", כשהללו מוגדרים בחוק (היבט שנעלם ככל הנראה מעיני העותר 1) לנושאים הכלולים באמנה שנחתמה בין ההסתדרות הציונית והממשלה.

ב. החוק קובע כי הממשלה היא זו שתקבע את המדיניות. החטיבה להתיישבות תממש את המדיניות שהממשלה מבקשת ליישם.

ג. החוק קובע כי בהסכם בין החטיבה והממשלה ייקבעו הסדרי הפיקוח והבקרה.

ד. החוק מטיל במפורש על החטיבה כפיפות לדיני המכרזים, לחוק חופש המידע.

ה. בד בבד, החוק קובע כי הדבר ייעשה בשים לב לאופיה ולתפקידיה הייחודיים של החטיבה, כך שיתרונותיה כגוף שאינו שלטוני צריכים להישמר.

²⁴ שם עמוד 7.

1. יש לזכור כי דיני האצילה שבמשפט המינהלי נועדו בעיקר למנוע ניגוד עניינים, כאשר גוף שתכליתו השאת רווחים יפעיל סמכויות שלטוניות.²⁵ החטיבה איננה גוף פרטי. היא אינה פועלת להשאת רווחים, והיא עצמה גוף מעין ציבורי בהיותה חלק מן המוסדות הלאומיים.²⁶ הסעיף נחקק לאחר הליך בכנסת ובוועדת חוק, חוקה ומשפט, שבו הביעו את עמדתם והגישו ניירות עמדה של ארגונים. במהלך הדיונים בכנסת שונתה הצעת החוק, ונוספו מנגנונים שונים להצעה המקורית, כך שהאצילה תיעשה אגב הקפדה על העקרונות המנויים לעיל, והכל כפי שפורט בכתבי הטענות של המשיבים.

חלק שני – ההיבט המינהלי

בחלק זה של חוות הדעת נבקש להראות בקצרה כי החלטת הממשלה הנתקפת בעתירות דנן איננה מהווה מימוש של הסמכות שהקנה החוק לממשלה. החוק קבע במפורש כי "הממשלה רשאית לאצול לחטיבה להתיישבות מסמכויותיה". החלטת הממשלה 1998, כפי שהתקבלה, אינה מהווה מימוש של הסמכות הזו, או למצער מהווה מימוש חלקי שלה בלבד. זאת משום שהדרך שבה החטיבה תופעל לפי ההחלטה היא הסתייעות, ולא אצילה. אילו מימשה הממשלה את האפשרות לאצול את סמכויותיה, יכולה היתה לאפשר עצמאות רבה יותר לחטיבה.

יג. אצילה והסתייעות: רקע מושגי ומשפטי

כאמור לעיל, בפסיקת בית המשפט נקבע כי גם בהעדר הוראת אצילה מפורשת, אם ניתן להסיק מן החוק כי כוונתו היתה שבעל הסמכות יוכל לאוצלה לאחר, הרי שהאצילה מותרת ואין פגיעה בעיקרון חוקיות המינהל.²⁷ אולם עד שאנו דנים בשאלת הלגיטימיות של האצילה והאם במקרה הנדון נעשתה כדון, יש לשאול האם אמנם נעשתה פעולת אצילה באותו מקרה נדון.

הבחנה המרכזית שיש אפוא לעמוד עליה היא ההבחנה בין הסתייעות לבין אצילה. אצילה, כאמור לעיל, מתרחשת כאשר הרשות מעניקה מסמכותה לגורם אחר והופכת אותו לבעל הסמכות, אף שהאחריות נותרת על כתפיה של הרשות.²⁸

הסתייעות, מנגד, כלשונה כן היא. הסמכות אינה עוברת מן הרשות המוסמכת, אולם הרשות נעזרת באחרים לביצועה. כאמור, המדינה המודרנית מעורבת כרגולטור וכמבצע באינספור תחומים, רבים מהם דורשים מומחיות, מיומנות או התמקצעות ספציפיות, והמצואות מחייבת כי היא תסתייע בגורמים פרטיים שהמומחיות או ההתמקצעות הללו נתונות בידיהם. לפיכך נקודת המוצא היא כי כל גוף מנהלי, ובכלל זה משרדי הממשלה, רשאי להסתייע באחרים לשם מימוש סמכויותיו ובכלל זה גם בגורמים פרטיים שאינם עובדי ציבור. פרקטיקה של ההסתייעות מעוגנת בחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, הקובע בסעיף 17(ב) כי **הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו – משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת.**

²⁵ בג"ץ 4884/00 "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרינריים (2004); רע"א 8060/95 הנהלת בתי-המשפט נ' אב-חן אחסנה, פ"ד נד(1) 357 (2000).

²⁶ "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 כקבלן שירותים גרידא" (בג"ץ 3664/15 פורום קהלת נ' היועץ המשפטי לממשלה (29.6.15)).

²⁷ עניין פיליפוביץ הנ"ל, עמודים 426-427.

²⁸ עניין עיר עמים הנ"ל, עמוד 15.

וגם בית המשפט העיר על כך כבר לפני שנות דור :

"ריבוי הפעילות השלטונית, הסיבוך שבה, התשתית העובדתית המקיפה המשמשת לה בסיס, כל אלה מחייבים, למען יעילות פעולת השלטון, כי הרשות השלטונית תוכל להיעזר באחרים בביצוע תפקידיה ותוכל להפעיל את סמכותה באמצעות זולתה".²⁹

הכלל המגביל את האצילה סוּיג והוכפף כמובן להבחנה בין אצילה להסתייעות. כך צוין עוד בעניין **פיליפוביץ** :

"יש להבחין בין האצלה (delegation) של סמכות לאחר לבין קבלת עזרה מאחר לביצוע הסמכות. '...מבדילים בין ביצוע פעולות מסוימות באמצעות אחרים לבין העברת התפקיד, אותו חייב למלא מי שהחוק הסמיכו לכך' (המשנה לנשיא, השופטת נן-פורת בבג"צ 136/84, בעמ' 270). בעוד שחזקה היא על חוק כי תכליתו אינה להסמיך את בעל הסמכות לאצול את סמכותו לאחר, אין חזקה כי תכלית החוק היא למנוע מבעל הסמכות לקבל מאחר סיוע לביצוע הסמכות. נהפוך הוא: חזקה על החוק שהעניק את הסמכות, כי תכליתו הינה לאפשר לבעל הסמכות להיעזר באחרים לביצוע סמכותו. חזקה זו נובעת ממצואות החיים והשלטון... חזקה על המחוקק, שעה שהוא מעניק סמכות לרשות שלטונית, כי הוא מניח שסיוע זה יתבקש ויתקבל" (עמוד 429).³⁰

יד. אמות המידה להבחנה בין הסתייעות ואצילה

הפסיקה והספרות שבעקבותיה ניסו לתת סימנים להבחנה בין הסתייעות לבין אצילת סמכות. נקדים ונאמר כי ההבחנה בין השתיים עשויה לעיתים להיות קשה. בייחוד, משום שלעיתים קרובות פעולות סיוע יכולות להיראות כאצילה. בית המשפט הזהיר מפני סיווג פזיז ביניהן.³¹ כפי שיפורט להלן, המבחן המרכזי שנקבע בפסיקה הוא **מבחן שיקול הדעת**, כלומר האם הועבר מן הרשות **שיקול דעת מינהלי**.

"אמת מידה שניתן להיעזר בה קשורה במהות התפקיד המוטל על אחר, האם זהו תפקיד הכרוך בשיקול-דעת מינהלי או תפקיד בעל אופי טכני. במקום שהרשות המוסמכת מעניקה לאחר תפקיד של שיקול-דעת, היא עשויה להיחשב כמי שאוצלת (כדין או שלא כדין) את הסמכות לאחר. לעומת זאת, כאשר התפקיד המוענק לאחר הוא בעל אופי טכני, ואילו שיקול הדעת המינהלי נשאר בידי הרשות השלטונית, עשוי הפעולה להיחשב כביצוע התפקיד באמצעות אחר ולא כאצילת הסמכות עצמה".³²

אכן, זו הבחנה מתבקשת. לב ליבה של הסמכות השלטונית היא לקבל החלטות שבגדרי סמכותה, ומהותה של קבלת החלטה היא הפעלת שיקול הדעת המינהלי. "כל יתר הפעולות, עד שהיא מגיעה אל שיקול הדעת, נראות פעולות הכנה".³³

עם זאת, ההבחנה הזו היא הבחנה ראשונית וכללית בלבד, וברור שהיא איננה יכולה לעמוד לבדה. זאת

²⁹ עניין **פיליפוביץ** הנ"ל, עמוד 428.

³⁰ עמוד 429.

³¹ עניין **עיר עמים**, פסקה 18.

³² עניין **פיליפוביץ**, עמוד 432; ראו גם ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה" **עיוני משפט** (3) 461, 481 (2008). וראו גם לאחרונה בג"ץ 3791/16 **יצחק סנדלר נ' שר התחבורה** (21.11.2016): "לא כל העברת סמכויות היא בגדר אצילה ויש להבחין בהקשר זה בין העברת שיקול הדעת לאחר להפעלת הסמכות ובין הסתייעות באחר לצורך ביצוע הסמכות... לצורך ביצוע תפקידיה אין מניעה עקרונית כי הרשות תסתייע גם בגופים פרטיים וההבחנה העיקרית בין אצילה והסתייעות נגזרת מהיקף הסמכויות ושיקול הדעת המוקנה על ידי הרשות לגוף הרלוונטי".

³³ יצחק זמיר **הסמכות המינהלית ב** 858 (מהדורה שנייה, 2011).

משום שגם פעולות סיוע, במקרים רבים, מחייבות הפעלת שיקול דעת. למעשה כמעט כל פעולה, אם איננה פעולת רובוט מכנית, מצריכה הפעלת מחשבה מסויימת, שניתן לכנותה 'שיקול דעת'. הפסיקה עמדה על כך, והדוגמאות המובאות בה מכירות בכך שגם העברת תחומי פעולה הטעונים שיקול דעת רחב עשויה שלא לחרוג מגדרה של הסתייעות:

"לעתים מוענק לאחר תפקיד של שיקול-דעת (כגון, שמיעת הצד שכנגד והעברת המלצה לרשות המוסמכת), מבלי שהדבר ייחשב כאצילה. לעתים ניתן להעניק לאחר תפקיד בעל אופי טכני, והדבר ייחשב כאצילה. אכן, הכול תלוי בזהות תפקידה של הרשות המוסמכת מזה ובמשימה שהוטלה על האחר מזה וביחס בין השניים".³⁴

בשל כך מובן לכל כי ההבחנה בין הסתייעות ואצילה רק לפי שיקול הדעת היא חלקית ובעייתית – **"הבחנה רעועה, בלתי ברורה ובלתי מעשית"**³⁵ – ואין היא מעבר לתשתית גמישה שעל גביה צריכות לבא דרישות וחקירות נוספות. ניסיון החיים מלמד ומחייב שגם פעולות שיש בצדן שיקול דעת בלתי מבוטל יסווגו לעיתים כהסתייעות. נזכיר כי **רק לאחרונה** סיווג בית המשפט העליון הפעלה שוטפת של גן לאומי על ידי גורם פרטי כהסתייעות בלבד (תוך שעמד על המשמר לוודא שקביעת המדיניות והפיקוח יישארו בידי הרשות), אף שברור היה כי יש בצידה של פעולה זו שיקול דעת לא מבוטל:

"אין למצוא פגם בצורך שמצאה הרשות להתקשר עם העמותה על-מנת להסתייע בה לתפעולו היעיל של האתר... רוב הפעולות שביצוען נמסר לעמותה הן בעלות אופי תפעולי וחלקן האחר, אף שכרוכה בו הפעלה מסוימת של שיקול דעת, כפוף לפיקוח ולבקרה הדוקים של הרשות תוך שיעקר שיקול הדעת אשר הוקנה לרשות על-פי דין נותר בידיה. על כן ניתן לומר כי ההתקשרות במהותה היא הסתייעות העמותה לצורך תפעול האתר, ואף שמדובר בהסתייעות בהיקף רחב יחסית אין היא עולה כדי האצלת סמכויותיה של הרשות והעברתן לעמותה".³⁶

טו. מהו שיקול הדעת שהעברתו תיחשב "אצילה"?

יש אפוא לבחון מה טיבו של שיקול הדעת שהעברתו תחשב אצילה. היו שניסו להציע הבחנה לפי איכותו ומידתו של שיקול הדעת המועבר לגורם הפרטי,³⁷ אך גם הבחנה זו עודנה כוללנית ובלתי מספקת. מסתבר כי המפתח מצוי באופיו של שיקול הדעת המועבר – **האם הוא שיקול דעת שלטוני או שיקול דעת שאיננו שלטוני**. אצילה, כזכור, היא העברת סמכות שלטונית. בהתאם לכך, אם שיקול הדעת המועבר הוא שלטוני באופיו, שהפעלתו היא חלק מן הסמכות השלטונית, הרי שזו אצילה; בעוד ששיקול דעת מקצועי, טכני, יישומי, אף אם הוא רחב היקף, לא ייחשב העברת סמכות שלטונית. בסיס להבחנה זו ניתן לשאוב מפסיקת בית המשפט ומן הספרות, ולהלן נציג קריטריונים מרכזיים להבחנה בין שיקול דעת שלטוני לשיקול דעת מקצועי-יישומי.

א. קביעת מדיניות: האלמנט המובהק ביותר של שיקול דעת שלטוני הוא שיקול דעת שיש בו קביעת מדיניות. כמו כן על הרשות להבטיח כי שיקול הדעת בכל הנוגע לקביעת המדיניות שביסוד הפעלת הסמכות יישאר בידיה.³⁸

³⁴ עניין פיליפוביץ, עמוד 432.

³⁵ זמיר, שם 861.

³⁶ עניין עיר עמים הנ"ל, פסקה 19 לפסק-דינה של השופטת חיות.

³⁷ זמיר, שם 861-862.

³⁸ ראו דפנה ברק-ארז, משפט מינהלי, 186.

ב. **סמכות שכרוכה בהפעלת כוח שלטוני**: כאשר שיקול הדעת הגלום בסמכות קשור לעניינים של הפעלת כוח שלטוני כופה יטה בית המשפט לסווג את הדבר כאצילה אסורה (אם לא תותר במפורש בחוק). הטעם ברור: הפעלת כוח שלטוני היא ליבה של הסמכות השלטונית המיוחדת לשלטון. היא העושה אותו שלטון והיא הבסיס להצדקת קיומו של שלטון.³⁹ לפיכך ברור כי סמכויות של הטלת קנסות בשל הפרת חוק לא ניתנת לאצילה לגורם פרטי.⁴⁰ בדומה לכך, סמכות של חקירה פלילית לא תואצל לגורם פרטי. עמד על כך באמרת אגב בית המשפט העליון בעניין **בורביץ**:

”בהענקת הסמכות לקיים חקירה פלילית גלום כוח, וממילא כרוכה סכנה, לפגיעה בפרטיות הנחקרים, בכבודם, בחירותם ובקניינם [...] מטעם זה מתחייב שככלל יש לפרש סמכות הניתנת בדבר חקיקה לרשות שלטונית, להסמיך אדם לחקור חשד לביצועה של עבירה, כמתאיחסת למינויו של עובד ציבור הנתון למרותה ולפיקוחה של הרשות השלטונית והכפוף לכללי המשמעת והאתיקה החלים על עובדי השירות הציבורי [...] לכאורה נראה כי הדין לעניין הסמכותם של חוקרים פרטיים אינו יכול (או צריך) להיות שונה מכללו הרגיל של המשפט המינהלי, שלפיו עשויה הרשות לאצול לגוף פרטי סמכויות ביצוע של פונקציות מוגדרות, אך היא אינה רשאית להקנות לו סמכויות סטטוטוריות ומעין-שיפוטיות שהפעלתן נתונה לשיקול-דעתה של הרשות השלטונית [...] ומשום אופייה המיוחד של הפונקציה החקירתית, שהפעלתה כורכת חשש לפגיעה בזכויות יסוד של הפרט, מן הראוי להפקידה בידי עובדי ציבור.”⁴¹

ג. **הפעלת סמכות רשות**: במצבים שבהם על בעל הסמכות להחליט האם להפעיל את הסמכות שבידו אם לאו, הנטייה תהיה לראות בהעברתה משום אצילת סמכות שלטונית. כך למשל ציין בית המשפט בעניין תפקיד שבצדו הסמכות להחליט האם להמית חתולי רחוב או להותירם בחיים:

”במוקד ענייננו מצויה הסמכות לקבוע אם קיים צורך בהמתת חתולים בכל מקרה נתון. סמכות זו היא מרכיב יסודי בהתמודדות עם חלק מהסיכונים שיוצרת תופעת חתולי הרחוב. זו סמכות רשות, הדורשת הפעלת שיקול-דעת רחב, ובייחוד אם מדיניות הטיפול בחתולי הרחוב על-פי נוהל מתוקן כאמור תשלול השמדה שרירותית ותגביל את ההמתה לנסיבות קונקרטייות [...] ההחלטה אם להמית חתולים נתונה בכל מקרה בידיהם. הם האחראים לגיבוש התשתית העובדתית.”⁴²

ד. **גיבוש אמות מידה לביצוע הסמכות**: כאשר המבצע נדרש לגבש באופן עצמאי את אמות המידה לביצוע תחום האחריות שהועבר לידו, הנטייה תהיה לראות בכך משום אצילה. בהאצילה סמכותה לאחר אין הרשות המינהלית רשאית להתפרק לגמרי מסמכות זו ולהותיר את הנאצל לגבש בעצמו את אמות המידה לביצועה.⁴³

הכלל המשותף למאפיינים הללו, העולים מן הפסיקה, היא שכולם כוללים שיקול דעת שלטוני, המשרת החלטות הנוגעות ללב-ליבה של הסמכות שבידי הרשות. במצבים אלו מדובר באצילה. בהעדר סממנים אלו, אין מדובר באצילה כי אם בהסתיעות.

³⁹ ראו את הגדרתו של מקס וובר למדינה כ”מונופול על הפעלת אלימות לגיטימית”, מתוך מאמרו ”הפוליטיקה כמקצוע” (1921).

⁴⁰ ראו עניין הנפלינג, 537.

⁴¹ ע”פ 4855/02 מדינת ישראל נ’ בורביץ, פ”ד נט(6) 776 (2005).

⁴² עניין תנו לחיות לחיות הנ”ל, עמוד 212.

⁴³ שם 213.

בנוסף לכך, בית המשפט כבר קבע כי גם כאשר ניתן שיקול דעת מסויים לגוף המפעיל, אם מידת הפיקוח, הבקרה והמעורבות של הרשות בפעילותו של הגוף ובתהליך קבלת החלטות גבוהה מאד, ההעברה תסווג כהסתייעות בלבד ולא כאצילה:

”מעיון בהוראותיה של טיוטת ההסכם כפי שזו עודכנה בעקבות הערות העותרים, המדינה ובית המשפט, עולה כי רוב הפעולות שביצעו נמסר לעמותה הן בעלות אופי תפעולי וחלקן האחר, אף שכרוכה בו הפעלה מסוימת של שיקול דעת, כפוף לפיקוח ולבקרה הדוקים של הרשות תוך ששיקור שיקול הדעת אשר הוקנה לרשות על-פי דין נותר בידיה”⁴⁴.

טז. סיכום ההיבט המינהלי

שאלת הבסיס בדיני אצילה היא ההבחנה בין הסתייעות, שללא ספק מותרת ומהווה דרך עבודה הכרחית בתפקודן היומיומי של הרשויות, לבין אצילה. פסיקת בית המשפט נדרשה לשאלה זו, והקריטריון המבחין המרכזי שהתגבש עניינו בשאלה האם הועבר שיקול דעת שלטוני לגוף המבצע. אם אכן הועבר, הרי שזו אצילה. שיקול דעת שלטוני מתאפיין בהיותו כולל את הסמכות לקבוע מדיניות, בהיותו נוגע להפעלת כוח, כופה, בעצם ההחלטה האם להפעיל את הסמכות, ובסמכות לגבש באופן עצמאי את אמות המידה להפעלת הסמכות.

ההבחנה בין אצילה להסתייעות לעולם לא תהיה חדה והיא תיבחן ממקרה למקרה. שיקול דעת כלשהו תמיד יופעל על ידי הגוף המבצע. אולם שכאשר כל המאפיינים הנ"ל נעדרים, קרוב לוודאי כי מדובר בהסתייעות, אף אם בהסתייעות רחבת היקף, ולא באצילה.

יז. יישום האמור על החלטת הממשלה 1998

בתגובות ב"כ המדינה והחטיבה להתיישבות מובא בפירוט רב המנגנון שנקבע בהחלטת המדינה להתקשרות שבין החטיבה והממשלה. כפי המתואר שם, ההחלטה כוללת לא רק מנגנוני פיקוח ובקרה הדוקים, כי אם הכפפה כמעט גמורה של כלל פעילותה של החטיבה ליחידה שתוקם לשם כך במשרד הממשלתי האחראי: מעורבות ממשית של גורמי המשרד הממשלתי בכל תהליך שיש בו קבלת החלטות; קביעת תכנית ודרכים להפעלתה על ידי השר והמשרד; ועוד כהנה וכהנה מאפיינים ומנגנונים של מעורבות, הובלה, והפעלה ממשלתיים הדוקים ביותר.

לאור זאת, קשה לראות בהחלטת הממשלה משום מימוש של הרשות שניתנה על ידי המחוקק לממשלה "לאצול מסמכויותיה" לחטיבה להתיישבות. על הרצף שבין הסתייעות לאצילה, החלטת הממשלה ממוקמת עמוק בתווך ההסתייעות, ורחוק מן האצילה. ללא ספק, החוק המסמיך את הממשלה "לאצול" מאפשר לה לפי שיקול דעתה להעניק לחטיבה להתיישבות סמכויות פעולה רחבות הרבה יותר ובאופן עצמאי הרבה יותר מאלו שהוענקו, כמובן בכפוף לכך שקביעת המדיניות, הפיקוח והבקרה יישארו בידי הממשלה.

⁴⁴ עניין עיר עמים הנ"ל, פסקה 19 לפסק-דינה של השופטת חיות.

החלטת הממשלה הרחיקה אפוא לכת מבחינת קביעת מנגנוני המעורבות של משרדי הממשלה וגורמי המדינה בתוך מנגנוני הפעילות של החטיבה. אנו סבורים לפיכך כי אין מדובר כאן רק ב"עתירה מוקדמת" שיש לדחותה מחוסר בשלות, כי אם בעתירה שאינה עומדת כלל, באשר החלטת הממשלה כלל אינה מצויה בתוך המתחם שיכול להיות שנוי במחלוקת.

ירושלים,
כ"ד בניסן תשע"ז
20 באפריל 2017

אריאל ארליך, עו"ד

אהרן גרבר, עו"ד

ב"כ פורום קהלת