פורום קהלת (ע"ר)
עם ועולמו 8 ירושלים
משרד 026312720
office@kohelet.org.il
www.kohelet.org.il

-

י״ג באב תשע״ו
17 באוגוסט 2016
[מספרנו אא311]

לכבוד:
ח״כ אורי יהודה אריאל, שר החקלאות ופיתוח הכפר
ד״ר אביחי מנדלבליט, היועץ המשפטי לממשלה
מר אריה זהר, ממלא מקום מזכיר הממשלה
מר אלי גרונר, מנכ״ל משרד ראש הממשלה

שלום רב,

הנדון: <u>חוות-דעת המשנה ליועמ״ש (ייעוץ) על הצעת המחליטים בעניין החטיבה להתיישבות מיום 14.8.16 – התייחסות ראשונית</u>

תמצית:

מכתב זה מתייחס להשלכות רוחב הנוגעות למרחב התמרון של הממשלה באצילת סמכות לגורמים ממשלתיים על פי חוק.

בחוות הדעת של המשנה ליועמ״ש (ייעוץ), הנוגעת ליישום חוק החטיבה להתיישבות בהחלטת הממשלה, נפלו שגיאות משפטיות שאנו מבקשים לתקן, כדלהלן:

א. הקביעה כי יש מניעה חוקתית מכוח חוק יסוד הממשלה, המונעת מהממשלה לאצול סמכויות מסויימות, סותרת את המצב המשפטי. האסמכתאות שניתנו לה שגויות לחלוטין.

ב. הניסיון להכפיף חוק המסמיך את הממשלה לאצול מסמכויותיה לעקרונות כלליים של משפט מינהלי מהווה התעלמות מלשון החוק המפורשת, הגוברת על עקרונות מינהליים כלליים. חוות הדעת מתיימרת לפרש את החוק אולם מתעלמת מלשונו המפורשת ומתכליתו.

ג. חוות הדעת דורשת להטיל על החטיבה כפיפות למנגנון הממשלתי על ידי הכפפתה למנגנון הייעוץ המשפטי לממשלה, על ידי התערבות בקביעת המבנה הארגוני שלה, על ידי קביעת מנגנוני פיקוח מופרזים ומגבלות נוספות. דרישות אלו אינן מעוגנות בדין כלשהו. יתירה מכך, הן חותרות לשלול מהחטיבה את יתרונותיה ואת אופייה הייחודי, בניגוד גמור ללשון החוק ולתכליתו הברורה.

1. <u>מבוא</u>

סוגיית הקשר שבין הממשלה והחטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית (להלן – החטיבה) נמצאת בתחום עיסוקנו מזה כשנה וחצי, כמכון מחקר העוסק במדיניות ציבורית בתחומים של משילות, ריבונות לאומית וכלכלה חופשית. נזכיר כי לאחר שפורסמה חוות הדעת מטעם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ)

בפברואר אשתקד, פרסמנו חוות דעת משפטית מטעמנו המבקרת את חוות הדעת ההיא ואת מסקנותיה (מצורפת כאן). בהמשך פנינו לבית המשפט העליון בסוגיה (בג"ץ 3664/15 **פורום קהלת נ' היועץ המשפטי לממשלה** (2015)) בדרישה להבהיר כי הסמכות ליתן הוראות אופרטיביות שמורה לקובעי המדיניות בלבד, וליווינו בוועדת החוקה של הכנסת את הליך תיקון חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל.

כעת הומצאה לעיוננו חוות הדעת שבכותרת. חוות הדעת עוסקת בפרשנות ויישום החוק על רקע החלטת הממשלה המסתמנת לקביעת מתווה ההסכם לאצילת הסמכויות מהממשלה לחטיבה. בדברים שלהלן נבקש להתייחס בתמצית – בבחינת מענה ראשוני ומהיר – לנקודות העקרוניות הנדונות בחוות דעת זו. אין ענייננו בטיוטת החלטת הממשלה עצמה, כי אם בהיבטים העקרוניים העולים מחוות הדעת.

עיינו היטב בחוות הדעת. מצאנו כי נפלו בה – בוודאי בחוסר תשומת לב – כמה שגגות ואי דיוקים, קביעות שאינן מעוגנות בדין, ובכל הכבוד אף כאלו שסותרות אותו. לדעתנו יש בה בחוות הדעת קביעות בעלות השלכות רוחב רבות-משמעות על יכולתה של הממשלה להיעזר בגופים חיצוניים להגשמת מדיניותה, כלומר על יכולתה לפעול, ועל עניינים של פרשנות חקיקה בכלל; ולאור חשיבותן של סוגיות אלו מצאנו לנכון לפנות במכתב דחוף זה כדי לסייע בהעמדת דברים על מכונם.

<u>כפי שנבקש להראות, שני סוגים של שגיאות יש בחוות הדעת:</u>

החלק האחד הוא טענות שלפי הבנתנו **אינן משקפות נכונה** את הדין.

החלק השני הוא העלאת **דרישות שאינן מבוססות כלל בדין**. בין אלו ניתן למנות, למשל את הדרישה כי הייעוץ המשפטי של החטיבה יהיה מטעם הייעוץ המשפטי לממשלה או כי הממשלה תכתיב את המבנה הארגוני של החטיבה. ראוי, להבנתנו, כי דרישות שאינן מבוססות בדין לא יישמעו מטעמו של יועץ משפטי. **בעניין שלנו, ההיענות להן עלולה לשלול מהחטיבה את אופייה ואת דרך פעילותה, בניגוד בולט לכוונת הממשלה, ללשונו הבהירה של החוק ולתכלית הידועה של חקיקתו. נבקשכם אפוא לשים לבכם לצורך בהפרדה בין דיון משפטי ובין דיון של קביעת מדיניות.**

2. <u>רקע כללי, על קצה המזלג</u>

החטיבה להתיישבות משמשת גוף ביצועי ליישום מדיניות הממשלה בתחום ההתיישבות מזה כארבעים שנה. עד לפני כעשור עיסוקה היה בהתיישבות ביו"ש, הגולן, רצועת עזה ובקעת הירדן בלבד. מאז 2004, בעקבות החלטות הממשלה מספר 2517 ומספר 2701, היא אמונה על ההתיישבות גם בנגב ובגליל. בשל קוצר היריעה לא נפרט במסגרת זו את היסטוריית החלטות הממשלה, ההסכמים, האמנות ודוחות הוועדות לגבי מערכת הקשרים; נזכיר רק כי בשנת 2000 נחתם הסכם חדש בין ממשלת ישראל לבין ההסתדרות הציונית העולמית ולפיו תסייע החטיבה להתיישבות בפיתוח ויישוב הארץ בכפוף להסכמים פרטניים, ובשנת 2009 אף אושר על ידי המשנה ליועמ"ש דאז, מר מלכיאל בלס, מתווה של אמות המידה למענקים מטעם החטיבה אגב דברי שבח לחטיבה על תרומתה ויכולותיה הייחודיות ועל הקפדתה לפעול פי כללי המינהל התקין.[1]

[1] "הנה כי כן, הניסיון והמומחיות הייחודיים שרכשה לעצמה החטיבה להתיישבות לאורך השנים הם העומדים בבסיס החלטות ממשלת ישראל לפעול באמצעותה. אין צל ובן צילו של ספק, כי אין כיום במדינת ישראל, גוף מקצועי אחר שהתנסה במגוון ובתחומי פעילויות כה רחב ובהפעלת תקציבים והלוואות בתנאים שונים ולמגוון הפעילויות, כפי שפועלת החטיבה להתיישבות, כמתואר לעיל. לית מאן דפליג, כי פעילות החטיבה להתיישבות, מתבצעת על פי כללי מינהל תקין, ובשיקול דעת ראוי..." (החטיבה להתיישבות

בפברואר אשתקד פרסמה המשנה ליועמ"ש (ייעוץ) חוות דעת בנוגע להסכם ההתקשרות שבין הממשלה והחטיבה. מסקנת חוות הדעת היא כי יישום ההסכם עולה כדי התפרקות הממשלה מסמכויות שבליבת אחריותה, העולה כדי אצילה אסורה. לפיכך קבעה חוות הדעת כי על המדינה לחדול לאלתר מתקצובה הישיר של החטיבה כבר בשנת 2015 ולהימנע מלחוקק תקציב לחטיבה בשנת 2016.

חוות הדעת מנתה שורה של מרכיבים שהצטברותם הובילה לדעת מחבריה למסקנה האמורה. נטען בה כי ההתקשרות עם החטיבה עולה כדי אצילה אסורה, שכן אצילה חייבת להיעשות רק לידיו של גורם הנתון לחובות דומות לאלו המוטלות על הממשלה; כי החטיבה עוסקת בחלוקת משאבים או תמיכות במנגנון העוקף למעשה את מנגנון התמיכות של הממשלה; כי פעילות החטיבה הנוגעת לתחומיהם של משרדי ממשלה רבים יוצרת כפילויות וחוסר תאום; כי תקצובה נעשה בדרך של תקצוב ישיר ולא לפי התקשרויות קונקרטיות; כי ההתקשרות עם החטיבה נעשית ללא מכרז כנדרש; וכי לממשלה יכולת מצומצמת ומוגבלת לפקח על החטיבה, בשל עצמאותה המנגנונית. בעקבות חוות הדעת הורה ראש הממשלה על הקמת ועדת מנכ"לים לגיבוש מתווה להפעלת החטיבה.

בנובמבר 2015 אימצה ועדת השרים לענייני חקיקה הצעת חוק לתיקון חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית והסוכנות היהודית לארץ ישראל, התשי"ג-1952. תכלית ההצעה, לפי דברי ההסבר, היתה לאפשר את המשך פעילותה של החטיבה במתכונת שהיתה נהוגה עשרות שנים, אגב כמה שיפורים. ועדת השרים אישרה את החוק חרף הסתייגות הייעוץ המשפטי לממשלה, אשר חיווה דעתו כי הסדרת המצב הקיים בחקיקה אינה עולה בקנה אחד עם כללי המשפט המנהלי הרגילים. ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת קיימה דיונים להכנת החוק לקריאה שנייה ושלישית במהלך חודש דצמבר האחרון. במהלך הדיונים הביעו המשנה ליועץ המשפטי לממשלה ונציגיה את עמדתם המסתייגת מן הטעמים שנזכרו לעיל. לאחר שנעשו בחוק תיקונים אחדים, כתוצאה מדיוני הוועדה והצעות של חברי כנסת מהקואליציה והאופוזיציה, אושר החוק בקריאה שלישית ביום 29.12.2015.

לשונו של הסעיף שהתווסף לחוק (סעיף 6ב) כך היא:

> (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

בהסתדרות הציונית העולמית – אמות מידה להפעלת התקציב, חלק א – מסמך עקרונות, סוף דבר (2009)).

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.

<u>נקדים ונדגיש את מה שדומה שלא יכול להיות נתון במחלוקת:</u>

החוק מכיר בחטיבה להתיישבות כגורם בעל יכולת ביצוע, ומבקש להעניק לממשלה מרחב פעולה בהתקשרויותיה עם החטיבה. החוק מורה כי הממשלה תחליט על מדיניות, והוא מאפשר לה לאצול לחטיבה מגוון של סמכויות לביצוע מדיניות זו, על ידי התקשרות בהסכמים כלליים ופרטניים. הסכמים אלו יכללו גם הסדרים של פיקוח ובקרה על ידי הממשלה, תוך שמירה על מאפייניה הייחודיים של החטיבה להתיישבות. בד בבד מעניק המחוקק סמכות רחבה לחטיבה להתיישבות לבצע פעולות למימוש התפקידים שיוטלו עליה. המחוקק ראה לנכון להקפיד ולהדגיש כי החטיבה תשמור על עצמאותה (כאורגן של ההסתדרות הציונית) ולא תהפוך לגוף מדינה.

זהו החוק, ולאור לשונו ותכליתו הברורים יש גם לפרשו.[2]

לאחר חקיקת החוק גובשה במשרד החקלאות בשיתוף משרדים אחרים טיוטה להחלטת ממשלה (הצעת מחליטים) לקביעת מתווה להסכם התקשרות ארוך טווח בין הממשלה והחטיבה. חוות הדעת הנוכחית של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) ניתנה כתגובה לטיוטת החלטה זו. חוות הדעת מעידה על עצמה כי היא מתיימרת להתוות את הפרשנות והיישום הנכונים לתיקון חוק המעמד, ומסקנתה היא כי טיוטת ההחלטה לוקה בשורה של בעיות משפטיות.

כאמור, בדיקת הטענות שבחוות הדעת מלמדת על שורה של שגגות העומדות בבסיסה; וכדי שלא יוותרו על כנן טעויות, נבקש להלן לעמוד עליהן ולתקנן.

נקודת המוצא שלנו היא עקרון שלטון החוק, ואנו משוכנעים כי זהו גם האתוס של השירות המשפטי בישראל: החוק והדין מחייבים את כלל אזרחי המדינה וגופיה, כקטון כגדול. לפיכך גם ייעוץ משפטי מחוייב לשקף את החוק והדין, ואותם בלבד.

3. <u>הטענה החוקתית – "גרעין קשה" של סמכויות שלטוניות</u>

<u>תמצית</u>: האמור בחוות הדעת, בכל הכבוד, שגוי.

חוות הדעת מסתמכת על אמרת אגב של הנשיאה ביניש שנשארה גם על ידיה עצמה ב"צריך עיון", ונכתב במפורש בפסק הדין שלא נקבעה בה הלכה. יתרה מכך, אפילו אותה אמרת אגב בלתי מחייבת התייחסה אך ורק להפרטת סמכויות הקשורות בהפעלת כוח כדוגמת מקרה בתי הסוהר, ואין בינה לבין המקרה של החטיבה דבר.

[2] כך עולה גם מדברי ההסבר להצעת החוק – ראו ה"ח הכנסת תשע"ו מס' 602 עמ' 4, ומדיוני ועדת החוקה של הכנסת בהכנתו לקריאה שנייה ושלישית במהלך חודש דצמבר 2015.

הטענה כי מפרשת בתי הסוהר נגזרת מניעה משפטית מליישם את לשון החוק או כוונתו בעניין דנן, לא רק שאינה הפרשנות היחידה האפשרית (כפי שנדרש כדי לגזור על נבחרי הציבור מניעה משפטית), אלא היא אינה פרשנות אפשרית כלל. היא סותרת חזיתית את דברי הנשיאה ביניש שבה ניסתה להיתלות.
אין לאפשר התנדבות מטעם השירות המשפטי לקבל עמדה משפטית שגויה ומרחיקת לכת המגבילה את המדינה הרבה מעבר לדין.

<u>פירוט</u>: על פי חוות הדעת ישנה מניעה **חוקתית** המגבילה את הממשלה לקבל החלטה כפי שהוצע, מחמת סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, אשר קובע כי "הממשלה היא הרשות המבצעת".

הטיעון כולל שני ראשים:

א. טענה נורמטיבית ולפיה סעיף 1 מטיל איסור חוקתי על העברת סמכויות מסוימות, "גרעין קשה של סמכויות ליבה", מהממשלה לידי גופים שאינם ממשלתיים.

ב. קביעה כי הסמכויות אשר יש כוונה להמשיך ולהעביר לחטיבה מסווגות בתוך "גרעין קשה" זה.

שבנו ובדקנו ומצאנו כי שתי הטענות אינן נשענות על בסיס משפטי בדין הישראלי.

הטענה הראשונה בדבר משמעותו של סעיף 1 לחוק היסוד סותרת את המצב המשפטי הנוכחי, ולפיו סעיף זה איננו בעל משמעות מעשית כי אם הצהרתית בלבד. ניסיון להיתלות בסעיף כדי למנוע מהממשלה להעביר תחומי פעילות לגופים שאינם שלטוניים נעשה בעבר, בין היתר בפרשת הפרטת בתי הסוהר.[3] העותרים שם טענו כי הפרטת בתי הסוהר נוגדת את סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, 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**".[4]

הנשיאה דאז ביניש 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, שבייניש שבה וסייגה אותה לאוביטר תוך כדי דיבור, לא זכתה להסכמה מצד כלל חברי ההרכב.[5] היא נותרה בגדר הרהור בלבד, הושארה במפורש אפילו בדברי השופטת ביניש ב"צריך עיון", ובוודאי שלא נקבעה להלכה.[6] גם השופט

---

[3] בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545 (2009); ההדגשה הוספה.

[4] שם, עמוד 612.

[5] ראו למשל דברי השופטת חיות בפסקה 3 לפסק דינה: " תמימת דעים אני עם הנשיאה כי קיים קושי למצוא בהוראת סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה עיגון חוקתי לסמכות הכליאה כסמכות שלטונית גרעינית שאינה ניתנת להעברה." וכן 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).

[6] הנה דבריה: "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

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 ביניש, וציין שלא הוכרע כדבריה וכי הדבר נשאר ב"צריך עיון".[7] הטעם המרכזי לכך הוא ששאלת המגבלות על המדינה בהעברת תחומי פעילות לגופים שאינם ממשלתיים (בעיקר במסגרת הפרטה) היא קביעה מתחום המדיניות הקשורה בטבורה להשקפת עולם אידיאולוגית. הדברים הבאים של פרופ' ברק-ארז משקפים היטב את אופייה של הסוגיה ואת המצב המשפטי לגביה:

> "קביעת גבולותיה של ההפרטה מן ההיבט המוסדי היא משימה קשה, ככל שהכוונה לקביעתן של הגבלות משפטיות (ולא לגיבושה של תאוריה פוליטית שתשמש בסיס לויכוח בזירה הציבורית). 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. בתווך קיימות גישות רבות נוספות. 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".[8]

בחוות הדעת בחרה המשנה ליועמ"ש לצטט דווקא את ההרהור, ולהכריז עליו כהלכה מחייבת. יתירה מכך, בהערת שוליים נכתב כי טענתה של המדינה כי סעיף 1 הוא הצהרתי בלבד נדחתה בפסק הדין. ברור כי משפטנים בכירים במערך הייעוץ המשפטי של המדינה אמונים על קריאת פסקי דין היטב ועל הבנתם כדבעי, ואין זאת אלא כי שגגה יצאה מלפני השליט.

אלא ששגגה זו, אם לא תתוקן, היא מרחיקת לכת.

ההתנדבות למעשה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לקבל "הלכה" חוקתית שלא היתה ולא נבראה, עלולה להשליך השלכות עצומות על יכולתה של המדינה להפריט שירותים או לאצול סמכויות כפי שתבחר. לפיכך יש הכרח להדגיש ולהבהיר כי זה אינו המצב המשפטי. דווקא על רקע העובדה שטענות מעין אלו מועלות מטעם גופים אידיאולוגיים הפועלים במרץ רב להגבלת מרחב הפעולה של המדינה בתחום ההפרטה, לרבות במחקרים, הצעות חקיקה ומאמרים אקדמאיים רדיקליים[9] ראוי כי יישמע מטעם המדינה והשירות המשפטי שלה קול ברור המותיר לממשלה את הזכות הדמוקרטית לברור את דרכה. פרשנות שגויה האוסרת

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. 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).

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

[8] דפנה ברק ארז **אזרח-נתין-צרכן – משפט ושלטון במדינה משתנה**, 104 (2012). וראו גם ברק מדינה ויואב דותן "חוקיות ההפרטה של שירותים ציבוריים" **משפטים לז** 1 (2006) 329.

[9] ראו למשל הצעת חוק אחריות המדינה לשירותים ציבוריים והליכי הפרטה, התשע"ו–2015 פ/2384/20. הצעה הוגשה על ידי ח"כים יצחק הרצוג ומשה גפני ועל פי דברי ההסבר נכתבה בשיתוף מרכז חזן לצדק חברתי ודמוקרטיה במכון ון ליר והאגודה לזכויות האזרח.

על הממשלה את המותר לה תאלץ את הממשלה לתקן את חוק יסוד הממשלה, אולם לא ראוי לגרור את הריבון לכינון חוקתי בגלל טעות משפטית.

מעבר לכך, ראוי גם שלא לקבוע מסמרות בתחום מדיניות מובהק:

> "אין מקום להגביל את כוחו של השלטון לנקוט מדיניות של מסחור האספקה של מוצרים ושירותים. הגבלת חופש הפעולה של הרוב מכוחה של תאוריה מסוימת עלולה לעגן את הסטטוס קוו ולהנציח פרקטיקות שאינן בהכרח ראויות. ביטוי מובהק לתפיסה זו נתן הנשיא ברק: 'החוקה... איננה תכנית פעולה מדינית קונקרטית. הלאמה והפרטה יכולות להתקיים במסגרתה. כלכלת שוק או ניהול מרוכז של המשק עשויים למצוא בה מרחב מחיה'. מחוקק "סוציאליסטי" ומחוקק "קפיטליסטי" יוכלו להגשים את המצע שלהם בלי שאופיו של המצע החברתי כשלעצמו יעמוד להם לרועץ. [לפיכך] ניתן לדבר על נייטרליות כלכלית של החוקה שלנו".[10]

הטענה השנייה שנובעת מחוות הדעת היא כי התפקידים שבדעתה של הממשלה להוסיף ולהעביר לידי החטיבה נכללים בתוך קבוצת "הגרעין הקשה של סמכויות הליבה". גם זו קביעה מרחיקת לכת. כאמור לעיל, אפילו אמרת-האגב של הנשיאה ביניש התייחסה במפורש לפעולות שכרוכות בהפעלת כוח שלטוני, דוגמת כליאה. פעולות הקשורות במימוש מדיניות התיישבותית, אפילו אם תהיה כרוכה בשיקול דעת מסוים בדבר הקצאת משאבים, רחוקה ת"ק פרסה מהפעלת כוח שלטוני.[11] נזכיר כי אף השופטת ביניש ציינה בפסק הדין הנזכר כי קביעת מדיניות הפרטה באופן כללי היא עניין אשר "מצוי בעיקרו במתחם שיקול הדעת של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת".

4. <u>הטענה המינהלית העקרונית: היחס בין החקיקה ו"עקרונות המשפט המינהלי"</u>

<u>תמצית</u>: האמור בחוות הדעת והנחות המוצא שלה בתחום זה, בכל הכבוד, שגויים המה.

המשפט המינהלי בישראל הוא יציר הפסיקה. כשיש חוק מפורש – הוא לעולם גובר. הפרשנות חשובה כהשלמה, לא כתחליף. על הפרשנות להיעשות, בראש ובראשונה, לאור לשון החוק ותכליתו. אין חולק על חשיבותם ומעמדם של ה'עקרונות המינהליים' שבתי המשפט קבעו, אולם הם ייסוגו מפני חוק מפורש.

בעניין החטיבה, לאחרונה התכבדה הכנסת במיוחד לאור חוות הדעת של המשנה ליועמ"ש וחוקקה חוק המאפשר במפורש אצילה מהממשלה לחטיבה. המבנה הדמוקרטי והמדרג הנורמטיבי בישראל ברורים ויש לנהוג לפיהם.

יתירה מכך, כל הטענות המנהליות הועלו בדיונים קודם חקיקת החוק על ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה ונציגיה. העלאתן שוב של טענות אלו לאחר שהמחוקק אמר את דברו היא טעות משפטית ועלולה להתפרש חלילה כקריאת תיגר על עליונותו של החוק.

<u>פירוט</u>: חוות הדעת מלינה על כך שהחוק "מנוסח באופן דקלרטיבי, עמום ורחב תוך יצירת מנגנון חסר של אצילה, אשר אינו תואם את עקרונות הדין המנהלי". בהמשך מלינה חוות הדעת על כך שהחוק "אינו קובע את מנגנוני הדיווח והבקרה שהחטיבה תהיה מחויבת אליהם; הוא אינו קובע את המבנה האירגוני שלה; את

---

[10] מדינה ודותן, לעיל בהערה 8, עמוד 331.

[11] הפעלת כוח כופה זו ההגדרה הבסיסית של המדינה, כפי שאבחן מקס וובר. ראו Max Weber *Politics as a Vocation (1921)*, http://anthropos-lab.net/wp/wp-content/uploads/2011/12/Weber-Politics-as-a-Vocation.pdf. הקשר בינה ובין פעילות החטיבה להתיישבות והסמכויות שהממשלה מבקשת להעניק לה קלוש.

המשרות ובעלי התפקידים; הוא אינו מעגן את המעורבות השלטונית בפעולותיה ובקבלת החלטותיה״, ולפיכך המסקנה היא כי ״חוסרים אלו מעוררים בעייתיות רבה וקושי אמיתי ביצירת מנגנון אצילה שיעמוד בדרישות הדין״.

נקדים ונזכיר את מושכלות היסוד: העקרונות של המשפט המינהלי בישראל הם בעיקרם יצירי הפסיקה. חוק מפורש גובר על המשפט המינהלי, לרבות על ״עקרונות״ המשפט המינהלי. חוק מפורש ייסוג רק מפני הוראה של חוק יסוד.

כזכור, בעקבות חוות הדעת של המשנה ליועמ״ש מפברואר 2015 החליטה ממשלת ישראל לקדם הצעת חוק המאפשרת באופן מפורש אצילת סמכויות לחטיבה, וכנסת ישראל אישרה חוק זה. במהלך הדיונים בוועדת החוקה של הכנסת לקראת הכנת החוק לקריאה שנייה ושלישית ביקשו המשנה ליועמ״ש ונציגיה לשכנע את חברי הכנסת לתקן את נוסח החוק, לאור עקרונות כלליים של משפט מינהלי. הצעותיהם התקבלו בחלקן ונדחו בחלקן. היכן שנדחו, אין עוד לשוב ולטעון להסגתו של דבר המחוקק מחמת תחולת המשפט המינהלי הכללי והכפפת פרשנות החוק אליו, בניגוד גמור לכוונת המחוקק. מבלי משים, מתעלמת חוות הדעת מהכרעת המחוקק. וכך, מבלי משים, חודרת חוות הדעת אל תחום המדיניות שבמובהק אינו משפטי (כפי שגם העידה בדיוני הוועדה בכנסת המשנה ליועמ״ש עצמה).[12]

לפנינו אפוא, במשתמע, שתי טעויות:

ראשית, הטענה כי יש לפרש את החוק בצמצום לאור עקרונות משפט מינהלי כלליים. עקרונות משפט מינהלי כלליים יפים לקביעת הדרך ליישום סמכות שהוקנתה בחוק כללי. לא כן הדבר מקום שבו קבע המחוקק בצד הסמכות הסדרים ספציפיים ודרכי יישום פרטניות. עקרונות המשפט המינהלי הכלליים לעולם לא יוכלו לגבור עליהם, אלא רק להשלימם. הם יחולו על מה שהמחוקק הותיר, כל עוד החלתם לא תסתור את לשון החוק או תכליתו.

שנית, הטענה כי יישומו של חוק – אשר מאפשר באופן שאין מפורש ממנו לאצול סמכויות מסויימות – מעורר קושי ״לעמוד בדרישות הדין״. זהו היפוך היוצרות, מעין אוקסימורון. שגגה היא להתנות את יישומו של החוק ביישום ההסתייגויות שלא התקבלו במהלך חקיקתו.

אולם יותר מן הטעויות שיש בה בחוות הדעת, חשוב לעמוד על מה **שחסר בה**: **ניתוח מסודר של החוק החדש על קרבו וכרעיו, על סעיפיו ולשונו**, תוך התחקות אחר תכליתו היכן שיש בכך צורך, הם למיטב הכרתנו נקודת מוצא הכרחית לחוות דעת המתיימרת להידרש ״זו הפעם הראשונה״ ל״פרשנותו והשלכותיו המעשיות והמשפטיות״ של החוק (סעיף 8 לחוות הדעת). שגגה היא להימנע מלעשות כן, ושמא שגגה זו גררה אחריה את היתר.

---

[12] כפי שמשתקף מפרוטוקול מס׳ 75 מישיבת ועדת חוק, חוקה ומשפט, כ׳ בכסלו תשע״ו (2.12.2015). המשנה ליועמ״ש, עו״ד דינה זילבר, העידה כי היא ערה לכך שחברי הכנסת מתכוונים לאמץ כיוון שאינו לרוחה, ובצדק ציינה כי הדבר אינו במנדט שלה (ההדגשות הוספו):

״קודם כל מה הפתרון האולטימטיבי, שוב, יש לי מחשבות. **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. אל״ף, זה כמובן לגיטימי, זכותם של קובעי המדיניות לבחור את זה. אבל אני אומרת, הבחירה בזה היא לא מקרית. למה? זה לא שיש איזה בעיה שהם עובדים של - - - ולא מסתדרים איתם. זאת אומרת, הסתדרו עם קק״ל שזה אורגן מקביל, שיש לו מבנה דומה, שזה גם כן גוף מהמוסדות שבדרך שתרם רבות לקיומה של המדינה. הצליחו להגיע לכל מיני הסדרים, אני מאמינה שגם כאן היו.

כאן בכוונה רוצים לשמר את המבנה של חצי בפנים, חצי בחוץ״.

5. **<u>הטענה בדבר אצילה: ההבחנה בין אצילה מינהלית "רגילה" לבין אצילה במסגרת חוק מפורש</u>**

<u>תמצית:</u> חוות הדעת שוגה, בכל הכבוד, בכך שהיא מתייחסת לאצילה לחטיבה כאל אצילה המשתמעת מן החוק, ובוחנת אותה בכלים שהפסיקה יצרה למקרים כאלה, בעוד בעניינו מדובר באצילה מפורשת.

<u>פירוט:</u> מחוק יסוד הממשלה (סעיף 33(ה)) עולה כי ניתן לאצול סמכויות ממשלתיות לידי גורם פרטי כל עוד קיימת הסמכה מפורשת או משתמעת לכך בחוק. כלומר עיקרון חוקיות המינהל מאפשר אצילת סמכויות לגורמים פרטים כל עוד החוק מסמיך אותם. בתי המשפט נוטים לצמצם את ההכרה באצילה ש"משתמעת" מהחוק, בין היתר כדי שלא יעברו סמכויות שהחוק נותן לגורמי השלטון הכפופים לפיקוח לגופים שאינם מפוקחים.

אולם, במקום שבו החוק מאפשר אצילה באופן מפורש – ברור שהאצילה היא לגוף שאינו ממשלתי, אשר עובדיו אינם כפופים לאותן הנורמות כמו עובדי המדינה.[13]

לאור זאת, ההתייחסות בחוות הדעת לתנאים המאפשרים אצילה בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון כדי לבחון אם האצילה עומדת בעיקרון חוקיות המינהל – שגויה היא. בניגוד למצבים שהפסיקה עוסקת בהם בדרך כלל, בעניינה של החטיבה לא מתעוררת השאלה אם ישנה אצילה משתמעת, שהרי המחוקק הסמיך במפורש את הממשלה לאצול. המגבלות שהפסיקה מטילה על אצילה כזו, כדי לעמוד על משמר עקרון סמכות המינהל, אינן רלוונטיות כאן. ציטוט פסקי דין שבחנו האם לאפשר אצילה משתמעת אין בו כדי ללמד על ההיתר שקבוע בחוק יסוד הממשלה לאצול על פי חוק מפורש, וממילא גם הניסיון ללמוד על חובות פיקוח מפסק דין שעסק באצילה משתמעת אינו נכון.

נקודת המוצא היא כי האצילה אפשרית כי כך קבע במפורש החוק, ומכאן ואילך יש לבחון את המנגנונים המינהליים שיש לקיים. חלקם, כפי שיובהר להלן, קבועים בחוק עצמו, ולפיכך יש לקבוע אותם לפי האמור בו. זהו הטעם למסקנתנו כי הציטוטים בסעיפים 16 ו-17 לחוות הדעת שגויים. פיקוח ובקרה אינם תנאי לעצם האצילה מקום שבו הסמיך המחוקק במפורש לאצול. קל וחומר שאין כל מניעה מלאצול סמכויות במקום שהמחוקק טרח והורה על הגברת הפיקוח והבקרה באמצעים שונים כפי שעשה בעניינה של החטיבה. מגנוני פיקוח אלו, נזכיר, נוספים הם על אלו שחלים על החטיבה ממילא, כמו החשב הכללי באוצר, מבקר המדינה, חוק חופש המידע ועוד.

6. **<u>אצילה לגוף שאינו ממשלתי, בלי לקבוע את המבנה הארגוני שלו, ומשמעויותיה</u>**

<u>תמצית:</u> אין כל בסיס בדין לטענה כי על הממשלה להכתיב את מבנהו של הגוף הנאצל.

<u>פירוט:</u> חוות הדעת מלינה על כך שהמחוקק לא קבע את המבנה הארגוני של החטיבה להתיישבות. לפי האמור בה יש בעיה לאצול לגוף כזה שהרי למדינה אסור לעשות דברים שאסורים עליה באמצעות אחרים.

מבחינת טיבו של הגוף – אכן, החוק החדש לא יצר גוף חדש אלא הסתמך על קיומו של גוף קיים, מוכר וותיק. **זו היתה כוונתו המפורשת של המחוקק, לשמור על מאפייניה הייחודיים של החטיבה (סעיף 26ב(ב)(1))**. היחס אל גוף כזה אכן צריך להיות כאל גוף דו-מהותי, שמידת החובות מן המשפט הציבורי שיחולו עליו תהא כמידת הסמכויות שיועברו לידיו.

[13] נורמות כמו כפיפות לתקשי"ר וכפיפות ישירה ליועמ"ש. זאת על אף שהגוף כפוף חלקית לאותן נורמות בשל היותו גוף דו-מהותי.

יתרה מכך, בחוקים רבים מוגדרת ההסתדרות הציונית העולמית וממילא גם החטיבה להתיישבות כגוף ציבורי (ראו לדוגמה: חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל תשי"ג-1952; סעיף 13(8) חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965; סעיף 116ז(א) חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969; סעיף 287(1) חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995; הגדרת "עובד הציבור" בסעיף 34 כ"ד בחוק העונשין תשל"ז-1977; הגדרת "עובד הציבור" בסעיף 28 לפקודת הראיות [נוסח חדש] תשל"א 1971; הגדרת "גוף ציבורי" בתוספת לחוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל התקין), תשנ"ז-1997; סעיף 19 לתקנות חובת מכרזים ועוד).

המעמד המיוחד של החטיבה להתיישבות גם הוכר בפסיקה ונקבע שאין לראות בחטיבה קבלן שירותים או גוף פרטי רגיל (בג"ץ 3664/15 **פורום קהלת נ' היועץ המשפטי לממשלה** (2015) סעיף טז).

הכלל ולפיו המדינה אינה רשאית לעשות בעקיפין את שאינה רשאית לעשות במישרין אינו נתון במחלוקת, והוא אכן הוחל זה מכבר על המוסדות הלאומיים בבג"ץ קאעדן (קציר) הנודע.[14] משמעותו היא כי המדינה אינה רשאית לפעול בחוסר שוויון, בשרירות, בחוסר סמכות או בדרכים לא חוקיות אחרות באמצעות גופי משנה. אולם אין משמעותו של הכלל כי גוף נאצל חייב לפעול תחת המנגנון הממשלתי, תחת מנגנוני המשמעת שלו, תחת הייעוץ המשפטי שלו, או שהממשלה תכתיב לגוף את מבנהו. אין לכך זכר בדין והדבר אף סותר את סעיף 33(ה) בחוק יסוד: הממשלה (להלן).

אכן, בדיונים בוועדת החוקה[15] העידה המשנה ליועמ"ש כי לעמדתה האישית ראוי היה להלאים את החטיבה, אולם קובעי המדיניות סברו אחרת ממנה. לאחר שהממשלה בחרה להמשיך ולפעול באמצעות החטיבה שאינה גוף ממשלתי בשל יתרונותיו הרבים, לא ברור מה המקור החוקי שבאמצעותו מבקשת חוות הדעת להלאים את החטיבה "דה פקטו", בדרך שכאמור עלולה למנוע מהחטיבה להביא לידי ביטוי את היתרונות הללו.

7. <u>בקרה ופיקוח בהצעת המחליטים להבדיל מעיגונם בהסכמים</u>

<u>תמצית</u>: החוק מתייחס במפורש לצורך במנגנונים של בקרה ופיקוח, וקובע במפורש שעל הממשלה לקבעם בהסכם. לאור זאת, אין יסוד בדין לנטען בחוות הדעת כי יש להוסיף מנגנוני פיקוח שלא דרך ההסכם.

<u>פירוט</u>: אין ספק ש"אצילה" אינה מאפשרת התפרקות משיקול הדעת ומחובת הפיקוח. אילו היה החוק מעביר את שיקול הדעת והפיקוח לידיו של גוף אחר, כי אז כבר לא היה מדובר באצילה אלא בהפקעת הסמכות מהממשלה ונתינתה בידי אחר. אצילה משמעותה כי הממשלה נותרת בעלת הסמכות המקורית, ובידיה שיקול הדעת בקביעת המדיניות והחובה לפקח. ואכן, גם החוק החדש מותיר את שיקול הדעת המהותי בידי הממשלה ומחייב מנגנון של בקרה ופיקוח.

החוק קובע במפורש (סעיף 36ב(ב)(1)) כי <u>ההסכמים</u> יכללו הסדרי פיקוח ובקרה. כלומר, המחוקק היה ער לכך שישנו צורך בפיקוח ובקרה, והטיל על הממשלה לקבוע זאת בהסכמים עם החטיבה. לפיכך האמור בחוות הדעת כי "חוסרים אלו מעוררים בעייתיות רבה וקושי אמיתי ביצירת מנגנון אצילה שיעמוד בדרישות הדין...", וכי "מנגנונים אלו לא יכולים להיקבע בהסכם המסגרת שבין הממשלה לחטיבה להתיישבות אלא עליהם להיקבע בהצעת המחליטים" סותר, למיטב הכרתנו ובכל הכבוד, את מילותיו המפורשות של החוק. יתרה מכך, החטיבה

---

[14] בגץ 6698/95 **עאדל קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, נד (1) 258, 283 (2000).

[15] לעיל הערה 12.

היתה נתונה תחת פיקוח כבר בעבר, נוספו לה מנגנוני פיקוח ובקרה במהלך תיקון החוק, והצעת המחליטים מבקשת גם היא להוסיף מנגנוני פיקוח וביקורת רבים. דרישה להוספת מנגנונים נוספים במסגרת הצעת המחליטים יכולה להישקל כמדיניות, אולם טעות היא לטעון כי יסודה בדין.

8. **<u>מגבלה על תכנון וביצוע עבור הממשלה בידי אותו גוף</u>**

<u>תמצית</u>: אין לכך בסיס בדין. יתרונה של החטיבה הוא במומחיות שיש לה בשני התחומים, ואין למנוע מן הממשלה להסתייע ביתרון זה ללא בסיס בדין.

<u>פירוט:</u> לא מצאנו כל בסיס בדין לעמדה המובעת בחוות הדעת כי הממשלה אינה יכולה להסתייע באותו גוף לצורך איתור הצרכים כבסיס לתכנון, ולאחר שאשרה את התכנון להשתמש בו לצורך ביצוע. לא מצאנו גם כי חוות הדעת מציעה בסיס משפטי לכך. כל עוד שיקול הדעת המהותי וקביעת המדיניות נותרים בידי הממשלה, והממשלה מבצעת בקרה ופיקוח כראוי, לא רק שאין כאן ניגוד עניינים אלא **יש כאן <u>ניצול נכון של גוף בעל מומחיות וניסיון בני עשרות שנים</u>**. הניסיון לכפות הפרדה בין השניים, שכאמור חוות הדעת כלל איננה מבססת אותו מבחינה משפטית, סותר גם את לשונו המפורשת של החוק החדש, המורה כזכור על שמירת תפקידיה ואופייה של החטיבה ואת העולה מדברי ההסבר. הניסיון הזה גם קשה להסבר הגיוני. הוא בוודאי לא עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק וכוונת הממשלה להשתמש בכלי הביצוע האפקטיבי שיש בידיה בתחום ההתיישבות זה עשרות שנים. נזכיר כי שיקול הדעת לקבוע מדיניות ולאשר תכניות נותר בידי המשרד הממשלתי.

9. **<u>מגבלה על היקף וסוג הסמכויות שניתן להעביר משום שהן שייכות למשרדים שונים</u>**

כוונת המחוקק והממשלה להעביר לחטיבה סמכויות חוצות משרדים נשענת על הרצון לנצל את יתרונה של החטיבה: יכולתה לפעול במישורים ובתחומים שונים בתחום ההתיישבות ביעילות רבה, מאפיין שאינו קיים אצל משרדי ממשלה. **לא מצאנו כל מגבלה משפטית על כך**. גם הדברים האמורים בחוות הדעת על הצורך ב"נימוק מקצועי" (סעיף 13 לחוות הדעת) להעברת סמכויות חוצות משרדים אינם ברורים, שהרי מעת שהמחוקק קבע כן אין צורך בהנמקה כדי ליתן תוקף לקביעתו. העובדה שהחוק קובע מפורשות שהאצילה לא תהפוך את החטיבה לגוף מגופי המדינה מבהירה כי הגוף נשאר עצמאי, ואינה מלמדת דבר על גבולות האצילה לכאורה.

10. **<u>הכפפת החטיבה ליועץ משפטי של משרד ממשלתי ולחשב הכללי באוצר</u>**

<u>תמצית:</u> גם לכך, בכל הכבוד, אין כל בסיס בדין. הממשלה מבקשת להשאיר את מעמדו של הגוף כעצמאי כי בכך יתרונותיו. המחוקק הכיר במפורש ב"אופייה ותפקידיה הייחודיים" של החטיבה, ובכך שהיא איננה הופכת לגוף מגופי המדינה. אין לכפות על הממשלה בתואנה משפטית מה שאינו נדרש בדין ואף סותר אותו.

<u>פירוט:</u> דרישה זו, בכל הכבוד, לא רק שאינה מעוגנת בדין; לא רק שהיא סותרת את רוחו של החוק; היא סותרת את לשונו המפורשת. היא גם סותרת את סעיף 33(ה) לחוק יסוד הממשלה שמאפשר אצילה לגורמים פרטיים. למעשה, משמעותה היא מעין הלאמה "דה פקטו" של החטיבה להתיישבות תוך ביטול יתרונותיה. הכפפתה לבירוקרטיה הממשלתית על חוסר הגמישות שבה, להבדיל מכפיפות לנורמות המשפטיות הציבוריות

שכבר חלות עליה ממילא, מנוגדת למיטב הכרתנו ללשון החוק ולתכליתו, כפי שעולים מלשונו, מדברי ההסבר, ומדברים שנאמרו בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בעת הכנתו לקריאה שנייה ושלישית.[16]

החוק החדש קובע במפורש כי הממשלה רשאית לאצול להסתדרות הציונית באמצעות החטיבה להתיישבות את סמכויותיה בתחום ההתיישבות. די בכך כדי להבין כי מדובר בגוף נפרד ועצמאי. גוף עצמאי הוא בעל מנגנון עצמאי. אין לערב בין החלת נורמות משפטיות ציבוריות, חובת פיקוח ובקרה, וחובת הותרת שיקול דעת מהותי אצל המדינה, לבין כפיפות למנגנוני ביקורת או ייעוץ פנימיים של המדינה.

אם לא די בכך, הוסיף המחוקק והבהיר כי הפיקוח והבקרה יהיו **"בשים לב לאופייה ולתפקידיה הייחודיים של החטיבה להתיישבות"** (סעיף 6ב(ב)(1)). דברים מפורשים: המחוקק מורה לשמור על אופייה ותפקידיה הייחודיים. הוא מחייב כי הפיקוח והבקרה לא ייפגעו באופי ייחודי זה.

אם לא די בכך, הוסיף המחוקק והבהיר, כאילו כדי להוציא מלבם של טועים, כי "אין באצילה כאמור בפסקה (1) כדי להפוך את החטיבה להתיישבות לרשות מרשויות המדינה"(סעיף 6ב(ב)(2)). **קשה לחשוב על דרך מפורשת יותר שבה יכול היה המחוקק, רק לפני מספר חודשים, להבהיר כי יש לשמור על עצמאותה התפקודית של החטיבה, וכל זאת כדי לשמר את יתרונותיה.**

כפיפות למנגנוני המדינה, בין אם בייעוץ משפטי ובין אם במנגנונים אחרים, עלול לשלול מהחטיבה את היתרונות שבגללם מעוניינת הממשלה להתקשר איתה – פעילות עצמאית, גמישה ויעילה, חוצת משרדים ונטולת בירוקרטיה.

בנוסף לכך, ובכל הכבוד, טענה של יועץ משפטי כי יש להכפיף גוף נוסף תחת פיקוחו שלו היא דוגמה לניגוד עניינים מוסדי קלאסי. פיקוח לחוד וכפיפות לחוד: תפקח הממשלה על החטיבה, ייעץ היועץ המשפטי למדינה, והחטיבה תפעל תחת ייעוץ משפטי משלה כפי שהיא עושה כבר עשרות שנים.

בשולי הדברים נעיר שקיימים גופים המתוקצבים באופן ישיר אף שאינם ממשלתיים, כגון בחוק בית התפוצות, נמל חדרה ועוד אשר מעולם לא הועלו כנגדם דרישות כה מפריזות שאינן מבוססות בדין.

בברכה,

אהרן גרבר, עו"ד	אריאל ארליך, עו"ד
סגן ראש המחלקה המשפטית	ראש מחלקת ליטיגציה

[16] ראו לדוגמה את דברי ח"כ בני בגין בדיון בוועדת החוקה (פרוטוקול מס' 75 מישיבת ועדת חוק, חוקה ומשפט, כ' בכסלו תשע"ו (2.12.2015); ההדגשות הוספו):

"עכשיו אני מדבר לגופו של עניין. אני אביא מניסיוני. האם זה נכון בתנאים שלנו להפוך את החטיבה להתיישבות לאגף, או יחידת סמך, או הגוף שהוא ממשלתי והכי רחוק מהצנטרום של הפיילה של הממשלה? אני אומר מניסיוני. בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בניגוד לבקשתי ותחינתי קבע שעלינו להעתיק את היישוב מגרון מהלך שני קילומטרים ממקום מושבו הקודם, למקום מושב חדש על אדמות מדינה, ולא לאפשר לנו בממשלה זמן התארגנות של שנתיים ואולי שלוש. **את המלאכה הזאת נטלה על עצמה בהתנדבות, כלומר, ביוזמתה כשהמצוקה הייתה ברורה, תוך ארבעה חודשים להזיז 50 משפחות, לארגן את כל התשתית, וגם באותו זמן לארגן תשתית חליפית למקרה שבו לא נעמוד בלוח הזמנים, ויהיו חסרים לנו שבועיים.** אני לא ראיתי, לא רואה. אני בירכתי על היוזמה הזאת, זה היה אז במידה רבה באחריותי, לפחות הלא פורמלית. **ומן הדוגמה הזאת, אני חושב, ניתן ללמוד, לעתים אתה צריך גוף שהוא באמת לא כפוף..."**

העתקים:

ח״כ איילת שקד, שרת המשפטים

מר גאל גרינוולד, יו״ר החטיבה להתיישבות

מר צבי בר-חי, מנכ״ל החטיבה להתיישבות

עו״ד דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ)

עו״ד אפרת אביאני, היועצת המשפטית של משרד החקלאות

עו״ד יוסי לאופר, היועץ המשפטי של החטיבה להתיישבות