



בבית המשפט העליון בשבתו כבי משפט גבוה לצדק

בג"ץ 9518/16

בג"ץ 778/17

לפני: כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט א' שהם

העותר בבג"ץ 9518/16: פרופ' אלון הראל
העותר 1 בבג"ץ 778/17: עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
העותרת 2 בבג"ץ 778/17: האגודה לזכויות האזרח בישראל

נ ג ד

המשיבים 1-2 בבג"ץ 9518/16 ו 1. כנסת ישראל
ובבג"ץ 778/17
2. ממשלת ישראל
3. החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית
העולמית
4. שר החקלאות
המשיבה 3 בבג"ץ 9518/16
והמשיבה 4 בבג"ץ 778/17
המשיב 3 בבג"ץ 778/17

עתירה למן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: כ"ט בניסן התשע"ז (25.4.17)
בשם העותר בבג"ץ 9518/16: עו"ד חגי קלעי; עו"ד אוהד רוזן
בשם העותר 1 בבג"ץ 778/17: עו"ד מאיסאנה מוראני; עו"ד סוהאד באשרה
בשם העותרת 2 בבג"ץ 778/17: עו"ד רוני פלי
בשם המשיבה 1 בבג"ץ 9518/16
ובבג"ץ 778/17: עו"ד קרן דהרי בן-נון; עו"ד צביאל גנץ
בשם המשיבה 2 בבג"ץ 9518/16 ובבג"ץ 778/17;
והמשיב 3 בבג"ץ 778/17: עו"ד מיכל צוק-שפיר; עו"ד שי כהן
בשם המשיבה 3 בבג"ץ 9518/16
והמשיבה 4 בבג"ץ 778/17: עו"ד יאיר עשהאל; עו"ד נגה גל
בשם המבקשים להצטרף כידיד בית המשפט בבג"ץ 9518/16
ובבג"ץ 778/17: עו"ד אריאל ארליך; עו"ד אהרן גרבר

פסק-דין

המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין:

א. בשתי העתירות שלפנינו מתבקש בית משפט זה להורות על בטלותו של חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל (תיקון מס' 2), תשע"ו-2015 (להלן גם תיקון מס' 2 או התיקון לחוק), המסמיך את הממשלה לאצול מסמכיותיה בתחום ההתיישבות ובתחומים נוספים שיפורטו, לחטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית (להלן גם החטיבה להתיישבות או החטיבה). טענתם העיקרית של העותרים היא, כי התיקון לחוק אינו חוקתי, בהיותו מנוגד להוראות חוק יסוד: הממשלה (להלן גם חוק היסוד), ונוכח פגיעתו הבלתי מידתית לשיטתם בזכויות החוקתיות לכבוד ולשויון של האוכלוסיה הערבית בישראל. לחלופין, מתבקשת בטלותה של החלטת ממשלה מס' 1998 מיום 9.10.16 (להלן גם החלטת הממשלה או ההחלטה), אשר התקבלה מכוח התיקון לחוק, בנושא "אצילת סמכויות הממשלה בתחום ההתיישבות והסדרת מערכת היחסים שבין ממשלת ישראל לבין החטיבה להתיישבות", מן הטעם שזו חורגת ממתחם הסבירות, מהוה הסדר ראשוני המצריך חקיקה ראשית, ושנפלו פגעים מהותיים בהליך קבלתה המחייבים את ביטולה, הכל כפי שיפורט.

רקע

ב. החטיבה להתיישבות היא יחידה בהסתדרות הציונית העולמית המשמשת כזרוע ביצועית שלה. החטיבה הוקמה לאחר מלחמת ששת הימים, בעקבות פניית ראש הממשלה המנוח לוי אשכול להסתדרות הציונית, לסייע לממשלה בקידום ההתיישבות בשטחים המוחזקים. עד שנת 1992 פעלה החטיבה כחלק מן המחלקה להתיישבות של הסוכנות היהודית, והיתה אמונה על פיתוח ההתיישבות מחוץ לתחומי הקו הירוק. החל משנת 1993 החלה החטיבה לפעול כגוף עצמאי במסגרת ההסתדרות הציונית העולמית. החלטות ממשלה אשר התקבלו לאורך השנים הרחיבו את תחומי אחריותה של החטיבה, והיא עוסקת כיום בקידום ההתיישבות בצפון הארץ, בדרומה ובאיזור יהודה ושומרון, ומתוקצבת באופן בלעדי על-ידי המדינה. ביום 19.5.15 החליטה הממשלה ה-34 (החלטה מס' 15) להעביר את האחריות לתכלול העבודה מול החטיבה ממשד ראש הממשלה למשרד החקלאות ופיתוח הכפר (להלן משרד החקלאות או המשרד).

ג. במהלך השנים התקבלו מספר החלטות ממשלה אשר נועדו להסדיר את פעילות החטיבה להתישבות וקשרי הגומלין בינה לבין הממשלה. כן נחתם ביום 14.5.00 הסכם מסגרת בין הממשלה לבין ההסתדרות הציונית בעניין עקרונות פעילותה ותקצובה של החטיבה, בעקבות ביקורת שנמתחה בעניין זה בדו"ח מבקר המדינה (ראו מבקר המדינה – דוח על הביקורת בעניין הסיוע הממשלתי לפיתוח ההתיישבות החדשה באזורי יש"ע והגולן (17.6.99)). מערכת היחסים בין הממשלה לבין החטיבה להתישבות לא היתה חפה מקשיים חוקיים. ביום 26.2.15 הוגשה למזכיר הממשלה חוות דעת מאת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), עו"ד דינה זילבר, על דעת היועץ המשפטי לממשלה (להלן גם חוות הדעת או דו"ח זילבר), אשר עסקה בהתנהלות הממשלה אל מול החטיבה ובקשרי הגומלין ביניהן. חוות הדעת, אשר הוכתרה במלים "ככה (כבר) לא בונים חומה; צבר אנומליות בקשר שבין החטיבה להתישבות לבין המדינה והתיקון המתחייב", קבעה כי ריכוז הסמכויות שהיו באותה עת בידי החטיבה, לצד מגוון התפקידים שמילאה ושיקול הדעת הנרחב שניתן לה כדי להגשים את יעדיה, הם בגדר תחומי-ליבה שלטוניים מובהקים, ולפיכך עליהם להתמלא על-ידי הממשלה בלבד, ואין בסמכותה לאצולם לגופים שאינם שלטוניים. הוטעם, כי הקושי באצילת הסמכות מחריף נוכח היעדר כפיפותה של החטיבה להתישבות לנורמות החלות על רשויות השלטון, כך שגובר החשש שפעילותה מנוגדת לכללי המינהל התקין. הובהר בהקשר זה, כי על הממשלה להשיב לידיה את כל הסמכויות שהיו נתונות לחטיבה, הנוגעות לקביעת מדיניות ולהפעלת שיקול דעת בתחום ההתישבות. כן הובהר, כי הממשלה רשאית לעשות שימוש בחטיבה ככל שמדובר במשימות ביצועיות, ובלבד שייעשה בדרכי ההתקשרות שבדין. בפרק המכונה "הנחיות אופרטיביות" נקבע, כי יש להפסיק את תקצובה של החטיבה "בין בחוק התקציב ובין בדרך אחרת" (השוו בג"ץ 3301/15 פ"כ זהבה גלאון נ' סיעת הליכוד בכנסת ה-20, פסקאות ב'ד-ד' לחוות דעתי (2015) (להלן עניין גלאון)). נוכח האמור בחוות הדעת, הופסק תקצובה הישיר של החטיבה מתקציב המדינה החל משנת 2015. בנקודה זו יוער, כי נוכח חוות הדעת, ולצורך השלמת פעולות אותן נתבקשה החטיבה לבצע מטעם הממשלה והעברת תשלומים עליהם התחייבה החטיבה, נחתם ביום 8.3.16 הסכם ביניים בין משרד החקלאות לבין ההסתדרות הציונית אשר הסדיר סוגיות אלה. תוקפו של הסכם זה הוארך מעת לעת ומכוחו פעלה החטיבה עד לא מכבר. לצד זאת, נחתם ביום 18.7.16 הסכם נוסף בין משרד החקלאות לבין ההסתדרות הציונית, באישורה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד זילבר, לעבודות שיקום ליישובי עוטף עזה, אשר ביצוען הוטל על החטיבה. תוקפו של ההסכם נקבע ליום 31.12.16 והוא הוארך עד יום 30.6.17.

ד. ביני לביני, ניתן ביום 29.6.15 פסק הדין בעניין גלאון, שבגדרו נדחו שתי עתירות מזה ומזה באשר לחוות הדעת. עתירה אחת קבלה על סעיפי ההסכם הקואליציוני בין סיעת הליכוד לסיעת הבית היהודי הנוגעים לחטיבה להתיישבות, בטענה כי אלה עומדים בניגוד לאמור בחוות הדעת. בעתירה השניה נטען, כי יש להורות על ביטולה של חוות הדעת, בנימוק שניתנה בהיעדר סמכות ושהוראותיה האופרטיביות ניתנו שלא כדין. פסק הדין, שנכתב על ידי ושניתן פה אחד יחד עם השופטים נ' סולברג וע' ברון, התיחס גם למעמדה הייחודי של החטיבה להתיישבות ולחובות החלים עליה בשל כך, כפי שיפורט.

ה. נשוב מעט אחורנית. בעקבות חוות הדעת, החלה הממשלה בבחינה מחודשת של קשרי הגומלין בינה לבין החטיבה להתיישבות. ביום 19.5.15, עם קבלתה של החלטת הממשלה הנזכרת, אשר העבירה את האחריות לתכלול העבודה מול החטיבה ממשרד ראש הממשלה למשרד החקלאות, מונתה ועדת מנכ"לים, בראשות מנכ"ל משרד ראש הממשלה ובהשתתפות מנכ"ל משרד החקלאות ומנכ"ל משרד הביטחון, לצורך בחינת מודל ההפעלה והיחס שבין הממשלה לחטיבה (יועזר, כי נוכח התקדמותם של הליכי חקיקה בעניין כפי שיפורט, לא הוגשו המלצותיה של ועדת המנכ"לים לממשלה).

ו. במקביל, החל הליך חקיקה כדי להסדיר בחוק את מערכת היחסים בין הממשלה לבין החטיבה. הוגשה, על-ידי חבר הכנסת בצלאל סמוטריץ' הצעת חוק מעמדה של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל (תיקון מס' 2) (מעמד החטיבה להתיישבות), תשע"ו-2015 (הצעת חוק מס' פ/1674/20) שהועברה לוועדת חוקה, חוק ומשפט ביום ו' באב תשע"ו (22.7.15), בה הוצע להוסיף את סעיף 6ב לחוק וזה לשונה:

6ב. (א) מדינת ישראל מכירה בייחודה של החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית כזרוע ביצוע למימוש ייעודה של ההסתדרות הציונית העולמית, בעלת יכולת מקצועית מוכחת בתחום פיתוח ההתיישבות בארץ ישראל.

(ב) ממשלת ישראל רשאית להטיל על החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית ביצוע משימות לאומיות בתחום ההתיישבות, בהתאם למדיניות שעליה תחליט הממשלה.

(ג) החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית מוסמכת לבצע פעולות הדרושות לשם מילוי החלטות הממשלה שהתקבלו לפי סעיף קטן (ב), ובכלל זה להקצות משאבים, לבצע פעולות תכנון ופיתוח, לפרסם מכרזים, להפעיל מערך ליווי וייעוץ להתיישבות ולסייע בפיתוח התשתיות הקהילתיות בהתיישבות".

ז. ההצעה נדונה בוועדת חוקה, חוק ומשפט, תוך הערות לא מעטות מאת גורמים שונים, לרבות משרד המשפטים והייעוץ המשפטי בכנסת (ראו פסקה נ"ג להלן). סוף דבר, ביום 24.12.15 קיבלה הכנסת את תיקון מס' 2 לחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, נשוא העתירה. במסגרת התיקון לחוק, אשר נועד לאפשר את אצילת סמכויות הממשלה בתחום ההתיישבות ובתחומים מוגדרים נוספים לחטיבה להתיישבות, וכן להסדיר את מערכת היחסים בינה לבין הממשלה, נחקק סעיף 6 אשר כותרתו "מעמד החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית". מפאת חשיבותו של הסעיף, העומד במוקד העתירות שלפנינו, נביא כבר בשלב זה את לשונו במלואה:

ב6. "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.

ח. הסמכויות שתואצלנה לחטיבה להתיישבות מכוח התיקון לחוק, לצד מנגנוני בקרה ופיקוח על פעילותה מצד הממשלה, וחובות משפטיות שיחולו עליה, נקבעו בהחלטת ממשלה מס' 1998 מיום 9.10.16, בנושא "אצילת סמכויות הממשלה בתחום ההתיישבות והסדרת מערכת היחסים שבין ממשלת ישראל לבין החטיבה להתיישבות". במסגרת ההחלטה הואצלו מסמכויות הממשלה בתחום ההתיישבות ובתחומים נוספים שפורטו לשר החקלאות אשר יאצילן להסתדרות הציונית באמצעות החטיבה, בכפוף להסדרת מערכת היחסים בין הממשלה לבין ההסתדרות הציונית בהסכם מסגרת רב שנתי (להלן גם הסכם המסגרת או ההסכם), שיגובש באישור היועץ המשפטי לממשלה. כן נקבע, כי מכוח הסכם המסגרת – אשר יחתם לתקופה של חמש שנים ויכלול אפשרות להארכתו בשתי תקופות נוספות בנות חמש שנים כל אחת – יתקשר משרד החקלאות במהלך תקופת ההסכם מדי שנה, בהתקשרויות שנתיות עם ההסתדרות הציונית לצורך יישום תכנית העבודה השנתית של החטיבה שתיקבע על-ידי המשרד. נביא כלשונם סעיפים מן החלטה הצריכים לענייננו:

"מחליטים:

לשם סיוע ביישום מדיניות הממשלה בעניין קידום ההתיישבות הכפרית - חקלאית וקהילתית... בשים לב לייחודה של החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית... כאחת מזרועות הביצוע של

הממשלה, העוסקת בתכלול ובביצוע פעולות נדרשות בתחום ההתיישבות הכפרית ולאור נחיצותה ליישום מדיניות הממשלה בתחום זה... :

1. לאצול מסמכויות הממשלה בתחום ההתיישבות ובתחומים נוספים שיפורטו בסעיף 2 להלן לשר החקלאות ופיתוח הכפר אשר יאצילן להסדרות הציונית העולמית באמצעות החטיבה, בכפוף להסדרת מערכת היחסים שבין הממשלה לבין החטיבה באופן שיאפשר פיקוח אפקטיבי של הממשלה על החטיבה, ואת המשך פעולתה כגוף מומחה המייעץ ומסייע לממשלה בתחום ההתיישבות ומבצע פעולות בתחום זה לטובת הממשלה.

2. הסכם מסגרת – להטיל על מנכ"ל משרד החקלאות ופיתוח הכפר... בהסכמת מנכ"ל משרד הבינוי והשיכון ובאישור היועץ המשפטי לממשלה, לגבש עד ליום 15.12.16 הסכם מסגרת רב-שנתי, לתקופה של 5 שנים, עם אפשרות להאריכו בשתי תקופות נוספות בנות 5 שנים כל אחת, להתקשרות עם ההסדרות הציונית העולמית... לשם הסדרת מתן שירותים וביצוע משימות על-ידי החטיבה, כפי שאלו יעוגנו בהסכמים מפורטים, כמפורט בסעיף 7 להחלטה זו, בתחומים הבאים (להלן): תחומי פעילותה של החטיבה):

- קידום תכנון פרוגרמתי ותכנון סטטוטורי לצורך הקמת יישובים כפריים חדשים.
- ביצוע פעולות להקמת יישובים חדשים במגזר הכפרי, בהתאם להחלטות הממשלה: פריצת דרכים, הנחה וביצוע של תשתיות על ושל תשתיות ראשיות, הקמת מחנה זמני לקבוצות התיישבות.
- ביצוע פעולות תכנון ופיתוח ושיקום תשתיות בהתיישבות הכפרית: פיתוח שטחים ציבוריים פתוחים, פריצת דרכים, סלילת כבישים ומדרכות, הנחת קווי תאורה.
- הקמה, שיפוץ, הרחבה ופיתוח מבני ציבור בהתיישבות הכפרית: השלמת בינוי ושיפוץ גני ילדים, מעונות וכל מבנה קהילתי או מבנה היוצר עוגן קהילתי לקליטת מתיישבים חדשים ליישוב או לאזור.
- 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: פרסום ומיתוג היישוב או האזור, קיום אירועים לעידוד קליטת מתיישבים חדשים והפעלת מערכי מתנדבים ורכזי קליטת מתיישבים חדשים ברשויות המקומיות.
 - פעולות לעידוד צמיחה דמוגרפית בהתיישבות הכפרית: ליווי קהילתי וחברתי של היישובים.
 - 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 להלן.
3. א. יובהר, כי אין בהגדרת תחומי פעילותה של החטיבה כדי לגרוע מאחריותו ומסמכותו של משרד ממשלתי ייעודי לביצוע משימות בתחומים הנמצאים באחריותו.
- ב. יובהר עוד כי מתן שירותים וביצוע משימות על-ידי החטיבה ייעשה בהתאם לכל דין...
4. ככל שתתקבלנה החלטות ממשלה פרטניות, אשר יטילו על החטיבה ביצוע משימות נוספות, יחולו עליהן העקרונות הקבועים בהחלטה זו, ועל ההתקשרויות שיערכו ליישומן, יחולו הוראות הסכם המסגרת.
7. התקשרויות שנתיות – בהמשך להסכם המסגרת ומכוחו, יתקשר משרד החקלאות מדי שנה במהלך תקופת הסכם המסגרת, בהתקשרות שנתית עם ההסתדרות הציונית לטובת יישום תכנית העבודה השנתית, שתיקבע על-ידי משרד החקלאות...
10. ... משרד החקלאות הוא המשרד האחראי על תכלול העבודה מול החטיבה. בהתאם, בכל עניין הכרוך ביישומה של החלטת ממשלה זו, תפעל החטיבה על-פי הנחיות הגורם המקצועי האמון על ההתקשרות עם החטיבה ועל הפיקוח עליה, במשרד החקלאות.
11. הגורם המקצועי האמון על ההתקשרות עם החטיבה ופיקוח על פעילותה תהיה יחידה ייעודית במשרד החקלאות אשר תהיה אחראית לתכלול תכנית העבודה המפורטת, ניהול ההתקשרויות עם החטיבה וביצוע

בקרה ופיקוח על פעילות החטיבה, כמפורט בסעיף 16
להחלטה זו...”.

ט. לאחר התיקון לחוק וקבלת החלטת הממשלה פנה העותר בבג"ץ 9518/16 לראש הממשלה, לשר החקלאות ולמשיבים 1 ו-2, וכן פנו העותרים בבג"ץ 778/17 לראש הממשלה וליועץ המשפטי לממשלה, וביקשו שיפעלו לביטולו של התיקון לחוק נוכח אצילת הסמכות האסורה, כך על פי הטענה, מן הממשלה לחטיבה להתישבות. משלא נתקבלה תשובה לגופם של דברים הוגשו העתירות שלפנינו, אשר להן כאמור שני ראשים. האחד מכוון כנגד חוקתיותו של תיקון מס' 2 לחוק המעמד. השני מכוון כנגד החלטת ממשלה 1998. בגדרן של העתירות, כאמור, נתבקש בית המשפט להורות על בטלותו של סעיף 6 לחוק, ולמצער על בטלותה של החלטת הממשלה. לצד זאת ביקש העותר בבג"ץ 9518/16, צו ביניים לפיו תימנע הממשלה מאצילת סמכויותיה לחטיבה להתישבות מכוח החלטת הממשלה, ומכל הסכם שיכרת על בסיסה. לאחר העיון בתשובת המשיבים לבקשה למתן צו ביניים הוחלט שלא להיעתר לבקשה (ראו החלטת השופט ע' פוגלמן מיום 26.1.17). טענות הצדדים לעניין העתירות גופן יובאו להלן, ונפתח באלה המשותפות לשתי העתירות.

טענות הצדדים

י. טענתם העיקרית של העותרים היא, כי סעיף 6 לחוק המעמד אינו חוקתי, מן הטעם שהוא משנה באמצעות חוק רגיל את הנורמה החוקתית הקבועה בסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, לפיה הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה. נומק, כי נוכח משמעותו החוקתית של התיקון היה עליו להתקבל בחוק יסוד, וברוב של חברי הכנסת בשלוש הקריאות, בהתאם לתנאי השריון הצורני הקבוע בסעיף 44 לחוק היסוד, ומשלא נעשה כן דינו להיבטל. בהקשר זה נטען, כי התיקון לחוק – המתיר לממשלה לאצול סמכויותיה "בתחום ההתישבות ובתחומים נוספים" – מאפשר אצילת סמכויות המצויות בליבת שיקול הדעת של הרשות המבצעת, אשר על פי חוק היסוד אינן ניתנות לאצילה. צוין, כי אף אם כוונת המחוקק להתיר אצילה אך בענייני התישבות, הנה "אצילה גורפת" של סמכויות התכנון, התקצוב והביצוע של מפעל ההתישבות, כמוה, כך על פי העותרים, כהתפרקות הממשלה מסמכויותיה. כן נטען, כי התיקון לחוק משנה ולמצער פוגע בסעיף 33 לחוק היסוד, העוסק באפשרות הממשלה ושריה לאצול סמכויותיהם, בהתירו לממשלה לאצול סמכויותיה לגוף פרטי, חלף הוראות הסעיף הקובעות כי הממשלה רשאית לאצול סמכויותיה לשרי הממשלה בלבד, ואלה רשאים לאצול רק לעובד ציבור.

יא. לחלופין טוען העותר בבג"ץ 9518/16, כי הוראת סעיף 6ב מהוה פגיעה בסעיף 1 לחוק היסוד, ובנורמות החוקתיות הקבועות בסעיפים 31 ו-33 לחוק היסוד – בהיותה מאפשרת לאצול סמכויות לגוף חיצוני לממשלה. הוטעם, כי פגיעה זו אינה עומדת בתנאי השריון הצורני הקבוע בסעיף 44 לחוק היסוד, ובתנאיה של פסקת הגבלה שיפוטית, אשר באמצעותה, כך על פי הטענה, נבדקת חוקתיותו של חוק הפוגע בחוק יסוד: הממשלה.

יב. לצד זאת טוענים העותרים, כי התיקון לחוק פוגע באופן בלתי מידתי בזכותה החוקתית לכבוד ולשויון של האוכלוסיה הערבית בישראל. בהקשר זה צוין, כי ההסתדרות הציונית מצהירה בחוקתה על כך שהיא מחויבת לקידום ההתיישבות בקרב הציבור היהודי בלבד, וכי בפועל מספקת החטיבה שירותים לשלושה יישובים ערביים, לעומת 133 יישובים יהודיים. מדובר, כך על פי הטענה, בהקצאת קרקעות הנעשית באופן המפלה את האזרחים הערבים בישראל. לשיטת העותרים, הדבר מקבל משנה תוקף במקרה דנא, מקום שהוראות המשפט המינהלי החלות ברגיל על רשויות הממשל אינן חלות על החטיבה, משנקבע מפורשות בסעיף 6ב כי האחרונה אינה רשות מרשויות המדינה. נוכח האמור נטען, כי התיקון לחוק אינו צולח את מבחניה של פסקת ההגבלה. בהקשר זה צוין, בין היתר, כי הוראת סעיף 6ב אינה עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ואינה לתכלית ראויה, שעה שנועדה "לאפשר את המשך פעולתה של הממשלה בשטחים, באמצעות החטיבה להתיישבות, מבלי להכפיף פעילות זו לכללים שהיו חלים על הממשלה לו הייתה פועלת במישרין". בהקשר זה נטען, כי עסקינן למעשה ב"הפרטה רדיקלית", דהיינו בהעברת סמכויות מהותיות לגוף פרטי לצורך קידום פונקציות "שהממשלה אינה יכולה או שהיא מתקשה, לבצע בשל מחלוקות עקרוניות נורמטיביות, התנגדות פוליטית ציבורית או קשיים חוקתיים-דמוקרטיים". לצד זאת נטען, כי הסעיף אינו מקיים את מבחני המידתיות, והובאו הצעות שיש בהן, כך על פי הנטען, כדי להגשים את מטרת החקיקה המוצהרת תוך פגיעה פחותה בעקרון שלטון החוק ובאוכלוסיה הערבית. לבסוף נטען, כי אף אם ימצא שסעיף 6ב עומד במבחניה של פסקת ההגבלה, דינו להיבטל מן הטעם שאצילת הסמכויות לחטיבה חורגת ממתחם הסבירות, בעיקר משום שהסדר הקבוע בחוק אינו כולל, כך נטען, מנגנונים של ביקורת ושיקפות על פעילות החטיבה. בהקשר זה ציינו העותרים בבג"ץ 778/17, כי הכפפת החטיבה לחוק חוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992 (להלן חוק חובת מכרזים) ולחוק חופש המידע, תשנ"ח-1998 (להלן חוק חופש המידע) מכוח סעיף 6ב מוגבלת, ואינה כוללת עניינים רגישים הקשורים בהקצאת קרקעות.

יג. לצד זאת טוענים העותרים, כי אף אם ימצא שסעיף 6ב חוקתי, יש להורות על בטלותה של החלטת ממשלה 1998. ראשית נטען, כי ההחלטה חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות, הן ביחס להליך שבמסגרתו התקבלה, והן ביחס למהותה ותוכנה. העותר בבג"ץ 9518/16 הטעים בהקשר זה, כי בפני הממשלה לא הונחה תשתית עובדתית מספקת לצורך קבלת ההחלטה, וכי לא ניתנה לציבור זכות טיעון טרם אישורה, חרף השלכותיה הציבוריות הרחבות. עוד נטען, כי יש להורות על ביטולה של ההחלטה מן הטעם שהיא עומדת בסתירה להוראות חוק חובת מכרזים. נטען, כי אף שמוסמכת הממשלה להתקשר עם החטיבה בפטור ממכרז, הנה בהתאם להלכה הפסוקה יש לפרש הסדרי פטור על דרך הצמצום, ולהעדיף את קיומו של הליך מכרזי במידת האפשר. נטען, כי אין לחטיבה יתרון יחסי על כל גוף פרטי אחר אשר בגינו ראוי להעניק למדינה פטור ממכרז לצורך ההתקשרות עמה.

יד. לצד זאת טוען העותר בבג"ץ 9518/16, כי החלטת הממשלה, בשים לב למשמעויותיה הכלכליות ולרגישותה הציבורית, באה בגדר הסדר ראשוני המחייב את עיגונה בחקיקה ראשית, ומשלא נחקקה על-ידי הכנסת דינה להיבטל. הוטעם בהקשר זה, כי החלטת הממשלה מרחיבה את התיקון לחוק ומקצה תקציבי עתק לחטיבה להתישבות מבלי שנקבע הדבר על-ידי המחוקק. לחלופין נטען, כי לכל הפחות יש להורות על ביטולה של ההחלטה ככל שהיא נוגעת לשטחי יהודה ושומרון, בנימוק שאין הממשלה רשאית להסמיך את החטיבה לפעול בשטחים אלה, שכן המחזיק בהם הוא המפקד הצבאי, אשר אינו רשאי לאצול סמכויותיו לחטיבה להתישבות. לבסוף נטען, כי דינה של החלטת הממשלה להיבטל מן הטעם שהיא עומדת בניגוד לדין הבינלאומי, שעה שפעילות החטיבה בשטחי יהודה ושומרון אינה לצרכי ביטחון, ואין בה כדי לקדם את צרכי האוכלוסיה המוגנת בשטחים אלה.

יה. מנגד סבורות המדינה, הכנסת והחטיבה להתישבות, כי דינן של העתירות להידחות (הטענות המשותפות לצדדים יובאו להלן בשם המשיבים). ראשית טוענת המדינה, כי נוכח העובדה שהתיקון לחוק והחלטת הממשלה טרם באו על יישומם, לוקות העתירות בחוסר בשלות, ובהתאם להלכה הפסוקה די בכך להוביל לדחייתן. הוטעם, כי אין מקום לעריכת בירור עקרוני במסגרת תקיפה חוקתית של התיקון לחוק, שעה שלא הונחה תשתית עובדתית קונקרטית לטענות העותרים. הכנסת והחטיבה סבורות גם הן, כי העתירות במתכונתן הנוכחית אינן בשלות להכרעה שיפוטית.

10. לגופם של דברים טוענים המשיבים, כי התיקון לחוק אינו משנה מהוראות חוק יסוד: הממשלה או פוגע בהן, ומשכך אין הוא נדרש לעמוד בדרישת השריון הצורני שבסעיף 44 לחוק היסוד, או בתנאיה של פסקת הגבלה שיפוטית. אשר לסעיף 1 לחוק היסוד נטען, כי אף שמשמעותו המעשית נותרה בצריך עיון בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009) (להלן עניין הפרטת בתי הסוהר), הנטיה בפסיקה היא לפרשו כבעל משמעות הצהרתית בלבד, ומשכך קיים קושי לבסס עליו טענות חוקתיות בדבר הפרטת שירותים ממשלתיים. עמדת הכנסת בהקשר זה היא, כי יש לפרש את סעיף 1 לחוק היסוד באופן שיותר בידי המחוקק את שיקול הדעת באשר להפרטת שירותים ציבוריים, מקום שמדובר, כך נטען, בעניין של מדיניות חברתית שבה ממעט בית המשפט להתערב. מכל מקום, כך על פי טענת המשיבים, אצילת הסמכויות לחטיבה להתישבות מכוח התיקון לחוק, בשים לב להיקפן ולמנגנוני הפיקוח והבקרה מצד הממשלה על פעילות החטיבה, אשר גובשו בליווי היועץ המשפטי לממשלה, אינה עולה כדי התפרקות הרשות המבצעת מסמכויות הליבה השלטוניות הנתונות לה. צוין, כי מדובר בהסדר המצוי במתחם שיקול הדעת של הרשות המחוקקת והמבצעת, בפרט כאשר עסקינן באצילה של סמכויות אשר אינן מצויות ב"גרעין הקשה" של הסמכויות השלטוניות, ואין באופיין משום פגיעה בזכויות אדם. הדברים מקבלים משנה תוקף בענייננו, כך נטען, כאשר הנאצל במקרה דנא הוא גוף מן המסגרת השלטונית הנמנה על המוסדות הלאומיים, אשר מעמדם מוסדר בחקיקה ראשית, והנעדר אינטרס כלכלי.

11. ביחס לטענה כי התיקון לחוק פוגע בסעיף 33 לחוק היסוד, נטען כי אצילת הסמכות במקרה דנא – אשר עוגנה בלשון מפורשת בחקיקה ראשית והותירה את שיקול הדעת המהותי לעניין ביצוע האצילה בידי הממשלה – נעשתה בהתאם למתווה הקבוע בסעיף 33(ה) לחוק היסוד, המאפשר בנסיבות ענייננו אף אצילת סמכות לגורם שאינו שלטוני. בבחינת למעלה מן הצורך טענה החטיבה להתישבות, כי אף אם ייקבע שאצילת סמכויות שלטוניות מותרת רק כאשר הנאצל הוא עובד ציבור, באים עובדי החטיבה בגדרו של מונח זה לעניין חוק יסוד: הממשלה, בשים לב לתכלית החוק ולצורך להעניק לממשלה כלים יעילים למלא את תפקידיה השונים. לצד זאת הדגישו המשיבים, כי אף אם ניתן לפרש חלק מן הסמכויות שרשאית הממשלה לאצול לחטיבה מכוח התיקון לחוק, כמעוררות קשיים חוקתיים, הנה בהתאם להלכה הפסוקה, על בית המשפט להעדיף במקרים אלה אפשרות לפירוש הוראות החוק באופן שיעלה בקנה אחד עם חוק היסוד, תחת פירוש שיביא לבטלותן.

יח. עוד טוענים המשיבים, כי התיקון לחוק אינו פוגע בזכותה של האוכלוסיה הערבית בישראל לכבוד ולשויון, ואינו מפלה מגזרים שאינם יהודיים בהקצאת קרקעות על-ידי המדינה. ראשית, צוין כי על פי ההלכה הפסוקה על המדינה חובה לנהוג בשוויון גם כאשר נעשות פעולות בשמה על-ידי גוף שאינו שלטוני. בענייננו, כך נטען, נוכח סיווגה של החטיבה כגוף דו-מהותי, כפופה היא ממילא לדיני המשפט המינהלי, לרבות החובה לפעול על פי עקרון השוויון. בהקשר זה ציינה החטיבה להתישבות, כי סעיף 6ב עצמו הכפיף אותה לחוק חובת מכרזים ולחוק חופש המידע, למעט בסוגיות מסוימות, באופן שיש בו כדי להפיג את חשש העותרים בעניין הפגיעה במגזר הערבי. המדינה הפנתה למספר הוראות בהחלטת הממשלה, כפי שיפורט, המלמדות לשיטתה על מנגנונים שנועדו להבטיח את פעילות החטיבה בגדרי עקרון השוויון. לגופם של דברים הבהירה החטיבה, כי היא עוסקת בהתישבות בכלל המגזרים, וכי יישובים ערביים נהנים מתקציבים משמעותיים המחולקים על פי אמות מידה שוויוניות, אשר אושרו על-ידי היועץ המשפטי לממשלה. המשיבים סיכמו לעניין זה, כי העותרים לא הניחו תשתית עובדתית המלמדת כי התיקון לחוק פוגע בזכויותיהם החוקתיות של ערביי ישראל לכבוד ולשויון.

יט. באשר לטענה כי אין לממשלה סמכות לפעול בשטחי יהודה ושומרון, הטעימה החטיבה כי בהתאם לדין הבינלאומי מחזיקה מדינת ישראל בשטחים אלה כדין, והיא רשאית להפיק מהם פירות כלכליים, אף אם הבעלות על השטח אינה מוקנית לה. יתר על כן נטען, כי בשטחי יהודה ושומרון אין תחולה למשפט הישראלי, והמשפט החל בהם הוא שהיה קיים בשטחים אלה עד שנת 1967, לצד הצוים שהוציא מפקד האזור. המדינה ציינה בהקשר זה, בידי הממשלה לפעול ביהודה ושומרון מכוח סמכותה השיוויונית, ובכל הנוגע להקצאת מקרקעין באזורים אלה אף נחתמו במהלך השנים הסכמי הרשאה פרטניים בין הממונה על הרכוש הממשלתי באזור לבין החטיבה להתישבות. בצד זאת הודגש, כי סוגית הטיפול במקרקעין בשטחי יהודה ושומרון, מצויה כעת בבחינה של ועדת מנכ"לים שמינה ראש הממשלה בחודש פברואר 2016, ויש להמתין להגשת מסקנותיה. משכך סבורים המשיבים, כי טענות העותרים בעניין זה אינן רלבנטיות למקרה דנא.

כ. לצד זאת טוענות המדינה והחטיבה להתישבות, כי אין עילה להתערבות בית המשפט בהחלטת ממשלה 1998. נטען, כי החוק מסמיך מפורשות את הממשלה לאצול מסמכויותיה, וכי בהחלטה, אשר גובשה בליווי היועץ המשפטי לממשלה, נקבעו מנגנוני פיקוח ובקרה שיבטיחו כי שיקול הדעת שיופעל מכוח אצילת הסמכות יהיה

בהתאם למדיניות הממשלה. הוטעם, כי בהחלטה נקבעו מועדים בהם יוכל הציבור להעלות השגות בדבר תכנית העבודה השנתית של החטיבה, אשר תיקבע על-ידי משרד החקלאות. עוד צוין, כי החלטת הממשלה ממקדת את תחומי הסמכויות הנאצלות, ומטילה על החטיבה חובות מתחום המשפט המינהלי. חובות נוספות שעניינן שמירה על כללי מינהל תקין אמורות להיקבע, כך נטען, בהסכם המסגרת ובמסגרת ההתקשרויות השנתיות הקונקרטיות לביצועה של תכנית העבודה השנתית של החטיבה. החטיבה הטעימה, כי השימוש שנעשה באצילה במסגרת החלטת הממשלה "מרוכך מאוד", ומבחינה מהותית עסקינן למעשה בהסתייעות בלבד, המותרת גם ללא חקיקה ראשית. בהקשר זה צוין, כי הסכם המסגרת שייחתם עם החטיבה מוגבל בזמן, ומכל מקום ראשית הממשלה לסיימו בנסיבות מסוימות. הדברים מקבלים משנה תוקף, כך על פי הטענה, כאשר הנאצל הוא גוף המהווה חלק מן המסגרת השלטונית ולא גוף פרטי. אשר לטענת העותרים לפיה החלטת הממשלה מהווה הסדר ראשוני, נטען כי ההסדר המתיחס לסמכויות שהואצלו לחטיבה כבר נקבע בסעיף 6ב לחוק המעמד והחלטת הממשלה אך פורטת אותן, ומכל מקום אין יסוד לטענה, כי על עניינים הקשורים לשטחי יהודה ושומרון להיקבע בחקיקה ראשית.

כא. לצד זאת נטען על-ידי החטיבה, כי בניגוד לטענת העותרים, על פי ההלכה הפסוקה החלטת ממשלה אינה מצריכה זכות טיעון טרם קבלתה, וכי מכל מקום הועלה חוק המעמד על סדר היום הציבורי טרם חקיקתו, כך שהטענות העקרוניות בסוגיה שלפנינו יכולות היו להיבחן לגופן. לצד זאת נטען, כי בדין עושים משרדי הממשלה שימוש בהוראת הפטור ממכרז ביחס להתקשרות עם החטיבה בתחומי פעולה מוגדרים, וזאת, בין היתר, נוכח אופיה של ההתקשרות ומומחיותה של החטיבה בתחומים אלה. המשיבים מסכמים, כי העתירות מבססות עצמן על תשתית עובדתית ומשפטית אשר מתייחסת למצב הדברים עובר לתיקון החוק, וכי מנגנוני הפיקוח והבקרה שנקבעו בסעיף 6ב לחוק ובהחלטת הממשלה, לצד אלה העתידים להיקבע בהסכם המסגרת, מספקים מענה הולם לטענות העותרים.

כב. ביום 20.4.17 הגישה עמותת "פורום קהלת" (להלן הפורום) בקשה להצטרף להליך כיריד בית המשפט. בתמצית, עמדת הפורום היא, כי אין עילה המצדיקה את התערבות בית המשפט בעתירות. נטען, כי התיקון לחוק אינו משנה או פוגע בנורמות החוקתיות הקבועות בחוק יסוד: הממשלה, וכי חקיקה ראשית המאפשרת אצילת סמכויות בלשון מפורשת, שוללת ביסודה ביקורת שיפוטית על מעשה האצילה, למעט במקרים המעוררים חשש לפגיעה בזכויות אדם, ולא כך בענייננו. כן נטען, כי סעיף 6ב

לחוק מותר את קביעת המדיניות בתחום ההתישבות בידי הממשלה, מגביל את סוגי הסמכויות שהיא רשאית לאצול, ומחייב קביעת מנגנוני פיקוח ובקרה על פעילות החטיבה. אשר להחלטת הממשלה נטען, כי זו קובעת למעשה הסתייעות בחטיבה להתישבות, ומשכך מתייתרות טענות העותרים המופנות כנגדה.

כג. ביום 25.4.17 קיימנו דיון בעתירה ושמענו את טענות הצדדים. באת כוחה של המדינה עידכנה, כי יום קודם לכן, ב-24.4.17, נחתם מכוחה של החלטת הממשלה, הסכם המסגרת הרב-שנתי בין הממשלה להסתדרות הציונית. בהחלטתנו לאחר הדיון הורינו למדינה ולחטיבה להגיש את ההסכם, ואיפשרנו לעותרים להגיב עליו.

כד. הסכם המסגרת, אשר הוגש לעיוננו ביום 27.4.17, משתרע על פני 19 עמודים, וכולל פרקים המסדירים, בין היתר, התקשרויות קיימות בין המשרד לבין ההסתדרות הציונית; התקציב לתקופת ההסכם; פירוט תחומי הפעילות הכלולים בהסכם; דרכי פיקוח ובקרה על פעילות החטיבה; העברת מידע שיידרש על-ידי משרד החקלאות או על-ידי רשות מוסמכת; גיבוש תכנית העבודה השנתית, אישורה וביצועה; הוראות בדבר הסכמים פרטניים בין משרד ממשלתי המבקש לאצול סמכויות לחטיבה או להסתייע בה, לבין ההסתדרות הציונית; וכן הוראות בדבר הפרות יסודיות של ההסכם והוראות כלליות החלות על החטיבה. קצרה היריעה מהבאת עיקרי ההסכם כלשונם. חלק מן הסעיפים יפורטו בהמשך, ובשלב זה נסתפק, בשים לב לטענת העותרים בדבר התפרקות הממשלה מסמכויותיה השלטוניות, אך בסעיף 15 להסכם, העוסק בתחומי פעילותה של החטיבה מכוח החלטת הממשלה (יוער, כי תחומים אלה פורטו במלואם בסעיף 2 להחלטת הממשלה):

15". להלן התחומים אותם נועד ההסכם הרב שנתי להסדיר בהתאם להחלטת הממשלה, ולגביהם יחתום המשרד התקשרויות שנתיות מפורטות עם ההסתדרות הציונית:

א. קידום תכנון פרוגרמתי ותכנון סטטוטורי לצורך הקמת יישובים כפריים חדשים.

ב. ביצוע פעולות להקמת יישובים חדשים במגזר הכפרי, בהתאם להחלטות הממשלה, הכולל פריצת דרכים, הנחה וביצוע של תשתיות על ושל תשתיות ראשיות, הקמת מחנה זמני לקבוצות התיישבות.

ג. ביצוע פעולות תכנון ופיתוח ושיקום תשתיות בהתיישבות הכפרית: פיתוח שטחים ציבוריים

פתוחים, פריצת דרכים, סלילת כבישים ומדרכות, הנחת קווי תאורה.

ד. הקמה, שיפוץ, הרחבה ופיתוח מבני ציבור בהתיישבות הכפרית: השלמת בינוי ושיפוץ גני ילדים, מעונות וכל מבנה קהילתי או מבנה היוצר עוגן קהילתי לקליטת מתיישבים חדשים לישוב או לאזור.

ה. פיתוח מקורות תעסוקה בתחומי חקלאות, תיירות כפרית, יזמות עסקית-כלכלית ופיתוח "מנועי צמיחה" בהתיישבות הכפרית.

ו. הקמה ותחזוקה של תשתיות והקמת אתרי מגורים זמניים במסגרת פעילות לקליטת עולים חדשים.

ז. ניהול מבנים יבילים ומבני קבע, למטרות קליטת מתיישבים חדשים, קהילה וחברה, בהתיישבות הכפרית.

ח. חיזוק ושיקום יישובים כפריים חלשים בהיבטים חברתיים או כלכליים: פרסום ומיתוג הישוב או האזור, קיום אירועים לעידוד קליטת מתיישבים חדשים והפעלת מערכי מתנדבים ורכזי קליטת מתיישבים חדשים ברשויות המקומיות.

ט. פעולות לעידוד צמיחה דמוגרפית בהתיישבות הכפרית: ליווי קהילתי וחברתי של היישובים.

י. ביצוע פעולות כמוסד מיישב לפי חוק המועמדים להתיישבות חקלאית, תשי"ג-1953.

יא. המשך ניהול המקרקעין ביישובים הישראליים שבמגזר הכפרי ביהודה ושומרון, עד השלמת הבחינה כאמור בסעיף 24 להחלטת הממשלה.

כה. בתגובה להסכם המסגרת טוענים העותרים, כי יש בו כדי להעצים את הקשיים החוקתיים המפורטים בעתירות, ואין הוא מפחית מן החשש להתפרקות הממשלה מסמכויותיה בניגוד לאמור בחוק היסוד ולפגיעה בזכויות החוקתיות של ערביי ישראל. בתגובת העותר בבג"ץ 9518/16 שהוגשה ביום 14.6.17, נטען כי ההסכם חורג בצורה קיצונית ממתחם הסבירות, ומלמד על כך שהממשלה אוצלת סמכויות בצורה "עמומה, כללית וחסרת גבולות". לשיטת העותר, ההסדר הקבוע בסעיף 33(ה) לחוק היסוד מחייב, כי אצילת סמכויות לגוף שאינו שלטוני, תוכל להיעשות אך ורק אם החוק המעגן את הסמכות אשר אותה מבקשים לאצול, מסמיך את בעל הסמכות לאצול את הסמכות. בהקשר זה צוין, כי ההסכם אינו מפרט סעיפי חוק המקנים סמכות מסוימת לממשלה או לשר החקלאות אותה מבקשים לאצול, ודי בכך ללמד על פגיעת הסדר

האצילה מכוח ההסכם בהוראות חוק היסוד. לצד זאת פורטו סמכויות המוענקות לחטיבה מכוח ההסכם, אשר לשיטת העותר אינן נתונות לממשלה מעיקרא, כך שמכל מקום דין אצילתן להיבטל. עוד נטען, כי ההסכם קובע למעשה אצילת סמכויות שיוריות של הממשלה מכוח סעיף 32 לחוק היסוד, אשר לטענת העותר יש לפרשן כאסורות באצילה.

כו. לצד זאת מלין העותר על הסדרי הפיקוח והבקרה שנקבעו בהסכם, וטוען, בתמצית, כי הללו לוקים בפגמים משמעותיים, בפרט בכל הנוגע להסכמים השנתיים שבסמכות המשרדים הממשלתיים להתקשר בהם עם החטיבה, ולניהול התקציב על-ידי האחרונה. כן הוטעם, כי ההסכם המקנה למשרד החקלאות ולחטיבה, כך על פי הטענה, סמכות להחליט בכל הפעלה של החטיבה על-ידי משרד ממשלתי, האם מדובר באצילת סמכות או בהסתייעות ממשלתית בלבד – קביעה המשפיעה על היקף הפיקוח והבקרה על פעילות החטיבה, ועל החובות מתחום המשפט הציבורי החלות עליה – מרוקן מתוכן אפשרות לבקרה יעילה על החטיבה מצד הממשלה. לצד זאת קובל העותר על כי ההסכם אינו מעגן מנגנון המאפשר את העמדת התנהלותה של החטיבה תחת ביקורת שיפוטית. בהקשר זה צוין, כי אין בהסכם הוראות המאפשרות להשיג לחטיבה עצמה, או לעתור לבית משפט כנגד החלטה שלה, אף שהדבר מקובל מקום בו מוקנות סמכויות שלטוניות לגוף שאינו שלטוני.

כז. העותרים בבג"ץ 778/17 טוענים בתגובתם מיום 11.6.17, כי הסכם המסגרת מאפשר אצילת סמכויות ליבה שלטוניות, שיש בהן, כך על פי לשון הסעיף, משום "קביעת מדיניות, הפעלת שיקול דעת ויצירת סדרי עדיפויות", וזאת בניגוד לדין. כן נטען כנגד מנגנוני הפיקוח והבקרה על פעילות החטיבה כנזכר. בהקשר זה הוטעם, כי ההסכם אינו מעגן פיקוח על קביעת סדרי העדיפויות של החטיבה, שיקול דעתה ופעילותה בהתאם לעקרונות של שיוון וצדק חלוקתי. משכך, כך נטען, אין ההסכם מספק מענה הולם לפגיעה הצפויה בזכויות החוקתיות של ערביי ישראל.

כח. ערב חתימתו של פסק דין זה, הגיש העותר בבג"ץ 9518/16 בקשה לקביעת העתירה לדיון, ובקשה להתיר לו לצרף ראיות חדשות אשר לטענתו היו מצויות עד עתה בחזקתן של המדינה והחטיבה להתישבות, וכן להגיש הודעה משלימה בעניינן. ראיות אלה, כך על פי העותר, מלמדות כי בניגוד לטענות המשיבים, ממשיכה החטיבה בפעילות שוטפת מבלי שאושרה תכנית עבודתה השנתית, וכי חרף פרסומה של טיוטת תכנית עבודת החטיבה לשנת 2017, טרם ברור אילו סמכויות הועברו אליה ומה תקציבה המשוער לשנת 2018. המדינה והחטיבה התנגדו לבקשות, החורגות לטענתן מן

הסעדים המבוקשים בעתירה דנא, וכפרו במרבית הנתונים העובדתיים שהציג העותר בבקשותיו. בשים לב למועד הבקשה, ולאור ההשפעה הפוטנציאלית המצומצמת של הראיות שהוספתן מתבקשת על פסק הדין, כעולה מאשר ייאמר להלן, לא ראינו להיעתר למבוקש.

דיון והכרעה

כט. הסוגיה המרכזית המונחת איפוא להכרעתנו, היא האם ובאיזה היקף רשאית הממשלה לאצול מסמכויותיה לחטיבה להתישבות מכוח חקיקה ראשית של הכנסת. השאלה שהונחה לפתחנו בהקשר זה, היא האם תיקון מס' 2 לחוק המעמד עולה בקנה אחד עם הוראות הדין, בשים לב להליך שבמסגרתו התקבל, להיקף הסמכויות אותן רשאית הממשלה לאצול מכוחו ולאופיה של החטיבה להתישבות כגוף שאינו שלטוני. לצד זאת, מתעוררת השאלה האם מערכת היחסים בין הממשלה לבין החטיבה, כפי שעוגנה בתיקון לחוק, בהחלטת הממשלה ובהסכם המסגרת (להלן גם הסדרי האצילה) עולה בקנה אחד עם ההוראות העקרוניות החלות על אצילת סמכויות שלטוניות, והאם יש בהן כדי לפגוע באופן בלתי מידתי בזכויות היסוד של האוכלוסיה הערבית בישראל. לבחינתן של שאלות אלה נפנה כעת. נאמר כבר כאן, כי אף שמסקנתנו תהא אי היעדרות לעתירה לעת הזאת, על ההסדרים לעמוד במבחן היישום, שאינו פשוט, נוכח ייחודיות ההסדרים וחריגותם במידה רבה.

הערה מקדמית – ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת והחלטות ממשלה

ל. העותרים מבקשים כי בית המשפט יתערב במעשה ידיהן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, ויורה על בטלותן של הוראות חוק ושל החלטת ממשלה. עם כניסתנו למלאכת בחינת חוקיותו של תיקון מס' 2, ושל חוקיותה של החלטת הממשלה, נשוב ונזכיר מושכלות ראשוניים. עקרון יסודי בשיטתנו המשפטית הוא שביקורתו השיפוטית של בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק משתרעת על כל רשויות השלטון, פעולותיהן והחלטותיהן (ראו סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה; בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 140 (2002)). עם זאת, וחרף הסמכות הרחבה הנתונה בידי בית המשפט, עיקרון מובן הנובע ממבנה הממשל ומיסודותיו, והעובר כחוט השני לאורך השנים בפסיקתו של בית משפט זה, הוא שמצוה עליו לנהוג בזהירות בהעבירו תחת שבט ביקורתו את מעשיהן של הרשויות השלטוניות, ובראש וראשונה עליו לנקוט ריסון בבחינת חוקיותם של חוקי הכנסת (ראו לדוגמה בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ'

ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 40 (2004); בג"ץ 9070/00 ח"כ לימור לבנת נ' ח"כ אמנון רובינשטיין, פ"ד נה(4) 800, 809 (2001)). תפיסה זו משקפת את היחס הראוי בין שלוש הרשויות (ראו בג"ץ 4386/16 מדיו נ' נציבות בתי הסוהר, פסקה ס"ח לחוות דעתי (13.6.17)). היקפה ועוצמתה של הביקורת השיפוטית תלויים, בין היתר, בבחינה של מאפיינים הקשורים בגוף המבוקר, ובהם מעמדו ומקומו במערך השלטוני והסמכויות המוקנות לו (ראו בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 836 (2003) (להלן עניין התנועה למען איכות השלטון)). כבר נקבע – בהמשך לאמור – כי, "בעת שבא בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו בבחינת החלטותיה של הכנסת, מביא הוא בחשבון את מעמדה המיוחד של זו ונוהג בזהירות ובריסון המתחייבים מכך... שהרי הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה. היא נבחרת על-ידי אזרחי המדינה" (בג"ץ 85/12 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 3 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (2012)). דברים ברוח זו נאמרו בפסקה גם ביחס לביקורת שיפוטית על החלטות ממשלה, בשל מעמד הגוף המחליט, אף כי ההתערבות השיפוטית גמישה יותר מאשר בחקיקת הכנסת: "מעמדה של הממשלה כרשות המבצעת של המדינה רם ומיוחד הוא, בהיותה הרשות המבצעת של המדינה, כאמור בסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה" (בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485, 498, מפי השופט (כתארו אז) ת' אור (1993)).

לא. הלכה מושרשת בהקשר זה היא, כי היקף הביקורת השיפוטית על פעילותה של רשות שלטונית משתנה בהתאם לסוגה של החלטה או הסמכות העומדת לבחינה (עניין התנועה למען איכות השלטון, בעמ' 836-848; בג"ץ 3059/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' בנימין נתניהו, ראש ממשלת ישראל, פסקה 22 לפסק דינו של השופט ח' מלצר (2015)). "אין הרי התערבות בהחלטה שעניינה חקיקה, כהתערבות בהחלטה מעין שיפוטית או החלטה שעניינה ביקורת הכנסת על פעולות הממשלה" (בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פסקה 25 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (2007)). כאשר המדובר בביקורת שיפוטית על מעשי חקיקה שהושלמו, חזר בית משפט זה והטעים, כי יורה על פסילת הוראות חוק רק כמוצא אחרון וכאשר אין עומדת לו כל אפשרות אחרת. יפים לעניין דברי השופט י' זמיר באחת הפרשות: "עד שבית המשפט פוסל חוק, הוא חייב לשבת שבעה נקיים: לבדוק היטב את לשון החוק ואת תכלית החוק ולהקפיד מאוד עם עצמו, עד שיהיה משוכנע לחלוטין כי תקלה היא שאין לה תקנה" (בג"ץ 3434/96 ד"ר מנחם הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד נ(3) 57, 66 (1996)). יהיו הדברים נר לרגלינו עם תחילת מסענו לבחינת הוראות החוק והחלטת הממשלה. ועם זאת, בתוך עמנו אנו יושבים

ושבילי המינהל הציבורי נהירים לנו, כך שלא בקושי רב ניתן לקרוא לא רק את שיטי החוק וההחלטה אלא גם בין השיטין.

לב. זו תהא דרך הילוכנו: בראשית הדברים נעמוד על נדבכיו המרכזיים של תיקון מס' 2 לחוק המעמד. לאחר מכן, נתחקה אחר העקרונות והכללים שנקבעו בחקיקה ובפסיקה ביחס להסדר אצילת סמכויות שלטוניות, ונבחן אם מוסמכת היתה הכנסת להתיר לממשלה לאצול מסמכויותיה לחטיבה להתישבות, בשים לב להליך שמסגרתו התקבל התיקון לחוק ולמיקומה של החטיבה במערכת השלטונית. בהמשך, נעסוק בשאלה האם היקף הסמכויות אשר הן בנות אצילה מכוח התיקון לחוק מנוגד להוראת סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה. מאוחר יותר תיבחן הטענה בדבר פגיעתם של הסדרי האצילה בזכותה החוקתית לכבוד ולשיוון של האוכלוסיה הערבית בישראל. בסוף הדברים נעמוד על יתר טענות העותרים בדבר הפגמים הנטענים שנפלו בהליך קבלת החלטת הממשלה. אחרי כל אלה, בכפוף להכרעה, נידרש לסוגית היישום.

תיקון מס' 2 לחוק המעמד

לג. ברקע לחקיקתו של תיקון מס' 2 עמד, כאמור, דו"ח זילבר אשר עסק בפגמים שנפלו לאורך השנים בדרך הפעלתה של החטיבה להתישבות על-ידי הממשלה. התיקון לחוק נועד איפוא להסדיר את מסגרת פעילותה של החטיבה ואת מערכת היחסים בינה לבין הממשלה. כך נאמר בדברי ההסבר לסעיף 6 בהצעת החוק:

"מוצע לעגן בחקיקה ראשית את ההתקשרות ארוכת השנים בין ממשלת ישראל לבין החטיבה להתישבות בהסתדרות הציונית העולמית, שמכוחה החטיבה להתישבות משמשת כזרוע ביצוע של הממשלה לפיתוח ההתישבות בארץ ישראל. מוצע כי הממשלה תהיה רשאית להטיל על החטיבה להתישבות ביצוע של משימות לאומיות בתחום ההתישבות, בהתאם למדיניות שעליה תחליט, והחטיבה להתישבות תהיה מוסמכת לעשות את הפעולות הדרושות למילוי המשימות שתטיל עליה הממשלה" (ראו הצעת חוק 602, 4 י"ג בחשוון התשע"ו-26.10.15).

לד. נוסחו של סעיף 6 אשר נחקק במסגרת התיקון לחוק, הובא לעיל במלואו (ראו פסקה ז'), ולצורך ענייננו נעמוד כעת אך על אדניו המרכזיים. החוק מסמיך את הממשלה לאצול מסמכויותיה בתחום ההתישבות "ובתחומים נוספים" (להלן גם תחומי אצילת הסמכויות או תחומי האצילה), בהתאם למדיניות שעליה תחליט, לחטיבה

להתישבות (סעיף 6ב(1)). "תחומים נוספים" הוגדרו בחוק כ"תחומי הפעילות שנמנו באמנה שנכרתה בין הממשלה ובין ההסתדרות הציונית העולמית לפי סעיף 7, כתפקידי ההסתדרות הציונית העולמית" (סעיף 6ב(3)). תחומי פעילות אלה – דהיינו, התחומים שבהם מוסמכת הממשלה בהתאם להוראת החוק לאצול מסמכויותיה לחטיבה – נקבעו באמנה בין ממשלת ישראל וההסתדרות הציונית, אשר נכרתה בשנת 1954 ותוקנה בשנת 1979 (ראו ילקוט הפרסומים 2565, 2174 מיום 16.9.79). סעיף 1 לאמנה קובע כי:

1. אלה תפקידי ההסתדרות הציונית:

(א) ארגון פעולות העליה בתפוצות והעברת העולים ורכושם לישראל.

(ב) השתתפות בשיכונם של העולים ובקליטתם.

(ג) מתן שירותי בריאות לעולים, אגב עלייתם וקליטתם.

(ג) עליית נוער, טיפול בנוער והכשרתו.

(ה) אחזקה ותמיכה בישראל ומחוץ לישראל, של מוסדות תרבות, חינוך, מדע, דת, ספורט ומוסדות למתן שירותים חברתיים.

(ד) התיישבות חקלאית ורכישת קרקע והכשרתה על-ידי מוסדות ההסתדרות הציונית וקרנותיה.

(ז) השתתפות ביסודם והרחבתם של מפעלי פיתוח בארץ.

(ה) עידוד השקעות הון פרטי בארץ.

(ט) תמיכה וסיוע למפעלי תרבות, למוסדות להשכלה גבוהה ולמכוני מחקר.

(י) טיפול בזקנים, בבעלי כשירות מוגבלת, בנכים ובנוזקים אחרים לעזרה ולשירותים חברתיים.

לה. לצד זאת, מסמיך החוק את משרדי הממשלה לכרות הסכמים עם החטיבה להתישבות לצורך מילוי משימותיה של האחרונה במסגרת הסמכויות שיואצלו לה. הסכמים אלה, כך נקבע, יכללו, בין השאר, את גובה התשלום לחטיבה ואופן התשלום וכן הסדרי פיקוח ובקרה על פעילותה (סעיף 6ב(1)). כן הובהר, כי אין באצילת סמכויות מכוח החוק כדי להפוך את החטיבה להתישבות לרשות מרשויות המדינה

(סעיף 6ב(ב)(2)). כן החיל החוק על החטיבה – במסגרת הפעלת סמכויותיה בתחומים שיואצלו לה על-ידי הממשלה – את חוק חובת המכרזים בכל הנוגע להתקשרויות לרכש טובין, לביצוע עבודה ולרכישת שירותים, וכן את חוק חופש המידע בכל הנוגע לעניינים הכספיים של החטיבה ולעניין מכרזים והתקשרויות שהיא צד להם (ראו לעניין זה גם פרוטוקול מס' 82 משיבת ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת העשרים מיום 21.12.15, בעמ' 14).

לו. כאמור, טענתם העיקרית של העותרים היא, כי הסדר אצילת הסמכויות מכוח התיקון לחוק מנוגד לחוק יסוד: הממשלה. לשיטתם, לוקה התיקון בשניים: ראשית, היקף ואופי הסמכויות שרשאית הממשלה לאצול מכוחו מנוגדים לסעיף 1 לחוק היסוד, באשר משמעותם המעשית היא התפרקות הרשות המבצעת מתפקידיה. שנית נטען, כי התיקון לחוק משנה ולמצער פוגע, בסעיף 33 לחוק היסוד, בהיותו מתיר לממשלה לאצול מסמכויותיה לגוף פרטי. לבחינתן של טענות אלה נידרש כעת.

אצילת סמכויות שלטוניות

לז. מן המפורסמות הוא, כי הסמכויות הרחבות הנתונות בידי הרשויות השלטוניות ובידי גורמים במינהל הציבורי אינן יכולות לצאת מן הכוח אל הפועל ללא היעזרות בגורמים אחרים. הסדרת ענייני המדינה וניהולם ביעילות ובגמישות, בשים לב לנטל המשימות הרובץ על כתפי הרשות המבצעת בעידן המינהל המודרני, לא יוכלו להתבצע על-ידי בעל הסמכות באופן אישי: "כלל גדול הוא בתורת המנהל הציבורי שאין בעל סמכות יכול להתפרנס רק מכוחותיו שלו" (אביעד הכהן "ואצילתי מן הרוח אשר עליך ושמתי עליהם" – אצילת סמכויות והעברתן" פרשת השבוע במדבר, 66 (א' הכהן ומ' ויגודה עורכים, תשע"ב) (להלן הכהן)). ואכן, הכירו המחוקק והפסיקה לאורך השנים באפשרות שבידי הרשות השלטונית – בהתקיים תנאים מסוימים – לאצול מן הסמכויות שהוקנו לה בחוק, דהיינו להסמיך אחר לפעול במקומה, תוך הפעלת שיקול הדעת הנדרש לצורך ביצוע הסמכות (ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 173 (2010) (להלן ברק-ארז)).

לח. ואולם, על דרך הכלל, רשאית הרשות השלטונית לאצול מסמכויותיה רק אם הסמיכה המחוקק לעשות כן. הלכה פסוקה היא, כי בהיעדר מקור בדין המעניק סמכות אצילה, חובתה של הרשות להפעיל את הסמכות שהוקנתה לה בעצמה, ואין היא רשאית לאצלה לאחר: "כלל גדול בדינו שסמכות, שהפעלתה יש בה משום שיקול הדעת,

משהוענקה לפלוני, חייב הוא להפעיל סמכות זו באופן אישי ואין הוא רשאי להאצילה לאחר אלא אם הורשה במפורש לכך" (בג"ץ 702/79 גולדברג נ' מנחם שרמן ראש מועצת רמת השרון, פ"ד לד (4) 85, 90, מפי השופט (כתארו אז) מ' אלון (1980) (להלן עניין גולדברג); בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות, פ"ד מו(1) 410, 427-428 (1992) (להלן עניין פיליפוביץ)). ביסוד עיקרון זה עומדת חזקה פרשנית, לפיה תכליתו של החוק אשר ייחד את הפעלת הסמכות לגורם השלטוני, היתה כי הוא – ולא אחר – יפעיל את הסמכות אשר הוקנתה לו. השופט (כתארו אז) אגרנט השתמש במינוח מן המשפט העברי שלפיו אין שליח עושה שליח: "שליח לא שויה שליח" (ע"פ 74/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' הורנשטיין, פ"ד יד(1) 365, 389 (1960); ראו בג"ץ 347/84 עיריית פתח-תקוה נ' שר הפנים, פ"ד לט(1) 813, 817 (1985); בג"ץ 5031/10 עמותת עיר עמים נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים, פסקה 17 לפסק דינה של השופטת א' חיות (2012); וראו דברי השופט אלון בעניין גולדברג, אשר הסיק ממקורות המשפט העברי כי: "תפקיד וסמכות שנבחר הקהל מקבל על-פי החוק, ושיש בביצועו משום 'אומד הדעת ומחשבה', צריך שיבוצע על-ידי בעל התפקיד והסמכות באופן אישי, אלא אם כן מצויה הוראה מפורשת המאפשרת לבעל התפקיד להאצילו לאחרים" (בעמ' 90); לעניין זה ראו גם הכהן, בעמ' 68-69). עם זאת הוטעם, כי החזקה הפרשנית האמורה ניתנת לסתירה, וכי יתכנו נסיבות אשר יעידו על כוונת המחוקק לאפשר לרשות המינהלית לאצול מסמכויותיה אף אם לא נקבעו הדברים במפורש בחוק (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 842-843 (מהדורה שנייה, 2011) (להלן הסמכות המינהלית); כרוך ברכה משפט מינהלי כרך ב 152-171 (1996) (להלן ברכה)). הואיל והזכרנו מן המשפט העברי נציין, כי סוגית "שליח עושה שליח" היא סוגיה מורכבת החורגת מענייננו ונדונה בהרחבה אצל מ' ויגודה בהשתתפות ח"י צפרי שליחות (סדרת חוק לישראל בעריכת נ' רקובר, תשע"ד) 707 ואילך (בזיקה לסעיף 16 לחוק השליחות שלפיו "אין שלוח עושה שלוח לנושא שליחותו אלא אם הורשה לכך במפורש או מכללא..."), בכפוף לפעולה דחופה או בלתי צפויה לפי סעיף 5(ב)). עמדת המשפט העברי בשאלת מינוי שליח משנה אינה נוקשה, והיא נקבעת בהתאם למהות השליחות ולנסיבותיה המיוחדות, ולמידת הקפדת השולח על ביצוע אישי (שם, בעמ' 719 והאסמכתאות המובאות)).

לט. ביסוד העקרונות הכלליים החלים על אצילת סמכויות מונחת התפיסה לפיה מוסיפה הרשות המוסמכת לשאת באחריות להפעלת הסמכות גם לאחר שזו הואצלה לגורם אחר. האוצל פועל איפוא באמצעות הנאצל, ואין הוא מתפרק מסמכותו אשר הוקנתה לו בחוק (הסמכות המינהלית, בעמ' 884). משכך נקבע, כי רשאית הרשות השלטונית לבטל את אצילת הסמכות בכל עת, וכי עליה להנחות את הגורם אשר לו

אצלה את הסמכות באשר לאופן הפעלתה, ולפקח על פעילותו (ברק-ארז, בעמ' 188-187). באופן זה יכולה הרשות השלטונית לעצב את המדיניות באשר להפעלת הסמכות מחד גיסא, ולהותיר את יישומה בפועל לגורם המקצועי שלו הואצלה מאידך גיסא (ראו ברכה, בעמ' 149). בעניין הסדר אצילת סמכויות על-ידי שרי הממשלה ציין פרופ' זמיר:

”ברור כי האצילה לא נועדה לפטור את השר מן האחריות למילוי תפקידו... הנאצל אינו אמור לבוא במקומו של השר, ולשאת תחתיו באחריות המשפטית והציבורית, כאילו החוק העניק את הסמכות לנאצל ולא לאוצל, אלא רק לסייע בידי השר. לפיכך, הדין שאיפשר את אצילת הסמכות, ועם זאת לא פטר את השר מאחריות לסמכות, צריך גם לאפשר לשר להנחות את הנאצל, לפקח עליו, ובשעת הצורך אף להתערב באופן אישי בהפעלת הסמכות על-ידי הנאצל. אחרת האצילה תחטיא את מטרתה. כך לגבי אצילה על-ידי שר, וכך אף לגבי אצילה על-ידי כל רשות מינהלית אחרת: האוצל צריך לקיים שליטה בסמכות גם לאחר האצילה, ולצורך זה הנאצל צריך לטור למרותו של האוצל” (הסמכות המינהלית, בעמ' 874 והאסמכתאות בהערת שוליים 135) (ההדגשה הוספה – א”ר); ראו גם עניין פיליפוביץ, בעמ' 429).

מ. בנקודה זו יוער, כי יש להבחין בין אצילתה של הסמכות השלטונית לגורם שאינו שלטוני – שביחס אליה, כאמור, חלה החזקה כי בהיעדר מקור בדין, תכליתו של החוק אשר העניק את הסמכות למנוע העברתה לאחר – לבין הסתייעות בגורם שאינו מננה על המערך השלטוני, לצורך הפעלת הסמכות. יעילות פעולת השלטון מחייבת, כי הרשות השלטונית תוכל להסתייע בגורמים חוץ-שלטוניים בהפעלת סמכותה ואין היא נזקקת לשם כך להסמכה מיוחדת בחוק (עניין פיליפוביץ, בעמ' 429 מפי הנשיא ברק; ראו בג”ץ 136/84 המועצה הישראלית לצרכנות נ’ יו”ר המועצה להגבלים עסקיים, פ”ד לט(3) 265, 270 (1985)). להבחנות בין אצילת הסמכות להסתייעות בהפעלתה נשוב בהמשך הדברים.

מא. נושא אצילת הסמכויות השלטונית מוסדר בסעיף 33 לחוק יסוד: הממשלה. הוראות הסעיף קובעות את המנגנון אשר במסגרתו רשאים הממשלה ושריה לאצול מסמכותם. וזה לשון הסעיף:

33. (א) סמכות הנתונה על פי דין לממשלה רשאית הממשלה לאצול לאחד השרים; סעיף זה לא יחול על סמכויות הממשלה לפי חוק-יסוד זה, למעט סמכויות לפי סעיף 32.

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

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

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

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

לשונו של חוק היסוד בהירה. לענייננו מורנו סעיף 33(א), כי הממשלה רשאית לאצול לאחד השרים מסמכותה הנתונה לה על פי דין, למעט אותן סמכויות הקבועות בחוק יסוד: הממשלה. כן רשאית היא לאצול לאחד השרים מסמכויותיה השיוריות הקבועות בסעיף 32 לחוק היסוד. סעיף 33(ב) קובע, כי סמכות שקנה שר בחוק, רשאי הוא לאצלה לעובד ציבור, למעט הסמכות להתקין תקנות. סעיף 33(ה) קובע, כי בהינתן "כוונה אחרת משתמעת מן החוק המקנה את הסמכות" מוסמך המחוקק לקבוע הסדרי אצילה שאינם עולים בקנה אחד עם יתר הוראותיו של סעיף 33 (ראו דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל 461, 495 (2008)). על יסוד אלה, מתעוררת השאלה האם הסדר אצילת הסמכויות מכוח התיקון לחוק נעשה בהתאם להוראות הדין? לכך נידרש כעת.

מב. לצורך נוחות הדיון, נבחן תחילה את הטענה לפיה התיקון לחוק משנה ולמצער פוגע, שלא כדין, בהוראות סעיף 33 לחוק היסוד, בהיותו מתיר לממשלה לאצול מסמכויותיה לגוף פרטי, בניגוד לתנאי השריון הצורני ולתנאיה של פסקת הגבלה שיפוטית. אין בידי הלום טענה זו. אמת הדבר, סעיף 33(ב) מתנה כי אצילת סמכות הנתונה לשר יכול שתיעשה רק לעובד ציבור. ואולם, אף מבלי להכריע בשאלה האם עובדי החטיבה להתישבות באים בגדר "עובדי ציבור" לעניין חוק היסוד (ראו בהקשר זה הסמכות המינהלית, בעמ' 544-545, 839; כן ראו בג"ץ 11075/04 גרבי נ' שרת החינוך התרבות והספורט – יו"ר המועצה להשכלה גבוהה (2007), שבגדרו הוכרו עובדי הועדה לתכנון ולתקצוב, הפועלת במסגרת המועצה להשכלה גבוהה, כעובדי ציבור לצורך סעיף 33 לחוק היסוד (שם, בפסקה 15 לפסק דינה של השופטת ד' ברלינר)), הנה ניתן לראות את הסדר אצילת הסמכויות בענייננו בהתאם למתווה הקבוע בסעיף 33(ה)

לחוק היסוד. הסעיף קובע, כאמור, כי הוראות אצילה מיוחדות הקבועות בחוק ספציפי – לרבות כאלה המסמיכות את הרשות לאצול מסמכויותיה לגורם שאינו עובד ציבור, כפי שיפורט – גוברות על הוראות האצילה הכלליות הקבועות ביתר סעיפיו הקטנים של סעיף 33 (ראו גם ע"פ 107/73 "נגב" - תחנת שירות לאוטומוביל בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 640, 642 (1974); כן ראו ברכה, בעמ' 199-216). ברוח זו ציין פרופ' זמיר בהתייחסו לסעיף 33(ה), כי "אפשר גם כמובן שחוק מסוים המקנה סמכות לשר ישמיע כוונה אחרת, כלומר כוונה לאפשר אצילת סמכות גם למי שאינו עובד ציבור", וכי "אפשר שמן החוק המסמיך תשתמע כוונה לאפשר אצילה גם למי שאינו עובד ציבור" (הסמכות המינהלית, בעמ' 840 ובעמ' 847 בהתאמה). אוסיף, כי במהות עובדי החטיבה הם בעיני עובדי ציבור לכל עניין ודבר גם אם יש הבחנות פורמליות בין המדינה להסתדרות הציונית ולסוכנות היהודית (ראו ע"מ 6101/13 ימית א. בטחון (1998) בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פסקאות ט"ז-כ"ג לחוות דעתי (2014) (להלן עניין ימית)), וגם אם נאמר בסעיף 6(ב)(2) כי "אין באצילה... כדי להפוך את החטיבה להתישבות לרשות מרשויות המדינה". עלינו לדבר אמת, לאחוז את השור בקרניו, אך נושא זה אינו נחוץ להכרעה כאן, כאמור מעלה. בהקשר זה, אין בידי לקבל את פרשנות העותר בבג"ץ 9518/16 להוראת סעיף 33(ה), לפיה אצילת סמכויות לגוף שאינו שלטוני, יכול שתיעשה אך ורק אם החוק המעגן את הסמכות אשר אותה מבקשים לאצול, מסמיך את בעל הסמכות לאצלה. תחום ההתישבות מהוה חלק מן הסמכויות השיוריות הנתונות לממשלה מכוח סעיף 32 לחוק היסוד (השוו הסמכות המינהלית, בעמ' 418-419; ברק-ארוך, בעמ' 140-143), אשר גם הן, כאמור, בנות אצילה. לפיכך, ומשאין חוק ספציפי המסמיך את הממשלה לפעול בתחום זה, די לנו איפוא בהוראת חוק שתתיר את עצם אצילת הסמכות, והנה היא לנו בסעיף 6 לחוק המעמד. תימוכין לעניין ניתן למצוא בדברי השופט אלון באחת הפרשות:

"נושא קליטת העלייה הוא חלק מסמכויות השלטון הכלליות הנתונות לממשלה... ואין - לא בחוק-יסוד: הממשלה ולא בחוק מעמד הסוכנות - כוונה אחרת משתמעת, כאמור בסעיף-קטן (ה) הנ"ל, שיש בה כדי להתיר לממשלה לאצול למשיבה את סמכותה לקליטת העלייה" (בג"ץ 4212/91 רוד'נסקי נ' הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, פ"ד מז(2) 661, 674 (1993) (ההדגשה הוספה - א"ר)).

מג. לצד זאת, ונוכח האמור, אין בידי להלוס אף את הנחת המוצא של העותרים, לפיה החטיבה להתישבות היא בבחינת גוף פרטי, ומשכך חל איסור לאצול לה סמכויות שלטוניות. ראשית, ובבחינת למעלה מן הצורך אעיר, כי הפסיקה הכירה עקרונית

באפשרות לאצול סמכויות שלטוניות גם לגופים פרטיים – ובנסיבות חריגות אף בהיעדר הוראת אצילה מפורשת בחוק – ובלבד שבידי הרשות המוסמכת המקורית תיוותר אפשרות לפיקוח אפקטיבי על הגוף הנאצל. "נדרשות נסיבות מיוחדות המאפשרות הסקה (משתמעת) של תכלית חקיקתית, המאפשרת אצילה לגורם פרטי" (עניין פיליפוביץ, בעמ' 433 מפי הנשיא ברק; ראו גם בג"ץ 3791/16 סנדלר נ' שר התחבורה, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת חיות (2016); ע"א 4275/94 הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' א' ת' ניהול מאגר הספרות התורנית בע"מ, פ"ד נ(5) 485, 504 (1997); בג"ץ 2017/91 ויטנר נ' אוניברסיטת תל-אביב, פ"ד מה(4) 736, 738 (1991); בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרנריים בשדה במשרד החקלאות, פ"ד נח(5) 202, 213 (2004)); עוד ראו ברק-ארז, בעמ' 185 הערת שוליים 96, שהביאה חקיקה המכשירה אצילת סמכויות בעלי אופי שלטוני לגורמים פרטיים, וכן יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב 67, 137-135 (2005)). ואולם, קשה עד מאוד לראות בחטיבה גוף פרטי, משל היתה היא תאגיד הפועל למטרות רווח. אכן, מיקומה הגיאומטרי של החטיבה מצוי מחוץ לשטחי הרשות השלטונית גופה, שכן אין היא חלק אורגני ממשרד החקלאות ואין היא "יחידת סמך" שלו (השוו בר"מ 3922/12 ההסתדרות הציונית העולמית נ' "יש דין" - ארגון מתנדבים לזכויות אדם, פסקה 6 (2012)). אף בתיקון לחוק הובהר, כאמור, כי היא אינה רשות מרשויות המדינה (ראו סעיף 6(ב)(2)). ומנגד, ממלאת החטיבה תפקיד ציבורי מובהק, בהיותה חלק מן המוסדות הלאומיים. היא בבחינת גוף דו-מהותי מובהק שבמובהקים אשר ברגיל חלות עליו במישרין "מושכלות היסוד של המשפט הציבורי כגון הגינות, סבירות, יושר, שוויון, כללי הצדק הטבעי" (בג"ץ 4289/00 אברמוביץ נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 8 לפסק דינו של השופט (כתארו אז) ס' ג'ובראן (2009); עניין ימית, פסקאות כ"ג ו-ל"ב לחוות דעתי; וראו אסף הראל גופים דו מהותיים: גופיים פרטים במשפט המינהלי 43 והאסמכתאות שם (תשס"ח-2008)). החל משנת 1998 מבוקרת החטיבה על-ידי מבקר המדינה והועדה לענייני ביקורת המדינה (השוו בר"מ 3922/12 ההסתדרות הציונית העולמית נ' "יש דין" - ארגון מתנדבים לזכויות אדם, פסקה 3 (2012)), והחל משנת 2000 חשב החטיבה הינו חשב מטעם החשב הכללי במשרד האוצר. הקשר בין ממשלת ישראל להסתדרות הציונית – "יחידת האם" של החטיבה, אשר מעמדה הוסדר בחוק המעמד המבטא את "רעיון זיקת הגומלין שבין מדינת ישראל לבין העם היהודי" (ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים-עשרה, פ"ד מג(4) 221, 274, מפי השופט מ' בייסקי (1989)) – הוכר עוד בראשית ימי המדינה ומזה עשרות בשנים עמלה החטיבה לפיתוח ההתישבות. החטיבה היא איפוא, כפי שצינתי בעבר לגבי הסוכנות היהודית, גוף sui generis בעל יחוד לעצמו (השוו עניין ימית, פסקה ט' לחוות דעתי). בעניין גלאון נזדמן לי לומר:

”החטיבה להתישבות היא חלק מן המוסדות הלאומיים – ההסתדרות הציונית – ומעוגנת מוסדית בהיסטוריה חשובה ומשמעותית של הציונות ובניין הארץ... ואדרבה. קשה מאוד להתיחס אליה כ'קבלן שירותים' גרידא" (שם, בפסקה ט"ז).

במובנים אלה, קל יותר להלום אצילת סמכויות לחטיבה להתישבות ביחס לגוף אחר הפועל מכוח המשפט הפרטי. החטיבה חפה כשלעצמה מאינטרסים כלכליים, העלולים לייצר ברגיל ניגוד עניינים שיש בו כדי לשלול אצילת סמכויות (השוו בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרינריים בשדה במשרד החקלאות, פ"ד נח(5) 202, 213 (2004)). לנפקויות הנובעות מהגדרתה הייחודית של החטיבה, ובפרט באשר לחובות מתחום המשפט הציבורי החלות עליה ועל עובדיה בעקבות כל האמור מעלה, נתיחס בהמשך הדברים.

מד. נוכח כל אלה נראה, כי התיקון לחוק אינו משנה או פוגע בהוראות סעיף 33 לחוק היסוד כשלעצמו. רשאית היתה הכנסת להסמיך איפוא את הממשלה לאצול מסמכויותיה, בשים לב להליך שבגדרו התקבל התיקון לחוק ולאופיה של החטיבה. ואולם טענה מרכזית של העותרים היא, כי סעיף 6 לחוק משנה באמצעות חוק רגיל את הנורמה החוקתית הקבועה בסעיף 1 לחוק היסוד, לפיה הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה. טענה זו נסבה על היקף ואופי הסמכויות שהואצלו לחטיבה מכוח הסדרי האצילה, אשר לגביהם נטען כי באים הם בגדר סמכויות ליבה שלטוניות שאין לאצלן. השאלה האמיתית אינה איפוא האצילה אלא כיצד נעשה השימוש בסמכויות.

היקף הסמכויות המואצלות – התפרקות הממשלה מסמכויותיה?

מה. סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, אשר כותרתו "המהות", קובע כי: "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". הסעיף מקנה לממשלה את מעמדה כרשות המבצעת, ומסמיך אותה לפעול כאורגן של המדינה. שאלת תוכנו הקונקרטי והנפקות המעשית של הסעיף טרם לובנה בפסיקה באופן ממצה, בעוד חיי המעשה עושים את שלהם. אומר כבר עתה, כי סבורני שאף ענייננו אינו מצריך הכרעה בשאלה מקיפה זו. זאת מן הטעם, שאף אם נניח כטענת העותרים כי הוראת הסעיף טומנת בחובה איסור על אצילת "גרעין קשה" של סמכויות שלטוניות לגוף שאינו שלטוני, הנה הסמכויות שהואצלו בפועל מכוח התיקון לחוק – ומכוח החלטת הממשלה והסכם המסגרת – בשים לב למערכת היחסים שהותוותה בין הרשות השלטונית לחטיבה, אינן נמנות על

פניהן עם אגד סמכויות אלה. בנסיבות אלה, מצוי הסדר אצילת הסמכויות מכוח התיקון לחוק במתחם שיקול הדעת של הרשות המחוקקת, כפי שיפורט.

מו. הטענה כי סעיף 1 לחוק היסוד אוסר על הממשלה להתפרק מתפקידי הליבה של הרשות המבצעת הועלתה בעתירה בעניין הפרטת בתי הסוהר, שבגדרה נתבקש בית המשפט לפסול הוראות חוק אשר הסדירו הפרטת בית סוהר לידי גורמים פרטיים. בית המשפט נמנע באותה פרשה מקביעה כי הפרטת אחת מסמכויות הליבה של המדינה, "שימוש בכוח מאורגן כלפי אלה הנתונים למרותה", מנוגדת להוראת סעיף 1 לחוק היסוד, ופרשנותו של הסעיף הותרה בצריך עיון. הנה מדבריה של הנשיאה ד' ביניש:

"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 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 (שם, בפסקה 63; מכאן ולהבא ההפניות לעניין הפרטת בתי הסוהר תתייחסנה לפסק דינה של הנשיאה ביניש אלא אם יצוין אחרת; וראו באותו עניין דברים שהביא השופט א' לוי, מפרוטוקול ועדת המשנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת עובר לחקיקת חוק היסוד, לפיהם סעיף 1 נועד להיות: "סעיף דקלרטיבי, שאינו מתכוון למצות את

כל הפונקציות של הממשלה" (שס), בפסקה 17 לפסק דינו).

מז. הנה כי כן, מחד גיסא ראה בית המשפט את סעיף 1 לחוק היסוד, כסעיף הצהרתי בעיקרו, המציב לנוכח אופיו מכשולים לא פשוטים בפני המבססים עליו טענות חוקתיות נגד הפרטתם של שירותים ממשלתיים. מאידך גיסא, נטה בית המשפט לפרש את הוראת הסעיף כמעגנת קיומו של "גרעין קשה" של סמכויות שלטוניות, אשר אותן חייבת הממשלה לבצע בעצמה וחל עליה איסור לאצולן לגורמים שאינם שלטוניים. לצורך הדיון, מוכן אני לאמץ פרשנות לפיה הסעיף אכן אוסר על הממשלה לאצול סמכויות ליבה שלטוניות אשר משמעות אצילתן היא התפרקות הממשלה מסמכויותיה (השוו הסמכות המינהלית, בעמ' 411-412). כך – דומה – מורנו גם השכל הישר. ואולם, האם הסמכויות שהואצלו לחטיבה מכוח הסדרי האצילה כמוהן כהתפרקות הרשות המבצעת מסמכויות הליבה השלטוניות הנתונות לה? דומני, כאמור, שיש להשיב לכך שלא בחיוב.

מח. התחקות אחר היקפן ואופיין של הסמכויות אשר רשאית הממשלה לאצול לחטיבה להתישבות מכוח התיקון לחוק, בשים לב להסדרי הפיקוח והבקרה שנקבעו בהסדרי האצילה, מלמדת, כך סבורני, כי אלה אינם עומדים בסתירה להוראת סעיף 1 לחוק היסוד. אכן, אין להקל ראש בחשיבותן של הסמכויות שרשאית הממשלה לאצול לחטיבה מכוח התיקון לחוק, ובחשיבותן של אלה שהואצלו בפועל מכוח החלטת ממשלה 1998 ומכוח הסכם המסגרת. סמכויות אלה פורטו בעיקרן בפסקאות כ"ד ו-ל"ג מעלה, והללו שהואצלו בפועל כוללות, בין היתר, קידומן ותכנון של פעולות להקמת יישובים חדשים במגזר הכפרי, בהתאם להחלטות הממשלה; פעולות תכנון ופיתוח ושיקום תשתיות בהתישבות הכפרית; הקמה, שיפוץ, הרחבה ופיתוח של מבני ציבור בהתישבות הכפרית; ניהול מבנים למטרות קליטת מתיישבים חדשים, קהילה וחברה, בהתישבות הכפרית; חיזוק ושיקום יישובים כפריים חלשים בהיבטים חברתיים או כלכליים; ביצוע פעולות כמוסד מיישב לפי חוק המועמדים להתישבות חקלאית, תשי"ג-1953; ולפי שעה – המשך ניהול המקרקעין ביישובים הישראליים שבמגזר הכפרי ביהודה ושומרון. אין חולק כי סמכויות אלה, הנוגעות בעיקרן ליישוב הארץ, מהות נדבך מרכזי מסמכויותיה של הממשלה כרשות מבצעת. למדיניות ולפעילות בתחום ההתישבות, יש בחלקה חשיבות אסטרטגית, לרבות רגישות פוליטית ובינלאומיות.

מט. ואולם קשה להלום את הטענה, כי סמכויות אלה נמנות עם סמכויות הליכה של הרשות המבצעת, אשר עצם אצילתן לגורמים חוץ-שלטוניים, כמוה כהתפרקות הממשלה מסמכויותיה. זו שאלה של מידתיות. דומני, ומבלי לטעת מסמרות, כי בגדר אותן סמכויות ליבה יש לכלול בראש וראשונה את אלה אשר אצילתן תביא לשינוי או לפגיעה במבנה המשטר הדמוקרטי – למשל, סמכויות הנוגעות לשימוש בכוח מאורגן, דוגמת הפעלת הצבא או הפעלת המשטרה. נסיבות המקרה דנא, בכל הכבוד, רחוקות ממקרים קיצוניים אלה. סמכויות נוספות אשר אצילתן עשויה לעלות כדי נשיאה חלופית בעולה של הרשות המבצעת הן אלה הכרוכות בפגיעה קשה בזכויות אדם. בענייננו, מדובר בסמכויות אשר האופי הדומיננטי של אצילתן, על פני הדברים, אינו כרוך בפגיעה משמעותית בזכויות אדם, כפי שיוטעם בהמשך. בהקשר זה יצוין, שאף ביחס להפרטת הסמכויות הכרוכות בכליאת אסירים ציינה השופטת חיות בעניין הפרטת בתי הסוהר, כי "קיים קושי למצוא בהוראת סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה עיגון חוקתי לסמכות הכליאה כסמכות שלטונית גרעינית שאינה ניתנת להעברה" (שס, בפסקה 3). והנה הדברים בענייננו בחינת קל וחומר, שהרי אין חולק כי עוצמת הזיקה של סמכויות הממשלה בתחומי האצילה בהם עסקינן לסמכויות הליכה המובהקות של המדינה, פחותה – באופן משמעותי – מעוצמת הזיקה שבין סמכויות המדינה לשלול חרותו של אדם במאסר לסמכויות הליכה השלטוניות. יצוין בהקשר זה, שאף בעניין הפרטת בתי הסוהר הניח בית המשפט, כי "אין מניעה חוקתית מפני הפרטת חלק מכריע מהשירותים שמספקת המדינה, ועניין זה מצוי בעיקרו במתחם שיקול הדעת של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת" (שס, בפסקה 63). אוסיף, כי כשלעצמי הבעתי דעתי לא פעם כנגד הפרטות-יתר (ראו למשל דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד סג(1) 644, פסקה י"א לחוות דעתי והאסמכתאות שם (2009)). דעתי לא נשתנתה, והכרעה בדבר חוקתיותו של צעד ממשלתי כזה או אחר אין פירושה כי הוא בהכרח ראוי במונחי שיקול הדעת, וכדאי לבדוק תוצאותיהן של הפרטות בציר הזמן.

נ. שנית, בנידון דידן, חלוקת הסמכויות בין הממשלה לחטיבה באשר לענייני התכנון, התקצוב והביצוע של תחומי האצילה, לצד מנגנוני הפיקוח והבקרה מצד הממשלה על פעילות החטיבה כפי שאלה עוגנו בהסדרי האצילה, מותרים בידי הרשות השלטונית את מירב שיקול הדעת באשר לקביעת המדיניות בתחומי הסמכויות שהואצלו, בתנאי כמובן שתעשה שימוש כמצופה ממנה באותו שיקול דעת כדי שלא ייווצר פער בין "תורה שבכתב" ל"תורה שבעל פה". הסדרי האצילה מבחינים היטב בין קביעת המדיניות שתיעשה על-ידי הרשות השלטונית לבין יישומה בפועל שיתבצע על-ידי החטיבה. התיקון לחוק והחלטת הממשלה מעגנים למעשה את חובתה – נטעים, חובתה – של הממשלה לקבוע בעצמה את מדיניותה ואת סדרי העדיפויות בתחום

ההתישבות. לצד זאת, הם קובעים מפורשות כי החטיבה כפופה למרותה של הממשלה, ומערכת היחסים בין הממשלה לחטיבה תהא בנויה על אדנים אלה. נביא כעת לעניין זה מן התיקון לחוק ומן החלטת הממשלה.

נא. אשר לתיקון לחוק, וכפי שציינה החטיבה להתישבות, מכפיף סעיף 6ב את החטיבה למדיניות הממשלה, להחלטותיה ולהסכמים שנכרתו עמה. כך, סעיף 6ב(ב)(1) קובע, כי אצילת הסמכות על-ידי הממשלה תיעשה "בהתאם למדיניות שעליה תחליט", וכי "לשם מילוי משימותיה של החטיבה להתישבות כפי שתחליט הממשלה", רשאים משרדי הממשלה לכרות הסכמים עם החטיבה אשר יכללו "הסדרי פיקוח ובקרה". לצד זאת, מורה סעיף 6ב(ג), כי החטיבה מחויבת לפעול "בכפוף להחלטות הממשלה ולהסכמים שבין הממשלה והחטיבה להתישבות" (ההדגשות הוספו – א"ר). כן החיל החוק על החטיבה, כאמור, את חוק חובת מכרזים בכל הנוגע להתקשרויות לרכש טובין, לביצוע עבודה ולרכישת שירותים, ואת חוק חופש המידע בכל הנוגע לעניינים הכספיים של החטיבה ולעניין מכרזים והתקשרויות שהיא צד להם.

נב. דברים דומים מוצאים אנו בהחלטת הממשלה. נביא לעניין זה מספר מהוראותיה:

סעיף 1 קובע, כי הסדרת מערכת היחסים שבין הממשלה לבין החטיבה להתישבות תהא "באופן שיאפשר פיקוח אפקטיבי של הממשלה על החטיבה" (ההדגשות כאן ולהלן הוספו – א"ר).

סעיף 2 להחלטה מציין כי הסכם המסגרת בין הממשלה להסתדרות הציונית נועד "לשם הסדרת מתן שירותים וביצוע משימות על-ידי החטיבה, כפי שאלו יעוגנו בהסכמים מפורטים". לצד זאת נקבע בסעיף, כי ההסכם יהיה מוגבל בזמן ויחתם לתקופה של 5 שנים, עם אפשרות להאריכו בשתי תקופות נוספות בנות 5 שנים כל אחת.

סעיף 7 להחלטה קובע כי, משרד החקלאות יתקשר מדי שנה במהלך תקופת הסכם המסגרת, בהתקשרות שנתית עם ההסתדרות הציונית "לטובת יישום תכנית העבודה השנתית, שתקבע על-ידי משרד החקלאות". בסעיף 7(א) העוסק ב"קביעת המדיניות" נקבע, כי "שר החקלאות יקבע את יעדי תכנית העבודה השנתית ומטרותיה באופן מפורט לצורך יישום החלטה זו לאותה שנה, וכן מקום בו הדבר דורש יעדים ומטרות רב שנתיים, ואת סדרי העדיפויות להשגתם, בכפוף למדיניות הממשלה".

כן נקבע בסעיף 10, תחת פרק שכותרתו "סדרי התקשרות, פיקוח, בקרה ופעילות על-פי עקרונות של מינהל תקין", כי משרד החקלאות הוא המשרד האחראי על תכלול העבודה מול החטיבה". בהקשר זה צוין, כי מוקמת יחידה ייעודית במשרד אשר תהא אמונה על תכלול תכנית העבודה של החטיבה, ניהול התקשרויות עמה וכיצוע בקרה ופיקוח על פעילותה.

סעיף 16 קובע, כי "בהסכם המסגרת ייקבעו באופן מפורט דרכי הפיקוח והבקרה על פעולות החטיבה לשם מימוש הסמכויות שהואצלו לה". בסעיף 16 יז נקבעה זכותה של הממשלה "לבטל את ההסכם או לצמצמו... בהינתן הפרה יסודית של ההסכם או שינוי מהותי בנסיבות".

נג. הנה כי כן, החלטת הממשלה קובעת מנגנוני פיקוח ובקרה על פעילות החטיבה, לצד הכפפת משימותיה למדיניות הממשלה וקביעת תכנית העבודה השנתית על-ידי משרד החקלאות. כן רשאית הממשלה – בהתקיים נסיבות מסוימות – להתנתק מהסכם המסגרת. עוד פירטה המדינה בכתבי טענותיה, כי החלטת הממשלה גובשה בליווי ובאישורו של היועץ המשפטי לממשלה, אשר קיים מספר ישיבות בעניין זה "במטרה לעמוד על הנקודות השנויות במחלוקת ולהבטיח מנגנוני פיקוח וביקורת שיתנו מענה לאצילת הסמכויות הרחבה שנקבע בהחלטת הממשלה, ואף אישר את נוסחה הסופי" (פסקה 24 לתגובה לעתירה מטעם המדינה מיום 6.4.17). יצוין, כי אף בהסכם המסגרת יוחדו סעיפים רבים לצורך קביעת מנגנוני הפיקוח ובקרה על פעילות החטיבה מצד הרשות השלטונית, והוחלו עליה חובות שעניינן שמירה על כללי מינהל תקין (ראו לעניין זה, בין היתר, סעיפים 17-33; 48-50; 53-56 להסכם).

נד. בנקודה זו יוער, כי הכנסת צירפה לכתבי טענותיה פרוטוקולים מדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בנושא הצעת התיקון לחוק, שבמהלכם נשמעו – כאמור מעלה – עמדות חברי הכנסת והיועצים המשפטיים בדבר היקף הסמכויות המואצלות מכוח סעיף 6ב. חלק מחברי הכנסת הדגישו את הצורך בהכפפת החטיבה לכללי שקיפות. מטעם צוות הייעוץ המשפטי של ועדת החוקה הובהר הצורך בקביעת חובות מינהליות לחטיבה ולעובדיה, ומטעם משרד המשפטים צוין כי יש להותיר את תיעודף המשאבים וחלוקתם בין יישובים שונים בידי הממשלה. בעקבות חלק מן ההערות של הגורמים המקצועיים, הופץ נוסח חדש של הצעת החוק לקראת הכנתה לקריאה שניה ושלישית, שבמסגרתו נוספו לתיקון לחוק, בין היתר, מנגנוני פיקוח ובקרה מצד הממשלה על פעילות החטיבה שתבוצע מכוח הסדרי האצילה. נוכח כל אלה סבורני, כי אין באצילת הסמכויות לחטיבה כדי להעיד על התפרקות הממשלה

מסמכויותיה, ומשכך אין סעיף 1 לחוק היסוד מגביל בענייננו את הכנסת מהסמכת הממשלה לאצול מסמכויותיה בתחומי האצילה.

נה. הדברים מקבלים משנה תוקף בענייננו נוכח החוקה הפרשנית בדבר ההתאמה בין החוק שעל תוקפו משיגים לבין הנורמות העל-חוקתיות הקבועות בחוקי היסוד (ראו בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, פסקה 5 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (2004)). לעניין זה הוטעם בפסיקה, כי בטרם יתערב בית המשפט במעשה המחוקק עליו לבחון אפשרויות פרשניות, שאף אם יצמצמו את תחולת החוק הנתקף, יעלה החוק בקנה אחד עם העקרונות החוקתיים הקיימים (ראו בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 35 לפסק דינה של השופטת חיות והאסמכתאות שם (2014); בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 15 (2012)). בענייננו, אף בלא מאמץ פרשני רב, ניתן ליישב בין הסדרי האצילה מכוח התיקון לחוק לבין ההוראה החוקתית שבסעיף 1 לחוק היסוד, באופן שיכולים שני החוקים לדור בכפיפה אחת, כפי שפורט.

נו. ויושם אל לב: כפי שהטעמנו, מערכת היחסים בין אוצל לנאצל מבוססת על יכולת ממשית ואפקטיבית של שליטה ופיקוח מצד בעל הסמכות. זו יכולה להתקיים אך במערכת היררכית המונהגת, בענייננו, בידי השר שאצל את סמכויותיו, והוא הקובע את "גבולות הגזרה" של פעילות הנאצל (ראו גם ברכה, בעמ' 208). אין משרד החקלאות, אשר אצל את סמכויותיו מכוח התיקון לחוק והחלטת הממשלה, רשאי לאבד שליטה על דרכי הפעלת הסמכות, ואין הוא רשאי לפרוק מעליו את עול קביעת המדיניות בתחומי האצילה (השוו בג"ץ 6741/99 יקותיאל נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673, 695 (2001)). הרשות השלטונית מחויבת להחיל באדיקות את מנגנוני הפיקוח והבקרה, כדי להבטיח שמירה על האינטרס הציבורי. וכהשלמה סימטרית, משעה שהואצלו לידיה סמכויות, כפופה החטיבה לאמצעי הפיקוח והבקרה שנקבעו בהסדרי האצילה. אין היא רשאית לצאת מדל"ת אמותיה של הסמכות שהואצלה לה. היא מחויבת שלא לסור ממנה ימין ושמאל ושלא לפרוץ גדר. דינה בהקשר זה הוא כשל רשות שלטונית אחרת הממלאת תפקיד על פי דין – אף שזו אינה עולה כדי רשות שלטונית ממש כאמור בסעיף 6ב(ב)(2) – אשר אינה רשאית ליטול לעצמה סמכויות נוספות מעבר לאלה שניתנו להן על פי חוק (ראו בג"ץ 221/64 המועצה המקומית פרדס-חנה נ' שר החקלאות, פ"ד יח(4) 533, 542 (1964)). החטיבה היא חלק מן ההסדרות הציוניות העולמית ולא רשות מרשויות המדינה; אך כגוף דו-מהותי מובהק כאמור, וברמה גבוהה של מוסד ציבורי

מרכזי, חובותיה הציבוריות, ובודאי במקום שבו היא פועלת בהאצלת סמכויות מן הממשלה, הן ברמה גבוהה מקבילה.

נז. בנקודה זו ראיתי להתייחס לטענת העותרים לפיה הסכם המסגרת, בהיותו מאפשר למשרדי הממשלה להיעזר בחטיבה להתישבות, פותח פתח להגדרת מעשה אצילת סמכויות כהסתייעות מותרת, דבר שיביא לירידה בהיקף הפיקוח והבקרה על פעילות החטיבה, ובחובות המינהליות החלות עליה. אכן, לא בנקל ניתן לקבוע אימתי יש בפעולה פלונית משום הסתייעות מותרת בהפעלת הסמכות, ואימתי יש בה משום אצילת הסמכות גופה (ראו עניין גולדברג, בעמ' 90; בג"ץ 136/84 המועצה הישראלית לצרכנות נ' יו"ר המועצה להגבלים עסקיים, פ"ד לט(3) 265, 271 (1985); עוד ראו ברכה, בעמ' 171-188). ההבחנה העיקרית שעוגנה בפסיקה לעניין זה נגזרת מהיקף הסמכויות ושיקול הדעת המוענקים על-ידי הרשות השלטונית לגורם הנאצל (עניין פיליפוביץ, בעמ' 423; עניין הפרטת בתי הסוהר, פסקה 31). ואולם, בהתאם לקבוע בהסכם המסגרת, מצוותם של הגורמים המקצועיים לשרטט את קו הגבול בין היעזרות מותרת בהפעלת הסמכות לבין "היעזרות" אשר משמעותה המעשית היא אצילת הסמכות בפועל (ראו סעיף 55 להסכם הקובע, כי "סיווג ההתקשרות המבוקשת על-ידי משרד ממשלתי מסוים ככזאת שיש בה משום אצילת סמכויות, או ככזאת שהיא רק בגדר הסתייעות, תבוצע על-ידי הגורם המקצועי"). ההסכם אף קובע כי הוראות התקשרות בין משרד ממשלתי לבין החטיבה, הכוללת אצילת סמכות, טעונה אישור בהחלטת ממשלה (סעיף 52א), ואישורו של היועץ המשפטי לממשלה (סעיף 56). במנגנונים אלה, יש לכאורה כדי לצמצם עד מאוד את החשש המקנן בלב העותרים בעניין זה, ומכל מקום אין באופן שבו נוסח ההסכם בעניין זה כדי להצדיק את התערבותנו. מובן כי מבחנו של ההסכם הוא ביישומו, בכל תג, הלכה למעשה, וכאן תפקידם של שומרי הסף אליו נשוב.

נח. משאלה פני הדברים נראה, כי תיקון מס' 2 לחוק המעמד אינו משנה או פוגע, שלא כדין, בהוראות חוק יסוד: הממשלה. נוכח מסקנה זו, חקיקתו של סעיף 6ב לא נדרשה להתקבל ברוב של חברי הכנסת בשלוש קריאות בהתאם לסעיף 44 לחוק היסוד, ואין צורך להעמידו במבחניה של פסקת הגבלה שיפוטית. במישור המשפטי, "תורת הפעלתה" של פסקת הגבלה כזאת, בנסיבות המקרה שלפנינו, בהיעדר פסקה מפורשת כזאת בחוק יסוד: הממשלה, ומקום שעיקר הטענה היא לסטייה מחלוקת הסמכויות השלטונית ולא לפגיעה בזכויות אדם, מציבה שאלות חוקתיות מורכבות שטרם באו על ביאורן די הצורך בפסיקת בית משפט זה (השוו בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה - מדינת ישראל, פסקה 63 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' גרוניס, ופסקה 6

לפסק דינו של השופט ח' מלצר (2015) (להלן עניין גוטמן); ראו גם עניין הפרטת בתי הסוהר, פסקה 63 והאסמכתאות שם; עוד ראו אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" ספר אליהו מצא 77, 95-97 (תשע"ה), וכן אביגדור קלגסבלד "סתירה לחוקי יסוד" הפרקליט מח 297-305 (תשס"ו)). מבחינה זו מקובלת עלי עמדת היועצים המשפטיים לממשלה ולכנסת שהם עצמם שומרי סף מרכזיים.

הפגיעה הנטענת בזכותה החוקתית לכבוד ולשויון של האוכלוסייה הערבית בישראל

נט. טוענים העותרים, כי התיקון לחוק פוגע באופן בלתי מידתי בזכותה של האוכלוסייה הערבית לכבוד ולשויון. לטענתם, החטיבה רואה עצמה כמחויבת לקידום ופיתוח ההתישבות במגזר היהודי בלבד, ובפועל מטופלים על-ידיה רק מקצת מן המקצת מן היישובים הערביים. מנגד טוענת המדינה, בין היתר, כי טענה זו אינה בשלה להכרעה שיפוטית, בהיותה נעדרת מסכת עובדתית קונקרטיה הנדרשת למתן הכרעה. במישור המשפטי מקובלת עלי עמדת המדינה. אף אני סבור, כי לא התגבשה התשתית העובדתית הדרושה לדיון בטענות העותרים בעניין זה. טענתם זו מתאפיינת בכלליותה באשר טרם התבררו תוצאות יישומם של הסדרי האצילה מכוח התיקון לחוק, ולא ניתן בשלב זה להכריע בדבר פגיעתם של אלה בזכויות אדם. אכן, בעבר ביכר בית משפט זה שימוש בעילת הבשלות על פני הכרעה בעתירות חוקתיות (ראו עניין גוטמן, פסקה 43 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' גרוניס והאסמכתאות שם; וכן בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) מ' נאור (2012)). נאמר מפיה בהקשר זה כי:

"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" (בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) נאור (2006); לרציונאליים המרכזיים לדחיית עתירות מחמת אי בשלותן ראו בג"ץ 2311/11 טבח נ' הכנסת, פסקה 12 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (2014) (להלן בג"ץ טבח); כן ראו ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות: בעקבות בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר ובג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים

בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל" משפטים מג 419
 (2012); רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית
 חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לז 45
 (2014).

ס. אף על פי כן, ובחינת למעלה מן הצורך, ואולי לא למעלה מן הצורך, ראיתי להוסיף את הדברים הבאים: לא אכחד, החשש המקנן בקרב העותרים מפני פגיעה בזכותה של האוכלוסיה הערבית נוכח הסמכויות המוקנות לחטיבה להתישבות, שיוכה המוסדי להסתדרות הציונית, וסוג פעולותיה בעבר בעיקרן, אינו משולל יסוד. בתוך עמנו אנו יושבים ונסיון החיים בצקלוננו. ואולם, משהסדרי אצילת הסמכויות לחטיבה עוגנו בחוק, ובשים לב להוראות החלות עליה מתחום המשפט המינהלי ולהטלת הפיקוח והבקרה מצד הרשות השלטונית על פעילותה – אשר תהא נתונה לביקורת בית משפט זה – הנה הדעת נותנת, כי גם אם אין בדבר כדי להפיג לגמרי את החשש האמור, יש מקום לצמצומו ככל האפשר. מכל מקום, וכדי להוציא מידי ספק, נזכיר – בתמצית – מושכלות ראשונים: הזכות לשויון הוכרה בשיטת משפטנו מקדמת דנא כזכות יסוד מן המעלה הראשונה, והיא נתפסת כיום כאחת הזכויות החשובות מביין זכויות האדם. זכות זו היא "כעמוד אש וכעמוד ענן שלפני משטר דמוקרטי" (עע"מ 7335/10 קצין התגמולים - משרד הבטחון נ' לופו, פסקה כ' לחוות דעתי והאסמכתאות שם (2013) (להלן עניין קצין התגמולים)). חובתה של המדינה לנהוג בשויון משתרעת מטבע הדברים, מטבע המשפט ומכוח ההגינות והשכל הישר – גם על פעולותיה באמצעות גורם המצוי מחוץ למערכת השלטונית (ראו והשוו בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 283 (2000) (להלן עניין קעדאן)).

סא. אחת מן הנגזרות החשובות של הזכות לשויון, היא החובה החלה על כל רשות שלטונית ועל כל הגורמים הפועלים מטעמה, שלא להפלות בכל פעולה מפעולותיהם. דהיינו, שלא להעניק יחס בלתי שיווני כלפי מי שאין ביניהם שונות רלבנטית (בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, 508 (1989); ראו גם עניין קצין התגמולים, בפסקה כ"א לחוות דעתי; עע"מ 9401/06 ארגנטינה באוניברסיטה בע"מ נ' מנהל הארנונה בעיריית תל אביב, פסקה 25 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (2009)). כוחם של דברים אלה יפה כמובן גם ביחס לאצילת סמכויות הממשלה לחטיבה להתישבות מכוח התיקון לחוק, החלטת הממשלה והסכם המסגרת. עסקינן במקרקעי הציבור הנדרשים להתנהל בהתאם לעקרונות השויון וההגינות, לכללי המינהל התקין ולשמירה על האינטרס הציבורי (ראו בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793, פסקה 11 לפסק דינו של הנשיא מ' שמגר (1992)). הדברים נאמרים, אף בשים לב לכך שהעתירות שלפנינו אינן מתייחסות לפגיעה בזכות קונקרטי של פלוני

או אלמוני, ומדובר איפוא בטענות הנוגעות לזכות הציבור הערבי בכללותו. סבורני, כי בתחומי הפעילות עליהם אמונה החטיבה מכוח הסדרי אצילת הסמכויות, חלה הזכות לשוויון גם במישור הזכויות הקבוצתיות של הציבור הערבי (ראו יצחק זמיר "שוויון זכויות כלפי ערבים בישראל" משפט וממשל ט 11, 28-29 (תשס"ו-2005)). בהתאם נקבע, כי לאוכלוסייה הערבית – ולא רק לאזרחים או תושבים ערבים ספציפיים – נתונה זכות לחלוקה שיוונית של משאבי המדינה, לרבות הקצאת מקרקעין (עניין קעטאן; ראו גם בג"ץ 2814/97 ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל נ' משרד החינוך התרבות והספורט, פ"ד נד(3) 233, 240 (2000)). איני מתעלם מן הקשיים בנושאים אלה, דוגמה לכך הוא בג"ץ סבח.

סב. האינטרס החשוב – הציוני והממלכתי-לאומי – לקידום ההתישבות היהודית באזורים שונים במדינה אינו אמור לגרוע מדאגה כנה מקבילה לקידום ופיתוח יישובים בקרב מגזרים אחרים בחברה הישראלית. המשימה הלאומית שנטלה על עצמה מדינת ישראל מיום היוסדה, לקבץ לתוכה גלויות וליישב את אדמתה, אינה יכולה לשמש אמתלה להפליה בהקצאת מקרקעין. האתוס הציוני ודאי לא נועד לשלול זכויות מבני אוכלוסיות אחרות. מחויבות ציונית, וציונות אינה מלה גסה במדינה ישראל אלא ערך מרכזי, אינה סותרת כלל את ערך השוויון, המעוגן בהכרזת העצמאות. אין מדובר בכלים שלובים ובמשחק סכום-אפס, שככל שירבה פיתוח ושגשוג בקרב ההתישבות היהודית, כן יקטן בהתאמה קידום ההתישבות הכפרית והחקלאית בשאר המגזרים. לדידי, הא בהא לא תליא, והכל, בהקשר זה, בהתאם למדיניות הממשלה, ולערכי מדינת ישראל. אדרבה, מיזם כזה אם ינוהל בהגינות וכהלכה, עשוי להוות דוגמה לקיום השגשוג לכל, לרבות למגזרים הלא-יהודיים.

סג. ראוי לציין, כי בהחלטת הממשלה ובהסכם המסגרת נקבעו הוראות בעניין חובתה של החטיבה לפעול לאור עקרון השוויון. נקבע בהם במפורש, כי קבלתו של אדם לעבודה בחטיבה תיעשה בין היתר, בהתאם לעקרונות השוויון והייצוג ההולם, וכי עובד החטיבה מחויב למלא את תפקידיו "בתום לב, בהגינות, בשוויון, בלא משוא פנים ובלא הפליה" (כן ראו סעיפים יג(1) ו-יג(3) להחלטת הממשלה וסעיפים 26א ו-26ג להסכם המסגרת). אף בדיון שנערך בפנינו חזרו והצהירו באי כוחם של המשיבים, כי החטיבה מחויבת להקצות משאביה בשוויון, וכי אין יסוד לטענה שתפלה בפעולותיה מי מהמגזרים שאינם יהודים, בפרט נוכח הפיקוח הממשלתי בעניין זה. אף בהחלטות עבר של הממשלה אשר עסקו בחטיבה להתישבות הושם דגש על נושא השוויון (ראו גם סעיף 7ד להחלטת ממשלה מס' 2069 מיום 22.7.07 בגדרו נקבע, כי החטיבה

להתיישבות "בכל פעולותיה תפעל בהתאם לעיקרון השוויון, ותעסוק בהתיישבות הכפרית והחקלאית בכל המגזרים". כן ראו סעיף ה להחלטת ממשלה מס' 601 מיום 19.7.09 הקובע כי, "תכנית העבודה של החטיבה תגובש בהתבסס על אמות מידה ענייניות ושוויוניות... ותיתן דגש לשובים במצוקה בכלל המגזרים". עלינו להעמיד את החטיבה להתיישבות בחזקת תקינות הצהרותיה והתחייבויותיה ותקינותן, ולבחון – כאמור – על ציר הזמן את יישומן.

סד. לסיכום נקודה זו, לא מצאנו כי ניתן להכריע לעת הזאת בשאלת הפגיעה הנטענת של התיקון לחוק בזכותה החוקתית לכבוד ולשויון של האוכלוסיה הערבית. ובבחינת קריאת כיוון, מצופה מן החטיבה לפעול על פי אמות המידה המחייבות את הממשלה בהקצאת משאביה, כפי שהוטעם באותיות קידוש לבנה בהסדרי האצילה השונים. ואוסף, אולי זו הזדמנות לגורמי ההתיישבות ולהסתדרות הציונית לנקוט דרכים שיתיחסו בכובד ראש ובאורח אופרטיבי לנושא השוויון ויכיחו את הרלבנטיות שלו בכל עת. טענות העותרים שמורות להעלותן כנגד חוקתיות הסעיף וכנגד חוקיותה של החלטת הממשלה במבחן היישום, ככל שיתעורר בכך צורך.

טענות נוספות של העותרים

הפגמים הנטענים שנפלו בהליך קבלתה של החלטת הממשלה

סה. כאמור, אחת מטענותיו המרכזיות של העותר בבג"ץ 9518/16, היא כי נפלו פגמים מהותיים בהליך קבלתה של החלטת הממשלה, המחייבים את ביטולה. ראשית נטען, כי לא הונחה בפני השרים התשתית העובדתית הראויה עובר לקבלת החלטה. דומה שאין להלום טענה זו. אמת, כי הממשלה – ככל רשות מינהלית אחרת – מחויבת לבסס את החלטותיה על תשתית עובדתית ראויה ובדוקה (ראו בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459, 493 (1999); בג"ץ 7177/04 רוזן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(3) 865, 870 (2004)). ואולם, אין יסוד להניח, בודאי בלי שהובאו לכך תימוכין, כי בפני הממשלה לא עמדה התשתית העובדתית הנדרשת לצורך קבלת החלטה מושכלת. הדעת נותנת, כי המידע שפורט בכתבי הטענות של העותר היה מצוי כל העת בידי הגורמים המוסמכים, וכי הממשלה היתה – ועודנה – מעורה היטב בסוגיות הנוגעות לחטיבה, לרבות הביקורת שנמתחה בעניינה בדו"ח זילבר, והצורך בהסדרה של מערכת היחסים בין השתיים. הדברים מקבלים משנה תוקף מקום בו נתן המחוקק דעתו לעניין, קודם להחלטת הממשלה, עם תיקונו של החוק, שכל כולו נוצר כדי להתגבר על מכשולים ופגמים שנתגלו.

סו. עוד נטען, כי הצעת ההחלטה שהממשלה פורסמה בסמוך מדי למועד קבלתה בפועל, כך שנפגעה זכות הטיעון של הציבור להציג השגותיו בעניינה. משמעות הדבר שקולה למעשה, כך טוען העותר, לסיכול ההזדמנות להשפיע על ההחלטה, אשר יתכן שהיתה מתקבלת במתכונת שונה. אכן, פרסום החלטות מינהליות עובר לקבלתן חיוני להליך הדמוקרטי, ומאפשר, בין היתר, להשפיע על תוכנן ותהליך קבלתן (ברק-ארוז, בעמ' 327-328). ואולם, זכות הטיעון בפני הרשות המינהלית, ככל זכות אחרת, יחסית היא ומוגבלת בחריגים ובאינטרסים הנוגדים אותה. חריג לזכות הטיעון הוא הכלל שלפיו "אין לו ליחיד זכות להישמע בטרם החלטה שאופייה שלטוני-ריבוני חרף זאת שהיחיד עלול להיפגע מביצועה של אותה החלטה" (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 720 (2005) (להלן עניין המועצה האזורית חוף עזה; ראו גם בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1509 (1958)). הדברים אמורים בעיקר ביחס להחלטת ממשלה, אשר נוכח מאפייניה נקבע, כי לא חלה חובה ליתן לציבור זכות טיעון טרם קבלתה. הנה מן הפסיקה בעניין זה:

"הלכה פסוקה היא מלפנינו כי נוכח טיבן של החלטות הממשלה, מעמדה של הממשלה, דרך קבלת ההחלטות, אופיין של ההחלטות ורוחב היקפן אין מוטלת על הממשלה חובה לשמוע כל מי שעלול להיות מושפע מן ההחלטות. די לה לממשלה כי תקבל את המידע הרלוונטי באמצעות אנשי המקצוע ונושאי התפקידים הרלוונטיים" (עניין המועצה האזורית חוף עזה, בעמ' 724; ראו גם בג"ץ 7723/05 שמעוני נ' מר אריאל שרון ראש הממשלה, פסקה 2 לפסק דינו של השופט (כתארו אז) א' ריבלין (2005)).

"כעולה מתגובת המדינה, הממשלה וועדות השרים הפועלות מטעמה אינן נוהגות לזמן עדים בפניהן, ונתונים המשמשים בסיס להחלטותיהן מוצגים להם באמצעות נושאי תפקידים רלוונטיים המניחים חומר כתוב הנאסף או המוגש באמצעותם. נוכח טיבן של החלטות ממשלתיות ואופיין המדיני אין כל פסול בעקרונות שקבעה לעצמה הממשלה בכל הנוגע להכנת התשתית העובדתית לקבלת החלטותיה" (בג"ץ 963/04 לויפר נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 326, 334-335, מפי השופט (כתארה אז) ד' ביניש (2004)).

סז. מן האמור עולה, כי אין הכרח ליתן זכות טיעון לציבור בטרם קבלתה של כל החלטה ממשלתית באשר היא, ובלבד שהופצה כדין ובאופן תקנוני. לא אכחד, מתוך ניסיון של קרוב לחמש עשרה שנה מצטברות ליד שולחן הממשלה, כי לא תמיד הוקפד בממשלה על סדרי התקנון, אף שדומה כי עם השנים חל שיפור מסוים בכך, בעיות

שנתעוררו נסכו על לוחות זמנים "לוחצניים" והעדר אפשרות להכנה ולדיון ראוי. אך ככל שהוקפד על מילוי כללי התקנון, קשה לחשוב על עילת התערבות. דומני, כי הדברים מקבלים משנה תוקף במקרה דנא, מקום בו על פני הדברים ההחלטה אינה פוגעת בזכות מזכויות העותרים, כך שמשקלה של הטענה בדבר היעדר זכות הטיעון ממילא אינו רב (השוו בג"ץ 5464/04 זריפי נ' שר המשפטים, פ"ד נט(5) 721, 733 (2005)). שנית, ודומה כי זה החשוב לענייננו, זכות הטיעון של הציבור ביחס להסדרי אצילת הסמכויות לחטיבה להתישבות קיבלה ביטויה בעת חקיקת התיקון לחוק, קודם להחלטת הממשלה. ההליך בכנסת הבטיח לא רק את השתתפותו של הציבור בסוגיות שעל הפרק, כי אם גם את מתן האפשרות לבחון ולפקח על הנעשה, הן מן ההיבט הפרוצדורלי והן מן ההיבט התוכני (השוו בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פסקאות 95-97 לפסק דינו של השופט (כתארו אז) ג'ובראן ופסקה ט"ז לחוות דעתי (2014) (להלן עניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים)). במבט צופה פני עתיד ציינה המדינה, כי בהחלטת הממשלה נקבעו צמתים שונים לביקורת ציבורית על פעילות החטיבה מכוח הסדרי אצילת הסמכויות. כך, למשל, מדיניות שר החקלאות בקשר לחטיבה להתישבות, וכן טיוטת תכנית העבודה השנתית של האחרונה יפורסמו להערות הציבור, שיוכל להשפיע עליהן ולשנותן במידת הצורך.

סח. נוכח כל אלה אף איני סבור שיש לקבל את טענת העותרים לפיה החלטת הממשלה חורגת ממתחם הסבירות או המידתיות. ההחלטה לאפשר לממשלה לאצול מסמכויותיה התקבלה בכנסת. אופן האצילה בהתאם לתיקון לחוק מסור על פי דין לשיקול דעתה של הממשלה. מתחמי הסבירות והמידתיות בהקשר זה – רחבים הם, וכבר נאמר כי "ככל שמתחם הסבירות מתרחב הביקורת על הסבירות מצטמצמת" (בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46, 58, מפי השופט זמיר (1997)). אכן, אין גבול לסימני שאלה שניתן להציב, ואף ניתן להבינם, מכל מקום, לא התרשמנו כי סטתה הממשלה ממתחם שיקול הדעת המסור לה ועל כן אין עילה להתערבותנו בהחלטה (ראו והשוו בג"ץ 8400/07 מועצת הכפר נחאלין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה י"ט לחוות דעתי ואסמכתאות שם (2008); בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 113 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2010)).

ההתקשרות עם החטיבה בפטור ממכרז

סט. דומה כי גם אין מקום להתערב באישור ועדת המכרזים של משרד החקלאות לעניין ההתקשרות עם החטיבה בפטור ממכרז בהתאם לסעיף 3(19)(א) לתקנות חובת

המכרזים, תשנ"ג-1993. אכן, וכפי שציינו העותרים, נטיית בתי המשפט לפרש בצמצום את תקנות הפטור ממכרז נוכח התפיסה העקרונית, כי דרך המלך היא עריכת מכרז פומבי על-ידי הרשות השלטונית (ראו ע"מ 6145/12 עיריית נצרת עילית נ' הרטמן, פסקאות ל"ו-ל"ז לחוות דעתי (2013)). עם זאת נפסק, כי "בית המשפט אינו יושב כ'ועדת מכרזים עליונה' ואינו ממיר את שיקול דעתה של ועדת המכרזים בשיקול דעתו" (ע"מ 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות, פסקה 26 לפסק דינו של השופט פוגלמן (2011)). הביקורת השיפוטית בעניינים אלה מתמקדת בבחינת סבירותה של ההחלטה, ובמקרה דנא, לא מצאנו כי סטתה ועדת המכרזים ממתחם הסבירות המוקנה לה, בין היתר משעסקינן באצילת סמכויות המצריכות מומחיות מיוחדת בהפעלתן, ולאור נסיונה הרב של החטיבה בעניין זה (השוו ע"מ 5525/13 אשת שירותי תיירות בע"מ נ' משרד הביטחון, פסקה 28 לפסק דינו של השופט (כתארו אז) ג'ובראן והאסמכתאות שם (2014)).

החלטת הממשלה כהסדר ראשוני

ע. טענתם הנוספת של העותרים היא, כי החלטת הממשלה קובעת למעשה הסדרים ראשוניים, ועל כן עליה להיקבע בחקיקה ראשית על ידי הכנסת. סבורני, בכל הכבוד, כי אין לקבל טענה זו. אכן, הסדרים הקובעים מדיניות כללית ועקרונית מנחים, צריכים להיקבע על-ידי המחוקק (ראו עניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, פסקה ה' לחוות דעתי), מוכן אני להניח, בשים לב למהותה של ההחלטה, להיותה שנויה במחלוקת ציבורית, להשפעתה על הציבור ולהשלכותיה הכלכליות (ראו בג"ץ 616/11 התאחדות הסטודנטים בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקה ס"ג לחוות דעתי והאסמכתאות שם (2014)), כי עליה להיקבע על-ידי בית המחוקקים. ואולם, העקרונות החלים על הסדר אצילת הסמכויות בענייננו אכן נקבעו בסעיף 6 לחוק המעמד, ואם כן הנה המחוקק הראשי מעורב בו. פירוט ההסדר אשר נקבע בהחלטת הממשלה שהתקבלה מכוח התיקון לחוק, אין בו משום הסדר ראשוני. ההחלטה המינהלית מבוססת איפוא על הסדרים ראשוניים ומדיניות שנקבעו בחקיקה ראשית, ודרכי הגשמתה ויישומה יכול שייקבעו בידי הממשלה (השוו 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6), פסקה 10 לפסק דינו של השופט (כתארו אז) אור והאסמכתאות שם (2002); וכן בג"ץ 6215/12 באסטאקאר נ' שר האוצר, פסקה 25 לפסק דינו של השופט י' עמית (2015)).

פעילות החטיבה בשטחי יהודה ושומרון

עא. לשם הכרעה בעתירות שלפנינו אין צורך להידרש למכלול השאלות בדבר סמכותה של הממשלה לפעול באמצעות החטיבה להתישבות בשטחי יהודה ושומרון, הנמצאים תחת משטר של תפיסה לוחמתית. טענת העותרים בעניין זה חורגת מתחום דיוננו, ונראה, בכל הכבוד, כי היא מכוונת למעשה כנגד מדיניותה הכללית של הממשלה בסוגית ההתישבות מחוץ לקו הירוק. בשאלות בעלות אופי דומה כבר נקבע, כי "בית המשפט לא ידון במדיניות חוץ, ביטחון או חברה, כאשר אין לתובענה או לעתירה אחיזה בסכסוך מוגדר" (בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז 210, 217, מפי הנשיא שמגר (1993)).

טרם חתימה – במבט לעתיד

עב. החטיבה להתישבות נולדה מנסיבות היסטוריות, והחקיקה בעניינה – לרבות התיקון לחוק מושא דיוננו – היא המשכן. התיקון לחוק לא הוציא את החטיבה להתישבות מגדר יצור כלאיים, שהוא זרוע הפועלת בשליחות המדינה, אך אינה המדינה. השניות והמורכבות בהקשר הזה מוצאת את ביטויה גם במעמד "הדו-מהותי" של עובדי החטיבה. הללו אמנם אינם עובדי המדינה, אולם כפופים הם למשפט הציבורי ולחובות המינהליות החלות על משרתי הציבור. כבר אמרנו כי מחד גיסא, יש להתיחס לחטיבה בכבוד הראוי למוסד שהוא חלק מן "המוסדות הלאומיים", אך מאידך גיסא במלאה תפקידים מטעם המדינה, מטעם היסטורי או פוליטי כזה או אחר, עליה לעמוד במגבלות הדין ככל משפטו וחוקתו, תוך שמירה והשגחה מתמדת של "שומרי הסף" אשר עליהם מוטלת אחריות מוגברת.

עג. נוכח טענת העותר בבג"ץ 9518/16, לפיה תכליתו ה"אמיתית" של התיקון לחוק היא לאפשר לממשלה פעילויות השנויות במחלוקות פוליטיות ואידיאולוגיות, תוך עקיפת המגבלות והאילוצים החלים על גופים ציבוריים – טענה אשר לטעמי אינה נלמדת מן הנתונים העובדתיים לאחד תיקון החוק ועיגון הסדרי האצילה, ומכל מקום לא הוכחה – ראיתי להביא פעם נוספת דברים שציינתי בעניין גלאון:

"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. כדי להבטיח

זאת, במנעד שבין יכולת הממשלה להשתמש בחטיבה למשימות כאלה או אחרות מזה, לבין שיפור הדרך שבה הדבר מבוצע מזה, יש חשיבות רבה לחוות דעת משפטיות... לכן יש חשיבות לייעוץ המשפטי, ולא בשל 'תאוות השלטון' של המשפטנים, אלא כיון שהמציאות טעונה שומרי סף" (שס, בפסקה ט"ז).

"כל המוטל עליה (על החטיבה – א"ר) צריך להיות מעוגן באופן ברור וחד משמעי כך, שאם היא משמשת לעניין כלשהו 'ידה הארוכה של הממשלה', לא יתכן הבדל ממשי מאשר אילו עשתה הממשלה עצמה את הפעולה; והכל כדי לאפשר פיקוח ושקיפות מלאים. ככל שהדבר אינו ניתן, ממילא נשמט בסיסו. אם כן: משימות ציוניות התישבותיות על פי מדיניות הממשלה – כן; חצר אחורית לפעולות שלא כדין – לא. לטעמי האתגר איננו קשה כל עיקר, ואסור שיהיה קשה, כשפועלים בהגינות ובשקיפות" (שס, בפסקה כ"א).

עד. דברים אלה במקומם לדעתי גם עתה, כדי לשכך חשדנות שמקורה בהיסטוריה של הנושא ובמציאות הפוליטית והחברתית הישראלית. ואכן, בהיות החטיבה להתישבות על פי הדין ובעולם המעשה "יצור כלאיים", הניזון מהאצלת סמכויות ממשלתית ומתקציבי ממשלה, אך אינו חלק מן המערכת הממשלתית, מוטלות חובות התנהגות מוגברות על ראשי החטיבה וחובות פיקוח מוגברות על גורמי הממשל. העומדים בראש החטיבה צריכים להישיר מבט אל הציבור כי פעולותיהם נעשות על פי דין, כך בכלל וכך בפרט בהוצאת כספים, ולהנחות את עובדיהם בהתאם בכתב ובעל-פה בהנחיות קבע והנחיות עיתיות. שומרי הסף הממשלתיים, ובראשם יועצים משפטיים וחשבים, מצווים על פיקוח שוטף והדוק, וכמובן האחריות הכוללת מוטלת על הדרג הבכיר והמיניסטריאלי המפקח. במלים פשוטות: ככל שפונקציות המסורות לממשלה מוצאות דרכן ועמן תקציביים לגורם לא ממשלתי, ובמקרה דנן חלק מן ההסתדרות הציונית, חלות במובן הפיקוחי חובות מלאות ללא פשרות. הדברים נאמרים מבלי להטיל דופי בפלוני או אלמוני, מוסד או אדם, אלא כדי להבטיח שהפתח שפתחו הכנסת והממשלה, גם אם איננו בלתי חוקתי או בלתי חוקי, ישמר כדבעי ובאופן מיטבי על פי גבולות הדין, בחינת – באורח שאול ולהבדיל – דברי התנא עקיבא בן מהללאל "דע מאין באת... ולפני מי אתה עתיד ליתן דין וחשבון" (משנה אבות ג', א').

טוף דבר

עה. בנסיבות העניין, ובמיוחד בשים לב להותרת קביעת המדיניות בתחום ההתישבות בידי הרשות השלטונית, להיקף הסמכויות שהואצלו לחטיבה, למגנוני

הפיקוח והבקרה שנקבעו לבחינה מתמדת של פעילותה על-ידי הרשות השלטונית ולהשפעתם כעת של הסדרי האצילה על זכויות האדם, איננו נעתרים לעתירות, בכפוף ובנתון לכל הערותינו בדבר החובות החלות על גורמי הממשל ועל החטיבה, ראשיה ועובדיה.

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

1. אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתו המקיפה והיסודית של חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, ואף אני סבור כי אין עילה להתערבות בתיקון מס' 2 לחוק מעמדתן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל, התשע"ו-2015 (להלן: החוק), ובהחלטת הממשלה מס' 1998, מיום 9.10.2016. חברי דן, בכבוד ראש וביסודיות הרבה המאפיינת אותו, בכל טענה וטענה שהעלו העותרים, ואינני רואה להוסיף דבר על טעמיו ונימוקיו לדחיית העתירות, פרט לנקודה אחת שבה רואה אני לומר מספר דברים משלי.

2. בין יתר טענותיהם, נטען על ידי העותרים כי התיקון לחוק פוגע באופן בלתי מידתי בערך השוויון, בכך שהמחלקה להתיישבות רואה עצמה כמחוייבת לקדם ולפתח את ההתיישבות במגזר היהודי בלבד, ולפיכך קיים חשש כי היא לא תפעל באורח שוויוני, למילוי המשימות שקיבלה על עצמה, במגזר הערבי. בתמיכה לטענה זו, מסרו העותרים, והדבר לא הוכחש על ידי המשיבים, כי כיום מטופלים על ידי המחלקה להתיישבות 3 יישובים ערביים בלבד, מספר זניח לעומת הצרכים האמיתיים.

לא אחטא אל האמת אם אומר כי יש רגליים לחששם זה של העותרים. זאת, בשים לב לעובדה כי המחלקה להתיישבות היא חלק מההסתדרות הציונית, שבין תפקידיה העיקריים ניתן למצוא, ארגון פעולות עליה בתפוצות; השתתפות בשיכונם וקליטתם של העולים; רכישת קרקעות להתיישבות, וכד'. זאת, בנוסף להיסטוריה

הקרובה והרחוקה של המחלקה להתיישבות, אשר מיקדה את פעולותיה בהתיישבות היהודית ביהודה והשומרון, ורק בשנים האחרונות החלה לעסוק בהתיישבות בתחומי מדינת ישראל.

3. ככל שיסתבר כי המחלקה להתיישבות פועלת בקרב ההתיישבות היהודית בלבד, גם אם טופלו מקצת מן המקצת מן היישובים הערביים, לא ניתן לחלוק על כי מדובר בפגיעה קשה בערך השוויון – על כל המשמעויות שיש לדבר. קולמוסין רבים נשתברו בהתייחסות לערך השוויון, הנתפס כנגזרת של כבוד האדם. וכדברי השופט ת' אור בבג"צ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 299,297 (1989): "עקרון השוויון בא לשרת מטרה של השגת תוצאה צודקת. לא השוויון ה'טכני' או ה'פורמאלי' הוא הראוי להגנה, אלא השוויון המהותי, דהיינו שוויון בין שווים".

ועוד נקבע כי:

"העיקרון שלפיו בבוא הרשות להפעיל את סמכותה עליה לעשות ככל יכולתה כדי לקיים את ערך השוויון, מבטא כיום את מעמדו של עקרון השוויון כערך לעצמו. הכול מסכימים כי פגיעה בשוויון היא פגיעה בערכים של צדק והגינות, וכי השמירה על השוויון היא השמירה מפני שרירות השלטון" (דברי השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש בבג"צ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, 513 (2000), וראו גם, עע"ם 1789/10 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (7.11.2010)).

עם זאת, יש להוסיף את המובן מאליו כי ערך השוויון מתבטא ביחס שווה אל בני אדם, אשר לא מתקיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה. נקבע לא אחת, כי אין די להצביע על יחס שונה כלפי גורם זה או אחר, אלא יש להראות כי יחס שונה זה ניתן למי שהם שווים במאפייניהם הרלוונטיים, יחס הנובע מתוך שיקולים פסולים (ראו, למשל, בג"צ 5325/01 עמותת ל.כ.ן. לקידום כדורסל נשים נ' המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד נח(5) 79 (2004)).

4. לאחר שאמרנו זאת, יש לחזור ולהבהיר כי העותרים לא הניחו תשתית עובדתית, ממנה ניתן להסיק כי התחייבות המשיבים לפעול בדרך שוויונית נאמרה מן השפה אל החוץ, וכי אין כוונה לממש התחייבות זו, המעוגנת בין היתר גם בהחלטת הממשלה. מנקודת מבט זו, העתירות אינן עומדות במבחן הבשלות, שכן הן מתבססות על הנחות בדבר אירועים עתידיים, אשר יתרחשו על פי המצופה, או לא יתרחשו כלל.

במצב מעין זה, העתירה אינה בשלה, כיוון שבית המשפט נדרש להכריע בה מבלי שתהא לפניו "מערכת עובדתית קונקרטית, ברורה ושלמה, החיונית לצורך מתן הכרעה שיפוטית עקרונית" (דברי השופטת (כתוארה אז) מ' נאור בבג"צ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל (18.1.2006) בפסקה 3, וראו גם, בג"צ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה, פ"ד לד(2) 566 (1980)).

5. בנסיבות אלה, לא נותר לי, אלא להצטרף לדברי חברי בפסקה סג. כי "בבחינת קריאת כיוון, מצופה מן החטיבה לפעול על פי אמות המידה המחייבות את הממשלה בהקצאת משאביה...". מוסכם גם עליי, כי טענות העותרים בדבר הפגיעה בערך השוויון שמורות להן, "במבחן היישום, ככל שיתעורר בכך הצורך".

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין.

ניתן היום, י"ד באלול התשע"ז (5.9.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימ')