

הפרטה רדיקאלית

מאת

אלון הראל* ואסף שרון**

"[...] את שהמדינה אינה רשאית לעשות במישרין, אין היא רשאית לעשות בעקיפין".¹

העמדה המקובלת בעניין הפרטת שירותים ציבוריים מתבססת על הקביעה כי יש גבולות משפטיים להפרטה, וכי יש סמכויות שאינן ניתנות להפרטה, בין מטעמים הנוגעים למשפט מנהלי ובין מטעמים הנוגעים למשפט חוקתי. במרבית המקרים שבהם נדונה ההפרטה הנחת היסוד היא כי גם אם ההפרטה פסולה, תכליתה ראויה באשר היא מיועדת להגשים מטרות חברתיות ראויות.

מאמר זה חורג מגבולות הדיון הזה באשר הוא חושף סוג נוסף של הפרטה שאותה אנו מכנים הפרטה רדיקאלית. לעתים הפרטה מיועדת לא לסיפוק שירות ציבורי ביעילות אלא לעקיפת מגבלות חוקתיות, מנהליות ופוליטיות. אנו משתמשים במונח "הפרטה רדיקאלית" לתאר העברת סמכויות מהותיות לגורם פרטי שקיים בה פוטנציאל ליצור מצב שבו הגוף הפרטי יקדם פונקציות שהממשלה איננה יכולה לבצע, או שהיא מתקשה לבצע, בשל מחלוקות עקרוניות נורמטיביות, התנגדות פוליטית ציבורית או קשיים חוקתיים דמוקרטיים. בנסיבות אלה הפרטה איננה מכשיר (ראוי או פסול) למימוש מטרות ציבוריות אלא מכשיר לסיכול מטרות ציבוריות ולמימוש מטרות פרטיות. לשון אחרת, הפרטה רדיקאלית אינה אלא בגדר פוטש שבמסגרתו גופים ציבוריים מקדמים תכליות פרטיות שאינן מתיישבות עם אינטרס הציבור כפי שהוא בא לידי ביטוי בהליך הדמוקרטי.

העברת הסמכויות בנושא ההתיישבות ממשלת ישראל לידיה של החטיבה להתיישבות היא מקרה מובהק של הפרטה רדיקאלית. על פי הנתונים, החטיבה משמשת זה שנים למימוש סדר יום פוליטי שנוי במחלוקת תוך עקיפת ההליך הפוליטי הדמוקרטי, מנהל ציבורי תקין, דיון ציבורי שקוף ואף החוק הישראלי עצמו. על סדר היום הציבורי מצויה כיום שאלת הפרטת ההתיישבות, אך לאחורונה חוקקה הכנסת את חוק מעמדן של ההסתדרות הצינונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל (תיקון מס' 2), התשע"ו-2015. החוק

* פרופסור אלון הראל, המחזיק בקתדרה על שם פיליפ ואסטל מיוזוק, הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים; המרכז לחקר הרציונליות, האוניברסיטה העברית בירושלים.

** דוקטור אסף שרון, מרצה בכיר בחוג לפילוסופיה וראש תכנית פכ"מ באוניברסיטת תל אביב. אנו מודים למירי גור אריה, לברק מדינה, לנדיב מרדכי, ליעל קריב ולרונון מנדלקרן, וכן לחברי מערכת משפטים, ובמיוחד לעורך אלעד שפיגלמן, על הערותיהם המצוינות. מאמר זה הוצג במכללת שערי משפט, ואנו מודים למשתתפים בסדנה המחלקתית, ובמיוחד ליפעת ביטון, על הערותיהם. לבסוף נסתייענו רבות בעבודתם של עוזרי המחקר דן ליסר וטיראן שרון, ואנו מודים להם על עבודתם המצוינת. מאמר זה שימש בסיס לבג"ץ 9518/16 הראל נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 5.9.2017).

1 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 283 (2000).

מתיימר לרפא את אי-החוקיות באמצעות הסמכת הממשלה להאציל מסמכויותיה להסתדרות הציונית העולמית. אנו נראה כי חוק זה הוא לא חוקתי ודינו להיפסל.

מבוא. א. הפרטה והפרטה רדיקאלית. ב. התשתית הנורמטיבית. ג. הפרטת ההתיישבות בישראל: דוגמת החטיבה להתיישבות. ד. התשתית המשפטית. 1. הדיון בחוק המסמך האצלה; 2. הדיון המנהלי. ה. סיכום. אחרית דבר.

מבוא

העמדה המקובלת בעניין הפרטת שירותים ציבוריים מתבססת על הקביעה כי יש גבולות משפטיים להפרטה, וכי יש סמכויות שאינן ניתנות להפרטה, בין מטעמים הנוגעים למשפט מנהלי ובין מטעמים הנוגעים למשפט חוקתי. בדרך כלל ההנחה שברקע הדיון היא כי גם אם ההפרטה יכולה לשרת תכליות חשובות כמו יעילות, יש שיקולים הנוגעים לחשיבות הפיקוח הציבורי או האחראיות הדמוקרטית על הספקת טובין ושירותי יסוד המחייבים הטלת מגבלות על הפרטה. לצד השיקולים הללו מתחום המשפט המנהלי התווספו לאחרונה שיקולים מהתחום החוקתי הנסמכים על הזכות לחירות והזכות לכבוד, שיקולים שהוכרו בפסיקה בבירור בפסק הדין בעניין הפרטת בתי הסוהר.² במרבית המקרים שבהם נדונה ההפרטה, הנחת היסוד היא כי גם אם ההפרטה פסולה, תכליתה ראויה באשר היא מיועדת להגשים מטרות שאותן יכלה (ואולי אף חייבת) הרשות לממש. תכלית ניסיון ההפרטה של בתי הסוהר למשל הייתה בעיקרה כלכלית, ונקבע כי אין זו עילה פסולה להפרטה, אולם נקבע כי משום שסמכויות המדינה המואצלות מביאות לפגיעה לא מידתית בזכויות לחירות ולכבוד של ציבור האסירים, מדובר באצילה אסורה.³

מאמר זה חורג מגבולות הדיון הזה באשר הוא חושף סוג נוסף של הפרטה, שאותה אנו מכנים הפרטה רדיקאלית. לעתים, אנו טוענים, הפרטה מיועדת לא לסיפוק שירות ציבורי בעילות אלא כדי לעקוף מגבלות חוקתיות, מנהליות ופוליטיות שחלות על הממשלה ומפריעות לה, או מקשות עליה, לממש מטרות פוליטיות באמצעות פרוצדורה דמוקרטית תקינה. בנסיבות אלה הפרטה איננה מכשיר (ראוי או פסול) למימוש מטרות ציבוריות אלא מכשיר לסיכול מטרות ציבוריות ולמימוש מטרות פרטיות. חוקיותה של הפרטה רגילה היא בדרך כלל תוצר של איזון בין השיקולים נגד הפרטה (אחראיות, שוויון וכ"ו) לבין השיקולים בעד הפרטה (יעילות כלכלית). לעומת זאת הפרטה רדיקאלית אסורה קטגורית באשר אין היא משרתת תכליות ציבוריות. כדוגמה פרדיגמטית להפרטה רדיקאלית ננתח את פעילותה של החטיבה להתיישבות כפרית.⁴

2 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).

3 שם.

4 החטיבה להתיישבות כפרית פועלת במסגרת ההסתדרות הציונית העולמית ועוסקת מטעם ממשלת ישראל בהקמתם ובטיפוחם של יישובים כפריים. תקציבה מגיע במלואו מתקציב המדינה. ראו הדיון להלן בפרק ג.

שעה שתאורטיקנים של המשפט המנהלי הזכירו לא אחת את החשש כי גופי ממשל ישתמשו בהפרטה כמכשיר למימוש תכליות שקשה או בלתי אפשרי לממשן באמצעות גופים ציבוריים,⁵ הן התאוריה והן הפסיקה לא הכירו בקטגוריה זו כקטגוריה ייחודית. אנו מציעים גם להכיר כעניין משפטי בקטגוריה זו כקטגוריה מובחנת של הפרטה פסולה. אנו בוחנים את הכלים המשפטיים הקיימים כבר היום והמאפשרים התערבות בהחלטות של גופים שלטוניים המשתמשים בהפרטה כדי לממש מטרות שהם מנועים מלמש בעצמם מטעמים נורמטיביים או פוליטיים.

בחלקו הראשון של המאמר אנו דנים במאפיינים המבחינים הפרטה רדיקאלית מהפרטה רגילה. בחלקו השני אנו דנים במשמעויות הנורמטיביות של ההפרטה הרדיקאלית. בחלק זה אנו בוחנים את ההפרטה הרדיקאלית מפרספקטיבה תאורטית-נורמטיבית. אנו טוענים כי הלגיטימציה הפוליטית של הפרטת פעילויות המדינה תלויה בשותפות של האזרחים בהחלטות הפוליטיות וביכולתם לראות בפעילות הרשות פעילות הנעשית לא רק למען רווחתם אלא גם בשמם ומכוחם. העברת סמכויות הריבון לגופים פרטיים כאמצעי לעקיפת מגבלות עקרוניות – חוקתיות-פוליטיות – המחייבות את נציגיו החוקיים פוגעת הן בחירות האזרח והן בשוויון בין האזרחים בהפכה אותם למכשיר לקידום מטרות סקטוריאליים של קבוצות אידאולוגיות שאינן מקדמות את הטוב הכללי. בחלק השלישי אנו מחילים את המבחנים הללו על הפרטת ההתיישבות בישראל לידיה של החטיבה להתיישבות ומראים כי ההסדרה החוקית של החטיבה להתיישבות היא מקרה פרטי של הפרטה רדיקאלית. בחלק הרביעי אנו בוחנים את התשתית המשפטית המחייבת לפסול הפרטה רדיקאלית. אנו מנתחים שורה של כלים משפטיים, חוקתיים ומנהליים, הדורשים התערבות משפטית בעניין החטיבה להתיישבות, הכוללים: חוקיות של אצילת הסמכויות, סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה (המפרט את סמכויות הממשלה) וכן הדוקטרינה של מטרות זרות.

נוסיף ונאמר כי שאלת הפרטת ההתיישבות היא שאלה המצויה כיום על סדר היום הציבורי. אך לאחרונה חוקקה הכנסת את חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל (תיקון מס' 2), התשע"ו-2015.⁶ חוק זה נחקק בשל העמדה המקובלת על משפטנים בכירים, ולפיה פעולת החטיבה קודם לחקיקת החוק היא בלתי חוקית.⁷ החוק מתיימר לרפא את אי-החוקיות באמצעות הסמכתה של הממשלה להאציל מסמכויותיה להסתדרות הציונית העולמית. אנו נראה בחלקו האחרון של המאמר כי חוק זה הוא בלתי חוקתי ודינו להיפסל.

Jon D. Michaels, *Beyond Accountability: The Constitutional, Democratic, and Strategic* 5
 Michaels, *Beyond* (להלן: *Problems with Privatizing War*, 82 WASH. U.L.Q. 1001, 1005 (2004)
 .(Accountability

6 ס"ח 312.

7 ראו הדיון בדבריה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה המובא להלן בפרק ג.

א. הפרטה והפרטה רדיקאלית

הפרטה או הלאמה של שירותים ציבוריים מבוססת על השערות בדבר איכות הטובין והשירותים שספקו גופים פרטיים וציבוריים.⁸ מוסכם כי יש צורך בטובין או בשירותים הנידונים, והקביעה מי יוסמך לספק אותם צריכה להתבסס על שיקולי יעילות. השאלה המנחה היא מי ייצר טובין או יספק שירותים איכותיים יותר במחיר זול יותר. הוויכוח בין תומכי ההפרטה למתנגדיה נסב פעמים רבות על השאלה אם המדינה ומוסדותיה הם הגופים היעילים ביותר לספק הטובין או השירות הנדרשים, או שמא גופים פרטיים כלשהם יעילים מן המדינה.⁹

לעתים הוויכוח בין חסידי ההפרטה למתנגדיה נוגע גם לשאלה מהן התכליות הראויות של הגוף המספק שירות כלשהו. חסידי ההפרטה מדגישים לעתים קרובות שיקולים כלכליים. לטענתם, גופים פרטיים יכולים לספק טובין ושירותים באיכות גבוהה יותר ובמחיר זול יותר מאלה שהמדינה יכולה לספק, בדיוק משום שהם חשופים ללחצי השוק.¹⁰ לעומת זאת המתנגדים מדגישים שיקולים אחרים נגד ההפרטה, כגון פגיעה בהגינות ובאחריות ציבורית, הקושי לקיים מנגנוני בקרה ופיקוח אפקטיביים, היעדר שוויון וחשש למשוא פנים.¹¹ לעתים מתנגדי ההפרטה מסתמכים גם על שיקולים פרוצדורליים כגון הליך הוגן.¹² גופים פרטיים, לטענתם, אינם חשים תחושת אחריות כלפי הציבור, כלומר הם אינם אחראיתיים (accountable). לפיכך שעה שתפיסתם של חסידי ההפרטה נשענת על שיקולי יעילות, תפיסתם של מתנגדיה מדגישה את הפרספקטיבה הציבורית, אשר "prioritizes legally required procedures designed to guarantee public participation and due process".¹³ [...]

בהתחשב במערכת השערות זו ההכרעה אם להפריט או לא להפריט הופכת פעמים רבות למלאכת איזון: איזון בין מערכת השיקולים התומכת בהפרטה שבבסיסה שיקולי יעילות, לבין מערכת השיקולים התומכת בניהול ציבורי המבוססת על שיקולים ציבוריים כמו היעדר

8 ראו Martha Minow, *Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion*, 116 HARV. L. REV. 1229, 1242–1243 (2003) (להלן: Minow, *Public and Private Partnerships*); Charles H. Logan & Sharla P. Rausch, *Punish and Profit: The Emergence of Private Enterprise Prisons*, 2 JUST. Q. 303, 316–317 (1985).

9 ראו Minow, *Public and Private Partnerships*, לעיל ה"ש 8.

10 ראו למשל Michael J. Trebilcock & Edward M. Lacobucci, *Privatization and Accountability*, 116 HARV. L. REV. 1422, 1435–1436 (2003); Ronald A. Cass, *Privatization: Politics, Law and Theory*, 71 MARQ. L. REV. 449, 467–469 (1988); Jody Freeman, *Extending Public Law Norms Through Privatization*, 116 HARV. L. REV. 1285, 1296–1298 (2003). לטענה נגד דומיננטיות השיקולים הכלכליים ראו Sharon Dolovich, *How Privatization Thinks: The Case of Prisons*, in GOVERNMENT BY CONTRACT: OUTSOURCING AND AMERICAN DEMOCRACY 128, 134 (Jody Freeman & Martha Minow eds., 2009).

11 ראו למשל Minow, *Public and Private Partnerships*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1246–1259.

12 ראו David J. Kennedy, *Due Process in a Privatized Welfare System*, 64 BROOK. L. REV. 231 (1998).

13 ראו Freeman, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1301–1302.

משוא פנים והליך הוגן. בשל מבנה שיח זה הדיון בהפרטה עוסק פעמים רבות במידת הפיקוח שהגוף המוסמך יהיה כפוף לה ובאפקטיביות של התחרות שתתקיים.¹⁴ לרוב נבחנים שני מאפיינים מרכזיים: האחד נוגע לאופי הסמכויות, והשני נוגע ליחס שבין הגוף המופרט ובין המדינה כבאת כוחו של הציבור האמונה על שמירת האינטרס הציבורי. המאפיין הראשון הוא הסמכויות המופרטות: האם אלו סמכויות ליבה שלטוניות? האם קיימות פעולות שאינן ניתנות להפרטה כלל, משום היותן חלק בלתי נפרד ממהותה של המדינה? האם הן מוגדרות היטב או עמומות? האם הן רחבות או מצומצמות?¹⁵ וכן הלאה. המאפיין השני הוא מידת השפעתה של המדינה על פעילות הגוף המופרט, ובעיקר רמת הפיקוח שיש לה על פעולותיו.¹⁶ אחד הפתרונות המעניינים שהוצע כדי להבטיח מימוש סימולטני של יעילות מצד אחד ושיקולים ציבוריים מצד אחר הוא הפרטה בתוך כדי הליך "הצברה" (publicization) של הגוף המופרט, דהיינו הליך שבמסגרתו גופים פרטיים מחויבים למימוש הערכים הציבוריים.¹⁷

לאור האמור, ברור כי הוויכוח העכשווי בין תומכי ההפרטה לבין מתנגדיה מבוסס במידה רבה על השערות אמפיריות. האם אכן גופים ציבוריים יעילים פחות מגופים פרטיים? האם גופים פרטיים מחויבים פחות מגופים ציבוריים לערכים ציבוריים? האם ניתן להבטיח שגופים פרטיים יפנימו ערכים ציבוריים ויפעלו על פיהם? ספרות עשירה מוקדשת לבחינת הנחות אלה.¹⁸ למותר לציין כי ספרות זו מגיעה לעתים קרובות למסקנות שונות בהתאם לנסיבות: לעתים נאמר שניהול ציבורי הוא יעיל, ולעתים נקבע כי ניהול פרטי עדיף; ניתן למצוא אנשים הסבורים כי לעתים דווקא ניהול פרטי יכול לממש ערכים ציבוריים טוב משניהול פרטי יכול לעשות זאת וכיוצא בזה. לצד השאלות האמפיריות עולות גם שאלות עקרוניות, הנוגעות למעמד של נציגי ציבור מוסמכים כנאמני הציבור או מייצגיו, לעומת גופים פרטיים, בנוגע לפונקציות ולטובין מסוגים שונים שהם "ציבוריים במהותם".¹⁹

14 ראו למשל בג"ץ 1083/07 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' משרד הבריאות – מדינת ישראל (פורסם בנוב, 2012.5.24); Martha Minow, *Outsourcing Power: Privatizing Military Efforts and the Risks to Accountability, Professionalism, and Democracy*, in GOVERNMENT BY CONTRACT: OUTSOURCING AND AMERICAN DEMOCRACY 110, 111 (Jody Freeman & Martha Minow eds., 2009); אבישי בניש "מיקור-חוץ בראי המשפט הציבורי: הפרטת תכניות 'מרווחה לעבודה' ובעיית כשלי הפיקוח" משפטים לח 283 (2008).

15 דפנה ברק-ארו "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל 461, 493 (2008); חוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי, דינה זילבר, בנוגע לחטיבה להתיישבות: מכתב מדינה זילבר, משנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), לאביחי מנדלבליט, מזכיר הממשלה (26.2.2015) (להלן: חוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה); יואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים לז 287, 297-305 (2007).

16 יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב 67, 89 (2005).

17 ראו Freeman, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1285.

18 ראו למשל PAUL R. VERKUIL, *OUTSOURCING SOVEREIGNTY: WHY PRIVATIZATION OF GOVERNMENT FUNCTION THREATENS DEMOCRACY AND WHAT WE CAN DO ABOUT IT* (2007).

19 ראו למשל Avihay Dorfman & Alon Harel, *Against Privatization as Such*, 36 OXFORD J. LEGAL STUD. 400 (2016). כן ראו ALON HAREL, WHY LAW MATTERS ch. 3 (2014).

מטרטנו במאמר זה איננה להכריע בשאלות אלה ואף לא להוסיף שיקולים למסגרת הדיון הקיימת. מטרטנו היא להפנות את הזרקור אל סוג מובחן של הפרטה שיש לה מאפיינים ייחודיים ושמעלה שיקולים שונים מאלה הטיפוסיים, שאותה נכנה הפרטה רדיקאלית.

הפרטה כפי שתוארה עד כה מאפשרת למדינה לממש תכליות שחשיבותן הציבורית אינה שנויה במחלוקת. במילים אחרות, הפרטה היא מכשיר למימוש תכליות ראויות מבחינה ציבורית אשר יכולות להיות מבוצעות טוב יותר או טוב פחות באמצעות גופים פרטיים. כך למשל גם מתנגדי הפרטת בתי הסוהר סברו כי בתי הסוהר נחוצים מבחינה חברתית ומקדמים את האינטרס הציבורי. כפי שנראה, ההתנגדות עוגנה בחשש לפגיעה בזכות לחירות ובזכות לכבוד.²⁰ יתר על כן, בהפרטה רגילה מדובר בפונקציות שהממשלה יכולה, לפחות ברמה עקרונית, לבצע, ושהיא בוחרת להעביר לגוף פרטי משיקולי יעילות. כך שירותי רווחה, בריאות וחינוך, כמו גם מאסר או השמה תעסוקתית, הם תפקידים שאין חולק על חשיבותם הציבורית ושהממשלה יכולה למלא אך בוחרת משיקולי יעילות להפריטם. אנו משתמשים במושג הפרטה רדיקאלית לתאר העברת סמכויות מהותיות לגוף פרטי שקיים בה פוטנציאל ליצור מצב שבו הגוף הפרטי יקדם פונקציות שהממשלה איננה יכולה, או שהיא מתקשה, לבצע בשל מחלוקות עקרוניות נורמטיביות, התנגדות פוליטית-ציבורית או קשיים חוקתיים-דמוקרטיים. במקרים הטיפוסיים של הפרטה רדיקאלית ההשלכה העיקרית בהעברת הסמכות לגוף פרטי היא עקיפת המגבלות והאילוץ העקרוניים (במובחן מן הטכניים-ביוורוקרטיים) החלים על גופים ציבוריים. ככלל, בהפרטה רדיקאלית הממשלה חפצה לבצע פעולות שנויות במחלוקת פוליטית ואידאולוגית, וההפרטה משמשת מכשיר להתגברות על המגבלות הפרוצדורליות המיועדות להבטיח שהפעולה תיעשה בשמו של הציבור או לשחיקתן של מגבלות אלה. אשר על כן, בהפרטה רדיקאלית הגוף הפרטי איננו פועל כשלוחה של הממשלה (או גוף ציבורי אחר) כגוף נבחר וריבוני הפועל לטובת הציבור, אלא כתחליף לה, אשר לו היכולת לממש פונקציות שהממשלה מתקשה לבצע בעצמה או מנועה מלבצע בשל התנגדות ציבורית-פוליטית או אילוץ חוקתיים-דמוקרטיים. לפיכך במקרים הטיפוסיים של הפרטה רדיקאלית גוף שלטוני מממש תכליות או אינטרסים שאינם ציבוריים אלא סקטוריאליים או פרטיים.²¹

כדי לאפיין את מושג ההפרטה הרדיקאלית ניעזר בהשוואה לשני מקרים של הפרטה, האחד שנידון בהרחבה בישראל – הפרטת בתי הסוהר, והשני מארצות הברית – מיקור חוץ של תפקידי לחימה. המקרה הראשון הוא מקרה של הפרטה אסורה, אך איננו מקרה של הפרטה רדיקאלית, ואילו המקרה השני הוא מקרה של הפרטה רדיקאלית.

בפסק דין תקדימי פסל בשנת 2009 הרכב מורחב של בית המשפט העליון העברת ניהול בתי סוהר לחברות פרטיות. הנימוק העיקרי לפסילת התיקון לפקודת בתי הסוהר שהיה אמור לאפשר את הקמתו של מתקן כליאה בניהול חברה פרטית היה כי הסמכויות שהופרטו הן "סמכויות שהשימוש בהן כרוך בפגיעה קשה בזכויות לחירות אישית ולכבוד האדם".²² לדידו של בית המשפט, הבעיה בהפרטת בתי הסוהר היא סוג הסמכויות שמועברות

20 ראו עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 2, פס' 19, 67 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

21 על כך ראו הטקסט ליד ה"ש 32 להלן.

22 ראו עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 588.

באמצעותה לידיים פרטיות. עם זאת במקרה זה לא דובר בסמכויות עמומות או רחבות מדי. בניגוד להפרטת ההתיישבות שבה נעסוק להלן, הפונקציות שהופרטו עם הפרטת בתי הסוהר הן פונקציות מוגדרות היטב וממוקדות. גם הפיקוח שהוצע על פעולת הרשות הפרטית בעניין בתי הסוהר היה פיקוח הדוק ביותר. תוכנן כי הקצאת התקציבים לבית הסוהר הפרטי תיעשה באמצעות חוק התקציב. בנוסף, כמו שציין השופט לוי בדעת המיעוט, קיימים מנגנוני הפיקוח הקבועים בחוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד–2004,²³ אשר שימוש נכון בהם יפיג לדעתו את החשש מפני פגיעה בזכויות אדם מוגנות.²⁴ הבעיה בהפרטת ניהול בתי הסוהר, כפי שמאבחן אותה בית המשפט, איננה במטרות שלשמן הופרטו סמכויות הכליאה, שהן סמכויות יסוד של המדינה בתחום אכיפת החוק, או התכלית שאותה ההפרטה אמורה לממש. הקושי החוקתי הוא בסוג הסמכויות המועברות. כפי שאמרה נשיאת בית המשפט העליון, השופטת ביניש, בית המשפט מניח ש"עצם כליאתו של אדם והשמטתו במאסר פוגעת בזכותו לחירות ולחופש התנועה [...] גם כשהכליאה נעשית כדין",²⁵ ושפגיעה כזו יכולה להיות מוצדקת רק בשל האחריות המוטלת על המדינה לדאוג לשלום הציבור ולרווחתו. עוד ציינה הנשיאה כי "ריבונותה של המדינה וכוח הכפייה שלה כלפי הנתונים למרותה באים לידי ביטוי מובהק בסמכות המוקנית לה לכלוא בני אדם שהורשעו במשפט בבתי סוהר [...] באופן שפוגע קשות (פגיעה שעשויה להיות מוצדקת) בחירותם האישית, בכבוד האדם שלהם ובפרטיותם [...]".²⁶ לפיכך, קבעה הנשיאה ביניש כי "כאשר הסמכות לשלילת חירותו של הפרט ניתנת בידי תאגיד פרטי, נפגעת הלגיטימיות של עונש המאסר, שכן העונש נאכף על ידי גורם המונע, בראש ובראשונה, משיקולים כלכליים, שהם למעשה שיקולים זרים בכל הנוגע להגשמתן של מטרות הענישה, שהן מטרות ציבוריות".²⁷ בית המשפט פסל את החוק לתיקון לפקודת בתי הסוהר (מס' 28) כיוון שלטעמו הסמכויות שתיקון זה היה מפקיד בידיהם של גופים פרטיים נוגעות לזכויות לחירות אישית ולכבוד האדם, ופגיעה בזכויות יסוד אלה מותרת אך ורק למדינה. לכן, קבעה הנשיאה: "עצם העברת הסמכויות לניהולו של בית סוהר מידי המדינה, הפועלת בשם הציבור, לידי של זכיון פרטי הפועל למטרת רווח, גורמת לפגיעה קשה וחמורה בזכויות האדם הבסיסיות של האסירים לחירות אישית ולכבוד האדם [...]".²⁸ נשווה מקרה זה למקרה אחר של הפרטה – הפרטת הפעילות הצבאית האמריקאית בעיראק. המלחמה שניהלה ארצות הברית בעיראק הייתה מבוססת במידה רבה על שימוש בחברות פרטיות.²⁹ לא אחת נטען כי אחת הסיבות לשימוש מסיבי בכוחות פרטיים היה

23 שם, בעמ' 579–581, פס' 5–6 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. הנשיאה מפרטת את מנגנוני הפיקוח במסגרת תיאור טענות המדינה.

24 שם, בעמ' 721–724, פס' 12 לפסק דינו של השופט לוי.

25 שם, בעמ' 595.

26 שם, בעמ' 607.

27 שם, בעמ' 608.

28 שם, בעמ' 597.

29 לעלייה העצומה בהסתמכות על גורמים פרטיים לתפקידי לחימה וביטחון ראו P.W. SINGER, CORPORATE WARRIORS: THE RISE OF THE PRIVATIZED MILITARY INDUSTRY (Updated ed. 2008).

הרצון לעקוף הגבלות חוקיות שונות ובכך לנהל את המלחמה באופן שלא היה אפשרי לו היה הנשיא משתמש בצבא. כך מתאר זאת Jon D. Michaels:

“Military privatization threatens this framework of coordinate decisionmaking. The potential to outsource combat roles necessarily carries with it opportunities for the Executive to wield powers unimaginable were it limited to the use of regular, U.S. troops. By shifting responsibilities away from America's armed forces and delegating them to private contractors, the president can circumvent constitutional obligations to share warmaking authority with Congress”.³⁰

מתיאורו של מייקלס עולה תמונה מדאיגה ולפיה הפרטת הפעילות הצבאית יכולה לשמש מכשיר להתגברות על המגבלות שהטיל הקונגרס. במילים אחרות, העברת סמכויות שלטוניות לגוף הפרטי מאפשרת לנשיא לבצע פעולות שאין הוא רשאי לבצען מטעמים חוקתיים, מדיניים או פוליטיים. נמצא שהבעיה בהפרטת הפעילות הצבאית שונה במהותה מהבעייתיות שכרוכה בהפרטת בתי סוהר. הדגש במקרה זה איננו נוגע להיקפן ובהירותן של הסמכויות שמופקדות בידי הגוף הפרטי וגם לא נוגע לטיב הפיקוח הציבורי על פעולותיו, אלא נוגע בבעייתיות הנובעת מכך שרשות מבצעת מעניקה סמכויות שלטוניות לגוף פרטי כדי להשיג תכליות שהיא איננה יכולה להשיג בדרך המלך. החלטתה של הרשות המבצעת במקרה זה איננה אלא בגדר “פוטש”, באשר היא מסמיכה גופים פרטיים לבצע פעולות המנוגדות לאינטרס הציבורי. מבחינה זו זוהי הפרטת הסמכות השלטונית עצמה, או כפי שאנו מכנים זאת, הפרטה רדיקאלית – הפרטה אשר מסמיכה גוף פרטי לפעול שלא בכפוף למגבלות החוקתיות והדמוקרטיות כדי לקדם מטרות שאין הרשות המבצעת יכולה לקדם בעצמה. במקרה זה, כמו במקרה של החטיבה להתיישבות שבה נעסוק להלן, ההסמכה נועדה לשרת תפיסות פוליטיות שנויות במחלוקת שאותן לא יכלה או לא רצתה המדינה לממש באמצעים החוקיים העומדים לרשותה.³¹

30 Michaels, *Beyond Accountability*, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1052.

31 הבעיה נוסחה ביתר כלליות במאמר אחר של מייקלס שבו הוא עוסק בשאלת ה-“workarounds”: “Notwithstanding the current and long-dominant debate in privatization circles focusing on efficiency versus accountability, government outsourcing appears to have more subtle applications that do not map onto this conventional terrain. Indeed, policymakers turn to privatization for more than the customary, and ostensibly exclusive, objective of providing the public with the *same* goods and services more efficiently than the government bureaucracy can. They use government contracting in a way that substantively alters (or temporally ossifies) the very policies they are supposed to be neutrally administering. The act of privatization can thus directly change the outcome of regulatory rulemaking and enforcement proceedings, the programmatic content of government-sponsored educational, public health, and social welfare programs, and the trajectory of national security investigatory and military operations. These practices – what this Article calls ‘workarounds’ – are executive aggrandizing. Specifically, workarounds are government contracts, or provisions within government contracts, that provide the outsourcing agency with the means of achieving

הגדרה זו מחייבת דיוק. פעמים רבות הפרטה נועדה להעביר לידיים פרטיות ביצוע פעולות שהמדינה אינה יכולה לבצע, לפחות לא באותו האופן. למשל, הפרטה יכולה לשחרר את הגוף המופרט מחובות של ערכת מכרזים או לאפשר לגוף המופרט לשכור עובדים שאינם נהנים מזכויות שעובדי מדינה נהנים מהן. לעתים חלק מתכלית ההפרטה היא לאפשר לגוף המופרט לפעול בגמישות וביעילות רבות מאלו המקובלות בשירות הציבורי. הפרטה איננה רדיקאלית אפוא רק מכיוון שהיא כוללת אופני פעולה שאינם פתוחים בפני גופים ציבוריים. הפרטה היא רדיקאלית כאשר הפעולה המופרטת עתידה לקדם תכלית שהממשלה כגוף ציבורי-פוליטי איננה יכולה או מתקשה לקדם בשל חשיפת החלטותיה לפרוצדורות ציבוריות המאפשרות ביקורת ציבורית, התנגדות פוליטית, והגובות מחיר אלקטורלי. מכאן הדרישה שההפרטה הרדיקאלית תכלול העברת סמכויות מהותיות לגורם פרטי שקיים בה פוטנציאל ליצור מצב בו הגוף הפרטי יקדם פונקציות שהממשלה איננה יכולה או שהיא מתקשה לבצע בשל מחלוקות עקרוניות נורמטיביות, התנגדות פוליטית-ציבורית, או קשיים חוקתיים-דמוקרטיים. לפיכך צריך להבחין בין מקרים שבהם תוצאת ההפרטה היא יעילות המושגת באמצעות שחרור הגוף המופרט מחיובים טכניים או בירוקרטיים המוטלים על הרשות הציבורית, לבין מקרים שבהם תוצאת ההפרטה היא לאפשר לממשלה לעקוף את הפרוצדורות הדמוקרטיות התקינות, להימנע מהליכים ציבוריים מחייבים ולמנוע פיקוח ציבורי הולם.

אפינו במפורש את ההפרטה במונחים אובייקטיביים ולא סובייקטיביים או פסיכולוגיים (הנוגעים לתכלית ההפרטה). האפיון איננו תלוי אפוא בפסיכולוגיה או במצבים המנטליים של הפרטים המעורבים בהפרטה. המבחן הממשי הוא בעיקרו מבחן אובייקטיבי הבוחן את האפקט של ההפרטה. כאשר ההפרטה פוטרת את הגוף המחליט מעולן של פרוצדורות פוליטיות/מנהליות תקינות ומביאה בעקבותיה למימוש ההחלטה באופנים שאינם מתיישבים עם מגבלות חוקתיות ודמוקרטיות, ההחלטה להפריט היא על פי הבנתנו הפרטה רדיקאלית.

distinct public policy goals that – but for the pretext of technocratic outsourcing – would be impossible or much more difficult to attain in the ordinary course of non-privatized public administration. In short, workarounds enable the executive to exercise greater unilateral discretion – at the expense of the legislature, the judiciary, the people, and successor administrations” (Jon D. Michaels, *Privatization's Pretensions*, 77 U. CHI. L. REV. 717, 718–719 (2010)).

מייקלס מחדד במאמר זה את הסכנה כי ההפרטה תשנה לא רק את האופן שבו הטובין המופרטים מסופקים אלא גם את אופי הטובין עצמם. מקצת מן הדוגמאות שהוא מביא נוגעות בדיוק בסוגיה של ניסיון מכון לעקוף את רצונה של הקהילה הפוליטית, למשל המקרה של ראש עיר שהוא תומך נלהב בנושאים סביבתיים. לאחר שהפסיד בבחירות למועמד אחר הוא מורה לחתום על חוזה ארוך טווח עם חברה פרטית לקידום נושאי איכות הסביבה (שם, בעמ' 720–721). אולם עיקר עניינו של מייקלס הוא בקטגוריה רחבה יותר של מקרים שבהם ההפרטה מסירה מגבלות מהותיות מעל פעילות הגוף המופרט. המקרים שבהם עוסק מייקלס יכולים להיות מאופיינים כמקרים של חריגה מסמכות או ניצול לרעה של סמכות. אותנו מעניינות אותם חריגות שיש בהן כדי לעקוף את ההליך וההגבלות הדמוקרטיים התקינים, ובשל כך שעבוד הרצון הציבורי לאינטרס אישי או סקטוריאלי.

ב. התשתית הנורמטיבית

הפרטה שאיננה רדיקאלית קשורה מטבעה לתכליות שהממשלה יכולה ורשאית לקדם בעצמה, כמו ניהול בתי סוהר, בתי חולים, מרכזי תעסוקה וכיוצא בזה. השאלה האופיינית בהקשר זה היא, מחד גיסא, אם המדינה יכולה לספק את השירות המדובר ביעילות, או אם גוף פרטי יעשה זאת ביעילות רבה יותר, ומאידך גיסא, אם ראוי ורצוי להעניק את הסמכויות הדרושות לגורם פרטי. הפרטת בתי הסוהר למשל איננה מקרה שבו יש קונפליקט, מניעה או מגבלה חוקתית-דמוקרטית שהממשלה מבקשת לעקוף. המדינה הייתה יכולה לממש את הקמת בית הסוהר בעצמה, אולם בחרה לפנות לגופים פרטיים מתוך רצונה לממש ביעילות רבה יותר את התכליות שאותן יכלה לממש באמצעות הקמת בית סוהר ציבורי ולא כדי לעקוף מגבלות חוקתיות או פרוצדורליות-ציבוריות. להפך! המדינה חפצה לממש ביעילות רבה יותר את התכליות שאותן יכלה לממש באמצעות הקמת בית סוהר ציבורי. מובן שכפי שצינינו לעיל, ההפרטה מאפשרת בדרך כלל לגוף הפרטי לפעול באופנים שהמדינה אינה יכולה לפעול בהם. למשל ההפרטה מאפשרת להוזיל את עלות העבודה באשר העובדים אינם זכאים להטבות שעובדים בשירות הציבורי זכאים להן. ההפרטה גם פוטרת את הגוף המופרט מחלק מן החובות שאותן חבות רשויות ציבוריות כמו חובות עריכת מכרז או חובות דיווח. אולם המטרות המרכזיות, במובחן מן האמצעים הטכניים למימוש המטרות, אינן משתנות. הפרטת בתי הסוהר היא דוגמה להפרטה רגילה, משום שהפרטת בית הסוהר לא פטרה את המדינה מאחריות לרווחתם של האסירים ומן החובה להגן על ביטחון הציבור; היא נועדה רק לאפשר פעולה יעילה יותר של הגוף האחראי לכליאה. עובדה זו כאמור איננה מבטיחה שמדובר בהסדר חוקתי, אולם היא אינדיקציה לכך שאין מדובר כאן בהסדר שהוא בגדר הפרטה רדיקאלית. כאמור, הפרטה רדיקאלית מתרחשת במקום שבו הממשלה (או גוף מבצע אחר) אינה יכולה (או לכל הפחות היא מתקשה) מבחינה פוליטית או נורמטיבית לחתור למימוש מטרות מהותיות מסוימות, ועל כן מסמיכה גוף פרטי שאינו כבול במגבלות אלה.

מכאן גם נובעת הבעייתיות הייחודית בהפרטה רדיקאלית. בהפרטה רגילה החשש הוא שמא הגוף הפרטי לא יבצע ביעילות את הפונקציה שהוסמך לבצע, או שישתמש לרעה בסמכויות שניתנו בידיו לתועלתו הפרטית ולא לתועלת הציבורית, או שלא ישמור על זכויות אדם. לעומת זאת בהפרטה רדיקאלית הבעיה איננה חשש מפני השלכות לא רצויות של הסמכת הגורם הפרטי, אלא עצם ההסמכה.³² זאת משלושה טעמים: ראשית, העברת סמכויות לביצוע פעולות שהממשלה אינה יכולה או אינה מורשית לבצע לידי גוף פרטי מקעקעת את עקרון הגבלת השלטון. האצלת הסמכות לגוף פרטי משחררת את העצמה השלטונית מכבליה החוקתיים והדמוקרטיים, באשר הגוף הפרטי איננו כפוף למגבלות הפרוצדורליות החלות על גופי השלטון, והוא אינו נתון תחת עינו של הציבור;³³ שנית,

32 יש טענות מסוג זה גם בנוגע להפרטה רגילה. ראו למשל Dorfman & Harel, לעיל ה"ש 19, בעמ' 3.

33 אכן, ככתוב בפתח המאמר, בית המשפט קבע כי את שהמדינה אינה רשאית לעשות במישרין, אין היא רשאית לעשות בעקיפין, אך כפי שנראה בהמשך המאמר, במקרי הפרטה רדיקאלית הפיקוח על הגוף

הפרטה רדיקאלית מעוררת חשש להטיה פוליטית. כאשר מטרת ההפרטה היא לעקוף מגבלות חוקתיות-ציבוריות שחלות על הממשלה, יש חשש ממשי שההפרטה תיעשה בשירות קבוצה אינטרסנטית או אידאולוגית מסוימת ותאפשר לממשלה להשיג מטרת סקטוריאליות שאין ביכולתה להשיג בהליך הפוליטי הדמוקרטי התקין;³⁴ שלישית הפרטה רדיקאלית פוגעת קשות בשותפות של האזרחים בהחלטות הפוליטיות, ביכולתם לדעת ולהבין את פעולות הגוף המבצע ולבקדם משום שהיא משחררת את הגוף הפועל מחובות שקיפות ומפרוצדורות החלטה שונות. מתוך כך נפגעת גם יכולתם של האזרחים לראות בפעילות הרשות המבצעת פעילות הנעשית לא רק למען רווחתם אלא גם בשמם ומכוחם.

הפרטה רגילה יכולה כמובן לפגוע בזכויות אדם שונות כדוגמת מקרה הפרטת בתי הסוהר, אולם אין היא מקעקעת את ריבונותו של העם. בהפרטה רדיקאלית היסודות הדמוקרטיים ועקרון השוויון הפוליטי מתערערים בשל קידום מטרת פוליטיות שחורגות מסמכותה או מכוחה הלגיטימי של הממשלה. כאשר היא פועלת כך, אין הממשלה פועלת כגוף נבחר שמקדם את האינטרס הציבורי אלא כגוף שמקדם אינטרס פרטי או סקטוריאלי. אינטרס סקטוריאלי זה היה הופך לחלק מן הטוב הכללי אם היה מתקבל בפרוצדורות ציבוריות מקובלות. אולם בהיעדר פרוצדורות אלה הוא נותר בגדר אינטרס סקטוריאלי. גם אם הגוף המוסמך אינו מונע ממניעים אידאולוגיים-פוליטיים, הממשלה עצמה חורגת מסמכותה ולמעשה מעמידה את המשאבים הציבוריים בשירותה של תפיסה אידאולוגית או פוליטית מסוימת על חשבון אחרות. על אחת כמה וכמה כאשר הגוף המוסמך מזוהה ומוטה פוליטית, כמו במקרה שבו נדון להלן: החטיבה להתיישבות.³⁵

יש להבהיר את האופן שבו אנו משתמשים במושג "האינטרס הציבורי", וכיצד מושג זה נקשר להפרטה רדיקאלית. את האינטרס הציבורי ניתן להגדיר בשני אופנים: האופן התוכני והאופן הפורמלי. כאשר אנו מנתחים את האינטרס הציבורי מן הבחינה התוכנית אנו מתייחסים לפעילות אשר מקדמת (באופן אובייקטיבי) את רווחת הציבור. למשל, כאשר חברת כנסת מציעה חוק, היא מנמקת את החוק בטענה שהוא יקדם את רווחת החברתית או את הצדק, ובהקשר זה מדובר ב"אינטרס ציבורי" במובנו התוכני. למותר לציין כי בדמוקרטיה יש חקיקה רבה המקדמת מטרת ציבוריות כמו גם מטרת סקטוריאליות במובן התוכני של המילה. בין שהחקיקה מקדמת מטרת ציבוריות ובין שהיא מקדמת מטרת סקטוריאליות החקיקה, כפופה היא לאילוצים פרוצדורליים המבטיחים כי היא נעשית על דעת הצבור ובשמו, ועל כן על פי האפיון המוצע, חקיקה כזו מקדמת את האינטרס הציבורי במובן הפורמלי. כאשר אנו מנתחים את האינטרס הציבורי במובנו הפורמלי, אנו מתייחסים לחובת הקיום של הליך חוקי ונאות לשם קבלת החלטה הנוגעת לאינטרס הציבורי. הליך זה הוא חיוני באשר הוא מבטיח שהרשות הציבורית איננה רק פועלת למען הצבור אלא גם פועלת בשמו של הציבור. כבוד האינטרס הציבורי במובנו הפורמלי נחוץ אפוא לצורך

הפרטי הוא בדרך כלל דל, ושקיפות הגוף רחוקה מלהיות מלאה. שילוב השניים מאפשר למדינה לקדם מדיניות באמצעות הגוף הפרטי, שלא הייתה יכולה לקדמה בעצמה.

34 ראו אמיר פז-פוקס ורונון מנדלקרן "לא מוסדר, ולא במקרה: כשלים מובנים באסדרת (רגולציה) שירותים ציבוריים מופרטים חלקית" משפטים מג 1195 (2013).

35 ראו להלן פרק ג.

הבטחת קיומה של דמוקרטיה שבה החלטות של המדינה נקבעות בשמם של האזרחים והן הביטוי המוסדי לרצונו של העם.

גם אם חוק מוצע מקדם את האינטרס הציבורי במובן התוכני כפי שחברת הכנסת טוענת או שהחלטה כלשהי מקדמת את האינטרס הציבורי במובן התוכני, הצעת חוק שלא תזכה לרוב בכנסת או החלטה שלא אושרה בגופים הציבוריים המוסמכים איננה מקדמת את האינטרס הציבורי במובנו הפורמלי. על כן כאשר גוף ציבורי משתמש בגופים פרטיים כדי לממש את חקיקה, מדיניות, או החלטה שלא יכולה להתממש באופן פרוצדורלי תקין; המימוש של החוק, של המדיניות או של ההחלטה אינו מקדם את האינטרס הציבורי במובנו הפורמלי משום שהוא לא נבחן בהליכים המוסדיים המקובלים בדמוקרטיה. ההחלטה במקרה כזה מקדמת אג'נדה סקטוריאלית-פרטית. אין צורך לומר שהחלטה שמקדמת את האינטרס הציבורי מבחינה פורמלית לא בהכרח מקיימת אותה מבחינה מהותית ולהפך. המובן הפורמלי של האינטרס הציבורי הוא המובן הרלוונטי לצורכי הטיעון הנוכחי. כיבוד אינטרס הציבורי במובן הפורמלי הוא הבסיס לקיומה של דמוקרטיה, ועל כן פגיעה באינטרס הציבורי במובן הפורמלי היא פגיעה בתשתית הדמוקרטית של המדינה.

העברת סמכויות הריבון לגופים פרטיים באופן התואם את הגדרת ההפרטה רדיקאלית, משעבדת את האזרחים לרצונו הפרטי של קבוצות אינטרסים או קבוצות אידאולוגיות המקדמות תכליות סקטוריאליות. הפרטה רדיקאלית היא אפוא פגיעה בקיומה של חברה פוליטית שבה הרצון הכללי (לפחות במובנו הפורמלי-פרוצדורלי) בא לידי ביטוי בחוק ובהחלטות הרשות המבצעת ומתממש בפועל על ידיה. במציאות זו נשללת חירות האזרח, ההופך למכשיר לקידום מטרות סקטוריאליות של קבוצות אידאולוגיות. זאת ועוד, ניתן לומר כי הפרטה רדיקאלית פוגעת בשוויון האזרחי משום שהיא הופכת חלק מן האזרחים למכשיר לקידום האינטרסים הפרטיים של חלק אחר מן האזרחים. הגוף הפרטי הופך מוקד רב-השפעה לקידום ערכים סקטוריאליים ואידאולוגיים של האזרחים החולקים מערכת ערכים דומה לזו שהגוף הפרטי מייצג, אשר בד בבד פוגע בזכות האזרחים שאינם חולקים מערכת ערכים דומה, לייצוג הולם של השקפותיו דרך נציגיו שנבחרו בבחירות דמוקרטיות. הפרטה רדיקאלית מאפשרת לקבוצות סקטוריאליות לעקוף את שלטון הרוב ואת עקרון השוויון באשר הגוף הפרטי מבטיח לאזרחים החולקים את מערכת הערכים שאותה הוא מקדם השפעה גדולה מזו של האזרחים שאינם שותפים לה. נמצא שהפרטה רדיקאלית מעקרת את התשתית של המשטר הדמוקרטי, מקעקעת את עקרון הממשל המוגבל ושוחקת את החירות והשוויון הפוליטי.

לפני שאנו עוברים לבחון את מקרה הפרטת ההתיישבות בישראל, נסיף שתי הערות הבהרה כלליות: ראשית, ההבדל בין המקרים שבהם ההפרטה מיועדת, באופן לגיטימי, לאפשר לגוף המופרט לפעול באופנים שונים מאלו של הגוף המפריט לבין מקרים שבהם ההפרטה מכוננת, באופן לא לגיטימי למימוש תכליות המנוגדות לאינטרס הציבורי עשוי להיות קשה לזיהוי. אפשר שיהיו מקרי גבול ומקרים מורכבים שבעניינם תתחייב הפעלת שיקול דעת זהיר מצדו של בית המשפט. מערכת השיקולים הקובעת צריכה לכלול בתוכה שאלות כגון אם ההחלטות שמקבל הגוף הפרטי הן בעלות אופי ציבורי מובהק, ואם ההפרטה מיועדת בעיקרה להתגבר על קשיים הנגזרים מקיומן של פרוצדורות ציבוריות

החושפות את ההחלטה לביקורת ציבורית, פוליטית או דמוקרטית. כפי שנראה להלן, המקרה העומד לדיון במסגרת מאמר זה (החטיבה להתיישבות) איננו מקרה גבול אלא מקרה מובהק של הפרטה רדיקאלית.

שנית, מהניתוח הנורמטיבי שהוצע כאן עולה שאי אפשר "לרפא" את ההפרטה הרדיקאלית בדרך של החלת נורמות של משפט ציבורי על הגוף הפרטי. כידוע יש מגמה להחיל נורמות של משפט ציבורי על גופים מופרטים.³⁶ לעתים קרובות החלת נורמות של המשפט הציבורי יכולה לרוכך חלק מן ההשפעות השליליות של ההפרטה. גוף מופרט הכפוף לנורמות של המשפט הציבורי יכול לעתים לנהוג בשוויוניות ובאחריותיות. עם זאת החלתן של נורמות מן המשפט הציבורי איננה יכולה לרפא את תחלואי ההפרטה הרדיקאלית, מכמה טעמים: ראשית, כמו בהפרטה רגילה, עובדי המגזר הפרטי עובדים מטבע הדברים בסביבת עבודה שונה מזו של עובדי המגזר הציבורי, והפנמת ערכי השירות הציבורי במסגרת פרטית איננה תמיד אפשרית; שנית, מטבע הדברים פיקוח משפטי מוגבל ביכולתו לייצר נורמות של משפט ציבורי. אין ספק שהחלה פורמלית של נורמות של משפט ציבורי יכולה לשפר את תפקודו של הגוף הפרטי באופן שיממש את הערכים המאפיינים את המגזר הציבורי, אולם לעתים קרובות הסדרה משפטית איננה מספיקה.³⁷ האפקטיביות של נורמות משפטיות מושפעת לעתים קרובות מן המבנה המוסדי או הארגוני של המוסד. זאת ועוד, נורמות ציבוריות הן אפקטיביות שעה שהגופים הביצועיים מעוניינים במימושם, ואילו במקרים של הפרטה רדיקלית עצם הבעיה היא עקיפתן של הנורמות האמורות. שני שיקולים אלה יכולים להתעורר גם במקרים של הפרטה רגילה, אולם הם כרוכים באופן בלתי נמנע עם הפרטה רדיקאלית משום שעל פי ההגדרה שהוצעה לעיל הפרטה רדיקאלית היא הפרטה אשר תוצאתה הטבעית היא יצירת פוטנציאל שבו הגוף הפרטי ממלא פונקציות שהמדינה איננה יכולה למלאן או שהיא מתקשה למלאן בעצמה. במקרה של הפרטה רדיקאלית העברת הסמכויות כשלעצמה מאפשרת פעילות שלא הייתה מתאפשרת במסגרת הגוף הציבורי; שלישית, לעתים קרובות במקרים של הפרטה רדיקאלית הגוף הציבורי יכול כעיקרון לפעול למימוש המטרות המהותיות שאותן הוא חפץ לממש ללא ההפרטה. אלא שמימוש זה מחייב הסכמות או פשרות פוליטיות או גובה מחיר פוליטי הנדרש לצורך פעולה של הגוף הציבורי. במקרים מעין אלה גוף פרטי הכפוף לכללי המשפט הציבורי יכול לעקוף את הדרישות הללו גם אם הוא כפוף לכללי המשפט הציבורי. למשל, אם הנשיא האמריקאי עוקף את הקונגרס או את המגבלות החוקתיות החלות על הפעלת כוח צבאי באמצעות שימוש בחברות פרטיות, החלת נורמות של המשפט הציבורי על החברות הפרטיות לא תרפא את הפגם שבעצם עקיפת המנגנון הדמוקרטי: ניהול מלחמה שאיננה כפופה לאילוצים החוקתיים המבטיחים שההחלטה תהיה החלטה ציבורית אשר נעשית בשמו של העם. הטלת פיקוח יכולה להחליש את עצמת הטיעון בחלק מהטענות שעניינן הפרת מגבלות המשפט המנהלי, אולם לא בכולן, כפי שיורחב להלן.

36 איל בנבנשתי "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל ב 11 (1994); אסף הראל גופים דו-מהותיים – גופים פרטיים במשפט המינהלי (2008); איל פלג ההפרטה כהצברה – גופים מופרטים במשפט הציבורי (2005).

37 ראו HAREL, לעיל ה"ש 19, בפרק 3.

ג. הפרטת ההתיישבות בישראל: דוגמת החטיבה להתיישבות

"הואיל וממשלת ישראל החליטה לטפל בעיבוד קרקעות בשטחים המוחזקים, ומאחר שלמחלקת ההתיישבות של ההסתדרות הציונית ניסיון של עשרות שנים בהקמת יישובים חקלאיים, אבקשך מאד לדאוג לכך, כי מחלקת ההתיישבות של ההסתדרות הציונית תסייע בידי ממשלת ישראל בביצוע תכניות אלו בשטחים האמורים. כל ההוצאות בנידון יהיו על חשבון הממשלה".

דברים אלו, שכתב ראש הממשלה לוי אשכול לאריה פינקוס, יו"ר ההנהלה הציונית, שבועות ספורים לאחר מלחמת ששת הימים, הביאו להקמתה של החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית.³⁸ בתחילה פעלה החטיבה להתיישבות בשיתוף עם המחלקה להתיישבות בסוכנות היהודית, כאשר עבודתה של החטיבה התמקדה ברצועת עזה ובגדה המערבית. ב-1993 הופרדו שני הגופים, וכיום פועלת החטיבה להתיישבות כיחידה עצמאית בהסתדרות הציונית, והיא אחד הגופים המרכזיים במדינת ישראל העוסקים בנושאים הקשורים להתיישבות כפרית.³⁹

"ייעודה העיקרי של החטיבה להתיישבות הוא חיזוק הפריפריה של מדינת ישראל באמצעות הקמת יישובים כפריים וביסוסם בכל תחומי החיים".⁴⁰ בגדרי הגדרה זאת עוסקת החטיבה במגוון רחב של פעילויות הקשורות להתיישבות כפרית, כגון תכנון אזורי ותכנון מפורט, תכנון תשתיות, פיתוח תשתיות לרבות חיבור למים וחשמל, הקמה של מבני ציבור, מיגון יישובים, רכישת ציוד ליישובים, תכנון סיוע כלכלי ועסקי ותמיכה קהילתית ביישובים כפריים. בכלל זה ממלאת החטיבה פונקציות מהותיות כמו הקצאה וניהול קרקעות להתיישבות כמו גם ניהול רישום הזכויות בקרקעות אלו. במהלך השנים קיבלה עליה החטיבה מגוון פונקציות נוספות, ובתוכן כאלה שאמורות להיות באחריותם של משרדי הממשלה השונים כמו "לכידות חברתית, תרבות תורנית, הסעות של מתיישבים ביש"ע, קיום תערוכות וסיוע ללהקות ייצוג".⁴¹ בשנים האחרונות עוסקת החטיבה גם בפעילויות שאינן קשורות ישירות להתיישבות כפרית כפריפריה, כמו מימון גרעינים (בעיקר גרעינים תורניים וישיבות) שפועלים בערים במרכז הארץ.⁴²

38 מכתבו של ראש הממשלה דאז לוי אשכול מיום 9.11.1967 ליו"ר ההנהלה הציונית מר אריה פינקוס, שצוטט בחוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 3.

39 שם.

40 כך על פי אתר האינטרנט של החטיבה להתיישבות: www.hityashvut.org.il/PageCat.asp?id=16 (נצפה לאחרונה ביום 23.12.2018).

41 עמוס אולצורר החטיבה להתיישבות – פעילות תקציב ובקרה 7 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2003).
42 ראו חוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 9. נושא הגרעינים התורניים זכה לביקורת חריפה בשל היעדרה של העובדה שרבים מהם הוקמו דווקא ביישובים אמידים וחזקים שעה שתכליתם המקורית הייתה דווקא חיזוק הפריפריה. ישנו חשש כי בפועל מטרת חלק נכבד מהגרעינים אינה חיזוק הפריפריה או שיקום השכונות אלא החזרה בתשובה, הפצת משנתו האידיאולוגי של הימין הדתי

תקציב החטיבה מגיע כולו מתקציב המדינה, אולם בהיותה גוף פרטי אין היא כפופה לחקיקה המסדירה את פעילותו של המנהל הציבורי כמו חובת המכרזים, חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, וכיוצא באלה. באוקטובר 1995 התקבלה החלטה מצד מבקרת המדינה, הגברת מרים בן-פורת, להפעיל את ביקורת המדינה על החטיבה להתיישבות. בשנת 1997 קבעה מבקרת המדינה כי "מצד אחד פעולות החטיבה ממומנות במלואן מתקציב המדינה ומצד שני לא חלים עליה הוראות שונות מכוח חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, שחלים על גופים שרק חלק מתקציבם מקורו בתקציב המדינה [...] ומן הראוי לעגן בהסדר מפורט את החובות המוטלים עליה בעניין הדיווח והפיקוח על תקציבה".⁴³ עקב דוח הביקורת החליטה הממשלה לנקוט צעדים ולעגן את פעולותיה של החטיבה להתיישבות בהסכם בינה לבין ההסתדרות הציונית. ברוח שפרסם בשנת 1999 מתח מבקר המדינה מר אליעזר גולדברג ביקורת על תקציב החטיבה והבקרה על פעולותיה. בדו"ח נטען כי מראשית דרכה של פעולת החטיבה בשטחים נעדרה בקרה נאותה מצד משרד האוצר על תקציב החטיבה, יעדיה ואופן מימושם. אף על פי שמימונה המוחלט של החטיבה הוא מכספי המדינה, אגף התקציבים שבאוצר איננו מבקר את היקף תקציבה ואת סדרי העדיפויות שבו.⁴⁴ היעדרו של מנגנון בקרה הביא לעתים ל"כפל סיוע" למתיישבים באותם אזורים, הווה אומר סיוע ישיר מטעם המדינה וסיוע באמצעות החטיבה לאותם יעדים.⁴⁵ בעקבות דוח המבקר חתמה ממשלת ישראל הסכם עם החטיבה שתכליתו הייתה להסדיר את נוהלי העבודה ואת היקף סמכויותיה. אולם כפי שתואר במסמך של מרכז מחקר ומידע של הכנסת, "אין הוא הסכם מפורט, אלא הוא מגדיר באופן כללי את מעמד החטיבה, את עקרונות פעילותה ואת תקציבה".⁴⁶ הסדרת יחסי הסמכות בין המדינה לחטיבה, ובעיקר הפיקוח על פעילותה, הייתה אמורה להיעשות במסגרת נספחים להסכם, אלא שנספחים אלה (למעט נספח אחד) לא נחתמו מעולם.⁴⁷

פעילותה של החטיבה והיעדר הפיקוח והשקיפות בהתנהלותה עוררו ביקורת פעמים רבות בציבור, בתקשורת ואף בקרב נבחרי ציבור וגופים רשמיים. בחוות דעת שפרסם משרד היועץ המשפטי לממשלה בפברואר 2015 קבעה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה עו"ד דינה זילבר, כי –

"ריכוז הסמכויות והתפקידים שמבצעת החטיבה בפועל והצטברותם, כפי שהללו פורטו לעיל, הם תפקידים המצויים בליבת הסמכות השלטונית וככאלו לא ניתן לבצעם באמצעות גוף שאיננו שלטוני [...] בולט הדבר כי תפקידי החטיבה להתיישבות אינם אך תפקידי ביצוע קונקרטיים וגדורים.

והיזוק התשתית הפוליטית שלו. ראו למשל נמרוד בוסו "כך מנסים הגרעינים התורניים מההתנחלויות לכבוש את ת"א" *TheMarker* 2.1.2015 1.2527908 www.themarker.com/markerweek/1.2527908.

43 מבקר המדינה דוח שנתי 47 – לשנת 1996 ולחשבונות שנת 1995 61 (1997).

44 מבקר המדינה דוח על הביקורת בעניין הסיוע הממשלתי לפיתוח ההתיישבות החדשה באזורי יש"ע והגולן 22 (1999) (להלן: דוח מבקר המדינה משנת 1999).

45 שם, בעמ' 18.

46 אולצ'ור, לעיל ה"ש 41, בעמ' 4.

47 שם; חוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 3, 11.

אלא שטיב הסמכויות והתפקידים אותם מבצעת החטיבה לאורך השנים הם רחבים, רבים ומגוונים. הם כשלעצמם, לצד התקציב המשמעותי עליו היא חולשת, ובוודאי שצירופם של כל אלו יחד הביאו לידי כך שהחטיבה אינה אך גוף ביצוע, אלא גוף שבפועל קובע מדיניות, מפעיל שיקול דעת רחב [...] באופן החוזה תחומי אחריות ממשלתיים של משרדי ממשלה".⁴⁸

חוות הדעת רואה בחטיבה להתיישבות מקרה של העברת סמכויות רחבות ורבות מדי. את ביקורתה מבססת חוות הדעת על שני מאפיינים: אופי הסמכויות שהופקדו בידיה והיקפן הרחב והעמום וכן היעדר פיקוח אפקטיבי על פעולותיה של החטיבה. בעניין הראשון למשל כתבה המשנה:

"[...] היקף שיקול הדעת הרחב ביותר שמפעילה החטיבה להתיישבות נגזר הן מטיב המשימות המבוצעות על ידיה והן משילובן והצטברותן. דהיינו, המשימות והתפקידים אותן מבצעת החטיבה הם בעלי היבטים משמעותיים ומרכזיים של קביעת מדיניות, הקצאת משאבים ויצירת סדרי עדיפויות. יתרה מכך, שילובן של הסמכויות והמשימות השונות שבידי החטיבה יוצרים מרחב מצטבר של שיקול דעת הגלום בכל אחת מהסמכויות כשלעצמה, המצטברים יחד לכדי שיקול דעת מהותי רחב במיוחד המצוי בידי החטיבה".⁴⁹

ובעניין היעדרו של פיקוח אפקטיבי כתבה המשנה:

"סוגיית הפיקוח על פעולות החטיבה להתיישבות ואופן ביצוע הכספים, היא אחת מהסוגיות המורכבות הכרוכות בהתנהלות החטיבה להתיישבות. נוכח ההסכם הייחודי בין הממשלה והחטיבה ודפוסי העבודה שהתקבעו מול החטיבה, לממשלה נתונה יכולת בקרה מצומצמת מאוד על הגוף אותו היא הגדירה כזרוע ביצועית ליישום החלטותיה ואשר אותו היא מתקצבת באופן מלא. על אף מנגנוני הבקרה השונים שנקבעו בהסכם משנת 2000, הכוללים מינוי חשב לחטיבה הכפוף לחשב הכללי במשרד האוצר ודיווחים תקופתיים מסוימים אותם צריכה החטיבה להגיש, צעד ששיפר את הבקרה הממשלתית, נראה כי כוחם של מנגנונים אלו מוגבל ביותר והחטיבה מתנהלת בפועל 'כאדון לעצמה'. יצוין, כי להסכם שנחתם בשנת 2000 נוסחו עוד שבעה נספחים שנועדו להסדיר את פעולות החטיבה, עליהם החטיבה לא חתמה במרוצת השנים. לאורך השנים עלה קושי של ממש לקבל מהחטיבה מידע רלוונטי, מקיף ומלא על פעולותיה".⁵⁰

48 שם, בעמ' 5.

49 שם, בעמ' 6.

50 שם, בעמ' 11.

עמדת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה כוללת נימוקים אופייניים להתנגדות להפרטה של שירות ציבורי. ממגוון התפקידים שמבצעת החטיבה – אלה שנמסרו בידה ואלה שקיבלה עליה במהלך השנים – עולה בבירור שהיקף הפונקציות שבידיה רחב ביותר, וחלקן מוגדרות בעמימות ובכלליות. יתר על כן, חלק מהפונקציות הללו – למשל הקצאה ורישום של קרקעות – כולל מרחב גדול למדי של שיקול דעת החורג מתפקידי ביצוע גרידא ועולה לכדי קביעת מדיניות. שנית, אף שתקציבה של החטיבה להתיישבות מגיע כולו מתקציב המדינה, אופי הפיקוח על החטיבה להתיישבות מוגבל ביותר.⁵¹ מורת הרוח מפעילות החטיבה איננה מוגבלת רק לחוגים משפטיים. ביקורת קשה נמתחה גם בדברי ההסבר להצעת חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל (תיקון – ביטול תיקון מס' 2 והחלת חופש מידע), התשע"ו–2016. בין היתר נטען בדברי ההסבר כי החטיבה משמשת צינור לביצוע פעולות ללא דיווח, פיקוח ושקיפות המצויות בלב הסמכות השלטונית. לדידם של חברי הכנסת תיקון החוק אינו תואם את אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל ויש לבטלו. אולם שעה שממצאים אלה מצדיקים התערבות משפטית ומספיקים כדי לפסול את הפרטת ההתיישבות לידי החטיבה להתיישבות, הם מחמיצים את האפיון הנורמטיבי של מקרה זה כמקרה של הפרטה רדיקאלית. כדי לבסס טענה זו נפתח בעובדה שאיננה שנויה במחלוקת: בנסיבות השוררות בישראל ברור שכל החלטה על הקצאת כספים המיועדים להתיישבות היא בעלת אופי פוליטי,

51 האפקטיביות של הפיקוח על החטיבה להתיישבות מוגבל עוד יותר ממה שתואר בחוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 15. כך למשל כאשר עמותת "יש דין" ביקשה לקבל מידע מהחטיבה לפי חוק חופש המידע נענתה החטיבה מענה חלקי ביותר, וכאשר עתרה העמותה לבית משפט לעניינים מנהליים טענו באי כוחה של החטיבה כי אין זה בסמכותו של בית המשפט לעניינים מנהליים לדון בסוגיה כיוון שהחטיבה אינה נכללת בהגדרת "רשות ציבורית" שבסעיף 9 לחוק, והיא אף אינה נכללת ברשימת הגופים שנקבעו בידי השר על פי סעיף 10(2) לחוק. בערעור שהוגש לבית המשפט העליון, קיבל בית המשפט את הטענה כי לבית המשפט לעניינים מנהליים אין סמכות עניינית לדון בבקשה, שכן סיפת סעיף 10(2) לחוק אינה מתקיימת. ראו בר"ם 3922/12 ההסתדרות הציונית העולמית נ' "יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם (פורסם בנבו, 8.7.2012). גם חברי כנסת שונים כשלו בניסיונם להשיג מידע מהימן על תקציב החטיבה ופעולותיה. באפריל 2014 ניסתה שרת המשפטים ציפי לבני להביא לאישורו של צו להחלת שקיפות על תקציב החטיבה להתיישבות, אך נחסמה בידי יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ח"כ דוד רותם, שהצהיר שכונתו "למנוע מכם [חברי הכנסת] לקבל מידע ולהשתמש בו להגשת עתירות לבג"ץ כדי למנוע בנייה ביהודה ושומרון" ("התנועה חושפת את הוצאות החטיבה להתיישבות; יו"ר ועדת חוקה דוד רותם: אקבור את הדיון בשקיפות החטיבה" **התנועה לחופש המידע** 10.9.2014 www.meida.org.il/?p=4598). כפי שקבעה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה עו"ד זילבר, "לממשלה נתונה יכולת בקרה מצומצמת מאוד על הגוף אותו היא הגדירה כזרוע ביצועית ליישום החלטותיה ואשר אותו היא מתקצבת באופן מלא" (חוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 11). חשוב לציין כי מאז התיקון לחוק חופש המידע מוחל חוק זה חלקית בלבד על החטיבה. ראו סעיף 2(9)(ג) לחוק. זאת אף כי חוק חופש המידע מוחל במלואו על גופים רגישים ביטחוניים אחרים. החריגים היחידים הם אלה המנויים בסעיף 14(א) לחוק זה. לפי הנאמר לעיל ניתן להטיל ספק בדבריו של מנכ"ל החטיבה מר דני קריצ'מן, כי אין לאנשי החטיבה התנגדות להחיל את חוק חופש המידע על החטיבה, שנאמרו בדיונים בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת. דברים אלה מצוטטים בדברי ההסבר להצעת חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית העולמית (תיקון – ביטול תיקון מס' 2 והחלת חופש מידע), התשע"ו–2016, פ/20/2677.

וכאשר הכספים המיועדים מגיעים מכספי משלמי המסים, על ההקצאה להיעשות על פי רצונו של הציבור או נציגיו הנבחרים. ההחלטה לתעדף את היישובים מעבר לקו הירוק, למשל, משקפת את מה שמכונה בספרות "העברת שיקול הדעת הערכי" או preference discretion. העברת שיקול הדעת הערכי מוגדרת כדלהלן:

"Preference discretion. Payoff discretion describes leverage over the distribution of value where that value is manifested in, or can be translated into monetary terms. Preference discretion is a related but broader concept, rooted in the recognition that payoffs come in various forms that collaborators may value differentially".⁵²

כפי שראינו, שיקול הדעת שמסור בפועל בידי החטיבה להתיישבות הוא רחב היקף ונופל בהגדרת שיקול דעת ערכי. החטיבה אינה מוציאה אל הפועל מדיניות והחלטות של ממשלת ישראל (או של הריבון הצבאי בשטחים) אלא קובעת מדיניות. תחת שתנהל קרקעות עבור המדינה, החטיבה מקצה קרקעות על פי שיקול דעתה. הקצאות אלה אינן חשופות לביקורת ציבורית, והקריטריונים שעל פיהם הן נעשות אינם מפורסמים, ואף רישומי ההקצאה אינם ידועים – אף לא לגורמים הרשמיים המופקדים על הנושא.⁵³

ראיות לשימוש בשיקול דעת הנוגד את האינטרס הציבורי במובנו הפורמלי מצויות בדוח של מבקר המדינה. החטיבה פרסמה "קולות קוראים" שלא על פי החלטות הממשלה והקצתה כספים שלא על פי הקריטריונים שנקבעו בהן.⁵⁴ כך למשל קבל לאחרונה מבקר המדינה כי "עולה כי קבוצות התיישבות זכו בסיוע התקציבי שניתן במסגרת התכנית האסטרטגית, על אף שהקבוצות האמורות מתגוררות ומקיימות את פעולותיהן ביישובים ובשכונות בעלי מעמד סוציו-אקונומי בינוני וגבוה, ובקשות של חלקן לסיוע אף נפסל על ידי הגורמים המקצועיים במשרד הבינוי והים לא הוכרו כקבוצות התיישבות על פי אמות המידה של המשרד".⁵⁵ לאורך השנים העניקה החטיבה הלוואות ליישובים שונים, על פי החלטתה, ונמנעה מלגבות אותם. בסופו של דבר נאלצה המדינה למחוק את חלקם הגדול של חובות אלה.⁵⁶

דברים דומים אמרה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה עו"ד דינה זילבר, בקבעה כי שילובן של הסמכויות והמשימות המגוונות שנמצאות ברשותה של החטיבה להתיישבות

John D. Donahue & Richard J. Zeckhauser, *Public-Private Collaboration*, in THE OXFORD HANDBOOK OF PUBLIC POLICY 496, 517 (Michael Moran et al. eds., 2006); JOHN D. DONAHUE & RICHARD J. ZECKHAUSER, COLLABORATIVE GOVERNANCE: PRIVATE ROLES FOR PUBLIC GOALS IN TURBULENT TIMES 58–93, 60–95 (2011)

11.5.2015 **TheMarker** "משרד המשפטים: אלפי דונם ביו"ש נוהלו ללא סמכות" www.themarker.com/law/1.2633533

54 ראו דוח מבקר המדינה משנת 1999, לעיל ה"ש 44, בעמ' 19–20.

55 טיוטת דוח ביקורת בנושא: הפעלת התכנית האסטרטגית לעידוד וחיוק ההתיישבות סעיף 111(113) משנת 2015.

56 חיים לוינסון "המדינה מחקה 64 אחוזים מחובותיהם של 36 התנחלויות ויישובים בגולן לחטיבה להתיישבות" **הארץ** 3.9.2015 www.haaretz.co.il/news/politi/1.2722694

"יוצרים מרחב מצטבר של שיקול דעת גלום בכל אחת מהסמכויות כשלעצמה, המצטברים יחד לכדי שיקול דעת מהותי רחב במיוחד המצוי בידי החטיבה".⁵⁷ שיקול דעת זה שמפעילה החטיבה להתיישבות הוא שיקול דעת שלטוני, משמעותי ורחב היקף אשר עולה לכדי אצילה אסורה.⁵⁸ דברים דומים כתבה עו"ד טליה ששון בחוות הדעת שהגישה לראש הממשלה דאז אריאל שרון בנושא מאחזים לא מורשים. עו"ד ששון קבעה כי "החטיבה להתיישבות, אמורה להיות דרג ביצועי בלבד, שתפקידה הוא להוציא לפועל החלטות של הדרג המדיני. אלא שכאן התהפכו היוצרות, והדרג הביצועי הפך, שלא לפי ייעודו, לשותף לדרג המחליט".⁵⁹

אולם הבעיה בהפרטת ההתיישבות אינה מתמצית בהיקפן ובסוגן של הסמכויות שניתנו בידי החטיבה. לאלה מצטרפת פגיעתה של הממשלה דרך החטיבה להתיישבות באינטרס הציבורי במובנו הפורמלי. הממשלה משתמשת בחטיבה כדי לקדם מטרות אשר היא חפצה בהן אך מתקשה או מנועה מלקדמן בשל מכשולים חוקיים, מנהליים או פוליטיים.⁶⁰ בחוות הדעת שחיברה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה עו"ד דינה זילבר נקבע כי "כאשר מבוצעות סמכויות שלטוניות על ידי החטיבה, קיים חשש ממשי כי הליך הביצוע, קבלת ההחלטות והפעלת שיקול הדעת, לא יעמדו באותם הסטנדרטים בהן חייבות רשויות השלטון בשל ההחלה הוולנטרית אם בכלל של סטנדרטים אלו על ידי החטיבה על פעולותיה".⁶¹ עוד נאמר בדוח כי "קיים חשש מובנה כי העברת המשימות מהמדינה לגוף כזה, ובענייננו לחטיבה, תעשה על מנת לבצען שלא במסגרת המגבלות להן היא נתונה".⁶² בכל הנוגע לחטיבה להתיישבות, אין מדובר בחשש בעלמא. החטיבה אינה מחויבת לקיום מכרזים כנדרש מרשות ציבורית, ותקציבה אינו חשוף לביקורת פרלמנטרית או ציבורית. יתר על כן, החטיבה מעורבת זה שנים בהקמה ובפיתוח של מאחזים לא מורשים ברחבי הגדה המערבית. כך למשל החטיבה להתיישבות הקצתה אדמות בבעלות פלסטינית פרטית להקמת המאחז הלא מורשה "עדי עד".⁶³ כך קבעה עו"ד טליה ששון בחוות דעתה:

57 חוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 6.

58 שם, בעמ' 9.

59 "מאחזים בלתי מורשים" 28 (חוות דעת (ביניים) של עו"ד טליה ששון, 2005) (להלן: דוח ששון).

60 לו הייתה החטיבה גוף א-פוליטי המעוניין בעשיית רווחים גרידא, היה קשה להשתמש בפעילות החטיבה לצורך הגשמת מטרות פוליטיות סקטוריאליות. פעילותה של החטיבה הייתה או מונעת מטעמי רווח, ואלו מטבע הדברים יכולים היו להשתנות מזמן לזמן לפי תנאי השוק ולהתנגש במקרים מסוימים עם התכליות הסקטוריאליות של הגוף המפריט. אולם דווקא משום שתכליותיה של החטיבה להתיישבות אינן תכליות כלכליות-מסחריות אלא אידאולוגיות-פוליטיות, הפרטת ההתיישבות היא הפרטה של הפוליטיקה והדרה של הציבור מניהול ישיר של משאביו וקבלת החלטות בנוגע לאינטרס הציבורי. עם זאת הפרטת ההתיישבות היא הפרטה רדיקאלית גם אם הגוף הפרטי היה גוף הפועל רק למטרות רווח משום שתכליתה של הפרטה הוא לעקוף את הפרוצדורות הדמוקרטיות, הציבוריות והחוקתיות המחייבות גוף מנהלי.

61 חוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 16, בעמ' 7.

62 שם.

63 ראו דוח ששון, לעיל ה"ש 59; יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם מסלול הנישול – המקרה של המאחז "עדי עד" 36 (2013).

"[...] החטיבה התעלמה לא רק מהעדר החלטה של הדרג המדיני המוסמך. אופן ההתנהלות שלה נעשה בדרך של הפרת חוק והפרת הסכמים. הקמת המאחזים הבלתי מורשים על ידה הם בבחינת הפרת חוק שיטתית ונמשכת. היא הפרה את הסכמיה עם הממונה שוב ושוב. היא הקימה חלק מהמאחזים מחוץ לתחום הקצאת הקרקע, ולעיתים על קרקעות שאינן בגדר אדמות מדינה, ואף על קרקעות פרטיות של פלסטינים".⁶⁴

למרות הקביעות החמורות שבדוח ששון ממשיכה החטיבה להיות מעורבת בפעילות לא חוקית במאחזים. כך למשל סייעה החטיבה לאחרונה בבנייתו מחדש של המאחז הלא מורשה "מצפה דני" באזור בנימין, שככל הנראה נבנה על אדמות בבעלות פרטית של פלסטינים, ללא תכנית מתאר כנדרש, ושיש נגדו צווי הריסה של המנהל האזרחי.⁶⁵ לכן יש ליחס חשיבות לאופי האידאולוגי של החטיבה להתיישבות כפי שבא לידי ביטוי הן בפעולותיה והן בהרכב העובדים הבכירים שלה. מנתוני החשב הכללי באוצר עולה כי בשנת 2013 חלק ניכר מתקציב החטיבה הועבר להתנחלויות.⁶⁶ כמו כן החטיבה מממנת 52 גרעינים תורניים שרבים מהם מזוהים עם הציונות הדתית ועם מפלגת הבית היהודי.⁶⁷ אף שייעודה המרכזי של החטיבה להתיישבות הוא חיזוק הפריפריה של מדינת ישראל באמצעות הקמת יישובים כפריים וביסוסם בכל תחומי החיים,⁶⁸ חלק מתקציבה הממומן מכספי ציבור עובר למימון מנגנוני חזרה בתשובה באמצעות גרעינים תורניים (חלקם ביישובים שאינם פריפריה כלל, כמו רמת אביב, רעננה והוד השרון).⁶⁹ כמו כן בראש החטיבה עמד עד לא מזמן איש מפלגת ישראל ביתנו, מר דני קריצ'מן, ואותו החליף לא מכבר איש הבית היהודי גאל גרינוולד, ורבים מבכיריה מזוהים עם הימין הפוליטי.⁷⁰ גם אם אין פסול חוקי במינוי אישים פוליטיים לחטיבה להתיישבות, הרכב החטיבה מחזק את החשד כי היא איננה משמשת כלי ליעול פעילות ההתיישבות בלבד אלא גם לקביעת מדיניות.

לסיכום, החששות שהעלתה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה אינם ממצים את הבעייתיות שבחטיבה להתיישבות. שיקול הדעת השלטוני וכן השימוש לרעה בשיקול דעת זה כדי לבצע פעולות לא חוקיות הם ללא ספק בעייתיים. אבל ייתכן שפיקוח ציבורי הדוק יותר והכפפת הפעילות של החטיבה לחוק חופש המידע יכולים לרפא את החששות הללו. הדוקטרינות המנהליות והחוקתיות המסורתיות כפי שנראה להלן בפרק ד הן גמישות

64 ראו דוח ששון, לעיל ה"ש 59, בעמ' 136.

65 שבתי בנדט "מצפה על אדמה פלסטינית פרטית – בחסות החטיבה להתיישבות" וואלה/NEWS – חדשות 13.5.2015 news.walla.co.il/item/2854129.

66 יונתן לוי, ליאת שלזינגר ואביחי שרון הקופה הסודית של הימין המתנחלי – תקציב התמיכות של החטיבה להתיישבות – חשיפה וניתוח 7 (מולד – המרכז להתחדשות הדמוקרטית) www.molad.org/images/upload/files/HaHativaLeHityashvut.pdf (להלן: הקופה הסודית של הימין המתנחלי).

67 שם, בעמ' 18.

68 על פי אתר האינטרנט הרשמי של החטיבה להתיישבות, בכתובת www.hityashvut.org.il/PageCat.asp?id=16 (נצפה לאחרונה ביום 23.2.2018).

69 ראו הקופה הסודית של הימין המתנחלי, לעיל ה"ש 66, בעמ' 21–22.

70 שם, בעמ' 4.

ותלויות-הקשר. ככלל מקום שבו התועלת הנגזרת מן ההפרטה במונחים של יעילות עולה על הנזק במונחי אחריותיות ושוויון ניתן להתיר את ההפרטה. הדוקטרינות המסורתיות מבוססות אפוא על איזון. אולם דוקטרינות אלה אינן בהן כדי לרפא את העובדה כי החטיבה להתיישבות תשמש כלי לקידום מטרות פרטיות וסקטוריאליות. הבעיה במקרה זה כמו במקרים אחרים של הפרטה רדיקאלית איננה רק בשיקול הדעת הרחב של החטיבה אלא גם בכך ששאלות פוליטיות מובהקות כמו היקף ההשקעה בהתיישבות בתוך הקו הירוק ומחוצה לו נתונות בידי גוף פרטי ואינן נקבעות אפוא בידי נציגי ציבור. בעיה זו מחריפה במיוחד בשל האופי הפוליטי והשנוי במחלוקת של פעילות ההתיישבות, וכן בשל האופי הפוליטי של החטיבה עצמה. כל החלטה על פעילות התיישבותית, הקצאת קרקעות ועל חלוקת כספי ציבור לצורך התיישבות מערכת הכרעות פוליטיות שנויות במחלוקת, על אחת כמה וכמה כשמדובר בהתיישבות מעבר לקו הירוק. על פי הנתונים נראה כי המדינה, שמנועה מבנייה בגדה המערבית בשל הסכמים בין-לאומיים, התחייבויות פוליטיות שקיבלה עליה, הרצון להימנע מלחצים דיפלומטיים ומגבלות חוקיות, מבצעת בנייה כזו באמצעות הפרטה של פעילות זו לחטיבה להתיישבות. כך עוקפת הממשלה את המגבלות החוקיות והפוליטיות שחלות עליה ומממשת מדיניות שאינה יכולה לבצע בעצמה, באמצעות הסמכת גורם פרטי שאותו היא מסדירה ומממנת במלואו לביצוע פעילות השרויה במחלוקת פוליטית חריפה. קשיים אלה אינם ניתנים לריפוי משום שהתכליות שאותן מנסה הרשות לממש באמצעות ההפרטה אינן תכליות ציבוריות אלא סקטוריאליות-פרטיות. פעילות החטיבה מעבר לקו הירוק מאפשרת לממשלת ישראל לקדם סדר יום פוליטי שנוי במחלוקת ללא המחיר הפוליטי והדיפלומטי שהייתה נאלצת לשלם אילו הייתה עושה פעולות אלה בעצמה באופן שהיה חשוף לביקורת ציבורית.

ד. התשתית המשפטית

עד כה בחנו את שאלת ההפרטה הרדיקאלית מן הפרספקטיבה הנורמטיבית. כעת עלינו לבחון אם יש במערכת המשפטית הישראלית עיגון חוקי המצדיק התערבות של בתי המשפט במקרים של הפרטה רדיקאלית.

בשונה מישראל, בארצות הברית יש חקיקה מפורשת אשר מסדירה במפורט, אף כי לא בשלמותו, את היקף סמכויות הליבה שאינן ניתנות לאצילה או להפרטה. החוק המסדיר את העניין בארצות הברית מגדיר פונקציות שהן ציבוריות מטבע ברייתן *inherently governmental functions*. פונקציות אלה מוגדרות בחוק כדלהלן:

“a function that is so intimately related to the public interest as to require performance by Federal Government employees”.⁷¹

בישראל אין חקיקה דומה, וההסדרה של הנושא נשלטת בידי שורה של דוקטרינות משפטיות מתחום המשפט החוקתי והמנהלי. בפרק להלן נתווה דרכים מרכזיות להתמודדות

⁷¹ Federal Activities Inventory Reform Act of 1998, 31 U.S.C. §501 note (2006)

עם ההפרטה הרדיקאלית במסגרת המישורים החוקתי והמנהלי. במהלך הפרק ניישם את הדוקטרינות השונות במקרה המבחן של החטיבה להתיישבות. יש לציין כי בנוגע לחטיבה להתיישבות הפך הדיון החוקתי בימים אלה למרכזי בשל העברת חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל. חוק זה הסמיך במפורש את הממשלה להאציל את סמכויותיה בענייני התיישבות. אנו נפתח בדיון בחוק זה ונטען כי הוא בלתי חוקתי. הדיון במישור החוקתי יבסס את הטענה כי (1) הפרטה רדיקאלית פוגעת בסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה באשר היא בבחינת התפרקות מסמכות גרעינית של הממשלה (במקרה של החטיבה להתיישבות: תכנון ופיתוח יישובים והקצאת קרקעות להתיישבות) ופגיעה בעקרונות המשטר הדמוקרטי; (2) התפרקות זו מסמכות מיועדת לממש תכליות לא ראויות. אולם הדיון המנהלי אינו מתייתר גם לאחר חקיקת החוק. החוק המוצע מאפשר לממשלה להאציל את סמכויותיה, ומימושה בפועל של אפשרות זו כפוף לכללי המשפט המנהלי. הדיון במישור המנהלי יחשוף כי החלטות הממשלה בעניין החטיבה להתיישבות פוגעות בשלושה עקרונות יסוד של המשפט המנהלי: (1) הן בבחינת התפרקות אסורה של הרשות משיקול דעת הנתון לרשות; (2) הן בבחינת אצילת סמכויות אסורה לגוף פרטי; (3) פעולת ההפרטה נגועה בשיקולים זרים.

1. הדיון בחוק המסמיך האצלה

בניגוד לדין המנהלי, הדיון החוקתי בענייני הפרטה, הן רדיקאלית והן רגילה, אינו מפותח כלל בפסיקה ובחקיקה בישראל. ניתן לצפות כי במקרים מסוימים של הפרטה רדיקאלית תנסה הכנסת להעביר חוק כדי להכשיר את אותה הפרטה. בעניין החטיבה להתיישבות החלק החוקתי קיבל משנה חשיבות, שכן הכנסת עצמה סברה כי ההסדרים הקיימים בעניין החטיבה להתיישבות הם לכל הפחות בעייתיים, והיא חפצה להכשירם באמצעות הסדרת מעמד החטיבה בחוק.⁷² החוק אשר עבר בכנסת הינו תיקון לחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל,⁷³ ובסעיף 6ב(ב) הוא קובע, בין היתר:

72 גם התומכים הנלהבים בחוק הודו כי היעדרה של הסדרה חוקתית של היחסים בין המדינה לחטיבה להתיישבות היא בעייתית מאוד. כך חבר הכנסת ויו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט ניסן סלומינסקי קבע: "ההצעה הזו עושה משהו שהיה צריך לעשות כבר בקום המדינה. המהלכים של החטיבה הם מבורכים אבל במשך 67 שנות קיומה של המדינה, לא סידרו את המערכת החוקתית בין הממשלה לבין גוף שהוא זרוע של ההסתדרות הציונית שעושה פעולות עבור ממשלת ישראל והמשרדים השונים" (יהונתן ליס "הכנסת אישרה את החוק שמכשיר תקצוב התנחלויות באמצעות החטיבה להתיישבות" הארץ 24.12.2015 www.haaretz.co.il/news/politi/1.2805855).

73 חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל (תיקון מס' 2), התשע"ו-2015. בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט על החוק הועלתה אי-החוקיות של ההסדרה של מעמד החטיבה שוב ושוב בידי אנשי המקצוע כולל דינה זילבר וכן תהילה שוורץ אלטשולר. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 75 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20 (2.12.2015).

"(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".

השאלה העיקרית העולה בעקבות חקיקת התיקון היא אם אכן ניתן להכשיר הפרטה רדיקאלית בכלל ואת עניין החטיבה להתיישבות בפרט באמצעות חקיקה ראשית. הטיעון החוקתי שנציג מורכב משלושה נדבכים: (1) גם אם החוק הנוכחי תקף, ההסדר החדש איננו פותר את כל הבעיות מתחום המשפט המנהלי שיידונו להלן. לאמתו של דבר החוק אינו מרפא את הקושי המנהלי באצילת הסמכויות; (2) סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה מגביל את סמכות הממשלה להתפרק מסמכויותיה גם באמצעות חקיקה. אף שעדיין אין תקדים בעניין זה, לדעתנו על בית המשפט להכיר בסעיף 1 כאוסר על הפרטת החטיבה להתיישבות; (3) תכליתה של הפרטה רדיקאלית לעולם איננה ראויה, ומכאן שהחוק דינו להיפסל גם מטעם זה, באשר הוא מתיימר להכשיר אצילה אשר מקדמת תכליות לא ראויות.⁷⁴

(א) אצילה אסורה ושיקולים זרים

התיקון לחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל נועד להסדיר את מעמדה של החטיבה להתיישבות. נראה כי הסיבה העיקרית לחקיקת החוק

74 חשוב אולי לומר כי המקרה של החטיבה להתיישבות מעלה שורה של סוגיות ספציפיות לחטיבה שאינן חלות על כל מקרה של הפרטה רדיקאלית. למשל, לרשות אסור להפעיל את סמכויותיה שלא בשוויוניות כלפי פרטים המחזיקים באמונה, בדעה פוליטית או כיוצ"ב (בג"ץ 421/71 יפ-אורה בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד כה(2) 741 (1971)). הפליה במשאבי הקופה הציבורית על רקע של שיקול פוליטי הינה 'בלתי נסבלת' ואין לה כלל מקום. כל הפליה מטעמי גזע, מין, דת, אמונה, דעה פוליטית או אחרת, וכל יוצא באלה, אסורה לכל רשות הפועלת על פי דין. (בג"ץ 1/98 ככל נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נג(2) 241, 261 (1999)). גם על גופים מופרטים, הממלאים תפקידים בעלי אופי ציבורי, נאות בית המשפט להחיל את עקרון השוויון, הן בכובעם כ"גופיים דו-מהותיים" הן בעקיפין בהרחבת חובת תום הלב או באמצעות מוסדות שסתום משפטיים דומים. ראו יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה' 165, 176–179 (1999). לעניין חלוקת משאבים ציבוריים, כבדוגמת החטיבה להתיישבות, ממד זה אף מתחזק: על הקצאת משאב כאמור חייבת באופן המאפשר תחרות הוגנת בין כל המתעניינים (בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793 (1992)). פעילותה של החטיבה להתיישבות פוגעת בערכים אלה. ייתכן אפוא שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יכול אף הוא להיות רלוונטי בהקשר זה בשל הפגיעה בזכות לשוויון. עם זאת אנו נצמצם את הדיון להלן רק למערכות שיקולים החלות על כל הפרטה רדיקאלית ולא על המקרה הספציפי של החטיבה להתיישבות.

היא הביקורות אשר הוטחו בממשלה ובחטיבה להתיישבות בחוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה.⁷⁵ טענותיה של המשנה היו רבות ומגוונות ונגעו להתנהלות החטיבה לאורך השנים, ליחסים שבין הממשלה לחטיבה, לחשש כי החטיבה תהיה מקור לביצוע פעולות אסורות במחשכים רחוק מביקורת ציבורית ועוד.⁷⁶ עם זאת הטענות המשפטיות העיקריות של המשנה היו בדבר אצילה אסורה של סמכויות שלטוניות,⁷⁷ ונראה שבתגובה לכך נחקק החוק.

החוק שנחקק כדי לרפא את הקושי בעניין האצילה של סמכויות שלטוניות איננו מגשים את התכלית הזו. החוק קובע כי "ממשלת ישראל רשאית [...] לאצול מסמכויותיה בתחום ההתיישבות ובתחומים נוספים [...] להסדרות הציונית העולמית, באמצעות החטיבה להתיישבות [...] "(ההדגשה שלנו). טענתנו לעניין זה היא כי חקיקת החוק אולי טיפלה בעניין האצילה האסורה, וייתכן גם שבעניין ההתפרקות משיקול דעת – שכן כעת האצילה תיעשה בסמכות ועל פי חוק – אך אינה מכשירה את הפגם הנוגע לשקילה אסורה של שיקולים זרים.

החוק כאמור מגדיר לממשלה סמכות שברשות לאצול מסמכויותיה לחטיבה להתיישבות. עם זאת גם סמכות זו כפופה לביקורת מנהלית במישור שיקול הדעת.⁷⁸ כלומר, על מנת שהממשלה אכן תבחר להתקשר עם החטיבה להתיישבות ולאצול מסמכויותיה, פעולות אלה – אף שנעשו בסמכות – יהיו כפופות לכלל בדבר איסור שקילת שיקולים זרים. שאם לא כן, הייתה הממשלה יכולה להכשיר כל אצילת סמכויות באמצעות חקיקת חוק מסמך. במקרה כזה אנו חוזרים לדיון המנהלי אשר ייעשה בתת-הפרק הבא. מן האמור בפרק ג ברור כי הפרטה רדיקאלית נוטה לערב שיקולים זרים כגון ניסיון לעקוף את המגבלות שהטיל הקונגרס בעניין הקצאת הכוחות למלחמה בעיראק.⁷⁹ הפרטה רדיקאלית היא מכשיר לקידום אינטרסים פרטיים-סקטוריאליים באמצעות משאבי ציבור. אם החטיבה להתיישבות היא מכשיר לקידום אידאולוגיה פוליטית, חייבת החטיבה להתיישבות לפעול כאורגן של הציבור ובפיקוחו הישיר. אי לכך החטיבה להתיישבות, כפי שהיא קיימת היום, אינה יכולה להמשיך ולהתקיים גם על פי המתכונת החדשה שבה מעמד החטיבה מוסדר בחוק. החוק המאפשר אצילה איננו פוטר את המדינה מהצורך לקיים את דרישות היסוד של אצילה המעוגנות במשפט המנהלי.

75 ראו צבי זרחה "אושרה בטרומית הצעת חוק להסדרת מעמדה של חטיבה להתיישבות" *TheMarker* 22.7.2015 www.themarker.com/news/1.2690039; יהונתן ליס "השרים אישרו חוק המעגן את ההתקשרות בין הממשלה לחטיבה להתיישבות" *הארץ* 20.7.2015 www.haaretz.co.il/news/politi/ premium-1.2687580.

76 ראו האמור לעיל בפרק ג.

77 שם.

78 ראו למשל בג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נר(5) 729, 760 (2000).

79 ראו דיון בטקסט ליד ה"ש 21–22 לעיל.

(ב) סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה

סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה"⁸⁰. גבולותיו החוקתיים של הסעיף עדיין אינם ברורים והפסיקה בנושא דלה. בעבר, ככלל, נמנע בית המשפט מלהשתמש בסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה לצורך פסילת חוקים. כך, בעניין משגב קבע השופט זמיר כי "כבר נפסקה הלכה כי בית המשפט מוסמך לבטל חוק הנוגד את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או את חוק-יסוד: חופש העיסוק. אך עדיין לא נפסקה הלכה כי בית המשפט מוסמך לבטל חוק הנוגד את חוק-יסוד: הממשלה [...]".⁸¹ עם זאת בצד קביעה זו של השופט זמיר יש לזכור כי ההלכה שנפסקה בעניין בנק המזרחי לא הבחינה בין חוקי היסוד הנוגעים לזכויות האדם ובין חוקי יסוד אחרים. תאורטיקנים של המשפט החוקתי סבורים כי לסעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת ולחוק-יסוד: הממשלה עדיין לא ניתנה משמעות מעשית של ממש, ועם הפנמת מעמדם החוקתי של חוקי היסוד עתיד הדבר להשתנות.⁸²

ואכן, בעניין המרכז האקדמי נראה כי בית המשפט אכן הלך בדרך זו. באותו עניין ניסתה המדינה להמעיט מחשיבותו של סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה ולהעניק לו משמעות הצהרתית גרידא. הנשיאה ביניש דחתה עמדה זו וקבעה:

"עם זאת, ועל אף הקושי הנזכר – ובמיוחד בהתחשב בתפישתנו בדבר הפרשנות המרחיבה שיש ליתן להוראות בעלות מעמד חוקתי – נוטים אנו לפרש את הוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה באופן המעגן ברמה החוקתית את קיומו של 'גרעין קשה' של סמכויות שלטוניות שאותן חייבת הממשלה, כרשות המבצעת של המדינה, לבצע בעצמה ושאסור 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'".⁸³

אמנם בסופו של דבר הסתמך בית המשפט בקביעתו דווקא על הפגיעה בזכות החוקתית לכבוד אשר היא חלק מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך אמירה זו מהווה הכרה עקרונית בכך שסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה מייצר מגבלה חוקתית המונעת מן המחוקק להפריט סמכויות אשר הן ציבוריות במהותן.

די היה בדברים אלה כדי לקבוע כי הפרטה בעניין החטיבה להתיישבות פוגעת בנורמה חוקתית, שכן הסמכויות אשר הופרטו לחטיבה, כאמור בחוות דעתה של המשנה ליועץ

80 ס' 1 לחוק-יסוד: הממשלה.

81 בג"ץ 102/99 משגב נ' הכנסת, פס' 7 לפסק דינו של השופט זמיר (פורסם בנבו, 17.1.1999).

82 ראו אריאל בנדור "חוקי-היסוד כבסיס לחוקה – הצעה לחוקת ישראל" משפט וממשל ה' 15, 17 (1999).

83 ראו עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 637. עם זאת חשוב לציין כי הנשיאה דאו ביניש קבעה כי "מכל מקום, נוכח התוצאה אליה הגענו איננו נדרשים לקבוע מסמרות באשר לפרשנותו של סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, וניתן להותיר סוגיה זו בצריך עיון" בנוסף קבעה כי "מכל מקום, בעניין שלפנינו אין מתחייבת הכרעה בשאלת אופן הפעלת הביקורת השיפוטית ביחס לחקיקה רגילה".

המשפטי לממשלה, הן חלק מאותו "גרעין קשה" של סמכויות שלטוניות.⁸⁴ עם זאת לדעתנו יש ליתן לסעיף 1 פרשנות מרחיבה אף יותר. הקביעה האמורה של הנשיאה ביניש היא אמנם צעד ראשון לקראת מימוש הפוטנציאל הגלום בסעיף, אך היא אינה מספקת. בטרם נדון בפרשנות הסעיף נציין כי יש משפטנים הסוברים כי יש לתת לסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה פרשנות מצמצמת ככל האפשר. למשל, ברק מדינה סבור כי הסיבה לשימוש השיפוטי המצומצם בסעיף 1 היא חרדה מהיעדר לגיטימציה ציבורית. לדעתנו:

"It seems that the Court's main concern was that explicitly identifying such a prohibition against privatization outside the realm of the Bill of Rights would lack sufficient 'democratic legitimacy'. As indicated at the outset, since the 'Constitutional Revolution' of 1995, the Israeli Supreme Court has not struck down legislation on the basis of its incompatibility with provisions of Basic-Laws other than those protecting human rights. An expansive interpretation of Article 1 of the Basic-Law: the Government might have been perceived as invalidating legislation on the basis of 'unwritten norms', a move which is highly controversial".⁸⁵

לטעמנו, שיקול זה אינו יכול לעמוד לבדו כטעם לפרשנות מצמצמת של סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה הן מטעמים פורמליים והן מטעמים מהותיים. בפן המהותי, בכל הנוגע להפרטה רדיקאלית, שיקולים דמוקרטיים דווקא תומכים בפרשנות מרחיבה של הסעיף משום שהפרטה רדיקאלית כפי שהוצגה במאמר זה היא בגדר סיכול של הרצון הדמוקרטי של העם. בפן הפורמלי, הן הפסיקה בעניין בנק המזרחי והן פסיקות מאוחרות אינן מבחינות בין חוק יסוד זה לאחר, ואף להפך, הן כוללות את כל חוקי היסוד תחת אותה מטרייה נורמטיבית.⁸⁶ כמו כן בית המשפט העליון נתון לביקורת ציבורית מתמדת. למשל, אף בעת פסיקתו בבג"ץ המסתננים על כל גלגוליו ספג בית המשפט ביקורות רבות, אף מתוך הממשלה, בנוגע לסמכויותיו לפסול חוקים.⁸⁷ איננו רואים בהקשר זה הבדל רב בין הלגיטימציה הציבורית שלה זוכה בית המשפט העליון בבואו לפסול חוק הנוגע לזכויות אדם, לבין כזה הנוגע להפרטה. החלטת בית המשפט צריכה בראש ובראשונה להתבסס על שיקולים חוקתיים, ורק לאחר מכן להתחשב בשיקולים הנוגעים להשפעות ההחלטה על האמון הציבורי.

זאת ועוד, הלכה היא כי יש ליתן להוראות בעלות מעמד חוקתי דווקא פרשנות מרחיבה. הלכה זו מנוגדת לתפיסתו של מדינה את הסעיף.⁸⁸ עם זאת נראה שבמקרה של הפרטה

84 ראו חוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 2.

85 Barak Medina, *Constitutional Limits to Privatization: The Israeli Supreme Court Decision to Invalidate Prison Privatization*, 8 INT'L. J. CONST. L., 690, 713 (2010).

86 ראו למשל בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו" (1) 750 (2003), אשר נוגע לחוק הסותר את הוראות חוק-יסוד: השפיטה.

87 עומרי אפרים ומורן אזולאי "יום החוק נגד מסתננים, שר הפנים גרעון סער: 'להגביל סמכות בג"ץ, נותרנו בלי כלים'" *ynet* 22.9.2014 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4574030,00.html

88 דבריה של הנשיאה ביניש, טקסט ליד ה"ש 84 לעיל.

רדיקאלית שימוש בסעיף 1 איננו בגדר פרשנות מרחיבה. אי-החלה של הסעיף במקרים אלה תהפוך את הסעיף לאות מתה בספר החוקים משום שאין מקרים מובהקים יותר להחלת הסעיף. אם אין בכוחו של סעיף 1 בחוק-יסוד: הממשלה לפסול הפרטה רדיקאלית, הרי שדברי החוק משמשים אך לתפארת המליצה.

הפרשנות שאנו מציעים היא כי סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה אינו מעגן בתוכו (רק או בעיקר) סמכויות אשר נמצאות ב"גרעין הקשה" של העשייה השלטונית בלבד אלא גם את הצורה שבה על העשייה השלטונית להתבצע. כך, כל הפרטה רדיקאלית תהיה הפרה של הסעיף. כלומר, סעיף 1 ישמש מכשיר להבטיח כי הפרטה תיעשה רק כאשר אין התנגשות מהותית בין האינטרס הציבורי במובנו הפורמלי לבין האינטרס של הגוף הפרטי – כפי שמתרחש למשל במקרים של הפרטה רדיקאלית.

מכך אין נובע כי סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה איננו מטיל הגבלות על מקרים של הפרטה לא רדיקאלית. ייתכנו מקרים של הפרטה רגילה שבהם יהיה ניתן אולי להפעיל את סעיף 1. אולם במקרים אלה האיסור איננו מוחלט, והפרטה שכזו ניתנת להכשרה באמצעות פסקת הגבלה שיפוטית.⁸⁹ במקרים של הפרטה רגילה, במובחן מהפרטה רדיקאלית, יש מקום להציע כי ההכרה בפגיעה החוקתית תהיה רק השלב הראשון של הבחינה החוקתית, אך ההפרטה תוכל לזכות להכשר אם יוכח כי ההפרטה היא לתכלית ראויה, והיא עומדת במבחני המידתיות. על זאת יש להוסיף כי כידוע, על בית המשפט לנהוג בריסון שיפוטי תוך מתן כבוד לרשות המחוקקת בבואו לבחון עתירה לפסילתו של חוק.⁹⁰

(ג) תכלית ראויה

האספקט החוקתי השני שבו נדון הוא הדרישה שהפעילות תיעשה לתכלית ראויה. דרישה זו היא תנאי הכרחי לעמידה בפסקת ההגבלה השיפוטית אשר יש להכיר בה, לשיטתנו, כחלק מסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה.⁹¹ בעניין זה קובע השופט ברק כי "מרכיב המטרה מהווה דרישת סף של לגיטימיות". לטענתו, אם מטרתו של החוק הפוגע אינה ראויה, הפגיעה אינה חוקתית בלא קשר לשאלה אם היא מידתית. הנשיא ברק קובע עוד כי על המטרה להיות ראויה הן מבחינה אובייקטיבית והן מבחינה סובייקטיבית. התכלית האובייקטיבית היא תכלית החקיקה אשר נלמדת מלשון החקיקה, מ"המטרות, הערכים והעקרונות שנועדו להגשים דבר חקיקה בחברה דמוקרטית ומודרנית", והתכלית הסובייקטיבית נלמדת מלשון החקיקה, ההיסטוריה החקיקתית וכוונת המחוקק.⁹² כלומר, אף אם הפרשן מצליח למצוא

89 ראו עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 637-638, פס' 63 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; ברק-ארוז, לעיל ה"ש 15, בעמ' 495.

90 ראו למשל בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 494-496 (1996).

91 נציין כי דרישה זו קיימת כמובן גם כאשר ההפרטה פוגעת בזכויות אדם. כך, לפי דוח ששון, לעיל ה"ש 60, נראה כי הפרטת החטיבה להתיישבות פוגעת בזכות הקניין של הפלסטינים כאשר מוקמות התנחלויות בחסות החטיבה להתיישבות על קרקע פלסטינית פרטית. מטעמים שונים בחרנו שלא להתמקד בטיעון זה במאמר.

92 אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 297, 368 (2010). דעותיו של ברק התבססו כהלכה בבתי המשפט. ראו למשל ע"מ 7749/09 אורט ישראל חברה לתועלת הציבור נ'

תכלית אובייקטיבית ראויה אשר מתיישבת עם עקרונות היסוד של השיטה, אם המחוקק התכוון להגשים תכלית אחרת אשר אינה ראויה, החוק אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה. עמדתו של השופט ברק, ובמיוחד אופן יישומה של עמדה זו בפסיקה, זכתה לביקורת נוקבת. מדינה סבור כי השופט ברק לא הרחיק לכת דיו בדרישה לתכלית ראויה. הוא מצייין כי אפיון המטרה נעשה כרגיל בבית המשפט ברמת הפשטה גבוהה מאוד, ומכאן חוסר נכונותו של בית המשפט להשתמש בדרישת התכלית הראויה כדי לפסול חקיקה. מדינה מציע להרחיב את השימוש בדרישת "המטרה הראויה" באופנים שונים, שיבטיחו שדרישת המטרה הראויה תשמש חסם אמתי ומוחשי בפני חקיקה פוגענית.⁹³

אולם גם אם לא נקבל את עמדתו של מדינה, דומה כי אין מקום טוב יותר להשתמש בדוקטרינת התכלית הלא ראויה מאשר בהקשר של הפרטה רדיקאלית. הפרטה רדיקאלית כפי שאופיינה בפרק 1 היא הפרטה שתכליתה האובייקטיבית היא לסכל את האינטרס הציבורי ולממש תכליות שהרשות לא יכלה לממשן בדרך המלך. אם אכן החטיבה להתיישבות היא כפי שהצענו לעיל, מכשיר פוליטי לממש מדיניות התיישבות שאותה אי אפשר לממש כדין, ההפרטה מסכלת את האינטרס הציבורי באשר היא מאפשרת לסקטור פוליטי לממש אידאולוגיה סקטוריאלית ולרתום משאבי ציבור כדי לממש את מטרותיו, וכל זאת ללא קשר לכוונות הסובייקטיביות של אלו שיזמו את ההפרטה או החליטו עליה. כמו כן התערבות שיפוטית במקרה של הפרטה רדיקאלית מגנה על ההליך הדמוקרטי ואינה פוגעת בו; היא איננה מונעת מן המדינה מלממש את המדיניות אלא רק מחייבת אותה לעשות זאת במסגרת הליך דמוקרטי.

נשוב לעניין החטיבה להתיישבות. כמה סממנים מאפשרים לנו לראות כי תכלית החוק החדש (חוק מעמדן של ההסתדרות הצייונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל) היא הכשרת הפרטה רדיקאלית. ראשית, דברי ההסבר לחוק עצמו. בדברי ההסבר נאמר כי המטרה היא שמירה על המצב הקיים והסדרת מעמדה של החטיבה להתיישבות בחוק.⁹⁴ ככל שהמצב הקיים הוא מצב של הפרטה רדיקאלית, הרי שהתכלית היא תכלית שאינה ראויה, שכן היא מאפשרת לממשלה לעקוף מגבלות שונות החלות עליה. שנית, בחוק החדש ניכרת התעלמות מוחלטת מכל ביקורתיה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה בחוות דעתה המנומקת בנוגע להתנהלותה של החטיבה להתיישבות. השינוי המהותי שהתבצע הוא הסדרת המעמד בחוק, על מנת להתמודד עם טיעונים מתחום המשפט המנהלי שהעלתה המשנה, הנוגעים לאצילה אסורה. יתרה מזאת, בחוק אף מצוין במפורש כי החוק אינו הופך את החטיבה לאחת מרשויות המדינה,⁹⁵ וזאת כמובן על מנת שלא יחולו על החטיבה כל נורמות המשפט המנהלי והחוקתי. שלישית, בחוק החדש הוכפפה החטיבה להתיישבות

הממונה על מחוז ירושלים במשרד הפנים, פס' 22 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 30.11.2011). דוגמה זו משקפת את חלחול תורת הפרשנות של ברק.

93 ברק מדינה "על פגיעה" בזכות חוקתית ועל "תכלית ראויה" משפט ועסקים טו 281, 311 (2012).

94 "מוצע לעגן בחקיקה ראשית את ההתקשרות ארוכת השנים בין ממשלת ישראל לבין החטיבה להתיישבות [...]". (דברי הסבר להצעת חוק מעמדן של ההסתדרות הצייונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל (תיקון מס' 2) (מעמד החטיבה להתיישבות), התשע"ו-2015, ה"ח הכנסת 4.

95 ראו חוק מעמדן של ההסתדרות הצייונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל, ס' 6(ב) (2).

לחוק חופש המידע. על פני הדברים, מדובר בשינוי מבורך. עם זאת מבט מעמיק יותר מגלה כי לא כל פעילות החטיבה להתיישבות הוכפפה לחוק חופש המידע אלא רק היבטיה התקציביים, וכך עדיין מתאפשר לחטיבה לפעול, בתחום הקצאת הקרקעות למשל, הרחק מעיניו של הציבור.⁹⁶

הסמכת החטיבה להתיישבות מייצגת במובהק מקרה שבו המדינה חפצה להשתחרר מחובתה החוקית להבטיח שההתיישבות תיעשה באופן המתיישב עם כללי מנהל ציבורי תקין באמצעות שימוש בגוף שלישי (החטיבה להתיישבות).⁹⁷ וכפי שקבע בית המשפט בעניין קעדאן: "את שהמדינה אינה רשאית לעשות במישרין, אין היא רשאית לעשות בעקיפין".⁹⁸

מכל האמור נובעת המסקנה כי הכנסת אינה יכולה, באמצעות חקיקה, להכשיר את החוק המעביר סמכויות לחטיבה להתיישבות. אירוני שדווקא הניסיון להכשיר את העברת הסמכויות מעלה חשד כבד כי ההסדר הקודם היה לא חוקי, באשר אם הוא חוקי אין צורך בחקיקה מפורשת. אולם כפי שהראינו, הסדרתה של הפרטה בחוק איננה מאפשרת למחוקק להשיג תכליות שלא היה יכול להשיגן בדרך המלך באמצעות רשות ציבורית. האם יש מקום לרפא את סעד הפסלות באמצעות מנגנון "ההשעיה החוקתית"? במסגרת מנגנון זה קובע בית המשפט כי החוק הוא בלתי חוקתי, וכי דינו של החוק להתבטל. אולם בית המשפט משהה את הבטלות ומכריז כי הצהרת הבטלות לא תיכנס לתוקפה מיד אלא לאחר זמן מה (בדרך כלל כמה חודשים).⁹⁹ המבחנים הסטנדרטיים להחלטה להשעות את ההכרעה הם פגיעה בצדדים שלישיים או באינטרס ציבורי חשוב. מבחנים אלה אינם מתקיימים במקרה של הפרטה רדיקלית. אין בנסיבות אלה פגיעה בצדדים שלישיים או באינטרס ציבורי חשוב. גם אין צורך בהערכות מיוחדות, באשר סמכויות החטיבה יכולות להיות מועברות למדינה ללא קשיים מיוחדים. גם אין מקום להעניק למחוקק הזדמנות נוספת או לקיים עמו דיאלוג באשר שלא כבאירוע בתי הסוהר, בחר המחוקק לקדם אינטרסים סקטוריאליים ולא אינטרסים ציבוריים.

2. הדיון המנהלי

בחלק זה ננסה לבחון מהם הכלים מתחום המשפט המנהלי שאותם צריך בית המשפט להפעיל במקרים של הפרטה רדיקאלית דרך מקרה הבוחן של החטיבה להתיישבות. הכללים שנבחן להלן הם הכלל בדבר איסור על התפרקות משיקול דעת, הכלל בדבר איסור אצילת סמכויות לגורם פרטי ללא הסמכה מפורשת בחוק והכלל בדבר האיסור על שקילת שיקולים זרים.

קודם שנעסוק בשאלה זו נציין כי הכלים שאנו מפרטים להלן אינם ייחודיים למקרה של הפרטה רדיקאלית. הם חלים גם במקרים של הפרטה רגילה. טענתנו היא כי ניתן להשתמש

96 יש לשים לב כי היה קל הרבה יותר להכפיף את החטיבה כולה לחוק חופש המידע, ולכן הכפפה ספציפית זו נעשתה במתכוון, ככל הנראה על מנת שהחטיבה תוכל לפעול הרחק מעיני הציבור.

97 ראו דיון לעיל בפרק ג.

98 ראו עניין קעדאן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 283.

99 גאל מרזל "השעיית הכרות הבטלות" משפט וממשל ט 39, 41 (2005).

לעתים בכלים המנהליים המוכרים כדי לפסול הפרטה רדיקאלית. עם זאת השימוש בכלים הדומים איננו אומר כי הפעלת הכלים הללו תהיה זהה במקרים של הפרטה והפרטה רדיקאלית. ההבדל העיקרי יהיה כי במקרים של הפרטה רגילה ייעשה ניסיון על ידי בית המשפט לאזן בין העלויות הנגזרות מן ההפרטה במונחי הפגיעה בערכים ציבוריים כמו שוויון והיעדר משוא פנים לבין היתרונות הנגזרים מן ההפרטה במונחי יעילות כלכלית. לעומת זאת במקרים של הפרטה רדיקאלית על בית המשפט – מן הטעמים שצינינו לעיל – לפסול את ההפרטה מבלי לעסוק באיזונים אלה באשר ההפרטה פוגעת באינטרס הציבורי כפי שהוא.

זאת ועוד, בדרך כלל הסעדים בעניין שלוש הדוקטרינות המנהליות (התפרקות משיקול הדעת; אצילה לגופים פרטיים; שקילת שיקולים זרים) אינם נתונים רק לחלוקה הבינארית של פסילה או היעדרה. ככלל, קנה "סעד הבטלות היחסית" שביתה במסגרת הפסיקה. סעד זה, שהוא חלופה למודל הבטלות המוחלטת ולמודל הנפסדות בהפעלת ביקורת שיפוטית על חוקיות פעילות שלטונית, קובע כי פעולה אינה בטלה אם תוצאתה לא הייתה משתנה לו הייתה מתבצעת כדין. בטלות יחסית כאמור הציג השופט ברק בפרשת שפירא.¹⁰⁰ במסגרת הדוקטרינה הזו ייבחנו, בכל מקרה לגופו, חומרת הפגיעה בשלטון החוק ומידת העוול שנגרם לפרט (מצב שבו לא נגרם עוול לפרטים עלול להותיר את המבקש ללא סעד מנהלי).¹⁰¹ אולם בהקשר של הפרטה רדיקאלית אין מקום לשימוש בדוקטרינת הבטלות היחסית, משום שכאמור במקרים של הפרטה רדיקאלית ההפרטה עצמה מכוונת להסיר מעל המדינה את המגבלות החוקיות והציבוריות-דמוקרטיות שהופכות את ההחלטה להחלטה המקדמת את האינטרס הציבורי. דוקטרינת הבטלות היחסית מיועדת לטפל במקרים שבהם יש קונפליקט ערכי המחייב תהליך של שקלול ואיזון בין אינטרסים מתנגשים.¹⁰² כפי שהראינו לעיל, איזון ושקלול מסוג זה אינם חלים במקרים של הפרטה רדיקאלית.

(א) התפרקות משיקול דעת

כלל הוא במשפטנו כי רשות שנתונה לה סמכות שבשיקול דעת, עליה להפעיל שיקול דעת זה בעצמה. במישור המנהלי קיים אפוא איסור על התפרקות הרשות משיקול דעתה. החשש המרכזי בעניין זה הוא כי פקיד הרשות יפעל על פי הנחיות הדרג הפוליטי, היינו בעקבות "הכתבה" מלמעלה. בפסק הדין בעניין מיכלין נקבע:

"[...] אם חוק מעניק כח ידוע למוסד או לרשות מיוחדת ומוסר לו את הסמכות להשתמש בכוח זה לפי שיקול דעתו, הרי על המוסד או על הפקיד לפעול בהתאם לזה ועל כל פנים אינו מחויב להשמע להוראותיו של מישהו

100 ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337, 362–363 (1981).

101 בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 305–307 (1994). בפסק דין זה, שעסק בחובת השימוע, אמנם נראה שהיעדר היכולת להוכיח סיבתיות לנוק לפרטים מאיינת את האפשרות לבטל את הפעולה השלטונית הגם שנעשתה בניגוד לחוק.

102 בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1, 101–103 (2012) (השופט לוי).

אחר, כי הרי החוק מוסר לו – ולא לאחרים – את הכוח לפעול לפי שיקול הדעת. להיפך, יש אסמכתא לדעה, כי, אם פקיד כזה יפעל על פי הוראות השר במקום לפעול לפי שיקול דעתו הוא, תהא פעולתו בטלה"¹⁰³.

לענייננו, הלכה זו ראוי שתחול אף כאשר אין מדובר בהכתבה מלמעלה, אלא גם כאשר הרשות ביודעין מתפרקת משיקול דעתה ואינה המחליטה הסופית בנושאים שבהם עוסק הגוף הפרטי כאשר הם נושאים שלטוניים מובהקים. כך למשל אף אם נקבל את טענותיה של החטיבה להתיישבות, שלפיהן ניתנו אישורים עקרוניים לפעולותיה, הרי שאין בכך כדי לשנות את התמונה, שכן המדינה משמשת בפועל מעין "חותמת גומי" להחלטות החטיבה. התפרקות זו משיקול דעת, וודאי כאשר הגוף המכתיב אינו שלטוני, היא הפרה של כללי המשפט המנהלי, ויש בה כדי להטיל דופי בפעולת ההפרטה.

עם זאת אנו ערים לקשיים שבקביעה זו. ראשית, כידוע הלכה זו נשחקה במהלך השנים וגם נחשפה לביקורת קשה מצדם של תאורטיקנים של המשפט המנהלי.¹⁰⁴ שנית, אי אפשר להתעלם מכך שפתרון אפשרי לבעיה שיוצרת התפרקות הרשות משיקול הדעת שהופקד בידיה הוא הטלת פיקוח הדוק יותר של הממשלה על פעולות הגוף המופרט. שלישית, אנו מבקשים להראות כי הפרטה רדיקאלית כשלעצמה מפרה את כללי המשפט המנהלי במדינתנו. לפיכך נראה כי אף שיש להעניק לה משקל, אין בהתפרקות משיקול הדעת די כדי לבסס פסילה של הפרטה הן מכיוון שהלכת מיכלין האוסרת על התפרקות משיקול דעת נשחקה עם הזמן, והן מכיוון שלא נוכל לפתור מקרים אחרים של הפרטה רדיקאלית בעזרת כלי זה. ננסה לבחון כלי נוסף והוא הדוקטרינה האוסרת על אצילת סמכויות לגופים פרטיים.

(ב) אצילת סמכויות לגופים פרטיים

רשות שלטונית אינה מוסמכת לאצול את שיקול דעתה לאחר ללא הסמכה מפורשת בחוק; הדברים נכונים כאשר הסמכות מואצלת לרשות שלטונית אחרת, וקל וחומר לגוף שאינו שלטוני. הבחנה חשובה לעניין זה, היא ההבחנה בין סמכויות שיקול דעת שאותן אין להעביר לגוף פרטי, לבין סמכויות "טכניות-ביצועיות" שאותן ניתן להעביר, במגבלות מסוימות. מטבע הדברים הבחנה זו בין סוגי הסמכויות היא קשה ומורכבת. לעניין זה קבעה השופטת חיות בפרשת עיר עמים:

"אכן, לעתים דק הקו המבדיל בין הסתייעות באחר לבין האצלת הסמכות, ולכן לא בנקל ניתן יהיה להגדיר מראש אימתי יש בה בפעולה פלונית משום עזר וסיוע להפעלת הסמכות, שאזי עשייתה על-ידי אחר מותרת היא, ואימתי יש בה משום הפעלת חלק של הסמכות גופה' [...]. אמת המידה שהוצעה לעניין זה בעניין פיליפוביץ התמקדה במהות התפקיד המוטל על אחר, דהיינו האם מדובר בתפקיד הכרוך בהפעלת שיקול דעת מינהלי או שמא

103 בג"ץ 70/50 מיכלין נגד שר הבריאות, פ"ד ד 319, 323 (1950).

104 יצחק זמיר "הסמכות המינהלית" משפט וממשל א 81, 105–111 (1992). חשוב לדייק כי זמיר סייג את ההלכה המדוברת.

מדובר בתפקיד בעל אופי טכני, המותר את שיקול הדעת המינהלי בידי הרשות [...] האבחנה בין עניין בעל אופי טכני שבו מותר להסתייע באחר לבין עניין שיש בו שיקול דעת שלגביו אסור להסתייע באחר אינה נקייה מקשיים".¹⁰⁵

בעניין פיליפוביץ, אשר גם בו דן בית המשפט בקו הגבול בין הסתייעות באחר לבין אצילת שיקול דעת, הובעה עמדה דומה המציגה את הקושי שבהבחנה זו:

"[...] יש להבטיח כי ההסתייעות באחר לא תהיה כה מקיפה ועמוקה, עד כי הלכה למעשה היא תהיה שקולה כנגד האצלת הסמכות. אכן, מקום שהרשות השלטונית מעמיסה על שכם זולתה ביצוע כל תפקידיה או ביצוע רוב רובם של תפקידיה, היא עשויה לעבור את גבול הביצוע העצמי באמצעות אחר ולהיכנס לתחום ההאצלה של התפקיד לאחר. חציית גבולות זו עשויה להכשיל את פעולותיה של הרשות השלטונית, וזאת [...] [משום ש] הרשות המוסמכת ביצעה הלכה למעשה פעולת האצלה – אותה היא מוסמכת לעשות – מבלי שנתנה דעתה לכך. בכך נפגם שיקול-דעתה, שכן לא הרי האצלת סמכות כהרי ביצוע הסמכות תוך הסתייעות באחר".¹⁰⁶

מהדברים האמורים לעיל נראה כי בסופו של דבר, כשערפל אופף את המושגים "שיקול דעת" "טכני-ביצועי", ההכרעה בשאלה אם ההאצלה היא של שיקול דעת או של סמכות ביצועית-טכנית נתונה לבית המשפט. בהתחשב בבעייתיות בהפרטה רדיקאלית ובפגיעה הנגרמת ממנה להליך הדמוקרטי יכול בית המשפט להשתמש בכלי של אצילה אסורה כדי לפסול מקרים של הפרטה רדיקאלית.

אולם גם אם נתעלם משיקול זה בעניין החטיבה להתיישבות, נראה שמדובר במקרה מובהק של אצילה אסורה של סמכות שבשיקול דעת. כאמור בחוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דינה זילבר:

"בולט הדבר כי תפקידי החטיבה להתיישבות אינם אך תפקידי ביצוע קונקרטיים וגדורים. אלא שטיב הסמכויות והתפקידים אותם מבצעת החטיבה לאורך השנים הם רחבים, רבים ומגוונים. הם כשלעצמם, לצד התקציב המשמעותי עליו היא חולשת, ובוודאי שצירופם של כל אלו יחד הביאו לכך שהחטיבה אינה אך גוף ביצוע, אלא גוף שבפועל קובע מדיניות, מפעיל שיקול דעת רחב, לצד הקצאת משאבים בהיקפים משמעותיים ולצרכים מגוונים [...]".¹⁰⁷

105 בג"ץ 5031/10 עמותת עיר עמים נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים, פס' 18 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (פורסם בנבו, 26.3.2012).

106 בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות, פ"ד מו(1) 410, 422–423 (1992).

107 ראו חוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 5.

מכאן המסקנה המתבקשת שאליה הגיעה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, ושאליה הגענו גם אנחנו, כי מדובר באצילת שיקול דעת דה פקטו בעניין שבסמכות שלטונית מובהקת, שהיא אצילה אסורה.

אף שיכולנו לעצור כאן, בקבענו כי מדובר באצילה אסורה, שכן דה פקטו, לחטיבה להתיישבות הואצלו סמכויות רחבות שבשיקול דעת שלא כדין, נוסף ונראה כי סיבה נוספת לפסול את ההפרטה המדוברת היא היעדר הפיקוח האפקטיבי של הממשלה על פעולות החטיבה להתיישבות. השילוב של סמכויות רחבות עם היעדר פיקוח אפקטיבי הוא מאפיין נפוץ של הפרטה רדיקלית. חלק גדול מסמכויות הממשלה מבוצעות כיום באמצעות מה שמכונה מיקור חוץ או outsourcing. מיקור חוץ בא לידי ביטוי בהקטנה הדרגתית של סמכויות רשויות השלטון דרך העברתן לגופים פרטיים האחראים לביצוע, שאותם מממנת הממשלה.¹⁰⁸ בדרך זו הממשלה מממנת את השירות באמצעות גופים פרטיים האחראים לביצוע. מיקור חוץ היא פרקטיקה שנויה במחלוקת, כפי שהוכח לא אחת, בשל חוסר הנכונות של המדינה לפקח באפקטיביות על פעילות הגוף הפרטי.¹⁰⁹ ואכן בית המשפט עצמו קבע כי חוקיות האצילה מותנית באפשרות של פיקוח אפקטיבי:

"[...] אצילת סמכויות, בכלל, ואצילתה לגוף פרטי, במיוחד, הינה כדין רק ככל שבידי הרשות המוסמכת המקורית נותרת אפשרות אפקטיבית לפיקוח על הגוף הנאצל. בהאצילה סמכותה לאחר אין הרשות המינהלית רשאית להתפרק לגמרי מסמכות זו ולהותיר את הנאצל לגבש בעצמו את אמות המידה לביצועה."¹¹⁰

הבעייתיות העולה בנוגע לפיקוח על הגופים הפרטיים היא אחד הגורמים שהביאו לפיתוח עיקרון פרשני שלפיו אצילה אסורה לגוף פרטי, במובחן מגופים ציבוריים.¹¹¹ אחד מפסקי הדין המוקדמים שקבע איסור על הענקת סמכויות סטוטוריות לאדם פרטי הוא פרשת הנפלינג, אשר בה נדון מקרה שהוסמכו בו מתנדבים שאינם עובדי עירייה לאכוף את חוק העזר העירוני בעניין סגירת עסקים בשבת. השופט שמגר פסל הסמכה זו וקבע:

"מכל הבחינות הללו אין זה מתקבל על הדעת, כי סמכויות סטוטוריות יוענקו לאדם פרטי, שאיננו משרת במערכת שכוונה על-פי דין או שאינו חלק ממערכת שלטונית מוגדרת, ואשר מעמדו, חובותיו וזכויותיו מתמצים אך ורק בכך שנמסרו לידי סמכויות ביצוע [...] במקרה שלפנינו מדובר באדם פרטי, שהתנדב למלא במשך שעות מסוימות בשבוע תפקידי פיקוח שלטוניים, ואשר לו הוענקה, לשם ביצוע תפקידו, זכות הכניסה וסמכויות פיקוח נוספות, כאשר כל זיקתו אל הרשות היא כתב המינוי שבידו, מבלי

108 ראו ברק-ארו, לעיל ה"ש 15, בעמ' 472-473.

109 ראו בניש, לעיל ה"ש 14; פז-פוקס ומנדלקרן, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1210.

110 בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הוטרניריים במשרד החקלאות, פ"ד נח(5) 202, 213 (2004).

111 דפנה ברק-ארו משפט מינהלי כרך א 181 (2010).

שהוא חב חובה כלשהי כלפי הרשות, ומבלי שזו יכולה להפעיל כלפיו את מרותה. דומה הדבר לכך, לו הוענקו סמכויות של שוטר לידי מי שאיננו חלק מחיל המשטרה ואף איננו משרת במסגרת ארגונית דומה, הנתונה למרות השלטונות, ותופעה כגון זו איננה מתקבלת על הדעת ואף נוגדת את עקרונותיו של שלטון החוק ושל כללי המינהל התקין אשר, כאמור לעיל, חייבים להיות פועל יוצא ממנו.¹¹²

את חשיבות הפיקוח ניתן ללמוד גם מדבריו של הנשיא ברק בעניין פילפוביץ, שם נקבע כי אף כאשר מדובר במקרה של הסתייעות באחר, יש לשמור על פיקוח אפקטיבי על מנת שהסתייעות זו תהיה מותרת:

"אין לומר כלל, כי ההסכם עם המשיבות 'מרוקן מתכנה את הסמכות' שנמסרה לרשם ומשמיט מידי 'את התפקיד' של קיום המרשם, החייב להיות שמור לו עצמו, על-פי אחריותו שלו [...] אכן, הרשם לא שמר לעצמו אך זכות פיקוח כללית – העשויה שלא להספיק. הרשם שמר לעצמו את השליטה על מערכת הנתונים עצמה."¹¹³

מפסקי הדין לעיל ניתן ללמוד כי כל העברת סמכות, אף אם ככלל הייתה מותרת, דורשת פיקוח אפקטיבי של הרשות על הגוף אשר אליו הועברה הסמכות. עם זאת בעניין החטיבה להתיישבות, פיקוח שכזה אינו בנמצא. כפי שנקבע בחוות הדעת השונות אשר עסקו בתחום זה, ההסכם הייחודי אשר נחתם עם החטיבה להתיישבות ונוהלי העבודה אשר התקבעו עם השנים בעניין זה מובילים לכך שדה פקטו יכולת הפיקוח של הממשלה על החטיבה להתיישבות מצומצמת ביותר, והחטיבה פועלת כאדון לעצמה על אף מנגנוני הבקרה השונים אשר קבועים בהסכם.¹¹⁴ המסקנה המתחייבת מכל האמור לעיל, הן מכיוון שמדובר באצילה אסורה של שיקול דעת נרחב לגורם פרטי והן בגלל היעדר הפיקוח, היא כי הענקת הסמכויות אשר ניתנו לחטיבה להתיישבות אינה כדין.

(ג) האיסור בדבר שקילת שיקולים זרים בקבלת ההחלטה או עילת אי-הסבירות

עד עתה התמקדנו בבעיות שעולות כאשר לעניין החטיבה להתיישבות. עם זאת מאמר זה נועד להאיר את הבעייתיות שבכל הפרטה רדיקאלית ולא רק במקרה הספציפי של החטיבה להתיישבות. למשל, אם יהיה פיקוח הדוק יותר על פעולות החטיבה להתיישבות, אשר מגיע לידי פיקוח אפקטיבי, יפחית הדבר מעצמתו של השיקול בדבר אצילה אסורה. אי לכך יש לבחון אם יש כלים במשפט המנהלי אשר מאפשרים את פסילתה של כל הפרטה רדיקאלית כאשר היא. כזה הוא הכלל בדבר האיסור על שקילת שיקולים זרים.

112 בג"ץ 39/82 הנפלינג נ' ראש עיריית אשדוד, פ"ד לו(2) 537, 541 (1982).

113 ראו עניין פילפוביץ, לעיל ה"ש 106, בעמ' 426. נציין כי מדובר במקרה שבו אישר בית המשפט את ההפרטה, שכן קבע כי מדובר בהסתייעות באחר ולא באצילת שיקול דעת, וכן שיש פיקוח אפקטיבי על פעולות הגוף הפרטי.

114 ראו חוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 11.

הכלל בדבר איסור שקילת שיקולים זרים הוא פיתוח של דוקטרינת ה"אולטרה וירס" (עילת חוסר הסמכות), אשר באמצעותה פוסל בית המשפט פעולות מנהליות אשר נעשו ללא הסמכה בחוק. מנקודה זו פיתחה הפסיקה תאוריה פרשנית שלפיה בית המשפט יבחן לא רק אם הרשות פועלת לפי ההסמכה שבחוק, אלא גם אם היא פועלת על פי תכלית החוק. כיוון שבדרך כלל המחוקק אינו מגדיר את תכליות החוק הגדרה ממצה, פיתח בית המשפט חלוקה לשיקולים אשר אותם הוא תופס כשיקולים לגיטימיים ולשיקולים אשר נחשבים לא לגיטימיים, כמעט ללא קשר לקונטקסט הספציפי של החוק. למשל, שיקולים פוליטיים ייחשבו כמעט תמיד שיקולים זרים אשר אי אפשר להביאם בחשבון אף אם מקבל ההחלטה הוא גוף פוליטי.¹¹⁵

דוגמה לפסק דין אשר נקבע בו כי נשקלו שיקולים זרים נוגע דווקא לעניין ההתיישבות והוא פסק הדין בעניין דוויקאט.¹¹⁶ בפסק דין זה נדונה עתירתם של בעלי קרקעות ערבים אשר אדמתם נתפסה בצו לצורך הקמת היישוב אלון מורה. טענת המשיבים הייתה כי הקמת היישוב דרושה על מנת לשמור על הביטחון באזור. על אף עמדת המשיבים קבע בית המשפט כי שיקול הביטחון היה שיקול שולי בהחלטה על הקמת היישוב, וכי השיקול הדומיננטי בהחלטה היה הרצון להתיישב בארץ, סמוך ככל האפשר אל העיר שכם. שיקול זה אינו בסמכותו של שר הביטחון לשקול, ועל כן הוא שיקול זר:

"[...] תחילה באה משאלתם של אנשי גרעין 'אלון מורה' להתיישב קרוב ככל האפשר לעיר שכם, ורק אחר כך וכתוצאה מן הלחץ שאלה הפעילו, בא האישור של הדרג המדיני ולבסוף בא גם האישור של הדרג הצבאי. השיקול המדיני היה איפוא הגורם הדומיננטי להחלטה של ועדת השרים לעניני ביטחון להקים את היישוב באותו אתר, אם כי אני מניח שהוועדה והרוב בממשלה שוכנעו שהקמתו ממלאת גם אחרי צרכים צבאיים [...] אבל נימוק הטפל לעיקר, כמו הנימוק הצבאי בהחלטות הדרג המדיני אשר יזם את הקמת היישוב, אינו ממלא אחרי הדרישות הדווקניות שקובעים כללי האג להעדפת הצורך הצבאי על זכות הקנין של הפרט".¹¹⁷

אין להתעלם מן העובדה שפסק דין זה ממחיש את הסכנה כי יישקלו שיקולים זרים בכל הנוגע למפעל ההתיישבות.

עם זאת יש לזכור כי הכלל בדבר איסור שקילת שיקולים זרים מוגבל בהיקפו באשר הוא נוגע למקרים שבהם הרשות שקלה בפועל את השיקולים הזרים. זאת ועוד, במקרה שנשקלו שיקולים "מעורבים" – כלומר הן שיקולים ענייניים והן שיקולים זרים – יהיה על בית המשפט לבחון אם לשיקול הזר הייתה השפעה ממשית על החלטת הרשות.

115 בג"ץ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד מה(1) 28 (1990), פס' 7 לפסק הדין. זאת למעט מצבים שבהם העיסוק הוא בעניינים פוליטיים טהורים כגון הרכבת ממשלה. ראו בג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 446 (2004), שם נקבע כי ניתן לשקול שיקולים פוליטיים בשאלת פיטורי שר.

116 בג"ץ 390/79 דוויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979).

117 שם, בעמ' 20.

מכאן נובעת אולי המסקנה שראוי להשתמש בעילת אי-הסבירות, שכן עילה זו איננה דורשת יסודות סובייקטיביים. אי אפשר לחלוק על שמקרים שבהם הפרטה נוגדת את ערכי היסוד בחברה, כגון החלטה על הפרטה אשר נוגדת את האופי הדמוקרטי של מדינת ישראל, אינה החלטה סבירה, ועל כן היא צריכה להוביל לבטלות החלטת הרשות.¹¹⁸ מקום שבו הכרעת הרשות פוגעת בשליטה האפקטיבית של הציבור על פעילות המדינה, על ההחלטה להיפסל בשל עילת אי-הסבירות. כאמור לעיל, הפרטה רדיקאלית היא העברת סמכויות מהותיות לגורם פרטי שקיים בה פוטנציאל ליצור מצב שבו הגוף הפרטי יקדם פונקציות שהממשלה איננה יכולה, או שהיא מתקשה, לבצע בשל מחלוקות עקרוניות נורמטיביות, התנגדות פוליטית-ציבורית או קשיים חוקתיים-דמוקרטיים. יוצא אפוא כי הפרטה רדיקאלית, בהגדרה, פוגעת באינטרס הציבורי במובנו הפורמלי, ועל כן היא בלתי סבירה.

(ד) סיכום המצב המשפטי

בפסק דין הנוגע לחטיבה עצמה שהוגש בעקבות המלצותיה של המשנה ליועץ המשפטי ובעקבות הכנסת סעיפים מפורשים בעניין מימון החטיבה להסכם הקואליציוני, אשר נטען כי אינם מתיישבים עם ההמלצות הללו, קבע השופט רובינשטיין:

“עיקר העיקרים הוא, כי עם שאין להתייחס לחטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית כ'עוד קבלן נותן שירותים', כל המוטל עליה 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 התיישבותיות על פי מדיניות הממשלה – כן; חצר אחורית לפעולות שלא כדין – לא.”¹¹⁹

אף שהעתירה נדחתה, נראה כי בית המשפט היה מודע לאפשרות שהחטיבה עלולה לשמש מכשיר לעקיפת מגבלות החלות על פעילות הממשלה ואף קובע כי זו פסולה אם היא משמשת לצרכים כאלה.

כמה אינדיקציות מעידות שכיום מטרת תקצוב החטיבה להתיישבות אינה הסתייעות במומחיות החטיבה לצורך ביצוע החלטות הממשלה אלא קידום מטרות פוליטיות תוך בריחה מדיון ציבורי מעמיק בפעולות החטיבה, ביצוע פעולות בניגוד לדין הבין-לאומי ואף ביצוע פעולות שאינן חוקיות. אינדיקציה בולטת ראשונה לכך היא היעדר כפיפותה של החטיבה להתיישבות לחוק חופש המידע. וכך נתונים על פעולותיה של החטיבה אינם ידועים לציבור וקשים ביותר להשגה.¹²⁰ עניין זה הוסדר לאחרונה בחקיקה, ועם זאת גם

118 זאת בכפוף למבחנים אשר פיתחה הפסיקה לבחינת שיקולים “מעורבים”, כפי שנראה להלן.
119 בג”ץ 3301/15 גלאון נ’ סיעת הליכוד בכנסת ה-20, פס’ כ”א לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 29.6.2015). עם זאת ראוי להזכיר כי השופט סייג את הקביעה הזו וקבע כי “[נ]מכל מקום קידום מדיניות הממשלה בדרך חוקית והוגנת גם בשיתוף החטיבה, אולם אך ורק כחוק – איננו בשמים” (שם).

120 ראו למשל עניין “יש דין”, לעיל ה”ש 52.

בחקיקה זו ועל אף הביקורות הרבות אין מוצע להגדיר כי החטיבה להתיישבות כפופה לחוק חופש המידע בכל עניין אלא רק בעניינים המוגדרים בתיקון לחוק חופש המידע.¹²¹ הגבלה זו תמוהה במיוחד משום שכפי שצוין בהצעת חוק חדשה המבקשת לבטל את ההגבלה הזו, חוק חופש המידע חל במלואו על גופים רגישים וביטחוניים כגון צה"ל, משרד הביטחון והמשטרה, כמו גם על גופים פרא-ממשלתיים כגון תאגיד עירוני.¹²² מגבלה זו מחזקת את החשד כי ההחלטה שלא להפסיק את תקצוב החטיבה להתיישבות, נגועה בשיקולים זרים, או לכל הפחות יש בה פוטנציאל לפגיעה באינטרס הציבורי. אינדיקציה שנייה היא הפעולות שמבצעת החטיבה להתיישבות. על אף הרטוריקה של הסתייעות בחטיבה בשל מומחיותה הביצועית החטיבה גם מחלקת תמיכות לגופים ולפרטים שונים בהיקפים גדולים. כאמור בחוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, לא ברור כלל מהו הערך המוסף של החטיבה על פני משרדי הממשלה השונים בעניין חלוקת התמיכות.¹²³ המשנה ליועץ המשפטי לממשלה אף הצביעה על חשש לחלוקה לא שוויונית של התמיכות, בניגוד לסעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, מכיוון שהחטיבה אינה כפופה לחוק זה. כך עולה החשש שבעקיפין הממשלה מבצעת חלוקה של תקציבי המדינה בניגוד לסעיף 3א לחוק יסודות התקציב, אשר זכה בפסיקה למעמד כמעט חוקתי.¹²⁴ לבסוף, מעורבותה של החטיבה בהקמה ובפיתוח של מאחזים לא חוקיים ושל גופים פוליטיים (דוגמת הגרעינים התורניים) שמקדמים תפיסת עולם וסדר יום שנוי במחלוקת מבססת את הטענה שמדובר בגוף המקדם תכליות שהממשלה מנועה מלקדם בעצמה מטעמים נורמטיביים ופוליטיים. מכל האמור לעיל עולה כי הפרטה רדיקאלית בכלל וההחלטה בדבר העברת הסמכויות ותקצוב החטיבה להתיישבות בפרט נגועות בשיקולים זרים (במקרה הרע) ובחוסר סבירות (במקרה הטוב).

לסיכום חלק זה, אנו סבורים כי ההלכות בנושא אצילת סמכויות והאיסור על שקילת שיקולים זרים מבססות מסקנה חד-משמעית שלפיה הפרטת ההתיישבות היא לא חוקית. בפסקי הדין שהובאו בחלק הדין באצילת סמכויות לא נטען כי הרשות מעבירה את שיקול הדעת כדי לסכל את האינטרס הציבורי או כדי לממש אינטרס פרטי. בית המשפט אמנם קבע, הן בעניין הנפלינג והן בעניין פיליפוביץ, כי שיקול הדעת של גוף פרטי במקרים אלה אינו ראוי, וכי אנשים זכאים שתתקבלנה החלטות על ידי עובדי ציבור הכפופים למערכת תמריצים שונה מזו של גופים פרטיים. עם זאת אף באחד מן המקרים לא נטען כי ההאצלה איננה חוקית משום שהיא חותרת תחת המגבלות החוקתיות והיסודות הדמוקרטיים, ושכך היא מסכלת את האינטרס הציבורי או מקדמת אינטרס פרטי. על כן נראה כי מקל וחומר ההלכות בעניין הנפלינג ופיליפוביץ חייבות לחול גם במקרים של הפרטה רדיקאלית.

121 ראו חוק חופש המידע, ס' 2(19).

122 ראו הצעת חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל (תיקון – ביטול תיקון מס' 2 והחלת חופש מידע).

123 ראו חוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 9.

124 למעמדו של חוק יסודות התקציב וסעיף 3א בפרט ראו בג"ץ 4124/00 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142 (2010).

כמו במקרים של האצלת סמכויות המערכות שיקול דעת, הפרטה רדיקאלית מעבירה את שיקול הדעת הרלוונטי מרשות ציבורית לגוף פרטי. אולם במובחן מהמקרים שתוארו לעיל בעניין אצילת הסמכויות, הקושי בהעברת שיקול דעת זה אינו נובע רק משום שהפעלת שיקול הדעת תנביע החלטות שונות מאלו של הגוף הציבורי, ומשום שהגוף הפרטי אינו מצוי בפיקוח ציבורי ואיננו כפוף לכללי האתיקה והמשמעת של השירות הציבורי אלא גם מן העובדה שהגוף הפרטי מחליט החלטות שאינן יכולות להיות מיוחסות למדינה ואינן יכולות להיעשות בשמו של הצבור. תוצאתה של הפרטה רדיקאלית היא שהגוף הפרטי יקבל החלטות אשר הגוף הציבורי לא היה יכול, או היה מתקשה, לקבל בדרך המלך. על כן, אנו סבורים כי הפרטות רדיקאליות בכלל והפרטת ההתיישבות בפרט הן פעולות מנהליות פסולות, אשר דינן בטלות.

ה. סיכום

במאמר זה ביקשנו להראות כי לא כל ההפרטות שוות. הן מבחינה נורמטיבית והן מבחינה משפטית יש להבחין בין הפרטה רגילה, שבה רשות ציבורית מבקשת לממש תכליות המסורות בידיה כדין ביתר יעילות באמצעות העברת חלק מסמכויות הביצוע לידיים פרטיות, לבין הפרטה רדיקאלית, שבה רשות ציבורית עוקפת את המגבלות והאילווצים החלים באמצעות שימוש בגוף פרטי. ככזו, הפרטה רדיקאלית היא דרך פסולה לממש רצונות פרטיים תוך שימוש באמצעים ובמשאבים ציבוריים. רצונם של פוליטיקאים, גם כאלו שנבחרו כדין, איננו – מבחינה נורמטיבית ומבחינה משפטית – רצונה של המדינה. הרצון הציבורי מתגלם בהחלטות של הרשות שנתקבלו כדין ובמימושן בידי הגופים המוסמכים ובכפוף לאילווצים החלים עליהם. כאשר הנבחרים משתמשים בגופים פרטיים כדי לממש את רצונם הפרטי, תוך שימוש במשאבי ציבור, הם פועלים לאמתו של דבר ללא סמכות ונגד הציבור שאותו עליהם לשרת. לשון אחרת, הפרטה רדיקאלית אינה אלא בגדר פוטש שבמסגרתו גופים ציבוריים מקדמים תכליות פרטיות שאינן מתיישבות עם אינטרס הציבור כפי שהוא בא לידי ביטוי בהליך הדמוקרטי. תפקידו של בית המשפט בהקשר זה הוא לסכל פוטש זה. המדינה בסופו של דבר איננה קניינה של הממשלה ואפילו לא של הכנסת; היא קניינם של כלל האזרחים.

העברת הסמכויות בנושא ההתיישבות מממשלת ישראל לידיה של החטיבה להתיישבות היא מקרה מובהק של הפרטה רדיקאלית. על פי הנתונים, החטיבה משמשת זה שנים למימוש סדר יום פוליטי שנוי במחלוקת תוך עקיפתם של ההליך הפוליטי הדמוקרטי, של מנהל ציבורי תקין, של דיון ציבורי שקוף ואף של החוק הישראלי עצמו. סוגן והיקפן של הסמכויות שנמסרו בידי החטיבה להתיישבות, אופי אנשיה ופעולותיה והרקע הפוליטי של פעילותה – אלה מעידים שההפרטה במקרה זה אינה מביאה ליעילות בביצוע המדיניות שקבעו הגופים הציבוריים הנבחרים ובאמצעות ההליכים הדמוקרטיים הראויים, כי אם מביאה למימוש סדר יום סקטוריאלי שנוי במחלוקת ללא המגבלות וללא המחירים הכרוכים בה. ככזו דינה להיפסל הן משיקולים מנהליים והן משיקולים חוקתיים.

אחרית דבר

לאחר כתיבתו של מאמר זה, הוגשה על ידי אחד מכותביו (אלון הראל) עתירה לבג"ץ¹²⁵ שהתבססה בין היתר על הטיעונים שהובאו במאמר, תוך שנטען כי האצלת הסמכות לחטיבה להתיישבות אינה חוקית. בהתאם לאמור במאמר נטען בעתירה כי הניסיון לאשרר את האצלת הסמכויות באמצעות חקיקה ראשית מנוגד לסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה (הקובע כי הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה) ולסעיף 33 לחוק-יסוד: הממשלה (הקובע עיקרון כללי של אי-אצילה לגופים פרטיים למעט אם החוק המסמיך עצמו מתיר זאת). כמו כן הצביעה העתירה על פגיעתה של ההאצלה בעקרון השוויון באשר היא פוגעת באוכלוסייה הערבית. בהקשר זה נטען כי ממשלת ישראל אינה מוסמכת כלל לאצול סמכויות בשטחי יהודה ושומרון, שכן מלכתחילה הסמכויות בשטחים אלו מסורות למפקד הצבאי מכוח הדין הבין-לאומי, ואינן של הממשלה. לבסוף נטען כי גם אם החוק הוא חוקתי, החלטתה של הממשלה להשתמש בחוק ולהאציל את הסמכות חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות.

להפתעתנו, בפסק הדין שכתב המשנה לנשיאה רובינשטיין דחה בית המשפט את העתירה אף שהכיר בכך ש"על ההסדרים לעמוד במבחן הישום, שאינו פשוט נוכח ייחודיות ההסדרים וחריגותם במידה רבה".¹²⁶ באמירה זו מקופלת התקווה של בית המשפט שעל אף ההאצלה החריגה של סמכויות הממשלה לחטיבה להתיישבות ועל אף ההיסטוריה העגומה של הפרת חוק שיטתית וכן הסתרת אינפורמציה מן הציבור תשתמש החטיבה בעתיד בסמכויותיה בצמצום ועל פי החוק. להבנתנו, בית המשפט גם פתח צוהר לעתירה עתידית אם החטיבה תמשיך בהתנהלותה השערורייתית והדגיש את הנחיצות בפיקוח אפקטיבי של משרדי הממשלה על פעולת החטיבה.

לבסוף ציין בית המשפט כי החשש לאפליה נגד האוכלוסייה הערבית איננו חשש "משולל יסוד".¹²⁷ במרומו ובמעודן מאזכר השופט את ההיסטוריה העגומה של החטיבה וקובע כי חשש זה מבוסס על ניסיון החיים של בית המשפט, שהרי "בתוך עמנו אנו יושבים ונסיון החיים בצקלוננו",¹²⁸ וכן הוא מדבר על חשדנות "שמקורה בהסטוריה של הנושא ובמציאות הפוליטית והחברתית בישראל".¹²⁹ המשנה לנשיאה רובינשטיין הדגיש כי הזכות לשוויון חלה גם במישור הזכויות הקבוצתיות ולא רק האישיות, וכי "לאוכלוסייה הערבית [...] נתונה זכות לחלוקה שוויונית של משאבי המדינה, לרבות הקצאת מקרקעין".¹³⁰ השופט סיים את הדיון בקביעה:

125 בג"ץ 9518/16 הראל נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 5.9.2017). בג"ץ זה הוגש באמצעות עורך הדין חגי קלעי.

126 שם, פס' כט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

127 שם, פס' ס.

128 שם.

129 שם, פס' סא.

130 שם.

”אולי זו הזדמנות לגורמי ההתיישבות ולהסתדרות הציונית לנקוט דרכים שיתייחסו בכובד ראש ובאורח אופרטיבי לנושא השוויון ויזכירו את הרלבנטיות שלו בכל עת. טענות העותרים שמורות להעלותן כנגד חוקתיות הסעיף וכנגד חוקתיותה של החלטת הממשלה במבחן הישום, ככל שיתעורר בכך צורך”.¹³¹

השופט שהם מצטרף בפסק דינו אף הוא לקריאה להגן על עקרון השוויון וקובע כי לחשד של אפליה נגד האוכלוסייה הערבית ”יש רגליים”, וכי אם החטיבה לא תפעל לפי עקרון השוויון, יש מקום לעתירה נוספת.¹³² אנו הכותבים שותפים כמובן לתקווה של השופטים כי החטיבה להתיישבות תפעל על פי החוק אך לא לאופטימיות של השופטים שלפיה היא אכן תנהג כך. אנו מקווים כמובן כי החטיבה תראה עצמה כמבצעת נאמנה של מדיניות ממשלתית ושתשמור על עקרון השוויון, אך אנו גם סבורים כי לתקווה זו אין על מה להסתמך. ההיסטוריה העגומה של פעילות החטיבה וכן האוריינטציה הפוליטית שלה אינן מותירות מקום רב לספק, ולפיכך אנו מאמינים כי בעוד כמה שנים יזקק בית המשפט לעתירה נוספת המכוונת נגד יישום ההסדר.¹³³

131 שם, פס' סד.

132 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט שהם.

133 אנו מודים לעורך הדין חגי קלעי על עבודתו המעולה הן בכתיבת העתירה והן בייצוג המצויין במסגרת הדיון שנערך בבית המשפט העליון.