

הצעת חוק מעמדתן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל (תיקון – ניהול והקצאת מקרקעין באזור יהודה ושומרון על ידי החטיבה להתיישבות), התשע"ח-2018 – מסמך הכנה

מסמך זה עוסק בשאלות העקרוניות העומדות ביסוד הדין בהצעת החוק, ובו אף נסקור בקצרה את הרקע הרלוונטי לעניין. בהמשך לכך, נפיץ מסמך העוסק באופן פרטני בסעיפי ההצעה.

תמצית הסוגיות לדיון

(1) **הקושי העקרוני בהפרטת סמכויות ניהול המקרקעין בהתיישבות הכפרית ביהודה ושומרון והעברתן לחטיבה להתיישבות** – מוצע כי הוועדה תיתן את דעתה לקושי המשפטי המתעורר בכל הנוגע להעברה נרחבת ובלתי הפיכה (אלא באמצעות תיקון חקיקה) של סמכויות שלטוניות מובהקות כמו ניהול מקרקעין לגוף חוץ-ממשלתי, בפרט כאשר, על-פי המשפט הבינלאומי, מדובר בשטח המוחזק על-ידי המדינה ב"תפיסה לוחמתית" כנאמן. יש לקחת בחשבון כי ההיתכנות של מהלך מסוג זה מושפעת גם מהיקף הסמכויות הנותרות בידי גורמי הממשלה ומהיקף הפיקוח של הממשלה על פעולות החטיבה. בנוסף, בהינתן האופי של הסמכויות המועברות, הכשלים עליהם הצביע מבקר המדינה באופן ניהול המקרקעין באזור, והעובדה שהצעת החוק לא רק מעגנת מצב קיים אלא מרחיבה משמעותית את הסמכויות המועברות לחטיבה, יש לתת את הדעת גם להצדקות למהלך המוצע.

(2) **היקפן וטיבן של הסמכויות המופרטות** – יש חוסר בהירות באשר לטיבן והיקפן של הסמכויות אותן מוצע להעביר לחטיבה להתיישבות ביחס למקרקעין הנדונים, ובאשר לסמכויות שמוצע להותיר בידי הממונה על רכוש ממשלתי ונטוש באזור יהודה ושומרון ביחס לאותם מקרקעין, וכן באשר למעמדו של רישום הזכויות שינוהל על ידי החטיבה.

(3) **ממשקי העבודה והפיקוח על החטיבה להתיישבות** – על-פי הנוסח המעודכן שהופץ על-ידי יוזמי הצעת החוק, קיים חסר משמעותי בכל הקשור לפיקוח על פעילות החטיבה להתיישבות. יש בכך כדי להקרין על ההיתכנות של המהלך מבחינה משפטית. לעניין זה, אין די בדיווח השנתי לאגף פיקוח ובקרה על החטיבה להתיישבות שבמשרד החקלאות כדי לאפשר פיקוח אפקטיבי מסוג זה.

(4) **מאפייני החטיבה להתיישבות והיקף החובות המינהליות שיחולו עליה** – הצעת החוק יוצרת חוסר הלימה בין היקף הסמכויות אותן מוצע להעביר לחטיבה לבין החובות המינהליות שיחולו עליה: **מצד אחד**, מועברות לחטיבה סמכויות שלטוניות מובהקות בנוגע למקרקעין בהיקף נרחב ביותר, מה שיוביל לכך שהחטיבה תתפקד בפועל כגוף ממשלתי; **מצד שני**, בהעדר הסדרה מפורשת, החטיבה תיחשב לגוף פרטי דו-מהותי שכללי המשפט הציבורי אינם חלים עליו במלואם. בכלל זה, לא ברור מהי ההצדקה לפטור את החטיבה ועובדיה מהסדרים שונים שנועדו למנוע ניגוד עניינים ולשמור על טוהר המידות והחלים על גופים אחרים המחזיקים בסמכויות שלטוניות, וכן מהי ההצדקה למתן פטור גורף ממכרז לגבי כל הקצאה של מקרקעין שתיעשה על ידי החטיבה.

(5) **חקיקה ישירה של הכנסת בנוגע למקרקעין ביהודה ושומרון** – הצעת החוק קובעת הוראות לעניין האזור, תוך התערבות ישירה בהסדרים שקבועים כיום בתחיקת הביטחון. מעבר לכך שמדובר בסטייה מהמודל המקובל של חקיקה הנוגעת לאזור, הצעת החוק יוצרת התנגשות נורמטיבית בין מקורות שונים של סמכות חקיקה, שכן היא מחילה במקביל שתי מערכות דינים שונות (חקיקת הכנסת ותחיקת הביטחון) באופן שיוצר חוסר בהירות של ממש באשר לאופן הפעלת הסמכות.

ההסתדרות הציונית העולמית והחטיבה להתיישבות – רקע

הסוכנות היהודית לארץ ישראל וההסתדרות הציונית העולמית פועלות עוד מלפני קום המדינה בתחומי העלייה והקליטה, החינוך בארץ ובגולה וההתיישבות. חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל, התשי"ג-1952 קובע, כי פרטי מעמדן של הסוכנות היהודית לארץ ישראל וההסתדרות הציונית העולמית, וכן צורת שיתוף הפעולה עם הממשלה ייקבעו באמנות שייכרתו בין הממשלה לבין כל אחת מהן. ואמנם, במהלך השנים נכרתו אמנות הקובעות, בין היתר, את תפקידיהם של מוסדות אלה ואת הצורך לפעול על יסוד תכניות מוסכמות מראש עם הממשלה. המטרות המרכזיות של החוק ושל האמנות היו להכיר במעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית והסוכנות היהודית, להקנות להן אישיות משפטית ולהתוות את שיתוף הפעולה והתיאום הנדרשים בינן לבין ממשלת ישראל.

בעקבות מלחמת ששת הימים פנתה הממשלה אל ההסתדרות הציונית העולמית כדי שתפעל לקידום ההתיישבות הכפרית ביהודה ושומרון (וכן בחבל עזה ובגולן). במסגרת זו, בשנת 1971 הוקמה החטיבה להתיישבות כגוף ביצוע שתכליתו לפעול לפיתוח ההתיישבות מעבר ל"קו הירוק". עד 1992 פעלה החטיבה כחלק מהמחלקה להתיישבות של הסוכנות היהודית, והחל משנת 1993 החלה החטיבה להתיישבות לפעול כגוף נפרד מהסוכנות היהודית. בעקבות החלטות ממשלה, הורחבה פעילותה של החטיבה גם לנגב (2002) ולגליל (2004). יצוין, כי תקציב החטיבה מקורו בתקציב המדינה.

החטיבה להתיישבות מבצעת מגוון רחב של תפקידים, ובכלל זה: תכנון והקמה של יישובים; אכלוס וקליטה; מעורבות בחיי הקהילה; פעולות ליצירת צמיחה דמוגרפית וחיזוק חברתי; פעולות תכנון ופיתוח הקשורות בחקלאות, תעשייה מלאכה ותיירות ועוד.

תיקון החקיקה בעניין החטיבה להתיישבות והעתירה נגדו

התיקון לחוק – חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל (תיקון מס' 2), התשע"ו-2015 (להלן: **התיקון**), שנחקק בדצמבר 2015, ביקש להסדיר את פעילותה של החטיבה להתיישבות, ואת ממשקי העבודה שבינה לבין ממשלת ישראל. ברקע התיקון עמדה חוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) מפברואר 2015, שהצביעה על קשיים בתקינות המנהלית של פעילותה של החטיבה ובמשק שבין הממשלה והחטיבה.

התיקון התיר לממשלה לאצול מסמכויותיה בתחום ההתיישבות ובתחומים נוספים לחטיבה להתיישבות, ולכרות לשם כך הסכמים בין משרדי הממשלה לבין החטיבה שישדירו את מכלול ההיבטים של אצילת הסמכות, לרבות הסדרי הפיקוח והבקרה על פעילות החטיבה והתשלום שיינתן לה. כן נקבע, כי החטיבה תהא מוסמכת לבצע את כל הפעולות הדרושות לשם מימוש הסמכויות שיואצלו לה. התיקון הדגיש, שאין באצילה כדי להפוך את החטיבה להתיישבות לרשות מרשויות המדינה, אך קבע כי על הפעלת סמכויות מסוימות שיואצלו לה יחולו **הוראות חוק חובת המכרזים**.

החלטת הממשלה – על בסיס התיקון ולשם יישומו, התקבלה בממשלה ביום 9.10.2016 החלטה מס' 1998 שבמסגרתה נערכה הסדרה כוללת של מערכת היחסים שבין הממשלה ובין החטיבה. בכלל זה, נקבעו בהחלטה הסדרי פיקוח על פעולות החטיבה באופן שנועד להבטיח ששיקול הדעת שיופעל על ידי החטיבה מכוח הסמכויות שהואצלו להם ייעשה בהתאם להנחיות הממשלה. מכוח החלטת הממשלה נחתמו בין הממשלה ובין החטיבה הסכמי מסגרת רב-שנתיים, והסכמים קונקרטיים שנתיים לביצוע תכנית עבודה שנתית שתיקבע הממשלה לחטיבה.

עתירה נגד התיקון – כנגד התיקון הוגשה עתירה לבג"ץ בטענה שהתיקון אינו חוקתי משום שהוא סותר הוראות שונות בחוק-יסוד: הממשלה¹. במוקד העתירה עמדה הטענה כי הממשלה אינה רשאית להפריט סמכויות ליבה שלטוניות לחטיבה להתיישבות שהיא גוף פרטי.

בית המשפט דחה את העתירה. בית המשפט נמנע מהכרעה בשאלה האם סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה אכן אוסר על אצילת סמכויות שלטוניות לגופים פרטיים, ואולם קבע כי בכל מקרה הסמכויות שהממשלה הוסמכה לאצול לחטיבה אינן בגדר סמכויות ליבה שלטוניות, וניתן לאצול אותן. לעניין האפשרות לאצול לגורם שאינו ממשלתי, קבע בית המשפט שחוק היסוד מאפשר לאצול סמכויות לגופים פרטיים, במיוחד בהתחשב בכך שהחטיבה אינה גוף פרטי רגיל אלא "גוף דו-מהותי" שממלא תפקידים ציבוריים מובהקים.

הצעת החוק

הצעת החוק שעברה בקריאה הטרומית במליאת הכנסת והונחה על שולחן הוועדה (פ/4920/20 – להלן: **נוסח הטרומית**), מבקשת לחייב את **הממונה** על הרכוש הממשלתי והנטוש ביהודה ושומרון להקצות לחטיבה להתיישבות את המקרקעין המיועדים להתיישבות כפרית ביהודה ושומרון, ולהסמיך את החטיבה לנהל את המקרקעין ולרשום את הזכויות בהם.

בדברי ההסבר להצעת החוק נטען, כי בשל מחלוקת משפטית שהתגלעה בשנים האחרונות בנוגע לדרך שבה החטיבה להתיישבות מנהלת ומקצה מקרקעין ביהודה ושומרון, הצעת החוק מבקשת לעגן בחקיקה ראשית את סמכויות החטיבה לגבי ניהול והקצאה של מקרקעין באזור וזאת, לשיטת היוזמים, משום שניהול המקרקעין בידי החטיבה "הייתה ועודנה הדרך הטובה והנכונה ביותר לניהול המקרקעין באזור, בשים לב למורכבות המדינית והביטחונית הכרוכה בכך".

במקביל, הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק נוסף באותו נושא, שלא עברה את הקריאה הטרומית (פ/5361/20 – להלן: **הנוסח החדש**).

כמו כן, ביום שישי האחרון הפיצו יוזמי הצעת החוק נוסח מעודכן של ההצעה המשקף את השינויים המבוקשים על-ידם. **ההתייחסות להלן תהיה לנוסח האחרון שהופץ על-ידי היוזמים.**

סוגיות לדיון

כאמור, אנו סבורים כי על הוועדה לתת את דעתה למספר שאלות עקרוניות המתעוררות ביחס להצעת החוק, כדלקמן:

(1) הקושי העקרוני בהפרטת סמכויות ניהול המקרקעין בהתיישבות הכפרית ביהודה ושומרון והעברתן לחטיבה להתיישבות וההצדקות למהלך זה

הצעת החוק מבקשת להעביר תחום שלם של פעילות שלטונית מובהקת – ניהול המקרקעין ורישום הזכויות בהם – הנתונה כיום מבחינה פורמלית בידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באזור (כזרועו הארוכה של המפקד הצבאי) **לאחריות הבלעדית של החטיבה להתיישבות**. לפי המוצע, הממשלה אמנם תקבע את המדיניות להפעלת הסמכות על ידי החטיבה, אך **לא תהיה רשאית לבטל** את העברת הסמכויות האמורות בלא תיקון חקיקה, **ולא תוכל לקיים פיקוח שוטף ואפקטיבי** על פעילות החטיבה.

¹ בג"ץ 9518/16 פרוץ' אלון הראל נ' כנסת ישראל (2017) (להלן – פסק דין החטיבה להתיישבות).

חשוב להדגיש כי בניגוד למוצע כאן, התיקון משנת 2015 היה מצומצם יותר בתחולתו משום שעניינו במתן היתר לממשלה לאצול מסמכויותיה בתחומים מוגדרים לחטיבה להתיישבות. ממשלה שתבחר לאצול לחטיבה סמכויות כאמור תמשיך לשאת באחריות להפעלת הסמכויות, תהיה רשאית לבטל את האצילה, תיזדרש להנחות את החטיבה באשר לאופן הפעלת הסמכויות שהואצלו לה, ותוכל לפקח על פעילותה באופן ממשי (עניין החטיבה להתיישבות, פס' ל"ט לפסק הדין).

העברה רחבת היקף ובלתי הפיכה (אלא באמצעות תיקון חקיקה) של סמכויות שלטוניות מובהקות כמו ניהול מקרקעין ורישום זכויות בהן ביחס לשטח נרחב (כל ההתיישבות הכפרית באזור), ללא מנגנון פיקוח אפקטיבי, היא צעד חריג של הפרטה. במקרה זה, מתעורר קושי מיוחד משום שמדובר בסמכויות המתייחסות לאזור שחלות עליו דיני התפיסה הלוחמתית מכוח המשפט הבינלאומי הקובעים את אחריות המדינה המחזיקה בשטח לנהל את הרכוש הממשלתי באזור כ"נאמן" (תקנה 55 לתקנות האג משנת 1907).

לכן, גם אם המדינה רשאית להקצות מקרקעין באזור לגורמים שונים, העברה של סמכויות המתייחסות למקרקעין רחבי היקף באזור עשויות לעורר קשיים משמעותיים הן בנוגע ל"התפרקות" הממשלה מסמכויותיה, והן בנוגע למחויבויות המדינה במשפט הבינלאומי לשמש כ"נאמן" של השטח.

מוצע כי הוועדה תיתן את דעתה לקושי המשפטי האמור. בכלל זה, על הוועדה לקחת בחשבון כי ההיתכנות של מהלך מסוג זה כרוכה גם בשאלת היקף הסמכויות שיוותרו בידי הממונה גם לאחר העברת המקרקעין לחטיבה, ובשאלת מנגנוני הפיקוח שיאפשרו לממשלה להבטיח כי החטיבה פועלת בהתאם להנחיותיה – בעניין זה ראו להלן.

בנוסף, בהינתן האופי של הסמכויות המועברות, והעובדה שהצעת החוק לא רק מעגנת מצב קיים אלא מרחיבה משמעותית את הסמכויות המועברות לחטיבה, יש לתת את הדעת גם להצדקות למהלך המוצע.

בדברי ההסבר להצעת החוק נטען, ראשית, כי הצעת החוק נועדה להסדיר בחקיקה את המצב הקיים מזה עשרות שנים שבו החטיבה להתיישבות מנהלת את המקרקעין בהתיישבות הכפרית באזור. בנוסף, נטען כי ניהול המקרקעין על ידי החטיבה להתיישבות היא "הדרך הטובה והנכונה ביותר לניהול המקרקעין באזור, בשים לב למורכבות המדינית הכרוכה בכך".

ואולם, בבואה לבחון את ההצדקות למהלך המוצע ראוי שהוועדה תיקח בחשבון גם את ההיבטים הבאים:

ראשית, האופי השלטוני המובהק של הסמכויות המופרטות - ניהול ורישום זכויות במקרקעין.

שנית, דוחות המבקר – בשנים האחרונות נערכו שני דוחות ביקורת של מבקר המדינה שמצאו כשלים משמעותיים באופן ניהול המקרקעין באזור. האם כשלים אלה אינם מובילים למסקנה שיש לערוך שינוי באופן ניהול המקרקעין, למשל, באמצעות העברת סמכויות הניהול לממונה, ולא עיגון ההפרטה בחוק?

שלישית, יש לתת את הדעת לכך שהצעת החוק אינה מסתפקת בעיגון המצב הקיים אלא מרחיבה את הסמכויות של החטיבה להתיישבות ביחס למקרקעין באזור. **במצב הקיים**, הסמכות השלטונית של ניהול המקרקעין **נותרת בידי הממונה**, ופעילותה של החטיבה להתיישבות נעשית במסגרת הרשאה חוזית שניתנת לה על ידי הממונה. על-פי ההצעה, הסמכות השלטונית של ניהול המקרקעין **תופרט ותועבר באופן בלעדי לידי החטיבה להתיישבות, והממונה לא יוכל ליטול את הסמכויות בחזרה לידי**. האם מוצדק להרחיב משמעותית את הסמכויות המוענקות לחטיבה?

(2) היקפן וטיבן של הסמכויות המופרטות

לפי הנוסח המעודכן של ההצעה, הממונה **יעביר** לחטיבה מקרקעין "בהסכמי הרשאה לטובת הקמת ישובים או ביסוסם" (סעיף 6ג(ב) המוצע), והחטיבה "תנהל את המקרקעין שהועברו לה" (סעיף 6ג(ג) המוצע). אף כי יש בנוסח פירוט של חלק מסמכויות הניהול המועברות לחטיבה (סעיף 6ג(ג) המוצע), קיימת חוסר בהירות באשר לסמכויות רבות נוספות, וכן ביחס לסמכויות הנותרות בידי הממונה, **וראוי כי הוועדה תיתן דעתה לסוגיות שלהלן ותיתן מענה לאי הבהירות הקיימת כדלקמן:**

- **"ניהול" המקרקעין:** אף כי הנוסח המעודכן של ההצעה כולל פירוט של מספר סמכויות המוקנות לחטיבה, קיימת אי בהירות ביחס לסמכויות רבות נוספות המצויות כיום מבחינה חוקית בידי הממונה. כך, למשל, האם הענקת הסמכות לחטיבה להתיישבות "לנהל" את המקרקעין מקנה לה סמכות לחתום על תכניות מתאר המוגשות לרשויות התכנון? סמכות לפנות פולשים מהמקרקעין? סמכויות גבייה של התשלום הנדרש בגין הקצאת המקרקעין? סמכות לתת הוראות שימנעו זיהום אוויר או הזרמת שפכים במקרקעין? **כדי לתת מענה לסוגיות אלה ואחרות, יש צורך לחדד ולהבהיר את היקף הסמכות אותה מוצע להעניק לחטיבה.**
- **מקומו של הממונה:** הצעת החוק אינה מבהירה מהן הסמכויות שנותרות בידי הממונה ביחס למקרקעין המוקצים לחטיבה להתיישבות, מעבר לתפקידו לחתום, באמצעות החטיבה, על הסכמי חכירה עם המתישבים. בכלל זה, האם הוא מוסמך לחתום על תכניות המתאר המפורטות המוגשות לרשויות התכנון? האם הוא רשאי – ואולי אף צריך – לבדוק את מעמד המקרקעין שהחטיבה להתיישבות מבקשת להקצות וכיוצא באלה. **מוצע כי הוועדה תחדד בנוסח הצעת החוק סוגיה זו.**
- **רישום זכויות:** הצעת החוק, בנוסחיה השונים, אינה מבהירה מה טיבו ומעמדו של רישום הזכויות שינוהל על ידי החטיבה. כך למשל, לא ברור האם תהיה למרשם השפעה על עסקאות נוגדות או על תוקפם של שיעבודים? האם מדובר ברישום הצהרתי בלבד או ברישום שרכישת הזכות מותנית בו (רישום קונסטטוטטיבי)? מה יהיה היחס בינו לבין הרישומים הקיימים כיום באזור ביחס לאותם המקרקעין?

(3) ממשקי העבודה והפיקוח על החטיבה להתיישבות

בנוסח המעודכן של הצעת החוק אין כל התייחסות מפורשת לפיקוח השוטף על הפעלת הסמכות לניהול המקרקעין בידי החטיבה, ומוצע להסתפק בכך שהחטיבה תדווח בסוף כל שנה קלנדרית לאגף פיקוח ובקרה על החטיבה להתיישבות שבמשרד החקלאות על הכנסות החטיבה וחוזים שחתמה במהלך השנה. לצד זאת, מוצע לכלול בחוק הוראה כללית הקובעת ש"ניהול המקרקעין ... ייעשה בהתאם למדיניות הממשלה והוראותיה, כפי שייקבעו מעת לעת, וככל הניתן, בהתאם למדיניות ניהול המקרקעין המקובל ברשות מקרקעי ישראל ובשינויים המחוייבים" (סעיף 6ג(ה) לנוסח המעודכן).

על-פי פסיקת בית המשפט (ראו למשל, עניין **החטיבה להתיישבות**, פסי' נ"ו לפסק הדין), כתנאי **לאצילת** סמכויות לגורמים פרטיים יש להבטיח כי שיקול הדעת בכל הקשור לקביעת המדיניות שביסוד הפעלת הסמכות יישאר בידי הרשות השלטונית **וכי תיוותר בידי הרשות השלטונית אפשרות אפקטיבית לפקח על הגוף הפרטי כדי להבטיח שהסמכות תופעל באופן ראוי**. הדברים אמורים ביתר שאת בענייננו כשמדובר בהעברה רחבת היקף ובלתי הפיכה של הסמכויות השלטונית הנוגעות למקרקעין. מנגנון הפיקוח המוצע בהקשר זה – מתן דיווח שנתי אודות הכנסות החטיבה והחוזים שכרתה לאגף הרלוונטי במשרד החקלאות – אינו ממלא אחר הדרישה האמורה ומעורר קשיים בכמה היבטים שעל הוועדה להידרש להן:

ראשית, לעניין **טיב סמכויות הפיקוח** – ההצעה אינה כוללת כל התייחסות לטיב הפיקוח השוטף על פעילות החטיבה, ולכלים שיש בידי הגורם המפקח כדי לבצע את פעולת הפיקוח. בכלל זה, ההצעה אינה מפרטת כיצד הממשלה יכולה לבצע פיקוח שוטף על החטיבה במהלך השנה, וכיצד יכולה היא להתמודד עם מצבים שבהם מצאה שהחטיבה פועלת באופן לא תקין או באופן שנוגד את מדיניות הממשלה או הוראותיה. נוכח העובדה שסמכויות החטיבה להתיישבות ייקבעו על ידי המחוקק, בהעדר סמכות מפורשת בחוק לא תהיה לאגף כל אפשרות ליטול בחזרה מידי החטיבה את הסמכויות שהוענקה לה על-ידי המחוקק, להטיל עיצומים על החטיבה להתיישבות או אפילו להורות לה לבצע פעולה מסוימת או להימנע מביצוע פעולה מסוימת.

שנית, לעניין **זהות הגורם המפקח** – יש להבטיח שהגורם המפקח הוא בעל הכלים והידע המקצועי הרלוונטי לפקח על פעילות החטיבה בכל הנוגע לניהול המקרקעין במגזר הכפרי באזור. לכאורה, הגורם בעל הידע המקצועי והמעשי הנדרש כדי לפקח על הפעלת הסמכויות האמורות, הוא **הממונה על רכוש ממשלתי באזור**, שמשמש כיום כגורם השלטוני המופקד על ניהול המקרקעין באזור, והמונחה מקצועית בידי רשות מקרקעי ישראל.

משכך, נראה שנדרשת הסדרה מפורשת של מנגנון הפיקוח ושל כלי הפיקוח שיהיו בידי הגורם המפקח.

(4) מאפייני החטיבה להתיישבות והיקף החובות המינהליות שיחולו עליה

על כל רשות מרשויות המדינה שמפעילה סמכויות שלטוניות חלות חובות שונים מתחומי המשפט הציבורי: חלקן מכוח חקיקה מפורשת, כגון: החובה לקיים הליך של מכרז (מכוח חוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992), חובת שקיפות (מכוח חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998), החובה לנהל עסקאות רק עם גורמים שפועל כדין בתחום המס ואינם מפרים זכויות עובדים (חוק עסקאות גופים ציבוריים, התשל"ו-1976), ועוד; וחלקן מכוח העקרונות הכלליים של המשפט הציבורי בישראל, כגון: החובה לנהוג בהגינות, בסבירות, בשוויון, לפי כללי הצדק הטבעי ועוד.

כמו כן, על עובדי הרשות הציבורית חלים כללי אתיקה ומשמעת שונים², שנועדו להבטיח כי הפעלת הסמכות השלטונית תיעשה תוך הקפדה על מנהל תקין וטוהר מידות.

בהתאם לכך, גם כשיש הצדקה להעברת סמכויות לגוף חוץ-ממשלתי, ברור כי להיקף הסמכויות המועברות צריכה להיות השפעה על מאפייני הגוף והיקף החובות המינהליות שיחולו עליו. באופן טבעי, **ככל שהיקף הסמכויות שהמחוקק מעביר לגוף החוץ-ממשלתי הוא רחב יותר, גם החובות שצריכות לחול עליו תהיינה רחבות יותר. ואולם, הצעת החוק יוצרת חוסר הלימה בין היקף הסמכויות אותן מוצע להעביר לחטיבה להתיישבות לבין החובות שיחולו עליה.**

מצד אחד, הצעת החוק **מבקשת להעביר סמכויות שלטוניות מובהקות** (=ניהול מקרקעין ורישום הזכויות בהם) המתייחסות **למקרקעין בהיקף נרחב ביותר** (כל המגזר הכפרי באזור) לגוף שיתוקצב באופן ישיר בתקציב המדינה בדומה לגופים ממשלתיים, מה שיוביל לכך **שהחטיבה להתיישבות תתפקד, הלכה למעשה, כגוף ממשלתי לכל דבר ועניין.**

מצד שני, בהעדר הסדרה מפורשת לגבי היקף החובות שיחולו על החטיבה להתיישבות, תיחשב החטיבה להתיישבות **לגוף פרטי דו-מהותי שכללי המשפט הציבורי אינם חלים עליו במלואם.**

² כגון: חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963; חוק שירות הציבור (מתנות), התש"ם-1980; חוק שירות הציבור (הגבלות לאחר פרישה), התשכ"ט-1969; חוק שירות המדינה (סיוג פעילות מפלגתית ומגבית כספים), התשי"ט-1959, ועוד.

אין זה ברור מדוע שהחטיבה ועובדיה יהיו שונים מיתר הגופים שהמחוקק בחר להעניק להם סמכויות שלטוניות והחיל עליהם את חובות המשפט הציבורי? כך למשל, מדוע על עובד של רשות העתיקות חלות הגבלות לאחר פרישתו שנועדו למנוע **ניגוד עניינים** בעבודתו (סעיף 31 לחוק רשות העתיקות, התשמ"ט-1989), ועל עובד של הרשות לפיקוח חקלאי חלות מגבלות באשר לקבלת מתנות מטעמי **טוהר מידות** (סעיף 25 לחוק הרשות לפיקוח חקלאי, התשמ"ח-1988), אך על עובד החטיבה להתיישבות לא יחולו מגבלות אלה? השאלות מקבלות משנה תוקף, בהתחשב בכך שהסמכויות אותן מוצע להקנות לחטיבה להתיישבות ולעובדיה הן נרחבות ומשמעותיות הרבה יותר מאלו המופעלות על ידי עובדי הרשויות האמורות.

הדברים האמורים מקבלים ביטוי בולט במיוחד בכל הנוגע לסעיף 6ג(ז) לנוסח המעודכן להצעה המעניק **פטור גורף ממכרז** לגבי כל הקצאה של מקרקעין שתיעשה על ידי החטיבה. קיים קושי משמעותי עם הסדר שבמסגרתו תהיה החטיבה פטורה מקיום הליך תחרותי, שוויוני ושקוף להקצאת מקרקעין, כמקובל בהקצאות מקרקעין מקבילות בידי רשות מקרקעי ישראל.

יצוין, כי כבר כיום ההנחה הרווחת, הן מצד הממשלה והן מצד החטיבה להתיישבות, היא כי החטיבה להתיישבות נדרשת לפעול לפי כללי המשפט המנהלי בדומה לכל גוף שלטוני אחר. הנחה זו באה לידי ביטוי הן באמנה שנכרתה בין הממשלה וההסתדרות הציונית העולמית מכוח החוק (סעיף 2 לאמנה), הן בהסכם שנחתם בין הממשלה והחטיבה³, והן בהחלטות הממשלה לאורך השנים⁴. גם הפסיקה החילה חלק מכללי המשפט המנהלי, ברמה כזאת או אחרת, על ההסתדרות הציונית העולמית והסוכנות היהודית מכוח היותם גופים דו-מהותיים⁵. **עם זאת, יש הבדל בין תחולה פורמאלית מלאה מכוח חקיקה לעומת תחולה חלקית מכוח הסכמה או מכוח פסיקה, הן לעניין היקף התחולה והן לעניין האפשרות לקבל סעדים משפטיים.**

נוכח האמור, אנו סבורים כי יש להבהיר במפורש בהצעת החוק כי בהפעלה את הסמכויות שמוקנות לה לפי התיקון המוצע, תיחשב החטיבה להתיישבות כרשות מרשויות המדינה לכל דבר ועניין, ויחולו עליה ועל עובדיה כל החובות החלים על גוף ממשלתי שהיה מפעיל את אותן סמכויות

(5) חקיקה ישירה של הכנסת בנוגע למקרקעין ביהודה ושומרון

עקרון בסיסי בכל הנוגע לחקיקה של הכנסת הוא, כי – ללא אמירה אחרת – תחולת החקיקה מוגבלת לשטח הריבונות של מדינת ישראל. בהתאם לכך, ככלל, מדינת ישראל התנהלה לאורך השנים באופן שבו חקיקה בשטחי האזור נעשתה, בעיקרה, באמצעות תחיקת הביטחון של המפקד הצבאי. גם במקרים שבהם המדינה החילה במפורש חקיקה של הכנסת בשטחי האזור, לרוב חקיקה זו הייתה חקיקה בעלת אופי פרסונאלי (קרי: חקיקה שחלה רק על אזרחי מדינת ישראל שמתגוררים באזור או גופים ישראלים הפועלים באזור) או כזו שעסקה ביחסי הגומלין עם האזור או הרשות הפלסטינית. בנוסף, הכנסת הנוכחית חוקקה באופן חריג את "חוק ההסדרה" שתחולתו טריטוריאלית, ואשר חל גם על אזרחי ישראל וגם על מי שאינם אזרחים.

העמדה שהביעו בהקשר זה לא אחת היועץ המשפטי לממשלה והיועץ המשפטי לכנסת היא שאין זה נכון לבצע שינוי מהותי בתפיסה הנוגעת לתחולת השיפוט, המשפט והמנהל של מדינת ישראל באזור, בדרך של חקיקה פרטנית כזאת או אחרת של הכנסת. **ואולם, הצעת חוק זו מבקשת לחול במפורש בשטחי האזור ולהסדיר את הסמכויות של בעלי תפקידים באזור, ואף את אופן ניהול המקרקעין באזור, תוך התערבות ישירה בהסדרים שקבועים כיום בתחיקת הביטחון.**

³ כך, בהסכם המסגרת משנת 2000 נאמר כי החטיבה תפעל "בהתאם לדין ולכללים החלים על רשויות שלטוניות בישראל".

⁴ ראו, למשל, סעיף 7 להחלטת הממשלה מסי' 2069 מיום 22 ביולי 2007.

⁵ ראו, למשל: ע"מ 6101/13 ימית א. בטחון (1998) בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל (2014).

גם אם נכונה הטענה כי יש לכנסת את הסמכות לחוקק באופן ישיר על האזור (ויש מחלוקת בסוגיה זו), ומעבר לשאלת המשמעויות שעשויות להיות לאקט מעין זה במישור של המשפט הבינלאומי, החקיקה המוצעת מעוררת קושי במישור הנורמטיבי שכן היא עלולה להוביל להתנגשות בין מקורות שונים של סמכות חקיקה, שיוצרת חוסר בהירות באשר לאופן ההפעלה של ההסדר המוצע.

כיום, הממונה על הרכוש הממשלתי מנהל את המקרקעין באזור מכוח הסמכות שהוענקה לו **לפי תחיקת הביטחון באזור**. לפי הצעת החוק, הממונה יידרש להעביר את המקרקעין לחטיבה שתהיה בעלת הסמכות לנהל אותם. ואולם, מכיוון שהחוק המוצע אינו מבטל את תחיקת הביטחון הרלוונטית, **יחולו על הממונה, במקביל, שתי מערכות דינים שונות**: האחת – חקיקה ישירה של הכנסת, והשנייה – תחיקת הביטחון. **התחולה המקבילה של שתי מערכות דינים יוצרת חוסר בהירות, ומעוררות שאלות רבות**. למשל:

- האם הממונה רשאי להפעיל את סמכויותיו בתחומי ההתיישבות הכפרית באזור מכוח תחיקת הביטחון למרות שלפי חקיקת הכנסת החטיבה תנהל את המקרקעין? כך, למשל, האם יכול הממונה לפנות אנשים שמחזיקים שלא כדין ברכוש ממשלתי מכוח סעיף 6ב לצו בדבר רכוש ממשלתי, למרות שלפי חקיקת הכנסת החטיבה תהיה בעלת הסמכות לנהל את המקרקעין?
- האם החטיבה תהיה רשאית להפעיל סמכויות המוענקות לממונה לפי תחיקת הביטחון משום שלפי חקיקת הכנסת היא מנהלת את הקרקע? כך, למשל, האם ההסדר שבסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי בנושא תקנת השוק והסמכויות שבסעיפים 6א ו-6ב לצו האמור לפנות אנשים שמחזיקים שלא כדין ברכוש ממשלתי, יחולו גם על עסקאות והקצאות שתבצע החטיבה להתיישבות במקום הממונה, או שמכיוון שסעיפים אלה חלים מכוח תחיקת הביטחון (ולא מכוח חקיקת הכנסת) הם חלים אך ורק על הממונה ולא על החטיבה?
- האם הוראות המפקד הצבאי בעניין ניהול המקרקעין תחייבנה את החטיבה להתיישבות? כך, למשל, לפי סעיף 4 לצו בדבר רכוש ממשלתי, המפקד הצבאי רשאי לקבוע הסדרים שונים בדבר דרכי הטיפול ברכוש הממשלתי, בדבר דרכי שימוש בהכנסות מהרכוש הממשלתי ועוד. האם הוראות כאלה שקבע המפקד הצבאי יחייבו את החטיבה, למרות שמקור הסמכות של החטיבה הוא בחקיקת הכנסת ולא בתחיקת הביטחון?

שאלות אלה ואחרות, נובעות מחוסר הבהירות הנורמטיבית שעלולה להיווצר כתוצאה התנגשות בין חקיקה ישירה של הכנסת על סמכויות ומוסדות ביהודה ושומרון, לבין החקיקה החלה מכוח תחיקת הביטחון שמסדירה כיום את סמכותם של אותם המוסדות. **יש לתת את הדעת לסוגיה זו וככל שהכנסת תחוקק את הצעה, להבטיח כי ייערך שינוי מקביל של תחיקת הביטחון בידי המפקד הצבאי**.