

י"א בניסן תשע"ה
31 במרס 2015
[מספרנו אא176]

פעילות החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית וקשריה עם הממשלה

מסמך תגובה לחוות הדעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה

עו"ד אהרן גרבר ועו"ד אריאל ארליך¹

תמצית מסמך זה:

- א. אין פסול עקרוני בכך שמדינה תפעיל את סמכויותיה ותגשים את מדיניותה באמצעות גופים שאינם ממשלתיים, כל עוד הללו כפופים לנורמות הרלוונטיות, לפיקוח ולביקורת. פרקטיקה זו רווחת מאד בישראל בתחומים רבים ובאופני פעולה שונים (כגון קשר עם התפוצות, קליטת עלייה, מוסדות חינוך חרדיים, השכלה גבוהה, ואינספור פעילויות רווחה, חינוך ותרבות), היא מקובלת ואף נתפסת כהכרחית במדינות שונות בעולם, ויתרונותיה ברורים. כמו כן, אין פסול חוקי א-פריורי בתקצוב גופים באמצעות סעיף תקציבי ישיר בחוק התקציב.
- ב. אימוץ העמדה שבבסיס חוות הדעת של המשנה ליועמ"ש ישליך על פעילויות רבות שהמדינה מבצעת באמצעות גופים שאינם שלטוניים, ובפרט על פעילויות שנעשות באמצעות המוסדות הלאומיים לטובת אינטרסים יהודיים וציוניים בארץ ובחו"ל.
- ג. מבחינה משפטית, הפעולות שמייחסת חוות הדעת לחטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית הן פעולות הסתייעות ולא אצילה. כך עולה גם מבחינת החלטות הממשלה ומסמכי היסוד של מערכת היחסים שבין הצדדים לאורך השנים, וכך ראו את עבודתה הגורמים שבחנו זאת לאורך השנים. מנגד, אין בחוות הדעת כל ביסוס לכך שהחטיבה קובעת מדיניות וסדרי עדיפויות ברמה ההופכת את מערכת היחסים לאצילה של ליבת הפעילות השלטונית.
- ד. העובדה שהחטיבה פועלת מכוח תקציב הניתן לה בחוק התקציב שוללת את תוקפן של טענות מינהלית נגד מנגנון זה. ההסמכה מטעם המחוקק שוללת טענות מתחום המשפט המינהלי נגד אצילה ביחס להעברת הכספים האלה.

¹ בהכנת המסמך השתתפו עו"ד ד"ר אביעד בקשי ועו"ד משה פרוכט.

ה. גם אילו מדובר היה באצילה, הרי שזו אצילה מותרת. מאפייני מערכת היחסים שבין החטיבה והממשלה ומאפייני החטיבה עצמה (שאיננה גוף פרטי שנועד להשיא רווחים) מלמדים כי מדובר במצב שבו ההאצלה מותרת. בנוסף, פעילות הממשלה בתחום ההתיישבות נעשית מכוח סמכותה השיורית ולא מכוח חוק המקנה סמכות ויוצר הסדר שלילי ביחס להאצלתה. במצב זה לא חלה החזקה כי אצילת הסמכות אסורה.

ו. אין בישראל הכרה ב"גרעין קשה" של סמכויות שלטוניות שאותן יש מניעה משפטית לבצע באמצעות גופים שאינם שלטוניים. ההחלטה בשאלות אלו היא שאלת מדיניות גרידא, הנתונה להחלטתה של הממשלה. חוות הדעת הרואה בהעברת תחום ההתיישבות משום התפרקות מתפקידים שחובה על המדינה לבצע בעצמה אינה מבוססת על כלל משפטי כלשהו, והיא מבטאת לכל היותר השקפת עולם פוליטית ותפיסת עולם אידיאולוגית באשר לתפקידיה של המדינה.

ז. ככל שיש צורך להדק את הפיקוח על עבודת החטיבה או לנקוט פעולות אחרות בנוגע למערכת היחסים כדי לתקן ליקויים שיש בה, או לשנות את דפוס הפעילות של החטיבה משיקולי מדיניות, הרי שהממשלה רשאית לעשות זאת ויש בידיה כלים שונים לכך. אולם מבחינה משפטית אין בדין המינהלי יסוד למסקנת חוות הדעת כביכול קשיים בפיקוח הופכים הסתייעות או אצילה מותרת לפעולה בלתי חוקית באופן המחייב את הפסקת התקציב באופן מיידי.

ח. העניין הנדון כבד משקל, והשלכותיה של חוות הדעת (ובייחוד של ה"הנחיות" לפעולה) מרחיקות לכת מבחינות רבות, לרבות מבחינה מדינית. ראוי כי עניין זה יישקל בכובד ראש על ידי בעלי הסמכות, בהתייעצות עם כלל הגורמים הרלוונטיים.

א. רקע ומבוא

ביום 26 בפברואר 2015 פורסמה חוות דעת מטעם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), לגבי ההתקשרות ארוכת השנים שבין ממשלת ישראל והחטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית, לסיוע בתחום ההתיישבות. מסקנת חוות הדעת היא כי יישום ההסכם עולה כדי התפרקות הממשלה מסמכויות שבליבת אחריותה, העולה כדי אצילה אסורה. לפיכך קובעת חוות הדעת כי על המדינה לחזול לאלתר מתקצובה הישיר של החטיבה, הנסמכת באופן מוחלט על התקציב שמקבלת מן המדינה, כבר בשנת 2015, ואף להימנע מלעשות זאת באמצעות חקיקה.

חוות הדעת מונה שורה של מרכיבים שהצטברותם מובילה לכאורה למסקנה האמורה. נטען בה כי החטיבה אינה כפופה למערכת הנורמטיבית שאליה כפופה הממשלה ולסטנדרטים של פעילות זרועותיה; כי אצילה חייבת להיעשות רק לידי של גורם הנתון לחובות זהות לאלו המוטלות על הממשלה; כי החטיבה עוסקת בחלוקת משאבים או תמיכות במנגנון העוקף למעשה את מנגנון התמיכות של הממשלה; כי פעילות החטיבה הנוגעת לתחומיהם של משרדי ממשלה רבים יוצרת כפילויות וחוסר תאום; כי תקצובה נעשה בדרך של תקצוב ישיר ולא לפי התקשרויות קונקרטיים; כי ההתקשרות עם

החטיבה נעשית ללא מכרז כנדרש; וכי לממשלה יכולת מצומצמת ומוגבלת לפקח על החטיבה, בשל עצמאותה המנגנונית.

כפי שניתן לראות, במרכיבים הללו כלולים היבטים מעשיים, ארגוניים, מדיניים ומשפטיים גם יחד, וגזירה של מסקנה אופרטיבית נחרצת מהם על ידי גורם משפטי נראית תמוהה.² בדברים שלהלן נבקש לדון בנפרד בהיבטים השונים, תוך בידוד השאלות המשפטיות ובחינתן בכלים משפטיים בלבד.

ב. פעולות הממשלה באמצעות גופים שאינם שלטוניים

חוות הדעת קובעת כי "קיומו של ערוץ ביצוע חוץ ממשלתי, בו מבוצעות סמכויות שלטוניות מובהקות ואשר כל תכליתו היא יישום החלטות הממשלה, ועל אף זאת הוא אינו כפוף במלואו לחובות הדין המנהלי, אינו תקין". עוד קובעת חוות הדעת כי הטענה המצדדת בקיומה של זרוע ביצוע ממשלתית יעילה ובעלת גמישות רבה יותר אינה יכולה להתקבל, וכי "שימוש בגורם ביניים על מנת לבצע פעילויות ממשלתיות שלא בכפוף לרשויות השלטון אינו תקין" (עמוד 7). חוות הדעת מוסיפה וקובעת כי לא ניתן להטיל פיקוח אפקטיבי על עבודת החטיבה בשל אי כפיפות עובדיה לתקשי"ר ולדין המינהלי (עמוד 11).

קביעות אלו מערבות שתי שאלות שונות:

האחת – האם יכולה הממשלה לבצע את פעולותיה באמצעות גוף שאינו שלטוני בעל יכולת פעולה גמישות יותר משל אורגני השלטון; **השנייה** – האם פעילותו של גוף זה צריכה להיות כפופה לכללי הדין המחייבים גופים מינהליים.

בניגוד לעולה מחוות הדעת, התשובה לשאלה הראשונה היא ללא ספק בחיוב. המדינה המודרנית פועלת באמצעות גופים שונים. פעילויות רבות שבעבר היו נעשות בידי המדינה בלבד נעשות כיום באמצעות גופים שאינם שלטוניים. מציאות זו היא תולדה הכרחית של המגוון הגדול וההיקף הרב של הפעולות שמבצעת מדינה מודרנית. המשפט, כדרכו, מגיב למציאות, וכך נוצרו גם כלים להתמודדות עם אופן פעולה זה של המדינה:

"מן הדיכוטומיה הציבורי-פרטי היה ניתן בדרך כלל לעבור לדיכוטומיה המבחינה בין פעילות (ציבורית) של המדינה לבין פעילות (פרטית) של תאגידים. ההבחנה הזו אינה משקפת זה מכבר את המציאות המודרנית... בעבר היה השלטון אחדות משפטית אחת: אישיות משפטית אחת בעלת זרועות רבות. אולם אפיון של פעילות השלטון שייך זה מכבר להיסטוריה. המנהל הציבורי מורכב מגורמים רבים בעלי אישיות משפטית עצמאית – תאגידים מסוגים שונים. תאגידים שאינם מהווים אורגנים של המדינה ממלאים תפקידים ציבוריים ומעין ציבוריים. ניתן לומר שמבחינות רבות הפעילות באמצעות תאגידים בתחום הציבורי נהפכה לנורמה".³

² יצויין כי במכתב נוסף מיום 26.3 שינתה לכאורה המשנה ליועמ"ש את טון מסקנתה, והבהירה כי ניתן לפעול לתיקון הליקויים הנטענים ולא דווקא לנקוט פעולות שמשמעותן סגירת החטיבה.

³ דפנה ברק ארז "תאגידים ציבוריים" עיוני משפט יט 274 (תשנ"ה).

ואכן, מדינת ישראל מקדמת את מדיניותה בתחומים רבים באמצעות גופים שאינם שלטוניים. חלק ניכר מהשירותים שמספקת מדינת ישראל לאזרחיה בתחומי תרבות, רווחה, בריאות, ספורט, חינוך, מורשת, הנצחה, רווחה ועוד, נעשה באמצעות גופים שאינם שלטוניים.⁴ הממשלה סבורה שפעילויות אלו ראויות להתבצע, וראוי להקצות להן כספי מדינה, ובה-בעת סבורה גם כי רצוי שהן ייעשו על ידי גופים שאינם גופי שלטון, ולפיכך היא מבצעת אותן באמצעות הגופים הללו.

כפי שידגם להלן, גופים אלו מתוקצבים על ידי המדינה באופן חלקי או מלא, הם נהנים משיקול דעת רחב או צר, ומחלקים תמיכות וכספים לצדדים שלישיים. הם פועלים במנעד רחב של תחומים ובהם גם כאלו הנמצאים "בגרעין הקשה של תפקידי הממשלה" לכאורה. יש מהם שנדרשים למילוי משימה מוגדרת, יש מהם שפועלים לאורך זמן, יש שתקציבם רובו מתרומות ויש שתקציבם ממשלתי כולו. יש מביניהם אף שמתוקצבים באופן ישיר.

הצד השווה לכולם הוא פעילות שלטונית, שבמקרים רבים שייכת ל"ליבת הסמכות השלטונית" כלשון חוות הדעת, הנעשית עבור המדינה על ידי גופים שאינם שלטוניים, שעובדיהם אינם כפופים לתקשי"ר ולדין המשמעתי החל על עובדי המדינה, ואשר נתונים לרמות פיקוח ובקרה שונות.

הצורך בפעולה באמצעות גופים כאלה נובע, מצד אחד, מיכולתם לפעול בגמישות ולהתאים את עצמם לצרכי הציבור, המקום והזמן, באופן יעיל; ומצד שני מחסרונותיו של המערך הממשלתי, שלעיתים מתקשה לעשות זאת. גופים כאלה מסוגלים ליזום ולהוציא לפועל אינספור פעילויות בתחומים מגוונים, שאילו היתה נדרשת המדינה לעשותם בעצמה העלות היתה גבוהה יותר והתוצאות טובות פחות.⁵

התשובה לשאלה השנייה, בתמצית, תלויה באופיו ובאופי פעילותו של הגוף הנדון. כפי שנקבע במהלך השנים, על גופים דו-מהותיים יש להחיל את מערכת הדינים של המשפט המינהלי בכל הנוגע לפעילותם בשדה הציבורי. בהתאם לכך, ככל שפעילותו של גוף בשדה הציבורי רחבה יותר, משמעותית יותר, בעלת השלכות רחבות יותר, כך יוחלו לגביו הנורמות הציבוריות באופן רחב יותר.

בד-בבד, גם רמה גבוהה ביותר של כפיפות למשפט המינהלי אין פירושה שלילת המאפיינים החוץ-שלטוניים של הגוף הנדון. אכן, גוף שאינו משרד ממשלתי או יחידת סמך אינו כפוף לתקשי"ר ולשיפוט המשמעתי ככל עובד מדינה, ואינו כפוף להנחיות פנימיות אחרות של משרדי הממשלה; אולם אין בכך כדי ללמד על פעילות בלתי תקינה או על אי-עמידה בחובות מן המשפט המינהלי.

ג. דפוסים של פעילויות הנעשות עבור המדינה על ידי גופים שאינם אורגני המדינה

דוגמאות לפעולות כאלה ניתן להביא למכביר, בתחומים שונים ובמאפיינים שונים. נציין דוגמאות

⁴ העברת סמכות הביצוע לגופים שאינם שלטוניים יכולה להיעשות באמצעות קניית שירותים, או באמצעות סבסוד ותמיכה. האפשרות הראשונה מתבצעת לרוב בדרך של מכרז, בעוד האפשרות השנייה בהעברת תקציבים במנגנונים שונים. הבחירה באחת מן האפשרויות נעשית בהתאם לאופי הפעולה שבה מדובר, ובהתאם להחלטתו של הגורם השלטוני המעוניין בביצוע הפעולה. בדברים שלהלן לא נעסוק בפעולות הנעשות בדרך של קניית שירותים על ידי מכרז.

⁵ על מאפיינים של חלק מהגופים הללו, ההצדקות לפעילותם ומנגנוני הפעלתם ראו בהרחבה אצל יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** 481-492 (2010).

ראשית, בתחומים כמו התרבות, החינוך, המדע והספורט תומכת המדינה באינספור עמותות וגופים פרטיים, כשחלוקת התקציב נעשית באמצעות מגוונים שונים, דוגמת המנגנון הקבוע בסעיף 3א לחוק יסודות התקציב ולתקנות רלוונטיות שהותקנו מכוחו. הגופים המקבלים את התמיכות הללו, לאחר שעמדו במבחנים הרלוונטיים, עושים בתקציב שקיבלו בהתאם לשיקול דעתם כל עוד אין הם חורגים מתחומי המסגרת שעליה התחייבו כתנאי לקבלת התמיכה.⁶

פעולות רבות המצויות בלב אחריותה השלטונית של המדינה נעשות מכוח חוק באמצעות גופים שאינם שלטוניים: **מגן דוד אדום**, הפועל לפי חוק, עוסק בפעילות של הצלת חיים ומתן שירותי רפואה מיידיים, פעילות שהיא בלב האחריות השלטונית; ההשכלה הגבוהה בישראל מתוקצבת לפי חוק על ידי **הות"ת**, ועדה שחבריה אינם עובדי מדינה; יתירה מכך, **האוניברסיטאות** עצמן, גופים פרטיים, מפעילות – לא לפי חוק – שיקול דעת רחב וכמעט בלתי מוגבל באשר לאופן השימוש בתקציבי המדינה הנכבדים המועברים אליהן; מוסד **יד ושם** זוכה לתקצוב ישיר לצורך פעילותו העצמאית; אפילו **בנק ישראל** מהווה דוגמה לכך, שכן זהו גוף בעל סמכות והשפעה חשובים, וכעניין שבמדיניות אין הוא כפוף לשלטון המרכזי כלל, כדי שיפעל בתחומי אחריותו ויתנהל באופן עצמאי; ועוד כהנה וכהנה גופים שהמחוקק בחר להעביר לידיהם סמכויות שלטוניות ותקציבים כדי שימלאו במקומו תפקיד שלטוני, אגב רמות פיקוח ומעורבות שונות של השלטון.

גם ביחס לגופים שאינם סטטוטוריים ניתן להצביע על דוגמאות של העברת סמכויות מדינה, אם מכוח החלטות ממשלה ואם מכוח חקיקה הקובעת את העברת הסמכות. דוגמה בולטת היא **מרכז החינוך העצמאי ומרכז מעיין החינוך התורני בארץ ישראל**, שהוחרגו בחוק יסודות התקציב מתחולת סעיף 3א, ומקבלים תקצוב נפרד בחוק התקציב לצורך הפעלת החינוך החרדי המוכר שאינו רשמי (שכמובן אינו פועל מכוח חוק), פעילות שהיא בליבת האחריות השלטונית של המדינה; פעילויות רבות חשיבות בתחום קליטת העלייה נעשות על ידי **הסוכנות היהודית** או גופים הקשורים אליה, בהתקשרויות ללא מכרז, ואף הקביעה מי מבין יהודי התפוצות זכאי לעלות לישראל בהתאם לחוק השבות נעשית בידי הסוכנות; **בית התפוצות** מתוקצב בסעיף תקציבי ספציפי ומשמש גורם לביצוע פעולות שהמדינה מעוניינת בהן בתחום התפוצות ומורשתן; משרד החינוך מתקצב במיליוני שקלים את **פרוייקט חי"ל** למימון מלגות לחינוך יהודי בתפוצות ובמיליוני שקלים בשנה את **פרוייקט חפציבה** הנעשה בשיתוף עם הסוכנות היהודית. משרד הדתות מממן פרויקטים בשיתוף ההסתדרות הציונית עם המחלקה לשירותים רוחניים בתפוצות, ומשרד הקליטה משתמש בסוכנות היהודית לביצוע פעולות בתחום קליטת עלייה, לרבות שיקול הדעת בקביעה מי זכאי לעלייה לפי חוק השבות בחו"ל. משרד הכלכלה משתמש בסעיף הפטור שישנו ל**גוינט** בתקנות חובת מכרזים, להעברת תקציבים בעשרות מיליונים לצורך פרויקטים של רווחה.

⁶ **בתחום הקולנוע**, למשל, מעבירה המדינה (מועצת הקולנוע) תקציבים נכבדים לקרנות קולנוע, שהן עמותות. קרנות הקולנוע מעבירות כספי תמיכה ליוצרי קולנוע, בהתאם למבחנים שקבעו. בעוד העברת התקציבים ממועצת הקולנוע נעשית בהתאם לסעיף 3א לחוק יסודות התקציב ולתקנות רלוונטיות שהותקנו מכוחו, העברת כספי התמיכה מהקרנות לידי היוצרים אינה כפופה לסעיף 3א, אלא לקריטריונים אחרים שנקבעים על ידי העמותות. ההחלטה מי יקבל את כספי התמיכה נעשית לפי שיקול דעתם של ה"לקטורים" בעמותות הללו. **בדרך זו מועברים סכומי עתק לידיים פרטיות בהתאם לשיקול דעת רחב למדי של גופים שאינם שלטוניים, אינם מבוקרים, ואף אינם כפופים לנורמות של המשפט המינהלי.**

יש להוסיף כי גם בקבלת תקצוב ישיר מתקציב המדינה אין החטיבה מהווה מקרה יוצא דופן. שורה ארוכה של גופים שאינם שלטוניים מתוקצבים באופן ישיר בחוק תקציב המדינה, כגון קרן קמח, קרן רש"י, נמל חדרה ובתי ספר חקלאיים.

המסקנה היא כי בניגוד לאמור בחוות הדעת, אין לקשור בין העובדה שגוף מסוים אינו גוף שלטוני ואינו כפוף למנגנון הממשלתי לפעילות בלתי תקינה.

אכן, ייתכן שיש בפעילות החטיבה להתיישבות ליקויים הדורשים תיקון, כפי שייתכן שיש לשפר את מנגנוני הבקרה של הממשלה על פעילותה. אולם אין בכך כדי לבסס או להצדיק את מסקנתה הגורפת והרדיקלית של חוות הדעת, כביכול מדובר באנומליה שלטונית, "אזור דמדומים" שלא ניתן להשלים עמו.

כפיפות למשפט המינהלי באופן חלקי או מלא יכולה להתקיים בגופים אלו בד-בבד עם היותם עצמאיים מן השלטון. פעילות הממשלה באמצעות גופים אלו מאפשרת לה, במקרים המתאימים, ליהנות מיתרונותיהם התפעוליים בלי לפגוע בחובות החוקיות הנוגעות לעצם הפעילות. שאלת תקינות התנהלותה של החטיבה להתיישבות צריכה להיבחן עובדתית לגופה, ויש לתקן את הדרוש תיקון באופן ספציפי.

קשירת אופן פעולה זה של הממשלה עם ביטויים כמו "מדינה בדרך" אינו רק לוקה באנכרוניזם (הקמת החטיבה להתיישבות נעשתה לאחר מלחמת ששת הימים, כמתואר בחוות הדעת עצמה, וההתקשרות עמה פותחה ושוכללה פעמים רבות, לרבות בעשור האחרון), אלא גם משקף תפיסה שאינה רלוונטית למדינה מודרנית. לכל היותר, יש בו משום שיקוף לתפיסת עולם אידיאולוגית ביחס למידת הריכוזיות שעל המדינה לנקוט.

כעת נבחן את השאלות המשפטיות העולות מחוות הדעת, הנוגעות לגדרי אצילת סמכויות מן הממשלה לגופים אחרים.

ד. "גרעין קשה של סמכויות המדינה" ו"נושאי ליבה שלטוניים"

חוות הדעת מתבססת על הנחה ולפיה פעילות החטיבה להתיישבות היא פעילות המצויה בלב סמכותה של המדינה, נושא ליבה שלטוני, ולפיכך אין המדינה רשאית להעבירה או לעשותה באמצעות אחרים. זו הנחה שובת לב, אולם איננה מבוססת לא במציאות ולא במשפט.

בהיבט המציאותי – כפי שפורט לעיל בהרחבה תחומי עשייה שלטוניים חשובים ביותר מתבצעים על ידי גורמים שאינם גורמי שלטון: חינוך, מדע, השכלה גבוהה, בריאות ועוד.

בהיבט המשפטי – הקביעה איזה מבין תחומי העשייה השלטוניים יש לסווג כ"גרעין קשה" היא קביעה מתחום המדיניות הקשורה בטבורה להשקפת עולם אידיאולוגית.

"קביעת גבולותיה של ההפרטה מן ההיבט המוסדי היא משימה קשה, ככל שהכוונה לקביעתן של הגבלות משפטיות (ולא לגיבושה של תאוריה פוליטית שתשמש בסיס לויכוח בזירה הציבורית). ראשית אין הסכמה לגבי הגדרת הגרעין המינימאלי לפעילותה של כל מדינה. מגוון הדעות בתחום זה הוא רחב-החל בתפיסה של מדינת "שומר הלילה", המספקת בעיקר ביטחון אישי, מצד אחד, וכלה בתפיסה של מדינת

רווחה מפותחת, מן הצד האחר. בתווך קיימות גישות רבות נוספות. יש המייחדים למדינה את הפעלתו של הכוח האלים; יש המייחדים לה פעולות שיש בהן סממנים של ריבונות; ויש המייחדים לה את התפקיד של הספקת טובין ציבוריים. הקושי לגבש עמדה משפטית בנושא נובע גם מן האופן השונה שבו נתפשת המשימה המופרטת... לא ברור עד כמה תועיל הגדרה של תחום הפעילות שאינו ניתן להפרטה: לנוכח חילוקי הדעות בנושא, הגדרה זו צפויה להיות צרה למדיי".⁷

ניסיון משפטי לסווג תחום פעולות מסוים כבלתי ניתן להעברה או לביצוע באמצעות גופים שאינם שלטוניים נעשה בפסק הדין בעניין הפרטת בתי הסוהר.⁸ העותרים שם טענו כי הפרטת בתי הסוהר נוגדת את סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, הקובע כי הממשלה היא הרשות המבצעת. בית המשפט לא נדרש להכריע בשאלה זו, ועם זאת העיר כדברים הבאים:

"סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, הקובע כי: 'הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה', הוא סעיף הצהרתי בעיקרו, שנועד לקבוע באופן עקרוני את תפקידיה של הממשלה בשיטת המשטר בישראל. משכך ישנו קושי לבסס עליו טענות כנגד חוקתיות הפרטתם של שירותים ממשלתיים שונים. מקורו של הקושי האמור הוא בכך שסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה אינו קובע מפורשות תפקידים או תחומי פעילות פרטניים, שהאחריות לביצועם היא אחריות בלעדית של הממשלה... ניתן להניח כי אין מניעה חוקתית מפני הפרטת חלק מכריע מהשירותים שמספקת המדינה, ועניין זה מצוי בעיקרו במתחם שיקול הדעת של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת".⁹

כב' הנשיאה בייניש הוסיפה והעירה כי דעתה נוטה לקבוע שאמנם קיים "גרעין קשה" כלשהו של סמכויות שלטוניות, הקשורות בעיקר **בהפעלת כוח מאורגן** בשם המדינה; ואפילו עמדה מינימליסטית זו לא זכתה להסכמה מצד כלל חברי ההרכב.¹⁰

המסקנה היא כי במצב המשפטי בישראל לא ניתן לדבר על "גרעין קשה" של סמכויות שלטוניות שאותן יש מניעה משפטית – חוקית או חוקתית – לבצע באמצעות גופים שאינם שלטוניים. ההחלטה בשאלות אלו היא שאלת מדיניות גרידא, הנתונה להחלטה של הממשלה. חוות הדעת הרואה בהעברת תחום ההתיישבות משום התפרקות מתפקידים שחובה על המדינה לבצע בעצמה אינה מבוססת על כלל משפטי כלשהו, והיא מבטאת לכל היותר השקפת פוליטית ותפיסת עולם אידיאולוגית באשר לתפקידיה של המדינה.

ה. ההתקשרות בין החטיבה והמדינה – "אצילה" או "הסתייעות"

חוות הדעת גורסת כי "ביצוע תפקידים אלו – עיצוב מדיניות, הפעלת שיקול הדעת המהותי ויצירת סדרי העדיפויות בנושאי ההתיישבות" – על ידי החטיבה, "חורג הרבה מעבר להסתייעות המותרת על ידי אחר ומהווה דה-פקטו אצילה אסורה לגורם שאינו שלטוני" (עמוד 2).

⁷ דפנה ברק ארז אזור-נתין-צרכן – משפט ושלטון במדינה משתנה, 104 (2012).

⁸ בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).

⁹ שם, עמוד 612.

¹⁰ ראו למשל דברי השופט לוי, בעמוד 696 ואילך; "המדינה המודרנית היא גוף מתפתח ומשתנה, וההסדרים הנוהגים בה משקפים גם את שינויי העתים, מבלי שהמסקנה המתבקשת מן הדברים היא אובדן ריבונותה של המדינה" (עמוד 699).

כל גוף מנהלי, ובכלל זה הממשלה ומשרדיה, רשאים להסתייע באחרים לשם מימוש סמכויותיהם: "ריבוי הפעילות השלטונית, הסיבוך שבה, התשתית העובדתית המקיפה המשמשת לה בסיס, כל אלה מחייבים, למען יעילות פעולת השלטון, כי הרשות השלטונית תוכל להיעזר באחרים בביצוע תפקידיה ותוכל להפעיל את סמכותה באמצעות זולתה".¹¹

ההבחנה בין הסתייעות לבין אצילת סמכות איננה פשוטה כלל ועיקר. בפעולות סיוע רבות יכולים להיות היבטים הנחזים כאצילה. הניסיונות להעביר את קו הגבול בין שתי הפעולות בהתאם למבחנים מוגדרים נועדו לכישלון, שכן הכל תלוי בנסיבותיו ובמאפייניו של כל עניין:

"לעתים מוענק לאחר תפקיד של שיקול-דעת (כגון, שמיעת הצד שכנגד והעברת המלצה לרשות המוסמכת), מבלי שהדבר ייחשב כאצילה. לעתים ניתן להעניק לאחר תפקיד בעל אופי טכני, והדבר ייחשב כאצילה. אכן, הכול תלוי בזהות תפקידיה של הרשות המוסמכת מזה ובמשימה שהוטלה על האחר מזה וביחס בין השניים".¹²

בשל כך, ברור כי יש להימנע מלסווג מראש פעולה כאצילה:

"האבחנה בין עניין בעל אופי טכני שבו מותר להסתייע באחר לבין עניין שיש בו שיקול דעת שלגביו אסור להסתייע באחר אינה נקיה מקשיים... 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".¹³

עוד יש לציין כי גם אם סמכויותיו ותפקידיו של גוף מסייע רחבים, רבים ומגוונים, ואינם מצטמצמים למשימות קונקרטיות וברורות, אין כדי להוציאו מכלל גוף מסייע. **בניגוד לעולה מחוות הדעת**, בספרות ובפסיקה הרלוונטיים **אין דרישה להגבלת המסייע לתפקידי ביצוע קונקרטיים ונקודתיים**, "התקשרויות גדרות" כלשון חוות הדעת (עמוד 13). יתירה מכך, כל הסתייעות כרוכה גם בהפעלת שיקול דעת מסויים של הגוף המסייע.¹⁴ אשר על כן גם העברת סמכות ביצוע כללית בתחום רחב יחסית, הכרוך גם בהפעלת שיקול דעת, אינה בהכרח מנוגדת לכללי הסתייעות במשפט המנהלי.

כעת נבחן לאור האמור את מערכת היחסים שבין החטיבה והממשלה. בחינת החומר הרלוונטי ליחסים אלו, כמו גם העובדות המובאות בחוות הדעת עצמה, מעלה כי סיווגה הנחרץ של מערכת היחסים כ"אצילה אסורה" אינה מבוססת מבחינה עובדתית ומשפטית. ההסכם בין החטיבה להתיישבות ובין הממשלה משנת 2000 מגדיר את היחסים שבין השתיים לאור החלטת ועדת השרים לענייני בטחון לאומי ב/135 מיום 22.7.1998 כך:

¹¹ בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות מו (1) 410, 428 (1992).

¹² שם, עמוד 18.

¹³ בג"ץ 5031/10 עמותת עיר עמים נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים פסקה 18 (ניתן ביום 26.03.2012).

¹⁴ וראו דברים מפורשים שאמר בקשר זה בית המשפט העליון בעניין עיר עמים הנ"ל:

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

" ההסתדרות הציונית באמצעות החטיבה ההתיישבות תמשיך לסייע לממשלה בתוכניות ופעולות שונות בישובים היהודיים באזורים, שיכללו, בין היתר, את תחומי האכלוס, חברה, חינוך, תכנון, פיתוח כלכלי ומחקר, וכן תמשיך לסייע לפעולות הנח"ל בכל חלקי ארץ ישראל... " (ההדגשות הוספו).

החטיבה היא אפוא גוף ביצועי, אשר מצד אחד מסייע לממשלה בגיבוש תכניות פעולה בתחום ההתיישבות, ומצד שני מסייע בהגשמתן. גם העובדות המצוינות בחוות הדעת אינן מלמדות על העברת סמכויות שיפוטיות או תחיקתיות, ואף לא על קביעת סדרי עדיפויות או קביעת מדיניות ברמה הגבוהה, אלא על פעולות במישור הביצועי. החטיבה עצמה טוענת כי המדיניות המנחה אותה נקבעת על ידי הממשלה, וכך ניתן ללמוד גם ממסמכי ההתקשרות בין הצדדים. גם גורמים שונים שבחנו בעבר את ההתקשרות שבין הממשלה והחטיבה (ובכלל זה מבקר המדינה, גורמים משפטיים, וועדת מנכ"לים בראשות מנכ"ל משרד ראש הממשלה מר אילן כהן) סיווגו את הפעילות כהסתייעות של הממשלה בגוף בעל מומחיות לקידום החזון הציוני בדבר התיישבות בארץ ישראל.

לפיכך, הקביעה בחוות הדעת כי פעילות החטיבה מהווה אצילה אסורה איננה מנומקת ואינה מבוססת. גם אם נניח שהיבטים מסויימים בעבודת החטיבה חורגים מהסתייעות גרידא, עדיין אין בכך כדי להשליך על ליבת עשיית החטיבה שעניינה בסיוע. יש לזכור כי המדינה קבעה בתקנות חובת המכרזים פטור מיוחד ממכרז ל"התקשרות עם הסוכנות היהודית או ההסתדרות הציונית לביצוע מטרות ציבוריות לרבות הקמה, ביסוס או הרחבה של ישובים קהילתיים, כפריים או חקלאיים"¹⁵, המלמד על כוונה מצד המדינה להסתייע לצורך מטרות ציבוריות אלו בגופים האמורים. השימוש בפטור הזה נעשה לגבי פעילויות רחבות היקף בתחומי הקשר עם יהודי התפוצות וקליטת עלייה, בסכומים של עשרות ומאות מיליוני שקלים בשנה. תחומי פעילות נרחבים מועברים בדרך זו ישירות לגופים שאינם ממשלתיים. כך, למשל, כל תחום **מרכזי הקליטה** לעולים חדשים מועבר למחלקת מרכזי הקליטה של הסוכנות היהודית, הפועלת מתקציב המדינה באמצעות הפטור הנ"ל ממכרז, בלבד. היה רצוי אפוא, לצורך הערכת פעולות החטיבה והכרעה אם מדובר באצילה או בהסתייעות, לבחון פעולות קונקרטריות של החטיבה ולהימנע ממסקנה כוללת.

1. אצילה מותרת ואצילה אסורה

ההלכה בנוגע לאצילת סמכות קובעת חזקה פרשנית הניתנת לסתירה, ולפיה מקום שבו העניק חוק סמכות לרשות ציבורית תהא העברת הסמכות לאחר אסורה כל עוד לא התיר החוק המסמיך את ההעברה במפורש.¹⁶ זהו הסדר שלילי, הלומד את הלאו מתוך ההן. כלל זה רוכך גם הוא במהלך השנים, כשהפסיקה הכירה גם בהסמכה מכללא ובהסמכה משתמעת.¹⁷ אולם גם כאשר קיים חוק מסמיך, החזקה ניתנת לסתירה בהתאם לנסיבות העניין. לצורך בחינת חוקיותה של האצילה יש לבחון, בין היתר, את היקף האצילה, מעמדו של המאציל ומידת הייחוד של

¹⁵ תקנה 3(19) לתקנות חובת מכרזים.

¹⁶ דפנה ברק ארז **אזרח נתין צרכן – משפט ושלטון במדינה משנתה** 103 (2012).

¹⁷ עניין **פיליפוביץ' הנ"ל**, פסקה 16.

משרתו המואצלת, את היקף שיקול הדעת הניתן לבעל הסמכות, מהות הסמכות המואצלת (הבחנה בין סמכות שיפוטית, חקיקתית וביצועית), את ההשפעה הישירה של הסמכות המואצלת על זכויות אדם ושלום הציבור, ואת הצרכים המעשיים והיעילות המנהלית.¹⁸

בפסיקת בתי המשפט התפתח עקרון פרשני ולפיו האצילה תהיה אסורה כאשר הסמכות מואצלת לגורם פרטי הפועל על פי מודל עסקי של השאת רווחים, שכן ישנו חשש רציני ליצירת ניגוד עניינים. בית המשפט הביע עמדה זו בכמה עניינים, והדגיש, לצד הצורך בפיקוח, את משקלו של החשש מהשפעתו של מניע הרווח כעילה המרכזית לשלילת אצילה לגוף פרטי.¹⁹

אצילת סמכות מטעם גורם שלטוני איננה אפוא פעולה אסורה באופן מוחלט. מצבים שבהם אצילת סמכות תהיה מותרת אפשריים בהחלט, אף במצבים שבהם אין הסמכה מפורשת לאצילה. עוצמת ההסתייגות מאצילת סמכויות לגורם פרטי תושפע מסוג הסמכויות שעליהן מדובר ומיתר הנסיבות.

פעילות בתחום ההתיישבות נתונה לסמכות הממשלה מכוח סמכותה השירותית, ולא מכוחו של חוק מסמך מסוים. במצב דברים זה, נקודת המוצא היא שעל פעילות ההתיישבות לא חלה החזקה בדבר איסור אצילה שאינה בחקיקה.²⁰

מעבר לכך, כאמור, יש לבחון את כלל נסיבות האצילה כדי להעריך אם נעשתה כדן.

מבחינת סגולותיה של החטיבה להתיישבות, מוסכם על הכל (ודומה שגם חוות הדעת אינה מטילה ספק בכך) שהחטיבה להתיישבות היא גוף מומחה ויעיל, היודע ליתן מענה מהיר, מעשי וכולל לצרכי המדינה בתחום זה.

מבחינת המבנה הארגוני של החטיבה להתיישבות, מדובר באגף בהסתדרות הציונית העולמית. ההסתדרות הציונית איננה גוף שלטוני אולם גם איננה גוף הפועל לצרכי רווח, ואין מקום לחשש של ניגוד עניינים מהסוג המתואר לעיל. יתירה מכך, הגדרת "עובד ציבור" או "משרד ציבורי" בפקודת הפרשנות (נוסח חדש) כוללת גם "כל עובד או משרד שהוטלו עליהם תפקידים בעלי אופי רשמי, או הממלאים תפקידים כאלה, בין שהם נתונים לפיקוחה הישיר של ממשלה ובין אם לאו". עובדי החטיבה עומדים בהגדרה זו, ולפיכך, בהתאם לפסיקת בית המשפט כפי שתואר לעיל, אצילת סמכויות אליה איננה מלווה בחשד. בנוסף לכך, כמפורט להלן, החטיבה להתיישבות כפופה לסטנדרטים של המשפט הציבורי ולפיקוחם של מבקר המדינה וחשב ממערך החשבים הכללי באוצר.

לאור כל זאת, אף אם תסווג מערכת היחסים בין החטיבה והממשלה כאצילה ולא כהסתייעות – הקביעה כי זו אצילה אסורה איננה נכונה מבחינה משפטית ובוודאי שאיננה הכרחית.

ז. כפיפות החטיבה למשפט המינהלי

ההכרה בדואליות הנורמטיבית, כלומר בקיומם של גופים שהם "דו מהותיים", קיימת במשפט הישראלי

¹⁸ פיליפוביץ, עמוד 428; דפנה ברק ארז **משפט מינהלי א**, 174.

¹⁹ עניין פיליפוביץ הנ"ל, עניין עיר עמים הנ"ל, בג"ץ 4884/00 עמותת תנו לחיות לחיות נ' מנהל השירותים הוטרנינריים (ניתן ביום 2.6.2004).

²⁰ ברק ארז, שם.

מזה שנות דור. בבסיסה עומדת ההכרה במציאות שבה גופים רבים שאינם גופי מדינה פועלים בשדה הציבורי, ומבחינה עניינית ועיונית יש צורך להחיל עליהם נורמות החלות על גופים ציבוריים בכל הנוגע לפעילותם בשדה הציבורי. בהתאם לכך, ככל שפעילותו של גוף בשדה הציבורי רחבה יותר, משמעותית יותר ובעלת השלכות רחבות יותר, כך יוחלו לגביו הנורמות הציבוריות באופן רחב ומחייב יותר. החלת הנורמות מתרחשת מאליה: עצם פעילותו של הגוף בשדה הציבורי מחייבת אותו לפעול לפי הנורמות הללו.

בהקשר שלנו, אין חולק שעל פעילותה של החטיבה להתיישבות הפועלת כזרוע של המדינה ומכוח תקציבים של המדינה יש להחיל מידה רבה של נורמות מן המשפט הציבורי, וכי ההסתדרות הציונית, שהחטיבה היא זרוע שלה, היא גוף דו-מהותי. ואכן, **למעשה, הכפיפות של החטיבה להתיישבות למשפט המינהלי היא ברמה הגבוהה ביותר, וכך פסק כבר בית המשפט העליון.**²¹ בנוסף, החטיבה להתיישבות והממשלה הוסיפו והגדירו תחולה ספציפית של עקרונות מנהליים: החטיבה מתקשרת עם גופים שלישיים לפי דיני המכרזים (בהתאם להחלטת ממשלה בעניין); מכפיפה עצמה לעקרונות ולכללים של חוק חופש המידע (גם כן בהתאם להחלטת ממשלה); נתונה לביקורת מבקר המדינה; וכפופה מבחינה תקציבית לחשב הכללי במשרד האוצר.

חוות הדעת מלינה על כך שבית המשפט העליון²² קיבל את טענת החטיבה כי חוק חופש המידע אינו חל עליה, למרות שהחטיבה פועלת לטענתה על-פיו כבר מאז 2011. זו תלונה מוזרה. בפסק הדין הובהר כי קביעת הגופים שחוק חופש המידע חל עליהם נתונה לסמכותו של שר המשפטים, ומשום שהלה לא הכליל את החטיבה בין הגופים הללו אין ממש בטענה כי גם הפרוצדורה שבחוק חלה על החטיבה. אדרבה, **בניגוד לטענה שבחוות הדעת בית המשפט הבהיר כי ניתן לאכוף על החטיבה להתיישבות את הוראות חוק חופש המידע**, אף כי באמצעות פרוצדורה שונה מזו שבחוק. כאמור, החובות חלות על החטיבה מעצם הפעילות שהיא מבצעת, ולא ברורה טענת חוות הדעת כי יש אי-חוקיות בכך שהחטיבה אינה כפופה לנורמות מינהליות במידה הראויה. כמובן, אם יסבור מישהו כי החטיבה אינה פועלת כפי שהיה ראוי לה לפעול יוכל לפנות בדרישה מתאימה לחטיבה או לבית המשפט; אולם קביעה של יועץ משפטי כי המצב הנוכחי פוסל את מערכת היחסים בין המדינה והחטיבה איננה יכולה לעמוד.

כמובן, ככל שיימצא – לאור הטענות המועלות בחוות הדעת או מטעמים נוספים – כי יש צורך בהגברת הפיקוח והביקורת על תקציב החטיבה ועל אופן עבודתה, או כי יש מקום להקשיח את אמות המידה שלפיהן מפעילה החטיבה את תקציבה,²³ או כי יש להחיל עליה נורמות מנהליות באופן הדוק יותר, הרי שאין מניעה לעשות זאת בהתאם לצורך. אולם אין קשר הכרחי בין עמדה כזו לבין מסקנה בדבר קיומה של אצילה אסורה או בדבר ההכרח לאסור על העברת תקציבים לחטיבה.

²¹ ראו, למשל, בר"מ 3992/12 **ההסתדרות הציונית העולמית נ' יש דין** (ניתן ביום 8.7.2012).

²² ש.ס.

²³ אמות המידה נקבעו בשנת 2009 בשיתוף היועץ המשפטי של משרד החקלאות יחד עם חשב החטיבה שייצג את עמדת משרד האוצר, ואושרו על ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז.

ח. תקצוב החטיבה להתיישבות בחוק התקציב ומשמעותו

כפי שנכתב בחוות הדעת, בסיס התקציב של החטיבה קבוע בחוק התקציב. לאור זאת, תמוה כיצד קובעת חוות הדעת כי העברת הכספים לחטיבה איננה חוקית. גם אילו היו טענות חוות הדעת מתחום המשפט המינהלי נכונות, מעת שהמחוקק החליט על העברת התקציב לחטיבה הרי שהדבר חוקי (וחוות הדעת אינה טוענת שחוק זה אינו עומד בגדרם של חוקי היסוד או חוק יסודות התקציב). בדומה לכך, ה"הנחייה" שלא להעביר כספים לחטיבה בעתיד גם בדרך של חקיקה (הנחייה מספר 3 בעמוד 12) היא חסרת סמכות. יועץ משפטי אינו יכול להורות לכנסת שלא לחוקק דבר מה, אינו יכול להורות לממשלה שלא ליזום חקיקה בתחום מסוים, ואף לא ראוי שיחווה דעה משפטית הנוגדת פעולת חקיקה בלא להצביע על סתירה לחוק יסודות התקציב או לחוק יסוד.

ט. הגברת המשילות

חוות הדעת מבקשת להצביע על מאפיינים מסויימים באופן פעולתה של החטיבה להתיישבות המעוררים קושי. בסעיפים הקודמים בחנו את הקשיים המרכזיים שעליהם הצביעה חוות הדעת, ונוכחנו לראות כי הקשיים הללו אינם מבוססים מבחינה משפטית.

עניין נוסף שחוות הדעת עוסקת בו הוא העובדה כי **"פעילותה של החטיבה להתיישבות חוצה את תחומי התוכן והאחריות של מספר משרדי ממשלה"** (עמוד 9). חוות הדעת טוענת כי אופן פעילות זה יוצר עמימות ועלול לגרום התערבות בפעילות המשרדים, הטיה של סדרי העדיפויות, כפילות וסתירות. זו טענה תמוהה. ראשית, היא נעדרת כל היבט משפטי וקשורה במדיניות גרידא. שנית, היא שגויה לחלוטין לגופה. נחיצות פעילותה של החטיבה להתיישבות נובעת דווקא מן העובדה שפעילות ההתיישבות והתמיכה ביישובים היא פעילות מורכבת, רב תחומית, הדורשת מומחיות וכושר פעולה במגוון נושאים: תכנוניים, אנושיים, חברתיים, הנדסיים, כלכליים ואחרים. דווקא משום כך נחוץ גוף חיצוני, שאינו כפוף למשרד ממשלתי אחד, שיוכל לרכז ולבצע בגמישות וביעילות את כלל המשימות הכרוכות בהתיישבות. זהו יתרונה של החטיבה, והצגתו כבעיה מעידה על אי-הבנה.

כאמור לעיל, מסמכנו זה אינו כולל בחינה עובדתית יסודית של אופן פעילות החטיבה, וייתכן בהחלט כי פעילות החטיבה טעונה בחינה ושיפור בהיבטים שונים, לרבות היבטים הקשורים לנטען בחוות הדעת. ברם, תפקידו של יועץ במערך הממשלתי הוא **למצוא פתרונות** לשיפור המערכות ולקידומן תוך שמירה על שלטון החוק ובהתאם למדיניות הממשלה. בהקשר דנן, ניתן להצביע על כיווני פעולה שונים לשיפור אופן פעולת החטיבה להתיישבות: ניתן ליצור מנגנוני **פיקוח ובקרה** אפקטיביים יותר על ידי הממשלה, ניתן להסדיר את פעולתה ותקצובה **בחקיקה**, ניתן להעביר את התקצוב של החטיבה למנגנון של **תמיכה** באמצעות מנגנון 3א או באמצעות **החרגה** ממנו בחוק, ועוד כהנה וכהנה פתרונות אפשריים. **כך או כך, המסקנה של חוות הדעת כי יש לחדול מייד מתקצובה של החטיבה מרחיקת לכת ואיננה מתבקשת.**

בנוסף לכך, היועץ המשפטי לממשלה אינו גוף ביצועי, ואינו מוסמך ליתן הוראות ביצועיות לגופי

המדינה. פרק ההנחיות האופרטיביות שבסוף חוות הדעת נכתב בחוסר סמכות מובהק, באופן המעורר חשש כבד כי ההיררכיה וחלוקת הסמכויות במנגנון הממשלתי אינן ברורות ואינן תקינות. המונח "הנחיות משפטיות" שבו נוקטת המשנה ליועץ המשפטי (עמוד 1) הוא מונח שאין לו מקום. תפקידו של המשפטן הוא ליתן חוות דעת משפטית, ותפקידו של בעל הסמכות לתת הנחיות.

הדברים מקבלים משנה תוקף בעת שמדובר ב"הנחיה" בעלת השלכות כבדות משקל ומרחיקות לכת על פעילות ההתיישבות ברחבי הארץ ועל פעילותם של גופים רבים וחשובים נוספים שהמדינה מבכרת לפעול באמצעותם להגשמת מדיניותה מטעמים שונים, כמתואר לעיל.