

מדינת ישראל
משרד המשפטים

לשכת היועץ המשפטי לממשלה

ירושלים, כ"ז אב תש"פ
17 אוגוסט 2020

מס' מסמך: 004-99-2020-018357
(בתשובה נא לציין מספרנו)

לכבוד
ד"ר יוסי כהן, עו"ד
משרד עורכי דין – ד"ר יוסי כהן

שלום רב,

הנדון: טיוטת הסדר ניגוד עניינים עבור ראש הממשלה

סמך: מכתבך מיום 13.8.2020 ומיום 19.7.2020; מכתבינו מיום 23.7.2020 ומיום 9.8.2020

ראשית, בטרם אדרש לטענותיך לגופו של עניין, אבקש לשוב ולהעיר כי טענותיך לגבי אחריותו של היועץ המשפטי לממשלה בנוגע למניעת ניגוד עניינים של שרים אינן מתיישבות עם העמדה שנמסרה בשם מרשך לבית המשפט העליון בבג"ץ 2592/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל** נ' **היועץ המשפטי לממשלה**, בפני הרכב מורחב של 11 שופטים. בהתאם לעמדה זו, רשם לפניו בית המשפט העליון את ההודעה המוסכמת על כך שכהונתו של ראש הממשלה תהיה "כפופה להסדר ניגוד עניינים שייערך עימו". הנחת עבודה זו קיבלה ביטוי גם בתגובת ראש הממשלה לבג"ץ 3056/20, והדברים פורטו בהרחבה במכתבנו מיום 23.7.2020.

לא למותר להזכיר כי אין מדובר בהסדר ניגוד העניינים הראשון הנערך לראש הממשלה. במקרים קודמים בעבר, מסר היועץ המשפטי לממשלה לראש הממשלה חוות דעת למניעת ניגוד עניינים, כפי שעשו גם קודמיו בתפקיד, וכפי שנעשה מזה שנים לגבי שרים וסגני שרים שבנסיבות מסוימות עלולים להימצא בניגוד עניינים. במקרים שבהם יש לשרים הערות או השגות לגבי מסקנות שנכללו בטיטת חוות הדעת, המחלוקת המשפטית מתבררת ומוכרעת על ידי היועץ המשפטי לממשלה.

שיח כזה אף התקיים בין היועץ הנוכחי לבין ראש הממשלה הנוכחי במספר הזדמנויות, לרבות לאחרונה בקשר להלוואה אותה קיבל ראש הממשלה ממקורבו ספנסר פרטרידג' לצורך מימון הוצאות הגנתו. לעניין זה נזכיר כי בתגובה שהגשת בשם ראש הממשלה לעתירה העוסקת, בין היתר, בהלוואה האמורה, נכתב בפסקה 45 לתגובה:

"משאישר היועץ המשפטי לממשלה כללים למניעת ניגוד עניינים עם נותן ההלוואה, ברי כי התקבלו כל האישורים הנדרשים ודין העותרת בעניין זה דחייה" (תגובה מקדמית מטעם ראש הממשלה לבג"ץ 6061/19 מיום 4.11.2019).

באותה תגובה, הופיעו אף הדברים הבאים בנוגע למעמד חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה (פסקה 21 לתגובה מטעם ראש הממשלה):

"בכל הכבוד, לא ברור כיצד מעזה העותרת להחליף את שיקול דעתה בשיקול דעת היועץ המשפטי ולנסות לבטל החלטה שלו שניתנה לפני כשנה וארבעה חודשים – ולא בפעם הראשונה. בית המשפט הנכבד מופנה לבג"ץ 4247/97 שם נקבע, בין היתר:

'היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו, בכל הנוגע למתן חוות-דעת בדבר המצב המשפטי הקיים, אינם 'ועצים' במונח השגור של המילה. חוות-דעתם מחייבת את הרשויות. עמדתם המקצועית היא עמדת הרשויות. דעותיהם האישיות של נבחרים או עובדי ציבור בדבר המצב המשפטי הקיים אינן רלוונטיות. הפרתו של כלל זה, תוצאתה הבלתי נמנעת היא הפרה של חוקי המדינה ושל פסקי-הדין של בתי-המשפט, ובסופו של דבר פגיעה קשה בשלטון החוק."

כך, כאמור, נכתב מטעם ראש הממשלה, על ידך, בתגובתו לבית המשפט העליון.

לגופו של עניין, נבקש להבהיר את הדברים הבאים:

א. ראשית, סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה בהקשרי ניגודי עניינים אינה מוגבלת למתן חוות דעת לפי "כללי אשר". היועץ המשפטי לממשלה, וכן המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי) הפועלת מטעמו, מגבשים חוות דעת משפטיות במצבים שבהם עלול להתעורר חשש לניגוד עניינים – בין אם הנושא מתעורר עקב יישום נוהל ספציפי, כגון "כללי אשר" אצל שרים, או הוראות התקשי"ר אצל עובדי מדינה וכדומה – ובין אם הנושא מגיע לשולחנו של היועץ אגב פניה פרטנית או אגב עתירה לבית המשפט או בכל בדרך אחרת. ההכרעה בשאלות של ניגודי עניינים היא הכרעה משפטית, כעולה מפסיקתו הענפה של בית המשפט העליון, ועל כן שאלות בעניינים אלה, כאשר הן נוגעות לממשלה ולגורמי הממשלה ובהם שרי הממשלה, מובאות לפתחו של היועץ המשפטי לממשלה או מי מטעמו לשם קבלת הכרעתו.

ב. אף בדוח הוועדה הציבורית בנושא ניגוד עניינים של שרים וסגני שרים ("ועדת אשר"), שגיבשה את הכללים למניעת ניגוד עניינים של שרים וסגני שרים צוין כדלקמן (פסקה 2.4 לדוח):

"בחוות דעת שיצאו מטעם היועץ המשפטי לממשלה בשנים האחרונות נתגבש ונתחזק הכלל כי שר חייב להקפיד שלא ייוצר מצב של ניגוד עניינים בין תפקידו לבין ענייניו האישיים. כלל יסוד זה משמש אבן היסוד להצעתנו ואנו לא באנו אלא למלא כלל זה בתוכן ובצורה. הכללים המוצעים באים לגבש ולפרט את עקרון היסוד של פרטיו ודקדוקיו."

המסקנה העולה מהדברים האמורים היא כי גם הוועדה שניסחה את הכללים לא סברה כי האיסור על הימצאות בניגוד עניינים, הנובע מכללי הצדק הטבעי, כפי שפורשו בפסיקת בית

המשפט העליון, וסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה ליתן הנחיות מחייבות בעניין, מוגבלים להוראות שעוגנו במסגרת "כללי אשר".

ג. גם "כללי אשר" עצמם מורים, בסעיף 7(ב), על כך שבמקרים של ניגוד עניינים יש לפעול לאחר קבלת חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה. **טענתך כי יש להבחין בין "ניגוד עניינים" לבין "חשש לניגוד עניינים" אינה מתיישבת עם הפסיקה ועם הדין בנושא.**

ד. כפי שעולה בבירור מהפסיקה, הכלל האוסר על ניגוד עניינים הוא צופה פני עתיד ומטרתו היא "למנוע את הרע בטרם יארע". המבחן לקיומו של ניגוד עניינים הוא מבחן הסתברותי – האם, במבט צופה פני עתיד, יש "חשש סביר" או "אפשרות ממשית" לניגוד עניינים (ראו בג"ץ 531/79 **סיעת הליכוד בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה**, פ"ד לד(2), 561). אם כן, הביטוי "ניגוד עניינים" הוא למעשה ביטוי מקוצר, והוא זהה במשמעותו לביטוי "חשש לניגוד עניינים" שמגלם בצורה מדויקת יותר את המבחן המשפטי.

ה. ניגוד עניינים אינו אירוע נקודתי אלא מצב מתמשך, שהוא פועל יוצא של עניינים אישיים מחד גיסא, וסמכות ואחריות בתפקיד הציבורי מאידך גיסא. ניגוד עניינים, או חשש לניגוד עניינים, מתקיים כל עוד בעל התפקיד הוא בעל סמכות או בעל יכולת להשפיע על עניינו האישי, בין אם עומדת על הפרק החלטה קונקרטיה שממשת את החשש לניגוד עניינים, ובין אם לאו. לא ניתן לפרש את הכללים ככאלו שמתעלמים ממצב מתמשך של ניגוד עניינים, ובוודאי שאין מקום לקבוע שהם מחייבים להימנע מבירור משפטי במצב כזה.

ו. מקום שבו מתעורר מצב של ניגוד עניינים, על השר למסור הודעה ולפעול בהתאם להוראות סעיף 7(א) לכללים, ואף לנקוט את הצעדים שעליהם יחווה היועץ את דעתו לפי סעיף 7(ב) לכללים. עם זאת, נוכח אופי השאלות שמתעוררות במקרים של ניגוד עניינים, במקרה הרווח יש צורך ממילא בחוות דעת מטעם היועץ המשפטי לממשלה, המבהירה את הגבולות המשפטיים של איסור ניגוד העניינים בהתייחס לנסיבות ספציפיות.

ז. במסגרת חוות דעת למניעת ניגוד עניינים שנערכות בתחילת הכהונה, ניתנת התייחסות הן לשאלה האם יש לשר עניין אישי בעניינים מסוימים (שאז עליו לנהוג לפי האמור בסעיף 7(א)), והן לשאלה מהם הצעדים שבהם יש לנקוט (לפי האמור בסעיף 7(ב)). בשים לב לכתב האישום שהוגש נגד ראש הממשלה, מדובר במקרה מובהק היוצר ניגוד עניינים בהפעלת מגוון סמכויות, כפי שפורטו בהרחבה בחוות הדעת, ועל כן מתחייב לערוך הסדר ניגוד עניינים כפי שהובהר במכתבינו הקודמים.

בהקשר זה, נבקש לשוב ולהדגיש כי עד לקבלת החלטה אחרת, יש לראות את האמור בטיטוט חוות הדעת כהנחיה משפטית מחייבת לעניין תחומי הפעולה בהם ראש הממשלה מנוע מלפעול, בין באופן ישיר ובין באופן עקיף.

בהמשך לאמור בסיום מכתבך בו קיבלת את הצעתנו לקיים פגישה בנושא עם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי), עו"ד דינה זילבר, הרי שנבקש כי תקיימה בהקדם האפשרי וככל הניתן בשבוע הקרוב. לאור הפגישה הצפויה להתקיים, ביקשני היועץ המשפטי לממשלה להודיעך כי הוא נכון להשלים את הטיפול בנושא, לכל המאוחר, עד לסוף חודש זה.

בברכה,
 ד"ר גיל לימון, עו"ד
 עוזר בכיר ליועץ המשפטי לממשלה

העתק:

מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור
 המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי)
 היועצת המשפטית למשרד ראש הממשלה