

ויינברגר ברטנטל ושות', משרד עורכי דין

WEINBERGER BERTENTAL & Co, Law Office

Amichay Weinberger, Adv. (L.L.B, L.L.M)

Inor Bertental, Adv. (L.L.B)

Gitit Schermann, Adv. (L.L.B)

Hadas Prizmant, Adv. (L.L.B)

Maayan Ofri, Adv. (L.L.B)

Liza Hendruker, Adv. (L.L.B)

Irit Rothschild, Adv. (L.L.B)

Maayan Yerushalmy, Adv. (LLB)

Omri Yosef, Adv. (LLB)

Jenny Raindovich, Adv. (LLB)

Yiftach Teagel, Adv. (L.L.B)

Jacob Antweg, Adv. (L.L.B)

רח' זיבוטינסקי 35, רמת גן, מגדל התאומים 2 קומה 12, 52522 טל: 972-3-6130875; פקס: 972-3-6129187; office@muni.co.il

7 באפריל 2013

עמיחי ויינברגר, עו"ד

ינור ברטנטל, עו"ד

גיתית שרמן, עו"ד

הדס פריזמנט, עו"ד

מעין עופרי, עו"ד

ליזה הנדרוקר, עו"ד

עירית רוטשילד, עו"ד

מעין ירושלמי, עו"ד

עומרי יוסף, עו"ד

ג'ני ריינדוביץ, עו"ד

יפתח טיגל, עו"ד

יעקב אנטוורג, עו"ד

לכבוד

איגוד המבקרים ברשויות המקומיות

באמצעות מייל: Meirt@givatayim.muni.il

שלום רב,

הנדון: התגבשות מצב של ניגוד עניינים במהלך עבודתו של מבקר רשות

בעקבות עבודתו של קרוב משפחה

א. הסוגיה שעל הפרק

1. התבקשנו לבחון, את סוגיית ניגוד העניינים, מקום בו ראש העיר הנבחר הינו בן דודו של מבקר העירייה, המכהן מזה שנים.
2. השאלה עליה התבקשנו לתת דעתנו הינה האם במקרה זה, מחובתו של מבקר העירייה לחדול מתפקידו בשל החשש לניגוד עניינים בביצוע תפקידו?
3. לשם מתן מענה לסוגיה זו אנו נדרשים לתת את הדעת לשני רבדים, שלובים זה בזה: האחד, שאלת הכפיפות והשני שאלת מהות התפקיד.

ב. הוראת החוק הרלוונטית

1. סעיף 170 א לפקודת העיריות [נוסח חדש] (להלן: "הפקודה") מגדיר את תפקידי המבקר, כך שבין היתר, הוא נדרש לבדוק את פעולות עובדי העירייה (סעיף 170א(2)).
2. סעיף 174א לפקודה, קובע מספר הגדרות ביחס לשאלת כפיפות ביחסי עבודה, כדלקמן:

174א. (א) אדם שהוא קרוב משפחה של ראש העיריה או של אחד

מסגניו לא יתקבל לעבודה בעיריה ולא יתמנה למשרה בה.

(ב) אדם, שקרוב משפחתו ממונה על יחידה מיחידות העיריה, לא יתקבל לעבודה באותה יחידה ולא יתמנה למשרה בה.

(ג) אדם, שקרוב משפחתו עובד ביחידה מיחידות העיריה, **לא יתמנה לתפקיד הממונה על אותה יחידה, אלא אם כן המינוי אינו יוצר ביניהם יחסי כפיפות.**

(ד) הוראות סעיפים קטנים (א) עד (ג) יחולו גם על קבלה לעבודה או על מינוי של עובד ארעי, של עובד המועסק בעיריה

על פי חוזה מיוחד ושל אדם המועסק על ידי קבלן כוח אדם
כהגדרתו בחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם,
תשנ"ו-1996.

(ה) על אף הוראות סעיפים קטנים (א) עד (ד), **רשאים שר
הפנים וועדת השירות להתייר העסקת אדם כעובד העיריה
בנסיבות מיוחדות שיפורטו בכתב.**

(ו) השר יקבע את דרכי מינוים של חברי ועדת השירות
וסדרי עבודתה.

(ז) בסעיף זה –

"ועדת שירות" – ועדה של תשעה חברים, שבין חבריה גם
נציגי עיריות, נציגי עיריות שמינה השר לענין סעיף זה ;

"קרוב משפחה" – בן זוג, הורה, בן, בת ובני זוגם, אח או
אחות וילדיהם, גיס, גיסה, דוד, דודה, חותן, חותנת, חם,
חמות, חתן, כלה, נכד או נכדה, לרבות חורג או מאומץ.

3. נציין כי הוראה מקבילה לה מצויה בסעיף 106 **לצו המועצות המקומיות (נוהל קבלת
עובדים לעבודה), תשל"ז-1977.**

4. מהוראת החוק לעיל עולה ההכרח למנוע **יחסי כפיפות**, כך שבמידה והקבלה תהא
לתפקיד המחייב יחסי כפיפות בין המקורבים, לא תתאפשר ההעסקה. זאת מאחר
ויחסי כפיפות בין המקורבים עלולים להוביל למצב בלתי סביר של ניגוד עניינים
בביצוע תפקידיהם של המקורבים.

5. מאחר ו"יחסי כפיפות" עלולים להימצא במגוון רחב של תחומים ותפקידים, יבחנו
מאפייניהם של יחסי כפיפות להלן.

ג. כפיפות

6. הגדרת המושג "יחסי כפיפות" אינה מצויה בדברי החוק לעיל ועד עתה אף לא
הוגדרה בצורה חד משמעית בפסיקת בתי המשפט.

7. חוזר המנכ"ל הכללי 3/2011 בעניין העסקת קרובי משפחה ברשויות המקומיות נועד
לסייע בהבהרת הוראות החוק והגדיר ברורה של המצבים בהם נדרש אישור וועדה
בטרם העסקת קרובי משפחה. הוראות החוזר קבעו כי אין להעסיק עובד קרוב
משפחה ברשות המקומית, ללא אישור הוועדות אם :

1. **ההעסקה עלולה להביא ליחסי כפיפות, או לקשרי עבודה בינו לבין קרוב
המשפחה שלו ברשות המקומית.** לעניין זה קשרי עבודה יכולים להיות כל אחד
מאלה :

1.1. קרוב המשפחה ממלא תפקיד סטאטוטורי ברשות המקומית.

1.2. עבודה משותפת לצורך קבלת החלטות, מתן המלצות וקביעת נהלים.

1.3. קרוב המשפחה ממלא תפקיד בלשכה המשפטית, יחידת כ"א ומשאבי אנוש .

1.4. יחידת הכספים, יחידת הביקורת הפנימית או כל יחידה אחרת אשר יש לה
קשר והשפעה על מרבית מהיחידות ברשות המקומית.

1.5. קרוב משפחה המכהן כחבר בוועד העובדים של הרשות המקומית.

1.6. כל קשר אחר אשר לדעת יועמ"ש הרשות המקומית ולאחר קבלת חוות
הדעת של מנכ"ל/ מזכיר הרשות המקומית, עלול מפאת מהותו ונסיבותיו
להשפיע על יחסי העבודה.

2. **ההעסקה עלולה להביא לניגוד עניינים בשל קרבת משפחה** לעובד אחר ברשות
המקומית.

3. מדובר בקרוב משפחה של אחד מנבחרי הציבור ברשות המקומית.

1. כמו כן התייחס החוזר למקרה בו הקרבה נוצרה בין עובד קיים לבין נבחר ציבור חדש: "במקרים בהם נוצרה קרבה משפחתית בין שני עובדים המועסקים כבר ברשות המקומית או בין עובד המועסק ברשות המקומית לנבחר ציבור חדש, תשלח הרשות בקשה לאישור העניין בוועדות האמורות לעיל בצירוף כלל המסמכים בצירוף הצעה להסדרת העניין שתאושר על-ידי יועמ"ש הרשות המקומית".
8. מכאן שבבואנו לבחון יחסי כפיפות, ישנם כללים סדורים וברורים על-פיהם עלינו ללכת. נראה כי בענייננו המשך כהונתו של מבקר העירייה, הינה בניגוד לדין, ובניגוד לנוהל משרד הפנים.
9. בעוד שאנו עורכים השוואה בין תפקידים במדרג נמוך יותר או בהפרשי מדרגים, כך אנו נדרשים לכללים ברורים יותר, אולם בתפקידים בכירים, אין די לבחון את יחסי הכפיפות אלא עלינו לבחון את כללי העל של המשפט הציבורי וקיומם.
10. מובן שאם מתקיים יחסי כפיפות בין מבקר לבין קרובו (כהגדרתו בחוק), המבקר אינו רשאי להמשיך לכהן בתפקידו, ולכאורה מתייתרת שאלת מניעות כהונתו בתפקיד שעצם מהותו נועד לבקר את בן-דודו, מחמת ניגוד עניינים.
11. אך למען הסר ספק, הבה נמשיך את הבחינה, בהנחה כי גם אם לא היו מתקיימים יחסי כפיפות בין הצדדים, האם היה ניתן לגרוס בוודאות כי לא קיים ניגוד עניינים? נראה כי לשם מענה לשאלה זו אנו נדרשים לבחון את שאלת **מהות התפקיד** ביחס לכללי על של ניגוד עניינים.

4. ניגוד עניינים מובנה

12. כבר בפתחם של הדברים, יצוין, כי במסגרת פסיקת בתי המשפט נקבע לא אחת כי "כל גוף ציבורי, יהא תפקידו אשר יהא, חייב לבצע את תפקידו ללא דעה קדומה ומשוחדת, ללא פניות וללא משוא פנים" (בג"צ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה, פ"ד לד (2) 566, 569) (להלן: "פרשת סיעת הליכוד").
13. המדובר "בכלל על" שחל גם ללא הוראות חוק ספציפית. כלומר גם אם החוק אינו אוסר מפורשות את ניגוד העניינים הספציפי אשר על הפרק או שאין בנמצא הוראה מפורשת, הרי שאין בכך הסדר שלילי, היות והכללים והאיסור – הנם עצמאיים ונובעים מערכי היסוד של השיטה.
14. אחד הטעמים העיקריים העומדים ביסוד הכלל למניעת ניגוד עניינים, הינו מכוח ההנחה כי איש ציבור חייב במילוי תפקידו לשקול אך ורק שיקולים עניינים, הנובעים מתפקידו ונדרשים למילוי תפקידו וזאת על מנת לקיים מנהל תקין, לשמור על טוהר המידות ולחסום שחיתויות. המדובר בכלל אשר נגזר מחובת הנאמנות של איש ציבור כלפי הציבור (פרשת סיעת הליכוד עמוד 570) וכדברי בית המשפט בפסק-הדין בעניין

שבס (ע"פ 332/01 מדינת ישראל נ' שבס פ"ד נז(2) 496, 522 (2003): "על עובד הציבור הפועל במסגרת מילוי תפקידו מוטלת חובת נאמנות כלפי הציבור. בעשיית מעשה הנתון לסמכותו של עובד הציבור חרף קיומו של ניגוד בין חובתו לפעול במילוי תפקידו באמונה לבין עניין אישי או פרטי שיש לו בעשיית המעשה, יש, בעיקרון, משום סטייה מחובת הנאמנות המוטלת עליו".

15. עוד נקבע, לעניין מינוי עובדים בשירות הציבורי כי על הרשות לפעול בהגיונות, ביושר, ללא שיקולים זרים ולטובת הציבור (בג"ץ 4566/90 דוד דקל נ' שר האוצר ו-22 אה' פ"ד מ"ה(1) 28), כדלהלן: "רשות ציבורית, הממנה עובד בשירות הציבור, פועלת כנאמן הציבור, וכלל גדול בדינו, שנאמנות זו צריך שתופעל בהגיונות, ביושר, ללא שיקולים זרים ולטובת הציבור, שמכוחו ולמענו מסורה סמכות המינוי בידי הרשות הממנה".

16. הכלל בדבר ניגוד עניינים מתמקד במצב העובדתי שאיש הציבור נמצא בו כשהוא ממלא תפקיד ציבורי. משמע, האיסור הוא על "הימצאות במצב בו עלול להיות ניגוד עניינים" (פרשת סיעת הליכוד).

17. אולם לא תמיד הימצאות במצב של ניגוד עניינים נחשבת, כשלעצמה, הפרה של הכלל. שכן, ייתכן שאיש ציבור ייקלע למצב של ניגוד עניינים שלא מרצונו, ובלי שעשה דבר לצורך כך ואפשר שניגוד העניינים ייווצר אף שלא בידיעתו.

18. מצב כזה, בדומה לסוגיה שבפנינו, נוצר כאשר אדם ממלא תפקיד ציבורי ובאותו זמן יש לו נגיעה אישית בעניין נוגד, העשויה להשפיע על מילוי התפקיד הציבורי בשל כך, ישנו חשש כי הוא עלול להתחשב בעת מילוי תפקידו בשיקולים שאינם עניינים לתפקיד אלא מושפעים מן העניין הנוגד. כך למשל, כאשר החלטה שאיש ציבור אמור לקבל עשויה להטיב עם פלוני המקורב לו או לגרום לו נזק או למנוע גרימת נזק (ר' לעניין זה, זמיר - ניגוד עניינים בשירות הציבורי, ע' 239).

19. ככלל ניתן לומר, כי לשם הכרעה בשאלה אם מתקיים פוטנציאל לניגוד עניינים ממשי וקרוב או שמא מדובר רק בפוטנציאל תיאורטי ורחוק נדרש לבחון את עוצמת ניגוד העניינים ולברר אם היא כזו המצדיקה התערבות (בג"ץ 2758/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים, פ"ד נח(4) 289, 307 (2004)) דהיינו, את "עצימותה".

20. המבחן לאפשרות הממשית ליצירת ניגוד עניינים מתבססת על ניסיון החיים והשכל הישר של מי שמוסמך להחליט אם במצב נתון ישנה אפשרות ממשית של ניגוד עניינים (בג"ץ 595/89 שמעון נ' ראש המועצה המקומית קרית מלאכי, פ"ד מא(2) 617, 625 (1987)).

21. ניגוד עניינים אישי מתקיים כאשר אדם ממלא תפקיד ציבורי אשר עשוי לזכותו בתועלת אישית, ובעניין זה :

"אחת היא אם מדובר בטובת הנאה כספית או טובת הנאה חומרית אחרת, כגון קבלת נכס או שירות, או אם מדובר בטובת הנאה שתורמת למעמד החברתי, המקצועי או לאינטרס אישי אחר של איש הציבור" (זמיר - ניגוד עניינים בשירות הציבור, ע' 242)

22. מצב של ניגוד עניינים אישי אינו מוגבל למצב בו תצמח טובת הנאה לאיש הציבור עצמו. שכן הכלל רחב יותר ומתייחס גם למקרים בהם תצמח טובת הנאה לאדם או לגוף המקורבים לאיש הציבור כאשר הדוגמה המובהקת היא, כמובן, קרבת משפחה.

23. ניגוד עניינים אישי נתפש כמקרה הגרעיני והחמור ביותר של ניגוד עניינים ועל כן ההכרעה השיפוטית באשר לקיומו של חשש ממשי לניגוד עניינים מסוג זה היא פשוטה יחסית (בג"ץ 6499/99 המפד"ל – המפלגה הדתית הלאומית נ' בן עזרא, פ"ד נג(5) 606 (1999)).

24. כך לדוגמה פסק-הדין בעניין שלומי ירון שיפורט להלן, ערך הבחנה בין תפקידים אשר עשויים להיות מושפעים בצורה מובהקת יותר כתוצאה מיחסי כפיפות או משוא פנים, כך הוא גרס בעניין תפקיד מבקרת הרשות (עב-י-ם) שלומי ירון נ' עיריית ירושלים):

"...מדובר בעבודת ביקורת על ידי משרד המבקרת שאליו נשואות עיני כל. תדמיתה והקפדתה על כך שלא ידבק באנשיה רבב, חשובה וחיונית להצלחת פעילותה. לא רק עבודתו של התובע עשויה להיפגע בשל כך, אלא אף אמון הציבור במערכת הביקורת עשוי להיפגע. האמון במשרד המבקרת אינו עניין שולי אלא הכרחי כדי ליתן תוקף מוסרי לביקורתה."

25. עולה כי מקום בו לא ניתן לבצע הפרדה בין התפקידים הנדונים, השאלה אינה אם יש כפיפות אלא האם יש במצב כדי ליצור תחושה של פגימה מהותית בעבודת הביקורת; שכן תפקיד המבקר אינו משתרע על אזורים גיאוגרפיים מסוימים, אלא על נושאים מהותיים ברשות המקומית בהם מעורבות של תפקיד מסוים מביאה למסקנה כי לא יהיה ניתן לנטרל את ניגוד העניינים.

26. כך לדוגמה- האם מצב בו קרובת המשפחה עובדת כסייעת או אב בית, בבית ספר, האם בכך נסבור שנוצרת תחושה של פגימה מהותית בעבודת הביקורת? ברור שלא, ושהרי ניתן לבצע הפרדה של התפקיד לצורך מניעת ניגוד עניינים. מאידך, שונה מצב בו מדובר בקרבת משפחה לראש הרשות, סגנו, מנכ"ל, גזבר וכיוצ"ב. במקרה שכזה תחושת האדם הסביר, המתבונן מצד, הוא כי עבודת הביקורת תיפגם וכי לא נוכל באמת להאמין כי מבקר יוכל לפעול בעצמאות מוחלטת וללא עכבות, כל שכן שמדובר בתפקידים מהותיים שהינם הבסיס העיקרי לעבודת הביקורת ברשות המקומית. מכאן שבמצב כזה מהות התפקיד נפגם, בשל ניגוד עניינים מובנה ובסיסי.

ה. מן הכלל אל הפרט

27. נראה כי בענייננו כהונה מקבילה של ראש רשות מקומית ומבקר עירייה, מעמיד את המבקר במצב של ניגוד עניינים המונע ממנו לבקר את ענייני בן דודו, בצורה שאינה נתפסת כנטולת משוא פנים, הואיל ותפקיד המבקר הינה לבחון ולבדוק את תפקודו של ראש הרשות ואף להגיש את מסקנותיו והצעותיו העולים מכך.

28. מקום בו מבקר העירייה הוא בן דודו של המבוקר, נתפס בעיני המתבונן הסביר מהצד כמצב כזה להביא את המבקר למצב בו עלול להיות לו אינטרס להטיב עם בן דודו, ולפעול בצורה מוטה אשר אינה עולה בקנה אחד עם אינטרס הרשות וציבור תושביה.

29. לצורך העניין, לא רלוונטית כלל השאלה בדבר מהות היחסים בין הנידונים, שכן עצם קרבתם, מעלה חשש אצל האדם הסביר שמא תפקיד הביקורת לא יעשה בלא משוא פנים ובצורה בלתי תלויה, ומכאן גם שהינו בעייתי ועומד בניגוד לכללי משפט מנהלי תקין.

נשמח לעמוד לרשותכם בכל שאלה או הבהרה נוספת, ככל ונידרש.

בכבוד רב,

עמיחי ויינברגר, עו"ד

ויינברגר ברטנטל ושות'