

תל-אביב, 1 ביולי 2018  
סימוכין: 7299220

לכבוד  
מר יעקב קווינט  
מנהל רשות החברות הממשלתיות  
בניין 23 המגדל,  
הגן הטכנולוגי מלחה  
ירושלים 9695102

א. נ,

**הנדון: חוות דעת משפטית בנוגע לטיוטת חוזר "מערך הביקורת הפנימית בחברות הממשלתיות וחברות בת ממשלתיות"**

בשם מרשנו, IIA ישראל – איגוד מבקרים פנימיים בישראל (להלן: "IIA ישראל"), אנו מתכבדים לפנות אליכם כדלהלן: ברצוננו להתייחס לטיוטת חוזר "מערך הביקורת הפנים בחברות ממשלתיות וחברות בת ממשלתיות" מיום 14 במאי 2018 (להלן: "טיוטת החוזר") ולהתריע על הקשיים המשפטיים הקיימים בהליך התקנתו החוזר ובהוראותיו המהותיות, זאת בנוסף לליקויים המקצועיים שנפלו בו כמפורט במכתב נשיא IIA ישראל אליכם.

הווי ידוע לכם, כי IIA ישראל הינו הגוף היחיד המוכר על ידי לשכת המבקרים הפנימיים העולמית כנציגו המוסמך והבלעדי בישראל. במסגרת זו, IIA ישראל מופקד על הסדרת פעילותם של מבקרים פנימיים שכירים ומבקרים פנימיים עצמאיים והוא מאגד מבקרים פנימיים בישראל – הן מבקרים פנימיים שכירים והן מבקרים פנימיים עצמאיים.

ביום 14 במאי 2018, פרסמה רשות החברות הממשלתיות את טיוטת החוזר שמטרתה "לקבוע כללים להבטחת יעילותו ופעילותו התקינה של מערך הביקורת הפנימית בחברות ממשלתיות ובת ממשלתיות". טיוטת החוזר מבקשת להסדיר מחדש את תפקוד מערך הביקורת הפנימית בחברות ממשלתיות בישראל, בשורה ארוכה של נושאים; כגון: עצם המינוי, תנאי העסקה, אי תלות וניגוד עניינים, תפקידי מערך הביקורת הפנימית וסמכויותיו של המבקר הפנימי, כשירות מקצועית, נוהלי עבודה ותיעוד עבודת הביקורת הפנימית ודיווחים שיימסרו למוסדות החברה הממשלתית ולרשות החברות הממשלתיות.<sup>1</sup>

טיוטת החוזר קובעת, בין היתר, כי בחברה ממשלתית בסיווג 6 ומעלה, המבקר הפנימי יהיה עובד החברה בלבד. לעומת זאת, בחברה בסיווג 5 ומטה, רשאית החברה להעסיק מבקר פנימי שאינו עובד החברה אם לדעת דירקטוריון החברה, היקפי פעילותה ומאפייניה אינם מצדיקים העסקת מבקר פנימי שהוא עובד החברה וקיים בידי החברה אישור תקף של רשות החברות הממשלתיות למינוי מבקר פנימי במיקור חוץ.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> לדיון בהוראות טיוטת החוזר מנקודת מבט מקצועית, ראו מכתב נשיא IIA ישראל.  
<sup>2</sup> סעיף 1 לטיוטת החוזר.

## 1. עמדתנו המשפטית בקליפת האגוז

1.1 מהטעמים המפורטים להלן, אנו סבורים כי נפלו פגמים מהותיים הן בהליך הכנת טיוטת החוזר והן בתוכנו, ועל רשות החברות הממשלתיות לשקול מחדש את נוסח טיוטת החוזר הן מנקודת מבט מקצועית כמפורט במכתב נשיא IIA ישראל אליכם, והן מנקודת מבט משפטית כמפורט בחוות דעתנו זו:

(א) ההליך שקדם לפרסומה של טיוטת החוזר היה בלתי תקין משום שהתבסס על תשתית עובדתית חסרה ולקויה אשר לא כללה התייעצות ומתן שימוע עם גורמים שונים ובכלל זה IIA ישראל.

(ב) טיוטת החוזר עוסקת בנושאים שבהם רשות החברות הממשלתיות אינה מוסמכת להתקין הוראות כופות.

(ג) הנושאים, שאותם מבקשת טיוטת החוזר להסדיר, טעונים קביעת הסדרים ראשוניים כמשמעותם המשפטית באמצעות חקיקה ראשית של כנסת ישראל, ולא ניתן להסדירם בחוזר רשות החברות הממשלתיות בלבד.

(ד) טיוטת החוזר מנסה להכתיב דרכי פעולה, המסורות על פי חוק לשיקול דעת דירקטוריון החברה הממשלתית, תוך חריגה מסמכות הדירקטוריון ושיקול דעתו ופגיעה בכללי ממשל תאגידי תקין.

(ה) טיוטת החוזר הינה בלתי סבירה קיצונית, משום שהיא מנוגדת להמלצות הוועדה הציבורית לבחינת חוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992 (להלן: "וועדת זיילר") שבחנה סוגיה זו וקבעה, כי אין הצדקה להגביל את העיסוק בביקורת פנימית למבקרים פנימיים שכירים בלבד. המלצותיה נידונו ואושרו על ידי ועדת ביקורת המדינה של כנסת ישראל.

(ו) טיוטת החוזר פוגעת באופן בלתי מידתי בחופש העיסוק של ציבור המבקרים הפנימיים העצמאים.

(ז) טיוטת החוזר לא הביאה בחשבון את ההיבטים המקצועיים כאמור במכתב נשיא IIA ישראל אליכם.

1.2 לנוכח כל הטעמים המפורטים לעיל, קל וחומר משקלם המצטבר, אנו סבורים כי מן ההכרח שרשות החברות הממשלתיות תדון מחדש בטיטת החוזר, לרבות בהוראות השוללות את יכולתן של חברות ממשלתיות בסיווג 6 ומעלה להתקשר עם מבקרים פנימיים עצמאים לצורך ביצוע עבודת הביקורת הפנימית, ותבצע בה תיקונים כנדרש בעמדת IIA ישראל ועל פי מכתבנו זה.

## 2. דיון

### (א) הליך גיבושה של טיוטת החוזר אינו עומד בעקרונות תקינות ההליך המנהלי

2.1 רשות החברות הממשלתיות המבקשת להפעיל סמכות אסדרה נדרשת לעמוד בכללים שונים בקשר עם הוגנות ותקינות ההליך המנהלי.<sup>3</sup> חובה זו מלמדת כי רשות החברות הממשלתיות אינה רשאית לפעול, אלא בהתאם להוראות הדין ובמסגרתו ולמלא את תפקידה באופן הגון כלפי כל מי שעלול להיפגע מאופן הפעלת

<sup>3</sup> ראו בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 59 (1983) ("ההקפדה מצד בית משפט זה על כך כי עובר לקבלת החלטה על ידי בעל סמכות על פי חוק יקויים תהליך קבלת החלטה ראוי לשמו, היא אולי הערובה היעילה ביותר לכך, שהשימוש בשיקול הדעת, שהוענק על ידי המחוקק לזרוע בזו או אחרת של הרשות המבצעת, לא ילקה בליקויים שיש בהם כדי לרוקן מטרתו של החוק מתוכנה. קביעתה של החובה לשקול את הנתונים באופן ענייני, שיטתי והוגן ולקיים תהליך מסודר ומלא של שקילת גרסאות נוגדות יש בה כדי לצמצם במידה רבה את הסכנה של התעלמות מהיבטים רלוונטיים ושל עיוותים או מעשי שרירות, העלולים לפגוע בפרט ובכללי")

הסמכות המנהלית.<sup>4</sup>

2.2 במסגרת זו, נדרשת הרשות המנהלית להציג ביסוס עובדתי לקבלתה של ההחלטה המנהלית ועליה לדאוג לכך שכל העובדות והנתונים הנוגעים לעניין יהיו לפנייה. בהיעדר תשתית עובדתית הולמת, אין ביכולתה של הרשות המנהלית להעריך באופן מושכל את כל השיקולים הנוגעים לעניין.<sup>5</sup> אחת מן הדרכים העיקריות, שבהן נדרשת הרשות המנהלית לפעול בקשר עם גיבושה של תשתית עובדתית היא איסוף נתונים באמצעות פנייה לציבור האנשים אשר נפגע באופן ישיר מההחלטה המנהלית המתגבשת.

2.3 יתר על כן, כאשר ההחלטה המינהלית פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות, קיימת חובה מוגברת על הרשות המנהלית לפעול לאיסוף נתונים אשר יש בהם כדי להצדיק את ההחלטה המוצעת וזאת באמצעות שיתופו הישיר של הציבור בהליך קבלת ההחלטה.<sup>6</sup>

2.4 על רשות החברות הממשלתיות, כחלק מתהליך גיבושה של טיוטת החוזר, להתייעץ ולהעניק זכות שימוע ל-IIA ישראל. חובת השימוע נשענת על העיקרון הדמוקרטי הרואה ברשות מנהלית נאמן הציבור שחובתו לפעול לטובת הציבור, וכפועל יוצא להביא בחשבון גם את העמדה והאינטרסים של כל אדם העלול להיפגע באופן ישיר מההחלטה המנהלית.<sup>7</sup> ודוק: כל הפעלת כוח מטעמה של הרשות, מחייבת באופן עקרוני הענקת חובת שימוע, לרבות כאשר מדובר באסדרה באמצעות הנחייה מנהלית או במסגרת מערכת יחסים חוזית. כותב לעניין זה השופט ברק (כתוארו אז) בעניין **גינגולד**:

*"זכות היסוד של האדם בישראל היא, כי רשות ציבורית, הפוגעת במעמדו של אדם, לא תעשה כן, בטרם תעניק לאותו אדם את ההזדמנות להשמיע את דעתו. לעניין זכות יסוד זו, אין נפקא מינה, אם הרשות הציבורית פועלת מכוח חיקוק או מכוח הנחיה פנימית או מכוח הסכם... בכל מקרה בו רשות ציבורית מבקשת לשנות את מעמדו של אדם, עליה לפעול כלפיו בהגינות, וחובה זו מטילה על הרשות את החובה להעניק לאותו אדם את ההזדמנות להשמיע את דעתו".<sup>8</sup>*

2.5 חובת ההיוועצות של הרשות המנהלית קובעת, כי עליה להתייעץ עם גורמים מחוץ לרשות קודם לקבלת ההחלטה המנהלית. תרומתה של חובת ההיוועצות באה לידי ביטוי בשלושה מישורים נפרדים – מבחינת מקבל העצה (הדבר עשוי להוביל לשיפור בתשתית העובדתית הנדרשת לצורך גיבוש החלטתו); מבחינת נותן העצה (יש בכך כדי להגן על זכויות היסוד והאינטרסים הכלכליים שלו); מבחינת הציבור בכללותו (מההיבט הדמוקרטי של עידוד השקיפות והדיון הציבורי בהחלטות הרשות המנהלית).<sup>9</sup>

<sup>4</sup> יצחק זמיר **הסמכות המנהלית** (כרך ב') 997 (מהדורה שנייה, 2011) ("סדרי ההליך מנהלי אמורים לבטא את התפיסה שהמעמד של הרשות המנהלית הוא מעמד של נאמנות ציבורית. אכן תפיסה זאת מכתובה את דרכה של הרשות המנהלית בהפעלת סמכותה").

<sup>5</sup> דפנה ברק ארז **משפט מנהלי (כרך א')** 440 (2010).

<sup>6</sup> ע"ב 2/84 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה**, פ"ד לט(2) 225, 251 (1985) ("כגודל הזכות כך גם גודלה ועוצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות"); ברק ארז, שם, עמ' 448 ("בעידן החוקתי, הדרישה להעלאת הרף הראייתי הנדרש לצורך קבלת החלטות הפוגעות בזכויות יסוד עשויה להיחשב כחלק בלתי נפרד מן ההגנה החוקתית על זכויות אלה, או אף כחלק מן ההגנה החוקתית על הזכות להליך נאות").

<sup>7</sup> כותב לעניין זה פרופ' זמיר: "חובת השימוע נקבעה לפני דורות רבים על ידי בית המשפט. תחילה ראה אותה בית המשפט כחובה הנובעת, על דרך של פרשנות, מהוראת החוק המקנה סמכות לרשות המנהלית, אך ברבות הימים נותקה חובת השימוע מהוראת כל חוק והיא עומדת כיום על רגליה כחובה עצמאית, חלק מן המשפט המקובל של ישראל". שם, עמ' 1149.

<sup>8</sup> בג"ץ 654/78 **גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד לה(2) 649, 655 (1979); לדיון: ראו דפנה ברק ארז "זכות הטיעון – בין צדק פרוצדוראלי ויעילות" **ספר אור** 817, 831-832 (אהרון ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013).

<sup>9</sup> בג"ץ 5933/98 **פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה**, פ"ד נא(3) 496, 512-11 (2000); דפנה ברק ארז **משפט מינהלי** (2010) 302-301.

2.6 רשות החברות הממשלתיות לא העניקה ל-IIA ישראל הזדמנות ממשית להשמיע את טענותיה בקשר עם טיוטת החוזר **טרם פרסומה** של הטייטה, וזאת חרף העובדה כי הוראותיו כוללות פגיעה ישירה בזכויות יסוד של ציבור המבקרים הפנימיים העצמאיים בישראל. ללא מתן אפשרות נאותה ל-IIA ישראל להציג בפני רשות החברות הממשלתיות מידע ונתונים מדויקים אודות היקף הפגיעה שתיגרם לציבור המבקרים הפנימיים העצמאיים בעקבות אימוצה של טיוטת החוזר, לא ניתן לומר כי ההליך המנהלי היה מבוסס על תשתית עובדתית הולמת.

2.7 זאת ועוד, מסגרת הזמנים שהוקצתה בטייטה החוזר הינה קצרה במיוחד, ואינה מתיישבת עם העובדה כי הוראותיו מבקשות לשנות סדרי עולם בתחום הביקורת הפנימית בחברות ממשלתיות תוך פגיעה קשה בציבור המבקרים הפנימיים, שפרנסתם תלויה במידה רבה במתן שירותי ביקורת פנימית בחברות ממשלתיות. לפיכך, מוטלת חובה על רשות החברות הממשלתיות להעניק פרק זמן ארוך יותר על מנת לאפשר לכל הנוגעים בדבר להשמיע את טענותיהם בקשר עם ההסדרים החדשים. על נפקות החובה להעמיד פרק זמן סביר לשם מתן התייחסות, עמד השופט בך בעניין **יקב הגליל**:

*"אשר לזמן שעל הרשות המתקינה להעמיד לרשות יועציה, ברור כי עליו להיות סביר – דהיינו, שיאפשר למייעץ הזדמנות מספקת לעיין בסוגיה, לגבש עמדה ולהגיש את עצתו... לא ניתן לקבוע "תקופת זמן סבירה", אשר תהא יפה לכל מצב ועניין. הזמן שסביר להקציב לגופים המייעצים על-מנת שילמדו את הנושא ויגישו את עצתם, משתנה בכל מקרה על-פי נסיבותיו. על הסבירות בעניין זה יכולים להשפיע מספר גורמים, כגון: מורכבות התקנה, הרשויות המעורבות בהתקנתה, מידת ההיכרות של המייעצים עם נושא התקנה בשלבים מוקדמים של הכנתה, העניין שהיא עוסקת בו ומידת ההשפעה שעשויה להיות לה על הגופים המייעצים, ודוחק הזמן העומד לרשות המתקיין".<sup>10</sup>*

2.8 לעמדתנו, ללא שמיעת דעתה של IIA ישראל בתהליך גיבושה של טיוטת החוזר, ספק אם יש בידי רשות החברות הממשלתיות תשתית עובדתית מתאימה על מנת לקבוע הבחנה בין עבודתם של מבקרים פנימיים שכירים לבין מבקרים פנימיים עצמאיים.

**(ב) טיוטת החוזר מנוגדת לעיקרון חוקיות המינהל ואינה עומדת בדרישת הסמכות של רשות מנהלית**

2.9 על פי עיקרון חוקיות המינהל, הרשות המינהלית רשאית ומוסמכת לעשות רק אותן פעולות שהחוק הסמיך אותה לעשותן. פירוש הדבר הוא שהפעולה המינהלית חייבת להיות מבוססת על הסמכה בחוק (או מכוחו) וכן אסור לפעולה זו לחרוג מן הגבולות שנקבעו בהסמכה החקיקתית. בעניין **בז'רנו**<sup>11</sup> נקבע:

*"נהפוך הדבר: כל זמן שהחוק אינו אוסר עליהם את ההתעסקות באומנות אשר בחרו לעצמם... זכותם זכות. ואין לאסור עליהם את השימוש בזכות זו, אלא בשל סיבות אשר נאמרו בחוק... בהיעדר סמכות מפורשת או מכללא בחוק אין לו, לאיסור, צידוק כלשהו".<sup>12</sup>*

2.10 מלבד עיגונו של עיקרון חוקיות המינהל בהלכה הפסוקה, עיקרון זה קבוע גם בשני חוקי היסוד של חופש

<sup>10</sup> ע"פ 3490/90 יקב הגליל יוסף גולד בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 11, 18 (1993).  
<sup>11</sup> בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949). לפסיקה מהשנים האחרונות, שבה יושם עקרון חוקיות המינהל בהקשר של הגנה על חופש העיסוק, ראו לדוגמה בג"ץ 5936/97 לס נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673 (1999); בג"ץ 2921/03 קאופמן נ' ד"ר אמיר שנון – מנהל אגף למקצועות רפואיים (פורסם בנבו, 29.4.2004); בג"ץ 5636/01 בקמן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נח(5) 890 (2004).  
<sup>12</sup> שם, עמ' 83-84.

העיסוק וכבוד האדם וחירותו הקובעים בפסקת ההגבלה שלהם, כי הפגיעה בזכויות היסוד המוגנות על פיהם חייבת להיות רק "בחוק" או "לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו".<sup>13</sup>

2.11 יתר על כן, עבודתם של מבקרים פנימיים בישראל מוסדרת בחוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992 ("חוק הביקורת הפנימית"). בדברי ההסבר להצעת החוק נרשם כי "החוק המוצע הינו חוק מסדיר החל על גופים השונים במהותם זה מזה".<sup>14</sup> סעיף 23 לחוק הביקורת הפנימית קובע כי "השר ממונה על ביצוע חוק זה והוא רשאי, בהתייעצות עם לשכת המבקרים הפנימיים ובאישור הוועדה לענייני ביקורת המדינה, להתקין תקנות בכל עניין הנוגע לביצועו בגופים ציבוריים". בחוק הביקורת הפנימית נכתב כי השר הממונה על ביצוע החוק הוא שר הכלכלה והתכנון, אך בהחלטת ממשלה מחודש ינואר 1996 שכותרתה "ביטול משרד הכלכלה והתכנון" נקבע כי "האחריות לביצוע חוק ביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992, תוטל על שר המשפטים",<sup>15</sup> לכן כיום הגורם המיניסטרילי הממונה על הסדרת מקצוע הביקורת הפנימית בישראל הוא שר המשפטים בלבד.

2.12 סעיף 54 לפרק ז' לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 ("חוק החברות הממשלתיות") מסדיר את סמכויותיה של רשות החברות הממשלתיות כדלקמן:

"הרשות –

- (1) תייעץ לממשלה באמצעות שר האוצר ותייעץ לשרים בעניינים הנוגעים לחברות הממשלתיות;
- (2) תטפל לפי הנחיות הממשלה בעניינים המשותפים לכלל החברות הממשלתיות או לסוגי חברות;
- (3) תעקוב אחרי מילוי המלצותיו של מבקר המדינה הנוגעות לחברות הממשלתיות ותסייע למילוי;
- (4) תייעץ ותסייע לחברות ממשלתיות בניהול עסקיהן;
- (5) תעקוב ברציפות אחרי הפעילות של כל אחת מן החברות הממשלתיות, הגשמת מטרותיה, מהלך עסקיה, מצבה הכספי ומדיניות השכר שלה, ותודיע על ממצאיה לשרים;
- (6) תבדוק את הדו"חות המוגשים לה מאת חברה ממשלתית ואת החומר שעליו הם מבוססים, ותעיר הערותיה עליהם לחברה ולשרים;
- (7) תטפל ותסייע בהקמה ובביצוע של פירוק, מיזוג, פשרה, סידור, חידוש, ארגון ומכירת מניות של חברות ממשלתיות;
- (7א) תייעץ לוועדת השרים בעניינים הנוגעים להפרטה ותטפל בביצוע החלטות הפרטה;
- (7ב) תפעל לקידום ולהשגת ייצוג הולם, כמשמעותו בסעיף 50א;
- (8) תמלא לגבי חברה ממשלתית כל תפקיד שיטילו עליה הממשלה או השרים;
- (9) תמלא כל תפקיד אחר המיועד לה לפי חוק זה"

2.13 סעיף 54 לחוק החברות הממשלתיות אינו מסמך את רשות החברות הממשלתיות לקבוע הוראה כופה בעניין הסדרת מערך הביקורת הפנימית בחברות ממשלתיות, ובפרט בקשר עם ההבחנה בין עבודת מבקר פנימי

<sup>13</sup> סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק; סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

<sup>14</sup> הצעת חוק הביקורת הפנימית, התש"ן-1990.

<sup>15</sup> סעיף 6 להחלטת ממשלה מס' 444, "ביטול משרד הכלכלה והתכנון", 21 בינואר 1996.

שכיר למבקר פנימי עצמאי בחברות בסיווג 6 ומעלה. זאת ועוד, אנו סבורים כי על פי הוראת סעיף 54(4) לחוק החברות הממשלתיות, רשות החברות הממשלתיות אמנם רשאית לסייע ולייעץ בעניין; אולם בהיעדר הסמכה מפורשת של המחוקק, היא אינה רשאית לקבוע הסדרים משפטיים קוגנטיים בעניין השוללים באופן מוחלט את יכולתן של חברות ממשלתיות להתקשר עם מבקרים פנימיים עצמאים לעניין מתן שירותי ביקורת פנימית גם בחברות סיווג 6 ומעלה.

2.14 לא נעלמה מעינינו הוראת סעיף 32(א)(א) לחוק החברות הממשלתיות. הוראה זו מסמיכה את דירקטוריון החברה לקבוע את אופן בחירת הפקידים הבכירים,<sup>16</sup> על פי כללים שקבע שר האוצר לפי הצעת רשות החברות הממשלתיות. אולם, הסמכות הראשונית והעיקרית על פי חוק החברות הממשלתיות הינה של דירקטוריון החברה הממשלתית בלבד. להבנתנו, טיטוט החוזר המוצעת אינה בגדר כללים כאמור, שכן היא מפורסמת על ידי רשות החברות הממשלתיות ולא על ידי שר האוצר.

2.15 עם זאת, אפילו היה מדובר בכללים שבגדר סעיף 32(א)(א) לחוק החברות הממשלתיות, אין בהם כדי לשלול את סמכות הדירקטוריון לקבוע את אופן בחירת המבקר הפנימי, אלא רק להתוות את המסגרת לבחירה, כגון: האם יפנו למאגר מועמדים בנושא, האם יבחרו את המבקר הפנימי בהתאם לפרמטרים שונים כמו היקף הניסיון ויכולות מקצועיות, רוטציה בין משרדים, חלוקה הוגנת ביניהם וכיו"ב.

2.16 ההחלטה על אופן הבחירה נתונה לדירקטוריון החברה בלבד ועל פי שיקול דעתו. לאור האמור, הקביעה בטיטוט החוזר שלפיה מתן שירותי הביקורת הפנימית בחברות בסיווג 6 ומעלה תיעשה על ידי מבקר פנימי שכיר בלבד, ממילא שוללת את סמכות הדירקטוריון לקבוע את אופן הבחירה.

2.17 עם זאת, קביעת הסדרים משפטיים בעניין מערך הביקורת הפנימית, לרבות בקשר עם שאלת היחס שבין עבודתו של מבקר פנימי שכיר לבין מתן שירותים על ידי מבקר פנימי עצמאי, הינה בסמכותו הבלעדית של שר המשפטים. כלומר, הואיל ושר המשפטים הינו הגורם היחיד המופקד על הסדרת מקצוע ביקורת הפנימית, לא ניתן לקבוע הוראות נורמטיביות כלשהן בעניין ללא אישורו המוחלט של שר המשפטים, או לכל הפחות בתיאום מלא עמו.

2.18 נראה, כי רשות החברות הממשלתיות עצמה ערה לכך בכתבה, כי "מטרת חוזר זה לקבוע כללים להבטחת יעילותו ופעילותו התקינה של מערך הביקורת הפנימית בחברות ממשלתיות ובת ממשלתיות והכל בכפוף להוראות ההסדר התחיקתי". פירוש הדבר הוא שרשות החברות הממשלתיות עצמה מכירה בכך שאין ביכולתה לקבוע הוראות שאינן מתיישבות עם חוק הביקורת הפנימית או חוק החברות הממשלתיות או לחלופין ליצור הסדרים משפטיים חדשים לעניין ההבחנה שבין מבקר פנימי שכיר לבין מבקר פנימי עצמאי אשר לא זכו להתייחסות מפורשת בהוראות חוק אלה.

2.19 זאת ועוד, אין זה ברור מדוע כיום סבורה רשות החברות הממשלתיות, בחלוף 26 שנים מאז חקיקתו של חוק הביקורת הפנימית, כי יש לקבוע הבחנה בין עבודתו של מבקר פנימי שכיר לבין מתן שירותים על ידי מבקר פנימי עצמאי, וזאת כאשר חוק הביקורת הפנימית או חוק החברות הממשלתיות אינם קובעים הבחנה

<sup>16</sup> לעניין זה קובע סעיף 32(א)(4) לחוק החברות הממשלתיות כי הפקידים הבכירים הינם המנהל הכללי, המשנה והסגנים למנהל הכללי, מנהלי אגפים, מנהל ענייני כספים, המבקר הפנימי, מזכיר החברה ונושאי תפקידים אחרים שקבעו לעניין זה השרים לאחר התייעצות עם רשות החברות הממשלתיות.

מפורשת כזו.

2.20 בעקבות חקיקתו של חוק הביקורת הפנימית ובמשך פרק זמן ארוך במיוחד, נשמר המצב המשפטי שלפיו אין מקום להבחנה כלשהי בין עבודתו של מבקר פנימי שכיר לבין מבקר פנימי עצמאי. בנסיבות אלה, נדרשת רשות החברות הממשלתיות להצביע על הצדקה יוצאת מגדר הרגיל שיש בכוחה לשנות את המצב המשפטי הקיים. דא עקא, מעיון בהוראות טיוטת החוזר לא ניתן להצביע על הסבר או סימוכין כלשהו שבשלם קיימת הצדקה מיוחדת ו/או חריגה לשנות מהמצב המשפטי הנוהג כיום.

2.21 יתר על כן, ההלכה הפסוקה עמדה על כך שמידת ההקפדה בדרישה להסמכה מפורשת תלויה באופן ישיר בזכות הנפגעת ובמידת הפגיעה בה. כלומר, ככל שזכות היסוד הינה חשובה יותר והפגיעה בה הינה בליבת הזכות, אזי מידת ההקפדה בקיומה של סמכות מפורשת תהיה חזקה יותר. עמדה על כך כב' הנשיאה בייניש בבג"ץ **המפקד הלאומי**:<sup>17</sup>

*"הדרישה להסמכה מפורשת אינה נושאת משמעות קבועה והכרחית אחת. עליה להיות מופעלת מתוך רגישות להקשר הדברים ולמכלול נסיבות העניין. בהתאם לכך, טיב הזכות הנפגעת והטעמים המונחים בבסיסה, חשיבותה החברתית היחסית של הזכות, עוצמת הפגיעה בה, השלכותיה החברתיות, מיהות הרשות הפוגעת והקשר הדברים – כל אלה ראוי שישפיעו על אופן הפרשנות והיישום של דרישת ההסמכה המפורשת, בפסקת ההגבלה. בהתחשב בכך, ככל שהזכות הנפגעת קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם ולחירותו והיא בעלת חשיבות חברתית גבוהה וככל שעוצמת הפגיעה בזכות רבה ומקיפה, כך נפרש ביתר קפדנות את דרישת ההסמכה המפורשת בנסיבותיו של המקרה הקונקרטי".*<sup>18</sup>

2.22 בענייננו, ההבחנה שיוצרת טיוטת החוזר בין עבודתו של מבקר פנימי שכיר לבין מבקר פנימי עצמאי לעניין מתן שירותים לחברה בסיווג 6 ומעלה פוגעת באופן חסר תקדים בחופש העיסוק של מבקרים פנימיים עצמאיים שכן היא שוברת את מטה לחמם שלהם ושל מאות רבות של משפחות התלויות בהם לפרנסתם. בנסיבות אלה, ובהתאם להלכה הפסוקה שנידונה לעיל, על רשות החברות הממשלתיות להצביע על מקור חקיקתי נפרד ומפורש המאפשר לה לגבש החלטה מינהלית הפוגעת בזכויות יסוד חוקתיות של ציבור המבקרים הפנימיים העצמאיים.

### (ג) הנושאים שאותם מבקשת טיוטת החוזר להסדיר טעונים חקיקה ראשית של כנסת ישראל

2.23 מעיקרון חוקיות המנהל שנידון לעיל נובע הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע הסדרים ראשוניים.<sup>19</sup> על פי כלל זה, החלטות מינהליות חייבות להתבסס על הסדרים חקיקתיים ראשיים המתווים את העקרונות החלים על התחום, ואם לא כן – אין להן תוקף.<sup>20</sup> עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק, לדוקטרינה בדבר החובה לקבוע הסדרים ראשוניים – במיוחד בעניינים הכרוכים בפגיעה בזכויות

<sup>17</sup> בג"ץ 10203/03 **"המפקד הלאומי"** בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 20.8.2008).

<sup>18</sup> שם, פסקה 12 לפסק דינה של הנשיאה בייניש.

<sup>19</sup> בג"ץ 4491/13 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים** נ' ממשלת ישראל פסקאות 15-16 (פורסם בנבו, 02.07.2014).

<sup>20</sup> דפנה ברק ארז **משפט מינהלי (כרך א')** 135 (2010). בג"ץ 4253 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סג(2) 86, פסקה 47 לפסק דינה של השופטת ברלינר (2009); דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון פ"ד נו(5) 673, (2003) ("ככל שעוצמת הפגיעה בזכות תפחת, כך יקטן הצורך בעמידה דווקנית על דרישת ההסמכה המפורשת, וניתן יהיה להסתפק בלשון מרוככת יותר ואף בבחינת התכלית הפרטיקולרית של דבר החקיקה המסמיך. לעומת זאת, ככל שעוצמת הפגיעה בזכות תגדל, כך יהיה עלינו לקרוא קריאה דווקנית יותר של דרישת ההסמכה המפורשת").

יסוד – ישנו מעמד חוקתי במשפט הישראלי. עמד על כך הנשיא ברק בעניין **רובינשטיין**:

*”בתקופה [שקדמה לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו] הכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים... היווה, בעיקרו של דבר, כלל של פרשנות. על פיו, חזקה פרשנית היא כי הסמכת המינהל... היא הסמכה לקביעתם של הסדרים משניים בלבד... בתקופה שלאחר חקיקת חוק היסוד, יש בחוקי היסוד על דבר זכויות האדם כדי לחזק את הכלל הבסיסי. **חיזוק זה מתבטא בכך כי החזקה הפרשנית, שלפיה ההנחה הינה שתכליתו של החוק לא הייתה להעניק לרשות המבצעת סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים מקבלת עוצמה נוספת**” [ההדגשה אינה במקור].<sup>21</sup>*

2.24 זאת ועוד, אנו סבורים שכל עוד חוק הביקורת הפנימית אינו שולל באופן מפורש מתן שירותי ביקורת פנימית על ידי מבקרים פנימיים עצמאים, לא ניתן לקרוא לתוך דבר חקיקה זה את מה שאין בו. ראייה לכך היא שבאותם מקרים שבהם המחוקק אכן היה מעוניין להגביל את מתן שירותי הביקורת הפנימית למבקרים פנימיים שכירים בלבד, הרי שהוא קבע זאת במפורש.

2.25 כך למשל, סעיף 167(ב) לפקודת העיריות [נוסח חדש] קובע באופן מפורש כי “המועצה, בהחלטה ברוב חבריה, תמנה לעיריה מבקר במשרה מלאה”. באורח דומה, קובע סעיף 51 לחוק השידור הציבורי הישראלי, התשע”ד-2014 כי “המבקר הפנימי של תאגיד השידור הישראלי יהיה עובד תאגיד השידור הישראלי, והוא ימונה לתקופה של שבע שנים בלבד”. מכאן אנו למדים, כי ככל שאין קביעה מפורשת מצד המחוקק השוללת זאת, לא ניתן להגביל את יכולתן של חברות ממשלתיות לבחור להעניק להעסיק מבקרים פנימיים עצמאים במתן שירותי ביקורת פנימית.

2.26 בענייננו, רשות החברות הממשלתיות מבקשת לערוך שינוי עקרוני ורחב היקף במערך הביקורת הפנימית בחברות ממשלתיות בישראל תוך הבחנה ברורה בין עבודתם של מבקרים פנימיים שכירים למבקרים פנימיים עצמאים, המדירה את האחרונים מהאפשרות להעניק שירותי ביקורת פנימית לכלל החברות הממשלתיות המשמעותיות בישראל ולחלק ניכר מהחברות הממשלתיות. על פי עמדתנו המשפטית, מכוח הדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים, יצירת תנאים אשר יובילו למניעה כאמור, צריכה להיעשות במסגרת חקיקה ראשית בלבד. וככל שלא נעשתה כך לא ניתן להביא לעקיפת סמכותו של המחוקק באמצעות קביעת הנחייה מנהלית בנושא.

**(ד) טיוטת החוזר פוגעת בסמכותו ובשיקול דעתו הבלעדי של דירקטוריון החברה בקביעת אופן ההתקשרות במתן שירותי ביקורת פנימית**

2.27 על פי סעיף 32(א)(א3) ו-4 לחוק החברות הממשלתיות הסמכות הבלעדית לקבוע אופן בחירתו של המבקר הפנימי נתונה לדירקטוריון החברה הממשלתית בלבד בהתאם לשיקול דעתו. קביעה אחרונה זו נשענת על כך שדירקטוריון החברה הינו הגורם היחיד אשר הוסמך לפקח על קיומם של מנגנוני ממשל תאגידי אפקטיביים בחברה הממשלתית. כותב לעניין זה פרופ' יוסף גרוס:

*”עקרונות הממשל התאגידי מציבים קווים מנחים להתנהלות ראויה של חברות ציבוריות בכל הקשור לבקרה ופיקוח. אחד מעקרונות הממשל התאגידי הוא חיזוק עצמאות הדירקטוריון כאורגן העיקרי בחברה שתפקידו לפקח על ניהולה לצד קביעת מדיניותה... **בנוסף, בהיותו מופקד על כללי ממשל**”*

<sup>21</sup> בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד (נב) 481, 517-518 (1998).



**תאגידי תקין ויישומם בחברה, על הדירקטוריון להקדיש את זמנו גם לנושאים הבאים... יצירת**

**מנגנוני בקרה נאותים** " [ההדגשה אינה במקור].<sup>22</sup>

2.28 זאת ועוד, טיוטת החוזר השוללת את יכולתו של דירקטוריון של חברה ממשלתית בסיווג 6 ומעלה להתקשר עם מבקרים פנימיים עצמאים לצורך מתן שירותי ביקורת פנימית מניחה, כי התקשרות עם מבקר פנימי שכיר בלבד עשויה לקדם את האפקטיביות של הבקרה הפנימית בכל החברות הנכללות בסיווג האמור, וזאת ללא יוצא מן הכלל.

2.29 דא עקא, שקביעה מעין זו אינה רגישה דיה לשונות הרבה במאפיינים של חברות ממשלתיות, ובפרט בתחומי הפעילות, בתרבות הארגונית, באופי הסיכונים וכיו"ב. בהינתן השונות האמורה, כלל השולל את סמכותו ושיקול דעתו של הדירקטוריון החברה הממשלתית לבחור את מתכונת ההתקשרות הרצויה בהתאם לצרכי החברה ומאפייניה, אינו מתיישב עם העובדה כי דירקטוריון החברה בלבד נושא באחריות המשפטית ליצירתם של מנגנוני בקרה נאותים ומשטרי ממשל תאגידי אפקטיביים.

2.30 מהאמור נובע אפוא כי ההבחנה בין מבקר פנימי שכיר לבין מבקר פנימי עצמאי אינה עולה בקנה אחד עם היותו של דירקטוריון הגורם היחיד האחראי על מערך הביקורת הפנימית בחברה הממשלתית ונושא במלוא האחריות לכך בהתאם להוראות חוק החברות הממשלתיות.

**(ה) טיוטת החוזר לוקה בחוסר סבירות קיצונית**

2.31 ההחלטה של רשות החברות הממשלתיות למנוע מציבור המבקרים הפנימיים העצמאים להעניק שירותים לרוב החברות הממשלתיות לוקה באי סבירות קיצונית מטעם שהיא אינה מתיישבת עם העובדה כי הן כנסת ישראל והן בית המשפט העליון נתנו את דעתם לסוגיה וקבעו כי אין מקום לשנות מהמצב המשפטי הקיים.

2.32 רצונה של רשות החברות הממשלתיות ליצור הבחנה בין עבודתם של ציבור המבקרים הפנימיים השכירים לבין ציבור המבקרים הפנימיים העצמאים, בכל הקשור למתן שירותי ביקורת פנימית לחברות ממשלתיות נידונה כבר על ידי ועדת זיילר (ועדה ציבורית) באופן ממצה והוכרעה על ידה. ועדת זיילר מונתה לתפקידה ביום 16.8.2005 ובחנה - האם יש צורך בתוספות, שינויים ותיקונים אחרים לחוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992.

2.33 במסגרת זו נדרשה ועדת זיילר לקבוע האם ראוי להגביל את העיסוק בביקורת הפנימית רק למבקרים פנימיים שכירים בלבד ולבסוף הכריעה כי "כללו של דבר, יש נימוקים טובים לכאן ולכאן, ואי אפשר לומר שיש בסדרת נימוקים אחת כדי להכריע את יריבתה. נראה לנו שבמצב כזה אין צורך לזעזע את "שוק הביקורת" על-ידי שינוי דרסטי האוסר קיום ביקורות פנימיות על-ידי עצמאים".<sup>23</sup> מסקנותיה של ועדת זיילר נידונו בהרחבה ובאופן מעמיק על ידי הוועדה לענייני ביקורת המדינה בכנסת ישראל ביום 14 במארס 2007 ואושרו על ידה.

2.34 זאת ועוד, בשנת 2012 הוגשה על ידי לשכת המבקרים הפנימיים בישראל עתירה לבג"ץ בגדרה התבקש בית המשפט העליון להורות לשר המשפטים להתקין תקנות לחוק הביקורת הפנימית ובהן תקנים מקצועיים מחייבים למבקרים פנימיים. בית המשפט העליון המליץ ללשכת המבקרים הפנימיים בישראל למשוך את

<sup>22</sup> יוסף גרוס חוק החברות 495-496 (מהדורה חמישית, 2016).  
<sup>23</sup> דוח ועדת זיילר, עמ' 21. נגיש בקישור הבא : <http://www.audit-int.co.il/print/40>

עתירתה וכך היא עשתה.<sup>24</sup>

2.35 עמדת המדינה הוצגה בתשובה על העתירה ולפיה חוק הביקורת הפנימית מקנה לשר המשפטים בלבד שיקול דעת בעניין זה ואינו מחייבו להתקין תקנות. עוד נכתב כי לא מתפקידו של שר המשפטים לקבוע בתקנות את התקנים המקצועיים למבקרים הפנימיים ובעניין זה יש להישען על התקנים המקצועיים המקובלים.<sup>25</sup> לאור האמור, אנו סבורים כי רשות החברות הממשלתיות אינה רשאית לעקוף את סמכותו של שר המשפטים ולקבוע הוראות מהותיות בקשר עם הסדרת מקצוע ביקורת הפנימית. הסמכות המוקדמת על מקצוע ביקורת הפנימי נתונה באופן בלעדי למשרד המשפטים או שר המשפטים בלבד.

2.36 מהאמור עולה, כי סוגית הגבלת העיסוק במקצוע רק למבקרים פנימיים שכירים נידונה כבר באופן ממצה על ידי כנסת ישראל, משרד המשפטים ובית המשפט העליון וגורמים אלה לא מצאו, נכון לעתה, להתערב במצב המשפטי הקיים. לפיכך, ובהיעדר קביעה אחרת של המחוקק, על רשות החברות הממשלתיות להישען על התקנים המקצועיים המקובלים אשר לפיהם אין הבחנה כלשהי לעניין בין המבקרים הפנימיים השכירים לאלה העצמאים.

#### (ו) טיוטת החוזר פוגעת באופן חמור וחסר תקדים בזכויות יסוד חוקתיות

2.37 המשפט הישראלי מראשית דרכו, עוד בטרם עיגונו של חופש העיסוק בשנת 1992 בחוק יסוד: חופש העיסוק, הכיר בחופש העיסוק כזכות יסוד "טבעית" "שאינה כתובה עלי ספר". כך קבע בית המשפט בבג"ץ בז'רנו:

"כלל גדול הוא כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח יד, אשר יבחר לעצמו כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח יד אינה אסורה מטעם החוק. הזכות... אינה כתובה עלי ספר אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה".<sup>26</sup>

2.38 חוק יסוד: חופש העיסוק קובע הוראה כללית באשר להיקף הפרישה של חופש העיסוק שלפיה "כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד" (סעיף 3). היקף הפרישה של חופש העיסוק הוא רחב מאוד. כלומר, הזכות מגנה לא רק מפני הטלת איסור לעסוק בעיסוק כלשהו אלא גם מפני הגבלות על אופן העיסוק. בהקשר זה, נפסק כי פגיעה בחופש העיסוק עלולה לבוא לידי ביטוי כאשר מדובר ב"פעולה של הרשות השוללת – אפקטיבית – את יכולתו של הפרט לעסוק במקצועו".<sup>27</sup> יודגש, כי איסור לעסוק בפעילות כלשהי פוגעת ב"גרעין" של חופש העיסוק. אולם, הפגיעה בחופש העיסוק נגרמת לא רק אם האיסור נאסר באופן מוחלט, אלא גם כאשר נקבעים תנאים אשר יוצרים מניעה מוחלטת לעסוק בעיסוק מסוים על ידי קבוצת אנשים.<sup>28</sup>

2.39 הקביעה שמעשה שלטוני פוגע בזכות החוקתית לחופש עיסוק מוליכה לקביעת חזקה שהמעשה אינו תקף, ונדרשת הצדקה מיוחדת כדי לסתור חזקה זו. ההצדקה הנדרשת, מכוח פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: חופש העיסוק כוללת שני היבטים: עיגון בחקיקה של הפגיעה בזכות או הסמכה מפורשת להביא לפגיעה כאמור;

<sup>24</sup> בג"ץ 9467/12 לשכת המבקרים הפנימיים בישראל נ' שר המשפטים (21 במאי 2014).  
<sup>25</sup> תגובה מקדמית מטעם המשיב, בג"ץ 9467/12 לשכת המבקרים הפנימיים בישראל נ' שר המשפטים, 6 במארס 2013.  
<sup>26</sup> עניין בז'רנו, לעיל הערה 11, עמ' 81.  
<sup>27</sup> בג"ץ 6268/00 קיבוץ החותרים אגודה שיתופית חקלאית נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(5) 639, 671 (2001).  
<sup>28</sup> ברק מדינה דיני זכויות אדם בישראל §6.26 (2016).

וקביעה שהפגיעה נועדה לתכלית ראויה ומקיימת את דרישת המידתיות (סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק)..<sup>29</sup> כותב בהקשר זה פרופ' ברק מדינה:

"ביטוי נרחב להחלה דווקנית של הדרישה לקביעה בחוק של הפגיעה בחופש העיסוק ניתן במקרים שבהם נשללת מגורם כלשהו האפשרות לעסוק בעיסוק מסוים. המקרים הנפוצים הם הענקת זיכיון בלעדי לעוסק או הגבלה בדרך אחרת של מספר העוסקים בענף, וקביעת תנאי סף לעיסוק, שתוצאתו המעשית היא שלילת האפשרות של מי שכבר עוסקים במקצוע להמשיך בכך. במקרים אלה, הדרישה להסמכה מפורשת בחוק מתבטאת בכך שאין די בחקיקה שבה מוקנית הסמכה כללית להסדיר את העיסוק בתחום כלשהו, אלא נדרשת הענקת סמכות להגביל את מספר העוסקים בענף או לקבוע תנאי-סף שזו תוצאתם".<sup>30</sup>

2.40 בענייננו, טיטוט החוזר מביאה לשינוי סדרי עולם בעבודתם של מבקרים פנימיים בישראל. שכן, הטלת חובה על חברות ממשלתיות בסיווג 6 ומעלה למנות מבקר פנימי שכיר בלבד תוך שלילת האפשרות להעסיק מבקר פנימי עצמאי בחברות אלה, פוגעת באופן חמור בהכנסותיהם של משרדים עצמאיים בישראל לרבות אלפי משפחות בישראל אשר מטה לחמם תלוי בהם. בנסיבות אלה, פגיעה בזכות החוקתית לחופש העיסוק אינה יכולה להיעשות ללא הוראת חקיקה ראשית מפורשת בעניין המאפשרת זאת בהתאם לתנאים הקבועים בפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: חופש העיסוק.

2.41 יתר על כן, אין בטיטוט החוזר הוראות מעבר כלשהן אשר יצמצמו את הפגיעה שתיגרם לציבור המבקרים הפנימיים העצמאיים בעקבות ההוראות המגבילות את יכולתם להעניק שירותים לחברות ממשלתיות. הדרישה לקביעת הוראות מעבר במסגרת החלטה מינהלית נובעת מחובתה של רשות החברות הממשלתיות לפעול בסבירות ובמידתיות על מנת לצמצם באופן מרבי את הנזק שייגרם בעקבות יישום ההחלטה. עמד על כך כב' השופט זמיר בעניין **בנאי**:<sup>31</sup>

"בנסיבות מסוימות אין הצדקה לתחולה מיידית של החלטה מינהלית. יש לכך טעמים שונים, לפי הנסיבות של כל החלטה. למשל, אפשר שתחולה מיידית של החלטה תגרור פגיעה קשה באדם מסוים או בקבוצה מסוימת, מעבר לנדרש ולמוצדק על-פי שקלול של טובת הציבור לעומת טובת הפרט. לעתים הפגיעה של תחולה מיידית עשויה להיות קשה כמעט כמו הפגיעה של תחולה למפרע. אפשר אף שתחולה מיידית של החלטה, בלי שתינתן לנוגעים בדבר הזדמנות להכין עצמם לשינוי הנובע מן ההחלטה, תסכל אפילו את מטרת ההחלטה... תחולה מיידית של השינוי עשויה, בנסיבות מסוימות, להיראות כוחנית ושרירותית ולפגוע באמון הציבור במינהל הציבורי. ההגינות המינהלית עשויה לחייב שהות שבה יוכל אדם, הכפוף להחלטה המינהלית, לערוך בירורים, אולי להגיש בקשה או להציע הצעה לפני שהחלטה מחייבת אותו, ולפחות להכין עצמו באופן סביר לקראת השינוי. במצב כזה עשוי להתעורר צורך בתקופת מעבר".

<sup>29</sup> שם, §6.43.

<sup>30</sup> שם, §6.44.

<sup>31</sup> בג"ץ 2832/96 בנאי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, פ"ד (2) 582, 594 (1996).

3. סיכום ומסקנות

- 3.1 ללא שיתופה של IIA ישראל בהליך גיבושה של טיוטת מערך הביקורת הפנימית לרבות היוועצות ומתן שימוע, ספק אם בפני רשות החברות הממשלתיות הייתה התשתית העובדתית הנחוצה לצורך החלטה כאמור.
- 3.2 מכוח עיקרון חוקיות המינהל, מוטלת חובה על רשות החברות הממשלתיות להצביע על מקור חקיקתי המעניק לה סמכות חוקית להסדיר את מערך הביקורת הפנימית בחברות ממשלתיות ולהבחין בין עבודתם של מבקרי פנימיים שכירים לבין מבקרי פנימיים עצמאיים. על פי המצב המשפטי הקיים, הגורם היחיד המוסמך לעסוק בנושא הוא שר המשפטים בלבד מכוח חוק הביקורת הפנימית.
- 3.3 כל עוד חוק הביקורת הפנימית אינו שולל באופן מפורש מתן שירותי ביקורת פנימית על ידי מבקרים פנימיים עצמאיים, לא ניתן לקרוא לתוך דבר חקיקה זה את מה שאין בו. באותם מקרים שבהם המחוקק אכן היה מעוניין להגביל את מתן שירותי הביקורת הפנימית למבקרים פנימיים שכירים בלבד, הוא עשה זאת באופן מפורש.
- 3.4 לאור הדוקטרינה החוקתית בדבר הסדרים ראשוניים, כל שינוי במעמדם של מבקרים פנימיים עצמאיים צריך להיעשות בחקיקה ראשית של הכנסת.
- 3.5 טיוטת החוזר פוגעת בסמכותו הבלעדית של דירקטוריון החברה הממשלתית לבחור בהתאם לשיקול דעתו את אופן ההתקשרות בקבלת שירותי ביקורת הפנימית וזאת לאור היותו הגורם היחיד הנושא באחריות לקיומם של מנגנוני ממשל תאגידי אפקטיביים.
- 3.6 טיוטת החוזר לוקה באי סבירות קיצונית לאור העובדה כי הן כנסת ישראל באמצעות ועדת זיילר, הן בית המשפט העליון והן משרד המשפטים כבר נתנו את דעתם לנושא והכריעו כי אין מקום לשנות את המצב המשפטי הקיים.
- 3.7 טיוטת החוזר פוגעת באופן חסר תקדים בחופש העיסוק של ציבור המבקרים הפנימיים העצמאיים, מבלי שאומצו מנגנונים משפטיים דוגמת הוראות מעבר שתכליתן צמצום פגיעה כאמור.
- לנוכח כל האמור לעיל, אנו סוברים כי מן הדין שרשות החברות הממשלתיות תבחן מחדש את טיוטת החוזר ותתקן ליקויים מהותיים שנפלו בו בהתאם להערות המקצועיות שבמכתב נשיא IIA ישראל אליכם ולאור עמדתנו המשפטית שבמסמך זה.

בכבוד רב,  
ד"ר לאון אנידג'ה, עו"ד

גרוס, קלינהנדלר, חודק, הלוי, גרינברג, שנהב ושות'

ירון הרמן, עו"ד