

# האיסור על ניגוד עניינים

אהרן ברק

## 1. מבוא

לפני יותר מעשרים וחמש שנה התפרסמה רשימה משלי על ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד.<sup>1</sup> מאז אותה רשימה התפתחה הסוגיה בכל ענפי המשפט. ברשימתי זו מבקש אני לחזור ולבחון אותה מחדש. אעמוד על מרכיביה העובדתיים והנפשיים; אבחן את טעמיו ומקורותיו של הכלל האוסר על הימצאות במצב של ניגוד עניינים (להלן: הכלל או האיסור). אתיחס לתוצאות הפרת הכלל ולדרכים להימנע מהפרתו. אסיים בבחינת התרופות בגין הפרת האיסור.

ניגוד העניינים עשוי להתרחש בהקשרים שונים ומגוונים. הוא קיים בתחומי המשפט הציבורי,<sup>2</sup> הוא משתרע על חברי הרשות המחוקקת,<sup>3</sup> המבצעת<sup>4</sup> והשופטת<sup>5</sup> גם יחד. הוא מקובל בתחום המשפט הפרטי, בעיקר בתחום המקצועות

1 אהרן ברק 'ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד' משפטים י 11 (1980).

2 טנה שפניץ וורדה לוסטהווי 'ניגוד עניינים בשירות הציבורי' ספר אורי ירין כרך ב 315 (אהרן ברק וטנה שפניץ עורכים, תל אביב: כורסי, התש"ן); רענן הריזהב המשפט המינהלי הישראלי 291 (תל אביב: שנהב, 1996); יצחק זמיר 'אתיקה בפוליטיקה' משפטים יז 250 (1987); ראו גם ANDREW STARK, CONFLICT OF INTEREST IN AMERICAN PUBLIC LIFE (Cambridge: Harvard University Press, 2000)

3 בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117 (2002) (להלן: פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל); סווי נבות 'קביעת שכרם של חברי הכנסת: "המחליטים הם גם הזוכים"' המשפט ט 253 (2004); סווי נבות 'חבר הכנסת כ"נאמן הציבור' משפטים לא 433 (2000).

4 ראו הודעה בדבר כללים למניעת ניגוד עניינים של שרים וסגני שרים, י"פ התשס"ג 1136.

5 ס' 77 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984; ס' 19 לחוק הדיינים, התשט"ו-1955, ובאופן כללי, ס' 2 לחוק יסוד: השפיטה.

למיניהם,<sup>6</sup> כגון עריכת דין,<sup>7</sup> רפואה<sup>8</sup> וראיית חשבון.<sup>9</sup> על פרישתו הרחבה של הכלל עמדתי כאחת הפרשות בציני:

העיקרון בדבר איסור על ניגוד עניינים אינו אך עניין מוסרי שבין אדם לבין עצמו, אלא הוא הינו עקרון משפטי המשתרע על כל תחומי המשפט. הוא חל בתחומי המשפט הפרטי והציבורי גם יחד.<sup>10</sup>

אף שהכלל הוא אחד, פעולתו משתנה על פי הקשרו. ברשימתי זו אעמוד על היסודות המשותפים החלים בכל אתר ואתר.

## 2. יסודותיו של הכלל

### א. הגדרת האיסור

הכלל הוא כי אסור לו לאדם להימצא במצב של ניגוד עניינים. מתי מתרחש מצב זה? תשובתי היא כי מצב של ניגוד עניינים אסור מתרחש במקום שלאדם יחסים מיוחדים עם אחר, בנסיבות שבהן הוא שולט בענייניו של אותו אחר, וכאשר יש לו

6 ראו Michael Davis & Andrew Stark, Conflict of Interest in the Professions (Oxford: Oxford University Press, 2001)

7 ס' 14 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986; ראו גם ס' 60 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961.

8 ס' 10 לפקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז-1976; וראו גם ס' 19(6) לחוק הרופאים הוותיקנים, התשנ"א-1991.

9 ס' 10 לחוק רואי חשבון, התשט"ו-1955; ס' 3 לכללי החברות הממשלתיות (מינוי רואי חשבון ושכרם), התשנ"ד-1994, וראו בפרט תקנות רואי חשבון (ניגוד עניינים ופגיעה באי תלות כתוצאה מעיסוק אחר) (הוראת שעה), התשס"ג-2003.

10 בג"ץ 595/89 שמעון נ' הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים, פ"ד מר(1) 413, 409 (1990) (להלן: עניין שמעון); ראו גם בג"ץ 7279/98 חבר הכנסת שריד, יושב ראש תנועת מרצ ישראל הדמוקרטית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(1) 740 (1999) (להלן: פרשת חבר הכנסת שריד).

אינטרס השונה מהאינטרס של אותו אחר כתוצאות החלטתו. אעמוד בקצרה על מרכיבי האיסור.

### ב. יחסים מיוחדים

נקודת המוצא היא כי בין שני בני אדם (או גופים משפטיים) יש יחס מיוחד. אפשר לאפיין יחס מיוחד זה כיחס של אמון. יחס כזה קיים בין עובד הציבור (הנבחר<sup>11</sup> או הממונה, יהא תפקידו אשר יהא) לבין הציבור שהוא משרת;<sup>12</sup> בין מנהל לבין התאגיד שבו הוא משמש אורגן;<sup>13</sup> בין שלוח לבין שולח;<sup>14</sup> בין צרדים לבוררות לבין הבורר;<sup>15</sup> בין אפוטרופוס לבין הנתון לפיקוחו;<sup>16</sup> בין בעל מקצוע<sup>17</sup> (כגון רופא,<sup>18</sup> עורך דין,<sup>19</sup> רואה חשבון<sup>20</sup>) לבין לקוח הנוקק לשירות; בין נאמן לבין גהנה.<sup>21</sup> המאפיין יחס זה הוא התלות שבין השניים והשליטה של האחר על

11 ראו פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 3; בג"ץ 11269/03 כמאל נ' שר המשפטים, פ"ד נט(3) 205 (2004); ס' 5 לכללי האתיקה של חברי הכנסת, התשמ"ד-1983; שי ניצן 'ניגוד עניינים של חברי כנסת' משפטים כ 457 (התשנ"א); יואב רותן 'איסור החקיקה העצמית' כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון' משפטים לא 771, 794-788 (התשס"א); נבות, 'חבר הכנסת כ"נאמן הציבור', לעיל ה"ש 3, בעמ' 500.

12 ראו ע"פ 10735/04 גולדמן נ' מדינת ישראל, (פורסם כנבו) (להלן: עניין גולדמן); רנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נט(4) 385, 413 (2004) (להלן: עניין שבס); ע"פ 884/80 מדינת ישראל נ' גרוסמן, פ"ד לו(1) 405, 409-410 (1981) (להלן: עניין גרוסמן); ע"א 6983/94 סחימה נ' פרץ, פ"ד נא(5) 829, 835 (1998) (להלן: עניין פחימה).

13 ראו ס' 254(א)(3) לחוק החברות, התשנ"ט-1999; יהודית קרון 'דוקטרינת ההזדמנות העסקית - אמצעי להגנת עסקיה של חברה' הפרקליט מה 350 (2001).

14 ראו ס' 8 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965. ראו גם אהרן ברק חוק השליחות כרך א 307-348 (מהדורה שנייה מורחבת, ירושלים: נבו, 1996).

15 משה הירש 'ניגוד עניינים אצל בוררים' משפטים כב 169 (התשנ"ג).

16 ראו ס' 41 ו-48 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962.

17 ראו Davis & Stark, Conflict of Interest in the Professions, לעיל ה"ש 6.

18 ראו ס' 10 לפקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז-1976.

19 ראו ס' 54 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961, וס' 2 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986.

20 ראו ס' 10 לחוק רואי חשבון, התשט"ו-1955; תק' 2 לתקנות רואי חשבון (דרך פעולתו של רואה חשבון), התשל"ג-1973, ובאופן כללי את תקנות רואי חשבון (ניגוד עניינים ופגיעה באי תלות כתוצאה מעיסוק אחר) (הוראת שעה), התשס"ג-2003.

21 ראו ס' 1 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979.

ענייניו של האחר. תלות או שליטה זו עשויה להיות קצרת מועד או ארוכת מועד; היא עשויה להיות מכוונת לפעולות מיוחדות או למגוון של פעולות; היא יכולה להיעשות בתמורה או שלא בתמורה.

היחס המיוחד בין שני בני אדם מתאפיין לרוב בקיומה של מערכת דינים רחבה הבאה להסדיר יחס זה. הדינים בדבר איסור על ניגוד עניינים הם רק חלק ממערכת כוללת זו. קשה לצמצם יחס מיוחד זה למאפיין יחיד של איסור על ניגוד עניינים. במרבית המקרים, אם לא בכולם, ניגוד העניינים הוא רק אחד המרכיבים של מערכת יחסים הכוללת בחובה מרכיבים נוספים. כך למשל, עובד הציבור נמצא במערכת מקיפה ונרחבת של חובות ביחסיו עם הציבור שהוא משרת. מוטלות עליו חובות אמון והגינות.<sup>22</sup> אחד הביטויים למערכת יחסים מקיפה זו הוא האיסור על ניגוד עניינים. אכן, מערכת היחסים המיוחדת היא היוצרת את האיסור, והוא נגזר ממנה.

ניגוד עניינים קיים ברבות מהפעולות היום-יומיות שלנו. כך למשל, כאשר אדם כורת חוזה, עשוי להתקיים ניגוד עניינים בינו לבין הצד האחר לחוזה. ניגוד עניינים זה אינו אסור. הכלל בדבר איסור על ניגוד עניינים לא חל לגבי ניגוד זה. אכן, המשפט הפרטי מתאפיין בכך שהאינטרסים של בני האדם הפועלים בו נוגדים זה את זה. האינטרס של האחד לחופש תנועה נוגד את האינטרס של האחר לשלמות רכושו וגופו. האינטרס של האחד לאוטונומיה של הרצון הפרטי שלו נוגד את האינטרס של האחר לאוטונומיה של הרצון הפרטי שלו. ניגוד אינטרסים זה הוא הבסיס למשפט הפרטי. הוא משקף את ה'פיזיולוגיה' של המשפט הפרטי. ניגוד האינטרסים אסור רק כאשר מתקיים יחס מיוחד של אמון הנגזר מתלות ושליטה בין בני אדם. הוא משקף התנהגות פתולוגית בגרדיו של יחס מיוחד זה.

כיצד אפשר לדעת אם מתקיים יחס מיוחד זה? עצם קיומה של חובת תום לב<sup>23</sup> אינו יוצרת יחס מיוחד זה. עקרון תום הלב הוא עיקרון כללי במשפט הפרטי.<sup>24</sup> אין בו כדי ליצור איסור על ניגוד עניינים. נדרש יחס מיוחד כדי להפעיל את האיסור

על ניגוד עניינים. אכן, האיסור על ניגוד עניינים אינו נגזר מהיחס הרגיל של 'אדם לאדם – אדם'.<sup>25</sup> הוא כרוך בקיום של יחס של 'אדם לאדם – מלאך'.<sup>26</sup> יחס זה אינו מאפיין את מכלול היחסים הבינ-אישיים בשיטת המשפט. 'מידת חסירות'<sup>27</sup> זו אין לדרוש ביחסים הרגילים במשפט הפרטי. רק במצבים מיוחדים נדרשת 'מידת חסירות זו' וממנה נגזר הכלל האוסר על הימצאות במצב של ניגוד עניינים. מערכת היחסים המיוחדת שבה חל הכלל אינה רשימה סגורה. נסיבות של שליטה ותלות הן היוצרות אותה. בכל מקרה שבו נסיבות אלה מתקיימות, הכלל יחול. מצבים חדשים של תלות ושליטה מתעוררים מעת לעת. מצבים שבעבר נשלטו אך על ידי עקרון תום הלב הכללי, עשויים במשך השנים להיתפס כיחסים מיוחדים המצדיקים את החלתו של האיסור. דומה שכלל שחברה נעשית רגישה יותר לבעלי השליטה שבה, ולאופן שבו הם משתמשים בשליטתם, כן גוברת ההכרה כי מן הראוי להעמיד את בעלי השליטה במערכת יחסים מיוחדת, שממנה ייגזר גם האיסור על ניגוד העניינים. כך למשל, בעלי מניות שליטה, אשר בעבר לא הוחלה עליהם מערכת יחסים מיוחדת, כפופים לה עתה.<sup>28</sup> הכלל בדבר האיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים יחול ביחסיהם עם החברה.<sup>29</sup> הוא הדין בחברי הגוף המחקק. בעבר נתפס יחס זה כמצדיק מתן שיקול דעת רחב לחבר הכנסת, אשר בבחירתו נדרש לייצג אינטרסים שונים. כיום נתפס יחס זה כמצדיק החלתו של האיסור בד בבד עם התחשבות במאפייניו המיוחדים של חבר הכנסת.<sup>30</sup>

עקרון תום-הלב. על-פיה, כל בעל זכות (במובנה הרחב) צריך להפעיל את זכותו כתום-לב.  
וראו גם ס' 2 לתזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006.

25 ראו אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 473 (תל אביב: פפירוס, 1987). כן ראו פרשת רוקר, לעיל ה"ש 24, בעמ' 279.

26 שם.

27 בלשונו של השופט מ' אלון בע"א 506/88 יעל שפר, קטינה, באמצעות אמה ואפוטרופסיתה הטבעית שלילה שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 130 (1993).

28 ראו תקנות ניירות ערך (הגבלות בענין ניגוד עניינים בין חברה רשומה לבין בעל שליטה בה), התשנ"ד-1994; ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, 283-284 (1984).

29 שם.

30 ראו לעיל ה"ש 11 וההפניות שם.

22 ראו עניין גולדמן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 13; עניין שבס, לעיל ה"ש 12, בעמ' 413; עניין גרוסמן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 409-410; עניין פחימה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 835.

23 כאמור בס' 12 ר-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, עם ס' 61(ב) לחוק זה.

24 ראו בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828, 834-835 (1980); רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 279 (1999) (להלן: פרשת רוקר); ע"א 2643/97 גנו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385, 386 (2003) (אחת מאותן דוקטרינות כלליות החלות בכל תחומי המשפט היא

## ג. שליטה בענייניו של אחר

ביסוד האיסור מונחת השליטה בענייניו של אחר. שליטה זו מתבטאת לרוב בכוח לקבל החלטה בענייניו של אחר. זהו 'כוח' הוהפלדיאני.<sup>31</sup> על פיו אותו אחר כפוף לכוחו של בעל השליטה. במרבית המקרים שליטה זו מוצאת מהכוח אל הפועל באמצעות החלטה שבעל השליטה מקבל. לעניין זה אין נפקא מינה אם אותה החלטה היא פרי שיקול דעת או בעלת אופי טכני-מכני. היא אופייה של ההחלטה אשר יהא, חלים עליה דיני האיסור. גישתי זו מונחית על ידי שני שיקולים מרכזיים. ראשית, קו הגבול בין המצבים השונים הוא דק. אין זה ראוי לכפוף את תחולת האיסור בהבחנות דקות ולעתים אף דקיקות בין מצבים של שיקול דעת, מצבים של שיקול ושקילה, או מצבים של סמכות מיניסטריאלית;<sup>32</sup> שנית, מנקודת המבט של הטעמים המונחים ביסוד הכלל – ובעיקר אמון הציבור בשירות שניתן לו – אין טעם של ממש להבחין בין סוגי ההחלטות.

האיסור מופר על ידי מתן ההחלטה בלא כל קשר לשאלה אם ההחלטה היא מכל בחינה אחרת כדון.<sup>33</sup> על כן החלטה שלולא ניגוד העניינים הייתה כשירה למהדרין הופכת להיות שלא כדון בשל ניגוד העניינים.

האיסור אינו אך על קבלת החלטה במצב של ניגוד עניינים. האיסור הוא על הימצאות במצב שבו מתקיים ניגוד עניינים. הפסלות אינה מתייחסת רק למצב בפועל אלא גם לצפוי לקרות, לקיום פוטנציאל של ניגוד עניינים.<sup>34</sup> על כן מופר האיסור בטרם ניתנה כל החלטה. עצם ההימצאות במצב שבו אפשר לקבל החלטה הוא המפר את הכלל. עמדתי על כך בפרשת סיעת הליכוד בעיריית פתח תקוה, בצייני:

האיסור אינו רק על שיקול הדעת עצמו בכיצוע הפעולה או התפקיד. האיסור הוא על ההימצאות במצב בו עלול להיות ניגוד

31 WESLEY NEWCOMB HOHFELD, FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS AS APPLIED IN JUDICIAL REASONING (New Haven: Yale University Press, 1919)

32 להבחנה בין 'שיקול דעת' לבין 'שיקול ושקילה' ראו ברק, שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 29.

33 בג"ץ 531/79 סיעת 'הליכוד' בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה, פ"ד (לד) (2) 566, 573-572 (1980) (להלן: פרשת סיעת הליכוד).

34 עניין פחימה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 835.

עניינים. מטרת הכלל היא למנוע את הרע בטרם יארע. הכלל צופה פני העתיד. אין זה מעלה ואין זה מוריד אם בפועל שיקול הדעת הוא ראוי. מטרת הכלל היא למנוע פיתוי מאדם ישר והגון, בחינת אל תביאנו לידי ניסיון.<sup>35</sup>

הכלל הוא בעל אופי 'פרופילקטי'.<sup>36</sup> הטענה הנשמעת לעתים 'סמוך עליי, לי זה לא יקרה, אני יודע להפריד בין ענייני האישיים לבין ענייני התפקיד' אינה לעניין. הכלל בא למנוע מאדם מסור ונאמן מלהימצא במצב פוטנציאלי של ניגוד עניינים. על כן קיומו או היעדרו של נזק או של העברת טובת הנאה אינם מעלים ואינם מורידים.

מהי מידת החשש לניגוד עניינים המצדיקה את הפעלתו של הכלל? בפסיקה הועלו שתי אפשרויות.<sup>37</sup> על פי האחת יש לדרוש 'אפשרות ממשית' לניגוד עניינים. על פי האחרת אפשר להסתפק ב'חשש סביר' לניגוד עניינים. לדעתי, אין לקבוע בעניין זה כלל גורף. אפשר לקבוע את תחולתו של מבחן 'האפשרות הממשית' או את תחולתו של מבחן 'החשש הסביר' על פי מהות ההקשר. כך למשל, ניגוד עניינים של עובדי ציבור ייבחן בדרך כלל על פי כלל 'החשש הסביר'. עמד על כך השופט ת' אור בציינו כי 'אין ספק כי לא די לעניין זה בחשש רחוק או תיאורטי [...] כאשר האינטרסים המתנגשים הם אינטרס פרטי וציבורי, הדעה המקובלת היא כי די בקיומו של חשש סביר להתנגשות כזו'.<sup>38</sup> לעומת זאת בכל הנוגע לשופטים אפשר להסתפק במבחן 'האפשרות הממשית'.<sup>39</sup> הטעם לכך הוא 'בשל מקצועיותו, יושרו ואי תלותו של השופט'.<sup>40</sup>

35 פרשת סיעת הליכוד, לעיל ה"ש 33, בעמ' 572-573.

36 ראו פרשת סיעת הליכוד, לעיל ה"ש 33, בעמ' 569; בג"ץ 244/86 רביבו נ' ראש המועצה

37 המקומית אופקים, פ"ד מב(3) 183, 186 (1988); עניין פחימה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 835-836, ודעת המיעוט של השופטת ביניש (כתוארה אז) בעמ' 852-853; פרשת חבר הכנסת שריד, לעיל ה"ש 10 בעמ' 757; בג"ץ 6529/03 קליגר נ' נציבות שרות המדינה, פ"ד נח(1) 734 (2003) (להלן: בג"ץ קליגר).

38 פרשת חבר הכנסת שריד, לעיל ה"ש 10, בעמ' 757.

39 יגאל מרזל דיני פסלות שופט 38, 103-104 (תל אביב: ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, 2006).

40 שם, בעמ' 32.

כאשר עובד הציבור נתון במצב של ניגוד עניינים קיים חשש כי הוא ייקח בחשבון, שעה שיפעיל את סמכותו, אף את האינטרס הנוגד. כתוצאה מכך עשויה לבוא הפעלה בלתי ראויה של הסמכות. חשש זה בא הדין למנוע. שנית, טעם ערכי. קיומו של שירות ציבורי סדיר, אחראי ובעל עמדה ציבורית נאותה, מחייב אמון הציבור בכך שהחלטות עובדי הציבור הן ענייניות ונעשו ביושר ובהגינות. עובדת הימצאו של עובד הציבור במצב של ניגוד עניינים, פוגעת באמון הציבור במערכת השלטונית. בלב הציבור מתעורר החשש כי שיקולים זרים מנחים את עובד הציבור, ואמונו במערכת השלטונית נפגם. חשש זה בא הדין למנוע.<sup>45</sup>

דברים ברוח דומה נאמרו על ידי השופט מ' חשין:

האינטרס האישי או האינטרס הציבורי האחר יכולים שיערפלו את מחשבתו הנקיה של איש הציבור – מחשבה האמורה להטביע עצמה אך באינטרס שהוא מופקד על קידומו – יסטו אותו מדרך הישר וירחיקו את ליבו מן העיקר שהוא חייב בו. אם בהשפעות חיצוניות ייעשה, ייפגם אמון הציבור בו, ועל-כן אסור הוא לאיש הציבור להימצא במצב שבו יילכד בצבת של ניגוד אינטרסים.<sup>46</sup>

טעמים אלה חלים, בכל מיני עצמות, בכל מערכות היחסים שבהן חל האיסור. אין הם מוגבלים לעובדי הציבור. כך למשל, הם חלים לעניינם של בעלי מקצועות, כגון עורכי דין ורופאים. הטעם הפרגמטי – הפעלה ראויה של שיקול הדעת המקצועי – חל גם בהם. הטעם הערכי – שעניינו אמון הציבור – חל אף הוא בהם. יש לחברה ולבעלי המקצוע עצמם עניין רב שאמון הציבור בבעלי המקצוע

45 פרשת סיעת הליכוד, לעיל ה"ש 33, בעמ' 572; ראו גם עניין שמעון, לעיל ה"ש 10, בעמ' 414 (בפרשה זו מובאים שלושה טעמים לכלל האיסור: הראשון עניינו חובת האמון שעובד ציבורי חייב לציבור במילוי תפקידו. הטעם השני הוא השיקול שמקורו בחובת הגינות, תום לב וצדק טבעי. הטעם השלישי מקורו ברדישות המנהל התקין). ראו גם עניין פחימה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 835-836; בג"ץ קליגר, לעיל ה"ש 37.  
46 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 3, פס' 46 לפסק הדין.

קיומו של מצב של ניגוד עניינים נקבע על פי אמות מידה אובייקטיביות. הרגישות הסובייקטיבית של צד זה או אחר אינה מעלה ואינה מורידה. השאלה היא אם על פי תפיסות היושר וההגינות של החברה בישראל ישנו מצב של ניגוד עניינים. 'הכללים בדבר איסור על ניגוד עניינים משקפים השקפה חברתית-אתית באשר להתנהגות הראויה של אדם הפועל למען זולתו'.<sup>41</sup>

#### ד. עניינים

האיסור הוא על הימצאות במצב של ניגוד עניינים. מה הם אותם עניינים שעליהם משתרע האיסור? התשובה היא שכל אינטרס של אדם אשר הניגוד לו עשוי להשפיע עליו נכלל במסגרת זו. האינטרס עשוי להיות כספירכוש<sup>42</sup> או נפשי-רגשי; האינטרס עשוי להיות עכשווי או עתיד; האינטרס עשוי להיות 'אישי' או 'מוסרי';<sup>43</sup> האינטרס עשוי להיות שלו עצמו או של קרוביו או ידידיו הקרובים; האינטרס עשוי להיות חוקי או בלתי חוקי; האינטרס עשוי להיות בעל חשיבות רבה או בעל חשיבות מועטה (ובלבד שאינו עניין של מה בכך).<sup>44</sup>

#### 3. טעמיו של האיסור

על הטעמים המונחים ביסוד האיסור עמדתני בפרשת סיעת הליכוד בעיריית פתח תקוה:

טעמו של הכלל בדבר ניגוד עניינים הוא כפול: [...] ראשית, טעם פרגמטי. עובד הציבור, שבידו הופקדה סמכות, חייב להפעיל את סמכותו מתוך שהוא מעמיד לנגד עיניו את מכלול השיקולים הרלבנטיים להפעלתה של אותה סמכות ושיקולים אלה בלבד.

41 בג"ץ 202/90 י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' משרד המשפטים, פ"ד מה(2) 265, 273 (1990).  
42 ראו פרשת סיעת הליכוד, לעיל ה"ש 33, בעמ' 572.  
43 שם, בעמ' 571; וראו בג"ץ 293/64 רג"א עלי חסין נגד אלוני, פ"ד יט(1) 572 (1965).  
44 על ניגודי עניינים של מה בכך ראו פרשת חבר הכנסת שריד, לעיל ה"ש 10, בעמ' 577.

יישמר. עם זאת מידת העצמה שבה חלים הטעמים של האיסור במגוון התחומים עשויה להשפיע על הסעדים כגין הפרת האיסור,<sup>47</sup> אך לא על עצם קיומו. לעתים נשמעת הטענה שהאיסור על הימצאות במצב של ניגוד עניינים פוגע ביעילות המנהלית. משהועלתה הטענה, היא נדחתה על ידי כאחת הפרשות:

לעתים נוצר הרושם כי על מזבח עקרונות מעורפלים נופלת קורבן היעילות המינהלית. רושם זה מוטעה הוא. מחיר היעילות נמוך הוא בהשוואה לצורך לשמור על אמון הציבור בשלטון ועל תפקידו הראוי של השלטון.<sup>48</sup>

טענות דומות הועלו במסגרת דיני המכרזים ונדחו.<sup>49</sup> ביסוד דחייתן של טענות היעילות בכל התחומים הללו הוא הערך העליון והחשיבות הרבה שיש ליתן לאמון הציבור ברשויות הציבור.

#### 4. מקורותיו של האיסור

מהו עיגונו הפורמלי של האיסור? לעתים ניתן לו ביטוי מפורש בדבר חקיקה (בין זה הנוגע לעובדי ציבור<sup>50</sup> ובין זה הנוגע לבעלי מקצוע<sup>51</sup>). לעתים מעוגן האיסור בכללים של אתיקה.<sup>52</sup> אך גם בהיעדרה של הוראה חקוקה או בהיעדרם של כללי אתיקה שמצאו ביטוי פורמלי, קיים ועומד האיסור. מקורו הוא במשפט המקובל

47 עניין שמעון, לעיל ה"ש 10, בעמ' 418.

48 שם, בעמ' 414.

49 ע"א 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, פ"ד נא(5) 643 (1997); עת"מ 10785/02 חברת י.ת.ב בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הפנים, פ"ד נח(1) 897, 904 (2003).

50 ראו לדוגמה הודעה בדבר כללים למניעת ניגוד עניינים של נבחרי הציבור ברשויות המקומיות, י"פ התשמ"ד 3114; ס' 77 לחוק בתי המשפט ונסח משולב, התשמ"ד-1984.

51 ראו לעיל ה"ש 7, 8 ו-9.

52 ראו לדוגמה ס' 14 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986.

הישראלי.<sup>53</sup> רק הוראה מפורשת בדבר חקיקה יכולה לשלול את תחולתו של האיסור.<sup>54</sup>

הכלל משקף עקרון יסוד של המשפט הישראלי.<sup>55</sup> ההלכה האוסרת על הימצאות במצב של ניגוד עניינים 'הינה מן הראשונות במלכות בתורת המינהל הציבורי בישראל'.<sup>56</sup> הכלל מהווה 'עקרון יסוד אוניברסלי "המרחף" מעל כל דברי החקיקה הרלבנטיים'.<sup>57</sup> על רקע זה עשויה להתעורר השאלה אם יש לו לכלל מעמד חוקתי. השאלה טרם התעוררה. אפשר לטעון כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית הם בעלי מעמד חוקתי.<sup>58</sup> מכיוון שכך יש מעמד חוקתי גם לאיסור בדבר ניגוד עניינים, הנגזר מאופייה של ישראל כמדינה שערכיה דמוקרטיים. גישה זו אינה נראית לי. הערכים החוקתיים הם עניין אחד. הכללים הנגזרים מהם הם עניין אחר. לכלל בדבר ניגוד עניינים אין, על כן, מעמד חוקתי. מעמדו כמעמדה של הלכה פסוקה במסגרת המשפט המקובל.

#### 5. תוצאות הפרת האיסור

מהי המשמעות המשפטית של הפרת הכלל? לשאלה זו שני פנים. פן אחד עניינו האחריות במשפט של האדם המפר את הכלל. הפן השני עניינו תוקפו של מעשה שנעשה אגב הפרת הכלל. נעמוד על כל אחד מאלה בנפרד.

53 ראו פרשת סיעת הליכוד, לעיל ה"ש 33, בעמ' 569; עניין שמעון, לעיל ה"ש 10, בעמ' 413; בג"ץ 35/82 ישפאר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(2) 505 (1982); בג"ץ 3480/91 בדגמן נ' הוועדה לבניה למגורים ולתעשייה, מחוז תל-אביב, פ"ד מז(3) 716 (1993); בג"ץ 5734/98 עזריאל נ' ועדת המשנה של מועצת מקרקעי ישראל, פ"ד נג(2) 8 (1999); בג"ץ 6728/06 עמותת 'אומץ' (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 46 לפסק דין המיעוט של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו).

54 ראו פרשת סיעת הליכוד, לעיל ה"ש 33, בעמ' 573.

55 ראו עניין שמעון, לעיל ה"ש 10, בעמ' 413.

56 בג"ץ 6499/99 המפר"ל – המפלגה הרחבת הלאומית נ' הרב בן עזרא, פ"ד נג(5) 606, 618 (1999).

57 בג"ץ 2419/94 פריד נ' ראש העיר טירת הכרמל, פס' 3 לפסק הדין (פורסם בנבו).

58 ראו ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

## א. אחריות המפר

האיסור נגד הימצאות במצב של ניגוד עניינים הוא בדרך כלל חלק מכללי אתיקה. הפרתו מטילה אחריות אתית.<sup>59</sup> אכן, הימצאות במצב של ניגוד עניינים היא לרוב התנהגות שאינה הולמת את המקצוע. התנהגות כזאת היא לרוב 'עברה משמעתית'. עובד הציבור הנמצא במצב של ניגוד עניינים מפר, על כן, את הכללים האתיים החלים על התנהגותו של עובד ציבור. לעניין זה לא נדרשת מודעות לקיומו של ניגוד העניינים. אחריות משמעתית מסתפקת לרוב בפחות ממודעות. די בחוסר מודעות במקום שעובד ציבור או בעל מקצוע סביר היה יודע.<sup>60</sup>

בנסיבות חמורות תוטל על עובד ציבור במצב של ניגוד עניינים אחריות פלילית. העברה הבאה בחשבון היא הפרת אמונים.<sup>61</sup> כדי לקיים את היסוד העובדתי בעברה זו, לא די בעצם התגבשותו של ניגוד עניינים. נדרש יותר מזה. נדרש פן מחמיר. פן זה מתקיים אם מתקיימת פגיעה מהותית באמון הציבור בעובדי הציבור או בטוהר המידות של עובדי הציבור או בתקינות פעולת המנהל הציבורי.<sup>62</sup> יש לציין שבית המשפט העליון קבע, בשורה ארוכה של פסקי דין, כי לא נדרש יסוד תוצאתי בעברה זו. בגדר היסוד העובדתי נכללות אפוא הן 'עובד ציבור [...] במילוי תפקידו' הן 'מעשה' הפוגע בציבור.<sup>63</sup> היסוד הנפשי הנדרש הוא מודעות ליסוד העובדתי, ובכלל זה מודעות לניגוד העניינים. התרשלות בלבד אינה מספקת.

מצבים מיוחדים של ניגוד עניינים שבהם ניתנים שלמונים מגבשים עברה של שוחד.<sup>64</sup> היסוד העובדתי הנדרש לענייננו הוא עובדת היותו של מקבל השוחד עובד ציבור, היות המתת כוח שאפשר להתייחס אליו כאל שוחד וכן כי נטילת השוחד נעשתה בעבור פעולה הקשורה במעשה של מקבל השוחד.<sup>65</sup> היסוד הנפשי הוא מודעות לרכיב העובדתי.

## ב. תוקף ההחלטה המפירה

הכלל האוסר על הימצאות במצב של ניגוד עניינים הופר. מה תוקפה של ההחלטה שגרמה להפרה? התשובה היא שתוקפה של ההחלטה המפירה אינו נקבע על ידי הכלל עצמו. הכלל הוא חלק ממערך נורמטיבי כולל. דינו של מערך זה הם הקובעים את השפעתו של האיסור על תוקפה של ההחלטה. נמקד את בחינתנו בעובדי ציבור. הם מקבלים החלטה אגב הפרתו של האיסור. מה דינה של החלטה זו?

לרעתי, החלטה שיש בה ניגוד עניינים היא החלטה לא סבירה.<sup>66</sup> תוקפה כדין תוקפן של החלטות בלתי סבירות של עובדי ציבור. אם ניגוד העניינים השפיע על תוכן ההחלטה, כי אז מצטרפים לחוסר הסבירות גם שיקולים זרים.<sup>67</sup> מקרים חריפים של ניגוד עניינים נופלים לגדר האיסור על משוא פנים (bias).<sup>68</sup>

64 ראו ס' 290(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

65 ע"פ 5046/93 מדינת ישראל נ' הוכמן, פ"ד (1) 2, 9-10 (1996).

66 על חובתו של עובד הציבור לפעול בסבירות ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 75 (ירושלים: נבו, 1996); בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421, 444-445 (1980); ראו גם בג"ץ 4267/93 אמיתי - אורחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, פ"ד (5) 441, 471 (1993).

67 על שיקולים זרים בהליך המנהלי ראו זמיר, הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 66, כרך ב, בעמ' 740-749; כן ראו בג"ץ 195/64 החברה הרומית בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד יח (2) 324, 336-337 (1964). על היחס בין ניגוד עניינים לבין שיקולים זרים, ראו בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד (6) 817, פס' 33 לפסק דינו של השופט א' ריבלין (2003).

68 על משוא פנים בהליך המנהלי ראו בג"ץ 174/54 שימל נ' רשות מוסמכת לצורך הסדר תפיסת מקרקעים, פ"ד ט (1) 459, 462 (1955); ע"א 607/72 מרור בהר שלום בע"מ נ' הממונה האזורי על מס רכוש וקרן פיצויים, המרכז, פ"ד כח (1) 483, 484 (1974); בג"ץ 160/58 שניידר נ' מנהל רשות הפיתוח, פ"ד יג (1) 891, 895 (1959); בג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש ממשלת

59 ברשימתי 'ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד', לעיל ה"ש 1, בעמ' 13, הצבעתי על שלב ראשוני של 'פגם אסתטי', הקודם אף להפרה של כללים אתיים. על פי הגרתי זהו 'אותו ניגוד קל, עדין, אשר תגובתך עליו היא "זה לא אני, אני לא הייתי עושה זאת, זה ענייניו שלו, ואל לנו להתערב בדבר"'. זהו הריכוז על הפגם האסתטי, המושאר להכרעתו הערכית של הפועל'. ברשימתי עתה איני עוסק בפגמים אסתטיים. כאשר מתרחש ניגוד עניינים, הוא אסור, ואין הוא אך עניין שבין אדם לעצמו.

60 ראו עניין שבס, לעיל ה"ש 12, פס' 55 לדברי הנשיא ברק.

61 ס' 284 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

62 ראו עניין שבס, לעיל ה"ש 12.

63 שם, בעמ' 414, וראו גם ע"פ 7318/95 ציוני נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 793, 804 (1996);

מרדכי קרמיצר 'על העבירה של מרמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין ועל המחשבה הפלילית' משפטים יג 275 (התשמ"ד).

## 6. הימנעות מהימצאות במצב של ניגוד עניינים

להפרת האיסור על הימצאות במצב של ניגוד עניינים תוצאות קשות. כיצד אפשר למנוע זאת? התשובה הפשוטה היא שיש להימנע מלהימצא במצב של ניגוד עניינים. הימנעות זו יכולה להיות כללית. כך למשל, אם יש חשש של הימצאות במצב של ניגוד עניינים אם משמשים בתפקיד ציבורי מסוים, כי אז ההימנעות מלמלא תפקיד זה תמנע את ניגוד העניינים. פעולה מרחיקת לכת שכזאת עשויה לפגוע פגיעה קשה בציבור. בלית ברירה יהא מקום לנקוט אותה. עם זאת לעתים אפשר לנקוט אמצעי דרסטי פחות. עמדה על כך השופט שטרסברג-כהן בציינה:

כל אימת שקיים ניגוד עניינים, יש לעשות למניעתו. עם זאת יש ליישם את הכלל בצורה זהירה ואחראית, משום ששימוש בו בצורה קיצונית ובלתי מאוזנת עלול להרחיק אנשים טובים ומוכשרים מתפקידים שאותם מתאימים הם למלא, בלי שקיים חשש של ממש לפגיעה בטוהר המידות.<sup>69</sup>

דרך מקובלת להגשים מטרה זו היא בהכרה בהימנעות חלקית. כך הדבר אם עובד הציבור לא ייטול חלק בהחלטה שיש בה משום ניגוד עניינים בלי שהדבר יחייב אותו שלא ליטול על עצמו את התפקיד או להתפטר ממנו.<sup>70</sup> כאשר ניגוד העניינים הוא כספי, עשוי הפתרון להימצא בהסתלקות מהאינטרס הכספי, כגון מכירת מניות או העברתן לנאמנות עיוורת.<sup>71</sup> בכך עשוי ניגוד העניינים לבוא על פתרונו בלי שיידרש האמצעי הדרסטי של הימנעות כללית.

ישראל, אריאל שרון, פ"ד נט(2) 446, פס' 21 לדברי הנשיא ברק (2004); בג"ץ 8299/01 ועד העובדים של ההנדסאים, הטכנאים המהנדסים והאקדמאים ברשות שדות התעופה נ' רשות שדות התעופה בישראל, פס' 13 לדברי השופט (כתוארה אז) כיניש (פורסם בנבו); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה – אריאל שרון, פ"ד נט(2) 481, פס' 171 לדברי דעת הרוב (פורסם בנבו).

69 עניין פחימה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 835.

70 ראו עניין שמעון, לעיל ה"ש 10, בעמ' 420-421.

71 ראו ס' 15 להודעה בדבר כללים למניעת ניגוד עניינים של שרים וסגני שרים, י"פ התש"ם 2120.

האם האיסור על הימצאות במצב של ניגוד עניינים בא על פתרונו על ידי גילוי הניגוד וקבלת הסכמת הנוגע בדבר לקבלת ההחלטה? האם האיסור הוא בעל אופי דיספוזיטיבי? לדעתי, עניין לנו בכלל קוגנטי. הודעה או הסכמה אינם מעלים ואינם מורידים. הטעמים הפרגמטיים והערכיים המונחים ביסוד הכלל אינם באים על סיפוקם אם ניגוד העניינים הוא גלוי. גם הסכמת הנוגעים בדבר אינה מונעת את הפגיעה בטעמים שבידי הכלל. כך הדבר לעניין הפגיעה בגרעינו של הכלל. ייתכן שאפשר להקל בדבר לעניין פגיעות בשוליו או בעניינים גבוליים. כשלעצמי, איני סבור כי הקלה זו ראויה היא. עדיף לראות את הכלל כבעל אופי קוגנטי. ההסכמה והגילוי יובאו בחשבון בשלב התרופות. לשאלה זו נעבור עתה.

## 7. תרופות בגין הפרת האיסור

מה הן התרופות אם הכלל מופר? האיסור עצמו אינו כולל הסדר באשר לתרופות בגין הפרתו. התרופות יימצאו במקורות שמהם יונק האיסור את חיותו. כאשר האיסור מעוגן בכללים של אתיקה מקצועית, אלו קובעים גם את דין הפרת האיסור. בדרך כלל הסנקציה החריפה ביותר היא הוצאה מתחום המקצוע.<sup>72</sup> סנקציה זו תופעל, כמובן, במקרים החריפים של הפרת הכלל. עובר ציבור המפר את האיסור, מפעיל את הסעדים המעוגנים במשפט המנהלי ככלל ובתורת הבטלות היחסית בפרט.<sup>73</sup> כמסגרת זו ייתכן שהחלטה תבוטל, וייתכן שסעד זה לא יינתן – הכול כפי שנדרש על פי הסעדים היחסיים. 'על בית המשפט להתאים את התרופה לפגיעה'.<sup>74</sup>

72 ראו לדוגמה ס' 68 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961.

73 על הבטלות היחסית ראו בג"ץ 2918/93 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832,

849-847 (1993); דפנה ברק-ארז 'בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי' משפטים כד 519

(התשנ"ה).

74 עניין שמעון, לעיל ה"ש 10, בעמ' 418.