

מבוא: ניגוד עניינים במרחב הציבורי

דפנה ברק-ארז, דורון נבות, מרדכי קרמניצר

ניגוד עניינים של בעלי תפקידים הוא בעת ובעונה אחת שכיח וטורד מנוחה. קשרי משפחה, חברות ועסקים של נושאי משרה עשויים להשפיע, ולעתים אף משפיעים, על ההחלטות שהם מקבלים, ומכל מקום מטילים צל כבד על האמון שאחרים רוחשים להחלטות אלה. בשל כך, העמדה המשפטית הבסיסית שוללת קבלת החלטות בידי מי שיש לו עניין (אינטרס) בנושא ההחלטה, מעבר לזיקות שיש לו לנושא ההחלטה כבעל הסמכות לקבלה. עמדה זו נחשבת עקרון יסודי שמשותף הן למשפט הציבורי והן למשפט האזרחי, ויש לה השלכות אף בתחום המשפט הפלילי.

עם זאת לפחות חלק מהאיסורים המשפטיים על הפעלת הסמכות השלטונית במצב של ניגוד עניינים נחשבים שנויים במחלוקת בקרב משפטנים וחוקרים בתחום מדעי החברה. אחת הביקורות המרכזיות נגד הביטויים המעשיים של הכלל נגד ניגוד עניינים גורסת שהם מחבלים בתהליכים של קבלת החלטות. עוד נטען כי האיסורים מונעים מעורבות של אנשים מוכשרים בעניינים שבתחומי מומחיותם, מרתיעים בעלי תפקידים מקבלת אחריות לנושאים שעליהם הם מופקדים ומביאים ל'משפוט' מופרז של ההתנהלות השלטונית והפוליטית.

האיסור על ניגוד עניינים נקלע לעין הסערה בעקבות אירועים שבהם פוליטיקאים ונושאי משרה בכירים הואשמו בהתערבות בנושאים שבהם היו להם או למקורביהם אינטרסים אישיים. אירועים אלו נידונו הן בזירה הציבורית והן בזירה המשפטית (בהתייחס לפסילת ההחלטות שהתקבלו במישור המנהלי ובהתייחס לאחריות הפלילית של הנוגעים בדבר). דיונים אלה הולידו הן מודעות גוברת לחשיבות הנודעת להחלתו של האיסור על ניגוד עניינים ולאכיפתו והן

1 מבקר המדינה מיכה לינדנשטראוס, שנכנס לתפקידו בשלהי 2005, מייחס חשיבות מיוחדת למאבק בשחיתות, ובהקשר זה החליט להקדיש מאמצים ניכרים לחשיפת עובדי ציבור בכירים שפעלו בניגוד עניינים חריף. במסגרת מאמצים אלו פורסמו בשנים 2006-2007 שני

ביקורת שהתייחסה להפרזה בכך, בעיקר בכל הנוגע להטלת אחריות פלילית בגין ניגוד עניינים במסגרת האיסור הפלילי על מרמה והפרת אמונים.² הספר 'ניגוד עניינים במרחב הציבורי' מבקש לברר את השאלות שמעוררת הסוגיה של ניגוד עניינים בחיים הציבוריים בהקשר הרחב. הוא מתמקד במצבים של ניגוד עניינים במילוי תפקידים בשירות הציבורי ובחיים הציבוריים (לרבות תפקידים משפטיים שממלאים עורכי דין ושופטים), אך מבקש לעסוק בהם לא רק באמצעות כלים משפטיים (מתחום המשפט הציבורי והמשפט הפלילי), אלא גם באמצעות בירור נורמטיבי ואנליטי, המתייחס להיבטים משפטיים, אתיים ותרבותיים של הנושא. כתשתית לכך, דברי מבוא אלו מבקשים להציג בקצרה את התפתחותו של הדיון במושג ניגוד עניינים ואת תוכנם של המאמרים בספר. ניגוד עניינים עלול להיווצר כאשר אדם כלשהו מכהן כנציג, שלוח או נאמן של אחר. ההנחה העומדת בבסיס המושג היא שאדם יתקשה למלא שליחות כהלכה אם יש לו עניין אישי בתוצאתה. כלומר, תנאי הכרחי לביצוע ראוי והוגן של נציגות, נאמנות או שליחות הוא שהגורם אשר אמור להכריע בשמם של אחרים ולמענם ימלא את שליחותו מתוך הזדהות מרבית עם האינטרסים שלהם ולא יהיה מושפע מתוצאות החלטתו. קל וחומר שהוא אינו אמור להיות מונע על ידי השאיפה לקדם את האינטרסים של עצמו.³ ניגוד עניינים מתהווה אם וכאשר לבעל התפקיד יש

דוחות שהוקדשו לעובדי ציבור שפעלו בניגוד עניינים בנסיבות מחמירות לכאורה. הדוחות של המבקר הובילו לפתיחת חקירות פליליות שעדיין מתנהלות בזמן חתימת הספר. הדוחות והחקירות מעוררים ביתר שאת שאלות כגון: האם ניגוד עניינים הוא בהכרח התנהלות מושחתת? מהי הבעייתיות הטמונה בהתנהלות כמצב זה? ומתי ניגוד עניינים הופך לפלילי? דוח אחד התמקד בעו"ד סיני גלבוץ, והשני בראש הממשלה לשעבר, אהוד אולמרט, בעת שניהן כשר התעשייה והמסחר. ראו מבקר המדינה דו"ח ביקורת על הוועדה המקומית לתכנון ולבניה פתח תקוה – ניגוד עניינים (4.6.2006); מבקר המדינה דו"ח ביקורת על ניגוד עניינים בפעולות שר התמ"ת – חברת ת.ס. תעשיות סיליקט בע"מ (25.4.2007) (שני הדוחות מופיעים באתר האינטרנט של משרד מבקר המדינה. ראו www.mevaker.gov.il).

2 פסק הדין שהביא להבשלת הגישה המפלילה בנוגע לניגוד עניינים ניתן בעניינו של שמעון שבס, בהתייחס לפעולות שביצע לטובת מקורבים בעת שניהן כמנכ"ל משרד ראש הממשלה. ראו דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נט(4) 385 (2004) (להלן: עניין שבס).

3 על חוסר העניין האישי של הנציג או השלוח בשליחות כתנאי למילוי תפקידו ראו גם JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 163-167 (revised edition, Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1999)

עניין נוסף הקשור במילוי תפקידו או עניין שמושפע ממנו ושעלול לגרום לו לבצע את שליחותו בצורה טובה פחות מכפי שהיה מבצעה אלמלא עניין נוסף זה.⁴ לפיכך הכללים למניעת ניגוד עניינים מבקשים לצמצם במגוון דרכים את האפשרות שנאמנים ושלוחים ינסו לנצל לרעה את הסמכות שהופקדה בידיהם – כדוגמת מניעת מצבים של ניגוד עניינים מלכתחילה, העברת סמכויות החלטה לגורם שאינו נתון בניגוד עניינים והנהגת כללים של שקיפות.

המונח 'ניגוד עניינים' (וכן המונח המקביל לו בלעז – conflict of interests) מטעה במקצת. במצב של ניגוד עניינים אין בהכרח ניגוד בין שני אינטרסים או עניינים ואין בהכרח קונפליקט פסיכולוגי ממשי שמתרחש בנפשו של מאן דהוא. הניגוד או הקונפליקט הוא בין החובה המוטלת על בעל התפקיד לבצע את תפקידו ללא משוא פנים ובין העובדה שהעניין הנוסף שיש לו בתפקיד עלול להביא לכך שלא יבצעו כנדרש. מצב זה עלול להתקיים גם אם לא הייתה לבעל התפקיד כל כוונה להפר את האמון שניתן בו, והוא עלול להתהוות גם אם בסופו של דבר הוא לא הושפע כלל מהעניין הנוסף שיש לו (קרי, הוא לא שקל שיקולים זרים ולא שינה את האופן שבו הוא איזן בין השיקולים השונים בשל אותו עניין נוסף). על כן אין לבלבל בין ניגוד עניינים ובין שיקולים זרים, ולא כל שכן בין ניגוד עניינים ובין שחיתות הלכה למעשה. אדם עלול להימצא בניגוד עניינים ולא לפעול באופן מושחת (אם כי מילוי תפקיד במצב של ניגוד עניינים מעורר חשד לשחיתות ואף עלול להביא למעידה שתוביל להתנהגות מושחתת).⁵

4 השוו גם Dennis F. Thompson, *Conflicts of Interest in Medicine, in RESTORING RESPONSIBILITY: ETHICS IN GOVERNMENT, BUSINESS, AND HEALTHCARE* 290 (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) (originally published as: Dennis F. Thompson, *Understanding Financial Conflict of Interest*, 329 *NEW ENGLAND JOURNAL OF MEDICINE* 573-576 [1993]): 'A conflict of interest is a set of conditions in which professional judgment concerning primary interest (such as a patient's welfare) tends to be unduly influenced by a secondary interest (such as a financial gain)' של מצבים שבהם שיפוט מקצועי בנוגע לעניין הראשי (כגון טובת המטופל) נוטה להיות מושפע יתר על המידה מעניין משני (כגון רווח כספי).'

5 אפשר לומר שכל מי ששוקל שיקולים זרים שעניינם עניין אישי או פועל באופן מושחת בשל עניין אישי נמצא בניגוד עניינים, אך ההפך אינו בהכרח נכון. על רקע זה יש להבין טענות שנשמעות מצדם של עובדי ציבור הטוענים 'לא הייתי בניגוד עניינים', או 'לא פעלתי בניגוד עניינים', גם כשברור שהם פעלו במצב זה. ככל הנראה הם מתכוונים לטעון 'לא שקלתי שיקולים זרים'.

אף על פי שקשה להגדיר מהו בדיוק 'עניין', ברור שלכל אדם – ולכן גם לכל שלוח – מגוון 'עניינים', או מגוון 'אינטרסים', ובהם אינטרסים משפחתיים, חבריים, כספיים ואידאולוגיים. מקצת האינטרסים נחשבים אובייקטיביים במובן זה שאינם תלויים בתגובתו הרגשית של האדם כלפיהם (כמו למשל האינטרס של אדם לצרוך מזון בריא), ומקצתם תלויים ברגש לחלוטין (למשל יחסו של אדם לקבוצת הכדורגל שהוא אוהד). האתגר שמציבים דיני ניגוד העניינים הוא למנוע השפעה של אינטרסים של השלוח על ביצוע שליחותו, וזאת מבלי להתכחש לכך שסביר ואף ראוי שלכל אדם יהיו אינטרסים הנוגעים לעולמו הפרטי.⁶

חלק מן האינטרסים שיש לאדם, אובייקטיביים וסובייקטיביים כאחד, אינם קשורים לביצוע השליחות שהוא ממלא, אך לחלקם האחר עשויה להיות זיקה כזאת או אחרת לאופן שבו היא תבצע, כלומר הם עשויים להשפיע על ביצוע השליחות. הקושי בהמשגת הבעיה של ניגוד עניינים אינו מתמצה בהגדרת העניין של מבצע הפעולה, אלא מתבטא גם בצורך להבחין בין עניינים לגיטימיים, שיש להם זיקה כזאת או אחרת לביצוע השליחות, ובין עניינים שעלולים לפגוע בה ולכן אינם לגיטימיים. סוגיה שמקשה על קביעת קו התיחום שבין עניינים לגיטימיים לכאלה שאינם לגיטימיים היא שלעתים העניין הנוסף שיש לשלוח בביצוע השליחות, ובכלל זה העניין שגורלו עתיד להיות מושפע מהשליחות, רלוונטי לביצוע השליחות ועשוי להועיל לה. בסופו של דבר, הדיון בעניינים שעלולים לגרום לשלוח להיות בניגוד עניינים מחייב הבחנה בין כמה מצבים: מצבים שהעניין האישי בהם הוא גורם לגיטימי מכריע בשליחות (למשל בנסיבות שמתמנה בהן חבר בגוף מנהלי כנציג של מגזר כלשהו); מצבים שבהם העניין האישי הנוסף בשליחות אינו הסיבה לבחירה בשלוח לביצוע השליחות, אך נראה שהוא עשוי לתרום לביצועה, ובכל מקרה לא ברור כלל שהוא עלול להזיק לה (למשל, כאשר חבר בוועדה שפועלת בתחום האמנות הוא אספן אמנות); ומצבים

6 תומס נייגל סבור שבעיית היחס הנכון בין נקודת המבט החיצונית לנקודת המבט הפנימית של כל אדם לא נפתרה, ושזו אחת הבעיות המרכזיות בתחום של תאוריה פוליטית נורמטיבית. לפי נייגל, בעיה זו היא חלק מההסבר לכך שהחברה המערבית לא הצליחה לעצב ולגבש מוסדות שמביאים בחשבון את הזכויות של כלל האזרחים בלי להפנות תביעות בלתי סבירות (unacceptable demands) כלפי פרטים. ראו 5 THOMAS NAGEL, EQUALITY AND PARTIALITY (New York: Oxford University Press, 1991)

שלשלוח יש בהם עניין או עניינים שטיב השפעתם על מילוי השליחות אינו ברור, אך יש חשש שהם ישפיעו לרעה על השליחות.

לכאורה, האדם המכהן בתפקיד הוא המתאים ביותר לדעת אילו עניינים ישפיעו עליו לרעה. מי כמוהו יודע, למשל, אם החלטתו לאשר בקשה לשינוי ייעוד קרקע הושפעה מכך שבעלת הנכס היא שכנתו; באיזו מידה העובדה שחברו הטוב התקבל לעבוד כרואה חשבון בחברה תשפיע על החלטתו אם לרכוש ממנה מוצרים; ומדוע הוא קידם פרויקט ציבורי שבן משפחתו היה מעורב בו. למרות זאת אי-אפשר להותיר את ההחלטה בסוגיה בידי האדם הנוגע בדבר. ראשית, בני אדם מתקשים לשפוט בענייניהם שלהם ללא משוא פנים, ולכן הם גם אינם השופטים המתאימים לקבוע אילו עניינים עלולים לפגוע בשיקול דעתם, או באיזו מידה הם יכולים להתגבר על ההשפעה השלילית האפשרית של העניין הנוסף. שנית, לעתים העניין הנוסף עלול להשפיע על שיקולו של אדם בבואו להעריך אם הוא במצב של ניגוד עניינים. שלישית, לעתים ניגוד העניינים הוא רק קצה הקרחון של התנהלות מושחתת של מי שפועל בניגוד עניינים. בנסיבות כאלה, אם נשאר בידי האדם עצמו את הקביעה אם הוא בניגוד עניינים, יהיה זה כאילו נתנו לחתול לשמור על השמנת. רביעית, מעבר לחשש מפני ההשפעה בפועל על החלטתו של האדם הנוגע בדבר, ישנו חשש מן האפשרות שהחלטתו לא תעורר אמון בנסיבות אלה. על כן בסופו של דבר, הקביעה אם במצב מסוים יש ניגוד עניינים אינה יכולה להישאר בידי השלוח עצמו שעלול להיות נתון במצב זה. אמנם רצוי שהשלוח יהיה הראשון שיימנע מלפעול בניגוד עניינים, וכחברה אנו מצפים ממנו שינסה ככל יכולתו לנהוג בהגינות ובהתאם לחובת הנאמנות שלו. עם זאת הקביעה אם שלוח נמצא בניגוד עניינים אינה מסתיימת בהחלטתם של השלוח או הנאמן עצמם. היא אינה ניתנת לשיקול דעתם בלבד, ומכל מקום היא כפופה לביקורת שיפוטית.

הסוגיה של ניגוד עניינים היא מורכבת ומחייבת התייחסות לשאלות אחדות. השאלה העיקרית היא אם הדיון צריך להיות מבוסס על גישה סובייקטיבית או על גישה אובייקטיבית.⁷ הגישה הסובייקטיבית מתמקדת בהשפעות שעשויות להיות לעניינים כאלה ואחרים על החלטותיו של נושא משרה מסוים. גישה זו מתייחסת

ANDREW STARK, CONFLICT OF INTEREST IN AMERICAN PUBLIC LIFE 4-6 (Cambridge: Harvard University Press, 2000)

לעולמו של האדם שעומד לקבל את ההחלטה. היא מנסה להבין מה עשוי להשפיע עליו, בשים לב ליכולותיו האישיות, להעדפותיו, לניסיונו וכדומה. לעומת זאת, הגישה האובייקטיבית מבקשת להגדיר מצבים שצריכים להיחשב בעייתיים בשל חשש להטיה – על סמך ניסיון העבר, השכל הישר, ידע תאורטי ותפיסה נורמטיבית. זוהי הגישה המנחה את הדיון המשפטי בנושא. עם זאת אף היא אינה מסירה לחלוטין את המבוכה המושגית שמעורר הדיון בניגוד עניינים. יישומם של המבחנים הכלליים חייב להיעשות בתשומת לב לנסיבותיו האישיות של מקבל ההחלטה – ובכלל זה החברה שהוא חי בה וההקשר התרבותי שהוא פועל בו.

מורכבות התופעה קשורה גם בכך שניגוד עניינים אינו מותיר בהכרח רישום במציאות הנפשית או החיצונית. אדם יכול להיות שרוי בניגוד עניינים גם אם בפועל הוא לא הושפע מהעניין הנוסף שהיה לו, קל וחומר שלא ביקש לנצל לרעה את האמון שהופקד בידיו. הוא אף יכול להיות במצב של ניגוד עניינים ובה בעת להיות משוכנע שאינו נתון במצב כזה. באותה מידה, הוא יכול להיות בניגוד עניינים ולחשוב שהעניין הנוסף לא השפיע עליו. במקרים אחרים, אדם שנמצא בניגוד עניינים פועל מתוך מטרה לקדם אינטרס אישי זר. קיים אפוא רצף של מקרים, בדרגות חומרה שונות, הנופלים כולם לגדר הסוגיה של ניגוד עניינים: במקרה הקל ביותר, ממלא התפקיד אמנם נמצא בניגוד עניינים, אך פועל בתום לב והעניין הנוסף אינו משפיע עליו כלל; במקרה החמור ביותר, ניגוד העניינים שלו הוא רק קצה הקרחון של הפרת חובת הנאמנות המוטלת עליו ואולי אף של שחיתות, כלומר הוא חלק בלתי נפרד מהתנהלותו המושחתת של ממלא התפקיד. בהתאמה לכך, במקרים רבים קשה גם לצופה מן הצד לדעת אם עובד הציבור פעל בניגוד עניינים ואם העניין הנוסף השפיע עליו. כיצד, למשל, יכול אדם לדעת בוודאות אם קידום פרויקט בנייה על ידי עובד ציבור פלוני, שמועיל לאינטרס הציבורי ואף משרת היטב את האינטרסים של חבריו הטובים של פלוני, נעשה על מנת לקדם את האינטרס הציבורי, על מנת לקדם את העניינים של חבריו או עקב שילוב של מניעים? האם אפשר לדעת בוודאות איזו החלטה היה מקבל אלמלא היו חבריו מעורבים בפרויקט?

אם כן, ייתכן בהחלט מצב שבו שלוח ניגש לבצע את שליחותו מתוך רצון כן למלא את חובותיו ביושר ובנאמנות, אך העניין הנוסף שהיה לו הביאו לשרכב שיקולים אישיים זרים במילוי שליחותו, ובסופו של דבר גרם לו לבצע את חובותיו כלפי השולח בצורה טובה פחות. יתרה מזו, פעולה בניגוד עניינים

יכולה להיות למעשה חלק מהתנהלות מושחתת; אך בה בעת היא יכולה להיות גם חלק מהתנהלות שנעשית בתום לב וללא כוונות זדון, שאין בה סטייה מן השורה או פגיעה באינטרס הציבורי (מלבד הפסול הטמון בעצם הפעולה בניגוד עניינים ובפגיעה במראית העין של טוהר המידות ואולי גם באמון הציבור בשלטון). מכל מקום, לעתים איש אינו יודע איזו השפעה הייתה לעניין הנוסף, גם לא השלוח.⁸ ההתייחסות להשפעתם של אינטרסים אישיים על קבלת החלטות של בעלי תפקידים אינה חדשה וניתן לה הר בטקסטים מוקדמים. במשפט העברי נובע האיסור על ניגוד עניינים של אנשי ציבור מהשוואתם לדיינים⁹ (שעליהם חל האיסור על הטיית משפט מטעמים אישיים).¹⁰ את שורשיה של החשיבה הפוליטית ביחס לניגוד עניינים אפשר למצוא אצל אפלטון. אמנם אפלטון לא עשה שימוש במונח ניגוד עניינים, אך ההצעות שהעלה בספרו 'הרפובליקה' מצביעות על כך שהבעיה של ניגוד עניינים הטרודה אותו מאוד. כך למשל, הוא הציע לשלול מהשומרים (נושאי המשרות השלטוניות שאינם מקבלי החלטות) את האפשרות להחזיק ברכוש פרטי (למשל, הבתים שנועדו למגוריהם של השומרים לא היו אמורים להיות בבעלותם, כך שכל אדם החפץ בכך היה יכול לכאורה להיכנס אליהם). אפלטון אף סבר שאין לאפשר לשומרים להקים תא משפחתי כדי להבטיח את נאמנותם לציבור, וקבע שאת ילדיהם יש לגדל במשותף.¹¹ אפשר ללמוד על ההכרה בבעיה של ניגוד עניינים גם מהסדרים שלטוניים שהיו נהוגים בתקופות קודמות. כך למשל, הסדרים שהיו נהוגים בערי איטליה במאה האחת עשרה עוצבו במתכונת שנועדה לצמצם את החשש מפני השפעות

8 דניס תומפסון עמד היטב על כך שלפעמים גם עובד ציבור שפועל בניגוד עניינים אינו יודע אם הוא שקל שיקולים זרים אם לאו. ראו: Dennis F. Thompson, *Mediated Corruption: The Case of the Keating Five*, 87(2) AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 369 (1993)

9 'טובי הקהל, הממונים לעסוק בצרכי רבים או יחידים, הרי הן כדיינים', הרמ"א על שולחן ערוך, חושן משפט לז, כב.

10 'אסור לדיין לדון למי שהוא אוהבו [...] ולא למי ששונאו [...]', רמב"ם, סנהדרין כג, ו.

11 אפלטון אף חשש ממצב שבו נושאי המשרות השלטוניות ינצלו את התפקיד הציבורי באופן שיפגע במישרין בציבור עצמו. כלומר, הוא חשש ממצב שבו עובד הציבור לא רק יהיה בניגוד עניינים, אלא אף יעשה שימוש לרעה בסמכויותיו וינצל את הציבור לסיפוק תאוותיו ושאיפותיו האישיות. אפלטון 'פוליטיאה' ג', 285, מתוך: כתבי אפלטון כרך שני (יוסף ליבס מתרגם, תל אביב: הוצאת שוקן, 1960).

מזיקות של ניגוד עניינים. הפודסטָה, נושאי משרה שריכזו בידיהם עצמה רבה, נבחרו בערים אלה מקרב אזרחים שלא היו תושבי העיר, כדי שלא יושפעו מקשרים מקומיים או מנאמנויות שעלולות לפגוע ביכולתם למלא את תפקידם ללא משוא פנים.¹²

דיון מתקדם יותר בבעיה של ניגוד עניינים (או ניגוד אינטרסים) התפתח רק אחר כך, למן המאה החמש עשרה, כאשר התגבשה תפיסה מסודרת יותר של המושג אינטרס. מונח זה נעשה מרכזי בשיח הפוליטי של המאה השבע עשרה, ובו כבר אפשר למצוא הבחנה ברורה בין תשוקות, אהבה עצמית ואינטרסים. בניגוד לתשוקה, שנחשבה פראית וכזאת שאינה יודעת שובע, ובניגוד לאהבה עצמית, שנחשבה ביטוי של אנוכיות, האינטרס נתפס באותה עת כמניע לגיטימי. פעולה לשם קידומו של אינטרס נתפסה כאובייקטיבית וניתנת לחיזוי, ובהתאם לכך אנשים שפעלו באופן אינטרסנטי נחשבו אנשים שלא יפגעו בזולת אלא אם הדבר ייטיב עמם. לעומת זאת, אנשים שמונעים על ידי תשוקות נתפסו כלא צפויים וכמי שאי-אפשר להניח שיפעלו בצורה סבירה. בעידן של מהפכה כלכלית ורתיעה מאלימות הפך 'האינטרס העצמי', לרגע ארוך בהיסטוריה של המחשבה הפוליטית, לדבר רצוי ומועיל.¹³ בד בבד עם צמיחת המושג 'אינטרס' התפתחה מודעות לאפשרות של התנגשות (קונפליקט) בין אינטרסים. בתחילה התייחס המושג 'קונפליקט בין אינטרסים' לניגוד בין מטרות של קבוצות בחברה שמוביל לעימות חזיתי או עקיף ביניהן ובכל מקרה – למתיחות פנימית. מקיאבלי, לדוגמה, הרבה לעסוק בקונפליקט בין רוב הציבור ובין המיעוט השליט.¹⁴ בהמשך התפתחה גם משמעות נוספת של המונח 'ניגוד עניינים' – בהתייחס

12 QUENTIN SKINNER, *THE FOUNDATIONS OF MODERN POLITICAL THOUGHT* 3 (Cambridge: Cambridge University Press, 1978)

13 J. A. W. Gunn, 'Interest Will Not Lie': *A Seventeenth-Century Political Maxim* 29(4) *JOURNAL OF THE HISTORY OF IDEAS* 551 (1968); ALBERT O. HIRSCHMAN, *THE PASSIONS AND THE INTERESTS: POLITICAL ARGUMENTS FOR CAPITALISM BEFORE ITS TRIUMPH* (Princeton: Princeton University Press, 1977)

14 לפי מקיאבלי, המיעוט השליט מורכב מאנשים שאפתנים שאוהבים לשלוט בזולת, ואילו רוב הציבור, שאינו שולט או מעורב במיוחד בפוליטיקה, מעוניין שלא ישלטו בו. ראו NICCOLO MACHIAVELLI, *DISCOURSES ON LIVY* (Harvey C. Mansfield & Nathan Tarcov eds. and trans., Chicago: University of Chicago Press, 1996)

למצב שבו שיקול הדעת של השלוח עלול להיפגע בשל אינטרס שיש לו בביצוע השליחות.¹⁵

גם כתיבתו של ג'ון לוק מבטאת מודעות לבעייתיות העלולה לנבוע ממצב שבו אדם שופט בעניינים שיש לו בהם אינטרס אישי. החשש ממשוא פנים וניגוד עניינים הוא אחד הרציונלים שמספק לוק ליציאה ממצב הטבע, שבו אנשים מקבלים החלטות גם בענייניהם שלהם, ולמעבר למצב של חברה מאורגנת.¹⁶ החשש מניגוד עניינים משמש אצל לוק גם כרציונל חשוב לתמיכה בעיקרון של הפרדת רשויות.¹⁷ בשלב מאוחר יותר, במאה השמונה עשרה, הופיע החשש מפני ניגוד עניינים בהתייחס לאפשרות שחברי פרלמנט יפעלו בעניין שישא להם רווח או יסב להם הפסד.¹⁸ ג'רמי בנתאם, שהוטרד מן הבעיה של ניגוד עניינים, ראה בדמוקרטיה הייצוגית דרך להתמודדות עמה. לדידו, אף שלנושא משרה שלטונית יש אינטרס

15 המשמעות השנייה של המונח 'ניגוד עניינים' לא החליפה את זו הראשונה, ועד היום יש המשתמשים במונח ניגוד עניינים כדי לבטא התנגשות בין אינטרסים של קבוצות שונות בחברה. כך עושה למשל תומס נייגל בכתבו (NAGEL, EQUALITY AND PARTIALITY, לעיל ה"ש 6, בעמ' 12): 'Alleviation of urgent needs and serious deprivation has particularly strong importance in the acceptable resolution of conflicts of interest' [להקלה על צרכים דוחקים ועל מחסור חמור יש חשיבות רבה במיוחד בכל הקשור לפתרון המקובל של קונפליקט בין אינטרסים'. ראו גם דפנה ברק-ארז, 'אינטרסים נוגדים וניגוד אינטרסים במשפט המנהלי' (בספר זה, בעמ' 209).

16 '[...] it is unreasonable for men to be judges in their own cases, that self love will make men partial to themselves and their friends. And on the other hand, that ill nature, passion and revenge will carry them too far in punishing others. And hence nothing but confusion and disorder will follow [...] civil government is the proper remedy for the inconveniences of the state of nature [...]' 'אין זה סביר לאדם לשפוט בעניינים שלו, שכן אהבה עצמית תגרום לו לשאת פנים לעצמו ולחבריו. מנגד, תשוקה ונקמה יגרמו לאדם להפליג הרחק מדי בהענשת אחרים, עקב טבעו הלקוי. התוצאה תהיה בהכרח בלבול וחוסר סדר [...] ממשל אזרחי הוא התרופה ההולמת לטרדות הרבות של מצב הטבע'. JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT 275 (Cambridge: Cambridge University Press, 1988).

17 שם, 364.

18 HANNA FENICHEL PITKIN, THE CONCEPT OF REPRESENTATION 157 (Berkeley: University of California Press, 1967). אבות החוקה האמריקנית, למשל, קבעו ש'אין איש מורשה להיות שופט בענייניו שלו, שהרי אין ספק שהאינטרס שלו ישפיע על שיפוטו וגם סביר להניח שישחית את הגינותו'. ראו אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי הפדרליסט 46 (אהרן אמיר מתרגם, ירושלים: מרכז שלם, 2001).

לקדם את העניינים הפרטיים של עצמו (גם על חשבון האינטרס הציבורי) האינטרס שלו לשוב ולהיבחר על ידי כלל הציבור יספק לנבחר תמריץ לפעול למען האינטרס הציבורי. בנתאם אף סבר שהחינוך הציבורי יאפשר לפרטים בחברה לבחון ולגבש עמדות באשר לאופן שבו בעלי תפקידים ממלאים את חובותיהם כלפי הציבור.¹⁹ למן המחצית השנייה של המאה התשע עשרה עמדה הבעיה של ניגוד עניינים גם במוקד הדיון האמריקני בשירות הציבורי.²⁰

האיסורים המשפטיים המודרניים על ניגודי עניינים קשורים בהתפתחותה של החשיבה בסוגיה, כפי שתוארה לעיל. ההיסטוריה של המושג 'אינטרס' במשפט האנגלי, ששימש מקור השראה למשפט הציבורי בישראל, החלה במאה החמש עשרה. תחילה שימש המושג לתיאור מצב שבו לאדם יש נגיעה להליך משפטי או לזכות משפטית בעלת משמעות אובייקטיבית. בהמשך, המושג החל לכלול גם 'אינטרסים בעלי זיקה רגשית', כלומר אינטרסים במובן הסובייקטיבי.²¹

בהשראתו של המשפט האנגלי, האיסור המשפטי על ניגוד עניינים נידון במשפט הישראלי כבר מראשית ימיו. במשפט הציבורי נידון האיסור על ניגוד עניינים כחלק מן האיסור על משוא פנים, שהוא מכללי הצדק הטבעי,²² שכן משוא פנים עשוי לנבוע (בין השאר) ממצב של ניגוד עניינים. בהמשך התפתח דיון מפורט יותר באיסור על ניגוד עניינים אגב שימוש מפורש יותר במינוח זה (שהחליף במקרים רבים את המינוח המוקדם של משוא פנים, אם כי לא תמיד).²³ בד בבד התפתח דיון מורכב בשאלה אם פעולה בניגוד עניינים היא עברה פלילית, כאחד מן היישומים של העברה של מרמה והפרת אמונים.²⁴

19 DAVID HELD, MODELS OF DEMOCRACY 95-100 (2nd ed., Stanford: Stanford University Press, 1996); Michael James, *Public Interest and Majority Rule in Bentham's Democratic Theory*, 9(1) POLITICAL THEORY 49 (1981)

20 FRANK ANECHARICO & JAMES B. JACOBS, THE PURSUIT OF ABSOLUTE INTEGRITY: HOW CORRUPTION CONTROL MAKES GOVERNMENT INEFFECTIVE (Chicago: University of Chicago Press, 1996)

21 ראו PITKIN, THE CONCEPT OF REPRESENTATION, לעיל ה"ש 18.

22 ראו למשל בג"ץ 174/54 שימל נ' רשות מוסמכת וועדת הערעור לצורך החוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת חירום, פ"ד ט 459 (1955).

23 בג"ץ 531/79 סיעת 'הליכוד' בעיריית פתח־תקוה נ' מועצת עיריית פתח־תקוה, פ"ד לד(2) 566 (1980) (להלן: עניין סיעת הליכוד).

24 ס' 284 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. כבר בע"פ 151/66 גייזלר נ' מדינת ישראל, פ"ד כ(2) 477 (1966), ציין השופט עציוני שהפרת אמונים עלולה להתרחש גם אם הפגיעה בציבור אינה

דילמות אלה שימשו מקור השראה לעריכתו של הספר 'ניגוד עניינים במרחב הציבורי'. אנו מקווים שקשת הפרספקטיבות הנפרשת באמצעות המאמרים המתפרסמים בו תתרום למילוי החלל המחקרי הקיים בסוגיה של ניגוד עניינים בהקשר הרחב כמו גם לדיון הציבורי בה. כל המאמרים המובאים בספר נכתבו במיוחד למטרה זו, והם מתפרסמים כאן לראשונה.

השער הראשון בספר מוקדש לדיון מושגי. המאמר הפותח אותו – 'האיסור על ניגוד עניינים' מפרי עטו של אהרן ברק – מציג את תפיסות היסוד הבסיסיות של המשפט בנושא. הדברים מהווים פיתוח של המאמר הקלסי שכתב ברק בנושא לפני כשלושים שנים (על בסיס הרצאה שנשא לפני בוגרי הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית) ושהיה הטקסט המשפיע ביותר על הדיון בסוגיה של ניגוד עניינים במשפט הישראלי.²⁵ המאמר בוחן את יסודותיו של הכלל האוסר על הימצאות במצב של ניגוד עניינים, את מקורותיו, את תוצאות הפרתו של הכלל, את הדרכים להימנעות מהפרתו ואת התרופות בגין הפרתו.

מוחשית. בתור דוגמה לפגיעה כזאת הוא התייחס לאמון הציבור בשלטון, שעלול להיפגם במצב שבו עובד הציבור נמצא בניגוד עניינים חריף. בהמשך לכך, בעניין סיעת הליכוד (לעיל ה"ש 23) חיווה השופט ברק את דעתו שבנסיבות מסוימות ייתכן שהסנקציה על פעולה בניגוד עניינים תהיה פלילית. השופט ברק הרחיב את הדיון בכך בע"פ 884/80 מדינת ישראל נ' גרוסמן, פ"ד לו(1) 405 (1981), שנחשב עד לא מכבר הלכה פסוקה לעניין עברת מרמה והפרת אמונים. הקביעה שניגוד עניינים עשוי, בנסיבות מסוימות, להיחשב הפרת אמונים חזרה ואושררה בע"פ 5046/93 מדינת ישראל נ' הוכמן, פ"ד נו(1) 2 (1996). בסופו של דבר, כפי שכבר צוין (לעיל ה"ש 3), בית המשפט העליון קבע בשנת 2004 בהרכב מורחב שעובד ציבור הפועל בניגוד עניינים עלול בנסיבות מסוימות להפר אמונים, גם אם אין ראיות לכך שסטה מן השורה או פגע באינטרס הציבורי. באותו פסק דין הורשע מי שהיה מנכ"ל משרד ראש הממשלה בתקופת ממשלת רבין, שמעון שבס, בהפרת אמונים. שבס הורשע בעברה חרף העובדה שבית המשפט לא היה יכול לקבוע שהוא פעל במטרה לקדם את ענייני חבריו על שום חברותו עמם, ולא במטרה לקדם את האינטרס הציבורי, שאולי חפף במקרים הנידונים לאינטרס של חבריו. המעשה האסור שעשה היה פעולה בניגוד עניינים, שבנסיבות העניין שבו פעל ולאור מעמדו הבכיר אופיין ככזה שפוגע פגיעה מהותית בערכים המוגנים של העברה של מרמה והפרת אמונים. ראו עניין שבס, לעיל ה"ש 2. ראו גם מרדכי קרמניצר ודורון נבות, 'לשאלת פליליותה של פעולה של עובד הציבור במצב של ניגוד עניינים' (בספר זה, בעמ' 501; מרים גור-אריה, 'אחריות פלילית במצב של ניגוד עניינים – אימתי מוצדקת? על העברה של הפרת אמונים בעקבות הדיון הנוסף בפרשת שבס' (בספר זה, בעמ' 545).

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

המאמר השני בחלק זה – 'על בעלי תפקיד ובעלי עניין' מאת יותם בנזימן – מציע דיון מושגי לא משפטי. המאמר פותח בהגדרה של המילה 'עניין' ובהדגמת כל אחת מחלופותיה, אגב התמקדות בחלופה שמגדירה עניין כ'התעניינות, תשומת לב, אינטרס'. מכאן ממשיך בנזימן ומסביר מהו ניגוד עניינים או ניגוד אינטרסים ומגיע למסקנה שלא תמיד ניגוד העניינים צריך להיחשב פגם מוסרי. הטענה המוצגת במאמר היא שעלינו דווקא לשאוף לכך שבעל התפקיד יישא פניו אל האנשים העומדים לפניו, יתעניין בהם, יגלה רגישות כלפיהם וינסה להיכנס לנעליהם, וזאת משום שאדם אשר איננו נושא פנים עלול להיות קר ומנוכר.

השער השני בספר מוקדש לבחינת הרקע התרבותי של הדיון בניגוד עניינים. מאמרו של יובל פלדמן עוסק בפסיכולוגיה של ניגוד עניינים. המאמר מנתח את הגישות הפסיכולוגיות הרלוונטיות לניכוי התנהגותו של נושא משרה הנמצא במצב של ניגוד עניינים ובוחר עד כמה מבוסס החשש שנושאי משרה יימנעו מלפעול לטובת האינטרס הציבורי במצב שבו יש להם אינטרס נוגד – בייחוד כאשר אינטרס זה הוא אינטרס אישי ולא רק אינטרס מוסדי סותר. המאמר מראה את מגוון הגורמים הפסיכולוגיים שעשויים להשפיע על קבלת החלטות במצבים שבהם נושא המשרה נמצא בניגוד עניינים ואת מורכבותם. בין השאר, פלדמן טוען כי לנוכח חוסר המודעות של האדם עצמו להשפעת האינטרס העצמי על התנהגותו ולנוכח התפיסה הציבורית באשר לטוהרה של התנהגות זו, גישתם של בתי המשפט המצדדים בהקדמת תרופה למכה היא מוצדקת.

מאמרו של אביעד הכהן ממשיך בבירור הרקע התרבותי של הדיון במשפט הישראלי באמצעות התייחסות לאיסור על ניגוד עניינים במשפט העברי. הכהן משווה בין המשפט העברי לשיטות המשפט בנות ימינו ומבקש לבחון אם אכן אפשר – ושמא אף ראוי – ליצוק הלכות מן התחום של ניגוד עניינים במשפט העברי לתוך קנקנה המתחדש של מערכת המשפט הישראלית. הוא מראה שעקרונותיו הכלליים של האיסור על ניגוד העניינים מושרשים במשפט העברי וחושף את המתח בין הדין המצוי לבין הדין ה'ראוי' וה'רצוי' בתחום זה.

נקודת מבט נוספת על הרקע התרבותי של הדיון בניגוד עניינים מספק מאמרו של גד ברזילי – 'קשרים או כישורים? על הגיונותיה של הפרוטקציה והמאבקים בה'. ברזילי טוען שהפרוטקציה אינה רק תופעה תרבותית, אלא היא תופעה מדינתית השלובה בכוח הפוליטי של המנגנונים המרכזיים של המדינה. לכן, ההתמודדות הראויה עם פרוטקציה צריכה להיות מבוססת בעיקרה על טיפוח תודעה חברתית שמדגישה את הנזק הקשה שהיא גורמת לדמוקרטיה. ברזילי מצביע

על ניסיונות רגולטיביים המבקשים למנוע את התפשטותם של כמה מהיבטיה של תופעת הפרוטקציה. כמו כן, הוא מביא דוגמאות להצלחות הספורות יחסית של המערכת המשפטית והציבורית במניעת מקרים כאלה. לגישתו, ככלל אין די במאמצים המשפטיים לשם הצבת סכר בפני בעיית הפרוטקציה. הוא מציע לעשות שימוש בהקשר זה במוסד ביקורת המדינה וכן בהסדרים מנהליים, לרבות סנקציות מנהליות, לשם חשיפת גילויים של פרוטקציה במקומות עבודה ובבירוקרטיה. הסדרים אלו חייבים להיות רחבים יותר מתחום האכיפה של המשפט הפלילי. נוסף לכך, ברזילי מציע ללמד את הנושא במערכת החינוך ולהטמיע את המודעות אליו בקרב הציבור הרחב באמצעות התקשורת.

השער השלישי של הספר מוקדש לדיון בניגוד עניינים במנהל הציבורי. המאמר 'אינטרסים נוגדים וניגוד אינטרסים במשפט המנהלי' מאת דפנה ברק-ארז מציע מבט כולל על המשפט המנהלי כענף משפטי שתכליתו היא הגדרה של הנורמות שצריכות לחול על קבלת החלטות שלטוניות בתחומים שבהם נדרש איזון בין אינטרסים נוגדים של פרטים או של קבוצות. בהמשך לכך, ברק-ארז מציגה את תפקידם של כמה מעקרונות היסוד של המשפט המנהלי מהיבט תרומתם לתכלית זו. המאמר מנהיר את החשיבות הברורה של האיסור על ניגוד עניינים בהקשר המנהלי: אם ההחלטה המנהלית אמורה לאזן בין אינטרסים נוגדים, קבלתה במצב של ניגוד אינטרסים מחבלת בתהליך זה באופן העמוק ביותר. עם זאת ברק-ארז אינה דנה רק באיסור על ניגוד עניינים של בעלי תפקידים, אלא גם בעקרונות נוספים, שיש להם חשיבות מן ההיבט של איזון בין אינטרסים נוגדים: הדרושה שפעולות מנהליות יהיו מבוססות על חקיקה מסמיכה ברורה, כללים בנוגע לשיתוף הציבור בהליך המנהלי ועוד.

מאמרו של יצחק זמיר – 'ניגוד עניינים בשירות הציבורי' – בוחן באופן מפורט את התפתחותו של האיסור על ניגוד עניינים במשפט המנהלי ומברר בהקשר זה את מערכת היחסים המורכבת שבין משפט לאתיקה. המאמר דן ברקע לאיסור על ניגוד עניינים ובמבחנים החלים על יישומו, בהיקף תחולתו של האיסור וההריגים לו, בתוצאות הנובעות מהפרתו ובפתרונות האפשריים למצבים של ניגוד עניינים. מאמרו של יעקב בן-שמשי – 'בין ייצוג מגזרי לניגוד עניינים' – מתמקד באחד הקשיים הגדולים שמעורר האיסור על ניגוד עניינים במשפט הציבורי – המתח בין החתירה לייצוג מגזרים בגופים ציבוריים ובין חובתם של גופים אלה לפעול למען קידומו של האינטרס הציבורי הכללי. המאמר מציע מסגרת מושגית ונורמטיבית שעשויה לספק תשתית לפתרון הקושי של ניגוד עניינים במצבים של ייצוג מגזרי

בגופים ציבוריים שפעולתם אמורה להיות מודרכת על ידי המודל הרפובליקני. מטרת הייצוג המגזרי, מנקודת המבט המוצעת במאמר, אינה רק להביא לשיפור במעמד של חברי קבוצות המיעוט. ההצדקה המוצעת לייצוג המגזרי, שמתבססת על תרומתו של ייצוג מעין זה לפוליטיקה של הטוב הכללי ולציבור בכללותו, תומכת בקיומו של ייצוג מגזרי בעל אופי של קבע. יישומו של המודל המוצע במאמר מחייב לתת את הדעת על כמה שאלות פרגמטיות, כמו למשל, מה הם המגזרים הראויים לייצוג ובאילו גופים ציבוריים, ובאיזה אופן ייבחרו נציגי קבוצות המיעוט המקופחות.

השער הרביעי של הספר מרחיב את היריעה באמצעות התייחסות לניגוד עניינים בתפקידים ציבוריים מחוץ למנהל הציבורי. מאמרו של יגאל מרזל – 'ניגוד עניינים של חברי כנסת: בין הנאמנות למפלגה לנאמנות לציבור?' – עוסק באחת הסוגיות הקלאסיות בתאוריה הייצוגית: ניגוד העניינים של חבר בית הנבחרים (בישראל: הכנסת). המאמר מתמקד במשולש היחסים בין חבר הכנסת, הציבור והמפלגה שברשימת מועמדיה הוא נבחר. במרכזו של המאמר עומד המתח שבין שני תפקידיו של חבר הכנסת – 'נאמן המפלגה' ו'נאמן הציבור'. לחבר הכנסת יש, ולו לכאורה, חובת אמון ויחסים מיוחדים לא רק עם הציבור, כ'נאמן הציבור', אלא גם עם מפלגתו וסיעתו. חבר הכנסת נמצא אפוא בצבת של נאמנויות. המאמר בוחן את השאלה אם אפשר וראוי לבטא את המתח שבין הנאמנות של חבר הכנסת לציבור ובין הנאמנות שלו למפלגה במסגרת הכלל האוסר על הימצאות במצב של ניגוד עניינים. מרזל סבור שכעיקרון אין מקום להחלת הכלל האוסר על ניגוד עניינים על סוג המצבים שבהם חבר הכנסת נמצא בצבת הנאמנויות האמור, אם בשל מהות תפקידו של חבר הכנסת ואם בשל טעמים מעשיים. הימצאות במצב של מתח בין הנאמנות למפלגה ובין הנאמנות לציבור היא חלק מתפקידו של חבר הכנסת באשר הוא. על כן, לדידו של מרזל, אין לראות בכך משום מצב של ניגוד עניינים. עם זאת מרזל מבהיר כי אין באי-תחולתו העקרונית של הכלל על חברי הכנסת בנסיבות האמורות כדי לשלול את האפשרות שחברי כנסת יהיו מעורבים במצבים שלהם דמיון למצבים של ניגוד עניינים, ושכמצבים מיוחדים אלו ראוי לנקוט צעדים מתאימים שיתרמו לצמצום הבעיה.

ניגוד העניינים של שופטים עומד במרכז מאמרה של לימור זר-גוטמן – 'ניגוד עניינים אצל שופטים: בין דיני פסלות שופט לאתיקה'. זר-גוטמן מבהירה שהכרה בקיומו של ניגוד עניינים אתי אינה מהווה, כשלעצמה, עילת פסלות משפטית לפי דיני פסלות שופט, אך היא מטילה על השופט חובות אתיות. המאמר מצביע על

שתי חובות עיקריות שמוטלות במצבים כאלה על השופט: האחת, חובת ההיוועצות בגורם פנימי – נשיא בית המשפט שבו מכהן השופט או ועדת האתיקה לשופטים – באשר לאפשרות של העברת התיק לשופט אחר; והשנייה, חובת גילוי מלא מצד השופט לצדדים לדיון באשר לנסיבות היוצרות את ניגוד העניינים האתי. זר-גוטמן מוסיפה וטוענת כי כדי לחזק ולבסס את אמון הציבור במערכת השפיטה נדרשים השופטים להקפיד הן על דיני ניגוד העניינים שמהווים חלק מדיני פסלות שופט והן על הכללים בנוגע לניגוד עניינים המהווים חלק מן האתיקה המקצועית שלהם. מאמרה של נטע זיו מוקדש לניגוד עניינים ואתיקה בפעילותם של עורכי דין. המאמר מתמקד בבעיה של נאמנויות סותרות של עורכי דין – לשני לקוחות, או ללקוח ולאדם אחר שעורך הדין חב לו חובת נאמנות מתוקף תפקידו כעורך דין. זיו בוחנת את ההסדרה המשפטית של מצבים שבהם התעורר ניגוד העניינים – הן מבחינת סטנדרט ההתנהגות הנדרש מעורך הדין והן מבחינת התוצאה של קיום ניגוד עניינים. המאמר מתייחס להליכים משמעותיים, להליכים אזרחיים ולהליכים פליליים. זיו מראה כי היחס לשלושת המצבים המשפטיים הללו איננו אחיד, שכן בכל אחד מהם הסטנדרט המשפטי להסקת מסקנה באשר לקיומו של ניגוד עניינים הוא שונה – מבחינת רמת הוודאות הנדרשת, הדרישה לקיומו של נזק, ודאות התקיימותו של הנזק ומהותו. המאמר עומד על הסברים אפשריים לכך וחושף שני גורמים חיצוניים שמשפיעים על אימוץ הסטנדרטים המשפטיים השונים לניגוד עניינים בהליכים השונים (נוסף לשיקולים חיצוניים כלליים): המאבקים בין לשכת עורכי הדין ובין בתי המשפט על הבכורה בהסדרת הפרופסיה המשפטית והמתח הטבוע בשיטה המשפטית האדוורסרית.

השער החמישי והאחרון של הספר עוסק בניגוד עניינים במשפט הפלילי. מאמרם של מרדכי קרמיניצר ודורון נבות – 'לשאלת פלילותה של פעולה של עובד הציבור במצב של ניגוד עניינים' – עוסק בשאלה אם ראוי שפעולה של עובד הציבור בניגוד עניינים תוגדר כעברה פלילית, גם אם לא ידוע אם האינטרס הנוסף השפיע לרעה על שיקול הדעת של עובד הציבור. הטענה המרכזית המובאת במאמר היא שבנסיבות מסוימות ניגוד העניינים מעמיד את שיקול הדעת של עובד הציבור בסכנה השקולה בעצמתה לסכנה הנשקפת לשיקול דעתו של עובד הציבור שמקבל שוחד, ואולי אף בסכנה חמורה יותר. פעולה במצב כזה עלולה להיות ראשיתו של מעשה מושחת או חלק ממנו, ובכל מקרה מדובר בסכנה ממשית למילוי התפקיד הציבורי. כלומר, בנסיבות מסוימות, ניגוד העניינים מסכן באופן ממשי את יכולתו של עובד הציבור למלא את תפקידו הציבורי בנאמנות. כדי

למנוע את התממשותן של סכנות אלה סבורים קרמיניצר ונבות שנחוץ להחיל על פעולה במצב זה איסור פלילי. לאחר ניתוח ביקורתי של פסק הדין שניתן בענייניו של שבס טוענים המחברים שכדי להתמודד עם פעולה בניגוד עניינים במסגרת הדין הפלילי מתבקש שינוי של המצב המשפטי הקיים.

מאמרה של מרים גור-אריה מוקדש אף הוא לפסיקתו של בית המשפט העליון בנושא הטלתה של אחריות פלילית במצבים של ניגוד עניינים. כמו קרמיניצר ונבות גם גור-אריה עוסקת בהלכת שבס, ואף היא מוצאת בה פגמים, אך מסקנותיה שונות. לגישתה, ההנחה הפסיקתית שהעברה הפלילית של הפרת אמונים מבוססת על הכלל האוסר על הימצאות במצב של ניגוד עניינים, כפי שזה התפתח במשפט המנהלי, מתעלמת מההבדל המהותי בין אחריות פלילית לבין אמצעי אכיפה מנהליים. מטרתו של הכלל האוסר על הימצאות במצב של ניגוד עניינים היא למנוע את הרע בטרם יארע, ולכן הוא צופה פני עתיד. לעומת זאת, ככלל, האחריות הפלילית פונה אל העבר (אף כי המשפט הפלילי כולל גם עברות שמיעדות להקדים ולמנוע סכנה עתידית). גור-אריה טוענת שאפשר להצדיק הטלת אחריות פלילית על עובד ציבור שהעדיף אינטרס זר על פני האינטרס הציבורי שעליו היה מופקד. לעומת זאת היא סוברת שכדי להקדים ולמנוע את הסכנה שעובד ציבור, הנמצא במצב שבו יש אפשרות ממשית של ניגוד עניינים, יעדיף את האינטרס הזר על פני האינטרס הציבורי שעליו הוא מופקד, ראוי ויעיל יותר להשתמש במגוון האמצעים שפותחו במשפט המנהלי.

חותם את הספר מאמרה של נאוה בן-אור – 'על ניגוד עניינים ושחיתות בשירות הציבורי: המשפט הפלילי בישראל ובארצות הברית במבט השוואתי'. הוא בוחן את הפן הפלילי של הסוגיה באמצעות השוואה בין המשפט הישראלי למשפט האמריקני. בן-אור מצביעה על כך שהגישה הדומיננטית בפסיקה האמריקנית רואה רק בעברת השוחד עברה של שחיתות ממש. לעומת זאת העברות הפליליות שנסכות על ניגוד עניינים אינן נתפסות כעברות המשתייכות ל'משפחת השחיתות', אלא כעברות של העמדה בסיכון או של פגיעה במראית עין ובאמון הציבור במערכת השלטונית. לפיכך הנטייה במשפט האמריקני היא לאפייין התנהגות הנגועה בניגוד עניינים כהתנהגות פלילית שאינה חמורה. המאמר מבקש להראות שתפיסה זו אינה משקפת את הקשר בין ניגוד עניינים ובין שחיתות, ואף אינה תואמת את המציאות של התנהגויות המשתייכות ל'משפחת השחיתות', גם אם אינן ניתנות להגדרה כשוחד. בן-אור מונה את הקשיים שעומדים בפני פיתוח תפיסה קוהרנטית של שחיתות ומציעה הסברים אפשריים להבדל בין הפסיקה האמריקנית לבין גישת

בית המשפט העליון בפרשת שבס, שלפיה פעולה בניגוד עניינים היא מעשה של הפרת אמונים הקשור בטבורו לשחיתות שלטונית. לקראת סיום, אנו מרשים לעצמנו להביע תקווה שהספר 'ניגוד עניינים במרחב הציבורי' ירים תרומה להבנה תאורטית טובה יותר של הסוגיה של ניגוד עניינים ולהתמודדות טובה יותר עם השאלות שהיא מעוררת בזירה הציבורית בישראל. זוהי גם הזדמנות להודות לכל הכותבים שתרמו מפרי מחשבתם לספר, לעו"ד טל שרון-חפץ ששימשה רכזת המערכת, לאנשי הוצאת נבו ולמכון הישראלי לדמוקרטיה ששימש אכסניה לעבודה על הספר.