

## רון ש' קליינמן

### מאולמו של הדיין לעולמו של עובד הציבור שלושה דגמים לפתרון מצבים של ניגוד עניינים

לעילוי נשמת סבי האהוב, ר' נתן קליינמן  
שימש בקודש מ"ז שנה כגבאי בית הכנסת  
על-שם הרב דורף בשכונת נחלת יצחק  
בתל-אביב ועסק בצורכי ציבור באמונה

כל ימי הייתי מצטער על המקרא הזה "והייתם  
נקיים מה' ומישראל". ובי חובות אלו – נקיות  
מה' יתבין[רד] והנקיות מישראל עמו – הם שני  
רוכבי[ם] צמדים על גבנו. **ויותר אפשרי לצאת ידי  
החוב הראשון, היינו ידי שמים, יותר הרבה ויותר  
מלצאת ידי הבריות...**

(שו"ת חתם סופר, ח"ו, ליקוטים, סי' נט)

#### מבוא

האיסור בדבר ניגוד עניינים אצל עובדי ציבור במשפט העברי נידון עד כה במספר  
מחקרים,<sup>1</sup> שהתמקדו בבסיסו התאורטי של האיסור ובהיקף תחולתו. המאמר הנוכחי

\* אני מודה לד"ר אביעד הכהן, למו"ר הרב אשר וייס, לד"ר מרדכי מאיר, וכן לעורכים, ד"ר יעקב  
חבה וד"ר עמיחי רדזינר, על הערות מאירות עיניים לטיוטות קודמות של המאמר.  
[ההדגשות המופיעות בציטוטים, הפיסוק וההוספות בסוגריים מרובעים הם משלי, אלא אם כן נאמר  
אחרת].

1 ראו: ברוך אזולאי, ניגוד אינטרסים בשירות הציבור ובנציגות הפרטית במשפט העברי, עבודת  
גמר, האוניברסיטה העברית, תשל"ח; נחום רקובר, שלטון החוק בישראל, ירושלים תשמ"ט,  
עמ' 77-101; Ron S. Kleinman, "Conflict of Interest of Public Officials in Jewish Law: Prohibition, Scope and Limitations", *Jewish Law Association Studies*, X, ed. H.G. Sprecher,  
State University of New York at Binghamton, 2000, pp. 93-116.

מבקש להוסיף, על גבי המסד התאורטי, נדבך יישומי. במאמרים הקודמים הונחה התשתית לאיסור בדבר ניגוד עניינים במשפט העברי, ומאמר זה ייוחד להצגת דגמים שונים לפתרון מצבים של ניגוד עניינים, ולבחינת היכולת לישמם במציאות של ימינו במסגרת המשפט העברי, תוך השוואה למשפט הישראלי.

את הדגמים לפתרון בעיית ניגוד העניינים אטול מבית גידולם – אולמו של הדיין. במשפט העברי הדיינים מוזהרים, ביחס לעניינים הנידונים בפניהם, להתרחק מניגוד עניינים ומכל אבק של משוא פנים, ולצד זאת הם מופקדים להרחיק אחרים ממצבים של ניגוד עניינים. מטרתו של מאמר זה להציג דגמים אלו ולכרוך את מידת התאמתם לעובדי ציבור. לצורך מאמר זה, הביטוי "עובד ציבור" מתייחס לכל מי שמופקדים בידי ענייני ציבור, בין נבחר ובין ממונה.

ניגוד העניינים אצל עובדי ציבור זכה להתייחסות רבה במשפט הישראלי, הן בחקיקה,<sup>2</sup> הן בפסיקה<sup>3</sup> והן אצל מלומדים;<sup>4</sup> בעניין ניגוד עניינים של נבחר ציבור ברשויות המקומיות ישבה על המדוכה ועדה מיוחדת, ובעקבות עבודתה פורסמו כללים בנידון.<sup>5</sup> בפתח דברי אסקור בקיצור את הבסיס המשפטי לאיסור בדבר ניגוד עניינים אצל עובדי ציבור במשפט העברי, ולאחר מכן אציג שני דגמים לפתרון בעיית ניגוד העניינים, אשר

2 ראו בחקיקה שצוינה אצל רקובר, שם, עמ' 81. לאמור שם יש להוסיף: חוק התכנון והבניה התשנ"ה-1965, סעיף 47, ביחס לחבר או עובד במוסד תכנון; פקודת החברות [נוסח חדש] התשמ"ג-1983, פרק ד, 11, במיוחד סעיפים 96 ו-96כט, ביחס לנושא משרה בחברה, כיום: חוק החברות התשנ"ט-1999, סעיפים 254, 269-270.

3 פסק הדין המנחה בנושא הוא בג"צ 531/79, סיעת הליכוד נ' מועצת עיריית פתח תקוה, פ"ד לד(2) 566, שם בוחן השופט ברק את הכלל, טעמו והיקפו. פסקי דין רבים בעניין זה ניתנו בבית המשפט העליון – ראו למשל: בג"צ 244/86, רביבו נ' ראש המועצה המקומית אופקים, פ"ד מב(3) 183; בג"צ 595/89, משה שמעון נ' שלום דנינו, פ"ד מד(1) 409; בג"צ 6641/93, סיעת "צעירים למען חיפה" בעיריית חיפה נ' מועצת העיר חיפה, פ"ד מח(3) 555; בג"צ 1100/95, קאסוטו נ' אהוד אולמרט, ראש עיריית ירושלים, פ"ד מט(3) 691; ע"א 3030/96, עיריית ירושלים נ' כחילה מפעלי הנדסה ובניה ירושלים בע"מ, פ"ד נ(5) 565; בג"צ 5848/99, פריצקי נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים, פ"ד נד(3) 5; בג"צ 595/89 שמעון נ' דנינו, הממונה על מחוז משרד הפנים, מחוז הדרום פ"ד מד(1) 409; בג"צ 202/90 י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(2) 265; בג"צ 2419/94 פריד אברהם נ' אריה טל ראש העיר טירת הכרמל, תק"על (3) 94; רע"א 4802/98 שידורי פרסומת מאוחדים בע"מ נ' רשות השידור, תק"על (3) 98; ע"א 2444/98 טרבלסי נ' ראש המועצה המקומית נתיבות, פ"ד נב(3) 849.

4 ראו למשל: אשר מעוז, "משוא פנים: הדין בעניינו של קרוב (בג"צ 333/74 חג' יחיא נ. המועצה המקומית טייבה)", עיוני משפט ו (תשל"ט), עמ' 197-203; אהרן ברק, "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד", משפטים י (תשמ"מ), עמ' 11-16; טנה שפניץ וורדה לוסטהויז, "ניגוד עניינים בשירות הציבורי", ספר אורי ידין, ב, ירושלים תש"ן, עמ' 315-355; שי ניצן, "ניגוד עניינים של חברי כנסת", משפטים כ (תשנ"א), עמ' 457-524; דפנה ברק-ארז, "משפט מינהלי", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג, עורך א' רוזן-צבי, תל-אביב תשנ"ד, עמ' 223-226; רענן הרז-זהב, המשפט המינהלי הישראלי, ירושלים תשנ"ז, עמ' 299-397; סוזי נבות, "חבר הכנסת כנאמן הציבור", משפטים לא (תשס"א), עמ' 500-503.

5 ראו: דין וחשבון הוועדה בנושא ניגוד עניינים של נבחר ציבור ברשויות, ירושלים תשמ"ד; כללים

נידונו על ידי הפוסקים. דגמים אלו הורתם ופיתוחם בהקשר לדיינים, ומטרתו לבחון את מידת ישימותו של כל אחד מהם לעובדי ציבור. בהמשך אציע דגם נוסף לפתרון מצבים של ניגוד עניינים, שהינו ייחודי לעובדי ציבור. דגם זה נטוע אף הוא באולמו של בית הדין, וככל הידוע לי טרם נידון על ידי פוסקי ההלכה לגבי עובדי ציבור.

### א. הבסיס המשפטי לאיסור בדבר ניגוד עניינים אצל עובדי ציבור

האיסור בדבר ניגוד עניינים אצל עובדי ציבור כמשפט העברי מורכב משלושה מעגלים של נורמות, המצויים זה לפנים מזה.<sup>6</sup> המעגל החיצון, הרחב מבין השלושה, הינו חובתו של כל אדם, ובכלל זה עובד הציבור, להתרחק מחדש הבריות. המעגל האמצעי, הנגזר במידה רבה מקודמו, עניינו באיסור המוטל על נאמנים לסוגיהם להימצא במצב של ניגוד עניינים. הממונים על ענייני הציבור – או בשמם המקובל בספרות ההלכה "טובי העיר" – מכוונים על ידי הפוסקים "נאמנים" ו"אפוסטרוֹפסים", שכן כספי הציבור ונכסיו נתונים בידיהם.<sup>7</sup> עובד הציבור מצווה אפוא, ככל נאמן אחר, להיזהר מכל פעולה אשר מעורב בה אינטרס זר מלבד טובת הציבור; בפעולה כזו יש משום הפרת חובת האמון שעובד הציבור חב כלפי הציבור.<sup>8</sup> המעגל השלישי – הפנימי והמצומצם ביותר, אך גם המשמעותי ביותר לענייננו – מתייחס באופן מיוחד לעובדי ציבור. כמעגל זה מצויה ההלכה שנקבעה על ידי הפוסקים בימי הביניים, ולפיה יש להחיל על עובדי ציבור את המיגבלות המוטלות על דיינים, וביניהן האיסור לדון "קרוב" והאיסור לדון בעניין אשר לגביו הדיין "נוגע בדבר". בשל חשיבותו של נושא זה להמשך דיוננו, ארחיב בו מעט.

למניעת ניגוד עניינים של נבחר הציבור ברשויות המקומיות, ילקוט פרסומים 3087 כ"ג באב תשמ"ד, עמ' 3114; הועדה המייעצת לניגוד עניינים – החלטות בדבר מניעת ניגוד עניינים של נבחר הציבור ברשויות המקומיות, ירושלים תשנ"ג.

6 על שלושת מעגלי הנורמות, המהווים את התשתית ההלכתית-המשפטית לאיסור בדבר ניגוד עניינים אצל עובדי ציבור, עמדתי בהרחבה במאמרי (לעיל, הע' 1), עמ' 96–101. להלן יוצגו רק עיקרי הדברים.

7 "נאמנים" – ראו למשל דברי השופט מנחם אלון, בג"צ 4566/90, דקל נ' שר האוצר פד"י מה(1) 28, עמ' 34–35, ובמקורות שציין שם; "אפוסטרוֹפסים" – ראו למשל: שו"ת הרשב"א, ח"א סי' תריז; ח"ג סי' שצד, תמג; ח"ה סי' קכה; וכך כתבו בשמו: ר' בצלאל אשכנזי, בשו"ת שלו סי' כד, והמהרש"ם שו"ת יורה דעה סי' קעה. וראו עוד: "טובי העיר (שבעה טובי העיר)", אנציקלופדיה תלמודית, יט, עמ' עב; מנחם אלון, המשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, עמ' 587–591.

8 גם בית המשפט העליון, החל מפרשת סיעת הליכוד (לעיל, הע' 3), עמ' 569–571, מבסס את הכלל בדבר מניעת ניגוד עניינים לא רק על כללי הצדק הטבעי אלא גם על חובת האמון המוטלת על עובד ציבור ביחס לציבור, בדומה לחובתו של הנאמן כלפי הנהנה. על "איש ציבור" כ"נאמן הציבור", ראו בהרחבה במאמרה של נבות, לעיל הע' 4.

## ב. השוואת עובדי ציבור ("טובי העיר") לדיינים

להשוואת מעמדם של עובדי הציבור ל"בית דין" אין מקור מפורש בספרות התלמודית. עם זאת, דומה כי היא עומדת בבסיסה של אחת הסוגיות בתלמוד הירושלמי.<sup>9</sup> בסוגיה זו מצאנו כי גבאי צדקה ("פרנסין") הושוו לדיינים הדנים "דיני ממונות", ולפיכך פוסק ר' בא (=אבא) בר זבדא ש"אין מעמידין פרנסין פחות משלשה", בדומה לבית דין הדיני ממונות. מאותו טעם, כנראה, קובע ר' יוחנן שם, כי "אין מעמידין שני אחים פרנסין", כפי שלא ניתן למנות שני אחים לישב באותו הרכב של בית דין. השוואה בין חלוקת כספי צדקה לבין "דיני ממונות" באה גם בתלמוד הבבלי.<sup>10</sup>

על השוואת "טובי העיר" לדיינים אנו מתחילים לשמוע בעיקר מן המאה ה' ואילך.<sup>11</sup> כביסוס משפטי לשלטון הקהל באמצעות נציגיו ולתוקפן של התקנות המותקנות על ידם, השתמשו הפוסקים בהלכה התלמודית של "הפקר בית דין הפקר",<sup>12</sup> הלכה שנאמרה במקורה בתלמוד ביחס לכווחו של בית הדין להפקיע ממון ולתקן תקנות בענייני ממון.<sup>13</sup> הענקת מעמד כשל דיינים ל"טובי העיר" ביססה את תוקפן המשפטי של פעולותיהם ותקנותיהם, אך בד בבד הוותה גם את התשתית להחלה של נורמות התנהגות מחמירות עליהם, ולהטלת מגבלות, החלות על דיינים, על פעולותיהם. בין השאר, החילו הפוסקים על עובדי הציבור גם את ההלכות של פסולי "קרוב" ו"נוגע בדבר" – היינו, האיסור

9 פאה פ"ח ה"ז, כא ע"א.

10 "קופה של צדקה נגבית בשנים ומתחלקת בשלושה... כדיני ממונות" (בבא בתרא ח ע"ב). כלומר, חלוקת כספי צדקה – בהתאם לצורכי הנוקקים (רש"י ותוספות, שם) – נעשית בשלושה, כבית דין לדיני ממונות. ההשוואה בבבלי היא אפוא רק מבחינה מספרית. ברם, לא נזכר בבבלי, כפי שמצאנו בירושלמי, כי אוסרים על גבאי צדקה אחים – בדומה לדיינים – לכהן בתפקידם יחדיו. מן האמור בבבלי – "מעשה ומינה רבי שני אחין על הקופה [של צדקה]" (שם) – משמע דווקא להפך. עם זאת, יש מן הפוסקים שהסיקו מסוגיה זו בבבלי, כי קרובים פסולים מלכהן יחדו, לפחות בנסיבות מסוימות, כ"טובי העיר". על סוגיות הבבלי והירושלמי והיחס שביניהן הרחבתי במאמרי (לעיל, הע' 1), עמ' 104–109.

11 על סמכות שלטון הציבור ונציגיו ועל השוואת טובי העיר לדיינים, ראו: יצחק בער, "היסודות והתחלות של ארגון הקהילה היהודית בימי הביניים", ציון טו (תש"י), במיוחד עמ' 28–31; מנחם אלון, "סמכות ועוצמה בקהילה היהודית – פרק במשפט הציבורי העברי", שנתון המשפט העברי ג–ד (תשל"ו–תשל"ז), עמ' 13 ואילך; הג"ל, המשפט העברי (לעיל, הע' 7), עמ' 569–574; אליאב שוחטמן, "חובת ההנמקה במשפט העברי", שנתון המשפט העברי ו–ז (תשל"ט–תש"ס), עמ' 379–385; יעקב בלידשטיין, "להלכות ציבור של ימי הביניים – מקורות ומושגים", דיני ישראל ט (תשל"ח–תש"ס), עמ' קכז–קסד.

12 ראו: אלון, המשפט העברי (שם), עמ' 564–569; אברהם גרוסמן, "יחסם של חכמי אשכנז הראשונים אל שלטון הקהל", שנתון המשפט העברי ב (תשל"ה), עמ' 175–199; חיים סולוביצ'יק, שו"ת כמקור הסטורי, ירושלים תשנ"א, עמ' 103–104; אביעד הכהן, "וכי הרבים גולנים הם? – על הפקעת מקרקעין ופגיעה בזכות הקניין במשפט העברי", שערי משפט א (תשנ"ז), עמ' 39–54.

13 יבמות פט ע"ב; גיטין לו ע"ב; ירושלמי שקלים, פ"א ה"ב, מו ע"א. על דרכי התפתחותו ההיסטורית של המונח במקורות התלמודיים ועל זיקתו – במקורו – לבית הדין דווקא, עמד עמיחי רדזינר, "הפקר בית-דין הפקר – במקורות התלמודיים", סידרא טז (תש"ס), עמ' 111–133.

לדון ולהחליט תוך ניגוד עניינים – הלכות שנאמרו במקורן ביחס לעדים ולדיינים.<sup>14</sup> ההלכה שנקבעה במשפט העברי, ולפיה מעמדם של עובדי ציבור שווה לזה של דיינים, מצאה את ביטויה גם בכמה מפסקי הדין של בית המשפט העליון במדינת ישראל.<sup>15</sup> מהחלת פסול "קרוב" על עובדי ציבור צריכה הייתה להיגזר לכאורה קביעה הלכתית ברורה, כי שני קרובי משפחה המוגדרים על פי ההלכה כ"קרובים", אינם יכולים לכהן יחד בגוף ציבורי אחד, דוגמת מועצה מקומית (המקבילה המודרנית ל"טובי העיר"), כנסת או ממשלה; וכן, כי עובדי ציבור יהיו מנועים לחלוטין מלדון ומלהחליט בעניינים הנוגעים לקרוביהם.

בדומה לכך, יישומו של פסול "נוגע בדבר" על עובדי ציבור אמור היה להוביל את פוסקי ההלכה לידי מסקנה, כי בכל מקרה שקיים בו חשש שיש לעובד הציבור עניין אישי בנושא הדיון, הוא יפסל מלדון ולהחליט באותו עניין; ויתר על כן, כי גם אם קיימת נגיעה אישית לקרובו של עובד הציבור, ולא לעובד הציבור עצמו, יהא האחרון פסול מלדון בעניין.<sup>16</sup> ברם, להלן נראה כי, למעשה, מגבלות אלו לא הוחלו על עובדי ציבור, וכן על דיינים, באופן חריף וגורף כל כך.

### ג. הצורך בפיתרון לבעיית ניגוד העניינים – רקע היסטורי

כאמור לעיל, ההלכה כי מעמדם של "טובי העיר" הוא כשל דיינים, הייתה אמורה לחייב את המסקנה כי עובד הציבור – בדומה לדיין – יהיה פסול מלדון ומלהחליט בכל עניין שיש בו נגיעה אישית כלשהי, לו או לקרוב משפחתו. ברם, קביעה הלכתית נוקשה ברוח זו, בין לגבי דיינים בין לגבי טובי העיר, הייתה גורמת לפגיעה קשה בתפקודן של הקהילות היהודיות בימי הביניים. קביעה שכזו – במציאות שבני הקהילה נהגו להתחתן זה בזה – הייתה מביאה למצב שעניינים רבים לא היו יכולים להידון בבית הדין המקומי, מחמת שכל העדים המצויים בעובדות וכל הדיינים שבעיר נוגעים בעדותם או קרובים.<sup>17</sup> בעיה דומה

- 14 ראו במקורות שצוינו לעיל בהערה 11, ובמאמרי, לעיל הע' 1.
- 15 לפסקי הדין שצוינו אצל רקובר (לעיל, הע' 1), עמ' 97 הע' 106–107, יש להוסיף מקורות אלו: בג"צ 290/65, אלתגר נ' ראש העירייה ועיריית רמת גן, פד"י כ(1) 29, עמ' 38 (אסור למועצת העיר לנהוג בשירות בדונה בשאלת פיטוריו של עובד העירייה); בג"צ 24/66, יהודה מלכה נ' עובד סרי לוי, פד"י כ(1) 651, עמ' 657 (נורמת ההתנהגות הנדרשת מאדם הממלא תפקיד ציבורי); בג"צ 312/66, פדל סאלם נ' שר הפנים ואח', פד"י כא(1) 59, עמ' 64 (לא ניתן לפטר נבחר ציבור בטענה שאינו פועל על פי הלך רוחם של בוחריו). [פסקי דין אלו ניתנו על ידי השופט יצחק קיסטר]; בג"צ 400/87, כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(2) 729, עמ' 741 (מידת נקיין כפיים אצל נבחר ציבור היא כזו הנדרשת מדיין היושב על מדין). [ניתן על ידי השופט מנחם אלון].
- 16 לדיון בפסולים של "קרוב" ו"נוגע בדבר", הגדרתם והיקפם, ראו במאמרי (לעיל, הע' 1), עמ' 104–102, 110–114.
- 17 ראו, למשל, שו"ת הרשב"א, ח"ה סי' רעג: "אלא שאני רואה לכל צורכי צבור וצבור בכל מקום בכל ענייניהם נוהגין לדון ע"י אנשי אותה העיר [חרף היותם נוגעים בדבר – ר"ק]. שאם לא כן, לא מוצאין ידיהם ורגליהם לכל צרכיהם".

עמדה גם בפני טובי העיר, אשר הוצרכו, כדבר שבשגרה, להחליט בענייני העיר הנוגעים לכל בני העיר, ולא אחת אף בעניינים הנוגעים באופן אישי להם או לקרוביהם. גורם נוסף שהיה בו כדי להוסיף על הקושי הוא הגורם הדמוגרפי: הערים והקהילות בימי הביניים היו לרוב קטנות ביותר.<sup>18</sup> נתון זה הכביד, כמובן, עוד יותר על יכולתם של דיינים וטובי העיר לעמוד במגבלות של "קרוב" ו"נוגע בדבר". לא ייפלא אפוא, שבאחת השאלות שהופנו אל רבנו תם במאה ה"ב מן העיר אורליאנס שבצרפת (Orléans) — שהייתה בה קהילה יהודית מפוארת כבר למן המאה ה' — אנו שומעים על בעיה למצוא דייין מקומי: "ובעירנו" — כותבים השואלים — "אין מי [שיכול לדון], כי כולם אחים וקרובים [לאחד מבעלי הדין], לכד [=מלבד] רבינו שלמה בר' יצחק, והוא לא רצה לישב [בדין]".<sup>19</sup>

בעיה זו המשיכה להטריד את קהילות ישראל מאות שנים מאוחר יותר, גם ביחס לעובדי ציבור. כך, למשל, מתואר בשאלה שנשאל ר' דוד אופנהיים (פראג, מפנה המאות ה"ז-ה"ח) ביחס למינוי שני קרובים כגבאי הקהילה: "קהלה אחת דרים בתוכה י"ב בעלי בתים, ושבעה מהם משפחה אחת, אב ובנו ואחיו וחתנו ודודו פסולי עדות גמורים זה לזה, וארבעה מהם [=מבתי האב] כשרים זה לזה, והשנים עשר — ג"כ קרוב עם המשפחה הנ"ל [=שבעת בתי האב הקרובים זה לזה]".<sup>20</sup>

המציאות שתוארה לעיל חייבה את הקהילות להתיר לדיינים ולטובי העיר לדון ולפעול תוך ניגוד עניינים. כפי שנראה להלן, פוסקי ההלכה, שהיו מודעים למצב, העניקו בדרך כלל גושפנקה הלכתית לפרקטיקה זו. בשני הפרקים הבאים אציג שתי דרכי פתרון לבעיית ניגוד העניינים אצל דיינים, ואבחן את אפשרות יישומן ביחס לעובדי ציבור. הראשונה נידונה כבר בתלמוד, והשנייה הועלתה לראשונה בתקופת הראשונים.

#### ד. זגם א' — הסתלקות מהעניין האישי או הציבורי

קיימת דרך פשוטה לכאורה לפתור את בעיית ניגוד העניינים במסגרת המשפט העברי, והיא להתנתק מהעניין האישי — בלשון התלמוד הבבלי, "להסתלק" — ואז יוסר הפגם של "נוגע בדבר".<sup>21</sup>

18 "האוכלוסיה הכללית, במאה העשירית, נמדדת בעשרות ובמאות אנשים בלבד... מגודל האוכלוסיה הכללית ניתן ללמוד על גודלה של האוכלוסיה היהודית בתקופה זו" — סולוביצ'יק (לעיל, הע' 12), עמ' 29.

19 ספר הישר, תשובות, ברלין תרנ"ח, סי' לו (עמ' 63). — צוין אצל סולוביצ'יק, שם, עמ' 30.

20 שו"ת נשאל דוד, ירושלים תשל"ה, חושן משפט סי' ט. והשוו לאמור בתקנות תירייה (תורכיה, ראשית המאה ה"ט), שם נקבעה דרך המאפשרת לשמאי מסיים ("מעריך") לדון בעניין של קרוביו בדרגת קרבה נמוכה, בנימוק "יען כי לא אפשר בלאו הכי, כי היא עיר קטנה ואנשים בה מעט ויש קרובה זה עם זה" — ראו מאיר בניהו, קבץ על יד ד (תש"ו), עמ' רי. לעומת זאת, באיזמיר, שבה מספר היהודים היה גדול יותר, אסרו התקנות, לחלוטין, על המעריך להעריך את קרובו או את שותפו — שם, הע' 3.

21 ההסתלקות מועילה לפי שתי הדעות הבאות בפוסקים בהסבר פסולו של "נוגע בדבר": לדעה שפסול מטעם שנחשב ל"קרוב" — כשסילק עצמו כבר אינו נחשב לקרוב; לדעה שפסול מחשש שישקך

במסכת בבא בתרא מובאת ברייתא: "בני עיר שנגנב ספר תורה שלהן, אין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאין ראייה [=עדים שראוהו שגנבו או שמעידין שזהו ספר תורה של אותה העיר – רשב"ם] מאנשי אותה העיר".<sup>22</sup> ומקשים שם, מדוע שדייני אותה העיר לא ידונו בעניין: "ליסלקו בי תרי נפשיהו ולידיינו [=יסלקו שניים עצמם (מן העניין) וידונו]?"<sup>23</sup> מן הסוגיה עולה כי "סילוק" פירושו שכל אחד מן הדיינים המקומיים הדנים בנושא יכתוב "דין ודברים אין לי על ספר תורה זה", וכי יבוצע על כך קניין.<sup>24</sup> להלכה נפסק, כי הסתלקות כאמור מהעניין האישי מועילה בין לעד בין לדיין הנוגעים בעניין.<sup>25</sup> בסוגיה הנידונה נזכר מקרה נוסף של הסתלקות.<sup>26</sup> שותפים במקרקעין אינם יכולים להעיד זה לטובת חברו כנגד ערעור של צד שלישי על בעלותו של אחד מהם, מחמת היותם נוגעים בדבר. ברם, אם "הסתלק" האחד מחלקו – היינו, הקנה בקניין גמור לשותפו את זכויותיו במקרקעין – יוכל להעיד לטובת שותפו לשעבר.<sup>27</sup> ברם, יישומו של דגם ההסתלקות מן העניין האישי מוגבל למדי, הן מבחינה הלכתית הן מבחינה מעשית. ראשית, יש עניינים שמעצם טיבם לא ניתן להסתלק מהם. לדוגמה, שאלת קיומו וגובהו של חוב מסים שחב תושב כלפי קהילתו, במציאות (שנהגה בימי הביניים) שהמסים הוטלו על הקהילה באופן כולל. פסיקה בעניין זה, המיטיבה עם אחד, מגדילה את הנטל הרובץ על כל האחרים. כך הוא המצב, למסקנת הסוגיה, גם ביחס לספר תורה של הקהילה. אין ביכולתו של בן קהילה להסתלק מנגיעתו במקרה כזה, אלא אם מצויים בקהילתו ספרי תורה נוספים, משום שכל אחד צריך לשמוע קריאת התורה.<sup>28</sup> שנית, יש שפסקו שסילוק מועיל לדיינים רק כשאין בנמצא דיינים אחרים שאינם נוגעים בעניין.<sup>29</sup> ושלישית, הדרישה להסתלקות מחמירה מדי. למשל, הרשב"ש (ר' שלמה בן שמעון דוראן, אלג'יר, ראשית המאה ה'ט"ו) קובע כי על הדיין לקבל על עצמו להסתלק מהעניין האישי הוא וזרעו עד עולם; והוא מוסיף, והדבר מסתבר, כי "צריך בזה חקירת בית

- כשסילק עצמו מהעניין כבר הוסר החשש שישקר. לסקירת הדעות השונות בעניין זה, ראו מאמרי (לעיל, הע' 1), עמ' 111.
- 22 בבא בתרא מג ע"א.
- 23 שם. הרא"ש בסנהדרין, פ"ג סי' כא, גורס "וליסהדי [=ועידון]", אך בבבא בתרא, שם, גרס "ולדיינו". להלכה, הסתלקות מועילה בין לעד בין לדיין. וראו בסמוך.
- 24 בבא בתרא, שם: "הכא במאי עסקינן, דכתב ליה דין ודברים אין לי על שדה זו... הכא במאי עסקינן, כשקנו מידו". וראו רשב"ם שם, ד"ה ליסתלקו; שולחן ערוך, חושן משפט, סי' לו סעיף יח.
- 25 רמב"ם, הל' עדות פט"ו ה"א; שולחן ערוך, שם.
- 26 בבא בתרא מב ע"ב–מג ע"א.
- 27 בספר השטרות לר' יהודה הברצלוני, ברלין 1898, עמ' 66, מובא נוסח של "שטר סלקתא [=סילוק]". בדברי הקדמתו לשטר זה מביא ר' יהודה הברצלוני (ספרד, המאה הי"א) את הסוגיה בבבא בתרא, שם, ומסיק ממנה ש"כל אדם שיש לו שיתוף בדבר ומסתלק ממנו, וקונין ממנו עדים על כך... בקנין גמור – יכול להעיד ולדין בה, ואי לא [=ואם לא (הסתלק)] – לא".
- 28 ראו: בבא בתרא מג ע"א; שו"ת הרא"ש, כלל ו סי' טו; טור חושן משפט, סי' ז אות יז; שולחן ערוך שם, סעיף יב, וברמ"א שם.
- 29 שו"ת משפטי שמואל, סי' סו, עט; כנסת הגדולה, חושן משפט סי' ז, הגהות טור, אות מח, בשמו.

דיין", מחשש להערמה.<sup>30</sup> שהרי ברור לכול כי יש כאן פתח לקנוניות: הדיין עלול למכור את חלקו בשותפות רק למראית עין, לדון בעניינים הנוגעים לעסקי אותה שותפות, ואחרי זמן קצר לחזור ולרכוש את חלקו — וכל זה במהלך שתוכנן מראש.<sup>31</sup> זאת ועוד, לעתים גם אם הסתלקות מהעניין האישי אפשרית היא, אין היא מעשית. למשל, דיין נזקק לדון בגובה מיסי הארנונה שבעירו, המוטלים על כל תושבי העיר ובכללם עליו — האם היא זה מעשי לדרוש ממנו שימכור את דירתו ויעבור לגור במקום אחר בטרם יחל בדיון?!

ולבסוף, הסתלקות יכולה להועיל רק לעניין "נגיעה בדבר". ברם, ברור כי פתרון זה אינו ישים במקרה של פסול מחמת "קרבה", שהרי אדם אינו יכול להתנתק מקשר הקרבה לאחיו, לבנו או לאביו.<sup>32</sup>

נמצא כי לפי המשפט העברי הסתלקות מהעניין האישי היא פתרון מוגבל. עם זאת, ישנם מקרים שניתן יהא לפתור את הבעיה בדרך זו, בין בהתנתקות מוחלטת של עובד הציבור מן העניין האישי בין בהטלת הגבלות במערכת האישית שבה הוא נתון. גם המשפט הישראלי מאפשר, באופן עקרוני, לפתור את בעיית ניגוד העניינים בדרכים אלו.<sup>33</sup> דגם ה"הסתלקות" יכול להתבצע גם באמצעות הסתלקות מהעניין הציבורי.<sup>34</sup> "הסתלקות" מעין זו יכולה להתבצע, כמובן, על ידי הרחקת עובד הציבור מלכהן בתפקידו הציבורי. דרך זו, שהיא הקיצונית ביותר, ננקוט מטבע הדברים רק בדלית ברירה, משנגיע למסקנה כי כל פתרון אחר אינו יעיל בנסיבות העניין. אולם, אם מדובר בהחלטות שצריכות להתקבל על ידי גוף של אנשים — דוגמת מועצת העיר או אחת מוועדות המשנה שלה — ולא על ידי עובד ציבור יחיד, קיימת דרך פחות חריפה להסתלקות מהעניין הציבורי, והיא איסור על השתתפותו של עובד הציבור בדיונים ובהצבעות אשר יש לו, או לקרוביו, אינטרס אישי בהם. פתרון זה קל יחסית ליישום, והוא מקובל ביחס לעובדי ציבור גם במשפט הישראלי.<sup>35</sup>

השארית עובד הציבור בתפקידו תוך "ניטרולו" מדיונים ומהחלטות בעניינים הקשורים

- 30 שו"ת הרשב"ש, סי' תקסח.
- 31 לפי המשפט הישראלי, במקרים מסוימים יתירו לעובד ציבור אשר מוכר את זכויותיו בעסק, לשמור לעצמו את הזכות לרכישה חוזרת שלהן עם תום כהונתו. זכות זו, במידה שתותר, תותנה בתשלום מחיר מלא של הזכויות — ראו שפניץ ולוסטהויז (לעיל, הע' 4), עמ' 325, והערה 325.
- 32 בשונה מקרבת דם (אח, בן, אב), קרבה המבוססת על קשרי חיתון יכולה להתנתק עקב מות אחד מבני הזוג או גירושין — ראו סנהדרין פ"ג מ"ד; רמב"ם, הל' עדות פי"ד ה"א; שולחן ערוך חושן משפט, סי' לו סעיף יב; ש"ך שם, סעיף קטן ח.
- 33 לדיון במשפט הישראלי בפתרונות שונים של "התנתקות" מן העניין האישי, ראו שפניץ ולוסטהויז (לעיל, הע' 4), עמ' 325–327. וראו לעיל, הע' 31.
- 34 במקרה של ניגוד עניינים בין שני תפקידים ציבוריים שממלא עובד הציבור, יהא עליו "להסתלק" מאחד מהם.
- 35 ראו למשל: צו המועצות המקומיות (א), התשי"א–1950, סעיף 103(א); פקודת העיריות [נוסח חדש], סעיף 122(א); חוק התכנון והבניה התשנ"ה–1965, סעיף 47(א); כללים למניעת ניגוד עניינים של נבחרי הציבור ברשויות המקומיות, (לעיל, הע' 5), סעיף 11.



אליו אישית — יש בה בדרך כלל כדי לפתור את בעיית ניגוד העניינים גם לפי המשפט העברי; דרך זו אף מצאה את ביטויה בתקנה של אחת מקהילות ישראל לפני כמאתיים שנה.<sup>36</sup> ולא תישמע הטענה כי עצם חברותו של עובד הציבור בגוף הציבורי — כגון עירייה, ועדה מקומית לתכנון ולבנייה וכדומה — ואפילו אינו נוטל חלק בדיונים ובהצבעות הנוגעים אליו או לקרוביו, יש בה כדי לגרום שתתקבלנה החלטות הנגועות בשיקולים זרים. גם אם נסיון החיים מלמד כי כך הם לעתים פני הדברים, אין בטענה זו כדי לפסול מראש את כל חברי אותו גוף מלדון בעניין. הסיבה לכך היא, כי הפסול של "נוגע בדבר" נבחן לאור השאלה האם יש למי שאמור לדון נגיעה עתה בנושא הדין, אך אין מתחשבים לעניין זה בחששות רחוקים או עתידיים.<sup>37</sup> שאם לא נאמר כן, צריך היה לפסול מלדון לא רק דיין שיש לו נגיעה אישית אלא גם את כל עמיתיו בבית הדין. ברם, לא כך הוא הדין, ואין לחוש ל"נגיעה" מעבר לגדרים שנקבעו בהלכה.<sup>38</sup>

חרף האמור בפסקה הקודמת, דומה כי במצבים מסוימים לא יהא די בהסתלקותו של עובד הציבור מדיונים כדי לפתור את בעיית ניגוד העניינים. כך יהא, למשל, כאשר העובדים הנוטלים חלק בדיונים כפופים למרותו של עובד הציבור. דוגמאות למצבים כאלו מצויות במשפט הישראלי.<sup>39</sup>

לגבי סמכויות המסורות לעובד ציבור יחיד — להבדיל מגוף של אנשים — ניתן ליישם פתרון דומה, ולפיו עובד הציבור "יסתלק" מהפעלת סמכותו הנגועה בניגוד עניינים ויעבירנה לידי אדם אחר. ברם, הן לפי המשפט העברי הן לפי המשפט הישראלי,

36 בתקנות תירייה נקבע כי שמאי מסים ("מעריך") אינו יכול להעריך את קרוביו, כגון אב, בן, נכד וכדומה, ובעת שדנים בקרוביו "צריך שיצא אותו מעריך לחוץ, למקום שאינו שומע בקולם" — ראו בניהו (לעיל, הע' 20), עמ' רי.

37 ראו: שולחן ערוך, חושן משפט, סי' לו סעיפים ב, י; שו"ת תרומת הדשן, סי' דשן; שו"ת דרכי נועם, חושן משפט, סי' כב. הרמב"ם (הל' עדות פט"ז ה"ד) פסק כי על הדיין לבחון אם אין לעד "צד הנאה בעדות זו, אפילו בדרך רחוקה ונפלאה". מדבריו משמע, לכאורה, כי יש לחוש גם לחששות עתידיים. ברם, הפוסקים כבר העירו על לשונו וביארו שכוונתו רק לחשש שקיים כבר בהווה או שעתיד לבוא בוודאות — ראו: תרומת הדשן, שם; שו"ת מהרש"ם, ח"ג סי' כב; שו"ת השיב משה, אבן העזר, סי' סה; ערעור תשכג/89, פד"ר ה, עמ' 8.

38 ראו עוד בעניין זה חזון איש, פרקי אמונה ובטחון, פרק ג אות ל.

39 ראו, למשל, בעניין קאסוטו (לעיל, הע' 3, בעמ' 700): "גם אם יימנע העותר מלהשתתף בהצבעות הנוגעות לתכניות המוגשות על-ידי משרדו, לא ינוטרל ניגוד העניינים, כיוון שבתוקף היותו חבר מועצה נמצא העותר בגוף המפקח על עובדי העירייה שתפקידם לטפל בתכניות, כך שקיים חשש ממשי כי בהחלטתם יושפעו במישרין או בעקיפין מכך שמשרדו של העותר הוא מגיש הבקשה". והשוו לדברי מבקר הפנים של החברה קדישא ת"א (הובאו אצל: אביעד הכהן, דין וחשבון חברה קדישא גחש"א ת"א-יפו — דו"ח חקירה לפי סעיף 40 לחוק העמותות התש"ם-1980, הוגש לרשם העמותות, 1999, בעמ' 2): "לא ניתן יהיה לעקוף מעורבות זו ע"י יצירת חיץ מלאכותי בכך שהחותמים ומאשרי העבודות הינם עובדים אחרים. עובדים אלה נמוכים בדרגתם ואף כפופים מהותית למר ..., אישורם וחתימתם על פרויקטים וביצועם לא יכולה להחשב כהסרת ניגוד העניינים הכוללני. לדעתי, בשל מעמדו הבכיר בחברה, חתימת כל עובד אחר בכל דרגה שהיא לא תסיר את ניגוד העניינים".

ישימותו של פתרון זה מוגבלת, כיוון שהיא מותנית באפשרות — החוקית והמעשית — לאצול את הסמכות לאחר. לדעת אחד מגדולי הפוסקים, עובד ציבור רשאי לאצול את סמכותו לבצע פעולות מסוימות לאחר רק אם ניתנה לו סמכות מפורשת לכך, ורק אם בנסיבות המקרה לא משתמע כי הייתה כוונה לשלול את האצילה.<sup>40</sup> בדומה קבעה גם ההלכה הפסוקה במשפט הישראלי, כי בהעדר סמכות אצילה מפורשת בדין, רשות שלטונית שהחוק העניק לה סמכות, חייבת לבצע את הסמכות בעצמה, אלא אם כן בנסיבות העניין יש להסיק כי החוק התכוון להתיר את האצילה.<sup>41</sup>

### ה. דגם ב' — חקיקה המתירה ניגוד עניינים

מחמת הקושי למצוא דיינים ועדים שאינם קרובים או נוגעים בדבר וההכבדה שהייתה נגרמת עקב דרישות אלו לחיי הקהילה היהודית, שהתפתחו מאוד בימי הביניים,<sup>42</sup> החלו להתבסס בקהילות ישראל מנהגים — ואף הותקנו תקנות קהל — אשר קבעו כי ניתן להכשיר דיינים ועדים בני אותה קהילה חרף היותם נגועים בפסול "קרוב" או "נוגע בדבר". מנהגים ותקנות אלו — אשר ראשוני ספרד למן המאה הי"ג מעידים כי פשוטו בקהילות רבות<sup>43</sup> — זכו לגיבוי הלכתי מצד הפוסקים.<sup>44</sup>

שני נימוקים הובאו בפוסקים לביסוס מנהגים ותקנות אלו. האחד, ההלכה כי בעלי דין יכולים לקבל על עצמם, בהסכמתם המשותפת, שיעד הפסול להעיד יעיד במשפט או שידון אותם דיין הפסול לדון, כגון קרובו של אחד מהם ("נאמן עלי אבא").<sup>45</sup> הסכמת

40 כך פסק הריב"ש (ספרד-אלג'יר, המאה הי"ד) — שו"ת הריב"ש, סי' רכח. מדובר שם על סמכות שניתנה לשלושה נאמנים של הקהל יחד עם בית הדין לבחור קבוצת אנשים שיפקחו על עסקי הקהל בענייני מסים. תשובה זו נידונה על ידי השופט מנחם אלון בבג"צ 702/79, גולדברג נ' שרמן, ראש מועצת רמת השרון ואח', פ"ד לד(4), עמ' 89-90.

41 ראו: יצחק זמיר, הסמכות המינהלית, ב, ירושלים תשנ"ו, עמ' 532-535; ברוך ברכה, משפט מינהלי, ב, ירושלים תשנ"ו, עמ' 43-45, 149-158. במצבים מסוימים ניתן יהא לפתור את הבעיה על ידי כך שעובד הציבור יבצע את הפעילות הבעייתית בשיתוף עם גורם אחר, שאינו כפוף לו. לדיון במשפט הישראלי בפתרונות שונים של "התנתקות" של עובד הציבור במסגרת המערכת הציבורית, ראו שפניץ ולוסטהויז (לעיל, הע' 4), עמ' 324-325.

42 ראו על כך לעיל, פרק ג.

43 ראו, למשל: תשובת הרשב"א המצוטטת להלן, בסמוך לציון 48; שו"ת הרשב"א, ח"א סי' תרפ, תתיא; שו"ת הרא"ש, כלל ה סי' ד. כך הוא המצב גם במאות הי"ח והי"ט — ראו חקרי לב, חושן משפט, סי' כג, ד"ה המורם מהם; ערוך השולחן, שם, סי' ז סעיף כב.

44 ביחס לדיינים ראו: שו"ת הרשב"א, ח"ו סי' ז; שו"ת הרא"ש, כלל ה סי' ד; שו"ת הריב"ש, סי' קסח, על פי תשובות הרמב"ן והרשב"א; שם, סי' קצה; שו"ת התשב"ץ, ח"ב סי' סג; שו"ת הרשב"ש, סי' רו, בשם אביו; שם, סי' תקסח, על פי תשובות הרא"ש והרשב"א; שו"ת משפטי שמואל, סי' צב, על פי תשובות הרשב"א (המיוחסות) והרא"ש. וראו עוד כל הפוסקים שהסכימו לתקנה זו, שציין ר' רפאל יוסף חזן (איזמיר, המאה הי"ח), חקרי לב, שם. ביחס לעדים ראו: שו"ת הרשב"א, ח"א סי' תרפ, תתיא; ח"ה סי' רפו, רעג; ח"ו סי' ז; תשובות שאלות להרשב"א, רומא ר"ל לערך (ירושלים תשל"ז), סי' קמא; שו"ת הרא"ש, כלל ה סי' ד.

45 משנה, סנהדרין פ"ג מ"ב: "אמר לו [=בעל דין לחברו]: 'נאמן עלי אבא [=שלי]', 'נאמן עלי

הקהל היא שמעניקה אפוא את התוקף לעדים ולדיינים הפסולים.<sup>46</sup> הנימוק השני נעוץ בכוחו של המנהג.<sup>47</sup>

איזון מעניין בין צורכי הקהילה, מצד אחד, לבין הרצון שלא יהיו כל הדיינים קרובים זה לזה, מן הצד השני, מצוי באחת התקנות הנזכרת אצל הרשב"א (ספרד, המאה הי"ג) בתשובה – "שהסכימו הקהל לדון אפי' לון שני קרובים, ובלבד שלא יהא צ"ל: ובלבד שיהא שם [דיין] שלישי שלא יהא קרוב לא לזה ולא לזה".<sup>48</sup> הרשב"א העניק תוקף לתקנה זו, וצייץ כי כך מקובל בקהילות רבות ביחס לענייני מסים:

גם זה פשוט שאין לאחר הסכמת הקהל כלום, וכן נהגו כל הקהילות בענייני המסים שהדין באנשי העיר ומביאין ראייה מאנשי העיר, אע"פ שהם קרובים לדיינים ולנידונין, ולא עוד אלא שהב"ד והעדים נוגעים בעדותן ובדינן ומעידים לעצמם, וכל זה מדין הסכמת הקהל.

בעקבות הרשב"א, הרא"ש ופוסקים רבים נוספים שהלכו אחריהם, כמצוין לעיל,<sup>49</sup> נפסק להלכה בשולחן ערוך: "ואם עשו תקנה או שיש מנהג בעיר שדייני העיר ידונו אף על ענייני המסים – דינם דין".<sup>50</sup>

הלכה זו הפכה להיות כה מקובלת ומושרשת, עד שאנו שומעים את ר' יחיאל מיכל עפשטיין (רוסיה, סוף המאה הי"ט) פוסק "[ש]מימינו לא ראינו ולא שמענו, שבעסק הנוגע לעיר לא ידונו דייני העיר. וכיוון שהמנהג כן, הוי כקיבלו עליהם [=הציבור, את הדיינים הפסולים], ויכולים הדיינים שבעיר לדון על כל ענייני העיר".<sup>51</sup>

אביך". אמנם, רש"י, שם כד ע"א, פירש את המשנה כמכוונת לקבלת פסול כדיין, אולם ראשונים אחרים הבינו שמדובר על קבלת פסול בין לדון בין להעיד – ראו: מאירי, שם; רמב"ם, פירוש המשניות, שם, ובהל' סנהדרין פ"ז ה"ב; וכך הבינו גם הגאונים שדבריהם הובאו ברי"ף, שם ד ע"א בדפי הרי"ף. וכך נפסק בשולחן ערוך, חושן משפט סי' כב סעיף א.

46 שו"ת הרשב"א, ח"א סי' תרפ; ח"ב סי' קז; ח"ה סי' קפד.  
47 שו"ת הרשב"א, ח"א סי' תתיא; ח"ה סי' רפו. וראו עוד בעניין זה אלו, המשפט העברי (לעיל, הע' 7), עמ' 596 הע' 178. על שני הנימוקים הללו, קבלת הציבור והמנהג, עמד גם בחקרי לב (לעיל, הע' 43), ד"ה והנה ראיתי.

48 שו"ת הרשב"א, ח"ו סי' ז.  
49 ראו במקורות שצוינו לעיל, הע' 44, 46.

50 שולחן ערוך, חושן משפט, סי' ז סעיף יב. ובדומה לגבי עדים מבני העיר – שם, סי' לו סעיף כב. אך ראו בשו"ת מהרא"ל צינץ (פולין, המאות הי"ח-הי"ט), שדן באחד שקנה בית מיתומה באמצעות אפוטרופוסים ובית הדין של העיר, אשר כלל שני דיינים שהיו קרובים של בעלי הדין ולפיכך היו פסולים עבורם לעדות. רא"ל צינץ פסק כי אמנם בחושן משפט סי' ח' (הכוונה לרמ"א שם, סעיף א) נפסק שיכולים ציבור לקבל עליהם דיינים שאינם ראויים לדון מן התורה, אך ודאי שלא קיבלו עליהם שידונו את קרוביהם. ואף אם קיבלו עליהם בעלי הדין במפורש דיינים קרובים, מכל מקום המנהג הוא שלא ניתן לכופף על בעל דין להידון בפני קרובים, וודאי שכך הוא כאשר מדובר ביתומים.

51 ערוך השולחן (לעיל, הע' 43). גם בספר חקרי לב (לעיל, הע' 43) כתב כי מדברי הפוסקים יש לנו "עדות מספיק לכל תפוצות ישראל שכך נהגו". ובפתחי תשובה לחושן משפט סי' לו, סעיף קטן יד, כתב שוודאי אחרי שנקבע מנהג זה בשולחן ערוך הרי הוא "מנהג קבוע לדורות".

בדומה להלכה האמורה לגבי דיינים, קבעו הפוסקים האחרונים כי ניתן למנות גם טובי עיר קרובים או נוגעים בדבר, ובלבד שהציבור הסכימו על כך בתקנה שעשו ביניהם או שכך הוא המנהג באותו מקום.<sup>52</sup> מכאן עולה לכאורה מסקנה ברורה וחד-משמעית, כי אם יש במדינה מנהג מקובל, או אם נחקקו חיקוקים<sup>53</sup> המתירים לעובדי ציבור לפעול בעניין שיש להם בו נגיעה אישית – לא קיימת עוד כל בעיה של ניגוד עניינים.

אלא שיש לסייג מסקנה זו בשני סייגים, אשר נזכרו בדברי הפוסקים בעיקר ביחס לדיינים. הסייג הראשון נוגע לפרשנות המצומצמת שיש להעניק למנהג או לדבר חקיקה המתירים לדיין או לעובד ציבור לפעול תוך נגיעה אישית. סייג זה יוסק מעיון בדברי הפוסקים ביחס ל"תקנת הקהילות", שנזכרה לעיל, אשר התירה לדיין העיר לדון בענייני עירם.

בפוסקים מבואר כי תקנת הקהילות התירה לדיין לדון בענייני העיר רק אם מדובר בעניינים השייכים לכלל הציבור, דוגמת מסים, ספר תורה, בית כנסת, צדקה וכדומה, היינו: כאשר הנגיעה היא נגיעה כללית בלבד. במקרים אלו הנגיעה שיש לדיין אינה יותר מאשר זו שיש לכל אחד מבני עירו. לעומת זאת, בעניינים שיש לדיין לגביהם נגיעה אישית שלו או של קרובו לא התירה תקנת הקהילות לדון, כי הציבור שתיקנוה לא התכוונו להתיר לדיין העיר לדון במצבים כאלה.<sup>54</sup>

דוגמה יפה לאבחנה האמורה ניתן למצוא בפסק דין של ר' יהודה עייאש.<sup>55</sup> פסק הדין עוסק באדם שציווה חלק מנכסיו "לבעלי תורה ולעניי העיר". היוורשים על פי דין ערערו על צוואתו בכמה נימוקים, ובין השאר טענו כי בית הדין שבעיר, בראשותו של ר' יהודה עייאש, פסול מלדון בעניין זה. לטענתם, דייני העיר "נוגעים בדבר", כי הם עשויים לקבל חלק מנכסי הצוואה בשל היותם "בכלל הבעלי תורה" שבעיר.

52 ר' שמואל קלעי (ארטא, יוון, המאה ה'ט"ז), שו"ת משפטי שמואל, סי' צב – מכשיר מינוי קרובים לטובי הקהל על סמך תקנת הקהל והמנהג בקהילה, ומוסיף "וכן נהגו בכל הקהלות אשר בגלות ישראל"; ר' יוסף כ"ץ (פולין, המאה ה'ט"ז), שו"ת שארית יוסף, סי' ל; מהרש"ם שבדרון (גליציה, המאה ה'י"ט), משפט שלום, סוף סי' רלא, קונטרס תיקון עולם אות כג.

53 ברי כי מדובר בחיקוק שהוא בעל תוקף בעיני המשפט העברי. שאלת תוקפם של חוקי הכנסת והתקנות שמוקנות מכוחם לפי המשפט העברי, חורגת מגבולותיו של מאמר זה. בנושא זה ראו למשל אליאב שוחטמן, "רובו מתוך כולו" – תוקפם של חוקים המתקבלים במליאת כנסת שאינה מלאה, תחומין ט (תשמ"ח), עמ' 82–102, ובמקורות שצוינו שם, בהערה 1.

54 שו"ת הריב"ש (ספרד–אלג'יר, המאה ה'יד), סי' קצה ד"ה ומה שטענו; ר' מרדכי הלוי (קהיר, המאה ה'י"ז), שו"ת דרכי נועם, חושן משפט סי' כב, ד"ה ומ"מ וד"ה אם כן; ר' רפאל ידידיה שלמה צרור (אלג'יר, המאות ה'י"ז–ה'י"ח), שו"ת פרי צדיק, ח"א סי' א (מהד' י"ב צרור, ירושלים תשמ"ה, עמ' לד ד"ה והנה); תלמידו, ר' יהודה עייאש (אלג'יר, ראשית המאה ה'י"ח), שו"ת בית יהודה, חושן משפט סי' יג, בתשובה לטענה השמינית; ר' רפאל יוסף חזן (איזמיר-ירושלים, המאות ה'י"ח–ה'י"ט), חקרי לב (לעיל, הע' 43), ד"ה ואי ק"ל, מאבחן כי התקנה הכשירה רק "נוגע בדבר", שיש לו "הנאה קצת בעדותו", אך לא "בעל דבר", כגון אחד מעניי העיר לגבי צדקה, הנוגע בעניין באופן אישי; ר' משה סופר (פרסבורג, המאות ה'י"ח–ה'י"ט), שו"ת חתם סופר, חושן משפט סי' קסג: "בעניינים הנוגעים לכלל[ות] הציבור, כגון: הטלת מסים וארנוניות וס"ת ובהכ"נ ומרחץ וצדקו[ת] והקדשות... שכולם נוגעין[ם] בדבר, אלא שכבר נהגו [לדון בדייני העיר]".

55 שו"ת בית יהודה, שם.

ר' יהודה עייאש דן בטענת היורשים בדבר פסלות הדיינים. הוא מביא את דברי השולחן ערוך ביחס לתקנת הקהילות המתירה לדיינים לדון בענייני עירם, אך מוסיף כי תקנה זו יפה כוחה "דוקא בדבר שהוא שוה לכל נפש והנאתו כוללת, כעם ככהן", היינו: נגיעה ("הנאה") השווה לדיין ולשאר בני העיר; אולם "פשיטא דבכל אופן אין דנין בדייני אותה העיר בדבר שיש להם בו צד הנאה מיוחדת", דוגמת המקרה דנן, "וזה דבר ברור אמת ויציב ע"פ הדין וע"פ הסברא".<sup>56</sup>

מדברי כמה מפוסקי ההלכה עולה עוד, כי במקום שלא ברור קיומו של מנהג להתיר לדיינים לדון בענייני העיר — אין להתיר זאת.<sup>57</sup> יתר על כן, גם במקום שקיימים מנהג או תקנה ברורים, הפוסקים גרסו כי יש להחיל אותם רק במקרים מסוימים ומוגדרים ולא מעבר לכך,<sup>58</sup> היינו: יש ליתן להם פרשנות מצמצמת. בדומה לכך מובא בפוסקים, כי המנהג להכשיר בני קהילה לעדות ולדין, חרף היותם קרובים ונוגעים בדבר, אינו תקף במקרה שניתן להיעזר בבני קהילות אחרות.<sup>59</sup>

ברם, פוסקי ההלכה שדבריהם הובאו לעיל לא התייחסו לקהל שקיבל על עצמו בתקנה מפורשת, כי דיינים יכולים לדון אפילו במקרה של נגיעה אישית-פרטית. כל שאמרו הפוסקים הוא, כי מתקני תקנת הקהילות מן הסתם לא התכוונו להתיר לדיינים נגיעה פרטית. אולם, במקרה של תקנה מפורשת המתירה זאת, ייתכן שגם הם היו מודים כי צריך ליתן תוקף להסכמת הציבור. שהרי, כאמור לעיל, ההלכה היא שיכול הציבור לקבל על עצמו דיין פסול, ובכלל זה נוגע בדבר; וכפי שראינו, פוסקי ההלכה עצמם נסמכו על טיעון הלכתי זה כאחד הנימוקים לביטול תקנת הקהילות.<sup>60</sup>

אם נשוב ונקיש מדיינים לעובדי ציבור נגיעה אפוא למסקנה, כי אם ייקבע בחיקוק סעיף חד-משמעי המתיר לעובד ציבור — אם לחלוטין ואם בסייגים — לדון ולהחליט בנושא אשר יש לו או לקרוביו אינטרס אישי בו, אפשר שיש בכוחו של סעיף כזה לפתור את בעיית ניגוד העניינים.

אולם, דומה כי יש להטיל ספק בנכונותה של המסקנה הגורפת שהוצגה זה עתה,

56 אמנם, בהמשך דוחה המשיב את טענת הנגיעה באומרו כי "יש תקון [לבעיה], שיסלקו עצמם הדיינים מאותם הנאות של המתנות הנזכרות, ואז יכולין לדון". על "הסתלקות" כפתרון לבעיית ניגוד העניינים, ראו לעיל פרק ד.

57 שו"ת פרי צדיק ושו"ת בית יהודה (לעיל, הע' 54). ברם, בחקרי לב (לעיל, הע' 43, ד"ה ואי ק"ל), כתב שיש ללכת אחר המנהג ברוב המקומות.

58 בחקרי לב, שם, ד"ה והנ"ל (ואילך), העלה כי לדעת הרא"ש התקנה הכשירה רק עדות טובי העיר ביחס לחתימתם על תקנות הקהל, אך לא כשמדובר בעדות אחרת בשטר או בעדות בעל פה. בהמשך כתב כי בעל הבית יוסף הבין בדעת הרא"ש, שהתקנה התייחסה רק לתקנות קהל אך לא להקדשות, דיני מסים וכדומה, ברם הרשב"א הכשיר בכל עניין, וכך נפסק בשולחן ערוך; בשו"ת ר' אליהו מזרחי (סי' יב), הסיק מבבא בתרא מג ע"א, שהתקנה הכשירה עדות של בני העיר רק לגבי בני עירם אך לא לגבי בני עיר אחרת.

59 שו"ת הרשב"ש, סי' תקסח; חקרי לב (לעיל, הע' 43), ד"ה כי ע"כ; והשוו לאמור לעיל, בסמוך לציון 29.

60 ראו לעיל, בסמוך לציון 46.

כמו גם בשאלה האם היא ראויה. כאן אנו מגיעים לסייג השני לדגם החקיקה. ביטוי בהיר לסייג הנוסף להסתמכות על דבר חקיקה או מנהג המתירים ניגוד עניינים, מצאתי בדברי בעל ערוך השולחן, בהמשך לדבריו שצוטטו לעיל.<sup>61</sup> כסיכום לנושא פסול הדיינים מחמת נגיעה בדבר – ולאחר שציין כי המנהג להתיר לדייני העיר לדון בענייני העיר הפך למקובל ונפוץ – הוא חותם כך: "מיהו [=אמנם], אם רואים [דייני העיר] שלפי נושא העניין מוטב יותר שידונו ע"פ [=על פי] דיינים אחרים – יעשו כן, ולא ידונו דייני העיר". דברים ברורים יותר בעניין זה כותב בעל ערוך השולחן בסיומו של הפרק העוסק בדינים של הפסולים מחמת נגיעה בעדותם:

וכן במה שנתבאר שנהגו לדון כל צרכי העיר בבני העיר, הן לדין הן לעדות, מ"מ [=מכל מקום] אם הדיינים רואים שאם ידונו ע"פ בני העיר יצא העניין מקולקל – הרשות בידם לצוות שיביאו דיינים מעיר אחרת וכן עדים. ואף שהוא נגד המנהג, דהמנהג לא נעשה רק לתיקון ולא לקילקול.<sup>62</sup>

מדבריו למדנו, כי גם אם קיימים תקנה או מנהג, ולפיהם מותר לדיינים לדון תוך ניגוד עניינים, יישומם טעון שיקול דעת שיפוטי בהתאם לנסיבות ("לפי נושא העניין"). קיומו של דבר חקיקה המתיר לדיין להימצא בניגוד עניינים אינו מהווה פתרון קסם לבעיה. עדיין חיוני לבחון באורח מתמיד שמא "מוטב יותר" שידון בעניין דיין אחר אשר אינו נוגע בדבר. שכן, תכלית החקיקה של התקנה (או המנהג) לא הייתה אלא להביא "לתיקון ולא לקילקול".

בעל ערוך השולחן מדבר על ניגוד עניינים של דיינים ועדים. ברם, לאור השוואת עובדי ציבור לדיינים, כאמור לעיל, דבריו יפים לא פחות גם ביחס לחיקוק המתיר ניגוד עניינים אצל עובדי ציבור.

זאת ועוד, במקורות המשפט העברי לדורותיהם נקבע – לגבי כל אדם בכלל ולגבי עובדי ציבור בפרט – כי הצדק צריך לא רק להיעשות אלא גם להיראות, וכי "אדם צריך לצאת ידי הבריות כדרך שצריך לצאת ידי המקום".<sup>63</sup> חוק המתיר לעובד ציבור לפעול תוך ניגוד עניינים, במיוחד אם מדובר באינטרס אישי, אינו עומד לדעתי בקנה המידה של מראית פני הצדק. ואכן, היו קהילות שתוקנו בהן תקנות מפורשות שאסרו על עובדי ציבור – דוגמת טובי העיר או שמאי מסים של הקהילה – לפעול תוך ניגוד עניינים.<sup>64</sup>

61 בסמוך לציון 51.

62 ערוך השולחן חושן משפט, סי' לז סעיף כב.

63 משנה, שקלים פ"ג מ"ב. פסוק זה נדרש בדרך דומה גם בתוספתא (מהד' ליברמן) כיפורים פ"ב ה"ה-ה"ו. בעניין זה ראו עוד במאמרי (לעיל, הע' 1), עמ' 95-99.

64 לגבי טובי העיר – ראו למשל בשו"ת מהרשד"ם (שאלוניקי, המאה ה"ז), יורה דעה סי' קעה: "חבר[ת] ת"ת [=תלמוד תורה] אשר פה שאלוניקי יש חצרות והקדשות להיוח פרותיהם לפרנס[ת] החברה יע"א [=יגן עליה אלוהים]. ובאחד מן השנים הסכימו פרנסי החברה הסכמה אחת, הלא היא שלא יוכל שום פרנס מפרנסי החברה לקנות שום דבר בנכסי הקדש, לא ביוקר ולא בזול... בשום אופן בעולם, גם לא יהי'ה] כח לפרנסים המשרתים למכור לשום פרנס שום דבר מנכסי ההקדש בשום זמן בעולם". לגבי שמאי מסים ("מעריכים") – באיזמיר, למשל, נאסר על מעריך להעריך כל

מאותה סיבה, גם בשיטת משפט מודרנית כזו הנהוגה במדינת ישראל, אין לדעת מקום לחיקוקים המתירים לעובד ציבור באופן גורף ובלתי מסויג לבצע פעולות או לקבל החלטות אם מעורב בהן אינטרס אישי של העובד.<sup>65</sup> היתר שכזה, גם אם יינתן על פי הרשאה כחוק, חזקה כי יביא ללזות שפתיים ויגרום לקלקולים.<sup>66</sup>

## ו. דגם ג' – אישור מראש של גוף שיפוטי או מנהלי לפעולות שיש בהן ניגוד עניינים

### 1. אישור מראש על ידי בית המשפט

סקרתי עד כה שני דגמים לפתרון בעיית ניגוד העניינים של עובדי ציבור ודיינים: הסתלקות מן העניין האישי או הציבורי, והסדרי חקיקה המתירים ביצוע פעולות תוך ניגוד עניינים. בפרק זה אבחן דגם שלישי לפתרון בעיית ניגוד העניינים, המיוחד לעובדי ציבור, והוא: אישור מראש של בית המשפט לכל פעולה הנגועה בניגוד עניינים, טרם ביצועה. אישורו של בית המשפט יינתן, אם לחלוטין ואם בסייגים, לאחר שמכלול הנתונים הנוגעים לפעולה הנידונה יוצגו בפניו על ידי עובד הציבור.

למיטב ידיעתי, במקורות המשפט העברי טרם נידונה האפשרות להכשיר פעולות של עובדי ציבור הנתונים בניגוד עניינים באמצעות אישור מראש של בית הדין. משלא מצאתי במקורות ההלכה דיון בסוגיה זו במסגרת המשפט הציבורי, נזקקתי להיקש מן המשפט הפרטי.<sup>67</sup>

להלן אנסה להקיש, במסגרת המשפט העברי, מדינים של נאמנים לסוגיהם ושל אפוטרופוסים – המבצעים פעולות תוך ניגוד עניינים – לדינים של עובדי ציבור, תוך מודעות לשוני שבין המצבים. הצידוק להיקש האמור נעוץ בקביעתם של הפוסקים,

מי ש"קרוב אליו ופסול לו מחמת קורבה". יש לציין, כי הדבר נאסר שם רק ב"עריכה גדולה" (אחת לשלוש שנים), אך לא ב"עריכה קטנה" (אחת לשנה) – ראו בניהו (לעיל, הע' 20), עמ' רי הע' 3. שונה המצב אם מדובר בחוק אשר מתנה ביצועה של כל פעולה הנגועה בניגוד עניינים בהשגת אישור מראש של גוף שיפוטי או מנהלי. באפשרות זו ידון הפרק הבא.

דומה כי בעשור האחרון גדלה הנכונות מצד בתי המשפט בישראל להפעיל בשאלת החשש למשוא פנים את המבחן המחמיר יותר, מבחן "החשש הסביר" (להבדיל ממבחן "האפשרות הממשית"). עדות למגמה זו ניתן למצוא, בין היתר, בפסקי הדין הבאים: בג"צ 3132/92 מושלב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז הצפון, פ"ד מז(3), עמ' 747; פרשת כחילה (לעיל, הע' 3), עמ' 570; פרשת קאסוטו (שם), עמ' 698; פרשת פריצקי (שם), עמ' 19. אמנם, יש עדיין מי שנוקט את מבחן "האפשרות הממשית" – ראו למשל פרשת סיעת צעירים למען חיפה (שם), עמ' 559, 561. וראו עוד ברק-ארז (לעיל, הע' 4), עמ' 223.

באמרי "משפט פרטי" ו"משפט ציבורי" כוונתי לשימוש שנודע למונחים אלו בלשון המשפטית המקובלת כיום. אין כאן המקום לעסוק בשאלת המיון במשפט העברי, ובשאלת התאמתם או אי-התאמתם של המונחים בין שיטת המשפט העברי לשיטות משפט אחרות – בנושא זה ראו אלון, המשפט העברי (לעיל, הע' 7), עמ' 68–72, ובמקורות שצינינו שם. והשוו שלום אלבק, "יסודות משטר הקהילות בספרד עד הרמ"ה (1180–1244)", ציון כה (תש"ך), עמ' 90–91.

שנזכרה כבר לעיל,<sup>68</sup> כי עובדי ציבור ("טובי העיר") נחשבים כנאמנים של הציבור וכאפוטרופוסים על ענייניו.<sup>69</sup>

לפי החוק הישראלי, נאמן רשאי לבצע פעולות בנכסי הנאמנות – חרף ניגוד העניינים שבו הוא מצוי – אם הדבר אושר מראש על ידי בית המשפט.<sup>70</sup> הסדר דומה קבוע בחוק גם ביחס לאפוטרופוס.<sup>71</sup> האם גם לפי המשפט העברי יש בכוחו של אישור מטעם בית הדין כדי להסיר מעל נאמן או אפוטרופוס את החשד לניגוד עניינים, וכדי להתיר לו לבצע בנכסי הנאמנות עסקה עם עצמו? אפנה כעת לבירור שאלה זו.

א. נאמנים ואפוטרופוסים

(1) שומר פיקדון

התשובה לשאלה שהוצגה לעיל שנויה במחלוקת ראשונים ותלויה בסיטואציה הנידונה. כך שנינו בברייתא בבבלי ביחס לשומר פיקדון, שמטבע הדברים הוא בגדר נאמן:

המפקיד פירות אצל חבירו והרקיבו... הרי זה [=השומר] לא יגע בהן, דברי רבי מאיר. וחכמים אומרים: עושה להם תקנה [כדי להקטין את נזקו של המפקיד] ומוכרן בבית דין.<sup>72</sup> וכשהוא מוכרן – מוכרן לאחרים ואינו מוכרן לעצמו [שלא יחשדוהו שמא לקחן בזול – רש"י].<sup>73</sup>

בברייתא מקבילה, הבאה בתוספתא, הגירסה מעט שונה: "וחכמים אומרים: עושה אותן דמים בבית דין,<sup>74</sup> מוכרן לאחרים ואין מוכרן לעצמו".<sup>75</sup> מדברי הברייתא, כפי שהובנה בבבלי ובראשונים, עולה בבירור כי אף שהמכר אושר

68 ראו לעיל, בסמוך לציון 7.

69 גם אם נגיע למסקנה כי אישור שיפוטי מתיר, לפחות במקרים מסוימים, לבצע פעולות הנגועות בניגוד עניינים, עדיין נדרש אישור, בנפרד, של בית הדין לכל פעולה מפעולותיו של עובד הציבור, ובית הדין אינו רשאי להעניק מראש אישור "כללי" לכל הפעולות. כך היא ההלכה לגבי אפוטרופוס – ראו הרב אליעזר גולדשמידט, עזר משפט, ירושלים תשנ"ד, סי' לא, "מעמד האפוטרופוס בנכסי יתומים", עמ' שעג. וכאמור בטקסט, יש להשוות את דינו של עובד הציבור לדינו של אפוטרופוס, ביחס לסמכויות המסורות בידי.

70 לפי החוק, נאמן אינו רשאי להפיק לעצמו כל טובת הנאה מנכסי הנאמנות. אולם בית המשפט רשאי "לאשר מראש" לנאמן פעולה כזו – הנגועה מטיבה בניגוד עניינים – אם נוכח שהיא "לטובת הנאמנות" – ראו חוק הנאמנות, התשל"ט–1979, סעיפים 13(א), (ג).

71 ההסדר מתייחס לפעולות משפטיות שבין אפוטרופוס ממונה לבין חסו, וכן לכאלו שבין הורים (אפוטרופוסים טבעיים) לבין קטין – ראו חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, התשכ"ב–1962, סעיף 48 (כותרתו: "פעולות שיש בהן ניגוד אינטרסים"); שם, סעיף 20.

72 בסוגיה בבבא מציעא לח ע"א, ביארו שלדעת ר' מאיר לא יגע בהן, כי כבר נגמר הפסדם ולא יתקלקלו יותר, אך חכמים סוברים שמוכרן בבית דין משום הצלת הכלים.

73 בבא מציעא, שם.

74 "דהיינו, ששמו אותן בית דין" – חסדי דוד.

75 תוספתא בבא מציעא פ"ג ה"ח, מהד' ליברמן עמ' 74.



בבית דין, אין זה מתיר לשומר למכור את הפיקדון לעצמו אלא רק לאחרים,<sup>76</sup> מפני החשד.<sup>77</sup> ואף שהכול נעשה באישורו של בית דין, עדיין יש מקום ללזות שפתיים, לפי שאין הכול יודעים ששומת המכר הייתה ידועה לבית דין<sup>78</sup> או מחמת שיש שאינם יודעים כלל כי מכירת הפיקדון לשומר בוצעה על ידי בית דין.<sup>79</sup>

אמנם, כמה מן הראשונים גרסו בברייתא "עושה להם תקנה ומוכרין" בלא שתי המילים "בבית דין".<sup>80</sup> יש אף מי שכתב במפורש, לאור גירסה זו, כי האיסור למכור לעצמו אמור רק במוכר שלא בבית דין, אך כשמוכר בבית דין — רשאי למכור אף לעצמו.<sup>81</sup> לדעה זו, אכן יש בכוחו של אישור שיפוטי כדי להסיר את החשד לניגוד עניינים. ברם, הגירסה המקובלת בראשונים<sup>82</sup> היא "ומוכרין בבית דין". ולאור זאת, דעתם היא כי הגם שהשומר חייב למכור את הפיקדון בבית דין — בכל זאת נאסר עליו למוכרו לעצמו. כך נפסק גם להלכה ברמב"ם ובשולחן ערוך.<sup>83</sup>

ואם ישאל השואל, מאחר שמחוייב השומר למכור את הפיקדון רק לאחרים, מפני החשד, מדוע עליו לבצע את המכירה דווקא בבית דין? לשאלה זו ניתנו בראשונים שתי תשובות. כמה מן הראשונים סברו כי בית הדין הנזכר בברייתא מעניק את הרשות למכור.<sup>84</sup> שהרי, כדברי הר"ן בחידושו, הפירות הופקדו על ידי המפקיד רק כדי "להיות מכונסים בקרן זוית בלבד", ומשנרצה השומר לבצע בפיקדון פעולה החורגת מהרשאת המפקיד, הוא נזקק לרשות בית הדין.<sup>85</sup> לעומת זאת, לדעת הריב"ש<sup>86</sup> בית הדין נחוץ לצורך שמאות

76 אמנם, מלשון הברייתא בבבלי ניתן היה להגיע אולי גם למסקנה ההפוכה, היינו שהסיפא "וכשהוא מוכרין" אינה מוסבת על האמור לפניה אלא עוסקת במוכר שלא בבית דין, ואילו המוכר בבית דין יכול למכור גם לעצמו. ברם, מלשון התוספתא ברור שמדובר במקרה אחד והמסקנה כאמור בפנים. וראו בחסדי דוד, שם.

77 הטעם "משום חשדא" מפורש מדברי הגמרא, פסחים יג ע"א, ביחס לברייתא זו. וכך גם ביארו הראשונים — ראו: רש"י לבבא מציעא לח ע"א, ד"ה ואין מוכרין לעצמו; מאירי, שם; רמב"ם, הל' שאלה ופקדון פ"ז ה"ה. מאותו טעם, מי שמופקד על נכסי אחרים אינו רשאי למכור את הנכסים לא רק לעצמו אלא גם לקרוביו שפסולים לו לעדות — ראו: שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חושן משפט סי' א; חידושי ר' עקיבא איגר, חושן משפט סי' רצב סעיף יט.

78 תוספות לכתובות צח ע"א, ד"ה דאמרי לה.

79 פרישה, חושן משפט סי' רצ סעיף קטן טו.

80 מאירי לבבא מציעא לח ע"א; חידושי הר"ן שם, ע"ב, ד"ה ולענין פסק הלכה. וכך הגירסה בכ"י פירנצה. לפי גירסה זו, אין הברייתא מבחינה בין שומר לבין גבאי צדקה ותמחוי, ובכל המקרים ניתן למכור שלא בבית דין. וראו עוד להלן.

81 מאירי, שם, בשם "יש אומרים".

82 רי"ף, שם; רא"ש, שם, פ"ג סי' יא; רשב"א שם, ד"ה מדקתני; ריטב"א שם, ד"ה פורטין לאחרים. וכך הגירסה בכ"י מינכן. ובדומה לאמור בתוספתא, לעיל הע' 75.

83 רמב"ם, הל' שאלה ופקדון פ"ז ה"ה; שולחן ערוך, חושן משפט, סי' רצב סעיף יט.

84 הרשב"א, הריטב"א והר"ן (צוינו לעיל, בהע' 80, 82).

85 כדעה זו משמע גם מדברי רב האי גאון בספר המקח והממכר, שער ו, הכותב שהשומר רשאי למוכרין בבית דין רק כאשר בעלי הפיקדון הלכו למדינת הים, אך אם הם מצויים, אין לבית הדין למכור את הפיקדון. הרי לנו כי תפקיד בית הדין להעניק את הרשות למכור, כתחליף לבעלים שאינם בנמצא.

86 שו"ת הריב"ש, סי' שצו.

הפיקדון,<sup>87</sup> וכוונת הברייתא ל"בית דין של הדיוטות", כלומר, שאינם בקיאים בדין אלא רק בשומה. לדעתו, אם יתבצע המכר בבית דין של מומחים — הרי שבית הדין ולא השומר הוא המוכר, ולכן יוכל השומר למכור את הפיקדון גם לעצמו.<sup>88</sup> מפסיקת ההלכה ברמב"ם ובשולחן ערוך עולה,<sup>89</sup> כי דעת הריב"ש לא נתקבלה.<sup>90</sup>

לאור האמור יובן גם מדוע בחלקה השני של הברייתא, העוסק בגבאי צדקה, לא נזכרת הדרישה לבצע את הפעולה הבעייתית "בבית דין", ורק נאמר "פורטין [את מטבעות הצדקה] לאחרים ואין פורטין לעצמם", ובדומה ביחס לגבאי תמחוי: "מוכרין [את מזון התמחוי] לאחרים ואין מוכרין לעצמם".<sup>91</sup> הראשונים הגורסים כי בית הדין מעניק לשומר את הרשות למכור, מסבירים כי גבאי צדקה אינם זקוקים לרשות זו, כיוון שמעמדם ביחס לצדקה הוא כשָׁל בעלים ממש, ולכן הם רשאים למכור (לאחרים) שלא בבית דין.<sup>92</sup> לדעת הריב"ש,<sup>93</sup> שבית הדין נחוץ לצורך קביעת שומת הפיקדון, נראה כי גבאי צדקה מוכרים ופורטים (לאחרים) אף שלא בבית דין מחמת היותם נאמנים על השומה, שהרי "אין מחשבין עם גבאי צדקה".<sup>94</sup>

המסקנה העולה מדינו של שומר פיקדון היא, כי מכירה בבית דין אינה מתירה לשומר למכור את הפיקדון לעצמו, שכן עדיין קיים חשד הבריות הנובע מניגוד העניינים שיש בפעולה זו.

87 מן התוספתא (לעיל, סמוך לציון 75) משמע כדעת הריב"ש, שבית הדין נדרש לצורך השומה. ברם, הראשונים שנחלקו בפרשנות הברייתא שבבבלי לא הזכירו את דברי התוספתא. גם לגבי מכירת משכון בבית דין (משנה, בבא מציעא פ"ט מ"ג), נחלקו הדעות בראשונים, האם הכוונה לרשות בית דין, אך המכירה נעשית שלא בבית דין (כסף משנה בדעת הרמב"ם, הל' מלוה ולווה פי"ג ה"ג), או שהכוונה לשומת בית דין (שו"ת הרא"ש, כלל צ"ד, ד, ז). בשו"ת הריב"ש, שם, סבר שדעת הרמב"ם כדעת הרא"ש, אך בכסף משנה חלק עליו.

88 לגבי בעיית חשד, מדברי הריב"ש משמע שזו קיימת רק בבית דין של הדיוטות אך לא בבית דין של מומחים. כדעת הריב"ש בפירוש הברייתא כתב גם בפני יהושע, בבא מציעא לב ע"א, ד"ה בתוספות, ושם לח ע"א, ד"ה בגמרא מיתיבי.

89 לעיל, הע' 83.

90 על חיובו של שומר למכור את הנכס בבית דין ועל האיסור המוטל עליו לקנותו לעצמו, ראו עוד הרב ברוך כהנא, חוק לישראל — שומרים, בעריכת נחום רקובר, ירושלים תשנ"ט, עמ' 362–364, 1117–1115.

91 אמנם, בתוספות (בבא מציעא לב ע"א, ד"ה בית דין) כתבו שגם גבאי צדקה ותמחוי "אפילו בב"ד מוכרין לאחרים ואין מוכרין לעצמם". ומשמע, לכאורה, שגם הם — כמו שומר פיקדון — אינם רשאים למכור שלא בבית דין. ברם, בעל חסדי דוד (לעיל, הע' 75) כתב, שכוונת התוספות היא כי מכירה על ידי גבאי צדקה בכל מקום נחשבת למכירה בבית דין, "כיוון שממונים עפ"י בית דין על זה".

92 ראו בראשונים שצוינו לעיל, הע' 84.

93 לעיל, ליד ציון 86.

94 ברייתא, בבא בתרא ט ע"א; רמב"ם, הל' מתנות עניים פ"ט הי"א; שולחן ערוך יורה דעה סי' רנז סעיף ב. ברם, חרף נאמנותם אסור לגבאי צדקה ותמחוי לפרוט ולמכור לעצמם — ראו פני יהושע, בבא מציעא לח ע"א, ד"ה בגמרא מיתיבי.

(2) אלמנה המוכרת מנכסי העיזבון

ברם, נראה כי המסקנה שהוסקה מדינו של שומר פיקדון אינה נכונה ביחס לכל מצב, וכי ישנם מקרים שבהם יש בכוחו של אישור שיפוטי להתיר לאדם למכור נכס של אחרים לעצמו.

כך הוא המצב לגבי אלמנה המוכרת מנכסי בעלה לפרעון כתובתה. לפי הדין המובא במשנה, מותר לאלמנה למכור מנכסי העיזבון שלא בבית דין, בין למזונותיה בין לפרעון כתובתה.<sup>95</sup> האמוראים הסבירו דין זה כך: "אינה צריכה בית דין של מומחין, אבל צריכה בית דין של הדיוטות";<sup>96</sup> כלומר: מכירתה טעונה שומה על ידי בקיאים בשומה.<sup>97</sup> הגמרא מביאה מימרא של רב נחמן: "אלמנה שְׁשָׁמָה לעצמה [מנכסי בעלה לשם פרעון כתובתה] — לא עשתה ולא כלום".<sup>98</sup> למסקנת הסוגיה, מדובר כשבוצעה הכרזה כנדרש,<sup>99</sup> וזה שאין תוקף למכר, כי אומרים לאלמנה "מאן שם לך [=מי שם לך (את הנכסים)]?".<sup>100</sup> נחלקו הדעות בראשונים מהי הסיטואציה שרב נחמן דיבר עליה. יש שביארו כי מדובר באלמנה שמכרה בינה לבין עצמה, בלא כל מעורבות של בית דין;<sup>101</sup> ויש שגרסו כי אמנם נעשתה שומה בבית דין של הדיוטות, אך המכר לא נעשה בבית דין של מומחים, ולכן הוא משולל תוקף.<sup>102</sup> לפי שתי הדעות, מדברי הגמרא ניתן לדייק כי כל הבעיה היא בכך שהאלמנה מכרה שלא בבית דין (או שלא בבית דין של מומחים). ברם, לו הייתה מוכרת

95 כתובות פ"א מ"ב (צז ע"א).

96 בבא מציעא לב ע"א.

97 ראו תוספות לכתובות צח ע"א, ד"ה דאמרי, שבית דין של הדיוטות "יושבי קרנות הם ואינן אלא בקיאי בשומא". וכן כתבו גם הרמב"ן, הרשב"א וריטב"א, בבא מציעא שם; ורמב"ם, הל' אישות פ"ז הי"ג; פי"ח ה"כ.

98 כתובות צח ע"א.

99 הכרזה היא פרסום מכירת נכסים על ידי בית דין או אפוטרופוס, שמטרתו להרבות במחירים — ראו "הכרזה(א)", אנציקלופדיה תלמודית, ט, עמ' קמג; ולגבי אלמנה: שם, עמ' קנב-קנד.

100 בפירוש המשפט "מאן שם לך" נחלקו הדעות בראשונים: (א) יש מהראשונים (רש"י ותוספות בכתובות, לעיל, הע' 98; שו"ת הרא"ש, כלל קה סי' ב, בשם הרשב"א ושו"ת הרשב"א המיוחסות, סי' מד; מאירי, שם) שהסבירו "מי מכר לך?", היינו מי נתן לך רשות להחזיק בנכסים אלו, שהרי אישה מוכרת מנכסי בעלה בתורת שליח, ואין השליח יכול למכור את נכסי המשלה לעצמו. (ב) הריטב"א (שם, ד"ה אלמנה) הביא בשם הגאונים, שהבעיה היא בשומה. אמנם המכירה נעשית בבית דין של הדיוטות הבקיאים בשומה, ברם כיוון שהם אינם יודעים את הדין ואינם חוששים להפסד היתומים, חוששים שלא דקדקו יפה בשומת הנכסים, בידעם שממילא האלמנה נוטלת אותם לעצמה. כך גם דעת הרמב"ן, בבא מציעא לב ע"א, ד"ה גמרא. ובשו"ת הריב"ש, סי' שצו, הביא את שני ההסברים דלעיל. (ג) הר"ן (כתובות שם, נו ע"א בדפי הרי"ף, ד"ה גמ') בשם "יש מי שאומר" הסביר שמדובר שמכרה בלא בית דין כלל. וכן כתבו הר"ן, שם, והמגיד משנה בדעת הרמב"ם, הל' אישות פ"ז הי"ד. לפי הדעה האחרונה תתפרש השאלה כפשוטה: "מי שם לך את הנכסים?".

101 מגיד משנה בדעת הרמב"ם ו"יש מי שאומר" בר"ן, שם.

102 העיטור בשם הר"ח, הובא במגיד משנה, שם, ובטור, אבן העזר סי' צג (עיטור, מהד' רמ"י, אות כ', דף לה ע"ג); הריטב"א בשם הגאונים, התוספות והרמב"ן, לעיל הע' 100.

בבית דין כנדרש – יכולה הייתה לשום ולקחת את הנכסים גם לעצמה.<sup>103</sup> כך נפסק גם בשולחן ערוך.<sup>104</sup>

מהו אפוא הגורם לשוני בין אלמנה לבין מוכר פיקדון אשר הופקד בידו – שלגבי האחרון אף שמוכר בבית דין, אינו רשאי למכור לעצמו, ואילו אלמנה רשאית לשום הנכסים בבית דין אפילו לעצמה?

בעלי התוספות העלו שאלה זו במספר מקומות<sup>105</sup> ותירצוה בכמה אופנים. מחמת חשיבותם של התירוצים לענייננו נפרטם:

א. בפיקדון – קיים חשד, כי אין הכול יודעים שהשומה הייתה ידועה לבית דין.

ברם, אצל אלמנה הכול יודעים שהנכסים הגיעו לידה על פי בית דין, ולכן אין חשד.<sup>106</sup>

ב. באלמנה – בית הדין פועל כבעלים ומוכר הנכסים עבורה, ולפיכך היא רשאית לקנות מהם את הנכסים לעצמה. לעומת זאת, פיקדון שייך לבעליו ולא לבית הדין,

והשומר הוא רק שליח (של הבעלים) למוכרו. וכיוון ששליח אינו יכול למכור את נכסי המשלח לעצמו, לכן גם השומר אינו יכול למכור את הפיקדון לעצמו, אף בבית דין.<sup>107</sup>

ג. באלמנה – זה הוא דין מיוחד, שהתירו לה למכור לאחרים שלא בבית דין וכן למכור לעצמה בבית דין.<sup>108</sup> והטעם, כדברי הגמרא:<sup>109</sup> "משום חניא [=חן]".<sup>110</sup>

ד. לכתחילה, גם אלמנה, בדומה לשומר, אינה רשאית למכור לעצמה אפילו בבית

דין. אולם הגמרא עוסקת במצב של בדיעבד, כאשר כבר מכרה, ובמצב כזה לא ייבטל

המכר מחמת החשד.<sup>111</sup>

ה. מה שנאמר בשומר פיקדון שמוכר "בבית דין", הכוונה שמוכר ברשות בית דין

(של מומחים), אך בית הדין אינו יודע את השומה. לפיכך, על השומר לשום את הפיקדון

103 דיוק זה מפורש בדברי התוספות לכתובות צח ע"א, ד"ה דאמרי; בבא מציעא לב ע"א, ד"ה בית דין הדיוטות; פסחים יג ע"א, ד"ה מאי; וכן במגיד משנה, שם. ברם, גם מדברי ראשונים אחרים מדויק כאמור.

104 שולחן ערוך, אבן העזר, סי' צג סעיפים כז-כח. לפי האמור שם, אם לקחה האלמנה לעצמה מנכסי היתומים – המכר בטל, אך: "ואם היו ב"ד הדיוטות שם – מקחה קיים, וי"א [=ויש אומרים] שגם בזו אינו כלום עד שיהיו שם ב"ד מומחין". המחבר פסק, אפוא, כרמב"ם על פי המגיד משנה, והי"א הוא כדעת תוספות ור"ח וסיעתם. ראו: באר הגולה וביאור הגר"א, שם.

105 לעיל, הע' 103. להלן: תוספות בפסחים, תוספות בכתובות, תוספות בבבא מציעא.

106 תוספות בכתובות.

107 תוספות בפסחים, כתובות ובבא מציעא. סברה זו הובאה, וביתר ביאור, גם בדברי ראשונים אחרים – ראו: שו"ת הרא"ש, שו"ת הרשב"א ושו"ת הריב"ש (לעיל הע' 100).

108 כך הסביר המהרש"א, בבא מציעא לח ע"א, בדעת תוספות שם, ד"ה ב"ד הדיוטות. אמנם, בפני יהושע (שם לב ע"א, ד"ה בא"ד וי"ל) כתב שהטעם של "חניא" מועיל לדעת התוספות רק לעניין שמוכרת שלא בבית דין אך אינו מתיר לה למכור לעצמה.

109 כתובות צו ע"ב.

110 תוספות בפסחים ובבבא מציעא. ברש"י לכתובות שם, פירש "משום חניא. שיהו בעליהן לחן בעיניהן ולא ימנעו הנשים מלינשא לאנשים". וראו פירושים אחרים בראשונים על אתר.

111 תוספות בפסחים ובבבא מציעא. וראו פני יהושע, לעיל הע' 108.

על פי בית דין של הדיוטות, כדינה של אלמנה, ואינו רשאי למוכרו לעצמו.<sup>112</sup> אולם, אם המכר עצמו היה נעשה בבית דין (של מומחים), הרי בית הדין הוא המוכר, ויכול השומר לקנות הפיקדון אף לעצמו.<sup>113</sup>

מדברי התוספות בתירוצים א' וב' עולה כי עסקה אשר ידוע שדרכה להיעשות בבית דין, או שבמהותה היא עסקה שבית הדין פועל בה כבעלים בנכסים הנידונים, לא מתעורר לגביה חשד הבריות. מנגד, בכל עסקה מסוג אחר, גם אם יינתן אישורו של בית הדין במקרה הנידון — עדיין קיים חשד, ולא יוכל המחזיק בנכסיו של אחר למוכרם לעצמו. מדבריהם בתירוצים ג' וד' משמע, כי באופן עקרוני עסקאות "חשודות" אינן הופכות למותרות גם אם הן מבוצעות בבית דין.<sup>114</sup> אמנם, מתירוף ה' עולה כי אם השומה ידועה לבית דין של מומחים, הרי שהמחזיק בנכסי אחרים רשאי למוכרם לעצמו. ברם, כאמור לעיל, מסקנה זו לא התקבלה להלכה.<sup>115</sup>

המסקנה העולה מדינה של האלמנה היא איפוא, כי ייתכנו מקרים שאישור של בית דין יוכל להכשיר בהם עסקאות הנגועות בניגוד עניינים, אך מדובר רק במקרים חריגים.

### (3) אפטרופוס

לשם השלמת התמונה אבחן שני מקרים נוספים, שגם לגביהם נידונה שאלת רשותו של מחזיק בנכסיו של אחר — קרי, נאמן — לבצע באותם נכסים עסקאות עם עצמו: אפטרופוס ומשיב אבדה.

ביחס לאפטרופוס על נכסי יתומים קטנים, הראב"ד פסק כי "כמו שהאפטרופא יכול ליתן המעות ביד אדם נאמן לשם עסק, כך יכול ליקח אותם לעצמו בתורת עסק וליקח הריוח שהיה לוקח אחר, ובלבד שיודיע הדבר לבית דין".<sup>116</sup> הטור הביא דבריו וחלק עליהם: "ונראה לי שגנאי הוא הדבר ליקח אותם הוא בתורת עסק משום לזות שפתיים".<sup>117</sup> ואילו הבית יוסף על אתר קיבל את דינו של הראב"ד והעיר על דברי הטור הנזכרים: "אין בו בית מיחוש [=חשש], כיוון שהודיע הדבר לבית דין".

ר' יהושע פלק כ"ץ (פולין, המאה הט"ז) מבאר כי דעת הראב"ד והבית יוסף היא, שדווקא לאפטרופוס התירו כשמודיע לבית דין, כיוון שבית הדין הוא "אביהן של

112 שומה בבית דין הדיוטות אינה מתירה לשומר למכור לעצמו, כי עדיין קיים חשד הרואים — ראו פני יהושע, לעיל הע' 94. חשש זה אינו קיים עוד כשהשומה הייתה ידועה לבית דין של מומחים.

113 תוספות לכתובות צח ע"א, ד"ה דאמרי, וכן בתוספות הרא"ש, שם. בתוספות הדברים אינם מבוארים כל כך, אולם כך הבין את דבריהם גם בחסדי דוד (לעיל, הע' 76). המסקנה העולה מתירוף זה תואמת את דברי הריב"ש שהובאו לעיל, בסמוך לציון 86. ברם, הדרך שפירשו התוספות והריב"ש את דברי הבריייתא בכבא מציעא העוסקת בשומר פיקדון — שונה.

114 ודין האלמנה חריג (תירוף ג) או שמדובר רק במצב של בדיעבד (תירוף ד).

115 לעיל, בסמוך לציון 89.

116 דברי הראב"ד הובאו בריטב"א, בבא בתרא קמ"ד ע"א, ד"ה ר' ספרא, ומשם בנימוקי יוסף שם, סז ע"א בדפי הרי"ף, ד"ה אמר המחבר הראב"ד ז"ל.

117 טור חושן משפט, סי' רצ אות טו.

יתומים".<sup>118</sup> לכן, כאשר האפוטרופוס מודיע לבית דין בטרם יטול מכספי היתומים, שקול הדבר למקרה שבו האפוטרופוס "התנה עמו [=עם האב] מתחלה" — בעת הפקדת הכספים בידיו — שיהא רשאי להשתמש בהם. לעומת זאת, לשומר פיקדון לא הותרו למכור לעצמו ב"הודעה" לבית דין, כי אין מדובר שם בנכסים של יתומים קטנים, ו"אין בית דין נזקקין לדברים כאלו". הטור, שחלק על הראב"ד, סבר כי גם אצל אפוטרופוס יש לחוש ל"לוות שפתיים וחדש".<sup>119</sup> דינו של הראב"ד הובא להלכה על ידי הרמ"א.<sup>120</sup>

**(4) משיב אבדה**

נושא נוסף אשר נידונה לגביו שאלת רשותו של אדם למכור נכסי אחרים לעצמו, הוא דין משיב אבדה. המשנה קובעת כי המוצא בעל חיים שניתן להפיק ממנו רווח ("דבר שעושה ואוכל"), צריך להחזיק בו, בדמי הרווח, עד שידרשהו בעליו ממנו.<sup>121</sup> הברייתא, לעומת זאת, מגבילה את הזמן שעל המוצא לטפל בבעלי חיים שונים על פי סוגיהם: "כל דבר שעושה ואוכל, כגון פרה וחמור — מטפל בהן שלושה חודשים, מכאן ואילך — שם דמיהן ומניחן".<sup>122</sup>

מכך שנאמר בברייתא רק "שם דמיהן" ולא "מוכרן בבית דין לאחרים", כפי שמצינו במוכר פיקדון, דייקו כמה מן הראשונים<sup>123</sup> שמוצא אבדה יכול לשום את האבדה ולקחתה גם לעצמו, ושאינן הוא צריך לעשות כן בבית דין. ונימוקם הוא: כיוון שמדובר במשיב אבדה אין חושדים בו, "שאם רצה לא היה מכריו ומחזיר כלום".<sup>124</sup> רש"י מפרש: "שם דמיהן. מוכרן ומניח הדמים אצל".<sup>125</sup> כמה מן הראשונים ביארו, שלדעתו צריך המוצא למכור את האבדה לאחרים ואינו יכול לקחתה לעצמו מפני החדש;<sup>126</sup>

118 גיטין לו ע"א, בבא קמא לו ע"א.

119 פרישה, חושן משפט סי' רצ סעיף קטן טו; סמ"ע, שם, סעיף קטן כ. בראשית דבריו מציע הפרישה, שם, טעם נוסף להבחין — לדעת הראב"ד והבית יוסף — בין אפוטרופוס לבין שומר פיקדון, אך דוחהו. וראו להלן, הע' 151. על הצורך בפיקוח על אפוטרופוסים בעניין זה, ראו שמעון דובנוב, פנקס המדינה — פנקס ועד הקהילות הראשיות במדינת ליטא, ברלין תרפ"ה, עמ' 28 תקנה ק"ח: "ראשי כל קהילה וקהילה יתנו עיניהם ולבם על כל אפוטרופוסים שלא ילוו ממון יתומים שבידיהם לצורך עצמם בשום פנים, ואיזה אפוטרופוס שיעבור ללוות לעצמו בערמה ע"י א' [חד] מבניו או ע"י א' [חד] מקרוביו — ענש יענש חמשים זהובים אדומים". וראו בהרחבה יעקב קופל רייניץ, האפוטרופוס ליתומים במשפט העברי — אחריותו, דרכי הפיקוח והביקורת עליו, עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית, תשמ"ד.

120 רמ"א, חושן משפט סי' רצ סעיף ח.

121 בבא מציעא פ"ב מ"ז (כח ע"ב).

122 בבלי שם. והמקבילה, בכמה שינויים: תוספתא, שם, פ"ב ה"כ, מהד' ליברמן, עמ' 69.

123 תוספות לפסחים יג ע"א, ד"ה מאי; אור זרוע לבבא מציעא שם, פ"ב סי' עט, בשם הר"ש; רא"ש שם, פ"ב סי' טז; ועוד.

124 הרמב"ן, בבא מציעא שם. והוסיף נימוק נוסף, שלא רצו להטריח על מוצא אבדה לבוא לבית דין, מפני תיקון העולם. הנימוקים הנ"ל הובאו גם במדרכי שם, הגהות, סי' תכח, ובראשונים נוספים.

125 רש"י שם.

126 כך ביארו את דעתו הרשב"א, הריטב"א, הר"ן בחידושי ונימוקי יוסף, שם.

ואילו הרא"ש<sup>127</sup> והטור<sup>128</sup> הבינו, שלפי רש"י צריך למכור את האבדה (לאחרים)<sup>129</sup> בבית דין. לרמ"ה דעה שלישית – לדבריו, המוצא יכול לקחת את האבדה לעצמו, אך צריך לשומה בבית דין.<sup>130</sup>

מחלוקת הראשונים מצאה את ביטויה גם בשולחן ערוך.<sup>131</sup> המחבר פסק כי משעבר הזמן הקצוב לטיפול באבדה, "מכאן ואילך – מוכרן בבית דין". אך הרמ"א הוסיף: "וי"א [=ויש אומרים] דאין צריך בית דין, ויכול לשומן ולקחתן באותן הדמים". מכל מקום, לא נוכל ללמוד מדין זה למקרים אחרים. הסיבה לכך היא, כפי שציינו הראשונים,<sup>132</sup> כי משיב אבדה מהימנותו רבה ולפיכך אין הבריות חושדות בו, מה שאין כן נאמנים במצבים אחרים.

לסיכום: הכלל הוא – כפי שנקבע ביחס לשומר פיקדון – כי גם אישור של בית הדין אין בכוחו להתיר לנאמן לבצע פעולה שיש לגביה חשד לניגוד עניינים. לכלל זה מספר חריגים, והם: עסקה שדרכה להיעשות בבית דין (אלמנה המוכרת מנכסי עיזבון), אפוטרופוס על נכסי יתומים, וכן נאמן בעל מהימנות גבוהה במיוחד (משיב אבדה). אולם בשאר המקרים יחול הכלל האמור.

#### ב. עובדי ציבור

הנוכל להקיש, במסגרת המשפט העברי, מדינו של נאמן במשפט הפרטי לדינו של "נאמן הציבור", כלומר: עובד ציבור? לאור האמור בסעיפים הקודמים, היקש כזה יביאנו לידי מסקנה כי לא ניתן להסיר חשד לניגוד עניינים מעל עובדי ציבור באמצעות אישור מראש של בית הדין. לכאורה, הדברים הם אף בבחינת קל וחומר: אם בנאמן רגיל מצאנו כי אין בכוחה של הודעה לבית הדין להסיר מעליו את חשד הבריות, הרי שכך יהא ודאי גם ביחס לעובד ציבור, אשר מפאת מעמדו ותפקידו יש להחמיר לגביו ולחוש יותר ללזות שפתיים.<sup>133</sup> עם זאת, ראוי להתחשב במכלול השיקולים הנסיבתיים, וביניהם היקף סמכויותיו של עובד הציבור, סוג המשרה (מלאה או חלקית, בחינם או בשכר), חיוניות העובד למערכת ועוד.<sup>134</sup> כן ראוי להבחין בין סוגים שונים של אינטרסים נוגדים, היינו בין ניגוד עניינים שמקורו באינטרס אישי של עובד הציבור לבין כזה הנובע מאינטרסים רחוקים יותר.<sup>135</sup>

127 הרא"ש, לעיל הע' 123.

128 חושן משפט סי' רסז אות כב. מהטור משמע שרש"י כתב במפורש "מוכרן בבית דין", אך ראו בפרישה שם, סעיף קטן כב, שרש"י לא כתב כן בפירושו, והטור רק הסיק כך מדבריו.

129 כך ביאר בפרישה ובדרישה, שם.

130 דברי הרמ"ה הובאו בטור, שם.

131 חושן משפט סי' רסז סעיף כד.

132 לעיל, הע' 124.

133 על ההחמרה המיוחדת במשפט העברי ביחס לעובדי ציבור ראו: רקובר (לעיל, הע' 1), עמ' 89–93; קליינמן (לעיל, הע' 1), עמ' 95, 99–101. וראו עוד להלן, הע' 142, בדברי הרב וייס.

134 לשיקולים נסיבתיים נוספים שראוי להתחשב בהם, ראו שפניץ ולוסטהויז (לעיל, הע' 4), עמ' 327.

135 על האבחנה במשפט העברי בין אינטרס אישי לאינטרס כללי ראו לעיל, הע' 54, ובנאמר סמוך לציון.

על הסוג האחרון נמנים, בין היתר (מן החמור אל הקל): אינטרס שאינו מיוחד לעובד הציבור אלא נוגע לכל פרט בציבור שאליו הוא משתייך (למשל, שיעורי מס עירוני או ארצי); אינטרס של קרובו של עובד הציבור, ולא של העובד עצמו;<sup>136</sup> וכן מקרה שקיימת בו התנגשות בכוח בין שני תפקידים ציבוריים של עובד הציבור בלא שמעורב כל אינטרס פרטי שלו. לדעתי, פרט אולי למקרים חריגים ביותר,<sup>137</sup> אין מקום "להכשיר" ניגוד עניינים כאשר מדובר באינטרס אישי של עובד הציבור, במיוחד אם מדובר באינטרס כלכלי.<sup>138</sup> מדובר בהתנגשות חריפה מדי, המהווה פתח רחב ביותר לתקלות, ואשר תביא, ובצדק, לחשדות מוגברים מצד הציבור. לעומת זאת, ככל שהאינטרס הנוגד רחוק יותר ממעגל האינטרסים הפרטיים של עובד הציבור, יש מקום לשקול להתיר לעובד לבצע את הפעולה, בכפוף לאישור מראש של בית הדין.<sup>139</sup>

זאת ועוד. נראה לי כי בחינה מחדש של דברי בעל הסמ"ע שהובאו לעיל<sup>140</sup> על רקע המציאות בימינו, יש בה כדי לתמוך בדגם שהצעת. לדברי בעל הסמ"ע, בית הדין, בהיותו "אביהן של יתומים", מוכן לדון ואף ליטול חלק פעיל בנושא ניגוד עניינים של נאמן — באישור מראש של פעולה "נגועה" — רק כאשר מדובר בנכסי יתומים. לעומת זאת, בית הדין אינו מוכן להיזקק לנושא זה במקרים אחרים — דוגמת שומר פיקדון, גבאי צדקה או מלווה המחזיק במשכון — גם אם הנאמן יפנה אליו ויבקש את אישורו לפעולה המצויה בניגוד עניינים.

דומני כי בימינו המצב שונה לחלוטין. כפי שכבר צוין, בתי המשפט בישראל בודקים,

136 כך היה המצב בפרשת כחילה (לעיל, הע' 3). מדובר היה בשני אחים, האחד חבר עיריית ירושלים, והאחר בעל חברה קבלנית לבנייה. הדין נסוב סביב הצעה למכרז שעיריית ירושלים פרסמה ואשר הוגשה על ידי החברה שבבעלות האח. האינטרס של עובד הציבור (חבר העיריה) לא היה אפוא אינטרס אישי עצמי, אלא אינטרס של אחיו.

137 דוגמה למקרה חריג שכזה הוא המקרה הבא: לעיריה נחוץ בדחיפות מוצר מסוים, אשר מיוצר על ידי מפעל אחד בלבד בישראל, ואחד מחברי המועצה שותף במפעל. פקודת העיריות מאפשרת לחבר מועצה להתקשר בחוזה עם העיריה, אם קיבל לכך אישור מוקדם של המועצה ושל שר הפנים (ראו להלן, הע' 153). סביר כי סעיף זה נועד רק למקרים חריגים, דוגמת המקרה שתואר לעיל, וכי הוא לא נועד להכשיר כל עסקה של חבר מועצה עם העיריה. אכן, כך טענה עיריית ירושלים בפרשת כחילה, שנזכרה בהערה הקודמת. בבית המשפט המחוזי נדחתה טענתה — ראו ה"פ 573/94, כחילה מפעלי הנדסה ובניה בע"מ נ' עיריית ירושלים ואח', תקדין-מחוזי 96(1) 776. ברם, בית המשפט העליון קיבל טענה זו (פרשת כחילה, לעיל, הע' 3, עמ' 569–570).

138 ייתכן שיש מקום להחמיר יותר כאשר מדובר באינטרס כלכלי מאשר במקרה של אינטרס אישי שאינו מלווה בטובת הנאה כלכלית. במקרה הראשון, החשש ללזות שפתיים, ואף למעידה של עובד הציבור, בדרך כלל גדול יותר.

139 דברים ברוח זו כתב השופט מנחם אלון בפרשת רביבו (לעיל, הע' 3), עמ' 188. לדעתו, יש להבחין בין התנגשות אפשרית שבין אינטרס שלטוני לאינטרס פרטי לבין התנגשות שבין שני אינטרסים שלטוניים. במקרה האחרון יש לנקוט במבחן מקל יותר בשאלת החשש לניגוד עניינים, ויש להימנע ככל האפשר מפתרון "קל" של פסילת עובד הציבור מלכהן בתפקידו: "לא כל החמרה מוצדקת היא, ויש ששכר הזהירות היתרה יוצא בהפסד קבלת שירותם של עובדי ציבור שנבחרו על ידיו והממלאים את תפקידם באמונה".

140 בסמוך לציון 119.



כדבר שבשגרה, עסקאות של נאמנים מסוגים שונים, והם נדרשים להעניק להם אישור מראש.<sup>141</sup> כך הוא המצב גם באשר לעובדי ציבור. פעולות של רשויות השלטון ועובדיהן נבחנות בערכאות דבר יום ביומו. בתי המשפט נכנסים לעובי הקורה ובודקים את תוקף ההחלטות שניתנות ואת סבירותן, עתים מאשרים אותן ועתים מוציאים צווים כנגדן. בית המשפט כיום אינו נתפס אפוא רק כ"אביהן של יתומים" אלא כאביהם של כל הזקוקים להגנה על ענייניהם, ובהם קטינים, חסויים, ובמידה רבה הציבור כולו והקופה הציבורית. ואם כך, אין כל מניעה עקרונית להתיר לעובדי ציבור – ולנאמנים בכלל – לבצע פעולות המצויות בניגוד עניינים בתנאי שיאשרו מראש על ידי בית המשפט, בדומה לדינו של אפוטרופוס על נכסי יתומים.<sup>142</sup>

עם זאת, הדעת נותנת כי יש להבחין בין מקרים שונים, וכי לא בכל מקרה יוכל הליך של אישור שיפוטי מראש להיות יעיל. לא הרי עסקה חד-פעמית או החלטה נקודתית – למשל, רכישת טובין או החלטות הנוגעות לרכישת מקרקעין, השכרתם, הענקת רשיון וכדומה – שניתן להציג בנקל יחסית בפני בית המשפט לשם אישורן, כהרי התקשרות מורכבת ורבת שנים, כדוגמת מפעל בנייה. ככל שמדובר בהתקשרות מן הסוג האחרון, תהפוכה הבדיקה והביקורת השיפוטיות לקשות יותר, ובמקביל החשש לחשדות יגבר אף הוא.

דעתי היא אפוא, כי לפי המשפט העברי ניתן באופן עקרוני לפתור מצבים של ניגוד עניינים אצל עובדי ציבור על ידי אישור מראש של בית המשפט לפעולות ה"נגועות". עם זאת, שאלת יעילותו של הליך זה צריכה להיבחן בכל מקרה לאור נסיבותיו.

## 2. אישור מראש על ידי גוף מנהלי

דומה, כי דגם "האישור מראש" – ביחס לפעולות של אפוטרופוסים, נאמנים ועובדי ציבור המצויים במצב של ניגוד עניינים, אינו זוקק בהכרח בית משפט, וכי הליכי האישור יכולים להתבצע גם על ידי גופים מנהליים, כלומר: אדם או גוף של אנשים מקרב רשויות השלטון.<sup>143</sup>

אמנם הראב"ד קבע ביחס לאפוטרופוס על נכסי יתומים "ובלבד שידוע הדבר לבית

141 ראו לעיל, הע' 70.

142 מו"ר הרב אשר וייס, שטיוטת מאמר זה הועברה לעיונו, חולק על דעתי בנקודה זו (הרב וייס מכהן כאב בית דין בבית הדין לדיני ממונות של הרבנות הראשית בירושלים). דבריו נכתבו אלי בתשובה מחודש אלול תש"ס (לא פורסמה. עותק מצוי בידי) – לדעתו, פיקוח בית דין אינו יכול לשמש פתרון לבעייתנו. ולאחר בירור הלכתי, הוא חותם את דבריו: "יחושבני גם דיש להחמיר יותר [בעובדי ציבור מאשר בנאמנים ואפוטרופוסים]... דהמציאות מוכיחה שפירצה קוראת לגנב. ועוד דימי הגמ' [רא] לא הי' [ה] צורך בבי"ד אלא לקבוע שומה וכדו', אבל בזה"ז [=בזמן הזה] כמעט בלתי אפשרי לביה"ד לבדוק את כל הצדדים והחששות של גומלין ושוחד ואינטרסים שונים ומשונים שיש בכל דבר. ומשום כ"ז [=כל זה] נראה דאין זה פתרון לעניין ניגוד אינטרסים של עובדי ונבחר ציבור". כאמור בפסקה הבאה, גם אני סבור כי לא בכל מקרה יוכל הדגם של אישור שיפוטי מראש להיות יעיל – עם זאת, דומני כי ישנם מקרים שבהם הוא עשוי להימצא יעיל.

143 על נקודה זו העירני הרב יהודה שביב.

דין", ברם ייתכן שאין הדבר נובע מצורך עקרוני בבית דין. ייתכן שהדבר נובע מן העובדה שבית הדין מילא, בשעתו, גם פונקציות שאינן שיפוטיות טהורות, וכיניהן פיקוח על עניינים שונים בעיר, דאגה לנכסיהם של יתומים וניהול הליכי מכירת נכסים לצורכי פרעון הלוואה וכתובת אישה.

על כך שבית הדין, לצד סמכויות השיפוט והענישה, נושא גם בתפקידי פיקוח על ענייני ציבור שונים – דוגמת שמירת צניעות ופיקוח על מידות ומשקלות – אנו שומעים כבר בספרות התלמודית.<sup>144</sup> בנוסף לתפקידים הדורשים "הכרעה", עסק בית הדין גם ב"שומה".<sup>145</sup> ברם, שומה אינה בגדר "דין", ולפיכך אינה דורשת באופן עקרוני "בית דין".

ראיה לדבר היא המשנה הקובעת כי פדיון קרקעות מן ההקדש נעשה בעשרה בני אדם.<sup>146</sup> יש מן הראשונים שהקשו מדוע לא הצריכו אחד עשר, והלא "אין בית דין שקול" <sup>147</sup> על כך השיב הרשב"א ש"משום דשומא היא ואינו כדין ממש".<sup>148</sup> זהו גם הטעם להלכה שנפסקה ברמ"א לגבי שומת קרקעות הלווה: "ויכולים אלו שלשה השמאים להיות קרובים זה לזה".<sup>149</sup> הרי לנו, כי אף שהעוסקים בשומה מכונים "בית דין של הדיוטות"<sup>150</sup> דינם שונה מ"בית דין" רגיל (של מומחים), שאין הדיינים היושבים בו רשאים להיות קרובים זה לזה.

הפיקוח שלא יהיו פעולותיהם של עובדי ציבור נגועות בניגוד עניינים, דומה יותר ל"שומה" – שעניינה הערכת שווי נכסים – מאשר ל"הכרעה" בסכסוך שיפוטי רגיל. הגוף המאשר נדרש לבחון האם אין חשש כי פעולות אלו יביאו לפגיעה באינטרסים של הציבור. ואם כך, נראה כי גם גוף מנהלי, ולא דווקא שיפוטי – כגון ועדת אתיקה, השר הממונה, וכדומה – יש בכוחו למלא משימה זו.<sup>151</sup>

- 144 ראו "בית דין", אנציקלופדיה תלמודית, ג, עמ' קסג-קסד.
- 145 ההבחנה בין עניין הדורש "הכרעה" לבין עניינים שאינם כאלה היא גם העומדת במוקד השאלה מהי "שררה". בעניין זה ראו אביעד הכהן, "למהות ה'שררה' במשפט העברי", קובץ הציונות הדתית, עורך שמחה רו, ירושלים תשס"ב, עמ' 488-500.
- 146 מגילה פ"ד מ"ג: "ובקרקעות – תשעה וכהן". ובבבלי שם, כג ע"ב, למדו זאת מן הפסוקים העוסקים בהקדשות.
- 147 ראו תוספות שם, ד"ה עשרה; רשב"א שם, ד"ה ובקרקעות.
- 148 רשב"א, שם. וראו עוד בעניין זה הרב יעקב בצלאל ז'ולטי, משנת יעבץ, חושן משפט (מהדורה חדשה ומתוקנת, ירושלים תשנ"ו), סי' ד, "בענין בי"ד שקול", במיוחד באותיות ה"ו (על מקור זה העמידני הרב נחמיה טיילור).
- 149 חושן משפט סי' קג סעיף ג. ומקור הדברים בבית יוסף, שם, בשם ר' יהודה בן הרא"ש. אולם ראו נתיבות המשפט, שם, ביאורים, סעיף קטן א-ב, כי יש דברים שבהם שווה "בית דין של הדיוטות" העוסק בשומה לבית דין רגיל.
- 150 בבא מציעא לב ע"א. וראו לעיל סמוך לציון 97.
- 151 חרף ההשוואה שערכתי לעיל בין נאמן לבין עובד ציבור, דומה כי יש להבחין ביניהם לעניין זה. ההבחנה נגזרת מן הפונקציה הנדרשת מבית הדין בכל אחד מן המקרים. פעולה של נאמן בנכסי הנאמנות בלא שניתנה לו הרשאה מוקדמת – דוגמת שומר פיקדון, החפץ למכור את פירותיו של המפקיד – זוקקת סמכות של בית דין (ראו לעיל, בסמוך לציון 85), ועל כן נחוץ בית דין דווקא. לעומת זאת, בחינת פעולותיו של עובד ציבור המצויות בניגוד עניינים – היא משימה הדורשת פיקוח בלבד. תפקיד זה יוכל למלא, כאמור, גם גוף מנהלי (על אבחנה זו העמידני מו"ר הרב אהרן

מתן האישור על ידי הגוף המאשר מותנה, כמובן, בגילוי נאות מצד עובד הציבור באשר למהות האינטרס האישי שיש לו בעניין הנידון. דוגמה לפתרון בעיית ניגוד העניינים על ידי גילוי פומבי מוקדם מצד עובד הציבור, מצויה בתקנות תיריאי (תורכיה, ראשית המאה הי"ט). בשל העובדה כי הייתה זו עיר קטנה שחלק מאנשיה קרובים זה לזה, התירה התקנה לשמאי מסים של הקהילה ("מעריך") ליטול חלק בגוף (שמנה תשעה מעריכים) אשר העריך את קרובו. היתר זה ניתן רק ביחס לקרוב מדרגת קרבה נמוכה, וגם אז התנאי לכך היה כי המעריך "מחוייב לגלות, מכח השבועה הנז' [כרת], כל הידוע לו עליו [=על קרובו], למרות שיגיע לו עי"כ [=על ידי כך] נזק לעצמו".<sup>152</sup> דוגמה לסיפף המתיר ניגוד עניינים של עובד ציבור באמצעות היתר של גוף מינהלי, לאחר גילוי נאות מצד העובד, באה בחקיקה הישראלית ביחס לעיריות ולמועצות מקומיות.<sup>153</sup> הליכים דומים מתקיימים גם בפני ועדות האתיקה בכנסת ובנציבות שירות המדינה.

### סיכום

פוסקי ההלכה, בעיקר מן המאה הי' ואילך, העניקו ל"טובי העיר", שמקביליהם המודרניים הם עובדי הציבור, מעמד כשל בית דין. השוואה זו הביאה את הפוסקים להחלת מגבלות הנוגעות לדיינים — וביניהן הלכות הנוגעות לניגוד עניינים: פסולי "קרוב" ו"נוגע בדבר" — על עובדי הציבור. עובד ציבור — בדומה לדיין — פסול אפוא באופן עקרוני מלדון בכל עניין הנוגע לקרובו וכן בכל עניין שקיימת בו נגיעה אישית כלשהי, לו או לקרובו. הקהילות היהודיות בימי הביניים היו לרוב קטנות, ובני הקהילה נהגו להתחתן זה בזה; טובי העיר, כמו דייני העיר, היו אלה שדנו בדרך כלל בענייני עירם. על רקע מציאות זו, החלת פסולי קרוב ונוגע בדבר על דיינים ועל עובדי ציבור הייתה עלולה להביא למצב שבו הללו לא יוכלו לדון בעניינים רבים, בין מחמת קרבה משפחתית לאחד מבעלי הדין ובין מחמת עניין אישי שיש להם או לקרוביהם בנושא הדין.

ליכטנשטיין). ביחס לאפורופוס, ייתכן שהדבר תלוי בשני ההסברים שהובאו בפרישה (לעיל, הע' 119). להסבר (שאימץ הפרישה) שהודעה של אפורופוס לבית דין כמוה כהסכמה מראש של אבי היתומים, כי בית דין הוא "אביהן של יתומים", נראה כי נחוצה סמכות של בית דין, ודרוש בית דין דווקא. לפי ההסבר השני (שדחה הפרישה), בית דין נחוץ כדי להסיר לזות שפתיים. מדובר אפוא רק במשימה של פיקוח, וכאמור משימה כזו יוכל למלא גם גוף מנהלי.

152 בניהו (לעיל, הע' 21), עמ' רי. על כך שהיו שם תשעה שמאים, ראו שם עמ' רו.

153 בסעיף 122א(א) לפקודת העיריות [נוסח חדש] נקבע כי חבר מועצה או "קרוב" (כמוגדר בסעיף) לא יהיו "צד לחוזה או לעסקה עם העיריה". בסעיף קטן (ב)(3) מופיע סייג לאיסור ההתקשרות. לפי האמור שם, ניתן להכשיר חוזה או עסקה של חבר מועצה או קרובו עם העיריה, אם "המועצה ברוב של שני שלישים מחבריה ובאישור השר [=שר הפנים] התירה ובתנאים שהתירה". הליך זה מותנה בגילוי נאות מצד העובד. חובת הגילוי קבועה בסעיף 122א(א), שם נקבע כי "חבר מועצה שיש לו, במישרין או בעקיפין... כל חלק או טובת־הנאה בכל חוזה או עסק שנעשה עם העיריה... יודיע על כך בכתב למועצה או לוועדה הדנה בחוזה או בעסק, לפני הישיבה הראשונה בה תדון בו". הסדר זהה מצוי בצו המועצות המקומיות (א), התשי"א-1950, סעיפים 103-103א. וראו גם כללים למניעת ניגוד עניינים של נבחרי הציבור ברשויות המקומיות (לעיל, הע' 5), סעיפים 5, 12.

המציאות האמורה חייבה מציאת פתרונות שיאפשרו לטובי העיר ולדיינים לפעול במצבים של ניגוד עניינים. שני דגמים לבעיית ניגוד העניינים אצל דיינים ועובדי ציבור נידונו במקורות המשפט העברי.

א. הדגם הראשון נידון כבר בתלמוד ביחס לדיינים, והוא הסתלקות – היינו התנתקות – מן העניין האישי. ויישומו לעובדי ציבור: כאשר קיים ניגוד עניינים בין אינטרס ציבורי שעובד הציבור מופקד עליו לבין אינטרס אחר שלו, אישי או ציבורי, ניתן באופן עקרוני לפתור את הבעיה בהסתלקות מאחד משני האינטרסים.

מחקרי העלה כי לפי המשפט העברי הסתלקות מן העניין האישי היא פתרון מוגבל, אם כי קיימים מקרים שניתן יהיה לפתור את הבעיה בדרך זו, בין בהתנתקות מוחלטת של עובד הציבור מן העניין האישי ובין בהטלת הגבלות במערכת האישית שבה הוא נתון. פתרון זה מיושם גם במשפט הישראלי.

דגם ה"הסתלקות" יכול להתבצע, בדרך כלל ביתר קלות, גם בהסתלקות מן העניין הציבורי. אם מדובר בהחלטות שצריכות להתקבל על ידי גוף של אנשים, הסתלקות כזו יכול שתיעשה על ידי השארת עובד הציבור בתפקידו תוך "ניטרולו" מדיונים ומהחלטות בעניינים הנוגעים אליו או לקרוביו. פתרון זה עוגן בתקנה של אחת מקהילות ישראל לפני כמאתיים שנה, והוא מקובל במשפט הישראלי. לעומת זאת, אם מדובר בהחלטה שמסורה לעובד ציבור יחיד, יקשה יותר ליישם פתרון של "הסתלקות", שלפיו עובד הציבור יימנע מהפעלת סמכותו הנגועה בניגוד עניינים ויאצילנה לאדם אחר. הקושי נעוץ בהלכה שנפסקה על ידי הריב"ש, ולפיה עובד ציבור רשאי להאציל את סמכותו לאחר רק אם ניתנה לו סמכות מפורשת לכך, ורק אם בנסיבות המקרה לא משתמע כי הייתה כוונה לשלול את האצילה. הלכה דומה בנושא אצילת סמכויות קיימת גם במשפט הישראלי.

ב. דגם שני לבעיית ניגוד העניינים, שהתפתח בתקופת הראשונים, הוא הסדרי חקיקה (תקנות קהל) המתירים לדיינים לדון חרף היותם נוגעים בדבר. דגם זה יושם על ידי הפוסקים האחרונים גם לטובי העיר. לאור דברי הפוסקים, יש לסייג דגם זה בשני סייגים. ראשית, יש להעניק לחוק המתיר ניגוד עניינים פרשנות מצמצמת. שנית, גם אם קיים חוק כאמור, תמיד יש להפעיל שיקול דעת שיפוטי בהתאם לנסיבות, ולבחון שמא רצוי להימנע מניגוד העניינים. מסקנתי היא כי בין לפי המשפט העברי ובין לפי המשפט הישראלי, אין מקום כי חיקוק יתיר באופן גורף ובלתי מסויג ניגוד עניינים שנוצר עקב אינטרס אישי של עובד הציבור.

ג. בנוסף לשני הדגמים הנזכרים, הצעתי ביחס לעובדי ציבור דגם שלישי, אשר למיטב ידיעתי טרם נידון במקורות המשפט העברי: אישור מראש של בית משפט או של גוף מנהלי לכל פעולה הנגועה בניגוד עניינים. בחנתי דגם זה ביחס לנאמן ולאפוטרופוס, ומדינים של אלו ניסיתי להקיש לדינו של עובד ציבור, שהוא – כדברי הפוסקים – "נאמן" של הציבור ו"אפוטרופוס" על ענייניו.

הגעתי למסקנה כי הן לפי המשפט העברי הן לפי המשפט הישראלי, ניתן באופן עקרוני להתיר פעולות של עובדי ציבור הנגועות בניגוד עניינים באמצעות אישור מראש של בית משפט. כן נראה לי כי אישור כזה אינו דורש דווקא בית משפט, וכי די באישור

של גוף מנהלי, כדוגמת מועצת העיר ושר הפנים (ביחס לחבר מועצה), ועדת האתיקה של הכנסת, היחידה לאתיקה בנציבות שירות המדינה, וכדומה. ברם, גם דגם זה של פתרון יש להכפיף לשתי הסתייגויות. ראשית, פרט אולי למקרים חריגים ביותר, ספק אם ראוי לאשר מראש ניגוד עניינים אישי של עובד ציבור, במיוחד אם מדובר באינטרס כלכלי. מדובר בהתנגשות חריפה מדי, אשר עלולה להביא לתקלות ולבטח לגרום לחשדות מוגברים מצד הציבור. לפיכך, יש לצמצם דגם זה למקרים שבהם האינטרס הנוגד של עובד הציבור רחוק יותר, כגון ניגוד בין שני תפקידים ציבוריים שהוא ממלא בלא מעורבות של אינטרס אישי. שנית, ישנן עסקאות – דוגמת התקשרות במפעל של בנייה – אשר מחמת מורכבותן והתמשכותן, ספק רב אם הליך של אישור שיפוטי או מנהלי מראש יוכל להיות יעיל לגביהן. יש לבחון אפוא את מידת יעילותו של דגם זה בכל מקרה בהתאם לנסיבותיו.

### אחרית דבר

הפסיקה בישראל הפליגה בחשיבותו של העיקרון בדבר מניעת ניגוד עניינים. בין היתר, נאמר כי זהו "עקרון יסודי, המצוי בהיכלם של עקרונות היסוד של השיטה"<sup>154</sup> ו"כלל יסודי בדיני המשפט הציבורי בשיטתנו, ותחולתו איננה מותנית בקיומו של דבר חקיקה המעגן אותו מפורשות".<sup>155</sup> יתר על כן, נקבע כי עיקרון זה הוא "עיקרון משפטי המשתרע על כל תחומי המשפט. הוא חל בתחומי המשפט הפרטי והמשפט הציבורי גם יחד... הוא חל על בעלי תפקידים פוליטיים ומינהליים כאחד. הוא חל על מבצעי פונקציות שיפוטיות, חקיקתיות ומינהליות גם יחד".<sup>156</sup> ועוד נאמר, כי "מדובר בעקרון יסודי אוניברסלי 'המרחף מעל כל דברי החקיקה הרלבנטיים, ואין מפעילים לגביו את הכלל שיש ללמוד דבר משתיקת המחוקק".<sup>157</sup>

דרך הילוכנו במקורות המשפט העברי העוסקים בנושא זה למדנו, כי "עקרון יסודי אוניברסלי" זה מושרש היטב במעיין המפְּה של הספרות ההלכתית לדורותיה מזה אלפי שנים. הוא בא כבר במקורות התנאיים ובתלמודים, עוגן בספרות הפוסקים הראשונים והאחרונים ויושם הלכה למעשה במקרים רבים שנידונו בספרות השאלות והתשובות. במגוון מקורות אלו לובנו היקף תחולתו של העיקרון וסייגיו ונבחנו דרכים שונות של פתרון לבעיית ניגוד העניינים.

גם בנושא זה, כמו בנושאים רבים אחרים העוסקים במחשבות אדם ותחבולותיו, יצרינו ומעלליו, "סדנא דארעא חד הוא"; הבעיות אינן חדשות, משתנים רק המקום והתקופה, התפאורה וההקשר. טוב יעשה אפוא המשפט הישראלי, אם בבואו לעסוק בבעיות ניגוד עניינים של הווה יפנה מבטו ועיונו לאוצרות מורשתנו שבעבר.

154 עניין שידורי פרסומת מאוחדים, לעיל הע' 3, בעמ' 130.

155 עניין טרבלסי, לעיל הע' 3, בעמ' 858.

156 עניין שמעון, לעיל הע' 3, בעמ' 413.

157 עניין טל, לעיל הע' 3, סעיף 3 לפסק הדין.

