

אין דין (או הסכם) אך יש דיין? שפיטה לא-הסכמית בידי גופים פרטיים

הלל סומר*

לזכרו של מורי ורבי
חיים י' צדוק ז"ל
שלימדני להקפיד בפרטים

א. מבוא. ב. המקורות המוכרים לסמכות שיפוט - דין או הסכם.
ג. שיפוט בידי גוף וולונטרי - חשיבותו ומהותו של יסוד ההסכמה.
ד. זכותה של קהילה להתאגד ולהסדיר את ענייניה כקולקטיב כמקור
לסמכות שיפוט? בד"ץ כמקרה-מבחן: 1. מידת ההשתייכות הפורמלית
ומידת מוגדרותה של הקהילה; 2. האם ההתנהגות נשוא הסנקציה קשורה
באופן חיוני ומהותי לעצם ההשתייכות לקבוצה? 3. הגורם לסנקציה -
סנקציה על הפעלה של זכויות שיש בהן אינטרס חברתי; 4. אופי הסנקציה -
סנקציות חברתיות, דתיות ומשפטיות. ה. שמירה על אתיקה מקצועית
כמקור הייצוגי לסמכות שיפוט? מועצת העיתונות כמקרה-מבחן: 1. מועצת
העיתונות בישראל - חברות חלקית מול צורך ממשי בסמכות כללית;
2. מועצת העיתונות וכללי האתיקה במשפט הישראלי - מעמד חלקי ביותר;
3. עמדת מועצת העיתונות - סמכות מלאה על מי שאינם-חברים; 4. המצב
במדינות אחרות בעולם המערבי; 5. ביקורת על גישת מועצת העיתונות. ו.
שיפוט ללא הסכמה - היבטים פליליים: 1. עצם קיום ההליך כעבירה
פלילית; 2. כפיית השתתפות על מי שאיננו חייב להשתתף. ז. דרכי
התמודדות עם "פסק-דין" של גוף וולונטרי חסר סמכות: 1. מנגנון ערעור
פנימי של הגוף הוולונטרי; 2. פנייה לבג"ץ; 3. צו מניעה כנגד הטריבוטל
הוולונטרי או סעד הצהרתי על חוסר-סמכות; 4. צו מניעה כנגד הצד האחד
לסכסוך; 5. תביעה גויקית כנגד הטריבוטל הוולונטרי או כנגד הצד האחר
לסכסוך; 6. תביעת לשון הרע כנגד הטריבוטל הוולונטרי. ח. סיכום ומסקנות.

* מרצה, ביה"ס רדוינר למשפטים, המרכז הבינתחומי, הרצליה, תודתי למורתי פרופ' סמדר
אוטולנגי ז"ל, שהקדישה ממרצה ומזמנה לשפר חלקים משמעותיים במאמר זה, אך לצערי
לא זכתה לראות בפרסומו. כן נתונה תודתי ליורם שור, אסף יעקב, גיא זיידמן, אהוד גוטל
ועמיחי כהן, על הערותיהם המועילות לטיוטות קודמות של מאמר זה, וליעל טבק שכדרכה
סיפקה עזרה יעילה, מסורה ותורמת במחקר. כן נתונה תודתי לאנשי מועצת העיתונות
בארצות רבות שנענו במהירות וביעילות לקושייתי החוזרות ובשנות וסייעו בחלק החשובות
של מאמר זה.

א. מבוא

ענייני בנושא מאמר זה צמת משני מקרים, בלא כל קשר ביניהם, אשר היתה לי בהם מעורבות אישית. בשני המקרים ניסה גוף פרטי, חסר מעמד כלשהו על-פי דין, לכפות את סמכותו ולקיים הליך שיפוטי כנגד אדם שלא נמנה עם חבריו ולא הסכים לשיפוטו. המקרה הראשון היה ניסיון של מועצת העיתונות לאכוף את החלטתה, שלפיה בידה הסמכות לשיפוט בבתי-הדין שלה גם את מי שאינם חבריה, לקבוע כי עברו עבירות אתיקה ולהטיל עליהם עונשים.¹

המקרה השני היה ניסיון של בית-דין צדק "בית יוסף", המסונף לתנועת ש"ס,² לכפות את סמכות שיפוטו בתביעה שהגיש איש-ציבור (ופעיל ש"ס) כנגד יהודי שומר מצוות (שאינו חבר בש"ס).³ הנתבע בפני בד"ץ בית יוסף שימש קודם-לכן בורר בהליך בודרות (על-פי הדין האזרחי) בין התובע בפני בד"ץ בית יוסף ובין צד שלישי. התובע, אשר לא היה מרוצה מפסק הבוררות, החליט לתבוע את הבורר בבד"ץ בית יוסף בגין "נוק" שגרם לו - לטענתו - פסק הבוררות.

השאלה המשפטית שהתעוררה בשני המקרים היתה לכאורה שאלה משפטית דומה: מהו דינו של נסיון הטריבונל הוולונטרי לנקוט הליכים שיפוטיים או מעין-שיפוטיים כנגד מי שלא הסכימו ואינם מסכימים להתדיין בפניו? בשני המקרים עמדתו של הגוף הוולונטרי היתה, כי בידו הסמכות לכפות הופעה ודיון גם על מי שאינו נמנה עם חבריו, במאמר זה רצוני להשתמש בשני המקרים האמורים כדי לבהון את השאלה הכללית יותר בדבר כוחם של גופים וולונטריים לכפות את סמכותם על מי שאינם מעוניינים בה.

למאמר שני חלקים עיקריים: חלקו הראשון עוסק בשאלת הסמכות, שהתשובה לה לכאורה פשוטה למדי: בניגוד לבתי-המשפט של המדינה, שסמכותם אינה מותנית בהסכמה של הצדדים להתדיין בפניהם, לגוף וולונטרי אין בדרך-כלל כל סמכות להפעיל שיפוט כלפי מי שאינם חבריו ולא הסכימו להתדיין בפניו.⁴

המאמר בוחן אפוא צידוקים אלטרנטיביים כמקור לקביעת סמכות. ראשית, נבחנת זכותה של קהילה, בכלל, ושל קהילה דתית, בפרט, להתאגד ולפעול כקולקטיב כמקור אפשרי להפעלת סמכות. שנית, נבחנת טענתה של מועצת העיתונות שלפיה האינטרס הציבורי של צורך בכללי אתיקה מקצועית יכול להיות מקור להפעלת סמכות.

1. מטעמי גילוי נאות יצוין כי הח"מ ייצג, כעורך-דין, איש טלוויזיה שלא היה חבר במועצה שכלפיו ניסתה מועצת העיתונות להפעיל כלל זה. ההליך הסתיים בניטולו בירי מועצת העיתונות, בלא שהשאלה המתעוררת במאמר זה הוכרעה בו.

2. בית-דין צדק בית יוסף (להלן: "בד"ץ") הוא גוף וולונטרי, בלא כל מעמד שבדין, המשמש כ"בית-דין לדיני ממונות" המכריע, לפי דין תורה, בסכסוכים שהצדדים בהם בחרו להעביר להכרעתו כאלטרנטיבה למערכת בתי-המשפט המדינתית. בקרב החרדים קיימים מספר בתי-דין לממונות מסוג זה.

3. מטעמי גילוי נאות יצוין כי הנתבע בהליך זה היה אביו של המחבר, וכי המחבר סייע לאביו בהגנה מפני התביעה. לתוצאתו של הליך זה, ראו להלן, הערה 202 והסקסט שלידה.

4. ראו להלן, חלק ב' למאמר.

נקודת-המוצא של חלקו השני של המאמר היא, כי לא נמצא מקור מניח את הדעת לסמכות הגופים הוולונטריים על לא-חברים, ולמרות זאת הטריבוטגלים הוולונטריים בוחרים לקיים את ההליך תוך ניסיון לכפות את קיומו על הצד שאינו מעוניין בו. אולם הגם שמדובר בהליך שנעשה בחוסר-סמכות, השפעותיו על הפרט שעליו נכפה ההליך עשויות להיות ניכרות: יהודי חתי עלול למצוא את עצמו מגודה אם לא יתייצב להליך או אם לא יקיים את הפסק שהוצא כלפיו בחוסר-סמכות, ועיתונאי שנקבע (גם בלא סמכות) כי פעל בחוסר-אתיקה עלול להיפגע אנושות מבחינה מקצועית ואישית.

במקרה כזה מתעוררות שאלות בכמה וכמה תחומי משפט: האם ניסיון של גוף וולונטרי לכפות את סמכותו מהווה עבירה פלילית? האם לרשות הצד שאינו מעוניין בדיון עומדות תרופות משפטיות למניעת הדיון ולהלופין - לקבלת פיצוי אם נגרם לו נזק? האם פסק-דין של גוף וולונטרי עלול להיות לשון הרע מהבחינה הפלילית והאזרחית? שאלות אלו נידונות בחלק השני.

יצוין, כי המאמר עוסק אך ורק בהליכים שיפוטיים של גופים וולונטריים, להבדיל מהתבטאויות אחרות של גופים כאלו. לצורך מאמר זה מוגדר הליך שיפוטי כהליך הנובע מ"ריב" בין בעלי אינטרסים נוגדים בקשר למקרה ספציפי, אשר ההכרעה בו באה לאחר - ומתבססת על - קביעת ממצאים מסוימים השנויים במחלוקת בין שני צדדים "מתדיינים".⁵

ב. המקורות המוכרים לסמכות שיפוט - דין או הסכם

הכלל במשפט הישראלי, כמו גם במשפט האנגלו-אמריקני, הוא כי אין סמכות שיפוט גרבשת אלא על-פי דין או על-פי הסכם. ההגדרה התמציתית והקולעת ביותר לעניין זה היא אמרתו של הלורד דנינג בעניין *Lee v. Showmen's Guild of Great Britain*:

Outside the regular courts of this country, no set of men can sit
in judgment on their fellows except so far as Parliament
authorises it or the parties agree to it.⁶

5. השו"ב בג"ץ 79/63 טרודלר נ' בורנשטיין, פ"ד י' 2503, בעמ' 2513-2515; בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493. הדיון בגופים וולונטריים המפרסמים החלטות עקרוניות המבוססות אך ורק על יסוד שיקולים של מדיניות חורג מגבולותיו של מאמר זה. ראו בהקשר זה את הדיון בסקסט להעדה 162 להלן, בשינוי בפעולת מועצת העיתונות, שהחלה לתפעל "בתי-דין", ובכך - לדעתי - חשפה את עצמה לביקורת במאמר זה ביתר-שאת.

6. (C.A.) 2 Q.B. 329, p. 341 [1952], לרקע פסק-הדין ולחשיבותו בתחום ההתערבות במוסדות שיפוט פנימיים של איגודי עובדים, ראו Michael Lynk, "Denning's Revenge: Judicial Formalism and the Application of Procedural Fairness to Internal Union Hearings", 23 *Queen's L.J.* (1997) 115. על תחולת הכלל שטבע הלורד דנינג בישראל, ראו בג"ץ 13/57 צמקין נ' בית-הדין המשפטי לעובדי המדינה, פ"ד יא 856, וכן ע"א

סמכות שיפוט על-פי דין יכול שתופקד בידי המדינה או רשות מרשויותיה ויכול גם שתופקד על-פי דין בידי גורם חיצוני, כגון איגוד מקצועי, העשוי להיות תאגיד סטטוטורי.⁶ לבסוף, החוק מחייב לעתים גופים פרטיים ליצור מנגנוני שיפוט פנימיים, אשר יחולו על מי שהצטרף לגופים הפרטיים האמורים.⁷

בעלי סמכות שיפוט הנובעת מן הדין כפופים למנגנוני פיקוח וערעור על-פי הקבוע בדין שהעניק להם את סמכותם⁸ ונוסף על כך כפופים הם לביקורתו השיפוטית הכללית של בית-המשפט הגבוה לצדק מכוח סמכותו בסעיף 15(דא3) לחוק-יסוד: השפיטה:⁹

657/84 מזכירות ועדת הביקורת של ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' סאובמן, פ"ד מא(2) 685.

7. למשל: סמכויות הרשות השופטת בהתאם לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

ס"ח 198; סמכויות בתי-הדין הרבניים בהתאם לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ס"ח 165; וסמכויותיהם של בתי-דין מינהליים, על-פי חוק בתי-דין מינהליים, תשנ"ב-1992, ס"ח 90. חוק בתי-דין מינהליים קובע, בסעיף 2, כי הקמתם של בתי-דין מינהליים תיעשה בחוק.

8. למשל: לקביעת סמכותה של לשכת עורכי הדין לקיים שיפוט משמעתית לחבריה ולמתמחים, בהתאם לחוק לשכת עורכי-הדין, תשכ"א-1961, ס"ח 178, ראו סעיפים 32 ו-62-80 לחוק לשכת עורכי הדין; לקביעת סמכותה של מועצת ההנדסה והאדריכלות לפי חוק המהנדסים והאדריכלים, תשי"ח-1958, ס"ח 108 לשפוט בעבירות אתיקה, ראו סעיף 17 ואילך לחוק המהנדסים והאדריכלים.

9. חוק הספורט, תשמ"ח-1988, ס"ח 122 קובע כי האיגודים וההתאחדויות בתחום הספורט, גופים וולונטריים שלא למטרות רווח שאינם תאגידים סטטוטוריים, "יתקינו תקנונים שיסדירו את הגיהול התקין של הענף או של ענפי הספורט שהם מרכזים, לרבות תקנונים בדבר משמעת, שיפוט פנימי... וכי "התקנונים האמורים יחייבו את אגודות הספורט, הספורטאים ובעלי התפקידים שבאותו ענף או באותם ענפי ספורט" (סעיף 10 לחוק הספורט). אמנם, החוק קובע הוראת סופיות, לפיה "החלטות ערכאת השיפוט העליונה בענייני משמעת יהיו סופיות ואין לערער עליהן לפני בית-משפט" (סעיף 11 לחוק) אולם החוק עצמו מאפשר לספורטאי לערער על החלטת האגודה בפני שופט שמינה השר, בהתייעצות עם נשיא בית-המשפט העליון (סעיף 12 לחוק); ונוסף על כך בית-המשפט העליון קבע, כי ההגבלה האמורה אוסרת רק ערעור ממש, ולא פיקוח שיפוטי אחר של בית-המשפט. ראו ע"א 674/89 שורסן נ' ההתאחדות לספורט בישראל, פ"ד מה(2) 715 (להלן: ע"א שורסן), כעמ' 731-732.

10. ראו, למשל, סעיף 45 לחוק בתי-דין מינהליים (החלטת סופית של בית-דין מינהלי ניתנת לערעור בזכות כפני בית-משפט מחוזי בדין יחיד, ובנסיבות מסוימות גם לערעור בפני בית-המשפט העליון); סעיף 71 לחוק לשכת עורכי הדין (מנגנון ערעור על החלטת בית-הדין הארצי לאתיקה לבית-המשפט העליון); סעיף 20א(א) לחוק המהנדסים והאדריכלים (החלטות מסוימות של ועדת האתיקה ניתנות לערעור לפני בית-משפט מחוזי).

11. ס"ח תשמ"ד 78.

ילתת צווים לבתי משפט, לבתי דין ולגופים ואנשים בעלי סמכויות שיפוטיות או מעין שיפוטיות על פי דין... לדון בעניין פלוני או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בעניין פלוני, ולבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה שלא כדין". חלק מהותי ועקרונות בפיסוק זה הוא הקפדה על כך, כי בעל הסמכות השיפוטית יפעל אך ורק בגבולות הסמכות שהתווה לו הדין ולא יחרוג ממנה.¹²

המשפט הישראלי מכיר גם בסמכות שיפוט הנובעת מהסכם והיא זוכה להגנתו של הדין כדרך שהדין מגן על קיום הסכמים בכלל. בהקשר זה יש לציין את אכיפתם של הסכמי-בוררות, בהתאם להוראות סעיף 21 לחוק הבוררות, תשכ"ח-1968;¹³ וכן את הכלל המושרש היטב, שלפיו בתי המשפט ממעטים להתערב ביחסים שבין ארגונים וולונטריים ובין חבריהם, בכלל, ובהחלטותיהם של מוסדות שיפוט פנימיים, בפרט,¹⁴ בעיקר בשל אופיה ההסכמי של החברות בארגונים אלו. הנחת היסוד, כפי שתוארה על ידי בית המשפט העליון בע"א איגנט היא,

...שכל חבר, מייסד או מצטרף, נותן הסכמתו בהצטרפותו להוראות התקנון, והו ביטוי של רצון הפרט, אשר כל עוד אינו נוגד את החוק, את המוסר או את תקנת הציבור, יש ליתן לו את מלוא התוקף.¹⁵

כל עוד ההתדיינות אינה נוגעת אלא לזכויותיהם של צדדים להסכם (ארגון וחבריו) יכולה היא לעסוק בקשת רחבה של נושאים. אולם אף ההכרה בסמכות השיפוט מכוח הסכם

12. ראו, למשל, בג"ץ 6103/95 לוי ב' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מח(4) 591, בעמ' 616 ("שיטת המשפט רואה בחומרה פעילותו של גוף שיפוט אל מעבר לגרעין שהדין הציב לו"); פנחס שיפמן, דיני המשפחה בישראל (כרך א, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ה), 42 ("...יש להדגיש כי בפעילותו השיפוטית, לא יוכל בית הדין הדתי להישען על סמכותו הדתית כדי ליטול לעצמו שיפוט בענין החורג ממדר הסמכות המשפטית הנתונה לו בחוק המדינה"); רע"א 1287/92 בוסקילה ב' צמת, פ"ד מו(5) 159. כאשר המחוקק ביקש לצייד את בתי הדין הרבניים בכוחות אכיפה מוגברים, הוגבלו אלו כך שיחולו רק בעת שבת הדין הרבניים פועלים בגדר סמכותם. ראו חוק בתי דין דתיים (כפיית ציוח), תשס"ו-1956, ס"ח 40.

13. ס"ח 184.

14. ראו, למשל, ע"א 835/93 איגנט ב' אנד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ, פ"ד מט(2) 793 (להלן: ע"א איגנט).

15. שם, בעמ' 823, בעקבות ע"א 189/76 מפלגת העבודה הישראלית ב' לוי, פ"ד לא(2) 265. בנסיבות עובדתיות רבות ניתן לתת באיזו מידה "ההסכמה" אכן הסכמה מלאה היא (ראו להלן, הערה 40). מדיניות אי ההתערבות בבתי דין פנימיים מנומקת, נוסף על צימוק ההסכמה, גם בכך שהגוף הפנימי הוא בעל ידע או מומחיות מיוחדים. ראו ע"א טורסן (לעיל, הערה 9), בעמ' 726-727, וכן להלן, הערה 39.

איגנה בלתי-מוגבלת. סעיף 3 לחוק הבוררות קובע, כי "אין תוקף להסכם בוררות בענין שאינו יכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים", ועל יסוד סעיף זה קבעו בתי-המשפט כי אין תוקף להסכם-בוררות שיש בו כדי לסתור במישרין או בעקיפין ריץ מצווה (קוגנטי):¹⁶ להסכם-בוררות בלתי-חוקי או הסותר את תקנת הציבור בדרך אחרת;¹⁷ להסכם-בוררות בשאלה, אם קיימים בין הצדדים יחסי עובד ומעביד;¹⁸ להסכם-בוררות בענייני המעמד האישי;¹⁹ להסכם-בוררות בעניינים קונסטיטוציוניים²⁰ ולהסכם-בוררות בנושא הפעלתה של סמכות מינהלית.²¹

כן נפסק, כי הסכם היוצר מוסד שיפוט פנימי העוסק בעניינים פליליים נוגד את תקנת הציבור ואין לו תוקף.²²

כאשר מופעל אפוא שיפוט פרטי מכוח הסכם הוא זוכה להכרה ולתוקף מצד המערכת המשפטית. כותו, מחד גיסא, והררכים לתקיפתו, מאידך גיסא, משתנים בהתאם לסיווגו של השיפוט כפסק בוררות או כהחלטה של טריבונל פנימי של גוף וולונטרי. אם הפעולה השיפוטית (יהיה שמה הרשמי אשר יהיה) היא "בוררות" במסגרת חוק הבוררות,²³ הרי שתוק הבוררות מספק את הדרך לאישורה ולאכיפתה של הפעולה השיפוטית²⁴ ומגביל באופן ניכר את העילות לביטולה.²⁵ במסגרת הגנת הדין על הליכים שיפוטיים מכוח הסכם,

16. רע"א 4710/00 גושן נ' סמינריון גבעת חביבה, פ"ד גה(2) 426.
17. בג"ץ 816/98 אמינוף נ' אלטלף, פ"ד נב(2) 769 (להלן: בג"ץ אמינוף).
18. בג"ץ 115/77 הסתדרות מכבי ישראל, קופ"ח מכבי כוללת קופ"ח אסף, אגודה לעזרה רפואית נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד לב(1) 214.
19. ראו סמדר אוטולנגי, בוררות: דין ונוהל (הפצה דעיפורט בע"מ, תשנ"א, 54-93).
20. ראו סמדר אוטולנגי, "איסור על בוררות בעניינים קונסטיטוציוניים באגודות שיתופיות – גולם המאיים לקום על יוצרו", ספר לזכרון פרדמן ויצחק שילה – עורכים, בורסי, תשמ"ח, 208; רע"א 1139/99 כפר מחולה נ' בית שאן חרוד – אגודה שיתופית של משקי עובדים לתובלה בע"מ, פ"ד נד(4) 262 (להלן: רע"א כפר מחולה).
21. בג"ץ 1635/90 זרזיבסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, בעמ' 808-809.
22. בית-המשפט העליון קבע כי "מקום שמתיימרים לדון, לענוש ולקטום על עבירות פליליות שמפאת חומרתן, עניין לציבור בהן, רשאי אף חייב בית-המשפט להתערב ולמנוע פיתוחם ועיקובם של הליכים אשר ... נוגדים הם את עניין הציבור וטובתו". ע"א 11/86 אגד (א.ש.ר.) בע"מ נ' ספיר, פ"ד יב 739, בעמ' 753.
23. נפסק, כי בוררות בהתאם לחוק הבוררות יכולה להתקיים גם כאשר ההסכם וההליך שנערך מכוחו לא נקטו במפורש את הביטוי "בוררות". ראו אוטולנגי (לעיל, הערה 19), בעמ' 14-15 והאסמכתאות המובאות שם.
24. ראו סעיף 23 לחוק הבוררות הקובע, כי פסק בוררות שאושר "דינו לכל דבר, פרט לערעור, כדין פסק-דין של בית-המשפט"; וסעיף 29 לחוק הבוררות, המפרס סמכויות אכיפה של בית-המשפט המאשר.
25. ראו סעיפים 24 ו-26 לחוק הבוררות.

הדין גם מעניק לבורר חסינות מפני תביעות נזיקין על עוולה שעשה במילוי תפקידו²⁶ ומפני חברת אורחית ופלילית בתחום לשון הרע במסגרת מילוי תפקידו.²⁷ כאשר הפעלת סמכות השיפוט איננה בוררות, אלא החלטה של טריבונל פנימי של גוף וולונטרי, ההלכה המושרשת במשפט הישראלי מורה כי

תחומי ההתערבות של בתי המשפט בהחלטותיהם של טריבונלים פנימיים של גופים וולונטריים כאלה הם, כידוע, צרים, בהיותם מוגבלים לעילות של חריגה מסמכות ופגיעה בעיקרי הצדק.²⁸

26. סעיף 8 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968, נ"ח 266. עם זאת ראוי לציין, כי סעיף 30 לחוק הבוררות מבהיר כי הבורר חייב לנהוג כלפי בעלי הדין בנאמנות ואם מעל באמון שניתן בו, וכאי הנפגע לפיצויים הניתנים בשל הפרת חוזה, ראו אוטולנגי ולעיל, הערה 19), בעמ' 217-219; ת"א (י-ם) 1543/99 קופשיץ נ' טננהויז (טרם פורסם).
27. סעיף 13(5) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, ס"ח 240. לכאורה, אפשר היה להשתמש בסעיף 8 לפקודת הנזיקין גם כהגנה מפני תביעה אורחית בגין לשון הרע, באשר הוא חל על עוולת לשון הרע מכות סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע. עם זאת, הגנתו של סעיף 13(5) לחוק איסור לשון הרע רחבה יותר הן מבחינת נוסחו (המתיר פרסום ולא רק מעניק הגנה), הן מבחינת תחולתו על הליכים פליליים נוסף על ההליכים האזרחיים, והן מבחינת היקף ההגנה, באשר סעיף 8 לפקודת הנזיקין חל רק על פעולה שבוצעה "במילוי תפקידו השיפוטי" של הבורר - נוסח המאפשר לכאורה לתובע לטעון כי העוולה לא בוצעה "במילוי תפקידו השיפוטי" של הנתבע, בעוד סעיף 15(3) אינו מכיל מגבלת דומה, לצמצומה השיפוטי של חסינות "במילוי תפקיד" השווה לצמצום השיפוטי של חסינות חברי הכנסת "במילוי תפקידם": בג"ץ 1843/93 פנחסני נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661; בג"ץ 5151/95 רן כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 245. עם זאת יצוין, כי בבג"ץ פנחסני קבע המשנה לנשיא ברק במפורש כי "מטבעות לשון דומות - כגון 'במילוי תפקיד' לעניין חוק החסינות ו'במילוי תפקיד' לעניין חסינותו של שופט - עשויות לקבל משמעות שונה...". לאור הבדלים בתכלית ההוראות (שם, בעמ' 678).
28. ע"א 575/70 תגר נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל, פ"ד כד(2) 499, בעמ' 501. ראו גם ע"א 524/88 "פרי העמק" אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב - מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 529. לסקירת הנסיבות שבהם יתערבו בתי המשפט בהחלטות מוסדות השיפוט הפנימי, ראו אוטולנגי ולעיל, הערה 19), בעמ' 257-260. באשר לגופים וולונטריים המוגדרים כגופים ציבוריים אפשר להרחיב את עילות הפיקוח בהתאם לעילות ההתערבות האחרות בהחלטותיהם של גופים מינהליים. עיקר המחלוקת באשר להרחבת עילות ההתערבות מתמקדת בגופים וולונטריים שלהם אופי פרטי לחלוטין, ראו בע"א איגנט (לעיל, הערה 14) את עמדותיהם המנוגדות של השופטים מצא ורב לויץ.

עם זאת, לאחרונה חל כרסום מסוים בהלכה זו והורחבו עילותיה של ההתערבות השיפוטית בהחלטה של טריבונלים וולונטריים, במיוחד כאשר הגוף השופט הוא רב-עוצמה ובעל-יכולת להשפיע מהותית על זכויות בסיסיות כמו היכולת לעסוק במקצוע מסוים.²⁹ כמו-כן נראה, כי לפחות חלק מהתחלשות העילות של טריבונלים פנימיים ניתנות לתקיפה כדרך שתוקפים פסק בוררות.³⁰

לפי מיטב ידיעתי, שאלת האחריות בנויקין של טריבונל פנימי של גוף וולונטרי טרם הוכרעה במסיקה שפורסמה במשפט הישראלי. גוסחו הרחב של סעיף 8 לפקודת הנויקין יכול להתפרש כחל גם על טריבונלים פנימיים, וכך גם שיקולי המדיניות המונחים עליהם הפסיקה בבסיסו.³¹

29. ראו שם, ע"א אינגט עסק בהוצאתו של חבר קואופרטיב "אגד" מן האגודה בשל אירוע משמעותי חמור יחיד לאחר שנים רבות של עבודה תקינה. מת-המשפט העליון פסק, בדעת רוב, כי בית-משפט רשאי להתערב בעונש שהטיל מוסד שיפוט פנימי אם העונש "נראה בעליל בלתי פרופורציונאלי למהות העבירה ולתומרתה" (שם, בעמ' 6841). ראו גם ת"א (י-ם) 237/93 יעקב נ' אגד (לא פורסם); ואת דעתו של השופט מיכאל בן יאיר בע"א טורמן (לעיל, הערה 19), הדוגל בהרחבת הפיקוח על השיפוט הפנימי של ארגונים וולונטריים.

30. עליה פרופ' אוטולנגי, בית-המשפט מתערב בהחלטותיו של מוסד שיפוט פנימי גם, ונוסף על כך, במטרת הוראות חוק הבוררות. ראו אוטולנגי (לעיל, הערה 19), בעמ' 258-256 והאסמכתאות שם. בת"א (חי"א) 51/96 זריבי נ' מועצת סניף חיפה של המפד"ל (לא פורסם) (להלן: ת"א זריבי) קובע השופט גרשון, כי יש לסווג את ההחלטות של טריבונלים פנימיים לכאלו שהן מבחינה מהותית בורות ולכאלו שאינן בורות, בעיקר בתחום המשמעת. פסקי-דין עוסק בדרכי הסיווג של ההחלטות ובנפקויות הסיווג. מתיאור ההליכים בע"א אינגט (לעיל, הערה 14), עולה, כי בית-המשפט המחוזי, כמו גם השופט מצא, קבעו כי אפשר לתקוף גם הליכים משמעתיים של גוף שיפוט פנימי באותה דרך ובאותן עילות שבהן תוקפים פסק בוררות. השופט בך, שהצטרף לשופט מצא בקביעה כי מותר לבית-משפט להתערב בענישה לא-פרופורציונלית של טריבונל שיפוט פנימי, לא פירש אם המטרת המשפטית לביקורת זו תהא עילות הכיפול לפי חוק הבוררות ולא פירש אם העילות האחרות לכיפול פסק בורר תחולנה אף הן על כלל ההחלטות של טריבונלים פנימיים. ראו גם ע"א 546/91 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' צוף, פ"ד מט(2) 92.

31. הסעיף חל על "אדם שהוא גופו בית-משפט או בית-דין או אחד מחבריהם, או שהוא ממלא כדן הובותיו של אדם כאמור, וכל אדם אחר המבצע פעולות שיפוט, לרבות בורר". בע"א 219/79 ירמלוביץ נ' חזב, פ"ד לה(3) 766, בעמ' 770, נטחה השופטת בן-פורת, באמרת-אגב לפירוש רחב של הסעיף, בציינה במיוחד את המלה "לרבות" כמלמדת שהרשימה אינה ממצה. לדיון מקיף בחסינות השיפוטית ראו ישראל גלעד, "אוי לדוד ששופטיו צריכים להישפט?", עלי משפט ב (תשס"ב) 255.

32. ראו בניין פנחסי (לעיל, הערה 27), בעמ' 677 (מטרת החסינות היא בין השאר השמירה על העצמאות השיפוטית); ע"א 324/82 עיריית בני-ברק נ' רוטברד, פ"ד מה(4) 102, בעמ' 126 (מטרת החסינות הינה להעניק "חופש פעולה לשופט").

בהנחה שסעיף 8 לפקודת הנויקין איננו מספק לטריבונל הפנימי הגנה בתחום לשון הרע, דומה כי ההגנה לטריבונל פנימי של גוף וולונטרי מצומצמת מזו הניתנת לבורר. סעיף 5(13) לחוק איסור לשון הרע מגביל עצמו במפורש ל"שופט, חבר של בית דין דתי, ברר, או אדם אחר בעל סמכות שיפוטית או מעין שיפוטית על פי דין",³³ ועל-כן לכאורה איננו חל על טריבונל פנימי שאיננו בבחינת ברר. אולם לאור הבסיס החוזי של השיפוט הפנימי בגוף וולונטרי נראה, כי עשויה לעמוד לשופט הגנת סעיף 15(7) לחוק איסור לשון הרע,³⁴ מתוך טענה כי במסגרתו הפנימית של הגוף הוולונטרי אפשר לראות את הדין כ"ממונה" על הנילון.³⁵

גם שהדין מכיר בהליכים וולונטריים באופן חלקי - כמתואר לעיל - ההכרה וההגנה הניתנת להליכים וולונטריים פחותה מזו הניתנת להליכים משפטיים על-פי דין. מבין ההליכים הוולונטריים, ההכרה וההגנה הניתנת להליכים שהם בגדר "בוררות" רחבה מזו הניתנת להליכים וולונטריים שאינם כן. כך, למשל, רוב העבירות שמטרתן הגנה על ההליך השיפוטי מפני שיבושו (כגון עדות שקר, בידוי ראיות, שיבוש מהלכי משפט, הטרדת עד) חלות על הליכי בוררות, אולם אינן חלות על הליכים וולונטריים שאינם הליכי בוררות.³⁶ הוראות אחרות של הדין הפלילי שמטרתן להגן על הליכים שיפוטיים

33. (וההדגשה הוספה - ה"ס). המונח "דין" יתפרש על-פי סעיף 1 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], נ"ח 2, הכולל "דינים דתיים בין שבכתב ובין שבעל-פה ... כפי תקפם בארץ-ישראל לפני הקטת המדינה או כפי תקפם במדינה". ואולם, דומה כי התוקף שניתן לדינים דתיים לא ניתן אלא לאותם דינים דתיים המהווים חלק ממשפט המדינה. ראו ע"א 99/63 פלג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1122, בעמ' 1127. מובן כי אילו נפסק כי פעולתו של כד"ץ חרדי הינה "על-פי דין" היה בכך כדי לשנות את מעמדם מן הקצה אל הקצה, אולם לצד טענות ההגנה שהיו נוספות לכד"ץ, היה מתווסף גם פיקוח שיפוטי של בג"ץ לגופים "בעלי סמכויות שיפוטיות על-פי דין". ראו לעיל, הערה 11 והטקסט שלידה.

34. סעיף 15 לחוק איסור לשון הרע קובע כי "במשפט פלילי או אדתי בשל לשון הרע תהא זאת הגנה טובה אם הנאשם או הנתבע עשה את הפרסום בתום לב כאחת הנסיבות האלו ... (7) הפרסום היה הבעת דעה על התנהגותו של או אפיו של הנפגע בענין שבו הנאשם או הנפגע מטובה על הנפגע, מכוח דין או הוזה, והפרסום היה מוצדק על ידי היותו ממונה כאמור".

35. השוו ת"א (י-ס) 672/92 סגל נ' צאלון (לא פורסם), בו נקבע כי ל"ועדת ברור" שפעלה בתורה לברור תלונה נגד אחד העובדים, ואשר מונתה בידי הממונה על התובע, עומדת טענת ההגנה מכוח סעיף 15(7) הנ"ל.

36. זאת לאור השימוש בפרק ט של סימן א לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226, בביטוי "הליך שיפוטי", אשר הוגדר בסעיף 34 כדלחוק העונשין כדלקמן:
"הליך שיפוטי" - כל הליך לפני בית-משפט, בית-דין, רשות שיפוטית, ועדת הקידה או אדם המוסמכים להשביע עדים.

בוררים מוסמכים להשביע עדים לפי סעיף 14 לחוק הבוררות ולפיכך, העבירות האמורות חלות גם לגבי הליך של בוררות. מכיוון שגופים וולונטריים אשר אינם משמשים כבוררים

אינן חלות על כל הליך וולונטרי, לרבות הליכי בוררות.³⁷ יש כמובן היגיון פנימי במדרג ההגנה שנוצר בין סוגי ההליכים השונים.

ג. שיפוט בידי גוף וולונטרי – חשיבותו ומהותו של יסוד ההסכמה

מערכת המשפט לא זו בלבד שאיננה מתנגדת לשיפוט הסכמי בידי גוף וולונטרי, אלא, היא כאמור, אף תומכת בו על ידי התערבות שיפוטית מצומצמת, אספקת מנגנוני אכיפה ותסינות נזיקית לעושים במלאכה. ככל שהשיפוט בידי הגוף הוולונטרי גשען על הסכמת הצדדים,³⁸ טומן השיפוט הפנימי בחובו יתרונות למערכת המשפט: הוא מפחית מן העומס על המערכת, מפקיד את בירור המחלוקות בידי מי ש"אין כמותם להבין את הבעיות"³⁹ ומאפשר לרוב סיום יעיל ומהיר של המחלוקות בתקופה שבה הליכים משפטיים נמשכים שנים רבות.

אולם תנאי להכרת המערכת המשפטית בשיפוט הפנימי של הארגונים הוולונטריים הוא קיומו של יסוד ההסכמה בידי כל הצדדים הרלבנטיים. ההסכמה להתדיין בפני הטריבונל הוולונטרי יכול שתהיה מפורשת ושתושג רק לאחר שהתעורר הסכסוך; ויכול שתהיה משתמעת כחלק מהסכמה כללית כגון תקנון הקובע את מנגנון השיפוט המוסכם, אשר הפך להסכם בין חברי הארגון ובין עצמם ובינם לבין הארגון. מי שהסכים לתקנון, על הוראות השיפוט הפנימי שבו, בהצטרפותו לארגון, לא יוכל לחזור בו מהסכמתו בשלב שבו מתעורר הצורך ביישוב סכסוך.⁴⁰ המונחים המשמשים בעניין זה "שיפוט פנימי"

- אינם מוסמכים על-פי דין להשביע עדים, דומה כי אין הגדרת "הליך שיפוט", וממילא כל העבירות הכוללות כיסוד בהגדרתן מונח זה עניינן הליכים שבפני גופים וולונטריים.
37. למשל: ההוראה בדבר איסור פרטומים העלולים להשפיע על בית המשפט (סוביודיצה) (סעיף 71 לחוק בתי המשפט); ועבירת זילות בית המשפט (סעיף 255 לחוק העונשין).
38. בין שמדובר בהסכמה אד-הוק לבוררות בין שמדובר בהסכמה כללית שהינה חלק מההסכם בין חברי הגוף הוולונטרי לבין עצמם או בינם לבין הגוף הוולונטרי.
39. דב לוי, טריבונלים שיפוטיים במדינת ישראל (אבוקה, תשכ"ט), 58. ראו גם ע"א 50/89 ליטן נ' אילתה, פ"ד מה(4) 18.
40. בפסיקה מופיעה הסתייגות מסוימת, שלפיה אין מדובר בהסכמה של ממש. ראו ה"פ (י-ם) 298/92 יעקב נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה בע"מ (לא פורסט). ברם, לדעתי, אין הדבר שונה מתוזים אחידים הכפויים עלינו למעשה בתחומים רבים, כגון ביחסים עם בנקים, חברות ביטוח ושירותי תחבורה ציבורית. ייתכן שיש מקום להחיל את הגנת חוק החוזים האחידים, בכלל, ואת חוקות הקיפות הנוגעות להליכים משפטיים ולבוררות, בפרט, על תקנוני המשמעת של התאגדויות וולונטריות. ראו ע"א 1795/93 קרן הגמלאות של חברי אגד בע"מ נ' יעקב, פ"ד נא (5) 433, והדיון בספרות המשפטית בעקבותיו: עלי בוקשפן, "הערות על הקשר בין בעיות היסוד בדיני התאגידים, חקיקה צרכנית וחוזים אחידים", הפרקליט מד (תשנ"ח-תשנ"ט) 314; סמדר אוטולנגי, "תקנון תאגיד – חוזה אחיד?", הפרקליט מד (תשנ"ח-תשנ"ט) 275; גילי כהן, "תקנון כחווה וכחווה אחיד", הפרקליט מד

ו"טריבונל וולונטרי"י⁴¹ יש בהם כדי להגדיר את גבולותיו של שיפוט זה: הוא תקף כל עוד הוא פנימי בין אלו שהסכימו לו באופן וולונטרי. היעדרו של יסוד ההסכמה משמיט את הקרקע מתחת לסמכותו של הטריבונל. כידוע, חריגה מסמכות היא אחת העילות המרכזיות לביטול החלטת בורר⁴² ועילה מוכרת להתערבות בתי המשפט בהחלטת טריבונל שיפוטי של גוף וולונטרי. והנה, בשני המקרים המשמשים "חומר גלם" לרשימה זו ניסה גוף לכפות הליך שיפוטי על מי שלא הסכים לו, תוך התעלמות מהיעדרו של יסוד ההסכמה. הכיצד?

אשר לבד"צים החרדיים, עמדתם היא כי הם פועלים מכוח הדין הדתי ולפיכך אין הם זקוקים להיתר מיוחד בדיון האזרחי לפעולתם. נקודת-המוצא שלי ברשימה זו היא של עדיפות למערכת האזרחית-מדינית ודחייה של גישות פלורליסטיות הנותנות למערכת הדתית מעמד נעדר-כפיפות למערכת המשפט הרגילה.⁴³ משום-כך יש לבחון, אם המערכת האזרחית-מדינית מכירה בעמדה זו של הבד"צים החרדיים.

עמדתה של מועצת העיתונות היא, כי היא רשאית – ואולי אף חייבת – לשמור על האתיקה המקצועית בענף העיתונות, ומכאן נגזרת זכותה לשיפוט את מי שאינם חבריה. עמדה זו תיבחן להלן.⁴⁴

(תשנ"ח-תשנ"ט) 286: מנחם מאוטנר, "חווה, חווה אחיד, תקנון אגודה שיתופית וסוגיית הפלורליזם המשפטי", הפרקליט מד (תשנ"ח-תשנ"ט) 293; ישראל קנטור, "חוק החוזים האחידים (פקודת האגודות השיתופיות): תנאים מקפחים או תיאגוד אנכרוניסטי?", הפרקליט מד (תשנ"ח-תשנ"ט) 324; דב רביד, "הבנויה החברות באגודה שיתופית על בסיס הסכמה?", הפרקליט מד (תשנ"ח-תשנ"ט) 352. במקרים מתאימים ייתכן שיחולו גם הגנות מכות חוק ההגבלים העסקיים (אם ניתן לראות בגוף הוולונטרי משום קרטל או מונופול), אולם, עדיין אופיה העיקרי של ההתקשרות הוא הסכמי-חוזי. ראו פסק דינו של השופט לוי בע"א איגנט (לעיל, הערה 14), בעמ' 828.

עוד יש לציין, כי קיימים מקרים בהם אדם הופך צד לבוררות מכות הודאת דין (כגון סעיף בוררות בהסכם קיבוצי לפי חוק הסכמים קיבוציים), ראו אוטולנגי (לעיל, הערה 19), בעמ' 34-39; וכן ע"א 649/79 עזבון דוכן נ' ירחיב, פ"ד לה(2) 200; סעיף 4 לחוק הבוררות מוסף כצדדים לבוררות גם את הליפיהם של הצדדים המקוריים.

41. בית המשפט העליון ראה את שני המונחים כחופפים. ראו בג"ץ 3269/95 כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד ג(4) 590, בעמ' 604. (להלן: בג"ץ כץ).

42. סעיף 24(3) לחוק הבוררות. ראו אוטולנגי (לעיל, הערה 19), בעמ' 10-12.

43. כהינת השאלות המוסריות העקרוניות בדבר היחס וההתנגשות הפוטנציאלית בין המערכת הנורמטיבית, שמקורה ביהדות, ובין המערכת הנורמטיבית שמקורה במערכת המשפט האזרחית תורגת מתחומי רשימה זו. ראו רות גביון, ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכויים (הקיבוץ המאוחד, תשנ"ט), 89-105; יוסי דוד, מדינת ישראל – בין יהדות לדמוקרטיה: קובץ ראיונות ומאמרים (המכון הישראלי לדמוקרטיה, תש"ס), 77-109. להגדרות ולמודלים של פלורליזם, דומיננטיות המדינה ובלבדיות המדינה, ראו להלן, המאמרים בהערה 225.

44. להלן, פרק ה' למאמר.

ד. זכותה של קהילה להתאגד ולהסדיר את ענייניה כקולקטיב כמקור לסמכות שיפוט? בד"ץ חרדי כמקרה-מבחן

ניתן לטעון כי מן האוטונומיה של קהילה, הנובעת מעצם בחירתם הוולונטרית של חבריה לחיות בקהילה, נובעת זכותה של הקהילה לפעול באופן קולקטיבי להקעה של התנהגות שראשי הקהילה רואים כפגומה. במקרה כזה, מצופה מאנשי הקהילה כי יוקיעו התנהגות שלילית כזו ויענישו את המתנהגים באופן לא-ראוי, בין אם הם חברי הקהילה בין אם לאו. גישה כזו יכולה לכאורה להצדיק את עמדתם של הבד"צים החרדיים המבקשים לכפות את סמכותם על יהודים; שהרי מנקודת-ראותם של הבד"צים החרדיים, כל שהם מנסים לעשות הוא להפעיל את ההלכה – המערכת הנורמטיבית המחייבת, לפי הבנתם, כל יהודי – ולהוקיע את מי שאינו פועל על-פי אותה מערכת נורמטיבית.

אפשר אף למצוא אמרת-אגב של בית-המשפט העליון, המכירה לכאורה בזכותה של עדה דתית להרחיק מקרבה את מי שאינם עומדים – לדעת מוסדות הקהילה – בסטנדרט הנדרש. בע"פ ויטפילד נ' מדינת ישראל, שעניינו כת הכושים העבריים, קובע השופט עציוני כי "אין חולקים על כך שזכותה הלגיטימית של העדה היא להרחיק מקרבה את אלה שמכתימים לדעתה את שמה".⁴⁵

מנגד, סנקציה חריפה של קהילה בתגובה על התנהגות הנתפסת כשלעצמה כלגיטימית, עשויה להיתפס כאמצעי-לחץ בלתי-לגיטימי, בייחוד כשהיא מופנית כנגד מי שאינו חבר בקהילה.⁴⁶

גם בספרות המשפטית, החל בתנועת הריאליזם המשפטי ועד למלומדים בתחומי הניתוח הכלכלי והסוציולוגי של המשפט, ניתן משקל נכבד להסדרה עצמית בירי קבוצות בדרך של נורמות, במקום פנייה לכללים משפטיים וליישוב שיפוטי של סכסוכים.⁴⁷ הטענה שלפיה ישנה חשיבות עצומה לנורמות ההתנהגות העצמיות, הוז'ן-משפטיות, הקובעות לעצמן קבוצות או קהילות מכל הסוגים (משפחות, שכנים, איגודים מקצועיים וקבוצות דתיות) – נהנית מתמיכה רחבה בקרב המלומדים.⁴⁸

אני מבקש להציע מודל הכולל מספר פרמטרים, שלפיהם יש לשקול את סמכותה של קהילה להפעיל כלים מעין-משפטיים שסנקציה בצדם כנגד התנהגות שהיא רואה כלא-ראויה. המודל מתייחס להפעלת הכלים כלפי חברים בקהילה כמו גם נגד גורמים חיצוניים, כאשר ההשתייכות לקהילה היא אחד הפרמטרים בקביעת גבולות כוחה של

45. ע"פ 401/72 ויטפילד נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 813, בעמ' 819.

46. ראו הצעת חוק איסור הסלת חרמות, תשס"ג-2003 (הוגחה על שולחן הכנסת ב-2.6.2003).

47. ראו: Richard A. Posner & Eric B. Ramussen, "Creating and Enforcing Norms, with Special Reference to Sanctions", 19 *Int'l Rev. L. & Econ.* (1999) 369.

48. לסקירת הספרות המשפטית בנושא זה ולמסקנה שלפיה אפשר לקבוע כי "מרבית האקדמיה

המשפטית תומכת ברעיונות אלו כיום" ראו: Eric A. Posner, "The Regulation of Groups:

The Influence of Legal and Nonlegal Sanctions on Collective Action", 63 *U. Chi. L. Rev.*

(1996) 133, pp. 133-134.

הקהילה. פרמטרים אלו הם: (1) מידת ההשתייכות לקהילה, האם מדובר בהשתייכות פורמלית והאם הקהילה עצמה מוגדרת; (2) האם ההתנהגות נשוא הסנקציה קשורה באופן חיוני ומהותי לעצם ההשתייכות לקבוצה; (3) האם ההתנהגות נשוא הסנקציה היא התנהגות שלחברה הכללית תועלת בשמירה עליה, כגון בשל היותה זכות ייסוד; (4) האם הסנקציות המופעלות הינן בעלות אופי חברתי או נורמטיבי-משפטי, ובכלל זה, באיזו מידה הזכויות הנשללות מגשוא ההליך הינן זכויות אדם בסיסיות. נסקור פרמטרים אלו כסדרם:

1. מידת ההשתייכות הפורמלית לקהילה ומידת מוגדרותה של הקהילה
 כאשר הקהילה הנידונה מאורגנת (לרבות לעניין החברות בקבוצה) באופן פורמלי וההליך מתקיים כנגד מי שהוא חבר בקהילה, הרי שמבחינה משפטית (חילונית) אנו מצויים במצב הרגיל של חבר בהתאגדות וולונטרית, הנתון עקרונית למרותם של מוסדות ההתאגדות זו ולהחלטותיהם, בכפיפות לכללים בדבר פיקוח שיפוטי על טריבונלים פנימיים.⁴⁹ כך, כאשר קבוצה חתית מאורגנת מבחינה פורמלית (למשל: חברות בבית-כנסת מסוים), יחולו לגבי הסכסוכים הפנימיים בין חברי הקבוצה הכללים הרגילים בדבר טריבונלים פנימיים.

אולם הניסיון מלמד כי בקבוצות דתיות, בכלל, וביהדות, בפרט, ההתארגנות נעשית באופן שונה: רוב היהודים אינם חברים במסגרות פורמליות דתיות ואף החברות בבית-כנסת – נחלתם של יהודים דתיים רבים – היא חברות לצורך מטרת ספציפיות ביותר, שעיקרן התפילה, ואיננה מצביעה בהכרח על השתייכותו של אדם למערכת נורמטיבית כוללת. במלים אחרות: פלוני משתייך לקהילה רחבה ובלתי-מוגדרת של "יהודים דתיים", ולהשתייכות זו חשיבות יותר מאשר לשאלה, באיזה בית-כנסת הוא שילם דמי חבר כדי לשמור לעצמו מקום בימים הנוראים. רק בקבוצות החרדיות קיימת חברות בקהילה המספקת מסגרת חברתית רחבה הרבה יותר – הכוללת מוסדות היגוך, עזרה הדדית ומוסדות קהילתיים אחרים – ואף שם ברוב המקרים החברות איננה מבוססת על תהליך פורמלי של טופסי הצטרפות וטקס קבלה.

בתביעה משפטית ידועה שהוגשה בארה"ב נגד מנהיגים בכת ה"אמיש"⁵⁰ בגין החרמתו של חבר בעדה שפשע ברכישת מכונית להסעת בתו החולה לבית-החולים⁵¹ טענו המנהיגים, כי החבר הסורר הסכים לחוקי העדה. לדבריהם, בעת שקיבל עליו את כללי הכנסיה, נטקס המקביל לטקס ה"טרימצווה" היהודי, הוא היה מבוגר דיו כדי להבין שהוא מסכים לקבלתם של חוקי התנהגות מסוימים וכי אם יפר אותם בהמשך ניתן יהיה להחרים אותו.⁵² בפרשה

49. ראו לעיל, הערה 28 והטקסט שלידה.

50. מנהגי האמיש אינם מתירים רכישת מכוניות.

51. פסקי-דין לא פורסם בפרסום משפטי, בהיותו פסק-דין של חבר מושבעים שעליו לא הוגש ערעור. ההליך המשפטי תואר בהרחבה רבה בספרו של William I. Schreiber, *Our Amish* (The University of Chicago Press, 1962), 97-117. לטענה כי התובע הסכים בנעירתו לקבל את כללי הכנסיה ראו שם, בעמ' 102, 107.

זו הטענה לא הועילה לנתבעים.⁵² גם במציאות היהודית-ישראלית אינני סבור, שבד"ץ חרדי יוכל לטעון כי קבלת עול תורה ומצוות במסגרת טקס הברית-מצוות יש בה משום הסכמה לסמכות שיפוטו של בד"ץ חרדי כלשהו רק מכיוון שהבד"ץ רואה את עצמו כפועל עליפי התלכה.

למעט בעדות החרדיות המאורגנות קשה אפוא לזהות השתייכות פורמלית לקהילה היהודית (במובן הרחב) שיש עמה הסכמה לצורך שיפוט פנימי.

אילו הסתפקה קהילה חרדית מסוימת בקביעה כי פלוני אינו מקיים את הוראותיה של הקהילה החרדית הספציפית, אפשר היה שלא לראות חומרה רבה בפעולה זו; שהרי הציבור החילוני (או אף הדתי) שאינו שייך לקהילה החרדית זו אינו סבור כי מי שאינו חבר בקהילה הספציפית כפוף להוראותיה ולנורמות שלה, אולם כאשר הקהילה החרדית מכריזה כי פלוני עובר על "דין תורה" – כלומר: מפר את מצוות היהדות – בלא להתחשב בעובדה כי היא מפרשת את היהדות באופן שונה מהאופן שבו פלוני וקהילתו-שלו מפרשים אותה, נעוצה בכך בעייתיות רבה הרבה יותר.⁵³

במקרים אלו נוצר מצב מסוכן שבו הבד"ץ המפרסם פסק הלכה, שלפיו פלוני עבר על מצוות היהדות, ומורה להענישו בהוראות הנחזות כבעלות תוקף הלכתי, עלול לגרום לכך שיהודים דתיים אחרים עשויים לכבד את ההוראה ההלכתית, כדרך שבמשפט האזרחי מכבדים בדרך-כלל פסקי-דין של ערכאה שיפוטית מוסמכת במדינה זרה.⁵⁴ אולם בעוד במערכת האזרחית תנאי להכרה בפסקי-דין זה הוא כי הערכאה המכירה תקבע שהערכאה השופטת היתה מוסמכת,⁵⁵ הציבור שומר המצוות הנתקל בכרוז המודיע לו להחרים את פלוני עקב היותו עבריין עליפי ההלכה אינו מצויד תמיד בכלים לשפוט את שאלת הסמכות של הבד"ץ המוציא את החרם. במקרים אלו הנזק הנגרם למוחרם, אף אם איננו מלוא הנזק שהגוף המחרים התכוון לו, עדיין שריר וקיים. גם אם ילדיו של המוחרם לא יסולקו מבית-הספר (למשל: אם מדובר בבית-ספר ממלכתי-יחיד, שאיננו מקבל את ציווי הבד"ץ החרדי), עדיין עלול להיגרם לו נזק תדמיתי כמי שהוקע בידי חלק מן הקהילה.

המודל שהציעה ד"ר רות הלפרין-קדרי בניתוח הפסיקה האמריקנית בסוגיית ההתערבות של ערכאות שיפוטיות אזרחיות בפעולתם של טריבונלים פנימיים מבוסס על ההנחה, שלפיה בידי החבר החירות לעזוב את הקהילה הדתית ובכך להימנע מהיחשפות לסמכות השיפוטית המפעילה את כוחה של הקהילה.⁵⁶ הגם שכשלעצמי אינני בטוח כי

52. חבר המושבעים פסק לחבר המוחרם פיצוי בסך 55,000 בתום משפט שבו סירבו כוהני-הדת של האמיש לקבל ייצוג משפטי והסתפקו בטיעונים תיאולוגיים.

53. בחלוקה לסוגי קהילות יש לראות בקהילות האורתודוקסיות בישראל לא מערכת היררכית (hierarchical), אלא מערכת קהילתית (congregational), מבוזרת. ראו: Judicial Note, "Intervention in Disputes Over the Use of Church Property" 75 *Harv. L. Rev.* 1142 (1962).

54. השו"ח אכיפת פסקי-חוץ, תשי"ח-1958, ס"ח 68.

55. סעיפים 1(1) ו-3(3) לחוק אכיפת פסקי-חוץ.

56. רות הלפרין-קדרי, "עוד על פלורליזם משפטי בישראל", עיוני משפט כג (תש"ס) 559;

מודל זה מספק הגנה מספקת בכל המצבים,⁵⁷ הרי גם הוא אינו מצדיק הפעלת סמכות שיפוט של בד"ץ עדה חרדית מסוימת על יהודי שאיני חבר באותה עדה רק מן הטעם שעל-פי עמדתה ההלכתית של העדה, סמכותה חלה על כל יהודי באשר הוא יהודי. אפשרות ה"עויבה" איננה אופציה ריאלית במקרים אלו ואיננה צודקת.

לסיכום גורם זה, ככל שההשתייכות לקהילה פורמלית פחות וככל שהקהילה מוגדרת פחות, כך תקטן הנטייה לראות בויקה שבין אדם לקהילה עילה מספקת להניח לקהילה להפעיל כנגדו סנקציה בהליך מעין שיפוטי.

2. האם ההתנהגות נשוא הסנקציה קשורה באופן חיוני ומהותי לעצם ההשתייכות לקבוצה?

לדעתי, כאשר אפשר לזהות השתייכות לקבוצה בהתאם לפרמטר הראשון, יש מקום לברר באיזו מידה ההתנהגות נשוא הסנקציה קשורה באופן חיוני ומהותי לעצם ההשתייכות לקבוצה. ככל שההתנהגות קשורה באופן מהותי יותר לעצם ההשתייכות לקבוצה, כך ייתכן שהסנקציה תהיה מוצדקת יותר.

כך, למשל, כאשר קהילה חרדית מתארגנת ביישוב משלה, שבו שמירת השבת היא מוחלטת, ואחד מחברי הקהילה מחלל שבת בפרהסייה – יש להצדיק סנקציה של הקהילה כנגד אותו חבר. מנגד, אם בתו של אותו חבר נכשלה בשמירתה של מצווה פעוטה יותר, ייקשה להצדיק את הפעלתה של הסנקציה.

הבעיה ביישומו של פרמטר זה היא נסיון של קבוצות, ובמיוחד קבוצות קיצוניות, להגדיר כל התנהגות כקשורה מהותית בהשתייכות לקבוצה. לדעתי, במקרה זה אין לייחס משקל מכריע לפרמטר זה.⁵⁸

ועברת הדוקטורט שלה, המצוטטת שם, בהערה 33. ליישום בפסיקה האמריקנית ראו:

Guinn v. The Church of Christ of Collinsville 775 P.2d 766 (Okla. 1989).

לביקורת מפרספקטיבה של ניתוח כלכלי של המשפט, ראו: Eric A. Posner, "The Legal

Regulation of Religious Groups", 2 *Legal Theory* (1996) 33, note 94.

57. למשל: במצב שבו החברות בקהילה משמעה שליטה בעקיפין בנכסים שצברה הקהילה ואשר

סילוק אהדים מתמריה באמצעות הליכים "פנימיים" נועד להשתלטות עליהם, או במצב שבו

הפרישה מהאגודה משמעה ויתור על זכויות כלכליות אישיות. משום כך, גם אמירתו של

השופט דב לויין בע"א איגנט (לעיל, הערה 14), בעמ' 828, כי מי שאינו מסכים עם התקנון

ואינו מצליח לשנותו יכול לפרוש מן האגודה ובכך סמון הצידוק לחובה לקבל את הוראות

תקנון האגודה כלשונו, אינה משקפת ברירה של ממש ויעידו על כך נסיבות פסק-הדין בע"א

איגנט, כפי שפורטו לעיל, בהערה 29.

58. השוו להוראת סעיף 6 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 16,

שלפיה "תגיה גורפת בחוזה העושה הפרות ליסודיות ללא הבחנה ביניהן, אין לה תוקף אלא

אם היתה סבירה בעת כריתת החוזה".

וביישום לענייננו: לפרמטר זה משקל רב ככל שהוא מופעל כלפי חבר בקבוצה ובכך הוא קשור בפרמטר הראשון שהוצע לעיל. לגבי מי שאיננו חבר בקבוצה עיקרון זה ראוי שיגביל את כוחה של הקבוצה ללחוץ עליו.

האם האיטור ההלכתי על היוזקות לערכאות המדינה החילונית הנטען בידי חלק מהקהילות החרדיות, והחרם המוטל באמצעות כתב סירוב על המסרבים להתריץ בפני הבר"ץ החרדי⁵⁹ קשורים באופן חיוני לעצם ההשתייכות לקבוצה? עמדת הבר"ץ החרדי, הנשמכת לכאורה על מקורות הלכתיים החלים על כל היהודים כולם, היא בחיוב, למרות לא-מעט ראיות שגם הקהילה החרדית נוקתת למערכת המשפט החילונית, ואפילו לצורך הוצאה לפועל של פסקי בר"ץ.⁶⁰

אני סבור אחרת, מכיוון שבמעמדת הבר"ץ החרדי יש טשטוש בין הקבוצה הספציפית יותר - דהיינו: אותה קבוצה חרדית עצמה - ובין קבוצת היהודים (או אף היהודים הדתיים) הגדולה הרבה יותר, שבה לא מקובל הכלל ברבר איטור פנייה לערכאות חילוניות כנורמה דתית מחייבת.

3. הגורם לסנקציה - סנקציה על הפעלה של זכויות שיש בהן אינטרס חברתי הפרמטר השלישי המוצע הוא הגבלת יכולתה של קבוצה להפעיל כלים משפטיים באופן שיאסור על הפרט התנהגות שיש אינטרס חברתי בהגנתה, ובכלל זה התנהגות המממשת את הזכויות הבסיסיות של הפרט. נקודת-המוצא לפרמטר זה היא, כי קבוצות מנסות לעתים לפעול באופן שיש בו כדי להגביל את הפרט מהתנהגות שיש לה ערך חברתי או מממוש זכויות פרט יסודיות שלו. פעילות זו של הקבוצה פוגעת באינטרסים של המדינה או של החברה וככל שפגיעה זו עמוקה יותר והאינטרס החברתי הנפגע חשוב יותר, יש להגביל את יכולתה של הקבוצה להפעיל את סמכותה. כך, למשל, קיימות קבוצות שאמונתן הדתית אוסרת עליהן טיפולים רפואיים מסוימים בילדיהם, ובמצבים אלו עשוי בית-המשפט להתערב ולהתיר את מתן הטיפול לילד, למרות הפגיעה שיש בכך בחופש הדת של הורי הילד ושל הקבוצה הדתית שהם משתייכים אליה.⁶¹

59. ראו להלן, הערה 186 והסקט שלידה.

60. במקרים רבים הכרעותיו של בר"ץ חרדי שדן, בהסכמת הצדדים, בסכסוך שביניהם, מגיעות לדיון במערכת בתי-המשפט המדינתית במסגרת של בקשות לאישור (או לביטול) של פסק בודדות. רומה אפוא, כי קיימת הבנה שלפיה יש להיזקק לערכאות החילוניות במקרים מתאימים. ראו, למשל, ה"פ (י-ם) 598/01 שפירא נ' רוזנטלר (שרם פורסם); ה"פ (ת"א) 1639/97 זר נ' ישיבת חוג חתם סופר (לא פורסם); ה"פ (י-ם) 664/95 יעקובי נ' הרזש (לא פורסם); ה"פ (י-ם) 114/96 יצחק נ' ביטון (לא פורסם); ר"ע 34/87 רבינוביץ נ' רבינוביץ, פ"ד מא(2) 398; רע"א 2979/78 קמיגר נ' בן-משה, פ"ד נב(4) 274.

61. ע"א 2266/93 פלוני, קטין, נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221. דוגמא ידועה אחרת היא אישורם של החוקים המונעים פוליגמיה, לטרות פגיעתם בדתות מסוימות, לכאורה בניגוד לתקין הראשון לחוקת ארצות-הברית. ראו: *Reynolds v. United States* 98 U.S. 145 (1878).

כאשר החבר בקבוצה מנסה להפעיל זכות שיש בה אינטרס לחברה בכללותה (מחוץ לקבוצה), אין לצפות כי הקבוצה תתן משקל לאינטרס זה. מנגד, במצב כזה אין כל סיבה מדוע על המדינה, שנועדה להגן על האינטרסים של הכלל, להכיר בעצמאותה של הקבוצה לפגוע באינטרס החברתי על-ידי אכיפתו על החבר בקבוצה. המלומד האמריקני Ellickson, הנחשב לאחר מהתומכים המובהקים של ההסדרה העצמית של קבוצות, קובע כי

...[B]ecause there is no reason for thinking that a group's norm-making process will give weight to the interests of those outside the group, a legal system properly can decline to pay any respect to how a group customarily treats outsiders.⁶²

לדעתי, מטעמים של מדיניות יש למנוע מן הקהילה לפגוע בזכויות-היסוד של מאן-ידהוא מעבר למתחייב מעצם השתייכותו לקהילה בהשתייכות פורמלית.⁶³ אמנם, השאלה הכללית בדבר תחולתן של זכויות האדם ביחסים שבין פרטים חורגת מתחומי רשימה זו.⁶⁴ אולם בנסיבות דנן די אם נקבע, שמקביעתה של זכות הגישה למערכת השיפוטית כזכות-יסוד חוקתית⁶⁵ שלה ערך חברתי נובע כי אין הקהילה יכולה להגביל את זכותו החוקתית של פלוני לגישה למערכת השיפוטית המדינית, אלא אם קיבל על עצמו במפורש מגבלה זו ובכפופות למגבלות הדין האזרחי בדבר סמכויותיהם של טריבונלים וולונטריים והפיקוח השיפוטי עליהם.

4. אופי הסנקציה - סנקציות חברתיות, דתיות ומשפטיות
הספרות המשפטית, המזהה את כללי ההתנהגות הפנימיים של קבוצות כמשפיעים על התנהגותם של בני-האדם לא פחות מאשר החוק, יוצאת מנקודת-הנחה כי מדובר בנורמות מוסכמות שהן תחליף וולונטרי למערכת המשפטית של החוק ובתי-המשפט. לנורמות אלו

62. Robert C. Ellickson, *Order Without Law* (Harvard University Press, 1991), 284.

63. ההשתייכות לקהילה באופן פורמלי כרוכה לעיתים בויתור על זכויות-יסוד. מי שרוכש בית ביישוב דתי ומצטרף לקהילה עשוי לקבל על עצמו שלא לנסוע בשבת, הגם שהדבר מגביל את חופש התנועה שלו. אין כל פסול בהגבלה מידתית הנובעת מהשתייכות פורמלית לקהילה.

64. ראו אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 649-697.

65. ראו ע"א 733/95 ארפל אלומיגיום בע"מ ב' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577; שלמה לוי, תורת הפרוצדורה האזרחית: מבוא ועקרונות יסוד (חברה ישראלית להכשרה מקצועית, תשנ"ט), 47-51; יורם רבין, "זכות הגישה לערכאות" כזכות חוקתית (בורסי, תשנ"ח); יורם רבין, "זכות הגישה לערכאות - מזכות רגילה לזכות חוקתית", המשפט ה (תשס"א) 217; רע"א 8473/99 כרטיסי אשראי לישראל בע"מ ב' שגב, פ"ד בה(1) 337, בעמ' 342.

יתרונות על מערכת בתי-המשפט, מכיוון שעיצובן ואכיפתן פשוטים וזולים הרבה יותר וההנחה היא, שבת-המשפט עשויים גם לטעות יותר בפירושן ובאכיפתן של הנורמות מאשר הקבוצה.⁶⁶ אולם שונה הדבר כאשר המערכת הפנימית של הקבוצה אינה חברתית באופיה, אלא משפטית, עם מערכת ענישה נוקשה ועונשים שאינם נופלים מאלו שהמערכת המדינתית עשויה להטיל.⁶⁷

במיוחד הדברים אמורים כאשר האינטרסים שהמערכת האלטרנטיבית של הקבוצה מקדמת אינם תואמים את אלה של המדינה. כאשר המערכת האלטרנטיבית של הקבוצה מנסה להגביל זכויות אדם שהמדינה מצויינת בהגשמתן, על המערכת המדינתית להתערב כדי להגן על האינטרסים החשובים העומדים להיפגע. כך עשה בית-המשפט העליון לוליינות משפטית מרשימה כדי לכפות על בתי-הדין הרבניים המדינתיים את הלכת שיתוף הנכסים שפותחה במערכת המשפט האזרחית;⁶⁸ וכך יש לעשות, מקל-וחומר, כלפי מוסדות שיפוט וולונטריים העשויים לפגוע בזכויות החוקתיות.

בהקשר זה ישנה חשיבות לשאלה, באיזו מידה הזכויות הנשללות בידי הקהילה ממי שאינו מציית להוראותיה הן ממשיות. כך, למשל, סירב בית-משפט פדרלי אמריקני להתערב בחרם שהוטל על תובע יהודי במטרה לגרום לו למשוך את תביעתו ולהעבירה לבית-דין רבני, מכיוון שהשופט קבע שלא הוכח כי לסנקציות שהוטלו בחרם המדובר היתה השפעה מעבר למישור הדתי גרידא.⁶⁹

בקצה האחר של הסקאלה נכללות זכויות שלהן אופי וולונטרי לחלוטין, שאלמלא העניקה אותן הקהילה לא היו קיימות כלל. קהילה המאורגנת בארגונים וולונטריים של עזרה הדדית, למשל, רשאית לשלול אותם ממי שאינו נוהג לפי מנהגיה בין אם הוא חבר בקהילה בין אם לאו. אין אפוא כל פסול בכך, שהעדה החרדית תמנע ממי שמוסדותיה יקבעו את הזכות לקבל הלוואה מקרן גמילות-חסדים שלה, או את הזכות להשתמש במתקנים שנבנו לשימוש חבריה, בלא כל שימוש בתקציבים ציבוריים.

בקצה האחר של הסקאלה מצויות זכויות אזרח בסיסיות, שהקהילה אינה יכולה – לדעתי – לשלול בדרך של התרמה. זכויות אלו כוללות את חופש העיסוק והזכות לקניין אשר הפכו לזכויות-על חוקתיות ולדעתי, אין הקהילה יכולה להטיל חרם שמשמעו איסור על חברי הקהילה לבוא בקשרי מסחר עם פלוני⁷⁰ או להרחיקו מקרבה אם ההרחקה קשורה באובדן זכויות רכושיות, בלא פיצוי הולם.⁷¹

66. דאו: Posner (לעיל, הערה 48).

67. במקרים מסוימים העונשים המוטלים בידי הקהילה עשויים להיות כשלעצמם פגיעה באינטרס חברתי. במקרים אלו אין זה מן הראוי לאפשר את קיומם מהטעמים המוסכרים (לעיל, הערה 62 והטקסט שלה).

68. בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221.

69. *Grunwald v. Bornfreund* 696 F. Supp. 838 (E.D.N.Y. 1988).

70. דוגמת החרם שהוטל על העותר יצחק סופר בבג"ץ כץ (לעיל, הערה 41), המתואר בעמ' 601-602 לפסק-הדין.

71. גישה זו גם תואמת את הגישה המודרנית, המרחיבה את עילות ההתערבות בהתלטות

הדברים מורכבים מעט יותר כאשר הזכויות שמבקשים לשלול הן לכאורה זכויות המופעלות בידי גורמים פרטיים, אולם בפועל לזכויות אופי ציבורי או מעין-ציבורי, ובפרט אלה שהפעלתן הופרטה בידי המדינה ברמה זו או אחרת. כך, למשל, אם בשכונת המגורים הרלבנטית אין בית-ספר מבלעדי זה של העדה החרדית, הגיוון מתקציבים ציבוריים, כי אז אין העדה רשאית - לדעתי - לשלול מילדיו של המוחרם את ההשתתפות בלימודים כל עוד גושא החרם אינו בעל השפעה ישירה על השתתפותם של הילדים בלימודים.⁷²

לבסוף ראוי להזכיר כי במשפט האמריקני, אם הקהילה הדתית מצליחה להוכיח שעצם הטלת העיצום היא מצווה ממצוות דתה (להבדיל ממוותרת על-פי דתה), עשוי בית-המשפט להסתפק בכך כדי לקבוע שאינו יכול להגן על הפרט בשל האיסור החוקתי על פגיעה בחופש הדת.⁷³

יישומו של פרמטר זה לשאלת השפיטה של לא-חברים מעלה, כי ככל שהסנקציות המופעלות משפטיות יותר, ובכלל זה אובדן זכויות אזרח כססיות (להבדיל מזכויות שלהן אופי וולונטרי), יש למנוע את הפעלתן בידי מי שלא הוסמך לכך על-פי דין או הסכם. הסנקציות המופעלות בידי בד"ץ עלולות להיות חמורות ביותר בהשפעתן, ולכן יש לשיטת המשפט המדינתית אינטרס במניעת הפעלתן או לפחות בפיקוח על הפעלתן.

* * *

סיכום היישום של הפרמטרים המוצעים למקרים הנידונים במאמר זה מעלה, כי כפיית ההתדיינות בידי בד"ץ חרדי על מי שאינו מעוניין בכך ומעדיף התדיינות בפני ערכאות ממלכתיות אינה יכולה לקבל הכשר מן האינטרס לאפשר לקהילה להסדיר את ענייניה הפנימיים. במיוחד הדברים אמורים כאשר הכפייה געשית באמצעות "כתבי סירוב" המאיימים בשלילת זכויות חשובות מן המוחרם.

טריבנלים וולונטריים במקום שבו הגוף השופט הוא בעל יכולת מהותית להשפיע על זכויות כססיות, כגון היכולת לעסוק במקצוע מסוים. ראו לעיל, הערה 29.

72. במילים אחרות: אין לשלול את זכות הילדים לחינוך, גם לא בסענה שההלכה מאפשרת (או אף מורה) זאת, בשל סכסוך הלכתי עם האב. אולם אם הילדים אינם נוהגים בכית הספר על-פי כלליו הסבירים (למשל: מסרבים לחבוש כיפה), יהיה אפשר למנוע את השתתפותם בלימודים.

73. ראו להלן, הערה 239.

ה. שמירה על אתיקה מקצועית כמקור היצוני לסמכות שיפוט? מועצת העיתונות כמקרה-מבחן

בפרק זה של המאמר נבחן את נסיונה של מועצת העיתונות לכפות את השיפוט המשמעתי שלה על מי שאינם חבריה, תוך הסתמכות על האתיקה המקצועית כמקור לכך. מועצת העיתונות מתאימה לבחינה זו דווקא משום שפעולתה האכיפתית כמעט שאינה נתקלת בהתנגדות מבחינה ציבורית. בראש המועצה עמדו משפטנים מן השורה הראשונה, כמו יהושע רוטנשטיין, יצחק זמיר, חיים צדוק ומרדכי קרמניצר; ועל סדרת פסקי-הדין המרכזית שבהם הכריעה המועצה כי בידה סמכות לשיפוט את מי שאינם חבריה חתום הפרופ' לפילוסופיה אסא כשר. מן הבחינה הציבורית מצויה אפוא המועצה בעמדה חזקה ביותר בנסיונה לכפות שיפוט על מי שאינם חברים בה.

1. מועצת העיתונות בישראל - חברות חלקית מול צורך ממשי בסמכות כללית
מועצת העיתונות הוקמה בישראל בשנת 1963 במתכונת דומה למועצה שהייתה נהוגה אז בבריטניה,⁷⁴ בידי האיגוד הארצי של העיתונאים בישראל, איגוד העיתונאים היומיים (המו"לים - בעלי העיתונים) ועדת העורכים ונציגי ציבור.⁷⁵ באמצע שנות התשעים נעשה ניסיון של ממש לשדרג את המועצה, נחתמה אמנה חדשה בין מרכיבי המועצה והותקנו תקנון חדש ותקנון אתיקה חדש.⁷⁶

בישראל, בניגוד לארצות אחרות שבהן קיימת מועצת עיתונות, אין המועצה מקיפה את כלל העיתונות או אף את רובה. הכפיפות ההסכמית לסמכות בתי-הדין של המועצה, שבה ענייננו, יכולה להיווצר באותה משתי דרכים: הדרך האחת היא חברות ישירה במועצה של כלי-התקשורת הרלבנטיים⁷⁷ - חברות המקנה לבתי-הדין של מועצת העיתונות סמכות

74. מועצת העיתונות הבריטית הוקמה בשנת 1953, התמוטטה למעשה בסוף שנות השמונים של המאה הקודמת והוחלפה בשנת 1990 ב-Press Complaints Commission. להיסטוריה של המועצה הבריטית ראו משה רונן, אתיקה עיתונאית (כרך ב, ידיעות אחרונות, 1998), 689-693. המועצה הבריטית הנוכחית קרויה, כאמור, בשם Press Complaints Commission ("ועדת התלונות נגד העיתונות") אך תכונה להלן, מטעמי נוחות לשוניית, "מועצת העיתונות הבריטית". קדמו למועצה הבריטית מועצות עיתונות שתחילתן במדינות סקנדינביה: שבדיה (1916), פינלנד (1927) ונורבגיה (1928). על מנגנוני פיקוח עצמיים ראו אורי פו, פיקוח על אמצעי התקשורת - הקשר בין מועצת העיתונות לציבור (חיבר לשם קבלת תואר מוסמך למשפטים, האוניברסיטה העברית, 1967), 24 ואילך.

75. על הקשיים בהקמת המועצה ועל תפקודה, ראו דן כספי ויחיאל לימור, המתווכים - אמצעי התקשורת בישראל 1948-1990 (עם עובד, תשנ"ג).

76. ראו רונן (לעיל, הערה 74), בעמ' 693-697.

77. סעיפים 3 ו-4 לתקנון מועצת העיתונות מ-11 במאי 1994 קובעים כי החברות במועצה נתונה לכל עיתון, כתבי-עת או תחנת-שידור שיקבלו על עצמם את תקנון המועצה, תקנון האתיקה שלה ואת מרותה. ישנם תנאים נוספים שאינם

במישרין כלפי כללי התקשורת עצמו - ובעקיפין, כלפי עובדיו של כללי התקשורת - אם אלו חתמו על הוראה מתאימה בהסכמי ההעסקה שלהם. הדרך האחרת לכפיפות למועצת העיתונות היא חברותו של העיתונאי באיגוד הארצי של עיתונאי ישראל, החבר במועצה. עיתונאים המצטרפים לאגודות העיתונאים המאוגדות באיגוד הארצי מתחייבים לרוב לקיים את כללי האתיקה של מועצת העיתונות.

על-פי המצב הנוכחי בישראל, שלא השתנה מזה שנים רבות, חלק ניכר מכללי התקשורת ומהעיתונאים בישראל אינם חברים, במישרין או בעקיפין, במועצת העיתונות. כך מסרבים כל כללי התקשורת האלקטרוניים לקבל את סמכותם של בתי הדין לאתיקה של מועצת העיתונות, בטענה כי שידוריהם כפופים למועצות מפקחות שהוקמו על-פי דין⁷⁷ ולמערכות כללי אתיקה על-פי דין⁷⁸ ומשום-כך אין מקום כי יכפפו את עצמם ואת עובדיהם לפיקוח אתי נוסף.⁸⁰ היעדרה של התקשורת האלקטרונית ממועצת העיתונות

רלבנטיים לענייננו. התקנון המלא פורסם באתר האינטרנט של העיתונאי יואב יצחק, <http://www.nfc.co.il/archive/0019-D-996-00.html/tag=9-13-32>.

78. רשות השידור מנהלת על-ידי ועד מנהל ומליאה, בהתאם לסעיפים 7א-22 לחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965, ס"ח 106. למוסדות רשות השידור גם סמכויות מסוימות לגבי התכניות הלא-צבאיות של גלי צה"ל. ראו סעיף 48 לחוק רשות השידור; הלל סומר, "חופש ביטוי בחאקי - לתחולתן של הנורמות המגבילות את חופש הביטוי על גלי צה"ל", משפט וצבא ח (תשמ"ח) 67. שידורי הערוץ השני בטלביזיה והרדיו האזורי, כמו גם הערוץ השלישי המיועד בטלביזיה, מוסדרים ומפוקחים בידי מועצת הרשות השנייה לטלביזיה ולרדיו, בהתאם לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990, ס"ח 58; שידורי הטלביזיה בכבלים ובלוויין מוסדרים ומפוקחים בידי המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, בהתאם לסעיף 26ב-116 ואילך לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982, ס"ח 218.

79. למשל: כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בשידורי טלוויזיה ורדיו), תשנ"ד-1994, ק"ת 636; כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה וברדיו), תשנ"ד-1994, ק"ת 640; כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי רדיו), תשנ"ט-1999, ק"ת 1098; כללי רשות השידור (מתן אפשרות תגובה לנפגע), תשנ"ז-1997, ק"ת 466; סימן ב לפרק ב לכללי התקשורת (בזק ושידורים) (בעל רשיון לשידורים) (תיקון), תשנ"ב-1992, ק"ת 429, שכותרתו "אתיקה בשידור". עובדי רשות השידור כפופים גם ל"תדריך חדשות ואקטואליה" ("מסמך נקדי") מכוח הנחיות פנימיות של הנהלת רשות השידור. ראו כספי ולימוד (לעיל, הערה 75), בעמ' 212-214. לנוסח מעודכן של התדריך, שנתקבל בהחלטת הוועד המנהל של רשות השידור ביום 5 באפריל 1995, ראו נקדימון רוגל ועמית שכטר, מסמך נקדי - תדריך חדשות ואקטואליה (אור וצל, תשנ"ה).

80. ראו יואב יצחק, "רשות השידור הודיעה שלא תצטרף למועצת העיתונות", גלובס (15.12.1998), www.globes.co.il ("עובדי הרשות כפופים במילוי תפקידם לגופים המוסמכים ברשות אשר נקבעו בחוק, והם נתונים למשמעת הרשות ולשיפוט בית הדין של הרשות. קיים גם פיקוח ציבורי על רשות השידור במסגרת שהותוותה בחוק, והיא נתונה

אינו ייחודי לישראל, כמו גם הכפפתה לפיקוח אתי של גוף רגולטורי.⁸¹ אף העיתונים והעיתונאים החברים במועצת העיתונות בישראל אינם נוהגים בה תמיד בכבוד.⁸² נוסף על התקשורת האלקטרונית גם רוב המקומונים וכתבי־העת – ובכללם העיתון הכלכלי "גלובס" והעיתונות הערבית אינם חברים במועצת העיתונות, וכך גם עיתונות האינטרנט שהשפעתה על העיתונות ה"ישנה" ושאלות האתיקה העקרוניות שבהן היא מצורבת הולכות וגוברות.⁸³ בכך נבדלת המועצה הישראלית ממקבילותיה בעולם.⁸⁴

לביקורת מבקר המדינה ובית־המשפט הגבוה לצדק, עקרונות אלה אינם מאפיינים את חברי מועצת העיתונות, הפועלת כגוף וולונטרי⁸⁵; תיק 47/96 צימרמן נ' שילון, לקט החלטות ופסקי דין של בית־הדין לאתיקה של מועצת העיתונות, (תוברת מס' 1, תשנ"ז), 17 (זכ"ן המשדד בערוץ השני העלה טענת חוסר סמכות, שנוחתה עקב הופעתם בפועל של הנילושים).

בעבר, יכלה מועצת העיתונות לברר, ולו באופן חלקי, תלונות על אירועים בתקשורת האלקטרונית בכל אותם מצבים שבהם אחד העיתונאים המעורבים בעניין היה חבר באגודת עיתונאים, שהיא חברה במועצת העיתונות. ברם, ברבות השנים החלו העיתונאים שהוזמנו לדיון בדרך זו לסרב להופיע לדיון. ראו, למשל, יואב יצחק, "ביה"ד לאתיקה של מועצת העיתונות: יבין ניצל מצוקת משפחה לצורך הפקת תוכנית", גלובס (2.5.1999), www.globes.co.il.

81. מבדיקה שעשיתי לקראת פרסום רשימה זו עולה כי כבריטניה, אוסטרליה, גרמניה, וברוב מחוזות קנדה אין התקשורת האלקטרונית חברה במועצת העיתונות. לעומת זאת, התקשורת האלקטרונית חברה במועצת העיתונות של חבל קוויבק שבקנדה, דנמרק, פינלנד, איסלנד, ובמועצות המדינתיות היחידות בארה"ב (במדינות מינסוטה וושינגטון).

82. שני העיתונים הגדולים במדינה, "ידיעות אחרונות" ו"מעריב", סירבו לאתרונה לשלם את דמי החבר שלהם במועצת העיתונות מטעמים של צמצומים כלכליים. ראו ארנה קוין, "מי ישמור על כלבי השמירה", הארץ (30.3.1998), www.haaretz.co.il.

83. ראו, למשל, אביב לכיא, "האתיקה של המוות – כמה הערות על סיפול העיתונות בנסיבות מותה של עופרה חזה", הארץ (3.3.2000), www.haaretz.co.il; דפנה לוי, "היה כתוב באינטרנט – שיחות הסלון המרושעות של פעם הן הפורומים והודעות הדואל של היום. המדריך המקוון לרכילות, לסקופים ללא ביסוס ולמידע לא מצונזר", הארץ (24.10.2000), www.haaretz.co.il; ניצן הורוביץ, "מוניקה לא לבד", הארץ (2.6.2000), www.haaretz.co.il; שרית פרקול, "באינטרנט – כל אחד יכול", ספר השנה של העיתונאים (1999-2000) (אגודת העיתונאים, תש"ס), 194. לניתוח מעניין המגיע למסקנה שמועצת העיתונות אינה מתאימה לפיקוח על עיתונות האינטרנט, ראו מיכאל בירנהק, "אתיקה עתונאית ברשת: על הסדרה פרשית, הופש העתונות, כוח ותחרות", פתוח 5 (2003), 16.

84. כבריטניה, למשל, חברים כל העיתונים וכתבי־העת (magazines) המופצים לכלל הציבור חברים במועצת העיתונות. החריגים היחידים לכלל החברות המלאה של העיתונות הכתובה הם כתבי־עת פנימיים (in house), כתבי־עת המופצים למנויים בלבד (subscription only).

גופים וולונטריים מנסים, כדבר שבשגרה, להגדיל את השפעתם ואת מספר חבריהם, ובכך אין כמובן פסול. ואולם, נסיונם של גופים וולונטריים להרחיב את השפעתם, לרבות הניסיון לאכוף מערכת של כללים נורמטיביים גם על מי שאינם חבריהם, בעייתי יותר. אולם למועצת העיתונות יש צידוק מיוחד לנסיונה הסיזיפי לפרוס את כנפיה על ענף העיתונות כולו.

אחת ההצדקות המרכזיות לרגולציה העצמית שבקבלת עולה של מועצת העיתונות היא הניסיון להוכיח לממשל ולציבור, כי העיתונות יכולה להסדיר את עצמה – לרבות, ובעיקר, בתחום האתי – ובכך להסוּם הצעות חקיקה שתסדרנה את תחום העיתונות, תוך פגיעה בחופש העיתונות.⁸⁵ פרופ' יצחק זמיר, שהיה נשיא מועצת העיתונות, תיאר זאת כך: "חופש העיתונות והאתיקה העיתונאית שלובים זה בזה. שחיקה של האתיקה העיתונאית מערערת את היסוד ומסכנת את הקיום של חופש העיתונות. לפיכך, שמירה על האתיקה העיתונאית אינה מכוונת רק להגנה על אדם שנפגע מהפרת האתיקה, אלא גם להגנה על העיתונות עצמה".⁸⁶ טיעון זה הוא הסיבה העיקרית להסכמת העיתונאים והעורכים לקיומם של גופים דוגמת מועצת העיתונות בישראל ובעולם.⁸⁷

אם סמכות שיפוט של מועצת העיתונות קיימת רק באשר לעיתונאים ולעיתונאים החברים בה, הטיעון שלפיו עצם קיומה וכללי האתיקה שלה מספיקים כתחליף לחקיקה – ואולי אף עדיפים עליה⁸⁸ – מאבד הרבה מתוקפון שהרי יש צורך להסדיר בחקיקה לפחות אותם חלקים של המגזר העיתונאי שאינם מוכנים לקבל את עולה של מועצת העיתונות. מועצת העיתונות נמצאת לכאורה במצב של הוסר-כיריה. כדי להצדיק את קיומה ולהשיג

וכתביעת מקצועיים (specialist journals). (מכתב הגב' טזניה מילטון ממועצת העיתונות הבריטית אל המתבר מ-17 באפריל 2001).

85. נהוג לסבור, כי הרגולציה העצמית עדיפה לעיתונות מהאלטרנטיבה של הסדרת כללי התנהגות לעיתונאים בידי השלטון בדרך של חקיקה. הדרך השלישית המופיעה בספרות כאפשרות לפיקוח על האתיקה העיתונאית – אמון במנגנוני שוק (ציבור הקוראים והמפרסמים "יעניש" עיתונאים שאינם נוהגים לפי סטנדרטים אתיים) – איננה נחשבת יעילה.

86. יצחק זמיר, "פתח דבר", לקט החלטות ועדות בירור של מועצת העיתונות בנושא אתיקה מקצועית ויובל קרניאל – עורך, מועצת העיתונות בישראל, תשנ"א) 3.

87. עקרון הרגולציה העצמית כתחליף לחקיקה עומד גם בבסיסן של מועצות עיתונות אחרות בעולם. ראו, למשל, אתר האינטרנט של AIPCE, איחוד מועצות העיתונות העצמאיות של אירופה (Alliance of Independent Press Councils of Europe) בכתובת www.aipce.org. ראו גם את דברי המבוא באתר האינטרנט של מועצת העיתונות הבריטית: The success of the PCC continues to underline the strength of effective and independent self over any form of legal or statutory control regulation (www.pcc.org.uk/about/whatis.html)

למועצות עיתונות בעולם, ראו: U.N Commission for the Study of Communication "Problems", *Many Voices, One World*, (Kogan Page, 1980), 245-248.

88. ראו פרוטוקול מספר 86 משיבת ועדה תוקה-חוק ומשפט

(15.2.2000), <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2000-02-15-01.html>

את מטרתה העיקרית - מניעת רגולציה שלטונית של העיתונות - עליה להיות אפקטיבית כלפי העיתונות כולה.

הוועדה הציבורית לחוקי העיתונות (ועדת צדוק) המליצה להשאיר את מועצת העיתונות במעמד של גוף פרטי, אולם המליצה לתת למנגנון האתיקה שלה מעמד סטטוטורי מחייב על-ידי חקיקת חוק מועצת העיתונות אשר יחייב כל עיתון וכל עיתונאי, בתקשורת הכתובה והאלקטרונית, לקיים את כללי האתיקה שתקבע מועצת העיתונות ולהישמע לבתי-הדין שלה.⁸⁹ גם במדינות אחרות בעולם הוענק, או הוצע להעניק, למועצת העיתונות מעמד חוקי מחייב.⁹⁰ מובן, כי חקיקתו של חוק כאמור, לו התרחשה, היתה מייתרת את דיונו כאן. אולם שש השנים שחלפו מאז הגשת הדו"ח אינן מלמדות על סיכוי של ממש ליישומן של ההמלצות. בינתיים מועצת העיתונות נותרה גוף וולונטרי, שהלקים ניכרים מציבור העיתונאים והעיתונאים אינם חברים בו.⁹¹

89. סעיף 165 לדין וחשבון הוועדה הציבורית לחוקי העיתונות (ספטמבר 1997). ראו גם יצחק זמיר, "העיתונות הכתובה - כוח וביקורת", משפט וממשל ז' (תשס"א) 179, בעמ' 190.
90. המעמד הסטטוטורי למועצות עיתונות רווח בעיקר במדינות עולם שלישי, אולם גם בדנמרק - דמוקרטיה מערבית לכל דבר ועניין, ניתן מעמד סטטוטורי מחייב למועצת העיתונות. מועצת העיתונות הדנית, ה-pressnaevnet, הוקמה בעקבות חקיקת ה-Media Liability Act משנת 1992, שבו נקבע כי "התוכן וההתנהגות של אמצעי התקשורת יהיו תואמים לאתיקה עיתונאית מבוססת (sound press ethics)". נראה, כי הסיבה לתופעה הזריגה ומעוררת הביקורת בדנמרק היא קיומה של חקיקת עיתונות מגבילה מזה דורות רבים, שהחוק מ-1992 נחשב, בהשוואה אליה, כמקל על העיתונות. ראו: Helle N. Kruuse, *Press Ethics in Denmark*, שפורסם באתר האינטרנט www.djh.dk. גם בהודו הוקמה המועצה על-פי החוק, ה-Press Council Act of 1978; בהונג קונג הוצע להעניק למועצה מעמד חוקי. ראו: Law Reform Commission of Hong Kong, Sub-Committee on Privacy, Consultation Paper on Civil Liability for Invasion of Privacy (1999), המצוטט אצל: Jane Kirtley, "Privacy and the Press in the New Millennium: How International Standards Are Driving the Privacy Debate in the United States and Abroad", 23 *U. Ark. Little Rock L. Rev.* (2000) 69.
91. יצוין, כי האפשרות להעניק לגוף מקצועי סמכות הסדרה על-פי דין מוכרת למשפט הישראלי בתחומים אחרים, כגון בהסמכה הרחבה ללשכת עורכי-הדין לנהל את ענייני המקצוע, לרבות שיפוטם המשמעתי של החברים. אולם הניסיון מלמד שהרגולציה העצמית נתקלת גם בביקורת ציבורית משמעותית. דוגמא לכך היא הביקורת הנשמעת תדיר על הפקדת השיפוט המשמעתי של עורכי-הדין בידי לשכת עורכי-הדין. ראו, למשל, איריס מילגר, "בעמד הופן אסימונים", הארץ (13.11.1995), www.haaretz.co.il; בן ציון ציטרין, "סחבת בטיפול בעבירות המשמעת של עורכי הדין", הארץ (29.4.1999), www.haaretz.co.il; ס' צימוקי וע' אדסו, "עורכי הדין בלחץ: שר המשפטים מתכוון לפתוח לציבור את דיוני בתי-הדין המשמעתיים שלהם" ידיעות אחרונות (13.12.2001).

2. מועצת העיתונות וכללי האתיקה במשפט הישראלי - מעמד חלקי ביותר עיון בחקיקה ובפסיקה הישראלית מגלה, כי בתחומים מצומצמים וספציפיים ישנה הכרה משפטית מסוימת לכללי אתיקה מקצועית גם אם התקנתם ואכיפתם אינם סטטוטוריים, אלא פרי התארגנות וולונטרית. כמו־כן בפסיקה ניתן משקל מסוים, אם כי לא רב במיוחד, למועצת העיתונות.

חוק אחד, חוק הגנת הפרטיות, ופסק־דין אחד של בית־הדין הארצי לעבודה מעניקים לכאורה מעמד שווה לכללי אתיקה תקוקים ולכללי אתיקה "מנהגיים", הנהוגים בקהילה המקצועית הרלבנטית.

חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, קובע בסעיף 18(2)(ד) הגנה לנתבע או לנאשם שפגע בפרטיות זולתו בתום־לב "תוך ביצוע ציטוט של הפוגע כדין ובמהלך עבודתו הרגילה, ובלבד שלא נעשתה דרך פרסום ברבים". סעיף 20(ג) לחוק קובע חוקה, כי פגיעה תיחשב שנעשתה שלא בתום־לב (וממילא לא תיחנה מהגנת סעיף 18(2)(ד) אם הפוגע ביצע אותה "תוך כדי הפרת הכללים או העקרונות של אתיקה מקצועית החלים עליו מכות דין או המקובלים על אנשי המקצוע שהוא נמנה עמם".⁹² הסעיף מעניק אפוא בסיטואציה מוגדרת זו מעמד שווה לאתיקה מקצועית סטטוטורית ולא אתיקה מקצועית וולונטרית.⁹³ אולם הכרה סטטוטורית זו באתיקה המנהגית מוגבלת לנסיבות חוק זה, ובתי־המשפט דחו נסיונות להקיש מסעיף זה לחוק איסור לשון הרע או לראות בכללי האתיקה "קנה מידה לבהינת התנהגותו של העיתונאי, תום ליבו ויתר הגנות החוק".⁹⁴ בדיון הנוסף בעניין ידיעות אחרונות נ' קראוס קבעו רוב השופטים במפורש, כי העיתון המבקש עבר עבירה אתית, אולם כולם⁹⁵ סירבו להעניק לעבירה האתית משמעות משפטית.⁹⁶

הכרה פסיקתית מוגבלת למעמדה של אתיקה מקצועית הסכמית היתה בדב"ע יחיאל. בפרשה זו קבע בית־הדין הארצי לעבודה, אשר דן ביחסים שבין מו"ל עיתון ובין העיתונאים העובדים עבורו, כי מעמדו של עיתונאי שכיר הוא כזה של עורך־דין שכיר או רואה־חשבון שכיר וכי עליו למלא את הראות מעבידו כל עוד "אין הן נוגדות את החוק, כלל אתיקה או את המצפון" (ההדגשה הוספה - ה"ס).⁹⁷ הגם שכית־המשפט לא עסק בסוגיה זו במפורש, אפשר לכאורה להסיק מההשוואה בין עליונות האתיקה המשפטית (בעלת המעמד סטטוטורי) על־פני הפרדוגטיבה של המעביד לבין עליונות האתיקה העיתונאית במצב דומה על הכרה שיפוטית במעמדה של האתיקה העיתונאית.⁹⁸

92. ליישומו של סעיף זה, ראו ע"פ (ת"א) 1132/96 חתוכה נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
93. גם סעיף 23 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, ס"ח 128, מעניק מעמד מסוים ל"אתיקה מקצועית" כמקור לאיסור על העברת מידע פרטי במקרים מסויימים.
94. הציטוט הוא מתוך ת"א (י-ם) 2668/95 הופמן נ' בר אילן (לא פורסם).
95. לרבות השופט יצחק זמיר, בעבר נשיא מועצת העיתונות אשר כתב פסק־דין המצדד מאד באתיקה בפרשה זו.
96. דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, בעמ' 17-19, 49-58.
97. דב"ע נג/3-223 פלסטיין פוסט בע"מ נ' יחיאל, פד"ע כו 436, בעמ' 451.
98. עם זאת, ראוי לציין כי בית־המשפט העליון מתח לאתרונה בפסק־דין חשוב קו ברור בין

גם מועצת העיתונות עצמה ומערכת האתיקה שלה השפיעו כמה פעמים, גם אם לא במישרין, על המצב המשפטי ואף על-פי שבת-המשפט טרחו לעתים להדגיש כי לכללים "אין מעמד של חוק".⁹⁹

3. עמדת מועצת העיתונות - סמכות מלאה על מי שאינם חברים
עמדתה של מועצת העיתונות בשאלת יכולתה לכפות סמכותה נחרצת: סעיף 40 לתקנון מועצת העיתונות קובע, כי בית-הדין "מוסמך לרון ולפסוק בתלונות על הפרת כללי האתיקה העיתונאית ע"י עיתונאים ... אף אם אינם חברים במועצת העיתונות" (ההדגשה הוספה - ה"ס). אין מדובר אך בקביעה תיאורטית: בית-הדין לאתיקה מפעיל את סמכותו,

כללי אתיקה לא-חוקיים ובין הדין המחייב, בהתייחסו לכללי האתיקה לשופטים שפורסמו בידי נשיא בית-המשפט העליון קבע בית-המשפט, כי למרות היותם "בעלי משקל מוסרי רב" בעיקר בשל "ההכרה בסמכותו המוסרית של נשיא בית-המשפט העליון" אין משמעותם כי "בכל מקרה שבו ינהג שופט שלא על-פי האמור בכלל מכללי האתיקה, יהיה זה נכון לייחס לו התנהגות שאיננה אתית". בשל האמור, סירב הנשיא ברק לפסול את החלטתו של שופט לפסול את עצמו שעמדה לכאורה בניגוד לכללי האתיקה האמורים. בג"ץ 1622/00 יצחק ג' נשיא בית-המשפט העליון אהרן ברק, פ"ד (נר) 54.

99. ת"א (ס) 455/94 חבשרת היישוב בע"מ ג' רשת שוקן (לא פורסם), פסקה 14 לפסקי-הדין. ראו בג"ץ 2205/97 ח"כ אדיסי מסאלה ג' שר החינוך והתרבות, פ"ד (נא) 233 (להלן: עניין שניצור) (הרשעתו של העיתונאי שמואל שניצור בבית-הדין של מועצת העיתונות גרמה לביטול החלטתו להעניק לו את פרס ישראל. אמנם, לא עצם ההרשעה המשמעית היא שהובילה לביטול החלטת ועדת הפרס, אלא העובדה שההרשעה לא עמדה בפני ועדת הפרס כחלק משיקוליה; אולם אלמלא היה להרשעה המשמעית משקל של ממש בעיני בית-המשפט, לא היה כל צורך לראות בה "עובדה חשובה" אשר געלמה מעיניהם של ועדת-הפרס ושרי-החינוך); ע"פ 1027/94 זילברמן ג' מדינת ישראל, פ"ד (ג) 502 (השאלה אם הפרת כלל של אתיקה עיתונאית מטילה חובת גילוי מיוחדת מכות חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, ס"ח 234, על עיתונאי המפרסם כתבות המעודדות קוראים לטהור בניירות-ערך שבהחזקתו הושארה בצריך עיון, תוך שביית-המשפט העליון פונה לכללי האתיקה של מועצת העיתונות); בג"ץ 6218/93 ד"ר שלמה כהן, ער"ד ג' לשכת עורכי הדין, פ"ד (ט) 529. (כללי האתיקה של מועצת העיתונות שימשו מקור מידע, להבדיל ממקור נורמטיבי, על תפיסת האתיקה העיתונאית, מכיוון שכתב-העת נשוא העתירה - בסאון לשכת עורכי הדין - לא היה חבר במועצה); ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ ג' הוצאת עתון 'הארץ' בע"מ, פ"ד (ב) 337, בעמ' 355-357 (להלן: ד"נ חברת החשמל); ע"פ 411/84 מדינת ישראל ג' לביב, פ"ד (ט) 293 (דחיית טענתו של נאשם, כי פרסם ידיעה שלילית על חברה שסירבה לפרסם מודעות בעיתונו "עקב מחויבותו כעיתונאי כלפי הציבור" ולא כמגוף להשגת מודעות לעיתונו, תוך שימוש בכללי האתיקה של מועצת העיתונות וקביעה שיש בהם כדי להאיר "את אי ההגינות שבכתבה" ולהצביע - יחד עם כל יתר הנסיבות ותומרי-הרקע - על כוונתו הפלילית של העיתונאי).

דין ואף גוזר עונשים על עיתונאים שאינם חברים במועצת העיתונות והמביעים את התנגדותם להישפט על-ידה.¹⁰⁰ עיון בעמדה זו מעלה לה שתי הנמקות – האחת פילוסופית-מוסרית והאחרת משפטית. הצד השווה לשתי ההנמקות הוא הנחת-היסוד שלפיה אין בסיס הסכמי-חוזי להפעלת השיפוט על לא-חברים. הגישה הפילוסופית-מוסרית קיבלה ביטוי מובהק ומפורט בפסק-דין שנתן בית-הדין לערעורים של מועצת העיתונות, בראשותו של הפרופ' לפילוסופיה אסא כשר,¹⁰¹ בעניינו של איש הטלביזיה גבי גיית. מפאת חשיבות הדברים לניתוח זה נביא להלן את הפסקאות העוסקות בנושא מתוך פסק-הדין בשלמותן:

מבחינה עניינית, ניתן היה לומר כי מי שאינו חבר ... במועצת העיתונות כלל לא קיבל על עצמו את כללי האתיקה שלה, כך שאי אפשר לבוא אליו בטענות על כך שהוא הפר תווה שהוא צד לו. זוהי טעות רווחת, שמן הראוי להזכיר ולנסות לסלק אותה. כללי אתיקה של קהילה מקצועית אינם משולים לתווה, המחייב אדם בה במידה שהוא צד לו, מרצונו הטוב ועל דעת שותפיו. כללי אתיקה של קהילה מקצועית מכוננים את כללי המקצוע ומנהלים את הפעילות הנעשית במסגרתו, בדרכים האמורות להיות סבירות והוגנות, אבל לא דווקא חוזיות.

מועצת העיתונות אינה אכסניה אקראית של החפצים ביקרה של התקשורת. חברים בה העיתונאים הגדולים וגם עיתונאים אחרים, ארגוני העיתונאים בישראל ועשרות אנשים מן הציבור. הדעה המתגבשת בה היא בדרך כלל העמדה של עולם התקשורת הישראלי בכללותו. כללי האתיקה שלה משקפים, בדרך כלל, תפישה סבירה והוגנת של האידיאל המעשי של התקשורת, של רמת הראוי, מעל לרמת המצוי, בפעילות המקצועית בעולם העיתונות.

100. מליאת מועצת העיתונות קיבלה עוד בשנת 1968 החלטה כי למועצה "יש סמכות לדון גם בתלונות נגד עיתונאים שאינם נמנים עם מרכיבי המועצה" אולם לא כפתה את עצם הבירור, אלא קבעה רק כי "במקרה שכתב העת יסרב להשתתף בבירור, תהיה המועצה רשאית לפרסם עובדת סירוב זו". כספי ולימור (לעיל, הערה 75), בעמ' 17 מציינים, כי הסמכות הופעלה באופן סלקטיבי, ובמקרים רבים, בעיקר בתלונות נגד מקומונים, סירבה המועצה לטפל בתלונות בנימוק שהעיתונאים וכתבי-העת הגילונים אינם חברים במועצה. רק בשנת 1991 קיבלה מליאת מועצת העיתונות החלטה חדשה, המאפשרת לבית-הדין לאתיקה לטפל בתלונות גם נגד לא-חברים.

101. פסק-הדין ניתן ביום 5 באפריל 1999. בהרכב השתתפו גם העיתונאים שלמה נקדימון ונתן אשל.

החלטה של בית דין לאתיקה של מועצת העתונות היא, לפיכך, החלטה על יסוד הכללים האתיים המוסכמים של הקהילה המקצועית. עונש שבית דין רשאי להטיל הוא בדרך כלל עונש סימלי, עונש תבא לסמל את ההערכה האתית של הקהילה המקצועית. אין שום טעם אתי או מוסרי להימנע מהערכה אתית של מעשיו של עיתונאי, רק מפני שאינו חבר באגודת העיתונאים, שעה שמדובר בפעילות עיתונאית או בפעילות שיש לה השלכה על טיבת של הפעילות העיתונאית...

בפרשה אחרת שנפסקה בבית הדין של מועצת העיתונות באותו יום ובאותו הרכב נוסף עור נדבך לגישה זו:

מי שאינו מטריח את עצמו להופיע... מונע מבית הדין למלא את תפקידו על הצד הטוב ביותר ופוגע בכך במעמדה של מועצת העיתונות. האחריות האתית והמוסרית של העיתונאי המקצועי מחייבת אותו לשמור על מעמדה של מועצת העיתונות, שאין לה תחליף באפשרות להגן על חופש העיתונות ועל כבוד המקצוע מפני כל מי שיכול, רוצה ואף עלול לפגוע בה...¹⁰²

ואילו הגישה המשפטית - שלה יסוד תיאורטי אחר - רואה בפעולתם של בתי הדין לאתיקה מימוש של חופש הביטוי והבעת הדעה. גישה זו קיבלה ביטוי בחוות-דעתו של היועץ המשפטי של מועצת העיתונות, י' עמיהוד בן-פורת, שנכתבה בשנת 1996 בתשובה להודעת עורך-דין שייצג עיתון שאינו חבר במועצת העיתונות אשר הודיע כי אין בדעת העיתון להשתתף בדיון. בחוות-דעתו של עו"ד בן פורת נאמר:

בית הדין הוא פורום ציבורי... הבוחן את התנהגותם של עיתונאים ועיתונאים באמות מידה של אתיקה עיתונאית-ציבורית ראויה.

כשם שעיתונאי המותח ביקורת על תופעות פסולות בחיי הציבור בישראל רשאי (וחייב) לעשות כן בין אם מסכים המבוקר לתהליך הביקורת ובין אם אינו מסכים; בין אם משתף הוא פעולה עם העיתונאי ובין אם לאו - כך גם בית הדין. וכשם שעיתונאי חייב לתת לנוגע בדבר הזדמנות להביא עמדתו, אך אין הוא מנוע מלחקור ולפרסם רק משום שהנוגע בדבר מסרב להגיב, כך גם בית הדין.¹⁰³

102. פסק-דין בעניין יעקב וקוביץ מידן מיום 6 באפריל 1999, אף הוא בהרכב פרופ' אסא כשר, נתן אשל ושלמה נקדימון (להלן: עניין מידן).

בהמשך המאמר נתמקד בעמדה הפילוסופית-מוסרית שהוצגה לעיל, אולם בנקודה זו נאמר דברים אחרים על העמדה המשפטית, הרואה בפעולת בתי-הדין אך מימוש של חופש הביטוי.

אין אני חולק על קיומו של חופש הביטוי בידי כל אדם, עיתונאי או ועדה מטעם עצמה. עם זאת, חופש הביטוי איננו בלתי-מוגבל. קיומו של חופש הביטוי כעיקרון חוקתי מרכזי אין בו כדי להשליך באופן מהותי על השאלות הנידונות במאמר. כך, למשל, אין בעקרון חופש הביטוי משום תשובה לשאלה הנידונה להלן, אם פסק-דין של בית-הדין לאתיקה של מועצת העיתונות עשוי להיות לשון הרע; זאת, מכיוון שהדין בתחום לשון הרע מניח תמיד את קיומו של חופש הביטוי, אולם נמנע מלהעניק לו עליונות מוחלטת.

בהקשר זה ראוי להזכיר, כי חוק איסור לשון הרע מגן הגנה רחבה יותר על הבעת דעות מאשר על קביעת עובדות.¹⁰⁴ מכיוון שההליכים בפני מועצת העיתונות כוללים את קביעתן של עובדות, לרבות עובדות השנויות במחלוקת בין הצדדים ובלא כלים על-פי דין לסיר את האמת,¹⁰⁵ הקביעות העובדתיות שתקבע מועצת העיתונות לא תוכלנה בדרך-כלל לחסות מאחורי חופש הביטוי אם יסתבר שאינן אמת או שלא ניתן להוכיחן בראיות קבילות בבית-המשפט.¹⁰⁶

לדעתי, בחופש הביטוי אין גם כדי להצדיק כפיית השתתפות בהליך על מי שאינו חייב (על-פי דין או הסכם) להשתתף בו.

לאור האמור, אינני סבור, בכל הכבוד, כי עקרון חופש הביטוי יכול כשלעצמו להכשיר את פעולתה בעלת האופי השיפוטי של מועצת העיתונות כלפי מי שלא הסכים לשיפוט זה.

4. המצב במדינות אחרות בעולם המערבי

בדיקת סמכותה של מועצת העיתונות על מי שאינם חברים בה בדמוקרטיה מערבית אחרות הראתה, כי קיים מגוון רחב של גישות בדבר כוחן של מועצות עיתונות וולונטריות¹⁰⁷ לשפוט את מי שאינם חברים בהן.

בבריטניה, למשל, הבעיה כלל אינה מתעוררת, משום שכל העיתונות המודפסת מקבלת על עצמה את סמכותה של מועצת התלונות נגד העיתונות, ולדברי אנשי המועצה, מעולם לא ניסה עיתון להתכחש לכפיפותו למועצה.¹⁰⁸

103. הציטוט הוא מתוך מכתבו של עורך-הדין בן-פורת אל המחבר מ-21 במאי 2000.

104. ראו למשל, אורי שנהר, דיני לשון הרע (נבו, תשנ"ח), 309-310.

105. כגון הכוח לכפות הופעת עדים והכוח לגבות עדויות בשביעה, שאין מועצת העיתונות מצוידת בהם.

106. שהרי מועצת העיתונות עשויה להסתמך בקביעת העובדות על ראיות שאינן קבילות בבית-המשפט, להבדיל מדיני הראיות הנוהגים בבתי-המשפט ובטריבונלים וולונטריים, ראו להלן, הערה 228.

107. במדינות שבהן מועצת העיתונות קיבלה מעמד סטוטורי מחייב מכוח החוק אין מתעוררת כמובן הבעיה נשוא רשימת זו. ראו לעיל, הערה 90.

108. מכתב מ-17 באפריל 2001 של הגב' טונייה מילטון ממועצת העיתונות הבריטית אל המחבר.

באוסטרליה קבעה מועצת העיתונות,¹⁰⁹ כי היא מוסמכת לדון בתלונות נגד עיתונים¹¹⁰ שאינם חברים באחד ממרכיביה. עם זאת, אין המועצה מתחייבת כלפי הציבור לדון בתלונות והיא מצהירה במפורש, כי אם העיתון הנילון מתעלם מפנייתה תמשיך המועצה לפעול "as best it can in the circumstances". בפועל, ברוב המקרים גם עיתונים שאינם חברים במועצה משתפים פעולה בתהליך ומפרסמים את תוצאותיו.¹¹¹ באותם מקרים שבהם עיתון משיב בכפירה בסמכותה בשל היותו לא-חבר, אולם גם טוען במקביל לגופה של התלונה, דנה המועצה האוסטרלית לגופה של תלונה, תוך שהיא דוחה את טענת חוסר-הסמכות בקביעה הבאה, המזכירה לא במעט את עמדת מועצת העיתונות הישראלית בעניין מירן:¹¹²

The Council deals with complaints about all the print media whether members of the Council or not. The aim of the Council is to promote the highest standard of ethical behaviour in the print media. This is an aim which should be subscribed to by all sections of the press. Such an aim contributes to the quality of democracy and the rule of law in Australia.¹¹³

בקנדה מועצות העיתונות (המאורגנות באופן נפרד בפרובינציות השונות) אינן דנות בתלונות נגד עיתונים שאינם חברים בהן. כך, למשל, בפרובינציית אונטריו, קנדה, קובע תקנון מועצת העיתונות כי המועצה "לא תדון בתלונה כלפי עיתון שאינו חבר, אלא אם כן העיתון הסכים לכך".¹¹⁴ בכך ניתן משקל מלא למהות ההסכמית של השיפוט המשמעתי.

109. לחיאור מקיף של מועצת העיתונות האוסטרלית ראו: Deborah A. Kickman, *Whither The Australian Press Council? Its Formation, Function and Future* (The Australian Press Council, 1996) www.presscouncil.org.au

110. הברל של ממש נוסף בין המועצה האוסטרלית לזו הישראלית הוא, שהמועצה האוסטרלית דנה בתלונות נגד עיתונים ולא נגד עיתונאים יחידים. תקנון האתיקה של מועצת העיתונות בישראל מטיל חובות אחרות הן על "עיתון" הן על "עיתונאי". לעומת זאת, מקבילתו האוסטרלית, ה-Statement of Principles מתייחסת רק לעיתון ולא לעיתונאים באופן אישי. בכך מתרכז מעט האופי ה"שיפוטי" האישי ומתגבר, לפחות מבחינת מראית-העין, האופי של דיון העקרוני. התקנון האוסטרלי מופיע באתר האינטרנט www.presscouncil.org.au/psite/complaints/sop.html.

111. מכתב מ-20 במאי 2001 של מר ג'ק הרמן ממועצת העיתונות האוסטרלית אל המחבר.

112. לעיל, הערה 102 והטקסט שלידה.

113. לעיל, הערה 110.

114. כלל 4(c) לכללי הנוהל של מועצת העיתונות של אונטריו מופיע באתר האינטרנט www.ontpress.com. גם במועצות העיתונות של אלברטה, קולומביה הבריטית ומניטובה לא יתנהל הליך כנגד עיתון שאיננו חבר כמועצה. הנוהג במועצת העיתונות של אלברטה עם

שתי מועצות העיתונות המדינתיות הקיימות בארצות-הברית¹¹⁵ אינן כופות את מרותן על כלייתקשורת שאינם מעוניינים בכך, אולם הן כוהדות בפתרון-ביניים מעניין: הן מקיימות דיון ציבורי-עקרוני (להבדיל מדיון משמעותי) בלא להתיימר להורות לעיתון כיצד לנהוג וזאת, גם בלא שיתוף-פעולה של כלי-התקשורת הרלבנטי.¹¹⁶ בהולנד קובע תקנון מועצת העיתונות את סמכותה של המועצה לשפוט גם את מי שאינם חבריה. במקרה של אי שיתוף-פעולה בשל טענת חוסר-סמכות ממשיכה המועצה בהליכים ללא השתתפות הגילון ומפרסמת את מסקנותיה.¹¹⁷

5. ביקורת על גישת מועצת העיתונות

לדעתי, עמדתה הפילוסופית-מוסרית של מועצת העיתונות בשאלת סמכותה לשפוט את מי שאינם חבריה בעייתית בשל כמה טעמים: ראשית, הסתמכותה של מועצת העיתונות על "הסכמה רחבה" כביכול בקרב העוסקים במקצוע איננה משקפת את המציאות. שנית, היותם של כללי האתיקה העיתונאית פונקציה של תפיסות מוסריות וחברתיות משתנות ושל משא-ומתן בין גורמים מעוניינים מכשילה – לטעמי – את הגיסיון להחלים באופן אוניברסלי ומתוך כפייה. שלישיית, כללי האתיקה כוללים במקרים רבים פגיעה בזכויות-יסוד של הפרט, והחלתם בדרך זו סותרת מושכלות-יסוד חוקתיות. רביעית, במקרים רבים ההליך האתי מהווה מערכת מעין-פלילית, בלא שצמודות לה ההגנות המקובלות מפני אישום פלילי, לרבות ההגנות הדיוניות. אין זה מן הראוי להטיל חשיפה זו על מי שלא הסכים לה. נושאים אלו יפורטו להלן.

א. הסתמכות על "קונסנזוס" שאיננו קיים

האם יש בסיס הסכמי לעמדתה של מועצת העיתונות? מחד גיסא, מטעמים מובנים קובע בית-הדין במפורש כי הבסיס לסמכות איננו חו"י-הסכמי. מאידך גיסא, הוא מדגיש כי החלטות בית-הדין של מועצת העיתונות הן על יסוד "הכללים האתיים המוסכמים" וכי

קבלת תלונה כנגד עיתון שאיננו חבר במועצה הוא לשגר את התלונה אל העיתון הגילון, בצירוף מכתב ובו בקשה שהעיתון יספול בעצמו בתלונתו של המתלונן (מכתב מ-20 במאי 2001 של מר סגרי פישר ממועצת העיתונות של אלברטה אל המחבר).

115. בארצות-הברית נעשה ניסיון של פמש בשנות השבעים של המאה העשרים לכונן מועצת עיתונות כלל-ארצית, אולם ניסיון זה נכשל עקב אי-שיתוף-פעולה מצד עיתונים חשובים כמו הניו יורק טיימס. המועצה הארצית חוסלה בשנת 1984, וכיום פועלות רק שתי מועצות עיתונות ברמה המדינתית – במינסוטה ובמדינת ושינגטון. ראו: Lee Bollinger, "Why There Should Be an Independent Decennial Commission on the Press", 1 *U. of Chi. Legal F.* (1993) pp. 13-14; Everete Dennis, "Internal Examination: Self Regulation and the American Media", 13 *Cardozo Arts & Ent LJ.* (1995) 697

116. ראו אתרי האינטרנט של המועצות: במינסוטה, www.mtn.org/newscouncil/; בושינגטון, www.wanewscouncil.org/complaint_process.htm

117. מכתב מ-18 במאי 2001 של הגב' הרימנה סנודויק ממועצת העיתונות ההולנדית אל המחבר.

"הדעה המתגבשת בה היא בדרך כלל העמדה של עולם התקשורת הישראלי בכללותו"¹¹⁸, לכאורה - קובעת התיזה - משהוסכמו הכללים בקונסנזוס של "הקהילה המקצועית" הם חלים גם על מי שלא הסכימו להם במפורש. ואכן, בית המשפט המחוזי קבע בעניין חברת התשמל לישראל נ' המוסד הישראלי לתקינה בחשבונאות,¹¹⁹ כי העובדה ש"המשק כולו פועל על פי התקנים אותם התקין המוסד" יש בה כדי להשפיע על לגיטימיות פעולתו של המוסד. האפשרות להחיל על הכלל את המוסכם על הרוב המאורגן של אנשי המקצוע מוכרת גם מענפי משפט אחרים, כגון ההכרה בתוקפם של הסכמים קיבוציים ובאפשרות להרחבתם על כלל העובדים בדיני העבודה.¹²⁰

אולם לדעתי, אין העובדות מלמדות על "הסכמה קהילתית רחבה" שאפשר להחיל את כלליה גם על מיעוט טורד. ראשית, חלקים ניכרים - אולי אף רוב מספרי מבין העוסקים בעיתונות ובתקשורת המונים בישראל - אינם חברים, במישרין או בעקיפין, במועצה.¹²¹ שנית, גם לגבי אלו שחברים במועצה מעידים יודעי דבר, כי "מתוך אלפי העיתונאים הפעילים בישראל רק בודדים מכירים את תקנון האתיקה".¹²² שלישית, עיתונים חשובים דוחים את מסקנות מועצת העיתונות המוצאת אותם אשמים.¹²³ ורביעית, חוקרים של עמדות העיתונות כלפי כללי האתיקה מצאו כי רוב העיתונאים כלל אינם מעוניינים בצורה כלשהי של מערכת אתית מוסכמת, בהיותם חשדנים כלפי כל מערכת חברתית העשויה להפריע לתחושת הזהות העצמית והחירות שלהם.¹²⁴ במצב דברים זה אי אפשר - לדעתי - להסתמך על הסכמה קהילתית רחבה שיש בה כדי להצדיק את כפייתה על שאר העוסקים במלאכה.

118. לעיל, הערה 101 והטקסט שלידה.

119. ה"פ (ת"א) 1247/01 חברת התשמל לישראל בע"מ נ' המוסד הישראלי לתקינה בחשבונאות (טרם פורסם) (להלן: ה"פ חברת התשמל).

120. כגון ההכרה בהסכמים קיבוציים, בהתאם לחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957, ס"ח 63. גם תחולתו של המשפט הבינלאומי המנהגי מבוססת על ההסכמה הרחבה, שיש בה כדי לחייב גם מדינות שלא הסכימו לנורמה במפורש. ראו, למשל, בג"ץ 660/88 אגודת איגוש אלי אוסרא" נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון, פ"ד מג(3) 673.

121. לעיל, הערה 78 ואילך והטקסט שלידה.

122. רונן (לעיל, הערה 74), בעמ' 687.

123. ראו אהרן מלצר, "הארץ" לא מפנים את הוראות מועצת העיתונות", עורך הדין 25 (תשס"א) 56.

124. John Calhoun Merrill, *Journalism Ethics - Philosophical Foundations for News Media* (Bedford, 1997), עמ' 22 ואת הכותב מציין, שהוא רואה את "תחילתו של שינוי" לכיוון התפיסה שאתיקה היא המדיניות הנכונה להצלחה לטווח ארוך, כחלק מתגובת-נגד לאינדיבידואליזם הקיצוני של החברה האמריקנית. מכיוון שבישראל חלה בשנים האחרונות מגמה הפוכה, של עליה בגישה אינדיבידואליסטית על חשבון ערכים לאומיים וציבוריים, ניתן לשער שזהתייחסות למערכת אתיקה גורמטיבית תיעשה שלילית יותר.

ב. כללי אתיקה - פונקציה של תפיסה מוסרית וחברתית, תלוית זמן, מקום ומשא-ומתן

קל יותר היה לקבל את סמכותו של בית-דין "מקצועי" אילו היו כללי האתיקה כללים מובנים מאליהם, בדורים, שאפשר להניח לגביהם כי רוב מכריע של העיתונאים מסכים להם (אולי אף בהיעדר הסכמה בפועל). ייתכן, כי דבר זה נכון לגבי עקרונות חשובים במיוחד המהווים את הליבה של האתיקה העיתונאית.¹²⁵ אולם רוב כללי האתיקה העיתונאית, בכלל, ואלו של מועצת העיתונות בישראל, בפרט, אינם כה חד-משמעיים, קיימות לגביהם מחלוקות לא-קלות והם נגזרים ממצואות ומתפיסות ערכיות המשתנות במונחי זמן ומקום.¹²⁶

העיתונאי והמשפטן משה רונן פורס בספרו על האתיקה העיתונאית קשת רחבה ומרתקת בגיוונה של דעות של ישראלים בעלי רקע שונה בשאלה, מהי עבירת אתיקה חמורה?¹²⁷ המרחק בין הדעות השונות רב כליכך, שברור כי קשה להצביע על קונסנזוס המצדיק כפייה בידי הרוב על המיעוט במציאות לא-הסכמית. כמובן גם בנושאים עקרוניים ובסיסיים ביותר, ניתנים במועצת העיתונות פסקי-דין על חודו של קול.¹²⁸

בין הפילוסופים ישנן גם דעות בעלות משקל, שלמיהן הכרעות אתיות משקפות בעיקרן העדפות אישיות באופן שאינו נבדל מהטעם השונה שיש לאנשים לגבי מאכלים שונים. הפילוסוף אייר (Ayer), שהסתמך על עמדה זו, קבע כי מכיוון שכללי אתיקה אינם ניתנים לבחינה מדעית, הם בגדר ציווי או הבעת רגשות שאי-אפשר להעניק להם תוקף אובייקטיבי. ראו שם, בעמ' 70-71.

125. להלן, הערה 130.

126. בית-הדין לאתיקה של מועצת העיתונות ציין, כי בתקנוני אתיקה מקצועית מופיעות "נורמות היונקות משלושה מקורות שונים: ראשית, נורמות המבטאות את עצם המקצועיות של העיסוק הנתון; שנית, נורמות המבטאות את הייחוד של אותו עיסוק מקצועי; ושלישית, נורמות המבטאות את העקרונות המוסריים של המעטפת החברתית שבתוכה מתבצע אותו עיסוק". פסקי-דין בעניינה של יעל דן מיום 5 באפריל 1999, בהרכב פרופ' אסא כשר (יושב-ראש), נתן אשל, שלמה נקדימון (להלן: עניין יעל דן). דומה, כי כל אחד מרכיבים אלו איננו נושא לקונסנזוס רחב.

אחת הדוגמאות הבולטות לשוני שחל לאורך זמן בתפיסות אתיות הוא ביחסה של העיתונות הבריטית למשפחת המלוכה. בשנות החמישים של המאה העשרים נזופו עיתונים בריטיים רבים בידי מועצת העיתונות על שהעזו לנהוג "בחוסר-כבוד" בבני משפחת המלוכה הבריטית, כגון עליידי פרסום סקר בדבר עמדות הציבור בסוגיית גישואיהם של בני משפחת המלוכה. העיתונות הבריטית בת זמננו נוהגת במשפחת המלוכה כמעט כבכל נושא עיתונאי אחר. ראו: Kirkman (לעיל, הערה 109), בעמ' 16.

127. רונן (לעיל, הערה 74), בעמ' 19-20.

128. ראו, למשל, החלטת בית-הדין לערעורים בתלונת פורום הגויקין בלשכת עורכי-הדין נגד גרעון לוי ועיתון "הארץ", שפורסמה באתר האינטרנט "מתלקה ראשונה" www.nfc.co.il

מובן, כי גם בהכרעות שיפוטיות חשובות קיימים לעתים הבדלי דעות והכרעות רוב: אולם אלו מתבססים על סמכות עליפי דין, או על הסכם, ולא על טענה - שקשה לקבל אותה - בדבר קונסנזוס.

השוני הרב בסוגיות הבסיסיות והעובדה שהחלטות מועצת העיתונות מתקבלות כהחלטות ברוב (שלמעשה בסך-הכל הוא רוב של מיעוט) שומטות עוד יותר את הקרקע מתחת לכוונו המוסרי של התקנון לכפות את עצמו על מי שלא הסכימו לו.¹²⁹

חוסר-הקונסנזוס לגבי העקרונות המנחים של קודקסי אתיקה עיתונאיים אינו ייחודי לישראל. מחקר שהשווה שלושים-ואחת מערכות של כללי אתיקה בעשרים-ותשע מדינות אירופאיות מצא, כי לא היה ולו עיקרון אחד שהופיע בכל הקודקסים כולם.¹³⁰ ההבדלים הניכרים בתפיסות הנוגעות לדמותה של מערכת אתיקה ראויה הם שהכשילו את כל הנסיונות ליצור קוד עיתונאי בינלאומי מוסכם, למרות הגלובליזציה הגוברת בתחום התקשורת.¹³¹ גם אנשי אקדמיה שחקרו את הנושא לעומקו אינם מצליחים להגיע למכנים משותפים ספציפיים של ממש.¹³²

בעיה נוספת נוצרת מהעובדה, שחלק מכללי האתיקה העיתונאית הם תולדה של משא-ומתן ופשרה בין אינטרסים מנוגדים המיוצגים במועצת העיתונות ובהם אינטרסים

במדור "אתיקה". בעניין זה לא הצליח בית-הדין להגיע להסכמה בשאלה העקרונית, אם עיתונאי המותח ביקורת על כתב בית-דין חייב לבקש תגובה מעורך-הדין שניסח את המסמך ושיא הביקורת.

129. עם זאת יש לציין, כי תקנון האתיקה החדש של מועצת העיתונות, מחודש מאי 1996, נוסח באופן שיתאים למכנה משותף רחב למדי וזכה לרוב גדול במליאת מועצת העיתונות, מול שלושה נמנעים בלבד. ראו רונן (לעיל, הערה 174), בעמ' 701.

130. Tiina Laitila, "Journalistic Codes of Ethics in Europe", 10 *Eur. J. Comm.* (1995).
131. צורה כלשהי של העקרונות הרחבים של דבקות באמת וביושר, והחובה לתקן טעויות הופיעו ב-90% ממערכות הכללים שנבדקו. האיסור על קבלת טובת-הנאה או שוחד הופיע ב-87% ממערכות הכללים.

132. הנסיונות הקיימים בתחום זה רוכזו בנספח (Appendix III) לספר *Communication Ethics and Global Change*, (Thomas W. Cooper - ed., Longman, 1989).

133. הניסיון האקדמי המעניין ביותר בתחום זה נעשה בידי תומס קופר, רוברט וייט ואחרים בסוף שנות ה-80 של המאה העשרים. הניסיון הניב הצלחה חלקית ביותר. ראו: Thomas W. Cooper, "Global Universals: In Search of Common Ground", *Communication Ethics and Global Change* (Thomas W. Cooper - ed., Longman, 1989) 3; Robert A. White, "Social and Political Factors in the Development of Communication Ethics", *Communication Ethics and Global Change* (Thomas W. Cooper - ed., Longman, 1989) 40. הנוקרים מצביעים על מכנים משותפים רק ברובד הרחב ביותר של דבקות בעקרונות אתיים כלליים, שאינם ייחודיים דווקא לעיתונות, כגון האמת, אובייקטיביות, ופעולה למען טובת הציבור.

המנוגדים במפורש למושכלות ייסוד של אתיקה עיתונאית. כדוגמא לכך אפשר להביא את הוויכוח – והפשרה ההלקית בעקבותיו – על סעיף ה"שקיפות" בתקנון האתיקה החדש של מועצת העיתונות. סעיף זה, המטיל על כלייתקשורת את החובה לגלות אינטרסים עסקיים של בעליו, עמד במרכזו של הוויכוח על תקנון האתיקה של מועצת העיתונות שאושר בשנת 1996, בעקבות התנגדותם של שניים מהמו"לים המיוצגים במועצה לדרישת השקיפות מהם.¹³³

היותו של התקנון פרי משא-ומתן ופשרה איננו בהכרח שלילי, ככל שהכפיפות לתקנון נסמכת על הסכמה חזית, אולם כאשר התקנון אמור לשמש נורמה כללית אשר העובר עליה מועמד לדין וייתכן שיוצא נגדו פסק-דין מרשיע, היותו של התקנון פרי פשרה ומשא-ומתן פוגע במעמדו המוסרי וביכולת לכפות אותו על מי שלא הסכים לו ולא השתתף בתהליכי הפשרה.

ג. כללי האתיקה – הגבלה שלא על-פי דין של זכויות ייסוד מן הבחינה המשפטית ראויה לציון העובדה כי כללי האתיקה, בכלל, וכללי האתיקה העיתונאית, בפרט, עוסקים לא-אחת בהגבלתן של פעולות הנמצאות בגדרן של חירויות ייסוד, ובראשן חופש הביטוי וחופש העיסוק. ויודגש: אין אני טוען כי לא ראוי להגביל את חירויות הייסוד באותם תחומים שבהם עוסקים כללי האתיקה, אלא שלסעמי, הגבלה על זכויות ייסוד חייבת להיות בדרך שקבע הדין או על-ידי הסכמה מפורשת של מי שזכותו מוגבלת.

כך, למשל, אוסרים כללי האתיקה על הבאת דברים בשמו של אדם, "אלא אם הם מובאה ישירה ומדוייקת מפיו או ממסמך בכתב".¹³⁴ כללי אתיקה אחרים אוסרים פרסום ידיעה על מצב בריאותו של פצוע או קורבן פשיעה, "אלא בהסתמך על מקור רפואי מוסמך";¹³⁵ אוסרים לפרסם את שמו של מי שטרם מלאו לו 14 שנה בניסיונות העלולות לפגוע בשמו, אלא בהסכמת הוריו או אפורטרופסו;¹³⁶ אוסרים לצלם צילום או לחשוף פרטים מזהים של תורם או גתרם של איברים¹³⁷ ואלו הן רק דוגמאות ספורות לפרסומים

133. בסופו של דבר הושגה בסעיף זה פשרה, כאשר חברי המועצה הקשורים באחד העיתונים הצביעו נגד התקנון. ראו רונן (לעיל, הערה 74), בעמ' 705. מעניין, כי חברי המועצה שהיו קשורים בעיתון והצביעו עקב כך נגד התקנון היו מכל סוגי החברים במועצה – מו"ל העיתון, נציג של העיתונאים ונציגי ציבור במועצה, ששימש גם כפרשן משפטי של אותו עיתון.

134. תקנון האתיקה המקצועית של מועצת העיתונות (להלן: תקנון האתיקה), סעיף 4(ג). כל ההתייחסויות לתקנון האתיקה במאמר זה הן לגרסתו מ-16 במאי 1996, שנרפסה בספרו של רונן (לעיל, הערה 74), בעמ' 710.

135. סעיף 9(ה) לתקנון האתיקה.

136. שם, סעיף 10(א).

137. שם, סעיף 11.

אסורים. מבלי להביע דעה על צדקתה של כל אחת מן המגבלות האתיות כשלעצמה,¹³⁸ אין ספק כי מדובר במגבלות על חופש הביטוי.¹³⁹ כסיסו של ההליך בעניינו של גבי גזית היה כלל אתי האוסר על עיתונאים לעסוק "בכל עיסוק, עבודה, שירות, יחסי ציבור... המעוררים חשש או מראית עין לניגוד אינטרסים או להטעיית הציבור".¹⁴⁰ בקובלנה כנגד גזית נטען כי הלה, מגיש בטלביזיה, עבר על הכלל האתי האמור בכך שקרא בקולו תשדירי פרסומת בדיו.¹⁴¹ גם כללים אחרים פוגעים לכאורה בחופש העיסוק של העיתונאי.¹⁴²

138. הבאת דוגמאות אלו נועדה להמחיש כי כללי האתיקה פוגעים בחופש הביטוי ובחופש העיסוק. מכיוון שהחופש הביטוי איננו מוחלט, אין באמור כדי לקבוע עמדה אם פגיעה זו מוצדקת או לא, אלא רק למקם את כללי האתיקה כפוגעים לכאורה בזכויות-יסוד, בלא ההגנה הניתנת כאשר המהוקק מצטט לפגוע בזכויות-יסוד.

139. בית-המשפט העליון טרם הכריע באופן סופי אם חופש הביטוי נכלל בגדר הביטוי "כבוד האדם שבחוקת-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, ועל-כן נהנה מההגנה החוקתית שבחוקת-יסוד זה. לדעות השונות שהובעו בפסיקה ובספרות המשפטית, ראו ע"א 4463/94 גולן נ' שרות בתי הסוהר, פ"ד (4) 136; כג"ץ 4804/94 סטיינן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת פרטים, פ"ד (5) 661; ברק (לעיל, הערה 64), בעמ' 433 ואילך; הלל סומר, "הזכויות הבלתי מוגנות - על היקפה של המהפכה החוקתית", משפטים כח (תשנ"ו) 257, בעמ' 318-322 והאסמכתאות שם; כג"ץ 6126/94 סג"ש נ' רשות-השידור, פ"ד (גנ3) 817, בעמ' 864-865.

140. סעיף 17 לתקנון האתיקה.

141. ביניים התערב המהוקק הראשי בסוגיה זו וקבע, כי השתתפות עיתונאי - לרבות מגיש, קריין או מנחה בכלי-תקשורת - בפרסומת יראו אותה כפרסומת מטעה אם אין בה הבחנה ברורה בין עבודתו המקצועית ובין הפרסומת (סעיף 7(גא3) לתוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, ס"ח 248, כפי שתוקן בתש"ס, ס"ח 201, ראו גם יובל קרינאל, "אנשי התקשורת: בין עיתונות, בידור ופרסום", עלי משפט א (תשס"א) 233; גבי וימן, "עמימות הפרופסיה העיתונאית בישראל", ספר השנה של העיתונאים (1999-2000) (אגודת העיתונאים, תש"ס) 135. המגבלה האתית רחבה יותר מן המגבלה החוקתית.

142. "כל הסדר המטיל הגבלות על חופש המימוש או הביצוע של עיסוק, מקצוע או משלתי-ידי, מהווה הסדר הפוגע בחופש העיסוק". ברק (לעיל, הערה 64), בעמ' 613. לפיכך אף הדוגמאות שהובאו לעיל כפוגעות בחופש הביטוי פוגעות במקביל גם בחופש העיסוק. גם החלטת מועצת העיתונות מתורש ספטמבר 1980, כי על נושא משרה בשירות הציבורי העובר לעבוד בעיתון תחול תקופת צינור של שלושה חודשים לכל שנת שירות ציבורי בטרם יוכל העיתונאי לכתוב על נושאים שנכללו בעבודתו הקודמת, היא פגיעה של ממש בחופש העיסוק. ראו פז (לעיל, הערה 74), בעמ' 69.

דוגמא נוספת לכלל אתיקה הפוגע בחופש העיסוק היא סעיף 25(א) לתקנון האתיקה, המאפשר למועצת העיתונות להשעות עיתונאי שהוגש נגדו כתב-אישום בעבירה שיש עימה קלון. מעניין לציין, כי בסעיף 12(א) קובע תקנון האתיקה כי "עיתון ועיתונאי יכבדו בפרסומיהם את העקרונ היסודי שכל אדם הוא בחוקת חף מפשע אלא אם נמצא אשם בדין".

אילו הוענק למועצת העיתונות מעמד סטטוטורי, אפשר היה לבחון את כללי האתיקה שלה באמצעות המשקפיים המחמירים של חוק-יסוד: חופש העיסוק,¹⁴³ היינו: אפשר היה לבחון כל כלל אתיקה אם הוא נקבע "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש..."¹⁴⁴ מפסק-הדין בבג"ץ גאנב נ' לשכת עורכי הדין¹⁴⁵ עולה, כי בית-המשפט העליון אינו מהסס לפסול כללי אתיקה סטטוטוריים כנוגדים את חופש העיסוק וחירויות אחרות.¹⁴⁶ אם זה הדין לגבי כללי אתיקה סטטוטוריים, דומה כי אפשר לנקוט במידה של קל-יחומר כלפי כללי אתיקה מקצועית וולונטריים. אולם בהיעדר מעמד סטטוטורי, יכולה קבוצה שחבריה הם לכל היותר רוב של העוסקים בתחום לכפות נורמות התנהגותיות הפוגעות בזכויות-יסוד בלא שאלו עומדות לבקרה שיפוטית של ממש.

אמנם, בית-הדין לאתיקה של מועצת העיתונות מודע לכך שכללי האתיקה מגבילים את חופש העיסוק, ובבוחנו את כללי האתיקה הוא בוחן לכאורה את עמידתם בתנאים המתחייבים של חוק-יסוד: חופש העיסוק;¹⁴⁷ אולם בחינה זו לוקה בשניים: ראשית, היא עוקפת את אי-עמידתן של המגבלות על חופש העיסוק בתנאי של חוק-יסוד: חופש העיסוק, שלפיו ההגבלה צריכה להיות מעוגנת בחוק או על-פי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו.¹⁴⁸ בפסק-הדין בעניין יעל דן קובע בית-הדין (בראשות פרופ' אסא כשר), כי "ההנחה כי החוק הזה תל, במלואו וכמות שהוא, על עולם המקצועות, ממיתה כליה על כל עולם האתיקה של המקצועות שאינם מוסדרים בחוק"¹⁴⁹ במלים אחרות: הטענה של פרופ' כשר היא, כי ישנן רק שתי אפשרויות: ביטולה המוחלט של האתיקה המקצועית או הסכמת מלאה לאתיקה מקצועית הניתנת לאכיפה. לדעתי, ובכל הכבוד, עמדה זו מציגה תפיסה פשטנית למציאות מורכבת. לעולם האתיקה של המקצועות שאינם מוסדרים בחוק יהיה קיום משפטי ככל שהם תוצאתן של הסכמות חזויות. אף בהיעדר הסכמות חזויות – וליותר

143. חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90. לו נקבע, כי חופש הביטוי נכלל בגדר הביטוי "כבוד האדם" שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל-כן נהנה מההגנה החוקתית שבחוק-יסוד זה, היה ניתן לבחון את כללי האתיקה גם לגבי עמידתם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

144. סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

145. בג"ץ 4330/93 גאנב נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד ג(4) 221.

146. יצוין, כי גם לפני חקיקתו של חוק-יסוד: חופש העיסוק, לא נמנע בית-המשפט הגבוה לצדק מפסילתם של כללי אתיקה בחקיקת משנה, בשל סתירתם את חופש העיסוק. ראו בג"ץ

144/72 ליפבסקי-הליפי נ' שר המשפטים, פ"ד כו(1) 719.

147. ראו עניין יעל דן (לעיל, הערה 126).

148. על השיבותה של דרישה זו, ראו ברק (לעיל, הערה 64), בעמ' 264-266, 471. ההכרה החלקית ביותר באתיקה בחוק ובפסיקה, כפי שתוארה לעיל, הערה 92 והטקסט שלידה ואילך, אין בה כדי לספק את היות מערכת כללי האתיקה "לפי חוק מכת הסמכה מפורשת בו" סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק (ההדגשה הוספה – ה"ס).

149. עניין יעל דן (לעיל, הערה 126), בעמ' 3.

דיוק: נוסף עליהן – אין כל מניעה לקיומו של עולם אתי כזה, ובלבד שלא יהיה בגדר מערכת כופה, בעלת כתיידין וטנקציות, אלא עולם של הצהרות המכוננות על-ידי כל מי שרואה לנכון לכבדן.

שנית, את איוון האינטרסים הראוי באשר לשאר מגבלותיו של חופש העיסוק (תכליתה הראויה של ההגבלה ומידתיותה) מבצעים אנשי מועצת העיתונות עצמם, בלא כל פיקוח שיפוטי. בהקשר זה יש לשוב ולהזכיר גם את הכללים המגבילים את תוקפה של בוררות בעניינים חוקתיים ואת הקביעה השיפוטית, שלפיה שאלות של הגבלת חופש עיסוק אין מקומן בבוררות במסגרת מנגנון השיפוט הפנימי של אגודה שיתופית.¹⁵⁰ בית-המשפט העליון פסק, כי עניינים שהשפעתם חורגת מהמחלוקת שבין הצדדים לבוררות והשלכתם *in rem* על כולי עלמא הם עניינים חוקתיים במהותם, שאינם ראויים להידון אף בידי בורר בהסכמת הצדדים.¹⁵¹ העלאת מעמדן הנורמטיבי של הזכויות המוגבלות בידי כללי האתיקה, חופש העיסוק ואולי גם חופש הביטוי,¹⁵² יש בה כדי להגביר את ההסתויגות מהכרעתן של זכויות אלו בידי גופים פרטיים שהסמיכו את עצמם לכך.

ד. כללי האתיקה – מערכת מעין-פלילית בלא ההגנות

מערכת כללי האתיקה מקבילה במוכנים רבים למערכת של משפט פלילי.¹⁵³ תוצאה שלילית של הליך אתי היא "הרשעה", על התדמית השלילית של מלה זו. אמנם, העונשים של מועצת העיתונות הם סמליים ברובם, אולם להרשעה עלולות להיות תוצאות נלוות, כגון פיסודין של העיתונאי בתואנה שנקבע כי הוא הפר כללי אתיקה, אי-העסקה בידי מעסיקים עיתונאיים, סירוב של מקורות לשתף פעולה עם המורשע או טענה של מבוקריו של העיתונאי כי הוא כבר הורשע בפעולות לא-אתיות.¹⁵⁴

אלא שהליכי האתיקה של מועצת העיתונות אינם מעניקים לעיתונאי את ההגנות הבסיסיות של משפט פלילי. כך, למשל, "בחוק הפלילי, אם אין התנהגות הנאשם 'מתאימה' לניסוח העבירה המיוחסת לו, הוא יזכה. האתיקה העיתונאית שונה. גם אם התנהגות עיתונאי אינה 'נכנסת' לתחומיו של כלל אתיקה מתוך התקנון, עדיין ניתן לקבוע כי התנהגותו חרגה מן המקובל, מן הראוי ומן האתיקה העיתונאית".¹⁵⁵ בהליכים

150. ראו אוטולנגי (לעיל, הערה 119), בעמ' 86-87 והאסמכתאות בהערות שוליים 73-75.

151. ראו רע"א כפר מהולה (לעיל, הערה 20); ה"פ (ת"א) 141/02 מפלגת העבודה הישראלית נ' הסתדרות העובדים החדשה (טרם פורסם).

152. לעיל, הערה 139 והאסמכתאות שם.

153. על היתס שבין המערכת הפלילית לבין המערכת המשמעטית והמערכת האתית ראו ע"פ 4148/96 מדינת ישראל נ' גנות, פ"ד (5) 367. עם זאת, המערכות הן כמובן נפרדות, ותייחן בהחלט הכרעה שונה בכל אחת מהן. ראו לעיל, הערה 96.

154. ראו פסקי-הדין בעניין שניצר, שבה גרמה הרשעה אתית בעקיפין לשלילתו של פרט ישראלי מעיתונאי ותיק ובכיר (לעיל, הערה 99 והסקסט שלידה).

155. רונן (לעיל הערה 74), בעמ' 18.

האתיים אין עומדות לגילון הגנות בסיסיות ביותר במשפט הפלילי, כגון עקרון החוקיות¹⁵⁶ והעיקרון בדבר אי־טרואקטיביות;¹⁵⁷ מותר להציג ראיות שלא היו קבילות בהליך משפטי; השימוש בעורך־דין כפוף להסכמת ההרכב הדין ואינו בגדר זכות,¹⁵⁸ וההרשעה אינה מותנית בקביעת האחריות "מעבר לכל ספק סביר".¹⁵⁹

רובם של חסרונות אלו טבעים כאופיים של הליכים משמעתיים באשר הם ואין הם מיוחדים להליכי בית־הדין לאתיקה של מועצת העיתונות. אולם בהליכים משמעתיים אחרים גישלות הגנות חשובות אלו במצוות המחוקק, אשר קבע אותן כחלק ממערכות האתיקה שבהן קבע כי לא תחולנה, או שהן גישלות מכוח הסכמתו של המצטרף לארגון לקבל עליו את הכללים ובכפיפות לפיקוח משפטי הכולל התנגדות לשיפוט פלילי במסווה של סדרות.¹⁶⁰ הפיקוח השיפוטי גם מתערב לעתים וכופה על המנגנון השיפוטי הגנות בסיסיות לנאשם, כגון בתחום הזכות לייצוג.¹⁶¹ חסרונן של הגנות אלו בעייתי ביותר בשיפוט שאיננו מתבסס על הסכמה או על הסמכה סטטוטורית, והוא נעדר פיקוח משפטי היצוגי.

בהקשר זה אני רואה בעיה בפעילותם של בתי־הדין של מועצת העיתונות דווקא בשל שמם זה – "בית דין"¹⁶² – והאופי המשמעתי־אינדיבידואלי שגודע להליכים. לו עסקה מועצת העיתונות אך בהצהרה על נורמות ראויות ברמה העקרונית, לא היתה מתעוררת בעיית השיפוט הלא־הסכמי ונראה שגם בעיות אחרות המוצגות להלן, כגון חשיפה לתביעת לשון הרע, היו נמנעות. גם בתחומי משפט אחרים מוכרת ההבחנה שבין דיון ציבורי עקרוני לבין דיון במקרה ספציפי, תוך מתן היתר לקיום הדיון העקרוני אף כאשר

156. עצם קיומם של ההליכים שלא על־פי אסמכתא בחוק אינו עומד בדרישת סעיף 1 לחוק העונשין, לפיו "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על־פיו".

157. שם, סעיף 3. בעיה זו מחריפה בשל השינויים באתיקה העיתונאית מתקופה לתקופה. ראו ע"א טורמן (לעיל, הערה 9) שם ביטל בית־המשפט החלטה של ועדת משמעת שהענישה על עבירה שלא נקבעה בתקנון בעת שנעברה.

158. על־פי רונן (לעיל, הערה 74), בעמ' 698 לעורכי־דין אסור לייצג את המתלונן ואת הנלוו, אם כי המושב רשאי לשנות כלל זה. על־פי הפרקטיקה הנהוגת, מתאפשר כיום ייצוג בידי עורכי־דין על־פי בקשת אחר הצדדים.

159. סעיף 34(ב) לחוק העונשין.

160. אוטולבגי, (לעיל, הערה 19), בעמ' 55.

161. ראו למשל ה"פ (י-ם) 339/98 חיים נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ (טרם פורסם) (הצהרה על זכותו של חבר באגודה שיתופית לייצוג בידי עורך־דין בהליך משמעתי חמור, בניגוד לתקנון האגודה).

162. בעבר היו התלונות למועצת העיתונות נידונות בפני "ועדות בירור". תקנונה החדש של מועצת העיתונות משנת 1994 הוא שטבע את המושג "בית־דין לאתיקה", דווקא כדי לשוות לבתי־הדין מעמד רציני יותר.

דיון במקרה ספציפי אסור על-פי דין.¹⁶³ אילו, למשל, פרסמה מועצת העיתונות עמדה עקרונית ומפורטת בסוגיית מעורבותם של עיתונאים בתשדירי פרסומת, לא היה בכך משום "שיפוט" גם אם כל בר-דעת יכול היה ליישם את המבחנים העקרוניים שנקבעו בידי המועצה על מערכות עובדתיות נתונות ולהגיע ברוב מוחלט של המקרים למסקנה ברורה בדבר התאמתה האתית של הפעילות. אכן, היעדרם של אמצעי אכיפה היה שיקול מרכזי בהחלטת בית המשפט המחוזי שלא להתערב בהחלטות המוסד הישראלי לתקינה בתשכונאות, הגם שניתנו בידי גוף שלא הוסמך להצהיר על תקני החשבונאות בדיון או בהסכם.¹⁶⁴

אולם דווקא ההחלטה האסטרטגית לשוות לדיון בבתי-הדין אופי אישי-משמעותי היא היוצרת - לדעתי - בעיות חוקיות של ממש בפעולתה של מועצת העיתונות, ובעיקר בפעולתם של בתי-הדין שלה. הסיבה לשינוי הטרימינולוגי - מזועזעות בירור לבית-דין - היתה נעוצה ברצון לשפר את תדמיתו של ההליך ולשוות לו מעמד רציני יותר.¹⁶⁵ אולם ספק בעיני אם "הצר שווה בנוק המלך", כלומר: האם שיפור התדמית מצדיק את החרפת הבעיה המשפטית בתחום הסמכות ואת החשיפה בתחום לשון הרע. במיוחד אמורים הדברים בשל העונשים המצומצמים, אולי עד כדי גיתוך, שמוסמכים בתי-הדין לאתיקה להטיל.¹⁶⁶ אילו היה בידי בתי-הדין לאתיקה להטיל עונשים של ממש, ייתכן שהיה מקום לעמוד על

163. כך, למשל, בתחום הסובידיצה, שבו קבע בית המשפט העליון כי "אין מניעה לנהל רב-שיח ציבורי בנושא המעורר סוגיות עקרוניות הכרוכות בשאלות ערכיות ומוסריות הנוגעות לכלל הציבור, גם כאשר עניין הכרוך באותן שאלות תלוי ועומד בפני בית המשפט, ובכפוף לכללי הסובידיצה" (בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג (2) 62, בעמ' 76). ראו גם בג"ץ 2314/91 נתן נ' רשות השידור, פ"ד מה(3) 436 (שם אושרה גישתה הזוהירה של רשות השידור ביחס לוויכות ציבורי עקרוני על חוק ספציפי, כאשר באותה עת התנהל משפטו של מי שהואשם בעבירה על אותו חוק). גם היועץ המשפטי לממשלה קבע בהחיותו כי "בדרך כלל לא יועמד אדם לדין על פרסום שיש בו דיון עיוני בשאלות עקרוניות או משפטיות" (הנחיית היועץ מ"ש מס' 51.051 מיום 13 במרץ 1992). לגישה קודמת ושוונה, הנסמכת היטב על ההיסטוריה החקיקתית, ראו זאב סגל, "איסור פרסום מטעמי סובידיצה: הצעה להיתר ולהסדר אלטרנטיבי", מחקרי משפט ד (תשמ"ו) 105, בעמ' 115-116.

164. ה"פ חברת החשמל (לעיל, הערה 119).

165. אפילו על מועצת העיתונות הבריטית, הנחשבת לאחת הפעילות והמוצלחות מסוגה, יש המלגלים שהיא "כלב שמירה חסר שיניים" (a toothless watchdog). ראו: Barrie I. MacDonald & Michel Petheram, *Keyguide to Information Sources in Media Ethics* (Mansell, 1998), 78.

166. על-פי סעיף 51 לתקנון מועצת העיתונות, מוסמך בית-הדין להטיל את העונשים הללו: *אזרה, נויפה, פרסום התנצלות על-ידי העיתון בנוסח ובמקום שיקבע בית-הדין והשעיית עיתון מן המועצה לתקופה קצובה. נסיונות של נציגי הציבור במועצה לקבוע עונשים אמורים יותר, ובהם קנסות כספיים והשעיה של עיתונאי לתקופה של עד חודש ימים, נכשלו עקב התנגדות הרוב במועצה המצוי בידי העיתונות. ראו זמיר (לעיל, הערה 89), בעמ' 194.*

אופיו ה"מעין-שיפוטי" של ההליך, למרות מגרעותיו, אולם ספק אם כדי להטיל עונש של "אזהרה"¹⁶⁷ ישנה הצדקה לחשוף את המועצה לטיכונים הכרוכים בהליכים שהוקייתם בעייתית. אכן, במדינות אחרות נעשה ניסיון לשוות למועצות אופי של מבררות עניינים עקרוניים ולא של שיפוט משמעתית על עבירות אתיקה.¹⁶⁸

לאור הדיון דלעיל, אינני סבור כי בידי מועצת העיתונות מצויה כיום סמכות חוקית לכפות את מרותה על מי שאינם חבריה. שאלת סמכותה המוסרית של המועצה היא שאלה נפרדת. בהחלט ניתן לטעון, כי בהינתן הסמכות המוסרית צריך שתיעשה באשר לאלטרנטיבות השונות וכי האלטרנטיבה של מועצת עיתונות וולונטרית חזקה עדיפה הן על המצב של היעדר כל מערכת אתית והן על המצב של רגולציה ממשלתית. אם זו הגישה שמעוניינים ליישם, כי אז יש לקבל את המלצתה של ועדת צדוקי¹⁶⁹ ולהחיל את מערכת האתיקה (כללים מהותיים וסמכות שיפוט) של מועצת העיתונות על כל העוסקים במקצוע בדרך של חקיקת חוק מתאים.

ו. שיפוט ללא הסכמה - היבטים פליליים

עצם קיומו של שיפוט בלא הסכמה על-פי דין ובלא הסכמה עלול בגסיבות מסוימות להיות עבירה פלילית של הסריבוניל הוולונטרי. במסגרת זו נבהן שתי סוגיות: ראשית, מצבים שבהם עצם קיומם של ההליכים עלול להיות עבירה פלילית; ושנית, אם הכפייה שבניהול הליכים כנגד אדם שהפך בעל-כורחו "צד" היא כשלעצמה עבירה פלילית.

בית-הדין לאתיקה ולמשמעת של אגודת העיתונאים בתל אביב, האוכף אף הוא את תקנון האתיקה של מועצת העיתונות, מוסמך להטיל על העיתונאי גם קנס כספי שלא יעלה על חצי משכורת חודשית ולהשעות או להרחיק אותו מתפקודו באגודת העיתונאים. ראו רונן (לעיל, הערה 174), בעמ' 708-709. עם זאת, שיפוטה של האגודה מוגבל על חבריה בלבד, והבסיס לו הוא הסכמי.

167. העונש שהוטל על גבי גוית לאחר שהורשע בתלונה שתוארה לעיל, הערה 101.

168. כך, למשל, בהולנד, שבה מתוארת מועצת העיתונות כ-"not a disciplinary council but an opinion council", אולם הרבר תורם גם לחולשתה הציבורית, ראו: Anne van der Neiden, "Media Ethics and Media Morality in the Netherlands", *Communication Ethics and Global Change* (T.W. Cooper - ed., Longman, 1989) 85, p. 89 באוסטרליה דחה נשיא מועצת העיתונות הצעה של הסינט להעניק למועצה סמכות סטטוטורית לענישה באומרו: "Giving us the power to impose fines would turn us into a court", קרי: התנגדות לאופי "משפטי" של הדיונים, ראו: Kirkman (לעיל, הערה 109), בעמ' 23.

169. ראו לעיל, הערה 89 והסקסט שלידה.

1. עצם קיום ההליך כעבירה פלילית

המגבלה הממשית היחידה המצויה בדיון על עצם קיומם של הליכים משפטיים "פרטיים" מצויה בסימן ב של פרק ט לחוק העונשין, שכותרתו "העלמת עבירה". ההוראה המרכזית בסימן ב קובעת, כי "לא ימלא אדם תפקיד בהליך של שפיטה משהתעורר, תוך כדי שפיטה, חשש עבירה פלילית, אלא אם ניתנה הודעה ליועץ המשפטי לממשלה או לבא כוחו"; וכי במקרים שבהם החליט היועץ המשפטי לממשלה לנקוט הליכים בבית-המשפט¹⁷⁰ רשאי הוא לצוות על הפסקת השפיטה עד לגמר ההליכים בבית-המשפט. אי-קיום הוראות סימן ב מהווה עבירה פלילית בידי ממלא תפקיד השפיטה, שזיגה מאסר שנה אחת.¹⁷¹

החוק קובע אפוא, כי במקרים שבהם דן ההליך המשמעותי הפנימי באישום בעל אופי פלילי בעבירות ספציפיות יכול היועץ המשפטי לממשלה, הממונה על התביעה הפלילית, לעכב את ההליך הפנימי עד סיומו של ההליך הפלילי בבית-המשפט. להוראה זו מטרה משולשת: ראשית, וזה כנראה עיקרה של ההוראה,¹⁷² היא מונעת טיוח של עבירות פליליות חמורות בדרך של "סגירת עניינים" פנימית. כך, למשל, רשת-היגוך שנתגלו בה עבירות מין נגד קטינים בידי העובדים תהיה מנועה מלבצע "כירור פנימי" בלא מתן הודעה לרשויות החקירה על-פי דין ואף להודיע להורים כי הנאשמים יצאו זכאים בהליך משמעותי ולתלונות אין אפוא שחר. שנית, ההוראה מונעת קביעת "ממצאים" בהליך משמעותי העשויים לחבל בחקירה ובהליך השיפוטי הפלילי, גם אם אלו יתגלו בסופו של דבר: עדים עשויים לחשוש לאתר שכבר נקבעה "חפות" הנאשמים; ראיות עשויות להיעלם במהלך ההליך המשמעותי וכדומה. שלישית, ההוראה נועדה למנוע את קיומם של "בתי-דין של העולם התחתון", על השלכותיהם השליליות.

אלא שניסוחו של הסעיף איננו מביא להגשמת מטרתו אלו באופן מלא, בשל האופן שבו הוגדרו המונחים "הליך של שפיטה" ו"עבירה פלילית" לצורך זה. ראשית, הסעיף חל רק על עבירות מסוימות ואף איננו חל על כלל העבירות מסוג פשע.¹⁷³ רוב עבירות הרכוש – לרבות עבירות חמורות כמו שוד, גניבה בידי מנהל או מורשה, עבירות מרמה, סחיטה

170. לשון החוק אינה מגבילה לכאורה את ההליכים שיכול היועץ המשפטי לנקוט "בבית-המשפט" מבחינת סוגם, אולם הגיונם של דברים מחייב – לדעתנו – שהמדובר בהליכים פליליים בלבד.

171. סעיף 271 לחוק העונשין.

172. על כך שזו מטרתה העיקרית של ההוראה ניתן ללמוד מכותרתו של סימן ב – "העלמת עבירה".

173. המונח "עבירה פלילית" מוגדר בהגדרה מיוחדת לעניין זה בסעיף 268 ככולל עבירות לפי פרק ז לחוק העונשין ("בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים") או לפי סימן ה לפרק ט ("עבירות שוחד"); עבירה נגד החיים, הגוף או המוסר שזיגה מאסר שלוש שנים או יותר, עבירות לפי סימן ד לפרק ט (עבירות בשירות הציבור ובפלפיו) ועבירות לפי פרקים יא ו-יב (פגיעות ברכוש וזיוף כספים וזבלים) הפוגעות בנכסים או בזכויות של המדינה או של גוף מבוקר כמשמעותו בחוק מבקר המדינה [נוסח משולב], תשי"ח-1959, ס"ח 92.

ועושה - אם לא נעברו כלפי המדינה או כלפי "גוף מבוקר", אינן נכללות בגדר הסעיף.

שנית, הסעיף זל רק על "הליך של שפיטה". מונח זה מוגדר בסעיף 268 לחוק העונשין על-פי התוצאה המיועדת להליך. הליך ייחשב כהליך של שפיטה אם הוא הליך המכוון להביא לידי אחת מאלה: (1) הוצאת אדם מגוף אשר הוא חבר בו; (2) שלילת זכות אדם מזכויותיו בגוף, כאמור; (3) פרסום לגנאי ברבים על מעשיו של אדם; (4) עיצום אחר שיש עמו גינוי ושאינו בעל משמעות דתית בלבד.

אף כי שאלה זו היא כנראה אקדמית גרידא, דומה כי בוררות של העולם התחתון לא תיכלל בהגדרת "הליך של שפיטה", אלא-אם-כן מדובר במקרה הנדיר של חברות בגוף פשע פורמלי, דוגמת ה"מאפיה", שבו יש "חברות" ו"זכויות". גם בוררות אזרחית במהותה, שבמסגרתה נידונות עבירות פליליות וחלוקת פירותיהן, איננה נכללת לכאורה בתחומו של הסעיף ואינה מחייבת מתן הודעה ליועץ המשפטי לממשלה.¹⁷⁴

המונח "הליך של שפיטה" זל לכאורה על הליכים מסוג ההליכים שמקיימת מועצת העיתונות, שכן המועצה נוהגת לפרסם את החלטותיה, לרבות אלו שבהן נקבע כי עיתונאי או עיתון פלוגי עברו על כללי האתיקה - דבר שיש בו "פרסום לגנאי ברבים על מעשיו של אדם". התוצאה: אם ההליך המשמעתי עוסק במערכת עובדתית שיש בה כדי להיות "עבירה פלילית" כהגדרתה בסעיף 268, אין בית-הדין לאתיקה של מועצת העיתונות יכול לקיים את הריון בלא מתן הודעה ליועץ המשפטי לממשלה או אם היועץ בחר להורות על הפסקת ההליכים עד גמר ההליכים בבית-המשפט. אכן, לפי הגדרתו המצומצמת-יחסית של המונח "עבירה פלילית",¹⁷⁵ קשת המצבים שבהם עבירת אתיקה עיתונאית, נשוא הליך במועצת העיתונות, תהיה "עבירת פלילית" במשמעות זו היא מצומצמת למדי. אולם מצבים אלו ייתכנו,¹⁷⁶ ולדעתי, בחי-הדין של מועצת העיתונות כפופים עם התרחשותם בהם לסימן ב.

האם יחול המונח "הליך של שפיטה" על הליכים בפני בית-דין צדק חרדי, דוגמת בר"ץ בית יוסף? שאלה זו תלויה במהות הסעדים שבית-הדין יראה את עצמו רשאי להעניק. אם סעדים אלו כוללים פרסום לגנאי ברבים, או "עיצום אחר שיש עמו גינוי ושאינו בעל משמעות דתית בלבד",¹⁷⁷ או אפשרות של הוצאת אדם מגוף שבו הוא חבר או שלילת

174. ראו רצ"א 2118/00 ברגמן נ' שפר (טרם פרסם) (בבוררות שעסקה - על-פי הנסען - בפירוק שותפות תוך העלמת עבירות מס של השותפים, לא היתה הובת מסירת הודעה על-פי סעיף 269).

175. ראו לעיל, הערה 173.

176. דוגמא לאפשרות כזו יכול להוות הליך אתי, שבו מואשם עיתונאי בהשגת חומר עיתונאי באמצעים פסולים (עבירת אתיקה לפי סעיף 7 לתקנון האתיקה המקצועית של מועצת העיתונות בישראל (ינואר 1986) שבוטל ע"י קבלת תקנון חדש במאי 1996. הסעיף הן באמצעים פסולים בתקנון החדש הוא סעיף 20) כאשר השגת החומר היתה כרוכה בעבירה כלפי המדינה או כלפי גוף מבוקר. ראו דוגמאות לאירועים כאלו שאירעו בפועל בספרו של רונן (לעיל, הערה 174), בעמ' 246.

177. על-פי לשונו של החוק, אף אם העיצום הוא בעל אופי חתי, כגון נידוי או חרם, אם אין הוא

זכויותיו באותו הגוף - יתקיים "הליך של שפיטה" כמשמעותו בחוק. כך, למשל, בת"א זריב¹⁷⁸ נידונה (בהקשר אחר) תביעה בבית דין רבני (של המדינה), שאחר הסעדים שנדרשו בה היה להכריז על הוצאתו של הנתבע ממפלגתו. בלי אימת שדיון בבר"ץ יכלול סעד מסוג זה ומתעורר חשש לקיומה של "עבירה פלילית" כתגרתה בסעיף 268, תהיה תחולה להוראת הסעיף.¹⁷⁹

עם זאת, ראוי לשוב ולהדגיש כי לפי ההגדרה המצומצמת כל-כך של עבירות שעליהן חל סימן ב, במקרים נדירים תהיה לסעיף זה תחולה בשתי הוגמאות נשוא מאמר זה. נראה אפוא, כי למעט באותם מצבים נדירים המתוקק אינו אוסר - בדרך של קביעה כעבירה פלילית - את עצם קיומם של ההליכים.

2. כפיית השתתפות על מי שאינו תייב להשתתף בהליך

לכאורה מכיוון שברור כי לארגונים הוולונטריים אין סמכות לשפוט את מי שאינם חברים, כל שעל המוזמן לדין שאינו הפץ בהליך לעשות הוא להתעלם מההזמנה או לכל היותר להשיב בנימוס כי הוא אינו רואה את עצמו מחויב להופיע, אולם בכל אחד משני המצבים הנדונים ברשימה זו (מועצת העיתונות ובר"ץ חרדי) הדברים עלולים להסתבך בשני מישורים: ראשית, חלק מהארגונים הוולונטריים מנסים לכפות את ההשתתפות כהליך באמצעות לחצים על הצד שאינו מעוניין להשתתף (מטבע הדברים, צד זה הוא בדרך-כלל הגילון או הנתבע). משמעותם המשפטית של לחצים אלו תידון בחלק זה של המאמר. שנית, הארגון הוולונטרי יכול להמשיך בהליך ה"שפיטה" גם בלא שיתוף פעולה מצד הגילון או הנתבע ולהוציא מתחת ידיו "פסק-דין". במשמעותו המשפטית של "פסק" זה ובדרכי תקיפתו נדון בהמשך הטאמר.

אין כל פסול משפטי בנסיונו של גוף וולונטרי לשכנע אדם להתדיין בפניו כל עוד נסיון השכנוע נעשה בדרכים לגיטימיות ובלא הפעלת איומים, לחץ או כפייה. במסגרת זו עמדתה של מועצת העיתונות, שלפיה ישנה חשיבות עקרונית לכך שכל המגור העיתונאי יכפיף את עצמו למערכת האתיקה הפנימית - בין השאר כדי למנוע חקיקה מסדירה מצד השלטון¹⁸⁰ - היא עמדה לגיטימית. הטענה המושמעת כלפי מי שאינם חברים היא, כי בסירובם להכפיף את עצמם למרותה של הקהילה העיתונאית שבה הם חברים הם מסכנים את הקהילה כולה, ובעקיפין - גם את עצמם. עמדה זו והפצתה ברבים, כל עוד אינה

בעל משמעות דתית בלבד, ההליך ייחשב כהליך של שפיטה. לאפשרות שלעיוסו התי יהיו משמעויות שמעבר למשמעות הדתית ראו להלן, הערה 192, הערה 230; לעיל, הערה 69 והטקסט שלידה.

178. לעיל, הערה 30.

179. כך, למשל, כאשר במסגרת דיון בבית דין חרדי מתעורר חשש כי בוצעה עבירת גניבה כנגד מוסד הנהגה מתמיכה תקציבית של המדינה (שהיא בגדר "גוף מבוקר", בהתאם לסעיף 9(א) לחוק מבקר המדינה, תהיה תחולה להוראות חוק העונשין האוסרות קיום הדיון עד מתן הודעה ליועץ המשפטי לממשלה.

180. ראו לעיל, הערה 85 והטקסט שלידה.

מלווה באמצעי-לחץ פסולים (כגון לחץ על עיתונים שיפטרו את מי שמסרבים לקבל את מרותה של המועצה), איננה בעייתית מבחינה משפטית.

העניינים מורכבים יותר בדוגמא של בר"ץ חרדי, המנסה להשפיע על מתדיין, דתי או חילוני, להישפט בפניו. גם כאן נסיונות בדרכי נועם לשכנע אדם להסכים למעין-בוררות בפני בית-דין דתי כתהליף להליך משפטי אזרחי הם לגיטימיים,¹⁸¹ אף אם יש בכך כדי

181. לבית-הדין הרבני המדינתי מוקנית, נוסף על ענייני נישואין וגירושין, סמכות שיפוט "לאחר שכל הצדדים הנוגעים בדבר הביעו הסכמתם לכך" בענייני המעמד האישי של יהודים כמפורט בסעיף 51 לרבר המלך במועצתו על ארץ-ישראל, 1922 או בפקודת הירושה, אשר בהם אין לבית רבני שיפוט יחודי לפי חוק זה". סעיף 9 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), ראו גם סעיף 155 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח 63. בית-דין דתי יכול לרכוש סמכות שיפוט בהסכמה גם בעניינים מסוימים של אימוץ ילדים. ראו סעיף 27 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, ס"ח 293. החוק מכיר גם בסמכות שיפוט בהסכמה לבתי-דין דתיים מוסלמיים בענייני "כופר נפש" בגין רצה או תבלה. ראו פקודת בתי הדין האזרחיים ותדתיים (שיפוט) הא", כרך א', 134, (א) 141. ההכרה המשפטית (האזרחית) בכוחם של בתי-דין דתיים אחרים יכולה לגבוע רק מהכרה בהם, במקרים מתאימים, כבוררים מוסכמים או כטריבונלים פנימיים של גופים וולונטריים.

קיימת פרקטיקה רבת שנים, שלפיה בתי-דין רבניים משמשים גם כבוררים בכל עניין מכות הסכמת הצדדים. במקרים אלו נוהג להחתים את הצדדים על שטר-בוררין כדי להפוך את ההליך ל"בוררות" במסגרת חוק הבוררות, הרב דיכובסקי, מבית-הדין הגדול, הסביר כי עטיית ההליך באצטלה של בוררות נועדה לא לצרכי סמכות, מכיוון שהסמכות נובעת מדין תורה, אלא לשם אכיפה במערכת האזרחית המדינתית, האוכפת פסקי בוררות (שלמה דיכובסקי, "מעמדו של בית-דין רבני הדין בדיני ממונות כבורר", שנתון המשפט העברי טז-יז (תש"ן-תשנ"א) 527; ראו גם דברי השופט טל בבג"ץ כץ (לעיל), הערה 41, בעמ' 619-620.

על פרקטיקה זו נמתחה ביקורת בספרות המשפטית. ראו פנחס שיפמן, דיני המשפחה בישראל (כרך א', המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשנ"ה), 37-40; אריאל רוזן-צבי, דיני המשפחה בישראל - בין קודש לחול (פפירוס, תש"ן), 281. בית-המשפט העליון מודע היטב לפרקטיקה זו; ראו, למשל, ע"א 376/62 בכר נ' בכר, פ"ד יז 881, בעמ' 883; ע"א 688/70 דאר נ' חממי, פ"ד כה(2) 396, בעמ' 399. במספר מקרים בעשור האחרון השאיר בית-המשפט העליון את השאלה בצריך עיון: ראו בג"ץ 3023/90 פלונית נ' בית-הדין הרבני האזרחי רחובות, פ"ד מה(3) 808 (להלן: בג"ץ פלונית), בעמ' 813-814; בג"ץ 2174/94 קהתי נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נ(2) 214, בעמ' 219; בג"ץ כץ (לעיל), הערה 41, בעמ' 605-606. רומה, כי למרות ההסתייגות הלא-מועטה הניכרת בפסיקת בית-המשפט העליון, השאלה בצריך עיון במשך עשרות שנים משמעה הסכמה-שבשתיקה עם הפרקטיקה, ראו גם את עמדתה של הלפרין-קדרי (לעיל), הערה 156, בעמ' 575, וכן אסף פורת, "בית-הדין הרבני כבורר", קריית המשפט ב (תשס"ב) 503.

לשנות את הדין המהותי החל על הצדדים ואולי אף לפגוע פגיעה של ממש בזכויותיו של אחד מהם. אולם עמדתם של חלק מהבד"צים היא כי הכול חייבים להתדיין בפניהם והם אף רואים לעצמם זכות לנקוט סנקציות מן התחום הדתי כנגד מי שמסרב להתייצב לדין, כגון הוצאת "כתב סירוב", שמשמעותו הטלת תרם דתי על המסרב להתדיין בפני בית-הדין.¹⁸²

כתבי הסירוב שהוציאו בתי-הדין הרבניים המדינתיים נידונו בבג"ץ כץ ג' בית הדין הרבני האזורי בירושלים,¹⁸³ ובית-המשפט הגבוה לצדק הורה כי "בית-דין רבני אינו רשאי להוציא כתב סירוב, בשום עניין ובשום צורה".¹⁸⁴ אולם החלטה זו עוסקת במישורין אך ורק בבתי-הדין הרבניים המדינתיים, שלגביהם יש לבג"ץ סמכות פיקוח.

כתבי הסירוב נועדו לשמש שתי מטרות: "ראשית, בכתב הסירוב מודיע בית הדין לתובע כי הנתבע מסרב להתדיין בפני בית הדין, ולפיכך רשאי התובע לתבוע את הנתבע בפני ערכאה אחרת",¹⁸⁵ כחריג לכללי ההלכה האוסרים בדרך-כלל התדיינות בפני "ערכאות של גויים"¹⁸⁶ ובפני ערכאות שאינן דנות לפי דין תורה.¹⁸⁷ מטרה זו כשלעצמה אינה פוגעת – לדעתי – בסדרי השלטון או במתדיינים ויש לה אפילו תוצאה חיובית: היא מסייעת לקידום יישובו של הסכסוך בערכאות שנועדו לכך. בעקיפין מאפשר מנגנון זה "הכשר" לגורמים החרדיים שאינם מכירים בדרך-כלל בסמכותם של בתי-המשפט של המדינה לפנות למערכת המדינתית.¹⁸⁸

גם השאלה אם יכול בית-דין רבני לדון בנושא שאין הוא מוסמך בו ולתוות דעה על-פי ההלכה בהסכמת בעלי-הדין הושארה בצריך עיון. בג"ץ פלוגית המאוחר לעיל בהערה זו: בג"ץ אמינוף (לעיל, הערה 17).

182. למהותו ומטרותיו של "כתב סירוב", ראו ע"א 807/77 סובל ג' גולדמן, פ"ד לגנו) 789 (להלן: ע"א סובל); בג"ץ כץ (לעיל, הערה 41), והמקורות הנזכרים שם.

183. בג"ץ כץ (לעיל, הערה 41). לניתוח סוציולוגי-משפטי של פסק-הדין ראו: איסי רוזן-צבי, "סובייקט, קהילה ופלורליזם משפטי", עיוני משפט כג (תשמ"ט) 539; הלפרין-קררי (לעיל, הערה 46).

184. בג"ץ כץ (לעיל, הערה 41), בעמ' 613.

185. שם, בעמ' 598.

186. ראו מנחם אלון, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו ועקרונותיו (כרך ראשון, הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאנגס, תשנ"ב), 13 ואילך; שו"ע חו"מ, הלכות דיינים, סימן כ"ו, סעיף א; רמב"ם, משנה תורה, הלכות סנהדרין, כ"ו ז'; חיים ה' כהן, "ערכאות של גויים וערכים של יהודים", משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 299.

187. אלון (לעיל, הערה 186), בעמ' 14-15; שלמה דיכובסקי, "בתי-דין רבניים-ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם", דיני ישראל יג-יד (תשמ"ו-תשמ"ח) ה, בעמ' י"א; בג"ץ 371/67 פוגל ג' לוינגר, פ"ד כב(1) 344, בעמ' 349.

188. מספר גורמים חרדיים, שהבילט בהם הוא הרב עובדיה יוסף, התבטאו כי מעמדם של בתי-המשפט המדינתיים הוא כמעמד "ערכאות של גויים" או אף גרוע יותר. ראו אשר מעוז, "הרבנות ובתי-הדין – בין פטיש החוק לסדן ההלכה", שנתון המשפט העברי טז-יז

אולם לכתבי הסירוב גם מטרה אחרת - כפיית התייצבותו של הנתבע או כפיית צינתו להחלטת בית-הדין, עקב הקלון הכרוך בכתב הסירוב או הסנקציות הדתיות המתלוות אליו.¹⁸⁹ כתב הסירוב איננו רק הודעה כי פלוני לא הסכים להתייצב, אלא הוא גורר עמו הוראה בעלת תוקף הלכתי מחייב לנקיטת סנקציות כלפי המסרב. סנקציות אלו הן חמורות ביותר ומגיעות למעשה לכדי נידוי מוחלט ל"מסרב" ואף לבני משפחתו:

... ב"ד כותבין לקהלות ישראל פלוני גורנו עליו דין וסירב ולא השגיח והחרמנו אותו שלא יתפללו עמו בעשרה ולא יזמנו עמו ולא ימולו לו בן ולא יקברו לו מת ויוציאו את בניו מבית הספר ואשתו מבית הכנסת עד שיקבל עליו את הדין.¹⁹⁰

המקורות ההלכתיים מונים את הסירוב להופיע בפני בית-דין כאחד מכד הדברים שעליהם "מנדין את האדם".¹⁹¹ ואכן, אחדים מבתי-הדין החרדיים אינם מהססים להוציא כתבי סירוב למי שאינם מוכנים להתדיין בפניהם. בשל תוכנם החמור, כתבי סירוב אלו הם איום ניכר ביותר על יהודים חתיים בקהילה המקבלת על עצמה בדרך-כלל את הוראות

(חש"ן-תשנ"א) 289, בעמ' 340 ואילך; שחר אילן, "כבר ב-81 פסק הרב יוסף: השופטים גורמים לפורענות", הארץ (12.2.1999), www.haaretz.co.il ("לדבריו, גרוע יותר להתדיין בפני שופטים ישראלים מאשר בפני ערכאות של גויים... כן ציטט את "החזון איש" שכתב שמשפטם של בתי-המשפט בישראל הוא בבחינת חמס, עושק וגול"); שחר אילן, "יתר נאמן קובע: עדיף לפנות לקאדי ולא לבית-משפט ישראלי", הארץ (9.11.1997), www.haaretz.co.il; שחר אילן, "עובדיה יוסף קורא לרבנים להטיף נגד בתי-המשפט", הארץ (2.11.1999), www.haaretz.co.il (רדישה של הרב יוסף להכריז על שבת מיוחדת שבה יוקדשו דרשות הרבנים ככל בתי-הכנסת בארץ לאיסור לפנות לבתי-המשפט החילוניים: "צריך להביא את התודעה הזאת שיש איסור לפנות לערכאות לעם ישראל. אנשים תמימים לא יודעים שזה נגד התורה"). פרופ' מנחם אלון הגיע למסקנה הפוכה, שלפיה הטענה הקושרת בין "ערכאות של גויים" ובין בתי-המשפט המדינתיים בישראל "קשה ותמוהה". ראו אלון (לעיל, הערה 186).

189. בג"ץ כץ ולעיל, הערה 41, בעמ' 598-599.

190. רמ"א, דרכי משה, חו"מ סימן י"ט. השימוש בכתבי סירוב התפתח בגולה כסנקציה חשובה בידי בית-הדין העברי, אשר אמנם נהנה כתפוצות הגולה מאוטונומיה שפוטית, אך נעדר היה, במידה מספקת, אמצעי כפייה שהם נחלתה של מדינה ריבונית". השופט אלון בע"א סובול (לעיל, הערה 182), בעמ' 603. אלון, המקורות המובאים עליהם גם מעירים, כי השימוש בכוח הנידוי נעשה באופן מועט ביותר, למרות ההסכמה הרחבה בעם ששימוש זה זכה לה.

191. שולחן ערוך, יורה דעה, הלכות נידוי וחרם, סימן של"ד סעיף מ"ג.

בית־הדין הרלבנטי (למשל: הקהילות החרדיות) והם יותר מאי־נעימות גרידא גם ליהודים אחרים, בכלל, וליהודים שומרי מצוות, בפרט.¹⁹²

עם כל הכבוד לדיינים בבית־הדין החרדיים ומתוך הכרה בכך שכרוב המקרים מניעיהם טהורים לתלושין, לדעתי, הוצאתם של כתבי סירוב בידי בית־דין רבני וולונטרי (לא־מדינתי) כדי לכפות התייצבות של מי שאיננו מעוניין להתדיין בפניו עשויה לכאורה להיות עבירה פלילית של סחיטה באיומים, כקבוע בסעיף 428 לחוק העונשין. גם האיום בהוצאתם של כתבי סירוב מהווה לכאורה מעבר על אותה עבירה.¹⁹³ בשל תוכנם של כתבי הסירוב, האיום בהוצאתם, וכל־שכן הוצאתם, הוא איום בפגיעה באדם (או פגיעה במקרה

192. מידת השפעתם של כתבי הסירוב משתנה בהתאם לקהילה שבה חי "המסרב". העותר השני בבג"ץ כץ (לעיל, הערה 41), יצחק סופר, תיאר בעתירתו מסכת עגומה של פגיעה חמורה הן בתחום התעסוקתי הן בתחום האישי, הסתיימת במשפט "מר סופר מסתובב במקום מגוריו כמצורע וללא מעש". ראו בג"ץ כץ (לעיל, הערה 41), בעמ' 602.

193. סעיף 428 לחוק העונשין קובע כדלקמן:

המאיים על אדם בכתב, בעל פה או בהתנגות, בפגיעה שלא כדין בגופו או בגוף אדם אחר, בחירותם, ברכושם, בפרנסתם, בשמם הטוב או בצנעת הפרט שלהם, או מאיים על אדם לפרסם או להימנע מפרסם דבר הנוגע לו או לאדם אחר, או מטיל אימה על אדם בדרך אחרת, הכל כדי להניע את האדם לעשות מעשה או להימנע ממעשה שהוא רשאי לעשותו, דינו – מאסר שבע שנים; נעשו המעשה או המחול מפני איום או הטלת אימה כאמור או במהלכם, דינו – מאסר תשע שנים.

אמנם, קיימת דעה של השופט זועבי בבית־המשפט העליון שלפיה עבירת הסחיטה באיומים הינה עבירת רכוש בלבד, ואין להשתמש בה כאשר מטרת הסחיטה אינה השגת רכוש של הנסחט (ראו ע"פ 3040/99 טרבישי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 217, בעמ' 224-225), אולם עמדתו זו של השופט זועבי הייתה דעת מיעוט, ולדעתי, אין היא מתיישבת עם לשונו הרתבה של סעיף 428 ועם המטרות אותן רצה – וחייב היה – המחוקק להשיג. כמו־כן סותרת עמדה זו פסיקה קודמת של בית־המשפט העליון שראתה אפשרות להרשעה בסחיטה באיומים גם בהקשרים לא־רכושיים. ראו, למשל, עש"מ 6713/96 מדינת ישראל נ' בן אשר, פ"ד נב(1) 650 (הטרדה מינית עשויה להוות עבירה של סחיטה באיומים); ע"פ 103/88 ליכטמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 373 (להלן: ע"פ ליכטמן) (איום בפרסום לצורך השגת פגישה עם מקור עיתונאי מהווה סחיטה באיומים. ראו גם עדנה קפלן, "חביעת זכות ועבירות סחיטה", הפרקליט לר (תשמ"א) 56.

לחילופין, אפשר אולי לראות באיום בהוצאת כתב הסירוב כסנקציה על סירוב להתדיין בפני בית־הדין משום עבירה של "איומים" לפי סעיף 192 לחוק העונשין.

בעת הצגת התנגדותה של הממשלה להצעת החוק הפרטית לאיסור הטלת חרמות ציין שר־המשפטים, מאיר שטרית, במפורש, כי איומים בהטלת חרם יכולים לעלות כדי עבירת הסחיטה לפי סעיף 428, ומין שאור התנגד הוא עקב כך לצורך בוחיקתה של עבירה חדשה. ראו לעיל, הערה 46.

שכתב הסירוב מוצא) כדי להגיע אותו להתדיין בפני בית־הדין – דבר שאינו חייב לעשותו – ובכך מתמלאים לכאורה יסודות העבירה הפלילית החמורה.¹⁹⁴ העבירה נעברה לכאורה הן בידי חברי בית־הדין המוציא את כתב הסירוב הן בידי הצד (בדרך־כלל התובע) המבקש לכפות את קיום ההליך על הצד שכנגד באמצעות הגשת ההליך לבית־דין לא־מוסמך והוצאת כתב סירוב.

תיוזה זו, הרואה בהוצאתם של כתבי סירוב בנסיבות מסוימות משום עבירה של סחיטה באיומים, טרם נבחנה באופן ממשי בבתי־המשפט וספק אם תיבחן בזמן הקרוב, עקב הרגישות הרבה הכרוכה בה. אל מול התיוזה המועלית כאן עומדת אמרת־אגב של השופט זמיר בבג"ץ כץ – שם נקבע כי בתי־דין רבניים מדינתיים אינם רשאים להוציא כתבי סירוב ולפיה ייתכן, כי בתי־דין פרטיים בעדה ההרדית רשאים בנסיבות מסוימות להוציא כתב סירוב. אמרת־האגב לא נומקה בידי השופט זמיר.¹⁹⁵

לדעתי, יש בנסיגו של בית־דין פרטי לחסום בדרך של איום ונקיטת סנקציות את זכות הגישה לערכאות ה"חילונית" של המדינה משום איום בפגיעה שלא כדין בזכות של ממש, שאף הוכרה לאחרונה בידי בית־המשפט כזכות חוקתית ולפיכך הוא אסור.¹⁹⁶ בכתובים מצינו אף מקרה שבו פנה אדם לבד"ץ וגרם לאיום בהוצאת כתב סירוב כנגד בעל־דינו, לאחר שהסכסוך בין השניים התברר בבית־המשפט המחוזי ובבית־המשפט העליון. כשבא הזוכה בהליך האזרחי לממש את פסק־הדין התגונן הנתבע באמצעות תביעה באותו עניין לבד"ץ.¹⁹⁷ זהו מקרה קיצוני, שחזקה על מערכת המשפט המדינתית כי תפעל למניעתו. עיון בבג"ץ כץ מלמד – לדעתי – כי השופט זמיר התמקד רק בשאלת הסמכות להוצאת כתבי סירוב ומכיוון שהכרעתו כי בתי־הדין המדינתיים אינם מוסמכים לכך נובעת אך מהיותם גוף ציבורי הממלא תפקיד על־פי דין הכפוף לעקרון חוקיות המינהל, אין הכרעה זו חלה במישרין על בתי־דין פרטיים שאינם כפופים לכללי המשפט המינהלי. אולם אין בפסק־הדין התמורדות עם התיוזה המוצגת כאן, שלפיה הפעלת כתב הסירוב היא עבירה פלילית, וממילא אין בו שלילה של תיוזה זו.

רכיב עובדתי בעבירת האיומים הוא, שהפגיעה תיעשה "שלא כדין". בפסיקה נקבע, כי "איום לפגיעה הוא כדין אם הדין מתיר את הפגיעה באופן שבו היא געשתה";¹⁹⁸ וכי איום לתקיפה, אם הוא געשה במסגרת הסמכות שהדין מעניק לבעל הסמכות ולשם הגשמה של

194. פעם אחת קבע בית־המשפט העליון, כי "האיום בהוצאת כתב סירוב אינו בגדר כפיה כלל ועיקר", וכי הוא מוצדק כהודעה לתובע שהנתבע מסרב להתדיין בפניו (בג"ץ 484/77 שמידט נ' בית־הדין הרבני פתח תקווה (לא פורסם), המצוטט בבג"ץ כץ (לעיל, הערה 41), בעמ' 606), אולם בבג"ץ כץ בית־המשפט העליון דחה במפורש את האמירה הקודמת וראה בהוצאת כתב סירוב משום כפיה העולה בהרבה על הנדרש לצורך מתן הודעה לתובע.

195. בג"ץ כץ (לעיל, הערה 41), בעמ' 608.

196. ראו לעיל, הערה 65 והמקורות המצוינים בה.

197. ה"פ י-ם) 416/97 כץ נ' גנץ (לא פורסם).

198. ע"פ ליכטמן (לעיל, הערה 193), בעמ' 385.

סמכות זו, אינו בגדר פעולה "שלא כדין" ואין בו כדי לבסס אחריות פלילית.¹⁹⁹ אולם במקרה דנן אין דין המתיר את הפעלת הסמכות ומכיוון שהיא מופעלת למניעת השימוש בזכות הוקתית, אני סבור כי היסוד "שלא כדין" מתקיים בנסיבות העניין.

גם הטענה, כי יהודי חייב על-פי ההלכה להתדיין בבית-דין רבני ואשר על כן אין פסקי ההלכה וכתבי הסירוב כופים דבר שהנפגע לא היה חייב לעשותו מלכתחילה, לא תועיל. בית-המשפט העליון פסק, כי אף הנעתו של אדם לעשות דבר שהוא חייב לעשותו ממילא בדרך של איומים היא עבירה על סעיף 200.428²⁰⁰ בית-המשפט הגזרתי פסק, כי "אדם החי עם משפחתו חיי קהילה והקהילה דורשת ממנו להימנע ממעשה, שאם לא כן יזחרם על ידה - נמצא בפחד, חרדה וחשש. חרם כזה עלול לשנות את מסלול חייו ומסגרת חייו, ועל כן מהווה אמצעי פסול".²⁰¹

יצוין כי הצגתה של עמדה משפטית זו, שלפיה כפיית הדיון עשויה להיות עבירה פלילית של סתימה באיומים, בפני התובע שניסה לכפות התדיינות בפני בד"ץ בית יוסף במקרה המתואר במבוא לרשימה זו²⁰² הביאה לכך שהוא נסוג מיד מההליך וכך עשה בעקבותיו גם בד"ץ בית יוסף (בלא הוצאת כתב סידור).

נוסף על כך ייתכן גם לראות בקיומם של הליכים בכפייה כנגד מי שאינו כפוף להם משום קשירת קשר בהתאם לעבירה שבסעיף 500 לחוק העונשין, חלק מהחלופות של סעיף 500 רואות כעבירה קשר שמטרתו "להשיג מטרה אסורה"²⁰³ וכן "להשיג מטרה כשדה באמצעים אסורים".²⁰⁴ אחת משתי חלופות אלו ודאי חלה על-פי לשונה על כל המנסה לכפות שיפוט על מי שאינו כפוף לו, חלופות אחרות אוסרות קשר שמטרתו "למנוע או להכשיל ביצועו של דין או אכיפתו"²⁰⁵ או "לגרום נזק לגופו של אדם או

199. ראו ע"פ 257/79 סוויירי נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 757 (צווי הבאה של רשם וראש הוצאה לפועל הפועל בגדר סמכותו להזמין בושים אינם עבירה על סעיף 428); ע"פ ליכטמן (לעיל, הערה 193).

200. ראו ע"פ 286/84 מדינת ישראל נ' גוזלק, פ"ד (3) 572; ע"פ 36/86 שרביט נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

201. ת"פ (י-ם) 382/98 מדינת ישראל נ' פרושינובסקי (טרם פורסם) (הפעלת לחץ בידי רבנים חרדים, מנימוקים הלכתיים, על ער שלא ימסור עדות במשפט מהווה "אמצעי פסול" לעניין סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, ג"ח 421, המאפשר לקבל אמרה כשנותן האמרה אינו ער אם "בית-המשפט שוכנע שבנסיבות העניין עולה, כי אמצעי פסול שימש להניא או למנוע את נותן האמרה מלתת את העדות").

202. ראו לעיל, הערה 3 והטקסט שלידה.

203. סעיף 500(7) לחוק העונשין.

204. סעיף 500(8) לחוק העונשין.

205. סעיף 500(11) לחוק העונשין. חלופה זו עשויה לחול כאשר הפניה לדין הדתי נועדה להכשיל הליך במערכת הדין האזרחית, כפי שאירע בכמה וכמה מפסקי הדין הנדונים במאמר זה.

לשמו הטוב²⁰⁶ או "להזיק לאדם במשלה ידו או במקצועו"²⁰⁷ כל אחת מחלופות אלו עשויה להיות רלבנטית בנסיבות נשוא דיוננו.

ז. דרכי התמודדות עם "פסק-דין" של גוף וולונטרי חסר סמכות

נניח עתה, כי הגוף הוולונטרי החליט לקיים הליך כנגד מי שאינו חבר בו או כפוף למרותו או אף נתן פסק-דין בהליך כזה. מהן דרכי הפעולה העומדות בפני אותו אדם המוצא את עצמו נפגע מן ההחלטה (להלן: הנפגע)?

הנפגע יכול כמובן להתעלם מן ההליך ומההחלטה שניתנה בו כנגדו. לכאורה מכיוון שאין תוקף להליך, אפשרות זו מתבקשת מאליה. אולם הבעיה במקרים רבים היא, כי גם הליך חסר תוקף חוקי מחייב מקבל תוקף בפועל בסביבתו הרלבנטית של הנפגע. עיתונאי יתקשה לפעול כאשר ניתנו נגדו פסקי-דין חמורים של בית-הדין לאתיקה של מועצת העיתונות, שעליהם תתומים אישים חשובים ומוכרים, גם אם מבחינה טכנית צודק הוא בטענתו המשפטית כי אין המועצה יכולה לכפות את מרותה עליו.

גם יהודי דתי יתקשה להיות באקלים שבו מוציא בית-דין תרדי פסקי-דין כנגדו או, לחלופין, "כתב סירוב" המורה לחברי הקהילה לנדותו. כך הוא אף אם פסק ההלכה הוצא בידי בית-דין של עדה חרדית אחרת או אף אם מדובר ביהודי דתי, או מסורתי, שאינו שייך לעדה חרדית ואף אם חבריו הקרובים לא יחרימו אותו.

פרק זה בוחן אפוא את הדרכים השונות שבהן יכול הנפגע לנסות ולהתמודד עם ההחלטה שניתנה נגדו. בחלק מהמקרים התרופה הנבחרת מופנית כלפי הטריבוטל הוולונטרי. במקרים אחרים יש לחפש את הסעד בפעולה כנגד הצד שכנגד, אשר גרם לקיום ההליך בטריבוטל לא-מוסמך על-אף התנגדותו של הנפגע. ברם, הבחינה דלהלן מראה כי ברוב המקרים הדרכים השונות אינן מספקות תרופה יעילה וישימה לנפגע.

1. מנגנון ערעור פנימי של הגוף הוולונטרי

בחלק מהמקרים קובע גוף וולונטרי בעל מערכת שיפוט גם מנגנון ערעור פנימי.²⁰⁸ ככל שהשיפוט הוולונטרי מבוסס על הסכמה, בין כחלק מהסכם בורות בין כהסכם שבו מקבלים חבריו של גוף וולונטרי את תקנונו על עצמם, לא יתערב בית-המשפט הרגיל

206. סעיף 2(500) לחוק העונשין. חלופה זו עשויה לחול עקב הוצאת כתבי הסירוב.

207. סעיף 5(500) לחוק העונשין. ניסיון כפיית אתיקה מקצועית עלול להיכנס לגדר חלופה זו.

208. כך, למשל, קיימת בהסתדרות "רשות שיפוט אוורית" ומעליה ערכאת-ערעור – "רשות שיפוט ארצית". בגופים אחרים, ערכאת הערעור העליונה עשויה להיות "חיצונית". כך, למשל, "משפט החברים" בקואופרטיב אגד נעשה בשתי ערכאות פנימיות ("דרג א" ו"דרג ב") והערעור על החלטת דרג ב הוא בפני משפט החברים של "מרכז הקואופרציה". ראו ע"א איגנט (לעיל, הערה 14), בעמ' 803.

בטרם מוצו כל האפשרויות במסגרת הטריבוטל הפנימי, מכיוון שגם מנגנון הערעור הוא חלק מאותה הסכמה.²⁰⁹

לכאורה יכול אפוא הנפגע, כמצבים שבהם קיים מנגנון ערעור פנימי, לנסות להביא לבטלות ההחלטה שניתנה נגדו באמצעות פנייה למנגנון הערעור הפנימי, אלא שלדרך פעולה זו סיכויי הצלחה מועטים ובצד גם חסרון בולט. סיכויי הצלחה גמורים, מכיוון שהרבת גדר הסמכות על לא-תברים משקפת בדרך-כלל תפיסה אידיאולוגית, כגון עמדתה העקרונית של מועצת העיתונות בדבר תחולתו של מנגנון האתיקה שלה על לא-תברים,²¹⁰ או העמדה הדתית בדבר חובתם של יהודים להתדיין בבתי-דין רבניים ולא במערכת המשפט האזרחית.²¹¹ כמצבים אלה הסיכוי שערכאת הערעור תשנה את ההחלטה בנושא הסמכות נמוך ביותר.

נוסף על כך הנפגע הפונה לערכאת הערעור עלול גם להיחשב כמי שהסכים באופן משתמע לסמכותו של הגוף הוולונטרי, כפי שנקבע בתחומי משפט אחרים.²¹² ייתכן כי בכך ייפגעו סיכויי של הנפגע לתקוף את ההחלטה נגדו בבתי-המשפט. מכל-מקום, נפגע המוחזר בדרך זו ייטיב לעשות אם יקפיד להרגיש, כי פנייתו לערכאת הערעור נעשית לשם כפירה בסמכות בלבד.

2. פנייה לבג"ץ

אחת מסמכויותיו החשובות של בג"ץ היא למנוע מבעלי סמכויות שיפוטיות או מעץ-שיפוטיות לחרוג מגבולות סמכותם,²¹³ אולם אין בסמכות זו כדי להועיל בבעיה שלפנינו: מכיוון שהגופים המדוברים אינם פועלים על-פי דין, אין הם כפופים לסמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק לתת צווים לבעלי סמכויות שיפוטיות או מעץ-שיפוטיות על-פי דין.

כך, בתי-דין דתיים וולונטריים (להבדיל מבתי-דין דתיים מדינתיים) אינם כפופים לסמכות בג"ץ "לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בעניין פלוני לפי סמכותם או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בעניין פלוני שלא לפי סמכותם",²¹⁴ מכיוון שהמונח "בית דין דתי" עניינו בתי-דין דתיים שהוקמו על-פי חוק.²¹⁵

209. ע"א 463/90 איגוד הכדורסל בישראל נ' ל.כ.ן. לקידום כדורסל נשים, פ"ד (מ)2) 806;

ע"א איגנס (לעיל, הערה 14), בעמ' 837.

210. ראו לעיל, הערה 100 והטקסט שלידה ואילך.

211. ראו לעיל, הערה 186 והטקסט שלידה.

212. השוו בר"ע *UNIROYAL Inc.* 156/73 נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, פ"ד (כה)1) 229

(תאפשרות להמציא כתבי בית-דין לעורך-דינו של נתבע מחוץ לתחום השיפוט שהתייצב

לסעון בשם הנתבע כנגד הסמכות הבינלאומית).

213. סעיף 15(א3) לחוק-יסוד: השפיטה.

214. סעיף 15(א4) לחוק-יסוד: השפיטה.

215. סעיף 1(ב) לחוק-יסוד: השפיטה קובע כי "סמכות שפיטה נתונה גם בידי אלה: (1) בית-דין

דתי ... והכל כפי שנקבע בחוק". גם בחוקים אחרים מתייחסת הגדרת המונח בית-דין דתי

המצב היחיד שבו יכול בית-המשפט הגבוה לצדק לסייע הוא כאשר גוף שבידו סמכות על-פי דין או על-פי הסכם חורג מהיקפה של סמכותו זו. למשל: כאשר בית-דין רבני מדינתי מתייטר להכריע בעניין שאין לו בו סמכות על-פי דין, יכול בג"ץ להורות לו לחזור מן הדיון בהתאם לסעיף 15(ד)4) לחוק-יסוד: השפיטה.²¹⁶ לסמכות הפיקוח של בג"ץ חשיבות רבה במקרה זה, שכן לרשות בית-הדין הרבני עומדים כלים משפטיים בגיבוי המדינה לכפיית סמכותו כאשר זו אכן קיימת. מנגנון הפיקוח החיצוני של בג"ץ נדרש אפוא כדי לוודא שבית-הדין הרבני לא ינסה להשתמש באמצעי-כפייה אלו גם מתוך לגדר סמכותו.²¹⁷

מנגנון הפיקוח של בג"ץ אינו יעיל אפוא לגבי גופים וולונטריים שאינם חלק מהמערכת המדינתית, בעיקר בהם אנו עוסקים.

3. צו מניעה כנגד הטריבונל הוולונטרי או סעד הצהרתי על חוסר-סמכות במקרים שבהם עצם קיום הדיון או הכפייה להשתתף בו עשויים להיות עבירה פלילית, אפשר לכאורה לנסות לעצור את התהליך באמצעות פנייה לרשויות אכיפת החוק או לבית-משפט המוסמך להוציא צו מניעה.

אף אם הושלם ההליך, יכול מי שנפגע מקביעה-לכאורה נגדו בידי גוף שלא הוסמך לכך לפנות לבית-המשפט המחוזי²¹⁸ ולבקש סעד הצהרתי שלפיו ההחלטה ניתנה בלא סמכות. בית-משפט מחוזי יוכל, למשל, להצהיר כי החלטתו של בית-דין דתי וולונטרי להוציא "כתב סירוב" המנדה את המבקש איננה חוקית, מכיוון שבית-הדין לא הוסמך על-פי דין לחייב את המבקש להתדיין בפניו. כן יכול בית-משפט לבטל פסק בוררות אם יקבע כי לא היה הסכם בוררות בר-תוקף,²¹⁹ למשל: אם אפשר להוכיח שהסכמת הנתבע להתדיין בפניו הושגה בכפייה.²²⁰ בית-משפט מחוזי יוכל גם להצהיר, כי עיתונאי אינו

לבתי-דין דתיים על-פי חוק, ראו למשל: סעיף 155 לחוק הירושה; סעיף 1 לחוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991, ס"ח 138.

216. בג"ץ 26/51 סאלם נ' יושב ראש וחברי בית-דין הרבנות בירושלים, פ"ד ה 714, בעמ' 717; בג"ץ 673/89 משולם נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד מה(5) 594.

217. ראו בג"ץ כץ (לעיל, הערה 41), בעמ' 604; בג"ץ אמיגוף (לעיל, הערה 17) בעמ' 784 (פסק-הדין מבהיר במפורש, כי הוא מתבסס על כך שבית-הדין הרבני חרג מסמכותו בכשירותו כאורגן של המדינה ומבהיר כי אינו פוסק בשאלה, "מה דין הוא במקום ששלושה רבנים – רבנים שהם גם דיינים – מכנסים עצמם בביתו של אחד מן השלושה ופוסקים על-פי ההלכה את שהם פוסקים". בג"ץ מגלה והירות מופגנת באומרו, כי בשאלה האחרונה "לא נביע דעה בשאלה, אף לא ברמו, לא לכאן ולא לכאן...". בג"ץ אמיגוף.

218. מכוח סמכותו השיורית לפי סעיף 2140 לחוק כתייהמשפט.

219. סעיף 1124(1) לחוק הבוררות.

220. טענת זו נדחתה, עקב היעדר תשתית עובדתית, ברע"א 1010/98 בעק נ' וידר (טרם פורסם).

כפוף למערכת הכללים האתית של מועצת העיתונות ולסמכות השיפוט של בתי־הדין לאתיקה שלה או אף כי הוא לא עבר עבירה אתית.²²¹ הבעיה העיקרית בדרך פעולה זו היא הוסרה־האפקטיביות שלה במצבים רבים. סביר להניח, כי מועצת העיתונות תציית להוראה של בית־המשפט שלא לדון בעניינו של פלוני, אם תינתן כזו. לדעתי, גם ייתכן בהחלט שקביעה של בית־משפט אורתי כי מועצת העיתונות לא זיתה מוסמכת לשפוט עיתונאי פלוני תגקה אותו, לפחות חלקית, מבחינה ציבורית מאשם שעשוי לדבוק בו מקביעת אשמתו בעבירה אתית בידי מועצת העיתונות. ברם, ספק רב בעיני אם הצהרתו של בית־משפט חילוני כי בית־הדין הרבני לא היה מוסמך להוציא את כתב הסירוב תגרום לקהילה הדתית הנשמעת לבית־הדין הדתי לחדול מביצוע החרם בפועל. כפי שכתב השופט חשין בעניין אחר, "שאלה לעצמה היא אם אלה שהגורמות אמורות לחול עליהם יישמעו להן".²²² עסק בכך השופט טל, בדעת המיעוט שלו בבג"ץ כץ:

... ואילו בעיני שלומי אמוני ישראל, דינו של מסרב לדין תורה כתוב בשולחן ערוך חושן משפט, וגם אם יבואו כל מלכי מזרח ומערב, ובית משפט זה בכללם, לא יוכלו לבטל דין זה, ורק הפה שאסר - בית הדין הדתי - הוא הפה שיכול להתיר. מסרב לדין תורה שנידויו הותר על פי בג"צ הוא יצור מוזר שאין לו קיום והוא יישאר בנידויו. ואם אכן התבדלו ממנו חבריו הדתיים, הם יוסיפו לעשות כן גם אחר ביטול הנידוי בבג"צ, ועוד ביתר שאת.²²³

אכן, ייתכן כי התגובה הקהילתית תהיה אף חריפה יותר, עקב "העותו" של המבקש להתלונן על בית־הדין הדתי. מבחינה זו ספק גם אם סעדים קונבנציונליים בגין בויון בית־המשפט²²⁴ יועילו מעשית לנפגע, גם אם הם ניתנים להשגה ממערכת המשפט החילונית, בעלת ה"עליונות" במערכת של מדינת ישראל.²²⁵

221. סעד דומה יכול לקבל גם חבר באגודה וולונטרית אשר החלטת האגודה להעמידו לדין פנימי ניתנה בחוסר־סמכות. ראו, למשל, ע"א 115/75 "התאחדות סוכני הנסיעות בישראל" נ' "קופל טורס" בע"מ, פ"ד כט(2) 799 (החלטת המערערת להחרים טקס ממלכתי בבית הנשיא היתה התנהגות הסותרת כללי־יסוד של אזרחות טובה ולכן החלטה שבה חרגה מסמכויותיה. בשל כך אין המערערת יכולה להעמיד לדין את המשיבה על הפרת ההחלטה).

222. ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי בע"מ, פ"ד מט(4) 221, בעמ' 527.

223. בג"ץ כץ (לעיל, הערה 41), בעמ' 621.

224. פקודת בויון בית־משפט, חא"י כרך א', (ע) 332, (א) 356.

225. למודלים אפשריים שונים של ההתייחסות לשתי המערכות במונחים של "פלורליזם משפטי" ראו רות הלפרין־קדרי, "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי־הדין הרבניים - בעקבות בבלי ולב", עיוני משפט כ (תשנ"ז) 683. פלורליזם משפטי הוא, "פרדיגמה תיאורית

עם זאת, משאלתו של יוסף כץ, העותר הראשון בפרשת כץ, היתה בדיוק זו: כי בג"ץ²²⁶ יצהיר, שכתב הסירוב שהוצא נגדו הוצא בחוסר-סמכות והיה מחוסר תוקף.²²⁷ נראה אפוא, כי ישנם מן הנפגעים שידאו בדרך זו פתרון, ולו גם חלקי בלבד. פסקי-הדין איננו מלמד אותנו כיצד תגיבה הסביבה להצהרה שכתב הסירוב אשר הוצא כנגד מד כץ הוצא בחוסר-סמכות והוא בטל.

אפילו אפשר היה, תוך מציאת עילה מהותית מתאימה, להשיג בבית-המשפט המחוזי פסקי-דין הצהרתי הקובע קביעה עובדתית שונה מזו של הגוף הוולונטרי (למשל: אם הגוף הוולונטרי קבע, שפלוני אמר דבר-מה ולפיכך עבר עבירה או עיוול עוולה על-פי החלטה, ובית-המשפט המחוזי יצהיר בתום הליך משפטי מלא כי פלוני לא אמר את הדבר ולפיכך לא ייתכן כי ביצע מעשה עבירה או עיוול עוולה),²²⁸ קיים ספק של ממש בדבר האפקטיביות של הצהרה כזו בעיני הציבור הרלבנטי. גם כאן סביר להניח, כי מי שהורשע על-ידי מועצת העיתונות בהתנהגות מסוימת, אולם בית-המשפט קבע כי לא נהג באופן האמור, עשוי להיחשב בעיני הציבור הרלבנטי כנקי-כפיים. אולם דומה, כי ערכה של קביעה "מזכה" בערכאה חילונית מועט לעומת תוקפה של "ההרשעה" בערכאה הרתית, ולו גם היתה זו מחוסר-סמכות.

4. צו מניעה כנגד הצד האחר לסכסוך

גופים וולונטריים אינם פועלים בדרך-כלל מתוך יוזמה עצמית. מועצת העיתונות אינה פועלת אלא כאשר הוגשה לה תלונה והמתלונן הוא למעשה צד להליך. גם הבר-צד החרדיים אינם פועלים אלא כאשר פלוני מביא לפנייהם את תביעתו כנגד אלמוני. כאשר עצם קיומו של ההליך או הניסיון לכפות את השתתפותו של הנתבע בו הם בלתי-חוקיים, אפשר אפוא לנקוט אמצעים כנגד הצד שכנגד – הוא הצד המנסה לכפות על הנפגע להתדיין בפני הטריבוטל הוולונטרי בניגוד לרצונו, אפשר לנסות ולהוציא צו מניעה כנגד הצד שכנגד, תמונע ממנו לקיים את ההליכים בטריבוטל הוולונטרי ואפשר עקרונית אף להגיש נגדו תביעה כספית בגין הנוקים הנגרמים בדרך זו.

הטוענת כי שיטות משפט אחדות יכולות לדור בכפיפה אחת במסגרת יחידה חברתית אחת.

התפיסה נאבקת נגד התפיסה ההגמונית של "צנטרליזם משפטי" המייחסת בלבדיות למדינה

הריבונית כמקור להסדרים הנורמטיביים. רזון צבי (לעיל, הערה 183), בעמ' 552.

226. במקרה זה דובר בבית-דין רבני מדינתי, ועלי-כן היתה הפניה לבג"ץ.

227. בג"ץ כץ (לעיל, הערה 41), בעמ' 601.

228. יש לזכור כי בדרך כלל חלים בבתי-המשפט האזרחיים דיני ראיות שונים מאלו הנהוגים

בטריבוטלים הוולונטריים. גופים וולונטריים רבים, כמו גם טריבוטלים משמעותיים על-פי

דין, נוהגים לקבל ראיות שאינן קבילות בבתי-המשפט הרגילים. לחלק מן הטריבוטלים

הוולונטריים כללי ראיות משלהם, כגון הכלל כי "אשה פסולה לעדות" הנהוג בבתי-דין

רבניים. ראו גם בג"ץ 51/69 רודניצקי נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד כד(1)

704, ופסקי-הדין הרבניים הנוכחים בו, בעניין כשרות ערוסתם של עדים מתללי שבת.

דרך זו עדיפה מבחינות רבות על תביעתו של הטריבונל הוולונטרי עצמו. כאשר הטריבונל הוולונטרי הוא גוף דתי, יהססו שומרי מצוות רבים לתבוע את הרבנים המעורבים בתביעה אישית, פן יבולע להם. אולם תביעה כנגד הצד שכנגד, אשר גרם לבעיה מלכתחילה, אינה מעוררת בעיות דומות.

לפחות במקרה מתועד אחד נקטו הנתבעים לדין תורה בדרך זו ואף זכו להגנת מערכת המשפט האורחית. בה"פ גולדשטיין נ' בריזל²²⁹ תבעו המבקשים את המשיבים בבית המשפט המחוזי בקשר לעסקה למכירת דירה. המשיבים מצדם תבעו את המבקשים לדין תורה בפני בד"ץ העדה החרדית. הסתבר כי שני הצדדים היו יהודים חרדים, אולם השתייכו לחצרות חסידיות נפרדות.

משום-כך פנו המבקשים לבית המשפט המחוזי וביקשו צו מניעה ומני נגד המשיבים "שלא ינקטו בהליכים נגד המבקשים בבית דין צדק ... שלא יפרסמו הודעה או החלטה המורה למבקשים לבטל ההליכים ... בביהמ"ש המחוזי בירושלים ושלא יפרסמו ו/או יגרמו לפרסום התראה או חרם או נידוי בשל אי ביטול ההליכים". השופטת שידלובסקי-אור נענתה לבקשה והורתה למשיבים:

שלא יפרסמו ו/או יגרמו לפרסום של כל התראה או חרם או נידוי נגד המבקשים המצניש אותם בכל צורה שהיא על אי ביטול ההליכים בתיק זה וכמו-כן שלא יפרסמו ו/או יגרמו לפרסום מסמך מודעה או צו המורה למבקשים לבטל את ההליכים בתיק

זה,²³⁰

5. תביעה נזיקית כנגד הטריבונל הוולונטרי או כנגד הצד האחר לסכסוך האם יכול הנפגע מכפיית ההליך לתבוע את הטריבונל הוולונטרי או את בעל-דינו בתביעה כספית כאשר ההשתתפות בהליך נכפתה עליו, או שסבל נזק מההתהליך שבו ניסו לכפות עליו את ההשתתפות?

במצבי חרם קבוצתיים, דוגמת אלו שמפעיל הבד"ץ החרדי במקרים מסוימים, הכיר המשפט המקובל האנגלי בשתי עילות תביעה מצויות עדיין במשפט הנוהג באנגליה. העילה הראשונה היא עילת תביעה בגין עוולת הקשר האורחית (conspiracy). על-פי אחד משני הסוגים של עוולה זו, כפי שנוסחה במשפט המקובל, "A combination willfully to do an act, as distinct from uttering words, causing damage to another in his trade or other interests is unlawful, and if damage is caused is actionable as a conspiracy"²³¹

229. ה"פ (י-ם) 668/95 גולדשטיין נ' בריזל (לא פורסם).

230. שם, בעמ' 3 לפסק-הדין. ניסיון דומה בארצות-הברית לא צלח מכיוון שהשופט לא השתכנע כי לתובע צפויה סנקציה שמעבר לסנקציה דתית. ראו לעיל, הערה 69.

231. ראו: R.F.V. Heuston and R.A. Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (Sweet & Maxwell, 1996), 358 והמקורות המצוטטים שם. העולה וכתה לביקורת,

עילה גוספת מן המשפט המקובל היא עילת ההפחדה (intimidation). עוולה זו מוגדרת כך:

The wrong of intimidation includes all those cases in which harm is inflicted by the use of unlawful threats whereby the lawful liberty of others to do as they please is interfered with.²³²

אלא שעוולות אלו מן המשפט המקובל לא נקלטו בפקודת הנויקין הישראלית. בית-המשפט העליון פסק, כי רשימת העוולות בפקודה היא רשימה סגורה שאי-אפשר להוסיף עליה עוולות אלא בדרך של חקיקה מפורשת²³³ ולפיכך דרך זו אינה עומדת בפני הנפגע.

עם זאת, ההרחבה שחלה בשנים האחרונות בעניין היקפה של עוולת הרשלנות מאפשרת לנפגע מהליך שיפוטי שנגקט על-ידי יריבו כמזיד, תוך שימוש-לרעה בזכות הגישה לבית-המשפט, לתבוע במסגרתה של עוולת הרשלנות.²³⁴ יש להגות, כי תיתכן הרחבה מתאימה כך שעילת התביעה תחול גם על טריבונלים וולונטריים המנסים לכפות את סמכותם.

ההכרה בזכות הגישה לערכאות בזכות חוקתית יוצרת גם אפשרות לתביעה כספית כנגד בעל-דין יריב שמנע מיריבו באופן זדוני את היכולת להתגונן. המשנה לנשיא בית-המשפט העליון, ד"ר שלמה לוי, קבע בספר שפרסם, כי הקונספציה הרואה בזכות הגישה למערכת השיפוטית זכות-יסוד חוקתית מאפשרת פיתוח תורת פיצויים שייפסקו כנגד מי שימנע את הפרש מלתבוע או מלהתגונן במערכת השיפוטית עקב התנהגות זדונית של יריבו.²³⁵ השאלה, אם אפשר ליצור עילת תביעה כזו בדרך של פסיקת בתי-המשפט ובלא אסמכתא בחוק הושארה בצריך-עיון בידי בית-המשפט העליון.²³⁶

מכיוון שלא ניתן הסבר מניח את הדעת מדוע מעשה שלא היה עוולה כאשר נעשה בידי יהוד הפך לעוולה עקב ביצועו בידי שניים או יותר. ראו שם. במשפט המקובל קיימת הגנה בפני העוולה אם הגנתבעים יכולים להוכיח אינטרס לגיטימי שיש בו כדי להיות צידוק למעשיהם. ראו שם, בעמ' 358-359.

232. שם, בעמ' 360. לעוולה במשפט האמריקני, ראו: *Words and Phrases* (Vol. 8A, Thomson West, 2002), 258-288 ("Conspiracy").

233. ראו ע"א 153/64 וידר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 1246; ע"א 735/78 רויטמן נ' אדרת, פ"ד לו(3) 75; זניאל מור, "פקודת הנויקין בראי ארבעים שנות פסיקה", הפרקליט לט (תש"ן) 344.

234. ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גוררון, פ"ד לו(1) 113; רע"א 1565/95 סחר ושירותי ים בע"מ נ' חב' שלום וינשטיין בע"מ, פ"ד גד(6) 638 (להלן: רע"א סחר ושירותי ים).

235. לוי (לעיל, הערה 65), בעמ' 51.

236. רע"א סחר ושירותי ים (לעיל, הערה 234).

כמובן כאשר ההליך גורם להפרת התקשרויות חוזיות של הנפגע – למשל: עקב תרם מסחרי שהטיל עליו כד"ץ – או לפיטוריו מעבודה עיתונאית עקב היותו "עברייני אתיקה", יוכל הנפגע לתבוע את המעוולים בעוולת גרם הפרת חוזה.²³⁷ הגנת הנתבעים תתבסס ככל הנראה על השאלה, אם התקיים התנאי הקבוע בחוק שלפיו רק גרם הפרת חוזה "בלי צידוק מספיק" הוא עוולה.²³⁸ במשפט האמריקני, שבו נמנעו בתי המשפט מלהתערב בסכסוכים שבין אדם לקהילתו עקב התפיסה שהתערבות כזו פוגעת בחופש הדת של הקהילה הדתית המובטח בתיקון הראשון לחוקה,²³⁹ אחד הזריגים היחידים למדיניות אי-התערבות היה מצב של התערבות ביחסים תזויים עקב תרם דתי.²⁴⁰

6. תביעת לשון הרע כנגד הטריבוטל הוולונטרי

נוסף על העילות הגזיקיות שנסקרו לעיל יוכל נפגע שהוצא בגדו פסק-דין בתוספת-מכות להגיש תובענה אזרחית, או קובלנה פלילית פרטית, בגין לשון הרע הכלולות בפסק-הדין. לתובענה בלשון הרע שני יתרונות על-פני עילות גזיקיות אחרות: ראשית, על-פי תיקון לחוק איסור לשון הרע, אפשר לקבל פיצוי כספי אף בלא הוכחת נזק²⁴¹ ובכך נוצרת דרך פעולה משפטית אפקטיבית עבור מי שנפגע באופן לא-כלכלי מפעולת כפייה של טריבוטל וולונטרי. שנית, במסגרת לשון הרע אפשר לנקוט הן הליכים אזרחיים²⁴² והן הליכים פליליים,²⁴³ כנגד הטריבוטל הוולונטרי או כנגד חבריו.²⁴⁴

237. סעיף 62 לפקודת הגזיקין.

238. הריון בשאלה זו מקביל, אם כי אינו זהה, לשאלת היסוד "שלא כדין" שנדונה לעיל, בהערה 199 והטקסט שלידה ואילך.

239. ראו: Justin K. Miller, "Comment: Damned If You Do, Damned If You Don't: Religious Shunning and the Free Exercise Clause", 137 *U. Pa. L. Rev.* (1988) 271; *Paul v. Watchtower Bible and Tract Soc.* (1987, CA9 Wash) 819 F. 2d 875 שם נקבע כי ההחרמה מהווה חלק אינטגרלי ממצוות הדת של המשיבה, ולפיכך חוסה בצל התיקון הראשון לחוקה.

240. *Bear V. Reformed Mennonite Church* 462 Pa. 330, 341 A. 2d 105 (1975); *Lide V. Miller* 573 S.W. 2d 614 (1978).

241. סעיף 7א לחוק איסור לשון הרע, כפי שתוקן בתשנ"ט. ראו חוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 6, תשנ"ט-1999, ס"ח 18. סכום הפיצוי בלא הוכחת נזק מוגבל על-פי החוק, לסך שלא יעלה על 50,000 ש"ח, אולם עקב הצמדת הסכום למדד, הוא עולה כיום על 100,000 ש"ח.

242. פרסום לשון הרע לאדם אחד או יותר זולת הנפגע הוא עוולה אזרחית. ראו סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע.

243. לשון הרע שפורסמה לשני בני-אדם או יותר זולת הנפגע בכוונה לפגוע מהווה עבירה פלילית. ראו סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע; ש"ז פלר, "בכוונה לפגוע" כסימן ייחוד של העבירה לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1963, גישה פרשנית – עד היכן ועל סמך מה?," משפטים 10 (תשמ"ז) 439. חוק איסור לשון הרע מאפשר גם הגשת קובלנה פלילית פרטית. ראו סעיף 8 לחוק.

שתי הדוגמאות המלוות אותנו לאורכה של רשימה זו – שיפוט אתי כידי בית-הדין של מועצת העיתונות ושיפוט כפוי בידי בית-דין צדק הרדי – עשויות בנסיבות מסוימות להיות לכאורה לשון הרע.²⁴⁵

קביעה כי עיתונאי פלוני עבר עבירה אתית היא ודאי בגדר "דבר שפרסומו עלול... לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחסים לו".²⁴⁶ עיתונאי שאיכר את מקום עבודתו בשל העובדה שהוכרו כ"לא-אתי" יוכל עקרונית לתבוע בגין הנוקים שנגרמו לו. הוא-הדין לגבי פסיקתו של בית-דין רבני כי פלוני, יהודי, פועל בניגוד להלכה בסרבו להתדיין בפני בית-הדין, אף היא עשויה להיות לשון הרע וגם בפסק לגופו של עניין עשויה להיות לשון הרע.²⁴⁷ ברם, החסרונות שנמנו לעיל לגבי אפשרויות פעולה אחרות, ובראשם האפקטיביות של סעד כזה על תדמית התובע בעיני הציבור הרלבנטי, תקפים עקרונית – אולי אף ביתר-שאת – גם לגבי תביעת לשון הרע כנגד הטריבונל או חבריו. עם זאת, השאלה המתבקשת היא, האם יש בהגנות הקבועות בחוק איסור לשון הרע כדי להעניק לגופים הוולונטריים הגנה מפני תביעות לשון הרע? להלן נבחן את ההגנות העשויות להיות רלבנטיות.²⁴⁸

1. פרסום בידי סמכות שיפוטית או מעין-שיפוטית

חוק איסור לשון הרע קובע כ"פרסום מותר", שאינו יכול לשמש עילה למשפט פלילי או אזרחי, "פרסום על ידי שופט, חבר של בית דין דתי, בדרר, או אדם אחר בעל סמכות שיפוטית או מעין-שיפוטית על פי דין, שנעשה תוך כדי דיון בפניהם או בהחלטתם..."²⁴⁹

244. במקרה של גוף בלתי-מאוגד התובענה יכולה להיות מופנית כלפי הדיינים והפועלים מטעם הגוף. במקרה של גוף מאוגד הוא יהיה יעד עיקרי לתובענה, אולם בהתאם לעקרונות הכלליים של דיני הנויקין אפשר לתבוע גם את הדיינים שפעלו בהליך עצמו.

245. המבחן לעניין זה הוא מבחן אובייקטיבי. ראו ע"א 466/83 שאחה ב' דרדריאן, פ"ד (לס) 4) 734, בעמ' 740. לדוגמא לתובענה בלשון הרע שבה האמירה נשוא התביעה היתה סענה, כי העיתונאי-התובע פעל באופן לא-אתי, ראו ת"א (ת"א) 1364/97 זמזקי נ' גאמני (לא פורסם).

246. סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע.

247. כתב סירוב, כמו גם החלטות אחרות של בית-דין רבני, עשויים להוות לשון הרע גם לפי ההלופה הראשונה בסעיף 1 לחוק איסור לשון הרע, שלפיה לשון הרע היא "דבר שפרסומו עלול – (1) להשפיל אדם בעיני חבריו או לעשותו מטרה לשנאה, לבז או ללעג מצידם".

248. ביחס לגופים שיפוטיים שסמכותם נובעת מן הדין או מהסכם מחייב, עשויה לחול הגנת סעיפים 15(7) ו-15(8) לחוק איסור לשון הרע, שלפיהם תינתן הגנה טובה לפרסום בתום-לב בעניין שבו הנאשם או הנתבע (בית-הדין הוולונטרי) ממונה על הנפגע, מכוח דין או תווה, והפרסום מוצדק על-ידי היותו ממונה, כאמור. הגנות אלו לא יתולו במצבים שהם נשוא דיוננו.

249. סעיף 13(5) לחוק איסור לשון הרע. להגנה זו ראו ת"א (חי) 1346/98 ארבל נ' חוטר ישי (שרם פורסם).

מטבען של החלטות שיפוטיות כמעט בכל תחום, שהן מותחות ביקורת על מי מן הצדדים או העדים בהליך, ומטרתה של הגנה זו היא לאפשר "ניהול משפט תקין באורח חפשי ללא מורא ופחד וללא חשש של הסתבכות במשפט פלילי או אזרחי",²⁵⁰ היינו: לאפשר לשופט לכתוב את הכרעתו השיפוטית בלא כל חשש שמי שלא יהיה מרוצה ממנה ינקוט כנגדו הליכי לשון הרע.

אולם הגנתו של סעיף זה פרוסה על רשויות שיפוטיות ומעין שיפוטיות הפועלות "על פי דין" ועליכן דומה, כי אין להגנה זו תחולה במצבים ושוא דיונוני.²⁵¹ אמנם, הסעיף הורחב כך שיתול גם על בורר, אולם אין ספק שמדובר רק בבורר הפועל במסגרת הדין (חוק הבוררות).

לדעתנו, את הביטוי "חבר של בית דין חתי" בסעיף זה יש לפרש כחל אך ורק על בתי-דין חתיים יצירי החוק, ואף זאת כאשר הם פועלים במסגרת סמכותם על-פי החוק החילוני. פירוש זה עולה בקנה אחד עם מטרת המחוקק בסעיף 13 כולו, כפי שהוגדרה בידי המשפט העליון "להעניק זכייה מוחלטת לפרסומים, הנוגעים לתחום תפקידם של ממלאי תפקידים רשמיים ושל רשויות רשמיות" – הגדרה שבעקבותיה קבע בית המשפט העליון כי אין לתת לסעיף זה פרשנות מרחיבה.²⁵² הגנת סעיף 13(5) איננה חלה אפוא על טריבונלים וולונטריים שאינם בגדר בורר.

2. הגנת אמת בפרסום

חוק איסור לשון הרע קובע, כי "במשפט פלילי או אזרחי בשל לשון הרע תהא זו הגנה טובה שהדבר שפורסם היה אמת והיה בפרסום עניין ציבורי".²⁵³ שני רכיבים מצטברים להגנה זו: הדבר שיפורסם יהיה "אמת", ובפרסום יהיה משום "עניין ציבורי".

אשר לדרישה כי הפרסום יהיה אמת, דרישה זו עניינה העובדות שבפרסום, לרבות הבעת דעה הניתנת לאימות (להבדיל מביקורת או הבעת דעה כללית).²⁵⁴ תוך בחינת אמיתותן במציאות.²⁵⁵ הן בהליך בפני בית-הדין לאתיקה של מועצת העיתונות הן בהליך בפני בד"ץ הרדי מתחייבת קביעתן של עובדות כחלק מההליך המשפטי. השימוש בהגנת אמת בפרסום מפני תביעת לשון הרע של הנפגע מפסק-הדין כלפי כותביו מחייב את

250. ע"פ 364/73 זיידמן נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 620, בעמ' 624.

251. בע"א 9406/96 קאקיש נ' ביארם, פ"ד נג(3) 352 (להלן: ע"א קאקיש), הועלתה טענת הגנה זו בידי בית-דין דתי וולונטרי. בית המשפט העליון הסתפק בקביעה שנושא זה לא היה חלק מנושאי הדיון בבית המשפט המחוזי, ולא דן בה לגופה. לתחולת הביטוי "על-פי דין" על דינים חתיים ראו לעיל, הערה 33.

252. ע"א 211/82 נגם נ' מלורי, פ"ד מ(1) 210, בעמ' 215.

253. סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע.

254. ע"א 7/79 הוצאת ספרים "החיים" נ' רשות השידור, פ"ד לה(2) 365, בעמ' 367; ר"נ חברת החשמל (לעיל, הערה 99), בעמ' 348.

255. ע"א 640/85 קופר נ' איגוד המוסכים בישראל, פ"ד מד(1) 594, בעמ' 598; ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, בעמ' 305.

יכולתם של הנתבעים בפרוטנציה - הם השופטים בטריבונל הוולונטרי - להוכיח באמצעות ראיות קבילות בבחי' המשפט (אף אם הראיות שהיו בפניהם לא היו קבילות לפי דיני הראיות)²⁵⁶ ובמידת הוכחות גיכרת,²⁵⁷ כי העובדות שנקבעו הן אמת. בשל ההבדלים בדיני הראיות, נטל זה איננו פשוט וספק אם ברוב המקרים הנתבעים יוכלו לעמוד בו. אשר לדרישה כי בפרסום יהיה "עניין ציבורי", הפסיקה קבעה כי פירושו של המונח בהקשר זה הוא פרסום שיש בו משום תועלת לציבור ולא די שיש בפרסום משום "עניין לציבור", שלעתים עשוי "לספק מוזן לסקרנים או למלא יצרם של רכלנים".²⁵⁸ פרסום עשוי להביא תועלת לציבור אם הוא תורם לגיבוש דעתו של הציבור בעניינים ציבוריים ואם יש בו כדי לגרום שיפור לאורחות-חיים.²⁵⁹

לדעתי, יישומו של פרמטר זה על עניינים נשוא רשימתנו מאפשר למועצת העיתונות, הפועלת לשיפורה של האתיקה העיתונאית בישראל, לטעון שלפרסום ההלטותיה בדבר התנהגות לא-אתית של עיתונאים עניין ציבורי. יישומו של עיקרון זה על פעולתו של בר"ץ חרדי מורכב יותר: אפשר לטעון כי לציבור, בכלל, ולציבור הרלבנטי (הקהילה), בפרט, יש עניין בדיעת מיהו המסרב להתדיין בפני בית-הדין של הקהילה או לקיים את פסק-דינו.²⁶⁰ אני נוטה לסבור, כי פרסום (בדרך של פסק-דין) על פלוני החייב לאלמוני סכום כסף איננו תואם את אמת המידה של "עניין לציבור", באשר הוא מסייע לכל היותר לגיבוש דעתו של הציבור כלפי פלוני, אך לא בעניינים ציבוריים.

מכאן שאפשר יהיה להשתמש בהגנת אמת בפרסום במצבים מסוימים, ביחוד כאלו שבהם אין מחלוקת עובדתית ממשית, ובלבד שלנשוא התליכים עניין ציבורי.

256. קיימת כמובן גם אפשרות הפוכה, שלפיה בבחי' המשפט יקבלו כראיה קבילה עדות שלא הותרה בטריבונל הוולונטרי על-פי דיני הראיות שלו, כגון עדות נשים או מחללי שבת שנפסלה בבית-הדין הרבני. ראו לעיל, הערה 228.

257. נטל ההוכחה מוטל על הנתבע, והוא "יידרש להביא הוכחה שמידתה תעמוד ביחס מתאים לרצינות תוכן הדיבה; ופירוש הדבר, שעליו להביא הוכחה שתצביע על גירסתו כאפשרות גבוהה, הגם לא גבוהה במידה הנדרשת, בדרך כלל, לגבי גירסת הקטגוריה במשפט פלילי". ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד, פ"ד יב 2017, בעמ' 2064-2065; ע"א 670/79 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' מזרחי, פ"ד מא(2) 169, בעמ' 186-187 (להלן: ע"א הוצאת עיתון הארץ בע"מ); ע"א 475/81 זיקרי נ' "כללי חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מ(1) 589.

258. ע"א 213/69 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' עיתון הארץ בע"מ, פ"ד כג(2) 87, בעמ' 91 (להלן: ע"א חברת החשמל).

259. זאב סגל, "הוכחות לפרטיות למול הוכחות לדעת", עיוני משפט ט (תשמ"ג) 175, בעמ' 196; ע"א 439/88 מדינת ישראל נ' זנטורה, פ"ד מת(3) 808.

260. "התועלת הציבורית במקרים כאלה תתבטא ביתרון לכלל החברה בכך שהמידע הועבר למי שאליו הופנה". שנהר (לעיל, הערה 104), בעמ' 227. ראו גם ע"א קאקיש (לעיל, הערה 251). טובת הציבור פורשה במקרה זה כטובת עדת "קהילות השם בארץ הקודש".

3. פרסומים בתום-לב

סעיף 15 לחוק איסור לשון הרע קובע סדרה של הגנות²⁶¹ לפרסומים אשר נעשו בתום לב, באחת הנסיבות המנויות בסעיף. ניתן לטעון כי אחדות מן החלופות בסעיף תלות בנסיבות נשוא דיונו, אולם בחינה מדוקדקת יותר תראה כי הגנות אלו תספקנה הגנה מסויימת רק בחלק מן המצבים האפשריים.

כך, למשל, קובע חוק איסור לשון הרע הגנה לפרסום בתום-לב שנעשה בנסיבות שבהן היחסים שבין המפרסם "לכין האדם שאליו הופנה הפרסום הטילו עליו חובה חוקית, מוסרית או חברתית לעשות אותו פרסום".²⁶² הפסיקה קבעה עוד בראשית ימי המדינה, כי המבחן לעניין קיומה של חובה הוא מבחן סובייקטיבי וכי כדי לזכות בהגנה זו על הנתבע להראות ש"בדבר שפורסם, 'ענין' כה היוני, שמאליה מתבקשת המסקנה שבפרסום הדבר היה משום מילוי חובה מוסרית, או ציבורית, או חוקית, על ידי המפרסם".²⁶³

אפשר לתרגם חלק מן התפיסות העקרוניות על מקומה של מערכת האתיקה העיתונאית לטענה, כי ניהול ההליך האתי ופרסום תוצאותיו נעשים מתוך חובה של העיתונות לציבור. ברם, נסיונה של העיתונות לחסות בצלו של סעיף הגנה זה אף בפרסומים ישירים על אישי-ציבור נתקל בהתנגדותו של בית-המשפט העליון עוד מאז פסק-הדין בע"א חברת השמלה.²⁶⁴ למעט במקרים שבהם אפשר להצביע על קשר בין הפרסום ובין סכנה לציבור, לבריאותו או לרכושו.²⁶⁵ לפיכך אף אם צודק היועץ המשפטי של מועצת העיתונות בסווגו את החלטותיה לגדרם של הופש הביטוי ותופש העיתונות, דומה כי מועצת העיתונות לא תוכל להתגונן בטענת הגנה זו, בהיעדר סכנה לציבור, לבריאותו או לרכושו.

אשר לבד"ץ החרדי, אפשר לטעון כי מנקודת-הראייה של העמדה ההלכתית הקובעת חובת התדיינות בפני בתי-דין, הודעתו של בית-דין לציבור חברי הקהילה²⁶⁶ על הפרת האיסור בידי פלוני נמסרת מתוך "חובה מוסרית או חברתית". בייחוד אפשר יהיה להעלות טענת הגנה זו בעת שהנפגע הוא מנהיג בקהילה.²⁶⁷ אולם הודעה לקונית לתור ו"כתב

261. הגנות אלו תלות הן במישור הפלילי הן במישור האזרחי.

262. סעיף 15(2) לחוק איסור לשון הרע.

263. ע"א 90/49 בנטוב ב' קוטיק, פ"ד ה' 593, בעמ' 601 (להלן: ע"א בנטוב).

264. ע"א חברת השמלה (לעיל, הערה 256), בעמ' 93.

265. הלכה זו גותרה בעינה בפסיקתו המאוחרת של בית-המשפט העליון. ראו ע"א 334/89 מיכאלי נ' אלמוג, פ"ד מו(5) 555; ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד מט(2) 843.

266. על-פי שנהר, שלושה תנאים נדרשים לעמידה בתנאי הגנה זו מעבר לצורך להוכיח את תום הלב: (א) הכרה בחובה לפרסום; (ב) חובה זו תלה כלפי האנשים הספציפיים שאליהם הופנה הפרסום; (ג) אין מתקיימת חריגה מהנדרש למיצוע אותה חובה. שנהר (לעיל, הערה 104), בעמ' 282.

267. השוו ע"א קאקיש (לעיל, הערה 251). (למנהיגי הקהילה חובה מוסרית או חברתית לדווח לבני קהילתם על חשדות להתנהגות לא-ראויה של כומר בקהילתם).

סירוב" לחוד. כתב סירוב, על משמעויותיו החמורות, עשוי לשלול את הגנת תום-הלב, בהיות פגיעה שכוונתה לפגוע "במידה גדולה משהיתה סבירה להגנת הערכים המוגנים".²⁶⁸

לדעתי, בר"ץ גם לא יוכל להישען על הגנה זו בפרסום פסק-דין לגופו של עניין שיש בו קביעות עובדתיות שהן בגדר לשון הרע, מכיוון שפרסומו של פסק-דין בחוטר-סמכות אינו נושא עמו אותה חובה מוסרית כאשר פסק-הדין עוסק בעניין פרטי שבין שני צדדים. מכשול נוסף להישענותו של בר"ץ על סעיף זה קיים עקב היותו של בר"ץ "תתליף" למערכת זמינה של השיפוט המדינית. בהקשר זה מאלף העיון במקורו ההיסטורי של סעיף 15(2) - הוא סעיף 20(1)(א) לפקודת הבזיקין בנוסחה המקורית. על סעיף זה אמר בית-המשפט העליון, כי "לא כל אינטרס יש בו כדי ליצור חובה אצל אדם זר או מתנדב",²⁶⁹ וכי "אם מבקש עיתון לזכות בהגנה... עליו להצביע על קיומן של נסיבות חריגות המצביעות על אי יכולתן של רשויות המדינה, המופקדות על כך, לטפל בידיעה נושא הפרסום".²⁷⁰ מכיוון שקיימת מערכת מדינית מקבילה, כי הגנה זו לא תחול על מי שמעדיף להתעלם ממנה בידעין ובמכוון.

חלופה אחרת בסעיף 15 מעניקה הגנה לפרסום שהוא "הבעת דעה על התנהגות הנפגע בתפקיד... ציבורי, בשירות ציבורי או בקשר לעניין ציבורי, או על אפיו, עברו, מעשיו או דעותיו של הנפגע במידה שהם נתגלו באותה התנהגות".²⁷¹ לכאורה הגנה זו עשויה לחול על פסק-דין של בית-הדין לאתיקה של מועצת העיתונות, אם העיתונאי נשוא התליך האתי הוא עובד-ציבור (כגון עובד של רשות-השידור הציבורית) או מתוך פרשנות רחבה הרואה בכל עיתונאי כממלא תפקיד ציבורי, או באתיקה העיתונאית - "עניין ציבורי". גישה רחבה כזו משתלבת בעמדה שמקדם בשנים האחרונות הנשיא ברק - בשלב זה במאמרים ובהרצאות - שלפיה יש להטיל על העיתונות חובות מתחום המשפט הציבורי.²⁷² בר"ץ חרדי יוכל לעתים להתגונן בהגנה זו אם נשוא התליך הוא נושא תפקיד ציבורי במסגרת קהילתו.²⁷³

268. סעיף 16(ב)3 לחוק איסור לשון הרע.

269. ע"א 256/57 אפלבוים נ' בן גוריון, פ"ד יד 1205, בעמ' 1247.

270. ע"א הוצאת עיתון הארץ בע"מ (לעיל, הערה 257), בעמ' 179. לנסיבות מיוחדות כאלה ראו ע"א בנטוב, לעיל הערה 263.

271. סעיף 15(4) לחוק איסור לשון הרע.

272. אהרן ברק, "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה", משפטים כז (תשנ"ז) 223; אהרן ברק, "על העתונות הפרטית", עלי משפט ב (תשס"ב) 293. פרופ' זמיר כותב כי "הרעיון שהועלה על ידי השופט ברק לא יצא מכלל רעיון. הוא אפילו לא זכה לדיון רציני, אף לא בעיתונות עצמה, אולם לגוף העניין זהו רעיון רציני". זמיר (לעיל, הערה 89), בעמ' 190. ראו גם עמדתו של רובן (לעיל, הערה 174), בעמ' 605-606, שלפיה עיתונאים הם "עובדי הציבור" לעניין העבירה של קבלת שוחד בידי איש-ציבור.

273. לדעתי, רב של קהילה או מנהל מוסד חינוכי, ודאי ייכללו בגדרו של מונח זה, גם אם אין הם עובדי מדינה או גוף מדינתי אחר. השוו להגדרת "עובד הציבור" בסעיף 34 לחוק

אלא שהגנה זו חלה אך ורק על "הבעת דעה"²⁷⁴ אשר הוגדרה בפסיקת בית-המשפט העליון כ"תיאור של עמדה סובייקטיבית באשר למציאות דברים מסוימת"²⁷⁵ ככל שההליך נשוא התובענה עסק גם בשאלות עובדתיות שנויות במחלוקת, לא יהיה אפשר להסתמך על טענת הגנה זו.

אף במקרה זה כפוף השימוש בהגנה זו לדרישת תום-הלב, הטומנת בחובה את האיסור על פגיעה שכוונתה לפגוע "במידה גדולה משהיתה סבירה להגנת הערכים המוגנים"²⁷⁶. לבסוף, סעיף 615(6) לחוק איסור לשון הרע קובע הגנה לפרסום בתום-לב שהיא "בקורת על יצירה ספרותית... או אתרת שהנפגע פרסם או הציג ברבים, או על פעולה שעשה בפומבי, ובמידה שהדבר כרוך בבקורת כזאת - הבעת דעה על אפיו, עברו, מעשיו או דעותיו של הנפגע במידה שהם נתגלו באותה... פעולה". מכיוון שבפסיקה נקבע כי פרסומה של מודעה בעיתון הוא "פעולה בפומבי" שביקורת עליה עשויה ליהנות מהגנה זו,²⁷⁷ ייתכן כי גם כתבה עיתונאית תיחשב כפעולה פומבית, וביקורת של בית-הדין לאתיקה של מועצת העיתונות על הכתבה עשויה ליהנות מהגנה זו אם היא עומדת בתנאי תום-הלב.

לכאורה גם הבד"ץ התרדי יכול ליהנות מאותה הגנה, אולם זאת רק באותם מצבים שבהם הפעולה נשוא ההליך בו היא פעולה פומבית, ומצבים אלו יהיו מסבע הדברים מעטים-יחסית.

ח. סיכום ומסקנות

במאמר זה ניסיתי לבחון את התופעה המתרחבת של נסיונות של גופים וולונטריים לשפוט את מי שאינם חברים בהם או כפופים אליהם על-פי דין. הבחינה בעשתה תוך שימוש בשתי דוגמאות ספציפיות, שונות מאוד, שהמשותף להן עולה ככל הנראה על המבחין ביניהן.

העוגשין. לרעתי, נוסחו הרחב של סעיף 415(4) מחייב פירוש רחב הרבה יותר. אולם ראו שנהר (לעיל, הערה 104), בעמ' 70-71.

274. הפסיקה קבעה כי "המבקש לחסות בצלה של הגנת הבעת הדעה חייב להפריד הפרדה ברורה בין תיאור עובדות ובין הבעת הדעה על יסוד אותן עובדות", כי העובדות עליהן הוא מסתמך בהבעת דעתו חייבות להיות נכונות, וכי ההגנה על-פי סעיף זה חלה אך ורק על הבעת הדעה. ראו ע"א קאקיש (לעיל, הערה 251); ד"נ תב' חשמל נ' הארץ (לעיל, הערה 99), בעמ' 350; ע"א 259/89 הוצאת מודיעין בע"מ נ' ספירו, פ"ד מו(3) 48, בעמ' 54; ע"א 831/86 מאור נ' מיכאלי, פ"ד מד(1) 762, בעמ' 773; ת"א (י-ם) 405/95 כלל (ישראל) בע"מ נ' רשות-השידור (לא פורסם).

275. ראו ע"א קאקיש (לעיל, הערה 251), בעמ' 358. קיימת בעיה מסוימת ברכיב "סובייקטיבי" של הבעת דעה כאשר הרעת המובעת (של בית-הדין לאתיקה) מתימדת להיות דעה אובייקטיבית המבוססת על נורמות ראויות כלליות.

276. ראו לעיל, הערה 268.

277. ת"א (י-ם) 841/95 בן טובים נ' ארגון-שפירא (לא פורסם).

נקל להראות כי שיפוט זה נעשה בלא כל אסמכתא בדין. אולם הבחינה מצביעה על האפשרות, כי בחלק מהמקרים הוא נעשה תוך פגיעה בעקרונות הוקתיים ועשוי לסבך את הטריבונל הוולונטרי ואת מי שיוזם את כפיית ההליך עליהם בעבירות פליליות ובחשיפה לסיכון נזיקי.

מנגד, מעלה המאמר כי אף-על-פי שעל הנייר לרשות הנפגע מהניסיון לכפות שיפוט עומדות דרכי התנגדות רבות, האפקטיביות של רבות מהן עלולה להיות מועטה. התוצאה היא, כי שיטתנו המשפטית אינה ערוכה כיום לספל בתופעה שעליה הצביע מאמר זה באופן יעיל.

לדעתי, ראוי כי תיעשה פעולה ציבורית לשכנע את הטריבונלים הוולונטריים שלא ינסו לכפות את סמכותם על מי שלא הסכים לה. כך, למשל, ראוי - לדעתי - כי ראשי מועצת העיתונות לא ינסו עוד לאכוף את סמכותה על מי שאינם חברים במועצה, ולחלופין ראוי להביא לחקיקתו של ההסדר שוועדת צדוק המליצה עליו ולפיו תיקבע סמכותה של המועצה בחוק לגבי כלל העוסקים במקצוע, תוך הכנסתה למסגרת של פיקוח חוקתי ושיפוטי, כדין כל טריבונל שסמכותו נובעת מן הדין.

באשר לבד"צים החרדיים, כאן הפעילות הציבורית מורכבת יותר, שכן ספק בעיני אם אלו יוותרו על הסמכויות שהם נוטלים לעצמם, מכוח מה שהם רואים כמצוות דתם, אם לא יוטל עליהם איסור חוקי מפורש. גם ריבויים של בד"צים אלו והשתייכותם לקהילות שונות ולא להיררכיה ברורה, שבה הכול מצייתים לעומד בראש המערכת, תקשה על פעילות ציבורית שתמנע מקרים דוגמת אלו המתוארים במאמר זה.

והיה אם יסתבר כי הבד"צים החרדיים מוסיפים לנסות לכפות את שיפוטם על מי שלא הסכימו לכך, לא יהיה - לדעתי - מנוס מנקיטת אמצעים משפטיים כדי לעצור את התופעה. מכיוון שמן המאמר עולה כי יעילות הפעלתם של האמצעים המשפטיים בידי היחיד היא נמוכה, ראוי כי המחוקק יתן את דעתו על התופעה המתרחבת של שפיטה לא-הסכמית ויחוקק הסדרים שיאפשרו לרשויות השלטון, או אף יחייבו אותן, למנוע תופעות אלו. במסגרת זו יש לקבוע איסור פלילי ברור על קיומם של הליכי שפיטה פרטיים על לא-חברים, אשר יהיה בו כדי להגדיר את גבולות המותר והאסור באופן ברור.
