

# ביוש מפוקח ומבוקר: המשפט העברי בן זמננו אל מול אתגר הרשתות החברתיות

איריס בראון (הויזמן)\*

## מבוא

תופעת הביוש הפומבי – שיימינג בלעז – אינה תופעה חברתית חדשה. מאז ומתמיד אנשים סיפרו בגנותו של האחר כאשר הרגישו פגועים – אם כדי 'לשחרר קיטור', לחלוק ולשתף את הזולת במה שעבר עליהם, ואם כדי למנוע עוולות ולהזהיר זה את זה מפני הפוגע. גם התקשורת הכתובה והאלקטרונית דיווחה על אירועים או אנשים מבצעי עוולות – כדי לתקן עוולות, כדי למנוע עוולות או כדי לספק את יצר הסקרנות לגבי קיומן של עוולות. אולם, תופעה זו הלכה והתפשטה עם הופעת הרשתות החברתיות והפכה לחמורה יותר ולבעלת השלכות הרסניות ומרחיקות לכת הרבה יותר משל מקבילותיה הוותיקות.

יש הטוענים כי הרשתות החברתיות מאפשרות באופן חסר תקדים לאנשים מן השורה, שאינם עיתונאים מקצועיים, לחשוף עוולות ולתקן פגמים חברתיים, אך רבים יותר מודאגים מכך שיש בהן פוטנציאל חסר תקדים להריסת שמם הטוב וחייהם של בני אדם, המתקשים להתגונן מפני הסתערות הציבור. יש המרגישים ש"הפרדיגמה התהפכה לנו: מה שנתפס בהתחלה כהעצמה של החלש הפך לכלי נשק רב עוצמה כלפי הצד השני".<sup>1</sup> ואומנם, בשנים האחרונות מרבים לדבר על תופעת ה"שיימינג" ברשתות החברתיות. נפגעי הביוש חשופים לנזקים רבים החל בקשיים חברתיים, נזקים כלכליים ופגיעה בקריירה, וכלה בנזקים נפשיים, שבמקרים קיצוניים אף הובילו להתאבדות.<sup>2</sup>

- \* מאמר זה ראשיתו בהרצאה שנתתי בכנס דעת, מדע וטכנולוגיה: הלכה משפט ואתיקה שהתקיים באוניברסיטת תל אביב, ביולי 2016. ומאז נוספו לו נדבכים נוספים. תודתי נתונה לעורכי קובץ זה על הערותיהם המועילות.
- 1 טל רפאל "החוק הישראלי לא בנוי להתמודד עם ה'שיימינג' ברשת" NRG 30.5.2015 [www.nrg.co.il/online/1/ART2/697/366.html](http://www.nrg.co.il/online/1/ART2/697/366.html)
- 2 בשנים האחרונות היינו עדים להשפעתו הגדולה של האינטרנט לא רק על בני נוער, כפי

מסקרים שביצע המשרד לביטחון פנים בנתונים שנאספו בין מאי 2015 למאי 2016 בקרב ילדים ובני נוער ובקרב האוכלוסייה הבוגרת עולים נתונים מדאיגים. בקרב בני הנוער בני 12-18 כל ילד שלישי נפגע מביוש והשפלה ברשת. כ-18% שנפגעו לא דיווחו לאיש על הפגיעה. 16% דיווחו כי לקחו חלק בביוש ו-45% דיווחו כי השתתפו בסוג אחד לפחות של מעשה אלימות שהתבצע באינטרנט.<sup>3</sup> מהסקר על האוכלוסייה הבוגרת (בני 18 ומעלה) עולה כי כ-18% נחשפו לביוש או להשפלה ברשתות החברתיות. למעלה מ-50% חוששים במידה רבה שילדיהם ייפגעו מביוש ו-70% סבורים שהמדינה צריכה לנקוט צעדי ענישה נגד האנשים המבצעים "שיימינג".<sup>4</sup> המודעות ההולכת וגוברת לנפגעי הביוש הובילה את הממשלה לפתוח בינואר 2016 מוקד טלפוני משטרתי אזרחי, מוקד 105, לדיווח ולהגנה על קטינים ברשת. המוקד נועד למנוע אלימות ופשעה נגד ילדים ובני נוער ברשת. יוזמה זו היא ייחודית בארץ ובעולם. המוקד משלב את מישור האכיפה החוקית עם המישור הטיפולי והחינוכי. לצורך כך, פועלים במטה זה לצד זה נציגים מתחומים שונים: שוטרים, נציגי משרד הפנים ונציגים ממשרדי החינוך, הבריאות, העבודה והרווחה.<sup>5</sup> מטבע הדברים התופעה עוררה דיון משפטי – ובכלל זה גם דיון הלכתי.

לפני שניכנס לפרטי הדיון עלינו לבחון את מרכיביו של הביוש. נראה כי צריך להבחין בין ביוש בהגדרה צרה לבין ביוש בהגדרה רחבה. בהגדרה הצרה יותר, "ביוש" הוא שימוש ברשתות החברתיות במטרה להעלות לדיון מעשה או התנהגות בלתי הולמים או כדי להוקיע אדם או לכזותו. הטענות הללו יכולות להיות שקריות, ואז יש בהן עבירה על החוק, והן פחות מעניינות לדיון זה; אך הן גם יכולות להיות אמיתיות, וזהו הביוש העיקרי המעורר בעיה. בהגדרה הרחבה יותר, עדיין בגבולות פרסום אמיתי המוקיע אדם או חברה על התנהגות בלתי הולמת, הביוש איננו רק הוקעה של מעשה בלתי הולם, אלא גם בקשה המופנית מן המפרסם אל הציבור לנקוט כלפי מבצע המעשה סנקציות

שראינו בעבר, אלא גם על אנשים מבוגרים שהפרסום השלילי על מעשיהם גרם לשינוי דרמטי בחייהם. כך, למשל, אריאל רוניס, עובד בכיר ברשות האוכלוסין, שהתאבד בעקבות פוסט שזכה ל-6,000 שיתופים שבו הואשם באפליה על רקע גזעני (מאי 2015). עם היוודע דבר התאבדותו עסקה התקשורת בנושא בהרחבה. ראו למשל עדי חשמונאי, דנה ירקצי ושלומי גבאי "אריאל רוניס התאבד לאחר פרסום סטטוס: 'חיים ומוות ביד הלשון'" ואלה [news.walla.co.il/item/2857129](http://news.walla.co.il/item/2857129) 24.5.2015

3 הנתונים נאספו על ידי המשרד לביטחון פנים במשך שנה (בין התאריכים -1/05/2016 1/05/2016) וכללו מדרגם של 624 בני נוער. ראו "כל ילד שלישי נפגע משיימינג בישראל – סקר המשרד לביטחון פנים" **איגוד האינטרנט הישראלי** 18.5.2016 [www.isoc.org.il/sts-data/11167](http://www.isoc.org.il/sts-data/11167)

4 ראו "שיימינג בקרב מבוגרים – סקר המשרד לביטחון פנים" **איגוד האינטרנט הישראלי** [www.isoc.org.il/sts-data/11174](http://www.isoc.org.il/sts-data/11174) 25.5.2016

5 ראו המטה הלאומי להגנה על ילדים ברשת אתר השירותים והמידע הממשלתי [www.gov.il/he/Departments/child\\_online\\_protection\\_bureau](http://www.gov.il/he/Departments/child_online_protection_bureau)

מעשיות: להתרחק ממנו, להימנע ממגע חברתי עימו, לפגוע בפרנסתו וכדומה, כל זאת במטרה לגרום לו לשנות את דרכו הפסולה. בהגדרה רחבה זו יש לפרסום שלוש מטרות: 1. להזהיר את הציבור מפני אותו אדם או מפני תופעה רחבה יותר שהוא מייצג; 2. למנוע את הישנות המעשה, שכן הפרסום אמור לגרום לו להימנע בעתיד מלנהוג באופן דומה; 3. להעניש את אותו אדם בסוג של ענישה חברתית ציבורית. כמובן, השימוש בסנקציות החברתיות לצד הפרסום עצמו נועד להשיג את שתי המטרות האחרונות, אך ברמת יעילות גבוהה יותר. ישנה חפיפה בין לשון הרע לבין תופעת הביוש, אך אין זו חפיפה מושלמת. הפער בולט במיוחד בין לשון הרע לבין ביוש כמובן הרחב, ופחות עם זה שבמובן הצר.

מבחינת החוק, רבים ממקרי הביוש חוסים תחת הגנת "אמת דיברתי" או תחת הגנת תום הלב האמורות בחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.<sup>6</sup> אף על פי כן, גם מקרים אלה מעוררים בנו אי-נוחות. ננסה, אם כן, לראות כיצד המשפט העברי דן בנושא זה, ומה היחס בין הוראותיו לבין אלה של המשפט הישראלי.

מאחר שאנו עוסקים במצווה "שכלית" שבין אדם לחברו, שבה המחוקק נטל את כותרת החוק מאוצר המילים של המשפט העברי, יכולנו לצפות שתהיה חפיפה לא מבוססת בין החוק החילוני לבין ההלכה. ואולם, דומה כי השוואה יסודית תעלה שיש ביניהם הבדלים מרחיקי לכת בכמה היבטים: מבחינה משפטית, מבחינה מוסרית-חברתית, ומבחינה ערכית. את עיקר הדיון אקדיש להבדלים הערכיים העקרוניים העומדים בבסיס שיטות המשפט, אשר גורמים בפועל להבדלים מרחיקי הלכת הללו, וכמקרה מבחן אדון בנושא הביוש בחסות בית הדין ויחסו של המשפט הישראלי לאפשרות השימוש בו במערכת משפט ממלכתית.

במאמר זה אבחן תחילה את ההבדלים בין תפיסת המשפט העברי לתפיסת המשפט הישראלי לגבי ביושו של אדם בדברים. אבחן הן את ההיבטים התיאורטיים – האיזון בין שמו הטוב של האדם לחופש הביטוי, הן את ההיבטים המעשיים הנובעים מכך, לרבות ההבדלים בשאלת הענישה על פעולות אלה, ותוך עמידה על התמורות שנתחוללו בשתי המערכות. בהמשך אראה כי במשפט העברי בן זמננו התפתחה, כפועל יוצא של העדפה ברורה וחד-משמעית לשמו הטוב של האדם על פני חופש הביטוי וכמיוחד לנוכח שכחותו ותפוצתו של האינטרנט, גישה ייחודית הרוגלת בביוש כסנקציה חברתית, אולם רק כאשר

6 ס' 14-15 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק לשון הרע), מגדירים את ההגנות הללו. הגנת "אמת דיברתי", המופיעה בס' 14 לחוק לשון הרע, קובעת כי "במשפט פלילי או אזרחי בשל לשון הרע תהא זאת הגנה טובה שהדבר שפורסם היה אמת והיה בפרסום ענין ציבורי; הגנה זו לא תישלל בשל כך בלבד שלא הוכחה אמיתותו של פרט לזו שאין בו פגיעה של ממש". הגנת תום הלב, המופיעה בס' 15 לחוק לשון הרע, קובעת שורה ארוכה של נסיבות שייחשבו למעשים שבתום לב.

הוא מפוקח ומבוקר על ידי סמכות רבנית. לאחר מכן אבחן גישה זו באמצעות מקרה המבחן של ביוש סרבני הגט בבית הדין הרבני. אבחן סוגיה זו כפי שנתפסה על ידי דייני בית הדין הרבני מהצד האחד ועל ידי שופטי בג"ץ שדנו בעתירת הסרבנים<sup>7</sup> – מן הצד האחר. אעמוד על המורכבות שבמתן לגיטימציה לגוף שיפוטני להורות לחברה לנקוט ביוש כסנקציה חברתית. ולסיום, אעמוד על היחס הרעיוני-עקרוני השונה בין המשפט העברי, כפי שבא לידי ביטוי בפסיקת בית הדין, לבין המשפט הישראלי, כפי שבא לידי ביטוי בבג"ץ סרבני הגט.

## א. לשון הרע בין משפט למוסר

**במשפט הישראלי**, חוק איסור לשון הרע הוא חוק עם "שיניים", המכיל בתוכו סנקציות פליליות ואזרחיות נגד העוברים עליו. במדרג העבירות הפליליות מדובר בעבירה מסוג עוון, כלומר עבירה בעלת חומרה בינונית. מבחינה רעיונית החוק משקף אפוא התייחסות שלילית אל לשון הרע, אולם, האם המחוקק הישראלי בחר להוסיף לחוק איסור לשון הרע גם גינוי חברתי בדמות קלון? אף על פי שעצם סיווגו של מעשה כלשהו כעבירה פלילית כבר מקנה לו מימד של כתם חברתי מסוים, ברור שעבירות מסוימות – כגון עבירות תנועה, עבירות בנייה ועבירות מנהליות – אינן נושאות עימן גינוי חברתי חריף. "הכרזת הקלון" יכולה להעיד באופן ישיר על עמדתו של המחוקק בדבר המעמד המוסרי-חברתי של העבירה. האם בחר אפוא המחוקק הישראלי להוסיף לאיסור לשון הרע גינוי חברתי בדמות קלון?

בשאלה זו, נחלקו שופטי בית המשפט העליון בפרשת בן אהרן נגד מוצרפי.<sup>8</sup> שופט המיעוט, השופט הלוי, קבע כי אין בה קלון ואילו שופטי הרוב כהן ולנדוי קבעו כי הדבר תלוי בנסיבות. אף אחד משופטי בג"ץ לא קבע קטגורית שיש בעבירה זו קלון. מכל מקום יש להעיר כי שאלת הקלון היא מבחינת החוק בכל מקרה רלוונטית רק בנוגע לנבחרי ציבור, עובדי ציבור או לתפקיד המצריך אמון מיוחד ולא לאזרח הפשוט מאחר שההצדקה להכרזת הקלון והשלכותיו, כמו שלילת הזכות לכהן במשרה ציבורית, היא שמדובר ב"פגם מוסרי המעיד על בעליו שאין הוא ראוי לבוא בקהל ישרים, וממילא

7 בג"ץ 5185/13 פלוגי ועודד גז נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים ואח' (פורסם בנבו, 28.02.17) (להלן: "בג"ץ סרבני הגט"); בכתבות שונות מופיע שמו של העותר השני שרון בן חיים. ראו למשל בערוץ 7 "סרבן גט, אב שבתו נחטפה, או שניהם?" ערוץ 7 03.09.16 בג"ץ [www.inn.co.il/News/News.aspx/330073](http://www.inn.co.il/News/News.aspx/330073), כתבה שפורסמה ביום שבו דן בג"ץ בעתירות.

8 ראו בג"ץ סרבני הגט, לעיל ה"ש 7.

אין הוא ראוי לשאת באחריות ציבורית להחלטות ולמעשים אשר ענייני הכלל ושלום הציבור תלויים בהם" (כלשון השופט חיים כהן).<sup>9</sup>

אם במשפט החילוני איסור לשון הרע הוא איסור בעל סנקציות משפטיות ממשיות אך בעל גינוי מוסרי-חברתי דל, במשפט העברי התמונה כמעט הפוכה. במשך שנים רבות נושא זה לא נחשב לאיסור הלכתי, אלא כשייך יותר לתחום המוסר.<sup>10</sup> כמעט כל המקורות בספרות חז"ל המתייחסים ללשון הרע הם על דרך האגדה ולמעשה אין במקורות חז"ל אפילו הגדרה של איסור לשון הרע (אם כי מהקשר הדברים ברור כמעט תמיד שמונח זה מתייחס לדיבור שלילי על אודות הזולת או לדיבור העלול לגרום לאיבה כלפיו). הרמב"ם הוא כנראה הראשון שמתייחס בחיבורו משנה תורה לשאלת הגדרת האיסור, ומבחין בין המונחים השונים השייכים לתחום זה: רכילות, לשון הרע<sup>11</sup> ומוציא שם רע על חברו. הוא קובע שכולם אסורים ומציג אותם על פי מידת חומרתם. המקרה הקל יותר של רכילות, "זה שטוען דברים והולך מזה לזה", והכוונה שהדברים שנאמרים נועדו לסכסך או להטיל איבה בין פלוני לאלמוני,<sup>12</sup> ובהמשך, המספר לשון הרע על חברו, כלומר המספר בגנותו של פלוני דברי אמת והחמור מכולם, המוציא שם רע על חברו, האומר דברי גנאי שקריים. לראשונה אפוא נידונה השאלה אם האיסור חל גם על אמירת דברי אמת, אולם גם הוא אינו מרחיב בסוגיה ואף אינו מקדיש לה פרק נפרד, אלא דן בהלכות לשון הרע בפרק אחד בהלכות דעות לצד הלכות נקימה ונטירה, ומקדיש לנושא זה שישה סעיפים בלבד.<sup>13</sup>

- 9 בג"ץ 436/66 מנחם בן אהרן ושמריה אחוול נ' ראש המועצה המקומית פרדסיה, פ"ד כא(1) 561, 564 (1967).
- 10 נפתלי רוטנברג "פרשות תזריע ומצורע: שמירת הלשון – בין הלכה למוסר בכתבי ה'חפץ חיים" הוגים בפרשה: פרשת השבוע כהשאלה ליצירה ולהגות היהודית לדורותיה 325 Benjamin Brown, *From Principles to Rules and from Musar to Halakhah: The*; (2005) Hafetz Hayim's Rulings on Libel and Gossip, 25 Dine Israel 171 (2008) (להלן: "בראון").
- 11 הרמב"ם עושה שימוש כפול במינוח לשון הרע, פעם כמינוח ספציפי שלהלן בגוף הטקסט אתיחס אליו ופעם כמינוח כללי המציין את התחום כולו, והכולל את כל הקטגוריות. ראו וינרוט איסור לשון הרע, להלן ה"ש 16, בעמ' 69.
- 12 את דבריו של הרמב"ם ניתן לפרש בשני אופנים: האחד, המוזכר לעיל, שהרכילות נועדה לסכסך או להטיל איבה והשני שהרכילות היא מסירת מידע חסוי שאין בעליו מעוניין שאחרים ידעו עליו. הפרשנות המקובלת לאורך הדורות על רוב המחברים, ובכללם של החפץ חיים, היא הפרשנות הראשונה. לדיון נרחב לכוונתו של הרמב"ם בדברים אלו ראו וינרוט איסור לשון הרע, להלן ה"ש 16, בעמ' 63-66.
- 13 רמב"ם, הלכות דעות, פרק ז הלכות ב-ח.

התייחסותו של רבנו יונה גירונדי מהווה נדבך נוסף בעיסוק בהלכות לשון הרע במסגרת ספרות המוסר.<sup>14</sup> עיקר חידושו נוגע לעקרון התועלת, לאחר שהוא דן בגדר האיסור ובחומרתו הוא מסייג ומוסיף כי האיסור אינו חל במקרים שבהם אדם מספר בגנותו של חברו כדי לסייע למי שנעשתה לו העוולה.<sup>15</sup> לעומת זאת, בשולחן ערוך אין אפילו סעיף אחד הדין באיסור לשון הרע.<sup>16</sup> בניגוד ליחס זה בולטת עמדתו של ר' ישראל מאיר הכהן, החפץ חיים (1839–1933), שבשנת 1873 (תרל"ג) הקדיש ספר שלם לכללי איסור לשון הרע ורכילות, המהווה עד היום את הקודקס המרכזי של איסורים אלה. מדובר אפוא בתחום שהחל כתחום מובהק של אתיקה ומידות ועבר תהליך של הלכיזיה, שהגיע לשיאו עם החפץ חיים.<sup>17</sup> ואולם, גם החפץ חיים מודע היטב לכך שמדובר באיסור שאין לו "שיניים", שכן זהו לאו שאין בו מעשה, וכל לאו שאין בו מעשה אין לוקים עליו.<sup>18</sup>

ואולם, דווקא בתחום המוסר נודעה לאיסור לשון הרע חומרה יתרה. חז"ל הפליגו מאוד בחומרתו של איסור זה. כך למשל נאמר במשנה כי "האומר בפיו חמור מן העושה מעשה".<sup>19</sup> או "כל המספר לשון הרע כאילו כפר בעיקר". ובמקום אחר נאמר: "כל המספר לשון הרע וכל המקבל לשון הרע [...] – ראוי להשליכו לכלבים".<sup>20</sup> את המילה מצורע דרשו כנוטריקון "מוציא שם רע",<sup>21</sup> ועוד.

נמצא אפוא כי בעוד במשפט הישראלי לשון הרע הוא איסור בעל מעמד משפטי איתן ומעמד מוסרי חלש, בהלכה מעמדו המשפטי חלש ואילו מעמדו המוסרי איתן. אפשר אפילו לשער שחז"ל הכירו בכך שהיעדר הסנקציה הוא סוג של חולשה, וביקשו לחזק את המצווה באמצעות אזהרות על חומרתה ועל נזקיה בעולם הזה ובעולם הבא. אפשר להעלות השערה נוספת, שלפיה חופש הפעולה של חז"ל בהטלת סנקציות עונשיות היה מוגבל, ולכן פנו אל הסנקציה המוסרית-חברתית, ואילו במדינה המודרנית הריכוזית מבטא הציבור את עמדתו באמצעות מערכת החוק, ובעיקר באמצעות המשפט הפלילי.

- 14 יונה גירונדי, שערי תשובה, שער שלישי, ירושלים תשס"ד (להלן: "שערי תשובה").  
 15 ראו שערי תשובה, לעיל ה"ש 14, אות רכא, עמ' רנו.  
 16 למעט התייחסויות נקודתיות אגב נושאים אחרים. ראו יחיאל וינרוט איסור לשון הרע 38 (עבודת דוקטור במשפטים, אוניברסיטת בר אילן – הפקולטה למשפטים, 2014) (להלן: "וינרוט איסור לשון הרע").  
 17 ראו בראון, לעיל ה"ש 10, בעמ' 171.  
 18 פסחים דף סג, ע"ב ובמקבילות רבות.  
 19 משנה, ערכין ג, ה.  
 20 פסחים, דף קיח, ע"א; מכות, דף כג, ע"א.  
 21 מדרש תנחומא (בוכר), פרשת מצורע, סימן ו. "מוציא שם רע" נכלל בגדר האומר לשון הרע, אלא שנוספה במעשהו חומרה בכך שלשון הרע שאמר היא גם שקר.

## ב. הבחינה המעשית: הענישה על הביוש

כפי שראינו, הסיבה לכך שאין סנקציה על איסור לשון הרע היא כי איסור זה הוא בגדר "לאו שאין בו מעשה" שאין לוקין עליו וחל עליו הכלל: "ביישו בדברים – פטור מכלום".<sup>22</sup> כלומר, על פי חז"ל כדי שיהיה מדובר בחבות בדיני נזיקין צריך שהפגיעה תהיה מוחשית, פיזית ולא נפשית. רק כאשר נלווית לפגיעה המוחשית גם פגיעה בתחום הנפשי יהיה האדם זכאי לפיצויים גם בגין פגיעה זו, ואילו כאשר הפגיעה נפשית בלבד אין הוא זכאי לפיצוי. ואולם, וכאן הנקודה החשובה, במהלך הדורות הוכרה האפשרות להטיל סנקציה על מספרי לשון הרע. כבר הגאונים פסקו כי "דאף על בשת דברים מנדים אותו עד שיפייסנו כראוי לפי כבודו, ומסתברא דיותר בושת בדברים מבושת של חבלה, דאין דבר גדול כלשון הרע ודבה שאדם מוציא על חברו".<sup>23</sup> גם הרא"ש הורה: "ביישו בדברים – פטור – ואמנם נהגו בכל מקומות מושבות ישראל לעשות תקנה וסייג לדבר, להטיל חכה בפי בעלי לשון ולקנוס המבייש, הכל לפי הענין; וכן יעשו בית דין בכל ענין לפי הראוי, הכל לפי המבייש והמתבייש".<sup>24</sup> כך פסקו גם ר' ישראל איסרליין, בעל תרומת הדשן (1390–1460)<sup>25</sup> ואחרים.

**במשפט הישראלי, לעומת זאת, קיימת סנקציה משפטית בפועל כלפי מפרסמי לשון הרע. ואולם, סנקציה זו מופעלת במשורה, בשל חרדתו של המחוקק לעקרונות המתנגשים עם לשון הרע. המחוקק הישראלי חושש מאוד לפגוע בעקרון חופש הביטוי, ולכן מסייג את תחולת האיסור בהגנות שונות, דוגמת "אמת דיברתי" "זכות הציבור לדעת" ושיקולי מדיניות, שגם עניינם נוגע לחשש להגבלת חופש הביטוי ולמניעת מידע מן הציבור. ההשלכה המעשית של היבטים אלו נוגעת לשיעור גובה הפיצויים המקובל בארץ שהוא נמוך יחסית למדינות אחרות, אם כי בשנים האחרונות היו מקרים שבהם נקבעו פיצויים גבוהים יותר.<sup>26</sup> עם זאת יש להעיר שהמחוקק קבע, סעיף 7א לחוק, כי כאשר מוכחת חבות בגין לשון הרע יכול התובע לקבל פיצויים ללא הוכחת נזק ממשי, וזאת בניגוד לדיני הנזיקין הרגילים, שבהם על פי רוב הפיצוי ניתן רק בגין נזק קונקרטי שנגרם לתובע. מדובר אפוא בכעין פיצויים עונשיים. סעיף זה יכול ללמד על החשיבות היתרה שמקנה המחוקק לפגיעה זו. עם זאת, שיעור הפיצוי המקסימלי – עד 50,000**

22 בבא קמא, דף צא, ע"א.

23 איגרת רב שרירא גאון, פרק ח, סעיף טו.

24 שו"ת הרא"ש, קא, סימן ט.

25 שו"ת תרומת הדשן, סימן שז.

26 יובל קרניאל ועמירם ברכת "הפיצויים בדיני לשון הרע: השם והשומן" **עלי משפט ב 205,**

215–219 (2002) (להלן: "השם והשומן").

שקלים – אינו גבוה ואינו מהווה באמת איום ממשי.<sup>27</sup> מכל מקום, מדובר בקונפליקט פנימי משמעותי בתוך תפיסתו של המחוקק הישראלי.

הסנקציות המוטלות בגין העבירות יכולות במידה רבה ללמד על סדר העדיפויות הערכי של בית המשפט ושל המחוקק, המעדיף להגן על חופש הביטוי על פני שמו הטוב של האדם. יש לציין כי פער זה בין הרצוי (כלומר מה שהמחוקק מכריז עליו כאידיאל שיש לשאוף אליו, במקרה זה הרצון לשמור על שמו הטוב של האדם) לבין המצוי (כלומר הטלת סנקציות בשל כך), קיים גם במשפט העברי.<sup>28</sup> ואולם, במרוצת השנים שבהן פועלות שתי המערכות נוצר כעין היפוך: המשפט העברי, שהחל את דרכו באיפוק בהטלת סנקציות על ביוש מילולי, הרחיב את כוחן של סנקציות אלה, משום שבמישור הערכי הוא לא הציב ערך מתחרה בעל משקל ממשי כנגד הערך של הגנת השם הטוב. מנגד, המשפט החילוני, שהכריז על לשון הרע כעל עבירה הכפופה לסנקציה פלילית ונזיקית כאחת – החליש במידה רבה את כוחן של סנקציות אלה בשל הערך הנגדי שניצב מולן במערכת החילונית – ערך חופש הביטוי.

### ג. הבחינה הערכית: התנגשות בין עקרונות

בכל שיטת משפט יש לבחון מה העקרונות והערכים העומדים ביסודה הנוגעים לאיסור שדנים בו. במשפט הישראלי יש כמה עקרונות העומדים כנגד שמו הטוב של הנפגע. כאמור, העיקרון בעל המשקל הגבוה ביותר הוא עקרון חופש הביטוי, ולצידו עומד העיקרון של "זכות הציבור לדעת". השאלה הקלסית הנדונה כמעט בכל שיטת משפט מודרנית היא עד כמה ביטוי שיש בו לשון הרע מוגן על ידי חופש הביטוי. המשפט הישראלי פיתח במרוצת השנים מערכת של איזונים בין חופש הביטוי לבין הערכים והעקרונות שעמם הוא מתנגש ולהלן נראה עד כמה יש בערכים אלו כדי להגביל את חופש הביטוי.

27 שם, בעמ' 218-219.

28 ברכיהו ליפשיץ סובר כי חז"ל נמנעים מהטלת סנקציות בנושאים הקשורים בדיבור לאו דווקא על לשון הרע וכי הימנעות זו איננה מקרית ונובעת מתפיסת הדיבור כביטוי למהות של האדם וחופש הבחירה שלו. ראו ברכיהו ליפשיץ "מדוע אין המשפט העברי אוכף קיומה של הבטחה" משפטים כה 161, 174-179 (1995).



היחס המיוחד לחופש הביטוי במשפט הישראלי נובע מצידוקים שונים<sup>29</sup> ולא מעט כתרם נקשרו למושג זה כ"ציפור הנפש של הדמוקרטיה"<sup>30</sup>; כמי שניצב ב"מקום של כבוד בהיכל זכויות היסוד של האדם"<sup>31</sup>; כעיקרון המהווה "זכות על"<sup>32</sup>; כ"חלק בלתי נפרד מהאתוס המשפטי שלנו"<sup>33</sup>, ועוד.<sup>34</sup> יש להעיר כי חופש הביטוי הוא חלק ממערך

- 29 ישנם ארבעה צידוקים מרכזיים שונים הניתנים לחופש הביטוי: 1. הרצון לחשוף את האמת – חופש הביטוי מאפשר להשקפות ולרעיונות שונים ומגוונים להתחרות אלו באלו. 2. הצורך להביא להגשמתו העצמית של האדם – התפתחותו הרוחנית והאינטלקטואלית של האדם מבוססת על יכולתו לגבש באופן חופשי את השקפות עולמו. 3. חופש הביטוי מהווה תנאי מוקדם לקיומה של דמוקרטיה ולפעולתה התקינה. 4. חופש הביטוי כתורם ליציבות החברתית ולשלטון שכן באמצעותו מוצא הלחץ החברתי ("הקיטור החברתי") במסלול השקט של הביטוי ולא במסלול האלים של המעשים". ראו בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 281, 255 (1987) וכן מרדכי קרמניצר "חופש הביטוי" זכויות האדם בישראל: קובץ מאמרים לזכרו של ד"ר חמן שלח ז"ל 46, 48-56 (1988). גם אהרון ברק מרבה לכתוב על נושא זה, חשיבותו וצידוקיו. הוא מבהיר כי חופש הביטוי הוא חלק מכבוד האדם וחירותו שכן הוא זה המאפשר לאדם: "לפתח את אישיותו, להביע את עצמו ולגבש את השקפת עולמו [...] כבודו של אדם וחירותו נפגעים אם לא ניתן לו להביע את אשר על ליבו". ראו אהרון ברק פרשנות במשפט כרך ג 427-428 (1994). כך סבורים גם זאב סגל, ראו זאב סגל חופש העיתונות: בין מיתוס למציאות 28-29 (1996) והשופט יצחק זמיר, ראו יצחק זמיר "הסמכות המנהלית" משפט וממשל א 81 (1992). בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 281 (1987).
- 30 השופט אגרנט בע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427, 435 (1968).
- 31 בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 398 (1984).
- 32 השופט שמגר בע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 295 (1977).
- 33 ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 201 (1993).
- 34 השאלה אם חופש הביטוי נכלל בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו לא הוכרעה. בפסק הדין בפרשת 'קול העם', שהפך זה מכבר לאחד מפסקי הדין המדוברים ביותר בהקשר של חופש הביטוי, קבע השופט אגרנט באופן עקרוני כי חופש הביטוי הוא רכיב חיוני של משטר דמוקרטי ובשל כך יש לראות בו זכות משפטית מחייבת, ראו בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953). אולם פסק דין זה ניתן זמן רב לפני חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. לגבי שאלת עיגונה של הזכות בחוק יסוד זה ניתנו תשובות סותרות. בעניין אבי גולן, פסקו שני שופטים כי חופש הביטוי אינו כלול ב"כבוד האדם", ראו ע"א 4463/94 אבי חנניה גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136 (1996). ואילו בעניין סטיישן פילם, פסקו שניים משופטי בית המשפט העליון כי חופש הביטוי כלול בכבוד האדם שבחוק היסוד, ראו בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד נ(5) 661 (1997). יש הרואים באי-הכרעה

רחב יותר העולה בקנה אחד עם התפיסה הרחבה של התרבות המערבית המודרנית, המעמידה את האדם וזכויותיו במרכז והרואה את עיקר תפקידו של המשפט בהגנה על זכויות, תוך איזון עם זכויות ואינטרסים אחרים.

שונים הם פני הדברים במשפט העברי. המסורת היהודית העמידה לרוב את האל במרכז ולא את האדם. כמו כן, בעוד בתרבות המערבית הליברלית קידוש חופש הביטוי פירושו עידודו של האדם לבטא את עצמו, היהדות רואה ערך גם בשתיקה.<sup>35</sup> ומעל לכול, בניגוד לתרבות המערבית, במוקד המשפט העברי ניצבות בעיקר חובותיו של האדם ולא זכויותיו.<sup>36</sup> גם הזכויות המצויות בו נגזרות לא אחת מחובות. השופט כהן כבר העיר שסקירה של חופש הביטוי במקורות מלמדת שעל פי רוב חופש הביטוי היה פריבילגיה של יחידי סגולה, כמו הנביאים, שפעלו בשליחות עליונה, או חכמים, שתפקידם להגיע להכרעה הלכתית.<sup>37</sup> גם אביעד הכהן מסביר שלכאורה ניתן ללמוד ממוסד הנבואה את חשיבותו של חופש הביטוי, שכן הנביאים מעבירים דברי ביקורת חריפים על מעשי השלטון והפרט, אולם למעשה הנביא אינו אומר דברים מדעתו אלא הוא שופר להעברת דברי האל לעם ומחויב להשמיע את דברי האל כמות שהם ולא את אשר עולה על ליבו, "לכן קשה לעגן על פיה את זכותו של מי שאינו נביא לומר כל העולה על רוחו בכל עת שירצה, ואפילו הנביא מוגבל לומר רק דברים העולים בקנה אחד עם דברי תורה".<sup>38</sup> במשפט העברי חופש הביטוי איננו אפוא ערך שמציב תחרות של ממש כנגד ערך הגנת שמו הטוב של האדם. אלא ההתנגשות נוצרת בין הזכויות של אדם אחד לבין זכויות של אדם אחר – הקשורות לגופו, לממונו או כיוצא באלה. הזכות לשם טוב עומדת רק כנגד זכותם הנגדית של אנשים אחרים שלא להיפגע פגיעה מעשית, זכות המוגדרת על

זו ביטוי לעמדה אידיאולוגית, למשל השופט מישאל חשין, ראו בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 865 (1999). וראו על סוגיה זו גם להלן, ה"ש 76.

35 אביעד הכהן "המשפט העברי וחירות הביטוי: על עקרונות חופש הביטוי ומגבלותיו במשפט העברי" דעת 205 [www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/205-2.htm](http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/205-2.htm) (להלן: הכהן). הכהן עומד על ההבדלים העקרוניים בין המשפט העברי למשפט הישראלי, מסייג את הדעה שלפיה המשפט העברי מקדש את חופש הביטוי ומראה כי גם במקומות שמהם עולה לכאורה כי המשפט העברי מגן על חופש הביטוי בדיקת עומק מעלה כי לא כך הם פני הדברים.

36 חוקרים רבים עמדו על הבדל זה בין שתי שיטות המשפט, ראו למשל מיכאל ויגודה "בין זכויות חברתיות לחובות חברתיות במשפט העברי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 233 (2004); משה זילברג כך דרכו של תלמוד 72-73 (1964); רוברט קובר "זכות מול חובה: תורת המשפט היהודית של הסדר החברתי" שאלה של כבוד: כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה המודרנית 139 (יוסף דוד עורך, 2006).

37 חיים ה' כהן "על חופש הרעה והדיבור במשפט העברי" דעת 78 (אוחזר בתאריך 04.12.17) [www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/78-2.htm](http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/78-2.htm)

38 הכהן, לעיל ה"ש 35.

ידי החפץ חיים במונחים של "תועלת". כפי שנראה להלן, איוון האינטרסים שנעשה בין השניים מוכרע במידה רבה על ידי בחינה של רמת הוודאות של הפגיעה באדם שעליו נאמרות המילים הפוגעניות. מותר, ואפילו חובה, לפגוע בשמו הטוב של האדם רק אם רמת הוודאות שהנפגע באמת מסוכן לחברי הקבוצה ויפגע בה היא גבוהה.

#### ד. הגנות לשון הרע: אמת, אינטרס ציבורי (תועלת) ותום לב

המשפט הישראלי, בהיותו ער לרצון הטבעי של האדם לשמור על שמו הטוב, מנסה למצוא את האיזון שבין הערכים השונים. איוון זה בא לידי ביטוי בחוק איסור לשון הרע. שתי ההגנות שקבע המחוקק לטובת אדם שפרסם לשון הרע, הן הגנת "אמת דיברתי" והגנת תום הלב.

הגנת "אמת דיברתי" קובעת כי "במשפט פלילי או אזרחי בשל לשון הרע תהא זאת הגנה טובה שהדבר שפורסם היה אמת והיה בפרסום ענין ציבורי" (סעיף 14). בניית ערכי, השילוב שבין ערך האמת לבין הערך של קידום תועלת ציבורית מהווה, מבחינת המחוקק הישראלי, גורם שיש בו כדי להכריע את ערך הגנת השם הטוב. יש להדגיש כי ההגנה מתקיימת רק כאשר שני הערכים מתקיימים במצטבר, וכדברי המשנה לנשיא השופט מ' חשין: "על שתי רגליים אלו עומדת ההגנה של אמת הפרסום: האחת, על כך שהדבר שפורסם היה אמת, ושתיים, על כך שהיה בפרסום עניין ציבורי. על רגל אחת בלבד לא תוכל ההגנה לעמוד".<sup>39</sup> המושג "עניין ציבורי" שבניסוח הנוכחי של החוק הוא ניסוח מתוקן, שהחליף את הלשון הקודמת "עניין לציבור". יש להדגיש כי אין מדובר בשינוי סמנטי גרידא: המונח "עניין לציבור" יכול להתפרש כמבטא התעניינות ציבורית ונתן מקום להבנה כאילו החוק מגן גם על פרסום שמטרתו "לספק עניין לסקרנים או למלא יצר של רכלנים",<sup>40</sup> המחוקק רצה להדגיש כי המונח "עניין ציבורי" מצמצם את הפרסום לאינטרס ציבורי מובהק המדגיש את ההיבט הערכי שלפיו הצדקת פרסום לשון הרע מתקיימת רק כאשר קיים יתרון חברתי, כלומר, אינטרס ציבורי בפרסום.<sup>41</sup>

39 ע"א 5653/98 פלוס נ' חלוץ, פ"ד נה(5) 865 (2001). עמדה זו שונה מן המסורת האנגלית (Common Law), שם די בתנאי של פרסום אמת כדי לפטור את המפרסם מסנקציה פלילית. ראו DEFAMATION ACT, 2013, c. 2 (ENG.). ראו גם וינרוט איסור לשון הרע, לעיל ה"ש 16, בעמ' 264-267.

40 אורי שנהר דיני לשון הרע 224-225 (1997) (להלן: "שנהר דיני לשון הרע"). ראו גם המ' (ת"א) 5360/85 ברוך אבו חצירא נ' העתון חדשות ואח', פ"מ תשמ"ה (3) 478, 481 (1985).

41 שם. בניגוד לנוסח הישן, הניסוח המתוקן הבהיר כי ההגנה מצריכה להוכיח שישנו אינטרס ציבורי בפרסום, היינו "שהציבור בתור שכזה מעוניין בפרסום ואין די בכך שלפרטים המרכיבים את הציבור יש עניין לדעת את הפרטים שפורסמו". ראו ע"פ (ת"א) 2078/87, 2075 חברת

הגנת תום הלב (סעיף 15) קובעת שורה של חלופות שבהן נחשב המפרסם כמי שפעל כשורה, אף אם הפרסום לא היה אמת ואף אם לא היה בו עניין ציבורי. החלופה הראשונה אכן מציינת סוג של תום לב ("הוא לא ידע ולא היה חייב לדעת על קיום הנפגע, או על הנסיבות שמהן משתמעת לשון הרע או התייחסותה לנפגע"), אך שאר החלופות אינן נוגעות למניע או למצב תודעתי של המפרסם, אלא משקפות סיטואציות שבהן רוצה המחוקק לראות את האדם מתבטא בחופשיות גמורה וללא חשש: כאשר יש לאדם "חובה חוקית, מוסרית או חברתית לעשות אותו פרסום" (חלופה 2), כאשר הפרסום נעשה "לשם הגנה על ענין אישי כשר של הנאשם או הנתבע" או צד שלישי מעורב אחר (חלופה 3); כאשר הפרסום מהווה ביקורת על פקיד ציבור (חלופה 4); וכאשר הפרסום נוגע למשפט או לחקירה (חלופה 5). מאחורי כל אחת מחלופות אלה עומד למעשה ערך שעליו מבקש המחוקק להגן, ואותו הוא רואה כגובר על זכותו של האדם לשם טוב. השופט ברק (בעניין ריימר נ' רייבר) מפרש את הגנות "אמת דיברתי" ותום הלב ומסביר כי אלמלא הגנות אלו "עשויים בני הציבור להסס במסירת מידע, שמא יוכח כי פעלו כפי שפעלו מתוך מניע אישי ולא מתוך מניע ציבורי כן".<sup>42</sup>

בחינה של אותם אמצעים במערכת המשפט העברי מעלה תמונה שונה, הן בנוגע לאופני השיח והן בנוגע לערכים העומדים בקונפליקט. הערך של זכות הציבור לדעת, שראינו במשפט הישראלי, מוגבל בחוק הישראלי למידע רלוונטי שיש לציבור אינטרס לדעת (בניגוד למידע רכילותי) וראינו את השינוי שנעשה במילות החוק מ"ענין לציבור" ל"ענין ציבורי". במובן זה לכאורה הוא עולה בקנה אחד עם המשפט העברי המבקש שהפגיעה בשמו של הטוב של הפוגע תהיה מידתית. אולם, בעוד במשפט הישראלי ההנחיה מיועדת לקדם את העניין הציבורי, במשפט העברי השיח מתמקד בעיקר באינטרסים של פרטים; ובעוד המשפט הישראלי מבטא על פי רוב את הדברים בלשון כללית, המוסרת למעשה את ההכרעה לשיקול הדעת השיפוטי, במשפט העברי יש פירוט קונקרטי מאוד לגבי התנאים המאפשרים את אמירת לשון הרע. בכך מוקטן שיקול הדעת של השופט (או של הפרט הדין בשאלה), וממילא מוקטן היקף תחולתן של ההגנות.

המידתיות שאותה מבקש המשפט העברי להשיג מנוסחת בדרך כלל כחלק מן המונח "תועלת". המונח נתבאר באופן שיטתי על ידי החפץ חיים, אבל יסודו עולה כבר אצל רבנו יונה גירונדי (המתיר אמירת לשון הרע לנפגע כדי "לעזור לאשר אשם לו ולקנא לאמת"),<sup>43</sup> ומשמעותו: אם מסירת המידע השלילי נועדה להועיל ליחיד או לציבור בכך שתזהיר אותו מפני פלוני שעלול להזיק לו – אמירת לשון הרע מותרת,

אהליאב בע"מ ואח' נ' חברת תעשיות איירמק בע"מ ואח', פ"מ תש"ן (2) 235, 243-244 (1989-1990).

42 ע"א 79/788 ריימר נ' עיזבון המנוח ברקו רייבר, פ"ד לו(2) 141, 149 (1981).

43 ר' יונה גירונדי, שערי תשובה, שער שלישי, רכא, ירושלים תשס"ד.

ואין היא נחשבת לעבירה. "לשון הרע לתועלת" מתקיים רק כאשר מספרים בגנותו של אדם כדי להציל בני אדם אחרים מפגיעה ממשית. במקרה כזה, לא זו בלבד שמותר לספר "לשון הרע לתועלת" אלא אף חובה לעשות כן.<sup>44</sup> יש הרואים את מקור החיוב לומר לשון הרע לתועלת מהחיוב של "לא תעמוד על דם רעך" שמוכח בהמשך הפסוק המתחיל באיסור של "לא תלך רכיל בעמך"; אחרים ראו זאת מכוח החיוב של השבת אבידה, בדומה לחיוב הגדת עדות, שכן כל מקום שאדם פועל כדי למנוע נזק ממוני לחברו הרי זה בבחינת השבת אבידה;<sup>45</sup> או מכוח החיוב של מצוות "הוכח תוכיח את עמיתך". החפץ חיים מונה שורה של תנאים קונקרטיים, מחמירים ביותר, לקיומה של הגנת ה"תועלת".<sup>46</sup> את סעיפיו המפורטים של החפץ חיים מעמיד יחיאל ויינרוט על שלושה עקרונות יסוד: א. הקפדה על נכונות המידע ודיוקו; ב. טוהר כוונתו של המספר, דהיינו, שכל מטרתו תהיה להציל את הזולת מנזק; ג. חובת מידתיות בנקיטת האמצעי להשגת התועלת, כלומר, החובה לוודא שהתועלת שאותה הוא מקווה להשיג באמצעות

44 ר' יעקב ברייש, שו"ת חלקת יעקב, אבן העזר, עט; ר' אליעזר ולדנברג, שו"ת ציץ אליעזר, חלק טז, סימן ד, אות ג.

45 ר' ישראל איסר, פתחי תשובה, סימן קנו, וילנה תרל"ה. וכך הוא כותב: "כל ספרי המוסר מרעישים העולם על עון לשון הרע, ואני מרעיש העולם להיפוך עון גדול מזה, וגם הוא מצוי יותר, והוא מניעת עצמו מלדבר במקום שנצרך להציל עשוק מיד עושקו וכו' לענין ממון הוא בכלל השבת אבידה וכו' וכן בעניני שידוך, והוא יודע שהוא איש רע ובליעל רע להתחתן עמו – כולן בכלל השבת גופו וממונו".

46 ר' ישראל מאיר הכהן, חפץ חיים, חלק א, כלל י (להלן: "חפץ חיים"). לטובת המעיין, אביא כאן את דבריו בלשונם: "אם אָחַד רָאָה אָדָם, שֶׁעָשָׂה עוֹלָה לְחֵבְרוֹ, בְּגוֹן שֶׁגִּלּוֹ אוֹ עֲשָׂקוֹ אוֹ הִזְיָקוֹ, בֵּין אִם הִגְדִּיל וְהִנְדִּים יוֹדְעִים מִזֶּה אוֹ לֹא. אוֹ שֶׁבִּישׁוֹ, אוֹ שֶׁעָרַד וְהוֹנָה אוֹתוֹ בְּדַבְרִים. וְנֹדַע לוֹ בְּבִרְרוֹ, שֶׁלֹּא הִשִּׁיב לוֹ אֶת הַגְּלוּלָה וְלֹא שָׁלַם לוֹ אֶת נִזְקוֹ וְלֹא בִקֵּשׁ פְּנֵי לְהַעֲבִיר לוֹ עַל עוֹנוֹ, אֲפֹלוּ רָאָה דָּבָר זֶה בִּיחִידִי, יְכוּל לְסַפֵּר הַדְּבָרִים לְבְנֵי אָדָם פְּדִי לְעֹזֵר לְאִשֵּׁר אֲשֶׁם לוֹ וְלַגְּנוֹת הַמַּעֲשִׂים הַרְעִים בְּפְנֵי הַבְּרִיּוֹת, אֲךָ יִזְהַר, שֶׁלֹּא יַחְסְרוּ אֵלָיו הַשְּׂבָעָה פְּרָטִים, שֶׁנִּבְאָרָם בַּסְמוּךְ, וְאֵלָיו הֵן: (א) שִׁירָאָה זֶה הַדְּבָר בְּעֲצָמוֹ, וְלֹא עַל יְדֵי שְׂמִיעָה מֵאַחֲרִים, אִם לֹא שֶׁנִּתְבָּרַר לוֹ אַחַר כֵּן, שֶׁהַדְּבָר אֱמֵת; (ב) שִׁיזְהַר מֵאֵד, שֶׁלֹּא יַחְלִיט תַּכְּף אֶת הַעֲנִין בְּרַעְיוֹתָ לְגִזֵּל וְעֲשָׂק אוֹ לְהַזְקֵן וְכִיּוֹצֵא בְּזֶה, רַק יִתְבּוֹנֵן הֵיטֵב אֶת עֲצֵם הַעֲנִין, אִם הוּא עַל פִּי דִין בְּכֻלָּל גִּזֵּל אוֹ הַזְקֵן; (ג) שִׁיּוֹכִיחַ אֶת הַחוֹטֵא מִתְחִלָּה וּבְלִשׁוֹן רַבָּה, אוֹיֵל יוֹכֵל לְהוֹעִיל לוֹ, וְיִיטִיב עַל יְדֵי זֶה אֶת דְּרָכָיו, וְאִם לֹא יִשְׁמַע לוֹ, אוֹ יוֹדִיעַ לְרִבִּים אֶת אֲשַׁמְתָּהּ הַאִישׁ הַזֶּה, מֵהַ שְׁחִידָה עַל רַעְיוֹ. [...]; (ד) שֶׁלֹּא יַגְדִּיל הַעוֹלָה יוֹתֵר מִמֶּה שֶׁהִיא; (ה) שֶׁיִּכְוֵן לְתוֹעֵלַת [...]. וְלֹא לְהַנּוֹת, חֵס וְשְׁלוֹם, מִהַפְּגָם הַהוּא, שֶׁהוּא נוֹתֵן בְּחֵבְרוֹ, וְלֹא מֵצַד שְׂנְאָה, שִׁישׁ לוֹ עֲלִיו מַכְבֵּר; (ו) אִם הוּא יְכוּל לְסַבֵּב אֶת הַתוֹעֵלַת הַזֹּאת גּוֹפֵא בְּעֵצָה אַחֲרָת, שֶׁלֹּא יִצְטָרֵךְ לְסַפֵּר אֶת עֲנִין הַלִּשׁוֹן הַרַע עֲלָיו, אוֹי בְּכָל גּוֹנֵי אִסוּר לְסַפֵּר; (ז) שֶׁלֹּא יְסוֹכֵב עַל יְדֵי הַסְּפּוּר הַזֶּה לְהַנְדוּן יוֹתֵר מִכִּפֵּי הַדִּין, שֶׁהִיא יוֹצֵא, אֵלּוּ הוֹעֵד עֲלָיו בְּאִפְסָן זֶה עַל דְּבָר זֶה בְּבֵית דִּין. [...]. וְכֵן זֶה אִם הָרֹאָה טוֹב מִמֶּנּוּ, אֲבָל אִם הוּא חוֹטֵא כְּמוֹתוֹ, וְגַם הוּא חוֹלֵה בְּעֵבְרוֹת הָאֵלֶּה כְּמוֹהוּ, הִרִי זֶה אִסוּר לְפָרְסָמוֹ. כִּי אִישׁ כְּזֶה, אֵינן פּוֹנְתוֹ בְּגִלְתוֹ מִסְתַּרְיוֹ לְטוֹבָה וְלִירְאָה, כִּי אִם לְשִׂמְחָה לְאִיד וּלְבִזּוֹתוֹ בְּזֶה".

פרסום גנותו של אדם פלוני איננה ניתנת להשגה באמצעים אחרים, דרסטיים פחות.<sup>47</sup> העיקרון הראשון קרוב במהותו להגנת "אמת דיברתי", בעוד שני העקרונות האחרים קרובים (אם כי לא חופפים) לרוחה של הגנת תום הלב. בעוד בחוק הישראלי שתי ההגנות הללו חלופיות (והתנאים המצטברים – "שתי הרגליים" – של אמיתות הפרסום והעניין הציבורי שייכים רק להגנת "אמת דיברתי"), בהלכה כל התנאים הללו מצטברים, ולא חלופיים; כלומר, ההיתר יינתן בתנאים מחמירים הרבה יותר.

עקרון התועלת, המתפרש כמניעת פגיעה ישירה וקונקרטיה בלבד, הוא אפוא הערך היחיד שיכול לעמוד כנגד זכותו של הנפגע לשם טוב. בניגוד לערך המרכזי המנחה את המשפט הישראלי, חופש הביטוי, במשפט העברי לחופש הביטוי אין ערך כשלעצמו, אלא הוא לכל היותר אמצעי למימוש ערכים אחרים; ממילא, הוא אינו מתחרה של ערך השם הטוב. לכן גם אין מקום לפנות אל ערך האמת כדי להכריע בין השניים.

ערך האמת כשלעצמו איננו מהווה ערך של ממש במערכת השיקולים של המשפט העברי, והוא מופיע רק כנגזרת של ערך התועלת: כדי שאמירת לשון הרע תוגדר כמועילה, היא צריכה קודם כול להיות אמיתית (סעיפים א-ג לעיל). האמת כשלעצמה, דהיינו חשיפת האמת לציבור, איננה מהווה ערך מוכר. אדרבה, במרוצת הדורות נעשו הבחנות שונות בין שלושה עניינים השייכים לאיסור לשון הרע: רכילות היא מעשהו של המספר על חברו לרבים, אף אם הוא מספר דברי אמת ואף אם אין הם דברים רעים במובהק; לשון הרע היא מעשהו של המספר על חברו דברים רעים, אף אם הם דברי אמת, ואף אם הוא מספרם ליחיד; והוצאת שם רע היא מעשהו של המספר שקרים בגנותו של חברו.<sup>48</sup> חכמים אומנם הבחינו בין הקטגוריות השונות וגינו את המוציא שם רע בגינוי החרף ביותר, אולם הם שללו את כל שלושת העניינים, והחשוב לענייננו הוא שמוציא שם רע הוא כבר דרגה נוספת של חומרה, אך איסורי רכילות ולשון הרע קיימים גם כשהאדם מספר דברי אמת. כאמור, הערך היחיד שמתיר את איסור לשון הרע במשפט העברי הוא התועלת.

גם המינוח של הערכים המובילים בכל מערכת משפט יכול ללמד על משמעותם ומקומם בתוך מערכת זו. בעוד המשפט הישראלי מדבר על זכות הציבור לדעת, המשפט העברי מדבר על חובת הציבור לדעת. הרב שרלו, אחד מרבני הצינונות הדתית ומחברי ארגון רבני צוהר, כותב:

חשוב להדגיש כי האתיקה היהודית סוברת כי המונח 'זכות הציבור לדעת' הוא מונח מעוות. אין לציבור זכות לדעת כל דבר בתחומים הפרטיים של בני אדם. האתיקה היהודית כן מכירה ב'חובת הציבור לדעת', כלומר:

47 עבודתו המאלפת של יחיאל וינרוט (ראו וינרוט איסור לשון הרע, לעיל ה"ש 16) עשויה לתרום רבות לבידור אפשרויות היישום של הלכות לשון הרע על מציאות החיים המודרנית.

48 רמב"ם, הלכות דעות, ז, ב.

הדברים שחובה שהציבור יידע – חובה לפרסם. לא תמיד קל להבחין

בין השניים אולם חשוב שזה יהיה נר לרגלי המפרסם.<sup>49</sup>

מעביר האינפורמציה אפוא הוא רק אמצעי, כלי שרת להזהיר את הציבור. הוא נושא בתפקיד ואל לו למעול בתפקידו. ודוק, מעילה בתפקיד היא משני צידי המתנס, הן אם הוא נמנע מלמסור את המידע שיביא תועלת לציבור והן אם יפגע פגיעה בלתי מידתית בפלוני. לפי נקודת מבט זו, המתריע נושא באחריות נכבדה.<sup>50</sup>

ההיתר לספר לשון הרע לתועלת איננו אפוא בלתי מוגבל והוא מחושק בסייגים רבים. להוראותיו של החפץ חיים ניתן תרגום עכשווי על ידי רבני צוהר. הם נוגעים במישרין בביוש באמצעות האינטרנט. וכך הם כותבים:

ארבעה תנאים הכרחיים צריכים להתקיים בתחום פרסום "שיימינג":

1) אמת – כותב השיימינג צריך לכתוב את האמת, רק את האמת הרלוונטית ואת כל האמת הרלוונטית. אסור לאדם לכתוב דברים שהוא לא יודע. (הוא יכול לכתוב "אני משער" או "אני מעריך" או "יש הטוענים כך, אך אני מדגיש שאני לא יודע את זה" וכד'). במסגרת המילה "אמת" מדובר גם על נקיות ממניפולציות, על הבחנה בין עובדות לפרשנות. [...]

2) נחיצות – אם אין נחיצות לפרסום הדברים בפומבי, ויש דרכים אחרות לפתור את הבעיה בייעילות דומה – חובה ללכת בדרך זו, [...]; לעומת זאת, אם קיימת נחיצות של ממש לפרסום – אסור לשתוק [...]

3) מידתיות – עצם העובדה שמותר, ואולי אף חובה, לפרסם את הדברים ברבים – אינה פותרת את המפרסם מלעשות זאת במידה הנחוצה בלבד. עובדות שאינן הכרחיות, אף אם הן אמת, והן פוגעות במי שלא ראוי לפגוע בו – אסורות בפרסום; [...]

4) זהירות – מלגרום נזק גדול יותר דווקא על ידי הפרסום, ולהביא לפגיעה בפוגע הרבה יותר מאשר ראוי לפגוע בו. אין זה תנאי הלכתי, אולם צריך לזכור שלצד פרסום הדברים בצורה מפורשת יש לבחון את האפשרות להשאיר פתח לתיקון, לריכוך, לתמורה ושינוי. לא רק שפת הדין קיימת בעולם אלא גם שפת החמלה והרחמים.<sup>51</sup>

49 יובל שרלו "שיימינג – הדרכה הלכתית מקוצרת" צהר 28.10.2015

www.tzohar.org.il/?p=6702 (להלן: הרב שרלו).

50 היו גם מי שתיארו את תפקיד העיתונאי כדומה לתפקיד הנביאים, שהיו מוכיחים את העם ומזהירים אותם מפני רעות שונות, ראו ארי יצחק שביט "עיתונות וחדשות – מצווה או איסור?" טללי אורות ו 164 (1995).

51 הרב שרלו, לעיל ה"ש 49.

ההנחיות של ארגון רבני צוהר מופנות לא רק לכותבי הפוסטים אלא גם לקוראיו שהופכים שותפים לשיימינג בעצם הפצתו. הקורא נדרש לעמוד בשלושה תנאים דומים לאלו של כותב השיימינג לפני שהוא מפיץ אותו:

1. אמיתות הפרסום: השאיפה היא לעמוד על אמיתותם של הדברים שהתפרסמו, כלומר להטיל ספק באמיתות דברי המפרסם. הגולש־הקורא "צריך להטמיע בתוכו את ההכרה כי מה שהוא קורא אינו עובדה אלא סיפור או נרטיב של מישהו שכותב לו דבר מה. יכול להיות שזה נכון, יכול להיות שלא, ובדרך כלל מדובר על קשת ענקית של אפשרויות שהן בין זה לזה"<sup>52</sup>. 2. קבלת תמונה מלאה – המפרסם מחויב לעשות כל מאמץ לשמוע את הצד השני, הפוגע, ובכך להיות מעין שופט; 3. הערכת הנחיצות של העברת הדברים הלאה – עניין זה נוגע לא רק למידע באופן כללי, אלא לכל פרט ופרט שמועבר. המפרסם צריך לשאול את עצמו אם העברתו מועילה ורלוונטית לתיקון העוול המופץ.

כמו כן, יש המבחינים, הלכה למעשה, בין ביוש שנעשה בעבר, שתפוצתו הייתה נמוכה יותר, לבין ביוש בהווה, שבשל הרשתות החברתיות תפוצתו רחבה בהרבה וקובעים כי "פרסום מבזה בתפוצה רחבה ברשת האינטרנט מחייב פסיקת פיצוי כספי גבוה יותר מהנהוג בביוש 'מסורתי'".<sup>53</sup> ואחר כל הסייגים והחישוקים שמטילים רבני צוהר על מפרסמי השיימינג ומפיציו הם כותבים בסוף ההנחיות אזהרה נוספת שבאה להבהיר כי "כדאי להשתמש בכלי זה כמה שפחות".<sup>54</sup> לצד פרסומים אלו הוציא מרכז "צהר לאתיקה", מיסודו של ארגון רבני צוהר, מאמרים נוספים בנושא ואף נייר עמדה המבקש לעמוד על האסור והמותר בלשון הרע הדברים שראינו עד כה.<sup>55</sup>

ניסוח קולע וממצה להבדל בין שתי השיטות בכל הנוגע להגנה על שמו הטוב של האדם ניתן למצוא בדבריו של שופט בית המשפט העליון דניאל פרידמן רובינשטיין, המסביר כי ברירת המחדל בין שתי השיטות הפוכה: בעוד במשפט העברי "ברירת המחדל כשהמדובר בלשון הרע – היא הימנעות מפרסום, למצט חריגים, ובהם לשון

52 ש.ש.

53 שלמה גרינץ "דיני נזיקין בעידן המידע" תחומין לה 440, 448 (תשע"ה).

54 הרב שרלו, לעיל ה"ש 49; וראו גם את שיעורו של הנ"ל, יובל שרלו "מצפן הלכתי לתופעת השיימינג" שבת: מוסף מקור ראשון לתורה, ספרות, הגות ואמנות 26.2.2016 [musaf-shabbat.com/2016/02/28](http://musaf-shabbat.com/2016/02/28) מצפן-הלכתי-לתופעת-השיימינג-יובל-שר.

55 בניהו ברונר "פרסום מידע שלילי על אדם" צהר לאתיקה 23.7.2017 [ethics.tzohar.org.il](http://ethics.tzohar.org.il) פרסום-מידע-שלילי-על-אדם. כמו כן פורסמו באתר (צהר לאתיקה) שני מאמרים נוספים ברוח דומה, ראו ר' יהודה זולדן "שיימינג ברשתות חברתיות – הלכנת פנים?" צהר לאתיקה 7.3.2018 [ethics.tzohar.org.il](http://ethics.tzohar.org.il) הלכנת-פנים-ביוש-ברשתות-חברתיות-שיימינג (מאמר זה ראה אור גם במקום אחר, ראו יהודה זולדן "ביוש פומבי (שיימינג) תחומין לז 294 (התשע"ז)); יובל שרלו "מה כל כך נורא בלשון הרע? מבט אתי לפרשת בהעלותך" צהר לאתיקה 30.5.2018 [ethics.tzohar.org.il](http://ethics.tzohar.org.il) מבט-אתי-בהעלותך.



הרע לתועלת"<sup>56</sup>, במשפט הישראלי, ברירת המחדל היא חופש הביטוי, ומכוחו אפשר לפרסם לשון הרע במידה נרחבת, ואילו האפשרויות לתבוע על פי חוק איסור לשון הרע הולכות ומצטמצמות.<sup>57</sup>

לאור החישוקים הרבים עולה מאליה השאלה עד כמה ניתן בסופו של דבר לבצע ביוש יעיל כלפי מי שהדין מתיר או מחייב את הוקעתו, כלומר, עד כמה מדובר בכלי שימושי בפועל, מנקודת מבטו של המשפט העברי. כפי שנראה, הפתרון שמציעים רבני זמננו אמור לשוות לביוש אופי שונה, שישמר את יעילותו, אך יקהה במידה רבה את אופיו הספונטני והיצרי.

### ה. דרך המוצא של המשפט העברי המודרני: ביוש מבוקר ומפוקח

למרות כל החישוקים הרבים שמציב המשפט העברי בפני המפרסם לשון הרע לתועלת, וחשיבות ההתרעה על עושי עוולות, יש הסבורים כי לא ניתן להתגבר על הבעיות שמציב האינטרנט ולכן צריך לוותר על כלי זה לחלוטין משום ש"יצא שכרו בהפסדו". הרב ישראל רוזן, ראש מכון צומת, כתב ברוח זו בעקבות התפטרותו של ינון מגל מן הכנסת עקב פרסומים בפייסבוק על הטרדות מיניות שביצע לכאורה:

אכן, לא הפייסבוק המציא את ביוש האישים. התקשורת הכתובה, המשודרת והמאותרת (=אתרים) אמונה על כך משכבר הימים, וזו יודעת להיות דיבתית ומלבינת פנים. אך עדין התקשורת נתונה לכללי-כבלי אתיקה וחוק לשון הרע. עיתונאי לא יעז לפרסם כתבת-גנות ללא קבלת תגובת הצד שכנגד. חוק 'איסור לשון הרע' מתהפך על ראשה של התקשורת ומיליוני שקלים כבר שולמו למוכפשים לפי חוק זה. [...] בפייסבוק, בהגדרה, לא עולה על הדעת לקבל תגובת המבוייש. דומה כי חוק

56 דנ"א 2121/12 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין אורבך, פס' ט' לפסק דינו של המשנה לנשיאה אליקים רובינשטיין (פורסם נבנו 18.9.2014) (להלן: "פס"ד אילנה דיין").

57 למגמה זו שותפים שופטים נוספים במשפט הישראלי, הרואים במשפט העברי מקור השראה למשקל הרב שיש לייחס לשמו הטוב של האדם ושואפים לאמץ חלק מכללי המשחק של המשפט העברי בנושא זה. דוגמה לעמדה מרחיבה של תפיסה זו נוכל למצוא אצל השופט נועם סולברג, המבקש לתת משקל דומה לשני הערכים. סולברג מפנה לגדרי ההלכה של החפץ חיים ומסביר שהללו לא רק שלא יפגעו בזכות הציבור לדעת, אלא אדרבה הם יגשימו את זכות הציבור לדעת באופן מיטבי. גם חירות הביטוי תישמר "אך תהיה זאת חירות עם אחריות". ראו נעם סולברג "זכות האדם לשם טוב, חופש הביטוי ולשון הרע לתועלת" לשון הרע ולשון טובה: מבחר פסקי דין 709 (2014). מרבית הפרטים בפרק זה לקוחים מתוך בג"ץ סרנבי הגט, לעיל ה"ש 7.

לשון הרע הקיים אין בכוחו לבלום את ה'הוצאה להורג' בשיימינג' בככר ההוקעות וההלקאות.

אין אדם, אין, שיכול להסתתר מחמתה של הוצאת דיבתו בפייסבוק ע"י מי מחורשי רעתו, או חובבי ספורט טורפי-אדם. המירשם פשוט: נספר אירוע מבייש מימי בחרותו של איש ציבור מכובד, דבר גסות שהוציא מפיו, או שלא שילם מס כלשהו, או העסיק עובד זר, ונצפה בתאוותנות בזירה ההומיה.<sup>58</sup>

כלומר מדובר בחיסרון מובנה בתוך המערכת ומשלא ניתן להתגבר עליו הוא מאיים על כל אחד ואחד. הרב רוזן קורא למדינה "להדק את חגורת החקיקה, והאכיפה שתגיע בעקבותיה, שתגדיר את גבולות חופש הביטוי המבייש גם במסגרת 'פוסטים פרטיים', כביכול גם אם מדובר ב'אמת דברתי' או בחצי אמת. החקיקה תלווה בשיפוט ובענישה כספית מרתיעה ברוח חז"ל: נזק, צער, ריפוי, שבת ובושת".<sup>59</sup>

רוח זו, השוללת באופן כמעט גורף את הביוש, אנו מוצאים אצל רבנים נוספים. כך למשל הרב רצון ערוסי, רבה של קריית אונו, נשאל אם מותר לספר בקבוצת הוואטסאפ של חולי הצליאק על בית מלון שהתחייב לספק אוכל ללא גלוטן לחולים אלה ולא עמד בהתחייבותו. לכאורה זהו מקרה קלסי של לשון הרע לתועלת. ואף על פי כן, הרב ערוסי משיב כי חל איסור לפרסם זאת בקבוצות וואטסאפ מחשש לשון הרע. הוא מוסיף כי הפרסום בוואטסאפ הוא למעשה עונש והכלל הוא שאין עונשין בטרם מזהירין. אולם, הנקודה המעניינת בתשובתו היא שהוא מוסיף סייג נוסף שלמעשה מעביר את שיקול הדעת מן הנפגעים לאדם מבחוץ, לסמכות רבנית, שתבחן את המקרה על כל היבטיו ותחליט אם הפרסום נחוץ: "ואין לעשות כן אלא אם כן מורה הוראה בדק ושמע את שני הצדדים, והשתכנע שכדי לטפל בהנהלת המלון, יש צורך בפרסום דרכי התנהלותם, הן כדי למנוע מאחרים שלא ייפגעו מאותו מלון, והן כדי להרתיע".<sup>60</sup> "מורה ההוראה" האמור כאן הוא, כמסתבר, רב שהאדם המתלבט מקבל את סמכותו, והוא זה שיוורה לו עד כמה הוא רשאי להפיץ את המידע. כלומר, אם עד כה אחד המאפיינים הבולטים ביותר של הפרסום בוואטסאפ היה הביקורת הספונטאנית הבלתי אמצעית שנשמעת על ידי הנפגע, הרב ערוסי עוקר אפשרות זו מכול וכול. בעוד החפץ חיים ואחרים ניסו לתת כלים למפרסם מתי וכיצד מותר לו לפרסם את המידע שבידו, בחר הרב ערוסי באפשרות

58 ישראל רוזן "הוצאה להורג בשיימינג" כיפה 02.12.2015  
www.kipa.co.il/חדשות/דעות/הוצאה-להורג-בשיימינג.

59 שם.

60 רצון ערוסי "הדפסת שיימינג מותר או אסור" מורשת 01.06.2017  
shut.moreshet.co.il/print.asp?id=185556&kod=&modul=15&codeClient=58  
יש להעיר כי בסוף תשובתו כותב הרב ערוסי שאם בית המלון לא יענה לדרישתם להתנצלות וקבלת פיצוי יש להתרות בהם שהם יפרסמו את הדבר.

חלופית מחמירה עוד יותר, שאולי אף בטוחה יותר, לתת את שיקול הדעת בידי פוסק מוסמך. אפשרות זו, שמנומקת כאן בעיקר בדרישה לשמוע את שני הצדדים, מבטיחה גם שכל הקריטריונים הנובעים מעקרון התועלת והמידתיות יבואו לידי ביטוי בצורה מיטבית ואין סכנה כי שיקול הדעת ייפגע מיצר של נקם, רוגז או כעס של הנפגע. באחרונה היו הצעות נוספות שניסו להפעיל לחץ חברתי באינטרנט מבלי להיכשל בביוש.<sup>61</sup>

דומה כי הדרך שעליה דיבר הרב ערוסי יכולה לשקף במידה רבה את דרך המלך של המשפט העברי בן זמננו, הדרך של הביוש המפוקח והמבוקר. העברת שיקול הדעת מהפרט המפרסם אל רב שיחליט אם מותר לנקוט שיימינג במידה רבה מונעת את החששות מפני פרסום הגורם לפגיעה בשמו הטוב של האדם ללא הצדקה מספקת, או היעדר מידתיות וחוסר תועלת בפרסום. אולם, משמעותה של בחירה בהצעת הרב ערוסי למסור את ההכרעה אם לפרסם או לא לגורם רבני חיצוני, היא שינוי כללי המשחק באופן מהותי: העברת הדיון מן הזירה הציבורית הרחבה לזירה המשפטית-תורנית. כפי שנראה להלן, בית הדין הרבני צעד צעד נוסף בכיוון זה, כאשר הפעיל מהלך של ביוש כסנקציה מטעמו ובחסותו.

61 דומה כי החשש מפני חוסר מידתיות שגורם הפרסום ברשתות החברתיות מחלחל לציבור הדתי הרחב. נראה כי ציבור זה רוצה לאחוז בחבל בשני קצותיו: מחד גיסא, להשתמש ברשתות החברתיות ולהפיק מהן את מלוא התועלת, לתקן עוולות ולמנוע עוולות של פוגעים פוטנציאלים, ומנגד, להימנע מתחלואי הביוש. דוגמה לדבר היא המחאה נגד הלנת שכר שכיר. בשנים האחרונות, צמחה יוזמה מלמטה של נשים דתיות המועסקות אצל מעסיקים דתיים ששכרן לא שולם במועד. המחאה נולדה מתוך קבוצת פייסבוק של נשים דתיות הנושאות את השם "דתיות עסקיות מדברות" שחברות בה כ-9,000 נשים דתיות מתחום העסקים ומטרתה העיקרית היא לשמש כקבוצת תמיכה לנשים שבחרו בקריירה עסקית. בקבוצה זו נולדה מחאה מגורית המבקשת להילחם בתופעת מוסר התשלומים הירוד בישראל, במיוחד במגזר הדתי, שבו – לטענת חברות הקבוצה – שוכרי שירותים אינם משלמים במועד את שכר נותני השירותים. במטרה לשנות מוסר תשלומים פגום זה, גיבשה אותה קבוצת נשים קמפיין חברתי ופתחו דף פייסבוק הנושא את השם "לא תלין – מחזירות את המוסר לתשלומים" (ראו [www.facebook.com/lutalinmusar](http://www.facebook.com/lutalinmusar)). בניגוד לשיטת הביוש, שבה מפורסמים עושי העוולות, כאן בחרה הקבוצה לפרסם את מי שמתנהג כראוי. ככל תחילת חודש, הן מפרסמות ברף הפייסבוק שמות של מוסדות וארגונים ששילמו תוך שלושים יום. דרך זו, דואגת מצד אחד להתריע מפני התופעה ולצמצם את היקפה ומצד שני לא לפגוע בצורה לא מידתית בעושי העוולה (שם). ניתן לראות את המחאה החברתית הנ"ל ומנגד את הביוש כשתי שיטות תמריץ, המוכרות לנו כשיטת המקל והגזר. ההנחה היא – ונשות הקבוצה מעלות נקודה זו – כי לעיתים שיטת הגזר אפקטיבית במידה דומה לשיטת המקל, אם לא יותר מכך.

## 1. מקרה מבחן: ביוש בחסות בית הדין הרבני

### אתגר "הביוש המפוקח והמבוקר" מוצב לפני בג"ץ: פרשת סרבני הגט

בשנים האחרונות נחשפנו שלושה מקרים שפורסמו, בהם יזם בית הדין הפצה באינטרנט ובשאר אמצעים של שמם של שלושה סרבני גט, עודד גז, שרון בן חיים ורון אטיאס, וביקש מהציבור להתרחק מהם.<sup>62</sup> המודעה כללה בין השאר את ההוראות שלא לשאת ולתת איתם, לא לארחם, לא לצרפם למניין, לא להניח להם לקרוא בתורה או לעבור לפני התיבה ואף לא לקוברם בקבר ישראל. בניגוד ליתר ההרחקות שהתקבלו פה אחד, הרחקה זו, שלא לקוברם בקבר ישראל, התקבלה ברוב של שני דיינים. מדובר בשלושה מקרים שונים של סרבני גט שלגביהם קבע בית הדין חיוב גט, לאחר שהשתכנע שאין סיכוי לשלום בית בין הצדדים, אולם קבע כי לא התקיימו התנאים שבעיני בית הדין מצדיקים כפייה על הבעל באמצעות מאסר.<sup>63</sup>

הסנקציות העומדות לרשותו של בית הדין במקרה של חיוב גט נקבעו בחוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ו-1995. רשימת הסנקציות שבחוק זה מתירה לבית הדין לעכב את יציאתו של הסרבן מן הארץ, למנוע ממנו דרכון, לבלום את מינויו למשרה בגוף מבוקר, לשלול ממנו אפשרות לעסוק במקצוע המצריך הרשאה, להכריז עליו כעל לקוח מוגבל לעניין פתיחת חשבונות בנק, ולמנוע ממנו הקלות אם הוא עציר או אסיר. בית הדין יכול לבחור אילו מהסנקציות הוא מעוניין להטיל על סרבן הגט. מטרתן של סנקציות אלה, לפי דברי ההסבר לחוק, היא "לרתום מכשיר הלכתי לפתרון מצוקתן של נשים מעוכבות גט, בנסיבות שאין בהן עילה למתן צו כפיה". בית הדין לא נקט סנקציות הנקוטות בחוק, אלא סנקציות אחרות שבאופיין הן חברתיות ודתיות. מכלול הסנקציות – המשפטיות, החברתיות, הדתיות וכן פרסום שמו של הסרבן ברבים – מקורן בהרחקות דרבנו תם, נכדו של רש"י שחי במאה השתים עשרה.

הרחקות דרבנו תם המקוריות כללו, נוסף על ההרחקות המשפטיות, מסוג אלה שאימץ החוק, גם הרחקות בעלות אופי חברתי, כגון שלא לשאת ולתת עם הסרבן, שלא לדרוש בשלומו, וגם הרחקות בעלות אופי דתי: שלא לצרפו למניין, לא להעלות אותו לתורה ועוד.<sup>64</sup> הרחקות אלו, כפי שעולה מדברי רבנו תם, נועדו להשיג מחד גיסא

62 מרבית הפרטים בפרק זה לקוחים מתוך בג"ץ סרבני הגט, לעיל ה"ש 7.

63 בפועל, נכון להיום, הביוש הועיל רק באחד מהמקרים, במקרה של ירון אטיאס, אם כי גם שם ניתן לייחס את ההצלחה לגורם אחר (התערבותו של חבר הכנסת יהודה גליק). במקרה של עודד גז בית הדין בסופו של דבר פסל את הקידושין ובכך התיר את האיש מעגינותה, ובמקרה של שרון בן חיים עשה זאת בית דין פרטי. ראו בג"ץ סרבני הגט, לעיל ה"ש 7.

64 לשון רבנו תם: "אך אם כל רבותינו שוין בדבר תגורו באלה חמורה על כל איש ואשה מזרע בית ישראל הנלוים אליכם, שלא יהו רשאים לדבר עמו, לישא וליתן עמו להאריחו

את המטרה – מתן הגט על ידי הבעל, ומאידך גיסא להימנע מכפייה ממשית-פיזית שעלולה להביא לפסילת הגט כגט מעושה. מבחינה היסטורית באו ההרחקות כניסיון לעקור את תקנת "מאיס עליי", שלפיה אישה המעוניינת להתגרש מבעלה יכולה בפועל להתגרש ממנו מכל סיבה שהיא. תקנה זו, שמקורה כנראה בגאונים, רווחה כמעט בכל תפוצות ישראל, הן בארצות האסלאם והן בארצות הנוצריות. רבנו תם סבר כי תקנה זו עלולה להרבות ממזרים בישראל, שכן במקרים רבים הגט לא ניתן לרצונו של הבעל ואין הצדקה לכפות עליו לתת גט, וגט שניתן שלא מרצון הבעל אינו כשר. יתרה מזו, לאחר חרם דרבנו גרשום, שקבע שלא ניתן לגרש אישה בעל כורחה, נוצר מצב שהאישה יכולה להתגרש מבעלה בקלות, ודווקא הגבר נתקל בקשיים. ההרחקות שקבע רבנו תם באו למעשה להחליף את תקנת "מאיס עליי" ולהציע פתרון חלופי לאישה המעוניינת להתגרש מבעלה, אולם אין לה עילה מספיק חזקה לכפיית גט על פי רשימת העילות המופיעות במשנה.<sup>65</sup>

רבנו תם ביקש אפוא להבחין בין כפיית גט בכוח, המותרת רק במקרים הנקובים במשנה, לבין ההרחקות המותרות גם במקרים נוספים. בניגוד לכפייה, שבה בית הדין אוכף באופן ישיר את מתן הגט, בהרחקות דרבנו תם מדובר בלחץ עקיף. הכפייה המותרת בדין המשנה נעשתה באמצעים כוחניים שלמעשה לא הותירו בידי הבעל ברירה אלא לגרש, בעוד הלחץ העקיף של הרחקות דרבנו תם אפשרו לו מרחב פעולה כלשהו. בהתאם לכך ביקשו חכמים במהלך הדורות למנוע מצב שבו ההרחקות ייושמו באופן חזק מדי ויהפכו למעשה לכפייה, וזאת כדי למנוע חשש לגט מעושה שלא כדין. בעוד ההרחקות נחשבות לגיטימיות והשימוש בהן אינו פוסל את הגט, כפייה במקום שהדין אינו מתיר זאת עלול לפסול אותו. כדי להימנע ממצב שבו ההרחקות יהפכו למצב הדומה לכפייה, קבעו בעלי ההלכה כי כל עוד יש באפשרותו של הבעל ללכת לעיר אחרת ההרחקות נותרות "הרחקות" ואינן בגדר כפייה.

מאחר שרבנו תם גם הורה לגזור על כל ישראל לציית להרחקות, משמע שהן כוללות גם את פרסום שמם של סרבני הגט בקהילות ישראל. בפועל, פרסום זה מהווה ביוש, ונשאלת השאלה עד כמה ניתן להצדיקו הלכתית. שאלה זו נדונה לאחרונה בכתב העת תחומין על ידי הרב יצחק מאיר יעבץ.<sup>66</sup> הרב יעבץ קובע שהביוש נכנס תחת הקטגוריה

[לארחו] ולהאכילו ולהשקותו וללוותו ולבקריו בחלותו. ועוד יוסיפו חומר ברצונם על כל אדם, אם לא יגרש ויתיר אותו האיש את הילדה הזאת, שבוזה אין כפייה עליו, שאם ירצה מקיים, והוא לא ילקה בגופו מתוך נידוי זה, אך אנו נתפרד מעליו". ראו יעקב בן מאיר (רבנו תם), ספר הישר, חלק התשובות, כד (להלן: ספר הישר).

65 להרחבה בנושא זה ראו את מאמרו של אלימלך וסטרייך "עלייתה ושחיקתה של עילת המורדת" שנתון המשפט העברי כא 123, 132-134 (2000).

66 יצחק מאיר יעבץ "עשיית 'שיימינג' לסרבן גט" תחומין לו 307 (תשע"ז) (להלן: הרב יעבץ).

של הרחקות דרכנו תם, אולם כדי למנוע מצב שההרחקות יהפכו לכפייה יש לוודא שהביוש מתפרסם במקום מגוריו של הבעל ומותר לו אפשרות לעבור למקום אחר. אם יעבור דירה יהיה ניתן לפרסם בשנית את ההרחקות במקום מגוריו החדש וחוזר חלילה.<sup>67</sup> עם זאת מציין יעבץ כי הגבלה זו, שהביוש יהיה במקום מגורי הבעל בלבד, תקפה רק כאשר יוזם הביוש הוא בית הדין, מה שאין כן אם היוזמה באה מן הציבור. הציבור איננו כפוף למגבלה זו ורשאי להטיל חרם חברתי כרצונו. על פי גישה זו, דווקא חרם חברתי שאינו מפוקח ומבוקר על ידי בית הדין יקבל היתר נרחב יותר מאשר חרם חברתי שיוזם על ידי בית הדין.

אולם נשאלת השאלה: האם בעידן האינטרנט והרשתות החברתיות אין מדובר בכפייה חזקה מדי שאינה מותרת בידי סרבן הגט כל ברירה? ועל אחת כמה וכמה אם הציבור יפעל מעל ומעבר להוראה של בית הדין ויפיץ את ההרחקות בכל קהילות ישראל, האם אין חשש זה גובר? הרב יעבץ מציע שכדי לכאורה להתגבר על קושי זה יפרסם בית הדין את הביוש במקום מגוריו של הבעל בלבד. לדעתו במקרה זה יהיה הגט כשר. אם נדון בהרחקות מצד טעמן החשש לגט מעושה גובר, מה שאין כן אם נדון בכך באופן פורמליסטי. במקרה זה דווקא הגישה הפורמליסטית מאפשרת ביתר קלות להגיע לתוצאה הרצויה, ומנגד, גישה תכליתנית עשויה לגרום לעיקור ההרחקות, שכן אם במרבית קהילות היהודים שומרי המצוות יצייתו לפסק ההלכה של בית הדין, מרחב הפעולה של הבעל ילך ויצטמצם, ויהיה מי שיאמר שלכאורה ההרחקות הגיעו למצב של כפייה הפוסלת את הגט. אולם, למעשה, מאחר שמדובר על ציות וולונטרי לבית הדין, ניתן להניח כי ישנן קהילות שפסק הדין לא יגיע לידיהן, וישנן כאלה שיגיע אליהן ולא יצייתו לו. ככלות הכול ישנן קהילות דתיות רבות מסוגים שונים ולא כולן עשויות מקשה אחת. מכל מקום, הוא יוכל עדיין לעבור לקהילה חילונית או חרדית שאינה מצייתת לפסקי בתי הדין הרבניים. לאמיתו של דבר, השאלה העומדת למבחן היא עד כמה חוששים מפני גט מעושה. למעשה, ניתן לטעון טענות דומות בנוגע לכל הרחקות דרכנו תם, ואומנם, היו מן הפוסקים ואף מהדיינים בני זמננו שרוקנו את ההרחקות המשפטיות הנקובות בחוק מתוכנן, כאשר הורו כי יש לבחון בכל מקרה ומקרה באופן אינדיבידואלי אם ההרחקות אינן מהוות לחץ חזק מדי על סרבן הגט, לחץ המגיע לכלל כפייה.<sup>68</sup> דומה כי גם מקרה זה יסיקו דיינים הנוקטים גישה זו שאין להשתמש בסנקציות אלו – הדתיות, החברתיות והביוש – בפסק דינם, בשל החשש לגט מעושה.

דומה כי לפרסום שמו של סרבן הגט על ידי בית הדין היו שתי מטרות: האחת, להודיע לציבור כלפי מי עליהם לבצע את כל אותן הרחקות, והשנייה, כפועל יוצא של

67 שם, בעמ' 312.

68 ראו למשל יוסף גולדברג "בעניין הרחקה דרכינו תם" שורת הדין: מאמרים ופסקים כרך 1 תפ (תש"ס).

הפרסום, לבייש את סרבן הגט ובכך להוות אמצעי לחץ נוסף עליו שייתן גט לאשתו. במקרה של גז ובן חיים בחר בית הדין לנקוט את הרחקות דרבנו תם שאינן נקובות בחוק, כלומר את ההרחקות בעלות האופי הדתי-חברתי ואת פרסום שמו של הסרבן, מאחר שסבר שהרחקות אלו במקרים הנידונים יהיו אפקטיביות יותר ויביאו לתוצאה הרצויה. אולם דומה כי יש סיבה נוספת להעדפתן של סנקציות אלה על פני הסנקציות המשפטיות. מאחר שבית הדין חושש מגט מעושה הוא נמנע ככל האפשר מכפיית גט ומהטלת סנקציות המהוות לחץ חזק מדי על הבעל ומעדיף למצות את כל האפשרויות בסדר עולה, מהקלה אל הכבדה, לפני כפיית הגט. הסנקציות בעלות האופי הדתי-חברתי נתפסות כקלות יותר מאלו המשפטיות, ולכן בית הדין העדיף לנקוט אותן דווקא.

### תיאור המקרה ועיקרי העמדות בבג"ץ

שניים מבין סרבני הגט שנדונו בבית הדין, גז ובן חיים, עתרו בנפרד לבג"ץ בטענה של היעדר סמכות חוקית של בית הדין להטיל סנקציות אלה.<sup>69</sup> עמדתו העקרונית של בית הדין הייתה שבסמכותו להפעיל גם סנקציות שאינן נקובות בחוק באופן מפורש מכוח סמכותו לדון בגירושין ולבצעם. אולם, בהמלצת היועץ המשפטי של בתי הדין הרבניים הוסכם לצורך הדיון בבג"ץ להסתפק בטענה שאין מדובר בפסק דין מחייב אלא בהמלצה של בית הדין ועל כן אין כאן חריגה מסמכות. כמו כן הודגש כי הלשון בה נקט בית הדין שונה מהלשון המופיעה בנוסח המופיע בדברי רבנו תם. בנוסח המקורי מופיעה לשון חמורה "תגזרו באלה חמורה על כל איש ואישה [...] שלא יהו רשאים לדבר עמו", ואילו בית הדין נקט לשון רכה במילים "יש לנהוג בו", אמירה הנשמעת ערכית ומוסרית שאינה מטילה חובה או סנקציה על מי שיבחר להימנע מכך.<sup>70</sup>

מאחר שמדובר בפסקי דין רבניים דומים, החליט בג"ץ לדון בשני התיקים ביחד. בבג"ץ ישבו שבעה שופטים. וברוב של חמישה שופטים נדחתה עתירתם של השניים. לענייננו מעניין לבחון את הטענות בבית המשפט ודרכך לבחון את ההבדלים בין המשפט העברי למשפט החילוני בנוגע לביוש שנעשה על ידי גוף שיפוטי. מתוך העיון בבג"ץ ניתן לזהות את שתי העמדות המשפטיות השונות, עמדת המשפט העברי ועמדת המשפט הישראלי. עמדת המשפט העברי באה לידי ביטוי בעיקר בדבריו של המשנה לנשיאה אליקים רובינשטיין, המרבה להפנות אל מקורות המשפט העברי. עמדת המשפט הישראלי, ובעיקר עקרונית, באים לידי ביטוי במיוחד אצל השופט יורם דנציגר, שהנמקותיו יורדות לשורשי השיח המשפטי הליברלי.

69 סמכויות הכפייה והלחץ ניתנו לבית הדין בחוק בתי דין דתיים (כפיית ציות ודרכי דיון), התשט"ו-1955 ובחוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה-1995. ראו דיון על כך בבג"ץ סרבני הגט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 8-9.

70 ראו ספר הישר, לעיל ה"ש 64, בעמ' 22, ס' לד.

בג"ץ נוהג להתערב בהחלטות בית הדין הרבני כאשר זה חרג לדעתו מסמכותו או סטה מעקרונות הצדק הטבעי. מנגד, כאשר בית הדין פוסק באופן שאינו נכון מבחינת פרשנותה של ההלכה היהודית, לא יתערב בג"ץ בהחלטתו.<sup>71</sup> ואולם, לצד עמדה זו ניתן למצוא בשוליים גם קול אחר הסובר שבית המשפט רשאי וצריך להיכנס לנככי ההלכה ולהעביר את פסיקת בית הדין תחת שבט הביקורת השיפוטית, וזאת כדי לוודא שהפסיקה אינה נגועה בשיקולים זרים.<sup>72</sup> במקרה שלפנינו, בג"ץ לא דן בשאלת הלגיטימיות של הביוש מנקודת מבט הלכתית ועולה כי ישנה הסכמה בין השופטים שמנקודת מבט זו כל ההרחקות שנקט בית הדין, לרבות הפרסום, הן אמצעים הלכתיים לגיטימיים. הדין התנהל בעיקר סביב שאלת הסמכות, אך עסק גם בשאלות הנוגעות לקיום עיקרי הצדק הטבעי. כמו כן נכנס בית המשפט, במיוחד מפי השופט רובינשטיין, לשאלת גישתו של המשפט העברי בסוגיה זו. דבריו כוללים ציטוטים נרחבים מן הספרים 'חפץ חיים' ו'שמירת הלשון' של ר' ישראל מאיר הכהן מראדין.<sup>73</sup>

לדעת השופט רובינשטיין, יש ללמוד מהמשפט העברי ולהעמיד את שמו הטוב של האדם כערך מרכזי בשיטתנו המשפטית.<sup>74</sup> ואכן, בשלושה פסקי דין עקרוניים שנתן בין השנים 2009-2014 ניתן לראות שקבע כי הזכות לשם טוב גוברת, בכפוף לסייגים הנגזרים מחוק איסור לשון הרע.<sup>75</sup>

השופט רובינשטיין סבור כי לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו גם במשפט הישראלי מעמדה של הזכות לשם טוב עולה על מעמדה של הזכות לחופש הביטוי. על פי פרשנותו לחוק, הזכות לשם טוב עולה במפורש מחוק זה שכן זו ליבת חוק היסוד: "שמו הטוב של אדם – כבודו" ואילו הזכות לחופש הביטוי עולה רק במשתמע מהחוק.<sup>76</sup>

71 אביעד הכהן "בג"ץ או בד"ץ? מעורבות שיפוטית בסוגיות הלכתיות – מגבלותיה, היקפה ותוצאותיה" **משפט ועסקים** יד 395, 414-415 (2012).

72 שם, בעמ' 430.

73 רון קליינמן "טוב שם טוב מחופש הביטוי – דיני לשון הרע בישראל בהשראת המשפט העברי בפסיקת השופט אליקים רובינשטיין" (לא פורסם) (להלן: קליינמן). תודתי לפרופ' רון קליינמן שאפשר לי לעיין במאמרו טרם פרסומו. קליינמן מנתח במאמרו את שלושת פסקי הדין הנ"ל ומראה בהרחבה את גישתו הייחודית של המשנה לנשיאה השופט אליקים רובינשטיין. יש להעיר כי נושא לשון הרע קרוב לליבו של השופט רובינשטיין והוא ציין שנעשה רגיש לנושא בעקבות קריאת ספרי החפץ חיים (דבריו מובאים שם).

74 אליקים רובינשטיין "רבתם רעה": על המאבק הנמשך לכבודו של הזולת ולשמו הטוב" **פרשת השבוע – עיונים משפטיים בפרשיות התורה 6** (תשס"א). המאמר פורסם גם באתר דעת <http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/6-2.htm>.

75 קליינמן, לעיל ה"ש 73.

76 ראו פס"ד אילנה דיין, לעיל ה"ש 56, פס' כט לפסק דינו של המשנה לנשיאה אליקים רובינשטיין. השופט רובינשטיין חולק על השופט ברק שכתב בספרו, שהזכות לשם טוב אינה מוכרת במשפט הישראלי כזכות חוקתית עצמאית משום שאין היא כתובה במפורש



ועל כן "במקום בו יהא ספק מוטב לטעות לטובתו של השם הטוב".<sup>77</sup> עמדה זו עומדת בניגוד למגמה הרווחת כיום בבתי המשפט ובספרות המשפטית בישראל, לפיה חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן גם את חופש הביטוי, ובמקרים לא מעטים הוא אף גובר על הזכות לשם הטוב.<sup>78</sup>

### האם חרג בית הדין מסמכותו?

למותר לציין כי כל השופטים גינו את התנהגותם של סרבני הגט המעגנים את נשותיהם, אולם השאלה הייתה אם חרג בית הדין מסמכותו או לא. מעבר לשאלת הסמכות נידונה גם השאלה העקרונית יותר, במפורש או במשתמע, אם ראוי שגוף שיפוטי ימליץ לציבור כיצד עליו לנהוג כלפי הזולת וכן ימליץ על ביוש, שהיא פעולה פסולה מצד עצמה.

כזכור בית הדין הסביר כי בפסק דינו אין הוא מורה הוראה מחייבת אלא ממליץ בלבד, ועל כן אין בו חריגה מסמכות. לא אכנס לדיון המקיף של בית המשפט, רק אכתוב בקצרה כי שופטי המיעוט, השופט דנציגר והנשיאה מרים נאור, קבעו כי מלשון פסק דינו של בית הדין ניתן ללמוד כי דבריו לא היו המלצה גרידא אלא הוראה מחייבת, ומכיוון שכך עולה בית הדין הורה להפעיל סנקציות שאינן בתחום סמכותו החוקית.<sup>79</sup>

בחוק היסוד, ולפיכך נחשבת רק ל"זכות־בת" של כבוד האדם. זו עמדתו גם לגבי חופש הביטוי.

77 ראו פס"ד אילנה דיין, לעיל ה"ש 56, פס' מ לפסק דינו של המשנה לנשיאה אליקים רובינשטיין. עמדה זו מנוגדת לעמדתו של השופט ריבלין בערעור, שסבר כי במקרה של "ספק בשאלה אם הדיבור שבמחלוקת ראוי להגנה מוטב לטעות לטובת הביטוי וחופש העיתונות" (ע"א 751/10 פלוני נ' דיין אורבך ואח', פס' 79 (פורסם בנבו, 8.2.2012)).

78 להרחבה בנושא האיזון בין שני הערכים ובשינוי שהתרחש במרוצת השנים מהעדפת הזכות לשם טוב להעדפת חופש הביטוי בפסיקה ובספרות המשפטית, ראו שנהר דיני לשון הרע, לעיל ה"ש 40, בעמ' 35-52.

79 נימוקים מרכזיים נוספים לכך שבית הדין נהג שלא בסמכות נגעו לאופן שבו הציבור מקבל את המלצתו של בית הדין. מאחר שההמלצה להתרחק מן הנאשם מופנית לציבור הרחב, ספק אם הציבור יידע להבחין שזו אכן המלצה ולא הוראה מחייבת, במיוחד כאשר מדובר בציבור דתי, הרואה עצמו כפוף לסמכות הרבנית ומעוניין לעשות את דברה. כמו כן כתבו שופטי הרוב כי אף על פי שמדובר לכאורה בנקיטת סנקציות קלות יותר מהסנקציות שבית הדין רשאי לנקוט, הכוללות אפילו מאסר, לא ניתן להטיל סנקציות מקל וחומר. מנגד, הנשיאה מרים נאור, שקיבלה את העתירה, מסבירה שהעובדה כי קיימת בחוק סנקציה חמורה יותר אינה מלמדת שקיימת סמכות משתמעת להטיל סנקציה חמורה פחות, בפרט במקרה שבו מדובר על סנקציות הפוגעות בזכויות יסוד, אלא ההסמכה לפעולה חייבת להיות ברורה ומפורשת. לדבריה, המלצה לציבור שונה מהמלצה לגוף מנהלי דוגמת שירותי בתי הסוהר. בית הדין יכול להמליץ לפניהם להחמיר תנאיו של אסיר שהוא גם סרבן גט, שכן בניגוד לציבור הרחב, שאולי לא יידע להבחין בין המלצה של בית הדין להוראה של

מנגד, שופטי הרוב, שדחו את עתירת סרבני הגט, קיבלו את הטענה כי בית הדין רק המליץ ולכן לא חרג מסמכותו. שכן, כאשר הערכאה הדיונית רק ממליצה ולא מחייבת אין צורך בהסמכה המפורשת של המחוקק. כשם שבית הדין רשאי להמליץ לשירות בתי הסוהר להחמיר את תנאי מאסרו של אסיר – קל וחומר שהוא רשאי להמליץ על צעדים חברתיים. מדובר בסמכות שמפעילים בתי הדין מזה עשרות שנים, ומטרתה להפסיק את הפגיעה האנושה בזכויות היסוד של האישה. העובדה שכלי זה אפקטיבי רק כלפי שומרי מצוות, אינה סיבה שלא להפעילו. אדרבה, לכל סרבן גט יש לבנות את חבילת הסנקציות המתאימה לו.<sup>80</sup>

השופטים רובינשטיין והנדל סברו כי צריך להסתכל בתכלית פסק הדין וממנה לגזור את החלטת בית המשפט. כך, למשל, השופט רובינשטיין מבקש לפנות לתכלית החוק וממנה לגזור את החלטת בית המשפט: "אכן, אל הפרשה שלפנינו יש להתבונן במשקפי התכלית לה שותפים כולנו – בתי המשפט כבתי הדין – שחרור נשים מעגינותן החיה".<sup>81</sup> דומה כי הוא מבקש להגיע לתוצאה צודקת גם במחיר חריגה לכאורה מכללי המשפט הפורמליים. גם השופט הנדל מדגיש כי "הפוסק אינו פועל בניגוד לכוונת המחוקק העליון אלא מיישם את השאיפה לשלום. בראייה כוללת יותר המשפט ממלא את ייעודו לסייע לקרבן ולהילחם ברשע".<sup>82</sup>

לצד נימוקים אלו הציגו השופטים נימוקים שאולים מן המשפט העברי או בהשראתו. חלק מהשופטים העלו את הטענה, שבמקרים שלפנינו, העוסקים בהתרת נשים מעגינותן, יש לנהוג בפרשנות המקילה ולנהוג כמשפט העברי המחפש דרכים להתיר את העגונה, לעיתים אף במחיר של סטייה מן הדין הפורמלי הרגיל.

### שופטי הרוב: ביוש מפוקח ומבוקר כערוכה לצדק

מעבר לשאלת הסמכות עולה אצל חלק מהשופטים שאלה מהותית יותר העוסקת בתוכן ההמלצות, ובמיוחד בשאלה אם אופן הביוש שעליו הורה בית הדין – פרסום תמונתם ושמותיהם של סרבני הגט – הולם את עקרונות הצדק הטבעי. גם כאן אנו מוצאים

בית הדין, גוף מנהלי יודע לעשות כן. ראו בג"ץ סרבני הגט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 56-59, ס' 1-7.

80 שם, בעמ' 39, פסק דינו של השופט עמית. בשולי הדברים קורא עמית לבתי הדין להכיר ב"מות הנישואין" כעילה לגירושין, ומזהיר שאם לא יעשו זאת תימשך השחיקה במעמדן. כלומר, הוא אינו שבע רצון ממדיניות של בית הדין למעט בכפיית גט. אולם כל עוד בפועל לא שינה בית הדין את גישתו הוא מבקש בכל דרך לעזור לנשים להשתחרר מעגינותן (שם, בעמ' 44-45).

81 שם, בעמ' 17, סע' כב.

82 שם, בעמ' 96.

שרעותיהם של השופטים חלוקות ובעיקר מתעמתים בשאלה זו השופטים רובינשטיין ודנציגר. השופט רובינשטיין מנסה, מתוך עיון במקורות המשפט העברי, להוכיח כי אופן הביוש ופרסומו לא רק שעולים בקנה אחד עם כללי הצדק הטבעי, אלא הם אף יכולים להוות השראה לדרכים שבהן ניתן לפתור את סוגיית הביוש במשפט הישראלי. לעומתו השופט דנציגר מטיל ספק אם אכן אופני הביוש הללו מתאימים לחברה מודרנית ולכללי הצדק הטבעי.

השופט רובינשטיין ער לכפל הפנים של השימוש ברשתות החברתיות לחיוב ולשלילה, מצד אחד ככלי שיכול למנוע עוולות חברתיות ומצד שני ככלי שיכול להרוס חייו של אדם. הוא מדגיש כי השימוש בנשק רב העוצמה הזה – ה"שיימינג" – צריך להיות קפדני ומחמיר. הוא מצביע על קוצר ידו של המשפט להתגבר על תופעה זו ועל הניסיון למצוא פתרונות לפעילות ופרסומים פוגעניים, כמו גם לבריונות ברשת האינטרנט.<sup>83</sup> לאחר מכן הוא פונה אל המשפט העברי ומציג את גרדי היתר לאמירת לשון הרע,<sup>84</sup> וכיצד המשפט העברי מתמודד עם התופעה באמצעות עקרון התועלת, הכולל גם את הדרישה למידתיות.

לדעת השופט רובינשטיין, עקרונות המשפט העברי יכולים למנוע את נזקי ה"שיימינג" הנעשים על פי רוב כלאחר יד, ללא בחינה של כל הגורמים, ומונעים מרגשות נקם ולא מעקרונות התועלת והמידתיות. במקרה הנידון של סרבני הגט אין לחשוש כי הביוש נעשה מתוך פזיזות וללא שיקול דעת מקיף:

אין ביוש 'כלאחר יד' דומה לביוש הנעשה לאחר דיון משפטי וברור עובדות המקרה הפרטני לאשורן. לדידי חלק ניכר מן הבעייתיות בתופעת ה'שיימינג' ברשתות החברתיות נובע מכך שהדבר נעשה בפזיזות, לעתים על בסיס שמועות בלבד, ושמו הטוב של הפרט נפגע על לא עוול בכפו, לעתים באופן שאינו ניתן לתיקון; לא כך כאשר הדברים נעשים לאחר בירור עובדות המקרה לאשורן, כבענייננו, וכאמצעי כמעט אחרון.<sup>85</sup>

מדבריו עולה אפוא כי המלצת בית הדין לנקוט הרחקות דרכנו תם, הכוללות את רכיב הביוש, לגיטימית כל עוד היא עומדת בקריטריונים של עקרון התועלת (ההלכתי) ועקרון המידתיות. במקרה זה, עקרון התועלת מתקיים משום שהמטרה היא שהסרבן ישחרר את האישה מכבלי עגינותה, ועקרון המידתיות מתקיים משום שהביוש לא היה אפקטיבי אילו נעשה בדרכים דרסטיות פחות. לדעתו, כאשר הביוש עומד בסטנדרטים הללו, לא זז בלבד שאין הוא פסול, אלא הוא מבורך. העקרונות עליהם מצביע השופט רובינשטיין

83 שם, בעמ' 31.

84 ראו חפץ חיים, לעיל ה"ש 46.

85 בג"ץ סרבני הגט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 35.

שאובים אפוא מארגז הכלים של המשפט העברי, המאפשר ביוש רק במקרים שבהם אין חריגה מעקרונות התועלת והמידתיות.<sup>86</sup>

עמדה זו, המדגישה את עקרון המידתיות שבסנקציות המוטלות על סרבני הגט, שבה ועולה גם אצל יתר שופטי בג"ץ התומכים ברחיית העתירה. השופט הנדל מדגיש כי הפגיעה בזכויות סרבן הגט היא מידתית שכן הוא עדיין יכול להשתתף בריטואלים הדתיים, אולם לא להימנות למניין או לעלות לתורה.<sup>87</sup> כמו כן, סרבן הגט יכול לעבור לקהילה שלא תיענה להמלצות בית הדין, ומכל מקום, ברגע בו הסרבן ייתן את הגט – יפקעו הצעדים, ולמעשה ההחלטה להפסיקם נתונה כל הזמן בידיו.

אולם מעבר לעקרון התועלת והמידתיות מדגיש השופט רובינשטיין כי האפשרות לעמוד בסטנדרטים של עקרון התועלת אפשריים משום ששיקול הדעת נעשה דווקא על ידי בית הדין ששקל את המקרה על כל היבטיו:

ברי כמוכן כי בהינתן האפקט של הכיּוש (ה"שיימינג") בגילוייו השונים ובשל יצר לב האדם. על המטילים הרחקות לנהוג זהירות מופלגת כדי לבחור את המקרים המתאימים ולא לגלוש למחוזות לא ראויים או אף כוזבים. על כן אין ההרחקות מסורות לכל מאן דבעי, לכל בר בי רב ולעולה על רוחו, אלא לבית הדין בלבד שיכול להטילן לאחר שאיזן וחיקר ושוכנע, כי המקרה שלפניו מצדיק את ההרחקות.<sup>88</sup>

כלומר מאחר שתופעת ה"שיימינג" הספונטנית הנהוגה על ידי הציבור הרחב עלולה להיות מסוכנת גם במקרה שמטרותיה טובות ומוצדקות, וקל וחומר כאשר הן אינן מוצדקות, הרי שהנחיה של "שיימינג" בחסות בית הדין לא רק שאיננה מהווה חיסרון, אלא היא זו שמאפשרת להוציא מהכוח אל הפועל את הצד החיובי של ה"שיימינג" שמוקיע מעשים ותופעות שליליים. ביוש המבוצע בדרך מבוקרת ומידתית איננו יוצא מכלל שליטה. בכך נקט השופט רובינשטיין את גישת "השיימינג המפוקח והמבוקר", כגישתו של הרב רצון ערוסי שתוארו לעיל, המשקפת מגמה מרכזית במשפט העברי בן זמננו.

### דעת המיעוט: עקרון החוקיות, אכיפה ממלכתית ועקרונות הצדק הטבעי

מנגד לעמדה זו ניצבת עמדתו של השופט יורם דנציגר, שכאמור היה בדעת מיעוט יחד עם הנשיאה מרים נאור, וסבר כי יש לקבל את העתירה. השופט דנציגר קובע שיש לבחון את המקרה באמצעות אבן הבוחן של עקרון החוקיות. על פי עיקרון זה, אין בסמכותו של בית הדין לעשות שימוש בכלים הפוגעים בזכותו של אדם מבלי שהללו

86 גם השופט שוהם מסכים עם עמדה זו. ראו שם, בעמ' 54, 5'.

87 שם, בעמ' 103-104.

88 שם, בעמ' 34.

נקובים בחוק באופן מפורש. הוא מסכים עם השופט רובינשטיין כי תכלית חוק קיום פסקי דין הינה לגרום לבעל לתת גט לאשתו, אולם הוא חולק על מסקנתו שמשום כך יש לאפשר לבית הדין לעשות שימוש, ולו גם כהמלצה, בהרחקות דרבנו תם, גם אלה מהן שאינן נקובות בחוק. לדבריו, העובדה שהמחוקק בחר דווקא בסנקציות המשפטיות כנגד סרבן הגט ונתן להן 'תרגום' אזורחי, אף על פי שהיה מודע גם לסנקציות הנוספות, מלמדת כי המחוקק בחר 'לתרגם' את הרחקות רבנו תם לרשימת סנקציות סגורה ולא לכלול ברשימה זו את הסמכות להמליץ על הרחקות נוספות של רבנו תם.<sup>89</sup> גם בנוגע לביוש עצמו הוא קובע שאומנם בסמכותו של בית הדין להתיר פרסום שמם ופרטיהם של הסרבנים, אולם לא לבצע פעולות אקטיביות כדי להביא לתפוצה נרחבת של פרסום זה. לדבריו, בית הדין נכשל בשלושה עניינים: הסמכות להמליץ על סנקציות; הפנייה אל הציבור לשם אכיפת פסק דין; וההלימה עם כללי הצדק הטבעי.

**סמכות בית הדין להמליץ על סנקציות:** השופט דנציגר מסביר שגם אם נקבל את עמדתו של בית הדין שמדובר בהמלצה ולא בהוראה מחייבת יש כאן חריגה מסמכות בשל עקרון החוקיות, שכן מטרת ההמלצה היא הפעלת לחץ מלמטה במטרה לכפות ציות. הוא מסביר כי לא רק סנקציה רשמית בת אכיפה פוגעת באדם, אלא גם המלצה המובילה להפקטו לסנקציות חברתיות. העובדה שהמלצת בית הדין איננה ניתנת לאכיפה איננה משנה מציאות זו. השופט דנציגר אומנם סבור כי בית המשפט רשאי להביע עמדה מוסרית ערכית כלפי מעשיו הפסולים של הנאשם, אולם זו חייבת להיות מוסדרת בחוק כפי שאנו מוצאים בהליך של הטלת קלון בהליך הפלילי שעניינו אף הוא בהבעת עמדה מוסרית ערכית ולא משפטית במקרים מסוימים.<sup>90</sup> עם כל הסלידה ממעשי העותרים, מסביר השופט דנציגר, רשות אינה יכולה להטיל סנקציה ללא הרשאה מפורשת בחוק. והוא מסכם: "בחברתנו הדמוקרטית עקרון החוקיות איננו מושפע משאט הנפש שאנו חשים כלפי מעשיו של אדם כזה או אחר".<sup>91</sup>

**הענישה כתפקיד המדינה:** השופט דנציגר סבור כי אומנם אילו היו ההרחקות נקובות בחוק היה בית הדין פועל בסמכות, אך חוק זה לא היה נכון וראוי, מפני שהוא מגלגל אל פתחו של הציבור פעולה שאמורה להיות בידיה של המדינה.<sup>92</sup> יצוין, כי עמדה זו משקפת את תפיסתו העקרונית של בית המשפט העליון בבג"ץ 2605/05, המכונה "בג"ץ הפרטת בתי הסוהר", שלפיה הלגיטימיות של הפעלת כוח לשם שלילת זכויות

89 שם, בעמ' 62.

90 השופט דנציגר אף עומד על הבדל נוסף בין שני המקרים. במקרה של הטלת קלון עניינו של הקלון הוא במניעת הנאשם מכהונה בתפקיד ציבורי מדינתי רשמי ולא הרחקתו מהחברה בכללותה כפי שמצאנו במקרה של סרבני הגט (שם, בעמ' 66). אולי בכך הוא רומז לחוסר מידתיות בהמלצה, בניגוד לדבריו של המשנה לנשיאה השופט רובינשטיין.

91 שם, בעמ' 59.

92 שם.

אדם שונות נשענת על כך שהכוח מאורגן ומופעל על ידי המדינה ומטעמה דווקא ולא על ידי אנשים פרטיים.<sup>93</sup>

את ההרחקות הוא מחלק לשלושה סוגים שונים: הרחקות חברתיות, שיחודן בכך שהן פונות אל כלל הציבור ולא דווקא אל הציבור הדתי;<sup>94</sup> חברתיות-דתיות, שיחודן בכך שהן מופעלות על ידי קהילה דתית ומידת השפעתן על סרבן הגט תהיה בהתאם למידת אורח חייו הדתי;<sup>95</sup> והרחקה שעניינה הביוש.<sup>96</sup>

בנוגע לשני סוגי ההרחקות הראשונות, הוא מסביר שאין זה מתפקידה של החברה להוציא מהכוח אל הפועל את החלטת בית המשפט. הוא מעלה את השאלה: האם ראוי כי ערכאה שיפוטית ממלכתית – בשונה מאדם פרטי, דוגמת האישה העגונה – תפנה ישירות לקהילה שבה חבר סרבן הגט, תדרוש ממנה דרישות כלשהן ותטיל עליה חובות?<sup>97</sup> יש להעיר כי אומנם השופט דנציגר אינו מכריע נחרצות בשאלה זו, אולם מדבריו עולה בהחלט שאין הוא רואה אפשרות זו כראויה ולגיטימית. חוסר הלגיטימיות הוא הן כלפי סרבן הגט שנפגעות זכויותיו הבסיסיות ביותר והן כלפי הציבור שנדרש להעניש במקום המדינה. השופט דנציגר סבור אפוא שאין די בכך שהאיסור והעונש מפורשים בחוק הממלכתי אלא שגם ההוצאה לפועל של החוק באמצעות העונש חייבת להיעשות באמצעות כפייה ממלכתית דווקא, מבלי לערב בכך את הציבור.

93 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ואח' נ' שר האוצר ואח' סג(2) 545. לדברי הנשיאה בייניש, שכתבה את פסק הדין הראשון של שופטי הרוב: "המונופול הנתון למדינה – באמצעות הרשות המבצעת והגופים הפועלים במסגרתה – על השימוש בכוח מאורגן הוא בעל חשיבות בשני מישורים. במישור האחד יש להביא בחשבון כי הלגיטימיות הדמוקרטית להפעלת כוח, לשם הגבלת חירותם של פרטים ולשלילת זכויות אדם שונות, נשענת על כך שכוח מאורגן המופעל על ידי המדינה ומטעמה הוא שמבצע את הפגיעה באותן זכויות. אלמלא הפעלת כוח זו הייתה נעשית על ידי מוסדותיה המוסמכים של המדינה, בהתאם לסמכויות הנתונות להם ולשם קידום האינטרס הציבורי הכללי ולא אינטרס פרטי זה או אחר, לא הייתה הפעלת הכוח האמורה זוכה לגיטימיות דמוקרטית, ומדובר היה למעשה בהפעלה פסולה ושרירותית של אלימות. במישור האחר, העובדה שמי שמפעילים את הכוח המאורגן פועלים במסגרת המדינה וכפופים לדינים ולנורמות החלים על מי שפועל במסגרת גופי המדינה ואף לאתוס של השירות הציבורי הממלכתי כמוכנו הרחב של מושג זה, יש בה כדי להפחית משמעותית את הסכנה כי הכוח הרב הנתון לאותם גופים ינוצל לרעה, וכי הסמכויות הפוגעניות הנתונות להם יופעלו באופן שרירותי או לקידומן של מטרות זרות" (שם, פס' 26).

94 בג"ץ סרבני הגט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 64.

95 שם, בעמ' 66.

96 שם, בעמ' 68.

97 שם.

**סמכות בית הדין ועקרונות הצדק הטבעי:** דומה כי הטענה כבדת המשקל ביותר שמעלה השופט דנציגר כנגד הרחקות אלו היא שהן פוגעות בעקרונות הצדק הטבעי. יש להעיר כי במקרה שלפנינו טענה זו עולה במשתמע אצל רוב שופטי בג"ץ, אולם רק בנוגע לסוגיית הקבורה שכחלק מההרחקות קבע בית הדין הרבני שאין לקוברו בקבר ישראל.<sup>98</sup> השופט דנציגר מטיל ספק לא רק בנוגע לשאלת הקבורה על פי ההלכה – אם ראוי שבית משפט ישלול את זכותו של אדם לקבורה דתית, אלא כשאלה עקרונית ורחבה יותר, אם בכלל ראוי שסנקציות לא-משפטיות, דהיינו חברתיות וחברתיות-דתיות, יהיו חלק ממערכת החוק. לדבריו:

הפגם שבהטלת סנקציות חברתיות ללא הסמכה בחוק אינו נעוץ אך בפניה לציבור בכללותו, אלא אף בדרישה מהציבור לפגוע בפרט ולכפות עליו ציות לבית הדין הרבני. כאמור, בעצם פנייתה של הערכאה השיפוטית לציבור בדרישה ליחס מסוים כלפי מי מן הצדדים קיימת בעייתיות לא מבוטלת. מקל וחומר שבעייתיות זו מקבלת משנה תוקף כאשר מטרת הפנייה הינה לעודד את הציבור – ואף לצוות אותו על כך – לפגוע במי מן הצדדים על מנת לסייע בכפיית ציותו.<sup>99</sup>

ביקורת זו נוגעת במיוחד לגליטימיות של הסוג השני של ההרחקות, ההרחקות החברתיות-דתיות. השופט דנציגר סבור שבהטלת סנקציה חברתית-דתית יש משום ניצול אמונתו, תפיסת עולמו ואורח חייו הפרטיים של האדם והיא אף מפירה את חובת הניטרליות המוטלת על המדינה כלפי דעותיהם ואמונותיהם של תושביה. ניטרליות זו היא חלק מעקרון חופש הדת, שהוא "אחת מחירויות הפרט היסודיות ביותר המובטחות בשיטת משפטנו".<sup>100</sup> גם כאן שב השופט דנציגר ומעלה את העובדה שלא מצאנו שערכאה שיפוטית קוראת לציבור לנקוט סנקציות דתיות-חברתיות כמו אי-צירוף אדם למניין

98 כך למשל השופט רובינשטיין סבור כי צעד זה נתפס כמרחיק לכת מדי וכי עם מותו של האדם יש לכבד את המת ולמחול לו על חובותיו, במיוחד כאשר ממילא עם מותו של הבעל הסרבן חובתו פוקעת, שכן הותרה האישה מעגינותה (שם, בעמ' 30). היו שטענו כנגד זה שאין להבחין בין ההרחקות ויש לקבל גם הרחקה זו. כך למשל השופט עמית הסביר שההרחקות נועדו להפעיל לחץ על הסרבן והרחקה זו אינה שונה, ואם היא מהווה אמצעי לחץ יעיל ואפקטיבי יש לקבלה (שם, בעמ' 51). כמו כן הובהר שההרחקה שלא לקוברו בקבר ישראל אין בה כדי למנוע את קבורתו בקבורה שלא על יד בני קהילתו, או לחלופין בקבורה חילונית, ולפיכך אין כאן פגיעה בזכות יסוד.

99 שם, בעמ' 65, פס' 24 לפסק דינו של השופט דנציגר.

100 שם, בעמ' 67. כנגד טענתו של השופט דנציגר אפשר לכאורה להעלות את הטענה שאין זו הפרת ניטרליות אלא יישום שונה של הדין לנוכח הנסיבות השונות של מעשי הסרבנים: בעוד אישה חילונית מסורבת גט יכולה, מבחינת השקפותיה, להתעלם מן הסירוב ולפתח זוגיות חדשה, מסורבת גט דתית לא תוכל לעשות זאת; ומכיוון שהנזק לנשים הנפגעות שונה, צורך הוא שהסנקציות על הבעלים הסרבנים יהיו שונות. על כך יוכל השופט דנציגר

כשהוא מתמהמה בתשלום פיצוי שהוטל עליו לשלם לנפגע עבירה.<sup>101</sup> הוא מרגיש כי לא דומה הטלת סנקציה מדינתית כללית על אדם להטלת סנקציה דתית על אדם דתי, שהיא ניצול השתייכותו הדתית-חברתית של אדם לקהילה מסוימת. הטענה לכאורה שבית הדין הרבני הוא ערכאה שיפוטית-דתית בשונה מבית משפט רגיל אינה עומדת במבחן של בית המשפט העליון, שקבע כי בית דין רבני אינו ממלא תפקיד כפול ועליו להישמע ולפעול בהתאם לצווי המדינה.<sup>102</sup>

נוכל אפוא להסיק כי עמדתו של השופט דנציגר כלפי ביוש מטעם המדינה היא כעין תמונת ראי למגמה הדומיננטית במשפט העברי בן זמננו. בעוד במשפט העברי "ביוש מפוקח ומבוקר" נחשב לפתרון, אצל השופט דנציגר הוא נחשב לבעיה. אומנם מצאנו עמדה כגון זו גם בשיח ההלכתי של ימינו,<sup>103</sup> אך היא אינה זוכה לתמיכה נרחבת. באליטה הרבנית.

## ז. סיכום ואחרית דבר

הוקעת בני אדם ברשתות החברתיות שתי פנים לה. הצד השלילי שלה הוא שאפשר באמצעותה לרדת לחייו של אדם בלא כל הצדקה או בחוסר מידתיות. מנגד, הצד החיובי שלה הוא שלעיתים היא חושפת ומגנה אנשים על התנהגויות לא הולמות, שאי אפשר לתקנן באמצעים משפטיים, אם משום שאינן מהוות עבירה על החוק ואם משום שבפועל החוק אינו נאכף. הוקעה זו משקפת אזרחות טובה ואכפתיות, כל עוד היא אינה עוברת את גבול הסביר. כך, למשל, כאשר אדם מצלם מישהו שמשליך קליפת בננה ברחוב ומפיץ את תמונתו ברבים, הוא משתמש באמצעי יעיל במקום שקצרה ידו של החוק. או כאשר בעל מסעדה מתייחס בצורה לא נאותה ללקוחותיו באופן עקיב ומישהו מפרסם את התנהגותו ברבים וקורא להימנע מלהיכנס לעסק שלו, הדבר נתפס כחיובי והציבור יכול, ולעיתים אף מתבקש, להמשיך ולגנות תופעות שליליות בחברה, תופעות שראוי לעוקרן.

דומה כי תפיסה זו יכולה לעלות בקנה אחד גם עם גישות ליברליות, וניתן למצוא אותה כבר אצל ג'ון סטיוארט מיל (1806-1873), מאבות הליברליזם המודרני. מיל קובע שלכל אדם יש זכות לממש את האינדיבידואליות שלו, אולם באותה מידה גם לסובבים אותו יש זכות להביע את שאט הנפש שלהם מהתנהגותו אם התנהגותו איננה נראית

להשיב כי כל זה אולי יכול להיות שיקול במישור המוסרי, אך אינו אמור להיכנס למעגל שיקוליה של המדינה.

101 שם, בעמ' 67-68.

102 שם, עמ' 68.

103 הרב יעבץ, לעיל ה"ש 66.



להם, אף על פי שהיא חוקית. הציבור, מסביר מיל, יכול לפעול בדרכים שונות באופן שבו הוא אינו מדכא את האינדיבידואליות של פלוני אלא מממש את האינדיבידואליות שלו: "כך, למשל, אין אנו חייבים לבקש את חברתו; זכותנו היא להדיר עצמנו ממנה (אם גם לא להתהדר בכך), שהרי זכותנו היא לבחור את החברה הנראית לנו ביותר. זכותנו היא, ואולי אף חובתנו, להזהיר אחרים מפניו, אם אנו סבורים שדוגמתו או שיחו עלולים להשפיע לרעה על האנשים שבחברתם הוא בא"<sup>104</sup>. מיל גם מניח כנראה שהתרחקות מאדם כזה תהווה לחץ חברתי עליו "לתקן את הרעות שהתנהגותו נוטה להביא עליו", ואין הוא רואה בכך כל פסול.<sup>105</sup> בעצם, מיל מבטא כאן גירסה ליברלית-מודרנית של ההנחה העומדת במובלע ביסוד ההרחקות של רבנו תם: במקום שעיקרון משפטי מונע כפייה, החברה יכולה לבטא את הוקעתה ללא שימוש ישיר בכוח. אולם בין שתי התפיסות יש הבדל מכריע: בעוד ההרחקות שמתאר מיל נעשות על ידי הציבור, כלומר, היוזמה לכך היא 'מלמטה', ההרחקות של רבנו תם באות 'מלמעלה', באמצעות הנחיה של סמכות דתית שבחנה את המקרה על כל צדדיו והכריעה כי הציבור צריך להתרחק מפלוני בשל מעשיו.

הווי אומר, המטרה בשני המקרים היא אחת: להפעיל לחץ חברתי על הסוטה מדרך הישר ולהחזירו למוטב. אולם טיב היוזמה ומקור ההכוונה שונים. לכל אחד מהמהלכים הללו יש 'תג מחיר'. במקרה הראשון, של היוזמה מלמטה, החשש הוא להשתלחות חסרת רסן וחסרת פרופורציה המונעת מרגשות נקם. במקרה השני, של היוזמה מלמעלה, מיטשטש הגבול בין סנקציה משפטית לסנקציה חברתית ונחלש המונופול של המדינה על אכיפת החוק. אם מדובר במעשה פסול שיש עימו עבירה על החוק יש להביא עניין זה לידי ביטוי בחוק ולצידו לקבוע את הסנקציה המשפטית, ואם לאו – יש להימנע מהטלת סנקציה שכזו על ידי סמכות שיפוטית או כל סמכות רשמית אחרת. מבחינת התפיסה הליברלית, כשם שלא היינו רוצים שהמדינה תיטול לידה סמכות כפייה בתחומים שבהם הלחץ אמור לבוא מן החברה, שכן מקרה זה לא הוגדר על ידי המדינה כעבירה של ממש שיש לאכוף, כך לא ראוי שהמדינה תיפטר מחובות המוטלות עליה ותסמוך בעניין זה על האזרחים האכפתיים. אם הציבור מיוזמתו מתרחק מגורם שלילי בחברה או מוקיע אותו ובכך מסייע למגר את התופעות הפסולות שמביא עימו אותו גורם – זוהי תופעה מבורכת, אולם אם המדינה, שמרכזת בידה כוח כפייה חוקי, פועלת גם היא באפיק זה, היא לכאורה נכנסת לתחום שאיננו שלה. למעשה עולה כאן השאלה: האם ניתן לשחק בשני המגרשים בו־זמנית? לכאורה כל עוד המדינה מביעה בדרכים שונות שאט נפש מהתנהגויות שאינן הולמות גם אם היא איננה אוסרת אותן בחוק – זוהי פעולה לגיטימית

104 ג'ון סטיוארט מיל על החירות 92 (הוצאת שלם, 2006).

105 שם, בעמ' 94. אם כי גם הוא מסייג: "אם הוא מצערנו רשאים אנו להביע את סלידתנו, ורשאים אנו להתרחק מאדם [...] שמצערנו, אך לא נראה היתר לעצמנו למרר את חייו בשל כך".

של חינוך והדרכה, אולם כאשר היא יוצאת בקריאה מעשית המבקשת מהאזרחים לגנות מעשים או למנוע את עשייתם – זו כבר פעולה שאינה עולה בקנה אחד עם התפיסה הליברלית ועם עקרון החוקיות.

למעשה יש כאן שתי שיטות משפט שהוויכוח ביניהן נוגע לשני עניינים עקרוניים. העניין האחד הוא אופן ההכרעה בין ערכים סותרים והעניין האחר הוא מידת מעורבותה של המדינה (או השלטון) באכיפת הערכים הרצויים (שאלה הנוגעת גם לעקרון החוקיות). בנוגע להתנגשות בין שני הערכים, שמו הטוב של האדם ניצב אל מול חופש הביטוי, ראינו כי שתי השיטות מחשיבות את שני הערכים, אך בסופו של דבר נקודת האיזון של כל אחת מהן שונה מאוד מזו של האחרת, וכל שיטת משפט מבכרת ערך אחר במקרה של התנגשות ביניהם.

בנוגע למעורבות המדינה (או רשויות השלטון), דומה כי כאן הפער בין שתי שיטות המשפט גדול עוד יותר. בעוד במשפט הישראלי אבן הבוחן שעליה מושתתת שיטת המשפט היא עקרון החוקיות וכל פגיעה בעיקרון זה היא פגיעה ביסודות המשפט, מנקודת המבט הפנימית של המשפט העברי, לכל הפחות במקרה של בית הדין הרבני, השאלה כלל אינה עולה. בית הדין אינו יונק את סמכותו מכוח חוק המדינה אלא מכוח התורה, ולכן הוא אינו רואה את גיוס הציבור כעקיפה של חוקי המדינה אלא כהטלת סנקציה לגיטימית, שכמותה נהגו בכל קהילות ישראל מאז ומעולם. בעבר, ההפרדה בין סנקציה המוטלת על ידי ה"רחוב" לבין סנקציה המוטלת על ידי הקהילה – שהיא מקבילתה המוסרית של המדינה – לא הייתה חדה, שכן הקהילה היא הרחוב והרחוב הוא הקהילה. על כך יש להוסיף את העובדה שגם מוסדות הקהילה היו בעלי ארגון ומיסוד פחותים בהרבה משל מדינה. דומה כי בית הדין מעוניין לחזור לדגם זה כל אימת שמבחינתו המדינה יוצאת מן הזירה, וכך קורה שכאשר בענייני גירושין הוא אינו רוצה להיזקק לסנקציות של המדינה, דוגמת מאסר, הוא נוקט בהרחקות דרבנו תם.

אך האם המדינה מצידה מוכנה לחזור לדגם זה, שמייצג מציאות המתאימה להיעדר מדינה? פסיקת הרוב בפרשת סרבני הגט אומרת לכאורה שכן, ככל הנראה בגלל רגישות למצוקת מסורבות הגט, המביאה את בית המשפט לעשות את כל שניתן לעשות במסגרת האילוצים הקיימים. אך כפי שראינו, גם בעיני שופטי הרוב ראוי היה להתגבר על אילוצים אלה בדרכים אחרות, ומוטב היה אילו בית הדין היה מטיל סנקציות ממוסדות יותר למען פתרון בעיית מסורבות הגט בישראל. הפתרון של "ביוש מפוקח ומבוקר" יכול אפוא להיות פתרון יעיל, מוצלח ואף מעורר-השראה כשמדובר בפיקוח וביקורת של גורמים לא-מדינתיים על אלה המקבלים את מרותם מרצון; אך הוא מתגלה כפתרון בעייתי, שפונים אליו רק בליט ברירה, כאשר הוא מופעל על ידי רשות מרשויות המדינה.