

האם גם לקהל מגיע כרטיס אדום?

הרחקת קהל מאירועי ספורט כמקרה מבחן לענישה קולקטיבית במשפט הפרטי בכללותו

הוד פויכטונגר*

מבוא. פרק א: ענישה קולקטיבית. פרק ב: הצדקות לאסור או להתיר ענישה קולקטיבית; 1. שיקולי צדק; 2. שיקולי יעילות; 3. שיקולי סולידריות. פרק ג: המקרים שבהם ראוי להעניש קולקטיבית. פרק ד: מקרה מבחן. סיכום.

מבוא

טבעי לחשוב שיש להימנע ככל הניתן מענישה קולקטיבית. לכאורה הדברים ברורים, שהרי אין כל היגיון והצדקה להטיל סנקציה על מי שאינו קשור בקשר ישיר או עקיף למעשה אסור שביצע חברו. לעומדה זו ניתן ביטוי בבית המשפט העליון,¹ בדיון הבינלאומי,² ואף בהצעת חוק איסור אלימות בספורט (תיקון – איסור ענישה קולקטיבית).³ במסגרת הצעת החוק מוצע לקבוע ש"מוסד שיפוט פנימי לא יקבע עונש קולקטיבי אשר יש לו השפעה על הקהל באירוע ספורט".⁴ בדברי ההסבר להצעת החוק מצוין כי "נוהג זה של ענישה קולקטיבית, אשר ספק אם יש לו אח ורע בתחומים אחרים, הוא פסול מיסודו,

אזכור הרשימה: הוד פויכטונגר "האם גם לקהל מגיע כרטיס אדום? הרחקת קהל מאירועי ספורט כמקרה מבחן לענישה קולקטיבית במשפט הפרטי בכללותו" **אתר משפט ועסקים** (26.3.2024) <https://www.runilawreview.org/2024/03/26/Feuchtwanger>.

* סטודנט בשנה רביעית לתואר ראשון במשפטים (LL.B.) ותואר ראשון במנהל עסקים (B.A.), אוניברסיטת רייכמן. תודתי נתונה לד"ר יובל פרוקצ'יה על הליווי השוטף ועל כך שבהערותיו שיפר את הרשימה הזו. ברצוני להודות גם לנגב אלוני, לעמנואל הירשפלד-טרכטינגוט, לערבה בן יעקב, למערכת כתב העת **משפט ועסקים**, ובמיוחד לעורכים שחר פרידמן, טהר פיק והדר טבול, על כך שבתרומתם הרבה אפשרו את פרסום הרשימה.

1 ראו, למשל, בג"ץ 8091/14 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון** (אר"ש 31.12.2014), שעסק בעתירה שעניינה הריסת בתי מחבלים. בלב העתירה עמדה הטענה כי הריסת בית היא ענישה קולקטיבית אסורה, כמשמעותה בדיון הבינלאומי ובדין הישראלי. בית המשפט העליון התייחס לטענה ופירט מדוע הריסה כזו אינה נחשבת לענישה קולקטיבית אסורה, ומדוע זו כשלעצמה פסולה מעיקרה. ראו, למשל, פס' 2 לפסק הדין של השופט סולברג: "אכן, מעיקה היא הפגיעה בבן משפחה – שלא חטא ולא עושה...". פסק הדין מכיל שלל דוגמאות נוספות המבטאות הסתייגות מענישה קולקטיבית בשם הגנה על הדמוקרטיה וערכי השיטה. ראו גם בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5) 807 (2004); בג"ץ 7220/15 **עליה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (אר"ש 1.12.2015); בג"ץ 3390/16 **עראלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת**, פס' 22 לפסק הדין של השופטת ברון (אר"ש 8.7.2021) (להלן: עניין איחוד משפחות).

2 [Convention \(IV\) Respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land](#), Oct. 18, 1907, 1 U.S.T 631 (להלן: אמנת האג). לתרגום האמנה לעברית ראו **אמנה בדבר דינים ומנהגים של מלחמה ביבשה לרבות תקנות בקשר לדיני מנהגי המלחמה ביבשה [האג 1907]**, האגודה לזכויות האזרח בישראל. ראו גם ס' 33 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 30, 559 (נפתחה לחתימה ב-1949) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1950) (להלן: אמנת ג'נבה).

3 **הצעת חוק איסור אלימות בספורט (תיקון – איסור ענישה קולקטיבית)**, התשפ"ב-2022 (להלן: הצעת החוק לאיסור על ענישה קולקטיבית בספורט). נוסף לכך, ביולי 2023 קיבלה ההתאחדות לכדורגל החלטה רשמית שלפיה לא ניתן יהיה להעניש בענישה קבוצתית גורפת עד סוף עונת המשחקים 2023/24 כפיילוט. ראו הוראת שעה לעונת המשחקים 2023/24 **"ביטול סעיף 22 (ו) לתקנון המשמעת לגבי ענישת קבוצות מקצועניות"** (23.7.2023).

4 ס' 1 להצעת החוק לאיסור על ענישה קולקטיבית בספורט.

ומהווה פגיעה בזכויותיהם של רבים אשר לא נפל כל רבב בהתנהגותם.⁵ בפועל, נדמה כי המציאות מורכבת יותר ואינה חד-משמעית כפי שמקובל לתפוס אותה. למעשה, אכן קיים "אח ורע" לאותו נוהג, וכפי שיובהר ברשימה זו, הדין הישראלי מתיר שימוש בענישה קולקטיבית במגוון תחומים. לא זו אף זו, במגרשי הספורט הגיעה סוגיית הענישה הקולקטיבית אף לפתחו של בית המשפט, אשר קבע בעניין **הפועל תל-אביב**,⁶ שבהתקיים נסיבות מסוימות, ניתן להעניש קולקטיבית במגרשי הספורט.⁷ ואולם, באופן טבעי, המתח בין הרתיעה הטבעית מענישה קולקטיבית לבין השימוש בה בפועל מעלה תהיות רבות.

ברשימה זו אבקש להציג נקודת מבט שונה אשר תשים דגש דווקא באותם המקרים שבהם נראה כי יעיל להשתמש במנגנון של ענישה קולקטיבית, ובייחוד בדין הפרטי, ועל יכולתה של ענישה מסוג זה לתרום להכוונת התנהגות ראוייה כמצופה מנורמות משפטיות. מתוך כך, אבקש לטעון כי יוזמות והצעות חוק למיגור ענישה קולקטיבית במסגרת הדין הפרטי, המקודמות תוך התעלמות מוחלטת משיקולי יעילות, אינן ראויות כך שאימוצן ככלל אצבע במשפט יתברר פעמים רבות כשגוי.

סדר הדברים יובא כדלקמן: **הפרק הראשון** יעסוק בהגדרת הענישה הקולקטיבית; **הפרק השני** יסקור את ההצדקות, האיסורים וההיתרים של הענישה הקולקטיבית; **בפרק השלישי** יוצע מודל לסיוע בסיווג המקרים שבהם ראוי לנקוט ענישה קולקטיבית; **בפרק הרביעי** יוצג מקרה בוחן במטרה לנתח את שאלת הענישה הקולקטיבית לפי המודל המוצע; ולבסוף יובא **סיכום הדברים**.

פרק א: ענישה קולקטיבית

בפסק הדין בעניין **איחוד משפחות** קיבל בית המשפט את ההגדרה של המכון הישראלי לדמוקרטיה לגבי ענישה קולקטיבית,⁸ המוגדרת כ"נקיטת פעולה שיש בה כדי לפגוע במישרין בזכות של אדם בגין מעשה שלא ניתן לייחס לו אחריות לעשייתו. הפגיעה נעשית רק בשל השתייכותו לקולקטיב – דוגמת משפחה, יישוב או מיעוט אתני – שלאדם אחר מתוכו מיוחסת אחריות למעשה".⁹ זו הגדרה בסיסית רחבה המאגדת לתוכה מקרים רבים. נראה כי תחת הגדרה זו תקיים כמעט כל פעולה אשר יש בצידה השלכה על הרבים מרכיב של ענישה קולקטיבית. כך, לדוגמה, הטלת מס כולל על שתייה מתוקה בשל צריכתית של אנשים מסוימים תיחשב לענישה קולקטיבית עבור אותם אנשים שלא צרכו את המשקאות יתר על המידה. דרך מצומצמת יותר, המקובלת גם היא להגדרת ענישה קולקטיבית, היא **הפעלת לחץ על גורם תמים כדי שיהפוך לחלק במאמץ ההרתעה או המניעת כלפי אדם אחר**. המטרה היא לנצל את כוח ההשפעה שיש לגורם התמים כדי לרתום אותו לאותה פעולה. ענישה קולקטיבית אינה ענישה מונית בהכרח, וייתכנו מקרים שבהם היא תפגע באדם אחד, ובלבד

5 דברי ההסבר להצעת החוק לאיסור על ענישה קולקטיבית בספורט.

6 ת"צ (שלום ת"א) 9523-04-12 **דוידוב נ' הראל אחזקות – מועדון הכדורגל הפועל תל-אביב בע"מ** (תולעת המשפט 18.8.2016) (להלן: **עניין הפועל תל-אביב**).

7 שם. אציין כי על פסק הדין הוגשה בקשת רשות ערעור – רע"א (מחוזי ת"א) 37135-07-14 **דוידוב נ' הראל אחזקות – מועדון הכדורגל הפועל תל-אביב** (תולעת המשפט 2.12.2014) – שנדחתה גם היא.

8 עניין **איחוד משפחות**, לעיל ה"ש 1.

9 לירון א' ליברמן **האף תספה צדיק עם רשע? אמצעי ביטחון וענישה קולקטיבית** 27–40 (מחקר מדיניות 125, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019).

שפגיעה זו נעשית רק בשל השתייכותו לקבוצה¹⁰ שאליו שייך האחראי למעשה.¹¹

הענישה הקולקטיבית אינה המצאה חדשה אלא מוכר השימוש בה לאורך ההיסטוריה. בסין העתיקה, לדוגמה, נהוג היה להוציא להורג את כל קרוביו הזכרים של אדם שהורשע בבגידה;¹² גם במקרא ניתן למצוא ביטויים רבים לענישה קולקטיבית – כמו המבול בימיו של נח,¹³ חורבן העיר סדום¹⁴ וסיפור קורח ועדתו.¹⁵ אף הביקורת על השימוש בכלי ענישה זה אינה חדשה: בחורבן העיר סדום, לדוגמה, נכתב כי "הָאֵף תִּסְפָּה צְדִיק עִם-רָשָׁע",¹⁶ ובעניין קורח ועדתו נכתב כי "הָאִישׁ אֶחָד יִחָטֵא וְעַל כָּל-הָעֵדָה תִּקָּצֵף" (שניהם בלשון תמיהה).¹⁷ הדין הבין-לאומי מתכתב עם קביעות אלה ואוסר גם הוא על ענישה קולקטיבית. כך, לדוגמה, בתקנה 50 לאמנת האג נקבע כי "אין להטיל על האוכלוסיה עונש קיבוצי, כספי או אחר, בשל מעשיהם של בודדים, כשאין לראותה כנושאת באחריות משותפת למעשים אלה",¹⁸ ובסעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית נקבע כי "שום מוגן לא ייענש על עבירה שלא עבר אותה בעצמו. עונשים קיבוציים וכן כל אמצעי הפחדה או אימתנות אסורים. הביזה אסורה. מעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם אסורים".¹⁹ מדברים אלו עולה כי על פניו ענישה קולקטיבית נתפסת כאסורה.

בית המשפט העליון בישראל הביע גם הוא את מורת רוחו כלפי ענישה קולקטיבית, אשר נתפסת בעיניו לא פעם כלא מידתית.²⁰ בעניין **איחוד משפחות** הביעה השופטת ברון סלידה מענישה קולקטיבית, עת נפסל תיקון לחוק הביטוח הלאומי השולל קצבת ילדים ותשלומים סוציאליים אחרים לילדים שהוריהם נידונו למאסר בגין עבירה מתוך מניע לאומני. השופטת התבססה בעיקר נימוקיה על האמרה "אָבוֹת אֶכְלוּ בֶּסֶר וְשָׁנִי פָּנִים תִּקְהֶינָה".²¹

חרף האמור לעיל, הלכה למעשה מתירה הפסיקה הישראלית לעיתים ענישה קולקטיבית. הדוגמה הבולטת ביותר לכך היא מתן היתר להריסת בתי מחבלים עקב ביצוע פשע לאומני. בענישה זו בית המשפט אכן ער לפגיעה הקבוצתית ולא מקל בה ראש, ואולם באופן מסורתי נלווה לכך הסבר כי בהקשר זה, כאשר תכלית ההריסה היא הרתעתית ולא עונשית, הענישה הקולקטיבית מותרת.²² הדברים באים לידי ביטוי גם במקרים אשר נמצאים בתחומי של המשפט הפלילי. כך, לדוגמה, בעניין **הפועל תל-אביב** נקבע כי כאשר אוהד מתפרע ובעקבות כך מוטל על קבוצתו לשחק את משחקו הבא ללא קהל, אין חובה ליזכות את יתר האוהדים המנויים על תשלומם לאותו המשחק. בראייה רחבה יותר ניתן להוסיף לסל זה מקרים רבים ונוספים, דוגמת חוק הביטוח הלאומי שקובע כי תאונה של עובד (פרט) שאירעה בזמן העבודה תיחשב ל"תאונת עבודה" אשר בגינה

10 ברשימה זו אשתמש בביטויים קבוצה וקולקטיב כמילים נרדפות בעלות משמעות זהה, חרף העובדה שקיימים הבדלים לשוניים ומשפטיים ביניהן.

11 ליברמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 107.

12 María José Falcón y Tella, Justice and Law 57 (2014).

13 בראשית ו-1.

14 בראשית יח-ט.

15 במדבר טז.

16 בראשית יח 23.

17 במדבר טז 22.

18 אמנת האג, לעיל ה"ש 2.

19 ס' 33 לאמנת ג'נבה, לעיל ה"ש 2.

20 ראו את פסקי הדין המאזכרים בה"ש 1 לעיל.

21 עניין **איחוד משפחות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 22 לפסק הדין של השופטת ברון.

22 עניין **המוקד להגנת הפרט**, לעיל ה"ש 1; בג"ץ 564/22 **ג'ראדאת נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (אר"ש 4.2.2022); בג"ץ 8886/18 **ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית** (אר"ש 10.1.2019); ראו גם ס' 140 לחוק **העונשין**, התשל"ז-1977, המתיר ענישה קולקטיבית בתנאי שזו תביא להרתעת הרבים.

יחויב המעסיק (קולקטיב) לשלם את כל ההוצאות הכרוכות בכך.²³ לכאורה, מדובר בשימוש בכלי של ענישה קולקטיבית, שכן על פניו, אין סיבה שהמעסיק יישא בהוצאות בגין תאונה שאירעה לעובד בזמן עבודתו כל עוד לא קיים קשר ישיר בין המעסיק לקרות התאונה. עיקרון דומה משתקף גם בחובת האחיות של תאגיד בנזיקין, שלפיה "חברה חבה במישרין באחריות בנזיקין על עוולה שבוצעה בידי אורגן שלה".²⁴ דוגמאות אלו, שבהן ניתן להצביע על שימוש בענישה קולקטיבית חרף הדעה רווחת בדין הישראלי כי אין לנהוג כך, ממחישות את המתח המובנה שבו אבקש להתמקד ברשימה זו.

פרק ב: הצדקות לאסור או להתיר ענישה קולקטיבית

1. שיקולי צדק

אלו הסבורים שענישה קולקטיבית מכל סוג אינה ראויה, תומכים את דעתם על שיקולי צדק והגינות. אליבא דעמדה זו, לאדם עומדת הזכות החוקתית לאוטונומיה אשר מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבמסגרתה הוא ורק הוא אחראי על מעשיו ולא ניתן להאשימו בגין חטאיו של חברו אם אינו קשור אליהם.²⁵ על גישה זו ניתן ללמוד היטב מדבריו של השופט הנדל בפסק הדין בעניין פלוני:

"מחשיבותה של האוטונומיה נובע הכלל שאדם אדם אחראי על מעשיו הוא. שני צדדים למטבע זה: על הצד האחד טבועה זיקתו למעשיו ואחריותו להם – לחיוב ולשלילה. על צידו השני טבועה הכרה באפשרות של העדר זיקה בין האדם ובין מעשי הזולת, ככל שהם נעשו באופן אוטונומי. על כן לא ניתן להעניש באופן קולקטיבי, או להעניש את ראובן על חטאיו של שמעון שאליהם לא היה קשור. איש בחטאו יוענש. עקרון זה, על פניו הכפולים, מעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".²⁶

בעמדה זו טמון הקו המנחה, שלפיו כאשר לא ניתן להוכיח זיקה בין אדם לבין ביצוע הפעולה, לא יהיה ראוי להאשימו על מעשה שלא עשה. באופן רחב יותר, גישה זו מתבססת ברובה על השקפת עולם קאנטיאנית שבמסגרתה כל אדם הוא תכלית בפני עצמה ולא ניתן להשתמש באדם כאמצעי להשגת תכליות אחרות.²⁷ לפיכך, ולנוכח הפגיעה הפוטנציאלית בזכות יסוד, בפרשות רבות רואה בית המשפט את הענישה הקולקטיבית ככלי אשר יש לבחון בראי מבחני המידתיות,²⁸ כאשר לרוב המסקנה הכמעט אוטומטית היא שענישה קולקטיבית אינה מידתית משום שאינה מהווה שימוש באמצעי שפגיעתו פחותה (בשל הפגיעה בקולקטיב כולו).²⁹

אלא שלעיתים קיימים מקרים שבהם ניתן לבסס זיקה בין הקולקטיב למבצע הפעולה, ומתוך כך הענשת הקולקטיב לא תביא לחוסר צדק בהכרח. כך, לדוגמה, לא דומה ענישה קולקטיבית של אדם עקב דתו או צבע עורו לענישה קולקטיבית על מעסיק בגין נזק שביצע עובד בזמן העבודה, וזאת גם כאשר למעסיק אין קשר לביצוע העבירה. לכאורה בשני המקרים

23 ס' 80 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995.

24 ס' 53(א) לחוק החברות, התשנ"ט-1999.

25 ס' 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

26 דנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 1 לפסק הדין של השופט הנדל (אר"ש 15.4.2015).

27 ליברמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 41-43. לדיון בהרחבה על שימוש בבני אדם כקלפי מיקוח ראו דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד (1) 721 (2000).

28 בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט (5) 1, 6-7, 16 (1996); עניין המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 1; בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח (3) 865 (2004).

29 עניין איחוד משפחות, לעיל ה"ש 1.

מדובר על ענישה קולקטיבית המבקשת להשתמש באדם כאמצעי הרתעתי, אולם במקרה של המעסיק נדמה שהענישה אינה דבר בלתי מוסרי, ובנסיבות מסוימות יכולה להיחשב לצודקת לאור יכולת המניעה של הקולקטיב המבססת זיקה לנזק.³⁰

אם כן, משוואה זו של בית המשפט, המביאה לתוצאה כמעט אוטומטית של פסילת ענישה קולקטיבית על עצם היותה קולקטיבית, כובלת לטעמי את שיקול דעתו של בית המשפט ומונעת ממנו להכיר באותם מצבים שבהם ראוי ואולי אף צודק להחילה. כך, למעשה, במקרים רבים דווקא עילת המידתיות, אשר על פניו אמורה לשקלל שיקולי עלות-תועלת ולהביא לבחירת האמצעי הראוי, היא זו שמסיטה מנקיטת אמצעי זה דה פקטו.

2. שיקולי יעילות

אלו אשר סבורים שענישה קולקטיבית ראויה בחלק מהמקרים סומכים את עיקר טיעונם על שיקולי יעילות. לדידם, בנסיבות מסוימות – שבהן לקולקטיב עמדה נוחה יותר (כלומר יכולת מניעה זולה יותר) מגורמי האכיפה החיצוניים למנוע, לאתר, להסגיר או להעניש את האחראי לעבירה – ראוי להורות על ענישה קולקטיבית מכיוון שזו תגרום להפנמה של עלות העונש הנובעת מן הנזק על ידי אותה קבוצה, ובכך יתומרץ הקולקטיב למנוע את הנזק מעמדו הנוחה. החברה בכללותה תהיה לרוב חפצה בכך שהקולקטיב הוא שימנע את הנזק מכיוון שכאשר העלות שלו למניעה קטנה יותר מהאוכף החיצוני, ההנחה היא שהוא ינקוט אמצעים זולים יותר כדי למנוע את הנזק ובכך תושג הרתעה בצורה יעילה יותר.³¹ כך, בהשקעת משאבים שווים "יתפוס" הקולקטיב יותר מזיקים אשר ישאו באחריות על מעשיהם (כלומר ישאו בעלות העונש), וכתוצאה מכך, יותר מזיקים יורתעו מלבצע את הנזק מלכתחילה.

לפי הגישה המקובלת בניתוח הכלכלי של המשפט, מטרת המשפט היא למקסם יעילות מצרפית ולהכווין התנהגות. על בסיסה של מטרה זו, סובר פרופ' גוידו קלברזי שיש להטיל אחריות על "מונע הנזק הזול והטוב" אשר להגדרתו הוא מי שיש לו עדיפות אינפורמטיבית ויכולת בחירה בין חלופות.³² כדי שאותו מונע יפעל כמצופה ממנו, יש להטיל עליו את האחריות לנזק, ובכך לתמרץ אותו לנקוט את אמצעי הזהירות היעילים אשר עומדים לרשותו.³³ לא נראה שמטרידה את קלברזי השאלה בדבר זהותו המסוימת של המונע הזול. כך, לפי גישתו, גם אם נזהה את הקולקטיב כמונע הזול והטוב, ראוי שהוא זה שיישא באחריות ובכך יתומרץ לנקיטת אמצעי יעיל למניעת הנזק. יוער כי המקרה הנבחן, שבו לקולקטיב עלות נמוכה ואפקטיבית יותר למניעת הנזק מאשר לפרט המסוים, אינו מקרה השערתי זניח. הטענה הרווחת היא שככל שקבוצה הומוגנית יותר כך עומדים לרשותה כלי השפעה זולים ונגישים יותר על החברים בה. כך, לדוגמה, בדרך כלל בקהילות אתניות האיום בביוש ובהרחקה מהקהילה (עלות אכיפה מזערית) אפקטיבי מאוד.³⁴

30 ניתן לראות דמיון לדיון בחובת הצלה, יתכן שגם לאחר ביסוס הזיקה על ידי יכולת המניעה עדיין ניתן למנות סיבות מדוע אין זה צודק לנקוט ענישה קולקטיבית, כגון הגבלת החופש לבחור, מתן הזדמנות להתנהגות מוסרית והפחתת רמת פעילות של המצילים. אולם, גם שם ניתן להבחין בכך שישנם מקרים שבהם יהיה ראוי וצודק לעשות כן. לפיכך, לדעתי עלינו לכל הפחות לבחון את השימוש בענישה קולקטיבית. להרחבה בעניין חובת הצלה ראו אריאל פורת **נזיקין** כרך א 185–200 (2013).

31 לא בכל מקרה שבו העלות של הקולקטיב נמוכה יותר תעדיף החברה שהאחריות המניעה תוטל עליו. ראו, למשל, בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545 (2009) (להלן: **עניין הפרטת בתי הכלא**), שבו נקבע, חרף היעילות הכלכלית בהפרטת בתי הכלא, כי זה לא סביר לתת לחברה פרטית לשמש גורם אכיפה.

32 GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS 50–54 (1970). השימוש במונח "מונע הזול והטוב" שהגה קלברזי מובא כדי לפשט את הרשימה וליצור השוואה דיכוטומית בין המונעים הפוטנציאליים. אדגיש כי המודל המוצע עומד גם בגישות מודרניות יותר של הניתוח הכלכלי המבקשות להטיל אחריות על "צירוף הפעולות הזול ביותר" ולא בהכרח על מונע זול אחד ויחיד. ראו, לדוגמה, A. Mitchel Polinsky & Steven Shavell, *The Theory of Public Enforcement of Law*, in 1 HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS 403 (A. Mitchel Polinsky & Steven Shavell eds., 2007).

33 STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 1667 (2004).

34 Daryl J. Levinson, *Collective Sanctions*, 56 STAN. L. REV. 345, 417–419 (2003).

אם כן, נראה כי ישנם מקרים רבים שבהם הטלת עונש קולקטיבי הוא יעיל ואפקטיבי יותר מענישה פרטנית, וזאת בהתאם לתורתו של קלברזי, דווקא באותם מקרים שבהם העלות של הקולקטיב למניעת הנזק קטנה מהעלות של גורמי אכיפה חיצוניים, כלומר במקרים שבהם הקבוצה היא מונעת הנזק הזולה והטובה. כך, לדוגמה, במקרה שעלה בעניין הפועל תלאביב: אם העלות של קבוצת הפועל תלאביב במניעת התפרעות אוהדים גבוהה מעלותם של האוהדים עצמם באותו יצע, הרי לנו שהמצב היעיל הוא שהאוהדים הם אלה שימנעו את ההתפרעות.³⁵ ולכן בהשקעת משאבים שווים, מתפרעים רבים יותר ייתפסו על ידי האוהדים ואלה בעתיד יורתעו במידה רבה יותר מלבצע את הנזק מלכתחילה. בכך, אפוא, נוצרת הכוונת התנהגות המונעת את התפרעות האוהדים הבאה, ובכך בראייה עתידית כוללת תופחת כמות ההתפרעויות (קרי, תוחלת הנזק תקטן).

ניתן להבין את הרציונל שבמסגרתו המשפט בוחר להטיל אחריות על המונע הזול, גם כשאינו קשור לנזק בפועל, באמצעות כלל ההגנה למזיק בדיני הנזיקין והוא כלל הקטנת הנזק. לכאורה במקרה הקלאסי, אדם שניזוק אינו אשם בגרימת הנזק לעצמו ולא ניתן לדרוש ממנו לעשות שום דבר בנידון, אך עם זאת, החברה חפצה (ומערכת המשפט מתאימה עצמה אליה) בפעילות הניזוק להקטנת נזקים, זאת משום שלרוב הוא יחשב כמונע הזול.³⁶ לכן, במקרים רבים ניתן להטיל את האחריות לנזק (במלואו או בחלקו היחסי) על הניזוק אם הוא לא ינקוט אמצעים יעילים למנועו. הדברים יפים גם לענייננו: לכאורה, לא ראוי להטיל על אדם עונש ללא כל מעורבות בנזק מצידו, אך החברה באמצעות מערכת המשפט צריכה לשמר לעצמה את היכולת לקבוע מי יישא בעלות העונש ולמעשה לגרום להפנמה סלקטיבית המייצרת הכוונת התנהגות יעילה שבתורה תשיא את התועלת המצרפית.

חשוב להדגיש כי לעיתים הטלת האחריות על הקולקטיב לא תביא לתוצאה ראויה בשל "בעיית הפעולה הקולקטיבית" (The Collective Action Problem), אשר מבטאת את העובדה כי הקולקטיב אינו ישות אחת הפועלת לקדם את האינטרסים שלה, אלא מורכב מפרטים אשר על פי רוב שואפים לקדם את האינטרסים העצמיים שלהם.³⁷ תוצאה אפשרית של בעיית הפעולה הקולקטיבית היא בעיית "הטרמפיסט" (Free Rider), שלפיה בני אדם הנמצאים בקבוצה מסתמכים על חברי קבוצה אחרים שיישאו בעלות של גרימת התוצאה אשר ממנה גם הם יפיקו הנאה.³⁸ כך, בדוגמת האוהד המתפרע במגרש, כאשר כמה אוהדים יכולים לזהות את מבצע הנזק ולהביא לחשיפת זהותו לגורמי האכיפה, לכאורה סביר כי כל אחד מהם יחכה שחברו יבצע את פעולת הזיהוי והחשיפה, ובכך הוא עצמו לא יישא בעלות אך כן ירוויח את התועלת מביצועה. בעיה זו גורמת לכך שבסופו של דבר אף אחד מחברי הקבוצה לא נוקט את הפעולה הרצויה וזאת גם כשהעלות עולה על התועלת של כל אחד מהמונעים.

עם זאת, אעיר כי בעיית הפעולה הקולקטיבית צפויה להתעורר באופייה החמור (אשר יקים חשש לבעיית הטרמפיסט ולפגיעה במדיניות הרצויה) בעיקר במקרים שבהם הקבוצה גדולה ולא הומוגנית וכאשר היא אינה מורכבת משחקנים

35 ההנחה שהקבוצה היא גורם האכיפה האלטרנטיבי (ולא ההתאחדות או המשטרה) מבוססת על ס' 15 (ב) לתקנון המשמעת של [התאחדות לכדורגל](#) הקובע ש"קבוצה אחראית באחריות שילוחית לכל עבירה אשר נעשתה על ידי אוהד או אוהדים של הקבוצה". האחריות השילוחית של קבוצה להתנהגות האוהדים אף הוכרה בע"א 166/79 [ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל](#), פ"ד לד(1) 193 (1979).

36 בתאונת דרכים, לדוגמה, הניזוק אחראי על מהירות הנסיעה, על הטיפול השוטף ברכב ועל חגירת חגורת הבטיחות, אשר הופכות אותו למונע הנזק הזול והטוב לנזק שלו עצמו.

37 MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS (1965)

38 בעיית הטרמפיסט יוצרת מצב שבו המונעים הפוטנציאליים מתמרצים שלא לפעול למניעת הנזק לנוכח העובדה שהם כביכול יכולים להשיג את אותה תוצאה מבלי להשקיע את כל עלות המניעה, בכך שיחכו שהאחר יבצע את פעולת המניעה. לבסוף אף מונע פוטנציאלי לא פועל והנזק מתממש. ראו [Dilution of Liability and Multiple Tortfeasors in the Context of](#) Assaf Jacob, [Liability for Unrequested Precautions](#), 108 MICH. L. REV. FIRST IMPRESSIONS 12, 16 (2009).

חוזרים. ההנחה היא שאם הקבוצה הומוגנית ומורכבת משחקנים חוזרים נוסף למארג השיקולים נדבך של מוניטין, אשר מוביל לכך שתפיסתו של כל אחד מחברי הקבוצה היא שהוא פועל היום ומצפה משאר החברים בקבוצה לפעול בעתיד באופן דומה.³⁹ בקבוצות כאלה אף קיים סיכוי גבוה יותר לפעילות וולונטרית לטובת הקבוצה. נוסף לאמור, כאשר עלות הנזק המוטלת על כל פרט שווה, גוברים הסיכויים לקיומה של הבעיה, שהרי אם יש אדם שהנזק מסב לו עלות גבוהה מחברו, הוא, כך אפשר להניח, יתומרץ באופן רב יותר למנועו והוא זה שיפעל. על כן, כפי שיורחב להלן, כחלק משיקולי היעילות, נדרש לבחון את אופיו של הקולקטיב ולוודא שבעיית הפעולה הקולקטיבית, לרבות בעיית הטרמפיסט, לא מתעוררת באופייה החמור.

3. שיקולי סולידריות

הצדקה נוספת שעומדת בפני עצמה לשימוש בענישה קולקטיבית היא שיפור הסולידריות בתוך הקבוצה. ההנחה היא שבקבוצה הומוגנית, כאשר אדם יודע שמעשיהם של חבריו לקבוצה יגררו השלכות כלפיו וכלפי הקולקטיב כולו, הוא יתומרץ שלא לבצע את הנזק לאו דווקא מתוך חשש מסנקציה של האוכף החיצוני, אלא מתוך מחשבה על חבריו. מתוך ההרגל לחשוב על טובת חבריו לקולקטיב מעמיקים הקשרים בין הפרטים והסולידריות עולה. מקרים כאלה מתרחשים ברמות מסוימות בקבוצות שנוצרות בצבא או בקבוצות ספורט, שבהן פעמים רבות מצופה שאדם אשר חברה בקבוצה יחליט באופן לא רציונלי בהכרח רק עבור הגנה על חבריו וטובתם (על חשבון טובתו האישית).⁴⁰

המתנגדים לשימוש בענישה קולקטיבית טוענים את הטענה ההופכית בהקשר זה, ולפיה מצב שבו הפרטים אוכפים את עצמם מביא לחברה מנוקרת המתמרצת את חבריה להעיר האחד לחברו ולדווח עליו לרשויות. בכך, לטענתם, לא רק שלא נוצרת חברה סולידרית אלא דווקא חברה מנוקרת ומפולגת.

פרק ג: המקרים שבהם ראוי להעניק קולקטיבית

ניתן לסווג את השימושים בענישה הקולקטיבית לשני סוגים: הראשון הוא כאשר הענישה הקולקטיבית מבוססת על תפיסה שגם אם לאדם אין קשר בפועל לביצוע המעשה האסור, עצם קרבתו למבצע היא ש"מצרעת" אותו ומקימה עליו חזקה לכך שהוא עלול לבצע מעשה דומה (להלן: **מקרה המצורע**).⁴¹ כך היה הרעיון המנחה בסין העתיקה, ולפיו אם אדם בגד, הרי שהגנטיקה שנמצאת בעורקיו מקימה חשש סביר שאחיו יעשה זאת גם כן, וזאת מפני שלבגידה, כך האמינו, יש מאפיינים גנטיים.⁴² בעקבות מסקנה זו, הריגתו של אחיו של הבוגד הכרחית בעיני המשטר הסיני בשל מסוכנותו הפוטנציאלית של האח כלפי הציבור. דוגמה עדכנית לכך עולה בפסק הדין בעניין **עזרזר**, שם תבעו עובדי חברת NSO בישראל את חברת Facebook, לאחר שהחליטה לחסום את חשבונותיהם הפרטיים ברשתות החברתיות שבבעלותה, וזאת רק בשל העובדה

39 דוגמה לכך היא תשלום עבור חברים במפגש משותף. משום שבדרך כלל קבוצת חברים היא הומוגנית ומורכבת משחקנים חוזרים, אם ראובן שילם עבור שמעון במפגש אחד, סביר מאוד ששמעון ישלם עבור ראובן במפגש הבא, ולא שבכל פעם ראובן הוא שיספוג את כל העלות.

40 Laura Peterson, *Collective Sanctions: Learning from the NFL's Justifiable Use of Group Punishment*, 14 TEX. REV. ENT. & SPORTS L. 165, 165, 178 (2013); Peter S. Bearman, *Desertion as Localism: Army Unit Solidarity and Group Norms in the U.S. Civil War*, 70 SOC. F. 321 (1991).

41 אשר דומה במידה רבה לפתגם השגור במסורת היהודית "אמור לי מי חבריך ואומר לך מי אתה".

42 ראו FALCÓN Y TELLA, לעיל ה"ש 12, בעמ' 57.

שנתגלע סכסוך משפטי בין החברות בארצות הברית.⁴³ עולה מכאן כי חברת Facebook העולמית החליטה להעניש ו"לצרע" את עובדיה הישראלים של חברת NSO אך בשל שיוכם לחברת NSO, זאת ללא בירור על קשרם (מעבר לתג העובד שלהם) לעצם המחלוקת. חרף העובדה שאין כל חולק עליה ולפיה לעובדי החברה בישראל אין כל יכולת להשפיע על הסכסוך ובוודאי לא לגרום לו, ואף סביר כי רובם לא ידעו כלל על קיומו.

הסוג הנוסף של שימוש בכלי הענישה הקולקטיבית הוא במקרים שבהם נבקש לייחס אחריות לאדם, גם אם בפועל אינו קשור לביצוע המעשה האסור, בהנחה שהייתה לו אפשרות סבירה למנוע את הנזק ולא עשה זאת (להלן: **מקרה יכולת המניעה**). כך, לדוגמה, בעניין **הפועל תלאביב**, לאוהדים יש אפשרות סבירה למנוע את הנזק, ולכן אם לא יעשו כן, לפי גישה זו, ראוי כי תוטל עליהם סנקציה בדמות איזכוי.

קשה להתעלם מכך, שעל אף שבשני המקרים נעשה שימוש בענישה קולקטיבית, **במקרה המצורע** מתעוררת תחושת חוסר הוגנות וקשה לחשוב על נסיבות שיביאו להצדקה מוסרית לשימוש בה; בעוד שכאשר מדובר במקרה **יכולת מניעה**, תחושה זו פחותה משמעותית וקל יותר מחשבתית להצדיק את השימוש בה. הבנה זו מביאה למסקנה שהסלידה הטבעית נגד הענישה הקולקטיבית אינה מיוחסת לצורת הענישה הקולקטיבית גופה, אלא לדרך השימוש בה. אסביר: הביקורת הרווחת נגד הענישה הקולקטיבית נוגעת בקושי להצדיק ייחוס אחריות כאשר אין כל קשר בין המבצע לפרטים בקולקטיב. ואולם ייתכנו מקרים (מקרי יכולת המניעה) שבהם לא יהיה מופרך לטעון כי היכולת של אדם למנוע בצורה יעילה את הנזק, היא זו אשר מבססת את הקשר של המונע הפוטנציאלי עצמו לאותו אירוע, ולכן באותם מקרים ניתן למעשה לבסס ייחוס מסוים של אותו מונע לנזק, וכתוצאה מכך ניתן אולי להסכים עם שימוש בענישה הקולקטיבית. ואכן, ביסוס הקשר באמצעות היכולת למנוע את הנזק אינו חידוש בדין כלל וכלל. הדין הישראלי קובע שכאשר אדם המזוהה כמונע הנזק הזול נמנע מנקיטה אמצעי זהירות סביר ומחדלו מוביל לנזק – ניתן להגיש נגדו תביעת רשלנות.⁴⁴ בכך, למעשה, מכיר הדין באפשרות לראות באדם אשר הוכר כמונע הנזק הזול קשור בטבורו לגורם הנזק, וזאת, בין היתר, בשל יכולת המניעה. הצדקה זו אינה עולה רק במשטר רשלנות, והיא רלוונטית גם במשטר אחריות חמורה. כך, לדוגמה, ככל שמדובר בתאונות עבודה, הדין זיהה את המעסיק כמונע הנזק הזול ולכן מטיל עליו את האחריות כברירת מחדל אקס-אנטה.⁴⁵ על כן, נדמה כי זיהוי כמונע הנזק הזול (כצד שלישי שאינו המזיק בפועל ואינו הניזוק בפועל) וביסוס אחריותו באשם עקב כך אינה חדשנית בדין הישראלי, והביקורת המייחסת לה חוסר צדק קיצוני מאבדת את רוב אחיזתה.⁴⁶

כדי לאבחן את אותם המקרים שבהם הענישה הקולקטיבית תיחשב לראויה, אציע מבחן תלת-שלבי: תחילה נדרש להצביע על מקור חובה (למשל מכוח חוק או חוזה) שעל פיו ניתן לחייב את הקולקטיב. ללא מקור חובה כזה אין אפשרות להכיר בקיום אחריות הקולקטיב כלל; בשלב השני יש לוודא כי המקרה נופל למקרה **יכולת המניעה** ולא למקרה **המצורע**. שיוך זה ייעשה לפי בחינת היכולת המעשית-סובייקטיבית למניעת הנזק. כך, לדוגמה, העובדה ששני אחים משתייכים לקולקטיב משפחתי משותף אך לא נפגשו לעולם, לא מקיימת אפשרות מעשית למנוע נזק אחד מהאחר, ולכן לא תיחשב למקרה **יכולת המניעה**; בשלב השלישי, לאחר שהוכרע שהמקרה הוא מקרה **יכולת המניעה**, יש לבחון את היבט היעילות. יעילות תתקיים אם הקולקטיב אכן יתגלה כמונע הזול של הנזק, ומניעת הנזק על ידו תגדיל את התועלת המצרפית. היעילות

43 ת"א (מחוזי ת"א) 62584-11-19 **עזרזר נ' Facebook** (תולעת המשפט 18.2.2020).

44 ס' 35 לפקודת הנויקין **ונוסח חדש**. עם זאת, אציין שעל אף שהדין מכיר בכך הוא ממעט להחיל חובת זהירות (חובת הצלה) על צדדים שלישיים. ראו פורת, לעיל ה"ש 30.

45 ס' 80 **לחוק הביטוח הלאומי**.

46 רוב אחיזתה ולא את כל משקלה שכן גם לאחר ביסוס הזיקה עדיין ניתן למצוא ביקורת מצד שיקולי הצדק, כאמור בה"ש 30, לעיל.

תיבחן לפי עלות המניעה של הקולקטיב לעומת העלות של האוכף החיצוני או לחלופין לעומת העלות של אי-מניעה כלל. כפי שהובהר לעיל, ככל שהקבוצה קטנה והומוגנית כך העלות למניעת הנזק על ידה תקטן, וכך קיים סיכוי נמוך יותר שתתעורר בעיית הטרמפיסט באופן חמור שישפיע על הפעילות הרצויה. לכן, בתוך היבט היעילות ייבחנו ארבעה פרמטרים: (1) גודל הקבוצה; (2) לכידות הקבוצה לפי מאפיינים דומים (מגדר, גיל ועוד); (3) מקומו של המבצע בתוך הקבוצה; (4) תנאי ההשתייכות לקבוצה (וולונטרי או בתשלום). בהנחה ששלושת השלבים מתקיימים, נראה כי חיוב הקולקטיב בנוק הוא המצב היעיל ביותר ובכך מבצעי נזק פוטנציאליים יורתעו בצורה אופטימלית.

פרק ד: מקרה מבחן

כדי לבסס את טענתי ברשימה זו, אבקש לבחון את המקרה שעלה בעניין **הפועל תל-אביב** באמצעות המודל התלת-שלבי. עניין **הפועל תל-אביב** עסק במקרה שבו החליטו אוהדים לתבוע את קבוצת הכדורגל הפועל תל-אביב וראשיה על כך שהאחרונים סירבו להשיב להם את ששילמו עבור זכותם לצפות במשחק הקבוצה, בעת שהיו מנועים מלהיכנס למשחק בשל התפרעות קודמת של כמה אוהדים יחידים. התובעים טענו שלא ניתן לפרש חלק בחוזה השירות שנלווה לקניית מינוי למשחקי הקבוצה (אשר נמצא בגב כרטיס המינוי), המורה על האפשרות שלא להכניס אותם למשחקים רק בשל התנהגות של פרט מתוך הקולקטיב, ככזה השולל מהם גם זכאות להשבת הכספים.⁴⁷ אקדים ואומר כי יכולת המניעה המיוחסת לאוהדים היא באמצעות שיח ודברים בזמן אמת וחשיפת זהות המתפרע לגורמי האכיפה שיוסמכו לאחר מעשה. כחברה בדרך כלל איננו חפצים במתן סמכויות אכיפה בלתי סבירות לאזרחים, ואלה, גם אם יש להן היתכנות בנסיבות מסוימות, אינן נחשבות ליכולת מניעה סובייקטיבית סבירה.⁴⁸

ובכן, ראשית יש לבחון אם קיים כלל משפטי המתיר ענישה קולקטיבית. במקרה דנן אכן קיים כלל מפורש שכזה. בחוזה שנלווה למינוי בעבור המשחקים נקבע בין הצדדים שבמקרה של "עבירה של קהל האוהדים... גם אם לא נעשתה על ידי מחזיק מנוי זה, עלולה לשלול ממנו את הזכות".⁴⁹ מכאן שניתן להתייחס ל"קהל האוהדים" כקולקטיב, להניח הסכמה מפורשת של הצדדים וממילא להניח בסיס משפטי לענישה הקולקטיבית. בהקשר זה ניתן אף לומר כי מחיר המינוי מגלם את ההסכמה בין הצדדים על הענישה הקולקטיבית ונראה שזו מצדיקה מחיר מינוי מופחת.⁵⁰

דרישת מקור החובה חשובה משום שזו בעצם גוזרת את תכלית הענישה. כך, למשל, נניח שידוע כי בכיכר מרכזית הומה אדם ישנם מקרי כייסות רבים. לכאורה, בשל הקושי באכיפה של גורמי האכיפה ויכולת המניעה הטובה שעומדת לעוברי האורח או לדורים בסמוך לכיכר, ניכר כי רוב השלבים מתקיימים; אך לא ניתן להעלות על הדעת לכלול את כל עוברי האורח והכייסים כקולקטיב רק משום עצם הימצאותם בכיכר, ובהתאם לכך ברור כי ענישה במקרה זה אינה תוביל להרתעה. לפיכך, במקרה זה נדרש להצביע על מקור נורמטיבי הקושר בין פרטי הקבוצה, ובהיעדרו הרי ששימוש בענישה קולקטיבית בוודאי שאינו ראוי ואינו עומד בתנאי המודל.

בשלב השני נדרש לוודא כי המקרה חוסה תחת **מקרה יכולת המניעה**. לכאורה נראה כי לקבוצת אוהדים אכן יש יכולת

47 עניין **הפועל תל-אביב**, לעיל ה"ש 6, בפס' 4-7.

48 עניין **הפרטת בתי הכלא**, לעיל ה"ש 31.

49 עניין **הפועל תל-אביב**, לעיל ה"ש 6, בפס' 2.

50 למען הסר ספק באשר לחוקיותו של הסעיף, בעניין **הפועל תל-אביב**, שם, בפס' 22, בחן בית המשפט את תוקפו של הסעיף כתניה מקפחת בחוזה אחיד וקבע שהיא אינה מקפחת בשל העובדה שסעיף זה הוכנס למנוי מאוחר יותר בעקבות ת"צ (מחוזי מר') 36385-11-10 **ברוך נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל** (תולעת המשפט 11.4.2011).

מניעה סובייקטיבית לנזק משום שהם נמצאים באותו יציע שבו נמצא האוהד המתפרע (העברייני), ולכן כאשר פועל העברייני, הם יזהו אותו ויוכלו למנוע ממנו לפעול בזמן אמת או לחלופין לזהות אותו ולחשוף את זהותו לקבוצה בבוא העת כדי שזו תתבע על הנזק.⁵¹ גם לפני קרות הנזק נמצאים האוהדים בעמדה טובה למניעתו, ולכן נדרש מהם להעלות את מודעותם לאכיפה הדדית ולתת לגיטימציה לכך שהאחד יאכוף את חברו. על כן, נראה כי מקרה זה מקיים את תנאי **מקרה יכולת המניעה**.

לאחר מכן, יש לבחון את היבט היעילות: האם קהל האוהדים באותו יציע ייחשב למנוע הנזק הזול והטוב? אתחיל בקריטריונים העשויים להפחית את עלות הקולקטיב: (1) **גודל הקולקטיב**: אינו מצומצם ומונה מספר רב של פרטים, אם כי מדובר לרוב במינוריים שנתיים ולכן הם נחשבים לשחקנים חוזרים; (2) **הומוגניות**: הקולקטיב מורכב מפרטים בעלי מאפיינים שונים (מגורים, גיל, מגזר); (3) **מקומו של המבצע בתוך הקולקטיב**: כאשר מדובר באוהד מן המניין, הוא יחשוש לשאת בהשלכות שכל חבריו ליציע ייפגעו בעקבות מעשיו; (4) **תנאי השתייכות**: ההשתייכות בתשלום ולכן ישנה מחויבות גבוהה יחסית לקולקטיב שכן המעשה יגרור הפסד כספי.

כבר עתה אבקש להציף את העובדה כי היבט היעילות הוא המורכב במודל. בעוד שהשלבים הקודמים מציעים מבחנים פורמאליים בעלי תשובה בינארית וברורה, בחינת שלב מבחן היעילות מובילה לתשובה השעריתית בלבד.⁵²

אם כן, ראשית, לאור העובדה שלרוב מדובר בשחקנים חוזרים ושהעלות בגין הפסד משחק לא שווה בין אוהד לאוהד, פוחת החשש מהתעוררות של בעיית הטרמפיסט באופייה החמור. נוסף לכך, לאור מאפייני הקולקטיב השונים (גודל והומוגניות) נראה שהעלות למניעת נזק לקולקטיב אינה מזערית אלא תהיה גבוהה יחסית. אולם, משום שהקבוצה תצטרך להשקיע משאבים רבים לאכיפת ההתנהגות, כגון אנשי ביטחון, מצלמות, בעלי מקצוע לפענוח ועורכי דין לתביעה, לא מופרכת המסקנה כי למרות העלות הגבוהה של הקולקטיב, עדיין סביר שהאוהדים מאותו יציע אשר אחד מהם בוודאות ראה את העברייני בעת המעשה, הם מונעי הנזק הזולים והטובים. אם כך, המצב היעיל ביותר הוא שהאוהדים הם אלה שימנעו את הנזק.

כתוצאה מכך, ידע כל מזיק פוטנציאלי שהוא נתון תחת פיקוח צמוד של חבריו וסביר שאם יבצע נזק הוא ייתפס מיד ויצטרך לשאת בעלויות. לעומת זאת, במצב דברים שבו הקבוצה היא זו שצריכה למנוע את הנזק, אז בשל אמצעי המוגבלים לזיהוי אוהד מתפרע מתוך המון היושב ביציעים, המזיק הפוטנציאלי מבין כי קיים סיכוי גבוה שלא יזוהה ושלא יישא בעלות על מעשיו, לכן לכאורה הוא מתמרץ להמשיך ולהזיק. על כן, כשהאוהדים הם האוכפים, המזיק הפוטנציאלי מורתע באופן אופטימלי ויבחר ברוב המקרים שלא להזיק מלכתחילה. כך למעשה נגרמת הכוונת התנהגות ראויה.

51 אבהיר כי הבחינה הסובייקטיבית נעשית לקולקטיב כקולקטיב, ולכן לא ניתן לטעון שיש אוהד ביציע אחר שאינו בר יכולת מניעה.

52 למען פישוט הדברים אבקש להרחיב מעט ולהוסיף דוגמה ביחס לשלב זה, למשל, וביחס להומוגניות ולתנאי השתייכות. אם ניקח, למשל, סרט המוקרן בשני אולמות זהים: הקרנה ראשונה כוללת מגבלת צפייה לגיל 18 ומעלה ותנאי עלות לכרטיס, בעוד שלסרט השני אין מגבלת גיל ואין תנאי עלות כי ההקרנה בחינם. בעת קבלת הכרטיס להקרנה, המשתתף מתחייב שהתפרעות מצידו תוביל לענישת כלל הקהל. אם כך, תחת מבחן השלב השלישי, בעוד שהגודל הזה, הרי שההומוגניות ותנאי ההשתייכות אינם זהים. בהקרנה אחת מדובר על אנשים בוגרים אשר שילמו מכספם על מנת לצפות בהקרנה, ואילו בהקרנה השנייה מדובר על קבוצות גיל שונות אשר סביר כי הגיעו ממקומות מגוונים על מנת לצפות בהקרנה ללא עלות. נראה, לדעתי, כי בהקרנה הראשונה אכן מצופה, בהיעדר יכולת מבנית של גורם אכיפה אלטרנטיבי, לדרוש מקהל בוגר ששילם לאכוף התפרעויות ולהסגיר מתפרעים, ואילו בהקרנה השנייה לא בטוח כי ניתן לצפות מהקהל לאכוף הפרעות.

סיכום

ענישה קולקטיבית מתאפיינת בהפעלת לחץ על גורם תמים כדי שיהיה חלק מהמאמץ ההרתעתי או המניעתי כלפי אדם אחר. סוג ענישה זה אינו חדשני וניתן למצוא שימוש בו כבר משחר ההיסטוריה. ואולם, קיימת רתיעה טבעית משימוש בענישה קולקטיבית, שמקורה בכינון תחושת הצדק. לפי תחושה זו, לא ייתכן שיאשם אדם על לא עוול בכפו וישמש כאמצעי לחץ רק משום שהוא משתייך לקבוצה מסוימת.

ברשימה זו ביקשתי לבחון את אפשרות השימוש בענישה הקולקטיבית, מתוך תפיסה שבנסיבות מסוימות כלי זה עשוי להיות יעיל ולהתברר דווקא ככלי ראוי ואף צודק בהשוואה לכלי המסורתי של ענישה פרטנית של המזיק המסוים. ההצדקה המרכזית לשימוש בענישה קולקטיבית, כפי שהוצגה לעיל, היא הצדקה תועלתנית. על פי הניתוח הכלכלי של המשפט, מאחר שמטרת המשפט היא להכווין התנהגות ולהגדיל את התועלת המצרפית בחברה, שימוש בענישה קולקטיבית בזירת המשפט הפרטי, בעת שהעלות למניעת הנזק של הקולקטיב קטנה מעלות האוכף החיצוני, תתברר לא פעם כאפשרות הנכונה והיעילה. הצדקה נוספת בשימוש בכלי זה היא, כאמור, יצירת סולידריות בקבוצה. מול הביקורת שלפיה אין זה צודק להעמיד אדם שאין לו כל קשר לעבירה, עומדת ההנחה שהדין הנוהג כבר מכיר במקרים מסוימים בקשר בין מונע הנזק הזול והטוב לבין הנזק, מעצם היותו של האחרון בעל האפשרות למנועו בצורה יעילה. תחת אותו רציונל אין סיבה שבמקרים מסוימים ובנסיבות המתאימות, לא יהיה ניתן לחייב צד שלישי המזוהה כמונע הזול והטוב.

על מנת לזהות את אותם המקרים שבהם שימוש בענישה קולקטיבית ייחשב לצעד המתבקש והראוי, הצעתי מבחן תלת-שלבי שבמסגרתו יש להצביע על מקור נורמטיבי לחיוב הקולקטיב, על סיווג המקרה ככזה המצדיק חיוב קולקטיבי (קרי, הוכחת יכולת מעשית של הקולקטיב למניעת הנזק) ועל התקיימות יעילות יחסית של הקולקטיב כמונע הנזק. בהתקיים תנאים אלה, המסקנה המתבקשת היא שהענישה הקולקטיבית היא הראויה והצודקת והיא זו שתוביל להכוונת התנהגות באופן הראוי ביותר. כך, למעשה, עולה שהצעת החוק לאיסור על ענישה קולקטיבית בספורט – אשר יש בה כדי להיות הבסיס לאיסור על ענישה קולקטיבית גם בתחומים אחרים⁵³ – למעשה מטילה ענישה קולקטיבית על כלי הענישה הקולקטיבית; שכן זו הוצעה מתוך אימוץ התפיסה שבה ענישה מסוג זה היא כלי משחית ולא צודק, ומתעלמת מן העובדה שבמצב דברים לאחר חקיקת החוק, תצטרך הקבוצה עצמה להשקיע משאבים לאכיפה באופן לא יעיל, מה שבפועל יקטין את התועלת המצרפית ויגרום להרתעת חסר של המזיקים, אשר לא מן הנמנע שתבטא ביותר מקרי התפרעויות בפועל.

אם כן, עיקר התזה העולה מרשימה זו היא שכדי להבטיח הכוונת התנהגות מיטבית, ראוי שכל מקרה של ענישה קולקטיבית בדין הפרטי ייבחן תחת המודל התלת-שלבי שהוצע ובראי תורת היעילות. בחינה זו תעניק תמונה רחבה וכוללת על טיב השימוש בכלי מיוחד זה, תוך שקלול יתרונותיו וחסרונותיו בכל מקרה לגופו, ובכך בעצם תביא לשימוש בו באופן מושכל, צודק ויעיל.

53 [הצעת החוק לאיסור על ענישה קולקטיבית בספורט](#).