

## גוף דו-מהותי כיציר כפיו של המחוקק

בראי חוק הספורט, תשמ"ח-1988

מאת

### אסף הראל\*

א. מבוא. ב. הבסיס התאורטי לסיווג גופים פרטיים כ"דו-מהותיים"; 1. פרמטרים לסיווג גופים פרטיים כ"דו-מהותיים"; 2. הדין החל: דואליות נורמטיבית. ג. מן הכלל אל הפרט: חוק הספורט כבסיס לסיווג איגודי ספורט כ"דו-מהותיים"; 1. מהות פרטית: התאגדות כתאגיד פרטי שלא למטרת רווח – סעיף 1 לחוק הספורט; 2. אוטונומיה ובעלות עצמית: היעדר התערבות שלטונית בניהול ענף הספורט – סעיפים 10-11 לחוק הספורט; 3. שימוש מהותי בקניין הציבורי: ניהול בלעדי של ענפי ספורט – סעיף 1 לחוק הספורט; 4. סיכום ביניים. ד. הדין החל על איגודי ספורט: דואליות נורמטיבית; 1. ביקורת שיפוטית על תקינות הליך שנגקט על ידי איגודי ספורט; 2. ביקורת שיפוטית על החלטות ערכיות שעניינן הפעלת שיקול דעת מקצועי. ה. שלטון עצמי ואחריות ציבורית – עקרון המידתיות כמתווה ל"חיים משותפים"; 1. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; 2. מבחן היחסיות: עלות-תועלת. ו. כפיפות איגודי ספורט לסמכות בג"ץ. ז. אחרית דבר.

### א. מבוא

גוף דו-מהותי, כאותו שעטנו, הוא תאגיד המכיל שני היבטים שונים: פרטי וציבורי<sup>1</sup>. ההיבט הפרטי יונק את שורשיו מאישיותו המשפטית שמקורה במשפט הפרטי<sup>2</sup>. ההיבט

\* ד"ר למשפטים, מרצה, מכללת שערי משפט, הוד השרון. אני מבקש להודות לעו"ד רון כהנא, תלמידי לשעבר, על עבודתו המצוינת כעוזר מחקר. נוסף על כך אבקש להודות לד"ר אביעד הכהן, לעו"ד רחל הראל מצלאווי ולד"ר חגי ויניצקי על הערותיהם מאירות העיניים. 1 את המונח "דו-מהותי" התווה לראשונה השופט אלון בע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 490, 464 (1992) (להלן: פרשת קסטנבאום), שם

הציבורי יונק את שורשיו מטיב פעולותיו, ככל שאלה עושות שימוש במשאבי הציבור. כבר בפרשת בורסת היהלומים (פרשת און), לפני למעלה מעשור, עמד בית המשפט העליון על השניות האינהרנטית הטבועה בגופים דרמהוטיים, כלשונו<sup>3</sup>:

"...טעות היא לחלק את הקניין באופן חד בין קניין פרטי לבין קניין ציבורי... המציאות מורכבת יותר. יש בה גוונים וגוני גוונים. היא מכירה גם בנכסים שיש בהם יסודות של קניין פרטי המעורבים, במינון גדול או קטן, עם יסודות של קניין ציבורי... בגבול שבין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי קיים אזור דמדומים, בו המשפט הפרטי והמשפט הציבורי משמשים בערבוביה... באזור זה קיימת דואליות נורמטיבית, כלומר, דר-קיום של המשפט הפרטי והמשפט הציבורי".

באותה פרשה הדגיש השופט זמיר כי תחולה משולבת של שתי מערכות דינים – פרטית וציבורית – מעוררת שאלות נוקבות. "בכל מקרה", כלשונו, "צריך להישמר שלא יוטלו על גוף דרמהוטי, שהוא ביסודו גוף פרטי, כבלים של המשפט הציבורי שיכבירו עליו ללא הצדקה לפעול באופן יעיל למילוי תפקידיו והשגת מטרותיו". בהמשך דבריו הוא לא נרתע מלהתריע כי "התוויית הדרך לתחולת המשפט הציבורי על גופים דרמהוטיים היא מלאכה עדינה וקשה, אפשר לומר אפילו מסוכנת, שכן היא מאיימת על האוטונומיה של הפרט"<sup>4</sup>. במקום אחר הראנו כי חרף דבריו המפורשים של השופט זמיר, המציאות הפסיקית הוכיחה כי האינטרס הפרטי של גופים שסוגו כ"דרמהוטיים" נמצא נחות מזה הציבורי<sup>5</sup>. הדגשנו שם כי אף במקום שבו מובאים בחשבון היבטיהם הפרטיים, גם אז הם צפויים, בדרך כלל, לסגת מפני הדין הציבורי<sup>6</sup>. ברשימה זו נתמקד בגופים פרטיים בעלי מומחיות

הגדיר גוף דרמהוטי: חברה אשר "שתי מהויות, מנהלית ופרטית, משמשות בה כאחד". ביטוי זה החליף את המונח הקודם לו "יציר כלאיים", המופיע בבג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 465, 449 (1987) (להלן: פרשת מיקרו דף).  
 2 גוף דרמהוטי אינו חלק מן השלטון. הקמתו היא פרי חירותם האישית ובחירתם העצמית של מייסדיו. מכאן, ובהתאמה, נובעת גם אוטונומיית הרצון הפרטי שלו.  
 3 ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196 (1995) (להלן: פרשת און). הציטוט מופיע בפס' 3-4 לפסק דינו של השופט זמיר.  
 4 שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט זמיר. פסק הדין דן בסיווג בורסת היהלומים כגוף דרמהוטי. סיווג כאמור נתפס כגורם מכריע לצורך בחינת השאלה אם הבורסה רשאית, משיקולים פרטיים, למנוע כניסה של אדם המבקש להיכנס בשעריה. לניתוח שאלה זו מנקודת מבט קניינית "פנימית" ראו: חנוך דגן "זכות הכניסה" מחקרי משפט כד 59 (2008).  
 5 אסף הראל גופים דרמהוטיים: גופים פרטיים במשפט המינהלי 250 ואילך (2008).  
 6 להשוואה ראו: גיא פסח "הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות" משפטים לא 895, 978, 981 (2001). כלשונו של המחבר (בהקשר לעיתונות): "גם אם בהגדרה סיווג העיתונות כגוף דרמהוטי מלווה אך ורק בתחולה חלקית של המשפט

מקצועית ייחודית, שמעמדם הדרמהוטי הוסדר בחקיקה מפורשת, אשר מחד גיסא, הגדירה את מעמדם כפרטי, ומאידך גיסא הידקה את הפיקוח הציבורי על פעילותם<sup>7</sup>. כתוצאה מכך, ובניגוד לגופים דרמהוטיים שמעמדם אינו מוסדר בחקיקה, פסיקת בתי המשפט בהתייחס אליהם מעניקה משקל הולם להיבטיהם הפרטיים והציבוריים כאחד.

חוק הספורט, תשמ"ח-1988 (להלן: "חוק הספורט" או "החוק") ישמש אב טיפוס להצגת גוף דרמהוטי ייחודי, בעל מומחיות מקצועית, שהיבטיו הפרטיים והציבוריים הוגדרו יחדיו בחקיקה גופה; בבחינת "שעטנז" בחסות המחוקק.

חשיבותו הציבורית של הספורט מבחינה נפשית, פיזיולוגית, תרבותית, חברתית ולאומית לא הותירה את המחוקק אדיש<sup>8</sup>. כפועל יוצא מכך נחקק חוק הספורט, היוצר תבנית שמכוחה ניתן להקים איגודי ספורט. החוק מקנה לאיגודי ספורט, מחד גיסא, שלטון עצמי המבטיח ניהול ענפי הספורט על פי הבנתם המקצועית, ומאידך גיסא, מחדק את הפיקוח הציבורי על פעילותם המונופוליסטית שהוכשרה בחוק עצמו<sup>9</sup>. בכך ביקש המחוקק להגשים, בזמנית, שתי תכליות:

התכלית הראשונה, הפרטית, נגזרת מנקודת המוצא שלפיה ספורט, כשלעצמו, מהווה מכשיר להגשמת האוטונומיה של הפרט ולפיתוח כושרו הגופני והנפשי על פי רצונו. כפועל יוצא מכך, נקבע בחוק כי איגודי הספורט יוקמו כתאגיד מן המשפט הפרטי ללא כוונת רווח<sup>10</sup>. ככאלה, התאגדותם באה "מבפנים" ולא "מבחוץ"<sup>11</sup>. היא פרי יצירתם של

הציבורי, עדיין סיווג כאמור טומן בחובו הכרעה ערכית עקרונית אשר מתווה ומסמנת מראש את מעמד האינטרסים הפרטיים של העיתונות כנחות ביחס למעמד האינטרס הציבורי עליו העיתונות אמונה".

7 דוגמה נוספת לגופים פרטיים שמעמדם הדואלי הוסדר בחקיקה היא "מוסד מוכר להשכלה גבוהה". להדגשת אוטונומיית הרצון הפרטי של מוסד להשכלה גבוהה ראו: ס' 15 לחוק המועצה להשכלה גבוהה, תשי"ח-1958. לדיון מקיף באשר לאיזון הראוי בין היבטיהם הציבוריים והפרטיים של מוסדות להשכלה גבוהה ראו: רענן הר זהב וברק מדינה דיני השכלה גבוהה 285-259 (2000).

8 להשפעות החברתיות והפוליטיות של הספורט ב-55 שנות קיומה הראשונות של מדינת ישראל ראו: Y. Galily, *Sport, Politics and Society in Israel: The First Fifty-five Years*, 13 (2007) ISRAEL AFFAIRS 525-528. לדיון במקומו של הספורט בעיצוב התודעה הלאומית במדינת ישראל ראו גם: חיים קאופמן וחגי חריף תרבות הגוף והספורט בישראל במאה העשרים (2002). כן ראו: דרורה פלפל הספורט בראי המשפט (1994).

9 המחוקק ביקש להפקיד את הפיקוח על פעילויותיהם של אגודות הספורט בידי גוף אחד, מונופוליסטי, שיהא אמון על ניהול וריכוז מסגרת הספורט האמורה.

10 "התאחדות" ו"איגוד" מוגדרים בס' 1 לחוק הספורט כדלקמן: "תאגיד שלא למטרות רווח, המרכז והמייצג ענף או ענפי ספורט בישראל ושמוכרים בו הגופים הבין-לאומיים המייצגים והמוכרים באותו ענף ספורט".

11 זהו "קו פרשת המים" המפריד בינם לבין רשות ציבורית. בעוד שהאישיות והכשרות המשפטית של רשויות ציבוריות נקבעות מלכתחילה על פי דיני המשפט הציבורי (דין זה קובע

המתאגדים שייסדו את איגודי הספורט באופן עצמאי. בהתאמה, המחוקק אינו מסדיר את אופן פעולתם ומטרותיהם של האיגודים. אלה מוסדרים על פי דיני המשפט הפרטי באמצעות תקנונים הנקבעים על ידי המתאגדים עצמם ומחייבים את כל העוסקים באותו ענף<sup>12</sup>. בכך מוגשמת מהותם הפרטית המאפשרת להם לנהל את ענפי הספורט כראות עיניהם המקצועיות. כפועל יוצא מניהולם העצמי, החוק הקנה לאיגודי ספורט סמכות בלעדית לרון ולהחליט בעניינים הקשורים לפעילותם באמצעות מוסדות שיפוט פנימיים. כן נקבע בחוק כי החלטות ערכאות השיפוט הפנימית העליונה בענייני משמעת תהיינה סופיות ואין לערער עליהן בפני בית משפט<sup>13</sup>.

התכלית השנייה, הציבורית, נגזרת ממעמדם הבלעדי של איגודי הספורט ומחיוניות המשאב הציבורי המנוהל על ידיהם. כפועל יוצא מכך, המחוקק מסדיר "כללי משחק" על פיהם חייבים האיגודים לנהוג בפעילותם הציבורית. מהלך זה נועד להבטיח שאינטרסים ציבוריים חיוניים לא ייפגעו בעת ניהול ענפי הספורט. בתוך כך, הוראות החוק עצמו מסדירות, בין היתר, פיקוח על הכשרת מאמנים, חובה לערוך בדיקות רפואיות לספורטאים, איסור על שימוש בסמים ממריצים, חובה לבטח ספורטאים, הסדרת כללי בטיחות, חובה לייצוג הולם של נשים בסוגי המשרות השונים וקביעת נהלי העברת שחקנים מאגודה לאגודה. אמצעי פיקוח חקיקתי נוסף הוא הכפפת איגודי הספורט לביקורת של מוסד מבקר המדינה<sup>14</sup>. באמצעות כלים אלה – המבטאים פיקוח מהותי על רווחתם ובריאותם של הספורטאים וכן על תקינות ההליך הספורטיבי – ביקש המחוקק להבטיח שהציבור לא יינזק מהשימוש שאיגודי הספורט עושים בנכסיו<sup>15</sup>.

מי ממנה את הרשות, מהן סמכויותיה, איזו כשרות נדרשת ממנה וכיצד עליה להפעיל את הסמכות, האישיות והכשרות המשפטית של איגודי הספורט נקבעות על פי דיני המשפט הפרטי.

12 ס' 10(א) ו-10(ג) לחוק הספורט. כפועל יוצא מכך, כל אגודת ספורט החפצה ליטול חלק בליגה מקצועית בענף ספורט מסוים חייבת להצטרף לשורותיו של איגוד הספורט האמון על ניהול אותו ענף ספורט ולציית לתקנוניו.

13 ס' 11 לחוק הספורט. על פי עמדת הפסיקה, "מדובר בחסימת הפיקוח הערעורי ולא בחסימתו של פיקוח שיפוטי מסוג אחר" (ע"א 674/89 טורטן נ' ההתאחדות לספורט בישראל, פ"ד מה(2) 718, 731-732 (1991); להלן: פרשת טורטן).

14 ס' 9(8) לחוק מבקר המדינה [נוסח משולב], תשי"ח-1958 מכפיף לביקורת המבקר גופים פרטיים הנתמכים במישרין או בעקיפין על ידי הממשלה או על ידי גוף מבוקר אחר.

15 אמצעי פיקוח אפקטיבי לא פחות הוא העיתונות הכתובה והמשודרת, העוקבת באופן אינטנסיבי אחר איגודי הספורט. לאמצעי פיקוח נוסף, שתכליתו להבטיח שלא תהא אלימות בתחרויות ספורט, ראו: חוק איסור אלימות בספורט, תשס"ח-2008. לפיקוח ספציפי של המחוקק בענפי ספורט ייחודיים ראו: חוק הנהיגה הספורטיבית, תשס"ו-2005, חוק הצלילה הספורטיבית, תשל"ט-1979 וכן חוק מכוני כושר (רישוי ופיקוח), תשנ"ד-1994. החשיבות הציבורית הכרוכה בפעילות ספורטיבית באה לידי ביטוי, לאחרונה, בהחלטה סטטוטורית

כתוצאה מהסדר חקיקתי בהיר זה, אך טבעי הוא כי בתי המשפט מסווגים איגודי ספורט כ"גופים דרמהותיים", מתוך הכרה שחרף התאגדותם על פי דיני המשפט הפרטי, ה"עסק" אותו הם מנהלים הינו בעל אופי ציבורי. בשורות הבאות נצביע על פרמטרים אשר יש בהם כדי להעיד על שימוש במשאבים ציבוריים על ידי איגודי ספורט, כגון אספקת שירות חיוני לציבור, מונופול, ריכוז כוח העלול להיות מנוצל לרעה, פעילות ללא מטרת רווח, מימון ציבורי וכיוצא באלה. סיווג כאמור פותח צוהר להכפפתם, בזמנית, לדיני המשפט הפרטי והציבורי (להלן: "דואליות נורמטיבית")<sup>16</sup>. עם זאת בניגוד לחוסר האחידות המאפיין את הפסיקה בעניין גופים דרמהותיים בכלל, בעניינם של איגודי ספורט ניתן לזהות בפסיקה מגמה עקבית, אחידה ומושכלת, אשר מחד גיסא, שואפת להחיל עליהם פיקוח שיפוטי נרחב ביחס לתקינות הליך שננקט על ידיהם בעת פעילותם הציבורית (לרבות הכפפתם לדיני המשפט הציבורי הצרופי, כגון איסור שקילת שיקולים זרים, החובה לפעול על פי כללי מינהל תקין וכיוצא באלה). מאידך גיסא, אותה מגמה שואפת לצמצום התערבות שיפוטית ביחס להחלטותיהם המקצועיות ומותרת בידיהם פררוגטיבה לנהל את ענפי הספורט על פי שיקול דעתם.

מדיניות ראויה זו היא תוצאה של דבר המחוקק, שעיגן את האוטונומיה הפרטית של איגודי ספורט ביחס לניהול מקצועי על פי מומחיותם (ולפיכך בתחום זה תינתן עדיפות לאינטרס הפרטי), וכן את היבטיהם הציבוריים הנוגעים לציבור כולו (לפיכך בתחום זה תינתן עדיפות לאינטרס הציבורי).

עם זאת למדיניות פסיקתית זו ייתכנו חריגים. כך, למשל, ככל שתוכח פגיעה מהותית באינטרס הציבורי ובזכויות הפרט, גם תגבר הנטייה להתערבות שיפוטית גם בעניינים מקצועיים של איגודי הספורט. לעומת זאת לא מן הנמנע כי בתי המשפט, בשל היבטיהם הפרטיים של איגודי הספורט, יימנעו מיישום גורף של דיני המשפט הציבורי הצרופי גם בעניינים של תקינות הליך שננקט על ידי איגודי ספורט. מכאן נובע כי לא ניתן לקבע, בכל עת, "חומה בצורה" בין היבטיהם הפרטיים והציבוריים. הלכה למעשה, השימוש שאיגודי ספורט עושים במשאבי הציבור מתמזג, במרבית המקרים, עם היבטיהם הפרטיים, וההפך. כפועל יוצא מכך, השתת חובות ציבוריות על איגודי ספורט עשויה, בצד הגנה על אינטרס הציבור, לפגוע גם בשלטונם העצמי. בנסיבות אלה, חרף העובדה כי עסקינן בגוף דרמהותי שנעשה "בדברו" של המחוקק, ולמרות שהפסיקה פועלת על פי עקרונות יסוד ראויים, יש

להקים את "המועצה הלאומית לספורט", שתפקידה, בין היתר, יהיה לייצג לשר בענייני קביעת מדיניות כוללת וארוכת טווח בתחום הספורט. ראו חוק הספורט (תיקון מס' 6), תשע"א-2011, ס"ח 674. התיקון נכנס לתוקף בהתאם למנגנון שנקבע בחוק.  
16 בהיבט התאורטי, הכפפתם לחובות מן המשפט הציבורי כמוה כהטלת "מס" על פעילותם, קרי "תשלום" לציבור שנועד לבטא את זיקת הציבור אל משאבים השייכים לו.

להיזקק לכלי מדויק יותר, אנליטי – ועם זאת גמיש – שיאפשר איזון רבגוני בין היבטיו הפרטיים והציבוריים, תוך מזעור פגיעה שאינה הכרחית בשלטונו העצמי. לפיכך, ובשים לב לעובדה שאיגודי ספורט מאוגדים על פי דיני המשפט הפרטי, נציע ליישם את עקרון המידתיות לצורך בחינת הכפפתם לחובות מן המשפט הציבורי (בעניינים המקצועיים ובתקינות ההליך). בתוך כך, נציע לבחון אם ניתן להגשים את תכליתם הציבורית באמצעי אחר שפגיעתו באוטונומיה שלהם פחותה יותר; ואם קיים יחס נאות בין התועלת שתצמח לציבור כתוצאה מהחלת כללי המשפט הציבורי לבין הנזק שייגרם לאיגודי הספורט עקב הפגיעה באוטונומיה שלהם.

על פי גישתנו, ראוי ששימוש בעקרונות אלה ייעשה על ידי הפסיקה באופן מושכל, ומראש. העובדה שניתן להצדיק בדיעבד חלק מתוצאות פסקי הדין על פי מבחני מידתיות אלה – לא די בה. הטעם לכך הוא פשוט: משהמחוקק העלה על נס את פרטיותם של איגודי הספורט, התאגדותם כגופים פרטיים איננה "מקרית". מקורה בהפנמה של המחוקק שלפיה הגנה על שלטונם העצמי חיונית להבטחת ניהול מקצועי של ענפי הספורט. כפועל יוצא מכך, ובהתאמה, על בתי המשפט להבטיח שוויסות חדירתם של כללי המשפט הציבורי אל תוככי הפעילות של איגודי הספורט ייעשה באיזון שיטתי – שאינו שרירותי – שעיקרו כיבוד האוטונומיה שלהם.

הפרק הראשון יוקדש להצגת הבסיס התאורטי לסיווג גופים פרטיים כדו-מהותיים בכלל, ולהכפפתם, בהתאמה, לנורמות ציבוריות. מיד לאחר מכן, בפרק השני, נעמוד על ייחודיותם של איגודי ספורט המהווים גוף דו-מהותי שהוא "יציר כפיו של המחוקק". בפרק השלישי נציג את יישומה הפסיקטי של הדואליות הנורמטיבית החלה על איגודי ספורט. בהמשך, בפרק הרביעי, נציג אמות מידה, ברוח עקרון המידתיות, ליישום ראוי ומאוזן יותר של דואליות זו. הפרק החמישי, שיחתום רשימה זו, יעסוק בכפיפות איגודי ספורט לבית המשפט הגבוה לצדק.

## ב. הבסיס התאורטי לסיווג גופים פרטיים כ"דו-מהותיים"

בטרם נעמוד על מאפייניהם הקונקרטיים של איגודי ספורט, נציג סקירה נורמטיבית באשר למעמד המשפטי של גופים דו-מהותיים בכלל. הסקירה תתבסס על ניתוח מקיף שערכנו במקום אחר, שם עמדנו בהרחבה על מעמד המשפטי של גופים אלה<sup>17</sup>. ניתוח זה ישמש בסיס איתן להוכחת נקודת המוצא עליה תתבסס רשימה זו, שלפיה המחוקק עצמו עיגן את מעמד הנורמטיבי של איגודי ספורט כ"דו-מהותיים".

17 הראל, לעיל ה"ש 5.

**1. פרמטרים לסיווג גופים פרטיים כ"דרמהוטיים"**

גוף דרמהוטי הוא תאגיד או אדם (להלן: "גוף פרטי") המקיים, במצטבר, את שלושת הפרמטרים שיפורטו להלן. שני הפרמטרים הראשונים מבססים את היבטיו הפרטיים, ואילו הפרמטר האחרון מבסס את היבטיו הציבוריים. שילוב זה יוצר את היותו "דרמהוטי" והופך אותו לייצור כלאיים מיוחד במינו.

**(א) מהות פרטית**

גוף דרמהוטי אינו חלק מן השלטון<sup>18</sup>. ככזה, על דרך השלילה, עליו להתאגד על פי דיני המשפט הפרטי<sup>19</sup>. על כן ככל שמדובר בתאגיד, תנאי ראשוני הוא שאישיותו וכשרותו המשפטית ייווצרו מכוח דיני המשפט הפרטי לסוגיו, כלומר פקודת השותפויות, פקודת האגודות השיתופיות, חוק החברות, חוק העמותות, חוק הנאמנות או חוק המפלגות<sup>20</sup>. דינים אלה, כולם כאחד, יוצרים תבנית שמכוחה ניתן להקים תאגידים מסוגים שונים. עם זאת דרך פעולתם ומטרתם של תאגידים שנוצרו מכוח דינים אלה אינן מעוגנות בדינים עצמם, אלא במסמכיהם הפנימיים. תוכנם של המסמכים נקבע על ידי המתאגדים באופן אוטונומי. בכך מוגשמת מהותו הפרטית של הגוף הדרמהוטי<sup>21</sup>.

**(ב) אוטונומיה ובעלות עצמית**

תנאי הכרחי נוסף לעיגון היבטיו הפרטיים של גוף דרמהוטי הוא שלטון עצמי ועצמאות. תנאי זה נגזר מהתנאי הקודם שעליו עמדנו לעיל. לשון אחרת: הואיל וגוף כאמור

18 אלמלא כן "דרמהויותו" לא הייתה קיימת והוא היה רשות ציבורית לכל דבר ועניין.  
19 המשפט הפרטי, כלשונו של הנשיא ברק, מהווה "מסגרת משפטית הקובעת את היחסים המשפטיים בין זכויות האדם הבסיסיות, ואת האיזון הראוי בין זכויות האדם בהתנגשותן, תוך התחשבות באינטרס הציבורי"; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג – פרשנות חוקתית 680 (1994).

20 אורגנים אלה – המוצגים בסדר יורד החל מהאישיות המשפטית שמהותה הפרטית היא הגבוהה ביותר וכלה באישיות שמהותה הפרטית הנמוכה ביותר – מוקמים, בהתאמה, על פי: פקודת השותפויות [נוסח חדש], תשל"ה-1975; פקודת האגודות השיתופיות, 1933; חוק החברות, תשנ"ט-1999; חוק העמותות, תש"ם-1980; חוק הנאמנות, תשל"ט-1969 וחוק המפלגות, תשנ"ב-1992.

21 אמנם, ככל שמדובר במפלגה, לנוכח השפעתה העזה על החיים הציבוריים במדינה זיקתה לערכי המשפט הציבורי היא בעלת עוצמה חזקה ביותר. חרף זאת, ועל אף תפקידה הציבורי, מהותה הפרטית הבסיסית נשמרת הואיל ומייסדיה הם אלה שקובעים את מטרותיה ותכליותיה. להצגה מפורטת של המודל המבקש לראות במפלגה גוף דרמהוטי (לצד הצגת מודלים נוספים) ראו: יגאל מרזל המעמד החוקתי של מפלגות פוליטיות 243-263 (2004).

התאגד על פי המשפט הפרטי, והואיל והיוזמה להקמתו אין מקורה בדין, גוף זה חופשי לפעול על פי בחירותיו האוטונומיות<sup>22</sup>.

### (ג) שימוש מהותי בקניין הציבור

גוף פרטי המקיים את שני הפרמטרים שעליהם עמדנו לעיל, ובמסגרת פעילותו הוא עושה שימוש מהותי במשאבים השייכים לציבור (להלן: "משאבים חיצוניים"), יסווג כדור-מהותי<sup>23</sup>.

תובנה זו עולה בקנה אחד עם ליברטריאנים המצויים בקצה השמאלי של המפה, התומכים, מחד גיסא, בערך המוסרי הטמון בקניין עצמי, אולם מאידך גיסא, סבורים כי יש להגבילו ככל שמדובר ברכישת בעלות או שימוש ב"משאבים טבעיים" (natural resources), כגון אדמה, מים, אוויר) ובמשאבים הנגזרים מההתאגדות החברתית (external resources), כגון הזכות לערך השוק על טובין או שירות שפלוני מספק)<sup>24</sup>. משאבים אלה אינם חלק מנכסיו של הפרט. הם רכוש משותף השייך לציבור (בין לכלל הציבור ובין לחלק בלתי מסוים הימנו). הואיל והם שייכים במשותף לכל בני האדם, כל בן אנוש זכאי לחלק שווה (equal shares) בהם.

זרם זה – המכונה "ליברטריאניזם שמאלי" (left-libertarianism), להלן: "הענף השמאלי" או "הזרם השמאלי") – פיתח תאוריה של צדק המגשרת בין ההבטחה הליברטריאנית הימנית (בחסות נזיק) לבין תפיסתו הפוליטיות של השמאל השוויוני (בחסות רולס)<sup>25</sup>. על

22 ככל שעסקינן באדם, תנאי זה מתקיים מעצם טיבו. אדם מהווה אישיות משפטית טבעית הנהנית מאוטונומיה ללא צורך בדין או בפעולה משפטית שתקנה לו אוטונומיה. מכוח ברייתו הוא רשאי לבצע כל מה שהוא חפץ, בין לתכליות פרטיות ובין לתכליות ציבוריות (כפוף לכל מה שנאסר עליו על פי דין).

23 אדם, מעצם טיבו, מקיים את שני הפרמטרים הראשונים, כך שכל מה שנותר לבחון הוא אם הוא עושה שימוש מהותי בקניין הציבור. בעשותו כן, יסווג כ"אישיות דו-מהותית". ראו הראל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 10, 45, 172, 427, 441.

24 שניהם יכוננו להלן: "משאבים חיצוניים" או "משאבי ציבור". מפאת קוצר היריעה, התשתית התאורטית תוצג כאן בקצרה בלבד. לניתוח מפורט ומעמיק של התאוריה השמאל-ליברטריאנית ויישומה בהקשר לגופים דו-מהותיים ראו: הראל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 353-420. לא מעט תאורטיקנים מקרב הזרם השמאלי סוברים כי כל משאב שאינו כרוך בעבודתו ובכישוריו של האדם הוא בגדר "משאב חיצוני".

25 תובנה זו משקפת שתי אינטואיציות סותרות המנחות את הליברטריאנים השמאליים. על פי האינטואיציה הראשונה, יש להגביל את התערבות החברה בענייניו של הפרט בשם "טובת הציבור" (אינטואיציה זו משקפת את ערך הקניין העצמי). על פי האינטואיציה השנייה, כל אחד מהפרטים היה "כלום" אלמלא הייתה קיימת החברה (אינטואיציה זו משקפת את הטיעון בדבר הבעלות המשותפת במשאבים חיצוניים). לעניין זה ראו B.H. Fried, *Left-Libertarianism: A Review Essay*, 32 PHIL. & PUBL. AFF. 66, 67, 70 (2004).

פי הטיעון, ראוי להכיר בקפיטליזם ובחשיבותו המוסרית להגשמת האוטונומיה של הפרט (ובזכות המוסרית לרכוש), אולם יש לאמץ גרסה מעודנת מזו המוצעת על ידי נוזיק. על פי גרסה זו, ראוי לזכות את הפרט ב"קניין עצמי" אך ורק על טובין שמקורם בעבודה הנובעת מכישוריו הטבעיים (לרבות כל מה שנגזר מהם)<sup>26</sup>. לגבי טובין אלה, נצמד זרם זה אל ה"קצה הימני" של ההגות הליברלית, תוך הדגשת הזכות המוסרית בטובין אלה הנובעת מעקרון ה"קניין העצמי" במלוא הדרו<sup>27</sup>. כאן אין קושי לקבוע כי אנו – ולא אחרים – אחראים מבחינה מוסרית על הגוף שלנו, על האישיות שלנו ועל כל מה שנובע מהם<sup>28</sup>. לעומת זאת באשר לכל יתר הטובין שבעולם (external resources) נצמד זרם זה אל ה"קצה השמאלי" של ההגות הליברלית (בחסות רולס ואחרים), בסברו כי אין זה ראוי, לגבי נכסים אלה, להעניק לפרטים זכות לבעלות בלתי פרופורציונלית בהם<sup>29</sup>. באשר לנכסים אלה, ראוי לאמץ, לדידם, גישה שתבטא את זיקתם של כל בני הציבור לאותם נכסים. פיטר ולנטיין, ממובילי זרם זה, מסכם את השקפת עולמו בזו הלשון<sup>30</sup>:

- J. Grunebaum, *Autonomous Ownership*, LEFT-LIBERTARIANISM AND ITS CRITICS: THE CONTEMPORARY DEBATE 48, 70 (P. Vallentyne & H. Steiner eds., 2000): "Legitimate inequality derives from autonomous ownership of self and labor. Each person has the right to direct his own labor and has a right to the income and products of his labor. Insofar as there are differences between people, their skill abilities, and efforts, there will be legitimate differences in their rewards" H. Steiner, *Original Rights and Just Redistribution*, שם, בעמ' 76-77. להדגשת העלויות החברתיות (social costs) הנובעות ממתן לגיטימציה ל"קניין העצמי" ראו: Fried, לעיל ה"ש 25, בעמ' 75-72.
- לחמש הזכויות הנגזרות מעקרון ה"קניין העצמי" – זכות השליטה על נכס, הזכות לפיצוי ככל שנעשה בו שימוש ללא רשות, הזכות לאכיפת השליטה של הנכס, הזכות להעביר את הנכס וחסיונות מפני תשלום בגין אחזקה ו/או שימוש בנכס – ראו: P. Vallentyne, H. Steiner & M. Otsuka, *Why Left-Libertarianism Is Not Incoherent, Indeterminate, or Irrelevant: A Reply to Fried*, 33 PHIL. & PUBL. AFF. 201, 204 (2005) שם, בעמ' 212.
- Fried, לעיל ה"ש 25, בעמ' 67. לניתוח השאלה אילו טובין בדיוק יכללו במסגרת המונח "משאבים חיצוניים", וכמובן, עד כמה הערך הגלום בהם כפוף לחלוקה מחדש ובאיזה אופן, ראו הראל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 358-370.
- P. Vallentyne, *Introduction: Left Libertarianism – A Primer*, LEFT-LIBERTARIANISM AND ITS CRITICS: THE CONTEMPORARY DEBATE 1 (P. Vallentyne & H. Steiner eds., 2000) לתאורטיקנים נוספים התומכים בזרם ה"ליברטריאניזם השמאלי" ראו: P. VAN PARIJS, REAL FREEDOM FOR ALL: WHAT (IF ANYTHING) CAN JUSTIFY CAPITALISM? (1995) כן ראו: H. STEINER, AN ESSAY ON RIGHTS (1994) M. OTSUKA, LIBERTARIANISM WITHOUT INEQUALITY (2003) ובנוסף:

"Left-libertarian theories of justice hold that agents are full self-owners and that natural resources are owned in some egalitarian manner. Unlike most versions of egalitarianism, left-libertarianism endorses full self-ownership, and thus places specific limits on what others may do to one's person without one's permission. Unlike... right-libertarianism... it holds that natural resources... may be privately appropriated only with the permission of, or with a significant payment to, the member of society. Like right-libertarianism, left-libertarianism holds that the basic rights of individuals are ownership rights. Such rights can endow agents – as liberalism requires – with spheres of personal liberty where they may each pursue their conception of 'the good life'. Left-libertarianism is promising because it coherently underwrites both some demand of material equality and some limits on the permissible means of promoting this equality".

- בהתאמה, גוף פרטי המבצע פעולות בעלות "אופי ציבורי" אינו יכול להסתתר בצלו של עקרון הקניין העצמי. גוף כזה "השתלט" על משאבים חיצוניים לא לו, קרי משאבים השייכים לכלל שאין לו כל זכאות (entitlement) עליהם. משאבים אלה אינם חלק מנכסיו. הם רכוש משותף השייך לציבור. לאיתור השימוש במשאבים חיצוניים הצענו להסתייע בשלוש קטגוריות המעידות על פעילות במרחב הציבורי<sup>31</sup>:
1. הפעלת סמכות שלטונית על פי דין – תאגיד פרטי שהדין מעניק לו סמכות שלטונית.
  2. זיקה פונקציונלית לשלטון – תאגיד פרטי המבצע פעילות "בעלת אופי ציבורי" הזזה לפעילויות המבוצעות דרך קבע על ידי רשויות השלטון, כגון ביצוע תפקיד חיוני לציבור, הענקת שירות לציבור, פעילות שלא למטרת רווח, מונופול, ריכוז כוח ותמיכה מכספי ציבור.
  3. זיקה מוסדית לשלטון – תאגיד פרטי שיש זיקה בינו לבין רשויות השלטון, כגון זיקת בעלות, זיקה רעיונית או זיקה מימונית<sup>32</sup>.

31 הפרמטרים אינם מתיימרים למצות את מכלול הנסיבות האפשריות העשויות להצביע על שימוש במשאבי הציבור, אלא רק להצביע על התפיסה המנחה לעניין זה.

32 המונח "מוסדית" מופיע בהקשר דומה במאמרו של פרופ' איל בנבנשתי "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל ב 11, 14 (1994). לניתוח הדין בארצות-הברית בעניין יישום "מבחן הקשר" (Nexus Theory) בין הגורם הפרטי לבין השלטון כעילה אפשרית לסיווג פעולה פרטית כ"מעשה מדינה" ראו: דפנה ברק-ארוז "תאגידים ציבוריים" עיוני משפט יט 273, 299 (1995). על פי הגישה הנהוגה שם, רק קשר סימביוטי בין הגוף הפרטי לבין

פרמטרים אלה אינם מהווים רשימה סגורה. המכנה המשותף לכולם הוא אחד: כולם עשויים להעיד על שימוש במשאבי ציבור על ידי גוף פרטי. הכל יסכימו למשל כי גוף פרטי המפעיל סמכות שלטונית שהוקנתה לו בדין (המאפשרת לשנות את מצבו המשפטי של אדם ללא הסכמתו), פועל בקניין הציבורי<sup>33</sup>. הוא הדין ביחס לגופים פרטיים ש"השתלטו" על הפרווגטיבה לספק לציבור שירות חיוני (שהרי ההתאגדות החברתית היא זו שנפחה חיים בקרבם והולידה את תלות הציבור בהם)<sup>34</sup>. בדומה לכך, גוף פרטי הנהנה ממונופולין – שהוא תוצר של המבנה החברתי שאינו מאפשר לחשוף פעילות מסוימת לתנאים של שוק חופשי ופתוח – אינו פועל בגדר קניינו העצמי (קל וחומר כאשר המונופולין נוצר בשל החלטה מודעת של רשות ציבורית להפקיד בידיים פרטיות שליטה בלעדית על פעילות שמקורה בטובין השייכים לציבור). הוא הדין ביחס לגוף פרטי שצבר לחיקו כוח עודף, תוך שהוא מסתייע לשם כך בהתאגדות החברתית ובשוק החופשי שיצרו ועודדו את האינטרס הציבורי הגלום בפעילותו, וכן גוף פרטי הפועל לתועלת הציבור, ללא תכלית עסקית, וניזון מכספי ציבור<sup>35</sup>. בכל אותם מקרים יש להגן על "קניין הציבור" מפני שימוש לרעה בו על ידי גוף פרטי. ככל שבפעילותו טמון חשש לפגיעה בזכויות ובאינטרסים מוגנים השייכים לציבור, כך תגבר הנטייה לסווג חלק מפעילותו כ"משאב חיצוני", ובהתאמה לסווגו כ"דר-מהותי".

עם זאת הואיל וסיווג גוף פרטי כ"דר-מהותי" עלול לפגוע, בעקיפין, בזכויותיו החוקתיות ובאוטונומיית הרצון הפרטי שלו, לא כל שימוש במשאבים חיצוניים יצדיק זאת<sup>36</sup>. צריך שהשימוש יהיה מהותי<sup>37</sup>. שימוש כאמור מחייב, כלשונה של פרופ' דפנה ברק-

רשויות השלטון יביא לכך שהפעולה הפרטית תיחשב ל"מעשה מדינה". המחברת מבקרת מבחן מצומצם זה.

33 ככלל, ביצוע סמכות שלטונית הוא פרווגטיבה שהציבור מקנה, באמצעות חקיקה, לרשות ציבורית. לפיכך, מקום שהציבור הסמיך גוף פרטי להפעיל בעבורו את הסמכות השלטונית הופך הגוף הפרטי להיות שלוחו לעניין אותה סמכות, וככזה אין הוא פועל בגדר קניינו העצמי אלא ב"קניין הציבור".

34 אלמלא ההתאגדות החברתית לא הייתה למוצרים אלה זכות קיום. לפיכך, ממש כמו משאבים טבעיים, אין הם בגדר "קניינו העצמי" של פרט המספק אותם. למעשה כל גוף פרטי המספק שירות לציבור (ללא קשר לסוג השירות, לחיוניותו ולמהותו) עושה שימוש מסוים במשאב חיצוני, ולו בשל העובדה שהשוק החיצוני נדרש להעריך את טיב השירות. במילים אחרות, עצם אספקת שירות לציבור הרחב – באופן המקנה לו "שווי שוק" – הופכת אותו למשאב חיצוני גם אם לא גלום בו אינטרס ציבורי מיוחד.

35 כספים אלה, על פי כל הדעות, הם טובין חיצוניים שאינם נובעים מכישוריו או מעבודתו.

36 הפגיעה בזכות יסוד חוקתית של גוף פרטי שסווג כדר-מהותי נובעת מכך שסיווגו כאמור – ובהתאמה, הכפפתו לנורמות ציבוריות – עלול להגביל את חירותו לפעול בקניינו ולצמצם את אוטונומיית הרצון הפרטי שלו. לסיווג אוטונומיית הרצון הפרטי כזכות חוקתית ראו אהרן ברק, לעיל ה"ש 19, בעמ' 688.

ארז, "שרטוט-מחדש של הגבול בין הפרטי לציבורי, על-פי מבחן מהותי, ולא על-פי מבחן ארגוני-פורמלי"<sup>38</sup>. לא הרי שימוש במשאבים חיצוניים חיוניים שהם נחלת הכלל (כגון מים, אוויר, חוף ים, מחצבים, נכסי ידע או תרבות) כהרי שימוש במשאבים ציבוריים מינוריים (כגון שימוש ב"ערך השוק" לצורך מכירת מוצרים). ככל שהשימוש יהא ניכר יותר מבחינה איכותית, כך תגבר הנטייה לסווגו כדו-מהותי. מידת האינטנסיביות של הזיקה בין הגוף הפרטי לבין הציבור משתנה ממקרה למקרה. לא ניתן להגדירה מראש. אין מנוס אפוא מבחינה קונקרטית של כל מקרה לגופו (כפי שנעשה כיום על ידי הפסיקה), על רקע בחינת מהותו הכוללת של הגוף, מאפייניו, תפקידיו, מעמדו בציבור, זיקתו לשלטון ושיקולי מדיניות.

כאן המקום להדגיש כי סיווג גוף דו-מהותי הוא לעולם נקודתי ומתייחס לאספקטים הספציפיים העומדים לדיון<sup>39</sup>. השאלה אם גוף פלוני עושה שימוש מהותי במשאבי ציבור תיגזר, תמיד, מאופי הפעולה העומדת לביקורת שיפוטית. במילים אחרות גוף פרטי, מעצם טיבו, עשוי לנוע על פני הספקטרום הציבורי בהתאם לטיב המשאב שהוא מפעיל ולאופן השימוש בו: בעשותו שימוש מהותי במשאבים חיצוניים הוא יסווג כדו-מהותי. לעומת זאת מקום שהוא כלל אינו עושה שימוש במשאבים ציבוריים, הוא יסווג כגוף פרטי מובהק.

## 2. הדין החל: "דואליות נורמטיבית"

בשל מעמדם הדואלי של גופים דו-מהותיים, בתי המשפט נוהגים להכפיפם לתחולה משולבת של שתי מערכות דינים: ציבורית ופרטית (להלן: "דואליות נורמטיבית")<sup>40</sup>.

- 37 לניתוח הפרמטרים שנועדו לצקת תוכן במונח "שימוש מהותי" ראו הראל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 442-431.
- 38 דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות גומלין" משפט וממשל ה' 95, 113 (1999). המחברת מדגישה כי מגמה זו אינה מבטלת את ההבחנה בין התחום הפרטי לבין התחום הציבורי, אלא רק משרטטת מחדש את קו הגבול, ששוב לא ייקבע רק על פי מבחנים פורמליים של בעלות ציבורית או פעולה מכוח חוק מקים.
- 39 הראל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 438-439. יש לזכור כי גוף דו-מהותי, בניגוד לרשות ציבורית, חובת נאמנות לציבור בפעילותו הציבורית בלבד. לפיכך אין זה ראוי לסווגו כדו-מהותי בעת פעילותו ה"פרטית" או כאשר הוא לא עושה שימוש מהותי במשאבי הציבור. אף מנקודת ראותו של הציבור, מקום שפעילותו של גוף פרטי אינה מצביעה על שימוש מהותי במשאבים חיצוניים ממילא נעדר האינטרס הציבורי המחייב את סיווגו כדו-מהותי.
- 40 תחולת דיני המשפט הציבורי בישראל לא נעצרה בפתחם של גופים דו-מהותיים. כידוע, בעקבות "המהפכה החוקתית" הוחלו זכויות אדם חוקתיות גם במערכת היחסים בין פרטים מובהקים. עם זאת בשונה מגופים דו-מהותיים, חדירת הנורמות הציבוריות אל הספרה הפרטית אינה תולדה של היבט ציבורי שיש בפעילות הפרט, אלא מקורה בהכרעה ערכית הנובעת מהתועלת שיש בזכויות גופן. הנשיא ברק היה החלוץ בהתוויית האופן שבו מוזרמים עקרונות היסוד מן המשפט הציבורי למשפט הפרטי. ראו: אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות

מערכת דינים משולבת זו נועדה ליתן ביטוי הדדי הן לאוטונומיית הרצון הפרטי שלהם והן לאינטרס הציבור. בעוד שדיני המשפט הפרטי מהווים פלטפורמה להגשמת שאיפותיהם, עצמאותם ומומחיותם, דיני המשפט הציבורי נועדו להבטיח שינהלו את נכסי הציבור בראייה מערכתית ארוכת טווח ותוך מתן ביטוי לאינטרס הציבורי<sup>41</sup>. למעשה, דינם כדין הטלת "מס" על פעילותם של הגופים הדרמהותיים, קרי תשלום לציבור שנועד לבטא את זיקת הציבור אל משאבים השייכים לו<sup>42</sup>. נוסף על כך, דיני המשפט הציבורי נותנים ביטוי ממשי לאחריות החברתית שאותה חבים גופים דרמהותיים כלפי הקהילה<sup>43</sup>. כך, למשל, החובה לפעול בהגינות ובישור תבטיח קידום טובת הציבור; החובה לפעול על פי מכרז תבטיח שגוף העושה שימוש בטובין ציבוריים ינצל ניצול אופטימלי משאבים אלה<sup>44</sup>; החובה לפעול בסבירות תבטיח איזון ראוי בין השיקולים הענייניים העומדים ביסוד המשאב

במשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (יצחק זמיר עורך, 1993). מבין המודלים השונים לתחולת זכויות האדם במשפט הפרטי אומץ בישראל מודל "התחולה העקיפה". על פי מודל זה, החדרת זכויות האדם ליחסים בין פרטים מובהקים נעשית באמצעות המשפט הפרטי עצמו, תוך שימוש במונחי פסגות כגון "תקנת הציבור", "תום לב" ו"רשלנות". להבחנה בין תחולת זכות האדם בין פרטים מובהקים אל מול הדואליות הנורמטיבית החלה על גוף דרמהותי, ראו הראל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 188-194.

41 להשוואה ראו: ד' מישורי "תולדות רעיון הגידור" ארץ אחרת 29, בעמ' 22, 25 (2005): "...כלכלה המבוססת על עקרון הרווח הפרטי המהיר פשוט אינה מסוגלת להתמודד עם ניהול ארוך-טווח של נחלת הכלל... ניהול הסביבה כרכוש פרטי מתבסס על עקרונות המנוגדים לעניין שבשימור נחלת הכלל..."

42 נקודת המוצא לדיונו היא שהגוף הדרמהותי לא יאמץ לחיקו, מיוזמתו, נורמות גבוהות מהמשפט הציבורי (העשויות לפגוע, על פי השקפתו, בפעילותו העסקית). זוהי הסיבה שבגינה אנו מכנים את החובה לנהוג על פי כללים אלה כמעין "מס" המתחייב מהשימוש במשאבים חיצוניים. עם זאת לעתים גופים פרטיים כופים על עצמם בכל זאת נורמות ציבוריות באופן וולונטרי. כך, למשל, חברת החשמל רואה עצמה כגוף ציבורי על פי אמות המידה שהיא קבעה לעצמה. כפועל יוצא מכך היא החליטה, בלי שהחוק מחייב אותה לכך, כי השירות הציבורי המסופק על ידיה מחייב מינוי ממונה על תלונות הציבור (כד בבד, המחוקק רואה אף הוא בחברת החשמל גוף בעל חשיבות ציבורית-לאומית ממדרגה ראשונה. לעניין זה ראו חוק משק החשמל, תשנ"ו-1996).

43 לדיון אודות אחריותו החברתית של בעל זכות קניין כלפי החברה ראו: ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629, 650-651 (2001); ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 936-939 (2002). כן ראו באותו הקשר חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 65-51 (2005). לדיון ספציפי בסוגיית האחריות החברתית בקשר לרישום הערת אזהרה ראו אסף הראל "סייגים לזכות הראשונים בעסקאות נוגדות" מקרקעין ג/4, 3 (2004).

44 כך יימנע בזבוז מיותר של משאבי ציבור (ובעקיפין יגדל חלקו השוויוני של כל אחד מבני הציבור במשאבים החיצוניים). מעבר לכך, שיטת המכרז תבטיח לכלל הציבור כי השימוש בטובין הציבוריים ייעשה תוך הגשמת שוויון הזדמנויות, טוהר מידות ושמירה על מנהל תקין.

החיצוני שבו נעשה שימוש; חובת כיבוד זכויות האדם תבטיח את זכותו של כל אחד מחברי הציבור לרווחה, לחיים טובים ולהגשמת קניין עצמי מהותי; חובת השקיפות תאפשר לכל אחד מחברי הציבור לקבל את המידע הדרוש אודות אופן השימוש במשאבים חיצוניים על ידי הגוף הדו-מהותי; וכיוצא באלה<sup>45</sup>.

עם זאת תוכנה של הדואליות הנורמטיבית צריך להיות מושפע מניתוח כל מקרה לגופו על פי נסיבותיו. ככל שהשימוש במשאבים חיצוניים יהא משמעותי יותר מבחינה איכותית, כך גם תגבר עוצמת דיני המשפט הציבורי, וההפך<sup>46</sup>. בבואנו לצקת תוכן ממשי בדואליות זו, עלינו להביא בחשבון כי המשאבים החיצוניים שבהם גופים דו-מהותיים עושים שימוש מתמזגים לא אחת עם היבטיהם הפרטיים. כפועל יוצא מכך, הכפפתם לדיני המשפט הציבורי עשויה לגרור פגיעה עקיפה באוטונומיה הפרטית שלהם. פגיעה זו היא אמנם תוצאת לוואי של הגשמת אינטרס הציבור, אולם היא עלולה לפגוע בפגיעה ממשית בשלטונם העצמי. לפגיעה זו עלולות להתלוות השלכות מרחיקות לכת<sup>47</sup>. לפיכך, ובהתאם לעקרון המידתיות – שעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק – הצענו לצמצם פגיעה זו באמצעות שלושה מבחני משנה<sup>48</sup>:

1. התאמה בין דיני המשפט הציבורי לטיב המשאבים החיצוניים: מהלך זה נועד לוודא קיומה של התאמה עקרונית בין תוכן הנורמה הציבורית לבין סוג המשאב החיצוני הקונקרטי שבו נעשה שימוש על ידי הגוף הדו-מהותי. במסגרת זו יש לבחון אם

45 השתלבות דיני המשפט הציבורי עשויה גם להקנות לגוף הדו-מהותי "זכויות יתר" מן המשפט הציבורי. בשונה מהחובות, את זכויות היתר ידרוש הגוף הדו-מהותי בעצמו על-מנת "לחמוק" מדיני המשפט הפרטי (כגון הלכת ההשתחררות, חסינות מפני תביעה נזיקית, וכיוצא באלה). דיון בזכויות היתר חורג מגבולותיה של רשימה זו. להרחבה בעניין זה ראו הראל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 308 ואילך. כל שנאמר הוא, שבעוד שעמדת הדין המצוי מקבלת בברכה את "פלישתן" של החובות מן המשפט הציבורי, קיימת הסתייגות עקרונית, הן בפסיקה הן בספרות, מהקניית פררוגטיבות מן המשפט המנהלי לגופים דו-מהותיים. הסתייגות זו נובעת מהחשש שאותו גוף יעשה שימוש לרעה בזכויות יתר לטובתו האישית.

46 להצגה בהירה ושיטתית כיצד גישה חברתית – המבוססת על אחריות חברתית, סולידריות והתחשבות בציפיות הזולת – משתלבת היטב עם היעדים האינהרנטיים של המשפט העסקי הפועל באמצעות דיני החוזים ודיני החברות ראו: עלי בוקשפן המהפכה החברתית במשפט העסקי (2007). המחבר ממחיש כיצד המוסד החוזי והמוסד התאגידי מהווים מוסדות רבי עוצמה המתאימים להטמעת "המהפכה החברתית במשפט", כהגדרתו.

47 להשוואה ראו דבריו של השופט זמיר בפרשת און, לעיל ה"ש 3, בעמ' 208: "בכל מקרה צריך להישמר שלא יוטלו על גוף דו-מהותי, שהוא ביסודו גוף פרטי, ככלים של המשפט הציבורי שיכבידו עליו ללא הצדקה לפעול באופן יעיל למילוי תפקידיו והשגת מטרותיו. התוויית הדרך לתחולת המשפט הציבורי על גופים דו-מהותיים היא מלאכה עדינה וקשה, אפשר לומר אפילו מסוכנת, שכן היא מאיימת על האוטונומיה של הפרט. מן הראוי להתקדם... בזהירות, ממקרה למקרה...".

48 ראו גם הראל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 449-479.

- האמצעי – החלת הנורמות הציבוריות על הגוף הדרמהוטי (או לחלופין, צמצום זכויותיהם מן המשפט הפרטי) – יתרום בפועל להגשמת תכליתם הציבורית.
2. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה: כאמור, חלק נכבד מהמשאבים החיצוניים הגלומים בגופים דרמהוטיים מהול בטובין שמקורם גם באוטונומיית הרצון הפרטי שלהם. לכן, בדרך כלל, תוצאת לוואי של הכפפתם לחובות מהמשפט הציבורי תהא פגיעה – ישירה או עקיפה – גם בהיבטיהם הפרטיים. בשל כך יש לוודא כי "הפקעת" זכויותיהם מהמשפט הפרטי תהא במידה המזערית הנדרשת להגשמת תכליתם הציבורית, ולא מעבר לכך. על פי מבחן זה, לא מן הנמנע כי דיני המשפט הפרטי ישפיעו על התוכן שיש לצקת בדיני המשפט הציבורי<sup>49</sup>.
3. מבחן היחסיות: עלות-תועלת: במסגרת זו יש לבחון אם קיים יחס נאות בין התועלת שתצמח לציבור כתוצאה מהחלת דיני המשפט הציבורי לבין הנזק שייגרם לגוף הדרמהוטי עקב הפגיעה באוטונומיית הרצון הפרטי שלו<sup>50</sup>. בעת בחינה זו יש להתחשב במכלול הנסיבות ולהצטייד, ככל שניתן, בראייה מערכתית כוללת. שיקולי מדיניות ראויים אף הם לבוא בחשבון<sup>51</sup>.
- אמנם, ניתן לתהות באשר לערך המוסף הקיים בהכפפה שיפוטית של גופים דרמהוטיים לנורמות ציבוריות. ניתן לטעון, לדוגמה, כי מוטב שביקורת ציבורית על גופים פרטיים תיעשה בחקיקה – שמכוחה ניתן לקיים פיקוח רגולטיבי על פעילותם – תחת אשר

49 ראו: פרשת קסטנבאום, לעיל ה"ש 1, בעמ' 492: "גוף שאופיו הוא דרמהוטי... יחולו עליו הן כללי המשפט הפרטי והן נורמות המשפט הציבורי. הנורמות והכללים האמורים יופעלו תוך התחשבות באופיו המיוחד של הגוף, ולייחוד זה השפעה הן על העקרונות מתחום המשפט הפרטי והן על הנורמות מתחום המשפט הציבורי".

50 התועלת הציבורית היא נגזרת של האינטרס הציבורי המוגן, כגון הגנה על אינטרס כלל הציבור, הגנה על ציבור בלתי מסוים, הגנה על זכויות ואינטרסים מוגנים של פרט הניצב מול הגוף הדרמהוטי וכיוצא באלו.

51 ייתכן כי חלק ממצדדי הזרם השמאלי יתנגד בתוקף לכל פגיעה בקניינו העצמי של פרט, גם אם היא נועדה לקדם חלוקה שוויונית במשאבים חיצוניים. בין כך ובין אחרת, הואיל ושיטת המשפט הנהוגה במקומותינו אינה מכירה בזכויות מוחלטות, אנו סבורים כי מקום שפגיעה זו היא בלתי נמנעת, אין מנוס ממנה (כפוף לחובה לפעול לצמצומה). בתוך כך גם וולנטיין, סטיינר ואוטסוקה מונים במאמרם ארבע סיטואציות אפשריות שכל אחת מהן, כשלעצמה, עשויה לסייג את עקרון ה"קניין העצמי" גם לגבי טובין שמקורם אינו במשאבים חיצוניים: (1) בהתקיים אפשרות קלושה שפעולה מסוימת תפלוש אל תחום ה"קניין העצמי"; (2) גם בהנחה שהייתה פלישה ל"קניין העצמי", הנזק הוא טריוויאלי; (3) הנזק לא היה צפוי; (4) התועלת לאחרים כתוצאה מביצוע פעולה שפלשה ל"קניין העצמי" היא אדירה (מונעת אסון חברתי). לעניין זה ראו Vallentyne, Steiner & Otsuka, לעיל ה"ש 27, בעמ' 206-208; הראל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 416-420.

באמצעות פסיקה קזואיסטית, המהווה "חקיקה שיפוטית" לכל דבר ועניין<sup>52</sup>. התומכים בגישה זו יטענו כי פיקוח על גופים פרטיים באמצעות המחוקק, או באמצעות הרשות המבצעת, יעיל יותר מן הפיקוח על ידי בית המשפט<sup>53</sup>. כך, למשל, בעוד שפיקוח על ידי המחוקק נעשה מראש, קרי מניעה מוקדמת על ידי רגולציה (פיקוח זה נלווה, בדרך כלל, להליך ההפרטה), פיקוח על ידי בית המשפט הוא פיקוח בדיעבד וספורדי (תכליתו העיקרית היא מניעת שימוש לרעה בכוח של גופים פרטיים)<sup>54</sup>. המצדדים בגישה זו יוסיפו ויטענו כי משמעותה המעשית של הפרקטיקה הנהוגה כיום על ידי בתי המשפט היא הכפפה לנורמות ציבוריות, באמצעות ביקורת שיפוטית, של גופים פרטיים שהמחוקק פטר אותם מלכתחילה מתחולתן. בכך למעשה מוחל עקרון שלטון החוק – שבבסיסו חל על רשויות ציבוריות בלבד – גם על גופים פרטיים. כלשונו של פרופ' Wade<sup>55</sup>:

"These Judicial forays into areas beyond the law have constitutional implications. The rule of law now operates in territory previously supposed to be beyond its reach. Where the court undertakes... to enforce the self-made rules of non-statutory (and non-contractual) body, those rules become in effect legislation, though in no way authorized by Parliament".

מנגד, המצדדים בפיקוח שיפוטי ידגישו את הערך המוסף הטמון בגמישות המאפיינת אמצעי פיקוח זה, המאפשרת לבתי המשפט להחיל, בזמנית, מערכת דינים משולבת שתוכנה משתנה בכל מקרה על פי נסיבותיו. שאלה זו, החורגת מגבולותיה של רשימה זו,

52 לדיון אודות אמצעי הפיקוח הציבורי על פעילות פרטית, לרבות היקף הפיקוח והשלכותיו, הרקע והטעם לפיקוח, גבולות הפיקוח ומקורותיו, מנגנוני הפיקוח וסמכויותיו ראו יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב 67 (2005).

53 ראו לדוגמה: חוק משק החשמל, תשנ"ו-1996, חוק תאגידי מים וביוב, תשס"א-2001, וחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000, שהחילו את דיני המשפט הציבורי (במינונים שונים ומגוונים) על תאגידי פרטיים המספקים, בהתאמה, שירותי חשמל, שירותי מים וגופים פרטיים המעניקים שירות לציבור. לעתים בתי המשפט נקראים לדגל לבחינת אופיו ומהותו של הפיקוח המתבצע על ידי המחוקק או הרשות המבצעת, אולם אז תפקידם מתמצה בתקיפה עקיפה, קרי בפיקוח על המפקח (פיקוח עקיף). ראו לדוגמה: בג"ץ 2472/09 אלישיוב נ' המפקח על הבנקים (פורסם בנוב, 2009). לעומת זאת בעת החלת נורמות ציבוריות על גופים דו-מהותיים, התקיפה היא ישירה (פיקוח ישיר).

55 H.W.R. WADE & C.F. FORSYTH, ADMINISTRATIVE LAW 639 (9<sup>th</sup> ed. 2004). לבעייתיות הכרוכה בחקיקה שיפוטית בכלל ראו: גד טדסקי מחקרים במשפט ארצנו 22 (מהדורה שנייה ומורחבת, 1959). המחבר מחזיק בדעה כי יש לרסן את נטיית בתי המשפט לקבוע נורמות בין פרטים. לשיטתו יש להותיר מלאכה זו בידי המחוקק.

אינה מחייבת מענה בענייננו. הטעם לכך הוא פשוט: בהתייחס לאיגודי ספורט – שהם נשוא רשימה זו – המחוקק יצר "הסדר פשרה" המגשר בין שתי אסכולות אלה: מחד גיסא, המחוקק מסדיר את פעילותם בחקיקה ונמנע מלהותיר "חלל ריק" לפתחם של בתי המשפט. כפועל יוצא מכך, המחוקק מעגן ביחס אליהם את שלושת התנאים שעליהם עמדנו לעיל – מהות פרטית, אוטונומיה ושימוש מהותי בקניין הציבור. מאידך גיסא, הוראות החוק אינן בגדר "הסדר שלילי" שנועד לדחוק פיקוח שיפוטי. עם זאת בניגוד לגופים דרמהוטיים "טיפוסיים" שאינם מוסדרים בחקיקה, המחוקק מתווה לבתי המשפט, באמצעות החקיקה, מדיניות מכוונת שתכליתה איתור המהות העומדת בבסיס כל פעולה של איגודי הספורט (אשר באמצעותה יוגדר הדין שראוי להחיל עליהם). בפרקים הבאים ניווכח, כי הסדר חקיקתי זה תורם לאחידות פסיקתית, כלומר לפסיקה שיטתית שאינה תוצר של "חוש המומחיות של המשפטן"<sup>56</sup>.

### ג. מן הכלל אל הפרט: חוק הספורט כבסיס לסיווג איגודי ספורט כ"דרמהוטיים"

ייחודיותם של איגודי ספורט ביחס לגופים דרמהוטיים אחרים נובעת מן העובדה כי חוק הספורט מעגן, בחקיקה גופה, את היבטיהם הפרטיים והציבוריים. בכך נפתח הצוהר לסיווגם, בהקשרים שונים, כגופים דרמהוטיים. מבין שלל איגודי הספורט הפועלים בישראל בחרנו, לצורך העניין, את ההתאחדות לכדורגל כדוגמה אופיינית לאיגודי ספורט (להלן: "ההתאחדות" או "ההתאחדות לכדורגל"). עם זאת התובנות יפות, בשינויים המחויבים, ביחס לכלל האיגודים.

#### 1. מהות פרטית – התאגדות כתאגיד פרטי שלא למטרת רווח – סעיף 1 לחוק הספורט

איגודי ספורט מוקמים, בהוראת המחוקק, כתאגיד מן המשפט הפרטי שאינו חלק מרשויות השלטון<sup>57</sup>. ככאלה, דיני המשפט הפרטי הם אלה שנפחו, מלכתחילה, חיים בעורקיהם. כך, למשל, ההתאחדות לכדורגל – ארגון וולונטרי האחראי על ניהול ענף

56 ת"א (מחוזי י-ם) 902/91 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' פלונית, פ"מ תשנ"ו(3) 265, 288 (1996).

57 "איגוד ספורט" מוגדר בס' 1 לחוק הספורט כדלקמן: "תאגיד שלא למטרות ריווח, המרכז והמייצג ענף או ענפי ספורט בישראל ושכירים בו הגופים הבין-לאומיים המייצגים והמוכרים באותו ענף ספורט". בישראל פועלים איגודי ספורט רבים המרכזים ענפי ספורט מגוונים, כגון איגוד הכדורסל, איגוד הסייף בישראל, ההתאחדות הישראלית לאגרוף ועוד רבים אחרים.

הכדורגל במדינת ישראל – מאוגדת כעמותה לפי חוק העמותות, תש"ם-1980.<sup>58</sup> חבריה הן קבוצות הכדורגל הבוגרות המשתתפות במשחקים המנוהלים על ידיה (להלן: "אגודות ספורט").<sup>59</sup> כאיגוד ספורט, היא חברה מאז היווסדה בשנת 1928 בארגון הבינלאומי פי"א (Federation Internationale de Football Associations)<sup>60</sup>.

כרי, כי בעצם התאגדותם של איגודי הספורט כגוף שמוצאו במשפט הפרטי הם השתמשו ב"טובין" שלא היו קודם בבעלות אף אחד. "טובין" אלה הלא הם הפרווגטיבה הנתונה לכל אחד מאיתנו להתאגד על פי דיני המשפט הפרטי לצורך הקמת מיזמים פרטיים. התאגדות כאמור באה "מבפנים" ולא "מבחוץ". היא פרי יצירתם הטבעית. ה"צדק ההיסטורי" מחייב התייחסות אליהם אפוא, ראשית לכל, כאל גופים פרטיים.<sup>61</sup> מכאן הם התחילו את דרכם. הם "לקחו" מה שכל אחד מהפרטים המרכיבים את הציבור "העניק" להם (שהרי אישיותם הפרטית ניתנה להם על ידי הציבור מרצונו החופשי)<sup>62</sup>.

58 ההתאחדות נוסדה בתאריך 14.8.1928 כאגודה עותומנית תחת השם "ההתאחדות לכדורגל של ארץ ישראל". ייסודה סייע ליישוב היהודי, שהיה בראשית דרכו, לפלס את הדרך לקבלת הכרה בינלאומית ביישות הצינית. לתובנה שלפיה ייסוד ההתאחדות היה חלק מתהליך ההתגבשות הלאומית והפוליטית של היישוב היהודי בארץ ישראל ראו: H. Kaufman & Y. Galily, *The Early Development of Hebrew Football in Eretz Israel, 1910-1928*, 9 *Soccer & Society* 81-95 (2008).

59 "אגודת ספורט" מוגדרת בס' 1 לחוק הספורט כדלקמן: "חבר-בני-אדם העוסק בענף או בענפי ספורט מסויימים והמסונף לארגון ספורט או הפועל כתאגיד עצמאי". "ארגון ספורט" מוגדר באותו סעיף כדלקמן: "תאגיד שלא למטרות ריווח המאגד בתוכו אגודות ספורט העוסקות בענפי ספורט שונים" (לדוגמה "הפועל", "מכבי", "בית"ר", "אליצור").

60 פי"א, שמקום מושבה הוא בציריך, מאגדת 208 התאחדויות. רובן בעלות שיוך מדינתי ומיעוטן מייצג חלקי מדינות (לדוגמה איי פארו הנשלטים על ידי דנמרק). על פי מדיניותה, רק נציג אחד מכל ישות לאומית יכול להיות חבר בה ולהשתתף במפעלים בינלאומיים המאורגנים על ידיה. ההתאחדות הישראלית משתייכת לזרוע האירופית של פי"א (אופ"א).

61 השימוש במונח "צדק היסטורי" הותווה על ידי רוברט נוזיק. לעניין זה ראו R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia* 159-160, 198-199 (1974). לניתוח עקרון ה"צדק ההיסטורי" ראו אלעזר וינריב בעיות בפילוסופיה של המוסר 19 (יחידות 7-8, האוניברסיטה הפתוחה, 1980). עקרון הצדק ההיסטורי אינו משקף עיקרון של צדק תוכני (המבוסס על צרכים, מוצא או כישורים), אלא משקף עקרון צדק המייחס חשיבות בלעדית להליכי החלוקה. על פי גישה זו תהא אשר תהא מנת הטובין שיש לכל אחד, החלוקה היא לעולם פרי של תהליך היסטורי ארוך. נוזיק סבור כי תהליך היסטורי יכול להיות צודק אם הוא מתנהל על פי הליכים מסוימים הבאים לידי ביטוי בתורת הזכאות שפיתח.

62 זאת ועוד, הקניית זכויות פרטיות לאיגודי הספורט לא הרעו, מלכתחילה, את מצבם של האחרים. היפוכו של דבר: הואיל ואיגודי הספורט מפתחים את ענפי הספורט, כלל הציבור יוצא נשכר מהקמתם. ניתן להמחיש תובנה זו באמצעות דבריו של ח"כ נחמן רוז, יו"ר ועדת החינוך והתרבות, מעל דוכן הכנסת בשעה שהעמיד את הצעת חוק הספורט לקריאה שנייה ושלישית: "מציעי החוק מכירים ומוקירים את הפעילות הוולנטרית רבת השנים של ארגוני

## 2. אוטונומיה ובעלות עצמית – היעדר התערבות שלטונית בניהול ענף הספורט – סעיפים 10-11 לחוק הספורט

הכל יסכימו כי ספורט, כשלעצמו, מהווה מכשיר להגשמת האוטונומיה של הפרט ולפיתוח כושרו הגופני והנפשי. כפועל יוצא מכך, מוטב שהשלטון ידיר את רגליו מניהולו השוטף ויאפשר לפרטים לעצבו כטוב בעיניהם<sup>63</sup>. לכל היותר, עליו להבטיח שאינטרסים ציבוריים חיוניים לא ייפגעו בעת ניהול ענפי הספורט<sup>64</sup>. לא במקרה אפוא המחוקק איננו מסדיר בחוק את אופן פעולתם, מטרותיהם וסמכויותיהם של איגודי הספורט. אלה מעוגנות בתקנוניהם הפנימיים הנשלטים על ידי דיני המשפט הפרטי. תוכנם של התקנונים נקבע על ידי המתאגדים שייסדו את האיגודים באופן עצמאי. בכך מוגשמת מהותם הפרטית, המאפשרת להם לנהל את ענפי הספורט כראות עיניהם המקצועיות.

הבטחת עצמאותם נתפסת כערך עליון גם בזירה הבינלאומית. כך, למשל, על מנת להבטיח היעדר התערבות שלטונית בניהול ענף הכדורגל, מחייב ארגון פי"א את ההתאחדויות השונות ברחבי העולם לציית באופן מוחלט להוראות תקנוניו<sup>65</sup>. מהלך זה נועד להבטיח מינימום תלות במדינה שבה כל התאחדות פועלת<sup>66</sup>. כפועל יוצא מכך, בתי המשפט באנגליה נוקטים גישה מצמצמת באשר לנכונותם להטיל פיקוח שיפוטי על

ומוסדות הספורט בישראל... לטיפול ולפיתוח חיי ספורט בריאים והגונים, יש חשיבות אנושית ולאומית ממדרגה ראשונה... " (ד"כ 111, 3769 (תשמ"ח)).

63 שם, שם: "עם קבלתו של חוק זה מצטרפת ישראל לשורה של מדינות מהמתקנות בעולם שהסדירו את חיי הספורט שלהן בדרך היוצרת איזון רגיש ואחראי בין האחריות הממלכתית לבין היוזמה האזרחית החופשית וההתארגנות הוולונטרית של חיי הספורט... ובחברה דמוקרטית חופשית כשלנו יש משמעות רבה לשיתוף הפעולה המחזק ומבקר כאחד בין הרשות הממלכתית ובין הארגון החופשי והרצוני של האזרחים" (ד"כ 111, 3769 (תשמ"ח)).

64 זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית", לעיל ה"ש 52, בעמ' 70. ראו לעניין זה: ע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל בישראל – עמותה נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל, פ"ד מה(5) 89, 108 (להלן: פרשת ארגון שחקני הכדורגל), שם נפסק: "המחוקק לא ביקש להתערב מבחינת התוכן בעיצוב התקנונים של ארגוני הספורט או לאשר תוכן זה והותיר המלאכה בידי ארגונים אלה, תוך שהוא מכיר במסגרות אלה כמסגרות החוקיות של הפעילות הספורטיבית הרשמית במדינה...".

65 ראו לעניין זה: ס' 13 לתקנון היסוד של פי"א, שכותרתו "Members' obligations". התקנון מופיע במלואו באתר האינטרנט של פי"א: [www.fifa.com](http://www.fifa.com).

66 לעתים מושמעות הצעות לעגן את קיום ההתאחדות ואת פעילותה בחוק, כדוגמת חוק רשות השידור, תשכ"ה-1965, ולהפכה גוף ציבורי על פי דין. לאחרונה הופיעה ההצעה בכתובים בדוח הוועדה לבידיקה מצב ענף הכדורגל מיום 20.11.2002, בראשות השופט סטרשנוב (להלן: "דוח סטרשנוב"). בין היתר קובעת הוועדה, כי אם ההתאחדות לא תקבל על עצמה ליישם את ההמלצות מרצונה החופשי, יהא על המדינה לעגן בחקיקה. צעד כזה, אם ייעשה, ישמוט את הבסיס שעליו קמה ההתאחדות.

החלטות פנימיות של ההתאחדות לכדורגל בפרט, ושל איגודי ספורט בכלל<sup>67</sup>. גם בישראל נתפס עקרון "הידיעה הפנימית" כערך בעל חשיבות. כך, למשל, סעיף 10 לחוק מכפיף את כל העוסקים בענף לתקנונים המותקנים על ידי האיגוד המרכז את הפעילות באותו ענף<sup>68</sup>. כיבוד מומחיותם של איגודי הספורט בא לידי ביטוי גם בסעיף 11 לחוק, הקובע כי למוסדות השיפוט הפנימיים של איגוד ספורט קיימת סמכות בלעדית לדון בעניינים הקשורים לפעילות האיגוד, וכן כי "החלטות ערכאת השיפוט הפנימית העליונה בענייני משמעת יהיו סופיות ואין לערער עליהן לפני בית משפט" (ההדגשות שלי – א' ה')<sup>69</sup>.

67 ראו: R. v. Football Association Ltd., *ex parte* Football League Ltd. [1993] 2 All E.R. 833, 848 (Q.B. & Ch.): "...The F.A [Football Association] is not a body susceptible to judicial review... Despite its virtually monopolistic powers and the importance of its decisions to many members of the public who are not contractually bound to it. It is, in my judgment, a domestic body whose powers arise from and duties, exist in private law only. I find no sign of underpinning directly or indirectly by any organ or agency of the state or any potential government interest..." כן ראו: R. v. Disciplinary Committee of the Jockey Club, *ex parte* Aga Khan, [1993] 1 W.L.R. 909 (C.A.) (להלן: פרשת Khan). ככלל, בתי המשפט באנגליה ממעטים להתערב בהחלטות פנימיות של גופים פרטיים המאגדים פעילויות ספורט. לסקירה בעניין זה ראו: WADE & FORSYTH, לעיל הערה 55, בעמ' 639, 644. לניתוח ביקורתי של פסיקות בתי המשפט באנגליה ראו: J. Anderson, *An Accident of History: Why the Decisions of Sports Governing Bodies are not Amenable to Judicial Review*, 35 CLWR 173 (2006). לדיון אודות השפעת חוק זכויות האדם על הרגולציה של ספורט באנגליה ראו: S. Boyes, *Regulating Sport After the Human Rights Act 1998*, 151 N.L.J. 444 (2001).

68 ס' 10(א) לחוק הספורט קובע כי: "התאחדות או איגוד יתקינו תקנונים שיסדירו את הניהול התקין של הענף או של ענפי הספורט שהם מרכזים, לרבות תקנונים בדבר משמעת, שיפוט פנימי, העברת ספורטאים..." ס' 10(ג) לאותו חוק קובע כי "התקנונים האמורים יחייבו את אגודות הספורט, הספורטאים ובעלי התפקידים שבאותו ענף או באותם ענפי ספורט".

69 ראו בהקשר זה: ע"א 463/90 איגוד הכדורסל בישראל נ' ל.כ.ן לקידום כדורסל נשים, פ"ד מד(2) 806, 811 (1990) (להלן: פרשת איגוד הכדורסל), שם נפסק כי ס' 11 לחוק מתייחס ל"כל הפעילות במסגרת ההתאחדות או האיגוד", לרבות סכסוך בעל "אופי חוקתי". כן ראו: רע"א 180/07 כץ נ' איגוד הכדורסל בישראל (פורסם בנבו, 2009; להלן: פרשת כץ), שם נפסק כי סמכותו של המוסד לבוררות שליד איגוד הכדורסל, בהתאם לתקנון איגוד הכדורסל, משתרעת על כל סכסוך הנובע מן היחסים החוזיים שבין שחקן לבין קבוצה, לרבות סכסוך נזיקי (ובלבד שאין עניינו בנזקי גוף), כלשון בית המשפט, בפס' 13 לפסק דינו של השופט דנציגר: "סמכותם של מוסדות השיפוט הפנימיים של איגודי הספורט, ומוסדות הבוררות הפנימיים בכלל זה, פורשה בפסיקתו של בית משפט זה על דרך ההרחבה. הטעם לכך הוא שגופים אלה... הינם גופים פנימיים וולונטריים שיוועים טוב יותר מכל גוף שיפוטי מה הם צורכי חבריהם וכיצד יש לנהל את ענייניהם, כאשר החברים הכפיפו עצמם מרצון לשלטונם של אלו ובכך ממילא הסכימו לקבל על עצמם את הכרעותיהם... כך, למשל, הבוררים במוסד לבוררות הינם משפטנים הבקיאם בתחום הספורט ובעלי הידע והכישורים המתאימים על מנת

### 3. שימוש מהותי בקניין הציבור – ניהול בלעדי של ענפי ספורט – סעיף 1 לחוק הספורט

חרף קביעתו המפורשת של המחוקק, שלפיה איגודי הספורט יוקמו כאישיות משפטית במשפט הפרטי, ועל אף העובדה כי שלטונם העצמי עוגן במפורש בחקיקה, המחוקק הסמיכם לנהל באופן בלעדי את ענפי הספורט השונים – תחום שהוא נחלת הכלל. בפועל כאמור הכשיר המחוקק, ואף ביסס, את השימוש שנעשה על ידי איגודי הספורט בקניין הציבור. התוצאה היא שלא ניתן להתעלם מקיומה של זיקה הדוקה – פונקציונלית ומוסדית – בין פעילותם לבין השלטון<sup>70</sup>. בעמודים הבאים נעמוד על מאפיינים המבססים זיקת אלו. נבקש לטעון כי מאפיינים אלה עשויים להצביע, בהקשרים שונים, על שימוש מהותי במשאבי ציבור.

#### (א) זיקה פונקציונלית לשלטון

הזיקה הפונקציונלית מורכבת מארבעה פרמטרים שיפורטו להלן.

##### (1) חיוניות ניהול ענף ספורט

הפרמטר המרכזי הוא חיוניות השירות שהם מספקים לציבור. חיוניות יכול שתהא "קיומית" – במובן זה שלא ניתן לקיים מדינה מתוקנת ללא הגוף הפרטי – ויכול שתהא "פונקציונלית" באופן המצביע על חשיבות הפונקציה הציבורית לציבור הרחב. בעוד ששירות חיוני "קיומי" נחשב ככזה אם הוא הכרחי להבטיח מינימום של קיום בכבוד והשתלבות בקהילה בחברה מודרנית (כגון שירותי בריאות, חינוך, תחבורה ציבורית, אספקת מוצרי מזון בסיסיים וכיוצא באלה), שירות חיוני "פונקציונלי" נחשב ככזה בשל היותו משקף אינטרס ציבורי רחב העשוי להשפיע באופן מהותי על אינטרס הציבור (או על אינטרסים של קבוצות שונות בציבור)<sup>71</sup>. בשני המקרים, מימד החיוניות עשוי לגבש חובת נאמנות מוגברת של הגוף הפרטי כלפי הציבור. בענייננו קשה לבסס חיוניות קיומית בהתייחס לפעילות איגודי ספורט. אין חולק כי ניהול ענף ספורט אינו מהווה תנאי הכרחי לקיום בכבוד בחברה מתוקנת. בהתאמה, איגודי

להכריע בצורה יעילה וצודקת בסכסוכים המתעוררים בתחום התמחותם... מגמה זו... אף תואמת את כוונתו הברורה של המחוקק במסגרת סעיפים 10 ו-11 לחוק הספורט להעביר את מכלול הסכסוכים הקשורים בנושא הספורט למוסדות השיפוט הפנימיים של האיגודים או ההתאחדויות השונות...".

70 דיון בשאלה אם איגודי ספורט מקיימים "סמכות שלטונית על-פי דין" ייערך בפרק ו' להלן, בהקשר לכפיפותם לסמכות בג"ץ.

71 להשוואה ראו: בנבנשתי, לעיל ה"ש 32, בעמ' 32.

הספורט אינם מבצעים פונקציה שרשות ציבורית אחראית לספק על פי דין או פונקציה שניתן היה לצפות שרשות שלטונית תבצע<sup>72</sup>. עם זאת חיוניותם הפונקציונלית נלמדת מהאינטרס הציבורי הגלום בפעילויות ספורטיביות ולאור היזקקות הציבור לשירותיהם<sup>73</sup>. באחת הפרשות עמד בית המשפט על חיוניותה של ההתאחדות לכדורגל<sup>74</sup>:

"ההתאחדות... אחראית לניהול השוטף של ענף הכדורגל במדינת ישראל. אף שהינה ישות פרטית מבחינת אופן התאגדותה, הרי ש'העסק' שהינה מנהלת הוא בעל אופי ציבורי. ענף הכדורגל הינו מענפי הספורט הפופולריים ביותר ומהווה מקור משיכה להמוני בית ישראל... ההתאחדות, אשר כל יעדיה מכוונים לפעילות שהיא ציבורית באופייה – פיתוח ענף הכדורגל בישראל, ריכוזו וניהולו, ובתוקף זה ממלאת תפקידים ציבוריים מובהקים, הינה בגדר גוף 'דו מהותי' כאמור, מעצם מהותה, תפקידיה, תכליתה והעניין שיש לציבור בה"<sup>75</sup>.

ודוק: חיוניותם של איגודי ספורט לציבור מקבלת משנה תוקף משהמחוקק הכשיר את שליטתם הבלעדית בניהול ענף הספורט שעליו הם אמונים<sup>76</sup>. בשל מעמדם הבלעדי הם

72 להשוואה ראו: ברק-ארוז, לעיל ה"ש 32, בעמ' 303-304.

73 בעניין אחר הגדיל לעשות בית המשפט המחוזי בחיפה, עת פסק כי יש לסווג מועדון ספורט של קבוצת כדורגל מליגת העל כ"דו-מהותי" לאור העניין שיש לציבור בו. כלשונו: "וכי אילו חיים יש למועדון ספורט ללא העניין שיש לציבור הרחב במפעליו הספורטיביים, בהישגיו ובהצלחותיו במישור התחרותי?" (בש"א (מחוזי חי') 8316/99 כלבו 1979 בע"מ נ' עיריית חיפה, פ"מ תשנ"ט(1) 1775, 769 (1999) (להלן: פרשת כלבו)).

74 ה"פ (מחוזי ת"א) 1027/02 אביב גלעדי הפקות בע"מ נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל (פורסם בנבו, 2003) (להלן: פרשת אביב גלעדי). פסק הדין אושר על ידי בית המשפט העליון: ע"א 4583/03 התאחדות לכדורגל בישראל נ' אביב גלעדי הפקות בע"מ (פורסם בנבו, 2003).

75 באותו הקשר ראו גם: בש"א (מחוזי ת"א) 4031/03 מועדון כדורגל הכוח מכבי ר"ג נ' חברת בלפור הנדסה ושיקום נזקים בע"מ (פורסם בנבו, 2003) (להלן: פרשת מועדון הכוח מכבי ר"ג). כן ראו: ה"פ (מחוזי ת"א) 436/04 ג"י.סי.אס ספורט בע"מ נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל (פורסם בנבו, 2004) (להלן: פרשת ג"י.סי.אס). לסיווג התאחדות הסקי בישראל כגוף דו-מהותי ראו: ה"פ (מחוזי ת"א) 1360/04 איגוד מדריכי הסקי בישראל, עמותה רשומה נ' התאחדות הסקי בישראל, עמותה רשומה (פורסם בנבו, 2007) (להלן: פרשת התאחדות הסקי). לסיווג איגוד הכדורסל כדו-מהותי ראו: ה"פ (מחוזי ת"א) 504/07 צ'רלטון בע"מ נ' מנהלת ליגת העל בכדורסל לגברים (2002) בע"מ (פורסם בנבו, 2007) (להלן: פרשת צ'רלטון). לסיווג איגוד הג'ודו בישראל כגוף דו-מהותי ראו: עת"ם (י-ם) 1001/09 איגוד הג'ודו בישראל ע"ר נ' רשם העמותות, פס' 47 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2009) (להלן: פרשת איגוד הג'ודו).

76 ניתוח מעמדם הבלעדי של איגודי הספורט ייערך בפסקה 2 להלן.

מהווים אכסניה לכל פעילות ענף הספורט המנוהל על ידיהם<sup>77</sup>. ככאלה, הם עשויים להשפיע על מימוש הפוטנציאל של כל הספורטאים – צעירים וותיקים כאחד – המבקשים להשתתף באותה פעילות<sup>78</sup>. נוסף על כך הם מספקים, באופן בלעדי, את צרכיו ויצריו של קהל אוהדי אותו ענף הספורט הצמא ליהנות משירותיהם. טעמים אלה עשויים להצדיק את סיווגם, בהקשרים שונים, כ"דרמהוטיים".

ההצדקה התאורטית העומדת בבסיס תוכנה זו נגזרת משימוש שעושים איגודי הספורט בהתאגדות החברתית. המבנה החברתי המודרני, שהוא תוצר של ההתאגדות החברתית, הוא זה שיצר את האינטרס הציבורי הגלום באספקת שירותי ספורט במתכונת הקיימת בחברה מערבית. שירותים אלו – בדיוק כמו שירותי ביטוח, בנקאות, מוסיקה, השכלה גבוהה וכיוצא באלה – הכרחיים לצורך מימוש הפוטנציאל הגלום בכל אחד מאיתנו בחברה המודרנית. דא עקא, הואיל ועלויות העסקה הכרוכות באספקתם על ידי כל פרט באופן עצמאי הן רבות, אין זה כדאי – ולעתים גם אין זה אפשרי מבחינה מעשית – כי כל פרט יספק את השירות בעבור עצמו באופן אינדיווידואלי. לפיכך השוק החופשי מעודד הקמתם של איגודי ספורט על מנת שיספקו שירות מקצועי בעבור כלל הציבור (בעלויות נמוכות לאין שיעור וביעילות רבה יותר).

כפועל יוצא מכך, הואיל והאינטרס הציבורי הגלום באספקת שירותי הספורט – גם אם אין הוא קיומי – הינו תוצר של ההתאגדות החברתית, הוא נתפס כחיצוני לפירות העבודה<sup>79</sup>. ככזה, הוא מהווה "משאב חיצוני" שאינו בגדר חלק מה"קניין העצמי" של איגודי הספורט<sup>80</sup>. אין הם יכולים אפוא להתכחש לאחריות כלפי הקהילה בעת אספקתו<sup>81</sup>.

77 כעולה מהאתר הרשמי של ההתאחדות (www.football.org.il), "קרוב לאלף קבוצות ילדים, נערים, נוער, בוגרים ונשים מאיישות כ-30 אלף שחקנים ושחקניות המנווטים בכל ימות השנה על-ידי ההתאחדות לכדורגל בכל המסגרות..."

78 בין שעסקינן באיגודי ספורט גדולים ופופולריים במיוחד, כגון איגוד הכדורסל וההתאחדות לכדורגל, ובין שעסקינן באיגודי ספורט קטנים ופופולריים פחות, כגון איגוד הסייף הישראלי. יוער כי הצורך להגן על ספורטאים מפני ניצול לרעה של מעמדם הציבורי של האיגודים מקבל משנה תוקף ביחס לאיגודים הקטנים לאור העניין הציבורי הדל שהם מעוררים בקרב כלל הציבור. במילים אחרות, הואיל והסיכוי שכשלים בפעילויותיהם יתוקנו כתוצאה מביקורת עיתונאית אינו גדול, יש להדק את הפיקוח השיפוטי על פעילותם.

79 אין לטעות: הכמיהה של פרט לעסוק בספורט בחצרו הפרטית היא אוטונומית ואינה נובעת כלל מההתאגדות החברתית. עם זאת להתאגדות החברתית, ולחברה המודרנית שנוצרה בעקבותיה, יש השפעה על העניין הציבורי שמעוררים עיסוק מקצועי בענפי הספורט וכן על אופן אספקתו.

80 להשוואה ראו גיא פסח "זכויות שידור – גלגוליה של סבוגיית א.ש.י.ר. וחלקה כגורם מעצב בזכות התקשורת" המשפט י' 131, 153 (2005). המחבר עומד על מאפייניהן הציבוריים של זכויות השידור באירועי ספורט, אותן הוא מכנה "משאב תקשורת-תרבותי" המסופק על ידי איגודי הספורט. כנגזרת מכך הוא מציע "לגזור את 'זיקות ההנאה' אשר יש לציבור הרחב

בהתאמה, הציבור – שבזכותו הוקמו איגודי הספורט – רשאי לגבות מהם חזרה מחיר חברתי (אם תרצו: מס חברתי) שנועד לבטא את זיקת הציבור אל הצורך החברתי הגלום בשירות.

(2) מונופולין – שליטה בלעדית בניהול ענף ספורט

פרמטר שני שיש בו כדי לבסס את ציבוריותם הפונקציונלית של איגודי הספורט, הוא שליטתם הבלעדית בניהול ענף הספורט שעליו הם אמונים. מונופול, מעצם הגדרתו, חותר תחת הרציונל העומד בבסיס המשפט הפרטי, המבוסס על הסכמה ושוק חופשי<sup>82</sup>. בנסיבות אלה "הסכמה" לקבלת השירות מקורה בכפיה, וככזו – היא פוגעת פגיעה ממשית ביכולת הבחירה של הפרטים בין חלופות שונות<sup>83</sup>.

בענייננו, מעמדם הבלעדי של איגודי הספורט הוכשר על ידי המחוקק, שביקש להפקיד את הפיקוח על פעילויותיהם של אגודות הספורט בידי גוף אחד שיהא אמון על ניהול

ולגופי תקשורת באותו משאב". כן ראו: גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד חברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז 144, 65 (1999). לדידו, זכות הקניין מחייבת התבוננות בממד חברתי-כלכלי. הקניין הוא תוצר של "פרויקט חברתי" שבו לא ניתן לבחון את קניינו של האחד ללא בחינת המכלול החברתי אשר הוליד את ערך הקניין עצמו.

81 במילים אחרות, האינטרס הציבורי הגלום בפעילותם אינו רק תוצר של כשרונם, אלא גם של החברה שבה היא פועלים. ראו: יוסף מ' אדרעי "זכויות אדם וזכויות חברתיות" ספר ברנזון כך שני 45, 61 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000). המחבר מדגיש את חובת הנאמנות שאדם חב לחברה שבה הוא חי בעזרת הדוגמה הבאה: "אם נניח קיום של שני מייקל ג'ורדן זהים לחלוטין – האחד חי ופועל בשיקגו שבארצות הברית; השני באתיופיה. האחד משתכר כ-40 מיליון דולר בשנה; השני אולי 10 דולר. עושרו וכשרו של השחקן האמריקני להשתכר אינו נובע רק מכישרונו ומאיכות ביצועיו. אלה הם רק נקודת התחלה. ללא החברה שבה הוא פועל לא יכול היה לממש את הפוטנציאל הזהה לו ולעמיתו האתיופי. הוא חב אפוא חובת נאמנות לחברה בה הוא פועל, למוריו בבית הספר שאיתרו את כשרונו, לקולג' שבו הוא המשיך להתפתח, לקהל האוהדים של ה'שיקגו בולס' ולכלל התרבות האמריקנית הקונה בשקיקה את המוצר שהוא יכול לספק. בלעדי כל אלה הוא היה משתכר, כמו עמיתו האתיופי, 10 דולר".

82 פש"ר (מחוזי ת"א) 2624/99 רשם העמותות נ' ארגון השוטרים הבינלאומי (סניף ישראל) (ע"ד), פס' 39 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2001) (להלן: פרשת ארגון השוטרים). בית המשפט הדגיש כי היעדר התחרות עלול להגביר את הסכנה לאי-סדרים, למנהל לא יעיל ובזבזני, לשיקולים זרים, לשרירות ולמעשי שחיתות.

83 המבחן לצמצום מרחב הבחירה הוא מהותי ולא טכני. העובדה שפורמלית פתוחה בפני כל אחד מהציבור אפשרות פוטנציאלית לצרוך את השירות באמצעות גוף פרטי אחר ולהביע מחאה על פעילות הגוף הפרטי על ידי "הצבעה ברגליים" אינה מעלה ואינה מורידה, אם בפועל האפשרות המעשית לפעולות אלה היא קלושה. בענייננו, הואיל והמונופולין הנו תוצר של החקיקה ממילא אין אפשרות אמיתית להקים איגוד ספורט רשמי מתחרה.

מסגרת הספורט האמורה. תובנה זו נובעת מהגדרת "איגוד ספורט" בחוק הספורט, שזו לשונה: "תאגיד שלא למטרות ריווח, המרכז והמייצג ענף או ענפי ספורט בישראל ושמוכרים בו הגופים הבין-לאומיים המייצגים והמוכרים באותו ענף ספורט". לכאורה, לאור סעיף 5 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, אין כל מניעה כי שני איגודי ספורט רשמיים ירכזו וייצגו את המדינה באותו ענף ספורט<sup>84</sup>. דא עקא, פרשנות זו אינה מתקבלת על הדעת לאור סעיף 10(ג) לחוק הספורט, המכפיף את כל העוסקים באותו ענף לתקנונים המותקנים על ידי האיגוד המרכז את פעילות הספורט באותו ענף. מכאן נובע, כי החוק אינו מאפשר, דה פקטו, הקמת שני איגודי ספורט רשמיים המרכזים את אותו ענף ספורט. מסקנה זו נובעת משני טעמים מרכזיים:

ראשית, הקמת שני איגודי ספורט רשמיים באותו ענף עלולה ליצור מצב לא רצוי שלפיו העוסקים בענף יימצאו בקונפליקט באשר לתוכן ההוראות התקנוניות שעליהם לציית לו (ככל שלא תהיה התאמה בין שני התקנונים). במידה ותרחיש זה יתממש, יש להניח כי כל עוסק בענף ספורט יציית לאיגוד שאליו הוא משוך. פרשנות זו עלולה ליצור, דה פקטו, פילוג בקרב העוסקים באותו ענף ספורט (בדומה לפילוג הקיים בין הסתדרות המורים לארגון המורים העל-יסודיים). דא עקא, נוכח האחידות המתבקשת בניהול ענפי הספורט, ולאור החשיבות הבינלאומית הנובעת מקביעת "כללי משחק" אחידים המסדירים את ענפי הספורט (תרתי משמע), פרשנות זו איננה סבירה. אין מנוס אפוא מלפרש את הוראות החוק באופן שימנע תוצאה זו.

שנית, ארגוני העל הבינלאומיים שאליהם מסונפים איגודי הספורט המרכזים את אותו ענף ספורט מכל מדינה, אינם מאפשרים לשני ארגוני ספורט לייצג את אותו ענף ספורט באותה מדינה. תוצאה זו למעשה סותמת את הגולל על הקמת שני איגודי ספורט רשמיים באותו ענף, שהרי על-מנת שתאגיד פלוני יסווג כ"איגוד ספורט" על פי החוק, עליו לזכות בהכרה של "הגופים הבין-לאומיים המייצגים והמוכרים באותו ענף ספורט". מכאן נובע כי רק איגוד ספורט רשמי אחד, שקיבל הכרה מהגופים הבינלאומיים המייצגים והמוכרים באותו ענף ספורט, ייחשב ככזה על פי חוק הספורט. בכך למעשה הקנה המחוקק לאיגודי הספורט את הפררוגטיבה לנהל באופן בלעדי את ענף הספורט שאותו הם מרכזים. כפועל יוצא מכך, כל אגודת ספורט החפצה ליטול חלק בליגה מקצועית בענף ספורט מסוים חייבת להצטרף לשורותיו של האיגוד האמון על ניהול אותו ענף ספורט. קשה לומר אפוא כי החברות באיגודי הספורט נעשית "על בסיס הסכמי"<sup>85</sup>. צמצום מרחב הבחירה מתייחס לא רק לאגודות הספורט אלא גם לספורטאים<sup>86</sup>.

84 ס' 5 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981 קובע כי: "האמור בלשון יחיד – אף לשון רבים במשמע, וכן להיפך".

85 היטיב לתאר זאת בית המשפט המחוזי בפרשת מועדון הכוח מכבי ר"ג, לעיל הערה 75: "דומה, כי בטענת ההתאחדות כי החברות בה הינה 'ולונטרית', יש מעט מן ההתממות;

במצב דברים זה, ובמיוחד כאשר תלות הציבור באיגודי הספורט מקורה בהחלטה מושכלת של המחוקק להפקיד בידיים פרטיות שליטה בלעדית בתחום שהוא "נחלת הכלל", ניתן בנקל לסווג את עצם אספקת השירות כ"משאב חיצוני"<sup>87</sup>. במילים אחרות, העובדה שאיגוד ספורט פלוני הזדרז ו"תפס" ראשון את הזכות לניהול בלעדי של אותו ענף ספורט אינה מאיינת את זכותו של שאר הציבור ב"טובין" המסופקים על ידיו (גם אם מצבו של הציבור לא הורע כתוצאה מהרכישה)<sup>88</sup>.

לא ייפלא אפוא כי בתי המשפט בישראל מייחסים משקל נכבד לצמצום מרחב הבחירה על ידי איגודי ספורט<sup>89</sup>. לעומת זאת באנגליה בתי המשפט מפרשים בצמצום פרמטר זה. כך, למשל, בית המשפט לערעורים פסק, בהחלטה עקרונית, כי אין להכפיף לביקורת שיפוטית החלטות של מועדון פרטי שניהל פעילות של מרוצי סוסים בבריטניה. פסיקה זו ניתנה חרף העובדה שלא הייתה מחלוקת בדבר שליטתו הבלעדית של המועדון בענף<sup>90</sup>. בית

עסקינן בגוף מונופוליסטי דה-פקטו, אשר החברות בו הינה תנאי ליכולתה של קבוצת כדורגל מקצועית לפעול ככזו. אין ליגה מתחרה שוות-מעמד, ואין 'ספקים' אחרים אליהם יכולה קבוצה, שסורבה על-ידו, לפנות כדי לקבל את אותו שירות בעתיד...".

86 יודגש כי להבדיל מאגודות הספורט, ספורטאים אינם חברים באיגוד. ככאלה, אין הם יכולים להשפיע באופן ישיר על ניהול ענייניו. חרף זאת, המחוקק מחייב אותם להיות רשומים ברישומיו ולציית לתקנוניו (ס' 10(ג) לחוק). ראו בהקשר זה פרשת טורטין, לעיל ה"ש 13, בעמ' 728-729, 730-731.

87 בענייננו, הואיל והמונופול נובע מהוראת חוק, פרמטר זה מצביע, כשלעצמו, על זיקה מוסדית בין איגודי הספורט לרשויות ציבוריות. על הזיקה המוסדית כפרמטר לסיווג גוף דו-מהותי נעמד בהמשך.

88 להשוואה ראו: בנבנשתי, לעיל ה"ש 32, בעמ' 14. המחבר עומד על כך שבמקרים רבים ניתן להצביע על "עסקה" פורמלית או בלתי פורמלית בין הרשות לבין הגוף הפרטי, שבאמצעותה קיבל הגוף הפרטי שליטה בתחום פעילות מסוים תמורת התחייבות לשמור על רמת תפקוד נאותה. לטעמו, במקרים רבים ההסתמכות על גופים פרטיים נובעת מכניעה ללחץ שמפעילות קבוצות של בעלי עניין, ואינה שומרת בהכרח על אינטרסים של חלקים נרחבים בציבור. בהקשר להתאחדות, המציאות ההיסטורית מעט שונה הואיל וזו נוסדה כ-20 שנים לפני קום המדינה.

89 עם זאת יודגש כי המסגרת הנורמטיבית של חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 יכולה אף היא לתת תשובה הולמת לפעילות מונופוליסטית. ראו לעניין זה: בנבנשתי, לעיל ה"ש 32, בעמ' 23-24. לניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים ראו: ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008). לדיון נרחב אודות חשיבות התחרות ככלי מסדיר ראו: שם, בעמ' 20-27.

90 פרשת *Aga Khan*, לעיל ה"ש 67. פרשה זו עסקה באדם שהיו בבעלותו סוסי מרוץ. אותו אדם רצה להביא לביקורת שיפוטית החלטה של ועדת המשמעת של "מועדון מרוצי הסוסים", ארגון המסדיר את מרוצי הסוסים במדינה, בשל פסילת אחד מסוסיו. לשיטתו, על אף העובדה שמערכת היחסים בינו לבין המועדון היא הסכמית, יש להכפיף את המועדון לביקורת שיפוטית בשל היותו מסדיר תעשייה לאומית. טענתו נדחתה. נפסק כי על אף שמדובר בגוף

המשפט דחה את טענת התובע, שלפיה הואיל והשפעתו של המועדון על הציבור היא רבה (בין היתר, בשל היותו מונופול דה פקטו), יש להכפיף את החלטותיו לביקורת שיפוטית. תחת זאת נפסק כי הואיל וסמכויות המועדון וכוחותיו לא נבעו מחקיקה סטטוטורית, אלא ממערכת הסכמית בין המועדון לגופים שהסכימו מראש לכללים, יש לנהוג בו על פי דיני המשפט הפרטי<sup>91</sup>.

(3) ריכוז כוח העלול להיות מנוצל לרעה – ריכוז תחרויות בינלאומיות ושיפוט משמעתית

הפרמטר השלישי, המבסס את ציבוריותם הפונקציונלית של איגודי הספורט, הוא ריכוז הכוח המצוי בידיהם<sup>92</sup>. הכוונה היא ל"כוח פרטי" שמקורו בשימוש במשאבים חיצוניים<sup>93</sup>. ככל שניתן להצביע על כוח רב יותר – שהוא תוצר של ההתאגדות החברתית – כך תגבר הנטייה לסווג גוף פרטי כ"דרמהותי"<sup>94</sup>. תורת "הבחירה הציבורית" עשויה אף היא להעניק

מונופוליסטי, לא ניתן לכנותו "גוף ציבורי" לאור ההיסטוריה של הגוף והחוקה שלו. כן הודגש כי הגוף אינו פועל מכוח חוק (בעמ' H923 לפסק הדין). ראו גם: *Law v. National Greyhound Racing Club Ltd.* [1983] 1 W.L.R. 1302.

71 בכך הבחין בית המשפט בין פסיקה זו לבין הלכת דטפין *R. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin Plc.* [1987] 1 All E.R.564 (C.A.) שם כוחו של הפאנל לענייני מיוזגים והשתלטויות לא נבע מהסכמה.

92 להשלכותיו של "כוח פרטי" ראו לדוגמה: *R.A. Macdonald, Postscript and Prelude – The Jurisprudence of the Charter: Eight Theses*, 4 SUP. CT. L. REV. 321, 347 (1982). באותו הקשר ראו גם: *W.G. Friedmann, Corporate Power, Government by Private Groups, and the Law*, 57 COLUM L. REV. 155 (1957). כן ראו: *P. Craig, Public Law and Control over Private Power*, in THE PROVINCE OF ADMINISTRATIVE LAW 196 (M. Taggart ed., 1997). נוסף על כך ראו: *G. Borrie, The Regulation of Public and Private Power*, P.L. 552 (1989).

93 *Van Parijs*, הוגה מקרב הזרם השמאלי (REAL FREEDOM FOR ALL), לעיל ה"ש 30, בעמ' 101-100), מגדיל לעשות בסברו כי יש לכלול במסגרת "משאבים חיצוניים": "The whole set of external means that affect people's capacity to pursue their conceptions of the good life, irrespective of whether they are natural or produced". לשם שיש לשמור על זכויות הפרט מפני התנהגות שרירותית של השלטון, כך גם יש להבטיח את זכויותיו מפני גופים פרטיים בעלי כוח רב העלולים לפגוע בחופש של הפרטים לחיות "חיים טובים" כפי שהיינו רוצים לחיות על פי בחירה חופשית. על פי גישה זו, כל אימת שקיים פער כוחות בין צדדים – באופן העשוי למנוע מהחלש את היכולת להגשים את משאלותיו באשר ל"חיים טובים" – יש לסווג את פעילות הצד החזק כ"משאב חיצוני". דיון בתובנה זו חורג מגדריה של רשימה זו, וממילא אינו נדרש בענייננו הואיל ואיגודי ספורט צברו את כוחם באופן ישיר משימוש במשאבי ציבור (בין היתר באמצעות המונופול שקיבלו ישירות מהמדינה).

94 לתמיכה בתחולת זכויות אדם בין פרטים למניעת ניצול לרעה של כוח חברתי-כלכלי במצבים של אי-שוויון קבוע בין הצדדים ראו: פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח "משפטים כג 21 (1994). לאיתור פרמטרים כלליים העשויים להצביע על חשש לשימוש

גושפנקה לפרמטר זה. לפי תורה זו, ההצדקה להחלת המשפט הציבורי על תאגידים פרטיים נעוצה בעיקר בחשש מפני ניצול לרעה של עמדות כוח שהשיגו קבוצות לחץ<sup>95</sup>. בענייננו, איגודי הספורט, בדומה לרשויות ציבוריות, מצויים בעמדת מרות המאפשרת להם לשנות, באופן חד-צדדי, זכויות וחובות של פרטים התלויים בהם. כוחם העודף נובע מן ההסמכה שקיבלו מן המחוקק לפעול בשם הציבור ועבורו בעת אספקה בלעדית של שירות חיוני שהוא נחלת הכלל<sup>96</sup>. כפועל יוצא מכך, ולאור מעמדם הבלעדי, בידיהם הפררוגטיבה לקבוע מי מבין הספורטאים ישתתף בתחרויות בינלאומיות המתקיימות באותו ענף, וכן מי ייצג את מדינת ישראל בתחרויות בינלאומיות. כך, למשל, בענפי ספורט אישיים, דירוגם הפנימי של הספורטאים (שנקבע באמצעות תחרויות המאורגנות על ידי איגודי הספורט) מהווה בסיס לקביעת דירוגם הבינלאומי ולקביעת זהות הספורטאים שייצגו את המדינה בתחרויות בינלאומיות המתקיימות באותו ענף<sup>97</sup>. בדומה לכך, גם בענפי ספורט קבוצתיים דירוגן הפנימי של אגודות הספורט (שנקבע באמצעות התחרויות המאורגנות על ידי איגודי הספורט) משפיע על זהות האגודות שישתתפו בתחרויות בינלאומיות המתקיימות באותו ענף<sup>98</sup>. נוסף על כך, הטריבונלים השיפוטיים של איגודי הספורט – העשויים להשית

בלתי מרוסן בכוח וניצולו לרעה על ידי גוף פרטי ראו: ירון אליאס "החלתן של חובות מן המשפט הציבורי על חברות הביטוח" הפרקליט מה 315 (2001). לא למותר לציין כי פערי כוחות בין הצדדים ניתנים לריסון גם באמצעים אחרים, כגון דיני ההגבלים העסקיים, דיני הגנת הצרכן ודיני החוזים האחידים.

95 ראו: בנבשתי, לעיל ה"ש 32, בעמ' 25. תורת הבחירה הציבורית (Public Choice) גורסת כי קבוצות לחץ אינטרסנטיות, ובכללן הבנקים וחברות הביטוח, משפיעות על הליך קבלת ההחלטות בבית המחוקקים או ברשות המבצעת, ועקב כך מתקבלות החלטות שאינן עולות בקנה אחד עם טובת הציבור.

96 להשוואה ראו: סוזי נבות "חבר הכנסת כ'נאמן הציבור" משפטים לא(2) 433 (2001). המחברת עומדת על הצורך בהטלת חובת אמון על אדם המפעיל כוח בשמו של אחר (באותו עניין: חברי כנסת).

97 עם זאת קיימים גורמים נוספים שלהם חלק בריכוז ובהסדרת ענפי ספורט אישיים, כגון הוועד האולימפי בישראל (עמותה הנושאת באחריות להשתתפות ספורטאי ישראל במשחקים האולימפיים) והיחידה לספורט הישגי (זרוע ביצועית של מינהל הספורט והוועד האולימפי בישראל). יודגש כי ישנם ענפי ספורט אישיים מסוימים, שהבולט ביניהם הוא הטניס, אשר בהם הפרטים עבור זכייה בטורנירים הם כה גבוהים, עד כי הטניסאים והטניסאיות הבכירים – הגם שהם רשומים באגודות ספורט והגם שאגודות אלה חברות באיגוד הטניס – אינם זקוקים כלל למענקים כספיים. כתוצאה מכך הם מחליטים בעצמם באילו תחרויות ישתתפו.

98 כאן המקום לציין את האנומליה הקיימת בתחום ענף הכדורסל: בעוד שאיגוד הכדורסל חבר בפיב"א (מקבילתה של פיפ"א בכדורגל), ובזרוע האירופית שלה פיב"א אירופה, קם בעשור הקודם איגוד אזורי אירופי מתחרה, יול"ב שמו, אשר לשורותיו הצטרפו בהדרגה בכירי מועדוני הכדורסל ביבשת, ואשר קרא תיגר על ההגמוניה והמונופול של פיב"א אירופה. ארגון זה מארגן טורנירים מתחרים לאלו של פיב"א, ובראשם טורניר היורוליג היוקרתי שבו נוטלות

עונשים משמעותיים על העוסקים באותו ענף (ובכך להשפיע על מעמדם החברתי והמקצועי) – מהווים מקור כוח נוסף העלול להיות מנוצל לרעה על ידי איגודי הספורט.

#### (4) פעילות לתועלת הציבור שלא למטרת רווח

הפרמטר הרביעי המשקף את ציבוריותם הפונקציונלית של איגודי ספורט הוא העובדה שהם פועלים, כמצוות המחוקק, לתועלת הציבור ולא למטרת חלוקת רווח<sup>99</sup>. ככלל, גוף הפועל למען "אחרים" – שהוסמך להיות עושה דברם – אינו מייצג את עצמו אלא משמש ידו הארוכה של הציבור. מכוח היותו מלכ"ר (מוסד ללא כוונת רווח) גוף זה אף נהנה מפטורים שונים שמקורם בקופת הציבור<sup>100</sup>. בפועל כאמור, פעילותו חורגת מתחום קניינו העצמי. בנסיבות אלו יש להשית עליו חובת אמון מוגברת על מנת להגן על הנהלים מפעילותו, שהם צדדים שלישיים שאין להם יכולת השפעה ממשית במוסדות התאגיד<sup>101</sup>. תובנה זו מקבלת משנה תוקף בענייננו. כאמור, איגודי ספורט מהווים ידו הארוכה של הציבור לטיפוח ענפי הספורט השונים. ככאלה, הם מהווים כלי להגשמת סיפקו ויצריו של קהל אוהדי אותו ענף ספורט. אם לא די בכך, הם מהווים כלי למימוש עצמי והגשמת כשרונותיהם של ספורטאים החפצים ליטול חלק במסגרות מקצועיות. והנה, חרף כל אלו, אין ל"ציבור" רחב זה יכולת השפעה ישירה ממשית במוסדותיהם. במילים אחרות, בעוד שאגודות הספורט יכולות להבטיח את הגשמת האינטרסים שלשמן הן הוקמו, יתר הציבור נעדר השפעה ישירה במוסדותיהם של איגודי הספורט. לפיכך הכפפתם לאידאליים של צדק תבטיח כי כספים שנצברו בפעילותם יגשימו לא רק את תכליותיהן של אגודות הספורט (שיש להן ייצוג במוסדותיהם), כי אם גם את תכליותיו של הציבור הבלתי מיוצג – הספורטאים והקהל הרחב – שלשמו הם פועלים ושכגינן המחוקק העניק להם מונופול<sup>102</sup>.

חלק קבוצות הכדורסל הבכירות. לעתים ההשתתפות במפעל היא על פי חוים ארוכי טווח בין היול"ב למועדונים השונים ללא קשר לדירוגם בליגות המקומיות בארצותיהם.  
99 ראו לעניין זה פרשת ארגון השוטרים, לעיל ה"ש 82, פס' 40. הודגש כי ככל שמדובר בגוף שמטרתו המוצהרת והלגיטימית היא הפקת רווחים, כך תקטן הנטייה לראות בו גוף דרמהותי.  
100 כגון זיכוי במס כתוצאה מתרומה למוסד ציבורי (ס' 46 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]).  
101 ראו: אוריאל פרוקציה "הבעלות על הפירמה וסייגיה – נושים, עובדים, אלמנות ויתומים" משפטים כב 301, 343 ואילך (1992). לסקירת היתרונות והחסרונות הגלומים באספקת שירות ציבורי על ידי גופים פרטיים הפועלים שלא למטרת רווח אל מול אספקתו על ידי גופים פרטיים הפועלים למטרת רווח, ראו: P. Frumkin, *Service Contracting with Nonprofit and For-Profit Providers: On Preserving a Mixed Organizational Ecology, in MARKET-BASED GOVERNANCE – SUPPLY SIDE, DEMAND SIDE, UPSIDE, AND DOWNSIDE* 66 (J.D. Donhaue & J.S. Nye Jr. eds., 2002).

102 להשוואה ראו: ע"ע (ארצי) 1046/04 גואטה – מפעל הפיס (פורסם בנוב, 2005) (להלן: פרשת מפעל הפיס). בית הדין הדגיש כי בניגוד לחברות עסקיות רגילות, הסיכון הנובע מניהול כושל של מפעל הפיס עלול להיות מגולגל על כתפי הציבור. לדוגמה אם רווחיו יקטנו, הוא

## (5) מימון ציבורי פונקציונלי – השתתפות מסי חבר כפויים

הפרמטר החמישי המאפיין את ציבוריותם הפונקציונלית של איגודי הספורט הוא מסי החבר שהם מטילים על חבריהם. על פי המקובל בפסיקה, גוף פרטי הניזון מתמיכה ציבורית בכל מובן שהוא (בין שמדובר בכספי כלל הציבור, בין שמדובר בכספי תורמים ובין שמדובר בכספי מסי חבר) אינו רשאי לעשות כרצונו ב"קניינו" כאילו היה גוף פרטי לכל דבר ועניין<sup>103</sup>.

ברוח זו נפסק כי גוף הגובה מס תקופתי קבוע מציבור גדול של פרטים (לפי הסמכה בדין או בחוזה אחיד שקשה לחמוק מלחתום עליו) נכנס בגדר הפרמטר האמור. נקבע כי תמיכה זו אמנם אינה ממשלתית, אולם יש לה עמה מכה משותף: בשני המקרים הגוף ניזון מציבור משלמי המסים שאין בידי אפשרות אמיתית להימנע מהתשלום או להתמקח על מידתו ועל טיבו של השירות שהוא מעניק<sup>104</sup>.

בענייננו, עיקר תקציבם של איגודי הספורט ניזון ממסי חבר. על פי תקנוניהם, תשלום המסים מהווה תנאי להשתתפות במסגרותיהם. לכל הדעות כספים אלו הם טובין חיצוניים שאינם נובעים מכישוריהם, אלא משאיפות הציבור לקדם את הפעילות החיוניות שאותה מנהלים האיגודים. בהיותם "משאב ציבורי", כספים אלה אינם חלק מקניינם העצמי אלא קניין הציבור<sup>105</sup>.

יקצה סכומים נמוכים יותר לטובת הציבור. פתרון חלקי לבעיות אלה הינו חוק העמותות, שתפקידו להבטיח כי העמותה תקיים את הבטחותיה לתורמים. עם זאת אין בפיקוח זה כדי לענות באופן מלא על כל צרכי הציבור. לתיאור מגבלות הפיקוח של רשם העמותות ראו: דוח ועדת סטרשנוב, לעיל ה"ש 66, בעמ' 77-85. לתיאור מערכת היחסים בין התורמים לארגון הפועל ללא תכלית עסקית לבין מנהלי הארגון לבין ה"ציבור" שלשמו הוא פועל (בהקשר לתמריץ המנהלים לפעול ביעילות) ראו: R.A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 409 (6<sup>th</sup> ed. 2003).

103 פרשת ארגון השוטרים, לעיל ה"ש 82, פס' 7 לפסק הדין. כן ראו הראל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 133-135.

104 שם, ראו גם: ת"א (מחוזי י-ם) 3400/01 דורפמן נ' ארגון המורים בבתי הספר העל יסודיים בסמינרים ובמכללות (פורסם בנבו, 2002), שם נפסק כי על אף שארגון המורים העל יסודיים בסמינרים ובמכללות אינו גוף סטטוטורי, אין הוא גוף פרטי, בין היתר בשל העובדה שהארגון ממומן מדמי החבר שמשלמים חברי הארגון.

105 הצורך להבטיח, באמצעות פיקוח שיפוטי, שימוש יעיל בכספי מסי חבר הנגבים על ידי איגודי הספורט מקבל משנה תוקף ביחס לאיגודי ספורט קטנים שלא נהנים (בדרך כלל) ממימון ישיר מרשויות השלטון. ככאלה, מסי החבר מהווים מקור התקציב המאפשר את התקיימותם בפועל.

## (ב) זיקה מוסדית לשלטון

נוסף על הזיקה הפונקציונלית, איגודי ספורט מקיימים גם זיקה מוסדית לרשויות השלטון. זיקה זו מורכבת ממאפיינים שונים העשויים להצביע על קשר הדוק בין הגוף הפרטי לבין רשויות השלטון<sup>106</sup>. המשותף למאפיינים אלה הוא יצירת הקבלה בין הגוף הפרטי לרשויות המדינה. הקבלה זו עשויה ליצור בעיני הציבור תחושה (ברמות שונות ובמינונים שונים) כי חרף התאגדותו על פי דיני המשפט הפרטי, ידה של רשות מרשויות המדינה ניכרת בפעילותו. ככל שקיים דמיון פונקציונלי רב יותר בין פעילותו הציבורית של התאגיד הפרטי לבין רשויות ציבוריות, כך גם תתעצם, בדרך כלל, הזיקה המוסדית לשלטון. על טיבה של זיקה זו נעמוד להלן.

## (1) זיקת רעיונית – ייצוג המדינה בתחרויות בינלאומיות

הסממן הממלכתי המובהק ביותר של איגודי ספורט נובע מפעילותם הייצוגית בשם המדינה, קרי ניהול משחקי נבחרות ישראל וקביעת זהות הספורטאים שייצגו את המדינה בתחרויות בינלאומיות. במסגרת פעילות זו מהווים איגודי הספורט זרועו הארוכה של הריבון, שהכשיר, כאמור, את מעמדם הבלעדי בתחום. בכך נוצרת זהות רעיונית בינם לבין רשויות השלטון. זהות זו עשויה לפרוץ את מסך התאגדותם הפרטי<sup>107</sup>. בהתייחס להתאחדות לכדורגל לדוגמה, אין צורך להכביר מילים על קיומו של קשר הדוק בדעת הקהל בין נבחרת ישראל לבין המדינה<sup>108</sup>. תקנון נבחרת ישראל כשלעצמו מעלה ניחוח "ממלכתי". סעיף 1 לתקנון, המגדיר את המושג "נבחרת ישראל", מצביע על מהות הנבחרת כמייצגת את מדינת ישראל בפעולותיה<sup>109</sup>. השימוש בשם המדינה יש בו כדי לרמז על זהות מושגית בין השתיים, בבחינת "המדינה זה אני"<sup>110</sup>. בהתאמה, ולאור מעמדה הבלעדי, ההתאחדות קובעת – באמצעות המאמן "הלאומי" – את הרכב השחקנים שייצג

106 לתיאור נרחב של הזיקה המוסדית ראו הראל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 137-166.  
107 ראו לדוגמה: פרשת ארגון השוטרים, לעיל ה"ש 82, שם נפסק כי זיקה רעיונית לרשויות המדינה עשויה להיות פרמטר לסיווג גוף פרטי כדרמהותי.  
108 כאשר אדם מן היישוב צופה במשחק כדורגל רשמי שבו משתתפת נבחרת ישראל – ששחקניה לבושים במדי כחול-לבן – ומביט בשחקנים עומדים דום לצלילי ההמנון הלאומי, כשברקע מתנופף דגל ישראל, הנבחרת נתפסת בעיניו כידה הארוכה של המדינה. ראו בהקשר זה ס' (א) לחוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, תש"ט-1949. לתיאור מעמדה ה"לאומי" של נבחרת הכדורגל של ישראל – לרבות החובות הספורטיביות, האתיות והמוסריות הנדרשות משחקניה – ראו: דוח ועדת סטרשנוב, לעיל ה"ש 66, בעמ' 86-91.  
109 כלשונו: "נבחרת ישראל" – קבוצת שחקנים אשר נבחרה על ידי ההתאחדות לכדורגל בישראל לייצג את מדינת ישראל במשחק ו/או במשחקים נגד יריב ו/או יריבים כלשהם בכל מסגרת משחקים שהיא".  
110 כאמירתו של המלך לואי ה-14, ולהבדיל מנסיבות אמירתה.

את המדינה בתחרויות בינלאומיות<sup>111</sup>. בפועל כאמור, מהווה ההתאחדות זרועו הארוכה של הריבון<sup>112</sup>.

הטורניר שנערך בין קבוצות הכדורגל בישראל, המכונה "גביע המדינה" (ולא: "גביע ההתאחדות"), משקף אף הוא הזהות הרעיונית בין ההתאחדות למדינה. די אם נציין כי על פי נוהג עתיק יומין, "גביע המדינה" מוענק לקבוצה הזוכה על ידי נשיא המדינה בכבודו ובעצמו. כך אצלנו וכך גם במדינות מערביות מתוקנות<sup>113</sup>. לא מצאנו בחקיקה כל אזכור לחובת הנשיא להעניק את הגביע, או למצער לכבד בנוכחותו את משחק הגמר<sup>114</sup>. זאת ועוד: שיחות הטלפון הנרגשות שמקבלים ספורטאים מראשי המדינה בעקבות ניצחון חשוב במיוחד (כגון נצחונה ההיסטורי של קבוצת מכבי תל-אביב בכדורסל על קבוצת צסק"א מוסקבה בשנת 1977 או זכייתו של הספורטאי גל פרידמן במדליית זהב באולימפיאדת אתונה 2004) הופך את תחרויות הספורט לאירוע מכונן הנצרב בתודעה הלאומית<sup>115</sup>. שיתוף

111 זאת בניגוד למצב הטיפוסי, שבו המדינה היא זו שנוהגת לבחור את נציגיה הרשמיים (מינוי הבכירים שבנציגיה – כגון שגרירים – אף מובא לאישור הממשלה). בענפי ספורט אישיים הקביעה מי ייצג את מדינת ישראל בתחרויות בינלאומיות היא פונקציה של דירוג הספורטאים שנקבע בתחרויות הפנימיות שמתקיימות בתוך האיגוד.

112 לעתים ההתאחדות נוהגת להיעזר בשרי ממשלה על מנת שיפעלו בשמה אצל ראשי פיפ"א. כך, למשל, בידיעה שפורסמה בעיתון "הצופה" ביום 15.6.2003 נמסר על שיחה שקיים שר החוץ דאז, סילבן שלום, עם נשיא פיפ"א וביקשו לפעול לביטול החלטת פיפ"א המונעת קיום משחקים בינלאומיים בישראל. ההתערבות היא דו-כיוונית: גם פיפ"א אינה בוחלת בניזיפות לממשלות אשר גורמות להתאחדויות להפר את חוקת פיפ"א; ראו [fifa.com/aboutfifa/federation/releases/newsid=110859.html](http://fifa.com/aboutfifa/federation/releases/newsid=110859.html).

113 כך, למשל, בספרד "גביע המלך" מוענק על ידי המלך חואן קרלוס. גם בענפי ספורט אחרים רווח מנהג זה. כך, למשל, בשנות השבעים של המאה שעברה נהג משה דיין, גם כשהיה שר ביטחון, לרדת אל משטח הפרקט בהיכל הספורט ביד אליהו (כיום "היכל נוקיה"), בעת טקס הצגת השחקנים במשחקי מכבי תל-אביב בכדורסל במסגרת "גביע אירופה לאלופות", וללחוץ את ידי שחקני שתי הקבוצות. למעלה מן הדרוש נוסיף כי לא היה אז, ואין כיום, כל מקור חוקי להתנהגות זו. כמוהו נהג, שנים אחר כך, נשיא המדינה חיים הרצוג. באנגליה למשל, נהוג מזה עשרות רבות של שנים כי את הפרס לטניסאים הזוכים בטורניר ווימבלדון מעניקה הדוכסית מיורק, כחליפתה של המלכה. גם שם נעדר המנהג בסיס חוקי כתוב.

114 הפעם היחידה שבה חרג נשיא מדינה מנוהג זה הייתה בעת שהנשיא לשעבר קצב שהה ב"נבצרות זמנית" (גם אז העניקה את הגביע ממלאת מקומו, יו"ר הכנסת). נוהג זה מקביל לנוהג הקיים בעת חלוקת פרסים במפעל הרשמי של המדינה המכונה "פרס ישראל", שבמהלכו ראשי המדינה מחלקים את פרסי ישראל לאישיים ומוסדות שהצטיינו בתחומם ופיארו את המדינה.

115 בשיחות טלפון נלהבות אלה נוהגים קברניטי המדינה – בשידור חי – להעלות על נס את ממלכתיות הנבחרות או הספורטאים, ואת העובדה כי הרימו את קרן ישראל בעמים, משל היו הם אבר מאברי המדינה.

פעולה מעין זה, חרף היותו סימבולי, מצביע על מעורבות של רשויות המדינה בפעילות איגודי הספורט<sup>116</sup>.

עם זאת, בהיעדר מקור משפטי פורמלי המעגן באופן רשמי את הזיקה הממסדית בין רשויות המדינה לאיגודי הספורט פעילותם – לרבות נבחרת ישראל מטעמם – מייצגת, דה יורה, את האיגודים לבדם<sup>117</sup>. דא עקא, הואיל והמדינה לא זו בלבד שאיננה מסתייגת מהסדר בלתי כתוב זה, אלא אף מקבלת בשמחה את ייצוגה על ידי הנבחרת ה"לאומית", קשה להתעלם מנתונים אלה בעת ניתוח מעמדם המשפטי של האיגודים.

(2) זיקה מימונית – קבלת תמיכה מכספית תקציב המדינה

כדומה לגופים פרטיים רבים, איגודי הספורט ניזונים מכספית תקציב המדינה<sup>118</sup>. על פי עמדת הפסיקה, העובדה שגוף פרטי נתמך מכספית המדינה עשויה להוות שיקול רלוונטי לצורך הניתוח אם ראוי לסווגו כדרמהותי<sup>119</sup>. על אף שמקור המימון, טיבו ומידתו עשויים להשתנות ממקרה למקרה, גוף פרטי הנהנה מכספית משלמי המסים אינו יכול לטעון להגנה מוחלטת על "קניינו העצמי". מסקנה זו מתחזקת הואיל ואין בידי ציבור משלמי המסים אפשרות אמיתית להימנע מהתשלום או להתמקח עם הגוף על דרכי פעולתו ועל טיב

116 להשוואה ראו: פרשת כלבו, לעיל ה"ש 73, שם נפסק כי העובדה שמועדון ספורט משתמש באצטדיון עירוני (קניין פרטי בעל אופי ציבורי) עשויה להוביל לסיווגו כדרמהותי.

117 ראו לדוגמה: פרשת ארגון שחקני הכדורגל, לעיל ה"ש 64, בעמ' 104, שם נפסק כי תקנון ההתאחדות אינו תקנה בת-פועל תחיקתי (בשל היעדר כל סממן של מעורבות מצד רשויות המדינה בתהליך ההתקנה). כן ראו: בג"ץ 8313/04 התנועה להגנינות שלטונית נ' שרת החינוך, התרבות והספורט (פורסם בנבו, 2004). הפרשה עסקה במשחק כדורגל שאורגן על ידי איגוד התאחדויות הכדורגל באירופה בין מכבי תל-אביב לקבוצת ביירן מינכן מגרמניה. ועדת התחרויות של האיגוד קבעה כי המשחק ייערך באצטדיון רמת גן בערב ראש השנה. בעקבות כך קמה זעקה בציבור. גם ההתאחדות, בסיוע שר החוץ, ניסו להשפיע על הגורמים המארגנים להזיז את מועד המשחק לתאריך אחר. משהתקבלה תשובה שלילית, הוגשה עתירה לבג"ץ על מנת שייתן צו המורה להתאחדות לשנות את מועד המשחק או לחלופין להורות למשטרת ישראל להימנע מלשלוח שוטרים למשחק. בית המשפט הביע מורת רוח ממועד המשחק, אולם דחה את העתירה, תוך שהוא מדגיש כי העותרים לא הצביעו על סמכות על פי דין שמאפשרת לבג"ץ לצוות על ההתאחדות כי תעשה כך או אחרת. העתירה נדחתה אף בהתייחס למשטרת ישראל. בית המשפט הדגיש כי יהא זה חסר אחריות מצדו אם יאסור על המשטרה להעמיד שוטרים בשכר לשמירה על המשחק.

118 הכוונה היא לגופים הניזונים מכספית המדינה שלא מכוח היותה "בעלים" אלא מכוח היותה "ריבון". לסקירה כללית אודות התמיכה הממשלתית במוסדות ציבור בישראל ראו: אמנון דה-הרטוך תמיכת המדינה במוסדות ציבור: חקיקה מול מציאות (1999).

119 לניתוח הזיקה המימונית ראו הראל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 161-166.

השירות שהוא מעניק<sup>120</sup>. חרף זאת, בית המשפט העליון טרם הכריע במפורש אם תמיכה תקציבית, כשלעצמה, עשויה להוות תנאי מספיק לסיווג גוף כדר-מהותי<sup>121</sup>. בענייננו, חלק בלתי מבוטל מתקציבם של איגודי הספורט מקורו אמנם בפעילות עסקית המניבה רווחים, כגון מכירת זכויות שידור, פרסום, מכירת כרטיסים וכיוצא באלו<sup>122</sup>. אולם בצד זאת, לא מעט מתקציבם נשען על תמיכה ממשלתית להם זוכים מדי שנה<sup>123</sup>.

#### 4. סיכום ביניים

בפרק זה הראנו כי חרף העובדה שאיגודי ספורט מאוגדים כגופים פרטיים, ועל אף האוטונומיה הפרטית המוקנית להם מכוח החוק, לא ניתן להתעלם מהשימוש שהם עושים, בחסות המחוקק, במשאבי ציבור. שימושים אלה מחייבים את סיווגם, באותם הקשרים, כגופים דר-מהותיים. עם זאת, כאמור, סיווגם ככאלה יהא לעולם נקודתי ומתייחס לאספקטים הספציפיים העומדים לדין. על כן השאלה אם איגודי הספורט עושים שימוש מהותי במשאבי ציבור תיגזר תמיד מאופי הפעולה העומדת לביקורת שיפוטית. כך, ייתכן שלעניין אחד איגוד ספורט פלוני יסווג כדר-מהותי, בעוד שלעניין אחר הוא יסווג כגוף פרטי לכל דבר ועניין<sup>124</sup>.

120 ראו: פרשת ארגון השוטרים, לעיל ה"ש 82. נפסק כי כאשר הציבור נושא בנטל של מימונו הכלכלי של גוף פרטי, זכותו לומר את דברו לפחות בכל הנוגע לניצול הכספים שאותם מקבל הגוף הפרטי מן הציבור. גם הטבות כספיות, כגון פטור ממסים, מהוות בעקיפין תמיכה תקציבית. לעניין זה ראו: אליאס, לעיל ה"ש 94, בעמ' 326.

121 ראו לעניין זה: בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203 (2002) (להלן: "פרשת פוריה"). עם זאת לאחרונה סיווג בית המשפט העליון את תנועת הליכוד כגוף דר-מהותי בנוגע לשימוש שנעשה על ידיה בכספי מדינה שהוקצו למימון בחירות. ראו לעניין זה: ע"א 8414/08 טל נ' פריד, פס' כ"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2008). מנגד, בית המשפט העליון האמריקני אימץ גישה שמרנית באשר להכרה בזיקה מימונית כעילה אפשרית לביסוס מבחן הקשר (Nexus Theory). לעניין זה ראו ברק-ארו, לעיל ה"ש 32, בעמ' 301.

122 דוח ועדת סטרשנוב, לעיל ה"ש 66, בעמ' 18.

123 על פי דוח ועדת סטרשנוב, כשליש מתקציבה של ההתאחדות לכדורגל ממומן ישירות מכספי הציבור – בין מכספי משלמי המסים באופן ישיר באמצעות הקצבות המוענקות להתאחדות על ידי משרד התרבות, המדע והספורט, ובין מכספי ציבור במובן רחב יותר באמצעות הקצבות המועצה להסדר ההימורים בספורט. שם, בעמ' 20. בעקבות מימון זה ההתאחדות מהווה "גוף מבוקר" כמשמעו בס' 9 לחוק מבקר המדינה [נוסח משולב], תשי"ח-1958.

124 במילים אחרות, איגוד ספורט עשוי לנוע על פני המנעד הציבורי בהתאם לטיב המשאב שהוא מפעיל ואופן השימוש בו: בעשותו שימוש מהותי במשאבי הציבור הוא יסווג כדר-מהותי. מנגד, מקום שאין הוא עושה שימוש במשאבים אלה, הוא יסווג כגוף פרטי מובהק.

#### ד. הדין החל על איגודי ספורט: דואליות נורמטיבית

סיווג איגודי ספורט כ"דרמהותיים" מכשיר את הכפפתם, באותו הקשר, לדיני המשפט הציבורי (בצד דיני המשפט הפרטי החלים עליהם ממילא). עם זאת אין בכך לייתר את הצורך להקפיד כי הללו יוכפפו לנורמות ציבוריות שיגשימו בפועל את היבטיהם הציבוריים. רק כך ניתן להבטיח את קיומו של "מבחן ההתאמה", הדורש קיומו של קשר רציונלי בין האמצעי (דיני המשפט הציבורי) לבין המטרה (הגנה על אינטרס הציבור).

בשורות הבאות ניוכח כי הפסיקה צלחה מטרה זו. ככלל, דיני המשפט הציבורי המוחלים על איגודי הספורט מגשימים את היבטיהם הציבוריים. עם זאת לא די בכך. כזכור, בפרק הקודם הראנו כי בניגוד לרשות ציבורית אשר "משלה אין לה ולא כלום", ובניגוד לגוף פרטי מובהק אשר "יש לו גם יש לו משלו", לאיגוד ספורט יש גם "משל עצמו" וגם "משל הציבור". לנתון זה אמור להיות משקל בלתי מובטל בעת יציקת תוכן בדואליות הנורמטיבית (האמורה להוות "נוסחת פשרה" המשקפת בו-זמנית את היבטיו הציבוריים והפרטיים). בפרק זה ניוכח כי בתי המשפט פועלים ברוח דברים אלה. מחד, כל אימת שהם נדרשים להתערב בשיקול הדעת המקצועי של איגודי הספורט, ניכרת רתיעה מהתערבות בענייניהם הפנימיים. מאידך, כל אימת שבתי המשפט נדרשים להפעיל פיקוח שיפוטי שתכליתו בחינת טיב ההליך שננקט על ידי איגודי הספורט, אין הם נרתעים מהכפפתם לעקרונות דיני המשפט הציבורי ללא כחל ושרק. לעניות דעתנו פרקטיקה זו מקורה ב"מדיניות המכוונת" שהתווה המחוקק לבתי המשפט, שלפיה יש לשאוף לריסון כוחם הציבורי של איגודי הספורט בצד שמירה הדוקה על האוטונומיה הפרטית שלהם.

#### 1. ביקורת שיפוטית על תקינות הליך שננקט על ידי איגודי ספורט

על פי עמדת הפסיקה, השימוש שאיגודי הספורט עושים במשאבי הציבור מחייב אותם לתת לציבור דין וחשבון (accountability) בכל הנוגע לתקינות ההליכים הננקטים על ידיהם (המובילים, בסופו של יום, לקבלת החלטות בתחום עיסוקיהם). אילו היינו מתירים להם לנהל את קניין הציבור כרכוש פרטי מובהק, ספק אם זכויות הציבור היו מקבלות ביטוי ממשי. על מנת לרסן חששות אלה, בתי המשפט נוהגים לחייבם לפעול בהתאם לכללי משחק מוגדרים. כללים אלה – המתווים מראש אופן פעילות "ראוי" לכל מי שפועל במרחב הציבורי – נועדו למנוע השתלטות של אינטרסים פרטיים על המרחב הציבורי<sup>125</sup>.

125 לדוגמה, דיני המשפט הציבורי ימנעו מאיגודי ספורט לקצץ באיכות ובטיב של השירות שאותו הם מספקים על מנת לחסוך בהוצאות ולהשיא את רווחיהם.

## (א) החובה לפעול בהתאם לכללי מינהל תקין

אין להתפלא אפוא כי בתי המשפט נוהגים לאכוף על איגודי ספורט את החובה לפעול על פי כללי מינהל תקין. שמירה על תקינות המינהל היא תנאי בסיסי לכל גוף המתיימר לנהל משאב ציבורי באופן בלעדי. כך ניתן להבטיח היעדר ניצול לרעה של הכוח שהופקד בידיו מטעם הציבור. תוכנה זו מקבלת משנה תוקף בענייננו הואיל ולצרכני ענף הספורט אין יכולת להשפיע על הנעשה באיגודי הספורט. זאת ועוד: בהיות איגודי הספורט "משרתי הציבור", עמידה על כללים אלה תבטיח שהצדק יראה ולא רק ייעשה<sup>126</sup>. בהקשר זה יפים הדברים שנפסקו לגבי מעמדה הציבורי של אגודת סטודנטים<sup>127</sup>:

"נושאי משרה בגוף ציבורי או דו-מהותי אינם פועלים למען עצמם ואין הם רשאים לעשות ככל העולה על רוחם... הם משרתי הציבור ושליחיו. עליהם לפעול בנאמנות עבור ציבור שולחיהם. עליהם לפעול בצניעות, בזהירות, בחרדת קודש, ביושרה אישית ובראש מורכז. יאה להם דברו של שליח הציבור בתפילת יום הכיפורים 'אני העני ממעש...' עליהם לשאול עצמם השכם והערב אם הם ממלאים את תפקידם באמונה, האם לא נטלו לעצמם או לא העניקו לזולתם מעבר למידה והאם לא חטאו ביוהרה או בגאווה הלב...".

בהתאמה, בתי המשפט תובעים בצדק מאיגודי ספורט להוקיע אי-סדרים, שערוריות, מעשי שרירות ושחיתות<sup>128</sup>. נוסף על כך נאסר עליהם לקבוע הוראות המחייבות את חבריהם

126 להשוואה ראו: פרשת ארגון השוטרים, לעיל ה"ש 82. באותו עניין נפסק כי כל עוד לא נקבע אחרת, חזקה על כל עמותה, במיוחד כזו המתקרבת לדרגתו של גוף דו-מהותי, כי כוונת תקנונה להתאים עצמו אל עקרונות השיטה, בין היתר הגינות, ניהול תקין, היעדר עושק המיעוט והימנעות מעירוב אינטרסים פרטיים זרים של ראשי העמותה.

127 ע"ע (ארצי) 162/05 אגודת הסטודנטים בטכניון, עמותה רשומה נ' ברמק, פס' 37 לפסק דינו של השופט צור (פורסם בנבו, 2007). באותו עניין בית הדין עמד על הצורך לקיים כללי מינהל תקין ביחס לרמת שכר המשולם על ידי גוף דו-מהותי. כן ראו: ה"פ (מחוזי מרכז) סיעת בית"ר בהתאחדות לכדורגל נ' יו"ר ההתאחדות לכדורגל מר אבי לוזון (פורסם בנבו, 2010), שם נפסק כי יש לפרש את הוראות תקנון ההתאחדות כך שייצוג הסיעות במזכירות ההתאחדות יהא תואם באופן יחסי לשיעור ייצוגן בהנהלה.

128 ראו: פרשת איגוד הג'ודו, לעיל ה"ש 75, פס' 47-48 לפסק הדין. בית המשפט עמד על כך כי: "התנהלות תקינה אינה נוגעת רק לפעילות כספית וחשבונאית ולהגשה הפורמאלית של המסמכים הנדרשים, אלא מחייבת עמידה מהותית בכל הוראות הדין ובכללים והעקרונות של המינהל הציבורי. התנהלות תקינה כוללת לכן גם את האיסור על ניגוד עניינים, את החובה לפעול בהגינות, שוויוניות וללא משוא פנים, את החובה לפעול בשקיפות, בהתאם לקריטריונים קבועים וברורים..." (פס' 48). בהקשר זה יוער כי דוח ועדת סטרשנוב, לעיל ה"ש 66, הצביע על "תמונה עגומה ביותר" (כלשונו) בהתייחס לנוהלי ההצבעה של האסיפה הכללית של

רטרואקטיבית<sup>129</sup>. חוק הספורט נרתם אף הוא למשימה, בהשיתו על איגודי הספורט חובה לנהל פנקסי חשבונות שישקפו בשלמות ובנאמנות את עסקאותיהם ומצבם הכספי<sup>130</sup>. על פי אותו רציונל, ראוי להשית על איגודי ספורט את החובה לקבוע כללים אחידים ושוויוניים שידריכו אותם בהקשר להתנהלותם הציבורית. כללים אלה הכרחיים לצורך גיבוש מדיניות אחידה, מניעת הפליה והגשמת יעדיהם הציבוריים<sup>131</sup>. ההגינות הדיונית מחייבת שהחלטה ציבורית של איגודי הספורט תהא מבוססת על תשתית עובדתית ראויה<sup>132</sup>. בפועלם במרחב הציבורי עליהם לבסס את החלטותיהם על בדיקה שיטתית<sup>133</sup>. אין להתיר להם להפעיל

ההתאחדות. על פי ממצאי הדוח, חלק מההצבעות נעשות בדרך של יפוי כוח קולקטיביים שנחתמו "על החלק" על ידי נציגי הקבוצות (בעלות זכות ההצבעה) המקנים למרכזי הספורט הסמכה כללית להצבעה, כלשון הדוח (בעמ' 25-26): "שיטה זו... פוגעת קשות בחשאיותן של הבחירות וחושפת את נציגי הקבוצות ללחצים בלתי הוגנים ולהטיית עמדתם...".

129 ראו לעניין זה: פרשת טורטן, לעיל ה"ש 13, פס' (ג)1 (1) לפסק דינו של השופט בן-יאיר: "אפילו נסכים, על פי השקפת עולמנו, שהתנהגות מסוימת אינה רצויה או אינה הולמת או פסולה, ואפילו נסכים, שהיה ראוי להגדירה כעבירה בת עונשין, אין להתיר את הגדרת העבירה ככזו לאחר זמן, לאחר שנעשה המעשה הבלתי רצוי. יש לקבוע את כללי ההתנהגות מראש, במוסדות הנבחרים של ההתאחדות לספורט, ואין להיגרר לקביעתם בדיעבד, בועדת אדר-הוק, שהוקמה באופן מיוחד לצרכי בירור וענישה".

130 ס' 9 לחוק הספורט מחייב את איגודי הספורט "לנהל פנקסי חשבונות שישקפו בשלמות ובנאמנות את עסקאותיהם ומצבם הכספי". באותו הקשר ראו גם: פרשת התאחדות הסקי, לעיל ה"ש 75, פס' 20 לפסק הדין. נוסף על כך, על מנת להבטיח ניהול ראוי של פעילותם הציבורית הוראות החוק מסדירות, בין היתר, פיקוח על הכשרת מאמנים, חובה לערוך בדיקות רפואיות לספורטאים, איסור על שימוש בסמים ממריצים, חובה לבטח ספורטאים, הסדרת כללי בטיחות, חובה לייצוג הולם של נשים בסוגי המשרות השונים, וקביעת נהלי העברת שחקנים מאגודה לאגודה (ראו, בהתאמה, ס' 2-4, 5, 6, 7, 8, 9, 11-12 א לחוק).

131 כך, למשל, ועדת סטרשנוב ביקרה באופן חריף את הנוהג שלפיו כרטיסים למשחקים רשמיים מחולקים חנים על ידי ההתאחדות מבלי שקיימים קריטריונים אחידים לחלוקה, כלשון הוועדה (דוח ועדת סטרשנוב, לעיל ה"ש 66, בעמ' 43): "חלוקת כרטיסים ללא תמורה, בכמות כה גדולה ושלא עפ"י קריטריונים נאותים, נראית לנו פגומה מיסודה ואינה הולמת כללי מינהל תקין... לכרטיסים אלה שווי כספי בלתי מבוטל, וההכנסה בגינם אמורה לשמש את הקבוצות ולא את העסקנים...".

132 הכוונה היא לאיסוף וסיכום נתונים, בדיקת משמעויותיהם ושייכותם לעניין, בדיקת אמינותם וקיום תשתית מוצקה של ראיות מהותיות. ראו לעניין זה: בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (1983); בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (1994).

133 להכפפת הבורסה לניירות ערך לחובה לקיים תשתית עובדתית נאותה בטרם קבלת החלטה שתוצאתה סירוב לרשום מניותיה של חברה למסחר בבורסה ראו: ע"א 1094/95 הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' כים-ניר שירותי תעופה בע"מ, פ"ד נה(1) 634, 647 (1997).

שיקול דעת בשרירות, על יסוד תחושה בעלמא. קל וחומר הוא הדבר בהתייחס להחלטה שעניינה עיצוב מדיניות עקרונית<sup>134</sup>.

דברים אלה מקבלים משנה תוקף ביחס לסוגיות שיש להן זיקה ישירה לפעילותם הציבורית. כך, למשל, אין זה ראוי, מבחינת כללי מינהל תקין, שאיגוד ספורט יסכים שצד שלישי, שהוא צד מעוניין וזר לו, יתמרץ באופן אישי את שחקני הנבחרת הלאומית במסגרת משחקיה ויציב להם אתגרים שתכליתם הגשמת אינטרסים אישיים שלו. מסקנה זו יפה גם אם תכליותיו האישיות של אותו צד שלישי עולות בקנה אחד עם תכליותיו של איגוד הספורט, קרי ניצחון של הנבחרת במשחק. אילו תמריצים אלה היו מובטחים לשחקנים על ידי האיגוד עצמו לא היה בכך כל פסול. הטעם לפגם נובע מכך שצד שלישי הוא זה שמבטיח את התמריצים<sup>135</sup>.

נוסף על כך, ראוי להשית על איגודי ספורט גם את חובת ההנמקה<sup>136</sup>. לדוגמה, אין להשלים עם הוראה תקנונית הפוטרת "ועדת חנינות" מן הצורך לנמק את החלטותיה<sup>137</sup>. משתקנון האיגוד מאפשר ל"שוק החיצוני" (קרי כל מי שהורשע ונענש על פי תקנון

134 יתרה מזו, על מנת להגביר את מעורבות הציבור בפעילותם, אין לשלול על הסף הכפפתם לחובה להיוועץ עם נציגי ציבור רלוונטיים עובר לקבלת החלטה עקרונית העשויה להשפיע על ציבור רחב.

135 הבטחת תמריצים עלולה לעודד שחקנים שאינם שחקני התקפה טבעיים לנסות ולהבקיע שער בכל מחיר (לעתים ללא הצלחה), ועל ידי כך לפעול בניגוד להנחיותיו המקצועיות של המאמן. בנסיבות אלה טוב עשתה ההתאחדות לכדורגל כשאסרה על שחקן נבחרת ישראל לקבל מצד שלישי טובת הנאה הקשורה לפעילותו הציבורית. על פי הדיווחים באמצעי התקשורת, במהלך חודש נובמבר 2007 מיליארדר אנגלי הבטיח להעניק מכונית יוקרה במתנה לשחקן ישראלי שינצח את נבחרת רוסיה במשחק כדורגל שהיה מתוכנן בין נבחרת ישראל לנבחרת רוסיה. לנוכח הבטחה זו פורסם כי שחקן נבחרת ישראל שכבש את שער הניצחון בדקה ה-90 במשחק עתיד היה לקבל מכונית "מרצדס" חדשה מהמיליארדר האנגלי, אולם לאחר המשחק הודיע היועץ המשפטי של ההתאחדות כי על פי תקנון ההתאחדות, השחקן לא יוכל לקבל את התמריץ. כאמור, אנו סבורים כי יש לברך על החלטה זו. עם זאת יש להצטער על כך שההתאחדות לא דאגה לציין מראש, לפני המשחק, כי התמריץ לא יכובד.

136 להשוואה ראו ע"א 10419/03 דור נ' רמת הדר – כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ, פ"ד ס' 277, 297 (2) (2005) (להלן: פרשת רמת הדר): "ההנמקה ודאי תורמת לאיכות ההחלטה; ההנמקה הינה מרכיב חשוב ביכולתו של הפרט להתמודד עם ההחלטה ומעניקה לו את היכולת לתקוף אותה, לערער עליה, ולנסות להפריך את הנימוקים שהועלו, ובסופו של דבר להביא לשינויה. ככל שהחלטה חשובה יותר ופוגעת במושא ההחלטה, תהא חשיבות גדולה יותר להנמקה גם בתחומי המגזר הפרטי... גם בגוף פרטי העדר הנמקה עלול לכסות במקרים מסוימים על החלטה לא ראויה, שלו היה בית המשפט מודע לה, היה פוסל אותה".

137 כוונתנו לס' 4(ג) לנספח החנינות המצורף לתקנון בית הדין העליון של ההתאחדות לכדורגל.

המשמעת) לפנות אל מוסדותיו ולהגיש בקשה לחנינה, שיקול הדעת של הוועדה הינו בבחינת "משאב ציבורי"<sup>138</sup>.

### (ב) החובה לפעול בהתאם לכללי צדק טבעי

כללי הצדק הטבעי נתפסים כחלק ממושכלות היסוד של המשפט הציבורי. ככאלה, בתי המשפט נוטים להחילם על כל פעילות של גוף דרמהותי, תהא אשר תהא<sup>139</sup>. ביטוי מרכזי לכללים אלה הוא החובה להעניק זכות טיעון לכל מי שהחלטה בעניינו עלולה לפגוע בו<sup>140</sup>. היבט נוסף של כללי הצדק הטבעי הוא האיסור על משוא פנים וניגוד עניינים. מיותר לציין כי חובות אלה הכרחיות, מעצם טיבן, ביחס לכלל פעולותיהם של איגודי ספורט. קל וחומר בנוגע להחלטות המעין שיפוטיות של בתי הדין המשמעתיים של האיגודים<sup>141</sup>. באמצעותן ניתן להבטיח כי האמון שהציבור רוחש למנגנון השפיטה לא יופר<sup>142</sup>.

138 רק כך ניתן יהיה להבטיח היעדר שיקולים זרים. נוסף על כך, ההנמקה תאפשר לבית המשפט לבחון אם נשקלו כל השיקולים שהיו ראויים להישקל בנסיבות העניין, כמו גם את סבירות ההחלטה.

139 אחד הביטויים המובהקים לחלחול חובה זו אל איגודי ספורט הוא איסור על קביעת הוראות משמעת המחייבות את חבריהם רטרואקטיבית. ראו לעניין זה: פרשת טורטן, לעיל ה"ש 13, פס' 8(ג) (2) לפסק דינו של השופט בן-יאיר. כן ראו: ה"פ (מחוזי ת"א) 38811-11-10 ברקוביץ נ' התאחדות לכדורגל בישראל (פורסם בנבו, 2010), שם נפסק כי הוראה תקנונית בתקנון של ההתאחדות – שלפיה במקרה שבו פרט הורחק על ידי ההתאחדות לתקופה של מעל שלושה חודשים, רשאי לערער בזכות לבית הדין העליון רק בתום ריצוי שלושה חודשים מלאים מתקופת הענישה – בוטלה, בין היתר, מחמת פגיעה בכללי הצדק הטבעי.

140 החובה להעניק זכות טיעון הושתה על גופים פרטיים (באמרת אגב) כבר בראשית ימיה של המדינה. לעניין זה ראו: בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1507-1508 (1958): "...אין בעל השררה 'מוסמך' לפגוע במישהו בלי לשמעו קודם לכן... והנחה זו מופעלת אפילו לגבי 'מחוקק' פרטי, כגון מתקין תקנות של אגודה או חברה..." לסקירת הדין המצוי בנוגע לחובת הנאמנות המוגברת על גופים דרמהותיים בעת הליכי פיטורים ראו הראל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 301-302. יצוין כי גם מעביד פרטי לחלוטין – שאינו בהכרח גוף דרמהותי – מחויב להעניק לעובדיו זכות טיעון בטרם פיטוריהם. ראו לעניין זה: ע"ע (ארצי) 415/06 מלכה נ' שופרסל בע"מ (פורסם בנבו, 2007).

141 ראו בעניין זה: פרשת כץ, לעיל ה"ש 69, פס' 18 לפסק דינו של השופט דנציגר, שם נפסק כי: "כל חבריו של המוסד לבוררות הם משפטנים המתמנים לתפקידם על-ידי נשיאות בית הדין העליון של האיגוד... וככל גוף שיפוטי מוטלת גם עליהם החובה לפעול באובייקטיביות ובנאמנות מלאה כלפי בעלי הדין..." עם זאת ראוי להדגיש כי בשל המבנה המיוחד של ארגון וולונטרי, לא ניתן לנטרל לחלוטין את החשש מפני ניגוד עניינים. כך, למשל, בית הדין העליון של ההתאחדות, מעצם טיבו, אינו יכול להיות גוף בלתי תלוי לחלוטין בהתאחדות, הואיל ומעצם הגדרתו סמכותו נגזרת מן הגוף שכוונן אותו (ההתאחדות עצמה). בהקשר זה נפסק כי "אין די בחברותם של בוררים במוסד שנגדו מתקיימת הבוררות, כשלעצמה, כדי לפוסלם

## (1) החובה לפעול בשקיפות

זכות הציבור לקבל מידע מהשלטון היא זכות בסיסית בכל דמוקרטיה. בית המשפט העליון ייחס חשיבות רבה לעיקרון זה בהקשר לפעילות גוף דרמהותי, במיוחד כאשר הלה מבצע תפקיד בעל אופי ציבורי מובהק וכאשר מתקיימת זיקה מוסדית בין פעילותו לרשויות השלטון<sup>143</sup>.

אמנם, בתי המשפט טרם עמדו מפורשות על היקף חובת השקיפות שיש להשית על איגודי ספורט. חרף זאת, לעניות דעתנו מרכז הכובד בפעילותם הציבורית צריך לנוע לעבר הגשמת עקרון הפומביות במלוא הדרו. כמו רשות ציבורית, עליהם להיות נצפים, גלויים וחשופים ביחס לפעולותיהם הציבוריות. שקיפות זו תאפשר לציבור לבקר את פעולותיהם<sup>144</sup>. כך, למשל, פרסום תנאי התקשרות חוזית בין איגוד ספורט לבין גורם עסקי שרכש את זכויות השידור שבבעלות האיגוד (ובפרט, התשלומים שהעביר לאיגוד) הכרחי על מנת לאפשר לציבור לקבל את המידע הדרוש אודות כדאיות העסקה שנעשתה בטובין

- מלדון בסכסוך שבין המוסד לבין בעל דין אחר וכי לשם קבלת הטענה בדבר משוא פנים במקרים מעין אלו על הטוען לפרוס תשתית ראיתית מתאימה שתטיל ספק באובייקטיביות של הבוררים" (שם, פס' 18 לפסק דינו של השופט דנציגר).
- 142 יפים לעניין זה דבריה של השופטת גרסטל באשר לחובות המוטלות על כל אדם שהופקדו בידיו סמכויות שפיטה (ה"פ (מחוזי ת"א) 756/04 אלנר נ' שינוי – מפלגת המרכז (פורסם בנבו, 2004)): "אמון הציבור אינו מתיישב עם מצב שבו חבר בית הדין נהנה – ולו בעקיפין – מן הסנקציה שהוא מטיל... אין... להכשיר מצב בו חבר בית הדין המתחרה על מקום במועצה ידון מועמד אחר למועצה – בשל פעילות הנוגעת לבחירות... עקרונות היסוד של המשפט הישראלי, כשלעצמם, מונעים את המצבים המפורטים לעיל, ואין כלל צורך לכלול אותם בתקנון. בנסיבות דנן נוצר חשש ממשי לפגיעה בכללי הצדק הטבעי...".
- 143 להשוואה ראו: ע"ע 7793/05 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים (פורסם בנבו, 2011). פסק הדין עוסק בהיקף הגילוי המתחייב ממוסדות להשכלה גבוהה בהליך שיפוטי המתנהל בפני ערכאה מוסמכת, וכן בחובות המוטלות על מוסדות להשכלה גבוהה כלפי חברי הסגל האקדמי בטרם התגבש בין הצדדים סכסוך משפטי.
- 144 איגודי ספורט אינם נכללים בגופים שאינם רשויות ציבוריות שהוכפפו ישירות להוראות חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998. הכוונה היא לגופים מבוקרים שהחוק הוחל עליהם במפורש (מכוח ס' 2(10) לחוק חופש המידע) מכוח קביעת שר המשפטים, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ואלה הם: מועצות דתיות, קופות חולים, מוסדות להשכלה גבוהה שהמדינה משתתפת בתקציבם (תחולה חלקית המתייחסת לניהול ענייניהם הכספיים בכפוף לחריגים שנקבעו על ידי השר) ומפעל הפיס (תחולה כללית למעט בעניין הגרלות והימורים בתחומים שפורטו על ידי השר). עוד הוחל החוק במפורש גם על חברות ממשלתיות שנקבעו על ידי שר המשפטים.

הציבוריים<sup>145</sup>. יתרה מזו, בדיוק כשם שפרט העותר נגד השלטון לסעד שנועד לרווחת הכלל אינו מחויב להצביע על נזק שנגרם לו באופן אישי<sup>146</sup>, ראוי להקנות "זכות עמידה" לכל אדם המבקש לעתור כנגד החלטה ציבורית שהתקבלה על ידי איגוד ספורט ושיש בה כדי להשפיע על צרכני ענף ספורט<sup>147</sup>. ההיבט הפונקציונלי בפעילותם – פעילות בעלת אופי ציבורי – וההיבט המוסדי – מימון שלטוני של פעילותם – פותח את שעריהם בפני ביקורת שיפוטית.

## (2) החובה לנקוט הליך מכרז

אחד מביטוייה המובהקים של חובת הנאמנות המוטלת על רשויות ציבוריות הוא החובה לבצע את התקשרויותיהם החוזיות באמצעות מכרז<sup>148</sup>. תכליתיה של חובה זו הן רבות: להבטיח שוויון הזדמנויות, טוהר המידות, שמירה על כללי מינהל תקין, וכמובן השגת התקשרות אופטימלית מבחינה כלכלית<sup>149</sup>.

מבחינת הדין החוק, חוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992 מטיל חובה לערוך מכרז, נוסף על רשויות ציבוריות, גם על חברות ממשלתיות, חברות-בנות של חברות אלה, תאגידים עירוניים, חברות כלכליות שבשליטת רשויות מקומיות, קופות חולים ומוסד להשכלה גבוהה שהממשלה משתתפת בתקציבו (כהגדרתו בחוק חובת המכרזים). פרט לגופים אלה, אין חובת מכרז חקוקה על גופים דרמהותיים. עם זאת חרף היעדרה של חובת מכרז חקוקה על איגודי ספורט, בתי המשפט אינם נרתעים מלהשית על איגודי ספורט חובת מכרז בכל

- 145 ראו: ע"א 6576/01 החברה לייזום מיסודה של סי.פי.אם. בע"מ נ' לירן, פ"ד נו(5) 817 (2002). נפסק כי גוף עסקי הבוחר להתקשר עם הרשות רואים בו כיוודע ומסכים כי – כפוף לסייגים הקבועים בחוק – המידע הכרוך בהתקשרותו פתוח לעיון הציבור.
- 146 בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1 (1987).
- 147 ראו לדוגמה: ת"א (שלום י-ם) 7101/02 ביתי יבנה, עמותה רשומה נ' משיח (פורסם בנבו, 2004), שם נפסק: "...העובדה שמדובר בהפעלת בית כנסת לטובת הציבור... תוך ניצול משאבים שמעצם טבעם הם רכוש של הציבור, יתכן ומחייבת מתן 'זכות עמידה' כנגד פעולותיה והחלטותיה של העמותה גם לצדדים חיצוניים לה, כדוגמת המתנגדים לרב החשים עצמם נפגעים עקב פעילות העמותה...". לתועלת הכרוכה בהרחבת זכות העמידה באשר לפעילותם של גופים דרמהותיים ראו: בנבנשתי, לעיל ה"ש 32, בעמ' 23.
- 148 להגדרת המכרז כמעין "תחרות מאורגנת" ראו: בג"ץ 118/83 אינווסט אימפקט בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד לח(1) 729, 734 (1984).
- 149 עומר דקל חובת המכרז של גופים מנהליים כרך א 17 (2001). המחבר עומד על שלוש מטרות המכרז (ועל היחס ביניהן): 1. שמירה על טוהר המידות ומניעת שחיתות; 2. השגת יעילות כלכלית בהתקשרות עם הרשות; 3. הענקת שוויון הזדמנויות לכל בהתקשרות עם הרשות (בעמ' 91-140).

הנוגע למכירה, לשיווק ולניהול זכויות שידור של אירועי ספורט<sup>150</sup>. הרציונל העומד בבסיס החלטה זו נובע מן ההנחה, שלפיה מכרז מהווה האמצעי היעיל ביותר להשגת השירותים הטובים ביותר בעלות הנמוכה ביותר<sup>151</sup>. נוסף על כך, שיטת המכרז תבטיח כי השימוש בטובין הציבוריים – המוחזקים בנאמנות על ידי איגודי הספורט – ייעשה תוך הגשמת שוויון הזדמנויות, טוהר מידות ושמירה על כללי מינהל תקין<sup>152</sup>.

(3) החובה להימנע משקילת שיקולים זרים ומניצול לרעה של כוח ציבורי

הלכה פסוקה היא כי בדומה לרשויות ציבוריות – הנדרשות לפעול על יסוד שיקולים ענייניים בלבד – יש לצפות גם מאיגודי ספורט לשקול שיקולים העולים בקנה אחד עם מעמדם הציבורי<sup>153</sup>. כל שיקול החותר תחת תכליות אלה עלול להיחשב כשיקול זר<sup>154</sup>.

150 פרשת אביב גלעדי, לעיל ה"ש 74. לערכן הרב של זכויות שידור של אירועי ספורט ראו: יובל קרניאל "שידור של אירועי ספורט בערוצים הזרים – האם דיני זכויות יוצרים מחייבים את החשכת המסך" עלי משפט ו 259, 260-261, 266-268 (2007). לדעה שלפיה מעמדה הציבורי של ההתאחדות מחייב אותה לקיים הליך של מכרז לגבי משרות מפתח חשובות כגון מנכ"ל ודובר ההתאחדות, כמו גם לגבי העסקת קבלנים חיצוניים כגון חברת "מודיעין אזרחי" ומשרד רואי החשבון המנהל את הבקרה התקציבית, ראו: דוח ועדת סטרשנוב, לעיל ה"ש 66, בעמ' 37-41. עם זאת בהתייחס להתקשרויות עסקיות מסחריות טהורות שאינן נוגעות באופן ישיר לשימוש במשאבי ציבור – כגון רכישת ציוד משרדי, שירותי הסעות וכיוצא באלה – יש לאפשר לאיגודי הספורט מרחב תמרון גדול יותר חרף העובדה כי הם ניוונים, בין היתר, מכספי ציבור. לטעמנו, בהקשר הנדון יש להעניק את מלוא המשקל לפן הפרטי שלהם. על כן יש להעדיף את הגשמת האוטונומיה העצמית שלהם על פני הכפפתם לחובת מכרז אך ורק בשל המימון הציבורי של פעילותם.

151 על כן משהוטלה חובת מכרז על איגוד ספורט, אין הוא יכול לעקוף אותה באמצעות המחאת זכות לתאגיד פרטי אחר. ראו לעניין זה: ע"א 8957/07 מנהלת ליגת העל בכדורסל לגברים (2002) נ' צ'רלטון בע"מ (פורסם בנבו, 2008).

152 מסקנה זו מקבלת משנה תוקף במיוחד כאשר הנכס נשוא המכרז עניינו זכויות השידור של משחקי הנבחרת, לגביהן ההתאחדות מהווה זרועו הארוכה של הריבון שהכשיר את מעמדה הבלעדי בתחום; ראו לעניין זה: ה"פ (מחוזי ת"א) 414/06 ערוץ הספורט בע"מ נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל (פורסם בנבו, 2008).

153 פרשת מועדון הכוח מכבי ר"ג, לעיל ה"ש 75.

154 איתור השיקולים הענייניים ייעשה על פי טיב המשאב החיצוני הקונקרטי שבו נעשה שימוש על ידי הגוף הדרו-מהותי. ראו לדוגמה דוח ועדת סטרשנוב, לעיל ה"ש 66, בעמ' 9-15. הוועדה קובעת כי אין להשלים עם מצב שלפיו למרות שבאופן פורמלי מוסדות ההתאחדות אמורים להיבחר על ידי אגודות הספורט (המסונפות למרכזי הספורט), הרי שבפועל נקבעים הנציגים על ידי מרכזי הספורט, שיש להם זיקה פוליטית מובהקת. כלשון הדוח (בעמ' 14): "תופעה אנכרוניסטית זו של ניהול ענף כדורגל מקצועי ע"י מרכזי הספורט, בעלי זיקה וגוון פוליטיים מובהקים... אין לה מקום ותוחלת... ניהול הכדורגל המקצועי מן הראוי שיעשה, בכל הכבוד, בידי אנשי מקצוע ולא בידי עסקנים מן השורה...".

בתוך כך נפסק כי ההתאחדות לכדורגל איננה רשאית לשלול חברות בליגה של קבוצה שנאמן מטעמה הקפיד על עקרון שוויון הנושים על פי דיני החברות ומנע העדפת נושים המחזיקים פסקי בוררות של ההתאחדות<sup>155</sup>. נפסק כי בהתנגשות בין דיני ההתאחדות לדיני פירוק חברות, ידם של האחרונים על העליונה. כפועל יוצא מכך, כללי ההתאחדות, שלפיהם רוכש קבוצת כדורגל נדרש לעמוד בכל התחייבויותיה (לרבות פירעון מלא של חובות העבר בגין פסקי בורר מטעם ההתאחדות), נסוגים מפני עקרון שוויון הנושים על פי דיני החברות (שלפיו מעמד האוחזים בפסקי הבורר שווה ערך לכל שאר נושי הקבוצה). בכך סיכל בית המשפט ניסיון של ההתאחדות להכפיף את הדין הכללי לתקנוניה. הודגש, כי "ניסיון ההתאחדות להפעיל סנקציות, לרדוף או לשלול זכויות מקבוצה אשר כל חטאה הוא כי קיימה את הדין, שקול לחריגה מסמכות וניצול כוח לרעה"<sup>156</sup>.

## 2. ביקורת שיפוטית על החלטות ערכיות שעניינן הפעלת שיקול דעת מקצועי

בניגוד לנכונות המוגברת של בתי המשפט לבקר את תקינות ההליכים שננקטים על ידי איגודי ספורט, ניכרת רתיעה מופגנת מהתערבות בענייניהם המקצועיים. בכך מותירים בתי המשפט בידי איגודי הספורט את הפררוגטיבה לנהל את ענפי הספורט כראות עיניהם המקצועיות. מדיניות זו נועדה להבטיח כי החלטות האיגודים תתקבלנה מתוך תפיסה מקצועית טהורה של גוף שהמחוקק הפקיד בידי – בשל מומחיותו – עצמאות בניהול ענף

155 פרשת מועדון הכוח מכבי ר"ג, לעיל ה"ש 75.

156 שאלה נכבדה נוספת בהקשר הנדון היא אם ההתאחדות זכאית להטיל סנקציות על קבוצה שנקלעה להליכים משפטיים כתוצאה מחדלות פירעון. על פי הוראות תקנוניה כפשוטן, יש להשיב על כך בחיוב (הוראה ברוח זו מופיעה בס' 4ב(א)(3) לתקנון היסוד – חוקת ההתאחדות). דא עקא, העובדה שתקנוניה מאפשרים זאת איננה פוטרת אותנו מן הצורך לבחון את חוקיותם. כלום הפחתת נקודות ליגה כסנקציה נגד קבוצה שנקלעה להליכי חדלות פירעון היא ראויה? מחד גיסא, הדעת נותנת כי נקודות ליגה ניתנות עבור הישגים ספורטיביים בלבד. מאידך גיסא, הואיל וחלק גדול מתקציב ההתאחדות ניוון מתשלומים המתקבלים מקבוצות החברות בה, יש לאפשר להתאחדות לאכוף את התחייבויותיהן הכספיות של הקבוצות. רק כך היא תוכל לנהל כראוי את ענף הכדורגל. אין המדובר אפוא בשיקול שהוא זר לתכליותיה הציבוריות (דוגמאות להפחתת נקודות כסנקציה על התנהגות לא נאותה מצויות בשפע בתקנון המשמעת: שיתוף שחקנים מורחקים, פריצת קהל למגרש, הטיית משחקים וכיו"ב). עם זאת הפחתה דרסטית של 9 נקודות בגין עניינים שאין להם ולא כלום עם הישגים ספורטיביים עלולה לחרוג ממתחם הסבירות. קשה להשלים עם העובדה שקבוצה שנקלעה למשבר, ומונה לה נאמן, תיענש בחומרה יתרה רק בשל עובדה זו. יתרה מכך, לעתים הסנקציה של הפחתה כה חריפה של ניקוד עלולה לטרפד כל ניסיון להבראת הקבוצה.

הספורט<sup>157</sup>. התוצאה היא שתחום הביקורת השיפוטית על תוכן החלטותיהם המקצועיות של איגודי הספורט הוא צר (אם כי הוא אינו חסין לחלוטין מביקורת שיפוטית).

#### (א) החובה לנהוג בסבירות

החובה לנהוג בסבירות היא בגדר מושכלות יסוד במשפט הציבורי. ככזו, ראוי להחילה גם על איגודי ספורט<sup>158</sup>. בהיותה "כלב השמירה של הציבור", ניתן להבטיח באמצעותה כי איגודי ספורט יאזנו כראוי בין השיקולים הענייניים העומדים ביסוד משאבי הציבור וייתנו להם משקל ראוי<sup>159</sup>. למעשה, הואיל ואיגודי ספורט משמשים כנאמן הציבור שהפקיד בידיהם אספקת שירות חיוני, קשה לדמיין פונקציה כלשהי מבין שלל הפונקציות שהם ממלאים שאין לצפות כי תוחל עליהם חובה זו<sup>160</sup>. עם זאת בתי המשפט אינם נוהגים להתערב, כעניין שבשגרה, בהחלטות מקצועיות של איגודי ספורט.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב – שבחן את סבירות החלטת ההתאחדות להימנע מביטול הסכם עם חברה שזכתה במכרז לרכישת זכויות שידור חרף הפרתה את ההסכם – משקף היטב מגמה זו<sup>161</sup>. ההתאחדות נימקה את החלטתה בכך שעונת המשחקים כבר החלה וכן ברצונה להקטין את הפגיעה בציבור ובקבוצות הכדורגל. בצד זאת הדגישה

157 ראו לדוגמה: ע"א 193/64 עצמון נ' התאחדות לתרבות גופנית "הפועל", ירושלים, פ"ד יח(3) 323, 330 (1964): "ההתאחדות הינה ארגון וולונטרי של אגודות ספורט ובהעדר עילה חוקית לא יטול בית-המשפט על עצמו את המשימה להדריך על-ידי צווים ופסקי דין את האגודות הנ"ל, או את ההתאחדות, איך לפקח ואיך לארגן את משחקי הספורט היוזמים על-ידיהם". באותו הקשר ראו: ה"פ (מחוזי ת"א) 661/03 אגודת הספורט הפועל כפר-סבא (ע"ר) נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל (פורסם בנבו, 2005).

158 הואיל וסבירות מקורה בחובת נאמנות, בדרך כלל מקום שעילה זו מוחלת על גוף דו-מהותי, ממילא מתקיימת זיקה (ולו עקיפה) בין הפעילות שסבירותה נבחנת על ידי בית המשפט לבין היבטיו הציבוריים של הגוף שבגינם הוא סווג כדו-מהותי.

159 אין די בכך שהחלטת האיגוד תהא מושתתת על כל השיקולים הענייניים, אלא יש לבחון אם הוא נתן משקל בלתי סביר לאחד השיקולים הענייניים. במסגרת זו עלינו להידרש לבחינה מהותית של תוכן החלטתו, תוך התמקדות בתהליך איוון האינטרסים והשיקולים הרלוונטיים שביסוד ההחלטה ובחינת המשקל שניתן לכל אחד מן השיקולים.

160 מעבר לחובה המוטלת עליהם לפעול בסבירות, הוראותיהם התקנוניות צריכות אף הן שלא לחרוג ממתחם הסבירות.

161 פרשת גיי.סי.אס, לעיל ה"ש 75. הפרות ההסכם על ידי החברה שזכתה במכרז היו רבות: כך, למשל, החברה התנתה את חתימתה על הסכם הזיכיון בכך שהחווה ייחתם לתקופה של שנה אחת – במקום שלוש שנים על פי הצעתה – ואף צירפה להסכם (שהופיע בהצעתה למכרז) מכתב נלווה המכיל הסתייגויות. נוסף על כך החברה לא המציאה במועד ערבות בנקאית (שהתחייבה להמציא), התעכבה בביצוע תשלומי התמורה ונמנעה מלשדר חלק מהמשחקים שהתחייבה לשדר.

כי היא שומרת על זכויותיה לתבוע מן החברה פיצויים או לבטל את ההסכם בעתיד. בית המשפט מצדו פסק, גם לאחר סיווגה כגוף דר-מהותי, כי החלטתה אינה חורגת משיקולים עסקיים סבירים. נפסק כי החלטה אם לבטל חוזה בגין הפרתו או לדרוש קיומו בעין היא החלטה עסקית מובהקת שבית המשפט יתערב בה במקרים חריגים<sup>162</sup>.

### (ב) החובה לכבד זכויות אדם ולפעול במידתיות

כידוע, סכנה לפגיעה בזכויות הפרט איננה נשקפת רק מן השלטון. היא קיימת ביתר שאת מצד גופים פרטיים רבים, במיוחד בהתקיים פערי כוחות בינם לבין הזולת<sup>163</sup>. אין להתפלא אפוא לאור מעמדם הציבורי הרם של איגודי הספורט, כי האחרונים נדרשים לכבד את זכויות האדם של הזולת<sup>164</sup>. כיבוד זכויות האדם על ידיהם הוא חיוני לצורך מתן ביטוי שוויוני לזכותו של כל אדם מהציבור ליהנות ממשאבי הציבור. נוסף על כך, הכפפתם לחובה זו תמנע שימוש לרעה בכוחם העודף. מסקנה זו מקבלת משנה תוקף לאור מעמדם הבלעדי<sup>165</sup>.

כפועל יוצא מכך, נפסק כי יש לצפות ממוסדות השיפוט המשמעתיים של איגודי הספורט – שפסקי דינם עשויים להשפיע השפעה מרחיקת לכת על מעמדם החברתי והמקצועי של העוסקים באותו ענף הספורט – לנהוג במידתיות כלפי הכפופים למרותם. דא עקא, לאור מומחיותם הייחודית בתחום המקצועי שעליו הם אמונים, והואיל וקיים מנגנון חלופי של ביקורת להבטחת תקינות החלטותיהם (הלא הוא המנגנון הדמוקרטי עצמו), היקף הביקורת השיפוטית על פעילותם, בהתאם לעמדת הפסיקה, הוא מצומצם<sup>166</sup>.

162 הודגש כי יש להימנע מלהחליף את שיקול דעתה בשיקול דעת בית המשפט כל עוד מדובר בטעמים סבירים וכל עוד אין פגיעה באושיות המשפט המנהלי. ניתן להצדיק את החלטת ההתאחדות גם "במישור הציבורי": כאמור, אחד השיקולים לאי ביטול ההסכם נבע מעצם העובדה שהפרות ההסכם התרחשו בעיצומה של עונת המשחקים. בנסיבות אלו ההתאחדות לא רצתה לפגוע הן בקבוצות הכדורגל הן באפשרותו של הציבור לצפות במשחקים.

163 הגנה על זכויות אדם היא בגדר מושכלות יסוד במשפט הציבורי שחלחלה גם לפתחו של המשפט הפרטי הצרוף. ראו לעניין זה הדיון שערכנו בה"ש 40.

164 הלכה למעשה, בתי המשפט נוהגים להשית על כל גוף דר-מהותי שהוחלט להעמידו בפני ביקורת שיפוטית את החובה לכבד זכויות אדם. הואיל והגנה על זכויות אדם מקורה בחובת נאמנות שאותה חב גוף דר-מהותי כלפי הציבור, ממילא מתקיימת זיקה (ולו עקיפה) בין הכפפתו לחובה זו לבין היבטיו הציבוריים.

165 לסקירת הנסיבות שבהן יתערבו בתי המשפט בהחלטות של מוסדות שיפוט פנימי של ארגונים וולונטריים ראו: סמדר אוטולנגי בוררות: דין ונוהל כרך א 577-557 (מהדורה רביעית מיוחדת, 2005).

166 על פי טיעון זה ראוי לאפשר למנגנונים הפנימיים של הארגון עצמו (בחירות, קבוצות אינטרס בארגון, דעת קהל, אמצעי תקשורת) להבטיח את תקינות פעילותו. לחשיבות הריסון בהתערבות שיפוטית בענייניו הפנימיים של ארגון ספורט ראו *McInnes v. Onslow-Fane*

אמנם, כאשר ההחלטה אינה מגלמת מומחיות של ארגון וולונטרי, מקבלי ההחלטה לא נהנים מיתרון הידיעה הפנימית<sup>167</sup>. על כן, ככל שפגיעתה של ההחלטה קשה יותר, וככל שהיא פוגעת בזכויות הראויות להגנה, ובמיוחד בזכויות יסוד, כך ייטה בית המשפט להרחיב את היקף הביקורת<sup>168</sup>. כפועל יוצא מכך, בתי המשפט אינם מהססים להתערב בהחלטות של טריבונלים פנימיים כאשר הסנקציה שננקטה נגד חבר בארגון היא בלתי מידתית למהות מעשיו או לחומרתם<sup>169</sup>. אולם גם אז התערבות בית המשפט תהא מסויגת ונעשית במשורה. זהירות זו מאפיינת גם את ההלכה הפסוקה באנגליה, המעטת להתערב בענייניהם הפנימיים של ארגונים וולונטריים בכלל, ואיגודי ספורט בפרט<sup>170</sup>.

[1978] 1 W.L.R. 1520, 1535F (Ch.): "I think that the courts must be slow to allow any implied obligation to be fair to be used as a means of bringing before the courts for review honest decisions of bodies exercising jurisdiction over sporting and other activities which those are far better fitted to judge than the courts. This is so even where those bodies are concerned with the means of livelihood of those who take part in those activities. The concepts of natural justice and the duty to be fair must not be allowed to discredit themselves by making unreasonable requirements and imposing undue burdens. Bodies such as the board which promote a public interest by seeking to maintain high standards in a field of activity which otherwise might easily become degraded and corrupt ought not to be hampered in their work without good cause"

167 פרשת טורטן, לעיל ה"ש 13. בפרשה זו סבר השופט בן-יאיר כי מקום שהחלטתו הפנימית של הארגון הוולונטרי מגלמת מומחיות ספציפית של הארגון, ראוי להימנע מהתערבות בהחלטה אלא אם מדובר בחריגה מסמכות או בפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי. על פי טיעון זה, מקום שהסוגיה הנבחנת קשורה להתמחות המקצועית של הארגון הוולונטרי, הנזק שייגרם לו עקב הפגיעה באוטונומיית הרצון הפרטי שלו הוא רב יותר מהתועלת הציבורית שתצמח כתוצאה מהכפפתו לכללי המשפט הציבורי.

168 טעם חשוב התומך בפיקוח שיפוטי על פעילות בתי דין פנימיים הינו החשש שחבריהם אינם נהנים מאי־תלות מוחלטת. המבחן להתערבות הוא מהות הזכות הנפגעת. ראו לעניין זה ע"א 835/93 איגנט נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ, פ"ד מט(2) 793, 814 (1995) (להלן: פרשת איגנט): "כשהפסק איננו פוגע בזכות חיונית וראויה להגנה של הנילון, תצטמצם הביקורת השיפוטית לשאלות הכרוכות בתקינותו הדיונית של ההליך המשמעת. ואולם כשהפסק פוגע בזכות חיונית של הנילון, והפגיעה אינה קלת ערך, ייטה בית המשפט להתערב גם בשל היותו של הפסק מוטעה".

169 לפסיקה דומה בקנדה ראו: Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer (1992) 97 D.L.R. (4th) 17. באותה פרשה הודגש כי ביקורת שיפוטית על ארגון וולונטרי תיתכן רק כאשר נפגעת זכות יסוד מהותית של העותר. למגבלות כוחו של בית המשפט להתערב בארגון וולונטרי ראו גם: Vancouver Hockey Club Ltd. v. 8 Hockey Ventures Inc. (1987) 18 B.C.L.R. (2d) 372. כן ראו: Conacher v. Rosedale Golf Assn. (2002) A.C.W.S.J. 4091 (O.S.C.J.).

170 Dawkins v. Antrobus [1881-1885] All E.R. 126, 129I (C.A.): "...In my opinion there is some danger that the Courts will undertake to act as Courts of Appeal against the

**סיכום ביניים**

כפי שראינו, בתי המשפט עושים כל שלאל ידם, ברוח ההכוונה החקיקתית, על מנת "לבודד" את היבטיהם הפרטיים והציבוריים של איגודי ספורט ולהשית עליהם, בהתאמה, את הדין המתאים: בפועלם כגוף בעל מומחיות ייחודית ניתנת עדיפות לאוטונומיית הרצון הפרטי, ואילו בפועלם במרחב הציבורי הטהור, תוך עשיית שימוש מהותי במשאבי ציבור, ניתנת עדיפות לדיני המשפט הציבורי.

דא עקא, לא ניתן בכל עת ליצור "הפרדת כוחות" מוחלטת בין היבטיהם הפרטיים והציבוריים. למעשה, במרבית המקרים השימוש שהאיגודים עושים במשאבי הציבור מתמזג עם היבטיהם הפרטיים, וההיפך. כך, למשל, גם כשנדרש פיקוח שיפוטי שנועד להבטיח תקינות הליך שננקט על ידי איגודי ספורט (עניינים שלגביהם ציבוריותם של האיגודים מקבלת משנה תוקף), יש להתחשב בכך שמדובר בגופים פרטיים שאין להכביד עליהם יתר על המידה. על אותו משקל, לעתים תיידרש התערבות שיפוטית גם בעניינים מקצועיים טהורים המצויים בתחום מומחיותם של איגודי הספורט (כגון בסוגיות הקשורות למדיניות ענישה משמעית ראויה).

התוצאה היא, שבצד הגנה על אינטרס הציבור, השתת חובות ציבוריות על איגודי ספורט עשויה לפגוע גם בשלטונם העצמי. בנסיבות אלה, חרף העובדה כי בתי המשפט מנחים את עצמם על פי עקרונות ראויים, עלינו לאתר כלי מדויק יותר, אנליטי, שיאפשר איזון עדין ומשתנה בין ההיבטים הפרטיים והציבוריים, תוך מזעור פגיעה שאינה הכרחית בשלטונם העצמי. לפיכך, ובשים לב לעובדה שאיגודי ספורט מאוגדים על פי דיני המשפט הפרטי, בפרק הבא נציע ליישם את עקרון המידתיות לצורך בחינת הכפפתם לחובות מן המשפט הציבורי (בעניינים מקצועיים ובתקינות ההליך). שימוש מושכל בעיקרון זה יגשים ב-זמנית שתי תכליות בעלות ערך עצמאי: מחד גיסא, מניעת ניצול לרעה של כוחם הציבורי של איגודי הספורט. מאידך גיסא, ויסות החלתם של כללי המשפט הציבורי באיזון שיטתי – שאינו שרירותי – שעיקרו כיבוד מומחיותם.

decisions of members of clubs, whereas the Court has no right or authority whatever to sit in appeal upon them at all. The only question which a Court can properly consider is whether the members of the club, under such circumstances, have acted ultra vires or not, and it seems to me the only questions which a Court can properly entertain for that purpose are, whether anything has been done which is contrary to natural justice, although it is within the rules of a club..." *Conacher*, לעיל ה"ש 169.

### ה. שלטון עצמי ואחריות ציבורית – עקרון המידתיות כמתווה ל"חיים משותפים"

בניגוד לרשות ציבורית – הפועלת אך ורק כנאמן של הציבור – איגודי הספורט לא נטולים אינטרסים עצמיים. לפיכך, ובשים לב לעובדה שאוטונומיית הרצון הפרטי שלהם זכתה לעיגון מפורש בחקיקה, נציע ליישם את עקרון המידתיות לצורך בחינת אופן הכפפתם לחובות מן המשפט הציבורי (בעניינים המקצועיים ובתקינות ההליך). לכן, בטרם הכפפתם לחובות מן המשפט הציבורי, יש לשאוף למזער, ככל האפשר, פגיעה עקיפה בהיבטיהם הפרטיים (ככל שקיים חשש לפגיעה בהם כתוצאה מהכפפתם לדיני המשפט הציבורי). בתוך כך נציע לבחון אם ניתן להגשים את תכליתם הציבורית באמצעי אחר שפגיעתו באוטונומיה שלהם פחותה; ואם קיים יחס נאות בין התועלת שתצמח לציבור כתוצאה מהחלת כללי המשפט הציבורי לבין הנזק שייגרם לאיגודי הספורט עקב הפגיעה באוטונומיה שלהם. בחינה זו הכרחית לצורך קונקרטיזציה של דיני המשפט הציבורי המוחלים על ידי הפסיקה, והתאמתם ככל האפשר לנסיבות הספציפיות של כל מקרה<sup>171</sup>. במסגרת זו יש לבחון, בין היתר, את טיב זכויות האדם שאיגודי הספורט יידרשו לכבד (והיקפן), טיב השיקולים הענייניים הקונקרטיים שאותם הם רשאים לשקול, מידת ההגנות הנדרשת מהם בעת פעילותם (ואופייה), והיקפו של "מתחם הסבירות" באותו עניין. שימוש בעקרון המידתיות, על פי גישתנו, ראוי שיעשה על ידי הפסיקה באופן מושכל, ומראש. העובדה שניתן להצדיק בדיעבד חלק מתוצאות פסקי הדין על פי מבחני המידתיות – לא די בה. הטעם לכך הוא פשוט: משהמחוקק העלה על נס את פרטיותם של איגודי הספורט, התאגדותם כגופים פרטיים איננה "מקריית". מקורה בהפנמה של המחוקק כי הגנה על שלטונם העצמי חיונית להבטחת ניהול מקצועי של ענפי הספורט. כפועל יוצא מכך, ובהתאמה, על בתי המשפט להפנים גם הם, מראש, כי עליהם לווסת את חדירתם של כללי המשפט הציבורי אל תוככי הפעילות של איגודי הספורט באיזון שיטתי, שעיקרו כיבוד האוטונומיה שלהם<sup>172</sup>.

171 אין לטעות: דינים אלה יחולו בקשר להפעלת משאב חיצוני (יהא טיבו אשר יהא) ולא בקשר לכל פעולותיו של אותו גוף. היפוכו של דבר, כאשר אותו גוף פועל בעניין שאין לו זיקה (ישירה או עקיפה) למשאבים חיצוניים כאלה או אחרים, דינו כדין כל פרט רגיל.

172 שאלה נכבדה היא אם ראוי לייחס משקל רב יותר לאוטונומיית הרצון הפרטי של איגודי ספורט קטנים שפעילותם רחוקה מענייני הציבור. מחד גיסא, נוכח היעדר תקציבים ציבוריים לפעילותם, ולאור העניין הציבורי הדל שהם מעוררים, עצם קיומם הוא הדרך היחידה של פרטים לעסוק באותה פעילות באופן מקצועי. בתוך כך, ראוי למזער את ההתערבות בענייניהם שמא, חלילה, נרפא את ידי מייסדיהם. מאידך גיסא, לאור הסיקור התקשורתית הדל של פעילותם, פיקוח שיפוטי הוא האמצעי האחרון העשוי למנוע ניצול לרעה של כוחם הציבורי. בעוד שאיגודי הספורט הפופולריים במיוחד חשופים לביקורת תמידית של אמצעי התקשורת

**1. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה**

מהלך זה נועד לוודא כי "הפקעת" אוטונומיית הרצון הפרטי של איגודי הספורט תהא במידה המזערית הנדרשת להגשמת תכליתם הציבורית. גישה זו עולה בקנה אחד עם גישה כללית הנהוגה במשפט, שלפיה יש לצמצם ככל האפשר פגיעה בזכות ה"פרט" לטובת הגשמת "אינטרס ציבורי". לפיכך, אפילו אם עסקינן בביקורת שיפוטית שעניינה בחינת תקינות הליך שנגקט על ידי איגודי ספורט, נציע לעצב את דיני המשפט הציבורי באופן שיצמצם ככל הניתן את הפגיעה העקיפה בקניינו העצמי<sup>173</sup>.

לדוגמה, מקובל לסבור שעיקרון השוויון לובש גוונים שונים. לא הרי הפליה חוקתית (העלולה לגרום להשפלה ולפגיעה בכבוד) כהרי "הפליה מנהלית" (העלולה לגרום לפגיעה בטוהר המידות) כהרי "הפליה מכרזית" (הפליה מקרית בין משתתפים במכרז קונקרטי)<sup>174</sup>. אין חולק כי יש להוקיע כל סממן של הפליה חוקתית או מנהלית מצד איגודי ספורט (בשל מעמדם הציבורי ולאור המימון הציבורי). מנגד, לא כך הוא הדין בהתייחס לסוג השלישי של ההפליה, שאין בה פגיעה בכבוד או חתירה תחת אמון הציבור.

נניח לדוגמה כי במכרז למכירת זכויות שידור קיימים שני מתמודדים בלבד. הכל יסכימו, בהנחה ואיגוד ספורט ישקול שיקולים גזעניים בהליך בחירת הזוכה, כי יש לפסול את תוצאות המכרז. תוצאה זו הכרחית בהתחשב במעמדו הציבורי, שאינו מאפשר לו לשקול שיקולים זרים בעת ניהול משאבי הציבור. הוא הדין אם יעדיף את הצעתו של אחד המתמודדים בשל קשריו עם נושא תפקיד בכיר באיגוד (העדפה זו חותרת תחת חובת האיגוד לפעול בטוהר המידות וללא שחיתות)<sup>175</sup>. דא עקא, אם הצעתו של אחד המתמודדים

המסקרים כל אירוע, איגודי הספורט הקטנים נעלמים מעיני הציבור. ככאלה, ספורטאים הנוטלים בהם חלק זקוקים, ביתר שאת, לפיקוח שיפוטי על פעילותם.

173 להשוואה, ראו דבריה של השופט ארבל בפרשת רמת הדר, לעיל ה"ש 136, בהקשר לטיב חובת ההנמקה שראוי להשית על אגודה שיתופית המסרבת לקבל חברים לשורותיה (פס' 26 לפסק דינה של השופטת ארבל): "קיימים גם שיקולים רבים העומדים כנגד החלת חובת ההנמקה על גוף פרטי (כגון: פגיעה ביעילות הליכי קבלת ההחלטות; חשש מקבלי ההחלטה מלהתבטא בחופשיות בעת הדיון לקראת קבלת ההחלטה; ספק ביעילותה של חובת ההנמקה לחשוף שיקולים פסולים בקבלת ההחלטה...). לצורך הטלת חובת ההנמקה על הגוף הפרטי יש לאזן בין שיקולים אלו לבין השיקולים התומכים בהטלת החובה, תוך התחשבות בנתונים כגון אופי הגוף נותן ההחלטה, אופי ההחלטה שניתנה והשפעתה על מושא ההחלטה, אופי היחסים בין הגוף המחליט לבין מושא ההחלטה, וכו', כאשר בעת השקילה יש לזכור כי דנים אנו בגוף פרטי אשר אין להכביד עליו בדרך-כלל בחובות הלקוחות מהמשפט הציבורי".

174 ראו דקל, לעיל ה"ש 149, בעמ' 113. להבחנה בין "השוויון המכרזי", "השוויון החוקתי" ו"השוויון המינהלי", ראו גם: גבריאלה שלו "השפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני החוזים" קרית המשפט א 41, 57 (2001).

175 דקל, שם, בעמ' 118: "התקשרות מתוך משוא פנים מנוגדת לכל קוד מוסרי מקובל בחברה הדמוקרטית. היא יוצרת תחושה קשה של חוסר צדק; היא גורמת לאובדן האמון של הציבור

היא אטרקטיבית מבחינה כלכלית, אולם נפל בה "פגם מכרזי" טכני, אין לשלול על הסף מתן אפשרות לאותו מתמודד לתקן את הפגם. יש בכך אמנם פגיעה בשוויון ההזדמנויות, ברם משעסקינן בפגיעה בשוויון המכרזי בלבד, ראוי להעדיף את הגשמת האוטונומיה של האיגוד ואת השאת רווחיו – המהווה אינטרס ציבורי עצמאי – על פני הקפדה על כל תו ותג של דיני המכרזים הציבוריים<sup>176</sup>.

יודגש, כי שאיפה לשוויון מכרזי טהור בין חברות פרטיות המעוניינות להתקשר עם איגוד ספורט, חשובה ככל שתהא, אינה מגשימה בהכרח את היבטיו הציבוריים. זכויות השידור מהוות נתח נכבד מתקציבו. שיקול של השאת רווחי האיגוד על מנת שיהא ביכולתו לספק כראוי את השירות הציבורי, איננו שיקול זר. בנסיבות אלה, ובמיוחד בשל הזיקה בין מצבם הכלכלי של איגודי ספורט לרמת השירות הציבורי המסופק על ידיהם, ביטול גורף של השיקולים הכלכליים עשוי להיות אליה וקוץ בה.

אנו ערים לכך שיישום של "מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה" עלול לעתים לכרסם במידת האפקטיביות של הגשמת טובת הציבור. חרף זאת, אנו סבורים כי אם ניתן להגשים את היבטיהם הציבוריים של איגודי הספורט על ידי נקיטת אמצעי שפגיעתו באוטונומיה הפרטית שלהם היא פחותה, ראוי לעשות שימוש באמצעי זה גם אם הוא יוביל להגשמה חלקית, שאינה מלאה, של תכליותיהם הציבוריות. מובן כי כל מקרה ייבחן לגופו בהתאם ל"מחיר" שהיבטיו הציבוריים של איגוד ספורט פלוני ייאלצו לשלם, מחד גיסא, אל מול מידת הפגיעה הפוטנציאלית באוטונומיה הפרטית של האיגוד, מאידך גיסא<sup>177</sup>.

במערכות המנהל. היא גוררת שחיתות ציבורית והשחתה של נורמות ההתנהגות בחברה... שחיתות ומשוא פנים אף מובילים לפגיעה כלכלית קשה בציבור ובמשק בכללותו...".  
176 פתרון זה עולה בקנה אחד עם הצעתו של עומר דקל בספרו, שם, בעמ' 115-126. הוא מציע לקבוע חזקה משפטית להעדפת עקרון השוויון על פני היעילות. עם זאת חזקה זו ניתנת לסתירה. כך, למשל, כאשר קיים פגם בהצעה שהיא הרווחית ביותר למציע המכרז, המחבר מציע לבחון את השאלות הבאות (בעמ' 123): "האם תיקון הפגם או הבלגה עליו יקנו למציע יתרון לא הוגן על פני מציעים אחרים... אם כן – מה מידת היתרון שיוקנה על ידי כך לבעל ההצעה על פני המציעים האחרים (מידת הפגיעה בשוויון)? מהן הנסיבות שהביאו לנפילת הפגם? האם מדובר בפגם שנפל בתום לב או שקיים בנסיבות העניין חשד למניפולציה אסורה או לשחיתות (שמירה על טוהר המידות)? מה תהיה המשמעות הכספית של פסילת ההצעה או הכשרתה בנסיבות העניין (שמירה על יעילות ההתקשרות)? מה עשויות להיות המשמעותיות ארוכות-הטווח של ההחלטה? כיצד תשפיע ההחלטה על אופן הציבור ברשות המנהלית וברעיון המכרז הציבורי?...". המחבר ער לכך שהצעה זו אינה מתיישבת בהכרח עם הדין הקיים בנוגע לרשויות ציבוריות. מכל מקום בענייננו, משעסקינן בגוף דו-מהותי בלבד ולא ברשות ציבורית, אנו סבורים כי ראוי לאמצה ללא כל חשש.

177 לעניין זה ראו: גרעון ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות" מחקרי משפט כב 471, 477 (2006). המחבר סבור כי למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה נוסף "מימד של פשרה", "הגדרתו. לדידו: "...אם נכפף את מיבחן המידתיות השני לחובה לבחור באמצעי שיבטיח

**2. מבחן היחסיות: עלות-תועלת**

גם אם התכלית שלשמה פוגעים באוטונומיית הרצון הפרטי של איגוד ספורט היא ראויה, ואפילו דיני המשפט הציבורי מגשימים בפועל את היבטיו הציבוריים (מבחן ההתאמה הרציונלית) ואין אמצעי אחר המגשים את התכלית תוך פגיעה פחותה באוטונומיה (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה), "מטרות ראויות אינן מקדשות את כל האמצעים"<sup>178</sup>. בהתאמה, נציע לבחון קיומו של יחס נאות בין התועלת שתצמח לציבור כתוצאה מהחלת דיני המשפט הציבורי על איגודי ספורט לבין הנזק שייגרם להם עקב הפגיעה באוטונומיית הרצון הפרטי שלהם<sup>179</sup>. תוצאת האיזון עשויה להשתנות ממקרה למקרה. יש להניח לדוגמה, כי בהתייחס לנורמות שעניינן בחינת תקינות הליך שננקט על ידי איגוד ספורט, התועלת הכרוכה בהכפפתו לביקורת שיפוטית תעלה, במרבית המקרים, על הנזק הכרוך בכך. הטעם לכך הוא ברור: משהמחוקק הפקיד בידי הנאמנות אוטונומיה בניהול ענפי הספורט, ומשכתי המשפט מפגינים ריסון שיפוטי בהתערבות בהחלטות איגודי הספורט, עלולות ביקורת אלו הן האמצעי האפקטיבי היחיד שנותן בידי הציבור להבטיח היעדר שרירות ומניעת ניצול לרעה של כוחם הציבורי<sup>180</sup>. כפועל יוצא מכך, הואיל והזכות להיות מיוצג על ידי עורך דין היא זכות יסוד הכרחית לצורך הבטחת הליך הוגן, לא מן

הגנה מרבית על הזכות, לא יהיו מקרים רבים שתהיה בהם למבחן נפקות מעשית. נפקות כזאת תצמח למבחן המיידיות השני רק אם נפרש אותו כמחייב לברור בין האמצעים, תוך התחשבות הן במידת הגשמתה של התכלית והן במידת הפגיעה בזכות, הכרוכות בבחירתו של כל אמצעי ואמצעי". לגישה דומה ראו גם: דליה דורנר "המידתיות" ספר ברנוון כרך שני 281, 290 (אהרן ברק וחיים ברנוון עורכים, 2000). לגישה שונה ראו: בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פס' 88-90 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנוב, 2006). לביקורת על גישתו של ברק ראו: יעקב בן-שמם "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה: בעקבות בג"ץ חוק האזרחות והכניסה לישראל" משפט וממשל י 47, 58-61 (2007).

178 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 177, פס' 64 לפסק דינו של הנשיא ברק.  
179 לניתוח יפה של מבחן העלות תועלת ראו: פרשת ארגון השוטרים, לעיל ה"ש 82, שם נפסק כי קיומו של קשר בין הגוף לבין מאפיינים ייחודיים של קהילה, מסורת ומורשת עשוי להוות שיקול נגד החלת חובות מסוימות מהמשפט הציבורי על הגוף. הטעם לכך נובע מן ההנחה כי קהילות אתניות ודתיות שונות עשויות להיות בעלות מערכת ערכים השונה מעקרונות היסוד של הליברליזם המערבי. גם שיקולי מסורת וערכים לאומיים עשויים לרסן את החלת הכללים המנהליים. נפסק כי ככל שמדובר על גוף בעל מטרות ורקע מיוחדים השונים מעקרונות הבסיס של השיטה, כך ייזהר בית המשפט יותר מלאכוף עליו נורמות זרות לרוחו ולאופיו.  
180 אם כי גם אז ראוי לבחון אם ניתן למתן את הפגיעה בהיבטיהם הפרטיים של איגודי הספורט באמצעות החלה גמישה יותר של דיני המשפט הציבורי.

הנמנע כי בית המשפט יורה על ביטול הוראה תקנונית המגבילה את זכות הייצוג על ידי עורך דין בדיונים משמעותיים המתקיימים בפני טריבונל שיפוטי של האיגוד<sup>181</sup>. תוצאה זו עשויה להתקיים לעתים גם ביחס לעילות ביקורת שעניינן בחינה ערכית של תוכן החלטותיו (חרף הרתיעה מהתערבות בניהול ענפי הספורט גופם). הכל יסכימו, לדוגמה, כי ראוי להשית על איגודי ספורט את החובה לכבד את הזכות לשוויון ולחופש הדת של ספורטאים שומרי מצוות הנוטלים חלק בתחרויות הנערכות המנוהלות על ידיהם (ככל שהעניין תלוי בהם ומצוי בשליטתם). מעמדם הבלעדי, שעליו עמדנו בהרחבה בפרק ג' לעיל, עלול למנוע מספורטאים אלה ליטול חלק בתחרויות שנערכות בימי שבת אך רק בשל אמונתם הדתית<sup>182</sup>. כתוצאה מכך, והואיל ודירוג הספורטאים הפנימי (שנקבע על ידי איגודי הספורט) מהווה בסיס לקביעת דירוגם הבינלאומי ולקביעת זהות הספורטאים שייצגו את המדינה בתחרויות בינלאומיות, עריכת תחרויות בימי שבת עלולה לשלול מספורטאים אלו את הזכות להשתתף בתחרויות בינלאומיות ואף לייצג את המדינה בתחרויות בינלאומיות.

אמנם, קיום תחרויות בימי חול עלול לגרום "אי-נוחות" לספורטאים חילוניים שיידרשו להתפנות מעיסוקיהם לצורך השתתפות בתחרות (או להוריהם במידה ומדובר בספורטאים קטינים). נוסף על כך, ייתכן וקביעת התחרות בימי חול עלולה לפגוע באינטרס הכלכלי של איגודי הספורט השואפים למקסם את רווחיהם. דא עקא, בשל המונופול שממנו נהנים איגודי הספורט, תוצאת ה"איזון האנכי" תעניק מעמד עדיף לאינטרס הציבורי הנובע מהצורך להגן על ספורטאים שומרי מצוות מפני שלילה מוחלטת של זכותם להתחרות גם

181 ראו לדוגמה ס' 9 (ג) ו-9 (ד) לתקנון המשמעת של ההתאחדות לכדורגל, המתירים ייצוג על ידי עורך דין אך ורק כאשר העבירות נשוא כתב האישום הן "מעשה בלתי ספורטיבי" או "אי קיום החלטת מוסד שיפוטי של ההתאחדות" או "במקרים חריגים ומיוחדים, אשר לדעת בית הדין, עולה בהם שאלה בעלת עניין עקרוני או חדשני, או אשר אינה נובעת מאירוע בשדה המשחק או בסמוך לו ולא נגרמה במהלך המשחק או סמוך לפני תחילתו או לאחר סיומו". הרצינול העומד בבסיס הוראות אלה נובע מהרצון למנוע סרבול של דיונים משמעותיים בסוגיות מקצועיות. דא עקא, הואיל והלכה פסוקה היא כי "זכותו של אדם לקבלת שירותים משפטיים, ובכללה הזכות להיפגש עם עורך-דין והזכות להיות מיוצג על-ידי, היא זכות יסוד, המגשימה את החירות המוקנית לו למנות לעצמו שלוח כרצונו, וכן את זכותו להליך הוגן", ספק אם הוראות אלה תעמודנה בפני ביקורת שיפוטית. ראו לעניין זה: ת"א (מחוזי חי) 576/06 בן הרוש נ' אוניברסיטת חיפה (פורסם בנבו, 2008), שם נפסק כי יש לבטל החלטה של רשויות המשמעת של אוניברסיטת חיפה נוכח מגבלות שהתקנון הטיל על זכות הייצוג על ידי עורך דין במהלך הדיון המשמעותי. בית המשפט עמד על חשיבותה של הזכות להיות מיוצג על ידי עורך דין גם בהליכים משמעותיים בשל התוצאות החמורות והמרחיקות לכת של ענישה משמעותית.

182 לעניין זה ראו צו ביניים שהוצא בבג"ץ 8811/08 פרייליך נ' שר המדע, התרבות והספורט (פורסם בנבו, 2008), האוסר על איגוד הסייף הישראלי לקיים תחרות ספורט ביום שבת לאור פגיעה בחופש הדת של ספורטאי שהוא שומר מצוות.

במחיר "אי-נוחות" הנגרמת לספורטאים אחרים ו/או פגיעה באינטרס הכלכלי של איגודי הספורט. בעוד שנזק ממוני ו/או "אי-נוחות" ניתנים לכימות ולפיצוי, לא כך הוא הדבר באשר לפגיעה ביכולתם של הספורטאים להגשמה עצמית ולמימוש עצמי. בנסיבות אלה, גם אם איגודי הספורט יעדיפו, משיקולים פנימיים, לקיים את התחרויות בימי שבת, ספק אם ראוי להעניק משקל כלשהו לאוטונומיה שלהם, שהרי עסקינן ב"ליבה" של תפקידם השלטוני שהיא תולדה של הוראותיו המפורשות של חוק הספורט<sup>183</sup>.

על אותו משקל, מבחן ה"עלות-תועלת" עשוי להכשיר התערבות בענייניו הפנימיים של איגוד ספורט במידה והלה פוגע פגיעה בלתי מידתית בחופש הביטוי של העוסקים באותו ענף ספורט<sup>184</sup>. כך, למשל, ספק אם הוראה בתקנון נבחרת ישראל – האוסרת על השחקנים לשמש ככתבים של עיתון ולהביע דעה בפומבי בכל נושא הקשור לנבחרת או להתאחדות – תעמוד במבחן המידתיות<sup>185</sup>. אמנם אין הדעת נותנת ששחקן נבחרת – המייצג חלקים נרחבים של הציבור – יוכל לבוא חשבון עם מאמנו מעל דפי העיתון. דא עקא, אין כל הצדקה להשית על שחקני הנבחרת, מראש, איסור גורף לגבי פרסום כל כתבה העוסקת בנבחרת מבלי לבחון את עוצמת הפגיעה באינטרס הציבורי כתוצאה מפרסום הכתבה, לרבות ההסתברות לפגיעה כאמור<sup>186</sup>. קל וחומר הדבר בהתייחס לפרסום כתבות הקשורות

183 עם זאת הואיל ואיגודי הספורט אמונים על ייצוג האינטרסים של כל הספורטאים הפועלים באותו ענף, ייתכן וניתן למצוא פתרונות ביניים שיעלו בקנה אחד עם האינטרסים של ספורטאים שומרי מצוות וחילוניים כאחד, כגון קביעת התחרויות בימי חופשות שאינם שבתות וחגים (כגון יום העצמאות, ימי חול המועד וכיוצא באלה). במידה ולא ניתן להגיע לפתרונות ביניים, תוצאת האיזון תיבחן בכל מקרה לגופו על פי נסיבותיו. כך, למשל, לא הרי טענה לפגיעה בחופש הדת הנטענת על ידי ספורטאי שומר מצוות כהרי טענה דומה הנטענת על ידי אוהד שומר מצוות. בעוד שבמקרה הראשון משקלה של טענה זו יגבר, משקלה יהא מצומצם יותר במקרה השני. מובן כי כאשר החשש הוא מפגיעה ברגשות ציבור דתי המעוניין לצפות במשחקים בזמן אמת, יש לבחון את ההיקף המספרי של ציבור זה, את מידת הפגיעה בו אל מול הפגיעה בשאר הציבור אם לא יתקיימו משחקים בשבת, וכיוצא באלה.

184 הזכות לחופש ביטוי הוכרה על ידי בית המשפט העליון כזכות יסוד הלכתית כבר בשנת 1953. ראו: בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז(2) 871 (1953). לאחרונה זכות זו זכתה למעמד חוקתי על חוקי. ראו: בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2008).

185 כך בס' 2(ו) לתקנון. מלבד הפגיעה בחופש הביטוי, ניכרת כאן פגיעה גם בחופש העיסוק של שחקני הנבחרת (שהרי התקנון אוסר עליהם לשמש כתבים של עיתון). תקנון נבחרת ישראל מופיע באתר האינטרנט של ההתאחדות.

186 להשוואה ראו: עש"מ 5/86 ספירו נ' נציב שירות המדינה, פ"ד מ(4) 227 (1986). באותה פרשה בית המשפט ניתח את יישומה הראוי של הוראה בתקשי"ר האוסרת על עובדי מדינה "לבקר, בצורה מעליבה או פוגעת את הממשלה במשרדיה ובכלל זה את מדיניותה, במסיבת עיתונאים, בראיון עיתונאי, בנאום במקום פומבי, בשידור, בעיתון או בספר". אמנם בית המשפט הכיר בכך כי האינטרס הציבורי מחייב הטלת סייגים מסוימים על חופש ההתבטאות

להתאחדות שאין להן זיקה להתנהלות הנבחרת. בעניינים אלו יש להעדיף את חופש הביטוי של השחקנים גם במחיר של פגיעה מסוימת באוטונומיה הפרטית של ההתאחדות. הוא הדין ביחס להגבלה גורפת של חופש הביטוי של חברי איגוד שופטי הכדורסל (גוף המסונף לאיגוד הכדורסל). אין להשלים לדוגמה עם הוראה תקנונית שלפיה "שופט כדורסל ימנע מהופעה באמצעי התקשורת השונים או מקיום ראיון עיתונאי, אלא אם קיבל על כך אישור מראש מגורם מוסמך באיגוד שופטי הכדורסל"<sup>187</sup>. איסור גורף להתראיין לכלי התקשורת ללא קבלת אישור מראש מצוי בארגונים השייכים לקהילת הביטחון והמודיעין<sup>188</sup>. בניגוד אליהם, ארגון שופטי הכדורסל אינו עוסק בבטחון המדינה או בשמירת הסדר הציבורי. אין כל הגיון כי שופט הכותב ספר שירה, לדוגמה, יהא חייב לבקש היתר, מראש, מהארגונים המנויים בתקנון במידה וירצה להתראיין לכלי התקשורת בנוגע לספרו. לטעמנו, התועלת בפסילת הוראה גורפת זו עולה על הנזק הכרוך בכך לפגיעה באוטונומיה הפרטית של האיגוד<sup>189</sup>. הותרת הוראה זו על כנה, לא זו בלבד שאינה תורמת לעצמאות האיגוד ולהגשמת תכליותיו, אלא אף עלולה להוריד את קרנו בעיני הציבור. מאידך, מבחן ה"עלות-תועלת" עשוי לגזור בנסיבות מסוימות ריסון שיפוטי בהתערבות בענייניו הפנימיים של איגוד ספורט. כך הוא הדין לדוגמה ביחס להיקף הראוי של ביקורת שיפוטית על החלטות מקצועיות שיש בהן כדי להשפיע על ניהול ענף הספורט גופו. הוא הדין ביחס להתערבות בתוכן החלטות שיפוטיות של טריבונלים משמעתיים. בתוך כך לדוגמה ראוי להקנות לטריבונל שיפוטי של האיגוד "מתחם מידתיות" רחב בעת גזירת

של מי שמשרת את הציבור כולו. עם זאת לדידו, יש לצמצם את הסיוג "לאותן נסיבות בהן נוצרת ודאות קרובה של נזק או של פגיעה בשירות הציבורי או באינטרסים אשר הוא משרת".  
 187 הוראה זו מופיעה בס' ה' 1 לקוד האתי של שופטי הכדורסל, שהוא חלק מתקנות איגוד הכדורסל. לעיון בתקנון האתי ראו: [shoftim.co.il/Docs/etical.pdf](http://shoftim.co.il/Docs/etical.pdf).  
 188 כגון צה"ל, המשטרה, ומסגרות מסוימות השייכות למשרד ראש הממשלה. להשוואה ראו: פקודת מטכ"ל 080105, העוסקת בהתבטאויות פומביות של אנשי צבא: [dover.idf.il/NR/rdonlyres/AEE8EA57-6D05-4527-AE18-D88237BF9300/0/60713.doc](http://dover.idf.il/NR/rdonlyres/AEE8EA57-6D05-4527-AE18-D88237BF9300/0/60713.doc).  
 189 להשוואה ראו בג"ץ 732/84 צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ(4) 141 (1986). באותו עניין בית המשפט התבקש לאסור על הרב עובדיה יוסף, שכהן כדיון בבית הדין, לעמוד בראש מועצת חכמי התורה של ש"ס. בית המשפט קיבל את העתירה וקבע כי שופט המעניק עצה בבדיקה פוליטית פוגע באמון הציבור במערכת השפיטה. בהתאמה, איננו שוללים את הצורך לסייג את חופש הביטוי של שופטים גם מחוץ למגרש הכדורסל. דא עקא, הגבלה זו חייבת להיות מידתית ולא גורפת כאמור בהוראה התקנונית. לניתוח שאלת הגבלת חופש הביטוי של רבנים בהתייחס לנושאים פוליטיים ראו: אביעד הכהן "הרבנות הראשית לישראל: היבטים משפטיים" הרבנות הראשית לישראל: שבעים שנה לייסודה 159, 207-208, 212-214 (א') ורהפטיג ושי' כ"ץ עורכים, תשס"ב).

עונשו של שחקן שהורשע בדין משמעתי בגין התבטאות גזענית<sup>190</sup>. מסקנה זו עולה מפורשות מהוראת סעיף 11 לחוק הספורט, המקנה בידי איגוד ספורט את הפרורוגטיבה הבלעדית לשפוט את חבריו. על כן, חרף העובדה שגזירת עונש אינה מגלמת מומחיות ייחודית של בית הדין, ראוי לכבד את זכותו האוטונומית להחליט על העלאת רף הענישה על מנת להבטיח שפעילות ספורטיבית תהא נקיה מגילויי גזענות<sup>191</sup>. בצד זאת, בשל ההשלכות החמורות של ענישה משמעטית על מעמדם החברתי והמקצועי של העוסקים באותו ענף, ברי כי יש לבחון כל מקרה לגופו<sup>192</sup>. נזכיר כאן לדוגמה את עניינו של השחקן ג'ון רוקר, אשר בראיון שקיים תוך כדי נסיעה ברחובות אטלנטה לא הסתיר את דעותיו הגזעניות<sup>193</sup>. כתוצאה מכך החליטה מנהלת ליגת הבייסבול MLB להעמידו לדין משמעתי בגין עבירה על

190 בשנת 2003 התווספה לתקנון המשמעת של ההתאחדות לכדורגל עבירה משמעטית האוסרת על כל התבטאות גזענית (ס' 1.19 לתקנון המשמעת): "התבטאות בעל פה ו/או בכתב ו/או תנועת גוף כלפי פרט ו/או כלפי ציבור, הנושאים אופי גזעני או על רקע גזעני, בכל מקום ובכל מועד" (ההדגשה שלי – א' ה'). לתקנון המשמעת של ההתאחדות ראו: [Game%20Rules/%D7%AA%D7%A7%D7%A0%D7%95%D7%9F%20%D7%9E%D7%A9%D7%9E%D7%A2%D7%AA.pdf](http://football.org.il/Game%20Rules/%D7%AA%D7%A7%D7%A0%D7%95%D7%9F%20%D7%9E%D7%A9%D7%9E%D7%A2%D7%AA.pdf). מנגד, איגוד הכדורסל הסתפק בהוראה לשחקני הנבחרת בלבד, בזה הלשון: "שחקן נבחרת, ינהג, בכל מקום, בדרך הולמת את מעמדו כדמות ציבורית, ערכית ומוסרית. שחקן נבחרת יימנע מכל פגיעה בתדמיתה וערכיה של מדינת ישראל" (ס' 7 ו-8 לתקנון נבחרת ישראל). לתקנון נבחרת ישראל בכדורסל ראו: [one.co.il/MSites/Egood/Basketball/EgoodInnerPages.aspx?categoryid=78&egood\\_categoryid=98](http://one.co.il/MSites/Egood/Basketball/EgoodInnerPages.aspx?categoryid=78&egood_categoryid=98).

191 רק כך ניתן יהיה למנוע מעוסק בענף ספורט לעשות שימוש לרעה במעמדו הציבורי ככמה לקידום אג'נדות פסולות בעלות רקע גזעני. להשוואה ראו: דוח ועדת סטרשנוב, לעיל ה"ש 66, בעמ' 7, שם הודגש כי אין לראות את ענף הכדורגל כנחלתו הבלעדית של איש. כנגזרת מכך הודגשה החשיבות הכרוכה בפיתוחו גם במגזר הערבי. צעד זה עשוי להוביל, כלשונם, "להקטנת רגשות הקיפוח של מגזר זה, הן בתחום הספורט והן בחיי היום-יום..." (שם, בעמ' 93).

192 ככל שהחלטה פוגעת פגישה קשה יותר בזכויות יסוד הראויות להגנה, כך ייטה בית המשפט להרחיב את היקף הביקורת.

193 בינואר 2000 התראיין שחקן הבייסבול למגזין Sports Illustrated. בתשובה לשאלה "האם תסכים אי פעם לשחק בניו יורק ינקיס' או בניו יורק מטס'" השיב כהאי לישנה: "אעדיף לפרוש קודם. זו עיר משוגעת ומורטת עצבים. דמיין לעצמך שאתה צריך לקחת את קן 7 של הרכבת התחתית לאצטדיון וזה נראה לך שאתה נוסע בכיירות בישבך ליד איזה ילד עם שיער סגול, ליד איזה 'מתרומם' שחולה באיידס, ממש ליד ברנש שזה עתה השתחרר ממאסרו הרביעי, ליד אמא לארבעה ילדים בת 20, זה מרכא. הדבר אותו אני מתעב הכי בניו יורק הוא הזרים. אתה יכול לעבור מקטע שלם בכיכר טיימס בלא לשמוע מילה אחת באנגלית. אסייתים וקוריאנים ווייטנמים והודים ורוסים והיספנים והכל נמצא שם. איך בכלל הם הגיעו למדינה הזו?". לראיון המלא ראו: [sportsillustrated.cnn.com/features/cover/news/1999/12/22/rocker](http://sportsillustrated.cnn.com/features/cover/news/1999/12/22/rocker).

סעיף 4.06(a)(1) ו-(2) לתקנון המשמעת של ליגת הבייסבול<sup>194</sup>. בסופו של יום, השחקן הורשע והורחק מ-28 המשחקים הראשונים של עונת 2000 (עונש שהומתק בערעור להרחקה מ-14 משחקים בלבד).

כאן המקום להדגיש כי הוראה תקנונית המגדירה קריאות גזעניות מצד אוהדים כעבירה משמעתית של הקבוצה עצמה (ועל ידי כך הופכת את הקבוצה לנושאת באחריות שילווחית להתנהגות אוהדיה) איננה חורגת, לעניות דעתנו, ממתחם הסבירות<sup>195</sup>. אמנם, ניתן לתהות אם ראוי להטיל על קבוצה את הנטל לרסן ולשלוט בהתנהגות אוהדיה שעה שהדין מקנה אמצעים יעילים אחרים לשמירת הסדר הציבורי באירועי ספורט<sup>196</sup>. דא עקא, הואיל ובידי הקבוצה היכולת האפקטיבית ביותר לרסן את אוהדיה (שהרי אם האוהדים יפנימו כי התנהגותם עלולה לפגוע בקבוצתם הם ייזהרו בלשונם), נראה שאין מנוס מכך. קל וחומר הוא הדבר בעידן שבו ביטויים גזעניים בספורט בכלל, ובענף הכדורגל בפרט, הפכו לחזון נפרץ במקומותינו<sup>197</sup>.

194 להלן נוסח ההוראה: "No manager, player, substitute, coach, trainer or batboy shall at any time, whether from the bench, the coach's box or on the playing field, or elsewhere – (1) Incite, or try to incite, by word or sign a demonstration by spectators; (2) Use language which will in any manner refer to or reflect upon opposing players, an umpire, or any spectator". לעיון בתקנון המשמעת ראו אתר האינטרנט הרשמי של ליגת הבייסבול MLB: [mlb.mlb.com/mlb/downloads/y2010/official\\_rules/2010\\_official\\_rules/2010\\_baseballIRules.pdf](http://mlb.mlb.com/mlb/downloads/y2010/official_rules/2010_official_rules/2010_baseballIRules.pdf).

195 ס' 20"ג לתקנון המשמעת. לאחרונה הוסיפה ההתאחדות לתקנון המשמעת את ס' 20ט1, המגדיר התנהגות בלתי הולמת של קהל אוהדים כעבירת קבוצה.

196 כך, למשל, ס' 13 לחוק איסור אלימות בספורט מסמיך קצין משטרה להורות על הרחקת אדם מפריע לסדר הציבורי או מתנהג באופן אלים במקום שבו מתקיים אירוע ספורט. נוסף על כך ס' 15 לחוק, שכותרתו "איסור התבטאות גזענית", קובע כי: "המתבטא התבטאות גזענית במהלך אירוע ספורט, דינו – מאסר שנתיים. בחוק זה 'התבטאות גזענית' – קריאה של מילים, צלילים או נהמות, וכן התבטאות חזותית, על-ידי אדם, לבדו, יחד עם אחר או במקלה, שיש בהם משום איום, השפלה, ביזוי, גילוי איבה, עוינות או אלימות או גרימת מדנים כלפי אדם, ציבור או חלקים של אוכלוסייה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע, לדת או למוצא לאומי-אתני".

197 אך לאחרונה הועמדה קבוצת כדורגל לדין משמעתי באשמה של קריאות גזעניות והתפרעות אוהדים. הקבוצה הורשעה והוטל עליה לקיים משחק רדיוס אחד ללא קהל וקנס בסך 10,000 ש"ח (תיק 78761 מיום 4.11.2009 בעניין קבוצת שמשון בני טייבה מליגה א' דרום). גם באירופה קיימת מזה שנות דור חזקה דומה, שלפיה הקבוצה אחראית להתנהגות אוהדיה. ראו: [www.uefa.com/uefa/keytopics/kind=512/index.html](http://www.uefa.com/uefa/keytopics/kind=512/index.html).

## ו. כפיפות איגודי ספורט לסמכות בג"ץ

לא ניתן לחתום רשימה זו מבלי להתייחס לסמכותו העניינית של בג"ץ ליתן צווים כנגד איגודי ספורט<sup>198</sup>. כידוע, סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה מקנה לבג"ץ סמכות רחבה להעניק "סעד למען הצדק". בענייננו אין אנו נדרשים לסעיף זה – שתחולתו הרחבה מעוררת שאלות עקרוניות – הואיל וניתן לעגן את סמכויות בג"ץ באמצעות סעיף 15(ד)(2), המקנה לבג"ץ סמכות "לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין..." (ההדגשה שלי – א' ה'). הלכה פסוקה היא כי על מנת שגוף פלוני יחשב כ"ממלא תפקיד ציבורי על-פי דין" עליו לקיים שני תנאים מצטברים: האחד – מילוי "תפקיד ציבורי"; השני – מילוי תפקיד "על-פי דין". הכל יסכימו כי איגודי ספורט ממלאים "תפקיד ציבורי". עמדנו בהרחבה על החשיבות הציבורית הכרוכה בפעילותם, בשים לב לאינטרס הציבורי הגלום בפעילויות ספורטיביות. ככאלה, ולאור שליטתם הבלעדית בניהול ענפי הספורט, פירטנו את האופן שבו הם עשויים להשפיע על מימוש הפוטנציאל של כל הספורטאים התלויים בהם.

לעניות דעתנו גם התנאי השני – מילוי תפקיד על פי דין – מתקיים בהקשרים שונים של פעילותם. הלכה פסוקה היא כי "לא הגוף הוא זה שצריך להיות יציר הדין, אלא התפקיד המוטל עליו צריך שיבוא מהדין"<sup>199</sup>. הסממן המובהק ביותר לקיומה של סמכות שלטונית על פי דין הוא הסמכות לשנות את מצבו המשפטי של אדם ללא הסכמתו<sup>200</sup>, כגון הסמכות להפקיע קרקעות לצורכי ציבור או להטיל אגרות. בענייננו, חרף העובדה שאיגודי ספורט מוקמים כתאגידים מן המשפט הפרטי, הדין מעניק להם כוח שלטוני רב עוצמה: כמצוות המחוקק, רק איגוד ספורט אחד רשאי לנהל באופן בלעדי את הענף שאותו הוא מרכז. החוק אף מחייב את כל העוסקים באותו ענף לציית לתקנוניו. התוצאה היא כי כל אגודת ספורט החפצה ליטול חלק בליגה מקצועית בענף ספורט מסוים חייבת להצטרף לשורותיו. לפיכך ספורטאים המבקשים ליטול חלק באותו ענף חייבים להירשם ברישומיו. נוסף על כך, בשל מעמדו הבלעדי הוא קובע מי מבין הספורטאים (בענפי ספורט אישיים) או מבין אגודות הספורט (בענפי ספורט קבוצתיים) ישתתף בתחרויות בינלאומיות המתקיימות באותו ענף,

198 יודגש כי אין כל זיקה בין סוג הערכאה השיפוטית שתפעיל ביקורת שיפוטית על איגוד ספורט – בג"ץ או בתי המשפט השלום או המחוזי (בהתאם לכללי הסמכות העניינית הקבועים בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984) לבין טיב הדין המהותי שיוחל עליו באותו עניין. במילים אחרות, תוכנה של הדואליות הנורמטיבית שתחול על איגוד ספורט ממילא יושפע מניתוח מכלול השיקולים שעליהם עמדנו ברשימה זו, ללא קשר לסוג הערכאה השיפוטית באותו עניין.

199 בג"ץ 126/84 גלבוש נ' מפעל הפיס, פ"ד לט(4) 68 (1985). כן ראו: פרשת מיקרו דף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 454-455.

200 ברק, לעיל הערה 19, בעמ' 449.

וכן מי ייצג את המדינה בתחרויות אלה. מעמד בלעדי זה – שהוא תולדה של החלטה מושכלת של המחוקק שהפקיד בידיים פרטיות שליטה בתחום שהוא "נחלת הכלל" – מעניק לו כוח שלטוני. די בכך לטעמנו על מנת לסווגו, בהקשר הנדון, כממלא "תפקיד על-פי דין"<sup>201</sup>.

## אחרית דבר

חוק הספורט שימש אותנו ברשימה זו כאב טיפוס להצגת גוף דרמהוטי ייחודי, בעל מומחיות מקצועית, שהיבטיו הפרטיים והציבוריים הוגדרו בחקיקה, בבחינת גוף דרמהוטי יציר כפיו של המחוקק. נוכחנו כי איגודי ספורט מאוגדים, כמצוות המחוקק, כתאגידים פרטיים. דיני המשפט הפרטי הם אלה שנפחו חיים בעורקיהם. אין להתפלא אפוא כי המחוקק שואף לשמור בקנאות על שלטונם העצמי. אולם חרף סיווגם כאמור, עמדנו בהרחבה על מאפייניהם, תפקידיהם ומעמדם הציבורי – שהוכשרו אף הם על ידי המחוקק. נוכחנו כי קיימים בפעילותם סממנים רבים המצביעים על ביצוע פעילויות "בעלות אופי ציבורי" (הזיקה הפונקציונלית) וכן כאלה המצביעים על "טביעת אצבע שלטונית" בפעילותם (הזיקה המוסדית). סממנים אלו הובילו את בתי המשפט לסווגם, בהקשרים שונים, כ"דרמהוטיים".

סיווג כאמור פותח צוהר להכפפתם לחובות מוגברות מן המשפט הציבורי. מצאנו, לאור קרבתם הפונקציונלית והמוסדית לרשויות השלטון, כי מושכלות היסוד מן המשפט הציבורי – כגון שמירה על מינהל תקין, סבירות, מידתיות והחובה לכבד זכויות אדם – חלים כמעט על כל סוגי פעילותם. בהיבט התאורטי הצענו לקבוע כי הכפפתם לחובות אלה דינה כדין הטלת "מס" על פעילותם, קרי תשלום לציבור שנועד לבטא את זיקת הציבור אל משאביו. בנסיבות אלה הכפפתם לחובות אלה על מנת לקדם זיקה זו – גם במחיר פגיעה עקיפה

201 ניתן לבסס את סמכויות בג"ץ, בהקשרים מסוימים, גם לאור ס' 15(ד)(3) לחוק-יסוד: השפיטה, המסמיך את בג"ץ "לתת צווים לבתי משפט, לבתי דין ולגופים ואנשים בעלי סמכויות שיפוטיות או מעין-שיפוטיות על פי דין...". המצדדים בגישה זו יטענו, כי ס' 11 לחוק הספורט מעניק, דה פקטו, לטריבונלים הפנימיים של האיגודים סמכות שפיטה על פי דין. ראו בעניין זה: פרשת כץ, לעיל ה"ש 69, שם נפסק: "הבוררות בעניין שלפנינו איננה... בוררות 'רגילה' מכוחו של הסכם בוררות, כי אם בוררות סטטוטורית שהינה פרי מצוותו של המחוקק. סמכות השיפוט הבלעדית שהוקנתה למוסד לבוררות בעניינים המנויים בתקנון, הוקנתה לו על-ידי המחוקק ולא על-ידי הצדדים הפרטיים, דהיינו השחקנים, הקבוצות או האיגוד...". כן ראו: פרשת טורטן, לעיל ה"ש 13, פס' 7(ה) לפסק דינו של השופט בן-יאיר. באותו הקשר ראו גם: פרשת איגוד הכדורסל בישראל, לעיל ה"ש 69.

בקניינם העצמי – היא מחויבת המציאות<sup>202</sup>. לא ניתן ליהנות מ"דובשה" של הציבוריות בלי לסבול גם "מעוקצה"<sup>203</sup>.

דא עקא, בניגוד לעמדתה הכללית של הפסיקה – הנוטה ליחס משקל נחות לאוטונומיית הרצון הפרטי של גופים דרמהותיים ביחס לאינטרס הציבורי הגלום בהם – זיהינו מגמה שונה: מקום שמתבקש פיקוח שיפוטי שתכליתו בחינת טיב הליך שנגקט על ידי איגודי הספורט, בתי המשפט אינם נרתעים מהכפפתם לנורמות ציבוריות. לעומת זאת בתי המשפט מפגינים מדיניות שיפוטית המשקפת רתיעה מופגנת מהתערבות ערכית בענייניהם המקצועיים. מקורה של מגמה זו הוא ב"דרמהותיותם" הייחודית של איגודי ספורט, הנובעת מחקיקה מפורשת שביקשה לעגן את שלטונם העצמי בהיותם גוף בעל מומחיות ייחודית, בצד הצורך לפקח על פעילותם הציבורית<sup>204</sup>.

עמדנו על הערך המוסף הגלום בהכוונה חקיקתית כאמור, המציידת את השופטים באמות מידה עקרוניות להבחנה בין היבטיהם הפרטיים והציבוריים של איגודי הספורט, ומסייעת בידיהם לגבש פסיקה שיטתית. אין צורך להכביר מילים בדבר היתרונות הגלומים בכך. כך, למשל, משהמחוקק אומר את "דברו", ממילא מתייחר הצורך בשימוש באינטואיציה שיפוטית<sup>205</sup>. זאת ועוד: הואיל והכפפה שיפוטית של גוף פרטי לנורמות ציבוריות עלולה להגביל את חירותו לפעול בקניינו, הכוונה חקיקתית עולה בקנה אחד, בשינויים המחויבים, עם הרציונלים העומדים בבסיס "כלל הסדרים הראשוניים"<sup>206</sup>.

דא עקא, חרף העובדה כי המחוקק אמר את "דברו", נוכחנו כי לא ניתן תמיד ליצור "הפרדת כוחות" מוחלטת בין היבטיהם הפרטיים והציבוריים של איגודי הספורט. במרבית המקרים השימוש שהם עושים במשאבי הציבור מתמזג עם היבטיהם הפרטיים, וההיפך. כך, למשל, גם בעת הכפפתם לנורמות שנועדו להבטיח תקינות הליך שנגקט על ידיהם (עניינים

202 בהתאמה, עמדנו על כך כי בדיוק כשם שהגנה על קניין הציבור מחייבת החלת חובות מן המשפט הציבורי על איגודי ספורט, אין לשלול, מראש ובאופן גורף, אפשרות להעניק להם גם את "זכויות היתר" מן המשפט המינהלי.

203 שימוש בביטוי זה (בהקשר דומה) נעשה על ידי השופטת אלשיך בפרשת ארגון השוטרים, לעיל ה"ש 82, pxw 39 kpxe vshi.

204 הראנו כי תובנות אלה עולות בקנה אחד עם תאורטיקנים התומכים בזרם השמאלי בהגות הליברטריאנית, המבקשים לפצל בין שני קצוות ההגות הליברלית: מחד גיסא, החלה של עקרונות שוויוניים על טובין שמקורם במשאבים חיצוניים, אולם מאידך גיסא, כיבוד עקרון ה"קניין העצמי" על טובין שמקורם בכישורים טבעיים.

205 להרחבה בעניין האינטואיציה השיפוטית ראו הראל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 4-5, 51-53, 168-172, 304-308.

206 לניתוח "כלל הסדרים הראשוניים" ראו פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 184, פס' 35-36 לפסק דינה של השופטת נאור; פס' 9-14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. כן ראו גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב 5 (2010).

שלגביהם ציבוריותם של האיגודים מקבלת משנה תוקף), יש להתחשב בכך שמדובר בגופים פרטיים שאין להכביד עליהם יתר על המידה. על אותו משקל, גם בעניינים מקצועיים טהורים שבתחום מומחיותם כרוכים לעתים היבטים ציבוריים, העשויים להשפיע על הציבור באופן המחייב התערבות בהחלטותיהם (כגון מדיניות ענישה משמעתית ראויה). בנסיבות אלה, הואיל והכפפתם לדיני המשפט הציבורי עשויה לגרור פגיעה עקיפה באוטונומיה הפרטית שלהם, הצענו להיעזר בעקרון המידתיות – כלי מדויק ואנליטי שיאפשר איזון עדין ומשתנה בין ההיבטים הפרטיים והציבוריים, תוך מזעור הפגיעה בשלטונם העצמי. הדגשנו כי עיקרון זה מקבל משנה תוקף בעניינם של איגודי ספורט, הואיל והמחוקק העלה על נס את שלטונם העצמי בחקיקה עצמה.

בתוך כך, בשל יתרון הידיעה פנימית, תוכנם של דיני המשפט הציבורי – כמו גם יישומם בפועל – עשוי לקבל נופך שונה. לפיכך, וכפועל יוצא מעקרון המידתיות, הצענו, בטרם הכפפתם לנורמות ציבוריות, לשאוף למזער ככל האפשר פגיעה עקיפה באוטונומיית הרצון הפרטי שלהם. לפיכך הצענו לבחון אם ניתן להגשים את היבטיהם הציבוריים באמצעי אחר שפגיעתו באוטונומיה הפרטית שלהם פחותה (או לחלופין אם ניתן לעצב את דיני המשפט הציבורי באופן שיעלה בקנה אחד גם עם היבטיהם הפרטיים); ואם קיים יחס נאות בין התועלת שתצמח לציבור כתוצאה מהכפפתם לדיני המשפט הציבורי לבין הנזק שייגרם להם עקב הפגיעה באוטונומיית הרצון הפרטי שלהם<sup>207</sup>.

סיכומם של דברים: סיווגם של איגודי ספורט כ"דרמהותיים" אינו "מטה קסם" שבאמצעותו ניתן להכפיפם, אוטומטית, לדיני המשפט הפרטי או הציבורי. חרף העובדה כי המחוקק אומר את "דברו", לא ניתן ליצור "הפרדת כוחות" מוחלטת בין היבטיהם הפרטיים והציבוריים. כל שניתן הוא, ברוח הכוונת המחוקק, לאתר את סביבת הדינים המתאימה לפעילותם בנסיבות העניין. יוצא אפוא כי חרף הפיתוי בהתרפקות על "דבר המחוקק", אין די בכך כדי ליתר את הצורך להיזקק לבחינה נקודתית, בכל מקרה לגופו, של היחס בין מידת האינטרס הציבורי הגלום בפעילותם לבין מידת הפגיעה באוטונומיית הרצון הפרטי שלהם. אין זו מלאכה פשוטה. היא תיעשה בכל מקרה לגופו על פי נסיבותיו, תוך שימוש בעקרון המידתיות.

207 מעקרונות אלה עולה כי בניגוד לרשות ציבורית, חובותיו המוגברות של איגוד הספורט כלפי הציבור הן חובות ספורדיות, נקודתיות במהותן ובעלות תכנים משתנים. ראו לעניין זה את דבריו של הנשיא ברק בבג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 367, 289 (1998).