



## ”קול ברמה נשמע” – יהא זה גם קולה של רחל”: בעקבות רע”א 6897/14 רדיו קול ברמה בע”מ נ’ קולך – פורום נשים דתיות

### הדס הולצשטיין תמיר\*

1. מבוא. 2. תמצית פסק הדין. 3. הדרת נשים מהמרחב הציבורי. 4. קידום התובענה הייצוגית ככלי להגנה על זכויות אדם. 5. סיכום.

#### 1. מבוא

ביום 9.12.2015 ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין קולך.<sup>1</sup> בית המשפט דחה את ערעורה של הנתבעת, רדיו קול ברמה, ובכך אישר את החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים שאישר את ניהול התובענה כיייצוגית. מדובר בבקשה לאישור תובענה כיייצוגית, שהוגשה על ידי עמותת “קולך” – עמותת הפועלת במטרה ליצור שינוי חברתי ותודעתי בנושא שוויון מגדרי בקהילה הדתית בישראל,<sup>2</sup> נוכח מדיניות תחנת הרדיו “קול ברמה” שלא להשמיע נשים בשידוריה. במסגרת התובענה נטען כי מדובר באפליה אסורה, הן מחמת אפליית נשים שנמנע מהן להישמע בשידורי התחנה, והן מחמת מניעת תוכן נשי ממאזיני ומאזינות התחנה. בית המשפט העליון דחה את הערעור בקביעה כי מדיניות התחנה מהווה אפליה אסורה, וכי העמותה רשאית להגיש את התובענה בשם הקבוצה המופלית.

מדובר בפסק דין תקדימי וחשוב במאבק להגנה על זכותן של נשים לשוויון מבחינה רטורית ונורמטיבית, לצד השלכות פרקטיות משמעותיות. מבחינה רטורית, בית המשפט דן בתופעת הדרת נשים מהמרחב הציבורי והביע את “תחושת המיאוס ושאת הנפש”<sup>3</sup>

\* עו”ד הדס הולצשטיין תמיר היא סטודנטית לתואר שני במשפטים, עמיתת תכנית “תקנה” של הקתדרה לזכויות אדם ע”ש אמיל ז’ולא, בית הספר למשפטים על שם חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל.

<sup>1</sup> רע”א 6897/14 רדיו קול ברמה בע”מ נ’ קולך – פורום נשים דתיות (פורסם בנבו, 9.12.2015) (להלן: עניין קולך). הציטוט בכותרת מובא משם, פס’ 13 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

<sup>2</sup> מידע מורחב אודות עמותת קולך ופעילותה, ראו בקישור [www.kolech.org.il](http://www.kolech.org.il)  
<sup>3</sup> עניין קולך, לעיל ה”ש 1, פס’ 25 לפסק דינו של השופט דנציגר.



כהגדרתו, מקיומה של התופעה המנציחה פערי מעמדות מגדריים; מבחינה נורמטיבית, בית המשפט ראה לנגד עיניו את החסמים התרבותיים הקיימים, ואפשר את הגשת התובענה על ידי העמותה, אף בהיעדר תובעת מסוימת בעלת עילת תביעה אישית. נוסף על כך, פסק הדין משמעותי גם בהיבט כללי יותר של קידום השימוש בתובענה הייצוגיות ככלי נוסף בהגנה על זכויות אדם.

עם זאת, כפי שאביא ברשימה זו, שני היבטים בפסיקתו של השופט יורם דנציגר, מעוררים חשש באשר לאופן יישומו של פסק הדין על ידי הערכאות הנמוכות. היבט ראשון, נוגע לדין שעורך השופט דנציגר באשר לרמת החיוב של הנורמה הדתית המצדיקה אפליית נשים. דיון זה מעורר את החשש כי פסק הדין עלול ליתן לגיטימציה להפרדת נשים, כאשר מדובר בנורמה תרבותית או דתית מחייבת, בגדר "ציווי דתי". היבט שני, נוגע לפרשנותו המצמצמת של השופט דנציגר בנוגע לאפשרות של הגשת תובענה ייצוגית על ידי ארגון, המגבילה מאוד את יכולתם של ארגונים להגיש תובענות ייצוגיות בעתיד. דווקא הערותיה של השופטת דפנה ברק-ארז בהתייחסה להיבטים אלו, ראויים לציון במיוחד, ויש לקוות כי יאומצו. לעמדתה של השופטת ברק-ארז אין להציב רף גבוה לאישור תובענה כייצוגית, ובפרט אין לפעול בגישה מצמצמת לבחינת הגשת תובענה ייצוגית על ידי ארגון מייצג. כמו כן, היא מציעה נוסחת איזון ראויה שונה בין הנורמה הדתית, מחייבת ככל שתהיה, לבין האפשרות לפגיעה בזכותן של נשים לשוויון. בחלקה הראשון של רשימה זו אציג את תמצית פסק הדין ואת נימוקיו העיקריים של השופט דנציגר, שכתב את פסק הדין העיקרי. בחלקה השני, אדון בשני ההיבטים המרכזיים שצוינו לעיל, הדרתן של נשים מהמרחב הציבורי וקידום התובענה הייצוגית ככלי לשמירה על זכויות אדם, תוך דיון בהשלכות השליליות האפשריות של פסק הדין העיקרי, שנכתב בשני תחומים אלו, כאמור, על ידי השופט דנציגר.

## 2. תמצית פסק הדין

פסק הדין עוסק בבקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים, אשר קיבל בקשה לאישור תובענה כייצוגית שהוגשה על ידי עמותת קולך, בטענה כי המדיניות שבה נוקטת תחנת הרדיו "קול ברמה", לפיה נשים לא תושמענה בשידורי התחנה, היא אפליה אסורה המנוגדת להוראות ס' 3(א) לחוק איסור אפליה.<sup>4</sup> סעיף זה

<sup>4</sup> חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000 (להלן: "חוק איסור אפליה").



אוסר, בין היתר, אפליה מחמת מין בהספקת שירות ציבורי. הבקשה הוגשה מכוח פרט 7 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות,<sup>5</sup> כאשר הקבוצה הנפגעת הוגדרה כמאזינות תחנת הרדיו והנשים שרצו להאזין לתחנה אך נמנעו מלעשות כן עקב אפליית נשים. הנזק בבקשה נאמד בסכום של כ-100 מיליון ש"ח.

כפי שיפורט להלן, בית המשפט העליון אישר את החלטת בית המשפט המחוזי, תוך מתן הערות לעניין הנזק הנטען ולפרק הזמן המקים את עילת התביעה. פסק הדין התקבל פה אחד, על ידי מותב השופטים אסתר חיות, יורם דנציגר ודפנה ברק-ארז, כאשר השופט דנציגר כתב את פסק הדין העיקרי.

השופט דנציגר הקדים לבחינת השאלות המשפטיות דיון בתופעת הדרת נשים במרחב הציבורי, המאופיינת בדחיקת רגליהן של נשים, מעצם היותן נשים, מן האפשרות לקבל שירותים ציבוריים או לקחת חלק בפעילות ציבורית. ההדרה מתבטאת בעיקר בהקשרים דתיים-הלכתיים, כך למשל בהפרדה מגדרית בבתי עלמין, בתחבורה ציבורית ובתנועתן של הולכות רגל בשכונות חרדיות, כאשר עיקר המחלוקת הוא בשאלה אם קיים שוני רלוונטי המצדיק הפרדה במרחב הציבורי.<sup>6</sup>

לאחר הדיון הכללי, בחן השופט דנציגר את התנאים לאישורה של התובענה כייצוגית. תחילה, דן בשאלה אם העמותה כשירה להגיש את התובענה. מדובר בפעם הראשונה שבה בית המשפט העליון נדרש לשאלה האמורה. השופט דנציגר קבע כי בהתאם לס' 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות גם ארגון יכול להגיש תובענה ייצוגית, אולם בה בעת, הוא קובע כי יש לנקוט בגישה "מצמצמת וזהירה" בשאלת פרשנות הסעיף, על מנת שלא להגדיל את היקף התופעה של הגשת תביעות סרק. לעמדתו של השופט דנציגר אין מקום לנטוש את המודל הקבוע בחוק, לפיו נקודת המוצא היא כי על מגיש התובענה להיות חבר בקבוצה הנפגעת – אדם בעל עילת תביעה אישית. כן קבע, כי גם את המונח "ארגון" יש לפרש בצמצום בהתאם להוראות ס' 2 לחוק תובענות ייצוגיות, המגדיר ארגון כגוף הפועל לקידום מטרה ציבורית באופן סדיר וממשי משך שנה לפחות, שהכנסותיו משמשות להשגת מטרותיו הציבוריות בלבד, ושפעילותו אינה מטעם גוף פוליטי.<sup>7</sup>

באשר לקושי במציאת תובע בעל עילת תביעה אישית, דן השופט דנציגר במצבים שבהם הקבוצה הנפגעת היא אוכלוסייה מוחלשת נעדרת אמצעים כלכליים או כאשר קיימים פערי מידע, היעדר יכולת להבין את הפגיעה על ידי הקבוצה הנפגעת או חסמים תרבותיים. במקרים כאלו יהיה מקום לשקול תובענה שהוגשה על ידי ארגון ולא על ידי

<sup>5</sup> חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

<sup>6</sup> עניין קולך, לעיל ה"ש 1, פס' 22-25 לפסק דינו של השופט דנציגר.

<sup>7</sup> שם, פס' 31-37 לפסק דינו של השופט דנציגר.



תובע פרטי, כאשר על הארגון המייצג מוטל להוכיח כי פעל בשקידה סבירה לאיתור תובע כאמור. עוד קבע, כי ככל שהארגון אינו עומד בתנאים שנקבעו, הרי שניתן להמשיך את בירור התובענה באמצעות החלפת הארגון בתובע בעל עילת תביעה אישית.<sup>8</sup>

השופט דנציגר קיבל את קביעת בית המשפט המחוזי, כי בנסיבות העניין קיים קושי בהגשת התובענה הייצוגית על ידי תובעת בעלת עילת תביעה אישית, כאשר הנימוק המרכזי הוא רתיעת נשים חרדיות מלעמוד בחזית המאבק לשוויון מגדרי, מחשש לפגיעה במעמדן. בית המשפט נתן משקל מכריע להיבט התרבותי, והסיק כי ככל שהארגון לא היה מגיש את התובענה, קיים חשש כי זו לא הייתה מוגשת כלל.<sup>9</sup>

השופט דנציגר קבע כי חוק איסור אפליה חל בנסיבות העניין, וכי מדיניות תחנת קול ברמה היוותה אפליה אסורה המנוגדת להוראות החוק. כן נקבע כי "נורמה המונעת מנשים לקחת חלק בפעילות המרחב הציבורי רק בשל היותן נשים, מוחזקת מלכתחילה כפוגעת בזכותן של נשים לשוויון", וזאת גם אם בסופו של יום יתברר כי ההבחנה המגדרית מותרת.<sup>10</sup> השופט דנציגר ערך דיון בשאלה אם בענייננו מדובר ב"שוני רלוונטי", תוך שערך הבחנה בין נורמה דתית "מאפשרת" לבין נורמה המהווה "ציווי דתי", המצדיקה נקיטת יחס שונה לנשים. לבסוף נקבע כי בענייננו הפרקטיקה הדתית אינה מצדיקה או מחייבת אפליה כלפי נשים, וכי משקלה של הנורמה הדתית אינו מצדיק פגיעה בזכויות יסוד.<sup>11</sup>

עוד נקבע, כי תובענה ייצוגית היא הדרך הראויה להכרעה בנסיבות העניין, זאת גם אם היה ניתן לקבל בענייננו סעד במישור המשפט החוקתי או המנהלי, תוך שהובהר כי אין מניעה כי הליך של תביעה ייצוגית ינוהל נוסף על הליך מנהלי, ואף שינתנו בהם סעדים מקבילים.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> שם, פס' 38–41 לפסק דינו של השופט דנציגר.

<sup>9</sup> שם, פס' 44–45 לפסק דינו של השופט דנציגר.

<sup>10</sup> שם, פס' 52 לפסק דינו של השופט דנציגר.

<sup>11</sup> שם, פס' 53–54 לפסק דינו של השופט דנציגר.

<sup>12</sup> ראו והשוו יפעת ביטון "נשים ונזיקין: בין אפליה להשעייה: מחשבות בעקבות ת"א (בית-שמש) 41269-02-13 פיליפ נ' אבוטובול" המשפט ברשת: זכויות אדם - מבזקי הארות פסיקה 41, 4, 10–13 (2015). ביטון דנה בסכנות הטמונות בתביעה הנזיקית ככלי לקידום זכויות אדם, ומותחת ביקורת על פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו, 5.1.2011), בעניין הפרדת נשים מגברים בתחבורה ציבורית. באותו מקרה בית המשפט נמנע מלתת סעד במסגרת העתירה העיקרית ותחת זאת, תוך "השעיית" זכויותיהן החוקתיות של הנשים שנפגעו, הפנה אותן להגיש תביעה נזיקית פרטנית.



השופטות חיות וברק-ארז הצטרפו לפסק דינו של השופט דנציגר, תוך שהעירו מספר הערות שעל חלקן ארחיב בהמשך.

### 3. הדרת נשים מהמרחב הציבורי

פסק הדין חשוב ומהותי, הן במישור המאבק לטיפול בתופעת אפליית נשים והדרתן מהמרחב הציבורי, והן משום שיש בו כדי לקדם את השימוש בתובענה הייצוגית ככלי להגנה על זכויות אדם. עם זאת, מספר קביעות של השופט דנציגר, אם כחלק מהכרעתו הסופית ואם שנאמרו בהערת אגב, עלולות להוביל לתוצאה ההפוכה של מתן לגיטימציה להפרדת נשים והמשך אפלייתן, ולהערמת קשיים על ארגונים המבקשים להגיש תובענה ייצוגית בשם אוכלוסייה מוחלשת.

האפליה הנמשכת כנגד נשים, הפרדתן, השתקתן ופרקטיקות מפלות המבוססות, כביכול, על נורמות דתיות, מעמידות את המערכת המשפטית מול תביעות הקוראות להגשמת זכותן של נשים לשוויון. כנגד תביעות אלו מושמעות טענות בדבר רב תרבותיות, שמירה על הזכות לתרבות ולחופש הדת של המיעוט המבקש להנהיג את הנורמה הפוגענית. במסגרת התביעות, בתי המשפט נדרשים לשאלת האיזון בין הזכות לתרבות ולכיבוד רגשותיה הדתיים של הקהילה – מיעוט דתי המבקש להדיר את קבוצת הנשים מתוכו – אל מול זכותה של קבוצת הנשים לשוויון.<sup>13</sup>

במסגרת פסק הדין, שלושת שופטי בית המשפט העליון גינו את האפליה נגד קבוצת הנשים, תוך דיון בתופעת הדרת הנשים ובהשתקת קולן, וקבעו חד משמעית כי מניעת השתתפותן של נשים בשידורי התחנה מהווה אפליה אסורה:<sup>14</sup>

”מדובר בתופעה פסולה ונפסדת [...] פוגעת באופן בוטה בזכויות גרעיניות ובסיסיות של נשים. מעבר לכך, בהדרת נשים יש גם כדי להשריש תפישה שלפיה החיים הציבוריים שייכים מטבעם 'לגברים בלבד', וכפועל יוצא מכך כדי להנציח פערי מעמדות מגדריים והתנהגויות שמטבען הן מבזות, משפילות ומנמיכות נשים.”

גם השופטת ברק-ארז עמדה על החומרה שבהדרת נשים והשתקתן, ועל הפגיעה לא רק בקבוצה המודרת אלא בכלל האוכלוסייה ובשיח עצמו.<sup>15</sup> בפסק דינו, בית המשפט העניק

<sup>13</sup> Meital Pinto, *The Right to Culture, the Right to Dispute and the Right to Exclude: A New Perspective on Minorities within Minorities*, 28 *RATIO JURIS* 281 (2015)

<sup>14</sup> עניין קולך, לעיל ה"ש 1, פס' 25 לפסק דינו של השופט דנציגר.

<sup>15</sup> שם, פס' 6–8 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.



פרשנות רחבה לחוק איסור אפליה, וקבע כי תכלית החוק מחייבת דחיית פרשנויות המותירות בפועל פרקטיקות של אפליה.<sup>16</sup>

מבלי לגרוע בחשיבות פסק הדין נוכח יחסו המחמיר לתופעת הדרת נשים, ההבחנה שערך השופט דנציגר בין נורמה דתית "מאפשרת" לנורמה "מחייבת" כהבחנה שעלולה לפגוע בזכויות הפרט, היא בעייתית ויש בה כדי ליתן לגיטימציה לפרקטיקות של הדרת נשים בשם הזכות לתרבות או להגנה על רגשות דתיים. השופט דנציגר יוצא מנקודת מוצא לפיה סעיפים 3(ד)(1) ו-3(ד)(3) לחוק איסור אפליה, מאפשרים הבחנה בין נשים לגברים משיקולי דת, ומכאן שיש לבחון אם הנורמה הדתית מחייבת או מצדיקה נקיטת יחס שונה לנשים.<sup>17</sup> בהתאם לדיון שערך, בהתנגשות בין נורמה דתית לזכויות הפרט יש לבחון את משקלה של הנורמה הדתית, כאשר אחת ההבחנות החשובות לדידו, היא בין נורמה "מחייבת" לנורמה "מאפשרת". ככל שפרקטיקה של הפרדת נשים מבוססת על ציווי דתי המצוי בליבת האמונה הדתית, כך בית המשפט יטה להעדיף את הנורמה הדתית על פני הגנה על זכויות הפרט.<sup>18</sup>

דיון זה הוא בעייתי: ראשית, ההיבט הדתי כלל לא נזכר בסעיפי חוק איסור אפליה, המאפשרים הפרדה מגדרית במצבים שבהם אופיו או מהותו של המוצר או השירות מחייב את ההפרדה. שנית, בענייננו, כלל לא דובר במקרה של הפרדת נשים מגברים (לדוגמה, תכנית רדיו המיועדת לגברים וכזו המיועדת לנשים), אלא בהדרתן של נשים כליל משידורי התחנה.<sup>19</sup> מכאן, שלא היה כל צורך לבחון את החריגים לחוק שיצדיקו את ההפרדה המגדרית, כאשר בענייננו כלל לא היה מדובר בהפרדה כאמור. בפרשת קולך, בית המשפט קבע, כי האיסור להשמיע נשים אינו בגדר איסור הלכתי או נורמה

<sup>16</sup> שם, פס' 49 לפסק הדין. יצוין, כי האפליה המתוארת בפסק הדין, מעבר לכך שהיא אסורה לפי חוק איסור אפליה, היא גם מנוגדת למשפט הבינלאומי ולאמנות השונות המגנות על זכויות אדם, ובפרט לאמנה לביעור כל צורות האפליה נגד נשים - International Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women, 18 Dec 1979, Frances Raday, *Culture, Religion and*: U.N.T.S 1249 (1979). להרחבה בעניין ראה: *Women's International Human Rights*, (forthcoming).

<sup>17</sup> עניין קולך, לעיל ה"ש 1, פס' 53 לפסק דינו של השופט דנציגר.  
<sup>18</sup> דיון דומה עלה במאמרה של מיטל פינטו, המציעה לבחון את הזכות של קבוצת המיעוט לשנות נורמות מסוימות בתוך התרבות, לבין זכות הרוב בתוך המיעוט להוציא החוצה את אותם חברים שאינם קונפורמיים לתרבות השולטת בקבוצת המיעוט. פינטו מציעה קווים מנחים לבחינת טענות חברי הרוב בתוך המיעוט המבקשים להוציא את חברי קבוצת המיעוט שאינם קונפורמיים לתרבותם, כאשר יש לבחון עד כמה הטענה היא אמיתית וכנה ועד כמה היא הכרחית לשמירה על זהות הקבוצה התרבותית. Pinto, לעיל ה"ש 13.  
<sup>19</sup> כפי שגם מציין השופט דנציגר. עניין קולך, לעיל ה"ש 1, פס' 55 לפסק דינו של השופט דנציגר.



דתית מחייבת, אולם מה תהא התוצאה במקרים שבהם יקבע אחרת? מה יהא אם הקהילה הדתית תוכיח כי מדובר בחיוב דתי, האם אז בית המשפט יאפשר הדרתן של נשים, השתקתן ופגיעה חמורה כל כך בזכויותיהן הבסיסיות?

השופט דנציגר מציין אמנם, למעלה מן הצורך, כי גם במקרים שבהם מדובר בציווי דתי המביא לפגיעה מכרעת בזכויות הפרט תתכנה פסילה של הפרקטיקה הדתית, אולם עצם ההבחנה בין רמות החיוב השונות של הנורמות הדתיות, עלולה בסופו של יום לשמש הצדקה אפשרית להפרדה מגדרית ולהמשך הדרת נשים בשם הדת.

בהקשר זה, עמדתה של השופטת ברק-ארז שונה ולטעמי עדיפה. השופטת ברק-ארז גורסת כי אין מקום לבסס את ההכרעה במקרים דומים על ההבחנה בין נורמה מחייבת למאפשרת. לדעתה, ההבחנה בעייתית הן מאחר שייתכן כי התשובה לשאלה האם מדובר בנורמה בגדר חיוב או הידור תהיה שנויה במחלוקת, והן מאחר שלעמדתה, גם אם מדובר בגישה דתית מחמירה המחייבת הדרת נשים, אין מקום לתת לכך משקל מכריע כאשר נפגעת הזכות לשוויון.<sup>20</sup>

לעמדתי, הואיל וכל הדיון בנוגע לנורמה מחייבת או מאפשרת נעשה "למעלה מן הצורך", באמת לא היה בו צורך. משקבע בית המשפט כי בענייננו, כלל לא היה איסור הלכתי על השמעת נשים, הרי שממילא הנורמה הדתית תיסוג מפני הפגיעה העמוקה כל כך בזכותן של נשים לשוויון. הדיון שערך השופט דנציגר, למעלה מן הצורך, עלול לשמש פתח לפרשנויות לפיהן נורמות שנתפסות "מחייבות" מבחינה דתית, יצדיקו הפרדת נשים והדרתן.

#### 4. קידום התובענה הייצוגית ככלי להגנה על זכויות אדם

התובענה הייצוגית, להבדיל מהליכים במסגרת המשפט הציבורי-חוקתי, כמו הגשת בג"ץ או עתירה מנהלית, לא מכוונת בהכרח למדינה אלא לגורם מעול פרטי,<sup>21</sup> וכפי

<sup>20</sup> גישה מחמירה אף יותר, שאינה מאופיינת בסובלנות כלשהי כלפי נורמות דתיות מפלות, ניתן למצוא אצל פרנסס רדאי, הדוחה את הדרישה לסימטריה ביחס לערכים דתיים וערכים ליברליים של זכויות אדם, כאשר לעמדתה, בכל מקום שבו ישנה התנגשות בין פטריארכיה דתית לבין זכותן של נשים לשוויון, הזכות לשוויון חייבת לגבור. מדובר בגישה שהוכרה גם על ידי הוועדה לזכויות אדם והדווחים שלה בתחומים השונים, שקבעו כי חופש הדת לא יכול להוות הצדקה לאפליה נגד נשים, Raday, לעיל ה"ש 16. כן ראו הערה מס' 28 של הוועדה לזכויות האדם: Equality of rights between man and women (2000).

<sup>21</sup> במקרים שבהם המדינה היא המעוול, האפשרות להגיש תובענה ייצוגית כנגדה מצומצמת הרבה יותר, שכן בהתאם להוראות החוק ניתן להגיש תובענות ייצוגיות נגד המדינה בגין



שציין בית המשפט, דווקא במקרים שבהם אין די בסנקציה המנהלית, התובענה הייצוגית מהווה כלי אכיפה חיוני. הגשת תובענה ייצוגית במקרים המתאימים, היא כלי בעל פוטנציאל אדיר לשינוי חברתי, שדומה כי השימוש בו טרם אומץ דיו על ידי ארגונים ופעילי זכויות אדם.<sup>22</sup> זאת, על אף שאחת ממטרותיו של חוק התובענות הייצוגיות הוא "שיפור ההגנה על זכויות",<sup>23</sup> ועל אף שבתוספת השנייה לחוק התובענות הייצוגיות קיימות לא מעט עילות בתחום זכויות אדם, בגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית.<sup>24</sup>

ברומה לתביעות אזרחיות-נזיקיות, שהשימוש בהן הולך וגובר לצורך השגת מטרות חברתיות,<sup>25</sup> גם למכשיר התובענה הייצוגית על יתרונותיו הייחודיים, ישנה אפשרות להפוך לכלי משמעותי לאכיפה אזרחית בארגו הכלים המשפטיים.<sup>26</sup> בהגשת תביעה ייצוגית במקרים של פגיעה בזכויות אדם, יש כדי להביא להפסקת ההתנהלות הפוגענית, לפיצוי הקבוצה הנפגעת וכן לשמש כלי הרתעתי מפני פגיעות עתידיות,<sup>27</sup> ודומה כי יש בפסק הדין כדי להוות אבן דרך משמעותית להתפתחות בתחום.

במסגרת פסק הדין, הדגיש השופט דנציגר כי מכשיר התובענה הייצוגית מתאים בהחלט לטיפול בתופעה הכללית של אפליה, וכי בספרות כבר הובעה העמדה לפיה מדובר בכלי ראוי להתמודדות עם פגיעות קולקטיביות כאפליה גם במנותק מחוק איסור אפליה. על אף שציין כי לא מצא לנכון לערוך דיון עקרוני במידת התאמת התובענה הייצוגית לטיפול במקרים של אפליה,<sup>28</sup> בפועל הוא הצטרף לנימוקי בית המשפט המחוזי לפיהם דווקא במקרים של אפליה מגדרית בלתי-חוקית על בסיס מדיניות מוצהרת קיים יתרון לניהול תובענה ייצוגית, בייחוד כאשר קיים חשש לחסמים שונים אצל חברי הקבוצה. בניהול התובענה הייצוגית תושגנה מטרות ההרתעה והפיצוי

תקופה של שנתיים בלבד, כאשר העילה המרכזית בגינה ניתן להגיש את התובענה היא השבת סכומים שנגבו על ידי המדינה שלא כדין כגון: אגרה או מס. ראו פרט 11 לתוספת הראשונה לחוק תובענות ייצוגיות. כמו כן, בהתאם לס' 9 לחוק תובענות ייצוגיות, למדינה ישנה האפשרות להודיע על חדילה מהגבייה הבלתי-חוקית, והתביעה נגדה תדחה. אסף פינק "תובענות ייצוגיות ככלי לשינוי חברתי" **מעשי משפט** ו 157 (2014).  
22  
23  
24

ראו, למשל, פרט 1 לתוספת הראשונה לחוק תובענות ייצוגיות, העוסק בחוק הגנת הצרכן; פרט 6, העוסק במפגע סביבתי; פרט 7, העוסק באיסור אפליה; פרט 8, העוסק באפליה בעבודה ושכר שווה לעובד ולעובדת; פרט 9, העוסק בשוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות; פרט 10 העוסק בזכויות עובדים.  
25

ראו למשל, יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי כוח" **משפטים** לח 1 (2008).  
26

ראן למשל, את פעילותה של הקליניקה לתובענות ייצוגיות באוניברסיטת תל-אביב [www.law.tau.ac.il/Heb/?CategoryID=1150](http://www.law.tau.ac.il/Heb/?CategoryID=1150).  
27

פינק, לעיל ה"ש 22, בעמ' 158.  
28  
עניין קולך, לעיל ה"ש 1, פס' 75 לפסק דינו של השופט דנציגר.





לחברות הקבוצה, אשר סביר כי חלקן לא היו פונות לקבלת סעד.<sup>29</sup> גם השופטת ברק-ארז ציינה בהקשר זה, כי כלי התובענה הייצוגית אפקטיבי במיוחד שכן הוא מביא לתוצאות לכלל הציבור ולא רק לקבוצה המיוצגת.<sup>30</sup>

אפשרות נוספת לקידום השימוש בתובענה הייצוגית ככלי להגנה על זכויות אדם, טמונה ביכולתו של ארגון או עמותה להגיש את התובענה בשם הקבוצה הנפגעת. העובדה כי במסגרת פסק הדין העמותה הוכרה כ"ארגון" בהתאם להוראות החוק, וכי בית המשפט אישר את הגשת התובענה על ידה, להבדיל מהגשתה על ידי תובע בעל עילת תביעה אישית, היא תקדימית ויש בה כדי לערוך הפיכה של ממש בתחום התובענות הייצוגיות. במסגרת פסק הדין, בית המשפט הכיר בקיומם של חסמים כגון היעדר אמצעים כלכליים ופערי מידע, אשר ימנעו מתובע, בעיקר מאוכלוסיות מוחלשות, את הגשת התביעה. בענייננו, בית המשפט עמד על החסמים התרבותיים בקהילה הדתית, ועל רעתן של נשים חרדיות לעמוד בראש המאבק לשוויון מגדרי בתוך קהילותיהן, ומצא בכך טעם עיקרי להגשת התביעה על ידי העמותה.

עם זאת, חרף העובדה כי בענייננו בית המשפט אישר את הגשת התביעה על ידי העמותה, קיים חשש כי הדיון שערך השופט דנציגר בנושא, שכלל פרשנות מצמצמת לאפשרות הגשת תביעות ייצוגיות על ידי ארגונים, תוך שפירט כלל המשוכות העומדות בפניהם, כל אלו יסכלו בסופו של יום את האפשרות הפרקטית של ארגונים לעשות שימוש בכלי חיוני זה.

השופט דנציגר הדגיש כי יש ליתן פרשנות מצמצמת וזהירה לס' 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, המאפשר הגשת תובענה ייצוגיות על ידי ארגון. בנייתו את הוראות חוק תובענות ייצוגיות, הראה כי הוא מעיד על "העדפה ברורה" מצד המחוקק להגשת תובענה ייצוגית על ידי תובע בעל עילת תביעה אישית או על ידי רשות ציבורית. עוד קבע, כי הסרת חסמים מפני הגשת תובענות כאמור על ידי ארגונים, עלולה לגרור תביעות סרק או לעודד גורמים מסוימים להתאגד אך לשם הגשת התובענה.<sup>31</sup>

לעמדתו של השופט דנציגר, גם את המונח "ארגון" יש לפרש באופן צר רק על פי הוראותיו של חוק תובענות ייצוגיות, וכי על ארגון המגיש תביעה ייצוגית לעבור מספר משוכות: להוכיח כי הוא פועל באופן סדיר וממשי שנה לפחות; מטרת פעילותו היא מטרה ציבורית; נכסיו והכנסותיו משמשים באופן בלעדי להגשמת מטרתו; התובענה היא בתחום אחת ממטרותיו הציבוריות; וכי קיים קושי להגיש את התובענה על ידי אדם בעל תביעה אישית. לפי השופט דנציגר, גם מבחנים אלו מלמדים על כוונתו של

<sup>29</sup> שם, פס' 77 לפסק דינו של השופט דנציגר.

<sup>30</sup> שם, פס' 8 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

<sup>31</sup> שם, פס' 32–33 לפסק דינו של השופט דנציגר.



המחוקק להגביל הגשת תובענות ייצוגיות על ידי ארגון. לבסוף, הארגון נושא בנטל להוכיח כי נעשה על ידו ניסיון אמתי למצוא תובע, אם כי נקבע כי יתכנו מצבים חריגים שבהם קיים קושי אינהרנטי או נסיבות ייחודיות שבהן יוכח קושי באיתור תובע, גם מבלי שנערך ניסיון פניה לתובעים פוטנציאליים – כפי שהוחלט בעניינו.<sup>32</sup>

במובן זה, ייתכן שיישום פסק הדין על ידי הערכאות הנמוכות עלול דווקא לחסום את האפשרות להגשת תובענות ייצוגיות על ידי ארגונים: אם מעתה ארגונים יצטרכו להציג דוחות כספיים ולפרט את הכנסותיהם או לפרט את פעילותם הציבורית, או אם הם יאולצו להוכיח בתצהירים את הניסיונות שנעשו על ידם לאיתור תובע פוטנציאלי, כל זאת כדרישת סף לצורך הגשת התובענה, הדבר עלול להרתיע ארגונים מהגשת תובענות כאמור. הלכה למעשה, פרשנותו המצמצמת של השופט דנציגר עלולה לסכל את אחת ממטרות חוק תובענות ייצוגיות, ואת האפשרות לעשות שימוש בכלי התובענה הייצוגית לצורך הגנה על זכויות אדם.

גם פרשנותו של השופט דנציגר להוראות החוק בנוגע להגשת התובענה על ידי "רשות ציבורית", ממחישה את גישתו המצמצמת להגשת התביעה על ידי ארגון. בהתאם להוראות ס' 4(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, גופים המוגדרים "רשות ציבורית" רשאים להגיש תובענה ייצוגית מקום שבו קיים קושי בהגשת התובענה בדרך אחרת. השופט דנציגר מדגיש כי המחוקק ראה בהגשת תובענה ייצוגית על ידי רשות ציבורית יתרון, בין היתר, נוכח הידע הנצבר שלה וכוח האדם שברשותה. באותו אופן ניתן היה להגיע למסקנה ההפוכה, ולקבוע כי גם לארגונים המגישים תביעה בתחום אחת מהמטרות הציבוריות שבהן הם פועלים, ישנו הידע והניסיון בהגשת התובענה, ומכאן שדווקא יש להרחיב את אפשרות הגשת התביעה על ידם. מפסק דינו של השופט דנציגר והערותיו, עולה החשש כי בפועל, הערכאות הנמוכות יפרשו את פסק הדין כך שיהא קשה עד בלתי-אפשרי לעמוד בדרישות הסף להגשת תובענה ייצוגית על ידי ארגון.<sup>33</sup>

לעמדתו, נכון יותר בעניין זה לאמץ את גישתן של השופטות חיות וברק-ארו. השופטת חיות הביעה הסתייגות מגישתו המצמצמת של דנציגר לדרישות הסף הקבועות בחוק, פרשנות שלעמדתה עלולה לגרוע מהשימוש בחוק תובענות ייצוגיות לקידום אינטרסים ציבוריים ולאכיפה אזרחית-ציבורית.<sup>34</sup> כמו כן, השופטת ברק-ארו העירה כי

שם, פס' 38–39 לפסק דינו של השופט דנציגר.

<sup>33</sup> פינק, לעיל ה"ש 22. פינק עומד על חלק מהחסמים העומדים בפני ארגון המבקש לייצג במסגרת תובענה ייצוגית, ויש לקוות כי פסק הדין לא יוסיף על אותם חסמים הקיימים ממילא, קשיים נוספים.

<sup>34</sup> עניין קולך, לעיל ה"ש 1, פס' 3–4 לפסק דינה של השופטת חיות.



הרף הנדרש להגשת תובענה ייצוגית על ידי ארגון לא צריך להיות גבוה מדי, בייחוד כאשר מדובר באפליה של קבוצה מוחלשת, הכרוכה מעצם טיבה בקושי בהגשת התובענה באופן אישי על ידי חבר מהקבוצה הנפגעת.<sup>35</sup> ברק-ארוז התייחסה לחסמים התרבותיים שבהגשת תובענה ייצוגית, העלולה להתפרש כקריאת תיגר על הקהילה והנהגתה, וקבעה כי דווקא מקום שבו המטרה היא השמעת קולן של חברות קבוצה המבקשות להישאר בקבוצה, ראוי לאפשר הגשת תובענה ייצוגית על ידי ארגון מייצג.<sup>36</sup> עוד הוער על ידה, כי אין מקום להציב חסמים גבוהים מדי בשאלה אם הארגון פעל למצוא תובע בעל עילת תביעה אישית, ובאופן כללי לא ראוי להכביד יתר על המידה על ארגון המבקש להגיש תובענה ייצוגית.<sup>37</sup>

לעמדתו, אין לנקוט בגישה מצמצמת כלפי ארגון המציג קושי אמיתי בהגשת התובענה על ידי תובע פרטי, בייחוד מקום שבו מדובר בתביעה שהוגשה לפי חוק איסור אפליה. בהתאם להוראות חוק תובענות ייצוגיות, ניתנה לארגונים האפשרות להגיש תובענה ייצוגית, והעניין לא יוחד למקרים שבהם "לא ניתן" להגיש את התביעה בצורה אחרת, אלא למצבים שבהם קיים "קושי" כלשון הסעיף. כלומר, לצד זכותו של התובע האישי להגיש תובענה ייצוגית, קיימת מבחינה חוקית אפשרות נוספת לפיה תוגש התביעה על ידי ארגון ציבורי, ואין כל סיבה לייחד תביעות אלו למקרי קיצון חריגים ביותר. כמו כן, העובדה שעד היום נעשה שימוש מועט בסעיף 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות המאפשר הגשת תביעה ייצוגית על ידי ארגון,<sup>38</sup> למרות שחוקק לפני למעלה מעשור,<sup>39</sup> גם היא מדגישה את הקושי בקביעה מצמצמת מדי.

## 5. סיכום

בעולם שבו נמשכת הדרתן של קבוצות שלמות מהאוכלוסייה על בסיס מין, דת, לאום ועוד, ישנה חשיבות עליונה בהגשת תביעות שיפסיקו את האפליה, ימנעו את המשכה ויעניקו פיצוי לקבוצה הנפגעת. התובענה הייצוגית בעלת פוטנציאל אדיר להפוך לכלי אכיפה משמעותי בתחום זכויות האדם, בפרט במקרים של אפליה בניגוד לחוק איסור אפליה. הסנקציה הכספית העשויה להיות מוטלת על המעוול, כמו גם ההד התקשורתית

<sup>35</sup> שם, פס' 2–3 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

<sup>36</sup> שם, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

<sup>37</sup> שם, פס' 5 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

<sup>38</sup> פינק, לעיל ה"ש 22.

<sup>39</sup> חוק תובענות ייצוגיות חוקק בשנת 2006.



בת קול

הקיים לתביעות מסוג זה, עשויים להביא להרתעה מפני שימוש עתידי בפרקטיקות מפלות.

על אף שפסק הדין אינו חף מקשיים כפי שתוארו לעיל, ולמרות החשש מפני אופן יישומו על ידי הערכאות הנמוכות, עדיין, מדובר בהישג משמעותי הן למאבק בהדרת נשים ואפלייתן והן בהרחבת תחום השימוש בכלי התובענות הייצוגיות. יש לקוות כי בעקבות פסק הדין יוגשו תובענות ייצוגיות נוספות, שיבקשו להפסיק הדרתן של קבוצות מהאוכלוסייה ופגיעה בזכותן לשוויון, וכי בתי המשפט לא יערימו קשיים ויסכלו בפועל את האפשרות להגשת התביעות על ידי ארגונים בכלל וארגוני זכויות אדם בפרט. עוד יש לקוות, כי ארגונים ישכילו לעשות שימוש רב יותר בכלי התובענות הייצוגיות, אם בהגשת תובענה ייצוגית בשם הארגון, ואם על ידי ייצוג תובע בעל עילת תביעה אישית. בשולי הדברים, התלבטתי אם בנסיבות העניין לא היה נכון יותר שהעמותה בכל זאת תמצא תובעת ייצוגית מתוך קהילת הנשים המודרות, כי הרי עילת התביעה עוסקת בחשיבות השמעת קולן של הנשים המודרות, ולמעשה גם במסגרת התובענה קולן לא נשמע. ייתכן שלצורך הגשת תביעה על ידי תובעת שנפגעה מהמדיניות המפלה, צריך שתהא התקדמות נוספת בשיפור מעמדן של נשים בקהילה הדתית, כזו שתבסס את ביטחונן לעמוד בחזית המאבק. עוד ייתכן, כי החלטות עתידיות נוספות של בתי המשפט, אשר יעניקו אפס סובלנות לפרקטיקות של אפליית נשים, יעודדו נשים להשמיע את קולן ולהיאבק בעצמן את מאבקן הצודק לשוויון.