



נשים ונזיקין: בין הפליה להשעייה: מחשבות בעקבות ת"א (בית- שמש) 13-02-41269 פיליפ נ' אבוטבול

יפעת ביטון*

1. מבוא. 2. התפתחות השימוש בכלי הנזיקי לקידום זכויות-אדם במשפט הישראלי 3. תביעות נזיקיות לקידום שוויון כמנגנון להשעיית ההגנה על זכותן של נשים לשוויון בעתירות ציבוריות 4. הפרטה כהעצמה – פרשת פיליפ

1. מבוא

החיבור שבין דיני הנזיקין ושינוי חברתי, שנראה היה בעבר מוזר ולא טבעי, הולך וצובר לו תאוצה והכרה. את המסגרת הרעיונית והתיאורטית לחיבור שכזה ניתן למצוא במקורות מתרבים והולכים, בארץ ובח"ל.¹ כמי שנטלה חלק בביסוס המסגרת הרעיונית והמעשית של מהפיכה זו, הנני רואה לעצמי חובה גם לעמוד על המשמר כנגד הסכנות שהיא טומנת, כדי לדאוג שמהפיכה – כדרךן לעתים של מהפיכות – לא תעלה כדי

* מרצה בכירה בבית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל. על רקע התמחותי המחקרית בקריאה-מחדש של דיני הנזיקין ככלי לשינוי חברתי, ואמונתי העמוקה באקדמיה אפקטיבית, נמניתי על מייסדות מרכז תמורה למניעת הפליה. המרכז משתמש בכלי של הגשת תביעות נזיקיות לפיצוי כדי למגר הפליה, ולפצות על נזקה. עבודת הייצוג במרכז היא התנדבותית, ומשולבת כיום במערך הקליני "משנה" של בית-הספר למשפטים ע"ש שטריקס שבמכללה למינהל. הארת-פסיקה זו נכתבת תוך שימוש בקונספציות מושגיות מתחום המחקר שלי, כמו גם בתובנות שמקורן בחוויית ייצוג לקוחות בתיקי איסור-הפליה נזיקיים, והכל כמיטב הגישה הריאליסטית למשפט, בה אני דוגלת.

¹ לכתובה מרכזית ראו George Fletcher, TORT LIABILITY FOR HUMAN RIGHTS ABUSES (2008); Tsachi Kere-Paz, TORTS, EGALITARIANISM AND DISTRIBUTIVE JUSTICE (2007). במשפט הישראלי ראו, למשל, יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח" משפטים לח 1-71 (2008).



נשים ונזיקין: בין הפליה להשעייה: מחשבות בעקבות פרשת פיליפ

גלישה של התבשיל הנרקח על גדותיו, עד שיכבה את האש הדואגת להבשלתו האיכותית.² בהארה זו אבקש דווקא להאיר את הסכנות הטמונות בשימוש בדיני הנזיקין ככלי לקידום זכויות-אדם, דרך הפריזמה הייחודית של הגנה על נשים מפני הפליה, ולהצביע על פסק-הדין בפרשת פיליפ נ' אבוטבול,³ שניתן לאחרונה, כדוגמא לדרך הנכונה לשימוש בהם במסגרת מאבק כזה.

ההארה תהיה בנויה כך שאנצל את ההזדמנות שנקרתה על דרכי להציג בחלקה הראשון את ההיסטוריה של התפתחות השימוש בכלי הנזיקי לקידום זכויות אדם במשפט הישראלי, וכן את סט ההבדלים המרכזיים בין התביעות הנזיקיות ובין העתירות הציבוריות, לצורך מטרה זו. בחלק השני תוצג המגמה המדאיגה של ניצול התביעות הנזיקיות לצורך השעיית זכותן החוקתית של נשים לשוויון במסגרת העתירות הציבוריות. בחלקה השלישי, יוצג פסק-הדין בפרשת פיליפ כדוגמא לאופן בו אמורים דיני הנזיקין לשמש מגן נוסף, ולא חלופי ובעל אופי השעייתי, על זכותן של נשים לשוויון.

2. התפתחות השימוש בכלי הנזיקי לקידום זכויות-אדם במשפט הישראלי

מאבקים לקידום זכויות אדם ולשינוי חברתי נעשו מאז ומתמיד תחת חסותה של מערכת המשפט הציבורי. מכיוון שהפוגעת העיקרית בזכויות אדם היא המדינה, ומאחר שהיא זו שנתפסת, במסגרת החשיבה הפוליטית-ליברלית, כמי שאמורה להימנע מפגיעה בזכויות האדם, ולהעניק לפרט את האוטונומיה לה הוא זכאי כאינדיבידואל נושא-זכויות, הייתה היא הנתבעת העיקרית בתביעות כאלה. תביעות נגד המדינה, נתפסות באופן מסורתי

² זוהי הטענה המוכרת נגד מהפיכות, שהרומנטיזציה מסמאת את עיני יוזמיהן מראות את הסכנות הטמונות בהן ובעיקר באופן התגבשותן. ראו אלן מייקסינס ווד המניפסט הקומוניסטי במבחן הזמן 86-97 (בנימין כהן, 1998).

³ ת"א (שלום ב"ש) 41269-02-13 פיליפ נ' אבוטבול (פורסם בנבו, 25.1.2015). (להלן: "פרשת פיליפ").



כמצויות בסמכותו של בית-המשפט העליון.⁴ במסגרת מערכת האיזונים והבלמים של עקרון הפרדת הרשויות הקלאסי, בית-המשפט, בשבתו כבית-דין-גבוה-לצדק, נחשב היה לכתובת הטבעית והיחידה לדרישה אורחית להגבלת כוחה של המדינה. צווים מסוגים שונים, היכולים להינקט נגד המדינה, הובאו בדרישה לבית-המשפט העליון להפעילם לשם ריסון כוחה הרב על האזרח. המשפט הציבורי – בעיקר זה החוקתי והמנהלי – התאים בצורה מושלמת, מבחינה רעיונית ומבנית, למנגנון זה של פיקוח והגבלת סמכויות המדינה, כמקובל במדינות דמוקרטיות-ליברליות. מבנה משפטי זה פעל היטב גם בשיטה הישראלית. תקיפות שיטתיות של פעולות המדינה נעשו לפני בג"ץ מאז הקמת מערכת המשפט הישראלית.

עם זאת, בשלהי שנות השמונים, החלה התייחסות ברורה של ארגוני זכויות אדם לכלי המשפטי ככלי עוצמתי לשינוי חברתי בישראל. עם "עליית הערכים וירידת הפורמליזם" של בית-המשפט העליון, ותחת הנהגתו של הנשיא האקטיביסט ברק בהמשך, החל שימוש מאסיבי בכלי זה, ששיאו היה במהלך העשור של שנות ה-90.⁵ עותרים ציבוריים בדמות ארגוני זכויות-אדם החלו הופכים שחקנים מרכזיים בשינוי השיח המשפטי דרך המשפט. שדולת הנשים בישראל, האגודה לזכויות האזרח, התנועה לאיכות השלטון ועדאללה, הארגון להגנת זכויות המיעוט הערבי בישראל, החלו כולם לעשות שימוש שיטתי ועקבי בכלי המשפטי, ובית-המשפט העליון נענה למהלך בצורה חיובית-ברורה.⁶ אלא שלאחר תקופת-מה, בתחילת שנת האלפיים, ניכר היה שפעולה זו, בסגנון Up-bottom, היא בעלת אפקטיביות מוגבלת. דווקא בהקשר של הזכות לשוויון, הדרך לעצבה בצורה אפקטיבית, הן עבור נשים והן עבור ערבים, הייתה

4 יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 71 (מהדורה ראשונה, 1996).
5 משה לנדוי "אקטיביזם שיפוטי" (על אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית מאת: ר' גביוון, מ' קרמניצר וי' דותן), **המשפט** ז 535 (2002).
6 מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** ז 503 (1993).



נשים ונזיקין: בין הפליה להשעייה: מחשבות בעקבות פרשת פיליפ

מוגבלת, ונכחה בעיקר ברטוריקה, ופחות בתוצאות פסקי-הדין שנתן בית-המשפט, חגיגיים ככל שהיו אלה.⁷

החל מאמצע שנות האלפיים, החלו מופיעות תביעות אזרחיות-נזיקיות שמטרתן המובהקת הייתה שינוי חברתי רחב דרך המשפט. את המהלך הוביל "מרכז תמורה למניעת הפליה", שחרט על דגלו את המאבק בהפליה וקידום שוויון בישראל, באמצעות הגשת תביעות נזיקיות נגד המדינה.⁸ העיקרון עליו נשען מרכז תמורה היה שדיני הנזיקין הם כלי מרכזי וחשוב למיגור הפליה ולשינוי באמצעות המשפט, בדרך של Bottom-up.⁹ הרעיון הבסיסי הוא שדיני הנזיקין, שאחת ממטרותיהם המוצהרות היא הרתעה, יהוו מוטיבציה כלכלית ברורה לשינוי אופן התנהלות המדינה במקרים של פגיעה בזכויות יסוד.¹⁰ הטלת אחריות על המדינה דרך תביעה פרטנית של ניזוק ספציפי

⁷ בהקשר הנשי, ראו ניתוחה המרתק של פרנסס רדאי, Frances Raday, *Social Science in the Law: The Israeli Supreme Court: Social Science Insights: On Equality* -- *Judicial Profiles*, 35 ISR. L. REV. 380, 450-451 (2001). ראו חסן ג'בארין "ישראליות הצופה פני עתיד" של הערבים לפי זמן ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני" **משפט וממשל** ו 53 (2001).

⁸ למהלך זה ראו יפעת ביטון, "תרומת הניתוח הפמיניסטי לדיני הנזיקין: חשיפתם, העמקתם, שינויים" **המשפט** טז 53-97 (2011).

⁹ יפעת ביטון, לעיל ה"ש 1.

¹⁰ לצידוקים השונים לעמדה הדוגלת בשימוש בדיני הנזיקין לשם קידום צדק חברתי (מלבד העובדה הפשוטה שהם עושים כן בפועל...) ראו, למשל, Gregory Keating, *Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents*, 74 S. CAL. L. REV. 193 (2000); Tsachi Keren-Paz, *An Inquiry into the Merits of Redistribution through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness* 16 CAN. J. L. JURIS. (2003) 91, וכן צחי קרן-פז "לי זה עולה יותר: דחיית טיעוני חוסר לגיטימיות והעלות המוגזמת כנגד קידום שוויון במשפט הפרטי" **משפט וממשל** ז 541 (2005) (מצדד בקידום אידאולוגיה חלוקתית-שוויונית דרך דיני הנזיקין). עוד על השימוש בדיני הנזיקין לצורך הגנה על הזכות לשוויון, ראו יפעת ביטון **קריאה-מחדש של דיני הנזיקין מזווית חברתית-פמיניסטית** (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2004), 197-293. לניתוח מקיף של חשיבות השימוש בדיני הנזיקין להגנה על אינטרסים חוקתיים ראו דפנה ברק-ארז **עולות חוקתיות** 147-164 (1994). לצידוד בעמדה זו במשפט הפרטי ככלל ראו, למשל, Hanoch Dagan, *Just Compensation, Interests and Social Meanings*, 99 MICH. L. REV.



מפעולתה תדרבן את המדינה לשנות את אורחותיה מרגע קביעת האחריות ואילך, מתוך רצונה להימנע מתשלום פיצויים, מתוך כספי המיסים החיוניים לתפקודה, לאנשים פרטיים.¹¹ עקרון זה מעורר לא מעט קשיים רעיוניים, במסגרת הקושי של הטלת אחריות על המדינה, אולם קצרה היריעה מלעסוק בהם כאן. לעת הזו רק נאמר, כי המשפט הישראלי היה בין הראשונים במדינות מסורת המשפט המקובל, להסיר את החסינות ההיסטורית שניתנה לרשות הציבורית מפני אחריות נזיקית, ולכן היווה כר נוח ונכון להפעלה ולטיפוח של מהפיכה זו.¹² עוד יובהר, כי עם השנים, אומץ הרעיון המובהק של שימוש אסטרטגי-מראש בדיני הנזיקין ככלי לקידום שוויון ולמניעת הפליה בידי בית-המשפט העליון עצמו, ולאחרונה ניתן לזהות גל ברור של שימוש בכלי זה דרך ארגוני שינוי-חברתי משפטיים נוספים ודרך תביעות של עו"ד פרטיים, אשר גילו את הפוטנציאל המקצועי והערכי להתפתחות בתחום.¹³ נסקור אם כן בקצרה את ההבדלים המשמעותיים בין ניהול תביעה נגד הפליה באמצעות המשפט הציבורי, למול ניהולה באמצעות המשפט הפרטי.¹⁴ הבדלים אלה ניתן לחלק לשתי קטגוריות: פרוצדוראלית, ומהותית.

פרוצדוראלית, ניהול מאבק במשפט הציבורי דורש פנייה לערכאה העליונה ביותר, משמע בית המשפט העליון, בשבתו כבית-דין-גבוה-לצדק. פנייה זו נהנית מיתרונות של מיידיות בניהול ההליך ומהיכולת לבקש סעדים לא-שגרתיים. לעומת זאת, ניהול תביעה אזרחית לפיצוי ייעשה במובהק בערכאות הנמוכות. לאור סכום הסף הגבוה מאד להקניית סמכות משפטית, רובן המכריע של תביעות הנזיקין בישראל נדון בבית-משפט השלום.¹⁵ במקרים של הפרת זכויות אדם, לאור הסכומים הנמוכים יחסית הנפסקים

741 (2000); Duncan Kennedy, *The Stakes of Law or Hale and Foucault!*, in *SEXY DRESSING ETC.* 87 (1993).

11 ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך ב 1156-1027 (2012).
12 שם.

13 יפעת ביטון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 89-88.

14 ההבדלים שייסקרו הם רק כאלה הרלוונטיים לדיון סביב ביקורת הליברליזם.

15 חמי-בן-נון וטל חבקין *הערעור האזרחי* 271-272 (מהדורה שלישית, 2012).



נשים ונזיקין: בין הפליה להשעייה: מחשבות בעקבות פרשת פיליפ

בהם, תמיד תהא זו הערכאה הרלוונטית.¹⁶ ההבדל בין הערכאות מבטיח ניהול הליך "עקרוני" בבג"ץ, למול ניהול הליך "דיוני" בבימ"ש האזרחי. משמעות הדברים היא שהצדדים להליך הנזיקי נפגשים בבית-המשפט עצמו, ויש בו מקום לשמיעת עדויות ולבחינת ראיות. מהלכים אלה נעדרים כמעט כליל מבג"ץ. עוד נקודה פרוצדורלית של שוני נוגעת לזכות העמידה של הצדדים. בעתירה לבג"ץ, יכולים הצדדים להיות מיוצגים בידי "עותר ציבורי", משמע עותר שאינו הנפגע הישיר מהתנהגות הרשות הציבורית.¹⁷ לעומת זאת, התובעים בהליך האזרחי חייבים להיות הניזוקים הישירים מההפליה.

מהותית, ניהול תביעה דרך המשפט הציבורי מחייב עיסוק בשאלות עקרוניות ורחבות, הכרוכות ב"מבט על" על תופעה שהסעד מתבקש נגדה. בשל הגישה הישירה והמיידיה לערכאת השיפוט החשובה ביותר בישראל, אף שלרוב נדרש העותר להוכיח פגיעה קונקרטי, הרי שהדיון בסוגיה ימצא עצמו מהר מאד מנותב לעיסוק בשאלות עקרוניות משפטיות שמעלה אותו מקרה קונקרטי לדיון. לעומת זאת, דיון בערכאה נמוכה מחייב עיסוק בשאלה קונקרטית, ולרוב, כמעט שלא נעשה בו דיון רחב היקף בנושאים עקרוניים שאינם עומדים על הפרק. עובדה זו אינה שוללת, עם זאת, את האפקט הנרחב שיש להכרעה קונקרטית בתיק. נגזר מהבדל זה בין ערוצי התביעה, גם האפקט שיש לפסק-דין בסוגיה המובאת לפני בית-המשפט: פסק-הדין של בג"ץ יהיה לרוב עקרוני, רעיוני, ופחות קונקרטי. עקרון זה מנחה גם את מאפיין האכיפה שלו: הוא כמעט ולא קיים. בבג"ץ כמעט ולא מוכרת היסטוריה של דרישה מביהמ"ש לאכוף את פסק-דינו ו"הטרחתו" בפרוצדורות הנדרשות לכך. לעומת זאת, פסק-דין בהליך האזרחי הוא לעולם קונקרטי, עם לוחות זמנים לביצועו, ואף שנדיר שאינו מבוצע כלשונו, אם

¹⁶ יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד – פיצוי בעקבות פגיעה בזכויות חוקתיות" **משפט וממשל** ט 187-137 (2006).

¹⁷ דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך ג 389-447 (2013).



ייעשה כן, הרי שבשגרה תוגש בקשה פשוטה לביצועו הכספי, במערכת ההוצאה לפועל.¹⁸

3. תביעות נזיקיות לקידום שוויון כמנגנון להשעיית ההגנה על זכותן של נשים לשוויון בעתירות ציבוריות

הפנייתו הראשונה של בית-המשפט העליון לפוטנציאל הטמון לנשים בדיני הנזיקין להילחם בחוסר השוויון כלפיהן במרחב הציבורי, הייתה גם זו שסימנה את הסכנה שבהכרה שכזו, כדרך להימנעות מהושטת סעד משפטי לעותרות בעלות "פוטנציאל נזיקי", על אף זכותן לסעד כזה במישור החוקתי. בפרשת רגן¹⁹ דן בית המשפט העליון בעתירתן של נשים חרדיות וארגוני זכויות-אדם נגד הזיכיון לניהול תחבורה ציבורית שניתן לחברת "אגד" להפעיל את קווי "מהדרין", קווים שבהם נכפית הפרדה בין נשים לגברים. אף שקבע חד-משמעית כי ההפרדה המגדרית באוטובוסים היא בגדר הפליה אסורה נגד נשים, החליט בית-המשפט העליון לסופו של פסק-דינו שלא לשלול מ"אגד" את הזיכיון להפעלת הקווים האמורים. קביעתו הייתה שיש להפעיל בקווים אלה "הפרדה מרצון", ככל שהשתמשים באוטובוס הם הרוצים בה. מנהג פתיחת דלתות האוטובוס מאחור לצורך כניסת נשים ישירות לחלקן האחורי של האוטובוס הושאר גם הוא על כנו, ונקבע שיוצבו באוטובוסים עצמם שלטים האוסרים על הפרדה בכפייה. למרות לשונו הנחרצת של בית-המשפט בגנות ההסדר, אם כן, הוא נמנע מאיסור על קיום הקווים עצמם. הוראותיו העמומות, בליווי היעדר מנגנון אכיפה להן, שהבטיח את חוסר אפקטיביות שלהן, הפקירו נשים בשטח להמשך הפעלת פרקטיקת ההפרדה המשפילה עליהן.²⁰

18 חמי בן-נון וטל חבקין, לעיל ה"ש 15, בעמ' 519.

19 בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו, 21.1.2008). (להלן: "פרשת רגן").

20 לאלמנט ההשפלה וההפליה שבפרקטיקת האוטובוסים המופרדים-מגדרית ראו נויה רימלט "המשפט כסוכן של רב-תרבותיות: על אוטופיה ומציאות בפרשת ההפרדה באוטובוסים" משפטים מב 773 (2012).



נשים ונזיקין: בין הפליה להשעייה: מחשבות בעקבות פרשת פיליפ

אלא שהסירוב להושיט לנשים-העותרות את הסעד שביקשו לא היווה את סיום פסק-הדין. מיד לאחריו, ביצע השופט רובינשטיין בפסק דינו מהלך הנראה על-פניו מעניין, חשוב והמשכי להכרעתו. הוא הציע לעותרות ולשכמותן לייצר את השינוי החברתי המיוחל בדרך של שימוש בכלים מתחומים אחרים, וביניהם, המשפט האזרחי:²¹

”[ה]סרת העמימות לגבי המצב המשפטי יכולה לסמן שינוי, היא גם פותחת בפני העותרות - ובפני המדינה האחראית על הבטחת זכויותיהן - את הנתיב לתרופות וסעדים מתחומי משפט שונים (אזרחי, פלילי ומינהלי), כך שתתאפשר במקרי הצורך אכיפה נקודתית העשויה לחולל שינוי מעשי, ומכל מקום לשמש להרתעה...”

עוד ניתן להתייחס, במישור האזרחי, לעולות קונקרטיות לפי פקודת הנזיקין ולפגיעה בזכויות חוקתיות (ראו לדוגמה א' ברק, פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 777-792, ובפרט 788; י' ביטון, "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח" בתוך ספר מישאל חשין (א' ברק, י' זמיר ו' מרזל עורכים, תשס"ט) 129). כלים משפטיים אלה ואחרים עשויים להיות רלבנטיים הן כלפי מפעילות התחבורה הציבורית ועובדיהן, והן כלפי אנשים פרטיים.”

לכאורה, לפנינו דברים נכוחים, התואמים את המהלך שהוצג לעיל: הם מעידים על הפוטנציאל החשוב הטמון בדיני הנזיקין לקחת חלק במאבק לשינוי חברתי, פוטנציאל המקבל חיזוק חגיגי מאת בית-המשפט העליון. על פי דברים אלה, על נשים הנפגעות מהסדר ההפרדה באוטובוסים ללחום בתופעה המכוערת באופן של שימוש בכלים המצויים בדיני הנזיקין, ובראשם חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה

עדויות רבות על המשך הכפייה על נשים לשבת בחלק האחורי של האוטובוס מצויות בידי התנועה ליהדות מתקדמת, המתחזקת "קו חם" בנושא, ועדויות נוספות קיבלו גם הן הד תקשורת נרחב. ראו למשל www.mako.co.il/news-; www.haaretz.co.il/news/education/1.1593978; www.jlaw/legal/article-955b480b3b69441004.htm.
פרשת רגן, לעיל ה"ש 19, בפס' לג-לד לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.



למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000. חוק זה, כזכור, קובע בסעיף 3(א) כי אין לתת שירות ציבורי באופן המפלה, בין היתר, על רקע מין.²²

למרות החזות החיובית האמורה של דברי השופט רובינשטיין, לטעמי, יש לקרוא את הפסקה לעיל באופן ביקורתי והרבה פחות חגיגי. קריאה זו מגלה כי היא חוטאת לכוונה הראויה של רתימת דיני הנזיקין ככלי לשינוי חברתי, ודווקא הופכת אותם קרדום לחפור בו נגד השאיפה לקדם זכויות-אדם דרכם.

דברי השופט רובינשטיין, אילו נאמרו באמרת-אגב שיש בה משום ייעוץ לנשים למצות את זכותן הנזיקית **נוסף** לזו החוקתית, הרי שהיה בהם מן הצדק המוחלט והם היו מהווים מופת לאופן שבו דיני הנזיקין יכולים לשמש גורם מעמיק ומטמיע של ערכים חוקתיים, דרך המשפט הפרטי.²³ אלא שכאן, אף שלא נאמר הדבר מפורשות, נעשה ההיפך, כאשר בית-המשפט התייחס לאפשרות התביעה הנזיקית ככלי לחיזוק חוסר ההגנה שלו על זכויות היסוד החוקתיות של העותרות. דיני הנזיקין, במסגרת פרשת רגן, מהווים מוקד למיגור, באופן פרטי, של אותה הפליה שאף שבית-המשפט העליון התנגד לה, הוא נמנע מלמגר אותה בזירה הציבורית. משמע, דיני הנזיקין מהווים בידי בית-המשפט כלי ל"השעייה" של זכויותיהן החוקתיות של העותרות, או למצער כלי ל"ריכוךן". תחת שיציע הסדר חד-משמעי במישור החוקתי והציבורי, בו יאסור על הפעלת הקווים הנפרדים, הוא מסתפק באיסור על הכפייה הבוטה בהם. תחת שימנע מדאש מצבי סכנה לנשים המסרבות להסדר, הוא מציע להן להילחם כדעבד על זכותן לפיצוי במקרה שנפגעו. יתרה מזאת, בית-המשפט הצהיר בגלוי שידוע לו כי הכפייה

²² בית-המשפט מפנה מפורשות לחוק זה בדבריו, אולם ניכר בו כי הוא מרחיב את יריעת האפשרויות גם מעבר לו. כך, למשל, הוא עושה בהפנייתו למאמרה של המחברת, בו מוצעות מגוון אפשרויות להגנה על הזכות לשוויון באמצעות דיני הנזיקין.

²³ להרחבה על מודל ההעמקה של דיני הנזיקין של עקרונות המוגנים בשדות משפט אחרים ראו יפעת ביטון "הנזק ועונשו: על אתגרי ייצוג נפגעות עבירה" **עיוני משפט** לו (עתיד להתפרסם, 2015).



נשים ונזיקין: בין הפליה להשעייה: מחשבות בעקבות פרשת פיליפ

והאלימות נגד נשים המתנגדות להפרדה המגדרית לא תיפסק מאליה, ולכן נמצא מציב להן שישתמשו בכלי הנזיקי לחיזוק ההגנה החלקית על זכותן לשוויון.²⁴

דבריו של רובינשטיין יכולים היו להיות מטרידים באופן נקודתי בלבד, אלמלא החשש שניתוחם חושף למעשה גישת-עומק באשר לתפקידם של דיני הנזיקין בהקשרים דומים לאלה. ואכן, אישוש לחשש זה לא איחר לבוא. זאת הפעם, שימשו דיני הנזיקין כלי לשלילה ממש של הזכות לשוויון של העותרות, למצער דה-פקטו, ואף אפשרו התנערות מהדיון בשאלת אפשרות ההגנה על הזכות לשוויון, מרגע שנמצאה, באופן חלופי, אפשרות הגנה עליה בדין הנזיקין.

כזה היה המקרה לאחרונה בפרשת "ובזכותן",²⁵ בה עתרה תנועת נשים חרדיות בבקשה לוועדת הבחירות המרכזית לכנסת כי תוציא צו המחייב עיתונים חרדיים מרכזיים לפרסם במסגרתם את תעמולת הרשימה. טענת העותרות הייתה כי העיתונים "יתד נאמן" ו"יום ליום", להם תפוצה מקסימלית במגזר החרדי, מונעים מהן גישה לתודעת הציבור החרדי, באופן שיש בו הפליה. לגרסתן, הסיבה לסירוב הפרסום היא היותן נשים המבקשות להשתתף פוליטית בזירה הציבורית המרכזית – כנסת ישראל – ובכך לקרוא תגר על הדרתן של נשים ממרחב זה בחברה החרדית, המיוצגת בידי מפלגות המאפשרות לגברים בלבד להיות חברים בהן. הסעד החוקתי והחיוני לו נזקקו הנשים היה כזה של חיוב העיתונים לאפשר להן קול ונראות מיידית, עוד לפני הבחירות. שופט בית-המשפט העליון סלים ג'ובראן, בשבתו כיו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-20, דחה בהחלטתו את העתירה וסירב להעניק לעותרות את הסעד המידי שנדרש להן להגנה על זכותן לשוויון בבחירות. ודוקו: דחיית העתירה לא הייתה נעוצה בכך שהיא

²⁴ פרשת רגן, לעיל ה"ש 19. בית-המשפט חושף בדבריו את העובדה שגם במהלך התנהלות העתירה, משך זמן ארוך, הגיעו לידיו עדויות על פגיעות בנשים שניסו להתנגד להסדר ההפרדה.

²⁵ תב"כ 17/20 רשימת "ובזכותן – נשים חרדיות עושות שינוי" נ' "יום ליום תקשורת" (2002) בע"מ, (החלטת יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, מיום 18.2.15).
http://bechirof.gov.il/election/news/Announcements/Documents/Resolution_17-20.pdf



אינה מוצדקת. יתרה מכך, השופט ג'ובראן מציין מפורשות: "אין מדובר בעתירה נעדרת עילה, ונראה כי יש ממש בטענות העותרות."²⁶ הסיבה היחידה לדחיית העתירה היא, כדבריו, קיומו של סעד חלופי לרשות העותרות. אותו סעד חלופי, נזיקי, מצוי, לשיטתו, בחוק איסור הפליה, האוסר כאמור על מתן שירות מפלה על בסיס מין.

יוצא אם כן שאף שניכר כי הופרה זכותן היסודית של העותרות לשוויון – המכונה בפי השופט ג'ובראן בהקשר של הבחירות לכנסת, "עקרון-על"²⁷ – ואף שלא קבע שוועדת הבחירות נטולת סמכות להגן על זכות זו שהופרה, השופט ג'ובראן לא ניצל את סמכותו הייחודית להתערב לטובת אותן נשים. תחת זאת, הוא הפנה את הנשים לבית-משפט אזרחי, שם הן הוזמנו להפעיל את זכותן לתבוע אזרחית את העיתונים על שום הפלייתן. בדיקה של קורות מאבקן מגלה כי הנשים אכן פעלו כ"עצת" השופט ג'ובראן, ופנו לבימ"ש השלום בתביעה לפיצוי כספי על הפגיעה בהן ולצידה ביקשו סעד של ציווי מיידית על העיתונים לפרסם את תעמולתן. בקשתן הייתה למרפא לפגיעה החמורה בזכותן הדמוקרטית להיבחר באופן שוויוני. אלא שאז, כפי שקורה פעמים רבות ב"הפניות" של ערכאה אחת לאחרת, נתקלו בסירובו של בית-משפט השלום לתת להן צו שכזה, בטענה שאין הוא מוסמך לעשות כן. שוב מצאו עצמן הנשים למול שוקת שבורה, ורק ערעור לבימ"ש המחוזי אפשר להן להשיג את הסעד לו ייחלו, 4 ימים לפני הבחירות, בערב ששי. למעשה, יצא כבר עיתון סוף-השבוע ולא נותר עוד טעם ממשי בהמשך ניהול התיק, כנגד אחד משני הנתבעים, ככל שהוא נוגע לבקשה לצו המניעה, שכן היה זה סוף-השבוע האחרון שלפני הבחירות המיועדות.²⁸ זכותן של הנשים לשוויון הוחמצה בחלקה הרב, בשלב זה, והמסמר האחרון בארון הקבורה שלה ננעץ יומיים לאחר מכן. העיתון ערער לבית-המשפט העליון על חיובו בידי בית-המשפט המחוזי,

26 שם, בס' 14 להחלטה.

27 שם, בס' 16 להחלטה.

28 ת"א (מחוזי מר') 25435-05-13 קוליאן נ' יתדות ת.ש.מ.ו. הוצאה לאור ופרסומים בע"מ (פורסם בנבו, 13.3.2015).



נשים ונזיקין: בין הפליה להשעייה: מחשבות בעקבות פרשת פיליפ

ושם נחל הצלחה. השופט ניל הנדל קבע כי עיסוק בשאלות ציבוריות כה כבדות משקל בשלב מאוחר זה של המאבק אינו ראוי עוד.²⁹

עיון בהכרעתו של בית-המשפט המחוזי בגלגולי פרשת **ובזכותן** חושף פן נוסף "ומטריד" מבחינה משפטית, שלפיו שופט בערכאה אזרחית נדרש להתמודד עם סוגיות שוויוניות מהזן החוקתי, בהליך אזרחי ו"פרטי", כשהוא חש חוסר גיבוי משפטי לכך. השופט קבע בהחלטתו כי בשאלות שנוגעות לזכות החוקתית לשוויון, ובייחוד בהקשר החשוב של שוויון בבחירות, הוא רואה עצמו בעל חובה להעניק לתובעות את הסעד כנגד העיתונים.³⁰ מהלך דומה של ניסיון לדחוק את ההליך הנזיקי לעיסוק בשאלות ציבוריות רחבות היקף, בשל התנערות הערכאה הציבורית מכך, ניכר גם בגלגולן של תביעות הנשים שניזוקו מההפרדה באוטובוסים. כך, למשל, לאחרונה התקבלה בבית-משפט השלום בירושלים בקשה להגשת תובענה ייצוגית של אישה כנגד חברת "אגד" בשל פגיעות שנעשו בנשים בקווי המהדרין שלה. יוצא, שאף שנשים נדחקו אל מחוץ למרחב המשפטי-ציבורי דרך פרשת רגן לתביעות נזיקיות פרטניות, הרי שמהלך מסוג זה של הגשת תובענה ייצוגית בנושא מבקש להחזיר את הפן הציבורי לסוגיה שנפלטה ממערך המשפט הציבורי.³¹ מהלך תגובתי נוסף לסגירת הדלת במרחב הציבורי ניתן לזהות בכך שבאותה תביעה ייצוגית ממש, חברת האוטובוסים הנואשת ביקשה "להחזיר" את המדינה ואת השיקולים הציבוריים לשולחן העיון המשפטי בסוגיה, וטענה כי עומדת לה חסינות מפני תביעה נזיקית, מרגע שניתן לה הזיכיון להפעיל את אותם

29 רע"א 1868/15 יתדות ת.ש.מ.ו. הוצאה לאור ופרסומים בע"מ נ' קוליאן (פורסם בנבו, 15.3.2015). מבחינה פורמלית, קבע השופט כי נפל שיהוי בהגשת העתירה. מבחינה מהותית, ניתן היה לזהות את הקושי שלו עם עיסוק בשאלות אלה בחופזה: " התמונה העולה מהתיאור האמור הוא כי שיהוי זה הוא שגרם לכך שהסוגיות העקרוניות המתעוררות בנסיבות העניין לא זכו לדיון מקיף ויסודי..." (שם, בפסקה 8), וכן: " עסקינן בשאלות מורכבות ורבות חשיבות, שצריכות להתברר באופן סדור ויסודי ושלא מתוך לחץ או בהילות." (שם, בפס' 9).

30 שם, בס' 16-17 להחלטה.

31 אסף פינק "תובענות ייצוגיות ככלי לשינוי חברתי מעשי משפט ו 157 (2014).



קווים, ומרגע שהפעלה זו אושרה בבג"ץ.³² בפרשה זו קבע בית-המשפט כי החסינות אינה חלה על המקרה.

שתי הפרשות – רגן ובזכותן – מצביעות על מגמה בעייתית ביותר של השעייה של זכויותיהן של נשים העותרות לקבלת סעד בגין הפגיעה בזכותן לשוויון, תוך שימוש בדיני הנזיקין לשם כך. יתרה מכך, בעוד שהשימוש בתביעות נזיקיות בפרשת רגן הביא להשעייה של הזכויות הללו, לא היא זה מרחיק לכת לאבחן ששימוש זה הביא בפרשת ובזכותן לביטול – למצער, דה-פקטו – של זכותן החוקתיות לשוויון של נשים. העובדה שמהלך זה נעשה בהקשר המאד ייחודי של הפלייה על בסיס הקשר דתי, מעוררת חשש מיוחד שהתביעות הנזיקיות מאפשרות לבית-המשפט לגלגל לפתחו של תחום משפטי אחר את מה שמסתמן כתפוח-אדמה פוליטי לוחט, ומגיע לתחום הנזיקי כשהוא כבר צונן, ולעתים אף בלתי-אכיל עוד. ואולם גם אם הפנייה זו נעשית באופן תמים לגמרי, הרי שיש בה טעם לפגם, כשלעצמה. מרגע שזכאיות נשים לסעד במשפט הציבורי, בשל הפגיעה האסורה בזכותן החוקתית, צריך סעד זה להינתן להן בלי כל קשר לשאלה מה מערך הזכויות שלהן בזירה הנזיקית. הסטה של עתירות ציבוריות לנתיב הפרטי אינה בגדר "שינוי קוסמטי" של הגנה על אותה זכות. הסיבות בגינן חייבות תביעות ציבוריות להתברר בזירה הציבורית הן רבות ומגוונות. בין היתר, יש לתת את הדעת על החובה הפשוטה של בית-משפט לעמוד על זכותה של עותרת לסעד, ככל שהיא מוכיחה את הרלוונטיות שלו, כשלעצמו.³³ יש לציין גם את חשיבות ההגנה, דרך כלי המשפט הציבורי, על נושאים שיש להם משמעות ציבורית גדולה. החשש מהעברה שיטתית של נושאים מהתחום הציבורי לתחום הפרטי הוא של דה-פוליטיזציה שלהם, והקטנת העניין

³² טענה זו עוגנה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין, הנחשב לאות מתה כמעט, ושלפיו: "בתובענה שהוגשה על עוולה, חוץ מרשלנות, תהא הגנה שהמעשה שמתלוננים עליו היה לפי הוראות חיקוק ובהתאם להן או שנעשה בתחום הרשאה חוקית או מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית; בסעיף זה, "מעשה" – לרבות מחדל".

³³ אמירה זו אני מסייגת בכלל ההלימה המוכר, שלפיו עילה עובדתית אחת, המצמיחה יותר מערוץ בודד של תביעה משפטית, מחייבת הלימה בין סוגי הסעד הנדרשים בכל ערוץ. כלל זה נקבע על-ידי השופט ברק (כתוארו דאז) בד"נ 20/82 אדרס נ' הרלו אנד גוניס, מב(1) 221 (1988).



נשים ונזיקין: בין הפליה להשעייה: מחשבות בעקבות פרשת פיליפ

הציבורי כמו גם המשפטי בהם. מהלך כזה של "הפרטת" המאבק הציבורי גם דורש ניצול משאבים רבים ויקרים מטעם מבקשות הסעד, לטובת העמידה על זכויותיהן, אשר נחשבת קלה בהרבה למיצוי בהליך המקוצר והמקצועני שבבג"ץ, לעומת זה הפתלתל והתחילי, בבימ"ש השלום. מסיבה זו, הכלי הנזיקי צריך שיהיה נוסף לזה החוקתי, ולא חלופי לו.

4. הפרטה כהעצמה – פרשת פיליפ

בעוד שהשעיית הזכויות החוקתיות לצורך מיצוי נזיקי היא תופעה שלילית, הרי שבהקשרים שונים, כלי התביעה הנזיקי יהווה בסיס איכותי לאלטרנטיבה של הגנה על זכויות-אדם, מקום בו מסיבות שונות, מסוכלת היכולת לעשות כן במשפט הציבורי, או שהדבר נובע מבחירתה של התובעת-ניזוקה עצמה. פרשת פיליפ³⁴ היא פסק דין נזיקי המהווה דוגמא מצוינת למערך סיבות מעין זה. בפרשה זו, הגישו התובעות לבית-המשפט האזרחי תביעה נזיקית נגד עיריית בית-שמש בגין הנזק שנגרם להן בשל פרסום מודעות חוצות המצוות על נשים לנהוג בצורה שניתן לזהותה כ"צנועה", והדורשות מהן להכפיף עצמן לדרישות אלה.³⁵ עילת התביעה הנזיקית הייתה עוולת הרשלנות, וניתוחו הנקי והאלגנטי של בית-המשפט מבאר היטב את פוטנציאל השימוש בדיני הנזיקין להגנה על זכותן של נשים לשוויון ולכבוד, לנוכח אוזלת-יד מוחלטת של המערכת הציבורית להגן עליהן מפני פגיעה בזכויות אלה.

מערך היחסים הפרטי-ציבורי כאן הוא, לפיכך, של "השלמה" של דיני הנזיקין את ההגנה החסרה על זכויותיהן של הניזוקות-הנשים, במרחב הציבורי. כעולה מפסק-הדין, עיריית בית-שמש כשלה כשלון חרוץ למגר את התופעה של שימוש בשילוט הפסול, המשפיל, המאיים והמיזוגני שהוצב ברחובותיה. הנשים, אשר התריעו שוב ושוב בפני פקידי העירייה מפני פגעי השלטים ואף מפני התקיפות שספגו בעקבות אי-ציות

³⁴ פרשת פיליפ, לעיל ה"ש 3.

³⁵ לתיאור מפורט של השלטים ראו פס' 11-17 להחלטה.



להוראותיהם, חשו חסרות אונים למול אוזלת היד המוניציפלית. יתרה מכך, הנשים אף הגישו תלונות פליליות על הפגיעות הפיזיות בהן והתקיפות שספגו עקב השילוט ברחוב, אולם גם בכך לא היה די כדי לגרום לעירייה לעמוד בחובותיה כלפיהן ולהפעיל את סמכותה הביצועית להסרת השילוט ולחיוב בקנסות של מפרי החוק בשטחה.

מדוע פנו הנשים במקרה זה לנתיב התביעה הנזיקית? על כך לא משיבנו בית-המשפט ברורות. יכול להיות ששקלו לפנות לבג"ץ ונמלכו בדעתן, אולם בה במידה יכול להיות שמשראו כי פניותיהן להנעת הרשות לא צולחות, הבינו שהמניע שיגרום לעירייה לפעול בצורה הנדרשת והנחרצת להגנת זכותן לשוויון יהיה עיצום כספי, ולכן החליטו לפנות לנתיב הנזיקי.³⁶ מכל מקום, משפנו הנשים, נרתם בית-המשפט בצורה מיידית והחלטית למיגור התופעה הפסולה, בדרך המוכרת ביותר למשפט הנזיקי – הטלת פיצוי על המזיקים, בגין הנזקים שגרם לניזוקות. יתירה מזאת, בית-המשפט לא רק שנתם לפעול למען הגנה מיידית על זכויותיהן הנזיקיות של התובעות, אלא אף ראה לנכון לבקר את התנהלות הנתבעים, בקביעה שהם מי שהשעו את זכותן של הנשים-התובעות להגנה. משמע, בית-המשפט מנצל את ההזדמנות שניקרה על דרכו לתת הגנה מיידית לנשים, ולגנות, במקביל, את מי שהשעו את זכותן להגנה. אלמנט הנטישה של הנשים בידי המערכת האמונה על זכויות האדם הבסיסיות שלהן שימש את בית-המשפט הן בזיהויה של חובת זהירות כלפיהן, הן בקביעה כי התנהגות הנתבעים עולה כדי התרשלות. רגע לפני סיום פסק-דינו, שב בית-המשפט אל אלמנט זה גם בהערכת גובה הפיצוי המגיע לנתבעות:³⁷

“[...] התנהלות הנתבעים...יש בה כדי לתרום לעוגמת הנפש ולהוסיף לה רובד נוסף. היא מביאה, נוסף על העלבון והפגיעה...תחושה קשה כי הגורמים המוסמכים מפקירים

³⁶ בפס' 6 להחלטתו קובע בית-המשפט לאקונית: “על רקע זה הגישו התובעות את התביעה”. אותו רקע מדובר מתואר בפירוט בפסקאות קודמות, בהן מוצגת אוזלת היד של הרשויות במיגור השילוט הפסול.
³⁷ שם, בפס' 72.



נשים ונזיקין : בין הפליה להשעייה : מחשבות בעקבות פרשת פיליפ

את התובעות, ואת ציבור הנשים, מאפשרים את הפגיעה הנמשכת בזכויותיהן... חלקים מהעיר אינם כפופים לשלטון החוק באופן שעלול אף להתפרש כמתן גושפנקא לדברים...התנהלות זו והתעלמות... מפניותיהן...הוסיפו לתחושת העלבון ולחוסר האונים שלהן".

בית-המשפט בפרשת פיליפ, כיוון בדברים אלה לרשות המקומית בית-שמש ולעומד בראשה, אולם בה במידה יכול היה לכוונם למערכת המשפט עצמה. דברים נכוחים אלה, כהווייתם, ביקשתי אני בהארט-פסיקה זו להפנות אל בית-המשפט העליון, על שופטיו ושופטותיו. על אף כוונותיהם הטובות לסייע בביסוסה של מהפיכה בדמות שימוש בדיני הנזיקין ככלי למניעת הפליה, עליהם להימנע מלהשתמש בהם ככלי להשעיית זכויותיהן הבסיסיות של נשים. תביעות נזיקיות להגנה על זכויות אדם לעולם צריכות להתווסף – ככלי להעמקה ולהשלמה – למערכת משפט ציבורי מתפקדת, המגינה, כהגדרת תפקידה, על זכויות-האדם של אזרחיה ואזרחיותיה.