



בבית המשפט העליון

רע"א 6897/14

לפני: כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המבקשת: רדיו קול ברמה בע"מ

נגד

המשיבה: קולך - פורום נשים דתיות

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי
בירושלים מיום 9.09.2014 בת"צ 23955-08-12 שניתנה על
ידי כבוד השופטת גילה כנפי-שטייניץ

תאריך הישיבה: י"ב בתמוז תשע"ה (29.6.15)

בשם המבקשת: עו"ד מוטי ארד

בשם המשיבה: עו"ד אסף פינק; עו"ד אורלי ארז-לחובסקי

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

האם מדיניותה של תחנת רדיו לפיה לא תושמענה נשים בשידוריה מקימה עילה להגשת תובענה ייצוגית? ובאילו תנאים יהיה רשאי "ארגון" להגיש תובענה כאמור? אלה השאלות המרכזיות שלפנינו.

פתח דבר

1. בית המשפט המחוזי בירושלים קיבל בקשה לאישור תובענה ייצוגית אותה הגישה עמותת "קולך - פורום נשים דתיות" (להלן: קולך) נגד תחנת הרדיו "קול ברמה

בע"מ" (להלן: תחנת הרדיו או התחנה), בטענה כי מדיניות מוצהרת בה נקטה תחנת הרדיו לפיה לא תושמענה נשים בשידוריה היא בבחינת הפליה אסורה לעניין חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה). בית המשפט דחה טענות שונות שהעלתה תחנת הרדיו בדבר מידת ההתאמה של התובענה להתכרר כתובענה ייצוגית. כך למשל, נדחתה טענת תחנת הרדיו כי יש לדחות את בקשת האישור מכיוון שהיא לא הוגשה בידי תובעת בעלת עילת תביעה אישית. בנוסף, נדחתה הטענה כי לא קיימת עילה להגשת התובענה היות שחוק איסור הפליה אינו חל בנסיבות המקרה. נקבע, כי המדיניות בה נקטה תחנת הרדיו מהווה הפליה מגדרית בוטה לעניין חוק איסור הפליה, ולכן קיימת עילה לבירור התובענה כייצוגית. עוד נקבע, כי התובענה מעוררת שאלות משותפות לכלל חברות הקבוצה; כי היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת; כי קיימת אפשרות סבירה שהיא תוכרע לטובת חברות הקבוצה; וכי סביר להניח שהיא תיוצג ותנוהל בדרך הראויה. כלפי החלטה זו הוגשה בקשת רשות הערעור דנא.

העובדות הצריכות לעניין

2. תחנת הרדיו "קול ברמה" פועלת החל משנת 2009 מכוח זיכיון לשידורי רדיו שהונפק לה על ידי "הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו" (להלן: הרשות השנייה). הזיכיון הונפק לתחנה בעקבות זכייתה במכרז שפרסמה מועצת הרשות השנייה להענקת זיכיון לתחנת רדיו ייעודית לציבור "תורני-מסורתית-ספרדי". כעולה מהחומר שהונח לפנינו, תחנת הרדיו היא בעלת השפעה ניכרת בשוק התקשורת, והיא כיום תחנת הרדיו האזורית החמישית בגודלה במדינת ישראל. אין מחלוקת כי מאז הקמתה בשנת 2009 ועד לשלהי שנת 2011 נקטה תחנת הרדיו במדיניות מוצהרת לפיה לא תושמענה נשים בשידוריה השונים. בנוסף, אין מחלוקת כי בעקבות הנחיות רגולטוריות שונות שינתה תחנת הרדיו ממנהגה, והחל מחודש נובמבר 2011 היא החלה להשמיע נשים בשידוריה.

3. התמורה שחלה במדיניות תחנת הרדיו בשלהי שנת 2011 הייתה תולדה של הליכי אסדרה ופיקוח בהם נקטה הרשות השנייה, במסגרתם הוצאו לתחנת הרדיו הנחיות שונות. הרשות השנייה החלה לנקוט בהליכים לאחר שהגיעו לפתחה תלונות נגד תחנת הרדיו, אשר בירורן העלה כי מדיניותה מבוססת על הנחיות שקבעה "ועדת הרבנים", היא הוועדה "ההלכתית" של התחנה, גוף הממלא בה תפקיד מכוח תנאי הזיכיון. מטרת ההליכים הייתה לקבוע כללים בדבר השמעת נשים בשידורי התחנה, ככל האפשר תוך קיום דיאלוג עם תחנת הרדיו. על רקע זה נקבעו הנחיות שונות, שהורו בין היתר כי התחנה תאפשר לנשים הנושאות תפקיד ציבורי לעלות לשידור, וכן

תקדיש בלוח שידוריה "תכנית שבועית" המיועדת לקהל המאזינות. הנחיות אלה עלו לראשונה על הכתב במכתב ששלחה הרשות השנייה לתחנה ביום 10.10.2011, כדלקמן:

1. "אירוע חדשותי או אקטואלי שיש בו העברת מסר לציבור בישראל, ישודר בשידור חי וללא עריכה. תוקף ההנחיה - מיידי."

2. כאשר נדרשת התייחסות של בעלת תפקיד ציבורי לנושא מסוים, מסיבות עיתונאיות או אתיות, או כאשר נושאת תפקיד ציבורי מבקשת ביוזמתה לתת את התייחסותה לנושא מסוים, התחנה תאפשר לנושאת התפקיד כאמור או לבא כוחה לעלות לשידור ולהשמיע את דבריהם, תוקף ההנחיה - מיידי."

3. התחנה תשבץ בלוח משדוריה תכנית שבועית המיועדת למאזינות התחנה, במסגרתה תוכלנה נשים לעלות לשידור ולהשמיע את עמדתן. תוקף ההנחיה - תחילת חודש נובמבר 2011."

הנכם מתבקשים להעביר לרשות את אופן שיבוץ התכנית בלוח השידורים עד ליום 24.10.11."

4. התחנה תמשיך לתת מענה משלים למאזיני ומאזינות התחנה באמצעות מערכת IVR בין היתר ע"י רבניות במידת הצורך, וזאת בתחומים שונים ומגוונים. תוקף ההנחיה - מיידי."

כפי שהובהר בדיון ביננו, יישום הנחיות אלה יבוצע בכל התדרים המשמשים לשידורי התחנה. כאמור, אופן היישום ייבחן ע"י הרשות בתום ארבעה חודשים מהמועדים שצוינו לעיל."

4. בהתאם לאמור במכתב קבעה תחנת הרדיו "תכנית שבועית" שיועדה לקהל מאזינות התחנה, אם כי בשעת שידור מוקדמת. בחלוף כשלושה חודשים אישרה הרשות השנייה את לוח השידורים שהגישה התחנה לשנת 2012, אך הוסיפה לצד זאת דרישה כי התחנה תעלה לשידור נשים הנושאות בתפקיד ציבורי, וכן תשבץ בלוח שידוריה "רצועת שידור יומית" המצטרפת כדי מספר שעות שבועיות, בה תוכלנה נשים לעלות לשידורים. דרישה זו עלתה אף היא על הכתב, כדלהלן:

1. "התחנה תעלה לשידור נשים הנושאות בתפקיד ציבורי בכל תכניות האקטואליה של התחנה. זאת, הן כאשר נושאת התפקיד הציבורי מבקשת מיוזמתה ליתן את התייחסותה לנושא מסוים העולה בתכנית, והן כאשר

התייחסות כאמור הינה רלוונטית ונדרשת מסיבות עיתונאיות.

2. התחנה תעלה לשידור נשים בעלות מומחיות בתחומים שונים בכלל שידוריה. תוקף הנחייה זו הינו מידי.

3. התחנה תשדר אירועים חדשתיים או אקטואליים בשידור חי ללא עריכה שתכלול שיקולים של אבחנה מגדרית. תוקף הנחייה זו הינו מידי.

4. התחנה תשבץ בשידוריה שעתיים שבועיות של תכנית המיועדת למאזינות, בהשתתפות נשים. שעתיים אלו ישובצו בשידורי התחנה החל מיום 15.4.2012 ויובאו קודם למועד זה לידיעת הנהלת הרשות.

5. התחנה תשבץ בשידוריה שעתיים שבועיות נוספות על אלה המנויות בס"ק (4), בהן ישולבו נשים בשידור בתכניות המיועדות לכלל המאזינים. שעתיים אלה יכול שיהיו בתכניות צרכנות, שיחות עם מאזינים, תכניות נוער וכיוצ"ב. שעתיים אלה ישולבו בשידורי התחנה החל מיום 15.4.2012.

המועצה רושמת בפניה את הצהרתו של בעלי התחנה, מר צבי עמר, בשם כל בעלי התחנה, כי התחנה תפעל באופן נמרץ ובתום לב להעלאת נשות ציבור ומומחיות בכל שידורי התחנה.

5. הדיאלוג במסגרת הליכי האסדרה נמשך גם בשנים 2013-2014, כאשר הרשות השניה אישרה את לוח השידורים שהגישה התחנה ביחס לשנים אלה, ואולם המשיכה לפקח ולקבוע הנחיות כלפיה. בין היתר קבעה הרשות השניה כי התחנה תגדיל את מספר השעות השבועיות בהן נשים תהיינה רשאיות לעלות לשידורים. ההנחיה הרלבנטית האחרונה שהוצאה כלפי תחנת הרדיו עלתה על הכתב ביום 8.1.2014, ובה נקבע כי לא תהיה עוד מגבלה על השמעת נשים בשידורי התחנה:

1. לא תהיה בשידורי התחנה מגבלה על השמעת נשים.

2. לבקשת התחנה, הועדה מאשרת שעת שידורים אחת ביום שתיוחד לדרשות ושיחות מאזינים עם רבנים, אשר בה יותר לתחנה שלא להשמיע נשים. הועדה סבורה כי אישור היקף מצומצם זה בו לא תושמענה נשים נותן מענה גם לציבור המאזינים האדוק ביותר של התחנה והוא סביר ומידתי.

3. הוועדה מנחה את הנהלת התחנה, לאור התהליך הרגולטורי הארוך בעניין זה, אשר החל עוד בשנת 2011, במדיניות מוצהרת של התחנה בעניין השמעת נשים,

לבצע פעולות יזומות לעידוד השמעת נשים בשידוריה, לרבות נשות ציבור ונשים מומחיות בתחומים שונים.

4. הוועדה מדגישה כי על התחנה להקפיד ולנהוג לפי דין, לרבות לעניין העסקת נשים בתחנה.

6. ובכן, תהליך האסדרה ההדרגתי שהחל בשנת 2011 כאשר מדיניותה המוצהרת של התחנה קבעה כי נשים לא תושמענה בשידוריה, קרם עור וגידים, עד שבשנת 2014 הוסרו כל ההגבלות שהתקיימו על השמעת נשים בשידורי התחנה, למעט המגבלה שבסעיף 2 למכתב מיום 8.1.2014. הרשות השניה אף הדגישה את סיפוקה מהדיאלוג המשותף ומהתהליך של "הפנמה אמיתית" מצד גורמי התחנה, וכן הודיעה כי הזיכיון שהונפק לתחנה יוארך בשלוש שנים נוספות.

דו"ח הצוות המשרדי לבחינת תופעת "הדרת נשים"

7. במקביל להליכי האסדרה שננקטו על ידי הרשות השניה, ישב גם היועץ המשפטי לממשלה על המדוכה, ובחן את תופעת "הדרת הנשים" במרחב הציבורי בכלל, ואת פעילותה ומדיניותה של תחנת הרדיו "קול ברמה" בפרט. היה זה בעקבות ריבוי הדיווחים על תופעות שונות של הדרת נשים, כשהיועץ המשפטי לממשלה מינה ביום 5.1.2012 צוות משרדי מטעמו לבחינת התופעה בכללותה. הצוות נתבקש לבחון את ההיבטים המשפטיים של כמה מן הגילויים של התופעה במרחב הציבורי וכן נתבקש לגבש המלצות לגבי הטיפול בהם. בתוך כך בחן הצוות גם את מדיניותה של תחנת הרדיו. ביום 7.3.2013 הגיש הצוות דו"ח ליועץ המשפטי לממשלה (להלן: דו"ח הצוות המשרדי). בכל הנוגע למדיניות תחנת הרדיו, קבע הדו"ח כי "הדרת הנשים" על ידי התחנה התבטאה בכך שתחילה היא לא השמיעה נשים כלל. יחד עם זאת, בדו"ח פורט השינוי שעברה תחנת הרדיו בשל הטעמת ההוראות שקיבלה מהרשות השניה, תוך שצוין כי עם הזמן קולן של נשים החל מפציע מעל גלי שידורי תחנת הרדיו, וכי ניכרה מגמה של הוספת שידורים ופינות שהוקדשו לנשים.

8. בדו"ח הצוות המשרדי הוסף כי קוימו שלוש ישיבות בנושא פעילותה של תחנת הרדיו, ונערכו פגישות עם נציגי הרשות השניה, נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה ונציגי תחנת הרדיו. הצוות המשרדי ציין כי הוא התרשם מההתקדמות החשובה שחלה בעקבות פעולותיה של הרשות השניה אשר הביאו להשמעת נשים בשידורי תחנת הרדיו. אף על פי כן, נאמר כי במצב הדברים אשר היה נכון למועד כתיבת הדו"ח, השמעת נשים בתחנה הייתה עדיין כפופה למגבלות ניכרות. הצוות סבר כי נסיבות אלה מעוררות קשיים חוקיים וחוקתיים. נקודה חשובה לענייננו, הזוכה להתייחסות בדו"ח

הצוות המשרדי, עוסקת בתחולתו של חוק איסור הפליה על פעילותה של תחנת הרדיו. בהקשר זה, הצוות המשרדי סבר כי הוראת החוק אשר קובעת כי שירותי תקשורת מהווים "שירות ציבורי", חלה גם על פעילותה של תחנת הרדיו, וכי לפיכך מדיניותה עשויה להיות "מטופלת" בהתאם להוראות חוק איסור הפליה. נקודה זו סוכמה בפסקה 198 לדו"ח הצוות המשרדי בה צוין שהסדרי השידור הנוהגים "גוררים פגיעה בזכויות היסוד לכבוד, לשוויון ולחופש הביטוי ומנוגדים להוראות חוק איסור הפליה...".

9. היועץ המשפטי לממשלה אימץ את האמור בדו"ח הצוות המשרדי, ובהמשך לכך שלח ביום 7.5.2013 מכתב מטעמו למספר שרים בממשלה. במכתב נכללה התייחסות ספציפית בנוגע לפעילותה של תחנת הרדיו, וצוין כי ההסדרים הנוהגים בשידוריה גורמים לפגיעה קשה בזכויות היסוד של נשים. יצוין כי גם ממשלת ישראל אימצה את תוכנו של הדו"ח [החלטה מספר 1526 של ממשלת ישראל ה-33 "מניעת הדרת נשים במרחב הציבורי" (30.3.2014)].

טענות הצדדים לפני בית המשפט המחוזי

10. קולך הגישה את בקשתה לאישור תובענה ייצוגית בתוקף מעמדה כעמותה הפועלת להובלת שינוי חברתי ותודעתי בנושא שוויון מגדרי בקהילה הדתית בישראל. קולך טענה כי מדיניות התחנה מהווה הפליה בלתי חוקית, באופן המנוגד לסעיף 3(א) לחוק איסור הפליה, אשר אוסר בין היתר לפעול באופן מפלה בהספקת שירות ציבורי "מחמת מין". קולך מיקדה את טענותיה בשני מוקדי הפליה עיקריים שהתקיימו לשיטתה בפעילות תחנת הרדיו. מוקד ההפליה הראשון עסק במניעת האפשרות מנשים "לעלות לשידור". בהקשר זה נטען כי בתקופות הרלבנטיות תחנת הרדיו מנעה מנשים אפשרות לעלות ולדבר בשידורים, תחילה באופן גורף ובהמשך באופן חלקי, בעוד שגברים הורשו לעשות כן. מוקד ההפליה השני עסק ב"מניעת התוכן" ממאזיני ומאזינות תחנת הרדיו. מוקד הפליה זה עסק בכך שבגין מדיניות תחנת הרדיו, קיבלו המאזינים שירותי תקשורת "על טהרת המין הגברי בלבד" תוך הדרת נשים מעולם התוכן התקשורתי. כפועל יוצא מהמדיניות בה נקטה התחנה, נמנעה מהמאזינים האפשרות להאזין ולהיחשף לדעותיהן של נשים. קולך הוסיפה, ביחס לשני מוקדי הפליה, כי הם משקפים התנהלות הפוגעת קשות בזכויות יסוד של נשים לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ונגזריו, ובכלל זה בזכויותיהן לכבוד, לשוויון ולחופש ביטוי.

11. במישור המשפטי – הואיל ועסקינן בשדה התובענות הייצוגיות – קולך טענה כי יש לאשר את התובענה כייצוגית לפי פרט 7 לתוספת השניה של חוק תובענות

ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות) – דהיינו בעילה לפי חוק איסור הפליה. בהתאם להוראות השונות הקבועות בחוק תובענות ייצוגיות, קולך ביקשה לקבוע כי "הקבוצה" שבשמה תנוהל התובענה הייצוגית תכלול את "כל מאזינות תחנת הרדיו וכן את כל הנשים אשר רצו להאזין לתחנה אך נמנעו לעשות זאת עקב אפליית הנשים בתחנה" וכי "הסעד" יהיה "בדרך של מתן צו המורה ל[נתחנה] לחדול מאפליית הנשים בתחנת הרדיו קול ברמה וכן פיצוי כספי לחברי הקבוצה". יצוין שקולך תמכה את טענותיה השונות, הן בעניין הגדרת הקבוצה והן בעניין הנזקים שנגרמו לחברותיה, בחוות דעת מומחה שנערכה על ידי "מכון שריד - שירותי מחקר והדרכה בע"מ". במסגרת חוות דעת זו בוצע סקר אשר בחן את מידת הפגיעה של נשים ממדיניות התחנה. בהתבסס על נתוני הסקר העריכה קולך את קבוצת הנשים שנפגעו ממדיניות התחנה "במידה רבה" בכ-64,000 נשים. קולך ציינה כי אמנם קיים קושי לכמת את הפיצוי הלא ממוני, אך עם זאת כי ניתן לעשות זאת בהתבסס על מקרים שבהם נפסקו פיצויים בגין הפרה של חוק איסור הפליה. על רקע זה, העמידה קולך את סכום הפיצוי המבוקש על סך של 104,000,000 ש"ח, כאשר הוסבר כי הפיצוי לכל חברת קבוצה נע בין 1,000 ש"ח לבין 2,000 ש"ח. קולך הוסיפה כי התובענה מעוררת שאלות משותפות לכל חברות הקבוצה; כי קיימת אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובתה; ולבסוף כי התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה להכרעה במחלוקת.

12. תחנת הרדיו ביקשה לדחות את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית. ראשית טענה תחנת הרדיו כי קולך – כארגון, ולא כניזוק בעל עילת תביעה אישית – כלל אינה כשירה להגיש תובענה ייצוגית. בעניין זה נטען כי קולך לא הוכיחה שהיא פעלה בשקידה סבירה כדי לאתר אדם בעל עילת תביעה אישית עובר להגשת התובענה הייצוגית, כפי שנדרש בחוק תובענות ייצוגיות. באותו ההקשר נטען כי קולך אינה כשירה להגיש את התובענה הייצוגית גם מכיוון שקיים שוני בין השקפת עולמה הדתית-לאומית לבין השקפת עולמן של הנשים המרכיבות את קהל היעד של תחנת הרדיו שהן מהמגזר החרדי-ספרדי. לגופו של עניין טענה תחנת הרדיו כי כלל לא קיימת עילה, שכן סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה אינו חל בנסיבות העניין. בהקשר זה הוסבר כי הסעיף מחייב שלא להפלות בנגישות לשירות או למוצר, ואילו בענייננו ממילא השירות שמספקת תחנת הרדיו פתוח לכל הקהלים, כאשר כל אישה יכולה להאזין לתחנת הרדיו ככל גבר. על כן נטען, כי הסעיף הרלבנטי בחוק איסור הפליה אינו חל. לחילופין נטען כי הפרקטיקה בה נקטה התחנה כלל אינה עולה כדי "הפליה" אלא מדובר ב"הבחנה מותרת". גרסתה של תחנת הרדיו הייתה אפוא כי גם אם ייקבע שחוק איסור הפליה חל, הרי שחלים החריגים הקבועים בו בסעיפים 3(ד)(1) ו-3(ד)(3), אשר

לפיהם אין רואים הפליה כאשר "הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר" וכן כי ניתן לקיים "מסגרות נפרדות לגברים או נשים ... ובלבד שההפרדה היא מוצדקת...".

13. תחנת הרדיו הוסיפה וטענה, כי מעבר לכך שלא קיימת עילה להגשת תובענה ייצוגית, לא נגרם נזק כלשהו לחברות הקבוצה. בין היתר נאמר, כי הנשים בקהילה הרלבנטית כלל אינן מעוניינות להיחשף ולהשמיע את קולן בציבור הרחב וכמו כן אין הן מעוניינות לשמוע קולות של נשים אחרות. בהקשר זה תקפה תחנת הרדיו גם את ממצאי הסקר, בצינה כי קולך לא הביאה כל ראייה ממשית לקיומו של נזק כפי שנטען. באשר לסעד המבוקש טענה תחנת הרדיו כי ככל שזה אכן יינתן, ייפגע צביונה ותסוכל התכלית שלשמה היא הוקמה. תחנת הרדיו הוסיפה כי יש לתת משקל גם להליכי האסדרה אותם היא עברה ולעובדה כי היא פעלה בהתאם להנחיות הרשות השניה. בהקשר זה נטען, כי הואיל ופעילותה הייתה לפי הנחיות הרשות השניה, אזי קמה לה חסינות מפני תביעה לפי סעיף 6 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], חסינות החלה כלפי מעשים שבוצעו לפי הוראות חיקוק או מתוקף הרשאה חוקית. הוטעם כי חסינות זו חלה החל ממועד הקמתה של התחנה, כיוון שכבר בזיכיון להפעלתה נקבע כי תוקם "ועדה רוחנית" אשר תקבע את הכללים לשידוריה. צוין כי התחנה פעלה לאור הוראות אלה, בתום לב, מתוך אמונה סבירה בקיומה של הרשאה חוקית מהוועדה הרוחנית לעניין אי-השמעת נשים, ובהתבסס על דבריהם של בכירי הרבנים בישראל.

החלטת בית המשפט המחוזי

14. בית המשפט המחוזי דן תחילה בכשירותה של קולך להגיש את בקשת האישור. בית המשפט ציין כי הוראת סעיף 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות מאפשרת ל"ארגון" להגיש תובענה ייצוגית בכפוף לשני תנאים מצטברים: האחד, שהתובענה שהוגשה היא בתחום אחת המטרות שבהן עוסק הארגון; והשני, שבנסיבות העניין קיים קושי להגיש את בקשת האישור בידי אדם שיש לו עילת תביעה אישית. בית המשפט קבע כי קולך עומדת בשני התנאים הנ"ל. נאמר כי קולך הוכיחה בראיות שהיא ארגון הפועל במשך שנים לקידום מעמד האישה בחברה היהודית הדתית ומשכך התובענה היא במובהק בתחום מטרותיה. כן נאמר כי הוכח שקיים קושי למצוא אישה בעלת עילת תביעה אישית, כאשר ישנו קושי מובנה להעמיד אישה חרדית "בחזית המאבק" בשל רתיעתן של נשים חרדיות לעשות כן על רקע חששן מפני התנכלות מצד החברה הסובבת אותן והנזק החברתי אשר עלול להיגרם להן. בית המשפט תמך את מסקנתו גם בנתוני הסקר שהוגש מטעם קולך, ממנו עלה כי אחוז הנשים שהצהירו כי הן מוכנות לפעול במישור המשפטי לשינוי המדיניות של תחנת הרדיו הוא נמוך ביותר. לבסוף ציין בית המשפט

כי משום שהתובענה מעוררת סוגייה בעלת חשיבות ציבורית יש בכך שהיא הוגשה בידי ארגון בעל משאבים וידע כדי להגשים את מטרות חוק תובענות ייצוגיות.

15. לאחר מכן פנה בית המשפט המחוזי לדון בשאלה האם בנסיבות העניין קיימת עילה להגשת תובענה ייצוגית. במוקד סוגייה זו נבחנה השאלה האם סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה חל בנסיבות העניין. בית המשפט דחה את פרשנותה המצמצמת של תחנת הרדיו לפיה הסעיף עוסק רק באיסור הפליה במובן של נגישות לשירות או למוצר, ולכן לכאורה אינו רלבנטי בענייננו. צוין כי לשון הסעיף מתייחסת לאיסור הפליה בהספקת "שירות ציבורי" כאשר החוק מגדיר שירותי תקשורת כשירות כאמור. הוסף וצוין, כי שירותי התקשורת אותם מספקת תחנת הרדיו כוללים שידורי חדשות ופרשנויות, וכן כוללים את האפשרות הניתנת למאזינים להביע את עמדותיהם בשידור. בית המשפט הדגיש כי מסקנה זו מתבקשת גם מתכליתו של החוק, שהיא מניעת הפליה, ובפרט הפליה מהסוג שהתקיימה בענייננו. נוכח כל האמור קבע בית המשפט כי מדיניות התחנה עשויה להיות מוסדרת על ידי סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה. זאת, תוך שהבחין בין שתי תקופות שונות בהן אכן בוצעה הפליה במובן החוק, כדלקמן:

א. תקופת המדיניות המוצהרת (2009 – 6.11.2011): ביחס לתקופה זו נקבע כי המדיניות בה נקטה תחנת הרדיו מהווה הפליה אסורה במובן סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה. הוסף, כי לא חלים לגביה החריגים הקבועים בסעיפים 3(ד)(1) ו-3(ד)(3) לחוק איסור הפליה, אשר לפיהם אין רואים הפליה כאשר "הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר", ובנוסף ניתן לקיים "מסגרות נפרדות לגברים או נשים... ובלבד שהפרדה היא מוצדקת...". בין היתר הוסבר כי לא הוכח שקיים "שוני רלבנטי" בין גברים לבין נשים אשר הצדיק את ההבחנה המגדרית שננקטה, שכן אף לשיטת תחנת הרדיו ההבחנה לא התבססה על ציווי דתי מפורש, אלא נבעה מ"החמרה" ("הידור מצווה") שאינה מתחייבת הלכתית. כן נקבע, כי מדיניות התחנה ממילא אינה עונה אחר התנאי של "קיום מסגרות נפרדות", כיוון שבענייננו אין מדובר בהסדר הפרדה, אלא בהסדר של מניעה המופנית כלפי נשים בלבד.

ב. תקופת ההפרות הנקודתיות (6.11.2011 – 28.8.2012): בתקופה זו התבצעו הליכי האסדרה, אך נאמר כי תחנת הרדיו הפרה בשתי הזדמנויות את ההנחיות שקיבלה. האירוע הראשון אירע בחודש נובמבר 2011, ובמסגרתו סירבה תחנת הרדיו לראיין בשידור את פרופ' צופיה איש שלום מבית החולים רמב"ם, בשל היותה אישה. בגין אירוע זה הטילה הרשות השניה על תחנת הרדיו עיצום כספי בסך 10,000 ש"ח. האירוע השני אירע באותו החודש, ובגדרו פנה מפיק מטעם תחנת הרדיו לבית

החולים רמב"ם וביקש להעלות לשידור מתמחה שידון בנושא מסוים. גם במסגרת זו הדגיש המפיק כי על המרואייין להיות גבר ולא אישה. בית המשפט המחוזי קבע כי שני אירועי ההפרה מקימים עילה לפי סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה, ולא ראה לשנות ממסקנתו בשל קיומם של חריגים כלשהם לחוק.

16. במסגרת הדיון בעילת התביעה בחן בית המשפט גם את טענת תחנת הרדיו לפיה עמדה לה חסינות מכוח סעיף 6 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. בית המשפט דן בטענה אף שציין כי תחנת הרדיו לא העלתה אותה בתשובתה אלא רק מאוחר יותר, לכאורה בבחינת "שינוי חזית". לגופו של עניין קבע בית המשפט כי יש לקבל את הטענה באופן חלקי. בית המשפט הסביר כי תחנת הרדיו פעלה החל משלהי שנת 2011 בדיאלוג עם הרשות השניה ובכפוף להנחיותיה. בנסיבות אלה, נקבע שאין להטיל על התחנה אחריות נזיקית בשל הפעולות שבוצעו במסגרת הליכי האסדרה, וכי פעולותיה בפרק זמן זה חוסות תחת החסינות הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין. לעומת זאת, נקבע כי החסינות לא תיפרש כלפי פעולות שביצעה התחנה טרם הליכי האסדרה, וכך כלפי פעולות שבוצעו בפרק הזמן של הליכי האסדרה אך היוו חריגה מהנחיות הרשות השניה.

17. משסיים בית המשפט לדון בשאלת העילה להגשת התובענה הייצוגית, פנה לבחון את התנאים הנוספים הנדרשים לשם אישורה. בית המשפט קבע כי בנסיבות העניין התובענה מעוררת שאלות מהותיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה. נאמר כי שאלה אחת היא "האם עוולה [התחנה] כלפי חברי הקבוצה בהפליה פטולה בכך שמנעה מנשים לעלות לשידור ממועד תחילת פעילות התחנה ועד ליום 6.11.2011..."; וכי שאלה שניה היא "האם עוולה [התחנה] כלפי חברי הקבוצה בהפליה פטולה בכך שמנעה מנשים לעלות לשידור בשני האירועים...". בית המשפט הוסיף וקבע כי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. זאת, כאשר צוין כי קיים יתרון מובנה בניהול התובענה ככזו על רקע חששות מפני חסמים שונים הקיימים בקרב חברות הקבוצה להגשת תביעה אישית. כן הוטעם, כי ניהול התובענה כייצוגית עשוי לאפשר דרכי הוכחה וסעדים אשר אינם אפשריים בתביעות אישיות, וכך עשוי לאפשר לנשים רבות לקבל סעד הולם בשל הפרת הדין, מקום בו קיים ספק אם נשים היו פונות כיחידות לבית המשפט. בהקשר לסעד צוין עוד כי לפי חוק איסור הפליה ניתן לפסוק בנסיבות העניין פיצוי אף "ללא הוכחת נזק". לבסוף ציין בית המשפט כי הוא התרשם שעניינן של חברות הקבוצה ינוהל בדרך הולמת ובתום לב.

18. בית המשפט סיכם את קביעותיו בכך שקולך עמדה בנטל להוכיח כי מתקיימים כל התנאים הנדרשים לאישור תובענה ייצוגית. משום כך, וכמצוות המחוקק בסעיף

14(א) לחוק תובענות ייצוגיות, קבע בית המשפט כי הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה הייצוגית היא: "כל מאזינות תחנת הרדיו קול ברמה וכן כל הנשים אשר היו מעוניינות להאזין לתחנה אך נמנעו מלעשות כן עקב הפליית הנשים בתחנה, מיום תחילת פעילותה של התחנה ועד ליום הגשת הבקשה לאישור". כן קבע בית המשפט כי קולך ובאי כוחה הם המייצגים בתובענה, וכי הסעד הנתבע הוא צו המורה לתחנת הרדיו לחדול מהפליית נשים וכן פיצוי כספי לחברות הקבוצה.

בקשת רשות הערעור דנא

19. טענותיה של תחנת הרדיו מהוות למעשה חזרה על הטענות שהובאו מפיה לפני בית המשפט המחוזי, ועל כן אשוב על עיקרי הדברים בלבד. תחנת הרדיו סבורה כי הגשת תובענה ייצוגית אינה הולמת בנסיבות העניין, כאשר היא פעלה בשיתוף פעולה עם גורמי הרשות השנייה ובהתאם להוראותיה. בנוסף לכך, התחנה סבורה כי בית המשפט שגה בכל קביעותיו ובמסקנתו כי יש לאשר את התובענה הייצוגית. כך למשל, תחנת הרדיו גורסת כי בית המשפט שגה בקביעה בנוגע לכשירותה של "קולך" להגיש את התובענה הייצוגית כארגון. כן היא גורסת כי נפלה טעות בקביעתו לגבי קיומה של "עילה" לפי סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה, כמו גם בקביעה כי הגנת סעיף 6 לפקודת הנזיקין חלה רק מתחילת הליכי האסדרה ולא ממועד הקמתה. טענה מרכזית נוספת בבקשת רשות הערעור היא שבית המשפט כלל לא הסביר מהו "הנזק" שנגרם לכאורה לקבוצה, המקום זכאות לסעד כספי. בין היתר נאמר, כי בית המשפט שגה בקביעה כי ניתן לפסוק "פיצויים ללא הוכחת נזק", נוכח סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות השולל את האפשרות לעשות כן בתובענות ייצוגיות. התחנה משיגה גם כלפי הקביעה בדבר "הגדרת הקבוצה", כאשר לדידה לא היה מקום לכלול בה את כל הנשים שהאזינו לתחנה, אלא לכל היותר את אותן מאזינות שביקשו לעלות לשידור וסורבו. לבסוף נטען כי חברות הקבוצה כלל אינן חולקות ביניהן שאלות משותפות. מסיבות אלה ואחרות שבה תחנת הרדיו על עמדתה כי אין לאשר את התובענה הייצוגית.

20. קולך מתנגדת לבקשה. קולך טוענת כי החלטת בית המשפט המחוזי מבוססת ומנומקת, והיא אינה מגלה פגם. כטענה מקדמית נטען כי בקשת רשות הערעור אינה עומדת באמות המידה שנקבעו בפסיקתו של בית משפט זה למתן רשות ערעור על החלטה לאשר תובענה ייצוגית. לגופו של עניין, קולך סומכת ידיה על קביעות בית המשפט הן בעניין כשירותה, הן בעניין קיומה של עילה לפי סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות והן בעניין היקף פרישתה של החסינות מכוח סעיף 6 לפקודת הנזיקין. קולך יוצאת נגד טענת תחנת הרדיו לפיה לכאורה נשים לא נפגעו מאחר שהן יכלו "להאזין"

לתחנת הרדיו, כאשר נאמר כי סגירת האפשרות בפני נשים להשמיע את קולן אינה פוגעת רק באותן נשים שלא הותר להן לעלות לשידור, אלא משדרת מסר פוגעני ומשפיל כלפי המאזינות כולן לפיו קבוצת הנשים אליה הן משתייכות היא קבוצה "נחותה". לעניין הנזק, קולך מוסיפה כי בשלב אישור התובענה הייצוגית אין צורך להוכיח את הנזק המדויק שנגרם לכל אחת מחברות הקבוצה, וכי הנזק יכומת ויוערך בהליך המרכזי עצמו. מכל מקום, טוענת קולך, וודאי שנגרם נזק בשל הפגיעה הניכרת בזכויותיהן של חברות הקבוצה לכבוד ולשוויון.

דיון והכרעה

21. לאחר העיון בחומר שהונח לפנינו, הגעתי לכלל מסקנה כי יש מקום להיעתר לבקשה למתן רשות ערעור ולדון בה כבערעור. הגם שאמת המידה לקבלת בקשה לרשות ערעור המופנית כלפי החלטה לאשר תובענה ייצוגית צומצמה במרוצת השנים [ראו: רע"א 8671/09 סלקום ישראל בע"מ נ' לוי, פסקאות 10-11 (8.7.2015)], דעתי היא כי הבקשה קופות גמל ופנסיה בע"מ נ' לוי, פסקאות 10-11 (8.7.2015)], דעתי היא כי הבקשה הנוכחית מעלה מספר שאלות משפטיות אשר בחינתן נדרשת באורח חריג כבר בשלב דיוני זה. לפיכך הדיון שלהלן יעסוק בטענותיה של תחנת הרדיו לגופן. בפתח הדברים אערוך דיון קצר בתופעה הכללית של הדרת נשים במרחב הציבורי, ובנוסף אגדיר את השאלות הרלבנטיות לתובענה הייצוגית בענייננו. לאחר מכן, אבחן האם מתקיימים במקרה הנדון התנאים לאישור התובענה כייצוגית, כאשר בפרט אתמקד בתנאים המתייחסים לגורם המבקש ולקיומה של עילה להגשת התובענה.

(א) הַדָּרָת נשים במרחב הציבורי – מספר מילים מקדימות

22. התופעה הקרויה "הַדָּרָת נשים" עוסקת במקרה פרטי של הפליה גנרית על בסיס מין, אשר המאפיין המרכזי שלה הוא דחיקת רגליהן של נשים – בשל עצם היותן נשים – מן האפשרות לקבל שירותים ציבוריים או לקחת חלק בפעילות ציבורית. כמוכנה האחד עשויה התופעה להתבטא בהפרדה מגדרית, דהיינו במצבים שבהם שירותים ציבוריים מסוימים אמנם מסופקים לנשים, אך באופן נפרד. זהו למשל המקרה כאשר מדובר בהפרדה מגדרית בין נשים לבין גברים בקווי אוטובוס או בחדרי המתנה בקופות חולים. כמוכן נוסף, הדרת נשים עשויה לבוא לידי ביטוי גם במצב דברים שבו נשים מנועות או מוגבלות קטגורית מלקבל שירותים או להיות שותפות אקטיביות בפעילויות המתקיימות במרחב הציבורי, כמעין הצבת תמרור לפיו השירות המסופק מסופק "לגברים בלבד". זהו המקרה באיסור הגורף על השמעת קולן של נשים כבענייננו.

הפרקטיקות החשודות בהדרת נשים מעוררות מעצם טבען שאלות במישורי המשפט השונים, ובעיקר במישור הציבורי-חוקתי, בו הן מדגישות את המתחים סביב זכויות הנשים לשוויון, לכבוד, לחופש הביטוי, לאוטונומיה ולחופש העיסוק, וזאת לעומת זכויות ואינטרסים מנוגדים הנגזרים מעקרונות של רב-תרבותיות, חופש-דת והרצון למנוע פגיעה ברגשות הדת [לדיון בשיקולים השונים ראו, למשל: בג"ץ 746/07 דגן נ' משרד התחבורה (5.1.2011), (להלן: עניין דגן); דו"ח הצוות המשרדי, עמ' 10-34; Ruth Halperin-Kaddari, *Women, Religion and Multiculturalism in Israel*, 5 UCLA J. Susan M. Okin, *Is Multiculturalism Bad*; INT'L & FOR. AFF. 339, 362-366 (2000) *for Women?*, in IS MULTICULTURALISM BAD FOR WOMEN? 9-24 (Joshua Cohen, [Matthew Howard & Martha C. Nussbaum eds., 1999).

23. מרכז הכובד העיוני ביחס לתופעת הדרת נשים בישראל – כפי שמשתקף בספרות הרלבנטית ובדו"ח הצוות המשרדי – מושם על מופעים שונים של התופעה בהקשרים הכוללים היבטים דתיים-הלכתיים. בפרט ניכרת המחלוקת בדבר השאלה האם היבטים אלו מצדיקים מתן יחס מופרד או מוגבל לנשים במרחב הציבורי, וזאת בשים לב למכלול האינטרסים המתנגשים [ראו, בין היתר: אלון הראל ואהרון שנרך "ההפרדה בין המינים בתחבורה הציבורית" עלי משפט ג 71 (2003), (להלן: הראל ושנרך); נויה רימלט "הפרדה בין גברים לנשים כהפליה בין המינים" עלי משפט ג 99 (2003), (להלן: רימלט)]; צבי טריגר "הפרדה בין גברים לנשים כהטרדה מינית" עיוני משפט לה 703, 709-713 (2013), (להלן: טריגר); Alon Harel, *Regulating Modesty Related*; [Practices, 1 LAW AND ETHICS OF HUMAN RIGHTS 211 (2007)]. דו"ח הצוות המשרדי עסק כאמור באופן מעמיק בתופעת הדרת הנשים בהקשר הזה. בתוך כך, נדונו מופעים ספציפיים של התופעה ונבחנו האינטרסים התרבותיים וההלכתיים השונים – לרבות הפרדה והבחנה מגדרית בבתי עלמין, בטקסים ממלכתיים, בתחבורה ציבורית ובתנועתן החופשית של נשים כהולכות רגל בשכונות חרדיות. כפי שצוין בדו"ח הצוות המשרדי, אמת המידה אשר ננקטה לבחינת חוקיותו של כל מופע אשר נחשד בהדרת נשים הייתה זו שהותוותה בפסיקתו רבת השנים של בית משפט זה ביחס להפליה, לפיה יש לבחון האם קיים "שוני רלבנטי" הנובע מאופיים וממהותם של השירותים הציבוריים אשר מצדיק את ההפרדה המגדרית. זאת, כאשר צוין כי במסגרת הבחינה יש ליתן משקל גם להיבטים התרבותיים הייחודיים לקהילה החרדית, לרבות השאלה כיצד ראוי להתייחס לעובדת היותן של נשים בקהילה החרדית קבוצה המהווה "תת-מיעוט" בתוך קבוצת המיעוט החרדית [דו"ח הצוות המשרדי, פסקאות 13, 25 ו-242].

24. ואכן, פרקטיקה החשודה בהדרת נשים תיבחן לגופה, לפי אופייה ומאפייניה, ולפי הכללים שנקבעו בפסיקה לגבי מופעים דומים של הפליה, הכול כמובן בשינויים המתחייבים מתוקף האינטרסים השונים אשר מונחים על כפות המאזניים [ראו: אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 703-705 (2014); בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221, 242-243 (1988), (להלן: עניין שקדיאל); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 109-110 (1995); בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 652-660 (1998), (להלן: עניין שדולת הנשים)]. לא כל פעילות או מדיניות אשר נטען לגביה כי היא מהווה "הדרת נשים" אכן תסווג בהכרח בסופו של דבר כהפליה אסורה. כבר נאמר כי מציאות החיים בהקשרים אלה מורכבת, ואינה מאפשרת לאמץ גישה פשטנית וקיצונית על משמעותיה. עמד על כך למשל השופט ס' ג'ובראן בעניין רגן, בהסבירו כי הקונטקסט המיוחס לפרקטיקת ההפרדה עשוי לשפוך אור שונה על השקפתנו בדבר חוקיותה בשים לב לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, תוך שציין בפרפראזה לדברי שופט בית המשפט העליון בארצות הברית *Cleburne v. Cleburne Living J. T. Marshall* (1985), 432, 468-469 U.S. 473, Center Inc., כי "השלט 'גברים בלבד' נראה על דלת של חדר שירותים אחרת לגמרי מאשר על דלת של אוטובוס". זו תהא אפוא נקודת המוצא לבחינת מופעים החשודים בהדרת נשים, וכך גם בענייננו.

25. כפי שצינתי, הדיון הכללי לגבי התופעה של הדרת נשים במרחב הציבורי הוא בגדר פתיח בלבד לנושא העיקרי בו עסקינן – הוא התובענה הייצוגית. ואולם מצאתי לנכון להביע כבר בפתח הדברים את תחושת המיאוס ושאת הנפש מקיומה של תופעה זו, אשר נדמה שרק הולכת ומתרחבת, באותם מקרים שבהם היא עולה כדי הפליה אסורה. מדובר בתופעה פסולה ונפסדת, שכבר נאמר לגביה שהיא "פוצעת אנושות בכבוד האדם" [שדולת הנשים, 658-659], ופוגעת 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. הדברים בולטים במיוחד כאשר נשים נאלצות לפנות לרשויות ולערכאות על מנת שיוצהר כי הן "רשאיות" לבצע פעולות בטיחות במרחב הציבורי, ומובן כי הפגיעה הגלומה בכך אינה מתמצה אך ורק בעניינן הפרטני, אלא מדובר בפגיעה בחברה כולה [על דברים ברוח זו, בהקשר מעט אחר, נזדמן לי לעמוד בעבר ברע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, פסקאות 17-30 (16.11.2011), (להלן: עניין פרוז'אנסקי)].

דברים אלו, שכמובן אינם ממצים, הם המהות של ההליך המשפטי בענייננו. על יסודם אפנה אפוא לבחינת התקיימות התנאים לאישורה של התובענה הייצוגית.

(ב) תובענה ייצוגית בעילת הפליה – תיחום הדיון

26. נימוקי הצדדים הן לפני בית המשפט המחוזי והן לפנינו לא התמקדו בטענה העקרונית בדבר מידת התאמתה של התובענה הייצוגית לטיפול בתופעה הכללית של הפליה, ובתוך כך במידת התאמתה לטיפול בהדרת נשים במרחב הציבורי – ולפי דעתי בצדק. היעדר המחלוקת בנקודה זו נובע מתוך ההבנה שבמישור העקרוני, ככל שהפליה הנטענת היא אסורה לפי אחד מסעיפי חוק איסור הפליה, ניתן להשתמש במכשיר של התובענה הייצוגית לצורך מימוש או הגנה על הזכויות שנפגעו. זהו רצון המחוקק, והדברים נובעים במישורין מצירוף הוראות סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות ופרט 7 לתוספת השניה לחוק, בגדרם מוסדרת האפשרות להגיש תובענה ייצוגית בעילה לפי חוק איסור הפליה. שאלה אחרת, אשר ייתכן כי תדרוש דיון בעתיד, היא האם ניתן היה להגיש תובענה ייצוגית בגין פרקטיקה של הפליה אשר אינה מוסדרת בהוראות חוק איסור הפליה, ומהי (אם בכלל) העילה המתאימה לביסוסה של תובענה כאמור. מכל מקום, הדיון בשאלה זו אינו נדרש כאן, הואיל ובמקרה הנוכחי אישור התובענה הייצוגית יבוסס על הוראות חוק איסור הפליה בלבד.

27. חרף האמור ובלי שאביע עמדה מחייבת בסוגייה שבנדון, אעיר במאמר מוסגר, כי בספרות המקצועית הובעה בעבר הדעה שלפיה מכשיר התובענה הייצוגית עשוי להוות כלי אפשרי להתמודדות עם מקרים של פגיעות קולקטיביות כדוגמת הפליה ולריפוי נזקיהן, וזאת לכאורה גם במנותק מחוק איסור הפליה [ראו למשל: גיא הלפטק "תיאוריה כללית בדבר התועלת החברתית של מכשיר התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק" משפט ועסקים ג 331-247, ה"ש 31 (2005); יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח" משפטים לח(1), 145, 213-212 (2008); יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" משפט וממשל ט 137, ה"ש 5 (2006), (להלן: ביטון, כאבים באזור הכבוד); אסף פינק "תובענות ייצוגיות ככלי לשינוי חברתי" מעשי משפט ו 157 (2014), (להלן: פינק, תובענות ייצוגיות); כן ראו בהתאמות הנדרשות דפנה ברק-ארז עוולות חוקתיות 296 (1993)]. עוד יצוין, במנותק מהדיון בסוגיית התובענה הייצוגית, כי בפסיקת הערכאות הדיוניות בשנים האחרונות בתביעות אזרחיות "רגילות" – שאינן ייצוגיות – ניתן למצוא הכרה בזכותן של ניזוקות לקבל פיצויים בלתי ממוניים בגין עוגמת הנפש, ההשפלה והפגיעה בכבודן, אשר נגרמו להן בשל מדיניות של הדרת נשים שננקטה כלפיהן [ראו: ת"א (שלום בית שמש)

41269-02-13 פיליפ נ' אבוטבול (25.1.2015); ת"ק (ב"ש) 33424-02-12 מיכאלי נ' חברת קדישא – המועצה הדתית אופקים (15.6.2012); ת"ק (בית שמש) 2917-10-11 מרסדן נ' נגדי (5.7.2012).

28. הדיון שלהלן – למעט התייחסות קצרה לעניין הדרך "היעילה וההוגנת" לניהול ההליך – לא יעסוק גם בטענה הכללית לפיה אין מקום להשתמש במכשיר התובענה הייצוגית בקשת המקרים של הפליה משום שלכאורה קיימות דרכים אלטרנטיביות "הולמות יותר" לטיפול במצבים אלו, כגון פניה לקבלת סעד במישורים החוקתיים והמנהליים [ראו דיון בטענה במאמרה הנ"ל של ביטון, כאבים באזור הכבוד, בעמ' 139]. ביטון טוענת כי במקרה של פגיעה קולקטיבית בכבודן של נשים ובזכותן לשוויון, הכלי של תובענה ייצוגית אמנם קיים אך ייתכן ש"סעד של ציווי הוא הריפוי המתאים לה יותר". כאמור, בענייננו אין מחלוקת שבמישור המשפטי הפיצוי בגין הפליה לפי חוק איסור הפליה יכול להתבע בהליך של תובענה ייצוגית, גם אם קיימות אפשרויות משפטיות נוספות. מעבר לכך, האפשרות לקבל סעדים במישור המנהלי והחוקתי אינה מוציאה בהכרח את האפשרות לקבל סעדים מקבילים במישור התובענות הייצוגיות. יש לזכור כי התובענה הייצוגית יכולה לכלול בקשות למתן סעדים ממספר סוגים גם יחד, ובנוסף כי לעיתים הפעולות במישורים משפטיים נפרדים מופנות מלכתחילה כלפי גורמים שונים. כן יוטעם שלעיתים התובענה הייצוגית מהווה כלי אכיפתי חיוני דווקא כאשר אין די בסנקציות המנהליות [ראו למשל: ע"א 5378/11 פרנק נ' אולטייל, פסקה 34 (22.9.2014); רע"א 9615/05 שמש נ' פוקצ'טה בע"מ, פסקה ה (5.7.2006)].

29. בהיעדר צורך לערוך דיון בשאלות המפורטות מעלה, דיוננו ימוקד בשאלה האם במקרה דנן התקיימו התנאים לאישורה של התובענה הייצוגית. כידוע, חוק תובענות ייצוגיות קובע בסעיפים 3(א) ו-8(א) כי על המבקש לאשר תובענה ייצוגית להוכיח מספר תנאים מצטברים: (א) תנאי אחד הוא שעילת התביעה תהא מנויה על העילות המאפשרות הגשת תובענה ייצוגית; (ב) תנאי שני הוא שהתובענה תעורר שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, וכי קיימת אפשרות סבירה שהן תוכרענה בתובענה לטובת הקבוצה; (ג) תנאי שלישי הוא שתובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת; (ה) תנאים רביעי וחמישי הם שקיים יסוד סביר להניח שעניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב. תנאים נוספים, המצטרפים לתנאים אלו, קבועים בסעיף 4 לחוק תובענות ייצוגיות והם שהתובע הייצוגי יהא רשאי מלכתחילה להגיש ולנהל את התובענה; וכן שכלל שאחד מיסודות עילת התובענה הוא נזק, יוכיח התובע הייצוגי כבר בשלב דיוני זה כי לכאורה נגרם נזק לחבר הקבוצה או כי קיימת אפשרות סבירה שנגרם נזק לקבוצה [לתנאים,

ראו: ע"א 9494/08 פ"נ נ' רכבת ישראל, פסקה 5 (27.6.2013); ע"א 6887/03 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות עובדים, פסקה 24 (20.7.2010).

(ג) פרשנות סעיף 4(א)(3) לחוק – האם ארגון "קולך" כשיר להגיש את התובענה?

30. סעיף 4 לחוק תובענות ייצוגיות עוסק בשאלת הגורמים הרשאים להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית. הסעיף מפרט את הגורמים כאמור, ובפרט קובע במסגרת סעיף 4(א)(3) לחוק כי גם "ארגון" (כמשמעו בסעיף ההגדרות לחוק) יכול שיגיש תובענה ייצוגית, וזאת בתנאי שהתובענה עוסקת בתחום הנכלל באחת ממטרותיו הציבוריות, ובתנאי שקיים קושי להגיש את הבקשה בידי תובע בעל עילת תביעה אישית. וכך קובע החוק:

4. (א) אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית כמפורט להלן:

מי רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית ובשם מי

(1) אדם שיש לו עילה בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה;

(2) רשות ציבורית בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), שבתחום אחת המטרות הציבוריות שבהן עוסקת הרשות הציבורית – בשם קבוצת בני אדם אשר אותה תביעה או אותו ענין, מעוררים שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עמה;

(3) ארגון בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), שבתחום אחת המטרות הציבוריות שבהן עוסק הארגון – בשם קבוצת בני אדם אשר אותה תביעה או אותו ענין מעוררים שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עמה, ובלבד שבית המשפט שוכנע כי, בנסיבות הענין, קיים קושי להגיש את הבקשה בידי

(תיקון מס' 4)
תשס"ח-2008

אדם כאמור בפסקה (1) ואולם, המועצה הישראלית לצרכנות כהגדרתה בחוק המועצה הישראלית לצרכנות, התשס"ח-2008, תהיה רשאית להגיש בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית, אף אם אין קושי להגיש את הבקשה בידי אדם כאמור בפסקה (1).

וסעיף ההגדרות בחוק מגדיר "ארגון" כך:

הגדרות	בחוק זה –
	"ארגון" – תאגיד, למעט תאגיד שהוקם על פי דין, או הקדש, הקיים ופועל באופן סדיר וממשי במשך שנה לפחות לקידום מטרה ציבורית, אחת או יותר, ושנכסיו והכנסותיו משמשים להשגת המטרות הציבוריות בלבד, ובלבד שפעילותו אינה מטעם מפלגה או גוף פוליטי אחר או בזיקה למפלגה או לגוף כאמור או לשם קידום מטרותיהם;

31. פרשנותו של סעיף 4(א)(3) לחוק טרם נדונה בפסיקתו של בית משפט זה, אך נדונה בעבר על ידי המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי (השופט ח' כבוב) בת"צ (כלכלית) 2484-09-12 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' כהן (18.2.2013), (להלן: עניין הצלחה). בית המשפט המחוזי קבע כי כדי שארגון יוכל להגיש תובענה ייצוגית עליו להוכיח כי קיימת עילת תביעה לכאורה, כי קיים קושי לאתר תובע בעל עילת תביעה אישית וכי הוא ארגון ראוי כשלעצמו. לגבי פרשנות המונח "קושי", בית המשפט עמד על כך שדרישה זו מעידה כי המחוקק לא ביקש לפתוח שער רחב יתר על המידה להגשת תובענות ייצוגיות בידי ארגונים. ואולם נקבע כי לצד זאת אין מקום לאמץ גישה מצמצמת ודווקנית אשר עלולה לרוקן מתוכן את תכלית החוק בכך שלא יתאפשר לארגונים להגיש תובענות ייצוגיות כלל. על רקע זה הוחלט שהמונח "קושי" ייבחן "בהתאם לכל עניין ונסיבותיו" [פסקה 68], כאשר באותו מקרה אף הוסף כי "על הארגון המבקש הנטל להוכיח כי פעל בשקידה סבירה לאתר בעל עילת תביעה" [פסקה 64], וכי פעילות האיתור תיבחן הן בהיבט של "כמות" והן בהיבט של "איכות" [פסקה 77]. יוער כי בגדר הדיון ציין בית המשפט בנוסף כי "יש לזכור, תובענה ייצוגית היא אמנם אוסף של תובענות אישיות, אך באותה העת יש לה גם מעמד של

תובענה ציבורית. על כן, מקום בו קיים אינטרס ציבורי בתביעה, הדבר יכול להביא להקלה מסוימת בתנאים הפרוצדוראליים להגשתה" [פסקה 34].

32. גישתי העקרונית היא שיש לנקוט גישה מצמצמת וזהירה בשאלת פרשנות סעיף 4(א)(3) לחוק. הסרת החסמים הפרוצדוראליים באופן בלתי זהיר, שיאפשר לארגונים להגיש בקשות לאישור תובענות ייצוגיות ללא מגבלות, עלולה להגדיל את היקף התופעה של הגשת תביעות סרק, גם במקרים שבהם לכאורה לא קיימת בעיה ממשית להגיש את אותן הבקשות בידי תובעים בעלי עילת תביעה אישית [לדיון בחשש הכללי מתביעות סרק ראו למשל: אלון קלמנט, קרן וינשל-מרגל, יפעת טרבולוס ורוני אבישר-שדה תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית 9 (2014), (להלן: תובענות ייצוגיות – פרספקטיבה אמפירית)]. חשש נוסף הוא שהסרת החסמים תתמרץ גורמים מסוימים להתאגד אך ורק כדי להקל על עצמם להגיש תובעות ייצוגיות. כפי שאפרט בהמשך, הפרשנות המצמצמת מתחייבת גם מקריאת הוראות חוק תובענות ייצוגיות עצמן. בהקשר זה, הוראות סעיף 4 לחוק מציבות מספר משוכות משמעויות אותן נדרשים ארגונים לעבור כדי שיותר להם להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית, ואשר יש בהן כדי ללמד על רצונו של המחוקק להגביל את כוחם ולאפשר להם להגיש תובענות ייצוגיות רק במקרים שאכן מתאימים לכך. זאת ועוד, מסקנה זו נובעת גם מההיסטוריה החקיקתית של סעיף 4 לחוק, כאשר ניכר שהמחוקק ביקש אמנם לפתוח את השער להגשת תובענות ייצוגיות גם לארגונים, אך עם זאת לא נטש לגמרי את המודל אשר נהג בשיטת המשפט הישראלית טרם חקיקת החוק, שבו הגורם המגיש את התובענה הייצוגית נדרש להיות חבר בקבוצה הנפגעת [ראו: סטיבן גולדשטיין "הערות על חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006" עלי משפט ו 7, 16-18 (2007)].

33. נקודת המוצא בחוק היא שישנה העדפה לכך שמגיש התובענה הייצוגית יהיה "תובע בעל עילת תביעה אישית" או "רשות ציבורית" ולא "ארגון". מסקנה זו נלמדת מקריאת סעיף 4 לחוק תובענות ייצוגיות בו קבע המחוקק סדר עדיפויות מובהק בין שלושת הגורמים. ראשית, סעיף 4(א)(3) לחוק קובע כי ככל שניתן להגיש את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית בידי תובע בעל עילת תביעה אישית לא תוגש הבקשה בידי ארגון. שנית, ניכר שבאותו האופן המחוקק מבכר את האפשרות כי התובענה הייצוגית תוגש בידי "רשות ציבורית" לפי סעיף 4(א)(2) לחוק, כאשר מסקנה זו נלמדת מהסמכות הרחבה שנמסרה לרשויות אלה. ודוק, שלושת הגופים המוגדרים "רשות ציבורית" רשאים להגיש תובענות ייצוגיות בתחומים מסוימים, נוכח ההכרה שבתחומים אלו עלול להתעורר קושי בהגשת התובענה בדרכים אחרות. המחוקק ראה בריכוז האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות בנושאים אלו בידי הרשויות הציבוריות

משום יתרון, לאור הידע הנצבר אצלן, כוח האדם שלהן והעובדה כי עיתים הן בעלות סמכויות מנהליות מקבילות כך שבידיהן ארגז כלים מגוון יותר לטיפול במעוולים. העדפתו של המחוקק נלמדת בעיקר מהיקף הסמכות שנמסר לרשויות הציבוריות, כאשר אלה רשאיות להגיש תובענות ייצוגיות אף ללא צורך בהוכחת קושי בכך שהתובענה תוגש בידי תובע בעל עילת תביעה אישית. לשון החוק והסמכות הרחבה שניתנת לרשויות ציבוריות, מעידות על העדפה ברורה מצד המחוקק כי התובע בתובענות ייצוגיות יהיה "תובע בעל עילת תביעה אישית" או "רשות ציבורית". להעדפה זו יש משקל גם בבחינת כשירותו של ארגון המבקש לייצג בתובענה ייצוגית.

בהערת אגב אציין כי מודע אני לקיומה של הטענה לפיה בפועל הרשויות הציבוריות טרם עשו שימוש בסמכותן [ראו: תובענות ייצוגיות – פרספקטיבה אמפירית, עמ' 15-16; הערעור בתובענות ייצוגיות, 638]. ואולם, איני סבור כי יש בטענה זו כדי להעלות או להוריד מהניתוח הנורמטיבי שנערך לעיל.

34. נקודת מוצא נוספת היא שאת המונח "ארגון" יש לפרש באופן צר: רק לפי הגדרתו בחוק תובענות ייצוגיות ולא לפי הגדרתו בחוקים אחרים. ודוק, במספר חוקים המופיעים בתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות מוכר מעמדם של ארגונים בהקשרים שונים תוך שלעיתים מוקנית להם זכות תביעה. כך לדוגמה סעיף 7(א) לחוק איסור הפליה קובע כי תאגיד העוסק בהגנה על זכויות יכול להגיש תביעה אזרחית בשל עוולה לפי החוק, גם כאשר העוולה בוצעה כלפי אדם בודד, ובלבד שאותו אדם הסכים לכך. השאלה המשפטית היא האם העובדה שארגון קיבל מעמד דרך "חוק חיצוני" פוטרת אותו מעמידה בתנאים הקבועים ביחס לארגונים בחוק תובענות ייצוגיות. לכאורה ניתן לטעון כי כניסתו של הארגון בנעלי התובע בעל עילת התביעה האישית נעשית דרך החוק החיצוני, ולא דרך הוראת סעיף 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות. לפי גישה זו, הארגון נכנס בשערי חוק תובענות ייצוגיות כ"תובע בעל עילה" לפי סעיף 4(א)(1) לחוק, ולכן לא נדרש לעבור את המשוכות הניצבות בפני ארגון בסעיף 4(א)(3) לחוק [ראו דיון בדעה זו במאמרו של פינק, תובענות ייצוגיות, בעמ' 166].

35. עמדתי כאמור היא שאין להקיש מהמעמד אותו קיבל ארגון מכוח חוקים חיצוניים לעניין מעמדו לצורך הגשת תובענה ייצוגית. ההוראות המעניקות מעמד לארגונים בחוקים חיצוניים לא חוקקו תוך בחינת מכלול ההיבטים הנדרשים לצורך הענקת מעמד לארגון כתובע ייצוגי. מעבר לכך, חוק תובענות ייצוגיות קובע משוכות ותנאים כלפי ארגונים אשר לא קיימים בחוקים החיצוניים, כגון הדרישה לפעילות סדירה וממשית במשך שנה לפחות. לא למותר לציין כי גם הבנת הרקע לחקיקת חוק

תובענות ייצוגיות מובילה למסקנה דומה, כאשר יש לזכור שהמחוקק ביקש לרכז את מכלול ההיבטים הדיוניים הקשורים להגשת תובענה ייצוגית תחת חוק אחד [ראו בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות: "מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות"; ובתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005]. לפיכך מובן כי אימוץ פרשנות המאפשרת לארגון לקבל מעמד מכוח חוקים חיצוניים לצורך הגשת תובענה ייצוגית, יוביל למעשה לביזורם של אותם ההיבטים הדיוניים שבכוונת מכוון רוכזו תחת כנפי חוק תובענות ייצוגיות, בניגוד לכוונת המחוקק.

36. המשוכה הראשונה הניצבת בפני ארגון המבקש להגיש תובענה ייצוגית חלף תובע בעל עילת תביעה אישית קבועה בסעיף 2 לחוק. סעיף זה מגדיר מהו "ארגון" לעניין סעיף 4(א)(3) לחוק, ובתוך כך קובע מספר תנאים בהם נדרש הארגון לעמוד. בפרט, הסעיף קובע שעל הארגון להוכיח כי הוא תאגיד אשר פועל באופן סדיר וממשי, כי פעילותו צברה כברת דרך כלשהי ובוצעה במשך שנה לפחות, כי מטרת פעילותו היא מטרה ציבורית, וכי נכסיו והכנסותיו משמשים באופן בלעדי להשגת המטרה הציבורית. כפי שצוין לעיל, תנאים מקדמיים אלו הקבועים בסעיף ההגדרות לחוק תובענות ייצוגיות מעידים כי המחוקק ביקש לפתוח את השער להגשת תובענות ייצוגיות אך ורק לארגונים פעילים שהוכיחו את עצמם בתחום פעילותם, אשר אופיים הוא ציבורי במובהק, ואשר לא התאגדו אך ורק לצורך הגשת התובענה הייצוגית.

37. בהנחה שארגון המבקש להגיש תובענה ייצוגית צלח את המשוכה שנקבעה בסעיף 2 לחוק תובענות ייצוגיות, המשוכה הבאה שניצבת בפניו היא הוכחת קיומם של שני התנאים המרכזיים לעניין כשירותו, הם התנאים הקבועים במסגרת סעיף 4(א)(3) לחוק. ראשית, על הארגון המבקש להוכיח כי התובענה היא בתחום אחת מהמטרות הציבוריות שבו הוא עוסק. גם הגבלה זו מעידה על רצונו של המחוקק לאפשר הגשת תובענות ייצוגיות בידי ארגונים במשורה, באופן שיבטיח כי הארגון אמנם מתאים לנהל את התובענה הייצוגית בשם הקבוצה, בין היתר בשל בקיאותו ומומחיותו בתחומה. שנית, וזהו ככל הנראה התנאי המהווה את המשוכה העיקרית הניצבת בפני הארגון המבקש, הארגון נדרש לשכנע את בית המשפט כי קיים קושי להגיש את הבקשה בידי אדם בעל עילת תביעה אישית. תנאי זה מלמד על העדפה ברורה מצד המחוקק להגשת תובענה ייצוגית שלא בידי ארגון, אלא בידי תובע בעל עילת תביעה אישית, הניזוק הישיר עצמו. זאת מתוך הבנה כי יש ערך בכך שהניזוק הישיר הוא שעומד על זכויותיו.

38. לעניין דרישת החוק להוכיח קושי במציאת תובע בעל עילת תביעה אישית, בעיקרו של דבר מקובלת עלי הגישה הפרשנית שלפיה את המונח "קושי" יש לפרש

בכל עניין לפי נסיבותיו. עם זאת, ובלי לטעת מסמרות, ניתן לחשוב על מספר אינדיקציות שעשויות להעיד על קיומו של קושי כאמור. כך, ניתן לחשוב שבעיה של חסרון כיס בקרב תובעים פוטנציאליים עלולה להצביע על קושי. ברי כי ככל שעלות הגשת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית נחזית להיות גבוהה יותר, גובר החשש כי לא ימצא תובע בעל עילת תביעה אישית אשר יסכים לפתוח בהליך. חשש זה רלבנטי למשל במצבים שבהם קבוצת הניזוקים "מוחלשת" וחבריה אינם בעלי אמצעים כלכליים מספיקים, ובפרט כאשר יש לתמוך את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית בחוות דעת שעלותה ניכרת. בנוסף, ניתן לחשוב על תחומים או מצבים שבהם הניזוקים הישירים אינם מודעים לעצם הפגיעה בהם בשל פערי ידע או היעדר יכולת להבין את הפגיעה. במצבים אלו, כאשר הניזוקים הישירים מתקשים לאמוד את הפגיעה בהם, עלול להימצא קושי בשכנועם להגיש תובענה ייצוגית בשמם. חסמים תרבותיים עלולים אף הם להקשות לעתים על מציאת תובע בעל עילת תביעה אישית, והם רלבנטיים למצבים המאופיינים בקיומו של פער תרבותי המרתיע תובעים בעלי עילת תביעה אישית לפנות אל הערכאות [ראו בשינויים המתחייבים: יובל אלבשן "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" עלי משפט ג 497, 510 (2004)].

39. יודגש כי נטל ההוכחה לעניין הוכחת הקושי במציאת תובע בעל עילת תביעה אישית מוטל על הארגון המבקש. בהקשר זה מקובלת עלי גישתו העקרונית של בית המשפט המחוזי בעניין הצלחה לפיה על הארגון המבקש להוכיח כי הוא פעל "בשקיפה סבירה" לצורך איתור תובע בעל עילת תביעה אישית, וזאת הן במובן "הכמותי" והן במובן "האיכותי". אף לשיטתי, אין מקום לקבל טענה כי קיים קושי למצוא תובע בעל עילת תביעה אישית, מקום שטענה כאמור לא גובתה בניסיון אמיתי למצוא תובע. הנחת הבסיס הינה שעל הארגון להוכיח שהוא פעל כדי לאתר תובע שיעמוד בתנאי סעיף 4(א)(1) לחוק, וזאת, אף שאין לשלול מראש אפשרות לקיומם של מצבים חריגים שבהם בית המשפט עשוי להשתכנע כי קיים קושי למצוא תובע בעל עילת תביעה אישית, גם מבלי שנעשה ניסיון לפנות ישירות לתובעים פוטנציאליים. בהקשר זה, אפשר ובית המשפט ישתכנע כי ישנו קושי אינהרנטי או שקיימים נתונים מיוחדים, מוצקים ומשכנעים אחרים הנובעים מנסיבות המקרה, אשר די בהם כדי להוביל למסקנה כי קיים קושי למצוא תובע לפי סעיף 4(א)(1) לחוק.

40. לבסוף יש לציין כי גם אם הארגון לא עבר את המשוכות הקבועות בסעיף 4(א)(3) לחוק אין משמעות הדבר בהכרח כי דין הבקשה לאישור להימחק או להידחות. יש לזכור כי חוק תובענות ייצוגיות קובע כי ככל שהבקשה לאישור תובענה ייצוגית עומדת במבחנים הנדרשים, אזי בית המשפט יכול לאשרה גם במקרה שבו הגורם

המבקש אינו עומד בתנאים הנדרשים ממנו לפי סעיף 4 לחוק. כך, סעיף 8(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי בית המשפט יוכל לאשר את התובענה "אם מצא כי ניתן להבטיח את קיומם של תנאים אלה בדרך של צירוף תובע מייצג או בא כוח מייצג או החלפתם, או בדרך אחרת", וסעיף 8(ג)(2) לחוק קובע כי: "מצא בית המשפט כי התקיימו כל התנאים האמורים בסעיף קטן (א), ואולם לא מתקיימים לגבי המבקש התנאים שבסעיף 4(א)(1) עד (3), לפי הענין, יאשר בית המשפט את התובענה הייצוגית אך יורה בהחלטתו על החלפת התובע המייצג". במילים אחרות, קביעה שלפיה ארגון אינו עומד בתנאים שנקבעו בסעיף 4(א)(3) לחוק אינה שוללת מניה וביה את התובענה עצמה, וניתן להמשיך לבררה בדרך של החלפת הגורם המבקש. כך למשל, אם הארגון לא עמד בתנאי החוק מכיוון שקיים תובע בעל עילת תביעה אישית – אפשר להחליף את הארגון באותו התובע ולהמשיך בבירור התובענה. באותו האופן, אם הארגון לא עמד בתנאי החוק מכיוון שלמשל מטרתו הציבורית שונה מתחום התובענה – אפשר והוא יוחלף בארגון אחר שתחום התובענה הולם את מטרותיו [לדיון נרחב יותר בעניין זה ראו פסקה 32 בעניין הצלחה].

41. הנה כי כן, לסיכומו של פרק זה, על הארגון המבקש להגיש תובענה ייצוגית חלף תובע בעל עילת תביעה אישית, לעמוד בתנאים המצטברים הבאים:

- א. ראשית, על הארגון להוכיח שהוא עומד בתנאי סעיף 2 לחוק תובענות ייצוגיות, ובתוך כך שהוא תאגיד פעיל ומוכח, הפועל באופן סדיר וממשי, במשך שנה לפחות, ושמטרת פעילותו היא במובהק מטרה ציבורית;
- ב. שנית, על הארגון להוכיח שהתובענה היא בתחום אחת ממטרותיו הציבוריות;
- ג. ושלישית, על הארגון להוכיח כי קיים קושי להגיש את הבקשה בידי אדם בעל עילת תביעה אישית, כאשר המונח "קושי" ייבחן בהתאם למקרה ולנסיבותיו, ובשים לב למספר אינדיקציות שצוינו לעיל אשר אינן מהוות רשימה סגורה. ככלל הוכחת תנאי זה תדרוש הצגת נתונים לפיהם הארגון פעל "בשקידה סבירה" לצורך איתור תובע בעל עילת תביעה אישית, וזאת הן במובן הכמותי והן במובן האיכותי; אך זאת בכפוף להיתכנותם של מצבים חריגים, בהם ישוכנע בית המשפט כי ישנו קושי אינהרנטי או שקיימים נתונים מיוחדים, מוצקים ומשכנעים אחרים הנובעים מנסיבות המקרה, אשר די בהם כשלעצמם כדי ללמד על קושי במציאת תובע בעל עילת תביעה אישית.

42. אשר לענייננו, בית המשפט המחוזי קבע כי עמותת קולך עונה לתנאים דלעיל, ולכן הינה "ארגון כשיר" להגיש את התובענה הייצוגית. התרשמתי כי מסקנה זו

מוצדקת ואין יסוד להתערב בה. תחילה יצוין כי תחנת הרדיו אינה חולקת על קיומו של התנאי הראשון, הדין בעמידת הארגון בתנאי סעיף 2 לחוק תובענות ייצוגיות, שהרי אין היא יוצאת נגד קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי לפיהן קולך היא "ארגון הפועל מזה מספר שנים" [פסקה 46 להחלטה], פעילותה נעשית באופן סדיר וממשי ומטרתה המוצהרת היא בעיקרה מטרה ציבורית אשר עוסקת בסוגיות הקשורות ב"קידום מעמד האישה בחברה היהודית הדתית ובחברה הישראלית" [שם]. לעומת זאת, תחנת הרדיו ממקדת את טענותיה בערעור ביחס לעמידתה של קולך בשני התנאים הקבועים בסעיף 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, הם התנאים השני והשלישי, כשלדידה קולך לא הוכיחה שהתובענה עוסקת בתחום מטרותיה-שלה ממש, ובעיקר לא הוכיחה כי קיים קושי להגיש את התובענה בידי תובעת בעלת עילת תביעה אישית.

43. תחילה אציין כי לא מצאתי מקום להתערב בקביעה כי קולך הוכיחה כי התובענה היא בתחום מטרותיה הציבוריות. בית המשפט המחוזי ביסס את קביעתו זו על ראיות שהוצגו לפניו, וקבע כי התנאי מתקיים במישור העובדתי, קביעה שערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב בה. מעבר לכך, טענתה של תחנת הרדיו בהקשר זה נשענת על סברתה כי מטרותיה של קולך אינן מתיישבות לכאורה עם הקבוצה שהיא מתיימרת ומבקשת לייצג, כאשר לגישתה "המטרה של הארגון צריכה להיות זהה למטרה של הקבוצה" [פסקה 42 לבקשה]. בכל הכבוד, בטענה זו אין ממש. כפי שצוין בהחלטת בית המשפט המחוזי, סעיף 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות אינו כולל תנאי של זהות או חפיפה בתפישת העולם של הארגון עם כל תובעת בקבוצה הנפגעת. סעיף 4(א)(3) לחוק מתמקד בשאלה האם התובענה עוסקת במטרות הציבוריות של הארגון, ובמקרה דנן ניתן לומר במובהק כי עמותת קולך הציבה לה למטרה לקדם את מעמד האישה בקהילה הדתית ובחברה הישראלית. העובדה שהתובענה עוסקת גם בנשים המשתייכות לקהילה החרדית, אינה מלמדת כי מדובר בחריגה מתחום המטרות של הארגון, באופן ששולל את כשירותה של קולך. דברים אלו נכונים ביתר שאת, נוכח קביעתו של בית המשפט כי במישור העובדתי קולך פעילה גם במגזר החרדי; כי ממילא הזיכיון שניתן לתחנת הרדיו לא הוגדר לקהילה החרדית בלבד, אלא "להקמת רדיו תורני-מסורתית-ספרדי", כלומר להקמת תחנת רדיו המיועדת לציבור שומרי המצוות ולא רק לציבור החרדי; וכי תחנת הרדיו עצמה הצהירה כי קהל מאזיניה אינו כולל אך ורק קהל מאזינים חרדי [ראו פירוט בפסקה 46 להחלטת בית המשפט המחוזי].

44. לאחר שהתחבטתי בדבר, מסקנתי היא שאין מקום להתערב גם בקביעה כי קולך הוכיחה שקיים היה קושי להגיש את הבקשה בידי תובעת בעלת עילת תביעה אישית. לא התעלמתי מכך שקולך הסתפקה בלציין כי "קיים קושי אינהרנטי" בנסיבות העניין,

בלא שניסתה להוכיח את אותו הקושי על ידי הצגת נתונים כלשהם המעידים כי היא פעלה "בשקיפה סבירה" כדי למצוא תובעת בעלת עילת תביעה אישית. כמו כן, כפי שטוענת תחנת הרדיו, ובמידה רבה בצדק, ייתכן כי פניה מצד קולך לנשים פוטנציאליות שנפגעו במישרין ממדיניות תחנת הרדיו לא הייתה עולה בתוהו. יש טעם גם בטענתה של תחנת הרדיו לפיה מנתוני הסקר שהגישה קולך עלה כי 2.4% מהנשים שנשאלו הצהירו כי הן מוכנות לפעול משפטית לשינוי המצב, נתון אשר מלמד כי קיימות נשים – ולו מועטות – שאפשר והיו מוכנות להיות התובעות הייצוגיות לפי סעיף 4(א)(1) לחוק. ואולם, בית המשפט המחוזי התרשם על יסוד נתונים מוצדקים ומשכנעים אחרים, כי בנסיבות העניין קיים קושי בהגשת תובענה ייצוגית בידי תובעת בעלת עילת תביעה אישית, תוך שהוא מבסס קביעתו על נימוקים רבים ובעלי היגיון אשר הובילוהו למסקנה זו, ובנקודה זו דעתי-כדעתו.

45. הנימוק העיקרי התומך במסקנה כי היה קיים קושי למצוא תובעת בעלת עילת תביעה אישית במקרה דנן הוא, כי קיימת רתיעה מצד נשים חרדיות לעמוד בחזית המאבק להגברת השוויון המגדרי בקהילה החרדית מחמת חששן מפני פגיעה במעמדן בקהילה. קביעה זו נתמכה בעדותה של גב' חנה קהת, מנכ"לית קולך, אשר תוכנה נמצא מהימן, ואיני רואה לנכון להתערב בה. נימוק זה הולם גם את הצהרתה של תחנת הרדיו לפיה חלק מהנשים המאזינות לתחנה נוהגות לכבד את קוד ההתנהגות הדתי, כך שסביר להניח כי הן לא תמהרנה להגיש תובענה ייצוגית, אף אם הן תחושנה השפלה ופגיעה בכבודן. בתופעה דומה נתקלנו עת בחנו את סוגיית "קווי המהדרין", כאשר התמונה שהצטיירה לגבי ההפרדה במקרה דאז הייתה ש"נשים שלא צייתו מיד להסדר החדש היו נתונות להצקות, לעלבונות, ללחצים ואיומים, והדברים הגיעו עד כדי אלימות פיזית של ממש" [רימלט, עמ' 117], וכך ש"רבים מהמתנגדים הביעו עמדה זו בעילום שם... מחשש פן יבולע להם" [טריגר, עמ' 726]. על רקע זה מסקנתי היא כי אכן להיבט התרבותי במקרה הנדון משקל מכריע, שדי בו כדי להקים את החשש כי אלמלא הגיש ארגון קולך את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית, היא כלל לא הייתה מוגשת. זאת ועוד, ולכך משמעות רבה מאוד בענייננו, אף אם הייתי משתכנע בצדקת טענת תחנת הרדיו כי ניתן היה לאתר תובעת בעלת עילת תביעה אישית שיכולה הייתה להגיש את הבקשה בעצמה, איני סבור כי היה מקום להורות על מחיקת התובענה או דחייתה, אלא לכל היותר על החלפת הארגון באותה התובעת. מסיבות אלה, מסקנתי היא כי אין מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי, המבוססת על נסיבות המקרה המיוחדות, כי קולך הוכיחה במידה הנדרשת שקיים קושי למצוא תובעת בעלת עילת תביעה אישית במובן סעיף 4(א)(3) לחוק.

46. יוצא אפוא כי אין מקום לקבל את טענתה הראשונה של תחנת הרדיו לפיה ארגון קולך אינו "כשיר" להגיש את התובענה הייצוגית. כפי שפורט, אף שככלל הפרשנות שיש לנקוט בה ביחס לסעיף 4(א)(3) לחוק היא פרשנות מצמצמת, במקרה הנדון הוכחו התנאים הנדרשים לעמידה בתנאיו. על כן, אציע לחברותיי שלא להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי בהקשר זה.

(ד) עילת התביעה

47. ראשית הדיון בנושא עילת התביעה הוא בשאלה האם חוק איסור הפליה חל בנסיבות העניין. ככל שייקבע כי החוק אכן חל, וככל שהמדיניות בה נקטה התחנה אכן מהווה הפליה אסורה לפיו, הרי שאין מחלוקת כי ישנה עילה להגיש תובענה ייצוגית על יסוד צירופן של הוראת סעיף 3(א) ופרט 7 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות. הסעיפים הרלבנטיים לצורך ניתוח הטענה בדבר תחולת חוק איסור הפליה הם סעיפים 2(א), 3(א), 3(ד)(1), 3(ד)(3) ו-5(א) לחוק, הקובעים כדלהלן:

הגדרות 2. (א) בחוק זה –

"שירות ציבורי" – שירותי תחבורה, תקשורת, אנרגיה, חינוך, תרבות, בידור, תיירות ושירותים פיננסיים, המיועדים לשירות הציבור.

[...]

3. (א) מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי או הורות. [...]

איסור הפליה
(תיקון מס' 1)
תשס"ה-2005
(תיקון מס' 3)
תשע"ד-2014

(ד) אין רואים הפליה לפי סעיף זה –
(1) כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי;
(2) [...];
(3) בקיומן של מסגרות נפרדות

לגברים או לנשים, כאשר אי הפרדה תמנע מחלק מן הציבור את הספקת המוצר או השירות הציבורי, את הכניסה למקום הציבורי, או את מתן השירות במקום הציבורי, ובלבד שההפרדה היא מוצדקת, בהתחשב, בין השאר, באופיו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי, במידת החיוניות שלו, בקיומה של חלופה סבירה לו, ובצורכי הציבור העלול להיפגע מן ההפרדה.

[...]

עוולה אזרחית 5. (א) מעשה או מחדל בניגוד לסעיפים 3 ו-4 הם עוולה אזרחית, והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש], יחולו עליהם, בכפוף להוראות חוק זה.

48. כאמור, השאלה הראשונה בנושא העילה היא האם קיימת תחולה לחוק איסור הפליה. בית המשפט המחוזי השיב לשאלה זו בחיוב, בדחותו את הפרשנות המצמצמת שהציגה תחנת הרדיו לפיה חוק איסור הפליה עוסק רק במובן של נגישות לשירות או למוצר. בית המשפט סבר, כי פרשנות זו אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק או תכליתו, וכי איסור ההפליה בהספקת "שירות ציבורי" מתייחס לא רק לנגישות לשידורי תחנת הרדיו, אלא לכלל השירותים שהיא מעניקה למאזינים, לרבות שידורי חדשות, פרשנויות ושידור תכניות בהן מועלים מאזינים לשידור.

49. גישתו של בית המשפט המחוזי בהקשר זה מקובלת עלי במלואה, ואיני רואה צורך להרחיב רבות מעבר לאמור לגביה בהחלטתו. ראשית יצוין כי בית המשפט דן לעומק בנושא העילה, אף שבשלב דיוני זה די בבחינתה במישור הלכאורי בלבד [השוו לפסק דיני ברע"א 3814/14 חוגלה קימברלי שיווק בע"מ נ' מסטיי, פסקה 11 (6.7.2015)]. לגופו של עניין, הפרשנות שהציג בית המשפט עולה בקנה אחד עם פסיקות קודמות של בית משפט זה לעניין היקף פרישתו של חוק איסור הפליה, המלמדות כי החוק משקף מגמה ארוכת שנים של הרחבת תחולתו של עקרון השוויון גם בתחומי המשפט הפרטי, וכן שתכליתו של החוק מחייבת לדחות פרשנויות אשר משמעותן היא הותרת מופעים של הפליה על כנם [ראו עניין פרז'אנסקי, פסקה 29; עניין רגן, פסקה ל"ד לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין]. גם עיון בהליכי החקיקה

השונים מלמדים על רצונו של המחוקק לפרוש באופן נרחב את יריעת החוק על מופעים של הפליה, ובפרט על מופעים של הפליה גנרית על בסיס מין [השוו למשל להצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים (תיקון מספר 4) (איסור על ביזוי או השפלה מחמת הפליה), התשע"ד-2013]. לא למותר לציין כי עמדתו של בית המשפט המחוזי בשאלת תחולתו הלכאורית של חוק איסור הפליה עולה בקנה אחד גם עם העמדה שהובעה בדו"ח הצוות המשרדי, אשר בגדרו נקבע כי: "סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 קובע כי שירותי תקשורת מהווים "שירות ציבורי". לפיכך לתחנה אסור להפלות במתן השירות הציבורי מחמת מין" [שם, פסקה 179]. עמדה זו מתיישבת גם עם גישות הדוגלות בפרשנות צרה ביחס לתחולתו של חוק איסור הפליה [ראו: משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" עלי משפט ג' תשס"ג 15, 35 (2003), (להלן: כהן-אליה)].

50. אטעים בקצרה, כי התמקדותה של תחנת הרדיו דווקא בשאלת הנגישות לשידורי הרדיו אינה ברורה לי. העובדה כי נשים רשאיות להאזין לתחנת הרדיו כגברים, אינה שוללת את הטענה כי במקביל ננקטה כלפיהן הפליה במתן שירותים אחרים. יתרה מכך, ניתן לראות בטענה שמעלה תחנת הרדיו משום פרקטיקה שלפיה "מותר להיכנס – אך אסור להשתתף". הדבר דומה אפוא למועדון אשר כל הבאים בשעריו רשאים אמנם להיכנס לשטחו, אך רק חלקם יכולים ליטול חלק בפעילות שמתרחשת בפנים. הרי גם אם נשים יכולות להאזין לשידורי התחנה הן לא היו רשאיות לקחת חלק בפעילות הנכללת בשידורים. האם ניתן לומר כי פרקטיקה זו אינה מהווה הפליה לכאורה? ברי בעיני כי התשובה לשאלה זו היא שלילית. אין ספק כי כחלק מהשירותים שאותם מספקת תחנת הרדיו למאזיניה נכללת האפשרות של המאזינים להשתתף בשידורים ולהביע את דעתם, זוהי "פעילות" ("שירות") שהתחנה מציעה. אשר על כן, חסימתה של אפשרות זו בפני נשים בשל היותן נשים – ככל שתוכח – בהחלט עשויה לעלות כדי הפליה אשר חוק איסור הפליה חל לגביה. בתוך כך, יש לדחות את טענת תחנת הרדיו כי לנשים אין "זכות קנויה" לעלות לשידור ולהביע את עמדתן. השאלה אינה זכותן של נשים להשתתף בשידורי רדיו, וממילא איננו עוסקים בשאלה זו, אלא בזכותן של נשים שינהגו כלפיהן בשוויון, באופן שבו אפשרויות לא תהיינה סגורות בפניהן בו בזמן שהן פתוחות ונגישות לגברים.

בעניין זה, ולא למעלה מן הצורך, יצוין כי לאחרונה הוגשה לערכאות תובענה שעסקה בסירובו של עיתון חרדי לפרסם תעמולת בחירות של רשימת מועמדות חרדיות לכנסת ה-20, על רקע היותן נשים. בית המשפט המחוזי הביע את עמדתו לפיה

פרקטיקה זו כשעצמה מהווה הפליה אסורה במובן חוק איסור הפליה, אף שיצוין כי בקשת רשות ערעור שהוגשה לבית משפט זה התקבלה מטעמים אחרים [ראו: ת"א (מחוזי מרכז-לוד) 25435-03-15 קוליאן נ' יתדות ת.ש.מ.ו. הוצאה לאור ופרסומים בע"מ (13.3.2015), השופט י' שפטר; רע"א 1868/15 יתדות ת.ש.מ.ו. הוצאה לאור ופרסומים בע"מ נ' קוליאן (15.3.2015), השופט נ' הנדל].

51. נוכח קביעתי הדוחה את פרשנותה המצמצמת של תחנת הרדיו בהיבט העקרוני, אפנה אפוא לדון בשאלה האם המדיניות בה נקטה תחנת הרדיו אכן מהווה הפליה לכאורה לעניין סעיף 3(א) לחוק, וככל שכן, האם חלים החריגים הקבועים בסעיפים 3(ד)(1) ו-3(ד)(3) לחוק, אשר מורים כי גם במקרה כזה אין רואים הפליה כאשר "הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר" ובנוסף כי ניתן לקיים "מסגרות נפרדות לגברים או נשים ... ובלבד שההפרדה היא מוצדקת". טענת תחנת הרדיו בהקשר זה היא כזכור, שהבחנה מגדרית מתחייבת בשל האופי התורני-מסורתי של תחנת הרדיו ובשל העמדה ההלכתית של וועדת הרבנים, ולכן לא מתקיימת הפליה, ולחילופין שחלים החריגים הקבועים בחוק איסור הפליה, כך שלא ניתן יהיה לתבוע אותה בגין מדיניותה.

52. לעניין סעיף 3(א) לחוק, דומני שלא יכול להיות ספק כי הנחת היסוד היא שמדיניות התחנה מהווה הפליה כלפי נשים במובן הסעיף. כפי שניתן היה להבין כבר מהדיון הכללי שנערך לעיל אודות הדרת נשים, נורמה המונעת מנשים לקחת חלק בפעילות במרחב הציבורי רק בשל היותן נשים, מוחזקת מלכתחילה כפוגעת בזכותן של נשים לשוויון, וזאת אף אם בסיומה של הבדיקה חזקה זו תיסתר וייקבע כי ההבחנה המגדרית מותרת מפאת "שוני רלבנטי" או מסיבה מוצדקת אחרת [לעניין חזקה זו, ראו גם סעיף 6(2) לחוק איסור הפליה]. בענייננו, ככל שיתברר כי נשים לא היו רשאיות להשתתף בשידורי התחנה, בעוד שגברים היו רשאים לעשות כן, הרי שלא מן הנמנע כי פעילות התחנה תיכנס לגדרו של סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה. השאלה שעמה יש להתמודד כעת היא האם חזקה זו נסתרת לכאורה בהוכחת "שוני רלבנטי" שהצדיק התייחסות שונה לנשים בנסיבות המקרה; שאלה שיש לבחנה בגדר הדיון בתחולת החריגים הקבועים בחוק.

53. לגבי החריגים, אין חולק שנוסחאות האיזון הקבועות בסעיפים 3(ד)(1) ו-3(ד)(3) לחוק מאפשרות להכיר בפרקטיקות של הבחנה מגדרית בין נשים וגברים משיקולי דת. המחוקק הביע את דעתו בעניין זה מפורשות בגדר הסעיפים, ואף קבע בסעיף 3(ד)(3) לחוק הוראה קונקרטיית לעניין הסדרי הפרדה בין גברים לבין נשים. ואולם, כדי שיחול איזה משני החריגים הנ"ל יש להוכיח כי אכן הנורמה הדתית מחייבת

או לכל הפחות מצדיקה את נקיטת היחס השונה כלפי הנשים. בספרות המקצועית נאמר כי על מנת להגיע למסקנה זו יש לבחון בין היתר את משקלה של הנורמה הדתית בתוך הקהילה הרלבנטית בשים לב לתרבותה, וכן לבחון האם משקלה כבד עד כדי כך שהוא מטה את כפות המאזניים לטובתה, חרף הפגיעה בזכויות הפרט. עוד נכתב, כי אחת ההבחנות החשובות אשר עשויה לסייע בשקלול האינטרסים המתנגשים בנדון הינה ההבחנה בין נורמות שהדת מחייבת לבין נורמות שהדת מאפשרת. ככל שהפרקטיקה הדתית של הפרדה בין נשים לבין גברים מבוססת על חיוב דתי (ציווי) וכל שחיוב זה מצוי בליבה ההלכתית או התרבותית, כך נוטות כפות המאזניים לכיוון החלת החריגים, ולהיפך. עמד על כך בהרחבה פרופ' אמנון רובינשטיין במאמרו "שקיעתה, אך לא מותה, של הרב-תרבותיות" הפרקליט מט(1) 47, 89-90 (2006):

"הבחנה נוספת היא זו שנעשתה בבית המשפט העליון הישראלי בין נורמות שהדת מחייבת לבין נורמה שהדת מאפשרת. כך למשל, האסלאם לא מצווה על ריבוי נשים אלא רק מתיר זאת, ומשום כך איסור הביגמיה אינו פוגע בנורמה הדתית או בחופש הדת.

שאלה מסוג זה עלתה בכנסת בדיוניה בנושא חוק איסור הפליה בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000. תכלית החוק היא "לקדם את השוויון ולמנוע הפליה בכניסה למקומות ציבוריים". איסור ההפליה חל גם על מינו של האדם. התעוררה השאלה, מהו הדין לגבי מקומות המשרתים יהודים חרדיים או מוסלמים אדוקים שבהם הפרדה בין נשים לגברים נדרשת על ידי תרבותם ומסורתם, ובלעדיה לא ייזקקו הנשים והגברים לשירות או למקום. בוועדת חוקה חוק ומשפט, שעסקה בנושא זה בשורה של ישיבות רבות ויכוחים, נחלקו הדעות. ארגוני הנשים – המייצגים את הנאמנות לשוויון בין המינים – ביקשו לאסור הפרדה, ואילו הנציגים החרדים אשר דיברו בשם הרב-תרבותיות – הצביעו על כך שללא הפרדה, יימנע הציבור החרדי מלהיזקק לשירות או למקום. לבסוף אימצה ועדת חוקה ומשפט פשרה, שבאה לידי ביטוי בסעיף 3(ד)(3) של החוק [...]

פשרה זו היא קשה בהתייחסה להפרדה בין המינים ואף קשה שבעתיים לגבי הפרדה בין דתות וגזעים. ואולם יש לשפוט כל מקרה לגופו בהתאם לנסיבות הייחודיות ולפי המבחנים לאיזון שהוצעו לעיל. כך למשל, במקרה זה מדובר בציבור יהודי-חרדי או מוסלמי, שביחס אליו מדובר בנורמות שהדת מחייבת (ולא רק מאפשרת) ושמשקלו של האיסור הדתי הוא כה חזק ומשמעותי עד כדי שאי-הפרדה יכולה למנוע שימוש בשירות או במוצר [...]. נדרש להתחשב גם במבחני האיזון שהוצעו לעיל – בנוגע לעצמת הפגיעה של הנורמה הדתית-מסורתית בפרט, משקלה של הנורמה הדתית בתרבותה ובשאלה האם מדובר בציווי דתי או באפשרות דתית." [ההדגשות הוספו בחלקן – י.ד.]

לדברים ברוח דומה המעידים אף הם על חשיבות ההבחנה בין נורמה דתית "מאפשרת" לבין "איסור" הלכתי, ראו גם בעניין שקדיאל, פסקה 22; בכג"ץ 6111/94 הוועד לשומרי מסורת נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד מט(5) 94, 101-102 (1995); בכג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נה(4) 267, 282 (2001), בו נאמר למשל בחוות דעת המיעוט של השופטת ד' דורנר כי המבחן הוא "אם הפעולה האסורה נכפית על שומרי מצוות או שמא נמנע מהם קיום חיוב דתי"; ובספרו של מנחם אלון "מעמד האישה – משפט ושיפוט, מסורת ותמורה, ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטיה" 53 (2005). למבחנים מעט שונים מאלו שמציע פרופ' אמנון רובינשטיין במאמרו הנ"ל, ראו במאמרם של הראל ושנרך (עמ' 75); ולהסתייגות מהמבחנים שמציעים הראל ושנרך ראו במאמרה של רימלט (עמ' 127).

54. במקרה שלפנינו אין לומר שהפרקטיקה הדתית מחייבת או מצדיקה את הפעלת החריגים בחוק איסור הפליה. אני מתקשה לקבל את עמדתה של תחנת הרדיו לפיה מדיניותה מוצדקת מתוקף הנורמות ההלכתיות וההוראות שקיבלה, ולבטח איני סבור כי משקלה של נורמה זו בקהילה החרדית מצדיק את הפגיעה הקשה לכאורה בזכויות היסוד של נשים. יודגש כי אף לשיטתה של תחנת הרדיו הנורמה הדתית המבססת את ההבחנה המגדרית בשידורים אינה נורמה מחייבת, אלא מדובר בנורמה מאפשרת בלבד, כאשר חוות הדעת ההלכתית שעליה נסמכת התחנה – זו של הרב עובדיה יוסף ז"ל – קבעה במפורש כי האיסור על השמעת נשים אינו בגדר איסור הלכתי אלא בגדר הידור מצווה [ראו: פסקה 62 להחלטת בית המשפט המחוזי; פסקה 181 לדו"ח הצוות המשרדי]. למעלה מכך, הנתונים במקרה הנדון מלמדים כי הצביון התרבותי והדתי של תחנת הרדיו נשמר גם לאחר שהפרקטיקה הנטענת של הדרת הנשים משידורי התחנה נפסקה בגדר הליכי האסדרה, מה גם שהיקף פעילותה של התחנה רק הלך וגדל. בנסיבות אלה לא הוכח שהנורמה הדתית מחייבת או מצדיקה את נקיטת היחס השונה כלפי הנשים, ואף קשה להלום גישה לפיה הפסקת הנורמה פגעה באופן ממשי בתחנת הרדיו. מכאן קצרה הדרך למסקנה לפיה בשלב לכאורי זה נראה כי שני החריגים לחוק איסור הפליה לא חלים.

55. מעבר לכך, החריג הקבוע בסעיף 3(ד)(3) לחוק אינו חל לכאורה בענייננו גם מהטעם שהוא מדבר על קיומן של "מסגרות נפרדות" בין נשים לבין גברים, דהיינו על הסדר של הפרדה, בדומה למשל לנסיבות המקרה שנדון בעניין דגן. ואולם בענייננו ממילא לא היה מדובר בהסדר של הפרדה, אלא בהסדר שמנע לכאורה מנשים, ורק מהן,

להשתתף בשידורי תחנת הרדיו. גם מסיבה זו נדמה שאין תחולה לסעיף לפי לשונו ותכליתו.

56. אפשר וראוי להוסיף לגבי שני החריגים הנ"ל, כי למרות שחוק איסור הפליה מכיר בהם, הרי שממילא "לא לכל פרקטיקה תרבותית קבוצתית יש ליתן מקום, לא תמיד יש להתייחס לרצונו 'החופשי' של חבר בקבוצה תרבותית מסוימת כאל רצון חופשי, גם לא כל 'רצון חופשי' יש לכבד" [דברי השופט א' רובינשטיין בעניין רגן, פסקה י'], וברי שבמצבים מסוימים, בהם הפגיעה בפרט היא מכרעת, תיתכן פסילה של פרקטיקה דתית או תרבותית גם אם זו מבוססת על ציונים דתיים וכביכול נמצאת בליבת התרבות או הדת. גישה זו הובעה לא אחת על ידי בית משפט זה, כאשר בין היתר נאמר כי מרבית הגישות העיוניות מצדיקות "הכפפה" כמעט קטגורית של פרקטיקות תרבותיות ודתיות לאמות מידה בסיסיות מסוימות, כגון לאמת המידה של הזכות לכבוד האדם כמוכנה הגרעיני [השוו לחוות דעתו של השופט ח' מלצר בבג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פסקה 6 (6.8.2009); והאסמכתאות המובאות שם]. במובן זה, ניתן להניח שהחריגים לחוק איסור הפליה לא יחולו באותם המקרים בהם אמות מידה אלה אינן נשמרות. על כל פנים, דברים אלו נאמרים בבחינת למעלה מן הצורך, שכן כאמור, מסקנתי היא כי אין מקום לכאורה להפעיל את החריגים בחוק איסור הפליה מן הטעם שפורט מעלה, ולכן לא נפל פגם במסקנתו של בית המשפט המחוזי בהקשר זה.

57. גם בשאלת החסינות מכוח סעיף 6 לפקודת הנזיקין, לא מצאתי כי נפל פגם המצדיק התערבות בהחלטת בית המשפט המחוזי. בעניין זה מקובלת עלי ההבחנה בה נקט בית המשפט המחוזי בין התקופה שטרם פתיחת הליכי האסדרה לבין התקופה שלאחר מכן. ודוק, אין מחלוקת כי כל אימת שתחנת הרדיו הייתה נתונה לפיקוח הדוק ולדיאלוג מתמשך עם הרשות השניה, וכל זמן שהיא פעלה לפי הנחיות שכוונו במישרין כלפיה, נתונה לה החסינות. קביעה זו בוססה היטב גם על פסיקתו של בית משפט זה [רע"א 8014/09 דקלה חברה לביטוח בע"מ נ' פרידמן, פסקה 5 (21.4.2011); רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, פסקאות 12-13 (26.4.2010)]. בניגוד לכך, נדמה כי אין להחיל את החסינות בכל הנוגע לתקופה שבה פעילות התחנה לכאורה לא נעשתה מכוחן של הנחיות כאמור. בהקשר זה, לא ניתן לקבל את טענת התחנה לפיה החסינות קמה לה גם לפני תחילת הליכי האסדרה משום שבתקופה זו היא הסתמכה בפעילותה על הנחיות הוועדה הרוחנית, מתוך אמונה סבירה ובתום לב כי יש לוועדה זו הרשאה חוקית מתוקף תנאי הרישיון. אף אם תנאי הזיכיון הכירו במעמדה של הוועדה הרוחנית, ברי כי אין בכך כדי ללמד שהוועדה היא בעלת סמכות משפטית ליתן "הרשאה חוקית" לתחנת הרדיו לפעול לכאורה בניגוד לחוק. הוועדה הרוחנית אינה

יכולה להתיר פעולה המנוגדת לתנאי הרישיון או לתנאי החוק. לא זו אף זו: כאמור, חוות הדעת של הוועדה הרוחנית בענייננו ממילא לא קבעה כי קיים איסור הלכתי להשמיע נשים בשידורים, ולפיכך ההחלטה למנוע מנשים לעלות לשידורים הייתה במידה רבה של תחנת הרדיו עצמה. בנסיבות אלה, ובשים לב למישור הלכאורי בו נמצא דיוננו, דין טענת תחנת הרדיו לפיה פעולותיה נעשו מתוך אמונה בתום לב כי ניתנה לה הרשאה חוקית, בהסתמכות על עמדת הוועדה הרוחנית, להידחות.

58. לסיכומו של הדיון בסוגיית העילה, אציע לחברותיי לקבוע כי בשלב דיוני זה אין מקום להתערבותנו בקביעות בית המשפט המחוזי בנקודה זו. כפי שפירטתי לעיל, אין דופי בקביעה כי חוק איסור הפליה חל לכאורה בנסיבות העניין. באותו האופן, גם הקביעה הלכאורית כי מדיניותה של תחנת הרדיו מהווה "הפליה" במובן סעיף 3(א) לחוק, בדין יסודה. כפי שהוסף והוסבר, בנסיבות העניין נדמה כי לא מתקיימים החריגים הקבועים בחוק איסור הפליה, וכמו כן אין מקום לשנות מקביעותיו של בית המשפט המחוזי גם בכל הנוגע לפרישת החסינות הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין. מכאן שיש להתיר על כנה את קביעת בית המשפט לפיה הוכחה העילה לפי סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות במידה הנדרשת בשלב זה.

(ה) הנזק וחישוב הפיצוי

59. כאמור, חלק נכבד מטענותיה של תחנת הרדיו עוסק בסוגיית הנזק וחישוב הפיצוי. בכלל זה טוענת תחנת הרדיו כי לא נגרם "נזק" לחברות הקבוצה שהוגדרה, ולחילופין כי הנשים היחידות שנפגעו הן הנשים שביקשו לעלות לשידור וסורבו. כן נטען כי קיימות בעיות בחישוב הנזק, וכי בית המשפט המחוזי שגה בקביעתו בדבר האפשרות לפסוק פיצוי "ללא הוכחת נזק". תחילה אציין כי ראיתי לנכון לדון בטענות אלה מיד לאחר הדיון בשאלת העילה, היות שבענייננו הולכים הנושאים יד ביד, כפי שיפורט. לגופו של עניין, אף שהתרשמתי מצדקתן של חלק מהטענות שהעלתה תחנת הרדיו לעניין הנזק, מסקנתי היא שיסוד זה הוכח במידה הנדרשת לשלב הדיוני בו אנו מצויים, ולכן אין מקום לשנות ממסקנתו הסופית של בית המשפט המחוזי לגביו.

60. סעיף 4(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות מורנו כי בבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה בידי ארגון נדרש הארגון להראות כי "לכאורה נגרם נזק לחבר הקבוצה או כי קיימת אפשרות סבירה שנגרם נזק לקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה". נקל להיווכח שנטל ההוכחה לעניין יסוד הנזק בשלב אישור התובענה הייצוגית אינו נטל מכביד. הארגון המבקש אינו נדרש להוכיח את נזקיהם של חברי הקבוצה במלואם או באופן

מדויק אלא לכאורה בלבד, כאשר הנזק המדויק יכומת ויוערך בהליך העיקרי. זאת ועוד, ההקלה בנטל הוכחת הנזק בשלב אישור התובענה הייצוגית מתבטאת גם בכך שכבר בשלב דיוני זה ניתן להסתמך על האפשרות כי בסיום התובענה ייפסקו סעדים קולקטיביים לטובת הקבוצה [ראו: יובל פרוקצ'יה ואלון קלמנט "הסתמכות, קשר סיבתי ונזק כתביעות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית" עיוני משפט לז 7, 33-34 (2014)].

61. השאלה המרכזית היא אפוא האם קולך הוכיחה ברמה הלכאורית הנדרשת לשלב זה כי נגרם נזק לחברות הקבוצה או לקבוצה עצמה. לשאלה זו יש להשיב בחיוב. ההכרה בקיומו של נזק וכן הזכות המשפטית לקבל פיצוי בגינו נובעים בנסיבות העניין מתוך חוק איסור הפליה עצמו, וזאת אף ללא צורך להידרש למסגרות משפטיות אחרות לביסוס המסקנה. חוק איסור הפליה מניח כהנחת עבודה שכאשר נגרמה הפליה במובן סעיפיו, נגרם בשל אותה הפליה נזק, וכי אותו נזק הוא בר פיצוי. מושכלת היסוד הגלומה בסעיפי החוק היא ש"בסירוב לאפשר לאדם כניסה למקום ציבורי או לספק לו שירות או מוצר, רק בשל השתייכותו לקבוצה, ובמיוחד קבוצה שיש לגביה היסטוריה של הפליה בעבר, יש משום פגיעה קשה בכבודו של אדם" [הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000, ה"ח 2871]. זאת ועוד, המחוקק אף מציע בחוק איסור הפליה מנגנונים לקבלת הפיצוי ותקרת מחיר לפיצוי שניתן לפסוק ללא הוכחת נזק.

62. פרופ' ברק מדינה מוסיף לעניין זה כי:

"הנזק הנפשי שבו מדובר כאן נוסף על הנזק הישיר הנגרם למי שמופלה לרעה עקב השכר הנמוך שהוא זוכה לו או בשל חוסר האפשרות לרכוש מוצר או שירות כלשהם. במונחים של התאוריה הכלכלית, הנזק הנפשי נמדד על-פי הסכום שהיה הפרט מוכן לשלם כדי שלא יופלה לרעה. לכאורה העובדה שבהיעדר חקיקה מי שנמנים על הקבוצה המופלה לרעה אינם "רוכשים" את זכותם שלא להיות מופלים, מעידה כי השווי הכספי של הפגיעה בהם נמוך מן התועלת שמפיק בעל העסק בזכות ההפליה, ולפיכך כי התוצאה היעילה היא דווקא הימנעות מהטלת איסור על הפליה.

עם זאת, ניתן ליישב קושי זה. ראשית, האופי המיוחד של הפגיעה שמדובר בה כאן – תחושת ההשפלה הנובעת מן ההפליה – מונע "פתרון שוק" שלה, כלומר מונע את האפשרות למנוע אותה בדרך של "רכישה" של הזכות לא להיות מופלה. כפי שציין Donohue, עצם התשלום לבעל העסק כדי שיימנע מהפליה יוצר, הוא עצמו, פגיעה ונזק נפשי מסוג זה הנגרם עקב ההפליה".

[ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תיאוריה כלכלית" עלי משפט ג 37, 55-56 (2003), (להלן: ברק מדינה); ההדגשה הוספה – י.ד.]

וראו גם במאמרו של כהן-אליה:

"החוק הישראלי מחייב פרטים לנהוג לפי ערך השוויון, במובן של איסור הפליה. הוא אוסר הפליה מטעמי גזע, לאום, נטייה מינית ומטעמים אנלוגיים אחרים, ובכך הוא מממש ערך שביחס אליו ישנה הסכמה יחסית רחבה; ערך שפגיעה בו עלולה לגרום לנזקים חריפים לאנשים ולהפחית את האוטונומיות שלהם." [עמ' 22, ההדגשה הוספה – י.ד.]

63. שאלה אחרת ולא פחות חשובה, המשתלבת עם שאלות נוספות ובפרט עם הגדרת הקבוצה, היא למי לכאורה נגרם הנזק. ניתן לטעון כי בענייננו נגרם נזק רק לנשים אשר פעלו באופן אקטיבי וביקשו לעלות לשידור אך סורבו. ואולם, דומה כי המדיניות המפלה בה נקטה התחנה הסבה נזקים גם לנשים נוספות, אף אם הן לא ניסו לקחת חלק בשידורים ורק האזינו להם. הפגיעה בנשים אלה היא קודם כל הפגיעה הנפשית הגלומה בעצם הידיעה כי רק בשל היותן נשים הן אינן רשאיות להשתתף בשידורי התחנה. ידיעה זו היא פוגענית, מנמיכה ומשפילה, ודי בה כדי ללמד על הפגיעה באותן נשים. מעבר לכך, הפגיעה היא גם במובן זה שנשים מלכתחילה נמנעו מלנסות לעלות לשידור בשל ידיעתן כי בקשתן ממילא תתקל בסירוב, היינו מדובר בפגיעה אפקטיבית באפשרות גישתן של נשים לשירות הציבורי המוצע. לפיכך, קשה לקבל – בשלב מקדמי זה – את הטענה לפיה לא נגרם נזק כלל ועיקר לנשים ש"רק" האזינו לתחנה, וזאת אף אם אמנם ניתן לתהות האם ראוי להבחין ביניהן לבין ניוזקות שפעלו באופן אקטיבי כדי לעלות לשידוריה, על יסוד נימוקים כגון עוצמת הפגיעה, מידת ריחוקן מהאירוע המשפיל ועוד.

יפים לעניין זה דברים המופיעים בהמשך מאמרו של פרופ' ברק מדינה:

"יש לזכור כי לנקיטת מדיניות מפלה יש בדרך כלל השפעה שלילית גם על צדדים שלישיים, בעיקר אלה הנמנים עם הקבוצה שכנגדה ננקטת ההפליה. מדובר בפגיעה הנפשית הנגרמת עקב הידיעה על קיומה של ההפליה. מדובר ב"השפעות חיצוניות", היינו בהשפעה של המדיניות המפלה על מי שאינו צד להתקשרות שבין בעל העסק לבין העובד או הלקוח בכוח. [...]

ההשפעה החיצונית השלילית של נקיטת מדיניות מפלה היא משמעותית בעיקר כאשר מדובר באספקת מוצר אגב

'עיסוק', ובוודאי כאשר מדובר באספקת שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי. במקרים אלה גם אם בעל העסק אינו בעל מעמד מונופוליסטי ואף אם אינו מספק מוצר חיוני, למדיניות שהוא נוקט עלולה להיות השפעה שלילית על צדדים שלישיים, מעבר לפגיעה בלקוח בכוח של בעל העסק. במקרים כאלה ההנחה היא כי היקף הפעילות של העסק – ומכאן גם מספר המקרים שבהם ייתקלו לקוחות בכוח שלו במדיניות המפלה – הוא גבוה יחסית, וכך גם היקף ה'תפוצה' של ההשפעה השלילית של מדיניותו. כך ניתן להסביר את תחולתו של חוק איסור הפליה ביחס למקרים אלה". [שם, בעמ' 56-58. ההדגשות הוספו – י.ד.].

64. לעניין טענות התחנה העוסקות בשאלת חישוב הנזק; השלב הדיוני בו אנו נמצאים אינו דורש להיכנס לעובי הקורה לגבי טענות אלה ומכלול ההיבטים הצריכים לסוגייה יידון באופן מפורט במסגרת ההליך העיקרי. אין לכחד כי אכן מלאכת חישוב שווי הפיצוי במקרה דנן מעוררת שאלות מורכבות, בייחוד משום שהפגיעה הנטענת עוסקת בתחושות סובייקטיביות ואינדיבידואליות של השפלה ופגיעה בכבוד. כבר נאמר, ביחס לסוגייה מעט שונה, כי חישוב הפיצוי במקרים מעין אלו עשוי להיות משימה שאינה פשוטה, ובפרט כאשר מדובר בהליך של תובענה ייצוגית [ראו בשינויים המחייבים בחוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות בעניין ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל, פסקאות 43-59 (4.12.2011), (להלן: עניין תנובה)]. בלי שיהיה בכך משום הבעת עמדה, אין לשלול את האפשרות כי ככל שיתעורר הצורך ייבחנו מודלים אפשריים לפסיקת הפיצוי, לרבות אלו הקבועים בסעיפים 20(א)(3) ו-20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, במסגרתם מוסדרת האפשרות לפסוק סעד כספי בסכום כולל וכן סעד לטובת הקבוצה או הציבור. כן ניתן להניח כי בבחינת שאלת הפיצוי תיבחנה לעומקן הטענות בדבר השונות בין הנפגעות ומידת הפגיעה בהן, כמו גם הטענות לגבי האפשרות להשתמש במודלים לחישוב הנזק אשר מיושמים במקרים של הפליה במישורים משפטיים אחרים.

65. על כל פנים, ראיתי לנכון להעיר שתי הערות לעניין חישוב הנזק והפיצוי כבר בשלב זה. הערה אחת היא כי צודקת תחנת הרדיו בטענה שהעלתה כלפי קביעת בית המשפט לעניין היעדר האפשרות לפסוק פיצויים "ללא הוכחת נזק". בהקשר זה חוק תובענות ייצוגיות קובע בסעיף 20(ה) כי: "בית המשפט לא יפסוק בתובענה ייצוגית פיצויים לדוגמה, וכן לא יפסוק פיצויים בלא הוכחת נזק, למעט בתביעה כמפורט בפרט 9 בתוספת השניה, ואולם אין באמור כדי למנוע פסיקת פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון" [השוו גם לעניין תנובה, פסקה 39]. מכאן שלא קיימת אפשרות לפסוק פיצויים ללא

הוכחת נזק בנסיבות העניין, וזאת חרף האפשרות לעשות כן לפי חוק איסור הפליה כאשר אין מדובר בתובענה ייצוגית.

66. הערה שניה היא לעניין הסעד הנתבע. על פניו ובלי שאטע מסמרות נדמה כי הסעד הנתבע במקרה דנן – כאשר סכום הפיצוי המבוקש על ידי קולך עומד על סך של 104,000,000 ש"ח – מעורר שאלות בנוגע לאופן חישובו הראוי של הפיצוי בנסיבות העניין. אין צורך להקדים את המאוחר, וניתן רק להעיר כי מתעוררת שאלה האם בקביעת הפיצוי נכון יהיה – גם בשל מורכבות הנסיבות – ליתן משקל לשינוי אותו עברה תחנת הרדיו במסגרת הליכי האסדרה. אף שפסיקת הפיצוי במסגרת הליך של תובענה ייצוגית היא "צופה פני עבר", ייתכן כי יש משקל לכך שתחנת הרדיו שינתה ממנהגה ותיקנה את דרכיה בדיאלוג ובפתיחות, באופן שבו הסעד ההצהרתי שהתבקש נגדה למעשה התייתר, ומובן כי גם סוגיה זו תתברר ותובהר בהליך העיקרי על ידי בית המשפט המחוזי.

67. סוף דבר בשאלת הנזק, מסקנתי היא כי בשים לב לשלב הדיוני בו מצוי ההליך הוכח במידה הנדרשת כי לחברות הקבוצה נגרם נזק בשל מדיניות התחנה. כפי שציינת לעיל, אף שיש מקום להתערבותנו בקביעות מסוימות של בית המשפט המחוזי בהקשר זה, כגון הקביעה לעניין האפשרות לפסוק פיצויים בתובענה "ללא הוכחת נזק", הרי אין מקום לשנות ממסקנתו הסופית כי יסוד הנזק אמנם מתקיים.

(1) האם התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברות הקבוצה, והאם קיימת אפשרות סבירה שהן תוכרענה לטובתן?

68. התנאי הראשון הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות מחייב שתהיינה "שאלות משותפות" לחברות הקבוצה. הקושי בהוכחת תנאי זה עלול להתעורר בעיקר כאשר התובענה אינה עוסקת בהתנהגות עוולתית אחת מצד הגורם המעוול, אשר גרמה נזק אצל מספר רב של נפגעים, אלא במספר התנהגויות אשר "החוט המקשר" ביניהן אינו מובהק. אכן מטבע הדברים, כאשר עסקינן במספר התנהגויות עוולתיות נפרדות, ייתכן ויהיה צורך בבחינה של נתונים עובדתיים ומשפטיים שונים, וכי תתעוררנה סוגיות שונות ביחס לכל מקרה ומקרה שלא בהכרח תהיינה רלבנטיות לכלל חברי הקבוצה [ראו: אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט' 131-179, 140 (2007), (להלן: קלמנט – קווים מנחים לפרשנות)]. בענייננו, תחנת הרדיו סבורה כי לא מתעוררות "שאלות משותפות" לחברות הקבוצה, משום שקיימים הבדלים בין חברותיה. כך למשל לשיטתה, קיימים

הבדלים בין נשים שביקשו לעלות לשידור וסורבו לבין נשים שרק האזינו לשידורי התחנה. באותו האופן, קיימים לטענת תחנת הרדיו הבדלים בין נשים שהשקפת עולמן דומה לעמדתה לבין נשים שהשקפתן שונה. זאת ועוד, קיימים הבדלים בין הנשים השונות בקבוצה, בשל העובדה כי חוויית הפגיעה בהן היא אינדיבידואלית, כפי שפורט לעיל. עוד נטען לגבי שתי ההפרות הנקודתיות שבוצעו לכאורה בתוך תקופת האסדרה, כי גם הן אינן מעוררות שאלות "משותפות" לכלל חברות הקבוצה, אלא רק לנשים הקונקרטיים שנפגעו.

69. הטענות שהעלתה תחנת הרדיו בהקשר זה מתעלמות מכך שההפליה במקרה דנן הייתה עניין שבמדיניות, וכי עובדה זו היא הנותנת כי חברות הקבוצה חולקות שאלות משותפות. ודוק, כאשר מדובר במדיניות מפלה, "החוט המקשר" בין חברות הקבוצה הוא המדיניות עצמה שננקטה כלפיהן, וזאת בשונה מהפליה שננקטה בכמה מצבים עובדתיים שונים, המהווים סטייה מהפרקטיקה הנוהגת של הגורם המעוול. יש לזכור כי השאלות המשותפות לקבוצה קשורות בדרך כלל לאחריותו של הנתבע [קלמנט – קווים מנחים לפרשנות, שם, בעמ' 141], כאשר מקום בו מדובר במדיניות הנתבע, שאלת אחריותו לנזקים אשר נגרמו בשל המדיניות אכן משותפת ביחס לכל הנפגעים, ואפילו אם הסעדים שיפסקו לכל אחד מהם יהיו שונים [שם, שם: "השונויות בסעדים אינה יכולה, כשלעצמה, לעמוד בדרכה של התובענה לאישור כייצוגית"].

70. בית המשפט העליון האמריקאי עמד אף הוא על הבחנה זו בעניין Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes et al. 564, U.S. 1, 11 (2011), בציינו כי בהוכחת דפוס או פרקטיקה, ולבטח בהוכחת מדיניות מפלה בה נקט המעוול, קמה מעין חזקה הניתנת לסתירה, לפיה כל חברי הקבוצה סבלו מאותו הדפוס המפלה, ועל כן הם חולקים "שאלות משותפות" הקשורות לאחריות הנתבע ביחס לדפוס זה:

"In a *pattern-or-practice* case, the plaintiff tries to 'establish by a preponderance of the evidence that... discrimination was the company's standard operating procedure [,] the regular rather than the unusual practice.' ... *If he succeeds, that showing will support a rebuttable inference that all class members were victims of the discriminatory practice...*"

[ראו שם, הערת שוליים 7 לחוות דעתו של השופט Scalia. כן ראו בעמוד 7 לחוות דעתה של השופטת Ginsburg. ההדגשות הוספה על ידי – י.ד.]

אדגיש כי בעניין Wal-Mart נקבע כי "דפוס או פרקטיקה" כאמור לא הוכחו, ובנוסף כי לא נעלמה מעיני העובדה שהמקרה שנדון בפסק הדין עסק בהפליה תעסוקתית, שלה כמובן היבטים שונים במקצת מענייננו. כמו כן, למותר לציין כי יש לקרוא את הדברים בזהירות המתבקשת, לנוכח ההבדלים האפשריים בין שיטות המשפט, בין היתר בנוגע לשאלת העילות והסעדים. מכל מקום, ניתן לומר לגבי הקביעה העקרונית לפיה מדיניות מפלה מקימה שאלות משותפות לחברי הקבוצה המופלה, כי הדברים הנ"ל יפים גם לענייננו.

71. לשון אחרת, אף אם בענייננו אכן קיימים הבדלים מסוימים בין הנשים המהוות את קבוצת הנפגעות בכללותה, כמו למשל הבדלים לעניין עוצמת הפגיעה ומידת הנזק, מתעוררות לגבי כולן שאלות משותפות של עובדה או של משפט. בנסיבות המקרה שלפנינו, הזרקור בבחינת השאלות המשותפות מופנה יותר להתנהגותה של תחנת הרדיו, ופחות להבדלים שייתכנו בין הנשים שנפגעו. "השאלות המשותפות" בענייננו קשורות לחוקיות המדיניות בה נקטה תחנת הרדיו ומידת האחריות המשפטית שלה למדיניות זו. כך למשל, השאלה האם מדיניות התחנה מהווה בכלל עוולה שניתן לתבוע בגינה פיצוי, היא בהחלט שאלה המשותפת לכלל חברות הקבוצה. קיים "חוט מקשר" לגבי שאלה זו ודומות לה בין כלל הנשים התובעות בקבוצה, וזאת גם אם ניתן להגיע למסקנה כי לא כולן היו חשופות לפעילות התחנה באופן זהה, או כי הן נפגעו במידה שווה. על כן אינני סבור כי יש מקום להתערב בקביעה הראשונה של בית המשפט המחוזי לפיה קיימת שאלה מהותית המשותפת לכל חברות הקבוצה והיא "האם עוולה ה[תחנה] כלפי חברי הקבוצה בהפליה פסולה בכך שמנעה מנשים לעלות לשידור ממועד תחילת פעילות התחנה ועד ליום 6.11.2011..." [פסקה 102 להחלטת בית המשפט].

72. הנימוק דלעיל כמובן אינו תקף ביחס לתקופה שבה ההפליה בה נקטה תחנת הרדיו לא הייתה עניין שבמדיניות. בהקשר זה, יש טעם בטענת תחנת הרדיו לפיה שתי ההפרות הנקודתיות שבוצעו במסגרת פרק הזמן בו בוצעו הליכי האסדרה, אינן מעוררות שאלות "משותפות" לכלל חברות הקבוצה, אלא מעוררות שאלות שבאופיין הן יותר אינדיבידואליות וספציפיות לגבי כל אחד מהמקרים. אני נוטה להסכים עם טענה זו בשל השוני במערכת הנסיבות העובדתית והמשפטית ביחס לתקופת הזמן בה אירעו ההפרות הנקודתיות. ודוק, מדיניות תחנת הרדיו במסגרת התקופה הראשונה היוותה הפליה אסורה כמובן חוק איסור הפליה, שאינה נהנית מחסינות לפי סעיף 6 לפקודת הנזיקין. שונים הם פני הדברים לגבי תקופת ההפרות הנקודתיות, דהיינו בפרק הזמן שמיום 6.11.2011 ועד ליום 28.8.2012. היות שבתקופה זו התנהלו הליכי

האסדרה, נקבע בצדק שפעילות תחנת הרדיו במסגרתה חוסה תחת החסינות שקובע סעיף 6 לפקודת הנזיקין. כמו כן, אירועי ההפרה שבוצעו במסגרת תקופה זו הם תחומים בזמן ובמקום, ומהווים סטייה מהפרקטיקה באותו הזמן. נוכח האמור לעיל, אני סבור כי בשל הפערים העובדתיים והמשפטיים האפשריים בין תקופות הזמן, עלולות להתעורר שאלות שונות ביחס להתנהגות העוולתית של תחנת הרדיו בפרק הזמן שלאחר תחילת הליכי האסדרה. יתרה מכך, אף אם הייתי מוכן להניח כי מקרים אלו מעוררים את אותן "שאלות משותפות", ייתכן שהם היו ראויים יותר להתברר שלא במסגרת של תובענה ייצוגית, ועל כך עוד יוסף בדיון שיערך להלן בעניין זה.

73. התנאי השני הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות מחייב להוכיח כי קיימת "אפשרות סבירה" שהשאלות המשותפות תוכרענה לטובת חברות הקבוצה, כאשר תכליתו העיקרית היא למנוע מצבים שבהם מוגשות בקשות לאישור תובענות ייצוגיות אף שסיכוייהן נמוכים, מתוך רצון למנוע את הסיכון הבלתי מוצדק שנגרם לנתבעים בשל כך נראו: רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פסקה 12 (5.7.2012), (להלן: עניין הפניקס); קלמנט – קווים מנחים לפרשנות, עמ' 142]. איני סבור כי המקרה שלפנינו הוא ממין המקרים שבהם יש מקום לחשש כאמור, כאשר מכלול הקביעות עד כה מובילני למסקנה כי השאלות המתעוררות בתובענה מגלות לכל הפחות "אפשרות סבירה" כי הן תוכרענה בסיכומו של דבר לטובת חברות הקבוצה.

74. סיכומם של דברים. איני סבור כי יש מקום להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי לפיה קיימת שאלה משותפת לכל חברות הקבוצה והיא "האם עוולה הנתחנה] כלפי חברי הקבוצה בהפליה פסולה בכך שמנעה מנשים לעלות לשידור ממועד תחילת פעילות התחנה ועד ליום 6.11.2011...", כאשר הזרקור בסוגיית השאלה המשותפת מופנה להתנהגות העוולתית של תחנת הרדיו בתקופת המדיניות המוצהרת. אציע לחברותיי לקבוע כי שאלה זו היא השאלה שתעמוד במוקד התובענה, בעוד שבית המשפט המחוזי לא ידרש לשאלות הנוגעות לפרק הזמן שלאחר תחילת הליכי האסדרה, במהלכו בוצעו שתי הפרות הקונקרטיות. כן אציע לחברותיי שלא להתערב בקביעת בית המשפט לעניין כך שקיימת "אפשרות סבירה" כי השאלה דלעיל תוכרע לטובת חברות הקבוצה.

(I) האם תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת?

75. כפי שצוין בחלק שעסק בתיחום הדיון (פסקאות 26-29 לעיל) איני מוצא מקום לערוך במסגרת ההכרעה כאן דיון עקרוני בשאלת מידת התאמתו של מכשיר התובענה

הייצוגית לטיפול בקשת המקרים של הפליה, בפרט כשהצדדים לא טענו בנוגע לכך. הבחינה הנדרשת בענייננו, בהתאם להוראת סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, היא האם בנסיבות המקרה, כאשר בירור התובענה נסמך על הוראות חוק איסור הפליה, "הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת" היא באמצעות בירור התובענה כייצוגית. בפסיקה נקבע כי לצורך מענה על שאלה זו ניתן להתחשב ולהיעזר, בין היתר, בשאלות כגון גודל הקבוצה והמידה שבה ההכרעה בשאלות המשותפות לכלל חבריה תסייע לפתרון הסכסוך האינדיבידואלי שבין כל אחד מהם לבין הנתבע. כן ניתן להעמיד על כפות המאזניים את היתרונות והחסרונות שבניהול התובענה הייצוגית, בהשוואה לניהולן של תביעות אישיות, בבחינת "עלות למול תועלת" [ראו: עניין הפניקס, פסקה 19; קלמנט – קווים מנחים לפרשנות, עמ' 145-146; ערן טאובסיג "הערעור בתובענות ייצוגיות" הערעור האזרחי 632 (מהדורה שלישית, חמי בן-נון וטל חבקין מחברים, 2012), (להלן: הערעור בתובענות ייצוגיות)].

76. בית המשפט המחוזי סבר כי במקרה דנן היתרונות שבניהול התובענה כייצוגית עולים על החסרונות שבכך. צוין, בין היתר, כי דווקא משום שעסקינן "בתביעה שעילתה העיקרית היא הפליה מגזרית בלתי חוקית, על בסיס מדיניות מוצהרת, ולא על רקע מקרים פרטניים... קיים יתרון לנהלה בדרך של תובענה ייצוגית" [פסקה 103]. כן הוסף, כי היתרון בניהול התובענה כייצוגית בנסיבות המקרה רלבנטי במיוחד "מקום שקיים חשש לחסמים שונים אצל חברי הקבוצה להגשת תביעה אישית" [שם], וכי באישור התובענה כייצוגית יש כדי להגשים את מכלול המטרות המופיעות בחוק תובענות ייצוגיות, בין היתר משום שכך יקודם האינטרס של "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו" [שם], ומשום שבאופן זה יתאפשר לנפגעות "לממש את זכות הגישה לבית המשפט, לרבות אלו המתקשות או חוששות לפנות לבית המשפט כיחידות" [שם].

77. אני מצטרף לנימוקיו של בית המשפט המחוזי במלואם, ואוסיף עוד כי לא מצאתי ממש בטענות שהעלתה תחנת הרדיו ביחס לקביעותיו אלה. כך למשל, יש לדחות את הטענה כי "השוני" לכאורה בין חברות הקבוצה מלמד שאין תועלת בניהול התובענה הייצוגית, שכן כאמור, את הזרקור בענייננו יש להפנות בעיקר להתנהגות העוולתית של תחנת הרדיו. במובן זה, התועלת בבירור התנהגות עוולתית זו במסגרת של תובענה ייצוגית עולה בהרבה על התועלת שבבירור פרטני על ידי הגשת תובענות אישיות. בנוסף, אני סבור כי במקרה הנוכחי הגשת התובענה הייצוגית תימנע "דילול" של זכויות התובעות הפוטנציאליות אשר סביר להניח שחלקן לא היו פונות לבתי המשפט לקבל סעד, כך שבאישור התובענה כייצוגית תושגנה מטרות ההרתעה והפיצוי באופן טוב יותר מאשר בדרכים דיוניות אחרות [ראו: אלון קלמנט "התביעה הייצוגית

כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על פני תובעים רבים" מחקרי משפט כא 425-387, 401 (2004)]. זאת ועוד, כאמור בהחלטת בית המשפט המחוזי, ייתכן כי דווקא ניהולה של התובענה כייצוגית תאפשר דרכי הוכחה וסעדים אשר אינם אפשריים בתביעות אישיות [ראו דיון בהקשר זה, אף שלגבי הפליה במישור התעסוקתי, במאמרם של אלון קלמנט ושרון רבין-מרגליות "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק?" עיוני משפט לא 369, 410-415 (2009)].

78. מבין השיטין עולה מבקשת רשות הערעור שלפנינו הטענה כי לכאורה התובענה הייצוגית אינה הולמת את נסיבות העניין מפאת כך שהרשות השניה פעלה במישור הרגולטורי. ההתלבטות בהקשר זה מתחדדת נוכח העובדה שההליכים הרגולטוריים אכן נשאו פרי. לטענה זו יש להשיב כי העובדה שתחנת הרדיו היטיבה דרכיה היא כמובן מבורכת, ואולם אין בכך כדי לחסום תביעת פיצויים בגין עוולות העבר. עצם כך שתחנת הרדיו עשתה כברת דרך חיובית במסגרת הליך האסדרה, והיא (כך נדמה) פועלת כדין בעת הזו, אינה מחסנת אותה מפני תביעה בגין עוולות שביצעה בעבר, וזאת אף שכאמור ייתכן ואפשר להתחשב בכך בשאלת הפיצוי. מעבר לכך, כפי שפורט מעלה, בנסיבות העניין דכאן לא קיימת מחלוקת כי במישור המשפטי הפיצוי בגין הפליה החוסה תחת חוק איסור הפליה יכול להיתבע בהליך של תובענה ייצוגית, והאפשרות שיש לגורמים אלו ואחרים לפעול במישורים נוספים אינה מוציאה את האפשרות לקבל סעדים מקבילים במישור התובענות הייצוגיות [כאן ניתן לציין כהערת אגב כי בארצות הברית נעשה בעבר שימוש בהליך של תובענות ייצוגיות על ידי תובעים שנפגעו מהפליה מגדרית או גזעית – ראו הערעור בתובענות ייצוגיות, עמ' 636; Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954) – כאשר בית המשפט העליון בארה"ב הביע את דעתו כי מקרים אלו של מדיניות מפלה, למשל בעולם העבודה, הם דווקא דוגמה מובהקת למקרים אשר מתאימים באופיים להתברר במסגרת הדיונית של תובענה ייצוגית: Amchem Products, Inc. v. Windsor 521, U.S. 591, 614 (1977)].

79. אשר על כן מסקנתי היא שאין מקום להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי כי תובענה ייצוגית היא הדרך ההולמת לניהול הסכסוך דנן, וזאת בכל הנוגע לתקופה שקדמה לתחילת הליכי האסדרה. בניגוד לכך, וכפי שהסברתי לעיל, סבורני כי לגבי תקופת ההפרות הנקודתיות, התובענה הייצוגית אינה בהכרח הדרך היעילה לניהול המחלוקות הפרטניות. כאמור, מדובר בשני מקרי הפרה קונקרטיים שנדמה כי אף אם יוחלט בסיכומו של דבר לבררם, אין מקום לעשות כן במסגרת הליך של תובענה ייצוגית ויש להעדיף כי בירורם ייעשה במסגרת של תביעות אישיות שתוגשנה על ידי הנשים שנפגעו לכאורה, ככל שהן חפצות בכך. לסיכום, אציע לחברותיי לקבוע כי גם

בבחינת התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק אין מקום להתערבותנו בקביעות בית המשפט המחוזי, למעט הקביעה לעניין תקופת ההפרות הנקודתיות.

(ח) יש יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב

80. הבחינה לגבי תנאים אלו, הקבועים בסעיפים 8(א)(3) ו-8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות, היא בנסיבות העניין שולית, בשים לב גם לכך שהצדדים כמעט ולא טענו לגביה. על כל פנים, למען שלמות התמונה אעיר כי גם תנאי זה מתקיים במקרה דנן. סבורני כי לארגון קולך יש את הכלים הנדרשים לניהול התובענה הייצוגית, באופן שיהלום את צרכיהן של חברות הקבוצה, וזאת בין היתר לנוכח היכרותו עם התחום המקצועי, ובשים לב גם למסקנת בית המשפט המחוזי אשר לפניו התנהל הליך האישור. בנוסף, לא התרשמתי כי המקרה שלפנינו מעורר חשש בכל הנוגע לכך שהתובענה תנוהל שלא בתום לב [השוו: ע"א 4534/14 דניאל נ' דיירקט טבע בע"מ, פסקה 5 (14.6.2015)].

סוף דבר

81. לא נמצאה עילה להתערב במרבית קביעותיו של בית המשפט המחוזי וכן במסקנתו הסופית לפיה התובענה דנא מתאימה להתברר כתובענה ייצוגית, הן במהותה והן באופן שבו היא הוגשה. בפרט, לא נמצאה עילה להתערב בשתי הקביעות המרכזיות לפיהן ארגון קולך הוא ארגון הכשיר להגיש את התובענה הייצוגית מכוח סעיף 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, וישנה עילה לכאורית להגשת תובענה ייצוגית לפי הוראות סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות ופרט 7 לתוספת השניה לאותו החוק.

82. נוכח האמור בחוות דעתי אציע לחברותיי לדחות את הערעור, זאת בכפוף להערותיי שהובאו במסגרת הדיון שעסק בשאלת הנזק וחישוב הפיצוי; ובכפוף לקביעתי במסגרת הדיון שעסק בסוגיית השאלות המשותפות לקבוצה, לפיה בבירור התובענה לא יידרש בית המשפט המחוזי להפרות שבוצעו בפרק הזמן שלאחר תחילת הליכי האסדרה (מיום 6.11.2011 ועד ליום 28.8.2012). כפועל יוצא, החלטת בית המשפט המחוזי תיוותר על כנה, למעט השינויים הנדרשים בה מתוקף האמור לעיל.

83. כן אציע לחברותיי לקבוע כי תחנת הרדיו תישא בהוצאות ההליך ובשכר טרחה לטובת ארגון קולך, בסך כולל של 50,000 ש"ח.

שׁוֹפֵט

השופטת א' חיות:

אני מצטרפת בהסכמה למסקנות שאליהן הגיע חברי השופט י' דנציגר כמפורט בסעיף 82 לחוות דעתו ואבקש להוסיף הערות אחדות.

1. חברי הגיע אל המסקנה כי העמותה המשיבה עונה לדרישותיו של סעיף 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות או החוק) בהיותה ארגון כהגדרתו בסעיף 2 לחוק העוסק, בין היתר, במטרה הציבורית שהיא מוקד התובענה וזאת בשם קבוצת הנשים הניזוקות מהתנהלות תחנת הרדיו המערערת. השופט י' דנציגר סבור כי ככלל יש לנקוט פרשנות מצמצמת וזהירה בהסרת החסמים הפרוצדוראליים שהוצבו בסעיף 4(א)(3) הנ"ל בפני ארגונים החפצים להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית וזאת מחשש שחוסר זהירות בהקשר זה עלול להגדיל את היקף התופעה של הגשת תביעות סרק ולגלוש גם למקרים שבהם לכאורה לא קיימת בעיה להגשת הבקשות בידי תובעים בעלי עילת תביעה אישית (פסקה 32 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר). ואולם בנסיבות המיוחדות של המקרה דנן מצא השופט דנציגר כי המשיבה הוכיחה במידה הנדרשת שקיים קושי למצוא תובעת אשר לה עילת תביעה אישית נגד המערערת ועל כן קבע כי המשיבה צלחה את תנאי סעיף 4(א)(3) האמור גם לפי הפרשנות המצמצמת בה הוא דוגל (פסקאות 45-46 לחוות דעתו).

2. כחברי אף אני סבורה כי המשיבה צלחה במקרה דנן את כל דרישות הסף הקבועות בסעיף 4(א)(3) לחוק ואוסיף כי יש מידה לא מבוטלת של סמליות בכך שעמותה בשם "קולך" היא זו אשר תעמוד בחזית התובענה הייצוגית שעילתה הדרה והשתקה של נשות הקהילה הדתית הנמנות עם מאזיניה של תחנת הרדיו המערערת. באשר לסמליות ראוי להזכיר כי שמה של העמותה כמו שם תחנת הרדיו המערערת שאובים ממקורותינו ובשניהם כאחד הקול קול אישה הוא שעוצמתו ומשמעותו היהודית גדולה ורבה. כך נאמר בספר ישעיהו מ', ט': "עַל הַר-גְּבוּהַ עָלִי-לָךְ, מִבְּשָׂרְתָּ צִיּוֹן, הֲרִימִי בְּכַף קוֹלְךָ, מִבְּשָׂרְתָּ יְרוּשָׁלַם" (ישעיהו מ', ט') ובספר ירמיהו ל"א, י"ד הקול ברמה הוא קולה של רחל אמנו המבכה על בניה שנאמר: "כֹּה אָמַר יְהוָה, קוֹל בְּרַחֲמָה נִשְׁמָע נְהִי בְּכִי תַמְרוּרִים-רַחֵל, מִבְּכָה עַל-בְּנֵיהָ".

3. המטרה המרכזית שחרתה העמותה המשיבה על דגלה ועליה עמד חברי השופט י' דנציגר, היא הובלת שינוי חברתי ותודעתי בנושא שוויון מגדרי בקהילה הדתית בישראל. מטרה זו בהחלט תואמת את העניין אשר בשמו ביקשה המשיבה את אישור התובענה הייצוגית ועל כן בדין מצא אותה בית המשפט המחוזי ראוייה כארגון בהיבט זה להיות לפה לקבוצת הנשים הניזוקות לכאורה ממדיניות ההשתקה שנקטה המערערת. עוד אציין כי ברמת העקרונית ובשונה מחברי אני נוטה לדעה כי גישה מצמצמת מידי בפירוש דרישות הסף הקבועות בסעיף 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, עלולה לגרוע מכוחה של התובענה הייצוגית ככלי לקידום אינטרסים ציבוריים. בדברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות צוין כי החוק נחקק מתוך "הכרה בתפקיד הציבורי של מכשיר התובענה הייצוגית לאכיפת הדין ו... הרצון לעודד הגשת תובענות ייצוגיות, בעלות חשיבות ציבורית" (דברי ההסבר להצעת החוק, ה"ח 93, עמוד 234). אחת הדרכים שמצא המחוקק לקדם באמצעותן את המטרה האמורה היא הגמישות שבה נקט, בין היתר, בתחום דיני המעמד בכך שבדומה למעמד שניתן לעותרים ציבוריים בבג"ץ (בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (1986); בג"ץ 910/86 רס"ן (מיל.) רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988)) ולמי שאין לו עילה אישית בדיני מכרזים (ע"א 8416/99 אי.איי.אם. אלקטרוניקס מחשבים וציוד היקפי (1999) בע"מ נ' מפעל הפיס, פ"ד נד(3) 425 (2000); ע"א 7699/00 טמג"ש חברה לניהול ופיתוח פרויקטים בע"מ נ' רשות הניקוז קישון, פ"ד נה(4) 873, 883 (2001)) ניתן גם בחוק תובענות ייצוגיות מעמד לקשת רחבה של גופים הפועלים לקידום מטרות ציבוריות, הרשאים להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית ובהם רשויות ציבוריות (חלקן, דוגמת המועצה הישראלית לצרכנות, זכו למעמד דומה כבר בחקיקה הקונקרטית שקדמה לחוק תובענות ייצוגיות. ראו: פרק ו' לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 אשר בוטל בסעיף 33 לחוק תובענות ייצוגיות), וכן ארגונים כהגדרתם בסעיף 2 לחוק.

4. ההגמשה שנקט המחוקק בתחום זה של תובענות ייצוגיות לעומת תביעות רגילות בכל הנוגע לדרישות פרוצדוראליות-פורמאליות ושימת הדגש על מבחנים מהותיים-ענייניים, באה לידי ביטוי גם בסעיף 8(ג) לחוק לפיו ניתנה האפשרות להחלפת תובע מייצג וכן בסעיפים 20(א)(3) ו-20(ג) לחוק בהם סטה המחוקק מכללי הפיצוי הנזיקיים הרגילים. והכל לצורך הגשמת הרציונאליים והתכליות העומדים בבסיס מוסד התובענה הייצוגית ככלי יעיל לאכיפה אזרחית-ציבורית (ראו לעניין זה מאמרי "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" משפט ועסקים י"ט (צפוי להתפרסם ב-2016)).

1. אני מסכימה לפסק דינו של חברי השופט י' דנציגר, כמו גם להערוותיה של חברתי השופטת א' חיות. עם זאת, אני מבקשת להתייחס בקצרה הן לשאלה הדיונית הנוגעת להגשת תובענה ייצוגית באמצעות ארגון והן לסוגיה המהותית של הדרת נשים העומדת ביסוד הדברים – בכלל ובמקרה שבפנינו, על מאפייניו המיוחדים, בפרט.

הגשת תובענה ייצוגית באמצעות ארגון והקשיים המיוחדים של פעולה בתוך הקהילה

2. אכן, חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות) מתנה את פתיחת הדלת להגשת תביעה על-ידי ארגון שהתביעה חוסה תחת מטרותיו, בין היתר, בכך ש"בית המשפט שוכנע כי, בנסיבות הענין, קיים קושי להגיש את הבקשה בידי אדם". בדרישה זו מבטא החוק את ההעדפה הנודעת לכך שבפני בית המשפט יעמוד נפגע ספציפי כדי שבית המשפט יוכל להתרשם באופן בלתי אמצעי מן הפגיעה בו. לצד זאת, חשוב לשים לב כי החוק מסתפק בכך שקיים "קושי" להגשת תביעה בידי אדם. הרף שקובע החוק לעניין זה אינו נמוך, אך הוא גם אינו צריך להיות גבוה מדי. אכן, ברגיל ניתן לצפות כי ארגון המבקש לתבוע יצביע באופן קונקרטי על ניסיונות שנעשו להגשת התובענה באמצעות יחידים. עם זאת, לכלל זה יכולים להיות גם חריגים, ומכל מקום יישומו צריך להתחשב בהקשר ובנסיבות הקונקרטיות של המקרה. ככלל, ההכרה בכוחם של ארגונים להגיש תובענות ייצוגיות היא מן החידושים של חוק תובענות ייצוגיות (ראו: סטיבן גולדשטיין "הערות על חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006" עלי משפט ו 7, 17-18 (2007)), וראוי שלא להציב חסמים גבוהים מדי בהקשר זה, באופן שיחזיר אותנו לגישה שנהגה קודם לחקיקתו.

3. באופן יותר ספציפי, אני סבורה כי יש לתת משקל להכרתו של המחוקק בכך שהגשת תובענה בגין הפליה של בני קבוצה מוחלשת כרוכה מעצם טיבה וטבעה ב"קושי". כמה מחוקי השוויון של מדינת ישראל ובפרט חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה) הכירו בזכות התביעה של ארגון העוסק בהגנה על זכויותיו של מי שאסור להפלותו, וזאת כחריג לדיני הנזיקין הרגילים. סעיף 7(א) לחוק איסור הפליה מורה בעניין זה כך:

"תובענה בשל עוולה לפי חוק זה יכול שתוגש בידי תאגיד העוסק בהגנה על זכויותיו של מי שאסור

להפלותו לפי חוק זה, ובלבד שאם עילת התביעה היא הפליה כלפי אדם מסוים אותו אדם הסכים לכך".

הוראות דומות ניתן למצוא גם בחוקים נוספים שעניינם שוויון (ראו למשל: סעיף 19 נגד לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998). יש בהוראות הללו כדי להעיד כמאה עדים על ההנחה הסטטוטורית באשר לקיומו של קושי להגיש תביעה שעניינה הפליה, כאשר התובע הפוטנציאלי נמנה עם קבוצה הסובלת ממוחלשות חברתית.

4. הדברים מקבלים משנה עוצמה כאשר כבר השלב המקדמי של הגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית צפוי לעמת את התובע או התובעת עם קבוצת השייכות החברתית-קהילתית שלו. הדברים אינם קלוטים מן האוויר. למעשה, העמדה שנקטה המשיבה באשר לכך שההנהגה הרוחנית שלה תמכה באי-העלאת נשים לשידור, היינו שמדובר במדיניות שזכתה לתמיכת רבנים, מראשי הציבור, מעידה כשלעצמה על הקושי הטבוע בהתייצבותה של תובעת ייצוגית מזוהה. התייצבות כזו עלולה להתפרש כקריאת תיגר על ההנהגה הקהילתית. במצב דברים זה, החסמים החברתיים הנלווים לכך הם בבחינת "הדבר מדבר בעדו". יתר על כן, אין זו הפעם הראשונה שבה בית משפט זה נדרש להתייחס למצבים של הפרדה בין גברים לבין נשים במרחב הציבורי. לאחר שהחל הדיון בעתירה נגד ההפרדה שנהגה ב"קווי מהדרין" בבג"ץ 746/07 דגן נ' משרד התחבורה (21.1.2008) ישבה על המדוכה באותו עניין ועדה ציבורית (הוועדה לבדיקת הסדרי ההסעה בתחבורה ציבורית בקווים המשמשים את המגזר החרדי – ד"ח מסכמ (2009)), וזו התייחסה בדו"ח שחיברה לנשים שהתנגדו להפרדה תוך שמירה על האנונימיות שלהן (הן כונו ז' ו-ח'). מנגד, נשים דתיות שתמכו בהפרדה התייצבו בפני הוועדה כשהן מזוהות בשמן ובשם משפחתן (שס, בעמ' 25-26). אם כן, דווקא כאשר הנושא העומד על הפרק הוא הקול שלא ניתן לנשים בתוך הקהילה, ראוי שלא לחסום את הדרך למתן קול, גם אם זה יעשה באמצעות ארגון. באופן כללי יותר, ההצדקה לאפשר הגשת תובענה באמצעות ארגון, לצורך הגנה על זכויות גוברת כאשר הפעולה בדרך זו מסייעת למתן קול לכלל חברי הקבוצה. במלים אחרות, הגשת תובענה ייצוגית באמצעות ארגון על מנת לסייע למי ששייך לקהילה ומעוניין להוסיף ולהשתייך אליה היא אמצעי למתן קול למי שקולה לא נשמע.

5. במישור הכללי יותר, דומה כי ה"רף" שבו יצטרך לעמוד ארגון על מנת לשכנע שנקט באמצעים מספיקים כדי לוודא שקיים קושי להגשת תובענה באמצעות תובע בשר ודם צריך להביא בחשבון אף את העלויות הכרוכות בעריכתה של בדיקה כזו, על מנת שלא להציב חסמים גבוהים מדי בדרכם של תובעים ייצוגיים, והכל בשם לב להקשרה

של התובענה המסוימת. על הבקשה לאישור תובענה כייצוגית לעמוד ממילא ברף מסוים של דרישות, שאיננו שולי (ראו: רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, פסקה 13 לפסק דיני (11.4.2013); עע"ם 980/08 מנירב נ' מדינת ישראל – משרד האוצר, פסקה 13 (6.9.2011)). לכך מצטרפים גם התנאים הנוספים שבהם צריך לעמוד ארגון המבקש לפעול כתובע ייצוגי (ראו בפסקה 41 לפסק דינו של חברי). על רקע כל אלה, מסכימה אני להערוותיה של חברתי השופטת חיות כי לא ראוי להכביד על ארגון המבקש לפעול כתובע ייצוגי יתר על המידה. על כך ניתן להוסיף, כי גם בשלב שלאחר אישור התובענה הייצוגית פתוחה עדיין הדרך בפני המשיבים לנסות להוכיח כי – כטענתם – מספר הנשים המזדהות למעשה עם טענת ההפליה העומדת ביסוד התובענה אינו גדול. שאלה זו ראוי שתתברר בשלב של בירור התובענה עצמה.

מאפייניה של הדרת הנשים במקרה זה: הפליה והשתקה

6. אני מבקשת להצטרף בכל לב לדבריו הנכוחים של חברי השופט דנציגר באשר לפגיעתה הרעה של הדרת נשים, ולמעשה של הדרת כל קבוצה אחרת, במישור הציבורי. הדרה מסוג זה היא מעצם טיבה וטבעה סוג של הפליה. על כך יש להוסיף, כי במקרה דנן יש לדברים משנה חומרה בשל כך שההדרה אף כרוכה בהשתקה. כפי שהטעים חברי, השתתפות מלאה בעולם התקשורת המודרני כוללת גם את מרכיב המעורבות האקטיבית של ההזדמנות "להשמיע" ולא רק את המרכיב הפאסיבי של "לשמוע", ממש כשם שהשתתפות מלאה בתהליך הדמוקרטי משמעה לא רק זכות לבחור אלא גם הזכות להיבחר. במובן זה, ההפליה במקרה זה פוגעת לא רק בשוויון, אלא גם בחופש הביטוי במובנו המלא – וזאת בהתייחס לתכליות השונות שלו (הן מהיבט המימוש העצמי של הנשים שנמנע מהן הביטוי בזירה הציבורית והן מהיבט התרומה הפוטנציאלית שלהן לשיח הציבורי).

7. במבט רחב יותר, "גלי ההדף" של הדרה כמו זו שבפנינו משפיעים באופן פוטנציאלי לא רק על הנשים המאזינות לשידורי "קול ברמה" ועל אלה מביניהן שנחסמה דרכן להשתתפות בשידורים. מניעת השתתפותן של נשים בשידור תורמת לעיצוב ול"שיעתוק" של השקפת העולם המכוננת אותה – מבחינת כלל המאזינים של תחנת הרדיו, נשים כגברים. ולא מן הנמנע שישנן השלכות נרחבות יותר. הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח העובדה שלמציאות התקשורתית המודרנית יש חלק נכבד באופן שבו אנו תופסים את העולם (ראו: Mike Feintuck & Mike Varney Media

(REGULATION, PUBLIC INTEREST AND THE LAW 1 (2ND ED., 2006)).

8. הדרתה של קבוצה מסוימת מהשיח הציבורי פוגעת לא רק בקבוצה המודרת אלא גם בשיח עצמו. "שוק הרעיונות", על החשיבות הרבה הנודעת לו, אינו מבטא את כלל העמדות והגוונים השונים של החברה כאשר ההשתתפות בו מוגבלת מראש, או כשנחסמת הדרך האפקטיבית לעשות כן. מכך יוצאת נפסדת החברה כולה. לנוכח השלכות בלתי רצויות אלה של ההדרה גם על קבוצות נוספות – מעבר לקבוצה שנכללת בתובענה הייצוגית – דומה שהשימוש בכלי של תובענה ייצוגית מתאים כאן במיוחד. כידוע, השימוש בכלי דיוני זה, ולא רק בהקשרו של העניין הקונקרטי שבפנינו, יוצר החצנות חיוביות עבור הציבור הרחב, ולא רק עבור הקבוצה המיוצגת על-ידי התובע הייצוגי (ראו: גיא הלפטק "תיאוריה כלכלית בדבר התועלת החברתית של מכשיר התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק" משפט ועסקים ג' 247, 269, 287-289 William B. Rubenstein, *Why Enable Litigation? A Positive Externalities* ; (2005) *Theory of the Small Claims Class Action*, 74 UNKC L. REV. 709, 720, 723-725 (2006)).

9. לבסוף, הפגיעה הכרוכה בהדרת נשים במקרה זה בולטת אף יותר לנוכח התכלית המיוחדת של הענקת רישיונות לערוצי טלוויזיה ורדיו ייחודיים – עידוד לפלורליזם, לשמיעה ולהשמעה של מגוון הדעות וקבוצות האוכלוסיה (ראו: בג"ץ 7200/02 ד"ר.ב.א.ס. שירותי לוויין (1998) בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נט(6) 21, 37 ו-47 (2005); בג"ץ 6792/10 ד"ר.ב.א.ס. שירותי לוויין (1998) בע"מ נ' כנסת ישראל, פסקה 58 (20.7.2014)). החתירה לפלורליזם תומכת במתן רישיון לתחנת רדיו בעלת אופי דתי, אך גם בכך שהנשים השייכות לקהילה זו יוכלו אף הן ליטול חלק במציאות פלורליסטית זו.

מידת החיוב הכרוכה בהדרה ומשקלה

10. חברי השופט דנציגר התייחס להבחנה בין נורמה דתית המחייבת או המצדיקה נקיטת יחס שונה כלפי נשים לבין נורמה דתית המאפשרת זאת בלבד, והוסיף כי מאחר שבענייננו אין מדובר בנורמה מחייבת, אלא בהידור מצווה, הרי שמשקלה של הטענה הדתית בעניין זה נמוך יותר. חברי לא ביסס את הכרעתו על הבחנה זו (כמובהר בפסקה 55 לפסק דינו). עם זאת, מצאתי לנכון להתייחס אליה, בשל המקום הנרחב שניתן לה בפסק דינו של חברי, גם אם בבחינת למעלה מן הצורך. אפתח ואומר שאני מסכימה כי להבחנה בין נורמה מחייבת לבין נורמה מאפשרת נודעת חשיבות, אך מבקשת להוסיף כי במקרים הדומים למקרה שבפנינו נכון יותר שלא לבסס את ההחלטה עליה. ראשית,

התשובה לשאלה האם פרקטיקה של הפרדה היא בגדר "חיוב" או "הידור" עשויה להיות שנויה במחלוקת, ואין זה רצוי כי בית המשפט ישמש פוסק בעניין זה. שנית, וחשוב יותר, עלינו לשוות נגד עינינו את האפשרות שעשויות להיות גישות דתיות מחמירות הרואות בהפרדה או בהדרה מלאה של נשים מן המרחב הציבורי משום חובה ממש. לשיטתי, אף אם אלה היו פני הדברים – לא נכון היה לתת לשיקול זה את הבכורה באותם מקרים שבהם הפגיעה היא בליבתה של הזכות לשוויון (ברוח האמור בפסקה 56 לפסק דינו של חברי).

11. למעשה, ניתן להציג את הדברים גם באופן הבא: כאשר הפרקטיקה של הפרדה והדרה אינה נובעת מנורמה דתית מחייבת, אלא מהידור במצווה, המשקל שיש לתת לעמידה על פרקטיקה זו אל מול ההגנה על הזכות לשוויון אמור להיות נמוך יחסית. אולם, אין לגזור מכך את המסקנה ההפוכה, לפיה כאשר הפרקטיקה של הפרדה והדרה נובעת מנורמה דתית מחייבת יש לתת לה בכורה על פני הזכות לשוויון רק משום כך.

בין הפרטי לציבורי

12. אני מבקשת להוסיף ולהתייחס לפן נוסף הנוגע ל"מיקום" של המקרה שבפנינו על הרצף שבין הפרטי לציבורי. עילת התביעה מעוגנת בחוק איסור הפליה, שחל גם על שימוש במשאבים שאין מגבלה פורמאלית על מספרם או היקפם, מעבר לאילוצים הנובעים מתנאי השוק (כמו בתי עסק מסוגים שונים). עם זאת, היא מקבלת משנה עוצמה ונלווית לה משנה חומרה כאשר ההדרה מתייחסת לפעילות שהגישות אליה מצומצמת מלכתחילה ולכן אף מפוקחת ומוסדרת על ידי המדינה. במקרה כזה, שבו הפעילות שייכת במידה זו או אחרת גם לתחום "הציבורי", משקלה של טענת ההדרה אף גובר ופגיעתה גוברת. דוגמה לשימוש במשאב מסוג זה מהווה תחום התחבורה הציבורית (ראו: בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530 (2011)). בדומה לכך, שידור מעל תדר רדיו מהווה עשיית שימוש במשאב ציבורי מובהק, שאף כפוף למגבלות כמותיות (ראו: בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 651 (2002)). חשוב אפוא להדגיש שאין מדובר במקרה זה בהתערבות בתחום קהילתי-פנימי, כי אם בעיצוב פניה של הספירה הציבורית, עובדה המהווה משנה הצדקה לאישור התובענה כייצוגית.

עם חתימה

13. "קול ברמה נשמע" – יהא זה גם קולה של רחל.

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, כ"ז בכסלו התשע"ו (9.12.2015).

שופט

שופט

שופט