

"וקולה לא יישמע": אתגר כימות הנזק בפרשת רדיו קול ברמה

יפעת ביטון*, יופי תירוש**

בפרשת **קול ברמה** חויבה תחנת רדיו אזורית, במסגרת תובענה ייצוגית, לשלם פיצויים בשל כך שנמנעה מלהשמיע נשים בשידוריה. הדרה זו, כך נקבע, הפלתה נשים ופגיעה בזכויות יסוד נוספות שלהן. לצד קביעות עקרוניות ודיוניות תקדימיות, הערכאות שפסקו בתובענה זו התמודדו עם אתגר מושגי חדש ומורכב – העדרו של כלי להערכת הנזק שנגרם לקבוצה שזוהתה כנפגעת ממדיניות התחנה, והצורך לעצבו. מאמר זה מבקש לבאר את המהלך הרעיוני הנזיקי של הפסיקה בפרשה זו, תוך מיקומו במסגרת מושגית מעורבת חוקתית-נזיקית וביסוסו התיאורטי. המאמר מציע תורה סדורה של השלבים הראויים בזיהוי טבעו ובכימות פגיעתו של הנזק בפרשת **קול ברמה**, כמקרה בוחן שבכוחו להנחות תביעות עתידיות בתחום של פגיעה בזכויות חוקתיות בכלל והדרת נשים בפרט.

מבוא

פרק א: שלב ראשון – המשגת הנזק

1. זכויות יסוד וגישה לכלי התקשורת
2. פגיעה בשוויון
3. פגיעה בחופש הביטוי
4. פגיעה באוטונומיה
5. פגיעה בכבוד האדם

* משפטנית ונשיאת המכללה האקדמית אחוה.

** מרצה בכירה בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל אביב ועמיתת מחקר במכון שלום הרטמן. מחקר זה נתמך על ידי הקרן הלאומית למדע (מענק מס' 1734/18). הכותבות הגישו חוות דעת מומחיות במסגרת ההליך המשפטי בת"צ **קול ברמה** (להלן ה"ש 1). כמו כן, שתי הכותבות זכו להתמחות בלשכתו של כבוד השופט חשין בסוף שנות התשעים של המאה שעברה, ודרךן המשותפת והמצטלבת נמשכת בחברות ובעבודה משותפת לקידום זכויות נשים. ברצוננו להודות ללירז יפה, למיכאל קגזנוב ולשירן מאי על הסיוע המעולה במחקר.

- פרק ב: שלב שני – אופן ההערכה של גובה הנזק
1. שלב משנה ראשון – סוג הנזק שנגרם בשל הפגיעה באינטרסים החוקתיים של הניזוקות
 2. שלב משנה שני – מדדים להערכת גובה הנזק
- פרק ג: שלב שלישי – שיקולים למסגור סכום הפיצוי הכולל – שיטת העוגנים הרעיוניים
1. מבוא
 2. "עוגן הפגיעה היחידנית" – זיהוי סכום הפיצוי הראוי לכל נפגעת
 3. "עוגן ההשוואה הרחבה" – סכום הפיצוי שנפסק במקרים דומים
 - (א) שלב ראשון – מציאת מקורות השוואה
 - (ב) שלב שני – השוואה איכותנית וכמותנית של סכום הפיצוי בנזק לא ממוני
 4. חישוב סכום הפיצוי הכולל והפחותות נדרשות
- סיכום
נספח: שלבי כימות הנזק – תרשים זרימה

מבוא

בפרשת **קול ברמה** הוגשה בהצלחה תובענה ייצוגית נגד תחנת רדיו בעלת זיכיון ציבורי, שיועדה לציבור החרדי-הספרדי, בגין העובדה שבמשך השנה וחצי הראשונות לפעולתה היא לא השמיעה כלל קולות של נשים בשידור, ובמשך תקופה דומה נוספת היא השמיעה נשים בזמנים ובמתכונת מוגבלים.¹ תובענה זו הציבה שאלות תקדימיות בכמה מישורים – הן במשפט הישראלי והן בפרספקטיבה השוואתית. מדובר בתובענה הייצוגית הראשונה בישראל שאושרה הגשתה ואשר עסקה בנזק לא ממוני של הפליה מכוח חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה או החוק), כמו גם בפגיעה בזכויות יסוד נוספות, ביניהן חופש הביטוי וכבוד האדם. בהתייבן מול השאלות החדשניות שהובאו לפתחן, עמדו הערכאות שעסקו בתיק באתגר, והרימו תרומה חשובה לדיני איסור ההפליה במשפט הישראלי, במישור הדין המהותי ובמישור הדיוני כאחד. כך, למשל, במישור הדין המהותי נקבע כי אין בכוחה של נורמה קהילתית מפלה לגבור על

1 תקופת קיום העוולה נקבעה על שנתיים וחצי. ת"צ (מחוזי י-ם) 23955-08-12 **קולך – פורום נשים דתיות נ' רדיו קול ברמה בע"מ**, פס' 34 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.9.2018) (להלן: ת"צ **קול ברמה**).

הזכות לשוויון ולהגנה מפני הפליה;² הוער כי גם אילו דובר באיסור הלכתי להשמיע את קולן של נשים, לא היה בכוחו לגבור על דין המדינה;³ נקבע כי אסור להפלות גם באופן נתינת השירות, ולא רק בעצם נתינתו; נדחתה טענת התחנה כי חל החריג בחוק איסור הפליה שלפיו מדובר בשירות שאי־אפשר לספקו אלא בהפרדה בין נשים וגברים;⁴ נקבע כי הנפגעות מעולת ההפליה אינן רק נשים שהיו מעוניינות לעלות לשידור והדבר נמנע מהן עקב מדיניות התחנה, אלא כלל מאזינות התחנה, שנפגעו מהעדר נשים בשידורים;⁵ ואף הוכרו נזקים עקיפים לעיצוב השקפת עולמם של מאזיני התחנה כולם, לשוק הרעיונות ולחברה בכללותה.⁶

במישור הדיוני ניתן מעמד לארגון של נשים דתיות כתובע ייצוגי, בשל הקושי של נשים חרדיות להתנגד באופן פומבי לנורמות בקהילתן, בוודאי בערכאות משפטיות;⁷ וניתנה הכרה משפטית לתוקפו של סקר בקרב המאזינות החרדיות שבדק את מידת הפגיעה שהן חשות מעצם הידיעה שרק בגלל היותן נשים הן אינן רשאיות להשתתף בשידורי התחנה.⁸

רובד חשוב של פסק הדין היה שאלת כימות הנזק בגין העוולות שנפסק כי נגרמו לקבוצת הניזוקות. שאלה זו הציבה אתגרים רעיוניים חדשים לדיני הנזיקין ולדיני איסור ההפליה בישראל. כפי שכתב השופט דנציגר בפסק הדין שאישר בערעור את התובענה הייצוגית, "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".⁹ נקודת המוצא לפיצוי הניזוקות במקרה ייחודי זה הייתה שאין בנמצא שיטת פיצוי "מן המוכן" שבית המשפט יכול להשתמש בה. ייחודיותו של המקרה ומורכבות הפגיעות הכרוכות בו חייבו, לפיכך, נכונות לפתיחות בעיצוב מנגנון פיצוי מתאים. בשאלת הפיצוי פסק בית המשפט המחוזי בירושלים, ובערעורים שהגישו שני הצדדים לבית המשפט העליון לא ראתה ערכאת הערעור לנכון להתערב.¹⁰

-
- 2 רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות, פס' 54 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם באר"ש, 9.12.2015) (להלן: רע"א קול ברמה).
- 3 שם, פס' 11 לפסק דינה של השופטת ברק־ארוז.
- 4 שם, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ברק־ארוז.
- 5 שם, פס' 63 לפסק דינו של השופט דנציגר ופס' 7 לפסק דינה של השופטת ברק־ארוז; ת"צ קול ברמה, לעיל ה"ש 1, פס' 37–39 לפסק הדין.
- 6 ת"צ קול ברמה, שם, פס' 48–49 לפסק הדין; רע"א קול ברמה, לעיל ה"ש 2, פס' 45 לפסק דינו של השופט דנציגר.
- 7 ת"צ קול ברמה, שם, פס' 13 לפסק הדין.
- 8 רע"א קול ברמה, לעיל ה"ש 2, פס' 44 לפסק דינו של השופט דנציגר.
- 9 שם, פס' 64 לפסק דינו של השופט דנציגר.
- 10 ע"א 8025/18 קולך – פורום נשים דתיות נ' רדיו קול ברמה (פורסם באר"ש, 30.6.2019) (להלן: עניין קולך). ערכאת הערעור לא התערבה בסכום הפיצוי, אך הגדילה את הגמול לתובעת הייצוגית

אנו מבקשות לטעון כי להבדיל מרבדים אחרים של התיק, שבהם פותח הדין באופן שנתן מענה לסוגיות החדשות שהעלה התיק, במישור של כימות הנזק נותר הדין המשפטי שנערך בבית המשפט המחוזי דל, בכל הכבוד. מטרתו של מאמר זה היא למלא את החלל המושגי ולהציע מסד רעיוני לכימות הנזק הלא-ממוני בעוולות הפליה בעלות אופי תקדימי כפרשת קול ברמה. במאמר זה ברצוננו לעסוק, אם כן, לא בשאלה הנורמטיבית בדבר עצם קיומה של הפליה והגבולות הראויים להכרה באוטונומיה קהילתית, אלא באתגר של כימות הנזק לאחר שנפסק כי התקיימו יסודותיה של עוולת הפליה. המשימה של כימות הנזק וגיבוש אמות המידה לפיצוי לא הייתה פשוטה, מכיוון שמדובר בנזק תקדימי. המשפט הישראלי (כמו גם שיטות המשפט האחרות המוכרות לנו) מעולם לא התבקש להעריך נזק לא ממוני מסוג של מניעת השמעת נשים בשידורי רדיו או הדרתן מאמצעי תקשורת בכלל, בוודאי לא על דרך של תובענה ייצוגית. נוסף על כך, רוב תיקי הפליה העוסקים בהדרת נשים נדונו תחת משטר של פיצויים ללא הוכחת נזק, כקבוע בחוק איסור הפליה. במקרה של תובענה ייצוגית, לעומת זאת, התחייבה הערכת הנזק על בסיס הוכחתו. אף שלנזק בפרשת קול ברמה יש מאפיינים משותפים או אנלוגיים לנזק בפגיעות אחרות, כגון צורות אחרות של פגיעה באוטונומיה או הפליה, ובמיוחד הדרת נשים, לנזק בפרשה שבמוקד מאמר זה יש מאפיינים חדשים רבים, שהמשפט הישראלי טרם נדרש אליהם.

זיהוי הנזק שנגרם לתובעות ככזה שנוגע בזכות מופשטת מטיבה, דוגמת הזכות החוקתית לשוויון, מצריך מסגור שלו במערך תיאורטי ייחודי לפגיעות חוקתיות מעין אלה. על פי מערך זה, הליך ההערכה של גובה הפיצוי ההולם מורכב משני שלבים מצטברים: שלב ראשון של המשגת הפגיעה, שעניינו זיהוי ראש הנזק; ושלב שני של הערכת גובה הפיצוי, שעניינו קביעת סכום הפיצוי אשר יגשים את מטרת הפיצוי המסורתית של דיני הנזיקין וישרת את האינטרס הפרטי-הדיוני בדמות "השבת המצב לקדמותו".¹¹ לצד האינטרס הפרטי, למנגנון התובענה הייצוגית יש גם אינטרס חברתי-ציבורי של אכיפת החוק והרתעת מעוולים פוטנציאליים, אשר אלמלא ההסדר של התובענה הייצוגית לא היו נושאים בעלות הנזקים שגרמו. כמצוין בסעיף 1(1) לחוק תובענות ייצוגיות, מוסד התובענה הייצוגית מאפשר לתובעים להתגבר על חסמי הכניסה להליך המשפטי,¹² להיכנס לנעלי המדינה, ולמלא את הפונקציה השלטונית של אכיפת הדין והרתעת המעוולים.¹³ ההרתעה של חברות וגופים ציבוריים טמונה בחששם מפני עצם פרסום התובענה הייצוגית, שעלול לגרום נזק למוניטין שלהם, כמו גם הפסד כספי

(מ-50,000 ש"ח ל-80,000 ש"ח) וכן את שכר הטרחה של באי כוחה (מ-150,000 ש"ח ל-250,000 ש"ח).

11 כלשון ס' 3(1) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006: "מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין".
 12 על החסמים להגשת תובענה ייצוגית בנושאים חברתיים, למשל משיקולים של עלות, זמן ועימות משפטי עם שחקן חוזר, ראו אסף פינק "תובענות ייצוגיות ככלי לשינוי חברתי" **מעשי משפט** ו 157, 160 (2014).

13 שם, בעמ' 159; אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" **הפרקליט** מט 131, 162 (2006).

וקביעת הלכה שלא תיטיב עימם.¹⁴ תימוכין למתן הבכורה למטרת הרתעתם של המעוולים ואכיפת הדין המהותי ניתן למצוא בחקיקה,¹⁵ בפסיקה¹⁶ ובקרב מלומדים.¹⁷ האינטרס החברתי-הציבורי אף מתחזק כאשר המעשה או המחלל שבגינם התובענה הייצוגית מוגשת הם נמשכים או חוזרים. מניעה עתידית של העוולה נכללת גם היא במטרות הנמנות בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, אך יש להבחין כי זוהי מטרה נפרדת ממטרת ההרתעה, שכן חיוב בהפסקת המעשה לבדו, ללא רכיב של פיצוי כספי, אינו מהווה הרתעה מספקת. אם נתבעים יצפו שבעקבות תביעה כל שיוטל עליהם הוא לחדול מהפרת החוק, מבלי לשאת בנזקים שהם גרמו קודם להגשת התביעה, הם לא יורתעו. נוסף על כך, במקרים שבהם אין חפיפה בין הקבוצות שנופגעו מהפרות העבר לבין אלה שעתידות להיפגע אם ההפרות לא ייפסקו, פשרה שבה הנתבע מתחייב רק למניעת הישנות העוולה אינה מפצה את הניזוקות מהפרות העבר, ובו בזמן מונעת מהן את זכות התביעה. אף אם יש חפיפה בין הקבוצות, אין בהכרח חפיפה בין נזקי העבר לנזקי העתיד, ופסיקה שלא תשלב יחד עם ההוראה להפסקת העוולה גם רכיב של פיצוי לא תענה על מטרתיה של התביעה הייצוגית.¹⁸

- 14 פינק, לעיל ה"ש 12, בעמ' 163–164. על תאגידים מוטלת החובה לדווח לבורסה על הגשת התובענה הייצוגית, לרשום אותה ברוח השנתי שלהם ולהפריש כספים למקרה שיידרשו לפצות את התובעים.
- 15 דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 256, 256: "התובענה הייצוגית היא כלי חשוב להגברת האכיפה של זכויות... [ו]להרתעת אותם גורמים [מעוולים] מפגיעה בזכויות של רבים." החוק משקף את התפיסה שלפיה "ההליך הייצוגי נחזה לאו דווקא כהסדר דינוני של ניהול תביעות, אלא בראש וראשונה ככלי לקידום אינטרסים ציבוריים" (שם, בעמ' 257). ראו גם קלמנט, לעיל ה"ש 13; שי נ' לביא "גלגל המזל: כיצד לחלק את קופת הפיצוי בתובענות ייצוגיות?" **עיוני משפט** מ 321, 331 (2017). כמו כן קיימים הסדרים ספציפיים בס' 20 לחוק תובענות ייצוגיות המבטאים את עדיפותה של תכלית ההרתעה בניסבות שבהן פיצוי כספי לחברי הקבוצה אינו מעשי. כך גם בחוקים אחרים – ראו, למשל, ישי לויט "תביעה ייצוגית לפי חוק ניירות ערך" **הפרקליט** מב 465, 468 (1996).
- 16 רע"א 4556/94 **טצת נ' זילברשץ**, פ"ד מט(5) 774, 783 (1996); ע"א 10085/08 **תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון ראבי**, פס' 21 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 4.12.2011) (להלן: פרשת **תנובה**); ע"א 345/03 **רייכרט נ' יורשי שמש**, פ"ד סב(2) 437, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2007).
- 17 לביא, לעיל ה"ש 15; אביאל פלינט וחגי ויניצקי **תובענות ייצוגיות 70–77** (2017); סטיבן גולדשטיין "הערות על חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006" **עלי משפט** ו 7 (2007); הלל סומר "רימון יד שנצרתו נשלפה מגופו" – האומנם? עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית" **דין ודברים** א 347, 355–357 (2004).
- 18 יצוין כי בעתירות ייצוגיות מנהליות בתי המשפט מתייחסים למטרה של אכיפת החוק והרתעת המעוולים ככוללת בתוכה גם סעד של מניעה עתידית של ביצוע העוולה. ראו ע"מ 2978/13 **מי הגליל – תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ נ' יונס**, פס' לח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם באר"ש, 23.7.2015): "לטעמים אלה נוסף את שצוין מעלה לגבי אופיין הייחודי של תובענות ייצוגיות כנגד רשות: ראשית, ובדומה לעתירה מינהלית, תכליתן המרכזית היא

מסגרת תיאורטית ייחודית זו, של זיהוי והמשגה נזיקיים של פגיעה בזכויות חוקתיות, בוססה במאמר "כאבים באזור הכבוד", שהיה הראשון שהצביע על הצורך בביסוס דוקטרינה נזיקית ייחודית לצורך פיצוי בגין פגיעה באינטרסים חוקתיים של נזוקים.¹⁹ מאפייניה הייחודיים של פרשת קול ברמה – ובראשם הפגיעה הנמשכת והכבד-זמנית של המזיק בצבר גדול ומגוון של זכויות יסוד חוקתיות – מאפשרים לראות את מאמרנו כמדגים את הליך החוקתיזציה של המשפט הפרטי.²⁰ תוך נאמנות לעיקרון של הבחנה נורמטיבית ברורה בין פיצוי בעל מקור נזיקי על פגיעה בזכות חוקתית לבין פיצוי בעל מקור חוקתי על פגיעה כזו, ניתוחנו פוסע על קו הגבול הדק שביניהם. במרחב צר זה, המקור לפיצוי בפרשה זו הוא דיני הנזיקין, אולם הוא נושק באופן הדוק לדקדוק החוקתי של הזכויות שהופרו במסגרתה. במובן זה ניתוחנו מהווה, הלכה למעשה, "הכרה עקיפה" בעוולות חוקתיות במובן המוכר במשפט האמריקני, שלפיו הזכויות החוקתיות כשלעצמן מאפשרות תביעה בגין נזק שנגרם בשל הפרתן. ניתוחנו כאן מאפשר הענקת פיצוי על פגיעה בזכות יסוד שבסיסו נזיקי, להבדיל מזה החוקתי, ויתרונו הוא, בין היתר, בכך שהוא אינו נדרש לשאלה הגדולה והחשובה בדבר הצורך בביסוס של עוולות חוקתיות במשפט הישראלי ובדבר ההיתכנות של מתן פיצוי בגינן.²¹

ביסוס השלב הראשון במערך הפיצוי הנזיקי על פגיעה חוקתית נשען על המסגרת הרעיונית של Naming, Blaming, Claiming (או כפי שהיא תורגמה לעברית – "מתן שם, הטלת אשם, עמידה על זכות").²² מסגרת תיאורטית זו מתאימה לתיאור האתגר שהמשפט ניצב בפניו בתיק זה ולהמחשת גודלו, ולפיה חברות ושיטות משפט עוברות כל העת תהליך של זיהוי פגיעות בזכויות – פגיעות אשר כל עוד לא שוימו היה קשה לקורבנותיהן להמשיגן ולהסביר מהו העוול שנעשה להן במסגרתן. כך, למשל, נשים הוטרדו במשך דורות שלמים אך חסרו את השם המשפטי לפגיעה בהן. ההבנה שהתנהגויות שנתפסו כ"חזירות" או כ"מציקות" ראויות להיקרא "מטרירות", וממילא

מינהלית-אכיפתית – האינטרס הראשון במעלה הוא אכיפת החוק, ומניעת המשך פעולתה הבלתי-חוקית של הרשות (אף כי עדיין קיימת תכלית פיצויים של התובעים, אלא במידה פחותה).

19 ראו יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות "משפט וממשל" ט 137 (2005) (להלן: ביטון "כאבים באזור הכבוד").

20 ראו אהרון ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5 (1996); אהרון ברק "על החשיבה הקונסטיטוציונית" המשפט א 45 (1993).

21 ראו דפנה ברק-ארו "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" משפט וממשל ט 103 (2005); דפנה ברק-ארו וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" קרית המשפט ח 11 (2009).

22 William L.F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, 15 LAW & SOC'Y REV. 631 (1981); או בגרסה העברית שתרגם זהר כוכבי: ויליאם ל"פ פלסטין, ריצ'רד ל' אייבל ואוסטין סאראט "היווצרותם של סכסוכים והשתנותם: מתן שם, הטלת אשם, עמידה על זכות..." מעשי משפט ג 17 (2010).

מאפשרות זיהוי של הפוגע, הן שאפשרו הגנה משפטית על רווחתן של נפגעות (ונפגעי) הטרדה מינית.²³ הנזקים שפרשת **קול ברמה** עוסקת בהם מצויים בעיצומו של תהליך השיום במשפט הישראלי. מצד אחד, כבר ניתן שם כללי להפליה מהסוג שנדון כאן – המונח "הדרת נשים", אשר התקבל בפסיקה²⁴ והשתרש בדוחות ממשלתיים,²⁵ בשיח של ארגוני זכויות אדם²⁶ ובשיח הציבורי.²⁷ מצד אחר, הבנת טיבה, היבטיה ותוצאות נזקה של ההדרה שקורבנותיה חוות נמצאת בחיתוליה.²⁸ אין בנמצא – לא בספרות המחקרית, לא בספרות התיעודית, ובוודאי לא בשיח המשפטי – די תיעוד או תיאור של התנסויותיהן הקונקרטיות של קורבנות "הדרת נשים",²⁹ של תחושותיהן, של החיריות וההזדמנויות הנמנעות מהן, ושל האפשרות שלהן להרגיש ראויות ושוות.³⁰

העדר הפיתוח התיאורטי והדוקטרינרי בנוגע לתופעה זו קשור גם לכך שהעיסוק המשפטי בהדרת נשים הוא נדיר בעולם. להבדיל מההטרדה המינית, שהיא תופעה

23 אורית קמיר "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?" **משפטים** כט 317, 377 (1998); אורית קמיר "החוק הישראלי למניעת הטרדה מינית – איפה אנחנו במלאת לו עשור?" **משפט ועסקים** ט 9, 33 (2008).

24 לפסקי דין שבהם השתמשו שופטים במונח "הדרת נשים" ראו, לדוגמה, רע"א **קול ברמה**, לעיל ה"ש 2, פס' 21–27 לפסק דינו של השופט דנציגר ופס' 1, 6 ו-9 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז; ת"א (מחוזי מ"ר) 25435-03-15 **קוליאן נ' יתרות ת.ש.מ.ו. הוצאה לאור ופרסומים בע"מ**, פס' 22 להחלטה (פורסם בנבו, 13.3.2015); על"ח (אזורי ת"א) 3741-04-11 **סרור נ' לשכת התעסוקה**, פס' 18–19 לפסק הדין (פורסם בנבו, 19.12.2011).

25 משרד המשפטים **דו"ח הצוות המשרדי לבחינת תופעת הדרת הנשים במרחב הציבורי** (2013) www.gov.il/BlobFolder/policy/women_report_justice/he/women_exclusion_report.pdf

26 ראו, למשל, המרכז לפלורליזם יהודי **מודרות למהדרין: הפרדה בין נשים לגברים במרחב הציבורי בישראל** (2010); שדולת הנשים בישראל **את מי זה משרת? פקודת השירות המשותף והדרת חיילות בצה"ל** (2018).

27 יופי תירוש "זכור את השוויון לקדשו" **הארץ** 22.3.2018 www.haaretz.co.il/magazine/the-edge/premium-1.5935708; יופי תירוש "בישראל, מתברר ששוויון לנשים הוא כבר לא תנאי הכרחי" **הארץ** 4.1.2019 www.haaretz.co.il/magazine/the-edge/premium-1.6805045

28 סנונית להערכה זו, שלפיה הפרדה פיזית יכולה להיחשב הטרדה מינית, ניתן למצוא אצל צבי טריגר "הפרדה בין גברים לנשים כהטרדה מינית" **עיוני משפט** לה 703 (2013); צבי טריגר "קול בַּמְרָצָה ערווה: סובלנות פטריארכלית והפרדה בין המינים באקדמיה כהטרדה מינית ממוסדת" **משפטים על אתר** יד 89 (2020); נויה רימלט "המשפט כסוכן של רב-תרבותיות: על אוטופיה ומציאות בפרשת ההפרדה באוטובוסים" **משפטים** מב 773 (2012).

29 על העדר שיח ביחס לנזקים חוקתיים לא מוחשיים ראו ביטון "כאבים באזור הכבוד", לעיל ה"ש 19, בעמ' 146–150.

30 ספרות מחקרית בנושא זה מתפתחת לאיטה בשנים האחרונות. ראו אסתי רידר-אינדורסקי **ושאין נראות – פמיניזם חרדי: המקרה של "לא נבחרות לא בוחרות"** (2018). בכתובה הפובליציסטית יש עדויות מתגברות של נשים המשמיעות את קולן על נזקי ההדרה בקרב קהילתן. ראו, למשל, מיכל צ'רנוביצקי "להפריד בין החרדים" **הארץ** 2.5.2018 www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.6049833?=&ts=1525290473098; רחלי גוטליב רושגולד "אנחנו ממש לא מעוניינות בהפרדה" **הארץ** 10.4.2018 www.haaretz.co.il/opinions/1.5989603

עולמית שזכתה במשפט רחב היקף,³¹ תופעת הדרת הנשים בכלל, ובוודאי במקרה הנוכחי של הדרתן מאמצעי תקשורת, אינה ניתנת להבנה ולהערכה נורמטיבית מעמיקה כאשר היא מנותקת מהקשרה הישראלי. לשם הבנתה של תופעה זו חיוני להביא בחשבון את האיוונים בין מדינת ישראל כיהודית למדינת ישראל כדמוקרטית, המושפעים מן השינויים הדמוגרפיים והתרבותיים במיקומם של דתיים וחרדים בחברה, באופן שמעלה דרישות להתאמת המרחב הציבורי לקהילות שאורחותיהן המגדריות שונות. ישראל ייחודית גם בהגעת התופעה לדיון משפטי בערכאות. מזווית השוואתית, אירועים דומים של הדרת נשים מאמצעי תקשורת נרשמו בסוף שנות התשעים של המאה הקודמת באפגניסטן, שם אסר הטליבאן על נשים להשתתף בשידורי רדיו,³² וזאת לצד איסורים קשים נוספים, כגון האיסור לדבר בציבור והגבלות מחמירות על לבוש,³³ תנועה,³⁴ עיסוק ועוד.³⁵ מופעים דומים של הדרת נשים חזרו לאחרונה ביתר שאת, עם נסיגת הכוחות האמריקניים מאפגניסטן. פוסק הלכה מוסלמי פרסם בזמנו פתווה האוסרת השתתפות נשים בשידורי רדיו, המעוגנת בטעמים דומים להפליא ולהטריד לטעמים שבהם נעצה הנתבעת בפרשת קול ברמה את מדיניותה.³⁶ עם זאת, למיטב ידיעתנו, שום ערכאה משפטית בעולם, מדינתית או בין-לאומית, לא עסקה עדיין בסוגיה דומה.

מכיוון שהמשפט הישראלי אינו מצויד עדיין בעדויות ובהתנסויות שיבארו את אופייה המדויק של הפגיעה הנגרמת מהדרת נשים, ואין לו גם משענת השוואתית להקיש ממנה, האתגר שבית המשפט ניצב בפניו בפרשת קול ברמה היה להמשיג את הפגיעה ואת הפיצוי הראוי בגינה. אתגר זה היה גדול אף יותר בהשוואה למקרים אחרים של הדרת נשים, שכן במקרה זה נעדרה ההדרה יסוד פיזי של הרחקה. קל יותר להבין באופן

Robert Husbands, *Sexual Harassment Law in Employment: An International Perspective*, 31
131 INT'L LAB. REV. 535 (1992)

Mark A. Drumbl, *Rights, Culture, and Crime: The Role of Rule of Law for the Women of
Afghanistan*, 42 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 349, 367 (2004)

Anastasia Telesetsky, *In the Shadows and Behind the Veil: Women in Afghanistan Under
Taliban Rule*, 13 BERKELEY WOMEN'S L.J. 293 (1998)

Ann Russo, *The Feminist Majority Foundation's Campaign to Stop Gender Apartheid*, 8
INT'L FEMINIST J. POL. 557, 565 (2006)

Lisa M. Ayoub, *The Crisis in Afghanistan: When Will Gender Apartheid End?*, 7 TULSA J.
COMP. & INT'L L. 513, 518-524 (2000)

Ruling on a Woman Working as a Broadcaster in Radio and Television, ISLAM QUESTION 36
ANSWER (Mar. 1, 2008) islamqa.info/en/111839
בהגנה על זכויות נשים ובהעצמתן. ראו Jenny Cartagena Torrico, *Using the Airwaves to
Empower Quechua Women in Bolivia*, IPS (Nov. 27, 2012), www.ipsnews.net/2012/11/
using-the-airwaves-for-empowerment-of-quechua-women-in-bolivia/

אינטואיטיבי את טיב הפגיעה באישה הנדרשת לעלות לאוטובוס מהדלת האחורית³⁷ או ללכת בצידו האחר של הרחוב,³⁸ או באישה שנאסר עליה להספיד בקולה את אביה,³⁹ מאשר להבין את הפגיעה הכרוכה בשלילת האפשרות להאזין לנשים בשידורי התחנה הדומיננטית בקהילתה.

על הקושי העובדתי-השוואתי שהוזכר כאן נוסף בפרשה גם אתגר נורמטיבי במישור של הערכת הנזק. בפסק דינו הכיר בית המשפט בכך שתחנת הרדיו הפרה את סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה בהפלותו על רקע מין. חוק זה מאפשר קביעת פיצויים ללא הוכחת נזק, אך חוק תובענות ייצוגיות מחריג את האפשרות להעניק פיצוי ללא הוכחת נזק.⁴⁰ לפי סעיף 5 לחוק איסור הפליה, הפרתו מקימה גם עילה נזיקית שעליה יחולו דיני הנזיקין הרגילים לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש], ולכן הדרך הנורמטיבית שהותוותה לבית המשפט הייתה הערכה נכוחה של גובה הנזק.

בהתאם למסורת שגובשה בדיני הנזיקין בעשור האחרון, הכיר בית המשפט בכך שהנזק שנגרם לתובעות הינו בר הערכה ובר פיצוי אף על פי שהוא אינו ממוני.⁴¹ כך, נקבע כי הזכויות שנפגעו לגבי הנשים שהודרו הן הזכות לשוויון, הזכות לכבוד והזכות לחופש הביטוי.⁴² כן נקבע כי הפגיעה בזכויות אלו מתבטאת "בנזק לא ממוני של תסכול, צער, עלבון, תחושת השפלה, תחושות של פגיעה בכבוד ובערך העצמי, העמקת תפיסות של נחיתות נשית ומניעת השפעה על סדר היום הציבורי".⁴³ בקביעת סכום הפיצוי קבע בית המשפט המחוזי כי יש להביא בחשבון את משכה של הפגיעה⁴⁴ ואת

37 ת"ק (תביעות קטנות ראשל"צ) 3462-07-11 פסטונק נ' יחיא (פורסם בנבו, 4.12.2011). אך ראו את תוצאת השאלון שהעבירה חנה קהת – התובעת המייצגת בפרשת קול ברמה – בקרב חברותיה, שלפיו 19% מהן סברו כי ההדרה ברדיו חריפה יותר מאשר בקווי המהדרין בתחבורה הציבורית. פס' 34 לתצהיר עדות ראשית בת"צ קול ברמה, לעיל ה"ש 1 (עותק אצל המחברות) (להלן: תצהיר קהת).

38 בג"ץ 6986/10 עזריה נ' משטרת ישראל (פורסם באר"ש, 28.9.2010); בג"ץ 7521/11 עזריה נ' משטרת ישראל (פורסם באר"ש, 16.10.2011); ת"א (שלום ביי"ש) 41269-02-13 פיליפ נ' אבוטבול (פורסם בנבו, 25.1.2015).

39 ת"ק (תביעות קטנות ב"ש) 33424-02-12 דוידאן מיכאלי נ' חברת קדישא – המועצה הדתית אופקים (פורסם בנבו, 15.6.2012).

40 ס' 5(ב) לחוק איסור הפליה קובע את הזכות לפיצוי ללא הוכחת נזק, אולם ס' 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות אוסר הענקת פיצוי ללא הוכחת נזק, למעט החריגים המופיעים בפרט 9 בתוספת השנייה לחוק, העוסקים כולם בזכויות לנגישות לאנשים עם מוגבלויות.

41 ת"צ קול ברמה, לעיל ה"ש 1, פס' 55 לפסק הדין. לביסוס ההגנה על נזקים לא מוחשיים בפסיקה הנזיקית הישראלית בעשור האחרון ראו יפעת ביטון "קפיטליות בדיני הנזיקין: לשחק את המשחק או להמציא משחק חדש?" **דין ודברים** יא 77 (2018). לביסוס ההגנה על נזקים אלו בתובענות ייצוגיות ראו פרשת **תנובה**, לעיל ה"ש 16.

42 ת"צ קול ברמה, לעיל ה"ש 1, פס' 59 לפסק הדין.

43 שם, פס' 58 לפסק הדין.

44 שם, פס' 59 לפסק הדין.

העובדה שהיא הייתה מכוונת ומוצהרת, וכן קבע כי "יש לפסוק פיצוי אשר יבטא את הסלידה כלפי התופעה של הפליית נשים ויצור הרתעה מפני התנהלות דומה בעתיד".⁴⁵ בית המשפט מסכים אומנם עם הצעת התובעות לכימות הנזק (סכום של בין 150 לבין 300 ש"ח לניזוקה, שבית המשפט מציין כי הוא בבחינת "הצעה מדודה, זהירה וסבירה"),⁴⁶ אך אינו מפרט את המהלך הרעיוני שהוביל אותו לקבלת התחשיב שהוצע לו על ידיהן. העדר פירוט זה מותיר לא רק חלל תיאורטי בגוף פסק הדין, אלא גם חלל נורמטיבי בביאור התשתית שעליה התבסס החישוב שהציעו התובעות ואשר בית המשפט הסכים לו עקרונית, כאמור (אף שבסוף היום פסק סכום פיצוי נמוך בהרבה, משיקולים של פגיעה באיננותה הפיננסית של תחנת הרדיו, כפי שיתואר מייד). את החלל הרעיוני הזה אנחנו מעוניינות למלא בדברים שלהלן, על מנת שהסכמתו של בית המשפט עם הערכת הנזק שהציעו התובעות תותיר אחריה ערך תקדימי ברור בנושא, אשר סובל בשגרה מ"השתקה" נורמטיבית.⁴⁷

פרק א של המאמר יעסוק בהמשגת טיב הפגיעות בניזוקות מהדרת הנשים בתחנת הרדיו הנתבעת ובשיומן של פגיעות אלה. נדון בזיקה שבין גישה לכלי התקשורת בעידן הנוכחי לבין גישה למימוש זכויות יסוד אחרות, ונפרט אילו זכויות יסוד של מאזינות הרדיו נפגעו מכיוון שמפאת היותן נשים הן לא יכלו להישמע בשידורי התחנה ואף לא לשמוע נשים אחרות. בדיון נסתמך הן על כלים משפטיים והן על מחקרים סוציולוגיים על מנת להבין את אופי הפגיעות הכרוכות במניעת נשים מלהשתתף בשידורי רדיו ציבורי. **בפרק ב** של המאמר נציע דרכים לכימותו של נזק זה, תוך הסתמכות על העקרונות הכלליים של פיצויים בגין נזק לא מוחשי לרגשות בדיני הניזיקין, פסיקת בתי המשפט בתיקי הדרת נשים, וכן מקרים נוספים שמהם ניתן להסיק על גובה הפגיעה והנזק. **בפרק ג** תוצג דרך החישוב הראויה לקביעת סכום הפיצוי במקרה המדובר, תוך שימוש בכלים המתאימים מדיני התובעות הייצוגיות. פרק זה הינו תולדה של המאמץ המרוכז והמודע של המאמר לספק כלים ליטיגטוריים אפקטיביים לשם הנעת השינוי באופני פסיקת הפיצויים בתחום. בנספח מוצע תרשים זרימה המדגים באופן חזותי את שלבי כימות הנזק המתוארים במאמר.

הערה מקדמית בטרם נצלול לדיון המהותי: עניינו של מאמר זה הוא הערכת הנזק שנגרם, וזאת להבדיל מהערכת הפיצוי שראוי לפסוק בתום ההליך הייצוגי. דיון בסכום הפיצוי שנפסק לבסוף חורג ממטרותיו של מאמר זה, אשר במרכזו, כאמור, העקרונות הנזיקיים שיש להציב בבסיס תחשיב הנזק, ולא ההכרעה הסופית בדבר הסכום שיש לפסוק. עם זאת, פטורות בלא כלום אי-אפשר. אף שבית המשפט קיבל שמדובר בהערכת נזק סבירה מצד התובעת, הוא דחה אותה, וזאת לאחר דיון מפורט ובחינה מדוקדקת של איתנותה הכלכלית של תחנת הרדיו. אילו התקבלה הערכת התובעת לגבי נזקה של כל מאזינה, הייתה פסיקת הפיצויים מגיעה לסכום של בין 6 ל-12 מיליון ש"ח

45 ש.ם.

46 ש.ם, פס' 62 לפסק הדין.

47 ראו ביטון "כאבים באזור הכבוד", לעיל ה"ש 19, בעמ' 146-147.

(לפי חישוב של 40,000 ניזוקות – מספר שנקבע בעקבות סקר בקרב מדגם מייצג של מאזינות התחנה), אך לאחר שקילת מאזן הנזק והתועלת, כהוראת סעיף 20(ד) (2) לחוק תובענות ייצוגיות, נמצא כי סכומים כאלה יפגעו ביציבותה הכלכלית של הנתבעת. לפיכך העמיד בית המשפט את סכום הפיצוי על מיליון ש"ח בלבד.⁴⁸

פסיקה זו של בית המשפט המחוזי מעלה שאלות רבות, כגון אם בית המשפט חישב נכונה את קבוצת הניזוקות, אם הערכת איתנותה הפיננסית של תחנת הרדיו הייתה מדויקת, אם כעניין של מדיניות משפטית לא שווה אולי להסתכן אף בסגירתה של התחנה לנוכח העוללות החמורות שביצעה וכן לנוכח גישתה לאורך ניהול התיק (גישה ששיקפה, להתרשמותנו, חוסר הפנמה של מהות העוולה ואי-הכרה ממשית בפגיעה שנגרמה לקהל מאזינותיה), על מי נטל ההוכחה בדבר מידת יציבותה הכלכלית של הנתבעת, ומהו הסטנדרט לאי-יציבות כלכלית שיצדיק הפחתה משמעותית של הפיצוי. מבלי לקבוע מסמרות בשאלות אלו, אנו סבורות כי סכום הפיצוי שנפסק הוא נמוך, וירתיע תובעים ותובעות עתידיים מליזום הליכי תובענה ייצוגית בעילת הפליה. כתובענה ייצוגית שעילתה הפרת חוק איסור הפליה, אין חולק שמדובר בהליך חלוצי וחרגי בנוף המשפט הישראלי,⁴⁹ קל וחומר כאשר מדובר בתובענה שעניינה נזק לא מוחשי שאינו טריוויאלי להבנה ולהערכה, כנזקן של מאזינות שאינן שומעות את בנות מינן בתחנה המיועדת לקהילתן. אין גם חולק שההכרעות בתיק זה, בערכאות ובשלבים השונים שבהם הוא נדון, פיתחו את הדין באופן משמעותי, ופרשו מוטת הגנה משפטית רחבה ואפקטיבית יותר מפני הפליה בכלל, מפני הדרת נשים בפרט, ובאופן קונקרטי אף יותר – מפני הדרת נשים נטולת היבט פיזי. דברים ברוח זו אמרה השופטת ברון בהליך האחרון בתיק זה, שבו נמנע בית המשפט העליון מלהכריע בטענות המהותיות של

48 ת"צ קול ברמה, לעיל ה"ש 1, פס' 79 לפסק הדין. נוסף על כך נפסק גמול לתובעת המייצגת בסך 50,000 ש"ח. כן נפסקו הוצאות לעורכי הדין בסך 150,000 ש"ח ולעדים בסך 100,000 ש"ח. שם, פס' 89 לפסק הדין.

49 לקומץ התובענות הייצוגיות בגין הפליה אשר אושרו או הבשילו לכלל פסקי דין ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 42756-06-13 נסאר נ' עיר השעשועים בע"מ (פורסם בנבו, 15.12.2015) (הכרה בפשרה בתובענה ייצוגית בעניין הפליית ערבים בכניסה לפארק שעשועים); ת"צ (מחוזי מ"ר) 8214-05-14 מירב נ' אי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 23.8.2018) (התקבלה תובענה ייצוגית בעניין הפליה מחמת מין בהטבות בפוליסת רכב); ת"צ (מחוזי מ"ר) 13451-09-15 פלונית אלמונית נ' מרכז רפואי צאנו – בית חולים לניאדו (פורסם בנבו, 23.10.2017) (אושרה תובענה ייצוגית בעניין הפליית נשים לא נשואות בגישה לטיפול פוריות); ת"צ (מחוזי מ"ר) 44112-03-15 ששון נ' טמפו משקאות בע"מ (פורסם בנבו, 6.9.2017) (דחיית בקשה לאישור תובענה ייצוגית על פרסומת שמפלה נשים וילדים; נגד פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט העליון, שנדחה לאחר שהמערערת חזרה בה מערעורה – ע"א 158/18 ששון נ' טמפו משקאות בע"מ (פורסם באר"ש, 28.10.2019)); ת"צ (מחוזי ח"י) 39672-01-16 ואכים נ' שופרסל בע"מ (פורסם בנבו, 25.1.2018) (דחיית תובענה ייצוגית בגין הפליית יישובים ערביים בהספקת משלוחים על ידי רשת מרכולים; נגד פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט העליון, שנדחה משקיבלו המערערים את המלצות בית המשפט – ע"א 2053/18 ואכים נ' שופרסל בע"מ (פורסם באר"ש, 8.7.2019)).

הצדדים בערעור ובערעור שכנגד, והתרכז בפסיקת סכומים גדולים יותר של גמול, שכן טרחה והוצאות מכפי שנפסק בבית המשפט המחוזי:

"...וזהו פעם ראשונה שנעשה שימוש בכלי התובענה הייצוגית לקידום שוויון ולמניעת הפלייה כאמור. המדובר אפוא בתובענה תקדימית ופורצת דרך, ולא ניתן להפריז בתועלת שהשיגה, הן לחברות הקבוצה שקולן נשמע עתה, הן לציבור הרחב בין היתר בהיבט של הרתעה מפני הפרה דומה של חוק איסור הפלייה.⁵⁰"

דברים אלו מדגישים אומנם את חשיבותו העקרונית של התיק, אבל לטעמנו יש בהם גם כדי לחזק את טענתנו בדבר הקושי שמעוררת פסיקת פיצויים כה נמוכים ורחוקים מהערכת הנזק שהוצעה על ידי התובעת, אשר בית המשפט עצמו הסכים כי היא מתונה. מדיניות פיצוי כזו היא בבחינת אפקט מצנן להגשת תובענות ייצוגיות דומות בעתיד, וזאת בניגוד לאינטרס הציבורי של עידוד תובענות ייצוגיות בתחום איסור הפלייה. ביקורת זו מתחדדת לנוכח הקושי להניע את הניזוקות להשמיע את קולן ולתבוע את זכותן, דבר שהיה כרוך ביציאה נגד סטנדרטים קהילתיים. קיים חשש ממשי שפסיקת פיצויים כה נמוכים תקשה את גיוס שיתוף הפעולה של נשים וקבוצות מוחלשות אחרות בתוך קהילותיהן במסגרת תובענות ייצוגיות עתידיות נגד הפליה.

פרק א: שלב ראשון – המשגת הנזק

1. זכויות יסוד וגישה לכלי התקשורת

תחנת "רדיו קול ברמה" קיבלה בשנת 2009 זיכיון מהרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו לשמש תחנת רדיו מקומית שמיועדת לציבור החרדי-הספרדי. לפי פסק הדין בפרשת קול ברמה, התחנה גדלה במהירות, ונהייתה עד מהרה תחנת הרדיו האזורית החמישית בגודלה בישראל.⁵¹ בשנה וחצי הראשונות לפעולתה לא השמיעה התחנה נשים בשידוריה כלל – לא נשים חרדיות בתוכניות שבהן התקשרו מאזינים לאולפן, לא שדרניות ולא מרואיינות, גם כאשר דובר במרואיינת רלוונטית ומומחית לנושא (למשל, שרת החוץ לבני, שבאותה עת סוקרה פעילותה המדינית בהרחבה בכלי התקשורת, אך ברדיו קול ברמה בלי השמעת קולה). בתום תקופה זו החל דין ודברים עם הרשות השנייה, וכתוצאה מהנחיותיה נשים מושמעות (במשורה) בתחנה למן שנת 2011.

50 עניין קולך, לעיל ה"ש 10.

51 רע"א קול ברמה, לעיל ה"ש 2, פס' 2 לפסק דינו של השופט דנציגר.

לתקשורת יש תפקיד אדיר בעיצוב תפיסותיהם של המאזינים או הצופים באשר לעולם שסביבם.⁵² ליכולתם של פרטים וקבוצות להשמיע את קולם בקהילה יש חשיבות גדולה – הן זכות יסוד כשלעצמה הן בשל השפעתה על זכויות יסוד אחרות. לא בכדי כשליש מהנשים שהשתתפו בסקר שערכה התובעת בקרב מדגם מייצג של מאזינות התחנה הסכימו כי חשוב לשלב נשים בשידורי התחנה, ושיעור דומה העידו כי היו רוצות לשמוע נשים בשידורי התחנה.⁵³

הפסיקה הישראלית, כמו גם התיאוריה המשפטית, הכירו בקיומה של זיקה הדוקה בין תקשורת פתוחה ושוויונית לבין שמירה על ערכים דמוקרטיים כשוויון וחירות הפרט:

“במדינה דמוקרטית אנו מצפים שהתקשורת – כיכר העיר הווירטואלית – תהיה אף היא דמוקרטית: דהיינו שתביא את כל הקולות ואת כל הזוויות, שתקיים דיון פתוח בנושאים שעל סדר היום בהשתתפות כל הקבוצות באוכלוסייה... כדי שהאזרחים יוכלו לתפקד מתוך מודעות ומעורבות.”⁵⁴

דוקטרינת ההגינות,⁵⁵ שלפיה כלי התקשורת חייב להעניק במה לשלל העמדות והדעות בסוגיות ציבוריות,⁵⁶ מבססת חובה זו במשפט הישראלי.

התיאוריה הפמיניסטית מייחסת חשיבות גדולה לקול כגורם מרכזי בכינון האישיות וכתנאי לחיים של אוטונומיה, חירות ושוויון.⁵⁷ במושג “קול” הכוונה הן לקול במובנו הפיזי, הן לתוכן והן לכוח ההשפעה (בדומה לכוחו של קול בקלפי). נשים, כתבה קרול

-
- 52 פייר בורדייה **על הטלוויזיה** 17 (נרי גבריאל-סבניה מתרגמת, 1999).
- 53 טבלה 12 בסקר עמדות בקרב נשים יהודיות חרדיות ודתיות בנוגע להאזנה לרדיו קול ברמה, עמ' 165 לכתב התביעה בת"צ **קול ברמה**, לעיל ה"ש 1.
- 54 אג'נדה – מרכז ישראלי לאסטרטגיה תקשורתית **פרויקט דמוקרטיה: נאבקים על כללי המשחק** פרק חמישי (“תקשורת ומציאות”) 1 (2011) democ- law.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2011/08/chap5-he.pdf (להלן: “תקשורת ומציאות”).
- 55 בג"ץ פסק כי דוקטרינת ההגינות חלה גם על כלי התקשורת החוסים תחת סמכותה של הרשות השנייה. ראו בג"ץ 10203/03 **“המפקד הלאומי” בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(4) 715 (2008) (להלן: פרשת **“המפקד הלאומי”**). כן ראו יואב המר “משפט, תרבות מקומית ותרבויות מיעוט: דרישת תוכן בשידורי רדיו וטלוויזיה בישראל” **משפט וממשל** יד 149, 198–212 (2012).
- 56 הנשיא שמגר ציין כי “דוקטרינת ההגינות איננה אלא חלק מדיני ההפליה” (בג"ץ 6218/93 **כהן נ' לשכת עורכי הדין**, פ"ד מט(2) 529, 543 (1995)). השופטת נאור קבעה כי “דוקטרינת ההגינות קשורה בטבורה לעקרון השוויון” (פרשת **“המפקד הלאומי”**, שם, פס' 40 לפסק דינה). כן ראו בג"ץ 1/81 **שירן נ' רשות השידור**, פ"ד לה(3) 373, 365 (1981). כן ראו יואב המר “השתתפות אזרחים והבטחת מגוון בשיח הציבורי המתקיים באמצעי התקשורת של מדינה דמוקרטית” **משפט וממשל** יג 374, 357 (2010).
- 57 ליאורה בילסקי “אלימות האלם: ההליך המשפטי בין חלוקה לקול” **עיוני משפט** כג 421, 425–431 (2000).

גיליגן בספרה רב ההשפעה *In A Different Voice*,⁵⁸ מדברות לעיתים קרובות בקול שונה – קול שמעיד על תפיסת עולם המוכוונת על ידי אחריות וקשר עם אחרים, להבדיל מקולם של גברים. לפיכך בהשמעת הקול הנשי הקהילה מרוויחה פרספקטיבות שהיא לא הייתה מודעת להן קודם: אפשרויות של מחשבה, המשגה ופעולה שלא הובאו בחשבון מכיוון שהן הושקו או נדחו על הסף בזלזול כחסרות ערך.⁵⁹ קתרין מקינן הוסיפה כי העדר המילים והקול להשמיע ולשמוע את המציאות של נשים ואת הפגיעות הייחודיות שלהן, כלומר העדר קולות של נשים בשיח הציבורי, מאפשר את המשך הפגיעה בזכויותיהן.⁶⁰

באופן אירוני, הנתבעת עצמה עמדה בהרחבה, בכתב ההגנה שלה, על החשיבות הרבה הנודעת לקיומם של כלי תקשורת המשקפים את עולמו של הציבור החרדי ומפסיקים את הדרתו.⁶¹ כפי שמצטט בית המשפט, הנתבעת טענה כי מדובר בציבור "המודר לחלוטין מאפשרות להשתתפות פעילה בשיח הציבורי בישראל ומשוק התקשורת וכי קיים צורך עז לאפשר חופש ביטוי למגזר שלא זוכה לכך".⁶² תדרי השידור הם משאב מוגבל, ולכן המדינה מחלקת אותם במשורה לצרכים ציבוריים חשובים.⁶³ גם זמני השידור וערוצי השידור הם משאבים יקרי מציאות. לכן, כדברי המומחה אבישי בן-חיים, בהקמת התחנה היה הרעיון "לנסות לתקן תחושת עוול, קיפוח וניכור".⁶⁴ אלא שדברים נכוחים אלו מאבדים מעוקצם כאשר ב"ציבור" וב"קהילה" כוונתם לכלי תקשורת המכוונים רק למחצית מבני אותה קהילה, המחריגים את הנשים ממנה. אי-אפשר לדבר על האינטרס החשוב שבמתן קול ובמה לציבור החרדי הספרדי תוך התעלמות מאותו אינטרס עצמו כאשר הוא נוגע במחצית מאותו ציבור מודר.⁶⁵

58 CAROL GILLIGAN, *IN A DIFFERENT VOICE: PSYCHOLOGICAL THEORY AND WOMEN'S DEVELOPMENT* (1982). כן ראו פס' 24–26 לתצהיר קהת, לעיל ה"ש 37, שעניינן הנזק שבאי-השמעת קול נשי.

59 יופי תירוש וענת טהון אשכנזי "ייצוג הולם של מגוון נשים בגופים לעיצוב מדיניות לאומית – בעקבות תיקון מס' 4 לחוק שיווי זכויות האשה והחלטה 1325 של מועצת הביטחון" **משפט וממשל** טו 171 (2013). בהקשר המשפטי אפשר לדבר על תחומים כגון גישור או זכויות חברתיות-כלכליות כתחומים שמייצגים אתיקה חלופית. פרשנות למשנתה של GILLIGAN, שם, גורסת כי גישור הוא פרקטיקה נשית ליישוב סכסוכים. ראו, לדוגמה, Nancy G. Maxwell, *The Feminist Dilemma in Mediation*, 4 INT'L REV. COMP. PUB. POL'Y 67 (1992).

60 CATHARINE C. MACKINNON, *ONLY WORDS* (1993).

61 ראו פס' 17 ו-25 לכתב ההגנה של הנתבעת בת"צ **קול ברמה**, לעיל ה"ש 1 (עותק בידי המחברות).

62 ת"צ **קול ברמה**, לעיל ה"ש 1, פס' 57 לפסק הדין.

63 ע"פ (מחוזי-י) 4739/09 **מדינת ישראל נ' בונדק**, פס' ה(ב) לפסק דינו של השופט פרקש (פורסם בנבו, 24.12.2009); גיא פסח "משאבי ביטוי – קווים לדמותם ומתווה להקצאתם" **שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל** 299 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

64 חוות דעתו של בן-חיים מצוטטת בפס' 25 לכתב ההגנה של הנתבעת בת"צ **קול ברמה**, לעיל ה"ש 61.

65 ת"צ **קול ברמה**, לעיל ה"ש 1, פס' 57 לפסק הדין.

כאמור, מתן קול לנשים מיטיב לא רק עם קהילתן, אלא גם איתן עצמן. קול הוא חיוני לתחושת הערך העצמי של אדם וליכולתו "לכתוב את סיפור חייו".⁶⁶ לאדם שסביבתו החברתית רואה בקול שלו ושל חברי קבוצתו קול לא חיוני, חסר ערך, ואף אסור להשמעה או להאזנה, האפשרות להרגיש חבר שווה ערך בקהילה ובעל תחושת ערך עצמי נפגעת אנושות. יוער בהקשר זה כי רבים מהמופעים של הדרת הנשים בישראל נוגעים באופן כלשהו בקולן: המחלוקת על שירת נשים בטקסים ממלכתיים וציבוריים, איסור נשיאת הספד פומבי בבתי עלמין על ידי נשים והאיסור המוטל על נשים לקרוא בתורה בכותל – לכולם יש היבטים של קול.⁶⁷

משביססנו את תפקידה המרכזי של התקשורת בהגנה על זכויות אדם, נציג כעת את זכויות היסוד של מאזינות הרדיו שבהן פגיעה התחנה על ידי הדרה מוחלטת של נשים משידוריה, תוך שהיא גם שוללת מהן התבטאות אפילו בנושאים הנחשבים נשיים באופן מובהק, שאינם מאיימים לערער על חלוקת התפקידים המסורתית בין גברים לנשים.⁶⁸

2. פגיעה בשוויון

בבסיסה של הזכות לשוויון "עומדת התפיסה כי כל אדם ערכו זהה, ואין שוני בין אדם לאדם מטעמים שאינם ענייניים".⁶⁹ זכות השוויון הוכרה בשיטת המשפט בישראל כערך

66 על חשיבות הזכות העומדת לכל אדם לכתוב את סיפור חייו ראו ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13, פס' 33 לפסק הדין (2005).

67 כן ראו רידר-אינדורסקי, לעיל ה"ש 30, בעמ' 29-63 (דיון במחיקה הסימבולית של האישה החרדית מייצוגים בעיתונות ככתבות, כמומחיות וכמסוקרות).

68 ההיסטוריה של התקשורת החרדית מלמדת כי גם בעשורים הראשונים לקיומה של המדינה היו נשים חרדיות צריכות להיאבק על ייצוג בתקשורת. בחורף 1960 פנתה קוראת חרדית לעיתון המודיע וביקשה: "הבו גם לנו פינה משלנו! למה יקופח חלקנו משאר הנשים בארץ שמבחר כה עצום של עיתונים ושפע שבועונים עומד לרשותן, בהתאם להשקפתן, קשה לתאר את הסיפוק שיכולה האשה למצוא משלה ובנושאים המוקדשים אך ורק לה." בהמשך המכתב עומדת הכותבת על כך שעיתוני הנשים הכלליים אינם מתאימים לאישה החרדית, ובעצם נותר לה לסמוך רק על כלי התקשורת החרדי. המכתב מובא אצל רבקה נריה בן שחר "דימויים וייצוגים של נשים חרדיות בעיתונות הנשים החרדית מקום המדינה ועד ימינו" קשר 41, 88, 91 (2011). כך, למשל, לאחר מאבקים ומחאות של נשים הסכים עיתון המודיע לפתוח מדור ובו לקט מהתכנים המותרים מתוך עיתוני הנשים הכלליים. עם השקת מדור הנשים הסביר העיתון לקוראותיו: "קחו בבקשה, ועשו ניפוי יסודי של אותו חומר קלוקל המובא שם ואז תיווכחו לדעת שלא ישאר ממנו אלא לקט קטן מאוד היכול לעניין אשה משלנו ולהביא לה תועלת (ודי לחכימא...) לקט כגון זה נוכל בעזה"ש לספק במדורנו המצומצם..." (שם, בעמ' 91). עובדה מעניינת נוספת היא שהביקוש של נשים לתכנים תקשורתיים שייפנו אליהן וייצגו אותן הוביל לגידול אדיר בעיתונות הנשים החרדית, שעברה ממדורי נשים למוספים לנשים, וממוספי נשים לעיתונים ייחודיים לנשים.

69 בג"ץ 11020/05 פנים להתחדשות יהודית בישראל נ' שרת החינוך, התרבות והספורט, פס' 8 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 16.7.2006).

יסודי לדמוקרטיה וכצורך חיוני "לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה".⁷⁰ "אין לך גורם הרסני יותר לחברה", נכתב בפרשה שעסקה בהדרת נשים ממוקד של קבלת החלטות, "מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם".⁷¹

ההכרה המשפטית בזכות לשוויון כזכות יסודית התרחשה כבר בהכרזה על הקמת המדינה, שמנסחיה התחייבו כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין".⁷² הזכות לשוויון עוגנה בשנותיה הראשונות של המדינה בחוקים שונים ובפסיקתו של בית המשפט העליון, שראה בה "זכות מלכותית" ועקרון שהוא 'משכמו ומעלה גבוה מכל שאר עקרונות'.⁷³

מן הזכות לשוויון נגזרת החובה לא להפלות, אך חובה זו אין פירושה יחס שווה לכלל האנשים. תפיסת השוויון המקובלת מבקשת ליתן יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים. שוויון אינו מחייב זהות.⁷⁴ עם זאת, רק שוני שרלוונטי לעניין הנדון מצדיק הבחנה בין פרטים או הבחנה בין קבוצות.⁷⁵ הנשיא אגרנט הסביר בפרשת **בורנובסקי** כי:

"...אם ההבדל או ההבדלים בין אנשים שונים הינם רלוונטיים למטרה הנדונה, אזי תהיה זו הבחנה מותרת, אם מתייחסים אליהם, לצורך אותה מטרה, יחס שונה, ובלבד שההבדלים ההם מצדיקים זאת. המושג 'שוויון', בהקשר זה, פירושו איפוא שוויון רלוונטי...".⁷⁶

מעמדה המחייב של הזכות לשוויון נדון בפרשת **ברגמן**, שבמסגרתה ביאר השופט לנדוי כי עקרון השוויון הוא מלבנות היסוד של המשפט ומהווה עמוד השדרה ו"נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו",⁷⁷ וכן בפרשת **בורקאן**, שם קבע השופט שמגר כי "הכלל שלפיו אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גזע, מין, לאום, עדה, ארץ מוצא, דת,

70 בג"ץ 953/87 פורו נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, פס' 28 לפסק דינו של השופט ברק (1988).

71 שם.

72 הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1. ראו גם בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 652, 630 (1998).

73 ע"מ 4515/08 מדינת ישראל נ' נאמן, פס' 17 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם באר"ש, 6.10.2009).

74 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 677 (2006).

75 בג"ץ 200/83 וותאד נ' שר האוצר, פ"ד לח(3) 113, 119 (1984).

76 ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד כה(1) 7, 35 (1971).

77 בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969).

השקפה או מעמד חברתי הוא עקרון יסודי חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי-נפרד מהן.⁷⁸ אולם יישומה של ההבטחה שניתנה במגילת העצמאות היה חלקי בלבד, בפרט בכל הקשור לאיסור הפליית נשים: מצד אחד, ההתחייבות באשר למעמד האישה זכתה בביטוי קונקרטי בחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, שכלל אף הוראת עליונות על חקיקה עתידית של הכנסת; מן הצד האחר, לצורך גיוס תמיכתן של המפלגות הדתיות לשם העברת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בכנסת, נדרשה הימנעות מעיגון מפורש של הזכות לשוויון, בשל חששן של אלה לפגיעה בתוקפם של ההסדרים המפלים נשים לרעה מכוח הדין הדתי,⁷⁹ שהנציח את כפיפות הנשים בדין האישי ושלל מהן את הזכות להשתתף בחיים הציבוריים כדיינות ופרשניות רשמיות.⁸⁰ אחרים תולים את הסתייגותן של מפלגות אלו בחששן מפני פסילתם של חוק השבות וחוקים אחרים הנובעים ממהותה של המדינה כמדינה יהודית.⁸¹

הזכות לשוויון לא עוגנה מפורשות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך בפסיקה אומצה הגישה שלפיה היבטים משמעותיים של הזכות נגזרים מהזכות לכבוד, ועל כן בפועל זוכים בהגנה חוקתית.⁸² שאלת מעמדה הנורמטיבי של הזכות נדונה בהרחבה בפרשת **שדולת הנשים**.⁸³ בפסק דין זה התגלעה מחלוקת: השופט מצא ציין כי רק עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הועלה עקרון השוויון "למדרגה נורמטיבית חוקתית, על-חוקית",⁸⁴ בעוד שהשופט זמיר קבע כי שיטת משפטנו נהגה לאורו "מאז ומתמיד", עוד לפני אזכורו בהכרזה על הקמת המדינה.⁸⁵

בפרשת **מילר** התוותה השופטת דורנר גישת ביניים שלפיה רק פגיעה בזכות לשוויון הגוררת השפלה נופלת בגדר הזכות החוקתית לכבוד. לפי גישתה, בהפליה על בסיס קבוצתי (למשל, הפליית נשים על בסיס מינן) טמונה השפלה ועל כן פגיעה בזכות לכבוד הקבועה בחוק היסוד.⁸⁶ "ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה,

78 בג"ץ 114/78 **בורקאן נ' שר האוצר**, פ"ד לב(2) 800, פס' 2 לפסק דינו של השופט שמגר (1978).

79 ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 279 (2016).

80 פרנסס רדאי "על השוויון" **משפטים** כד 241, 248 (1994).

81 הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257, 275 (1997).

82 מדינה, לעיל ה"ש 79, בעמ' 275.

83 בג"ץ 454/94 **שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מח(5) 501 (1994) (להלן: פרשת **שדולת הנשים**). כן ראו בג"ץ 5394/92 **הפרט נ' יד ושם**, **רשות הזיכרון לשואה ולגבורה**, פ"ד מח(3) 353 (1994), שם עמד בית המשפט העליון לראשונה, בהערת אגב, על מעמדה החוקתי של הזכות.

84 פרשת **שדולת הנשים**, שם, בעמ' 526.

85 שם, בעמ' 535.

86 בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94, פס' 4 לפסק דינה של השופטת דורנר (1995). ראו גם יצחק בנבגי "שוויון וכבוד כאידיאלים מתחרים – השופטת דורנר בעניין אלס מילר" **מחקרי**

מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה.⁸⁷

החובה לכבד את הזכות החוקתית לשוויון חלה הן על סמכויות שלטוניות הן על פעולות של גורמים פרטיים. במישור המשפט הפרטי נחקקו הסדרים המחייבים גורמים פרטיים לכבד את הזכות לשוויון בתחום יחסי העבודה,⁸⁸ במכירת מוצרים ושירותים מסוימים⁸⁹ וכן בתחום החינוך.⁹⁰ במישור המשפט הציבורי החקיקה מחייבת את רשויות השלטון לנהוג בשוויון בבחירות⁹¹ ולהעניק משאבים מקופת המדינה לגופים פרטיים על פי מבחנים שוויוניים.⁹² כל הפעלת כוח שלטוני בקשר להקצאת משאבים ציבוריים ולהענקת פטור מחובות שונות תלויה בכך שהסמכות תופעל בהתאם לכללים שנועדו לקדם תכליות שמבטאות את האינטרס של כלל הציבור.⁹³

בענייננו, הניזוקות לא שמעו נשים כלל בתחנת הרדיו הקהילתית שלהן, בשעה שלא היו בנמצא תחנות רדיו אחרות הראויות להאזנה לפי המוסכמות בקהילתן.⁹⁴ גם הנפגעות שזוהו ככאלה בתובענה הייצוגית וגם הקהילה כולה שמעו ברדיו רק גברים. השאלה שעמדה למבחן בפרשה זו היא לא אם לנשים יש זכות קנויה להאזין לשידורי רדיו בהשתתפות נשים או לעלות לשידור, אלא, במילותיו של השופט דנציגר:

“...זכותן של נשים שינהגו כלפיהן בשוויון, באופן שבו אפשרויות לא תהיינה סגורות בפניהן בו בזמן שהן פתוחות ונגישות לגברים.”⁹⁵

משפט כב 445, 460 (2006): “כשהפרט... נפגע מהתייחסות לא-שוויונית שאינה מותרת לפי העיקרון האריסטוטי [עקרון השוויון] – ההתייחסות הזאת משפילה.”

87 פרשת מילר, שם, בעמ' 132.

88 ס' 42 (א) לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959; ס' 2 (א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996.

89 ס' 3 לחוק איסור הפליה.

90 ס' 4 (א) לחוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007, שלפיו מוסד לא יפלה מועמדים מטעמי עדה, מוצא, רקע כלכלי, דת, לאום, מין או מקום מגורים. הסדרים דומים קיימים בס' 9 לכללי המועצה להשכלה גבוהה (הכרה במוסדות), התשכ"ד-1964, כמו גם בס' 5 (א) לחוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000.

91 ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת; בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד (3) 485 (1996).

92 ס' 3 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985; מדינה, לעיל ה"ש 79, בעמ' 279; פרשת פנים להתחרשות יהודית בישראל, לעיל ה"ש 69.

93 מדינה, לעיל ה"ש 79, בעמ' 279-280.

94 כפי שמציינת פודם, הציבור החרדי הוא “קהל שבוי במיוחד, אשר יכולותיו לבחור את אמצעי התקשורת שלו או לעבור לערוץ ידע אחר באמצעות לחיצה על השלט כמעט ואינן קיימות. במציאות כזו, הדרה מוחלטת כמעט של נשים מערוץ תקשורת מרכזי, משמעותה העלמתן המוחלטת מהנוף החברתי והפיכתן לשקופות ונאלמות, שאינן זוכות לכל שיקוף בעולמות התוכן בהן הן לוקחות חלק”. אפרת פודם “מחסום הקול: בעקבות רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה נ' קולך פורום נשים דתיות” “המשפט” ברשת: זכויות אדם – מבוקי האורות פסיקה 53, 5, 12 (2016).

95 רע"א קול ברמה, לעיל ה"ש 2, פס' 50 לפסק דינו של השופט דנציגר.

מדיניותה של התחנה הפלטה נשים בכך שהיא הייתה מבוססת על הבחנה לא רלוונטית על בסיס מין. יחס מדיר ולא שוויוני כלפי חלקים מבני הקהילה מכרסם בה ופוגע בחוסנם ובשגשוגם של חבריה.⁹⁶ הדרה מהסוג של מניעה מהשתתפות בשידורי רדיו, כתבה השופטת ברק-ארוז, "היא מעצם טיבה וטבעה סוג של הפליה".⁹⁷

הנתבעת עיגנה את מדיניותה בפסיקתו של הרב עובדיה יוסף. לשיטתו, אין מדובר באיסור הלכתי להשמיע נשים בשידור, והנוהג להימנע מהשמעת נשים נעוץ ב"הידור מצווה".⁹⁸ אולם כידוע, מבחינת המבחן המשפטי, השאלה אם התבצעה עוולה של הפליה אינה תלויה במניעיו של המפלה – להדר במצוות – אלא בתוצאות מעשיו.⁹⁹ מקום שהחוק מורה כי אין להפלות בהספקת שירות או מוצר, אין חשיבות לטעמים העומדים בבסיס ההפליה. אם התוצאה היא מפלה, שאלת המניע של המפלה היא שאלה שדיני איסור ההפליה זנחו אותה מזמן.¹⁰⁰

זכותן של הניזוקות לשוויון נפגעה בארבעה מובנים לפחות. מובן אחד הוא הנזק שבמניעת גישה שוויונית למשאב עצמו – היכולת להשתתף בשידורים ולהאזין לנשים בשידורים.¹⁰¹ מובן שני הוא שמניעת הגישה של נשים לרדיו מנעה מהן גם גישה למשאב שהוא חיוני למימוש זכויות יסוד אחרות, כפי שנדגים בהמשך. מובן שלישי הוא תחושות הקיפוח והתסכול שנבעו מן ההדרה, והפגיעה בתחושת ההשתייכות שלהן לקבוצתן. כפי שציינה התובעת הייצוגית חנה קהת בתצהירה, "הדרת הנשים החרדיות מתחנת רדיו היא חלק מתהליך של הדרת נשים חרדיות מהמרחב הציבורי, המתבטא בדחיקתן לחלק האחורי של האוטובוס, בדרישה שלא יתעכבו ליד פתח היציאה של

96 פרשת פורז, שעסקה אף היא בניסיון להדיר נשים מהשתתפות בחיי הקהילה רק בשל מינו, ציין השופט ברק אמירה חשובה וידועה בהקשר הנוכחי: "...אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם. חרף מרכזיותו של מושג השוויון בחיי הפרט והחברה, זהו מושג שקשה להגדירו." פרשת פורז, לעיל ה"ש 70, פס' 28 לפסק דינו של השופט ברק. ברוח זו העיר השופט חשין, בפרשת **מרכז השלטון המקומי**, כי "הפליה, ידענו, היא הרע-מכל-רע. הפליה מכרסמת עד כלות ביחסים בין בני-אנוש, ביניהם לבין עצמם. תחושת הפליה מביאה לאובדן עשתונות ולהרס מירקם היחסים בין אדם לרעהו... כך בהפליה אישית, כך בהפליה חברתית, כך בהפליה אתנית, כך בכל הפליה והפליה". פרשת **מרכז השלטון המקומי**, לעיל ה"ש 91, פס' 8 לפסק דינו של השופט חשין.

97 רע"א קול ברמה, לעיל ה"ש 2, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

98 שם, פס' 15 (א) לפסק דינו של השופט דנציגר.

99 דנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נדר (5) 330 (2000); דב"ע (ארצי) נא-3-8 **מדינת ישראל – חברת גסטטנר ישראל בע"מ**, פד"ע כד 65 (1992).

100 שרון רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?" **הפרקליט** מד 529 (1999). ראו ס' 1א(ב) לחוק שיווי זכויות האשה; בג"ץ 721/94 **אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ**, פ"ד מח(5) 749, 764 (1994).

101 השוו לרימלט, לעיל ה"ש 28, בעמ' 773-785 ו-811-834.

הישיבה או בית הכנסת, ביצירת כניסה נפרדת לנשים במרפאות ובדרישת לבוש צנוע. כל אלה הינם חלק ממגמה של דיכוי, אפליה וניצול של נשים חרדיות"¹⁰². מובן רביעי שבו פגעה מדיניות הנפגעת בשוויון של הניזוקות הוא הפגיעה במעמדן של הניזוקות בקהילה על ידי השתקתן וכן על ידי השרשת התפיסה שהשתקה זו היא ראויה. כדברי קהת בתצהירה, "קבלתה של הדרה בשידורי רדיו עלולה לגרום לכך שהדרת נשים בתחומים נוספים בחיים הציבוריים תיתפס כלגיטימית"¹⁰³. כלל ציבור המאזינים לתחנה קיבל מסר יומיומי שלפיו השתתפות של נשים בשידורים אינה ראויה, ומסר זה פגע אנושות במאזינות התחנה: "הפגיעה בנשים אלה [שהאזינו לרדיו] 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..."¹⁰⁴ גלי ההדף של הדרה כזו, הסבירה השופטת ברק-ארוז, "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"¹⁰⁵. השופט דנציגר הטעים בהקשר זה כי עצם היחס הלא-שוויוני הוא-הוא לב הנזק שבהדרת נשים, וזאת בלי קשר לשאלה עד כמה לנשים יש זכות קנויה להישמע בשידורי הרדיו או עד כמה גישה לשידורי רדיו נמצאת בליבת זכויות היסוד.¹⁰⁶ בהיותה כלי תקשורת – ומכאן, סוכנת חברות – נהפכה תחנת קול ברמה לכלי לא רק לשעתוק מגמות בחברה החרדית לגבי מקומן ומעמדם של נשים, אלא גם ליצירת מגמות חדשות וקיצוניות יותר. עד שהוקמה לא הייתה תחנה חרדית ספרדית, והתחנות המקבילות, החרדיות האשכנזיות, לא נקטו איסור גורף ביחס להשמעת נשים. כך, ברגע חשוב בחייה של הקהילה, רגע שבו היא קיבלה אפשרות לייסד תחנת רדיו משלה, נקבעו סטנדרטים חדשים וקיצוניים יותר ביחס למקומן של נשים, ובכך הועמקו דפוסים מפלים הננקטים כלפי נשים בחיי היומיום בקהילה החרדית, הפעם גם מעל גלי האתר. כך, לא רק את כל נפח השידורים תופסים קולות גבריים, אלא שמונופול זה משריש את התפיסה שלפיה אלה הם הקולות היחידים המזוהים עם

102 ראו תצהיר קהת, לעיל ה"ש 37, פס' 20.

103 ראו שם, פס' 27.

104 רע"א קול ברמה, לעיל ה"ש 2, פס' 63 לפסק דינו של השופט דנציגר.

105 שם, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

106 לפי השופט דנציגר, "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" (שם, פס' 50 לפסק דינו). כה גדולה הייתה האפקטיביות של איסור השמעת נשים מעל גלי האתר, מציין השופט דנציגר, שנשים ויתרו מראש על נסיונות לעלות לשידור, בידוען שייתקלו בסירוב. לדבריו, "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" (שם, פס' 63 לפסק דינו).

הקהילה שהתחנה פונה אליה, ואלה הקולות היחידים שראוי שייצרו את "פסקול" חייהם של החרדים המזרחים.

פגיעות אלו, כפי שהודגש בפסק דינו של בית המשפט העליון, מקבלות משנה תוקף לנוכח "עובדת היותן של נשים בקהילה החרדית קבוצה המהווה 'תת-מיעוט' בתוך קבוצת המיעוט החרדית".¹⁰⁷ הדרת נשים מגלי האתר שללה מהן את האפשרות לפיתוח, שימור וביסוס של עולמן, אורחותיהן והשקפותיהן דרך כלי תקשורת מרכזי בקהילתן. בכך החריפה הנתבעת את מעמדן הנמוך ממילא של הנשים החרדיות במדרג הקהילתי.

כאשר קבוצה מפנימה שמקומה בצד ושאינן מקום לקול שלה, הנזק רחב בהרבה מהנזק במובן הראשון – הנזק של עצם שלילת האפשרות להישמע בשידור או לשמוע נשים בשידורים. כך, זכותן של הניזוקות לשוויון נפגעה מעצם ההתקבעות בחברה החרדית של הטענה כי יש הבדלים בין המינים המצדיקים הבחנה נוקשה בין גברים לנשים לעניין שידורי רדיו. התנהלות חברתית לאורך זמן לאורו של כלל מפלה יוצרת "תחושת קיפוח ותיסכול. היא פוגמת בתחושת השייכות ובמוטיוואציה החיובית להשתתף בחיי החברה ולתרום לה. חברה אשר בה נוהגת הפליה איננה חברה בריאה, ומדינה שבה נהוגה אפליה לא תוכל להיקרא מדינה מתוקנת".¹⁰⁸

השימוש בקריטריון הרלוונטיות של השוני חשוף לביקורת שלפיה מדובר באמת מידה שמרנית, שלעיתים אינה משקפת שוני, אלא מכוננת אותו ופועלת באופן מעגלי על מנת להנציחו. בניסוחה של השופטת דורנר:

"ההגדרה הקלאסית של שוויון נטבעה על-ידי אריסטו. על-פי הגדרה זו, שוויון הוא נקיטת יחס שווה כלפי שווים ויחס שונה כלפי שונים על-פי מידת שונותם... לדעתי, הגדרה זו – שנקלטה בפסיקתנו... – גובלת בטאוטולוגיה. ההגדרה מתירה, ואף מחייבת, נקיטת יחס שונה כאשר 'השונות' היא רלוואנטית, אך אין היא כוללת אמות מידה לקביעתה של רלוואנטיות זו. בהיעדר אמות מידה כאלה, קיימת סכנה – שהתממשה לא אחת – כי אמות המידה שיוחלו בכל עניין ועניין ישקפו את הסטריאוטיפים המשפילים שעמם מיועד להתמודד איסור ההפליה מיסודו".¹⁰⁹

עמדה זו מבוססת על התפיסה שגם אם יש שונות רלוונטית, לעיתים היא תוצאה של הפליה עמוקה וארוכת שנים.¹¹⁰

כפי שהעירה קתרין מקינן, הטקטיקה של הדגשת הבדלים בין קבוצות גזעיות או מיניות היא נשק אפקטיבי להנצחת יחסי מדרג ודיכוי. הדגשת ההבדלים יוצרת מצג

107 שם, פס' 23 לפסק דינו של השופט דנציגר.

108 בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, פס' 9 לפסק הדין (1990).

109 פרשת מילר, לעיל ה"ש 86, פס' 6 לפסק דינה של השופטת דורנר.

110 מדינה, לעיל ה"ש 79, בעמ' 276.

שווא של יחס ענייני ומוצדק, ובכך מקנה לגיטימיות ליחס מפלה המנציח פערים במצבן ובזכויותיהן של קבוצות שונות.¹¹¹ אנו נוטים לחשוב שהבדלים בין קבוצות הם המסבירים את מקומן השונה בחברה והם המצדיקים טיפול שונה בהתאם למאפיינים של כל קבוצה, אך למעשה ההיתלות בהבדלים, אשר ברובם המכריע של המקרים אינם רלוונטיים, היא שמאפשרת יחס מפלה.¹¹² בהקשר שלפנינו, הטענה שלפיה השוני בין נשים לגברים מצדיק את אי-העלאתן לשידור היא טענה המנציחה את השוני ואת ההבדלים באפשרות הגישה לזכויות יסוד.

לסיכום, מדיניות התחנה פגעה בהיבטים יסודיים של זכותן החוקתית של הניזוקות לשוויון בקהילתן, לרבות שלילת משאבים והזדמנויות, מניעת גישה לפלטפורמה שחיונית לשמירה על זכויות יסוד, השרשת התפיסה שהדרת נשים מהרדיו היא סדר הדברים הטבעי, והעמקת תפיסות בציבור בדבר נחיתות נשית. צירוף של כל היבטי הפגיעה הללו מצייר תמונה קשה שלפיה למדיניות של אי-השמעת נשים בשידורים הייתה השפעה הרסנית ועמוקה על השוויון של נשים חרדיות לעומת גברים חרדים.

תחנת קול ברמה הפרה אם כן את סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה, והפלתה את הניזוקות באופן שפגע אף בזכויות יסוד אחרות שלהן.¹¹³ למעשה, בהגינו מפני הפליה, החוק מגן על שלל זכויות העלולות להיפגע ממעשה הפליה כזה או אחר. נעבור כעת לפגיעות שיצרה הפליה זו, כדי להמשיגן ולהעריך את נזקן.

3. פגיעה בחופש הביטוי

הזכות לחופש הביטוי מבקשת להבטיח את חירותו של אדם להביע את דעותיו ולהיחשף לדעות זולתו ככל שיחפוץ. הבטחתו של חופש הביטוי מאפשרת לרעיונות להתחרות אלה באלה עד לליבון האמת. החלפת דעות ומידע באופן חופשי היא חיונית לקיומו

111 באופן דומה קבע השופט ג'ובראן בפרשת **פרווי'אנסקי** (שהצטרף לתוצאה שאליה הגיעה דעת הרוב אך עם הנמקות משלו) כי עצם ההבחנה בין נשים לגברים, גם אם היא לכאורה אינה מפלה נשים (אשר במקרה האמור הורשו להיכנס למועדון בגיל צעיר יותר בהשוואה לגברים), מנציחה סטריאוטיפים מגדריים המעמיקים את הפליית הנשים. ראו את פסק דינו של השופט ג'ובראן, בחלק שכותרתו "מדיניות המשיב כמדיניות המפלה נשים", ברע"א 8821/09 **פרווי'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ** (פורסם באר"ש, 16.11.2011). כן השוו Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. (1989) 228 (בית המשפט העליון האמריקני הכיר בנוק הגלום בעצם החלתם של סטנדרטים שונים על גברים ונשים, גם אם הנטל על כל מגדר הוא דומה).

112 קת'רין מקינזון "שוני ושליטה: על אפליה מינית" **פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה** 23 (דפנה ברק-ארו עורכת, עידית שורר מתרגמת, 2005). כן ראו אורית קמיר **פמיניזם, זכויות ומשפט** 64–66 (2002).

113 להדגמה אילו זכויות נפגעות כתוצאה מאי-שמיעת נשים ברדיו ראו תצהיר קהת, לעיל ה"ש 37, פס' 33–34.

ולהתפתחותו של המשטר הדמוקרטי. כמו כן, שמירה על הזכות לחופש הביטוי הכרחית להגשמתו העצמית של האדם.¹¹⁴
 הטעמים להגנה על חופש הביטוי כוללים אינטרסים ציבוריים ואינטרסים פרטיים.¹¹⁵ כמוסבר באחת הפרשות:

"...הצידוק לחופש הביטוי הוא מורכב ומשולב. זהו החופש של היחיד להגשים את עצמו ולגבש לעצמו השקפת עולם ודעה על-ידי מתן דרור לרוחו, היוצרת והקולטת, המרשימה והמתרשמת... זהו החופש של בני החברה להחליף, ברוח סובלנית, ללא מורא ופחד ומתוך כיבוד האוטונומיה של כל יחיד, דעות והשקפות, ולשכנע זה את זה כדי לייצב, לעגן ולפתח את המשטר הדמוקרטי. חלקם של צידוקים אלה הם תועלתניים; חלקם האחר אינם תועלתניים; חלקם מתמקדים ביחיד ובאשרו; חלקם מתמקדים בכלל ובהגנה על ערכיו..."¹¹⁶

"ביטוי" מוגדר באופן רחב, וכולל העברת מידע, דעה ורגשות בדרכים מגוונות ובשלל צורות ביטוי, כגון עיתונות, ספרות,¹¹⁷ סרטים, הצגות, מוזיקה ומחול, וכולל גם ביטוי במעשים.¹¹⁸ מחופש הביטוי נגזרות זכויות נוספות, דוגמת הזכות להפגין והזכות להתאסף.¹¹⁹

אף שהזכות לחופש הביטוי אינה מנויה בהכרזת העצמאות, בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או בחקיקה, היא הוכרה בפסיקה כזכות יסודית ורחבה כבר בשנותיו הראשונות של המשפט הישראלי.¹²⁰ חירות הביטוי הוגדרה על ידי השופט אגרנט כזכות "עילאית" שקשורה בקשר אמיץ להליך הדמוקרטי ואשר מהווה "את התנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות",¹²¹ ויש לה "מקום של כבוד בהיכל זכויות היסוד של האדם".¹²² חירות זו משמעותית למימוש אוטונומיית הפרט, והמשפט הישראלי מכיר בזכות זו כעומדת בזיקה לזכות לכבוד האדם המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹²³

114 אהרן ברק "חופש הביטוי ומיגבלותיו" הפרקליט מ 5, 12-13 (1991); בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז(1) 871, 877-878 (1953) (להלן: פרשת "קול העם").
 115 מדינה, לעיל ה"ש 79, בעמ' 431.
 116 בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 272, 255 (1987).
 117 ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (1989).
 118 בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 433 (1987).
 119 בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2) 169 (1979).
 120 מדינה, לעיל ה"ש 79, בעמ' 434.
 121 פרשת "קול העם", לעיל ה"ש 114, בעמ' 878 לפסק הדין.
 122 בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 398 (1984).
 123 פרשת "המפקד האומי", לעיל ה"ש 55, פס' 26 לפסק דינה של השופטת נאור; אהרן ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיוחה" משפטים כז 223, 231 (1996); מרדכי קרמיניצר ומיכל קרמר

הזכות לחופש הביטוי נוגעת אף בעצם יכולתו של אדם להקנות לחייו משמעות וערך. כמעשיה מנעה התחנה מקהל המאזינות את האפשרות לשמוע נשים בשידורי הרדיו שלה – ומקל וחומר גם להשתתף בשידורים – בשל היותן נשים, ובכך פגיעה בזכותן של המאזינות לחופש הביטוי. לעניין זה יפים דבריו של הנשיא אגרנט בפרשת **"קול העם"**:

"...חשיבותו של העקרון נעוץ גם בהגנה שהוא נותן לאינטרס פרטי מובהק, דהיינו, לענינו של כל אדם, באשר הוא אדם, לתת ביטוי מלא לתכונותיו ולסגולותיו האישיות; לטפח ולפתח, עד הגבול האפשרי, את האני שבו; להביע את דעתו על כל נושא שהוא חושבו כחיוני בשבילו; בקיצור – להגיד את אשר בלבו, כדי שהחיים ייראו כדאיים בעיניו..."¹²⁴

על דברים אלו הוסיף השופט ברק בפרשת **כהנא**:

"רק בהבטחתו של חופש הביטוי ניתן להביא לידי הגשמה עצמית זו. בלא לאפשר חופש להשמיע או לשמוע, לכתוב או לקרוא, להתבטא או לשתוק, נפגמת אישיותו של האדם, אשר התפתחותו הרוחנית והאינטלקטואלית מבוססת על יכולתו לגבש באופן חופשי את השקפת עולמו... צורך זה אינו רק הצורך של הדובר. זהו גם הצורך של השומע, ועל-כן גם של הציבור הרחב... לא רק הדובר הוא בגדר מי שמפעיל חירויותיו ונהנה מן הזכויות המוקנות לאדם בחברה חופשית. קהל השומעים או הקוראים בכוח זכאי לשמיעתם ולקריאתם של דברי הזולת, וצמצום ההאזנה והעיון בדברי אחרים הוא לא רק פגיעה בזכותו של הכותב או הדובר אלא לא פחות מכך גם בזכויותיהם של אלה, אשר אליהם מופנים דבריו. טיעון זה מקשר את חופש הביטוי אל כבוד האדם ואל חירויות אחרות – כגון חירות המצפון והדת – אך הוא גם מעמיד את חופש הביטוי על רגליו שלו. מטבעו של האדם, שהוא מגשים עצמו על-ידי מתן ביטוי לעצמו."¹²⁵

פרופ' ברק-ארז הצביעה על הזיקה שבין שמירה על גישה שוויונית וחופשית לתקשורת לבין הזכות לחופש הביטוי:

"...חופש-הגישה לכלי-התקשורת הינו, לאמיתו של דבר, תנאי למימוש חופש-הביטוי, אשר בהיעדרו, עלול להיות ריק מתוכן ונעדר חשיבות של ממש. כאשר כלי-התקשורת אינם פותחים את שעריהם לפני אדם המבקש להתבטא, הרי הם

כבוד האדם כערך חוקתי עליון ומוחלט במשפט הגרמני – האם גם בישראל? 24 (מחקר מדיניות 85, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2011).

124 פרשת **"קול העם"**, לעיל ה"ש 114, בעמ' 878 לפסק הדין.

125 פרשת **כהנא**, לעיל ה"ש 116, בעמ' 273.

שוללים למעשה, גם אם לא להלכה, את חופש הביטוי שלו, אותו חופש ביטוי, אשר בשמו הם נלחמים להבטחת חופש העיתונות.¹²⁶

בהקשר שלפנינו חשובה ההבחנה בין ההיבט הפעיל של הזכות לחופש הביטוי לבין ההיבט הסביל שלה. כדברי השופטת ברק-ארוז:

"...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)."¹²⁷

מן הסיווג שלעיל עולה בבירור כי חופש הביטוי של הנשים שהאזינו לשידורי התחנה נפגע בשני היבטיו: הן בחסימת גישתן לשידור הן בשלילת אפשרותן לשמוע את בנות מינן בשידור. בית המשפט העליון קבע כי חופש הביטוי "כולל בחובו את הזכות לקבל מידע ולהגיב עליו, לשמוע ולהישמע, לראות ולשמוע... היקפו של חופש הביטוי משתרע על כל דרכי הביטוי, ועל כל צורות הביטוי, ועל כל תכני הביטוי."¹²⁸ נקודה זו רלוונטית ביתר שאת לגבי קבוצות מוחלשות.¹²⁹

המטפורה של אפקט האדווה, שבה השתמש השופט זמיר באחד מפסקי דינו, מדגימה כיצד פגיעה בזכות יסוד אחת לעולם אינה עומדת לבדה, אלא גוררת פגיעה בזכויות נוספות: "הפגיעה בחירות האישית, כמו פגיעה אבן במים, יוצרת מעגל מתרחב

126 דפנה ברק "חופש הגישה לאמצעי התקשורת – איוון אינטרסים בתחומי הזכות לחופש ביטוי" עיוני משפט יב 183, 185 (1987).

127 רע"א קול ברמה, לעיל ה"ש 2, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

128 בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי – מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם באר"ש, 28.6.2006).

129 כפי שמציין דוח של ארגון אג'נדה, "העדר הנגישות לתקשורת והסיקור השלילי פוגעים ביכולתם של השייכים לקבוצות המיעוט לממש את אחד ההיבטים היסודיים ביותר של חופש הביטוי – זכותם של יחידים ושל קבוצות לבטא באופן חופשי את דעותיהם ולהעלות לדיון ציבורי סוגיות בעלות חשיבות לגביהם. בעידן המודרני הגשמת חופש הביטוי מוגבלת ביותר ללא אפשרות גישה לאמצעי התקשורת". "תקשורת ומציאות", לעיל ה"ש 54, בעמ' 3. השתתפותן של קבוצות מוחלשות בשיח ציבורי חופשי ופתוח לכל היא חיונית לשם ליבון רעיונות והגעה להסכמות חברתיות. כדברי השופטת ברק-ארוז, "הדרתה של קבוצה מסוימת מהשיח הציבורי פוגעת לא רק בקבוצה המודרת אלא גם בשיח עצמו. 'שוק הרעיונות', על החשיבות הרבה הנובעת לו, אינו מבטא את כלל העמדות והגוונים השונים של החברה כאשר ההשתתפות בו מוגבלת מראש, או כשנחסמת הדרך האפקטיבית לעשות כן". רע"א קול ברמה, לעיל ה"ש 2, פס' 8 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

של פגיעה בזכויות יסוד נוספות: לא רק בחופש התנועה, אלא גם בחופש הביטוי, בצנעת הפרט, בזכות הקניין ובזכויות נוספות.¹³⁰ כך, למשל, מתצהירה של התובעת הייצוגית קהת עולה כי הדרת נשים חרדיות מאמצעי התקשורת מונעת עיסוק בנושאים הנוגעים בבריאות האישה, ומחבלת במאמצי הרפואה המונעת למען נשים חרדיות, שתוחלת החיים שלהן ואיכות החיים שלהן נופלות מאלה של נשים לא חרדיות.¹³¹ לסיכום, הדרת הנשים המוחלטת – ובשלבים מאוחרים יותר הכמעט-מוחלטת – מגלי האתר של הנתבעת שללה את חופש הביטוי הסביל והפעיל של הניזוקות. משמעותה של פגיעה זו היא רחבת היקף, ומגיעה, בין היתר, לזכויות לטיפול האני, לגיבוש השקפת עולם, להשתתפות בהליך הדמוקרטי ולהשפעה על סדר היום הציבורי. הפגיעה בחופש הביטוי משמעותה גם פגיעה באינטרסים חברתיים כלליים, כגון קיומו של שוק דעות פתוח. בכך היא פוגעת בפגיעה נוספת, עקיפה, בניזוקות כבנות החברה.

4. פגיעה באוטונומיה

בליבת המושג "אוטונומיה" מצויה חירותו של אדם לעצב ולחיות את חייו על פי בחירותיו בלא התערבות ובלא הגבלות מצד אחרים.¹³² מידע שגוי או חסר עלול להטעות את הפרט בנוגע לאפשרויות הפתוחות לפניו, ובכך להפחית את שליטתו במהלך חייו, אף אם לא בחר בדרך שונה מזו שהיה בוחר בה אלמלא הכשל בגישה למידע מדויק ומקיף.¹³³ ראש הנזק העצמאי של פגיעה באוטונומיה הוא פיתוח עצמאי וחלוצי של בית המשפט העליון בישראל,¹³⁴ שהוכר לראשונה בפרשת דעקה¹³⁵ במסגרת עוולת הרשלנות. בפרשת דעקה קבע בית המשפט, בדעת רוב, כי עצם שלילת כוח הבחירה של החולה, ולמעשה העדרה של החובה לקבל ממנו הסכמה מדעת, פוגמת בזכותו היסודית של אדם לאוטונומיה. בפסיקה זו עוגנה הזכות לאוטונומיה כחלק מהזכות החוקתית לכבוד:¹³⁶

"ההכרה בזכותו של אדם לאוטונומיה היא רכיב בסיסי בשיטת המשפט שלנו, כשיטת משפט של מדינה דמוקרטית... היא מהווה את אחד הביטויים המרכזיים לזכותו החוקתית של כל אדם בישראל לכבוד, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, כבר נפסק כי אחד מן הביטויים של הזכות לכבוד הוא '...חופש הבחירה של כל אדם כיצור חופשי', וכי בכך משתקפת התפיסה שלפיה 'כל

130 בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, פס' 17 לפסק דינו של השופט זמיר (1999).

131 תצהיר קהת, לעיל ה"ש 37, פס' 38–43. ראו גם רידר-אינדורסקי, לעיל ה"ש 30, בעמ' 136–137.

132 אסף יעקב "דא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה" משפטים מב 5, 9–11 (2012).

133 שם, בעמ' 13–14.

134 שם, בעמ' 5.

135 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999).

136 יעקב, לעיל ה"ש 132, בעמ' 5.

אדם... הוא עולם בפני עצמו, ומטרה בפני עצמה'... כפי שציין הנשיא ברק, 'אוטונומיה זו של הרצון הפרטי מהווה ערך יסוד במשפטנו. היא מעוגנת כיום בהגנה החוקתית על כבוד האדם'...¹³⁷

ביוצרו ראש נזק שעניינו פגיעה באוטונומיה, הדגיש בית המשפט העליון את הצורך להגן על יכולת הבחירה הבסיסית של החולה כמצדיק מתן פיצוי גם במקרים שבהם היה החולה מסכים לקבלת הטיפול וגם כאשר הפרוצדורה הרפואית שבוצעה לא עלתה כדי רשלנות.¹³⁸ במקורה, אם כן, נקבעה ההלכה בהתייחס למצבים של טיפול רפואי,¹³⁹ אך עם הזמן הורחבה ההכרה בנזק הפגיעה באוטונומיה גם להקשרים אחרים. בפרשת **בן צבי**¹⁴⁰ הכירה הפסיקה באב הנזק של פגיעה באוטונומיה כאשר הנזק העיקרי היה עוגמת נפש. במקרה הנדון, אשר עסק בנתיחת גופת מת ללא אישור משפחתו, קבע בית המשפט כי נגרם נזק נפשי לבני משפחתו של המת, שבגיננו הם זכאים לפיצוי. מאוחר יותר, בתובענה הייצוגית בפרשת **תנובה**,¹⁴¹ נפסק כי נגרמה לתובעים פגיעה באוטונומיה בגין עוללת הטעיה מכוח חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981. בהקשר זה ציינה השופטת חיות:

"הערכת שיעורו של נזק זה המתבטא בתחושות שליליות של כעס, תסכול, עלבון וכיוצא" בתחושות שליליות אותן חווה הניזוק כתוצאה מהתנהגותו המעוולת של המזיק, וקביעת הפיצוי המגיע לו בגין נזק זה, אינה משימה קלה. זאת משום שזק כזה הוא על פי טיבו נזק סובייקטיבי-אינדיבידואלי התלוי במידה רבה בברומטר הרגישות האישי של כל אדם ואדם."¹⁴²

מדיניות התחנה פגעה באוטונומיה של קהל המאזינות. נשים אלו הן "קהל שבוי" של התחנה: הן מאזינות לה בשל השתייכותן לקהל היעד שלה (הקהילה החרדית-הספרדית), בשל העדר חלופה אחרת עם שיעור תפוצה נרחב וצביון תרבותי הולם, ובשל פשטות הגישה לשידורים מבחינה טכנולוגית וכלכלית.¹⁴³ באקלים תרבותי המבכר

137 פרשת **דעקה**, לעיל ה"ש 135, פס' 17 לפסק דינו של השופט אור. ראו גם בג"ץ 4330/93 **גאנם נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין**, פ"ד נ(4) 221, 231 (1996).

138 יעקב, לעיל ה"ש 132, בעמ' 17.

139 אריאל פורת **נזיקין** כרך א 268–269 (2013).

140 ע"א 4576/08 **בן-צבי נ' היס** (פורסם באר"ש, 7.7.2011).

141 פרשת **תנובה**, לעיל ה"ש 16.

142 שם, פס' 43 לפסק הדין.

143 גישה לרדיו שתכניו מכוונים להיטיב עם מאזיניו ולהעצימם התגלתה כאמצעי מרכזי לתמיכה בנשים אפגניות ולחיזוקן, בהינתן שרובן אינן יודעות קרוא וכתוב וגרות בתנאים של בידוד מקהילה תומכת. לכן ארגוני נשים עשו מאמצים לשדר מנשים בעבור נשים אחרי נפילת הטליבאן. ראו Maryam Sakeenah, *Status of Women in Post Taliban Afghanistan*, TRANSCEND MEDIA SERVICE, www.transcend.org/tri/downloads/Status_of_Women_in_Post_Taliban_Afghanistan.pdf

הדרת קולות נשיים, ובהינתן המדיניות שנקטה כלפי נשים ברדיו קול ברמה, יחסיהם של הנשים החרדיות עם תחנת הרדיו הם חד-כיווניים ביסודם. בעוד לגברים יש אפשרות להישמע בתחנה באופן רצוני ולהשפיע על תוכני התחנה, או למצער להביע עמדה אוטונומית ביחס אליהם, נשים נהפכות לקהל סביל, נטול יכולת להגיב בקולו שלו.

מכיוון שמדיניות התחנה פוגמת בזכותן של הניזוקות "לכתוב" את סיפור חייהן בעצמן, היא פוגמת באוטונומיה שלהן.¹⁴⁴ כפי שהסביר השופט אור בפרשת דעקה ביחס לזכות לאוטונומיה, "זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו".¹⁴⁵ על מנת לנתב את חייו ולצקת לתוכם משמעות והקשר, אדם צריך שיעמדו לרשותו אפשרויות שונות לדמיין את עצמו. בהקשר הנוכחי הכוונה לאפשרות להכיר נשים נוספות מעל גלי האתר – נשים עם סיפורי חיים שונים, בחירות שונות, השקפות שונות, והישגים ותפקידים מגוונים. כדי לכתוב את סיפור חייהם, נשים וגברים כאחד זקוקים לשמוע אנשים כמותם ולקבל גישה לידע על קבוצת השווים שלהם, שיכולה לשמש מושא להזדהות, מקור השראה ונקודת התייחסות. במצב דברים שבו רכיבים משמעותיים מ"פסקול" חייהן של נשים מושקפים לחלוטין, נפגעת האוטונומיה של המאזינות כתוצאה מהיחשפות ממושכת, לעיתים לא רצונית, למדיום המדיר אותן ממנו באופן מוחלט, מכון ומוצהר.

אם כן, לצד נזקי הפגיעה בזכויות אחרות, הפגיעה באוטונומיה מתרחשת ברובד הרגשי והלא-ממוני. היא מתבטאת בתחושות של כעס, תסכול ועלבון שמאזינות התחנה מרגישות לנוכח שלילת האוטונומיה שלהן, בהלימה לתחושות שהוזכרו בפסק דינה של השופטת חיות, וכפי שנשקף במישרין מממצאי הסקר שנערך בקרב אוכלוסיית המאזינות. יש להזכיר כי שגרתיותה של התופעה ושכיחותה אינן מפחיתות מחומרת הפגיעה באוטונומיה ומחומרת הנזק. נהפוך הוא: ככל שמדובר במקור המייצר נזק במעגלים רחבים, שנהפך ל"נסבל" עם הזמן והופך את הנחשפים אליו לאדישים או למשתמשים סבילים, שזכותם האוטונומית להתנגד נפגמת או אינה קיימת מלכתחילה, כן גוברת מידת החשיבות שבמיגורו.¹⁴⁶

5. פגיעה בכבוד האדם

נחתום את סקירתנו בזכות לכבוד האדם, שהיא זכות ליבה המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,¹⁴⁷ אשר מאגדת בתוכה, כמו הזכות לשוויון, ממדים חשובים של זכויות

144 פרשת אבו חנא, לעיל ה"ש 66.

145 פרשת דעקה, לעיל ה"ש 135, פס' 15 לפסק דינו של השופט אור.

146 ניתן להקיש דברים אלו מטענות תובעים שהתקבלו במסגרת תובענה ייצוגית שהוגשה נגד רכבת ישראל בגין אי-נקיטת אמצעים סבירים למניעת עישון ברציפי הרכבת. בית המשפט עמד על הנזק האגבי שנגרם בשל כך לאוכלוסיית הנוסעים. ראו ת"צ (מחוזי י-ם) 38375-06-13 אליאס נ' רכבת ישראל בע"מ, פס' 50, 54 ר-62 לפסק הדין (פורסם בנבו, 9.9.2016) (להלן: פרשת רכבת ישראל).

147 ס' 2 ר-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ליבה אחרות.¹⁴⁸ פרשנות תכליתית של הזכות לכבוד האדם תחליף את משמעותה על פי תכליותיו של חוק היסוד. כפי שמבאר הנשיא ברק באחת הפרשות:

"פרשנות זו תתחשב, בין השאר, במבנה של חוק היסוד, בהיסטוריה שלו, בתקדימים שפרשו אותו בעבר, ביחסיו לחוקי היסוד האחרים, ובמשפט ההשוואתי. היא תופרה משורשיו הדתיים אשר יסודם ביהדות... היא תושפע משורשיו הפילוסופיים בכלל ובכתיבתו של קנט (E. Kant), בפרט. עם זאת, יש לזכור תמיד כי עלינו להבין את כבוד האדם על רקע המציאות החברתית הקיימת בישראל ועל בסיס ערכי היסוד שלה..."¹⁴⁹

על בסיס גישה זו נפסק כי כבוד האדם כערך חוקתי משמעו הכרה באנושיותו של האדם כאדם והגנה עליה:¹⁵⁰

"במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיסית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים..."¹⁵¹

בטרם חוקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, פותחה הזכות לכבוד האדם בהלכה.¹⁵² היא הוכרה כחלק מהזכויות "שאינן כתובות עלי ספר", ואשר מהוות "מעין מגילת זכויות שיפוטית".¹⁵³ על מעמדה של הזכות לכבוד האדם עמד הנשיא שמגר בפרשה שנפסקה לאחר כינונו של חוק היסוד:

"הזכות היא חלק מן המשפט הפוזיטיבי שלנו. התגבשותה לא הייתה מותנית בחקיקתו של חוק יסוד, המבטיח הגנתה ושמירת קיומה. חוק היסוד אינו יוצר את זכות היסוד מעיקרה, אלא מגבש אותה בהוראה סטטוטורית, מגדיר אותה וקובע הסדרים שנועדו להגן עליה."¹⁵⁴

148 אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** 244 (2014) (להלן: **ברק כבוד האדם**).
 149 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 74, פס' 32 לפסק דינו של הנשיא ברק.
 150 ברק **כבוד האדם**, לעיל ה"ש 148, בעמ' 239.
 151 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 74, פס' 35 לפסק דינו של הנשיא ברק.
 152 ברק **כבוד האדם**, לעיל ה"ש 148, בעמ' 109–110.
 153 שם, בעמ' 133.
 154 ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 841 (1994). ראו גם ברק **כבוד האדם**, לעיל ה"ש 148, בעמ' 113.

הפרדה על בסיס קבוצתי חזקה עליה שהיא פוגעת בכבוד האדם, והנטל להפוך חזקה זו הוא כבד. הראשון שעמד על קשר משפטי זה היה בית המשפט בפרשת *Brown*, שקבע כי הפרדת שחורים מלבנים יוצרת אצלם רגשי נחיתות ומחריגה אותם מקהילתם:

"To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone."¹⁵⁵

בהקשר של פרשת **קול ברמה** אין מדובר אפילו בהפרדה בתנאים שווים (כגון שני תדרי רדיו נפרד – אחד לכל מין – או תוכניות מובחנות לכל מין), אלא מדובר בהדרה מוחלטת, כך שאי-אפשר לטעון אפילו שהקצאת המשאבים במקרה זה מאפשרת לנפרדים להיות בתנאים שווים.

הנשיא שמגר עמד על הקשר בין פגיעה בשוויון לבין פגיעה בכבוד האדם. שמירה על כבודו של אדם מצריכה יחס הוגן ושוויוני כלפיו מצד פרטים או רשויות ציבוריות:

"כבוד האדם משתקף, בין היתר, ביכולתו של יצור אנוש בתור שכזה לגבש את אישיותו באופן חופשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו... לזכות ליחס הוגן מצד כל רשות ומצד כל פרט אחר, ליהנות מן השוויון אשר בין בני אנוש..."¹⁵⁶

השופט דנציגר העיר בפרשת **פרוויאנסקי** כי "הפליה על בסיס השתייכותו של אדם לקבוצה מסוימת נושאת מסר של דחייה כלפי מאפיין הטבוע בזהותו של האדם ומשך פוגעת בכבודו".¹⁵⁷

שיטת משפט השומרת על כבוד האדם של בניה ובנותיה היא שיטת משפט המגינה עליהם מפני השפלה, הפליה והפצת מסרים פוגעניים נגדם על בסיס שרירותי של השתייכות מגדרית.¹⁵⁸ בפרשת **מילר** קבעה השופטת דורנר כי יסוד ההשפלה הגלום בהפליה מהווה פגיעה בליבת הזכות לכבוד:

"ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה... כך מתהווה מעגל קסמים המנציח את ההפליה. התדמית הנמוכה,

155. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 494 (1954).

156. פרשת **פלוני**, לעיל ה"ש 154, פס' 7 (ב) לפסק דינו של הנשיא שמגר.

157. פרשת **פרוויאנסקי**, לעיל ה"ש 111, פס' 24 לפסק דינו של השופט דנציגר.

158. על השפלת נשים והאדרת הגבריות באמצעות הדרת נשים ראו David S. Cohen, *Keeping Men "Men" and Women Down: Sex Segregation, Anti-Essentialism, and Masculinity*, 33 HARV. J.L. & GENDER 509 (2010).

שיסודה בשונות הביולוגית או הגזעית, גורמת להפליה, וההפליה מאששת את הסטריאוטיפים המשפילים בדבר נחיתות המופלה. על-כן, היסוד המרכזי בהפליה מחמת מין, גזע או הפליה דומה הוא השפלת הקורבן.¹⁵⁹

בפרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים סיפקה הנשיאה ביניש תימוכין לעמדה זו כאשר קבעה כי "יהא תוכנה של הזכות החוקתית לכבוד האדם אשר יהא, אין חולק כי הזכות לכבוד חלה על מניעת השפלתו של אדם ועל מניעת פגיעה בצלם האנוש שלו ובערכו כאדם".¹⁶⁰

בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל אף הורחבה הגנה זו על כבוד האדם, כאשר הנשיא ברק קבע כי מודל הביניים שאומץ בפסיקה¹⁶¹ –

"אינו מצמצם את כבוד האדם אך להשפלה וביזוי, אך הוא גם אינו מרחיבו לכלל זכויות האדם. על פיו, נכללים בגדר כבוד האדם אותם היבטים של כבוד האדם אשר מוצאים בחוקות שונות ביטוי בזכויות אדם מיוחדות, אך המתאפיינים בכך שהם קשורים, על פי תפישתנו, בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו). על פי גישה זו, ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם זכות חוקתית".¹⁶²

מניעת נשים מלדבר ולהישמע בשידור פגעה בערכן של המאזינות כבנות אנוש.¹⁶³ די בהצצה על תגובותיהן בכתב של הנשאלות בסקר שנערך בקרב מדגם מייצג של מאזינות התחנה, כפי שנאספו בתצהירה של התובעת הייצוגית,¹⁶⁴ על מנת להיווכח בעוצמת הפגיעה. משפטים כגון "תחושות של הדרה, השפלה ובעצם הבנה שנשים הן כמו ילדים ולא שוות זכויות" או "כאילו לא נתנו לי לבחור לכנסת" מדגימים היטב את עוצמת הפגיעה. כדברי השופט דנציגר, הפרקטיקה של התחנה הסבה למאזינות נזק של השרשת תפיסות שלפיהן נשים הן נחותות ואין מקומן בחיים הציבוריים ובהנהגה:

159 פרשת מילר, לעיל ה"ש 86, פס' 4 לפסק דינה של השופטת דורנר.
160 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד (סג) 545, פס' 35 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2009).
161 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 148, בעמ' 150–151.
162 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 74, פס' 38 לפסק דינו של הנשיא ברק.
163 ראו תצהיר קהת, לעיל ה"ש 37, פס' 22.
164 שם, פס' 35.

"...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." 165

לסיכום, בחלק זה ניתחנו את הפגיעות והנזקים שנגרמו לניזוקות באמצעות הצבעה על הזיקה הישירה שבין הפרקטיקה של הנתבעת לבין הפגיעה בזכויות היסוד החוקתיות של הניזוקות. הראינו כי הדרת הנשים משידוריה של הנתבעת – הדרה הרמטית של כל מי שאיתרע מזלה להיוולד אישה – יצרה פגיעה רב-ממדית בזכויות היסוד של הניזוקות. הראינו כיצד פעולת הדרה הפליה פוגעת בשלל זכויות יסוד, כגון שוויון, חופש הביטוי, הזכות לאוטונומיה והזכות לכבוד האדם.

פרק ב: שלב שני – אופן ההערכה של גובה הנזק

כאמור בפתח הדברים, העילה המרכזית שעל בסיסה נקבע כי תחנת הרדיו יצרה עוולה נזיקתית היא הקביעה כי בנוקטה מדיניות של אי-השמעת נשים היא הפרה את החובה לא הפלות מחמת מין, בניגוד להוראת סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה. חוק זה מאפשר לפסוק פיצוי ללא הוכחת נזק, אולם כאשר עסקינן בתובענה ייצוגית, החוק שולל אפשרות זו, ועל בית המשפט להעריך את הנזק. 166 טיבו הייחודי של הנזק בתיק זה לא אפשר לבית המשפט להישען על שיטת פיצוי קיימת, והיה עליו לפתח בסיס רעיוני חדש להערכת הפיצוי ההולם במקרה זה. למרבה הצער, בפסק דינו לא ביאר בית המשפט לפי איזה מודל חושב הפיצוי, והסתפק בקבלת האומדן שהציעה התובעת כאומדן סביר, ולאחר מכן בהפחתתו המשמעותית לאור מאזן הנוחות. אנחנו מבקשות למלא חלל רעיוני זה על ידי הצגת מודלים אפשריים לפיצוי, ובכך לתרום לפיתוחה של תורת פיצוי בתביעות בגין נזקים לא ממוניים בכלל, ובגין כאלה הנובעים מהפליה ומהדרה בפרט. כהמלצת השופט דנציגר, 167 נציג שני מודלים לאופן הערכת הפיצוי. העיקרי מביניהם מתבסס על דיני הנזיקין הרגילים, והשני מתבסס על סעיפים 20(א) ו-20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, שבמסגרתם מוסדרת האפשרות לפסוק סעד כספי בסכום כולל וכן סעד לטובת הקבוצה או הציבור.

משהשלמנו את השלב הראשון, שעניינו המשגת הנזק וזיהוי הפגיעות הלא-ממוניות הנגרמות ממעשה העוולה, כמפורט בפרק הקודם, נעבור כעת לשלב השני, הוא שלב הערכת הנזק על דרך האומדנה. במסגרת שלב זה ניתן לזהות שני שלבי משנה: ראשית, יש לזהות את סוג הנזק שנגרם – יש שפגיעה באינטרס חוקתי תוביל לנזק כלכלי, למשל,

165 רע"א קול ברמה, לעיל ה"ש 2, פס' 25 לפסק דינו של השופט דנציגר.

166 ראו לעיל ה"ש 40 והטקסט שלידה.

167 רע"א קול ברמה, לעיל ה"ש 2, פס' 64 לפסק דינו של השופט דנציגר.

ואפילו גופני; שנית, יש לזהות את האופן שבו נגרמו ההפרות ואת היקף הנזק שהן גרמו. בשלב השלישי, של קביעת הפיצוי, ישמשו אלה בין השיקולים להערכת גובה הפיצוי שיש לתת לניזוקות.¹⁶⁸

1. שלב משנה ראשון – סוג הנזק שנגרם בשל הפגיעה באינטרסים החוקתיים של הניזוקות

משקבע בית המשפט כי הייתה פגיעה בזכויות חוקתיות, יש להוכיח פגיעה סובייקטיבית ותוצאתית באינטרסים אישיותיים שזכויות אלו מגינות עליהם, כגון סבל נפשי, השפלה, בוש, צער, עלבון, תסכול, כעס, ערעור האמונה בזולת, ערעור תפיסת העצמי ופגיעה בהערכה העצמית של הפרט או ביכולת המימוש העצמי שלו (הן כפרט הן כחלק מקבוצה) ועוד. צרור זה של פגיעות, שמקורו בפסיקה¹⁶⁹ ובספרות,¹⁷⁰ הוכר על ידי בית המשפט העליון כבסיס לזיהוי אופן הפגיעה הסובייקטיבי בניזוק, לצורך הערכת גובה נזקו. משמע, שלב ביניים זה מקשר ומחבר בין זיהוי מגוון הזכויות שנפגעו בביצוע מעשה העוולה לבין כימות הנזק שנגרם לניזוק בגינו.

בענייננו, בית המשפט העליון מנה פגיעות מסוג "סבל נפשי" ו"השפלה" בתארו את פגיעתן של התובעות, ובית המשפט המחוזי הוסיף והכיר ברגשות כגון תסכול, צער, עלבון ועוד.¹⁷¹ גישה זו עולה בקנה אחד עם התפיסה שהציעה אחת מאיתנו, שלפיה

ראוי –

"...לראות בהערכת הפיצוי הליך של מתן משמעות לנזק שבא בעקבות הפגיעה בזכות. כך, הפיצוי אינו ניתן לניזוקה או לניזוק על עצם הפגיעה בזכותם החוקתית באופן ערטילאי ועקרוני, אלא הפגיעה בזכותם היא רק שער שדרכו ניתן להעביר תחת שבט הערכת הנזק את מגוון הפגיעות והנזקים התוצאתיים

168 מודל זה נשען על אופני ההערכה של נזקים אישיותיים בגין פגיעה באינטרסים חוקתיים. ראו ביטון "כאבים באזור הכבוד", לעיל ה"ש 19.

169 ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ, פ"ד סז(1) 410, פס' 39 לפסק דינו של השופט מלצר (2014); ע"א 4333/11 סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ, פס' 23–25 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם באר"ש, 12.3.2014); פרשת תנוכה, לעיל ה"ש 16, פס' 36 ו-40 לפסק הדין.

170 ביטון "כאבים באזור הכבוד", לעיל ה"ש 19, בעמ' 184.

171 רע"א קול ברמה, לעיל ה"ש 2, פס' 64 לפסק דינו של השופט דניציגר; ת"צ קול ברמה, לעיל ה"ש 1, פס' 58 לפסק הדין. ניתן לזהות פגיעות אלו גם בתצהירה של קהת, הקובע כי התנהלות התחנה הסבה לנשים תחושות של השפלה, עלבון, זעם ועוגמת נפש, ויצרה אצלן דימוי עצמי נמוך (ראו פס' 16, 24–25 ו-27–30 לתצהיר קהת, לעיל ה"ש 37). פגיעות אלו ניתן לזהות גם בתשובות הנשים עצמן לסקר שנערך בקרבן. כעולה מהסקר, 31% מהנשים מסכימות במידה רבה או אף רבה מאוד כי ציבור הנשים בכללותו נפגע מהדרת הנשים מהתחנה. מדברים אלו ניתן להסיק כי הפגיעה בנשים כציבור מהווה בסיס לרגשות שליליים אצלן.

האמיתיים שהסבה הפגיעה, כמו, למשל, הנזק לרגשותיהם ולכבודם של הניזוקה או הניזוק.¹⁷²

גם בתובענה ייצוגית אחרת שבה נחשפו ניזוקים להפליה זיהה אותה בית המשפט כגורמת באופן טיפוסי לנזק של סבל נפשי, השפלה ופגיעה בכבוד האדם, האופייניים לפגיעה רגשית, ולא נפשית-פסיכיאטרית.¹⁷³

2. שלב משנה שני – מדדים להערכת גובה הנזק

בפסק דינו יצא בית המשפט המחוזי מנקודת מוצא שלפיה בפיצוי בגין נזק לא ממוני בשל פגיעה באינטרסים אישיותיים-חוקתיים הערכתו צריכה להיעשות "בדרך האומדנה".¹⁷⁴ בכך אין כל חדש, שכן גם נזק המחייב הערכה על דרך האומדנה אינו שולל את מתן הסעד לטובת הקבוצה.¹⁷⁵ הטבת הנזק, גם בדרך של הערכה כנדרש בפגיעה מעין זו, צריכה להיעשות באמצעות קביעת סכום פיצוי מתאים, ואסור שתיעשה תוך שימוש בסכום סמלי.¹⁷⁶ ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, למשל, נקלט היטב בדיני הניזוקין הישראליים, ובית המשפט העליון עצמו הזהיר מפני פיצוי מהוסס בגינו, שמקורו בחשש המובן מפני פריצת גבולות לא מוכרים באמצעותו. כמורה דרך לערכאות הניזוקיות הדינויות, הפציר בהן בית המשפט העליון להכיר בכך שבשלה העת להתחיל להעניק בגין ראש נזק זה פיצוי שיהיה משמעותי ותרופתי אמיתי.¹⁷⁷

בתום כשני עשורים למן ההכרה בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, ביסס המשפט הישראלי את ההכרה באינטרסים אישיותיים שמקורם בפגיעה בזכויות יסוד, ובראשן הזכות לכבוד, שהזכות לאוטונומיה היא חלק ממנה. כבר בפרשת **דעקה**, שבה זוהה נזק זה לראשונה כראש נזק המחייב פיצוי בעוולת הרשלנות, הזהירה השופטת שטרסברג-כהן מפני עמימותו, והציעה לבסס מדדים לאומדנו.¹⁷⁸ מסקירת הפסיקה בתחום ניתן לזהות בהחלטות בתי המשפט סדרה של מדדים להערכת גובה הנזק. להלן נציג את מגוון המדדים האלה, ונבחן ביחס לכל מדד את תחולתו על פרשת **קול ברמה**:

1. **היסוד הנפשי שנלווה למעשה העוולה** – ככל שמעשה העוולה נעשה במודע, בכוונה ואולי אף במזיד, הפגיעה בתובעת צפויה להיות קשה יותר או מוגברת יותר, וממילא

172 ביטון "כאבים באזור הכבוד", לעיל ה"ש 19, בעמ' 145-146.

173 פרשת **מירב**, לעיל ה"ש 49, פס' 49 לפסק הדין.

174 ת"צ **קול ברמה**, לעיל ה"ש 1, פס' 60 לפסק הדין. זו הייתה גם עמדת בית המשפט בפרשת **תנובה**, לעיל ה"ש 16, פס' 53-54 לפסק הדין.

175 פרשת **תנובה**, שם, פס' 12 לפסק הדין.

176 פרשת **בן-צבי**, לעיל ה"ש 140, פס' 44 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; פרשת **דעקה**, לעיל ה"ש 135, בעמ' 583.

177 ע"א 9936/07 **בן דוד נ' ענטבי**, פס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם באר"ש, 22.2.2011).

178 פרשת **דעקה**, לעיל ה"ש 135, בעמ' 619-621.

יגדל סכום הפיצוי.¹⁷⁹ בדיני איסור ההפליה הכלליים נקבע כי פגיעתה של הפליה מתקיימת גם ללא כוונה להפלות, וכי די בתוצאה המפלה להזיק לאחר.¹⁸⁰ עם זאת, לצורכי דיני הנזיקין ניתן ללמוד מקל וחומר כי הפגיעה מוגברת כאשר המעשה המזיק נעשה בכוונת מכוון, ובוודאי כאשר הוא נעשה כחלק ממדיניות מוצהרת כבענייננו, שם מדיניות הדרת הנשים משידורי הרדיו הייתה מכוונת וגלויה. המדיניות של אי-השמעת נשים בתחנה הוכרזה על ידי פרנסי הרדיו בצורה שאינה משתמעת לשני פנים. ודוקו: יש להפריד בין המניע לפעולת ההדרה לבין היסוד הנפשי הכרוך בביצועה. גם אם המניע לא היה רצון לפגוע בנשים, פעולת ההדרה שלהן, כשלעצמה, הייתה מכוונת, גלויה ומוצהרת.

2. **חומרת המעשה המזיק** – ככל שמעשה העוולה פוגע בזכויות רבות יותר של הניזוקה, מידת הפגיעה באינטרסים האישיים עולה בהתאמה, ועימה גם גובה הנזק שיש לפסוק. תובנה זו עולה מדברי בית המשפט שלפיהם "חומרת המעשה וגודל הנזק הבלתי ממוני כרוכים זה בזה כמעט עד לבלי הפרד".¹⁸¹ כמפורט לעיל, בפרשת **קול ברמה** נגעה הפגיעה שבמעשה ההדרה במגוון זכויות יסוד מהחשובות במשפט החוקתי הישראלי.

3. **כפל פגיעות** – ככלל, הפגיעות שנגרמו לניזוקה מחייבות התייחסות מובחנת, אפילו כאשר עסקינן בשלל פגיעות באינטרסים אישיים. במדיניותה של תחנת הרדיו היה אפשר לזהות פגיעות נפרדות בזכויות יסוד שונות של הניזוקות, ולכן נכון יותר להימנע מלכלול את כולן תחת המטרייה הרחבה של "פגיעה באוטונומיה". בסקר שנערך בקרב מדגם מייצג של הניזוקות העידו חלקן כי הן רואות את פעולת ההדרה כ"פוגעות" בהן במידה רבה או רבה מאוד וכגורמות להן עוגמת נפש. אולם מקורן של פגיעות אלו מגוון. גם השופט דנציגר הדגיש את מאפייניה הרגשיים של פגיעה זו:

"הפגיעה בנשים אלה [שהאזינו לרדיו, לאו דווקא כאלה שניסו להישמע] היא קודם כל הפגיעה הנפשית הגלומה בעצם הידיעה כי רק בשל היותן נשים הן אינן רשאות להשתתף בשידורי התחנה. ידיעה זו היא פוגענית, מנמיכה ומשפילה..."¹⁸²

179 פרשת **בן-צבי**, לעיל ה"ש 140, פס' 38 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. כן ראו שם, פס' 41 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין: "הידיעה כי אדם אחר התכוון לפגוע בו, עלולה להגביר את תחושותיו השליליות של הנפגע... ביצוע העוולה מתוך כוונה טובה בחובה לעתים קרובות פגיעה נוספת בתחום הנזק הבלתי ממוני. בפגיעה מכוונת... טמונה האמירה כי הניזוק אינו ראוי להגנה על זכויותיו או אפילו להכרה בהן. קיומה של כוונה, לפיכך, עלול להגביר את הנזק הממשי שנגרם לניזוק..."

180 ראו לעיל ה"ש 100.

181 פרשת **בן-צבי**, לעיל ה"ש 140, פס' 39 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

182 רע"א **קול ברמה**, לעיל ה"ש 2, פס' 63 לפסק דינו של השופט דנציגר (ההדגשה במקור).

על פגיעה רגשית זו יש להוסיף את הפגיעה באוטונומיה שנגרמה לניזוקות. כפל פגיעה זה ראוי שיובא בחשבון בדרך של הגדלת הפיצוי במידה המגלמת הכרה זו, כפי שקבע בית המשפט העליון:

"גרימת נזק ממשי של עוגמת נפש וזעזוע אינה מאיינת את הנזק הנוסף שנגרם עקב פגיעה באוטונומיה ומן הראוי כי הפיצויים שייפסקו יביאו לידי ביטוי את שתי הפגיעות האמורות..."¹⁸³

למעשה, בהקשר הייחודי של פגיעה בשלל אינטרסים חוקתיים, ככל שניתן לזהות מספר גדול יותר של "אופני פגיעות" מצירוף הפגיעות שתוארו לעיל בשל הדרת הנשים משידורי הרדיו, כן ניתן לזהות את הפגיעה כמזיקה יותר וכמצדיקה ממילא פיצוי גדול יותר.

אם כן, האם יש לפרט את סכום הפיצוי לכל פגיעה בנפרד או שמה יש לפסוק סכום אומדנה כולל אחד לשלל הנזקים שנגרמו לתובעות? על כך השיב בית המשפט בפרשת **בן-צבי** בצורה מפורטת:

"הבחירה בין התייחסות נפרדת לכל מרכיבי הנזק הבלתי ממוני לבין התייחסות בסכום כולל, מושפעת משיקולים שונים, שביניהם ניתן למנות את מידת האפשרות להפריד בין ההיבטים השונים; את הדומיננטיות היחסית של היבטים שונים; ואת שאלת הצורך ליתן התייחסות מיוחדת להיבט מסוים, כיוון שזה עשוי לעורר שאלות ייחודיות או כיוון שבכך ניתן לתאר באופן מדויק יותר את טיב הנזק שנגרם. הבהרת היחס בין הרכיבים השונים של הנזק הבלתי ממוני אף עשויה^[ה] לתרום לאחידות רבה יותר בפסיקת פיצויים בראש נזק זה, שכן יש בכך כדי להבהיר כיצד השיקולים השונים הביאו את בית המשפט לתוצאה המספרית. מנגד, ישנם מקרים שבהם אין תועלת מרובה בהפרדה בין הרכיבים השונים של הנזק הלא ממוני, ואז עשויה התייחסות נפרדת לגרום לבזבוז משאבים שיפוטיים שלא לצורך."¹⁸⁴

בפרשת **קול ברמה**, שם רוב הפגיעות מצויות בתחום הפגיעה ברגשות, אף על פי שמקורן בפגיעה במגוון זכויות יסוד של הניזוקות, הפגיעות עצמן קרובות מאוד זו לזו באופיין ובטווח האינטרסים המוגנים שנפגעו. משכך נראה הולם לקבוע סכום כולל לפיצוי בגין כולן.

4. **מידת הסטייה של ההתנהגות הפוגעת מהנהג המקובל** – ככל שהתנהגות המזיק סוטה יותר מהנהג, כן היא צפויה להיות פסולה יותר מבחינה חברתית, וממילא מזיקה יותר. אכן, בחפשו אחר מדדים להערכת הנזק, נזקק בית המשפט למדד זה

183 פרשת **בן-צבי**, לעיל ה"ש 140, פס' 44 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

184 שם, פס' 52 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

כבסיס לקביעה אם התנהגות המזיק מקורה באדישות לפגיעה בניזוק, ואולי אף בכוונה לפגוע בו. ככל שהתנהגות המזיקה הייתה בגדר פרקטיקה נוהגת, כן סביר שמעורבת בה פחות "אשמה" של המזיק, ובמובן זה היא גם פגעה פחות בניזוק.¹⁸⁵ במקרה שלפנינו דובר בתחנת רדיו "חלוצה" במעשיה המזיקים. קודם לה לא העזה תחנת רדיו כלשהי – אף לא כזו המשדרת לציבור חרדי – להדיר נשים באופן מוחלט מכל היבט והקשר של שידוריה. בכך סתתה התחנה באופן מובהק ומשמעותי מהנהג בתחום.

שבעת המדדים הנותרים הם **מדדים המסייעים להערכת נזק הסובייקטיבי של התובע**. בהינתן שכל נזק מושפע מההקשר שבו הוא התגבש, ואף שנזק לאינטרס אישיותי הוא סובייקטיבי במהותו, ניתן לזהות רשימה של כלים אובייקטיביים להערכת נזקי הניזוק:

"...מידת הפגיעה בניזוק, כפי שהוא מתארה; טיב הזכות של הניזוק שנפגעה; אופן הפגיעה בזכות ומידת הפגיעה בה – למשל, האם נעשתה לעיני אחרים מלבד הניזוק; כוונת המזיק לפגוע בניזוק; חומרת המעשים או המחדלים של המזיק ומידת חריגתם מהתנהגות סבירה; מידת חוזק הכלכלי, החברתי או התרבותי של המזיק לעומת הניזוק וניצול עמדת הכוח שלו כלפי הניזוק; התנהלותו של המזיק לנוכח טענות הניזוק במהלך ביצוע העוולה ובמהלך המשפט, וכל שיקול נוסף אשר ייראה לבית המשפט צודק ונכון בנסיבות העניין לצורך הערכת היקף הנזק שנגרם לניזוק ומידתו."¹⁸⁶

בתי המשפט נעזרו ברשימה זו במקרים לא מעטים.¹⁸⁷ מגוון כלים אלו ניתנים להחלה גם על ההדרה שהופעלה נגד הנשים בפרשת **קול ברמה**:
 5. **מידת הפגיעה בניזוק כפי שהוא מתארה** – מדד זה מצביע על המתודה של השמעת קולם של קורבנות העוולה כבסיס לזיהוי אמיתי ומשמעותי של הנזק שנגרם להם. הוא נשען על ההנחה שבידי הניזוקים מצויה היכולת הראשונית הטובה ביותר לתאר את הנזק שנגרם להם, ובידי בית המשפט מצויה היכולת השניונית הטובה ביותר להמשיג נזק זה במובנו המשפטי.¹⁸⁸ בפרשת **קול ברמה** התאפשר הדבר הן במסגרת הסקר האיכותני שנערך בקרב מאזינות התחנה והן במסגרת תצהירה של התובעת הייצוגית קהת. בשני המקרים נעשה שימוש במתודולוגיה של "דיווח עצמי", אשר אפשרה לבית המשפט לחזות באופן בלתי אמצעי בתיאור הנזק על ידי הניזוקות

185 שם, פס' 32–33 לפסק דינו של השופט עמית.

186 ביטון "כאבים באזור הכבוד", לעיל ה"ש 19, בעמ' 175.

187 ראו, למשל, ע"א 1303/09 **קדוש נ' בית החולים ביקור חולים**, פ"ד סה(3) 164, פס' 41 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין (2012); פרשת **בן-צבי**, לעיל ה"ש 140, פס' 21 לפסק דינו של השופט עמית; פרשת **תנובה**, לעיל ה"ש 16, פס' 33 לפסק הדין; ע"א 1326/07 **המר נ' עמית**, פ"ד סה(2) 797, פס' 72 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין (2012).

188 ביטון "כאבים באזור הכבוד", לעיל ה"ש 19, בעמ' 178–182.

- עצמן. הן נקטו שפה קשה, של תחושת "השפלה", "פגיעה אקוטית בדימוי", "בריונות", "השתקה", "היותי סוג ב", "אין לך דעה" ו"אין לך מקום", ותיארו את עצמן כסובלות מ"פגיעה רבה" ואף "פגיעה רבה מאוד".¹⁸⁹
6. **טיב הזכות שנפגעה כזכות חוקתית ומהותית** – אחד המדדים החשובים ביותר לקביעת פיצוי בגין פגיעה באינטרסים אישיותיים הוא "איכותה" של הזכות של הניזוקה שמעשה העוולה פגע בה. כך, ככל שמדובר בזכות חוקתית, לעומת זכות שלא זכתה בעיגון חוקתי, תוענך לה הגנה נזיקית חזקה יותר.¹⁹⁰ חשיבות הזכות שנפגעה במעשה העוולה היא בסיס להערכת היקף הנזק וגובה הפיצוי הראוי בגינו.¹⁹¹ בפרשת **קול ברמה** הפגיעה בשלל זכויות חוקתיות מרכזיות ומהותיות מחייבת התייחסות בחומרה, וממילא הערכה משמעותית של הנזק שנגרם מהפגיעה ככולן גם יחד. יש להעריך פגיעה זו הן באמצעות בחינת הפגיעה בכל זכות בנפרד והן כתמונה כוללת, לנוכח הגישה שלפיה התצרף של מספר הזכויות שנפגעו, עוצמת הפגיעה בהן וזיקתן זו לזו יוצר פגיעה אשר גדולה מסכום חלקיה.
7. **אופן הפגיעה בזכות ועוצמת הפגיעה בה** – שילוב מדדים זה אוזכר בפסיקת בית המשפט העליון הן בהקשר של פגיעה באוטונומיה,¹⁹² הן בהקשר של פגיעה בזכות לחירות,¹⁹³ הן בהקשר של פגיעה בזכות לשוויון.¹⁹⁴ בפרשת **קול ברמה** הפגיעה בזכויות לחופש הביטוי ולשוויון של המאזינות הייתה מוחלטת. גם אופן הפגיעה היה גלוי ורחב היקף. נשים מקרב מאזינות התחנה הגישו תלונות לרשות השנייה בתקופה האמורה, אולם אלה לא נענו על ידי התחנה, והיא לא שינתה את מדיניותה. זאת ועוד, העובדה שהפגיעה בזכות לחירות נעשתה בניגוד לצו שיפוטי שהוצא בנושא צוינה על ידי בית המשפט העליון כבסיס להגדלת הפיצוי בנזיקין.¹⁹⁵ בפרשת **קול ברמה** נקבע אומנם כי התביעה שהגישו התובעות אינה יכולה לחול על התקופה שבה החלו תהליכי האסדרה של פעילות התחנה על ידי הרשות השנייה,¹⁹⁶ אולם גם במהלכם היה אפשר לזהות קשיות עורף וקפיצות יד בנכונותה של התחנה לצמצם את הפגיעה בזכויות היסוד של נשים. כך, למשל, בתגובה על פניית הרשות השנייה בנושא הדרת הנשים החליטה התחנה לאפשר העלאה לשידור של נשים, אולם למשך שעה אחת בלבד, בשעות הבוקר המוקדמות.¹⁹⁷ מעבר לכך צוין בפסק הדין כי

189 תצהיר קהת, לעיל ה"ש 37, פס' 35.

190 רע"א 4672/14 **גליק נ' מדינת ישראל** (פורסם באר"ש, 6.1.2015); ברק-ארז, לעיל ה"ש 21; ביטון "כאבים באזור הכבוד", לעיל ה"ש 19.

191 ראו את הפסיקה המובאת להמחשת כלל זה אצל ביטון "כאבים באזור הכבוד", שם, בעמ' 156–157.

192 כעולה מפרשת **תנובה**, לעיל ה"ש 16, פס' 58 לפסק הדין.

193 פרשת **גליק**, לעיל ה"ש 190.

194 פרשת **מירב**, לעיל ה"ש 49, פס' 61(א) לפסק הדין.

195 פרשת **גליק**, לעיל ה"ש 190, פס' יד ו-טו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

196 רע"א **קול ברמה**, לעיל ה"ש 2, פס' 5 לפסק דינו של השופט דנציגר.

197 שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט דנציגר.

- התגלו שתי הפרות בוטות של החובה לאפשר לנשים לעלות לשידור גם לאחר האסדרה, ובניגוד להנחיות מפורשות של המאסדר בנושא.¹⁹⁸
- בפרשת **מירב** העמיד בית המשפט הבחנה חשובה נוספת תחת מדד זה – בין "הפגיעה האישית" הגלומה במעשה, המתייחסת לפגיעה ברגשותיהם של חברי הקבוצה המופלית, לבין "הפגיעה החברתית" הגלומה בו, המתייחסת להשלכותיו השליליות על השאיפה ליצור חברה שוויונית.¹⁹⁹ לגבי פרשת **קול ברמה** הבהיר בית המשפט כי הן הפגיעה האישית הן הפגיעה החברתית היו חמורות.²⁰⁰
8. **משכה של הפגיעה** – ככל שהפגיעה נמשכה זמן רב יותר, ברי כי הנזק שנגרם גדול יתר. תובנה טריוויאלית זו מתקיימת גם כאשר עסקינן בגרימת פגיעה נמשכת באינטרסים לא ממוניים.²⁰¹
- במקרים רבים שבהם נדונה פגיעה באינטרסים אישיותיים הייתה הפגיעה חד־פעמית או קצרה במשכה. בולטת בהקשר זה פרשת **תנובה**, שבה קבע בית המשפט כי סביר שתחושות הגועל של התובעים היו קצרות מועד ונקודתיות לרגע הגילוי כי תנובה עשתה שימוש בסיליקון שהוכנס לחלב.²⁰² דוגמה מובהקת נוספת היא מקרי הפליה בכניסה למקומות בילוי ולמקומות ציבוריים. אדוותיה הרגשיות של הפגיעה עשויות אומנם להימשך זמן רב אחרי שתיית החלב הנגוע בחומר זר או לאחר אירוע הדחייה בכניסה למועדון הריקודים, אולם ניתן לאתר ולנעוץ את משך פעולת הפגיעה (זו המהווה התנהגות עוולתית) בנקודה ספציפית על ציר הזמן. להתמשכות פעולת הפגיעה בזכות יש חלק חשוב בהערכת גובה הנזק שהיא גרמה.²⁰³ כך, למשל, בהקשר של סרבנות גט ניתן לזהות מודל שפיתח בית המשפט של הכפלת סכום הפיצוי במשך הזמן שבמסגרתו סורב גיטה של האשה.²⁰⁴ בפרשת **קול ברמה** דובר בהתנהגות פוגענית שנמשכה על פני כשנתיים.
9. **חומרת המעשים או המחדלים של המזיק ומידת חריגתם מהתנהגות סבירה** – לפי מדד נזיקי בסיסי זה, ככל שהתנהגות המזיק רשלנית יותר, כן היא תיחשב ככלל מזיקה יותר,²⁰⁵ וברי כי ככל שהיא מכוננת, היא פוגענית במיוחד.²⁰⁶ בפרשת **קול ברמה** מידת הסטייה שבפעולת התחנה הייתה דרמטית לא רק ביחס לאדם הסביר הישראלי,

198 שם, פס' 15 (ב) לפסק דינו של השופט דנציגר.

199 פרשת **מירב**, לעיל ה"ש 49, פס' 61 (א) לפסק הדין.

200 שם.

201 ביטון "כאבים באזור הכבוד", לעיל ה"ש 19, בעמ' 182–183.

202 בית המשפט מציע לראות את רגע גילוי המידע שהוסתר מצרכני החלב כ"רגע השיא" של הפגיעה

בהם. ראו פרשת **תנובה**, לעיל ה"ש 16, פס' 57 לפסק הדין.

203 פרשת **גליק**, לעיל ה"ש 190, פס' יא לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

204 ביטון "כאבים באזור הכבוד", לעיל ה"ש 19, בעמ' 182–183.

205 ראו פרשת **גליק**, לעיל ה"ש 190, פס' יא לפסק דינו של השופט רובינשטיין: "גובה הפיצויים נגזר

ממידת הרשלנות בה לקתה פעולת הגורמים..."

206 פרשת **מירב**, לעיל ה"ש 49, פס' 61 (ג) לפסק הדין.

הרואה בנשים שותפות מלאות בחברה²⁰⁷ או למצער אינו רואה אותן כבלתי ראיות או כבלתי זכאיות להישמע בשידורי רדיו, אלא גם ביחס לאדם הסביר הדתי ואף החרדי, שהרי לפני רדיו קול ברמה לא החילה שום תחנה איסור מפורש, הנאכף בקפידה, על השמעת קולן של נשים. יתרה מזו, הדבר נעשה בצורה מכוונת ומודעת, כחלק ממדיניות התחנה.

במסגרת המדד של חומרת המעשים יש לתת את הדעת ליסוד הכפייה שהיה כרוך בהדרה שנקט רדיו קול ברמה. בהעדר חלופה ממשית לתחנה מדירה זו, ניצבו הנשים חסרות אונים מול ההדרה, ועובדה זו תרמה אף היא להחמרת נזקן.²⁰⁸

10. **מידת חוזקו הכלכלי, החברתי או התרבותי של המזיק לעומת הניזוק וניצול עמדת הכוח שלו כלפי הניזוק** – ככל שיש יחסי כוח בין הצדדים, פגיעת המזיק צפויה להיות קשה ומקיפה יותר. תיאוריית יחסי הכוח בנוזיקין, הרואה בדינים אלו כלי למיגור יחסי כוח חברתיים פסולים ולפיצוי בגין נזקים הנגרמים בעטיים, תחייב הגנה רחבה ופיצוי משמעותי לניזוקות בתנאים אלו.²⁰⁹ עניינה המרכזי של תיאוריה זו ביחסי הכוח הקשים – והבלתי־נסבלים במיוחד מבחינה חוקתית – שמקורם בהפליה בלתי חוקתית, כגון הפליה על בסיס מין. מקורם של יחסי כוח מסוג זה הוא בהפליה הנתפסת כחמורה במיוחד בשיטתנו המשפטית ובתפיסתנו החברתית, ולכן יש הצדקה מיוחדת ליישם בקשר אליהם את דיני הניזיקין בצורה פעילה ומודעת, לרבות בשלב של הערכת גובה הפיצוי.²¹⁰

בהקשרים מסוימים כוחו העודף של המזיק עלול לאיין כמעט לחלוטין את מנגנוני ההגנה החיצוניים והעצמיים של הניזוק. כך, למשל, בפרשת פיליפ ציין בית המשפט את מחדלה של העירייה בהגנה על נשים מפני שילוט משפיל ברחבי העיר כיוצר אצלן תחושות של הפקרה וחוסר אונים.²¹¹ תחושות אלו טיפוסיות להקשרים של

207 אכן, מבקרות פמיניסטיות רבות, ואנחנו ביניהן, טוענות כי יישום עקרון השוויון בין המינים ומימוש זכויותיהן המלאות של נשים טעונים שיפור משמעותי בהיבטים מגוונים של חיי החברה והמשפט בישראל (משוק העבודה דרך המשפט הפלילי ועד הפוליטיקה של השפה או הייצוג בדפי ההיסטוריה), אולם גם הנחת המוצא של המבקרות היא כי האתוס של החברה הישראלית ושל שיטת המשפט שלה הוא אתוס של שוויון בין המינים (אשר הופך את ביקורתן למאתגרת יותר). ראו, למשל, רדאי, לעיל ה"ש 80; אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האשה – חוס דמם של האדם הסביר" והישראלית המצויה' בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזולוס" פלילים 137 ו (1997).

208 ראו פירוט תחושות אלו בתצהיר קהת, לעיל ה"ש 37, פס' 30.

209 ראו יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הניזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי־כוח" משפטים לח 145 (2008) (להלן: ביטון "ההגנה על עקרון השוויון"). לפי תיאוריה זו, דיני הניזיקין אמורים לשמש כלי לפיצוי של ניזוק שמקור נזקיו נעוץ בכך שהמזיק ניצל את יחסי הכוח השוררים בינו לבין הניזוק.

210 למגוון אפשרויות השימוש בתיאוריה זו בהקשר המגדרי בפרשנותן של דוקטרינות נזיקיות ראו יפעת ביטון "בין נזיקין לעונשין או בין הנזק ועונשו? דילמות מבניות, דיוניות ותפקודיות בייצוג נפגעות תקיפה מינית" עיוני משפט לו 657, 696–702 (2015).

211 פרשת פיליפ, לעיל ה"ש 38, פס' 72 לפסק הדין.

יחסי כוח חברתיים.²¹² במקרה של קבוצת הנשים החרדיות הדברים הולמים שבעתיים, כעולה מן התצהיר ומדבריו של בית המשפט העליון. מדובר בקבוצת "מיעוט בתוך מיעוט",²¹³ אשר כוחה הפוליטי חלש מאוד²¹⁴ ותפיסת העצמי של חברותיה נמוכה מאוד. גם הנשים גופן העידו על מצבן זה.²¹⁵ על רקע זה, פגיעה בהן צפויה להיות קשה מפגיעה בקבוצה חזקה יותר. כך, סביר להניח כי הפגיעה בהן קשה מהפגיעה שהייתה נוצרת מהדרת נשים בתחנת רדיו חילונית. סביר שאלה האחרונות היו משלבות כוחות ומנצלות דרכי גישה אחרות שיש להן לזירה הציבורית, כדי להיאבק לקבל גישה לרדיו. יתר על כן, יש לזכור כי הפגיעה בנשים חילוניות תהיה קטנה יותר מאחר שזירות תקשורתיות וציבוריות אחרות יוותרו פתוחות לפנייהן.²¹⁶ נשים חרדיות נטולות גישה לא רק לרדיו: עיתונות חרדית כתובה משתדלת להקצות להן מקום קטן ככל האפשר, ואינה מציגה תמונות של נשים או שמות של עיתונאיות;²¹⁷ ותפקידים ציבוריים אחרים חסומים גם הם בפניהן – מהנהגה רוחנית-קהילתית²¹⁸ ועד הנהגה פוליטית.²¹⁹

- 212 ביטון "ההגנה על עקרון השוויון", לעיל ה"ש 209, בעמ' 162–171.
- 213 בן שחר, לעיל ה"ש 68; חנה ספראי ואביטל קמבל הוכשטיין **נשים בחוץ – נשים בפנים: מקומן של נשים במדרש** (2008).
- 214 ראו רידר-אינדורסקי, לעיל ה"ש 30.
- 215 ראו תצהיר קהת, לעיל ה"ש 37, פס' 30.
- 216 על הפגיעה הייחודית בניזוקים נעדרי חלופה להגנה מפני הפליה ראו Yifat Bitton, *Strictly Relational Duties for Strictly Random Victims and the Need to Let Go When You Have Nothing to Hold On to—Discussion of John Gardner's Book From Personal Life to Private Law*, 15 JERUS. REV. LEGAL STUD. 168 (2017).
- 217 ראו רידר-אינדורסקי, לעיל ה"ש 30, בעמ' 61.
- 218 למרות השינויים שחלים בתחום התפקידים הפתוחים לנשים בחייהן של קהילות דתיות – בעיקר בגזרת הנשים הדתיות הלאומיות, אשר מנצחות בעשורים האחרונים במאבקים ונטולות חלק ביותר ויותר תפקידים, כגון חברות במועצה הדתית, טוענות רבניות ומשגיחות כשרות – נשים בקהילה האורתודוקסית הדתית והחרדית אינן מורשות עדיין לכהן כדייניות בבתי דין רבניים, כפוסקות הלכה, כרבות עיר וכיוצא באלה. ראו, למשל, רונן שמיר, מיכל שטראי ונלי אליאס "שליחות, פמיניזם ופרופסיונליזם: טוענות רבניות בקהילה הדתית-אורתודוקסית" **מגמות** לח 313 (1997); Ben Sales, *Women Kosher Supervisors: A Step Toward Gender Equality?*, THE TIMES OF ISRAEL (May 13, 2014), www.timesofisrael.com/women-kosher-supervisors-a-step-toward-gender-equality; יאיר אטינגר "מאבק הנשים הדתיות הצליח: הרבנות בחנה נשים לתפקיד משגיחות כשרות" **הארץ** 7.5.2014 www.haaretz.co.il/news/education/1.2314784; בג"ץ 153/87 **שקדיאל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מב(2) 221 (1988); בג"ץ 8213/14 **כהנא דרור נ' השר לשידוחי דת** (פורסם באר"ש, 15.8.2017).
- 219 על העדר כוח פוליטי ראו, לדוגמה, שתי עתירות לבג"ץ שהוכרעו לאחרונה מבלי שניתן סעד ממשי לנשים חרדיות שביקשו לחייב את מפלגותיהן לאפשר להן, כנשים, לרוץ ברשימה: בג"ץ 1823/15 **בן-פורת נ' רשם המפלגות** (פורסם באר"ש, 10.1.2019); בג"ץ 7571/16 **קוליאן נ' רשם המפלגות** (פורסם באר"ש, 11.2.2019).

1.1. התנהלותו של המזיק לנוכח טענות הניזוק במהלך ביצוע העוולה ובמהלך המשפט – מדד זה מגלם כלל בסיסי בפסיקת פיצויים בנוזיקין שלפיו האינטראקציה הנמשכת של המזיק עם הניזוקה במסגרת ניהול ההליך יכולה להשפיע על הנזק שחוותה הניזוקה: היא יכולה להקטינו, באמצעות גילויי נסיגה של המזיק ממעשיו; והיא יכולה להגדילו, אם המזיק יתבצר בעמדתו וימשיך להצדיק את מעשיו.²²⁰ בפרשת קול ברמה הכחישה תחנת הרדיו כי התנהגותה היא מפלה, בהציגה את הטיעון המקומם שלפיו השתקת הנשים אינה מהווה הפליה אסורה כלל, כי אם הבחנה מותרת, לנוכח שונותן של נשים מגברים.²²¹ יתרה מזו, גם כאשר הובהר לתחנה כי היא מפרה את כללי האסדרה, היא גררה את רגליה במיגור ההפליה על ידי הקצאת משבצת שידור נידחת לנשים.

בתי המשפט השתמשו במדדים שפורטו לעיל פעמים רבות, אולם בשל מורכבותן של הפגיעות שנדונו וההבדלים הגדולים ביניהן, הסכומים שנקבעו בפסיקה התאפיינו בשונות גבוהה. עם זאת, לנוכח אופייה של שיטת המשפט הישראלית כשיטת משפט השייכת במידה רבה למסורת המשפט המקובל ומתקדמת עקב בצד אגודל ממקרה למקרה, ברי כי יש טעם רב בשימוש בהשוואה כזו כבסיס – גם אם לא קונקלוסיבי – לקביעת גובהו של סכום הפיצוי. מהלך זה יוצג בפרק הבא, העוסק בקביעת גובה הפיצוי, שהוא השלב הבא לאחר השלמת המלאכה של זיהוי טיבו של הנזק והערכתו.

פרק ג: שלב שלישי – שיקולים למסגור סכום הפיצוי הכולל – שיטת העוגנים הרעיוניים

1. מבוא

זיהוי מגוון המדדים לאומדן הנזק הלא-ממוני מהווה נדבך חיוני אך לא מספיק להשלמת מלאכת החישוב של סכום הפיצוי. כדי להשלים מלאכה נזיקית זו, בית המשפט נדרש לפעולה חשבונאית נוספת שעניינה הצמדת "תג מחיר" לפגיעות שנגרמו במעשי הנתבעת. בתביעות המוגשות תחת דיני הנוזיקין הכלליים בית המשפט נדרש בשלב זה לנקוב סכום שיש בו משום שקלול של כלל מדדי הפיצוי שהוצגו לעיל לכלל סכום הפיצוי המשתלם לתובע או לתובעת. אלא שבתובעות ייצוגיות קביעת תג המחיר של סכום הפיצוי מחייבת שלב נוסף, המבטא את העובדה שפיצוי יחידני לתובעת אחת

²²⁰ פרשת מירב, לעיל ה"ש 49, פס' 61 (ג) לפסק הדין. ראו גם ת"ק (תביעות קטנות קר') 2207/04 ב"דוד נ' בנק הפועלים – סניף ק. ביאליק (פורסם בנבו, 10.2.2005), שבו נקבע פיצוי גבוה יותר משום שהבנק דבק בעמדתו.

²²¹ ראו סיכום טענות הנתבעת ברע"א קול ברמה, לעיל ה"ש 2, פס' 12 לפסק דינו של השופט דנציגר.

במסגרת תביעה נזיקית רגילה אין דינו (ומטרתו) כדין הפיצוי שיש לפסוק לקבוצה גדולה של אנשים. הגדירה זאת היטב השופטת חיות במאמרה בנושא:

”בתובענה הייצוגית... האינטרס המרכזי העומד ביסוד ההליך והתכלית העיקרית שאנו שואפים להגשים מתמקדים בהשגת הרתעה יעילה ואפקטיבית מפני הפרת החוק, ועל-כן היצמדות לכללי הפיצוי הנזיקיים הרגילים עלולה להביא לידוי החטאת הרציונלים והתכליות העומדים בבסיסו של מוסד התובענה הייצוגית.”²²²

ייחודו של הנזק הלא-ממוני הוא שבסופו של דבר הוא נשען על אומדן.²²³ אומדן זה אינו נוצר יש מאין, אלא עלינו לבססו על “עוגנים מתאימים”, כלומר, על נקודות אחיזה רעיוניות (benchmarks) שיכוונו את החישוב הסופי.²²⁴ בעיצוב עוגנים אלו הרעיון המנחה הוא שיש לקבוע “פיצוי היברידי” – כזה שמצד אחד יש לו קשר הדוק לנזק שנגרם לתובע הייצוגי ולשכמותו, ואשר מן הצד האחר מביא בחשבון את ייחודה של התובענה הייצוגית כמיועדת לפעול “לטובת הציבור”. ניתן לזהות שני עוגנים מתאימים לקביעת סכום הפיצוי בתובענות ייצוגיות שבהן הפגיעה מסיבה נזק לא ממוני: “עוגן הפגיעה היחידנית” ו”עוגן ההשוואה הרחבה”. לפי מודל “עוגן הפגיעה היחידנית”, הבסיס לחישוב הסכום הכולל הוא קביעת סכום הפיצוי לכל נפגעת, כמקובל בתביעות יחידניות בנזיקין. קביעת הפיצוי תיעשה בהתאם למאפייני נזקה של כל ניזוקה או של הניזוקה הממוצעת.²²⁵ לפי מודל “עוגן ההשוואה הרחבה”, בשלב הראשון יימצאו פסקי הדין המתאימים ביותר להשוואה עם המקרה הנוכחי, וסכום הפיצוי היחידני ייקבע בדרך של אומדנה ובהסתמך על השוואה בין מדדי הפגיעה בזכויות התובעים בתובענות ייצוגיות בגין פגיעות דומות לבין מדדי הפגיעה בפרשה הנוכחית.²²⁶ בין שני העוגנים מתקיימים יחסים הייררכיים, במובן זה שהשימוש בעוגן הפיצוי היחידני עדיף על שימוש בעוגן ההשוואה הרחבה. לנוכח יתרונו של שיטת החישוב היחידנית כמייצגת בצורה הטובה ביותר את דיני הנזיקין, יש לתת לה עדיפות לצורך קביעת סעד הפיצוי. עם זאת, בהינתן קשיים שונים ביישומה לבדה, וכדי לתת ביטוי לתפקידו הייחודי של חוק תובענות ייצוגיות, ייעשה שימוש בעוגן ההשוואה הרחבה.²²⁷

לאחר השימוש בעוגן לצורך קביעת סכום הפיצוי היחידני, ייוותרו עוד שני שלבים להשלמת המלאכה של קביעת סכום הפיצוי: בשלב הראשון (והשני לפעולת חישוב הפיצוי) יוכפל סכום הפיצוי היחידני במספר חברות הקבוצה, שאף הוא יכול שייקבע על

222 אסתר חיות “התובענה הייצוגית כחלופה לאכיפה אזרחית-ציבורית” משפט ועסקים יט 935, 948 (2016) (ההדגשה אינה במקור).

223 פרשת **תנובה**, לעיל ה”ש 16, פס’ 53–54 לפסק הדין.

224 חיות, לעיל ה”ש 222, בעמ’ 950.

225 לאופנים השונים שבהם ניתן להעריך את גובה הנזק היחידני ולקבוע את הפיצוי בגינו ראו את הפירוט שמציגה השופטת חיות בפרשת **תנובה**, לעיל ה”ש 16, פס’ 46 לפסק הדין.

226 פרשת **תנובה**, לעיל ה”ש 16, פס’ 46 לפסק הדין.

227 שם.

יסוד הערכה.²²⁸ פעמים רבות שימוש בכלים הנזיקיים המסורתיים עלול להוביל מכפלה זו לתוצאה מוקשית מבחינת גובה סכום הפיצוי, במובן נומינלי וריאלי כאחד.²²⁹ או אז יהיה בית המשפט רשאי, כהוראת סעיף 20(ד) לחוק תובענות ייצוגיות, "להתחשב גם בנוק העלול להיגרם, בשל תשלום הפיצוי, שיעורו או אופן תשלומו, לנתבע, לציבור הנזקק לשירותי הנתבע או לציבור בכללותו, כתוצאה מפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע, לעומת התועלת הצפויה מכך לחברי הקבוצה או לציבור".²³⁰

אם נזק זה מתקיים, ייכנס לפעולה שלב נוסף, השלישי לפעולת החישוב, שבו תבוצע הפחתה מנומקת ומבוקרת של סכום הפיצוי, כדי להופכו לכזה שאינו סותר את הוראת הסעיף האמור. שלב ההפחתה, המאפיין את שני המודלים לפיצוי, טומן בחובו שיקולים שונים שעניינם חוץ-נזיקי. למעשה, כל הפחתה מסכום הפיצוי שנקבע לניזוק מפאת שיקולים הנוגעים באיתנותו הכלכלית של הנתבע מהווה חריג מוחלט לדיני הנזיקין המקומיים,²³¹ והשיקולים לביצוע ההפחתה קשורים בחבל הטבור לייחודיותן של תובענות ייצוגיות, ולא לדיני הנזיקין. משכך, בחרנו לא להרחיב על אודות שלב זה בכתיבתנו הנוכחית, העוסקת בהמשגת הנזק כשלעצמו ובקביעת ערכו.

בפסק דינו בפרשת **קול ברמה** לא התייחס בית המשפט המחוזי לעוגנים בצורה מובנית ורשמית, אך נראה כי הוא נתן משקל גבוה לעוגן הפגיעה הייחודית, אם כי תוך הפניה גם לעוגן ההשוואה הרחבה. בית המשפט גם קיבל את הערכת התובעות באשר לגובה הנזק שנגרם לכל נפגעת כהערכה סבירה ומתונה, אך נמנע מלערוך, קודם לכן, השוואה מפורטת לפסיקה דומה.²³² לנוכח אופייה התקדימי של פרשת **קול ברמה** והאתגרים הרעיוניים שהיא עוררה, גם במישור של חישוב הפיצוי, ראוי, לעניות דעתנו, להדגים את מהלך השימוש בשיטת העוגנים על המקרה הנדון כמקרה בוחן שיהיה

228 לשיטת חישוב זו ראו אלון קלמנט ושרון רבין-מרגליות "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק?" **עיוני משפט** לא 369, 415–421 (2009). במאמר המחברים מציעים דווקא להפוך על ראשה את שיטת חישוב הנזק במקרים של הפליה, אולם שיקוליהם מתאימים בעיקר למקרי הפליה בעבודה. זוהי גם עמדת בית המשפט בפרשת **מירב**, לעיל ה"ש 49, פס' 60 לפסק הדין, שגם בה נדונה טענת הפליה.

229 כך, למשל, בפרשת **רכבת ישראל**, לעיל ה"ש 146, הסתכם סכום התביעה לפי פיצוי ייחודי מפסיקה בתחום הפרת חוק העישון בסכום של יותר ממיליארד ש"ח, והוא הופחת ל-6,000,000 עקב שיקולים של הרתעה יעילה ומניעת התעשרות לא כדין. כזאת גם עשה השופט בנימיני מבית המשפט המחוזי בתל אביב בפרשת **תנובה במחוזי**, משהגיע לסכום פיצוי של יותר ממיליארד שקלים. ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1372/95 **יורשי ראבי נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ**, פס' 144 לפסק הדין (פורסם בנבו, 7.10.2008) (להלן: פרשת **תנובה במחוזי**). הסכום הופחת ל-55 מיליון ש"ח, בנימוק שכאשר התובענה הייצוגית מקיפה מאות אלפי חברים, אין מנוס מקביעת פיצויי אחיד וממוצע בגין נזק לא ממוני, אשר ממילא מחייב אומדנה. אין מקום בעניין זה לדיוק מושלם בקביעת סכום הפיצוי הכולל לקבוצה.

230 נראה כי השופטת חיות מפרשת סמכות זו כסמכות רשות בלבד. ראו פרשת **תנובה**, לעיל ה"ש 16, פס' 51 לפסק הדין.

231 ת"צ **קול ברמה**, לעיל ה"ש 1, פס' 74 לפסק הדין.

232 שם, פס' 61–62 לפסק הדין.

בכוחו להמחיש את אופן החישוב הראוי במצב כזה ולהנחות פסיקה עתידית דומה בתחום.

2. "עוגן הפגיעה היחידנית" – זיהוי סכום הפיצוי הראוי לכל נפגעת

קביעת נקודת המוצא לפיצוי בפרשת קול ברמה הייתה פשוטה למדי, שכן היה לה בסיס חוקי מוכר: הפליה מכוח חוק איסור הפליה, שהפיצוי ללא הוכחת נזק בגינה תחום לסך של עד 50,000 ש"ח.²³³ עם זאת, ברי כי לנוכח השתייכותה של שיטת המשפט הישראלית למסורת המשפט המקובל, הנשענת בקביעת גובה הפיצוי על פסיקות קודמות, יש מקום לבחון פסיקות קודמות שנפסקו בתחום של הדרת נשים (להבדיל מפסיקות שניתנו מכוח סעיף 79א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, או כעניין של פשרה), כשלצידן סכומי הפיצויים שנפסקו בהן וטעמיהם. פסיקות כאלה יש בנמצא רק שלוש.

ראשונה היא פרשת **דוידאן מיכאלי**, שם קבע בית המשפט כי אישה שהודרה בלווייתו של אביה בכך שלא הורשתה להספידו ובכך שהנשים הופרדו מהגברים בהליכה אחר הארון תהיה זכאית לפיצוי בסך 31,900 ש"ח. בית המשפט ציין כי זהו סכום הפיצוי המרבי שניתן לפסוק בתביעה קטנה, וכי היה פוסק יותר אילו הוגשה התביעה בבית משפט השלום.²³⁴ נזקיה של האישה זוהו כמורכבים מכאב רגשי ומעוגמת נפש רבה.²³⁵ שנייה היא פרשת **מרסדן**, שם קבע בית המשפט כי הדרת נשים באוטובוסים מהווה פגיעה בהן. נזקי התובעת זוהו כ"השפלה ופגיעה בכבודה של התובעת".²³⁶ למרות הפגיעה החמורה התחשב בית המשפט בעובדה שדובר בפגיעה חד-פעמית במי שהשתמשה תדיר בקו האוטובוס האמור, ופסק לה פיצוי בגובה 12,000 ש"ח.²³⁷ אחרונה היא פרשת **פיליפ**, שבה פסק בית המשפט כי נשים שנחשפו לנסיגות להדין מהמרחב הציבורי זכאיות לפיצוי בסך 15,000 ש"ח כל אחת.²³⁸ נזקן זוהה כעוגמת נפש, כעס, עלבון, פגיעה בכבוד והשפלה.²³⁹ הממוצע של שלוש הפרשות הללו, שעניינן הדרה על רקע מין, מעמיד את סכום הפיצוי לניזוקה יחידה על 19,000 ש"ח בקירוב.

עם זאת, לנוכח הסטייה הסטטיסטית הדרמטית העולה מחישוב ממוצע של שלושה פסקי דין בלבד, בעלי נסיבות ייחודיות, נראה לנו שלא יהא זה נכון לאמץ ממוצע שלהם,

233 הסכום הערכני, לאחר הצמדה למדד, עומד על 65,000 ש"ח בקירוב.

234 פרשת **דוידאן מיכאלי**, לעיל ה"ש 39, פס' 24 לפסק הדין. ראו גם Pnina Lahav, *The Women of the Wall: A Metaphor for National and Religious Identity*, 30 ISR. STUD. REV. 50, 64-65 (2015).

235 פרשת **דוידאן מיכאלי**, שם.

236 ת"ק (תביעות קטנות בי"ש) 2917-10-11 **מרסדן נ' נגדי**, פס' 23 לפסק הדין (פורסם בנבו, 5.7.2012).

237 שם, פס' 23-24 לפסק הדין.

238 פרשת **פיליפ**, לעיל ה"ש 38.

239 שם, פס' 67-70 לפסק הדין.

אלא לבחון מי מבין פסקי הדין דומה יותר בעובדותיו לפרשת **קול ברמה**.²⁴⁰ לדעתנו, מבין שלוש הפרשות, המתאימה מכולן להשוואה לפרשת **קול ברמה** לצורכי הערכת הנזק לניזוקות היא פרשת **פיליפ**, שבה נפסקו 15,000 ש"ח לכל תובעת על ההדרה שעברה. עילת התביעה בפרשה זו בוססה על עוולת הרשלנות, ולא על חוק איסור הפליה, ובשל כך לא יכלו התובעות להסתמך על סעיף הפיצוי ללא הוכחת נזק שבחוק, ונדרשו להוכיח את גובה הנזק הלא-ממוני שגרמו להן הנסיונות להדירן מרחובות העיר. נתון זה חשוב במיוחד לנוכח האיסור הקיים בחוק תובענות ייצוגיות לפסוק פיצויים שאינם נסמכים על הוכחת נזק.²⁴¹ השוואה זו ראוייה גם בשל העובדה שבשתי הפרשות הייתה הדרת הנשים ממושכת ונעשתה במרחב הציבורי.

לצד נקודות ההשקה בין המקרים, יש עובדות ייחודיות בפרשת **קול ברמה** שמעידות דווקא על פוטנציאל נזק קשה יותר של הניזוקות בפרשה זו מהניזוקות בפרשת **פיליפ**. ראשית, הניזוקות בפרשת **קול ברמה** נפגעו במעשה ההדרה פגיעה רב-ממדית, במובן זה שהיא נגעה בזכויות רבות ויסודיות, שמקורן, בין היתר, בעובדה שהייתה זו הדרה מגוף שידור מרכזי בקהילתן. שנית, מקור ההדרה בפרשת **קול ברמה** היה במדיניות מוצהרת של הנתבעת, להבדיל ממקרה **פיליפ**, שבו דובר בעירייה שכשלה מלהתמודד עם התנהלותם המדירה של אחרים – גופים ואנשים פרטיים. שלישית, ההדרה בפרשת **קול ברמה** הופנתה כלפי ציבור מוחלש במיוחד, הנעדר מסגרת מגוננת אחרת, בעוד שבפרשת **פיליפ** דובר בנשים שמאבקן זכה בגיבוי, ולו חלקי, בתוך קהילתן. עוד ראוי לציין שבפרשת **קול ברמה**, לצד הנזק הלא-ממוני ונוסף עליו, נגרמו לנשים הנפגעות גם נזקים ממוניים ממשיים, אף שאלה לא נטענו בתביעה. מהמאזינות לתחנה נשללה, למשל, היכולת לבנות מוניטין מקצועי בקהילתן באמצעות השתתפות בשידורי הרדיו, או להציג את עצמן לציבור אם הן רוצות להתמודד על תפקיד ציבורי, ואף נשללו מהן הזדמנויות לעבודה בתחנה.

מן הצד האחר, יש נתונים המבחינים בין המקרים באופן שדווקא מקל את נזקן של הניזוקות בפרשת **קול ברמה**. ראשית, להבדיל מפרשת **פיליפ**, שם ספגו הנשים השפלה וביזוי על רקע מגדרן מקרוב ובצורה אישית ביותר, הדרת הניזוקות כאן לא הופעלה ברמה אישית-יחידנית.²⁴² במובן זה, הניזוקות בענייננו סבלו השפלה במישור הקבוצתי יותר מאשר במישור האישי. שנית, הדרת הנשים מהרדיו פחתה בעוצמתה תוך כדי ניהול

240 דוגמה שמתאימה להסתמכות על ממוצע בהקשר זה יכולה להיות תובענה ייצוגית בגין הפליה בכניסה למועדונים, שם ניתן לחשב ממוצע מעשרות רבות של פסקי דין פרטניים שניתנו בנושא. ראו, למשל, את סקירת הפסיקה בתחום אצל יפעת ביטון "מזרחים במשפט: ה'אין' כ'יש'" **משפטים** מא 455 (2011).

241 ס' 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות.

242 ראו פרשת **פיליפ**, לעיל ה"ש 38, פס' 71 לפסק הדין (תיאור של הקללות ואף אזכור של היריקות שספגו התובעות).

המשפט, בעקבות פעולות התאמה שביצעה התחנה. בפרשת פיליפ, לעומת זאת, במשך שנים רבות כשלה הנתבעת, עיריית בית-שמש, מלהגן על הנשים.²⁴³ לנוכח כל אלה נראה כי ניתן לראות בכל אחת מן הניזוקות בפרשת קול ברמה כראויה לסעד בסכום דומה לזה שנפסק בפרשת פיליפ. משמע, ניתן להעמיד את מקדם הסכום המוצע של מי שנפגעה מההדרה על 15,000 ש"ח לאישה. לכאורה, משזיהינו את סכום הפיצוי שהיה ראוי לפסוק לכל ניזוקה בנפרד, עלינו להכפיל סכום זה במספר הניזוקות, העומד על עשרות אלפים, ולקבוע את תוצאת המכפלה כסכום הפיצוי בתובענה. עם זאת, חישוב כזה מוביל לסכום גבוה ביותר, במובן נומינלי וריאלי כאחד, וברי לכן שהוא אינו רלוונטי ושימושי כשלעצמו, במיוחד במקרה מעין זה, שבו אין דרך מעשית לפצות את הניזוקות באופן יחידני. עובדה זו כשלעצמה, אגב, אינה הופכת את מדד הפיצוי היחידני ללא רלוונטי. גם במצב זה מדובר במדד חשוב נוסף – עוגן רעיוני שראוי להביאו בחשבון ברקע חישוב הפיצוי, בשלב שלפני ההפחתה.²⁴⁴

3. "עוגן השוואה הרחבה" – סכום הפיצוי שנפסק במקרים דומים

"יש מקרים שבהם פיצוי כספי של חברי הקבוצה אינו מעשי כלל, אם משום שאי-אפשר לזהותם, אם משום שאיתורם כרוך בעלות בלתי-סבירה ואם מכל סיבה אחרת. במצב כזה, על-פי דברי ההסבר [להצעת חוק תובענות ייצוגיות], ראה המחוקק ליתן בידי בית-המשפט, בסעיף 20(ג) [לחוק תובענות ייצוגיות], סמכות לפסוק סעד 'יצירתי' הסוטה לחלוטין מעקרונות הקורלטיביות העומדים ביסודם של מנגנוני הפיצוי הרגילים, וזאת על-דרך סעד גמיש לטובת הקבוצה או לטובת הציבור."²⁴⁵

את סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות פירשה השופטת חיות כמעניק סמכות לבית המשפט לסטות מעקרונות הקורלטיביות של הפיצוי הנזיקי לשם הענקת סעד גמיש אחר. סעד זה, הגם שיכול שיהיה כספי, יכול שיושתת על יסודות אחרים מאלה הנזיקיים המוכרים, משמע, יהיה כזה שמתרחק מרעיון הפיצוי היחידני ומכיר ברעיון הפיצוי

243 ראו ע"פ 5338/17 ראש עיריית בית שמש נ' פיליפ (פורסם באר"ש, 1.11.2018). כן ראו אור קשתי "בבית שמש אין שלטון חוק, יש שלטי צניעות" הארץ 12.1.2018 www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.5724735.

244 קביעה דומה הופיעה בפסיקת בית המשפט המחוזי בפרשת תנוכה במחוזי, לעיל ה"ש 229, שבה הבהיר כי הכפלת הנזק היחידני במספר הניזוקים הייתה מעמידה את הפיצוי על סך של 1.76 מיליארד ש"ח. הגובה האסטרונומי של הסכום המצטבר שימש את בית המשפט לביסוס הערכתו הנמוכה בהרבה של הנזק היחידני ולהעמדתו על סך של 250 ש"ח בלבד, אולם הוא לא הפך את הנזק היחידני ללא רלוונטי להנמקת פסק הדין.

245 ראו חיות, לעיל ה"ש 222, בעמ' 948–949.

"לטובת הציבור"²⁴⁶ עם זאת, לדעתנו, גם במקרה כזה, כל עוד הסעד הנבחר הינו כספי, מן הראוי שבית המשפט יישאר בקרבתן הרעיונית של פסיקות קודמות, על מנת להימנע משונות רחבה מדי בין פסיקותיו השונות לסעד כספי. מתווה לעיצובו של סעד כספי "יצירתי", כמוצע בסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, כולל אף הוא שלושה שלבים. בשלב הראשון יוהו פסקי דין שדומים מבחינה רעיונית למקרה שהובא לפני בית המשפט, ואשר נערך בהם דיון מעמיק ברכיב הנזק הלא-ממוני. בשלב השני תיערך השוואה באשר לסכום שנקבע כהולם לפיצוי הניזוקים באותם מקרים, ובשלב השלישי תיערך (כמו במקרה השימוש בעוגן הראשון) הפחתה מהסכום שאליו הוליך החישוב, ככל שהיא נדרשת במסגרת הפעלת סעיף 20(ד) לחוק תובענות ייצוגיות. גם ההפחתה, נאמר בקצרה, ראוי שתבוצע מתוך השוואה לערכי ההפחתות שנקבעו בפרשות דומות.

(א) שלב ראשון – מציאת מקורות השוואה

על אף דלות הפסיקה בתובענות ייצוגיות בישראל שהתקבלו ואשר נעשתה בהן הערכת נזק לצורך קביעת סכום הפיצוי, בשתיים מהן התקבלו התביעות על סמך טענה לנזק לא ממוני: בפרשת **תנובה**²⁴⁷ ובפרשת **רכבת ישראל**²⁴⁸. בפרשת **תנובה** עסק בית המשפט בפיצוי צרכנים בגין הוספת סיליקון לחלב העמיד של תנובה מבלי שהללו יודעו לגבי תוספת זו שהוחדרה למשקה שצרכו. הפגיעה באוטונומיה של ציבור הצרכנים היא שעמדה בלב התביעה, והנזק לתובעים בגינה הומשג על ידי בית המשפט ככזה שעניינו תחושות שליליות ותחושות של גועל.²⁴⁹ עוד נקבע כי לצרכנים נגרם נזק מורלי ועוגמת נפש, המצדיקים גם הם פיצוי נזיקי.²⁵⁰ בפרשת **רכבת ישראל** עסק בית המשפט בפיצוי ציבור המשתמשים ברכבת ישראל בגין עישון סביל ברכיבי הרכבת, שנגרם להם בעקבות העדר אכיפה של איסור העישון. הנזק לתובעים הומשג על ידי בית המשפט כנזק של עישון סביל, חוסר נוחות, עוגמת נפש ופגיעה באוטונומיה. בשתי הפרשות הללו, כמו בפרשת **קול ברמה**, נקודת המוצא להליך הקביעה של גובה הפיצוי הייתה שמבחינה

246 פרשת **תנובה**, לעיל ה"ש 16, פס' 59 לפסק הדין.

247 ע"א 1338/97 **תנובה מרכז שיתופי לשוק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי**, פ"ד נז(4) 673 (2003) (להלן: פרשת **תנובה (אישור תובענה ייצוגית)**).

248 פרשת **רכבת ישראל**, לעיל ה"ש 146. לאחר מתן פסק הדין בת"צ **קול ברמה**, לעיל ה"ש 1, התווספה לרשימה זו גם פרשת **מירב**, לעיל ה"ש 49, שעסקה אף היא בפיצוי בגין הפליה, שם נאמד הנזק בצורה מורכבת ושונה, שלפיה כל חוזה ביטוח מפלה שעליו חתמה חברת הביטוח גרם נזק של 1 ש"ח. שיטת חישוב זו שונה מהערכת נזק יחידנית, מהסוג המוצע בענייננו, וממילא לכל אורך ההערכה של גובה הנזק עסק בית המשפט במיקום הפרשה על הצד הקל של הפגיעות, תוך הבחנתה ממקרים אחרים חמורים ממנה, ובמיוחד מת"צ **קול ברמה** עצמה. ראו פרשת **מירב**, לעיל ה"ש 49, פס' 60-62 לפסק הדין. לנוכח זאת לא השתמשנו בפסק דין זה לצורך ההשוואה הרחבה.

249 על הקשריו האתיים והתרבותיים של רגש הגועל בפרשת **תנובה** ראו יאיר אלדן ויופי תירוש "איזה גועל: מבט אחר על פרשת תנובה נ' ראבי" **לחם חוק: עיונים במשפט ואוכל** 375 (יופי תירוש ואייל גרוס עורכים, 2017).

250 פרשת **תנובה (אישור תובענה ייצוגית)**, לעיל ה"ש 247, פס' 10 לפסק דינה של השופטת נאור.

מעשית הפיצוי אינו יכול להיות מחולק בין חברי הקבוצה, ולכן יש לפסוק אותו "לטובת הציבור".²⁵¹

השוואה בין פרשות אלו לפרשת קול ברמה במדדי ההערכה של גובה הנזק, הן מבחינה כמותנית הן מבחינה איכותנית, תיתן בידינו כלי נוסף להערכה, במישור הנזיקי, של גובה הפיצוי ההולם כאן.²⁵² השוואה זו תיעשה במסגרת השלב השני, כמתואר בחלק הבא.

(ב) שלב שני – השוואה איכותנית וכמותנית של סכום הפיצוי בנזק לא ממוני

1. פרשת תנובה – חישוב הנזק לצרכן יחיד בפרשה זו הוביל את בית המשפט העליון להעמדת סכום הפיצוי על סך של 250 ש"ח לצרכן. סכום זה הוכפל במספר הנזוקים בפרשה זו משתיית החלב, שנאמד ב־154,000, וגובה הפיצוי הכולל הועמד בהתאמה על 38,500,000 ש"ח.²⁵³
2. פרשת רכבת ישראל – בפרשה זו הוביל חישוב הנזק לנוסע יחיד שסבל עישון סביל להעמדת סכום הפיצוי על סך של 100 ש"ח לנוסע. הכפלת סכום זה בכלל ציבור נוסעי הרכבת הרלוונטיים הובילה להערכת פיצוי של יותר מ־100 מיליון ש"ח.²⁵⁴ בשל כך בוצעה הפחתה מכוח סעיף 20(ד) לחוק תובענות ייצוגיות, שבמסגרתה הובאו בחשבון בעיקר ההרתעה האפקטיבית של הרכבת והעובדה שהחברה נקטה בכל זאת אמצעים למניעת עישון בחלק משטחיה, והסכום הוקטן ל־6 מיליון ש"ח.²⁵⁵

לנוכח נתוני הדמיון הרעיוני־הנזיקי העולים מפסקי דין אלו, נבקש להדגים כיצד יש להשתמש לדעתנו במדדי ההערכה הנזיקיים שהוצגו בפרק ב על מנת לאמוד את הסכום שהיה ראוי להעמיד עליו את הפיצוי בפרשת קול ברמה. לצורך הנוחות, וכדי להמחיש כיצד מהלך כזה נראה, בחרנו להציג את המידע ההשוואתי בטבלה, תוך פירוט המדדים להערכת גובה הנזק כפי שיושמו בכל פרשה. הנמקה מפורטת מעין זו אומנם אינה מקובלת בפסיקה, אולם בהקשר האקדמי היא מאפשרת מבט אל "מאחורי הקלעים" של מהלך אומדני סדור ואפקטיבי. לצורך זה בחרנו להצמיד לכל רכיב הערכה איכותנית לצד הערכה כמותנית, במדרג של 0, 1 או 2, וזאת כדי להמחיש את סבירות הערכתנו ולהעמיק את הליך הבנייתה של השוואה כזו. היתרון של שימוש במדרג מספרי מעין זה

251 פרשת רכבת ישראל, לעיל ה"ש 146, פס' 73 לפסק הדין; פרשת תנובה, לעיל ה"ש 16, פס' 49 לפסק הדין; ת"צ קול ברמה, לעיל ה"ש 1, פס' 60 ו־80 לפסק הדין.

252 ניתן להפעיל הערכה לא על יסוד הפיצוי היחידני, שמקורה בדיני תובענות ייצוגיות ובשיקולים הייחודיים להם, אך הערכה אפשרית זו תורגת מגדריו של מאמר זה. למעורבותם של שיקולים ייחודיים לתובענות ייצוגיות במקרים מעין אלה ולאמצעי הפיצוי הכלליים שהם עשויים להציע ראו פרשת תנובה, לעיל ה"ש 16, פס' 50 לפסק הדין.

253 פרשת תנובה, לעיל ה"ש 16, פס' 58 ו־63 לפסק הדין.

254 פרשת רכבת ישראל, לעיל ה"ש 146, פס' 70 לפסק הדין.

255 שם, פס' 72 לפסק הדין.

נעוץ בכלים האנליטיים הנהירים שהוא מציע לכימות היבטים שונים של הנזק. חסרונו הוא שהוא עלול לטשטש ניואנסים, אך לשם כך הוא מלווה בתיאור המילולי. בתחתית הטבלה סכמנו את אחד-עשר מדדי האומדן לנזק, וכך ניתנה בידינו הערכה סופית המורכבת ממדדים איכותניים ומספריים כאחד.

טבלה 1: השוואה איכותנית וכמותנית של המדדים להערכת גובה הנזק בשלוש הפרשות המושוות

המדדים	פרשת תגובה	פרשת רכבת ישראל	פרשת קול ברמה
1. היסוד הנפשי שנלווה למעשה העוולה	מכוון – מהילת הסיליקון נעשתה בכוונה (2). ²⁵⁶	רשלני – הרכבת לא טיפלה באכיפה (1). ²⁵⁷	מכוון – הדרת הנשים מהשידורים הייתה מדיניות מוצהרת (2).
2. חומרת המעשה המזיק	הסתרה מכוונת מהציבור והטעייתו (2). ²⁵⁸	התשלול בנקיטת אמצעים למניעת עישון (1).	הפליה במעשה הדרה מדיניות מוצהרת של הפליה במעשה הדרה (2).
3. כפל פגיעות	פגיעה באוטונומיה, פגיעה ברגשות (1).	פגיעה באוטונומיה, כפיית עישון סביל (1).	פגיעה בשוויון, באוטונומיה, בחופש הביטוי ובכבוד האדם (2).
4. מידת הסטייה של ההתנהגות הפוגעת מהנהג המקובל	סטייה משמעותית מההוראות בנוגע לציון רכיבי המזון (1).	ננקטו אמצעים שונים למניעת עישון, אך אלה לא היוו אמצעים סבירים למניעה כזו (1).	התחנה הייתה היחידה והראשונה שאסרה באופן גורף וכוללני השמעת נשים (2).
5. מידת הפגיעה בניזוק כפי שהוא מתארה	הניזוק תיאר "רגשות של כעס, תסכול ועלבון" (1). ²⁵⁹	הניזוקים תיארו "רגשות שליליים" (1).	הניזוקות תיארו פגיעה במידה שנעה בין "בינונית" ל"רבה ביותר", וכן טענו לתחושות של השפלה, נחיתות וכעס (2).

256 פרשת תגובה, לעיל ה"ש 16, פס' 30 לפסק הדין.
 257 פרשת רכבת ישראל, לעיל ה"ש 146, פס' 49 לפסק הדין.
 258 פרשת תגובה, לעיל ה"ש 16, פס' 10 ו-20 לפסק הדין.
 259 פרשת תגובה, לעיל ה"ש 16, פס' 40 לפסק הדין.

<p>6. טיב הזכות שנפגעה כזכות חוקתית ומהותית</p>	<p>הזכות לאוטונומיה במובן של החלטה איזה מזון יכניס אדם לגופו (1).</p>	<p>הזכות לאוטונומיה במובן של החלטה אם להיחשף לעישון מזיק אם לאו (1).</p>	<p>הזכות לשוויון כאדם וכאישה; הזכות לשמוע ולהשמיע דעה; הזכות לאוטונומיה בליבה שלה – היכולת להתבטא ולהיות בעלת "קול" (2).</p>
<p>7. אופן הפגיעה בזכות ועוצמת הפגיעה בה</p>	<p>עוצמת הפגיעה בזכות אינה ברף הגבוה ביותר של הפגיעות באוטונומיה (1).²⁶⁰</p>	<p>הפגיעה בזכות אינה מן החמורות, שכן הרכבת פעלה לא מעט למניעת עישון, גם אם לא נקטה את כל האמצעים הסבירים לשם כך (1).²⁶¹</p>	<p>הזכויות שנפגעו נשללו מן הנשים בצורה דרמטית, מאחר שאיסור השמעת קולן היה מוחלט. עם זאת, השלילה מוגבלת לרדיו (1).²⁶²</p>
<p>8. משכה של הפגיעה</p>	<p>הפגיעה נמשכה שבועות ספורים (1).</p>	<p>הפגיעה נמשכה כשנתיים (2).</p>	<p>הפגיעה נמשכה כשנתיים (2).</p>
<p>9. חומרת המעשים או המחדלים של המזיק ומידת חריגתם מהתנהגות סבירה</p>	<p>מעשי תנובה לוו בפעולה מכוונת של הוספת החומר ושל הסתרה (2).²⁶³</p>	<p>רכבת ישראל נקטה אמצעים לא מבוטלים למניעת העישון, אולם התרשלה – גם אם לא בחומרה – בנקיטת אמצעים סבירים למניעה זו (1).²⁶⁴</p>	<p>ההשתקה הגורפת של נשים ברדיו קול ברמה הייתה חמורה כשלעצמה, לא כל שכן אם מביאים בחשבון את חריגותה, אפילו בנוף העולם החרדי (2).²⁶⁵</p>

260 שם, פס' 57 לפסק הדין.

261 פרשת רכבת ישראל, לעיל ה"ש 146, פס' 71 לפסק הדין.

262 רע"א קול ברמה, לעיל ה"ש 2, פס' 22 לפסק דינו של השופט דנציגר.

263 פרשת תנובה (אישור תובענה ייצוגית), לעיל ה"ש 247, פס' 11 לפסק דינה של השופטת נאור.

264 פרשת רכבת ישראל, לעיל ה"ש 146, פס' 53 לפסק הדין.

265 ת"צ קול ברמה, לעיל ה"ש 1, פס' 42 לפסק הדין.

<p>10. מידת חוזקו הכלכלי, החברתי או התרבותי של המזיק לעומת הניזוק וניצול עמדת הכוח שלו כלפי הניזוק</p> <p>11. התנהלותו של המזיק לנוכח טענות הניזוק במהלך ביצוע העוולה ובמהלך המשפט</p>	<p>תנובה היא מזיק בעל מעמד כלכלי מעין-מונופוליסטי חזק, אולם קהל הלקוחות שלה הינו אקראי, ובמובן זה ניצול עמדת הכוח אינו מכוון כלפי אוכלוסייה מוחלשת (1).</p> <p>תנובה המשיכה לשקר גם לאחר שדווח על הוספת הסיליקון, עד אשר חזרה בה (2).²⁶⁶</p>	<p>רכבת ישראל היא מזיק בעל מעמד כלכלי מעין-מונופוליסטי חזק, אולם קהל הלקוחות שלה הינו אקראי, ובמובן זה, ניצול עמדת הכוח אינו מכוון כלפי אוכלוסייה מוחלשת (1).</p> <p>רכבת ישראל ניסתה, לפני הגשת התביעה ובמהלכה, לשפר את טיפולה במניעת עישון ברציפיה (0).²⁶⁷</p>	<p>תחנת הרדיו היא מזיק בעל מעמד כלכלי, אך בעיקר תרבותי מעין-מונופוליסטי חזק. קהל הלקוחות שלה הוא קבוצת הנשים המוחלשות מבחינה חברתית. במובן זה מדובר בניצול עמדת כוח מול קבוצת הנשים החרדית, שהינה מושתקת במיוחד ונטולת עמדת מיקוח הוגנת (2).</p> <p>תחנת הרדיו גרסה כי הנשים חפצות במצבן המפלה, ואינן מופלות "באמת".²⁶⁸ לאחר התערבות היא הקצתה להן שעה בשבוע בבוקר. בהמשך היא תיקנה את הליכותיה, בעקבות אסדרה ברורה, אך סטתה ממנה פעמיים (1).²⁶⁹</p>
<p>סיכום המדדים*</p>	<p>מתקיימים במידה רבה (15)</p>	<p>מתקיימים במידה בינונית (11)</p>	<p>מתקיימים במידה רבה מאוד (20)</p>

מפתח: 0 – כלל לא; 1 – במידה מסוימת; 2 – במידה רבה.

* הסכום הסופי הוא מתוך ניקוד מרבי של 22 נקודות.

לאחר הסכימה המספרית והאיכותנית של עוצמת הפגיעה בכל פרשה, יש לחזור אל נקודת המוצא של הקביעה היחידנית של גובה הנזק שנקבע בפרשות ההשוואתיות.

266 פרשת תנובה, לעיל ה"ש 16, פס' 24–27 לפסק הדין. כן ראו אלדן ותירוש, לעיל ה"ש 249, בעמ' 399.

267 פרשת רכבת ישראל, לעיל ה"ש 146, פס' 30–33 לפסק הדין.

268 ת"צ קול ברמה, לעיל ה"ש 1, פס' 43 לפסק הדין.

269 שם, פס' 9–10 לפסק הדין.

כזכור, אף שלא נעשתה הערכת נזק יחידנית מלאה, בשתי הפרשות השתמש בית המשפט בעוגן של הערכת נזק יחידנית, שאותו העמיד כדלקמן: בפרשת **תנובה** – על סך של 250 ש"ח לכל ניזוק; ובפרשת **רכבת ישראל** – על סך של 100 ש"ח לכל ניזוק. בהתחשב בעוגן השני, ההשוואתי, ניתן לזהות את הערכת עוצמת הפגיעה בפרשת **קול ברמה** כגבוהה מזו שבפרשת **תנובה** בכ-33% (ניקוד כולל של 20 מול 15) ומזו שבפרשת **רכבת ישראל** בכ-80%. לנוכח הקרבה הגדולה יותר בהערכת עוצמת הפגיעה בין פרשת **תנובה** לפרשת **קול ברמה**, נראה שיהא מדויק יותר להעריך את גובה הפגיעה בהשוואה אליה. משמע, לפי מדד זה, ובהתחשב בכך שכל פגיעה בפרשת **תנובה** הוערכה ב-250 ש"ח, ניתן ליצור "עוגן" השוואתי משוקלל לגבי הפיצוי היחידני בפרשת **קול ברמה** שיעמוד על 300 ש"ח.²⁷⁰

4. חישוב סכום הפיצוי הכולל והפחתות נדרשות

את גובה הפיצוי היחידני יש להכפיל במספר הנפגעות מהשידורים. הסקר שהגישה התובעת הצביע על כך ש-47% מהנשים דיווחו על פגיעה ממעשי התחנה: 20% דיווחו כי ניזוקו במידה רבה מאוד מההדרה – 40,000 נשים; 12% דיווחו כי ניזוקו במידה רבה מההדרה – 24,000 נשים; ו-15% דיווחו כי ניזוקו במידה בינונית מההדרה – 30,000 נשים.²⁷¹ מכאן שמצבת הניזוקות להכפלה הייתה צריכה לעמוד על 94,000 נשים. כך נעשה גם בפרשת **תנובה**, שם קבע בית המשפט כי למעט צרכנים שדיווחו על "אדישות" להחדרת הסליקון, כל מי שדיווחו כי מעשה זה הסב להם פגיעה (קלה ככבדה) יוצבו במצבת הניזוקים.²⁷² את מצבת הניזוקים שזוהו יש להכפיל בגובה הפיצוי שנקבע ברמה היחידנית. בפרשת **קול ברמה** היה אפשר לבצע הכפלה זו בצורה דיפרנציאלית לפי עוצמת הפגיעה בניזוקות השונות, כפי שזו עלתה מן הסקר שהוצג לבית המשפט.²⁷³

270 בהתחשב בהעדפה הברורה של בתי המשפט להעמיד את הסכום על מספרים עגולים ו"מובחנים", אנו מעמידות את הסכום על 300 ש"ח, ולא על 332.5 ש"ח, כמתחייב מחישוב חשבונאי מדויק יותר.

271 ראו ת"צ **קול ברמה**, לעיל ה"ש 1, פס' 45 לפסק הדין (שם מוצגות תוצאות הסקר).

272 פרשת **תנובה**, לעיל ה"ש 16, פס' 40-41 לפסק הדין.

273 כאמור, בסקר זוהו שלוש עוצמות פגיעה בניזוקות: פגיעה במידה "רבה מאוד", פגיעה במידה "רבה" ופגיעה ברמה "בינונית". את הסכום היסודי שהתקבל כ"עוגן ההשוואה הרחבה" – 300 ש"ח – נכון בעינינו להצמיד ל-20% הניזוקות שניזוקו בצורה "רבה מאוד" מן ההדרה. 12% נוספות, שניזוקו בצורה "רבה", יקבלו פיצוי בסכום נמוך ב-20%, מתוך הנחה שהפחתה זו מגלמת את עוצמת הנזק הפחותה שמתגלמת בתשובתן המסויגת יותר. ואותן 15% שניזוקו בצורה "בינונית" יקבלו סכום נמוך ב-50% מסכום היסוד, על בסיס ההנחה שמי שסיווגה את עצמה כניזוקה במידה "בינונית" מההדרה בוודאי רואה את עצמה כנפגעת ממנה אולם בעוצמה מופחתת בהרבה בהשוואה לאלה הרואות את ההדרה כפוגעת בהן במידה "רבה מאוד". לפי אמות מידה אלו, ולשם ההדגמה בלבד, סכום הפיצוי הכולל לגישתנו היה צריך לעמוד על כ-22 מיליון ש"ח, לפי החישוב הבא:

$$(40,000 * 300) + (24,000 * 240) + (30,000 * 150) = 12,000,000 + 5,760,000 + 4,500,000 = 22,260,000$$

למרות זאת ביכר בית המשפט לכלול במצבת הניזוקות רק את מי שדיווחו כי נפגעו מההדרה ברף הגבוה של הפגיעה, ובכך צמצם את מספר הנפגעות ל-40,000 בלבד.²⁷⁴ בהינתן מצבת הניזוקות שזוהתה בפרשת קול ברמה, ניתן להסיק כי עם ביצוע ההפחתה, שהינה השלב האחרון בשני המודלים שהוצגו לעיל, קיבל בית המשפט את המנגנון המוצג כאן, שאף הוצג לו בחוות הדעת שהוגשה לו בנושא. בשלב הראשון הוא זיהה את מגוון הפגיעות בתובעות כך:

"לצורך קביעת שיעור הפיצוי יש לקחת בחשבון שבענייננו מדובר בהדרה מוחלטת, מכוונת ומוצהרת של נשים משידורי התחנה, ובהגבלת גישתן לכלי תקשורת מרכזי בקהילתן. יש לקחת בחשבון את עוצמת הפגיעה בחברות הקבוצה בהתחשב בטיב זכויות היסוד שנפגעו – הזכות לשוויון, הזכות לכבוד והזכות לחופש הביטוי – וכן את משכה של הפגיעה שהתקיימה לאורך כשנתיים וחצי. יש לפסוק פיצוי אשר יבטא את הסלידה כלפי התופעה של הפליית נשים ויצור הרתעה מפני התנהלות דומה בעתיד."²⁷⁵

לאחר זיהוי פגיעה זו כקשה ומגוונת פנה בית המשפט להציג את שני העוגנים האפשריים לקביעת גובה הפיצוי:

"התובעת המייצגת, 'בחוות דעת המומחיות', טוענת כי סכום הפיצוי הראוי לחברת קבוצה, בהתבסס על סכומי הנזק שנקבעו בפסיקה בתביעות דומות יחידניות של הדרת נשים, עומד על סך 15,000 ₪ לנפגעת. עם זאת, התובעת מכירה בכך שסכום הפיצוי הכולל המתקבל מהערכה זו אינו סביר ואינו מעשי ויש מקום להפחיתו. על יסוד השוואה לסכומי הנזק הלא ממוני שנפסקו בפסקי דין שניתנו בתובענות ייצוגיות, ובהתבסס בעיקר על הפיצוי שנפסק בעניין תנובה (250 ₪) מציעה התובעת להפחית את סכום הפיצוי ולהעמידו על סכום של 150–300 ₪ לחברת קבוצה, בהתאם לעוצמת הפגיעה. הצעת התובעת להעמדת סכום הפיצוי על סך של 150–300 ₪ לחברת קבוצה... היא הצעה מדודה, זהירה וסבירה, הן בשים לב לעוצמת הפגיעה בחברות הקבוצה כמתואר לעיל והן בשים לב לסכומי הנזק הלא ממוני שנפסקו בתובענות ייצוגיות אחרות. אף שקיים קושי להשוות נזק לא ממוני אחד למשנהו, ומבלי צורך להצמיד 'תג מחיר' לנזק הלא ממוני הנגרם כתוצאה מהפליה מגדרית, אציין שעוצמת הפגיעה בחברות

274 בכך ניכרת העדפה של בית המשפט לפישוט מגוון הנפגעים לכדי יחידה הומוגנית אחת הכוללת רק את אלה שחוו פגיעה קשה. מהלך דומה עשה בית המשפט גם בפרשת **תנובה**, שם הוא צמצם את מספר הנפגעים משתיית החלב מכלל מי שצרכו אותו, שהיו 220,000, למי שהביעו תחושות הסתייגות מהוספת הסיליקון בלא ידיעתם, שהיו 70% מהנשאלים בסקר, דהיינו, 154,000. ראו פרשת **תנובה**, לעיל ה"ש 16, פס' 41 לפסק הדין.
275 ת"צ **קול ברמה**, לעיל ה"ש 2, פס' 59 לפסק הדין.

הקבוצה בענייננו אינה נופלת ואף עולה, לטעמי, על הפגיעה בגינה נפסק הפיצוי בענין תנובה.²⁷⁶

בית המשפט המחוזי הנכבד קיבל בכך הן את המסגרת התיאורטית לדיון בסוגיה, הן את המודלים המתאימים לפתרונה. לפי מסגרת זו הוא הגיע לסכום פיצוי של יותר מ-10,000,000 ש"ח.²⁷⁷ בשלב הבא בחר בית המשפט לבצע הפחתה בהתאם להוראות סעיף 20(ד) לחוק תובענות ייצוגיות, בהדגישו את יכולתה הכלכלית המוגבלת של תחנת הרדיו לעמוד בתשלום פיצוי כה גבוה, ובהוסיפו על כך את החשש שהאוכלוסייה החרדית המאזינה לתחנה תחווה הדרה משוק התקשורת אם התחנה תיסגר. עוד ציין בית המשפט לטובה את העובדה שהתחנה חזרה בה ממדיניותה, החלה להעסיק נשים, ואף קיבלה הארכת זיכיון מטעם המדינה בשל שינוי זה בהתנהלותה. לנוכח זאת הוא ביצע הפחתה דרמטית של יותר מ-90%, והכריע כי סך הפיצוי יעמוד על 1,000,000 ש"ח בלבד. ערעורים של שני הצדדים על סכום זה נדחו, כאמור, אך ערעור התובעת על שכר הטרחה ועל הגמול לתובעת התקבל באופן חלקי.²⁷⁸

סיכום

בעוד בארצות הברית תחום התובענות הייצוגיות בגין הפרת זכויות אדם, ובמיוחד בגין הפליה, הוא תחום מפותח,²⁷⁹ בישראל הוא נמצא בחיתוליו, ויש לקוות שהוא יתפתח לכדי מימוש הפוטנציאל הגלום בו. מאמר זה ביקש לסייע בפיתוח זה בכל הקשור לאופן הערכת הנזק בתביעות מסוג זה.

מאחר שהאינטרסים המוגנים בחוקי איסור הפליה הם חוקתיים, הנזקים הנגרמים בגין פגיעה בהם הינם ככלל לא מוחשיים, ובעיקר לא ממוניים. בתי המשפט מתקשים עדיין להעריך נכוחה נזקים אלו, גם בשיטת האומדנה, אם כי ניכרת התקדמות מעודדת בתחום. המשך התקדמות זו תלוי בהתמדתם של בתי המשפט, כמו גם של צדדים לסכסוכים נזיקיים, בהמשגה ברורה ומדויקת של הנזק שנגרם לניזוקים. פיתוח השיח המשפטי בנושא הוא שיביא מזור לקושי מושגי ונורמטיבי זה. אף שדיון בנזקים לא מוחשיים הולך ונהיה תדיר בדיני הנזיקין עם עליית קרנה של ההגנה על הזכות

²⁷⁶ שם, פס' 61–62 לפסק הדין.

²⁷⁷ נראה שבית המשפט נמנע מחישוב אריתמטי של הסכום מכיוון שהוא הכריע, בד בבד, כי גם סכום זה אינו ריאלי. שם, פס' 62 לפסק הדין.

²⁷⁸ ראו ה"ש 10 לעיל.

²⁷⁹ שם אף התפתחה הדוקטרינה של תובענות ייצוגיות דרך דוקטרינת ההפליה. ראו Barak Atiram, *Socially-Driven Class Actions: The Legacy of Briggs*, 23 TEX. J. C.L. & C.R. 1 (2017); ברק אתירם "תובנות מבראון: ההיסטוריה החברתית של התובענה הייצוגית" *משפט וממשל* כ 47 (2019).

לאוטונומיה, בהקשרים של תובענות ייצוגיות נרשמו עד כה פרשות מעטות מאוד שבהן ניתנו פסקי דין מלאים ומפורטים, וזאת לנוכח הפרקטיקה הרווחת של הסדרי פשרה בין הצדדים. יתר על כן, גם מקום שהתפתח דפוס של הכרה במרכיביהם של נזקים לא ממוניים, הם מצויים לרוב בסביבה של גוף או נזק לגוף, ואינם מופיעים נטולי הקשר גופני כלשהו כפרשת **קול ברמה**,²⁸⁰ או שהם מצויים בסביבה של פיצוי ללא הוכחת נזק, אשר אי-אפשר להעניקו בתובענות ייצוגיות. כך, האתגר שניצב לפני מערכת המשפט הישראלית בפרשת **קול ברמה** היה מורכב במיוחד: כיצד ממשיגים נזק שעניינו שלילה קטגורית של הזדמנות לשמוע את בני קבוצת ההשתייכות שלך בתחנת הרדיו הפונה לקהילתך?

במאמר זה ביקשנו להציע תורה סדורה של השלבים הראויים לזיהוי ולכימותו של הנזק בפרשת **קול ברמה**, כמקרה בוחן שבכוחו להנחות תביעות עתידיות בתחום של פגיעה בזכויות חוקתיות בכלל והדרת נשים בפרט. חלק מהמהלך האנליטי שהצענו הוא חדשני, ומציג כאמור מעין הכרה עקיפה בעוולות חוקתיות, אולם הוא מתיישב כל כולו עם דיני הנזיקין הקיימים. לא בכדי קיבל המודל גושפנקה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בפרשת **קול ברמה**. קבלה זו אינה פוטרת עם זאת מן הצורך בהכרת המהלכים השונים שביכולתם להוביל לתוצאה המיוחלת של כימות נזק ייחודי וערטילאי מסוג זה. משום כך בחרנו לפרט ולפרוט את שלל רכיביו של הלך המחשבה הנזיקי המונח בבסיסו של כימות כזה, ובכך להביא לידי הקלת קושי הנתפס כאינהרנטי לתחום. מטרתנו הייתה להפוך את מה שנראה כ"מלאכת משפט" נסתרת ואומדנית-ערטילאית לנגישה ולאפשרית.²⁸¹ תקוותנו היא שמאמר זה יהווה צעד נוסף בביסוס הנדרש של הליך המשגתו וכימותו של הנזק בהקשרים הלא-מוחשיים הללו.²⁸²

280 כך, למשל, בפרשת **איבי** – ע"א 1535/13 **מדינת ישראל נ' איבי** (פורסם באר"ש, 3.9.2015) – פיתח בית המשפט את ההכרה בנזק הלא-ממוני של פגיעה באוטונומיה, אך במסגרת תביעת פיצויים בגין טיפולי ההקרנה נגד גזת שניתנו באופן רשלני לעולים (בעיקר ממרוקו וממדינות ערב נוספות) בעשור הראשון של המדינה, כלומר, הדיון בסוגיה זו התקיים בסביבה הקשורה לגוף.

281 להמשגתה של מלאכת המשפט ולחשיבות ביסוסה השיטתי ראו חנוך דגן "התפיסה הריאליסטית של המשפט" **ספר דליה דורנר** 303, 333–362 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009).

282 לצורך הגשמת מטרה זו מצורף בזאת שרטוט סכמתי של ההליך, כנספח למאמר.

נספח: שלבי כימות הנזק – תרשים זרימה

