



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1967-10-14 כהן ואח' נ' ארומה ישראל בע"מ ואח'

לפני כבוד השופט רחמים כהן

מבקשות

אסנת כהן ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד אמיר ישראלי ושלומי כהן

נגד

משיבות

ארומה ישראל בע"מ ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד אריה נח

ידידי בית המשפט

1. מעברים - שינוי בר קיימא לקהילה הטרנסית
  2. פרויקט גילה להעצמה טרנסית (טרנסג'נדרים למען צדק חברתי)
  3. האגודה למען הלסביות, ההומואים, הטרנסג'נדרים והביסקסואלים (האגודה לשמירת זכויות הפרט)
  4. האגודה לזכויות האזרח בישראל
- ע"י ב"כ עוה"ד עידו קטרי, רעות כהן וגיל גן-מור

### פסק דין

בקשה לאישור תובענה ייצוגית שעניינה בטענה, שהמשיבות, המפעילות בתי קפה ברחבי הארץ, אינן מספקות תנאי תברואה נאותים ללקוחותיהן ומפרות את הוראות הדין הקבועות בתקנות רישוי עסקים (תנאי תברואה נאותים לבתי אוכל, תשמ"ג-1983 (להלן – **תקנות הרישוי**)) שהותקנו מכוח חוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968 (להלן – **חוק הרישוי**).

תקנות הרישוי מורות, בסעיף 2, כדלהלן:

לא יינתן לאדם רישיון לבית אוכל ולא ינהל אדם בית אוכל אלא אם הוא ממלא אחר הוראות תקנות אלה ונתמלאו בבית האוכל התנאים המפורטים בתוספת בסימן המתאים לסוג בית האוכל כמפורט בטבלה להלן, הכל להנחת דעתו של המנהל.

בסעיף 54(א) לתקנות הרישוי, אשר קובע הוראות לעניין חדרי השירות, נקבע כדלהלן:

בכל עסק יהיו חדרי שירות הכוללים תאי בית שימוש, משתנות וכיורים במספר הנקוב להלן: עד 30 אורחים – אסלה אחת וכיור אחד משותפים לנשים וגברים, למעט מסעדות ובתי קפה שבהם חייבים להימצא שירותים נפרדים לגברים ולנשים.

על פי הנתען בבקשת האישור, הוראות הדין ובפרט תקנה 54(א) לתקנות הרישוי (להלן – **התקנה**) מחייבות הפרדת תאי שירותים לנשים ולגברים בבתי עסק דוגמת המשיבות. אלא שהמשיבות אינן עומדות בהוראות התקנה, אינן מתקינות משתנות כלל, ותחת זאת מקיימות תאי שירותים, ללא כניסות נפרדות (לרבות בהיעדר שילוט) וללא כיורים נפרדים – הכל בניגוד לדין ותוך פגיעה בלקוחות ובהם, המבקשות.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1967-10-14 כהן ואח' נ' ארומה ישראל בע"מ ואח'

### תמצית טענות המבקשות

מספר מקומות הישיבה בכל אחד מסניפי המשיבות הוא למעלה מ- 30. אשר על כן, מעבר לקיום שירותים נפרדים לנשים ולגברים, על המשיבות לקיים כיוורים נפרדים, בהתאם לכמות מקומות הישיבה ואף משתנות בשירותי הגברים. ברישיונות העסק שניתנו למשיבות צוין במפורש, כי מתן הרישיון כפוף למילוי כל הוראות הדין והתקנות ובכלל זה, הוראות הדין המחייבות ביצוע הפרדה בין תאי השירותים המוקצים לנשים וגברים. אחזקת רישיון עסק כדין אינו מהווה חזקה לעמידה בהוראות הדין ואינו מהווה מגן מפני הפרת הוראות הדין.

המשיבות בחרו שלא לקיים את הוראות התקנות והוראות הדין הנוספות המחייבות אותן לצורך הפעלת עסקיהן. בכך מספקות המשיבות תנאי תברואה בלתי נאותים לציבור לקוחותיהן ובכללם המבקשות. לטענת המבקשות, גברים נוטים להותיר אחרי השימוש בשירותים לכלוך וכתמי שתן על האסלה. לכן, אישה המשתמשת בתא שירותים שבו שהה קודם גבר, נאלצת לנקוט באמצעים שונים לרבות "ריפוד" האסלה בנייר טואלט. הדבר אף גורם לחוסר נעימות הכרוך בעצם השימוש בשירותים משותפים יחד עם גברים. לטענת המבקשות, הפרדת תאי השירותים בין נשים וגברים נדרשת הן מבחינה "הגיונית" והן מבחינות נוספות ואי הפרדה גורמת לעוגמת נפש ולחוסר נוחות ללקוחות המשיבות ובפרט לציבור הנשים, שנאלצות לעשות שימוש בשירותים משותפים ללא הפרדה.

תחת שטחי השירות והקמת המתקנים הנדרשים בדין, המשיבות מנצלות את שטח בית העסק להצבת כמות מקסימאלית של מקומות ישיבה. המשיבות חוסכות כסף רב עקב הפרת הוראות הדין, בדמות חיסכון בעלויות הקמה, תחזוקה ואף חיסכון במ"ר, המאפשר לנצל את שטח המסעדה לפעילות רווחיות ולהצבת שולחנות. בכך מתעשרות המשיבות על חשבון לקוחותיהם.

בהתאם לאמור טוענות המבקשות, כי התנהלות המשיבות מקימה להן עילת תביעה בגין הפרת חובה חקוקה של הוראות הדין הקבועות בתקנות רישוי עסקים וכן, עילה של עשיית עושר ולא במשפט.

המבקשות עותרות לקבלת צו הצהרתי שלפיו המשיבות הפרו את הוראות הדין וכן צו עשה המורה למשיבות לתקן את ההפרות הנטענות ולהכשיר את תאי השירותים בעסקיהן בהתאם להוראות הדין. עוד עותרות המבקשות לסעד כספי בגין נזק ממוני ונזק לא ממוני עבורן ועבור יתר חברי הקבוצה המוגדרת כדלהלן: כלל לקוחות המשיבות בהינתן אי עמידה בחובותיהן לקיים מספר מינימאלי של תאי שירותים, משתנות, כיוורים וכיוצ"ב תוך הפרדה בין נשים וגברים. ובפרט, חברי הקבוצה, לרבות נשים, שהשתמשו בתאי שירותים ובכיוורים כאמור ללא שהתקיימה הפרדה בין נשים וגברים.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1967-10-14 כהן ואח' נ' ארומה ישראל בע"מ ואח'

### תמצית טענות המשיבות

בקשת האישור דנן הוגשה לצד שלוש בקשות לאישור תובענה ייצוגית אחרות נוספות שהגישו ב"כ המבקשות, כולן נגד רשת בתי קפה: ת"צ 1817-10-14 מלכה ואח' נ' רשת קפה קפה ישראל בע"מ ואח'; ת"צ 2074-10-14 אלמוג ואח' נ' גרג קפה מאוד בע"מ ואח'; ת"צ 2163-10-14 איזקרי ואח' נ' קפה לנדזור בע"מ ואח'. בקשות האישור – כולן, דומות עד זהות, הוגשו באותו יום מבלי שנעשה קודם לכן כל ניסיון להבחין בין המשיבות השונות. התנהלות כאמור עולה כדי חוסר תום לב.

אין יריבות בין המבקשות למשיבות. החוק שעליו מבססות המבקשות את בקשת האישור – חוק רישוי עסקים, לא חל על משיבה 1 שאינה מחזיקה, מפעילה או מנהלת, אף לא אחד מסניפי המשיבות. נוסף על כך, חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן – חוק תובענות ייצוגיות), קובע בתוספת השנייה לחוק כי ניתן להגיש תביעה ייצוגית "נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לעניין שבינו ובין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". משיבה 1 אינה "עוסק" ואינה עונה להגדרת "מקום העסק" כמשמעות המונח בחוק הגנת הצרכן: משיבה 1 מעולם לא מכרה דבר, ולא העניקה כל שירות למבקשות. יתר המשיבות מחזיקות ברישיונות לניהול עסק. חזקה שהמאסדר או הגורם הרלוונטי למתן רישיון העסק, בחן את כל הדרישות שהציב המחוקק וחזקה שהמשיבות, המחזיקות ברישיון הנדרש, עומדות באותן דרישות. בקשת האישור היא בגדר אכיפה בררנית ומפלה של חוק רישוי עסקים והתקנות שהותקנו מכוחו. הוראות תקנות הרישוי הותקנו כדי להקנות כלים עבור המאסדר, עת הוא בא לבחון מתן רישיון עסק ואין מקום לאפשר למבקשות להחליף את שיקול דעתו של המאסדר, בוודאי לא בדרך של תובענה ייצוגית. לפיכך, ככל שיש טעם בטענות המבקשות, הן צריכות להיות מופנות כלפי המדינה והרשויות הפועלות בסמכות, אשר הנפיקו את רישיונות העסק.

זאת ועוד, למבקשות לא קיימת עילת תביעה אישית נגד המשיבות באשר המשיבות מעולם לא חויבו לספק תאי שירותים לציבור, אלא רק ללקוחות. לבקשת האישור לא צורפה כל ראיה או הוכחה, כי מי מהמבקשות היו לקוחות של המשיבות. כך, שממילא תאי השירותים בעסקי המשיבות אינם מיועדים להן.

המשיבות אינן יכולות להתמודד עם טענות המבקשות שנטענו בעלמא. בהיעדר תשתית ראייתית לטענות בדבר לכלוך ונוק, לא ניתן לדעת ולבחון האם אכן המבקשות המתנינו זמן לא סביר, כטענתן, לתא פנוי או שראו שירותים מלוכלכים. המשיבות מקפידות על רמת הניקיון בשירותים אשר נבדקת ונבחנת מספר פעמים בכל משמרת.

המבקשות לא הניחו תשתית להוכחת הטענה, שהפרדת תאי השירותים בין נשים וגברים מונעת את הנוק את הנוק. מעולם לא נעשה כל סקר או מחקר שוק לבדוק בכמה מקרים היו תאי השירותים



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1967-10-14 כהן ואח' נ' ארומה ישראל בע"מ ואח'

מלוכלכים עקב שימוש של גבר – זכר בהם, וכמה נשים נפגעו מכך. מדובר בהשערות מופרכות שאין להן כל ביסוס.

הטענה לעשיית עושר ולא במשפט אף היא נטענה בעלמא וללא כל יסוד עובדתי וראיה. המבקשות טוענות, כי בעצם אי בניית תאי שירותים נפרדים לגברים ונשים – חסכו המשיבות בעלויות על חשבון הלקוחות. מדובר בטענה שיש להוכיחה בתחשיב כלכלי ובחוות דעת הנדסית. כן יש להביא ראיות לכך, שיש תור לשירותים וכי התור בלתי סביר. כדי לבסס טענה זו חובה היה להראות שנוצר עושר עודף, שהיה לכאורה שייך למבקשות אך נצבר אצל המשיבות. לטענת המשיבות, ה"עושר" שנלקח כביכול מידיהן של המבקשות והועבר למשיבות הוא "זמנן" של המבקשות ו"הפסד" זמן שנגרם להן לכאורה בעצם ההמתנה בתור לשירותים עקב צמצום מספר תאי השירותים. אלא שלמבקשות אין כל זכות קניינית בנכסים ולכל היותר עומדת להן "זכות שירותית" מכח היותן לקוחות של המשיבות. אלא שכאמור, המבקשות לא הניחו תשתית ראייתית לאלו מהטענות ודי בכך לשלול גם את הטענה של עשיית עושר ולא במשפט.

כמו כן, ככל שקיימת חובה על המשיבות לבנות תאי שירותים נוספים, מדובר בגידול בהוצאות העסק אשר יגוללו לפתחם של הלקוחות. גידול בהוצאות העסק מביא בהכרח לעליה במחיר המוצר ואילו קיצוץ הוצאות העסק מביא בהכרח (בשוק תחרותי) לירידה במחיר המוצר. מכאן המסקנה, שאפילו אם היה "חיסכון" כנטען על ידי המבקשות, הרי שאותו חיסכון הועבר להורדת מחיר המוצר, כמתחייב בשוק תחרותי ול"התעשרות" הלקוחות. בהקשר זה יצוין, כי חלק גדול ממכירות המשיבות מבוסס על מכירות "Take Away" בלי "לשבת" בבית העסק. משכך, לקוחות שרכשו את מוצרי המשיבות בשיטה זו לא נפגעו והמשיבות לא התעשרו על גבן, שעה שאותם לקוחות בחרו שלא לעשות שימוש בתאי השירותים של המשיבות. נוסף על כך, המשיבות אינן "מונופול" והלקוחות אינם "מנויים" של המשיבות. הלקוחות אינם מחויבים להיכנס שוב ושוב אל סניפי המשיבות, אלא מבחירתם שלהם ומהעדפתם בכל פעם מחדש. הגעה וחזרה של לקוחות, מפריכה את טענות המבקשות ומחזקת את הידיעה כי המשיבות מספקות שירותים טובים ללקוחותיה ובכלל זה שירותי תברואה נאותים.

לגופן של הטענות, המשיבות סבורות, שתכלית תקנה 54(א) לעניין הפרדה הייתה למנוע מצב בו נשים תיתקלנה בגברים המטילים מימיהם במשתנה. אלא שתאי השירותים בסניפי המשיבות ממילא נפרדים זה מזה ואין בהם משתנות. בניגוד להצגת הדברים בבקשת האישור, לא מדובר בשירותים משותפים. כלל תאי השירותים מחוברים ללובי משותף שלו דלת כניסה וכל תא שירותים עומד בפני עצמו ונפרד לחלוטין מהתאים האחרים. במילים אחרות, אדם הנוקק לשירותים, נכנס ללובי המפריד אותו מאולם האוכל, ושם הוא בוחר לעצמו תא עצמאי ונפרד לפי זמינות התאים. כך, שהסיכוי "למפגש" בין נשים וגברים בתוך תא השירותים, אינו קיים ואין סיכוי אם כן, שגבר ייכנס לשירותים, בהם תימצא אותה שעה "אישה" ולהיפך. הסימון שנועד למנוע את המפגש מתייתר, משום שהוא מושג בדרך אחרת של הפרדת התאים לחלוטין! המטרה החקיקתית של





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1967-10-14 כהן ואח' נ' ארומה ישראל בע"מ ואח'

שמירת בריאות הציבור, מבלי להפגיש נשים וגברים בתוך אותו תא – מושגת לחלוטין: בריאות הציבור נשמרת ומניעת המפגש מקוימת. הסימון נועד לשמור על מניעת מפגש בתוך התא, ואין לו מטרה בפני עצמה.

יתרה מכך, הואיל ותאי השירותים נפרדים לחלוטין הרי שהתכלית של הסימון הושגה, בלי סימון מפלה ומבלי לפגוע בכבודם של מי שאינו עונה על ההגדרה "המסורתית" של גבר או אישה.

יש לפרש את התקנה בהתאם לערכים הנוהגים היום בחברה הישראלית. הערכים הראויים של הגנה על זכויות אדם מונעים את ההפרדה הקבועה בתקנה. משיקולי מדיניות משפטית ראויה, אין מקום להיעתר לדרישת המבקשות. קבלת בקשת האישור והתובענה הייצוגית תביא בהכרח לקיבוע של סטיגמות פסולות ואפליה על בסיס מגדרי, תוך פגיעה חמורה בבעלי זהות מינית לא מוגדרת. וזאת, שעה שמערכת המשפט הישראלית מקדשת את זכויות האדם וזכותו להגדרה מינית עצמאית ובלתי מפלה. הדרך בה בחרו המשיבות, דהיינו, להציע ללקוחות תאים פרטיים ללא חלוקה מגדרית, היא פרשנות סבירה לתקנות הרישוי. הדרישה הקבועה בסעיף 54(א) לתקנות הרישוי, הותקנה לפני שנים רבות. החברה הישראלית עברה כברת דרך מאז הותקנו התקנות האמורות, ויש לפרש אותן על פי הערכים הנוהגים והמקובלים היום בחברה הישראלית. ההליכה לתא מסומן מגדירה את המשתמש בניגוד לרצונו ולכבודו ובניגוד לחופש ולזכות החוקתית להגדרה עצמית שכן, התקנה כפי שמפרשות אותה המבקשות, מכירה בשני מגדרים ביולוגיים בלבד: זכר ונקבה. סימון תאי השירותים וייחודם לבעלי מגדר מסוים, סותר את העקרונות החוקתיים של המדינה, והן את האמור בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. סימון שירותי המשיבות, יהווה פגיעה חמורה ביותר בזכויות ובכבוד האדם שכן, קבלת עמדת המבקשות תוביל למניעת שימוש בתאי השירותים עבור לקוחות בעלי זהות מינית לא מוגדרת וטרנסג'נדרים.

כמו כן, הטענות והרמיזות שלפיהן, כל מקום שגבר עושה בו את צרכיו, הופך באופן אוטומטי למכוסה בשתן ומלוכלך – מבישות, מבזות, מבוססות על דעות קדומות, המייחסות לבני מגדר מסוים התנהלות פגומה. אילו המבקשות היו מגישות את התובענה על רמת הניקיון בשירותים (כפי שהן טוענות באופן עקיף לעניין טענת נזק שנגרם להן), אזי לא היה לכך כל קשר להפרדה המגדרית בין נשים וגברים, ואכן, אין כל קשר בין הפרדה שבין נשים וגברים ובין לכלוך וחוסר היגיינה. תכלית התקנות של שמירה על תנאי תברואה מתקיימת שעה שהמשיבות פועלות בהתאם לרישיון אשר הוענק להן ואשר מקפידות קלה כבחמורה, בכל הקשור לתנאי תברואה במתחמן. הנזק הנטען על ידי המבקשות, אינו קשור למינו של המשתמש בתאי השירותים, ולמי הם מיועדים, אלא נובע (ככל שהוא קיים) מרמת הניקיון והתברואה בבתי העסק השונים.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1967-10-14 כהן ואח' נ' ארומה ישראל בע"מ ואח'

### תמצית עמדת ידדי בית המשפט

מספר עמותות וארגונים העוסקים בזכויות אזרח ומייצגים, בין היתר, את קהילת הלסביות, ההומואים, טרנסג'נדרים וביסקסואלים בישראל, הגישו בקשה להצטרף להליך כידידי בית המשפט לשם הגשת חוות דעת בעניין פרשנות תקנות הרישוי ובקשתם אושרה (להלן – **ידידי בית המשפט**).

ידידי בית המשפט סבורים, כי לשון תקנה 54(א) מאפשרת יותר מפרשנות אחת, כי אין לפרש את התקנה כמטילה חובה למגדר תאי שירותים יחידניים וכי מגדור התאים יוביל לפגיעה קשה וממשית בלקוחות בעלי זהות מינית לא מוגדרת וטרנסג'נדרים. באמצעות פרשנות עדכנית של תקנות הרישוי ניתן להציב לקהל לקוחות המשיבות תאי שירותים משותפים לגברים ונשים כאחד וללא סימון "גברים" ו"נשים", הואיל ודרישה זו אינה מתחייבת מלשון התקנה או תכליתה. תקנה שאינה מאפשרת העמדת תאי שירותים יחידניים שאינם מסומנים לפי מגדר, אינה חוקתית הואיל והיא פוגעת באופן לא מידתי בזכויותיהם של אנשים שחזותם המגדרית הנחזית אינה עולה בקנה אחד עם הנורמות המקובלות, ובכך פוגעות בזכות החוקתית לשוויון ולאי אפליה מחמת מין.

אם היו המשיבות מחליטות על הצבת חדר שירותים רב תאים ומשתנות, שהכניסה אליו היא ללא הפרדה בין נשים וגברים, לפי מודל שהיה מקובל בעבר, ייתכן וניתן היה לומר כי קיימת פגיעה בפרטיות או אי נוחות. אולם המשיבות בחרו במודל אחר של שירותים ציבוריים – מודל של שורה של תאים יחידניים, יוניסקס, שהגישה אליהם היא מהשטח הציבורי של בית הקפה. מודל זה, בניגוד למודל של חדרי שירותים רבי תאים, אינו מחייב מגדור כדי לעמוד בדרישת הפרדה בין נשים וגברים הקבועה בתקנות, וזאת, משום שהשימוש בהם הוא ממילא בתנאי פרטיות מלאים ותוך הפרדה בין משתמש למשתמש: כאשר נכנסת אישה לתא יחידני ונועלת את הדלת מבפנים, היא ממילא ב"שירותי נשים" ונהנית מפרטיות מלאה. כאשר נכנס גבר לתא יחידני, ונועל את הדלת מבפנים, הוא ממילא ב"שירותי גברים" ונהנה מפרטיות מלאה. השימוש בשירותים המצויים בתאים יחידניים אינו גורם לפגיעה בפרטיות, למבוכה, לחוסר נוחות או לפגיעה אחרת.

שימוש במודל של תאי שירותים יחידניים ונפרדים עונה על הדרישה ל"שירותים נפרדים לגברים ולנשים" כלשון התקנה, והוא עולה בקנה אחד עם תכליתה – להבטיח שימוש בטוח ללקוחות המשיבות. זאת, גם אם לא מדובר במודל שעמד מול עיניו של מחוקק המשנה בעבר.

יש לפרש את התקנה באופן שמאפשר את הפרקטיקה של המשיבות אשר יש בה להגשים עבור ציבור הטרנסג'נדרים ובעלי זהות לא מוגדרת את הזכות לשימוש בתאי השירותים. איסור גורף של שימוש בתאי שירותים יחידניים תעביר את התקנה כולה לתחום של אי חוקתיות, וזאת בשל פגיעה בלתי מידתית בזכות הקניין של המשיבות ובזכותם של לקוחות בעלי שונות מגדרית לכבוד, להגנה על שלמות הגוף ולשוויון.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1967-10-14 כהן ואח' נ' ארומה ישראל בע"מ ואח'

ספק רב אם עומדת למבקשות עילה של "הפרת חובה חקוקה", שכן אחד מיסודות העוולה הוא שההפרה גרמה נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק. בענייננו הנזק שאליו נתכוון החיקוק הוא נזק לבריאות, הנובע מהיעדרם של שירותים, או קיומם של חדרי שירותים שלא בתנאי פרטיות, דבר שלא קיים בתאים יחידניים. כל ניסיון לקשור בין עצם השימוש בתאי שירותים יחידניים לא ממוגדרים לעוגמת נפש וחוסר נוחות, נדון לכישלון. אין קשר בין העובדה שהמבקשות נתקלו בשירותים מלוכלכים ובין דרישתן לשיוך התאים לפי סימון מגדר. כתמי שתן ולכלוך ניתן למצוא גם בתאי שירותים נשים וכך גם בשירותי גברים "ולפחות בעניין זה ניתן לומר שבישראל 2018 מתקיים למרבה הצער שוויון מגדרי. באותה מידה ניתן למצוא אינספור דוגמאות לתא שירותים יחידני יוניסקס נקי והגיניני".

לאור כל האמור, עמדת ידידי בית המשפט היא, כי דין בקשת האישור להידחות, שכן אין לפרש התקנה כמטילה חובה למגדר תאי שירותים יחידניים ומכאן, שממילא לא הפרו המשיבות חובה חקוקה כלשהי וממילא אין עילה.

### תמצית עמדת משרד הבריאות

ביום 1.2.2017 הוגשה עמדה מטעם ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, שהותיר את פרשנות תקנה 54(א) לשיקול דעתו של בית המשפט. עוד צוין בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כי ישנה כוונה לתקן את תקנות הרישוי, אך בשלב זה אין טיוטה או עקרונות מקצועיים לרבות לעניין תאי שירותים.

לאחר הגשת סיכומי המבקשות, המשיבות וידידי בית המשפט הוגשה עמדה מטעם משרד הבריאות, אשר לפיה, יש לדחות את טענות המשיבות וידידי בית המשפט, באשר טענותיהם מהוות תקיפה ישירה של הוראות הדין ומשכך, ראוי שאלה תבוררנה על ידי בית המשפט העליון. הסדרת סוגיית חוקיות התקנות בדרך שבה דורשים המשיבות וידידי בית המשפט היא תוצר של תקיפה עקיפה במסגרת הליך של תובענה ייצוגית. דרך זו אינה אפשרית משפטית. על פי הנטען, במקרה הנדון מדובר, הלכה למעשה, בתקיפה ישירה של תקנות הרישוי שכן המשיבות וידידי בית המשפט מבקשים מבית המשפט לקבוע, שהמשיבות לא הפרו את הוראות התקנה משום שיש לבטלה ולחלופין לתת לתקנה פרשנות, שתהפוך אותה לאות מתה. המותב הנוכחי אשר בפניו נדונה בקשת האישור דן, נעדר סמכות לדון בפרשנות שמהותה בפועל הוא ביטול התקנה.

עמדת משרד הבריאות היא, כי הוראת תקנה 54(א) לפי לשונה, מעלה פרשנות אחת אפשרית המחייבת סימון של חדרי השירותים.

### תמצית תגובות הצדדים לעמדת משרד הבריאות

המבקשות מחזקות את עמדת משרד הבריאות. לשיטתן, עמדת משרד הבריאות עולה בקנה אחד עם טענותיהן כפי שנטענו בכתבי הטענות שהוגשו מטעמן.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1967-10-14 כהן ואח' נ' ארומה ישראל בע"מ ואח'

מנגד, המשיבים וידידי בית המשפט טוענים, שמשרד הבריאות, בעמדתו, חורג מסמכותו לבחון את שאלת בריאות הציבור ואותה בלבד. לטענתם, משרד הבריאות מופקד מעצם הגדרתו על "בריאות העם", דהיינו, שיפור בריאות הציבור ולא על שימור "עמדות מוסרניות". אלא שעמדת משרד הבריאות אינה עוסקת בהיבטים בריאותיים. היא אינה כוללת הסבר מדוע סימון תאי השירותים ויצירת ההפרדה בין נשים וגברים חיוני לבריאות הציבור, ולא עלתה בעמדתו כל טענה שפרשנות התקנה באופן שמוצע על ידי המשיבות או ידידי בית המשפט תביא לפגיעה בבריאות הציבור.

אין צורך להרחיק ולדון בחוקתיות התקנה או בשאלת בטלותה (כפי שעולה מעמדת משרד הבריאות). כל שנדרש הוא לפרש את התקנה בצורה הגיונית, לאור שינויי העיתים, ולא להתעקש על גישה פורמליסטית. אימוץ פרשנות פורמליסטית משמעו, שעשויות להעלות טענות שהתקנה כולה עומדת בסתירה לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, וכן שהיא סותרת את חוק איסור אפליה במוצרים ושירותים, האוסר על רשת בתי הקפה להפלות על רקע זהות מגדר או מצג מגדרי. ניתן לפרש את לשון התקנה באופן תכליתי ההולם את רוח התקופה, כל שנדרש הוא שכל ישר ואין צורך להידרש לבחינה חוקתית של התקנה. לא רק פרשנות תכליתית מביאה לאמץ את עמדת המשיבות, אלא גם התחשבות בכלל האומר שפרשנות הדין היא דינמית ומתחדשת, בהתאם לתפיסות עולם משפטיות מתחדשות. בניגוד לעמדת משרד הבריאות, בית המשפט אינו נדרש לפסול את התקנה אלא לפרשה בפירוש המתאים לרוח הימים האלה. על פי פרשנות זו, כאשר תאי השירותים מבודדים והחשש להתערטלות מאויין, גם הצורך בסימונם אינו קיים. זו פרשנות המקיימת את תכלית החקיקה, נותנת פתרון לבעלי מגדרים שונים ובעיקר מתאימה לרוח התפיסה המשפטית החוקתית הנוהגת כיום.

## דיון

### התשתית הראייתית עליה מבוססת בקשת האישור

בקשה לאישור תובענה ייצוגית היא הליך מקדמי במסגרתו בית המשפט, הנדרש להכריע בשאלה, האם יש מקום לדון בתובענה שהובאה לפתחו כתובענה ייצוגית, בוחן התקיימותם של מספר תנאים ובכלל זה התנאי שלפיו "התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה" (סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות).

בשלב הבקשה לאישור תובענה ייצוגית, המבקש אינו נדרש להוכיח את מלוא טענותיו לגופן ודי בכך שלכאורה יש בהן ממש. אולם, על המבקש לעמוד בנטל ראייתי מסוים ואין די בהעלאת האפשרות גרידא על מנת שהתובענה הייצוגית תוכרע לטובת הקבוצה המיוצגת. לצורך כך, על המבקש להציג בטיעונים ובראיות בסיס ממשי – עובדתי ומשפטי – התומך בתובענה הייצוגית והמקים אפשרות סבירה לכך שתקבל (רע"א 3138/17 חברת דואר ישראל בע"מ נ' אחמד אבו אל היג'א, מיום 8.8.2017).







## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1967-10-14 כהן ואח' נ' ארומה ישראל בע"מ ואח'

בקשת האישור מבוססת על שתי עילות: עילת תביעה מכוח עוולת הפרת חובה חקוקה ועילה של עשיית עושר ולא במשפט.

בהתייחס לעילת התביעה בגין עוולה של הפרת חובה חקוקה, הרי ששניים מיסודות העוולה אותם נדרשות המבקשות להוכיח הם קיומו של "נזק" ו"קשר סיבתי" במובן זה, שהנזק שנגרם הוא מסוגו או מטבעו של הנזק אשר אליו נתכוון החיקוק (ובענייננו – תקנה 54(א)). מלבד הצגת הטענות, המבקשות לא השכילו להניח תשתית ראייתית מינימלית להוכחת קיומם של יסודות העוולה האמורים.

המבקשות טוענות, כי אי עמידה בדרישות ההפרדה הקבועות בתקנות הרישוי גרמה להן נזק: "כידוע, נשים וגברים עושים שימוש שונה בשירותים. אישה המשתמשת בתא שירותים שבו שהה קודם גבר, נאלצת לנקוט באמצעים שונים לרבות 'ריפוד' האסלה בנייר טואלט, וכיוצא ב – והדבר אף גורם לחוסר נעימות הכרוך בעצם השימוש בשירותים משותפים יחד עם גברים. אין כל סיבה שכך יהיו פני הדברים, בהינתן החובה לקיים הפרדה בין נשים ובין גברים." (פסקה 11 לבקשת האישור). לטענתן, אי ההפרדה גורמת לעוגמת נפש ולחוסר נוחות: "חוסר הנוחות מתבטא הן בעצם צורך לעשות שימוש בשירותים משותפים לנשים, והן בעובדה שגברים נוהגים להטיל מים בעמידה וכתוצאה מצטברים כתמי שתן על האסלה." (פסקה 78 לתגובה לתשובה לבקשת האישור).

טענות המבקשות לא גובו בראיות או הסברים. לא הונחה תשתית בדבר הנזק הנטען או בדבר קיומו של קשר סיבתי בין התנהלות המשיבות, דהיינו אי ההפרדה בתאי השירותים ובין הנזק הנטען של חוסר נוחות כתוצאה מכך שגברים משתמשים בשירותים. המבקשות אף לא הניחו תשתית ראייתית כלשהי באשר להיקף הקבוצה שחוותה את הנזק הנטען.

בתצהירי המבקשות כולן הועלתה טענה זהה: "כן אציין כי בשל העובדה שמדובר בשירותים משותפים לגברים ולנשים, הרי שהאסלה בשירותים והמכסה שמסביב לה היו מלוכלכים בטיפות וכתמי שתן." (ראו למשל: תצהיר אסנת כהן, פסקה 8). נוסח זה חוזר באופן גורף בכל התצהירים, אך אף אחת מהמבקשות לא הניחה תשתית ראייתית לכך, שהאדם שעשה שימוש בשירותים קודם לכניסתן אליהם היה גבר או כי אותו גבר הותיר את השירותים לאחר השימוש בהם, מלוכלכים. המבקשות מניחות באופן אוטומטי, כי קודם לשימוש שעשו הן עצמן בשירותים, נעשה שימוש על ידי גבר וכי אותו גבר בהכרח לכלך את השירותים ואף לא ניקה אחריו. מדובר במסקנות מרחיקות לכת אשר אינן מגובות בשמץ של ראיה.

יתרה מכך, המבקשות מציינות בתצהיריהן, כי לאחר פנייתן לבאי כוחן נעשה תיעוד מקיף בסניפי המשיבות. חרף העובדה שנעשה תיעוד מקיף כאמור, תיעוד זה לא מציג ראיות מינימליות הנדרשות להוכחת הנזק הנטען על ידן. כך גם לא הונחה תשתית ראייתית בדבר הקשר הסיבתי בין הנזק של



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1967-10-14 כהן ואח' נ' ארומה ישראל בע"מ ואח'

רמת ניקיון נמוכה והצורך בריפוד האסלה ובין הטענות לכך שגברים הם הסיבה לאותו לכלוך ולרמת הניקיון הנמוכה.

טענות המבקשות מעלות שאלה ותהייה בדבר לגיטימיות ההבחנה שהמבקשות עורכות בין נשים וגברים באשר לאופן השימוש בשירותים באופן הנשען על סטריאוטיפים שאינם מבוססים.

אמנם הבחנה על בסיס מגדרי מותרת בחקיקה הישראלית בעניינים שונים. כך למשל, המחוקק מבחין בין נשים וגברים בחוק גיל פרישה, תשס"ד-2004 ובחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986. אולם, ספק אם הבחנה על בסיס מגדרי ראויה בנסיבות ענייננו או אם ישנה הצדקה להבחנה שעושות המבקשות בהקשר הנוכחי. נראה, כי טענות המבקשות הן בבחינת טענות מכליליות שאינן בעלות בסיס מדעי או מקצועי, אלא נשענות על תפיסות ודעות קדומות.

טענות המבקשות מכתומות ציבור שלם של אוכלוסיית הגברים. יש טעם לפגם בדבר האופן שבו מוכפשת קבוצה שלמה של אוכלוסייה מבלי להציג נתונים ברורים והצגתם כנתון "ידוע" מראש, לא כל שכן כשהדברים נטענים ללא הצגת נתונים מתאימים ומבוססים. מעבר לכך, יש שיטענו, ולא בלי טעם, כי הטענה שנשים נאלצות לרפד את האסלה אינה רלוונטית לעובדה שגבר עשה שימוש בשירותים קודם לכן וכי נשים מלכלכות את השירותים אף הן. לא מן הנמנע, כי גם נשים תלכלכנה את תאי השירותים והאסלה. על כך יש להוסיף אפשרות שהורה שנכנס עם ילדו לשירותים והילד ילכלך את תאי השירותים והאסלה, מבלי שההורה ינקה את הלכלוך. די באפשרויות אלה כדי להפריך את טענות המבקשות. הקביעות שעולות מטענות המבקשות, אשר נסמכות על "ניסיון החיים", אינן מסוג הדברים המצויים בידיעה השיפוטית ולא הובאה לגביהן כל ראיה. בלא נתונים או ראיות מתאימות, מדובר בהשערות בלבד. בהיעדר תשתית מינימלית, הרי שעדיין נותרת תהייה – האם אי-ההפרדה בין תאי שירותים לנשים ותאי שירותים לגברים, היא אכן הגורם לנזק הנטען, או שמא היעדר תחזוקה ראויה של רמת הניקיון בתאי השירותים. תהיה זו נותרה פתוחה מבלי שהמבקשות תוכלנה לבסס קשר סיבתי בין הדברים. לא כל שכן, לא ניתן לקבל, כי קשר כאמור קיים כברירת מחדל ובאופן אוטומטי לגבי קבוצה שלמה באוכלוסייה. יתרה מכך, גם לא ברור כיצד הוערך הנזק הלא ממוני הנטען.

גם הטענות לנזק ממוני ועשיית עושר ולא במשפט לא גובו בראיות. המבקשות נמנעו מלהניח תשתית ראייתית רלוונטית לקיומה של התעשרות, ומלבד העלאת הטענות לא הונחה תשתית ראייתית שיש בה כדי להראות שאי בניית תאי שירותים וסימונם נעשה על חשבון הקצאת מקומות ישיבה ולא ניתן להסיק, כי המשיבות התעשרו על חשבון לקוחותיהן.

בית המשפט בוחן את הפרת הוראות הדין בהתאם לעילות שנטענו בכתבי הטענות ועל בסיס ראיות שהונחו בפניו. בענייננו, עילות התביעה והסעדים המבוקשים כורכים את הנזק עם ההפרה הנטענת.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1967-10-14 כהן ואח' נ' ארומה ישראל בע"מ ואח'

משעה שלא הוכח נזק וקשר סיבתי בין הנזק להפרה הנטענת, אין מקום לדון בעצם ההפרה לבדה מבלי להתייחס ליתר רכיבי עילות התביעה.

### תקנה 54(א) – פרשנות תכליתית

המבקשות טוענות, כי הוראת התקנה היא חד משמעית ביחס לעסקים כדוגמת עסקי המשיבות וכי בשעה שאין חולק שהמשיבות מפרות את החוק, הן מנסות להצדיק את פעולת ההפרה ומתגוננות מפני הפרה כאמור בטענה, שאין מקום להורות על הפרדה בין שירותי נשים וגברים ולאכוף עוד כיום את תקנה 54(א) בהיותה ארכאית ובלתי ישימה.

משרד הבריאות הוסיף לטענות המבקשות ועמד על כך, שטענות המשיבות וידידי בית המשפט מהוות הלכה למעשה תקיפה עקיפה של התקנה הנ"ל חלף האפשרות לפעול בהליך ישיר לביטולה. עמדת משרד הבריאות היא, כי דרך המלך להציג את טענות המשיבות וידידי בית המשפט היא בהליך של תקיפה ישירה של התקנות בפני המותב המוסמך – בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ.

לעמדת המשיבות וידידי בית המשפט, יש לתת לתקנות האמורות פרשנות עדכנית הקובעת, כי רק במקרים בהם קיימות "משתנות" ויש חשש לחשיפה להתערטלות, יש לסמן את תאי השירותים, בעוד כאשר מדובר בתאי שירותים פרטיים מבוססים – כל אחד ואחד לעצמו – ניתן להימנע מדרישת הסימון בעת קיום תאים יחידניים מבודדים זה מזה.

היועץ המשפטי לממשלה עמד על כך, ש"ישנה כוונה לתקן את התקנות הנ"ל אולם בשלב זה אין טיטה או עקרונות מקצועיים לרבות לעניין תאי השירותים. ההל"ת הוא באחריות מינהל התכנון במשרד האוצר, אשר מקדם את החלפת ההל"ת ב-'קוד בניה'. " במצב זה ולאור מעורבותו האפשרית של המאסדר בשינוי נוסח התקנות, לא מצאתי לנכון לעסוק בפרשנות תכליתית של תקנה 54(א). זאת, בהתאם לעקרונות שנקבעו בע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ, מיום 31.5.2018, ובפרט כשמדובר בפרשנות הנוגעת להנחיותיו. בהינתן שהמאסדר עתיד להתייחס ולקבוע הנחיות או תקנות באותו עניין שעומד כעת לפתחו של בית המשפט ובין היתר, להסדיר מחדש את נושא תאי השירותים בבתי הקפה, יש לאפשר מיצוי של הליכי התקינה, ובשלב זה אין מקום לדון בפרשנות התקנה. ובפרט בהיעדרה של מערכת עובדות קונקרטיה ברורה ושלמה החיונית לצורך הכרעה עקרונית בפרשנות בעלת השלכות רחב.

אך זה סביר, כי בבוא העת וכאשר יידרשו הגורמים הרלוונטיים לשינוי התקנות, ביחס לפרקטיקה הנוהגת, תיבחן גם האפשרות לעמידה בהוראות השוויון הקבועות בחקיקה הישראלית על גווניה ועל העמידה של התקנות בהוראות הדין לעניין שוויון ללא הבדלי דת גזע ומין.

בשלב זה, אין מקום להידרש לפרשנות התקנה, שהרי אף אם הפרקטיקה הנהוגה על ידי המשיבות עומדת בניגוד לתקנות – ואיני נדרש כאמור לשאלה האמורה – עולה השאלה, האם מלכתחילה



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1967-10-14 כהן ואח' נ' ארומה ישראל בע"מ ואח'

התקנה עומדת בדרישות הוראות דין אחרות ובכלל זה הוראות חוקתיות אחרות. על כך כאמור יש להשיב לאחר דיון מעמיק ולאחר שהסוגיה תיבחן על ידי הגורמים הרלוונטים שעה שהם בוחנים את שינוי התקנות.

משכך מתייטר הדיון בטענות הנוגעות לאופן תקיפת התקנות ובשלב זה, ולאור שינויים אפשריים, אין מקום לבחון את היחס בין הפרקטיקה הנהוגה על ידי המשיבות ובין התקנה וניתן להותיר את הדיון בסוגיה זו לעת מצוא.

### תקנה 54(א) - נזק למי?

עניינה של בקשת האישור הוא בטענות לתנאי תברואה ירודים, אשר נובעים מהיעדר הפרדה מגדרית. בהיעדר ראיות לאותם תנאי תברואה ירודים ובהיעדר ראיות לכך, שאותם תנאים נובעים מהיעדר הפרדה מגדרית בתאי השירותים, די בכך כדי לדחות את בקשת האישור, ושאלת ההשלכות של הנזק הנטען כמו גם השאלה האם יש מקום לראות באי ההפרדה המגדרית כסיבה לקיומו של הנזק, הן שאלות תיאורטיות של "למעלה מן הצורך".

סבורני, כי בשים לב לחשיבות הטענות שהעלו הצדדים ובכלל זה טענות יידי בית המשפט, לא ניתן לחתום את הדיון ללא התייחסות, אף אם תיאורטית, לשאלת הנזק שנגרם כתוצאה מאי הפרדת תאי השירותים.

המבקשות עושות שימוש בהבדלים הביולוגיים בין המינים כדי "לבסס" את טענותיהן לקבלת סעד כספי. הבחנה זו מזמנת דיון בשאלת הנזק שנגרם לציבורים שונים באוכלוסיה על בסיס אותה הבחנה ביולוגית ועולה השאלה, האם בבחינת השאלה הנדונה של זכות השימוש בשירותים ציבוריים, יש מקום לאותה הבחנה המבוססת על הבחנות ביולוגיות.

אל מול הנזק של המבקשות המתבטא בחוסר נוחות לשיטתן, יש להעמיד את הנזק שעלול להיגרם לקבוצות אחרות, החל מקבוצת הגברים, אשר קבלת בקשת האישור ללא ראיות מתאימות משמעה הכתמת קבוצה שלמה של באוכלוסיה, על רקע מגדרי מבלי שתוצגנה ראיות התומכות בטענה. כן יש להביא בחשבון קבוצות נוספות באוכלוסיה, כדוגמת טרנסגינדרים ואנשים ללא זהות מגדרית, שקבלת טענות המבקשות משליכה על זכויותיהם בעצם השימוש בשירותים במרחב הציבורי ועלולה לגרום להם נזק.

בחינת שאלת הנזק בנסיבות העניין צריכה להתבסס, בין היתר, על עקרון השוויון שאומץ כערך עליון וכזכות יסוד במשפט הישראלי. בהקשר זה ראוי להוסיף, כי חוק איסור אפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000, אינו יוצר את אותה הבחנה שהמבקשות עושות לגבי היקף הקבוצה הנפגעת, ובעניין זה ניתן להביא מדברי כבוד השופט י' דנציגר ברע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, מיום 16.11.2011:





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1967-10-14 כהן ואח' נ' ארומה ישראל בע"מ ואח'

"מטבע הדברים, במרבית המקרים שנזדמן לבתי המשפט לעסוק בסוגיות של אפליה דובר באפליה של קבוצה אשר לגביה מתקיימת אפליה היסטורית מתמשכת. עם זאת, סבורני כי לשון החוק, כוונתו של המחוקק בעת חקיקתו, עליה ניתן ללמוד מדברי ההסבר להצעת החוק, ותכליתו של החוק תומכים כולם בגישה לפיה חוק איסור אפליה אוסר בגדרי התפרשותו על כל אפליה מהטעמים המנויים בו, בין אם היא מופנית כלפי קבוצה הסובלת מאפליה מתמשכת ובין אם היא מופנית כלפי קבוצה "חזקה", בין אם היא כוללת אלמנטים של השפלה ופגיעה באוטונומיה ובין אם לאו...

...

אפליה על בסיס השתייכותו של אדם לקבוצה מסוימת נושאת מסר של דחייה כלפי מאפיין הטבוע בזהותו של האדם ומשכך פוגעת בכבודו.

...

הפגיעה בכבודו של אדם תהייה קשה במיוחד כאשר אפלייתו מבוססת על סטריאוטיפים. סטריאוטיפים קיימים גם כלפי מי שנמנה על קבוצה אשר אינה סובלת מאפליה היסטורית, וכפי שiorחב בהמשך, המקרה שלפנינו, בו הוצדקה האפליה באמצעות סטריאוטיפים שיוחסו לקבוצת הגברים, משמש דוגמה מובהקת לכך. "... (פסקאות 20 ו-24).

המבקשות לא הציגו כל נתון לתמיכה בטענותיהן לכך שגברים מכלכלים יותר מנשים, והן מסתמכות בעיקר על מציאות ועל ידע שלכאורה "ברור לכל". אולם ראוי לציין, כי אף בהינתן סקרים המצביעים על אותו "ידע ברור לכל", יש לנהוג בזהירות משנה:

"גם בפסיקה הזרה ניתן למצוא עדויות רבות לפסילתה של אפליית גברים מחמת מינם, ובפרט אפליית גילאים, תוך הדגשת הצורך בנטרול אותן הבחנות בלתי רלבנטיות ואותם סטריאוטיפים המשמרים את האפליה ההיסטורית. כך לדוגמה, ראו את המקרה המפורסם... בו נדונה עתירה לביטולו של חוק שנחקק במדינת אוקלהומה בארה"ב ואשר קבע כי נשים תוכלנה לרכוש משקה אלכוהולי מסוים בהגיען לגיל 18 בעוד שגברים יוכלו לרכוש את אותו משקה אך בהגיעם לגיל 21. בית המשפט העליון של ארה"ב דחה את טענות המשיבים שהסתמכו על סקרים לפיהם גברים צעירים מועדים יותר מנשים צעירות לנהיגה בשכרות ופסל את החוק בהיותו מנוגד לתיקון ה-14 לחוקת ארה"ב. ראו במיוחד את ההערה לפיה אותם סטריאוטיפים העומדים ביסוד החוק גם משפיעים על הסטטיסטיקה." (עניין פרוז'אנסקי, פסקה 27).

אמנם, הבחנה על בסיס מגדרי מותרת בחקיקה הישראלית בעניינים שונים והפסיקה הכירה בכך, ששונות רלוונטית עשויה להצדיק הבחנה, שהרי בכך טמון ההבדל בין אפליה מותרת לאפליה אסורה (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, מיום 8.11.1995, פסקה 13 לפסק דינו של כב' השופט מצא). אלא שבענייננו, המבקשות מגיעות למסקנות על בסיס הבחנה בין נשים וגברים שאינה לגיטימית וללא כל בסיס ראייתי. קביעותיהן הנסמכות על "ניסיון החיים", אינן מסוג הדברים



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 14-10-1967 כהן ואח' נ' ארומה ישראל בע"מ ואח'

המצויים בידיעה השיפוטית ולא הובאה לגביהן כל ראיה. טענות המבקשות מגלמות בתוכן אפליה מגדרית ולא הבחנה על בסיס שונות רלוונטיות. יתירה מכך, אף אם ישנו גרעין של אמת באותן קביעות, יש להניח כי הוא מוגבל ומצומצם ואינו מייצג את הכלל, ומשכך גם אינו יכול להצדיק הדבקת סטיגמה לכלל הגברים ואפלייתם לרעה.

קבוצה נוספת שלה נגרם נזק היא קבוצת הטרנסג'נדרים ואנשים ללא זהות מגדרית. על נזקם של אלו עמדו ידידי בית המשפט בהרחבה בעמדה שהגישו. בתגובה לטענות ידידי בית המשפט טענו המבקשות: "נזכיר ונציין כי המדובר בקבוצה מינורית וזניחה לחלוטין בהיקפה ביחס לאוכלוסיה בכללותה (וממילא לא הוכח מהו שיעורה בקרב האוכלוסיה), כאשר עניינן של הוראות הדיון, ובראשן נושא הפרדה בין שירותי גברים ונשים, הוא בעל השפעה מכרעת על קבוצות אחרות באוכלוסיה – שהיקפן גבוה עשרות מונים מקבוצת חסרי המגדר, אשר העדר הפרדה גורם להם לנזקים שאינם ממוניים." (פסקה 6 לסיכומי המבקשות, הדגשות הוספו).

יש טעם לפגם בטענות המבקשות ובאופן התייחסותן לקבוצה, אשר לשיטתן, היא "שולית" ואין לייחס לה משקל רב משום ש"נזקיה אינם ממוניים", כך לשיטתן. טעם לפגם זה מתחזק שעה שהמבקשות עצמן לא השכילו לשכנע בדבר נזקיהן, לא כל שכן, נזקיהן הממוניים שלהם המבקשות מייחסות חשיבות יתרה על פני נזקים שאינם ממוניים שנגרמו לקבוצות אחרות (כך עולה מנוסח טענותיהן ומעצם ההשוואה שהן מבצעות בין לבין קבוצת חסרי המגדר). המבקשות מתייחסות לקבוצות אחרות ולנזקים שנגרמו להן, מבלי לתת דעתן לגודל הקבוצה או להשלכות הפגיעה בהן. אלא שבמקום שבו מתעלמות המבקשות מאותן קבוצות, ראוי שבית המשפט ייתן דעתו וישקול את הנזקים של אותן קבוצות. צידו השני של המטבע לבקשת המבקשות הוא הכתמה של קבוצה שלמה באוכלוסיה – קבוצת הגברים וכן, מניעה מציבור של אנשים נגישות לשירותים ציבוריים – קבוצת הטרנסג'נדרים וחסרי המגדר. על בית המשפט לשקול את היקף הפגיעה באותן קבוצות.

ראוי להוסיף ולציין, כי בעוד שהמבקשות מציגות את השיח המשפטי בדבר הנזק שנגרם להן ולקבוצה המיוצגת כנזק המבוסס על שונות ביולוגית בין המינים ניכר, שאין מקום להבחנה ביולוגית כנטען על ידן, ובבוא העת, יש לבחון את הסוגיה האמורה העולה בעקיפין בבקשת האישור, ואת הנזק שעלול להיגרם לקבוצות השונות כשיח של שוויון זכויות ללא הבחנה בין דת, גזע, מין, צבע עור, מגדר וכיוצ"ב. וזאת בשים לב לכך, שהמבקשות לא הציגו כל תימוכין לכך, שיש הבדלים ושונות רלוונטיות שעל בסיסם ניתן להוכיח קיומו של נזק לקבוצה אחת על פני האחרת או שקבוצה אחת היא הגורם לנזק.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1967-10-14 כהן ואח' נ' ארומה ישראל בע"מ ואח'

### סוף דבר

בקשת האישור אינה מגלה שאלות מהותיות של משפט ועובדה, המשותפות לכלל חברי הקבוצה, שיש אפשרות סבירה שתוכרענה לטובת הקבוצה.

בקשת האישור – נדחית.

אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ"ג סיון, תש"פ, 15 יוני, 2020, בהעדר הצדדים.

רחמים כהן  
רחמים כהן, שופט

