

מעקב פסיקה

[ת"צ \(מחוזי ת"א\) 26994-08-18 מתן בכר נ' ר.ג.ע ניהול ברים בע"מ \(נמחקה\) \(פורסם בנבו, 13.01.2020\); ערכאה: בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, מפי השופטת מיכל אגמון-גונן.](#)

בית המשפט המחוזי בתל אביב, מפי השופטת מיכל אגמון-גונן, אישר את הסדר הפשרה שהונח בפניו, אליו הגיעו הצדדים בטרם הוגשה תגובה לבקשת האישור. המדובר בתובענה ובקשה לאשרה כייצוגית שהגיש מתן בכר (להלן: "התובע"), במקור כנגד חמש נתבעות,¹ מכוח פרט 7 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.² הטענה המרכזית בבקשה לאישור הייתה כי הנתבעות הפרו את חוק איסור הפליה,³ מאחר ובפאבים ובמועדונים שניהלו והפעילו (רשת "הספרייה"), הייתה נהוגה הפליה אסורה על בסיס מין, כאשר כניסת נשים בגילאים 18-22 הותרה, ואילו כניסת גברים באותם הגילאים סורבה. בנוסף, בימים מסוימים הותרה כניסה חנם לנשים, ואילו גברים נאצלו לשלם דמי כניסה.

בפסק הדין, השופטת אגמון-גונן קובעת כי התנהלות הנתבעות עולה לכדי מדיניות של הפליה אסורה, לאחר שקבעה כי החריגים לאיסור הפליה – שונות רלוונטיות⁴ והעדפה מתקנת⁵ אינם מתקיימים. בנוסף, השופטת אגמון-גונן מתייחסת לשאלת תכליתו של חוק איסור הפליה, ועל מי הוא נועד להגן – האם רק על הקבוצות המוחלשות, ובענייננו על קבוצת הנשים, אשר שנים רבות נחשבת לקבוצה מופלית הסובלת מפערים הנוצרים בסטריאוטיפיים מגדריים, או שמא נועד החוק להגן גם על הקבוצה ההגמונית, ובענייננו קבוצת הגברים אשר בפועל הופלתה, כאשר נמנעה כניסתם למועדוני הנתבעות. דיון זה עלה בעבר בפסק דין **פרוז'אנסקי**,⁶ העוסק, בדומה לענייננו, בהפליה אסורה כלפי גברים בכניסה למועדוני לילה. באשר לשאלה מיהי הקבוצה המוגנת מכוח חוק איסור הפליה, שאלה זו נותרה בצריך עיון, כאשר דעותיהם של השופט דנציגר⁷ והשופט גיבוראן⁸ נותרו חלוקות.

מאחר שבענייננו מדובר בתובענה ייצוגית הדורשת הכרעה בשאלה זו לשם הגדרת הקבוצה, קבעה השופטת אגמון-גונן כי ניתן לבסס את זכותם של חברי הקבוצה ההגמונית, ובענייננו הגברים, לתבוע לפי חוק איסור הפליה על פגיעה באוטונומיה כחלק מהפגיעה בכבודם. השופטת מבססת את קביעתה על גישת בית המשפט העליון, הרואה בעקרון האוטונומיה ככזה העומד ביסוד כבוד האדם. פירוש חוקתי ללשון החוק,⁹ התחשבות בערכי היסוד של השיטה ובחנית המשפט המשווה מלמדים על כך.¹⁰ עקרון האוטונומיה בא לידי ביטוי ביכולת הבחירה החופשית של הפרט, רצונו הפרטי וחופש הפעולה שלו כיצור חופשי.¹¹

¹ הנתבעות 1, ר.ג.ע ניהול ברים בע"מ, הינה חברה פרטית אשר הקימה ומנהלת את רשת הפאבים "הספרייה" (להלן: **נתבעת 1**). הנתבעות 2-5 הינן "מעטוק חולי בע"מ" – הספרייה הרצלייה (להלן: **נתבעת 2**), "ע.ר.ן בוסקילה בע"מ" – הספרייה ראשלי"צ (להלן: **נתבעת 3**), "פאב הספרייה - רמת ישי בע"מ" ו"איי פאב בע"מ" (להלן: **נתבעת 5**) - הינן חברות אשר רכשו מהנתבעת 1 זיכיונות להפעלת פאבים מרשת "הספרייה". בהמשך, בהחלטה מיום 18.2.19, צורפה כנתבעת חברת "כוכב דוד בוסקילה בע"מ" (להלן: **נתבעת 6**), חברה המפעילה פאב בראשון לציון. ביום 5.5.19, נקבע כי הנתבעת 4 לבקשה המקורית תימחק מהתיק, ובמקומה תצורף כנתבעת 4 החברה "סוזן ר.י. בע"מ" (להלן: **נתבעת 4**) (להלן: "הנתבעות"). נתבעת 1 ונתבעת 3 נמחקו מהתיבה בעקבות העובדה כי לא הפעילו ואינן מפעילות מקומות בילוי.

² [חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006](#) (להלן: "**חוק תובענות ייצוגיות**")
³ [חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000](#) (להלן: "**חוק איסור הפליה**")

⁴ סעיף 3(ד) [לחוק איסור הפליה](#)

⁵ [חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, סעיף 1\(ב\)](#).

⁶ רע"א 8821/09 **פבל פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ** (פורסם בנבו, 16.11.2011) (להלן: "עניין פרוז'אנסקי").
המדובר בערעור שני על פסק דין שניתן בבית המשפט המחוזי מרכז. בפסק הדין, בית המשפט העליון קבע כי חוק איסור הפליה חל על מועדונים, וכן קבע פיצוי לגבר שכניסתו סורבה מחמת גילו, בעוד שנשים באותו גיל הורשו להיכנס, מפאת העובדה כי מדובר בהפליה אסורה, בדומה לענייננו.

⁷ שם, בפסקה 20 לפסק דינו של השופט דנציגר

⁸ שם, בעמוד 36, 41

⁹ [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#)

¹⁰ בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, סא(1) 619, פסקה 35 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006)

¹¹ שם.

בפסק הדין, השופטת קובעת כי התנהלות הנתבעות מהווה פגיעה באוטונומיה של התובע, שרצונו היה לבלות עם בנות גילו במועדונים שהפעילו הנתבעות. רצונו ובחירתו של התובע נפגעו על בסיס השתייכות קבוצתית ועל סמך התחשבות במאפיינים שאינם נוגעים לשירות המתבקש. קביעה זו נעשתה, כאמור, על אף העובדה שהתובע משתייך לקבוצה ההגמונית. לטענת השופטת, חוק איסור הפליה מבוסס על עקרון האוטונומיה גם הוא, ונועד להגן על כבוד האדם, ללא תלות בשאלת ההשתייכות הקבוצתית של הנפגע.

לעניין הנזק, פסק הדין שבנדון מעלה שאלה מהותית, והיא האם הנזק של פגיעה באוטונומיה, ככזה אשר קשה להעריכו באופן מדויק, הינו נזק אובייקטיבי, קרי נזק שנגרם מעצם הפגיעה באוטונומיה, או שמא מדובר בנזק סובייקטיבי הדורש הוכחת תחושות ורגשות שליליים של פגיעה, עלבון, צער וכו' על מנת לבסס נזק בעילה זו. שאלה זו נדונה רבות בפסיקה ובספרות, וניתן לראות כי שופטי בית המשפט העליון נחלקו בנושא. השופטת סבורה כי יש להכריע אך בעניין אופיו של הנזק, קרי האם מדובר בנזק אובייקטיבי או סובייקטיבי, ולא נדרשת לעניין זה הכרעה בשאלת ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה ככלל. בפסק דין **דעקה**,¹² השופט אור הכיר לראשונה בפגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי, וקבע כי יש להעריך את גובה הנזק על דרך האומדנה, עקב הקושי בהוכחת נזק זה באופן מדויק. באשר למחלוקת בין הגישות לעניין הנזק, גישה התומכת בנזק סובייקטיבי הוצגה בעניין **תנובה**,¹³ העוסק בתביעה צרכנית, כאשר השופטת חיות דחתה את הגישה האובייקטיבית, בקבעה כי אין מדובר בחזקה חלוטה לפיה מתעוררים אצל הנפגע רגשות שליליים בכל מקרה בו התרחשה פגיעה באוטונומיה. קביעה זו עולה בקנה אחד עם גישתו של השופט עמית, שהוצגה בפסק דין **בן-צבי**,¹⁴ אשר רואה את ביטויה של הפגיעה באוטונומיה ככזאת הגורמת באופן ישיר לרגשות שליליים של כעס, זעזוע, הלם, צער וכד'. לגישתו, "הרמת מסך" מעל לפגיעה באוטונומיה, תוביל לנזק תוצאתי שאינו ממוני, ולכן אין להכיר בפיצוי נפרד לנזק בגין פגיעה באוטונומיה מעבר לנזק הלא ממוני, שנגרם בגין הפגיעה ברגשות. גישה זו קושרת בין הרגשות השליליים שנגרמו לנפגע לבין הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה. גישה זו עלתה גם בעניין **קדוש**,¹⁵ שם השופט עמית דרש לצמצם את תחולת הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה, הן בשיעור הפיצוי והן בשיעור המקרים הנכנסים בגדר הפגיעה. מנגד, קיימת בפסיקה גישה המכירה בנזק של פגיעה באוטונומיה כאובייקטיבי. הנשיא (בדימ') ריבלין בעניין **בן-צבי** ראה את הפגיעה באוטונומיה ככזו הנפרדת מהפגיעה ברגשות השליליים, וקבע כי יש להעניק פיצוי נפרד בגין פגיעה באוטונומיה במקרים בהם הפגיעה נוגעת ל"גרעין הקשה" של זכות האדם המקדשת את האוטונומיה.¹⁶ גישתו זו הוצגה, בין היתר, הן בעניין **קדוש**¹⁷ והן

¹² ע"א 2781/93 **מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה**, נגד(4) 526, פסקה 27 לפסק דינו של השופט ת' אור (1999) (להלן: "**עניין דעקה**"). המדובר בערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, שדחה את תביעתה של המערערת לפיצויים בגין נזקי גוף שנגרמו לה בניתוח רפואי. המערערת אושפזה לשם ניתוח ברגלה. כשהייתה המערערת על שולחן הניתוחים, בעודה מטושטשת, הוחתמה על טופס הנוגד לניתוח בכתפה. אולם, נקבע כי לא נמסרו למערערת די פרטים בדבר הליך הרפואי שבוצע בפועל. בעקבות הניתוח, נותרה כתפה של המערערת קפואה, ונקבעה לה נכות בשיעור של 35%. בית המשפט העליון קבע כי יש לראות גם בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע פרוצדורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת, משום נזק בר פיצוי בנזיקין.

¹³ ע"א 10085/08 **תנובה - מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל**, פסקה 40 לפסק דינה של השופטת חיות, פסק דינו של השופט עמית וכן פסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 04.12.2011) (להלן: "**עניין תנובה**"). המדובר בערעור וערעור שנגד על קביעתו של בית המשפט המחוזי, אשר נידון בפני בית המשפט העליון, העוסק בתובענה ייצוגית צרכנית שאושרה להגשה נגד תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ, בטענה להטעיית ציבור הצרכנים ובייצור מוצר חלב בניגוד לתקן רשמי מחייב, בשל הוספת סיליקון לחלב עמיד דל שומן (1%) אותו ייצרה ושיווקה תנובה, בלא שרכיב הסיליקון צוין על גבי המוצר.

¹⁴ ע"א 4576/08 **ליה עטרה בן-צבי נ' פרופ' יהודה היס**, בפסקה 26 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 07.07.2011) (להלן: "**עניין בן-צבי**").

¹⁵ ע"א 1303/09 **מרגלית קדוש נ' בית החולים ביקור חולים**, סה(3) 164, פסקאות 74-76 לפסק דינו של השופט עמית (2012) (להלן: "**עניין קדוש**"). המדובר בערעור העוסק בתביעת רשלנות רפואית, הנוגעת לסוגיה של היקף חובת הגילוי. לאחר שעברה המערערת ניתוח משולב, נוצרו לה הידבקויות ניכרות של המעי הדק אשר גרמו לנזקים רפואיים נוספים ואף נכות צמיתה. בית המשפט העליון דחה את טענות המערערת הנוגעות לרשלנות רפואית, כאשר עיקר הדיון נגע לסוגיית ההסכמה מדעת, הקשורה, כפי שקבע בית המשפט העליון, בחובת הגילוי. הערעור נדחה משום שהמערערת לא עמדה בנטל ההוכחה כי הרופאים אכן הפרו את חובת הגילוי.

¹⁶ עניין בן-צבי, לעיל ה"ש 16, בפסקה 39 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ריבלין.

¹⁷ עניין קדוש, לעיל ה"ש 17. בפסקה 45 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (דאז) ריבלין.

בעניין **המר**,¹⁸ שם על אף הכרתו בכך שהפגיעה באוטונומיה יכולה שתהיה מלווה ברגשות שליליים, הנזק עלול להגיע בנפרד ובמובחן מנזקים אחרים, בין אם ממוניים ובין אם שאינם ממוניים, והימנעות מפסיקת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בפני עצמה תחטא לעקרון של השבת המצב לקדמותו. בכך, גישה זו מפרידה את הפגיעה באוטונומיה מנזקים לא-ממוניים אחרים, וטוענת שיש להעניק פיצוי על עצם הפגיעה באוטונומיה של הפרט. המחלוקת קיימת גם בספרות. השופט עמית גורס שכיום לא קיימת הלכה ברורה בשאלה האם הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה קשור ברגשות השליליים ולנזקים הלא-ממוניים, או שמא עומד בפני עצמו.¹⁹ בנוסף, השאלה האם מדובר בנזק אובייקטיבי או סובייקטיבי קיבלה לא אחת התייחסות מפורשת בפסיקה, אך עקב מורכבותה לא ניתנה הכרעה ברורה בעניין.²⁰

השופטת אגמון-גונן קובעת בפסק הדין שבתובעות ייצוגיות לפי חוק איסור הפליה, אין לעמוד על הדרישה להוכחה סובייקטיבית של רגשות שליליים, וקובעת כי הנזק בגין הפגיעה באוטונומיה הינו אובייקטיבי. בניגוד להליך האינדיבידואלי, הפגיעה באוטונומיה הינה הנזק היחיד שבגינו מוגשות התובעות. ואולם, יש להבדיל בין סוגים שונים של תובעות העוסקות בפגיעה באוטונומיה. לדוגמא, בתובעות צרכניות, השופטת קובעת שלא מדובר בפגיעה בליבה ומהותה של האוטונומיה.²¹ זאת, לעומת תובעות בגין חוק איסור הפליה, בגינן אכן מתקיימת פגיעה באוטונומיה, כזו הנוגעת לליבת הזכות, כיוון שכל תכליתו של חוק איסור הפליה נועדה להגן מפני פגיעה זו.²² השופטת אגמון-גונן מבססת את החלטתה להכיר בגישה האובייקטיבית לעניין הנזק ראשית על סמך האפשרות הקיימת לארגון להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית, כשמושא התביעה הינו בתחום אותה המטרה הציבורית בו הוא פועל.²³ סעיף זה מלמד על כוונתו של המחוקק להכיר בהוכחת נזק אובייקטיבי, שכן אין ביכולתו של ארגון להוכיח נזקים סובייקטיביים בשם חברי הקבוצה, ודרישת הוכחת הנזק תחתור תחת מטרותיו ויכולתו של מכשיר התובענה הייצוגית לשמש ככלי למיגור ההפליה. בנוסף, השופטת מתבססת על קביעתו של השופט דנציגר בפסק דין **קול ברמה**,²⁴ בקבעו כי חוק איסור הפליה מניח שכאשר נגרמת הפליה במובן סעיפיו, נגרם נזק אשר הינו בר פיצוי. המחוקק מציע מנגנונים לקבלת הפיצוי, כאשר לא נדרש להוכיח נזק, ולא נדרש לפנות למסגרות משפטיות אחרות כדי להכיר בקיומו של נזק כתוצאה מההפליה וכן לקבל בגינו פיצוי.

פסק דין זה הינו בעל חשיבות ציבורית מהמעלה הראשונה. השופטת אגמון-גונן רואה את חשיבותה של התובענה, ככזאת המביאה למודעות פרקטיקות מקובלות, ועומדת על הקביעה כי מדובר בפרקטיקות מפלות, שהינן אסורות על פי חוק. התובענה מאפשרת זיהוי של סטריאוטיפיים המנציחים פערים חברתיים ופוגעניים כנגד נשים, וקיימת חשיבות נעלה לעצם ההתרעה והקביעה כי מדובר בהתנהלות אסורה.

¹⁸ ע"א 1326/07 **ליאור המר נ' פרופ' עמי עמית**, פסקה 72 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 28.05.2012) המדובר בערעור שאוחד לשם הכרעה בשאלות העקרוניות הנוגעות לסוגיה המוכרת כעילת תביעה בגין "הולדה בעוולה". בית המשפט העליון ביטל את עילת ה"חיים בעוולה" – עילת תביעה במסגרת עולות הרשלנות של ילדים הנולדים עם מום. במקביל, הרחיב בית המשפט את עילת התביעה של הורים – עילת ה"הולדה בעוולה", כאשר באמצעות עילה זו ניתן יהיה ליתן להורים פיצוי שיכסה את הוצאות גידולו ומלוא צרכיו של היילוד גם לאחר בגירותו, ולמשך כל תוחלת חייו.

¹⁹ יצחק עמית, "סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה", ספר שטרסברג-כהן, בעמ' 490 (2017).

²⁰ ראו למשל: דנ"א 9416/11 **עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ**, פסקה 5 לפסק דינו של הנשיא (בדימו) גרוניס (פורסם בנבו, 31.05.2012); דנ"א 5636/11 **פרופ' יהודה היס נ' ליה עטרה בן צבי**, פסקה 8 לפסק דינה של הנשיאה (בדימו) בייניש (פורסם בנבו, 26.02.2012).

²¹ ראו למשל: קביעתה של השופטת חיות בעניין **תנובה**, לעיל ה"ש 15; ת"צ (מחוזי ת"א) 32117-08-16 **נורית הפטר גילמור נ' הנסיך מפעל ליצור טחינה בע"מ**, בעמוד 22-24 (פורסם בנבו, 26.02.2019). המדובר בבקשות לאישור תובעות ייצוגיות, בטענה לזיהום במוצרי "טחינת הנסיך", המהווים חומרי גלם למוצרי "סלטי שמיר", לאחר שהחברה פרסמה בקיץ 2016 הודעה בה הורתה על החזרת מוצריה, והורתה לצרכנים לא לצרוך את המוצרים.

²² הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התשס"ו-2000, ה"ח 2871, בעמוד 370

²³ סעיף 4(3) לחוק תובעות ייצוגיות

²⁴ רע"א 6897/14 **רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך - פורום נשים דתיות**, פסקה 61 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 09.12.2015)