



## “סליחה, זה שירותי הבנים או הבנות?” חשיבה מחדש על הפרדה מגדרית בשירותים בעקבות פסק דין ארומה

### רעות כהן, גיל גן-מור ועידו קטרי\*

א. מבוא. ב. נגישות לשירותים ציבוריים כאמצעי המאפשר השתתפות בחיי החברה. ג. הפגיעה הנגרמת לאנשים שונים מגדרית בחדרי שירותים ממוגדרים. ד. תאי שירותים יחידניים לא ממוגדרים כפתרון ראוי. ה. הניסיון האמריקני כמקרה מבחן לפתרון הראוי. ו. המצב בישראל: תעשיית התובעות הייצוגיות נגד בעלי עסקים שהציבו תאי שירותים יחידניים לא ממוגדרים. ז. השתלשלות האירועים בעניין ארומה עד למתן פסק הדין. ח. פסק הדין בעניין ארומה ט. מסקנות ומחשבות לעתיד.

יש לי חלום  
לא  
לא יה של מרטין  
למרות שהרגלים שלי נעו  
לאורך דרכים רבות  
זה חלום פשוט//  
יש לי חלום  
לא החלום של הצועדים פראש  
לא להפוך את כל העולם  
פולו  
לא החלום של הקמונים  
לא החלום של נשים  
לא להפוך את כל  
העולם  
פולו  
זה חלום פשוט//  
[...]  
בחלום שלי  
אני יכולה להיכנס לשירותים ציבוריים  
ולא להטוף צעקות מנשים”<sup>1</sup>

\* עו"ד רעות כהן היא מנחת הקליניקה למימוש זכויות אדם בהליך האזרחי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; עו"ד גיל גן-מור הוא מנהל היחידות לזכויות אזרחיות וחברתיות באגודה לזכויות האזרח בישראל; עו"ד עידו קטרי הוא דוקטורנט בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת טורונטו וממייסדי פרויקט גילה להעצמה טרנסית. פאט פרקר "זה חלום פשוט" (חני כבדיאל מתרגמת). פאט פרקר (1989–1949) הייתה משוררת לסבית שחורה שפעלה בארצות הברית ונאבקה למען שוויון זכויות. השיר נלקח מספר השירים "איפה תהיו" בהוצאה רעב (2014).



“סליחה, זה שירותי הבנים או הבנות?” חשיבה מחדש על הפרדה מגדרית בשירותים בעקבות פסק דין ארומה

## א. מבוא

ביוני 2020 דחה בית המשפט המחוזי בתל-אביב בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד רשת בתי הקפה ארומה ומספר מסניפיה. המבקשות ביקשו מבית המשפט לחייב את הרשת למגדר את תאי השירותים שהציעה הרשת ללקוחותיה, ולפצות את לקוחותיה על כך שתאי השירותים בחלק מהסניפים היו יחידניים ללא סימון מגדרי כלשהו (Unisex). לטענתן היעדר הסימון המגדרי מנוגד לחוק ופוגע בכבודן של נשים, שנדרשו להשתמש בתא שבו היו קודם לכן גברים, וזאת אף שהשימוש בתא היה יחידני. לו הייתה מתקבלת התובענה ודאי היו לכך השלכות נרחבות על כל רשתות בתי הקפה והמסעדות, שהיו נמנעות מלהציע תאי שירותים לא ממוגדרים. לכן, דחיית התובענה הייתה הישג תקדימי עבור קהילת הטרנס בישראל, שסוג זה של תאי שירותים חיוני והולם את צרכיה. ברשימה זו נספר את סיפורו של התיק מנקודת מבט מגדרית, אשר הובילה אותנו, באי כוחם של ארבעה ארגונים, להצטרף להליך כידדי בית המשפט: פרויקט גילה להעצמה טרנסית; מעברים; האגודה לזכויות הלהט"ב; והאגודה לזכויות האזרח (להלן: "ארגוני הקהילה הגאה" או "הארגונים").

## ב. נגישות לשירותים ציבוריים כאמצעי המאפשר השתתפות בחיי החברה

נגישות לשירותים ציבוריים היא חיונית להשתלבות בחיי החברה בעת המודרנית, ולכן שלא במפתיע, לאורך ההיסטוריה, הגבלת הנגישות לשירותים ציבוריים הייתה אמצעי לדיכוי והשפלה של קבוצות מוחלשות ולהדרתן מהשתתפות בחיי החברה הציבוריים. מאבקם של נשים, שחורים, עניים ואנשים עם מוגבלויות לקבל יחס שווה ולהיכלל כחלק לגיטימי מהחברה, עבר בין היתר בנגישות לחדרי השירותים הציבוריים.

ההיסטוריה מלמדת שקיימת זיקה ברורה בין היכולת להשתמש בשירותים ציבוריים לבין היכולת להשתלב ולהשתתף בחיי החברה. השירותים הציבוריים הראשונים לא היו פתוחים לכל והתבססו על הדרה על רקע מגדר, גזע ומעמד. למעשה, שירותים ציבוריים תוכננו במקור לשרת בעיקר גברים. בתקופה הוויקטוריאנית למשל, כאשר נשים היו צריכות להטיל את מימיהן, הן היו עושות זאת בעמידה ברחוב תוך שהן מסתרות מתחת לשמלות הרחבות שהיה נהוג ללבוש אז. שירותים ציבוריים לנשים החלו להופיע באירופה ובארצות-הברית בעיקר במאה ה-19 ובתחילת המאה ה-20. בלונדון, פתיחת השירותים הציבוריים הראשונים לנשים התאפשרה בעקבות מאבקן של אקטיביסטיות מהארגון "Ladies' Sanitary Association" ואקטיביסטיות נוספות. באותה תקופה, ההתנגדות להקצאת שירותים ציבוריים לנשים נבעה מהפחד והחרדה להעניק לגיטימציה



לנוכחות של נשים במרחב הציבורי, והתעצמה על רקע ההשתתפות הגוברת של נשים בחיים האזרחיים והערעור על תפקידי מגדר מסורתיים.<sup>2</sup> אולם, מאבקן המוצלח של נשים בארצות-הברית להכליל אותן בחיים הציבוריים על ידי הקצאת מקום בשירותים הציבוריים, לא כלל בתוכו את אוכלוסיית השחורים. וכך, חוקי הפרדה הגזעניים שחלו בארצות-הברית עד אמצע המאה הקודמת, כללו בתוכם גם את הפרדה הגזעית בשירותים הציבוריים.<sup>3</sup>

הסרט "Hidden Figures" ("מאחורי המספרים") שיצא בשנת 2016, מבוסס על סיפור אמיתי שמספר את סיפורן של שלוש נשים שחורות מבריקות שהצליחו להתקדם בעבודתן בנאס"א של 1960, למרות החוקים הגזעניים של אותה תקופה. אחת הסצנות המפורסמות בסרט היא הסצנה שבה נשאלת קת'רין ג'ונסון, הדמות הראשית, לאן היא נעלמת למשך 40 דקות כל יום באמצע יום העבודה הלחץ. בתגובה, ג'ונסון פוצחת בנאום עוצמתי מול כל העובדים הלבנים ומסבירה שעבודה, כאישה שחורה, אין אף תא שירותים במרחק סביר מהמעבדה שבה היא עובדת כשחורה היחידה בין לבנים. היא מסבירה שבכל פעם שעליה להתפנות, לאחר שאינה יכולה להתאפק עוד, היא נאלצת לרוץ מרחק של כ-800 מטר, לעיתים בגשם השוטף, עד תא השירותים שהוקצה לשחורים, ואז כמובן לעשות את כל הדרך הקשה והמשפילה בחזרה.<sup>4</sup>

הקושי וההשפלה שעוברת הדמות הראשית לאורך הסרט בגלל חוסר נגישות לשירותים, הם אנקדוטה שמדגימה עד כמה נושא שנקלח כמובן מאליו והיה אז לנקודת עיוורון עבור לבנים, גם לליברלים שבהם, הוא למעשה אחד הנושאים הקריטיים שהעסיקו שחורים. הקצאת שירותים נפרדים ומרוחקים לשחורים, שירותים שהיו פעמים רבות מטונפים ולא מתוחזקים, גרמו במכוון להשפלתם, לסימונם כנחותים ולהדרתם מההשתתפות בחיים הציבוריים.<sup>5</sup>

מאבק נוסף למען שוויון זכויות והכללה בחיים הציבוריים שעבר דרך השירותים הציבוריים, הוא מאבקם של אנשים בעלי מוגבלויות לשיפור התכנון הארכיטקטוני של השירותים כך שיאפשר גם להם להשתמש בשירותים ציבוריים.<sup>6</sup> בעקבות מאבקם זה, הזכות לנגישות לשירותים ציבוריים נכללה כחלק מרשימת הצרכים החיוניים שיש להנגיש לבעלי מוגבלויות.

<sup>2</sup> SHEILA L. CAVANAGH, QUEERING BATHROOMS: GENDER, SEXUALITY, AND THE HYGIENIC IMAGINATION 38 (2010).

<sup>3</sup> Ruth Colker, *Public Restrooms: Flipping the Default Rules*, 78 OHIO ST. L.J. 145, 146 (2017).

<sup>4</sup> ניתן לצפות בסצנה בקישור <https://www.youtube.com/watch?v=9j6p7ajuh-E>.

<sup>5</sup> HEATH FOGG DAVIS, BEYOND TRANS: DOES GENDER MATTER? KINDLE LOCATION 1128 (NYU PRESS, KINDLE EDITION, JUNE 2007).

<sup>6</sup> ראו לעניין זה ס' 19 יב לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, סעיף שחוקק בשנת 2005.



“סליחה, זה שירותי הבנים או הבנות?” חשיבה מחדש על הפרדה מגדרית בשירותים בעקבות פסק דין ארומה

בשנים האחרונות גם מאבקה של הקהילה הטרנסג'נדרית לשוויון הגיע לחדרי השירותים. מאבק זה נכפה על הקהילה הטרנסג'נדרית על רקע הצעות חוק שמרניות ומפלגות שהוצעו בעיקר במדינות שונות בארצות-הברית. חוקים אלה ביקשו למנוע מאנשים טרנסג'נדרים נגישות לחדרי שירותים ממוגדרים בהתאם לזהות המגדרית שלהם. קשה לחשוב על מציאות שבה אנו מגיעים בבוקר למקום העבודה או הלימודים שלנו, ואין שם שירותים שמאפשרים לנו לבצע את אחת הפעולות האנושיות הבסיסיות ביותר. קשה עוד יותר לחשוב על מצב שבו גם אם היו שירותים, הכניסה אליהם הייתה מלווה בחרדה שכן עצם הכניסה למרחב זה חושפת אותנו לאלימות מילולית, פיזית, הטרדות מיניות או לגירוש משפיל. זו לצערנו המציאות של א/נשים שונים מגדרית<sup>7</sup> רבים בבואם להיכנס לחדרי שירותים המסומנים על ידי מגדר, מציאות אותה הם מנסים לשנות כחלק ממאבקים.

לכן, אחרי הנשים, השחורים ובעלי המוגבלויות, בשנים האחרונות נמצא על סדר היום הציבורי מאבקים של א/נשים שונים מגדרית על זכותם להשתמש בשירותים הציבוריים ללא הפליה. מאבק זה עלה לכותרות בין היתר כיוון שבחלק מהמדינות בארצות-הברית נעשו ניסיונות לאסור על חברי האוכלוסייה הטרנסג'נדרית להיכנס לשירותים ממוגדרים לפי זהותם המגדרית, ולכפות עליהם להיכנס לשירותים לפי המין שנרשם בתעודת הלידה. ההתנגדות לוותה בשיח מתלהם ותחת הפחדות לפיהן האפשרות של טרנסג'נדרים להשתמש בשירותים לפי מגדרם תפתח את האפשרות ל"מתחזים" להיכנס לשירותים ולאיים על ביטחונן של נשים.<sup>8</sup>

אולם, בטרם נדון בחקיקה ובמדיניות, נבקש ראשית לעמוד על הפגיעה שנגרמת לאנשים שונים מגדרית בחדרי שירותים ממוגדרים ללא קשר לחקיקה כזו או אחרת.

<sup>7</sup> בקבוצה זו אנו כוללים א/נשים שקיימת לגביהם "אי-התאמה" בין המין הביולוגי (זכר או נקבה), לתפקיד החברתי המיוחס לאותו המין ("גבר" או "אישה") או להתנהגות החברתית המצופה מאותו המגדר ("נשיות" או "גבריות"). "אי-התאמה" נוצרת בשל כך שהחברה נוקטת עמדות בינריות ביחס לזהות המינית והמגדרית המקובלת בחברה: זכר הוא גבר המתנהג בגבריות או נקבה היא אישה המתנהגת בנשיות. כל חריגה מאותה תפיסה חברתית נחשבת לשונות מגדרית. למשל: אישה שנולדה במין זכר וזהותה המגדרית היא של אישה או אישה שנולדה במין נקבה, וזהותה המגדרית היא של אישה וההתנהגות החברתית שלה היא גברית. משכך, קשת השונות המגדרית כוללת מגוון רב. להעמקה בנושא הקטגוריות מין, מגדר ותפקידי מגדר ראו ליהי יונה ועידו קטרי "אחותי את לא לבד פה": חוויות של שונות מגדרית במערכת הענישה הפלילית "משפט, חברה ותרבות: משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים" 625, 595 (אלון הראל עורך, 2017).

<sup>8</sup> Maayan Sudai, *Toward a Functional Analysis of Sex in Federal Antidiscrimination Law*, 42 HARV. J. L. & GENDER 421, 432 (2019) (להלן: "סוראיי").



### ג. הפגיעה הנגרמת לאנשים שונים מגדרית בחדרי שירותים ממוגדרים

בקרב א/נשים שונים מגדרית, מקובל להשתמש במונח "לעבור" (to pass). הכוונה ב"לעבור" היא להיות מזוהים על ידי החברה כמי שאינם שונים מגדרית. למשל, גבר טרנסג'נדר אשר מזוהה על ידי החברה כגבר שמינו הביולוגי זכר. למעשה, ישנם א/נשים שהשתמשו בפרוצדורות להתאמה מגדרית ומסוגלים "לעבור" בחברה באופן מוחלט, ואף אינם מחשיבים את עצמם טרנסג'נדרים. אולם, רבים אינם יכולים "לעבור", ומי ש"רואים עליהם" את השונות המגדרית, סופגים במרחב הציבורי את מרב האלימות הטרנספובית ואת ההדרה ממרחב זה.<sup>9</sup>

על רקע זאת, ניתן להבין מדוע החיוב לסמן תאי שירותים בסימון מגדר עלול לגרום לפגיעה כה קשה בא/נשים שונים מגדרית. הפגיעה נובעת מחוסר נוחות, חוסר סובלנות או שנאה כלפי א/נשים אשר השונות המגדרית ניכרת עליהם. כתוצאה מתחושות אלה, המשתמשים האחרים בשירותים אף נוהגים לא פעם באלימות כלפי האדם השונה מגדרית שנתפס כ"פולש" בשירותים הממוגדרים.

המקרים "הקלים" של אלימות מסתכמים במבטים עוינים. במקרים קשים יותר, המשתמשים בשירותים פונים אל האדם השונה מגדרית באמירות כגון "זה לא מקומך" או "מה את/ה עושה כאן?". פעמים רבות, הם לא ירפו עד שיבריחו אותו או אותה אקטיבית, או שהאדם השונה מגדרית יחל לחוש אי-נוחות ופחד ויעזוב בעצמו את המקום. המקרים החמורים ביותר מגיעים לכדי אלימות פיזית של ממש. אלימות יומיומית זו, ואפילו רק הפחד ממנה, מונעים מא/נשים אשר השונות המגדרית ניכרת עליהם להשתלב במרחב הציבורי.<sup>10</sup>

כך, למשל, י' העיד בתצהיר שגבינו ממנו לצורך ההליך על מספר חוויות שחווה כגבר טרנס:

"כשנכנסתי לשירותים, היו בפנים מספר נערים שאמרו לי ללכת לשירותים של הנשים ושהתבלבלתי בשירותים. אמרתי להם שלא התבלבלתי, והם אמרו שיתקשרו למשטרה, אז אמרתי להם שיתקשרו. כשהם התקשרו, אני נכנסתי לתא והם היו עצבניים שהמשטרה לא ענתה להם. כשבאתי לצאת מהתא, אחד מהנערים נכנס לתא שהייתי בו, התחיל לקלל אותי ונתן לי אגרוף בבטן. הוא פתח את התא ושאר הנערים נכנסו והמשיכו לבעוט בי ולקלל אותי. אחרי שנמאס להם, הם עזבו אותי. במשך שנה וקצת כמעט ולא הלכתי לשירותים ציבוריים

<sup>9</sup> עידו קטרי "לא עוברות, לא נחמדות: המאבק הטרנסי וטקטיקות משטור מגדרי בחוקי איסור אפליה" סקס אחר: מבחר מאמרים בלימודים להט"ביים וקוויריים ישראלים 615–656 (אייל גרוס, עמליה זיו ורוז יוסף עורכים, 2016).

<sup>10</sup> דיווים לעיל ה"ש 5, בעמ' 987.



“סליחה, זה שירותי הבנים או הבנות?” חשיבה מחדש על הפרדה מגדרית בשירותים בעקבות פסק דין ארומה

**שלא היו במרכז הגאה.<sup>[11]</sup> היו לי עוד כמה מקרים דומים בשירותים ציבוריים אחרים.”**

א', העידה:

“החוויה שלי עם שירותים ממוגדרים היא מאוד קשה. כשהייתי בתיכון, הייתי מתאפקת שעות שלמות בכאב עד שהייתי מגיעה הביתה כדי לחסוך מעצמי את הכאב הנפשי. להיכנס לשירותים ממוגדרים כבן אדם שלא מזדהה רק כגבר או כאישה זאת חוויה כואבת - את מרגישה מבוטלת ומחוקה. מעבר לזה, זה לסכן את עצמי באלימות. זה פחד מוות, להיכנס או לפה או לפה, ולפחד שהתגובה תהיה חמורה יותר ממבטים. שיגידו לך משהו, שירימו עלייך יד. פשוט אימה.”

ע', סיפרה:

“לפני שבוע, נכחתי במסיבה והיו שם שירותים ממוגדרים. בגלל זה התאפקתי שמונה שעות ולא שתיתי מים במשך כל המסיבה כדי שלא יאלץ לבחור בין דיספוריה לטרנספוביה. ספציפית במסיבה לבשתי חצאית, אז לא יכולתי ללכת לשירותי הגברים כאילו אני 'בארוך'.”<sup>12</sup>

חשוב להבין שזוהי לא תופעה שולית. בסקר רחב היקף שנעשה בארצות-הברית נמצא כי 59% מהאנשים השונים מגדרית נמנעים משימוש בשירותים ציבוריים ממוגדרים. 89% מאלו שדיווחו כי הם נמנעים משימוש בשירותים ציבוריים, דיווחו כי לא השתמשו בשירותים גם כשהיו צריכים; 52% דיווחו כי נמנעו מאכילה או שתיה על מנת שלא יזדקקו לשימוש בשירותים. 12% דיווחו על בעיות בכליות או זיהומים במערכת דרכי השתן כתוצאה מההימנעות.<sup>13</sup>

סקר ממוקד יותר, שבוצע בווינגטון הבירה בקרב טרנסג'נדרים, מצא ש-70% מהנשאלים חוו הטרדה מילולית או תקיפה אלימה או שנמנעה מהם הגישה, כאשר ניסו

<sup>11</sup> הערת המחברים: השירותים במרכז הגאה בתל-אביב הם שירותי יוניסקס לא ממוגדרים. <sup>12</sup> דיספוריה מגדרית (Gender Dysphoria) על פי ה-DSM (Diagnostic and Statistics Manual of Mental Disorders) היא תחושת חוסר התאמה בין הזהות המגדרית האישית של האדם לבין הזהות המגדרית שבה החברה סימנה אותו (בכלל זה המין שבו סומן בלידתו, צורת הגוף שלו, או התפקיד המגדרי שהסביבה מייחסת לו), המלווה במצוקה משמעותית או בפגיעה בתפקוד החברתי, התעסוקתי או בתחום חיים חשוב אחר. ראו Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5) (American Psychiatric Association, 5<sup>th</sup> ed. 2013).

<sup>13</sup> SANDY E. JAMES ET AL, THE REPORT OF THE 2015 US TRANSGENDER SURVEY, 228 (NATIONAL CENTER FOR TRANSGENDER EQUALITY, 2016). [www.transequality.org/sites/default/files/docs/usts/USTS%20Full%20Report%20-%20FINAL%201.6.17.pdf](http://www.transequality.org/sites/default/files/docs/usts/USTS%20Full%20Report%20-%20FINAL%201.6.17.pdf)



להיכנס לשירותים ממוגדרים. אירועים אלה גרמו לחלק מהנשאלים להימנע מיציאה למרחבים ציבוריים, ורבים דיווחו כי נעדרו במכוון מבית הספר, ממקום העבודה ומאירועים מסוימים. אחרים דיווחו כי נאצלו לפתח שיטות שמאפשרות להם להתחמק משימוש בשירותים ממוגדרים. מלבד פגיעה בבריאות כמו זיהומים בדרכי השתן, זיהומים בכליות והתייבשות, רבים מהנשאלים דיווחו כי חוויות אלה גם דרדרו את מצב בריאותם הרגשית והנפשית.<sup>14</sup>

החששות, האימים והחשיפה לאלימות מילולית ופיזית קיימת גם כאשר מדובר בתאי שירותים יחידניים, כל עוד הם ממוגדרים. במצבים אלו קיים בדרך כלל תור המתנה, ואדם שונה מגדרית שיעמוד בתור יהיה חשוף להערות, למבטים, לביקורת ואף לאלימות, כמו בכניסה לחדר שירותים ממוגדר אחר.

אכן, האלימות שחווים א/נשים שונים מגדרית היא לא אינהרנטית לשירותים עצמם כאובייקט; היא נובעת מתפיסות חברתיות ותרבותיות של אנשים על זהות מגדר שמתורגמות לאלימות מסוגים שונים. משכך, חלק מהמאבק של הקהילה הגאה לשוויון מתבצע גם דרך כלים חינוכיים המבקשים לשנות ולפרק תפיסות אלה.<sup>15</sup>

עם זאת, לא ניתן להתעלם מכך שקיימת זיקה ברורה בין קיומם של שירותים ציבוריים ממוגדרים לבין אי-יכולתם של א/נשים שונים מגדרית להשתלב כיום בחברה, במקום העבודה, במקומות הבילוי ובקבלת שירותים ציבוריים שונים. זאת, נוכח האלימות שא/נשים שונים מגדרית חווים בשירותים ממוגדרים, כפי שפירטנו לעיל, או משום שבאופן מעגלי, שירותים ממוגדרים מאשררים את התפיסות החברתיות והתרבותיות שלנו על זהות מגדר.

## ד. תאי שירותים יחידניים לא ממוגדרים כפתרון ראוי

אין ספק שמכוח הזכות לאוטונומיה של א/נשים שונים מגדרית, אשר הוכרה גם בפסיקה הישראלית,<sup>16</sup> רשאים א/נשים שונים מגדרית להחליט באילו שירותים הם משתמשים בהתאם לאופן שבו הם מגדירים את עצמם. בארצות-הברית, כפי שנפרט מיד, ישנה מתקפה על קביעה זו וניסיונות לכפות על א/נשים שונים מגדרית להשתמש בשירותים ממוגדרים לפי המין הרשום בתעודת הלידה. אולם, גם אם הזכות לבחור את חדר

JODY L. HERMAN, GENDERED RESTROOMS AND MINORITY STRESS: THE PUBLIC REGULATION OF GENDER AND ITS IMPACT ON TRANSGENDER PEOPLE'S LIVES (THE WILLIAMS INSTITUTE, JUNE 2013)

[williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Herman-Gendered-Restrooms-and-Minority-Stress-June-2013.pdf](http://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Herman-Gendered-Restrooms-and-Minority-Stress-June-2013.pdf)

<sup>15</sup> ראו על אודות עבודת ארגון חוש"ן באתר הבית של הארגון [www.hoshen.org](http://www.hoshen.org)

<sup>16</sup> ע"פ 5833/12 פלונית נ' מדינת ישראל (פורסם בנוב, 12.9.2013).



“סליחה, זה שירותי הבנים או הבנות?” חשיבה מחדש על הפרדה מגדרית בשירותים בעקבות פסק דין ארומה

השירותים בהתאם להגדרה העצמית מובטחת, הרי שקיומה של זכות זו עלי ספר אינה מונעת את ההתנהגויות האלימות מצד המשתמשים האחרים בשירותים, ואת ההדרה העצמית המתרחשת בשל החשש מאותן התנהגויות. מכאן החשיבות שיש במציאת פתרונות שיפחיתו את קיומה של האלימות בזירת השירותים וימנעו מתקפה חקיקתית על א/נשים שונים מגדרית, כפי שקורה בחלקים מסוימים בארצות-הברית. אנו סבורים שתאי שירותים יחידניים לא ממוגדרים הם אמצעי טוב להגן על א/נשים שונים מגדרית מהאלימות אותה הם חווים בשירותים ציבוריים ממוגדרים. מדובר בתאי שירותים נפרדים המאפשרים לכל משתמשי השירותים שימוש פרטי ומוגן. התועלת שיש בשירותים מהסוג הזה עבור א/נשים שונים מגדרית היא עצומה – שירותים אלה מאפשרים להם להיות חלק מהמרחב הציבורי ולהשתתף בחיים הציבוריים. שירותים אלה אינם חושפים אותם לסכנות כמו גירוש מן המקום, הצקות, הטרדות מיניות, השפלה ואלימות. שירותים כאלה מגנים על ביטחונם של א/נשים שונים מגדרית ושומרים על כבודם.

לצד זאת, בתא שירותים יחידני, השימוש הוא בתנאי פרטיות מוחלטת. תאים יחידניים הניתנים לנעילה מפנים, ואשר הכניסה והיציאה מהם היא משטח ציבורי הם אף בטוחים יותר מאשר חדרי שירותים ממוגדרים עם מספר תאים, אשר עשויים לגרום לאשליה של ביטחון והגנה, ולנשים להוריד את מנגנוני ההגנה שלהן בעת הכניסה אליהם, וזאת בשעה שחדר השירותים לא נעול, וכידוע, אף שלט מעולם לא עצר אדם מסוכן מלהיכנס למקום כלשהו אליו הוא מעוניין להיכנס.

## ה. הניסיון האמריקני כמקרה מבחן לפתרון הראוי

לאורך העשור האחרון ניסו מדינות שמרניות בארצות-הברית להעביר חקיקה שתמנע מטרנסג'נדרים להיכנס לשירותים ממוגדרים לפי זהותם המגדרית, אם על ידי חקיקה מפורשת הנוגעת לשירותים ממוגדרים, ואם על ידי חקיקה שתכליתה לחסום אפשרות לתבוע בעילה של הפליה בשל מין בטענה שזו אינה מגנה על הפליה של טרנסג'נדרים.<sup>17</sup> פרשנות כזו נדחתה לאחרונה על ידי בית המשפט העליון האמריקני בעניין הפליה במקום העבודה.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Ezra Ishmael Young, *What the Supreme Court Could Have Heard in R.G. & G.R. Harris Funeral Homes v. EEOC and Aimee Stephens*, 11 CALIF. L. REV. ONLINE 9, 26–27 (2020); סודאי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 456.

<sup>18</sup> *Bostock v. Clayton County*, No. 17-1618, 590 U.S (2020).





בצפון קרוליינה עבר חוק המחייב את משתמשי השירותים הציבוריים במבני ציבור להשתמש רק בחדר השירותים ההולם את המין הרשום בתעודת הלידה. העברת החוק גרמה לשורה של ארגונים וחברות להחרים את המדינה, אירועי ספורט בוטלו והדבר הוביל לנזק כספי ממשי למדינה. כתוצאה מהלחץ שונה החוק האמור, ו"סעיף השירותים" שבו בוטל במרץ 2017.<sup>19</sup>

ניסיונות חקיקה דומים במדינות אחרות לא צלחו,<sup>20</sup> אך הם משקפים את האלימות הממסדית שחוהה הקהילה הטרנסג'נדרית, שצפה ועולה ביתר שאת כאשר מדובר במרחבים ממוגדרים.

המקרה המפורסם ביותר הוא המקרה של בית ספר תיכון במחוז גלוסטר בוויורג'יניה, שאסר על תלמיד טרנסג'נדר להשתמש בשירותי הבנים. התלמיד באותה העת, גאוין גרים, תבע את בית הספר בשל הפליה מחמת מין. לאחר שבבית המשפט המחוזי נדחתה תביעתו, קיבל בית המשפט הפדרלי לערעורים במחוז הרביעי את ערעורו, ופסק כי יש לקבל את הפרשנות של משרד החינוך של ממשל אובמה, לפיו האיסור להפלות מחמת מין מתייחס גם למגדר,<sup>21</sup> וכי יש לכבד את זהות המגדר של תלמידים טרנסג'נדרים בשימוש בשירותים ממוגדרים נפרדים בבית הספר.<sup>22</sup>

נגד ההחלטה הוגש ערעור לבית המשפט העליון. בתחילה נקבע כי הערעור יידון, אך בשנת 2017 הוחזר התיק לבית המשפט לערעורים לאור הנחיות חדשות של משרד החינוך של ממשל טראמפ, שפירש את החוק אחרת. בית המשפט לערעורים החזיר, בתורו, את התיק לבית המשפט המחוזי, שביום 9.8.2019 הכריע לטובתו של גרים. על החלטה זו הוגש ערעור לבית המשפט לערעורים במחוז הרביעי, שבאוגוסט 2020 פסק לטובת גרים.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Richard Fausset, *Bathroom Law Repeal Leaves Few Pleased in North Carolina*, NEW YORK TIMES (March 30, 2017) <https://www.nytimes.com/2017/03/30/us/north-carolina-senate-acts-to-repeal-restrictive-bathroom-law.html>

<sup>20</sup> Young, לעיל ה"ש 17.

<sup>21</sup> בישראל, כבר בשנת 2014 פסק בית הדין הארצי לעבודה כי יש לפרש את האיסור על הפליה מחמת מין גם כאיסור על הפליה מחמת זהות מגדר. ראו ע"ע 23372-06-14 המרכז לטכנולוגיה חינוכית נ' משל (פורסם בנבו, 2.6.2015); סע"ש 791-06-13 משל נ' המרכז לטכנולוגיה חינוכית (פורסם בנבו, 13.5.2014).

<sup>22</sup> ראו השתלשלות עניינים בעמוד ה-ACLU שמוקדש לתיק בייצוגם: <https://www.aclu.org/cases/grimm-v-gloucester-county-school-board?redirect=cases/gg-v-gloucester-county-school-board>

<sup>23</sup> Grimm v. Gloucester County School Board, No. 19-1952 (4th Cir. 2020). יש לציין כי ביוני 2020 ניתנה החלטה פורצת דרך של בית המשפט העליון האמריקני, שפירש את המילה "מין" בחוק זכויות האזרח משנת 1964 (Title VII) ככזו הכוללת "מגדר". המשמעות של פסיקה זו היא שלא ניתן להפלות עובדים בשל היותם לסביות, הומואים או טרנסים. לפסיקה



“סליחה, זה שירותי הבנים או הבנות?” חשיבה מחדש על הפרדה מגדרית בשירותים בעקבות פסק דין ארומה

אולם, כאמור, מאבקים על השימוש של טרנסג'נדרים בחדר שירותים ממוגדר בהתאם לזהות המגדרית שלהם הם מאבקים הנכפים על אנשים טרנסג'נדרים, בין היתר, בשל העובדה כי המודל של חדרי שירותים נפרדים וממוגדרים כה נפוץ, ולעיתים אין בכלל שירותים בתאים יחידניים. יתר על כן, כאמור, מאבק זה נוגע לכלל האנשים השונים מגדרית ולא רק לאלו המזדהים כטרנסג'נדרים. אולם, מאבק זה נעשה על גבה של קהילה זו, המזוהה ביותר עם שונות מגדרית.

דווקא קיומם של שירותים יחידניים מסוג יוניסקס יכול לקדם פתרון פשוט ונוח יותר, ולכן ישנה מגמה לאמץ מודל זה במדינות ליברליות בארצות-הברית. תחילה הדבר נעשה וולונטרית, על ידי רשתות מסחריות כמו טארגט,<sup>24</sup> ובשנים האחרונות גם המשפט גויס כדי להגביר הנגישות של שירותים ציבוריים לקהילה הטרנסג'נדרית.

כבר בשנת 2006 בעיר הבירה וושינגטון, שבמחוז קולומביה בארצות-הברית, הייתה חקיקה פורצת דרך בנושא, כאשר נקבע כי כל עסק הכפוף לחקיקת זכויות האדם של העיר, שיש לו תאי שירותים יחידניים, יימנע ממגדורם.<sup>25</sup> רשויות העיר אף יצאו בקמפיין ייעודי לאכיפת החוק ויצרו מנגנון המאפשר לציבור להתלונן על קיומם של שירותים בתאים יחידניים, שעדיין ממוגדרים.<sup>26</sup>

ביוני 2016 עבר בעיר ניו יורק חוק דומה, המחייב כי תאי שירותים יחידניים בבניינים ציבוריים יהיו ניטרליים מבחינה מגדרית, כלומר – יוניסקס, ובמקום שיש בו שירותים יחידניים ממוגדרים יש להסיר כל שלט המגדר אותם או להחליפו בשלט לא ממוגדר,

זו הייתה השפעה חיובית על פרשנות החוק שעמד במוקד התביעה של גרים (Grimm), האוסר הפליה על רקע מין בבתי ספר הממומנים על ידי הממשל הפדרלי. ראו Bostock v. Clayton County, No. 17-1618, 590 U.S (2020).

<sup>24</sup> Daniel Marans, *Target To Install Gender-Neutral Bathrooms In All Of Its Stores*, HUFF. POST (Aug 18, 2016), [https://www.huffpost.com/entry/target-single-stall-bathrooms\\_n\\_57b4b6bfe4b0fd5a2f40dee8](https://www.huffpost.com/entry/target-single-stall-bathrooms_n_57b4b6bfe4b0fd5a2f40dee8).

<sup>25</sup> .D.C. Mun. Regs. tit. 4. § 802.2 (2006)

<sup>26</sup> OFFICE OF HUMAN RIGHTS, DISTRICT OF COLUMBIA, SAFE BATHROOMS D.C . <https://ohr.dc.gov/page/safe-bathrooms-dc>



המציין כי השירותים מיועדים לכל המגדרים.<sup>27</sup> חוקים דומים התקבלו בערים נוספות בארצות-הברית: בסיאטל,<sup>28</sup> סן פרנסיסקו,<sup>29</sup> אוסטיין,<sup>30</sup> ועוד. החקיקה עברה גם לרמת המדינות. במרץ 2017 נכנס לתוקף חוק שאישר בית הנבחרים במדינת קליפורניה, המחייב כי בכל מקום שבו יש שירותים יחידניים הם יהיו ניטרליים מבחינה מגדרית.<sup>31</sup> הניסיון האמריקני מראה שהמאבק על זכותם של א/נשים שונים מגדרית לגישה בטוחה ומכבדת לשירותים ציבוריים עדיין בעיצומו. אנו סבורים כי הפתרון שמצאו מדינות וחברות מסחריות מסוימות, בדמות תא שירותים יחידני שהוא יוניסקס, מהווה פתרון מוצלח שכן הוא מפריך טענות בדבר חשש מפגיעה בביטחון האישי ובפרטיות.

## ו. המצב בישראל: תעשיית התובעות הייצוגיות נגד בעלי עסקים שהציבו תאי שירותים יחידניים לא ממוגדרים

המאבק המר שמובילים גורמים שמרניים בארצות-הברית לא הגיע לישראל במתכונת זהה (ואנו מקווים שכך ישמר). ישנם מדי פעם דיונים סוערים ברשתות החברתיות סביב הנושא,<sup>32</sup> אך לשמחתנו אין ניסיונות חקיקה מפורשים המכוונים כל כולם לפגוע בזכות הגישה של א/נשים שונים מגדרית לשירותים ציבוריים. גם אין ניסיונות להעביר חקיקה התומכת בהפסקת המגדר. אולם, ישנן חברות מסחריות שכאות תמיכה בקהילה החליטו

Local Laws of the City of New York, No. 79 (2016) <sup>27</sup>  
[https://www1.nyc.gov/assets/buildings/local\\_laws/ll79of2016.pdf](https://www1.nyc.gov/assets/buildings/local_laws/ll79of2016.pdf)

SEATTLE OFFICE FOR CIVIL RIGHTS, ALL-GENDER RESTROOMS <sup>28</sup>  
<https://www.seattle.gov/civilrights/what-we-do/gender-justice-project/what-we-do/all-gender-restrooms>

SAN FRANCISCO HUMAN RIGHTS COMMISSION, COMPLIANCE GUIDELINES TO PROHIBIT GENDER IDENTITY DISCRIMINATION <sup>29</sup>  
<https://sf-hrc.org/compliance-guidelines-prohibit-gender-identity-discrimination>

Forrest Milburn, UT, *Austin continue to lead on gender-neutral bathrooms*, THE DAILY TEXAN (April 26, 2016) <sup>30</sup>  
<https://thedailytexan.com/2016/04/28/ut-austin-continue-to-lead-on-gender-neutral-bathrooms>

Cal. Health & Safety Code § 118600 (2016) <sup>31</sup>  
[https://leginfo.ca.gov/faces/codes\\_displayText.xhtml?lawCode=HSC&division=104.&title=&part=15.&chapter=2.&article=5](https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=HSC&division=104.&title=&part=15.&chapter=2.&article=5)

ראו, למשל: הודעת מארגני פסטיבל אייקון בשנת 2017 בעניין השירותים, שהובילו לתגובות מעורבות <sup>32</sup>  
[www.facebook.com/Festival.Icon/photos/a.685527754819680/1518473631525084/?type=3&source=57](https://www.facebook.com/Festival.Icon/photos/a.685527754819680/1518473631525084/?type=3&source=57)



“סליחה, זה שירותי הבנים או הבנות?” חשיבה מחדש על הפרדה מגדרית בשירותים בעקבות פסק דין ארומה

להציב שירותים יחידניים יוניסקס,<sup>33</sup> ועיריית גבעתיים אף הציבה במקומות ציבוריים תאי שירותים משפחתיים יוניסקס שיכולים לשמש גם א/נשים שונים מגדרית.<sup>34</sup> גם כמה רשתות קפה החלו להציב תאי שירותים יחידניים לא ממוגדרים עבור קהל לקוחותיהן. על רקע זה, ביום 1.10.2014 הוגשו לבית המשפט המחוזי בתל-אביב ארבע בקשות לאישור תובענה ייצוגית נגד ארבע רשתות בתי קפה גדולות: ארומה ישראל, קפה לנדוויר, קפה גרג וקפה קפה.<sup>35</sup> עניינן של כל ארבעת הבקשות היה זהה: היעדר סימון מגדרי על תאי השירותים ברשתות אלה.

המבקשות בבקשות אישור אלו יוצגו על ידי אותו משרד עורכי דין, וטענתן המשפטית הייתה זהה: תקנות רישוי עסקים (תנאי תברואה נאותים לבתי אוכל), התשמ"ג-1983 (להלן: "התקנות") מחייבות הקצאת שירותים נפרדים לגברים ולנשים בכל בית קפה ומסעדה, ומכאן שהשירותים הלא ממוגדרים מהווים הפרה של התקנות.<sup>36</sup> המבקשות טענו כי הפרה זו של החוק גרמה נזק, שהתבטא בעוגמת נפש וחוסר נוחות לקבוצות, שהן ציבור הנשים העושות שימוש בשירותים משותפים ללא הפרדה בכל אחת מרשת בתי הקפה.<sup>37</sup> המבקשות העריכו את הנזקים שנגרמו כתוצאה מההפרות הנטענות בסך של 10,000,000 ש"ח לכל קבוצה (בסך הכול 40,000,000 ש"ח).

בהנגדה למצב בארצות-הברית, אנו לא סבורים כי בקשות אישור אלה הוגשו במטרה לפגוע בזכויות א/נשים שונים מגדרית. ייתכן מאוד שבעת הגשת הבקשות, המבקשות היו עיוורות לקיומה של אוכלוסייה זו ולהשפעה שיש למגדור תאי שירותים עליה. אולם, במבחן התוצאה, הסעדים שהתבקשו פוגעניים כלפי א/נשים שונים מגדרית כיוון שאם היו מתקבלים, השירותים שהיו נגישים עבורם עד להגשת הבקשות היו חדלים מלהיות נגישים.

<sup>33</sup> ראו, למשל: יוזמת בעלי הדיזינגוף סנטר משנת 2019: מערכת ערוץ הגאווה "פורצי דרך: דיזינגוף סנטר משיק תא שירותים חסר מגדר" mako גאווה (10.1.2019) [www.mako.co.il/pride-news/local/Article-750167aab943861006.htm](http://www.mako.co.il/pride-news/local/Article-750167aab943861006.htm)

<sup>34</sup> איתי שיקמן "השירותים הציבוריים החדשים בגבעתיים: 'פותרים את הבעיה של ההורים'" Ynet (19.8.2018) [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5331434,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5331434,00.html)

<sup>35</sup> ת"צ (ת"א) 1967-10-14 כהן נ' ארומה אספרסו בר בע"מ (פורסם בנבו, 15.6.2020) (להלן: עניין ארומה); ת"צ (ת"א) 2074-10-14 אלמוג נ' גרג קפה מאוד בע"מ (פורסם בנבו, 6.3.2016) (להלן: "עניין גרג"); ת"צ (ת"א) 1817-10-14 מלכה נ' רשת קפה קפה ישראל בע"מ (לא פורסם) (להלן: "עניין קפה קפה"); ת"צ (ת"א) 2163-10-14 כהן נ' קבוצת בהרל בע"מ (לנדוויר) (פורסם בנבו, 6.3.2016) (להלן: "עניין לנדוויר").

<sup>36</sup> ראו תק' 54 לתקנות.

<sup>37</sup> ס' 2 לכתב התביעה, אשר נוסחו זהה בכל ארבעת ההליכים. כתב התביעה זמין לצפייה בנבו או בפנקס התובענות הייצוגיות.



ואכן, במהלך השנים 2015–2016, שתיים מהרשתות המשיבות בהליך – קפה גרג וקפה לנדוור – הגיעו לפשרה עם המבקשות, במסגרתה המשיבות התחייבות לסמן את תאי השירותים בסימון מגדר.<sup>38</sup>

בתי קפה היא לא הזירה היחידה שבה נגרם לא/נשים שונים מגדרית נזק בעקבות תעשיית התובענות הייצוגיות. בין השנים 2012–2017 הוגשו 20 בקשות אישור נגד עשרות תחנות דלק שונות שהוצבו בשטחן שירותים לא ממוגדרים.<sup>39</sup> הצדדים ב-4 מתוך 20 בקשות האישור האמורות הגיעו לפשרה או הסתלקות תוך הצהרה שתאי השירותים ימוגדרו.<sup>40</sup> 16 ההליכים הנותרים נמחקו – אין בנבכו מידע אם תחנות דלק אלו התחייבו לסמן את השירותים, אך יש סיכוי סביר שהשירותים אכן סומנו בסופו של דבר.

אומנם, באותה תקופה לא הייתה פסיקה שקובעת כי התקנות עליהן הסתמכו הבקשות לאישור התובענות כייצוגיות מחייבות בתי עסק למגדר שירותים, אך עצם הגשת בקשות האישור הרבות והפשרות אליהן הגיעו הצדדים, איימו לחסל כל יוזמה וולונטרית של אי-סימון שירותים מחשש מצדם של בעלי העסקים שמא תוגש נגדם תובענה ייצוגית. כך, באחת התגובות של המבקשות בעניין ארומה, נטען כי עצם הפשרות אליהן הן הגיעו עם קפה לנדוור וקפה גרג מוכיחות כי רשתות אלה לקחו אחריות על הפרת הוראות הדין וביצעו את ההפרדה המתחייבת בחוק.<sup>41</sup>

מפתיע לגלות שבתחום התובענות הייצוגיות מעט מאוד מהבקשות מגיעות בסופו של דבר לשלב האישור ולשלב פסק הדין. על פי נתונים שאוסף עו"ד אסף פינק, בין השנים 2015–2018 הסתיימו 3,250 הליכים, שמתוכם רק 6.7% מהבקשות שהוגשו אושרו כתובענה ייצוגית ועברו לשלב הסופי של ההכרעה.<sup>42</sup> אישור הבקשה נתפס כאיתות כבד משקל לנתבע מצד בית המשפט, כי יש לתובע הייצוגי עילה מוצדקת, כך שייתכן שאישור בקשה תוביל אותו להתפשר מתוך אסטרטגיה של ניהול סיכונים.

<sup>38</sup> עניין גרג, לעיל ה"ש 35. הרשתות גם התחייבו להעניק הנחה בסך 50% על רכישת כוס קפה ביום האישה 2016. עוד הוסכם כי רשת לנדוור תשלם לכל אחת מהמבקשות גמול בסך 2,500 ש"ח ושכר טרחה לעורכי הדין בסך 54,000 ש"ח, ורשת קפה גרג תשלם גמול של 2,187 ש"ח לכל אחת מהמבקשות ושכר טרחה של 47,250 ש"ח לעורכי הדין.

<sup>39</sup> שתי הבקשות הראשונות שהוגשו היו ת"צ (ת"א) 12341-08-12 טהרני נ' "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ (פורסם בנבו, 9.8.2016) ות"צ (ת"א) 12123-08-12 כהן נ' פז חברת נפט בע"מ (לא פורסם).

<sup>40</sup> ניתוח שנעשה על ידי כותבי מאמר זה, בהסתמך על פנקס התובענות הייצוגיות ומאגר הפסיקה של נבו.

<sup>41</sup> תגובה לתשובה לבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה על ידי המשיבות בעניין ארומה, לעיל ה"ש 35.

<sup>42</sup> אסף פינק "מחקר סיכום שנת 2018 תובענות ייצוגיות" (הכנס השנתי התשיעי לתובענות ייצוגיות, 3.3.2019) [knowit.org.il/Uploads/Documents/sikum2018.pdf](https://www.knowit.org.il/Uploads/Documents/sikum2018.pdf)



“סליחה, זה שירותי הבנים או הבנות?” חשיבה מחדש על הפרדה מגדרית בשירותים בעקבות פסק דין ארומה

רק ב-0.7% מההליכים ניתן פסק דין מכריע. 16.4% מההליכים הסתיימו בהסדר פשרה, המלווה בתשלום שכר טרחה לעו"ד המייצג, גמול לתובע הייצוגי וכמובן פיצוי לקבוצה התובעת (פיצוי כלכלי או בדמות שינוי התנהגות הנתבע). חלק הארי של ההליכים הייצוגיים – 59.9% – מסתיים בהסתלקות התובע הייצוגי, כאשר גם במהלך הסתלקות ניתן להגיע להסכמות בעניין גמול לתובע הייצוגי, שכר טרחה לעו"ד המייצג ושינוי התנהגות הנתבע. 6.1% מההליכים הסתיימו בהודעת חדילה מצד הנתבע – פרקטיקה הרלוונטית לרשויות ציבוריות המודיעות כי תפסקנה או תשנה את ההתנהגות שבגינה היא נתבעת. רק 10.1% מההליכים הסתיימו בדחיית הבקשה.<sup>43</sup> לפי הנתונים שפרסם עו"ד פינק, 48% הליכים הסתיימו עם הישג לקבוצה, כלומר באיזשהו שינוי התנהגות מצד הנתבע (הליכים שהסתיימו בפסק דין, בחדילה, בפשרה, או בהסתלקות מתוגמלת). מבחינת ניהול סיכונים ועלות-תועלת, משיבים רבים מעדיפים לפיכך להתפשר מאשר להמשיך לנהל הליך. לכן, כאשר אין הכרעה שיפוטית בנוגע לחובות שמטילה הוראת חוק מסוימת, רק עצם הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית עלולה להוביל לאיזשהו שינוי התנהגות מצד המשיב הספציפי ומשיבים פוטנציאליים נוספים שעוסקים באותו תחום של המשיב.

על אף כל האמור, למרות ששתי רשתות גדולות הגיעו לפשרה עם המבקשות, וחרף העלויות הגבוהות הכרוכות בהמשך ניהול ההליכים (שעלויות להיות גבוהות יותר מעלויות של הסכם פשרה), רשת ארומה ישראל ורשת קפה קפה החליטו להמשיך לנהל את הליכי הבקשה לאישור התובענה ולא להתפשר.

בחיבור זה נתמקד אך ורק בעניין ארומה, כיוון שהליך זה שבו היינו מעורבים הוא היחיד שהסתיים בפסק דין שדוחה את בקשת האישור.

## ז. השתלשלות האירועים בעניין ארומה עד למתן פסק הדין

### תגובת המשיבות (רשתות בתי הקפה)

בתשובתה לבקשת האישור, טענה ארומה ישראל מספר רב של טענות הגנה. לעניין פרשנות התקנות, טענה ארומה ישראל שתכליתן הוא למנוע מצב שבו נשים ייתקלו בגברים המטילים את מימיהם במשתנה, כך שאם אין משתנות אין תכלית להפרדה. בנוסף נטען שהשירותים עצמם הם תאים יחידניים מופרדים לחלוטין, כך שגברים ונשים לא ייתקלו זה בזה בתוך תא השירותים. עוד נטען בקצרה, כי עצם סימון השירותים לפי שני



מגדרים עלול להפלות את מי שאינו עונה על ההגדרה המסורתית של גבר או אישה, וכן עלול לפגוע בטרנסג'נדרים.

### העמדה הראשונה של היועץ המשפטי לממשלה

במאי 2016 במהלך דיון מקדמי שהתקיים בבית המשפט, הסכימו הצדדים כי היועץ המשפטי לממשלה יביע את עמדתו במחלוקת העקרונית שהתגלעה בין הצדדים בנושא סימון תאי השירותים והפרדתם.<sup>44</sup> מספר חודשים לאחר מכן, בתשובה בת שני עמודים, ב"כ היועץ המשפטי לממשלה ציטטה את הוראות התקנה כלשונה ולבסוף חתמה באופן לקוני: "אנו מותירים לשיקול דעת כב' בית המשפט את פרשנות התקנה הזו".<sup>45</sup> בהמשך ההארה נחזור לעמדה זו.

### בקשת הצטרפות ארגוני הקהילה הגאה להליך במעמד של יידי בית המשפט

לאחר השתלשלות עניינים זו, נודע לארגוני הקהילה הגאה על ההליך ועל פוטנציאל ההשפעה שעלולה להיגרם על א/נשים שונים מגדרית בעקבות הכרעה בו, והם ביקשו להצטרף להליך לפי סעיף 15(א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006, הקובע כי בית המשפט רשאי להתיר לארגון הפועל לקידום מטרה בקשר לעניין שבו עוסקת התובענה הייצוגית, להשתתף בדיונים אם הדבר דרוש לשם ניהולה היעיל וההוגן של התובענה ולשם הגנה על עניינם של חברי הקבוצה. בקשת הארגונים להצטרף להליך נתקלה תחילה בהתנגדות, אך בסופו של דבר התקבלה בהסכמת כל הצדדים במהלך דיון מקדמי נוסף שהתקיים ביוני 2017, בעידוד בית המשפט.<sup>46</sup>

### טענות הארגונים בחוות הדעת כיידי בית המשפט

בחוות דעתם הארגונים טענו כי שירותים יחידניים יוניסקס מתיישבים עם לשון התקנה ותכליתה. התקנות קובעות כי "בכל עסק יהיו חדרי שירות הכוללים תאי בית שימוש, משתנות וכיורים במספר הנקוב להלן: עד 30 אורחים – אסלה אחת וכיור אחד המשותפים לנשים וגברים, למעט מסעדות ובתי קפה שבהם חייבים להימצא שירותים נפרדים לגברים ולנשים". כלומר, כאשר מדובר בבתי עסק שמארחים עד 30 אורחים, המחוקק לא מצא בעיה מבחינה היגיינית או סבר שאסלה שבה משתמשים גברים ונשים מהווה פגיעה בכבוד של מי מהמגדרים, אלא אם מדובר במסעדות ובתי קפה.

לכאורה לשון החוק ברורה ונדרשת הפרדה מגדרית, אך הארגונים הצביעו על כך שבתקופה שבה התקנות הותקנו, שנת 1983, המודל היחיד שעמד לנגד עיני המחוקק הוא מודל חדרי השירותים המופרדים מגדרית – מודל שבו שני חדרי שירותים רבי-תאים – אחד לגברים הכולל משתנות ותאים, ואחר לנשים. מאז העולם השתנה, ומודלים אחרים של חדרי שירותים כמו שירותי יוניסקס הפכו נפוצים יותר ויותר. הצורך בהפרדה במודל

<sup>44</sup> עניין ארומה, לעיל ה"ש 35, החלטה מיום 2.5.2016.

<sup>45</sup> שם, עמדת היועץ המשפטי לממשלה מיום 26.1.2017.

<sup>46</sup> שם, החלטה מיום 15.6.2017.



“סליחה, זה שירותי הבנים או הבנות?” חשיבה מחדש על הפרדה מגדרית בשירותים בעקבות פסק דין ארומה

חדרי השירותים הישן נבע מכך שהשימוש בו מחייב התערטלות מסוימת בשטח הציבורי של חדר השירותים, למשל במשתנות, והפרטיות בו מוגבלת. ניתן להבין מדוע במודל של חדר שירותים שבו מספר תאים ומשתנות נדרשת הפרדה מגדרית, שמטרתה למנוע פגיעה בפרטיות, מבוכה, תחושת אי-נוחות ופגיעה ברגשות, ואף להפחית הסיכון למקרים של הטרדות מיניות.

המודל שבחרה בו רשת ארומה ישראל הוא מודל אחר לחלוטין – מודל 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 התקנות להפרדה בין שירותי גברים לנשים. זאת, משום שהשימוש בהם הוא ממילא בתנאי פרטיות מלאה ותוך הפרדה בין משתמש למשתמשת. 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 ברגשות, וככל שכן ודאי שלא יותר משימוש בשירותים ממוגדרים רבי-תאים.

הטענה שתכלית התקנה למנוע את עצם השימוש המשותף לגברים ולנשים באותו תא בזמנים שונים היא אבסורדית, שכן התקנות דווקא מאפשרות במקרים אחרים קיומו של תא יחיד המשרת נשים וגברים, למשל – בעסקים קטנים, או תא משותף לבעלי מוגבלויות. לפיכך, הפרקטיקה של רשת ארומה ישראל מתיישבת עם לשון התקנה ותכליתה, גם אם לא מדובר במודל שעמד מול עיניו של מחוקק המשנה בעבר. על כן, נטען, כל שנדרש הוא לפרש את התקנה בצורה הגיונית, חרף שינויי העיתים, ולא להתעקש על פרשנות דוקנית צרה, כפי שנדרש בבקשת האישור.

לעניין הנזק עמדת הארגונים הייתה, כי אם כנטען שימוש של נשים באסלה שבה השתמש קודם לכן גבר פוגעת בכבודן בשל הלכלוך הנוצר, הייחודי לגברים, מדוע לגבר הנכנס לאסלה שלוכלכה קודם על ידי גבר אחר אין זכות דומה לשמירה על כבודו? יתרה מזאת, הטענה של המבקשות מתבססת כולה על סטריאוטיפים ומייחסת היעדר הגיינה לקבוצה שלמה על בסיס מין.

ככל שנגרמה למבקשות אי-נוחות כלשהי, הרי שהיא נובעת מהיעדר הגיינה ולא מהיעדר מגדור. אולם, שימוש לא הגייני בשירותים ציבוריים יכול להיגרם גם על ידי משתמש וגם על ידי משתמשת, והפתרון לו הוא הקפדה על ניקיון תכוף של השירותים. גם בשירותים ממוגדרים נתקלים לא פעם במצב שבו משתמש קודם הותיר את התא לא הגייני, בין שמדובר בשירותי נשים ובין שמדובר בשירותי גברים. אולם, אין קשר ישיר בין תופעות אלו לבין העובדה כי השירותים אינם ממוגדרים.

לאור כל האמור נטען כי למבקשות לא נגרם נזק ומכל מקום, מבחינת הנזק שאליו נתכוון החיקוק הוא נזק לבריאות הנובע מהיעדר שירותים, או פגיעה בפרטיות מקומם





של חדרי שירותים שלא בתנאי פרטיות, דבר שלא קיים בתאים יחידניים. לכן, אפילו אם בית המשפט יאמץ את העמדה כי מדובר בהפרה של תקנה, המבקשות לא תוכלנה להוכיח את יסוד העוולה לפי הנזק שאליו נתכוון החיקוק.

לבסוף טענו הארגונים, כי לפי סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, לבית המשפט שיקול דעת אם לקבל בקשה לאישור תובענה כייצוגית, וכחלק משיקול דעתו עליו להגיע למסקנה כי "תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין". מקרים קלאסיים שבהם בתי המשפט מצאו כי תנאי זה מתקיים הם כאשר הסעד שמגיע לכל אחד מחברי הקבוצה אינו גבוה מספיק כדי להצדיק תביעה אישית, ותובענה ייצוגית היא ככל הנראה הדרך היחידה בה עניינם של חברי הקבוצה יתברר. שיקול נוסף אותו בית המשפט שוקל בבחינת תנאי זה הוא המידה שבה הכרעה בשאלות המשותפות תסייע לפתרון הסכסוך הפרטני של כל אחד מחברי הקבוצה מול הנתבע והאם ישנה שונות עובדתית מהותית בין פרטי המקרה של כל אחד מחברי הקבוצה אשר לא מאפשרת דרך יעילה והוגנת להתמודד עם השאלות שמתעוררות בגדרי התובענה.<sup>47</sup>

בעניין זה נטען, כי המבקשות לא הצביעו על נזק ראוי לפיזי, ובכל מקרה הן אינן יכולות להתבסס על קביעה גורפת כי נגרם נזק לכל אחד מחברי הקבוצה, שכן קביעה כזו מבוססת על הנחות עובדתית כגון שכל אחד מחברות הקבוצה נכנסה לשירותים אחרי גבר, הוא לכלך את מושב האסלה ואם היו נכנסות לתא השירותים רק נשים המושבים לא היו מתלכלכים. קביעה גורפת כזו היא בלתי רצויה, בדיקה פרטנית היא אינה אפשרית ומכאן שתובענה ייצוגית אינה דרך יעילה והוגנת להכרעה במחלוקת.

שיקול נוסף אותו בוחן בית המשפט הוא האם התובענה הייצוגית משרתת את כלל חברי הקבוצה. בעניינו, זה לא המקרה שכן יש חברים בקבוצת "לקוחות בית הקפה", כמו הקבוצה אותה הארגונים מייצגים, שזכויותיהם ייפגעו דווקא מקבלת התובענה.

#### **שינוי עמדת היועץ המשפטי לממשלה לאחר הצטרפות הארגונים**

לאחר שהארגונים ביקשו להצטרף לתיק במעמד ידידי בית המשפט ולטעון טענות עקרוניות, שינה לפתע היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו ונציגתו התייצבה לצד המבקשות. בניגוד לעמדה הראשונית, שיש להותיר לשיקול דעת בית המשפט את פרשנות התקנות, טענה נציגת היועץ המשפטי לממשלה כי "המצב החוקי מאד ברור" וכי "אם יש לעמותות או לחברי (ב"כ ארומה – המחברים) טענות נגד המצב החוקי הזה הם צריכים לפנות לבג"ץ". יתרה מכך, הנציגה הצדיקה את ההפרדה המגדרית בטענה לפיה "צריך לשקול את אינטרס החברה בכללותה", וכן כי "השימוש בשירותים הוא בהתאם למבנה

<sup>47</sup> רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פס' 18 – 19 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ'), א' ריבלין (פורסם בנבו, 5.7.2012); ע"א 6887/03 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות, פס' 27 לפסק דינו של השופט א' גרוניס (פורסם בנבו, 20.7.2010).



“סליחה, זה שירותי הבנים או הבנות?” חשיבה מחדש על הפרדה מגדרית בשירותים בעקבות פסק דין ארומה

הגוף ולא למגדר”.<sup>48</sup> הנציגה ביקשה להגיש חוות דעת נוספת מטעם היועץ המשפטי לממשלה, לאחר שתוגש חוות הדעת מטעם הארגונים.

העמדה השנייה שהגיש היועץ המשפטי לממשלה נוסחה הפעם על ידי משרד הבריאות, שהוא המאסדר האמון על התקנת התקנות. משרד הבריאות טען כי לשון התקנות ברורה, וקובעת כי בבתי קפה חייבים להימצא שירותים נפרדים לגברים ולנשים, תוך שהפנה להסכמי הפשרה שנחתמו בעניין והובילו לסימון שירותים לפי מגדר.<sup>49</sup> לטעמו, הטענות של רשת ארומה ישראל והארגונים הן למעשה תקיפה עקיפה של התקנות, המחייבות הפרדה מגדרית, וכי ההליך המתאים לטענות אלה הן בתקיפה ישירה בבג”ץ, ולא במסגרת מענה לתובענה ייצוגית.

### **תשובת הארגונים לעמדה השנייה של היועץ המשפטי לממשלה**

בתגובה לעמדת משרד הבריאות, הארגונים טענו כי הגם שעמדת המאסדר היא בעלת משקל בפרשנות הדין, אין לקבלה אוטומטית,<sup>50</sup> וכי בעניין זה אין לקבל את עמדת המאסדר משני טעמים. ראשית, המאסדר שינה את עמדתו, כפי שפורט לעיל, ללא שום הסבר. שנית, עניינה של המחלוקת בתיק הוא בשאלה משפטית גרידא, ולא בסוגיה מקצועית מתחום בריאות הציבור, כך שלמאסדר אין יתרון של מומחיות על פני בית המשפט בעניין זה.

## **ח. פסק הדין בעניין ארומה**

ביוני 2020 דחה שופט בית המשפט המחוזי בתל-אביב רחמים כהן את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית נגד ארומה ישראל.<sup>51</sup> בית המשפט קבע כי המבקשות לא הוכיחו את הטענות בדבר נזק בעשיית עושר ולא במשפט, ולא הוכיחו את קיומם של יסודות עולת הפרת חובה חקוקה – נזק וקשר סיבתי. כלומר, המבקשות לא הוכיחו שאי-הפרדה בשירותים היא זו שגרמה לנזק הנטען על ידי המבקשות, שגם לגבי קיומו לא הונחה תשתית ראייתית סבירה. כך, המבקשות לא הניחו תשתית ראייתית לכך שהאדם שעשה שימוש קודם לכניסתן היה גבר והוא זה שהשאיר את השירותים מלוכלכים, או תשתית ראייתית לכך שגברים הם הסיבה לצורך של המבקשות לרפד את מושב האסלה וכי הם אחראים לרמת ניקיון ירודה בשירותים. בית המשפט קבע כי טענות המבקשות מייצרות

<sup>48</sup> עניין ארומה, לעיל ה”ש 35, פרוטוקול דיון מיום 15.6.2020, בעמ’ 7.

<sup>49</sup> שם, עמדת משרד המשפטים מיום 6.9.2018.

<sup>50</sup> רע”א 9778/16 זליגמן נ’ הפניקס החברה לביטוח (פורסם בנבו, 31.5.2018). עניין זה עלה לדיון נוסף ביום 26.7.2020 בהרכב מורחב. בעת כתיבת חיבור זה, טרם ניתנה הכרעה.

<sup>51</sup> עניין ארומה, לעיל ה”ש 35.



הבחנה בין השימוש שנעשה על ידי גברים ונשים בשירותים באופן שנשען על סטריאוטיפים לא מבוססים, וסבר כי טענותיהן מכתומות ומכפישות ציבור שלם של אוכלוסיית הגברים.

בעניין פרשנות התקנות, בית המשפט לא מצא לנכון לעסוק בכך שכן די בכך שהמבקשות לא הניחו תשתית ראייתית כאמור על מנת לדחות את בקשתן. לשיטת בית המשפט, כיוון שהיועץ המשפטי לממשלה עדיין לא ייטען כי ישנה כוונה לתקן את התקנות, ולמרות שצייין כי עדיין אין טיטה או עקרונות מקצועיים לגבי התיקון, אין זה נכון שבית המשפט יצוק פרשנות לתקנות שאמורות, מתישהו, להשתנות. עם זאת, בית המשפט צייין כי כאשר יידרשו הגורמים הרלוונטיים לשינוי התקנות, סביר כי תיבחן האפשרות לעמידת התקנות בהוראות השוויון ללא הבדלי דת, גזע ומין הקבועות בדין הישראלי.

בכך פטר את עצמו בית המשפט מלעסוק בשאלות אם הפרקטיקה של המשיבות עומדת בניגוד לתקנות, ואם כך הדבר, אם התקנות אינן חוקיות. עם זאת, עצם העובדה שבית המשפט מציין במפורש את השאלות האלה כשאלות להן הוא לא נדרש כעת, מרמזת על כך שיתכן כי בית המשפט סבר כי תקיפה עקיפה היא טענה אפשרית במסגרת הליך של בקשה לאישור תובענה כייצוגית.

בית המשפט מצא לנכון בכל זאת להתייחס, כאמרת אגב, לטענות שהעלו הארגונים וזאת בשל חשיבותן. בית המשפט סבר כי אל מול הנזק הנטען של המבקשות, המתבטא בחוסר נוחות, יש להעמיד את הנזק שעלול להיגרם לקבוצות אחרות: לגבי גברים ציין, כי קבלת בקשת האישור ללא הנחת תשתית ראייתית מתאימה תוביל להכתמת קבוצה שלמה, כאשר העמדות הסטריאוטיפיות של המבקשות כלפי גברים מגלמות בתוכן הפליה מגדרית ללא הבחנה על בסיס שונות רלוונטיות; וכן לגבי טרנסג'נדרים ואנשים ללא זהות מגדר (כהמשגת בית המשפט), שקבלת הטענות עלולה לגרום להם נזק. את בחינת השאלה הזו, יש לשיטת בית המשפט לבסס על עקרון השוויון. בית המשפט נזף במבקשות על כך שטענו כלפי קבוצה זו שמדובר בקבוצה מינורית וזניחה לעומת הקבוצה אותה ביקשו לייצג, קבוצה שלשיטתן נושא הפרדה הוא בעל השפעה מכרעת עליה. בית המשפט קבע, כי כאשר המבקשות עצמן לא מתייחסות להשלכות הפגיעה בקבוצות האחרות, ראוי שבית המשפט ייתן דעתו וישקול את הנזקים של אותן קבוצות.

לבסוף הוסיף בית המשפט וקבע לגבי ניסיון של המבקשות לבסס את הנזק שנגרם להן בנימוק של שונות ביולוגית בין המינים, כי אין מקום להבחנה ביולוגית, וכי יש, בבוא העת, לבחון את הנזק שנגרם לקבוצות השונות במסגרת שיח של שוויון זכויות ללא הבחנה בין דת, גזע, מין, צבע עור, מגדר וכיו"ב.



“סליחה, זה שירותי הבנים או הבנות?” חשיבה מחדש על הפרדה מגדרית בשירותים בעקבות פסק דין ארומה

## ט. מסקנות ומחשבות לעתיד

פסק הדין בעניין ארומה הוא חשוב כיוון שהוא עשוי לסתום את הגולל על תעשיית התובענות הייצוגיות בתחום זה. בכך, התיר פסק הדין לבתי קפה, למסעדות ולעסקים אחרים המעוניינים בכך, להציב בבתי העסק שלהם תאי שירותים יחידניים יוניסקס, ללא חשש מתביעה ייצוגית.

לצערנו, פסק הדין ניתן רק לאחר שתחנות דלק רבות ושתי רשתות בתי קפה גדולות התפשרו וסימנו את תאי השירותים בשטחן. אין לדעת כמה עוד מקומות נרתעו מלבחור בפרקטיקה של היעדר מגדור בעקבות פשרות אלה.

תובענה ייצוגית היא אומנם כלי חיוני וחשוב בהגנה על זכויות ובאכיפת החוק, ואין לנו כל רצון לפגוע באפקטיביות של כלי זה, או לצננו. להיפך, כמי שעוסקים בהגנה על זכויות יש לנו עניין בכך שכלי התובענות ייצוגיות יהיה אפקטיבי. אולם, מקרה זה מדגים כי התובענה הייצוגית עשויה להוות גם אמצעי עיוור, אשר בכסות של דאגה לזכויות, פוגע בהן.

בהחלט בית המשפט שימש בהליך זה כמגן זכויות אדם, כשדחה את הבקשה תוך אמירות חשובות על שוויון, איסור הפליה ותפקיד בית המשפט כמי שצריך לשקול את הנזקים של כלל הקבוצות. חבל שאמירות אלה נמצאו בעיקר באמרות אגב, ושבית המשפט דחה את בקשת האישור בנימוק של היעדר תשתית ראייתית לא מבוססת דיו.

יש לשבח את רשת ארומה ישראל, שזיהתה את הסוגייה העקרונית שעל הפרק, שלא ויתרה כמו רשתות מתחרות ו"הלכה עד הסוף" – למרות הסיכונים והעלויות הכרוכים בכך. בכך הוכיחה ארומה ישראל שהשגת שוויון לקהילה יכול להגיע גם דרך חברות מסחריות משפיעות, שלוקחות על עצמן את תפקיד בעלות הברית המגינות, וזאת בזמן שהכנסת או הממשלה, לרבות היועץ המשפטי לממשלה, נמצאים בצד שפוגע.

בסופו של דבר, אנו מקווים שפסק הדין ייתן לרשתות נוספות רוח גבית להתייצב לצד הקהילה הטרנסג'נדרית והאנשים שונים מגדרית, ולהציב בבתי העסק שלהם תאי שירותים יחידניים מסוג יוניסקס.