

המבקשת : האגודה לזכויות האזרח בישראל

כולם ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ו/או דן יקיר ו/או אבנר
פינצ'וק ו/או עודד פלר ו/או שרון אברהם-ויס ו/או
עביר גיבוראן דכוור ו/או משכית בנדל ו/או טל חסין
ו/או אן סוצייו ו/או רגד ג'ראיסי ו/או רוני פלי ו/או סנא
אבן ברי ו/או ספיר סלוצקר עמראן

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 03-5608185 ; פקס : 03-5608165
דוא"ל : gil@acri.org.il

בעניין :

מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ

באמצעות עוה"ד חגי מאירי
מרח' יפו 216, שערי העיר, ירושלים
טל': 02-5000077 ; פקס : 02-5383733

המבקשת רשות לערער

- נ ג ד -

1. חאלד סלמאן

2. רימא סלמאן בשארה

באמצעות ב"כ עוה"ד עזי דאוד
מרח' החבצלת 12 א ירושלים
טל': 02-6255616 ; פקס : 02-6223049

המשיבים

היועץ המשפטי לממשלה

באמצעות פרקליטות המדינה

מתייצב בהליך

**בקשה להצטרף להליך במעמד של ידידת בית המשפט (Amicus curiae) או מכוח
סעיף 7(ב) לחוק איסור הפליה**

בית המשפט הנכבד מתבקש לאפשר למבקשת, האגודה לזכויות האזרח בישראל (להלן – האגודה לזכויות האזרח או המבקשת), להצטרף לדיון בתיק במעמד של ידידת בית הדין או מכוח סעיף 7(ב) לחוק איסור הפליה במוצרים, שירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן – חוק איסור הפליה או החוק), ולהגיש חוות דעת מטעמה ביחס לשאלה המשפטית בבסיס בקשת רשות הערעור : האם חוק איסור הפליה חל על מכירת דירות.

טעמי הבקשה

1. בפסקי הדין מושא בקשת רשות ערעור זו קיבלו בית המשפט השלום והמחוזי את תביעתם של המשיבים בהליך זה, וקבעו כי המבקשת רשות לערער הפלתה אותם במכירת דירות בפרויקט ששווקה בניגוד לחוק איסור הפליה.
2. בבקשת רשות הערעור מתבקש בית המשפט להפוך את פסק הדין ולקבוע, כי יש לפרש את החוק בצמצום, כך שהמונח "הספקת מוצר" בחוק איסור הפליה לא יכלול מכירת דירות, גם אם המכירה נעשית בידי חברת בניה שזה עיסוקה. הפרשנות המוצעת על ידי המבקשת רשות ערעור הינה שתחום המגורים כולו מוחרג מתחולת החוק, וכי למעשה הפליה במגורים היא מותרת, גם כשהיא נעשית על ידי מי שעיסוקו במכירת דירות. קבלת טענה זו משמעה סתימת הגולל על האפשרות של קורבנות הפליה בתחום המגורים להיאבק בהפליה באמצעות החוק, אף אם הגורם המפלה הינו גורם מסחרי, ותהיה לכך השלכה רחבה החורגת מהתיק הנוכחי.
3. תביעות על הפליה בדיוור, המבוססות על חוק איסור ההפליה, אינן שכיחות אך גם אינן נדירות, והשימוש בהן הולך וגובר עם השנים. המשיבים עצמם העידו כי חוץ מהתביעה מושא בקשת הערעור הם נאלצו להגיש ארבע תביעות נגד חברות אחרות שסירבו למכור להם דירה, תביעות שהסתיימו בפשרה, ובית המשפט השלום דחה הטענה של המבקשת לערער, כי הדבר מצביע על חוסר תום לב, ואף קבע בצורה ברורה כי "אף שהתובע הגיש 4 תביעות בעילה דומה, לא התרשמתי כי מדובר בתובע סדרתי, המנסה להתעשר על חשבון הנתבעת ועל חשבון קבלנים אחרים, כי אם באדם אשר נתקל בהפליה שיטתית על רקע השתייכותו הדתית (פיסקה 59 לפסק הדין של בית המשפט השלום בתביעה מושא בקשת רשות הערעור).
4. האגודה לזכויות האזרח עצמה תובעת חברות בניה שהפלו על בסיס החוק. לתביעות מסוג זה שבהן מעורבת האגודה או שבידיעת האגודה, למעט התביעה מושא בקשת רשות הערעור: תא"מ 1749-12-12 **הווארי נ' חדיף בנין והשקעות** (הסתיים בהסכם פשרה) (הפליה סמויה מחמת לאום במכירת דירות בעכו); ת"א 43211-05-17 **ה.ב.ח. נ' גרופית הנדסה אזרחית ועבודות ציבוריות** (הסתיים בהסכם פשרה) (הפליה סמויה מחמת לאום במכירת דירות ברמלה); ה"פ (רמ') 22908-10-13 **חדאד נ' חברת מעלות טל יזמות** (מיום 17.9.14) (דחיית תביעה בעניין התניית רכישת דירה במסגרת קבוצת רכישה בשירות צבאי); ת"א (נצי')-53172-02-16 **בכרי נ' (ס.א.מ) נופי - קבוצת ניהול** (מיום 7.8.16) (דחיית על הסף של תביעה להפליה מחמת לאום במכירת מגרשים בטענה שהחוק לא חל על שיווק מקרקעין); ת"א (ת"א)-43352-05-17 **חליוי נ' י.ס. ברקת ישראל מגורים ובינוי** (תלוי ועומד) (הפליה סמויה מחמת לאום במכירת דירות ביפו); ת"א (חי') 3941-10-16 **מוזלבת נ' ט.א. תמ"א יזמות השקעות ובניה** (תלוי ועומד) (הפליה סמויה מחמת לאום במכירת דירות במעלות תרשיחא); תא"מ-25028-02-17 **חאגי יחיא נ' ון-לואן** (תלוי ועומד) (הפליה מחמת לאום בידי חברת תיווך בירושלים).
5. הנה כי כן, רק ממה שידוע לאגודה לזכויות האזרח מדובר בלפחות 11 תביעות בנושא מכירת דירות, שנדונו וחלקן עדיין תלויות ועומדות בעניין הפליה במכירת דירות.

6. יתרה מזאת, הדיון בתיק זה מעורר גם שאלה כללית יותר, של פרשנות חוק איסור הפליה באותם מקרים, והם רבים, שבהם לשון החוק אינה חד משמעית ונתונה לפרשנות.

7. במקרים רבים תחולת החוק אינה נתונה בספק, והדיונים המשפטיים עוסקים בעיקר בהחלת החוק על המקרה הפרטני. אולם במקרים הולכים וגדלים הנתבעים דורשים להסיר מעצמם אחריות גם על בסיס פרשנות מצמצמת של החוק. כך מתעוררות מפעם לפעם, כמו במקרה זה, שאלות בעניין פרשנות הראויה של המילים "מי שעיסוקו", "הספקת מוצר", "מקום ציבורי", "שירות ציבורי", "מחמת מיין" וכדומה.

8. כך, למשל, בעניין **קולך** דחה בית המשפט הנכבד פרשנות מצמצמת של המונח "הספקת שירות" וקבע כי הדרת נשים משידורי תחנת רדיו מהווה הפליה במתן השירות גם אם לא נפגעה זכותן של נשים להאזין לשידור. בית המשפט הנכבד פסק כי "אין ספק כי כחלק מהשירותים שאותם מספקת תחנת הרדיו למאזיניה נכללת האפשרות של המאזינים להשתתף בשידורים ולהביע את דעתם, זוהי "פעילות" ("שירות") שהתחנה מציעה. אשר על כן, חסימתה של אפשרות זו בפני נשים בשל היותן נשים – ככל שתוכח – בהחלט עשויה לעלות כדי הפליה אשר חוק איסור הפליה חל לגביה". בית המשפט אף ציין כי "הפרשנות שהציג בית המשפט [קמא] עולה בקנה אחד עם פסיקות קודמות של בית משפט זה לעניין היקף פרישתו של חוק איסור הפליה, המלמדות כי החוק משקף מגמה ארוכת שנים של הרחבת תחולתו של עקרון השוויון גם בתחומי המשפט הפרטי, וכן שתכליתו של החוק מחייבת לדחות פרשנויות אשר משמעותן היא הותרת מופעים של הפליה על כנס ... גם עיון בהליכי החקיקה השונים מלמדים על רצונו של המחוקק לפרוש באופן נרחב את יריעת החוק על מופעים של הפליה, ובפרט על מופעים של הפליה גנרית על בסיס מיין" (רע"א 6897/14 **רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך - פורום נשים דתיות** (מיום 9.12.15), בפסקה 49).

דוגמאות נוספות למקרים בהם חלה מחלוקת בעניין פרשנות החוק ר':

ת"צ (י-ם) 59462-01-16 **אבו פריח נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל** (מיום 24.12.17) (נדחתה טענה להפליה מחמת לאום בהחלטה על מיקום פתיחת סניפים בטענה כי החוק חל רק על שירות שניתן בפועל); ע"א (ת"א) 41592-04-12 **שוורץ נ' גלינה בר** (מיום 16.10.13) (נדחתה טענה ולפיה מי שנמנעה כניסתו למקום ציבורי בשל הפליה כלפי חברו זכאי לפיצוי); ת"צ (מרכז) 8214-05-14 **רונו מירב נ' איי.די.איי. חברה לביטוח** (מיום 23.8.18) (התקבלה טענה כי שירותי דרך של חברת ביטוח הינם בגדר שירותי ביטוח והחוק חל עליהם); תצ (חי') 39672-01-16 **ואכים נ' שופרסל** (מיום 25.1.18) (נדחתה טענה כי שירות משלוחים של רשת קמעונאית הוא שירות ציבורי, אך התקבלה הטענה כי מדובר בהספקת מוצר, ולכן החוק חל); ת"א (ת"א) 35563-02-12 **האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' מקור ראשון** (מיום 12.11.14) (נדחתה טענה כי פרסום מודעה בעיתון אינו שירות ציבורי); ת"א (י-ם) 9532-10-14 **המרכז הרפורמי לדת ומדינה נ' ליברמן** (מיום 15.10.17) (נדחתה טענה כי החוק אינו חל על אתר הנותן שירות לעסקים המחפשים עובדים יהודים בלבד).

9. מכאן שההלכה שעשויה לצאת מבית המשפט הנכבד בתיק זה, אם תינתן רשות ערעור, תהיה משמעותית לאופן שבו יפרשו הערכאות הנמוכות את חוק איסור ההפליה גם במקרים דומים,

שלא בהקשר של דיור, והוא יוכל להשפיע גם על פרשנות חוקי איסור ההפליה האחרים כמו חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. פרשנות דווקנית וצרה של לשון החוק תוביל לפגיעה בחשיבותו וביכולתו של החוק למגר הפליה במוצרים ובשירותים. כפי שציין ד"ר גרשון גונטובניק בספרו "לפעילות הפרשנית של בתי המשפט יש משקל חשוב ביותר בישום החוקים האוסרים על הפליה במשפט הפרטי. עליהם לפרש את היקף התחולה של החוקים ואת החריגים לתחולתם. עליהם להתמודד עם גילויי הפליה הנופלים מחוץ לחוקים אלה ולקבוע אם החוקים הנם בבחינת הסדר ממצה אם לאו. בפעילותם הפרשנית יכולים בתי המשפט להפוך את דבר החקיקה למכשיר רב עוצמה למלחמה בהפליה, אך הם יכולים לכרסם מעוצמתם, וזאת על ידי מתן משקל נכבד לערכים המתנגשים עם ערך השוויון, ובהם ערך האוטונומיה של המשפט הפרטי והזכות לתרבות" (גרשון גונטובניק **הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות – בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות** 484 (2014) (להלן – **גונטובניק**)).

10. האגודה לזכויות האזרח מעוניינת להביא בפני בית המשפט את עמדתה ביחס לתכליות החוק, שהיא גם הייתה שותפה לחקיקתו, ולגבי החשיבות בפירוש החוק באופן שלא יפגע, שלא לומר, יחסל, את יעילותו ביחס להפליה בדיור ולהפליה אחרת שיש מחלוקת לגבי פרשנות החוק בעניינה.

11. עוד יודגש, כי האגודה לזכויות האזרח אינה מבקשת להתערב בממצאים העובדתיים, או לנקוט עמדה בסכסוך הפרטני, אלא לייצג את האינטרס הציבורי בשמו היא פועלת של הגנה על הזכות לשוויון.

12. המחוקק העניק לארגונים כמו האגודה לזכויות האזרח מעמד מיוחד בהליכים מכוח החוק. בין היתר לאגודה עומדת זכות תביעה כתאגיד העוסק בהגנה על זכויות של קורבנות הפליה במשך שנים רבות. מעבר לזכות התביעה העניק המחוקק לבית המשפט שיקול דעת לאפשר לארגוני זכויות זכות עמידה גם שלא כתובעים. זכות זו מעוגנת בסעיף 7(א) לחוק הקובע כי "בתובענה בשל עוולה לפי חוק זה רשאי בית המשפט לתת לתאגיד כאמור בסעיף קטן (א) להשמיע את דברו, בדרך שיורה".

13. סמכות זו הינה סמכות ספציפית מעבר לסמכותו הכללית של בית המשפט הנכבד לצרף את המבקשת במעמד של ידידת בית המשפט. כפי שציין בית המשפט הנכבד בהלכת **קוזלי**, שם הכיר בית המשפט העליון במוסד "ידיד בית המשפט", מטרת המבקשת הינה לתרום ל"גיבוש עמדה והלכה המשקפת את מגוון המצבים והבעיות שבסוגיה", שעומדת בפני בית המשפט (מ"ח 7929/96 **קוזלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(1) 529, 554 (1999)). מאז הלכת קוזלי צורפו גורמים ציבוריים רבים לדיונים בנושאים שונים בערכאות שונות (ר' ישראל (איסי) דורון, מנאל תותרי-גיבראן, גיא אנוש וטל רגב, עשור ל"ידיד בית-המשפט": ניתוח אמפירי של החלטות בתי-המשפט, **עיוני משפט** לד 706 (2011)).

14. אגב כך, גובשה בפסיקה רשימה לא סגורה של קריטריונים לצירוף "ידיד בית משפט", ובין היתר: מהות הגוף המצטרף ומומחיותו; ניסיונו של הגוף והייצוג שהוא מעניק לאינטרס שבשמו הוא מצטרף; סוג ההליך והפרוצדורה הנוהגת בו; מהות הצדדים הישירים להליך; התרומה הפוטנציאלית לדיון. **מבחנים אלה מתקיימים במקרה שלפנינו ותומכים בצירוף המבקשת לדיון דנן.**

15. האגודה לזכויות האזרח הינה ארגון מקצועי ותיק לזכויות אדם, הקיים משנת 1972, ופועל רבות באפיק משפטי להגנה על זכויות אדם ובכלל זה ולהגנה על הזכות לשוויון ואי-הפליה במגורים. העיסוק רב השנים של המבקשת באכיפת דיני איסור ההפליה ובייצוג קורבנות הפליה, היכרותה מקרוב את ההלכות, את הכתיבה האקדמית ואת חיי המעשה, הוא המאפשר לה להציג מבט רחב בסוגיה ולתרום תרומה חשובה לדיון ולהרחבת המבט מעבר לטענות הפרטניות, וזאת על מנת להעמיד בפני בית המשפט הנכבד תשתית רחבה ככל הניתן ולסייע לבית המשפט הנכבד להכריע תוך שהוא מודע למלוא ההשלכות שיהיו לפסיקה בתיק שלפניו גם על מקרים נוספים.

16. ככל שיחליט בית משפט נכבד זה לתת רשות ערעור, הרי שזהו הליך מתאים לצירוף המבקשת, שכן הסוגיה המתעוררת אינה פרטנית או נקודתית אלא סוגיה הנוגעת לפרשנות החוק ותהיה לה השלכה רחבה, החורגת מהשלכתה על הצדדים לתיק.

17. לא יהיה בצירוף המבקשת כדי לפגוע ביעילות הדיון. בית המשפט אף ביקש את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, וקבע כי זו תוגש חודש לפני הדיון. האגודה לזכויות האזרח מעוניינת להגיש את חוות דעתה ולאחר מכן תפעל בהתאם להנחיותיו של בית המשפט הנכבד.

תגובת הצדדים לבקשה

18. ב"כ המבקשת רשות לערער, עו"ד חגי מאירי, מסר כי "המבקשת בקשת רשות הערעור מותירה לשיקול דעתו של כב' בית המשפט את בקשת הצטרפותה של המבקשת בבקשה זו, וזאת כמובן מבלי לגרוע מטענות מבקשת בקשת רשות הערעור לגופו של עניין".

ב"כ המשיבים, עו"ד עזי דאוד, מסר שהוא מסכים לבקשה.

עמדת האגודה לזכויות האזרח

19. חוק איסור הפליה קובע, כי "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם".

20. כאשר לשון החוק אינה חד משמעית, מתבקשים בתי המשפט להכריע ולפרש את החוק. הם יכולים לעשות זאת באופן מצמצם או מרחיב. הפרשנות נלמדת מתכלית החקיקה, ומכאן הצורך לנסות ולהתחקות אחר התכליות של החוק.

תכליותיו של חוק איסור הפליה

21. חוק איסור הפליה הינו חלק ממשפחה של חוקים שהעבירה הכנסת כדי למגר תופעה חברתית נפוצה של הפליה של קבוצות מסוימות בחברה, בעיקר קבוצות בעלות היסטוריה של הפליה. קדם לחוק חוק ייעודי להפליה בתחום התעסוקה – חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. חוק ייעודי נוסף הוא חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, הכולל לצד הוראות בדבר איסור הפליה גם הוראות להנגשה. חוק איסור הפליה נועד לשלול הפליה במתחם

רחב מאוד של שירותים ומוצרים וכן בכניסה למקומות ציבוריים. הוא חל על כל מקום המיועד לשימוש הציבור, ועל מגוון רחב מאוד של שירותים ובכלל זה שירותי תחבורה, חינוך, בריאות, בידור ושירותים פיננסיים. ברקע החקיקה היו התלונות הרבות על הפליה של מזרחים בכניסה למועדוני בילוי, אולם החוק עוסק, כאמור, בקשת רחבה של מוצרים, שירותים ציבוריים ומקומות ציבוריים. אלו תכליותיו המרכזיות:

א. הרחבת מרחב השוויון

22. חוק איסור הפליה, בדומה לחוקי איסור ההפליה האחרים, נועד להרחיב את מרחב השוויון, במובן זה שהוא מרחיב את הספירה הציבורית גם למשאבים המסופקים בידי גורמים פרטיים הפועלים בספירה הציבורית. החוק חל גם על רשויות השלטון אך אלו ממלא חייבות לפעול בשוויון. המחוקק ביקש להבטיח לכל אדם נגישות שווה לא רק לשירותים הניתנים ישירות על ידי רשויות השלטון אלא גם לשירותים אחרים, שמסופקים בשוק. אדם בימינו זקוק לעבודה, לדור, לשירותי בריאות, לנגישות לתחבורה ציבורית, למקומות תרבות וביילוי, לבנק, וכל אלו מסופקים באופן פרטי.

23. פרופ' משה כהן אליה מצייין כי "הנכונות של הליברליזם העכשווי להחיל את החובה לנהוג בשוויון גם על גורמים פרטיים נובעת גם מהתחזקות תהליכי ההפרטה המשקיים והמבניים בחברה הפוסט־מודרנית, הליכים המעבירים את מוקדי הכוח מהמדינה אל המגזר הפרטי... החלשת כוחה של המדינה המודרנית וחיזוק כוחו של המגזר העסקי מחייבים המרת כללי הבלימה לעבר מוקדי הכוח הפרטיים החדשים, הנחשדים כמי שעלולים לעשות בו שימוש לרעה. ואכן, המערכות המשפטיות במדינות רבות... מטילות חובות התנהגות שוויונית גם על גורמים פרטיים, אך זאת בעיקר בתחומים המרכזיים בחייו של אדם שקיימים בהם פערי כוחות משמעותיים, כמו למשל בתחום העבודה והדיור" (משה כהן אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" **עלי משפט** ג 15, 19 (תשס"ג) (להלן - **החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה**)).

24. לצד זאת המחוקק לא פולש לחלוטין לספירה הפרטית. הוא מתמקד בפעילות שהיא פעילות עסקית ("מי שעיסוקו"), שאינה בליבת האוטונומיה של הפרט.

25. "מנקודת ראות ליברלית", כותב פרופ' משה כהן אליה, "יש לגיטימיות מלאה להחלתו של עקרון איסור ההפליה בתחום השוקי וזאת משני טעמים עיקריים: ראשית, הפליה פוגעת פגיעה קשה בנגישות של המשתתפים לקבוצות המוחלשות לטובים חיוניים כמו דיור, עבודה, חינוך מצרכים ושירותים, ובכך היא מגבילה מאוד את האוטונומיה של אותן קבוצות. שנית, מידת הפגיעה באוטונומיה של בעלי העסקים נמוכה יחסית. מכיוון שהמניע העיקרי בשוק הוא הרצון למקסם רווחים, ההנחה שהפגיעה במקרה של החלת החוק היא בעיקר בכיס של בעל העסק ולא במערכת האמונות העמוקה שלו. נוסף על כך, חלק גדול ממקרי ההפליה כנגד קבוצות מוחלשות איננו נובע כאמור מתפיסת עולם אידאולוגית היררכית מוצקה, אלא מתוך דחיות, הטיות ותחושות גועל, שפועלות עלינו על סף המודעות ועומדות לרוב בניגוד לתפיסת עולם פנימית של מרביתנו הדוגלים בשוויון" (משה כהן-אליה "פוליטיקת הגועל בחוק איסור הפליה

במוצרים ושירותים" בזכויות הקהילה הגאה בישראל, משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 507 (2016) (להלן – פוליטיקת הגועל בחוק איסור הפליה)).

ב. ביטוי של חובת המדינה להגן על הזכות לשוויון

26. מדינת ישראל מחויבת להגן על הזכות לשוויון לא רק בהיבטה השלילי – לא להפלות, אלא גם בהיבטה החיובי – להעניק הגנה מפני הפליה. חוק איסור הפליה מבטא את חובתה של המדינה להעניק לקורבנות הפליה אמצעים להיאבק בה באופן אפקטיבי. אמנם החוק מבכר את ההליך האזרחי, אך הוא כולל גם איסור פלילי, המבטא את הרעיון שההפליה אינה רק עסקו של קורבן ההפליה אלא פגיעה בערך מוגן (סעיף 9 לחוק). אחריות המדינה באה לידי ביטוי באחרונה גם בתיקון לחוק הסיוע המשפטי שמעניק סיוע משפטי לקורבנות הפליה ללא מבחן הכנסות, וזאת במטרה לעודד שימוש בחוק ולהתגבר על חסמי נגישות המאפיינים קבוצות הסובלות מהפליה (ר' חוק הסיוע המשפטי (תיקון מס' 22 - הוראת שעה), התשע"ט-2018).

ג. הגנה על הזכות לאוטונומיה

27. חשיפה מתמשכת להפליה פוגעת בזכות לאוטונומיה ולמימוש עצמי של קורבן ההפליה. בצדק ציין פרופ' כהן אליה, כי "מי שבאופן שיטתי מפלים אותו בקבלה לעבודה בשל צבע עורו הוא אדם אוטונומי פחות, במובן זה שעומדות בפניו אופציות מצומצמות יותר למימוש עצמי. מי שבאופן שיטתי מפלים אותו במערכת החינוך הוא אדם אוטונומי פחות, מכיוון שהיכולת שלו לרכוש השכלה ובעקבות זאת לפתח את עצמו היא מצומצמת יותר. הפליה בעבודה, בדור ובמצרכים ובשירותים היא חמורה במיוחד, מכיוון שחסימת אפשרויות בתחומי חיים מרכזיים שכאלו מהווה פגיעה חריפה באוטונומיות של מי שמפלים אותו" (החירות והשוויון בראי חוק איסור הפליה, בעמ' 21).

ד. שלילת קבלת החלטות על בסיס מניעים חשודים ובלתי רציונאליים

28. החוק אוסר על שימוש בשורה ארוכה של טעמים: גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם, מוגבלות ומקום מגורים. בכך ביקש המחוקק לאסור על התנהגות שקיים קונצנזוס רחב שהיא מבוססת על מאפיינים בלתי רלוונטיים לקבלת החלטה רציונאלית. קבלת החלטות בהתבסס על דעות קדומות או רתיעה מהשונה מקבעת את מעמדן הנחות של קבוצות בעלות היסטוריה של הפליה. פרופ' כהן אליה ציין בהקשר זה כי "החוק בנוי על דגם החקיקה האמריקנית, האוסרת הפליה שלגביה ניתן לחשוד שהיא נגועה בהכללות סטראוטיפיות ובהנחות של עליונות או עיונות כלפי מי שמשתייך לקבוצות פגיעות. ואכן, החוק נועד למגר הפליה "כנגד קבוצות שלגביהן יש היסטוריה של קיפוח והפליה בעבר". במובן זה הוא מתמקד בניסיון לצמצם את השפעות הסטראוטיפים הבלתי רציונאליים על האופן שבו מתקבלות הכרעות עסקיות" (החירות והשוויון בחוק איסור הפליה, בעמ' 22).

29. לעניין זה יצוין כי בעניין פרוז'אנסקי פסק בית המשפט הנכבד, כי החוק דוגל בהחלה סימטרית, גם כאשר קורבן ההפליה משתייך לקבוצה שאינה סובלת מהפליה היסטורית. ואולם, אין בכך לאיין את האמור – גם אם המחוקק ניסח את איסור ההפליה באופן המאפשר גם למי שאינו נמנה על קבוצה פגיעה לעשות בו שימוש, מטרתו המרכזית (ועיקר השימוש בו בפועל) הינו מיגור

הפליה כלפי קבוצות פגיעות. כפי שציין בית המשפט הנכבד בעניין **פרוז'אנסקי**, לרוב הפליה כלפי הקבוצה החזקה מגלמת בתוכה תפיסה סטריאוטיפית של הקבוצה החלשה (רע"א 8821/09 **פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות** (מיום 16.11.11)).

30. החוק אינו דורש להוכיח כוונה מודעת להפלות והוא נועד להתמודד עם הפליה גם אם היא נובעת מהטיה בלתי מודעת. פרופ' כהן אליה מנמק זאת בכך ש"בחברות ליברליות קיים פער ניכר בין המחויבות המוצהרת של פרטים לשוויון כלפי מיעוטים לבין הנטייה האוטומטית להפלות, נטייה שקשה מאוד לאנשים לדכא לחלוטין. מפער זה אין להסיק שאנשים הם צבועים, שהמחויבות שלה לשוויון היא רק כלפי חוץ ושלאמיתו של דבר הם אינם מאמינים בו. לרוב אנשים חשים מצוקה ודיסוננס לנוכח הפער הקיים, ובמקרים רבים הנטייה להפלות פועלת עליהם באופן בלתי מודע או על סף המודעות. נטייה זו באה לידי ביטוי בתחושות לא מוסברות של דחיה, חוסר רצון במגע, עצבנות, לעתים אפילו גועל ואי-נחת מאינטראקציה עם יחידים המשתייכים לקבוצות כמו שחורים, להט"בים, מיעוטים אתניים, אנשים עם מוגבלויות, הטמאים בהודו ועוד" (הפוליטיקה של הגועל בחוק איסור הפליה, עמ' 499; על הסכנה בהפליה בלתי מודעת ר' גם בג"ץ 2311/11 **סבח נ' הכנסת** (מיום 17.9.14), בפסקה 13 לפסק דינו של השופט הנדל).

31. אם כן, תכליתו של החוק לחסום קבלת החלטות על בסיס חשוד ולא רציונאלי, מודע או לא מודע. החוק לא מחיל חובה כללית לא לנהוג בשרירות, למשל בין שני לקוחות מאותה קבוצת השתייכות, אולם הוא גם אינו מצומצם להפליה גזענית בשל תכונות בלתי ניתנות לשינוי כמו גזע או מין. אף שהחוק לא חל על כל שרירות או אבחנה, אין מקום לשלול החלתו גם על מקרים נוספים שהם בעלי אותם מאפיינים של הפליה בלתי רציונאלית. עמד על כך פרופ' כהן אליה: "עקרון איסור ההפליה איננו מבוסס על רשימה סגורה של קבוצות מוגנות, ולא נכון יהיה לחסום פיתוח שיפוטי או חקיקתי עתידי של קבוצות מוגנות נוספות, החשופות לפוליטיקת הגועל. כך, ייתכנו מקרים שבהם תתקיים הפליה לא רציונלית, שמבוססת על דחיה או רתיעה ממגע, כלפי אנשים זקנים למשל. במקרים כאלו ראוי שבית המשפט יחיל בהתאמה את חוק איסור ההפליה למרות היעדר איסור הפליה מפורש מטעמי גיל" (פוליטיקת הגועל בחוק איסור הפליה, בעמ' 511).

ה. עיגון מנגנון תביעה אחיד לטיפול בטענות להפליה והקלה על חסמים

32. בטרם נחקק החוק הטיפול בהפליה במישור האזרחי נעשה באמצעות דוקטרינת התחולה העקיפה של הזכות לשוויון באמצעות מונחי שסתום במשפט הפרטי (על מודל זה ר' ע"א 294/91 **חברת קדישא נ' קסטנבאום** פ"ד מו(2) 464, 530 (1992); דנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד 5 330 (2000)). אלא שדוקטרינה זו הייתה שנויה במחלוקת ומורכבת ליישום. החוק התווה הליך ברור ופשוט לתבוע במקרים של הפליה, לרבות מנגנון העברת נטל ופיצוי ללא הוכחת נזק. בכך ביקש המחוקק לא רק לאפשר לקורבנות הפליה זכות תביעה אלא להתוות הליך שהמתחשב בקשיים ובחסמים העומדים בפני קורבנות הפליה.

33. בין היתר קבע המחוקק חזקות בהתקיימן עובר נטל ההוכחה לכתפי מספק המוצר או השירות או מפעיל המקום הציבורי. חזקות אלו נועדו להתגבר על קשיי ההוכחה בתיק הפליה, בהם

ההפליה היא לרוב מוסווית ולא מפורשת (ר' גיל גן-מור "הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי" **מעשי משפט** ט(2) (2018)). החוק אף מאפשר לארגוני זכויות לתבוע גורמים מפלים, וזאת כדי למגר פרקטיקות מפלות פסולות גם בהיעדר קורבן הפליה, ובנוסף, חוק התובענות הייצוגיות קבע, כי העילות מכוח חוק איסור הפליה יכולות לשמש גם בסיס לתובענה ייצוגית.

34. פרשנות החוק צריכה לשאוף על כן להרמוניה משפטית, ולהכפפת סוגי ההפליה השונים ככל הניתן למסגרת שנקבעה בחוק איסור ההפליה. לעומת זאת, פרשנות מצמצמת המוציאה מתחולת חוק איסור ההפליה סוגים שונים של הפליה תגרום לחוסר אחידות בהליך בירור הטענה, בסעדים ובנטל ההוכחה, ולבירורם תחת הדוקטרינה של תחולה עקיפה, דבר שאינו רצוי ואף מפלה בין קורבנות הפליה. כפי שציין פרופ' כהן אליה "לאור קיומו של הסדר סטטוטורי מקיף לסוגיה של איסור הפליה בעסקים, אין זה רצוי לעשות שימוש במהלכים אלו. הסדרים בדבר תחולה עקיפה הם עמומים ומעניקים שיקול דעת נרחב מדי לשופטים. הסדרים אלו נהנים מלגיטימיות דמוקרטית פחותה מזו של הסדרי סטטוטוריים הקובעים איזונים עקרוניים בין השוויון לבין החירות" (פוליטיקת הגועל בחוק איסור הפליה, בעמ' 509).

1. **פיצוי והרתעה**

35. חוק איסור הפליה נועד להעניק פיצוי לקורבן ההפליה, והוא אף מעניק פיצוי ללא הוכחת נזק, בשל הקושי המובנה בכימות הנזק של הפליה. המחוקק אף מאפשר הגשת תובענה ייצוגית בשל הפרה של חוק איסור ההפליה, ובכך מאפשר להגדיל את הפיצוי גם לקורבנות נוספים הנמנים על אותה קבוצה. לצד זאת, לחוק תכלית הרתעתית מובהקת, הבאה לידי ביטוי לא רק בפיצוי כספי לקורבן ההפליה אלא גם באפשרות של ארגוני זכויות לתבוע גורמים מפלים, בהיעדר קורבן התובע בעצמו.

תחולת החוק על חברות בניה המוכרות דירות לאור תכליות החוק

36. המחלוקת בתיק זה הינה בשאלת תחולת החוק על מכירת דירות בידי חברה קבלנית המציעה דירות בפרויקטים שלה לציבור בלתי מסוים. בעניין זה פסק בית המשפט קמא כי החוק חל, שכן מכירת דירות הינה "הספקת מוצר".

37. גישת בית המשפט קמא לא רק שמתיישבת עם לשון החוק אלא שהיא עולה בקנה אחד עם התכליות של החוק ויש לאמצה.

לעניין התכלית של הרחבת מרחב השוויון, הרי שדיוור מסופק ברובו על ידי גורמי השוק והנגישות לדיוור המסופק על ידי גורמים פרטיים היא חיונית ומרכזית להבטחת קורת גג. כאשר מדובר בגורמים שעיסוקם בהספקת דירות, כמו חברות בניה או חברות השכרה, השולטים בנתח נכבד מהיצע הדירות, ולעיתים בשכונות שלמות, הנגישות הינה חשובה במיוחד.

גם מבחינת ההצדקות הליבראליות, אין פגיעה בהרחבת חובת השוויון על חברות בניה וגורמים דומים, שהרי אין הצדקה להתחשב באוטונומיה של מי שעיסוקו בבניית ומכירת דירות. מדובר בפעילות עסקית שמטרתה המרכזית היא השאת רווח. זאת, בניגוד לאדם המשכיר חדר בביתו הזכאי להתחשבות באוטונומיה שלו, ולכן החוק אינו חל בעניינו.

38. גישת בית המשפט קמא עולה בקנה אחד עם חובת המדינה לא רק לא להפלות בעצמה אלא להגן על הזכות לשוויון. כך, למשל, המדינה אסרה בחוק על אגודות שיתופיות בישובים קהילתיים קטנים להפלות בהחלטות על קבלה לישובים קהילתיים (סעיף 6(ג) לפקודת האגודות השיתופיות). קל וחומר שמה שאסור על אגודה שיתופית בישוב קהילתי קטן יהיה אסור על חברת בניה המשוקת דירות בישובים עירוניים.

39. רשות מקרקעי ישראל אף הכניסה למכרזי הבניה שהיא מפרסמת סעיף מפורש האוסר על הזוכים במכרזי בניה להפלות בשיווק הדירות, ולצדו סנקציות של ביטול הזכייה במכרז או קנס כספי – צעד שלגביו ציין בית המשפט הנכבד כי "מדובר בקביעה חשובה וראויה נוכח מעמדו הציבורי של המינהל והיותם של מקרקעין לדיור משאב ציבורי מוגבל, שיש לנהוג בשוויון בחלוקתו" (עע"מ 1789/10 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (מיום 7.11.10)). למבקשת ידוע על לפחות שני מקרים בהם קנסה ועדת המכרזים של רשות מקרקעי ישראל חברות נדל"ן שהפלו בשיווק הדירות, בעקבות פניותיה (ר', למשל, עת"מ (י-ם) 5950-12-15 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות מקרקעי ישראל (מיום 19.4.17)).

40. קביעה כי החוק המרכזי העוסק באיסור הפליה בפעילות מסחרית מחריג את חברות הבניה אינה עולה בקנה אחד עם אלו. למעשה היא עומדת בדיסוננס מוחלט עם המגמה הברורה לאסור הפליה גם שהיא נעשית בידי תאגידי דיור.

41. לגבי התכלית של הגנה על האוטונומיה, הרי שהאוטונומיה של אדם נפגעת כאשר הוא נחסם מנגישות לדיור בשל סיבה לא רציונאלית, וזאת ודאי על רקע הזיקה ההדוקה בין מקום המגורים למימוש עצמי (ר' ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל, פ"ד נג(4) 526, 570 (1999); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' הכנסת, פ"ד נט(2) 481 (2005), בפיסקה 82 לפסק דינו של הנשיא ברק; ישי בלנק, "איים של פלורליזם: היפרדות ושילוב בין דתיים וחילוניים בישראל" דין ודברים ה' 1, 41 (2011) (להלן – **איים של פלורליזם**)). פגיעה זו מחריפה כאשר מדובר בגורמים השולטים במספר רב של דירות.

42. גישת בית המשפט קמא עולה בקנה אחד עם התכלית של מניעת שיקולים פסולים ובלתי רציונאליים. שוק הדיור הינו מטיבו שוק שחשוף ביתר שאת לשיקולים המבוססים על גזענות, הכללות, סטיגמות ורתיעה מהשונה, וזאת לאור העובדה כי טיב המוצר מושפע גם מהסביבה, מהשכנים ולאור שיקולים בדבר העדפה לא רציונאלית של הלקוחות האחרים. אם הסברה הרווחת הינה שלרוב אנשים רוצים לגור עם הדומים להם, הפיתוי של חברות בניה להבטיח ללקוחות הומוגניות הוא גבוה, ובשל השטחיות של הליך המכירה, הדבר מתבטא בהדרה גלויה או סמויה של לקוחות על בסיס מאפיינים כמו לאום, צבע עור, דת, עדה וכדומה.

43. גישת בית המשפט קמא, לפיה יש להכיר בתביעות אלו במסגרת חוק איסור הפליה עולה בקנה אחד עם הרצון בהרמוניה שיפוטית בטיפול בטענות להפליה, ואין מקום דווקא בתחום הדיור המסחרי להפנות תובעים לעילות אזרחיות חלופיות, על פי דוקטרינת התחולה העקיפה.

44. אמנם, ד"ר גונטובניק סבר בספרו, כי לאור הסייג בדברי ההסבר לחוק, והגדרת "שירות ציבורי" בחוק איסור הפליה, הוא אינו חל על דיור, ואולם באותה נשימה הביע תמיכה ברורה

בהטלת אחריות על חברות בניה מפלות באמצעות חובת תום הלב במשא ומתן לכריתת חוזה (גונטובניק **הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות** לעיל, בעמ' 554). ד"ר גונטובניק, אם כן, סבור שיש לתת סעד לקורבנות של הפליה בדיור מצד גורמים עסקיים כמו חברות בניה וקבלנים אך לא באמצעות החוק.

45. לטעמו של פרופ' כהן אליה ולטעמה של המבקשת, גישתו של ד"ר גונטובניק בסוגיה זו אינה רצויה. היא מפלה לרעה קורבנות של הפליה בדיור ביחס לקורבנות של הפליה במוצרים אחרים, והיא שוללת מהם את ההגנות המובנות שחוק איסור הפליה מספק, לרבות הוראות העברת הנטל אשר הן חיוניות במיוחד בשוק הדיור המסחרי למגורים, המאופיין בהפליה סמויה. יש לשאוף לפרש את החוק כך שכל סוגי ההפליה יטופלו באפיק של החוק.

46. לבסוף, שלילת זכות התביעה מכוח חוק איסור הפליה והותרת הקורבנות במצב נחות בו יידרשו לתבוע במסלול הנזיקי הרגיל תפגע קשות בתכלית הפיצוי ובתכלית ההרתעה של החוק באחד מתחומי החיים המרכזיים.

47. אם כן, כאשר מדובר בהפליה בידי חברת בניה או גורם מסחרי דומה, המוכר דירות, אין כל קושי, הן מבחינת לשון החוק והן מבחינת התכליות של החוק, לקבוע כי מדובר בהפליה בהספקת מוצר וקיימת עילת תביעה מכוח חוק איסור הפליה. זהו מקרה "קל".

48. הגם שהדבר לא דרוש להכרעה בתיק זה, אין מקום לצמצם את זכות התביעה רק למקרה בו חברת בניה מוכרת דירות. אותן הצדקות חלות גם במקרים דומים כמו חברות העוסקות בהשכרה מסחרית, מתווכים או יזמים של קבוצות רכישה. כל אלו עוסקים בהספקת מוצר. ה"מוצר" יכול להיות גם זכות לשכור דירה, או "דירה על הנייר", ויש לפרש "מוצר" בצורה רחבה, שעולה בקנה אחד עם תכליות החוק.

49. אמנם החוק אינו חל על אדם פרטי המוכר או משכיר את דירתו, שלא מתוך עיסוק, אולם הוא בהחלט יכול לחול גם על אדם פרטי המוכר או משכיר דירות באופן עסקי (השוו לע"א 7204/15 **פקיד שומה תל אביב נ' עיזבון המנוחה דפנה לשם ז"ל** (מיום 2.1.18)). גם בארה"ב כללי איסור ההפליה שנקבעו בחוק הדיור ההוגן אינם חלים על אדם פרטי המוכר או משכיר את ביתו, אולם פטור זה מתבטל ברגע שלאדם הינו בעלים של למעלה מ-3 יחידות דיור בו זמנית או ברגע שהוא משתמש בשירות של מתווכים (גונטובניק, **הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות** לעיל, בעמ' 491).

האם המחוקק התכוון לשלול את תחולת החוק על דיור?

50. המבקשת רשות לערער תולה חלק נכבד מיהבה על משפט אחד שנכלל בהצעת החוק ולפיו האיסור להפלות "אינו חל על מקרקעין העשויים להיות נושא לחקיקה אחרת". לצד זאת, החוק עצמו אינו כולל כל התייחסות מפורשת המחריגה הספקת דירות מתחולת החוק, אף שניתן היה לקבוע החרגה כזאת בחוק בעת חקיקתו או באחד מחמשת התיקונים לחוק שנדונו בכנסת מאז חקיקתו, לפני 18 שנים. התיקון האחרון לחוק, תיקון 5, נדון בכנסת במאי 2017, כלומר - לאחר פסק הדין של בית המשפט השלום מיום 12.3.17 שפירש את החוק כחל על מכירת דירות. גם מאז פסיקת בית המשפט קמא הממשלה לא מצאה לנכון להגיש בקשה לתקן את החוק ברוח

הטענות של המבקשים לערער. לכן דומה כי הפרשנות של בית המשפט קמא כלל לא נתפסת כשנויה במחלוקת על ידי אף גורם מלבד חברת הבנייה, שהאינטרס שלה הוא כמובן הערמת קשיים על קורבנות הפליה.

51. בפסיקה נקבע כי דברי ההסבר המצורפים להצעות חוק אינם נהנים ממעמד בכורה, וכי "הם נתון שיש להביאו בחשבון בהתחקות אחרי תכלית החקיקה... אך אלה מהווים אחד מכלי הפרשנות בלבד, ואין בהם, לבדם, להכריע...". נקבע כי רק בנסיבות בהן מדברי ההסבר לחוק ניתן לחלץ אמירה חד-משמעית וברורה ביחס לאופן יישום החוק, אשר אף עולה בקנה אחד עם לשונו ועם תכליתו, תהיה בכך משום "ראיה ניצחת" לקבלת פרשנות זו (ר' רע"א 9778/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח (מיום 31.5.18), בפסקה 31).

52. בענייננו האמירה בדברי ההסבר של הצעת החוק היא אמורפית, אינה חד משמעית וברורה, והיא אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק ועם תכליתו. לכן, לא ניתן להסיק ממנה כי החוק לא חל על מכירת דירות. דווקא הפרשנות של בית המשפט קמא היא המתיישבת עם לשון החוק ועם תכליות החוק, והפרשנות לפיה תחום הנדל"ן כולו אינו כפוף לאיסור הפליה סותרת את תכליות החוק, כאמור.

53. את ההצהרה במסגרת דברי ההסבר להצעת החוק, שאותם ניסחה הממשלה, ולפיה החוק לא יחול על מקרקעין ניתן אולי להבין ככזו המתייחסת לשאלות המורכבות של שיווק מקרקעין על ידי המדינה במקרים המעוררים סוגיות של רב תרבותיות. כך, למשל, בתחומים של הקצאת קרקע להתיישבות קהילתית נפרדת לקהילות דתיות (עיר חרדית) או לקהילות מיעוט (ישובים המיועדים לשבט בדווי מסוים). במקרים אלו מתעוררת לא פעם השאלה האם הקצאה כזו מהווה הבחנה מותרת או הפליה אסורה, ויש בהן מורכבות ייחודית. לא כך כאשר מדובר בשיווק מסחרי על ידי חברות בניה כאשר המניע להפליה הוא טעמים לא רציונאליים או חשש מהעדפה של לקוחות אחרים. מכירת דירות על ידי חברה קבלנית שבונה פרויקט מגורים אינה מעוררת את שאלת הרב תרבותיות. היא לא עוסקת בהקצאת מקרקעין לקבוצות תרבותיות אלא במכירת מוצר.

54. עוד ייתכן שהממשלה ביקשה להבהיר בדברי ההסבר, שהחוק לא עוסק באחריות של מקצה המקרקעין. הגם שהצעת החוק קודמה חודשים ספורים לאחר פסיקת בית המשפט בעניין **קעדאן**, שאלת אפשרותה של המדינה להקצות קרקעות לגופים כמו הסוכנות היהודית או אגודות שיתופיות להתיישבות קהילתית, אשר מתנות שיווק המגרשים בהליכי מיון, הייתה באותה עת שאלה רגישה (בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258, 284 (2000)). ייתכן שהממשלה ביקשה לומר, כי קבלת החוק לא תחשוף את המדינה לתביעות בקשר להקצאת מקרקעין לאותם גורמים אם ינקטו בהפליה. בשני מקרים שבהם נתבעה רשות מקרקעי ישראל על מחדלה לפקח על גורמים שקיבלו ממנה מקרקעין והפלו, היא אכן טענה שאין להטיל עליה אחריות נזיקית מכוח החוק בהיעדר יריבות, שכן לא היא זו שעוסקת בפועל במכירת דירות ולכן החוק לא חל לגבי הרשות (שאלת חבותה הנזיקית בשל התרשלותה לפקח על גורמים אלו הינה שאלה משפטית נפרדת) (ר' תא"מ 1749-12-12 **הווארי נ' חדיף בנין והשקעות** (כתב הגנה מטעם רמ"י מיום 5.3.13); ת"א (נצ') 53172-02-16 **בכרי נ' (ס.א.מ) נופי - קבוצת ניהול** (מיום 7.8.16)).

55. גם אם עמדתה של הממשלה הייתה שהמדינה אינה אמורה להיות חשופה לתביעות מכוח החוק על הקצאת מקרקעין לגופים שונים, שעוסקים בשיווק המקרקעין לציבור, כמו אגודות שיתופיות, לא הייתה בכך שלילת תחולת החוק על מי שעוסק במכירת דירות בפועל. יתרה מזאת, הממשלה טענה שהנושא ראוי לחקיקה נפרדת, ובינתיים, בשנת 2011 אכן תוקנה פקודת האגודות השיתופיות ונקבע כי נציגי האגודה השיתופית בוועדת הקבלה לא יפלו מועמד בקבלה לשוב מחמת עילות דומות לאלו שבחוק איסור הפליה (ר' חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011).

56. עוד ייתכן, כי ההצהרה של הממשלה בדברי ההסבר כוונה לכך שהחוק לא יחול על תחום המקרקעין בכללותו, שכן החוק לא חל על הפליה במכירת והשכרת דירות בידי אנשים פרטיים, אזרח לאזרח. ואכן לשון החוק עוסקת רק בעסקים ולא בעסקאות המתבצעות שלא במסגרת עיסוק. זו הייתה גם מסקנתו של בית המשפט קמא. מאוד ייתכן כי הממשלה ביקשה להבהיר, כי את סוגיית היחסים הפרטיים בשוק הדירות, והאיזון בין החירות והשוויון בעניינם, יש לבצע במסגרת חקיקה נפרדת ולא במסגרת חקיקה שעוסקת בהסדרת חובותיהם של עסקים ומקומות ציבוריים.

57. אכן, יש גם טענות חזקות בעד איסור הפליה גם בעת מכירת דירה והשכרת דירה באופן פרטי (ר' חנוך דגן, "זכות הכניסה", מחקרי משפט כד 59 (תשס"ט)), וכפי שצוין בבקשת רשות הערעור מפעם לפעם עולות הצעות ברוח זו לכנסת, המבקשות להרחיב את החובה לא להפלות גם לעסקות בין אנשים פרטיים, ועד עתה הן לא צלחו. אולם, אין בעצם הגשתן כדי לאיין את תחולת החוק על תאגידי דיור. המבקשת רשות לערער מצטטת בעצמה, בסעיף 18 לבקשה, את דבריו של השר בגין בהצבעה על אחת ההצעות ובה הוא מדגיש באופן בולט את הטענה שמציע הדיור הינו "אדם פרטי", ולכן הממשלה מתנגדת להחיל עליו חובה לא להפלות.

58. פרופ' כהן אליה הגיע למסקנה דומה. לדבריו, "אין דבר בלשונו של חוק איסור ההפליה בישראל שמונע את תחולתו גם בתחום זה. מכירה או השכרה של דירות יכולה לחסות תחת ההוראה "מוצר ציבורי", וסעיף ההגדרות בחוק איסור ההפליה עושה שימוש במילה "לרבות" כדי לציין את העובדה שרשימת המקומות והשירותים הציבוריים איננה סגורה. עם זאת צריך להכיר בכך שהסדרת השוויון בתחום הדיור בישראל מורכבת מאוד, לאור ריבוי של קהילות מגוונות ומובדלות תרבותית במבנה החברתי בישראל. איסור הפליה פרטית בתחום הדיור, במיוחד ככל שהדבר נוגע להשכרת דירות או חדר בבית, מעורר גם קושי של חדירה לפרטיות ופגיעה באינטימיות של הבית, תחומים שבהם בית המשפט נוהג להתערב רק במקרים חריגים במיוחד... לאחר זאת, אין מניעה מנקודת ראות ליברלית להחיל את עקרון איסור ההפליה על חברות קבלניות או סוכנויות תיווך, שפועלות למטרת רווח" (הפוליטיקה של הגועל בחוק איסור הפליה, בעמ' 507).

59. המסקנה הינה שאין בדברי ההסבר לחוק כדי לשלול תחולת החוק על גורמים עסקיים בתחום המגורים.

סיכום

60. ח"י שנים מאז חוקק חוק איסור ההפליה במוצרים ושירותים, אך פעמים מעטות הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון שאלה הנוגעת לפרשנותו. ככל שבית המשפט יחליט על מתן זכות ערעור תהא זו הזדמנות חשובה להבהיר את תכליות החוק ואת הפרשנות הראויה. פרשנות דווקנית של החוק אינה עולה בקנה אחד עם מטרות ותכליתו של החוק – מיגור הפליה במוצרים ושירותים, ובכניסה למקומות ציבוריים.

61. יש לדחות את עמדת המבקשת לערער כי החוק לא חל על מכירת דירות, ויש לקבוע כי מכירת דירות בידי גורמים עסקיים הינה הספקת מוצר. הדבר עולה בקנה אחד עם לשון החוק ועם תכליותיו, כפי שפורט לעיל. אין בהצהרת הממשלה בדברי ההסבר לחוק אמירה חד משמעית וברורה, ולכן קשה לפרש את החוק לאורה, ובכל מקרה לשון החוק אינה כוללת כל החרגה מפורשת או משתמעת של כל תחום הדיור מהחוק.

לאור כל האמור, עמדת האגודה לזכויות האזרח הינה שיש לדחות את בקשת רשות הערעור ולאשר את פסיקת בית המשפט קמא.

2 בדצמבר 2018

גל גן-מור

גיל גן-מור, עו"ד

ב"כ המבקשת