

הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי

גיל גן-מור*

במאמר זה נדונה האפשרות של ארגונים לשינוי חברתי לקיים בחינות יזומות לאיתור וחשיפת הפליה באמצעות בוחנים (טסטרים). החלק הראשון של המאמר דן בהצדקות לעריכת בחינות יזומות ככלי למיגור הפליה ולשיפור האכיפה של דיני איסור ההפליה, לאור חסמים שונים המקשים על קורבנות הפליה להיאבק בה. המאמר דן בחשיבותן של בחינות יזומות אף כאשר אין מתלונן "אותנטי", בביקורת האפשרית על פעילות זו, כמו החשש משימוש לרעה באמצעי, ובהצעות שיש בהן למתן חשש זה. בחלק השני של המאמר נבחנת האפקטיביות של בחינות יזומות. לעניין זה מתמקד המאמר גם בדילמות העולות במסגרת פעילות משפטית המבוססת על בחינות יזומות, למשל, אפשרותו של ארגון לשינוי חברתי להגיש תביעה נגד גורם שאת הפלייתו חשפו בוחנים מטעם הארגון, והפיצוי שניתן להשית על הגורם המפלה במקרה זה. שאלה זו חיונית לצורך הערכת האפשרות של ארגון לשינוי חברתי להשיג סעד אפקטיבי בהליכים משפטיים המבוססים על ממצאי בחינות יזומות.

מבוא

הפליה של אדם מחמת לאום, דת, גזע, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, מוגבלות ועילות דומות אינה תופעה חדשה אולם ביטוייה משתנים ללא הרף. הפליה מפורשת וישירה, שנתפסה בעבר כלגיטימית, נפוצה פחות ופחות. בית המשפט הגבוה לצדק אסר על הפליה מפורשת כזאת מצד רשויות המדינה בשורה ארוכה של פסקי דין, ולאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אף פסק כי הפליה המבוססת על השתייכות קבוצתית פוגעת בכבוד האדם ועל כן אינה חוקתית.¹ במקביל, בשלושת העשורים האחרונים חוקקה הכנסת שורה של חוקים האוסרים גם על גורמים פרטיים לנקוט הפליה בתחומים רבים, לרבות בתעסוקה, בחינוך, בשירותי הבריאות, במכירת מוצרים, באספקת שירותים, בכניסה למקומות ציבוריים ולמקומות בילוי, ובקבלה ליישובים קהילתיים.²

* עו"ד ומנהל היחידה לזכויות חברתיות באגודה לזכויות האזרח בישראל. תודתי נתונה לעורכי כתב העת ולחברי מערכת מעשי משפט, אשר הערותיהם החכמות סייעו לי רבות בכתבת המאמר, לעו"ד הישאם שבאיטה על הערותיו החשובות ולעו"ד דן יקיר, מורה דרך והיועץ המשפטי של האגודה לזכויות האזרח, שמלווה את פרויקט הפליה במבחן – פרויקט הבחינות היזומות של האגודה לזכויות האזרח.

הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי | גיל גן-מור

אלא שאת ההפליה הישירה והמפורשת החליפו שורה ארוכה של פרקטיקות סינון והדרה; פרקטיקות אשר מאפשרות להפלות חברי קבוצה מסוימת בלי להצהיר בריש גלי על מדיניות מפלה.³ דומה כי ארגונים בחברה האזרחית הנאבקים בהפליה מצויים במרוץ תמידי אחר שיטות חדשות ומקוריות להפלות או לסנן. למשל, לאחר שהחלו תביעות של בליינים שהופלו על ידי "סלקטורים" בכניסה למועדוני לילה התפתחו פרקטיקות מוסוות יותר, כמו היתלות ב"רשימות מוזמנים", סגירת המועדון לתושבי יישובים מסוימים בלבד, או העמדת הבליינים ה"לא רצויים" בהמתנה מייאשת בתור.⁴

לצד אלו ניתן למנות גם מקרים שבהם פרקטיקות מפלות גלויות, שכבר נפסלו כבג"ץ או שקיימת הנחיה מינהלית כלשהי האוסרת אותן, ממשככות להתקיים, תוך אוזלת יד של הרשויות במאבק בהן. כך, למשל, בכיטויים שונים של הדרת נשים.⁵

מכאן שגם אם דיני איסור ההפליה הם ראויים ומתקדמים, אין בהם לשנות לבד את המציאות אם הם לא נאכפים, בין משום שההפליה סמויה וקשה לאיתור, ובין שהיא גלויה אך הקבוצה המופלית ממעטת להתלונן בשל חסמים שונים.

על מנת להתמודד עם קושי זה, התפתח בעולם השימוש בבוחנים (טסטרים) ככסיס לפעילות אכיפה מדינית או פרטית. משרד המשפטים בארצות הברית, למשל, מנהל בהצלחה רבה זה שנים ארוכות תוכנית פדראלית לאכיפת חוק הדיור ההוגן באמצעות בוחנים, והדבר מאפשר לממשל למגר הפליה סמויה בתחום המגורים. מאז שהחל בשנת 1991 בבחינות יזומות, הגיש המשרד מעל מאה תביעות נגד חברות גדל"ץ שהפעילו פרקטיקות מפלות והתביעות הללו הניבו פיצויים בסך של כארבעה עשר מיליון דולר.⁶

בישראל השימוש בבחינות יזומות על ידי בוחנים ככלי מרכזי במאבק בהפליה סמויה או בהפליה שקיים קושי במניעתה אינו מפותח. המדינה אינה מפעילה בוחנים לאיתור יזום של מקרים של הפליה. המדינה רואה את תפקידה בעיקר כמתן מסגרת לפרטים שנתקלים בהפליה, בין באמצעות חקיקה, המאפשרת לקורבן ההפליה מסגרת משפטית לפעול בעצמו כלפי הגורם המפלה בערכאות אזרחיות, ובין באמצעות נציבויות ייעודיות שהוקמו לטפל בהפליה בתחום התעסוקה וכלפי אנשים עם מוגבלות. גם ארגונים לשינוי חברתי אינם מפעילים מערך קבוע של בוחנים. מפעם לפעם מפעילים בוחנים בתחקירים עיתונאיים.

על רקע מצב דברים זה יזמה האגודה לזכויות האזרח בשנת 2016 פרויקט שבו מופעלים מתנדבים כבוחנים, שתפקידם לאתר הפליה סמויה. הפעלת המתנדבים התבצעה כתגובה לתלונה "אותנטית" על חשד להפליה, במטרה לאשש את החשד או להפריכו, אך גם באופן יזום ורנדומלי. הבחינה היא בהתאם למתודולוגיה ברורה – שני בוחנים לפחות יוצרים קשר באופן המקובל עם בית העסק או עם נותן השירותים ומתעניינים ברכישת מוצר או שירות. אחד הבוחנים משתייך לקבוצה שאת הפלייתה מבקשים לבחון. הבוחן השני הוא מקבוצת ביקורת, ומשתייך לקבוצת הרוב, שאין חשש להפלייתה. הבוחנים מודרכים לפעול כך שההשתייכות הקבוצתית שלהם תהיה ברורה למי שמספק את המוצר או השירות. הבחינה מאפשרת ללמוד האם אותו עסק או נותן השירות העניק לשני הבוחנים יחס שווה. האם הוא מעניק שירות לאחד בעוד הוא מותיר בהמתנה אין-סופית לשירות את השני? האם הוא מוסר להם מידע שווה ומלא על זמינות המוצר או השירות? והאם הוא מוסר להם מידע מלא ושווה על העלות, על תנאי הרכישה, על קיומם של מבצעים וכדומה. עד כה פעל הפרויקט של האגודה לזכויות האזרח בעיקר בתחום ההפליה בדיור, אולם אותם עקרונות מתאימים גם לתחומים אחרים שבהם עשויה להיות הפליה סמויה: מעסיקים, נותני שירותים, כניסה למקומות ציבוריים ומקומות בילוי וכדומה.

במאמר זה שני חלקים. בחלק הראשון אציג את ההצדקות המרכזיות לשימוש בבוחנים על ידי ארגונים לשינוי חברתי לצורך חשיפת הפליה, ובכלל זה את ההצדקות לבחינות יזומות לחשיפת הפליה גם במקרה שאין מתלונן "אותנטי". כמו כן אציג ביקורות אפשריות על השימוש בבוחנים ואתיחס אליהן. בחלק השני של המאמר אציג את דרכי הפעולה המגוונות שמתאפשרות לארגון המפעיל מערך של בוחנים במאבק למיגור הפליה, תוך דגש על פעילות משפטית אשר הינה כלי מרכזי במאבק בהפליה.

פעילות משפטית המתבססת על בחינות יזומות אינה חפה מקשיים. היא מעוררת שאלות של זכות עמידה ושל אפשרות לקבל סעד. כך, למשל, עשויה להתעורר שאלת מעמדו של ארגון לשינוי חברתי לתבוע פיצוי מחברה שהפלתה במתן שירות ציבורי על בסיס בחינות יזומות, ללא תובע "אותנטי". שאלות אלו טרם הוכרעו בפסיקה, ולגישת בתי המשפט תהא השפעה על מידת האפקטיביות של השימוש בממצאים שעלו בבחינות יזומות על ידי בוחנים, ועל מידת האטרקטיביות של אימוץ הכלי לארגון הכלים של ארגונים לשינוי חברתי. במאמר אתמודד עם אתגרים אלו בראי הדין הישראלי ואבקש לנמק מדוע לעמדת על בתי המשפט לנקוט עמדה מרחיבה ביחס לשימוש בבחינות יזומות. ברצוני להדגיש כי ברור לי שהפליה הינה תופעה מורכבת, שמופיעה רבים, פתלתלים ועמומים, ובין היתר היא יכולה לבוא לידי ביטוי בפרקטיקות בלתי מודעות או בפרקטיקות מבניות.⁷ המאבק בהפליה צריך להתקיים בכמה אפיקים – שיפור החוקים, הרחבת הפרשנות שלהם, הגברת הנגישות של קורבנות ההפליה לסעד, הרחבת הסעדים ועוד. בחינות יזומות אינן מענה לכל הקשיים שעיימם מתמודדים ארגונים לשינוי חברתי במאבק נגד הפליה. אולם בחינות יזומות הן אמצעי נוסף, ולעמדת חשוב מאוד, בהתמודדות עם פרקטיקה של הפליה, שהולכת ומסתווה.

א. הצדקות לעריכת בחינות יזומות באמצעות בוחנים ככלי למאבק בהפליה

1. חסמים באכיפת דיני איסור ההפליה או מדוע קורבנות ההפליה מתקשים להיאבק בה משפטים הפעילים בארגונים להגנה על זכויות אדם או לשינוי חברתי מודעים היטב לקיומם של פערים משמעותיים בין הנורמה לבין השפעתה בשטח. עצם קיומם של חוקים מצוינים נגד הפליה אין בהם די, אם הם אינם נאכפים. על מנת שתהיה אכיפה אפקטיבית של האיסור להפלות יש צורך בטיפול רצוף ויעיל בהפרות של הנורמה. נורמה שלא נאכפת תאבד בסופו של דבר את תוקפה, ותיוותר עלי ספר בלבד.

מכיוון שהאכיפה המרכזית של דיני איסור ההפליה נעשית באמצעות תלונות של קורבנות ההפליה, ובאמצעות צעדים שאלו יוזמים כלפי הגורם המפלה – בעיקר במישור המשפטי, תנאי יסודי לאכיפה יעילה הינו קיומם של מתלוננים, מאותן קבוצות הסובלות מהפליה, שידעו לזהות את ההפליה הננקטת נגדם, ירצו לפעול נגדה, ידעו להצביע על הגורם המפלה וידעו כיצד לפעול. אולם מה שנשמע פשוט לכאורה, כרוך בקשיים בלתי מבוטלים.

המלומדים פלסטינר, אייבל וסאראט עמדו על כך שתיוקן עוול משמעו שחויית פגיעה בלתי מובחנת חייבת להשתנות לחויית פגיעה מובחנת.⁸ שינוי זה מחייב כמה שלבים: הראשון – מתן השם (NAMING), שלב שבו אדם מבין שהתנסות מסוימת שעבר הייתה פוגענית. השני – הטלת האשם (BLAMING). בשלב זה מבין אותו אדם כי פלוני גרם לו עוול. השלב השלישי הוא עמידה של הנפגע על זכויותיו (CLAIMING). ככל שהעמידה של הנפגע על זכויותיו נדחית על ידי המעוול, ייווצר סכסוך שיכול להוביל לתיוקן העוול. למידת יכולתם ואפשרותם של קורבנות הפליה לתת לה

הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי | גיל ג'מור

שם, להטיל על הגורם המפלה את האשם ולעמוד על זכויותיהם, יש השפעה מכרעת על האפשרות לאכוף את דיני איסור ההפליה.

במאמר אבקש לטעון כי קורבנות הפליה עשויים להיתקל בקשיים בלתי מבוטלים בכל אחד מהשלבם הנ"ל, באופן שעשוי להוביל לתת-אכיפה. זאת ועוד, לאור הדומיננטיות של הכלי המשפטי בהתמודדות עם הפליה, עולות גם שאלות נוספות של נגישות למשפט.⁹ קושי מובנה משולב שנובע מקשיים של קורבנות ההפליה לפעול נגדה, ונגישות מוגבלת למשפט, עלולים להוביל לתת-אכיפה של דיני איסור ההפליה, ובעקבות כך להתמשכותה באין מפריע.

(א) החסם הראשון – קושי במתן השם (NAMING)

שלב מתן השם, הזיהוי של התנסות מסוימת כהפליה, הינו חיוני למאבק בהפליה. בעניין זה אבקש לפרט כמה חסמים מרכזיים:

פערי מידע: הדרה יכול שתתבצע באמצעות פרסום סלקטיבי של המוצר, השירות או התפקיד, פרסום שמטרתו ליצור ולהרחיב פערי מידע בין הציבור "הרצוי" לבין הציבור "הלא רצוי" בדבר האפשרות לפנות לקבלת השירות או להתמודד על תפקיד. למשל, פרסום משרה או אפשרות לרכוש מנוי לקאנטרי קלאב יכולים להיעשות באמצעות הפצת מודעה או פרסומת באופן סלקטיבי. כיום אף ישנם אמצעים טכנולוגיים להפיץ מידע לקבוצות מובחנות דרך הרשתות החברתיות. יצירה מכוונת של פערי מידע מובילה לכך שקבוצות מיעוט שאותן מבקשים להפלות מלכתחילה לא תיחשפנה למודעה, לא תתמודדנה על התפקיד או לא תנסו לרכוש מנוי וכך לא יהיה בידן לזהות את ההפליה ככזו.¹⁰

הטעיה בפרסום: לעיתים פרסום של התפקיד, השירות או המוצר יעביר מסר מדיר ומטעה. למשל, חברה המחויבת למכור דירות לכלל הציבור אך מפרסמת את השכונה כ"קהילה דתית", תגרום לקהל הלקוחות שאינו דתי לא לפנות מלכתחילה לאותה חברה מתוך הנחה כי בקשתם לרכוש דירה במקום ממילא תידחה על הסף, גם אם הדבר אסור. מצב זה לא בהכרח יוגדר על ידי קורבנות ההפליה כהפליה, שכן הם נמנעו מלהסתכן ולפנות לאותה חברה, משום שהניחו מראש שיידחו, ואולי אף שהפרסום משקף דרישה לגיטימית.¹¹

שימוש בתבחינים מפלים בעלי חזות ניטרלית: פעמים רבות ההפליה לא תהיה מפורשת וגלויה אלא סמויה או מתוחכמת יותר. פרקטיקות הפליה יכול שתהיינה באמצעות שימוש בתבחינים ניטרליים לכאורה או שנשמעים ניטרליים, המשיגים תוצאה מפלה. תבחינים אלו והשימוש בהם עשויים להתחזות לחוקיים בשעה שהם מסווים הפליה אסורה, או שהם יוצרים אפקט מפלה, שגם הוא פסול.¹²

יתרה מכך, לעיתים ההסתמכות על תבחינים אלו היא סלקטיבית ולא עקבית. כלומר, נעשה שימוש בתבחין כאמצעי להפלות. לאדם הפונה אין יכולת לדעת מה נאמר לאחרים, ועקב כך הוא לא ידע לזהות את ההתנסות שלו ולהמשיג אותה כפי שהיא – כהפליה.¹³

שימוש בפרקטיקות סמויות: חסמים נוספים מקורם בפרקטיקות סמויות, שמטרתן למנוע מאדם הנמנה עם קבוצה בלתי רצויה לרכוש מוצר, לקבל שירות, להתקבל לעבודה או לאייש תפקיד. פרקטיקות אלו יכולות להיות מגוונות מאוד. כך, למשל, עיכוב ממושך בהמתנה לקבלת שירות, מתן מידע מטעה על זמינות המוצר, התפקיד, השירות או מחירו.¹⁴

כאשר מדובר בהפליה המתבססת על תבחינים המתחזים להיות ניטרליים וחוקיים או על פרקטיקות סמויות של הפליה, רבה ההסתברות שקורבנות ההפליה כלל לא יהיו מודעים לה ולא

יפעלו נגדה. במצב זה ההפליה תימשך ללא מפריע, בשל הקושי של קורבנות ההפליה אפילו להעניק תווית לאירוע שעברו כהפליה.

לחסמים הנ"ל ניתן להוסיף גם חסם נוסף שניתן לכוונתו אפקט מצנן: היסטוריה של הפליה או עוינות, וכן קיומם של מנגנוני סינון, עשויים לגרום להדרה עצמית של קבוצות הסובלות מהפליה מאותם שירותים, מקומות עבודה או מקומות ציבוריים, וזאת רק בשל החשש כי יזכו ליחס משפיל או מפלה, או מתוך תחושה שממילא סיכוייהן לקבל יחס שוויוני נמוכים ואין טעם "לטרוח"¹⁵.

(ב) החסם השני – קושי בהטלת האשם (BLAMING)

האשמה עצמית: לא פעם קורבנות ההפליה חשים שזכו ליחס מפלה אך יטילו את האשם על עצמם. למשל, פרופ' נטע זיו ועו"ד חן תירוש, שייצגו שורה של קורבנות הפליה שנדרחו בוועדות קבלה של יישובים קהילתיים שבהם ביקשו להתגורר, תיארו כי "חוויות הדחייה מיישוב היא חוויה מחלישה. תגובתם הראשונה של רוב הנדחים (הנדהמים לחלוטין בדרך כלל מתוצאה זו) היא תחושה כי הפגם טמון בהם: אין הן ראויים להיות חברים במועדון שהם ראו את עצמם משתייכים אליו"¹⁶.

חוסר יכולת לספק ראיות לכך שההתנהלות מפלה: במקרים אחרים הקורבנות יתקשו להטיל אשם בגורם המפלה בשל היעדר ראיות מספקות לכך שהתנהגותו נובעת מיחס מפלה (בניגוד, למשל, לשירות גרוע). הם עשויים לחוש שתלונתם תיתקל בספקנות רבה, שזו תהיה מילה מול מילה וגרסתם לא תזכה לאמון. ראייה חותכת להפליה יש בה בוודאי פוטנציאל להגביר את המוטיבציה להתלונן. אולם השגת ראיות אלו כרוכה במאמץ רב, השקעת זמן ואמצעים. דרושה נחישות יוצאת דופן כדי להעמיק ולרדת לשורש העניין. סביר להניח כי לא מעט קורבנות יתיאשו, וכך בפועל תימנע מהם ההזדמנות לבצע עסקה, להתקבל לעבודה או לקבל שירות.¹⁷

(ג) החסם השלישי – קושי בעמידה על הזכות (CLAIMING)

תת-אכיפה של דיני איסור ההפליה יכולה להתרחש גם אם קורבנות ההפליה ממעטים לעמוד על זכויותיהם, במובן המשפטי של דרישת סעד. ישנן סיבות מגוונות לכך שקורבנות ההפליה לא יעמדו על זכותם לסעד, כלומר, לא יפנו לערכאות המתאימות, בעיקר בתי המשפט, בהליך רשמי. חשש מאי-הכרה בפגיעה: קורבנות הפליה עשויים לחוש כי חווית ההפליה שלהם כלל אינה נתפסת בידי המוסדות הרלוונטיים כ"הפליה". פרופ' יפעת ביטון, למשל, כתבה על ההכחשה של ההפליה נגד מזרחים, והסירוב של המשפט להכיר במזרחים כקבוצה מופלית, כגורם מחליש שמקשה על מזרחים לאכוף הפליה שאליה הם נחשפים.¹⁸

קושי ראייתי: פרופ' שרון רבין-מרגליות עמדה על החסם הראייתי בתביעות הפליה בעבודה. לטענתה קיים ריבוי מקרים שבהם לתובע יש קושי של ממש להציג ראיות ישירות אשר חיוניות בהליך השיפוטי. היא מציינת כי המעסיקים מצניעים את מניעיהם, וכי לפעמים בהחלטה משתרבים יחדיו שיקולים ענייניים ושיקולים מפלים וקיים קושי להוכיח כי הטעמים המפלים היו הדומיננטיים. רבין-מרגליות מציעה שורה של כללים נורמטיביים חשובים להקלה על נטל ההוכחה בתביעות הפליה. עם זאת, גם אם רף הראיות הראשוני אינו גבוה, ללא ראיות חזקות דיין, קורבן ההפליה עשוי להסס לפנות לערכאות. כאשר הראיות מתבססות על תחושות או על ראיות נסיבתיות, קל יותר לנתבע להפריכן וסיכויי הצלחת התביעה נמוכים יותר. ככל שהראיות ישירות וחזקות יותר עשוי קורבן ההפליה לחוש ביטחון רב יותר בהחלטה לצאת למאבק משפטי.¹⁹

הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי | גיל גן-מור

חוסר כדאיות: שיקולי עלות ותועלת עשויים להניא קורבן הפליה, וזאת לאור העלות הגבוהה של ההליך המשפטי והמתח הנפשי שנלווה אליו. כאשר נזקה של ההפליה הוא בעיקר עוגמת הנפש, קורבנות הפליה עשויים "לספוג" את ההשפלה ולהמשיך במהלך חייהם.

פערי כוח: קורבנות ההפליה עשויים לחשוש מפערי הכוח הברורים בינם לבין הגורם המפלה, כשהוא לרוב גורם רבי-עוצמה, לפחות ביחס לקורבן ההפליה, ובעל עדיפות ברורה במשאבים. **חשש מהשלכות שליליות, פגיעה בפרטיות או תיוג:** קורבנות הפליה עשויים לחשוש מהשלכות שליליות שיהיו לנקיטת הליך משפטי. למשל, בתחום התעסוקה עובד עשוי לחשוש מאיבוד מקום עבודתו, או מכך שפרסום שמו בהקשר של תביעה נגד מעסיק עשוי להוביל מעסיקים אחרים להימנע מהעסקתו, שכן הם יתפסו אותו כ"עושה צרות". במיוחד נכון הדבר לגבי תובעים שכבר פנו בעבר לערכאות לגבי הפלייתם, ואשר עשויים לחשוש מתווית של "תובע סדרתי", שיכולה להרתיע מעסיקים.²⁰

(ד) העצמת החסמים בשל מוחלשות חברתית קיימת זיקה ברורה בין השתייכות לקבוצה מוחלשת מבחינה פוליטית, מעמדית וכלכלית לבין מידת החשיפה לאירועי הפליה. החסמים שמניתי לעיל יפים לכל קורבן הפליה, אך עבור קבוצות מוחלשות הם עלולים להתעצם ולהיות חסמים בלתי עבירים.

חסמי נגישות: בקרב אוכלוסיות מוחלשות, החסמים שמניתי מצטרפים לחסמי נגישות למשפט שנדונו בספרות. יובל אלבשן ציין כי קיימים חסמים רבים המצמצמים את נגישות המשפט ככלי לתיקון עוולות עבור אוכלוסיות מוחלשות. בין היתר מונה אלבשן חסמים גיאוגרפיים, חסמי שפה, חסמים תרבותיים, חסמים פסיכולוגיים וחסמים כלכליים.²¹

חוסר אמון: טליה שטיינר ניתחה את הסיבות למיעוט התלונות של ערבים לנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה על הפליה בתחום התעסוקה ואת מיעוט התיקים המשפטיים בתחום. לטענתה, האוכלוסייה הערבית בישראל הפגימה את תופעת ההפליה, והיא נתפסת על ידי רבים כתופעה בלתי נמנעת. לצד זאת, תחושות של חוסר אמון במשטרה ובמערכת בתי המשפט רווחות בקרב האזרחים הערבים, ואליהן מתווספים גם קשיי נגישות לשירותים משפטיים וחסמי שפה. סיבות אלו מסבירות, לעמדתה, את תת-האכיפה בתחום ההפליה של ערבים בקבלה לעבודה.²²

חסמים תרבותיים: לעיתים קורבנות ההפליה הם מיעוט בתוך מיעוט, ויתקשו לצאת כנגד הקהילה. כך, למשל, פרופ' אביעד הכהן עמד על כך שקורבנות הפליה מקרב החברה החרדית ממעטים לפנות לבתי המשפט, פעולה שנתפסת כבלתי לגיטימית בחברה החרדית, גם במקרים של הפליה בתוך הקהילה החרדית וגם כאשר היא בחברה הכללית.²³

(ה) התוצאה – הרתעת חסר והשתרשות פרקטיקות מפלות כאשר המדינה אינה אוכפת ביוזמתה את דיני איסור ההפליה, ועיקר הטיפול בהפליה מותנה בפעילות שיוזם קורבן ההפליה, הרי שהחסמים שמניתי יש בהם להביא לתוצאה בלתי רצויה של תת-אכיפה של דיני איסור ההפליה. תת-אכיפה מובילה להפחתת הסיכון לחשיפה מצד גורמים מפלים, להרתעת חסר ולהשתרשות של פרקטיקות מפלות.²⁴

החשש מהרתעת חסר גובר בשל שני טעמים נוספים: ראשית, לעיתים שיקולים תועלתניים- מסחריים גרידא מניעים גורמים מסחריים להפלות, שכן הגורם המפלה סבור כי זו ההעדפה המפלה של יתר לקוחותיו.²⁵ על כן ההפליה אינה נחלתם של גורמים אידיאולוגיים בלבד. בדיור, למשל, תאגיד נדל"ן עשוי לסבור כי הומוגניות בפרויקט תסייע להצלחתו, תמנע "חיכוכים" בקהילת הדיירים

על רקע העדפות שונות, וכי שילוב של דיירים מקבוצות מיעוט לא פופולריות ירתיע רוכשים פוטנציאליים ואולי יפגע בהיקף המכירות.²⁶ בדומה, אתר היכריות עשוי לחשוב שקהל הלקוחות שלו יעדיף שהאתר לא יכלול אנשים עם מוגבלויות.²⁷ לבעלי עסקים ומעסיקים אלו, ככל שהסיכון לחשיפה ולסנקציות הוא ממילא נמוך, אין תמריץ מספיק להימנע מהפליה, ובמיוחד מהפליה סמויה. שנית, סכומי הפיצויים הנמוכים יחסית בישראל, מחזקים גם הם את החשש מתת-אכיפה של דיני איסור ההפליה, שכן גורמים הסבורים כי ההפליה משתלמת עבורם עשויים להסתכן יותר, גם במחיר חשיפה לתביעה, אם הפיצוי שיינקט נגדם יהיה בסופו של דבר נמוך. פרופ' משה כהן-אליה ציין כי שיעורי הפיצויים שנפסקים בתביעות מכוח חוק איסור הפליה נמוכים בהרבה מהתקרה שנקבעה בחוק, שאינה גבוהה במיוחד מלכתחילה. בין היתר מציע כהן-אליה להגביר את גובה הפיצוי באמצעות פסיקת פיצוי גם לבוחנים, ובאמצעות תובענות ייצוגיות.²⁸

2. הצדקות לקיומו של מערך בוחנים (טסטרים) על ידי ארגון לשינוי חברתי

לאור החסמים שמניתי לעיל, ברצוני לטעון כי קיימת תועלת רבה בפיתוח מערך של בוחנים בארגונים לשינוי חברתי, שחרטו על דגלם את ההתמודדות עם תופעת ההפליה. מערך זה עשוי לסייע לקורבנות הפליה להתגבר על החסמים השונים ולקבל סעד. לצד זאת, אדגיש את החשיבות בעריכת בחינות גם ביוזמת הארגון, ולא רק בתגובה לתלונה קונקרטית, ואטען כי הן נחוצות בהתמודדות עם החסמים שצוינו לעיל ועם התוצאה של הרתעת החסר.

(א) הצדקות לעריכת בחינות יזומות לאישוש או להפרכת תלונות של קורבנות הפליה מערך בוחנים שמפעיל ארגון לשינוי חברתי יכול לתרום תרומה ממשית לאדם שמבקש לרכוש מוצר, לקבל שירות ציבורי, להיכנס למקום ציבורי, או להתקבל לעבודה, וחושד שמפלים אותו. מערך בוחנים עשוי לסייע לו לקבל אינדיקציה ברורה האם נחשף לפרקטיקת הפליה סמויה או שמא מדובר בתחושה שגויה, שמקורה אולי בשירות גרוע או באי-הבנה. יחידים שנחשפו להפליה יתקשו להתמודד לבדם עם חשדות או עם ראיות נסיבתיות. בחינה עצמאית כרוכה בעלויות כספיות ורגשיות. במקרים רבים מדובר ביחידים מקבוצות מיעוט מוחלשות, שעריכת בחינה מסוג זה מעוררת אצלם חשש או שכלל אינם מכירים מישהו מקבוצת הרוב שיכול להוות קבוצת ביקורת. ארגון המפעיל מערך בוחנים הוא, אם כן, כתובת חיונית עבור יחידים שהתעורר בליבם החשד ליחס מפלה אך מתקשים להוכיחו. מכאן שמערך בוחנים עשוי לסייע לאדם להתגבר על חסמים המונעים ממנו להבין כי הופלה ולהצביע על הגורם המפלה בביטחון.

במקרה שהבחינה מצביעה על אותו דפוס של הפליה שעליו הצביע המתלונן, יש בכך לאשש את תחושתו, ולהוות בסיס ראייתי מוצק לתמיכה בטענתו וכך לסייע לו להתגבר על חסם העמידה על הזכות. הדבר יכול לתת לו את תחושת הביטחון הנדרשת כדי לצאת למאבק מול גורם חזק ממנו בהרבה, ובעל משאבים רבים ממנו, ולתבוע מאותו גורם לקבל אחריות הפליה, בין שמדובר בפעילות במישור הציבורי או במישור המשפטי. אם קורבן ההפליה מבקש לנקוט הליך נזיקי, יש בבחינה היזומה לסייע לקורבן לזכות בסעד הולם. התייעוד מאפשר להתגבר על קשיי הוכחה, שמתעוררים בתיקי הפליה באופן שגרתי. במקרים רבים יציג הנתבע גרסה נגדית ובה הסברים אחרים, לגיטימיים לכאורה, ליחס השונה. הבחינה המתועדת משקפת בצורה מהימנה ובזמן אמת את שיטת השיווק או הקבלה לעבודה ומקשה על הגורם המפלה להתחמק מאחריות הפליה.

כאשר מערך הבוחנים מופעל על ידי ארגון לשינוי חברתי יש בכך לאזן את פערי הכוחות, ולהפחית את החשש של קורבן הפליה לפעול. יש בכך גם להתגבר על חסמים כלכליים, שכן

הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי | גיל גן-מור

השירות יסובסד על ידי הארגון, בעוד ששכירת בוחנים באופן פרטי עשויה להיות יקרה למדי. כאשר הארגון מספק בנוסף שירות משפטי איכותי ללא עלות, או בעלות נמוכה, יש בכך לצמצם את חסם הנגישות למשפט.

לבסוף, כאשר הארגון המפעיל את מערך הבוחנים זוכה לאמון מצד הקהילה המופלית, וכאשר חלק מפעיליו משתייכים בעצמם לקבוצה המופלית, יש בכך לצמצם את החסמים הנובעים ממוחלשות ומאי-אמון במערכת האכיפה.

לצד זאת, ראוי לציין כי בחינה אשר מצביעה על דפוס של יחס שוויוני דווקא יכולה להפריך את החשד להפליה, דבר שגם הוא חשוב ויכול לצמצם את הפגיעה בכבוד, את תחושת ההדרה ואת מרכיב ההשפלה שהם מנת חלקו של מי שסבור שהוא קורבן הפליה. הבחינה אף יכולה לצמצם את מספר המקרים שבהם מוגשת תביעה לא מוצדקת.

(ב) הצדקות לעריכת בחינות יזומות גם בהיעדר מתלונן אותנטי

הפעלת מערך בוחנים רק כמענה לחשדות של קורבנות הפליה אין בה די כדי להתמודד עם החסמים העומדים בפני קורבנות הפליה. בחלק זה אבקש לטעון כי קיומו של ארגון לשינוי חברתי העוסק בקביעות בבחינה אקראית של מדיניות השיווק של גורמים שונים שדיני איסור ההפליה חלים עליהם, ויש לו כלים טובים לחשוף ולתעד את ההפליה, יכול לתרום תרומה ממשית לבעיית תת-האכיפה של דיני איסור ההפליה. נוסף על כך, בחינות יזומות יכולות להוות כלי מרתיע משמעותי, שיש בו להפחית את הרתעת החסר באכיפת דיני איסור ההפליה.

בחינות יזומות כמענה לחסם הראשון – קושי במתן שם: כאמור, קיימים מקרים שבהם החסם נובע מהדרה של קבוצות "בלתי רצויות", המונעת מהן להישפף לאפשרות לרכוש מוצר או לקבל שירות וכיו"ב באמצעות פרקטיקות של שיווק סלקטיבי, פרסום מטעה או שימוש בקריטריונים מדירים המתחזים לניטרליים. מקרים אלו עשויים להוות גורם לתת-אכיפה שכן קורבנות ההפליה כלל לא מודעים לקיומה ולא ניתן להיאבק בה רק על בסיס תלונות פרטניות. ארגון לשינוי חברתי מסוגל לאתר מקרים אלו ולערוך לגביהם בחינות יזומות שתחשופנה האם מתקיימת הפליה.

גם כאשר מדובר במקרים שבהם ההפליה מבוססת על פרקטיקות שיווק כמו אי-מתן שירות או מתן פרטים שקריים לגבי זמינות השירות או תנאי הרכישה וכיו"ב, קשה להסתמך רק על בחינת תלונות; שכן פרקטיקות אלו מתוחכמות דיין כדי לא לעורר חשד אצל קורבן ההפליה וההפליה לא תטופל. בחינות יזומות תאפשרנה להתגבר על בעיית תת-האכיפה של דיני איסור ההפליה במקרים אלו. גם לגבי מקרים של הדרה עצמית הנובעים מאפקט מצנן, התבססות על תלונות בלבד לא תהיה בעלת אפקטיביות רבה. במקרים כאלו דווקא בחינות יזומות עשויות מצד אחד לחשוף ולמגר פרקטיקות של הפליה גם במקומות שבהם חברי הקבוצה המופלית כבר התייאשו וחדלו להתעניין; ומצד שני – לחשוף מקרים שבהם דווקא התגלתה מדיניות שוויונית, וכך לסמן לחברי הקבוצה שאין הצדקה להדרה העצמית.

בחינות יזומות כמענה לחסם השני והשלישי – קושי בהטלת אשם וקושי בעמידה על זכות: בחינות יזומות יכולות להוות מענה לקושי של קורבנות הפליה להתעמת עם החשד שלהם ליחס מפלה ולהיעדר יכולת או רצון לבחון אותו, דבר המוביל לזניחת הטיפול. במאמר עמדתי על כך שחסמים אלו מתעצמים על רקע העובדה כי רבים מקורבנות ההפליה משתייכים לקבוצות מוחלשות. בחינות יזומות עשויות להוות אמצעי אפקטיבי יותר להתמודדות עם בעיית תת-האכיפה.

בחינות יזומות אף עשויות להוות אמצעי יעיל במקרים של הפליה מוכחשת, העוברת רדוקציה, כמו למשל, במקרה של הפליית מזרחים אשר יש המתכחשים לעצם קיומה. הבחינות היוזמות אף

מסוגלות לחשוף תופעות חברתיות שקיים קושי לחשוף אותן באופן פרטני משיקולי כדאיות או בשל קשיים ראייתיים. כך, לדוגמה, בחינות יזומות עשויות לחשוף תופעות של פרופייילינג בכניסה למקום ציבורי כמו קניון, כאשר קיים קושי להוכחתן במישור הפרטני אם הן מוכחות, כי קל יהיה לסווג מקרה פרטני כמקרה יוצא דופן שבו, למשל, התעורר חשד בליבו של איש האבטחה. כפי שאפרט בחלקו השני של המאמר, לארגון האוסף ממצאים על הפליה מצד גורמים שונים על בסיס בחינות יזומות, יש מגוון רחב של אפשרויות משפטיות להטלת סנקציות, הן באמצעות פנייה לרשויות לאכיפה במישור הפלילי או המינהלי, והן באמצעות אפיק משפטי אזרחי, שבו יכול הארגון לדרוש מגוון של סעדים – החל בצווים להפסקת ההפליה וכלה בפיצויים. יתרה מזאת, עצם השימוש באמצעי של בחינות יזומות עשוי לתרום תרומה ממשית לבעיית הרתעת החסר, שכן ביצוען באופן שיטתי מעלה את הסיכון של הגורמים המפלים לחשיפה ולסנקציות, באופן שעשוי לכשעצמו להניא אותם מנקיטת הפליה.

(ג) למה חשוב שארגון לשינוי חברתי יבצע את הבחינות היזומות? בארצות הברית, כאמור, משרד המשפטים עצמו הוביל מערך בוחנים לצורך אכיפת חוק הדיור ההוגן, וטוב תעשה גם מדינת ישראל אם תחליט לערוך בחינות יזומות כאמצעי לאכיפת דיני איסור ההפליה. כך, למשל, ראוי שנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה ונציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות תהיינה חלוצות בעניין בתחומים שעליהם הן אמונות. עם זאת, נראה שלעת הזאת הניסיון ל"ממשול" הטיפול בהפליה נדון לכישלון, שכן לא נראה כי קיימת מחויבות מספקת מצד קובעי המדיניות למדיניות פרואקטיבית מסוג זה.²⁹ לכן ארגון לשינוי חברתי הינו הגורם המתאים ביותר להפעיל בחינות יזומות באמצעות בוחנים ולפעול לאכיפה על בסיס ממצאיהן. קשה להניח שלגורמים פרטיים מזדמנים המונעים משיקולי רווח תהיה המוטיבציה להפעיל מערך קבע של בוחנים לאיתור הפליה. אם הבחינות נעשות רק מטעם של רווח כלכלי הן אף עשויות לעורר חשש משימוש לרעה, שבו אדון להלן. לעומת זאת ארגון לשינוי חברתי עשוי להוות גורם המסוגל להיכנס לוואקום הקיים בתחום האכיפה של דיני איסור ההפליה, ולהקנות לקורבנות ההפליה את האפשרות ליהנות מהיתרונות הגלומים בהיותו "שחקן חוזר" הנהנה מאורך רוח, כושר התמדה, אמינות וראייה אסטרטגית.³⁰ כפי שארחיב להלן, מעצם היותם של ארגונים לשינוי חברתי שחקנים חוזרים שאינם פועלים למטרת רווח, יהיה בהם כרי להקל על הרשויות, לרבות מערכת המשפט, "לעכל" את השימוש בבחינות היזומות כבסיס לאכיפה. כמו כן, לארגון לשינוי חברתי, בניגוד לגורם פרטי מזדמן, גם יתרונות מובנים בתחום הליטיגציה, לרבות באפשרות להתגבר על חסמים כמו זכות העמידה או טענות בעניין תום הלב, וכן באפשרות לקבלת סעדים, ועל כך ארחיב בחלק השני של המאמר.

3. התמודדות עם ביקורות אפשריות על השימוש בבחינות יזומות

הקמת מערך בוחנים ויזום של בחינות לאיתור הפליה עשויים לעורר ביקורות שונות. בחלק זה אתייחס לשתי ביקורות אפשריות. האחת הינה ביקורת מוסרית – האם השקעת המשאבים מוצדקת מבחינת הארגון גם בהיעדר תלונה של נפגע קונקרטי? השנייה היא ביקורת ערכית – האם בחינות יזומות אינן מעוררות קושי?

(א) ביקורת מוסרית – השקעת משאבים בבחינות יזומות גם בהיעדר נפגע קונקרטי הפניית משאבים לבחינות יזומות עשויה לעורר מחלוקת על אודות מידת החשיבות של השקעת משאבים בחשיפת הפליה סמויה. מדובר במשאבים שיושקעו אך ייתכן שהבחינות היזומות לא

הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי | גיל ג'מור

תחשופנה הפליה סמויה כלשהי, או שעלות הבחינות היוזמות של הארגון תעלה על התועלת שתהיה לחשיפות ההפליה במסגרתו. בהקשר זה עשויה לעלות הטענה, כי בארגון בעל משאבים מוגבלים ראוי יותר לטפל במקרים שבהם מתלונן מניח תשתית ראייתית ראשונית להפליה, מאשר ליזום בחינות באופן אקראי.

הדיון שערכתי בחלק זה של המאמר עונה לביקורת המוסדית. ניתוח החסמים המובילים לכך שקורבנות הפליה לא פועלים נגדה, והחשיבות בהתמודדות עם תת-האכיפה והרתעת החסר, מצדיקים את השימוש בבחינות יוזמות. התמקדות רק במתן מענה לפנייות של קורבנות הפליה אינו מהווה מענה מלא לחסמים, ולכן יהיה בכך לשמר את בעיית תת-האכיפה, ואילו לאמצעי של בחינות יוזמות יש פוטנציאל לשפר מאוד את האכיפה וההרתעה.

בהקשר זה, ארגון לשינוי חברתי עשוי לחוש כי הפעלת בחינות יוזמות יוגדר כהצלחה רק אם הפרויקט יחשוף מספר רב של מקרי הפליה. אך אם הבחינות היוזמות לא תובלנה לחשיפות רבות, עשוי הדבר להיחשב ככבוז משאבים. מנגד ניתן לטעון כי זו התייחסות שגויה. גם מספר מצומצם של חשיפות עשוי להביא להרתעה גדולה יותר, ולמעשה – עצם הפרסום על אודות קיומן של בחינות יוזמות הנערכות באופן שיטתי ואקראי יכול לתרום תרומה ממשית לשינוי לטובה בהתנהלות גורמים מפלים, שיחדלו מהניסיון לנקוט פרקטיקות מפלות, וכל זאת באמצעים מצומצמים יחסית. לכן חשוב שארגון העורך בחינות יוזמות ידאג לפרסם את דבר קיומן גם במקרים שבהם הבחינות חשפו יחס שוויוני ולא מפלה.

בחינות יוזמות אף עולות בקנה אחד עם תפקידו של ארגון לשינוי חברתי, שהוא לא רק להגן על זכויות האדם אלא גם לקדם זכויות אדם באופן פרואקטיבי.

לבחינות יוזמות יש גם פוטנציאל ציבורי וחינוכי, שכן יש בהן להפנות זרקור לסוגיית ההפליה באופן כללי ולחשוף את הפרקטיקות שבאמצעותן היא מתקיימת. כך, ככל שהבחינה הסתיימה בראיות להפליה פסולה ניתן לפרסם את הממצאים, ובכך לשקף לציבור את המציאות שנחשפה, וכן למנף את הממצאים כדי לקדם שיח ציבורי על תופעת ההפליה בכלל. ההקלטות של השיחות בין הבוחנים לגורם המפלה מייצרות אפקט ייחודי, שכן יש בהן להביא בפני כל אחד ואחת באופן ישיר ובלתי אמצעי את המציאות שבה נתקלים חברי קבוצות הסובלות מהפליה, ולהמחיש בצורה ברורה את אי-הצדק.

ממכלול הדברים, יש ערך רב בכיצוע בחינות יוזמות המצדיק את העלות לארגון.

(ב) ביקורת ערכית – חשש משימוש לרעה בבחינות יוזמות

ביקורת נוספת על השימוש בבחינות יוזמות כאמצעי אכיפה, במיוחד כאשר ממצאי הבחינות היוזמות משמשים כבסיס להליכים משפטיים, הינה בצד הערכי. על פי ביקורת זו, כאשר אין פגיעה אותנטית עלול להיות שימוש לרעה בבחינות יוזמות, שבבסיסו הרצון "לייצר" עילה, במקום שהיא לא התעוררה באופן "אורגני". עשויה אף לעלות טענה כי מתן לגיטימציה לפעילות משפטית המתבססת על בחינות יוזמות עשוי להוביל להתפתחות תעשיית מעקבים, אשר מטרתה לאתר פגמים בהתנהלותם של גופים שונים ולהופכם לסכסוכים, ואף למקור התעשרות (באמצעות תובענות ייצוגיות למשל). חשש נוסף הכרוך בלהיטות יתר עשוי להיות זליגה לשימוש באמצעים מכשילים במסגרת הבחינות היוזמות, כלומר טמינת פח (entrapment).³¹ במקרים אלו עשויה להיטות יתר להוביל להדחה של גורם כלשהו להפלות, שעה שתכלית הבחינה היוזמה הינה חשיפת הפליה קיימת ולא שידול ליצירתה. לבסוף, עשויה להיות ביקורת לגבי מקצועיות הבחינה. למשל, היכולת של

בחינות יזומות באמצעות בוחנים לבודד את המשתנה שאותו רוצים לבחון (מין, דת, גזע וכדומה) ממשנתים אחרים, לא מדידים כמו רושם ראשוני.³²

ביקורת זו עשויה לעלות מטבע הדברים על ידי גורמים מפלים, שנתבעים עקב בחינות יזומות, אך היא צריכה להדאיג גם את מי שרוגל בבחינות יזומות ככלי חשוב במאבק בהפליה. אם ארגונים לשינוי חברתי ישתמשו לרעה בבחינות היוזמות, יפעלו בחוסר מקצועיות או תוך שימוש באמצעי הדחה או בחוסר שקיפות, הם עשויים לגרום נזק לקבוצה המופלה, אף אם התכוונו להיטיב עימה. שימוש לרעה עשוי לפגום בלגיטימציה של בחינות יזומות ככלי לשינוי חברתי.

ניתן להשקיף על העניין כעל "בעיית נציג". הנציג הוא הבוחן עצמו או מי שיוזם את הבחינות היוזמות, מוציא אותן לפועל ומשתמש בממצאים לקבלת סעדים. בהיעדר פגיעה אישית, התנהלותו תשפיע על הקבוצה המופלית בכללותה. ככל שיוזם הבחינות היוזמות הינו בעל אינטרס עצמי, גדל החשש כי האינטרס האישי יגבר על זה של הקבוצה שאותה הוא מתיימר לייצג. חשש זה יכול לבוא לידי ביטוי גם בענייננו. בעוד שעבור קורבנות ההפליה הבחינות היוזמות נועדות לפתור את בעיית תת-האכיפה והרתעת החסר, עבור הנציג המבצע אותן הן עשויות להוות אמצעי להפקת רווח אישי, ובמקרה זה קיים החשש כי הנציג ילקה בפעלתנות יתר, זליגה משיקוף להדחה, או ייצוג רעוע של האינטרס הקבוצתי. התנהלות זו אף יכולה לקבל תיוג של "חוסר תום לב" במישור המשפטי.³³

לעניין זה נראה כי החשש משימוש לרעה ככלי של הבחינות היוזמות נמוך יותר בשני מקרים. הראשון – כאשר מדובר בנציג שאין לו אינטרס כלכלי אישי, והוא פועל ללא מטרת רווח אלא למימוש מטרת ציבוריות אלטרואיסטיות. אם קיים חשש כי מניע כספי עלול להוות פתח לשימוש לרעה בבחינות יזומות, הפיכתן לאמצעי שכל מטרתו "לתפוס על חם" גורמים ולתבוע אותם, הרי שכאשר הגורם העורך את הבחינות היוזמות פועל ללא מטרת רווח, חשש זה מתמעט. המקרה השני – כאשר הנציג הינו "שחקן חוזר", אשר יש לו אינטרסים ארוכי טווח, מעבר למקרה יחיד של בחינה יזומה. למשל, שמירה על מוניטין מקצועיים או מניעת תקדימים בעייתיים.³⁴ בניגוד למי שהוא "שחקן חד-פעמי", מי שהוא "שחקן חוזר" צפוי שיהיה שמרן יותר בהפעלת כלי הבחינות היוזמות, ושמרן יותר באופן עריכתן ובבחירת המקרים שבהם הוא ייוזם הליכים על בסיס ממצאיהן. לכן העובדה שמי שעורכים את הבחינות היוזמות ויוזמים את ההליכים המשפטיים הם ארגונים לשינוי חברתי, יש בה להפחית עד מאוד את החשש משימוש לרעה באמצעי. ראשית, ארגון לשינוי חברתי פועל ללא כוונת רווח, וגם אם תיפתח הדרך לארגון לקבל פיצוי על הפליה שחשף או גמול כספי, הרי שהוא יועד למימוש מטרתיו הציבוריות. שנית, הארגון, במיוחד כאשר הוא מממש את משנתו באמצעים משפטיים, הינו "שחקן חוזר", הוא חשוף לביקורת קבועה ולשמירה על כללי התנהגות המאפשרים לו להמשיך ולפעול בזירה המשפטית, הוא ירצה להימנע מתקדימים שליליים או מפגיעה באמינות שלו. דבר זה מפחית מאוד את החשש משימוש לרעה בבחינות יזומות.³⁵

כדי להדגים את העניין ניתן להתייחס לסוגיה של "תובעים סדרתיים". בפרשת קיס נדון עניינו של תובע ערבי שהגיש תביעות רבות נגד מועדונים שלא אפשרו לו להיכנס. הנתבעים טענו כי התובע אינו מגיע כאחד האדם למועדון, אלא בא "במטרה" לתעד כיצד מפלים אותו כבסיס להגשת תביעה ולקבלת פיצוי ולמעשה הוא אינו קורבן הפליה אותנטי אלא בגדר בוחן. בית המשפט המחוזי קיבל את ערעור המועדון והפך את החלטת בית המשפט השלום לפצות את התובע, ואף מתח ביקורת קשה על התנהלותו, ובין היתר על כך שלא תיעד חלק ניכר משהייתו מחוץ למועדון וזאת בנוסף לריבוי התביעות שהגיש, אשר לעמדת בית המשפט הטילו ספק בכנות התביעה. בית המשפט המחוזי איתר התנהלות שלדידו "חצתה את הגבול", הביע ספק במניע של התובע, ואלו הובילו לקביעות שמרניות. נגד פסק דין זה הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון

הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי | גיל ג'נמור

(השופט פוגלמן) דחה את הבקשה, ופסק כי במקרה הפרטני אכן לא הוכחה עילת התביעה בשל דלות הראיות ודינה היה להידחות גם לולא תוּג התובע כ"תובע סדרתי". עם זאת נפסק שככלל יש לעודד הגשת תביעות במקרים שבהם התרחשה הפליה, ולהיזהר מתיגום של תובעים כ"תובעים סדרתיים". רק אם מוגשות תביעות נטולות בסיס ניתן להתחשב בכך שמדובר בסדרה של תביעות כאלו לצורך פסיקת הוצאות.³⁶ מכאן שבית המשפט העליון סבר כי יש לאזן בין הצורך לתמרץ אכיפה של דיני איסור ההפליה לבין החשש מפעלתנות יתר, והאמצעי שבו דגל בית המשפט הוא השתתפות הוצאות במקרים של תביעות נטולות בסיס.

גם אם ארגון לשינוי חברתי יגיש עשרות הליכים בתחום עיסוקו, לא יהיה בכך כדי לתייג אותו כ"תובע סדרתי". להפך – ריבוי התביעות ייתפס כפעילות מבורכת ואפקטיבית למימוש מטרותו הציבורית. הסיבה לכך היא שהארגון אינו פועל למטרת רווח. גם העובדה שהארגון רוצה להמשיך להיות פעיל בזירה של אכיפת ההפליה תחייב אותו להיות שמרן וזהיר יותר בבחירת ההליכים, להימנע מהליכים נטולי בסיס שיובילו לתקדימים שליליים ולפגיעה באמינותו, להישמר מפעילות שעשויה להיחשב כחסרת תום לב, ולהקפיד על מקצועיות.

(ג) אמצעים להפחתת החשש משימוש לרעה בבחינות יזומות

חרף החשש משימוש לרעה בבחינות יזומות, עמדתי בחלק זה של המאמר על הטעמים לעריכת בחינות יזומות ככלי להתמודדות עם בעיית תת־האכיפה של דיני איסור ההפליה והרתעת החסר. סכסוכים שאינם מתעוררים באורח אורגני עשויים להיות תוצאה של חסמים שבהם נתקלים קורבנות ההפליה. לכן אין לקבל את הטענה כי בחינות יזומות כביכול מייצרות סכסוכים. למעשה – הן חושפות הפליה שכבר קיימת ולא מייצרות אותה. להפליה יש קורבנות, גם אם הם לא יוצאים נגדה. אם הגורם הנבחן מתנהל בצורה שוויונית, הבחינות היזומות לא תובלנה לסכסוך. כיוון שיש תועלת בבחינות היזומות לצמצום בעיית תת־האכיפה ולהגברת ההרתעה, הרי שיש לעודד את השימוש בהן, הן בידי ארגונים לשינוי חברתי והן בידי גורמים פרטיים. גישה זו אינה זרה לדין הישראלי. כך, למשל, חוק התובענות הייצוגיות נועד, בין היתר, להתגבר על חסמים שונים בהתמודדות עם עוולות צרכניות, סביבתיות ועוולות מתחום דיני איסור ההפליה. החסם המרכזי שחוק התובענות הייצוגיות ביקש לפתור הוא היעדר הכדאיות הכלכלית לתובעים, כאשר הנזק נמוך יחסית. החוק כולל בתוכו הסדר מובנה של תמריצים.³⁷

עם זאת אינני מקל ראש בביקורות האפשריות, אולם לדידי מענה ראוי לביקורת זו יכול לבוא לידי ביטוי בהצבת מגבלות, שיש בהן להתמודד עם החשש משימוש לרעה בבחינות יזומות, כדלקמן: **דרישת שקיפות:** ראוי לדרוש שקיפות מוגברת ממי שעורך בחינות יזומות. כלומר, על עורך הבחינות היזומות להיות גלוי באשר לכך שהמצאים נאספו בבחינות יזומות על ידי בוחנים. דרישה זו תמנע מצב שבו ממצאי בחינה יזומה יוצגו באופן מטעה כפגיעה אישית אותנטית. דרישת השקיפות עשויה לאפשר לבית המשפט לבחון את המקרה בהקשרו הנכון. כפי שארחיב בהמשך המאמר, שקיפות עשויה להשליך על הסעדים שיפסוק בית המשפט, והיא תקל על בית המשפט לאתר מקרים שבהם נעשה שימוש לא ראוי בבחינות היזומות.

דרישת מקצועיות: מענה נוסף לחשש מפני פעלתנות יתר, ובמיוחד לחשש מפני הדחה או טמינת פח אסורות, הינו הצבת דרישות מקצועיות מסוימות כתנאי להליכים המתבססים על בחינות יזומות. דרישות אלו יכולות להתגבש בפסיקה, ואף הרגולטור יכול להידרש לנושא.³⁸ דרישות אלו יכול שתכלולנה למשל חובות בתחום ההדרכה של הבוחנים, המתודולוגיה של הבחינות, התייעוד וכדומה.³⁹ דרישות מקצועיות סבירות עשויות להפחית את החשש מפעלתנות יתר של גורמים בלתי

מקצועיים, היוזמים בחינות יזומות רשלניות, בתיעוד חסר, תוך ניסיון פסול לשדל את מושא הבחינה להתנהגות מסוימת, להכשילו, או תוך שימוש בעורמה או בתכסיסים החורגים מהמותר.⁴⁰ עם זאת אין להטיל דרישות מקצועיות מכבידות מדי, או לאסור על בוחנים לעודד את הגורם הנבחן לחשוף את המדיניות שלו, על מנת להימנע מצינון יתר של השימוש בבחינות יזומות. די בכך שהבחינה תצביע על התנהלות מפלה שאין לה הסבר מניח את הדעת.

כלים מותאמים להרתעת גופים המשתמשים לרעה בבחינות יזומות: הרתעת מי שמתמשש לרעה בבחינות יזומות גם היא אפשרית. להשקפתי יש להעדיף אמצעים המענישים את מי שהשתמש לרעה בבחינות יזומות בדיעבד מאשר הצבת מגבלות מראש. כך, למשל, במקום דחייה על הסף של תביעה מחמת תיוג התובע כתובע סדרתי, יש להעדיף השתת הוצאות מרתיעות אם התברר כי התביעה הייתה חסרת יסוד. בגישה זו בחר השופט פוגלמן בעניין קיס.⁴¹ זה האיוון הראוי בין הרצון לתמרץ את השימוש בבחינות יזומות ככלי למיגור הפליה לבין החשש משימוש לרעה בכלי. בדומה, יש להימנע מהטלת מגבלות על זכות התביעה של בוחנים, או מגבלות על האפשרות לקבל סעד אפקטיבי, שכן מגבלות אלו יכולות להוות גורם מצנן גם על תביעות ראויות וחשובות שמבוססות על בחינות יזומות שנעשו במקצועיות ובשקיפות. ארחיב על כך גם בחלק השני של המאמר.

סיכום ביניים

חלקו הראשון של המאמר עסק בהצדקות לעריכת בחינות יזומות לחשיפת הפליה, וכאמצעי לאכיפה ולקבלת סעד, גם כאשר הן יזומות בידי הארגון ואין נפגע "אותנטי". ההצדקה המרכזית שהצגתי לעיל הינה בעיית תת-האכיפה והרתעת החסר באכיפת דיני איסור ההפליה. מניתי שורה של חסמים אשר מונעים את האכיפה הראויה, ואשר מאפשרים את המשך התקיימותן של פרקטיקות מפלות. שימוש במערך של בוחנים עשוי לשפר את האכיפה. בשל טיב החסמים, שימוש במערך של בוחנים רק לאישוש או להפרכת חשדות של מתלוננים אותנטיים אין בו די כדי להתמודד עם בעיית תת-האכיפה והרתעת החסר. לכן בחינות יזומות הינן אמצעי חשוב ומועיל באכיפת דיני איסור ההפליה. ארגונים לשינוי חברתי הנאבקים בהפליה יממשו טוב יותר את מטרותיהם הציבוריות אם יפעילו אמצעי של בחינות יזומות. הצבעתי גם על הביקורות האפשריות. במיוחד דנתי בחשש משימוש לרעה בכלי של בחינות יזומות. חששות אלו קטנים בצורה משמעותית כאשר מדובר בארגונים לשינוי חברתי, שכן הם אינם פועלים למטרת רווח והם בגדר "שחקן חוזר". הצעתי כי ההתמודדות עם חששות אלו תתבטא בחיוב שקיפות לגבי ביצוע הבחינות, ובחיוב מקצועיות באופן ביצוען.

ב. אפקטיביות השימוש בבחינות יזומות ככלי של ארגונים לשינוי חברתי לאכיפה של דיני איסור ההפליה

בחלק זה אעסוק בשאלת האפקטיביות של הבחינות היזומות לאכיפת דיני איסור ההפליה, ומכאן – להשגת המטרה הציבורית של הארגון לשינוי חברתי.

כאשר הבחינה נועדה לאימות חשדות של קורבן הפליה אותנטי, והיא אכן מצביעה על קיומה של הפליה נגד אותו מתלונן, יש בה כדי לסייע למתלונן לפעול בכלים משפטיים, בשל הערך הראייתי הרב בבחינות המתועדות. אולם במאמר זה אבקש להתמקד דווקא באותם מקרים שבהם בחינה יזומה שערך ארגון לשינוי חברתי חשפה הפליה כלפי בוחן ולא כלפי מתלונן פרטני. מקרים אלו מעוררים, מטבע הדברים, שאלות בדבר זכות העמידה של הארגון לאכוף את חוקי איסור ההפליה בהיעדר נפגע ישיר, ולגבי הסעדים האפשריים, בהיעדר קורבן ישיר מלבד הבוחן.

הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי | גיל גן-מור

מכיוון שאכיפת דיני איסור ההפליה כלפי גורמים מפלים שאינם רשות שלטונית מתבצעת היום בעיקר באמצעות נקיטת הליכים אזרחיים, כמו תביעה אזרחית או תובענה ייצוגית, אקדיש את רובו של חלק זה של המאמר להליכים אלו. לאחר מכן אתייחס בקצרה גם לשני אפיקי פעולה נוספים – אפיק מינהלי ואפיק פלילי. לצד אלו קיימים כמובן גם אפיקי פעולה לא משפטיים, כמו למשל אפיק ציבורי או חינוכי, שאליהם לא אתייחס במאמר זה.

לצורך ההדגמה, אציג להלן מבחן שערך ארגון לשינוי חברתי לבחינת הפליה בפרויקט מגורים. הארגון שלח שני בוחנים באותו זמן להתעניין ברכישת דירה. שניהם ביקשו לקבל בדיוק את אותם הפרטים. ההבדל היחיד ביניהם הוא שאחד מהם ערבי ואחד יהודי. תוצאות הבחינה הראו כי לבוחן היהודי נמסר כי יש עוד דירות רבות למכירה. זמן קצר לאחר מכן נמסר לבוחן הערבי כי אולו הדירות בפרויקט. לכשפנה הבוחן היהודי שוב לאותו פרויקט מגורים, נאמר לו כי עדיין יש דירות רבות למכירה. כלומר, הבחינה העלתה באופן ברור למדי כי לבוחן הערבי נמסר מידע שקרי.

1. אפיק אכיפה אזרחית-נזיקית

חוקי ההפליה השונים מעניקים למי שהופלה זכות להגיש תביעה נזיקית נגד המפלה ואף זכות לפיצוי ללא הוכחת נזק.⁴² בחלק מהמקרים אף זכאי הנפגע להגיש תובענה ייצוגית, שתפצה אותו אך גם את כל חברי הקבוצה שנפגעו מהמדיניות. חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן – חוק התובענות הייצוגיות) חל גם על עילות הנובעות מהפליה במוצרים ובשירותים, הפליה בעבודה והפליה של אנשים עם מוגבלויות.⁴³

ברוגמה שלעיל, חשף ארגון לשינוי חברתי הפליה באמצעות בחינות יזומות. במקרה זה אין נפגע ישיר, וההפליה נעשתה כלפי בוחן שמלכתחילה לא התכוון לרכוש דירה בפרויקט, אלא רק לבחון האם חברת הנדל"ן מפלה. האם במקרה זה יש זכות עמידה לארגון שזים את הבחינה לתבוע בעצמו את הגורם המפלה? מה הסעדים שהוא יוכל לדרוש במקרה זה? האם רק סעדים הצהרתיים? צווים? או גם פיצוי כספי? כל אלו שאלות רלוונטיות לבחינת מידת האפקטיביות של הבחינות היוזמות כבסיס לפתרון בעיית תת-האכיפה והרתעת החסר.

אציג תחילה את הדוקטרינה האמריקאית ביחס לתביעות הפליה בדירור, אשר הרחיבה מאוד את האפשרות של הגשת תביעות המתבססות על פעילות של בוחנים, וזאת כמודל אפשרי. לאחר מכן אדון במידת האפשרות לבסס תביעות המבוססות על בחינות יזומות של בוחנים בדין הישראלי, הן בהיבט של זכות העמידה והן בהיבט של האפשרות לקבל סעד.

(א) הדוקטרינה האמריקאית ביחס לארגונים המבצעים בחינות יזומות לאיתור הפליה במגורים

שאלת מעמדו של ארגון להגיש תביעה אזרחית נגד חברה מפלה, אך על בסיס בחינות יזומות שביצע, התעוררה כבר לפני למעלה משלושה עשורים בארצות הברית, שבה נפוצים פרויקטים של בחינות יזומות לאכיפת חוק הדירור ההוגן, אשר אוסר על הפליה בשיווק דירות. בשנת 1982 דן בית המשפט העליון בארצות הברית בפרשת *Havens* בשאלה האם גם לבוחן וגם לארגון המפעיל מערך של בוחנים זכות להגיש תביעה נגד החברה המפלה, וזכות לפיצויים.⁴⁴

באותו מקרה הנתבעת הייתה חברה שבבעלותה שני בניינים להשכרה בפרבר של ריצ'מונד, וירג'יניה. החברה נתבעה בטענה שנהגה להציג ללקוחות שחורים מידע שקרי ביחס לזמינות דירות להשכרה בפרויקטים שלה. התביעה הוגשה על ידי מתלונן "אותנטי" שחיפש דירה, ועל ידי שני בוחנים שהופעלו על ידי ארגון לשינוי חברתי בשם HOME (ראשי תיבות של Housing Opportunities

(Made Equal). אחד הבוחנים היה שחור (התלונה הייתה להפליה נגד שחורים) והשני לבן (קבוצת הביקורת), והם אכן אימתו את החשדות לגבי קיומה של פרקטיקה מפלה. התעוררה השאלה האם לבוחנים ולארגון נגרם נזק המעניק להם זכות לתבוע את החברה (בנוסף לקורבן ההפליה ה"אותנטי"). בית המשפט העליון פסק כי לשון חוק הדיור ההוגן האמריקאי אוסרת על חברה להציג מצג שווא על זמינות הדירות לכל אדם, בשל גזעו, דתו וכדומה. מכאן, מסיק בית המשפט, בוחן שחור שניתן לו מידע שקרי עומד בתנאי החוק וזכאי להגיש תביעה. לעומת זאת, בוחן לבן לא נפגע, שכן הוצג לו מידע אמיתי, ולכן אינו זכאי להגיש תביעה מחמת הפרת חוק הדיור ההוגן.

ולגבי הארגון, בית המשפט פסק כי מכיוון שלטענת הארגון הוא נאלץ להסיט משאבים על מנת לבצע את הבחינות, הרי שהחברה גרמה לו נזק ויש גם לארגון זכות לתבוע פיצויים מהחברה. בפסיקות רבות לאחר פסק דין זה יישמו בתי המשפט את ההלכה ופסקו פיצויים הן לבוחנים והן לארגונים שמפעילים אותם. הפיצוי לארגונים התבסס על הערכת נזק, הן מבחינת משאבים שנדרשו, והן מבחינת פגיעה במטרות הרגילות של הארגון.⁴⁵

הפיצוי של הבוחנים בפסיקות אלו התבסס על ראש נזק של עוגמת נפש. לעניין זה עלו טענות כי בוחן שמכניס עצמו לסיטואציה שבה הוא מודע לכך שייחכן שייחשף להפליה אינו יכול לטעון לעוגמת נפש. בתי המשפט בארצות הברית דחו על פי רוב את הטענה ופסקו פיצויים, לעיתים גבוהים, גם לבוחנים, שכן עצם ההפליה גרמה להם עוגמת נפש.⁴⁶ אולם בחלק מהמקרים פסקו מושבעים כי לא נגרמה עוגמת נפש, ובמקרים אלו נפסקו לבוחנים פיצויים סמליים על עצם הפגיעה בזכות הקנויה להם.⁴⁷ בנוסף על האמור, במקרים שונים פסקו בתי המשפט גם פיצויים עונשיים נגד חברות שהפלו, אם התרשמו כי מדובר בהתנהגות שערורייתית, מכוונת ואף אדישה לפגיעה בזכויות הדיור ההוגן של אחרים. פיצויים אלו יכולים להיות גבוהים למדי.⁴⁸

ניתן אם כן לראות כי בארצות הברית קיים תמריץ לא מבוטל לארגונים לשינוי חברתי המבקשים למגר תופעות של הפליה, להפעיל מערך לבחינות יזומות, ובמקרים שבהם נחשפת הפליה, להגיש תביעות, גם בהיעדר מתלונן "אותנטי" והכול – בעידודה של מערכת המשפט, הרואה בכלי זה כלי אפקטיבי למיגור ההפליה בדיור.⁴⁹

(ב) תביעות המבוססות על בחינות יזומות בישראל

האם המשפט הישראלי יקבל בזרועות פתוחות ארגון לשינוי חברתי בתביעה נגד מעסיק או נתון שירותים המבוססת על בחינה יזומה שביצע, גם כשאין מתלונן "אותנטי"? כאשר הגורם המפלה אינו רשות שלטונית, כלי האכיפה האזרחיים הם כלים מרכזיים באכיפת דיני איסור ההפליה בישראל. ככל שהמשפט יעניק זכות תביעה לארגונים לשינוי חברתי המפעילים בחינות יזומות לנקוט הליכים אזרחיים שבסופם יש גם סעד משמעותי למיגור ההפליה, כך יגדל התמריץ לפיתוח כלי זה ככלי אכיפה אזרחי. ואולם ככל שהמשפט יצמצם את מעמדם של ארגונים לשינוי חברתי בהליכים אזרחיים, או את הסעד שבו הם יכולים לזכות, כך יפחת התמריץ לפעילות זו.

I. זכות התביעה

כאשר הגורם המפלה הוא רשות שלטונית, דיני איסור ההפליה הישראליים כבר תומכים בזכות עמידה רחבה של ארגון לשינוי חברתי בהליכים מינהליים.⁵⁰ זכות עמידה רחבה הוכרה גם כאשר הגורם המפלה כפוף לפיקוח של הרשות המינהלית, בהליכים שנוגעים להפעלת או לאי-הפעלת

הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי | גיל גן-מור

סמכויות פיקוח אלו.⁵¹ בחלק זה של המאמר אבקש לטעון כי זכות העמידה של ארגון לשינוי חברתי קיימת גם באכיפה אזרחית-ניזקית של דיני איסור ההפליה.

זכות התביעה מכוח חקיקת איסור ההפליה
הזכות של ארגון להגיש תביעה מכוח חוקי איסור ההפליה: אף שככלל מקנה המשפט האזרחי את זכות התביעה למי שנגרמה לו עוולה באופן ישיר, חוקי איסור ההפליה כוללים זכות תביעה מפורשת לארגונים לשינוי חברתי כאשר הפגיעה הינה בקבוצה שעליה הם מסנגרים. למשל, סעיף 7 לחוק איסור הפליה קובע כי תובענה בשל עוולה לפי החוק יכול שתוגש בידי תאגיד העוסק בהגנה על זכויותיו של מי שאסור להפלותו לפי חוק זה, ובלבד שאם עילת התביעה היא הפליה כלפי אדם מסוים, ואותו אדם הסכים לכך. הוראות דומות קיימות לגבי הפליה בעבודה ולגבי פרק הנגישות בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.⁵² כבר מלשון החוק עולה כי המחוקק הכיר גם באפשרות הגשת תביעה על ידי ארגון גם במקרה שבו עילת התביעה אינה הפליה כלפי אדם מסוים. גם מבחינה תכליתית ברור כי ארגון לשינוי חברתי שבין מטרתיו הגנה על קבוצות מוגנות בחוקים אלו, זכאי למעמד המיוחד של החוק כאשר הוא מצביע על התנהלות מפלה כלפי חברי הקבוצה שלמענה הוא פועל. סעיף 7 לחוק איסור הפליה, כמו גם הסעיפים המקבילים בתחום ההפליה בעבודה והפליה של אנשים עם מוגבלויות, נועד לסייע באכיפת החוק, מתוך הכרה בחסמים הקיימים באכיפה פרטית. סעיפים אלו מהווים חריג ברור ומובהק לכלל שלפיו תביעה תוגש בידי נפגע ישיר. מכאן שכאשר מדובר בתביעה המוגשת על בסיס ממצאים שאסף הארגון באמצעות בוחנים בבחינות יזומות, ניתן להניח שבתי המשפט יפרשו את החוק באופן שמעניק זכות תביעה לארגון להגיש תביעה המבוססת על הממצאים שאסף. זאת משום שתביעה זו יש בה לסייע באכיפת החוק ובהשגת תכליותיו.⁵³

זכות התביעה של ארגון לשינוי חברתי בתביעה נגר גורם מפלה שלא מכוח דיני איסור ההפליה: עשויים להיות מקרים שבהם קיים ספק האם ההפליה שנחשפה בבחינות היוזמות הינה אסורה מכוח דיני איסור ההפליה. למשל, עשוי להתעורר ויכוח האם שירות מסוים נכלל ברשימת השירותים שלגבי מכירתם נאסר להפלות בחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, או האם החוק מגן על הפליה מטעמים שלא נמנו במפורש בחוק. כלומר, האם רשימת העילות האסורות היא רשימה סגורה או פתוחה.⁵⁴ במקרים אלו ניתן להגיש את התביעה מכוח עילות חלופיות, כמו רשלנות, חוסר תום לב במשא ומתן לכריתת חוזה או הפרת חובה חקוקה.⁵⁵ אלא שאז עשויה לעלות טענה כי בהיעדר נפגע ישיר הזכאי להגיש את התביעה, אין מי שהוא בעל זכות תביעה.

כאמור, הדוקטרינה האמריקאית הכירה בזכות העמידה של הארגון המפעיל את הבוחנים, וזאת באמצעות הכרה בנזק שנגרם לו בשל הצורך להסיט משאבים לעריכת הבחינות או בשל פגיעה במטרות הארגון. בהתאם, עשוי ארגון לשינוי חברתי בישראל לטעון כי נאלץ להסיט משאבים להפעלת בחינות יזומות כדי לחשוף את ההפליה, וכי זו פגיעה במטרותיו הציבוריות, ועל כן גם הארגון ניזוק, ומכאן שהוא בעל זכות תביעה עצמאית. עם זאת, לא ידוע לי על פסיקה המתייחסת לעניין. הזכות של בוחן שהופלה לתבוע מכוח דיני איסור ההפליה: ראוי להכיר גם בזכות התביעה של בוחן שהופלה. עשויה לעלות הטענה כי הבוחן כלל לא התכוון להתקשר עם הגורם המפלה, אולם דיני איסור ההפליה אינם כוללים כל דרישה לכך שלקונה תהיה כוונה לבצע את העסקה בסופו של דבר. איסור הפליה חל בין שהלקוחות מתכוונים לרכוש את המוצר או לצרוך את השירות, בין שהם "רק" מתעניינים לגבי המוצר או השירות, ובין שהם מבררים פרטים בלי שבכוונתם לבצע בסוף את

העסקה (למשל, כי הם רוצים לעשות סקר שוק ולאסוף מידע על המחירים בשוק).⁵⁶ הדגש בדיני איסור ההפליה הוא על התנהלות הגורם שחלה עליו חובת שוויון לנהוג בשוויון כלפי כל אדם שמביע עניין בעסקיו, קבלה לעבודה וכדומה.

בעניין זרחה־רוזן נדחתה תביעה לפיצוי כספי שהגישה עורכת דין נגד מאפיייה בטענה להפליית נשים בקבלה לעבודה. בית הדין לעבודה קבע כי התובעת לא הייתה בגדר דורשת עבודה אותנטית ועל כן פסק כי "לא ניתן לייחס למחוקק כוונה לפצות מי שאינו דורש עבודה ולא התכוון להתקבל לאותה המשרה, רק בשל אמירה כזו או אחרת של המעסיק".⁵⁷ מפסק הדין עולה כי לבית הדין האזורי לעבודה שדן באותו עניין היה קושי עם הגשת התביעה, אולם אין להסיק ממנו מסקנות גורפות לעניין זכות העמידה של בוחנים. ראשית – בית הדין דן בתביעה ודחה אותה לגופה, אולם לא דחה אותה על הסף. שנית – הקושי העיקרי העולה מפסק הדין הוא חוסר תום ליבה של התובעת שהסוותה את העובדה כי לא הייתה בגדר דורשת עבודה אותנטית. שלישית – ממילא פסק באותו מקרה בית הדין שהנתבעת לא הפלתה נשים. רביעית – בית הדין שם את הדגש על שאלת הפיצוי ולא על שאלת זכות העמידה. כלומר, ייתכן שאם עורכת הדין הייתה למשל תובעת אך לבטל את המדיניות המפלה, ולא פיצוי אישי, היה בית הדין מוכן להעניק לה זכות עמידה בתביעה, הגם שאינה בגדר דורשת עבודה אותנטית.

זכות העמידה של בוחן קבוצת הביקורת: לגבי הבוחן ששייך לקבוצת הביקורת, נראה שאם הבחינה הצביעה על הפליה כלפי הבוחן הנמנה עם הקבוצה המופלית לא תהיה לו זכות עצמאית להגיש את התביעה, שכן העוולה לא נגרמה כלפיו, למעט מקרים שבהם מדובר בהפליה עקיפה, היינו, שהיחס המועדף ניתן דווקא לבוחן מהקבוצה המופלה על בסיס טעמים סטריאוטיפיים, שגם אותם מבקש החוק לשרש. כך, למשל, אושרו תביעות של גברים שנפגעו ממדיניות שהטיבה עם נשים על בסיס תפיסות סטראוטיפיות לגבי נשים.⁵⁸

זכות התביעה בתובענות ייצוגיות

זכות התביעה של ארגון לשינוי חברתי כתובע ייצוגי על בסיס ממצאי בחינות יזומות: תובענות ייצוגיות אף הן כלי חשוב לאכיפה אזרחית של דיני איסור ההפליה. סעיף 4(3) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי בקשה לאישור תובענה ייצוגית יכול שתוגש בידי תאגיד שפועל לקידום מטרה ציבורית, כאשר מושא התביעה הינו בתחום אותה מטרה ציבורית. ארגונים רבים לשינוי חברתי עומדים בתנאים שנקבעו בחוק, ובהם: פעילות באופן סדיר וממשי במשך שנה לפחות לקידום מטרה ציבורית, אחת או יותר; נכסיו והכנסותיו של הארגון משמשים להשגת המטרות הציבוריות בלבד; ופעילותו אינה מטעם מפלגה או גוף פוליטי אחר או בזיקה למפלגה או לגוף כאמור או לשם קידום מטרותיהם. התובענה הייצוגית יכול שתוגש בידי הארגון ובלבד שבית המשפט שוכנע כי, בנסיבות העניין, קיים קושי להגיש את הבקשה בידי אדם שיש לו עילה פרטית.⁵⁹ מכאן שבחוק התובענות הייצוגיות הוכרה זכות תביעה לארגונים לשינוי חברתי גם בהיעדר תובע אותנטי, אך היא סויגה לעומת זכות התביעה שעוגנה בחוקי איסור ההפליה האחרים ששינוי לעיל.

בעניין קולך הגיש ארגון פמיניסטי של נשים דתיות תביעה ייצוגית נגד הדרת נשים משידורי תחנת הרדיו החרדית "קול ברמה" בהתבסס על חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים. עלתה הטענה כי הארגון לא עשה מאמץ מספק לאתר תובעת פרטית, שנפגעה ממדיניות הדרת הנשים של תחנת הרדיו. בית המשפט העליון פסק כי בתובענה ייצוגית המבוססת על חוק איסור ההפליה מוטל על הארגון התובע לעמוד בדרישה הנוקשה יותר של חוק התובענות הייצוגיות, ולהראות כי לא הצליח לאתר תובע. אך בית המשפט העליון נכון היה לפרש את המגבלות בחוק התובענות הייצוגיות באופן

הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי | גיל ג'נמור

מצומצם. באותו עניין טען הארגון כי חברות הקבוצה תחשושנה לנהל מאבק פרטני בנושא זה, ובית המשפט העליון השתכנע ואישר ל"קולך" להיות ארגון מייצג גם בלא תובעת בעלת עילה אישית.⁶⁰ פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין קולך מלמדת על אפשרות סבירה כי גם ארגון לשינוי חברתי שיבקש להגיש תובענה ייצוגית בהסתמך על בחינות יזומות שביצע, שבהן נחשפה הפליה, יוכר על ידי בתי המשפט כמי שעומד בתנאי המקדמי לשמש תובע ייצוגי, ולא יידרש לאתר תובע בעל עילה פרטנית, דרישה מכבידה העלולה לסכל את התובענה. בכל מקרה, זו הפרשנות הראויה. זאת משום שכאשר מדיניות ההפליה הסמויה שחשף הארגון הינה בעלת פוטנציאל לפגיעה מתמשכת בחברים רבים בקבוצה המופלה, שאולי כלל לא ערים להפליה הסמויה, וכאשר יש בתובענה הייצוגית לשרתם, הגשת התובענה בידי הארגון עולה בקנה אחד עם תכליות החוק, וזאת גם בלי להטיל עליו עלויות גבוהות מדי של איתור אדם שפנה והופלה (בלא ידיעתו), על ידי הגורם המפלה. השופט דנציגר בעניין קולך נתן כדוגמה למקרים שבהם אין מקום להחמיר עם ארגון בדרישה למציאת תובע בעל עילה אישית, את המקרים שבהם "הניזוקים הישירים אינם מודעים לעצם הפגיעה בהם בשל פערי ידע או היעדר יכולת להבין את הפגיעה". לדבריו, "במצבים אלו, כאשר הניזוקים הישירים מתקשים לאמוד את הפגיעה בהם, עלול להימצא קושי בשכנועם להגיש תובענה ייצוגית בשמם".⁶¹ אלו בדיוק המקרים המאפיינים הפליה סמויה שנחשפת באמצעות בחינות יזומות שמבצע ארגון לשינוי חברתי. גישה מקילה זו קיבלה ביטוי גם בהערוותיהן של השופטות חיות וברק-ארוז, שהצטרפו לחוות דעתו של השופט דנציגר, ואשר סברו כי אין להכביד יתר על המידה על ארגונים לשינוי חברתי, וכי הרף הראייתי לכך שלא עלה בידם למצוא תובע בעל עילה אישית יהיה נמוך יחסית, ויתחשב גם בשאלת המשאבים הכרוכים באיתור תובע בעל עילת תביעה אישית.⁶²

זכות התביעה של בוחן כתובע ייצוגי: מלבד הארגון, גם הבוחן שהופלה הינו בעל זכות תביעה עצמאית, והוא יכול לשמש גם כתובע ייצוגי. בפרשת שלמה תחבורה עלתה הטענה כי תובענה ייצוגית המבוססת על בחינה יזומה ומבלי שקיימת עילה אותנטית, אינה עומדת בתנאי הסף המנויים בסעיף 8 לחוק התובענות הייצוגיות. באותו מקרה הייתה העילה לתובענה גביית מחיר מופקע עבור דלק על ידי סוכנויות להשכרת רכב. עולה מפסק הדין שהייתה מחלוקת האם העילה התגבשה באופן אותנטי, והבחינות היוזמות נועדו אך לעבות את הראיות, או שמא עילת התביעה הייתה ידועה לתובעים הייצוגיים או בא כוחם, ובעקבות זאת הם שכרו כלי רכב והשיבו אותם לסוכנות מבלי למלא את מכל הדלק עד למכסתו המקורית, בניגוד לחוזה, ומתוך מטרה שסוכנות ההשכרה תגבה מהם את המחיר המופקע עבור הדלק החסר, וכך תיווצר להם באופן מלאכותי עילת התביעה נגד סוכנות השכרת הרכב. בשולי פסק הדין התייחס המשנה לנשיאה, השופט רובינשטיין, גם לסוגיית תום הלב של יוזם התובענה שמקורה בייזום העילה באופן מלאכותי. הוא ערך הבחנה בין מקרה שבו התובענה מבוססת על עילה אותנטית לבין תובענה שכולה יזומה, ופסק כי כאשר קיימת עילה אותנטית, השימוש בבוחנים לגיטימי כדי לחזק מבחינה ראייתית את העילה המקורית. לעומת זאת, כאשר כל התובענה יזומה, והנפגעים הינם בוחנים שנשלחו במסווה של לקוחות, על עורך הדין המייצג לחשוף זאת בתצהירו כדי לעמוד בחובת תום הלב. לעמדתו, בית המשפט צריך לבחון במקרה כזה האם לאשר את התובענה, אף שכולה יזומה, בכל מקרה ומקרה לגופו. בין היתר יבחן בית המשפט האם העילה ראויה להתברר גם כאשר אין נפגע אותנטי. לעניין זה ציין המשנה לנשיאה רובינשטיין כי ספק האם ניתן להגיש תביעה יזומה בנושא של הטעיה חוזית.⁶³

מכאן שבעניין שלמה תחבורה המשנה לנשיאה רובינשטיין לא שלל ייזום תובענה ייצוגית על בסיס פעילות של בוחנים, אולם חייב את התובע בחובת שקיפות, כדי שיוכל להכריע בכל מקרה ומקרה לגופו. עם זאת, קשה לומר כי התקבעה בעניין הלכה מפורשת, שכן סוגיה זו התעוררה באורח

אגבי, מרבית השופטים בהרכב המורחב לא התייחסו אליה, ובסופו של דבר התביעה נדחתה בשל פגמים אחרים בהתנהלות התובעים.

II. הסעדים שאותם יכול ארגון לתבוע

זכות התביעה מאפשרת לארגון להגיש את התביעה, אך נשאלת השאלה מהם הסעדים שאותם יוכל הארגון לתבוע. ככל שהסעדים האפשריים מרתיעים יותר, כך האפקטיביות של ההסתמכות על בחינות יזומות תגדל.

הדוגמה שהוצגה בתחילת פרק זה עשויה לסייע בהבנת הדילמה. כאמור, ארגון לשינוי חברתי ערך בחינות יזומות וחשף כי חברת בנייה הבונה פרויקט מגורים הפלתה את הבוחן הערבי לעומת הבוחן היהודי ומסרה לו מידע שקרי על זמינות הדירות. מהם הסעדים שיוכל הארגון לתבוע בהליך אזרחי? האם ניתן לבקש סעדים לא-כספיים, כמו סעד הצהרתי, צווים אופרטיביים שונים ביחס למכירת הדירות בעתיד? ומה לגבי סעדים כספיים? האם הארגון יכול לתבוע פיצוי כספי בתביעה רגילה עבור עצמו, לרבות פיצוי ללא הוכחת נזק? האם הוא יכול לשמש תובע ייצוגי עבור אחרים מהקבוצה המופלית? האם הבוחנים זכאים לפיצוי? בשאלות אלו אעסוק להלן.

סעדים לא-כספיים

הן בהליך אזרחי רגיל והן בתובענה ייצוגית, מכוח חוקי איסור הפליה, זכאי כמוכן הארגון לתבוע סעד הצהרתי שלפיו ההתנהלות שנחשפה בבחינות היזומות בלתי חוקית. סעדים הצהרתיים הם לחם חוקם של ארגונים לשינוי חברתי בהליכים מינהליים שונים, כמו עתירות לבג"ץ או לבית המשפט לעניינים מינהליים. במקרים אלו הארגון נדרש להציג ראיות לכך שמדיניות כלשהי של רשות מינהלית היא מפלה, ובית המשפט מתבקש להצהיר על בטלותה. סעד הצהרתי מטבעו הוא צופה פני עתיד. הוא אפקטיבי כאשר מדובר במדיניות מפלה מתמשכת וגלויה, אף אם היא מוכחשת. בהליך אזרחי מול גורם פרטי עשוי הסעד הצהרתי לשרת מטרות דומות לאלו שמבקשים הארגונים להשיג בהליכים מינהליים. סעד כזה יהיה יעיל במקרה שפעילות הבוחנים חשפה פרקטיקות מתמשכות שקיימת מחלוקת לגביהן אם הן לגיטימיות. כך, למשל, אם מנהל מקום ציבורי מתבסס על קריטריון הנחזה להיות ניטרלי, אך בחינות יזומות מצביעות על כך שהשימוש בו הוא סלקטיבי, ומטרתו להפלות קבוצה מסוימת, או שבפועל הוא מוביל להפליה, ניתן לבקש מבית המשפט להצהיר כי השימוש בקריטריון הינו פסול. במקרה זה סעד הצהרתי יהיה הולם ויעיל, ויתרום למימוש תכליות החוק.⁶⁴ אולם סעד הצהרתי גרידא עשוי להתגלות כבלתי יעיל בסוג המקרים הנחשפים באמצעות בחינות יזומות, שכן ההפליה הנחשפת באמצעות בוחנים אינה מסוג המקרים שבהם מדובר במדיניות מוצהרת שנויה במחלוקת אלא דווקא במקרים שבהם המדיניות המוצהרת היא שוויונית, וההפליה הינה סמויה ומוכחשת, ואין ספק שהיא לא חוקית. לרוב ממילא יצהירו הגורמים המפלים כי הם נוהגים בשוויון, ורק הבחינות היזומות תלמדנה שלא כך הדבר. במקרים אלו ספק האם יש תועלת בסעד הצהרתי גרידא, שמשמעותו היא למעשה להורות להם לנהוג כחוק. במקרים אלו סעד הצהרתי גרידא עלול להוות תמריץ שלילי לגורמים מפלים, שכן גם אם ההפליה שנקטו תיחשף, לכל היותר הם יאלצו לחדול מההתנהלות, אך לא תוטל עליהם כל סנקציה מעבר לזה. לא יהיה בכך פתרון הולם להרתעת החסר הקיימת באכיפת דיני איסור ההפליה.

בקשה להוצאת צווים אופרטיביים שונים עשויה במקרים מתאימים להוות סעד לא-כספי ראוי. ארגון יכול לתבוע צעדים לתיקון ההפליה. כך, למשל, ניתן במסגרת הליך משפטי לבקש צווים שונים לתיקון ההפליה או לדרוש מהגורם המפלה לפעול בדרך שתבטיח כי ההפליה לא תחזור על

הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי | גיל גן-מור

עצמה, כמו קיום סדנאות בקרב מנהליו עם נציגי הקהילה המופלית, גיוס כוח אדם מקרב קהילה זו וכיו"ב. אם קיימת נכונות מצד הגורם המפלה לקחת אחריות על מעשיו, להתנצל ולתקן את דרכיו, הרי שסעדים אלו עשויים לשמש כאמצעי של צדק מאחה.⁶⁵ אולם, אם הגורם המפלה מתנער מאחריות, מתכחש ואינו מראה עניין בתיקון, סעדים אלו אינם אפקטיביים.

סעדים כספיים

פיצוי כספי הוא סעד חיוני ונדרש במקרים רבים, והוא זה שעשוי יותר מכול להתרועע גורם מפלה. ואולם כאן עשוי להתעורר קושי, שכן ככלל, דיני הנזיקין דורשים הוכחת נזק, ומאפשרים פסיקת פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושבא במישורן מעוללת הנתבע.⁶⁶ בחלק זה של המאמר אבקש לטעון כי דיני איסור ההפליה בישראל מאפשרים לארגון לשינוי חברתי לדרוש גם פיצוי כספי.

פיצוי לארגון בתביעה אזרחית רגילה מכוח חוקי איסור ההפליה: בתביעה אזרחית רגילה, מכוח חוק איסור הפליה, מכוח חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ומכוח חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, זכאי אדם שהופלה לפיצוי ללא הוכחת נזק,⁶⁷ אולם סעיף 10 לפקודת הנזיקין קובע כי תאגיד לא ייפגע בפיצויים בשל עוולה אלא אם כן גרמה לו נזק. לכן כאשר ארגון הוא מגיש התביעה, עשויה לעלות הטענה כי לארגון לא נגרם נזק כלשהו, שכן ההפליה כוונה נגד הבודחנים או נגד פרטים שאותם מבקש הארגון לייצג ולא נגד הארגון עצמו, וכי אין לפסוק לטובת ארגון פיצוי ללא הוכחת נזק.

כנגד טיעון זה יש לזכור, כי חוקי איסור הפליה הם בגדר דין מיוחד ומאוחר לפקודת הנזיקין, ובהם התכוונה הכנסת לאפשר לבית המשפט להטיל פיצוי ללא הוכחת נזק על הנתבע גם לטובת תאגיד העוסק בהגנה על זכויות הקבוצה הנפגעת. פרשנות אחרת תרוקן מתוכן את המעמד המיוחד שהעניק החוק בחוקים אלו לאותם ארגונים לשינוי חברתי. הן מלשון הוראות החוק והן מקריאה תכליתית של החוקים עולה, כי המחוקק התכוון לאפשר לארגון "להיכנס לנעליהם" של חברי הקבוצה המופלית שאותה מייצג הארגון, ולמעשה לתבוע את החברה כאילו היה קורבן ההפליה בעצמו. פרשנות אחרת תאפשר מצב בלתי רצוי שבו ארגון תבע גורם מפלה, נפסק שאותו גורם הפלה וביצע עוולה, אך עוולה זו תיוותר ללא כל סעד אפקטיבי ומרתיע. ואכן לאחרונה נפסק פיצוי כספי ללא הוכחת נזק לטובת שני ארגונים לשינוי חברתי בתביעה שהגישו ללא תובע פרטני, ושעניינה הפליה בתעסוקה מצד אתר אינטרנט שפרסם הצעות עבודה ליהודים בלבד, ופסיקה זו אושרה בערעור על ידי בית המשפט המחוזי.⁶⁸

פיצוי לארגון מחמת נזקים ישירים: כאמור, בארצות הברית ביחס לאכיפת חוק הדירור ההוגן, הכירו בתי המשפט גם בנזק ישיר לארגון מחמת הסטה של משאבים או פגיעה במטרות הארגון. יש מקום לכלל דומה במקרה של ארגון לשינוי חברתי שמגיש תביעה על בסיס בחינות יזומות, שכן כתוצאה מההפליה נאלץ הארגון להסיט משאבים לכיצוע הבחינות וכי הנזק של ההפליה הינו נזק למטרות הציבוריות של הארגון.⁶⁹

פיצוי לבוחן בתביעה אזרחית רגילה: בנוסף, או לחלופין, יכול הארגון לתבוע פיצוי בשם הבוחנים המועסקים על ידו, ואשר הופלו בבחינות היוזמות. הגם שהתביעה היא בשם הבוחן, הגורם המפלה, שלא היה מודע לכך, פעל בניגוד לחוק. בעוד שבארצות הברית בתי המשפט או חבר המושבעים נוהגים לבחון את מידת עוגמת הנפש שנגרמה לבוחן ולפיה לפסוק את הפיצוי, בארץ קיימת סמכות לפסוק פיצוי ללא הוכחת נזק, המשקפת את עמדת המחוקק שלפיה עצם ההפליה היא נזק שלא ניתן לכימות מדויק, אך ראוי לפיצוי.

גובה הפיצוי עשוי להיות מושפע מהעובדה שהבוחן השתתף מיוזמתו בבחינה יזומה, ואולי אף הביא בחשבון את האפשרות שייתקל בהפליה, ומכאן שנתבעים עשויים לטעון כי גובה הפיצוי במקרה של בוחן צריך להיות נמוך ביחס לנפגע אותנטי. בעניין אורבן קישן התעוררה מחלוקת בקרב הרכב בית הדין האזורי לעבודה ביחס לתביעה של גבר נגד מסעדה שסירבה להעסיקו בטענה כי היא מעסיקה רק מלצריות נשים. שופטת בית הדין פסקה, בעמדת מיעוט, כי יש לפסוק לטובתו את הפיצוי המקובל. לעומתה, עמדת הרוב של נציגי הציבור סברה כי יש להפחית את הפיצוי, בשל התנהלות שנתפסה על ידם כחסרת תום לב. למקרא עמדתם עולה כי סברו שקיים ספק בדבר היותו דורש עבודה אותנטי, וכי הפחתת הפיצוי תבטא את עמדתם כי קיים קושי בתום הלב של התובע. גם בעניין זרחיה־רוזן נפסק כי שעה שהתברר כי התובעת אינה נפגעת אותנטית אין עילה לפצותה כלל.⁷⁰

אולם ספק אם הפסיקות של בתי הדין האזוריים לעבודה התגבשו לכדי דוקטרינה ברורה. נראה כי הקושי של התובעים בתיקים אלו היה בכך שבית הדין ראה באור שלילי את העובדה כי ניסו להסוות פעילות יזומה כפגיעה אותנטית (בעניין זרחיה־רוזן) או שהפגינו פעלתנות יתר שנתפסה כניסיון לייצר עילה (בעניין אורבן קישן). לו, למשל, התובעת בעניין זרחיה־רוזן לא הייתה טוענת שחיפשה עבודה, אלא הייתה טוענת שכעורכת דין היא נחשפה למודעת דרושים שמפלה נשים, שהיא ערכה בחינה יזומה שתאפשר לה להוכיח כי אכן המאפיינה אינה מקבלת נשים באופן גורף, וכי היא מבקשת להביא את העניין בפני בית הדין על מנת לאכוף את החוק, ולהרתיע מעסיקים מהפליית נשים, בית הדין עשוי היה להסתכל באור אחר על המקרה. דווקא תחושת בית הדין כי הייתה פה "התחזות" היא זו שהובילה לפסיקה שמרנית המפרשת בצמצום את דיני איסור ההפליה. במקרים שבהם אדם פעל כבוחן, ביוזמה פרטית, וחשף הפליה, ובכפוף לכך שהיה שקוף לגבי מעמדו בתיק, והתנהל באופן מקצועי, במטרה לתעד את ההפליה הסמויה וללא הרחה פסולה, לא רק שראוי להקנות לו זכות תביעה אלא גם שאין מקום להפחתת גובה הפיצוי ביחס לתובעים אחרים, אותנטיים. זאת משום הצורך לעודד אכיפה של דיני איסור ההפליה ולהתמודד עם בעיית תת־האכיפה והרתעת החסר שהיא מייצרת. בסופו של דבר השתת פיצוי ללא הוכחת נזק על הגורם המפלה, גם במקרה שמדובר בבוחן שהופלה, תגשים את תכלית החוק טוב יותר מאשר שלילת האפשרות. בוחן מסייע ליישום החוק הלכה למעשה ובכך תורם תרומה ממשית להגשמת מטרותיו. גישה חלופית אפשרית היא שפיצוי של בוחן אכן צריך להיות נמוך מגובה הפיצוי של קורבן אותנטי, בין משום שהנזק שנגרם לו פחות, ובין משום שקיים חשש כי פיצוי גבוה יהווה פיתוי גדול מדי לשימוש לרעה בבחינות היזומות בידי מי שמונע משיקול כלכלי. אולם גם במקרה זה ראוי לחייב את הגורם המפלה בפיצוי הראוי והמקובל ואין להפחית את הפיצוי על מנת למנוע מצב שבו לא ניתן סעד אפקטיבי ומרתיע. פתרון אפשרי שראוי להישקל הינו לחלק את הפיצוי המקובל, כך שחלקו ישולם לתובע, שערך את הבחינה שחשפה את ההפליה, וחלקו האחר ישולם לארגון העוסק בזכויותיה של הקבוצה המופלית או למטרה קרובה לעילת התביעה. בכך ניתן יהיה לאזן בין כלל השיקולים.⁷¹

פיצוי בתובענה ייצוגית: עניין הפיצוי בתובענה ייצוגית שונה מתביעה רגילה שכן מלכתחילה מוגשת התביעה על ידי הארגון בשם קבוצה, וחברי הקבוצה הם הזכאים לפיצוי בעוד הארגון זכאי לגמול שיקבע בית המשפט בהתחשב בתרומתו של הארגון לתביעה ובתרומה לחברי הקבוצה. מכאן שבתובענה ייצוגית לא מתעורר קושי בשאלת פסיקת פיצוי לטובת הארגון. מי שייחוו מפירות התביעה הם חברי הקבוצה. בהתאם לדוגמה שהובאה בתחילת פרק זה, אם הארגון חשף כי בפרויקט בנייה גדול למגורים, חברת הנדל"ן מסרבת למכור לערבים בתאונות שקריות, חברי

הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי | גיל גן-מור

הקבוצה עשויים להיות כל הערכים שפנו לאותה חברה כדי לרכוש דירה בפרויקט ונדחו בתואנות שווא, גם אם הם עצמם לא ידעו על ההפליה, ונחשפו לכך שהופלו רק לאחר חשיפתה באמצעות הבוחנים. גם אם קיים קושי לאתר ולפצות את חברי הקבוצה, בית המשפט מוסמך להורות על סעדים נוספים לטובת הקבוצה, שיש בהם לשפר את מצבה, וכן להורות על פיצוי לטובת הציבור, ולייעדו למטרות קרובות למטרות הארגון.⁷²

אם הכריע בית המשפט בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה, לרבות בדרך של אישור הסדר פשרה, הוא מורה על תשלום גמול לתובע המייצג. הגמול ייקבע בהתאם לשיקולים שהתווה המחוקק בסעיף 2 לחוק התובענות הייצוגיות, ובכלל זה: הטרחה שטרם הארגון, התועלת של התובענה לחברי הקבוצה והחשיבות הציבורית שלה. בית המשפט רשאי, במקרים מיוחדים ומטעמים מיוחדים שיירשמו, לפסוק גמול לתובע המייצג אף אם לא אושרה התובענה הייצוגית או שלא ניתנה הכרעה בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה.⁷³

מכאן שאף שבתובענה ייצוגית הארגון לא תובע את הפיצוי בשמו, הוא עשוי לצאת מההליך עם תמורה משמעותית לפעילותו שתבטא בקידום מטרותיו הציבוריות, בשיפור מצבם של קורבנות ההפליה, וגם בקבלת גמול מכובד על השקעתו בקידום התובענה.

פיצויים עונשיים

בארצות הברית, כאמור, פוסקים בתי המשפט בתביעות בכלל ובתביעות הפליה בדיוור בפרט, גם פיצויים עונשיים, המגדילים את ההרתעה כלפי חברות או בעלי תפקידים שהפלו באופן מכוון, זדוני, ואף מתוך אדישות. בישראל אומנם ההלכה הינה כי יש לבית המשפט סמכות לפסוק פיצויים עונשיים, אולם בפועל אפשרות זו מיושמת רק במקרים נדירים.⁷⁴ בהצעת חוק דיני ממונות מוצע להסמיך את בתי המשפט לפסוק פיצויים עונשיים (פיצויים לדוגמה) אם ההפרה נעשתה בודון, כך שאם הצעה זו תתקבל יש להניח שהשימוש בפיצויים העונשיים יורחב.⁷⁵

פיצויים עונשיים משמשים לענישה ולהרתעה של מעוול, אשר התנהגותו זדונית או מכוונת ומעוררת סלידה. לא פעם הקביעה האם יחס מסוים הינו הפליה או הבחנה לגיטימית אינה פשוטה, אולם דווקא במקרים המתגלים כתוצאה מבחינות יזומות עולה לא פעם כי הגורם המפלה מודע לכך שאסור לו להפלות, ובכל זאת מקיים מדיניות מפלה מכוונת ומעוררת סלידה, ואין מדובר ברשלנות או במחלוקת משפטית. לכן נראה כי מקרים אלו מתאימים לפיצוי עונשי.⁷⁶

ראוי לציין כי כל האמור רלוונטי לתביעה אזרחית רגילה, שכן בית המשפט אינו מוסמך לפסוק פיצויים עונשיים בתובענה ייצוגית.⁷⁷

סיכום: זכות התביעה והאפשרות לקבל פיצוי

במכלול הדברים ניתן לקבוע כי במשפט הישראלי קיימת כבר נטייה ברורה לטובת הרחבת זכות התביעה בדיני איסור ההפליה כאמצעי להגברת האכיפה של דינים אלו, וברוח זאת, צפויים בתי המשפט להעניק זכות תביעה גם לארגונים ולבוחנים אשר חשפו הפליה בבחינה יזומה. גם בסוגיית הפיצוי כבר קיימת בדיני איסור ההפליה נכונות לפסוק פיצוי גם לטובת ארגונים לשינוי חברתי, ואף בהיעדר תובע פרטני, ויש בסיס לציפייה כי בתי המשפט יפסקו פיצוי כספי משמעותי גם בתביעות נזיקיות או תובענות ייצוגיות המבוססות על בחינות יזומות שחושפות הפליה.

2. אפיקי אכיפה נוספים המתבססים על ממצאי בחינות יזומות

(א) אפיק אכיפה פלילי

חלק מחוקי איסור ההפליה בישראל קובע כי הפליה הינה עבירה פלילית. למשל, חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים קובע כי הפליה היא גם עבירה פלילית ולא רק עוולה אזרחית. לאחרונה אף המליצה הוועדה למיגור הגזענות נגד יוצאי אתיופיה, בראשות מנכ"לית משרד המשפטים אמי פלמור, להסמיך גוף תביעה במשרד הכלכלה, שיהיה ממונה על האכיפה של עבירה זו ולתת קדימות לאכיפתה.⁷⁸ גם חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, חוק זכויות החולה וחוק זכויות התלמיד קובעים כי הפליה הינה עבירה פלילית.⁷⁹

האפיק הפלילי אינו נתפס כזירה הטבעית לכירור תלונות על הפליה, ולכן מבקר המדינה הצביע לאחרונה על כך כי המשטרה כלל לא רואה כחלק מתפקידה לחקור תלונות על הפליה ולהגיש כתבי אישום.⁸⁰ יש הטוענים כי הפליה הינה תופעה מורכבת מדי לטיפול במישור הפלילי, המחייב ודאות. כך, למשל, ייתכנו חילוקי דעות בשאלה האם יחס שונה הינו אבחנה מותרת או הפליה אסורה, ולכן – הכיצד ניתן לנקוט הליך פלילי?

מנגד ניתן לטעון, כי הפליה אינה מהווה רק פגיעה ביחיד אלא גם בערכים מוגנים של החברה כולה, שעליהם ביקשה הכנסת להגן בחוקקה את החוק. הפיכת ההיבט הפלילי לאות מתה אינה עולה בקנה אחד עם תכלית החוק ועם שלטון החוק. היא מעבירה מסר בעייתי שלפיו הפליה הינה עסקו הפרטי של הקורבן ואינו מעניינה של החברה בכללותה, והקורבן לא יזכה לגיבוי של רשויות אכיפת החוק. יתר על כן, אכיפה במישור הפלילי יש בה לייצר הרתעה משמעותית יותר מאכיפה מינהלית או אזרחית. ראשית, חיוב בפיצוי כספי אין בו להטיל את אותה סטיגמה חברתית שיש בפתיחת תיק פלילי לבעל עסק או למעסיק שהפלה, לחקירתו באזהרה ולאפשרות של רישום פלילי. שנית, הגם שהענישה היא קנס בלבד, היא מאפשרת השתתפות קנסות משמעותיים ומרתיעים יותר מסכומי הפיצויים שלרוב פוסקים בתי המשפט בהליך אזרחי-נזיקי, ובמקרים של הפרה חוזרת גם מאפשרת סגירת בתי עסק מפלים.⁸¹

באיזון השיקולים השונים ישנה הצדקה לאכיפה גם במישור הפלילי. שיקול הדעת של גורמי האכיפה הוא רחב ויכול גם שיתחשב בסוג ההפליה ובטיבה, כך שאותם מקרים אפורים, שבהם קיים ויכוח האם יחס מסוים הינו לגיטימי או מפלה, יועברו לכירור באפיק מינהלי או אזרחי. ואולם אין כל הצדקה כי מקרים בוטים של הפליה מכוונת ושיטתית, מטעמים גזעניים, לא יטופלו גם במישור הפלילי, כמצוות החוק.

לארגון לשינוי חברתי החושף הפליה באמצעות מערך בוחנים יכולה להיות תרומה משמעותית להפעלת גורמי האכיפה גם במישור הפלילי, להזנתם בתלונות, למעקב אחר קידום החקירה וההחלטות על העמדה לדין, ובמקרים שבהם התיק נגזו שלא בצדק, יכול הארגון לפעול בכלים ציבוריים ומשפטיים לשינוי ההחלטה.

(ב) אפיק אכיפה מינהלי

כאשר ארגון חושף הפליה באמצעות בחינה יזומה הוא יכול להעביר את הממצאים לרשויות שונות ולדרוש מהן לפעול בכלים מינהליים שונים כלפי הגורם המפלה. ישנם במסגרת הממשלה גורמים ייעודיים לטיפול בהפליה כמו נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, פניות הציבור של האגף לאיכות השירות במשרד הבריאות וכיו"ב, במסגרת החומי האחריות של כל אחד מהגופים.

הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי | גיל גן-מור

נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה מוסמכת לטפל בתלונות המועברות לה ואף ליזום הליך של תביעה אזרחית נגד הגורם המפלה, והיא יכולה לעשות זאת גם בשם הנציבות, ולא בשם תובע מסוים.⁸² ממצאים שייאספו על ידי ארגון לשינוי חברתי המפעיל בחינות יזומות בתחום שוויון ההזדמנויות בעבודה, יכולים להניע את הנציבות להגיש תלונה המבוססת עליהם. נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות מוסמכת אף היא לתבוע גורם שהפר את הוראות איסור ההפליה כלפי אנשים עם מוגבלות גם ללא תובע בעל עילה פרטנית.⁸³ לעומת זאת, בתחום ההפליה בשירותים ובמוצרים ובכניסה למקומות ציבוריים אין כיום גורם בעל סמכויות של ממש.

כאשר הגורם המפלה כפוף לרגולציה, לפיקוח או לרישוי, פנייה לרגולטור או לגורם הפיקוח גם היא אפיק פעולה אפשרי. בהקשר של הפליה בדיר, למשל, ניתן לפעול מול רשות מקרקעי ישראל (להלן: רמ"י), כדי שזו תפעל נגד יזמים שזכו במכרזי בנייה ונמצא שהם נוקטים הפליה בשיווק הדירות. כיום במכרזי הבנייה שמפרסמת הרשות ישנו סעיף איסור הפליה. יזם שזכה במכרז ונתפס מפלה בשיווק הדירות מפר את תנאי המכרז, והרשות יכולה, בהתאם לתנאי המכרז, לבטל את זכייתו במכרז או לקנוס אותו.⁸⁴ ואכן בעקבות חשיפות של פרויקט הפליה במבחן הוגשו לרמ"י תלונות על חברות נדל"ן שהפלו.⁸⁵

ברומה, כאשר מדובר בעל מקצוע המוסדר בחוק, ניתן לבחון אפיקים מינהליים שונים, כמו הפעלת דין משמעתי, התליית הרישיון או הטלת עיצומים כספיים.⁸⁶ למשל, תיווך נדל"ן הינו מקצוע אשר מוסדר בחקיקה, דורש רישיון ונתון לפיקוח. בחקיקה נקבע בין היתר כי על מתווך "לפעול בנאמנות, בהגינות ובדרך מקובלת, ולמסור ללקוחו כל מידע שיש בידו בעניין מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך".⁸⁷ ארגון שמצא בבחינה יזומה כי מתווך נדל"ן הפלה, יכול לדרוש את העמדתו של המתווך לדין משמעתי ונקיטת צעדים מינהליים שונים כלפיו.⁸⁸ פעילות מסוג זה יכולה להיות אפקטיבית נגד הפליה בתחומים מגוונים. לארגונים לשינוי חברתי יש תפקיד חשוב בהזנת הרשות בתלונות, ובעמידה על כך שהרשות המפקחת תפעיל את סמכויות האכיפה והפיקוח במקרים המתאימים.

סיכום

פרויקט של בחינות יזומות בידי בוחנים לחשיפת הפליה הוא פרויקט המותאם למידותיהם של ארגונים לשינוי חברתי, שמיגור ההפליה הוא חלק חשוב במטרותיהם הציבוריות, והוא אפקטיבי במאבק בקשיי האכיפה של דיני איסור ההפליה והרתעת החסר.

בעידן הנוכחי המאבק בהפליה הסמויה הוא חשוב לא פחות ואולי אף יותר מהמאבק בהפליה הגלויה שנעלמת מהנוף, לאור התהליך המתמשך והמתרחב של החלת איסור ההפליה על מעסיקים, עסקים, נתני שירותים ומי שמנהלים מקום ציבורי. ההפליה הסמויה החליפה במידה רבה את ההפליה הגלויה והאתגר בחשיפתה הוא רב.

לארגונים לשינוי חברתי שיפעילו בתחום עיסוקם פרויקט בחינות יזומות תהייה עלויות הקמה לא מבוטלות, שכן הפרויקט דורש איתור ושימור כוח אדם, הכשרתו והפעלתו. אולם התוצרים משמעותיים – חשיפת הפליה, יצירת הרתעה משמעותית לגופים הנוקטים פרקטיקות מפלות, ראיות טובות וחדר משמעות לציור שימוש ציבורי או משפטי וכלים מצוינים לאכיפה אזרחית ולשינוי חברתי. יש לקוות כי יבוא היום ובו, לצד ארגונים לשינוי חברתי, נראה תוכנית דומה לפרויקט הפליה במבחן, המבוצעת כשגרה על ידי הרשויות – משרד המשפטים או משרד הכלכלה, נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה וכדומה או למצער – במימונן. בדיקה אקראית ושיטתית מצד גופים אלו תוביל

להעלאה משמעותית של הסיכון מצד חברות ונותני שירותים השוקלים לנקוט הפליה פסולה, ותרתייע אותם מלנהוג כך.

בחברה מפוצלת ומורכבת כמו החברה בישראל, מתחייבת התגייסותן של הרשויות למאבק בהפליה, לצד תפקידם החיוני של ארגונים לשינוי חברתי מהחברה האזרחית. אולם עד שזה יקרה, לארגונים לשינוי חברתי יש הזדמנות לאמץ אמצעי זה ולהראות את הדרך גם לרשויות.

הערות

- 1 להתפתחות פסיקת בית המשפט ביחס להפליה, ראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 275 (2016).
- 2 למשל: חוק איסור הפליה במוצרים, שירותים ובכניסה למקומות בידור ומקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה); חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה); חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות); חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק זכויות החולה); חוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000 (להלן: חוק זכויות התלמיד); חוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007; סעיף 26(ג) לחוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (תיקון מס' 8), התשע"א-2011.
- 3 בהקשר של הפליה תעסוקתית ראו שרון רבין-מרגליות "שלושה דורות של הפליה תעסוקתית: הישגים ומגבלות של המאבק לקידום שוויון תעסוקתי" עבודה, חברה ומשפט טו (גיא מונדלק ופאינה מילמן-סיון עורכים) (צפוי להתפרסם ב־2018) (להלן: רבין-מרגליות "שלושה דורות"). בהקשר של הפליה בדיור ראו גרשון גונטובניק הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות – בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות 502 (2014) (להלן: גונטובניק הפליה בדיור); רות גביון ואורי שורץ "הפרדה בדיור כמרכיב בהפליה: הניסיון האמריקאי" עיוני משפט כה 108, 73 (2000); גיל גן-מור "הזכות לדיור, הזכות לשוויון בדיור וקהילת הלהט"ב" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 537, 541 (עינב מורגנשטרן, ניב לושינסקי ואלון הראל עורכים, 2016).
- 4 סיטואציות אלו הובילו לתיקון חוק איסור הפליה בשנת 2011, ולהוספת חזקה שלפיה אם "הנתבע עיכב הספקת מוצר או שירות ציבורי, כניסה למקום ציבורי או מתן שירות במקום ציבורי, לנמנים עם קבוצה המאופיינת לפי עילה מעילות ההפליה המנויות בסעיף 3, ולא עיכב כאמור, באותן נסיבות, את מי שאינם נמנים עם אותה קבוצה" אזי הנתבע הפלה, כל עוד לא הוכיח אחרת.
- 5 ראו יפעת ביטון "נשים ונזיקין: בין הפליה להשעייה: מחשבות בעקבות ת"א (בית שמש) 13-02-41269-13 פיליפ נ' אבוטבול" המשפט ברשת – מבזקי הארות פסיקה 41, 4 (2015).
- 6 כך עולה מאתר האינטרנט של המשרד: www.justice.gov/crt/fair-housing-testing-program-1 (הנתונים מעודכנים לשנת 2016).
- 7 ראו יופי תירוש "גילוי וכיסוי בשוויון: הקדמה לתרגום של Covering מאת קנג'י יושינו" מעשי משפט ח 13 (2016); רבין-מרגליות "שלושה דורות", לעיל ה"ש 3; ע"ע 13-11-37078 חברת חשמל בישראל בע"מ נ' נאידורף (פורסם בנבו, 13.2.2018) (שם פסק בית הדין הארצי כי ניתן לראות בגילויים שונים, לרבות גילויים סמויים או לא מודעים של לעומתיות על רקע מין, כהפליה ב"תנאי העבודה").
- 8 ויליאם ל' פ' פלסטינר, ריצ'רד ל' אייבל ואוסטין סאראט "היווצרותם של סכסוכים והשתנותם: מתן שם, הטלת אשם, עמידה על זכות..." מעשי משפט ג 17 (זהר כוכבי מתרגם, 2010).
- 9 ראו יובל אלבטון "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" עלי משפט ג 497 (2004).
- 10 בארה"ב הייתה ידועה בעבר תופעה של "הכוונה" (steering) שלפיה מתוכני דירות נהגו לשלוח לקוחות שחורים רק לשכונות שחורות וכך שימרו את הסגרגציה, תוך הישענות על פערי מידע, ובלי צורך לרחות באופן ישיר שחורים ממגורים בשכונות לבנות. בית המשפט האמריקאי פסק כי התנהגות זו מהווה הפליה בניגוד לחוק הדיור ההוגן. ראו גונטובניק הפליה בדיור, לעיל ה"ש 3, בעמ' 496.

הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי | גיל גן-מור

- 11 על מנת להתמודד עם חסם זה בתחום המגורים, בחוק הריור ההוגן האמריקאי אסרו מפורשות על קיומו של פרסום סלקטיבי או מפלה, וישנן הנחיות מדוקדקות לגבי פרסום העומד בתנאי החוק. ראו גונטובניק **הפליה בריור**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 502. האגודה לזכויות האזרח טענה באופן דומה כי יש לראות ביזמים שהחליטו לפרסם את השכונות שבנו באופן מדיר כמי שנקטו הפליה. עמדתה התקבלה במקרה אחד, ביחס לטרטון שיווקי של חברת בנייה אשר הציג יחס עויין מובהק לציבור המזרחי והמסר שעלה ממנו היה של הדרת מזרחים. רשות מקרקעי ישראל קנסה את החברה על סרטון זה בטענה כי גם אם בפועל לא הופלו מזרחים, היה בו אפקט מדיר, וקביעה זו קיבלה את תמיכתו של בית המשפט. ראו עת"מ (י-ם) 5950-12-15 **האגודה לזכויות האזרח נ' רשות מקרקעי ישראל** (פורסם בנבו, 19.4.2017). לעומת זאת, בעניין אחר נדחתה עתירה של כמה ארגונים לשינוי חברתי לפסילת זכיית העמותה, לאחר שפרסמה את הדירות שבנתה בעכו לציבור דתי. בית המשפט לעניינים מינהליים פסק כי אם לא הוכחה הפליה בפועל אין מקום לפסילת זכיית החברה, וכי העובדה שערכים לא ניסו לקנות דירה בפריקט והדירו את עצמם אינה בהכרח מעידה על הפליה אלא על העדפות המגורים שלהם. ראו עת"מ (חי) 25573-03-12 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' מינהל מקרקעי ישראל** (פורסם בנבו, 23.4.2012).
- 12 סוגיה זו עמדה בלב הדיון בין הרוכב למיעוט בבג"ץ 2311/11 **סבח נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 17.9.2014) (להלן: פרשת סבח), שדן בחוק שהסדיר את פעולתן של ועדות הקבלה למגורים ביישובים קהילתיים. התיקון לפקודת האגודות השיתופיות אסר אומנם על דחיית מועמדים מטעמים מפלים אך במקביל אפשר דחייתם על בסיס קריטריון עמום של "התאמה" לחיים בקהילה או למרקם התרבותי של היישוב, ולעמדת שופטי המיעוט די בכך כדי לאפשר הפליה סמויה בלתי ניתנת לאיתור. דוגמה לקריטריון נפוץ נוסף להסוואת הפליה על בסיס לאום, או עדה היא השימוש בקריטריון "מקום המגורים", המתבסס על ההפרדה הברורה הקיימת במגורים בין יהודים לערבים ובין אשכנזים למזרחים. הנושא נדון כמה פעמים בבתי המשפט במקרים שבהם נטען כי השימוש במקום המגורים היווה כסות להפליה. בעקבות זאת הכנסת הכניסה איסור להפלות מחמת מקום מגורים לחוק איסור הפליה ולחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. בקשר לערכים ראו ה"פ (מרכז) 18716-08-14 **מנסור נ' מועצה מקומית כוכב יאיר** (פורסם בנבו, 19.9.2017); עת"מ (חי) 27088-07-13 **אגודת הגליל – האגודה הערבית הארצית למחקר ושירותי בריאות נ' עיריית קרית אתא** (פורסם בנבו, 14.9.2014). בקשר למזרחים ראו ע"א (נצ') 198/09 **סרוד נ' רוידנט מיוזיק** (פורסם בנבו, 5.11.2009); ת"א (נצ') 21489-01-10 **כהן נ' קיבוץ אפיקים** (פורסם בנבו, 13.1.2013).
- 13 למשל, זוג ערבים שביקש לרכוש דירה מחברה ששיווקה פרויקט מגורים חדש ברמלה, סורב בטענה כי המכירה הינה רק לחברי מועדון "בהצדעה" – מועדון צרכנות החיילים משוחררים ומשרתי מילואים. לעומת זאת בוחנים יהודים שהפעילה האגודה לזכויות האזרח כלל לא נדרשו להיות חברים במועדון, ובוחנת יהודייה אף שאלה האם תוכל לרכוש דירה אף שלא שירתה בצבא (מטעמי דת) ונאמר לה ששירות צבאי אינו תנאי סף ואף שיסדרו לה את ההנחה שמקבלים חברי מועדון בהצדעה. ראו יהודה שוחט "בשירות הגזענות" **ידיעות אחרונות – 24 שעות** 28.5.2016. www.yediot.co.il/articles/0,7340,L-4808921,00. בדומה, ערוץ 10 חשף כיצד קאנטרי קלאב בבאר-שבע מנע מאזרח בדווי לרכוש כרטיס כניסה לבריכה בטענה כי המכירה לתושבי באר-שבע בלבד, אך כשתחקירנית הערוץ, יהודייה שהזדהתה כמי שאינה תושבת באר-שבע, ביקשה לרכוש כרטיס נאמר לה שאין מניעה וזשה נאמר רק לערבים. בעקבות התחקיר הוגשה בקשה לתביעה ייצוגית, שנסתיימה בהסכם פשרה שלפיו תוסר ההתניה בעניין מכירת כרטיסים לתושבי העיר בלבד, והקאנטרי הסכים לשאת בהוצאות התובע ובפיצוי. בית המשפט הנכבד נתן תוקף להסכם ת"צ (מרכז) 36762-07-13 **רפול נ' החברה למרכזי תרבות וספורט לעובד ולמשפחתו** (פורסם בנבו, 14.3.2018).
- 14 בת"א (שלום חי) 3941-10-16 **מזולבט נ' ט.א. תמ"א יזמות השקעות ובניה בע"מ** (פורסם בנבו, 16.8.2017) נדונה תביעה של אזרח ערבי שביקש לרכוש דירה בשני פרויקטים ששווקו במעלות תרשיחא. התביעה התבססה על תחקיר של ערוץ 10 אשר חשף כי החברה נמנעת מלמכור לתובע דירה בטענות

- שונות, כמו קיומה של רשימת המתנה או היעדר דירות, בעוד שלתחקירנית היהודייה של הערוץ מכרו דירה בהתלהבות. עוברת החברה אף הוקלטה בשיחה עם התחקירנית בהודאה ברורה שלפיה לפונים ערבים נאמר שעליהם להמתין כי יש עומס, וכך נמנעת החברה מלמכור דירות לערבים (התביעה תלויה ועומדת. התחקירנית לצפיייה, ראו אבי עמית "המגזין: כאן לא גרים" (ערוץ 10, 6.6.2015). www.10.tv/hamagazim/130990.
- 15 טענה זו עלתה, למשל, בעניין סבא ביחס לקבלה ליישובים קהילתיים שבהם מפעילה אגודה שיתופית ועדת קבלה. אומנם החוק אוסר על האגודה לדחות מועמד מטעמי לאום, אך הליכי הקבלה מאפשרים לדחות מועמד על בסיס מבחנים עמומים כמו התאמה לחיים בקהילה והתאמה למרקם חברתי ותוך פלישה לפרטיות המועמד. בעתירה שהוגשה נגד תיקון לפקודת האגודות השיתופיות שהסדיר את הליכי הקבלה, טענו העותרים, בליווי תצהיר של מי שעמד בראש ועדת קבלה ביישוב במשגב בגליל, כי די באלו כדי לגרום לאזרחים ערבים להדיר עצמם מיישובים אלו ולא לנסות להתקבל למגורים בהם. בפסק הדין עצמו נחלקו השופטים. הרוב טען כי אין אפקט מצנן משמעותי כי החוק כולל איסור מפורש על הפליה בעוד שופטי המיעוט סברו כי לעצם הצורך בוועדת קבלה יש אפקט מצנן, ובמיוחד ציינו שופטי המיעוט כי מי שכבר נדחה ספק אם יממש את זכאותו להשיג על החלטת דחייה כזו. ראו עיקרי טיעון מטעם העותרים בבג"ץ 2311/11 סבא נ' הכנסת, www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2012/11/hit2311Iqarim.pdf; פרשת סבא, לעיל ה"ש 12, פסקה 27 לפסק דינו של הנשיא גרוניס, פסקה 18 לפסק דינו של השופט הנדל ופסקה 9 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.
- 16 נטע זיו וחן תירוש "המאבק המשפטי נגד מיון מועמדים ליישובים קהילתיים – מלכוד ברשת טובענית ומחוררת" קהילות מגודרות 311, 354 (אמנון להבי עורך, 2010).
- 17 על כך יש להוסיף כי במקרים שבהם תובעים יצאו מגדרם לחזק את הראיות, באמצעות הקלטות בסתר למשל, שימש הדבר כנגדם, כמצביע על כך שתביעתם יזומה ולא אותנטית, או על חוסר תום לב. כך, למשל, בעניין אורבן קיטשן הופחת הפיצוי שניתן לתובע אשר חזר והקליט נציגה של מסעדה שסירבה להעסיקו בטענה כי המסעדה מעוניינת להעסיק רק מלצריות: ס"ע (ת"א) 14-11-1783 שחל נ' ג.ח. אורבן קיטשן (פורסם בנבו, 13.8.2017) (להלן: פרשת אורבן קיטשן).
- 18 יפעת ביטון "מזרחים במשפט: ה'אין' כ'יש'" משפטים מא 455 (2011).
- 19 שרון רביץ-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?" הפרקליט מד 529 (2000).
- 20 ראו למשל זיו לירדור ויואב שוטן-גושן "היום שבו יחפשו את השם שלכם בגוגל ויגלו שאתם עושים צרות" מגזין www.themarker.com/magazine/1.5533872 TheMarker 20.1.2018.
- 21 אלבשן, לעיל ה"ש 9.
- 22 טליה שטיינר שוברים אי-שוויון: התמודדות עם אפליית ערבים בשוק העבודה הישראלי – מחקר מדיניות 97 (המכון הישראלי לרמוקרטיה, 2013): www.idi.org.il/media/3434/pp97.pdf.
- 23 אביעד הכהן "נישט פון אונזערע ('לא משלנו'): אפליה עדתית בחברה החרדית וייצוגן של קבוצות אוכלוסייה מוחלשות מקרבה" מעשי משפט ג 123 (2010); דוגמה נוספת היא פרשת קולך, שם התקשה ארגון קולך לאתר מתלוננות שתסכמנה לתבוע נגד הדרת נשים ברדיו חרדי מחשש שיבולע להן, ועל כן אישר בית המשפט לארגון קולך להוות תובע ייצוגי בשם הנפגעות הישירות: רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים רתיות, פסקאות 48-51 לפסק דינו של השופט דניצ'גר ופסקה 4 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז (פורסם בנבו, 9.12.2015) (להלן: פרשת קולך).
- 24 מניתוח אמפירי של מימוש חוק התובענות הייצוגיות ניתן גם לראות כי החוק כמעט לא תרם לאכיפה של דיני איסור הפליה לעומת תרומתו הרבה לאכיפה של נושאים צרכניים, וניתן לשער כי החסמים שציינתי תרמו לעניין. זאת לעומת סוגיות צרכניות, אשר משפיעות גם על קבוצות חזקות ומודעות, שידועות להשתמש בחוק בצורה נרחבת. על המחקר ראו אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" משפט ועסקים יט 935 (2016).

- הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי | גיל ג'מור
- 25 משה כהן-אליה "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?" **משפט וממשל** יז 147, 171 (2016).
- 26 ראו אלון קלמנט "הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת" **קהילות מגודרות** 115 (אמנון להבי עורך, 2010).
- 27 למשל, ת"א (ת"א) 15/97 **שמיאן נ' מסעדת גני רוזמרי** (פורסם בנבו, 12.1.1999).
- 28 משה כהן-אליה "פוליטיקת הגועל בחוק איסור הפליה במצרכים ובשירותים" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 497, 524 (עינב מורנגשטרן, יניב לוינסקי ואלון הראל עורכים, 2016) (להלן: כהן-אליה "פוליטיקת הגועל").
- 29 ראו מבקר המדינה ר"ח **שנתי 2016 – לשנת 2016 ולחשבונונת שנת הכספים 2015** 956 (2017).
- 30 ראו מארק גאלאנטר "מדוע "אלה שיש להם" נוטים להצליח: הרהורים על גבולות השינוי המשפטי" **מעשי משפט** ד 15 (2011).
- 31 ניתן להשוות זאת לשימוש משטרתי בסוכן סמוי במסגרת מאבק בפשיעה. בעוד שבתי המשפט פסקו כי זה הכרחי, התעוררו גם מקרים שבהם הפעילות המשטרתית עשויה לחרוג מגבול הלגיטימיות. למשל, בהדחה של אדם ישר לביצוע עבירה, שעה שלא היה עולה בדעתו לעבור עבירה כזו לולא הודח לכך על ידי הסוכן המשטרתי הסמוי. ראו בעניין זה ישגב נקדימון **הגנה מן הצדק** 209 (מהדורה שנייה, 2009).
- 32 בתיה בן דוד, עליזה אבן-חיריק, אפרת אפלבוים, הדס דרייזר, דפנה שרון, ינון כהן, גיא מונדלק "בדיקת אפליה בשכירה לעבודה על-ידי מבחני היענות" **עבודה, חברה ומשפט** יא 381, 387 (2006).
- 33 לדיון דומה ב"בעיית הנציג" ביחס להגשת תובענות ייצוגיות במקום שבו קיים ארגון עובדים לא מתפקד ראו בג"ץ 1893/11 **הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פסקאות 66-69, 86 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 30.8.2015).
- 34 גאלאנטר, לעיל ה"ש 30.
- 35 עמדה דומה הביע המשנה לנשיאה, השופט רובינשטיין בע"א 8037/06 **ברזילי נ' פרינר** (פורסם בנבו, 4.9.2014) (להלן: פרשת פרינר). הוא הביע חשש מפני הפיכת תובענות ייצוגיות לתעשייה למטרות רווח, אך גם הוא סייג ואמר כי הדיסוננס, כהגדרתו, בין האינטרס הציבורי באכיפה לבין האינטרס הפרטי של יוזם ההליך ברווח מתפוגג כאשר מי שמנהל את ההליך הוא עמותה ללא כוונות רווח, במסגרת פעילותה הציבורית. שם, בפסקה יא. ראו דיון בעניין זה גם בפסקאות 83-98 לפסק דינו של השפט מלצר.
- 36 ע"א (ת"א) 17537-05-14 **ק.צ. יחסי ציבור בע"מ נ' קיס** (פורסם בנבו, 3.8.2015); רע"א 197/16 **קיס נ' ק.צ. יחסי ציבור ויזמות** (פורסם בנבו, 26.1.2016) (להלן: עניין קיס). ראו גם דחייה של טענה לתובע סדרתי בתחום ההפליה בדיור: ת"א (י-ם) 54070-01-14 **סלמאן נ' מיטל הנדסה ושרותים** (פורסם בנבו, 12.3.2017).
- 37 בעניין פרינר, לעיל ה"ש 35, בית המשפט העליון פסק כי אין פסול בהגשת תובענה ייצוגית ממניעים של עשיית רווח, ואף אם התובענה הינה מיום משותף של התובע ועורך הדין, וכי התמריץ הכלכלי אינו זר לתכליות שביקש המחוקק להשיג בחוקק את חוק התובענות הייצוגיות.
- 38 למשל, משרד השיכון האמריקאי הוציא הנחיות בעניין עריכת בחינות יזומות לאיתור הפליה, ואף מתנה מימון של ארגונים העוסקים בהפעלת בוחנים בעמידה בתנאים אלו. בקישור זה ניתן לראות הנחיות לגבי עריכת בחינות יזומות לאיתור הפליה בדיור נגד אנשים עם מוגבלויות: U.S. DEP'T OF HOUSING AND URBAN DEVELOPMENT, AGAINST PERSONS WITH DISABILITIES - TESTING GUIDANCE FOR PRACTITIONERS http://www.huduser.gov/publications/pdf/dd_testing_guidance.pdf (2005).
- 39 בבחינות יזומות להפליה בקבלה לעבודה ננקטו דרכים שונות כדי להבטיח את מהימנות הבחינה. ראו בן דוד ואח', לעיל ה"ש 32.
- 40 גישה דומה ננקטה בחוק התובענות הייצוגיות, אשר נושא בחובו דרישות סף מקצועיות מתובע ייצוגי ומבא כוחו המבקשים לייצג את הקבוצה. ראו ס' 8(א) (3) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות).

- 41 עניין קיס, לעיל ה"ש 36.
- 42 ס' 5 לחוק איסור הפליה; ס' 10 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה; ס' 14 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.
- 43 ס' 7-9 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. אסף פינק עמד על יתרונות וחסרונות התביעה הייצוגית לעומת התביעה נזיקית הרגילה במאמרו בנושא, שפורסם בכתב עת זה, ראו אסף פינק "תובענות ייצוגיות ככלי לשינוי חברתי" **מעשי משפט** ו' 157 (2014). ראו גם אלון קלמנט ושרון רביץ-מרגליות "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה: האם השתנו כללי המשחק" **עיוני משפט** לא' (2) 369 (2009).
- 44 כהן-אליה "פוליטיקת הגועל", לעיל ה"ש 28, בעמ' 524. למשל, בעניין *Havens Realty Corp. v. Coleman*, 455 U.S. 363 (1982).
- 45 *Fair Housing of Marin v. בניין*, למשל, 524. במקרה *Combs*, 285 F.3d 899 (9th Cir. 2002), בית המשפט לערעורים אישר את פסיקת בית המשפט המחוזי, שקבע שיש לפצות ארגון חברתי מקומי שחשף הפליה בדיוור באמצעות בחינות יזומות, ודחה טענות בדבר היעדר מעמד והיעדר נזק. הפיצוי עמד על מעל 14 אלף דולר כפיצוי על הפסדיו בשל הסטה של משאבים, ובנוסף סכום של מעל עשרת אלפים דולר בשל הפגיעה במטרותיו הציבוריות של הארגון. בין הנזקים להם טען הארגון: שעות עבודה של עובדי הארגון בביצוע הבחינות היזומות, הוצאות לביצוע הבחינות והוצאות הכשרה וגיוס של בוחנים. לגבי הפגיעה במטרות הארגון התבסס הנזק על הוצאות שהארגון טען שיצטרך לשאת במעקב אחר מירת הקפדה של החברה על מחויבותיה ועל הוצאות הארגון בפעילות ציבורית לידוע הקהילה שנפגעה. באותו מקרה פסק בית המשפט גם פיצויים עונשיים על החברה בסך כ-75 אלף דולר, ושכר טרחה לבא כוח הארגון בשיעור של כחצי מיליון דולר. התביעה, אם כן, עלתה לחברה המפלה מעל 600 אלף דולר.
- 46 למשל בעניין *United States v. Balistrieri*, 981 F.2d 916 (7th Cir. 1992) אישר בית המשפט לערעורים פיצוי בשיעור של 2,000 דולר לכל אחד מחמשת הבוחנים שחשפו פרקטיקות מפלות נגד שחורים. הסכום נקבע בהיעדר ראיות מיוחדות לעגמת נפש, על בסיס עדויות הבוחנים, ובית המשפט דחה את הטענה כי בהיותם בוחנים הם לא חוו פגיעה בכבודם.
- 47 למשל, בעניין *Cabrera v. Jakobovitz*, 24 F.3d 372 (2nd Cir. 1994) אישר בית המשפט לערעורים פסיקה של בית המשפט המחוזי, שלפיה בוחנים מקבוצת המיעוט שחשפו את ההפליה זכאים לפיצוי נומינאלי בלבד של דולר אחד. אף על פי כן התביעה הייתה ללא ספק מוצלחת, שכן נוסף על כך ניתנו צווים להעדפה מתקנת (דבר חשוב בפרויקטים להשכרה של הנתבע, שבהם אין מדובר במכירה חד-פעמית), והארגון עצמו קיבל פיצוי כספי נכבד.
- 48 למשל, בעניין *Chicago v. Matchmaker Real Estate Sale Center*, 982 F.2d 1086, 1099 (7th Cir. 1992) אישר בית המשפט לערעורים הטלת פיצויים עונשיים נגד חברה ונציגיה בגין הפליה אסורה, בפרקטיקה של הכוונת שחורים לשכונות לשחורים בלבד. הממצאים נאספו באמצעות בוחנים, שביצעו חמש בחינות יזומות. בית המשפט לערעורים אישר הטלת הפיצוי על סוכני המכירות, ואולם הפך החלטה לגבי מנהל החברה, שכן לא הוכח שידע על התנהלות הסוכנים.
- 49 עוד יש לציין, כי בארה"ב, בניגוד לישראל, מפעיל משרד המשפטים מערך של בחינות יזומות בנושא הפליה בדיוור, ולתובע הכללי סמכות מפורשת להגיש תביעות נגד חברות, ובית המשפט אף מוסמך, לבקשת התובע הכללי, להטיל פיצויים אזרחיים בסך 50,000 דולר להפרה ראשונה ו-100,000 דולר להפרה חוזרת, ראו *42 U.S.C. § 3614(d)(1)* (1988). בפרקטיקה סכומים אלו משולמים לא פעם במסגרת הסדרים מחוץ לבית המשפט. לרוב החברה תשלם את הסכום לקרן שמיועדת לקורבנות עבר של מדיניות אותה חברה.
- 50 דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ד – משפט מינהלי דיוני 284 (2017).
- 51 למשל, עותרים ציבוריים עתרו נגד משרד החינוך בשל אוזלת ידו בהתמודדות מול מוסדות חינוך פרטיים שהפלו על רקע עדתי. ראו בג"ץ 1067/08 **עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך**, פ"ד (סג) 398 (2009).

הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי | גיל גן-מור

- 52 ראו גם סעיף 12 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה; סעיף 19 נג לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. הפסיקה בעניין מועטה. בת"א (שלום י-ם) 95329532-10-14 המרכז הרפורמי לדת ומדינה נ' ליברמן (פורסם בנבו, 15.10.2017). התקבלה תביעה של שני ארגונים לשינוי חברתי נגד אתר שפרסם מודעות עבודה ליהודים בלבד. בית המשפט קבע לארגונים זכות לתבוע מכוח סעיף 7 לחוק איסור הפליה, ופסק כי על הנתבע לפצות את הארגונים בשל הפליה. ערעור על פסק הדין נדחה. ראו ע"א (י-ם) 38722-11-17 ליברמן נ' המרכז הרפורמי לדת ומדינה (פורסם בנבו, 21.3.2018) (להלן: עניין ליברמן). במקרה אחד בית משפט השלום דחה בקשה מפורשת למחוק את האגודה לזכויות האזרח כאחת התובעות בתיק הפליה בכניסה למקום ציבורי: ת"א (שלום ת"א) 36477-12-13 חג'אג' נ' קבוצת עזריאלי (פורסם בנבו, החלטה מיום 24.3.2015).
- 53 גם התחקות אחר ההיסטוריה החקיקתית של חוק איסור הפליה מצביעה על מסקנה זו. כך, למשל, בהצעת החוק צוין כי "הוראה זו מרחיבה את הזכות להגיש תביעה על הפרת הוראות החוק גם לארגון העוסק בהגנה על זכויותיו של מי שאסור להפלותו לפי החוק, תכליתה של הוראה זו היא להביא לאכיפה יעילה יותר של החוק". ראו הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים התש"ס-2000, ה"ח 2871 (15.5.2000).
- 54 השאלה התעוררה, למשל, בעניין הפליה של טרנסג'נדרים, שעה שהחוק אינו כולל איסור על הפליה מחמת זהות מגדרית, ובית הדין הארצי לעבודה פירש את האיסור על הפליה מחמת מין ונטייה מינית כאוסר גם על הפליה נגד טרנסג'נדרים: ע"ע (ארצי) 23372-0606-14 המרכז לטכנולוגיה חינוכית נ' משל (פורסם בנבו, 2.6.2015).
- 55 ראו למשל יוחאי בנקלר "אי-הפליה בדירור: תחולה, היקף וסעדים במסגרת המשפט הקיים" עיוני משפט טז 131, 166 (1991).
- 56 ת"צ (מרכז) 8214-05-14 מירב נ' אי.די.אי. חברה לביטוח (פורסם בנבו, 30.8.2016) (להלן: פרשת מירב).
- 57 ד"מ (ת"א) 16079-02-16 זרחה-רוזן נ' כל דגן, פסקה 17 (פורסם בנבו, 12.7.2017) (להלן: פרשת זרחה-רוזן).
- 58 רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות (פורסם בנבו, 16.11.2011); פרשת מירב, לעיל ה"ש 56, פסקה 43.
- 59 סעיף 4(א) לחוק התובענות הייצוגיות; להגדרת "ארגון" ראו סעיף 2 לחוק. בת"צ (ת"א) 2484-09-12 הצלחה – התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' כהן (פורסם בנבו, 18.2.2013) נדונה לראשונה האפשרות להכיר בזכות העמידה של ארגון לשינוי חברתי בתחום הצרכני כתובע ייצוגי. בית המשפט פסק במקרה זה כי על הארגון להראות כי פעל בשקידה סבירה לאתר בעל עילת תביעה.
- 60 פרשת קולך, לעיל ה"ש 23, פסקאות 48-51 לפסק דינו של השופט דנציגר.
- 61 שם, פסקה 38 לפסק דינו של השופט דנציגר.
- 62 שם, פסקאות 2-5 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.
- 63 רע"א 3698/11 שלמה תחבורה נ' ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה, פסקה מו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.9.2017); אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 279 (2017).
- 64 בהקשר של תובענות ייצוגיות, אף נראה שהמחוקק ביקש לעודד תובעים במקרים המתאימים להגיש תובענה שהסעד בה הינו סעד הצהרתי ולא כספי. החוק מנחה את בית המשפט כי הגמול ייקבע על פי "הטרח שטרם התובע המייצג והסיכון שנטל על עצמו בהגשת התובענה הייצוגית ובניהולה, בפרט אם הסעד המבוקש בתובענה הוא סעד הצהרתי"; ס' 22(ב)(1) לחוק התובענות הייצוגיות.
- 65 השוו עם טלי גל והדר דנציג-רוזנברג "צדק מאחה וצדק עונשי: שני פנים למשפט הפלילי" משפטים מג 779 (2013).
- 66 ס' 76 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968 (להלן: פקודת הנוזיקין).

- 67 ס' 5 (ב) לחוק איסור הפליה; סעיף 14 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; סעיף 10(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.
- 68 עניין ליברמן, לעיל ה"ש 52. ניתן להשוות גם לרע"א 2015/15 פלבסקי נ' חברת מקור הפורמייקה (פורסם בנוב, 4.8.2016), שם נקבע כי ההוראה בחוק לשון הרע המאפשרת פסיקת פיצוי ללא הוכחת נזק לתאגיד הינה בגדר חוק ספציפי ומאוחר, יש בה כדי לגבור על האמור בס' 10 לפקודת הנוזיקין ולהקנות גם לתאגיד שהוצאה דיבתו לדרוש פיצוי ללא הוכחת נזק.
- 69 כהן-אליה "פוליטיקת הגועל", לעיל ה"ש 28, בעמ' 524. דרישה זו נכללה בתביעה נזיקית שהגישה הקליניקה לזכויות אדם באוניברסיטת תל-אביב בשם בני זוג ערבים שחברה סירבה למכור להם דירה בפרויקט ביפו. לתביעה הצטרפה האגודה לזכויות האזרח שסייעה לחשוף את ההפליה הסמויה באמצעות הפעלת בוחנים. לצד הפיצוי שנתבקש לבני הזוג התובעים, נתבעה החברה לשאת בנזקים של האגודה לזכויות האזרח שנבעו מהצורך להפעיל את מערך הבוחנים. ראו ת"א (ראשל"צ) 17-05-43211 חמיס נ' גרופית הנרסה.
- 70 פרשת אורבן קיטשן, לעיל ה"ש 17; פרשת זרחיה-רוזן, לעיל ה"ש 57.
- 71 ס' 75 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 מעניק סמכות רחבה לבתי המשפט העוסקים בנושאים אזרחיים ליתן כל סעד שייראה לנכון בנסיבות העניין. סמכות זו חלה גם על בית הדין לעבודה, לפי ס' 29 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969.
- 72 ס' 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.
- 73 ס' 22 לחוק תובענות ייצוגיות.
- 74 ראו ע"א 140/00 עיזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים, פ"ד נח(4) 486, 562 (2004) וכן החלטה לא לפסוק פיצויים עונשיים בתיק של הפליה בת"א (שלום כ"ס) 5244/02 בוגלה נ' משרד החינוך, פ"ד תשס"ב (3) 145 (2006).
- 75 ס' 461 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011. בהצעת החוק נכתב: "ההוראה החדשה המוצעת מקנה לבית המשפט סמכות לפסיקת פיצויים לדוגמה (המוכרים גם בשם 'פיצויים עונשיים'), אשר אינם תלויים בנזק. כדי לקבל פיצויים אלה אין צורך בהוכחת נזק, ואולם הם ייפסקו רק במקרים חמורים במיוחד, שבהם הוכח שהמפר נהג בודון. בין השיקולים שבית המשפט יכול להביא בחשבון בבואו לפסוק פיצויים לדוגמה ואת גובהם: היקף ההפרה וחומרתה, מידת ניצול חולשתו של הנפגע, הרווח צמצח למפר בשל ההפרה, טיבו וחשיבותו של האינטרס המוגן וכדומה".
- 76 כך, למשל, בחוק איסור לשון הרע קיים הסדר שלפיו מי שדיבתו הוצאה זכאי לפיצוי ללא הוכחת נזק בשיעור של 50,000 ש"ח, ואולם אם הדיבה הוצאה בכוונה לפגוע, הפיצוי הינו כפול. ס' 7א לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.
- 77 ס' 20(ה) לחוק התובענות הייצוגיות.
- 78 הצוות למיגור הגזענות כלפי אוכלוסיית יוצאי אתיופיה דו"ח מסכם – יולי 2016 93 (2016). www.graphics-lapam.org.il/clients/roam/gizanut/files/assets/basic-html/page-1.html (להלן: דו"ח ועדת פלמור).
- 79 ס' 15 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה; ס' 19 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; ס' 5(ב) לחוק זכויות התלמיד; ס' 28 לחוק זכויות החולה.
- 80 מבקר המדינה דו"ח ביקורת שנתי 67ב 956 (2017).
- 81 משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ושירותים" עלי משפט ג 15, 33 (2003).
- 82 ס' 18(5) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.
- 83 ס' 19(גא) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.
- 84 הרשות סירבה בתחילה לפעול אולם בעקבות התדיינות של האגודה לזכויות האזרח הכירה לבסוף הרשות בחובתה להבטיח כי זוכים במכרזי בנייה שהיא מפרסמת לא יפלו בשיווק הדירות והוראה כזו נכללה

הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי | גיל גן-מור

- בכל המכרזים לבנייה רוויה שהיא מפרסמת. ראו ע"ע 1789/10 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 7.11.2010). בפעם הראשונה שחברה נקנסה היה זה נגד פרסום גזעני ומפלה של חברת הבנייה "באמונה", אשר זכתה במכרז בנייה בקריית גת, ושיווקה אותה בסרטון שבו מוצגים שכנים ממוצא מזרחי והמסר הוא שבשכונה לא יהיו שכנים "כאלו". מכיוון שהחברה התנצלה וטענה כי בפועל מכרה גם למזרחים, היא נקנסה ברף הנמוך – בשיעור של 1.5% משיעור התמורה, שהם 323,000 ש"ח. ראו עת"מ (י-ם) 5950-12-15 האגודה לזכויות האזרח נ' רשות מקרקעי ישראל, (פורסם בנבו, 19.4.2017).
- 85 למשל, בעת"מ (חי') 65737-03-17 האגודה לזכויות האזרח נ' רשות מקרקעי ישראל (העתירה תלויה ועומדת) טענה האגודה לזכויות האזרח כי רשות מקרקעי ישראל פעלה בניגוד לחוק שעה שנמנעה מלקנוס חברה שבבחינה יזומה נמצא כי הציעה מחירי מבצע ליהודים ולבוחר ערבי נמסר כי המבצע הסתיים והמחירים היו יקרים משמעותית.
- 86 גם בעניין זה ראוי להזכיר את המלצות ועדת פלמור, שלפיהן על רשויות המינהל לעשות שימוש תקיף בסמכויות פיקוח שיש להן כדי למגר הפליה וגזענות, ובכלל זה הנחיה כי הפליה תיחשב כהתנהגות שאינה הולמת במקצועות הדורשים רישוי, וכן הרחבת החובות המוטלים על ספקי שירותים לנהוג בשוויון לרבות הכללת חובה זו במכרזים שמוציאה הרשות. דו"ח ועדת פלמור, לעיל ה"ש 78, בעמ' 73-74.
- 87 ס' 8 לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996.
- 88 האגודה לזכויות האזרח ערכה בחינות יזומות בעניין מתווכי נדל"ן ועל בסיס הממצאים, המלמדים על קיומה של הפליה, פנתה לרשמת המתווכים במקרקעין בדרישה להבהיר כי הפליה הינה עבירה משמעותית ואסורה. בתשובת רשמת המתווכים נמסר כי נשקלת האפשרות לקדם כללי אתיקה מפורשים בנושא. ראו התכתובת באתר האגודה: www.acri.org.il/he/40932.