

הזכות לדיור, הזכות לשוויון בדיור וקהילת הלהט"ב

מאת

גיל גן-מור*

א. מבוא

ביולי 2011 פרצה באחת מחאה חברתית, מהגדולות שידעה המדינה. הנושא שהצית את המחאה היה מחירי השכירות והאמונה של רבים שאבדו סיכוייהם לרכוש דירה משל עצמם. המחאה חשפה את מידת החשיבות שמייחס הציבור לסוגיית הדיור ואת אי־שביעות רצונו משינויים דרמטיים שחלו במדיניות הדיור, שתוצאותיהם היו עלייה ניכרת במחירי הדיור, מחסור בפתרונות דיור למעוטי הכנסה ומצוקת דיור הולכת וגדלה עבור רבים ממעמדות הביניים.¹ ניתן להניח שלמחאה זו היו שותפים רבים מחברי הקהילה הגאה, שחשים כי מחירי הדיור מאיימים על יכולתם לעמוד בתשלום שכר הדירה או המשכנתא או לנהל את אורח החיים הרצוי להם. ואולם, פרט למצוקת הדיור, שממנה סובלים היום חלקים נרחבים של האוכלוסייה, ללהט"בים יש גם קשיים נוספים, ייחודיים.

פרק זה נועד לבחון את היקף ההגנה הקיימת לזכות לדיור ולשוויון בדיור לקהילת הלהט"ב, הן בספרה הציבורית והן בספרה הפרטית, וכן אתגרים נוספים לקהילת הלהט"ב במימוש הזכות לדיור – ההתמודדות עם חוסר בית (homelessness) בקרב חברי הקהילה והתמודדות עם ההשלכות של היעדר דיור בהישג יד (affordable housing) על חברי הקהילה.

לפרק שלושה חלקים. בחלק הראשון אבחן את הכלים החקיקתיים הקיימים להתמודדות עם הפליה בדיור בשל נטייתם המינית או זהותם המגדרית של חברי קהילת הלהט"ב. תחילה אעמוד על הזכות לדיור נאות וחשיבותה בישראל ובאמנות בינלאומיות. לאחר מכן אבחן את הדין החל במקרי הפליה בדיור. הדין הקיים מקנה כלים להתמודדות עם הפליה זו כאשר היא מתבצעת על ידי רשויות המדינה או על ידי גופים פרטיים בעלי מאפיינים ציבוריים. אטען כי אמנם קיימים קשיים מספר בדינים אלה, אך ניכר כי עיקר הקושי של חברי קהילת הלהט"ב בהתמודדות עם הפליה בדיור הוא בספרה הפרטית, בין

* הכותב הוא עו"ד ובעל תואר מוסמך במשפטים. ראש תחום הזכות לדיור באגודה לזכויות האזרח. ממיסדי הקואליציה לדיור בר השגה ועמד בראש צוות דיור בוועדת המומחים האלטרנטיבית במחאה החברתית (ועדת ספיבק-יונה).

1 לסקירה של השינויים שחלו במדיניות הדיור בישראל בעשור האחרון ראו גילת בן שטרית "עשור ללא מדיניות דיור: נסיגת הממשלה מתמיכתה בדיור ומחאת קיץ 2011" (מכון טאוב, 2014), www.taubcenter.org.il/tauborgilwp/wp-content/uploads/H2014-Housing1.pdf. על השיח בנושא הדיור בתקופת המחאה החברתית, ראו גיל גן-מור "דיור" קריאת המחאה: לקסיקון פוליטי [2011-] 65 (אריאל הנדל עורך, 2013).

היתר משום שאין חוק חרות המגן בצורה פוזיטיבית מפני הפליה זו. טענתי בהקשר זה היא שעל המדינה להבטיח את השוויון בנגישות לדיור גם בספרה הפרטית, בעסקאות למכירת דירות על ידי בעלי דירות פרטיות או השכרתן. עד אשר יתקבל חוק המגן מפני הפליה זו, אני מציע להחיל את "מודל התחולה העקיפה" ככלי להתמודדות עם ההפליה בספרה הפרטית, דרך מושגי השתום הקיימים בחוק החוזים: חובת תום הלב במשא ומתן לכריתת חוזה וחובת תום הלב בקיום חוזה. בחלקים השני והשלישי אציג את האתגרים הנוספים בתחום הדיור שקהילת הלהט"ב מתמודדת עמם. בחלק השני אדון בהתמודדות של קהילת הלהט"ב עם הסיכון לחוסר בית בקרב חברי הקהילה, ובעיקר בקרב בני הנוער והצעירים. אטען כי לצורך מענה ראוי לבעיה זו, על רשויות המדינה להקים מסגרות רבות ומגוונות לכלל קבוצות הקהילה הגאה. לבסוף, בחלק השלישי, אטען כי היעדר דיור בהישג יד פוגע בחברי קהילת הלהט"ב, ולכן על המדינה להחיל מדיניות דיור הכוללת פתרונות דיור מגוונים לאוכלוסיות מוחלשות בכלל, וביניהן גם לקהילת הלהט"ב.

ב. הזכות לדיור נאות

אדם זקוק למקום מגורים שבו יוכל לקיים את שגרת חייו ולהבטיח לו ולבני משפחתו ביטחון בסיסי, פרטיות ומחסה. נראה כי אין מחלוקת שדיור הוא צורך קיומי בסיסי להישרדות. הזכות לחיים, הזכות לשלמות הגוף, הזכות לבריאות, הזכות לפרטיות – כל אלו נפגעות בצורה קשה בהיעדר קורת גג. ואולם, גם קיומה של קורת גג אינו מבטיח בהכרח את צרכיו האנושיים הבסיסיים של האדם, למשל, אם תנאי הדיור אינם נאותים או יש בהם סכנה לבריאות, או עלות הדיור כה גבוהה עד שאינה מותרת לאדם את היכולת להתקיים בכבוד.

האינטרס של אדם בהבטחת דיור לו ולבני משפחתו הוא מהותי ומובהק, ולא בכדי הכירו מדינות העולם באינטרס זה כזכות יסוד של האדם. בהכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם של האו"ם מעוגנת זכותו של כל אדם לתנאי מחיה הנחוצים לבריאותו ולרווחתו, לרבות לדיור.² מדינת ישראל, כמו מרבית מדינות העולם, קיבלה על עצמה התחייבות לכבד זכות זו, המעוגנת באמנות בינלאומיות נוספות, ובמיוחד באמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, שישראל צד לה. באמנה נקבע כי לכל אדם זכות לתנאי מחיה נאותים, ובכלל זה זכות לדיור נאות.³ היקפה של הזכות לדיור אינו מוגדר באמנה במפורש. האמנה משתמשת במונח "דיור נאות", ולא, למשל, "דיור בסיסי", ומכאן ברור שהיא מגנה על היקף רחב של הזכות לדיור. כדי לקיים דיון מעמיק יותר על היקפה של הזכות לדיור ניתן להתייחס כנקודת מוצא לפרשנות הרשמית של האמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. פרשנות זו של הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות באה

2 ס' 25(1) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948. ראו www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml.

3 ס' 11(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966), www.refworld.org/docid/3ae6b36c0.htm.

לידי ביטוי בהערה הכללית מספר 4 לאמנה,⁴ והיא כוללת כמה פרמטרים בסיסיים, שהם בסיס הזכות לדיור. בין היתר נקבע שם כי משמעותה של הזכות לדיור היא שלאדם זכות לגור בדיור שבו יש לו חזקה משפטית מובטחת (בעלות, שכירות או אחרת), המגנה עליו מפני פינוי כפוי או שרירותי, הטרדה ואיומים אחרים.⁵ עוד נקבע כי הזכות לדיור מחייבת כי הוצאות הדיור וההוצאות הנלוות לא יהיו גבוהות באופן שמסכן צרכים בסיסיים אחרים, וכי על המדינות מוטלת חובה להבטיח דיור בהישג יד.⁶ עוד נקבע כי הזכות לדיור משמעה זכות לדיור ההולם את תרבותו של האדם.⁷ לתנאים אלו ניתן להוסיף גם את הזכות של כל אדם לבחור בחופשיות את מקום מגוריו וסביבת מגוריו בתוך מדינתו, אשר מצויה בסעיף 12(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדינתיות, שישראל חתמה עליה ואשררה אותה.⁸

המדינה, כמובן, זכאית לפגוע במימושה של הזכות כאשר הפגיעה נדרשת כדי להגן על אינטרסים ציבוריים ההולמים מדינה דמוקרטית, אולם עליה לעשות זאת בחוק, ועל ההגבלה להיות מידתית וכזו שאין בה כדי לשנות את אופייה של הזכות.⁹

אף שהזכות לדיור נמנית עם משפחת הזכויות הכלכליות-חברתיות, התפיסה הרווחת היא שמעמדן של זכויות אלו אינו נופל מזה של הזכויות הפוליטיות-אזרחיות. גישה זו התקבלה גם בפסיקת בג"ץ בעניין חסן.¹⁰ עם זאת, ראוי לשים לב כי בניגוד לאמנה לזכויות פוליטיות ואזרחיות, המחייבת את המדינות לפעול באופן מידי כדי להגן על הזכויות המנויות בה, לתקן את חוקיה ולהעמיד סעד ראוי למי שנפגעה זכותו, האמנה לזכויות כלכליות וחברתיות מגלה גמישות רבה יותר בנוגע לחובת המדינה לממש את הזכויות המנויות בה. באמנה נקבע כי חובתה של המדינה היא לפעול במגוון כלים, לפי בחירתה, לקידום פרוגרסיבי של הזכויות ותוך התחשבות במשאביה.¹¹

4 הערה כללית מספר 4 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1992, www.refworld.org/pdfid/47a7079a1.pdf. הערה זו מפרשת את הזכות לדיור נאות שבסעיף 11 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות.

5 בהקשר זה ראו גם הערה כללית מספר 7 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1998, בעניין פינאי כפוי. הפרמטרים הנוספים שנקבעו הם: לכל אדם זכות לדיור שבו שירותים ותשתיות החיוניים לבריאותו של הדייר, לביטחו ולנוחותו כמו גישה למים בטוחים לשתייה, אנרגיה לחימום, ביטחון ותאורה, מערכת סניטציה, ביוב ואמצעים לשעת חירום; הזכות לדיור מחייבת דיור בתנאים של צפיפות נאותה והגנה מפני פגעי מזג האוויר וסכנות בריאותיות; הזכות לדיור מחייבת להבטיח נגישות לדיור לקבוצות שמתקשות להבטיח לעצמן דיור כמו קטינים, אנשים עם מוגבלות, קשישים ואנשים באזורים מוכי אסון; הזכות לדיור מחייבת כי הדירה תימצא במיקום שמאפשר נגישות לבתי ספר, שירותי רפואה ומקומות עבודה.

6 פרמטר ג' להערה כללית מספר 4 לאמנה בדבר זכויות כלכליות.

7 פרמטר ז' להערה כללית מספר 4 לאמנה בדבר זכויות כלכליות.

8 ס' 12(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966.

9 ס' 4 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966.

10 בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 26–31 לפסק דינה של הנשיאה בייניש (פורסם בנבו, 28.2.2012); לגישה מצמצמת, הנוגעת לזכויות חיוביות ולהיקף ההגנה שבית המשפט יחיל כלפיהן (בין היתר בעת נקיטת ביקורת שיפוטית), ראו בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פס' 18–24 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 17.9.2014).

11 ראו ס' 2(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966; הערות כלליות מספר 3 ומספר 4 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות; יובל שני "זכויות כלכליות, חברתיות

על מנת שישראל תעמוד במחויבויותיה הבינלאומיות יש צורך בקליטתן למשפט הישראלי. ישראל טרם עיגנה את הזכות לדיור באופן מפורש בחוקי היסוד שלה,¹² אולם ברמה ההצהרתית קיבלה על עצמה את הטענה שהזכות לכבוד האדם, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעניקה זכות לדיור.¹³ עם זאת, הן המדינה והן בית המשפט העליון פירשו זכות זו כזכות לתנאי קיום מינימליים בלבד.¹⁴

יחד עם זאת, אין משמעות הדבר שהרשויות אינן פועלות לממש את הזכות לדיור בדרכים שונות. בישראל התקבלו תכניות מגוונות העוסקות בפיתוח שוק הדיור, באספקה ישירה של דיור מוזל, רגולציה על שוק הדיור ותכניות סיוע לקבוצות ייעודיות. ואולם, אלו אינן נתפסות בהכרח כחובה העומדת אל מול זכות, אלא כמהלכים בתחום הרווחה, שהמדינה לוקחת על עצמה מבחירה, ומכאן שהמדינה רואה את עצמה משוחררת לשנותם ואף לבטלם כליל, כרצונה.¹⁵ מכאן שהאפשרות לקבל סעד בבתי המשפט בגין פגיעה בזכות לדיור היא מצומצמת.¹⁶ בתי המשפט, ככלל, עשויים להידרש לפרשנותם של חוקים, תקנות והחלטות מנהליות שעניינם בתכניות

- ותרבותיות במשפט הבינלאומי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 297, 326 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).
- 12 על הניסיונות לעגן את הזכות לדיור במסגרת חוק-יסוד: זכויות חברתיות ראו ענת מאור "חור פעור בספר החוקים: הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות-כלכליות – כרוניקה של כשלון החקיקה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 195 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).
- 13 ראו למשל רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375 (2001); ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז, פ"ד נח(3) 934 (2004); בג"ץ 366/03 מחויבות לשלום ולצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 482 (2005); פרשת חסן, לעיל ה"ש 10, פס' 35–36 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
- 14 המחלוקת על אודות היקף ההגנה שיש לתת לזכויות החברתיות מכוח הזכות לכבוד האדם התבטאה באופן החד ביותר בפרשת מחויבות לשלום ולצדק חברתי. באותו עניין הייתה עמדת הרוב שהזכות לכבוד זכות משפטית מחייבת כי המדינה תעמיד אמצעים להבטחת זכותו של אדם להתקיים קיום מינימלי בכבוד בלבד, וכדבריו של הנשיא ברק: "הזכות כי יובטח לאדם אותו מינימום של אמצעים חומריים שיאפשרו לו להתקיים בחברה שבה הוא חי" (שם, בעמ' 482). לעומת זאת, שופט המיעוט, השופט לוי, גרס כי הזכות לכבוד האדם משמעה זכות להתקיים בצורה נאותה ביחס לרמת החיים בחברה וכדבריו: "הקביעה ההחלטית כי אדם המוגן אך מפני "מחסור בלתי-נסבל" אינו נפגע בזכותו החוקתית לכבוד, קשתה במאוד על חייו של אנוש להחזיק תוחלת וערך. עליהם לאצור הבטחה כלשהי לעתיד נראה לעין. קיום מונוטוני ונעדר מטרת אינו יכול להיחזות בעיני כ'קיום בכבוד'" (שם, בעמ' 496). לביקורת על פסיקה זו ראו דפנה ברק-ארז ואייל גרוס "הזכויות החברתיות והמאבק על אזרחות חברתית בישראל: מעבר לזכות לכבוד" ספר דליה דורנר 189, 189–207 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009); אמיר פז פוקס "כבוד לעניים: בין כבוד האדם לזכות לביטחון סוציאלי" ביטחון סוציאלי 75, 9 (2007).
- 15 כך, למשל, המדינה מנהלת מערך של דיור ציבורי שאותו היא משכירה למשפחות שהכנסתן נמוכה מאוד וכן מערך של השתתפות כספית בתשלום שכר דירה לזכאים ששוכרים דירה בשוק הפרטי; היא מוציאה מכרזים של דיור להשכרה בהתאם להחלטות מנהליות של מועצת מקרקעי ישראל; היא מעניקה הטבות מס וזכויות בנייה לעידוד בנייה להשכרה; היא מעניקה הגנות על דירת המגורים ללווי משכנתאות שנקלעו למצוקה ומחייבת הכללה של דירות קטנות בתכניות בנייה.
- 16 בהקשר זה, לא זו בלבד שהזכות לקיום בכבוד פורשה ככוללת רק את התנאים המינימליים לקיום, אלא שבפרשת מחויבות לשלום ולצדק חברתי, לעיל ה"ש 13, בית המשפט העליון אף הציב רף הוכחה גבוה לעותר המבקש לטעון לפגיעה חוקתית כזו, ובין היתר נפסק כי עותר כזה יצטרך להראות כי זכותו לתנאי קיום מינימליים נפגעה בשים לב לסך ההטבות ותכניות הסיוע הקיימות (שם, בעמ' 484, וראו גם דעתה של השופטת ביניש בעמ' 492, שלפיה יש להקל את הנטל המוטל על עותר, אך עמדה זו הייתה במיעוט).

סיוע שהמדינה נטלה על עצמה, ולבחון אם התקבלו בהתאם לעקרונות המשפט המנהלי, כמו קיומה של תשתית עובדתית, מניעת שיקולים זרים, סבירות ואיסור הפליה.¹⁷ עם זאת, כל עוד אין עיגון מפורש של הזכות לדיור בחוקי היסוד, או בחקיקה ראשית, ממעטים בתי המשפט להתערב בטענות על אודות מחסור בפתרונות דיור או באי־נאותות הפתרונות שמעניקה המדינה.¹⁸

ג. הזכות לשוויון בנגישות לדיור

על מנת לממש את הזכות לדיור יש חשיבות רבה בהבטחת שוויון ואי־הפליה בנגישות לדיור. גם האמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות מדגישה כי לכל אדם זכות ליהנות מהזכויות המנויות באמנה, ובכלל זה הזכות לדיור, ללא הפליה על בסיס גזע, דת, מין וסטטוס דומה, על בסיס השקפה או קניין.¹⁹

הדרישה בהקשר זה, כפי שאדגים בפרק זה, יכולה לבוא לידי ביטוי גם בדרישה מרשויות המדינה להימנע בעצמן מכל סוג של הפליה, אך גם בדרישה לקבוע חוקים ותקנות שימנעו מגופים אחרים, כמו למשל, תאגידי נדל"ן או בעלי בתים, להפלות.²⁰

1. הפליה בדיור מחמת נטייה מינית או זהות מגדרית

הזכות לשוויון בדיור ולא־הפליה אמנם נדונה בישראל בהרחבה בכנסת, אך עיקר הדיון בה נעשה בין כותלי בתי המשפט. ואולם, במרבית המקרים נעשה הדבר בהקשר של הפליית קבוצות מיעוט אחרות ולא בהקשר הלהטי"בי.²¹ קשה להעריך את היקף ההפליה בדיור שממנה סובלים חברי קהילת הלהטי"ב בישראל, וככל הנראה לא נערכו בנושא מחקרים משמעותיים. זאת ועוד: להפליה בדיור פנים רבות ומגוונות. הניסיון מלמד כי אירועים של הפליה גלויה וישירה בשל השתייכות קבוצתית מסוימת אינם שכיחים, וההפליה כלפי מי שנמנה עם קבוצות מיעוט הסובלות מהפליה בשוק הדיור באה לידי ביטוי

17 כך, למשל, בעת"ם (מינהליים י-ם) 1036-12-11 שריג נ' מדינת ישראל משרד הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 18.6.2013) פסק בית המשפט כי החלטת משרד הבינוי והשיכון למנוע מזכאים לסיוע בשכר דירה לממש את הסיוע ביישובים קטנים בטלה, כיוון שהתקבלה ללא תשתית עובדתית מבוססת, ואף בניגוד לתשתית עובדתית קיימת, ששללה את הרציונל שבסיס ההחלטה.

18 לדוגמה, כאשר פנו לבתי המשפט אנשים הסובלים ממצוקת דיור קשה, וחרף זאת אינם זכאים לסיוע מספק בדיור, וביקשו להרחיב את הקריטריונים המצומצמים, עתירותיהם נדחו בטענה שתפקידו של בית המשפט מתמצה בפקוח על כך שהקריטריונים סבירים, לא שרירותיים ולא מבוססים על הפליה פסולה. ראו עת"ם (מינהליים י-ם) 26152-11-11 נפתלייב נ' משרד הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 1.3.2012); עת"ם (מינהליים י-ם) 1083-09-10 ביטון נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 8.5.2011); עת"ם (מינהליים ת"א) 2382/09 יוסף נ' משרד הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 9.11.2010).

19 ס' 2(2) לאמנה דבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966.

20 ראו הערה כללית מספר 20 של הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 2009. הערה זו מפרשת את סעיף איסור ההפליה באמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות.

21 לדיון מעמיק אבקש להפנות לספרו המעמיק של גרשון גונטובניק שהגיע לידי בשלב מאוחר של כתיבת פרק זה, ואשר דן ברבות מהסוגיות שנדונות בפרק זה בהרחבה. גרשון גונטובניק הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות (2014).

בדרכים מוסוות יותר, כמו למשל: התחמקות ממתן מידע על אודות פרויקט המגורים, מתן מידע מוטעה על אודות היעדרן של דירות פנויות בפרויקט בזמן שלשאר הציבור נאמר שקיימות דירות, קביעת תנאים לרכישת דירה או השכרתה השונים מאלו שנדרשים מכלל הציבור, קביעת מחיר לרכישת הדירה השונה מזה שנקבע עבור אחרים, קביעת תנאים להצטרפות לפרויקט אשר דה פקטו מונעים מקבוצות שונות להתגורר בו, פרסום מפלה ולעתים מטעה על אודות אופי הפרויקט או פרסום סלקטיבי שלו במטרה להסתירו מאוכלוסיות לא רצויות וכן פרקטיקות דומות נוספות.²²

בשל השימוש הנפוץ בפרקטיקות אלו, לא תמיד מודע קורבן ההפליה לכך שהופלה או יתקשה להוכיח קיומה של הפליה. עם זאת, מדדים שונים חושפים כי הפליה בדיור על רקע נטייה מינית או זהות מגדר נפוצה. כך, למשל, 30.5% מהנשאלים היהודים בסקר "מדד הדמוקרטיה" של המכון הישראלי לדמוקרטיה לשנת 2013 ציינו כי שכנות עם זוג הומוסקסואלים תפריע להם (גורם ההפרעה השלישי בחשיבותו). 46.2% מהנשאלים הערבים ענו תשובה זהה (גורם ההפרעה הראשון בחשיבותו).

מידת ההתנגדות לשכנים הומואים גברה ככל שמדובר בקבוצה דתית יותר.²³ נתונים מדויקים יותר על הפליית להט"בים בדיור מתקבלים ממחקרים שנעשו בחו"ל. כך למשל, בארצות הברית פורסם לאחרונה מחקר של משרד השיכון האמריקני בנושא זה. המחקר, שערכה אוניברסיטת אלבני, בחן לראשונה את היקף הפליית זוגות הומואים ולסביות בשוק השכירות. המחקר בחן קרוב ל-7,000 דירות שפורסמו להשכרה. החוקרים שלחו דוא"ל ובו הביעו התעניינות במודעה על דירה המוצעת להשכרה. החוקרים הזדהו פעם אחת כזוג מאתו מין (גברים או נשים) ופעם אחת כזוג הטרוסקסואלי. החוקרים מצאו כי מספר התשובות שקיבלו זוגות מאתו מין קטן בהרבה מאלה שקיבלו זוגות הטרוסקסואליים.²⁴ מחקר דומה נערך בקנדה, במטרופולין של ונקובר. המחקר הראה כי זוגות גברים סובלים מהפליה בשוק השכירות וסיכוייהם לקבל מענה ממשכירים נמוכים ב-24% מאלה של זוגות הטרוסקסואליים בעלי אותם נתונים.²⁵

אשר לאנשים טרנסג'נדרים, נראה כי ההפליה בדיור רווחת יותר. בסקר, שנערך בארצות הברית בקרב 6,450 אנשים טרנסג'נדרים (או שאינם קונפורמיים לנורמות המגדריות המקובלות) דיווחו

22 ראו רות גביון ואורי שוורץ "הפרדה בדיור כמרכיב בהפליה: הניסיון האמריקאי" עיוני משפט כה 73, 112 (2000).

23 תמר הרמן, אלה הלר, ניר אטמור ויובל לבל מדד הדמוקרטיה הישראלית 2013 126–128 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2013) www.idi.org.il/media/2720078/Democracy%20Index%202013.pdf.

24 SAMANTHA FRIEDMAN ET AL., AN ESTIMATE OF HOUSING DISCRIMINATION AGAINST SAME-SEX COUPLES (U.S. Department of Housing and Urban Development, 2013), available at http://www.huduser.org/publications/pdf/Hsg_Disc_against_SameSexCpls_v3.pdf.

25 Nathanael Lauster & Adam Easterbrook, *No Room for New Families? A Field Experiment Measuring Rental Discrimination Against Same-Sex Couples and Single Parents*, 58 SOCIAL PROBLEMS, 389 (2011), available at <http://www.publicaffairs.ubc.ca/wp-content/uploads/2011/08/LausterEasterbrook-2011.pdf>. המחקר גם מצא כי אמהות חד-הוריות סובלות מהפליה בשוק השכירות. לעומת זאת, במחקר לא נמצאה הפליה כלפי זוגות נשים מאתו מין. החוקרים שיערו כי ייתכן שהדבר נובע מהתפיסה הסטריאוטיפית של נשים כדיירות טובות יותר ומסודרות יותר מגברים.

כחמישית מהנשאלים על כך שסירבו להשכיר להם דירה, וכעשירית מהנשאלים דיווחו שסילקו אותם מדירה שכבר גרו בה.²⁶

2. הופליתי – החוק לצדי?

המשפט הישראלי מבחין בין החובות המוטלות על גורמים ציבוריים לבין החובות החלות על גורמים פרטיים. הפליה של אדם בדיור בשל נטייתו המינית או מינו, ובכלל זה זהותו המגדרית, או בשל היותו בתא משפחתי של בני אותו מין אסורה כאשר רשות שלטונית משווקת, מוכרת, מחכירה או משכירה דירות או מגרשים לבניית דירות או מעניקה מענקים, סובסידיות ותמיכות בדיור. ואולם, כפי שאציג להלן, האיסור על הפליה חל היום באופן נרחב גם על גופים פרטיים לחלוטין, תוך הבחנה בין גופים שעיסוקם בנדל"ן למגורים לבין אנשים פרטיים, שמכירת דירות או השכרתן אינו עיסוקם.

(א) רשויות ציבוריות העוסקות בדיור והחובות החלות עליהן

(1) החובה לפעול בשוויון בהקצאת משאבי דיור

הזכות ליחס שווה מרשויות המדינה הנה זכות מבוססת במשפט הישראלי ומהווה חלק מפסיקה ענפה על אודות חובתה של רשות ציבורית לפעול בשוויון בכל פעולותיה ובחלוקת משאביה לציבור, מתוקף תפקידה כנאמן כלפי הציבור.²⁷ החובה החלה על רשויות המדינה אינה מתמצית באיסור הפליה מחמת עילה קונקרטי, אלא היא חובת שוויון רחבה, המחייבת לפעול על פי אמות מידה שוויוניות ולא מפלות. בפסיקה אומצה נוסחת השוויון המהותי, שמשמעה שאסורה הבחנה בין שווים, אך גם אין להבחין בין אדם לחברו השונה ממנו, אם השוני ביניהם אינו שוני רלוונטי ביחס לתכלית ראויה שהרשות מבקשת לקדם.²⁸ ככלל, הבחנה בין אדם לאדם על רקע השתייכות קבוצתית או מאפיינים אישיים, לרבות נטייה מינית, תיחשב כהבחנה פסולה ולא עניינית, ובכל מקרה "חשודה".²⁹ לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נקבע בפסיקה כי הפליה יכולה להיחשב פגיעה חוקתית בזכות לכבוד, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ככל שהיא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה.³⁰ הפליה של אדם רק

26 ראו JAIME M. GRANT ET AL., INJUSTICE AT EVERY TURN: A REPORT OF THE NATIONAL TRANSGENDER DISCRIMINATION SURVEY (2011), available at http://www.thetaskforce.org/downloads/reports/reports/ntds_full.pdf

27 בג"ץ 262/62 פרץ נ' חברי המועצה המקומית כפר-שמריהו, פ"ד טז 2101, 2115 (1962); בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 274, 258 (2000).

28 לדיון על השאלה מהי הבחנה מותרת ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 684 (2010).

29 לדוגמה, הבחנה על בסיס נטייה מינית היא הבחנה חשודה, כך נפסק בעע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פס' 53 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 14.9.10). ראו גם יתם זעירא וברק מדינה "לא שווים לבד: נטייה מינית, זהות מגדרית והזכות לשוויון" בספר זה.

30 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פס' 35 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006); בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 39 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006). לדיון על אודות האופן שבו עשה בית המשפט שימוש בחוק-יסוד להגנה על הזכות לשוויון ראו ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת

בשל נטייתו המינית, או זהותו המגדרית, הנה פגיעה בגרעין הקשה של הזכות לכבוד האדם.³¹ על כן הפליה מצד רשויות המדינה על רקע נטייה מינית מותרת רק בחוק או מכוחו, ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.³²

חובתה של הרשות הציבורית לנהוג בשוויון ולא להפלות חלה גם בהקצאת משאבי דיור ציבוריים. אחת היא אם מדובר בהקצאה או בשיווק של קרקע ציבורית לבנייה למגורים,³³ דיור ציבורי, הקצאה של דירות מוזלות למכירה או להשכרה,³⁴ או משאבים אחרים, כמו סיוע כספי בשכר דירה,³⁵ סיוע לרכישת דירה באמצעות מענק או סבסוד הלוואות לדיור³⁶ או הטבות מס בעת רכישת דירה.³⁷ בכל אלו חייבת הרשות הציבורית לנהוג בשוויון, כלומר אסור לה לקבוע הבחנות שרירותיות או הבחנות לא ענייניות; קל וחומר אסור לה לקבוע הבחנות המתבססות על השתייכות קבוצתית או מאפיינים אישיים כמו גזע, דת, מין, לאום, ארץ מוצא, מין או נטייה מינית.

לכל האמור יש כמובן חריגים. למשל, בהקצאה של משאבי דיור לקבוצות מיעוט המבקשות סביבת מגורים נפרדת ובידול מהרוב הכירה הפסיקה בכלל א-סימטרי בדבר זכותה של קבוצת המיעוט להתבדל מהרוב, במקרים שבהם הבידול המרחבי חיוני לשמירה על תרבותה ואורח חייה הייחודי, או

- בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" ספר מרדכי קרמניצר (אריאל בנדור וחאלד גנאים עורכים, צפוי להתפרסם ב-2015).
- 31 פרשת הבית הפתוח, לעיל ה"ש 29.
- 32 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 1391: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".
- 33 אחד הביטויים של החובה לפעול בשוויון בהקצאת קרקע הנה חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992. חוק זה קובע כי "המדינה, כל תאגיד ממשלתי, מועצה דתית, קופת חולים ומוסד להשכלה גבוהה, לא יתקשרו בחוזה לביצוע עיסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא על-פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו". החוק קובע כי "לא יפלה עורך המכרז בין מציעים מחמת מוגבלות, מין, נטייה מינית, מעמד אישי, הורות, גזע, דת, לאומיות, ארץ מוצא, השקפה או חברות במפלגה [...]". (ס' 2 לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992). החוק מוסיף וקובע כי רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין וכי אין רואים בהבחנה המתחייבת מאופיו או ממהותו של המכרז, הפליה; על איסור הפליה בהקצאת מקרקעין ראו למשל פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 27; בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002); בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793 (1992); בג"ץ 11088/05 הייב נ' מנהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 19.8.2010); בג"ץ 7872/10 המועצה המוסלמית ביפו נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 7.6.2012); ע"א 1444/95 עיריית אילת נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מט(3) 749 (1995).
- 34 ראו למשל רע"א 5817/95 רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נ(1) 221 (1995).
- 35 ראו למשל בג"ץ 2101/99 שבלי נ' שר הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 21.4.2002); פרשת שריג, לעיל ה"ש 17; פרשת ביטון, לעיל ה"ש 18; פרשת יוסף, לעיל ה"ש 18; עת"ם (מינהליים ב"ש) 335/04 פנחסי נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 22.11.2004).
- 36 ראו למשל בג"ץ 11956/05 בשארה נ' שר הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 13.12.2006); בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800 (1978); אביגדור פלדמן "המדינה הדמוקרטית מול המדינה היהודית: חלל ללא מקומות, זמן ללא המשכיות" עיוני משפט יט 717 (1995).
- 37 ראו למשל ע"א 5178/03 שטיינר נ' מנהל מס שבח מקרקעין (פורסם בנבו, 29.2.2014) (מתן תוקף של פסק דין להודעת המדינה כי תאפשר לאדם לרכוש זכויות בדירת בן זוגו בלי שיחויבו במס רכישה ומס שבח, וזאת בדומה לזוג נשוי או לזוג ידועים בציבור ממין שונה).

כדי לאפשר לאותה קבוצה לשפר את מצבה, אך זאת באופן מידתי וסביר.³⁸ לעומת זאת, כאשר קבוצות מקרב הרוב ביקשו הקצאה נפרדת של קרקע למגורים, או מגורים נפרדים מקבוצות מיעוט, בקשתן נדחתה.³⁹

לא כל קבוצת מיעוט תהיה זכאית להקצאה של מגורים נפרדים. עליה להיות, בין היתר, בעלת מאפיינים ייחודיים שיצדיקו את ההקצאה הנפרדת. השאלה אימתי תיחשב קבוצת מיעוט ככזו הזכאית להקצאת מגורים נפרדים נותרה פתוחה והדעות בפסיקה חלוקות בה.⁴⁰ כך למשל, לא נקבע אם די בכך שקהילה מסוימת היא בעלת אורח חיים דתי, לא חרדי, כדי להיענות לבקשתה לשכונה או יישוב נפרדים, תוך פגיעה בזכותם של אחרים להתגורר בהם.

בהקשר זה ניתן להעלות על הדעת דרישה של חברי קהילת הלהט"ב מהמדינה או מהעיר להקצות קרקע למרחב מגורים המיועד רק לחברי הקהילה. לדעתי תביעה זו אינה רצויה, וספק אם קיימת הצדקה עניינית להקים על קרקעות הציבור יישוב הומוגני ללהט"בים בלבד, שכן מגורים בסביבה הטרוגנית אינם מעמידים בסכנה את האפשרות של חברי הקהילה לממש את זהותם ותרבותם.⁴¹

(2) החובה לפעול בשוויון כאשר צד שלישי הוא שמקצה את משאבי הדיור

בפסיקה נקבע כי חובתה של המדינה לנהוג בשוויון חלה גם כאשר היא מקצה את הזכויות באמצעות צד שלישי,⁴² והמדינה אף מחויבת לפקח כי זוכים במכרזי בנייה אינם מפלים בשיווק הדירות, שעה

38 ראו בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989) (הקצאת קרקע להקמת יישובים לבדווים בנגב); בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000) (הקמת יישובים לחרדים); איל בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא(3) 769 (1998); גרשון גונטובניק "קבוצות מיעוט המבקשות מן המדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיור" קהילות מגודרות 425 (משפחה, חברה ותרבות, אמנון להבי עורך, 2010). על הכלל האסימטרי נמתחה ביקורת מכיוונים שונים. מצד אחד, נטען כי הכלל אינו נותן משקל לכך שגם לקבוצת הרוב עשוי להיות אינטרס לגיטימי להתברר בשל רצון בהגשמת ערכים מסוימים; מצד אחר, נטען כי הכלל אינו עורך אבחנות רגישות דיין, וכי יש להימנע ככל הניתן מהיפרדות מוחלטת, גם כאשר המיעוט הוא שדורש אותה. ראו יפה זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית – האומנם רק זכותו של המיעוט?" משפט וממשל ו' 87 (2001); ישי בלנק "איים של פלורליזם: היפרדות ושילוב בין דתיים וחילוניים בישראל" דין ודברים ו' 85 (2011).

39 ראו למשל עת"ם (מינהליים י-ם) 1888/09 ארדי נ' שר הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 27.12.2009) (בהקשר של דתיים לאומיים וחילוניים).

40 בעניין קעדאן, לעיל ה"ש 27, נפסק כי הקמת יישוב ליהודים בלבד אינה לגיטימית, ככל שאין כל ייחוד פרט להיותם יהודים. בקשר ליישוב נפרד לבעלי אורח חיים דתי שאינו חרדי ראו למשל ה"פ (מחוזי חי') 102/99 שכונה שיתופית של הפועל המזרחי בעמק זבולון קריית שמואל בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 21.3.1999) (זכותם של תושבי שכונה דתית ששיווק דירות בשכונה יהיה מוגבל לציבור בעל אורח חיים דתי); עע"ם 1789/10 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 7.11.2010) (הערת אגב שלפיה אין מקום להכיר באוכלוסייה דתית לאומית כמי שזכאית למגורים נפרדים ביפו).

41 בעניין זה ראו ישי בלנק "אין מולדת להומואים: גלובליזציה, פירוק מרחבי והגטו ההומו-לסבי" תיאוריה וביקורת 23, 83 (2003) (להלן: בלנק "אין מולדת להומואים").

42 דוגמה לכך התעוררה בפרשת קעדאן, שם הקצתה המדינה קרקע בפטור ממכרז לסוכנות היהודית, והיא התקשרה עם האגודה השיתופית, אשר מדיניות השיווק שלה הפלתה על בסיס לאום. בג"ץ קבע כי חובתה של המדינה לנהוג בשוויון בהקצאת זכויות במקרקעין מופרת אם המדינה מעבירה מקרקעין לגוף שלישי, אשר מצדו מפלה בהקצאת מקרקעין על בסיס של דת או לאום. המדינה אינה יכולה להשתחרר מחובתה

שהיא מקצה מגרשים לבנייה במכרז פומבי.⁴³ במקרה זה מתבטא הדבר באסדרה (רגולציה) של איסור ההפליה על ידי הצד השלישי, בחובת פיקוח שיבטיח כי הצד השלישי לא יפלה בשיווק הדירות או המגרשים ובהפעלת סנקציות במקרה שהצד השלישי פעל בצורה מפלה. חובה זו חשובה במיוחד בעידן של הפרטה, שבו הממשלה נסמכת יותר ויותר על גופים פרטיים להספקת דיור שבעבר היא סיפקה באופן ישיר.

עם זאת, מציאות זו מציבה אתגרים חדשים ולא פעם מתקשות הרשויות למנוע הפליה באמצעות פיקוח בלבד. דוגמה לבעייתיות בפיקוח על גורמים שלישיים ניתן לראות בחוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (תיקון מס' 8), התשע"א–2011 (להלן: חוק ועדות קבלה). במסגרת חוק זה החליטה הכנסת לאפשר לאגודות שיתופיות שהן יישובים קהילתיים בנגב ובגליל, שבהם עד 400 משפחות, להתנות רכישת מגרש ביישוב בקבלת אישורה של ועדת קבלה. מצד אחד, החוק אוסר במפורש על ועדת קבלה לדחות מועמד מטעמי גזע, דת, לאום וגם נטייה מינית. כמו כן, החוק מסדיר את הליך הקבלה ואף הוקמה ועדת השגות שיכולה להפוך החלטה של ועדת קבלה. מצד אחר, החוק מאפשר לדחות מועמדותו של אדם למגורים ביישוב רק בשל אי-התאמה לחיים בקהילה או אי-התאמה למרקם החברתי-תרבותי, כאשר עילות עמומות ורחבות אלו עשויות לרוקן מתוכן את איסור ההפליה ומכניסות לגדר השיקולים מאפיינים שההתחשבות בהם פסולה (דת, לאום, מצב משפחתי, נטייה מינית, גיל וכיו"ב).⁴⁴ בשאלה זו נחלקו שופטי בג"ץ בפסק דינם בעניין חוקתיות החוק. שופטי הרוב סברו כי לא

החוקית לנהוג בשוויון בהקצאת זכויות במקרקעין על ידי שימוש בגוף שלישי הנוקט מדיניות מפלה. את שהמדינה אינה רשאית לעשות במישרין, אין היא רשאית לעשות בעקיפין. ראו פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 27, בפס' 34.

43 השאלה אם חובת המדינה לפקח על זוכים במכרז בנייה פומבי התעוררה בפרשת סבא, לעיל ה"ש 40. באותו מקרה עתרו תושבי יפו, שיוצגו על ידי האגודה לזכויות האזרח, נגד המינהל ונגד חברת "אמונה", שזכתה במכרז פומבי לבניית 20 יחידות דיור בשכונת עג'מי ביפו. התושבים טענו כי החברה משווקת את הדירות בצורה מפלה, ומסרבת למכור דירות לערבים, ולכן על מינהל מקרקעי ישראל לפסול את זכייתה. בית המשפט לעניינים מינהליים בתל אביב פסק בתחילה כי בכך שהציע את המגרש למרבה במחיר יצא המינהל ידי חובתו לכבד את מחויבותו לעקרון השוויון. משהוגש ערעור והסוגיה הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון, שינתה המדינה את עמדתה והחליטה כי למכרז בנייה תוסף תניה האוסרת על יזמים המשתתפים במכרזים הנערכים על ידו לנקוט הפליה פסולה בעת שיווק יחידות הדיור. ואכן, במכרזים לבנייה רוויה יש היום תנאי הקובע כי זוכה שישווק את הדירות תוך הפליה פסולה עלול להיפסל וזכיותו עלולה להתבטל. בסופו של דבר נדחה הערעור בשל "מעשה עשוי", אך בית המשפט העליון בחר לכלול בפסק הדין כמה אמירות עקרוניות, ובין היתר אמר על ההחלטה להוסיף למכרזים תניית איסור הפליה כי "מדובר בקביעה חשובה וראויה נוכח מעמדו הציבורי של המינהל והיותם של מקרקעין לדיור משאב ציבורי מוגבל, שיש לנהוג בשוויון בחלוקתו" (שם, בפס' 9).

44 להרחבה ראו בג"ץ 2311/11 סבא נ' הכנסת (פורסם בנוב, 17.09.2014). את מסמכי העתירה ניתן לראות באתר האגודה לזכויות האזרח: www.acri.org.il/he/?p=12905 (עתירה נוספת הוגשה על ידי מרכז עדאלה, והיא נדונה במשותף. אחד העותרים בעתירה זו היה הבית הפתוח בירושלים, בג"ץ 2504/11). דוגמה נוספת לקושי בפיקוח התעוררה במקרה שבו תיעדו מצלמות נסתרות של תחקירני ערוץ 10 מקרה ברור של הפליה נגד ערבים בפרויקט בנייה בעכו של חברת חדיף בניין והשקעות. באותו מקרה דובר בקרקע מדינה שהועברה לחברה במכרז בנייה שבו זכתה. במכרז נקבע כי אין הפלות בשיווק הדירות וכי הפליה כזאת מקימה עילה לביטול הזכייה. ואולם, במקרה זה התגלתה ההפליה לאחר שכבר החלו הבנייה ושיווק הדירות לצדדים שלישיים, וביטול המכרז לא היה אפשרי. במסגרת תביעה שהגיש התובע נגד החברה נתבקש גם סעד נגד מינהל מקרקעי ישראל, שבשל מחדלו לפקח על החברה נתאפשרה ההפליה.

ניתן לקבוע בשלב זה כי לכאורה ההסדר שיצר החוק יוביל להפליה פסולה, שכן יש בו איסור מפורש על הפליה כזו וכן מנגנונים לצמצום הסכנה שהוועדות יפלו, ויש לבחון כיצד מיישמות האגודות השיתופיות את החוק. לעומת זאת, שופטי המיעוט סברו כי המנגנון פסול בפני עצמו, בשל העובדה שהשיקולים כה רחבים ועמומים עד שהם מביאים בהכרח להפליה מוסווית, מודעת או לא מודעת, וכי לאמתו של דבר חשש זה כבר התממש במסגרת פעילות האגודות בעבר, בטרם נחקק החוק.⁴⁵

(3) החובה להימנע מהחלטות בעלות אפקט מפלה

נקודה נוספת שחשוב להדגיש היא כי בשיטת המשפט הישראלית אין צורך להוכיח כוונה מיוחדת להפלות ודי בכך שתוצאתה של ההחלטה היא מפלה, שכן ממילא קריטריונים שהם לכאורה ניטרליים מהווים פעמים רבות בסיס להבחנה פסולה בין קבוצות שאין ביניהן שוני רלוונטי. בעניין ועדת המעקב, למשל, פסק בג"ץ כי החלטה על מפת אזורי עדיפות לאומית, שלפיה העניקה הממשלה הטבות כלכליות בתחום החינוך, יצרה בפועל הפליה על בסיס לאום, שכן ב-500 היישובים שקיבלו מעמד של אזורי עדיפות לאומית לצרכי ההטבות בחינוך נכללו רק ארבעה יישובים ערביים קטנים. לאור התוצאה המפלה קיבל בג"ץ קיבל את העתירה חרף טענת המדינה, שהקריטריון שעל פיו נקבעה מפת אזורי העדיפות לא היה לאומי אלא גיאוגרפי (מידת פריפריאליות).⁴⁶

ההליך הסתיים בפשרה שבה התחייבה המדינה להכניס לכל המכרזים סעיף פיצויים מוסכמים, שיופעלו נגד יזם שיפלה בשיווק הדירות, גם אם לא ניתן יהיה לבטל את הזכייה במכרז. ראו תא"מ (שלום חי) 12-1749-12 הווארי נ' משה חרדיף בנין והשקעות (פורסם בנבו, 12.6.2013).
45 פרשת סבח לעיל. הנשיא גרוניס, המשנה לנשיא נאור והשופטים רובינשטיין, הנדל ומלצר פסקו ברוב קולות כי חלה בעניין העתירה דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה, ועל בסיס זה דחו את העתירה, תוך שהם מתירים את השאלות החוקתיות המועלות בעתירה להתברר בעתיד, לאחר שהחוק יופעל וניתן יהיה לבחון אם המנגנונים בחוק מספיקים כדי למנוע הפליה בפועל. השופטים חיות ומלצר הדגישו כי באמצעות פרשנות מצמצמת של סעיפי החוק ניתן למנוע שימוש פסול בחוק לצורך הפליה. מנגד, השופטים ג'ובראן, ארבל ודנציגר סברו כי יש לקבל את העתירה ולבטל את הסעיפים המתירים לוועדת הקבלה לבחון התאמת המועמד לחיים בקהילה או התאמתו למרקם החברתי-רבותי של היישוב. לעמדתם, החוק יוצר עילות סינון כה עמומות היוצרות הליך קבלה שבבסיסו שרירות, שהיא ההפך מדרישת הרלוונטיות, שהיא הבסיס לפעילות בשוויון. שופטי המיעוט סברו שהמנגנונים בחוק אינם יכולים למנוע הפליה סמויה ואף, בהיקף נרחב, גם הפליה על בסיס אישי וגם הפליה על בסיס קבוצתי. לעמדת שופטי המיעוט, החוק מעניק לוועדת הקבלה חופש בלתי מוגבל לסנן מועמדים באופן שנוטל את עוקצה של הוראת איסור ההפליה. שופטי המיעוט אף הדגישו כי המנגנונים לפיקוח על ועדות הקבלה שהוכנסו לחוק אינם אפקטיביים. השופט הנדל סבר בעמדת יחיד כי יש לבטל את הרכב ועדת הקבלה, כך שלא יהיה בה רוב לחברי היישוב, וזאת משום שתושב היישוב יתקשה לבחון מועמדות של שכנו הפוטנציאלי באופן אובייקטיבי והדבר יגרור הפליה בלתי מודעת ומוסווית.

46 בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 27.2.2006) (בג"ץ פסק כי "הדרך בה תחמה הממשלה את אזורי העדיפות הלאומית בחינוך השיג תוצאה מפלה, בין אם הייתה זו תוצאה מכוונת ובין אם לאו. התייחסו הגיאוגרפי בקווים שנבחרו הביא לכך שב-500 היישובים שקיבלו מעמד של אזורי עדיפות לאומית לצרכי ההטבות בחינוך נכללו רק ארבעה יישובים ערביים קטנים. יחס מספרי זה אינו תואם כלל את חלקו של המגזר הערבי באוכלוסייה בכללותה ואת פריסתו הגיאוגרפית במדינה. אמת, יישובים ערביים אינם מרוכזים ככל הנראה בפריפריה המרוחקת בגליל ובנגב. מכאן שלכאורה, הקריטריון הגיאוגרפי מדיר יישובים אלו לא בגלל השתייכותם למגזר הערבי אלא בגלל מיקומם הפיסי. אולם, התוצאה בפועל של

בפרשה נוספת, פרשת הבית הפתוח, מצא בית המשפט העליון הפליה בתבחיני עיריית ירושלים למתן תמיכות לקהילת הלהט"ב בעיר. העירייה טענה שהקריטריון לתמיכה מנוסח באופן ניטרלי, ולפיו הקהילות הזכאיות להטבה הן על בסיס אזורים גיאוגרפי, שעה שהבית הפתוח נותן שירותים לקהילה מפורזת, שאינה עומדת בדרישות. בית המשפט העליון פסק כי לקריטריון זה אפקט המפלה את קהילת הלהט"ב במציאות החברתית ועל כן הוא פסול.⁴⁷

ההלכות בדבר הפליה תוצאתית חשיבות גם בענייני הפליה בדירור. למשל, בעבר התנה משרד הבינוי והשיכון מתן הטבות בתחום המשכנתאות בכך שהפונים הם זוג נשוי. אף שהקריטריון אינו מנוסח באופן המצביע על כוונה לפגוע באדם בשל נטייתו המינית, ואף שלכאורה הוא מכיל גם חברי קהילה נשואים, ברור שהאפקט שלו על בני זוג מאותו מין הוא אפקט מפלה. ואכן, בעקבות פנייה של האגודה לזכויות האזרח, בשנת 2005, תיקן משרד הבינוי והשיכון את נהליו וקבע כי ישנה את כל נהליו בנוגע למשכנתאות, הטבות ומענקים כך שיכללו גם ידועים בציבור, לרבות בני זוג מאותו המין.⁴⁸

הנה כי כן: אתגרים רבים יש בשמירה על הזכות לשוויון, אך הכלל הוא שאסור למדינה או לרשויות אחרות, לרבות רשויות מקומיות, להפלות אדם בשל השתייכותו לקהילת הלהט"ב (או בגין הנחה שהוא משתייך לקהילה זו) או להפלות זוגות מאותו מין בהקצאה של מגרשים, דירות או סיוע בדירור. לעניין זה על המדינה להימנע מקביעת תנאים שיש בהם הפליה בפועל כלפי קהילת הלהט"ב או זוגות מאותו מין. כמו כן, על המדינה חלה חובה לפקח שצדדים שלישיים, שדרכם היא מעבירה את המגרש, הדירה או הסיוע, לא יפלו.

(ב) גופים פרטיים העוסקים בדירור והחובות המוטלות עליהם

כאשר מדובר בגורמים פרטיים, כמו אגודות התיישבות ועמותות דירור, בנקים, תאגידי נדל"ן, מתווכי נדל"ן, יזמים של קבוצות רכישה או קבוצות רוכשים, מוכרי דירות ומשכירים, הכלל המשפטי מורכב

השימוש בקריטריון הגיאוגרפי, במתווה שנבחר, הוא כי הלכה למעשה משרטטת מפת אזורי העדיפות הלאומית בתחום החינוך מפה של ישובים יהודיים בלבד. הפער הגדול בין מספר הישובים היהודיים במעמד של אזור עדיפות לאומית בתחום החינוך לבין מספר הישובים הערבים במעמד דומה, מצביע על תוצאה מפלה. כפי שציין חברי המישנה לנשיא מ' חשין בהקשר קרוב, 'על פער זה ייאמר כי הדבר מדבר בעדו'. עם תוצאה זו לא ניתן להשלים. המדובר בתוצאה מפלה שאינה יכולה לעמוד. זוהי תוצאה שאין הדמוקרטיה הישראלית יכולה לסבול".

47 פרשת הבית הפתוח, לעיל ה"ש 29, פס' 73 לפסק דינו של השופט עמית; על הפליה תוצאתית ראו גם: בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398, פס' 26 לפסק דינו השופט לוי (2009); בג"ץ 953/87 פרוז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 333 (1988); בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 654 (1998); פרשת שריג, לעיל ה"ש 17. ראו פרסום האגודה לזכויות האזרח: "בעקבות פניית האגודה: נהלי משרד השיכון יכללו גם בני זוג מאותו מין", אתר האגודה לזכויות האזרח (5.3.2007) www.acri.org.il/he/?p=1477; על ביטול ההפליה נגד זוגות ידועים בציבור מאותו המין ראו גם יונתן ברמן ודן יקר "נישואין בין בני אותו המין: האומנם הכרחי? האומנם רצוי?" מעשי משפט א 169 (2008). יש לציין כי נעשו ניסיונות להסדיר בחקיקה ראשית את השוויון במתן הלוואות לדירור לבני זוג מאותו מין. ראו: הצעת חוק הלוואות לדירור (תיקון) – שוויון בזכאות לבני זוג מאותו המין), התשע"ג–2013, פ/52/19. הצעה זו נדחתה על ידי ועדת השרים לחקיקה ב-8.12.2013.

יותר. באופן כללי ניתן לומר כי יש מגמה ברורה של הרחבת איסור ההפליה על גופים פרטיים, לרבות בדיור. בשנת 1962 קבע בג"ץ כי: "[...] בעוד שאזרח פרטי רשאי 'להפלות' בין פלוני לבין אלמוני ולבור לו את אלה שאתם יעסוק אפילו יהיו נימוקיו ומניעיו בלתי-סבירים, אסורה הפליה מטעם רשות ציבורית".⁴⁹ ספק אם משפט זה משקף את הדין כיום.

מאז שנת 1962 עסקו הכנסת ובתי המשפט בהרחבה ניכרת של איסור ההפליה גם על גופים פרטיים. הדבר נעשה דרך פרשנות של דיני החוזים ובעיקר דרך חקיקה, ושיאו של מהלך זה הוא חוק איסור הפליה במוצרים, שירותים, ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.⁵⁰ אם כן מהו הדין בנוגע לגופים פרטיים המפלים בדיור?

(1) גופים פרטיים בעלי מאפיינים ציבוריים (גופים "דו-מהותיים")

כאשר מדובר בגופים פרטיים בעלי מאפיינים ציבוריים ברורים או כאלה הממלאים תפקיד ציבורי, ניתן להחיל עליהם את החובה לפעול בשוויון, בדומה לזו החלה על רשות ציבורית או תאגיד סטטוטורי. השאלה באילו נסיבות נראה גוף פרטי כגוף בעל מאפיינים ציבוריים אינה תמיד פשוטה ונדונה בהרחבה בפסיקה.⁵¹ בעניין ימית א. ביטחון, פסק בית המשפט העליון כי הסוכנות היהודית הנה גוף דו-מהותי. השופט רובינשטיין סיכם בפסק הדין את ההלכות שנקבעו בנושא. הוא ציין כי גופים הנושאים מאפיינים אזרחיים לצד מאפיינים ציבוריים, המצדיקים החלתן של חובות מכוח הדין המנהלי, הוכרו כ"יצורי כלאיים" וזכו לכינוי גופים "דו-מהותיים". בבואו לבחון אם מדובר בגוף דו-מהותי יבחן בית המשפט סוגיות שונות כגון: אם לגוף זה סמכויות שלטוניות; סוג השירות שהוא מספק לציבור; היקף התמיכה הכספית הממשלתית בו; אם הוא מונופול, ואם מרוכז בידיו כוח רב העלול להיות מנוצל לרעה; האופי הציבורי של תפקידו; מעורבותו הפעילה של השלטון בגוף.⁵² הסוכנות היהודית, כמו הקרן הקיימת לישראל, שגם היא הוכרה כגוף דו-מהותי,⁵³ בוודאי עוסקת גם בנושאים הרלוונטיים לדיור, שכן היא מקבלת, לרוב בפטור ממכרז, קרקעות לצורך הקמת יישובים

49 פרשת פרץ, לעיל ה"ש 27, בעמ' 2115.

50 דוגמאות לחוקים נוספים שהחילו איסור הפליה על גורמים פרטיים: חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998; חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; חוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000; וחוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007.

51 למשל בבג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449, 461 (1987). שם נקבע כי על חברת החשמל חלה חובה לפעול בשוויון מכוח העובדה שבידיה סמכויות שלטוניות, ומשום שניתן לה זיכיון בלעדי מהמדינה ושליטה על אמצעי ייצור חיוני. אלו הופכים אותה לגוף בעל מאפיינים ציבוריים. להרחבה ראו אסף הראל גופים דו-מהותיים: גופים פרטיים במשפט המינהלי (2008); דפנה ברק-ארז אזרח נתין צרכן: משפט ושלטון במדינה משנתה 251-252 (2012); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 533 (1996).

52 ע"מ 6101/13 ימית א. בטחון (1998) בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל (פורסם בנבו, 23.2.2014).

53 ראו ת"א (מחוזי י-ם) 1755/96 ל.נ.ע. סחר ועבודות מיוחדות בע"מ נ' קרן קיימת לישראל, פ"מ התשנ"ט(1) 337 (2000). בהקשר זה ראוי לציין כי בג"ץ דן בשתי עתירות שעניינן מדיניות שלפיה ערבים מנועים מלרכוש זכויות חכירה במקרקעין שבבעלות הקרן הקיימת לישראל, והמנוהלים על ידי רשות מקרקעי ישראל, בהתאם להסכם שבין המדינה לקק"ל. ראו בג"ץ 7452/04 אבו ריא נ' מינהל מקרקעי ישראל - מחוז צפון (פורסם בנבו, 31.10.2014); בג"ץ 7452/04 המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי נ'

חדשים ואכלוסם.⁵⁴ בענייני דיור ניתן לחשוב על כמה דוגמאות נוספות לגופים פרטיים בעלי מאפיינים ציבוריים ברורים: אגודות שיתופיות, כאשר הן עוסקות בסיוון מועמדים לרכישת קרקעות ציבור בתחום היישוב הקהילתי או הכפרי שהוקם על ידיהן;⁵⁵ אוניברסיטאות המספקות מעונות סטודנטים;⁵⁶ החברות המשכנות, העוסקות באספקת דיור ציבורי; ייתכן שאף בנקים וחברות ביטוח.⁵⁷

(2) גופים פרטיים שעיסוקם בנדל"ן

כאשר מדובר בגופים פרטיים שעיסוקם בנדל"ן, הפועלים באופן מפלה, ניתן לקבל סעד באמצעות "מודל התחולה העקיפה", כלומר החלת חובת השוויון באמצעות מונחי סתום בדין האזרחי ובמיוחד בדיני החוזים. ואולם בטרם ארחיב בנושא מודל התחולה העקיפה, דרך אפקטיבית יותר ופשוטה יותר לקבל סעד בגין הפליה מחמת נטייה מינית או זהות מגדרית שנעשתה על ידי גורם פרטי שעיסוקו בנדל"ן היא באמצעות חוק איסור הפליה במוצרים, שירותים, ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000 (להלן בחלק זה: חוק איסור הפליה או החוק). סעיף 3 לחוק זה קובע כי "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי או הורות".⁵⁸

בדברי ההסבר שנכללו בהצעת חוק איסור הפליה נכתב כי "האיסור שבסעיף 3 אינו חל על מקרקעין" (הצעות חוק מיום 15.5.00).⁵⁹ עם זאת, בנוסח החוק אין כל סייג פוזיטיבי בתחולת החוק על מקרקעין. יתרה מכך, מלשון החוק ומפרשנות תכליתית של החוק לא נראה כי יש מניעה להחיל דרכו את איסור ההפליה גם על תאגידי נדל"ן, שכן אלה עוסקים בהספקת מוצר (דירות) לציבור הרחב. עם

- מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 24.9.2007) (המדינה הצהירה בבית המשפט כי על פי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, מינהל מקרקעי ישראל ישווק את הקרקעות, לרבות אדמות קק"ל, בצורה שוויונית ללא כל הגבלה באשר לזהות הרוכש, וכי במקרה שבו יזכה בקרקע קק"ל מי שאינו יהודי, יבצע המינהל חילופי קרקעות עם קק"ל. הקרקעות החלופיות ימסרו לקק"ל באזורים שאינם מפותחים ואינם מיועדים לשיווק).
 54 ראו למשל תק' 19 (א) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג–1993.
 55 ראו למשל דיון בסוגיה בע"א 7094/10 צורן נ' שפירא (פורסם בנבו, 18.4.2012). יש לציין כי כאשר נציגים של אגודה שיתופית שותפים לוועדת קבלה ביישוב קהילתי או בשכונת הרחבה של יישוב כפרי, חלה עליהם במפורש חובת איסור הפליה מחמת נטייה מינית. ראו ס' 36(ג) לפקודת האגודות השיתופיות (חוק ועדות הקבלה).
 56 ראו למשל ה"פ (מחוזי חי') 217/05 נעאמנה נ' אוניברסיטת חיפה (פורסם בנבו, 17.8.2006). בפרשה זו נדונה השאלה אם אוניברסיטת חיפה, כגוף דו-מהותי, רשאית לכלול בין הקריטריונים בקביעת זכאות למעונות סטודנטים קריטריון הנוגע לשירותו הצבאי של הסטודנט. בית המשפט המחוזי קבע כי קריטריון זה יוצר הפליה בין סטודנטים יהודים לסטודנטים ערבים, ולכן דין הקריטריון להתבטל.
 57 ראו גונטבניק, לעיל ה"ש 21, בעמ' 550.
 58 ס' 3 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים, ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000. לשימוש שנעשה בחוק נגד הפליה מחמת נטייה מינית ראו, למשל, ת"א (שלום י-ם) 5901-09 יעקובוביץ' נ' בית הארחה וגן אירועים יד השמונה (פורסם בנבו, 3.9.2012). כן ראו משה כהן-אליה "פוליטיקת הגועל בחוק איסור הפליה במצרכים ובשירותים" בספר זה.
 59 דברי הסבר להצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס–2000, ה"ח 370.

זאת, ראוי לסייג ולומר כי השימוש בעילה המנויה בחוק איסור הפליה כבסיס לתביעה נגד תאגידי נדל"ן נעשה רק במקרים בודדים עד מועד כתיבת שורות אלו.⁶⁰ השימוש באפיק של חוק איסור הפליה נגד תאגידי נדל"ן מפלים נכון לדעתי. אמנם החוק אינו נותן מענה להפליה על ידי אדם פרטי המוכר או משכיר את דירתו באופן מפלה, אך הוא מרחיב את היקף ההגנה הקיימת בתחום הדיור מפני הפליה לזירות נוספות. לאמתו של דבר, חוק זה עשוי להעניק סעד לחברי קהילת הלהט"ב שחשים שהופלו על ידי עסקים כמו חברת בנייה, קבלן, יזם, מתווך וייתכן שאף אדם שעיסוקו בנדל"ן, אף אם אינו תאגיד.

החוק אינו מגדיר "זהות מגדרית" כבסיס פסול להפליה, אך יש בסיס לטענה שהחוק אוסר הפליה גם כשהיא מכוונת נגד טרנסג'נדרים או בשל ביטויי מגדר שאינם נושאים חן בעיני המפלה. ראשית, משום שפרשנות תכליתית של המונח "נטייה מינית" הנה מתן הגנה לכל המגוון של קהילת הלהט"ב, וזאת, בין היתר, משום הקושי להציב קטגוריות ברורות ונבחנות בין נטייה מינית לזהות מגדר.⁶¹ חזוק לפרשנות זו נמצא בפסק דינו של השופט ג'ובראן בפרשת פלונית. שם קבע השופט כי "הזכות לשוויון של טרנסג'נדרים, בדומה לזכות החוקתית לשוויון של חברי הקהילה הגאה, היא זכות חוקתית מוגנת, מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".⁶² בהמשך פסק דינו מציין השופט כי ההגנה על הזכות החוקתית לשוויון חלה בכל שלבי תהליך השינוי המגדרי – במהלכו ובהשלמתו. יתר על כן, השופט ג'ובראן מכיר בכך שאי-ההכרה בזהותו המגדרית של הפרט, כפי שהוא רואה אותה, היא כשלעצמה

60 בעניין הוארי, לעיל ה"ש 44, נעשה שימוש בחוק נגד תאגיד נדל"ן. בהליך לא טען התאגיד וגם לא המדינה, כי החוק אינו חל על מקרה של הפליה על ידי תאגיד נדל"ן המוכר דירות לציבור. באותו מקרה נסתיימה ההתדיינות בפשרה שבה הסכימה החברה לפצות את התובעים ובהבהרה כי ההפליה לא תישנה. לעומת זאת, בה"פ (שלום רמלה) 13-10-22908 חדאד נ' חברת מעלות טל יזמות (פורסם בנבו, 17.9.2014) פסק בית המשפט כי אין להחיל את חוק איסור הפליה על חברה העוסקת בליווי של קבוצת רכישה, שקבעה כתנאי סף לחברות בקבוצה דרישה לשירות צבאי או אזרחי, שכן היא אינה עוסקת במכירת מוצר מוגמר אלא בארגון בלבד. על פסק דין זה הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי, אך במהלך בירורו הודיעה החברה כי הפרויקט נכשל, ובית המשפט לא הכריע בערעור אך ביטל ההוצאות שפסק בית משפט השלום לחובת התובע. המלומד גרשון גונטובניק סבור כי הליכי החקיקה מעידים שהמחוקק לא התכוון שהחוק יחול על דיור, למעט בנקים וחברות ביטוח, שהשירותים שהן מעניקות בתחום הנדל"ן מוגדרים במפורש בחוק. ראו גונטובניק, לעיל ה"ש 21, בעמ' 554.

61 הנושא התעורר בתביעה בבית הדין לעבודה בתל אביב בש"א (אזורי ת"א) 7035/05 פלונית והאגודה לזכויות הלהט"ב נ' אלמוני (פורסם בנבו, 28.7.2005), שבה תבעה עובדת טרנסקסואלית את מעסיקה על הפליה, לאחר שפוטרה מיד לאחר שנודע למעסיק על כוונתה להתחיל בתהליך של שינוי מין. בעקבות הצעת בית המשפט פוצתה העובדת בהסדר פשרה, מבלי שניתן פסק דין. נוסף על כך, יש לציין כי הוגשה לאחרונה הצעת חוק הפרשנות (תיקון הגדרת אפליה על רקע זהות מגדרית או נטייה מינית), התשע"ד – 2013, שלפיה "בכל מקום בספר החוקים ותקנות המינהל שבו יש התייחסות לאיסור הפליה, יתווסף האיסור על הפליה מנימוקים של נטייה מינית או זהות מגדרית". הצעת החוק, שהוגשה ביום 21.10.2013, קיבלה את אישורה של ועדת השרים לענייני חקיקה (החלטה חק/525 מיום 15.12.2013). www.pmo.gov.il/Secretary/GovDecisions/2013/Pages/des1085.aspx.

62 ע"פ 5833/12 פלונית נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 12.9.2013) (להלן: פרשת פלונית); לעיון נוסף בפרשה ראו: עידו קטרי "שוונות מגדרית בפסק הדין פלונית (ת) – בין שמרנות לחדשנות" מבוקי הארות פסיקה 26, 32 (2014) www.colman.ac.il/research/research [_institute/katedra_HumanRights/Psika/Documents/26/26_may_2014_4_katri.pdf](http://www.institute/katedra_HumanRights/Psika/Documents/26/26_may_2014_4_katri.pdf).

מהווה פגיעה בזכות לשוויון של הפרט.⁶³ שנית, משום שהקטגוריה "מין" כוללת גם הגנה מפני הפליה בשל שינוי מין או סטריאוטיפים מגדריים. זאת אנו למדים אף מפרשנותו התכליתית של בית המשפט למונחים זהים המצויים בחקיקה דומה. כך למשל, אין בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, בדומה לחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים, עילה של הפליה מחמת "זהות מגדרית". לאחרונה קבע בית הדין הארצי לעבודה כי "אפליה מחמת מין ונטייה מינית על פי סעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה כוללת בחובה גם הפליה מחמת זהות מגדרית". הקביעה ניתנה במסגרת פסק דין, שאישר הסדר פשרה, שלפיו תפוצה עוברת, שפוטרה לאחר ששוחחה עם תלמידות על היותה טרנסג'נדרית ולסבית;⁶⁴ שלישית, משום שרשימת העילות שבגינן אין להפלות אינה רשימה סגורה.⁶⁵

הסנקציות שקבועות בחוק בגין הפליה פסולה הן אזרחיות ופיליות (קנס).⁶⁶ קורבן ההפליה זכאי לתבוע את התאגיד, וכן בעלים, מחזיק או מנהל של עסק, וכן האחראי בפועל על הספקת המוצר, ואם תוכח תביעתו, יהיה זכאי לפיצוי בסך 66,500 ש"ח אף ללא הוכחת נזק. למיטב ידיעתי, עד היום הופעל החוק רק בהקשר הנזיקי שלו, על ידי תביעות שהגישו קורבנות ההפליה. נראה כי הסנקציה הפלילית אינה מופעלת.⁶⁷ ייתכן שהסיבה לכך היא בחירתם של קורבנות ההפליה, המעדיפים את המסלול הנזיקי-אזרחי על פני האפיק הפלילי. ואולם, לאפיק הפלילי יש חשיבות בפני עצמו. הוא מעביר מסר ברור שההפליה אינה רק עסקו של קורבן ההפליה, אלא היא פוגעת בערך חברתי מוגן, שמעניינו של כלל הציבור להגן עליו. כמו כן, הכתמת ההפליה כעבירה פלילית, יש בה כדי להרתיע בעלים ומנהלים של עסקים מפלים, ואולי אף יותר מהחשש מפני תשלום פיצוי, שלרוב אינו עולה על כמה עשרות אלפי שקלים. נוסף על כך, בהליך הפלילי, במקרה של הרשעה חוזרת של בעל עסק בהפליה המנוגדת לחוק, מעניק החוק שיקול דעת לבית המשפט להורות על הפסקת העיסוק בעסק לתקופה שתקבע על ידיו.⁶⁸

- 63 פרשת פלונית, לעיל ה"ש 62, פס' 5 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.
- 64 ע"ע (ארצי) 14-06-23372 המרכז לטכנולוגיה חינוכית נ' משל (פורסם בנבו, 2.6.2015). פסיקה זו אישרה את חוות דעתה המנומקת של שופטת בית הדין לעבודה בתל אביב, השופטת איצקוביץ, בסע"ש (אזורי ת"א) 13-06-791 משל נ' המרכז לטכנולוגיה חינוכית, פס' 7-9 לפסק דינה (פורסם בנבו, 13.5.2014) וכן את חוות דעת נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, שהוגשה במסגרת תביעתה של העובדת הטרנסג'נדרית. לעמדת הנציבות ראו: www.moital.gov.il/NR/exeres/66D1A6D4-2954-44ED-AA41-CFC97F1BA.E3D.htm.
- 65 ראו למשל ע"א (מחוזי נצ') 198/09 סרור נ' חברת רוידנט מיוזיק בע"מ (פורסם בנבו, 5.11.2009), ובמיוחד כאשר מדובר בהפליה נגד אדם בשל השתייכות קבוצתית לקבוצה בעלת היסטוריה של הפליה כמו קבוצת הטרנסג'נדרים. עם זאת, שאלה זו טרם הוכרעה. ראו גם ע"א (מחוזי חי') 3724/06 קיבוץ רמות מנשה נ' מזרחי (פורסם בנבו, 7.1.2008); בר"ע (מחוזי י-ם) 478/08 ג.י.א.ת. ניהול והשקעות בע"מ נ' מור (פורסם בנבו, 25.9.2008). על הבעייתיות בקביעת הקטגוריות המנויות בחוק כרשימה סגורה, בהקשר להפליה של מזרחים במקומות ציבוריים, ראו גם יפעת ביטון "מזרחים במשפט: ה'אין' כ'יש" משפטים מא 455, 498-491 (2011).
- 66 ס' 5 ו-9 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים, ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים.
- 67 טענה זו הועלתה גם על ידי ד"ר יפעת ביטון, שחקרה את יישומו של החוק, ראו ביטון, לעיל ה"ש 65.
- 68 בעקבות חשיפה תקשורתית, שקיבלה תשומת לב רבה, באשר למדיניות מפלה של הסופרלנד בראשון לציון, שבמסגרתה הופרדו תלמידים יהודים וערבים, רענן היועץ המשפטי לממשלה, יהודה וינשטיין, את ההוראות בעניין זה, ובפרסום מטעמו מיום 16.6.2013 ציין כי הנחה את המשטרה והפרקליטות לפעול בנחרצות במקרים של הפליה ולהגביר האכיפה של ההוראה הפלילית בחוק. ראו "החלטה בעניין

בתביעות לפי החוק, כאשר הטענה היא להפליה על בסיס נטייה מינית, מוסמך בית המשפט לדון בתביעה גם בדלתיים סגורות. משמעות הדבר היא שאין לפרסם דבר על אודות הדיון וכי בית המשפט רשאי לאסור כל פרסום בקשר לדיוני בית המשפט, לשם מניעת פגיעה בפרטיות של בעל דין, עד או אדם אחר ששמו הוזכר בדיון.⁶⁹ הוראה זו נועדה לעודד קורבנות הפליה מקרב קהילת הלהט"ב להגיש תביעות מכוח החוק, בלי שהם או עדיהם יחששו מחשיפת נטייתם המינית בתקשורת, או שחיפוש שמם ברשת האינטרנט יקשור אותם לתביעה אשר עניינה הפלייתם מחמת נטייתם המינית.

חוק איסור הפליה אף נותן כלים טובים לקושי להוכיח הפליה, וזאת באמצעות ארבע חזקות, שהוכחתן על ידי התובע מעבירה את נטל ההוכחה לנתבע.⁷⁰ החזקה הראשונה קובעת כי הנטל יעבור לנתבע אם הוכח שסירב לספק מוצר, לאחר שבירר פרטים הנוגעים לעילות ההפליה המנויות בסעיף 3 לחוק. מכאן שאם חברת בנייה המציעה לציבור דירות למכירה מסרבת למכור את הדירה לאחר שביררה פרטים בדבר נטייתו המינית או זהותו המגדרית של הקונה הפוטנציאלי, או באשר להיותו במערכת זוגית עם בן או בת אותו המין, יוכל הדבר להקים חזקה של הפליה על רקע נטייה מינית או מין, שעל החברה יוטל הנטל להפריכה.

החזקה השנייה קמה כאשר הנתבע סירב לספק מוצר לנמנים עם קבוצה המאופיינת לפי עילה מעילות ההפליה המנויות בסעיף 3, ולא סירב כאמור, באותן נסיבות, למי שאינם נמנים עם אותה קבוצה. למשל, כאשר זוג נשים נתקל ביזם אשר טוען כי אין כרגע דירות למכירה בפרויקט שבו הן מתעניינות, אך כאשר זוג של גבר ואישה פונה ליזם, מתברר שיש דירות למכירה והוא מוכן למכור להם אותן.

החזקה השלישית קמה כאשר הנתבע התנה הספקת מוצר לנמנים עם קבוצה המאופיינת לפי עילה מעילות ההפליה המנויות בסעיף 3 בקיום תנאי אשר לא נדרש ממי שאינם נמנים עם אותה קבוצה. למשל, כאשר יוזם קבוצת רכישה דורש מבני זוג מאותו מין להעמיד ערבויות גבוהות, או תשלום ראשוני גבוה, בשעה שתנאים אלו אינם נדרשים מבני זוג ממין שונה.

החזקה הרביעית קמה כאשר הנתבע עיכב הספקת מוצר לנמנים עם קבוצה המאופיינת לפי עילה מעילות ההפליה המנויות בסעיף 3, ולא עיכב כאמור, באותן נסיבות, את ההספקה למי שאינם נמנים עם אותה קבוצה. למשל, כאשר אישה טרנסג'נדרית מגיעה למשרד מכירות ונאמר לה שיחזרו אליה והיא ממתנה לשווא, וכל בקשתיה לדבר עם נציג השירות נדחות בתואנות שונות, בעת שלאדם אחר נותנים טיפול במקום או חוזרים אליו ללא שהות מיותרת.

החוק מאפשר גם לתאגיד העוסק בהגנה על זכויותיו של מי שאסור להפלותו להגיש את התביעה, ובלבד שאם עילת התביעה היא הפליה כלפי אדם מסוים, אותו אדם הסכים לכך.⁷¹ מכאן שגם ארגוני הקהילה יכולים לעשות שימוש בחוק כאשר קורבן ההפליה אינו מעוניין להגיש את התביעה בעצמו, או להצטרף כצד נוסף לתביעה כדי לחזקה ולהרחיב את הטיעון באופן שמדגיש את השפעת ההפליה על זכויותיהם של חברי קהילת הלהט"ב.

⁶⁹ 'סופרלנד' הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.4790 (התשע"ג) www.index.justice.gov.il/Publications/News/Documents/HachlatatYoetzSuperLand.tif

69 ס' 10 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים, ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים.

70 ס' 6 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים, ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים.

71 ס' 7 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים, ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים.

(3) גופים ואנשים פרטיים המוכרים או משכירים דירות

חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים אינו חל כאמור על מי שמוכר את דירתו או משכיר אותה, כאשר אין זה עיסוקו, ואף יש מחלוקת בשאלה אם הוא חל על תאגידי נדל"ן, יזמים של קבוצות רכישה ומתווכים. נשאלת השאלה אם קיימות דרכים חלופיות לפעול כנגד הפליה של גוף או אדם פרטי. לדעתי קיימות שתי דרכים לפעולה. הראשונה, שהנה מוגבלת, מצויה בחקיקה המסדירה חוזי השכרת דירות, חוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971, והשנייה, שהיא המרכזית, היא באמצעות דיני החוזים.

I. חוק השכירות והשאלה

חוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971, אינו מתייחס במישרין לשאלת השוויון ואי-הפליה בהשכרת דירות.⁷² עם זאת, חוק השכירות והשאלה, החל על חוזי שכירות בין בעל דירה פרטית לשוכר, פותח צוהר להתמודדות עם מקרים של הפליה להט"בים, הטמון בסעיף 22 לחוק. סעיף זה מורה כי שוכר המעוניין להעביר את זכויותיו לשוכר חלופי או לשוכר משנה צריך לקבל את הסכמתו של המשכיר. ברם, באם ימצא כי המשכיר לא הסכים לעסקה מטעמים בלתי סבירים או התנה את הסכמתו לעסקה בתנאים בלתי סבירים, אזי בית המשפט מוסמך לאשר את העסקה למרות התניות הללו. לא ניתן להתנות על הוראת חוק זו.⁷³ נטל ההוכחה לכך שטעמי התנגדותו של בעל הקניין להסכם שכירות המשנה אינם סבירים רובצת על כתפי השוכר,⁷⁴ דבר אשר עשוי לעורר קשיים לא מבוטלים.

מהם אפוא הטעמים הבלתי סבירים אשר יצדיקו את התערבותו של בית המשפט בעניינים מעין אלה? הטעם החשוב לענייננו הנו "תכונותיו האישיות" של שוכר המשנה. לדברי המלומד יהושע ויסמן, בפסיקה נקבע כי במקרים שבהם הושכר הנכס בהסתמך על תכונותיו האישיות של השוכר, והמשכיר ייחס לתכונות אלה חשיבות עניינית ולגיטימית, הרי שבאם שוכר המשנה נעדר אותן תכונות – מדובר בהתנגדות על בסיס טעם סביר.⁷⁵ מובן שלא כל הסתמכות על תכונותיו האישיות של השוכר הראשוני ייחשבו סבירות וראויות. כך, למשל, מציין ויסמן כי לא ניתן לקבוע באופן קטגורי שנימוקים אידאולוגיים הנעוצים ביסוד טעמי סירובו של בעל הקניין, הן בשלב העברת השכירות הראשונה והן בשלב של עסקת שכירות המשנה, ייחשבו טעמים סבירים וראויים.⁷⁶ לאור האמור, סבורני שיש מקרים שבהם הסתמכות על תכונותיו האישיות של שוכר המשנה עשויה להיפסל, במיוחד כשמדובר בהפליה גנרית, למשל מחמת גזע, דת, לאום, מין או נטייה מינית; כך למשל, במקרה שבו שוכר המבקש להשכיר את הדירה בשכירות משנה לבני זוג מאותו מין, והמשכיר מתנגד לכך רק בשל נטייתם המינית, ניתן לטעון כי דחיית העסקה היא מטעמים בלתי סבירים.⁷⁷

72 בדומה, חוק המכר (דירות) גם הוא אינו מתייחס לשאלת השוויון במכירה של דירה.

73 יהושע ויסמן "עיונים בנושא השכירות" משפטים לג 329, 369 (2003).

74 שם, בעמ' 369, וכן ה"ש 178.

75 שם, בעמ' 379.

76 שם, בעמ' 383.

77 שם, בעמ' 383-384. ויסמן מונה שורה של טעמים נוספים שיש להתחשב בהם, למשל, ככלל, בבואנו לבחון את טעמי סירובו של בעל הקניין, משכיר הנכס, עלינו להבחין בין אדם פרטי לבין גוף מסחרי. כך,

למיטב ידיעתי טענה זו טרם נבחנה בפסיקה, אך ייתכן שהיא יכולה לעמוד במקרים של הפליה מסוג זה כלפי להט"בים, וזאת אף על פי שנראה שהסעיף נועד, בסופו של דבר, לקדם את האינטרס הציבורי בצמצום תניות חוזיות המגבילות עבירות במקרקעין.⁷⁸

אנו רואים אפוא כי במקרים המצומצמים של השכרה לשוכר משנה הגביל המחוקק את שיקול דעתו של המשכיר, ונשאלת השאלה אם יש בכך להשפיע גם על טענות הפליה הנוגעות לשלב ההשכרה הראשונית. לעמדת, קשה ללמוד מהוראת סעיף 22 שהמחוקק התכוון להטיל מגבלות דומות גם על ההשכרה הראשונית, זאת בשל הבדלים מהותיים, כפי שציין וייסמן, הקיימים בין שלבי העברת זכויות הקניין – בין שלב השכרה לבין שלב העברת שכירות. בשלב ההשכרה עומדת רק זכותו הקניינית של בעל הקניין. בשלב העברת השכירות, לעומת זאת, ניצבות להן שתי זכויות קנייניות – זו של המשכיר וזו של השוכר, המבקש להעביר את זכויותיו לשוכר משנה. על בית המשפט לערוך איזון בין שתיהן. מכאן שבשלב ההשכרה יש לבעל הקניין מרחב פעולה נרחב יותר מאשר בשלב של העברת השכירות.⁷⁹ לפיכך, לגישתי, חוק השכירות והשאלה אינו הכלי המיטבי, כאמור, להתמודדות עם טענות הפליה בדיור בהשכרה, אלא, כפי שהצגתי לעיל, מאפשר להתמודד עם טענות אלה רק בשלב העברת השכירות.

II. דיני החוזים

הדרך השנייה, והמועדפת, לפעול כנגד הפלייתו של אדם פרטי מחמת נטייה מינית או זהות מגדרית היא דיני החוזים. דרך זו אינה נקייה גם היא מספקות, אך כפי שאראה להלן היא עומדת על יסודות איתנים דיים, המאפשרים לטעון כנגד הפליית להט"בים. לדוגמה, גוף פרטי או אדם מפרסם מודעה באתר אינטרנט שבה הוא מציע דירה שבבעלותו להשכרה. המודעה מופנית לציבור. למודעה נענית אישה, העונה על כל הדרישות של בעל הדירה ומוכנה לספק לו את כל הערבויות הנדרשות. לפני חתימת החוזה מתברר למשכיר כי השוכרת המיועדת היא לסבית. למשכיר יש דעות קדומות בנושא, והוא מחליט לבטל את החוזה. יש ראיות לכך שזו הסיבה היחידה לנסיגתו מחתימת החוזה. בהיעדר איסור מפורש על הפליה כזו בחוק, האם פעולת המשכיר היא חוקית? נראה שהתשובה לכך אינה חד-משמעית, והיא ממשיכה להעסיק מלומדים ואת בתי המשפט.⁸⁰

באם המשכיר הנו גוף מסחרי (קל וחומר ציבורי או גוף דר-מהותי), הרי שניטה פחות לקבל את טעמי סירובו, אפילו השכיר מלכתחילה את הנכס על בסיס שיקולים סובייקטיביים – בהסתמך על תכונותיו האישיות של השוכר. נוסף על כך, יש להבחין בין הסתמכות מלכתחילה אך ורק על שיקולים עסקיים, לבין הסתמכות מלכתחילה על שיקולים אידאולוגיים. במקרה שבו הסתמך המשכיר מלכתחילה אך ורק על שיקולים עסקיים ובעת העברת השכירות התנגד מטעמים אידאולוגיים, הרי שנבחן ביתר קפידה את טעמיו. יתר על כן, אין להעניק לנימוקיו אותה מידה של מרחב פעולה ובחירה כפי שנעניק במקרה שבו הסתמך מלכתחילה בעל הקניין על שיקולים אידאולוגיים.

78 שם, בעמ' 377.

79 שם, בעמ' 384; גונטובניק, לעיל ה"ש 21, בעמ' 566.

80 אדגיש כי הדיון בשאלה זו לא הוכרע, אך עצם קיומו של דיון תאורטי מאפשר לעלות טענה כזו במקרים המתאימים. להעמקה בשאלות אלו ראו למשל: יוחאי בנקלר "אי-הפליה בדיור: תחולה, היקף וסעדים במסגרת המשפט הקיים" עיוני משפט טז 131 (1991); גונטובניק, לעיל ה"ש 21, בעמ' 67–77; נילי כהן "השוויון מול חופש החוזים" המשפט א 131 (1993); פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם" והשימוש

לכאורה עומדת למשכיר הזכות לחופש ההתקשרות, זכותו להתקשר עם מי שיחפוץ ואין הוא מחויב בערכי השוויון החלים על גופים ציבוריים. יפים לעניין זה דבריו של השופט ברק בדיון הנוסף בפרשת בית יולס:

“ראובן מפרסם הודעה בעיתון, לפיה הוא מבקש להשכיר דירה, הוא חייב לנהוג בתום-לב בניהול המשא והמתן עם הפונים אליו בעקבות הפרסום בעיתון. אין הוא רשאי, למשל, להזמין אליו את אחד הפונים, המוציא הוצאות בכוואו אליו, ביודעו מראש, כי אין ברצונו להשכיר לו את הדירה כלל [...] עם זאת, אין מוטלת על ראובן חובה לנהוג שוויון בין הפונים אליו. רשאי הוא, למשל, להשכיר את הדירה לאלמוני רק משום צבע שערותיו ולא להשכיר את הדירה לפלמוני, המציע את התנאים הטובים ביותר”⁸¹.

עם זאת, מאז הדיון הנוסף בפרשת בית יולס ועד מועד כתיבת שורות אלו חלפו 25 שנה. בתקופת זו חלו תמורות רבות, ובראש ובראשונה חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992 וחלחול של השיח החוקתי לתוך המשפט הפרטי. כמו כן, בתקופה זו חוקקה הכנסת שורה של חוקים המחילים איסור הפליה מחמת השתייכות קבוצתית על גופים פרטיים.⁸² האם בעקבות זאת חל שינוי בתפיסה?

(4) החלה של איסור ההפליה על עסקת מכר או השכרה של דירת מגורים באמצעות מודל התחולה העקיפה

בפרשת קסטנבאום עסק בית המשפט העליון בשאלה אם ניתן להתערב בחוזה אחיד של חברת קדישא, עמותה העוסקת בקבורה בירושלים, הקובע איסור על שימוש באותיות לועזיות על גבי מצבות. פסק הדין ניתן זמן קצר לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההלכה שנקבעה במקרה זה הנה שעל העמותה חלות גם חובות מתחום המשפט הציבורי בשל היותה גוף דו-מהותי, ובכלל זה חלה עליה החובה לשמור על הזכות של כל אדם לכבד את זכר קרוביו כרצונו. השופט ברק הרחיב את היריעה בפסק דינו והתייחס גם לסוגיה שרלוונטית לנושא פרק זה, אף שאין היא חלק מההלכה של פסק הדין – תחולתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם ועקרונות היסוד של השיטה על פרטים הכותרים חוזה

לרעה בכוח “משפטים כג 21 (1993); ברק מדינה “איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית” עלי משפט ג 37 (2003); משה כהן-אליה “החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים” עלי משפט ג 15 (2003); חנוך דגן “זכות הכניסה” מחקרי משפט כד 59 (2008); דפנה ברק-ארוז וישראל גלעד “זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה” קרית המשפט ח 11 (2009) (להלן: ברק-ארוז וגלעד “זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין”); גרשון גונטובניק “זכויות חוקתיות במשפט הפרטי במדינה יהודית ודמוקרטית” משפט ועסקים טז 57 (2013).

81 ד”נ 22/82 בית יולס בע”מ נ’ רביב משה ושות’ בע”מ, פ”ד מג(1) 441, 479 (1989). באותו עניין היה השופט ברק בעמדת מיעוט ביחס לשאלה אחרת – האם חייב גורם פרטי לפעול בשוויון כלפי מציעים במכרז שבחר לערוך, מכוח חובת תום הלב במשא ומתן לקיום חוזה? השופט ברק סבר כי תום הלב מחייב את עורך המכרז לנהוג בשוויון בין המציעים. עמדת הרוב הייתה שאין להחיל חובה כזו על גורמים פרטיים.

82 חוק זכויות החולה, התשנ”ו–1996; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ”ח–1998; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ”ח–1988; חוק זכויות התלמיד, התשס”א–2000; חוק זכויות הסטודנט, התשס”ז–2007.

בתחומי המשפט הפרטי. ברק פסק כי לדיור עקרונות היסוד של השיטה בכלל, וזכויות היסוד של האדם בפרט, אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי. לדבריו, ההבחנה בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי אינה כה חריפה ועקרונות היסוד הם עקרונות של השיטה כולה, ולא של המשפט הציבורי בלבד. ברק ציין כי זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון, אלא מתפרסות גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם. הוא הוסיף כי המשפט הפרטי כולל בחובו כלים מספר שבאמצעותם מוזרמים עקרונות היסוד של השיטה בכלל, וזכויות היסוד של האדם בפרט, אל תוך המשפט הפרטי. במרכזם של כלים אלה עומדים עקרונות תום הלב (סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי)), תקנת הציבור (סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי)), עוולת הרשלנות (סעיף 36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]) ועוולת הפרת חובה חקוקה (סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]).⁸³

אם כן, השופט ברק הכיר, בעניין קסטנבאום, במודל התחולה העקיפה של הזכויות החוקתיות על היחסים בין פרטים.⁸⁴ לגישתו, אפשר להחיל באמצעות כלים מהמשפט האזרחי את ערכי היסוד של השיטה, לרבות זכויות האדם, גם על פרטים ביחסיהם עם פרטים אחרים, וזאת ללא צורך בחקיקה מפורשת. בעשותו כן אימץ השופט ברק את הרעיון שחופש החוזים אינו ערך מוחלט, אלא ערך יחסי העומד מול זכויות ואינטרסים אחרים, אשר יש לאזן ביניהם.

בדיון הנוסף שקיים בית המשפט העליון בעניין רקנט קנתה לה תפיסה זו שביתה בקרב רוב שופטי בית המשפט העליון. באותו עניין שב וקבע ברק, הפעם כנשיא, כי עקרון השוויון חל גם ביחסים בין פרטים, וכי ניתן להחילו דרך עקרונות הקבועים בדיני החוזים כמו תום הלב, תוך איזון עם הזכות לחופש החוזים.⁸⁵ בית המשפט העליון חזר על הלכה זו בהקשרים שונים.⁸⁶

83 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 530–532 (1992). יש לציין כי הניתוח של השופט ברק נועד להיות בסיס לשאלה אם ניתן לפסול את הסעיף בחוזה האחיד שאסר על כיתוב באותיות לועזיות על המצבה מחמת פגיעתו בזכויות האדם. השופט ברק דן בס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, הקובע כי "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל". השופט ברק ציין כי העיקרון, שלפיו חוזה הנוגד את "תקנת הציבור" בטל, מכניס אל המשפט הפרטי את עקרונות היסוד של המשפט הציבורי. השימוש בס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי) יכול להיות רלוונטי גם בסוגיות של הפליה בדיור. לדוגמה, אם ועד בניין משותף יחתים את כלל הדיירים על חוזה שלפיו אסור להם להשכיר את הדירות שרכשו או למכור אותן אלא לזוג שהוא בעל ואישה, עשוי הדבר להקים טענה לכך שהחוזה סותר את תקנת הציבור. בארצות הברית נפוצה בעבר התופעה של תניות מגבילות, שהיו חלק מהסכם למכירת המקרקעין. לפי תניות אלו רוכש המקרקעין התחייב לא למכור או להשכיר את הנכס לשחורים. תניות אלו התגלגלו לבתי המשפט והגיעו עד לבית המשפט העליון של ארצות הברית, אשר פסק כי אף שתניות מפלות כאלו אינן מנוגדות לחוק, בית המשפט אינו יכול לאכוף אותן, שכן שיתוף פעולה של בית המשפט עם הפליה כזו יהווה הפרה של סעיף השוויון בחוקה, ראו למשל Shelly v. Kraemer, 1 U.S. 334 (1948); בנקלר, לעיל ה"ש 80, בעמ' 168 (בנקלר אף מציע להרחיב את השימוש בסעיף תקנת הציבור כדי לתקוף חוזי מכירה של המפלה עם אדם אחר, לאחר ההפליה, בטענה שהחוזה השני הוא המאפשר את ההפליה ולכן נוגד את תקנת הציבור).

84 על תחולת זכויות האדם במשפט הפרטי ועל מודל התחולה העקיפה ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 680 (1994).

85 דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000).

86 ע"א 10419/03 דור נ' רמת הדר – כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ, פ"ד ס(2) 277 (2005). בפרשה זו דן בית המשפט העליון בשאלת החובות שחלות על אגודה שיתופית להתיישבות כפרית בעת החלטה על קבלת חברים. בית המשפט קבע כי "עקרונות היסוד של השיטה יכולים להיות מוחלים באמצעות חובת תום הלב החלה על הצדדים בשלב זה, אשר קבועה בס' 12 לחוק החוזים (חלק כללי).

פרופ' דפנה ברק-ארז ופרופ' ישראל גלעד סבורים כי בחינת ההתפתחויות שעברו על דיני החוזים ודיני הנזיקין, במיוחד מאז חקיקתם של חוקי היסוד בשנת 1992, מלמדת כי המשפט הישראלי מגלה נכונות הולכת וגוברת להגן על זכויות האדם גם בתחום המשפט הפרטי. לטענתם, ההגנה התבססה בעיקר על המודל של תחולה עקיפה של זכויות האדם במסגרת הדוקטרינות הקיימות של המשפט הפרטי. לדבריהם, השאלה כיום איננה עוד אם יש להגן על זכויות האדם במסגרת דיני החוזים, אלא רק באיזו מידה הן יזכו להגנה? לעת עתה, מציינים ברק-ארז וגלעד, דיני החוזים מגלים זהירות וריסון ביישום של זכויות האדם, על רקע המתח הברור השורר בין הגנה על זכויות אלה לבין התפיסה המסורתית של חופש החוזים.⁸⁷

נראה כי טרם נאמרה המילה האחרונה ביחס לשאלת תחולתן של זכויות האדם, ובכלל זה הזכות לשוויון, באמצעות מודל התחולה העקיפה, על יחסים בין פרטים. ראוי לציין בהקשר זה כי בפסיקה מאוחרת יותר, בעניין פרוד'אנסקי, הזכיר השופט דנציגר את ההתפתחויות שהיו בפסיקה, אך הדגיש כי "עקרון השוויון במשפט הפרטי ראוי לו שיחול אך באותם מקרים בהם גופים פרטיים ממלאים תפקידים ציבוריים או כאשר הרשות פועלת במישור הפרטי, וככל שהדברים אמורים בנוגע לגופים פרטיים לחלוטין, קרי שאינם בעלי מעמד ציבורי או מעין-ציבורי, אף ראוי כי החלת עקרון השוויון תעשה לאור דבר חקיקה מפורש".⁸⁸ ייתכן שבכך מסמן בית המשפט העליון מגמה של צמצום התערבותו ביחסים בין גופים פרטיים אשר יש בהם פגיעה בזכות לשוויון, והתערבות כגון זאת תיעשה רק במקרים שבהם ההפליה נאסרה בחוק במפורש.

כדי להבין את משמעות הדברים בנוגע לקהילת הלהט"ב, נבחן מקרה לדוגמה: בעלי דירה עומד בפני חתימה על חוזה שכירות עם שוכר פוטנציאלי, ואז מגלה הבעלים כי השוכר הומו ולפיכך מחליט לחזור בו מהעסקה ומפסיק באופן חד-צדדי את המשא ומתן עם השוכר. האם ניתן לומר כי מדובר בהפליה אסורה שמהווה חוסר תום לב במשא ומתן לכריתת חוזה? דוגמה נוספת – משכיר מגלה כי השוכרת לסבית. הוא אינו מפר את תנאי החוזה, אך משנה את התנהלותו מולה במטרה להמאיס עליה את השהות בדירה ולגרום לה לעזוב אותה לפני סיום החוזה. האם התנהלות זו יכולה להיחשב הפרה של חובת תום הלב בקיום חוזה?

לשאלות אלו אין תשובה ברורה בפסיקה. שני מקרים שנדונו בבתי משפט שלום עסקו בביטול חוזה שכירות בין משכיר לשוכר שהנו בית עסק או ארגון המשרת את קהילת הלהט"ב. בעניין פרויקט גן העיר נדון ניסיון לסכל קיום חוזה שכירות שנכרת עם בעלים של פאב, לאחר שהתגלה למשכיר כי הוא מיועד לבילוי של קהילת הלהט"ב. בעניין מצקין נדון ביטול חוזה שכירות של משכירה עם עמותה,

התשל"ג-1973. דרך מושג 'תום הלב' נוכל להחיל במקרים המתאימים על האגודה השיתופית את עקרונות ההגינות והסבירות, כבוד האדם וההתחשבות ברצונותיו ורגשותיו של הפרט, האיסור לשקול שיקולים זרים, האיסור להפלות וכו' (שם, פס' 18 לפסק דינה של השופטת ארבל).

87 ברק-ארז וגלעד, לעיל ה"ש 80, בעמ' 35-36.

88 רע"א 8821/09 פרוד'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (פורסם בנבו, 16.11.2011). לעמדתו של השופט דנציגר הצטרף השופט לוי. מנגד גרס השופט ג'ובראן (ברעת מיעוט) כי "עקרון השוויון, בהקשרים רבים, הינו חלק אינטגרלי מפעולתם של גופים עסקיים במרחב האזרחי, ואין לראות בו כחריג לזכותו של פרט הפועל במרחב האזרחי לחירות ולשרירות בעלים. את היחס שבין שני ערכים אלו, במקום בו הם מתנגשים, יש לבחון על פי ההקשר הנורמטיבי הספציפי, ולאור תפישה מורכבת של קניין מחד ושל אחריות המדינה לאופן פעולת הספירה האזרחית מאידך".

האגודה לשמירת זכויות הפרט, לאחר שהתברר למשכירה כי העמותה פועלת לשמירה על זכויות להט"ב וכי היא מקיימת פעילות לקהילה.⁸⁹ בשני המקרים ההליך המשפטי סייע להפסקת ההפליה.⁹⁰ בשני המקרים עסק בית המשפט גם בשאלה אם אי-גילוי הנטייה המינית או הזיקה לקהילת הלהט"ב הם עלילה לביטול החוזה. בעניין פרויקט גן העיר דחה בית המשפט את הטענה שהיה על התובע ליידע את בעלי הפרויקט על אודות נטייתו המינית או זהות האורחים בבית העסק. בעניין מצקין פסק בית המשפט כי במשא ומתן לכריתת חוזה שכירות אין לחייב אדם לחשוף את נטייתו המינית, אולם כאשר מדובר בעמותה, חובת הגילוי נסוגה מפני זכותו של בעל הנכס להתקשר עם מי שהוא מעוניין.⁹¹ חרף מיעוט הפסיקה בעניין, לדעתי גם בהיעדר חקיקה האוסרת במישרין על הפליה מחמת נטייה מינית ביחסים בין גופים פרטיים לחלוטין, בתי משפט יכולים לקבל טענת הפליה על ידי גופים פרטיים, וזאת לאור ההתפתחויות שצוינו. ואולם, בראייתו יש לפתח את הנושא באופן מדוד ותוך התחשבות בנסיבות העניין. כך למשל, אם הצד המפלה פועל באופן מעין מסחרי, תהא עלילה טובה יותר לקבוע כי הפליה על בסיס נטייה מינית אסורה ומנוגדת לחובת תום הלב.⁹² מנגד, אם בהטלת חובה שלא להפלות יש משום התערבות באוטונומיה של בעלי הדירה, יש צורך בהחלה זהירה יותר של חובה מסוג זה. מקרה אחר הוא עניינו של מי שמוכר את דירתו, שכן הוא מגלם בכך לכאורה החלטה ברורה לנתק את זיקתו לנכס, בהשוואה למשל למי שמעמיד את דירתו להשכרה. ואולם, גם בדירת מגורים המועמדת להשכרה ניתן להבחין בין מי שמשכיר את דירתו דרך מתווך, ובכך מגלה לכאורה אדישות לזהות של השוכר, לבין מי שמקפיד לבחור בעצמו את השוכר; ניתן גם להבחין בין מי שמשכיר דירה שרכש להשקעה והעניין שלו בה הוא קבלת תשואה לעומת מי שמשכיר את דירת מגוריו לתקופה קצרה,

- 89 ת"א (שלום ת"א) 23319/90 פרויקט גן העיר בע"מ נ' הורוביץ, פ"מ ב(1) 139 (1990). שם נדון מקרה שאירע לאדם ששכר מבנה המיועד לפאב בפרויקט גן העיר, ואשר ביקש להקים שם מועדון לקהילת הלהט"ב. לאחר החתימה על החוזה, ומשגילה בעלי הפרויקט כי מדובר בבית עסק המיועד לקהילת הלהט"ב, ניתק את זרם החשמל והחליף את מנעול הכניסה כדי לסכל את קיום החוזה. בת"ה (שלום חי') 4583/96 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' מצקין (לא פורסם, 23.4.1996). נדון מקרה דומה שבו, לאחר כריתת חוזה, גילתה המשכירה כי השוכרת הנה עמותה הפועלת למען חברי קהילת הלהט"ב וביקשה לבטל את החוזה בטענה שלא נעשה גילוי נאות מצד העמותה באשר למטרותיה ופעילותה למען קהילת הלהט"ב. בפרשת פרויקט גן העיר, לעיל ה"ש 89, בית משפט השלום בתל אביב העניק צו מניעה נגד גן העיר.
- 90 בפרשת מצקין, לעיל ה"ש 89, בית המשפט נתן צו ביניים לבקשת העמותה. משיחה עם עו"ד ערן לב, שייצג את האגודה לשמירת זכויות הפרט, עולה כי בסופו של דבר המשכירה נמלכה בדעתה והסכימה לבסוף לקיים את חוזה השכירות וכי ההסכמות בין הצדדים קיבלו תוקף של פסק דין.
- 91 לאור העובדה שהמשכירה נסוגה מכוונתה לבטל את החוזה, נותרה ללא הכרעה המחלוקת העובדתית בשאלה אם עמדה העמותה בחובת הגילוי. ראו התייחסות ביקורתית לחובת הגילוי שהוטלה על העמותה אצל מיכל טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביבות" הפרקליט מה 94, 122 (2001). לאחרונה נדונה בבית המשפט העליון שאלה דומה ונותרה ללא הכרעה, בעניין ע"א 8012/12 רג'בי נ' טל בניה והשקעות קרני שומרון (פורסם בנבו, 11.3.2014). באותו עניין נדונה זכותו של מוכר לבטל עסקת מכר של נכס בשל אי-גילוי של הרוכש שהוא איש קש של עמותה יהודית. השופטת ברק-ארז ציינה כי הטלת חובת גילוי על השתייכות קבוצתית של צד לחוזה מעוררת שאלות נכבדות ומורכבות, אך בנסיבות העניין לא נדרש בית המשפט לטענה, משום שמצא כי המוכר חשד ועצם עיניים, ובכל מקרה לא ביטל את החוזה בזמן, לאחר שהתבררה לו זהות הרוכש.
- 92 ראו גונטובניק, לעיל ה"ש 21, בעמ' 567.

שלאחריה הוא חוזר לגור בה, או מי שמשכיר חדר לשוכר משנה שיתגורר עמו בדירה או ביחידת דיור סמוכה לזו שלו.⁹³

עם זאת, לאור הקשיים שהעליתי, נראה כי דרך המלך היא לחוקק חוק המחיל באופן ישיר גם על גורמים פרטיים, שחוק איסור הפליה אינו חל עליהם, את האיסור להפלות במכירה או בהשכרה של דירות מגורים מחמת השתייכות קבוצתית או מאפיינים אישיים כמו גזע, דת, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית וזהות מגדרית. חוק כזה יצטרך לקבוע את נקודת האיזון הראויה שתבטיח מצד אחד את הזכות לשוויון ואי-הפליה מחמת נטייה מינית, או השתייכות קבוצתית אחרת, ומצד אחר את הזכות של בעל הדירה לאוטונומיה בבחירת השוכר או הרוכש במקרים מסוימים.

הצעות חוק כאלו, שהוגשו בשנים האחרונות, נתקלו בהתנגדות מצד הממשלה. בהצעה שהגישו קבוצת חברי כנסת ממפלגת מרצ, למשל, נקבע איסור גורף על הפליה מחמת גזע, דת, מגדר, נטייה מינית ועילות נוספות במכירת והשכרת דירות מגורים; החריג היחיד בהצעת החוק היה שאיסור ההפליה לא יחול על בעל זכות במקרקעין המבקש להעביר לאחר זכות בחלק מהנכס, לצורך מגורים משותפים.⁹⁴ נוסף על כך, נקבעו חזקות המקימות את נטל ההוכחה.⁹⁵ כך למשל, באם סירב המשכיר לקדם הסכם שכירות או מכירה או חזר בו מההסכם, וזאת לאחר שבירר פרטים אודות השוכר וביניהם נטייתו המינית ומגדרו, הרי שחזקת ההוכחה מתקיימת והנטל להפריכה מונח על כתפי המשכיר. כן הוצע לקבוע כי מעשי המפר הוראות אלו יהיו עוולה אזרחית, וכן כי ניתן לפסוק סעד של פיצויים עונשים בגין הפרת חוק זה וקנס.

הצעת חוק זו דומה במהותה לדין החל במדינות שונות בעולם. בארצות הברית חוק הדיור ההוגן אוסר על הפליה בדיור מחמת גזע, צבע עור, לאום, דת, מין, מצב משפחתי ונכות, אולם אינו חל במקרים הבאים: מכירה או השכרה של חדר או דירה בבית שהבעלים גר בו, ובו עד ארבע יחידות דיור; מכירה או השכרה של יחידת דיור משפחתית יחידה, ובלבד שלבעלים אין יותר משלוש יחידות דיור כאלו באותה עת, ואשר מכירתה או השכרתה נעשית ללא מתווך.⁹⁶

93 ראו כהן-אליה, לעיל ה"ש 80; דגן, לעיל ה"ש 80, בעמ' 77-80; אהרן ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 84, 691-692; גונטובניק, לעיל ה"ש 21, בעמ' 561-568.

94 הצעת חוק איסור הפליה בדיור, התשע"א-2011, פ/18/2934 (בדיון שנערך בכנסת ביום 18.1.2012). ההצעה לא זכתה ברוב ונדחתה.

95 ס' 9 להצעת חוק איסור הפליה בדיור, התשע"א-2011, פ/18/2934.

96 ראו גביון ושוורץ, לעיל ה"ש 22, בעמ' 104; Fair Housing Act, 42 U.S.C. § 3604 (1968) (בארצות הברית, חוק הדיור ההוגן האוסר על הפליה בדיור אינו עוסק בהפליה מחמת נטייה מינית והוא רלוונטי כעת למקרים שבהם הפליה של להט"ב יכולה ליפול תחת עילות איסור הפליה אחרות. למשל – נקבע כי הפליה של הומואים בשל החשש שהם נשאי HIV עשויה להיחשב כהפליה מחמת מוגבלות, וכי הפליה של טרנסג'נדרים עשויה להיחשב כהפליה אסורה מחמת מין). ראו מידע מטעם משרד השיכון והפיתוח העירוני האמריקני, www.portal.hud.gov/hudportal/HUD?src=/program_offices/fair_housing_equal_opp/LGBT_Housing_Discrimination. כמו כן, משרד השיכון האמריקני קבע בתקנות כי בכל פרויקט דיור שמומן או בוטח על ידי הממשלה הפדרלית חל איסור להפלות על בסיס נטייה מינית, זהות מגדר או מצב משפחתי וחל איסור לברר פרטים על אודות אלו מהדייר. בחלק ממדינות ארצות הברית נקבע בחוק המדינה איסור על הפליה מחמת נטייה מינית בדיור, כהרחבה של חוק הדיור ההוגן הפדרלי. אתר משרד השיכון האמריקני מונה 22 מדינות שבהן נאסר במפורש בחוק המדינה על הפליה מחמת נטייה מינית ו/או זהות מגדר בדיור.

החוק האנגלי אוסר על הפליה בדיור על בסיס עילות שונות של השתייכות קבוצתית, לרבות נטייה מינית או התאמה מגדרית, ואיסור זה חל גם על מכירה והשכרה של דירות פרטיות, למעט שני חריגים: הראשון – כאשר בעלי הדירה מבצע עסקה פרטית, בלי פרסום לציבור ובלי שימוש במתווך, אולם גם במקרה זה אין להפלות אדם מחמת גזע או מוצא אתני או לאומי; השני – כאשר מדובר בהשכרה של נכס קטן שבו מתגורר בעלי הדירה בעצמו.⁹⁷

החוק במדינת אונטריו בקנדה אוסר על הפליה בדיור על בסיס עילות שונות לרבות נטייה מינית, זהות מגדר וביטויי מגדר. האיסור להפלות חל גם על מכירה והשכרה של דירות פרטיות, למעט מקרה שבו הבעלים או בני משפחתו גרים בנכס או בבניין, והדייר חולק עמם שירותים או מטבח משותפים.⁹⁸ לאור העדויות על הפליה של להט"ב בשוק הדיור בכלל ובשוק ההשכרה בפרט, נראה כי פעולות לקידום חקיקה דומה בישראל מצד ארגונים העוסקים בהגנה על זכויות קהילת הלהט"ב הן פעולות חיוניות.

ד. אתגרים ייחודיים נוספים לקהילת הלהט"ב במימוש הזכות לדיור

כפי שציינתי בפרק הראשון, מדינת ישראל הנה צד לאמנות בינלאומיות שבהן עוגנה הזכות לדיור נאות.⁹⁹ אמנם הזכות לדיור אינה כתובה עלי ספר בחוקי היסוד, אך נקבע בפסיקה כי הזכות לכבוד האדם משמעה בין השאר זכות לדיור בסיסי.¹⁰⁰

למידת ההגנה שמספקת המדינה לזכות לדיור יש כמובן השפעה גם על קהילת הלהט"ב, כמודגם בסעיפים הבאים. מימוש לא מספק של הזכות לדיור משפיע על חברי קהילת הלהט"ב כמו על כל תושב אחר, אולם הפגיעה בחברי קהילת הלהט"ב עשויה להיות משמעותית יותר בשני היבטים – חוסר בית בקרב הקהילה והקושי הייחודי שנוצר כתוצאה של החשיבות שמייחסים חברים רבים בקהילת הלהט"ב למגורים בערים, שבהן מרוכזים חלק ניכר מחברי הקהילה. היבטים אלה, כפי שאראה להלן, עשויים להביא לפגיעה ממשית וייחודית בזכות לדיור של חברי קהילת הלהט"ב.

1. חוסר בית בקרב קהילת הלהט"ב

אתגר מיוחד שעמו מתמודדת קהילת הלהט"ב הנו הסיכון להיות חסר בית, ובמיוחד בקרב בני נוער וצעירים, שאיבדו באחת את התמיכה המשפחתית כתוצאה של נטייתם המינית או ברחו מסכנה הצפויה להם במקום מגוריהם עקב חשיפת נטייתם המינית.¹⁰¹ היעדר רשת תמיכה משפחתית הוא אחד מגורמי הסיכון המובהקים לחוסר בית, ולכן להט"בים אשר איבדו את רשת התמיכה המשפחתית כתוצאה של

97. Equality Act, 2006, c.3 (Eng.)

98. Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19

99. ראו לעיל בעמ' 538.

100. ראו פרשת גמזו, לעיל ה"ש 13; פרשת חסן, לעיל ה"ש 10; עניין מחויבות לשלום ולצדק חברתי, לעיל ה"ש 13. כן ראו הערותיי לעיל בה"ש 14.

101. אודות הקשיים הייחודיים שחווים בני נוער מקהילת הלהט"ב, ראו למשל רעות גיא "זרקור: זנות בקרב נוער להט"בי: היבטים חברתיים ומשפטיים והתמודדות עם התופעה בעשור האחרון בישראל" בספר זה.

נטייתם המינית או זהותם המגדרית, או כאלה שאין להם ילדים וקרובי משפחה קרובים, מצויים בסיכון רב יותר לחוסר בית.

לכך יש להוסיף את קשיי הפרנסה שחווים גם בימינו חלק מחברי הקהילה, שמתמודדים עם הפליה בשוק התעסוקה ודעות קדומות מצד מעסיקים פוטנציאליים.¹⁰² קשיים אלו מגבירים את הסיכון לחוסר בית.

חוסר בית כולל מגוון מצבים שבהם אין לאדם מקום מגורים פרטי ובטוח משלו. עם המצבים הללו נמנים גם מגורים זמניים במסגרות לחסרי בית, מעבר בין דירות של מכרים ללא חוזה שכירות פורמלי, פלישה לדירה או מבנה או מגורים תחת קורת גג שאינה מיועדת למגורי אדם (רכב) או אינה ראויה למגורי אדם (למשל מחסן). יש מקרים שבהם אדם נותר בדירה שבה הוא נתון לאלימות, ניצול או פגיעה אחרת. כאשר החלופה היא מגורים ללא קורת גג כלשהי, עשוי אותו אדם להשלים עם תנאים אלו, בליית בררה.

כל המצבים הללו יוצרים מצוקת דיור חריפה, שעשויה תוך זמן קצר ביותר להתפתח לכדי איבוד קורת גג כלשהי. הביטוי הקשה ביותר של חוסר בית הוא הלינה במרחב הציבורי – ברחוב, בפארקים, באתרי בנייה או מבנים נטושים או בחוף הים.

בהיעדר קורת גג חשוף חסר הבית לקשיים רבים. חייו נטולים יציבות בסיסית במגורים, הוא אינו יכול לנהל אורח חיים רגיל ומתקשה לשמור על היציבות במקום עבודתו. חוסר בית מסכנת אפוא את בריאותו, ביטחונו וחירותו. היעדר קורת גג פוגע, כאמור, בזכות החוקתית לקיום בכבוד.¹⁰³ חסר הבית עלול להיתקל ביחס שלילי והתעמרות מצד עוברי אורח ואף מצד פקחי הרשות המקומית.¹⁰⁴ נוסף על כל אלה, חסרי בית נאלצים לעתים לעסוק בזנות כדי לשרוד.¹⁰⁵ הם נתונים לניצול מצד גורמים שונים. אם הם חסרי מעמד, הם גם נתונים בסכנה של גירוש או מאסר.

102 יש לציין כי בשנת 2013 נערך סקר חלוצי בישראל בנושא תחושות וחוויות אפליה של להט"ב בשוק העבודה. הסקר נערך על ידי נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה. מממצאים ראשוניים שפורסמו עולה כי חברי קהילת הלהט"ב סבורים שקיימת אפליה בשוק העבודה בשיעורים גבוהים, וכך סברו גם שאר הנשאלים שאינם נמנים עם קהילת הלהט"ב. נוסף על כך, כ-30% ממשתתפי הסקר השיבו כי חוו אישית אפליה בשוק העבודה. משרד הכלכלה, נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה "סקר ראשון מסוגו בישראל בנושא תחושות וחוויות אפליה של להט"ב בשוק העבודה – תמצית ממצאים ראשוניים" www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/0241B64F-3256-41AA-8E07-27180CA835A6/0/afialhatav.pdf.

103 ראו לעיל ה"ש 10-14.

104 ראו עת"ם (מינהלית"א) 11-10-20761 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' עיריית תל-אביב (פורסם בנבו, 19.11.2012). בעתירה דן בית המשפט לעניינים מינהליים בחוקיות הפעלת חוק העזר של עיריית תל אביב-יפו, המסמיך את פקחי העירייה לסלק מטרידים ולשמור על הסדר והניקיון במרחב הציבורי כלפי חסרי בית וציודם האישי. בית המשפט (השופט ד"ר מיכל אגמון-גונן) פסק כי לעירייה אסור להחרים ציוד אישי של חסרי בית, וכך להביא לפינוים מהמרחב הציבורי שבו הם מקיימים פעולות קיום, אלא כאשר מדובר בפגיעה משמעותית וקשה במרחב הציבורי, ורק בכפוף לנהלים ברורים המתווים את שיקול הדעת של הפקחים. על פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט העליון ובעקבותיו הוכן נוהל מפורט של העירייה, הקובע כי ניתן ליטול ציוד אישי של חסרי בית רק כאשר אותו ציוד יוצר פגיעה ממשית ביכולת של שאר הציבור לעשות שימוש סביר באותו מרחב. נוהל זה קיבל תוקף של פסק דין אשר בא במקום ההלכה שקבע בית המשפט לעניינים מינהליים. ראו עע"ם 105/13 עיריית תל-אביב נ' האגודה לזכויות האזרח בישראל (פורסם בנבו, 12.3.2014).

105 גיא, לעיל ה"ש 101.

מחקרים שונים מצאו כי האופן שבו המדינה מתמודדת עם חסרי הבית הוא לקוי בדרך כלל.¹⁰⁶ נטען בהם כי ההתערבות מתחילה רק לאחר ההגעה לרחוב, ואין מדיניות המיועדת למנוע ממי שנקלע למצוקה להגיע לרחוב.¹⁰⁷ גם כאשר הרשויות נכנסות לפעולה, הסיוע מוגבל ויש מחסור במקלטים ובמסגרות חירום.¹⁰⁸ פתרון הקבע מבוסס לרוב על סיוע בשכר דירה, אך משכירים נרתעים מהשכרת דירתם לאדם עם רקע של חוסר בית, ובמקרים רבים אין לאדם חסר בית אפשרות לעמוד בדרישות המשכיר ביחס לעירבון או הפיקדונות הנדרשים לשכירת הדירה.¹⁰⁹ החשיבות שייחסה קהילת הלהט"ב לנושא זה באה לידי ביטוי בהקמת "בית דרור" בתל אביב בשנת 2002. בית זה משמש מסגרת זמנית ייעודית לנערים ונערות בגילים 14–19 שנאלצו לעזוב את בית הוריהם בשל נטייתם המינית או זהותם המגדרית.¹¹⁰ עם זאת, ייתכן שיש צורך לתת מענה גם לקבוצות נוספות בקרב קהילת הלהט"ב, ובכלל זה גם הבטחת דיור קבע ותמיכה סוציאלית. האחריות לכך מוטלת כמובן בראש ובראשונה על רשויות המדינה האמונות על הנושא. לעניין זה יש חשיבות רבה להכרה של רשויות הרווחה בקבוצות שונות בקהילת הלהט"ב כקבוצות הזקוקות לתמיכה מיוחדת והכללתן בתכניות סיוע בדיור ובתכניות רווחה. יש לזכור שחברי קהילת הלהט"ב, על כלל מרכיביה, חשופים בצורה מוגברת לקשיים שאינם מתבטאים רק במאפיינים הכלליים שלפיהם מעוצבות תכניות הסיוע, כמו גיל, הכנסה, מיצוי כושר השתכרות וכדומה. כפי שהצגתי לעיל, ריבוי המקרים של היעדר רשת תמיכה משפחתית וקשיי פרנסה, המאפיינים חברה שבה עדיין יש חוסר סובלנות ללהט"בים וגילוי הומופוביה, הם מאפיינים שיש לתת להם משקל. עניין זה דורש גם מיפוי טוב יותר מהקיים כיום של קבוצות שונות מקהילת הלהט"ב והצרכים הייחודיים שלהן בתחום הדיור והרווחה, שכן קהילת הלהט"ב אינה עשויה מקשה אחת.

- 106 ראו מדיניות הטיפול בדרי רחוב (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2010) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02631.pdf; דנה פריכך חפץ וגיל גן-מור אין כתובת – הפרת זכויות האדם של חסרי הבית בישראל: תמונת מצב והצעה למדיניות חדשה (דו"ח האגודה לזכויות האזרח בישראל והתכנית למשפט ורווחה באוניברסיטת תל אביב, 2009); שמוליק שיינטוך חיים בשוליים, מדיניות כלפי אנשים חסרי בית בישראל (מחקר בהזמנת משרד הרווחה והשירותים החברתיים, 2008).
- 107 המדיניות מעוגנת בהוראה 3.33 לתקנון עבודה סוציאלית "הטיפול בדרי רחוב" (21.1.2010); ראו גם שמוליק שיינטוך "עשרים שנות מדיניות כלפי אנשים חסרי בית בישראל, 1991–2011" ביטחון סוציאלי 43, 89 (2012).
- 108 מבחינה של מרכז המחקר והמידע של הכנסת עולה, כי רק תשע רשויות מקומיות מפעילות מסגרות עם לינה. בכלל מסגרות הטיפול המקומיות לדרי רחוב בארץ יש 227 מיטות, כלומר אפשר להלין במסגרות המקומיות רק 11% מדרי הרחוב בישראל. עיריית תל אביב אינה מפעילה מסגרות משלה, והיא מסתמכת על הגגונים של עמותת "לשובע". על פי מרכז המחקר והמידע, בתל אביב בלבד היו מוכרים בעת המחקר (2010) 935 "דרי רחוב", בעוד המקלטים בעיר, שבהם 52 מיטות בלבד, נותנים מענה ל-6% מדרי הרחוב בלבד, ראו מדיניות הטיפול בדרי רחוב, לעיל ה"ש 106. יתר על כן, מקלטים נותנים מענה רק בשעות הלילה והם נסגרים בבוקר.
- 109 ראו הוראות נוהל של משרד הבינוי והשיכון 8/27 "כללים ואופן טיפול וסיוע בדרי רחוב" (1.3.2002); מדיניות הטיפול בדרי רחוב, לעיל ה"ש 106 (בדו"ח זה נמצא כי מימוש הסיוע הוא נמוך מאוד. למשל בשנת 2009, רק 356 דרי רחוב הופנו למשרד השיכון למימוש הסיוע).
- 110 על אודות מסגרת חשובה זו ניתן לקרוא באתר "בית דרור": bethdror.org.

2. השגות הדיור: דיור בהישג יד

אתגר אחר להגשמת הזכות לדיור הנו המאבק על דיור הולם ובהישג יד.¹¹¹ כאמור, הזכות לדיור כוללת בתוכה את הזכות לדיור של אדם במקום ההולם את תרבותו, וכן את ההבטחה שההוצאות הנלוות לכך לא יהיו גבוהות עד כדי סיכון צרכיו הבסיסיים.

רבים מחברי הקהילה מתגוררים בערים הגדולות באזורי הביקוש,¹¹² שמחירי הדיור בהם גבוהים. לתופעה זו סיבות מספר. ייתכן שההעדפה לעיר מקורה באפשרות לקיים בה אורח חיים שונה תוך שמירה על מידה רבה יותר של אנונימיות ופרטיות מאשר ביישוב קטן. ייתכן שריכוז של להט"בים בעיר מאפשר לקיים מוקדי תמיכה קהילתיים, עסקים המשרתים את הצרכים של חברי הקהילה ומוקדי בילוי משותפים.¹¹³ עוד ייתכן שההעדפה לעיר גדולה נובעת מהתחושה שיש בה אווירה ציבורית פלורליסטית וסובלנית יותר לאורח חיים שונה. עבור להט"בים, סובלנות ופתיחות הן מפתח לתחושת ביטחון, לאפשרות להתקבל לעבודה ללא הפליה, לשכור דירה ללא הפליה, לקבל שירות ללא הפליה ו"להיות עצמך" ללא חשש גם במרחב הציבורי.¹¹⁴

חברי קהילת הלהט"ב מייחסים אפוא חשיבות רבה למגורים בעיר, בסמוך לחבריהם לקהילה, באופן המאפשר להם לחיות באופן ההולם את תרבותם.¹¹⁵ בהיעדר דיור בהישג יד בערים אלו, עלולים רבים מחברי קהילת הלהט"ב, מעוטי ההכנסה, למצוא את עצמם במצוקה.¹¹⁶ מצוקה זו יכול שתתבטא בנטל עלות דיור גבוה, שמחייב ויתור על צרכים בסיסיים אחרים. המצוקה יכולה להתבטא גם במגורים בדירות לא נאותות או מסוכנות לבריאות ולא בטיחותיות, מעבר תכופ מדירה לדירה בשל העלאה תכופה ותדירה של שכר הדירה, חוסר יציבות בסיסית במגורים – מצבים אלה מביאים אפוא לפגיעה

111 הכוונה במונח היא שהוצאות הדיור לא יהיו על חשבון צרכים בסיסיים אחרים של משק הבית. אף שאין הגדרה משפטית ברורה, וההגדרה משתנה ממדינה למדינה, כלל האצבע המקובל הנו שדיור הוא בהישג יד (או בר-השגה) כאשר ההוצאה של משק הבית על הוצאות הדיור (שכר דירה/משכנתא, ועד הבית, חשמל ומים) לא תעלה על 30 אחוזים מההכנסה של משק הבית, שכן הוצאה כבדה מכך מחייבת ויתור על צרכים בסיסיים.

112 בלנק "אין מולדת להומואים", לעיל ה"ש 41, בעמ' 89–90; גיא סדקה גאים ביוקר – החיים היקרים של הומואים בישראל 27–29 (עבודה סמינריונית בקורס גוף, מגדר ומשפט, אוניברסיטת תל אביב – הפקולטה למשפטים, 2011).

113 בית המשפט העליון עמד במספר פסקי דין על החשיבות של הקהילה בחייו של האדם ועל כך שניתוקו הכפוי מהקהילה שבה הוא גר מהווה פגיעה בזכותו לאוטונומיה ולכבוד. ראו רע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף, פ"ד מח(5) 566, 550 (1994); בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נ(6) 365, 352 (2002); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' הכנסת, פ"ד נ(2) 481 (2005). כן ראו התייחסות ממוקדת לסיבה זו בקרב קהילת הלהט"ב אצל בלנק "אין מולדת להומואים", לעיל ה"ש 41, בעמ' 89–91.

114 על ה"גטו" הלהט"בי בערים והסיבות להיווצרותו, כמו גם בחינתו בעין ביקורתית ראו ישי בלנק "אין מולדת להומואים", לעיל ה"ש 41; חן משגב המרחב העירוני של תל אביב-יפו מנקודת המבט של הומואים ולסביות (2008), www.academia.edu/4552597/The_Urban_Space_as_Viewed_by_Gays_and_Lesbians_in_Tel-Aviv-Jaffa.

115 שם.

116 בסקר שנערך בשנת 2004 בקרב משקי בית גאים נמצא, למשל, כי ההכנסה הממוצעת של זוג נשים לסביות עמד על 7,000 ש"ח בלבד. ראו רמי חזות "סקר: בישראל כ-18 אלף משקי בית גאים" [Ynet](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2937109,00.html) 26.6.2004.

זכות לכבוד האדם. לחלופין, מצוקת הדיור תביא לדחיקה מהעיר,¹¹⁷ הכרוכה בויתור על אורח החיים שמאפשרת העיר כמפורט לעיל.

התמודדות עם אתגר זה מחייבת לפעול בדרכים שונות כדי לשנות את מגמת הקיטוב על רקע סוציו-אקונומי במגורים, המאפיינת את דפוסי הפיתוח של השוק הפרטי, ולדרוש מרשויות המדינה פעילות אקטיבית נגד העמקת הדפוס של "ערים לעשירים בלבד".¹¹⁸ מדיניות דיור הכוללת פתרונות דיור מגוונים עבור אוכלוסיות במצב כלכלי-חברתי שונה, תוך שמירה על תמהיל מגוון בכל שכונה ועיר, עשויה להוות משקל נגד לכוחות השוק. פתרונות דיור אלו יכול שיכללו דיור ציבורי, בנייה ציבורית של פרויקטים להשכרה ארוכת טווח, פיקוח על מחירי השכירות ותנאי שכירות. כמו כן ניתן לפעול לפתרונות המבוססים על שיתוף פעולה בין השלטון לגורמים פרטיים, עסקיים ושלא למטרת רווח, באמצעות שיווק מקרקעי ציבור לצורך דיור בר השגה, או במסגרת תהליכי תכנון, בנוגע לבנייה פרטית, בכפייה או באמצעות תמריצים.¹¹⁹

בתחום המשפטי, אחד האתגרים בהקשר כללי זה הוא לשנות את התפיסה שלפיה מגורים בערים המרכזיות הם בגדר מותרות, ולנסות ולבסס שיח חדש המדבר על העיר כמקום מפגש של אנשים מקהילות שונות ומרמות הכנסה שונות ועל "הזכות לעיר".¹²⁰

117 השלכות הדחיקה של תושבי מקום מעוטי הכנסה מאזור מגוריהם הוכרו כטעם לגיטימי לתכנית לדיור מסובסד, המיועדת לתושבי המקום שהם זכאי משרד הבינוי והשיכון, בעניין רוזנברג, לעיל ה"ש 34.

118 על מחירי הקיטוב במגורים באופן כללי ראו: בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פס' 89 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 1.8.2010); גונטובניק "קבוצות מיעוט המבקשות מן המדינה לסגור את עצמן", לעיל ה"ש 38, בעמ' 435-437; גביון ושוורץ, לעיל ה"ש 22, בעמ' 80-82; ישי בלנק ואיסי רוזן-צבי "הצעת חוק העיריות: הווה ללא עבר, רפורמה ללא עתיד" חוקים א 49, 93 (2009).

119 ראו רחל אלטרמן אמילי סילברמן וחיים פיאלקוף דיור בר השגה: כלים של תכנון סטטוטורי ומדיניות מקומית (דו"ח עבור מינהל התכנון, 2011) www.moin.gov.il/SubjectDocuments/newplanning (2011); גיל גן-מור "דיור בר השגה בישראל" מקרקעין ט/99 99 (2010). על הקשר בין הליכי תכנון לבין הדרה חברתית, קיטוב והפרדה במגורים (סגרגציה) ראו איריס פרנקל-כהן ורחל אלטרמן "רגולציה של מתחמי דיור – תכנון מרחבי או אמצעי לברירת השכנים" קהילות מגודרות בישראל 361 (משפחה, חברה ותרבות, אמנון להבי עורך, 2010).

120 "הזכות לעיר" הנו מושג שהגה הפילוסוף הצרפתי אנרי לפבר ואשר פתח דיון ער על אודות ערים וחובותיהן לתושביהן, ראו פירוט אצל חן משגב וטובי פנסטר "הזכות לעיר ואקטיביזם מרחבי: מאהל המחאה בגן לוינסקי" ערי המחר: תכנון, צדק וקיימות היום (טובי פנסטר ואורן שלמה עורכים, 2014). דוגמה למקרה משפטי ברור שבו הגישה של בית המשפט כלל לא הביאה בחשבון את הזכות לעיר והצורך של תושבי העיר בפתרון דיור היא בעת"ם (מינהלי ת"א) 11-11-44629-אמסלם נ' ראש עיריית תל אביב יפו (פורסם בנבו, 29.12.2011), שם נדונה דרישתם לפתרון דיור של תושבים מעוטי אמצעים וחסרי בית מ"מאהל אין-ברירה" שהוקם בשכונת התקווה בתל אביב ועמד בפני פינוי. בית המשפט פסק כי אף שמדובר בתושבים ותיקים של העיר תל אביב-יפו, "זכותו של אדם למקום מגורים בו יוכל לממש את פרטיותו ואת חיי המשפחה שלו ולחסות מפגעי מזג האוויר [...] אין משמעה – הזכות למגורים בתל אביב דווקא" (שם, פס' 9 לפסק דינו של השופטת כהן). בית המשפט מעניק בכך לגיטימציה למדיניות שמדירה מהעיר תושבים מעוטי הכנסה ולמעשה מחזקת את הקיטוב ואת הפיכתה של תל אביב לעיר לעשירים בלבד.

ה. סיכום

מקום מגורים הוא צורך חיוני ובסיסי לאדם, ועל כן יש הכרה בינלאומית בזכות לדיור נאות, כמרכיב של הזכות לתנאי מחיה נאותים. במשפט הישראלי הוכרה זכות לדיור במידה מוגבלת, כחלק של הזכות לקיום בכבוד.

היבט מרכזי בהבטחת הזכות לדיור הוא בשמירה על הזכות לנגישות שווה לדיור ללא הפליה. סוגיה זו חיונית במיוחד לקהילת הלהט"ב, קהילה אשר עודנה סובלת מהפליה והדרה. כפי שהראיתי בפרק זה, הדין במדינת ישראל מגן בצורה טובה מפני הפליה בדיור מצד רשויות המדינה, לרבות הפליה מחמת נטייה מינית או זהות מגדר. חובת הרשויות לכבד את הזכות לשוויון חלה על מגוון של פעולות, הטבות והחלטות בתחום הדיור: בהקצאה או בשיווק של קרקע ציבורית לבנייה למגורים, בדיור ציבורי, בהקצאה של דירות מוזלות למכירה או להשכרה או במשאבים אחרים, כמו סיוע כספי בשכר דירה, סיוע לרכישת דירה באמצעות מענק או סבסוד הלוואות לדיור, או הטבות מס בעת רכישת דירה. חובה זו חלה גם כאשר המדינה מקצה את משאבי הדיור באמצעות גורמים שלישיים, והיא כוללת גם את האיסור לקבל החלטות שמתנות את הנגישות למשאבי הדיור בתנאים שיוצרים אפקט מפלה.

החובה לממש את הזכות לדיור ללא הפליה מטילה על המדינה גם חובה להיאבק בהפליה בדיור על ידי גורמים פרטיים. בעידן הנוכחי, שבו המדינה מעורבת פחות ופחות באספקת דיור, ולאור העובדה שבישראל רוב עסקאות המכר או השכירות של דירות מגורים מתבצעות על ידי גופים או אנשים פרטיים, יש חשיבות רבה למעורבות המדינה בהבטחת השוויון בנגישות לדיור. ואולם, מידת ההגנה של המשפט הישראלי מפני הפליה בדיור אינה מספקת.

כאשר מדובר בגופים פרטיים בעלי מאפיינים ציבוריים מובהקים, גופים "דומהותיים", ניתן להחיל עליהם את החובה לפעול בשוויון בדומה לרשות ציבורית, ולהגן בצורה טובה על השוויון, לרבות האיסור להפלות מחמת נטייה מינית או זהות מגדר.

כאשר מדובר בגופים פרטיים שעיסוקם בנדל"ן, עשוי חוק איסור הפליה במוצרים, שירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים לשמש כלי חשוב בהגנה על השוויון. החוק עשוי להעניק סעד לחברי קהילת הלהט"ב שחשים שהופלו על ידי גורמים מסחריים כמו חברת בנייה, קבלן, יזם או חברת ביטוח.

החוק אוסר במפורש על מי שעיסוקו במכירת מוצר להפלות מחמת נטייה מינית. החוק אינו כולל איסור הפליה מחמת זהות מגדר, וראוי לתקנו בהקשר זה. עם זאת, נראה כי גם בנוסח הקיים ניתן להציג טיעון מבוסס שהחוק אוסר על הפליה מחמת זהות מגדר, זאת בהתאם לתכלית החוק וגזירה מפרשנות שניתנה לדברי חקיקה דומים כחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

החוק כולל גם מנגנונים נוחים להתמודדות עם קשיי ההוכחה של הפליה, שהיא פעמים רבות מוסווית. הוא מאפשר גם לארגוני הקהילה להיאבק בהפליה, ומאפשר לקיים דיון בדלתיים סגורות בתביעות שעניינן הפליה מחמת נטייה מינית, כדי לעודד קורבנות הפליה למצות את זכויותיהם בלי לחשוש מחשיפת נטיותם המינית ברבים.

עד כה נעשה שימוש מועט בחוק איסור הפליה במאבק נגד הפליה בדיור, ויש גם טענה שהוא אינו חל על עסקאות מקרקעין, ולכן מוקדם להעריך את השפעתו על מיגור תופעות של הפליה בדיור.

דומה כי עיקר הקושי של חברי קהילת הלהט"ב הוא בעסקאות של מכירת דירה מבעל דירה פרטי ובעיקר בדירות להשכרה; שם עיקר ההפליה ושם גם ההגנה המשפטית הרעועה ביותר. בפרק מוצעים כמה אפיקים להתמודדות עם הפליה זו. בהקשר המצומצם של שכירות משנה, ניתן לעשות שימוש בסעיף 22 לחוק השכירות והשאילה, המאפשר לבית המשפט לאשר הסכם שכירות משנה שבעל הדירה לא אישר מטעמים לא סבירים, כגון זהותו המגדרית או נטייתו המינית של שוכר המשנה. בהקשר הרחב והמשמעותי הצעתי להחיל את "מודל התחולה העקיפה" ככלי להתמודד עם הפליה. הכוונה להחלת איסור הפליה מחמת נטייה מינית או זהות מגדר באמצעות כלים אזרחיים, כמו חובת תום הלב במשא ומתן לכריתת חוזה וחובת תום הלב בקיום חוזה, שנכללים בחוק החוזים.

עם זאת, דרך המלך להגן מפני הפליה בדיור בעסקאות פרטיות בין בעלים פרטי של דירה לבין קונה או שוכר, לרבות הפליה מחמת נטייה מינית וזהות מגדר, היא בחקיקה ראשית. חוקים דומים קיימים במדינות אחרות, וראוי כי גם מדינת ישראל תפעל לקידום חקיקה כזו.

יש להביא בחשבון כי גם איסור של הפליה מחמת נטייה מינית, לרבות זוגיות חד-מינית, או מחמת זהות מגדר אינה מספיקה כשלעצמה כדי למגר את תופעת ההפליה; מי שיש לו עניין להפלות יכול לעשות שימוש בפרקטיקות מוסוות רבות, שלא קל לאתרן. כדי למגר את ההפליה יש צורך בשילוב של פעולות. כך, למשל, במדינות כמו ארצות הברית יש התארגנויות לבדיקה יזומה של הפליה באמצעות בוחנים (טסטרים).¹²¹ תביעות לפיצוי כספי הן דרך טובה להרתיע תאגידי נדל"ן, ואף אנשים פרטיים שמפלים בדיור, אך ייתכן שבמקרים מסוימים גם דרישה להפעלת סנקציות פליליות (כמו למשל, בחוק איסור הפליה) הנה כלי חיוני ליצירת הרתעה. פעילות ציבורית ופעילות חינוכית גם הן דרכים ראויות לצמצום הלגיטימיות החברתית של הפליה בדיור.

הבטחת שוויון בדיור לקהילת הלהט"ב היא אתגר מרכזי אך לא האתגר היחיד. עבור חלק מחברי הקהילה מצוקת הדיור נובעת קודם כול מחסרון כס. מצוקת הדיור היום חוצה מגזרים וקהילות, אולם יש לה מאפיינים ייחודיים בקרב חברי הקהילה הגאה. כך, למשל, רבים מחברי הקהילה מייחסים חשיבות רבה למגורים בערים המרכזיות, הפלורליסטיות, שבהן הם חשים מידה רבה יותר של חופש וביטחון ושבהן מרוכזים מוקדי התמיכה של הקהילה ומוקדי הבילוי. כדי להתגורר בערים אלו יש חשיבות רבה בפיתוח כלים של דיור בהישג יד ועמידה על מדיניות העומדת מול המגמה של היווצרות "ערים לעשירים".

לבסוף, אחד האתגרים המרכזיים הוא להתמודד עם חברי הקהילה שהם חסרי בית או בסכנה של חוסר בית, ובמיוחד עם צעירים ובני נוער שנאלצו לנתק באחת מגע עם משפחתם על רקע נטייתם המינית או זהותם המגדרית. גם בימינו רבים מחברי הקהילה הם נטולי כל תמיכה משפחתית. אחרים מתקשים לכלכל את עצמם בשל אפליה בשוק התעסוקה ודעות קדומות של מעסיקים. שילוב זה מגדיל את הסיכון לחוסר בית בקרב חברי קהילת הלהט"ב.

121 השימוש בכוחני הפליה (טסטרים) נעשה מאז 1991 גם על ידי משרד המשפטים האמריקני. ראו Fair housing testing program, The United States Department of Justice, available at www.justice.gov/crt/about/hce/housing_testing.php. עוד לפני כן נעשה שימוש בטסטרים על ידי גופים שעסקו במיגור הפליה בדיור, והפרקטיקה הזאת אושרה על ידי בית המשפט העליון האמריקני בשנת 1982. ראו *Havens Realty Corp. v. Coleman*, 455 U.S. 363 (1982).