



עמרי קיס לוחם שוויון [?]

בעקבות ת"א (קריות) 62451-11-15 קיס נ' גאטו – קפה מסעדה בע"מ

גיל גן-מור*

א. מבוא. ב. התובע הסדרתי – סוכן שינוי או טרדן חסר תום לב?
ג. מהכלל אל הפרט.

א. מבוא

מעולם לא ייצגתי את עמרי קיס, ואף לא פגשתי אותו, אבל בעיני הוא דמות מסקרנת. קיס, אזרח ערבי מוסלמי, הגיש בשנים האחרונות עשרות תביעות נזיקיות נגד מועדונים שסירבו להכניס אותו. התביעות הוגשו מכוח חוק איסור הפליה.¹ החוק אוסר על מועדון לילה שהוא "מקום ציבורי", להפלות אדם מחמת לאום ושורה ארוכה של עילות נוספות. בנוסף, קיס הגיש מספר תביעות נגד מעסיקים בעניין הפליה בקבלה לעבודה. בהליכים אלו תויג קיס עד מהרה כ"תובע סדרתי". תיוג זה משרת את הנתבעים בשל שני טעמים מרכזיים: ראשית, יש בתיוג כדי לפגוע באמינות של קיס, להציגו כמי שאינו קורבן תמים ואקראי אלא כמי שפועל באופן "מתוחכם", "מזויף", שמטרתו, לפי התיוג, לתפוס בחכתו את המועדון ולהתעשר על חשבונו, ואולי גם בדרכים לא כשרות כמו "טמינת פח". שנית, כדי להפחית את הפיצוי שיקבל למינימום, בטענה כי אם אינו קורבן הפליה אותנטי, אלא מתחזה שבעצם קיווה שלא יכניסו אותו למועדון, אין מקום לפיצוי.

* הכותב הוא עורך דין, מנהל היחידה לזכויות חברתיות ולשוויון באגודה לזכויות האזרח. תודה מיוחדת לטל גרינברג בר-חי על סיועה הרב בכתובת הרשימה, ולה ולעו"ד דן יקיר על ההערות הטובות.
¹ חוק איסור הפליה במוצרים, שירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000 (להלן: "חוק איסור הפליה").



בעניין גאטו נדונה תביעתו של קיס נגד מועדון לילה שהפלה אותו בכניסה למועדון.² מדובר בפסק דין בהליך ה-23 מתוך 24 הליכים שקיס ניהל, ושבהם ניתן פסק דין עד למועד שבו נכתבה רשימה זו (לא כולל הליכים שהסתיימו בפשרה).

כפי שעולה מפסק הדין של השופטת זעוררה-עבדאלחלים מבית משפט השלום בקריות, קיס הציג בפני בית המשפט ראיות ברורות להפלייתו, שכללו סרטונים שצילם בזמן אמת, ותיעוד של שיחות שערך עם נציגי המועדון. קיס הציג התכתבות שערך עם דף המועדון בפייסבוק, שבה ביקש להירשם ברשימת המוזמנים. בית המשפט קבע כי קיס זכה לשיתוף פעולה ומענה עד שציין את רשימת המבלים עמו, שניהם בעלי שמות ערביים מובהקים, ולאחר מכן לא קיבל תשובה. קיס הציג ראיות לכך שניסה להירשם דרך אדם נוסף, שהפסיק גם הוא לענות לקיס לאחר שהעביר לו רשימת מבלים עם שמות חבריו הערבים. קיס צירף הקלטה של שיחה עם אותו אדם, אשר ממנה עולה כי הוא הבהיר לו כי הוא אחראי על מלצרות ואינו קשור לרשום. קיס צירף התכתבות דומה עם יחצ"ן אחר, ממנה עולה כי גם הוא ניתק מגע לאחר שקיס העביר לו את רשימת השמות. קיס צירף תכתובת עם יחצ"נית נוספת של המועדון, אשר הסכימה לרשום אותו כאשר לא צוינו שמות חבריו.

קיס הגיע למועדון אך כניסתו סורבה בטענה שאינו רשום ברשימת המוזמנים. קיס צירף לתביעתו הקלטה המתעדת את הסירוב. קיס הציג התכתבות עם היחצ"נית, שאישרה את הרשמתו ברשימת המוזמנים, בשעת לילה מאוחרת בזמן שהוא ממתין להיכנס למועדון, שבה טענה היחצ"נית שכנראה שכחה לרשום אותו. זו הייתה לאחר מכן גרסת המועדון המרכזית, שהוא לא הוכנס כי לא נכלל ברשימת המוזמנים, ולא בגלל שהוא ערבי.

קיס הלך פעם נוספת למועדון, והציג סרטון שבו הוא צילם את הכניסה למועדון. בסרטון נראית כניסה חופשית של אורחים, ללא בדיקה אל מול רשימת מוזמנים כלשהי. נוכח הראיות המובהקות קבע בית המשפט, בצדק, שקיס עמד בנטל ההוכחה וכי המועדון לא הצליח לסתור את טענתו כי לא הוכנס בשל היותו ערבי. המועדון לא הציג רשימת מוזמנים, לא זימן לעדות את הסלקטוריות שעבדו בעת האירוע, והעדות של מנהל האבטחה במקום לא הותירה על בית המשפט רושם אמין, לא הייתה עקבית ולא תמכה בעמדת המועדון. לפיכך קבע בית המשפט כי קיס הופלה בניגוד לחוק, וכי דין התביעה להתקבל.

אולם, כאן חל מפנה בעלילה. חוק איסור הפליה קובע כי מי שהופלה זכאי לפיצוי ללא הוכחת נזק בסכום מרבי של 50,000 ש"ח (יותר מ-65,000 ש"ח בחישוב עליית

² ת"א (קריות) 62451-11-15 קיס נ' גאטו – קפה מסעדה בע"מ (פורסם בנוב, 17.2.2019) (להלן: עניין גאטו).



עמרי קיס לוחם שוויון [?]

המדד)³, אך בית המשפט קבע כי המועדון יפצה את קיס ב-3,000 ש"ח בלבד, ואף לא זיכה אותו בהוצאות משפט. הכיצד?

בית המשפט נימק את החלטתו להטיל על המועדון פיצוי נמוך מאוד, בשל ספקות שהתעוררו בנוגע לתום לבו של קיס. בית המשפט ציין כי בהקלטות נראה קיס כשהוא מדבר בערבית ליד הסלקטורית בלי שהטלפון שלו צלצל. בית המשפט הסיק מכך שקרוב לוודאי שהשיחה בוימה רק כדי לסמן לסלקטורית את מוצאו. בית המשפט הדגיש, כך:⁴

"אין כל ציפייה כי התובע יסתיר את זהותו, וככל שהיא גלויה או 'מטעה' אין כל נימוק מדוע יש לסרב את כניסתו על בסיס גזע, דת או מין. אך התובע לא נהג כפי שכל אדם אחר סביר, ללא קשר למוצאו, היה נוהג, כאשר בכוונתו להיכנס למקום ולקבל את שירותיו, ולו היה נוהג כמבקש לקבל שירות ללא כל פרובוקציה, יתכן כי ההפליה לא הייתה מתרחשת. 'ההפליה' כביכול התרחשה רק בשל כך שהתובע היה מעוניין בה ויצר את הנסיבות לכך ויזם את התגובות".

אולם מעל הכל זקף בית המשפט לחובתו של קיס את עובדת היותו "תובע סדרתי".

בהקשר זה ציין בית המשפט כך:⁵

"מסקנתי מתחזקת למקרא הפסיקה בתיקים רבים דומים אותם הגיש התובע מהם עולה התנהלות דומה שבה יצר התובע פרובוקציה מכוונת כדי ליידע על מוצאו בדיוק בסמוך לנקודת הכניסה. איני סבורה כי החוק נועד להגן על מקרים כמו המקרה המתואר לעיל. תכלית החוק הייתה למנוע קיומה של הפליה בשל מוצא, דת וכו'. החוק לא נועד להגן על מי שפועל באופן אקטיבי כדי ליצור את ההפליה. עולה הרושם כי ענייננו בתובע אשר מטרתו לייצר עילת תביעה ולא אדם מן היישוב אשר נפגע בשל התנהלות לקויה ואפליה כלפיו".

קיס אכן מרבה לתבוע. מעיון במנוע החיפוש של מאגר המידע המשפטי נבו עולה שמו של קיס, כאמור, ב-24 הליכים שהסתיימו בפסק דין, כולם ב-6 השנים האחרונות. רוב פסקי הדין עוסקים בהפליה מחמת לאום בכניסה למועדונים, ומיעוטם בהפליה מחמת לאום בקבלה לעבודה; רובם נוהלו בערכאה ראשונה – בית משפט השלום, בית המשפט לתביעות קטנות או בית הדין האזורי לעבודה, ומיעוטם גם בערכאת הערעור.

³ ס' 5(ב) לחוק איסור הפליה.
⁴ עניין גאטו, לעיל ה"ש 2, פס' 30.
⁵ שם, פס' 29.



במקרים רבים ערעורים שהגיש קיס נמחקו בשל אי-הפקדת ערבון או אי-תשלום אגרה. פעם אחת הגיע עניינו לבית המשפט העליון.

מעולם לא שוחחתי עם קיס על המניעים שהובילו אותו לצאת ל"מסע הצלב" נגד המועדונים, אך ניכר מפסקי הדין שאכן לא מדובר בצעיר שנקלע במקרה שוב ושוב למועדונים המסרבים להכניסו. קיס, כך עולה מפסקי הדין, פועל במודע לבחון אם מועדונים שונים מפלים אותו כלקוח ערבי, מתעד ואוסף ראיות, ואם מזהה הפליה פסולה – תובע מהמועדון לפצותו. ייתכן שקיס מאס בסלקטורים המפלים בליינים ערבים, אך קשה להאמין שהמניע הוא מניע כלכלי טהור, כפי שנטען כלפיו לא פעם. זה פשוט לא "עסק" משתלם. הטענה שיש מי שמחפש להתעשר מתביעות הפליה נראית לי מנותקת מן המציאות. משיחות שניהלתי עם עורכי דין שמטפלים בתיקים אלו עולה כי מבחינה כלכלית מדובר בתיקים לא כדאיים בעליל. מדובר בתיקים המצריכים לא פעם השקעת זמן רבה ביותר, מול גורמים בעלי כיס עמוק יחסית, אשר בסופם פיצוי נמוך למדי, והוצאות נמוכות. גם מי שמגיש תביעות מסוג זה ללא ייצוג משפטי, נדרש להשקיע בהן משאבים רבים.

ייתכן שקיס לא חישב נכונה את הכדאיות הכלכלית של העניין, אך האם ייתכן שהפעילות שלו אינה נובעת ממניע כלכלי בלבד, אלא ממניע אלטרואיסטי, למשל? ואכן – בחינה סטטיסטית של 24 ההליכים שניהל קיס מאששת את ההנחה שהגשת תביעות רבות בתחום הפליה כמיזם עסקי גרידא, היא מיזם לא כלכלי בעליל. אף שקיס דאג לתעד את אי-הכנסתו למועדונים, אחוזי ההצלחה שלו נמוכים יחסית: 13 מתוך 24 ההליכים נדחו (54%), והוא חויב בתביעות אלו בהוצאות משפט בסכום כולל של 145,475 ש"ח (ממוצע של 11,200 ש"ח לכל תביעה שנדחתה). מנגד, הוא זכה ב-11 הליכים, שבהם קיבל פיצוי בסכום כולל של 140,500 ש"ח. כמו כן, נפסקו לזכותו הוצאות משפט בסכום כולל של 22,600 ש"ח (ממוצע של 2,054 ש"ח לכל תביעה שהתקבלה).

המאזן הכולל מצביע על יתרת זכות צנועה ביותר של 17,625 ש"ח, שוודאי לא מפצים ולו במעט על הזמן, המאמץ והמשאבים הנוספים שהשקיע קיס בכל תביעותיו. קיס לא התעשר מתביעות אלו, וסביר להניח שיצא מהן בהפסד ניכר, אך הוא חשף תשעה מועדונים ושני מעסיקים שנקטו הפליה נגד ערבים.⁶

⁶ בטבלה הבאה מצוינים כלל ההליכים שנבחנו ותוצאתם:



עמרי קיס לוחם שוויון [?]

מספר הליך	נושא התביעה	תוצאה	פיצוי נח	הוצאות לזכות או בש"ח	הוצאות לחובתו בש"ח
.1	הפליה בכניסה למועדון	התביעה נדחתה בערעור			20,000
.2	הפליה בכניסה למועדון	התביעה התקבלה בערעור	8,000		
.3	הפליה בכניסה למועדון	התביעה נדחתה			12,775
.4	הפליה בכניסה למועדון	התביעה התקבלה בערעור	30,000	15,000	
.5	הפליה בכניסה למועדון	התביעה נדחתה			15,000
.6	הפליה בכניסה למועדון	התביעה התקבלה	15,000	4,000	
.7	הפליה בכניסה למועדון	התביעה התקבלה	15,000	5,000	
.8	הפליה בקבלה לעבודה	התביעה התקבלה	30,000	5,000	
.9	הפליה בכניסה למועדון	התביעה נדחתה בערעור			20,000
.10	הפליה בכניסה למועדון	התביעה נדחתה			6,000
.11	הפליה בכניסה למועדון	התביעה התקבלה	1,000		
.12	הפליה בכניסה למועדון	התביעה נדחתה			10,000
.13	הפליה בכניסה למועדון	התביעה נדחתה			6,000
.14	הפליה בכניסה למועדון	התביעה נדחתה			27,000
.15	הפליה בכניסה למועדון	התביעה נדחתה			7,000
.16	הפליה בכניסה למועדון	התביעה התקבלה	18,000	1,000	
.17	הפליה בכניסה למועדון	התביעה נדחתה			3,500



ב. התובע הסדרתי – סוכן שינוי או טרדן חסר תום לב?

עיון בפסקי הדין השונים בתביעותיו של קיס, מראה על מחלוקת בקרב בתי המשפט ביחסם לקיס. מצטיירים שני נרטיבים הפוכים: הראשון – קיס הוא סוכן שינוי הפועל בשיטתיות למגר הפליה מכוערת, וראוי בשל כך לשבח. השני – קיס הוא תובע טרדן הפועל בדרכים נכלוליות כדי להתעשר על חשבון מועדונים, שהם הקורבנות האמיתיים בסיפור.

במקרה אחד ציין בית המשפט כך:⁷

"החוק נועד למנוע, או לצמצם ככל האפשר את התופעה של הפליית מגזרים שונים בחברה הישראלית בכניסה למועדונים ומקומות ציבור נוספים, והחלטתו של התובע לעמוד על זכויותיו בעניין זה בכל פעם שהוא סבור שהוראות החוק מופרות, לא רק שאינה ראויה לגנאי, אלא להפך. הוא משמש לכאורה כתובע ייצוגי, נושא דגל המאבק בהפליה עבור אחרים, לצורך ענייננו, ערבים, שאולי מוצאים עצמם לעתים מבוזים ומושפלים בשערי מועדונים, אך בוחרים להרכין ראש ולא לעמוד על זכויותיהם".

לעומת זאת, בית משפט אחר פסק כי:⁸

"מכל העדויות אשר הובאו לבית המשפט, לרבות התרשמותי מעדותו של התובע, מצאתי כי התובע הגיע למועדון הנתבעים בגפו, מתוך כוונה ברורה לייצר תביעה נוספת [...] מדובר בתובע סדרתי שהגיש עד עתה

18.	42851-12-15	הפליה בכניסה למועדון	התביעה התקבלה	7,500	600
19.	11484-11-16	הפליה בכניסה למועדון	התביעה נדחתה		7,400
20.	59253-11-16	הפליה בכניסה למועדון	התביעה התקבלה	3,000	
21.	55722-01-17	הפליה בכניסה למועדון	התביעה נדחתה		5,000
22.	2656-08-16	הפליה בכניסה למועדון	התביעה נדחתה		5,800
23.	62451-11-15	הפליה בכניסה למועדון	התביעה התקבלה	3,000	
24.	5865-08-16	הפליה בקבלה לעבודה	התביעה התקבלה	10,000	1,000

⁷ תא"מ (שלום ת"א) 20135-01-13 קיס נ' השם יעזור בע"מ, פס' 200 (פורסם בנבו, 15.3.2014).

⁸ תא"מ (הרצ' 48644-06-13 קיס נ' א ס קוביס בע"מ, פס' 19 (פורסם בנבו, 26.12.2015).



עמרי קיס לוחם שוויון [?]

כ-25 תביעות על פי החוק. מעדותו של התובע עלה, כי התובע אינו עובד מזה שנים וככל הנראה מצא לו התובע את החוק כקדרום לחפור בו לייצור הכנסות. בית המשפט מוצא לנכון להביע מורת רוחו מהתנהלותו של התובע, העושה שימוש ציני בחוק על מנת לייצר הכנסות. סבורני, כי זהו המקום שבו על בית המשפט לשקף באמצעות פסיקת הוצאות ראויה את הסתייגותו מהתנהלותו של התובע.”

איני מסכים עם הגישה השנייה. חוקים כמו חוקי איסור הפליה זקוקים לסוכנים שיפעילו אותם. קיים קושי אמיתי לאכוף את איסור ההפליה רק באמצעות תלונות של קורבנות הפליה, אשר מתקשים להיאבק בה, ולעיתים כלל לא מודעים לכך שהופלו, בשל אמצעים שונים שבהם נוקטים גורמים מפלים להסוואתה. במאמר אחר שכתבתי בנושא, אשר עסק בשימוש יזום של ארגונים לשינוי חברתי בבוחנים לצורך חשיפת הפליה סמויה, עמדתי בהרחבה על החסמים השונים באכיפת דיני איסור הפליה רק באמצעות פעילות מצד קורבנות הפליה.⁹ חסמים אלו מתועדים בספרות היטב ומוכרים היטב לכל עורך דין העובד בארגון חברתי.¹⁰ חסמים אלו מובילים לתת-אכיפה של דיני איסור ההפליה ולהרתעת חסר של גורמים מפלים, החשים מוגנים להמשיך בשלהם.

לפיכך, במאמרי הצעתי לארגונים לשינוי חברתי לאמץ גישה פרו-אקטיבית למאבק בהפליה, ובעיקר בהפליה הסמויה, ולחשוף אותה באופן יזום באמצעות שימוש בבוחנים (טסטרים). כמו כן, דנתי במאמר באפשרות לפעול משפטית, ולתובע גורמים מפלים בתביעות נזיקיות וייצוגיות, בהסתמך על ממצאי הבוחנים. הראיתי שהדוקטרינה האמריקנית מאפשרת זאת (בארצות-הברית משרד המשפטים הפדרלי מפעיל טסטרים לחשיפת גורמים מפלים בתחום הדיור, ותובע גורמים מפלים), ונימקתי מדוע לדעתי יש

⁹ ראו גיל גן-מור “הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי” **מעשי משפט** ט 207 (2018). זמין לקריאה בקישור:

law.tau.ac.il/sites/law.tau.ac.il/files/media_server/law_heb/Maasei_Mishpat/Volume_I/I_2/9Gil%20Gan-Mor%20new.pdf

¹⁰ ראו, למשל: 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); יפעת ביטון “מזרחים במשפט: ה'אין' כ'יש'” **משפטים** מא 455 (2011); שרון רבין-מרגליות “המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?” **הפרקליט** מד 529 (2000); טליה שטיינר **שוכרים אי-שוויון: התמודדות עם אפליית ערבים בשוק העבודה הישראלי – מחקר מדיניות** 97 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2013); אביעד הכהן “נישט פון אונזערע (לא משלנו): אפליה עדתית בחברה החרדית וייצוגן של קבוצות אוכלוסייה מוחלשות מקרבה” **מעשי משפט** ג 123 (2010) יובל אלבשן “נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט” **עלי משפט** ג 497 (2004).



בסיס להניח שהמשפט הישראלי לא יחסום תביעות כאלו, הן מבחינת זכות התביעה והן מבחינת האפשרות לדרוש סעדים מרתיעים.

לצד ארגונים לשינוי חברתי יש סוכני אכיפה נוספים, דוגמת קיס – אנשים פרטיים, שמשקיעים ממרצם ומכספם באיתור ובתיעוד הפרות, ויוזמים הליכים משפטיים. חלקם תובעים פעם אחת וחלקם "סדרתיים". לא רק באכיפת דיני איסור הפליה, אלא גם בנושאים אחרים כמו אכיפת האיסור לעשן במקומות ציבוריים, אכיפת חוק הספאם או בעניינים צרכניים שונים.

כאשר תובעים אלו פועלים כראוי הם תורמים לאינטרס הציבורי באכיפת החוק ובהרתעה יעילה יותר. אדם שהולך ובוהן עשרות מועדוני לילה כדי לאמוד את מחויבותם לחוק איסור ההפליה, ותובע מועדונים שמפלים – תורם משמעותית לאינטרס הציבורי במיגור הגזענות וההפליה. עצם הפעילות תורמת להרתעה, שכן היא מעלה את הסיכוי לחשיפה ולפרסום שלילי, ודאי כאשר בעקבות הליכים משפטיים נפסקים פיצויים.

לכן, לא בכדי פסק בית המשפט העליון בערעור שהגיש קיס, כי אין לנקוף לחובתו את העובדה שנקט הליכים דומים ולתייגו באופן שלילי כ"תובע סדרתי", וכדברי השופט פוגלמן:¹¹

"בהיותה של ההפליה כלפי הנמנים על הקבוצות המוגנות בחוק תופעה חברתית מושרשת ורחבה, ייתכן שאדם ייחשף אליה באופן חוזר ונשנה, בהקשרים ובהזדמנויות שונות. בשים לב לכך, ולמטרתו המוצהרת של חוק איסור הפליה, יש לעודד הגשת תביעות באותם מקרים שאכן התרחשה הפליה אסורה. מכאן, כי יש להיזהר מסיווגו של מי שהגיש כמה תביעות מכוח החוק כ'תובע סדרתי' ולראות בכך כשיקול העומד לחובתו, וממילא יש להקפיד ולבחון כל תביעה לגופה".

אולם, גם הנחיה זו של בית המשפט העליון אינה מסירה את העננה המרחפת מעל תובעים סדרתיים, בשני מובנים: הראשון – העובדה כי מדובר בתובע סדרתי נתפסת על ידי חלק מהשופטים כראיה לכך שהתובע אינו "אותנטי", אלא "מתחזה", ולעיתים נטען שהגשת התביעה נבעה ממניע כלכלי גרידא, וכי די בכך לדחות את תביעתו. השני – העובדה כי מדובר בתובע סדרתי מעצימה חששות של שופטים להתנהלות לא ראויה או חסרת תום לב מצד התובע. למשל: תביעות סרק לא מבוססות, אולי בתקווה להשיג פשרה, תוך יצירת עומס מיותר על בית המשפט; להיטות יתר לתבוע תוך שימוש בטמינת פח, או ניסיון להשפיע באופן לא הוגן על התנהלותם הטבעית של האירועים המבססים עילת תביעה. כל אלו עשויים להתפס בהליך המשפטי כעילה לדחות תביעות

¹¹ רע"א 197/16 ק.צ. יחסי ציבור ויזמות בע"מ (פורסם בנבו, 26.1.2016).



עמרי קיס לוחם שוויון [?]

או להפחתת פיצוי. החשש מתעצם כאשר מדובר ב"תובע סדרתי", שכבר נקבעו לגבי קביעות שליליות בפסקי דין קודמים.

במאמרי הדגשתי כי אין פסול בתביעות שמבוססות על בחינות יזומות, גם אם אין משקפות חשיפה אותנטית ומקרית להפליה, ואין מקום לשלול את זכות התביעה ממי שתובע כ"בוחרן" (טסטר) גרידא, וכי יש לאמץ בעניין את הדוקטרינה האמריקנית.¹² שימוש בבחינות יזומות יכול לחשוף רובד שלם של הפליה סמויה ומסווית היטב, שקורבנותיה מתקשים להיאבק בה, ואף לא תמיד מודעים לה. פעילות כזו עולה בקנה אחד עם תכליות החוק. לדיני איסור ההפליה הישראליים תכלית הרתעתית מובהקת ועצמאית, לצד התכלית של מתן סעד לקורבן ההפליה. למשל: חוק איסור ההפליה שם את הדגש על התנהלות מספק המוצר או השירות או מפעיל המקום הציבורי, בלי קשר לשאלת ההתקשרות בפועל. החוק אף מאפשר לארגוני הגנה על זכויות לנקוט הליך משפטי גם בהיעדר קורבן פרטני, ומעניק להם מעמד מיוחד לאכיפת החוק, לרבות במסלול הנזיקי או הייצוגי.¹³ מכאן, שעיון זכות התביעה לתובע פרטי שחשף עצמו להפליה כחלק מיוזמה אקטיבית, מתיישבת עם לשון החוק ועם תכליתו ההרתעתית ומשרתת את האינטרס הציבורי באכיפתו.

לגבי החשש משימוש לרעה בהליכי משפט, טענתי כי סכנה זו פוחתת משמעותית כאשר מדובר בארגונים לשינוי חברתי, אשר פועלים ללא מטרת רווח. ארגונים אלו הם שחקנים חוזרים בעלי עניין מובהק בשמירה על כללי התנהגות המאפשרים להם להמשיך לפעול לאורך זמן, תוך הימנעות מתקדימים שליליים או פגיעה באמינותם. לא בכדי ארגונים לשינוי חברתי המגישים עשרות הליכים משפטיים בשנה לא זוכים לתיוג השלילי של "תובע סדרתי". פעילותם נתפסת כטבעית וזוכה להערכה. אולם, אין זה אומר שתובעים פרטיים בהכרח ראויים לחשדנות ולתיוג.¹⁴

¹² פסק הדין המרכזי הוא *Havens Realty Corp. v. Coleman*, 455 U.S. 363 (1982); להרחבה ראו, לעיל ה"ש 9, בעמ' 220; משה כהן-אליה "פוליטיקת הגועל בחוק איסור הפליה במצרכים ובשירותים" *זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית* 497, 524 (עינב מורגנשטרן, יניב לוינסקי ואלון הראל עורכים, 2016).

¹³ ראו ס' 7 לחוק איסור הפליה וס' 4(3) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006; רע"א 6897/14 *רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות*, פס' 48–51 לפסק דינו של השופט דניצ'גר, ופס' 4 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 9.12.2015), שם ניתנה זכות תביעה לארגוני זכויות בתובענה ייצוגית על הפליית נשים ברדיו חרדי; ע"א (י-נ) 38722-11-17 *ליברמן נ' המרכז הרפורמי לדת ומדינה* (פורסם בנבו, 21.3.2018), שם נפסק כי אתר שהפלה בפרסום מודעת דרושים יפצה ארגון לשינוי חברתי שתבע אותו בהיעדר תובע פרטני.

¹⁴ גן-מור, ה"ש 9 לעיל, בעמ' 216–219.



כדי להפחית את החשש משימוש לרעה בייזום תביעות הצעתי מספר פתרונות, כמו הטלת דרישת שקיפות לגבי מעמדו של התובע בתיק, ועמידה בדרישת מקצועיות נוקשות יותר מתובע אותנטי, שלרוב מופתע מההפליה, ואשר תביעותיו דווקא מתאפיינות לעיתים בהיעדר ראיות חיצוניות ובקשיים נוספים.¹⁵ דרישות אלו נכונות גם במקרים של אזרחים המבקשים לפעול ביוזמה עצמאית נגד הפליה שלה נחשפו. לצד זאת, בתי המשפט צריכים להכיר בזכות התביעה של תובע שהוא טסטר, שאינו קורבן אותנטי, כדי שתובעים אלו לא ייאלצו להסוות את מעמדם האמיתי בתיק מחשש למחיקת התביעה.

ג. מהכלל אל הפרט

בעניין גאטו ברור היה לבית המשפט כי מדובר בתובע סדרתי. בעת מתן פסק הדין כבר פורסמו 22 פסקי דין בהליכים דומים אחרים של קיס. חלק מהתביעות התקבלו, וחלקן נדחו תוך חיובו בהוצאות לא מבוטלות ואף תוך הטחת ביקורת כלפי האופן שבו התנהל.

כיוון שהיה ברור שקיס אינו תובע רגיל, לא היו ספקות של ממש ביחס למעמדו. לבית המשפט היה ידוע כי לא מדובר באדם שנקלע באקראי לסיטואציה המפלה, אלא באדם שהלך למועדון מתוך כוונה לתעד ולבחון אם (שוב) לא יוכנס אליו בשל היותו ערבי. בית המשפט אף ציין זאת, אך בצדק דן בתביעה ולא שלל את זכות התביעה של קיס בשל כך. פעילותו של קיס חשפה מועדון הנוקט הפליה, שיש להניח שפגעה בלקוחות ערבים אחרים. מאמציו סייעו באכיפת החוק ובמימוש תכליתו.

לצד זאת, שגה בית המשפט בהפחתת הפיצוי לסכום נמוך ובאי-פסיקת הוצאות. הן כיוון שיש בכך תמריץ שלילי להגשת תביעות, והן משום שמדובר בפגיעה של ממש בתכלית ההרתעתית. קשה לומר שמועדון שנקבע לגביו בפסק דין כי הפלה ערבים, אך מחייב אותו לשלם 3,000 ש"ח, הוא מורתע. מה גם שמועדונים רבים סבורים כי ההפליה מועילה לעסקיהם, ושעליהם לנסות ולקלוע להעדפות של לקוחותיהם. אם ממילא יש קושי ממשי באכיפת דיני איסור הפליה, אזי הליך שמסתיים כך, לאחר פסק דין הקובע כי המועדון הפלה, הוא בבחינת לעג לרש.

סיבה אחת להפחתת הפיצוי, נעוצה בכך שבית המשפט התרשם שאין מדובר באדם מן היישוב אשר נפגע בשל התנהלות לקויה, אלא במי שנתקל בה במהלך יזום. לעמדת העובדה כי מדובר בבוחן עשויה להוות משקל בקביעת גובה הפיצוי, אך לא בנימוק

¹⁵ שם.



עמרי קיס לוחם שוויון [?]

שמדובר בהתנהלות שלילית, אלא בנימוק שעוגמת הנפש ותחושת הדחייה של מי שמעמיד עצמו בבחינה יזומה עשויות להיות פחותות מאשר של מי שנתקל בהן במפתיע בשגרת חייו. אולם, עדיין הפיצוי צריך להיות כזה שייתן גמול הולם לתובע, אשר חשף הפליה, ותרם למיגורה. הגמול צריך להתבטא גם בפסיקת ההוצאות לזכותו. לצד זאת, קיים חשש שהפחתת הפיצוי תפגע בתכלית ההרתעתית, ולכן לעמדת יו"ש מקום במקרים כאלו להטיל בכל מקרה פיצוי משמעותי על המועדון. פתרון אפשרי הוא, למשל, חיוב המועדון בתרומה לעמותה העוסקת בזכויותיה של הקבוצה המופלית לצד הפחתת החיוב בפיצוי לתובע, כך שסך הפיצוי יהיה מרתיע.¹⁶

הטעם השני להפחתת הפיצוי ולשלילת ההוצאות, היה בהתרשמותו של בית המשפט מהאופן שבו התנהל התובע, כלומר – בהיבט המקצועיות, עליו דיברתי. אולם, דומה כי בית המשפט נקט עמו גישה מחמירה מדי. עיון בפסקי הדין בחלק מהתביעות הקודמות שזים קיס מלמד כי בחלקן הוא פעל באופן לא תקין ובניגוד למצופה ממי שמתיימר להיות שליח ציבור באכיפת החוק,¹⁷ אך קריאה של פסק הדין בעניין **גאטו מעלה** כי במקרה זה קיס דווקא עשה מאמצים לבחון היטב את התנהלות המועדון ולא הזדרז לתבוע. על בית המשפט היה לבחון את נסיבות המקרה ולא להשליך על מקרה זה את נסיבות התביעות הקודמות.

קיס פעל מול מספר גורמים במועדון כדי להירשם לרשימת התפוצה. כיוון שעמרי קיס אינו שם ערבי מובהק, הוא ביקש לרשום גם שמות של חבריו, בעלי שמות ערביים מובהקים, וזאת כפי הנראה כדי לשלול טענה כי נציגי המועדון כלל לא היו ערים להיותו ערבי. קיס הראה דפוס חוזר לפיו הוא מקבל מענה כשהוא פונה להירשם למסיבה, עד שנציגי המועדון שומעים את שמות המוזמנים הערבים ומנתקים מגע. כשאחת היחצ"ניות רשמה אותו לבסוף, היה זה כשלא נמסרו לה שמות חבריו, ולמרות שאישרה את הרשמתו הוא נותר מחוץ למועדון, בטענה לא משכנעת שאינו רשום עקב טעות

¹⁶ 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.

¹⁷ ראו, למשל: ת"א (פ"ת) 14094-03-14 קיס נ' א.מ.א ליהמן החזקות בע"מ (פורסם בנבו, 4.9.2016), שם קבע בית המשפט כי קיס נמנע מלהגיש לנתבעים ולבית המשפט את כלל ההקלטות שביצע; ת"ק (י-ם) 13246-06-17 קיס נ' ג'י – 17 בע"מ (פורסם בנבו, 29.12.2018), שם נפסק כי קיס פעל באופן שהוביל לאי-הכנסתו שכן דרש שולחן במועדון שבו ידע שאין שולחנות, אלא מדובר ברחבת ריקודים; תא"מ (ת"א) 43507-08-14 קיס נ' אפ. ויטה בע"מ (פורסם בנבו, 1.1.2017), שם נפסק כי קיס הגיש את התביעה חודשים רבים אחרי האירוע בלי התראה מוקדמת, באופן שהוביל להגשת תביעה נגד מי שלא הפיקו כלל את אותה מסיבה.



אנוש. אם אכן נעשתה טעות, לא ברור מדוע לקוח שנרשם וטרם להגיע לא מוכנס ואף לא מפוצה על עוגמת הנפש. קיס לא הסתפק בכך, אלא ערך בדיקה נוספת שבה תיעד את הכניסה למועדון והראה כי בניגוד לטענת המועדון, מתקיימת כניסה חופשית של אורחים, ללא בדיקה אל מול רשימת מוזמנים כלשהי.

קיס אף חשף הקלטות שיש בהם משום קושי עבורו. כך, למשל, הקלטה של אדם שאומר לו שהוא לא אחראי על הכניסה למועדון, וכך גם את ההקלטה של היחצנית שאומרת שאולי לא רשמה אותו בטעות, טענה ששימשה את הנתבעים. אכן, ראוי שמי שיוזם בחינה במטרה לשרת את הציבור יחשוף בפני בית המשפט את כלל הממצאים, גם אלו שמעלים ספקות ביחס לקיומה של הפליה אסורה.

קיס לא ערך בחינה דומה לזו שמבוצעת על יד טסטרס, במובן זה שלא הייתה לו "קבוצת ביקורת". להשקפתי טוב היה עושה קיס אם היה מוצא שותף מקבוצה שאין חשד להפלייתה, שהיה מבצע בדיוק את אותן פעילויות שהוא ביקש לבצע – רישום מוקדם, עמידה בתור, דיבור בטלפון בשפתו – באופן שהיה מאפשר לבדוק אם הסלקטורים מעניקים להם יחס דומה או יחס מפלה.

עם זאת, דומה כי בית המשפט החמיר מדי בדרישותיו מקיס, אשר הצליח לעמוד בנטל ההוכחה הנדרש ממנו גם באופן שבו פעל. במיוחד נכונים הדברים ביחס לעובדה שקיס שוחח, או העמיד פנים שהוא משוחח, בטלפון הנייד בערבית בקרבה ל"סלקטורית". גם אם נצא מנקודת הנחה דומה לזו של בית המשפט, לפיה הדבר נעשה כדי לסמן לה שהוא ערבי, לא ברור מדוע יש לראות בכך פגם או פרובוקציה לשמה. ודאי שאין בכך משום טמינת פח או הכשלה פסולה. יש להניח שקיס עשה זאת כדי שאם לא יוכנס למועדון, לא ייטען לאחר מכן שהסלקטורית בכניסה כלל לא הייתה ערה להיותו ערבי, וזאת משום שחוק איסור הפליה חל על הפליה מחמת לאום או מאחת העילות האחרות שבו, ולא חל על מקרה של מניעת כניסה מטעמים שרירותיים למשל.

בית המשפט סבר כי לו קיס היה נמנע מלשוחח בערבית ליד הסלקטורית, ייתכן כי ההפליה לא הייתה מתרחשת. בכך מכוון בית המשפט, כנראה, למצב של טמינת פח אסורה. אולם, האם העובדה ששוחח בטלפון בערבית היא בגדר טמינת פח אסורה? האם היא אמורה להוות שיקול לאי הכנסתו? אכן, ייתכנו מקרים שבהם טענת הפליה מחמת לאום תישלל עקב פעילותו של התובע, אם נעשתה באופן אותנטי או כחלק מבחינה יזומה. אם קיס היה מתנהג באגרסיביות או באופן חשוד בולט, או למשל מעמיד פנים שהוא תחת השפעת סמים או אלכוהול, לא היה ניתן לקשור בין סירוב הכניסה לבין מוצאו, לאור המעורבות הברורה של פרמטרים אחרים, לגיטימיים, שיש בהם להשפיע על שיקול הדעת בכניסה למקום ציבורי. שיחה בטלפון בערבית אינה גורם האמור להשפיע על שיקול הדעת של הסלקטורית, ואם אכן השפיעה – מדובר ללא ספק בהפליה שהחוק נועד למגר.



עמרי קיס לוחם שוויון [?]

לסיכום, להשקפתי משהוכיח קיס את תביעתו היה על בית המשפט לפסוק לזכותו פיצוי הולם ומרתיע. למצער, לחלק את הפיצוי כך שקיס יקבל פיצוי והוצאות המשקפים את הגמול הראוי לאדם שחשף מועדון בעל מדיניות כניסה מפלה ותרם לאכיפת החוק, תוך התחשבות בכך שעוגמת הנפש ממנה סבל פחותה בשל ההגעה היזומה כחלק מבחינה שיטתית של מדיניות כניסה של מועדונים; ולצד זאת, פיצוי נוסף שיושת על המועדון שלא לטובת התובע, אלא, למשל, לטובת ארגון העוסק בזכויות הקבוצה המופלית, וזאת כדי שהתכלית ההרתעתית לא תיפגע. הסכום שנפסק מעביר מסר של הקלת ראש עם חומרת המעשים. לא היה מקום במקרה זה להפחית את הפיצוי ולשלול מקיס את הזכות להוצאות משפט, תוך תיוגו כתובע סדרתי חסר תום לב.