

בנפרד ועדיין שווה? על דרכי ההתמודדות עם מקרי הפליה הנופלים בנפרד מתחולת חוק איסור הפליה*

רונן אברהם**

לפני למעלה מ־20 שנים נחקק בישראל חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים. ייחודו של החוק היה בכך שהוא אסר על הפליה בשוק הפרטי ובכך הביא לתחולה של ערך השוויון גם בהתקשרויות שבהן לא מעורבים גופים ממשלתיים או ציבוריים. עם זאת, גם תחת חוק איסור הפליה נותרו בישראל צורות הפליה שאותן החוק אינו אוסר. בראשן ניצבות הפליה במכירה ובהשכרה של מקרקעין והפליה במתן שירות אישי. אף שהוראות החוק לא יצרו הסדר שלילי בענייני הפליה, מאז חקיקתו נוטים בתי המשפט לבחון מקרים של הפליה אך ורק בהתאם להוראותיו, כך שמקרי הפליה שאינם נכנסים בגדר החוק נותרים ללא מענה משפטי הולם. המאמר מציג את הדרכים המשפטיות שבהן ניתן להתמודד גם כיום עם מקרי הפליה שאינם אסורים על פי חוק איסור הפליה ומציע כלים פרקטיים לצורך כך. כלים אלה לקוחים מתוך כל אחד מענפי המשפט הפרטי המרכזיים: דיני הנזיקין, דיני החוזים ודיני הקניין. בתוך כך מוצע גם שימוש חדשני בכלים משפטיים קיימים שעד כה טרם נעשה בהם שימוש בישראל על מנת להתמודד עם הפליה, כמו תנאי חוזה משתמעים בדיני חוזים ועולת המטרד בדיני הנזיקין.

- א. מבוא. ב. הזכות לשוויון במשפט הפרטי. ב.1. המשפט הפרטי: השוויון כעיקרון אינהרנטי.
- ב.2. בין הפרטי לציבורי: חובת השוויון של גופים פרטיים שממלאים תפקיד ציבורי (גופים דר מהותיים). ג. איסור הפליה בדיני החוזים. ג.1. תום לב. ג.2. תקנת הציבור. ג.3. תנאי מקפח בחוזה אחיד. ג.4. תנאי חוזה משתמעים. ג.5. סיכום ביניים. ד. איסור הפליה בדיני הנזיקין. ד.1. עוולות חוקתיות והפגיעה באוטונומיה. ד.2. מודל התחולה העקיפה: הפרת חובה חקוקה והלכת אדמה.
- ד.3. מודל התחולה הישירה: תחולת חוקי היסוד במשפט האזרחי-אופקי. ד.4. רשלנות. ד.4.א. מתי הפליה עשויה לעלות כדי רשלנות? ד.4.ב. בחינת השימוש בהפליה כרשלנות בפסיקה. ד.5. הפליה כמטרד לציבור. ד.5.א. ההשפעה החברתית-ציבורית של הפליה. ד.5.ב. השימוש בעוולת המטרד לציבור והאתגרים הכרוכים בכך. ה. איסור הפליה בדיני הקניין. ו. סיכום.

* המאמר נכתב לכבודו של המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין ועתיד להתפרסם גם בספר אליעזר ריבלין (בהוצאת המשפט ונבו).

** פרופ' רוני אברהם, מנהל מרכז-על צגלה למחקר בירתחומי של המשפט; עורך ראשי של Theoretical Inquiries in Law; מנהל התוכניות הבין-לאומיות לתואר שני (תל אביב-נורת'וסטרן ופרסול), הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב. אני מודה לעוזריות המחקר הדר גולדברג, מיה פרנקל ובמיוחד להב פסח על עזרה במחקר. כן אני מודה לחנוך דגן, אביחי דורפמן, דור מנה, דבי שדה והישאם שבייטה על הערות מועילות.

א. מבוא

איסור ההפליה של רשויות הציבור את אזרחי המדינה ותושביה הוא ממושכלות היסוד של המשפטי המנהלי והחוקתי של מדינת ישראל מאז הקמתה. כראיה לכך ניתן לעקוב אחרי מרכזיותו של השוויון החל מימיה הראשונים של המדינה, דרך הפסיקה שהתפתחה עובר לחקיקת חוקי-היסוד כמו גם לאחריהם.¹ כך, מרכזיותו של השוויון הזכרה כבר בהכרזת העצמאות, שבמסגרתה הובטח כי "מדינת ישראל... תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין".² בהמשך הכירה הפסיקה הישראלית בחשיבותו של עקרון השוויון בהגדרה אותו כעקרון יסוד של המשפט החוקתי והמנהלי במדינה,³ ולאחר חקיקת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוכרה הזכות החוקתית לשוויון כנגזרת של הזכות לכבוד האדם.⁴ למרבה הצער, על אף התשתית המשפטית המרשימה, בפועל הזכות לשוויון לא הוגשמה על רקע אף אחד מן המאפיינים שהוזכרו בהכרזת העצמאות בצורה המניחה את הדעת.⁵

עם זאת, במהלך השנים הורחבה תחולתה של הזכות לשוויון בבתי המשפט. בתחילה עלו טענות הנוגעות לחוסר שוויון רק במישור המשפט הציבורי, כאשר אזרחים עתרו כנגד המדינה בשל פגיעתה בזכותם לשוויון (מישור זה יכונה להלן: **המישור הציבורי-אנכי**). אולם הדרישה לשוויון לא נותרה במישור הציבורי-אנכי בלבד. לאחר כמה שלבי ביניים חלחלה הדרישה גם למשפט הפרטי, כלומר להליכים משפטיים שמתנהלים בין שני צדדים פרטיים לחלוטין (מישור זה יכונה להלן: **המישור הפרטי-אופקי**).⁶

מדובר היה בתהליך הדרגתי, בשלב הראשון הוחל עקרון השוויון על פעולותיה (האנכיות) של הרשות הציבורית במסגרת המשפט הפרטי (**המישור הפרטי-אנכי**). כך, למשל, בבג"ץ **פרץ**⁷ נבחנה מחויבותה של מועצה מקומית לשוויון ולחופש הדת, ונקבע כי עליה לנהוג בשוויון גם בהשכרתה מבנה ציבור שבבעלותה. בהמשך הוחל עקרון השוויון גם על גופים פרטיים שמעמדם הוא ציבורי או מעין-ציבורי⁸ והוא קנה לו מעמד גם בדיני האגודות השיתופיות.⁹ ענף מרכזי נוסף

¹ ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" **ספר מרכזי (מוטה) קרמניצר** 67, 73–80 (אריאל בנדור, חאלד גנאים ואילן סבן עורכים) (2017) (להלן: "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית-המשפט העליון").

² הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1. על מעמדה של ההכרזה ועל המשמעות המעשית של הזכויות המעוגנות בה ראו אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" **חוקים** יא 9 (2018).

³ בג"ץ 953/87 **פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד מב(2) 309, פסי' 25–30 לפסק הדין של השופט ברק (1988); בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258, פסי' 21–25 לפסק הדין של הנשיא ברק (2000); בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693, 699 (1969).

⁴ מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית-המשפט העליון", לעיל ה"ש 1, בעמ' 73–80; יש לציין כי הזכות לשוויון אינה מעוגנת במפורש בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולכן לא כל מופע של פגיעה בשוויון עולה כדי פגיעה בזכות חוקתית. חלף זאת קבע בית המשפט העליון שמופעים מסוימים של פגיעה בשוויון עולים כדי פגיעה בכבוד האדם ולפיכך פוגעים בזכות החוקתית לכבוד. ראו אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** כרך א 685–705 (2014). ראו גם בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 094, פסי' 4–16 לפסק הדין של השופט דורנר (1995).

⁵ ראו, למשל, דני גוטוויין "מימהפכה חוקתית ל'הפיכת נגד': ההיגיון המשפטי של משטר ההפרטה הישראלי" **מעשי משפט** א 47, 52–53 (2008); אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" **צדק חלוקתי בישראל** 79, 84–89 (מנחם מאוטנר עורך) (2000).

⁶ על ההבחנה בין המישור הציבורי למישור הפרטי וכן על הקשיים הגלומים בה, ראו צחי קררפז "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנתענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי" **משפט וממשל** ז 541, 543–546 (2004).

⁷ בג"ץ 262/62 **פרץ נ' יושבי ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר-שמריהו**, פ"ד טו 2101, 2114–2115 (1962).

⁸ כך, למשל, חוק משק החשמל, התשנ"ו–1996, חוק תאגידי מים וביוב, התשס"א–2001 וחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000 (להלן: חוק איסור הפליה) החילו דינים מהמשפט הציבורי על תאגידי פרטיים המספקים שירות לציבור. בנוסף, ראו דניאל פרידמן "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי" **משפטים** ה 598 (1975).

⁹ ראו רע"א 8821/09 **פרוץ-אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ**, פסי' 18 לפסק הדין של השופט דנציגר (נבו) 16.11.2011. כמו כן ראו, למשל, בג"ץ 2311/11 **סבח נ' הכנסת** (נבו) 17.9.2014.

שבו נקבע כי השוויון הוא עקרון יסוד בעל תחולה רחבה הוא ענף דיני העבודה.¹⁰ כך, בעניין **נבו** נקבע כי סעיף בהסכם הקיבוצי הקובע גיל פרישה שונה לנשים ולגברים בטל בשל היותו מהווה הפליה אסורה הפוגעת בשוויון,¹¹ ובעניין **דנילוביץ'** נקבע כי מעבידים אינם רשאים להפלות בין בני זוג ממיינים שונים לבני זוג מאותו המין במתן הטבות לעובדיהם.¹²

לעומת זאת, במישור הפרטי-אופקי, שבו מצויות פעולותיהם של אנשים פרטיים בתחומי המשפט הפרטי – היו שראו בערך החירות את הכלל, ואת עקרון השוויון כחריג לו. לגישתם, חריג זה צריך להיות מוחל, בדרך כלל, כאשר קיים פער משמעותי בין הצדדים או כאשר אחד הצדדים הוא בעל מעמד מעין-ציבורי.¹³ לפי גישה זו, לאדם יש חירות לבחור עם מי יתקשר בחוזה, בחירה שאין מניעה חוקית בדרך כלל לבססה על טעמים שרירותיים שלא דווקא מתיישבים עם עקרון השוויון.¹⁴ עם זאת, במהלך השנים חלחלו נורמות של שוויון מהמשפט הציבורי-אנכי גם למשפט הפרטי-אופקי באמצעות מונחי שסתום מתחום דיני החוזים כגון תום לב או תקנת הציבור, באמצעות עוולות מסגרת כגון הפרת חובה חקוקה או רשלנות ואפילו באמצעות טענות חוקתיות.¹⁵ לעיתים לוו התהליכים האלה גם בחקיקה ספציפית שהנכיחה נורמות של שוויון במשפט הפרטי אופקי.¹⁶

בשנת 2000 היה נראה שנפל דבר, כאשר חוקק חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה). חוק זה שינה את כללי המשחק במדינת ישראל בכך שהוא החיל את חובות השוויון ואיסור ההפליה בצורה מפורשת וגורפת, אם כי לא מוחלטת, גם על פעולות במישור הפרטי-אופקי.¹⁷ בדברי ההסבר לחוק הוסבר כי הבעיה של הפליה מסוג מניעת כניסה למקומות ציבוריים או הספקת שירות או מוצר בידי שחקנים פרטיים היא "אחת הבעיות הקשות בתחום החברתי" והיא מהווה "פגיעה קשה בכבודו של האדם".¹⁸ האגודה לזכויות האזרח בישראל יזמה את הצעת החוק בניסיון להתמודד עם תופעת ההפליה, תוך הבנה שעיקרה מתרחש בספרה הפרטית.¹⁹ הרעיון הבסיסי העומד ביסוד החקיקה

¹⁰ תחולתו של עקרון השוויון בכל הנוגע ליחסי עבודה היא נרחבת מאוד, כפי שנקבע בפסיקות בית המשפט העליון בשנות ה-80 וה-90. אומנם, חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 קדם לחוק איסור הפליה בלמעלה מעשור, ולפיכך, לא בטוח שניתן להקיש מפסיקות אלה באופן ישיר על אודות היקף התחולה של עקרון השוויון בסוגיות של הספקת מוצרים ושירותים. עם זאת, היקף התחולה של עקרון השוויון בענף דיני העבודה ממחיש היטב שהשוויון הינו ערך מרכזי במשפט הישראלי הפרטי, וכי כך היה עוד לפני חוק איסור הפליה.

¹¹ בג"ץ 104/87 **נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מד(4) 749, 755, 761, 764 (1990).

¹² בג"ץ 721/94 **אלעל נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ'**, פ"ד מח(5) 749 (1994) (להלן: עניין **דנילוביץ'**). שם, בפס' 24 לפסק הדין של השופט ברק ובפס' 11-12 לפסק הדין של השופטת דורנר. השופט קדמי הסתייג בדעת מיעוט.

¹³ נילי כהן "השוויון מול חופש החוזים" **המשפט** א 131, 137 (1983).

¹⁴ כך נקבע בעניין ד"ר 22/82 **בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ**, פ"ד מג(1) 441 (1989). זאת כנגד דעתם החולקת של הנשיא שמגר והשופט ברק, שסברו כי גם במשפט הפרטי יש מקרים שבהם ראוי להגביל את מידת השרירותיות שבה יכול לנהוג צד שמבקש להתקשר עם אחרים בחוזה.

¹⁵ על הרחבת השימוש במושגי השסתום והטענות החוקתיות, שיידונו בהרחבה במאמר בפרק השלישי והשני בהתאמה, ראו גם: גבריאלה שלו "שחיקתו ההולכת ונמשכת של עקרון חופש החוזים" **קרית המשפט** ה 335 (2005). על עוולות המסגרת, שיידונו בהרחבה במאמר בפרק השני, ראו גם: יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח" **משפטים** לח 145 (2008) (להלן: ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין").

¹⁶ כגון חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה; חוק איסור הפליה אנשים עם עיוורון המלווים בכלבי נחייה, התשנ"ג-1993; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, התשנ"ח-1998. ראו גם עניין **פרוז'אנסקי**, לעיל ה"ש 9, בפס' 18 לפסק הדין של השופט דנציגר.

¹⁷ בחוק איסור הפליה מוחלת החובה שלא להפלות על כל מי שעיסוקו בהספקת מוצר כהגדרתו בחוק, בעוד קודם לכן החובה שלא להפלות עוגנה בעיקר בעקרונות המשפט המנהלי ובחוקי-היסוד שאליהם הייתה מחויבת הרשות בלבד. עם זאת, חשוב לציין כי אף שחוק איסור הפליה היה החוק המקיף והנרחב ביותר שאסר על הפליה, הוא לא היה החוק הראשון בישראל שאסר על מופעים מסוימים של הפליה, וקדמו לו כמה חוקים אחרים שנתקו החל מסוף שנות ה-80 ועד לסוף שנות ה-90. עניין **פרוז'אנסקי**, לעיל ה"ש 9, בפס' 17-19 לפסק הדין של השופט דנציגר.

¹⁸ ראו את דברי ההסבר להצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ה"ח 370 (להלן: דברי ההסבר לחוק איסור הפליה).

¹⁹ שם.

הוא החלת עקרון השוויון גם על עסקים ועסקאות פרטיים, אף אם יש בזה פגיעה בחופש ההתקשרות שלהם. אכן, המודעות למתח בין חופש ההתקשרות לבין עקרון השוויון באה לידי ביטוי בדברי ההסבר להצעת החוק המבקשת להציבו בנקודה המהווה איזון ראוי בין השניים.²⁰

על אף תחולתו הרחבה יחסית של חוק איסור הפליה, הוא אינו אוסר על כל התנהגות שגלומה בה הפליה כלשהי והוא אף מתיר הפליה במקרים מסוימים. בפרט, החוק אינו חל על כלל סוגי העסקאות, אלא רק על עסקאות שמסופקים בהן "מוצרים". החוק אינו חל גם על כל מי שמציע את שירותיו לציבור, אלא רק על מי **שעיסוקו** הוא בהספקה של שירותים. כמו כן, החוק אינו חל על כלל השירותים המוצעים לציבור, אלא רק על השירותים המנויים בו.²¹ משמעותם של דברים אלה היא שמקרים רבים אינם כלולים באיסורים של חוק איסור הפליה, ובתוך כך גם מקרים שבהם אין ספק כי התרחשה הפליה גלויה וברורה. חשוב להדגיש כי מקרים אלה אינם מקרי קצה וכי החוק אינו מספק מענה גם לחלק ממופעיה המרכזיים ביותר של תופעת הפליה בישראל.

הדוגמה הבולטת ביותר להפליה נפוצה שאינה אסורה על פי חוק איסור הפליה היא זו שבעסקאות מקרקעין. עבור מרבית האנשים, עסקת מקרקעין היא העסקה המשמעותית והגדולה ביותר בחייהם. כפי שצוין לעיל, חוק איסור הפליה אוסר רק על הפליה בהספקת מוצר, והשאלה אם מקרקעין אכן מהווים "מוצר" היא שאלה שטרם זכתה למענה ברור על ידי בית המשפט העליון. השאלה סבוכה אף יותר על רקע העובדה שבדברי ההסבר להצעת חוק איסור הפליה צוין כי האיסורים שבחוק אינם חלים על מקרקעין, בעוד בנוסח החוק עצמו אין לכך כל ביטוי.²² ואכן, שאלה זו עמדה לפני כמה שנים במוקד פרשת **מיטל**, שבה נתבעה חברת בנייה בגין סירובה למכור מקרקעין לערבים.²³ בית המשפט העדיף שלא להכריע האם מקרקעין מהווים "מוצר", ועל כן כפופים לחוק איסור הפליה, ובחר לבסס את הכרעתו על יסודות אחרים. בחירה זו ממחישה את המגבלות של חוק שאוסר במפורש רק על מופעים מסוימים של הפליה ומצריך מהלך פרשני משמעותי על מנת לאסור על מופעים אחרים שלה.

דוגמה נוספת נוגעת לשירותים ציבוריים שאינם מנויים בחוק איסור הפליה באופן מפורש, ואשר על כן הפליה בהם אינה אסורה. החוק אוסר רק על הפליה בשירותי תחבורה, תקשורת, אנרגיה, חינוך, תרבות, בידור, תיירות ושירותים פיננסיים – אך לא על הפליה בכל שירות אחר. כך, למשל, אין איסור על עורכי דין ומתווכים להפלות משום ששירותים משפטיים ושירותי תיווך אינם מנויים בחוק. לאחרונה אף קבע בית המשפט העליון כי החוק לא חל על שירותי רפואה.²⁴ יתרה מזו, הפליה במסגרת שירותים שאינם "ציבוריים" כלל אינה אסורה, שכן החוק אוסר רק על הפליה במתן שירותים שמוצעים לכלל הציבור. לפיכך, סירוב להעניק שירות אישי על רקע מפלה אינו אסור ואינו עולה כדי עבירה על החוק – גם אם הוא מצוי בתחום השירותים שמצוינים בחוק במפורש.

מעל כל זאת ניצבת העובדה שחקיקת חוק איסור הפליה סיפקה לבתי המשפט מסגרת משפטית ברורה ונוחה לבחינת מקרים שבהם עולות טענות על הפליה. ברם, עוד בטרם חקיקת

²⁰ הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס–2000, ה"ח 2871. ראו ס' 2 לחוק איסור הפליה.

²¹ דברי ההסבר לחוק איסור הפליה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 370. ראו גם גיל גרמור "הזכות לדיור, הזכות לשוויון בדיור וקהילת הלהט"ב" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 537, 550–554 (עינב מורגנשטרן, יניב לוינסקי ואלון הראל עורכים 2016).

²³ רע"א 10011/17 **מיטל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן** (נבו 19.8.2019) (להלן: עניין **מיטל**).

²⁴ רע"א 9128/17 **בית חולים לניאדו נ' פלונית** (נבו 18.7.2022).

החוק התחוללו שינויים בגבולות שבין המשפט הציבורי למשפט הפרטי במדינת ישראל, כך שאזרחים יכלו לתבוע הן את המדינה (תביעה אנכית)²⁵ והן האחד את השני על ידי דוקטרינות נזיקיות, חוזיות ואף חוקתיות שונות (תביעה אופקית) בגין פגיעה בשוויון. עיון בפסקי דין שפורסמו מאז שנחקק החוק מעלה כי בתי המשפט זנחו במידה רבה את הדוקטרינות האלה, ועברו לבחון מקרי הפליה בעיקר תחת ההוראות של חוק איסור הפליה.²⁶ העובדה שהחוק אוסר הפליה רק במקרים מאוד מסוימים מעוררת אם כן את השאלות מהו היקף איסור ההפליה במקרים שבהם החוק אינו חל והאם אין זה ראוי להידרש לדוקטרינות משפטיות נוספות גם כיום.

מחד גיסא, ברור שחוק איסור הפליה אינו מהווה הסדר שלילי, דהיינו שלא כל מעשה שאינו כלול בגדר החוק הוא מותר. פרשת **מייטל**, שבה כאמור התקבלה בבית המשפט העליון תביעת הפליה בהתבסס על דוקטרינות משפטיות אחרות – מהווה ראייה חותכת לכך.²⁷ מאידך גיסא, עם חלוף השנים החוק הפך להיות כל כך דומיננטי בהסדרת מערכת היחסים האופקית של צדדים פרטיים, ששאלת גבולות איסור ההפליה הכללי במשפט הפרטי מקום שהחוק אינו חל נותרה לכאורה נשכחת. על כן, מקום, למשל, שאין מדובר ב"מוצר"²⁸ "שירות ציבורי", "מי שעיסוקו בהספקת המוצר או השירות" או שעילת ההפליה אינה אחת מן העילות המנויות בחוק,²⁹ הבנת גבולות איסור ההפליה האופקי במשפט הפרטי הופכת לקריטית.

²⁵ חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התש"יב–1952 ביטל את חסינותה המיוחדת של המדינה שאפשרה טענת סמכות כדין או פעולה בתום לב תוך סברה כי קיימת סמכות כדין בתביעות רשלנות. ס' 2 קובע כי "דין המדינה לעניין אחריות בנזיקין, כדין כל גוף מואגד, פרט למצוין להלן בחוק זה". בע"א 243/83 **עיריית ירושלים נ' גורדון פ"ד** (לט' 1) 113 (1985) נקבע בפסי' 19 לפסק הדין של השופט ברק כי עקרון השוויון בפני החוק מחייב הטלת אחריות ברשלנות על הרשות על פי אותן אמות מידה כמו על הפרט. להרחבה על תביעות נזיקין נגד הרשות המבצעת ראו: חיה זנדברג "תביעות נזיקין נגד הרשות המבצעת – על תנועת המטוטלת" **הפרקליט** נב (2014). להרחבה על השימוש בכללי הנזיקי בנוגע לפגיעה בשוויון ראו בנימין שמואלי "הפרדה משפילה בחינוך החרדי: היבטים נזיקיים ושיקולי מדיניות בעקבות בג"ץ 1067/08 עמותת נוער כהלכה נ' משרד החינוך" **תורות דמוקרטיות** 15 265 (2013).

²⁶ ראו למשל: ת"א (שלום כ"ס) 17-05-25633 **חטיב נ' תדיראן הולדינגס בע"מ** (נבו 24.5.2018); ע"א (מחוזי ת"א) 11-11-44657 **קיס נ' א.מ.א לימן החזקות בע"מ** (נבו 30.11.2015), ע"א (מחוזי י-ם) 14-10-35170 **לורד בארים בע"מ נ' צננה** (נבו 21.1.2016).

²⁷ בעניין **מייטל**, לעיל ה"ש 23, בית המשפט העליון הכריע נגד חברת הבנייה שסירבה למכור דירה לזוג ערבי המתגורר בירושלים. ההרכב היה חלוק בדבר חלותו של חוק איסור הפליה במקרים של מכר דירות, ועם זאת, מצא את המעשה המדובר אסור. ראו שם, בפסי' 10 לפסק הדין של השופט מזוז, בפסי' 19 לפסק הדין של השופט שטיין ובפסי' 4 לפסק הדין של השופט הנדל. השופט מזוז סבר כי ניתן להחיל את חוק איסור הפליה על מכר דירות ופנה ללשון ותכלית החוק. השופט שטיין הסכים עם תוצאתו של מזוז, אך סבר שחוק איסור הפליה אינו חל במקרה זה, בהתבסס על דברי ההסבר לחוק, אך בכל זאת פסק נגד החברה בהתבסס על כללי המשפט המנהלי שחלים עליה מתוקף הזכויות במיזם שקיבלה מרשות מקרקעי ישראל ומתוקף דיני החוזים והמכרזים. השופט הנדל הסכים עם ההכרעה מהטעמים שהציע שטיין, אך לא הכריע בשאלה האם חוק איסור הפליה חל על מכר דירות וגרס שהלכה שתחול במקרים שבהם לא תהיה הפליה פסולה מדינים אחרים צריכה להתאים לנסיבות – ואין זה ראוי לנועץ הלכה על סמך מקרה כזה שאינו מייצג את המקרים הקשים יותר שבהם העילה היחידה לתביעה תהיה מכוח חוק איסור הפליה.

²⁸ ראו בעניין **מייטל**, שם. נקבע בדעת רוב כי מקרקעין אינם "מוצר" כמשמעו בחוק אסור הפליה בנסיבות המקרה (מזוז לבדו סבר שהם כן מוצר בנסיבות, הנדל הסתייג שיתכן שיוכרו כמוצר בנסיבות אחרות). זאת על אף שלפי עמדת היועץ המשפטי "בחנינה לשונית של חוק איסור הפליה אינה מובילה למסקנה חד משמעית בשאלת תחולתו על מקרקעין היות שהחוק לא מספק הגדרה למונח "מוצר". ראו שם, בפסי' 8 לפסק הדין של השופט מזוז.

²⁹ ס' 3(א) לחוק איסור הפליה קובע כמה עילות: הספקת מוצר, מתן כניסה או שירות מחמת גזע, דת, קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם. תיקון מס' 4 לחוק משנת 2017 הוסיף את ס' 1(א) שכולל הפליה מחמת מקום מגורים. השאלה אם רשימת העילות בחוק איסור הפליה היא רשימה פתוחה או סגורה טרם הוכרעה בפסיקה. בע"א (מחוזי חיפה) 3724/06 **קייבוץ רמות מנשה נ' מזרחי** (נבו 7.1.2008) נדון ערעור שבו נקבע כי המערערים נמנו את כניסת המשיב למועדון המתנהל בשטחי המערער 1 בשל גוון עורו וכי התנהגות זו מהווה עוולה לפי חוק איסור הפליה. בית המשפט דחה את הערעור והותיר את הפיצוי בסכום המקסימלי הקבוע בחוק, פיצוי של 50,000 ש"ח בצירוף הפרשי הצמדה וריבית בחוק. השופט רון שפירא סבר כי סעיף 3(א) אינו קובע רשימה סגורה של פעולות המהוות הפליה אסורה, אלא מפרט את סוגי ההפליה העיקריים. שהרי, מטרת החוק היא למנוע כל הפליה אפשרית במקומות ציבוריים. האמור נלמד מהוראות סעיף 1 לחוק המגדירות את מטרתו למנוע כל סוג של הפליה. המחוקק לא יכול לצפות ולפרט בדבר חקיקה כל סוג של הפליה אפשרית. לכן צוינו בחוק סוגי הפליה מוכרים ועיקריים. ואולם, פירוש החוק צריך להיות שכל הפליה שבבסיסה מתן יחס שונה לשווים היא הפליה פסולה האסורה על מי שבוחר לנהל עסק ציבורי או לספק שירות לכלל הציבור, ראו שם בעמ' 17. לעומתו, סגנית הפליה היא כבי' השופטת וסרקרוג וכבי' השופט כהן סברו כי כפי הנראה חקיקה של ההפליה לה מכוון כבי' השופט שפירא הוא מעבר לחוק. הם ביקשו להשאיר את השאלה אם הרשימה הקבועה בסעיף 3(א) של החוק היא בגדר רשימה פתוחה אם לאו בצריך עיון. זאת בהתחשב, בין השאר, בכך שמדובר

את הדברים האלה יש לבחון גם על רקע העובדה שבשנים האחרונות חלו התפתחויות תאורטיות הנוגעות לאיסור הפליה ולמקורותיו המשפטיים. תאוריות אלה קוראות לאכיפה של איסורי הפליה במנותק ממקור חקיקתי ספציפי ובהסתמך על מקורות כלליים יותר, דוגמת היקף זכות הקניין כשלעצמה,³⁰ החובה הכללית שלא לנהוג ברשלנות³¹ או כחלק מתאוריה כללית יותר של צדק.³² בקריאות האלה גלומה ההבנה כי דבר חקיקה ספציפי שאוסר על הפליה מסוגים מסוימים בלבד – בעוד סוגי הפליה שאינם מנויים בו הם לכאורה מותרים – מעורר קשיים משמעותיים בהיבטים של תכליות המשפט הפרטי ועקרונות השיטה המשפטית.

במאמר זה אבחן מהם גבולות איסור ההפליה על פי הדין הנוהג בישראל במישור המשפט הפרטי-אופקי במקרים שבהם חוק איסור הפליה אינו בהכרח חל. כחלק מאותה בחינה אנתח כלים משפטיים שנעשה בהם שימוש בעבר (טרם חקיקת חוק איסור הפליה) לצורך תקיפת הפליה, ואולי נשכחו מאז חקיקת החוק. לצד זאת אציג שימוש בכמה דוקטרינות משפטיות חדשות שניתן לעשות בהן שימוש במקרי ההפליה השונים שאינם מכוסים על ידי החוק כיום, כמו עולת המטרד לציבור ותניות משתמעות בחוזה.

מטרת המאמר אינה נורמטיבית, אלא פוזיטיבית. המטרה אינה לדון בגבולות הראויים לאיסור ההפליה, או בחלוקת העבודה הראויה בין החוק לבין הדוקטרינות הכלליות, וגם לא להציע אמירה נורמטיבית על האיזונים הראויים בין חירות לשוויון.³³ מטרת המאמר היא להציע לעורכי דין ולבתי המשפט את האמצעים העומדים לרשותם – בנוסף לחוק איסור הפליה או במקומו – בבואם למגר את תופעת ההפליה בישראל. לנוכח ריבוי מקרי ההפליה שאינם חוסים תחת החוק, ובראשם פרשת **מיטל** שנדונה לאחרונה, קשה לחלוק על כך שהחשיבות המעשית הטמונה במטרה זו היא רבה.

בפרק הראשון של המאמר אדון במקומו של השוויון במשפט הפרטי וכן בתפר שבין המשפט הפרטי למשפט הציבורי באמצעות החובות הייחודיות החלות על גופים דומיהותיים. **בפרק השני** אדון בדרכים שבהן ניתן למנוע הפליה תוך שימוש בכלים משפטיים מתחום דיני הניקין. בחלקו הראשון של הפרק אתייחס להיסטוריה של השימוש בעולות חוקתיות ולעיון האיסור על הפליה במסגרת דוקטרינת "העוולה החוקתית", תוך התייחסות לסוגיית הפגיעה באוטונומיה והפתח שפתחה הפסיקה להפיכתה מראש נזק לא ממוני לכדי עילת תביעה חוקתית. בחלקו השני של הפרק אתייחס לעולת "הפרת חובה חקוקה", ובהלכת **אדמה** שעסקה ביכולת ליצור חיוב נזיקי באופן חיצוני לעולת הפרה חובה חקוקה. במסגרת דיון זה אסקור את מודל התחולה הישירה של חוקי-היסוד על אנשים פרטים והביקורת העולה כנגדו. בחלקו השלישי של הפרק אסקור את יכולת

בהרחבה של איסור ההפליה למגזר הפרטי, אשר מבקש לנהל את עסקיו עם כלל הציבור, והחוק מבקש לאתר את נקודת האיזון הראויה בין החירות הכלכלית של העוסק לבין המדיניות החברתית הרצויה להביא להתנהגות המקפידה בערכי יסוד מבוססים של שוויון וכבוד האדם, שם, בעמ' 14. כך גם בעניין רע"א 7731/13 **שוורץ נ' גלינה בר בע"מ** (נבו) 3.11.2014. השאיר בית המשפט העליון את שאלת היות הרשימה פתוחה או סגורה בצריך עיון.

³⁰ ראו בהתייחס להיקפה של הזכות הקניינית והאיסור על הדרה קטגורית, Avihay Dorfman, *When, and How, Does Property Matter?*, 72 U.T.L.J. 81 (2022).

³¹ ראו התייחסות להפליה כרשלנות בכתביה של Moreau דוגמת, Sophia Moreau, *Discrimination as Negligence*, 36 CAN. J. PHIL. 123 (2010).

³² ראו, למשל, חנוך דגן ואביחי דורפמן "צדק ביחסים" **עיוני משפט** מא 307 (2019) (להלן: דגן ודורפמן "צדק ביחסים").

³³ דוגמה לכתיבה אקדמית בנושא איסור הפליה שמבקשת לערוך איזונים בין חירות לשוויון ניתן לראות במאמריו של משה כהן-אליה. בנושא חוק איסור הפליה ראו משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" **עלי משפט** ג 15 (2003). בנושא חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה ראו משה כהן-אליה "שלוש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי ההפליה בחקיקת העבודה בישראל" **עבודה, חברה ומשפט** יא 195 (2005).

תקיפת ההפליה דרך עוולת הרשלנות, שגם היא מהווה מושג שסתום שבעזרתו ניתן להזרים ערכים למשפט הפרטי.³⁴ בחלקו הרביעי של הפרק אציע לעשות שימוש בעוולת המטרד לציבור לצורך תקיפת הפליה, רעיון שטרם יושם בישראל עד היום.³⁵ **בפרק השלישי** אדון ביכולת לתקוף מקרי הפליה תחת דיני החוזים במסגרת מושגי שסתום כגון תום לב ותקנת הציבור, וכן באמצעות תנאי חוזה משתמעם אשר משמשים מלומדים ובתי משפט בקביעה כי יחס לא שוויוני יכול לעלות כדי הפרה חוזית. לבסוף, **בפרק הרביעי**, אחתום בדיון באיסור הפליה בדיני הקניין תוך התמקדות בסוגים שונים של זכויות במקרקעין. במסגרת הדיון אבקש לאפיין את היחס המשפטי שיש לגלות להפליה במכר דירות ובהשכרת דירות, זאת בהתאם לערכי הקניין, לתכליות המשפט הפרטי ולכללים שנקבעו בנושא במשפט המשווה.

ב. הזכות לשוויון במשפט הפרטי

בפרק זה אבחן את היקף הזכות לשוויון במשפט הפרטי במישור התאורטי. החלק הראשון יבחן את "המסלול הפנימי", דהיינו את האופן שבו האיסור להפלות טבוע מעצם טיבו וטבעו של המשפט הפרטי. בחלק השני אסטה מעט מדרך המלך ואבחן את הזכות לשוויון כפי שחלחלה למשפט הפרטי מן המשפט הציבורי דרך הצינור של גופים דומהותיים. כמובן שחלק זה רלוונטי לגופים דומהותיים מקום שחוק איסור הפליה אינו חל.

ב.1. המשפט הפרטי: השוויון כעיקרון אינהרנטי

החובה לכבד זכויות אדם אינה זרה לענפי המשפט הפרטי. תפיסות משפטיות מדגישות היבטים שונים של חובה זו אף אם הן חלוקות על אודות היקפה. בהקשר של הזכות לשוויון, אין להתעלם מכך שיש שמתנגדים באופן עקרוני לקידומה של זכות זו באמצעות המשפט הפרטי. זאת כאשר הטענות המרכזיות שמשמיעים המתנגדים נוגעות ללגיטימיות, לאפקטיביות, לפגיעה בחופש הפרט ולעלויות של השימוש במשפט הפרטי לצורך קידום ערך השוויון.³⁶ מרבית הטענות האלה מבוססות על הנחה שלפיה השוויון הוא נטע זר לענפיו השונים של המשפט הפרטי, ולא ערך אינהרנטי להם.

אלא שקיימות תאוריות אשר העמידו בסימן שאלה את ההנחה הזו והמחישו מדוע ערך השוויון הוא ערך פנימי במשפט הפרטי, ולא ערך זר לו. תאוריות אלה מתמקדות בכך שעמידה על השוויון בתחומי המשפט הפרטי אינה פוגעת באוטונומיה של הפרטים בחברה, אלא מגשימה את התכליות של ענפי המשפט הפרטי. בפרק זה אציג בקצרה כמה תאוריות מרכזיות שממחישות זאת ומסבירות מדוע וכיצד יש לעמוד על השוויון במקרים שבהם אין חקיקה ספציפית שמחייבת גופים פרטיים לעמוד בו. בהמשך המאמר אפרט על התאוריות האלה ביתר פירוט.

חונך דגן ואביחי דורפמן טוענים כי בישראל, הפרדיגמה המסורתית היא ליברטריאנית המקדשת את חירות ההתקשרות, ובתוכה מופיעים רק "איים" של חקיקה מפורשת שאוסרת על

³⁴ אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי: פרשנות חוקתית 684 (1994). ראו גם Moreau, לעיל ה"ש 31.
³⁵ רונן אברהם "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם יכולה בהחלט להפלותו: תגובה על מאמרו של פרופ' דני סטטמן" **עיוני משפט** מב 283, 306 (2019) (להלן: אברהם "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם יכולה בהחלט להפלותו").
³⁶ ראו קרפז, לעיל ה"ש 6, בעמ' 552–621.

פגיעה בזכויות.³⁷ בין איים אלה מצוי חוק איסור הפליה, שאומנם מטיל חובת אייהפליה על מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות לציבור, אך אינו מספק תשובה הולמת לשאלה מדוע הפרט הוא זה שצריך לשאת בנטל של קידום השוויון.³⁸ דגן ודורפמן מבקרים את גישת החוק, שנשען על תפיסה של האדם הפרטי כמעין "פקיד ציבור ברשות ציבורית", שמהלכיו מוכפפים לאיסור ההפליה. לגישתם, יש להעמיד את המחויבות לשוויון מהותי על אדנים פרטיים, כך שהאיסור על הפליה ינבע מהסדרת יחסי הגומלין של הפרטים על ידי מגבלות פנימיות של המשפט הפרטי. לגישתם, גם בהיעדר דוקטרינות משפטיות חיצוניות או חוקים כגון חוק איסור הפליה, אין מקום להפליה הואיל ועל פי התפיסה הנכונה לגישתם של המשפט הפרטי – תפיסה שאותה הם מכנים "צדק ביחסים" – אין לראות באיסורי ההפליה הסדרים שליליים שהפליה מותרת מחוץ להם, אלא הסדרים ראשוניים האוסרים הפליה מלכתחילה.³⁹

כמובן שגישת "צדק ביחסים" נכונה לכל מערכת משפט פרטי בחברה ליברלית, ולא רק למשפט הישראלי. בבסיסה של הגישה עומדת התפיסה כי המשפט הפרטי הוא בעל ערך טבוע לכינון מסגרות של יחסים צודקים בין פרטים כשבבסיסו המחויבויות להגדרה עצמית ולשוויון מהותי.⁴⁰ קחו לדוגמה אישה המשכירה דירה פרטית שירשה ואשר אינה דירת מגורים. על פניו, האישה אינה מחויבת להימנע מהפליה על פי חוק איסור הפליה,⁴¹ ויהיה זה מלאכותי להחיל עליה חובות מן המשפט הציבורי הנוגעות לשוויון כאילו שהייתה אחת מזרועותיה של המדינה. עם זאת, ההפליה על ידי אותה האישה תהא פסולה תחת גישת צדק ביחסים, שאינה בוחנת אילו סוגי הפליה הם נפוצים ופוגעניים דיים על מנת שנרצה לאסור אותם, אלא אך את הפגיעה החברתית הטמונה בפעולות מופלות.⁴² ואכן, לגישתם של דגן ודורפמן ניתן למצוא בפסיקה הישראלית הכרעות שמבוססות על תפיסה רעיונית שעיקריה עולים בקנה אחד עם תאוריית צדק ביחסים. במסגרת הכרעות אלה מעניק בית המשפט פרשנות צודקת לחלקים מן המשפט הפרטי, כך שהם יגשימו את תכליתם החברתית.⁴³

³⁷ דגן ודורפמן "צדק ביחסים", לעיל ה"ש 3232, בעמ' 374–382. גישה נוספת תורת משפטית המתמקדת בהבנה של מהות הזכות הקניינית ואשר גם לה נפקויות באשר ליכולת של בעל קניין להדיר ולהפלות ניתן למצוא במאמרו של Dorfman, לעיל ה"ש 30.

³⁸ שם, בעמ' 375.

³⁹ שם, בעמ' 379.

⁴⁰ שם, בעמ' 322. על פי התאוריה, חיי היום יום של הפרט מתאפיינים במידה רבה של יחסי גומלין, רצוניים או לא רצוניים, שמשפיעים על יכולתו של הפרט להתנהל באופן עצמאי בחייו ולראות את עצמו כשווה לאחרים, שם, בעמ' 328. המשפט הפרטי מסדיר את יחסי הגומלין האלה באמצעות חובות וזכויות "יחסניות", שזכות ההגדרה העצמית אינה נגזרת מהן באופן אוטומטי, אלא מקימה חובת התאמה (accommodation) אשר מביאה בחשבון את הנסיבות הפרטיקולריות של הצדדים בהתבסס על כבוד הדדי לזכותו של האחר לאוטונומיה, שם, בעמ' 329.

⁴¹ ס' 3 לחוק איסור הפליה חל על מי "שעיסוקו הספקת מוצר או שירות ציבורי", ואילו בדוגמה זו אין ההשכרה מהווה עיסוקה של האישה.

⁴² דגן ודורפמן "צדק ביחסים", לעיל ה"ש 32, בעמ' 379.

⁴³ בפרט, את גישתם מדגימים דגן ודורפמן באמצעות עניין סבח, לעיל ה"ש 9. הפרשה עסקה בתיקון לפקודת האגודות השיתופיות שאפשר ליישוב לסרב לקבל מועמד למגורים על בסיס חוסר התאמה לחיי החברה או למרקם החברתי-תרבותי של היישוב (ס' 6(א)-(4)-(5) לחוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות, התשע"א-2011). בפסק הדין שנכתב על ידי השופטת חיות אומנם לא התקבלה הכרעה בנוגע לחוקתיות התיקון, אך נקראו לתוך התיקון אמות מידה ליישומו המצמצמות את יכולת הסירוב של היישובים. ראו עניין סבח, שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופטת חיות. דגן ודורפמן עומדים על כך שאמות המידה האלה נשאבו מתוך החוק עצמו באופן התואם את תפיסתם על צדק ביחסים. בפרט, הואיל ומורכב לכוון קהילות, מוצדק לאפשר להן לדחות מועמדים שעתידיים להקשות על הקהילה. אולם דחיית מועמד שאינו מהווה איום על הצלחת הפעולה המשותפת פוגעת בצדק ביחסים, ואין זה מוצדק שכוחה של המדינה יעמוד מאחורי הפגיעה. משום כך קבעה חיות שיש להגביל את סמכות הדחייה למקרים בהם הוכחה – בנטל ראיה גבוה – פגיעה במרקם החברתי. יש לציין כי דיני האגודות השיתופיות מצויים על התפר שבין המשפט הפרטי למשפט הציבורי, שכן במרבית המקרים אגודות שיתופיות עושות שימוש בקרקעות מדינה. אולם דגן ודורפמן מתייחסים לאופן הפרשנות של השופטת (כתוארה אז) חיות ככזה שמגשים את תפיסת צדק ביחסים, באופן שיכול להיות רלוונטי לכל דבר חקיקה מהמשפט הפרטי.

בעוד תאוריית הצדק ביחסים רלוונטית לכל ענפי המשפט הפרטי, יש מלומדים שבחנו את תחולתה הפנימית של הזכות לשוויון באופן ממוקד, בתוך כל אחד מבין ענפיו המרכזיים של המשפט הפרטי: דיני חוזים, דיני נזיקין ודיני קניין, שהרי אופייה האינהרנטי של הזכות, היקף השתרעותה בתוך התחום המשפטי והדין הנגזר מכך משתנים בין ענף משפטי אחד למשנהו.

כך, מלומדים סברו כי הזכות לשוויון אינהרנטית לענף **דיני החוזים**, שכן היא מגשימה את תכליותיו ועולה בקנה אחד עם הדין המצוי. בהיבט התאורטי, חוזים נועדו להעניק אוטונומיה לפרט ולאפשר לו לכתוב את סיפור חייו. צד שסובל מהפליה אינו נהנה מהחירות לכתוב את סיפורו, שכן הברירות שלו מוגבלות מלכתחילה והחוזים שהוא כורת במהלך חייו אינם משקפים בחירות אוטונומיות מלאות. לכן, שוויון בדיני החוזים אינו נועד להקריב את האוטונומיה של מי מהצדדים לטובת קידום ערכים חברתיים, אלא דווקא למקסם את האוטונומיה עצמה. הברירות שלו מוגבלות מלכתחילה, ולכן החוזה שהוא נכנס אליו אינו משקף באמת בחירה אוטונומית מלאה.⁴⁴ בהיבט הדוקטרינרי, דיני החוזים מהווים מנוף קיים להטמעת זכויות האדם במשפט הפרטי. ואכן, בחוק החוזים הישראלי מצויים סעיפים שמחד גיסא מחזקים את האוטונומיה, ומאידך גיסא מהווים מקור להסגת חירויות לצורך התחשבות בזולת.⁴⁵

בבסיס הניתוח של ענף **דיני הנזיקין** עומדות תאוריות רבות, שמרביתן מתמקדות בצדק (לרוב מתקן), ביעילות כלכלית או בשילוב בין השניים. בתוך כך, חלק מן התאוריות שמתמקדות בצדק ממחישות כי עקרון השוויון הוא פנימי לדיני הנזיקין. דגן ודורפמן למשל טוענים כי דיני הנזיקין נועדו להגן על הפרט מפני פעולות שליליות ומזיקות שבהן הוא עלול להיתקל בדרך למימוש מטרותיו. על מנת לאפשר לפרט לממש מטרות אלה באופן המיטבי, על היחסים שבינו לבין המזיק להתאפיין בשוויון ובאוטונומיה של כל אחד מהצדדים. כפועל יוצא מכך, הם טוענים שחובת הזהירות צריכה להשתנות ממקרה למקרה, בהתאם לתכונות הניזוק, על מנת להביא לשוויון מהותי בין ניזוקים שונים.⁴⁶ לצד זאת, יש לוודא שהטלת חובת זהירות נרחבת אינה פוגעת יתר על המידה באוטונומיה הנתונה למזיק.⁴⁷ גם יפעת ביטון טוענת שעקרון השוויון צריך לבוא לידי ביטוי במסגרתה של חובת הזהירות, באמצעות התחשבות בפערי הכוח החברתיים שבין הצדדים השונים לסכסוך הנזיקי.⁴⁸

אריאל פורת, מהמזוהים עם הגישה הכלכלית למשפט, מותח ביקורת על הגישה שרואה בשוויון כערך אינהרנטי לדיני הנזיקין. לטענתו, גישה כמו צדק ביחסים מתעלמת מתפקידם של דיני הנזיקין בהכוונת התנהגות ומשכך עלולה להוביל לפגיעה ברווחה החברתית הכוללת. אך גם פורת סבור כי לשוויון יש מקום בדיני הנזיקין כערך חברתי חשוב ורצוי וכי קידומו עולה בקנה אחד עם קידום הרווחה החברתית, ולכן יש להתחשב גם בו כשניתן לעשות זאת.⁴⁹

⁴⁴ ראו את הדיון בתאוריה של דגן והלר, להלן בפרק ג.

⁴⁵ ראו את הדיון בתאוריה של בוקשפן וכשר, להלן בפרק ג.

⁴⁶ דגן ודורפמן "צדק ביחסים", לעיל ה"ש 32, בעמ' 344-348.

⁴⁷ חנוך דגן ואביחי דורפמן "תשובה למגיבים: צדק ביחסים – על תיאוריה משפטית, תיאוריה פוליטית וגישה ביקורתית" **עיוני משפט** מא 439, 442 (2019).

⁴⁸ ראו את הדיון בתאוריות של ביטון, להלן בפרק ד.

⁴⁹ אריאל פורת "צדק ביחסים ודיני נזיקין: ביקורת על 'צדק ביחסים' של חנוך דגן ואביחי דורפמן" **עיוני משפט** מא 385 (2019); Kimberly A. Yuracko & Ronen Avraham, *Valuing Black Lives: A Constitutional Challenge*, 106 CLR 325 (2018); Ronen Avraham & Kimberly Yuracko, *Tort and Discrimination*, 78 OHIO ST. L. J. 661 (2017).

סוגיות של שוויון מתעוררות בדיני הקניין בעיקר בנוגע לתחומים גבולותיה של זכות הבעלות, באופן שהשימוש בה לא יפגע בזכויותיהם של אחרים. מכיוון שהבעלות היא זכות חשובה וייחודית, שכן באמצעות רכישת בעלות על קניין יכול האדם לממש את רצונותיו ולהביא את השקפותיו לידי ביטוי מעשי, היא מחייבת את בעלי הזכות לנהוג בכבוד בכל הנוגע לשימוש בקניינם, על מנת לאפשר גם לבעלי קניין אחרים לממש את עצמם באופן דומה.⁵⁰ כך, למשל, כאשר מקרקעין משמשים להפעלה של מקום ציבורי, הכבוד ההדדי צריך לבוא לידי ביטוי במתן אפשרות שווה לפרטים לגשת לאותו מקום ציבורי, על מנת לאפשר להם להגדיר את עצמם בהתאם לרצונותיהם. אף שניתן להמשיג זאת כפגיעה בזכות הקניין, דגן סבור שההצדקה לבעלות היא העובדה שהיא מאפשרת לאדם להגדיר את עצמו, ולכן היא אינה יכולה לשמש לפגיעה ביכולתם של אחרים להגדיר את עצמם באופן שפוגע בליבת הזכות.⁵¹

2.2. בין הפרטי לציבורי: חובת השוויון של גופים פרטיים שממלאים תפקיד ציבורי (גופים דר מהותיים)

המחשה מן הפסיקה לכך שניתן להחיל חובות של כיבוד שוויון גם על גופים פרטיים ניתן למצוא בתפר שבין המשפט הפרטי למשפט הציבורי. על גופים ציבוריים חלות נורמות של שוויון ואיסור הפליה מכוח עקרונות המשפט החוקתי והמנהלי. על גופים פרטיים, לעומת זאת, נהוג לסבור (בטעות כפי שאראה בהמשך) כי הנורמות האלה מוחלות בדרך עקיפה בלבד, בהתבסס על דברי חקיקה ספציפיים – כמו חוק איסור הפליה. אולם, ההבחנה בין גופים פרטיים לציבוריים מעולם לא הייתה חד־משמעית. לפיכך, בטרם נחקקו דברי חקיקה ספציפיים שמחילים חובות של שוויון ואיסור הפליה גם על גופים פרטיים – הכיר המשפט הישראלי בבן הכלאיים שהוא גוף דרמהוטי. ככלל, מדובר בגוף פרטי שבפעילותו או בתחומי אחריותו באים לידי ביטוי גם היבטים ציבוריים מסוימים. בפרט, ההלכה היא שגוף יוגדר כדרמהוטי אם הוא התאגד על פי דיני המשפט הפרטי ומתנהל על פי בחירות אוטונומיות מחד גיסא, אך עושה שימוש מהותי בקניין הציבור מאידך גיסא.⁵²

בפסיקה נקבע כי על גוף דרמהוטי חלות הן נורמות מהמשפט הפרטי והן נורמות מהמשפט הציבורי, במסגרת משטר משפטי שמכונה "דואליות נורמטיבית". כך, למשל, בעניין גזעון הוכרה חברה קדישא כגוף דרמהוטי, שמצופה ממנו לכבד רף מסוים של שוויון וממלכתיות.⁵³ מדברים אלה עולה כי ככל שגוף פרטי יוגדר כגוף דרמהוטי – הוא יחויב לכבד שוויון באופן רחב יותר, דהיינו גם במקרים שבהם פעולותיו הפוגעות בשוויון אינן עולות כדי הפרה של חוק איסור הפליה. אם כן, יש לבחון האם גוף שחוק איסור הפליה אינו חל על פעילותו הוא אכן דרמהוטי אשר ניתן להחיל עליו את חובות השוויון ואיסור הפליה מן המשפט הציבורי.

לטענתו של אסף הראל, יש לקבוע כי גוף הוא דרמהוטי במקרים שבהם האינטרס הציבורי הגלום בפעילותו הפרטית מחייב זאת, בהתאם להיקף השימוש שלו בקניין הציבורי. השאלה המורכבת

⁵⁰ HANOCH DAGAN, A LIBERAL THEORY OF PROPERTY 126-28 (2021)

⁵¹ שם, בעמ' 131-135.

⁵² אסף הראל "גוף דרמהוטי כיציר כפיו של המחוקק בראי חוק הספורט, תשמ"ח-1988" עלי משפט ט 419, 425-426 (2011) (להלן: "הראל" גוף דרמהוטי כיציר כפיו של המחוקק).

⁵³ ע"א 280/71 גזעון נ' חברה קדישא, פ"ד כז(1) 11, 18 (1972). שם נכתב כי "לאור מהותה ותפקידיה של חברה קדישא אשר נוסדה כדי לתת שירותי קבורה ליהודים, הרי היא נחשבת לגוף קוואזיציבורי, הממלא תפקידים ציבוריים חיוניים, למרות היותה רשומה כאגודה עתמאנית".

היא כיצד נבחן מתי שימוש בקניין הציבור נהיה מהותי דיו כדי שנחיל את הדואליות הנורמטיבית. התשובה נעוצה בראיית הדואליות הנורמטיבית כמנעד – בין נקודות הקיצון של הפרטי לגמרי והציבורי לגמרי, שביניהן יש אפשרויות ביניים רבות. בהלימה לכך, ככל שאופיו של הגוף ציבורי יותר, אזי נחיל עליו יותר נורמות מן המשפט הציבורי.⁵⁴ אולם לטענת הראל, יש לבחון גם את מידת הפגיעה באוטונומיה של הגוף הדומהותי שבחר להתאגד בהתאם לכללי המשפט הפרטי, אך מחילים עליו חובות מן המשפט הציבורי מבלי שיש לו אפשרות להימנע מכך. את הבחינה הוא מציע לבצע בהתאם לנוסחת איזון שתביא בחשבון את ההיבטים הציבוריים בפעילותו של הגוף הדומהותי למול היקף החובות שמחילים עליו ומידת ההכבדה שלהן לעומת כללי המשפט הפרטי. לאיזון זה יש להידרש באופן נקודתי בכל מקרה ומקרה שבו מבקשים להחיל על גוף דומהותי חובה כלשהי מחובות המשפט הציבורי.⁵⁵

חני אופקגנדלר מתייחסת לשאלה זו בהקשר של דיני העבודה ומציעה ארבעה שיקולי עזר לצורך החלת חובות מן המשפט הציבורי על גוף מעביד בכל הנוגע ליחסיו עם העובדים. **המבחן הראשון** מאגד בתוכו את כלל המבחנים שנקבעו בפסיקה לצורך סיווג גוף כדומהותי, וביניהם: מטרת הגוף, טיב השירות שהוא מעניק, מקור התקצוב שלו והמעמד שלו בשוק. ככל שגוף מעביד עומד במאפיינים רבים יותר, כך מוצדק להחיל עליו נורמות ציבוריות רבות יותר. **המבחן השני** הוא מבחן שבמסגרתו מובאים בחשבון גודל הגוף המעביד וכוחו הכלכלי – ככל שהגוף גדול וחזק יותר, כך נצדיק יותר התערבות מתוך הדין הציבורי. **המבחן השלישי** הוא מבחן משך יחסי העבודה – ככל שיחסי העבודה ארוכים יותר, התלות של העובד במעביד גוברת, ובהתאם האחריות הציבורית של המעביד. **המבחן הרביעי** הוא מבחן סוג הפעולה – ככל שהפעולה שאותה מבקש גוף מעביד נקוט היא בעלת השפעה גדולה יותר על הקניין הציבורי, כך תגדל ההצדקה להתערב בפעולה זו.⁵⁶ מהצעותיהם של הראל ואופקגנדלר עולה כי קביעה שגופים מסוימים שחוק איסור הפליה אינו חל על פעילותם הם גופים דומהותיים עשויה לספק מענה משפטי של ממש לנפגעי ההפליה, לפחות בחלק מהמקרים. זאת בעיקר כאשר מדובר בגופים משמעותיים ובעלי השפעה גדולה, שאיזון בין האוטונומיה שלהם לבין זכויות הפרט לא יותר ספק בדבר הצורך שהם יעניקו שירות שווה לכלל האזרחים. בהקשר להפליה בדיוור, מציין גיל גרמור כי כבר כיום ישנם גופים פרטיים רבים שאחראים על הספקת דיוור לציבור והם בעלי מאפיינים ציבוריים מובהקים.⁵⁷ במקרים אלה ניתן לקבוע כי המדובר בגופים דומהותיים ולהחיל עליהם את כללי המשפט הציבורי.⁵⁸ בדרך זו ניתן יהיה לצמצם מופעים רבים של הפליה בדיוור אשר אינם כלולים בגדר חוק איסור הפליה. בתוך כך יש להדגיש כי המשמעות הפרקטית של החלת נורמות של שוויון על גופים פרטיים בדרך של הגדרתם כגופים דומהותיים היא כבדת משקל. זאת בעיקר לאור האיסורים הנרחבים יותר במשפט הציבורי על פגיעה בשוויון ועל הפליה, ולנוכח העובדה שהן חלות על הגוף הדומהותי

⁵⁴ הראל "גוף דומהותי כיציר כפיו של המחוקק", לעיל ה"ש 52, בעמ' 432.

⁵⁵ אסף הראל **גופים ונושאי משרה דו-מהותיים** 503–505 (מהדורה שנייה 2019) (להלן: **הראל גופים דו-מהותיים**).

⁵⁶ חני אופקגנדלר "המעביד כגוף דו מהותי" **ספר סטיב אדלר** 180–182 (2016).

⁵⁷ גרמור מציג כמה דוגמאות של גופים בעלי מאפיינים ציבוריים שאחראים על הספקת דיוור. בראשם הסוכנות היהודית וקרן קיימת לישראל, שאחראיות על הקמת יישובים ועל אכלוסם. כמו כן, הוא מתייחס לאגודות שיתופיות שעושות שימוש בקרקע ציבורית ומסננות מועמדים, לאוניברסיטאות שמספקות מעונות סטודנטים ולחברות משכנות כמו עמידר. ראו גרמור, לעיל ה"ש 52 בעמ' 549–550.

⁵⁸ שם, בעמ' 549.

באופן ישיר.⁵⁹ כך, למשל, בעוד במשפט הפרטי אין איסור לנהוג בשרירותיות או להפלות על בסיס מאפיין שאינו מצוי ברשימה שבחוק איסור הפליה, איסור כזה אכן קיים במשפט המנהלי. על כן, בעל עסק פרטי המונע מלקוחות ששם משפחתם מתחיל באות אל"ף להיכנס לחנותו אינו עובר ככל הנראה על שום חוק. אולם אם ייקבע כי מדובר בעסק דרמהוטי, פני הדברים יהיו שונים, והוא יחויב לנהוג בשוויון גם כלפיהם.

עם זאת, מדובר בפתרון חלקי, שכן מובן כי לא ניתן לקבוע לגבי כל גוף באשר הוא כי הוא דרמהוטי. אלא שכיום כבר קיימת בישראל תשתית משפטית לתחולה (גם אם חלקית) של זכויות אדם – ובהן הזכות לשוויון – גם על מערכות יחסים שבין גופים פרטיים לחלוטין. נקודת המפנה בעניין זה הייתה בפסק הדין בעניין **קסטנבאום**,⁶⁰ שבו עמד השופט (כתוארו אז) ברק על כך שיש מקום להחיל את זכויות האדם על מערכות בין פרטים, בהתבסס על השקפתו בדבר אחדותם של עקרונות היסוד של השיטה.⁶¹ אף שפסק הדין עסק בעניינו של גוף דרמהוטי שפגע בשוויון, העדיף ברק לבסס את הפסיקה שלו על המשפט הפרטי, תוך שהוא מציין במפורש כי היה מגיע לתוצאה זהה גם אם שני הצדדים לסכסוך היו פרטיים לחלוטין.⁶²

מאז עניין **קסטנבאום** חלו התפתחויות מרכזיות נוספות. שיטת המשפט הישראלית הכירה במסגרת חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו בזכותו של אדם לכבוד זכות חוקתית,⁶³ ובמסגרת הזכות לכבוד אף הוכרה הזכות לשוויון.⁶⁴ ואכן, מאז חקיקת חוק היסוד הלכה והתגברה המגמה של הטמעה שקטה של נורמות מעולם זכויות האדם, ששימשו במקור להגנה מול רשויות השלטון (או מול גופים דרמהוטיים), אל תוך המשפט הפרטי-אופקי, וזאת על אף שהתהליך לא התבסס על הוראות מפורשות בחוקי היסוד עצמם.⁶⁵ כך נפתח הפתח להחלת עקרונות שהיו שמורים למשפט הציבורי או למשטר הדואליות הנורמטיבית גם במשפט הפרטי.⁶⁶

עד כאן דברי הרקע. לניתוח מדויק יותר של האפשרויות השונות שגלומות במשפט הפרטי כיום לצורך הגנה על זכויות אדם אפנה בפרקים הבאים.

⁵⁹ הראל **גופים דרמהוטיים**, לעיל ה"ש 5555, בעמ' 208–209; ע"א 8956/17 **מנסור נ' המועצה המקומית כוכב יאיר צור יגאל**, פסי' 40–43 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (נבו) 14.1.2021.

⁶⁰ ע"א 294/91 **חברת "קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464 (1992). על כך שפסק הדין נחשב לנקודת מפנה ראו גם דפנה ברק-ארז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הניזקין: המהפכה השקטה" **קריית המשפט** ח 11, 15 (2009).

⁶¹ שם, בפסי' 21 לפסק הדין של השופט ברק, הבהיר השופט ברק כי המשפט הפרטי כולל בחובו כמה דוקטרינות אשר משמשות כלים להזרמת עקרונות יסוד וזכויות אדם. מכיוון שהיה מדובר על סכסוך חוזי, התייחס ברק לדיני החוזים וניתח את המקרה בהתאם לדין החוזי, ולא בהתאם לכללי המשפט הציבורי. ברק התייחס למושגי השסתום – תום לב, תקנת הציבור ותנאי מקפח בחוזה אחיד – וקבע כי אלה משמשים על מנת לקבוע כי ישנן זכויות שהצדדים לחוזה חייבים לכבד. ברק אף פרס יריעה רחבה על אודות כל אחד מהמושגים, תוך שהוא מבהיר את גבולותיו של כל מושג ואת המקרים שבהם ניתן וראוי להשתמש בו על מנת להזרים עקרונות יסוד חוקתיים למשפט הפרטי.

⁶² השאלה שעלתה בפסק דין **קסטנבאום**, שם, הייתה האם רשאית חברה קדישא לאסור על משפחת הנפטר לחרוט כיתוב לועזי על מצבתו. בעניין זה הוכר כי חברה קדישא היא גוף דרמהוטי משום שהיא ממלאת תפקיד ציבורי על פי דין ופונקצייה קיומית חיונית וכן מהיותה מונופול. לשיטת השופט ברק, זכויות האדם חלות באופן עקיף במשפט הפרטי דרך מושגי השסתום שבו (תום לב ותקנת הציבור) ומכוח עקרונות היסוד של השיטה המשפטית – ביניהם כבוד האדם. הנשיא שמגר, שהצטרף לתוצאה שאליה הגיע ברק, ביסס את פסק דינו על כללי המשפט הציבורי, שכן חברה קדישא מהווה גוף דרמהוטי שחלה עליו החובה לנהוג בשוויון. השופט ברק העדיף לבסס את פסק דינו על כללי המשפט הפרטי, ולא הסתפק בבחינת מעמדה של חברה קדישא כגוף דרמהוטי. בהתאם לכך קבע ברק כי גם אם חברה קדישא הייתה גוף פרטי לחלוטין, הוא היה נכון לקבוע כי התנאי בחוזה הוא פסול, בין אם מתוקף תקנת הציבור ובין אם מתוקף היותו תנאי מקפח בחוזה אחיד.

⁶³ ס' 2 לחוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁶⁴ בג"ץ 5394/92 **הופרט נ' "יד ושם"**, פ"ד מח(3) 353, 362 (1994) השופט אור קבע כך: "היום ניתן לעגן את עקרון השוויון בחוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו. עיגון כזה משמעותו העלאת עקרון השוויון למדרגה נורמטיבית חוקתית, על-חוקית".

⁶⁵ ברק-ארז וגלעד, לעיל ה"ש 60, בעמ' 12.

⁶⁶ הראל **גופים דרמהוטיים**, לעיל ה"ש 55, בעמ' 206–207.

ג. איסור הפליה בדיני החוזים

לחול הרעיון של זכויות האדם אל המשפט הפרטי מעורר שאלות גם בתחום דיני החוזים. חנוך דגן ומייקל הלר טוענים כי על המדינה לאכוף חוזים לא רק על מנת להיטיב עם החברה, מטעמי יעילות, אלא, בעיקר, על מנת להגביר את מרחב האוטונומיה של הפרטים.⁶⁷ לגישתם, אוטונומיה דורשת חופש בחירה מהותי, ולא רק חירות מהתערבות המדינה בחתימת חוזה.⁶⁸ גישה זו יכולה להציע הצדקה מכיוון שונה לשימוש בדיני חוזים ככלי למיגור הפליה: אין מדובר בהקרבה של האוטונומיה של מי מהצדדים לטובת קידום ערכים חברתיים כגון שוויון, אלא דווקא מקסום אותה אוטונומיה עצמה. צד לחוזה שסובל מהפליה אינו נהנה מהחירות לכתוב את סיפור חייו, הברירות שלו מוגבלות מלכתחילה, ולכן החוזה שהוא נכנס אליו אינו משקף באמת בחירה אוטונומית.⁶⁹

גישה אחרת ניתן למצוא אצל עלי בוקשפן ואסא כשר הסבורים כי קרבתם וזיקתם של דיני החוזים לאזרחים הפרטים ולמרכיבים של חיי היום יום וקשרם הקרוב לערכים חברתיים הופכים אותם למנוף טבעי ומעשי להטמעת זכויות האדם במשפט הפרטי.⁷⁰ הם מצביעים על כך שהמתח בין חירות הפרט להתקשר כרצונו לבין אחריותו לשמירה על זכויות האדם של זולתו מעוגן כבר בחוק החוזים עצמו בסעיפים המחזקים מחד גיסא את חופש החוזים והאוטונומיה, לצד החלתם תחת מושגי שסתום כמו תום הלב ותקנת הציבור כמקור להסגת אותן חירויות לצורך התחשבות בזולת מאידך גיסא.⁷¹ מלומדים נוספים הכירו גם הם בכך שתקנת הציבור ותום הלב משמשים כאמצעי פיקוח ובקרה על חופש הצדדים לעצב את החוזה כרצונם, באופן שאינו פוגע קשות בזכויות יסוד.⁷²

ואכן, המודל שהתקבל בפסיקה הישראלית הוא של החלת זכויות האדם בדיני החוזים באמצעות שימוש במושגי שסתום. מודל זה מכונה "מודל התחולה העקיפה", ובגדרו מוחדרות זכויות האדם אל תוך הדין החוזי באמצעות שימוש בעקרונות ובמושגי השסתום שמהווים חלק אינהרנטי מדיני החוזים בישראל: תום לב, תקנת הציבור ותנאי מקפח בחוזה אחיד. עליהם מתווספת גם האפשרות לעשות שימוש בדוקטרינה של תנאי חוזה משתמעים, שמהווה מופע נוסף של עקרון תום הלב בדיני החוזים. מודל התחולה העקיפה רלוונטי במיוחד למאבק במקרי הפליה מובהקים שאינם עולים כדי הפרה של חוק איסור הפליה, כמו מקרים מסוימים של הפליה בדיור.⁷³ בעניין **מייטל** אף הובעה עמדה דומה על ידי היועץ המשפטי לממשלה, שציין בחוות דעתו כי גם בחוזי דיור נגזרת חובת השוויון ממושגי השסתום של תום הלב ותקנת הציבור.⁷⁴ בעניין **פרוז'אנסקי**, שעסק בתחולתו ובהיקפו של חוק איסור הפליה, נדונו התהליכים ההיסטוריים שהובילו לחדירת עקרון השוויון למשפט הפרטי בישראל (המישור הפרטיאופקי).

⁶⁷ HANOCH DAGAN & MICHAEL HELLER, THE CHOICE THEORY OF CONTRACTS (2017) 67
⁶⁸ כך, חוזה שנחתם בליט ברירה אינו משקף בחירה אוטונומית, ועל מנת לתקן זאת על המדינה לעיתים להתערב כדי למנוע מצב של חוסר ברירה. שם, בעמ' 2, 67–68, 111–112.
⁶⁹ לגישתם, הגבלת חופש הצדדים על ידי, למשל, פסיקת אכיפה או הגבלות על חירות הצדדים לעצב את החוזה כרצונם, לדוגמה בחוזי צרכנות, יכולה בניגוד לאינטואיציה למקסם אוטונומיה.
⁷⁰ עלי בוקשפן ואסא כשר "החלה ישירה של זכויות האדם על הכלל" **עיוני משפט** מ 45, 48, 76 (2017).
⁷¹ שם, בעמ' 77.
⁷² גבריאלה שלו "מה נותר מחופש החוזים" **משפטים** יז 465, 473 (1987); דפנה ברקארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" **משפט וממשל** ט 103, 120 (2005); הלה קרן "שוויון בדיני חוזים – קריאה פמיניסטית" **משפטים** לא 269 (2000).
⁷³ גרמור, לעיל ה"ש 22, בעמ' 556–561. ראו גם יוחאי בנקלר "אי-הפליה בדיור: תחולה, היקף וסעדים במסגרת המשפט הקיים" **עיוני משפט** טז 131, 166–170 (1991).
⁷⁴ היועץ המשפטי סבר כי חובת השוויון אף נובעת מעולות הרשלנות, שבה נקיים דיון נוסף בהמשך המאמר. עניין **מיטל**, לעיל ה"ש 23, בפס' 8 לפסק הדין של השופט מזוז.

כחלק מדיון זה הוקדשה תשומת לב מיוחדת לענף דיני החוזים, תוך שהשופט דנציגר ציין כי התמורות שחלו במשפט הפרטי לאורך השנים התאפשרו, בין היתר, הודות למושגי השסתום שנקלטו בדיני החוזים, כמו תום הלב ותקנת הציבור.⁷⁵ לצד זאת ציין דנציגר כי עקרון היסוד שעליו מושתת המשפט הפרטי הוא עקרון החירות וכי לטעמו כשהמדובר בגופים פרטיים לחלוטין ראוי להחיל את עקרון השוויון רק לאור דבר חקיקה מפורש, כמו חוק איסור הפליה, ולא באמצעות מושגים אלה.⁷⁶ השופט גיבראן חלק על דעתו של דנציגר בנושא זה וציין כי חוק איסור הפליה לא הוביל ליצירת מושג חדש של שוויון שחורג מתפיסת השוויון הכללית במשפט החוקתי הישראלי. גיבראן עמד על כך שייחודו של חוק איסור הפליה מתמצה "בעיצוב הכלים האופרטיביים העומדים לרשותו של נפגע הפליה בבקשו סעד מבית המשפט".⁷⁷

כפי שאראה להלן, לאורך השנים נעשה בפסיקה שימוש במושגי השסתום על מנת להעניק סעד למי שנפגע מהפליה, זאת, כשהיה מדובר בגופים ציבוריים ודרמהותיים, אך גם כשהפליה ננקטה מצידם של גופים פרטיים לחלוטין. לטעמי, השימוש שעשתה הפסיקה במושגי השסתום האלה ממחיש כי בדיוק כפי שציין השופט גיבראן, חוק איסור הפליה לא הוביל ליצירת מושג חדש של שוויון שחורג מתפיסת השוויון הכללית הנהוגה בישראל.

1.1. תום לב

כבר בשנת 93 כתב אהרון ברק⁷⁸ כי הטעם לאיזון בין חופש ההתקשרות לעקרון השוויון מבוסס על התפיסה כי חופש ההתקשרות הוא בעל העוצמה הרבה ביותר כאשר הוא נוגע בפרטיותו של אדם, והולך ונחלש ככל שהוא מכוון כלפי הציבור. באופן דומה, הזכות שלא להיות מופלה היא החזקה ביותר כאשר ניתן שירות לכלל הציבור. ברק מוצא (ויש להזכיר שמדובר בכתביה טרם חוק איסור הפליה) כי עקרון תום הלב הוא המתאים ביותר במקרה זה הואיל והוא בעל ערך אובייקטיבי, המשקף איזון ראוי בין ערכים מתנגשים תוך קביעת רמת מינימום להתנהגות הוגנת במשא ומתן חוזי.⁷⁹ על כן יש להכיר בכך שתחת נסיבות מתאימות, שבהן "ידו של ערך השוויון על העליונה" – עקרון תום הלב מחייב שוויון.⁸⁰

ואכן, אחת הדרכים החשובות היום להתמודדות עם הפליה בדיני החוזים נסמכת על חובת תום הלב במהלך קיום המשא ומתן, כמו גם על חובת תום הלב בקיום של חיוב הנובע מחוזה ובשימוש בזכות הנובעת מחוזה.⁸¹ כך, בפרשת **שמסיאן**, שעסקה באישה נכה שלא אופשרה כניסתה למועדון בשל נכותה, נקבע כי הואיל והתובעת הסתמכה על מודעה, וסירוב המועדון נבע מחמת היותה נכה היושבת בכיסא גלגלים, התנהגות המועדון עולה כדי חוסר תום לב לפי סעיף 12 לחוק החוזים.⁸² בפרשת **נעאמנה** פארק מים סירב להכניס מבקרים ערבים, ונקבע כי בכך הפר את חובת תום הלב בניהול משא ומתן אליה היה מחויב לפי ס' 12 לחוק החוזים (כללי) (אם כי הפיצויים בפועל

⁷⁵ עניין **פרוז'אנסקי**, לעיל ה"ש 9, בפס' 18 לפסק הדין של השופט דנציגר.

⁷⁶ שם, פס' 36 לפסק הדין של השופט דנציגר.

⁷⁷ שם, בעמ' 32.

⁷⁸ אהרון ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" **ספר קלינגהופר: על המשפט הציבורי** 163, 201 (יצחק זמיר עורך 1993).

⁷⁹ שם, בעמ' 202.

⁸⁰ שם, בעמ' 204.

⁸¹ ס' 12 ר' 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

⁸² ת"א (שלום תל אביב-יפו) 15/97 **שמסיאן נ' מסעדת גני רוזמרי** (נבו 1999.1.12).

ניתנו בשל הפרת חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל מסלול זה אדון בהמשך).⁸³ באופן דומה, בעניין **אל על**⁸⁴ נקבעו פיצויים לזוג ערבי אשר הופלה בבדיקת הבטחוני בגין חוסר תום לב (וגם כאן גם מתוקף הפרת חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו, בגין הפגיעה בכבוד). אומנם מדובר במקרים ישנים שנדונו טרם חקיקת חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, אך עם זאת, אין מניעה עקרונית לראות בעקרון תום הלב בסיס לתביעת הפליה עוד טרם נכרת חוזה בין הצדדים גם לאחר חקיקת החוק.⁸⁵

עם זאת, חשוב לעמוד על כך שהפסיקה המאוחרת לחוק איסור הפליה נכונה יותר לעשות שימוש בעילות החוזיות במקרים שבהם ההפליה מתרחשת בשלב **ביצוע** החוזה, ופחות בשלב המשא ומתן לקראת כריתתו.⁸⁶ הדבר מתיישב עם המגמה הכללית שהתפתחה בפסיקה עוד לפני כן, שלפיה ככל שהחוזה רחוק יותר משלב הביצוע, אזי היקף תום הלב שהצדדים מחויבים בו מצטמצם גם הוא. כך, למשל, בעניין **בית יולס** נקבע בדעת רוב כי בשלב הטרם חוזי של עריכת מכרז, עורך המכרז אינו מחויב לנהוג בהצעות שהוגשו באופן שוויוני, וכי אין מדובר בהפרה של חובת תום הלב.⁸⁷ לאחר מכן, בעניין **קל בנין**, נקבע כי בשלב הביניים שבין עריכת המכרז לבין חתימה על חוזה עם אחת המציעות, קיימת חובה לנהוג בהגינות כלפי המציעה שהתנהל עימה משא ומתן.⁸⁸ לעומת זאת, במקרים שבהם חוזה כבר נחתם ואף נכנס לשלב הביצוע – כמו בעניין **קסטנבאום** – נקבע כי היקף ההשתרעות של עקרון תום הלב הוא רחב מאוד וכי ניתן לגזור ממנו גם חובה לנהוג בשוויון.⁸⁹ ואכן, בפסיקה המאוחרת לחוק איסור הפליה בפרשות שבהן נדונה הפרה של חובת תום הלב, שבאה לידי ביטוי בהפליה של צד לחוזה, הפרשות התמקדו בשלב ביצוע החוזה, ואף אחת מהן לא עסקה בשלב הטרם חוזי. כך, בפרשת **משה**, שפסק הדין בה פורסם בשנת 2016, נדון עניינם של תובעים שסולקו מברכת קיבוץ לאחר שרכשו כרטיסים כדין וכבר שהו בשטח הברכה.⁹⁰ בית

⁸³ ת"א (שלום תל אביב-יפו) 11258/93 **נעאמנה נ' קיבוץ קליה** (נבו 1.9.1996). שם, הוגשה לבית משפט השלום בירושלים תביעה נגד פארק מים שסירב להכניס אליו ערבים. התביעה נדונה בין היתר בהתייחס לטענה החוזית שהפרסום לציבור על אודות הפארק ושירותיו היה הצעה שלא ניתן לחזור ממנה. המקרה הוזכר גם ביחס לטענה הנזיקית שהפליה גיבשה עוולה על יסוד הזכות לשוויון שחלה גם בין פרטים. בפס' 5 לפסק הדין הוזכר כי "די היה בהפרת חובת תום הלב להביאה לתוצאה אליה חותר ב"כ התובעים", אך למרות זאת הוחלט לתת את הפיצוי לאור חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו.
⁸⁴ ת"א (שלום י-ם) 7832/97 **ראזק נ' אלעל נתיבי אויר לישראל בע"מ** (נבו 24.6.1999) (להלן: **עניין אלעל**). התובע, ערבי מוסלמי תושב ירושלים, ביקש לטייל עם רעייתו באירופה ורכש חבילת נופש שכללה טיסות. במועד המיועד לחזרה לארץ, הגיעו התובע ורעייתו לשדה התעופה והחלו בתהליך הרישום לקראת הטיסה. לאחר שניגשו לבדיקה הביטחונית נאמר להם כי אין אפשרות להטיסם ארצה משדה התעופה שאליו הגיעו, בהיעדר אמצעים לבדיקה ביטחונית המיוחדת לנוסעים ערבים. משכך, פנה התובע לעזרת העובדים, ורק כתוצאה מהתערבותם ניאותו אנשי אלעל להתיר לתובע ולרעייתו לעלות למטוס, אך ללא מזוודותיהם. טרם העלייה למטוס אף נלקח מהתובעים מטען היד שלהם. בהיעדר כל ראייה אחרת, נקבע כי יש לצאת מהנחה כי הטעם היחיד לצורך ב"בדיקה המיוחדת" נעוץ בעצם עובדת היות התובע ערבי. נקבע כי לפי חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו – משלא הוכח כי היה יסוד להכביד בבדיקות הביטחונית של התובע רק באשר הוא ערבי, חטאה אלעל בחוסר תום לב ובהפליה – שכמוה כפגיעה בכבודו, כמשמעה בחוקי־יסוד האמור. מקרה נוסף שנוגע להפליית ערבים בבדיקת ביטחוני לקראת טיסה ניתן לראות בעניין ת"א (שלום חיפה) 21988/04 **חדאד נ' סקאי שירותי תעופה בע"מ** (נבו 22.1.2006). בניגוד לעניין **אל על**, המקרה הנדון בעניין זה התרחש לאחר חקיקת חוק איסור הפליה. לפיכך מצא בית המשפט לנכון לבסס את הפיצוי במקרה זה גם על יסוד החוק.

⁸⁵ ראו והשוו עניין **פרוז'אנסקי**, לעיל ה"ש 9, בפס' 18 לפסק הדין של השופט דניציגר.
⁸⁶ על כך ניתן ללמוד גם מההלכה שנקבעה בעניין **בית יולס**, לעיל ה"ש 14. כאמור, בעניין זה נקבע כי בשלב הטרם חוזי אין חובת שוויון. ראו גם ברק'ארוז וגלעד, לעיל ה"ש 60, בעמ' 19.

⁸⁷ בפסק הדין נקבע בדעת רוב כי במכרזים פרטיים לא קיימת חובה לנהוג בהגינות או בשוויון בין המציעים, אלא רק אם הדבר הובטח במפורש במסגרת תנאי המכרז. יש לסייג שהלכה זו נקבעה בניגוד לדעת המיעוט של השופטים ברק ושמגר, כאמור בה"ש 14 לעיל.

⁸⁸ ע"א 4850/96 **קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ**, פ"ד נב(5) 562 (1998). ראו גם גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** 53 (מהדורה רביעית 2019).

בעניין **קסטנבאום**, לעיל ה"ש 60, נקבע שלעקרון השוויון יש תחולה גם בדיני החוזים, באמצעות מושגי השסתום. ראו **שלו וצמח**, לעיל ה"ש 97, בעמ' 51–52. כאמור, ההבחנה החשובה בין המקרים היא שעניין **בית יולס** ועניין **קל בנין** עסקו בפגיעה בשוויון בשלב הטרם חוזי, בעוד עניין **קסטנבאום** עסק בפגיעה בשוויון בשלב של ביצוע החוזה. שם.

⁹⁰ ת"ק (תביעות קטנות חי') 3422-11-15 **משה נ' קיבוץ כברי** (נבו 13.10.2016).

המשפט קיבל את התביעה, אך נמנע מלקבוע כי הופר חוק איסור הפליה, ייתכן שעל רקע העובדה שבמועד הפרשה החוק לא אסר על הפליה מחמת מקום מגורים.⁹¹ במקום זאת קבע בית המשפט כי בעת מכירת כרטיסי הכניסה לבריכה נכרת חוזה בין הצדדים וקבע שיש לפצות את התובעים בגין ההתנהלות לאחר כריתת החוזה, בין היתר בשל עילת חוסר תום לב, לפי סעיף 39 (ולא סעיף 12) לחוק החוזים.⁹² דוגמה אחרת היא עניין **נוכה**.⁹³ שם נדון מקרה של אישה ערבייה שביקשה לשכור דירה בעפולה, אולם חוזה השכירות שעליו חתמה בוטל על ידי המשכיר, לאחר שדיירי הבניין שבו מצויה הדירה הביעו בפניו התנגדות לכך שדיירת ערבייה תעבור להתגורר במקום. בית המשפט קבע כי ביטול החוזה היה שלא כדין; כי התעקשותה של השוכרת על קיום החוזה אינה מהווה שימוש בחוסר תום לב בזכותה הנובעת מחוזה השכירות (סעיף 4 לחוק השכירות והשאלה); ופסק לתובעת פיצויים בגין הפרתו. מעניין לציין כי בית המשפט קבע כי המקרה מחייב מתן פיצוי גם על נזק שאינו ממוני ואף פסק לזכות התובעת פיצויים "מוגברים" לנוכח העובדה שהחוזה בוטל בגין הפליה על רקע גזעני שגרמה לפגיעה בכבודה וברגשותיה.

חשיבותם של מקרים אלה טמונה בכך שנדונה בהם תחולת עקרון תום הלב (כלפי שני הצדדים) על מנת לקרוא את החובה לנהוג בשוויון לחוזה שנחתם בין הצדדים, מקום שבו לא הייתה תחולה לחוק איסור הפליה. אולם לצד חשיבות זו, וכפי שצוין לעיל, בשני המקרים כבר נכרתו חוזים סופיים בין הצדדים. עם זאת, אין בעיניי מניעה עקרונית להחיל את חובת תום הלב של סעיף 12 (ולא רק את זו של סעיף 39 לחוק החוזים) כפי שנעשה טרם חקיקת החוק. אכן, במרבית המקרים תבוא ההפליה לידי ביטוי דווקא בשלבים המקדימים האלה, והמשא ומתן כלל לא ישתכלל לכדי חוזה מוגמר בשל ההפליה. ואומנם, חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים כלל לא עורך הבחנה מעין זו באשר למועד ההפליה.⁹⁴

2.ג. תקנת הציבור

מונח השסתום השני המאפשר התמודדות עם הפליה במסגרת דיני החוזים הוא תקנת הציבור. לפי חוק החוזים, "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל".⁹⁵ כיאה למונח שסתום, בית המשפט הוא שיוצק תוכן לאיסורים הקבועים בסעיף וקובע מתי חוזה שעולה כדי פגיעה בערכי הציבור בטל.⁹⁶ תקנת הציבור חולקת נקודות דמיון

⁹¹ דומה שבת המשפט סבר שחוק איסור הפליה לא חל משום שמדובר בבריכה שמיועדת רק לתושבי הקיבוץ, בעוד כאמור הפליה על בסיס מקום מגורים הייתה מותרת באותו המועד. לפיכך בית המשפט אף ראה בבריכה מעין עסק פרטי של הקיבוץ, שמופעל על ידו ומיועד לתושביו בלבד, ראו שם, בעמ' 22. כמה חודשים לאחר מתן פסק הדין התקבל תיקון מספר 4 לחוק שאסר על הפליה לפי מקום מגורים, אך אפשר לרשות מקומית בתנאים מסוימים להפלות לטובה את תושביה. ואכן, בעניין **מנסור**, נקבע כי רשות מקומית אינה יכולה לסרב באופן גורף למכירה של מנויים לבריכה למי שאינם תושבי הרשות, אלא מתגוררים ביישובים סמוכים. קביעה זו התבססה, בין היתר, על הוראותיו של חוק איסור הפליה. עניין **מנסור**, לעיל ה"ש 59, בפס' 66 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

⁹² עניין **משה**, לעיל ה"ש 90, בעמ' 12–15.

⁹³ תא"מ (שלום עפ"י) 33402-07-20 **נוכה נ' עמיאל** (נבו) 17.8.2021. בית המשפט לא דן בתחולת חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים אולי משום שבעל הנכס אינו מי שעיסוקו בהספקת מוצר, ואולי משום שלא ברור שדירה מהווה מוצר. ראו עניין **מיטל**, לעיל ה"ש 23.

⁹⁴ במילים אחרות, במקרים אלה ראוי לאמץ דווקא את דעת המיעוט שהביעו ברק ושמגר בעניין **בית יולס**, לעיל ה"ש 14, או לכל הפחות לנקוט את גישת הביניים שהותוותה בעניין **קל בנין**, לעיל ה"ש 88.

⁹⁵ ס' 30 לחוק החוזים.

⁹⁶ ראו, למשל, עניין **קסטנבאום**, לעיל ה"ש 60, בפס' 1–2–11–15 לפסק הדין של הנשיא שמגר ובפס' 18–30 לפסק הדין של השופט ברק; דנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330, בפס' 36–46 לפסק הדין של הנשיא ברק (2000). במקרים אלה נדונה הפליה כפעולה שסותרת את תקנת הציבור.

עם מושג תום הלב, ולעיתים קרובות ייפסק שחווה בטל בגין שניהם, אך ייחודה נעוץ בכך שתקנת הציבור היא תמיד כופה באופייה. בעוד תום לב שואב הצדקה ממימוש הרצון האוטונומי של הצדדים ומניעת עוולה פרטית ביחסים ביניהם, תקנת הציבור נועדה למנוע עוולה חברתית ומגינה על ערכים ציבוריים.⁹⁷ לאחר עיגונה בחוק החוזים הייתה הססנות רבה להחילה במשפט הישראלי: בעניין **יקותיאל** למשל נפסק כי השימוש בה צריך להיות מוגבל למקרי קצה בלבד.⁹⁸ בעניין **ישופה** השופט שמגר בדעת יחיד רצה להכריז על חוזה כבטל מתוקף תקנת הציבור, אך השופטים אלון ואשר התנגדו לכך.⁹⁹ התפנית חלה בעניין **קסטנבאום**, שבו השופט ברק השתמש בתקנת הציבור כדי ליצוק עקרונות מן המשפט הציבורי לדיני החוזים ולפסול תניה חוזית בשל הזכות לכבוד.¹⁰⁰ בעניין **רקנט** ברק פסק כי חופש החוזים יכול שייסוג מערכים חברתיים אחרים מתוקף תקנת הציבור ושאינן לראות בקיום החוזה כערך עליון, ועל כן הסכם קיבוצי שבמסגרתו היה שוני בגיל הפרישה המחייב בין גברים לנשים דיילי קרקע מהווה הפליה פסולה. השופטת בייניש כבר ראתה בכך נורמה משפטית חדשה בצינה כי "מסיבות טובות אף הועם זוהרו של הערך של חופש החוזים בחברה בת זמננו".¹⁰¹

השימוש הנרחב בכלי של תקנת הציבור בדיני החוזים ספג ביקורת רבה בשל החשש לפגיעה בחופש ההתקשרות החוזית וכן בשל הפגיעה בצפיות החוזים הנובעת מתפיסותיו הסובייקטיביות של השופט ביחס לתחולתה של תקנת הציבור.¹⁰² לאחרונה הציע עלי בוקשפן מבחן תלת-שלבי על מנת לקבוע היכן נמצא האיזון הראוי.¹⁰³ ראשית, יש לבחון את הערך החברתי הסגולי של הזכות הנפגעת: סוג הזכות והיקף הפגיעה בה. ביחס לזכות השוויון בוקשפן גורס כי מדובר בזכות בעלת ערך סגולי גבוה. שנית, יש לבחון את מיהות הצדדים לחוזה והמידה שבה החוזה מקרין על צדדים שלישיים שאינם שותפים לחוזה (על מיהות הצדדים ראו לעיל בפרק על **גופים דרמהוטיים**, על מידת הקרינה הציבורית ראו להלן בפרק על **הפליה כמטרד**). לבסוף, יש לחזור לעקרון חופש החוזים כנקודת מוצא פרשנית בדיני החוזים ולהשוות את תוצאות המבחנים הקודמים לפגיעה בחופש החוזים במקרה הנדון, כאשר על הצד הטוען לבטלות החוזה נטל ההוכחה להראות שהאיזון מוטח לטובתו.

עם כל זאת, דומה כי היום אין מחלוקת שהשימוש בתקנת הציבור נמצא במגמת הרחבה. כך, למשל, השופט חשין בעניין **איתנה ניב** קבע שחווה שנכרת בין קופת חולים לבין עובדות שמפלה אותן בתנאי הפנסיה בטל מתוקף תקנת הציבור.¹⁰⁴ חשוב לציין כי בנימוקיו חשין טען כי מקור האיסור להפלות כאן אינו בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, ושמוכח תקנת הציבור היה אסור להפלות עוד בטרם חוקק חוק מפורש בנושא.¹⁰⁵ דברים אלה הורחבו בעניין **עלמה לוי**, שם פורשו דבריו של חשין כדי לפסוק כנגד הפליה של אישה בהריון, חרף העובדה שחוק שוויון הזדמנויות

⁹⁷ שלו וצמח, לעיל ה"ש 88, בעמ' 617–686.

⁹⁸ ע"א 682/74 **יקותיאל נ ברומן**, פ"ד כט(2) 757, 765 (1975).

⁹⁹ ע"א 148/77 **רוט נ' "ישופה" (בניה) בע"מ**, פ"ד לג(1) 617 (1979).

¹⁰⁰ עניין **קסטנבאום**, לעיל ה"ש 60.

¹⁰¹ עניין **רקנט**, לעיל ה"ש 96, בעמ' 364 ר-382.

¹⁰² גבריאלה שלו "סוס הפרא – לאן או מה אירע לתקנת הציבור?" **קריית המשפט** ב 21, 28–30 (2002); עלי בוקשפן "חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור: מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים" **דין ודברים** י 267, 268–269 (2018).

¹⁰³ שם, בעמ' 293–298.

¹⁰⁴ בג"ץ 6845/00 **ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נו(6) 663, בפס' 49 לפסק הדין של השופט חשין (2002).

¹⁰⁵ שם, בפס' 30, "חוק השוויון אינו יוצר את האיסור להפלות מחמת מין, שהיה קיים מכוח תקנת הציבור אף לפני חוק זה; הוא יוצר רק במובן זה, שהוא קובע (בסעיף 15) כי הפרת האיסור היא גם עבירה פלילית".

בעבודה אינו אמור לחול עליה (שכן המעביד שהפלה כנגדה העסיק פחות משישה עובדים).¹⁰⁶ מדברים אלה ברי כי אין מניעה שתקנת הציבור תשמש כאמצעי למניעת הפליה אסורה גם שעה שזו אינה נאסרת בצורה מפורשת בחוק איסור ההפליה.

ג.3. תנאי מקפח בחוזה אחיד

תנאי מקפח בחוזה אחיד הוא מושג שסתום שמאפשר לבית המשפט לבטל תנאי בחוזה אחיד שכל מטרתו היא ניצול מעמדו העדיף של מנסח החוזה.¹⁰⁷ בית המשפט יוצק אל המושג תוכן ערכי, בהתאם למה שנראה כהתנהגות בלתי הוגנת בחברה הישראלית בזמן נתון. כך, ברמה האחת נבחנים היחסים בין הצדדים והאינטרסים שלהם, ואילו ברמה הנוספת נבחנת התפיסה החברתית של המשפט הישראלי באשר להוגן ולסביר ביחסים בין צדדים מעין אלה.¹⁰⁸ כמושג שסתום, עקרון התנאי המקפח בחוזה אינו רחוק מעקרון "תקנת הציבור".¹⁰⁹ הבחירה בעיקרון המתאים נעשית לאור הנסיבות שמצריכות את התערבותו של בית המשפט. ככל שהתנאי פסול אך ורק כי מדובר בחוזה אחיד, ולא היה פסול אילו היה מדובר בחוזה שאינו אחיד – יש לעשות שימוש בעקרון התנאי המקפח. אולם, ככל שהתנאי היה פסול גם אם היה מדובר בחוזה שאינו אחיד, ניתן – וייתכן שאף ראוי יותר – לעשות שימוש גם בעקרון תקנת הציבור.¹¹⁰ פרשנות זו אפשרה לעשות שימוש בדוקטרינת התנאי המקפח על מנת לתקוף תנאים בחוזים אחידים שמגלמים הפליה או פגיעה בשוויון, במקביל לטענה כי הם מפירים את תקנת הציבור.¹¹¹ זאת עוד לפני חקיקתו של חוק איסור הפליה, שהוראותיו חלות על רבים מהספקים שנוהגים לכרות חוזים אחידים עם לקוחות.

כאמור, בעניין **קסטנבאום** נקבע כי התנאי שאינו מאפשר לרשום על מצבות בלעז פוגע בשוויון. נוסף על השימוש בתקנת הציבור, נקבע כי מדובר גם בתנאי מקפח שדינו בטלות. קביעה דומה, שגם היא ניתנה טרם החקיקה של חוק איסור הפליה, ניתן למצוא בעניין **קרן הגימלאות של חברי אגד**. בעניין זה נדון מקרה של נהג אוטובוס, שהעסקתו הופסקה בשל פגמים שנפלו בהתנהלותו בעבודה. תקנון אגד קבע כי מי שפורש מהעבודה בארגון זכאי לפיצויי פרישה ולגמלאות זקנה, ואילו מי שהוחלט על פרישתו אינו זכאי לזכויות אלה. הנהג טען כי התנאים בתקנון ששוללים

¹⁰⁶ ע"ב (עבודה תל אביב-יפו) 303630/98 לוי – רד חממה לטכנולוגיות מתקדמות בע"מ (נבו) 24.10.2002, בפס' 11 נכתב כך: "העולה מדברי כבי' השופט חשין הוא כי עקרון איסור ההפליה שריר וקיים בכל מצב, וגם אם נקבע בס' 21 (ג) לחוק שוויון הזדמנויות כי החוק אינו חל על מעביד המעסיק פחות משישה עובדים, עדיין אין בכך כדי ליתן היתר לאותו מעביד להפלות בין עובדיו, או בעת קבלת עובדים לעבודה. לפיכך – גם אילו קבענו כי חוק שוויון הזדמנויות אינו חל במקרה זה, הרי אין להעלות על הדעת כי ניתן בזה היתר להפלות עובדת בעת קבלתה לעבודה רק משום הריונה, ועקרון זה עומד מעל הכל".

¹⁰⁷ ס' 3 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982. ראו גם אריאל פורת "חוזים אחידים" חוזים כרך ג 729, 742 (2003); ורדה לוטסהוויז וטנה שפניץ **חוזים אחידים** 47-48 (1994); שלו וצמח, לעיל ה"ש 88, בעמ' 35-34.

¹⁰⁸ עניין **קסטנבאום**, לעיל ה"ש 60, בפס' 15 לפסק הדין של השופט ברק; ראו גם עלי בוקשפן **המהפכה החברתית במשפט העסקי** 395-396 (2007).

¹⁰⁹ שם, בעמ' 401; ע"א 1795/93 **קרן הגימלאות של חברי אגד בע"מ נ' יעקב**, פ"ד נא(5) 433, פס' 14 לפסק הדין של השופט חשין (1997); רע"א 5860/16 **Facebook Inc נ' בן חמו**, פס' 22 לפסק הדין של הנשיאה חיות (נבו) 31.5.2018 (להלן: עניין **בן חמו**).

¹¹⁰ פורת, לעיל ה"ש **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת**, בעמ' 770-771, אריאל פורת מציין כי במקרים של פגיעה בזכויות חוקתיות, ייתכן שכלי ההתערבות המתאים אינו חוק החוזים האחידים. זאת, שכן במקרים של פגיעה בזכויות, הנסיבות שמצריכות את התערבותו של בית המשפט אינן אופייניות דווקא לחוזים אחידים. תנאים מפלים שתבקש פסילה שלהם יכולים להופיע גם בחוזים אחרים, ובהיבט זה אין משהו שמייחד אותם כמקפחים דווקא בחוזה האחיד. לפיכך, ייתכן שבמקרים אלה נכון יותר יהיה לפסול את התנאי על סמך הפרה של תקנת הציבור, ולא כתוצאה מכך שהוא מהווה תנאי מקפח.

¹¹¹ כך, למשל, בעניין **קסטנבאום**, לעיל ה"ש 60, ציין השופט ברק כי ספק בעיניו אם האחידות שבחוזה של חברה קדישא היא גורם המפתח. לכן, הוא היה נכון לפסול את התנאי גם מכוח סעיף "תקנת הציבור" בדיני החוזים הכלליים. בהתאם לכך, ברק בחן את התנאי בחינה כפולה: גם לאור עקרון התנאי המקפח בחוזה האחיד, וגם לאור עקרון תקנת הציבור.

ממנו את זכויותיו הסוציאליות, באופן אוטומטי, מהווים תנאים מקפחים בחוזה אחיד שדינם בטלות. בדעת רוב קיבל בית המשפט את טענותיו של הנהג וקבע כי אכן מדובר בתנאים מקפחים. בין הטענות שעל בסיסן נקבע כי מדובר בתנאים מקפחים, התייחס בית המשפט לכך ששליה אוטומטית של זכויות סוציאליות מובילה ל**חוסר שוויון** בין עובדים צעירים (שצברו זכויות סוציאליות פחותות) לעובדים ותיקים (שצברו זכויות סוציאליות רבות יותר) ולכן היא מקפחת.¹¹² אף לאחר חקיקת חוק איסור הפליה ממשיכה להישמע הטענה שלפיה תנאי בחוזה אחיד שגלומה בו פגיעה בשוויון הוא תנאי מקפח. על פניו, חקיקתו של החוק אף הקלה על הוכחת טענת הקיפוח, שכן הפרת דין שחל על הספק היא אחת מחזקות הקיפוח שבחוק החוזים האחידים.¹¹³ כיום, הטענה עולה בעיקר מצידם של מבקשים בבקשות לאישור תובענה ייצוגית לצד טענות נוספות שאותן הם מעלים.¹¹⁴ במבחן התוצאה, לא נמצאו פסקי דין שבהם בתי המשפט מאשרים ניהול של תובענות ייצוגיות על בסיס הטענה שתנאי מפלה בחוזה אחיד עולה כדי תנאי מקפח. עיון בפסיקה מעלה שיש לכך כמה סיבות, שנעוצות הן במאפייניו של מוסד התובענה הייצוגית והן בפרשנות המצמצמת שאותה בתי המשפט בוחרים לנקוט.

ראשית, רבות מן הבקשות לאישור תובענה ייצוגית כלל לא מגיעות לכדי פסקי דין ומסתיימות בהסדרי פשרה או הסתלקות. בהחלטות ובפסקי הדין שבהם מאושרים ההסדרים, לא מתייחס בית המשפט לעילות התביעה, אלא אך לתועלת שתצמח לחברי הקבוצה מן ההסדר. התוצאה היא היעדר קביעה פוזיטיבית של בית המשפט כי דובר היה בתנאי מקפח בחוזה אחיד.¹¹⁵ שנית, במקרים שבהם הנתבע פעל בניגוד להוראותיו של חוק איסור הפליה, נמנעים בתי המשפט מבחינת המקרה גם על יסוד דיני החוזים האחידים. כך, למשל, בעניין **מירב** נדונה תובענה ייצוגית נגד חברת ביטוח שהציעה שירות החלפת גלגל בחינם לנשים בלבד בפוליסת ביטוח רכב.¹¹⁶ הבקשה התקבלה אך ורק על יסוד ההפרה של חוק איסור הפליה, תוך שנקבע כי אין להידרש לדיני החוזים האחידים במקרים שבהם החוק חל.¹¹⁷ גם בעניין **שרגני**, שבו נדונה בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד מסעדה שהגבילה כניסה לתחומיה על בסיס גיל – נקבעה קביעה דומה.¹¹⁸ בית המשפט

¹¹² שם, בפס' 15 לפסק הדין של השופט אנגלרד.

¹¹³ המחוקק בחר להגדיר מראש רשימה של תנאים נפוצים בחוזים אחידים, אשר לפי מהותם ונוסחם הם מקפחים, כל עוד לא יוכח שאינם כאלה. תנאים אלה מופיעים בחוק החוזים האחידים ומכונים "חזקות קיפוח". ההבדל המרכזי בין תנאי שמופיע ברשימת חזקות הקיפוח לבין תנאי שאינו מופיע בה נעוץ בנטל ההוכחה. כאשר התנאי עולה בגדר אחת מחזקות הקיפוח, על הספק לסתור את החזקה ולהראות כי התנאי אינו מקפח. לעומת זאת, כאשר מדובר בתנאי שאינו עולה בגדר חזקות קיפוח כלשהי, הנטל הוא על הלקוח להוכיח את הקיפוח. ראו ס' 4 לחוק החוזים האחידים; עניין **בן חמו**, לעיל ה"ש 109, בפס' 21; לוסטרוויז ושפניץ, לעיל ה"ש **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.**, בעמ' 48–44; פורת, לעיל ה"ש **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.**, בעמ' 744–745. במקרה של הפרת דין שחל על הספק, מדובר בס' 4(1) לחוק החוזים האחידים, שאותו יש לקרוא לצד ס' 3(א) לחוק איסור הפליה.

¹¹⁴ עובדה זו משתלבת היטב בטענות על אודות תפקידו של הליך התובענה הייצוגית. לפי טענות אלה, התובענה הייצוגית היא כלי חשוב שניתן לעשות בו שימוש לצורך תקיפת גופים פרטיים שמפירים זכויות אדם, וטמון בו פוטנציאל משמעותי להובלת שינוי חברתי ולאכיפה והטמעה של נורמות ציבוריות במשפט הפרטי. עלי בוקשפן "תובענות ייצוגיות, תכלית החברה ותפיסת בעלי העניין בעידן התאגידי המודרני – הקרן למימון תובענות ייצוגיות כזכוכית מגדלת" **משפט ועסקים** כד 111, 126–134 (2021).

¹¹⁵ ראו, למשל, ת"צ (מחוזי מרכז) 27345-05-15 **גינזור נ' כלל חברה לביטוח בע"מ** (נבו 5.2.2017). בעניין זה נדונה בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד חברת כלל. בבקשה נטען כי כלל הפלתה בין מבוטחות נשואות למבוטחות שאינן נשואות בפוליסת ביטוח הבריאות שלה. זאת, שכן בפוליסה נקבע כי נשים שאינן נשואות זכאיות לכיסוי בדיקת היריון כחלק מהפוליסה, ואילו נשים נשואות זכאיות לכיסוי בדיקת היריון רק אם הן זוגן מבוטח בבטיח בריאות גם הוא. בין היתר, טענה המבקשת כי הסעיף המתנה מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד, שדינו בטלות. בסופו של דבר, הושג הסדר פשרה בין המבקשת לבין חברת כלל. בית המשפט אישר את הסדר הפשרה, ולא בחן את העילות שהעלתה המבקשת לגופן.

¹¹⁶ ת"צ (מחוזי מרכז) 8214-05-14 **מירב נ' אי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ** (נבו 23.8.2018).

¹¹⁷ שם, בפס' 11.

¹¹⁸ ת"צ (מחוזי מרכז) 63471-12-17 **שרגני נ' איזובר בתי קפה בע"מ** (נבו 2.6.2021).

אישר את התובענה כייצוגית אך ורק בעילה של הפרת חוק איסור הפליה, תוך שציין כי אין כל צורך להידרש לעילות כלליות מקום שקיימת עילה מכוח חוק ספציפי.¹¹⁹

שלישית, במקרים של פגיעה בשוויון שחוק איסור הפליה אינו חל עליהם, נוקטים בתי המשפט פרשנות מצמצמת גם בכל הנוגע לתחולת דוקטרינת התנאי המקפח. כך, למשל, בעניין **טמיר**, נדונה בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד מרבית הבנקים הגדולים בישראל, בטענה כי הם מפלים לרעה סטודנטים מעל גיל 35 בכך שאינם מאפשרים להם ליהנות מהטבות של "חשבון סטודנט".¹²⁰ בין היתר, המבקשת טענה כי מדובר בהפרה של חוק איסור הפליה וכן כי הפליה מחמת גיל עולה כדי תנאי מקפח בחוזה אחיד.¹²¹ בית המשפט דחה את בקשת האישור, בקבעו, בצורה שאינה מנומקת כדבעי, כי חוק איסור הפליה אינו חל במקרה זה. בענייננו, ובאשר לטענה כי מדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד – פירש בית המשפט את תניית הגיל ככזו שאינה מעניקה תנאים שונים על בסיס גיל הלקוח, כי אם ככזו שבסך הכול קובעת תמורה כספית שונה, ועל כן אינה אסורה, וזאת לאור סעיף 23 לחוק החוזים האחידים הקובע כי החוק אינו חל על תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח.¹²² עם כל זאת, אין מניעה עקרונית בעיניי למצוא גם כיום כי תניה מפלה בחוזה אחיד היא תניה מקפחת, בעיקר מקום שחוק איסור הפליה אינו חל.

4. תנאי חוזה משתמע

לבסוף, כלי פרשני נוסף שניתן להיעזר בו ואשר לא נעשה בו שימוש בישראל הוא תנאי חוזה משתמע. תנאים משתמעים מתייחסים למצבים שבהם האדם הסביר יניח שבמסגרת הסכם חוזה מגיעות לו זכויות מסוימות, כאשר זכויות אלה אינן מעוגנות בצורה מפורשת בחוזה. לדוגמה, בשנים האחרונות מסתמנת בארה"ב מגמה של הרחבת הזכויות המשתמעות של ציבור העובדים.¹²³ זכויות על פי תניות משתמעות מתגבשות כאשר מעסיק מפרסם מסמך כללי לעובדים, כגון ידיעון לעובד, אשר כולל בתוכו הצהרות ביחס לתנאי העבודה שאינן כלולות בחוזה המפורש מול העובדים. במקרים אחרים, תניות משתמעות יכולות להיווצר דרך חילופי דברים שבעל פה.¹²⁴ יתר על כן, נורמה חוקית תמיד כלולה באופן משתמע בחוזה: אם זכות מסוימת מעוגנת בחוק – חזקה עליה להתקיים ביחס לכל חוזה גם אם אינה מצוינת בו בצורה מפורשת (אם כי על חלקן ניתן להתנות).¹²⁵ לענייננו, בספרות הוצע שניתן להחיל גם נורמה חברתית (למשל נורמה של שוויון ואי-הפליה) כתניה משתמעת בחוזה. כך, למשל, עובדים לרוב מצפים ליחס שוויוני מהמעסיק שלהם, במנותק מהמוצא שלהם.¹²⁶ עובדים אלה יוכלו אולי למצוא מזור בתביעה בגין הפרת תנאי משתמע

¹¹⁹ שם, בפס' 50. יש לציין כי ערעור על אישור התובענה בעניין **שרגני** כייצוגית עודנו תלוי ועומד לפני בית המשפט העליון בימים אלה. רע"א 5070/21 **איזובר בתי קפה בע"מ נ' שרגני**.

¹²⁰ ת"צ (מחוזי ת"א) 26151-02-16 **טמיר נ' בנק הפועלים בע"מ** (נבו 26.9.2019).

¹²¹ שם, בפס' 3.

¹²² שם, בפס' 40. ההבחנה בין התמורה הכספית שישלם הלקוח לבין תנאי השירות אינה תמיד חדה. ראו, למשל, עניין **מירב**, לעיל ה"ש 116, שם פסק השופט גרוסקופף כי פוליסה המעניקה שירותי רכב חינם לנשים בלבד היא מפלה, אך השאיר בצריך עיון אם גביית פרמיה שונה בין גברים לנשים היא מפלה, על אף שמבחינה כלכלית אין הבדל בין המקרים.

¹²³ Ronnie Cohen et al., *Employment Discrimination Based on Sexual Orientation: The American, Canadian and U.K. Responses*, 17 L. & INEQ. J. 1 (1999).

¹²⁴ Charles J. Muhl, *The Employment-at-Will Doctrine: Three Major Exceptions*, 124 MONTHLY LAB. REV. 3 (2001).

¹²⁵ Sarah E. Wald, *Alternatives to Title VII: State Statutory and Common-Law Remedies for Employment Discrimination*, 5 HARV. WOMEN'S L.J. 35 (1982).

¹²⁶ Robert G. DelCampo et al., *Psychological Contract Breach, Perceived Discrimination, and Ethnic Identification in Hispanic Business Professionals*, 22 J. of Managerial Issues, 220-38 (2010).

בחוזה אם סבלו מיחס מפלה.¹²⁷ לקוחות ואף ספקים יוכלו לטעון להפליה בצורה דומה, שכן מקובל להניח שמוצאו של הלקוח או הספק אינו אמור להשפיע על מחיר הסחורה או תנאי השירות.¹²⁸ בישראל, אחת ההלכות המשפיעות ביותר בהקשר של תנאים משתמעים היא הלכת **אפרופים**, שבה נפסק כי חזקה על כוונתם האותנטית של הצדדים לחוזה, כפי שזו משתמעת מהקשרו הרחב, לגבור על לשון החוזה המפורשת.¹²⁹ לאחרונה בפרשת **ביבי כבישים**¹³⁰ הוצע שהמשקל שיש לתת למילה הכתובה למול פרשנות משתמעת בהתאם לסוג החוזה (אחיד או מסחרי, פתוח או סגור) ובהתאם למיהות הצדדים לחוזה (פרטיים, צרכניים ועסקיים).¹³¹ אך האומנם ניתן לפרש כי שוויון הוא תנאי משתמע בחוזה? בעניין **בית יולס**, שכבר הוזכר במאמר זה בהקשר של חובת תום הלב, נדונה שאלת השוויון כתנאי משתמע במכרזים שמקיימים גופים פרטיים. בדעת רוב פסק בית המשפט כי במכרזים פרטיים לא קיים תנאי משתמע שמחייב לנהוג בהגינות או בשוויון בין המציעים, וכי עורך המכרז רשאי לבחור בכל הצעה שירצה ואינו חייב לבחון את כל ההצעות באופן שווה.¹³² קביעה זו רוככה בהמשך בעניין **קל בנין**, שם נקבע כי כאשר עורך המכרז הפרטי פונה לאחד המציעים ומחליט לנהל עימו משא ומתן, קיימת חובת הגינות מסוימת שהוא מחויב לעמוד בה. בפרט, נקבע כי יש לקרוא לתוך תנאי המכרז תנאי שלפיו לא ניתן לחתום על חוזה עם מי שכלל לא התמודד במכרז, אם במקביל מתנהל משא ומתן עם מי שאכן ניגשו למכרז כדין.¹³³ עם זאת, וכפי שכבר הוזכר לעיל בנוגע לשתי פרשות אלה, שתייהן עסקו בשלב הטרומ חוזה, שבו ייתכן שחובות תום הלב שבתי המשפט נוטים להטיל על הצדדים הן פחותות.

כאמור, בספרות האקדמית דווקא כן הוצע כי ניתן להחיל עקרונות של שוויון בדרך של פרשנות תנאי חוזה משתמעים, כאשר מדובר בשלב הביצוע החוזה. כך, למשל, הלה קרן הציעה כי בעניין **דנילוביץ'** הוחמצה ההזדמנות לאמץ את הגישה המרחיבה שאומצה מאוחר יותר בהלכת

Jacqueline E. Bailey, *Title VII Protections Do Not Extend to Americans Working Overseas. EEOC v. 127 Arabian American Oil Co.*, 111 S. Ct. 1227 (1991), 5 Transnat'l L. 417, 437-39 (1992); Susan R. Klein, *A Survey of Evidence and Discovery Rules in Civil Sexual Harassment Suits with Special Emphasis on California Law*, 11 Indus. REL. L.J. 540, 560 (1989).

Ian Ayres, *Fair Driving: Gender and Race Discrimination in Retail Car Negotiations*, 104 HARV. L. REV. 817, 866 (1991).

¹²⁷ ע"א 4628-93 **מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום** (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265. לפני ההלכה, הגישה המקובלת בישראל לפרשנות חוזים הייתה באמצעות "פירמידת הפירוש וההשלמה" אשר הגדירה הייררכייה ברורה בין מקורות שונים לפרשנות חוזה ונתנה קדימות להסכמה מפורשת ותוכנו המילולי של החוזה (להרחבה ראו: אייל זמיר, "פירוש והשלמה של חוזים", 15-19 (1996)). בפסק הדין אפרופים ברק יצא כנגד השיטה המסורתית וקבע שיש לראות בכל המקורות הפרשניים מקשה אחת ובלאו הכי ההבחנה ביניהם לרוב עמומה (שם, 314-297). מאז תוקן חוק החוזים תיקון שיש הסבורים שנועד לבטל את הלכת אפרופים ולתת קדימות ללשון הכתובה, לשון הסעיף המתוקן (חוק החוזים ס' 25 א). השאלה אם אומנם הלכת אפרופים עדיין תוקף נארה פתוחה. כך, למשל, בפסק הדין בעניין רע"א 3961/10 **המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ**, פ"ד סה(2) 563 (2012) טען השופט הנדל כי "משתמע במפורש" הוא דרישה עמומה, ומשמעות לשונו של חוזה אינה ניתנת לניתוק מההקשר הקונטקסטואלי שלו.

¹³⁰ ע"א 7649/18 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ** (נבו 2019.11.20). המקרה הנדון הוא בתנאי חוזה בין רכבת ישראל לחברת ביבי כבישים בעקבות מכרז פומבי. בעקבות שינויים בנסיבות קיום החוזה, תבעה ביבי כבישים תשלום גבוה משסוכם מראש על מנת לשקף את העלויות הלא צפויות שנשאה בהן. השופט שטיין הבחין בין חוזה יחס פתוחים לחוזים סגורים: ככל שהתנאים מלכתחילה הוגדרו יותר בפירוט ובהירות, כך ניטה פחות להתערב בפרשנות מעבר למילה הכתובה (שם, בפס' 12-14 לפסק הדין של השופט שטיין). כן הבחין בין חוזים אחידים למסחריים, כאשר בחוזה אחיד, גם אם נכתב בפירוט, יש להתערב פרשנית כדי להתחשב ביחסי הכוחות ולהגן על הצד החלש (שם, בפס' 17 לפסק הדין של השופט שטיין). השופט גרוסקופף הציע הבחנה לפי הצדדים לחוזה, כאשר בחוזים פרטיים יש לתעדף את האוטונומיה של הצדדים לחוזה, בחוזים צרכניים יש לתעדף את ערכי השיטה (לרבות יחס הוגן) ובחוזים עסקיים יש לתעדף את היעילות.

¹³¹ אייל זמיר ביקר את פסק הדין וחלק על הרלוונטיות של ההבחנות האלה. ראו אייל זמיר "פירוש חוזים: תיאוריה, דין, עובדות וערכים" **משפטים** נא 81, 94 (2021). שם, גורס זמיר כי גם חוזה מפורט יכול להוות חוזה יחס – וכך לדעתו המקרה בעניין ביבי כבישים. כמו כן, הוא חולק על הטענה שחוזים מסחריים מתאפיינים במשא ומתן קודם לכתיבתם, לו שותפים שני הצדדים, ומצביע על כך שמרבית החוזים המסחריים בישראל הם חוזים אחידים. לבסוף, הוא מצביע על ייחודיות הנסיבות (בשל היותה של הרכבת חברה ממשלתית) שלדעתו לא קיבלה התייחסות מספקת בפסק הדין.

¹³² יש לסייג שהלכה זו נקבעה בניגוד לדעת המיעוט של השופטים ברק ושמגר, כאמור בה"ש 14 לעיל.

¹³³ ראו גם **שלו וצמח**, לעיל ה"ש 978, בעמ' 53.

אפרופים ולהכליל בתכלית החוזה גם את ערכי היסוד של השיטה, ובתוכם הזכות לאייהפליה. אומנם פסק דין **דנילוביץ'** התבסס בפועל על חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, אך קרן הציעה כי גם ללא חוק זה היה ראוי לפרש את הסעיף החוזי המעניק זכאות לכרטיס טיסה לבן/בת זוג בצורה מרחיבה, החלה גם על זוגות חד־מיניים.¹³⁴

כך או כך, נראה שככל שמדובר בחוזה שהוא יותר אחיד, סגור וצרכני (כהבחנות השופטים בפסק הדין **ביבי כבישים**), כך קל יותר יהיה לפרש את החוזה ככולל סעיף משתמע של שוויון. נבהיר כי לשימוש בתניות משתמעות בחוזה כאמצעי להתמודדות עם הפליה יש כמה יתרונות. ראשית, הוא מאפשר התמודדות עם "הפליה סמויה". לעיתים קרובות הפליה קורית בצורה ניואנסית, ולא בוטה, שלא ניתן להגדירה מראש.¹³⁵ במקרים אחרים הצד המפלה נמנע מלהשתמש מפורשות בטיעונים מפלים בניסיון להסתיר את המניע המפלה שלו. השימוש בציפייה חברתית ובפרשנות משתמעת מאפשר יותר גמישות ב"תפיסת" מקרים שכאלה.¹³⁶ יתרון נוסף הוא היכולת להבחין בקלות יחסית בין מקרים של הפליה פסולה לבין כאלה שאינם של הפליה פסולה, שכן המבחן להפרת תניה משתמעת בחוזה הוא לפי הציפיות של האדם הסביר בהתאם לנסיבות.¹³⁷ מנגד, עיקר הביקורת על שימוש בתנאי חוזה משתמעים נעוץ בהגנה על חופש ההתקשרות החוזית. על פי ביקורת זו, התערבות פרשנית בדיעבד מתערבת באוטונומיה של הצדדים לחוזה לעצב אותו כרצונם, ובכך גם יוצרת פגיעה פרקטית ביכולת לצפות את סיכויי הצלחת התביעה בעקבות הפרת חוזה – שמהווה הרתעת יתר גם להגשת תביעה וגם לכריתת חוזה מלכתחילה.¹³⁸ הביקורת כנגד הפגיעה באוטונומיה החוזית בשם השוויון הושמעה מפורשות גם בהקשר של הפליה.¹³⁹ ביקורת נוספת מגיעה מגישות פמיניסטיות, שלפיהן המעמד הקדוש של זכות האוטונומיה בהתקשרות החוזית מקורו בתפיסה הייררכית גברית שראוי לשקול מחדש.¹⁴⁰ מנגד, מגיני השיטה יטענו שהיא דווקא מעצימה את האוטונומיה ומממשת בטווח הארוך את הציפיות האוטנטיות של הצדדים לחוזה.¹⁴¹ תשובה נוספת מערערת על האפקטיביות של השימוש בתנאי חוזה משתמעים כאמצעי למיגור הפליה, בשל הקלות היחסית של מעסיקים וספקים להתחמק מהם על ידי התניה

¹³⁴ קרן, לעיל ה"ש 72, בעמ' 317.

¹³⁵ James R. Jones et al., *Comparative Effects of Race/Ethnicity and Employee Engagement on Withdrawal Behavior*, 21 J. Managerial Issues, 195 (2009).
¹³⁶ למשל, תועדו כמה מקרים שבהם פוטרו עובדים לאחר שהתגלתה נטייתם המינית, אך נטייה מינית לא ניתנה כסיבת הפיטורין המפורשת. במקרים כאלה, העובדים המפוטרים יוכלו לטעון לזכות משתמעת שלא יפוטרו מסיבות שרירותיות שאינן מוגדרות מראש בתנאי ההעסקה שלהם, ולא יצטרכו להוכיח מניע הומופובי. ראו, Angela Gilmore, *Employment Protection for Lesbians and Gay Men*, 6 Law & Sex. 83, 88 (1996).
¹³⁷ כך, למשל, ברור לכל שבעסקאות המערבות משא ומתן יש "הפליה" במחיר בין הלקוחות, שכן המחיר אינו אחיד, ולא נחיל חבות על מוכר שטוען שהוא לא יכול להוריד את המחיר יותר גם אם יתברר שמכר את הסחורה ללקוח אחר במחיר נמוך יותר. הנורמה היא כזו שבה האדם הסביר מצפה להפליה מסוג זה במשא ומתן. לעומת זאת, אם יתברר שיש הפליה שיטתית במשא ומתן על סמך מין או גזע, או אז ניתן לטעון להפליה אסורה. ראו Ayres, לעיל ה"ש 128, בעמ' 866.

¹³⁸ נילי כהן "אפרופים מכה שנית" **עורך הדין** 16, 79–78 (2012).
¹³⁹ כך, למשל, טען השופט ויתקון לזכותו של כל פרט לבחור עם מי להתקשר ועם מי לא להתקשר כרצונו. אלפרד ויתקון "הרשות הציבורית בפעולותיה בתחום המשקיהאזרחי" **משפטים** יא 304, 306 (1980). גם השופט אלון בעניין **בית יולס**, לעיל ה"ש 14, עמד על "הזכות להפלות".
¹⁴⁰ מצדדי גישה זו יטענו שהנהנים מהזכות להפלות הם בעיקר בעלי כוח שבידיהם הכוח לנצל זכות זו, והם גם אלה שאינם סובלים לרוב מהצדדים הפוגעניים של הפליה. התייעודן של החירות להפלות על פני הזכות לשוויון, אם כן, אינו נעוץ ברציונל מוסרי עמוק, אלא בטעות היסטורית שמקורה במערכת משפט שעוצבה בעיקר על ידי בעלי הכוח, וראוי לתקן אותה. קרן, לעיל ה"ש 72, בעמ' 285–287.

¹⁴¹ כך שמגר גרס כי הפרת החופש לכאורה בעניין **בית יולס** היא מכרעת לחיזוק החופש בטווח הארוך. מיגל דויטש טען כי חתימה לאוטונומיה עוברת לא דרך לשון החוזה היבשה, אלא לפי כוונת הצדדים והציפיות שלהם בחתימת החוזה במאמרו "אפרופים וחקיקת 'אנטי אפרופים': תובנות נוספות" **שערי משפט** ו 101, 103 (2013).

חוזית מפורשת שתמנע אפשרות לפרש כאילו קיימת הנחת יסוד משתמעת של יחס שוויוני.¹⁴² עם כל זאת, אין מניעה, ואף ראוי, במקרים המתאימים, לאמץ בישראל את הגישה האמריקאית המאפשרת קליטה של איסור הפליה אל תוך דיני החוזים בדרך של תניה משתמעת.

ג.5. סיכום ביניים

הדגש שדיני החוזים שמים על האוטונומיה של הפרט הוא גם המאפשר רבים ממקרי ההפליה. אולם כפי שהראיתי לעיל, דיני החוזים יכולים להציע לנו גם כלים רבים להתמודדות עם הפליה אסורה. **ראשית**, דרך פרשנות מורכבת יותר של מונח האוטונומיה המביא בחשבון את הזכות של המופלה לכתוב את סיפור חייו (כגישתם של הלר ודגן), אם כי דרך זו מצריכה מהלך פרשני משמעותי מצד בית המשפט. **שנית**, דרך זיהוי המבחנים המאזנים שיוכלו להצדיק את הגבלת האוטונומיה על סמך תום הלב, תקנת הציבור ותנאי מקפח בחוזה אחיד. ביסוס תביעות הפליה על מבחנים אמור להיות אפשרי לאור העובדה שבתי המשפט עשו במבחנים שימוש דומה בטרם חקיקת חוק איסור הפליה. **שלישית**, גם קריאת תניות שוויון משתמעות אל תוך החוזה תאפשר להילחם במקרי הפליה. אפשרות זו עשויה להיות רלוונטית במיוחד לסוגים מסוימים של יחסים חוזיים, שקביעה כי תניה כזו קיימת בהם אינה מרחיקת לכת יתר על המידה.

ד. איסור הפליה בדיני הנזיקין

השימוש בדיני הנזיקין ככלי לקידום ערכים של שוויון אינו חדש בפסיקה הישראלית. עם זאת, בית המשפט העליון בחר שלא לאמץ מודל תחולה ישירה של זכויות האדם במסגרת דיני הנזיקין, אלא מודל של תחולה עקיפה בלבד. מודל זה בא לידי ביטוי בשתי עוולות המסגרת העיקריות בישראל, שבית המשפט עושה בהן שימוש מסוים על מנת להחדיר אל דיני הנזיקין ערכים של שוויון: עוולת הרשלנות ועוולת הפרת חובה חקוקה. לצד זאת, יש מי שעדיין קוראים לאימוץ מודל של תחולה ישירה, שגלומים בו יתרונות לא מעטים. בפרק שלהלן אקיים דיון במגמות ובהצעות האלה, לצד דיון בהצעות לכלים חדשים מתחום דיני הנזיקין שניתן לעשות בהם שימוש לצורך מניעת הפליה פסולה. את הפרק אפתח בהצגה של רעיון העוולה החוקתית ואסקור את האופן שבו הוא השתלב בדיני הנזיקין בישראל. לאחר מכן אציע דרכים שונות לתעל את הפוטנציאל של דיני הנזיקין כנגד הפליה אסורה דרך עוולת הפרת חובה חקוקה והלכת **אדמה**, בדרך של תחולה ישירה של חוקי היסוד ועל ידי עוולת הרשלנות ועוולת המטרד.

¹⁴² כך, למשל, בהרבה ידיעונים לעובדים ירשמו סייג שלפיו אין לראות בידיעון זה התחייבות או מסמך משפטי (ראו Muhl, לעיל ה"ש 124, בעמ' 8). עם זאת, יש שני גורמים שעשויים למתן חיסרון זה. ראשית, לעיתים חרף קיומו של סייג, ניתן לפסוק שהפרשנות הסבירה של הידיעון עדיין מובילה לתנאים משתמעים בחוזה, וכי לא סביר לצפות מעובד להסיק מתוך מסמך שלם המפרט את הזכויות שלו ומשפט אחד של סייג – מה מהכתוב כן מובטח לו ומה לא (ראו Gilmore, לעיל ה"ש 136, בעמ' 89). שנית, כיוון שלרוב לא משתלם למעסיק או ספק להצהיר בריש גלי על כוונה להפלות, וברוב החוזים לא נמצא סייג שכזה. בנוסף, אפילו אם הצהרה מפורשת כזו תאפשר בפועל הפליה, לכל הפחות היא תוציא את איהשויון אל אור היום ותקל על התארגנות חברתית למאבק בו. ראו Ayres, לעיל ה"ש 128, בעמ' 866–867.

1.ד. עוולות חוקתיות והפגיעה באוטונומיה

הגנה על זכויות אדם בכלל, ועל שוויון בפרט, מתיישבת היטב עם התכליות של דיני הניזקין. בישראל החלו להתפתח דיני הניזקין החוקתיים לאחר חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, שגילם בתוכו אפשרויות שונות לתחולת זכויות האדם בתחומי המשפט הפרטי. בכל הנוגע לדיני הניזקין, גברו לאחרונה הקולות בבית המשפט העליון הסוברים שבסופו של דבר לא אומץ מודל של "עוולה חוקתית" (constitutional tort), שהיה יכול לאפשר תביעה ישירה בגין הפרה של זכות מבין הזכויות שמנויות בחוק־היסוד.¹⁴³ חלף זאת, בעשורים האחרונים החלו לבוא לידי ביטוי במסגרת העוולות הקיימות הכרעות שמשקפות את ההכרה בחומרה הטמונה בפגיעה בזכויות אדם גם במישור האופקי.¹⁴⁴ ניצנים ראשונים לכך נראו כבר בפרשת **דעקה**.¹⁴⁵

פרשת **דעקה** עסקה בעניינה של אישה אשר עברה ניתוח לתיקון מום ברגלה ובמהלך ההכנה אליו, לאחר שהייתה מטושטשת, התעורר חשש לגידול בכתפה. בעודה תחת הטשטוש היא הוחתמה על הסכמה לביצוע ביופסייה, שבמהלכה נגרם לה נזק בכתף אשר נקבע שלא אירע כתוצאה מרשלנות רפואית. על אף שנפסק בדעת רוב כי האישה הייתה מסכימה לביופסייה גם אם לא הייתה מטושטשת, ועל כן אין קשר סיבתי בין המחדל הרשלני בקבלת הסכמתה בפועל לבין הנזק מן הטיפול הלא רשלני שקיבלה מן הרופאים, נקבע כי איקבלת הסכמתה כנדרש גרם לפגיעה בזכותה לאוטונומיה.¹⁴⁶ אף על פי כן, בית המשפט לא ביסס את הכרעתו על שימוש ישיר בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא על פיתוח של עוולת הרשלנות באמצעות יצירה של ראש נזק חדש שיביא לידי ביטוי את המשקל שקיבלו זכויות האדם בחוק־היסוד.¹⁴⁷

המהלך של בית המשפט היה מתבקש לנוכח העובדה שניסה להימנע משימוש ישיר בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. במצב זה, ככל שבית המשפט מצא לנכון ליתן פיצוי כלשהו לתובעת, הרי שיצירת ראש הנזק החדש – "הפגיעה באוטונומיה" – הייתה "נדרשת", שהרי כאמור לא התקיים קשר סיבתי בין היעדר ההסכמה בפועל לבין נזק הגוף.¹⁴⁸ בהתאם לכך, דעת הרוב אכן הכירה בפגיעה בזכות לאוטונומיה כראש נזק לא ממוני עצמאי, המתגבר על קושי הסיבתיות. עם זאת, השאלה באשר להכרה של פגיעה באוטונומיה כעוולה חוקתית עצמאית נשארה בצריך עיון.¹⁴⁹ לאחר פסק הדין בעניין **דעקה**, הורחב השימוש בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, שנדון בכמה פסקי דין מרכזיים של בית המשפט העליון. פסקי דין אלה הרחיבו את השימוש בראש הנזק

¹⁴³ רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל, פסי' הדין של השופט עמית (נבו 19.1.2017).

¹⁴⁴ ברק־ארז וגלעד, לעיל ה"ש 60, בעמ' 25–27.

¹⁴⁵ ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999).

¹⁴⁶ שם, בפסק הדין של השופט אור ובפרט פס' 2 לפסק דין זה.

¹⁴⁷ ברק־ארז וגלעד, לעיל ה"ש 60, בעמ' 26–27.

¹⁴⁸ אסף יעקב "דא עקא דעקה" – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה "משפטים" מב 5, 16 (2012).

¹⁴⁹ ראו עניין **דעקה**, לעיל ה"ש 145, בפס' 42 לפסק הדין של השופט שטרסברג־כהן. "אכן, ניתן להגן על זכותו של אדם לאוטונומיה בכלל, ולקבלת מידע רפואי בפרט, גם בגדרה של עילת תביעה בגין פגיעה בזכות יסוד בעלת חשיבות עליונה, שכמוה כעוולה חוקתית. פיתוחן של עילות תביעה הסבות על הפרת זכויות יסוד ופגיעה בהן, הינו נושא מורכב העושה עתה אך את צעדיו הראשונים במשפט הישראלי. הכרה בקיומן של עילות תביעה חוקתיות מעוררת שלל קשיים ושאלות שטרם זכו לליבון ולדיון בפסיקת בתי-המשפט ובכתיבת המלומדים, כגון אילו זכויות יהיו מושא להגנה על ידי עילות חוקתיות; מה הם המבחנים להגנה על זכויות אלה; מה הם הסעדים ההולמים פגיעה בזכות חוקתית וכדומה. במצב דברים זה, כאשר סוגיות אלה טרם נדונו לעומקן, ראוי ללכת במסלול אחר ההולם את פתרון הבעיה העומדת בפנינו, ודי לנו לקבוע כי זכותו של אדם לאוטונומיה תזכה להגנה באכסניה המשפטית של ראש נזק עצמאי ונפרד מראשי הנזק המוכרים בגדרה של עוולת הרשלנות. ההכרעה בשאלה הנכבדה אם יש מקום ליתן הגנה לזכות לאוטונומיה גם בגדרה של עילת תביעה עצמאית, ראוי לה שתישאר לעת מצוא". ראו גם עמדת השופטת בייניש אשר סברה "כי קשה לגזור גזרה שווה מראש הנזק המוכר כפיצוי בתחום החוקתי... שכן לא ברור אם הנזק בגין עוולה חוקתית נבחן על פי אמות־המידה של עוולת הרשלנות".

גם אל עבר מקרים שאינם נוגעים להיעדר הסכמה מדעת בהקשר של רשלנות רפואית, ואף העלו את רף הפיצויים שמוענקים בגין פגיעה מסוג זה.¹⁵⁰ ההרחבה עוררה שאלות נוקבות בדבר היות הפגיעה באוטונומיה עילת תביעה עצמאית, וככל שמדובר בראש נזק – גם באשר למידת עצמאותו של ראש הנזק.¹⁵¹ באשר לסוגיה הראשונה הבהיר בית המשפט העליון, בעניין **קדוש**, כי פגיעה בזכות לאוטונומיה מוכרת בדין הישראלי כראש נזק רק במסגרת עוולה קיימת, ולא כעוולה חוקתית עצמאית ונפרדת.¹⁵² על קביעה זו הוא חזר בפרשת **גליק**.¹⁵³ שם ציין השופט עמית כי "בשעתו רווחה הסברה כי פגיעה באוטונומיה היא בגדר 'עוולה חוקתית', עד שהובהר בפסיקה (תוך שהוא מפנה לפסק **קדוש**, ר.א.) כי... הזכות לאוטונומיה היא אמנם במישור החוקתי, אך פגיעה באוטונומיה בדין הניזקי היא כראש נזק בלבד... ואכן, עוולות שונות בדיני הניזקין מגינות על זכויות חוקתיות... מבלי שהדבר הופך עוולות אלו לחוקתיות".¹⁵⁴

באשר לסוגיה השנייה, התפתחה מחלוקת בספרות ובפסיקה באשר למידת העצמאות של הפגיעה באוטונומיה כראש נזק. עמדות מסוימות קראו לצמצום השימוש בפגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי ולהגבלת הפיצויים שיש להעניק בגינו לאותם מקרים שבהם קיימים נזקים לא ממוניים תוצאתיים כגון כעס, תסכול או עלבון.¹⁵⁵ עמדות אחרות קראו דווקא להרחבת ההכרה בנזקים שגלומים בפגיעה באוטונומיה ולהגדלת שיעורי הפיצויים גם מקום שלא הוכחו נזקים לא ממוניים תוצאתיים, כפי שאלה לא הוכחו ב**דעקה**.¹⁵⁶ לאחרונה בפרשת **מרכז רפואי העמק** הבהיר השופט הנדל כי הוא תומך בגישה הראשונה הדרושת נזקים סובייקטיביים תוצאתיים, אך ריכך עמדה זו בכך שהכיר במעין חזקה שלפיה מקום שלא הושגה הסכמה מדעת לטיפול רפואי כירורגי, ברי כי קיימות גם תחושות של תסכול וחוסר ודאות אשר הן בנות פיצוי תחת ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה.¹⁵⁷

לסיכום נקודה זו, רעיון העוולה החוקתית טרם אומץ באופן נרחב בפסיקת הערכאות הגבוהות במשפט הישראלי במישור האופקי-פרטי.¹⁵⁸ זאת בעוד בערכאות הדיוניות דווקא עדיין

¹⁵⁰ ע"א 1338/97 **תנובה מרכז שיתופי לשוק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי**, פ"ד (4) 673 (2003); ע"א 9817/02 **וינשטיין נ' ברגמן** (נבו) 6.2005 (16); ע"א 9936/07 **בן דוד נ' ענטבי** (נבו) 22.2.2011.

¹⁵¹ אחד מפסקי הדין המרכזיים האלה הוא בעניין ע"א 8126/07 **עזבון צבי נ' בית החולים ביקור חולים** (נבו) 3.1.2010. שם נדון ערעור בגין תביעה על פגיעה באוטונומיה שנסב סביב אי-פירוט הסיכון לילודות בשימוש בפיטוצין. בית המשפט דחה את הטענה בדבר רשלנות בית החולים, אך קיבל את טענת ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה. בעמ' 33 לפסק הדין, השופט ריבלין סבר בדעת מיעוט כי יש לראות בפגיעה באוטונומיה ראש נזק המקיים עילת תביעה רק מקום שנתקיימה עוולה חוקתית וקבע כי כדי שפגיעה באוטונומיה תקים עילת תביעה בשל עוולה חוקתית צריך שהיא תיגע ב"גרעין הקשה" של זכות האדם המקדשת את האוטונומיה. השופט מפנה בפסק דינו לדעתו של השופט אור בעניין **דעקה**, לעיל ה"ש 145: "אכן, הפגיעה באוטונומיה המקימה עילת תביעה בשל שנתקיימה עוולה חוקתית צריך שתיגע ב"גרעין הקשה" של זכות האדם המקדשת את האוטונומיה. עוולה זו של הפגיעה באוטונומיה הובאה למשפטנו בידי השופט ת' אור בפסק-הדין המכונן בפרשת **דעקה**... הפגיעה באוטונומיה נתייחדה לא רק בשל שיש לסווגה כעוולה חוקתית...".
להרחבה על המקרה והפגיעה באוטונומיה ראו יעקב, לעיל ה"ש 148.

¹⁵² ע"א 1303/09 **קדוש נ' ביקור חולים** (נבו) 5.3.2012.

¹⁵³ עניין **גליק**, לעיל ה"ש 143, בעמ' 50.

¹⁵⁴ שם, בפס' 17 לפסק הדין של השופט עמית.

¹⁵⁵ שיר ויסנברג "פניה המשתנות של הפגיעה באוטונומיה בדיני הניזקין" **משפטים** מה 833 (2016); יעקב, לעיל ה"ש 148, בעמ' 21–36, אסף יעקב מתייחס למגמות סותרות מסוג זה ומציין כי כבר בעניין **דעקה** נוצרה בעיה פרשנית בכל הנוגע לראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, שתוצאתה הבלתי נמנעת הייתה מגמות סותרות מעין אלה. הוא תולה את הבעיה הפרשנית בפסק הדין של השופט אור, שכרך את הפגיעה באוטונומיה בפגיעה בזכות לכבוד. יעקב מציין כי זיהוי זה יצר מורכבות תורת משפטית, שלפיה הזכות החוקתית לכבוד מהווה מקור לסעד ספציפי במשפט הפרטי, בעוד היבטים אחרים של פגיעה בכבוד אינם מוגנים על ידי דיני הניזקין.

¹⁵⁶ אסף יעקב ויוני לבני "הקפיצה הגדולה – על גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה" **עינוי משפט** לו, 437 (2015).

¹⁵⁷ ע"א 7444/18 **פלוגי נ' מרכז רפואי העמק** (נבו) 23.8.21.

¹⁵⁸ דוגמה נוספת לפיצוי בגין עוולה חוקתית היא ת"א (שלום ת"א) 50407-05-15 **האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' מגן דוד אדום** (נבו) 22.2.2016, שם דובר בתביעה שהוגשה בגין הפליית התובעים בקבלת תרומות דם נוכח מוצא ונטייה מינית, בעילות מכוח חוק איסור הפליה, חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981 והפרת חובה חקוקה הקבועה בס' 4 לחוק

מובעת מידי פעם נכונות מסוימת לעשות כן, ובתי משפט מחוזיים שונים אף אישרו הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות אשר מנויות בהן עילות של עוולה חוקתית בשל הפגיעה בשוויון.¹⁵⁹ עם זאת, פגיעה בשוויון יכולה אף יכולה להצדיק פיצוי בשל ראש נזק של פגיעה באוטונומיה (עם או בלי הוכחת נזקים תוצאתיים), אך לשם כך נדרש לבסס ראשית עילת תביעה נזיקית שעליה יושתת ראש הנזק הזה. בהמשך הפרק אציע כמה עילות כאלה.

יש לציין, כי אין בדברים האלה כדי להכחיש את הקשר שעושה בית המשפט העליון בין דיני הנזיקין לבין קידום השוויון. במסגרת השימוש בעוולות הקיימות ובראשי הנזק המסורתיים, בית המשפט בהחלט נוהג לראות את השוויון לנגד עיניו, באופן שממחיש בבירור כי השוויון אינהרנטי לדיני הנזיקין עצמם. כך, למשל, בעניין **לינדורן** קבע הנשיא ברק כי יש לפרש את פקודת הנזיקין באופן שוויוני ולפצות בן זוג של ניזוק שמת בין אם היו נשואים ובין אם היו ידועים בציבור.¹⁶⁰ אך המקרה אולי המובהק ביותר שממחיש את מקומו של השוויון בדיני הנזיקין הוא בעניין **אבו חנא**. שם קבע השופט ריבלין, בניגוד לכלל שהיה נהוג עד אז שלפיו חישוב אובדן כושר ההשתכרות של אדם ייעשה תוך שימוש בנתוניו הדמוגרפיים, שעבור קטינים יש לחשב את אובדן ההכנסה בהתאם לשכר הממוצע במשק תוך התעלמות מנתונים דמוגרפיים, בין היתר כיוון שהתחשבות בנתונים דמוגרפיים יוצרת הפליה.¹⁶¹

כפי שממחישים הדיונים בעוולה החוקתית ובקידום השוויון באמצעות דיני הנזיקין, פקודת הנזיקין עשויה להתאים במיוחד להתמודדות עם הפליה אסורה. זאת משום שהפקודה מגדירה עוולה נזיקית כפגיעה בזכות שבגינה ניתן סעד – וככזו יש לה גם כוח נרטיבי להגדיר אי הפליה כזכות שפגיעה בה היא עוולה, וגם כוח לפצות את ניזוקי ההפליה ולהרתיע את המזיקים מנקיטת התנהגות מפלה מלכתחילה.¹⁶² כמו כן, סעד הפיצוי נתפס כנוקשה פחות מסעד של צו מניעה או אכיפה ולכן עשוי לעזור לאזן את הזכות לשוויון למול הזכות לאוטונומיה – אין בפיצוי כפייה של ממש להימנע מפעולה מפלה, אלא רק דרישה לפצות את הנפגעים של אותה הפליה.¹⁶³ בחלקים הבאים של הפרק אדון בהרחבה בעילות התביעה השונות שפקודת הנזיקין מעמידה בפני נפגעי הפליה ואבחן את ההתאמה שלהן לצורך תקיפה משפטית של הפליה אסורה.

2.4. מודל התחולה העקיפה: הפרת חובה חקוקה והלכת אדמה

סעיף 63(א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] קובע כי מי שהפר חובה חקוקה המוטלת עליו "על פי כל חיקוק" ביצע עוולה נזיקית. משמעותה הגורפת, המילולית של התיבה "כל חיקוק", היא כפשוטה: כל חיקוק, לרבות סעיף 4 לחוקיסוד: כבוד האדם וחירותו הקובע את הזכות לכבוד כזכות חוקתית. אך האומנם חוקייהסוד, בהיותם חובות חקוקות, יכולים לשמש כשלעצמם בסיס לאחריות נזיקית במסגרת עולת הפרת חובה חקוקה? אין ספק שתשובה חיובית תהווה הרחבה ניכרת של ההגנה על

זכויות החולה, התשנ"ו-1996. התביעה נמחקה, ובית המשפט ציין כי ניתן היה לטעון לפיצוי בגין עוולה חוקתית נוכח הפרה נטענת של זכות השוויון מכוח חוקיסוד: כבוד האדם וחירותו.

¹⁵⁹ ת"צ (מחוזי מרכז) 17-07-18181 **רוטמן נ' א.ל.מ. סחר 2000 בע"מ** (נבו 27.2.2019). שם אושר הסדר פשרה בתובענה ייצוגית, כשאחת העילות שאושרו היא עוולה חוקתית בגין פגיעה בשוויון; בת"א (מחוזי י-ם) 2356-08 **ריי נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ** (נבו 27.9.2012). אושרה בקשה לאישור תובענה כייצוגית כשאחת מעילותיה היא עוולה חוקתית בגין הפליה.

¹⁶⁰ ע"א 2000/97 **לינדורן נ' קרנית**, פ"ד (נה) 12, 30 (1999).

¹⁶¹ ע"א 10064/02 **"מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא**, פ"ד (ס) 13, פס' 45 לפסק הדין של השופט ריבלין (2005).

¹⁶² ביטון ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין, ה"ש 15, בעמ' 148.

¹⁶³ שם, בעמ' 149.

זכויות האדם במסגרת המשפט הפרטי ולמעשה תכניס זכויות יסוד אלה לתחומי המשפט הפרטי כמעט בדלת הראשית.¹⁶⁴ אהרן ברק למשל, בכובעו כמלומד, רואה בהפרת הזכויות המעוגנות בחוקי היסוד כהפרת חובה חקוקה לצורך העוולה של הפרת חובה חקוקה.¹⁶⁵ אך האם זהו המצב בראי הפסיקה?

בעבר קיבלו בתי המשפט את הטענה שלפיה פגיעה בזכויות המנויות בחוקי יסוד עשויה לעלות כדי הפרת חובה חקוקה, כאשר השימוש הראשון בהפרת זכות חוקתית כהפרת חובה חקוקה בוצע על ידי בית משפט השלום בתל אביב בפרשת **נעאמנה**. בפרשה זו טענו התובעים, בני משפחה אחת ממוצא ערבי, כי לא הותר להם להיכנס לפארק המים בקיבוץ קליה בשל היותם ערבים. מנגד טענו הנתבעים כי לא נאסרה כניסתם של התובעים לפארק, אלא שרק הומלץ בפניהם שלא להיכנס מטעמי בטיחות ושלוש הציבור, זאת לנוכח העובדה שיומיים קודם לכן השתלטו מחבלים על אוטובוס בירושלים, פצעו רבים ורצחו אישה. לטענת הנתבעים היה מקום לאותה המלצה בשל חשש ממעשי תגובה של יהודים שייעשו בפארק המים. הפרשה התרחשה בטרם חקיקת חוק איסור הפליה, וטענתם העיקרית של התובעים נשענה על חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו ולפיה נפגע עקרון השוויון הגלום בחוק זה בשל הפלייתם לרעה. בנוסף טענו כי מדובר בסירוב בלתי סביר מצד גוף מפקח ובחוסר תום לב בקיום ההצעה שהופנתה לציבור לבוא ולנפוש בפארק.

בית המשפט קיבל את התביעה בעניין **נעאמנה** וקבע כי התובעים זכאים לפיצוי הן בשל הפרת חובת תום הלב (מסגרת חוזית) והן בשל הפרת חובה חקוקה על בסיס הפגיעה בשוויון שמעוגנת בחוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו (מסגרת נזיקית).¹⁶⁶ בפרשה זו הוחלה הלכה למעשה החובה לנהוג בשוויון, כנגזרת מהזכות החוקתית לכבוד, גם במערכת היחסים הפרטית-אופקית. בית המשפט סבר כי תהליך האיזון בין השיקול הבטיחותי וחופש ההתקשרות, מחד גיסא, לבין עקרון השוויון, מאידך גיסא, מוביל למסקנה כי במקרה זה הופרה החובה החקוקה לנהוג בשוויון. בית המשפט הטעים כי על "אף כי בחוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו לא נכלל מפורשות המונח "שוויון", לרבים אין ספק כי חוקי היסוד מעגן את זכות השוויון, כזכות המשקפת בעליל את כבוד האדם".¹⁶⁷

ואכן, למשך כמה שנים הפכה גישתו של בית המשפט בפרשת **נעאמנה** לגישה המקובלת בפסיקה. בהתאם, הערכאות הדיוניות פסקו לא אחת פיצויים דרך עוולת הפרת חובה חקוקה מקום שהופר חוקי יסוד כבוד האדם וחירותו.¹⁶⁸ אולם תור הזהב של ההגנה החוקתית הישירה על השוויון במשפט הפרטי לא נמשך זמן רב. משהגיעה הסוגיה לדיון בבית המשפט העליון, בפרשת **דור זהב**, נקבע על ידי בית המשפט כי לא ניתן לעשות שימוש בעוולת הפרת חובה חקוקה במקרה של הפרת זכות יסוד. זאת, בין היתר, מכיוון שכדי להקים עילה של הפרת חובה חקוקה, נדרש שהחובה תהיה

¹⁶⁴ ברק-ארז וגלעד, לעיל ה"ש 60, בעמ' 25.

¹⁶⁵ ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 788.

¹⁶⁶ עניין **נעאמנה**, לעיל ה"ש 83, בפס' 7. שם, נקבע כי הופרה חובת תום הלב וכי הופרה הזכות לשוויון הנובעת מחוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו, והפרתה מהווה הפרת חובה חקוקה, שכן חוקי היסוד הוא חקיקה. סך הפיצויים נקבע על 10,000 ש"ח.

¹⁶⁷ שם, בפס' 5. בעוד פסק הדין הולך בדרך שהתווה הנשיא ברק בעניין **דנילוביץ'**, לעיל ה"ש 12, באשר לעיגון עקרון השוויון בחוקי היסוד, השופטת מכירה בדרך הביניים של השופטת דורנר בעניין **מילר**, לעיל ה"ש 4, הקובעת כי עקרון השוויון המוגן תחת חוקי היסוד הוא צר ומתייחס להגנה על אדם מפני מקרים מסוימים של השפלה. כך עולה לפי עניין **נעאמנה**, לעיל ה"ש 83, בעמ' 14: כי מצוי "גרעין של מקרים, שבהם בוודאי האפליה משמעותה השפלה בשל הפגיעה בשוויון, ואלו בוודאי נכנסים לגדר חוק היסוד".

¹⁶⁸ תמ"ש (ירושלים) 19270-03 **נ' כ.ש. נ' כ.פ.** (נבו 21.12.2004), (סרבן גט, 425,000 ש"ח); תמ"ש (נצרת) 4790-00 **פלונית נ' אלמוני** (נבו 13.1.2005), (גבר ערבי שגירש באופן חד-צדדי, 50,000 ש"ח); ע"ע (ארצי) 480/05 **בן עמי נ' פלונית** (נבו 8.7.2008), (סרסור, 240,000 ש"ח).

ספציפית, ולא כללית, דרישה שאינה מתמלאת בנוגע לחוקייסוד.¹⁶⁹ הקביעה סתמה את הגולל על האפשרות לעשות שימוש בעוולת הפרת חובה חקוקה במקרה של הפרת זכויות יסוד. אומנם ההלכה שנקבעה בפרשת **דור זהב** עודנה עומדת בעינה, אך קיימת עילה משפטית אחרת שבאמצעותה ניתן להביא בכל זאת לתחולה של חוקייהיסוד במשפט הפרטי האופקי. שורשיה של דרך זו שתולים בפסק דין **אדמה** שניתן בשנות החמישים, ויש מקום לסבור שדרך זו עדיין רלוונטית, שכן מדובר בעילת תביעה עצמאית שאינה תלויה ביסודותיה של עוולת הפרת חובה חקוקה.¹⁷⁰ בפרשת **אדמה** קבע השופט ברנזון כי קיים בסיס משפטי לחיוב עצמאי בעל אופי נזיקי וכן זכות פיצוי לתובע כל אימת שהנתבע הפר חוק באופן שגרם לתובע לנזק ושהנזק הוא תוצאה ישירה וטבעית של המעשה הבלתי חוקי.¹⁷¹ קביעתו של ברנזון לא נהפכה מעולם והיא אף קיבלה חיזוק מבית המשפט העליון בפסקי דין מאוחרים יותר. בפסקי הדין האלה קבע בית המשפט העליון כי הלכת **אדמה** עודנה עשויה לשמש כעילת תביעה עצמאית במקרים שבהם הופרה זכות של התובע, גם אם לא מתקיימים התנאים לתחולתה של עוולת הפרת חובה חקוקה.

ביטוי ראשון לכך הופיע בעניין **סוקר**, שבו החיה השופט חשין את הלכת **אדמה** וקבע כי יש לתת לה רגליים משלה.¹⁷² כעשור מאוחר יותר, בעניין **חוף עזה**, נקבע כי בכל מקרה שבו הופרה זכות חוקתית יש להכיר גם בסעד הנגזר מן ההפרה, וכי הבסיס לסעד מעין זה מצוי בהלכת **אדמה**. כך חיזק בית המשפט את דעתו של חשין בעניין **סוקר**, בתארו את הלכת **אדמה** כדרך עצמאית לביסוס תביעה נזיקית בגין הפרת חוקייסוד.¹⁷³ אף שבמקרים אלה הדברים נאמרו על ידי בית המשפט בבחינת למעלה מן הצורך, נראה שאכן ניתן לתבוע בנוזיקין על הפרת חוקייהיסוד באמצעות הלכת **אדמה**, ללא צורך בפניה לעוולת הפרת חובה חקוקה המלווה במסננות פנימיות רבות יותר.

¹⁶⁹ ע"א 10508/08 דור זהב חברה לקבלנות בנין והשקעות בע"מ נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה תל אביב (נבו) 4.2.2010.

¹⁷⁰ ע"א 140/53 אדמה חברה בינלאומית בישראל בע"מ נ' לוי פ"ד ט 1666 (1955). (להלן: עניין אדמה).
¹⁷¹ שם, בעמ' 1672, על יסוד בג"ץ 16/50 איגרארמא בע"מ נ' מועצת עיריית תל-אביב פ"ד ו 92 (1951); דובר בבית מלון ברמת גן שהוקם בניגוד לתוכנית בניין עיר, אך באישור הוועדה המקומית. חברת הבנייה טענה, בין היתר, כי גם אם הבנייה נוגדת את החוק, אין לתובעים הפרטיים עילת תביעה בעניין, וזהו עניין בין החברה לבין הוועדה המקומית בלבד. ברנזון פוסק כנגד טענה זו, ונימוקיו: "בשאלת מעמדם של המשיבים, נאחו מר כספי בדברים שנאמרו ב-בג"ץ 16/50, כי "על יסוד מה שנפסק ב-בג"ץ 16/50, נוצרת עילת-תביעה כאשר מתקיימים שלושה יסודות אלה: (1) הנתבע עשה מעשה בלתי-חוקי (2) המעשה גרם נזק כספי לתובע או פגע בנוחיותו או בהנאתו מרכושו (3) הנזק או הפגיעה הם תוצאה ישירה וטבעית של מעשהו הבלתי-חוקי של הנתבע. ואם התביעה היא, כמו במקרה שלנו, לצורמניעה בלבד, מספיק להוכיח כי הנתבע עשה או מתכוון לעשות מעשה בלתי-חוקי, וכי כתוצאה ישירה וטבעית ממנו ניזוק או נפגע התובע, או שהוא עלול להינזק או להיפגע [...] בצדק אמר הנשיא-התורן המלומד שישב לדין, כי אילו עילת-תביעה מושלמת כלפי המערערת משום מטרד ממש, כי אז היה די בזה בלבד כדי שתהיה למשיבים עילת-תביעה מושלמת כלפי המערערת, בין אם בניה היתה חוקית או לא, ומה הועיל, איפוא, בית-המשפט הגבוה לצדק בתקנתו, כי ישנה תרופה לאדם הניזוק או נפגע ברכושו על-ידי פעולה בלתי-חוקית של הזולת? הווי אומר, כי הפעולה הבלתי-חוקית לכשעצמה היא מיסודות התביעה, ומשהוכח כי פעולה זו הזיקה לזולת או פגעה ברכושו, הושלם המעגל ועילת-התביעה קיימת".

¹⁷² בג"ץ 1921/94 סוקר נ' הוועדה לבניה למגורים ולתעשייה, פ"ד מח(4) 237, פס' 18 לפסק הדין של השופט חשין (1994). מדובר בעתירה נגד תוכנית בנייה בירושלים, בטענה המרכזית שהוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה אישרה את התוכנית תוך חריגה מסמכותה בניגוד לחוק, כיוון שהתוכניות כוללות מפעלים העוסקים בתעשייה כימית (לכאורה). שאלה מרכזית בפסק הדין נוגעת לעניין הרלוונטיות של התביעה לדין האזרחי. חשין נעזר בהלכת **אדמה**, לעיל ה"ש 170, בעניין זה באומרו: "אינני רואה כל מניעה לעשות את הלכת איגרארמא [ובנותיה – בייחוד את בתה הבכירה, הלכת אדמה] ובצדה את "הדוקטרינה המהותית" שתשתית להיזקקותו של בית המשפט האזרחי לנושאי תכנון ובנייה, וכשאני לעצמי אתמוך בדוקטרינה זו והיא "המודל הדיפרנציאלי" בכל לב". ראו עניין **איגרא-רמא**, לעיל ה"ש 171.

¹⁷³ בג"ץ 1661/05 מועצה אזורית חוף עזה נ' מדינת ישראל פ"ד נט(2) 481 (2005) (להלן: עניין חוף עזה), דן בחוקתיות של פינוי יישובים לאחר תוכנית ההתנתקות ומודל הפיצויים ההולם עבור המפונים. בפס' 136 לפסק הדין של השופט ברנזון נקבע כך: "אמת, לא נקבע בחוקי היסוד עצמם סעד באשר לפגיעה בהם. הועלו בעניין זה אפשרויות שונות בספרות המשפטית [...] אפשרות שנייה מבקשת להסתמך על ע"א 140/53 אדמה בע"מ נ' לוי... עלפיו... נוצרת עילת תביעה כאשר מתקיימים שלושה יסודות אלה: (1) הנתבע עשה מעשה בלתי-חוקי; (2) המעשה גרם נזק כספי לתובע או פגע בנוחיותו או בהנאתו מרכושו; (3) הנזק או הפגיעה הם תוצאה ישירה וטבעית של מעשהו הבלתי-חוקי של הנתבע [...] לפי תפיסה זו, משהופרה זכות חוקתית יש להכיר בסעד חוקתי הנגזר ממנה. כך הדין למשל בארצות-הברית לעניין הפרת הזכויות הקבועות במגילת הזכויות האמריקנית... אין סיבה שלא להכיר בדין דומה בישראל".

ואכן לאחרונה הדבר אף יושם בפסיקה, כאשר בפרשת **משה** מצא בית המשפט לתביעות קטנות כי לתובעים קמה עילת תביעה בשל הפליה מכוח הלכת **אדמה**.¹⁷⁴

3.ד. מודל התחולה הישירה: תחולת חוקי היסוד במשפט האזרחי-אופקי

לשונו של חוקי יסוד כבוד האדם וחירותו אינה מעידה על חלותו במישור הפרטי, לא כל שכן במישור האופקי-פרטי. זאת מכיוון שבאופן מסורתי ההגנה על זכויות האדם נתפסה ככזו המכוונת להגבלת כוחן של רשויות, במישור האנכי בלבד.¹⁷⁵ ואכן כפי שראינו זה עתה, לאחר כמה שנים שבהן הערכאות הדיוניות בכל זאת נקטו דרך זו, נשללה בפרשת **דור זהב** האפשרות להחיל את חוקי היסוד על פרטים באופן עקיף באמצעות שימוש בעוולת הפרת חובה חקוקה. כפי שראינו, דרך עקיפה אחרת שהוצגה לעיל ועודנה אפשרית לשימוש על מנת להחיל את חוקי היסוד על פרטים היא באמצעות הלכת **אדמה**.

לאחרונה עלי בוקשפן ואסא כשר דנו באפשרות של תחולה ישירה של חוקי היסוד במשפט האופקי בכלל, והאופקי-פרטי בפרט. טענתם של בוקשפן וכשר היא כי יש מקום לתחולה ישירה של חוקי היסוד במשפט הפרטי, כך שתובע יוכל לתבוע נתבע על פגיעה ישירה בזכות אדם שלו, הנובעת מחוקי היסוד. זאת בעיקר לנוכח מעמדם העל-חוקי של חוקי היסוד, שעקרונותיהם חולשים גם על המשפט הפרטי.¹⁷⁶ לשיטתם, בשיטת משטר דמוקרטי אין מקום ליחס מעמד מכריע לזהות הפוגע בזכות – בין אם מדובר ברשות שלטונית ובין אם מדובר בפרטים – כאבן בוחן לקביעת מקור ההגנה המשפטית הניתנת לזכויות האדם.¹⁷⁷ עם זאת, בוקשפן וכשר חושבים שיש להגביל את השימוש במודל התחולה הישירה לשני מקרים טיפוסיים. **המקרה הראשון** הוא של היעדר הוראת חוק ספציפית מן המשפט הפרטי שמגינה על זכויות האדם שנפגעו, כך שהאפשרות היחידה היא פנייה לחוקי היסוד. **המקרה השני** הוא של חוק מן המשפט הפרטי שסותר את הוראות חוקי היסוד, שאז יש לפנות אל חוקי היסוד עצמו; במקרה כזה יש גושפנקה לפנות לחוקי היסוד במישרין – מבלי ליצור חקיקה שיפוטית יש מאין, מבלי להורות למחוקק לחוקק ומבלי למעול בתפקידו במערכת הדמוקרטית.¹⁷⁸

יש שיטענו כי אימוץ מודל התחולה הישירה יביא דווקא לידי פגיעה בזכויות הפרט, הואיל ולמשפט הפרטי אין כלים שיאפשרו לו להכריע איזו זכות יסוד גוברת במקרה של התנגשות. לדעת בוקשפן וכשר, הואיל והדיון בזכויות הפרט במשפט הציבורי נעשה תחת מערכת איזונים, אין סיבה שהוא לא יבוצע, בהתאמות הנדרשות, בין שזכויות האדם מוחלות בו באופן עקיף ובין שהן מוחלות בו באופן ישיר.¹⁷⁹ לענייננו רלוונטי בעיקר **המקרה השני** שבוקשפן וכשר סבורים כי ראוי לעשות בו שימוש במודל התחולה הישירה – מקרה שבו חוק איסור הפליה אינו חל על סוגי הפליה מסוימים. כך, כשמישהו נפגע מהפליה שאינה נאסרת על ידי חוק איסור הפליה, יכול בית המשפט לפנות ישירות לחוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו ולבחון אם ההפליה עולה כדי פגיעה בזכויות הנובעות מהחוק. בעת הזו, בתי המשפט טרם אימצו את מודל התחולה הישירה של בוקשפן וכשר. עם זאת,

¹⁷⁴ עניין **משה**, לעיל ה"ש 90.

¹⁷⁵ ס' 5 לחוקי יסוד: חופש העיסוק; ס' 11 לחוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו; בוקשפן וכשר, לעיל ה"ש 70.

¹⁷⁶ שם, בעמ' 107–108.

¹⁷⁷ שם, בעמ' 45.

¹⁷⁸ שם, בעמ' 108.

¹⁷⁹ שם, בעמ' 45.

סביר להניח שלכל הפחות כמה מבתי המשפט בערכאות הדיוניות יאמצו זאת, כפי שאימצו בעבר את הרעיון השכן של "העוולה החוקתית", אשר, כאמור, טרם נקלט על ידי בית המשפט העליון. לאחר שהובהר כי מודל התחולה העקיפה באמצעות עוולת הפרת חובה חקוקה נשלל, והוצגו מודלים חלופיים לתחולתם של חוקי היסוד במשפט הפרטי – אבקש לפנות לבחינת השימוש בעוולות מרכזיות אחרות. כפי שאראה, גם עוולות אלה עשויות לשמש לצורך התמודדות עם מקרי הפליה שאינם חוסים תחת חוק איסור הפליה, באמצעות יציקת תוכן ליסודותיהן של אותן עוולות. לפיכך מזכיר השימוש בעוולות אלה את מודל התחולה העקיפה, שכן מדובר בהזרמת עקרונות של שוויון ואיסור הפליה באמצעות השימוש בהן.

4.ד. רשלנות

עוולת הרשלנות היא עוולת מסגרת, המשמשת אכסניה להתנהגויות עוולתיות הפוגעות בזכויות וערכים מוגנים. הראשון להציע את עוולת הרשלנות כמונח שסתום, דרכו מוזרמות זכויות היסוד החוקתיות אל תוך המשפט הפרטי, היה אהרן ברק.¹⁸⁰ השוני בין הגישה של ברק לבין הגישה של מלומדים אחרים שהציעו לעשות ברשלנות שימוש דומה, כמו דפנה ברק-ארז,¹⁸¹ היה שברק סבר כי ניתן לעשות ברשלנות שימוש זהה גם במערכות היחסים שבין פרטים (המישור האופקי), ולא רק במערכת היחסים שבין הפרט למדינה (המישור האנכי), בעיקר לנוכח העובדה ש"הסכנה לזכויות האדם קיימת אמנם בעיקר מצד המדינה, אולם אין זו הסכנה היחידה. לזכויות האדם אורבת סכנה גם מהתנהגותם של פרטים אחרים. בצד הצורך להגביל את כוחה של המדינה כלפי הפרט, קיים הצורך להגביל את כוחם של פרטים ביחסיהם ההדדיים".¹⁸² ואכן, בשלב מאוחר יותר, גם ברק-ארז סברה כי ניתן וראוי לעשות שימוש בעוולת הרשלנות בכל הנוגע לסכסוכים בין פרטים שהייתה מעורבת בהם פגיעה בזכויות אדם.¹⁸³

לגישתו של ברק יש לנהוג בעקרונות המשפטיים הקיימים במשפט הפרטי כך שיאפשרו להעניק סעד למי שזכויות האדם שלו נפגעו. מדובר, אם כן, במודל של תחולה עקיפה, שעוולת הרשלנות משמשת כאחד היסודות המרכזיים שלו ומאפשרת לספק מענה למי שזכויות האדם שלו נפגעו על ידי פרט אחר.¹⁸⁴ למעשה, ברק הציע לראות את עוולת הרשלנות ככלי מרכזי לשינוי חוקתי בדיני הנזיקין, כך שתתאפשר הטלת אחריות נזיקין בגין פגיעה בזכויות היסוד של הפרט.¹⁸⁵ ואכן בית המשפט העליון קבע לא אחת כי לרשויות השלטון, ובכללן בתי המשפט, ישנה חובת זהירות חוקתית לכבד את זכויות היסוד של הפרט.¹⁸⁶ ומכאן, שאת עוולת הרשלנות ניתן, ויש שיטענו שגם צריך, לפרש כמגינה על הזכות לשוויון ולפיכך – ככלי למניעת הפליה.¹⁸⁷

¹⁸⁰ ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 34, בעמ' 684.

¹⁸¹ ברק-ארז, לעיל ה"ש 72, בעמ' 104; ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין", לעיל ה"ש 15, בעמ' 153.

¹⁸² ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 34, בעמ' 680.

¹⁸³ ברק-ארז, לעיל ה"ש 72, בעמ' 119–122.

¹⁸⁴ ברק מכנה את המודל שלו "מודל תחולה עקיפה מחוזקת". ראו ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 34, בעמ' 681–

686.

¹⁸⁵ שם.

¹⁸⁶ ראו למשל ע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס, פ"ד נח(5) 167 (2004); ע"א 1081-00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193 (2005).

¹⁸⁷ בהקשר זה ראו גם את ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין", לעיל ה"ש 15, שבו התייחסה ביטון לאפשרות שהפליה עשויה לעלות כדי רשלנות וניתחה את הדין הישראלי עובר למועד כתיבת המאמר.

ד.4.א. מתי הפליה עשויה לעלות כדי רשלנות?

בכדי שהפליה תיחשב כרשלנות יש לבסס כי קיימת חובה לנהוג בשוויון המקימה חובת זהירות נזיקית. סעיף 36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] קובע כי חובת הזהירות מוטלת כלפי כל אדם וכלפי כל בעל נכס כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של הדברים להיפגע ממעשה או ממחדל. לכאורה לשון החוק בהירה ומטילה חובה להימנע מהפליה, שכן כל אדם סביר היה רואה כי יש בזה כדי לפגוע באחר. ואכן, לדעת ברק, עוולת הרשלנות המשקפת את מה שאדם סביר "צריך" לצפות תבטא את עקרונות היסוד במשפט הישראלי, לרבות איזון ראוי בין זכויות האדם הקבועות בחוקיה היסוד.¹⁸⁸

אולם השאלה אם אכן קמה חובת זהירות שלא להפלות אינה כה פשוטה. המשפט המקובל נרתע מלהקים חובות פוזיטיביות (חובות עשה) מקום שלא מתקיימים יחסים מיוחדים (מורה תלמיד, רופאה-חולה וכדומה).¹⁸⁹ על כן, לכאורה לא ברור מהם היסודות הנורמטיביים בבסיס ההכרה בחובה נזיקית לנהוג בשוויון. אומנם הדין האמריקאי מכיר באיסור הפליה "נזיקי", אך זאת לרוב רק באשר להפליה מכוונת, ולא הפליה רשלנית.¹⁹⁰

עם זאת, בספרות נשמעו קולות רבים התומכים בהקמת חובת זהירות נזיקית שלא להפלות. סופיה מורו למשל סוברת שבעוד רשלנות "רגילה" נוגעת לנזק פיזי או נזק נפשי, בהפליה הנזק הוא שונה באשר מדובר בפגיעה ב"deliberative freedom".¹⁹¹ דהיינו, הנזק הוא בזכותו של אדם לבחור כיצד לכתוב את סיפור חייו מבלי להיות כבול לתכונות מסוימות שלו.¹⁹² מכאן שקיימת חובת זהירות להימנע מגרימת נזק שכשזו. אך גם אם זה המקרה, אליבא דמורו, יש לבחון אם מצויים אינטרסים שונים של הצד המפלה שיש לשקול מנגד, כגון חופש הדת, חופש העיסוק וכיוצא בזה.¹⁹³ אם בביצוע האיזון ימצא כי האינטרסים של המפלה חשובים יותר – הדבר ייחשב כ"undue hardship" שאז אין מדובר בהפרה של זכויות המופלה.¹⁹⁴ לפיכך, הפליה שאינה מוצדקת היא צורה של רשלנות, פגיעה בזכויות מסוימות, כשהמפלה נכשל מלנקוט אמצעים סבירים שהמופלה לא ייפגע כתוצאה מהגזע, המגדר או הנכות שלו.¹⁹⁵ דומני שגישת "צדק ביחסים" של דגן ודורפמן מהדהדת או מתכתבת עם גישה זו.¹⁹⁶

דרך מעט אחרת להקים חובת זהירות נזיקית מתבססת על העובדה שהפליה פוגעת בכבוד, ומשכך מובילה גם לתחושות של השפלה, ביזוי ונזקים לבר ממוניים נוספים בקרב מי שהופלה. אומנם, במקרים של הפליה, האינטרס הנפגע הוא בלתי מוחשי, וקשה לזהות את היקף הפגיעה, אך אין זה אומר שמדובר בפגיעה שונה מפגיעה הנראית לעין. בשל קושי מובנה זה, דיני הנזיקין מיעטו

¹⁸⁸ ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 34, בעמ' 685. כפי שכבר ראינו, אהרן ברק סבר שהמשפט הפרטי ממילא משקף איזון בין ערכים מתנגשים, ועל כן אין היישום דרכם שונה בתכלית מכל יישום אחר. זאת בין היתר הואיל ומונחי השסתום רגישים ביתר שאת לשיקולים חוקתיים ומאפשרים גמישות בפעולתו של המשפט הפרטי.

¹⁸⁹ אביחי דורפמן, "זהירות! חובה", משפטים מב 87 (2012).

¹⁹⁰ Michael Wells & Thomas A. Eaton, *Affirmative Duty and Constitutional Tort*, 16 U. MICH. J.L. REFORM 1, 3-6, 26-29 (1982).

¹⁹¹ Moreau, לעיל ה"ש 31.

¹⁹² שם, בעמ' 135.

¹⁹³ שם, בעמ' 138.

¹⁹⁴ שם, בעמ' 139. כך לפי הדין הקנדי נבחנת הסבירות. הכותבת מציינת מאוחר יותר, בעמ' 141-142, שניתן ליישם את טענותיה גם לפי נוסחת לרנד הנד.

¹⁹⁵ את עמדה זו ניסח באופן דומה פרופ' פורת, שלדידו הקטגוריה הפרדיגמטית שדיני הרשלנות בנויים עליה כוללת את המקרים שבהם נכשל המזיק באיזון האינטרסים שלו מול אלה של הזולת. ליתר דיוק, כאשר המזיק פעל באופן המעדיף שלא כראוי את האינטרסים שלו על האינטרסים של הזולת. ניתן ליישם זאת באופן אנלוגי על הפליה. ראו, אריאל פורת נזיקין כרך א 164 (2013).

¹⁹⁶ Hanoch Dagan & Avihay Dorfman, *Just Relationship*, 116 COLUM. L. REV. 1395, 1443 (2016).

בעבר לקבוע כי פגיעות מעין אלה עולות כדי רשלנות, והתפיסה הייתה שהשימוש בדיני הנזיקין אינו יכול לספק מענה לנזקים שפגיעות אלה גורמות. אלא שתפיסה ארכאית זו השתנתה, והפיכתם של דיני הנזיקין למקור הגנה על אינטרסים בלתי מוחשיים הולכת ומתגברת. בהקשר לכך, התפיסה המתגבשת היא שכשם שצפיות לגרימת נזקים ממוניים מקימה חובת זהירות נזיקית, כך ראוי שגם צפיות לגרימת נזק שאינו ממוני תקים חובת זהירות נזיקית, וכי ניתן להעניק פיצוי גם בגין פגיעות שאינן נראות לעין, חרף הקושי בקביעת שיעור הפיצוי.¹⁹⁷

דרך נוספת להתאמת התשתית המבנית של עולות הרשלנות כך שתכלול חובה לנהוג בשוויון הציעה יפעת ביטון.¹⁹⁸ לגישה, מתגבשת חובה ייחודית שלא להפלות בשל פערי הכוח החברתיים שבמסגרתם ממוקמים הצדדים השונים לסכסוך הנזיקי. לשם הפעלה של חובת הזהירות על בסיס התאוריה של ביטון נדרש שפערי הכוח בין הצדדים הם שיהוו את הבסיס להתנהגות המפלה כלפי הנזוק, שבגינה יש להטיל אחריות ברשלנות על מי שנקט הפליה או על מי שהיה יכול למנוע אותה.¹⁹⁹ עניינה המרכזי של ביטון אם כן הוא ביחסי הכוח הקשים והבלתי נסבלים במיוחד מבחינה חוקתית; יחסי כוח שמקורם בהפליה אנטי חוקתית כגון הפליה על בסיס מגדר, מוצא, לאום וכיוצא בזה.²⁰⁰ לטענתה של ביטון, תאוריית יחסי הכוח יכולה לשמש כלי מרכזי ל"קירוב" בין צדדים הנחשבים "רחוקים" מבחינה נזיקית, שכן מרגע שהניזוק ממוקם בתוך מערכת יחסי כוח, ישנה חובת זהירות רחבה יותר של הצד החזק.²⁰¹ ביטון מיישמת את הצעתה על הפליה בדיוור, שכן היא סבורה כי בישראל מרבית בעלי הדירות להשכרה משתייכים להגמוניה החברתית, ואילו מחפשי הדיוור הם לרוב מי שמשתייכים לקבוצה הלא-הגמונית. הכרה בזכותם האוטונומית של בעלי דירות שלא להשכיר את דירתם, מטעמים גזעניים, חושפת את מלוא השפעתם ההרסנית של יחסי כוח אלה. אך בעוד ניתוח נזיקי "רגיל" יוביל לדעתה למסקנה כי בעל דירה לא חב כל חובה להשכיר את דירתו בהתעלם ממאפייני השוכר, ניתוח דרך תאוריית יחסי הכוח יוביל למסקנה כי על בעל הדירה מוטלת חובה שלא לפגוע באותו מבקש דירה באמצעות רכוש, בהתחשב ביחסי הכוח החברתיים. מרגע שתובהר חובת הזהירות, יהא ניתן לקבוע כי אי-השכרת הדירה לתובע, מטעמים גזעניים, היא בגדר עוולה.²⁰²

¹⁹⁷ יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות "משפט וממשל" ט 137 (2006).
¹⁹⁸ ראו ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין", לעיל ה"ש 15. מאמרה זה של ביטון צוטט בפסיקה בעיקר בתביעות הנוגעות בהפליית נשים. ראה לדוג' רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות, בפסי' 27 לפסק הדין של השופט דנציגר (נבו 9.12.2015). שם, צוין כי: "מכשיר התובענה הייצוגית עשוי להוות כלי אפשרי להתמודדות עם מקרים של פגיעות קולקטיביות כדוגמת הפליה ולריפוי נזיקה, וזאת לכאורה גם במנותק מחוק איסור הפליה" (להלן: עניין קול ברמה); ובעניין ת"צ (מחוזי מרכז) 13451-09-15 פלונית אלמונית נ' מרכז רפואי צאנז – בית חולים לניאדו (נבו 23.10.2017), במסגרתו אושרה תובענה ייצוגית נגד בית החולים לניאדו, בגין נזק לא ממוני אשר נגרם לכאורה עקב נקיטת מדיניות מפלה כלפי נשים שאינן נשואות, הסובלות מקשיי פוריות.

¹⁹⁹ יש להדגיש כי ביטון עומדת על שני סוגים של מזיקים שיש להטיל עליהם אחריות נזיקית בגין הפליה: הן מי שנקט פעולה מפלה באופן אקטיבי, והן מי שיכול היה למנוע באמצעות שימוש בכוחו את הפעולה המפלה. שאלת המזיק שעליו תוטל האחריות נגזרת מסוג יחסי הכוח שבין הצדדים ואופיים. ראו ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין", לעיל ה"ש 15, בעמ' 188.

²⁰⁰ שם, בעמ' 162.

²⁰¹ שם, בעמ' 173.

²⁰² שם, בעמ' 188. גבולות אי-ההכרה באוטונומיה של הפרט "לנהוג כאוות נפשו" בצורה מלאה יוכתבו על ידי טיב יחסי הכוח; במסגרת החובה לא תותר כפייה על הנתבע להשכיר את רכושו ל"אחר" דווקא וניטל ממנו כל שיקול הדעת והאוטונומיה בשאלה אם להשכיר את דירתו אם לאו. גבולותיה של חובת הזהירות על בסיס יחסי הכוח קובעים כי מותר למשכיר להפעיל את שיקול דעתו ככל שיחפוץ – עד לגבול השימוש בו לצורך ניצול יחסי הכוח, כלומר: לצורך הפליה. קו גבול נוסף שמבססת חובת הזהירות על בסיס יחסי הכוח בנקודה זו הוא של צמצום הפגיעה באוטונומיה של הפרט לגבולות הפיצוי הכספי, והימנעות מכפייה דה פקטו על גבולות האוטונומיה – למשל, בדרך של חיוב המשכיר להשכיר את דירתו. בכך אף מופעלים דיני הנזיקין במסגרת הקלסית של רעיון ההרתעה: ייקור של פעילות בלתי רצויה והפנמת עלותה אצל מזיק הבוחר לנקוט אותה.

לסיכום, בספרות יש כמה מודלים המאפשרים הקמה של חובת זהירות נזיקית שתאפשר להשתמש באמצעי של "הפליה כרשלנות" לצורך מיגור הפליה. עד היום, מודלים אלה טרם אומצו בערכאות הגבוהות בישראל בצורה מפורשת, אלא אך במסגרת אמרות אגב או במקרים שבהם הדבר לא נדרש לבסוף לצורך ההכרעה. יש מקום אם כן לדיון בשאלת היישום תוך התייחסות לקשיים נורמטיביים העולים מהגדרת הפליה כהתרשלות. ראשית, קביעה כי יש בהפליה התרשלות מהווה קביעה מוסרית באשר לאדם הסביר. קרי, קביעת סטנדרט מוסרי עבור כלל האוכלוסייה, כולל זו המסתנייגת ממנה, בעניין המצוי בליבת חיי הפרט. קביעה כזו ייתכן שלא רק שאינה עולה בקנה אחד עם זכותו של אדם לאוטונומיה, אלא עלולה להתנגש עם זכויות חוקתיות אחרות, כגון חופש הדת.²⁰³ שנית, במידה רבה תפסה עוולת הרשלנות את מקומן של העוולות הפרטיקולריות בדיני הנזיקין, בתהליך שזכה לכינוי "שתלטנות הרשלנות".²⁰⁴ המשך ההרחבה של עוולת המסגרת טומן בחובו קשיים משפטיים לא מעטים, בפרט בכל הנוגע לוודאות משפטית ולטשטוש ההבחנה המוסרית בין התנהגות שכוונתה לפגוע לבין התנהגות שהיא אך לא סבירה.²⁰⁵ כשהמדובר בהתנהגות מפלה נראה שהצורך בהבחנה מעין זו הוא משמעותי, שכן קשה לחלוק על כך שהחומרה הגלומה במעשי הפליה היא גדולה יותר מהחומרה הגלומה בהתרשלות שאינה מכוונת.

לפני סיום יש להוסיף כי אין די בכך שייקבע כי קיימת חובת זהירות בכדי שעוולת הרשלנות תתגבש. נוסף על חובת הזהירות יש לבחון את יסודותיה האחרים של עוולת המסגרת: התרשלות (התנהגות בלתי סבירה) ונזק. כמו כן יש לבחון האם עלה בידי התובעת להצביע על קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין ההתרשלות לבין הנזק. בחלק הבא ארחיב על השימוש שעושים בפועל בתי המשפט בעוולת הרשלנות כאמצעי למיגור הפליה. כפי שנראה, בתי המשפט לא נורא מוטרדים מהבסיס הנורמטיבי המורכב הנדרש לקביעה כי קיימת חובת זהירות במקרים מעין אלה, וגם לא מהיסודות האחרים שנדרשים לצורך גיבוש העוולה.

ד.4.ב. בחינת השימוש בהפליה כרשלנות בפסיקה

דוגמה לשימוש בעוולת הרשלנות בגין הפליה על רקע מוגבלות פיזית ניתן לראות בפרשת **שמסיאן** שהוזכרה לעיל ואשר נדונה עוד טרם כניסת חוק איסור הפליה לתוקף.²⁰⁶ באותה הפרשה לא אופשרה כניסתה למועדון של אישה נכה בשל נכותה. בית משפט השלום קבע כי התנהגות הנתבע, בעל המועדון, היא הפליה ועולה כדי התרשלות כלפי התובעת וכי עקרון השוויון מחייב הטלת אחריות ברשלנות גם על בתי עסק פרטיים. בפרשת **משה**, שנדונה אף היא לעיל, ואשר התרחשה לאחר חקיקת חוק איסור הפליה, בית המשפט לתביעות קטנות פסק כי סילוקם של התובעים מהבריכה תוך כדי ביושם והלבנת פניהם ברבים במעשה רשלני, חסר רגישות, לעיני כל, פגע בזכותם החוקתית לכבוד וגרם להם לנזק רגשי כבד שבו חב הקיבוץ. הפיצוי נקבע על סך 10,000 ש"ח עבור כל אחד מהתובעים.²⁰⁷

²⁰³ אולם יש כאלה שסבורים כי אין מדובר בקושי של ממש, לנוכח העובדה שהאוטונומיה שנפגעת היא זו שמאפשרת פגיעה באחרים על ידי הפליה. כך, יפעת ביטון סבורה כי זכותו של המזיק לאוטונומיה היא זכות חלשה כאשר מדובר באוטונומיה להפלות, וכי הזכות לשוויון צריכה לגבור עליה. ראו ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין", לעיל ה"ש 15, בעמ' 187–191.

²⁰⁴ אסף יעקב "שתלטנות הרשלנות" משפטים 227 (2018).

²⁰⁵ שם, בעמ' 276–281.

²⁰⁶ עניין **שמסיאן**, לעיל ה"ש 82.

²⁰⁷ עניין **משה**, לעיל ה"ש 90, בעמ' 15.

סוגיית הרשלנות עלתה לאחרונה אף בפרשת **מייטל**, שבגדרה נדונה תביעה נגד חברת בנייה שסירבה למכור דירה לבני זוג ערבים המתגוררים בירושלים. בני הזוג טענו להפליה והגישו לבית משפט השלום בירושלים תביעה לפיצוי בגין עוגמת הנפש ותחושת הקיפוח שנגרמו להם. בית משפט השלום קיבל את התביעה, כאשר ההכרעה בפסק הדין הייתה מבוססת על סעיף 3 לחוק איסור הפליה. למעלה מכך, בפסק הדין צוין כי ניתן היה להגיע לתוצאה דומה ולקבל את התביעה גם על בסיס עוולת הרשלנות שבפקודת הנוזיקין, חלף השימוש בחוק איסור הפליה – ולכן הדיון בפסק הדין חשוב אף לענייננו.²⁰⁸ אולם הדיון בפרשה לא הסתיים עם מתן פסק דינו של בית משפט השלום, ופרשת **מייטל** הגיעה עד לדיון בבית המשפט העליון.

עמדת היועץ המשפטי שהתייצב להליך בערעור בבית המשפט העליון הייתה כי אומנם אין באפשרותו להכריע אם חוק איסור הפליה חל במקרה זה (שכן לא ברור אם מקרקעין מהווים "מוצר"), אך שמוטלת על חברת הבנייה חובת השוויון הן מכוח תנאי ההתקשרות עם המדינה, הן מכוח עקרונות תום הלב ותקנת הציבור, ולענייננו – הן מכוח עוולת הרשלנות.²⁰⁹ בית המשפט העליון אומנם הזכיר את עמדת בית משפט השלום והיועץ המשפטי בסוגיית הרשלנות, אך נמנע מלהעמיק בדיון בסוגיה זו וקבע בדעת רוב שהפליית הזוג אסורה בשל איסור הפליה בהקצאת זכויות במקרקעין שנרכשו מהמדינה, נוכח קיומו של האיסור על הפליה במשפט המנהלי הכללי.²¹⁰ לנוכח היעדר הקביעה לא נוצרה הלכה מחייבת בנושא זה, אך עמדתם של בית משפט השלום ושל היועץ המשפטי לממשלה גם לא נשללה. על כן, אין ספק בליבי שיש כר נרחב לשימוש בעוולת הרשלנות במקרים של רשלנות.

5.ד הפליה כמטרד לציבור

מטרד לציבור הוא עוולה בדיני הנוזיקין, המעוגנת בסעיפים 42 ו-43 לפקודת הנוזיקין, ואשר נועדה להגן על הציבור מפני פעולות "מטרדות". בגדר פעולות אלה נכללות פעולות מסכנות חיים, בטיחות, בריאות, רכוש, נוחות או פעולות אחרות המהוות מכשול לציבור להשתמש בזכויותיו. על מנת שמעשה יוגדר כמטרד עליו למלא אחר שני מרכיבי העוולה. ראשית עליו להוות מעשה או מחדל ביחס לחובה משפטית, ושנית עליו להוות סיכון או מכשול לציבור. פקודת הנוזיקין פועלת למיגור המטרד באחת משתי דרכים – מתן צו לסילוק המטרד, או מתן זכות לפיצויים מהגורם המטריד. הזכות לתבוע בעוולה זו, לפי סעיף 43 לפקודה, ניתנת ליועץ המשפטי או לאדם שסבל נזק ממנו.²¹¹ עם זאת, במקרים שבהם אינטרס הציבור מחייב זאת, ניתן לתבוע בגין עוולת מטרד לציבור גם כאשר הדבר עולה כדי מטרד ליחיד וזאת גם אם לא התקיים נזק ממנו.²¹²

²⁰⁸ עניין **מייטל**, לעיל ה"ש 23, בפס' 5 לפסק הדין של השופט מזוז.

²⁰⁹ שם, בפס' 8 לפסק הדין של השופט מזוז.

²¹⁰ שם, בפס' 10 לפסק הדין של השופט מזוז; בפס' 19 ו-25 לפסק הדין של השופט שטיין. השופט מזוז סבר כי ניתן תחת חוק איסור הפליה להכיל מכר דירות ופנה ללשון החוק ותכליתו. השופט שטיין הסכים אם תוצאתו של מזוז, אך סבר שחוק איסור הפליה אינו חל במקרה זה, בהתבסס על דברי ההסבר לחוק. השופט הנדל בחר שלא להכריע בשאלת תחולת חוק איסור הפליה, ראה פס' 4 לפסק דינו.

²¹¹ ע"א (חי') 4594/97 **טליאס נ' מדינת ישראל**, תק-מח 198(1), 267 (1998). פרשנות ס' 43(2) לפקודת הנוזיקין המתיר הגשת תובענה פרטית למי שסבל נזק ממנו ממעשה הפוגע בציבור היא כזו המצריכה כי נושא התביעה יהיה כזה שאכן פוגע בציבור בכללותו.

²¹² בע"א 190/69 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' אבישר**, פ"ד כג(2) 314 (1969) נקבע כי אם קיים מטרד לציבור המהווה גם מטרד ליחיד לפי ס' 44, אין לשלול מן היחיד את זכות התביעה לפי ס' 44 גם אם לא סבל נזק ממנו, שכן יסוד הנזק הממוני אינו חלק מן התנאים הדרושים לתביעה תחת מטרד ליחיד המעוגנת בס' 44.

ד.5.א. ההשפעה החברתית-ציבורית של הפליה

למרות שדוקטרינת המטרד הציבורי היא דוקטרינה עתיקה במדינות המשפט המקובל,²¹³ השאלה מה מהווה מטרד ציבורי נותרה פתוחה ומעורפלת.²¹⁴ הנקודה החשובה לענייננו היא שבדומה למושג "רשלנות", גם המושג "מטרד" השתנה והתפתח במהלך הזמן כך שיתאים לערכים המתפתחים של החברה.²¹⁵ כך, למשל, בשנים האחרונות מקודמות בארצות הברית יוזמות לתביעה של יצרניות נשק שבמוצריהן נעשה שימוש לא חוקי, כמו באירועי ירי המוני, באמצעות שימוש בעוולת המטרד הציבורי.²¹⁶ גם הרעיון של שימוש בעוולת המטרד הציבורי לצורך תקיפת הפליה הוא רעיון חדשני, שלמיטב ידיעתי טרם נוסה באופן ישיר בארץ או בעולם.²¹⁷ כפי שיובהר להלן, אני סבור שיש בסיס משפטי איתן – הן בישראל והן במשפט המשווה – לפיתוח עוולת המטרד הציבורי לצורך תקיפת הפליה, וכי הדבר ראוי מבחינה נורמטיבית.

בכל הנוגע לדין הישראלי, אומנם קשה למצוא אסמכתאות לרעיון של הפליה כמטרד, אך ההבחנה כי בהפליה מעורבת לא רק פגיעה אישית, אלא גם פגיעה חברתית, כשלעצמה אינה זרה לפסיקה הישראלית, אשר מרבה לעסוק בנזק חברתי הטמון בהפליה באופן שמזכיר את הנזק ממפגע סביבתי.²¹⁸ ניתוחים בפסיקה הישראלית אשר מתייחסים לפגיעה החברתית שבהפליה באופן הדומה למפגע מזהם יוכלו להוות פתח להפיכת נזק מ"מפגע חברתי" הנובע מהפליה לעוולה נזיקית של מטרד לציבור. כך, למשל, בעניין **גבעון** העוסק בהפליה בגיל כניסה למועדון בין נשים לגברים, קבע השופט טננבוים כי הפליה במחיר כניסה למועדון בין נשים לגברים היא אסורה, כשאחד מנימוקיו המרכזיים היה הנזק החברתי שבהנצחת סטראוטיפים מגדריים.²¹⁹ ההקבלה בין

²¹³ J.R. Spencer, *Public Nuisance – A Critical Examination*, 48 CAMBRIDGE L.J 55, 56-57 (1989)
²¹⁴ *Chicago v. Festival Theatre Corp.*, 438 N.E.2d 159, 91 Ill. 2d 295, 306, 63 Ill. Dec. 421, 426, 164 (1982)
השחורה. ראו Rachel D. Godsil, *Race Nuisance: The Politics of Law in the Jim Crow Era*, 105 MICH. L. REV. 505 (2006)
ומאפינייה של עוולת המטרד לציבור ראו גם Matthew Russo, *Productive Public Nuisance: How Private Individuals Can Use Public Nuisance to Achieve Environmental Objectives*, 2018 U. ILL. L. REV. 1969, 1976-81 (2018).

²¹⁵ ניתן למצוא גם שימושים שליליים ל"התאמה" הזו, כמו למשל בתקופת Jim Crow שבה החוק שומש כנגד הקהילה השחורה. ראו Rachel D. Godsil, *Race Nuisance: The Politics of Law in the Jim Crow Era*, 105 MICH. L. REV. 505 (2006)
Tamara Walsh, *Public nuisance, race and gender*, 26 GRIFFITH L. REV. 334 (2018).

²¹⁶ Heidi Li Feldman, *Public Nuisance Liability and the Irrelevance of the Second Amendment*, DUKE CENTER FOR FIREARMS LAW (Apr. 12, 2022), <https://firearmslaw.duke.edu/2022/04/public-nuisance-liability-and-the-irrelevance-of-the-second-amendment>.

²¹⁷ את ההצעה לשימוש מעין זה בעוולת המטרד העליתי בעבר בהקשר של עניין **מירב**, לעיל ה"ש 116; ראו אברהם "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם יכולה בהחלט להפלותו", לעיל ה"ש 35, בעמ' 306. את המינוח "הפליה כמטרד" טבעתי לראשונה במאמר זה.

²¹⁸ שם, בעמ' 310; לדוגמה, בעניין **קול ברמה**, לעיל ה"ש 198, בפס' 8, 38 ו-58 לפסק הדין של השופט דנציגר, והודגש כי למדיניות מפלה יש "גלי הדף" אשר משפיעים על החברה כולה; בפסק דין שעסק בהימנעות של רשות מקומית מבחירת אישה כנציגה קבע השופט ברק כי "תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה" – ראו עניין **פורז**, לעיל ה"ש 3; בעתירה שעסקה בשילובם של יוצאי אתיופיה במערכת החינוך הדגישה השופטת פרוקצ'ייה כי "כייבוד זכותו של הפרט לשוויון בחינוך חורג מגבולותיה של רשות היחיד ומשליך על דמותה של החברה בכלל" – ראו בג"ץ **טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך**, פ"ד סד(1) 820, פס' 12 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'ייה (2010); ובפסק דין שעסק בשוני בגיל הפרישה בין גברים לנשים קבע השופט בד כי "ההפליה... פוגמת בתחושת השייכות ובמוטויוואציה החיובית להשתתף בחיי החברה... חברה אשר בה נוהגת הפליה איננה חברה בריאה" – ראו עניין **נבו**, לעיל ה"ש 11, בפס' 9 לפסק הדין של השופט בד.

²¹⁹ בת"ק (ירושלים) 3043-09 **גבעון נ' תימור**, פס' 34 לפסק הדין של השופט טננבוים (נבו 5.5.2010) נקבע כך: "הטבות כאמור אינה בבחינת אבחנה רלוונטית בין גברים לנשים ואין לראות בה העדפה מתקנת המותרת על פי חוק. לכל היותר מנציחה תופעה זו את התפישה הקיימת בחברה לגבי יחסי גברים לנשים. קרי, תפישה כי הגברים הם המפרנסים והעובדים והם אלו הצריכים להזמין את הנשים על חשבונם. זאת הן משום שהם החזקים והמרוויחים יותר, והן משום שנשים צריכות כנראה להסתמך על הגבר אפילו ברצונם רק לצאת לבילוי".

הפליה למטרד לציבור יכולה גם לעזור בהבנת התרופות המשפטיות העומדות לרשות הנפגעים מהפליה.²²⁰

ואכן, בשל הקורלציה בין הפליה לנזק חברתי הכה שורשים בכמה מדינות במשפט המקובל הכלל שלפיו גרימת נזק חברתי היא קריטריון חשוב לקביעה כי מדובר בהפליה אסורה. בקנדה, אחד התקדימים המפורסמים בהקשר זה מקורו בפסק דין **אנדרוז**, הנוגע למועמד שסורב לעבודה כליטיגטור בשל היותו אזרח זר, וזאת בהתאם לחוק הקנדי דאז.²²¹ בעקבות עתירה נגד החוק, בית המשפט העליון הכריע שמדובר בהפליה, וזאת על סמך כמה מבחנים, כשאחד החשובים שבהם נוגע לשאלה האם החוק תורם ליצירת סטיגמות ומוביל לנזק חברתי. מבחן זה חודד בהמשך בפסק דין **קאפ**, הדין במדיניות של מתן עדיפות ברישיונות דיג לקהילות ילידים.²²² בית המשפט העליון בקנדה הכריע על סמך **אנדרוז** כי אין מדובר בהפליה אסורה, כיוון שהבחנה במקרה זה אינה מחזקת או מייצרת סטיגמות חברתיות. מאז, פסקי דין רבים בקנדה הסתמכו על שאלת ההשפעה של הפרקטיקה המותקפת על הנצחת סטיגמות כמבחן להיותה הפליה אסורה. באחד מפסקי הדין אף צוין במפורש ששאלת ההשפעה של החוק על היווצרות סטיגמות חברתיות היא השאלה המרכזית שיש לבחון.²²³

בדרום אפריקה נדונו שאלות דומות בכל הנוגע להבדלים שבין היחס למיניות גברית לעומת היחס למיניות נשית. זאת במסגרת דיון שהגיע לבית המשפט החוקתי במדינה, שבמרכזו עמד חוק האוסר על עבודה בזנות, אך לא על צריכת זנות.²²⁴ השאלה המשפטית הייתה אם מדובר בהפליה בין קבוצת העובדות (שרובן נשים) לקבוצת הלקוחות (שרובם גברים). אומנם, בדעת רוב הוכרע שאין מדובר בהפליה אסורה, משום שלשון החוק חלה באופן שווה על גברים ונשים, שכן אין התייחסות למגדר העובד/ת או הלקוח/ה. עם זאת, בדעות המיעוט הוצגה פרשנות שונה, שהסתמכה בעיקר על ההחצנות החברתיות של החוק. השופטים המסתייגים סברו שגם אם על הנייר אין הבחנה מבוססת מגדר, בתפיסה החברתית הרווחת מדובר בהבחנה מגדרית. לגרסתם, החוק מהווה הפליה אסורה שכן הוא משריש נרטיבים חברתיים המציבים סטנדרט כפול למיניות נשית ומיניות גברית – הראשונה פסולה והשנייה נסלחת.²²⁵ הדיון המעמיק שערך בית המשפט בהשפעה על המסר החברתי כחלק מהכרעת השאלה אם מדובר בהפליה אסורה הוא כזה שניתן אולי ללמוד ממנו גם למשפט הפרטי, ובוודאי מקום שהגוף המפלה הוא גוף דרמהוטי או בעל כוח חברתי ממש.²²⁶

²²⁰ התרופות למפגעים סביבתיים נחלקות לשלושה סוגים מרכזיים: צו מניעה; פיצוי או קנס; ואסדרה פרטנית. להרחבה על שימושן הפוטנציאלי תחת ערך השוויון ראו אברהם "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם יכולה בהחלט להפלותו", לעיל ה"ש 35, בעמ' 310.

²²¹ Andrews v. Law Society of British Columbia [1989], S.C.R. 144 (Can.).

²²² R. v. Kapp [2008] S.C.R. 41 (Can.).

²²³ Quebec (Attorney General) v. A [2013] S.C.R. 61 (Can.). שם צוין כי "...the main question must always be the same: does the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping? In other words, if there is a distinction, is it discriminatory? The Court therefore stressed the importance of the factors of perpetuation of prejudice and stereotyping. While it did not make them the only factors, it determined that they were crucial to the identification of discrimination."

²²⁴ Jordan v. S 2002 (6) SA 1 (CC) at 642 para. (S. Afr.). יש לציין כי אף שהחוק לא אסר על צריכת זנות באופן מפורש, לעיתים הורשעו צרכני זנות "באופן עקיף", בעבירה של סיוע לדבר עבירה.

²²⁵ יש לסייג ולומר שבעניין זה הדיון נסוב סביב חוק ממשלתי, ולא סביב הפליה במגזר הפרטי, ועל כן ייתכן שהדגש על האלמנט הסימבולי של ההפליה היה יותר משמעותי. ראו את הדברים שצוינו בדעת המיעוט: "It is no answer then to a constitutional complaint to say that the constitutional problem lies not in the law but in social values, when the law serves to foster those values. The law must be conscientiously developed to foster values consistent with our Constitution."

²²⁶ Deborah Hellman, *Discrimination and Social Meaning*, in THE ROUTLEDGE HANDBOOK OF THE ETHICS OF DISCRIMINATION 97, 103-04 (Kasper Lippert-Rasmussen ed., 2018).

אומנם סביר להניח שיש מעמד מיוחד לחוק מדיני כמבנה מציאות ונרטיבים, אך אין להסיק מכך שגוף פרטי חזק אינו יכול בהכרח להיות בעל כוח דומה.

ד.5.ב. השימוש בעוולת המטרד לציבור והאתגרים הכרוכים בכך

כפי שהראיתי לעיל, הפליה מובילה לפגיעות חברתיות, ולא רק לפגיעות אישיות במי שסבל ממנה, ושיטות משפט שונות הכירו בכך או שהיו נכונות להכיר בכך. לנוכח דברים אלה, אבחן את השימוש האפשרי בעוולת המטרד לציבור, שמאפשרת לפעול משפטית כנגד פגיעות בציבור רחב. עם זאת, עקב האחיזה הרפה של עוולת המטרד הציבורי במשפט הישראלי, אדגים את השימוש ברעיון ההפליה כמטרד ציבורי דרך המשפט האמריקאי, שבו עוולת המטרד הציבורי מצאה אחיזה רחבה יותר.

בית המשפט העליון בארצות הברית הכיר בעוולת המטרד לציבור כעוולה דינמית המותאמת לנסיבות מדעיות ועובדתיות משתנות.²²⁷ כך, למשל, תביעות בדבר מטרד לציבור הובאו כנגד יצרני כלי נשק בשל זיקתם העקיפה לפשיעה העושה שימוש בנשק חם,²²⁸ כנגד עיתון בשל הצהרות זדוניות ומשמיצות שפורסמו בו²²⁹ וגם כנגד ציבור לא מחוסן כנגד חצבת במסגרת התפרצות המחלה בשכונה בניו יורק, תוך חיובם לקבל את החיסון.²³⁰ טענות בדבר מטרד יכולות להיות מובאות בדיעבד, כמו גם באופן מניעתי טרם התרחש הנזק.²³¹ המשפט האמריקאי מפרש את עוולת המטרד לציבור כפעולה, תנאי או התנהגות המפירים את תקנת הציבור וגורמים לנזק חברתי.²³² הרעיון שלפיו ניתן להקיש ממפגע סביבתי הגורם לנזק חברתי לתחומים משפטיים אחרים ולו רק באופן מטפורי מצא אחיזה בקרב מלומדים²³³ ובפסיקה²³⁴. בכלל זה הוכרו כמטרד גם פגיעות במוסר הציבורי – כגון בתי בושת,²³⁵

²²⁷ *Am. Elec. Power Co. v. Connecticut*, 564 U.S. 410, 423 (2011).
²²⁸ *Ileto v. Glock Inc.*, 349 F. 1191, 1217 (9th Cir. 2003) overturning dismissal of public nuisance claims against gun manufacturer.
²²⁹ *Near v. Minnesota ex rel. Olson*, 283 U.S. 697, 711 (1931) (upholding the abatement of the public nuisance granted by the lower courts against the newspaper).
²³⁰ *C.F. v. N.Y.C. Dep't of Health & Mental Hygiene*, 2020 N. Y. S. 07867, 3-5 (App. Div.) (affirming a health board decision in the prior year to determine that unvaccinated people during an outbreak could indeed be determined a public nuisance).
²³¹ *Santa Clara v. Atl. Richfield Co.*, 40 Cal. Rptr. 3d 313, 137 Cal. App. 4th 292 (Ct. App. 2006) (public nuisance claim allowed to prevent a nuisance).
²³² *White v. Nicholls*, 44 U.S. 266, 284 (1845) (detailing public nuisance claims as a means to remedy violations of public policy); *Ill. C. R. Co. v. Illinois*, 146 U.S. 387, 458-62 (1892) (detailing that a violation of public policy formed the basis for a public nuisance claim); *Union Bridge Co. v. United States*, 204 U.S. 364, 392-95 (1907) (equating a public nuisance claim to a violation of public policy); *Okla. ex rel. W. v. Gulf, C. & S. F. R. Co.*, 220 U.S. 290, 296-97 (1911) (enumerating a violation of public policy as a reason to justify a public nuisance determination).
²³³ אברהם "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם יכולה בהחלט להפלותו", לעיל ה"ש 35, בעמ' 307; בהקשר של סדר דין אזרחי ראו Ronen Avraham et al., *Procedural Flexibility in Three Dimensions*, in COASE-SANDOR WORKING PAPER SERIES IN LAW AND ECONOMICS 843 (2018); בהקשר של פגיעה בפרטיות ראו Omri Ben-Shahar, *Data Pollution*, 11 J. LEGAL ANAL. 104 (2019).
²³⁴ ראו אברהם "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם יכולה בהחלט להפלותו", לעיל ה"ש 35, בעמ' 307. בישראל ציין השופט פוגלמן כי דואר הזבל מהווה "מטרד ציבורי הגורם לנזקים רחבי היקף" – רע"א 1954/14 חזני נ' הנגבי (נבו 4.8.2014). לעומת זאת, בית משפט השלום נמנע מלהכיר במטרד של פגיעה בפרטיות – ת"א (חיפה) 36249-05-11 שרון נ' קהילת מוריה, פסי' 61 לפסק הדין של השופט כנעאן (נבו 11.1.2016); להרחבה על אודות האפשרות להכיר בפגיעה בזכות לפרטיות כמטרד ראו ע"א (מחוזי ב"ש) 35/73 שוורץ נ' נחום, פ"מ תשל"ה(2) 320, 324-325 לפסק הדין של השופט לרון (1975).
²³⁵ PAGE KEETON, PROSSER AND KEETON ON THE LAW OF TORTS 644 (5th ed. 1984). (מספר דוגמות לפסקי דין בנושא, ראו לעיל ה"ש 10).

אקסהיביציוניזם²³⁶ או ונדליזם.²³⁷ הואיל וניתן להגדיר את תקנת הציבור כיום ככזו התומכת בשוויון ומתנגדת להפליה, ניתן להתייחס להפליה אסורה ככזו הנוגדת את תקנת הציבור והגורמת לנזק חברתי, ועל כן – כמטרד ציבורי. ואכן, לגישה הרואה בהפליה מפגע חברתי יש כמה יתרונות. ראשית, דרך הסתכלות זו מאפשרת תקיפה משפטית של ההפליה גם מקום בו קורבן ההפליה מסכים לה, וכך גורמת למזיק להפנים את ההחצנות השליליות על כלל החברה ומונעת הרתעת חסר מפני הפליה. טלו לדוגמה הפרדה מגדרית בתחבורה הציבורית שהיא פרקטיקה לה הציבור החרדי (לכאורה כולל הנשים) מסכים או מרגיש מוטב ממנה. הדרכים הקונבנציונליות המוצאות בפרקטיקה זו הפליה אסורה הן בעייתיות. חלקן בעלות ממד פטרנליסטי שכן הן חותרות תחת דעתן החופשית של "הקורבנות" בכך שהן כופרות בזה שהסכמתן של הנשים לפרקטיקה הזו היא הסכמה מדעת. דרכים אחרות מסתמכות על הטענה על אודות קיומה של תת־קבוצה מקבוצת הקורבן שמתנגדת להפליה אך חוששת להתקומם – שיטה המניחה קבוצה שגודלה ועוצמת התנגדותה אינם באמת ידועים, ואשר ללא מידע יותר מדויק על אודותיה קשה להצדיק התערבות באורח חייה.²³⁸

שתי הדרכים האלה באו לידי ביטוי מסוים גם בפסיקה הישראלית, בעניין **קול ברמה**. במקד פסק הדין עמדה בקשה לאישור תובענה כייצוגית נגד תחנת רדיו חרדית. התחנה נתנה במה לשדרנים ולדוברים גברים בלבד, תוך מניעה ממאזינות או שדרניות שהן נשים לעלות לשידור. הבקשה לאישור התובענה הוגשה על ידי ארגון שפועל למען זכויות נשים, ולא על ידי אחת ממאזינות הרדיו שנפגעו מההדרה. בפסק הדין התמודד השופט דנציגר עם הקושי הכרוך בתקיפת הפליה על ידי מי שלא נפגע ממנה באופן ישיר, אך קבע כי במקרה זה יש לאשר את ניהול התובענה על ידי הארגון. דנציגר התייחס לאפשרות של ניהול תובענה כזו מקום שבו הקורבן מסכים להפליה, ולא שלל אותה על אף הממד הפטרנליסטי שגלום בה.²³⁹ עם זאת, הוא ציין כי הנימוק העיקרי שתומך באישור התובענה הוא הקושי הכרוך בגיוס תובעת שנפגעה מההפליה באופן אישי, לנוכח הרקע התרבותי של הנפגעות:

"קיימת רתיעה מצד נשים חרדיות לעמוד בחזית המאבק להגברת השוויון המגדרי בקהילה החרדית מחמת חששן מפני פגיעה במעמדן בקהילה. [...] נימוק זה הולם גם את הצהרתה של תחנת הרדיו לפיה חלק מהנשים המאזינות לתחנה נוהגות לכבד את קוד ההתנהגות הדתי, כך שסביר להניח כי הן לא תמהרנה להגיש תובענה ייצוגית, אף אם הן תחושנה השפלה ופגיעה בכבודן. [...] על רקע זה מסקנתי היא כי אכן **להיבט**

²³⁶ SBC Enters. v. City of S. Burlington, 892 F. Supp. 578, 585 (D. Vt. 1995).

²³⁷ Benetatos v. City of L.A., 235 Cal. App. 4th 1270, 1284, 186 Cal. Rptr. 3d 46, 58 (2015).

²³⁸ ראו אברהם "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם יכולה בהחלט להפלותו", לעיל ה"ש 35, בעמ' 307, "למתנגדי ההפליה יש שתי דרכי פעולה כדי להצדיק את נסיונות ההתערבות שלהם כנגד רצונן של הנשים בהפליה. האחת היא להתעלם מהעדפותיהם של הפרטים בקבוצה על בסיס ההנחה שהסכמתם אינה חופשית, מיודעת או רציונלית, ועל־כן ההתנגדות החיצונית להפליה מיטיבה איתן בטווח הקצר משום שהיא מונעת את השפלתן (שאותה אין הן חוות כלל לכאורה), וכן מיטיבה איתן בטווח הארוך משום שהיא מונעת התקבעות של סטריאוטיפים בעייתיים. אולם דרך זו היא פטרנליסטית ועל־כן בעייתית מאוד במדינה ליברלית, במיוחד לנוכח העובדה שגם נשים בעמדות כוח בוחרות לא אחת בהפלייתן מרצון. הדרך האחרת היא לטעון שיש קבוצה של מיעוט־בתוך־המיעוט שמתנגדת להפליה אך חוששת להתקומם פן יבולע לה. הבעייתיות בדרך זו נעוצה בהתבססות על קבוצה שלא ידוע אם היא קיימת ומה גודלה, וללא נתונים אלה קשה לדעת אם ההתערבות מוצדקת".

²³⁹ עניין **קול ברמה**, לעיל ה"ש 198, בפס' 38 לפסק הדין של השופט דנציגר.

התרבותי במקרה הנדון משקל מכריע, שדי בו כדי להקים את החשש כי אלמלא הגיש

ארגון קולך את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית, היא כלל לא הייתה מוגשת".²⁴⁰

לעומת זאת, תחת גישת ההפליה כמטרד, הסכמת הגורמים המופלים להפליה, כאמור לעיל, אינה מאיינת את העוולה. לפי גישה זו, הגורם המפלה פוגע באיכות "האוויר החברתי" בעצם פעולתו, והעובדה שיש פרטים מקבוצת הקורבן שאדישים/מעוניינים בהפליה אינה שוללת את קיומו של המפגע. קחו כדוגמה מפעל שמזהם נהר, אך מפצה את שכניו כך שלא יגישו נגדו תביעה. חרף הפיצוי לשכנים, המפעל אינו מפנים את כלל הנזק הסביבתי שהוא גורם, דוגמת הנזק לאקוויפר כולו שהוא בעל השפעה גם על תושבים רחוקים יותר. כשם שאותם תושבים רחוקים יכולים לתבוע את המפעל על הפגיעה באקוויפר, כך גם בהקשרנו ניתן לחשוב על תביעה בשל הפגיעה הסביבתית ב"אקוויפר החברתי" – הלוא הוא ערך השוויון.²⁴¹

שנית, המשגת הפליה כמטרד לציבור יכולה לחדד בעייתיות מרכזית בסוגיית ההפליה – היא ממד הפגיעה החברתית.²⁴² לפגיעה החברתית ישנו היבט "סטטי", שעליו דנו לעיל, קרי, אותה החצנת עלויות של "המפלה" על הקורבנות "רחוקים", והיבט "דינמי" – קרי, בדמות התפשטות אותו "מפגע" ככל שאינו מקבל מענה מידי.²⁴³ ההיקש ממטרד עוזר לנו לחדד את ההבנה באשר להתפשטות "המפגע הסביבתי". כשם שזיהום רגיל הוא בעל השפעה דינמית שונה כשהוא מתפשט בחלל סגור לעומת בחלל פתוח, כך אירוע המתקיים בהפרדה מגדרית בשטח ציבורי בעיר חילונית הוא בעל נזק חברתי (של פגיעה בשוויון) השונה מזה הנגרם מאירוע דומה לו המתקיים באולם סגור ביישוב חרדי.²⁴⁴ החשש כי יתרבו ויתפשטו האירועים בהפרדה ויפגעו בנורמת השוויון במרחב הציבורי הוא קטן יותר מקום שמדובר באירועים במקומות סגורים.

יתרון נוסף לרעיון של הפליה כמטרד הוא בגמישות שלו. טענות בגין מטרד סביבתי במשפט המקובל אינן תלויות בהפרת חקיקה מפורשת, או במקרה שלנו – לא דרוש שסוג ההפליה הנדון יהיה אסור בצורה מפורשת בחוק כדי שניתן יהיה להגדירו כמטרד. כך מתאפשר טיפול ביריעה רחבה יותר של מקרים הכוללת מקרים שהמחוקק לא צפה מראש, ואשר תותאם לערכי החברה המשתנים ותמנע הרתעת חסר שעשויה להיווצר מקום שיש לקונה בחוק.²⁴⁵

מאידך, ישנם אתגרים לשימוש בעוולת המטרד לציבור שראוי להיערך אליהם. האתגר הראשון נוגע לעמימות בדבר זהות התובע. כאשר התביעה היא בגין נזק פרטי, ברור למדי מי הניזוק. אך בעוולה של מטרד לציבור יש ריבוי ניזוקים, ולרוב יידרש תובע ציבורי כדי להוביל את

²⁴⁰ שם, בפס' 45 לפסק הדין של השופט דנציגר.

²⁴¹ במאמרי הקבילתי את המפעל המזהם לחברת הביטוח בעניין **מירב**, לעיל ה"ש 116. ראו אברהם "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם יכולה בהחלט להפלות", לעיל ה"ש 35, בעמ' 307.

²⁴² שם, בעמ' 308.

²⁴³ שם.

²⁴⁴ שם, בעמ' 309. כפי שצינתי בה"ש 17: ההיקש עוזר להבין גם את ההבדל בין הפרדה מגדרית בקווי אוטובוס שאמורים לשמש רק את האוכלוסייה החרדית לבין הפרדה מגדרית בקווים שבהם משתמשת גם אוכלוסייה אחרת שאינה רוצה בה. ראו את פסק הדין שעסק בהפרדה מגדרית בתחבורה ציבורית – בג"ץ 746/07 **רגן נ' משרד התחבורה**, פ"ד ס"ד(2) 530 (2011). בפסק הדין קבע השופט ג'ובראן בפס' 8, כי "אין מקום לקבל כפייה במרחב הציבורי הפוגעת באורח קשה בשוויון ובכבוד", ואילו השופט רובינשטיין הסביר בפס' לא לפסק הדין כי "המצב הנוכחי נוגע לקווי אוטובוס שאף אם יש מי שסבור שהם 'שייכים' לאוכלוסייה החרדית, להלכה ולמעשה הם עומדים, וליתר דיוק: נוסעים, לשימושו של הציבור בכלל – וממילא גם למשתמשים שאינם חפצים בהסדרי הפרדה, חרדים ושאינם חרדים. על נוסעים אחרונים אלה, ובפרט על נוסעות, נכפים הסדרי ההפרדה בניגוד לרצונן, ולעתים באלמות מילולית ויותר ממנה. לפיכך, אין חולק כי מדובר בפגיעה קשה בשוויון ובכבוד שאין להלמה, לרבות בתחום הפלילי".

²⁴⁵ James A. Sevinsky, *Public Nuisance: A Common-Law Remedy Among the Statutes*, 5 J. NAT. RESOURCES & ENVTL. L. 29, 29-31 (1990).

התביעה.²⁴⁶ אומנם לא פשוט לצייר גבולות שיבהירו מי רשאי להגיש את התביעה ומי לא, אך קיימים כמה כלים עם פוטנציאל לסייע בפתרון האתגר. אחד מהם הוא פניה ליועץ המשפטי כמוצע בפקודת הנוזיקין, כך שהוא יגיש את התביעה בשם נפגעי ההפליה.²⁴⁷ האפשרות השנייה היא שארגונים מהחברה האזרחית יוכלו להוביל תביעות אלה,²⁴⁸ כפי שאכן נעשה בישראל בעניין **קול ברמה**. כפי שהצגתי לעיל, באותו עניין אף סיפק בית המשפט קווים מנחים למקרים שבהם ראוי כי ארגונים אזרחיים ינהלו תביעות כאלה, כאשר המדובר בטענה להפרה של חוק איסור הפליה – ואין מניעה שיעשה בקווים המנחים האלה שימוש גם בכל הנוגע לעוולת המטרד. לבסוף, טענת המטרד הסביבתי תוכל להצטרף לתובענה פרטית במקרים שבהם אותו מטרד הוביל גם לנזק פרטי.²⁴⁹

האתגר השני נוגע לכימות הנזק. כימות הנזק שנגרם לחברה כולה הוא פעולה קשה כשלעצמה, שכן זהותם של כל הנפגעים אינה ידועה. לכן, בתביעות על עוולה של מטרד לציבור, הכלל הוא שכימות הנזק צריך להיעשות בהתאם לנזק שהיה נגרם לאותו מספר אנשים בעלי רגישויות סבירות מאותן הפעולות.²⁵⁰ ברם, כשמדובר בנזק שנגרם כתוצאה מהפליה, עשוי לעלות קושי בכל הנוגע לכך – שכן לעיתים רגישויות סבירות לאוכלוסיות מופלות אינן אותן רגישויות סבירות לאוכלוסייה הכללית.²⁵¹ עם זאת, אני סבור שאין מדובר בקושי של ממש, שכן ניתן להתגבר עליו בכך שבתי המשפט יפרשו את הדרישה ל"רגישויות סבירות" כמתייחסת לרגישויות הסבירות של הקבוצה הנפגעת. כמו כן, אין מדובר בכימות שבתי המשפט לא ביצעו כמוהו בעבר: גם בעניין **מירב** וגם בעניין **קול ברמה** אשר נדונו לעיל היה צורך לבחון את הנזק שנגרם לכלל האוכלוסייה שסבלה מהפליה, ובתי המשפט עמדו במשימה. פתרון נוסף שעוקף את הבעיה במקרים שבהם לא התבקש בתביעה סעד של פיצויים בלבד הוא מתן צו מניעה שיוביל לסילוק המטרד, במצב שבו נמצא שזה הפתרון היעיל, ובכך יתייתר הצורך לכמתו.²⁵²

לבסוף, נקודה נוספת שיש לתת עליה את הדעת בהקשר של המשגת הפליה כמטרד היא ההתמודדות במצבים שבהם מתעוררות שאלות של מתח בין ערך השוויון לחופש הדת, כגון של הפרדה מגדרית במרחב הציבורי משיקולים של רגישויות דתיות. באותם מקרים יש משמעות רבה להבחנה בין רשות יחיד לרשות הרבים, בין פגיעה ביחיד לפגיעה בציבור וכדומה.²⁵³ האם בהקשר זה חל הכלל שטבע י"ל גורדון "היה אדם בצאתך ויהודי באוהלך" אשר צוטט על ידי השופט חשין בהקשר לאיזון בין חופש מדת לחופש הדת בפרשת **מיטראל**?²⁵⁴ דוגמה לשימוש בעיקרון זה התממשה לפני כמה שנים באירוע שמחת בית השואבה, שהיה אמור להתקיים בהפרדה מגדרית

John E. Williams, *Getting the Pig out of the Parlor: An Analysis of Using of Private Toxic Nuisance Actions to Achieve Environmental Justice*, 29 St. B. Tex. ENVTL. L.J. 76, 78 (1999).

²⁴⁷ ס' 42 וס' 43 לפקודת הנוזיקין (נוסח חדש).

Mark A. Rothstein, *Private Actions for Public Nuisance: The Standing Problem*, 76 W. Va. L. Rev. 474-484 (1974).

²⁴⁹ *Urie v. Franconia Paper Corp.*, 107 N.H. 131, 132, 218 A.2d 360, 361 (1966).

²⁵⁰ Restatement (Second) of Torts § 827 (1979) זאת בשונה מתביעות נוזיקין שבהן יש נפגע מסוים, שבהן יש להכפין את המזיק לעקרון הגולגולת הדקה, הווה אומר שעליו לפצות את הקורבן גם בגין נזק שנגרם בשל הרגישויות הייחודיות שלו.

²⁵¹ Williams, לעיל ה"ש 246, בעמ' 86.

²⁵² שם, בעמ' 89. בישראל, בית המשפט רשאי להורות על מתן צווי עשה ולא תעשה, בהתאם לס' 71–74 לפקודת הנוזיקין. במקרה של מטרד, צו אל תעשה (או צו מניעה) הוא סעד שבתי המשפט נוהגים לעשות בו שימוש. לדיון על אודות הסעד של צו מניעה ראו גם דוד שור "הסיפור של אתא נ' שוורץ: סיפור(י) הליברליזם הישראלי" **מעשי משפט** י' 279, 289–292 (2019).

²⁵³ ראו אברהם "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם יכולה בהחלט להפלותו", לעיל ה"ש 35, בעמ' 310.

²⁵⁴ שם, בעמ' 311. ראו גם בג"ץ 3872/93 **מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה** פ"ד מז(5) 485, פס" 6 לפסק הדין של השופט חשין (1993).

בפארק ציבורי בתל אביב. לאחר תלונות על הפגיעה בשוויון, עיריית תל אביב הגיעה לפשרה עם מארגני האירוע שלפיה יותר להם לקיים את האירוע עם הפרדה מגדרית, אך באולם סגור.²⁵⁵ בהקשר זה יש לציין כי גם בבחינת עוולות מטרד סביבתי נעשה שימוש במבחני איזון בין הנזק מהפעילות לנזק של מניעת הפעילות. מבחנים אלה כוללים הערכת מידת הנזק, סוג הנזק, ההקשר המקומי-הילתי, ההיתכנות היישומית של מניעת הנזק ועוד.²⁵⁶ מעשית, לרוב מבחני האיזון יתנקזו לשאלת מונע הנזק הזול – לאיזה צד יותר כלים למנוע את הנזק?²⁵⁷

לסיכום, ניתן לפתח את הדין הישראלי כך שהפליה, בעיקר כשהיא פוגעת פגיעה משמעותית בציבור גדול שוחר שוויון, תפורש כמטרד לציבור. פירוש כזה יאפשר תביעות הפליה גם במקרים שבהם על פניו ההפליה "מיטיבה" עם המופלה או שהקבוצה המופלה נמנעת מלהגיש תביעה עקב סוגיות הנוגעות בחששות פנים קהילתיים. בהיבט הנורמטיבי כבר נעשו בפסיקה הישראלית כמה צעדים בכיוון זה, כמו בעניין **קול ברמה** שהוזכר לעיל – שבו התקבלה בקשה לאישור תובענה כייצוגית שהוגשה על ידי מי שאינם הנפגעים הישירים מן ההפליה. יתר על כן, המשגת הפליה כמטרד מאפשרת שימת דגש על מאפיינים נקודתיים כמו מיקומה ופומביותה כמו גם היכולת לתקופה באופן מניעתי. גם לתפיסה רעיונית מסוג זה כבר ניתן למצוא ביטוי בפסיקה הישראלית: בעניין **מירב** נקבע כי מתן שירות החלפת גלגל חנינם לנשים בלבד בפוליסת ביטוח עולה כדי הפליה, בין היתר לנוכח העובדה שהדבר מוביל לשימור סטראוטיפים והבניות חברתיות על אודות חלוקת התפקידים המגדרית בין גברים לנשים.

אומנם בעניין **קול ברמה** וגם בעניין **מירב** בוססה ההכרעה על חוק איסור הפליה, אך ראוי להמשיך ולפתח את הדין הישראלי כך שיעשה שימוש בעוולת המטרד במקרים שבהם חוק איסור הפליה אינו חל.

ה. איסור הפליה בדיני הקניין

ענף דיני הקניין נוגע לזכויות בנכסים שכוחן יפה כלפי כולי עלמא.²⁵⁸ לפיכך, בשונה מתחומי המשפט שנדונו בחלקיו הקודמים של המאמר, שכרוכים מטבעם באינטראקציות בין פרטים – בדיני הקניין לא בהכרח מעורבות אינטראקציות שכאלה. כך, העסקאות שנוגעות לפעולות משפטיות בזכות קניינית (כמו מכר או שכירות) מוסדרות בדיני החוזים, ואילו פעולות שנוגעות לפגיעה בזכות קניינית מוסדרות לעיתים במסגרת דיני הנזיקין (למשל, במסגרת עוולת המטרד). תחומים אלה כבר נדונו לעיל, והדיון שנערך לגביהם בהחלט רלוונטי, בשינויים המחויבים, גם לדיני הקניין. לעומת זאת, הסוגיות שלא נדונו לעומקן בפרקים הקודמים קשורות להבחנה שבין זכויות קנייניות שונות וכן להיקף ההשתרעות של כל זכות קניינית.

²⁵⁵ אבי רבינא "תל אביב: שמחת בית השואבה הועברה בשל רדיפה אנטי דתית" **ניכר השבת** 25.9.2018 <https://www.kikar.co.il/291530.html>, ראוי לציין כי יש מי שסבורים שאין לפגוע בערכי יסוד ליברליים כמו שוויון לנוכח חופש הדת, גם לא באמצעות הגעה לפשרות מסוג זה ואף אם הקבוצה הדתית היא קבוצה מרכזית באוכלוסייה. זאת מכיוון שלא ניתן להצדיק פגיעה בזכויות הפרט לנוכח קידום של זכויות קבוצתיות. ראו Gila Stopler, *Hobby Lobby, S.A.S., and the Resolution of Religion-Based Conflicts in Liberal States*, 14 INT'L J. CONST. L. (2016) 941, 946-48.

²⁵⁶ Williams, לעיל ה"ש 246, בעמ' 78.

²⁵⁷ שם, בעמ' 79.

²⁵⁸ יהושע ויסמן **דיני קניין: חלק כללי** 11–14 (1993).

מאז ומתמיד היו שתפסו זכויות קנייניות זכויות חזקות שמקנות "שרירות בעלים".²⁵⁹ במדינת ישראל אף זכתה זכות הקניין לעיגון חוקתי מפורש, שמקנה לה מעמד נורמטיבי ייחודי.²⁶⁰ מבין הזכויות הקנייניות השונות, בעלות היא הזכות הקניינית החזקה ביותר, שניצבת ביסוד כל זכויות הקניין האחרות.²⁶¹ לעיתים אף נהוג לראות במי שזכות הבעלות נתונה לו כמי שרשאי לממש בכל דרך שיראה לנכון, כולל באופן מפלה או פוגעני כלפי אחרים. אולם כמו כל זכות אחרת, גם כל זכות קניינית, ובתוך כך גם זכות הבעלות – אינה זכות מוחלטת.²⁶² כל זכות קניינית מוגבלת במידת מה מכוח עקרונות חיצוניים ופנימיים לדין הקנייני, שנקבעו בחוק ובפסיקה. אל ההגבלות האלה מצטרפות גם תכליות דיני הקניין שמהוות את גבולות הגזרה שבגדרם יש לבחון את זכות הקניין. העיקרון החיצוני העיקרי הוא תום הלב, שחולש על המשפט הישראלי כולו ומשכך גם על דיני הקניין.²⁶³ אכן, בעניין **רוקר** נקבע על ידי הנשיא ברק כי לשם פגיעה בעקרון תום הלב די בכך שפעולה בזכות הקניינית אינה עולה בקנה אחד עם "הסטנדרטים הערכיים הראויים של החברה הישראלית, כפי שבית המשפט מבין אותם מעת לעת".²⁶⁴ לגבי בעלות במקרקעין אף נקבע בחוק במפורש כי "הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה **בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם**" (ההדגשה לא במקור – ר"א).²⁶⁵ במקביל, העיקרון הפנימי העיקרי שמגביל את הזכות הקניינית הוא עקרון השימוש לרעה בזכות, שקבוע בסעיף 14 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969 וטרם זכה לפיתוח פסיקתי ראוי.²⁶⁶ בפסיקה נקבע שהעיקרון הוא "בנה של דוקטרינת תום הלב" או מעין מקרה פרטי שלה,²⁶⁷ ולאור זאת מבכר בית המשפט את השימוש בתום הלב, בעוד עקרון השימוש לרעה בזכות נזנח כמעט לחלוטין.²⁶⁸ אולם ככלל, נראה שאין מניעה להשתמש גם בסעיף 14 ככלי נורמטיבי נוסף לצורך צמצום יכולתו המשפטית של בעל קניין לפגוע בשוויון.²⁶⁹ פרט לעקרונות כלליים אלה, טוען חנוך דגן כי לקניין ישנם כמה ערכים מרכזיים שצריכים להיות מובאים בחשבון בכל הנוגע לקביעת גבולות הזכות. ארבעת הערכים האלה הם: חירות,

²⁵⁹ חנוך דגן "זכות הכניסה" **מחקרי משפט** כד 59, 62 (2008).
²⁶⁰ ס' 3 לחוקיסוד: כבוד האדם וחירותו; ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי** פ"ד מט(4) 221 (1995).

²⁶¹ אבי וינרוט **דיני קניין – פרקי יסוד** 31 (מהדורה שנייה 2020).
²⁶² שם, בעמ' 31–32.

²⁶³ ע"א 782/70 **רדומילסקי נ' פרידמן**, פ"ד כה(2) 523, 530 (1971).
²⁶⁴ רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199, פס' 5 לפסק הדין של הנשיא ברק (1999). פסק הדין עצמו עסק בערעור נגד צו הריסה שנפסק לשכן שפלש לשטח משותף בהיתר עירייה, אך ללא הסכמת השכנים. בדעת רוב נפסק לדחות את הערעור (השופט אנג'ל בדעת מיעוט). פסק הדין אומנם אינו נוגע בהפליה, אך עניינו במתיחות שבין זכות הקניין לעקרונות ההגיוניות והצדק, האקוטיות לסוגיית ההפליה, ושם נפסק כי זכות הקניין במקרה זה נסוגה מפני חובת תום הלב. יש לסייג שאין לראות בפסיקה זו הלכה כללית שלפיה תמיד תום הלב גובר על זכות הקניין, ובפרט יש להביא בחשבון מנגד שיקולים הקשורים בנסיבות כל מקרה לגופו כדי להכריע במאזן ביניהם, כגון טיב יחסי הקרבה בין בעל הקניין לזולתו, היקף הפגיעה בזולתו וכו'.
²⁶⁵ ס' 2 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969.

²⁶⁶ הסעיף קובע כי "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר".

²⁶⁷ כך, בעניין **רוקר**, לעיל ה"ש 264, בפס' 3 לפסק הדין של הנשיא ברק, הסתמך בית המשפט הן על עקרון השימוש לרעה בזכות והן על תום הלב כעיקרון כללי, אך בד בבד ציין הנשיא ברק כי הסעיף מהווה מקרה פרטי של תום הלב, ומצוי בחוק אך מכיוון שחוקק בטרם קבע המחוקק כי תום הלב הוא עיקרון כללי החל על כל דין; ראו גם היושע ויסמן **דיני קניין: בעלות ושיתוף** 70–71 (1997) (להלן: ויסמן **בעלות ושיתוף**). ראו גם רע"א 1017/97 **רידלביץ נ' מודעי**, פ"ד טב(4) 625, 632 (1998).

²⁶⁸ שם, בעמ' 66–67, 69–71.

²⁶⁹ ראו, למשל, עופר גרוסקופף "על שיקול-דעת קנייני, אחריות חברתית ודאגה לזולת" **משפט ועסקים** י 317, 327–329 (2009); ויסמן **בעלות ושיתוף**, לעיל ה"ש 267, בעמ' 65–67 (1997); בוקשפן וכשר, לעיל ה"ש 70; גרשון גונטובניק "זכויות חוקתיות במשפט הפרטי במדינה יהודית ודמוקרטית" **משפט ועסקים** טז 57, 60–61 (2013).

אישיות, קהילה ורווחה מצרפית, ויש לבחון כיצד הם באים לידי ביטוי במקרה נתון של שימוש בזכות הקניינית, כך שהאיזון ביניהם יגשים את תכליותיה של זכות הקניין.²⁷⁰ ככלל, הפליה מצד בעל מקרקעין באה לידי ביטוי בשני אופנים של שימוש בזכות הבעלות, שמעורבת בהם אינטראקציה עם אחרים. המופע הראשון מביניהם הוא העברת זכות הבעלות במקרקעין לידי אחר (מכר), ואילו המופע השני הוא הענקת אפשרות הכניסה לנכס לידי אחר (למשל השכרה). במסגרת שני המופעים האלה עשוי בעל הזכות לנקוט פעולות שעולות כדי הפליה, באמצעות העדפה של אדם אחד על פני אדם אחר. ניתן להבחין בין כמה מצבים שונים שבהם מתרחשת העדפה כזו, בהתאם ליחס שמגלה אליהם המשפט ולסוג הכלים שבאמצעותם ניתן להתמודד עם אותם המצבים.

ההבחנה הראשונה נוגעת לזהותו של בעל הזכות הקניינית. במקרים שבהם הקרקע אינה פרטית, אלא מצויה בבעלות המדינה או אחד ממוסדותיה, ניתן לעשות שימוש בדרך חיצונית לדיני הקניין על מנת להגביל את הזכות הקניינית ולמנוע הפליה. זאת באמצעות קריאת חובות מנהליות על הפרט מקום שמדובר בקרקע שאינה פרטית – מהלך שהוביל השופט שטיין בעניין **מיטל**. חשוב לציין כי דברים אלה עשויים להיות נכונים לשני המקרים הרלוונטיים של שימוש בזכות הבעלות, כלומר הן למכר דירה והן להשכרת דירה.²⁷¹ אולם דרך זו אינה רלוונטית במישור הפרטיאופקי, ולא ניתן לפנות למשפט המנהלי במקרה שבו הקרקע מצויה בבעלות פרטית – שאז יש לבחון את השימוש בזכות הקניינית בראי המשפט הפרטי, בהתאם להוראותיו ותכליותיו.

הבחנה שנייה, אם כן, נוגעת בעיקר למקרים שבהם מדובר על קרקע פרטית, שאז אין תחולה לכללי המשפט הציבורי (אלא אם בעל הזכות בקרקע הפרטית הוא גוף ציבורי או גוף דר מהותי). במקרים אלה יש לתת את הדעת על אופי ומטרת השימוש במקרקעין, שעליהם ניתן ללמוד גם מזהותו של בעל המקרקעין. כך, למשל, יש להבחין בין העדפת שוכר או קונה מסוים על ידי אדם פרטי שבבעלותו יחידת מגורים בודדת אשר בה הוא מתגורר, לבין חברה מסחרית שבבעלותה דירות רבות שאותן היא מוכרת או משכירה לאחרים באופן שגרתי.²⁷² מובן כי בין שני מקרי קיצון אלה מצוי מנעד של מקרי ביניים רבים, כשעל המשפט לבחון כל מקרה בהתאם לתכליות הקניין ולערכיו, על מנת להבין אם אופן השימוש בקניין ראוי.

הבחנה שלישית נוגעת להגשמתם של ערכי הקניין ותכליות המשפט הפרטי.²⁷³ כך, סירוב של אדם פרטי למכור או להשכיר נכס בודד שבבעלותו פוגע בערכים קנייניים של המסורב כמו אישיות (זכותו של אדם לממש את שאיפותיו באמצעות קניין) וחירות (יכולתו של אדם לרכוש קניין ולעשות בו שימוש). הדבר נכון ביתר שאת במקרים שבהם מדובר על אדם שמשכיר מספר רב של דירות לצורך פרנסתו, שכן קשה לחשוב על ערך קנייני כלשהו שההעדפה שלו מגשימה. מנגד, אם ממשיכה להתקיים זיקה אישית בין הבעלים לנכס גם לאחר המכר או ההשכרה, ייתכן שזהותו של מי שיתגורר בנכס קשורה באישיות ובחירות של הבעלים. כך, במקרה שבו אדם משכיר חדר אחד

²⁷⁰ דגן, לעיל ה"ש 259, בעמ' 62–63.

²⁷¹ שם, בעמ' 68–69; ראו גם בנקלר, לעיל ה"ש 73, בעמ' 164–165. כמו כן ראו את הדיון שנערך לעיל בפרק שעוסק בגופים דרמהותיים, על אודות היקפם של כללי המשפט המנהלי.

²⁷² גרמור, לעיל ה"ש 22, בעמ' 559–560.

²⁷³ לדיון מקיף בהבחנה זו ראו גרשון גונטובניק **הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות** 53–77, 90–96 (2014) (להלן: גונטובניק **הפליה בדיור**); דגן ודורפמן "צדק ביחסים", לעיל ה"ש 32, בעמ' 352–356; דגן, לעיל ה"ש 259, בעמ' 68–73; על אופן האיזון ראו גם ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 78, בעמ' 198–199 ו-201–202; גם בפסיקה הובעה עמדה דומה שלפיה יש להידרש לתכליות המשפט הפרטי ולבחון דברים מעין אלה באופן הקשרי, ראו עניין **פרוז'אנסקי**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 31.

בבית שבו הוא עודנו מתגורר, מובן כי לזהותו של השוכר עשויה להיות השפעה על המשכיר.²⁷⁴ כמו כן, ככל שבעל הזכות הקניינית משתייך לקהילה מובחנת ומלוכדת יותר, העברת הזכות כרוכה גם בהשפעה על הקהילה ועל אופייה הייחודי.²⁷⁵

ברוח דומה ניתן לפרש גם את חוק השכירות והשאלה, התשל"א–1971.²⁷⁶ סעיף 4 קובע כי חיוב הנובע מחוזה שכירות יש לקיימו בדרך מקובלת ובתום לב, והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה. סעיף זה מחיל בתחולה ישירה את עקרון תום הלב גם בהקשר של השכרת מקרקעין, ועל כן תופס בגדרו מקרים כגון פרשת **כוכה**, אשר נדונה לעיל, שבה המשכיר ביטל את חוזה השכירות עם תובעת ערבית בשל לחץ השכנים. עם זאת, שאלה פתוחה היא מידת היקף תחולתו של הסעיף במקרים של חוסר תום לב עוד בשלבי המשא ומתן הטרם חוזיים.

אך לא אלמן ישראל. סעיף 22 לחוק השכירות והשאלה קובע כי משכיר אינו רשאי לסרב להשכיר את הדירה בשכירות משנה מטעמים שאינם סבירים (אך מבלי לפרט על אותם טעמים).²⁷⁷ פרשנות של החוק בהתאם לערכי הקניין תוביל לתוצאה שלפיה הפליה מהווה טעם שאינו סביר במקרים של פגיעה בערכי הקניין, בעוד במקרים שבהם היא משרתת את ערכי הקניין של המשכיר היא עשויה להיות סבירה. פרשנות מסוג זה נתמכת גם על ידי תאוריות של המשפט הפרטי, כמו תאוריית צדק ביחסים.²⁷⁸ גם במשפט המשווה עלו שאלות דומות, הן בנוגע להפליה במכר דירות והן בנוגע להפליה בשכירות. אולם בניגוד למצב בישראל, במדינות אחרות כן נקבעו בחוק כללים ברורים שמורים על איסור הפליה בדיוור תוך שהם משקפים איזון בין היקף הזכות הקניינית לבין הגשמת ערכי הקניין.²⁷⁹ בארצות הברית נקבעו איסורים רבים על הפליה בדיוור, אם כי בפועל הם מוגבלים יחסית ומכוונים בעיקר למי שעוסק בהספקת דיוור באופן מסחרי. בחוק נקבע כי אין להפלות במכר דירה או בהשכרת דירה על בסיס מאפיינים כמו צבע עור, דת, מין ולאום.²⁸⁰ אולם לתחולת החוק יש סייגים רבים, ביניהם העובדה שהוראותיו חלות רק על מי שבעלותו למעלה משלוש יחידות דיוור, ושהוא אינו חל במקרה שבו מדובר על מכירה או השכרה של חלק מהבית שהמשכיר או המוכר עודנו מתגורר בו.²⁸¹ באנגליה מבטא החוק הרלוונטי איזונים מעט שונים, שכן לפחות באופן מוצהר הוא אמור לחול על כל מי שמוכר או משכיר את דירתו.²⁸² בפרט, נקבע בחוק שגם אנשים שבעלותם דירה אחת בלבד אינם רשאים להפלות במכירתה או בהשכרתה על בסיס מאפיינים של גזע, מוצא אתני ולאום, ובמקרים שבהם יש לעסקה אופי מסחרי יותר או שהיא מבוצעת באמצעות מתווך, אסורה הפליה על בסיס כל השתייכות לקבוצה תרבותית או חשודה. עם

²⁷⁴ גרמור, לעיל ה"ש 22, בעמ' 554–555; דגן, לעיל ה"ש 2599, בעמ' 77–80.

²⁷⁵ שם, בעמ' 64–66 ו'70.

²⁷⁶ גן-מור, לעיל ה"ש 22, בעמ' 554–555.

²⁷⁷ סי' 22 לחוק השכירות והשאלה, התשל"א–1971. לערכי הקניין ולתכליות המשפט הפרטי שניתן לשקול בהקשר הישראלי, ראו גונטובניק **הפליה בדיוור**, לעיל ה"ש 273, בעמ' 104–109.

²⁷⁸ דגן ודורפמן "צדק ביחסים", לעיל ה"ש 32, בעמ' 352–356.

²⁷⁹ גונטובניק **הפליה בדיוור**, לעיל ה"ש 273, בעמ' 476–487; בנקלר, לעיל ה"ש 73, בעמ' 162–164; גרמור, לעיל ה"ש 22, בעמ' 560–561.

²⁸⁰ החוק הפדרלי המדובר הוא 42 U.S.C. 3601 The Fair Housing Act of 1968 (חוק הדיוור ההוגן). זהו החוק המרכזי בארצות הברית שנועד להתמודד עם הפליה בדיוור ולמנוע הדרה של קבוצות תרבותיות. ראו גונטובניק **הפליה בדיוור**, לעיל ה"ש 273, בעמ' 488–494. פרט לכך, גרשון גונטובניק דן גם בחוקים נוספים בארצות הברית שמאפשרים להתמודד עם הפליה בדיוור. חוקים אלה לא נועדו להתמודד עם הפליה בדיוור בלבד, אך ניתן לעשות בהם שימוש גם לצורך זה. ראו שם, בעמ' 510–517.

²⁸¹ בנקלר, לעיל ה"ש 73, בעמ' 163–164; גרמור, לעיל ה"ש 22, בעמ' 560; גונטובניק **הפליה בדיוור**, לעיל ה"ש 273, בעמ' 487–510.

²⁸² החוק המדובר הוא Equality Act 2010, c. 15. החוק נחקק לאחר שנים רבות שבהן הייתה באנגליה רתיעה מהתמודדות עם הפליה בדיוור, לנוכח החשש מפגיעה באוטונומיה. ראו גונטובניק **הפליה בדיוור**, לעיל ה"ש 273, בעמ' 519–520.

זאת, גם באנגליה נקבעו לחוק חריגים לא מעטים, כך שבפועל הוא מוגבל הרבה יותר. כך, למשל, החוק אינו חל במקרים שבהם העסקה מבוצעת ביחידת דיור שהבעלים עודנו מתגורר בה.²⁸³ בעיניי פשיטא שכלים משפטיים אלה ראויים לפיתוח פסיקתי נרחב יותר במשפט הישראלי.

ו. סיכום

חקיקת חוק איסור הפליה סיפקה מענה הולם ונחוץ למקרים רבים של הפליה במגזר הפרטי. עם זאת, החוק אינו מספק מענה הולם לכל מקרי ההפליה. אומנם למחוקק הישראלי נתונה האפשרות לתקן את חוק איסור הפליה ולהרחיבו בדרכים שונות כך שתחולתו תהיה רחבה יותר, ואכן במהלך השנים תחולת החוק הורחבה כמה פעמים. לטעמי, הרחבה מעין זו תתרום לצמצום ההפליה בחברה הישראלית בכלל, ולהרחבת השוויון בשוק הפרטי בפרט. ברם, עד שהחוק יתוקן, ביקשתי לספק לבתי המשפט ולקורבנות הפליה כלים שיאפשרו להם להיאבק כנגד הפליה פסולה שאינה מצויה בהכרח בגדר החוק הקיים כיום. במאמר סקרתי אמצעים אלטרנטיביים מהמשפט הפרטי, העשויים לסייע במיגור הפליה. האמצעים לקוחים מענפים שונים של המשפט הפרטי, וראוי שהבחירה באמצעים ההולמים תיעשה תוך בחינת היתרונות והחסרונות של כל אחד מהם והתאמתם לצורך ולנסיבות.

כך, החלת עקרונות מטא־משפטיים יכולה לסייע בידינו להיאבק בהפליה אסורה ולהבהיר מדוע ראוי לקדם את השוויון גם במקרים שבהם שני הצדדים להפליה הם צדדים פרטיים לחלוטין. במקום לשקול את הזכות לשוויון כנגד פגיעה באוטונומיה, נוכל להצדיק את הזכות ליחס שווה דווקא מתוך הזכות לאוטונומיה, וההבנה שמכך שהמדינה מפעילה כוח כופה כדי להגן על זכויות הקניין שלנו ויכולתנו לסחור בהן נובע שלא מוצדק שתשתמש בכוחה הכופה בצורה לא שוויונית. במקרים שמצויים על התפר שבין הפרטי לציבורי, נוכל להסתייע בזיהוי של גופים כדומהותיים, תוך הטלת מחויבות מוגברת עליהם מתוקף המרכיבים הציבוריים שלהם. קושי מרכזי עם זיהוי זה הוא עמידה על המידה שבה גוף הוא ציבורי ומתי עובר הרף שבו מוצדק להחיל עליו נורמות מן המשפט הציבורי. הצענו בסקירתנו כמה כלים מהספרות לעמוד על הבחנה זו, שככלל תתייחס לאופיו הציבורי של גוף כמנעד, ולא מאפיין בינרי, וכך תחיל עליו בהתאמה יותר נורמות ציבוריות ככל שמידת ציבוריותו גבוהה יותר.

בתוך תחומי המשפט הפרטי ניתן להיעזר בדיני החוזים למיגור ההפליה, בהיותם מרכיבים מרכזיים באינטראקציות היום יומיות של אנשים ובכך קרקע פורייה למקרי הפליה רבים. ניתן למשל לטעון כי תום לב במשא ומתן מחייב גם יחס הוגן ושוויוני, בדומה לקביעה בעניין **שמסיאן** כי הפליה כלפי אישה שהסתמכה על הזמנה פתוחה היא חסרת תום לב. ניתן לטעון כי הפליה מהווה התנהגות הסותרת את תקנת הציבור, בדומה לקביעתו של ברק בעניין **רקנט**, או לטעון במקרים של חוזים אחידים כי יחס לא שוויוני בחוזה מהווה תנאי מקפח. אף הצעתי לאמץ מן המשפט האמריקאי, ועל סמך הלכת **אפרופים וביבי כבישים**, שיחס שוויוני יכול שיהא תנאי משתמע בין צדדים לחוזה, לפחות כשמדובר בצדדים שאינם מסחריים. לבסוף, השימוש בדיני חוזים מאפשר

²⁸³ בנקלר, לעיל ה"ש 73, בעמ' 164; גרמור, לעיל ה"ש 22, בעמ' 561; גונטובניק **הפליה בדיור**, לעיל ה"ש 273, בעמ' 533–524.

מרחב רב לפרשנות, ובכך נעוץ הן יתרונו המרכזי והן חסרונו: מחד גיסא, הוא מאפשר גמישות רבה והתאמה לנסיבות משתנות וסוגים שונים וקשים להגדרה בחוק של הפליה. מאידך גיסא, יש להימנע משימוש לא מידתי בכלי הפרשני שעשוי להוביל לפגיעה בחופש ההתקשרות ובציפיות הסבירות של הצדדים.

גם דיני הנזיקין חשובים למיגור הפליה. כך, הרחבת השימוש בעוולות חוקתיות תוכל לאפשר מתן פיצוי הולם גם במקרים שבהם קשה להוכיח נזק ממוני ישיר כתוצאה מהפליה, אולם השימוש ב"עוולות חוקתיות" במשפט הפרטי אינו נפוץ בערכאות הגבוהות. דרך אחרת היא לעשות שימוש בראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה כפי שנעשה לראשונה בעניין **דעקה**. אומנם קיימת מחלוקת בתוך בית המשפט העליון אם מדובר בראש נזק עצמאי, או שזה חלק מהפיצוי הלא ממוני, אך דומה שמחלוקת זו אינה משפיעה בענייננו שהרי ברור שכל הפליה גוררת עימה תחושות השפלה, כעס וצער, ועל כן לצד המופלה קמה זכות לפיצוי גם לשיטתו על השופט הנדל בפרשת **מרכז רפואי העמק**. אפשרות נוספת שמאז פרשת **דור זהב** כנראה כבר אינה עומדת לרשותנו היא הכרה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כחובה חקוקה אשר ניתן לתבוע בגין הפרתה בדיני הנזיקין, וכך לטעון שהפליה היא פגיעה בזכות לכבוד המוגנת בחוק זה, בדומה לפרשת **נעאמנה**. הקושי העולה מאפשרות זו הוא שהחלת חוקי יסוד בבסיס ישיר לתביעה נזיקית היא צעד שיש שתופסים כרדיקלי ונוגד את כוונת המחוקק, משום שחוקי היסוד נועדו להגביל רק את רשויות השלטון. עם זאת, השימוש בזכות לכבוד בבסיס לתביעה נזיקית הולך ומתרחב, וייתכן שניתן להיעזר בה בלי לעבור דרך תחולה ישירה של חוקי היסוד, אלא דרך מודל של תחולה עקיפה (הלכת **אדמה**). עוולת הרשלנות גם היא עשויה לשמש ככלי למניעת הפליה, כפי שהציע היועץ המשפטי בפרשת **מיטל**. מאתגר להגדיר את טיב חובת הזהירות והנזק בהקשר של הפליה בעיקר מקום שמעורבות בו חירויות כמו חופש הדת של הגורם המפלה. האיזון הראוי עשוי להימצא דרך התייחסות לפגיעה בחירות כעלות "מניעת הנזק" שעל המפלה ל"שלים", וניסיון לשקול בין הזכויות הנפגעות דרך מבחן האדם הסביר.²⁸⁴

כלי חדשני מדיני הנזיקין שהצעתי לעשות בו שימוש לצורך מיגור הפליה והתמודדות עימה הוא המטרד לציבור. עוולת המטרד לציבור מציעה פוטנציאל ייחודי להתמודד עם הנזקים **החברתיים** של הפליה, בעיקר בהקשר של הדרה והפרדה מגדרית, גם כאשר לפרט בודד אין אינטרס או יכולת לתבוע בגינה. עוולת המטרד יכולה לשמש כעילת תביעה במקרים שבהם הפליה אומנם היטיבה, לפחות לכאורה, עם קבוצה מסוימת מן הבחינה הממונית, אך גם חיזקה סטיגמות שליליות לגביה. דוגמה למצבים מעין אלה ניתן למצוא בפרשת **מירב**, שבה נדונה פוליסת ביטוח רכב שקבעה כי שירות חנימי של החלפת גלגל יוענק לנשים בלבד, בעוד גברים נדרשו לשלם עבורו. עם זאת, טרם נעשה שימוש משמעותי במשפט הישראלי בעוולת המטרד לציבור בכלל, ובהקשר של מטרד חברתי בפרט, ועל כן שאלות רבות לגבי היישום בפועל של כלי זה נותרות פתוחות.

לבסוף, הצגתי כיצד דיני הקניין יכולים לסייע גם הם בהתמודדות עם הפליה. אומנם רבים ממקרי ההפליה שמעורבות בהם זכויות קניין נוגעים גם לדיני החוזים ולדיני הנזיקין, אך אופן השימוש בזכות הבעלות במקרקעין מהווה חלק מדיני הקניין בלבד. העובדה שטרם הוכרע בבית המשפט העליון אם חוק איסור הפליה חל על השימוש בזכות הבעלות במקרקעין מצריכה לחזור

²⁸⁴ לניסיון למצוא דרך המגשרת בין איסור ההפליה לחופש המצפון ראו רונן אברהם ודני סטטמן: פוסטרים ועוגות חתונה: מתי סירוב לספק שירות לקבוצות חשודות אינו בגדר הפליה אסורה **משפטים** נב (2021).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

לתכליות ולערכים הבסיסיים של דיני הקניין עצמם, כמו גם לעילות של תום לב ואיסור על שימוש לרעה בזכות – ולהבין כיצד ניתן לעשות בהם שימוש על מנת לאסור ולמנוע הפליה בדיור. לסיכום, המשפט הפרטי מציע כלים רבים להתמודדות עם הפליה אסורה. עבור קורבנות ההפליה, שפעמים רבות אינם מוצאים מענה מספק בחוק איסור הפליה, שכלול של הכלים האלה עשוי לעיתים להיות המזור היחיד.