רונן אברהם במאמרו, ''בנפרד ועדיין שווה?'',[[1]](#footnote-1) טוען כי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים (להלן: 'חוק איסור הפליה'),[[2]](#footnote-2) אינו מכסה את כל מקרי ההפליה הנעשים מידי יום במרחב הציבורי ובעיקר הנעשים במגזר הפרטי. אברהם סובר שהפיתרון הטוב ביותר לכך הוא תיקון של חוק איסור הפליה. אך עד שזה יקרה, הוא מציע דרכים נוספות להתמודד עם מקרי ההפליה השונים, באמצעות שימוש בענפים שונים מתחום המשפט הפרטי: דיני החוזים, דיני הנזיקין ודיני הקניין. אברהם אף מציע כלים להתמודדות עם מקרי הפליה בתפר שבין המשפט הפרטי למשפט הציבורי, באמצעות החובות הייחודיות על גופים דו־מהותיים. רוב הכלים שהציע הם מושגי שסתום[[3]](#footnote-3) ועוולות מסגרת.[[4]](#footnote-4) כלומר, עיקר מגמתו היא ליצוק תוכן לתוך מושגים עמומים, ובכך להביא לצמצום ההפליה במגזר הפרטי. לדעתי, השימוש במושגים העמומים שמציע אברהם פוגע בחירות הפרט, מפני שמהות היחסים בין פרטים בחברה היא האוטונומיה של כל יחיד ויחיד להתנהג לרעהו בדרך שהוא רואה לנכון.[[5]](#footnote-5) במאמר זה אציג קשיים בגישתו בכלל, ואף את הקשיים שבה בדיני החוזים בפרט.

ראשית, השימוש בכלים שמציע אברהם במאמרו למיעוט ההפליה, עלול לפגוע בכלכלה. התפיסה המקובלת בכלכלה היא כי שוק חופשי מוביל לתוצאה היעילה בלא כל צורך בהתערבות.[[6]](#footnote-6) הפילוסוף והכלכלן, אדם סמית, מפרט את המודל שלו להצלחת הכלכלת העולם המערבי. מסקנתו היא שיש לעודד את האגואיזם שהוא האלטרואיזם. דהיינו, אם כל אדם ידאג לצרכיו שלו בלבד (אגואיזם), הרי שכל החברה תרוויח מזה (אלטרואיזם), מפני שאין מנוף גדול יותר להצלחת הפרט מאשר רצונו שלו להרבות ממון.[[7]](#footnote-7) המודל שהוא הציע הוא חירות כמנוע לשוק חופשי, כשנקודת המפתח היא התערבות מועטה ביותר של המדינה. דבריו של סמית השפיעו על העולם בכלל, ועל האבות המייסדים של ארצות־הברית בפרט. ארצות־הברית היא הדוגמה המובהקת לכך שהמודל של סמית הוא הנכון להצלחת הכלכלה, שהרי כלכלת ארצות־הברית היא החזקה בעולם.[[8]](#footnote-8) לפיכך, המפתח להצלחת הכלכלה הוא לתת לפרט לעשות בכספו ובנכסיו כרצונו ללא התערבות המדינה, ובטח ללא התערבות של בתי־המשפט כזרועה של המדינה.

זאת ועוד, לדידי, הדרכים שהציע אברהם למיגור ההפליה דרך השימוש בדיני החוזים, יוצרות פגיעה בחופש החוזים ובכך מערערות את הביטחון החוזי ומגדילות את הוצאות העסקה. זאת מפני שקשה לצפות מראש את הדרך בה בית־המשפט יפעיל את שיקול דעתו, בעיקר כאשר לא התגבשו עדיין כללים מפורטים באותו עניין. תופעה זו מחריפה כאשר ההתערבות של בית־המשפט נעשית מטעמים ערכיים. הן משום שהבירור העובדתי בעניינים אלו קשה וכרוך בהתדיינות יקרה,[[9]](#footnote-9) והן מכיוון שאם ייטען כלפי אדם כי ה̣פלה מטעמים שונים, אפשר שבגלל אי־הבהירות בנושא והסיכון הכרוך בו, יעדיף אותו אדם להתפשר למרות ששיקוליו היו אחרים.[[10]](#footnote-10) אף המחוקק הישראלי (ולכן אף סביר לומר – העם), מייחס חשיבות רבה לחופש החוזים.[[11]](#footnote-11) דוגמה לכך מצויה בסעיף 17 לחוק ההסדרים במשק המדינה,[[12]](#footnote-12) הנועד להגשים חופש חוזים מהותי. סעיף זה מעניק זכות לצרכן גז לבטל חוזה שכירות עם חברת גז כדי להגשים רפורמה בשוק הדלק. הסעיף מגשים חופש מהותי, שכן החוזים המקוריים עם חברות הגז לא נקשרו מתוך בחירה חופשית של הצרכן.[[13]](#footnote-13)

אולם, אברהם במאמרו עושה שימוש נרחב בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: 'חוק־היסוד'),[[14]](#footnote-14) הן באופן כללי והן כשהציג את גישתו בעניין דיני הנזיקין.[[15]](#footnote-15) הוא סובר כי קיימת תשתית משפטית מרשימה לחשיבותה של הזכות לשוויון. בין היתר, הוא טוען כי לאחר חקיקת חוק־היסוד הוכרה הזכות החוקתית לשוויון כנגזרת של הזכות לכבוד האדם. אמנם יש דברים בגו, ואף דעה כזו נשמעה בפסיקה,[[16]](#footnote-16) אך לדעתי אלה הסוברים כך עושים שימוש שגוי בחוק־היסוד. כבר העירה על כך השופטת דורנר בפסק הדין בעניין אליס מילר,[[17]](#footnote-17) בו היא טוענת כי המחוקק השמיט בכוונת מכוון את המילה 'שוויון' מחוק־היסוד בגלל פשרות פוליטיות. בנוסף, לדידו של הנשיא לשעבר, אהרון ברק, חשוב לבדוק את דברי ההסבר לחוק, מפני שיש להן משקל רב בקביעת תכליתו.[[18]](#footnote-18) אם־כן, אף לגישת הנשיא ברק, שודאי שמדובר בשופט המצדד בפרשנות רחבה, יש לבדוק את כוונת המחוקק בבואנו לפרש חוק. קל וחומר כאשר מדובר בהרחבה של זכויות שאינן כתובות עלי ספר,[[19]](#footnote-19) העלולות לפגוע בזכויות אחרות המפורטות בחוק יסוד מסויים. לפיכך, אלך על־פי גישת הנשיא ברק. חבר־הכנסת, אמנון רובינשטיין, הוא היוזם את הצעת החוק של חוק־היסוד. כשהיה צריך להשיב לחברי־כנסת אחרים מדוע בחוק־היסוד המילה 'שוויון' אינה מוזכרת, הוא טען שסעיף השוויון היווה את אבן הנגף שבגללה לא היה ניתן להעביר את הצעת החוק, ולכן הסעיף לא הוכנס.[[20]](#footnote-20) לאמור, הזכות לשוויון לא הוכנסה בכוונה תחילה לתוך חוק־היסוד. נראה, אפוא, כי טענת אברהם שהזכות לשוויון נגזרת מחוק־היסוד ועל־כן מעוגנת בחקיקה, לא עולה בקנה אחד עם הדרך בה יש לפרש חוקים ואף עם כוונת המחוקק.

לסיכום, ניתן לראות כי גישתו של אברהם בנוגע לאיסור הפליה במגזר הפרטי, מעוררת כמה קשיים. הראשון, מניעת חירות הפרט בשם הזכות לשוויון עלולה ליצור בעיות בכלכלה. השני, הדבר פוגע בחופש החוזים ולפיכך מערער את הביטחון החוזי ומגדיל את הוצאות העסקה. בסוף דבריי, הצגתי את הבעייתיות בלגזור את הזכות לשוויון הכביכול משתמעת מחוק־היסוד, משום שהדבר סותר את כוונת הרשות המחוקקת. לאור זאת, אני סבור כי אין לקבל את המלצותיו.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **קריטריון** | **הערות** | **ניקוד** |
| **פסקת פתיחה (10 נק')** | הצגה נכונה של הרעיון המרכזי ותוכן העבודה בצורה בהירה ומתומצתת.  קיימים אי דיוקים. | 8 |
| **גוף העבודה (40 נק')** | 10 נקודות= הבעת רעיון רלוונטי.  10 נקודות= התייחסות מעמיקה לסוגיות העולות מתוך האירוע.  20 נקודות- תוכן. | 40 |
| **הטיעון המשפטי (5 נק')** | איתור הסוגיה המשפטית, בניית טיעון נכונה, עיגון. | 5 |
| **פסקת סיכום (10 נק')** | הצגת סיכום ומסקנות בצורה ברורה, הנובעת מתוכן העבודה. | 10 |
| **שפה נכונה ותקינה (10 נק')** | בניית משפטים קצרים ותקינים (פחות מ20 מילים במשפט) פיסוק נכון, שימוש נכון בביטויים, שימוש במשלב שפה הולם (שימוש בשפה גבוהה היכן שצריך ושימוש בשפה מובנית ופשוטה כשנדרש), כתיבה ללא שגיאות כתיב ושיבושי לשון. | 10 |
| **שימוש נכון במקורות חיצוניים ואזכורם (10 נק')** | ספרות/חוקים/ פס"ד/מאמרים וכו' | 10 |
| **מילוי הוראות טכניות (5 נק')** | פונט, גודל כתב, רווח, יישור לשני הצדדים, שוליים, כותרת, הדגשות וכיוצב'. | 5 |
| **מילוי הוראות "תוכניות" (5 נק')** | * האם תוכן העבודה עונה על הנשאל? * האם הסטודנט התייחס לכל הנקודות שנתבקש להתייחס אליהן? | 5 |
| **בנייה נכונה של העבודה (5 נק')** | * זרימת הטקסט * חלוקה לפסקאות. * האם הפסקאות קשורות זו לזו בצורה הגיונית ו"טבעית"? * האם הפתיחה מתארת את העתיד לבוא, הדיון מקיים את ההבטחה והסיכום מתמצת כיצד זה נעשה ומהן המסקנות הסופיות? | 5 |
| **בונוס 5 נק** | כתיבה יצירתית ומקורית, רעיון מעניין לדיון, נימה אישית רלוונטית, הבעת רעיונות ומחשבות בעלי ערך מוסף. |  |
| **סה"כ** |  | 98 |

1. רונן אברהם ''בנפרד ועדיין שווה? על דרכי ההתמודדות עם מקרע הפליה הנופלים בנפרד מתחולת חוק איסור הפליה'' **המשפט** כח 13 (2022). [↑](#footnote-ref-1)
2. חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס''א–2000, ס''ח 58. [↑](#footnote-ref-2)
3. למשל, תום־לב – אברהם, לעיל ה''ש 1, בעמ' 29. [↑](#footnote-ref-3)
4. למשל, הפרת חובה חקוקה – שם, בעמ' 45. [↑](#footnote-ref-4)
5. בוודאי בגבולות החוק. אך הגבול, לדעתי, הרבה יותר רחב מהגבול שהציג אברהם. [↑](#footnote-ref-5)
6. ברק מדינה ''איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית'' **עלי משפט** ג 37, 71 (2003). [↑](#footnote-ref-6)
7. אדם סמית, **עושר העמים** (1996), הספר הרביעי, פר' 2 פס' 9. Adam Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (1776;1950). [↑](#footnote-ref-7)
8. דוד ברודט ''אימפריות כלכליות ומטבעות'' **המכון למחקרי ביטחון לאומי** (1.3.2021) [https://did.li/TTeIw](https://strategicassessment.inss.org.il/articles/economic-empires/). [↑](#footnote-ref-8)
9. שרון רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?" **הפרקליט** מד 529 (2000). [↑](#footnote-ref-9)
10. דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך א 66 (מהדורה שנייה 2018). [↑](#footnote-ref-10)
11. נילי כהן ''ה''שוויון'' מול חופש החוזים'' **המשפט** א 131, 132 (1993). [↑](#footnote-ref-11)
12. ס' 17 לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה), התשמ''ט–1989. [↑](#footnote-ref-12)
13. ס' זה נדון בהרחבה ברע''א 2512/90 **סופרגז חברה ישראלית להפצת גז נ' תופיני סער,** פ''ד מה(4) 405, 418 (1991). [↑](#footnote-ref-13)
14. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס''ח התשנ''ד 90. [↑](#footnote-ref-14)
15. אברהם, לעיל ה''ש 1, בעמ' 14 ו־45–49. [↑](#footnote-ref-15)
16. למשל, ת"א (שלום ת"א) 11258/93 **נעאמנה נ' קיבוץ קליה** (נבו 1.9.1996). [↑](#footnote-ref-16)
17. בג''ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון,** פ''ד מט(4) 94, בפס' 4–16 לפסק הדין של השופטת דורנר (1995). [↑](#footnote-ref-17)
18. ד"נ 36/84 **טייכנר נ' איר-פרנס נתיבי אוויר צרפתיים,** מא(1) 589, 619 .(1987) [↑](#footnote-ref-18)
19. בענייננו, הזכות לשוויון. [↑](#footnote-ref-19)
20. ד"כ (24.12.1991), 1532. [↑](#footnote-ref-20)