**בנפרד ועדיין שווה**

1. כללי-

מאמרו של רונן אברהם [[1]](#footnote-2) (להלן; המחבר) מציג את הדרכים המשפטיות בהן ניתן להתמודד כיום עם מקרי הפליה שאינם חוסים תחת חוק איסור הפליה.[[2]](#footnote-3) חוק איסור הפליה (להלן: "החוק") הרחיב את היריעה מן המשפט הציבורי ואסר על הפליה במקומות פרטיים. עם זאת, החוק הותיר מקרי הפליה רבים אשר אינם נמנים ברשימת האיסורים בו, אך אינם מהווים הסדר שלילי. בפועל, בתי המשפט נצמדים ללשון החוק וכך נותרו מקרים רבים ללא מענה משפטי הולם. המאמר מציע כלים אפשריים מענפי המשפט הפרטי לשימוש בתי המשפט ועורכי דין בהתמודדות עם מקרים אלו.[[3]](#footnote-4)

בנייר עמדה זה אטען כי השימוש בדיני החוזים לצורך אכיפת שוויון ומניעת הפליה בקרב המקרים שאינם נמנים תחת החוק מהווה כלי הולם, ואף אסתייג מביקורת המתנגדים לגישה זו. נוסף על כך, אסקור את המורכבות הגלומה באימוץ תאוריית יחסי הכוחות בנושא הדיור, ככלי מענף הנזיקין להתמודדות עם הפליה שאינה אסורה בחוק.

1. חופש החוזים מול ערך השוויון במשפט הפרטי:

במאמרו, טוען המחבר כי המודל שהתקבל בפסיקה בישראל הינו מודל התחולה העקיפה, אשר בו מחילים נורמות מן המשפט הציבורי אל דיני החוזים באמצעות מושגי שסתום.[[4]](#footnote-5) מודל זה אינו זוכה להסכמה רחבה ויש שיטענו כי אין מקום לערכים אלו בדיני החוזים במשפט הפרטי.[[5]](#footnote-6) ניתן לראות דוגמה לכך בהססנות בשימוש בתקנת הציבור בפסיקה ככלי למניעת הפליה.[[6]](#footnote-7)

אחת מטענות המתנגדים למהלך זה היא שהתערבות באמצעות שימוש במושגי שסתום עלולה לפגוע בעיקרון חופש החוזים.[[7]](#footnote-8) בכדי לחלוק על טענה זו, ברצוני לבחון את מעמדו של חופש החוזים במשפט בכלל ובדין הישראלי בפרט.

מעמדו של חופש החוזים היה בשיאו במאה ה-19 ושאב השראתו מרעיונות המהפכה הצרפתית בהתבסס על שינויים כלכליים חברתיים.[[8]](#footnote-9) כשם שזכה למעמד רם בשל התמורות שחלו בחברה, כך הן גם השפיעו לאורך השנים ונצפו תנודות במעמדו בהתאם למתרחש בחברה. בהדרגה עיקרון רצון הצדדים, המהווה אבן יסוד בעיקרון חופש החוזים, הצטמצם ונאלץ לפנות מקום לערכים ונורמות חברתיות אשר חדרו מן המשפט הציבורי אל המשפט הפרטי.[[9]](#footnote-10)

במשפט הישראלי חופש החוזים שואב את מעמדו מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו[[10]](#footnote-11), דא עקא, ערך השוויון חוסה גם הוא תחת חוק יסוד זה[[11]](#footnote-12). כלומר, נקודת המוצא כי חופש החוזים עולה בחשיבותו על ערך השוויון, אינה נקודת הנחה שאין להטיל בה ספק. ראייה לכך ניתן לראות בפרשנות השופט דנציגר בפרשת פרוז'יאנסקי מול פרשנותו של השופט ג'ובראן.[[12]](#footnote-13)

לדעתי, נקודת מבט זו עשויה להקל על ההתמודדות עם חופש החוזים כמשוכה מגבילה וכך למגר את ההפליה ולקדם ערכים ונורמות חברתיות, כראוי לחברה מתוקנת.[[13]](#footnote-14)

1. חובת הזהירות בעוולת הרשלנות - תאוריית יחסי הכוחות בנושא הדיור

בבסיס התאוריה עליה נשענת ביטון בהצעתה, נדרש כי פערי הכוחות בין הצדדים הם אלו שהובילו להפליה כלפי הניזוק[[14]](#footnote-15). מי שעליו לשאת באחריות הנזיקית הוא מי שפעל בצורה מפלה או מי שהיה בכוחו למנוע פעולה מפלה. לדידה, בישראל במרבית במקרים ישנם פערי כוחות בין בעלי הדירות לבין מחפשי הדירות, כאשר ידם של הראשונים על העליונה. אי לכך במקרה של הפליה פסולה, האחריות הנזיקית תוטל על בעל הדירה.

אמנם במרבית המקרים ניתן לסווג את פערי הכוחות בין הצדדים באופן ברור. ברם, ישנם מקרים שאינם נופלים לאבחנה זו וייתכן כי חובה הזהירות המוגברת בקרב בעלי הדירות עלולה לבוא לרעת בעלי הדירות גם במקרים בהם דחו את מחפש הדירה מסיבות מוצדקות. דוגמה לכך שהכלל אינו מעיד על הפרט ניתן לראות בבג"ץ סלאח חסן נגד המוסד לביטוח לאומי[[15]](#footnote-16), שם נפסל סעיף בחוק הביטוח הלאומי השולל גמלת הבטחת הכנסה מאדם המחזיק או משתמש ברכב[[16]](#footnote-17), בין השאר בשל בטענה כי החזקה החלוטה כי החזקת רכב מהווה מרכיב בלעדי בקביעת אומדן הכנסות. בטענת היקש, ברצוני לטעון כי בעלות על דירה לראייה, בשנים האחרונות נשמעים קולות של כלכלנים אשר מסבירים את היתרונות הכלכליים הגלומים במחייה בשכירות של בעלי דירות אשר הסבו את נכסם להשקעה.[[17]](#footnote-18) כלומר, ייתכנו מצבים בהם כלל אין פערי כוחות בין בעל הדירה למחפש הדירה. מנגד, ישנם בעלי דירות אשר לקחו הלוואות מרובות בכדי לקנות את הנכס וייתכן כי דווקא הוא משתייך לקבוצה המוחלשת ביחסי הכוחות בין השניים.

לעניות דעתי, תאוריית יחסי הכוחות אשר מקנה אחריות זהירות מוגברת שלא לנהוג בהפליה, עלולה במקרים מסוימים להביא לתוצאות הפוכות מהרצוי בהן מחפשי דירות, באזורים מבוקשים בפרט, עשויים לנצל את חובת הזהירות המוגברת של בעלי הדירות מקום בו לא יקבלו את מבוקשם. טענה מעניינת.

1. סיכום-

חוק איסור הפליה מהווה אבן דרך במניעת הפליה במשפט הפרטי. המחבר במאמר מציע מספר כלים למיגור ההפליה באמצעות כלל מערכות הדינים. כפי שציין המחבר, פתרונות אלו אינם מצויים בקונצנזוס ומעוררים סביבם שיח ער. לעניות דעתי ניתן למתוח את גבולות חופש החוזים בחברה מודרנית מתקדמת, בכדי לפנות מקום לערכים אחרים ולמגר את תופעת ההפליה. נוסף על כך, בפתרונות אחדים בספרות המשפטית, כמו בנושא הדיור, סיווג קבוצות כוח עלול להיות מוטעה ולהוביל לתוצאות הפוכות מהמצופה.

עבודה יפה. כל הכבוד.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **קריטריון** | **הערות** | **ניקוד** |
| **פסקת פתיחה (10 נק')** | הצגה נכונה של הרעיון המרכזי ותוכן העבודה בצורה בהירה ומתומצתת. | 9 |
| **גוף העבודה (40 נק')** | 10 נקודות= הבעת רעיון רלוונטי.10 נקודות= התייחסות מעמיקה לסוגיות העולות מתוך האירוע.20 נקודות- תוכן.  | 37 |
| **הטיעון המשפטי (5 נק')** | איתור הסוגיה המשפטית, בניית טיעון נכונה, עיגון. | 5 |
| **פסקת סיכום (10 נק')** | הצגת סיכום ומסקנות בצורה ברורה, הנובעת מתוכן העבודה. | 9 |
| **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. | 9 |
| **שימוש נכון במקורות חיצוניים ואזכורם (10 נק')** | ספרות/חוקים/ פס"ד/מאמרים וכו' אזכור 4 מקורות חדשים  | 9 |
| **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. | 1 |
| **סה"כ** | בהצלחה! | 94 |

1. רונן אברהם "בנפרד ועדיין שווה? על דרכי ההתמודדות עם מקרי הפליה הנופלים בנפרד מתחולת חוק איסור הפליה" **המשפט** כח 3, 13 (2022) (להלן; המאמר). [↑](#footnote-ref-2)
2. חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000. יש לציין את האות ה"א בתחילת שנה לועזית. [↑](#footnote-ref-3)
3. המאמר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 13. [↑](#footnote-ref-4)
4. שם, בעמ' 15. ניתן היה לכתוב "שם" ואז לציין את ההפניה הספצפית. [↑](#footnote-ref-5)
5. גבריאלה שלו "פרשנות החוזה - תורת ברק " **המשפט** ח 675, 682 (התשס"ג). אין צורך בציון החלק שהושמט [↑](#footnote-ref-6)
6. ע"א 74/682 **יקותיאל נ' ברגמן**, פ"ד כט (2) 757, 765 (1975). מספר ההליך הפוך [↑](#footnote-ref-7)
7. 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, 269-268 (2018). [↑](#footnote-ref-8)
8. גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** פרק 2: עקרון חופש החוזים 22 (מהדורה רביעית 2019). [↑](#footnote-ref-9)
9. שם, בעמ' 26-23. [↑](#footnote-ref-10)
10. אהרון ברק ״זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי״ ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 198 ,163 (1993); דנג"צ 419/97 **רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330, 370 (2000). [↑](#footnote-ref-11)
11. המאמר, ה"ש 1, בעמ' 14. [↑](#footnote-ref-12)
12. רע"א 8821-09 **פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ** (פורסם בנבו 16.11.2011). אין לצין שמות פרטיים [↑](#footnote-ref-13)
13. עניין רקנט, לעיל ה"ש 10, בעמ' 364 ו-382. [↑](#footnote-ref-14)
14. המאמר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 52-51. [↑](#footnote-ref-15)
15. בג"ץ 10662-04 **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי** , פ"ד סה(1) 782 (פורסם בנבו 28.2.12). שמות פרטי ואפס מיותר בציון תאריך [↑](#footnote-ref-16)
16. ס' 9א לפרק ד לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980, ס"ח 2375, 610. האות ה' בשנה העברית [↑](#footnote-ref-17)
17. "השקעות לעצלנים- פודקאסט על כסף, השקעות והחיים עצמם: לקנות או לשכור? זו השאלה" 27.2.23. [↑](#footnote-ref-18)