

אכיפה בהעדר חוזה מחייב ופריזמת ההסכמה – מבט תרופתי על חוקי איסור הפליה*

מאת

נמרוד אברמוב** ועמרי רחום-טוויג***

תקציר

תחולתו של עקרון השוויון בתחומי המשפט הפרטי מעוררת מתח. במשפט הפרטי החירות נתפסת כערך-יסוד, בעוד השוויון מוכר כחריג לכלל. חוקי איסור הפליה בישראל הכריעו במתח המדובר לטובת עקרון השוויון, אלא שתחומי התפרשותה של אותה הכרעה טרם הוגדרו. בתוך כך טרם הובהר מהם הסעדים העומדים לנפגע מהפליה בשל הפרה. לכאורה, חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, וחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, מציעים לנפגע מהפליה שלל סעדים. אלא שהחוקים הללו (כמרגם הדין) שותקים ביחס לשאלה מהם התנאים הדרושים על-מנת לזכות בתרופות מכוחם. האם הסעדים המוצעים עומדים לנפגע מהפליה ביחס לכל הפרה והפרה, ללא קשר לנסיבות שבה התרחשה?

מענה לשאלה זו נדרש, בין היתר, לנוכח הקושי שמעוררת האפשרות לזכות נפגע מהפליה בסעד של צו עשה לשם תיקון הפגיעה בו. כך, אם נפגע מהפליה ברכישת מוצר או שירות מבקש מבית-המשפט צו שיחייב את המפר בקיום העסקה או במתן השירות, הוא מבקש למעשה לחייב את המפר לכרות עימו חוזה בהעדר הסכמתו המפורשת. הגם שמדובר בסעד של צו נזיקי שנועד לתקן "עוולה", מדובר בצו בעל אופי ייחודי שתוצאתו היא כינון חוזה. בהעדר זכות חוזית מהותית שהנתבע יכול להצביע עליה, ניתן לטעון כי הענקת סעד

* מאמר זוכה פרס צגלה למאמר מצטיין של סטודנטים באוניברסיטת תל-אביב.

** תלמיד לתואר מוסמך במשפטים (LL.M.), NYU School of Law. ראשיתו של מאמר זה בעבודת סמינר פרי-עטי, שהוגשה בקורס "דיני תרופות במשפט האזרחי" של פרופ' דניאל מור, במסגרת לימודי התואר הראשון באוניברסיטת תל-אביב.

*** תלמיד לתואר שלישי (Ph.D.), הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב; עמית-מחקר במרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים; עמית-מחקר במרכז אדמונד י' ספרא לאתיקה. תורתנו הכנה נתונה לנילי כהן, לאורלי לובל, לאביחי דורפמן, למנחם מאוטנר, לרועי קרייטנר, לתמר קריכלי-כץ, לתומר ויסמן, לאלרון שפירא בר-אור, לאביגיל פאוסט, ליובל נעים, לזכרון בן-צור, לגיא ארד ולחגי קלעי על הערותיהם המועילות ועל תמיכתם. כמו-כן אנו מבקשים להודות לעורכי עיוני משפט, ובמיוחד לעורכת עירית אולמן, וכן לחברי המערכת דביר בן-עמי, מיכל גלייביץ' ואלעזר וייס, על הערותיהם המצוינות ועל הסיוע בחידוד הטיעון במאמר. לבסוף, ברצוננו להודות לעורך הלשוני גיא פרמינגר על עבודתו המצוינת.

כאמור תהיה מנוגדת לאופי החיוב שהופר. זאת, להבדיל מפיצוי נזיקי, שנועד להביא לידי תיקון הפגיעה העוולתית בכבוד המופלה. בעיה דומה עשויה להתעורר ביחס לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, שעל-פיו פרט שהופלה במסגרת הליך של קבלה לעבודה רשאי לדרוש מתן צו אכיפה. ברי כי צו זה יכונן הסכם עבודה בין הצדדים, שהרי המעסיק המפלה לא נתן את הסכמתו להעסקה. מצבים דומים (אם כי קשים פחות) עשויים להימצא גם ביחס לפיטורים ולקידום בעבודה. הגם שבאתרים שונים במשפט הישראלי הדין מכיר באפשרות לזכות נפגע בסעד של אכיפה בהעדר חוזה מחייב כדין, נראה כי האפשרות קיימת אך ורק בנסיבות שבהן יש הסכמה בין הצדדים ביחס לפרטי העסקה. באותם מצבים הדין מאפשר להעניק תוקף להסכמה שאלה הגיעו הצדדים חרף העדרו של חוזה פורמלי. ההבחנה בין אכיפה בהעדר תוקף חוקי לבין אכיפה בהעדר הסכמה ממחישה את הקושי הייחודי שמעורר המקרה של הענקת צו עשה בשל הפרת חוקי איסור הפליה. היא אף מלמדת כי ההכרעה בשאלת-היסוד במאמר – השאלה של אכיפה בהעדר הסכמה – טרם הוכרעה.

לנוכח האמור נדרש לבחון אימתי יהיה זה ראוי להעניק לנפגע מהפליה סעד של צו. עמדנו היא כי ברוב המקרים הענקת סעד כאמור תהיה ראויה. אימוץ פריזמת ההסכמה בדיני חוזים, תוך מתן תוקף מחייב ומכריע לאיסור החוקי שנקבע בחקיקה המדוברת, מוליך למסקנה כי אכיפת עסקה או התקשרות שסוכלה בשל הפליה היא אפשרית ומוצדקת במקרים רבים. מעבר לפתרון המוצע ביחס לבעיית-היסוד שהמאמר מתמודד עימה, תרומתו של הטיעון המוצע היא גם בהמשגה מלאה יותר של ההיבטים התרופתיים של חוקי איסור הפליה, ושל היחס בין חוקים אלה לבין דיני חוזים ודיני נזיקין. ההבהרות המוצעות במאמר נועדו לעודד נפגעים לעמוד על זכותם לתיקון הפגיעה מההפליה, ולעודד את בתי-המשפט לפסוק סעד מתאים על-פי טיב ההפרה הנדרונה לפניו.

מבוא

א. הבעיה – אכיפה בהעדר חוזה מחייב

1. על שלושה אתרים

(א) חוקי איסור הפליה

(ב) מניעות מלהתכחש לקיומו של חוזה

(ג) חוזה פסול וצידוק לקיומו

2. אכיפה בהעדר תוקף חוקי ואכיפה בהעדר הסכמה – ההבחנה בין האתרים

3. הצגת הבעיה – אכיפה בהעדר הסכמה בחוקי איסור הפליה

ב. פריזמת ההסכמה – השלכותיה על שלושת האתרים

1. הסכמה – יסוד לכריתת חוזה

2. העדר תוקף חוקי מול העדר הסכמה

(א) אכיפה בהעדר תוקף חוקי (יש הסכמה)

(ב) אכיפה בהעדר הסכמה

3. העדר הסכמה – למה?

- ג. העדר הסכמה באשר למיהות המתקשר – ניתוח
1. הכלל
 2. יישום
- (א) חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה
- (ב) חוק איסור הפליה
3. תחולתם של הכלים החוזיים בהעדר תחולה של חוקי איסור הפליה – מחשבות לעתיד
- סיכום

מבוא

בספרו המכונה ¹THE PASSIONS AND THE INTERESTS מציג אלברט הירשמן (Hirschman) כיצד התפתחו ההצדקות הפוליטיות שהוענקו לקפיטליזם. בעשותו כן מתמקד הירשמן בהצדקות שניתנו להתפתחות זו בזמן-אמת, עוד בטרם עלה הקפיטליזם לגדולה, וזאת להבדיל מן ההצדקות המודרניות המיוחסות לשיטה. בתוך כך הוא מזהה קשר בין ההצדקות לקיומו של שוק חופשי לבין האבולוציה שהתחוללה בתפיסה החברתית ביחס לתשוקות או לחשקים. על-פי מחקריו, הכתיבה שנפוצה בימי-הביניים סברה כי יש לדכא, בכוח, שלושה סוגים של תשוקות וחשקים: לבצע כסף, לכוה ולתאוה מינית.² כתיבה מאוחרת יותר טענה כי ראוי אומנם לרסן חשקים אלה, אך אין לדכאם כליל, שכן ניתן לתעלם להשאת טוב חברתי.³ הוגים דוגמת בייקון, שפינוזה ויום סברו כי המאבק של חשק בחשק אחר הוא שיביא לידי תיעול החשקים ה"חיוביים" לטובת הטוב החברתי.⁴ השימוש בחשק אחד כדי להתגבר על חשק אחר או לרסנו נהפך עד-מהרה לכלי שגור בידי קובעי מדיניות. בהמשך, אולי כדי ליצור קוהרנטיות, שונה המינוח הניגודי למינוח של חשק מול אינטרס, והשתרשה התפיסה שלפיה חיים המונחים על-ידי אינטרס טובים מאלה המונחים על-ידי חשקים.⁵ המונח "אינטרס" זכה במשמעות כלכלית, וכך גם עשיית כסף, אשר בימי-הביניים נתפסה כאחד החשקים הפסולים והחמורים ביותר. בנקוף השנים החלה זו להיתפס כלגיטימית, משום שהיא מגשימה לכאורה את ריסון החשקים ומקדמת את החברה, ויחד איתה גם את קיומו של המסחר בשוק

1 ALBERT O. HIRSCHMAN, THE PASSIONS AND THE INTERESTS (1977)

2 שם, בעמ' 9.

3 שם, בעמ' 16-17. הירשמן מראה כי רעיונות דומים לקפיטליזם של אדם סמית עלו כבר בעבר בכתיבתם של הוגים כפסקל (Pascal), שגרס כי גם אהבה עצמית של כל פרט לעצמו יכולה להניב טוב חברתי. גם דבריו של ג'מבטיסטה (Giambattista), כפי שהם מובאים על-ידי הירשמן, מפתיעים ביחס למיקומם על ציר הזמן. לשיטתו, "תשוקותיהם של בני-האדם, אשר מונעות כל-כולן מכוח המרדף אחר תועלתם הפרטית, מתועלות אל תוך סדר חברתי המאפשר לבני-האדם לחיות בחברה אנושית" (בתרגום חופשי של המחברים).

4 שם, בעמ' 21-24.

5 שם, בעמ' 32.

הפרטי.⁶ עשיית כסף נחשבה אינטרס תמים ובלתי-מזיק, כזה שאין ביכולתו להוביל לטוב או לרע באופן מיוחד.⁷ המסחר עצמו נתפס, כפי שמתואר על-ידי מונטסקייה, כתחום הנשלט על-ידי אנשים "נעימים" (doux), ובתרגום חופשי: "היכן שדרכם של אנשים נעימה, יש מסחר; והיכן שיש מסחר, דרכם של אנשים נעימה."⁸ כך הולל ה"קפיטליזם", מפני שהוא עודד תכונות שסופן ניוון המרכיבים ההרסניים והרי-האסון בטבע האדם.⁹ נדמה כי אחת ממעלותיו של השוק, לפי הנרטיב של הירשמן, היא היותו "כלי מחנך". האם תפיסה זו משכנעת? ספק אם כך הדבר. "חשקים בלתי-רצויים" קיימים בשוק בשפע, וכוחו המחנך של השוק מוגבל, כמוכן. כך, למשל, תנאי ראשון ליכולתו של השוק להוות כלי מחנך אפקטיבי בעבור הציבור בכללותו הוא היכולת להבטיח השתתפות מלאה במנגנוניו. אולם ידוע כי החופש לסחור אינו מנת-חלקם של הכל. לגבי רבים חופש שוקי אינו אלא לעג לרש. מעבר לכך, תרמיות, מצגי-שווא, הפליה, מסחר לא-הוגן וחוסר תום-לב הם רק חלק מן הרעות החולות הפושות בשוק המודרני. ברי כי אין מדובר בפגמים חדשים, שהרי מקורם ב"טבע האנושי". השאלה הבווערת, אם כן, היא כיצד נמנע אותם חשקים הרסניים מלחתור תחת המטרות שלשמן נוצר השוק מלכתחילה.

חופש החוזים הוא במובנים רבים התגלמותו של השוק. עיקרון זה מאפשר במידה ניכרת תחלואים מסוימים, ביניהם גם את הדרתם של שחקנים מסוימים מהשוק. לכן נדרשות לעיתים הגבלות של חופש זה, המצריכות התערבות "חיובית" בשוק. כך, למשל, במקרים מסוימים הדין עשוי לחייב צד לכרות חוזה עם אחר ללא קשר אמיתי לרצונו. דוגמה קלסית לכך היא החובה שהוטלה במשפט המקובל על ספקי שירותים חיוניים לכרות חוזה עם כל המעוניין בשירות המוצע על-ידיהם.¹⁰ לכאורה, החופש החוזי (השוקי) אינו קיים במצבים אלה. אכן, יש שתוהים אם אין הדבר מלמד כי באותם מקרים אי-אפשר לדבר עוד על "חוזה", אלא מדובר בכפייה שלטונית. ברבות השנים הוצעו הצדקות מגוונות לכפייה זו. יש שייחסו זאת לאוטונומיה חסרה של הצד החלש. אחרים ביכרו לייחס זאת לערך השוויון.

כיום תחולתו של עקרון השוויון במשפט הפרטי היא במידה רבה עובדה מוגמרת. במהלך רב-שלבי חלחל עקרון השוויון אל תוככי המשפט הפרטי, ובפרט לדיני החוזים, באמצעים שונים ומגוונים. עקרון השוויון הוחל על פעולותיה של הרשות הציבורית בפועלה במישור הפרטי, ובהמשך הוא הוחל גם על גופים פרטיים בעלי מעמד ציבורי. במקביל נקלט ערך השוויון במשפט הפרטי, בתחומים מוגדרים שונים, באמצעות חקיקה המחילה את חובת איסור ההפליה על התקשרויות פרטיות.

אולם יש לזכור כי חקיקה זו אינה אלא טיפה בים. החירות הנתונה לפרט לבחור עם מי ברצונו להתקשר עודנה נתונה לו בכל תחומי החיים כמעט. אכן, הגם שהמתח שעקרון השוויון מעורר ביחס לערך החירות (האוטונומיה) הוכרע בחלקו, הוויכוח על-אודות היקף

6 שם בעמ' 41. את הצורך במסחר קושרים פרידמן וכהן, בפתח ספרם חוזים, להתמחויות ולהקצאת מקורות. ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 3 (1991) (להלן: פרידמן וכהן חוזים א).

7 HIRSCHMAN, לעיל ה"ש 1, בעמ' 58.

8 שם, בעמ' 60.

9 שם, בעמ' 66.

10 לסקירת התפתחותה של הדוקטרינה ראו פרידמן וכהן חוזים א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 46-48.

התפרשותו במשפט הפרטי רחוק מהכרעה. בשנת 2011 לא היסס שופט בית-המשפט העליון יורם דנציגר לקבוע כי "ערך השוויון במשפט הפרטי איננו ערך יסוד. נהפוך הוא, בספֶרה הפרטית החירות היא הכלל, ועקרון השוויון הוא החריג לו"¹¹. לקביעה זו יש בסיס איתן בספרות המשפטית ובפסיקה הישראלית. אלא שביחס לאותם חוקים שנועדו להילחם בנגע ההפליה בספֶרה הציבורית (גם אם במשפט הפרטי) כבר נמסרה כאמור ההכרעה, ונקבע כי ידו של ערך השוויון על העליונה.

אולם עיון זהיר מלמד כי גם ביחס לאותם חוקים מפורשים העוסקים בנושאים מוגדרים המחלוקת עשויה לשוב ולהתעורר מכיוון בלתי-צפוי – דיני התרופות. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, וחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה) (שני החוקים יחדיו להלן: חוקי איסור הפליה), מעמידים לטובת נפגע מהפליה קשת של סעדים, ובכלל זה פיצויים וצו עשה. הסעדים הללו נועדו לתקן את הפגיעה שנגרמה לפרט המופלה. האפשרות לזכות את הפרט בפיצוי בגין הפגיעה בו נראית טבעית ומתבקשת. מקור הפיצוי הוא בדיני הנזיקין, ומטרתו לתקן את ההתנהגות העוולתית של המפלה ולהעמיד את הנזוק במקום שבו היה לפני ההפליה. ברם, האפשרות לזכותו בצו לנוכח ההפליה עשויה לעורר קושי עיוני ניכר. כאשר נפגע מהפליה ברכישה של מוצר או שירות מבקש מבית-המשפט צו שיחייב את המפר בקיום העסקה או במתן השירות, הוא מבקש למעשה לחייב את המפר לכרות עימו חוזה בהעדר הסכמתו המפורשת לכך. הדבר שונה בתכלית השוני מן האפשרות לזכות נפגע בפיצוי בגין הפלייתו, שכן הפיצוי הניתן לנפגע הוא בבחינת תיקון הפגיעה בגין ההפליה שכבר התרחשה, ואין בו משום חיוב להתנהגות עתידית. הפיצוי ניתן בגין הפגיעה בכבוד ובשם עקרון השוויון, והגישה המקובלת היא שעצם שקילת השיקול המפלה (ללא קשר לתוצאת הפעולה) די בה לחייב בפיצוי, ללא הוכחת נזק. באשר לצו עשה הסיפור מורכב בהרבה. הגם שמדובר בסעד של צו נזיקי שנועד לתקן "עוולה", מדובר בצו בעל אופי ייחודי שתוצאתו היא כינון חוזה. בנסיבות אלה קבלת הצו תכונן את הזכות המהותית של הנפגע מההפליה ותאכוף אותה בעת ובעונה אחת. בהעדר זכות חוזית מהותית שהנפגע יכול להצביע עליה, ניתן לטעון כי הענקת סעד מעין זה תהיה מנוגדת לאופי החיוב שהופר. ההנחה המקובלת שלפיה בהעדר זכות חוזית מהותית לא יוענק סעד של אכיפה מתערערת בנסיבות אלה. בעיה דומה (חריפה אף יותר) עשויה להתעורר ביחס לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. על-פי חוק זה, פרט שהופלה במסגרת הליך של קבלה לעבודה רשאי לדרוש מתן צו אכיפה. ברי כי צו זה יכול למעשה את הסכם העבודה בין הצדדים, שהרי המעסיק המפלה לא נתן את הסכמתו להעסקה. מצב דומה עשוי להתרחש במצב של הפליה ביחס לקידום בעבודה וביחס לפיטורים, אם כי הדוגמה של הפליה בהליך של קבלה לעבודה היא מובהקת יותר, כמובן. בעיה זו של האפשרות לזכות בסעד של אכיפה בהעדר חוזה מחייב, על המשמעויות הנלוות אליה, אינה ייחודית לעולם ההפליה, והיא קיימת גם במקרים נוספים. לצורך דינונו כאן נתמקד בשניים מהם (לפירוט ראו תת-פרק א1): מקרה אחד הוא מתן סעד של אכיפה

11 רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, פס' 19 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 16.11.2011).

לנוכח קיומו של משא-ומתן ומניעות מלהתכחש לקיומו של חוזה; ומקרה נוסף הוא אכיפת חיוב מכוח חוזה פסול (על-פי סעיף 31 לחוק החוזים).

לכאורה, שלוש הדוגמות לעיל מתארות קו רעיוני דומה: חרף העובדה שלא נכרת חוזה מחייב כדין, הדין נאות להעניק במקרים המתאימים סעד של אכיפת החיוב (בד בבד עם כינונו – מעין סעד של יצירת חוזה). אלא שההשוואה בין האתר הראשון (חוקי איסור הפליה) לבין שני האתרים האחרים מלמדת כי קיים שוני ניכר ביניהם. היא אף מחדדת את הבעיה המיוחדת הטמונה במתן סעד של אכיפה בשל הפליה. כפי שיודגם להלן, נבקש להצביע על כך שהמשפט הישראלי מאפשר לזכות בסעד של אכיפה בהעדר חוזה מחייב במצב שבו החוזה נעדר תוקף חוקי (בהעדר כתב או לנוכח אי-חוקיותו) או בנסיבות חריגות אחרות, כאשר אין מחלוקת ביחס לשאלת ההסכמה של הצדדים. מכאן שהאכיפה במקרים אלה תיעשה רק אם ישתכנע בית-המשפט כי מדובר במקרה של העדר תוקף חוקי לחוזה הנידון, ולא בהעדר הסכמה.

הבחנה זו שבין מתן סעד של אכיפה בהעדר תוקף חוקי לבין מתן סעד של אכיפה בהעדר הסכמה טרם נעשתה. לעמדתנו, מדובר בהבחנה הכרחית, לנוכח חשיבותה של שאלת ההסכמה בדיני חוזים והשפעתה על הפגיעה באוטונומיה הנתונה למפלה. ההבחנה המדוברת אף מבהירה כי אין ללמוד מאותם אתרים אחרים כי שיטת המשפט הישראלית הכריעה בסוגיית האפשרות לזכות בצו אכיפה בהעדר הסכמה של אחד הצדדים. אין להשוות בין מתן סעד של אכיפה בהעדר תוקף חוקי לבין מתן סעד של אכיפה בהעדר הסכמה. האפשרות לזכות בפגיעה בסעד של אכיפה חרף העדר תוקף חוקי לחוזה נועדה להתגבר על מכשול חוקי שפוגם בהסכמה המהותית בין הצדדים (העדר כתב או אי-חוקיות ההסכם). לא כך ביחס למתן סעד של אכיפה בהעדר הסכמה.

בהעדר עיגון חוקי לאפשרות להורות על מתן צו אכיפה בהעדר הסכמה מכוח הדין הכללי, נדרש לבחון אם חוקי איסור הפליה ביקשו לאפשר זאת.

כמישור המהותי חוקי איסור הפליה נתפסים כגורעים מהאוטונומיה המסורה לפרטים בספירה הפרטית. המחוקקים הכריעו במתח שבין הצורך בהבטחת שוויון והשתתפות בשוק לבין האוטונומיה בקובעם איסור הפליה (ex ante), ומנקודת הנחה זו נבקש לצאת. ברי כי חקיקת החוק מכרסמת מלכתחילה באותו חופש, ורוב הנמענים יפנימו את המסר ויכלכלו את התנהגותם בהתאם לו.¹² שאלת האפשרות לזכות בסעד של אכיפה בהעדר הסכמה מתעוררת מאוחר יותר, ביחס למפרים (ex post). במובן זה, השאלה כמישור התרופתי מורכבת יותר. השאלה המתעוררת היא אם חוקי איסור הפליה, הכוללים את האפשרות העקרונית לזכות בסעד של צו, הכריעו במחלוקת ומשמיעים כי אין מניעה לאכוף, בשם ערך השוויון, התקשרות בהעדר הסכמה מפורשת למרכיבי העסקה. למיטב ידיעתנו, נכון למועד זה סעד כאמור לא התבקש כמעט, ובתי-המשפט לא הכריעו בסוגיה. גם בכתובה המשפטית הישראלית אין

12 ראו את הדיון אצל ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית" **על משפט ג 37, 47-50 (2003)**, על-אודות השפעת הדין על העדפותיהם של פרטים ועל-אודות יחסה של הגישה הכלכלית לעיצוב העדפות באמצעות חקיקה כופה ו"מחנכת".

התייחסות מקיפה לסוגיית התרופות בחוקי איסור הפליה ולתוצאות המשפטיות הנלוות אליה.¹³ משכך, טרם ניתן מענה לשאלה המדוברת.

עיון בלשון החוקים מלמד כי גם המחוקק טרם הכריע בשאלה. החוקים מעניקים לבית-המשפט שיקול-דעת נרחב בהענקת צו עשה, אולם אין בהם כל רמז לכך שהמחוקק ביקש לוותר באמצעותם על תחולתו של הדין הכללי ביחס אליהם. העובדה שהחוקים כוללים קשת של סעדים אינה מכתובה בהכרח את המסקנה כי הסעדים הללו עומדים לנפגע ביחס לכל הפרה והפרה. משכך נדרש לבחון, לעמדתנו, מהם המצבים שבהם אפשרי וצודק לזכות נפגע מהפליה בסעדים אלה, בשם לב לקושי העיוני שמעוררת בעיית האכיפה בהעדר הסכמה. דיון כזה טרם נערך בספרות האקדמית ובפסיקה. מטרתה של רשימה זו היא, בין היתר, למלא חסר זה, ולהאיר את סוגיית הסעדים בחוקי איסור הפליה ואת יחסם לדיני חוזים ולדיני התרופות בחוזים. לעמדתנו, שיקול-הדעת המוקנה לבית-המשפט במסגרת מתן הסעדים מכוח חוקי איסור הפליה מחייב לוודא שהסעד הנידון מתאים להפרה הספציפית (כלומר, שהתרופה תואמת את אופי החיוב שהופר), וזאת עוד בטרם נשקלים השיקולים התרופתיים הרגילים שעל בית-המשפט לשקול בבחירה בין הסעדים (כמקובל בדיני תרופות במשפט האזרחי). לעיצומו של עניין, איננו טוענים כי אכיפה בהעדר הסכמה אינה אפשרית. טענתנו היא כי בהעדר הכרעה ערכית ביחס לאפשרות להורות כן, המחלוקת בגזרת הסעד נותרת בעינה. על-כן נבקש להציע נקודת-מבט שדרכה ניתן וצריך לספק חלק מן ההצדקות להשתת סעד כאמור. טענתנו המרכזית תהיה כי מתן פרשנות תכליתית לדיני חוזים, תוך מתן תוקף הכרחי לאיסור ההפליה הקבוע בחוק, עשוי להצדיק במקרים רבים הענקת סעד של אכיפה במצבים אלה.

ההתמקדות בשאלת האכיפה מכוח חוקי איסור הפליה תאפשר לנו להאיר היבטים כלליים בדיון על-אודות היחס בין חוקי איסור הפליה לבין דיני חוזים, בפרט בפן התרופתי. לניתוח המוצע על-ידינו יש יתרונות אחדים. תחילה, הצבעה על הכלים הדוקטרינריים הראויים להכרעה בסוגיה תסייע בידי נפגעים מהפליה ובידי בתי-המשפט לדרוש ולהעניק סעד מסוג צו במקרים המתאימים לכך. כמו-כן, כלים אלה יסייעו בהמשגה מדויקת ועשירה יותר של הזכויות המוענקות לנפגעים מהפליה ולתרופות העומדות לרשותם. ברי כי להבהרה מסוג זה עשוי להיות ערך לנוכח הכתיבה הדלה והפסיקה המועטה בתחום. סדר הדיון יהיה כדלקמן. כרקע לדיון, בפרק א, נפרט על-אודות שלושה אתרים שונים שבהם הדין ניאות להעניק סעד של אכיפה בהעדר חוזה מחייב שנכרת בין הצדדים ל"עסקה": הראשון, שבו יתמקד הדיון ברשימה זו, הוא מתן צו עשה מכוח חוקי איסור הפליה בנסיבות שבהן טרם נקשר חוזה לכאורה; השני, התנערות בחוסר תום-לב ממשא-ומתן; והשלישי, "החייאת" חוזה חרף היותו פסול. בהמשך נבקש להבחין רעיונית בין האתרים השונים, וזאת על יסוד ההבחנה שבין כינון יחסים חוזיים בהעדר תוקף חוקי להסכמות שאליהן הגיעו

13 התייחסות ראשונית לנושא קיימת אצל דניאל פרידמן ונילי וכהן חוזים כרך ד 126 (2011) (להלן: פרידמן וכהן חוזים ד). דיון זה היווה את נקודת ההתחלה ומקור ההשראה לחיבור הנוכחי. כן ראו דפנה ברק-ארו "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" משפט וממשל ט 103 (2005). להתייחסות למישור הסעדים בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה ראו שרון רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה? הפרקליט מד 529 (2000).

הצדדים לבין כריתת חוזה ביניהם בהעדר הסכמה מוצהרת. טענתנו תהיה כי בעוד בשני האתרים האחרונים נכונותה של הפסיקה להעניק סעד של אכיפה מותנית למעשה בקיומה של הסכמה חוזית, דרישה דומה אינה קיימת (כביכול) באתר הראשון, קרי, בכינון חוזה מכוח סעד שניתן בשל הפרת חוקי איסור הפליה. כן נעמוד על ההבחנה המהותית בין האתרים, בשם לב לכך שחוקי איסור הפליה ממוקמים בצומת דינים משפטי שבו תיתכן התעלמות, בלתי-מוצדקת לעמדתנו, מהשיח החוזי בשלב בחירת הסעד המתאים לנוכח הפרת הזכות המהותית לא להיות מופלה. פרק ב יעסוק בשאלה אם חוקי איסור הפליה מאפשרים כפיית חוזה בהעדר הסכמה באמצעות הסעדים המוצעים על-ידיהם. בהקשר זה נבחין בין העדר הסכמה לפרטים מהותיים בעסקה לבין העדר הסכמה למיהות המתקשר (כנהוג במקרים של הפליה בשוק), ונראה כי המענה שניתן בחוקים המדוברים לסוג השני של העדר הסכמה ממילא עולה פעמים רבות בקנה אחד עם דיני החוזים. בסופו של הניתוח המוצע נטען כי המתח שבהענקת סעד חוזי בהעדר הסכמה בשל הפרת חוקי איסור הפליה יתעורר במקרים מועטים ומוגדרים בלבד. בפרק ג ניישם את הטיעון המוצע על שני חוקי איסור הפליה הנידונים, ונבחן כיצד הוא מתיישב עם הדין הפוזיטיבי בישראל. לבסוף אף נציע נקודות למחשבה ביחס לתחולתם של הכלים החוזיים המוצעים מקום שאין תחולה לחוקי איסור הפליה. בפרק האחרון נסכם את הדיון.

א. הבעיה – אכיפה בהעדר חוזה מחייב

1. על שלושה אתרים

כל תרופה חוזית – ובכלל זה (ובפרט) תרופת האכיפה¹⁴ – מניחה קיומו של חוזה מחייב שהופר על-ידי אחד הצדדים. מכאן שבהעדר קיומה של זכות חוזית לא יוענק סעד חוזי (סעדים מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט ומכוח דיני נזיקין יעמדו כמובן לנפגע). אולם בשיטות משפט רבות, ביניהן זו הישראלית, ניתן למצוא כי באתרים שונים הפוזרים במשפט הפרטי קיימת אפשרות עקרונית לזכות בסעד של אכיפה בהעדר חוזה מחייב. מנקודת-המבט התרופתית משמעות הדבר היא שבמקרה כזה יחולו על המצב הוראות חוק התרופות בשינויים המחויבים.¹⁵ רשימה זו תתמקד בדוגמה אחת למצב זה המצויה בשני חוקי איסור הפליה בדין הישראלי – חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה וחוק איסור הפליה.

14 על עלינותו של סעד האכיפה ראו ס' 2 והכותרת לס' 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות); מבוא להצעת חוק דיני החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשכ"ט-1969, ה"ח 392; וכן דברי ההסבר לס' 3 להצעת החוק, הקובעים כי "זכותו הראשונית של הנפגע היא לאכיפת החוזה שהופר" (שם, בעמ' 396). ראו גם פרידמן וכהן חוזים ד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 104-105.

15 פרידמן וכהן חוזים ד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 124.

(א) חוקי איסור הפליה

חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה בא לאוויר העולם במטרה "לעגן בחקיקה את שוויון ההזדמנויות בעבודה ולאסור הפליה מחמת מינו של העובד, היותו נשוי או היותו הורה".¹⁶ במישור המהותי החוק אוסר הפליה של עובד או של דורש עבודה בקבלה לעבודה, במהלך העסקתו ובפיטוריו.¹⁷ במישור התרופתי סעיף 10(א) לחוק קובע כדלקמן:

"לביט־הדין לעבודה תהא סמכות ייחודית לרון בהליך אזרחי בשל הפרת הוראות חוק זה, והוא רשאי... (2) ליתן צו מניעה או צו עשה, אם ראה שהענקת פיצויים בלבד לא תהא צודקת; בבואו להוציא צו כאמור יביא בית הדין בחשבון, בין היתר, את השפעת הצו על יחסי העבודה במקום העבודה ואת האפשרות שעובד אחר ייפגע... הוראות סעיף קטן זה כוחן יפה על אף האמור בסעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970." (ההדרגה הוספה.)

אם כך, לפי החוק נתונה לביט־הדין לעבודה סמכות להעניק סעד שמשמעותו אכיפה ("צו מניעה או צו עשה") במקרים שבהם יוכח¹⁸ כי אדם הופלה מחמת נטייתו המינית, מעמדו האישי, היותו הורה, גילו, גזעו וכיוצא באלה עילות הפליה שהחוק מונה.¹⁹ ככלל, הבעיה העיקרית המיוחסת לאכיפת יחסי עבודה נעוצה בתפיסה הרואה אכיפת חוזה לשירות אישי, המאפיין חוזה עבודה, כבלתי־ראויה.²⁰ מסיבה זו, סעיף 3(2) לחוק התרופות קובע במפורש כי לא יוענק סעד של אכיפה כאשר מדובר ב"כפיה לעשות, או לקבל, עבודה אישית". החשש המרכזי בהקשר זה הוא מפני פגיעה באוטונומיה (הן של העובד והן של המעסיק), המעוררת אי־נחת בשל "ריח של עבדות" הנודף ממנה.²¹ משמעות הדברים היא שחוזה לשירות אישי שהופר, דוגמת חוזה עבודה, יִזכה בדרך־כלל את הנפגע מהפרתו בפיצויים בלבד.²²

16 ראו דברי הסבר להצעת חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ז-1987, ה"ח 324.

17 ס' 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

18 על דרכי ההוכחה של העילות בחוק ראו רבין־מרגליות, לעיל ה"ש 13.

19 ס' 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. לדין בשאלה אם עילות אלה מהוות רשימה סגורה, ולביקורת שלפיה רשימה סגורה למחצה תפגע בוודאות של החיים העסקיים, ראו רבין־מרגליות, לעיל ה"ש 13, בעמ' 533-534.

20 ראו: G.H. TREITEL, REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT 47 (1988), המתייחס לפגיעה בחירות המפר הגלומה באכיפת חוזה לשירות אישי. עוד ראו פרידמן וכהן חוזים ד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 197-199.

21 כדבריו של השופט זוסמן בבג"ץ 254/73 צרי חברה פרמצבטית וכימית בע"מ נ' בית־הדין הארצי לעבודה, פ"ד כח(1) 372, 385 (1974) (להלן: עניין צרי).

22 דבר הפוגם בזכותו של הנפגע לבקירת סעדים, הקבועה בס' 2 לחוק התרופות. ראו פרידמן וכהן חוזים ד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 199. לעמדה שלפיה קיימת עדיפות להטבת הנזק באמצעות מתן פיצוי על כפיית העסקתו של העובד על־ידי המעביד ראו עניין צרי, שם, בעמ' 381; ע"ע 1163/00 בית חולים המשפחה הקרושה נצרת – ד"ר חלילי עבוד, פד"ע לה 440, 446 (2000); רות בן־ישראל "פיטורין שלא כדין – תקפותם ונפקותם" עיוני משפט ז 345 (1980).

אולם נכונותה של הפסיקה הישראלית לאפשר אכיפה של חוזה עבודה גם במגזר הפרטי, הגם שבמקרים חריגים בלבד,²³ בצירוף הקביעה המפורשת בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה שלפיה בית-הדין לעבודה יוכל להעניק סעד של אכיפה חרף קיומו של סעיף 3(2) לחוק התרופות, משמעם שקבלת סעד של אכיפה היא אפשרית.²⁴ בשורה של פסקי-דין, שהעיקרי מביניהם הוא עניין מפעלי תחנות בע"מ,²⁵ הביע בית-הדין הארצי לעבודה את הסתייגותו מהחלה גורפת של החריג הקבוע בסעיף 3(2) לחוק התרופות במקרים שבהם מתבקשת אכיפה של חוזה עבודה. באותו עניין אפשר אומנם בית-הדין להוציא צו לאכיפת חוזה עבודה נגד מעביד פרטי שפיטר עובד לא כדין, אולם בעשותו כן הוא הציב תנאים רבים לאכיפת חוזה, הנוגעים בגודלו של הארגון, באופיו וכיוצא בהם.²⁶ מכאן שאכיפת חוזה עבודה לא תיעשה כעניין שבשגרה.²⁷ יתרה מזו, כאשר מדובר במקום עבודה פרטי, הדבר ייעשה בזהירות מופלגת עד כדי כך שניתן להניח כי רק במקרים נדירים יוענק סעד כזה.

לצד הקושי הכללי לאכוף חוזה עבודה, לנוכח היותו חוזה לשירות אישי, האפשרות להעניק סעד של אכיפה בגין הפליה בעבודה מעוררת קושי נוסף. מעין בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה עולה כי סעיף 10 לחוק זה מאפשר להעניק סעד של אכיפה גם במצבים של הפליה בקבלה לעבודה. משמעות הדבר היא שהחוק מכיר באפשרות העקרונית לכוון יחסי עבודה באמצעות סעד האכיפה, שהרי כאשר דורש עבודה מופלה בטרם נכרת עימו חוזה, הדבר נעשה בהעדר חוזה מחייב.²⁸ לפי לשונו של החוק, אפשרות זו קיימת מקום שהענקת תרופת הפיצויים בלבד "לא תהא צודקת".²⁹

משמעות הדבר נראית על פניו מרחיקת-לכת: כאשר מעסיק מפלה בין מי שאינם עובדיו, הרי שטרם נחתם חוזה עבודה מולם; וכך – חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה עשוי להטיל על המעסיק חובה מהותית מן הדין לכרות חוזה, שהביטוי התרופתי שלה הוא סעד שמשמעותו אכיפה.³⁰ אין מדובר בעניין של מה-בכך, שהרי הסעד שיינתן יכוון יחסי עובד-מעביד בין

23 להרחבה ראו פרידמן וכהן חוזים ד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 204-205. ראו במיוחד את מסקנתם האמפירית (שם, בעמ' 205) כי בפועל, למרות הרטוריקה המאפשרת לאכוף חוזה עבודה, בתי-הדין נוטים לפסוק פיצויים בלבד, למעט במקרים של פיטורים על רקע התאגדותם של העובדים (שם, ה"ש 341) – נושא החורג מעיסוקנו ברשימה זו.

24 לדיון מפורט ראו פרידמן וכהן חוזים ד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 197 ואילך.

25 דב"ע (ארצי) נו/209-3 מפעלי תחנות בע"מ – יניב, פד"ע לג 289 (1996). פסקי-הדין עסק במעביד שפיטר עובדים על רקע פעילותם בארגון עובדים במפעל. הדבר אסור כיום מפורשות בחקיקה. ס' 33 ו-333א לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, קובעים כי ניתן לאכוף יחסי עובד-מעביד אם הפגיעה בזכות העובד נעשתה על רקע התארגנות במקום העבודה. פרידמן וכהן מציינים כי הדבר מבטא הערפה גורפת של חופש ההתאגדות של העובדים על חירותו של המעביד. ראו פרידמן וכהן חוזים ד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 203.

26 עניין מפעלי תחנות בע"מ, שם, בעמ' 319-320.

27 ראו פרידמן וכהן חוזים ד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 204-205.

28 ס' 2(א)1 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

29 ס' 10 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. יצוין כי על-פי הסעיף נדרש גם להביא בחשבון, בין היתר, את השפעת הצו על יחסי העבודה במקום העבודה ואת האפשרות שעובד אחר ייפגע.

30 פרידמן וכהן חוזים ד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 202.

הצדדים, ויחייב את המעביד בכל הרגולציה הכופה הנהוגה ביחסי עבודה, וכל זאת בהעדר הסכמתו לכך.

מתן סעד של אכיפה שמשמעותו המעשית היא חיוב בכריתת חוזה עשוי להתרחש גם ביחס לקידום בעבודה, ואפילו ביחס לפיטורים. הגם שבעניינים אלה קיים חוזה העסקה ברקע הדברים, ובין הצדדים קיימים כבר יחסי עובד-מעביד, ברי כי מקום שצו של בית-משפט מחייב מעסיק לקדם עובד בעל-כורחו, הוא מחייבו בכריתת חוזה העסקה חדש (ומשופר, יש לשער) עם אותו עובד. באשר לפיטורים, קביעה שיפוטית כי פיטורים נעשו מחמת טעם מפלה, ומתן צו שעניינו המשך העסקה של העובד שפוטר, משמעם הארכה כופה של חוזה ההעסקה בניגוד לדעת המעסיק. מצב זה הינו אנלוגי למקרה של חיוב בכריתת חוזה, אם כי נראה שמנקודת-הראות של האוטונומיה של המעסיק מדובר בפגיעה חריפה פחות.³¹ דוגמה שנייה למקרה שבו תיתכן כפיית חוזה מכוח צו שיפוטי על מי שהתחשב בטעמי הפליה פסולים בעת ניהול משא-ומתן היא המקרה של חוק איסור הפליה. חוק זה קובע כי מי שעוסק בהספקה של מוצר או שירות ציבוריים או בהפעלת מקום ציבורי לא יפלה בפעילויות אלה מחמת גזע, דת, לאום, נטייה מינית ועוד.³² חוק זה עיגן בחקיקה מודרנית כלל בעל היסטוריה ארוכה במדינות המשפט המקובל, שלפיו נאסר על ספקי שירותים חיוניים להפלות בין מבקשי השירות.³³ מדברי ההסבר לחוק עולה כי המחוקק ביקש לאזן באמצעותו בין עקרון השוויון לבין השמירה על חופש ההתקשרות.³⁴ אומנם הפרת החובה בחוק מהווה עוולה אזרחית ואף עברה פלילית,³⁵ אולם באופן אינטואיטיבי ניתן להבין כי מבחינה משפטית הפעילויות המנויות בחוק נמצאות בספרה החוזית (או הטרומ-חוזית). לשם המחשה, אדם המבקש להיכנס למועדון בתשלום מבקש למעשה לכרות עם המועדון חוזה (אחיד) שלפיו תתאפשר לו כניסה לשטח הבילוי תמורת תשלום. כך גם בבקשה לרכוש מוצר או שירות המוצעים לציבור. אומנם, להבדיל מחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, חוק איסור הפליה אינו מדבר במפורש על אפשרות לזכות בצו אכיפה לנוכח הפרת הוראותיו. עקרונית מדובר בחוק נזיקי, והסעד המרכזי המוצע במסגרתו לנפגע מהפליה הוא פיצוי ללא הוכחת נזק. אולם פרידמן וכהן מסבירים כי הפרת החוק, המהווה עוולה אזרחית כאמור,

31 יצוין שקיימת אפשרות לטעון כי ביחס לקידום ולפיטורים מדובר בכפייה בוטה אף יותר מאשר חיוב בכריתת חוזה עבודה חדש, שהרי אז מימוש האוטונומיה של המעסיק בבחירתו לא לקדם את העובד או לפטרו מבוסס על היכרות אישית עם אותו עובד ספציפי.

32 ס' 3(א) לחוק איסור הפליה. בדברי ההסבר לחוק נכתב כי עילות אלה נקבעו על-סמך היבטים היסטוריים של הפליה. ראו דברי ההסבר לס' 3 להצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000, ה"ח 370, 371 (להלן: הצעת חוק איסור הפליה).

33 ראו לעיל ה"ש 10. כן ראו חנוך דגן "זכות הכניסה" מחקרי משפט כד 59, 74-77 (2008), העוסק בחובה היסטורית זו ביחס לכניסה למקומות ציבוריים, ומפנה, בין היתר, למאמרם של: Kevin Gray & Susan Francis Gray, *Civil Rights, Civil Wrongs and Quasi-Public Space*, 1 Eur. Hum. Rts. L. Rev. 46 (1999).

34 דברי ההסבר להצעת חוק איסור הפליה, לעיל ה"ש 32.

35 ס' 5(א) ו-8 לחוק איסור הפליה.

יכולה להתפרש כמנוגדת לחובה לנהוג בתום-לב בעת ניהול משא-ומתן.³⁶ אם הסעד שיוענק בגין הפרת עקרון תום-הלב בעת ניהול משא-ומתן יהיה אכיפה (באפשרות זו, המוכרת בדין הכללי, נדון בהמשך), אזי גם במצב זה תוענק אכיפה בהעדר "חווה מחייב".

לשיטתנו, סעד האכיפה עשוי להינתן על יסוד מקור חוקי נוסף. מאחר שהפרת הוראות החוק מהווה עוולה אזרחית, חלות עליה הוראות פקודת הנזיקין (נוסח חדש). סעיף 71 לפקודה קובע כי "כל בית משפט אזרחי יהא מוסמך בתחומי שיפוטו ליתן תרופה לעוולה על פי פקודה זו, בכפוף להוראות כל דין חקוק החל על אותו בית משפט". על-פי סעיף 72 לפקודה, ציווי יכול שיהיה צו עשה. על-כן, כאשר הפרה של הוראת חוק איסור הפליה מצדיקה הענקת סעד מסוג צו, יהא בית-משפט רשאי לתיתו. הגם שמדובר בסעד נזיקי, משמעותו בפועל היא כריתת חווה ואכיפתו. יש לשים לב שלהבדיל מסעד נזיקי רגיל, משמעותו המעשית של סעד מסוג זה היא הטלת התחייבויות על שני הצדדים, שהרי גם מי שדורש את הצו יתקשר בחווה ויהיה כפוף להוראותיו.

לצד חוקי איסור הפליה קיימים שני אתרים נוספים המעוררים שאלות דומות בהקשר של סוגיית האכיפה בהעדר חווה. סקירת האתרים שלהלן מבוססת על כתיבתם של פרידמן וכהן בספרם חוזים כרך ד, העוסק בדיני תרופות.³⁷ יובהר מייד כי אתרים נוספים אלה אינם זהים לדעתנו לאתר הראשון שהוצג (חוקי איסור הפליה), וכי דווקא השוני בין האתר הראשון לבין שני האתרים הנוספים שיוצגו להלן ממחיש את הבעיה שבה תתמקד רשימה זו.

(ב) מניעות מלהתכחש לקיומו של חווה

בעניין קלמר³⁸ התקשר בעל מגרש (להלן: המוכר) בהסכם בעל-פה עם זוג אדריכלים (להלן: הקונים), שחיפשו אחר מגרש לבנות עליו את ביתם. הצדדים התחייבו באותו הסכם לערוך מה שמכונה "עסקת קומבינציה", שעל-פיה הקונים יבנו שני בתים על החלקה של המוכר – אחד בעבורם ואחד בעבור המוכר – ואילו המוכר יעביר על שמם של הקונים את מחצית המגרש שבבעלותו עם תום הבנייה. אולם עם התקדמות הבנייה החל המוכר להתנער מן העסקה בטענות שונות, ולבסוף אף סירב לרשום את החלקה על שמם של הקונים. הבעיה שהתעוררה במקרה זה נבעה מכך שהצדדים לא העלו את הסכמותיהם המפורשות על הכתב, כנדרש בהוראת סעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

בניסיון למצוא פתרון ראוי לבעיה, פנה בית-המשפט לעקרון תום-הלב הקבוע בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), החולש על השלב של

36 פרידמן וכהן חוזים ד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 126. אהרן ברק מתייחס גם הוא לאפשרות זו בספרו פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 654 (1994), בציינו כי "ראובן המסרב למכור את מוצריו ללאה עשוי להיות אחראי כלפיה בגין ניהול משא-ומתן שלא בתום לב". דברים אלה נכתבו אומנם לפני חקיקת חוק איסור הפליה במוצרים, אולם נראה כי הלוגיקה המובאת אצל ברק דומה למהלך שעושים פרידמן וכהן.

37 פרידמן וכהן חוזים ד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 123-132. יוער כי אין בסקירה המובאת כאן כדי למצוא את כל המקרים שבהם סעד משפטי מחזק או יוצר חווה יש מאין. לסקירה רחבה ראו מיגל דויטש "החווה הכפוי והחופש מהתקשרות בחווה" עיוני משפט טז 35 (1991).

38 ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (1996).

ניהול משא-ומתן, ועל בסיסו בחר להעדיף את ערך ההגינות על דרישת הכתב המהותית.³⁹ לשיטתו של בית-המשפט, מה שמאפיין מצבים שבהם ראוי לעשות כן הוא שעולה מהם "זעקת הגינות" המצדיקה סטייה מעקרון הכתב. בנסיבות המקרה קבע הנשיא ברק כי לנוכח העובדה שהתחולל שינוי מצב בעקבות החוזה, משהייתה הסתמכות (במקרה זה קיום החוזה על-ידי שני הצדדים כמעט במלואו), וכאשר מידת אשמתו של הצד המתנער מן החוזה גבוהה,⁴⁰ ניתן "להחיות"⁴¹ את החוזה, כלומר, להעניק לו תוקף ולאכוף את ההתחייבויות על-פיו.

(ג) חוזה פסול וצידוק לקיומו

לפי סעיף 30 לחוק החוזים, "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל". משכך, במקרה שבו נפסל חוזה על רקע הנסיבות שבסעיף זה, אין עוד חובה לקיים את ההתחייבויות על-פיו. אולם במקרים מסוימים, חרף העובדה שהחוזה הפסול בטל, בית-המשפט עשוי להעניק לאחד הצדדים סעד של אכיפה מכוח סעיף 31 לחוק החוזים. זהו סעיף מיוחד, המאפשר לבית-המשפט, מטעמים של צדק (ובתנאים נוספים), "להחיות" את החוזה הבטל, ואף להעניק לצד הדרוש זאת סעד של ביצוע בעין ("לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד").⁴² יש לציין כי סמכותו של בית-המשפט לחייב צד בקיום חיובו, כולו או מקצתו, על-פי חוזה פסול אינה מובנת מאליה, ונתפסת כ"סמכות המרחיקה-לכת ביותר מבין סמכויות בית-המשפט לפי סעיף 31".⁴³ לפיכך

39 יש לציין כי באותו מקרה בחר השופט זמיר לא לפנות לס' 12 לחוק החוזים ולעקרון תוס-הלב, ותחת זאת לפרש בהרחבה את דרישת הכתב לנוכח העובדה שהחוזה כבר בוצע בחלקו.

40 בכך אימץ הנשיא ברק את המבחנים שהציעה נילי כהן במאמרה "צורת החוזה" הפרקליט לח 383 (1989).

41 אנו מתייחסים למצב המתואר כאל "החייאת" החוזה חרף העובדה שמבחינת הדין, ולנוכח תפיסת דרישת הכתב כמהותית, לכאורה מעולם לא נכרת חוזה. להשקפתנו, כפי שתובא בהרחבה להלן בתת-פרק 2, החוזה (במובן של הסכמה) היה קיים, אך "סוכל" מתוקף הוראת ס' 8 לחוק המקרקעין. כל שעשה בית-המשפט הוא להחזיר את החוזה לחיים מבחינה משפטית.

42 פרידמן וכהן מציינים כי החוק נמנע במתכוון מלהשתמש בביטוי "אכיפה", המיוחס באופן בלעדי לקיום חוזה תקף. ראו פרידמן וכהן חוזים ד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 127. לביקורת ראו איל זמיר "החוזה הבלתי חוקי ותוצאותיו – אחרי שלושים שנה" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 423, 449-452 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008).

43 רע"א 5210/08 רוזנבלום נ' מועצה מקומית חבל מודיעין, תק-על 2010(4) 2837 פס' 24 לפסק-דינו של השופט דנציגר, המצטט את גבריאלה שלו דיני חוזים 390 (מהדורה שנייה, 1995). לפסק-דין מרכזי ביותר בנושא זה ראו ע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד סג(2) 1 (2009). ברק מציין כי אין להוראות אלה אח ורע במשפט המשווה: בג"ץ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 749, 768 (1995). להתייחסות לכך מן העת האחרונה ראו ע"א 6667/10 טנדלר נ' קוניצקי, פס' 16 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 12.9.2012). להרחבה ראו דניאל פרידמן "תוצאות אי חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות ס' 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי) (חלק ראשון)" עיוני משפט ה 618, 618 (1976). לדיון מן העת האחרונה באשר ליחס שבין חוזה בלתי-חוקי לבין חוזה שהינו למראית-עין, ולהשלכותיה של הבחנה זו על הסעדים שיינתנו, ראו ע"א 4305/10 אילן נ' לוי (פורסם בנבו, 9.5.2012).

יש הסוברים כי בית-המשפט יעשה זאת רק במקרים חריגים, שבהם אין בהשבה כדי לעשות צדק עם הצדדים.⁴⁴

ניתן לראות כי קיים קשר רעיוני ברור בין הדוגמה הזו לבין הדוגמה הקודמת – בשני המקרים, חרף העדרו של חוזה מחייב (במובן הפורמלי), בית-המשפט עשוי, בהתקיים תנאים מסוימים, להעניק סעד של אכיפה, אשר מקים או משחזר את הזכות המהותית של הנפגע, שלא הייתה קיימת לו אלמלא מתן הסעד. כעת נפנה לבחון את השוני בין שני אתרים אלה לבין האתר הראשון, ונציג את הבעיה הייחודית שבהענקת סעד של אכיפה מכוח חוקי איסור הפליה.

2. אכיפה בהעדר תוקף חוקי ואכיפה בהעדר הסכמה – ההבחנה בין האתרים

כאמור לעיל, באתרים אחדים הדין מאפשר, בהתקיים תנאים מסוימים, להעניק סעד של אכיפה מקום שלכאורה לא נכרת חוזה מחייב בין הצדדים. ראינו שלוש דוגמות מרכזיות לכך.⁴⁵ לכאורה, שלושת האתרים הללו מציגים קו רעיוני משותף: חרף קיומו של הכלל הבסיסי שלפיו בהעדר חוזה מחייב לא תינתן תרופה חוזית (ומקל וחומר – אכיפה), מצבים מסוימים מקימים עילה – מטעמים של "צדק" בדרך-כלל – להעניק סעד שמשמעותו הכרה בקיומו של חוזה בין הצדדים ואכיפתו אף בהעדר "חוזה מחייב". מסיבה זו הוצגו האתרים המדוברים בספרם האמור של פרידמן וכהן כדוגמות לרעיון בדבר האפשרות לזכות בסעד של אכיפה בהעדר חוזה מחייב.

אלא שראוי לשאול מהו אותו "חוזה מחייב" שבהעדרו עשויה להינתן בכל-זאת אכיפה במקרים שהוצגו. כדי להשיב על כך יש לפרש את הצירוף האמור. ככלל, הביטוי "חוזה" יכול להתפרש באופנים שונים. העדרו של חוזה מחייב יכול שיתייחס להעדר תוקף משפטי לעסקה עקב הוראות הדין. דוגמה נפוצה לכך היא העדרו של מסמך בהינתן הוראת דין הדורשת אותו. לחלופין, ניתן לפרש את המילה "חוזה" כמובנה המהותי, קרי: הסכמה.⁴⁶ גם מבלי להיכנס לשאלת הקשר שבין חוזה כמסמך לבין חוזה כהסכמה – דיון המלווה בדרך-כלל סוגיות של פרשנות חוזים תוך שימת דגש בדרישות צורה⁴⁷ – נראה שהאתרים

44 ראו את הסקירה בעניין רוזנבלום, שם, פס' 24 לפסק-דינו של השופט דנציגר. ראו גם ע"א 533/80 אדרעי נ' גדליהו, פ"ד לו(4) 281, 285 (1982).

45 אצל פרידמן וכהן חוזים ד, לעיל ה"ש 13, ניתנת בהקשר זה דוגמה נוספת, רביעית, העוסקת בהסכמים המצויים בשוליהם של דיני החוזים המסורתיים. לפי פרידמן וכהן, במקרים המתאפיינים באופי משפטי מעורפל, דוגמת הסכמים פוליטיים (בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991)) וזכותה של אישה להמשיך בהליך הפריית ביציות משנפרדה מבן-זוגה (דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996)), נכונותו של בית-המשפט להעניק סעד של אכיפה הופכת זכות משפטית רופפת למשמעותית, והדבר דומה רעיונית למתן סעד של אכיפה בהעדר חוזה מחייב. ראו שם, בעמ' 130-132.

46 פרשנות זו מוצעת על-ידי כהן בהקשרים אחרים. ראו נילי כהן "נאמנות הפרשן" עיוני משפט לח 587 (2013).

47 ראו, למשל, מיכל אגמון-גוגן ההשבה בהקשרים חוזיים 161-169 (2001); גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי – לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 379-384 (2005); כהן,

שסקרנו לעיל מדגימים יפה את שתי הפרשנויות האפשריות. כך, דוגמת המניעות מהתכחשות לחוזה, שהוצגה דרך עניין קלמר, עולה בקנה אחד עם הפרשנות הראשונה. בעניין זה, כזכור, לא הייתה התלבטות אמיתית בשאלת ההסכמה החוזית בין הצדדים. הייתה זו הוראת הדין הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין שסיכלה את החוזה המהותי בין הצדדים (הסכמה), בדורשה חוזה פורמלי (מסמך). יש להניח כי אילו הייתה מחלוקת באשר לשאלת ההסכמה בין הצדדים, לא היה הסעד ניתן. באותו אופן, בדוגמה השנייה, שעסקה בחוזה פסול, אין כל שאלה בדבר ההסכמה בין הצדדים לעסקה הפסולה, שהרי הדין בסעיף 31 לחוק החוזים מניח קיומה של הסכמה חוזית שיש "להחיות"⁴⁸. אכן, מדובר בהחייאה של חוזה "בטל". משכך, מבחינה משפטית לא נכרת חוזה מעולם. אולם ברור כי אין זו אלא פיקציה משפטית, והטענה כי לא היה "חוזה" (כי הוא בטל) אין משמעותה שלא הייתה הסכמה, אלא שהדין מעוניין להגן על ערכים מרכזיים בשיטה ועל-כן מתכחש לה.

אם כך, נראה שבאתר השני (התכחשות בחוסר תום-לב לחוזה נעדר כתב) ובאתר השלישי ("החייאת" חוזה פסול) האכיפה בהעדר "חוזה" נועדה למעשה להתגבר על הוראת דין המסכלת הסכמה חוזית מהותית. במקרים אלה בית-המשפט פועל כדי להתגבר על סירובה של השיטה להכיר בכוחם של הצדדים ליצור קשר חוזי מחייב מטעמים פטרנליסטיים או מטעמים של "מדיניות משפטית"⁴⁹. בית-המשפט נותן תוקף להסכמה האמיתית של הצדדים ומונע התכחשות לה.

אולם להבדיל מהדוגמות האחרות, בדוגמה הראשונה, שעסקה בשקילת טעמים מפלים בעת ניהול משא-ומתן בהקשר של חוקי איסור הפליה, הקושי במתן סעד של אכיפה עשוי להתבטא דווקא בהעדרה של הסכמה משותפת מוצהרת להתקשרות החוזית. על פניו, כאשר תוענק אכיפה במקרים אלה, ניתן לומר כי טרם נכרת חוזה בין הצדדים במובנו המהותי. מכאן שמתן סעד של אכיפה חוזית במצב כזה יעורר במלוא העוצמה את הקושי הטמון במתן סעד חוזי בהעדר הסכמה.

בתחילת הרשימה הצגנו את הפרדיגמה הבסיסית שלפיה בהעדר קיומה של זכות חוזית לא יוענק כל סעד חוזי. בהמשך הראינו כי באתרים שונים קיימת אפשרות כזו בפועל. כעת, לאור ההבחנה שערכנו בין אכיפה בהעדר תוקף חוקי לבין אכיפה בהעדר הסכמה מהותית, ניתן לכאורה לומר כי שני המקרים – בהינתן העדרה של זכות חוזית – מתנגשים בפרדיגמה זו. ניתן אם כן לסבור כי אין זה משנה מהי הסיבה שבגינה לא התגבשה זכות חוזית, וכי ההתנגשות האמורה מתרחשת בין שהמקור להעדרה של זכות חוזית נעוץ בהעדר תוקף חוקי

לעיל ה"ש 46.

48 הדברים מורכבים מעט יותר, שכן בית-המשפט יכול להורות על אכיפה של חלק מהחייבים בלבד, ובכך, כך ניתן לסבור, הוא אינו "מחיה" חוזה קיים, אלא יוצר בפועל חוזה אחר שהצדדים לא נתנו לו את דעתם.

49 אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב 647, 658 (1999). לטובת הדיוק יצוין כי החוזה הפסול פגום בשל ההבטחות שניתנו במסגרתו, ואילו המקרה של העדר כתב אינו מוכר מבחינה משפטית בשל החשש להעניק תוקף משפטי לעסקה במקרקעין ללא כתב. במילים אחרות, בעוד שהחוזה הפסול לא ייאכף בשל תוכנו, חוזה לעסקה במקרקעין בהעדר כתב לא ייאכף בשל שיקולים שהינם חיצוניים לתוכנו של החוזה.

בשל הוראת דין ובין שהוא טמון בחוסר הסכמה. על יסוד זה ניתן לטעון כי הדין הכללי מכיר באפשרות להעניק סעד של אכיפה בהעדר חוזה מחייב. להשקפתנו, עמדה זו אינה משכנעת. היא נוגדת את האינטואיציות העומדות בבסיסו של המשטר החוזי. קשה לחמוק מכך שקיים הבדל ניכר בין שני סוגי המקרים, וזאת במיוחד לנוכח מעמדה של שאלת ההסכמה בחוזים. עמדה המקדשת את ההסכמה המהותית בין שני הצדדים לעסקה החוזית לא תזוהה קושי מהותי במתן סעד של אכיפה בסוג המקרים הראשון (של העדר תוקף חוקי בשל הוראת דין), אך תתקשה בוודאי להתמודד עם סוג המקרים השני (שבו אין הסכמה).⁵⁰ אך למעשה, האפשרות להקיש מהאתרים שנידונו לעיל לעניין השאלה הנוכחית בדבר מתן סעד של אכיפה בהעדר חוזה מחייב דרך חוקי איסור הפליה היא מוקשית מסיבה נוספת. השוני בין האתר האחד (הענקת אכיפה מתוך חוקי איסור הפליה) לבין שני האתרים האחרים הינו מהותי ועמוק יותר. על כך נרחיב להלן.

3. הצגת הבעיה – אכיפה בהעדר הסכמה בחוקי איסור הפליה

ערך האוטונומיה נתפס זה יותר ממאתיים שנה כאחד הערכים החשובים – אם לא החשוב ביותר – בדיני החוזים.⁵¹ מקורו בתפיסות ליברליות וברעיונות אינדיבידואליסטיים של המאה השמונה-עשרה,⁵² ושיאו במאה התשע-עשרה, בעידן המכונה "תור הזהב של החוזים".⁵³ אף שנטען כי במהלך העשורים האחרונים ירדה קרנו,⁵⁴ אי-אפשר לחלוק על חשיבותו בשיח החוזי גם בימינו. בישראל הדבר משתקף היטב במעמד החוקתי הרם שבו זוכה נגזרתו של ערך האוטונומיה – חופש החוזים.⁵⁵ בענייננו, כאשר בית-הדין לעבודה מחייב מעסיק לכרות חוזה עבודה עם דורש עבודה שאותו הפלה לרעה, או כאשר חוק איסור הפליה מאפשר

50 מובן שאיננו מתעלמים מכך שבמקרים מסוימים שבהם הדין אינו מכיר בעסקה – למשל, בשל העדר צורה כנדרש בחוק (כגון ס' 8 לחוק המקרקעין) – ייתכן שיש בכך כדי להשליך על שאלת ההסכמה המהותית בין הצדדים.

51 CHARLES FRIED, CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATIONS 7–17 (1981). להרחבה ראו איל זמיר "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות" משפטים כט 783, 788 (1999).

52 לסקירה היסטורית של ערכי האוטונומיה והחופש החוזי ראו: P.S. ATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT (1979).

53 ראו שם; גבריאלה שלו "שוויון בדיני החוזים" ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו 115, 117 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006). עם זאת, היו שהציעו כי רק בסוף המאה התשע-עשרה התפתחה התיאוריה החוזית העצמאית הנשענת על עקרונות אלה. ראו: ROY KREITNER, CALCULATING PROMISES – THE EMERGENCE OF MODERN AMERICAN CONTRACT DOCTRINE (2007); מנחם מאוטנר "פרסאוס ושלוש הנשים הזקנות של דיני החוזים בעקבות ספרו של רועי קרייטנר: "Calculating Promises" עיוני משפט לא 489, 492–493 (2009).

54 מאוטנר, שם; ATIYAH, לעיל ה"ש 52.

55 לביטוי פסיקתי לכך ראו ע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלוגנית, פס' 23 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 6.8.2007); רע"א 5248/90 אנטין נ' פרנקל, פ"ד מה(5) 139, 144 (1991). לפסיקה עדכנית ביותר של השופט דנציגר המבהירה כי ערך החירות עודנו ניצב במרכז המשטר החוזי ראו עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 11. ראו גם גבריאלה שלו "חופש

לכפות מתן שירות, החופש של אותו צד לא להתקשר בחוזה נפגם. מה שנפגם הוא חופש החוזים השלילי – החופש מהתקשרות חוזית בלתי-רצויה.⁵⁶ אולם אל מול זכותו של המעסיק לאוטונומיה, וכפועל יוצא מכך לחופש מהתקשרות, ניצב ערך השוויון. אין חולק על החשיבות המיוחסת לערך השוויון במשפט הישראלי בכללותו.⁵⁷ אולם המפגש של ערך השוויון עם דיני החוזים במשפט הפרטי כרוך במתח לא-מבוטל. דיני חוזים מקרשים את האוטונומיה של הפרט. השוויון, כך לפי העמדה המקובלת, עומד בסתירה לה. המצדדים בשוויון בדיני חוזים מבקשים לערער על מעמדה של האוטונומיה בהינתן התנגשות עם ערכים אחרים (או לצמצם את האוטונומיה של הפרט כדי להגשים את האוטונומיה של פרט אחר).⁵⁸ לעומתם, המבכרים את האוטונומיה, את החופש, מדגישים את הצורך בבלימת חדירתם של יסודות "ציבוריים" אל הזירה החוזית הפרטית.⁵⁹ אכן, בעבר נתפסו חופש החוזים ואיסור ההפליה כעקרונות העולים בקנה אחד זה עם זה.⁶⁰ עם התחזקותה של תורת החירות החיובית, הגורסת כי לעיתים יש מקום לפגוע בחירות השלילית כדי לאפשר לפרטים חלשים יותר לממש את חירותם שלהם, הועברה נקודת האיזון מאי-התערבות גורפת אל עבר התערבות מדינתית, הנתפסת במקרים מסוימים רצויה.⁶¹ עם זאת, בכל הנוגע בדיני החוזים במשפט הישראלי מדובר כנגיסה בלבד בחופש החוזי.⁶² על-פי המצב המשפטי הנוהג כיום, נדחתה תחולתו הכללית של עקרון השוויון ביחסים חוזיים-פרטיים.⁶³ אולם יש הסבורים כי הפסיקה בנושא עודנה מתלבטת, בלתי-יציבה, וכי הכרה בערך השוויון בדיני החוזים היא עניין של זמן.⁶⁴

-
- וצדק בדיני חוזים "שנתון משפט העבודה ה 153, 155 (1995); פרידמן וכהן חוזים א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 15-20; ברק, לעיל ה"ש 36, בעמ' 426.
- 56 נילי כהן 'השוויון' מול חופש החוזים" המשפט א 131 (1993); פורת, לעיל ה"ש 49, בעמ' 665.
- 57 בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 460-461 (1994); בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663 (2002); שלו, לעיל ה"ש 47, בעמ' 116. לדיון מעמיק בהיותו של ערך השוויון חלק מכבוד האדם בהקשר החוקתי ראו אביחי דורפמן "כביוד האדם והמשפט החוקתי הישראלי" עיוני משפט לו 111 (2013).
- 58 הלה קרן "בתום לב אך לא בדרך המקובלת: על ערכה של שפיטה שאינה יודעת גבולות (חוזיים) מהם" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 411, 440-451 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים ראשיים, 2009).
- 59 לביקורת מאלפת הקוראת לאמץ את עקרונות השוויון מתוך דיני החוזים עצמם, על-ידי אימוץ נקודת-מבט פמיניסטית, ראו הלה קרן "שוויון בדיני חוזים – קריאה פמיניסטית" משפטים לא 269 (2001).
- 60 כהן, לעיל ה"ש 56.
- 61 АИТУАН, לעיל ה"ש 52, בעמ' 585-586.
- 62 ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441 (1989) (להלן: עניין בית יולס); קרן, לעיל ה"ש 58, בעמ' 440.
- 63 עניין בית יולס, לעיל ה"ש 62; קרן, לעיל ה"ש 59.
- 64 ראו ברק, לעיל ה"ש 36, בעמ' 694; גבריאלה שלו "מכרזים פרטיים" משפטים כט 179, 211-212 (1999); קרן, לעיל ה"ש 59, בעמ' 271.

לצד ההתלבטות הכללית כאשר לתחולתו של עקרון השוויון במשפט הפרטי ובדיני חוזים, נקלט במקביל ערך השוויון במשפט הפרטי בתחומים מוגדרים שונים באמצעות חקיקה המחילה על התקשרויות פרטיות את חובת איסור ההפליה. חוקי איסור ההפליה ממוקמים בצומת דינים משפטי, על קו התפר שבין דיני נזיקין לדיני חוזים וכן על זה שבין המשפט הפרטי לציבורי. עקרונית, אם נדרש לסווג, מדובר בחוקים נזיקיים. ככאלה, מטרתם היא להשיב את המצב לקדמותו, דהיינו, להעמיד את הנפגע במקום שבו היה לפני ההפליה. על-כן ניתן לזפות מכוחם בפיצוי בגין נזק שמקורו בהפליה (גם אם החוק אינו דורש את הוכחתו). עם זאת, כפי שהראינו, החוקים מתירים לכאורה להעניק מכוחם סעד מסוג צו עשה, שמשמעותו האופרטיבית הינה חוזית (כינון יחסי עבודה או כפיית עסקת מכר של מוצר או שירות). אולם האם הענקת צו שמשמעותו חיוב בכריתת חוזה אפשרית בכל מקרה ומקרה? במישור המהותי ההפליה פסולה – חוקי איסור הפליה אוסרים אותה במפורש. לעניין זה הפסול טמון בעצם ההתחשבות בשיקול מפלה, בלא קשר לתוצאות. המודל הישראלי המקובל להוכחת הפליה הוא "מודל ההכתמה", שעל-פיו התובע אינו נדרש להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין ההפליה לבין הנזק.⁶⁵ למעשה, בחוק איסור הפליה ויתר המחוקק על דרישת הנזק, ואפשר קבלת פיצוי ללא הוכחת נזק. הסיבה לכך ברורה. ההנחה היא כי שקילת שיקולים מפלים יוצרת מטבעה נזק לנוכח ההדרה, שעיקרה פגיעה בזכות לשוויון ובכבוד. נזק זה יש להביא על תיקונו, ועל כך אין חולק.⁶⁶

במישור התרופתי התמונה מורכבת יותר. מתן סעד חוזי בדמות צו עשה הוא שמקנה למעשה זכות חוזית מהותית לנפגע. הבחירה בין סעד הפיצוי לבין מתן צו לשם תיקון ההפרה כרוכה אפוא בשאלה מהו אופייה של הזכות שהופרה. אכן, החוקים המדוברים מאפשרים לבתי-המשפט להעניק קשת של תרופות בגין הפליה. אולם המחוקק לא סיפק כלים להכרעה בשאלה אם שלל הסעדים עומדים לנפגע בגין כל הפרה. כך, למשל, ניתן לומר כי נזקו של עובד שפוטר בשל שיקולים מפלים הוא ביטול הזכות החוזית לעבודה שהייתה בידיו ללא עילה מוצדקת (ולמעשה, תוך הישענות על עילה פסולה). לעומת זאת, נזקו של מי שמבקש להתקבל לעבודה ונדחה בשל שיקולים מפלים אינו עולה בהכרח כדי פגיעה בזכות חוזית שהייתה לו, ולכן אינו מקנה לו בהכרח זכות לסעד חוזי (בניגוד לסעד של פיצוי בגין הפגיעה בכבודו). לעניין זה ראוי להפנות, למשל, לחוק התרופות, המעמיד לנפגע מההפרה החוזית ברירת סעדים. אכן, לבתי-המשפט ניתן שיקול-דעת לבחור בסעד מסוים בשים לב לשיקולים שונים הממוקמים במישור התרופתי (בפשטות – מעין מאזן נוחות בין הצדדים). אלא שבנסיבות ענייננו אין מדובר בשיקולים "תרופתיים" גרידא, שכן ההנחה היא שבהעדר הכרעה ברורה, המחוקק לא התכוון להעניק לנפגע סעד שאינו מתאים לזכות שהופרה. נדרש אפוא להבחין בין השאלה מהם הסעדים העומדים לנפגע מהפרה בנסיבות

65 לדיון מקיף במודלים שונים להוכחת הפליה בעבודה, ובפרט ב"מודל ההכתמה", ראו רבין-מרגליות, לעיל ה"ש 13.

66 פיצוי ללא הוכחת נזק בחוק איסור הפליה נועד, בין היתר, להציע פתרון לקושי בהערכת היקף הפיצוי בגין פגיעה לא-מונית, המאפיינת פגיעה בשוויון ובכבוד. לדיון כללי ראו אליעזר ריבלין "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה" ספר שמגר – מאמרים כרך ג 21, 51-62 (אהרן ברק יו"ר המערכת, 2003).

מסוימות לבין השאלה (המאוחרת יותר) מהו הסעד שראוי להעניק לנפגע בנסיבותיו של אותו מקרה בשים לב לשיקולים תרופתיים של מאזן נוחות.⁶⁷ בחירה בין סעדים שונים בגין אותה זכות שהופרה (כפי שקורה בדיני חוזים ובדיני נזיקין), המחייבת הכרעה בשיקולים תרופתיים כאמור, שונה בתכלית השוני מהשאלה הראשונה העוסקת באופי הזכות שהופרה ובסעדים העומדים לנפגע בשל הפגיעה בזכות.

ניתן אף להרחיק ולומר כי מתן סעד של צו שמשמעותו אכיפה במקרה של העדר הסכמה יהיה מנוגד לסייג החמישי למתן סעד של אכיפה, שעתידי להיתוסף לדין במסגרת הקודיפיקציה, ולפיו לא ינתן סעד כאמור כאשר "תרופת הפיצויים היא התרופה המתאימה בשים לב לאופיו של החיוב".⁶⁸ סייג זה נועד להתאים את סייגי האכיפה לדיני הנזיקין, שם תרופת הפיצויים נחשבת עדיפה במקרה הרגיל.⁶⁹ ניתן לטעון כי אכיפה של חוזה עבודה או של עסקה למכירת מוצר או שירות במקרה שבו אין הסכמה מספקת נוגדת את אופי החיוב שמכוחו הסעד ניתן. מאחר שאין טעם לסבור כי החוקים המדוברים שוללים את תחולתו של דין התרופות הכללי (סעיף 10 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה אף מפנה להוראת סעיף 3(2) לחוק התרופות במפורש), הסייג האמור עשוי לחול עליהם.

כאן המקום לציין כי נקודת ההנחה שממנה אנו יוצאים היא שבפן התרופתי לא הביע המחוקק בחוקים האמורים עמדה נוגדת. יתרה מזו, לשון החוקים הרלוונטיים מעניקה לבית-המשפט שיקול־דעת רחב ביותר בבחירת הסעד. מתן צו עשה מכוח חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה הוכפף במפורש לשיקולי "צדק". מתן צו עשה נזיקי נתון אף הוא לשיקול־דעתו של בית-המשפט, ואין לנפגע מההפליה זכות קנויה לזכות בו. לשיטתנו, במסגרת שיקול־הדעת המוקנה לבית-המשפט בבחירת הסעד עליו לוודא כי הסעד מתאים להפרה ולנזק המסוימים המובאים לפניו. זאת, נוסף על השיקולים התרופתיים הרגילים שעליו לשקול בבחירה בין הסעדים לאחר ההכרעה בשאלה המקדמית האמורה.

אם כן, מהו הסעד המתאים בגין הפרת חוקי איסור ההפליה? פיצוי בגין הנזק המשוער (ללא צורך בהוכחתו) הנובע מהפרת החוקים נדמה טבעי. לעומת זאת, כינון יחסי עבודה ו"הענשת" המעביד המפלה בדרך של שלילת האוטונומיה המסורה לו, באמצעות מתן סעד של אכיפה חוזית בהעדר הסכמה, נראים מרחיקי־לכת בהעדר קשר חוזי מתאים. באופן דומה, כפייה לבצע עסקה או לספק שירות בהעדר הסכמה על פרטי העסקה עשויה להיראות מוקשית. יש לזכור כי החוקים המדוברים נוגסים מלכתחילה באוטונומיה של הפרט להפלות (ככל שמכירים באוטונומיה כזו). בכך החוקים המדוברים מצמצמים את חופש החוזים השלילי, הוא החופש מהתקשרות, מטעמים של שוויון (או של חירות ההתקשרות של פרטים אחרים). עמדתנו היא שאין ללמוד מהכרסום בחופש המדובר כי שאלת האוטונומיה של הגורם המפלה אינה רלוונטית עוד. ייתכן שעסקות רבות יוצאות לפועל והסכמות רבות

67 לדיון ממצה ביחס לבחירת סעדים בדיני תרופות בחוזים ראו נילי כהן "בחירת המפר" (עתיד להתפרסם).

68 ס' 447(א)(5) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 712, 888.

69 פרידמן וכהן חוזים ד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 111. השוו לעמדתם של גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות – לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 269 (2009), הסבורים כי הקודיפיקציה והאחדת התרופות החוזיות והנזיקיות צפויות לשנות את מעמדו של הביצוע בעין (צו) בדיני הנזיקין.

מתגבשות בשל אפקט מחנך כזה או אחר של החוק על אחד הצדדים או יותר, ולא נמצא בהם כל פסול מבחינה חוזית. אין משמעות הדבר שהבחנה בין הסעדים בבחינת התאמתם להפרה הנדרונה אינה נדרשת.

השאלה המתעוררת היא אפוא: מהם הכלים שבאמצעותם ראוי שבת-המשפט יכריעו בשאלת הסעד המתאים?

לגישתנו, במקרים רבים הענקת סעד של אכיפה מכוח חוקי איסור הפליה היא מתאימה, אפשרית ומוצדקת. זאת, כפי שיודגם, בשים לב לטיבם של מקרי הפליה השכיחים וטיב ההסכמה הדרושה בדיני חוזים. נדגים כיצד שימוש בכלים חוזיים קיימים עשוי להצדיק הענקת סעד כאמור, ונדגים מהו היקף תחולתם של דיני איסור הפליה ביחס לתרופות שנפגע מהפליה עשוי להיות זכאי להם.

תרומתו של השיח שאנו מציעים באה לידי ביטוי בשני מובנים עיקריים. ראשית, ככל דוקטרינה המבקשת למלא חלל משפטי, הטיעון שאנו מציעים עשוי להוות כלי משמעותי שבו יוכלו בתי-המשפט והמתדיינים לפניהם לעשות שימוש כדי לשטוח את טענותיהם לעניין הסעדים המתאימים להפרה של חוקי איסור הפליה בצורה עשירה יותר, המסוגלת לתפוס מורכבויות רבות יותר הטמונות בספֶרה משפטית זו. הטיעון המוצע יאפשר לבתי-המשפט גם להצדיק בצורה מוחשית ומשכנעת יותר את מתן הסעד המתאים בכל מקרה, ובכך גם ליצור "משפט מקובל" שייבנה ממקרה למקרה ויבהיר לצדדים את זכויותיהם ואת המצב המשפטי לאשורו.

שנית, ובצורה הנובעת באופן ישיר מהתרומה הראשונה, השיח שאנו מציעים יוצר המשגה מלאה ומקיפה יותר של הזכויות הנובעות מחוקי איסור הפליה ושל התרופות הדרושות לשם תיקון הפרתן. להמשגה זו יש ערך עצמאי וחשוב. כפי שיובהר להלן, המקרים שבהם בעלי-דין הרואים את עצמם מופלים מבקשים לאכוף על המפלה את הספקת השירות או המוצר שבו התעניינו הינם נדירים ביותר. דעתנו היא שהמחסור הניכר בבקשות של סעד אכיפה וצווי עשה נובע, בין היתר, מהמשגה חסרה של שיח הזכויות המוגנות בחוקי איסור הפליה והסעדים ההולמים אותן. דוגמה בולטת לכך ניתן למצוא בפסק-דין שניתן בעת האחרונה בעניין מקור ראשון.⁷⁰ באותו עניין פנתה האגודה לשמירת זכויות הפרט אל העיתון הדתי-הלאומי "מקור ראשון" בבקשה שיפרסם, בחלקים הרלוונטיים בעיתון, מודעות על קיומו של קו תמיכה לחברי הקהילה הגאה. לאחר שחתמה על הזמנת המודעה, גילתה האגודה כי זו לא פורסמה במועד שנקבע בשל וטו שהטילה מערכת העיתון, ולפיכך הגישה תביעה בעילה של הפרת חוק איסור הפליה. במסגרת התביעה לא ביקשה האגודה צו כאמור, אלא הסתפקה בתביעה לפיצויים ללא הוכחת נזק. בית-המשפט קיבל את התביעה והשית לטובת התובעת פיצוי ללא הוכחת נזק בסך 50,000 ש"ח.

מקרה זה נראה מסוג המקרים שבהם יהיה זה אך טבעי לבקש גם (או רק) צו שיוורה לנותן השירות להעניק את השירות שהתבקש ממנו.⁷¹ עם זאת, אף שסעד זה התבקש במסגרת כתב התביעה, הוא נזנח על-ידי התובעת בשלב הסיכומים. עובדה זו מעוררת תהייה. התובעת

70 ע"א (מחוזי ת"א) 35563-02-12 האגודה לשמירת זכויות הפרט, ע.ר. נ' מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ (פורסם בנבו, 12.1.2014) (להלן: עניין מקור ראשון).

71 איננו רואים כל מניעה לדרוש גם פיצוי ללא הוכחת נזק (בגין העבר) וגם צו (כלפי העתיד).

באותו עניין הייתה כאמור האגודה לשמירת זכויות הפרט, ומי שייצגה את האגודה הייתה הקליניקה לזכויות אדם באוניברסיטת תל-אביב. בשים לב לזהות התובעת ולזהות באת-כוחה, יש לשער כי הרצון לזכות בפיצוי כספי היה אך נלווה למטרה חברתית-פוליטית שעניינה זכייה בקביעה שיפוטית עקרונית בדבר האיסור להפלות מחמת נטייה מינית בנסיבות הנידונות. ברי כי אילו התבקש צו (וניתן כמבוקש), אזי לקביעה העקרונית, שאכן ניתנה, היה תוקף עוצמתי בהרבה, שכן העיתון היה נדרש לפרסם את המודעה על אפו ועל חמתו לציבור קוראיו. הרי זו הייתה מטרתה של האגודה לשמירת זכויות הפרט מלכתחילה ברכישת המודעה. כאן המקום להעיר כי להבנתנו החיוב בפיצוי אינו מחייב את "מקור ראשון" לפרסם את המודעה. מובן כי ההצהרה הנלווית לפסק-הדין והקביעה הנורמטיבית שנכללה בו עשויות להביא הלכה למעשה לידי פרסום המודעה בהסכמת "מקור ראשון", אולם מבחינה משפטית פסק-הדין כשלעצמו אינו יוצר חיוב כאמור.

מקרה זה מדגים יפה את הצורך בהמשגה מדויקת ומפורטת יותר של הזכויות המוגנות בחוקי איסור הפליה ושל הסעדים שיכול שיינתנו בגין הפרתן. לדעתנו, הדיון ברשימה זו עשוי לסייע בשכלול השימוש בכלים שבחוקי איסור הפליה, ולאפשר למי שרואה את עצמו נפגע בשל הפרתם לעמוד על מלוא זכויותיו.

לאחר שהצגנו את בעיית-היסוד במאמר, נפנה עתה לבחון את מעמדה של ההסכמה בדיני חוזים. דיון זה ישמש בסיס להצעתנו שתוצג ביתר פירוט בהמשך.

ב. פריזמת ההסכמה – השלכותיה על שלושת האתרים

1. הסכמה – יסוד לכריתת חוזה

כאמור לעיל, ברשימה זו אנו יוצאים מנקודת ההנחה שלפיה המתח בין השוויון לבין האוטונומיה הוכרע במידה רבה לטובת השוויון, וזאת הן במסגרת התפיסה הליברלית של שיטת המשפט הישראלית והן במישור הסטטוטורי, במסגרת חוקי איסור הפליה. אולם לנוכח העובדה שתחולתה של חקיקת איסור הפליה מוגבלת, ובשים לב לעמדתנו שלפיה החקיקה לא הכריעה בשאלת האפשרות להעניק סעד חוזי בהעדר חוזה מחייב כדיון, יש לבחון כיצד האיסור המהותי בחוקי איסור הפליה משפיע על הדין הכללי, ובפרט על דרישת ההסכמה לצורך כינון יחסים חוזיים.

הרלוונטיות של דיני חוזים לניתוח הנידון היא מובהקת. מובן כי מִכָּר מוצר, עסקת שירות או העסקה נשלטים כולם על-ידי דיני חוזים. יש לזכור כי בטרם נחקק חוק איסור הפליה, הכריעו בתי-המשפט בשאלות הנוגעות בהפליה בעסקות הנידונות כאן באמצעות דיני חוזים.⁷² מובן כי אין בחקיקת איסור הפליה כדי לשנות את העובדה שמרחב המחיה המשפטי שהעסקות הנידונות במאמר זה ממוקמות בו הוא, בין היתר, דינים חוזיים. כבר ציינו כי בעיית-היסוד שאנו מבקשים להתמודד עימה כרוכה בקושי לכונן יחסים חוזיים באמצעות אכיפת חיוב שמקורו בחוקי איסור הפליה. בתוך כך התמקדנו בהעדרה של הסכמה כקושי המרכזי בהענקת סעד האכיפה מכוח חוקים אלה.

72 ראו את פסקי-הדין הנזכרים להלן בפרק ג, ליד ה"ש 138-141.

החיפוש אחר "הסכמה" להתקשרות בדיני חוזים נובע מהתפיסה הבסיסית שלפיה אדם יכול לוותר על חירויותיו רק באמצעות הבעת רצון חופשי לעשות כן – תפיסה העומדת ביסודה של תורת הרצון.⁷³ על-פי עמדה זו, אכיפה משפטית חוזית, שהיא הכרה משפטית בכך שהעברת זכויות היא תקפה, תהא מוצדקת רק אם הפרט הסכים לכך. אולם תורת הרצון, במובנה הטהור, לא נקלטה בדיני החוזים המודרניים בשיטה האנגלו-אמריקנית (אף לא בישראל), שכן הרצון הפנימי נתפס בעיני הדין החוזי כמשני להשתקפותו החיצונית של הרצון.⁷⁴

תיאוריות רבות של דיני חוזים בעידן המודרני הציבו את ההסכמה בלב דיני החוזים, והגדירו אותה כנלמדת מהביטוי החיצוני של כוונתו של אדם להתקשר בקשר משפטי מחייב.⁷⁵ זוהי, למעשה, התיאוריה האובייקטיבית של דיני החוזים, שמקורה במשפט האנגלי.⁷⁶ על-פי תורה זו, "הסכמה" בהקשר החוזי אינה דורשת רצון סובייקטיבי של צד לחוזה, אלא מבע רצון הנתפס, באופן חיצוני, כהסכמה להתקשרות. המלומד טרייטל (Treitel), בהקדמה לספרו THE LAW OF CONTRACT, מסביר כיצד עקרון-העל של ההסכמה החוזית כפוף לעיקרון האובייקטיבי שלפיו התקשרות בחוזה מותנית בעיקר בהופעה חיצונית של הרצון, וזאת ללא כל קשר לכוונה ה"אמיתית". הרציונל התומך בעמדה זו, לפי טרייטל, כרוך בראש ובראשונה בשיקולים מסחריים של יציבות ויעילות.⁷⁷

73 להרחבה על-אודות תורת הרצון ואופן התפתחותה ראו: MARTIN HOGG, PROMISES AND CONTRACT LAW 86–93 (2011).

74 אומנם, במדינות הקונטיננטל שמו דגש ברצונם של הצדדים, על-חשבון יסוד ההסתמכות, אך גם בהן ביטוי של הרצון נבחן באופן אובייקטיבי. ראו, למשל, בדין הגרמני: HOGG, שם, בעמ' 159–157.

75 ובמילותיו של המלומד ברנט: "a manifestation of an intention to be legally bound" ראו: Randy E. Barnett, *A Consent Theory of Contract*, 86 COLUM. L. REV. 269, 304 (1986). ניסוח דומה ניתן למצוא גם אצל המלומד הוג: "A new will theory will posit that a contract is formed through an expression of the human will (the promise) by which the contracting parties demonstrate their willingness to be bound in law and thus to assume obligations". ראו HOGG, לעיל ה"ש 73, בעמ' 169. מלומדים נוספים שהציעו קריאה מודרנית של משנתו של פריד (Fried), שלפיה החוזה הוא "הבטחה", הדגישו כי יש לתת ביטוי לאמון שנוצר אצל מקבל ההבטחה בשל ביטויה החיצוני של הבטחה זו. ראו, למשל: Daniel Markovitz & Alan Schwartz, *The Expectation Remedy and the Promissory Basis of Contract*, 45 SUFFOLK L. REV. 799, 799–801 (2012). על היחס שבין המושג "אמון" בחיים המודרניים לבין שינוי התפיסה החוזית מסובייקטיבית לאובייקטיבית ראו מנחם מאוטנר משפט ותרבות 293–289 (2008). יש גם מי שזיהה שוני מועט מאוד בין תפיסתו של פריד לבין זו של ברנט. ראו: Brian H. Bix, *Theories of Contract Law and Enforcing Promissory Morality*: Comments on Charles Fried, 45 SUFFOLK U. L. REV. 719, 723–724 (2012). ביקס אף הציג את התיאוריות של פריד ושל ברנט כתיאוריות חוזיות של הסכמה: Brian H. Bix, *Contracts in THE ETHICS OF CONSENT – THEORY AND PRACTICE* 251, 266–267 (Franklin G. Miller & Alan Wertheimer eds., 2010).

76 להרחבה על-אודות המעבר מסובייקטיביות לאובייקטיביות ראו מאוטנר, שם, בעמ' 286–291.

77 GUENTER TREITEL, *THE LAW OF CONTRACT*, 1-001–1-002 (Edwin Peel ed., 12th ed. 2007).

בדיני החוזים בישראל ההסכמה היא בסיסו של החוזה. הדבר נלמד, בין היתר, מההוראות הבסיסיות ביותר בחוק החוזים העוסקות בכריתת חוזה.⁷⁸ אלא שגם בישראל נקלטה התיאוריה האובייקטיבית של דיני חוזים, והיא התורה השלטת בדיני הכריתה.⁷⁹ לפיכך, על-מנת להכריע בשאלת קיומה של גמירת-דעת להתקשרות חוזית מחייבת, יש לבחון את השתקפותה החיצונית של גמירת-הדעת, והיינו, נדרש לאתר ביטוי חיצוני לכוונה להיות מחויב מבחינה משפטית.⁸⁰ מאחר שקשירת חוזה מותנית בקיומה של הסכמה (מנקודת-ראות אובייקטיבית), מובן שהענקת סעד אכיפה חוזי בהעדרה תעמוד בסתירה לתשתיתו של מוסד החוזה. כפי שכבר הוסבר, האיסורים הקבועים בחוקי איסור ההפליה משפיעים על דיני חוזים ועשויים לסייג את תחולתם. אלא שכפי שכבר צוין לעיל, אין כל אינדיקציה לכך שהמחוקק ויתר במסגרת חוקי איסור הפליה על הצורך בהתאמת הסעד המוענק לנפגע לטיב ההפרה ולאופייה של הזכות הנפגעת. מכאן שבאותם מקרים שתיארנו לעיל נדרש לבחון כיצד האיסור המהותי להפלות, הקבוע בחוקי איסור הפליה, משפיע על הדין הכללי, וכיצד יש לשלב חוקים אלה עם הצורך בהסכמה על-פי דיני חוזים. שילוב הדינים המדוברים יסייע בידינו לבחון אימתי יהיה זה אפשרי לתת סעד של אכיפה בגין הפרה של חוקי איסור ההפליה. כדי לעשות כן, נחזור להבחנה שביססנו בין העדר חוזה במוכח של העדר תוקף חוקי לבין העדר חוזה במוכח של העדר הסכמה.

2. העדר תוקף חוקי מול העדר הסכמה

לאחר שהבהרנו כי מושג ההסכמה בדיני חוזים הינו משמעותי לצורך הכרעה בשאלת האפשרות להעניק סעד של אכיפה במסגרת חוקי איסור הפליה, נבקש לבחון כעת את פריזמת ההסכמה בראי האתרים השונים שהוצגו לעיל, וזאת כדי להציע טקסונומיה של שאלת ההסכמה ואיתורה במקרים שבהם מדובר במניעת הפליה. לשם שלמות הדיון לא נתמקד רק בחוקי איסור הפליה, אלא נדגים את עמדתנו גם ביחס לשני האתרים הנוספים שאליהם התייחסנו לעיל – התכחות בחוסר תום-לב לחוזה בהעדר כתב ודוגמת החוזה הפסול. זאת נעשה כדי להבהיר שלא זו בלבד שהמחוקק לא הכריע ביחס לתרופת האכיפה בהקשר של חקיקת איסור הפליה, אלא שגם באתרים האחרים שאליהם התייחסנו לעיל הענקת סעד זה נעשית רק בהעדר תוקף חוקי להסכם, ולא במקרה שבו קיים ספק בשאלת ההסכמה החוזית.

(א) אכיפה בהעדר תוקף חוקי (יש הסכמה)

במסגרת הדיון לעיל בפרק א הצגנו את עובדותיו של עניין קלמר. באותו מקרה לא היה ספק כי הצדדים הסכימו על כל התנאים המהותיים הנדרשים, ועסקת הקומבינציה שרקחו אף יצאה כזכור אל הפועל. ברם, הסכמת הצדדים סוכלה על-ידי הוראת הדין בהעדר

78 ס' 2 לחוק החוזים קובע כי הצעה היא זו ה"מעידה על גמירת דעתו של המציע להתקשר עם הניצע בחוזה". ס' 5 לחוק החוזים קובע דבר זהה ביחס לקיבול.

79 פרידמן וכהן חוזים א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 31. אולם ראו את הבהרתם שם, בעמ' 32, בדבר חשיבותה של הכוונה הפנימית גם בעידן התפיסה האובייקטיבית.

80 ראו מן העת האחרונה, למשל, ע"א 7370/06 שני נ' ברדיצ'בסקי (פורסם בנבו, 10.3.2009); ע"א 692/12 פרידמן נ' שפירא (פורסם בנבו, 7.8.2013).

מסמך בכתב. בית-המשפט מצא לנכון להתגבר על הֶסֶר בכתוב ולאכוף את החוזה. עמדה זו שבה וקיבלה תוקף מחדש בפסק-הדין בעניין שם טוב נ' פרץ.⁸¹ נסיבותיו של המקרה מזכירות במידה ניכרת את נסיבותיו של עניין קלמר. במקרה זה נערכה עסקת "קומביניציה" בין המערערת ובעלה, מצד אחד, לבין פרץ. פרץ טען כי בני-הזוג התחייבו לפניו בעל-פה להקנות לו נכס מקרקעין בתמורה, שאותה כבר שילם במלואה. עוד טען פרץ כי הוא קיבל את הנכס לחזקתו, ואף נוהג בו מנהג בעלים, בהשכירו אותו מפעם לפעם. המערערת התכחשה לעסקה וטענה כי לא נתנה לה את הסכמתה. כמו-כן טענה המערערת כי ממילא העסקה משוללת תוקף בהעדר מסמך כתוב. בית-המשפט העליון (השופטת חיות) החיל על נסיבות המקרה את הלכת קלמר, בקובעו כי המקרה מעורר את "זעקת ההגינות" לנוכח ההסתמכות על החוזה (שכבר בוצע והושלם) ולנוכח חוסר תום-הלב של המערערת. יוער כי בנסיבות העניין אכיפת ההסכם לא הייתה אפשרית, אולם בית-המשפט הורה על פיצוי בגובה תשלום שוויו של הנכס ("חלף-אכיפה"). החשוב לענייננו הוא שבית-המשפט אימץ לחלוטין את קביעתו העובדתית של בית-המשפט המחוזי שלפיה אין כל ספק בדבר הסכמתם של הצדדים לעסקה מבחינה מהותית, הגם שהסכמה זו לא מצאה את דרכה למסמך כתוב. כפי שכבר צוין, מתן סעד של אכיפה במקרים מעין אלה עולה בקנה אחד עם עקרונות-היסוד של דיני חוזים שבהם אנו מתמקדים, כפי שתוארו לעיל. עמדתנו זו, שלפיה קיומה של הסכמה הוא שעומד ברקע הנכונות להעניק סעד של אכיפה במקרים שבהם אין חוזה מחייב מוגמר, נתמכת בפסיקה מאוחרת, שלפיה ניתן אומנם להעניק את סעד האכיפה גם אם לא נכרת לכאורה חוזה מחייב, אך זאת רק במקרים "מיוחדים ונדירים ביותר".⁸² מהם אותם מקרים נדירים? כפי שהשופט מלצר מנסח זאת בעניין מזר, מדובר רק במקרים שבהם "ההסכמות אליהן הגיעו הצדדים מקיימות כבר כשלעצמן את יסודות גמירת הדעת והמסוימות".⁸³

עמדה דומה הובעה בעניין קל בנין, שבו נידונה השאלה האנלוגית אימתי ייפסקו פיצויי קיום בגין הפרת החובה לנהל משא-ומתן בתום-לב, בהתאם להוראת סעיף 12(ב) לחוק החוזים. בית-המשפט קבע כי הדבר ייעשה רק כאשר "המשא והמתן בין הצדדים הגיע לשלב כה מתקדם, עד כי תוכנו של ההסכם שאותו מבקשים הצדדים לכרות הוא ידוע. תנאיו גובשו, עם זאת אך בשל חוסר תום-הלב מנע השכלול הסופי של המשא והמתן לכדי חוזה",⁸⁴ או במילים אחרות, במקרים שבהם "המשא והמתן הבשיל, למעשה, לכדי חוזה, ורק ההתנהגות חסרת תום-הלב מנעה את שכלולו".⁸⁵ קביעה זו קיבלה תוקף זה לא כבר בפסק-דינה של

- 81 ע"א 8234/09 שם טוב נ' פרץ (פורסם בנבו, 21.3.2011).
- 82 רע"א 3160/08 מזר נ' גאון חברה לבנין והשקעות בע"מ, דינים עליון 2009(61) 680, פס" 9.
- 83 שם. השופט מלצר קובע תנאי נוסף לכך, והוא ש"יש 'פערי כוחות' ניכרים ביניהם [בין הצדדים לחוזה] – נ' א' וע' ר"ט" והועברה, או היתה נכונות להעביר סכומים נכבדים מתוך התמורה מ'הצד החלש' ל'צד החזק', כאשר 'הצד החזק' מונע בחוסר תום לב את חתימתו של ההסכם הפורמלי".
- 84 ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289, 301 (2002).
- 85 שם, בעמ' 302. ראו גם, מן העת האחרונה, ת"א (מחוזי י-ם) 2484-08 קרמר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.1.2014).

השופטת חיות בעניין מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ,⁸⁶ אשר זכה בכינוי הקליט עניין אפרופים II.⁸⁷

הדוגמה השנייה למקרים שבהם יינתן סעד של אכיפה בהעדר תוקף חוקי לעסקה התייחסה לחוזה פסול. בעניין זה אין בוודאי כל שאלה בדבר ההסכמה שהייתה בין הצדדים לעסקה הפסולה, שהרי הדיון בסעיף 31 לחוק החוזים מניח כאמור קיומו של חוזה שניתן לכפות את קיום ההתחייבויות על-פיו.

(ב) אכיפה בהעדר הסכמה

כפי שהסברנו, השיח החוזי יתקשה להסביר מצב שבו תוענק אכיפה כאשר אין בנמצא הסכמה בין הצדדים לעסקה. האם במצבים שעליהם חולשים שני חוקי איסור ההפליה ניתן לאתר הסכמה שתצדיק אכיפה? באופן עקרוני, ולהבדיל משני האתרים שנסקרו לעיל, כאשר אדם פונה לקבל סעד בגין הפליה ברכישה של מוצר או שירות או בגין הפליה בקבלה לעבודה, ברוב המקרים טרם נכרת עימו חוזה. אולם האם משמעות הדבר היא שההסכמה בין הצדדים חסרה? כעת ניכנס לעובי הקורה בניסיון לנתח את הדינמיקה של שאלת ההסכמה במסגרת חוקי איסור הפליה, במטרה למפות באופן מדויקדק מתי יתעורר אותו קושי.

3. העדר הסכמה – למה?

כבר הראינו כי שאלת ההסכמה היא קרדינלית לצורך הענקה של סעד האכיפה. כעת עולה השאלה האינטואיטיבית כמעט, והיא: "העדר הסכמה – למה?" כלומר, למה אי-ההסכמה של הצד המתנגד עשויה להתייחס? אפשרות אחת היא שההסכמה החסרה מתייחסת לעסקה בכללותה או לתנאים המהותיים הכרוכים בה. במצב כזה אחד הצדדים מסרב לתת את הסכמתו לעסקה המשפטית שהצד שכנגד מבקש לבצע או לתנאים מהותיים הנכללים בה. אפשרות אחרת היא שהעדר ההסכמה מתייחס לפרט אחד מסוים בעסקה, והוא מיהותו⁸⁸ של הצד לעסקה.

נמחיש את הרברים באמצעות דוגמה, הפעם מתחום המוצרים והשירותים. נניח שאדם מסוים מבקש לרכוש שירות או מוצר המוצעים לציבור, ומסורב מטעמים גזעניים. לצורך

86 ע"א 9073/07 מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ (פורסם בנבו, 3.5.2012).

87 לפסיקות שחזרו בהסכמה על הלכות אלה ראו ע"א 8144/00 עלריג נכסים (1987) בע"מ נ' ברנדר, פ"ד נז(1) 158 (2002); רע"א 235/12 אירוס הגלבוש בע"מ נ' עומר הנרסה בע"מ, פס' 9 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 27.2.2012); רע"א 1681/10 עיני נ' סידי, פס' ז-ח (פורסם בנבו, 5.7.2010). בע"א 434/07 פרינץ נ' אמירים מושב עובדים של צמחונים וטבעונים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פס' כא-כג (פורסם בנבו, 14.6.2009), ציין השופט רובינשטיין כי פסיקת פיצויים חיוביים במקרים אלה מצריכה זהירות רבה, ואף הזהיר, ברוח טיעוננו, כי קיים חשש שמא פסיקת פיצוי קיום מהווה כפיית חוזה שהצדדים לא הסכימו לו. בכך התבסס השופט על עמדתה של גבריאלה שלו. ראו שלו, לעיל ה"ש 47, בעמ' 162.

88 אנו משתמשים במונח "מיהות" לצורך נוחות בלבד. כוונתנו היא לתכונה מסוימת של המתקשר של שאינה רלוונטית כלל ועיקר לעסקה המתבקשת, ואף לא למיהותו של המתקשר באופן כללי (אשר לעיתים יכולה להיות לה השלכה לגטימית על רצונו של אדם להתקשר בעסקה).

הפשטות נדמיין מוסד חינוך פרטי – גן, למשל – שמסרב לקבל לשורותיו ילד ערבי. המוסד החינוכי, שמציע שירות לציבור כמשמעותו בחוק איסור הפליה, הפר בכך את הוראות החוק. כעת יוכל התלמיד (באמצעות הוריו) לתבוע את המוסד או את העומדים בראשו בבית-המשפט, ולעתור לקבלת סעד מסוג צו שמשמעותו "אכיפה" חוזית, דהיינו, סעד שיחייב את המוסד בכריתת חוזה שעיקרו מתן שירותי חינוך תמורת תשלום חודשי. שאלה מעניינת היא אם יינתן סעד של אכיפה במקרה כגון זה לנוכח העובדה שמדובר באכיפה של חוזה לשירות אישי, וזו מנוגדת לסעיף 3(2) לחוק התרופות. כזכור, עניין זה לא היווה בעיה ביחס לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, שכן בו קיים סעיף מפורש המתגבר על סייג זה בחוק התרופות. נציין בקצרה כי לשיטתנו אין קושי משמעותי לערוך אנלוגיה בין החוקים ולקבוע כי במקרים המתאימים לא יהווה בסיסו האישי של החוזה מכשול לצורך אכיפתו, אולם אין זה עיקר דיוננו כאן, ועל-כן נותר זאת בכך.

על כל פנים, מובן כי במקרה דנן המוסד החינוכי מסרב לכרות חוזה מול אותו תלמיד מסיבות פסולות. ברור גם כי ההסכמה, המונחת בבסיסו של הדין החוזי, חסרה כאן. אולם מה ניתן לומר על העדר ההסכמה במקרה זה? תחילה ניתן לשער כי ההסכמה אינה חסרה ביחס לתנאים עיקריים בהסכם: מיקומו של הגן, שעות פעילותו, זהות העובדים, המחיר בעבור השירות וכיוצא באלה פרטים. למעשה, בהינתן העובדה שמדובר ככל הנראה בחוזה אחד, העדר ההסכמה משתרע אך ורק על מיהות הצד המתקשר. משכך, ברי כי החופש לעצב את תנאיו של החוזה יישמר למוסד החינוכי אף אם יחויב בקבלת הילד לשורותיו.⁸⁹ אם כן, תנאי העסקה המגלמים את תוכנו של החוזה מוסכמים על הצדדים: הצד האחד, המוסד החינוכי, ניסח את תנאי החוזה והתקשר בחוזה דומה עם אחרים; והצד האחר, התלמיד, מעוניין לאכוף את כריתת החוזה עימו, ובכך מבקש למעשה לקבל על עצמו את תנאיו. לסיכום העניין, נראה שאפשר להסיק כי העדר ההסכמה נסב בנסיבות אלה סביב מיהות המתקשר בלבד. (כפי שיובהר להלן, גם בגדרי חוק זה ייתכנו מקרים חריגים שבהם העדר ההסכמה ישתרע על פרטים נוספים מעבר לשאלת מיהותו של המתקשר.) בטרם נפנה לדון בהשלכות הנורמטיביות של מסקנתנו זו, נבחן את הטענה גם ביחס לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. בניגוד לחוק איסור הפליה, לגבי חוק זה ניתן לדמיין ביתר קלות מצב שבו לצד העדר ההסכמה ביחס למיהות המתקשר יש גם חוסר הסכמה לתנאי העסקה בכללותה (או ברובה). דוגמה לכך תהא, למשל, במקרה שבו השיקולים המפלים נשקלו בשלב מוקדם של המשא-ומתן לכריתת חוזה העבודה, בטרם התגבשה הסכמה של המעסיק לגבי יכולתו של העובד לענות על דרישות התפקיד.⁹⁰ ניתן להניח שמצבים מעין אלה יתרחשו כאשר עילות הפליה גלויות למעסיק מלכתחילה – גזע, מין, גיל, לאום, דת, מוגבלות פיזית, היריון ועוד.

89 על חופש העיצוב ראו, למשל, עניין הדר חברה לביטוח בע"מ, לעיל ה"ש 55, פס' 23 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

90 מעיון בפסיקה נראה כי מקרה כזה טרם נקרה לפתחם של בתי-המשפט. כיום הנושא של התאמה לדרישות התפקיד מתעורר במיוחד בהקשר של תביעות פיטורים בשל הפליה. נושא קרוב לזה שאנו עוסקים בו הוא מקרה שבו מעסיק המפלה עובד בקבלה לעבודה טוען כי עילת הפליה (למשל, היריון) היא שפוגמת בהתאמתו של העובד לתפקיד. טענה זו הינה לגיטימית על-פי סעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, שלפיו "אין רואים הפליה לפי סעיף זה [ס' 2(א) לחוק] כאשר היא מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה". הכרחי לציין

במקרים אלה ההתנגשות עם פרדיגמת ההסכמה תהיה חזיתית, ואיתור ההצדקות לאכיפה יהא מורכב יותר, וייבחן על-ידינו בהמשך הדיון. במקרים אחרים הדמיון לחוק איסור הפליה יהיה משמעותי יותר, במובן זה שההסכמה לפרטים המהותיים של העסקה לא תהיה שנויה במחלוקת, והעדר ההסכמה יתמקד שוב במיהות המתקשר. כך יהיה, למשל, במקרה שבו חוזה העסקה הינו אחיד, והתאמתה של המועמדת לתפקיד התבררה ואושרה. דוגמה למקרה כזה אפשר למצוא במצבים שבהם המשא-ומתן התקדם באופן משמעותי, כך שההסכמות ביחס לפרטים המהותיים של העסקה כבר הושגו. למעשה, מקרה כזה יכול שיהיה אנלוגי לאתר השני שהבאנו במאמר, והוא התנערות בחוסר תום-לב ממשא-ומתן מתקדם לכריתת חוזה. עוד נוסיף כי אפשר להניח שעילות הפליה הרלוונטיות במקרים אלה יהיו נסתרות מעיני המעסיק – נטייה מינית, היריון בשלביו הראשונים, לאום (במקרים מסוימים) ועוד. משזיקקנו את שאלת העדר ההסכמה לעניין מיהות הצד המתקשר, להבדיל מהעדר הסכמה רחב יותר, מתעוררת כעת השאלה אם ניתן להצדיק בחירה בסעד של אכיפה (להבדיל מסעד של פיצויים) במקרים של הפרת חוקי איסור הפליה, וכיצד ניתן להצדיקה. נפנה כעת להציג את הדרך שבה ראוי לדעתנו לפרש את היקף תחולתם של חוקי איסור הפליה על הסעדים המדוברים, תוך שימוש מקביל (אך לא ממצה) בכלים חוזיים, ובפריזמת ההסכמה בפרט. הניתוח המוצע על-ידינו יאפשר הבנה עמוקה יותר של השיקולים הרלוונטיים שיש לשקול, ויבהיר באילו נסיבות הענקת סעד של אכיפה תהיה אפשרית על-פי הדין הנוהג.

ג. העדר הסכמה באשר למיהות המתקשר – ניתוח

1. הכלל

כפי שכבר הובהר לעיל, המחוקק הכריע במתח שבין הצורך בהבטחת שוויון והשתתפות בשוק לבין ערך האוטונומיה, וקבע איסורי הפליה פרטניים במסגרת גבולות גזרה ממוקדים. בחוק איסור הפליה קבע המחוקק מפורשות כי אין לשלול מצרכנים את האפשרות לרכוש מוצר או לקבל שירות מטעם מפלה. השאלה הפרשנית המתעוררת היא מהי תחולתו של האיסור ומה מידת השפעתו על האפשרות לזכות בסעד חוזי כתוצאה מהפרת החיוב לא להפלות. הצבענו על כך שביחס לעסקות של רכישת מוצר תתמקד ההסכמה החסרה, כמעט תמיד, בשאלת מיהותו של המתקשר בלבד. לא קשה להבין כי העדר ההסכמה למיהות המתקשר היא-היא אותה הפליה שהחוק ביקש לאסור ולהעניק סעדים כדי לשרשה. האם הענקת סעד חוזי של אכיפה במצב שבו העדר ההסכמה משתרע אך ורק על שאלת מיהותו של המתקשר תהיה מנוגדת לדין? לשיטתנו, התשובה לכך שלילית.

חוקי איסור הפליה אינם פועלים בריק משפטי. הם חולשים על עסקות חוזיות ומשנים את הדין ביחס אליהן. בעוד ששאלת האפשרות להעניק סעד של אכיפה בהעדר הסכמה למרכיבים מהותיים בעסקה נותרה פתוחה, נראה כי ביחס לסיכול עסקה בשל העדר הסכמה למיהות המתקשר הכריע המחוקק וקבע כי אפשרות כזו אינה קיימת עוד. קביעה ממוקדת זו, ככל שהיא נוגעת בהעדר הסכמה למיהות המתקשר במקרים המוגדרים המנויים בחוקי

כי טענה מסוג זה לא תתקבל במהרה. ראו, למשל, ע"ב (עבודה נצ') 2421/06 ברד – הועד המקומי אלוני אבא (פורסם בנבו, 14.7.2008).

איסור הפליה, צריכה לחלחל לשיטתנו גם לגזרת הסעד, ולהשמיע מאליה כי ככל שההסכמה החסרה נעוצה אך ורק בהפליה, אין עילה להתנגד לאכיפת החיוב.

כאמור לעיל, הדרישה לקיומה של זכות חוזית מהותית לשם הענקת סעד חוזי נועדה למנוע פגיעה בחירות השלילית של הצד המתקשר או באוטונומיה שלו. אולם אוטונומיה זו, כאמור, אינה קיימת עוד מעת חקיקתם של חוקי איסור ההפליה. הפגיעה בחירות להפלות כבר אושרה, ומתבטאת בקביעת האיסור ברובד המהותי.

הנה כי כן, בין שמקבלים שהאוטונומיה להפלות אינה קיימת כלל מלכתחילה,⁹¹ ובין שגורסים כי חקיקת איסור ההפליה העדיפה את ערך השוויון על האוטונומיה להפלות, בגזרה זו כבר נמסרה ההכרעה, ואין עוד לומר כי ההפליה יכולה להיות טעם למניעת התקשרות חוזית. מתן תוקף ממצה לאותו איסור שבדין מחייב להציע את שלל הסעדים על-פי החוק, ובכלל זה את סעד האכיפה. עמדתנו זו מהווה ביטוי לפרשנות ראויה (והכרחית, לדעתנו) של חוקי איסור ההפליה ושל היחס בינם לבין דיני חוזים. היא נותנת משקל ראוי לאיסור החוקי ומחייבת שתוצאת האיסור תתבטא גם במישור התרופה. ראוי להבהיר כי פרשנות זו דומה רעיונית לטענה כי מעת חקיקתם של חוקי איסור הפליה נקלט האיסור שבדיני חוזים (או בדיני טרום-חוזים) כחלק מחובת תום-הלב.⁹²

כללו של דבר, להשקפתנו, ככל שהעילה היחידה לאי-ההסכמה להתקשרות טמונה בהפלייתו של פרט שביקש להתקשר בעסקה, אי-אפשר להצדיק את שלילת אכיפתו של החיוב מטעמים חוזיים.

ואם בדיני חוזים עסקינן, יש לציין כי במקרים רבים ממיילא קיימת אפשרות לאכוף את החיוב תוך שימוש בכלים חוזיים מקובלים. תחילה, לעיתים הפרת האיסור החוקי להפלות תהווה גם הפרת חוזה שנכרת כדין. דוגמה מובהקת לכך ניתן למצוא בפרשה עדכנית וחשובה – עניין מקור ראשון.⁹³ כזכור, באותו עניין עמדה השאלה אם סירובו של העיתון הדתי-הלאומי "מקור ראשון" לפרסם מודעה על קיומו של קו תמיכה לחברי הקהילה הגאה מהווה הפרת חוק איסור הפליה. הסעד שהתבקש באותו מקרה היה פיצויים. אולם נראה שבנסיבותיו של עניין זה סעד מסוג צו עשה היה מתבקש ונכון. כזכור, במקרה זה חתם העיתון על הזמנת המודעה, והאגודה גילתה בדיעבד כי זו לא פורסמה במועד שנקבע בשל וטו שהטילה מערכת העיתון. בנסיבותיו של עניין זה מובן כי ההסכמה ביחס לכל הפרטים המהותיים בעסקה כבר ניתנה. אשר על-כן אי-פרסום המודעה על-ידי העיתון היווה הפרת חוזה, וסעד הצו (המהווה אכיפה) הוא סעד ראשון במעלה.

מקרה זה ממחיש יפה את ההתמזגות האפשרית שבין דיני התרופות בגין הפרת חוזה לבין התרופות המוצעות מכוח חוקי איסור הפליה. אולם יש להבהיר כי גם אילו נקבע

91 על-פי עמדה זו, ככל שזכות חוזית או קניינית נשענת על אוטונומיה, נובע מכך בהכרח – מכוח היות ההצדקה הזו general-right-based – שהזכות תקפה אם ורק אם ניתן להצדיקה במונחים בנייהכללה. ראו והשוו דורפמן, לעיל ה"ש 57; דגן, לעיל ה"ש 33.

92 ראו לעניין זה את התהייה, המוצגת להלן בה"ש 107, שהעלתה כהן, לעיל ה"ש 56. עם זאת, כרי שפיתוח העמדה שלפיה דוקטרינת תום-הלב קלטה לתוכה את איסור ההפליה עשוי להוביל לתוצאה מרחיבה אף יותר, שכן הדוקטרינה אינה חייבת לחפוף את האיסור החוקי המצומצם. במובן זה עמדתנו רזה יחסית, ונסמכת על מקור חקיקתי מפורש ומוגדר.

93 עניין מקור ראשון, לעיל ה"ש 70.

בנסיבות העניין כי טרם נכרת חוזה,⁹⁴ בנסיבות מעין אלה, כאשר כל הפרטים סוכמו והחוזה לא שוכלל פורמלית רק בשל שקילת שיקול מפלה, עקרון תום-הלב היה יכול ללא ספק לזכות את הנפגעת בצו אכיפה.

קיימות דוגמות נוספות לכך שהפרת איסור ההפליה תהווה גם הפרת חוזה. כך, למשל, בתחום של מכר מוצרים, פרידמן וכהן סבורים כי ראוי לאמץ את גישת הדין הצרפתי בסוגיה זו, שעל-פיה המוכר הוא מציע, ועל-כן "הצגת מוצרים בחלון הראווה, מעל המדפים, כל אלה הם בבחינת הצעות התקפות כל זמן קיומם במלאי של המוצרים נשוא ההצעה, וקיבולן בנכונותו של הלקוח לשלם".⁹⁵ מכאן, אם מאמצים קביעה זו, אזי כאשר לקוח כבר הביע נכונות לשלם אך סורב מטעם מפלה, מבחינה עיונית הסירוב נעשה לאחר שכבר נכרת חוזה, ועל-כן אין המוכר רשאי לסרב למכור, וסירובו זה מהווה הפרת חוזה שנכרת כדין. ומה אם עוד בטרם הביע הקונה נכונות לשלם חזר בו המציע מהצעתו (מטעם מפלה)? ככלל, עמדתו של חוק החוזים היא כי המציע הוא ארון להצעתו, ולכן הוא רשאי לחזור ממנה כל עוד לא בוצע הקיבול.⁹⁶ אולם המציע כפוף לחובת תום-הלב במשא-ומתן על-פי סעיף 12 לחוק החוזים. חובה זו עשויה להגביל את חירות הפרישה של המציע. קשירה של חובת תום-הלב לשלילת יכולת החזרה נעשתה במפורש בסעיף 5(ב) לחוק המכר (עשיית חוזים למכר טובין בין לאומי), התשל"ח-1978, הקובע כי "לאחר שנמסרה ההצעה לניצע ניתן לחזור ממנה, זולת אם החזרה באה שלא בתום לב או שלא מתוך הגינות מסחרית". על-פי העמדה המקובלת, חזרה בלתי-מורשית מהצעה היא משוללת תוקף.⁹⁷ על-כן הניצע רשאי להתעקש על קשירת החוזה, וזכאי לסעדים בגין הפרת חוזה מכוח הדין. גם אם מקבלים את העמדה כי לחזרה מההצעה יש תוקף, וכי המציע חב במישור הטרם-חוזי, כבר עמדנו על כך שהאפשרות לזכות בסעד של אכיפה בנסיבות אלה קיימת בדין הישראלי.⁹⁸ חשוב לציין כי עמדתם של פרידמן וכהן לעניין מכר מוצרים (המבוססת כאמור על עמדת הדין הצרפתי) התייחסה למכירה של "מוצרים חופשיים". כיום חוקי איסור הפליה מטילים חובה מן הדין לכרות את החוזה, ולכן אפשרות החזרה מההצעה נשללת מפורשות גם על-ידי הדין. אולם הדיון מנקודת-ראותם של דיני החוזים מהווה נדבך חשוב לניתוח דנן. הוא מבהיר את מרחב המחיה המשפטי של חוקי איסור ההפליה, ואת השפעתם על הדין שקדם להם. הוא חשוב גם לצורך הדיון באפשרות לזכות בסעד בגין הפליה מכוח דיני חוזים באותם מקרים שחוקי איסור הפליה אינם חלים לגביהם (ראו על כך להלן בתת-פרק 3).

94 כך קבע בית-המשפט קמא באותה פרשה: תא"מ (שלום ת"א) 10-11-44551 האגודה לשמירת הפרט נ' מקור ראשון המאוחד בע"מ (פורסם בנבו, 28.12.2011). להידרו של בית-משפט השלום, לא נכרת עדיין הסכם מחייב בין הצדדים, שכן פרסום המודעה בעיתון היה כפוף לאישור סופי של העורך האחראי בעיתון. בית-המשפט קיבל את עמדת העיתון כי זהו תנאי מתלה, וכי לפיכך כל עוד לא נתן העורך את אישורו, ההסכם אינו מחייב את העיתון.

95 פרידמן וכהן חוזים א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 185.

96 ס' 3 לחוק החוזים.

97 פרידמן וכהן חוזים א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 263.

98 השוו לדין בעניין ע"א 651/82 מדינת ישראל נ' החברה האילתית לשירותים באוניות בע"מ, פ"ד מ(2) 785 (1986), אצל פרידמן וכהן חוזים א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 304-311.

מכל מקום, חשוב לשים לב כי ההנחה שלפיה הצגת מוצרים מאחורי חלון-ראווה או על-גבי מדפים מהווה "הצעה" במובן של חוק החוזים, ולא הזמנה להציע הצעות, מתעלמת מן הדיון בשאלת רצונו של המוכר והעדפותיו בהקשר של שאלת ההפליה, ובכך יש לה יתרון ניכר.⁹⁹ היא מטשטשת הכרעה ערכית ומציגה עמדה ניטרלית לכאורה. אולם הפריזמה המוצעת בדין הצרפתי מבוססת, לעמדתנו, על היגיון חוזי-מסחרי מובהק. זאת, מכיוון שהצבת מוצר על מדף בחנות – ובאופן רחב יותר, פתיחת שערים לציבור – מהווה לעמדתנו מצג חזק ביחס לרצונו האובייקטיבי של המציע להתקשר בעסקה עם אדם בלתי-מסוים. ננמק. על-פי קו טיעון זה, כשם שעצם העובדה שמוצר נמצא על המדף מבטאת, באופן חיצוני, את הכוונה להתקשרות מחייבת באשר לזהות המוצר ולמחירו, וכשם שתנאי השוק מכתיבים את אופי העסקה (תשלום מיידי, בקופה, במזומן או באשראי),¹⁰⁰ כך ניתן לזהות ביטוי חיצוני להסכמה מחייבת להתקשר עם כל אדם ללא קשר לזהותו.¹⁰¹ הסכמה זו נלמדת מהפנייה הכללית לציבור בלתי-מסוים. אכן, לפתיחת קניין פרטי לשימושו של הציבור הרחב (גם בהעדר כוונה סובייקטיבית להעמדתו לציבור כולו) יש לייחס תוקף.¹⁰² כאן יכולה להישמע הטענה כי בהעדר אפשרות חלופית לפתוח עסק מפלה, אין לייחס משקל למצג המיוחס לבעל העסק. עמדה זו אינה מקובלת עלינו במלואה. ביטוי רצוני בדיני חוזים אינו מחייב הוכחה שקיימות חלופות דומות או קרובות. ביטוי של מבע רצון נלמד על יסוד הנסיבות, הנוהג והתנאים המסחריים הנוהגים. כמו-כן ברי כי בעצם הבחירה בעיסוק מסוים גלומה בחירה רצונית (אף אם מוגבלת).¹⁰³

99 לדיון ממצה ראו פרידמן וכהן חוזים א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 183-186. כן ראו גד טדסקי "הצעת נכסים ושירותים לציבור או הזמנה למו"מ" מסות במשפט 84 (1978).

100 עסקה כזו, שבה אדם רוכש מוצר בחנות, מכונה "עסקה ריאלית". יש התופסים אותה כעסקה שאינה חוזית, מתוך תפיסה שלפיה דיני החוזים מתמקדים בהבטחת (הצופות פני עתיד). עמדה זו אינה מקובלת על פרידמן וכהן, והטעמים שהם מציגים לכך משכנעים בהחלט. ראו פרידמן וכהן חוזים א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 7-8 ("לעיסקה הריאלית ולוא הפשוטה ביותר (דוגמת קניית מצרכים במכולת) נלוות התחייבויות שונות בדבר טיב הנכס, התאמתו או לפחות זכות המוכר להעבירו למקבל").

101 במאמר מוסגר יצוין כי שאלת כוונתו של אדם להפלות או לא להפלות תלויה בתפיסת השוויון שלו. אכן, ניתן להניח כי במקרים רבים אדם בוחר במודע להפלות מתוך תפיסה שקיים אומנם שוויון מהותי בין כל בני-האדם אך ערך זה אינו חשוב דיו בעיניו וכך גם כבודו של האדם שאותו הוא בוחר להפלות. לעומת זאת, אפשר בהחלט לשער כי קיימת אצל פרטים מסוימים תפיסה אחרת של שוויון, שמניחה שוני אמיתי בין סוגים שונים של אנשים, כך שהדרתם ממרחב מסוים או שלילת יכולתם לרכוש שירות אינה עולה כדי הפליה. מכיוון שרשימה זו מתבססת במהותה על עקרונות ליברליים הרווחים בשיטתנו, איננו מזהים צורך ממשי לדון בנפקותה של תפיסת השוויון האחרונה לצורך ההבחנות שאנו עורכים.

102 ראו והשוו לעמדתו של דגן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 75 ("המאפיין המשותף של הקניינים הפרטיים שמסדיר החוק הוא בכך שבעליהם פתח אותם לשימוש הציבור הרחב. פשיטא שיש למאפיין זה השלכות באשר למידת ההצדקה בהחלה ישירה או עקיפה של נורמות ציבוריות על הקניין הפרטי. אבל מאפיין זה משנה גם בתוך הקניין פנימה").

103 ראו והשוו לעמדתו של השופט שפירא בע"א (מחוזי חי') 3724/06 קיבוץ רמות מנשה נ' מזרחי (פורסם כנבו, 7.1.2008): "החוק יצר נוסחת איוון בין זכותו של בעל הקניין הפרטי

הטענה היא שכאשר פרט מציע את מרכולתו לציבור, הוא מביע בכך את גמירת דעתו להתקשרות בעסקה חוזית מחייבת מול אדם בלתי-מסוים. לשון אחר, פנייתו לציבור טומנת בחובה, מנקודת-ראות אובייקטיבית, את התנאי שלפיו ההתקשרות תיעשה מול כל אדם שיחפוץ בהתקשרות כזו.¹⁰⁴ מובן כי מדובר בהנחה שניתנת לסתירה. אולם היא יעילה במובן זה שהיא קולעת לרוב המוחץ של העסקות המדוברות. בתוך כך יצוין כי רבות מהעסקות בשוק נשלטות כיום על-ידי הוראות הדין: בעל המקום חייב להגיש קבלה ללקוח, חלק מהמוצרים שהוא מוכר מפוקחים, עליו להציג את המחיר באופן מסוים ועוד. דיני חוזים חלים אם כן על עסקות רבות הנשלטות (מזוויות שונות) על-ידי הוראות דין כופות. אולם אין בכך כדי לשלול כוונה להתקשרות מחייבת, היכולה להילמד על יסוד התנהגות מקובלת. כאשר אדם פותח את שערי העסק שלו לציבור הרחב, ואינו מעמיד כל תנאי פומבי ביחס ללקוחות שעיימם יבצע עסקה, יש לקבל כי מדובר במבע רצון להתקשר עם אדם בלתי-מסוים שמוכן לשלם את המחיר הדרוש.

בגדריה של נקודת-מבט זו ניתן לחשוב כי אדם שלא חשף את העדפותיו המפלות בפומבי, בדרך של הודעה מפורשת כי יסרב להעניק שירות לציבור מסוים, מרוויח מהסוואה זו רווח מסוים. כך, קיים ציבור רחב שלא היה מסכים לרכוש שירותים מאדם גזעני אילו ידע על נטיותיו המוצהרות. נוסף על כך, הסוואת נטיותיו הגזעניות של בעל עסק יכולה לחסוך ממנו חרמות ופגיעה משמעותית במוניטין. לכל אלה יש ערך כלכלי ניכר, אשר נותן השירות ניכס לעצמו מתוך העדפה כלכלית על ה"רווחים" שלו מהיכולת להפלות.¹⁰⁵ מדובר אפוא במצב לציבור שמעניק לבעל העסק יתרונות מובהקים.

כללו של דבר, הגישה המוצעת מבטאת הנחה כי בהעדר ראיות סותרות, פנייה לציבור בלתי-מסוים מהווה למעשה הצעה להתקשרות מחייבת עם כל אדם. שאלה חשובה היא,

לעסוק בעסקו כרצונו, ורשאי הוא לבחור שלא להיות בגדר של 'מקום ציבורי' ושלא לספק 'שירות ציבורי' כלל ויכול הוא להגביל את פעילותו בגדר הוראות סעיף 3(ד) לחוק. משבחר הוא להיות, משיקוליו הכלכליים, 'מקום ציבורי' או ספק 'שירות ציבורי', כי אז יחולו עליו ההגבלות המנויות בחוק איסור הפליה. "כן ראו את עמדתה של סגנית הנשיאה וסרקרוג שם, בפס' 24 לפסק-דינה: "במקרה דנן החירות הכלכלית לנהל מועדון ולעשות כן שלא על בסיס התארגנות מסויגת מראש, נתונה לבעל המועדון, והוא *בחר* במועדון הפתוח לרבים" (ההדגשה הוספה).
104 להבהרת הטענה ניתן לערוך אנלוגיה לדוקטרינה משפטית אחרת: התנהגות חופשית במקור *actio libera in causa*. לפי דוקטרינה זו, הממוקמת במשפט הפלילי, אדם שבחר, באופן אוטונומי, להכניס את עצמו למצב שבו הוא עלול להיות נטול כל שליטה, יישא באחריות לבחירותיו הלא-רצוניות בעת אותה פעולה, ולא תעמוד לו הגנה של העדר שליטה (ס' 34 יד לחוק העונשין, התשל"ז-1977). באופן דומה ניתן לגרוס כי אין זה ראוי, דווקא מתוך שיח של אוטונומיה, להתעלם כליל מהסכמה רצונית מוקדמת בזמן, מצד הפרט שהפלה, באצטלה של הגנה על ערך האוטונומיה (בדמות חופש החוזים השלילי של בעל המקום).

105 במובן-מה ניתן לראות את הדין הפוזיטיבי, על הצד הנזיקי שבו, יחד עם האפשרות לזהות הסכמה מוקדמת יותר לא הפלות, כמכשיר כלכלי לחשיפת ההעדפות האמיתיות של השחקנים בשוק. במצב דברים זה על בעל עסק או נותן שירות להצהיר מראש בפומבי אם הוא גזען או לא, ובכך יש כדי לתמרץ אותו בצורה כלכלית לשקול שיקולים שעל-פי השיטה המשפטית הנוהגת נתפסים כמסוריים.

כמובן, מהו הדין לגבי מצב שבו בעל עסק מסייג מראש, בעת הפנייה לציבור, את האפשרות להתקשר עם כל אדם. ניתן לחשוב על מצב קיצון שבו בעל חנות תולה שלט מחוץ לחנותו המבהיר כי המוצרים במקום אינם מוצעים לערבים. דוגמה אנלוגית לכך בשוק העבודה היא פרסום מודעת דרושים המציינת כי המשרה אינה מוצעת לשחורים.¹⁰⁶ יש להבהיר כי באקלים המשפטי-החברתי של ישראל כיום יש לשער כי מצבים מעין אלה לא יהיו שכיחים. ובכל-זאת – האם יש לדיני חוזים מה להציע גם במצבים אלה?

אפשרות אחת היא להציע כי בעל העסק מסכים לערכיה של השיטה, ובפרט להעדר היכולת להפלות (הסכמה לערך השוויון).¹⁰⁷ דרך אחרת היא לטעון כי בעצם רצונו של פרט לפתוח בית-עסק, כזה שמציע את מרכולתו לציבור רחב, הוא נותן ביטוי חיצוני להסכמתו לקבל על עצמו את כללי המשחק המסחריים. בכלל זה, בוודאי מעת חקיקתו של חוק איסור הפליה, הפרט בוחר לא להפלות כתנאי להפעלת העסק.

טיעונים מעין אלה אפשריים בוודאי, אך עשויים להיראות מאולצים, ולו במובן זה שהם מניחים כי דיני חוזים כבר קלטו את איסור הפליה (דרך דוקטרינת תום-הלב או תקנת הציבור). ממילא נראה כי מעת חקיקתם של חוקי איסור הפליה אין עוד צורך להצדיק באמצעות הטיעונים לעיל את האפשרות לאכוף עסקה מקום שחוקי איסור הפליה חלים והעדר ההסכמה מתייחס למיחות המתקשר בלבד. אולם כפי שיודגם להלן, לניתוח החוזי המנותק מהאיסורים הקבועים בחקיקה הפרטנית עשוי להיות שימוש חשוב – הן ביחס למקרים שבהם העדר ההסכמה רחב יותר והן ביחס למקרים שהאיסור החוקי אינו חל עליהם. בנסיבות אלה לשאלות שהוצגו לעיל (ביחס לדוגמות הסותרות את ההנחה הבסיסית בדבר מבע רצון להתקשרות עם כל פרט בציבור) עשויה להיות חשיבות מסוימת. נרחיב על כך להלן בתת-פרק 3ג.

106 דוגמה ישראלית לכך קיימת בפסיקה כתב"ע (ארצי) נא/8-3 מדינת ישראל – חברת גסטטנר ישראל בע"מ, פד"ע כד' (1) 65 (1992). במסגרת אותו עניין הגישה המדינה כתב אישום פלילי נגד המשיבה על-פי הוראת ס' 8 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, וזאת לאחר שהאחרונה פרסמה מודעה בזה הלשון: "גסטטנר ישראל בע"מ. בוא והצלה איתנו אם אתה נציג מכירות מעולה. זו ההזדמנות שלך. אנו מחפשים את הטובים ביותר להרחבת מערך המכירות שלנו. הכישורים הדרושים: יכולת ניהול מו"מ. יחסי אנוש טובים. נסיון מתאים במכירות." החברה זוכתה על-ידי בית-הדין האזורי, בזיקה לעובדות שהוסכמו בין הצדדים שלפיהן התפקיד המוצע כלל הרמת משא כבד לקומות גבוהות בכתי מגורים ללא מעלית. יוער כי בית-הדין הארצי הפך את ההחלטה, בקובעו כי יש ליתן פרשנות מצמצמת לסייג הפליה הקבוע בס' 2(ג) לחוק. ראו והשוו כהן, לעיל ה"ש 56, בעמ' 134-135, אשר תהתה: "השאלה היא האם ניתן לטעון שעקרונות השיטה כיום כוללים איסור הפליה גם במשפט הפרטי, והם מופנמים לתוך החובה לפעול בתום לב ובדרך מקובלת או לעקרון הכללי של תקנת הציבור?" כן ראו בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם כנבו, 5.2.2013): "ערכי היסוד של השיטה 'מחלחלים' אף אל תחום דיני החוזים, ומשפיעים על תפיסות היסוד שלהם, ובכלל זה על תקנת הציבור שלהם..." בציינה זאת התבססה השופטת ברק-ארז על המאמרים הבאים: אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (יצחק זמיר עורך, 1993); דפנה ברק-ארז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הניזקין: המהפכה השקטה" קריית המשפט ח 11 (2009).

נסכם. אדם המבקש להציע את מוצריו לציבור שואף להשיא את רווחיו ולהגיע לקהל גדול ככל האפשר של קונים. במצב כזה הפרט המפלה מבקש ליהנות משני העולמות: מצד אחד, להגיע לציבור רחב של קונים, ובכך להשיא את רווחיו; ומצד אחר, להעדיף אי-מכירה לקונים מסוימים כדי להשיא תועלות אחרות. עמדה זו נשללת כיום על-ידי הדין, והטעמים לכך ברורים.¹⁰⁸ אי-אפשר עוד לומר כי העדר הסכמה למיהות המתקשר שולל את האפשרות להעניק סעד חוזי. צירוד בעמדה הדוחה את האפשרות להעניק סעד של אכיפה במקרים אלה יעמוד, לשיטתנו, בסתירה בוטה לחקיקת איסור ההפליה, וקשה להעלות על הדעת טעם חוקי שיתמוך בכך.

אולם, וכאן הדגש, פני הדברים שונים במקרים שבהם קיים העדר הסכמה ביחס לתנאים נוספים מעבר למיהות המתקשר. במקרים אלה האפשרות להעניק סעד של אכיפה תעורר קושי ניכר, ואין לומר כי חקיקת איסור ההפליה מספקת לצורך זה פתרון נאות. מקרים אלה יהיו בוודאי נפוצים יותר בעולם העבודה ובחוזי שירות. במקרים כאלה אפשר בהחלט שיוותר העדר הסכמה ביחס לפרטים מהותיים, שלגביהם נתונה למעסיק אוטונומיה מלאה ולגיטימית (בבחירת כישוריו של המועמד לעבודה, למשל). עמדתנו היא כי במקרים אלה האפשרות להעניק סעד של אכיפה היא מוקשית, וכי אין לראות בחוקי איסור ההפליה משום מקור חוקי להצדקת הסעד.

ביקורת אפשרית על עמדה זו היא כי קבלתה משמעה שאיסור ההפליה "משותק" דווקא במקומות הקשים. כך, למשל, מעסיקים מתוחכמים ידעו להפלות את דורשי העבודה בשלב מוקדם, אשר לא יאפשר לבודד את העדר ההסכמה לשאלת מיהותו של המתקשר בלבד. חרף הקשיים, בהעדר הכרעה ערכית שמשמעותה ויתור מוחלט על האוטונומיה הלגיטימית הנתונה למעסיק או למציע השירות (להבדיל מה"אוטונומיה" להפלות, הכרוכה בשאלת מיהותו של המתקשר), איננו רואים כיצד דיני החוזים הקיימים או חוקי איסור ההפליה מאפשרים להורות כן. לצורך כך נדרשת הכרעה ערכית נוספת, שעניינה – לאמיתו של דבר – מעין העדפה מתקנת או התערבות חיובית בוטה ביותר בחופש שעדיין מסור על-פי דין לפרטים בתחומי המשפט הפרטי.

אין משמעות הדברים שאי-אפשר לחשוב על סעדים מסוג צו שעשויים להתאים בכל-זאת למקרים שבהם העדר ההסכמה רחב יותר. כך, למשל, אם נתמקד לרגע בהפליה בעבודה, נראה לנו כי מקום שהצדדים – המעסיק ודורש העבודה – טרם הגיעו להסכמה על-אודות הפרטים המהותיים ובדבר התאמתו של דורש העבודה למשרה, והעובד חש כי הופלה, הוא יוכל לעתור לקבלת סעד של אכיפה, אולם של המשא-ומתן בלבד. במה דברים אמורים? כאמור, חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה מאפשר אכיפה של החיוב החוזי המהותי, דהיינו, של חוזה העבודה. עמדתנו על הקשיים שהדבר עלול לעורר בהיבט של הפגיעה באוטונומיה של המעסיק. אולם אין כל חולק כי כאשר מעסיק מתחיל לקיים משא-ומתן עם דורש עבודה, הוא מבטא בכך את הסכמתו לניהול המשא-ומתן. ביטוי זה דומה להנחת מוצר על מדף, וייתכן שיסוד ההסכמה במקרה זה חזק אף יותר, מפני שההסכמה הינה מפורשת, ומתייחסת

108 לטובת שלמות התמונה יובהר כי לעיתים הפליה מהווה דווקא אמצעי להשאת רווחים. ניתן לחשוב, למשל, על עסק שמבוסס על מכירה לציבור חרדי, אשר עלול להיפגע כלכלית אם יעסיק אדם שמאפייניו אינם מקובלים על הקהילה.

באופן ספציפי לדורש עבודה מסוים. אולם במצב שבו התאמתו של העובד טרם התבררה, שכן המעסיק קטע את המשא-ומתן באיבו מטעמים מפלים, האפשרות להורות על כינון יחסי עבודה מחמת שקילת שיקולים מפלים היא מוקשית, שכן היא פוגעת באוטונומיה הלגיטימית המסורה למעסיק לבחור את עובדיו. לעמדתנו, במקרים אלה יוכל דורש העבודה לעתור לאכיפת המשא-ומתן מול המעסיק. על המעסיק תוטל החובה לנהל משא-ומתן בתום-לב עם דורש העבודה. הפגיעה באוטונומיה של המעסיק תהא מוצדקת לנוכח הסכמתו הראשונית לניהול משא-ומתן. עם זאת, לא תיפגע הפרוגטיבה שלו לבחור את עובדיו.

לשיטה זו יש יתרונות נוספים. למשל, העובד יוכל לנצל את ההזדמנות השנייה של משא-ומתן כדי לאסוף ראיות בדבר קיומם של שיקולים מפלים ביסוד ההחלטה לא להעסיקו – יסוד שהינו עקב אכילס של דיני ההפליה המודרניים, במיוחד בהקשר התעסוקתי.¹⁰⁹ חשוב להדגיש כי האוטונומיה של העובד נתונה לו, שהרי הוא שבוחר לעתור לקבלת הסעד, וזאת מן הסתם אך במקרים שבהם חרף התנהלותו הפוגענית של המעסיק הוא עודנו מעוניין בעבודה. יש לזכור בהקשר זה כי העובד רשאי להסתפק בתייעת פיצוי בלבד, ולא לדרוש אכיפה.¹¹⁰ יתרון נוסף הגלום בשיטה זו טמון בכך שכאשר בית-המשפט מורה למעסיק לקיים משא-ומתן בתום-לב ובנפש חפצה, רובצת על צווארו של המעסיק כל אותה עת חרב הפיצויים שעלולים להיפסק נגדו. כאן יש לזכור כי לצורך קבלת פיצוי כאמור – וזאת אם מאמצים את "מודל ההכתמה" (שבו אנו תומכים) להוכחת הפליה מצד המעסיק במישור המהותי – די בהוכחת שקילת שיקולים מפלים על-ידי המעסיק, אף אם התלוו אליהם גם שיקולים לגיטימיים.¹¹¹

זאת ועוד, חשוב להבהיר כי במקרים שבהם האפשרות להעניק צו אכיפה תישלל, לנוכח העדר הסכמה של המעסיק או מציע השירות לפרטים מהותיים ורלוונטיים, לא ייוותר הנפגע ללא מענה. כך, למשל, הפעולה שתוארה לעיל, שבמסגרתה אדם מפלה במתן שירות באופן מפורש ומראש (על-ידי הצבת שלט מחוץ לחנות), מנוגדת לסעיף 3 לחוק איסור הפליה, ולפיכך תגרור הטלת אחריות נזיקית, שעיקרה תשלום פיצויים ללא הוכחת נזק בשווי של כ-50,000 ש"ח.¹¹² בהנחה שהצבת השלט מנעה מלכתחילה אפשרות להגיע להסכמה על פרטים הכרחיים לכינון העסקה, ייאלץ הנפגע מההפליה להסתפק בסעד אזרחי מעין זה. נוסף על כך, הפרת סעיף 3 יכולה עשויה להביא לידי הטלת אחריות פלילית על המפלה, שיכולה להוביל להטלת קנס בגובה 150,600 ש"ח.¹¹³ נוסף על כך יש לשים לב כי הסנקציות העונשיות אינן מסתכמות בקנס חד-פעמי בלבד, שהרי סעיף 9(ב) לחוק איסור הפליה מבהיר כי הפרה חוזרת של החוק (המהווה עברה, כאמור) יכולה להוביל לסגירת מקום העסק, וזאת נוסף על כל עונש אחר. באופן דומה, אם בית-המשפט יחשוב כי נפגע מהפליה בקבלה לעבודה יכול להסתפק בפיצויים, הוא יוכל להעניק לו סעד (נזיקי) זה כדי לרפא את הפגיעה בכבודו

109 רבין-מרגליות, לעיל ה"ש 13.

110 כפי שקורה בישראל ברוב המקרים, ולמעשה, נכון למועד זה – תמיד. ראו, למשל, תע"א (אזורי ת"א) 9690-09 אבבה – א.א. מוקד 101 בע"מ (פורסם בנוב, 23.10.2012).

111 לדיון מקיף ב"מודל ההכתמה" ראו רבין-מרגליות, לעיל ה"ש 13.

112 שיעור זה מעודכן ב-16 לכל חודש בהתאם לשיעור ההפרש בין המדרד החדש לבין המדרד של חודש אוקטובר 2000. ראו ס' 5(ב) לחוק איסור הפליה.

113 ס' 9(א) לחוק איסור הפליה. הסעיף מפנה לכפל הקנס הקבוע בס' 61(א)(3) לחוק העונשין.

כתוצאה מההפליה, כאמור בתורת העוולות החוקתיות.¹¹⁴ המייחד מקרים אלה הוא שהסעד שיוענק בהם אינו חוזי, ולפיכך שאלת ההתגברות על העדר ההסכמה אינה מתעוררת. זהו מצב נזיקי-עונשי, שעניינו חורג מדיני החוזים.

כאן המקום לציין כי ביקורת אפשרית על עמדתנו היא כי המהלך המוצע חותר תחת דיני איסור ההפליה, המעדיפים את ערך השוויון על האוטונומיה. על-פי קו טיעון זה, התרופות המפורטות בחוק (או הנגזרות מהדין הכללי) נלוות לאיסור המהותי להפלות, ונועדו להגשימו. אשר על-כן יש לתת ביטוי גורף לאיסורים המדוברים, יהיו התוצאות אשר יהיו. המענה לכך פשוט, ועיקרו: לא נכון, וממילא לא בכל מחיר. כאמור לעיל, מטרתנו ברשימה זו היא לנסות להגדיר מהו היקף האיסור שנקבע בחוקי איסור הפליה, וכיצד יש לשלב דינים אלה עם הדין הכללי. דיון דומה טרם נערך. להשקפתנו, בקביעה כי דיני איסור הפליה פוגעים במודע באוטונומיה של הפרט המפלה אין כדי להצדיק שלילה גורפת של האוטונומיה הנתונה לפרטים הפועלים בספרה הפרטית, על-ידי מתן סעד שאינו מתיישב עם נסיבות ההפרה ועם השיקולים הרלוונטיים לה. חוקי איסור הפליה קובעים איסור בעל תחולה מצומצמת ומוגדרת.¹¹⁵ בחוק אף קבועים חריגים המתייחסים למצבים שבהם האיסור אינו חל.¹¹⁶ מובן כי האיסור מחלחל למישור הסעד ומשפיע על הדין הכללי. מסיבה זו הבהרנו כי ככל שהעדר ההסכמה נוגע אך ורק בשאלת מיהותו של המתקשר, אין לקבל שמכוח דיני חוזים (או כל דין אחר) יש לסכל מתן סעד שמטרתו להביא לידי ביצוע העסקה המדוברת. אולם מכאן ועד קבלת הטענה האפשרית שלפיה כל הפליה יכולה להביא לידי אכיפת חיוב חוזי – אפילו כאשר קיימת גם אי-הסכמה שבינה לבין הפליה אין כל קשר – הדרך רחוקה. זאת ועוד, נראה שטענה מעין זו חותרת תחת הנחה בסיסית במשפט שלפיה יש להבחין בין עילות משפטיות שונות. אכן, לכל דין יש מטרות והצדקות אחרות.¹¹⁷ העובדה שהדינים עשויים להשפיע מכיוונים שונים על אותה מערכת עובדתית (ואף להוביל לתוצאה ערכית קרובה) אינה מלמדת כי אין עוד צורך בהבחנה בין הדינים. הדברים יפים במיוחד בשים לב לכך שחוקי איסור ההפליה מעמידים כאמור לנפגע מההפליה שלל סעדים. כמו-כן יש לזכור כי תחולת הדיון מוגבלת לפן התרופתי של האיסור, ואין בו כדי לשלול הכרה נרחבת באיסור ההפליה במישור המהותי.

בהעדר הכרעה נוגדת בחוקי איסור הפליה, נדרש לדעתנו להביא בחשבון את עקרונות הדין הכללי (ובכלל זה דיני חוזים), ולנסות לפרש את היקף תחולתם של חוקי איסור הפליה בשים לב לדינים אלה ולרציונלים הניצבים בבסיסם. אכן, אפשר בהחלט שבעתיד יכריע המחוקק ויקבע כי מוצדק לכפות מתן שירות או העסקת עובד חרף העובדה שלא התגבשה

114 רפנה ברק-ארוז עוולות חוקתיות 161 (1994).

115 משה כהן-אלהי "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" עלי משפט ג 15 (2003); מדינה, לעיל ה"ש 12.

116 ראו, למשל, ס' 3(ד) לחוק, המדבר על מצב שבו "הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי".

117 ראו, למשל, את מאמרו המכונן של ג'רום הול, אשר עוד במחצית הראשונה של המאה העשרים עמד על ההבחנות בין דיני הנזיקין לבין דיני העונשין ובין שניהם לבין דיני החוזים: Jerome Hall, *Interrelations of Criminal Law and Torts: I*, 43 COLUM. L. REV. 753 (1943). ראו גם פרידמן וכהן חוזים א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 96-100.

הסכמה על פרטי העסקה. אולם אין לומר כי מאיסור ההפליה הקיים כיום בחוק יש ללמוד כי הכרעה כאמור כבר ניתנה, ואיננו סבורים כי בשלה העת לקבוע כי נכון להקריב את האוטונומיה שמסורה עדיין למעסיק או לבעל עסק מפלים על מזבח הרצון להיטיב עם הנפגע מההפליה גם כאשר אין קשר מתאים בין ההפליה לבין אי-קשירת החוזה.

2. יישום

בשלב זה נבקש להדגים כיצד ניתן ליישם את הטיעון המוצע על-ידינו על חוקי איסור הפליה. עיון זה יאפשר לנו לזקק את שאלת-האיסור במאמר – אימתי יהיה זה נכון להעניק סעד של אכיפה בשל הפרת חוקי איסור הפליה.

(א) חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה

כפי שכבר צוין, במקרים שבהם הפליה מצד המעסיק פוגעת בערך השוויון, בית-הדין לעבודה רשאי להעניק לנפגע "צו מניעה או צו עשה, אם ראה שהענקת פיצויים בלבד לא תהא צודקת".¹¹⁸ יש לשים לב שמההיבט התרופתי סעיף 10(א)(2) לחוק מאפשר אומנם להעניק סעד של אכיפה נגד מעסיק שהפלה בקבלה לעבודה, קידום או פיטורים,¹¹⁹ אולם מתנה זאת בתנאים,¹²⁰ ביניהם התנאי שהענקת פיצויים בלבד "אינה צודקת". אם כך, נראה שהסעיף עצמו מכיר בכך שסעד האכיפה על רקע הפליה בתעסוקה לא יהיה ראוי תמיד. בפן המהותי, במשפט הישראלי אומץ "מודל ההכתמה" להוכחת הפליה בעבודה.¹²¹ החוק הישראלי אף מקל על נפגעים מהפליה להוכיח את עילת ההפליה, באמצעות העברת נטל השכנוע אל כתפי המעביד, קרי, המעביד נדרש להוכיח כי החלטתו התקבלה על יסוד שיקולים ענייניים (במודל של מעין "הוכחה לכאורה").¹²² מדובר בתפיסה ראויה ומוצדקת, המעניקה תוקף אפקטיבי והכרחי לאיסור ההפליה. היא מכירה בכך שדי בשקילת שיקול מפלה לפגוע בכבוד הנפגע ולאפשר לו לתבוע תיקון של העוולה. אולם בפן התרופתי, כפי שכבר הבהרנו, עמדתנו היא שאין לקבל כי די בשקילת שיקול מפלה להוביל לתוצאה של כינון חוזה. הכרה באפשרות כזו היא קשה במיוחד לנוכח אופי העסקה הנדונה, שכן משמעה פגיעה כפולה ומכופלת בחירות הנתונה למעסיק. ראשית, האוטונומיה של המעסיק נפגעת כאשר מאלצים אותו להעסיק את הנפגע, וזאת חרף התפיסה הקבועה בסעיף 3(2) לחוק התרופות כי אין לאכוף חוזה לשירות אישי. כפי שראינו, פגיעה כזו נתפסת כיום כאפשרית (אף אם במקרים חריגים ביותר) לנוכח עליית מעמדו של ערך השוויון והתמורות בשוק התעסוקה. שנית, החוק מחייב את המעסיק לכרות חוזה עבודה – ארוך-טווח בדרך-כלל – עם עובד שאין הוא מעוניין בשירותיו. בניגוד לאכיפה על רקע פיטורים לא כדין,

118 ראו ס' 10(א)(2) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

119 ס' 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

120 תנאי נוסף שמציינן הסעיף הוא כי "בבואו להוציא צו כאמור יביא בית הדין בחשבון, בין היתר, את השפעת הצו על יחסי העבודה במקום העבודה ואת האפשרות שעובד אחר ייפגע, ולגבי פיטורים הנובעים מצמצומים בעבודה גם את הוראותיו של הסכם קיבוצי החל על הצדדים".

121 דב"ע (ארצי) נ/129-3 פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481 (1999).

122 ראו ס' 9(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. לדיון ממצה ראו ריבין-מרגליות, לעיל ה"ש 13.

כאן המעסיק מלכתחילה לא בחר להעסיק את העובד. זוהי פגיעה נוספת באוטונומיה של המעסיק, המכרסמת במישרין בחופש החוזים השלילי, הלא הוא החופש מהתקשרות. נוסף על כך יש לזכור כי חוזה עבודה ארוך-טווח הוא חוזה יחס.¹²³ בבסיסו של חוזה היחס ניצב האמון האישי שהצדדים רוחשים זה כלפי זה. על רקע זה יש לתהות: האם נכון לכפות על המעסיק כניסה למערכת של יחסי אמון? שאלה זו מרכזית לשאלת הצדק בהענקת פיצוי בלבד, והיא שיקול משמעותי שעל בית-המשפט לשקול בבואו להעניק סעד של אכיפה. טענתנו בהקשר זה, כפי שנזכרה לאורך הרשימה, היא כי אחד הכלים המתאימים למתן מענה לשאלת הצדק התרופתי בהקשר זה הוא הטיעון המוצע, המשלב את תכליותיו של איסור ההפליה עם דיני חוזים והדין הכללי.

לצורך מתן צו אכיפה במקרה של הפליה בקבלה לעבודה נדרש אפוא לוודא כי העדר ההסכמה למיהות המתקשר הוא שמנע את שכלולו של חוזה ההעסקה. במקרה של אי-קידום או פיטורים נדרש לוודא שאי-הקידום או הפיטורים מקורם בהפליה (כעניין של קשר סיבתי).¹²⁴ יש להבהיר כי אין משמעות הדבר שעל העובד או המועמד יהיה להוכיח – כדי לזכות בסעד של צו – כי לא נשקלו לצד השיקול המפלה גם שיקולים אחרים לגיטימיים. כל שיידרש הוא שבית-המשפט יתרשם כי אותם שיקולים נוספים שנשקלו לצד השיקול הפסול לא היה בהם לבדם כדי להוביל לאי-קשירת חוזה בנסיבות העניין.¹²⁵

משכך, ניתן לשיטתנו להצדיק אכיפה כזו בשיח חוזי באותם מקרים שבהם המשא-ומתן בין הצדדים התקדם באופן כזה שניתן לזהות הלכה למעשה חוזה של ממש, עם חסר מרכזי אחד – העדר הסכמה באשר למיהות המתקשר. ברי כי במצב זה – שבו תנאי השכר, מידת ההתאמה של המועמד לתפקיד, שעות העבודה וכדומה כבר הוסכמו על-ידי הצדדים – ההפליה היא שמנעה את שכלול החוזה. במקרה כזה אין להערכתנו כל קושי לקבוע כי מנקודת-ראותם של דיני חוזים ראוי ומוצדק שבית-המשפט יתגבר על ההפליה שסיכלה את החוזה, וזאת במסגרת שיקול-דעתו הסטטוטורי להעניק צו עשה כאשר אין די בפיצויים לרפא את הפגיעה בדורש העבודה. ודוק: הצירוף "צו עשה" אינו מעיד במקרה זה שעסקינן בסעד נזיקי, שכן הוא כופה אומנם על המעביד לעשות מעשה ולהעסיק את פלוני, אך הוא גם כופה על מבקש העבודה – הצד האחר – לתת את תמורתו כנגד קבלתו לעבודה.¹²⁶ משכך, מדובר בסעד היוצר התקשרות חוזית של ממש (בחוזה עבודה), הגם שאפשר שהקונסטרוקציה המשפטית להענקתו מקורה בדיני הנזיקין.

123 ראו, למשל, רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון מילגרם נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 161-160 (1998).

124 ראו את הדיון בנושא זה אצל רבין-מרגליות, לעיל ה"ש 13, בעמ' 545-546.

125 שם, בעמ' 544.

126 דויטש מזהה החלפת תמורות כאינדיקציה לספּרה חוזית. ראו דויטש, לעיל ה"ש 37, בעמ' 53. בהקשר זה ניטשה מחלוקת בין חנוך דגן ליהודה אדר בשאלה אם צריך להיות הבדל בהיבט התרופתי בין דיני החוזים לדיני הנזיקין, וזאת על רקע הקודקס האזרחי החדש, שבו התרופות נידונות במרוכז ובצורה מאוחדת במסגרת דיני חיובים. דגן גורס כי השוני המהותי בתכליות בין שתי מערכות הדינים אינו מאפשר להצדיק את האחדת הדיון התרופתי בהן. זאת, גם בשל העובדה שהתרופה הינה רכיב מכונן של הזכות עצמה. ראו חנוך דגן "סיכונים בקודיפיקציה: על האחדת-יתר ועל ריבוי סעדים" משפטים לו 249, 268-274 (2007). אדר, לעומת זאת,

כללו של דבר, עמדתנו היא כי סעיף 10(2)(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה מסמן לבית-המשפט כי במקרים מסוימים, שבהם המצב מצוי בגדר הספרה החזוית, יש ביכולתו של בית-המשפט לפסוק סעד של אכיפה ובכך להתגבר על סייג האכיפה של שירות אישי הקבוע בסעיף 3(2) לחוק התרופות. ראוי להבהיר כי איננו סבורים שיש לגזור מיכולתו של בית-המשפט להתגבר על הסייג למתן סעד אכיפה חוזי את האפשרות להעניק סעד כזה במנותק מתנאים חוזיים אחרים (המעוגנים בדין הכללי). כך, אין זה נכון להעניק סעד חוזי של אכיפה במצבים שהינם נזיקיים לחלוטין, שבהם לא הוכחה הסכמתו של המעביד, כלומר, לא הוכח כי המעביד היה מקבל את העובד אלמלא ההפליה. סעיף 10(א)(2) אינו מתקיים ברק משפטי. דיני התרופות בחוזים דורשים, לשם הענקת סעד של אכיפה, קיומו של חוזה, הפרתו ובחירת סעד כזה על-ידי הנפגע. רק בהתקיים תנאים אלה השופט נתקל בסייג השולל אכיפה במקרים שבהם החוזה הינו לשירות אישי. סעיף 10(א)(2) לחוק בוודאי אינו מבטל דרישות אלה. נזכיר כי במקרים שבהם העדר הסכמה בא לידי ביטוי בשלב מוקדם מאוד של היחסים בין הצדדים, כך שקשה לבודד את ההפליה כ"גורם שבלעדיו אין", אפשר לדעתנו להעניק סעד של אכיפת משא-ומתן בין הצדדים.

גורס כי תכלית-העל של שני הדינים זהה, ונגזרת ישירות מהצורך לקבוע כללי משחק לפעולה בעולם שיגשימו את חופש הפעולה המרבי של הפרטים תוך שמירה על האינטרס של הזולת. על-כן, לטענתו, האחדת הדיון בתרופות בדיני החיובים בכלל היא מבורכת, וחשובה לקידום דין מודרני יותר. ראו יהודה אדר "מדוע נכון לאחד את התרופות בחוזים ובנזיקין? תשובה לפרופ' דגן" **משפטים** לו 357, 373-377 (2007). אולם גם אדר מסכים כי ההאחדה מהווה נורמה כללית, ואילו במקרים קונקרטיים יהיה זה נכון להבחין בין התרופות שיינתנו במסגרת כל אחד מהדינים, וזאת בהתאם למקרה המסוים. שם, בעמ' 383-385. אין אנו רואים לנכון לאמץ עמדה כזו או אחרת בשאלה הרחבה של היחס בין התרופות בחוזים ובנזיקין, אך לצורך ההבחנה שאנו עורכים נראה כי לפי שתי הגישות קיימים טעמים טובים להוציא מכלל אפשרות את האכיפה הנזיקית בהקשר זה. נראה כי עצם הכניסה למערך התחייבויות דו-צדדי הינה מיוחדת לדין החוזי, ולכן כפייה של מערך כזה יכולה לבוא בחשבון רק כתרופת אכיפה חזוית. יתרה מזו, עצם קיומה של "פסקת התגברות" על הוראות ס' 3(2) לחוק התרופות מעיד כי אף המחוקק ראה את צו העשה המדובר כסעד אכיפה חוזי, שהרי אם לא כן לא היה צורך להתגבר על הוראות חוק התרופות. יטען הטוען כי ניתן לראות באכיפה זו צו עשה נזיקי הבא לבטל את ההפליה כלפי דורש העבודה ולהעמידו במצב שבו היה אלמלא המעשה הנזיקי – ההפליה. אכן, רבות מדובר בשבחו של סעד האכיפה ככלי היעיל ביותר למימושה של הזכות המהותית ולהבטחת קיומה – לסקירה ראו אלעד פלד "תרופת האכיפה בדיני נזיקין" **דיו ודברים** ו 601, 621-622 (2012). אך יש לזכור, מנקודת-מבט נזיקית, כי זכותו המהותית של דורש העבודה במקרה זה היא שלא יפגע כבודו בשל הפליה. זכות מהותית זו אינה כורכת מניה וביה את הזכות להתקשר בחוזה עבודה לפי רצונו הבלעדי של דורש העבודה. ראו את עמדתו של ישראל גלעד, שלפיה על-אף חשיבותה של ההגנה על זכויות-יסוד באמצעות אכיפה, יש לשקול היטב אם יש מקום למתן סעד של אכיפה בנזיקין, לנוכח ההשלכות הקשות שיהיו לכך על האוטונומיה של הזולת. ישראל גלעד "הערת להסדרי הנזיקין בקודקס – אחריות ותרופות" **משפטים** לו 761, 798 (2007). לכן הבנת צו עשה בהקשר זה כסעד אכיפה חוזי נותנת תמונה מלאה יותר של מערך הזכויות המהותיות של הצדדים, ומסבירה את הדרישה לבודד את רכיב אי-ההסכמה לגבי מיהות המתקשר בלבד מטעמים מפלים כתנאי להענקת סעד אכיפה, שהינו חוזי על-פי מהותו.

(ב) חוק איסור הפליה

תחילה יש להבהיר כיצד נראה סעד אכיפה חוזי הניתן בגין הפרת הוראותיו של חוק איסור הפליה. בהקשר זה ראוי לציין כי החוק נחקק רק בשנת 2000, וכי ההתדיינות המשפטית סביב הוראותיו אינה רבה, וכך גם הכתיבה האקדמית על-אודותיו.¹²⁷ למעשה, בסוף שנת 2011 הייתה זו הפעם הראשונה שבה נידון החוק בהתדיינות עקרונית בבית-המשפט העליון.¹²⁸ מעיון מקיף בפסיקה עולה כי אפשרות האכיפה בהקשר של הפרת הוראות חוק זה טרם נידונה (שכן ממחקרנו עולה כי הסעד התבקש במקרים מועטים ביותר). למעשה, ההתייחסות המשמעותית ביותר לפן התרופתי בהקשר החוזי נידונה בקצרה אצל פרידמן וכהן, שציינו את האפשרות התיאורטית לתבוע אכיפה מכוח סעיף 12 לחוק החוזים, וזאת בגין העוולה המתגבשת בהפרת הוראותיו של חוק איסור הפליה.¹²⁹

ראשית, מתעוררת השאלה אם פסיקת פיצוי נזיקי בגין עוולה שהתגבשה בהפרת הוראותיו של חוק איסור הפליה תאפשר לנפגע לדרוש את קיום העסקה שבה הוא חפץ. כך, לדוגמה, האם אישה שביקשה להירשם כמנויה בחדר-כושר אך סורבה מטעמים מפלים יכולה לדרוש אכיפה (לצד או במקום הפיצוי הסטטוטורי בחוק)? ומה באשר למי שבקשתו לכוא בשעריו של מועדון סורבה מטעמים מפלים?¹³⁰ האם הוא יוכל לדרוש אכיפה? לחלופין, האם הוא יוכל – מכוח הצו לפיצוי שבו זכה בבית-המשפט – לדרוש בעתיד מבעל המקום לאפשר לו להיכנס למועדון? שנית, מתעוררת השאלה אם חוק איסור הפליה אכן יכול לזכות נפגע בסעד של אכיפה.

באשר לשאלה הראשונה, צו עשה יידרש במקרה שבו אדם שנפגע מהפרת החוק מבקש שוב לקיים את העסקה שבה הוא חפץ. ניתן להעריך כי הדבר יקרה כאשר לאותו אדם אין אפשרויות אחרות או כאשר מדובר במוצר, בשירות או במקום ציבורי שחשובים לו. מדוע פיצויים לא יספיקו? במקרה של הפרת החוק, פסק-דין שיזכה את התובע בסעד של פיצויים אומנם יפצה אותו על העבר, אולם לא יהא צופה פני עתיד. אומנם יש להעריך כי הפרה נוספת מצד הנתבע תביא לידי השתת פיצויים גבוהים יותר, בפרט אם מדובר באותו נפגע, אולם אין בפסק-הדין שזיכה את הנפגע בסעד של פיצויים כדי להועיל לאותו נפגע באופן ישיר ביחס לעתיד. לפיכך צו עשה נדרש מקום שנפגע מהפליה בקבלה של מוצר או שירות או בכניסה למקום ציבורי מבקש שוב לקבל את המוצר או השירות או להיכנס לאותו מקום.

127 להתייחסות אקדמית ראו כהן-אליה, לעיל ה"ש 115; מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי" משפט ועסקים טז 109 (2013). לפסיקה מחוזית ראו, למשל, עניין קיבוץ רמות מנשה, לעיל ה"ש 103; עת"ם (מנהליים י-ם) 1320/03 אלקסלסי נ' עיריית ביתר עילית (פורסם בנבו, 21.6.2004); ע"א (מחוזי נצ') 198/09 סרור נ' חברת ריזינט מיוזיק בע"מ (5.11.2009); עניין מקור ראשון, לעיל ה"ש 70.

128 כפי שמצייין מפורשות השופט ג'ובראן. ראו עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 44.

129 ראו את הדיון בעניין זה לעיל ליד ה"ש 96-98.

130 דומה כי הפליה בכניסה למועדונים אכן זוכה בהתדיינות משפטית ענפה. ראו, למשל, עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 11. ראו גם עניין קיבוץ רמות מנשה, לעיל ה"ש 103; עניין סרור, לעיל ה"ש 127.

כאמור לעיל, ההתדיינות המשפטית בנושא, במיוחד בערכאות הגבוהות, הינה מועטה. מחיפוש באתרים המשפטיים עולה כי רק במקרה אחד עתר צד לקבלת צו עשה מכוח חוק איסור הפליה אשר יחייב בעל מועדון להכניסו לתחומו, אך ההחלטה היחידה שעסקה בעניין זה דנה בסמכותו המקומית של בית-משפט השלום, ולכן נעדרה כל התייחסות לגופו של נושא.¹³¹ אולם מאותה בדיקה עולה עוד כי בשנים האחרונות מתבקש יותר ויותר, לצד סעד הפיצויים, גם סעד של צו עשה בהקשר של חוק איסור הפליה, ובפרט בהקשר של מניעת כניסה למקומות בילוי עקב "סלקציה". נכון למועד כתיבתן של שורות אלה, אף לא אחת מהפרשות שבהן התבקש סעד זה הבשילה לכלל פסק-דין או החלטה.¹³²

באשר לשאלה השנייה, עמדתנו היא כי כעניין של עיקרון חוק איסור הפליה יכול לזכות בסעד של אכיפת חוזה, הגם שמבחינה משפטית הפרת החוק מהווה עוולה אזרחית.¹³³ אולם ברצוננו לסייג ולהדגיש כי הדבר לא יעורר קושי רק במקרים העונים על דרישות-הסף הנחוצות לשם כניסה לספֶרה החוזית. חיזוק לעמדתנו ניתן למצוא בנוסחה של הוראת סעיף 71 לפקודת הנזיקין, המאפשרת לבית-המשפט להעניק צו, אך זאת "בכפוף להוראות כל דין חקוק". כפי שהבהרנו לעיל, צו עשה כאמור יוצר במהותו התקשרות חוזית ואוכף אותה על הצדדים. לכן, לגישתנו, הענקה של סעד כמתואר במנותק מיסודותיהם של דיני החוזים הקבועים בחיקוק מעוררת שאלות נכבדות ביחס למתח המתואר בין אוטונומיה לבין שוויון, אשר אי-אפשר לגשר עליו (באופן משכנע) באמצעות חוקי איסור הפליה או דיני חוזים. עתה ננסה להציג את גבולות הגזרה בהענקת הסעד. לצורך הדיון נראה לנו כי כדאי להבחין בין שלושת סוגי המקרים: אכיפת עסקה למכירת מוצר, אכיפת עסקה למתן שירות ואכיפת כניסה למקומות ציבוריים.

באשר למכירת מוצר דומה כי ברוב המקרים העדר ההסכמה יהיה ביחס למיהות המתקשר. זהו גם המקרה הקל ביותר (על פניו), שהרי במקרים רבים מדובר ב"עסקה ריאלית", שבה מועד מתן ההתחייבות חופף את מועד ביצועה.¹³⁴ נתנו בעניין זה את הדוגמה של מוצר על מדף. הדוגמה עלולה להיות מורכבת יותר במצבים שבהם ההתקשרות הינה ארוכת-טווח. במקרים כאלה אפשר לסווג את העסקה כעסקת שירות, ואז מתן סעד של אכיפה עשוי להיות קשה יותר (ראו להלן).

באשר למתן שירות, בניגוד למכירת מוצר שהינה חד-פעמית, לעיתים מדובר בעסקה הנפרשת על-פני זמן מסוים, ועיקרה מתן שירות כזה או אחר. השאלה העולה כאן היא אם מדובר בשירות אישי, שכן במקרה כזה יחול סייג האכיפה של שירות אישי (סעיף 3(2) לחוק

131 ת"א (שלום רח) 1662/07 חי גר בע"מ נ' מנוס (פורסם בנבו, 19.11.2007).

132 ראו, למשל, את כתב התביעה בת"א (שלום ת"א) 10264/07 רדא נ' קומפורט 13 בע"מ. במקרה זה תבעו האגודה לזכויות האזרח ורדא – צעיר אתיופי אשר כניסתו למועדון לא הותרה – סעד של פיצויים לצד סעד של צו מניעה קבוע שיאסור על הנתבעים להפעיל "סלקציה", וכן צו עשה קבוע שיחייב את הנתבעים להכניס קהל המגיע למועדון על-פי תור ועל-פי המועד שבו הגיע כל אחד למועדון, אלא אם כן "קיימת סיבה שלא להכניס אדם מסוים למועדון, שאז תוסבר לו הסיבה בהגיע תורו".

133 מעניין שהפרת הכלל המורש בדין האנגלי שלפיו ספקי שירותים חיוניים חייבים לשרת את כל הפונים אליהם מהווה מעשה נזיקין. ראו פרידמן וכהן חוזים א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 47.

134 לדיון במאפייניה של העסקה הריאלית ראו שם, בעמ' 7-9.

התרופות). נזכיר כי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה קבע מפורשות שניתן להעניק סעד של אכיפה חרף קיומו של הסייג. אולם חוק איסור הפליה שותק בהקשר זה. לנו נראה כי לא ראוי לקבוע באופן גורף שמדובר כאן בהסדר שלילי. אומנם החוק אינו דן באפשרות לפסוק צווי עשה, אולם קיימת אפשרות לעשות כן באמצעות פנייה לעקרון תום-הלב.¹³⁵ הדבר נכון במיוחד אם מתחשבים בכך ששירותים המוצעים לציבור על-ידי תאגידים לא יתאפיינו בדרך-כלל במימד אישי.

בהתעלם לרגע משאלת הקושי לאכוף בשל היות השירות אישי, נראה לנו שגם לגבי שירות המוצע לציבור, כמו לגבי מוצר המצוי על מדף, קיימת ברוב המקרים הסכמה ביחס למרבית הפרטים המהותיים בעסקה, למעט באשר למיהות המתקשר.

יצוין כי הצורך בקבלת צו בגין אימתן שירות מטעמי הפליה הוא ממש. דוגמה מובהקת לכך ניתן למצוא בעניין מקור ראשון שנזכר לעיל.¹³⁶ במצבים אחרים העסקה עשויה להיוותר בשלב הטרום-חוזי, וכבר הדגמנו לעיל מדוע לדעתנו אין בכך כדי למנוע קבלת סעד של צו בנסיבות המתאימות. לגבי עניין מקור ראשון חשוב לציין כי הגם שלאגודה עמדה בנסיבות העניין זכות חוזית מהותית, ועל-כן היא הייתה יכולה לתבוע את העיתון בקלות בגין הפרת חוזה, הנהייעה שלה לבחור בתביעה מכוח חוק איסור הפליה מובנת מאליה. ראשית, החוק מעמיד לנפגע פיצוי גבוה ללא הצורך להוכיח נזק. שנית, יש לשער כי האגודה ביקשה לזכות בקביעה עקרונית של בית-המשפט כי העיתון נקט אמצעים מפלים כלפי הקהילה הגאה. משכך, ניכר כי לחוק איסור הפליה יש חשיבות משמעותית גם במקרים שבהם אין מחלוקת שכבר נכרת חוזה.¹³⁷ עם זאת, חשיבותו של החוק מתעצמת כאשר הפרתו מתרחשת בשלב הטרום-חוזי, שכן בו, מבחינה מושגית, לנפגע מההפרה קשה יותר לזכות בסעדים מכוח סעיף 12 לחוק החוזים. שימוש בכלים המוצעים על-ידינו מאפשר לנפגע ליהנות מיתרונותיו של חוק איסור הפליה מבלי לוותר על הסעדים העומדים לרשותו, ככל שאלה מוצדקים בנסיבות העניין.

באשר לכניסה למקומות ציבוריים הדברים מורכבים מעט יותר. ראשית, מבחינה אנליטית, קשה לסווג כניסה למקום ציבורי על-פי ההבחנה בין מוצר לשירות. האם מועדון מקנה מוצר (בילוי) או שמא הוא מעניק שירותי בילוי? בכל מקרה נראה כי גם במועדון, במרכז קניות או בכל מקום ציבורי אחר ניתן לזהות הזמנה או פנייה לכלל הציבור להגיע למקום ולהינות ממוצריו או משירותיו.

מה לגבי מועדונים המתנים את הכניסה אליהם באמצעות "סלקציה"? במקרים אלה בעל המקום יכול לטעון כי הכריז מראש שתינקט ברירה של הנכנסים לשערי המקום, ולכן ממילא לא ביטא את רצונו לוותר על היכולת לבחור את מיהות המתקשר מולו. כאמור לעיל, התניה זו נשללת כיום על-ידי הדין, ואין היא יכולה להוות עילה לרחיית התקשרות חוזית. אולם גם מנקודת-ראותם של דיני חוזים ניתן לטעון כי ה"סלקציה" (להבדיל, למשל, מדוגמת השלט המפלה) אינה משמיעה מאליה כוונה להפלות מטעמים פסולים. "סלקציה"

135 ראו לעיל ליד ה"ש 36.

136 לעיל ה"ש 70.

137 קביעה זו נכונה גם לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, אשר חל, כזכור, גם על פיטוריו של עובד מחמת הפליה, שאז אין כל מחלוקת כי בינו לבין המעביד קיים חוזה עבודה תקף.

הינה נורמה מסחרית מקובלת בהקשרים שונים. כך, למשל, בכניסה למועדוני בילוי מקובל שתתקיים "סלקציה" שמטרתה לשמור, לדוגמה, על בטחונם האישי של המבלים במקום. מטרה נוספת יכולה להיות שמירה על קוד לבוש מסוים במקום או על גיל מינימלי של המבלים. אימתן כניסה למקום ציבורי על-סמך אלה נתפס לגיטימי. ניתן לחדד ולומר כי ה"סלקציה" מטרתה להבטיח כי תנאים מסוימים בעסקה יתאמו את הסכמתו של בעל המקום. לעומת זאת, אימתן כניסה למקום ציבורי מטעמים מפלים, וזאת ללא ציון הדבר מראש (ציון שיש לו, כאמור לעיל, השלכות משפטיות במישור הנזיקי-העונשי), אינו תואם את הצהרת הכוונות הראשונית של מי שמבקש להפעיל מקום בילוי ולהציע לציבור בכללותו לבלות בו. זאת, בדומה לניתוח שערכנו ביחס למוצר או לשירות.

עמדה קרובה לתפיסתנו נשמעה בתקופה שקדמה לחקיקת חוק איסור הפליה. עניין נעאמנה נ' קיבוץ קליה¹³⁸ עסק במשפחה שלא הותרה כניסתה לפַרְק המים בקיבוץ קליה, ולטענת המשפחה הדבר נעשה על רקע גזעני, אך בשל היותם ערבים. במסגרת נסיונם להזמין את טענת ההפליה הדגישו הנתבעים כי פרסמו מודעות בעיתונים, גם בעברית וגם בערבית, שבהן נכתב כי פַרְק המים פתוח לכלל הציבור, קרי, "ערבים ויהודים כאחד". בכך ראה בית-המשפט הצעה לציבור. בהמשך לכך קבע בית-המשפט כי אין זה ברור מן העובדות אם בהצעתה למקום "קיבלה" המשפחה את הצעתו של פַרְק המים, אולם הבהיר כי גם אם לא השתכלל חוזה, משלא נעשה קיבול, בסירוב לאפשר למשפחה להיכנס לפַרְק הייתה הפרה של חובת תום-הלב בניהול משא-ומתן. בהקשר זה נקבע כי גם חזרה מהצעה כפופה לעקרון תום-הלב. החשוב לענייננו הוא שבית-המשפט קבע כי חיובו של הפַרְק כלפי המשפחה נובע לא מהפרת חובת השוויון כחלק מעקרון תום-הלב, וזאת בהתאם לפסיקת בית-המשפט העליון בעניין בית יולס,¹³⁹ כי אם מן הביטול המאוחר של ההצעה. בית-המשפט אף חידד וקבע כי "אין ביד הנתבעת להישען על חופש ההתקשרות באופן המנוגד או הגובר על הכללים שהשיטה המשפטית קבעה לישומו של חופש זה"¹⁴⁰ עוד ציין בית-המשפט כי הנתבעת עצמה פנתה אל הציבור בכללותו, ערבים ויהודים, כי יבואו בשעריה, ומשעשתה כן, ביטול ההצעה אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות דיני החוזים.¹⁴¹

פסק-דין זה מאיר יפה את הדיון הנוכחי, שכן בית-המשפט ערך במסגרתו ניתוח חוזי של סוגיה שעילתה הפליה בעת כניסה למקומות ציבוריים, וזאת בטרם נחקק חוק איסור הפליה. דוגמה זו ממחישה כי לפני חקיקת החוק השקיפו בתי-המשפט על המצב במשקפיים חוזיים. כפי שכבר הבהרנו לעיל, בהעדר הכרעה אחרת, האפשרות לזכות בצו עשה מכוח חוק איסור הפליה כרוכה בשיקולים נוספים הנובעים מהדין הכללי. משכך הדבר, ברי כי קשה לטעון שעם חקיקתו של החוק יצא המצב מגדרה של הספירה החוזית, ודומה כי אי-אפשר לוותר כליל על שימוש בעקרונות בסיסיים של דיני חוזים. זאת, בפרט בהקשרים של סעד האכיפה,

138 ת"א (שלום ת"א) 11258/93 נעאמנה נ' קיבוץ קליה (פורסם בנבו, 1.9.1996) (להלן: עניין קליה).

139 לעיל ה"ש 62.

140 עניין קליה, לעיל ה"ש 138, בעמ' 17.

141 שם. לאחר הניתוח החוזי ערך בית-המשפט אף ניתוח ערכי-חוקתי, וקבע כי לאותה תוצאה ניתן להגיע גם תוך איוון נורמות מן המשפט הציבורי, ובפרט איוון בין ערך השוויון לבין ערך האוטונומיה – אותו איוון קלטי שהזכרנו בתחילתה של רשימה זו.

המבטא באופן המושלם את מימושה של הזכות החוזית. אולם אין כל ספק שחקיקת החוק השפיעה על הדין, ואינה מאפשרת עוד הימנעות מקשירת עסקה מטעמים מפלים בלבד. לסיכום, אנו סבורים כי בדומה לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, גם מצבים המקימים עילות מכוח חוק איסור הפליה עשויים להיענות בסעד של אכיפת החיוב, אך זאת רק באותם מקרים שבהם העדר ההסכמה נסב סביב מיהות המתקשר בלבד. על העדר ההסכמה זה ניתן להתגבר דרך פרשנות גמישה של פריזמת ההסכמה, תוך מתן תוקף מחייב ומכריע לאיסור ההפליה. למעשה, המקרים שתוארו זהים לצורך יישום הכלל שהצענו לעיל, אלא שהם נמצאים על קשת המבדילה ביניהם מבחינת הקושי הראייתי או המעשי לזהות את אותה הסכמה הכרחית לצורך אכיפת העסקה המדוברת. נראה לנו שבכל שאר המקרים, שבהם אי-אפשר לאתר הסכמה ביחס לפרטים מהותיים בעסקה, ראוי שהתרופות יהיו נזיקיות-עונשיות, בהעדר הכרעה אחרת של המחוקק.

3. תחולתם של הכלים החוזיים בהעדר תחולה של חוקי איסור הפליה – מחשבות לעתיד

רשימה זו התמקדה בהצעה וביישום של כלים חוזיים (המותאמים לאיסורים הקבועים בחוקי איסור הפליה) בבחירת הסעדים שיינתנו בגין הפרת הוראותיהם של חוקי איסור ההפליה. כפי שהבהרנו לעיל, במצב מעין זה מתעוררת השאלה אם ראוי להעניק סעד של אכיפה מבלי לשקול שיקולים חוזיים. שאלה זו מתעוררת לנוכח העובדה שאף-על-פי שחוקי איסור ההפליה מכירים בזכותו של אדם לא להיות מופלה, אין זה ברור כי בכל מקרה יתלווה לזכות זו אופי חוזי שיצדיק מתן סעד חוזי, להבדיל מסעד נזיקי. כעת נשאלת השאלה מה עשויה להיות תועלתם של הכלים החוזיים שהצענו לעיל במקרים שאינם נופלים בגדרם של חוקי איסור הפליה.

כפי שכבר צוין, חוקי איסור הפליה חלים על מצבים מוגדרים בלבד. כך, חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה חל בהקשר של קבלה לעבודה או פיטורים, ורק כאשר עילת ההפליה עונה על העילות המנויות בסעיף 2(א) לחוק. יצוין גם כי החוק אינו חל על גופים פרטיים המעסיקים פחות משישה עובדים.¹⁴² באופן דומה, חוק איסור הפליה חל רק על הספקה של מוצר או שירות ציבוריים או על הפעלת מקום ציבור, כהגדרתם בסעיף 2(א) לחוק זה, ורק כאשר ההפליה עונה על העילות המנויות בסעיף 3(א) לחוק. אף שנשמעה הדעה כי רשימת עילות ההפליה המנויות בסעיף 3(א) לחוק איסור הפליה אינה סגורה,¹⁴³ ניכר כי בפסיקתם של בתי-המשפט המחוזיים רווחת הגישה שלפיה אי-אפשר להחיל את הוראות החוק בהעדר עילת הפליה לפי סעיף זה.¹⁴⁴

מכאן שככלל עשויים להתעורר מצבים משלושה סוגים שבהם תקיים הפליה מצד גופים פרטיים במסגרת פעילותם בספרה האזרחית-הציבורית הרחבה מבלי שזו תיתפס ברשתם

142 ראו ס' 21(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

143 ראו את עמדתו של השופט שפירא בעניין קיבוץ רמות מנשה, לעיל ה"ש 103.

144 עמדת שופטי הרוב, שם. ראו גם בר"ע (מחוזי י-ם) 478/08 ג.י.א.ת. ניהול והשקעות בע"מ נ' מור (פורסם בנבו, 25.9.2008); ע"א (מחוזי ת"א) 41592-04-12 שוורץ נ' גלינה בר בע"מ (בפירוק/עיכוב הליכים) (פורסם בנבו, 16.10.2013).

של חוקי איסור הפליה. סוג ראשון הוא מצבים שבהם תתקיים עילת הפליה אך השירות או המוצר שביחס אליו היא תתקיים אינם מנויים בחוק. דוגמה לכך יכולה להיות סירובו של מי שעוסק בהשכרת דירות להשכיר דירה לערבי או להרדי.¹⁴⁵ במסגרת ההגדרה של "שירות ציבורי" בחוק איסור הפליה אין התייחסות לשירותי דיוור, ולכן המצב לא ייכנס לגדריו של החוק. סוג שני הוא מצבים שבהם השירות או המוצר מנויים בחוק אך לא תתקיים לגביהם עילת הפליה מוכרת. דוגמה לכך יכולה להיות מצב שבו בעלים של בית-קפה יסרב לתת שירות למי שגילו עולה על 50. אף שבית-קפה עונה על הגדרת "מקום ציבורי" לפי חוק איסור הפליה, החוק אינו אוסר הפליה מחמת גיל.¹⁴⁶ סוג שלישי הוא מצבים שבהם אין מדובר בעילת הפליה מנויה ואף אין מדובר במוצר או בשירות המנויים בחוק. כך, ניתן לדמיין מצב שבו אדם העוסק בהשכרת דירות יסרב להשכיר דירה לשוכרים צעירים (שגילם נמוך מ-30, למשל).

יישום הטיעון שפותח לעיל על מקרים אלה הוא אפשרי, אך אינו חף מקשיים. כזכור, השימוש שאנו מציעים בכלים חוזיים, ובעיקר בפריזמת ההסכמה, מתבסס על כך שכאשר אדם מציע מוצר או שירות לציבור, משתמעת מהצעתו זו הסכמה שלו לא לשקול שיקולים לא-רלוונטיים הנוגעים במהות המתקשר. אולם כאשר מדובר בהפרה של חוקי איסור ההפליה, הדיון שאנו מציעים יוצא מנקודת ההנחה שכבר הופרה זכות – הזכות לא להיות מופלה – וכעת יש לשקול אך ורק את שאלת הסעד. במצבים שתוארו כעת אי-אפשר לזהות הפרה כאמור לפי לשון החוק. משכך, מתחדדות השאלות הבאות: ביחס לאיזה מוצר, שירות או מקום ניתן להניח כי מציעי ההצעה לציבור אכן הסכים לא לשקול שיקולים לא-רלוונטיים הנוגעים במהות המתקשר? ומהם אותם שיקולים לא-רלוונטיים הנוגעים במהות המתקשר שמהם הסכים המציע להתעלם? הגם ששאלות אלה מעוררות קושי מסוים, יש לזכור כי בהעדר תחולה ישירה של חוקי איסור הפליה, הדיון בבחירתו הרצונית של המפלה ובאופן שבו יש לתפוס את מצגיו החיצוניים נעשה מובהק יותר, במובן זה שאין לדבר עוד על כפייה חוקית כלשהי המכרסמת לכתחילה ברצונו. כבר הבהרנו לעיל כי דיני חוזים חלים גם על מצבים שבהם קיימת מידה מסוימת של כפייה חוקית על מתקשרים חוזיים. אולם מובן כי בהעדר כפייה כאמור (במישור המהותי) היכולת להניח הנחות על יסוד מצגים חיצוניים

145 אנו מתייחסים למי שעוסק בהשכרת דירות, להבדיל ממי שמשכיר דירת מגורים שבבעלותו, בשל הוויכוח הקיים באשר לאופייה של פעילות אחרונה זו, שכן יש הטוענים כי היא מתקיימת במישור הפרטי בצורתו המובהקת ביותר, ולכן הפליה במסגרתה מותרת.

146 מעניין לראות בהקשר זה את הדיון המרתק של בית-המשפט העליון באנגליה מן העת האחרונה בעניין Bull v. Hall, [2013] WLR(D) 454. באותו עניין דובר בזוג בני אותו מין, שהתאחדו כברית זוגיות אזרחית, אשר ביקשו לשכור חדר זוגי במלון פרטי המופעל על-ידי בני-זוג נוצרים אדוקים וסורבו. הנתבעים טענו כי סירבו להשכיר לתובעים את החדר בשל העובדה שהם אינם נשואים, כפי שהם נוהגים גם כלפי בני-זוג הטרוסקסואלים. מכיוון שבחוק האנגלי אין עילת הפליה בשל מצב משפחתי, טענו הנתבעים כי אין מדובר בהפליה כלל. ברוב של שלושה שופטים מול שניים קבע בית-המשפט כי מדובר בהפליה מחמת נטייה מינית, ולא מחמת מצב משפחתי, תוך שימוש בהנמקה פתלתלה ומתוחכמת. עניין זה ממחיש עד כמה ההתחקות אחר עילות הפליה יכולה להיות בעייתית אף בגרדיהם של חוקי איסור הפליה.

היא במידה רבה משמעותית יותר. זאת, בכפוף לכך שבחינתן של אותן הנחות תהיה זהירה וקפדנית, כמתחייב מהעדר תחולתה של חקיקה כופה על העסקה הנידונה.¹⁴⁷ דעתנו היא כי הטיעון המוצע על-ידינו יכול לתת מענה למקרים אלה, על-אף הקשיים המתעוררים. אולם כדי לעשות כן יהא על בתי-המשפט להשתמש בכלים המוצעים באופן זהיר, ולהכיר בכך שלפני הענקת סעד על בסיסם יש לזהות זכות חוזית (במובן הרחב) שנפגעה. במסגרת בחינה זו יהיה צורך לבחון היטב אם בנסיבות המקרה שאינו נופל בגדריהם של חוקי איסור ההפליה ניתן לזהות את ההסכמה האמורה, ומכוחה גם חוזה שנכרת והופר או שהמשא-ומתן לקראתו הוכשל בחוסר תום-לב. נראה לנו כי במסגרת סוג המצבים הראשון יהיה קל יותר להקיש מחוקי איסור הפליה ולקבוע, על-פי סוג עיסוקו של המפלה, אם מדובר בשירות או במוצר שלגביהם הסכים הלה לא לשקול שיקולים לא-רלוונטיים הנוגעים במיהות המתקשר. כך, למשל, ככל שמדובר בקבלן המשכיר מלאי רחב של דירות באמצעות פרסום מודעות לציבור הרחב באפיקים המקובלים, יהיה קל יחסית לקבוע כי הצעתו זו אינה טומנת בחובה את האפשרות לשלול את השירות מאדם אך בשל מוצאו.¹⁴⁸ בכל הנוגע בסוג המצבים השני, ייתכן שיהיו מקרים שבהם יהיה אפשר לזהות אצל המציע הסכמה לא לשקול שיקולים לא-רלוונטיים ביחס לניצעים, גם אם אלה אינם נכנסים בגדריהן של עילות ההפליה בחוק. עם זאת, יהיה מקום לבחון היטב אם אין להניח כי בשל אופי המוצר או השירות – ציבורי ככל שיהיה – התכוון המציע מלכתחילה לשמור לעצמו את האפשרות לא להתקשר עם ניצע בעל תכונות מסוימות. בסוג המצבים השלישי קשוי היישום רבים, שכן יהיה מקום לערוך בחינה מדוקדקת ביותר אם אין שיקולים שהמציע התכוון לשמור לעצמו, בשים לב לאופי המוצר או השירות, אף אם אין בנמצא אינדיקציה מוקדמת לכך. אולם, וזאת חשוב להבהיר, קשיים אלה אינם שוללים את האפשרות שבית-המשפט ימצא, במקרים המתאימים, כי אף שהמקרה אינו נכנס בגדריהם של חוקי איסור ההפליה, הניצע היה זכאי לכך שייכרת עימו חוזה.

יישום הטיעון המוצע על-ידינו גם במקרים שאינם נופלים בגדריהם של חוקי איסור הפליה מציב אותו ככלי להענקת זכות מהותית לנפגע, ולא רק ככלי-עזר להכרעה בשאלת הסעדים הראויים בהינתן הפרה של זכות שהדין מכיר בה באופן מפורש. אם כן, מה במישור הסעד במקרים כגון דא? ככל שיימצא כי הופרה זכות מהותית במקרים אלה, יהיה מדובר בזכות חוזית (או טרום-חוזית) המקנה את הסעדים המוגדרים בחוק התרופות, על כל המשתמע כך. אולם המעניין הוא שבמקרים אלה – בהקשר התרופתי – היוצרות עשויות להתהפך. זאת, מכיוון שסעד האכיפה עשוי ליהפך לסעד המרכזי, ולו בשל חוסר הסבירות שהנפגע יבקש פיצוי לנוכח העדר האפשרות לזכות בו ללא הוכחת נזק.

147 למען הסר ספק יובהר כי כוונתנו היא לשימוש בשלל הכלים שדיני חוזים מציעים – הן בנושא של דיני כריתת חוזה והן בנושא של פרשנות חוזה.

148 מדובר בהבחנה יסודית, שבה מצדד, בין היתר, דגן. ראו דגן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 77. כן ראו ברק, לעיל ה"ש 36, בעמ' 691-692.

סיכום

הדין הישראלי מתיר להעניק לנפגע מהפליה סעד של אכיפה בהעדר חוזה מחייב, וזאת במסגרת חוקי איסור הפליה. אפשרות זו קיימת גם באתרים אחרים במשפט הישראלי (התנערו ממשא-ומתן בחוסר תום-לב, חוזה פסול). במבט ראשון אפשרות זו אינה עולה בקנה אחד עם הכלל הבסיסי בדיני תרופות בחוזים, שלפיו לא תוענק תרופה חוזית בהעדרה של זכות חוזית מהותית. אולם ניתוח האתרים מלמד כי ברוב המקרים תוענק האכיפה בהעדר תוקף חוקי לחוזה, ולא בהעדר הסכמה. אימוץ פריזמת ההסכמה בחוזים – הרואה בהסכמה החוזית, באוטונומיה, את לב הספּרה החוזית – יאפשר להצדיק אכיפה בהעדר תוקף חוקי. ומה לגבי אכיפה בהעדר הסכמה? זאת ניתן למצוא בשני אתרים מרכזיים בחוקי איסור הפליה: חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים; וחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. העמדה הרווחת עשויה לזהות קושי בהענקת סעד של אכיפה במקרים מסוג זה, בשל העדרו של בסיס חוזי מספק והעדרה של הפרת זכות חוזית. ברשימה זו ביקשנו להראות כיצד בעולם המעשה מתח זה קיים בגזרה צרה בלבד. בפועל, ברוב המוחלט של המקרים, הענקת סעד של אכיפה לנוכח הפרת חוקי איסור הפליה תעלה בקנה אחד עם פריזמת ההסכמה בחוזים. טענתנו זו מבקשת לעשות שימוש בכלים הקיימים בדיני החוזים בישראל כדי לבחון באילו מקרים יהיה זה ראוי להעניק סעד של אכיפה במסגרת חוק איסור הפליה וחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. יתרה מזו, תרומתה של הדוקטרינה שהצענו מתבטאת גם בהמשגה מלאה יותר של ההיבטים התרופתיים של חוקי איסור הפליה, באופן שיכול להבהיר לנפגעים מהפליה מהי קשת הסעדים העומדת לרשותם ומתי הם יכולים להשתמש בכל אחד מהסעדים. לעמדתנו, במקרים שבהם העדר ההסכמה משתרע גם על פרטים מהותיים בעסקה שטרם הבשילה, הענקת סעד של צו המכונן עסקה תהיה מוקשית. שיטת המשפט הישראלית טרם הכירה באפשרות זו, הטומנת בחובה פגיעה יתרה באוטונומיה הלגיטימית הנתונה למעסיקים בבחירת עובדיהם ולבעלי עסק בקביעת תנאי ההתקשרות בעסקות עם לקוחותיהם. לעובדה זו יש לתת תוקף, והיא משפיעה על פרשנותם הראויה של חוקי איסור הפליה, על תחולת האיסור הקבוע בהם ועל יחסם לדיני התרופות במשפט האזרחי.