



בבית המשפט העליון

רע"א 10011/17

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט מ' מזוז
כבוד השופט א' שטיין

המבקשת: מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ

נגד

המשיבים: 1. חאלד סלמאן
2. רימא סלמאן בשארה

בקשה לרשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט מ' ברעם) מיום 23.11.2017 בע"א 8198-05-17

תאריך הישיבה: י"ג באדר א התשע"ט (18.2.2019)

בשם המבקשת: עו"ד יעקב אמסטר; עו"ד חגי מאירי
בשם המשיבים: עו"ד דאוד עזי
בשם היועץ המשפטי לממשלה: עו"ד לימור פלד
בשם האגודה לזכויות האזרח: עו"ד גיל גן-מור
בשם פורום קהלת: עו"ד אריאל ארליך

פסק-דין

השופט מ' מזוז:

1. בקשה לרשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט מ' ברעם) מיום 23.11.2017 בע"א 8198-05-17, אשר דחה את ערעור המבקשת על פסק דינו של בית משפט השלום בירושלים (סג"נ י' ייטב) מיום 12.3.2017 בת"א 54070-01-14.

2. השאלה העומדת במרכזה של הבקשה לרשות ערעור הינה: האם הפליה במכירת דירת מגורים על ידי חברה קבלנית מקימה לנפגעים עילת תביעה נגד החברה לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-

2000 (להלן: החוק או חוק איסור הפליה)? מאחר שלשאלה זו יש חשיבות עקרונית החורגת מעניינם הפרטני של הצדדים למחלוקת, החלטנו לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות והוגש ערעור לפי הרשות שניתנה.

רקע והליכים קודמים

3. המשיבים הם בני זוג מהכפר אעבלין שבצפון הארץ המתגוררים בירושלים מזה כעשרים שנה. המשיבים ביקשו לרכוש דירת מגורים חדשה שתתאים לגידול בנם הנכה. המבקשת (מכאן ואילך: המערערת) היא חברה קבלנית הבונה ומשווקת דירות ברחבי הארץ. במהלך חיפושיהם התעניינו המשיבים בפרויקט מגורים ששיווקה המבקשת בירושלים (להלן: פרויקט המגורים). במהלך שיחה טלפונית שערכו עם נציגת המערערת נמסר להם כי היא אינה מוכרת דירות לערבים.

4. נוכח סירובה של המערערת למכור למשיבים דירה בשל היותם ערבים, פנו המשיבים לבית משפט השלום בתביעה לפיצוי כספי, שהתבססה בעיקרה על סעיף 5 לחוק איסור הפליה אשר מסמיך את בית המשפט לפסוק פיצוי ללא הוכחת נזק בהתקיים אחת מהעילות המנויות בחוק. המשיבים טענו שסירובה של המערערת למכור להם דירה עולה כדי הפרה של איסור ההפליה הקבוע בסעיף 3 לחוק וכי על כן הם זכאים לפיצוי. כן תבעו המשיבים פיצוי מכוח פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין) בגין עוגמת נפש ותחושת קיפוח שנגרמו להם עקב היחס המפלה לו זכו מצד המערערת. כתב התביעה הוגש בתחילה גם נגד רשות מקרקעי ישראל (להלן: רמ"י), בטענה שפרויקט המגורים נבנה בעקבות מכרו לשיווק הקרקע לקבלנים שהיא פרסמה ולכן מוטלת עליה החובה לאכוף את קיום השוויון במכירת הדירות, אך התביעה נגד רמ"י נמחקה בהסכמה בשלבים מוקדמים של ההליך.

המערערת הכחישה את שיוחס לה בכתב התביעה, וכן טענה כי ספק אם נכון להחיל את חוק איסור הפליה על שיווק דירות.

5. בפסק דינו קיבל בית משפט השלום את תביעת המשיבים בקבעו כי מן העדויות שנשמעו עולה שהמערערת אכן נמנעה מלמכור למשיבים דירה בשל מוצאם, ובכך התגבשה עילת ההפליה המנויה בסעיף 3 לחוק איסור הפליה. עוד נקבע כי אין כל מניעה להחיל את החוק אף על מקרקעין שכן לשון החוק אינה כוללת החרגה של מקרקעין, וכי מתכלית החוק יש ללמוד כי אף מקרקעין חוסים תחתיו. בתוך כך דחה בית המשפט את

הטענה לפיה דברי ההסבר להצעת החוק, בהם מצוין כי החוק לא עוסק במקרקעין, מחייבים פרשנות בהתאם של החוק. נקבע כי דברי ההסבר לחוק עשויים להוות כלי פרשני להוראותיו אך אין בהם כדי לקבוע מהם הוראות החוק, במיוחד בשעה שהדברים בדברי ההסבר לא קיבלו ביטוי בחוק עצמו. החוק חל על הספקת "מוצר" אך מונח זה לא הוגדר בחוק ופרשנות החוק מובילה למסקנה לפיה הוא חל גם על מקרקעין, במיוחד כאשר מדובר בדירות שנבנו על מקרקעי ציבור. כן נקבע כי מסקנה זו נובעת גם מתכלית החוק שהיא מניעת הפליה, היות שהסיכויים שתתקיים הפליה במכירת דירות מגורים על ידי קבלן גבוהים יותר מאשר לגבי מוצרים אחרים שלגביהם אין למוכר תמריץ להימנע מהספקתם לכלל האוכלוסייה. נוכח האמור קיבל בית משפט השלום את תביעת המשיבים ופסק לכל אחד מהם פיצוי על סך 20,000 ₪ מכוח סעיף 5(ב) לחוק, אשר מסמיך את בית המשפט לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק, עד סך של 50,000 ₪, בשל עוולה לפי החוק. כן ציין בית המשפט כי לתוצאה דומה ניתן להגיע דרך עוולת הרשלנות לפי פקודת הנזיקין.

6. על פסק דינו של בית משפט השלום הגישה המערערת ערעור לבית המשפט המחוזי, במסגרתו טענה הן נגד הממצאים העובדתיים שנקבעו לפיהם היא נקטה הפליה כלפי המשיבים, והן נגד הקביעה המשפטית לפיה חוק איסור הפליה חל גם על מכר דירות. בית המשפט המחוזי דחה את הערעור ואימץ את קביעותיו של בית משפט השלום הן בדבר התנהגות מפלה מצד המערערת כלפי המשיבים והן בדבר תחולת חוק איסור הפליה על מקרקעין. נקבע כי לשון החוק ותכליתו תומכים בפרשנות לפיה הוא אוסר בגדרי התפרשותו כל הפליה בהספקת מוצרים לרבות מקרקעין, ובלבד שמדובר במי שעיסוקו בהספקת המקרקעין במרחב הציבורי. לשון סעיף 3 לחוק היא ברורה ואינה מבחינה בין מוצרים שונים וממילא גם לא מחריגה מקרקעין מתחולת החוק. בית המשפט עמד על חשיבותה של הזכות לשוויון ועל מעמדה החוקתי. בנסיבות אלה קבע בית המשפט כי אין לפרש את הוראות החוק באופן שמחריג מקרקעין ונוגד את תכלית השוויון שמונחת בבסיסו. כן נקבע כי אין בדברי ההסבר לחוק, אשר מהווים תכלית סובייקטיבית, בכדי לגבור על התכלית האובייקטיבית הברורה בדבר מניעת אפליה וזאת בשעה שהתכלית הסובייקטיבית לא קיבלה ביטוי בלשון החוק בצורה ברורה וחד משמעית.

הבקשה לרשות ערעור ותמצית טענות הצדדים

7. על פסק דין זה הוגשה הבקשה לרשות ערעור שלפנינו ובה חוזרת המערערת על טענותיה בדבר אי-תחולת חוק איסור הפליה על מכר דירות, העולה לטענתה הן מלשונו והן מתכליתו. נטען כי בדברי ההסבר לחוק הוחרגו במפורש מקרקעין מתחולתו וכי כוונת המחוקק בדבר החרגה זו עולה אף מן העובדה שמאז חקיקת חוק איסור הפליה הוגשו מספר הצעות חוק שביקשו לעגן איסור הפליה במקרקעין והכנסת סירבה לאשרן נוכח הפגיעה בזכויות הקניין וחופש ההתקשרות של הפרט. כן טוענת המערערת כי הוראות המכרז שערכה עם המדינה לא כוללות כל הוראה אשר מגבילה את חופש ההתקשרות שלה, וכי הדירות בפרויקט המדובר נמכרו באופן פרטי בהיעדר כל אלמנט ציבורי שיצדיק תוצאה לפיה היא כפופה לחוק איסור הפליה. עוד נטען כי אין לפסוק במקרה הנדון פיצויים מכוח פקודת הנזיקין.

בתגובתם טענו המשיבים כי אין בלשון החוק כל מניעה להחלת חוק איסור הפליה על מקרקעין וכי תכלית החוק מחייבת פרשנות לפיה החוק חל גם על מקרקעין. נטען כי הכללת הפליה בשיווק דירות תחת איסורי החוק חשובה במיוחד במקרים בהם החברה המשווקת קיבלה את הקרקע עליה היא בונה מידי המדינה. בהקשר זה טענו המשיבים כי מבחינה מעשית שוק הדיור מהווה אתר מרכזי לקיומה של הפליה, במובחן ממוצרים אחרים בהם אין לספקים אינטרס ברור להפלות. עוד נטען כי המשיבים זכאים לסעד שנפסק להם לא רק מכוח חוק איסור הפליה, אלא גם מכוח דיני הנזיקין ודיני החוזים.

8. היועץ המשפטי לממשלה התייצב להליך לבקשתנו. בעמדה שהוגשה מטעמו הובהר כי לדעת היועץ המשפטי לממשלה מוטלת חובה על המערערת לנהוג בשוויון בשיווק דירות לציבור הרחב. צוין כי קיימים נימוקים כבדי משקל התומכים בעמדה לפיה חוק איסור הפליה חל גם על מקרקעין, אך קיימים תימוכין גם לעמדה ההפוכה. בנסיבות אלה, מאחר שניתן להגיע, לעמדת היועץ, לתוצאה משפטית דומה בדבר חובת השוויון המוטלת על המערערת דרך קונסטרוקציות משפטיות אחרות, הוא נמנע מלנקוט עמדה בשאלה של תחולת החוק בענייננו.

על פי עמדת היועץ, בחינה לשונית של חוק איסור הפליה אינה מובילה למסקנה חד משמעית בשאלת תחולתו על מקרקעין היות שהחוק לא מספק הגדרה למונח "מוצר". צוין כי מחד גיסא המילה "מוצר" עשויה להתפרש באופן שכולל גם מקרקעין בהיקש

מהגדרה הרחבה למונח "מוצר" המצויה בחוקים אחדים, מאידך גיסא ניתן לטעון כי בהעדר הגדרה מפורשת למונח "מוצר" בחוק הכוללת גם מקרקעין, אין הם נכללים בהגדרה זו. היועץ הצביע על כך שתכליתו של החוק היא קידום עקרון השוויון שהוכר בפסיקה כעקרון יסוד חוקתי חשוב ביותר שמהווה חלק מליבת הזכות החוקתית לכבוד האדם. כן צוין כי מכר זכויות במקרקעין בנסיבות מסחריות אינו שונה במהותו מסיטואציות עסקיות אחרות בהן עוסק החוק, ולכן נראה שאין הבדל מהותי בין קבלן פרטי המשווק דירות לציבור לבין בעל מועדון לילה או בעל קונדיטוריה המציעים את מרכולתם לציבור הרחב. עוד צוין כי נוכח חשיבות הדיור וסביבת המגורים על חיי הפרט ניתן לייחס לחוק איסור הפליה חזקת תכלית לפיה הוא חל גם על מקרקעין, שעה שתחום זה לא הוחרג מתחולתו מפורשות. מנגד, ציין היועץ שיש לתת משקל לתכליות נוספות של החוק לענין חופש החוזים וההתקשרות, וכך לתכלית הסובייקטיבית של החוק העולה כנטען מדברי ההסבר להצעת החוק, שלא להחיל את החוק על מקרקעין. מסקנה זו נובעת, כך נטען, גם מהעובדה שבשנים שלאחר חקיקת חוק איסור הפליה נדחו מספר הצעות להחלת איסור הפליה גם על דיור, לאחר התנגדות הממשלה.

נוכח האמור סבור היועץ שאין צורך להכריע בשאלה שבמחלוקת לענין תחולת החוק, שכן לשיטתו ניתן להגיע בענייננו לתוצאה זהה מאחר שממילא מוטלת על המערערת חובת שוויון - הן מכוח תנאי ההתקשרות עם המדינה, הן מכוח עקרונות תום הלב ותקנת הציבור והן מכוח עוולת הרשלנות. לענין זה היועץ סבור שיש להשיב בחיוב על השאלה שנתרה בצריך עיון בעניין קעטדאן (בג"ץ 6698/95 קעטדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 272 (2000)), היינו כי חלה חובה על צד ג' אשר קיבל זכות במקרקעי המדינה לנהוג בשוויון במכירת הדירות שבנה על מקרקעין אלו. צוין כי המדינה לא בונה דירות בעצמה על מקרקעיה אלא משווקת את הקרקע ליזמים על מנת שהם יבנו עליה דירות שישווקו לציבור. על כן, הותרת החובה שלא להפלות על המדינה בלבד תעקר מתוכן את חובתה להקצות מקרקעין באופן שוויוני. לכן מתבקשת המסקנה לפיה היה על המערערת לשווק את הדירות באופן שוויוני. היועץ ציין כי בעקבות ההליכים בענין סבא (עע"מ 1789/10 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (7.11.2010)) החלה רמ"י להוסיף לחוזי ההתקשרות עם יזמים תנאי מפורש לפיו היזם מתחייב להימנע מהפליה בעת שיווק הדירות, וכי הפרת התנאי תקנה לרשות זכות לבטל את זכייתו במכרז ואת החוזה שנחתם עמו (להלן: תנאי אי-הפליה). בהמשך לכך, ועל מנת להגביר את יכולתה לאכוף תנאי זה הודיעה רמ"י בשנת 2013, במסגרת ההליך בתא"מ (חי') 1749-12-12 הוארי נ' משה חדיף בנין והשקעות בע"מ, כי לחוזים עתידיים תתווסף תניה הקובעת גם פיצויים מוסכמים בסך 15% מסכום התמורה המשולמת לרמ"י במקרה של הפרת תנאי

אי-ההפליה (להלן: תניית הפיצויים המוסכמים). נטען כי על אף שחווה ההתקשרות עם המערערת קדם להחלטות הנ"ל ולא כלל תניות כאמור, הרי שיש לקרוא לתוכו תנאי, מכוח דוקטרינת "התנאי מכללא", המטיל על המערערת חובה לשווק את הדירות לציבור הרחב בדרך שוויונית.

לגישת היועץ, לתוצאה דומה ניתן להגיע אף מכוח העקרונות של תום הלב ותקנת הציבור. צוין כי פסיקת בית המשפט העליון לאורך השנים מלמדת על חלחול, אף אם לא מלא, של עקרונות חוקתיים לתוך המשפט הפרטי, וכי לאלו יש השפעה על הפרשנות שיש ליתן למושגי סתום במשפט הפרטי. חובת תום הלב במשא ומתן כוללת את החובה שלא לסרב לנהל משא ומתן מטעמים לא ענייניים. התנהלות המערערת פגעה בליבת הזכות לשוויון, ולפיכך יש לראותה כהתנהלות בחוסר תום לב המצדיקה תשלום פיצויים. בשולי עמדתו ציין היועץ כי לא מן הנמנע להחיל חובת שוויון מכוח עוולת הרשלנות אולם לגישתו עניין זה מעורר שאלות שאינן דרושות הכרעה במסגרת ההליך שלפנינו.

נוכח כל האמור היועץ סבור כי יש לדחות את הערעור ולהותיר על כנם את פסקי הדין קמא, וזאת מבלי להכריע בשאלת תחולת חוק איסור הפליה על מקרקעין, אלא מכוח הפרת חובת השוויון החלה על המערערת מכוח החווה שכרתה עם המדינה, ומכוח עקרונות תום הלב של המשפט הפרטי.

9. להשלמת הדברים יצוין כי להליך שלפנינו הוגשו שתי בקשות הצטרפות כ"דידי בית המשפט". האחת מטעם האגודה לזכויות האזרח, אשר צידדה בעמדה לפיה חוק איסור הפליה חל על מקרקעין, והשניה מטעם "פורום קהלת" אשר צידד בגישה ההפוכה. בדיון לפנינו שמענו את טיעוני המבקשים להצטרף להליך גם לגוף העניין אך נוכח כתבי הטענות המפורטים שהוגשו מטעם הצדדים ונוכח עמדתו המפורטת של היועץ המשפטי לממשלה לא ראינו מקום להיענות לבקשות, בהתאם לאמות המידה שהותוו לעניין זה בפסיקתו של בית משפט זה (מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 529 (1999)).

דיון והכרעה

10. כאמור, השאלה העומדת להכרעתנו היא, האם איסור הפליה בהספקת מוצרים הקבוע בחוק איסור הפליה חל גם על מכירת דירה על ידי חברה קבלנית?

לדעתי יש להשיב בחיוב על השאלה הנ"ל. אני סבור כי חוק איסור הפליה חל על שיווק דירות על ידי מי שעיסוקו בכך, להבדיל ממכירה פרטית, וכי מסקנה זו מתחייבת מתכלית החוק, המבקשת להגשים את עקרון השוויון באחד התחומים החשובים ביותר בחיי הפרט, והיא עולה בקנה אחד גם עם לשונו – הכל כמפורט להלן.

א. על הזכות לשוויון וחשיבות תחולת החוק על מכר דירות

11. אקדים ואומר כי איני שותף לדעתו של היועץ המשפטי לממשלה, לפיה נוכח הקושי הקיים לשיטתו בפרשנות החוק, אין צורך להכריע בשאלת תחולתו על מכר דירות על ידי מי שעיסוקו בכך, מאחר שניתן להגיע לתוצאה זהה באמצעות כלים משפטיים אחרים. אני סבור כי יש חשיבות רבה – ציבורית-ערכית וגם מעשית – בהכרעה בדבר תחולת החוק על מכר דירות.

12. אין צורך לפרוס כאן יריעה רחבה באשר לחשיבות ערך השוויון. אסתפק אפוא בדברים קצרים. הזכות לשוויון הוכרה בישראל כזכות יסוד רבת חשיבות החל מימיה הראשונים של המדינה. זכות זו קיבלה ביטוי ברור והחלטי כבר במגילת העצמאות, מסמך היסוד של מדינת ישראל, בה נקבע כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". למעשה, כבר בכתב המנדט של חבר הלאומים על ארץ ישראל (*The Mandate for Palestine*) נכללה בסעי' 15 הוראה לפיה:

"No discrimination of any kind shall be made between the inhabitants of Palestine on the ground of race, religion or language"

בעקבות ההוראה הנ"ל בכתב המנדט נכללה הוראה דומה בסעיף 17(1)(א) לדבר המלך במועצתו, 1922.

השוויון הוא אפוא ערך יסודי עליון בכל תפיסה דמוקרטית המכבדת זכויות אדם, ובלעדיו חברה לא תיחשב כחברה דמוקרטית ומדינה לא תוכל להיקרא כמדינה דמוקרטית. בית משפט זה עמד בשורה ארוכה של פסקי דין לאורך השנים על חשיבותו ומקומו המרכזי של ערך השוויון, שהוא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 698, 693 (1969), להלן: ענין ברגמן); שהוא "עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי-נפרד מהן" (בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 807, 800 (1978); כי - "לא ניתן

לקיים חברה במדינה דמוקרטית ללא שוויון שהוא אחד מנגזרות הצדק וההגינות" (בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פסקה 18 לחוות דעתה של השופטת ארבל (21.2.12); וכי "השוויון מונח בבסיס הקיום החברתי. הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי" (דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 362, 330 (2000)).

הזכות לשוויון אמנם לא נכללה במפורש במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מטעמים שאין זה המקום לעמוד עליהם (ראו יהודית קרפ, "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו - ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א 323 (תשנ"ג)). ואולם הזכות לשוויון הוכרה, במסגרת "מודל הביניים", כזכות נגזרת של הזכות החוקתית לכבוד האדם בכל אותם ההיבטים אשר קשורים בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006). וראו גם: אהרון ברק כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 690-688 (2014) והאסמכתאות הרבות שם).

13. הפליה היא היפוכו של השוויון -

"עקרון השוויון, אשר אינו אלא הצד השני של מטבע ההפליה ואשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו, משמעותו, כי יש להתייחס, לצורך המטרה הנדונה. יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה. אם אין מתייחסים אליהם יחס שווה, כי אז לפנינו הפליה. לעומת זאת, אם ההבדל או ההבדלים בין אנשים שונים הינם רלוונטיים למטרה הנדונה, אזי תהיה זו הבחנה מותרת" (ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד כה(1) 7, 35 (1971)).

פגיעתה של הפליה באושיות החברה היא קשה. הפליה היא "רעה החודרת לבסיס המשטר הדמוקרטי, מחלחלת ומקעקעת את יסודותיו, עד שלבסוף היא מביאה להתמוטטותו ולחורבנו." (בג"ץ 2618/00 חברת פארות בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נה(5) 49, 58 (2001)).

וכן -

"והפליה, ידענו, היא הרע-מכל-רע. הפליה מכרסמת עד כלות ביחסים בין בני-אנוש, ביניהם לבין עצמם. תחושת הפליה מביאה לאובדן עשתונות ולהרס מירקם היחסים

בין אדם לרעהו... כך בהפליה אישית, כך בהפליה חברתית, כך בהפליה אתנית, כך בכל הפליה והפליה. הפליה תפרק משפחה. בהפליה מתמשכת יאבד עם ותשבות ממלכה" (בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 503, 485 (1996)).

על המדינה ואורגניה, כמו גם על כל רשות ציבורית, חלה אפוא חובה כללית לנהוג בשוויון ולהימנע מהפליה. "חובה זו - של שוויון בין כלל אזרחיה של מדינת ישראל - ערבים ויהודים כאחד - מהווה יסוד מיסודותיה של היות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית". (בג"ץ 11956/05 סוהד בשארה נ' שר הבינוי והשיכון, פסקה 7 ((13.12.2006)).

הזכות לשוויון והאיסור לנהוג בהפליה קיבלו ביטוי לא רק בפסיקה רבה וענפה של בית משפט זה אלא גם בחקיקה נרחבת של הכנסת, אשר הטילה חובה להימנע מהפליה, בתחומים שונים, גם על מי שאינו בגדר רשות ציבורית. מקובל לציין את חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, אשר קבע כי "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית", כדבר החקיקה הראשון שעיגן את הזכות לשוויון ואיסור הפליה. בהמשך נחקקו חוקים רבים נוספים שעיגנו את האיסור להפליה בתחומים שונים, ובהם (רשימה חלקית): חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (סעיף 2); חוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959 (סעיף 42); חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996; חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (סעיף 4); חוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000 (סעיף 5); חוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007 (סעיף 4); חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 (סעיף 3א); וחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 (סעיף 2(ב)). חוק איסור הפליה נמנה כמובן על קבוצת חוקים אלה. מטרתו המוצהרת, כפי שהיא באה לידי ביטוי בסעיף 1 לחוק, הוא סעיף המטרה, היא "לקדם את השוויון ולמנוע הפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים".

14. נוכח מרכזיותה וחשיבותה כאמור של הזכות לשוויון למרקם החיים החברתיים, קיימת אפוא חשיבות ציבורית-ערכית רבה לשיגור מסר חד-משמעי בגנותה של האפליה ולהעמדת כלים משפטיים אפקטיביים לרשות נפגעי האפליה לתבוע את עלבונם. מעבר לתכליתו ההרתעתית-מעשית, יש לחוק איסור הפליה תכלית ערכית-חינוכית שבאה לידי ביטוי בהצהרה שהפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים תהא אסורה במדינת ישראל. להצהרה זו יש חשיבות כלפי המופלה, כלפי המפלה, וכלפי החברה כולה. היא מגדירה כי הנורמה המקובלת במדינת ישראל היא שלילת הפליה,

ובכך שולחת מסר חשוב למפלה או למי ששוקל להפלות כי הוא פועל מחוץ לנורמה המקובלת. באותה העת ההצהרה שולחת מסר מנחם למופלה ומאשרת את תחושתו הפנימית כי האופן בו נהגו כלפיו הוא עוול, וכי הוא זכאי לתבוע את עלבוננו באמצעות הכלים שהוקנו לו בחוק. הצהרה זו חשובה לא פחות אף עבור החברה הישראלית, כאשר היא מעבירה מסר לפיו הפליה היא תופעה מגונה אשר אין להשלים עמה ויש לפעול למיגורה.

15. הימנעות מהכרעה בשאלת תחולת חוק איסור הפליה על תחום הדיור, שהוא תחום כה מרכזי בחיי האזרחים, אינה משרתת את המאבק בתופעות ההפליה, לא מבחינת המסר הציבורי ולא מבחינת הכלים האופרטיביים למאבק בתופעות האפליה. תפקידו של בית משפט זה אינו אך להכריע בסכסוך הפרטני המובא בפניו אלא גם לקבוע הלכות ונורמות הנוגעות לסוגיות עקרוניות המתעוררות בהליך -

”מתפקידו של בית המשפט לחנך ולעצב ערכים ראויים בחברה על-ידי הענקת פירוש התואם את הערכים האלה להוראות החוק” (ע”פ 119/93 לורנס נ’ מדינת ישראל פ”ד מח(4) 1, 15 (1994)).

מתפקידו ומחובתו של בית המשפט לשרש תופעות של הפליה פסולה, בעיקר תופעות הפליה המעוגנות בתפיסות חברתיות הרווחות בחלקים שונים של החברה -

”... המבחן הקובע חובת שוויון – וכמותו האיסור על הפליה – מעיקרם נוצרו ומתקיימים הם, כזה כן זה, דווקא כדי להילחם ב’תפיסות חברתיות מקובלות’... כל מעשי הפליה מאלה שהזכרנו מקורם ב’תפיסות חברתיות מקובלות’: תפיסה חברתית כי בן גזע אחד נחות מבן גזע אחר; כי נשים אינן כשירות לבצע פעילויות כגברים; כי אנשים בני גיל מסוים אינם כשירים למקצועות מסוימים וכו’. אכן, לשירות ‘תפיסות חברתיות מקובלות’ – מקובלות אך פסולות – נועדו חוקים אלה ואחרים, ובית-המשפט, בצד המחוקק, יעמוד על המשמר ויעשה להנחיל לבני-החברה ערכי שוויון הבונים עצמם על כישוריו של היחיד ולא על סטֶרֶאוטיפ שדבק בקבוצה שפלוגי נמנה עם חבריה” (בג”ץ 2458/01 משפחה חדשה נ’ הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ”ד נז(1) 419, 451 (2002)).

16. בחוק איסור הפליה ביקש המחוקק ליצור מנגנון אפקטיבי למאבק בתופעות ההפליה בתחומים בהם הוא עוסק – בשיווק מוצרים, במתן שירותים ובכניסה למקומות

בידור ולמקומות ציבוריים. המחוקק לא הסתפק אפוא בקיומם של הכלים המשפטיים "הכלליים", מסוג אלה אותם מציע היועץ כאלטרנטיבה להחלת החוק בענייננו. המחוקק ביקש להעניק לנפגעי הפליה דרך פשוטה, מהירה, זולה ויעילה לפיצוי, ללא הוכחת נזק, במטרה לעודד אותם להגיש תביעות מבלי לחשוש מקשיים - בעיקר קשיי כימות והוכחת הנזק, כמו גם עלויות משפטיות - הקיימים במסלולי תביעה רגילים, ובכך לקדם את המאבק בתופעת ההפליה כתופעה חברתית רווחת.

מסיבות דומות בעיקרן יצר המחוקק גם במספר תחומים נוספים ערוץ של תביעה לפיצוי ללא הוכחת נזק, ולא הסתמך על הגשת תביעות "רגילות". הדבר נעשה כדי לעודד את המאבק בתופעות חברתיות פסולות גם בכלים של אכיפה פרטית על ידי יצירת אמצעי פשוט, זול, מהיר ויעיל למימוש הזכות (ראו למשל: סעיף 6(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998; סעיף 10(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; סעיף 19 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות); סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965; סעיף 29 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. כן ראו באופן דומה לענין המאבק בתופעת "הודעות הספאם" - פסק דיני ברע"א 7064/17 ארד נ' מנקס אונליין טריידינג בע"מ (11.12.2018), להלן: ענין ארד).

תכלית זו קיבלה ביטוי גם בדברי ההסבר להצעת חוק איסור הפליה:

"הוראת סעיף 6 יוצרת את העוולה האזרחית שבהפליה בניגוד להוראות החוק. מוצע לקבוע אפשרות לקבל פיצוי מוגבל בסכום - בלא הוכחת נזק, בשל הקושי לכמת ולהוכיח את הנזק שבפגיעה הנגרמת לאדם שנמנעת ממנו כניסה למקום או הספקת מוצר או שירות. סעיפים דומים נחקקו באחרונה בחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ובחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998."

אף בית משפט זה עמד על ייחודיותו של מנגנון הפיצויים הקבוע בחוק איסור

הפליה בציינו כי -

"ייחודו של חוק איסור הפליה, אם כן, אינו ביצירת מושג חדש של שוויון החורג מתפישת השוויון הכללית החלה במשפט החוקתי. ייחודו הינו בעיצוב הכלים האופרטיביים העומדים לרשותו של נפגע הפליה בבקשו סעד מבית

המשפט" (רע"א 8821/09 פרוזאנסקי נ' חברת לילה טוב
הפקות בע"מ (16.11.2011)).

17. מנגנון האכיפה הייחודי שנקבע בחוק דנן (ובמספר תחומים נוספים כאמור) נועד לתת מענה לקשיים הייחודיים הכרוכים באפשרות להוכיח מעשה הפליה. בין קשיים אלה ניתן למנות את קיומם של פערי מידע, שימוש בתנאים ומגבלות בעלי חזות ניטראלית, פרקטיקות סמויות, האשמה עצמית, קושי לספק ראיות בדבר ההתנהלות המפלה, פערי כוח, חשש מהשלכות שליליות ותיוג, חסמי נגישות, חוסר אמון וחסמים תרבותיים (גיל גן-מור "הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי" מעשי משפט ט 207, 210-212 (2018), להלן: הפליה במבחן). כל אלו, נוסף על הקשיים הרגילים הכרוכים בהגשת תביעה, מצמצמים מאוד את האפשרות להגשת תביעות רגילות בגין הפליה, וממילא מחלישים את ההרתעה מפני התנהגות מפלה. קושי נוסף טמון בהגדרת "פגיעה רגשית" כתוצאה מהפליה כ"נזק" על פי המודלים המסורתיים (דפנה ברק ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" משפט וממשל ט 103, 110 (התשס"ו); יפעת ביטון, "כאבים באזור הכבוד - פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" משפט וממשל ט 137, 141 (התשס"ו)).

החשש להרתעת חסר עקב קיומם של חסמים אלה גובר נוכח האינטרס הכלכלי הכרוך לעתים בהפליה בהספקת מוצרים ושירותים ובכניסה למקומות בידור (משה כהן-אליה "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת בית המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?" משפט וממשל יז 147, 171 (2016); משה כהן-אליה "פוליטיקת הגועל בחוק איסור הפליה במצרכים ובשירותים" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 497, 524 (2016); הפליה במבחן, 212-213). כאשר השיקול להפליה הינו כלכלי נדרשת סנקציה אפקטיבית שתאיין או תפחית את הכדאיות הכלכלית של ההפליה. לא בכדי פיצויים ללא הוכחת נזק מכונים לעיתים "פיצויים לדוגמה". מטרתם היא ליצור תמריץ כלכלי למפלים פוטנציאליים להימנע מהתנהגות בלתי ראויה, וזאת מתוך הבנה שבפיצוי תרופתי רגיל אין די בכדי להבטיח קיומה של הרתעה אפקטיבית.

18. נדירים הם המקרים, כמו המקרה שבפנינו, בו צפה ההפליה במלוא כיעורה ללא שהיא מוסוות באמתלה כזו או אחרת מצד ספק המוצר או השירות. לרוב קיימים קשיים לא מבוטלים להוכיח הפליה. על כן, מעבר לקביעת פיצוי בלא הוכחת נזק קבע המחוקק בחוק איסור הפליה אמצעי נוסף להקלה על נפגעי ההפליה בהגשת תביעות על ידי יצירת

חזקות הפליה אשר בהתקיימן עובר הנטל אל הגורם המפלה (סעיף 6 לחוק). גם קביעת חזקות אלה נועדה להקל על נפגע הפליה להתגבר על קשיי הוכחה לקיומה של הפליה, אשר ברוב המקרים מוסווית בטעמים אחרים (ראו בהקשר זה נטע זיו וזן תירוש "המאבק המשפטי נגד מיון מועמדים ליישובים קהילתיים - מלכוד ברשת טובענית ומחוררת", קהילות מגודרות 311, 330 (בעריכת אמנון להבי, 2010)).

19. יתרון נוסף הכרוך בשימוש בחוק דנן על פני כלים משפטיים חלופיים טמון בהוראות חוק הסיוע המשפטי, התשל"ב-1972, הקובע כי בתביעות מכוח חוק איסור הפליה קיימת לנפגעים זכאות לסיוע משפטי אף מבלי להוכיח עמידה במבחני היכולת הכלכלית הקבועים בחוק (סעיף 2 לחוק בצירוף פרט 12 לתוספת). אוכלוסיות מוחלשות אשר סובלות מהפליה עשויות למצוא במנגנון זה מענה משמעותי לחסם כלכלי שניצב בפניהם בבואם לעמוד על זכויותיהם (יובל אלכשן "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" עלי משפט ג 497 (2004)). אזכיר לענין זה גם את הוראת סעיף 7 לחוק איסור הפליה המאפשרת לארגוני זכויות אדם להגיש תביעות בשם הנפגעים. הטעם להוראה זו הובהר בדברי ההסבר: "הוראה זו מרחיבה את הזכות להגיש תביעה על הפרת הוראות החוק גם לארגון העוסק בהגנה על זכויותיו של מי שאסור להפלותו לפי החוק. תכליתה של הוראה זו היא להביא לאכיפה יעילה יותר של החוק".

20. כאמור, מאחר ובתחום זה של הפליה במוצרים ושירותים עיקר האכיפה היא אכיפה פרטית, קיימת אפוא חשיבות מכרעת במתן כלי פשוט, יעיל, מהיר וזול לנפגעי ההפליה, שכן בלעדי כך לא תהא אכיפה כלל. יש להדגיש שמכלול מאפייניו הייחודיים של חוק איסור הפליה שנסקרו לעיל, חשובים לא רק מכיוון שהם מאפשרים לפרט שהופלה לתבוע את עלבוננו באופן אפקטיבי, אלא גם בכך שהגשת תביעות מכוחו מוציאה את מעשה ההפליה מן החושך אל האור, מדבר שנעשה בחדרי חדרים למעשה פומבי שעל הגורם העסקי המפלה יהיה לשאת בהשלכותיו על תדמיתו הציבורית והעסקית. וגם בכך יש כדי לתרום למאבק בתופעות ההפליה.

לכל אלה יש להוסיף גם את הסנקציה הפלילית הקבועה בסעיף 9 לחוק איסור הפליה, שעל אף הקושי להפעילה הנובע ממאפייני המשפט הפלילי, נועדה לשמש גורם הרתעה נוסף מפני ביצוע הפליה.

21. על כן, ונוכח צירוף כל האמור לעיל גלויה וברורה החיוניות בהחלת חוק איסור הפליה על מכר דירות, שכן שימוש בכלים משפטיים חלופיים אין בהם באופן אמיתי

מענה לנפגעי הפליה, אף מקום שמבחינה משפטית עיונית השימוש בהם אפשרי. הסתמכות על כך שנפגעי הפליה יגישו תביעות רגילות לבתי המשפט מתעלמת מהקשיים הרבים הכרוכים כאמור בהגשת תביעות כאלה. גלוי לעין כי זו הייתה גם סברת המחוקק, שכן אילו סבר כי הדין הכללי מספק מענה הולם לנפגעי הפליה, לא היה צורך בחקיקת חוק איסור הפליה כלל. לכן, בהעדר מניעה חוקית או טעם ענייני משכנע המצדיק הימנעות מהכרעה ישירה בשאלה של תחולת החוק על מכר דירות, אין להשלים עם תוצאה לפיה הכלים החשובים והחיוניים שהחוק מעמיד לרשות המאבק בהפליה לא יחולו על תחום חיוני וחשוב כמו תחום הדיור. אוסיף, כי משעלתה השאלה ובתי המשפט קמא דנו והכריעו בה, אין בידינו להתיר שאלה זו תלויה ועומדת וממילא נדרשת הכרעה לכאן או לכאן. מאחר ואני סבור כאמור כי חוק איסור הפליה חל גם על הפליה במכר דירות של מי שעיסוקו בכך, איני רואה צורך לבחון באופן פרטני את הכלים המשפטיים החלופיים שהוצעו למתן סעד במקרה כגון דנן.

אפנה כעת להצגת עמדתי לגוף השאלה של תחולת חוק איסור הפליה על מכר דירות על ידי מי שעיסוקו בכך.

ב. תחולת חוק איסור הפליה על מכר דירות

(1) פרשנות לשונית ותכליתית

22. כידוע, פרשנות דבר חקיקה מתחילה מלשונו ומוגבלת על ידה. יחד עם זאת, מאחר ולשון דבר החקיקה לבדה לא מספיקה במקרים רבים כדי להכריע לגבי משמעותו, במקרים כאלה יש לבחור מבין החלופות הלשוניות האפשריות את זו המגשימה באופן הטוב ביותר את תכליתו של דבר החקיקה. (ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 74 (1985); בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 544 (1990), להלן עניין לאו"ר; בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש - תע"ל נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נח(6) 685, 701 (2004); בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המיסים, פ"ד סד(2) 479, 504 (2010); ע"א 8622/07 דוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פסקה 34 (14.5.2012) (להלן: עניין דוטמן)).

תכלית דבר החקיקה מורכבת מתכלית סובייקטיבית, שעניינה במטרות שחברי הגוף המחוקק ביקשו להשיג באמצעותו, ומתכלית אובייקטיבית, שעניינה במטרות ובערכים שדבר החקיקה נועד להגשים בחברה דמוקרטית (בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749, 764 (1993); בג"ץ 869/92 זוילי נ' יו"ר ועדת

הבחירות המרכזית, פ"ד מו(2) 692, 706 (1992); ענין רוטמן שם; אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה 201 (1993) (להלן: ברק - פרשנות החקיקה).

23. הסעיף האופרטיבי המרכזי בחוק איסור הפליה הוא סעיף 3 הקובע את הנורמה של איסור הפליה בהספקת מוצרים, במתן שירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, ואת היקף פריסתה. לענייננו רלבנטית בעיקר הוראת סעיף 3(א) שזו לשונו:

"מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם".

24. השאלה הפרשנית המרכזית העומדת לפתחנו הינה, האם דירה היא בגדר "מוצר" לעניין חוק איסור הפליה? החוק כולל הגדרות לרבים מהמונחים בהם הוא עושה שימוש בסעיף 3 ובכלל ("מי שעיסוקו", "מקום ציבורי", "שירות ציבורי", "מעמד אישי", "ציבור" ועוד), אך אינו כולל הגדרה של המונח "מוצר". העדרה של הגדרת "מוצר" בחוק משמעה כי מבחינה לשונית החוק מיועד לחול על כל "מוצר", במשמעותו הלשונית המקובלת של מונח זה, ללא סייגים וחריגים. החוק אינו מחריג דירה מגדר "מוצר", זאת להבדיל למשל מהמונח "שירות ציבורי" שהוגדר בחוק בהגדרה סגורה של סוגי שירותים ציבוריים ספציפיים שרק עליהם חל החוק. כך גם בעניינים אחרים בהם החוק קובע במפורש חריגים לתחולתו (ראו למשל סעיף 3(א1) סיפא וסעיף 3(ד) לחוק).

בהעדר הגדרה בחוק נבחן אם כן מהם ההגדרה והתוכן המקובלים למונח זה. באנציקלופדיה ויקיפדיה מובאת ההגדרה הבאה של המונח "מוצר" -

"בכלכלה, המונח מוצר מתאר סחורה או שירות שיש להם שווי כספי; בדרך כלל סחורה או שירות אשר עברו עיבוד אנושי ותהליכי ייצור הקשורים לידע ולתנאים התרבותיים והחברתיים של הייצור. בתחום השיווק, מוצר הוא כל דבר אשר ניתן להציע לשוק ואשר יספק את צורכי השוק... השימוש כיום במונח 'מוצר' נרחב וכולל תחומים שאינם יצרניים גרידא, כמו בשירות הציבורי, שבו ה"מוצר" עשוי להיות נתונים או מידע"

הגדרות דומות מצויות גם במילונים השונים. נראה כי לפי המשמעויות המקובלות כאמור של המונח "מוצר", אין ספק כי דירה היא בגדר "מוצר", בהיותה תוצר של תהליך עבודה אנושי. דירה "מיוצרת" באתר הבנייה באמצעות עבודתם של הפועלים בשטח תוך שימוש ברכיבים המיוצרים במפעל. דירה היא גם מוצר בעל שווי כספי העומד למכירה לציבור במהלך העסקים הרגיל, ובכך היא עונה גם על הגדרת מוצר בהיבט השיווקי.

25. גם בחינה של השימוש במונח "מוצר" בדברי חקיקה אחרים מוביל למסקנה דומה. כך, חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980 כולל הגדרה כדלהלן של המונח "מוצר": "לרבות רכיב ואריזה של מוצר, מוצר המחובר למקרקעין, ובנין". בהגדרה זו "בנין" נכלל אפוא במפורש בהגדרת "מוצר". הגדרה מופשטת יותר למונח "מוצר" מצויה בחוק לעידוד מחקר, פיתוח וחדשנות טכנולוגית בתעשייה, התשמ"ד-1984 בו הוגדר "מוצר" כ- "נכס מוחשי או לא מוחשי, תהליך או שירות, לרבות תהליכי ייצור ותוכנת מחשבים". ברור כי גם הגדרה זו כוללת דירה או בנין, אף שלא נזכרו בה במפורש.

נראה כי החוק הקרוב ביותר לענייננו הוא חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. אציין כי בנוסחו המקורי של חוק איסור הפליה הוא חל גם על הפליה מטעמי מוגבלות, ואולם ב-2005 נערך תיקון נרחב בחוק שוויון זכויות (תיקון מס' 2 – ס"ח תשס"ה 288), שכלל בין היתר הסדרה מקיפה של סוגיית ההפליה כלפי אנשים עם מוגבלות, ונושא זה הוצא מחוק איסור הפליה. במסגרת זו נוספה לחוק שוויון זכויות הוראה דומה לזו שבסעיף 3(א) דנן -

19. (א) מי שעיסוקו במתן שירות ציבורי, בהפעלת מקום ציבורי או בהספקת מוצר, לא יפלה אדם מחמת מוגבלותו בכל אחד מאלה, לפי הענין:
 (1) לא יסרב –
 (א) לאפשר לו גישה למקום ציבורי או לחלק ממנו;
 (ב) לתת לו שירות ציבורי;
 (ג) לספק לו מוצר;
 (ד) לאפשר לו שימוש בשירות ציבורי או הנאה משירות ציבורי;"

גם בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות אין הגדרה של "מוצר" אך קיימת בחוק התייחסות להפליה בהקשר של דיור בנושאים שונים (כגון איסור על גוף פיננסי

שנותן הלוואות לדיור לסרב לתת הלוואה לרכישת דירה לאדם עם מוגבלות בנסיבות שנקבעו בחוק (סעיף 19סט(ב)).

26. נוכח התוכן הרחב – לשונית ועניינית - של המונח "מוצר", מתחייבת בענייננו המסקנה כי ככל שהמחוקק ביקש להוציא מגדר תחולת חוק איסור הפליה סוג של מוצרים (כגון דירות) נדרשה לכך החרגה מפורשת בחוק, כפי שנעשה לגבי הגדרות אחרות בחוק. ואכן, דברי חקיקה אחרים שעשו שימוש במונח מוצר וביקשו לצמצם תחולתם רק לגבי סוגי מוצרים ספציפיים, הגדירו את המונח "מוצר" באופן שמבהיר מה נכלל בגדרו ומה לא. כך, בתקנות הטיס (נוהלי תיעוד כלי טיס וחלקיהם), התשל"ז-1977, הוגדר "מוצר" כ- "כלי טיס, מנוע כלי טיס או מדחף, וכן מערכת כטמ"מ, אלא אם הוגדר אחרת בתקנות אלה". כך גם התקנות להסדרת תוצרת אורגנית (תוצרת אורגנית מן החי – ייצורה ומכירתה), התשע"ג-2013, בהן מוגדר "מוצר" כ- "תוצרת אורגנית שעברה תהליך עיבוד". בהעדר הגדרה מצמצמת כאמור או החרגה מפורשת, יש לתת למונח "מוצר" בחיקוק משמעות רחבה הכוללת את כל סוגי המוצרים, אלא אם עולה מתכלית החוק כוונה אחרת.

המסקנה המתבקשת לענייננו היא אפוא כי מהבחינה הלשונית המונח "מוצר" בחוק איסור הפליה כולל גם דירה, וממילא האיסור שקובע החוק על הפליה בהספקת מוצרים על ידי מי שעיסוקו בכך חל גם על מי שעיסוקו במכירת דירות לציבור.

27. הוראה נוספת בחוק איסור הפליה המשליכה במישרין על פרשנות החוק לענייננו היא הוראת סעיף 1 לחוק, שהוא סעיף המטרה של החוק, הקובע לאמור -

"חוק זה נועד לקדם את השוויון ולמנוע הפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים".

סעיף המטרה מבטא את התכלית הסובייקטיבית של החוק, המקבלת ביטוי בלשון החוק, אך משקף גם את התכלית האובייקטיבית של החוק מבחינת ערכי היסוד של החברה הדמוקרטית אותם הוא נועד להגשים. סעיף המטרה בנוסחו הרחב והבלתי מסויג מלמדנו כי תכלית החוק דנן היא קידום השוויון ומניעת הפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים, ללא כל סייג באשר לסוג המוצרים. כל איסור הפליה בהספקת מוצר המקדם את השוויון מגשים אפוא את תכליתו המוצהרת - הסובייקטיבית והאובייקטיבית - של החוק.

28. אין כל ספק, ודומה שאין גם חולק, כי מניעת הפליה במכר דירות על בסיס דת, גזע, לאום וכיוצא באלה, מצויה בגרעין הקשה של קידום השוויון ומניעת הפליה בחברה הישראלית ובכלל. הפליה בדיור היא מסוג מעשי ההפליה הפוגעים בצורה הקשה ביותר בנפגעי ההפליה. מעבר לפגיעה הרגשית הנובעת מהעלבון, ההשפלה והפגיעה בכבודו של אדם הכרוכים בכל הפליה, להפליה ברכישת דירה עשויות להיות השלכות מרחיקות לכת גם מבחינה מעשית וכלכלית על חייהם של הסובלים ממנה. סביבת המגורים של אדם היא במובנים רבים ההקשר המשפיע והמעצב ביותר את חייו ואת ההזדמנויות שייקרו בדרכו. סביבה זו משפיעה על אפשרויות התעסוקה והחינוך שיהיו זמינות לאדם ולמשפחתו. השכונה בה מתגורר אדם והקהילה במסגרתה הוא מבלה את חייו משפיעות גם על עיצוב זהותו. יש גם חשיבות רבה, חברתית וכלכלית, לאפשר ניידות במקום המגורים ולא להקשות עליה. הפליה בדיור עלולה לקבע קבוצות חברתיות לסביבת מגורים קשה, ולגרום לכך שבני הקבוצה המופלית יתויגו כנחותים, ללא קשר להשכלתם או להישגיהם האישיים, באופן שינציח את הדעות הקדומות שעומדות בבסיס ההפליה מלכתחילה (רות גביזון ואורי שוורץ "הפרדה בדיור כמרכיב בהפליה: הניסיון האמריקאי" עיוני משפט כה (1) 73, 80-82 (תשס"א-תשס"ב)). הפליה בתחום הדיור משפיעה במידה רבה על האוטונומיה של הפרט ועל יכולתו לממש את עצמו ולעצב את עתידו ואת עתיד ילדיו.

בנוסף, הפליה בשיווק דירות מצמצמת את היצע הדירות לציבור הנפגע באופן שגם מייקר עבורו את המוצר, שהוא ההוצאה הגדולה ביותר בחייו של אדם מן השורה, כאשר ייקור זה מוטל דווקא על האוכלוסיות היותר חלשות. לכך עשויה להיות השלכה על הצורך להתפשר על מידת התאמת מבנה הדירה או מיקומה, כמו גם על מקום תעסוקה או מוסד לימודים טובים יותר. אזכיר כי בעדותו של המשיב 1, אשר הוגדרה על ידי בית משפט השלום כמהימנה, הוא סיפר כי החליט למכור את דירתו ולרכוש דירה אחרת מכיוון שהדירה בה התגורר שכנה בקומה הרביעית בבניין בו לא הייתה מעלית, ובשל כך התקשה להרים את בנו הנכה במדרגות כדי להכניסו אל הבית, ועל כן חיפש דירה בעלת כניסה נוחה יותר.

יודגש לבסוף כי הוצאת מכר דירות מתחולת החוק גם מרוקנת במידה רבה את החוק מתוכנו בכל הנוגע להפליה בהספקת מוצרים, שכן במוצרים "רגילים" (מכולת, ביגוד, וכיו"ב) ממילא אינה רווחת תופעה של הפליה כלפי אוכלוסיות מועדות להפליה, אך בכל הנוגע למכירת דירות תופעות הפליה שבות ועולות למרבה הצער מעת לעת.

(2) תכלית טובייקטיבית - אינדיקציות נוגדות?

29. משהגעתי למסקנה כי לשונו של חוק איסור הפליה, כמו גם תכליתו הנתמכת בלשונו, מובילים למסקנה כי החוק חל גם על הפליה במכר דירות על ידי מי שעיסוקו בכך, נותר לבחון את הטענות בדבר אינדיקציות לתכלית טובייקטיבית שונה של החוק ולפיה המחוקק ביקש להוציא מגדר תחולתו מכר דירות.

30. כידוע, שני המקורות המרכזיים מהם ניתן ללמוד על התכלית הסובייקטיבית של דבר החקיקה הם לשון החוק וההיסטוריה החקיקתית שלו (בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479, 504 (2010); רע"א 8233/08 כובשי נ' שוורץ, פ"ד סד(2) 207, 238-239 (2010); ברק - פרשנות החקיקה 403).

31. מבין שני המקורות האמורים המקור המרכזי לזיהוי כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק הוא לשון החוק. ההנחה היא שהמחוקק בחר בלשון אשר מבטאת את כוונתו באופן המיטבי. זהו הבסיס לחזקה כי לשון החקיקה היא מקור חזק יותר לקביעת התכלית הסובייקטיבית של דבר החקיקה מההיסטוריה החקיקתית שלו (עניין זכייני הפייס, פסקה 23; ברק – פרשנות החקיקה, 403). כאשר לשון החקיקה מספקת תמונה ברורה של תכלית החקיקה, אשר סותרת את התמונה המתקבלת מההיסטוריה החקיקתית, תגבר התכלית המשתקפת מלשון החקיקה. יפים לעניין זה דבריו של המשנה לנשיא מ' אלון בעניין לאור הנזכר לעיל -

“...אין בהיסטוריה החקיקתית כדי להשפיע על פירושו של חוק, כאשר הכוונה העולה מהיסטוריה זו אינה באה לכלל ביטוי כלשהו בלשון החוק, ומכל שכן כאשר לשון החוק היא בניגוד לכוונה העולה מן ההיסטוריה החקיקתית...” (שם בעמ' 559. ההדגשה במקור).

בענייננו, כפי שכבר הובהר לעיל, אין מאומה בלשון חוק איסור הפליה המעיד על כך שכוונת המחוקק הייתה שלא להחיל את איסור הפליה על מי שעיסוקו במכר דירות, אלא להיפך. כמפורט לעיל, הן בסעיף המטרה (סעיף 1 לחוק) והן בהוראה האופרטיבית (סעיף 3 לחוק) לא החרוג המחוקק, לא במפורש ולא ברמז, מכר דירות מתחולתו. זאת כאשר בעניינים אחרים בחוק נקבעו במפורש חריגים וסייגים לתחולת איסור הפליה (כגון הגבלה רק למי שעיסוקו בהספקת מוצרים או שירותים או הפעלת מקום ציבורי, וכן סייגים ספציפיים אחרים המנויים בסעיף 3(ד) לחוק). מכאן, שלשון

החוק – שהיא כאמור האינדיקציה המרכזית והחזקה ביותר באשר לתכלית הסובייקטיבית – אינה תומכת, ולמעשה אינה מתיישבת עם הטענה שהחוק אינו חל על מכר דירות.

32. למרות האמור לעיל גם על התמונה העולה מההיסטוריה התחקיתית של החוק, שגם היא אינה תומכת בהכרח בטענה לתכלית סובייקטיבית שונה, ולכל היותר ניתן לטעון כי מההיסטוריה התחקיתית עולות אינדיקציות סותרות לגבי התכלית הסובייקטיבית של החוק.

33. קיימות גישות שונות באשר לקבילותם ולמשקלם של דברי ההסבר להצעת החוק לענין איתור תכלית החקיקה (ברק-פרשנות החקיקה 370-378). יש המסתייגים מפנייה לדברי ההסבר להצעת החוק כמכשיר פרשני (ראו למשל ע"א 447/61 פרק נ' מנהל מס עזבון, פ"ד טז 85, 87 (1962); בג"ץ 131/65 סביצקי נ' שר האוצר, פ"ד יט (2) 369, 378 (1965), להלן: ענין סביצקי)). ואולם הגישה המקובלת בפסיקתו של בית משפט זה היא שניתן להיזקק לדברי ההסבר, כמו לכל מקור אחר בהיסטוריה התחקיתית, ככלי עזר להתחקות אחר כוונת המחוקק, אך הם מהווים אך אחד מכלי הפרשנות ואין בהם כדי להכריע לבדם בשאלה הפרשנית העומדת על הפרק (ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה, פ"ד נ(4) 549, 563 (1997); ע"א 9111/08 הקופה לתגמולים ופנסיה של עובדי הסוכנות היהודית לא"י נ' מנהל מס שבח מקרקעין אזור ירושלים, פסקה י"ז (19.5.2011); רע"א 9778/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ, פסקה 31 (31.5.2018); ברק – פרשנות החקיקה, 386-387).

ברם, אין חולק כי פרשנותו והבנתו של מציע החוק, כפי שבאה לידי ביטוי בדברי ההסבר, אינה מחייבת את השופט-הפרשן את הוא נדרש לפרש את החוק. נזכיר כי בעוד אנו מבקשים לעמוד על תכליתו הסובייקטיבית של החוק, היינו כוונת על המחוקק, דברי ההסבר משקפים את כוונת מנסח הצעת החוק, שהוא לרוב "הנסח של המשרד הנוגע בדבר" (כלשון השופט זוסמן בענין סביצקי). לכך יש להוסיף כי הצעות חוק עוברות לעתים קרובות שינויים משמעותיים בשלבי החקיקה השונים, ואילו דברי ההסבר להצעת החוק אינם מעודכנים בהתאם לשינויים אלה.

34. בכפוף להערות אלה נבחן כעת את דברי ההסבר להצעת החוק דנן. במבוא לדברי ההסבר נכתב בין היתר כך -

"אחת הבעיות הקשות בתחום החברתי היא הפליה בהספקת מוצרים ושירותים ובכניסה למקומות ציבוריים.

בסירוב לאפשר לאדם כניסה למקום ציבורי או לספק לו שירות או מוצר, רק בשל השתייכותו לקבוצה, ובמיוחד קבוצה שיש לגביה היסטוריה של הפליה בעבר, יש משום פגיעה קשה בכבודו של האדם...

חוק איסור הפליה... נועד להתמודד עם תופעה שלילית זו ולהקנות לכלל האוכלוסייה הזדמנויות שוות בהנאה ממוצרים, משירותים וממקומות המיועדים להיות פתוחים לציבור הרחב. מוצע שהחוק יחול גם על עסקים פרטיים המחזיקים מקומות ציבוריים, או המספקים מוצרים או שירותים ציבוריים, שכן עיקר התופעה החברתית השלילית מתרחשת במקומות שהם בבעלות פרטית כאמור... החוק המוצע עולה בקנה אחד עם חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו. הוא בא ליישם את התפיסה של כבוד האדם, להגן עליו מפני הפליה גם בתחום המשפט הפרטי, ולהקנות עילת תביעה אזרחית בשל הפליה, בסיגים הקבועים בו...

החוק המוצע מתווה איזון ראוי בין עקרון השוויון לבין השמירה על חופש ההתקשרות. החובה שלא להפלות מוטלת על מי שפתח את שעריו לציבור הרחב. לפיכך מוצאים, למשל, מתחולתו של החוק מועדונים או ארגונים, המבקשים לשמור על צביון חברתי מסוים" (הצ"ח התש"ס 370).

דברים אלה במבוא לדברי ההסבר, בהם אין כל סייג באשר לתחולת החוק על מכר דירות, מקבלים ביטוי בסעיף 1 לחוק שהוא סעיף המטרה, כמפורט לעיל.

35. לצד דברים כלליים אלה מצוינת בדברי ההסבר עובדה בעלת משקל ממשי לענייננו, והיא שהחוק המוצע נועד גם לממש מחויבויות המדינה במישור הבינלאומי בהתאם לאמנות עליהן חתמה ואותן אשררה -

"מדינת ישראל התחייבה בכמה אמנות בין-לאומיות למגר באמצעות חקיקה כל צורה של הפליה (האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, האמנה בדבר ביעור הפליה גזעית, והאמנה בדבר ביטול הפליה נגד נשים לצורותיה). בחקיקה זו יש משום מתן ביטוי במישור המשפט הפנימי להתחייבויותיה של המדינה במישור הבין-לאומי".

נוכח דברים אלה ראוי להקדיש מילים אחדות לאמנות הבינלאומיות האמורות ולהוראותיהן הרלבנטיות, להן בא חוק איסור הפליה לתת ביטוי בדין הפנימי.

36. מדינת ישראל חתמה ביום 19.12.1966 על האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (להלן: ICCPR) ואשררה אותה ביום 18.8.1991. האמנה נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 3.1.1992. המבוא לאמנה מפנה ל"הכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם" (The Universal Declaration of Human Rights), המהווה את מסמך היסוד של הקהילה הבינלאומית על זכויות האדם והאזרח, ואשר קובעת בסעיפים 1-2 כדלקמן:

"1. All human beings are born free and equal in dignity and rights....

2. Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status..."

בסעיף (1)2 ל-ICCPR נקבע כי -

"Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status".

מדינת ישראל חתמה ביום 7.3.1966 גם על האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של הפליה גזעית (להלן: CERD) ואשררה אותה ביום 3.1.1979. האמנה נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 2.2.1979. בסעיף (1)2(d) לאמנה נקבע -

"1. States Parties condemn racial discrimination and undertake to pursue by all appropriate means and without delay a policy of eliminating racial discrimination in all its forms and promoting understanding among all races, and, to this end:

...

(d) Each State Party shall prohibit and bring to an end, by all appropriate means, including legislation as

required by circumstances, racial discrimination by any persons, group or organization;"

ובסעיף 5 ל-CERD נקבע כי -

In compliance with the fundamental obligations laid down in article 2 of this Convention, States Parties undertake to prohibit and to eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of everyone, without distinction as to race, colour, or national or ethnic origin, to equality before the law, notably in the enjoyment of the following rights:

...

(e) Economic, social and cultural rights, in particular:

...

(iii) The right to housing;

...

(f) The right of access to any place or service intended for use by the general public, such as transport hotels, restaurants, cafes, theatres and parks".

כידוע, חזקה היא כי תכליתו של כל חוק הינה להגשים את המשפט הבינלאומי ולא לנגוד אותו. לכן, מבין פירושים אפשריים לדבר חקיקה יש לבחור את הפירוש העולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי (בג"ץ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו 945, 966 (1952); ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2033, 2041 (1962); ע"פ 131/67 קמיאר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 85, 112 (1968); בג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169, 177 (1973); בג"ץ 2587/04 בוכריס נ' פקיד שומה, פסקה 14 (23.6.2005)). חזקה זו חלה כמובן במשנה-תוקף מקום בו הכוונה להגשים את מחויבות מדינת ישראל במישור הבינלאומי קיבלה ביטוי מפורש בהצעת החוק.

37. כפי שניתן לראות, הרי שמתוכן דברי ההסבר שהוצגו עד כה ומהוראות האמנות הבינלאומיות להן ישראל התחייבה ואשר החוק נועד לתת להן ביטוי בדין הפנימי, לא עולה כל אינדיקציה להחרגת הפליה במכירת דירות על ידי חברה קבלנית מתחולת חוק איסור הפליה או האמנות, או באשר לכוונת המחוקק לעשות כן. אדרבא, הדברים במבוא לדברי ההסבר באשר לתכלית החוק ומטרותיו מתיישבים היטב עם המסקנה שהחוק אוסר על הפליה גם בשיווק דירות, שהוא כאמור תחום בעל חשיבות ורגישות מיוחדת לענין זה, ואינם מתיישבים עם הטענה בדבר כוונה להחרגת תחום כה מרכזי ללא שניתן לכך

כל ביטוי בנוסח החוק, החרגה שאינה עולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של מדינת ישראל בהתאם לאמנות הבינלאומיות הנזכרות לעיל.

אציין כי מסקנה דומה עולה גם מעיון בדברים שנשא שר המשפטים במליאת הכנסת עת הציג את הצעת החוק לקראת ההצבעה עליה בקריאה ראשונה (פרוטוקול ישיבה מס' 107 של הכנסת ה-15 מיום 22.5.2000, 175-177).

38. בטיעוני המערערת הועלתה הטענה, שקיבלה ביטוי גם בעמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה, לקיומן של שתי אינדיקציות בהיסטוריה התחקיתית אשר לפי הנטען תומכות במסקנה כי תכליתו הסובייקטיבית של החוק הייתה להחריג את תחום מכר דירות מתחולת איסור ההפליה בחוק. הראשונה, מבוססת על דברים בדברי ההסבר לסעיף 3 להצעת חוק איסור הפליה, שקיבלו ביטוי גם בדיון הראשון שנערך בהצעת החוק בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (להלן: ועדת החוקה). והשנייה, הן הצעות חוק פרטיות שהוגשו במהלך השנים לאחד חקיקת החוק דנן, מהן ניתן ללמוד, על פי הנטען, כי חוק איסור הפליה אינו חל על מקרקעין. להלן אבחן טענות אלה.

39. בדברי ההסבר לסעיף 3 להצעת החוק צוין בין היתר כי איסור ההפליה "אינו חל על מקרקעין העשויים להיות נושא לחקיקה נפרדת" ("ח התש"ם 370, 372). על דברים ברוח זו חזר נציג משרד המשפטים בפתח הדיון הראשון בהצעת החוק בוועדת החוקה (פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה מיום 27.8.2000, 3). ואולם, למרות ההערה בדברי ההסבר וההפניה להם בפתח הדיון בוועדת החוקה לא ראתה הוועדה להתייחס לכך בנוסח החוק שהכינה לקריאה שנייה ושלישית - שכללה שינויים מהצעת החוק - ולא ראתה לקבוע בנוסח החוק חריג לתחולתו של החוק על דירות או מקרקעין בכלל, בניגוד לנושאים אחרים שהוחרגו במפורש כאמור. בהתאם לכך, הנוסח שהועלה להצבעה במליאת הכנסת לא כלל כל הוראה המחריגה מכר דירות מתחולת איסור ההפליה שבחוק. זאת ועוד, גם בעת הצגת הצעת חוק איסור הפליה במליאת הכנסת להצבעה שנייה ושלישית על ידי יו"ר ועדת החוקה ביום 11.12.2000, דבריו לא כללו כל התייחסות להחרגת מכר דירות מתחולת החוק -

"ועדת החוקה גאה להגיש, במסגרת יום זכויות האדם, הצעת חוק מהפכנית. הצעת החוק הזאת מחילה את דיני השוויון ואיסור האפליה על הסקטור העסקי והפרטי, והיא קובעת, יחד עם הצעות של חברי הכנסת אופיר פינס ואלי בן-מנחם, איסורים רחבים בקשר לכניסה לפאבים,

למועדונים ולברכות שחייה. היא אוסרת גם על הסקטור הפרטי אפליה מטעמי דת, גזע ומין או מוגבלות. זוהי הצעת חוק מהסוג הקיים בהרבה מאוד מדינות בעולם, והיא רחבה. זו הצעת חוק כוללת, והיא נועדה להביא לשינוי נורמטיבי. ועדת החוקה שינתה את הצעת החוק הממשלתית וקבעה גם עונשים פליליים למי שמפר את הוראות השוויון האלה במגזר הפרטי...” (פרוטוקול ישיבה מס’ 164 של הכנסת ה-15, 12-13, 11.12.2000)

בתום דיון במהלכו נדחו מספר הסתייגויות שהועלו על ידי מספר חברי כנסת אישרה הכנסת את הצעת החוק בקריאה שניה ושלישית בנוסח אשר לא נזכרה בו כאמור, ולו ברמז, החרגת מכר דירות.

40. אוסיף ואעיר כי אין זה ברור כלל שהאמירה הכללית הלאקונית בדברי ההסבר, לפיה החוק “אינו חל על מקרקעין”, מתייחסת למכר דירות על ידי מי שעיסוקו בכך. יתכן כי הדברים כווננו לסוגיה אחרת – הקצאת מקרקעין להתיישבות על ידי המדינה או הסוכנות היהודית, סוגיה שהתעוררה בענין קטאן אשר פסק הדין בו ניתן בסמוך מאוד (כחודשיים) לפני הצעת החוק דנן.

מכל מקום, תהא כוונת הדברים בדברי ההסבר אשר תהא, לא ניתן לייחס לאותה הערה לאקונית בדברי ההסבר – המבטאת בכל מקרה את גישת מנסח הצעת החוק ולא את עמדת המחוקק – משקל פרשני שיש בו כדי לגבור על לשון החוק ועל תכליתו המשתקפת בסעיף המטרה ובדברים שעלו בהליך חקיקת החוק, כמפורט לעיל. כאמור, “אין בהיסטוריה החקיקתית כדי להשפיע על פירושו של חוק, כאשר הכוונה העולה מהיסטוריה זו אינה באה לכלל ביטוי כלשהו בלשון החוק” (ענין לאו”ר לעיל), וכל שכן כאשר הדברים לא רק שלא קיבלו ביטוי בלשון החוק אלא גם אינם מתיישבים עם לשון החוק ותכליתו.

גם לדברים הנאמרים בוועדות הכנסת בדיון על הצעת החוק יש להתייחס בזהירות בהיבט של שיקוף “כוונת המחוקק”. הוועדה היא גוף רב-משתתפים, ודברים הנאמרים על ידי אחד מחברי הוועדה, וכל שכן על ידי משתתף בדיון שאינו נמנה על חברי הכנסת (כגון נציגי הממשלה ונציגי גופים אחרים הנוגעים בדבר), אינם משקפים בהכרח את עמדת “המחוקק”. מכאן גם הכלל לפיו דברי הסבר או דברים שנאמרו בהליכי החקיקה ולא קיבלו ביטוי בלשון החוק בנוסחו כפי שאושר לבסוף, משקלם הפרשני מוגבל.

41. איני סבור גם כי בהצעות החוק הפרטיות שהוגשו לאחר חקיקת חוק איסור הפליה ונדחו על ידי הכנסת יש כדי לתמוך בטענה שהחוק אינו חל על מכר דירות. ראשית, ספק רב אם ניתן להתייחס להצעת חוק שהוגשה לכנסת לאחר חקיקתו של חוק כחלק מההיסטוריה החקיקתית של אותו חוק. שנית, הגשת הצעת חוק על ידי חבר הכנסת משקפת לכל היותר את הבנתו הסובייקטיביים לגבי המצב המשפטי השורר, ואין בה משום ראייה באשר למצב המשפטי לאמיתו. חבר הכנסת אינו פרשן מוסמך של החוק. סמכות זו מסורה לבתי המשפט (בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 152 (1985); בג"ץ 5666/90 סלום נ' המועצה המקומית נשר, פ"ד מה(1) 518 (1991)), והדברים ברורים; שלישיית, וזה העיקר – אף אחת מהצעות חוק אלה אינה מוכתרת כהצעת חוק לתיקון חוק איסור הפליה להרחבת תחולתו על מקרקעין, ולא בכדי. עיון בהצעות החוק הפרטיות הללו מעלה שהן ביקשו למעשה להחיל את איסור הפליה שבחוק על מוכרים ומשכירים פרטיים של דירות (חלק מהצעות החוק עסקו גם בהפליה על ידי ועדות קבלה). מטעם זה התנגדה הממשלה להצעות חוק אלה. וכך נומקה ההתנגדות הממשלה בדיון בכנסת, מפי השר דאז בנימין זאב בגין, ביחס להצעת חוק שוויון ההזדמנויות במקום מגורים, התשס"ט-2009 (פ/1317/18) -

"...הטלת איסור גורף על מציע הדיר, שהוא אדם פרטי, להפלות בין מחפשי דיר ללא חריגים וללא אפשרות להתחשב בטיב העסקה, בזהות המתקשרים, בטיב הנכס נשוא העסקה וביתר נסיבות העניין שעשויות להצדיק הבחנות בין מחפשי דיר במצבים מסוימים, מהווה העדפה בלתי-מידתית של זכותו של מחפש הדירה לשוויון על פני זכויותיו החוקתיות האחרות של מציע הדיר. מכיוון שכך, לא בכדי מיעט המחוקק לאורך השנים להטיל על יחידים את החובה לפעול בשוויון במסגרת המשפט הפרטי, וזאת נוכח הפגיעה המשמעותית בזכויות הקניין הכרוכה בכך. נוכח האמור לעיל מתנגדת הממשלה להצעת החוק..." (פרוטוקול ישיבה מס' 208 של הכנסת ה-18, 50 (26.1.2011)).

אזכיר כי באותה עת, בעקבות ההליכים בענין סבא החלה רמ"י לכלול בחוזים שלה עם יזמים תנאי אי-הפליה מפורש (פסקה 8 לעיל). מכאן שהממשלה לא התנגדה לקיום איסור הפליה בשיווק דירות על ידי קבלנים, להבדיל ממחזיקים פרטיים, והיא הוסיפה על האיסור הסטטוטורי החל על קבלנים גם איסור חוזי.

42. מכל האמור עולה, כי אל מול ההערה בדברי ההסבר, עומדות כל האינדיקציות האחרות המשמשות בפרשנות החוק – לרבות לשון החוק ותכליתו המוצהרת ומחויבויות המדינה באמנות בינלאומיות – המובילות כולן למסקנה כי החוק חל גם על הפליה במכר דירות על ידי מי שעיסוקו בכך. כאמור, מקובל כי לשון דבר החקיקה היא מקור חזק יותר לקביעת תכליתו הסובייקטיבית של החוק מההיסטוריה החקיקתית שלו (פרשנות החקיקה, 403), וכי כאשר לשון החוק מספקת תמונה ברורה של תכלית החוק, אשר סותרת את התמונה המתקבלת מההיסטוריה החקיקתית, תגבר התכלית המשתקפת מלשון החקיקה (עניין לאו"ר, 559). המקרה דנן הוא מקרה קל יותר להכרעה שכן לא מדובר במקרה בו לשון החוק סותרת את ההיסטוריה החקיקתית, אלא במקרה בו ההיסטוריה החקיקתית עצמה איננה הומוגנית, ועולות ממנה אינדיקציות שונות בדבר תכליתו הסובייקטיבית של החוק.

יודגש כי גם לו הייתי מגיע למסקנה הפוכה ביחס לתכליתו הסובייקטיבית של החוק, ולא כך הדבר, לא היה בכך כדי לשנות את התוצאה, שכן פרשנות דבר חקיקה מתחילה מלשונו ומוגבלת על ידה, ובענייננו הן לשון החוק והן תכליתו האובייקטיבית מצביעות באופן ברור על כך שהוא חל על הפליה במכר דירות על ידי חברה קבלנית. במצב כזה יש בכוחם של שני מקורות אלו יחד לגבור על התכלית הסובייקטיבית (פרשנות החקיקה, 752). לכך יש להוסיף את שנקבע בפסיקה והוא שבמקרים גבוליים (וכאמור אינני סבור שמקרה זה הוא מקרה גבולי) "...כאשר הוראה של החוק החרות ניתנת לשני פירושים, נעדיף אותו פירוש המקיים את שוויון הכל בפני החוק..." (עניין ברגמן, 698); בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 500 (1996); בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 763 (1990); בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221, 274 (1988); בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 618 (1986).

43. אין גם כל הצדקה עניינית להחריג דווקא דירות הנמכרות על ידי חברה קבלנית מתחולתו של החוק, אלא להפך. יש הצדקות חזקות להכללתן, כפי שפורט לעיל. יודגש שוב כי אין מדובר בהחלת איסור הפליה על אדם שעה שהוא מבקש למכור או להשכיר את דירתו הפרטית. מדובר על עוסקים, ובמקרה הנדון מדובר על חברה קבלנית אשר משווקת דירות לציבור הרחב. אין לה כל אינטרס לגיטימי להפלות כשם שאין אינטרס לגיטימי כזה לכל מוכר מוצר אחר, או לספק שירותים או לגורם המפעיל מקום ציבורי - שעל כולם אוסר החוק להפלות.

האינטרסים העומדים כנגד איסור הפליה במכירת מוצרים הם חופש ההתקשרות וזכות הקניין העומדים למוכר. חוק איסור הפליה איזן בין האינטרסים הללו בכך שהגביל את תחולתו למכירת מוצר במסגרת עסקית, להבדיל ממכירה פרטית. אין שום הצדקה לגיטימית לשנות את נקודת האיזון הזו רק לגבי מקרקעין. חופש ההתקשרות וזכות הקניין של חברה קבלנית אינם חזקים יותר מחופש ההתקשרות וזכות הקניין של יבואן מכוניות, של רשת חנויות מוצרי חשמל או של בעלים של סופר-מרקט או חנות מכולת. בהקשר זה חשוב להזכיר כי הכלל הוא שלכל אדם עומדת החירות לבחור היכן לגור ומכאן שגם את החירות לבחור היכן לא לגור, אך לאף אדם לא עומדת הזכות לבחור את שכנו, ודאי שלא על סמך קריטריונים בלתי רלבנטיים (השוו לעניין זה את סעיף 6ג) לפקודת האגודות השיתופיות האוסר על הפליה בקבלה ליישוב קהילתי "מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית", ופסק הדין בסוגיה זו בבג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (17.9.2014)). ההיתכנות כי רוכשים פוטנציאליים של דירות בפרויקט דיור יירתעו מרכישת דירה היות שחברי קבוצות שעשויות לסבול מהפליה עשויים לרכוש דירה בפרויקט, היא לא טעם לגיטימי להחרגת דירות מתחולת חוק איסור הפליה, כשם שההיתכנות שמבלים פוטנציאליים במועדון ריקודים יירתעו מלהגיע למועדון בשל הסיכוי שיבלו שם גם חברי קבוצות שעשויות לסבול מהפליה היא לא טעם לגיטימי להחרגת מועדוני ריקודים מתחולת החוק.

ככלל, ניתן לסווג את המניעים להפליה בהספקת מוצרים, שירותים ובכניסה למקומות ציבוריים לשניים: מניעים כלכליים ומניעים אידיאולוגיים (ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית" עלי משפט ג 37, 52 (התשס"ג)). שני מניעים אלה אינם לגיטימיים, והתכלית המוצהרת שלשמה חוק איסור הפליה בא לעולם היא כדי למנוע הפליה הנובעת מהם. במובן הזה, מעבר לשאלת התכלית הסובייקטיבית בה דנתי בהרחבה, אין כל מאפיין ייחודי לתחום המקרקעין אשר מצדיק מהבחינה האובייקטיבית את החרגתם מתחולת חוק איסור הפליה; להפך - המאפיינים הייחודיים של דירות מגורים, מחייבים דווקא כי חוק המבקש למנוע הפליה של חברי קבוצות אשר נוטות לסבול ממנה יחול גם עליהם, שכן המניעים להפלות בתחום הדיור עשויים להיות חזקים יותר מאשר במקרים אחרים.

44. מסקנתי היא אפוא כי חוק איסור הפליה חל על מכר דירות על ידי מי שזהו עיסוקו. מסקנה זו נובעת הן מלשון החוק, הן מתכליתו האובייקטיבית והן מתכליתו הסובייקטיבית.

נוכח מסקנתי זו, איני נדרש כאמור לכלים המשפטיים החלופיים שהועלו בעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה ובעמדת המשיבים (תנאי מכללא ועקרונות תום הלב במשא ומתן). כפי שפירטתי לעיל, הגם שלכאורה יש בכוחם של כלים אלו להביא לאותה התוצאה במקרה הנדון, אין בהם לבדם כדי לתת מענה הולם ומספק לתופעת ההפליה במכר דירות הראויה לכל גנאי, מכל הטעמים שפורטו לעיל (פסקאות 15-21).

45. אשר על כן, אם תישמע דעתי, הערעור ידחה והמערערת תחויב בהוצאות המשיבים בסך כולל של 20,000 ₪.

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:

1. מצב דיננו היה בכי רע אם קיומו של איסור על הפליה בין אזרחי ישראל במרחב הציבורי על רקע לאום, דת או גזע היה תלוי במענה לשאלה האם הביטוי "מוצר", כמשמעו בסעיף 3(א) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה או החוק), מתייחס גם לדירת מגורים. כפי שאראה להלן, המענה לשאלה זו הוא אמנם שלילי, אך אין לכך חשיבות במקרים דוגמת זה שלפנינו – זאת, לנוכח העובדה שכללי המשפט המינהלי ממילא אוסרים על חברה קבלנית, אשר פועלת במסגרתו של מיזם משותף עם רשות מקרקעי ישראל (להלן: רמ"י), להפלות בין אזרחי ישראל במכירת דירות שבנתה על אדמות המדינה על רקע תכונותיהם האישיות או הקבוצתיות כמו לאום, דת או גזע. משכך הוא הדבר, הדרתו של אזרח ישראלי מההזדמנות לרכוש את אחת מהדירות הללו מהווה שימוש לרעה בזכויות שהחברה קיבלה מרמ"י במסגרת המיזם המשותף – התנהגות המוגדרת כבת עוולה בסעיפים 39(א) ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים) – או, למצער, ניהול משא-ומתן טרום-חוזי שלא בדרך מקובלת, בניגוד לכלל הקבוע בסעיף 12(א) לחוק החוזים. חברה שתנהג כך תחוייב בתשלום פיצויים לאדם שנפגע מהתנהגותה המפלה; וככל שנזקיו של אותו אדם אינם ממוניים

ועיקרם פגיעה בכבוד, יהא על בית המשפט לקבוע את הפיצויים בגינם לפי אומדנא. במקרה שלפנינו, אילו הדבר היה בסמכותי, הייתי קובע כי המערערת השתמשה בזכויות שקיבלה מרמ"י לרעה, וכן כי היא ניהלה משא-ומתן טרום-חוזי שלא בדרך מקובלת – ועל כן הייתי מחייבה לשלם לכל אחד מהמשיבים פיצוי בסך של 40,000 ₪. ואולם, באין ערעור מטעם המשיבים על גובה הפיצוי, לא נותר לי אלא להצטרף למסקנה אליה הגיע חברי השופט מ' מזוז בפסק דינו – אך מטעמים שונים מטעמיו שלו. טעמי סוכמו בתמצית בפסקה זאת, וכעת אפרטם אחד לאחד.

האם חוק איסור הפליה חל על דירות מגורים?

2. השופט מזוז סבור כי המונח "מוצר" שבחוק איסור הפליה מתייחס גם לדירת מגורים – ואת מסקנה זו הוא ביסס הן על לשון החוק, שאינה מחריגה מקרקעין מתחולתו, והן על תכלית החוק, שהינה מניעת הפליה וקידום השוויון בין אזרחי המדינה. לדעתו, החרגת מכר דירות על ידי מי שזהו עיסוקו מגדרו של החוק אינה עולה בקנה אחד עם התכלית האמורה בשל מאפייניהן הייחודיים של דירות המגורים ולנוכח חשיבותן הרבה בחייו של הפרט. לאור האמור, מציע השופט מזוז כי נקבע שחוק איסור הפליה חל גם על מכירת דירות וכי המערערת הפלתה את המשיבים לרעה בהספקת מוצר עת שסירבה למכור להם דירה אך ורק בשל מוצאם הערבי.

3. חוששני, בכל הכבוד והיקר, כי אין בידי להלום גישה פרשנית זו. כפי שציינתי בראשית דבריי, דירה איננה "מוצר" כמשמעו של מונח זה בחוק איסור הפליה. הפרשנות שמציע השופט מזוז לאמץ, אשר באה לבשר לנו כי דירת מגורים היא בגדר "מוצר" לענייניו של חוק איסור הפליה, איננה תואמת את לשון החוק ואף מנוגדת לכוונת המחוקק.

4. כמקובל בענייני פרשנות, אדון בלשון החוק תחילה. סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה קובע לאמור:

"מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות

הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם" (ההדגשה הוספה – א.ש.).

האמור בסעיף זה מטיל חובה כללית על ספקי מוצרים ושירותים ציבוריים שלא להפלות בהספקתם את צרכני המוצרים והשירותים – זאת, בין היתר, מחמת גזע, דת או לאום. ואולם, הסעיף אינו מפרש מהו אותו "מוצר" שההפליה בהספקתו אסורה. בהעדר הגדרה סטטוטורית של המונח, סבורני כי עלינו לפרשו בהתאם למשמעות הטבעית והיומיומית המיוחסת לו במקומותינו. כך לימדנו הנשיא א' ברק, בכותבו כי –

"דבר חקיקה הוא מסמך ציבורי. הוא מכוון לכלל הציבור. 'דבר חקיקה אינו חידה בלשנית או לוגית'. הוא נועד להעביר מסר, ועל כן עליו לדבר בלשון המובנת על-ידי קהל היעד שלו. מחוקק המדבר בחידות או בלשון שאינה נהירה מחטיא את עצם מהותה ומטרתה של החקיקה. הוא פוגם בשלטון החוק, שכן הוראותיו אינן 'מדברות' לנמענים אליהן הן מיועדות, אם כי הן מטילות עליהם סנקציה במקרה של הפרה. אכן, מחובתו הבטיסית של המחוקק – מחובתה של כל שיטת משפט – לנסח את החוקים בלשון מובנת לבני החברה" (אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה כרך שני 135 (1993); ההדגשות הוספו – א.ש.).

אשר על כן, עלינו לצאת מן ההנחה כי המחוקק קיים את חובתו הבטיסית כלפי הציבור הפועל לפי חוקיו, ודיבר בשפה רגילה של בני אדם. באשר לשפה רגילה של בני אדם, דומני כי לא אטעה אם אומר שזו איננה מכלילה דירת מגורים בגדר המונח "מוצר" – שכן, בשפה המקובלת, "מוצר" הוא חפץ מיטלטלין, בעוד שדירה היא בגדר נכס דלא נייד.

5. ובאשר לכוונת המחוקק, הרי שזו נלמדת מדברי ההסבר לסעיף 3(א) להצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000, ה"ח 370, 372, אשר מצהירים, בלשון ברורה ומפורשת, כדלקמן:

"סעיף קטן (א) אוסר הפליה כנגד קבוצות, שלגביהן קיימת היסטוריה של קיפוח והפליה בעבר. סוג זה של הפליה מהווה פגיעה בכבודו של האדם, ומחייבת את התערבותו של המחוקק למיגורה. האיסור להפלות חל על כל מי שעיסוקו בהספקת המוצרים והשירותים או בהפעלת מקום ציבורי. האיסור אינו חל על מקרקעין,

העשויים להיות נושא לחקיקה נפרדת" (ההדגשה הוספה – א.ש.).

עינינו הרואות, כי המחוקק הבהיר מפורשות את כוונתו שדירה לא תיחשב "מוצר" לעניינו של חוק איסור הפליה. לנו כשופטים לא נותר אפוא אלא ליישם את לשונו ואת כוונתו הברורה. לאמור עד כה יש להוסיף את ההגדרה שניתנה בסעיף 1 לחוק למונח "שירות ציבורי". מונח זה הוגדר באמצעות רשימה סגורה אשר כוללת "שירות תחבורה, תקשורת, אנרגיה, חינוך, תרבות, בידור, תיירות ושירותים פיננסיים, המיועדים לשימוש הציבורי". ברשימה זו אין כל זכר לקבלנים ולמתווכי דירות – ולא בכדי. העובדה כי ספקי שירותים אלו נפקדו מהרשימה אף היא מלמדת על כך שמחוקקנו ביקש להחריג את תחום המקרקעין מגדרו של חוק איסור הפליה (ראו גרשון גונטובניק הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות – בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות 554 (2014)).

6. הסבר אפשרי להחרגתו של דיור מתחולתו של חוק איסור הפליה טמון במורכבותם של ענייני המקרקעין במדינת ישראל ובהיותם נושא רגיש מבחינה חברתית. במידה לא מבוטלת, מורכבות זו קשורה לאופי החברה הישראלית, אשר מכילה בתוכה קהילות מגודרות ומובדלות תרבותית, ושיש בה, למרבה הצער, לא מעט ניגודים ושסעים. היבט נוסף שתורם למורכבות האמורה הוא אופייה של מדינת ישראל כמדינה ששומרת על זהותה כמדינה יהודית הקולטת עלייה. לנוכח מציאות זו, ברי הוא כי קביעת המותר והאסור במימוש העדפות בדלניות במכירה ובהשכרה של מקרקעין, אשר מונעות על ידי השקפת עולם דתית, לאומית או תרבותית של המוכר או המשכיר, מצריכה איזון מורכב ועדין. איזון זה ראוי שיעשה על ידי המחוקק, ולא על ידינו; ועל כן אין זה ראוי שניכנס לנעלי המחוקק ונטיל איסור מוחלט על הפליה בכל מכירה של דירות לציבור באמצעות הכללתן בגדרו של המונח "מוצר".

7. אוסיף, כי פרשנות המרחיבה את המונח "מוצר" כך שיכלול בתוכו דירות מגורים איננה רצויה גם לנוכח קיומה של סנקציה פלילית בסעיף 9 לחוק איסור הפליה. פרשנות כאמור תרחיב את גדרו של האיסור הפלילי על הפליה בהספקת מוצרים לציבור מעבר למוכנו הטבעי והסביר. תוצאה זו תהא מנוגדת לכלל הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין, התשל"ז-1977 – ועל כן יש להימנע ממנה (ראו, למשל, ע"פ 766/07 כהן נ' מדינת ישראל, פסקאות 9-12 לפסק דינו של השופט א' גרוניס (כתוארו אז) (19.11.2007)).

8. זאת ועוד: מחוקקנו עשה שימוש במונח "מוצר" בדברי חקיקה רבים שמשרתים מטרות חברתיות שונות (ראו, למשל, סעיף 2 לחוק תכנון משק החלב, התשע"א-2011; סעיף 1 לחוק הגנת הצומח, התשט"ז-1956; סעיף 4 לחוק לעידוד מחקר, פיתוח וחדשנות טכנולוגיה בתעשייה, התשמ"ד-1984; סעיף 55א לפקודת הרוקחים [נוסח חדש], התשמ"א-1981; סעיף 1 לחוק העיצובים, התשע"ז-2017; וסעיף 1 לחוק הגנת כינויי מקור וציונים גאוגרפיים, התשכ"ה-1965). עניינם של חוקים אלו אינו דומה לענייננו אנו, שהוא מכירת דירות ומניעת הפליה, ועל כן לא ניתן למצוא בהם תשובה חותכת לשאלה האם דירה היא בגדר "מוצר" לענייננו של סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה. ואולם, דברי חקיקה אלו מלמדים אותנו דבר חשוב אחר: המחוקק רואה במונח "מוצר" חפץ מטלטלין, ולא מקרקעין. משכך, דומני כי בכואנו לפרש את סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה, עלינו לצאת מן ההנחה כי אילו רצה המחוקק לסטות ממנהגו זה ולהכליל בתוך המונח "מוצר" גם מקרקעין, הוא היה עושה זאת בלשון מפורשת, מבלי להשאיר מקום לספקות ולתהיות.

9. דבר חקיקה שממנו ניתן לכאורה ללמוד כי המחוקק ביקש לחרוג מהשפה המקובלת ולהכליל בגדר המונח "מוצר" גם מקרקעין ודירות מגורים, הינו חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ס-1980 (להלן: חוק האחריות למוצרים), אליו גם התייחס חברי השופט מוזס, בפסק דינו. בחוק זה מוגדר המונח באופן הבא: "לרבות רכיב ואריזה של מוצר, מוצר המחובר למקרקעין, ובנין". לכאורה, הגדרה זו מתייחסת גם לדירות מגורים. ואולם, לא כך הם פני הדברים: עיון בהיסטוריה החקיקתית של חוק האחריות למוצרים מחזק את דעתי כי פרשנות המונח "מוצר" ככולל דירות חוצה את גבולות הלשון. הצעת חוק האחריות למוצרים פגומים, התשל"ט-1978, ה"ח 29, 30, התייחסה להגדרתו של המונח "מוצר" באומרה כך:

"מוצר בחוק זה כולל גם מוצרים המחוברים למקרקעין בלי שהם ניתנים להפרדה, וכך רכיב של מוצר. החוק לא יחול על מקרקעין, מכיוון שאלה מוסדרים במערכת דינים נפרדת הדנה גם בפגמים מסוגים שונים" (ההדגשות הוספו – א.ש.).

הוזה אומר: המונח "מוצר", לענייננו של חוק האחריות למוצרים, מתייחס למטלטלין המחוברים למקרקעין, להבדיל מדירות וממקרקעין גופם. פרוטוקול הישיבה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 5.11.1979, אשר מתעד את דיון הוועדה בחוק האחריות למוצרים, אף הוא אומר בעניין זה דברים ברורים ונחרצים:

"להגדרת 'מוצר' – הכוונה היתה שמוצר הוא מטלטלין. לא חשבנו שכלולים בזה מבנים. כלול בזה, לפי התפיסה שלנו, כל מטלטל שמחובר למקרקעין ועדיין ניתן לזיהוי כמוצר. התכוונו למערכות מיזוג אויר, לשעוני חשמל ולהסקות" (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 152 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-9, 145-146 (5.11.1979)).

ואכן, אחריות הקבלנים לדירות עם ליקויי בניה הוסדרה בעיקרה בחוק נפרד, הוא חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973.

10. לסיכום עניין זה: מקרקעין אינם בגדר "מוצר" לעניינו של חוק איסור הפליה; והמוצרים שעליהם חוק זה חל אינם כוללים דירות מגורים.

איסור הפליה בהקצאת זכויות במקרקעי המדינה

11. כפי שציינתי בראשית דבריי, ההפליה שסבלו ממנה המשיבים מידי המערערת הינה בגדר מעשה עוולה שבגינה הם זכאים לסעד. סעד זה אמנם לא צומח מחוק איסור הפליה – שכאמור איננו אוסר על הפליה במכירת דירות – אולם הוא בהחלט צומח מהשילוב שבין שני האיסורים הכלליים הבאים:

א. האיסור על הפליה במרחב הציבורי, אשר קיים במשפט המינהלי שלנו מקדמת דנא, ואשר אוסר על הפליה בהקצאת זכויות במקרקעי המדינה;

וכן –

ב. האיסור על שימוש לרעה בזכות או בכוח משפטי, ולחלופין – האיסור על ניהולו של משא-ומתן טרום-חוזי שלא בדרך מקובלת, אשר נקבעו, בהתאמה, בסעיפים 39(א) ו-61(ב) לחוק החוזים ובסעיף 12(א) לאותו חוק.

אעבור אפוא לדון באיסורים אלה ובהשלכותיהם על המקרה שלפנינו.

כפיפות מקרקעי המדינה לאיסור על הפליה מטעמים כגון דת, גזע או לאום

12. מקרקעין מהווים משאב ציבורי מוגבל ויקר ערך. בשורה ארוכה של פסקי דין עמד בית משפט זה על היותם נכס לאומי בעל חשיבות עליונה, אשר מהווה בסיס לפיתוחה של המדינה ולרווחה חברתית. בהקשר זה, יפים הם דבריו של השופט ת' אור (כתוארו אז) אשר נאמרו בכג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 62 (2002) (להלן עניין שיח חדש):

"המקרקעין הם נכס יחיד במינו מבין נכסיה של המדינה. קשה להפריז בחשיבותם לחברה ולמדינה. אם האומה ומפעלה התרבותי הם ה'נשמה' של העם, הרי שמקרקעיה הם ה'גוף' שלו. על בסיס הקרקע מנהלים הפרט והחברה את כל מעגל חייהם [...] יש להם חשיבות גדולה במיוחד במדינה כמו ישראל, אשר גבולותיה צרים, צפיפות האוכלוסיה בה גדולה ובהיותה ארץ קולטת עולים".

היותם של המקרקעין משאב חברתי חיוני המצוי במחסור תמידי עומדת מאחורי עיקרון הבעלות הציבורית בקרקעות המדינה, שבבסיסו ההנחה כי המדינה היא המנהל המיטבי של קרקעות אלו מבחינת האינטרס הציבורי הכולל (ראו ע"א 8325/12 מדינת ישראל מינהל מקרקעי ישראל נ' מהדרין בע"מ, פסקאות מג-מד לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (כתוארו אז) (5.6.2014)). עקרון זה עוגן בסעיף 1 לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל, אשר קובע כי "מקרקעי ישראל, והם המקרקעין בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקיימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת".

13. חוק-יסוד: מקרקעי ישראל נחקק במקביל לחוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, שלימים שינה את שמו לחוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960 (להלן: חוק רמ"י). תכליתם של דברי חקיקה אלו הייתה לשים קץ לכפילות בניהול אדמות המדינה על ידי המוסדות השונים אשר האדמות היו בבעלותם, ולאחד את ניהולן בידי גוף אחד (ראו עניין שיח חדש, עמוד 37). הגוף שבידיו רוכזו סמכויות הניהול של מקרקעי המדינה הוא רשות מקרקעי ישראל, וזאת על פי סעיף 1א לחוק רמ"י. בבואה לעשות שימוש בסמכויות אלה, נדרשת רמ"י "למנוע את העברת הבעלות בקרקע לידי גורמים בלתי רצויים, לבצע מדיניות ביטחון ולאפשר ביצוע פרויקטים לאומיים, דוגמת קליטת עלייה, פיזור אוכלוסין והתיישבות חקלאית [...] להקל על מלאכת התכנון תוך שמירת זרובה קרקעית לצרכים ממלכתיים והקצאת שטחים פתוחים לצורכי הציבור – כל זאת

כדי לאפשר יישום תכניות מיתאר ולמנוע סחר ספקולטיבי בקרקעות המדינה" (ראו בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 270-272 (2000)).

14. כוחה של רמ"י הוא רב. מקרקעי ישראל תופסים את רוב שטחה של המדינה. השימוש במקרקעין אלו והקצאתם מעצבים את פני המדינה ואת הצדק החלוקתי שלה (ראו דפנה ברק-ארז "דונם פה ודונם שם" עיוני משפט 613, 633-635 (1998)). מסיבה זו, רמ"י איננה יכולה לעשות שימוש בקרקעות שבניהולה ככל העולה על רוחה. בהיותה רשות מינהלית, כפופה רמ"י לכלליו של המשפט המינהלי אשר כוללים איסור חמור על הפליה. עמד על כך הנשיא מ' שמגר בבג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793, 801 (1992):

"מקרקעי הציבור צריכים להתנהל לפי אמות מידה ממלכתיות. אימוץ אמת מידה כאמור הוא בגדר חובתן של רשויות ציבור בכל ענייניהן, ועל אחת כמה וכמה ככל שהדבר נוגע לטיפול ברכוש שהוא בבעלותו של הציבור כולו. תירגומן של אמות המידה האמורות לאופני התנהגות מצביע, בין היתר, על החובה לנהוג בהגינות ובשוויון ועל-פי כללי המינהל התקין".

15. חובותיה אלו של רמ"י מעוגנות במידה לא מבוטלת גם בחוק רמ"י עצמו. כך למשל, סעיף 1א(1) לחוק רמ"י מצווה כי רמ"י תפעל "לניהול מקרקעי ישראל כמשאב לשם פיתוחה של מדינת ישראל לטובת הציבור, הסביבה והדורות הבאים, ובכלל זה להשאר עתודות קרקע מספיקות לצרכיה ולפיתוחה של המדינה בעתיד, תוך איזון ראוי בין צורכי שימור לצורכי פיתוח, ובין שיווק קרקע לשמירה על עתודות קרקע לצורכי ציבור". ברי הוא, כי לעניינה של הוראת חוק זו (כמו לעניינן של הוראות דין רבות אחרות), "הציבור" ו"הדורות הבאים" כוללים את כלל אזרחי המדינה: יהודים, ערבים, דרוזים ואחרים, ללא קשר לאמונתם הדתית, גזעם, השתייכותם הלאומית, מינם, מגדרם, נטייתם המינית, וכיוצא באלה. הוא הדין בכל הקשור ל"הקצאת קרקעות למטרות מגורים, דיור בהישג יד [ו] דיור ציבורי" על ידי רמ"י מכוח הסמכות אשר נתונה בידה לפי סעיף 2א(1) לחוק רמ"י – ברי הוא כי הביטוי "דיור בהישג יד" מתייחס לכלל האזרחים שידם אינה משגת לקנות דירה, ללא קשר לגזעם, לזהותם הדתית, להשתייכותם הלאומית, וכיוצא באלה; וכך הוא גם לגבי הביטוי "דיור ציבורי". בהקשר זה חשוב לציין, כי מועצת מקרקעי ישראל – הגוף שקובע את המדיניות הקרקעית של רמ"י מכוחו של סעיף 3 לחוק רמ"י – צריכה לכלול בתוכה את "נציג השר לשוויון חברתי" וכן "חבר מקרב האוכלוסייה הערבית, הדרוזית או הצ'רקסית" (כאמור בסעיף 4א(א1) לחוק

רמ"י). דרישה זו אף היא מהווה חלק מהמנגנון החוקי אשר בא למנוע הפליה בהקצאת קרקעות המדינה אשר מונעת מטעמים פסולים כגון דת, אמונה, השתייכות לאומית, מין, מגדר ונטייה מינית.

16. האיסור האמור על הפליה איננו מתאדה לחלל האוויר כאשר רמ"י עושה הסכם עם קבלן פרטי שבמסגרתו אמור האחרון לבנות דירות על מקרקעי המדינה ואחר כך למכרן לאזרחים במחירי שוק או במחירים מסובסדים. בכל מקרה כזה, חובתה של רמ"י לא להפלות בין האזרחים הבאים לרכוש את הדירות מהטעמים שמניתי לעיל עוברת לקבלן, שאינו אלא ידה הארוכה בכל הקשור להקצאת הזכויות בדירות שנבנו על מקרקעי המדינה, מושא הפרויקט. חובה כאמור היא חלק מהמערכת ההסכמית שבין רמ"י לקבלן, בין אם נקבעה מפורשות בהסכם שביניהם ובין אם לאו – זאת, מן הטעם שחוק רמ"י, המשפט המינהלי הכללי והאיסור החמור על הפליה העולה מהם מהווים חלק אינטגרלי מאותו הסכם (לעניין היותם של דינים הרלבנטיים לכריתתו של הסכם ולמימושו חלק מתנאי ההסכם, ראו את הדיון שנערך בע"א 391/80 לסרטון נ' שיכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237, 255, 261-259, 266-267 (1984) (חברת בניה בעלת ניסיון ומוניטין הוחזקה כמי שנוטלת על עצמה מכללא את החובה לקיים את כל החוקים הרלבנטיים לביצועו של הסכם בניה)).

17. כך הוא גם מנקודת הראות של דיני הקניין. מנקודת ראות זו, מקרקעי המדינה שרמ"י מופקדת על ניהולם כפופים לאינטרס הציבורי, דהיינו: לאינטרס המשוקלל של הציבור כולו – יהודים, ערבים, דרוזים וכל יתר אזרחי המדינה – להבדיל מאינטרס סקטוריאלי כזה או אחר. כפיפות זו לאינטרס הציבור בכללותו, משמעה איסור חמור על הפליה בין אזרחי המדינה מטעמים כגון דת, גזע, השתייכות לאומית, מין, מגדר ונטייה מינית בהקצאת זכויות במקרקעי המדינה. איסור זה נצמד למקרקעי המדינה מכוח הדין, ולרמ"י אין את הכוח המשפטי לשחררם מהאיסור על ידי מכירתם או החכרתם לגורם פרטי. במובן זה, כפיפות המקרקעין לאיסור על הפליה כמוה כשיעבוד, כזיקת הנאה או כנטל שרובץ על המקרקעין (השוו Jeffrey E. Stake, *Toward an Economic Understanding of Touch and Concern*, 1988 DUKE L.J. 925). מקרקעי המדינה יישארו אפוא כפופים לאיסור על הפליה עד אשר יימכרו, יוחכרו או יושכרו לגורם פרטי באמצעות מכרז או באמצעות הליך אחר שאיננו מפלה בין אנשים על רקע דת, גזע, השתייכות לאומית, וכיוצא באלה.

18. בין אם נלך בדרך חוזית ובין אם נאמץ לעצמנו נקודת ראות קניינית, נגיע למסקנה כי רמ"י אינה יכולה לפרוק מעצמה את עולו של המשפט המינהלי הכללי ואת חובותיה לפי חוק רמ"י, שכאמור מצמיחים איסור על הפליה, באמצעות כניסה למיזם בניה עם קבלן פרטי. שיתופה של חברה קבלנית פרטית במיזם כזה אינו יכול להפוך את מקרקעי המדינה, שעליהם מתבצע המיזם המשותף, למקרקעין פרטיים, ואין בכוחו להסיר את כפיפות המקרקעין הללו לאיסור על הפליה. מטעמים אלו, החברה הקבלנית הפרטית, אשר בוחרת ליטול חלק במיזם בניה של רמ"י להקמת דירות מגורים לציבור על מקרקעי המדינה, מקבלת לידיה את המקרקעין בהיותם כפופים לאיסור על הפליה. כפיפות זו מגבילה את חירותה של החברה לבחור לעצמה בעל חוזה. במגעה עם רוכשי הדירות הפוטנציאליים, החברה לא תוכל להתעלם מהאיסור על הפליה אשר רובץ על מקרקעי המדינה, ותהא חייבת אפוא להתאים את פעולותיה לאיסור זה ולהימנע מהפרתו.

הפרת האיסור על הפליה במכירת דירות שנבנו על מקרקעי המדינה על ידי יזם פרטי

19. מה דינה של חברה קבלנית פרטית שהתקשרה בחוזה עם רמ"י במסגרת מיזם משותף להקמת דירות על מקרקעי המדינה ולאחר מכן סירבה למכור לאזרח דירה בשל דתו, גזעו, השתייכותו הלאומית, מינו, מגדרו או נטייתו המינית? לטעמי, התשובה לשאלה זו הינה פשוטה. כפי שהסברתי, חברה פרטית כאמור כפופה לאיסור על הפליה ואין היא רשאית להתנער ממנו במגעה עם רוכשי דירות פוטנציאליים. התנערות מאיסור זה סוטה משורת הדין ועל כן היא מהווה שימוש לרעה בזכות, מעשה המנוגד לאמור בסעיפים 39(א) ו-61(ב) לחוק החוזים. התנערות כאמור גם מהווה ניהול משא-ומתן טרום-חוזי בדרך לא מקובלת – מעשה המפר את דרישתו של סעיף 12(א) לחוק החוזים. כל אחת מעוולות אלו מקימה את זכות הנפגע לקבלת פיצויים בגין נזקיו.

20. על פי רוב, נזקיו של אדם שנאמר לו, במפורש או במשתמע, כי הוא בבחינת "אזרח מסוג ב'" בשל דתו, גזעו, מינו, וכיוצא באלה, הם נזקים לא ממוניים שעיקרם השפלה ופגיעה בכבוד האדם. פיצוי הולם בגין נזקים כאמור יש לקבוע בדרך אומדנא, ובעניין זה אצטט את דבריו של השופט אור (כתוארו אז) בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נ"ג(4) 526, 584-585 (1999):

"בסופו של דבר, גובה הפיצוי בכל מקרה, בדומה לפיצוי בגין נזקים לא ממוניים אחרים, נתון לשיקול-דעתו של בית-המשפט, וייקבע בדרך של אומדנה המבוססת על

הערכה של מכלול נסיבות העניין, ועל התרשמותו של בית-המשפט. על בית-המשפט לנקוט, בעניין זה, גישה מאוזנת. עליו ליתן את המשקל הראוי לכך שמדובר בפגיעה בזכות יסוד, אשר מחייבת קביעת פיצוי הולם, להבדיל מפיצוי סמלי. לצד זה, בשל הקשיים הטבועים בתהליך הערכת הנזק, על בית-המשפט לרסן עצמו, ולא לפסוק פיצויים בשיעורים מופרזים" (ראו גם ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פסקאות 49-46 לפסק דינו של המשנה לנשיא א' ריבלין (5.3.2012)).

מן הכלל אל הפרט

21. המערערת הינה חברה קבלנית פרטית אשר כרתה עם רמ"י חוזה לבניית דירות על מקרקעי המדינה ולשיווקן לציבור הרחב. לאחר שהחלה המערערת לשווק את הדירות שבנתה במסגרת המיזם, פנו אליה המשיבים לשם רכישת אחת מהדירות. לאחר דין ודברים, מסרה להם המערערת כי היא לא מוכרת דירות לערבים. לאור האמור לעיל, ברי הוא כי החברה סטתה משורת הדין על ידי כך שעשתה שימוש לרעה בזכויותיה וניהלה משא-ומתן עם המשיבים שלא בדרך מקובלת, ובעשותה כן הפרה את האיסורים הקבועים בסעיפים 12(א), 39(א) ו-61(ב) לחוק החוזים. ברי הוא גם, כי הפרה זו הסבה למשיבים נזקים לא ממוניים אשר כוללים השפלה ופגיעה בכבוד.

22. כפי שציינתי בראשית דבריי, אילו אני הייתי אומד נזקים אלו, הייתי פוסק לטובת כל אחד מהמשיבים פיצוי בסך של 40,000 ₪ – וביחד 80,000 ₪. להערכתני, סכום זה משקף את הנזקים העולתיים שהמשיבים סבלו מידי המערערת. ואולם, בהיעדר ערעור של המשיבים על פסק הדין קמא, לא נותר לי אלא לאשר את הסכום הנמוך יותר שנפסק לטובתם בגדרו.

23. בשולי הדברים, ברצוני להעיר מספר הערות. ראשית, במקרה דכאן אין מקום לדבר על סעד של אכיפת חוזה עקב התנהגות בדרך לא מקובלת במשא-ומתן. סעד כאמור שמור למקרים נדירים וחריגים במיוחד בהם המשא-ומתן בין הצדדים הגיע לנקודת הסיום, כך שניתן לומר שתוכנו של ההסכם ידוע וברור, ורק ההתנהגות שלא בדרך מקובלת מנעה את שכלולו (ראו ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ד.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289, 302 (2002)). לית מאן דפליג, כי המקרה דכאן איננו בא בגדרם של מקרים מיוחדים אלו, והמשיבים ממילא לא טענו כך. משכך, אינני רואה צורך להרחיב בניתוח הדברים ובספקות הקיימים לגבי הלכת קל בניין גופה (ראו בעניין

זה גבריאלה שלו דיני החוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 163-162 (2005)).

24. שנית, פסק דיני אינו מתייחס להפליה במכירת דירות אשר נבנו על ידי קבלן פרטי על קרקע פרטית – זוהי סוגיה מורכבת, ואין לנו כל סיבה לדון בה במקרה דכאן. אציין במאמר מוסגר, כי בארצות-הברית סוגיה זו הצריכה הסדרה באמצעות מעשה חקיקה פדראלי (ראו (1968) § 3601-3619, 3631 (Fair Housing Act 42 U.S.C.)).

25. כמו כן אציין, כי הסוגיה שהונחה לפתחנו קשורה לשאלות חוקתיות יסודיות וכבדות משקל בתחום השוויון החברתי. ניתן אפוא לחשוב על פתרון הסוגיה גם באמצעות דיני חוקה. ברם, דרך זו איננה דרכי. הנני מוצא טעם רב בהלכה אשר מורה לנו להימנע מלדון בשאלות חוקתיות כאשר בידינו להגיע להכרעה בתיק מבלי להידרש אליהן (ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 349-350 (1995); בג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נא(4) 529, 550-549 (1997); בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פסקאות 3-4 לפסק דינו של השופט מזוז (27.5.2018)). הדיון בשוויון כעיקרון חוקתי איננו נחוץ במקרה דכאן לנוכח קיומו של איסור על הפליה במשפט המינהלי הכללי, וכן, במשתמע, בהוראות חוק רמ"י שצוינו לעיל. לא זו אף זו: כפי שכתבה השופטת ד' ברק-ארז בספרה, "הדיון בחובה המינהלית לנהוג בשוויון הוא רחב יותר ומתייחס גם למצבים שבהם ההפליה אינה פוגעת בזכות החוקתית לשוויון [...]". (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי ב 679-680 (2010)) – ומשכך, די לנו במשפט המינהלי ובהוראות החוק שעליהן ביססתי את פסק דיני.

26. סוף דבר: הנני מצרף את דעתי לתוצאה אליה הגיע חברי, השופט מזוז – גם אני סבור כי דין הערעור להידחות וכי על המערערת לשלם למשיבים הוצאות בסך כולל של 20,000 ₪.

השופט נ' הנדל:

1. וזה המעשה שהיה. רשות מקרקעי ישראל חתמה על חוזה עם המבקשת (להלן: המערערת), חברה קבלנית פרטית, לשם בניית דירות על מקרקעי המדינה ושיווקן לציבור הרחב. המשיבים ביקשו לרכוש דירה מהמערערת, וזו הודיעה להם כי אינה מוכרת דירות לערבים. זה הרקע להליך. המשיבים תבעו את המערערת, ותביעתם נתקבלה בבית משפט השלום, אשר פסק לכל אחד מן המשיבים פיצוי על סך 20,000 ש"ח. הערעור שהוגש על כך נדחה אף הוא. לדעתן של ערכאות קמא, התגבשה עילת הפליה המנויה בסעיף 3 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה). המערערת הגישה בקשה למתן רשות ערעור בגדרה נתבקש להורות על ביטול פסקי הדין קמא, לרבות החיוב בפיצוי.

לצד ההסכמה בין חבריי, נפלה מחלוקת ביניהם. הוסכם כי יש לדון בבקשה כערעור, ולאשר את התוצאה אליה הגיעו ערכאות קמא. המחלוקת היא בהנמקה ובעיגון המשפטי המוביל לתוצאה. חברי, השופט מ' מזוז, סבר כי חוק איסור הפליה חל על המקרה. לגישתו, המונח "מוצר" כולל התייחסות לדירות. כך מבחינה לשונית ומבחינה תכליתית. לעומת זאת חברי, השופט א' שטיין, הביע עמדה לפיה חוק איסור הפליה לא חל, כיוון שהמונח "מוצר" המופיע בחוק זה אינו מתייחס לדירות, כעולה, להשקפתו, מלשון החוק ומכוונת המחוקק.

לנוכח ההיבט העקרוני של הסוגיה, היועץ המשפטי לממשלה צורף להליך בפנינו. לגישתו, על קבלן פרטי שבונה על קרקעות המדינה ומשווק אותן, מוטלת החובה לנהוג בשוויון. מסקנה זו נובעת מדיני החוזים ובפרט מכוח עקרונות של תום לב ותקנת הציבור. בהקשר זה הובהר כי בעקבות עע"מ 1789/10 סבא נ' מקרקעי ישראל (7.11.2010), החלה הרשות למקרקעי ישראל להוסיף לחוזה ההתקשרות עם יזמים תנאי, לפיו היזם מתחייב להימנע מהפליה פסולה בעת שיווק יחידות הדיור. בשנת 2013 אף הודיעה הרשות כי לחוזים שיחתמו בעתיד תתווסף תניה הקובעת פיצויים מוסכמים של כ-15% מסכום התמורה המשולמת, בגין הפרת ההתחייבות שלא להפלות במכירה ושיווק יחידות דיור. ביחס לסלע המחלוקת שהתגלע בין חבריי – תחולת חוק איסור הפליה על מכירת מקרקעין – היועץ המשפטי לממשלה נמנע מלהביע עמדה בסוגיה וציין כי ישנם נימוקים כבדי משקל לכאן ולכאן.

2. יובהר כי ישנה נפקות למחלוקת שהתעוררה בין חבריי. אמנם קיימת ביניהם הסכמה לכך שקבלן אשר רכש זכויות במקרקעי המדינה אינו יכול להפלות בשיווק ובמכירת הדירות שייבנו על קרקעות אלו. זאת המסקנה העולה הן מקונסטרוקציה משפטית הנשענת על דיני החוזים והן מכזו הנשענת על חוק איסור הפליה. המחלוקת בין חבריי מקבלת ביטוי אופרטיבי במקרה השונה מזה שמונח לפנינו, בגדרו הגורם המפלה אינו רק חברה קבלנית שרכשה זכויות במקרקעי המדינה, אלא גם מי שעוסק בתחום ורכש את הקרקע מגורם פרטי. יוזכר כי חוק איסור הפליה חל על כל גורם "שעיסוקו בהספקת מוצר" (סעיף 3 לחוק איסור הפליה). פועל יוצא הוא שאם ייקבע כי המונח "מוצר" כולל דירות, הרי שהחוק יחול ביחס לכל מי שעוסק בהספקת דירות לציבור, להבדיל ממקרים שבהם המוכרת היא חברה קבלנית שרכשה זכויות בקרקע מן המדינה. לתוצאה זו הגיע חברי השופט מ' פז. לתפיסתו, תחולה זו של חוק איסור הפליה חשובה בפני עצמה בגדר מסר הצהרתי ונורמטיבי לציבור. השופט א' שטיין הציג הנמקה אחרת במקרה דנן. לעמדתו, האיסור להפלות חל במקרה זה הן מכוח דיני החוזים, כאמור; והן מכוח דיני הקניין, אשר מכפיפים את המקרקעין שהמדינה מכרה לחובת השוויון, בדומה לשיעבוד או זיקת הנאה. אולם חוק איסור הפליה אינו חל על מקרקעין, יהיו הרקע והצדדים לחוזה אשר יהיו. באשר למקרה שבו הקבלן רכש זכויות בקרקע מגורם פרטי, השופט א' שטיין ציין כי מדובר בסוגיה מורכבת ונמנע מלהכריע בה (ראו פסקה 24 לחוות דעתו).

3. עיינתי שוב בחוות דעת חבריי, ואומר זאת: יש טעם בעמדת השופט מ' פז וברצונו להרחיב את גבולות חוק איסור הפליה למקרה הנוסף שהוא העלה. ברם עמדת חברי השופט א' שטיין, שלפיה ניתן לשמור על עקרונות השוויון במקרה המונח לפנינו ביחס לקרקע ציבורית, מכוח עקרונות כלליים של המשפט הציבורי ודיני החוזים, יפה אף היא.

אכן, הסוגיה המשפטית בדבר תחולת חוק איסור הפליה על מקרקעין, במקרה שהמוכר הוא גורם פרטי שזהו עיסוקו והוא לא קיבל זכויות בקרקע מהמדינה, היא שאלה חשובה ובעלת נפקות. דא עקא, שאלה זו אינה רלוונטית במקרה זה, שבו המדינה צד לחוזה עם החברה הקבלנית. על הכותרת חוזה עם המדינה לקבל את חובת השוויון, מכוח המעמד המיוחד של קרקע ציבורית. באשר למקרים בהם הגורם המפלה הוא מי שזכויותיו לא נגזרות מחוזה עם המדינה והוא עוסק בתחום המכירה והשיווק של דירות – תחולת חוק איסור הפליה היא סוגיה רבת מימדים המצריכה בחינה של שיקולים נוספים. יסודם של אלה בלשון ובתכלית חוק איסור הפליה. בענייננו אנו נכון להתייחס לפרשנות חוק

איסור הפליה ביחס למקרקעין, ובפרט למתח הפרשני שבין כוונה אובייקטיבית ובין כוונה סובייקטיבית, כפי שעולה מדברי ההסבר לחוק, המוציאים מקרקעין מגדר תחולת החוק. כן יש לשקול את הפרשנות של המונח "מוצר" ביחס לחוקים נוספים. מלאכת הפרשנות דורשת הכרעה באיזון בין חופש ההתקשרות וזכות הקניין ובין זכות השוויון. בעיקר יש לשקול את השלכותיה של פסיקה כזו על מקרים נוספים. דווקא בשל כך, יש משמעות לכך שהיועץ המשפטי לממשלה לא הביע את עמדתו ביחס לתחולת חוק איסור הפליה במקרה דנן, ותמך בתוצאה אליה הגיעו ערכאות קודמות, על יסודות משפטיים אחרים.

4. סיכומו של דבר: גם בהינתן נחרצות עמדות חבריי מכאן ומכאן, ראוי יהיה להכריע בסוגיה מקום שבו נדרש לכך. הניסיון המשפטי מלמד כי הכרעה עקרונית ביחס למקרה עובדתי קונקרטי הדורש הכרעה, מעשירה את הדיון ומרחיבה את שיקולי ההכרעה. לכך יש להוסיף, כאמור, כי היועץ המשפטי לממשלה לא הביע עמדתו בעניין. נראה כי חשיבותה של הסוגיה תוביל להתעוררותה בהקשר עובדתי שידרוש בה הכרעה, ונכון יותר להשאיר את העניין לעת מצוא במקרה כזה. כמובן שתפקידו של בית המשפט הוא להכריע בסכסוכים עקרוניים, אך זאת במקרה המתאים והדרוש. הדבר אף נכון ביתר שאת כאשר מדובר בבקשה למתן רשות ערעור ולא בערעור בזכות. להשקפתי, המתנה למקרה המתאים מיטיבה עם איכות ההכרעה ודיוקה. הצורך להכריע בסוגיה משפטית מסוימת הנדרשת כדי לסיים סכסוך הוא, ככלל, סימן היכר של מלאכת השיפוט. מערכת המשפט אינה נוהגת, במצב דברים רגיל, להידרש לסוגיות שאינן נדרשות והינן תיאורטיות ביחס למקרה המונח לפנייה.

לגופו של סכסוך, אינני מקבל אפוא את עמדת המערערת לפיה טעו בתי משפט קמא בכך שחייבו אותה בתשלום פיצויים. זוהי תוצאה ראויה מהנימוקים שהזכרתי לעיל. בשל כך, מצטרף אני למסקנות חבריי, לפיהן יש לדון בבקשה כערעור, וכי דין הערעור להידחות. כן מסכים אני לעמדת חבריי כי יש להטיל על המערערת הוצאות משפט בסך 20,000 ש"ח בערעור זה.

הוחלט אפוא לדחות את הערעור. המערערת תישא בהוצאות המשיבים בסך כולל של 20,000 ₪.

ניתן היום, י"ח באב התשע"ט (19.8.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, <http://supreme.court.gov.il> אב 17100110_B18.docx