

שוויון בדיני חוזים – קריאה פמיניסטית

מאת

הלח קרן*

האם קיימת חובת שוויון חוזית? האם אסור להפלות באמצעות חוזים? האם מותר להפלות על ידי סירוב להתקשר בחוזה? המאמר מציג את תשובותיו המהוססות והמעורפלות של דין החוזים המצוי בנקודה זו, ומבקש לעסוק בה – בהיותה שאלה בדעת בישראל ומחוצה לה – מזווית אחרת. המאמר עושה שימוש בגישה הפמיניסטית למשפט, גישה מרכזית בשיח המשפטי הבקורתי בן זמננו, תוך הפעלת המשולבת של זרמים שונים בפמיניזם בנימה פוסט-מודרנית. בדרך זו, התורגמת מהתמקדותו של הפמיניזם בנושאים הנחשבים נשיים-מובהקים, נעשית במאמר קריאה (reading) פמיניסטית של השיח החוזי המסורתי, ואף קריאה (call) פמיניסטית לעיגונה של חובת שוויון בתוך דיני החוזים.

בחלקו הראשון של המאמר נחשפות הנחות היסוד (הבעייתיות) שעליהן בנויה ההתנגדות לנורמה חוזית של שוויון, הנחות שבהן מתבססת השיטת הגברית של המשפט בכלל ושל דין החוזים בפרט. כך מצביעה המחברת על כך שמנקודת מבט פמיניסטית יש לשנות כבר את נקודת המוצא הרעיוני לניתוח הנושא, ולהפוך את נוסחת העדפתו של חופש ההתקשרות על השוויון, על פניה. כמו כן יש לפקפק באבחנה המקודשת בין מקומו (הרופף) של השוויון בסקטור שמכונה "פרטי" לבין מקומו (המבוסס) במיגזר המכונה "ציבורי". במסגרת זו מוצעת שיטת ניתוח אלטרנטיבית המבוססת על זווית ראייתו של הקורבן (של ההפליה) ואף מועלית הטענה שההפליה החוזית תורמת לחיזוק קידומי העבים של המבצר הפטריארכלי הגלום במשפט.

חלקו השני של המאמר מוקדש לשאלת הדרך לעיגון השוויון החוזי, בהדגשת ההתלבטות (הפמיניסטית) בין דרכים חקיקתיות, בתוך דיני החוזים ומחוצה להם, לבין דרכים שיפוטיות, המבוססות על שימוש במונחי השסתום החוזיים כאמצעי לביזור האימור החוזי על הפליה, ללא תיקוני חקיקה.

המסר העולה מן המאמר הוא כי היעדים הפמיניסטיים "הקלאסיים", של חשיפת אפלייתן של נשים וחתירה מתמדת למיגורה, צריכים להתרחב למחוזות החוזיים ושם

* תודתי לבן זוגי קורט קרן ולחברתי איילת בן-ישי שקראו בסבלנות שיוטות קודמות וזיכוני בבקורת חשובה, מחכימה ואוהבת, וכן לפרופסור גבריאלה שלו על תמיכה וידידות שמעבר לגבולות דיני החוזים. המאמר מבוסס על פרק מתוך עבודת המחקר שלי בנושא "דיני חוזים מפרספקטיבה פמיניסטית", הנכתבת בימים אלה, לשם קבלת תואר דוקטור, בהנחייתה של פרופ' גבריאלה שלו, בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית.

לחול גם לגבי הפלייתן של קבוצות אנוש נוספות אשר למדו על בשרן (ועודן לומדות) את פגיעה של ההכליה – ערבים, נכים, הומוסקסואלים וכמותם עוד רבים ורבות.

בתיה. א. מבוא: השוויון כמאגש רעיוני בין חווים לפמיניזם. ב. המחסור בגורמה של שוויון בדין החוזים – מבט פנימי. ג. בעיית המחסור בגורמה של שוויון מזווית פמיניסטית. 1. שינוי נקודת המוצא הרעיונית; 2. ערעור האבחנה בין "פרטי" ל"ציבורי"; 3. ניתוח מזווית הקורבן; 4. ההפליה כמבצר פטריארכלי; 5. החיבור לחיים; בתיה. ד. הדרך לעיגון חובת שוויון. 1. הדרך החקיקתית; (א) הצעת חקיקה נזיקת; (ב) הצעת חקיקה חוזית; 2. הדרך השיפוטית; בתיה.

בתיה

בתיה שמסיאן מגיעה ליפו למועדון הלילה גני רוזמרי. היא בת 40, אלמנה ואם לשניים. במועדון, כך למדה מפרסום ב"עכבר העיר", מתקיימים ערבי פנויים ופנויות לבני 35 ומעלה. היא באה עם חבר ומקווה לערב מהנה, אבל השוער בפתח עוצר אותה. הוא מתנגד לכניסתה. הוא מודיע לה שיעל פי הוראת מנהלי המקום אין כניסה לנכים. בתיה נכה: היא סובלת ממחלת שרירים קשה שאינה מאפשרת לה לעמוד על רגליה ומאלצת אותה לנוע בישיבה על כיסא גלגלים. היא מתקוממת: "מה, אני מצורעת?" בני, בעל המועדון שהוזעק לכניסה, משיב לה: "אם תרדי מכיסא הגלגלים תוכלי להיכנס". בדכדוך עמוק עוזבת בתיה את המקום.

החבר ובני משפחה משכנעים אותה לנסות פעם נוספת. לבדוק אם זו טעות קשה או אולי, חלילה, תופעה. והנה, שוב עומד אותו שוער בכניסה, ושוב הוא עוצר את בתיה ומסמן לה לסובב את כיסא הגלגלים ולעזוב את המקום. הקופאית ריקי יוצאת לפתח הכניסה, מציגה את עצמה כנציגת הנהלת המועדון, ואומרת: "...לנכים יש מקום מיוחד שבאים שמה נכים... אולי זה עושה רושם לאנשים לא טוב. אם מביאים פה נכים אז כנראה המקום כבר ירד, המקום כבר לא טוב...".

בתיה אינה משלימה עם העוול. היא מגישה תביעה לבית משפט השלום בתל אביב, ומבקשת פיצוי כספי על הפלייתתה ועל הפגיעה הקשה ברגשותיה. בעל המועדון טוען להגנתו: "כבעלים של מקום פרטי, אשר בין השאר גם מפרנס את משפחתי, עומדת לי הזכות לומר לכל אדם ומכל סיבה שהיא שאינני מעוניין להכניסו".

השופטת שבפניה הובאה התביעה, דליה מארק-הורנצ'יק, מחפשת את התשובה המשפטית לאירוע הקשה ומתחילה את דרכה בדיני החוזים.¹

1 ת"א (ת"א) 15/97 שמסיאן ג' מסעדת גני רוזמרי (טרם פורסם, ניתן ביום 12.1.99). כל התיאור הפותח חיבור זה לקוח מתוך כסק הדין ועדויות הצדדים כפי שצוטטו בו.

האם יש לדיני החוזים תשובה כנגד הפליה שכזו? האם צריכה להיות להם תשובה כזו?

א. מבוא: השוויון כמפגש רעיוני בין חוזים לפמיניזם

נראה, כי על פי המצב המשפטי בישראל והיום אין הכרה עקרונית בקיומה של חובת שוויון ביחסים חוזיים-פרטיים. האפשרות להטלתה של חובת שוויון נדונה (בהקשר של מכרזים פרטיים) בע"א 207/79 רביב נ' בית יולס,² אך בסופו של דבר, במשך הדיון הנוסף בעניין,³ הוכרע שאין להטילה. לו הייתי עוצרת כאן הייתי יכולה לאמר אפוא כי אין חובת שוויון בדיני החוזים. בכל זאת מצאתי מקום לסייג את תאור המצב המשפטי במילה "כנראה" משום שלהערכתי הדין בנקודה זו הינו בלתי יציב, וקיימת – בתוכו ומחוצה לו – התלבטות ממשית בשאלה האם הינו הדין הראוי. לפחות מעמדתו של השופט ברק בפסק הדין בע"א 294/91 חברת קדישא נ' קסטנבאום,⁴ משתמע כי חובת השוויון עשויה להגיע אל דיני החוזים דרך החובה הכוללת של צדדים לחוזה, ואפילו פרטיים הם, לכבד את זכויות היסוד של זולתם.⁵ ואכן, התבטאות פסיקתית זו עולה בקנה אחד עם השקפתו האקדמית של השופט ברק ועם האמור בעניין זה בכתביו. אף על פי כן נראה כי ברגעי כתיבתן של שורות אלה לא קנה לו השוויון מקום ברור בתוך דיני

2 פ"ד (1) 533 (להלן – "עניין רביב נ' בית יולס").

3 ד"נ 22/82 בית יולס נ' רביב, פ"ד מג(1) 441 (להלן – דיון נוסף בית יולס).

4 פ"ד (2) 464 (להלן – "עניין קסטנבאום"). לביקורת (פניס-חוזית) על המתח בין התוצאה של דיון נוסף בית יולס לבין התוצאה בעניין קסטנבאום ראו: גבריאליה שלו, "מכרזים פרטיים", משפטים כס (תשנ"ח) 179 (להלן – "שלו", מכרזים פרטיים). ילמרות הנהגה ב"משפטים" יובאו במראי המקום השמות המלאים של מחברי המאמרים מתוך אמונה (ששורשיה פמיניסטיות) ושכבר מתבטאת בחלק מכתבי העת בעולם, כי ציון השם הפרטי חושף, על פי רוב, את המיגדר של המחברים ומאפשר: (א) להבחין בעשייתן האקדמית של נשים; ו-(ב) ללמוד משהו על המקום הסובייקטיבי שממנו נובעת הכתיבה.

5 עניין קסטנבאום, לעיל הערה 4, בעמ' 533: השוויון נזכר במפורש, על דרך הפנייה לדיון נוסף בית יולס, לעיל הערה 3. ואולם, נראה שעמדה זו (עדיין?) אינה בגדר "הלכה", אלא היא דעת יחיד המתיתסת לעצמה כאל אמרת אגב (ואולי גם כ"רמז מקדם" ביחס לעתיד) – ראו דברי השופט ברק, שם בעמ' 538. אני מאמינה כי קיימת בהקשר זה חשיבות רבה לעליית קרנו של השוויון בשיח החוקתי, וכי זו עשויה לאצול על אפשרות פתיחתה של הדוקטרינה החוזית לאימוץ העקרון. קריאה ברורה לכך מופיעה בכתביו של השופט ברק, מיד לאחר הציון המפורש של ההלכה המחייבת בדיון נוסף בית יולס וההכרה בכך שעל פי המשפט המצוי נדתה מקומו של השוויון מן המגזר החוזי הפרטי. ראו אהרן ברק, פרשנות במשפט (תשנ"ד), 694 (להלן – "ברק", פרשנות חוקתית). עוד על הערפול בנוגע למעמד השוויון בדיני החוזים כיום ראו שלו, מכרזים פרטיים, לעיל הערה 4, בעמ' 188–190.

החוזים המצויים בישראל, ומעמדו רופף למדי.⁶ גם במשפט האנגלו-אמריקני מוגדרת השאלה כאחת הסוגיות השנויות ביותר במחלוקת בזמננו.⁷ בפמיניזם, לעומת זאת, טבועה בחובות עמוקה וראשונית לרעיון השוויון. חשיפת ההפליה וההתירה למיגורה על ידי הנחלת השוויון הן נקודות המוצא הרעיוניות בפמיניזם. אלה הן נקודות המוצא המשותפות לזרמים השונים והמגוונים בפמיניזם, הידועים גם בכינוי "פמיניזמים". בראש ובראשונה מדובר, כמובן, בהתירה אל שוויון של נשים. אבל, באורח טבעי מתרחב הדבר, וצריך להתרחב, גם לשאיפה לשוויון של קבוצות רבות נוספות, קבוצות אשר למדו על בשרן (ועודן למדות) את פגעי ההפליה.⁸ ומה בין החוזים לפמיניזם? טענתי הכללית היא שקיימת חשיבות רבה בהפגשתם של דיני החוזים עם קולות הפמיניזם – הן מצידו של הדין החוזי והן מצידו של הגישות הפמיניסטיות.⁹ חשוב לחשוף את אותם מקומות שבהם הנורמה החוזית, המוצגת כנייטרלית ונורמלית, בנויה על אדנים שהם גבריים במהותם: על תפיסות יסוד שהן טבעיות יותר עבור גברים מאשר עבור נשים ועל הנחות המשקפות יותר את נסיון התיים הגברי והערכים הנובעים ממנו. בחיבור זה אבקש להתמקד בהיבט ספציפי של טענה כללית זו ולהראות את חשיבות בחינתם של דיני החוזים מפרספקטיבה פמיניסטית בצומת השוויון. תהליך בקורתי זה מבליט את הצורך, והייתי אומרת אפילו את הצורך הדחוף, למצוא בדין החוזים הקיים דרך ברורה להגן מפני הפליה חוזית. כפי שאראה בהמשך, דרך זו דורשת לדעתי את עיגונה של חובת השוויון בתוך דין החוזים.

את הדיון הביקורתי בשאלת תחולת עקרון השוויון בדיני החוזים ניתן היה לעשות מתוך דיני החוזים עצמם, ובכלי הביקורת המשפטית המסורתיים. כאמור לא זו תהיה דרכי. הדבר נובע מאמונה רבה בחשיבותו החברתית של המשפט ובטחון רב בהיותו מכשיר חברתי רב עוצמה (הגם שחלקה נסתרת). לכן אשתמש הפעם בכלים ביקורתיים חיצוניים. ברוב רובה של הדרך אשתמש בגישה הפמיניסטית למשפט, על רבים מתוך גווניה וזרמיה, אך לעיתים אוסיף עליה גם כלים השייכים לשית הפוסט-מודרני ואינם שלובים בהכרח בפמיניזם. לא אוכל כמובן לדחוס אל תוך מסגרת הדיון את המבואות

6 עם זאת, מתוך הסקפה פרגמטית על עמדתו האקדמית של מי שמכהן כנשיא בית המשפט העליון, אני מעיזה להסתכן ולהעריך כי לא רחוק היום שבו תורוש הלכת שוויון שתהפוך את הפסיקה בדיון נוסף בית יולס על פיה ותכיר בתחולת השוויון ביחסים החוזיים בין פרטים. בכך אני מצטרפת לתחושתה של פרופ' שלו במאמרה מכרזים פרטיים, לעיל הערה 4, בעמ' 211–212. המחברת מכתירה את החלת השוויון בתחום הפרטי "תהליך צפוי".

7 ראו: Michael J. Trebilcock *The Limits of Freedom of Contract* (1993), Ch. 9: "Discrimination", at 192.

8 בארצות הברית בולט הדבר ביחס למאבק בהפליה על רקע גזעי (Race) ועל רקע נטייה מינית. והשוו: Roy L. Brooks, "Feminist Jurisdiction: Toward an Understanding of Feminist Procedure," 43 *U. Kan. L. Rev.* (1995) 317, 322.

9 על טענה מרכזית זו מבוססת עבודת הבחן שלי בנושא "דיני חוזים מפרספקטיבה פמיניסטית", לעיל הערה *.

התיאורטיים הנדרשים להצגה ראויה של כליי. אעשה בהם אפוא שימוש פרגמטי ואטול מתוכם רק את ראשי החץ הביקורתיים המתאימים לדיון הנוכחי, מבלי להראות את החץ כולו ואת כור מתצבתו.¹⁰ ובכל זאת, כדי לסבר מעט את האוזן אומר כי השיח הפמיניסטי מסווג בעשורים האחרונים בין שלושת הגישות המובילות בביקורת המשפטית, לצידן של הגישה הכלכלית למשפט וגישת ה-Critical Legal Studies (C.L.S), ויש אפילו שתיארו את הפמיניזם כבעל הפוטנציאל המשמעותי ביותר מבין הגישות.¹¹ ככזה שמור לפמיניזם

- 10 אין ספק שבחירתי בדרך מסוכנת – לבקאות היא עלולה להיראות כפוגעת במורכבות הטיעון הפמיניסטי ואיכותו, ולמי שייחשף לדברים רק עתה היא עלולה להיראות תלושה למדי, ואולי גם לא מובנת דיה. ובכל זאת, תוך שימוש באחד הכלים הפמיניסטיים כבר בתחילת הדברים אנצל את ההזדמנות ואודה במגבלותי. הנה אני מודעת ואף חושפת את הכרתי בכך שאין דרך נכונה אחת, וודאי שאין דרך מושלמת, לפתרון ההתלבטות המתודית שבה אני עומדת כרגע. יחד עם זאת בעת הכנת המאמר לפרסום הסתבר לי כי הביקוש לדברי מבוא כלשהם גדול משיערתי תחילה. בסופו של דבר, על מנת שלא לקטוע את רצף הדברים למי שמצוי/ה ברזי הפמיניזם, החלטתי להוסיף דברי מבוא קצרים, אך למקמם בשוליים. ובכן, המשפט הוא יציר כפיהם של גברים. ככזה משקף המשפט – ואף מחזק – את הסדר העולמי שבו תפיסות העולם "הגבריות" הינן נותנות הטון ומכתיבות הדרך, תוך התעלמות ואפילו שלילה ממש של תפיסות "נשיות" יותר. הבקורת הפמיניסטית כלפי המשפט ("Feminist Jurisprudence" או "Feminsit Legal Theory") היא רבת פנים וזרמים, החלוקים בינם לבין עצמם. עם זאת המשותף לכולם הוא הנסיון לחשוף את הסייטו (bias) הגברית של המשפט ולהציע להטייה זו דרכי תיקון. מטרת תהליכי החשיפה והתיקון היא, בתמצית, מסרה כפולה: לשפר את מצבן של נשים על ידי הסרת מכשלות ההטייה מדרכן אך גם לקדם את איכות המשפט בעבור כל "צרכניו", גברים ונשים כאחד. בתחילה התמקדה הבקורת הפמיניסטית בנושאים משפטיים בעלי קשר מובהק לנשים, כגון אונס, דיני עבודה הנוגעים להריון, פורנוגרפיה ועוד. לאתרונה התפתחה ההכרה המופשטת יותר בכך שגם בתחומי משפט "כלליים", הנחוצים להיות נייטרליים לשאלות של מיגדר, הנייטרליות היא מדומה. הביקורת הפמיניסטית בתחומי משפט כאלו, שעליהם נמנה גם דין החוזים, עוסקת בהטייה גברית, שהיא קשה יותר לחשיפה ולויתור. הטיעון הוא כי הפגיעה בנשים (ובאיכות המשפט) עשויה להתהוות אם וכאשר מערכת של נורמות – הרואה עצמה כנורמלית ונייטרלית – בנויה למעשה על אדנים של ערכים ואינסטרסים בעלי מהות גברית. על הכפופות למערכת שכזו מוטל הצורך לתפקד בתוך מערכת נורמטיבית שאינה מותאמת כלל או אינה מותאמת מספיק למצבן, לתמונת עולמן ולערכיהן. למעשה ניתן להגדיר את הבקורת הפמיניסטית מסוג זה כנסיון להשיב כיצד היה נראה הדין בנושא כלשהו לו כל האנושות היתה שותפה שוות זכויות והשפעה על עיצובו ודרכי הפעלתו, ולא הקבוצה הגברית לבדה. שאלה כזו היא שאלה קשה במיוחד נוכח העובדה ההסטורית שטרם נראה או גברא דין שכזה. אני מקווה כי התייבוס הזה יוכל להדגים דרך אחת מני רבות אפשריות להפעלתה של בקורת פמיניסטית שכזו. להרחבה עדכנית, בחיתוך על פי תחומי משפט (אך ללא התייחסות מיוחדת לדיני החוזים, להבדיל, למשל, מדיני נזיקין ותאגידים), ראו *Feminist Jurisprudence, Women and the Law: Critical Essays, Research Agenda and Bibliography* (Betty Taylor, Sharon Rush and Robert J. Munro, eds., 1999).
- 11 ראו: Gary Minda, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End* (1995), Ch. 7: "Feminist Legal Theory" and especially p. 130, n. 14.

מקום של כבוד בחזית השית העכשווי המתנהל ביחס למשפט. יש אפוא הצדקה, ואני מאמינה שגם תועלת לא מבוטלת, בבחינת שאלת השוויון בדיני החוזים מזווית זו.

ב. המחסור בנורמה של שוויון בדין החוזים – מבט פנימי

המחסור בנורמה של שוויון בדין החוזים הוא פרי הכרעה מודעת בין ערכים. החקיקה החוזית בנושא זה אמנם שותקת, ולכאורה אינה מביעה עמדה. אבל, בתי המשפט, המופקדים על יישומה, הועמדו בפני נסיבות מפלות כאלה ואתרות והציבו להכרעתם את השאלה הברורה של תחולת השוויון, במגזר הפרטי בכלל ובדיני החוזים בפרט. השאלה, במלוא עוצמתה התיאורטית, הועמדה לדיון בעניין רביב נ' בית יולס,¹² ואחר כך נבחנה מחדש, ובהרכב מורחב של בית המשפט העליון, בדיון נוסף בית יולס נ' רביב.¹³ בסופו של תהליך זה נפסק ברוב דעות, כנגד דעתם של השופטים שמגר וברק, כי אין מקום להחלת עקרון השוויון על צדדים פרטיים, וזאת אפילו כאשר מדובר בצדדים שנטלו על עצמם לנהל את המשא ומתן התווי ביניהם בדרך של מכרז.

כדאי לשים לב מהם הערכים המתחרים שהוצבו זה מול זה על ידי השופטים שהתנצחו ביניהם בדבר מקומו של השוויון. מצד אחד נשא דברים מחנה שניתן לכנותו "מחנה החופש", ובראשו השופט אלון. מצד שני התייצב מחנה שניתן לכנותו "מחנה השוויון", ובראשו השופט ברק. כלומר – חופש מול שוויון.

מחנה החופש השתמש בטיעונים הלקוחים מלב ליבם של דיני החוזים "הקלאסיים": חופש החוזים, חופש ההתקשרות וחופש התחרות.¹⁴ מחנה החופש סיפר אפוא את סיפורו השגור של דין החוזים, לפיו החוזה הינו הכלי לארגון התחרות החופשית בשוק. זהו, על

("Feminist Legal thought is perhaps the most powerful of the contemporary movements in legal theory- first, because the feminist movement is sufficiently diverse to include and mobilize all women (and men); second, because feminism demands a fundamental reexamination and restructuring of existing legal and social arrangements.")
(להלן – מינדה).

Gary Minda, "The Jurisprudential Movements of the 1980's," 50 *Ohio St. L.J.* (1989) 599, 600; Linz Audain, "C.L.S., Feminism, Law & Economics, and Veil of Intellectual Tolerance: A Tentative Case for Cross-Jurisprudential Dialogue," 20 *Hofstra L. Rev.* (1992) 1017, 1023-1024; Clare Dalton, "Where We Stand : Observations on the Situation of Feminist Legal Thought" 3 *Berkeley Women's L. J.* (1988) 1; Daniel R. Ortiz "Categorical Community" 51 *Stan. L. Rev.* (1999) 769, 770.

12 לעיל הערה 2.

13 לעיל הערה 3.

14 על "חופש" בדיני חוזים" באופן כללי ראו גבריאילה שלו "חופש וצדק בדיני חוזים" שנתון משפט העבודה ה (תשנ"ה), 153, 155-157.

פי התאור, שוק חופשי ו"פרטי", ששחקניו הם אנשי עסקים הדואגים לאינטרסים של עצמם.¹⁵ מחנה החופש מצטט - ויותר מפעם אחת - דברים בוטים למדי, פרי עטו של השופט ויתקון, לפיהם¹⁶:

ברור שאדם פרטי חופשי להתקשר עם פלוני, או שלא להתקשר עם אלמוני הכל בעולה על רוחו, ובהעדר חקיקה מפורשת האוסרת התנהגות כזאת, רשאי הוא להפלות בין בני דת, גזע ולאום למיניהם ובין גבר לאשה, ואיש אינו פוצה פה ומצפצף.

ברור, אם כך, שעל פי גישה זו אין התנגשות ערכית ממשית וממילא אין איזון אמיתי בין עקרונות החופש לבין השוויון. הדברים אף נאמרים במפורש על ידי השופט אלון, המסביר:

הרי לפי תפיסתנו החברתית-משפטית בדבר חופש ההתקשרות, אין לעקרון השוויון ערך כלשהו בפני עצמו...¹⁷

ולאחר דברים אלה, אף מרחיק השופט אלון לכת ומודיענו כי לאזרת הפרטי אפילו עומדת זכות חדשה - הפוכה בדיוק לעקרון השוויון - והיא "הזכות להפלות".¹⁸ זוהי, כנראה, הסיבה לכך שהדרישה לנהוג בשוויון ולא להפלות נתפסת במחנה החופש ככפיה חיצונית של נורמה פוגעת, שמקומה בדיני החוזים לא יכירנה. אלמנט הכפיה שבהחלת השוויון מודגש שוב ושוב בפסק דינו של השופט אלון ומבטא נאמנה את הסלידה מהחלת השוויון בתחום הפרטי.¹⁹

זוהי עד היום ההלכה החוזית החלה במשפטנו בשאלת השוויון, ודומה שתשובתה נוקבת: מקומו של השוויון הינו מחוץ לגדר החוזית, והוא כ"מיטת סדום שבה נמצאת

15 בשלב הערעור, לעיל הערה 2, ראו בדברי השופט שלמה לוין ("עוסקים אנו בשוק חופשי" - עמ' 7559; "בשכחים המסורים למשחק החופשי של השוק" - עמ' 1560; "משא ומתן מסחרי" - עמ' 7563). בשלב הדיון הנוסף, לעיל הערה 3, ראו בדברי השופט אלון ("חופש החוזים וההתקשרות" - עמ' 1468; "חופש ההתקשרות והחוזים" - עמ' 1694; "חופש ההתקשרות" ו"חופש החוזים" - עמ' 1470-7; "חופש ההתקשרות בעסקאות" - עמ' 1470ה; "עקרון יסוד של תפיסתנו המשפטית-חברתית בדבר חופש ההתקשרות" - עמ' 1473; "עקרון חופש ההתקשרות והתחרות, שפירושו אינו תובת שוויון" - עמ' 1477; "חירות" - עמ' 1477). ראו גם בדברי השופט מלך: "עקרון חופש ההתקשרות" - עמ' 1488.

16 אלפרד ויתקון, "הרשות הציבורית בפעולותיה בתחום המשקי-האזרחי", משפטים יא (תשמ"א) 306, 304.

17 דיון נוסף בית יולס, לעיל הערה 3, בעמ' 1470.

18 שם, בעמ' 1474, בציטוט פסיקה קודמת: "אזרח פרטי רשאי 'להפלות' בין פלוני לבין אלמוני ולבור לו את אלה שאתם יעסוק ואפילו יהיו נימוקיו ומניעיו בלתי-סבירים..."

19 שם, בעמ' 1468.

כעת הרשות הציבורית²⁰ ושאיין להבניס אליה את האדם הפרטי. עם זאת, יש להודות כי מאז פרישתו של השופט אלון מכס השיפוט אבד לו למחנה החופש דוברו הרהוט ביותר ולפחות "הזכות להפלות" אינה נזכרת עוד בפסיקה. בספרות המשפטית בולטת כתיבתה של פרופסור גבריאלה שלו בצידוד במחנה החופש. לאחרונה כתבה פרופסור שלו את הדברים המפורשים הבאים:

אדם פרטי או גוף פרטי, הפועלים במישור האזרחי-מסחרי, אינם צריכים להיות כפופים לזכויות-היסוד החוקתיות של פרטים אחרים. עקרון חופש החוזים מתיר להם להפלות...²¹

הקולות העולים ממחנה השוויון עונים בתכלית השינוי. גם הם מעמידים את השוויון אל מול חופש החוזים, חופש ההתקשרות וחופש התחרות, אך באותה נשימה הם דוחים את ההשקפה כי חופשים אלו נפגעים מן השוויון. השקפת השופטים ממחנה השוויון היא, בתמצית, שחופש אינו הפקרות ולכן גם אם יש בהטלת חובת שוויון משום מגבלה על מידת החופש, עדיין זוהי מגבלה שהיא חיונית לצורך הבטחת קיומו של אותו חופש עצמו, במובנו האמיתי.²²

גם ניתוח הערכים המתחרים בסוגייה העומדת להכרעה שונה לחלוטין מזה שנעשה במחנה החופש. אמנם יש הכרה בחופש החוזים ובחופש ההתקשרות כזכויות יסוד חוקתיות. אבל, מיד מובהר כי זהו חופש יחסי, שמולו עומדים אינטרסים אחרים, חשובים לא פחות, ובהם – כשווה בין שווים – השוויון. מושג המפתח בניתוח הוא "איזון", ולפיו אין עדיפות דוקא לחופש החוזים וחופש ההתקשרות, אלא הכרח לאזן בין הערכים במצבים שבהם הם מתנגשים. כפי שבסביר השופט שמגר, פעולת האיזון נראית לכאורה כהגבלה, כגירסת מחנה החופש, אך יש בה פוטנציאל חשוב של חיוק החופש לטווח הארוך.²³

בעוד שהניתוח של מחנה החופש התבסס על התנגדות עזה להעברת חובת השוויון – "מיטת הסדום" – מן המשפט הציבורי אל המשפט הפרטי, לא כך נבנה הניתוח אצל מחנה השוויון. להשקפתו של השופט שמגר חובת השוויון אינה באה אל דיני החוזים כתובה חיצונית, שמקורה במשפט הציבורי. חובת השוויון עולה וצומחת מתוך המשפט הפרטי

20 שם, בציטוט חוזר מתוך דברי ויתקין במאמרו הנ"ל, לעיל הערה 15. ראו שם, בעמ' 466, 470 ו-488.

21 שלו, מכרזים פרטיים, לעיל הערה 4, בעמ' 198. חשוב לדעתי למדוד את עוצמת הדברים המצוטטים אל מול ההקשר הספציפי שבו נאמרו, דהיינו המכרזים הפרטיים. דוקא כלפי הפלייטם של המשתתפים לקבוצות חולסה נראה כי עמדתה של פרופסור שלו נחרצת פחות. כך לפחות משתמע מאופן עמידתה על האבחנה בין שוויון מכרזי לחקתי – שם, בעמ' 192–193.

22 דיון נוסף בית יולס, לעיל הערה 3, דברי השופט שמגר בעמ' 464 ("...לא ניתן לסעון בסמו של תופש החוזים, כי צדדים לחוזה רשאים, לפני כריתת החוזה ולאחר כריתתו, לעשות ככל העולה על רוחם."); "אין משמעותה של תחרות שכל האמצעים כשרים.".

23 שם, בעמ' 486.

עצמו, "ובפרט מכוחם של דיני החוזים".²⁴ מובן כי זוהי ראייה הפוכה לזו של מחנה החופש, אשר לשיטתו מפרידות חומות בצורות בין החובות החלות במשפט הפרטי לאלו החלות במשפט הציבורי. גם על פי עמדתו של השופט ברק בנושא זה של פרטי מול ציבורי ניכר שאין הוא מאמין בקיומן של החומות הבצורות שבהן דוגל מחנה החופש. פוטנציאל השוויון טמון במשפט הפרטי, כמו במשפט הציבורי, משום ש"עקרונות היסוד" של המשפט הציבורי דומים לאלו של המשפט הפרטי. יחד עם זאת, נדמה לי כי קיים שוני מסוים בין עמדה זו לבין גישתו "הפנימית" של השופט שמגר. בתיזה של השופט ברק – שמכונה גם "תורת התחולה העקיפה" – מגולמת מידה מסוימת של "חיצוניות" – העקרונות נראים כנטועים במשפט הציבורי ומועברים ממנו אל הפרטי, אולי בתצורה מתונה יותר.²⁵

למרות ההבדלים הדמטיים בנטיית היסוד של מחנות החופש והשוויון, מעניין לראות וחשוב להראות שגם בתוך מחנה השוויון עצמו ניתן לאתר תחום של הפליה מותרת. כך, מבהיר השופט ברק כי אם, למשל, אדם מפרסם בעיתון מודעה שלפיה הוא מבקש להשכיר דירה שבבעלותו, הרי הוא רשאי להשכיר את הדירה לאלמוני רק משום צבע שערותיו ולא להשכירה לפלמוני, אפילו אם האחרון מציע תנאים טובים יותר.²⁶ בניסוח כולל יותר מבהיר השופט ברק כי:

המבקש לנהל משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה אינו חייב לנהל בדרך שתבטיח שוויון. רשאי הוא להפלות בין אנשים שונים, עמהם הוא מנהל משא ומתן.²⁷

מסתבר שכמו אצל חסידי החופש, גם לדעת מצדדי השוויון התמונה החוזית היא של שחקנים יריבים, הדואגים כל אחד לאינטרסים של עצמו. המחלוקת, היא כהגדרת השופט ברק, על "כללי המשחק ההוגן".²⁸ היפוך הקערה בין הערעור לדיון הנוסף בעניין המכרז שערכה חברת בית יולס הותיר,

24 שם, בעמ' 458–459. כיצד צומח החופש מתוך דיני החוזים עצמם? הדבר אינו נאמר מפורשות אבל דומני שההנחה היא כי התנהגות בלתי מרוסנת שוללת את האפשרות לקיומו של מנגנון חוזי אמיתי ומתפקד, שהוא המנגנון היחיד שבו יכול להתקיים חופש חוזים בעל משמעות. אם כך הוא, אזי הגבלת החופש ההתנהגותי משרתת את החופש המהותי ומאפשרת את התרחשותו. במילים אחרות, החופש צריך להתקיים בתוך מסגרת של כללים ואילו החופש "המוחלט" אינו אלא אשליה. אחד מכללי המסגרת שבתוכם, לשיטת הנשיא שמגר, מעוגנת חובת השוויון הוא עקרון תום הלב, שם, בעמ' 463–464. יפות לכאן מילותיה של פרופ' גבריאלה שלו שנאמרו על עקרון תום הלב וצוטטו ידי הנשיא שמגר מיד בסמוך: "בפנינו דוגמה לפאראדוקס ידוע: הגבלת חופש (במקרה זה חופש החוזים) לשם הבטחת קיומו". שם, בעמ' 464.

25 ע"א רביב נ' בית יולס, לעיל הערה 2, בעמ' 554.

26 דיון נוסף בית יולס, לעיל הערה 3, בעמ' 479.

27 שם, בעמ' 483.

28 שם, בעמ' 484.

כידוע, את מחנה השוויון כשירו על התחתונה. מאז, לא השתנתה ההלכה. לפיכך, מקובל לומר כי מנהלי משא ומתן חוזי, כמו גם צדדים פרטיים לחוזה שכבר נעשה, אינם חייבים זה לזה חובת שוויון. לכאורה הם בכך הדיון, לפחות ככל שהדבר נוגע לדיני החוזים כשלעצמם.

אבל, התמונה מורכבת יותר. למעשה, מאז ועד ימים אלו לא שקט המאבק בין המחנות. דוגמא בולטת לכך היא עניין קסטנבאום, שבו התחדש הוויכוח הגדול בין השופט אלון לשופט ברק.²⁹ הכעס אמנם לא עמד השוויון במרכז הוירה, אלא דוקא חופש הדת והמצפון של מר קסטנבאום, אשר ביקש לקבור את רעייתו בציון שמה הלועזי, למרות התנגדותה של החברה קדישא. ואולם, בדרך אל הגנת חופש הדת והמצפון שבו ועלו גיצוצות מן ההתנצחות הקודמת בעניין השוויון.

השופט אלון ביקש להזכיר לשופט ברק את דחייתו של גישת השוויון בעניין בית יולס, כדי להתריע מפני הנסיון הנוסף ל"פגיעה קשה בזכות היסוד של חופש ההתקשרות של האדם שהמשפט הפרטי חל על התקשרותו..."³⁰ לכך השיב השופט ברק כי "ההבחנה בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי אינה כה חריפה", וכי ברור שעקרונות היסוד של המשפט הציבורי חלים בתחומי המשפט הפרטי. השאלה הקשה יותר, להשקפת השופט ברק, היתה כיצד מבוצעת התחולה ולא האם היא קיימת.³¹ אשר לפגיעה בחופש החוזים, גם כאן חזר השופט ברק על ההבהרה שהחופש אינו ערך מוחלט ואף ציטט מתוך פסק הדין בעניין בית יולס (שבו לא התקבלה גישתו) את הצורך לאזן בין חופש ההתקשרות לבין אינטרסים אחרים, כגון השוויון.³² כלומר, על פי ניתוח זה השוויון הוא מועמד טבעי להיכלל בין אותם עקרונות יסוד "הזורמים", כגישת השופט ברק, אל המשפט הפרטי.³³ והנה, בעימות חדש זה, בין חופש ההתקשרות וחופש החוזים לבין תחולת עקרונות היסוד, היתה יד מחנה החופש על התחתונה. השופטים שמגר וברק, שגישתם נדחתה בעניין בית יולס, הובילו כעבור שלוש שנים לקבלתה. האמנם תש בכך כוחה של הלכת דיון נוסף בית יולס? קשה לאמר. לכאורה ההלכה טרם שונתה ועדיין אין חובת שוויון ביחסים חוזיים בין גופים או אנשים פרטיים. מעשית ייתכן שבעניין קסטנבאום נפתח פתח עקרוני ממשי להגנת זכויות אדם במסגרת החוזית, מתוך כך שהוכרה חובת הפרטים בחברה לכבד זכויות אלה גם ביחסים שבינם לבין עצמם, ובכלל זה ביחסיהם החוזיים.³⁴ קשה לנתק את הדברים מן "המהפכה החוקתית" שהתרחשה תוך כדי התהוותו של פסק

29 עניין קסטנבאום, לעיל הערה 4.

30 שם, בעמ' 514.

31 לשאלת ה"כיצד" אתיחס בנפרד בהמשך.

32 עניין קסטנבאום, לעיל הערה 4, בעמ' 1533.

33 ואכן, במהלך הדברים אף הביא ברק מודלים שונים לתחולת עקרונות היסוד ואגב כך הוא מביא במפורש דוגמה של סענת הפליה בין פרטים, המחייבת הכרעה בדבר מקומו של עקרון השוויון.

שם, בעמ' 1530.

34 שלו, מכרזים פרטיים, לעיל הערה 4, בעמ' 189.

הדין בעניין קסטנבאום.³⁵ חקיקתם של חוקי היסוד, ובמיוחד חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נתנו משנה תנופה לרעיון ההכרה בעקרונות היסוד במשפט הפרטי. כפי שאומר השופט ברק בעניין קסטנבאום:

כך, למשל, כאשר המשפט הציבורי הישראלי מגן על כבוד האדם וחירותו (ראה חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) – כיצד משפיעה הוראה זו על פרטים הכורתיים חוזה בתחומי המשפט הפרטי? בדומה, המשפט הציבורי מגן על חופש העיסוק (ראה חוק יסוד: חופש העיסוק). מה כוחה של הוראה זו כאשר לחוזים שפרטים עושים במסגרת המשפט הפרטי?³⁶

מאז נאמרו הדברים המשיך העיסוק התיאורטי בשאלת תחולתו של עקרון השוויון בדיני החוזים להתקיים בזיקה לציר החוקתי. הדיון נעשה, ככל שנעשה, כחלק מן הדיון הכללי יותר בשאלת הגנתן של זכויות היסוד החוקתיות במסגרת המשפט הפרטי. שאלה כללית זו היא לטעמי, כיום, "השאלה הבערת" של השיח החוזי בישראל. זאת הן משום שדיני החוזים הינם הסמן המובהק של המשפט הפרטי, והן משום שהמהפכה החוקתית בעיצומה. השאלה הבערת הזו מופיעה בשית החוזי, שוב ושוב, בהקשרים שונים, ובעיקר דרך פרשנותם של מושגי השסתום החוזיים: צדק, תום לב ותקנת הציבור. וכיצד משפיעה השאלה הכללית הזו על השאלה הספציפית של השוויון? אמנם השוויון אינו נזכר במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,³⁷ אך לפחות בכל הנוגע לתחומי משפט הנחשבים ציבוריים, הדבר לא מנע מן הפסיקה מלהעניק לו תוקף חוקתי מלא, של נורמת-על, כחלק מתפיסה רחבה של כבוד האדם.³⁸ מן הצד החוקתי יש אפוא נקודת אחיזה, ואולי גם הזדמנות, להיפוך מחודש של הקערה – הפעם לעבר מחנה השוויון. ניתן היה לצפות כי בהזדמנות הראשונה שתיקרה בדרכו יוביל בית המשפט העליון, ובמיוחד נשיאו ברק, אל מימוש חלון ההזדמנויות החוקתי ואל עיגון השוויון בדין החוזים. הדרך לכך כבר הותוותה בכתביו של ברק,³⁹ ודין החוזים נראה לי – לרגעים – כמי שעוצר נשימתו לקראת "המהפכה החוזית" שתבוא בעקבי "המהפכה החוקתית". ברגעים אחרים נראית "המהפכה החוזית" רחוקה יותר: פרשה חוזית מאוחרת לעניין קסטנבאום, מרמזת דוקא על הססנות מסויימת מפני הצעד האחרון של החלת נורמה

35 עניין קסטנבאום, לעיל הערה 4, בעמ' 510 (השופט אלון: "חוק יסוד זה יצא מתחת ידה של הכנסת לאחר כתיבת פסק-דיני").

36 שם, בעמ' 529.

37 ואולי יש בכך פתח לביקורת פמיניסטית על המשפט החוקתי.

38 ברק, פרשנות חוקתית, לעיל הערה 5, בעמ' 423-426. עם זאת, גם במישור ה"חוקתי-ציבורי" יש היסוס ביחס להתגדרת מקומו המדויק של עקרון השוויון – ראו, למשל, עמדתה של השופטת דורנר בעניין בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מס(4) 94, בעמ' 131-132 (להלן – "עניין מילר"), לפיה רק פגיעה בשוויון הכרוכה בהשפלה, כלומר בפגיעה בכבוד האדם, היא פגיעה אסורה חוקתית. לי נדמה כי הפגיעה החוזית המעסיקה אותי כאן היא מן הסוג המשפיל ההוא.

39 ברק, פרשנות חוקתית, שם, בעמ' 661-662, 680-681.

כללית של שוויון בדיני החוזים. באופן אבסורדי למדי, להבדיל מעניין קסטנבאום כאן דובר בפרשה שעסקה ישירות בעקרון השוויון ואפילו הסתיימה במיגורה של הפליה חוזית. כוונתי לפסק הדין בבג"צ 721/94 אל על נתיבי אוויר לישראל נ' יונתן דנילוביץ'. בפסק דין זה הוכרה זכותו של דייל באל-על ליהנות מכרטיסי טיסה עבור בן-זוגו, ממש כשאר עובדי החברה הנהנים מזכות כזו לגבי בני או בנות זוגם השייכים למין השני.⁴⁰ ואולם, הדרך למיגור ההפליה החוזית של עובדים בשל נטייתם המינית לא עברה במסלול החוזי, ועקרון השוויון לא הוזרם אל דין החוזים דרך השסתומים המאפשרים זאת. נהפוך הוא. היה זה דוקא השופט ברק שהעדיף להשאיר את הקונסטרוקציה החוזית בצריך עיון. במקום ללכת בדרך החוזית הלך בית המשפט בנתיב הסטוטורי, והכריע הכרעה ספציפית, לטובת מתן ההטבה לבני זוג בני אותו מין, על יסוד האיסור החקוק החדש להפלות בין עובדים בשל נטייתם המינית.⁴¹ קל לראות כי הכרעה מטיפוס זה אינה משיבה לשאלת מקומו של השוויון בדיני החוזים. יותר מכך, שיטת הכרעה כזו אפילו תומכת במסקנה כי באותם מצבים שבהם אין חוק מיוחד האוסר זאת, ההפליה עשויה להיות דוקא לגיטימית.

לעומת זאת, הקונסטרוקציה החוזית שנשקלה בפירוס בעניין דנילוביץ', לא אומצה לבסוף. קונסטרוקציה זו היתה בעלת אופי כללי יותר, כזה שדוקא היה יכול לשמש כלי להתמודדות עם מעשי הפליה נוספים. לפי הקונסטרוקציה החוזית יש לפרש את הסעיף בהסכם העבודה – זה אשר מעניק את הזכות לכרטיס טיסה לבן/בת זוג – באופן שירחיב את תחומי השתרעותה של הזכות גם לעבר בני זוג מאותו מין. כפי שמוכיר השופט ברק בלאקוניות, הרי שתהליך פירוש מרחיב כזה ניתן למימוש על יסוד מה שהוא מכנה כ"תכלית החוזה". ואכן, כעבור כמה חודשים, כאשר ניתן פסק הדין בע"א 4628/93 מ"י אפרופים שיכון ויזום,⁴² הסתבר שיש באיזכור התכלית יותר מרמז לתפיסה פרשנית חדשה, פרי עטו של השופט ברק. מן הפסיקה בעניין אפרופים, ומפסיקה שבאה בעקבותיה, עולה בבירור כי לפחות על כי השופט ברק כוללת התכלית החוזית – של כל חוזה – גם את אותם ערכי יסוד של השיטה. ומכאן, כך נדמה, הדרך לשוויון אמורה להיות קצרה.⁴³ אבל – ככל שהדברים אמורים בהפליה שבה עסק פסק הדין בעניין דנילוביץ', לא נעשה הצעד החזווי-פרשני לעבר השוויון, והועדפה הליכה בנתיב הסטוטורי הצר.⁴⁴

40 פ"ד מח(5) 749 (להלן – "עניין דנילוביץ").

41 סעיף 2 חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1998, כפי שתוקן בשנת תשנ"ח, קובע כי מעביד לא יפלה בין עובדיו לעניין תנאי העבודה "מתמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם או מפלגתם או מסך שירות המילואים הצפוי להם..."

42 פ"ד מט(2) 265 (להלן – "עניין אפרופים").

43 בהקשר זה כדאי לזכור שכבר בעניין קסטנבאום, לעיל הערה 4, נמגתה דרך הפרשנות כאחת מבין ארבע אפשרויות להחלת ערכי היסוד בדיני החוזים.

44 השופט דורנר ביססה את הנמקתה מחוץ לגבולות המסגרת הסטוטורית בקובעה כי "בעקרון

כדי להבין את משמעותו המלאה של הויתור שנעשה בעניין דנילוביץ' על הדרך החוזית, חשוב לדעתי לראות שהשופט ברק בדק שם, במסגרת הקונסטרוקציה הפרשנית, אך ורק את דרך הפרשנות במובנה הצר. פרשנות צרה מסוג זה הוגדרה על ידי ברק במקומות אחרים כ"מתן מובן לטקסט", כלומר פעולה פרשנית הנעשית בגבולות האפשר במסגרת לשון החוזה. כפי שמודגש על ידי בציטוט שלהלן, השמירה על גבולות הלשון נגלית בדברי השופט ברק בעניין דנילוביץ' עצמו:

זכותו של המשיב לקבלת טובות הנאה – עבור חברו לחיים ועבור עצמו – נובעת מן המובן המשפטי של הטקסט ההסכמי אשר נשלף ממגוון המשמעויות הלשוניות שלו.⁴⁵

בנקודה זו בוחר השופט ברק לעצור את מלאכת הפרשנות, ולקבל את עמדת בית הדין לעבודה. לפי עמדה זו, אשר מר דנילוביץ' כבר לא השיג עליה, אין דרך לתת לטקסט החוזי פירוש שוויוני מבלי לפרוץ את גבולותיו הלשוניים.

עצירת (פתאום) זו – המגלמת את הויתור על אמירה עקרונית בעניין השוויון – נראית בלתי מובנת ובלתי הכרחית, והיא מבטאת בעיני את המחסור העכשווי ביותר בנורמה של שוויון בדין החוזים. גם אם מקבלים את ההשקפה שהפירוש הצר מוכרח להיות פירוש מפלה, עדיין נשאלת השאלה מדוע השופט ברק אינו ממשיך ובודק את דרך הפרשנות הרחבה, כפי שעשה (כעבור חודשים ספורים) בעניין אפרופים?⁴⁶ והלא גם שם לא סבל הטקסט את הפירוש הלשוני שהיה לשיטתו של ברק הפירוש הראוי.⁴⁷ כפי שהבהיר השופט ברק בעניין אפרופים – הפרשנות הרחבה היא דרכם של המשפט והשופטים להתגבר על טקסט חוזי בעייתי, כדי להגיע ל"הגשמת תכלית שהלשון אינה סובלת".⁴⁸ אין ספק כי הטקסט החוזי בעניין דנילוביץ' הוא – בפירושו המפלה – טקסט בעייתי ביותר. מדוע אפוא לא נטל השופט ברק מאמתתו את הכלים החוזיים שתיאר בעניין אפרופים, כדי לבצע פרשנות במובן הרחב ולגבור על הלשון? אם יוצאים מהנחה שהתכלית האובייקטיבית של כל חוזה היא, בין היתר, להגשים את ערכי היסוד של השיטה, כגון השוויון, אזי נראה ברור שאין להשלים עם טקסט חוזי מפלה.⁴⁹ צריך

השוויון מחייב בראש ובראשונה רשויות ציבוריות, אך הוא חלק גם בתחום יחסי העבודה בכללותם..." עניין דנילוביץ', לעיל הערה 40, בעמ' 783 (ההפניות הושמטו).

עניין דנילוביץ', לעיל הערה 40, בעמ' 757 (ההדגשות הוספו).

עניין אפרופים, לעיל הערה 42.

יפים לכאן הדברים שכתב ברק בעניין אפרופים, ביחס לעמדת המיעוט של השופט מצא: "חברי מגביל עצמו אך לפרשנות במובנה הצר. אין הוא מרחיב את היקף בחינתו לפרשנות במובנה הרחב. בגדרה של זו האחרונה טמונה התשובה לבעייתנו.", שם, 316.

שם, בעמ' 1315-1 (ההדגשה הוספה).

שם, בעמ' 327. מעניין לראות שברק הוא שמזכיר בהקשר זה את השוויון ואת השוויון בלבד.

"לתקן" את הטקסט החזוי באחד מן הכלים המשפטיים המאפשרים זאת, כלים אשר נשקלו, למשל, בעבר, בתקופות אינפלציה, כדי לשערך חיובים חוזיים.⁵⁰ בהקשר זה בולטת בהעדרה בעניין דנילוביץ' הדרך של איתור לאקונה ("מהן זכויותיו של עובד הומוסקסואל") והשלמתה על פי סטגדרט תום הלב, הכולל בחובו את ערך השוויון. ואכן, דרך כזו תוארה על ידי השופט ברק בפרשה מאוחרת יותר, דג"א 1558/94 נפסי ג' נפסי, כדי לשתף אשה בנכסי בן זוגה לאחר פירודם.⁵¹ במסגרת הדיון החזוי (אודות התפיסה ההסכמית של הלכת השיתוף) נאמר שם:

במקום שהנחות היסוד של הצדדים [בני הזוג] אינן מועילות, ניתן להשלים – באמצעות אמות מידה אובייקטיביות – מכוחו של עקרון תום הלב, את שהחסירו הצדדים. אמות מידה אלה ניזונות, בין השאר, מעקרונות היסוד של המשפט הישראלי. אחד מעקרונות יסוד אלה הוא עקרון השוויון. בדרך זו מוגשמת מטרה חברתית הגוררת אחריה צדק חברתי.⁵²

למרות הדברים הללו נראית עמדתו של דין החזים ביחס למקומו של השוויון עמדה מהוססת. ניכר שיש התלבטות ואף נפרצו מספר דרכים רעיוניות שיאפשרו, בבוא השעה, למגר הפליה חוזית באמצעים פנימיים של דין החזים. אבל, עדיין, קשה למצוא הכרעה עקרונית וברורה המשקפת עמדה חוזית הסולדת מהפליה ומטפלת בביעורה. נהפוך הוא: יש אפילו מקום לספק שמא הלכת דיון נוסף בית יולס עדיין עומדת על מכונה ומסוגלת להתיר פגיעה בשוויון, כשכזו באה מטעמו של גוף פרטי. הדבר בולט בבחינתן של מספר פרשות הפליה מכאיבות, כמו זו של איסור הכניסה הנורא שהוטל על בתיה שמסיאן.⁵³ ברגעיימבתן אלו לא עמדה לנגד בתי המשפט הלכה ברורה לפיה ההפליה החוזית אסורה תכלית איסור. ברגעים אלו לא עמדו לרשות בתי המשפט והמופלים לרעה כלים חוזיים מתאימים להתמודדות.

עד כה עמדתי על מעמדו של השוויון כפי שהוא בא לידי ביטוי מכיוון "השאלה הבווער", הלא היא שאלת תחולתם של עקרונות היסוד – ובהם השוויון – במשפט הפרטי. בפרק הבא ארפה מעט מדיני החזים ובו יסופר סיפורם הקשה של המופלים. הקריאה לשוויון חזי תבוא מזווית "אחרת" לגברי, זו הפמיניסטית. תקוותי היא להורים בכך דם חדש אל השיח החשוב בנושא זה.

50 ראו את המינוח של "פרשנות 'משלימה' (או פרשנות במובן הרחב)" בע"א 719/89 מחצבות חיפה בע"מ ג' חנירון בע"מ פ"ד טו(3) 305, 312.

51 פ"ד ג(3) 573.

52 שם, בעמ' 605.

53 עניין שמסיאן, לעיל הערה 1.

ג. בעיית המחסור בנורמה של שוויון מזווית פמיניסטית

הפליה – והיא הצד האפל של הפרת השוויון – היתה ועודנה לחם חוקן של נשים במסגרות חיים רבות. הפסיקה בעולם ואף בישראל הבחינה בכך שזוהי הפליה מן הסוג הגרוע והמשפיל ביותר: הפליה על רקע השתייכותו הקבוצתית של האדם, תוך שימוש בוטה ושרירותי בסממנים חיצוניים, שאינם נתונים לבחירתו ואינם ניתנים לטשטוש.⁵⁴ זוהי הפליה המעדיפה לראות בכולנו, כנשים, תופעה חלשה או נחותה מן התופעה ה"נורמלית", הגברית, זו שמשמשת כמודל. שורשיה החוזיים של הפליה זו ארוכים. הם מגיעים עד לימים קשים בעברו של עולמנו, ימים שבהם נשים שנישאו איבדו את כשירותן המשפטית לכרות חוזה,⁵⁵ והכרותן עם המכשיר החוזי באה להן מכך שנמכרו או נרכשו באמצעות חוזה.⁵⁶

על רקע זה יכולה הביקורת הפמיניסטית על המשפט להציע חשיפה שורשית של הסדקים בגישה החוזית המתנגדת לחובת שוויון במגזר הפרטי. בקורת כזו יכולה גם להציע חיזוקים משמעותיים לאותם קולות, שכבר קיימים בתוך הדוקטרינה החוזית, הקוראים בעצמם להחלת נורמה חוזית של שוויון.

קווי המחשבה הפמיניסטיים שאותם אציג מיד מערערים כמעט על כל רובד שהוא במודל השולל את ההתערבות בחוזים הנעשים במגזר הפרטי, לצורך מיגורה של תופעת ההפליה.

(1) שינוי נקודת המוצא הרעיונית

כפי שראינו בפרק החוזי, עמדתו של מחנה "החופש", הסולד מהתערבות, מבוססת על המעטה גלויה בחשיבותו של עקרון השוויון, ועל בנייה מודעת של עקרון חופש ההתקשרות כעקרון שליט וכאידיאל. מובן כי מנקודת ראות פמיניסטית זוהי נקודת מוצא הוועקת לשינוי. מנקודת ראות זו לא ניתן להשלים עם פסיקה חוזית מנחה, המוקדשת לשאלת תחולת השוויון, שבה נאמר:

54 ראו למשל עניין מילר, לעיל הערה 38.

55 Richard A. Epstein, "Two Challenges for Feminist Thought" 18 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 331, 345-346. (המחבר מזכיר את מאבקן של נשים על עצם יכולתן לכרות חוזים בעולם משפטי שבו ההשקפה המקובלת היתה שלאישה נשואה אין כשירות לכך). ראו גם מינדה, לעיל הערה 11, בעמ' 129.

56 Patricia J. Williams, *The Alchemy of Race and Rights* (1991) 156-160. (המחברת מתארת חוזה לרכישת אשה בדולר המצוי בארכיב הספרייה הציבורית בניו-יורק, בויקה לרכישת נשים במשפחתה, בעבר הרחוק).

הרי לפי תפיסתנו החברתית-משפטית בדבר חופש ההתקשרות, אין לעקרון השוויון ערך כלשהו בפני עצמו...⁵⁷

מהיבט פמיניסטי יש בתפיסה המצוטטת שני מוקדי קושי: האחד הוא בהמעטה בערכו של השוויון והשני הוא בהפרזה בערכו של חופש ההתקשרות. אשר לצד ההמעטה: עמדה פמיניסטית החותרת לשוויון אינה יכולה לקבל – כבר ברמה האינטואיטיבית ביותר – השקפה שלפיה ערכו החברתי-מוסרי של השוויון הינו ירוד כל-כך. ואולם, בחינת הדברים תוך התייחסות לרטוריקה השיפוטית, בדרכן של טכניקות פמיניסטיות פוסט-מודרניות,⁵⁸ יכולה לחשוף יותר מכך – שהדברים הרחיקו לכת, מעבר לסתם המעטה בערכו של ערך חשוב. הטקסט השיפוטי במחנה החופש חושף כמעט עיונות ודמוניזציה של עקרון השוויון. כדי להיווכח בכך די יהיה אם נקשיב לביטוי החוזר (שלוש פעמים!), לפיו השוויון הינו "מיטת סדום". זהו דימוי שלילי ביותר, עמוס קונוטציות של אכזריות ושפל מוסרי.⁵⁹ ביטוי שכזה יכול ללמד רבות על נקודת המוצא הרעיונית שממנה יצאה דעת הרוב. העדפת חופש ההתקשרות על פני השוויון אינה אפוא נוסחת "איוון" בין ערכים מתנגשים, אלא העדפה טוטאלית של הראשון על פני האחרון. האם עלינו להתפלא על כך שבסוף הניתוח "המשפטי" נהדף השוויון בשערם של דיני החוזים הפרטיים?

אשר לקושי ההפרזה: יש הוסר דיוק בהגדרתו של חופש ההתקשרות כעקרון-על ובתיאורו כ"אחד מעקרונות היסוד בתפיסתנו החברתית והמשפטית".⁶⁰ דברים אלה היו נכונים יותר לו התייחסו למושג הרחב של "חופש החוזים". ואכן, לעיתים משמש הביטוי "חופש ההתקשרות" במשמעות רחבה זו, כמקבילה לשונית ל"חופש החוזים", ואז הוא ראוי לכתרים שנקשרו לו. אבל, צריך לשים לב שבדיון שהקשרו שוויון לא מדובר בחופש החוזים במלוא היקפו והדרו. לדוב מדובר במובן צר בהרבה, שבמרכזו עומד רק אקט "ההתקשרות", כלומר: שלב הבחירה עם מי להתקשר בחוזה. כך, למשל, בעלת הדירה חופשית להחליט להשכירה וחופשית לעצב את חוזה השכירות כרצונה; היא אפילו

57 דיון נוסף בית יולס, לעיל הערה 3, בעמ' 1470.

58 בדיקה קפדנית של הלשון המשפטית בכלל ורטוריקה השיפוטית בפרט היא כלי פמיניסטי משמעותי. ראו, למשל: Mary Joe Frug, *Postmodern Legal Feminism* (1992), Ch. 7: "Rescuing Impossibility Doctrine: A Postmodern Feminist Analysis of Contract Law" (להלן – Frug); Mary Joe Frug, "A Postmodern Feminist Legal Manifesto (An Unfinished Draft)," 105 *Harv. L. Rev.* (1992) 1045, 1046; Elizabeth G. Thornburg, "Metaphors Matter: How Images of Battle, Sports and Sex Shape the Adversary System," 10 *Wis. Women's L.J.* (1995) 205.

59 מקור הדברים בסנהדרין קט, ע"ב – מנהגם של אנשי סדום להתאים את מידות אורחיהם למידות מיטה שהציבו: את הנמוכים למתוח ואת הגבוהים לקצץ.

60 דיון נוסף בית יולס, לעיל הערה 3, בעמ' 466 (השופט אלון), 470 (השופט אלון), 488 (השופט מלץ).

חופשית לגמרי לבחור מבין השוכרים הפוטנציאליים, והכל – גם אם לא תורשה לסרב להשכיר את דירתה לערבי באשר הוא ערבי. במובן צר זה, וכאשר הדברים ממוקדים בטענה כי זכות הבחירה צריכה להיות מוחלטת ולכלול גם את מה שכונה בפסיקה "זכות להפלות" – אזי יש לפקפק בצדקתם. במילים אחרות, הנכונות הפמיניסטית לפקפק ברטוריקה ולפשפש בה מסייעת להבחין ולראות שלא כל רוחבו של חופש התחזים מאיים אם תיאסר ההפליה, אלא רק היבט מסוים וצר מתוכו.

מתוך ערנות זו לדקויות השיח המשפטי בנושא השוויון קל יותר לשים לב לכך שכבר במבט פנים-חזוי, ועוד ברמה החקיקתית, מעוגן חופש התחזים בישראל לא בנוסחו הכללי, אלא רק בשני היבטים ספציפיים שלו: חופש הצורה וחופש התוכן.⁶¹ לעומת זאת אין בחקיקה עיגון של היבט חופש ההתקשרות – במובן הצר הרלבנטי לשוויון – זה של בחירת השותף החזוי. לאור בחירה לשונית זו מתחזק הרושם שההנחה האקסיומטית של הפסיקה, בדבר מעמד העל של חופש ההתקשרות, היא הנתה מופרזת.

יכולת הבחירה בשותף החזוי היא ודאי רצויה ואפילו חשובה, אך האם באמת מדובר בעקרון יסודי שיכול להצדיק הפליה? האם צריך המשפט להגן גם על ניצול זכות הבחירה (בשותף החזוי) באופן מפלה, הפוגע במי שסירבו להתקשר עמו? האם בכל מחיר צריך המשפט לאפשר לאדם לבחור להתקשר חזוית עם קבוצות שלמות של אנשים ולדחות קבוצות שלמות אחרות? חישבו לרגע על בתיה שמסיאן: האם ברור כל כך שחופש הבחירה – שאינו אלא חופש ההפליה – של בעל המועדון הוא "זכות יסוד"? האם ברור כל-כך שכתלק מתופש ההתקשרות "אורח פרטי רשאי 'להפלות' בין פלוני לבין אלמוני"⁶² האם זהו באמת "אחד מעקרונות היסוד בתפיסתנו החברתית והמשפטית"⁶³ ואם כן – האם זו החברה שבה אנו רוצים לחיות?

נשאלת השאלה – מדוע? מדוע נעשה מאמץ שיפוטי כה בולט להאדיר את חופש ההתקשרות אל מעבר למימדיו ולהעדיפו על השוויון (שאף הוצג באופן שלילי)? תשובה פמיניסטית תחשוף כאן גילוי של תופעת הטייתו (bias) הגברית של המשפט: זו התופעה הדוחקת את הנשים, את נסיון החיים הנשי ואת הערכים הנחשבים לנשיים אל שולי החיים החברתיים המאורגנים על ידי המשפט. מקורו ההיסטורי של התהליך הוא בהיות המשפט יציר כפיהם של גברים. הטענה הפמיניסטית היא שככזה משקף המשפט – ואף מחזק – את הסדר העולמי שבו הגבר ותפיסת העולם הגברית הינם נותני הטון ומכתיבי הדרך, בעוד שהצדדים הנתפסים כנשיים נדחקים לשוליים. כפי שאדגים כעת הרי שבהטייה הגברית הזו טמון הסבר הן למעמד-העל שיוחס לחופש ההתקשרות והן להמעטה בחשיבותה של בעיית ההפליה.

כוונתי היא שהצבת חופש ההתקשרות כערך ועקרון יסודי מבטאת עמדה גברית של הדין: החופש מפני התערבות, החופש להחליט לבד, החופש לנהל את עסקין ללא

61 סעיפים 23 ו-24 לחוק התחזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

62 דיון נוסף בית יולם, לעיל הערה 3, בעמ' 474א.

63 שם, בעמ' 477.

מגבלות, הם כולם חופשים בני ערך רק עבור מי שכבר משתתף במשחק החוזי ונהנה ממנו. אלה הם חופשים שבאופן מסורתי הינם נחלתם של גברים בלבד, גברים שיצאו בבוקר מן הבית אל "השוק החופשי", "לעשות עסקים", ושאנם רוצים להיות מופרעים על ידי שיקולים חברתיים כאלה ואחרים. כוונתי היא גם שהמשפט משקף נטייה להתמודדות עם הבעיות ה"גבריות" דוקא. כך, למשל, טורחים דיני החוזים לעסוק בפירוט בכללי המשחק החוזי, כמו רצף הכללים לכריתת חוזה, ואף בשאלות עסקיות טיפוסיות, כמו זכות הקיזוז של חובות – שהם כספיים בהכרח – זה מזה. לעומת זאת, אין הם נוטים לטפל בבעיות שניתן להגדירן כ"נשיות" יותר, כפי שתעיד שתיקתם הרועמת בשאלת ההפליה.⁶⁴ תארו לכם עולם דמיוני, שבו גברים מופלים לרעה באופן שיטתי וההפליה היא רעה חולה המשבשת את עסקיהם. האם גם בעולם כזה היה המשפט יוצא מנקודת המוצא של נחיתות השוויון ועליונות חופש ההתקשרות, או שמא היתה צומחת בו, בטבעיות רבה, חובת שוויון?

קולות פמיניסטיים, המדגישים היבטים פסיכולוגיים של ההבדלים בין המינים,⁶⁵ יכולים להאיר נוספות את תופעת גבריות הדין בנקודה זו. השאיפה לחופש ההתקשרות טוטאלי, ועוד תוך קישורו ל"חופש התהירות"⁶⁶ ולסלידה מהתערבות, נראית מתאימה למחקרים בתחום הפסיכולוגיה שהצביעו על נטיותיהם של ילדים-בנים לתחרותיות, ועל תפיסותיהם האופייניות את עצמם כחוליות מנותקות ועצמאיות. זאת לעומת תמונות העולם שנצפו אצל ילדות-בנות, ושהן הודגשו הרבה יותר צדדים של רגש, אחריות, ותפיסת העצמי כחלק מרשת חברתית מכועפת.

מכאן גישתו של הפמיניזם התרבותי ("Relational Feminism"), שלפיה קיים הבדל משמעותי בין הערכים הגבריים לערכים הנשיים, הגורר גם שוני בתפיסות המוסריות של המינים. השילוב בין אידיאליזציה של "חופש ההתקשרות" והמעטה בחשיבות בעיית ההפליה מתאים, לפי גישה ברוח זו, לפרופיל פסיכולוגי-ערכי שנחשב דומיננטי יותר אצל גברים ואין בו ביטוי לראיית עולם "נשית" יותר.

גם קולות פמיניסטיים רדיקליים, המדגישים היבטים של שימוש במשפט כדרך להפעלת כוחו של החוק בחברה, לשם הנצחת שליטתו, יוכלו להציע הסבר לנטייה הגברית שבדין הסולר משוויון.⁶⁷ מזווית זו, הנסיון להדוף את איסור ההפליה נראה

64 לטעון דומה בתחום דיני הנוזקין ראו Joanne Conaghan, "Tort Law and the Feminist Critique of Reason" in *Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of Law* (Ann Bottomley ed., 1996) 48-49.

65 Carol Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (1993) (להלן – גיליגן).

66 בדיון נוסף בית יולס, לעיל הערה 3, מופיע חופש התחרות בנשימה אחת עם חופש ההתקשרות (שם, בעמ' 477) או בסמוך לו (בעמ' 470).

67 בולטות בתחום זה עבודותיה של Catharine A. MacKinnon. ראו למשל Catharine A. MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (1987); Catharine A. MacKinnon, "Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist

כשימוש של הקבוצה שהיא הדומיננטית בעיצוב הדין, באמצעי השליטה שמעמיד לרשותה דין החוזים. דין חוזים שהודף איסור הפליה מאפשר להמשיך ולדחוק את נפגעותיה ונפגעייה המסורתיים של ההפליה אל מחוץ לגדרות החוזים. לעומת זאת, חופש ההתקשרות, הכולל את "חופש ההפליה", מאפשר את המשך שליטתם של המפלים בשדות החוזים. ואל יקל הדבר בעינינו – חוזים הם פעמים רבות הדרך להתערות בחברה האנושית, לפעול בה, ולהתקדם ולהתחזק בתוכה. ראו את מקרה בתיה שמסיאן: ההפליה החוזית השאירה אותה מחוץ למועדון, מחוץ לסיכוי למצוא כמועדון חברה אנושית או אף בן זוג, הרחק מנתיב השיקום ושמחת החיים שחיפשה. ההפליה החוזית הזו, בכינוי המסווה של "חופש ההתקשרות", היא זו שאפשרה לבעל המועדון להגדיל רווחיו על ידי טיפוח מוניטין של מועדון אקסקלוסיבי, מועדון שרק בעלי הרימוזי המצלית, "הרגיל", באים בשערי. בסופו של יום ההבדל בין חופש התקשרות לשוויון הוא בשאלה האם יתרום הדין לצמצום פערי הכוח בין בתיה לבעל המועדון או רק יעצים אותם; או – האם יתרום הדין לפגיעה בחופש החוזים של בתיה רק בשל היותה נכה?⁶⁸

על יסוד מגוון הקולות הפמיניסטיים הללו,⁶⁹ טענתי היא אפוא שנקודת מוצא המאדירה כל כך את חופש ההתקשרות ומבטלת עד כדי כך את הצורך להתמודד עם הפליה היא נקודת מוצא אופיינית לדין המבוסס על תמונת עולמם של גברים. מנגד, קריאה פמיניסטית של הצרכים החוזיים היתה מאפשרת לראות את מה שמדגיש נסיון החיים הנשי, והוא שיש צורך לטפל גם בבעיות שהן באופן מסורתי בעיות של נשים, ובראשן בעיית ההפליה. המסקנה המתבקשת היא חשיבותו של היפוך בנקודת המוצא. כלומר: את הנטייה החד-משמעית לשימור חופש ההתקשרות צריכה להחליף דאגה מתמדת לחיזוק השוויון.⁷⁰ לחרדים מפני כרסום בחופש החוזים יש להזכיר גם את חופש החוזים של בתיה שמסיאן. יש לשאול, כשאלה של מדיניות משפטית, כיצד ייתכן שדין החוזים יעסיק עצמו רק בחופש החוזים של בעל המועדון?

כפי שאבקש להראות בארבעת הסעיפים הבאים המתודות הפמיניסטיות מאפשרות לראות ביתר שאת את המחסור בנורמה של שוויון ואת קשיות הנמקותיו של מחנה החופש, וזאת גם מעבר לעצם הצורך הבסיסי בשינוי נקודת המוצא הרעיונית.

Jurisprudence," 8 Signs: J. Women in Culture & Soc'y (1983).

68 וראו עוד להלן, פרק ג.3. תחת הכותרת "ניתוח מוזית הקורבן".

69 השימוש במגוון גישות פמיניסטיות במקום בחירה באחת מתוכן הינו נסיוני להתמודד, מצד אחד, עם החשש מפני תפיסה דלה מדי של המהות הנשית (בעיית האסנציאליזם), ומצד שני לגבש בכל זאת, מתוך שלל הקולות הפמיניסטיים, כלי ביקורתי עשיר ויעיל. על בעיית האסנציאליזם כקושי אופייני להפעלת ביקורת פמיניסטית, נשפך דיו רב. לסקירה יעילה של הבעיה ראו, למשל Hilaire Barnett, *Introduction to Feminist Jurisprudence* (1998), 189-194. לפיתוחה של דרך להתמודדות המבוססת על שימוש במגוון גישות פמיניסטיות גם יחד, דרך היונקת מעקרונות של פרגמטיזם ראו, למשל, מינדה, לעיל הערה 11, בעמ' 145-146.

70 ניתן לראות בכך גם וריאציה על רעיון של "העדפה מתקנת" – מה שהוזנח במשך שנים יקבל מעתה משנה חשיבות.

(2) ערעור האבחנה בין "פרטי" ל"ציבורי"

הפלייתן של נשים מבוססת על עצם היותן נשים, עובדה שאינה נתונה לשליטתן, אך עשויה להסב להן הרבה קשיים וצער. בעולם המשפטי-מערבי של שלהי המאה העשרים ההפליה מן הסוג המשפיל הזה אסורה תכלית איסור ככל שמדובר בגופים ציבוריים. שם, במחוזות הציבור, ברור (לפחות כיום) כי לנשים, כמו לגברים, מגיעה הזכות לבחור ולהבחר, מגיעה הזכות ללמוד וללמד, מגיעה הזכות לקנות ולמכור, לעסוק בעריכת דין, לכהן במועצה דתית, ולהשתתף בעוד ועוד מערכות חיים שנשים נדרשו מהן בעבר. במידה רבה אלה הם פירות מאבקייהם של גלים ראשונים של פמיניזם. פעמים רבות יהיה זה קשה לחשוף את ההפליה, להוכיח אותה או למגר אותה, אך לפחות האיסור ברור: אין עוד ויכוח ומחלוקת בשאלת כפיפותן של הרשויות הציבוריות השונות למצוות השוויון. יתרה מכך: חלק מהרשויות אף נצטוו על ידי המחוקק להעניק ייצוג מיוחד לנשים ולנקוט כלפיהן בהעדפה מתקנת, כחלק מן ההתמודדות עם הפלייתן רבת השנים ומרובת הרבדים, ומתוך השקפה שאיסור הפליה לא יספיק.⁷¹

דברים אלה נכונים לא רק ביחס לקבוצת הנשים אלא גם ביחס לקבוצות נוספות שספגו לאורך השנים מנות כבדות של הפליה, למשל על בסיס גזע, לאום, דת או נטייה מינית. הפסיקה הישראלית מן השנים האחרונות עמדה על כך שהפליה על רקע השתייכות קבוצתית שכזו, שאינה נתונה לרצון המופלה ואינה מאפשרת לו לחמוק ממנה, היא הפליה קשה במיוחד. נפסק כי זו הפליה משפילה, הפוגעת בכבוד האדם ומחייבת – בין היתר על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – התייחסות שיפוטית מיוחדת לביעורה.⁷² כך הם הדברים במישור המכונה הציבורי, כלומר ככל שהדבר נוגע לרשויות השלטון ונגזרותיהן.⁷³ והנה, כפי שתיראתי בפרק הקודם, מסתבר שבמישור המכונה פרטי – זה המרוחק מן השלטון ושבו גם ממוקמים דיני החוזים – קשה למצוא את אחיזתו של השוויון ופורצת מחלוקת בדבר תחולתו. לפתע פתאום מתעוררת רתיעה מלגונן על נפגעות ההפליה ונפגעה, ופוחתת הנכונות לרפא את כאבם. מצוות השוויון, שנתפסת טבעית וחיונית כלי-כך בתחומי המשפט החל על גופים "ציבוריים", מוצגת כ"מיטת סדום" כאשר מדובר בתחומי המשפט החל על אנשים "פרטיים".⁷⁴ בעל המועדון המסרב לקשור חוזה

71 לסקירה בהקשר הישראלי ראו פסק דינו של השופט מצא בבג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד מח(5) 501, 516-527 וכן פסק דינו של השופט חשין בבג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630.

72 עניין מילר, לעיל הערה 38, בעמ' 132.

73 בשוליים עומדים גם גופים "גבוליים", שיש התלבטות לגבי ציבוריותם, דוגמת חברת החשמל או חברה קדישא. במשמעות קיומם של שוליים אלה אעסוק מיד.

74 יש כאן התאמה מסוימת לקטגוריות של משפט ציבורי לעומת משפט פרטי, אך גם הגופים הציבוריים פועלים בתחומי המשפט הפרטי וכתוצאה מכך כפופים למה שמכונה "דואליות" נורמטיבית", כלומר תערובת נורמטית מן המשפט הציבורי ומשפט הפרטי כאחד.

עם בתיאור שמיאן מתגונן בטענה שהוא אדם "פרטי" ולכן בלתי כפוף לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולחובות של שוויון. המלה "פרטי" חוזרת בטיעוניו שוב ושוב, כאילו היתה מילת-קסם המשחררת מכל עול.⁷⁵ ומה יוכל להצדיק את ההבחנה בין הפליה במישור "הציבורי" לבין הפליה במישור "הפרטי"? האין גם זו הבחנה העולה בעצמה כרי הפליה פסולה?

מצדדי ההבחנה וראי ימיהו לומר שבבסיס איסור "ההפליה הציבורית" עומדת ההשקפה שלפיה יש לחלק את משאבי החברה המשותפים – הכסף הציבורי על כל צורותיו – במידות שוות בין בני החברה ובנותיה. בתחום הפרטי, לעומת זאת, מדובר במשאביו ובכספו של כל אדם ואדם, שאותם צבר במאמציו שלו ושאותם יש לאפשר לו לפזר או לחסוך כאוות נפשו. ובכן, למרות המשיכה האינטלקטואלית שבטיעון כזה אין ללכת אחריו שבי.

החשיבה הפמיניסטית חושדת בהבחנות חדות ודיכוטומיות בכלל ומפקפקת בקיומן ובמגיעים ליצירתן. ראשית, קיים פקפוק פמיניסטי בעצם היכולת להפריד באופן כה ברור בין מושגים בכלל ובין הפרטי לציבורי בפרט.⁷⁶ הפקפוק מבוסס על חוסר היכולת והיעדר הרצון להציב גבולות מלאכותיים בין אזרחי חיים שונים. כפי שהראו, למשל, מחקריה של גיליגן, שיטת ההפרדה היא אולי חלק מתמונת העולם במודלים של חשיבה גברית, אך אין היא מתאימה למי שתופסות את עולמן כרשת מסועפת ומורכבת של קשרים והקשרים.⁷⁷ שנית, מעבר לבעיית ההפרדה כשלעצמה טומנת הדיכוטומיה בחובה גם סכנה נוספת. סכנה זו קשורה בתופעה של היררכיה, שגם היא מזוהה כיותר גברית מנשית: משנעשתה הבחנה בין שניים ממהרת החברה האנושית להציבם בסדר היררכי של עליון ונחות, נורמלי וחרג, עיקרי ושולי. ולא רק זאת: פעמים רבות הגדרת הסדר ההיררכי הזה, והבהרת העליונות, היא גם המניע ליצירתן ולטיפוחן של ההבחנות מלכתחילה.

מכאן ממשיך הטיעון הפמיניסטי לביקורת ספציפית ונוקבת על הרעיון המבחין בין המושגים השגורים של "ציבורי" לעומת "פרטי".⁷⁸ הגם שביקורת זו אינה נמתחת ישירות על ההבחנה המעסיקה אותנו, זו שבין המשפט החל על גופים ציבוריים לעומת זה החל על אנשים פרטיים, אלא מוסבת כלפי מובן שונה של ההבחנה בין פרטי לציבורי, עדיין ניתן להפיק ממנה רבות. הביקורת הזו מתייחסת למתכונתם המקובלת והשגורה של המונחים "פרטי" ו"ציבורי", מתכונת שבה "הפרטי" מקושר למשפחתי ולאנטימי

75 עניין שמיאן, לעיל הערה 1, בציטוטי תצהירו של בעל המועדון (שם, בעמ' 4). למעשה מדובר בפרטיות מן הסוג החזק ביותר: אדם פרטי הפועל בתחומי המשפט הפרטי.

76 ראו למשל: Frances Olsen, "Constitutional Law: Feminist Critiques of the Public/Private Distinction," 10 *Const. Comm.* (1993) 319.

77 ראו, למשל: Linda C. McClain, "'Atomistic Man' Revisited: Liberalism, Connection and Feminist Jurisprudence" 65 *S. Cal. L. Rev.* (1992) 1171, 1177-1186.

78 ראו: Clare Dalton, "An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine," 94 *Yale L.J.* (1985) 997.

ואילו "הציבורי" הוא כל מה שמחוצה לו, כגון עולמות העבודה והעסקים. את המתכונת הזו מבקש הפמיניזם לערער מיסודה.

ואכן, הבדיקה הפמיניסטית של ההבחנה המשפטית בין פרטי לציבורי הראתה כיצד היא מזליכה להפליית נשים ולדחיקת צורכיהן המיוחדים וערכיהן לשוליים. ביקורת זו הצביעה על הקשר שבין הקוטב הפרטי בדיכוטומיה לעולמן של נשים ועל המיתאם שבין הקוטב הציבורי לעולם הגברים. בצד הפרטי, כמו מאחורי וילונות של צניעות, מצויים הבית והמשפחה, הרגשות והאינטימיות. בצד הציבורי, לעומת זאת, נמצא שאר העולם, העולם האמיתי: השוק התופשי, המסחר, העסקים, הכסף, התחרות. ומהי ההיררכיה בין המושגים? זו מתבטאת היטב ביחסו של המשפט לשני צידי המתרס: בצד הפרטי נמצאים המקומות שבהם מעדיפים הדינים בכלל ודיני החוזים בפרט שלא לעסוק, כביכול משום שתהא זו פלישה לאזורים שהם "פרטיים" מדי. אלו הם אזורים חיים שלמים שהפמיניזם הצביע על היותם מעין "חלל משפטי". לעומת זאת, קיימת נכונות ואפילו התלהבות משפטית לעסוק בצד הציבורי. השוק, עולמות המסחר והעסקים, התעשייה וכיוצא באלו, נחשבים כולם לאתרים שבהם המשפט נהוץ, חיוני ודומיננטי. מבלי להודות בכך מייחס המשפט חשיבות פחותה ומפחיתה לספירות שאותן הוא רואה כנשיות יותר, ובכך הוא מחזק את ההבנייה החברתית של דימויין הנחות והשולי. במילים אחרות: בהיררכיה שבין שני המושגים ה"ציבורי" ממוקם גבוה מעל ה"פרטי". אין זה מפתיע כלל שעל רקע זה נרתעה הביקורת הפמיניסטית על המשפט מן ההפרדה החדה הזו בין פרטי לציבורי. בהקשר של דיני החוזים למשל נשמעו קריאות ברורות לטפל ביחסים משפחתיים, מן הקוטב הפרטי, בתוך דיני החוזים, ממש כמו שדינים אלה מטפלים ביחסים עסקיים.⁷⁹ לכאורה יישום הדברים הוא מיידי: יש לבטל את ההפרדה המלאכותית בין הפרטי לציבורי ולחרול משימוש בתגית הפרטית כמחסום מפני תחולת עקרון השוויון. עדיין, צריך לדייק ולשים לב לכך שבהקשר שלנו, כשאנו עוסקים בשאלת תחולתו של עקרון השוויון בדיני החוזים, יש למונחים "פרטי" ו"ציבורי" משמעות שונה. לא מדובר ב"פרטי" שמזוהה עם "בית" ו"ציבורי" שמתקשר ל"שוק" אלא הפעם מבוססת הדיכוטומיה על מידת הקירבה לשלטון הריכוזי. כאן, לפחות על פי מודל חופש ההתקשרות, עומד בקוטב הפרטי אדם שהוא איש עסקים תחרותי ובקוטב הציבורי עומדת רשות שלטונית, שגם היא פעילה בתהומי אותו עולם שבו פועל האדם הפרטי. כלומר, בדיכוטומיה הנעשית בדיני החוזים לצורך מיקום השוויון אין מלכתחילה מקום לספירה הפרטית-משפחתית שתוארה קודם לכן – כפי שחושף הפמיניזם זו הושארה מחוץ

79 ראו: Joan Williams, "Gender Wars: Selfless Women in the Republic of Choice" 66 *N.Y.U. L. Rev.* (1991) 1559, 1567. על התפתחות ההפרדה בין שוק לבית, וההיררכיה ביניהם, ראו אדריאן ריץ, ילור אשה (תשנ"ט), וכן Jay M. Feinman & Peter Gabel, "Contract Law as Ideology," in *The Politics of the Law: a Progressive Critique* (David Kairys ed., (1990), 373; Stephen Hadley, "Keeping Contract in its Place – *Balfour v. Balfour* and the Enforceability of Informal Agreements" 5 *Ox. J. Legal Stud.* (1985) 391.

לדין החוזי כבר מכוחה של הדיכטומיה הקודמת (פרטי-בית; ציבורי-שוק). בדיכטומיה שנעשית לצורך השוויון השחקן הפרטי הפועל בשוק אינו כפוף לאיסור ההפליה ואילו על השחקן הציבורי נאסר להפלות. יש בכך העדפה ברורה של הפרטי על הציבורי (בהיפוך מן הדיכטומיה הקודמת, שבה ידו ה"ציבורית" של השוק על העליונה): הפרטי משותרר ממגבלות שמוטלות על הציבורי. בכורתו של ה"פרטי" ברורה: משותרר ממגבלות הוא דיגלו של הליברליזם, מעוזו של האינדיבידואליזם, מקדשה של האוטונומיה של הרצון החופשי.

דומה שבנקודה זו, של חשיפת ההיררכיה, יוכל ניתוח פמיניסטי פוסט-מודרני, ברוח משנתו המורכבת של הפילוסוף הצרפתי ז'ק דרידה, להציע פתרון. על פי גישה זו, המושג הנחות בדיכטומיה הוא גם המושג "המאיים" על המושג העליון לקעקעו. בעגה הדרידיאנית, ה"ציבורי" הוא ה-"Dangerous Supplement" של ה"פרטי". את התנועה המאיימת הזו מהשוליים למרכז או מהמושג התחתון לעליון ניתן לראות היטב בפסיקה בנושא הזרמתם של ערכי היסוד ה"ציבוריים" אל המשפט הפרטי.⁸⁰ ניתן לראותה גם בפסיקה אשר כירסמה בגבול בין הפרטי לציבורי והחילה גם על גופים לא-ממש-ציבוריים (שאותם כינתה "דו-מהותיים") את העקרונות שבמקור נוצרו בעבור הגופים הציבוריים-הטהורים.⁸¹ יוצא שהמושג הציבורי – שהוא הנחות בהקשר של כפיפות לאיסור הפליה – מתפשט, מתרחב ומאיים לצמצם את הפרטי. השיטה הביקורתית לגיבוש פתרונות אלטרנטיביים, בנוסח משנתו של דרידה, מבוססת על היפוך מחשבותי של ההיררכיה המקובלת: את המושג "התחתון" והתתני יש להציב מעל למושג הבכור. בהקשר שלנו משמעות ההיפוך היא נטילת זכויות היתר של הסקטור הפרטי והטלת חובת שוויון מוגברת דוקא בסקטור זה. בדרך זו תוטל מצוות השוויון בראש ובראשונה על השחקנים הפרטיים, ומשם (אולי) תזורם או תתפשט הלאה.

פתרון אלטרנטיבי כזה כרוך בטלטה עזה ומרתיעה. אבל, ניתן למצוא לו חיזוקים פמיניסטיים נוספים. ההנחה שניתן להשלים עם הפליה שבאה מידי של האדם הפרטי נשענת ברובה על זיהוי שגוי בין פרטיותו של האדם המפלה לבין הזירה שבה מתרחשת ההפליה. כאן, נראה, מתערבבות שתי משמעויות של הדיכטומיה בין פרטי לציבורי:⁸² כאילו ההפליה הפרטית גם מתרחשת בספירה הפרטית, בצניעה, הרחק מבמת הספירה הציבורית. שם, במחוזות הפרטיות הכפולה, רשאי כל שחקן לנהוג כרצונו: העסק שלו הוא בבחינת "ביתו הפרטי" ואיש לא יאמר לו כיצד לנהוג באותה ספירה פרטית מוגנת, שכאופן מסורתי נשמרה מחוץ לגבולות ההתערבות של המשפט. זאת ועוד. ההפליה

80 בולטת בכך הפסיקה בעניין קסטנבאום, לעיל הערה 4. עוד על משמעותה של פסיקה זו ראו אצל שלו, מכרזים פרטיים, לעיל הערה 4, בעמ' 188–189.

81 ראו את סקירתו של השופט זמיר בע"א 3414/93 און ג' מפעלי הבורסה ליהלומים, פ"ד מט(3) 196, 203–208.

82 ראו Keneth L. Karst, "Private Discrimination and Public Responsibility: Patterson in Context," 1989 *Sup. Ct. Rev.* (1989) 1; Ruth Gavison, "Feminism and the Public/Private Distinction" 45 *Stan. L. Rev.* (1992) 1.

שמתרחשת "שם", מאחורי מסך הפרטיות, עשויה להיראות כמינורית, כמזיקה פחות. אחרי הכל היא מתרחשת במרחבים הפרטיים, ומי כבר ידע על כך שהתרחשה? מבט בוחן על הפרטיות הכפולה, הבא מפקפק בהפרדות המלאכותיות כולן, ילמד על ההטעיה הגדולה החבויה בה: ההפליה הכרטית אינה מתרחשת בביתו של המפלה. היא חלק בלתי נפרד מחיינו הציבוריים. בפרפרזה על האמרה שחרתו הפמיניסטיות על דגלן⁸³ – הפרטי הוא הציבורי. כאשר בתיה שמסיאן אינה מוכנסת למועדון בנוכחות חבריה, כאשר פורצות צעקות בשער המועדון, כאשר מביאים את המנהל אל הדלת, כאשר בפנים מלא המועדון באנשים "רגילים" המבלים היטב – ההתרחשות המשפילה אינה "פרטית". ההתנגדות לזכותו של בעל המועדון להפלות אינה פלישה לביתו. נהפוך הוא: התנהגותו המפלה היא פלישה לחיים הציבוריים. רצף של הפליות "פרטיות" של נשים, ערבים, נכים, הומוסקסואלים, בני עדות המזרח, ועוד קבוצות למודות הפליה, הוא רצף המצטבר לתמונת חיים כוללת. הוא מתרחש בשוק "הפרטי" אך הוא משנה את נוף חיינו כחברה אנושית, היינו את חיינו "הציבוריים". ההפליות הפרטיות מעצבות את החיים הציבוריים בוריאציה מעוותת, שבה מורכבת החברה האנושית מקבוצות נחותות ומקבוצות חזקות, הנהנות מכך.

ההפליות הפרטיות יוצרות, למשל, שכונות נפרדות, מקומות עבודה "גבריים" לעומת "נשיים", מועדונים להולכים בלבד ועוד. הפגיעה אינה מוגבלת למופלים לרעה. היא מתפשטת לכל החברה, המשנה את צורתה. בחברה כזו אין גם דרך לניתוח הסטראוטיפים שעליהם נבנית ההפליה מלכתחילה: כל קבוצה מסוגרת בתחומים שנקבעו לה ופריצת הגדרות קשה שבעתיים. הדתי אינו פוגש בחילוני החי בשכונה אחרת, הדיקטטור אינו פוגש דיקטטורית בעמדת השבעה והנכה אינה פוגשת בהולך. התוצאה הציבורית היא שההפליה שייכפלה עצמה והעמיקה חדור. זו בעיה קשה שמזמן אינה ראויה לכותרת הפרטית שממנה התחילה. זו בעיה "ציבורית" מאין כמותה⁸⁴.

ואם לא די בכך, הרי שגם ההחלטה של מערכת המשפט (הציבורית) שלא לאסור על הפליה פרטית היא נקיטת עמדה ציבורית מאין כמוה. זוהי עמדה המכשירה את ההפליה ואולי אף מעודדת את פריחתה. זוהי עמדה שיוצא ממנה כי חוסר השוויון במגזר הפרטי הוא חלק נסבל ואולי הכרחי של חיינו. מערכת משפטית שאינה מטפלת בתופעה חברתית כלשהי מסמנת חד-משמעית את קבלתה. קחו, למשל, את השנים הארוכות שבהם לא נאכף האיסור הפלילי על יחסים הומוסקסואליים, למרות שטרם נמחק מספר החוקים. בכל רגע נוסף שחלף ללא אכיפת האיסור התבסס ההיתר והוכשרה הדרך למחיקת הסעיף מספר החוקים בכלל⁸⁵. הקטגוריות המשפטיות של "פרטי-ולכן-חופשי-מהתערבות" לעומת "ציבורי-ולכן-עמוס-בהתערבות" מהוות מבחינה זו הסוואה וטשטוש שרק מוסיפים תומרה לבעיה. תחת הסוואה זו הדין החוזי נטול תובת השוויון מציג עצמו

83 המקור הוא כמובן "The personal is political".

84 Karst, לעיל הערה 82, בעמ' 9-10.

85 לסקירת התהליך ראו עניין דנילוביץ, לעיל הערה 40, בעמ' 781-782.

כנייטרלי ואפוליטי, מעצם כך שהוא משים עצמו כנסוג מפני המגזר הפרטי. בפועל, לעומת זאת, מעטה הפרטיות מסתיר את העמדה הציבורית הבוחרת שלא להילחם בהפליה ומקשה בכך על בחינה ביקורתית של מדיניות זו.⁸⁶

עוד חשוב להבחין כי ההפליה הפרטית אינה בעיה קטנה וזניחה בהשוואה לזו הציבורית, כפי שאולי משתמע מן הקונטרסציות של המושגים "פרטי" ו"ציבורי". קונטרסציות אלה עשויות לזהות בין ה"פרטי" לבין היחיד, האישי והפרטני ולייחס לו היקף מצומצם. לעומת זאת הן עשויות לקשר בין ה"ציבורי" לבין הכללי, הקבוצתי, וההמוני ולייחס לו היקף רחב בהרבה. כך, למשל, פועלת ההבחנה בין חברה פרטית לחברה ציבורית. אבל, הבעיה הגלומה בהפליה הפרטית אינה צנועה ושולית בהשוואה לבעייתיות שבהפליה הציבורית.

ראשית, כבר מן ההיבט האישי ייתכן שדוקא היות המפלה אדם פרטי עלולה להסב למופלה לרעה יותר כאב מאשר זה שתגרום ההפליה במישור המכונה "ציבורי". כאשר, למשל, בונה הממשלה דיוור ציבורי ליוצאי צבא בלבד נפגעות משפחות ערביות כסקטור.⁸⁷ אין ספק שהדבר פסול. אך האם מדובר בהפליה קשה יותר מאשר במצב שבו בעל דירה בירושלים מסרב להשכירה לסטודנטיות ערביות,⁸⁸ או ממקרה שבו ערבים נהדפים בכניסה לפארק מים לחופי ים המלח?⁸⁹ הפגיעות הפרטיות הללו כואבות ומשפילות לא פחות, ואולי אף יותר, מאחיותיהן הציבוריות. הן נעשות מול פניו של המופלה לרעה, לעתים ליד חבריו או משפחתו, בדיוק במקום שאליו הגיע משום שציפה ליתם ראוי וכדיוק כאשר לא צפה את ההפליה. ההפלות הפרטיות הללו מתייחסות אל הקורבן שלהן באופן ספציפי והן כחץ המכוון אליו אישית, ולא רק אל הקבוצה שאלה היא משתייך.

ושנית, הפמיניזם מצביע על הצורך בחיבור אמיתי בין התיים למשפט.⁹⁰ ברוח זו כדאי לשים לב לקשר בין נורמת השוויון לשאר התהליכים המתרחשים במשק. הגופים הפרטיים של זמננו אינם בהכרח קטנים בהשפעתם מאלו הציבוריים. בעידן של הפרטה

86 ראו: Allan H. Macurdy, "Classical Nostalgia: Racism, Contract Ideology and Formalist Reasoning in Patterson v. McLean Credit Union," 18 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 987, 1020 (1991).

87 האגודה לזכויות האזרח בישראל, "אפליית ערבים בדיוור ביישוב קציר", דו"ח שנתי (יוני 1998 – מאי 1999) בעמ' 15 (להלן – "דו"ח שנתי"). לאחרונה פסל בית המשפט העליון הפליה זו – בג"ץ 6698/95 קעאדם נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258.

88 למיטב חיפושי הפרשה לא הועלתה על הכתב על אף שלמיטב זכרוני פורסמה בכלי התקשורת האלקטרוניים בשנת 1998. מאחר ששאלת השכירות למגורים ממקדת היטב את ההתלבטויות בנוגע לצמד "תזוים ושוויון" (ועוד תידון להלן) לא ראיתי בקשיי התייעוד סיבה מספקת להשמטת הארוע ולהתעלמות ממשמעותו.

89 ראו להלן הערה 124 והטקסט המלווה.

90 ראו: Martha L. Fineman, "Challenging Law, Establishing Differences: The Future of Feminist Legal Scholarship," 42 *Fla. L. Rev.* (1990) 25, 30-31.

יותר ויותר גופים פרטיים משתלטים על מרחבים שבעבר נחשבו ציבוריים. בארצות הברית, למשל, ידוע המקרה שבו סירבו לקבל תלמידים שחורים לבית ספר פרטי. זוהי הפליה תוזית דומה לזו של בתיה שמסאן. האם פרטיותו של בית הספר יכולה להוות מגן מפני התערבות במקום שבו ברור שבית ספר ציבורי לא יכול היה להפלות?⁹¹ ערנות לתופעה זו של דינמיות החיים והתרחבות הפעילות "הפרטית" תבהיר כי כלל משפטי המשלים עם הפליה פרטית-חורג בהרבה מסתם שמירה על המצב הקיים. משמעותו של כלל כזה היא בהכרח תהליך דינמי של צמצום משמעותי של עקרון השוויון.

ממספר כיוונים פמיניסטיים עולה אפוא המסקנה כי פרטיותו של המפלה אינה ראויה להוות עילה לפטור מחובת השוויון. ההבחנה החדה שעליה התבסס פסק דינו של הרוב בדיון נוסף בית יולס אינה יכולה לעמוד: לא רק שההפרדה והסיווג הם קשים, אלא שההפליה הפרטית עשויה להיות גרועה יותר ונפוצה יותר מזו הציבורית.

(3) ניתוח מזוית הקורבן

כפי שראינו קודם לכן, הניתוח המסורתי של דילמת השוויון בריני החוזים יוצא מנקודת מוצא של חופש ההתקשרות המאוים על ידי השוויון. בדרך זו מועמדת במרכז הדיון דמותו של המתקשר החוזי אשר מעוניין, משיקולים שונים, להפלות. זהו אותו מתקשר שבחופש ההתקשרות שלו מדובר, זה שייפגע אם נטיל חובת שוויון. לכאורה זוהי שיטת הניתוח היחידה האפשרית, פרי הפעלתם של הכלים המשפטיים הנפוצים. לכאורה הניתוח המשפטי הנכון של הסוגיה הוא תוצאה ישירה, כמעט הכרחית, של הפעלה נייטרלית של דרך החשיבה המשפטית. אמרתי לכאורה, ועוד פעמיים, משום שהביקורת הפמיניסטית כלפי המשפט, כבר חשפה את הבעייתיות הרבה בהשקפה זו. המשפט אינו נייטרלי ואינו אובייקטיבי, והחשיבה המשפטית אינה מייצרת מסקנות של הגיון צרוף שהופקו "ללא מגע יד אדם".

אין זה נכון, ואין זה יכול להיות נכון, שכל בני האדם היו רואים באופן דומה את הדילמות שמעוררת שאלת השוויון. השופט המדגיש כל-כך את חופש ההתקשרות, ורואה את השוויון כמיטת סדום, עושה זאת מתוך תמונת עולמו שלו (הפרטית) ומתוך תמונת עולמו של חבריו מעצבי המדיניות והדין. ברור כי תמונת עולם זו דומה יותר לזו של המבקשים להפלות מאשר לזו של המופלים. במילים אחרות: הטענה היא שכל עוד מנתחים בתי המשפט את הסוגיות המובאות להכרעתם מנקודת מבטם של המחוקקים והשופטים מוביל הדבר להזנחת מקומו של החלש או "האחר".⁹² הלשון המשפטית, נטולת הפניות, שבה נכתב פסק הדין, רק מסווה את התהליך ועוטפת אותו בניטרליות מדומה

91 פסק הדין קבע כי ההפליה אסורה, מנימוקים הקטורים, בין היתר, בחקיקה ספציפית במשפט האמריקאי *Runyon v. McCray* 427 U.S. 160 (1976). לפרשה דומה בהקשר הישראלי, שבה הפלו ערכים בקבלה למוסד לימודי-פרטי, ראו "סירוב מכוון ביו-טכנולוגי לקבל סטודנטים ערבים" מתוך דו"ח שנתי, לעיל הערה 87, בעמ' 19.

92 זו דרכה של תורת ה-C.L.S. וזו דרכן של תורות ביקורתיות נוספות על הפמיניזם (ומאחרות לו),

ובכך עוד מחמירה את הבעיה. הקולות הפמיניסטיים, ובעיקר הרדיקליים שבהם, לא רק מצביעים על הקושי אלא מוסיפים ומציעים לו גם תיקון: חשוב לבחון את הסוגיה המשפטית שעל הפרק מנקודת ראותו של הקורבן.⁹³

ניתוח מזוית הקורבן בסוגיית השוויון יסיר את מסך "חופש החוזים", שעליו מוקדנות דמויותיהם של שחקניו הראשיים של המחזה החוזי, שחקנים שהם מנוסים, עשירים ובעיקר שווים זה לזה. ניתוח מזוית הקורבן יחשוף שמאחורי המסך עומדים אנשים אחרים. הוא ידגיש את נקודת מבטם של המופלים לרעה ואת משמעותה הקשה של ההפליה החוזית עבורם. הוא ידגיש, למשל, את צערה הרב של בתיה שמסיאן, את הדכדוך אליו שקעה כאשר נמנע ממנה לבלות "כאחד האדם", את משמעותה של ההפליה החוזית כשהיא מופיעה כמכשלה במאבקו היומיומי של האדם הנכה על הזכות להשתתף בחיים החברתיים. אם משנים את נקודת המבט ולוקחים בחשבון את זו של קורבנות ההפליה עשויה ההפליה החוזית להיראות, לחלק מאיתנו בפעם הראשונה, כבלתי נסבלת. השאלה בניסוחה החדש, הבא מן הקורבן, היא "האם קיים נימוק חשוב מספיק שיצדיק את ההפליה ופגיעה?"

מפרספקטיבה חדשה זו הצגת איסור השוויון כהתערבות פולשנית בחופש החוזים אינה נראית מתאימה. הטלת איסור שוויון היא בגדר התערבות פולשנית רק אם מניחים שהמצב הקיים לפני כן הוא מצב טבעי ואף ראוי, כזה שתכל לערער. ואכן, כך באמת חשוב, לדוגמה, בעל המועדון ביפו וחברת אל-על. אבל, אם נשאל את פי קורבנותיהם – את בתיה שמסיאן או את דייל אל-על יונתן דנילוביץ' – האם גם הם יסברו שמועדון שאיננו מקבלם או חברה שמקפחת את זכויותיהם הם מקומות כה ראויים עד שחשוב להגן עליהם מפני התערבות? מזווית זו "ההגנה" אינה נראית כמתאימה להגנתם של כל המעוניינים להתקשר בחוזים וליהנות מפירותיהם, אלא דוקא כמיועדת להגנתו של מועדון חוזי אליטיסטי סגור, על חשבון הנותרים בחוץ. בניסוח אחר: אצל קורבנות ההפליה השוויון הוא תנאי-סף, ובלעדיו אין כל משמעות לרעיון "חופש ההתקשרות" או לדיני החוזים.

בפרשת שמסיאן נופף בעל המועדון בנוק כלכלי וטען כי איסור הפליה יפגע ביכולתו להתפרנס ולפרנס. טיעון כזה עולה בקנה אחד עם חזונו הממוני של דיני החוזים, הנחשבים כמיועדים למטרות רווח. אצל הקורבנות, לעומת זאת, אחת הבעיות היא שפעמים רבות עיקר הפגיעה מרוכזת דוקא בצד הרגשי-נפשי, להבדיל מן הצד הכספי. בדיון החוזי השגור הדבר צפוי להתחיל את מעמדו. גם כאן חיוני לחזור ולהפעיל אנאליזה מנקודת מבטו של הקורבן, כדי להבין שפגיעה כזו אינה פחות חמורה מהפגיעות הממוניות שאותן נוטים דיני החוזים המסורתיים להדגיש. הביקורת הפמיניסטית על

הקיימות בעיקר בארה"ב, כגון "race studies" ו"queer (gay) studies". כמו הפמיניזם גם תורות אלה מבקשות לחשוף את ההתעלמות מן האחר ולהביא את קולו אל הדין.

93 לטיעון הפמיניסטי-אורסי וליישומו ביחס לביקורת על הטיפול המשפטי בסוגיית האונס ראו אילת שחר, "מיניותו של החוק: השיח המשפטי בנושא האונס", עיוני משפט יח (תשנ"ד) 159.

המשפט הראתה, בהקשרים שונים, את נטיית המשפט בכלל והמשפט האזרחי בפרט להמעט בחשיבות הפגיעות הרגשיות, מתוך דימוי עצמי של המשפט כאובייקטיבי ועל כן גם נטול רגשות. אבל האזנה לנשים, כקורבנות קלסיים של הפליה, תלמד לא רק על חשיבותם הכללית של רגשות אלא גם על כך שההשפלה שבהפליה ותחושת הייאוש שבנחיתות עולות על כל תוצאה שלילית במישור הכספי.⁹⁴

(4) ההפליה כמבצר פטריארכלי

ההפליה החוץית עשויה ללבוש צורות אינספור ולצוץ בקשת רחבה של מצבים. השיטה המשפטית הרגילה מתקשה להתמודד עם הפלורליזם הזה, ועל כן היא חותרת לגיבוש של כלל מוחלט שיכריע בכל המקרים – או שיש חובת שוויון או שאין כזו. החיפוש אחר כלל טוטלי לכל מצבי ההפליה מקטין את הסיכוי למצוא לסוגיה פתרון ראוי. המחשבה הפמיניסטית, לעומת זאת, סולדת מחד ערכיות שכזו, ומפתרונות בנוסח "one-size fits all".⁹⁵ סלידה זו היא תגובה לשנים של התעלמות מן האינדיבידואל הנשי ושל צמצום תופעת הנשיות לכדי סטריאוטיפ, כמעט קריקטורה, בתהליך שתוצאתו נחיתות. סלידה זו היא מקור לקריאה פמיניסטית רמה להתחשבות בהקשר הדברים (Context). קריאה זו נתמכת גם באבחנה הפמיניסטית בדבר נטייתן המוגברת של נשים לגבוש התייחסות קונקרטית ותלוית הקשר לחיים, להבדיל מנטייה גברית להפשטה וגיבוש מודלים כלליים לפתרון.⁹⁶ לכאורה יש כאן קושי תיאורטי – תיאורית מחייבת הכללה בעוד שהפמיניזם נראה כשולל אותה.⁹⁷ כיצד אפוא אפשרית תגובה פמיניסטית

94 בכתיבה הפמיניסטית יש התייחסות ניכרת להמעטה בחשיבות שהמשפט מייחס לאלמנטים של פגיעה רגשית. חלק מכתיבה זו מוקדש גם לחיפוש שורשי התופעה. כך, למשל, הוצע שחוסר החשיבות הנמשך של הרכיב הנפשי גובע מאתוס לפיו אנשי עסקים צריכים להיות קרים ו"לסבול בשקט" ("גברים"): Nancy Levit, "Feminism for Men: Legal Ideology and the Construction of Maleness," 43 *UCLA L. Rev.* (1996) 1037, 1062 ("real men show no emotions, and are thus emotionally reliable by being emotionally inexpressive"). כל זאת אינו צריך להוביל למסקנה שאין להפליה משמעות כלכלית. נהפוך הוא: ברור כי ההחלשה האישית שנגרמת עקב ההפליה, וההחלשות הקבוצתית שכאה בעקבותיה, משפיעות במצטבר גם על היבטים כלכליים של החיים, כמו, למשל, יכולת המיקוח במשא ומתן (שוב תודתי לאיילת בן ישי שהאירה עיני בנקודה זו).

95 ראו: Theresa A. Gabaldon, "The Lemonade Stand: Feminist and Other Reflections on the Limited Liability of Corporate Shareholders" 45 *Vand. L. Rev.* (1992) 1387, 1415-1416.

96 מינדה, לעיל הערה 11, בעמ' 132.

97 ראו Catharine P. Wells, "Pragmatism, Feminism and the Problem of Bad Coherence" 93 *Mich. L. Rev.* (1994) 1645, 1656; Anne C. Dailey, "Feminism's Return to Liberalism," 102 *Yale L. J.* (1993) 1265, 1267-1273, 1276-1277; Ronnie Cohen, "Feminist Thought and Corporate Law: It's Time to Find Our Way Up From the Bottom

לשאלה הכללית של הפליה בדיני חוזים? אחד הפתרונות המסקרנים שהוצעו הוא לעשות שימוש בשפע הנסיונות האינדיבידואליים המצטברים כדי להגביר את המודעות לבעיות המתעוררות אצל נשים, אך זאת מבלי להכליל את המגוון לכרי נוסחה מופשטת שתבטל את עושרו.⁹⁸ טכניקה מעניינת שהוצעה בהקשר זה היא טכניקת הדפוס ("pattern").⁹⁹ השאלה היא אם הסיפורים הקונקרטיים מלמדים על תופעה רחבה מהם. חשוב להבין כי איתור של דפוס אינו הכללה במובן המקובל בעולם הגברי – לא יוצרים עקרון אבסטרקטי, לא טוענים לאמת סטטיסטית ולא שואפים להכללה מטאפיזית. איתור הדפוס נועד על מנת לתמוך ולחזק את היחיד, מבלי לבטל את יחידות חוויותיו. המנגנון דומה לזה של קבוצת תמיכה שבה נפגשים אנשים ומשתתחים על קשייהם בנושא כלשהו – איש אינו מאבד את קולו האינדיבידואלי, אלא להפך – הקול האישי הופך לתרומה לאחרים וחילופי הקולות בשיחה הם המפתח למרפא.

האם ניתן לאתר דפוס בסיפורי ההפליה החוזית מן הסוג שזועק להתייחסות? בשורות הבאות אנסה לייסד קבוצת תמיכה רעיונית של קורבנות ההפליה החוזית אשר סיפוריהם האינדיבידואליים העסיקו את הפסיקה.¹⁰⁰ משתפי הדיון יושבים במעגל, כדי לפרק כל מחשבה היררכית שממנה מסתייג הפמיניזם. את בתייה שמסיאן כבר פגשנו קודם, היא פנויה אבל נכה.¹⁰¹ לידה יושב יונתן דנילוביץ', שגם הוא כבר מוכר לנו, הוא דייל אל-על אך הומוסקסואל.¹⁰² לצידו יושבת תחיה מדי, דמות חדשה. היא קנתה בית ביישוב בית אריה, ממשפחת רסקין. ביישוב, המאוגד כאגודה שיתופית, סירבו לאשר את המכירה ובכך סירבו לקבל את תחיה לשורות האגודה. הטעם לכך היה שתחיה מדי היא

(Line)," 2 *Am. U. J. Gender & L.* (1994) 1, 22; Ruth Colker, "The Female Body and the Law: On Truth and Lies," 99 *Yale L.J.* (1990) 1159, 1161.

98 מונח המפתח בכתיבה הפמיניסטית הוא "העלאת מודעות" ("consciousness raising"). לתיאור קצר וכללי ראו מינדה, לעיל הערה 11, 130-131.

99 ראו Marilyn Frye, "The Possibility of Feminist Theory" in *Theoretical Perspectives on Sexual Difference* (Daborah L. Rhode ed., 1990), 174-184.

100 בכל אחת מן הווגמאות שלהלן לא השלים בית המשפט שדן בסכסוך עם ההפליה, ואף פעל לצמצום תוצאותיה, או אף לביטולן. עם זאת באף לא אחת מן הפרשות נעשה שימוש בדיני החוזים עצמם, כאילו עומדים דינים אלה אילמים וחסרי אוגים אל מול ההפליה.

101 עניין שמסיאן, לעיל הערה 1.

102 עניין דנילוביץ', לעיל הערה 40. גם בתחום פוליסות הביטוח מערימים קשיים על זוגות בני אותו מין, ראו "זכויות פנסיה לבת-זוג של מבוסחת", דו"ח שנתי, לעיל הערה 87, בעמ' 27. להפליה חוזית נוספת שמקורה בהתנגדות לאורח החיים ההומוסקסואלי ראו ת"א (ת"א) 23319/90 פרוייקט גן העיר בע"מ ג' הורוביץ, פ"ס תשנ"א(ב) 139. איתן הורוביץ, שמהחלטת בית המשפט משתמע כי הוא הומוסקסואל, ביקש להפעיל פאב בגן העיר. הוא כבר חתם על חוזה מתאים ואף נמסרו לו מפתחות המקום. לקראת סכס הפתיחה של הפאב גילה איתן כי אנשי גן העיר הציבו אנשים בפתח המקום, החליפו מפתחותיו והפסיקו את הספקת החשמל אליו. הדברים נומקו בבית המשפט בחשש שהומוסקסואלים ולסביות יהיו בין באי המקום והדבר יפגע "במכובדות ובמוניטין של המקום" (סיעון המזכיר לנו את גישת הבעלים של גני רחמרי).

אם חד-הורית בעוד שהאגודה "מתנגדת לקבלת משפחות חד-הוריות".¹⁰³ סוגרת את המעגל ארגונה שלומי, מותיקי קיבוץ תל-יוסף, שגם היא אם חד-הורית, ולכן לדעת הקיבוץ לא היתה זכאית ליחידת דיור מתוך יחידות הדיור שיועדו ללינה משפחתית של חברי הקיבוץ הוותיקים.¹⁰⁴ הדיון מתחיל. כל אחד מן המופלים לרעה מספר את סיפורו. האם ניתן לראות דפוס חוזר בפרשות השונות הללו?

לי נדמה שנקודת המבט הפמיניסטית מאפשרת להבחין בכך שהדוגמאות הללו משקפות נטייה חזקה לטובת מודל החיים הפטריארכלי. במודל הזה אנשים ונשים בריאים חיים בווגות של גבר ואשה, נישאים זה לזה, מביאים ילדים לעולם, מגדלים אותם יחדיו ומאז ועד עולם חיים באושר ועושר. זהו התומר ממנו קורצו האגדות, לפחות בעולם המערבי, והוא המודל האנושי למה ש"מקובל", "נורמלי", "ראוי". המופלים הם לפיכך קבוצה של חריגים, "אחרים", שבעצם קיומם ועמידתם על זכויותיהם מאיימים לקלקל את האגדה. החברה האנושית משתמשת אפוא בכל הכלים העומדים לרשותה, ובכלל זה דיני החוזים, כדי לשמור על האגדה הפטריארכלית וכדי להנציח את מעמדו הנחות של מי שחי מחוץ למודל. התריג, "האחר", לא יוכל להכנס למועדון, לקנות דירה ביישוב, לטוס עם חברו לחיים או לזכות למגורים משפחתיים.

חשיפת הדפוס הזה מעוררת מודעות לכך שאין כאן בעצם רק "חופש התקשרות" והגנה על אוטונומיות הרצון של המתקשר החזי הפרטי. לא מדובר באמת במישהו שרוצה להתקשר בחוזה אך באופן מקרי הוא אינו מחבב את בתיה או את תחיה או מתקשה להסתדר עם ארגונה או עם יונתן.¹⁰⁵ יש כאן הרבה יותר מכך. יש כאן גם מאבק על חיינו התברתיים המאורגנים, על המותר והאסור, על המצוי והרצוי. בעולם האמיתי, להבדיל מעולם האגדות, יש משפחות עם הורה אחד בלבד, יש זוגות של גברים ויש אפילו נשים פנויות בכסא גלגלים.¹⁰⁶ כל אלה, מסתבר, סובלים מאוד. הם סובלים מהפליה בכלל

103 ה"פ (ירושלים) מדי ג' דסקין ואח', תקדין מחזי, 282 (1197). זוהי הפליה חזית משום שתקנון האגודה השיתופית הוא חזית. הצד החזי מתבטא לפחות בשניים: ראשית, בשימוש שעשתה האגודה בכוחה החזי כלפי חבריה המוכרים לאסור או לדחות את העיסקה שעשו על יסוד זהותו של הקונה את רכושם. ושנית, היא מהווה סירוב של האגודה לזכות חזית עם הקונה. לאופיו החזי של תקנון אגודה, השוו ע"א 95/9317 קרן גימלאות של חברי אגד בע"מ ג' יעקב, פ"ד נא(5) 433.

104 ה"פ (נצ') 389/96 שלומי ג' קיבוץ תל-יוסף, תקדין מחזי, 1433 (4) 96. זוהי הפליה חזית משום שחסי הקיבוץ עם חבריו, כמו גם היחסים שבין החברים לבין עצמם, הם יחסים חזיתיים. השאלה היא שאלת הזכויות החזיות שיתלק התאגיד לחבריו.

105 תובנה המצדיקה את הקמתה של קבוצת התמיכה ויכולה להציע נחמה פורתא למופלים.

106 במקרה של בתיה שמסיאן הדברים מורכבים למדי, שכן מתערבבים בו כמה סוגי חריגה מסטנדרטים מקובלים. סביר שלו היתה נכה ונשואה או בריאה ופנויה לא היתה בתיה נתקלת בקשיים מיוחדים. ואכן, זהו חוזקו של המודל – אפשר להיות בתוכו, נשואה, או להיות מחוצה לו, פנויה, מתוך עמדה של מבקשת להנשא – כלומר: שואפת למודל ומחזקת אותו מבחוץ. אבל כאשר המבקשת לזכות בווגיות היא נכה הדברים מתערפלים: לא זו תמונת השער של הירחונים. האם שאיפה של נכה לווגיות מחזקת את המודל או מערערת עליו? לשיטתו של בעל המועדון

ומהפליה תוזית בפרט. הם סובלים משום שעצם קיומם מעמיד במבחן מושגי יסוד פטריארכליים ובראשם המושג המקודש של "המשפחה". ההפליה הזו לא רק חושפת את ההבניה החברתית של מושג המשפחה אלא גם מלמדת על עימות בין ההבניה החברתית המקובלת לבין צורות חיים אחרות. זהו עימות המתרחש כאן ועכשיו. במינוח פילוסופי פוסט-מודרני בהפלייתו של ה"אחר" בא לידי ביטוי המתח החברתי הכרוך בדה-קונסטרוקציה של מושגי יסוד: שונותו של ה"אחר", כשהיא מתרחשת במקביל ל"מקובל", חותרת תחת היותו אקסיומטי. ה"אחר" מצידו משלם על כך במחיר ההפליה. מה צריכה להיות עמדתו של המשפט בעימות החברתי הזה? ככלל, עמדה משפטית המשלמה עם הפלייתו של ה"אחר" מחזקת את ההבניה החברתית המקובלת של מושגי היסוד. עמדה משפטית הפוכה, המחייבת שוויון, מסייעת בפירוק ההבניה הקיימת. מפרספקטיבה זו – מהי העמדה הרצויה?

במאמר מרתק, שעוסקו בקשר בין פוסטמודרניזם, פמיניזם ומשפט, מציע Ralf Sandland תיזה לפיה דה-קונסטרוקציה חברתית ורפורמות משפטיות נפגשות זו עם זו, בתהליך שהוא חשוב וחיוני לפמיניזם.¹⁰⁷ התיזה בנויה על ניתוח הרגעים שבהם נפגשו מושגי יסוד חברתיים שציבונתם התערערה, מצד אחד, עם רפורמות משפטיות, מצד שני. אחת הדוגמאות שמובאת בהקשר זה היא פסק הדין שדן בזכותם של מי שעברו ניתוח לשינוי מין להינשא. אנשים ונשים אלו מערערים בקיומם את תפיסת הבינאריות המינית ומציעים דה-קונסטרוקציה של מושגי הגבריות והנשיות המקובלים. בהכרה המשפטית בזכותם להינשא יש, על פי התיזה, משום השלמה חשובה לדה-קונסטרוקציה. ללא השלמה משפטית זו היה החוק ממשיך לחתור תחת ההישג החברתי הגלום בדה-קונסטרוקציה ולהקשות על מימוש העצמי של הגברים והנשים מן הסוג החדש, אלו שבחרו את מינם. לפי עמדה זו, יש חשיבות חברתית רבה באימוץ תוצרי הדה-קונסטרוקציה ברמה המשפטית, שאם לא כן ימשיך הכוח המשפטי להישאר בלתי מעורער וינציח את שליטת מושגי היסוד הישנים בחינו.

לדעת המחבר, תיזה כזו היא בעלת ערך בעבור הפמיניזם, אשר מבקש בעצמו לערער על מוקדי הכוח הישנים. בכוחה של התיזה להציע אפיק פעולה פמיניסטי, וסדר יום לתורת משפט פמיניסטית, אשר יינקו את חיותם מן המחשבה הפוסט-מודרנית.¹⁰⁸ משמעות הדברים היא שהפמיניזם המשפטי יכול וצריך להירתם לקידומן ואף ליוזמתן של רפורמות משפטיות שמסייעות לפרק מושגים פטריארכליים. יישומה של התיזה הזו בהקשר שלנו יכול לדעתי להעניק בסיס נוסף לקריאה

בניסת הנכה למעגל באי המועדון. עלולה לסמן "שהמקום ירד", כלומר: היא מסכנת את שלמות המודל.

107 ראו Ralf Sandland "Between 'Truth' and 'Difference': Post-structuralism, Law and the Power of Feminism" 3 *Feminist, Legal Stud.* (1995) 3.

108 עצם הרעיון של תרומה פוסט-מודרנית לפמיניזם הוא חשוב. המאמר דוחה את העמדות שאותן הוא מכנה "משתקות ומשתקות" ואשר לפיהן הפירוק הפוסט-מודרני, הכופר בכל, נוטל את העוקץ מן האפשרות לתיאוריה פמיניסטית.

פמיניסטית להחלת חובת שוויון בדיני החוזים: רפורמה משפטית שבה תוטל חובת השוויון תוכל לסייע למלאכת הדה-קונסטרוקציה של המושגים שעליהם בנויה ההפליה. ראינו קודם שהדין הקיים בנושא זה עומד בדיוק במקום שבו עליו להחליט אם להנציח את התפיסות הקיימות, פרי מסורת פטריארכלית ארוכת שנים, או שמא להצטרף לתהליך פירוקן. האם להכיר באם חד-הורית כ"משפחה"? האם להכיר בבן זוגו של דייל הומסקסואל כ"בן-זוג"? האם פנויה-נכה היא מועמדת מתאימה לנישואין? אלה הן שאלות שהתעוררו בשדה החוזי, כביטוי נוסף של היותן שאלות חברתיות מורכבות. גישתו של Sandland מצביעה על כך שלפמיניזם יש אינטרס להשיב לשאלות הללו בחיוב. לפמיניזם יש אינטרס, למשל, לפתוח את מושג המשפחה – שנוצל פעמים כה רבות כנגד נשים – למשמעויות חדשות. משמעויות חדשות כאלו יוכלו לשפר את מעמדן של אמהות חד-הוריות כמו תחיה וארנונה, ובזאת יגשימו יעד פמיניסטי "קלסי" ומוכן מאליו. אבל החשיבות היא רחבה יותר: משמעויות חדשות יוכלו גם לשפר את מעמדם של "אחרים" נוספים המשלמים מחיר כבד על שונותם, כמו הומוסקסואלים ונכות. חשיבותה של התיזה טמונה אפוא בהבנת הפוטנציאל הטמון ברפורמה משפטית-חוזית בשאלת השוויון. במידה רבה יש כאן תוספת חשובה ועמוקה יותר לשאלת נקודת המוצא הרעיונית, שבה עסקתי קודם לכן. הפמיניזם אינו מסתפק בנקודת מוצא פרו-שוויונית, ויש בכוחו להציע גם טעם יצרני למלחמה בהפליה. המלחמה הזו היא גם דרך לוויכוח מתודש על מושגי היסוד, דרך למוביליות חברתית משופרת ולשינוי מפתחות ההצלחה והכשולן הקיימים בחינו.

בנוסף יכולה התיזה להציע גם מפתח לטיפול תלוי-הקשר בהפליה החוזית. במקום החלטה גורפת ומופשטת בשאלה האם לדחות או לאמץ חובת שוויון חוזית, ניתן לאמר כי מזוית פמיניסטית הדחוף ביותר והחשוב ביותר הוא למגר הפליה חוזית שניתן לאתר בה סממנים של הגנה על ה"נורמלי" והנצחתה של ה"מקובל". הרפורמה החוזית בנקודה זו צריכה להתחיל מאיסור הפליה ספציפי: האיסור על הפלייתו החוזית של ה"אחר" בשל "אחרותו".¹⁰⁹ מקרים אחרים, דוגמת ההפליה בין מתחרים עסקיים שנדונה בדיון נוסף בית יולס,¹¹⁰ נראים, לפחות מהיבט זה, דחופים פחות.

(5) החיבור לחיים

ההפליה החוזית אינה סוגיה חוזית תיאורטית וגם לא אירוע נדיר ושולי, אלא בעיה קיומית, לעתים יומיומית, בחייהם של א/נשים רבים. אם מקבלים את הגישה הפמיניסטית, שלפיה חשוב לשמור על קשר חזק בין החיים למשפט, צומחת גם מכאן

109 ואכן, מסקנה כזו עולה גם מכתיבה חוזית-ביקורתית שאינה פמיניסטית, אשר גם לפיה ההפליה המכוונת היא הבוסה ביותר, והמחייבת במידה הרבה ביותר התערבות מדינית. ראו Trebilcock, לעיל הערה 7, בעמ' 204.

110 לעיל, הערה 3.

קריאה לשוויון. מסתבר כי החיים – אם רק מוכנים לבחון אותם מקרוב – מלמדים שההפליה החוזית חופפת להפליה החברתית הכללית, משתלבת בה ומחזקת אותה. הדוגמאות שובאו מיד לקוחות ממצאות החיים כפי שתועדה בארצות הברית, אך בהיעדר תיעוד מספיק בישראל הן יכולות לספק לפחות כיוון למחשבה שנראית רלבנטית ביותר גם כאן. מדוגמאות אלה עולה שלקורבנותיה של ההפליה החוזית יש פרופיל אופייני. מסתבר כי ההפליה החוזית מכה באופן דומה לסוגי ההפלות האחרים: בקבוצות קיפות ותיקות וידועות כמו נשים ושתורים.¹¹¹ זאת ועוד, בדוגמאות החיים הללו נחשף סוג חדש של הפליה חוזית, והיא ההפליה החוזית הכלכלית, זו הפועלת על פי העיקרון של "the poor pay more".¹¹²

דוגמא מרתקת לבעיית הפליה, שהיא חוזית ופמיניסטית בעת ובעונה אחת, עולה ממחקר אמפירי-משפטי מרשים שבוצע בארה"ב ביחס לעסקאות רכישה של מכוניות.¹¹³ במחקר זה הוכח כי נשים לבנות יאלצו לרכוש את אותה מכונית ממש במחיר שהוא גבוה ב-40% יותר מזה שישלמו גברים לבנים. נשים שחורות ישלמו לפי אותו מחקר פי שלושה (יותר!) מגברים לבנים, בעבור אותה מכונית.¹¹⁴ מעבר להפליה הקשה במחיר, באה ההפליה לידי ביטוי אפילו בדרך שבה התנהל המשא ומתן לקראת כריתת החוזים. התברר, למשל, כי נשים נשאלו הרבה יותר מגברים ביחס למצבן המשפחתי ולהוכחת כושר המימון שלהן – ביטוי לכך שכאשר הן מנהלות משא ומתן לבדן הן חשודות מבחינת עצמאותן ויכולתן. בניתוח ממצאי המחקר העיר המחקר כי קיימות דוגמאות נוספות

111 בהקשר לנשים, עיקר הגתונים החוזיים הקיימים בישראל – ומלמדים נחרצות על הפליה נשים לרעה – מתייחסים להפליה בשוק העבודה. העובדה שמעבר לפן החוזי של יחסי העבודה מדובר בתת-סמך שמוסדר בנורמות ייחודיות מקטינה את היכולת להסתייע בנתונים מסוג זה בדין החוזי "הטהור". בהקשר לשחורים ההשוואה לישראל מתעוררת סביב אוכלוסיות המעוררות תגובות גזעניות ובראשם הערבים. על פרופילי ההפליה בישראל ניתן ללמוד גם מפרסומיהם של גופים הלוחמים בהפלות השונות. כך למשל בדו"חות השנתיים שמפרסמת האגודה לזכויות האדם והאורח מתוארים מקרים רבים של הפליה בקטגוריות הידועות של ערבים, נשים, הומוסקסואלים וכיו"ב, חלקם בעלי רקע חוזי פרטי. ראו למשל הדו"ח השנתי, לעיל הערה 87 עמודים 14 עד 30.

112 ראו David Caplovitz, *The Poor Pay More: Consumer Practices of Low-Income Families* (1967).

113 ראו: Ian Ayres, "Fair Driving: Gender and Race Discrimination in Retail Car Negotiations," 104 *Harv. L. Rev.* (1991) 817. המאמר מרשים במיוחד בהקפדה היסודית שבו על סטנדרטים מחקרניים גבוהים. כעבור שנים אחדות פרסם Ayres מאמר המשך המאשש את ממצאי קודמו: Ian Ayres, "Further Evidence of Discrimination in New Car Negotiations and Estimates of Its Cause" 94 *Mich. L. Rev.* (1995) 109.

114 "ישלמו" משום שהמשתתפים במחקר הונחו למצות את המשא ומתן כדי להגיע למחיר הטוב ביותר שיכלו להשיג. אגב, יכולתם האינסלקטואלית לנהל משא ומתן כמו גם הופעתם החיצונית ורכיבים מספיעים נוספים בוקרו על ידי מנהלי המחקר.

שבהן נשים נאלצות לשלם יותר (לכרות הוזה גרוע), כשהוא מדגים זאת בפער בין מחירי ניקוי יבש עבור בגד נשי לבין הבחיר עבור בגד גברי.¹¹⁵ דוגמא אחרת להפליה חזוית, המתבטאת – שוב, ובאופן בולט – בהפליה בין נשים לגברים, ניתן למצוא בעולם חווי הביטוח ובטכניקות של קביעת תעריפי פרמיות ביטוח.¹¹⁶ מסתבר שחברות הביטוח משתמשות (בין היתר) בהבחנה על בסיס מין לצורך חישובי הפרמיות. מדיניות הסיווג הביטוחי, המכונה לעיתים בכינוי הבעייתי "fair discrimination", מוצגת כמבוססת לכאורה על ניתוח סיכונים סטטיסטי, כגון הבדלים בתוחלת החיים בין נשים לגברים המצריכים ייקור פרמיות לנשים. אבל, ניתן לבקר מצב זה בשני מובנים מרכזיים:

ראשית, ניתן לפקפק בכך שקיימת אמת מדעית והיא שמכתיבה את הסיווגים השונים. ההחלטות הסיווגיות, ובראשן ההחלטה כמה פרמיה לגבות ממי, אינן יישום אוטומטי של מסקנה מדעית כזו או אחרת. כל הידע בעולמנו הוא ידע מעובד, תערובת לא מזוהה של עובדות והשקפות ערכיות. אין בנמצא ידע שהוא חד-משמעי.¹¹⁷ ייתכן אמנם שנשים חיות בממוצע יותר מגברים, אך ההחלטה לקשור "נתון" זה למדיניות הפרמיות היא החלטה ערכית.

צריך לזכור שתעשיית הביטוח מצדיקה את הסיווגים בנימוק שכל אחד צריך לשלם בהתאם לסיכון הגלום בו, שאם לא כן יגולגל הסיכון, שלא בצדק, לכתפי אחרים. אבל, תעשיית הביטוח אינה מבררת באמת מהו הסיכון הטמון בכל אחד, אלא נוטלת לעצמה את האינדיקציות הקלות ביותר, וחשוב מכך: הזולות ביותר לזיהוי. אחת האינדיקציות הבולטות נעוצה בהבדלים בין המינים או בצבע העור, ואכן – היש אינדיקציות בולטות יותר? חד-משמעיות יותר? קשות יותר לטשטוש? כדאי לשים לב שחברות הביטוח אינן מבצעות, לדוגמא, מיפוי סטטיסטי של הרגלי התזונה של האדם. לא רק שזהו תהליך יקר מדי לביצוע ולפיקות, אלא גם סביר שלא יתקבל באהדה אצל ציבור הלקוחות הפוטנציאליים. כלומר: כל תהליך הסיווג אינו כה תמים ובלתי נמנע כפי שמנסים

115 וקיימות ודאי עוד דוגמאות לשרותים או למוצרים יומיומיים שהם יקרים יותר עבור נשים, כמו תספורת, דאודורנט וכיו"ב. קיימות גם דוגמאות שהן הפוכות לכאורה, כגון: ערבים טבעו כניסת נשים לפאב או למועדון היא תופסית או מזולת. עוד על פרקטיקות של הפליית מחירים על יסוד מיגדר ראו: Nancy Levit, *The Gender Line: Men, Women, and the Law* (1998), 102-104.

116 לדוגמא זו וניתוחה ראו: Robert H. Jerry II, "Gender & Insurance," in *Women & Public Policy: A Revolution in Progress* (2nd ed., Margaret M. Conway, David W. Ahren & Getrude A. Steuermagel, eds., 1999); Nick Hules "Critical Insurance Law" in *Perspectives of Critical Contract Law* (Thomas Wilhelmsson, ed., 1993).

117 כאן בולטת השפעתם של אסיקי המחשבה הפוסט-מודרניים בביקורתם על האחדות הקוהרנטית של ה-"subject" ובהצבעתם על "...a decentered, polymorphous, contingent understanding of the subject". ראו Frug, לעיל הערה 58, בעמ' 126.

להציגו. זהו תהליך רווי משמעויות אתיות ופוליטיות, ממש כמו כל שאר חיינו. זהו, כמסתבר, תהליך רווי הפליה.

ושנית, גם אם האבחנות מבוססות על סטטיסטיקות סיכונים "אמיתיות" ויש להן בסיס כלכלי, עדיין הן מעוררות קושי. מדיניות סיווג אשר נעשית במסווה של אקטואריה מדעית מעלימה את הפגם המוסרי הקיים בסיווג אנשים לפי קריטריונים של זהות קבוצתית.¹¹⁸ נוצרת כאן בעיה ערכית – האם ניתן להשלים, ועוד בהקשר הביטוחי, עם העובדה שהמוצר הוא יקר יותר בעבור נשים, רק משום שהן נשים? האם מינו של אדם דומה במשהו לתחביבו המסוכן לנהוג במכוניות מרוץ, למשל? האם כפי שנהג המרוץ אינו יכול לצפות שהנהגים האחרים יממנו את הסיכון הגלום בעיסוקו, כך גם נשים אינן יכולות לצפות שגברים יממנו את הסיכון הגלום בנשיותן, המשפיעה על תוחלת חייהן? האין אלה אותם גברים שדרכם לאבהות עוברת בהטלת סיכון בריאותי על נשים? דומה שההבדל הערכי בין הנשים לנהגי המרוץ, כמשל, טמון בבסיס הסיווג. סיווג המבוסס על השתייכות קבוצתית של אדם, שאינה נתונה לשליטתו ואינה תלויה ברצונו, נראה מהיבט זה כהפליה פסולה. זוהי הפליה המחלישה כלכלית את קורבנה או אפילו מונעת ממנו לבטח את הסיכונים שצופנים לו חייו.

דוגמא נוספת של תימחור מפלה, במישור חיים אחר לחלוטין, מובאת במאמרה של Katrina Grider, העוסק במחירים מפולפלים שנדרשו נשים שחורות לשלם במספרות עבור הטיפול בשערן, מחירים שעלו בשיעור ניכר על אלו שנדרשו מנשים לבנות.¹¹⁹ התירוץ הנפוץ לתופעה הוא ששיעורן של נשים שחורות קשה יותר לסידור וטיפול. אבל, המחברת מראה כי כל תירוץ ענייני שהוא אינו יכול להסביר באמת את המתרחש, שכן הנשים השחורות נדרשות לשלם יותר, בכל מקרה, ללא אבחנה ביניהן. זאת קורה גם כאשר במהלך המשא ומתן החוזי לגבי המחיר מדגישות חלק מהנשים השחורות ששיעורן עבר טיפול כימי של החלקה, עד שהפך נוח לטיפול ולסידור ממש כמו שערן של נשים לבנות. שוב אנו עדים לכך שהגבולות להתעכב ולהתבונן בחיים מקרוב מסוגלת לגבש מן הפרטים המפוזרים תמונות הפליה שנוטות להיעלם מן העין.

מדוגמאות כמו אלה עולה היבט נוסף של הצורך בעיגון משפטי של השוויון – ללא התערבות למיגור ההפליה, ברור שהפגיעה הכלכלית בנשים (ובקבוצות מופלות נוספות) – מונצחת ואף מתחזקת. ברור גם שהפגיעה הכלכלית אינה אלא קצה קרחון, והיא גוררת

118 בעת כתיבת שורות אלה התפרסמה בעיתונות ביקורת על הכוונה לפתוח את שוק ביטוח התובה לרכב ל"תחרות החופשית", תוך ויתור על התעריף האחיד והמוכתב. הכותב, אקסואר, צופה כי הדבר יוביל להפליה קשה נגד הערבים, בחזותו ש "בנישבים הערביים יעלה הביטוח ב-150%..." הוא מסביר כי "המונח אפליה קיים בלקסיקון הביטוח, וימיו כימי הביטוח" אך מזהיר מפני סלקציה בין מבוססים על בסיס נתונים כמו גזע ולאום. הוא מסיים ביקורתו בשאלה "מה יאמר אבא ערבי שנוסע בסוברו '83 ומשלם ביטוח תובה גבוה לבנו הלומד בשיעורי האזרחות על ישראל כמדינת רווחה?" אחמד אבו חוסיין, "הערבים ישלמו יותר", הארץ (15.8.99).

119 ראו Katrina Grider, "Hair Salons and Racial Stereotypes: the Impermissible Use of Racially Discriminatory Pricing Schemes," 12 Harv. Women's L.J. (1989) 75.

אחריה פגיעות במישורים נוספים. זהו המקום להדגיש, כי אפילו בין המאמינים הגדולים בכוחותיו של השוק, כוהני הגישה הכלכלית למשפט, יש רבים שאינם מאמינים בכוחו לטפל בבעיות הפליה מסוג זה. עמדות כלכליות אלה – אשר בדרך כלל אינן מתיישבות עם פמיניזם – מאשרות אף הן את הטענה שהתופעה לא תיעלם מעצמה ללא התערבות ו"גזירת" שוויון.¹²⁰

דומה שהקושי המרכזי הוא הקושי לשים את היד על ההפליה ועל דפוסיה. בעוד שסיפורים כמו זה של בתיה שמסיאן וועקים בקול וההפליה חרותה על מצחם, הרי שההפליה מהסוג של מחירי המכוניות, ותעריפי הביטוח והמספרה היא חמקמקה יותר. נדרשת אנרגיה כדי לפשפש בדברים, ללקטם, לתהות על פישורם ולהסיק מהם מסקנות. האישה הרוכשת מכונית אינה יודעת ואינה יכולה לדעת כי היא משלמת מחיר על נשיותה, כך גם זו המבטחת עצמה וזו המסתפרת. וכיצד ידעו? הרי קבוצת המפלים אינה מודה בקיומה של הפליה. נהפוך הוא: היא טורחת להסתיר את המידע הרלבנטי ולהסוות היטב תחת כל מיני כותרות והסברים שנועדו לשוות להפליה חזות "עניינית".

עם הקושי הזה יש להתמודד בכמה מישורים ובעיקר במישור הדרך להטלת חובת שוויון אפקטיבית, דרך אשר תידון בפרק הבא. יחד עם זאת כבר בשלב זה, של החיבור לחיים, צריך לפעול כדי לרכך את הקושי. ריכוך פמיניסטי ימצא בהרחבת המשמעות של מקורות הידע הרלבנטיים והתקפים, שמהם נלמדת תמונת החיים. הטענה היא שכאשר המשפט המודרני מקדש רציונליות מדעית, כאילו אובייקטיבית, כאילו אוניברסלית ובלתי ניתנת לערעור, הוא עושה זאת כחלק מהטייתו הגברית.¹²¹ כריאקציה לכך, חשוב להביא בחשבון לא רק מחקרים "מדעיים", כמו חלק מאלו ששימשו כמקור לדוגמת המכוניות, אלא גם ללקט מקורות מגוונים אחרים, מכל מקור זמין שהוא. את כל אלו חשוב להקפיד ולהביא בחשבון בתיאור החיים האמיתיים. חיים אלה אינם משתקפים כהלכה ואינם מתמצים במקורות הידע (הגבריים) שאליהם מגביל עצמו המשפט כיום.

מתודה פמיניסטית ידועה, המבוססת על ערעור ושינוי מקורות הידע הקיימים, היא האזנה לסיפורים אישיים (Narratives) ושימוש בהם. זו דרך שהיא כולה ספציפית, סובייקטיבית ותלויה הקשר. היא מתארת את המאורעות "מבפנים", מנקודת מבטו של מי שחווה אותם ישירות. היא יכולה לספק למעצבי המדיניות המשפטית את מה שלא יוכל לספק שום מחקר סטטיסטי סדור – תיאור חי ונושם של הבעיה הטעונה הכרעה, לרבות היבטים של תחושות ומחשבות שרק הקול האנושי יכול לבטאם. בדרך זו ניתן

120 ניתוח כלכלי של סוגיית הסוויון מתוך גישה שנדרשת התערבות ניתן למצוא אצל Trebilcock לעיל הערה 7, בפרק התשיעי. כמו כן ראו Cass R. Sunstein, *Free Markets & Social Justice* (1997), Ch. 6: "Why Markets Don't Stop Discrimination?" – במודע – עם עמדות פמיניסטיות, ראו Edward J. McCaffery, "Slouching Towards Equality: Gender Discrimination, Market Efficiency, and Social Change," 103 *Yale L.J.* (1993) 595.

121 מינדה, לעיל הערה 11, בעמ' 132.

ללמוד הרבה על עומקה של ההפליה החוזית ועל שיפלותה. פרופסור פטרישיה ויליאמס מספרת כיצד כאשר רצתה לקנות סוודר לבן לאמא שלה, סירב הובן, לבן ולועס מסטיק, להכניסה לחנות בנטון נעולת דלת, בטענה שהחנות "סגורה". "השעה היתה אחת בצהריים, שתי שבתות לפני כריסמס", מספרת פטרישיה, "בפנים היו קונות וקונים רבים, כולם לבנים, קונים מתנות לאמהות שלהם."¹²² נסיון כואב נוסף, על אותו בסיס, ידעה פטרישיה כאשר משרה חדשה הובילה אותה לחיפוש מגורים. לאחר שהציגה עצמה טלפונית כפרופסור למשפטים המחפשת בית לשנת הלימודים קבעה עימה בעלת הבית מפגש ב־במקום. פטרישיה הגיעה ראשונה והמתנה בשיבה על מדרגות הבית. ממקום מושבה יכולה היתה להבחין בבעלת הבית מתקרבת, אך מאיטה צעדיה אחרי שראתה אותה והבחינה בצבע עורה. אז טענה בעלת הבית כי טענה ובעצם כבר החליטה להשכיר את הבית למישהו (גבר) אחר. כעבור זמן, בחדר המורים באוניברסיטה סיפרה לה פרופ' לינדה גרין, קולגה (שחורה אף היא) כיצד "זכתה" לאותה תגובה ביחס לאותו בית ממש.¹²³

122 ראו Williams, לעיל הערה 56, בעמ' 44-51.

123 הסיפור הזה נמצא עמי במשך שנים. זמן רב אני מחפשת אחר איזכור מקורותי הכתובים (מהם חיבורים משפטיים ללא הערות השוליים המדוקדקות שלהם?), משימה שהפכה לדחופה וקריטית לרגל השלמת הכנת המאמר לפרסום. בסופו של דבר קראתי (בדואר האלקטרוני) לעזרתה האישית של פרופ' ויליאמס (!). כך למדתי שהיא עצמה לא כתבה את הדברים מעולם. ואולם, כך זכיתי לראשונה בתיאור ישיר של המאורע, בסגנונה היפיה של פרופ' ויליאמס (ראו לעיל, הערה 122 – מומלץ). מאחר שגם כעת לא עלה בידי לאתר "מקור רשמי" לסיפור, הנה הדברים האתגנטיים מתוך מכתבה של פרופ' ויליאמס אלי:

"Re the apartment hunt: something like that did happen to me, although I never published anything about it. I have spoken about it which is how you may have heard of it. When I moved to the University of Wisconsin in Madison, Wisconsin, I phoned in answer to an advertisement, was enthusiastically greeted by the woman on the other end, agreed to meet at once. Twenty minutes later I was waiting on the doorstep. I spotted the landlady before she spotted me. She was walking briskly, caught sight of me, and slowed perceptibly. She walked slower and slower and by the time she made it over to me, she refused to show me the place, saying she had made a mistake and had decided to rent the place to a man, who "could shovel the snow" in the winter. I couldn't prove much so I basically tried to forget about it until I was describing my strong suspicion that this was racial discrimination about two or three weeks later. I was talking about it in the faculty lounge, and Linda Greene, the other black woman on the faculty who had just moved to town, overheard and began to describe the place to me. Over on this street? Little bay windows? green shutters? Anyway, the long and the short of it is that Linda had had exactly the same experience, with the same woman, a week or so before. She too had been told that there had been a mistake, that the apartment had already been rented.

The reason I never wrote about it, is that my very kind colleagues at Wisconsin did.

מאי נג'ר, ערביה, אחות בכית החולים ביקור חולים ובוגרת סיעוד וביולוגיה באוניברסיטה מספרת סיפור כואב לא-פחות. בבואה עם משפחתה לפארק אטרקציה שלחופי ים המלח עמדה בתור לקניית כרטיסים. אז פגה אליה איברהים נעאמנה, ערבי, תושב בית חנינא, וביקש ממנה בערבית שתקנה כרטיסים גם עבורו ועבור משפחתו. כשהקופאית שמעה שהם דוברי ערבית, ביקשה ממאי תעודת זהות, ומשראתה את התעודה הודיעה שלא יוכלו להכנס. וכך תיארה מאי את תגובתם של ילדיה לאירוע הקשה:

הילדים שאלו למה אסור לנו, מאוד נפגענו, לא שכתו מזה הרבה זמן, שבועות ושבועות דיברו על זה, אחר כך כתבנו על זה בעיתון, וחשבנו שעכשיו יקבלו אותנו, אבל הילדים לא הסכימו ללכת.¹²⁴

נכון הוא שאין כנראה מחקר "מסודר" שמסקנתו המדעית מצביעה על חומרת ההפליה החוזית המופנית כלפי קבוצות איכלוסיה בעלות הסטוריה של קיפות. נכון גם שאין כנראה מחקר מדעי על ההפליה המתרחשת בעסקאות של שכירות למגורים. אבל, סיפורים כמו זה של פטרישיה ומאי קיימים. הם מבטאים קושי אמיתי הקורא תגר על מלכותו המוסרית של חופש החווים. הם צצים חדשות לבקרים, כמו סיפורן של סטודנטיות ערביות של האוניברסיטה העברית, אשר לא הצליחו למצוא מי שישכיר להן דירה בירושלים.¹²⁵ על רקע זה קשה לי להשלים לגמרי אפילו עם עמדתו של פרופ' ברק בנושא השוויון, עמדה המבחינה בין הפליה חוזית במקומות הפתוחים לציבור, כגון

Forty-three out of forty five faculty, as I recall, signed a letter to the editor of the local paper decrying this sort of welcome to Madison. The story made the front page of Madison's daily newspaper, whose name I now forget. The State Journal, maybe?"

124 ת"א (י-ם) 11258/93 נעאמנה ג' קיבוץ קליה (לא פורסם, ניתן ביום 24.9.96, להלן – עניין נעאמנה). אם נרמה למישהו שייכתן והסיפור מקרי, אני פסק הרין מתאר, בסעיף 3, גם בדיקה עיתונאית שחשפה ממצאים דומים. העיתונאי יורם בינור ביקש לתאם טלפונית הזמנה קבוצתית לבני נוער לשם בילוי בפארק – פעם במבטא ערבי בולט ופעם במבטא "רגיל". בפעם הראשונה, כאיש בית ספר תיכון ברמאללה, נענה כי הפארק מלא וסגור באותו יום וכעבור דקות אחדות, כאיש איגוד המוסכים בתל-אביב, נענה שאין בעיה לגבי אותו יום ממש. פארק אטרקציה וקיבוץ קליה ממשיכים, כמסתבר, שלא להסביר פנים לערבים. בעת כתיבת דברים אלו תלויה ועומדת בבית המשפט בירושלים תביעה נוספת ודומה – ת"א (י-ם) 9290/99 מוחמד ג' חוף קליה אגודה חקלאית שיתופית בע"מ. במקרה זה הכרטיסים נרכשו מראש – כלומר: נכרת חוזה – אבל בכל זאת לא הורשו הרוכשים הערבים להכנס לפארק. בלשון המשפטית המנוכרת נאמר בכתב ההגנה של הפארק: "הסיבה היחידה לכך שנמנעה כניסתם של אורחים פוטנציאליים לפארק היא כי היה קיים חשש ממשי שכניסתם של התובעים לפארק תגרום לאורחים ו/או למבקרים אחרים בפארק ו/או לעובדי הנתבע להיפגע וכי ייגרם נזק לרכוש הנתבע ו/או לרכוש מבקרים בפארק ובכלל זאת אותם אורחים."

125 ראו ההבהרה לעיל, בהערה 88.

מסעדה, לבין הפליה חוזית בהקשר של שכירות למגורים.¹²⁶ על פי פרופ' ברק השאלה היא שאלה של איזון בין חופש ההתקשרות של המפלה לבין זכות השוויון של המופלה. באיזון הזה גוברת זכותו של המופלה בדוגמת המסעדה וגוברת זכותו של המפלה בדוגמת השכירות. ההיפוך בתוצאה נגרם לדעת ברק כפועל יוצא משינוי מצטבר בעוצמת שני הקטבים: עלייה בחופש ההתקשרות וירידה בזכות לשוויון. נראה לי שחופש ההתקשרות של בעל המסעדה אכן ראוי להתפרש בצמצום, לאור טיב העיסוק שבחר לעצמו. אני גם מסכימה כי זהו חופש מוגבר בשעה שמדובר בביתו-שלו. לעומת זאת פחות ברורה לי התנועה בקוטב האחר: כיצד ומדוע נחלשת זכותו של הצד שכנגד שלא להיות מופלה? ניתוח מזוית הקורבן במשולב עם החיבור לחיים מעורר את השאלה האם באמת הקושי לשכור בית גרוע מן הקושי לאכול במסעדה? האם ההשפלה של פטרישיה ויליאמס בפתח חנות בנסון גרועה מזו שידעה בפתח הבית שאותו רצתה לשכור? ובמילים אחרות – מהיבט זה ספק אם קיים שוני כה דרמטי ושיטתי בין ההפליה שמתרחשת במקומות הפתוחים לציבור לבין זו שמתרחשת – "באופן מקרי" – אך שוב ושוב, במקומות שאינם כאלה. יצויין כי במשפט ההשוואתי ידועים איסורים מפורשים על הפליה חוזית-פרטית של קבוצות אוכלוסיה שלמות דוקא בהקשר של דיור. קל לראות כי דיור הוא פעמים רבות צורך בסיסי הרבה יותר מאשר כניסה חד-פעמית למקום ציבורי ונראה כי גם מזווית זו קשה להבין את ההבחנה בין ההפליות.¹²⁷

בכל מקרה, גם מלאכת איסוף הסיפורים האישיים, כמו זה של פטרישיה ויליאמס, אינה כה פשוטה. כפי שמעידה פטרישיה עצמה הסיפורים מעוררים גם אי-אמון, הכחשה והתכחשות ואין נוטים לפרסמם.¹²⁸ לעתים, כאשר המפלה משתמש בתירוץ קלוש להפליה, המסווה בקושי את המניע האמיתי ליחס השונה, המופלה מוכן בכל זאת לקבל זאת – בין אם משום שאינו רוצה להודות באמת הכואבת, הן בפני עצמו והן בפני העולם, ובין אם משום שאין לו כוחות או אמצעים למחות. כך או אחרת נשארים סיפורי ההפליה

126 ברק, פרשנות חוקתית, לעיל הערה 5, בעמ' 691–692. כדאי לשים לב לכך שדוגמת השכירות של פרופ' ברק מבוססת על ההנחה שהאדם משכיר חדר אחד בתוך ביתו שלו, ומשתמע ממנה כי הוא עצמו מתגורר באותו בית. זו דוגמה טעונה שאינה בהכרח הדוגמה הנפוצה בשוק השכירות למגורים בימים אלה. בדוגמה זו הרכיב האישי חזק בהרבה מן המקובל, דבר המגביר מאוד את עוצמתם של שיקולי חופש ההתקשרות (כמו, למשל, כאשר השוכר הוא בן דת אחרת מזו של המשכיר ומתעוררים קשיי שימוש משותף במטבח). בשכירות הנפוצה אין מגע אישי ומשמעותי כזה בין השוכר למשכיר ופעמים רבות מדובר, מצידו של המשכיר, בדרך של השקעה הוגנת. במקרים כאלה ספק אם האינסואיציות פועלות באופן דומה. כפי שבאיסור על אכיפת שירות אישי בולט ההבדל בין מי שמשמש כעוזר למנכ"לית המפעל לבין מי שהוא אחד מבין אלפי פועלי ייצור, כך גם כאן.

127 איל בנבנישתי, "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 769, 771 והערה 10.

128 ראו התגובות המתוארות בספרה ביחס לסיפור איסור הכניסה לחנות בנסון, לעיל הערה 122, בעמ' 44–51.

קבורים, ופרדוקס הסוואתם מתריף. יש אפוא חשיבות עצומה לחשיפתם של סיפורים שכאלה,¹²⁹ ולהקלת דרכי המחאה של המופלים, שאלה שתידון מיד.

בתיא

השופטת דליה מארק-הורנצ'יק נוטלת לידיה את התיק של בתיא שמסיאן. ברור לה, כך אני מנחשת, שאי אפשר להשלים עם דחייתה והשפלתה של בתיא ועם היאחזותו של בעל המועדון בתירוץ הפרטיות. היא פונה אל דיני החוזים ומסווגת מיד את המודעה של מועדון גני רוזמרי בעיתון כהצעה לציבור. בכך הולבשו העובדות "כדין" בלבוש של משא ומתן חוזי. מכאן מתפתלת הדרך החוזית עד שהשופטת מארק-הורנצ'יק מגיעה למסקנה כי המועדון המציע חוז בו מהצעתו לאחר שכבר החלה הסתמכות הציבור על הצעתו. השלב הבא בניתוח הוא שלמרות שלא נכרת חוזה,¹³⁰ יש כאן פגיעה אסורה באינטרס ההסתמכות, המזכה בפיצוי. זוהי דרך עקיפה ופתלתלה המלמדת עד כמה חסרה אצלנו נורמה פשוטה וברורה של שוויון חוזי. ומה, למשל, אם המועדון לא היה מפרסם מודעה, אלא "רק" פותח שערי ערב-ערב לכולם אך לא לבתיא? האם אז היה הניתוח החוזי חסר אוניו?¹³¹

בבחינת הדברים בעיניים כמיניסטיות השתדלתי עד כה למצוא ולהראות את עומקו של הצורך בנורמה חוזית של שוויון. יהיו ודאי רבים שעדיין יירתעו מעצם הכרזתה של נורמה כזו. הם יאמרו, אני משערת, שהטלת נורמה כזו מבטאת התערבות מסוכנת במרחב החוזי, התערבות שספק אם תותיר משהו מחופש החוזים. גם לטיעון ההתערבות

129 תרומתי הצנועה: כאשר גרנו במנהטן באה משפחתי לביקור ונסענו כולנו לטייל ב-New England. אמא רצתה להסתפר ובוקר אחד חיפשנו עבודה מספרה בבירת ורמונט. נכנסנו לכל המספרות שבחזיתן היה שלם שהבהיר שאין צורך לקבוע תור מראש, וכולן היו ריקות למדי. למרות זאת נאמר לנו, שוב ושוב, שאין אפשרות לקבל את אמא. הכל נהיה מביך מדי ומזור מדי. אף אחד לא אמר מילה, חששנו לבטא את המחשבות וויתרנו על הרעיון. כשחזרנו הביתה סיפר בן זוגי לחברו לעבודה, בן ורמינס, על העניין. החבר, שלא ראה את אמא מימיו, ניתש מיד את צבע עורה של אמי התימניה.

130 דומני שאפשר היה דוקא לטעון שנכרת חוזה על יסוד תורת האסם שבהתקשרות ונוכח העובדה שנכונות הניצח לביצוע נתקלה בצעדים שנקט המציע למניעת הביצוע (לבתיא היה כסף לשלם בעבור הכרטיס אך סירבו לזכור לה כוה). עם זאת, גם פלפולים משפטיים שכאלה אינם נראים לי כדרך הרצויה לפתרון הווי.

131 מעניין לציין כי גם בעניין נעאמנה, לעיל הערה 124, בסעיף 4, פסקה השופטת מזרחי כי סירוב פארק אסרקציה ראוי לדיון חוזי על פי דיני החוזה מהצעה לציבור, ללא התייחסות מיוחדת לשאלת ההפליה. נהפוך הוא: היא אפילו הדגישה כי פסיקה אינה מתנגשת במה שפסק בית המשפט העליון בדיון נוסף בית יולס לגבי דחיית עקרון השוויון, לעיל הערה 3, "מאחר שהפרת חובת תום הלב במקרה דנן אינה נגזרת מחזרת כלל השוויון, אלא מהביסול המאוחר של ההצעה." (ההדגשה הוספה).

תשובתי פמיניסטית למדי, עם אי אלו נימות פוסט-מודרניות: יש חשיבות למה שקיים בדין, אך יש גם משמעות עצומה וטעונה למה שאין בו.¹³² חוסר התערבות אינו בהכרח מתן כבוד למגרש המשחקים החוזי. גם ל"חוסר" יש משמעות אקטיבית. תוצאתו היא הרחקתן של הקבוצות למודות ההפליה, אלו שאינן מיוצגות בשיח החוזי השגור, מן המשחק החוזי. תוצאתו הנוספת היא צמצום מסוכן של הכלי החוזי עצמו, מתוך ייחודו למעטים "נבחרים". במובן זה דוקא המאמץ ("המתערב") להכליל את בתיה שמסיאן במערכות החוזיות נראה כמגשים טוב יותר את השאיפה הראשונית להגנת המרחב החוזי, טוב יותר מן העמדה המתכנה "אי התערבות".¹³³

ד. הדרך לעיגון חובת שוויון

אפילו אם משתכנעים שיש לקיים חובת שוויון בתחומי דיני החוזים, עדיין נשאלת שאלה מורכבת בדבר הדרך לעשות זאת. הדרכים המרכזיות הן הדרך החקיקתית והדרך השיפוטית, וכל אחת מהן אף מתפצלת לנתיבי משנה. כמו בעת ההתלבטות בדבר עצם קיומה של חובת שוויון חוזית, כך גם כאן, בהתלבטות הקשה בין הדרכים, אני מבקשת לבחון את הדברים תוך חריגה מגבולות השיח החוזי המסורתי.

(1) הדרך החקיקתית

(א) הצעת חקיקה נזיקת

ביוזמת חקיקה חדשנית של משרד המשפטים, שראשיתה בהצעה שהוכנה על ידי האגודה לזכויות האזרח בישראל, הועלתה ההצעה להגדיר הפליה פרטית פסולה כעוולה אזרחית שהוראות פקודת הנזיקין יחולו עליה.¹³⁴ ההצעה הנזיקית מתמקדת בהפליה המתבטאת בסירוב לספק מצרכים, לתת שירותים ציבוריים, או להרשות כניסה למקומות ציבוריים. בדברי ההסבר להצעה מבואר כי המאפיין את מצבי הפליה במוקדים אלו הוא רכיב

132 השוו לדברי השופט ברק בעניין קסטנבאום, לעיל הערה 4, בעמ' 1535. הדברים שנאמרו בהקשר של ביטול תניה חוזית מחמת ניגוד לתקנת הציבור, הצביעו על כך שגם אי ביטולה של התניה מהווה קביעה לעניין תקנת הציבור והגדרת תכניה.

133 על רקע זה יש לזכור שהדוקטרינה החוזית כבר מתערבת בנכונות רבה הן בכל המתרחש במהלך המשא ומתן והן בתכני החוזה עצמו. מדוע, אפוא, להותיר את הפגיעה בשוויון מתוך לגודל? והשוו Allan C. Hutchinson, "Michael and Me: A Postmodern Friendship," 33 *Osgoode Hall L. Rev.* (1995) 237, 248 ("Personal liberty without public responsibility is, at best, hollow and unsatisfying; at worst, it is uncivil and corrupting").

134 נכון להשלמת חיבור זה מעמד היוזמה הוא של הצעת חוק ממשלתית, ושמה המלא 'הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000', ה"ח 369. (להלן – "ההצעה הנזיקית").

נגישותו של כלל הציבור הרחב,¹³⁵ במקום שבו מודרות ונהדפות קבוצות "שלגביהן קיימת הסטוריה של קיפוח והפליה בעבר".¹³⁶ ההצעה מונה 12 קבוצות בעלות הסטוריה של קיפוח והפליה, אשר לטובתן עומד איסור ההפליה. כוונתה לדאוג לכך שמצרך הנמכר לכולם יימכר גם לנשים והומוסקסואלים; שירות הניתן לכולם יינתן גם לערבים וגרושות; מקום שפתוח לכולם ייפתח גם בפני נכות ועולים חדשים מאתיופיה. מפרספקטיבה פמיניסטית וברוח הפרק הקודם יש להצעה יתרונות רבים. בין היתר מבטאת בדברי המבוא להצעה ערנות מבורכת לא רק לכך שבעיית ההפליה קיימת במיגזר הפרטי, אלא אף לכך ש"עיקר התופעה החברתית השלילית מתרחשת במקומות המצויים בבעלות פרטית". מבחינת נקודת המוצא הרעיונית, שבה עסקתי קודם לכן, מתאפיינת ההצעה בתווה חזקה וגלויה לכיוון השוויון. בלשון דברי המבוא להצעה מדובר בהתוויית "איוון ראוי בין עקרון השוויון לבין השמירה על חופש ההתקשרות", אך ברור כי זהו איוון אחר לחלוטין מזה שכביכול בוצע בימי דיון נוסף בית יולס.¹³⁷ פן חיובי נוסף בהצעה הוא ברגישות לפגיעה הקשה בכבוד האדם, שהיא תוצר מובהק של ההפליה מנקודת ראותו של הקורבן.¹³⁸ עוד בצד הזכות עומדת להצעה עצם הרגישות לבעיות של מימוש האיסור. בתחום זה כוללת ההצעה מספר פתרונות, לא כולם מספקים ומספקים, אך כולם מבטאים את ההבנה כי רב המרחק בין הטלת האיסור להפלות לבין השפעתו המשתררת על קורבנות ההפליה. במסגרת זו נוקטת ההצעה פתרון של מתן מעמד לארגונים העוסקים בהגנת קבוצות מופלות. מעבר לתרומה הצפויה (והחשובה) ליעילות אכיפתו של האיסור, יש כאן יתרון נוסף, מופשט יותר. לצעד שכזה יש ערך מוסרי-פסיטי ניכר: הוא מבטא הכרה ועידוד משפטיים כלפי ביטויים של חירות, שותפות, ואחריות לזולת, המשתקפים בפעילותם של ארגונים מסוג זה. בכך נפתח הדין להכיל גם תפיסות עולם שהן בעלות פרופיל "נשי". אלו הן תפיסות נדירות למדי בספירה המשפטית, והכנסתן לתוך הדין, כמפתח חדשני לפתרון בעיות, היא פגיעה מבורכת מאוד מפרספקטיבה פמיניסטית.¹³⁹

135 כלשון ההצעה הנזיקית: "הבאפיין את ההגדרות הוא ההיזקקות לשרות או למקום, והיותם פתוחים לציבור הרחב מטיבם."

136 האיסור להפלות מוסב להפליה על רקע: גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, כעמד אישי, הורות או מוגבלות. לי נדמה שלקבוצות אלו לא רק עבר קשה (כלשון ההצעה) אלא גם הווה ועתיד לא פשוטים כלל ועיקר.

137 לעיל הערה 3.

138 הדברים מובאים בדברי המבוא להצעה. לסעמי כדאי היה להוסיף לסעיף הראשון בחוק, המבטא בין היתר הצהרה בדבר חשיבות הנושא והצדקת איסור ההפליה.

139 בין הרעיונות הפמיניסטיים נפוץ איוון של נשים כנוסות יותר לתפיסות של אחריות לזולת, מתוך הדגשת אלמנטים של קשר ותקשורת בין אישיים. עבודותיה של גיליגן, לעיל הערה 65, אף מצביעות על זיהוי בין תפיסות נשיות ל-"Ethics of Care". על פי הביקורת הפמיניסטית תפיסות מסוג זה חסרות במשפט, שכן המשפט מניח לרוב כי בני האדם משולים לאסומים מבודדים זה מזה, שאינם אמורים לדאוג זה לזה. לכן קוראים הקולות הפמיניסטיים, בדרכים שונות, להביא

על רקע היתרונות החשובים שלעיל אין מנוס מלהצביע בכל זאת על כמה נקודות בעייתיות יותר שמעוררת ההתבוננות הפמיניסטית בדברים. ראשית, ההצעה מתמודדת עם מגזר מוגבל של הפליות – אלה המתרחשות אצל מי שפתח שעריו לציבור הרחב כולו. אין היא מבטאת איסור כללי להפלות, והפליות כואבות נותרות בלתי-אסורות, ולכן אולי מותרות יותר מתמיד. דוגמאות החיים שעלו בפרק הקודם יוכלו להועיל להבנת נקודה זו. ההצעה אינה מספקת, למשל, מענה לסטודנטיות ערביות או למרצות כהות עור בבואן לשכור דירה. דירה אינה נכנסת להגדרת מקום ציבורי, שכן אינה עומדת לשימוש הציבורי. לכן, גם אם תוכל הסטודנטית או המרצה להוכיח את ההפליה, היא לא תוכל להיבנות מן ההצעה. נהפוך הוא: ההצעה עלולה לסכל את המאבק, שכן היא עלולה להוות אסמכתא פרשנית לכך שמה שאסור לבעל מסעדה, מותר לבעל דירה (בדומה להבחנה שעושה פרופ' ברק בכתביו). גם הפלייתן של ארנונה ותחיה, כאמהות חד-הוריות, אינה אסורה על פי ההצעה, שכן יחסיהן עם קיבוץ תל-יוסף ומושב בית-אריה אינם נכנסים לקטגוריות של הספקת מוצר או שירות ואף אינם נובעים מהפעלת מקום ציבורי. ואם לא די בכך, הרי שגם הפליות המחיר, כדוגמת מקרי הביטוח והמכוניות, ספק אם יכנסו לגדר האיסור. לשון האיסור מדברת על עצם הספקתם של מוצרים ושירותים, אך לא על התנאים להספקתם. לכאורה לפחות אסור לסרב למכור מכונית או פוליסה, מנימוקים מפלים, אך נראה ששאלת המחיר שישולם נותרת עדיין פתוחה. הוסיפו על כך את דוגמת המספרות וטראו שגם הגדרת השירות הציבורי היא כה מצומצמת עד שיוצא שאסור – אולי – לאסור את הכניסה למספרה, אם זו תסוג כנכנסת לקטגוריה של "חנות",¹⁴⁰ אך תנאי השירות אינם צריכים להיות שוויוניים, וניתן, למשל, לדרוש מחירים מפולפלים מנשים שחורות. חסרון ראשון ומשמעותי נובע אפוא מצמצום הגדרת ההפליה האסורה, באופן המעניק לגיטימציה להפליות רבות ופסולות.

אל המשפט גם את "הקול הנשי", ולהכיר ואף לעודד דאגה לזולת, מתוך תפיסות של קשר ושותפות. לסקירה המאורגנת סביב עבודתיה של גיליגן ראו: מינדה, לעיל הערה 11, בעמ' 135–137. לסקירה נרחבת יותר, החוצה גבולות של מחנות וזרמים ומציעה וריאציה של "Empathetic Liberalism", ראו Dailey, לעיל הערה 97, בעמ' 1278–1285. ליישום בהקשר הנזיקי ראו למשל, Leslie Bender, "Feminist (Re)Torts: Thoughts on the Liability Crisis, Mass Torts, Power, and Responsibilities," 1990 *Duke L.J.* 848. על רעיונות דומים מבוסס גם הקומיוניסטים, שבו גלומה הצעה לתיאוריה חדשה של אוטונומיה, והיא מכונה "Contextual/Cultural Theory of Autonomy". הדרך מבוססת, בתמצית, על התזרת האידיאל שתרבות אינה דק פלורליזם תחרותי, מתוך סובלנות הדדית, אלא גם השתתפות, שותפות ואף מתייבות. Trebilcock, לעיל הערה 7, בעמ' 204.

140 ראו Grider, לעיל הערה 119, בעמ' 87–97. המחברת מצביעה על חוסר האפשרות להכניס את מרבית המספרות להגדרה של "Places of Public Accommodation", שהיא ההגדרה הקובעת לעניין ההגנה הנזיקית המקבילה בארה"ב: סעיף 42 U.S.C. § 2000(a). הסעיף מתייחס בפירוש למקומות שבהם ההפליה אסורה ובכללם מלונות למיניהם, מסעדות, תיאטרות ושאר מקומות שבהם מועלים מופעים או מוצגות תערוכות וכיו"ב. הדמיון להצעה הנזיקית החדשה ניכר. עם זאת אין בסקסט האמריקני התייחסות לחנות או לקניון, שהוכללו בהצעה הישראלית.

חסרון שני בא להצעה מכיוון הנוקשות. איסור ההפליה מונה רשימה סגורה של 12 קבוצות בעלות "מוניטין" של קיפות, ללא קטגוריה שירותית וגמישה ואפילו ללא מנגנון מרוכך לעדכון.¹⁴¹ זאת, כאשר החיים רצים תמיד לפני עגלת המשפט, ובתהליך דינמי של התפתחות יוצרים קטגוריות חדשות ללא הרף, תוך פירוק קטגוריות קודמות וחתימה תמידית תחת המקובל. החשיבה הפמיניסטית, לעומת זאת, חושדת ללא-הרף בחלוקה לקטגוריות ובדבקות יתירה בהן.¹⁴² תחרות האירוויזיון ב-1998 והתנגדות להופעת דנה אינטרנשיונל כנציגת ישראל בתחרות זו יוכלו להדגים את הקושי אפילו בטרם יבש הדיו על ההצעה. דומה שעד כמה שניתן לראות בדנה כמי שביקשו להפלותה קשה להבטיח שהדבר ייחשב כהפליה מחמת מין ו/או גטיה מינית. כל אחת מן הקטגוריות בנויה על מודל שכבר קיים: של גבר לעומת אשה במקרה הראשון, והטרוסקסואלים לעומת הומוסקסואלים במקרה השני. להיכן נופל, אם בכלל, המקרה של גבר-שבחר-להפוך-לאשה? מקרה כשל דנה קורא תגר (עובדתי ותפיסתי) על התיוגים הרגילים, ומולו עומדת ההצעה המשפטית חסרת כלים.

קושי שלישי טמון בדרכי ההוכחה של הפליה. על פי ההצעה תקבע בדין חוקה, לפיה אם המפלה שאל שאלות הנוגעות לעילות ההפליה שנקבעו ("רשימת ה-12"), אזי יעבור הנטל ההוכחתי לכתפיו, ויהא עליו להוכיח שסירובו לספק מצרך או שירות או להתיר כניסה אינו נוגע לאותה עילה. העברת נטלי ההוכחה מן הצד החלש לחזק הינו כלי התמודדות משפטי-פמיניסטי חשוב, הבא לאזן מעט את פערי הכוחות בין הצדדים.¹⁴³ עם זאת, לפי ההצעה מועברים הנטלים בסיטואציה צרה, התלויה לגמרי בשאלות שאלות מצד המפלה. כאשר קוראים את רשימת העילות רואים שבמקרים רבים אין כלל צורך בשאלות ואף לא סביר להניח שיהיו כאלה. מינו של אדם כמו גם מוצאו, מוגבלותו, גזעו, הורותו וכו' הם גורמים בולטים המדברים בעד עצמם בשפה מיידית ואוניברסלית, של צבע, קול וצורה. הרי זהו חלק מרכזי בבעיה – ההשתייכות הקבוצתית של המופלים היא בלתי-רצונית, וברוב המקרים היא גם אינה ניתנת להעלמה או לטשטוש. יוצא שהצעד של העברת נטלי ההוכחה, שהוא חשוב כשלעצמו, אינו מספק הקלה משמעותית ומספקת.

חסרון אחרון, בעל דגש חינוכי, גלום לדעתי בכך שההצעה באה אל החיים מבחוץ. בעצם הטלתו של איסור חקיקתי חיצוני יש אמנם הבלטה של רעיון השוויון וחשיבותו, אך מאידך בדרך זו עלול השוויון לעורר עוינות ולהצטייר כמעין "מס" שמטיל המחוקק

141 כמו למשל הכללת הרשימה במסגרת של תוספת לחוק, אשר הרשות המבצעת, במקרה זה שר המשפטים, תהיה רשאית לעדכנה מעת לעת.

142 Dailey, לעיל הערה 97, בעמ' 1273.

143 ראו, למשל, Bender, לעיל הערה 139, בעמ' 886-893. ואכן, סעיף 7(ב) להצעה קובע חוקה ברוח זו: הוכחה שהמפלה נובעת מהפלות את מי שנמנה עם הקבוצה שאליה שייך המופלה התובע תעביר את הנטל לכתפי המפלה (הנתבע). עדיין נשאלת השאלה כיצד יוכיח התובע-המופלה, באמצעיו המוגבלים, את הנוהג.

על בעלי העסקים, מס שחייבים לשלמו גם אם לא מבינים אותו.¹⁴⁴ בדרך זו מחריף העימות בין עסקים, שיקולים מסחריים, וחופש – נחלת ה"מגזר פרטי" – לבין ערכים, שיקולים חברתיים ומגבלות – שהם נחלת ה"מגזר הציבורי". החופש הוא הכלל ואילו החוק המיוחד, על הגדרותיו הפרטניות, הוא החריג. כאשר נחקק לאחרונה החוק למניעת הטרדה מינית הגיב השוק בכך שייצר "כנגדו" פוליסות ביטוח חדשות.¹⁴⁵ האם לא זו תהיה התגובה לאיסור ההפליה החדש? בהקשר זה יש משמעות לכך שהחוק יוצר דוקא עילת תביעה נזיקית. בדין הנזיקין יש העדפה כמעט מוחלטת לתרופת הפיצויים ואילו האכיפה – שהיא תרופה חוזית קלסית בעלת מעמד בכורה – קיימת בדין הנזיקין רק בשוליים. אבל הפיצויים הם תחליף כלכלי מוגבל במשמעותו, הדומה יותר מכל למס. האם הפיצויים יספקו, למשל, את ארגוני הנכים ובתיה שמסיאן? הרי בן זוג לא ניתן לקנות בכסף. צריך להיכנס פיזית למועדון הפנויים-פנויות כדי להתוודע אליו. באותו אופן השתלבותם של הנכים בנוף חיינו לא תבוא מפיצויים, אלא דוקא מהשתתפותם הפעילה ומקיום הקשר האנושי בינם לבין סביבתם.

בנקודה אחרונה זו – של בחירה בחקיקה מיוחדת בעלת אופי נזיקי – הייתי רוצה להצביע גם על הוויתור המשמעותי הטמון בדרך זו מבחינתם של דיני החוזים. כל המצבים שאליהם מכוונת ההצעה הנזיקית הם מצבים טרום-חוזיים, שבהם לובשת ההפליה דמות של סירוב לכרות חוזה עם המופלה. מבחינת דיני החוזים – מצידם התיאורטי והמעשי כאחד – מסמל פתרון השאלה החוזית בדרך נזיקית נסיגה נוספת לטובת דיני הנזיקין, ממש כאילו התממשה תחזיתו הידועה של פרופ' גילמור בדבר מותו של החוזה.¹⁴⁶ מצד שני דיני החוזים עצמם ערוכים זה מכבר לטפל בליקויים שמצמיח תהליך המשא ומתן הטרור חוזי, ואין לראות מדוע להפקיע מהם את העיסוק הטבעי כליך בסוגיה החשובה הזו של הפליה. אני מאמינה כי דרך החקיקה יכולה לעבור בנתיב החוזי ולטפל שם גם בחטרונות שעליהם הצבעתי קודם לכן. העובדה שחוק החוזים הישראלי לא השתנה מאז נחקק, בשנת 1973, אינה מונעת יוזמה מבורכת בשנת 2000.

(ב) הצעת חקיקה חוזית

מפרספקטיבה פמיניסטית-בלעדית ייתכן שדרך המלך היא בהוספת חובה חקוקה ומפורשת בתוך דיני החוזים, חובה שעצם קיומה הנפרד והגלוי יתרום לקידום מטרת השוויון. המיקום הראוי לכך מצוי לסעמי בצידו של עקרון תום הלב החקוק פעמיים – בשלב המשא ומתן ובשלב קיום החוזה – אך חל גם על כל פעולה משפטית אחרת, בדרך של היקש. היישום ביחס לסעיף 12 לחוק החוזים יוכל להביא לנוסח הבא: "כמשא ומתן

144 ראו McCaffery, לעיל הערה 120.

145 נורית וורגפס, "כיסוי תחת", כל העיר (16.7.99) 51.

146 גילמור כתב על מותה התיאורטי של התיאוריה החוזית הקלסית, אשר נשחקה למוות על ידי אויביה ובהם, בראש ובראשונה, דיני הנזיקין (Ronald Grant Gilmore, *The Death of Contract* (K. L. Collins ed., 2nd ed. 1995).

לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת, בתום לב ובשוויון. "על כך הייתי מציעה להוסיף מנגנון של העברת נטל ההוכחה לכתפי הצד החשוד כמפלה, וזאת בכל מקרה שבו יראה אדם כי נהגו בו יחס מפלה בהשוואה לאחרים ו/או על יסוד השתייכותו הקבוצתית.¹⁴⁷ כמו כן יש להוסיף לחוק החוזים את אפשרות התביעה של ארגונים הפועלים לקידום הקבוצות הנופלות, בדומה לקיים בחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 או בדומה להצעה הנוזיקית.¹⁴⁸

בהקשר זה של חקיקה חוזית מעניין לציין כי בארצות הברית קיימת חקיקה פדרלית הקובעת זכות לאי-הפלייה חוזית (כלומר – לשוויון). סעיף 1981 U.S.C. ל-42 קובע בחלקו הרלבנטי לענייננו – זה אשר מכונה "The Contract Clause" – כדלקמן:

"All persons within the jurisdiction of the United States shall have the same right in every State and Territory to make and enforce contracts..."¹⁴⁹

הרקע ההסטורי לחקיקה זו נעוץ בתקופת שחרור השחורים בארצות הברית מעבדותם ובחתימה לכיסוס מעמדם כאזרחים שווי זכויות, אך כיום אין היא מוגבלת לטיפול בהפליה זו דוקא.¹⁵⁰ הפסיקה האמריקנית נטתה במשך שנים לפרש חקיקה זו בהרחבה יחסית, ובמסגרת מגמה זו הבהירה כי לא די בשוויון בעצם היכולת לכוות חוזה,¹⁵¹ אלא שחיוני לשמור על כך שגם קיום החוזה ייעשה באופן שוויוני וכל תנאיו יהיו שוויונים.

147 כעולה מן הביקורת על ההצעה הנוזיקית לא כדאי לדעתי להסתפק בהעברת נטלים צרה.
148 המנגנון בחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, לאחר תיקונו והוספת פרק ו' הוא מנגנון של תובענה ייצוגית, המיועד לתמרץ לאכיפה מוגברת של זכויות. הוא מתייחס לעסקאות מכר מצרכים ומתן שירותים כמו אלו שאליון מתייחסת בהצעה הנוזיקית, אלא שזו בוחרת במתן זכות עמידה בלבד לארגונים המייצגים, ללא תימרון נוסף. רכיב התימרון נראה לי ראוי לאימוץ גם כאן.

149 הסעיף הינו חלק מן הקודיפיקציה המודרנית של עקרונות ה-Civil Rights Act of 1866.
150 אגב, אם נחזור לרגע לאחור הרי שהרקע ההסטורי הזה מלמד, מזוית נוספת, על כך שההפליה הפרטית היא שורש הבעיה, ולכן אי אפשר להשלים עם הסתפקות בטיפול בהיבט המכונה "ציבורי" של התופעה, תוך שפוטרים את המגזר הפרטי מעולו של שוויון.

151 אחד הנימוקים לפירוש מרחיב נובע מכך שבסמוך לשחרור העבדים נעשה שימוש קשה במנגנון החוזי כדי ליצור – כאילו "בהסכמתם" של העבדים המשוחררים – מנגנונים דומים לעבדות, תוך שימוש בדיני החוזים כדי לאכוף הסכמים אלה. חלק ממסרת התקיקה המיוחדת ביחס לזכות החוזית לאי-הפליה היתה לעקור נוהגים אלה. מכאן שבעצם הכניסה לחוזה לא די. ראו Karst, לעיל הערה 82, בעמ' 6; Macurdy, לעיל הערה 86, בעמ' 1004-1011, 1015-1016. נימוק נוסף נובע מן הקשר בין סעיף 1981 הנ"ל לסעיף 1982 הקובע את הזכות לרכוש זכויות כלכליות. ביחס לסעיף 1982 הובהר כי אין לו ערך אם לא כקפידים על כך שאפשר יהיה גם להשתמש ברכוש שנרכש אגב מימוש הסעיף, בדיוק באותו אופן שבו אדם לכן יכול היה להשתמש ברכוש דומה. ראו Macurdy, שם, בעמ' 1012-1013. לפירוש הסעיף בהרחבה ראו אצל Grider, לעיל הערה 119, בעמ' 99.

נסיגה בנקודה זו נעשתה בעניין *Patterson*, משנת 1988, שבו הבהיר בית המשפט העליון האמריקני כי מעביד פרטי אינו כפוף לחובת השוויון החוזי שמטיל סעיף 1981, מאחר שלא מדובר בהפליה בכריתת החוזה, אלא בבעיה במהלך קיומו של החוזה. בפרשה זו העובדת ברנדה פטרסון אמנם התקבלה לעבודה כפקידה בבנק, אך לאורך כל תקופת עבודתה קיבלה יחס גרוע מן המעביד על רקע היותה שחורה. על פי פסיקת בית המשפט בעיה זו, המאוחרת לכריתה, אינה מכוסה על ידי סעיף 1981 וברנדה אינה מוגנת בדרך זו מפני הפליה.¹⁵² בעקבות פסיקה מאכזבת זו מיהר הקונגרס האמריקני להתערב והבהיר את מלוא היקפו של סעיף 1981. על פי הבהרה זו הסעיף כולל חובת שוויון גם בתקופת הביצוע החוזי וגם במצבים של שינוי החוזה או הפסקתו והוא כולל גם את כל ההיבטים של ההנאה מן החוזה ומתנאיו.¹⁵³

הלקת ההשוואתי העולה מן התהליך הפסיקטי והחקיקתי, כמו גם מצרתה של ברנדה פטרסון, הוא שנורמה של שוויון צריכה להתקיים, במובן הרחב ביותר, לאורך כל הדרך החוזית ולא במקטע המוגבל של עצם הכניסה לחוזה. יש בכך חינוך נוסף למחשבה שההצעה הנזיקית לוקה בנקודה זו בגישה צרה מדי, שאינה מבסה כהלכה את בעיות ההפליה שמוזמנים החיים. חשוב לשים לב שמדיניות מחירים מפלה, כמו זו שהובאה בפרק הקודם בדוגמאות הביטוח, המכונניות והמספרות, ניתנת למיגור רק אם מוכנים לבדוק במבט מעמיק גם את הדרך שבה מקיימים החוזים שנכרתים. בדיקה שטחית ברמה הבסיסית של סירוב לספק מצרך או שירות או סירוב להתיר כניסה למקום ציבורי לא תספיק.¹⁵⁴ הנסיון האמריקני ביישום סעיף 1981 אף מלמד כי במקרים רבים חשוב שלא לעמוד דוקא על חשיפתה של כוונה להפלות. במצבים שבהם העובדות מלמדות "רק" על

152 האבחנה הפורמליסטית הזו בין כריתה לביצוע – לצורך קביעת היקף ההגנה על פי סעיף 1981 – נעשתה בניגוד למגמת ההרחבה שנדונה בהערה הקודמת. הגנה אחרת, שלא דרך סעיף 1981, היתה אפשרית דרך חקיקת עבודה מיוחדת, אך ברנדה פטרסון לא ביססה עליה את תביעתה בשל בעיות אפייניות לאותה חקיקה.

153 ראו Macurdy, לעיל הערה 86, בעמ' 989 ובהערת שוליים 15:

"Civil Rights act of 1991: 'the term 'make and enforce contracts' includes the making, performance, modification, and termination of contracts, and the enjoyment of all benefits, privileges, and conditions of the contractual relationship'".

דוגמא יפה המובאת במאמר היא של שני חוזי עבודה דומים, עם סגני עובדים, כאשר ללכן ניתן חדר נאה ונוח ואילו השחור נאלץ לעבוד בכוך חשוך.

154 במאמרה של Grider, לעיל הערה 119, מנתחת המחברת את הסיכוי לפתרון ההפליה המבוטאת במערכת מחירים נפרדת, המבוססת על הבחנה גזעית, על יסוד סעיף 1981. בעת כתיבת המאמר סברה המחברת כי הסעיף יחול על הפליה שכזו, בשל גישתו של בית המשפט האמריקני לסוגיה של שוק כפול, שוק המבוסס על הפרדה בין תנאים חוזיים לשחורים, שהם גרועים מתנאים חוזיים ללבנים. המחברת מביאה את הפסיקה המרכזית בהקשר זה, ומעניין לראות שהיא נוגעת לרכישת דיור ולפרמיות ביטוח – מסוג הדוגמאות החוזיות שהועלו בחיבור זה. אבל, המאמר נכתב לפני הפסיקה המאכזבת של פרשת *Patterson*.

ביצול חוזי של מצב נחיתות שנגרם עקב שנים של הפליה קבוצתית – יש להסתפק בכך כדי לבסס את הפרת חובת השוויון החוזית.¹⁵⁵

על יסוד הביקורת על ההצעה הנזיקית והלקחים מן המשפט האמריקני הרעיון למלא את המחסור בגורמה של שוויון בדרך של חקיקה חוזית הוא בעל משיכה לא מבוטלת. אבל, שיקולים מעשיים, ובראשם מורכבותו של הליך החקיקה, מוליכים אותי לחשוב שקשה להסתמך על התרחשותו וחיוני להמשיך ולבדוק אפשרות של שינוי שיקדם את השוויון החוזי גם ללא חקיקה או עד שתהיה כזו. הדרך לכך עוברת בנסיגות להשתלב במגמות עכשוויות בפסיקתו החוזית של בית המשפט העליון, ולהרחיב מגמות אלה.

(2) הדרך השיפוטית

בהליכה בדרך השיפוטית, כוונתי לדרך השיפוטית-חוזית דוקא, וזאת מתוך השקפתי הגלויה בדבר עדיפותו של פתרון פנים-חוזי – המקרב בין חוזים לשוויון – ולא מציגם כעומדים עוינים זה מול זה. כוונתי להורמת חובת השוויון דרך מושגי השסתום הקיימים בדיון החוזים המצוי שלנו, ובראשם שסתומי תום הלב ותקנת הציבור. המשותף לשסתומים אלה הוא שיקול הדעת השיפוטי הנרחב הכרוך בהפעלתם. רכיב זה מעניק לדרך השיפוטית תכונות של גמישות ואפשרות רבה להתחשבות בהקשר, תוך הכרעה בכל מקרה לגופו, שלא על פי מודל קשיח. מצידה של הביקורת הפמיניסטית, הסולדת מכללי הכרעה נוקשים ותלושים מן המציאות, נראות תכונות כאלו כיתרון. מאידך, דוקא תכונות כאלה מותירות את הזכות לשוויון בלתי מוגדרת, מעורפלת למדי בתכניה ובהיקפה, ועל כן חסרת ודאות. נשאלת השאלה האם קורבנות ההפליה אינם זקוקים לעיגון נחוש יותר של זכויותיהם, לפחות עד שיתחזקו ויוכלו לנהל את חייהם כשווים בין שווים.¹⁵⁶ בהקשר זה חשוב לתת את הדעת לכך ששיקול דעת שיפוטי נרחב כרוך במתן כוח רב נוסף בידי השופטים, אשר ממילא שייכים לקוטב החזק של החברה האנושית. הביקורת הפמיניסטית עשויה לשאול בדאגה האם קיים סיכוי שבמרומי כס המשפט תוכל להתגמש השאיפה לניתוח מצבי ההפליה מזווית הקורבן, תוך התחשבות במשמעות של פגיעה נוספת בחלש, להבדיל מפגיעה בודדת בחסון; או, בפשטות, האם ניתן לסמוך על השופטים כי ידעו לפרוש את ההגנה הראויה על הזקוקים לה? למרות המשותף בין השסתומים ברור בכל זאת ששימוש בתום הלב כדי לעגן נורמה של שוויון אינו דומה לשימוש בתקנת הציבור לאותו צורך ממש. הראשון הינו מושג פנימי, ששמו מכון אותנו הישר אל ליבו של כל אדם, שוחר שוויון ומפלה כאחד.

155 ראו ניתוח פסק הדין בעניין *Clark v. Universal Building* אצל Grider, שם, בעמ' 104.

156 הדיון בשאלה זו שייך לזיכוח הרחב הקיים בנושא חשיבותן של זכויות, אשר התנהל בעוז במסגרת ה-Critical Legal Studies. במסגרת זו בנות לקבוצות חלשות – כמו פרופסור פטרישיה ויליאמס השחורה – התקשו לקבל את הקריאה הביקורתית לווייתור על שפת זכויות, קריאה שבמקור באה ממשפטנים לבנים עתירי זכויות. ראו Williams, לעיל הערה 122, בעמ' 148-149, 151-152, 158.

השניה, לעומת זאת, באה מבחוץ ומודה בגלוי במעשיה: החדרת נורמות "ציבוריות", שהן גם נורמות מוסריות ו"מתקנות", אל תוך תוכם של דיני החוזים. כשאני מביטה בשוני בעיניים הפמיניסטיות, השואפות להסרת מסיכות מעל פני המשפט, דומה בעיני שעדיפה תקנת הציבור, על הכנות שבה, על פני השימוש במושג תום הלב. אך האם יעמוד כוחם של השסתומים הקיימים – בעיצובם הנוכחי בדין – כדי להורים את השוויון הישר אל תוך-תוכם של דיני החוזים? דומני שכן.

אשר לתום הלב: אמנם בהתדיינות הארוכה בין חברת רביב לבין חברת בית יולס ניתנה בסופו של דבר תשובה הפוכה ושליטת, ¹⁵⁷ אך מאז ועד היום התרחבה מצודתו הפרושה של עקרון תום הלב לאין שיעור, ונעשה בו שימוש יצירתי ואקטיבי. ¹⁵⁸ כיום, יותר מאי פעם, נראה עקרון תום הלב כערוך ומוכן לספוג אל תוכו גם תוכן של שוויון. כך, למשל, מאפשר הצירוף החדשני בין פרשנות לתום לב, בדרך שבה נעשה הדבר בעניין אפרופים, ¹⁵⁹ לפתוח אפיקי פתרון למצבי הפליה רבים. כזכור פתחה הלכת אפרופים את הפתח להתגברות על לשון החוזה ושינויה משיקולים של תום לב, בטכניקה שקיבלה את השם פרשנות רחבה. כפי שהזכרתי קודם לכן הדרך הזו יכולה היתה למגר ביטול את ההפליה של פרשת דנילוביץ, ¹⁶⁰ באמצעות מתן פירוש מרחיב למונח "בן זוג", כך שיכלול צורות חיים משותפות מסוגים שונים. הוויתור על הפרשנות הרחבה והמתקנת בפרשת דנילוביץ היה לדעתי החמצה בלתי הכרחית, שאינה משקפת את מלוא כוחו של עקרון תום הלב. נהפוך הוא: לולא נעצר שם בית המשפט מול מגבלותיה של הפרשנות במובן הצר, ולולא עמד לרשותו חוק ספציפי, בלתי חוזי, לשם פתרון הבעיה "מבחוץ" – אזי ניתן היה למצוא פתרון חוזי, כזה המבוסס על המחויבות החוזית לתום לב. ¹⁶¹

כאן נשאלת שאלת הסעד שיינתן למי שהופלטה ונהגו בה בחוסר תום לב. אם מדובר בקיום מפלה של החוזה, כמו בפרשת דנילוביץ' עצמה, אין כל קושי וניתן לאכוף את ההתחייבות שהוגבלה לבני זוג גבר ואשה גם לטובת בני זוג בני אותו מין. בשלב הטרם חוזי, לעומת זאת, נגיע לדילמה הקבועה של סעיף 12 לחוק החוזים ולשאלה האם בכוחו של חוסר תום הלב לשכלל חוזה בעבור הצדדים, גם אם לא נכרת כזה מעולם. במקרה של הפליה חוזית המופיעה כסירוב להתקשר, כמו עם בתיה שמסיאן, ברור כי שכלול החוזה מכוח הנורמה הטרם-חוזית של תום הלב הינו עשיית חוזה על כורחו של הצד שהיפלה. למי שמאמין כמוני בחשיבות מיגור ההפליה, זהו בדיוק המקום שבו ראוי לייחס לסעיף 12 את כוחו המקסימלי ולקבוע כי את מי שמנע בהתנהגות חסרת תום לב את כריתתו של חוזה יש לראות, בכל זאת, כמי שקשר את הקשר החוזי. ¹⁶²

157 לעיל, הערות 2 ו-3.

158 גבריאלה שלו, דיני חוזים (מהדורה שניה, תשנ"ה) 43.

159 לעיל, הערה 42.

160 לעיל, הערה 40.

161 ראו לעיל, הטקסט ליד הערות 39 עד 46.

162 לעמדות השונות בהקשר זה ראו שלו, לעיל הערה 158, בעמ' 74–76. ראו גם ע"א 986/93 קלמר

פרט לדרך תום הלב, הפסיקה בעניין קסטנבאום מסמלת את האפשרות להביא את השוויון לדיני החוזים דרך מושג "תקנת הציבור".¹⁶³ כפי שנקבע שם תקנת הציבור מבטאת את עקרונות היסוד של חברתנו ובהם המחויבות הבסיסית לשמירה על כבוד האדם וחירותו. שמירה זו כוללת בוודאי את החובה להימנע מהשפלת הוולת על דרך הפלייתו. קושי שהועלה בהקשר זה הוא שבכוחה של תקנת הציבור הוא להציע פתרון אך ורק למצבי הפליה המתעוררים בתקופה החזוית, כלומר לאהר כריתת החוזה. לעומת זאת, ממשיכה הטענה, תקנת הציבור לא תצלח למצבים שבהם המשא ומתן לא הבשיל לכדי חוזה. הטעם לכך הוא שלהבדיל מנורמת תום הלב, אשר חוק החוזים מחיל אותה מפורשות בשלב המשא ומתן, לא נקבעה תחולה של עקרון תקנת הציבור בשלב מקדמי זה.¹⁶⁴ במילים אחרות: תקנת הציבור חסרה בדיוק במצבים השכיחים ביותר, כמו אלה של בתיא שמוסיאן, שבהם ההפליה גורמת דוקא לאי כריתת חוזה, בשל סירובו של המפלה להתקשר חזית עם קורבן ההפליה.¹⁶⁵

על אף עוצמתו של הטיעון המגביל את כוחה של תקנת הציבור, אני סבורה כי זהו בדיוק יופיו של המפגש בין החוזים לפמיניזם: אגב העיסוק בשאלת השוויון, שהיא כה חשובה עבור הפמיניזם, ייתכן כי אנו שמים לב לראשונה לתופעה כללית יותר, בתוך דיני החוזים. ייתכן שאנו מגלים כעת כי למעשה קיימת חשיבות להחיל על שלב המשא ומתן לא רק נורמות של תום-לב אלא גם של תקנת הציבור. ייתכן, מאידך, שאנו שמים לב לראשונה שעד היום הוחלו ממילא בשלב המשא ומתן נורמות של תקנת ציבור, תחת כותרת של תום לב (מורחב). אם כך הוא, הרי שלדברים עשויה להיות חשיבות חזית הגולשת מעבר לסוגיית השוויון ומעוררת שאלות מורכבות, היורדות אפילו להצדקת ההבחנה בין נורמה של תום לב לבין נורמה של תקנת הציבור. האם באמת ניתן להיות – כסכרת שופטינו בדיון נוסף בית יולס – צד תם לב למשא ומתן חוזי, בעודך פוגע בתקנת הציבור ומפלה בני אדם על פי מינם, בשל מוגבלותם או עקב כל תכונה אחרת הטבועה בהם?

במישור הטכני פורמלי ניתן לפתור את הקושי במאמץ פרשני ולומר שמכיוון שנורמה של תקנת הציבור חלה במפורש על כריתתו של חוזה, ולא רק על תוכנו, אזי עליה לחול גם על אי-כריתתו. הבעיה היא יותר בשאלת התוצאה. התוצאה הראשונית של סעיף 30 היא כיידוע בטלות, ואילו בתיה, ארנונה ותחיה מעונינות דוקא בכריתה. האם אין תקנת הציבור דורשת שנכות ואמהות חד-הוריות יוכלו לכרות את אותם חוזים האפשריים עבור

נ' גיא, פ"ד נ(1) 185. את אכיפת החוזה ניתן להמיר, במקרים המתאימים, בפיצויים. במקרה זה תהיה השאלה האם סעיף 12 לחוק החוזים מוגבל לתקרת הפיצויים השליליים או שמא בכותו להוביל גם לפיצויים חיוביים, שהם סווי ערך – עד כמה שהדבר אפשרי – לשכלולו של החוזה.

163 עניין קסטנבאום, לעיל הערה 4. דרך תקנת הציבור הועלתה גם במהלך העיסוק בפרמיות הביטוח והוצע לאמר כי ההבחנה בין נשים לגברים לצורך חישוב הפרמיות מנוגדת לתקנת הציבור. ראו Jerry, לעיל הערה 116, בעמ' 109, 110–118.

164 חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973, סעיף 12 לעומת סעיף 30.

165 ברק, פרשנות חוקתית, לעיל הערה 5, בעמ' 692–694.

הגבר-הבריא-הנשוי-בעל המשפחה המחייכת? שוב נראה לי כי נחשפת כאן אוולת יד מתסכלת של הציבור ותקנתו.¹⁶⁶ כיצד ייתכן שתחזה המגביל את חופש העיסוק של איש עסקים או אפילו של חברה בע"מ מסווג בקלות כנוגד את תקנת הציבור, אבל סירוב לחזרה עם תחיה, בתיה או ארנונה נותר חסר מענה?

מעניין לציין כי בעניין דנילוביץ' עמד השופט ברק בפני קושי דומה הטמון בתקנת הציבור. השופט ברק הדגיש שם כי הסעדים בשל הפרתה של תקנת הציבור אינם בעלי כוח יצרני, אלא אך בעלי יכולת השמדתית. לדבריו, תקנת הציבור מאפשרת להגיע לבטלות הטקסט הקיים, כולו או חלקו, אך אי אפשר לשנות מכוחה את הטקסט ולהוסיף עליו. בשל כך לא ראה ברק דרך חזוית להגיע לתיקון התחזה בין אל-על לבין דייליה. בטלות ההסדר המפלה את ההומוסקסואלים היתה מובילה, לדעתו, לפתרון נוסח "תמות נפשי עם פלישתים", היינו כזה המבוסס על שלילת ההטבה מכל הזוגות, מכל הסוגים, גם יחד. כפתרון לקושי זה מציע השופט ברק טכניקה חוץ-חזוית, ופעם נוספת מרחיק בכך את הדיון בהפליה החזוית מתחומם של דיני החוזים, ומפליג למקומות רחוקים הרבה יותר.¹⁶⁷ מה שעולה מעניין דנילוביץ' הוא מודל דיכוטומי המבחין בין טקסטים חזויים: אם ניתן להפריד את הטקסט החזוי לחלקים ולפסול – בכלים של תקנת הציבור – את החלק המפלה, מה טוב. אך אם, לעומת זאת, הטקסט אינו ניתן להפרדה, כמו בעת הצורך להוסיף לו את זכויות הזוגות ההומוסקסואלים, אזי אין מענה חזוי ישיר. במקרה כזה יש לרעות בשדות חוקתיים ולייבא מהם הרחבה להסדר החזוי, אשר תתקן את אופיו המפלה מבחור.

כך, לדוגמא, הפלייתן של נשים בעניין גיל פרישתן נחשבה ככזו שניתן לתקנה מתוך דיני החוזים, כלומר לטקסט חזוי שניתן להפרידו ולשפצו. הדבר נעשה באמצעות "תעלול" טקסטואלי חורק. הטקסט החזוי המקורי והמפלה נוסח כך: "גיל הפרישה לפנסיה הוא 65 שנה לגבר ו-60 שנה לאשה".¹⁶⁸ כיוון שלהפליה ניתנה בבואה טקסטואלית אפשר היה, לפי המודל הדיכוטומי של השופט ברק פשוט למחוק את החלק הפסול. כפי שמבאר ברק בעניין דנילוביץ':

התוצאה היא, שנשאר על כנו אותו חלק מהסכם העבודה שקבע כי 'גיל הפרישה לפנסיה הוא 65 שנה'. בית המשפט נקט, אפוא, בטכניקה של הפרדה.¹⁶⁹

על אף התאור שבציטוט אינני סבורה כי לפנינו טכניקה של הפרדה,¹⁷⁰ אלא יותר טכניקה של "קריעה". משפט אחד, מהודק למדי, בותק לשניים, כמעט בכוח, והכל –

166 אולי מעבר לעצם נושא השוויון.

167 עניין דנילוביץ', לעיל הערה 40, בעמ' 764–767. השופט ברק מציע לעשות שימוש בתרופות חוקתיות מן הספרות המשפטית ההשוואתית, ובעיקר מהמשפט האמריקני והקנדי.

168 בג"צ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749.

169 עניין דנילוביץ', לעיל הערה 40, בעמ' 764–765. לשם המחשה, המחיקה נראית כך: "גיל הפרישה לפנסיה הוא 65 שנה לגבר ו-60 שנה לאשה".

170 המבחן המקובל לאפשרות ההפרדה לחלקים בדיני החוזים הוא מהותי ומעודן בהרבה. ניתן להפריד

כדי להצליח למחוק ממנו את חלקו הפסול. בהמשך ל"קריעה" זו מבהיר השופט ברק, לגבי עניין דנילוביץ' עצמו, כי:

אילו קבעו ההסכם הקיבוצי וההסדר הקיבוצי כי עובד קבוע זכאי לטובת הנאה עבור מי שמצוי עמו בשותפות לחיים, למעט שותף בן אותו מין, ניתן היה למחוק את ההוראה הממעטת, ובכך להחזיר את השוויון על כנו. אך הטקסט בענייננו הוא שונה. אין הוא מאפשר ניתוח בגוף הטקסט, המפריד בין החלק הבריא לבין החלק החולה.¹⁷¹

הבעיה במודל הדיכוטומי, לפחות במבט פמיניסטי אך דומני שאפילו במבט חוזי טהור, היא כמובן שהוא פורמליסטי ומאוד מלאכותי. הוא הופך את הכלים החזיים לשרירותיים ובמידה רבה לבלתי יעילים. הסעד החזי כשיטה זו תלוי לגמרי בנתונים המקריים של החווה הספציפי, ובראש ובראשונה בניסוח כזה או אחר של הטקסט המפלה. יוצא ש"חוקי המשחק" של דיני החוזים מביסים את העקרונות הבסיסיים שעליהם הם בנויים. האם לא ניתן היה לומר שלמעשה הפרשנות המפלה שנתנה אלי'על להסדר החזי כמוה ככתיבת טקסט חוזי בנוסח הכולל את מה שהשופט ברק מכנה "הוראה ממעטת" ("עובד קבוע זכאי לטובת הנאה עבור מי שמצוי עמו בשותפות לחיים, למעט שותף בן אותו מין")? האם לא ניתן היה להמשיך מנקודה זו ולומר עוד שהחלק המפלה של פירוש אלי'על הוא פסול ובטל? האם באמת צריכים דיני החוזים לגזור על עצמם שיתוק במקום שבו ההפליה הפסולה אינה מנוסחת מראש כטקסט נפרד שמואיל לאפשר את מחיקתו?

תקנת הציבור היא כלי משפטי חיוני בדיני החוזים של ימינו. כשם שלפני שנים ניתנה תשובה חיובית לשאלה האם כוחו של עקרון תום הלב עמו כדי לייצר חיובים חוזיים,¹⁷² ייתכן שבאה השעה להשיב בחיוב גם לשאלה דומה ביחס לכוחה של תקנת הציבור. אם ניתן לייצר חיובים חוזיים גם דרך תקנת הציבור אזי ניתן יהיה להרחיב הסדרים חוזיים מפלים ולאפשר גם לקורבנות ההפליה ליהנות מהם. כך היתה תקנת הציבור מסייעת לא רק ליונתן (דנילוביץ'), אלא גם לבתיה, לארנונה ולתחיה.

מכל מקום, הדרך השיפוטית מאפשרת לטפל באמצעות תום הלב בכל סוגי ההפליה, ובאמצעות תקנת הציבור לפחות באותן הפליות המתרחשות בעת קיומו המפלה של חוזה קיים בעל טקסט מתאים למחיקה. הקרקע נחרשה והוכנה למשימה. בתי המשפט המובילים – בישראל ובמקומות רבים בעולם – לעבר דיני חוזים חברתיים יותר, צריכים לעשות שימוש בכלים שנמסרו להם כדי להביס את ההפליה החוזית ממקומותינו. עדיין, אם וכאשר תמצא הדרך הרצויה – בין בחקיקה ובין בשפיטה – יש לשים לב כי לא תהיה בכך כל תועלת מעשית עבור מי שאינו מודע לכך שנהגו כלפיו בחוסר שוויון

רק את מה שמגובש בנפרד מחלקים אחרים, מה שהינו כרכיב עצמאי, עם הגיון פנימי משלו. ראו שלו, לעיל הערה 158, בעמ' 259–262.

171 עניין דנילוביץ', לעיל הערה 40, בעמ' 764–765.

172 בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר"ש בע"נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(1) 828, 836.

אשר לבעיות ההוכחה: כאן יכול הפמיניזם לסייע רבות ולהמליץ על טכניקות של העברת גטלי ההוכחה, כסיוע לצד הנפגע. הרעיון הוא שלמי שיתלונן כי נהגו כלפיו בחוסר שוויון יהיה די להראות כי קיבל יחס שונה מאחרים (משימה שלאור קשיי המידע אינה פשוטה כלל). מיד אחר כך יעבור הגטל לנתון היחס השונה, ועליו יוטל להוכיח שהיחס שנתן אינו נוגע לאבחנה קבוצתית-בעייתית.¹⁷⁴ דבר אחד ברור – אין לדרוש

174 Ayres, שם, בעמ' 859. ההשראה היא מפסק הדין בפרשת מק'דונל, הנזכר במאמר: MacDonnell, *Douglas Corp. v. Green* 411 U.S. 792 (1973).

מקורבנות ההפליה לעמוד במשימת הוכחתה של כוונה להפלותם. זוהי משימה כבדה מנשוא שעלולה לחסל כל התקדמות חוזית לביסוסו של שוויון.

בתיה

השופטת דליה מארק הורנצ'יק פסקה לטובת בתיה שמסיאן פיצוי כספי של 40,000 ש"ח. זה היה המקסימום האפשרי על פי הסכום שעבורו שילמה בתיה מראש אגרה. השופטת לא הסתירה את צערה על סד הפיצוי שבו מצאה את עצמה, וחשפה את נכונותה לפסוק לטובת בתיה הרבה יותר מכך. היא לא הקלה ראש בפגיעה העצומה בבתיה. היא אפילו הרחיקה לכת, ולבקשתם של ארגוני הנכים, שהתייצבו כצד בתיק, אף נתנה צו־עשה המחייב את גני רוזמרי להכניס נכים למועדון.¹⁷⁵ דומה שהצדק נעשה. הוא נעשה למרות חסרונה של גורמה של שוויון ואיסור הפליה בתוך דיני החוזים, בדרך יצירתית, כמעט אינטואיטיבית ובעיקר בלתי סלולה ברמה המשפטית. כולנו בנות מזל ובני מזל על כך שיש שופטות כאלה. דוקא משום כך כולנו איננו פטורים מלסלול את הדרך החוזית הברורה אל השוויון.

175 עניין שמסיאן, לעיל הערה 1.