

המשפט כדיסציפלינה אוטונומית

מאת

אלכס שטיין*

הרצאה שניתנה בכנס היובל של כתב העת "משפטים" ביום 12.6.2018

אפתח את דבריי בהבעת תודה עמוקה. אני מודה מקרב לב לחברי המערכת ולעורכות כתב-העת "משפטים" על שבחרתם בי כמרצה באירוע חשוב זה.

חגכם הוא חגי. חברותי במערכת "משפטים", כשאר חוויות הלימוד שלי כתלמיד בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, הותירה אצלי זיכרונות רבים וטובים. הפקולטה דאגה לא רק לקיומה ולתפקודה העצמאיים של מערכת "משפטים". היא דאגה גם לטיפול החשיבה הביקורתית והעצמאית שלנו כחברי מערכת. במסגרת תפקידנו זה נדרשנו להעריך מאמרים לפי מיטב הבנתנו. נדרשנו לבדוק, לחקור, לחשוב ולהטיל ספק. שלא במפתיע, התקופה בה הייתי חבר מערכת בכתב העת הייתה מעצבת ובונה, וללא ספק היוותה את "יריית הפתיחה" של חיי המקצועיים – כסטודנט לתואר ראשון, שני ושלישי, כעורך דין, כחבר סגל זוטרי ובכיר באוניברסיטה העברית ובמוסדות אחרים, בארץ ובחו"ל, ולבסוף כשופט בבית המשפט העליון. אין ספק, כי ללא הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, וללא כתב העת "משפטים", אשר מהווה חלק מרכזי במערך הפדגוגי של הפקולטה, חיי המקצועיים לא היו זהים לאלו הקיימים. במובן זה, הביטוי הלטיני *alma mater*, אשר מתייחס למקום בו אדם רכש השכלה ודעת – ומשמעותו המילולית היא "אם מזינה" – מתאר היטב את הפקולטה ואת מה שהיא עבורי. הפקולטה איננה רק המוסד בו למדנו וקיבלנו חינוך משפטי. היא האם הרוחנית והאינטלקטואלית שטיפחה אותנו ושעשתה אותנו המשפטנים שאנו היום.

תובנות אלו פקדו אותי במלוא עוצמתן בשנת 2016, כשקיבלתי הזמנה מבית הספר למשפטים של הרווארד לעבוד שם כפרופסור אורח וללמד דיני נזיקין וסמינריון בנושא רשלנות רפואית. כאשר הגעתי למקום, הסתכלתי מימיני ומשמאלי, ולא יכולתי שלא להתפעל. ראיתי מבנים יפים, ראיתי

* שופט בית המשפט העליון. תודתי נתונה לדנה גרוברט שסייעה בידי בהפיכת הרצאתי למאמר.

כיתות לימוד מפוארות, ראיתי את הארמון הקטן והמבודד שמאכלס את כתב העת Harvard Law Review. ואולם, באותם הרגעים לא יכולתי שלא לחשוב: אני למדתי משפטים אצל מנחם אלון, יצחק אנגלרד, אהרון ברק, רות גביון, אליהו הרנון, יהושע ויסמן, מישאל חשין, אביגדור לבונטין, אוריאל פרוקצ'יה, גבראלה שלו, ואצל מורים מצויינים אחרים – וקיבלתי השכלה משפטית לעילא ולעילא שניתנה תמורת שכר לימוד צנוע. ואחרי שאמרתי זאת לעצמי, לא יכולתי שלא להמשיך ולשאול את עצמי "ומה מקבלים המצטיינים שבמצטיינים שבאים ללמוד משפטים בהרווארד תמורת שכר לימוד שבמושגים שלנו נראה דמיוני? – אותי בדיני נזיקין?!"

* * *

ובמעבר חד מהברכות ומהסיפור האישי אל הרצאתי דהיום על היות המשפט דיסציפלינה אוטונומית.

בעומדי כאן היום, בחגיגות היובל לכתב העת "משפטים", אבקש לחזור אחורה בזמן ולהיכנס לנעליי כחבר מערכת בכתב העת, שכחלק מתפקידו ביקר מאמרים אשר נכתבו על ידי אנשים חשובים. באופן ספציפי יותר, אבקש למתוח ביקורת על מאמרו של השופט האמריקני הדגול ריצ'רד פוזנר שפורסם בעקבות הרצאתו בחגיגות מאה השנה להיווסדות כתב העת Harvard Law Review.¹ במאמר זה, אשר פורסם בשנת 1987, טען פוזנר שהמשפט איננו דיסציפלינה העומדת בזכות עצמה והמקיימת את עצמה. פוזנר הסביר, כי כל הדוקטרינות המשפטיות והכללים המשפטיים המוכרים לנו מורכבים, למעשה, ממילים – ומילים אלו וחיבוריהן למשפטים שלמים ולפסקאות אינם בהכרח ברורים למביני השפה שבאמצעותה השיח המשפטי מתקיים. כך למשל, מלים שהמשפט חי בזכותן, דוגמת הצעה, קיבול, חוזה, תוס, לב, נזיקין, רשלנות, קשר סיבתי, הקטנת נזק, כוונה, ואפילו מילים כמו "גניבה" שנראות פשוטות יותר, אינן מתפרשות לפי מובני השפה היומיומית. מלים אלו וחיבוריהן יונקים את משמעותם מדיסציפלינות חוץ-משפטיות שונות דוגמת פילוסופיה, כלכלה, סטטיסטיקה, פסיכולוגיה וסוציולוגיה, שתובנותיהן מסדירות את מערכת היחסים המורכבת בין אדם ומדינה ובין אדם ואדם שסביבו.² כלומר, כדי להבין את הדוקטרינות ואת הכללים המשפטיים הקיימים, עלינו להיעזר בידע השייך לדיסציפלינות

¹ Richard A. Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, 100 HARV. L. REV. 761 (1987) (להלן: פוזנר).

² שם, עמודים 7-18; ראו גם RICHARD A. POSNER, *THE PROBLEM OF JURISPRUDENCE* 431-433 (1990) (להלן: THE PROBLEM OF JURISPRUDENCE).

החיצוניות למשפט והנפרדות ממנו.³ משמעות המשפט באה מדיסציפלינות אלה, ולא מתוכו ומתוכנו.

מאז פרסום מאמר זה אמנם חלפו כבר למעלה מ-30 שנים, אולם אין ספק כי השפעותיו על החשיבה המשפטית עדיין מהדהדות ואף נותנות את אותותיהן בימים אלו לא רק בארצות הברית, אלא גם אצלנו. כך למשל, בתחום המחקר המשפטי האקדמי אנו עדים לכתיבה בינתחומית ענפה, אשר שמה דגש על הדיסציפלינות שעליהן דיבר פוזנר ולא על המשפט כמשפט. לעומת זאת, כתיבה משפטית המתמקדת בהבנת הדינים הקיימים, בפירושם ובניסיון ללבן בעיות משפטיות בעזרת השפה, הכלים האנליטיים והמשפט המשווה נמצאת מזה שנים רבות במגמת דעיכה בלתי פוסקת.

בזמן שהוקצב לדבריי אבקש לדבר בזכות המשפט כדיסציפלינה אוטונומית ולהטיל ספק בתזה האמורה של פוזנר. אנסה להסביר כי תזה זאת אינה עולה בקנה אחד עם הפרקטיקה המשפטית אשר מתנהלת מחוץ לעולם האקדמי, והיא אף אינה תואמת את המבנה הבסיסי של כללי המשפט אשר מייחדים את תחום המשפט ומגדירים אותו כדיסציפלינה עצמאית.

אזון תחילה בפרקטיקה המשפטית. ברמה העובדתית כפשוטה, השיח המשפטי בין בתי המשפט לבין עורכי הדין ממוקד בדין הנוהג, הפוזיטיבי – ודין זה, המורכב מכללי התנהגות וכללי דיון שונים, וכן מכללי השיח המשפטי, הינו אוטונומי. הטענות שנשמעות במסגרת השיח המשפטי נוגעות לכללי המשפט הקיימים כמות שהם. לא מדובר בטענות נורמטיביות המונחות על ידי דיסציפלינות חוץ-משפטיות והמתבססות, למשל, על תאוריות מתחום הכלכלה או הפילוסופיה. טענות מעין אלה שמורות לאנשי אקדמיה הכותבים מאמרים על הדין הרצוי, ובמידה פחותה יותר ליוזמי רפורמות משפטיות, והן לא מהוות חלק מהשיח המשפטי הנוהג בבתי המשפט. שופטים לא כותבים פסקי דין בשפה נורמטיבית, ועורכי דין לא טוענים טענות בשפה זאת. אדרבא: שופטים ועורכי דין מדברים על תכניו של הדין הקיים כעניין של עובדה אמפירית, על פי רוב אם לא תמיד. כך הוא בישראל, וכך הוא גם בארצות הברית, באנגליה ובמערכות משפט אחרות אשר זכיתי להכיר מקרוב ומרחוק.

קושי גדול עוד יותר שמעורר מאמרו של פוזנר קשור למבנה הבסיסי של כללי המשפט, אשר מתאפיין בשלוש תכונות קבועות הנעדרות מכל דיסציפלינה אחרת. תכונה אחת הכלולה במבנה

³ פוזנר, לעיל ה"ש 1, עמודים 7-18.

בסיסי זה הינה **דיכוטומיות**, אשר מתבטאת בכך שהקביעות המשפטיות הן בהכרח בינאריות ונעדרות טווח: או שיש חוזה, או שאין חוזה; או שהנתבע נהג בתום לב, או שהוא לא נהג בתום לב; או שקיים קשר סיבתי, או שלא קיים קשר סיבתי; או שהנאשם אשם בביצוע שוד בנסיבות מחמירות, או שאיננו אשם בעבירה זו; וכיוצא באלה.⁴ כלומר, המערכת המושגית שבאמצעותה המשפט פועל בבואו לקבוע זכויות, חובות ואחריות, היא מערכת של "כן ולא" ולא של "פחות או יותר". לעניין זה יפים הם דבריו של מורי, השופט מישאל חשין (כתוארו אז), אשר נאמרו בבג"ץ **ולנר**:⁵

"דרכו של המשפט היא דרכה של הגיליוטינה: חיתוך חד, קביעה נחרצת, הכרעה לכאן או לכאן, זכאי וחייב, טוב ורע, שחור ולבן, צד זוכה וצד מפסיד. אם זה טיבו של התהליך, ממילא לא נכניס למכונת המשפט אלא נושאים שניתן וראוי להכריע בהם כך בדרך נחרצת. ואילו נושאים שיש לעגלם, להתפשר בהם, לחיות על דרך ויתורים ובשיטה של תן-וקח, נשאיר אותם להכרעתן של מערכות נורמטיביות אחרות".⁶

כפי שרמז השופט חשין, דיכוטומיות זאת הינה ייחודית לתחום המשפט לבדו ואיננה נפוצה ברוב תחומי החקר האחרים. כך למשל, תורת המוסר בהחלט מתאפיינת ברצף – פחות טוב, טוב, יותר טוב; פסיכולוגיה מכירה במנעד של רציונליות אנושית; ובתחום הכלכלה, פעילות אנושית יכולה לייצר מספר שיווי משקל אופטימליים ולא דווקא שיווי משקל אחד בלבד.

תכונה בסיסית וייחודית נוספת המאפיינת את כללי המשפט בלבד הינה **האינטגרטיביות** שלהם: כל כלל משפטי מתכלל בתוכו מארג של שיקולים חוץ-משפטיים שונים אשר נשקלו על ידי יוצרי הכלל במהלך יצירתו.⁷ כלל משפטי הוא, אם כן, **תוצאת האינטגרציה** של שיקולים חוץ-משפטיים רלבנטיים. גם במובן זה תחום המשפט הינו ייחודי ביותר, שכן ברוב הדיסציפלינות האחרות נעשה ניסיון מודע מצד חוקריהן לחקות את המדע הבסיסי ולהגיע לתובנות הייחודיות לדיסציפלינה הנחקרת בלבד. כך למשל, הניסיון לשלב תופעות התנהגותיות בלתי רציונליות ואת הסבריהן

⁴ ראו (1985) RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 119-145 (להלן: **דבורקין**); דעה הפוכה הביע פוזנר בספרו *THE PROBLEM OF JURISPRUDENCE*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 219-197.

⁵ בג"ץ 5364/94 **ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית**, פ"ד מט(1) 758 (1995).

⁶ שם, בעמ' 825.

⁷ Alex Stein, *The New Doctrinalism: Implications for Evidence Law*, 165 U. PA L. REV. 2085, 2087 (2015).

הפסיכולוגיים השונים במסגרתו של מדע הכלכלה, שראיתו הינה נורמטיבית מיסודה, נתקל בהתנגדות מתודולוגית עזה –⁸ שלטעמי הינה מוצדקת לחלוטין.⁹

על אף שהכלל המשפטי מתכלל בתוכו שיקולים רבים ושונים, המסר שאותו הוא משדר הוא אחד. מסר זה הוא בגדר סיכום הדברים אשר נשקלו במהלך גיבושו של הכלל. נקודה זו מביאה אותי לתכונה הבסיסית השלישית והאחרונה של הכללים המשפטיים: **הסיכומיות**.¹⁰ סיכום כאמור מצוי בכל דבר חקיקה ובכל פסק דין שקובע מהו הדין – עליו מסתמכים עורכי הדין כאשר הם טוענים טענות, ועליו מסתמכים גם השופטים כאשר הם מחליטים אילו טענות לדחות ואילו טענות לקבל. לשיקולים החוץ-משפטיים עליהם דיברתי, אם כן, נפנה אך ורק במקרים בהם אנו לא יודעים לזהות ולהגדיר את המסר של הכלל המשפטי – דהיינו: כשהסיכום לא ברור לנו. ואולם, על פי רוב, אנו מבינים את הסיכום ואת משמעותו; וגם כשהסיכום איננו נהיר דיו ואנו נאלצים לתור אחר "כוונת המחוקק" או אחר הרציונל של תקדים שיפוטי כזה או אחר, אנו עושים מאמץ לאתר את אותה הכוונה ואת אותו הרציונל כפי שמבררים עובדות אמפיריות. בירור זה נעשה, לרוב, בדרך של בדיקת נוהגיו הלשוניים של המחוקק; בדרך של בדיקת פתרונות שהמחוקק או יוצר התקדים מספק לסוגיות משפטיות קרובות או מקבילות; בדרך של בדיקת ההיסטוריה החקיקתית או הסיבה לקביעת התקדים שבו עסקין; וכיוצא באלה. ודוק: דרכים אלו אינן כוללות מסעות אל תוך עולמו הנורמטיבי של הדין הרצוי.

שלוש תכונות אלה של הכללים המשפטיים מוליכות אל המסקנה הבאה: הכלל המשפטי הוא **מעשה עשוי**, שאותו יש להבין כעניין של עובדה, כמות שהוא – ללא תוספות וללא השמטות. אל לנו ליצוק לתוכו תוכן חדש שלא היה כלול בו מבראשית. כל שעלינו לעשות הוא ליישמו על העובדות של כל מקרה ומקרה. שינוי הכלל ייעשה אפוא רק באותם המקרים הנדירים בהם המשפט מתקדם – במסגרת חקיקה חדשה או במסגרת שינויי תקדים פסיקתי, אשר נעשה בהתאם לכללי השינוי המקובלים. ואולם, למעט במקרים החריגים האמורים, הפרקטיקה המשפטית הקיימת איננה עושה שקילה מחדש של אותם שיקולים חוץ-משפטיים ששימשו את יוצר הכלל ביצירתו. הפרקטיקה מתמקדת בכלל גופו ובמסר שהוא משדר, הא ותו לא.

⁸ ראו Drew Fudenberg, *Advancing Beyond Advances in Behavioral Economics*, 44 J. ECON. LITERATURE 694 (2006).

⁹ ראו Alex Stein, *Are People Probabilistically Challenged?* 111 MICH. L. REV. 855 (2013).

¹⁰ ראו דבורקין, לעיל ה"ש 4.

ראייה זאת של הכלל המשפטי כמעשה עשוי סיכומי, אינטגרטיבי ודיכוטומי מבדילה את האופן שבו אני מבין – ומציע להבין – את הדין הקיים מהאופן שבו פוזנר מבין אותו. כללי המשפט בהם מתמקדת התזה של פוזנר אינם מוגדרים מעיקרם כמעשה עשוי סיכומי, אינטגרטיבי ודיכוטומי – נהפוך הוא: על מנת להראות שהתזה שלו נכונה ניסה פוזנר להוכיח כי הגדרה זאת היא בגדר חיזיון שווא שאיננו קיים במציאות. ניסיון זה נסמך בעיקרו על פתיחות השיח המשפטי ועל אי-בהירותו האימננטית של הכלל המשפטי, שלדברי פוזנר נובעים מעמימותה של השפה. ואולם, לטעמי, רוב השפות הינן עשירות דיין כדי לאפשר העברה של מסרים בעלי משמעות אחת אשר תובן בצורה זהה על ידי כל אדם שיודע את השפה. אכן, ייתכן כי לעיתים ניתקל ב"שוליים" של עמימות – אולם סבורני שגם במקרים אלו מרחב התמרון שלנו בשיח יהא מצומצם נוכח מגבלות השפה ונוכח המגבלות המוסדיות שבתוכן בתי המשפט שלנו פועלים.¹¹ הבנת המשפט בה אני מצדד מגדירה אותו, אם כן, כדיסציפלינה אוטונומית שעניינה כללים המהווים מעשה עשוי, סיכומי, אינטגרטיבי ודיכוטומי – תוך שהיא שוללת את התזה של פוזנר מניה וביה.

כאן המקום לסיים את הדיון התורת-משפטי ולספק דוגמאות מחיי המעשה לדברים שאמרתי. דוגמה אחת לדבריי ניתן למצוא בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **סקוק**,¹² שבו נדון סעיף 69(א)(3) לפקודת פשיטת הרגל.¹³ סעיף זה מחריג מההפטר שמוענק לפושט רגל חבות לפי פסק דין בתובענת מזונות. ככלל, חבות כאמור תוסיף לרבוץ על כתפיו של פושט הרגל גם אחרי קבלת ההפטר מיתר חובותיו. השאלה שנדונה בעניין **סקוק** היא האם החרגה כאמור חלה לא רק על החייב במזונות אלא גם על ערב שנתן ערבות לחוב המזונות של החייב ואחר כך הגיע לפשיטת רגל. במענה לשאלה זאת, השופטת י' וילנר התמקדה בתכליתם של דיני פשיטת הרגל, של ההפטר שניתן לפושט הרגל, ושל החרגיגים להפטר שנקבעו בפקודה, והטעימה כי התכלית של אלו היא לאפשר לחייב להשתקם ולפתוח דף חדש בחייו, למעט במקרים בהם דבק בו כשל מוסרי בשל אי תשלום מזונות או מסיבה אחרת.¹⁴ השופטת הסבירה, כי בניגוד לחייב במזונות, בערב לא דבק שום כשל מוסרי, ומשכך אין סיבה להחריגו מדין ההפטר.¹⁵ בניגוד לשופטת וילנר, השופט נ' הנדל הדגיש בניתוחו את התכלית הסוציאלית העומדת בבסיס החרגי שבו עסקינן, אשר נועדה, לדידו, להבטיח את צרכיהם הבסיסיים של ילדי החייב.¹⁶ על רקע תכלית זאת, קבע השופט כי ראוי להחיל את החרגי הקבוע

¹¹ שם, עמ' 128-131.

¹² ע"א 8096/17 **סקוק נ' איסחקוב** (פורסם בנבו, 3.2.2019).

¹³ [נוסח חדש], התש"ס-1980 (להלן: **הפקודה**).

¹⁴ עניין **סקוק**, לעיל ה"ש 12, פס' 19-20 לפסק דינה של השופטת וילנר.

¹⁵ שם, פס' 21 לפסק דינה של השופטת וילנר.

¹⁶ שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל.

בסעיף 69(א)(3) לפקודה על הערב לחוב מזונות – וזאת, בשים לב לשיקול הדעת הרחב הנתון לבית המשפט ביישומו של סעיף זה.¹⁷ לעומת שני חבריי, הילכתי אני בדרך אחרת והתמקדתי בפן הסיכומי של הכלל המשפטי הקבוע בסעיף האמור. לדידי, כלל זה, כמו כל כללי המשפט, כבר מתכלל בתוכו את כל שיקולי המוסר ואת כל השיקולים הכלכליים והסוציאליים אשר נוגעים לעניין בדרך של סיכום המהווה מעשה עשוי. הסיכום שהונח לפנינו על ידי המחוקק קובע כי ההפטר שניתן לפושט הרגל חל על מכלול חובותיו, למעט "חבות לפי פסק דין לחובתו בתובענת מזונות".¹⁸ החבות לפי פסק דין מזונות חלה על מי שחויב באותו פסק דין לשלם מזונות לילדיו או לבן זוגו, ועל כן חייב זה לא יקבל הפטר מחבותו זו. באשר לאדם שנתן ערבות לאותו חייב, חבותו בדמי המזונות באה מכוחם של כתב הערבות, דיני הערבות, ואולי אף מכוחו של פסק דין בעניין ערבותו, אולם בוודאי לא מכוחו של פסק דין אשר ניתן "בתובענת מזונות". לפיכך הגעתי למסקנה כי החריג שבסעיף 69(א)(3) לפקודה איננו חל על הערב שנמצא בפשיטת רגל.¹⁹

ברור ומובן הוא, כי איש מהשופטים שישבו על מדין בפרשה זו לא ביקש להגיע בפסק דינו לתוצאה אופטימלית מבחינת צדק חלוקתי, מבחינה כלכלית או מבחינה חברתית. הוויכוח בינינו התקיים במסגרת דליית אמותיו של החוק, כשכל אחד מאתנו ניסה לברר את עמדתו של המחוקק ביחס לגבולות ההפטר שניתן לערב-פושט-רגל. כל אחד מהשופטים ניסה לבחון האם ועד כמה השפה בה נקט המחוקק עמומה, ועד כמה היא מאפשרת או לא מאפשרת את התוצאה שאליה הגיע. בשאלות אלו אמנם נחלקנו אני וחבריי, אולם השיח בינינו היה שיח משפטי שעניינו תוכן הדין המצוי והרצון הכן להגיע אליו. אציין כי מאחורי שיח זה עומדות גישות שונות בנוגע לפרשנותם של חוקים ולאיתור כוונת המחוקק, אך כיוון שגישות אלו לא נדונו במפורש בפסק הדין, לא אדון בהן.

במקום לדון בדברים שלא נאמרו, אעבור למקרה אחר אשר מדגים מחלוקת שופטים לגבי דרכי פרשנותו של המשפט המצוי ולגבי יסודותיו. מחלוקת זו נתגלעה בפסק הדין בעניין **מי-טל**,²⁰ שבמרכזו עמד זוג ממוצא ערבי אשר ביקש לרכוש דירה מחברה קבלנית פרטית וסורב בשל מוצאו. יחס מפלה זה שקיבל הזוג מהחברה הניע אותו להגיש נגדה תביעת פיצויים אשר הגיעה בסופו של דבר לדיון בבית המשפט העליון. תביעה זו התבססה על איסור ההפליה הקבוע בחוק איסור הפליה

¹⁷ שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט הנדל.

¹⁸ שם, פס' 3-2 לפסק דיני.

¹⁹ שם, פס' 5 לפסק דיני.

²⁰ רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן (19.8.2019).

במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000,²¹ ובדין הכללי. חברי, השופט מ' מזוז, ואני נחלקנו בשאלה האם דירה היא בגדר "מוצר" שהפליה בהספקתו נאסרה בסעיף 3(א) לחוק איסור הפליה. בחוות דעתו התמקד חברי בתכלית האובייקטיבית של החוק, שהינה קידום השוויון ומניעת הפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים,²² וכן בתכלית הסובייקטיבית שלו – כפי שזו עולה מלשון החוק ומההיסטוריה החקיקתית שלו. בחינת מקורות משפט אלה הובילה את חברי למסקנה כי קיימת ביניהם סתירה, שכן, לדידו, מהבחינה הלשונית המונח "מוצר" כולל גם דירה,²³ בעוד שמדברי ההסבר להצעת החוק עולה כי המחוקק ביקש להחריג מקרקעין מתחולתו ולא לכלול אותם במונח "מוצר".²⁴ כדי לפתור את המתח האמור בין שני מקורות המשפט, קבע חברי כי במקרים בהם לשון החוק מספקת תמונה ברורה של תכלית החוק, וזו סותרת את ההיסטוריה החקיקתית שלו, אזי ההיסטוריה החקיקתית תיסוג מפני התכלית.²⁵ לאור דברים אלו קבע השופט מזוז כי המונח "מוצר" כולל בחובו גם דירות מגורים.²⁶

בניגוד לחברי, אני סברתי כי בפרשנותו של חוק שאיננו ברור דיו יש לייחס משקל רב לכוונת המחוקק – כפי שהיא עולה, במקרה דנן, מדברי ההסבר להצעת חוק איסור הפליה. כמו כן סברתי כי במקרה הנדון כוונה זאת ממילא נתמכת גם בלשון החקיקה, מאחר שהמחוקק השתמש עד כה בביטוי "מוצר" רק ביחס למיטלטלין ולא ביחס לנכסי דלא נידי.²⁷ משכך, הגעתי למסקנה כי חוק איסור הפליה אינו מתייחס לדירות,²⁸ וכי לתובעים לא מגיע פיצוי מכוחו. יחד עם זאת, התובעים לא יצאו וידם על ראשם, שכן הם ממילא היו זכאים לפיצויים בגין הפליה מכוח הדין הכללי. החברה הקבלנית הקימה את בניין הדירות ממנו היא הדירה את התובעים על מקרקעי המדינה במסגרת פרויקט בנייה עם רשות מקרקעי ישראל. על רשות זאת חל איסור חמור על הפליה בהקצאת זכויות במקרקעי המדינה – זאת, הן מכוח האמור בחוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, והן במסגרת המשפט המינהלי הכללי אשר אוסר על הפליה. מאחר שהרשות לא יכלה למסור לחברה הקבלנית את מקרקעי המדינה, עליהם הדירה נבנתה, כשהם חופשיים מהאיסורים האמורים על הפליה,

²¹ להלן: **חוק איסור הפליה או החוק**.

²² עניין **מי-טל**, לעיל ה"ש 20, פסקה 27 לפסק דינו של השופט מזוז.

²³ שם, פסקאות 23-26 לפסק דינו של השופט מזוז.

²⁴ שם, פסקה 39 לפסק דינו של השופט מזוז; ראו גם דברי ההסבר לסעיף 3(א) להצעת חוק איסור הפליה במוצרים, מקרקעין, העשויים להיות נושא לחקיקה נפרדת" (להלן: **הצעת חוק איסור הפליה**).

²⁵ עניין **מי-טל**, לעיל ה"ש 20, פסקה 31 לפסק דינו של השופט מזוז.

²⁶ שם, פסקה 42 לפסק דינו של השופט מזוז.

²⁷ שם, פסקאות 4-5 לפסק דיני.

²⁸ שם, פסקה 10 לפסק דיני.

החברה היתה כפופה גם היא לאיסורים אלו, ועל כן היא הפרה אותם במגעה עם התובעים. לטעמי, הפרה כאמור מהווה ניהול משא ומתן טרום-חוזי בדרך לא מקובלת וכן שימוש לרעה בזכות – מעשים שבעטיים התובעים היו זכאים לתבוע ולקבל מהחברה פיצויים מכוח האמור בסעיפים 12(א), 39 ו-61(ב) לחוק החוזים חלק כללי, התשל"ג-1973.²⁹

השופט נ' הנדל החליט שלא להכריע במחלוקת העקרונית שביני לבין השופט מזוז מאחר שההכרעה בה ממילא לא תשנה את תוצאת המשפט, אליה הוא הצטרף.³⁰

כמו בעניין סקוק,³¹ גם בפרשת מי-טל³² המחלוקת בין השופטים נסובה על הדין הקיים ולא על הדין הרצוי. מחלוקת זאת, שעיקרה מקורות המשפט השונים והיחס ההיררכי שביניהם, היא מחלוקת משפטית מובהקת. השיח שהתקיים ביחס אליה בפסק הדין ובטיעוני הצדדים היה שיח משפטי מובהק. אין המדובר בשיח פתוח שבמרכזו שאלות חוץ-משפטיות מתחום המוסר או הכלכלה, שאין להן תשובה מוסכמת או מוסמכת. השיח התמקד אך ורק בשאלות מה אומר הדין ברמה העובדתית ולפי אלו כללים יש לפרשו, כעניין שבעובדה. שאלות אלו הן מסוג השאלות שמוביל ל"כלל ההכרה" ההארטיאני, שאותו אוכל רק לאזכר מבלי לקיים בו דיון.³³

ולסיכום דבריי. בהרצאתי זאת הסברתי מדוע התזה של פוזנר, העושה רדוקציה של המשפט למילים שלתוכן השופטים לכאורה יוצקים תכנים מהותיים לפי שיקוליהם הערכיים איננה נכונה. הראיתי כי תזה זאת אינה תואמת את הפרקטיקה המשפטית ואף לא את המבנה הבסיסי של כללי המשפט. הסברתי כי בניגוד לגישתו של פוזנר, הכלל המשפטי הוא מעשה עשוי סיכומי, אינטגרטיבי ודיכוטומי – דבר אשר מראה כי למערכת המשפט יש קיום אוטונומי משל עצמה, שאיננו תלוי בדיסציפלינות אחרות.

²⁹ פסק דיני זה השאיר בצריך עיון את השאלה האם בעל מקרקעין פרטיים רשאי לקבל ביחס אליהם החלטות ממניעים גזעניים ולנהוג על פיהן. ראו שם, פסקה 24. בשאלה זו לא ראיתי סיבה לדון מאחר שהיא לא התעוררה. ואולם, אעיר, במאמר מוסגר, כי חירותו של בעל קניין לעשות בקניינו כאוות נפשו הוקנתה לו בשל ערכה המוסרי, הפוליטי והכלכלי של החירות. ודוק: חירות זו, ככל חירות הופלדיאנית, אינה מקימה זכות תביעה כנגד אדם אחר. לפיכך, דומני שבתי המשפט שלנו לא יאכפו התחייבות בעלת אופי גזעני, כגון התחייבות שלא למכור דירה לבני קבוצה אתנית או לאומית כזאת או אחרת. הטעם לכך הוא, שאכיפתה של זכות-תביעה – להבדיל מחירות, שמשמעה "זכות שלילית" שלא להיות כפוף לזכותו של אדם אחר – טעונה שיתוף פעולה אקטיבי של בית משפט כאחד ממוסדות המדינה, שלה אסור להפלות או לסייע למעשי הפליה המונעים על ידי טעמי דת, גזע, לאום, מין, מגדר, וכיוצא באלה. השוו: Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948) (פסק דין תקדימי שהכריז כי תניות חוזיות וזיקות הנאה, אשר מתיימרות למנוע רכישת זכויות במקרקעין על ידי אנשים בשל מוצאם האתני או בשל צבע עורם, הינן בלתי אכיפות מכוח דוקטרינת ה-state action שאוסרת על מוסדות המדינה, לרבות בתי המשפט, לסייע למעשי הפליה ועל ידי כך לפגוע בעיקרון השוויון).

³⁰ שם, פסקה 30 לפסק דינו של השופט הנדל.

³¹ לעיל ה"ש 12.

³² לעיל ה"ש 20.

³³ H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 92-93 (1961).