

המשפט כדיסציפלינה אוטונומית

מאת

אלכס שטיין*

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

חגכם הוא חגי. חברותי במערכת **משפטים**, כשאר חוויות הלימוד שלי כתלמיד בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, הותירה אצלי זיכרונות רבים וטובים. הפקולטה דאגה לא רק לקיומה ולתפקודה העצמאיים של מערכת **משפטים**. היא דאגה גם לטיפוח החשיבה הביקורתית והעצמאית שלנו כחברי מערכת. במסגרת תפקידנו זה נדרשנו להעריך מאמרים לפי מיטב הבנתנו. נדרשנו לבדוק, לחקור, לחשוב ולהטיל ספק. שלא במפתיע, התקופה שבה הייתי חבר מערכת בכתב העת הייתה מעצבת ובונה, וללא ספק הייתה "יריית הפתיחה" של חיי המקצועיים – כסטודנט לתואר ראשון, שני ושלישי, כעורך דין, כחבר סגל זוטר ובכיר באוניברסיטה העברית ובמוסדות אחרים, בארץ ובחור"ל, ולבסוף כשופט בבית המשפט העליון. אין ספק כי ללא הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, וללא כתב העת **משפטים**, שהוא חלק מרכזי במערך הפדגוגי של הפקולטה, לא היו חיי המקצועיים זהים לאלו הקיימים. במובן זה, הביטוי הלטיני *alma mater*, אשר מתייחס למקום שבו אדם רכש השכלה ודעת – ומשמעותו המילולית היא "אם מזינה" – מתאר היטב את הפקולטה ואת מה שהיא עבורי. הפקולטה איננה רק המוסד שבו למדנו וקיבלנו חינוך משפטי. היא האם הרוחנית והאינטלקטואלית שטיפחה אותנו ושעשתה אותנו למשפטנים 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 לימיני ולשמאלי, ולא יכולתי שלא להתפעל. ראיתי מבנים יפים, ראיתי כיתות לימוד מפוארות, וכן 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, אהרן ברק, רות גביון, אליהו הרנון, יהושע ויסמן, מישאל חשין, אביגדור לבונטין, אוריאל פרוקצ'יה, גבריאלה שלו, ואצל מורים מצוינים 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 לא פחות מדמיוני? אותי בדיני נזיקין?!"

* שופט בית המשפט העליון. הדברים מבוססים על הרצאה שניתנה בכנס היובל של כתב העת **משפטים** ביום 12.6.2019. תודתי נתונה לדנה גרוברט שסייעה בידי בהפיכת הרצאתי למאמר.

* * *

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 בידי 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 בכוחותיה שלה. פוזנר הסביר כי כל הדוקטרינות המשפטיות והכלים המשפטיים המוכרים לנו מורכבים למעשה ממילים – ומילים אלו וחיבוריהן למשפטים שלמים ולפסקאות אינם בהכרח ברורים למבני השפה שבאמצעותה השיח המשפטי מתקיים. למשל, מילים שהמשפט חי בזכותן, דוגמת הצעה, קיבול, חוזה, תום לב, נזיקין, רשלנות, קשר סיבתי, הקטנת נזק, כוונה, ואפילו מילים כמו "גנבה", שנראות פשוטות יותר, אינן מתפרשות לפי מובני השפה היום-יומית. מילים אלו וחיבוריהן יונקים את משמעותם מדיסציפלינות חוץ-משפטיות שונות אשר באות להסביר ולבקר את יחסי הגומלין השונים בין בני אדם ואת החלטותיהם בעניינים שונים החשובים לחייהם, כדוגמת פילוסופיה, כלכלה, סטטיסטיקה, פסיכולוגיה, סוציולוגיה ותורת הלשון.² כלומר, כדי להבין את הדוקטרינות ואת הכללים המשפטיים הקיימים עלינו להיעזר בידע השייך לדיסציפלינות החיצוניות למשפט והנפרדות ממנו.³ משמעות המשפט באה מדיסציפלינות אלה, ולא מתוכו ומתוכנו. מאמר זה של פוזנר סימן באופן כמעט רשמי את קבורתה של המתודה המשפטית הקלאסית, אשר שימשה בסיס להוראה ולמחקר בני זמננו לאחר היווסדה, בסוף המאה התשע-עשרה, על ידי הדיקן של הרווארד דאז, כריסטופר קולומבוס לנגדל.⁴

מאז פרסום המאמר אומנם חלפו כבר יותר 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. למשל, בתחום המחקר המשפטי האקדמי אנו עדים לכתיבה בינתחומית ענפה, אשר מדגישה את הדיסציפלינות שעליהן דיבר פוזנר ולא את המשפט כמשפט. לעומת זאת, כתיבה משפטית המתמקדת בהבנת הדינים הקיימים, בפירושם ובניסיון ללבן בעיות משפטיות בהתבסס על התקדימים השיפוטיים, על השפה, על הכלים האנליטיים ועל המשפט המשווה מצויה זה 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

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

2 ראו שם, בעמ' 7–18; RICHARD A. POSNER, THE PROBLEM OF JURISPRUDENCE 431–433 (1990); Posner, *The Decline of Law*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 7–18.

3 ראו Anthony Chase, *The Birth of the Modern Law School*, 23 AM. J. LEGAL HISTORY 329 (1979).

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 אשר מתנהלת לפי חוקיה הפנימיים.

אדון 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, הוא אוטונומי. הטענות שנשמעות בשיח המשפטי נוגעות לכללי המשפט הקיימים כמות שהם. אין מדובר בטענות נורמטיביות הלקוחות מדיסציפלינות חוץ-משפטיות והמתבססות למשל על תאוריות מתחום הכלכלה או הפילוסופיה. טענות מעין אלה שמורות לאנשי אקדמיה שכותבים מאמרים על הדין הרצוי, ובמידה פחותה יותר ליוזמי רפורמות משפטיות, והן אינן חלק מהשיח המשפטי הנוהג בבתי המשפט. שופטים אינם כותבים פסקי דין בשפה נורמטיבית, ועורכי דין אינם טוענים טענות בשפה זאת. אדרבה: שופטים ועורכי דין מדברים על תכניו של הדין הקיים כעניין של עובדה אמפירית, על פי רוב אם כי 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 וייחודיות, הנעדרות מכל דיסציפלינה אחרת. תכונה אחת הכלולה במבנה בסיסי זה היא **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 בכיצוע שוד בנסיבות מחמירות, או שאיננו אשם בעבירה זו, וכיוצא באלה.⁵ כלומר, המערכת המושגית שבאמצעותה המשפט פועל כבואו לקבוע זכויות, חובות ואחריות, היא מערכת של "כן ולא" ולא של "פחות או יותר". לעניין זה יפים הם דבריו של מורי, השופט מישראל חשין (כתוארו אז), אשר נאמרו בבג"ץ ולנר:⁶

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.

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

5 ראו RONALD DWORIN, A MATTER OF PRINCIPLE 119–145 (1985). דעה הפוכה הביע פוזנר (Posner), בספרו THE PROBLEM OF JURISPRUDENCE, לעיל ה"ש 2, בעמ' 197–219.

6 בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 825 (1995).

תכונה בסיסית וייחודית נוספת המאפיינת את כללי המשפט בלבד היא **האינטגרטיביות** שלהם: כל כלל משפטי מתכלל בתוכו מארג של שיקולים חוץ-משפטיים שונים ששקלו יוצרי הכלל במהלך יצירתו.⁷ כלל משפטי הוא אפוא **תוצאת האינטגרציה** של שיקולים חוץ-משפטיים רלוונטיים. גם במובן זה תחום המשפט הוא 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 לא רציונליות ואת הסבריהן הפסיכולוגיים השונים במדע הכלכלה, שראיתו נורמטיבית מיסודה, נתקל בהתנגדות מתודולוגית עזה⁸ – שלטעמי היא מוצדקת לחלוטין.⁹ 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. אם כן, לשיקולים החוץ-משפטיים שעליהם דיברתי נפנה אך ורק במקרים שבהם איננו יודעים לזהות ולהגדיר את המסר של הכלל המשפטי, דהיינו: כשהסיכום אינו ברור לנו. ואולם, על פי רוב אנו מבינים את הסיכום ואת משמעותו, וגם כשהסיכום אינו 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. ברור זה נעשה, לרוב, בדרך של בדיקת נהגיו 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 עסקינן, וכיוצא באלה. ודוק, דרכים אלו מצויות בעולמן של עובדות.¹¹ הן אינן כוללות מסעות אל תוך עולמו הנורמטיבי של הדין הרצוי.

שלוש תכונות אלה של הכללים המשפטיים מוליכות אל המסקנה הזאת: 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. אין עלינו אלא ליישמו ביחס לעובדות של כל מקרה ומקרה. שינוי הכלל ייעשה אפוא רק באותם המקרים הנדירים שבהם המשפט מתקדם – במסגרת חקיקה חדשה או במסגרת שינויי תקדים פסיקתי אשר נעשה לפי כללי השינוי המקובלים, כדוגמת ההליך של דיון נוסף.¹² ואולם, בכפוף למקרים החריגים האמורים, הפרקטיקה המשפטית הקיימת איננה עושה שקילה מחדש של

7 Alex Stein, *The New Doctrinalism: Implications for Evidence Theory*, 163 U. PA. L. REV. 2085, 2087 (2015).

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

9 Alex Stein, *Are People Probabilistically Challenged?*, 111 MICH. L. REV. 855 (2013) ראו
10 דWORKIN, לעיל ה"ש 5.

11 Alex Stein, *Probabilism in Legal Interpretation*, 107 IOWA L. REV. (forthcoming, 2022) ראו

12 ראו ס' 18 לחוק-יסוד: השפיטה וס' 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

אותם שיקולים חוץ-משפטיים ששימשו את יוצר הכלל ביצירתו. הפרקטיקה מתמקדת בכלל גופו ובמקור שהוא משדר – הא ותו לא.

לדעתי, ראייה זאת של הכלל המשפטי כמעשה עשוי סיכומי, אינטגרטיבי ודיכוטומי היא הגישה הנכונה להבנת המשפט הנוהג. גישה זו מנוגדת לגישתו של פוזנר. כללי המשפט שבהם 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 חזיון 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 הן עשירות דיין כדי לאפשר העברה של מסרים בעלי משמעות אחת שהבנתה תהיה זהה בין כל היודעים את השפה. הניסיון העשיר שהצטבר בתחום השפה והקומוניקציה הבין-אישית מלמד שרוב האנשים שרוצים להבין זה את זה אכן מבינים איש את רעהו. למשל, מאמרו של פוזנר עצמו איננו משאיר שום מקום לעמימות בנוגע למסר שבו; ואם כך, מהו הבסיס להנחה שהמחוקק בבואו לחוקק חוק או בית משפט בבואו ליצור תקדים לא יידע לבטא את המסר שבפיו באותה רמה של בהירות? אכן, ייתכן כי לעיתים ניתקל ב"שוליים" של עמימות, אשר יכול שייווצרו אף בכוננת מכוון, אולם סבורני שגם במקרים אלו מרחב התמרון שלנו בשיח יהא מצומצם נוכח מגבלות השפה ונוכח המגבלות המוסדיות – כדוגמת עקרונות המשפט הכלליים והדרישה לקיום הרמוניה בין כללי המשפט – שבתוכן בתי המשפט שלנו פועלים.¹³

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,¹⁴ שבו נדון סעיף 69(א)(3) לפקודת פשיטת הרגל.¹⁵ 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 אם 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 התמקדה השופטת י' וילנר בתכליתם של דיני פשיטת הרגל, של ההפטר שניתן לפושט הרגל ושל החרגים להפטר שנקבעו בפקודה, והטעימה כי התכלית של אלו היא לאפשר לחייב להשתקם ולפתוח דף חדש בחייו, לבד מבמקרים שבהם דבק בו כשל מוסרי בשל אי-תשלום מזונות או מסיבה אחרת.¹⁶ השופטת הסבירה כי בניגוד לחייב במזונות, בערב לא דבק שום כשל מוסרי, ומשכך – אין סיבה להחריגו מדין ההפטר.¹⁷ בניגוד לשופטת וילנר, השופט נ' הנדל הדגיש בנייתו את התכלית הסוציאלית שבבסיס החרג שבו עסקינן, אשר נועדה,

13 ראו והשוו DWORKIN, לעיל ה"ש 5 בעמ' 128–131.

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

15 פקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם–1980 (להלן: הפקודה). פקודה זו הוחלפה על ידי חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח–2018, אך ההסדר שבו עסקינן נשאר בעינו. ראו ס' 175(א)(3) לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי.

16 עניין סקוק, לעיל ה"ש 14, פס' 19–20 לפסק דינה של השופטת וילנר.

17 שם, פס' 21.

לדירו, להבטיח את צורכיהם הבסיסיים של ילדי החייב.¹⁸ על רקע תכלית זאת קבע השופט כי ראוי להחיל את החריג הקבוע בסעיף 69(א)(3) לפקודה על הערב לחוב מזונות, בשים לב לשיקול הדעת הרחב הנתון לבית המשפט ביישומו של סעיף זה.¹⁹ 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 – השורה התחתונה אשר מהווה מעשה עשוי. הסיכום שהניח לפנינו המחוקק קובע כי ההפטר שניתן לפושט הרגל חל על מכלול חובותיו, לבד מ"חבות לפי פסק דין לחובתו בתובענת מזונות".²⁰ 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 בהיותו פושט רגל. באשר לאדם שנתן ערבות לאותו חייב, חבותו בדמי המזונות באה מכוחם של כתב הערבות, של 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 הנתון בפשיטת רגל.²¹

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 כוללת. הוויכוח בינינו התקיים בד' אמותיו של החוק, כשכל אחד מאיתנו ניסה לברר את עמדתו של המחוקק באשר לגבולות ההפטר שניתן לערב-פושט-רגל. כל אחד מהשופטים ניסה לבחון אם ועד כמה השפה שנקט המחוקק עמומה, ועד כמה היא מאפשרת או לא מאפשרת את התוצאה המשפטית שאליה הגיע. אומנם בשאלות אלו נחלקנו אני וחברי, אולם השיח בינינו היה שיח משפטי שעניינו תוכן הדין המצוי כעניין של עובדה 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 כאן.

במקום לדון בדברים שלא נאמרו, אעבור למקרה אחר אשר מדגים מחלוקת שופטים באשר לדרכי פרשנותו של הדין המצוי ובאשר ליסודותיו. מחלוקת זו נתגלעה בפסק הדין בעניין מי-טל,²² 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, תביעה שהגיעה בסופו של דבר לדיון בבית המשפט העליון. תביעה זו התבססה על איסור הפליה הקבוע בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000 (להלן: חוק איסור הפליה) ובדין הכללי. חברי השופט מ' מזוז ואני נחלקנו בשאלה אם דירה היא בגדר "מוצר" שהפליה בהספקתו נאסרה בסעיף 3(א) לחוק איסור הפליה. בחוות דעתו התמקד חברי בתכלית

18 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל.

19 שם, פס' 10.

20 שם, פס' 2–3 לפסק דינו של השופט שטיין (ההדגשה הוספה).

21 שם, פס' 5.

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

האובייקטיבית של חוק איסור הפליה, שהיא קידום השוויון ומניעת הפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים,²³ 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,²⁴ אך מדברי ההסבר להצעת חוק איסור הפליה עולה כי המחוקק ביקש להחריג מקרקעין מתחולתו ולא לכלול אותם במונח "מוצר".²⁵ כדי לפתור את המתח האמור בין שני מקורות המשפט קבע חברי כי במקרים שבהם לשון החוק מספקת תמונה ברורה של תכלית החוק, וזו סותרת את ההיסטוריה החקיקתית שלו, אזי ההיסטוריה החקיקתית תיסוג מפני התכלית.²⁶ לאור דברים אלו קבע השופט מזוז כי המונח "מוצר" כולל בחובו גם דירות מגורים.²⁷

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 בדברו על מיטלטלין ולא על נכסי דלא נידי בדברי חקיקה שונים.²⁸ משכך, הגעתי למסקנה כי חוק איסור הפליה אינו מתייחס לדירות,²⁹ וכי אין מגיע לתובעים פיצוי מכוחו. 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, שממנו היא הדירה את התובעים בשל מוצאם או דתם, על מקרקעי המדינה במסגרת פרויקט בנייה עם רשות מקרקעי ישראל. על רשות זאת חל איסור חמור על הפליה בהקצאת זכויות במקרקעי המדינה – הן מכוח האמור בחוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך–1960, והן במסגרת המשפט המנהלי הכללי אשר אוסר על הפליה. מאחר שהרשות לא יכלה למסור לחברה הקבלנית את מקרקעי המדינה שעליהם נבנתה הדירה, כשהם חופשיים מהאיסורים האמורים על הפליה, הייתה החברה כפופה גם היא לאיסורים אלו, ועל כן היא הפרה אותם במגעה עם התובעים. לטעמי, הפרה כאמור היא ניהול משא ומתן טרום-חוזי בדרך לא מקובלת וכן שימוש לרעה בזכות – מעשים שבעטיים היו התובעים זכאים לתבוע ולקבל מהחברה פיצויים מכוח האמור בסעיפים 12(א), 39 ו-61(ב) לחוק החוזים חלק כללי, התשל"ג–1973.³⁰

23 שם, פס' 27 לפסק דינו של השופט מזוז.

24 שם, פס' 23–26.

25 שם, פס' 39. כן ראו דברי ההסבר לסעיף 3(א) להצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס–2000, ה"ח 370, 372, אשר מצהירים כי "האיסור אינו חל על מקרקעין, העשויים להיות נושא לחקיקה נפרדת" (להלן: הצעת חוק איסור הפליה).

26 עניין מי-טל, לעיל ה"ש 22, פס' 31 לפסק דינו של השופט מזוז.

27 שם, פס' 42.

28 שם, פס' 4–5 לפסק דינו של השופט שטיין.

29 שם, פס' 10.

30 פסק דיני זה השאיר בצריך עיון את השאלה אם בעל מקרקעין פרטיים רשאי לקבל בעניינם החלטות ממניעים גזעניים ולנהוג על פיהן (ראו שם, פס' 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 הפלדאינית, אינה

השופט נ' הנדל החליט שלא להכריע במחלוקת העקרונית שביני לבין השופט מזוז מאחר שההכרעה בה ממילא לא תשנה את תוצאת המשפט, שאליה הוא הצטרף.³¹ כמו בעניין סקוק,³² גם בעניין מי-טל המחלוקת בין השופטים נסבה על הדין הקיים ולא על הדין הרצוי.³³ מחלוקת זאת, שעיקרה מקורות המשפט השונים והיחס ההיררכי שביניהם, היא מחלוקת משפטית מובהקת. השיח שהתקיים בעניינה בפסק הדין ובטיעוני הצדדים היה שיח משפטי מובהק. אין מדובר 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 אילו כללים יש לפרשו כעניין עובדתי. שאלות עובדתיות אלו הן מסוג השאלות אשר מובילות, בסוף הדרך, ל"כלל ההכרה" ההארטיאני, שאותו אוכל רק לאזכר מבלי לקיים בו דיון.³⁴ ולסיכום דבריי, בהרצאתי זאת הסברתי מדוע התזה של פוזנר, העושה רדוקציה של המשפט למילים, שלתוכן השופטים 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. זוהי דרכו של משפט כמשפט.

מקימה זכות תביעה נגד 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 – בשונה מחירות, שמשמעה "זכות שלילית" שלא להיות כפוף לזכות-תביעה של אדם אחר – טעונה שיתוף פעולה אקטיבי של בית משפט כאחד ממוסדות המדינה, שלה אסור להפלות או לסייע למעשי הפליה המונעים מטעמי 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 בידי אנשים בשל מוצאם האתני או בשל צבע עורם, הן בלתי אכיפות מכוח דוקטרינת ה-state action, שאוסרת על מוסדות המדינה, לרבות בתי המשפט, לסייע למעשי הפליה ובכך לפגוע בעקרון השוויון).

31 שם, פס' 30 לפסק דינו של השופט הנדל.

32 לעיל ה"ש 14.

33 לעיל ה"ש 22.

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