

# עניין מי-טל הנדסה מנקודת מבט של צדק ביחסים

חאלד כבוב\* ואיתמר לוי\*\*

א. מבוא

ב. חוות דעתו של השופט מזוז בעניין מי-טל הנדסה

ג. מעין תפיסה של צדק ביחסים

ד. סיכום

## א. מבוא

דמותו של המשפטן מנחם (מני) מזוז מתחברת, באופן טבעי, לעולם המשפט הציבורי. זאת, בין היתר, בשל שירותו הציבורי ארוך השנים, במסגרתו הוא ניהל מאבק עיקש בנגע השחיתות השלטונית,<sup>1</sup> ושקד על ביצור שלטון החוק וערכי הממלכתיות, תוך הכרה בגבולות המשפט והצורך לחזק מערכות ציבוריות וערכים שאינם נגזרים מן הדין.<sup>2</sup> ספר זה על מגוון המאמרים והחיבורים המופיעים בו – מענייני ביטחון שונים, עובר במוסד היועץ המשפטי לממשלה וכלה באתיקה של עובדי ציבור – הוא עדות ברורה לכך. לפיכך, אין זה מפתיע כי מני מזוז הוא אחד מהמשפטנים המשפיעים והמוערכים במערכת המשפט הציבורית בישראל בעשרים וחמש השנים האחרונות. זאת, בזכות גישתו הישירה ועמדותיו העצמאיות והנחרצות, בפרט כיועץ משפטי לממשלה וכשופט בית המשפט העליון. עם זאת, תרומת פועלו של מני מזוז חורגת מגבולות המשפט הציבורי ומתפרשת גם לתחומי המשפט האזרחי. ברשימה קצרה זו נבקש להאיר נדבך חשוב נוסף בפועלו של השופט מזוז, בתחום דיני איסור הפליה במוצרים ובשירותים פרטיים, כפי שזה בא לידי ביטוי בפסק הדין בעניין מי-טל הנדסה.<sup>3</sup>

\* שופט בית המשפט העליון, דוקטור למשפטים.

\*\* עורך דין, עוזר משפטי של כבוד השופט כבוב בהווה ומתמחה של כבוד השופט מזוז בעבר.

1 ראו, למשל, חוות דעתו של השופט מזוז ברע"פ 3292/15 לחיאני נ' מדינת ישראל (נבו) (17.11.2015).

2 ראו, למשל, פס' 2 לחוות דעתו בבג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (27.5.2020).

3 רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן (נבו) (19.8.2019). יוער כי רשימה זו תבקש להתמקד בניתוח חוות דעתו של השופט מזוז, וככלל, בלי להביע עמדה באשר

כפי שיוסבר להלן, לדעתנו אפשר לחלץ מפסק דין זה תפיסה ערכית ברורה גם בשדה המשפט האזרחי. זאת, דרך תיאוריה של 'צדק ביחסים' במשפט הפרטי, המבוססת על עקרונות ליברליים מרכזיים. עקרונות אלו אינם מסתפקים רק בהיבטים פורמליים של זכויות וחובות במשפט הפרטי, אלא באופי ובאיכות של מערכות היחסים בין הצדדים לאור מחויבויות ליברליות בסיסיות דוגמת אוטונומיה והגדרה עצמית, לצד שוויון מהותי.<sup>4</sup>

## ב. חוות דעתו של השופט מזוז בעניין מי-טל הנדסה

הרקע לפסק הדין פשוט ומכוער: רשות מקרקעי ישראל התקשרה בחוזה עם חברת מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ, חברה קבלנית פרטית, לצורך בניית דירות על מקרקעי המדינה ושיווקן לציבור הרחב. המשיבים, בני זוג ערבים מצפון הארץ, התעניינו בפרויקט מגורים ששיווקה חברת מי-טל הנדסה בירושלים. דא עקא, במהלך שיחה טלפון עם נציגה מטעם החברה, נמסר לבני הזוג כי אין מכירת דירות לערבים. בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי בירושלים קבעו כי מדובר בהפליה אסורה בהתאם לסעיף 3 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: החוק או חוק איסור הפליה). מי-טל הנדסה לא אמרה נואש, והגישה בקשה למתן רשות לערער לבית המשפט העליון.

השאלה שהניח השופט מזוז על המדוכה הייתה: האם אכן הפליה במכירת דירת מגורים על ידי חברה קבלנית מקימה עילת תביעה מכוח חוק איסור הפליה? מפאת חשיבותה העקרונית של הסוגיה, הוחלט לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות והוגש ערעור לפי הרשות שניתנה. לא זו אף זו, להליך התייצב היועץ המשפטי לממשלה, שהביע עמדתו, והוגשו שתי בקשות להצטרף להליך במעמד של ידיד בית המשפט – אחת מטעם האגודה לזכויות האזרח והשנייה מטעם פורום קהלת. יצוין כי השופטים נחלקו בשאלה אם חוק איסור הפליה חל על מכר דירות בידי מי שזה עיסוקו, כעמדת השופט מזוז, או שמא, בנדון דידן, חובה זו נגזרת מההסכמים מול רשות מקרקעי ישראל ונשאבת מהמשפט הציבורי, כעמדת השופט שטיין. עם זאת, על שלושת השופטים היה מקובל כי התנהלות מי-טל הנדסה הייתה מפלה ופסולה, ובהתאם כי המשיבים זכאים לפיצויים. זאת, בין מכוח דיני איסור הפליה במשפט הפרטי ובין מכוח עקרונות המשפט הציבורי.

למחלוקות שנפלו בין חברי ההרכב גופן, שלא לשם הדגשת הדברים ביחס לחוות דעתו של השופט מזוז.

<sup>4</sup> לגרסה מקיפה בעברית, שתשמש בסיס לחיבור זה, ראו: חנוך דגן ואביחי דורפמן "צדק ביחסים" עיוני משפט מא(2) 307 (2019).

בחוות דעתו ניתח השופט מזוז את לשונו ואת תכליתו של החוק ומצא כי המונח 'מוצר' שבחוק איסור הפליה נכון לו שיכלול גם דירות מגורים. בהתאם, הציע לחבריו להרכב לענות בחיוב לשאלה שעל הפרק – דהיינו, כי ישנה תחולה לחוק איסור הפליה על מכר דירות. בתוך כך, עמד השופט מזוז על החשיבות הציבורית והערכית הטמונה בהכרעתו – במובן של העברת מסר חד וברור בגנותה של הפליה וחשיבות ערך השוויון בחברה דמוקרטית. נוסף על כך, הוא הדגיש את החשיבות ברמה המעשית. לדבריו, מדובר בהעמדת כלים משפטיים אפקטיביים לרשות הנפגעים לתבוע פיצוי בגין הפלייתם בדרך "פשוטה, מהירה, זולה ויעילה", ללא הוכחת נזק ותוך הפחתת עלויות משפטיות. כלים אלו מסייעים להתגבר על "קיומם של פערי מידע, שימוש בתנאים ומגבלות בעלי חזות ניטראלית, פרקטיקות סמויות, האשמה עצמית, קושי לספק ראיות בדבר ההתנהלות המפלה, פערי כוח, חשש מהשלכות שליליות ותיוג, חסמי נגישות, חוסר אמון וחסמים תרבותיים [...]"<sup>5</sup>.

השופט מזוז הבהיר כי אף אם במבט ראשון עקרון השוויון מעורר מתח בשדה המשפט הפרטי בו, ככלל, החירות נתפסת כערך עליון – בחוק איסור ההפליה קבע מחוקקנו נקודת איזון שונה. משכך, חוק איסור הפליה חולש על גופים פרטיים ומרחיב את היקף פרישתה של תפיסה ערכית עבה, לשורה של אינטראקציות חברתיות מהותיות. השופט מזוז הוסיף והטעים, כי עמדה זו עולה גם מהמבוא לדברי הסבר להצעת החוק.<sup>6</sup> שם צוין, במפורש, כי הפליה בהספקת מוצרים ושירותים ובכניסה למקומות ציבוריים היא בעיה חברתית קשה, ומכיוון שעיקר התופעה החברתית השלילית מתרחשת במקומות שהם בבעלות פרטית מוצע שהחוק יחול במפורש על עסקים ועוסקים פרטיים המספקים מוצרים או שירותים ציבוריים, כדי להקנות לכלל האוכלוסייה הזדמנות שווה בהנאה ממוצרים.

כאמור, השופט מזוז לא הסתפק רק בשיקולים תועלתניים. הוא נדרש להבהרת תפקידו החינוכי של המשפט ולהיותו כלי להכוונת התנהגות. בפסק דינו הודגשה חובתו של בית המשפט לקבוע הלכות ונורמות הנוגעות לסוגיות עקרוניות המשפיעות על חייהם של אזרחי המדינה; עת עמד הוא בהרחבה על ההצדקות הערכיות הכרוכות בדרך הילוכו. השופט מזוז הדגיש את מעמדה הרם והמרכזי של הזכות לשוויון למרקם החיים החברתי בכלל ובפרט במרכיב חשוב כמו האפשרות לבחור מקום מגורים. ניכר, כי תפיסתו של השופט מזוז את הבית וסביבות

<sup>5</sup> עניין מי-טל הנדסה, לעיל ה"ש 3, בפס' 17-20 לחוות דעתו של השופט מזוז.

<sup>6</sup> דברי הסבר להצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ה"ח 369, 370.

המגורים היא מהותית, הוא רואה בו את הנייר עליו כותב אדם את סיפור החיים שלו ואף פועל כדי לשנותו לטובה,<sup>7</sup> בציינו כי:

"הפליה בדיוור היא מסוג מעשי ההפליה הפוגעים בצורה הקשה ביותר בנפגעי ההפליה. מעבר לפגיעה הרגשית הנובעת מהעלבון, ההשפלה והפגיעה בכבודו של אדם הכרוכים בכל הפליה, להפליה ברכישת דירה עשויות להיות השלכות מרחיקות לכת גם מבחינה מעשית וכלכלית על חייהם של הסובלים ממנה. סביבת המגורים של אדם היא במובנים רבים ההקשר המשפיע והמעצב ביותר את חייו ואת ההזדמנויות שייקרו בדרכו. סביבה זו משפיעה על אפשרויות התעסוקה והחינוך שיהיו זמינות לאדם ולמשפחתו. השכונה בה מתגורר אדם והקהילה במסגרתה הוא מבלה את חייו משפיעות גם על עיצוב זהותו. יש גם חשיבות רבה, חברתית וכלכלית, לאפשר ניידות במקום המגורים ולא להקשות עליה. הפליה בדיוור עלולה לקבע קבוצות חברתיות לסביבת מגורים קשה, ולגרום לכך שבני הקבוצה המופלית יתויגו כנחותים, ללא קשר להשכלתם או להישגיהם האישיים, באופן שינציח את הדעות הקדומות שעומדות בבסיס ההפליה מלכתחילה [...] הפליה בתחום הדיוור משפיעה במידה רבה על האוטונומיה של הפרט ועל יכולתו לממש את עצמו ולעצב את עתידו ואת עתיד ילדיו".

דברים אלה של השופט מזוז מדגישים את ההשלכות הרחבות של הפליה בדיוור מעבר לפגיעה הישירה באדם המופלה. לשיטתנו, מדובר בחוות דעת חשובה הלוקחת מקרה מכוער שבו ההפליה גלויה וברורה ומחלצת ממנו תועלות חברתיות רחבות, תוך העלאת האיסור על הפליה מחמת לאום גזע או מוצא, באינטראקציות פרטיות על נס – בהיותה הפליה מגונה במיוחד הפוגעת בפרט המופלה ובחברה כולה. טרם נעבור לבחינת תפיסתו של השופט מזוז בראי התיאוריה של צדק ביחסים, נשוב ונבהיר כי איננו דנים או מביעים עמדה בנונות הגישות שהובעו בפסק הדין, לכאן או לכאן. מטרתנו להראות כי מהכרעתו ודרך הילוכו של השופט מזוז אפשר לחלץ תפיסת עולם ליברלית שנטועה גם במשפט האזרחי; אותה אפשר לאפיין כמעין תפיסה תיאורטית של צדק ביחסים. לכך נפנה עתה.

<sup>7</sup> עניין מי-טל הנדסה, לעיל ה"ש 3, בפס' 28 לחוות דעתו של השופט מזוז.

## ג. מעין תפיסה של צדק ביחסים

בשורה של חיבורים אקדמיים פרופ' חנוך דגן ופרופ' אביחי דורפמן עיצבו תיאוריה מקיפה למשפט הפרטי בחברה ליברלית. כידוע, ישנן גישות מסורתיות, כגון הקנטיאנית או הליברטריאנית, הרואות במשפט הפרטי תחום ניטרלי וא-פוליטי שמקדם חירות שלילית ושוויון פורמלי בלבד; וישנן גם גישות ביקורתיות למשפט, דוגמת הגישה הריאליסטית או מרקסיסטית, שטוענות כי אין למשפט הפרטי ערך נורמטיבי עצמאי ורואות בו אמצעי המשמר יחסי כוחות קיימים. בניגוד לגישות אלה, דגן ודורפמן מציעים תפיסה נורמטיבית ועיונית של המשפט הפרטי ככזה שמכונן, מעצב ומתחזק מערכות יחסים צודקות בין פרטים חופשיים ושווים.<sup>8</sup> כאמור, אנו סבורים כי תפיסה מעין זו משתקפת בבירור מחוות דעתו ודרך הילוכו של השופט מזוז בעניין מי-טל הנדסה.

כך, הן לפי פסיקת השופט מזוז והן לפי תיאוריית הצדק ביחסים של דגן ודורפמן, תפקידו של המשפט הפרטי לא מתמצה רק בביצור החירות של השחקנים במסגרת זכות הקניין וחופש החוזים, אלא שתפקידו גם לאפשר לפרטים לשלוט על סיפור חייהם, לשנות ולכתוב בו פרקים נוספים, הכול תוך כיבוד הדדי והבטחת שוויון מהותי.<sup>9</sup> תפיסה זו חשובה במיוחד, כך לדעת דגן ודורפמן, מכיוון שהיחסים האנושיים שעליהם חולש המשפט הפרטי הם זירה משמעותית שבה מתעצבות מערכות יחסים בין-אישיות שמבוססות על תלות הדדית והכרה הדדית ולא רק על אוטונומיה ובידוד. יתרה מזו, התיאוריה המוצעת של צדק ביחסים יכולה לשמש גם כעיקרון מנחה לפרשנות, לביקורת ולשינוי. בהקשר אחרון זה, למשל, הן השופט מזוז הן דגן ודורפמן – הצביעו על חולשות בגישה הקיימת להפליה בדיוור או לאי-אכיפת הסכמים שיש בהם משום גזענות.

הדִּיָּה של תפיסת הצדק ביחסים בחוות הדעת של השופט מזוז בעניין מי-טל הנדסה ניכרים במיוחד כאשר משווים אותה לחוות הדעת החולקת שבפסק הדין, שביקשה להחריג דירת מגורים מהמונח 'מוצר' ולתקוע יתד נאמן במשפט המינהלי ולראות בו כנקודת המוצא העיונית. נבהיר את דברינו.

לפי הגישה המקובלת במסורת המחשבה הליברלית-אגלטרטריאנית, קיימת חלוקת עבודה מוסדית קשיחה בין המשפט הפרטי, שבו אנשים מחויבים לחירות שלילית ושוויון פורמלי בלבד; ובין המשפט הציבורי, שבגדרו מוטלות על המדינה

<sup>8</sup> לגישה מרחיבה מפרטים גם לצורות התאגדות ראו: מנאל תותרי-ג'ובראן "צדק ביחסים שבין פרטים, קהילות וגופים במרחב הפרטי" עיוני משפט מא(2) 417 (2019).

<sup>9</sup> דוגמה לגישה המיישמת את הטעון שלפיו כבוד לאוטונומיה מקפל בתוכו התחשבות באוטונומיה של האני העתידי של הפרט, המבקש לכתוב את סיפור חייו מחדש ולשנותו, ראו: ענבל תמיר "פנסיה, פיצויי פיטורים והאוטונומיה של האני העתידי" משפט ועסקים כט 137 (2024).

חובות עבות ומשמעותיות יותר כלפי אזרחיה – לרבות קידום אוטונומיה ושוויון מהותי.<sup>10</sup> זוהי הגישה שמייצג השופט שטיין בפסק דינו בעניין מי-טל הנדסה. קביעתו שלפיה חוק איסור הפליה – שנועד לאינטראקציות בין שחקנים פרטיים שזה עיסוקם – לא חל על מכר דירות, מותירה ספק שמא בהקשר חשוב וחיוני זה שחקנים פרטיים לא מחויבים בשוויון מהותי וערכי המשפט הפרטי משמשים כמגן לחירות השלילית. כאמור לעיל, על רקע עמדה עקרונית זו גויס המשפט הציבורי לטובת הקביעה כי בנסיבות אותו עניין, נהגה החברה הקבלנית באופן מפלה ופסול. זאת, באמצעות 'שרשרות' החובות של רשות מקרקעי ישראל על החברה הקבלנית שהתקשרה עימה בחוזה – ובפרט, איסור ההפליה בהקצאת זכויות במקרקעי המדינה – ובהתאם נקבע כי לכללים אלה, כללי המשפט הציבורי, אסור היה על החברה להפלות בין יהודים לערבים באותו הקשר.<sup>11</sup> עם זאת, גישה זו מעלה שאלות מהותיות לגבי תפקידו הראוי של המשפט הפרטי בהתמודדות עם תופעות הפליה.

על קצה המזלג, גישתם של דגן ודורפמן לנדון שונה. לשיטתם, אינטראקציות בין פרטים מתאפיינות בתלות הדדית ובהבדלים אישיים בסיסיים. ממאפיינים אלה, שהם חלק אינטגרלי מהקיום האנושי, נובע כי אין די במשפט הציבורי כדי להבטיח חירות ושוויון במובנם המהותי. אינטראקציות פרטיות רבות מספור מתאפיינות בכך שפרט אחד תלוי באחר כאשר הוא נמצא בעמדת נחיתות של ממש ביחס אליו. הותרת המחויבות לאוטונומיה ושוויון מהותי למישור היחסים שבין המדינה ובין הפרט בלבד, תביא באופן הכרחי לכך שערכים אלו לא יתממשו בחלקים ניכרים מתחומי החיים שאותם מסדיר המשפט. כך, התפיסה הליברלית תחתור, הלכה למעשה, תחת המחויבויות הנורמטיביות שלה עצמה. מכאן עולה, לשיטתם, כי "המחויבות הליברלית המרכזית לערכים של הגדרה עצמית ושוויון מהותי ניצבת גם בליבת המשפט הפרטי".<sup>12</sup>

מנגד, תפיסה זו משקפת באופן הולם ומדויק יותר את עמדתו של השופט מזוז.<sup>13</sup> כך, לא רק שאין הוא סבור כי נדרש לגייס את המשפט הציבורי לשם התמודדות עם תופעת ההפליה במכר דירות, אלא שלשיטתו קיימת חשיבות של

10 דוגמאות לגישה זו ניתן למצוא למשל אצל – JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 268 (1986); RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 296–299 (1993); 69. לסקירה מקיפה, ראו דגן ודורפמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 313–315.

11 לסיכום גישתו ראו עניין מי-טל, לעיל ה"ש 3, בפס' 1 לחוות הדעת של השופט שטיין.

12 דגן ודורפמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 327.

13 אף על פי שקיימים, כמובן, הבדלים. ראו בפרט את האמור שם, בפס' 43, לגבי מכירה או השכרה של דירה פרטית – להבדיל מחברה קבלנית או מי שזה עיסוקו – והשוו לטענת דגן ודורפמן, המרחיבה יותר בהקשר זה, שם, בעמ' 352–356.

ממש בכך שהאכיפה על איסור ההפליה בהקשר זה תהיה גם אכיפה פרטית. כזו המאפשרת לפרט שנפגע מן ההפליה "לתבוע את עלבוננו באופן אפקטיבי", מעבירה לגורם המפלה מסר כי התנהלותו ראויה לגנאי, ומאשררת את תחושת העוול שחש המופלה – עוול שמקורו בהתנהלות במישור הבין-אישי, האופקי; וזוהו שכלי אכיפה אחרים לא יוכלו להתמודד עמו, מבחינה נורמטיבית, באותו אופן, ואשר "אין בהם לבדם כדי לתת מענה הולם ומספק לתופעת ההפליה במכר דירות הראויה לכל גנאי".<sup>14</sup>

החיבור בין עמדת השופט מזוז לבין עקרונותיה של תיאוריית הצדק ביחסים אינו מתמצה רק בעמידה על כך שנורמות של שוויון מהותי, כאיסור הפליה, אינן מנת חלקו של המשפט הציבורי בלבד, אלא חלק אינטגרלי מן המשפט הפרטי. נוסף על כך, גם ההנמקה של עמדתו מצביעה על קשר כאמור. ראשית, השופט מזוז לא הסתפק בתפיסה פורמלית של חירות שלילית, אלא עמד על חשיבותה של דירת המגורים וסביבתה ליכולת של אדם לכתוב את סיפור חייו מבחינה חברתית-קהילתית ומבחינה כלכלית-חברתית בציינו כי הפליה בתחום הדיור משפיעה במידה רבה על האוטונומיה של הפרט ועל יכולתו לממש את עצמו ולעצב את עתידו ואת עתיד ילדיו. גם דגן ודורפמן עומדים באופן קונקרטי על אותה החשיבות מממש.<sup>15</sup> כך, הם גורסים כי החלטתו של אדם היכן לגור ולבסס את חייו היא:

"פעולה המבטאת בצורה חזקה ומשמעותית את כתיבת סיפור חייו, ובכך היא ממלאת תפקיד מרכזי בכינון הפרויקטים האישיים הבסיסיים ביותר שלו. דרישה כי הצדדים להתייחסות-הגומלין הזו יתייחסו זה לזה כאל פרטים חופשיים ושווים מבחינה מהותית אינה פוגמת בחשיבות של בית המגורים [במובנו כמפלט של חירות שלילית – ח"כ ו-א"ל]; נהפוך הוא".

שנית, ועל בסיס תפיסה עבה זו של אוטונומיה כערך ליברלי משמעותי, אפשר להבין את עמדתו של השופט מזוז, בנוגע לאינטראקציות שעניינן מכר דירת מגורים בין חברה קבלנית לאדם פרטי, כמתבססת על המאפיינים דומים עד זהים למאפיינים עליהם מצביעים דגן ודורפמן בכל הנוגע לאינטראקציות בין שחקנים במשפט הפרטי: הבדלים (בינ)אישיים ותלות הדדית, שביסודה התייחסויות גומלין

<sup>14</sup> עניין מי-טל, לעיל ה"ש 3, בפס' 14–21 ו-44 לחוות דעתו של השופט מזוז.

<sup>15</sup> דגן ודורפמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 352; לביקורתם על הגישות המסורתית בהקשר זה ראו בעמ' 353.

רצוניות ולא רצוניות שמעצבות את יכולתו של הפרט להוביל את חייו בהצלחה, כשווה בין שווים.<sup>16</sup>

באופן כמעט זהה, ציין השופט מזוז את ההבדלים בין השחקנים כהצדקה להחלת דיני איסור ההפליה, בין היתר, את קיומם של "פערי מידע, [...] פערי כוח, חשש מהשלכות שליליות ותיג, חסמי נגישות, חוסר אמון וחסמים תרבותיים".<sup>17</sup> באשר לתלות ההדדית, השופט מזוז עמד על כך שהקונה בהקשר זה תלוי, במידה רבה, במוכר ובפרט שעה שמדובר בחברה קבלנית – ולכן להפליה בהקשר זה עשויות להיות השלכות הרסניות יותר כלפי הקונה-המופלה. זאת, משני טעמים עיקריים: ראשית, יש בהפליה בדיור משום אפשרות לקבע קבוצות חברתיות לסביבת מגורים קשה, ובכך לגרום לבני הקבוצה המופלית להיות מתוייגים כנחותים, וזאת ללא קשר מבוסס להשכלתם או הישגיהם האישיים, באופן שמנציח דעות קדומות שניצבות בבסיס ההפליה לכתחילה. שנית, יש בעצם ההפליה בשיווק דירות על ידי קבלנים, שלהם גישה למספר רב של דירות, כדי לצמצם את היצע הדירות לציבור המופלה באופן שגם מייקר את עלויות העסקה עבורם בעוד מדובר, ככלל, באוכלוסיות חלשות יותר על פני קבוצת המקרים הכללית.<sup>18</sup>

ניתן לראות כיצד ניתוח ההשלכות המעשיות של ההפליה בדיור משקף את חשיבות המשפט הפרטי בהתמודדות עם תופעות אלה. אנו סבורים כי ניתוח זה של גישת השופט מזוז ממחיש היטב את טענתם של דגן ודורפמן. כך, נוכח המאפיינים האמורים, הותרת אכיפת איסור ההפליה במכר דירות למשפט הציבורי בלבד לא מספקת מענה הולם לבעיה שבבסיס דיני ההפליה.<sup>19</sup> היא עלולה להביא לכך שבשם מחויבויות ליברליות מסוימות, כמו ההגנה על הזכות לקניין וחופש החוזים, יחתור המשפט תחת מחויבויות ליברליות אחרות, יש שיטענו חשובות יותר, כמו המחויבות לאוטונומיה ולשוויון מהותי; ויותר פרטים מסוימים, במקרה הזה, בני ובנות הציבור הערבי, ללא כלים משפטיים אפקטיביים להתמודד עם הפליה בהיבט חשוב זה של חייהם.

למעשה, הן עמדתם של דגן ודורפמן הן עמדתו של השופט מזוז, הולכות צעד אחד רחוק יותר וגורסות כי למעשה, ה'חופש להפלות' כלל לא נכלל במחויבות הליברלית לשמירה על הזכות לקניין וחופש החוזים, שכן חופש זה מבוסס על אינטרסים ומניעים, כלכליים וערכיים לכאורה, שאינם ראויים להגנה. השופט מזוז הזכיר שהגם שלכל אדם בן חורין צריכה לעמוד הזכות לבחור היכן לגור והיכן לא, אין בציודו השני של המטבע זכות לבחור את שכנו על סמך קריטריונים לא

16 עניין מי-טל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 328–330.

17 שם, בפס' 17.

18 שם, בפס' 28; וראו אצל דגן ודורפמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 353.

19 דגן ודורפמן, שם, בעמ' 354–356.

רלוונטיים ולא לגיטימיים. עוד הוטעם על ידו, כי חשש של עוסק מפני פגיעה כלכלית בשל נוכחותם של חברי קבוצות מופלות אינו טעם מבורר ככלל – שהרי לא ניתן להלום טיעון שכזה בנוגע למבלים פוטנציאליים במועדון ריקודים או מסעדה; ואין הוא טעם כזה בכל הנוגע לדירת מגורים דווקא משום מאפיינה הייחודיים והחשובים לכינון זהות ומימוש אוטונומיה. חשוב להדגיש בהקשר זה כי תיאוריית הצדק ביחסים של דגן ודורפמן ניצבת על תפיסת עולם והנמקה דומות, מהן נגזר כי בעת רכישה (ולשיטתם אף השכרה) של דירת מגורים תנאים צודקים מחייבים התעלמות משיקולים מסוימים כגון העדפות גזעניות, בשעה שמקבלים החלטות הנוגעות במכירה או בהשכרה כאמור.

## ד. סיכום

לסיכום, ניתן לראות כי רוחות חזקות של תפיסת צדק ביחסים מנשבות בחוות דעתו של השופט מזוז בעניין מי-טל הנדסה ויכולות להוות בסיס תיאורטי נוסף לחוות דעתו החשובה, ולהכרה במשפט הפרטי כאמצעי לכינון ערכים ליברליים דוגמת שוויון מהותי והגדרה עצמית. דומה כי השופט מזוז, דגן ודורפמן יכלו להסכים כי שמירה על הערך המוסרי העצמאי של המשפט הפרטי כתחום שמכונן יחסים צודקים בין פרטים, בלי תלות בהזרמת ערכים דרך המשפט הציבורי, תוביל לא רק לתוצאה יעילה יותר אלא גם צודקת יותר; וכי משפט פרטי צודק אינו רק כזה שמכבד את זכות הקניין או מחייב קיום חוזים, אלא כזה שמכונן יחסים מוסריים בין בני אדם שווים וחופשיים.