

בתי־המשפט

ת"א 11258/93		בית משפט השלום בירושלים	
1.9.1996		כבוד השופטת מרים מזרחי	
תאריך:		בפני:	

1. _____ נעאמנה בעניין:

2. _____ נעאמנה

3. _____ נעאמנה – קטינה

4. _____ נעאמנה – קטינה

5. _____ נעאמנה – קטין

6. _____ נעאמנה - קטינה

התובעים ע"י ב"כ עו"ד אברהם לנמן

נ ג ד

1. קיבוץ קליה

2. חוף קליה אגודה חקלאית שיתופית בע"מ

הנתבעים ע"י ב"כ עו"ד דורון תמיר

ספרות:

[א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה \(התשנ"ג\)](#)**פסק-דין**

1. התובעים, בני משפחה אחת (הורים וארבעת ילדיהם הקטינים), הגיעו ביום 3/7/1993 לפארק המים "אטרקציה". לטענתם לא הותר להם להיכנס לפארק בשל היותם ערבים. בפני הם תובעים פיצוי, בעיקר בשל עוגמת הנפש שנגרמה להם בפרשה זו.

הנתבעים טוענים כי לא נאסרה על התובעים הכניסה לפארק באותו יום אלא רק הומלץ בפניהם שלא להיכנס מטעמי בטיחות ושלוש הציבור, ולנוכח העובדה שיומיים קודם לכן, ב- 1/7/1993, השתלטו מחבלים על אוטובוס בירושלים, פצעו רבים ורצחו אישה. לטענתם היה מקום לאותה המלצה בשל חשש ממעשי תגובה של יהודים שייעשו בפארק.

אין מחלוקת כי נתבעת 2 מנהלת את פארק המים, ואולם לא הובהר חלקה של נתבעת 1 באחריות כלפי התובעים. ב"כ הנתבעות טען בסיכומיו כי לא הוכחה כל עילה כלפי נתבעת 1, טענה שלא בא עליה מענה בתגובת ב"כ התובעים. לאור האמור, יש לדחות

את התביעה כנגד נתבעת 1 בשל היעדר יריבות. הדיון יתמקד, איפוא, בטענות כלפי נתבעת 2 (להלן: "הנתבעת").

2. טענתם העיקרית של התובעים נשענת על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולפיה נפגע עיקרון השוויון הגלום בחוק זה בשל אפלייתם לרעה. הטענה האחרת נשענת על ס' 28 לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים התשי"ח-1957, האוסר סירוב בלתי סביר "לעשיית שירות בר-פיקוח". התובעים גם טוענים כי הנתבעת הפרה הסכם שנכרת, לאחר שהצעה שהופנתה לציבור לבוא ולנפוש בפארק נתקבלה ע"י התובעים, וכן הפרה את עקרון תום הלב בקיומו.

הנתבעת טוענת מנגד, כי לא הפרה את חוק היסוד, מאחר שפעלה בכל מקרה לאור האיזון המתבקש מעקרון השוויון עם שיקולי בטחון. היא מוסיפה וטוענת כי עסקה הוא עסק פרטי, ולא מוטלת עליה חובה בעסקיה לנהוג בשוויון. אשר לטענות הנשענות על חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, טוענת הנתבעת כי השרות האמור לא הוכרז כשירות בר-פיקוח, ומכל מכוס, לטענתה, סירובה היה סביר. אשר לטענות מהתחום החוזי, טוענת הנתבעת כי לא הפרה כל הסכם מאחר שזה לא נכרת, וכי נהגה בתום לב, כשמכל מקום עקרון תום הלב אינו מחייב אותה לנהוג בשוויון. הנתבעת טוענת כי בקביעת החובות המוטלות עליה יש להמנע מלהביאה למצב שבו לא תוכל לעמוד באחריותה בנוזיקין לנכסים בשערי הפארק, דבר שיקרה אם לא תוכר זכותה לפעול משקולי בטחון ושמירת שלום הבאים. הוא הדין, לטענתה, לגבי עמידת מנהלה באחריותו מכח דיני תאגידים.

3. אדון תחילה במחלוקת העובדתית, ואח"כ אשוב לשאלות המשפטיות שמתעוררות טענות הצדדים

תובע 1, ערבי, תושב בית-חנינא (ע"פ עדותו בפר' מיום 27.2.1995, עמ' 5-7), הגיע למקום בתאריך הנזכר עם אשתו וילדיו, יחד עם שתי משפחות נוספות. בשפת אמו (ערבית) ביקש ממאי נג'ר, שעמדה בתור לקניית כרטיסים, שתקנה כרטיסים גם עבורו. כשהקופאית שמעה שהם דוברי ערבית, ביקשה ממאי תעודת זהות, ומשראתה את התעודה, הודיעה שלא יוכלו להיכנס. לאשה נוספת שהייתה עמם, אמו של רמי הייב, אשר כבר הספיקה לקנות כרטיסים, החזירה הקופאית את הכסף בהמשך להודעה שלא תוכל להיכנס. הקופאית ציינה שזו הוראת המנהל. משפנו למנהל שמעו מפיו שאין כניסה לערבים. מששאל התובע מה יאמר לילדו בן ה-10, השיב לו המנהל "אה נראה לי חכם, תמצא לו סיפור בדרך" (פר' מיום 27.2.1995, עמ' 5-7).

עדות מאי נג'ר תמכה בעדות התובע על כל פרטיה. מאי נג'ר, אחות בבית החולים ביקור חולים, בוגרת סיעוד וביולוגיה באוניברסיטה, נדהמה מתגובת הפקידה לעובדת היותה ערביה. נג'ר העידה: "אמרתי לה אבל אנחנו ערביי ישראל וכל

הדלתות בישראל פתוחים לנו, אנחנו אזרחים משרתים את המדינה, ואני לא חושבת שזה צודק שלא תתנו לנו להכנס למקומות צבוריים, שמעתי לפני כן שלא הכנסתם ערבים מהשטחים. אמרתי מילא, אולי יש פחד שיפגעו אבל אני ערביה ישראלית ויש לי אזרחות ועובדת בישראל, אז אין טעם לאסור עלינו להיכנס, אמרה – לא אכפת לי, יש לי פקודה מלמעלה" (פרו' מיום 27.2.1995 עמ' 3 ש' 9-12).

מאי נג'ר תיארה גם את השיחה עם המנהל וכדבריה, כל שאמר בתחילה הוא שכניסת ערבים לא תותר, ומשעמדה על זכותה לשמוע טעם הסירוב, הייתה תגובתו כדלקמן:

"חשב חשב ואחר כך אמר – אני רוצה לשמור עליכם, אמרתי שאין צורך בזה, לא באנו לעשות נפגעים, אין טעם לזה, לא באנו לפגוע באנשים ולא להיפגע ע"י אנשים, התנהגו אלינו יפה מאוד, אמר – אין כניסה לערבים, נקודה וזהו" (פרו' שם, עמ' 3 ש' 21-25).

מאי נג'ר תיארה את התגובה הקשה של ילדיה לאירוע זה:

"הילדים שאלו אותנו למה אסור לנו, מאוד נפגענו, לא שכחו מזה הרבה זמן, שבועות ושבועות דיברו על זה, אחר כך כתבנו על זה בעיתון, וחשבנו שעכשיו יקבלו אותנו, אבל הילדים לא הסכימו ללכת" (פרו' שם, עמ' 3 ש' – 29 עמ' 4 ש' 5).

גם רמי הייב, שתובע 1 הוא דודו, סיפר כי הן הפקידה והן המנהל הודיעו שאין כניסה לערבים. עפ"י עדותו, בין מאי ובין המנהל התנהל ויכוח שבסיומו הודיע מאי שהיא תתבע את המנהל, והוא אמר: "תעשי מה שאת רוצה". לדברי רמי הייב, הויכוח של מאי ודודו עם המנהל נמשך כ- 10 דקות (פרו' שם, עמ' 1, 2).

מנהלת הנתבעת, מר זיו אבירם, העיד כי תדרך באותו בוקר את העובדים להמליץ למשפחות ערביות באותה שבת שלא להיכנס לאתר. ע"פ גרסתו, התעורר בשעות הבוקר ויכוח טפשי על כסא בין משפחה ערבית ויהודית והתערבו בעניין אנשי בטחון (פרו' מיום 3.12.1995 עמ' 13 ש' 21-22). כדבריו: "כמעט נוצרה תגרה". ולאחר אירוע זה החרף את ההנחיה, ואמר לשוער ולקופאית שאם תהא משפחה שלא תישמע להמלצה, יקראו לו. ע"פ עדותו, עמד אח"כ יחד עם עוזרו בקירבת השער כדי להסביר למשפחות ערביות את העניין, וכדבריו: "המלצתי הייתה תקיפה, אמרתי אני מאוד אל ממליץ להיכנס, אני מבקשת שתבואו ביום אחר" (פרו' שם עמ' 13 ש' 28-29). הגורם לתדרוך האמור ולהמלצה היה, כדבריו, המתח בין יהודים וערבים שבא בעקבות הפיגוע החבלני שאירע בירושלים ביום חמישי שקדם לאותה שבת, אירוע שהביא גם לפעולות נקם בערבים תמימים שעבדו בירושלים (פרו' שם, שם, ש' 14-

13). ע"פ עדות אבירם הוא מחזיק בפארק 12 מצילים, ויש במקום מעל 10 אנשי בטחון ולעיתים הוא נעזר בשוטרים בשכר גבוה (פר' שם, עמ' 14 ש' 18-21).

מול גירסת התובעים, לפיה נאסרת כניסתם לפארק, עומדת איפוא גירסת הנתבעת לפיה נינתה להם המלצה בלבד ברוח זו. גירסת התובעים, כפי שהובאה בעדות התובע 1 ובעדות עדיו האחרים, מהימנה עלי. אם כן הייתה זו המלצה בלבד, לא היה מתעורר הויכוח עם המנהל עליו העידו תובע 1 ומאי נג'ר, וכן רמי הייב.

אילו הועמדה בפניהם האפשרות להיכנס, היו נכנסים ולא היו טורחים לשכנע את זיו אבירם כי סיבותיהם שלא לקבל את המלצתו טובות ולאחר מכן חוזרים כלעומת שבאו. גירסתו של זיו אבירם אינה מבהירה מהי משמעות החרפת ההמלצה לשיטתו: האם יש להמלצה כמה דרגות? אם הייתה זו "המלצה" שאי אפשר לסרב לה, משמע הייתה בגדר איסור כניסה.

ראיות התובעים הורחבו גם למגעים שהיו לעיתונאי יורם בינור עם מנהל האתר. העיתונאי בינור נכנס לתמונה לאחר ששמע על הסירוב שבו נקל התובע (וגם ערבים נוספים) להיכנס לפארק המים. העיתונאי שוחח, כעדותו, עם מנהל האתר בהתחזו לאיש בית ספר תיכון ברמאללה, תוך שהוא מדבר אנגלית במבטא ערבי כבד, ואמר לו כי ברצונו לתאם ביקור בפארק של כמה עשרות תלמידים מבית הספר ביום מסויים. הוא נענה כי הפארק מלא וסגור באותו תאריך. לאחר מכן התקשר העיתונאי שנית, תוך שהוא מזדהה כאיש איגוד המוסכים בתל-אביב וביקש לתאם ביקור של כ- 50 איש בתאריך שאליו התייחסה הבקשה הקודמת. התגובה הייתה שאין כל בעיה (פרוי' מיום 6.7.1995 עמ' 1,2). העיתונאי ביקש הסבריו של אבירם, וזה אמר לו שביום שבו הגיע התובע לאתר הייתה בעיה בטחונית וגם הסביר שהחיכוך בין יהודים וערבים באתר אינו טוב לנתבעת. משהובהר לאבירם שתתפרסם כתבה שתוכן ע"י בינור לעניין זה, אמר אבירם, לדברי בינור, כי הדבר רק יועיל לנתבעת לפי שקהל היעד שלה הוא ישראלים (פרוי' שם, עמ' 2 שורה 20). גירסת אבירם מנגדת הייתה שהעיתונאי ביקש להביא קבוצה גדולה של ערבים (250 איש), וזה מה שקבע את עמדתו, בעוד שלגבי יהודים דובר על קבוצה של 30-50 (פרוי' מיום 3.12.1995 עמ' 12 ש' 26-28 וכן עמ' 18 ש' 3) מנהל הנתבעת העיד גם שחלק ממאמצי השיווק של הנתבעת מופנה ישירות למגזר הערבי שסוכן מיוחד, הפועל כבר כ- 3 שנים, מטפל רק במגזר זה (פרוי' שם, עמ' 11 ו-12).

לעיל קבעי כעובדה כי ביום האירוע לא ניתן לתובעים להיכנס לפארק בשל היותם ערבים, ודי בכך כבסיס עובדתי לתביעה. אין, איפוא, צורך לבדוק התנהגות הנתבעת או מנהלה במצבים אחרים. היה הבדיקה כזאת כדי לתרום להכרעה בשאלת אמינות גרסת התובעים, אילו התעורר ספק לגבי אמינותם. ואולם, כאמור, עדויות התובעים היו משכנעות. לכן התייתר הצורך לעסוק בעובדות שהעלה בינור. אני רואה גם מקום

להתייחס לעדויות בדבר מדיניות השיווק של הנתבעת ובכלל זה למידה בה אכן רצויים ערבים בתחומי הפארק. בדיון בנושאים אלו אין כדי לתרום לבירור השאלות העומדות בפני להכרעה. האירוע שבפני מתייחס ליום ספציפי ונוגע לתובעים בלבד, ולגביו קיבלתי גירסת התובעים, לפיה לא הותרה כניסתם בשל היותם ערבים.

4. ב"כ התובעים, כאמור לעיל, סומך טענותיו המשפטיות בעיקר על [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#). בעניין זה אעסוק ביתר הרחבה להלן. אפנה עתה לשתי טענותיו האחרות של ב"כ התובעים. האחת מתבסס, כאמור, על [חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים](#) האוסר, בסעיף 28, סירוב בלתי סביר לאספקת שירות בר-פיקוח.

עפ"י חוק יציבות מחירים במצרכים ובשירותים (הוראת שעה) התשמ"ו-1985, ס' 11, הוכרזו כל השירותים כבני-פיקוח. חוק זה עמד בתוקפו מיוני 1985 עד 31.3.1996. מטעם זה לא עומד בפניו של ב"כ התובעים הקושי אותו ציין ב"כ הנתבעת בסיכומיו, דהיינו היעדר אכרזה (ור' לעניין הצורך באכרזה ס' 4 לחוק הפיקוח), מאחר שבמועד הרלבנטי עמד חוק יציבות מחירים בתקפו. ואולם, איני סבורה כי מסגרת [חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים](#) הולמת את העניין שבפני.

סעיף 28 מצוי בפרק "מנעית רווחים מופקעים בשירותים", הווה אומר, איסור סירוב עשיית שירות הקבוע בסעיף 28, לא בא אלא כדי לתמוך בפיקוח על מחירים. אציין כי במרוצת המחצית השניה של שנות ה-80 שוחררו מפיקוח מחירים שלושה שירותים הנוגעים לענייננו: "מתקני שעשועים", "שירותי בריכות ושיחה", שירותי מועדוני ספורט, מועדי נופש ומועדוני בריאות", חוק הפיקוח, ע"פ האמור בו (בסעיף 2), הוא חוק לשעת חירום, ודומה שהסוגיה בה עסקינן ראויה למסגרת שאינה חולפת מעצם טיבה. מטעמים אלו אני סבורה כי מסגרת חוק הפיקוח היא מסגרת שאינה הולמת את הנושא העקרוני שבפני. ואולם, חרף הגישה בה נקטתי כאן, עלי לציין כי יש יסוד משפטי לטענה שהסירוב בו עסקינן נכנס לגר [חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים](#), ור' פרידמן-כהן, חוזים כרך א עמ' 48-49, ועמ' 182.

אשר לטענות ב"כ התובעים מהתחום החוזי, באלה יש כדי לבסס את זכות התובעים לפיצוי. המטריה החוזית הרלבנטית היא של חזרה מהצעה לציבור. הנתבעת פנתה לצבור בכללותו בהצעה חוזית לפיה, מי שיגיע לתחומי הפארק וירכוש כרטיס יוכל להינות מהשירותים שהיא מעמידה בפארק זה. כך בסעיף 3 לכתב ההגנה נכתב:

"הנתבעת 2 פירסמה מודעות בעתונות, בשפה העברית ובשפה הערבית, לפיהן פתוח פארק המים לכלל הציבור, ערבים ויהודים כאחד".

יש לציין, בהתייחס לטענות ב"כ הנתבעת בעניין זה (לפיהן התובעים לא הגיעו לפארק בעקבות מודעות בעתון) כי די בכך שהפניה הייתה מכוונת גם אל הניצע, ואם מקורה של ההודעה בעתון או בכלי תקשורת אחר אין דרישה כי הניצע יהיה מודע לה דוקא ישירות מקריאה בעתון, ר' פרידמן כהן, חוזים, כרך א' עמ' 174. ב"כ הנתבעת טוען כי מדובר בהזמנה (להציע הצעה) ולא בהצעה. טענה זו עולה בקנה אחד עם מסורת המשפט האנגלי- אמריקאית, בשונה מהגישה הונהגת במשפט הצרפתי, המעלה על נס את ערך הגנת הצרכן וערך איסור ההפליה, רק פרידמן כהן שם, עמ' 183-185. הגישה הראויה בשיטתנו היא זו המתיחסת למוכר כאל מציע, ר' פרידמן- כהן שם, עמ' 185, ולעניין רשות כניסה למתקני שעשורים אומרים המחברים כהן פרידמן – "הפניה לציבור היא ההצעה. התשלום הוא הקיבול" (שם, 189).

ואולם גם אם נכונה הגישה הרואה בפניה לציבור במקרה שבפנינו הזמנה גרידא, תראה הפעולה המנוגדת לאינטרס ההסתמכות של הקהל המגיע לפארק וכניסתו אינה מתאפשרת, פעולה בניגוד לחובת תום הלב (ר' פרידמן- כהן, שם, עמ' 186), וראה לעניין זה להלן. יש לזכור שעל הבאים אל הפארק לנסוע אליו ממרחק ולהשקיע זמן ודלק, והם עושים זאת מתוך אמונה שתוכניתם להיכנס בשעריו תתגשם. כאשר הנתבעת מסירה בדיעבד את הצעתה להיכנס בשעריה בפני חלק מהקהל, השקעתו נעשתה לריק, ותוכניותיו לאותו יום השתבשו. ביטול ההצעה במצב כזה הוא על פניו בלתי הוגן כלפי אותו קהל.

הבעיות שבסוגית החזרה מהצעה ניכרות בעיקר בתחום ההצעות לציבור, ובמיוחד לנוכח הכלל לפיו קיבול יכול להיעשות ע"י התנהגות (ס' 6 [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#)). לעניין זה אפנה לספרה של פרופ' ג'. שלו, מהדורה שניה, עמ' 117-119):

א"א) הבעייתיות

הבעיות הכרוכות בחזרה מהצעה צצות בחדות ובבהירות בתחום ההצעות לציבור. שילוב העיקרון של הדירות ההצעות, עם הכלל שעל פיו קיבול הצעה לחוזה המטיל חיוב על צד אחד בלבד נעשה על ידי ביצוע, הביא לתוצאות קשות במקרים של הצעות לציבור אשר הודעת קיבל בהם היא בדרך כלל חסרת טעם וירקה מתוכן. חזרת המציע מהצעתו בטרם הושלם הביצוע, אך לאחר שפרטים בקרב הציבור החלו לפעול על פי ההצעה ונשאו בהוצאות ובנזק, עוררה את הכרתן של שיטות המשפט המודרניות לצורך בפתרון הבעיות הנובעות מחזרה מהצעה לציבור...

ב) הפתרון

חוק החוזים אינו מכיר בהבחנה בין הצעה ליחיד להצעה לציבור, ועל כן גם אינו מתייחס באורח שונה לשני סוגי ההצעות. אולם מפעולת הגומלין של הוראות החוק משתמעות כמה מסקנות המייחדות את ההצעה לציבור ואת הדין שיוחל עליה. כאשר משתמעת מן ההצעה דרך של קיבול שונה מהודעה, תיחשב דרך זו כקיבול נאות (סעיף 6א). מעצם טיבן נכללות הצעות לציבור בתחום זה, באשר הודעות קיבול בהן היא חסרת טעם ותכלית. על כן יש לראות במעשים כמו מציאת הכלב האבוד או המכונית הגנובה, או בהתנהגות כמו השימוש במוצר רפואי על פי מודעת פרסומות, קיבול ומן הודעת קיבול בעת ובעונה אחת. לא זו אף זו: מניסוחו של סעיף 6א לחוק משתמע, כי אפילו "מעשה לביצוע החוזה" יכול להוות קיבול. במקרי הצעות לציבור בפועל, אם כן, המחוקק להזיז מחוגי שעות הכריתה לאחור: החוזה נכרת עם תחילת הביצוע, כך שאין עוד תוקף ומשמעות לחזרה מן ההצעה. לאחר תחילת הביצוע אין קיום להצעה כישות נפרדת, אלא אם נטמעת בחוזה, וחזרה ממנה תיחשב כהפרת חוזה.

ג) הדרך

בדרך כלל מקובל לראות הודעת חזרה כתקפה, אם היא מתפרסמת באותו אורח ובאותו אמצעי פרסום כמו ההצעה" (שם, עמ' 117-118).

התשובה לשאלה אם "פעולת ההכנה" שעשו התובעים לביצוע ההסכם היו משום קיבול ההצעה, יכולה להיות שנויה במחלוקת (ראה זמיר-ראבולו-שלו, הפירוש הקצר לחוקים במשפט הפרטי, עמ' 70). ואולם, גם אם אין לאמר כי החוזה השתכלל בטרם קניית הכרטיס, וגם אם אין לראות באי מתן אפשרות כניסה (חרף נכונות התובעים לרכוש כרטיס) הפרת ההסכם, הופרה בכל מקרה חובת תום הלב במו"מ החוזי עפ"י סעיף 12 **לחוק החוזים (חלק כללי)**, ראה שלו, שם, עמ' 45-48, וכן עמ' 115, סעיף זה קובע כי במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב. את הדרישה הכללית לנהוג בתום לב יש לראות כדרישה להתחשבות בזולת ולשיתוף פעולה עמו להגשמת מטרת החוזה, ר' ג. שלו, שם, עמ' 49-50. דרישה זו מקורה אתי והיא מחייבת נאמנות והגינות (שם, עמ' 49).

בתחום הטרם חוזי מחייב העיקרון לפעול תוך נאמנות לרוח העסקה ולמטרתה (שם, עמ' 54). בכלל זה נדרש גילוי עובדות כאשר על פי הנסיבות היה מקום לצפות לכך שאדם המנהל מו"מ יגלה אותן לצד השני (שם, עמ' 55), וכן נדרשת כניסה למשא ומתן עם כוונת התקשרות (שם, עמ' 57). גם חזרה מהצעה צריכה להיעשות בהתאם

לעקרון תום הלב, ראה זמיר- ראבילו- שלו, שם, עמ' 85-86, 64. אכן, כאשר מתרחש אירוע המצדיק הסרת ההצעה אפשר שבהסרה כזו לא יהא משום הפרת חובת תום הלב. כך, למשל, אם ההחלטה לסוגר את הפארק תבוא משיקולי בריאות (בשל בעית טיב המים) או משיקולי בטיחות (חפץ חשוד), ותעמוד בפני כל הבאים.

ואולם, במקרה שבפני, נפתחו השערים חלקית ונמנעה כניסת ערבים בלבד בטענה שכניסתם תפגע בבטחונם שלהם ובטחונם של נופשים אחרים. כדי שתעמוד הסרת ההצעה בדרישות תום הלב, על טענה זו להיות קודם כל מבוססת מבחינת העובדות.

ברם, איני סבורה שלחששות הנתבעת היה בסיס של ממש, ומכל מקום בהתמודדה עם נקטה בדרך שאינה ראויה. חששותיה של הנתבעת מפורטים בדברי ב"כ הנתבעת בסיכומיו:

"בבסיס החלטת הנתבעת מס 2 עמד השיקול הבטחוני לפיו בנסיבות קשות המיוחדות לאותו יום, עשויה הייתה כניסתם של התובעים לאטרקציה לגרום נזק הן לתובעים והן לנתבעת מס' 2 אשר הייתה נושאת באחריות לכל נזק שהיה נגרם להם. כמו כן, נזק לתובעים היה גורם פגיעה במוניטין של הנתבעת 2 כמנהלת של אתר המספק בילוי מהנה ובטוח לנופשים בו. כתוצאה ממצב כזה הייתה הנתבעת מס' 2 גורמת לפגיעה בתובעים, מאבדת לקוחות פוטנציאלים, ולטווח ארוך פוגעת בתפקוד הפארק בכלל, ואף להפחתת נכונות משפחות ערביות לבוא, שכן ניתן רק לשער מה הייתה התגובה וההד הציבוריים אילו התובעים או כל משפחה אחרת הייתה נופלת קורבן לפגיעה פיזית".

ב"כ הנתבעת מעגן את זכותה של הנתבעת למנוע כניסה לנוכח החששות האמורים על אחריותה בנזיקין כמחזיקה במקרקעין, לנזק שהיה נגרם לתובעים, וגם על אחריותה מכח דיני תאגידים המטילים, כטענתו, על המנהל לשקול שיקולי טובת הציבור וטובת התאגיד, כפי שעשה. ואולם, איני מוצאת בראיות שבפני בסיס עובדתי ממשי לחששות שפורטו בדבריו. חרף האירוע החבלני שגרם למתן בין יהודים וערבים בסמוך לתאריך נשוא הדיון, איני סבורה כי הייתה סכנה ממשית של התלהטות הרוחות עקב כניסת ערבים למקום. החיים בארץ באותה תקופה (וגם בתקופות אחרות שבהן נעשו פיגועים) התנהלו באופן שיהודים וערבים שנמצאו במגעים ובחיכוך מתמיד, לא נגררו לפעולות אלימות, זולת חריגים בודדים. משפחה, הורים וילדים, הבאה לנפוש בבריכה, אינה מעוררת חשש שפניה לתגרה כלשהי, והטענה כי עצם כניסתם למקום מעוררת חשש למדנים אינה משכנעת. את רצינות החשש יש לבחון לאור מהות חובת תום הלב. "סעיף 12 [לחוק החוזים](#) דורש מהצדדים נאמנות הדדית ונאמנות לרוח העסקה ולמטרתה... מכוחו של עקרון תום הלב נדרשת

התחשבות בזולת ובאינטרסים שלו" ראה זמיר- ראבילו- שלו, שם, עמ' 83. מכאן, שבמסגרת חובת תום הלב של הנתבעת, היה עליה לעשות מאמץ לאפשר קיומו של החוזה ולהימנע מביטול ההצעה באורח שאינו מתחשב בפעולות שנעשו ע"י התובעים לקראת קבלתה.

בכך גם פעלה שלא בדרך המקובל. אם סברה שרצינות החששות מצדיקה את הדרך בה נקטה, היה על הנתבעת לפחות להודיע מראש כי לא תותר כניסה לערבים, כדי למנוע מהם אבוד זמן לריק ואכזבה. כלפיהם הייתה הזמנת הנתבעת כוזבת. בהפתיעה אותם כך גם לא נהגה בגילוי לב, כנדרש מחובת תום הלב, מאחר שלא די בהצגת סיבותיה לסירוב הכניסה לאחר שהתובעים כבר הגיעו למקום. ב"כ הנתבעת טוען כי לא היה סיפק בידי הנתבעת לעשות כן, בשל כך שארוע שהתרחש באותו בוקר הוא שלימד כי מתח בין יהודים וערבים עלול להביא לתגרה. ואולם, דווקא מהטעם שלא ניתן היה להודיע על ביטול ההצעה קודם לכן, היה על הנתבעת לעשות כל מאמץ כדי שתתאפשר כניסת הקהל שהגיע.

על הנתבעת היה גם להראות מדוע דרך ההתמודדות הראויה עם חששותיה מובילה בהכרח דרך מניעת הכניסה מערבים, ולא בדרך הגברת אבטחה או השמירה באמצעות עובדיה. דרך חלופית של השגחה ונקיטת אמצעי זהירות, הכוללת הדרכת עובדים לפעול להרגעה במקרה של התחממות הרוחות, היא דרך שהיה בה כדי להפיג אותם חששות. בוודאי נכונים דברים אלו כאשר מוקדם ההתייחסות הוא בטחונם של התובעים עצמם. את אלה ניתן היה להדריך בעת כניסתם, וניתן היה לבקשם להימצא בקרבת אנשי אבטחה או עובדים אחרים של הנתבע. עובדה היא שהנתבעת עצמה, ע"פ גירסתה, התגברה על מקרה של מתח יהודי- ערבי שהתעורר באותו בוקר, ע"י התערבות של אנשי בטחון. מדברי אבירם גם ניתן ללמוד כי עמדו לרשות הנתבעת אנשי בטחון וגם מצילים שניתן היה לכוונם לפעולות הרגעה ולמתן פתרון במקרה של תגרה. לא היה איפוא, בחששות הקונקרטיים כדי להצדיק את ביטול ההצעה דווקא.

אי העדפת החלופה גילתה אי התחשבות וחוסר נאמנות, בנגוד לחובת תום הלב.

מהאמור מתבקשת המסקנה, שבטענת הנתבעת כי יש לגזור את זכותה לסרב (או, לגירסתה, להמליץ כלפי התובעים שלא להיכנס לפארק) מאחריותה בנוזיקין לשלום אורחיה, אין ממש. איני סבורה כי הוכח שהייתה צפויה סכנה לאורחים מכניסת ערבים לפארק. ומכל מקום, אלו שהיו בפארק לא ציפו מלכתחילה להגיע למקום שאין בו ערבים. השהות בצוותא של יהודים וערבים היא חלק מהמציאות המקובלת על שני הצדדים. כמו כן, טענותיה של הנתבעת לעניין חששותיה ספקולטיביות, ונעדרות בסיס במציאות. ובכל מקרה, לצורך עמידתה בחובת הזהירות היה עליה כאמור לנקוט בדרך אחרת. הוא הדין להבנתי לגבי אחריותו של המנהל מכח דיני

התאגידים שהנתבעת נשענת עליה כמצדיקה את פעולתה. נהפוך הוא: שיקול הדעת שבו נקט מנהלה היה בלתי ראוי, ונעדרה ממנו התחשבות באחריותה החוזית.

משאין ביד הנתבעת להצדיק את ביטול ההצעה ע"י שיקולי הבטחון, היא נתפסת ע"י דיני הפרת תום הלב במו"מ הטרור חוזי. אציין כי פסיקת ביהמ"ש העליון שינתה קודם לקבלת חוק היסוד, לפיה חובת תום הלב אינה כוללת גם חובה לנהוג בשוויון (ראה שופטי הרוב בד"נ 22/82 [בית יולס נ' רביב, פ"ד מ"ג](#) (1) 441) אינה רלבנטית בהקשר זה, מאחר שהפרת חובת תום הלב במקרה דנן אינה נגזרת מהפרת כלל השוויון, אלא מהביטול המאוחר של ההצעה.

אוסף ואציין לעניין זה כי אף שב"כ התובעים טוען כי הופר הסכם שנכרת, הוא מנפה להוראת ס' 12 שענינו השלב הטרור חוזי. טענתו כפי שעולה מהאמור לעיל, אינה נטולת יסוד, מאחר שיש לראות את הפניה לצבור כהצעה, וניתן לראות את פעולות ההכנה של התובעים (נסיעתם והגעתם לפארק, עמידתם בתור לקניית כרטיסים) כקיבול, רק פרידמן כהן, שם, עמ' 221. בחינת הנושא במסגרת חובת תום הלב בשלב הטרור חוזי היא, מבחינתי, נקיטה בדרך המביאה, ללא עוררין, לתוצאה המתבקשת בנסיבות המקרה, ואני רואה את ההצבעה עליה ככלולה ממילא בטענות ב"כ התובע.

הפרת חובת תום הלב, ולו במו"מ לקראת כריתת חוזה, מבססת זכות לפיצוי, בין בגין ההוצאות שהוציאו ובין בשל עוגמת הנפש שנגרמה להם, ור' ג. שלו, שם, עמ' 74 ואילך, זמיר-ראבילו-שלו, שם, עמ' 90.

5. כאמור לעיל, די היה בהפרת חובת תום הלב כדי להביא לתוצאה אליה חותר ב"כ התובעים. ואולם אני סבורה כי ראוי למקרה כגון זה שבפני להידון לאורו של [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#). הדעת נותנת שחוק היסוד יתן מענה יעיל וברור למקרה שבו נבחנת טענת אפליה בי עמים, בין יהודים וערבים. אעבור עתה לדיון בהשלכת חוק היסוד על המחלוקת שבפני.

בפתח הדברים מזדקרות שתי שאלות: האחת – באיזו מידה עוגן בחוק היסוד עקרון השוויון; השניה – באיזו מידה חל חוק היסוד על היחסים בתחום הפרטי (להבדיל מהתחום הציבורי).

ע"פ סעיף 1 לחוק היסוד: [כבוד האדם וחירותו](#), זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו, בהיותו בן חורין. בסעיף 1 א לחוק נקבע כי מטרת החוק להגן על כבוד האדם וחירותו, ובסעיף 2 נקבע בו – "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם".

אף כי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא נכלל מפורשות הונח "שוויון", לרבים אין ספק כי חוק היסוד מעגן את זכות השוויון, כזכות המשקפת בעליל את כבוד האדם. יש, עם זאת, הנהגים במתן הכרה לכך שהחוק עוסק בשוויון, במיוחד לנוכח ההיסטוריה החקיקתית שלו. בבג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הבטחון (טרם פורסם), פ"ד מט (4) 94, ציינה כבוד השופטת דורנר (שם) כי ההיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד מלמדת שההימנעות מלעגן בו את עקרון השוויון הכלכלי הייתה מכוונת. היא הזכירה שבדין בכנסת בהצעת חוק היסוד טענו חברי הכנסת שולמית אלוני ומשה שחל כנגד אי ההכללה של סעיף בדבר הזכות לשוויון (דברי הכנסת, התשנ"ד, 1241-1244) ובתשובתו לטענות אלה (שם) אמר מציע חוק היסוד, ח"כ אמנון רובינשטיין, את הדברים הבאים: "אין כאן סעיף שוויון כללי. נכון, מכיוון שסעיף השוויון הכללי הזה היה אבן הנגף המכשילה שבגללה אי אפשר היה לקבל את הצעת החוק הכוללנית", וראה להיסטוריה החקיקתית י. קרפ, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח", משפט וממשל א' (תשנ"ב, תשנ"ג) 323. לאור האמור, השופטת דורנר (שם, עמ' 1097) הביעה ספק אם ראוי לקבוע על דרך פרשנות כי תכליתו של חוק היסוד היא לספק הגנה חוקתית לעקרון השוויון הכללי. ספק לגבי השאלה אם כלול השוויון בכבוד האדם ע"פ חוק היסוד הביע גם כבוד השופט זמיר בבג"צ 454/94, 94/ 453, 453 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ"ח (5) 501, בעמ' 536 :

"בפסיקה שלאחר חוק- יסוד: כבוד האדם וחירותו מפורזות אימרות אגב המוצאות פנים הרבה בחוק היסוד. בעיקר כך בזכות לכבוד. וכך גם בספרות המשפטית. יש המוצאים בכבוד האדם את עקרון השוויון, יש המגלים בו את חופש הביטוי, ויש התולים בו זכויות יסוד אחרות שלא בא זכרן בחוק היסוד. מי שמקבץ את האמרות האלה יכול להתרשם כי כבוד האדם הוא, כביכול, כל התורה כולה על רגל אחת, וכי ניתן לומר עליו, כמאמר חכמים, הפוך בו והפוך בו דכולא בו.

ואילו אני מבקש להזהיר עצמי, בהקשר זה, מפני אימרות אגב המוצאות דרכן בין השורות של פסקי הדין, בנושא עקרוני ויסודי כל כך, ללא דיון עמוק לגופו של עניין כחלק מתחייב של הפסק. אני סבור כי אם אין צורך בכך, ועד שיתעורר הצורך, מוטב שלא להתחייב. דיה לבעיה בשעתה. בבחינת אל תעירו ואל תעוררו עד שתחפץ".

לדברים אלו הצטרף בהסכמה כבוד השופט מ. חשין בבג"צ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד מ"ט (2) 485, בעמ' 507. מנגד, ניתן להצביע על גישתו של כבוד נשיא ביהמ"ש העליון השופט ברק בסוגיה זו, ראה בג"צ

[721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מ"ח](#) (5), 749, בעמ' 759, 760, וכן ראה לגישת [ברק, ספרו פרשנות במשפט, כרך ב'](#), עמ' 435-436, כרך ג' 423-426, וגם מאמרו "זכויות, האדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ב- נ"ג 253, 261); בגישה דומה – לפיה נכלל השוויון בחוק היסוד – נקטו השופט אור [בבג"צ 5394/95](#) הופרט נ' יד ושם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מ"ח (3), 353-360 363; השופט מצא [בבג"צ 453/94](#) שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, שם, עמ' 522, 526, וב**בג"צ 4541/94** אליס מילר נ' שר הבטחון ו-3 אח', וגם השופט ד. לוי [בבג"צ 876/94, 878, כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד מ"ח](#) (5) 441, בעמ' 466.

בע"א [721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' יונתן דנילוביץ](#) התייחס נשיא ביהמ"ש העליון, השופט ברק, למקורות מהן שואב עקרון השוויון את כוחו במשפטנו כדלקמן:

"עקרון השוויון מעוגן בישראל במספר מערכות נורמטיביות. ראשית הוא עיקרון הלכתי- פרי "המשפט המקובל נוסח ישראל" – אשר הוכר ופותח על ידי בתי המשפט בישראל. עקרון זה מוקרן אל תוך תכליתו (האובייקטיבית) של כל דבר חקיקה ומהווה אמת מידה לפרשנותו... העקרון ההלכתי של שוויון מוקרן לתוך "מושגי השסתום של המשפט" (כגון סבירות, צדק, שוויון, ותקנת הצבור) ומהווה מרכיב נורמטיבי בגיבוש היקף פריסתם... שנית, עקרון השוויון מעוגן בדין הישראלי החקוק. תחילתו בהכרזת העצמאות... לשיאה הגיעה התפתחות זו עם חקיקתו של [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#)" (שם, 760-759).

בהחלטתי כאן אני רואה לנכון ללכת בדרך שהתווה הנשיא ברק. ואולם, אציין כי השופט דורנר [בבג"צ 4541/94](#) אליס מילר הנזכר לעיל, הציג בשאלת עיגון זכות השוויון בחוק היסוד גישת ביניים, היאה גם למקרה שבפניי. השופט דורנר אמר:

"עם זאת לא יכול להיות ספק כי תכלית חוק היסוד היא להגן על האדם מפני השפלה. השפלתו של אדם פוגעת בכבודו. אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד, כאמור בחוק היסוד, כך שהשפלתו של אדם לא תיחשב כפוגעת בזכות.

אכן לא כל פגיעה בשוויון עולה כדי השפלה ועל כן לא כל פגיעה בשוויון פוגעת בזכות לכבוד. כך למשל נפסק כי הפליה של רשימות קטנות לעומת רשימות גדולות או של רשימות חדשות לעומת רשימות ותיקות פוגעת בעיקרון השוויון... עם זאת, פגיעות כאלה

**בעקרון השוויון שאף גררו פסילתם של חוקי הכנסת, לא התבטאו
בהשפלה, ולכן א לא הייתה בהן פגיעה בכבוד האדם.**

**לא כך הדבר בסוגים מסויימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי,
ובתוכם הפליה מחמת מן כמו הפליה מחמת גזע. ביסודה של
הפליה כזו עומד ייחוס למופלה של מעמד נחות, שהוא פועל יוצא
ממהותו הנחותה כביכול, בכך טמונה כמובן השפלה עמוקה לקורבן
האפליה".**

מדברים אלו עולה כי מצוי גרעין של מקרים, שבהם בודאי האפליה משמעותה
השפלה בשל הפגיעה בשוויון, ואלו בודאי נכנסים לגדר חוק היסוד. נראה כי יש מקום
להבחין בין סוגי אפליות, כשההשפלה הכרוכה בחלק מהן מצדיקה התייחסות
מיוחדת. אצביע בהקשר לאבחנה זו על האבחנה הקיימת בארצות הברית לעניין
סירוב כניסה למקומות בידור ציבוריים, בין סירוב שהוא מטעמים גזעיים ובין סירוב
אחר, וראה. America Jurisprudence, 2d, Amusements and Exhibitions 64,
אזכיר באותו הקשר גם את ה- Race Relations Act 1976 האוסרת באנגליה על
אפליה בתחומים מסוימים חרף הכלל של חופש ההתקשרות, ובכלל זה אוסרת
אפליה מטעמים לאומיים וגזעיים על כל מי שמספק לציבור טובין ושירותים (ס' 20
שם).

אפליה מטעמים גזעיים נאסרה באמנות בינלאומיות שישראל חברה בהן. כך באמנה
בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית מ- 1966 (כתבי אמנה 861, כרך 25 עמ'
547) ישראל הצטרפה אליה בינואר 1979 (ראה סעיפים 2, 5 ו- 6). באמנה זו נקבע
(בסעיף 5) כי על המדינה המצטרפת לאסור ולבער אפליה גזעית לכל צורותיה ולערוב
לזכותו של כל אדם בלא אבחנה באשר לגזע צבע או מוצא לאומי לשוויון בפני החוק,
בעיקר בהנאה מזכויות שבהן "הזכות לגישה לכל מקום או שירות המיועדים לשימוש
על ידי הציבור הרחב". באותו הקשר אצביע גם על האמנה בדבר זכויות אזרחיות
ומדיניות מ- 1966 (כתבי אמנה 1040 כרך 31 עמ' 269), שישראל הצטרפה אליה ב-
1992, המדברת על הגנה מאפליה בגין גזע, צבע או מין (סעיף 26). נראה, איפוא, כי
בתחומים מסוימים לא ניתן לוותר על השוויון, דבר המתבטא במגמה כללית דומה
בתחיקת המדינות השונות, ואף בנקיטת פעולה בינלאומית, להבטחתו באמצעות
חקיקה מתאימה. גישה זו נובעת מחויבות ערך השוויון באותם תחומים, ומתוך
תחושה כללית שהעדרו בהם משפיל את האדם ופוגע בכבודו בעליל. לעניין זה אציין
גם את כלל הפרשנות לפיו יש לפרש דבר חקיקה בדרך העולה בקנה אחד עם
התחיבויותיה הבינלאומיות של המדינה, ר' [ברק, פרשנות במשפט, כרך](#) ב' עמ' 576-
577. כלל זה מקרין גם על פרשנות חוק היסוד.

חלקי, כאמור, עם אלה הסבורים כי חוק היסוד העלה את זכות השוויון למעמד חוקתי. ברם גם אלה הסבורים אחרת, יוכלו להסכים כי האירוע שבפני שיך לפחות לאותה קבוצה של מקרים שבהם הפגיעה בכבוד, בשל אי מתן כניסה לערבים והתרת כניסה ליהודים, היא ברורה. אין ספק כי התובעים, שנאלצו לחזור כל עומת שבעו מבלי שהתאפשרה כניסתם לפארק המים, חשו מושפלים.

אשר לשאלה השניה, והיא תחולת חוק היסוד במשפט הפרטי, ניתנה תשובה חיובי כבר בע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מ"ו 464, בו אמר הנשיא א. ברק:

"דומה כי מובן וברור הוא שעקרונות היסוד של השיטה בכלל, וזכויות היסוד של האדם בפרט אינם מוגבלים אך למשפט הצבורי. ההבחנה בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי אינה כה חריפה. שיטת המשפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא מהווה אחדות של שיטה ומשפט. אכן, עקרונות היסוד הם עקרונות היסוד של השיטה כולה ולא רק של המשפט הצבורי". (שם, 530).

באותו עניין בחן הנשיא ברק את ההזרמה באמצעות מושג תקנת הצבור. גם ב**בג"צ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מ"ז** (4) עמ' 702, עסק ביהמ"ש העליון בתחום הפרטי, ובחנו לאור חוק היסוד: חופש העיסוק, ולאור חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו. בעניין זה ביהמ"ש דן ביחסי האמון שבין עובד למעבידו המחייבים אותו לשמור על סודות עסקיים של המעביד, ובחופש העובד להתקשר עם מעביד חדש וקבע כי יש לאזן בין הזכויות המתנגשות (חופש העיסוק של העובד והמעביד החדש לעומת קניינו ואולי אף פרטיותו של המעביד המקורי). נקבע כי האיזון החוקתי "מוביל באמצעות עקרון תום הלב, למתן צו מניעה למעביד המקורי" (שם, 708). גם ב**בג"צ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' יונת לדנילוביץ**, הנזכר לעיל, נבדקה מערכת חוזית בין מעביד ועובד, ונישא ביהמ"ש העליון, השופט ברק, ציין בין השאר כי תרופות שפותחו במישור החוקתי מאפשרות לא רק ביטול הוראה הפוגעת בתקנת הצבור אלא גם לדרוש מהמעביד כי ימנע מהפליה אסור, ובכלל זה להעניק את טובת ההנאה לעובד שהופלה לרעה (שם, 676).

הנשיא ברק היה החלוץ בהתווית הדרך שבה מוזרמים עקרונות היסוד למשפט הפרטי ולהתנהגות הפרט ביחסיו עם פרטים אחרים. לעניין זה אמר בפרשת קסטנבאום: "המשפט הפרטי כולל בחובו מספר דוקטרינות, אשר משמשות כלים שבאמצעותם מוזרמים עקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט אל תוך המשפט הפרטי. במרכזם של כלים אלה עומדים עקרונות תום הלב (סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי)) ותקנת הציבור (סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) מזה, ועודלת הרשלנות (סעיף 36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]) והפרת

חובה חקוקה (סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]) מזה. שאלה יפה היא, אם הזרמתם של עקרונות המשפט הציבורי לתחומי המשפט הפרטי נעשית אך באמצעות כלים של משפט פרטי ("הזרמה אמצעית", "תחולה עקיפה"), או שמא נעשית ההזרמה במישרין, בלא כל צורך לחלחל דרך דוקטרינות של משפט פרטי ("הזרמה בלתי אמצעית", "תחולה ישירה"). התשובה על שאלה זו שנויה במחלוקת במשפט המשווה.... לענייננו שלנו די בתחולה העקיפה ובהזרמה האמצעית של עקרונות המשפט הציבורי באמצעות העיקרון של תקנת הציבור" (שם, עמ' 530).

וראה גם המודלים לתחולת חוקי היסוד במשפט הפרטי לשיטת א. [ברק, ספרו פרשנות במשפט, כרך ג'](#) עמ' 653 ואילך ומאמרו "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", ספרק קלינגהופר על המשפט הציבורי בעריכת י. זמיר (162). לשיטת ברק מודל הראוי הוא מולד התחולה העקיפה (המחוזקת והמוגברת) ר' פרשנות במשפט שם, עמ' 679 ואילך. הדרך שסלל הנשיא ברק בספרו, במאמרו ובפסיקתו מסמנת את דרכי כאן.

ואולם בכל מקרה בו נבחנת השכלת זכויות האדם במשפט הפרטי, יש לבחון מהו האיזון הספציפי הראוי בו אין ערכי היסוד המנתגשים. "בהתנגשות בין שני ערכים, יש ליתן לערכים המתנגשים את משקלם הראוי ולאזן ביניהם" כתבה כבוד השופטת שטרסברג-כהן, [בבג"צ 4541/94 אליס מילר](#), (שם, עמ' 1089, סעיף 11 לפסק-דינה). "יש והתנגשות כזו מתרחשת בין ערכים שווים במעמד, ויש שהיא קורית בין ערכים בלתי שווים כשאחד מהם עולה בחשיבותו ובעדיפותו על משנהו" (שם). לעניין האיזון, הזכות לשוויון היא זכות יחסית ככל זכות אחרת, ובלשונו של הנשיא ברק [בבג"צ 721/94](#), דנילוביץ הנזכר לעיל:

למותר לציין כי השוויון אינו מעניק זכות מוחלטת. זכותו של אדם לשוויון ככל זכות אחרת היא זכות יחסית... גבולות התפרסותו של עקרון השוויון נקבעים על ידי איזון (פנימי) בין מכלול זכויות האדם ועל ידי האינטרס הציבורי... ניתן לפגוע בזכות לשוויון מכוחם של ערכים ראויים אחרים" (שם, עמ' 760).

וראה לדרך ביצוע האיזון [ברק, פרשנות במשפט, כרך ב](#), עמ' 688-693, וכן בכרך ג, עמ' 220 ועמ' 688 ואילך. בעניין שבפני טענת הנתבעת נשען על שיקולי הבטיחות ושלוש הצבור, ובפרט שלום התובעים עצמם וגם על זכות חופש ההתקשרות.

אשר לשיקולי שלום הציבור יצוין כי נוסחת האיזון שביהמ"ש העליון אימצ' לעניין שלום הצבור מול חופש הביטוי היא כדלקמן: "חופש הביטוי נסוג בפני שלום הציבור רק אם הפגיעה בשלום הציבור היא קשה, רצינית וחמורה, ורק אם קיימת ודאות קרובה כי מתן חופש הביטוי יביא לפגיעה זו", ר' ברק, שם, כרך שני, עמ' 693.

ואולם, לא די בכך: "בכל המקרים הללו יש לבחון קיומם של אמצעים חלופיים שיש בהם כדי למנוע את הוודאות הקרובה של הסכנה הרצינית בלא לפגוע בחופש הביטוי" (שם). ובעניין זה נאמר בבג"צ 153/83 אלן לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד ל"ח (2) 393:

"אכן, כשר ענין לנו בשלילה או בצמצום כדין של זכויות יסוד של האדם, על השלטון לבחון – מבין שלל האמצעים שניתן לנקוט אותם כדי לשמור על בטחון הצבור – באותו אמצעי מגביל הפוגע במידה הפחותה מזכות היסוד. מבין האמצעים הדרסטיים יש לבחור בזה שהוא הפחות דראסי", עמ' 412.

וראה לעניין זה גם דברי השופט שטרסברג-כהן, בעניין אליס מילר (שם, עמ' 1089, סעיף 12). נגזרת מהגישה האמורה גם המסקנה שהנטל הוא על מי שטוען כי ההתייחסות המפלה היא ראויה (והשווה: בג"צ 4541/94 אליס מילר, דברי השופט דורנר, ס' 8 ו-9 לפסק-דינה).

אשר לשיקולי הבטיחות הספציפיים בענינו, אציין בפתח הדברים, שבטחנה כי מותר לנתבעת להפלות לרעה את התובעים כדי להגן על בטחונם שלהם, יש משום "פטרונות" שקשה לקבלה: האם הנתבעת יודעת טוב יותר מהתובעים 1 ו-2 מה טוב עבורם ועבור ילדיהם? האם לא הייתה יוצאת הנתבעת ידי חובתה כלפי התובעים ע"י שהייתה מפנה את תשומת לבם לאפשרות שיתנכלו להם, מבלי לסרב להכניסם? אילו פעלה הנתבעת כך, הייתה מפיגה את חששה שתוטל עליה אחריות לבטחונם מכח היותם מחזיקי מקרקעין. בכל מקרה היה בידה להתמודד מול חשש זה באמצעים שהם פחות דרסטיים, כגון ע"י היערכות להרגעת הרוחות. הנתבעת יכלה להתמודד עם התלהטות אפשרית של הרוחות על ידי סילוק הגורם המתסיס (ולאו דווקא התובעים) מהמקום. לא היה כל יסוד לחשש כי התובעים, שבאו לנפוש במקום עם ילדים קטנים, באו לעורר מהומות. קיומם של אמצעים חלופיים במקרה זה מסתבר, והנתבעת אף לא טענה כי בחנה אמצעים אלו והגיעה למסקנה כי הם בלתי מספיקים. תגובתה לחשש הייתה דרסטית ובלתי מאוזנת כשהיא מודרכת ע"י חששות ספקולטיביים ובהיעדר סכנה קרובה.

בהעמדת זכות השוויון החוקתית מול זכות חופש ההתקשרות, נקודת המוצא היא שגם לחופש ההתקשרות עיגון בחוק היסוד שבו עסקין. "אחת מזכויות היסוד של האדם שיש להתחשב בה היא זו של האוטונומיה של הרצון הפרטי. זה חלק מכבוד האדם וחירותו" ע"א 294/91 קסטנבאום, שם, עמ' 533. "אכן, עקרון חופש ההתקשרות ועקרון חופש החוזים הם עצמם עקרונות חוקתיים, הם עצמם זכות אדם חוקתית ומוגנת (ברק, פרשנות במשפט כרגך ג עמ' 688).

ואולם במקרה שבפני אין בהישענות על חופש ההתקשרות כדי להועיל לנתבעת.

עקרונות דיני החוזים קובעים את המסגרת למימוש חופש ההתקשרות וע"פ עקרונות אלו, כפי שצויין לעיל, ביטול ההצעה בשלב שבו התובעים כבר הגיעו למקום היה ביטול שאינו עולה בקנה אחד עם עקרון תום הלב החוזי. אין ביחד הנתבעת להישען על חופש ההתקשרות באופן המנוגד או הגובר על הכללים שהשיטה המשפטית קבעה לישומו של חופש זה. הנתבעת עצמה פנתה לציבור כולו, ערבים ויהודים, לבוא ולהינפש בפארק המים. אם נמלכה הנתבעת בדעתה, ולאחר שהתובעים כבר נענו להצעתה ובאו ביטלה הצעתה, לא פעלה כדין ע"פ עקרונות דיני החוזים. מכאן, שיד הזכות לשוויון על העליונה.

לתוצאה זו ניתן להגיע גם בדרך המוצעת ע"י השופט ברק, לפיה מלכתחילה באיזון עם זכות השוויון יש לתפוס את חופש ההתקשרות כבעל עוצמה רבה כאשר הוא קשור לפרטיותו של אדם, והולך ונחלש כאשר הוא מכוון כלפי הציבור כולו.

בדומה, הזכות לא להיות מופלה היא לדבריו החזקה ביותר כאשר ניתן שירות לכלל הציבור והולכת ונחלשת כאשר השירות ע"פ עצם מהותו אינו "פתוח" לכל וניתן על בסיס אישי, ר' [ברק, פרשנות במשפט כרך ג](#) עמ' 692. בענינו מדובר בשירות שע"פ עצם טיבו אמור לעמוד לרשות כלל הציבור, ואינו ניתן על בסיס אישי.

המסקנה העולה מהאמור לעיל מובילה לקביעה כי גם אילו היה יסוד של ממש לחשש מפני תוצאות החיכוך בין יהודים וערבים בפארק, הדרך הנכונה הייתה לנעול את שערי בפני כל הבאים, ולא להפלות חלק מהם.

לאור האמור, משאיסור כניסת התובעים לפארק לא היה מוצדק מכוח השיקול הבטיחותי, וגם לא היה כדין ע"פ דיני החוזים, מתבקשת מהקנה כי הופרה זכותם של התובעים לשוויון, ולמצער כי הופרה זכותם לשמירת כבודם (ראה גישת השופט דורנר לעיל). לעניין הפרה זו אוסיף כי הנתבעת לא טענה כי קיים בין ערבים ובין יהודים, לעניין הכניסה לפארק, שוני רלבנטי, המצדיק את הפרת הזכות (וראה לעניין שוני רלבנטי [בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הבטחון](#), פסק-דין של השופט א. מצא, עמ' 1077-1078, ופסק-דין של השופט ט. שטרסברג-כהן, סעיף 4, והשווה עם פסק-דין של השופט צ.טל, שם). כל שנטען בפני לעניין מהותם של התובעים הוא שהיותם ערבים עלולה להביא לפגיעה בשלומם עם יכנסו לפארק או שיפגע הסדר במקום בגן כניסתם, מאחר שבמקום נפשו יהודים. כאמור, שיקול זה אינו מצביע על שוני רלבנטי אשר מכוחו לא מתקיימת אפליה חרף ההבדל בהתייחסות.

עלי לצין כי הנתבעים לא עוררו בטיעוניהם שאלה לעניין תחולת חוק היסוד מהיבט מיקומו של הפארק, ועל כן לא אדון בשאלה זו, ור' [ברק, פרשנות במשפט כרך ג](#) עמ' 460-462.

המסקנה העולה מהאור לעיל היא ששיקול דעתו של מנהל הנתבעת לאסור כניסת התובעים היה לקוי. לא היה בידו באותן נסיבות לפעול שלא בהתאם לעקרון השוויון ושלא באופן העולה בקנה אחד עם כבודם של התובעים. פעולתו הפסולה פגעה בעקבי יסוד של שיטתנו, ובה בעת פגעה, למרבה הצער, במירקם העדין של יחסי יהודים-ערבים.

6. תהליך האיזון בין השיקול הבטיחותי וחופש ההתקשרות מחד גיסא, ובין עיקרון השוויון מאיד גיסא, מביא איפוא למסקנה שהופרה במקרה דנן החובה החקוקה בחוק היסוד, לנהוג בשוויון.

עוולת הפרת חובה חקוקה נקבעה בסעיף 63 [לפקודת הניקיון](#) (נוסח חדש) כדלקמן:

א"מ מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק – למעט פקודה זו – והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוג או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.

ב לענין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו אדם פלוני או לטובתם או להגנתם של בני-אדם בכלל או של בני-אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני.

תחולתו של הסעיף מותנית, איפוא, בכך שהחיקוק שהופר נועד לטובתו או להגנתו של הנפגע מההפרה, ובכך שהנזק שנגרם הוא אותו נזק שאליו התכוון החיקוק. ברי שחוק יסוד: [כבוד האדם וחירותו](#) נועד בין השאר, ואולי אף בעיקר, לטובתם ולהגנתם של מיעוטים ומגזרים חלשים אחרים שבאוכלוסיה כדוגמת התובעים, ואין גם ספק, להבנתי, שהחוק נועד למנוע פגיעה כגו זה נפגעו התובעים. [בע"א 145/80](#) [ועקנין נ. מועצה המקומית בית שמש](#), לז' (1) 113, נאמר:

"חיקוק בא "לטובתו או להגנתו של אחר" אם אותו חיקוק קובע נורמות ורמות התנהגות אשר נועדו להגן על האינטרסים של הפרט. כנגד חיקוק מסוג זה באים אותם חיקוקים אשר נועדו להגן על האינטרסים של הפרט, ביניהם ניתן לכלול אותם חיקוקים שבאו להגן על האינטרסים של המדינה, של הממשלה, ושל מירקם החיים הקולקטיביים ואורחות חיי האומה" (שם 141).

לגבי חוק היסוד ציין הנשיא ברק:

"חוקי היסוד הם בגדר 'דבר חקיקה' אשר נועד לטובתו של הפרט ועל כן פגיעה בזכות אדם חוקתית גוררת אחריה אחריות בנזיקין בעוולה שלל הפרת חובה חקיקה". (ברק, פרשנות במשפט כרך ג, 686).

וכן אמר בהתייחס לעוולת הפרת חובה חקיקה: "עוולה זו מתאימה במיוחד להפרת זכות אדם המוגנת בחוקי יסוד. חוקים אלה מטילים חובות אשר נועדו להגן על האדם, והפרתם מקיימת את יסודותיה של העוולה בדבר היפר חובה חקיקה... על פי חוקי היסוד עצמם, זכותו של פרט אחד הינה חובתו של הפרט אחר. 'החובה' החקיקה היא זו העולה מהאיזון הפנימי בין זכויות האדם השונות". (שם, עמ' 788).

מאי נגיר היטיבה לתאר את תחושת ילדיה לאחר שנאלצו לחזור כלעומת שבאו מבלי שהתאפשרה כניסתם לפארק. ואולם, גם ללא עדות זו, העלבון והאכזבה שחשו התובעים מובנים מאליהם. נזק אי הכניסה לפארק אינו מתמצה, על כן, בשיבוש התוכניות של התובעים לאותו יום אלא הוא בגדר נזק מתמשך בשל תחושת ההשפלה שחש אדם במצב כזה, תחושה שאפשר שלא תימחה אף לאחר זמן רב.

לסיום אציין כי בדרך המשפטית שבה משליך חוק היסוד על המשפט הפרטי היא דרך המצוייה בתהליך התגבשות. יתכן שפסיקת בית-המשפט העליון תקבע כי ניתן להסתמך על חוק היסוד בדרך ישירה מבלי להשען על עילה מוכרת בתחום המשפט הפרטי. בכל מקרה הדרך שנקטתי כאן המתבססת על עילה נזקית מכח הפרת חובה חקיקה, עולה להבנתי בקנה אחד עם גישתו של הנשיא ברק, כמוסבר לעיל.

7. מהו הפיצוי המתאים לנזק זה?

ב"כ התובע טען בכתב התביעה כי לתובעים נגרמו הנזקים הבאים: הפסד הוצאות נסיעה ומזון – בסך 100 ש"ח, וכן נזק לא ממוני – בסך 10,000 ש"ח.

פיצוי על נזקים מסוג זה לא ניתן הן במסגרת החוזית (הפרת תום הלב), והן במסגרת הנזיקית (הפרת חובה חקוקה). אשר לנזק הלא ממוני, במקרה שבפני מדובר ב- 6 אנשים, הורים וארבעה קטינים. כולם חשו אכזבה בשל אי יכולתם לממש את תוכניתם להיכנס לפארק. הפגיעה בכבוד, להבנתי, הייתה בודאי גדולה יותר בעוצמתה אצל המבוגרים ופחות משמעותית לגבי הילדים, שהגדול שבהם – כפי שעולה מהראיות – היה אז כבן 10. ספק אם הילדים הקטנים יותר קלטו וספגו פגיעה זו אותה עת.

פגיעה כזאת, מכל מקום, למי שחש בה, אינה נמחקת על נקלה והיא מצדיקה פיצוי משמעותי יותר. אשר לנזק הממוני, צודק ב"כ הנתבעת בטענתו כי אין מקום לפצות בגין ההוצאה על המזון, שהרי התובעים היו צריכים לספק דרישתם למזון גם בהיותם במקום אחר. אשר להוצאה הנוספת על הדלק, אני רואה אותה כזניחה וכנטמעת בפיצוי שיפסק להלן בגין עוגמת הנפש.

בהתחשב במספר התובעים בפני, ובסכומים הראויים לפיצוי בעיקר בגין הפגיעה בכבוד אצל המבוגרים שבהם, אני סבורה כי הסכום שנתבע בכתב התביעה הוא סכום ראוי. יש לציין כי התנהגותם של התובעים לאחר האירוע (ובכלל זה פניתם לעיתונאי בינור והגשת התביעה) לימדה כי אכן הוטרדו והושפלו מהיחס שגילתה כלפיהם הנתבעת. להסרת ספק יצוין כי כבוד התובעים רלבנטי גם לעניין הפיצוי בתום החוזי, בהיותו רכיב בקביעת היקף עוגמת הנפש.

לאור האור, אני מקבלת את התביעה כלפי הנתבעת (נתבעת 2) ומחייבת אותה לשלם לתובעים סכום של 10,000 ש"ח (מהיום). כן תשלם הנתבעת הוצאות המשפט ושכ"ט עו"ד בסך 5,000 ש"ח בתוספת מע"מ כדין (מהיום). התביעה כלפי נתבעת 1 נדחית ללא צו להוצאות.

ניתן היום, 1.9.1996, והודע.

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

מרים מזרחי 11258/93-54678313