

שוויון במשפט הפרטי

החובה לנהוג בשוויון מוטלת לעתים גם על גופים פרטיים.

תקיקה

חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998

חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-

2000

התובעת היא אלמנה, אישה פנויה, בשנות הארבעים לחייה הלוקה במחלת שרירים הפוגעת ברגליה, ואיננה מאפשרת לה לעמוד על רגליה, ומאלצת אותה לנוע בישיבה על כיסא גלגלים. הנתבע 1- הוא מועדון לילה לריקודים - מסעדה ובו מתקיימות בערבים פעילויות של ריקודים והופעות של אומנים. בארבעה ערבים בשבוע, משמש המועדון כמקום מפגש לנשים וגברים שהם פנויים, ובני למעלה מגיל 35. הנתבע 2 הוא הבעלים האחראי (להלן: "בני"). על פי עדותה של התובעת, נהגה לבקר במועדון, והייתה בו מספר פעמים. בתחילת חודש דצמבר 1996 ביקשה התובעת להיכנס עם חבר שלה למועדון ואולם השוער מנע ממנה את הכניסה, בנימוק שעל פי הוראת מנהלי המקום אין להכניס אליו נכים. על דרישה זו חזר בני עצמו כשהיגע למקום. לתביעת התובעת שבפני הצטרפו ארגוני נכים.

התובעת הגיעה למועדון בעקבות המודעה בפרסום "עכבר העיר". לא צוין בה כי הכניסה למקום אסורה לנכים. לפי חוק החוזים, חוזה נכרת באמצעות הצעה וקיבול. הפניה יכול שתהיה לציבור. בענייננו, המודעה מכוונת כלפי הציבור בכללותו, וכאמור גם פנייה לציבור מהווה הצעה בהתקיים "גמירות דעת" ו"מסויימות". המודעה מבשילה לכלל הצעה בהיותה פניה אל מספר בלתי מסויים של אנשים, אל ציבור מסויים המוגדר מראש במודעה - פנויים ופנויות מעל גיל 35, הממלא אחר תנאים מסויימים - משלם תמורת כרטיס בסך 20-35 ש"ח בימים ובשעות הנקובים במודעה. הפנייה במודעה היא מסויימת ומעידה על גמירת דעתם של הנתבעים להתקשר בחוזה עם ציבור הניצעים - האנונימיים. החוזה עם התובעת נכרת עם תחילת הביצוע על ידה, כאשר לאחר תחילת הביצוע על ידי התובעת, אין קיום להצעה, והיא נטמעת בחוזה שנכרת ביניהם. מעצם טיבה של המודעה שהיא הצעה לציבור משתמע כי הקיבול הוא על דרך של התנהגות. ולפיכך מן המודעה משתמעת דרישה חד משמעית לקיבול ההצעה דרך התנהגות, בהבדל ממסירת הודעה על קיבול.

בענייננו - לא נקשר חוזה בין התובעת לנתבעים, לאחר שהתובעת לא הוכיחה כי עמדה בכל תנאי ההצעה, קרי לא רכשה כרטיס תמורת "20 - 35 שקל". עם זאת, התובעת הוכיחה כי המודעה שפורסמה ב"עכבר העיר" היא הצעת הנתבעים לציבור וכי היא ענתה לתנאי המודעה, ופעלה על פי אותה ההצעה, ונשאה בהוצאות ובנזק מחמת שהנתבעים חזרו בהם מן ההצעה וסירבו כניסתה למועדון, לאחר שהסתמכה על ההצעה ופעלה לפיה.

בסירובו להתיר לה להכנס אל המועדון מחמת היותה נכה הישובה בכסא גלגלים חזר בו המועדון על פי הוראתו של בני מן ההצעה, ולאחר שהתנהגותו זו הינה התנהגות שלא בתום לב ושלא בדרך מקובלת, זכאית התובעת לפצויי ההסתמכות. דברי השוער ודברי הקופאית נאמרו לתובעת בנוכחות חבריה שבאו עמה לשם בילוי הערב, ובאזני כל אלה שבאו ויצאו בפתח המועדון אליו נאסרה כניסתה של התובעת. מכאן שיסוד ה"פרסום" הוכח ומהווה לשון הרע. אמרותיהם של השוער ושל ריקי הקופאית: כי כניסתה - "תוריד את ערך המקום", "כניסתה תגרום למקום להראות כמקום לא טוב", "הנילוויים לך רשאים להיכנס - את לא", כל אלה מהווים "לשון הרע". כהגדרתו בחוק.

מועדון לילה פרטי ובעליו, כמו כל מזיק אחר, חייבים לנקוט אמצעי זהירות סבירים כדי למנוע נזק. הדבר יבטיח שוויון הכל בפני החוק וימנע הפליה פסולה. אמנם קיימים סיכונים של חיי יום יום, שכל אדם חייב ליטול אותם, אולם אם מועדון לילה או מנהלו התרשלו, ויצרו סיכון בלתי סביר - אין מקום לשחררם מאחריות בנזיקין. על מועדון הלילה ליתן שירותים לכל אדם ולכל אדם עם מגבלות, תוך הקפדה על כבוד האדם וחירותו ותוך הגנה על פרטיותו, וביצוע התאמות הנדרשות לאדם עם מגבלות. .

לעניין הנזק, לאור חו"ד מומחה פסיכיאטרי התובעת הוכיחה את נזקיה בגין עלות טיפול רפואי לו היא זקוקה בגין האירוע נשוא כתב התביעה, בסך של 25,200 ש"ח. לעניין נזק לא ממוני, התובעת הוכיחה בפני כי נפגעה מחזרתם של הנתבעים מן ההצעה שפורסמה במודעה, ועל כך נפסק לה סך של 15,000 ש"ח, בגין עוגמת הנפש וההשפלה שגרם לה פרסום לשון הרע, כפיצוי כספי עבור הפגיעה הסוביקטיבית. לבקשת התובעים 2-3, ניתן צו עשה כנגד הנתבעים ו/או מי מהם לאפשר כניסה לאירועים של מפגשים חברתיים פומביים המקויימים במועדון לפנויים ופנויות מעל גיל 35 שהם נכים.

הערת העורך: כיום חוק שוויון לאנשים עם מוגבלויות אוסר ממילא הגבלות על כניסה למועדונים מהסיבות שהובאו מפסק הדין, כמו גן מסיבות נוספות של השתייכות קבוצתית.

העותרים הם יהודים תושבי כפר-שמריהו, אשר ביקשו לערוך תפילה בציבור. בכפר בית כנסת אחד, הפתוח גם לפנייהם, אך אין דעתם נוחה מצורת התפילה שם; המשיבים הם בעלי אולם שהועמד לרשות העותרים לשם עריכת תפילותיהם בראש השנה ויום הכיפורים, אך משביקשו להעמיד אולם זה לרשותם גם בסוכות ושמחת-תורה, הושבו פניהם ריקם.

שיקולי המשיבה, כפי שהובאו לפני בית-המשפט, הם פסולים אחד לאחד. השאלה אם בית-הכנסת היחיד מסוגל לספק את הצרכים הדתיים של תושבי המקום, אינה שאלה למשיבים לענות בה: זו שאלה שכל אחד מתושבי המקום חייב וזכאי לענות בה לעצמו. גם אין לתת משקל לעניין ההתנגדות של "חוגים מסויימים" בכפר, הממונים ככל הנראה על עניני הדת; לעניין זה לא היתה לאותם "החוגים" לא סמכות ולא זכות דעה. ואשר לחשש הפגיעה החמורה ברגשותיהם של "החוגים" ההם, ברור הוא שכאן חשש זה אינו אלא אחת משתי רעות: כדי למנוע פגיעה ברגשות המתנגדים, פוגעים ברגשות העותרים. גם חשש "הפילוג" הוא אמיתי, אך רצונם הטוב של המשיבים למונעו אינו יכול להעבירם על סמכותם; ואם יש כאן פילוג, אפשר לומר שהוא כללי ונפוץ עד כדי היותו, הוא עצמו, מנהג של קבע.

חופש הדת והפולחן הובטח לכל אזרח בישראל עוד באכרזה על הקמת המדינה; ואם כי אין אכרזה זו בגדר חוק אשר אפשר לבסס עליו עילת תובענה, הרי חופש זה אינו אלא אחת מחירויות הפרט המובטחות לו בכל משטר דמוקרטי נאור. עצם קיומו והבטחתו של חופש זה כרוכה סכנת הפילוג בין זרמים ותנועות דתיים שונים, אבל אין בסכנה זו כדי לגרוע מאומה מחופש הדת והפולחן; שאם לא תאמר כן, ביטלת את כל חופש הדת.

במשק הממלכתי והציבורי, אין עוד יעילות מעשית בהבחנה המקובלת בין פעולות מסחריות או אזרחיות של רשות מרשויות המדינה או של רשות מקומית, לבין פעולותיהן השלטוניות או הציבוריות. ההבחנה היחידה המועילה, היא ההבחנה אם יש בפעולה משום מילוי תפקיד ציבורי על-פי דין; וייתכן מאד שגם פעולה שהיינו קוראים לה בשם מסחרית או אזרחית, טומנת בחובה מילוי תפקיד ציבורי על-פי דין.

הכלל הוא שאין המועצה מוציאה מקרקעיה מרשותה, אלא תחזק ותנהל אותם לטובת הציבור אשר לשמו נוצרה ועבורו היא פועלת. עצם הסמכות לעשות בנכסיה, היא סמכות על-פי דין ובהשתמשה בה, ממלאת המועצה המקומית תפקיד על-פי דין. ואפילו אם בהשכיר את האולם הנדון אין המשיבים ממלאים תפקיד ציבורי על-פי דין, על-כל-פנים ייתכן והתערבותו תהא דרושה למען הצדק; וסירוב בלתי-צודק מצד הרשות לתת לאזרח את אשר הוא ביקש ואת אשר זכאי הוא לקבל ממנה, אף ללא הוראה חוקית מפורשת, נחשב בעיני בית-משפט זה על-פי רוב כעילה מספקת להתערבותו למען הצדק.

אולמות, כמו האולם המדובר בו כאן, הנמצאים ברשות המשיבים למטרות ציבוריות, חייבים המשיבים להעמידם לרשות תושבי המקום למטרות ציבוריות כאמור, אם הם מתבקשים לכך ומקבלים תמורה נאותה; ואין הם רשאים לסרב לעשות כך מן הטעם בלבד שהדין אינו מחייבם להיענות למבקש המסויים או בכלל, ושמותר להם, אם רצונם בכך, להשאיר את האולם ללא שימוש. העתירה מתקבלת.

במסגרת הסדר הבראה של קופ"ח כללית גובש הסדר פרישה מרצון, ואשר לפיו ניתן לעובדים האפשרות לפרוש מעבודתם בשני מסלולי פרישה: פרישה לעובדים הצעירים מגיל 57 עם פיצויי פיטורין מוגדלים, ופרישה לעובדים הוותיקים יותר, שכונה מסלול "הפנסיה המוקדמת". יצויין כי עובד שבחר להמשיך ולעבוד נטל על עצמו סיכון כי יפוטר שלא במסגרת תוכנית הפרישה, ולא יקבל הטבות המיוחדות שהוצעו לו בתוכנית. על פי הסדר הפרישה הרגיל, גיל הפרישה המזכה הוא 65 לגבר ו-60 לאישה, אולם אישה רשאית להמשיך לעבוד עד גיל 65. תכנית הפרישה המיוחדת ביקשה לגשר על הפער בין גיל הפרישה המוקדם של 57 לגיל הפרישה הרגיל הוא 65, בכך שקופ"ח תשלם לעובדים פנסיה מיום הפרישה ועד ליום שבו יגיעו לגיל הפרישה המזכה. בהתאם להסדר, קיבלו העובדים בתקופת הפנסיה התקציבית הטבות מיוחדות ומשמעותיות, כולל תשלום מוגדל לצבירת פנסיה. לפי אחד התנאים, עובד יזכה בפנסיה תקציבית - על ההטבות היתירות הנלוות אליה - עד גיל 65, ואילו העובדת לא תזכה בפנסיה תקציבית על הטבותיה אלא עד גיל 60, ולאחר מכן יקבלו פנסיה אך מהקרן הרגילה. מכאן שלא זו בלבד שאישה מפסידה חמש שנות פנסיה תקציבית (מגיל 60 ועד גיל 65) אלא שמוסיפה היא ומפסידה אותן חמש שנים בצבירת זכויות הפנסיה בקג"מ. העותרות פרשו מעבודתן כאחיות במסגרת תוכנית הפרישה מרצון. כל אחת מהן חתמה על חוזה אישי שבו הסכימה לפרוש בתנאים שהשיגה. כשנתיים לאחר פרישתן הגישו השתיים תביעה לבית הדין האזורי לעבודה, אולם זה דחה את התביעה. ערעורן לבית הדין הארצי לעבודה נדחה ומכאן העתירה שלפנינו.

הפליה היא יחס בלתי שווה ובלתי הוגן לשווים. השוויון - היפוכה של ההפליה - פירושו הוא, הלכה למעשה, צדק והגינות. לא הרי "הפליה" כהרי "הבחנה"; הבחנה - להבדילה מהפליה - היא יחס שאינו-שווה למי שהם שונים, והוא במקום שהשוני הוא מגוף העניין. בענייננו, במקרה של עובדת ועובד אשר עבדו בתפקיד זהה, גילם זהה, ויתקם זהה, תרומתם לקופ"ח שווה, תשלומיהם לקופת הפנסיה היו כתקנון הקופה. בכל זהים הם השניים, ואולם כך - עד בואם אל תוכנית הפרישה. יצויין כי תקנון קג"מ - הקובע זכות פנסיה לאישה בגיל 60 ולגבר בגיל 65 - אין בו כדי להעלות או להוריד דבר. עובדת ועובד אשר פרשו מעבודתם - במסגרת תוכנית הפרישה מרצון - אין כל הבדל ביניהם, וזכאים הם כלפי קופ"ח באותן זכויות עצמן. עובדת - שלא כעובד - זכאית לפרוש מעבודתה בגיל 60; זכאית היא - אך אין היא חייבת. מסקנה: זכאית היא עובדת לזכויות כעובד הזכאי לפרוש מעבודתו בגיל 65.

חובה היא המוטלת על קופ"ח להקנות לעובדת שפרשה מעבודתה במסגרת הסדר הפרישה מרצון אותן זכויות שהיא מקנה לעובד-גבר במעמדה של העובדת. קופ"ח זכאית היתה לבחור בפיתרון אחר, ובלבד שהיתה בונה לעובדת תוכנית שהיתה מעמידה אותה במעמד שווה לעובד. בהעלותה לפני העותרות הצעתה לפרישתן מעבודה במסגרת תוכנית הפרישה מרצון, היפלתה קופ"ח לרעה את העותרות.

ערך השוויון - ובשמו האחר: איסור ההפליה - הוא מערכי-היסוד של שיטת משפטנו; ואולם עיקר הוא לא בהפליה בתורת שכזו אלא בסוג ההפליה ובעוצמתה: הפליה מחמת דת, גזע, לאום או מין היא מן הקשות שבהפלות. חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד אינו יוצר את האיסור להפלות

מחמת מין, שהיה קיים מכוח תקנת הציבור אף לפני חקיקתו; הוא יוצר רק במובן זה, שהוא קובע כי הפרתו של האיסור מהווה עבירה פלילית.

אין לעשות הבחנה בין התוכנית הכללית לבין החוזה האישי, שהרי כל החוזים האישיים כפפו עצמם לעקרונות שנקבעו בתוכנית הכללית - עקרונות שהיפלו שלא-כדין בין עובדת לעובד - ועקרונות אלה לא היו ניתנים לשינוי או למשא-ומתן עליהם. משהפכה אותה תוכנית כללית להיותה חלק מן החוזים האישיים, דבק הפסול שבה בחוזים האישיים אף-הם. גם תנאי גיל הפרישה הוכתב לעותרות בידי קופ"ח ולא ניתנה בידן כל אפשרות לשאת ולתת עליו. היכן הוא "חופש החוזים", היכן היא הבחירה החופשית? הברירה שהועמדה לפני העותרות היתה זו: להצטרף לתוכנית ולזכות בתנאים נחותים מן התנאים שהוצעו לעובדים גברים, או להמשיך ולעבוד בפועל עד גיל 65. לעובדים הגברים הוצעו תנאים עדיפים: הם יכולים היו לזכות בתנאים המועדפים עד גיל 65 בלא שחוייבו להמשיך ולעבוד בפועל עד גיל 65. מכאן שאין כאן לא חופש בחירה ולא חופש חוזים. ברירה מסוג זה לאו ברירה היא.

לפי חוק גיל פרישה לעובדת ולעובד, אם נקבע בהסכם קיבוצי גיל פרישה לעובדת הנמוך מגיל פרישה שנקבע בו לעובד, תהא לעובדת זכות, על אף האמור באותו הסכם קיבוצי, לפרוש מעבודתה בכל גיל שבין גיל הפרישה שלה ובין גיל הפרישה שנקבע לעובד. מכאן שרשאית העובדת - אלו העותרות שלפנינו - לקיים את זכותה לפרוש לפנסיה בגיל 65 וכך לזכות באותן הטבות השמורות לעובדים-גברים. אסור היה לקופ"ח לנצל את זכות הבחירה שניתנה לעובדת על-פי תקנון קג"מ ועל-פי חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד ולעשותה מנוף לפגיעה בזכותן של העובדות לשוויון ולהפלייתן לרעה ביחס לעובדים גברים. העותרות לא ויתרו כלל על זכותן לעבוד עד גיל 65. המושג "ויתור" משמיע ברירה של-אמת ואילו לעותרות לא ניתנה כל ברירה של-אמת לזכות בזכויות שוות לעובדים-גברים; הוצע להן לפרוש בגיל 60, אך בלא שהצעה זו לוותה בפיצוי הולם מקופ"ח. הפליית נשים לרעה הפליה היא גם אם אין כוונה מיוחדת ליצירתה של הפליה, וכוונת עושה אינה כלל רלבנטית.

קופ"ח מעסיקה היא עשרות אלפי עובדים אלא שנותנת היא שירות ציבורי וחיוני - על-פי דין - למיליוני מבוטחים, ומפעילה מאות רבות של מוסדות רפואה, בהם בתי חולים ומירפאות. קופ"ח היא גוף ציבורי במלוא משמעותו של המושג (מבחינה חברתית ולאומית). גם הסדר הפרישה שנעשה לא היה הסדר רגיל: הממשלה היתה מעורבת בו וההסתדרות הכללית היתה צד לו. בנסיבות אלו, דומה, הצורך בשמירה על עקרונות-יסוד במשפט מתעצם והולך, והפרתם של עקרונות אלה תיחשב פסולה וחמורה במיוחד.

לפי חוק החוזים, חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל. הוראת-חוק זו תופשת בענייננו: הן בחוזים האישיים שנכרתו בין קופ"ח לבין כל אחת מן העותרות; הן בהסכם הקיבוצי המיוחד שנכרת בין קופ"ח לבין ההסתדרות; והן בהסדר הכללי לפרישה מוקדמת של עובדי קופ"ח מעבודתם. הפלייתן של נשים - באשר נשים הן - נוגדת בבירור את תקנת הציבור ופסולה היא מעיקרה. בהיות הסדרי הפרישה של העותרות מעבודתן בקופ"ח נגועים בהפליה הנוגדת את תקנת הציבור; רואים אנו אותן תניות הנגועות בהפליה כתניות בטלות. העתירה מתקבלת.

המערער הינו יהלומן בעיסוקו, ונהג לפקוד את הבורסה ליהלומים ברמת-גן מספר פעמים בשנה במסגרת עסקיו. המשיבה הינה הבעלים הרשום של בנייני הבורסה ליהלומים. מדובר במשרדים רבים של יהלומנים, וכן בגורמים אחרים השוכרים שם משרדים. באחד מן הימים הגיע המערער לבניינים אלה לצורך פגישות עסקים, ולהפתעתו מנעו ממנו השומרים, אשר מוצבים מטעם המשיבה בכניסה לבניין, את כניסתו; המשיבה החליטה על כך לבקשת הבורסה ליהלומים בבגליה, עקב סירובו של המערער לקיים הליכי בורות בנוגע לסכסוך עסקי בינו לבין יהלומן אחר (כמקובל בענף היהלומים).

טעות היא לחלק את הקניין באופן חד בין קניין פרטי לציבורי. המציאות מורכבת יותר; וכשם שהקניין אינו מתחלק באופן חד לקניין פרטי מזה וקניין ציבורי מזה, כך גם הדין החל על הקניין: הקניין הפרטי, אף שהוא מצוי בתחום של המשפט הפרטי, אינו מצוי מחוץ לתחום של המשפט הציבורי. ויש סוגים של קניין פרטי הכפופים לעקרונות יסוד של המשפט הציבורי. ההבחנה ביניהם אינה חדה.

בגבול שבין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי קיים אזור דמדומים, בו המשפט הפרטי והמשפט הציבורי משמשים בערבוביה. באזור זה קיימת דואליות נורמטיבית, כלומר, דו-קיום של המשפט הפרטי והמשפט הציבורי; אולם אין די בכך שהגוף ממלא תפקיד שיש בו עניין לציבור או חשיבות ציבורית. גופים רבים מעין אלה פטורים לחלוטין מתחולת המשפט הציבורי; צריך דבר מה נוסף.

חשיבות מיוחדת נודעת לשאלה זאת בקשר לזכויות היסוד של האדם, ובהן הזכות לשוויון. זכויות היסוד נועדו בעיקר להגן על האדם מפני רשויות השלטון. אולם אין הן מוגבלות בתחולתן ליחסים שבין אדם לשלטון; הן עשויות לחול גם ביחסים שבין אדם לחברו. הכללים של המשפט הציבורי החלים על גוף דו-מהותי אינם זהים בהכרח לאותם כללים כשהם חלים על רשות מינהלית. המעבר של הכללים מן התחום של המינהל הציבורי אל התחום של המגזר הפרטי עשוי לחולל בהם שינויים.

סביר להניח כי ההיקף והעוצמה של כללי המשפט הציבורי החלים על גוף דו-מהותי מסויים יהיו קרובים יותר לאלה החלים על רשות מינהלית, ככל שאותו גוף יהיה קרוב יותר במהותו לרשות מינהלית. בכל מקרה צריך להישמר שלא יוטלו על גוף דו-מהותי, שהוא ביסודו גוף פרטי, כבלים של המשפט הציבורי שיכבידו עליו ללא הצדקה לפעול באופן יעיל למילוי תפקידיו והשגת מטרותיו.

האם הבורסה ליהלומים היא גוף דו-מהותי? התשובה כרוכה בשאלה מה הם המהות והתפקיד של הבורסה. בין היתר יש לברר מי הקים ומי שולט במשיבה; מה היחסים בין המשיבה לבין הבורסה; מה התפקיד של הבורסה; האם יש לה להלכה או למעשה מעמד מונופוליסטי; מה התלות של יהלומן בבורסה זאת; מה המשמעות העסקית של החלטה למנוע בעד יהלומן את הכניסה לבנין הבורסה. כיוון ששאלות אלה לא נתבררו כראוי, יש להחזיר את התיק אל בית המשפט המחוזי, כדי שיברר את השאלות ויכריע במחלוקת.

הערת העורך: בלי קשר לשאלת הדו-מהותיות של הבורסה, הרי שבמקרה זה מניעת הכניסה מהעותר, משמעותה הפרת החוזה בין הבורסה לבין שוכרי המשרדים שעמם קבע את הפגישה.

העותרת, בית יולס, היא חברה המחזיקה ומפעילה בית אבות בחיפה, אשר ביקשה להקים בית אבות חדש תחת זה הקיים. לצורך כך פירסמה בעיתונים מכרז ובו נכללו התנאים הקשורים למכרז. נאמר שם, בין היתר, כי יש לצרף להצעות ערבות בנקאית בשיעור של 5% מגובה ההצעה, וכי "אין הנהלת המוסד מתחייבת לקבל את ההצעה הזולה ביותר או כל הצעה שהיא". בין החברות אשר נענו למכרז והציעו הצעותיהן היו גם שלוש המשיבות, חברת רביב, חברת א. ארנסון בע"מ ורסקו. רסקו לא עמדה בדרישת הערבות. המשיבה החליטה כי היא מעדיפה למסור את העבודה לקבלן ציבורי, כגון רסקו, אך זאת בתנאי שהצעתו לא תעלה ביותר מ-5% על הצעתה של רביב שהיתה הזולה מבין ההצעות. לאור החלטה זו התנהל משא ומתן במהלכו אכן הקטינה רסקו את המחיר שבהצעה המקורית, ובעקבות זאת הוחלט לקבל את הצעתה. הערעור, נושא דיון נוסף זה, היה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי אשר דחה את תביעתם של רביב וארנסון נגד בית יולס ורסקו. הערעור התקבל בחלקו ברוב דעות, ונקבע כי יש לחייב את בית יולס בפיצויים לרביב.

רשות ציבורית, אף כאשר פועלת היא בתחום המשפט הפרטי, מצווה היא, בנוסף לקיומם של דיני המשפט הפרטי, גם על שמירתם של כללי יסוד שבתורת המשפט הציבורי. במקרה שלפנינו לא נוצרה אצל המשתתפים במכרז, כתוצאה מדיבור או התנהגות בעל המכרז, כל ציפיה כי בעל המכרז ינהיג תחרות בתנאי שוויון בעבור המשתתפים במכרז כמקובל במכרזים ציבוריים. במכרז ציבורי הגבלה בחופש ההתקשרות מוצדקת ומחוייבת היא משום שהרשות הציבורית פועלת כנאמן הציבור, למען הציבור וכדי למנוע את השימוש בכוח השררה שבידה. בכגון דא, ורק בכגון דא, ערך השוויון דרוש הוא לצורך האיזון וכדי להבטיח לכל פרט, כחלק מן הציבור, את חלקו במכרז הציבורי. מה שאין כן במכרז פרטי, שלא מצוי בו פגם כלשהו ביושרם של בעלי הדין, שמתחרים הם, מרצונם, בהליכי המכרז, כאשר תחרותם אינה עומדת בניגוד לשום תנאי, מפורש או מכללא, שבמכרז. ייתכן כי בנסיבות מיוחדות ומסוימות יהא בו בחוסר שוויון משום חוסר תום לב. אבל בדרך כלל, ומבחינה עקרונית, תחרות הוגנת אין פירושה תחרות שוויונית, ותום לב אין פירושו שוויון. הכלל הגדול במערכת משפטנו ותפיסתנו החברתית כלכלית היא, שמן הסתם הצדדים רשאים ומבקשים להתחרות ביניהם, ללא הגבלה של שוויוניות, ואם ירצו לשלול זאת הרשות נתונה בידם להתנות על כך.

החובה שעל הרשות הציבורית לנהוג בשוויון ובחוסר הפליה גם בתחום פעילותה במשפט הפרטי לא באה לה משום שחוסר שוויון והפליה בתחרות כלכלית יש בהם, כשהם לעצמם, משום חוסר יושר שבתום לב. להיפך, תחרות זו מקובלת וישרה, ואף רצויה, בתפיסת עולמנו החברתית והמשפטית. חוסר השוויון וההפליה פסולים הם במכרז של רשות ציבורית משום שהיא רשות ציבורית, על שום שחובתה לשרת את הציבור באופן שווה, ומוזהרת היא שלא לנצל את שררתה כשהיא נושאת ונותנת עם היחיד והפרט שהם חלשים הימנה. הכנסת חובת שוויון למסגרת עקרון תום הלב יש בה משום מילוי תוכן למושג תום הלב שהמחוקק מעולם לא העלה על דעתו, ושאין למצוא לו הצדקה משפטית ומוסרית. דוקא משום שעקרון תום הלב הוא אחד החשובים והמיוחדים שבנורמות הערכיות של מערכת משפטנו, והוא מבטא את הנשמה היתרה שבמערכת זו, עלינו להיות זהירים שלא לכלול בו דבר שרחוק הוא מתוכנו, ושאינו מוצדק לגופו.

במקרה דנו, החובה שלא להפלות במשא ומתן עיסקי שבין שני פרטים, לא זו בלבד שבעלי הדין לא התכוונו לה, אלא אף אין לתלותה בעקרון תום הלב ולהעלותה הימנו. מסקנה אחרת תביא לתוצאה הפוכה: מאחר שבעלי הדין עצמם לא הביעו את רצונם שמבקשים הם לשלול את חופש ההתחרות, ואפשרות זו נשללת אך ורק מכוח פסיקתו של בית המשפט, ינקטו בעלי הדין בדרך הפשוטה של התנאה מפורשת במכרז שמתירים הם הפליה וחוסר שוויון, והתנאה מפורשת כזו בודאי שתקפה ושרירה היא (בניגוד, כמובן, למצב במקרה של מכרז ציבורי).

לא זו בלבד שתום הלב במשפט הציבורי ותום הלב במשפט הפרטי אינם זהים; אלא אף כללי המשחק במכרזים פרטיים אינם אותם כללי המשחק שבמכרזים הציבוריים, שבאחרונים מן הראוי ומן הנכון להחיל את עקרון השוויון ואיסור האפליה, ובראשונים מן הראוי ומן הנכון שלא להחיל את עיקרון השוויון ואיסור האפליה. האופי הציבורי הוא הוא הגורם, והוא הוא המוליד את חובת השוויון, ולא העובדה שמדובר בדרך המכרז דוקא. ואכן המינהל הציבורי חייב הוא בחובת השוויון אף אם אינו נוקט בדרך המכרז. מנין לנו, איפוא, כי בעל מכרז פרטי מצווה אף הוא על שוויון?

ודאי שחייב הוא, בעל המכרז, לקיים תחרות הוגנת, מכוח עקרון תום הלב. אך תחרות הוגנת אין פירושה תחרות שוויונית, ותחרות שאין בה שוויון בין המתחרים עדיין ייתכן גם ייתכן ותהא תחרות הוגנת. גם במכרז ציבורי תחרות שיש בה חוסר שוויון יכול גם יכול ותחרות הוגנת היא, והפגם שבחוסר השוויון אינו משום שעל ידי חוסר השוויון תחרות שאינה הוגנת היא, אלא משום שבעל המכרז, בתור רשות ציבורית, חב בחובת השוויון כנאמן הציבור וכבעל שררה.

חופש ההתקשרות הוא אחד מעקרונות היסוד בתפיסתנו החברתית והמשפטית, וכל הבא להגביל ולצמצם חרות זו, עליו מוטלת החובה להתנות על כך, בלשון ברורה ומפורשת, ולא על מי שבא לקיימו. תפיסה חברתית משפטית שדוגלת בחופש התחרות, כשתחרות זו נעשית בדרך המקובלת וביושר, אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם ההנחה שחוסר שוויון יש בו משום חוסר תום לב. המחוקק, אם יעלה זאת לרצון לפניו, יכול לקבוע זאת. אבל אנו מצוויים לפרש את החוק, את עקרונותיו ואת ערכיו, על פי עקרונות מערכת משפטנו וערכיה, וחופש ההתקשרות הוא אחד הנכבדים והערכיים שבה, ועל פיו אין לפרש את עקרון תום הלב ככולל חובה של שוויון בעיסקה כלכלית של הפרט, לרבות כשהיא נעשית בדרך של מכרז.

הכנסת עקרון השוויון אל המכרז הפרטי הוא פגיעה בלתי נחוצה בעקרון חופש ההתקשרות. השוויון איננו נגזר בהכרח מהעקרון של תום הלב המחייב צדדים במישור הפרטי; תחרות הוגנת איננה בהכרח תחרות שוויונית והצדדים למכרז פרטי אינם מצפים להפעלתו של עקרון זה. עקרון השוויון הוא אבן מסד במכרז הציבורי משום שהוא ציבורי; משום שמדובר ברשות ציבורית ששררה בידה. הרשות הציבורית משום שהיא נאמן הציבור ופועלת למען הציבור, חייבת להיות מוגבלת בחופש ההתקשרות שלה על ידי עקרון השוויון כדי למנוע שמוש שרירותי בשררה שבידה, שעה שהיא נושאת ונותנת עם הפרט. זאת הסיבה לכך שבמסגרת המכרז הפרטי ניתן להתנות במפורש היתר לחוסר שוויון. ואילו במכרז הציבורי התנאה כזו איננה תקפה. העתירה מתקבלת.