

בר"ע 10011/17

**דחוף –**

**קבוע לדין ביום ב' 18.2.19**

**בבית המשפט העליון בירושלים**

**בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים**

**פורום קהלת (ע"ר) 580553915**

ע"י ב"כ עו"ד אריאל ארליך או עו"ד מאיר בוחניק  
או עו"ד מוריה אלימלך  
מרח' עם ועולמו 8 בירושלים  
טל' 02-6312720 ; פקס 02-6312724  
נייד 054-6891319 aerlich@kohelet.org.il

**המבקש להצטרף כידיד בית המשפט**

**בעניין שבין:**

**מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ**

ע"י ב"כ עו"ד י' אמסטר או חגי מאירי  
מרח' יפו 216, שערי העיר, ירושלים 9438307  
טלפון 02-5000077 ; פקס 02-5383733

**המבקשת**

**- נ ג ד -**

**1. חאלד סלמאן**

**2. רימא סלמאן**

ע"י ב"כ עוד דאוד עזי  
מרח' החבצלת 12א' ירושלים, 9422412  
טלפון 02-6255616 ; פקס 02-6223049

**המשיבים**

**3. היועץ המשפטי לממשלה**

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים  
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים 9711052  
טל' 02-6466590 ; פקס 02-6467011

**מתייצב לפי חוק**

## **בקשה להצטרף להליך במעמד של ידיד בית המשפט**

**א. כללי**

1. פורום קהלת (להלן – **הפורום**) מתכבד לבקש מבית המשפט הנכבד להצטרף להליך כידיד בית המשפט.

הפורום מבקש להגיש עמדה משפטית תמציתית בשאלות העקרוניות העולות מפסק דינו של בית המשפט המחוזי ומעמדת היועץ המשפטי לממשלה. לפורום אין כל עניין בהליך ספציפי זה או בתוצאותיו האופרטיביות. עניינו של הפורום בבקשה זו הוא **לסייע בזיהוי ההשלכות הרחבות של העמדות המשפטיות שהוצעו והשלכותיהן, ובכך לתרום לליבון מדוייק יותר של הסוגיות רבות החשיבות שהתיק מעלה.**

המבקש מודע לכך שבקשתו זו מוגשת במועד מאוחר יחסית למקובל, ימים אחדים לפני הדיון. זאת מחמת המועד שבו הוגשה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה – כשבוע ימים לפני הדיון בלבד – לאחר דחיות אחדות.

הפורום עקב אחר התפתחותו של ההליך בשבועות האחרונים, אולם בא לכלל החלטה שתהיה תועלת בהצטרפותו רק נוכח ההתפתחות האחרונה שבאה עם הגשת עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה. הטעם לכך הוא הקשיים העקרוניים שמוצא הפורום בעמדת היועץ המשפטי לממשלה ובהשלכותיה האפשריות.

### **ב. המבקש – פורום קהלת**

2. פורום קהלת הוא עמותה ציבורית שהוקמה בראשית שנת 2012 על-ידי אנשי ציבור ואקדמיה מתחומי המשפט הציבורי, מדע המדינה והכלכלה. הפורום פועל לחיזוק הדמוקרטיה הישראלית ושלטון החוק, לקידום חירות הפרט ולעידוד יישום עקרונות השוק החופשי בישראל, ולעידוד מעמד הקבע של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי. הפורום אינו נתמך על ידי ישות מדינתית כלשהי ולא על ידי בעלי עניין אישי בתחומי עיסוקו.

### **ג. הבקשה להצטרפות כידיד בית משפט**

3. בהתאם למסורת הפסיקה של בית המשפט הנכבד בסוגיית צירוף צדדים להליכים כידידי בית המשפט, בחינת בקשה להצטרפות כידיד בית משפט תיעשה בעיקר לאור "מידת התרומה הפוטנציאלית הגלומה בצירוף המבוקש אל מול החשש שצירוף כאמור יפגע ביעילות הדיון, בצדדים ובזכויותיהם" (ע"פ 111/99 שורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (2) 241 (2000)). הללו – התרומה מצד אחד והחשש לפגיעה ביעילות הדיון מצד שני – נפרטו למבחני משנה (בלתי ממצים) בפסק הדין המנחה בעניין קוזלי (מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת-ישראל, פ"ד נג(1) 529 (1999)).

4. כפי שעולה מן העמדות שהוגשו בהליך וכפי שיפורט עוד להלן, משמעויותיה של ההכרעה בהליך דנן חורגות הרבה מעבר לגבולות המקרה הנדון.

**לאחר שהוגשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה הורחב לכאורה הדיון אל עבר שאלות עקרוניות נוספות, כבדות משקל ביותר. לאימוץ עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה עשויות להיות השלכות על המשפט האזרחי בישראל כולו. כך, למשל, עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה ולפיה על בית המשפט לקבוע כלל רחב להחלת נורמות מן המשפט הציבורי (שוויון) אל תוך המשפט הפרטי, היא עמדה בעלת פוטנציאל השפעה גדול על המשפט הפרטי בישראל בכלל. עניין זה עומד במוקד עיקרי הטיעון שיבקש הפורום להציג בקצרה.**

5. כדי שלא תהיה הכבדה, ובייחוד לאור סד הזמנים, הפורום מבקש להציג ניתוח של המשמעויות הללו בתמצית, ויסתפק בהפניה למקורות שיש בהם הרחבה לפי הצורך.

6. כמפורט בפתח הדברים, הפורום מאגד מומחים אקדמאים בתחומי המשפט הציבורי, מדע המדינה, כלכלה ואנשי ציבור וממשל לשעבר. אחדים מעמיתי הפורום עוסקים בסוגיות דן או בסוגיות קרובות להן דבר יום ביומו – בהוראה ובמחקר. לאור הידע והניסיון האצורים אצל עמיתי וחוקרי הפורום, ובשל העמדות שהוא מבקש לייצג ולקדם, סבור הפורום כי צירופו ושמיעת טענותיו יועילו לבירור אמיתי של הסוגיה על כל צדדיה, וכי ביכולתו לתרום תרומה של ממש לדיון.

#### **ה. עמדות הצדדים בנוגע לבקשת ההצטרפות**

7. ב"כ המערערת הודיע שאין הוא מתנגד להצטרפות.  
ב"כ המשיבים, עו"ד דאוד עזי, הודיע כי יבקש להשאיר את ההכרעה בבקשה לשיקול דעת בית המשפט.

#### **ו. לסיכום**

8. מפאת חשיבותן של השאלות שהתעוררו בהליך זה, שמיעת טענותיו של הפורום תסייע לבית המשפט לבחון כהלכה את טענות הצדדים ולדון בהן בהתאם למצב החוקי והחוקתי בישראל ועל בסיס תיאורטי מוצק. בית המשפט הנכבד מתבקש אפוא לאפשר לפורום להציג את טענותיו, לצרף את עיקרי הטיעון הנלווים לבקשה זו לתיק העתירה, ולאפשר לפורום לטעון את טענותיו גם בדיון בעל-פה.

9. יהא זה נכון ומועיל להיעתר לבקשה; ואף מן הדין לעשות כן.

10. כתב עיקרי הטיעון מצורף כנספח לבקשה זו, לנוחות בית המשפט הנכבד.

**ירושלים,**  
ט' באדר א' תשע"ט  
14 בפברואר 2019

**אריאל ארליך,**  
עו"ד

**מאיר בוחניק**  
עו"ד

ב"כ פורום קהלת

## עיקרי טיעון מטעם פורום קהלת

### תוכן העניינים:

- א. מסגרת הדיון
- ב. נקודות המוצא
- ג. חוק איסור הפליה – האם המחוקק הכריע?
- ד. איסור הפליה הלכתי – קעדאן
- ה. תנאי מכללא
- ו. תום הלב – נורמות ציבוריות במשפט הפרטי
- המצב המשפטי היום
- עמדת היועמ"ש – גישה נסיבתית
- עמימות
- חופש החוזים
- הדרך הראויה לקביעת האיזונים וההסדרים
- ז. סיכום

### א. מסגרת הדיון

#### 1. השאלה העומדת להכרעה היא זו:

יזם זכה במכרז של מנהל מקרקעי ישראל לבניית פרויקט מגורים בקרקע של המינהל ושיווקו לציבור. לימים נמצא כי היזם הפלה במכירת הדירות ומנע מקבוצה מבני קבוצה מסויימת את האפשרות לרכוש דירות. האם זכאי הנפגע לתבוע פיצויים מן היזם?

בית המשפט המחוזי השיב לכך בחיוב, באמצע פרשנות מרחיבה לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן – **חוק איסור הפליה**). בית המשפט המחוזי קבע כי המונח 'מוצר' שבחוק כולל גם מקרקעין. על עמדה זו נבקש להעיר בקצרה.

היועץ המשפטי לממשלה הציג בעמדתו שני מקורות נוספים המצדיקים פיצוי. האחד הוא איסור החל על היזם להפלות לפי הלכות של בית המשפט העליון, וכן איסור החל עליו להפלות מכוח תנייה חוזית שיש לקרוא אל תוך ההסכם שבין רשות מקרקעי ישראל והיזם. לעמדה זו נבקש להתייחס גם כן בקצרה.

המקור השני שהציג היועץ, שעליו בונה היועץ את הקונסטרוקציה המרכזית לחיוב פיצויים, הוא הפרת חובת תום הלב במו"מ לפי סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. על עמדה זו ומשמעותיה נבקש להרחיב מעט יותר, אף כי גם בתמצית.

## **ב. נקודות המוצא**

2. **נקודת המוצא האחת היא כי בהעדר הצדקה רלוונטית – כל הפליה מגונה היא.** ההפליה מגונה בין אם ננקטת בידי גוף מסחרי ובין אם בידי הרשות, ובמקרים רבים גם אם ננקטת בידי אדם פרטי. ההפליה מגונה במיוחד כשהיא נעשית מטעמים קבוצתיים – בשל דת, גזע, מין, צבע עור וכדומה.  
זו נקודת מוצא **מוסרית** המשותפת לרובו של הציבור.

3. **נקודת המוצא השנייה היא כי לאדם פרטי נתונה החירות לעשות ברכושו ובעסקיו ככל העולה על רוחו, אם אין חוק מפורש המגביל אותו.** בכך נבדל אדם פרטי מגוף ציבורי או מעין ציבורי אשר חלות עליו נורמות מינהליות.  
זו נקודת מוצא **מוסרית**, אך גם **משפטית**. כך הרי מורנו סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המגן על קניינו של האדם מפני כל פגיעה. כך מורנו סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

4. **נקודת המוצא השלישית היא כי אין סתירה בין השתיים הראשונות.**  
הכרה בחירות הפרט לעשות ברכושו כרצונו אין משמעה השלמה מוסרית עם כל הפליה. שהרי לא כל אי-נחת מוסרית מצדיקה איסור משפטי. מערכת חוקית-משפטית צריכה לרסן את עצמה. עליה להכיר בקיומו של תחום רחב של מעשים, מנהגים ודעות שאינם מוסריים לפי העמדה המקובלת על הרוב, ובכל זאת הצורך לכבד את חירותו של הפרט מחייב שלא למנוע אותם משפטית. המשפט – רצוי מאד שישאף להיות היה מוסרי; אולם אבוי אם כל דבר-מוסר יהפוך משפטי.  
ועוד יש להקדים ולהזכיר, כי ההכרעה אימתני כלל מוסרי יהפוך משפטי רצוי שתיעשה על ידי המחוקק. זו תמצית תפקידו. הרי גם במישור המשפטי, זכויות אדם הן יחסיות. הכרעה אימתני תיסוג הזכות לשוויון בפני זכות אחרת היא ערכית בעיקרה, ונתונה לעיתים קרובות בחילוקי דעות חברתיים. הכרעת הפרלמנט צריכה לקבל את הבכורה.

## **ג. חוק איסור הפליה – האם המחוקק הכריע?**

5. בראשית שנת תשס"א הכריע המחוקק להגביל את חירותו של הפרט להפלות במתן שירותים והספקת מוצרים. חוק איסור הפליה אוסר כידוע הפליה על-ידי "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי". כלומר המגבלה היא לא על כל אדם פרטי, אלא על מי שעיסוקו בהספקת המוצר או השירות.  
כך הכריע המחוקק וקבע גבול ראשון בין מה שיוותר הפליה מגונה מבחינה מוסרית בלבד, ובין הפליה שתהפוך לאסורה משפטית.  
המחוקק קבע גבולות נוספים, מדוייקים יותר, בהגדרת סוגי העניינים שהפליה בהם אסורה משפטית. לשם כך הבחין המחוקק בין 'מוצר', 'שירות ציבורי' ו'מקום ציבורי'.

בחירתו של המחוקק להכריע בקביעת הגבולות הללו היא אמירה ערכית מובהקת, שיש לכבדה. אלמלא היה התחום מוסדר, אלמלא זכה לתשומת לב מפורשת ומפורטת על ידי המחוקק, אילו היינו בעניין שלגביו המחוקק שותק – ניתן היה אולי להצדיק פיתוח שיפוטי. 'אולי' אמרנו, שהרי נקודת המוצא של חופש הקניין והעיסוק אמורה לגבור, ולשלול כל פגיעה בהם שאיננה בחוק.

אולם משקבע המחוקק את הגבול בין המוסרי והמשפטי בעניין זה, ודאי שאין סמכות לאיש לקבוע גבולות אחרים. קביעת גבול אחר או איזון אחר על ידי בית המשפט משולה לביטול חוק. ביטול חוק אפשרי רק לפי העילות שפיתח בית המשפט כביקורת חוקתית.

6. נשוב אפוא אל ניתוח הגבולות המדויקים שקבע המחוקק. מהו "מוצר", מהו "שירות" ומהו "מקום ציבורי"?

**"מקום ציבורי" מוגדר באופן רחב וכוללני :**

"מקום ציבורי" – כל מקום המיועד לשימוש הציבור, לרבות אתר תיירות, בית מלון, אכסניה, בית הארחה, גן ציבורי, מסעדה, בית קפה, אולם המשמש למופעי בידור ותרבות, מוזיאון, ספרייה, דיסקוטק, אולם או מיתקן ספורט, בריכת שחיה, קניון, חנות, מוסך וכן מקום המציע שירותי תחבורה ציבורית ;  
באשר ל"שירות", בחר המחוקק להגדירו באופן מצומצם, רשימה סגורה :

"שירות ציבורי" – שירותי תחבורה, תקשורת, אנרגיה, חינוך, תרבות, בידור, תיירות ושירותים פיננסיים, המיועדים לשימוש הציבור ;

"שירותים פיננסיים" – שירותי בנקאות, מתן אשראי וביטוח ;

"שירותי תחבורה" – אוטובוסים, רכבות, תובלה אווירית, אניות, שירותי הסעה והשכרת רכב.

הפליה בשירות שאינו אחד מן השירותים הללו תישאר אפוא מגונה מבחינה מוסרית בלבד, ללא איסור משפטי. כך הכריע המחוקק.

ברם, החוק אינו מגדיר מהו "מוצר".

בית המשפט המחוזי קבע בנחרצות כי "לשון הוראת סעיף 3 לחוק ברורה ואינה מותירה מקום לספק בדבר התפרשותה הגורפת על הספקת מוצר מכל סוג שהוא במרחב הציבורי לרבות מקרקעין". ברור היה בעינינו כי מקרקעין הם "מוצר", ולכן, לאור תכליתו הברורה של החוק למנוע הפליה, הסיק ללא היסוס כי יש לפרש את החוק כקובע איסור על הפליה בהספקת מקרקעין.

7. אולם כפי שהעיר בצדק היועץ המשפטי לממשלה בעמדתו, פרשנות זו של בית המשפט המחוזי אינה נקייה מספקות. לא נשוב על האמור בעמדת היועץ, ש, רק נעיר בקצרה כזאת.

המונח 'מוצר' יכול לסבול פירוש רחב – כל טובין שהם ; ויכול לסבול פירוש צר – דבר שיוצר היכנשהו, כמו מכוניות, מקררים, גלידות או כובעים.

לפי הפירוש הרחב, מקרקעין הם בוודאי 'מוצר'. תימוכין לפירוש זה ניתן למצוא בתכליתו המפורשת של החוק, בסעיף המטרה (סעיף 1): החוק נועד "לקדם את השוויון ולמנוע הפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים". פירוש רחב של המונח "מוצר" מתיישב היטב עם המטרה של קידום השוויון.

8. מנגד, לפי הפירוש הצר, מקרקעין אינם 'מוצר', ולכן חברת בנייה שקיבלה מקרקעין לבנייה מרשות מקרקעי ישראל ומשווקת דירות שבנתה אינה מספקת מוצר. לכל היותר היא עוסקת במתן 'שירות'.<sup>1</sup> שירות בנייה כזכור אינו נמנה עם השירותים שהחוק אוסר להפלות בהם. כמה הצדקות ישנן לטובת אימוץ הפירוש הצר. ראשית, מדובר **בנורמה פלילית** (ראו סעיף 9(א) לחוק איסור הפליה). נורמה פלילית יש לעולם לפרש בצמצום. שנית, מדובר כאמור **בפגיעה חוקתית** בזכות לקניין ובחופש העיסוק. גם משום כך יש לפרש בצמצום. הן לאור מעמדה של הזכות החוקתית, הן לאור פסקת ההגבלה הדורשת כי פגיעה תהיה בחוק או בהסמכה מפורשת. ספק פרשני מחייב צמצום. שלישית, אילו התכוון המחוקק ל'מוצר' במובן רחב, לא היה צורך להתייחס בנפרד ל'שירותים', שהרי שירותים נכללים בתוך 'מוצר' במובנו הרחב. כך גם לגבי 'כניסה למקומות ציבוריים', דבר שיכול להיחשב 'מוצר'. לכל הפחות, יכול היה לכתוב 'נכס'. בנוסף, ספציפית לגבי מקרקעין, כוונת המחוקק כאן ידועה. בדברי ההסבר להצעת חוק נאמר במפורש שהאיסור לא חל על מקרקעין. הדבר מפורש עוד יותר בפרוטוקול הדיונים בוועדת חוקה חוק ומשפט, כפי שהוצג בחוות-דעתו של היועמ"ש. לעניין זה, בית המשפט המחוזי קבע כי יש לפרש את כוונת המחוקק בדברי ההסבר ככזו שחלה על עסקאות בין שני גורמים במרחב הפרטי, שלגביהן החוק לא חל, במובחן מגורמים שעיסוקם בשיווק מקרקעין במרחב הציבורי. קביעה זו מעוררת קושי, כפי שהעיר בצדק גם היועמ"ש, שהרי גם ללא קביעת סייג זה בדברי ההסבר החוק מחיל עצמו רק על "מי שעיסוקו" וממילא לא יחול על עסקה בין שני פרטים. ניתן למצוא גם הצדקה עקרונית להחרגת מקרקעין מתחולת החוק, כפי שציין היועמ"ש בעמדתו, ואין צורך לשוב על הדברים.

#### **ד. איסור הפליה "הלכתי" – מקרקעי מדינה (קעדאן)**

9. היועמ"ש מבקש לפרש בהרחבה את הלכת **קעדאן**. זו קבעה כזכור, בנסיבות אותו עניין, כי למדינה אסור להקצות מקרקעין לגוף שיקצה את המקרקעין באופן לא שוויוני, כי את אשר המדינה מנועה מלעשות בעצמה – מנועה היא לעשות גם על ידי אחרים. היועמ"ש מבקש להרחיב את ההלכה ולקבוע כי "עצם קבלת זכות במקרקעי המדינה מטילה על הצד השלישי, שנדרש לבנות ולשווק את הדירות שיבנה לציבור הרחב, גם את החובה שלא להפלות"; "כפי שהמדינה איננה רשאית להפלות בהקצאת מקרקעין, כך גם צד שלישי שזכה במקרקעי הציבור על מנת שיוכל לבנות ולשווק את הדירות לציבור הרחב איננו רשאי להפלות במכירת הדירות שבנה";<sup>2</sup> זאת למרות שהשאלה לא הוכרעה בעניין **קעדאן**.

<sup>1</sup> ראו ג' גונטובניק, הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות – בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות, בעמ' 554.

<sup>2</sup> ראו סעיפים 45-46 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה.

10. הפרורם יבקש להעיר כי היקש זה שמבקש היועמ"ש להקיש מעורר קשיים אנליטיים. הלכת קעדאן עסקה בסוכנות היהודית, גוף ציבורי, שפעל למעשה כשלוחה של המדינה. המדינה עצמה איננה מקימה יישובים בידיה שלה, ובאופן מסורתי נהגה להקצות מקרקעין באזורים כפריים לסוכנות היהודית כדי שזו תבצע את הקמת היישוב. מדובר בהקצאת מקרקעין כפעולה מנהלית, לא בפעולה מסחרית של שיווק. הסוכנות היא ידה הארוכה של המדינה בפעולה מינהלית זו, ובמסגרתה לא המדינה ולא גופים שבהם היא מסתייעת יכולים להתנער מן החובות המינהליות. זו הגיונה של הלכת קעדאן.

11. מנגד, כשמדובר ביזם פרטי שניגש למכרז וזכה בו כדין, מעת שזכה קשה לראות בו משום ידה הארוכה של המדינה. אף שהוא קשור בהסכם מול רשות מקרקעי ישראל ומחוייב לכללים מסויימים, הוא בעיקרו שחקן בשוק הפרטי. הוא פועל למטרות רווח. הוא קרוב הרבה יותר לבעל נכסים פרטי הפועל בקניינו כדי למקסם את רווחיו בכפוף לחובות המוטלות עליו מכוח המכרז וההסכמים שכרת. מעת שהוצעו המקרקעין במכרז שוויוני, מילאה המדינה את חובתה לנהוג בשוויון, והסתיימה פעולתה המינהלית. מעתה ואילך היזם הוא שלוחו של הרוכש העתידי, לא שלוחה של המדינה. סיווגו של היזם כמי שפועל מטעם המדינה בהקצאת מקרקעין לציבור, בדומה לסיווגה של הסוכנות היהודית, הוא סיווג מאד לא מדוייק. למעשה, הפליות מעין אלו מתרחשות במקרים רבים, כמו למשל בקבוצות רכישה. קבוצות רכישה מתארגנות בעצמן ובחרות את חבריהן לפי העדפות המארגנים או החברים. קבוצות רכישה רוכשות זכויות במקרקעין או מהיזם או מרשות מקרקעי ישראל עצמה, במכרז. עצם ההתארגנות העצמאית של הקבוצה משמעותה סגירת השערים בפני מי שהקבוצה לא רצתה לקבלו אליה. "הפליה" כזו לכאורה לא תיכלל בהרחבת הלכת קעדאן לפי עמדת היועמ"ש, משום שהיא נעשית על ידי הרוכשים ולא על ידי קבלן או יזם.

12. אלא שמבחינה מהותית ספק עד כמה יש הבדל בין קבוצת רכישה לבין יזם המשווק דירות. הטלת איסור על היזם להפלות מכוח ראייתו כחליף המדינה, משמעותה הטלת מגבלות על הרוכשים לבחור את שכניהם. היזם יכול להתברר למפרע כשליחם של הרוכשים העתידיים. בכך שונה יזם הבונה במקרקעין שזכה בהם במכרז מהסוכנות היהודית, או גוף מקביל אחר, שהמדינה בחרה להקצות לו קרקע כדי לפעול באמצעותו להגשמת מטרותיה.

13. היועמ"ש מבקש גם להיתלות בפסק הדין של בית המשפט העליון בארצות הברית, ולפיו כאשר זכות במקרקעין של המדינה מוקצית לצד שלישי יחולו עליו החובות החלות על המדינה.<sup>3</sup> גם בכך ישנו קושי גדול (מעבר למה שכותב היועמ"ש עצמו על צמצומה של ההלכה במהלך השנים). זאת משום שהמצב בישראל ייחודי: רוב מוחלט של המקרקעין הם בבעלות המדינה, וניתנים לציבור בזכויות חכירה בלבד. אין אפוא מקום להשוות מצב דברים זה לשימוש בנכס מדינתי במדינה שבה כלל המקרקעין בארץ נתונים בבעלות פרטית. אדרבה, אם השוואה זו תקיפה כשיטת היועמ"ש, הרי שגם מכירת בית פרטי לחלוטין (ולא של יזם

<sup>3</sup> Burton v. Wilmington Parking Authority, 365 U.S. 715 (1961); פסקה 48 בחוות דעת היועמ"ש.



שעיסוקו בכך) צריכה להיות כפופה לנורמות החלות על המדינה. היועמ"ש עצמו אינו סבור כן.

14. אולם מעבר לכל האמור חשוב להדגיש כי הערעור דגן עניינו בתביעה כספית אזרחית מצד נפגע. כיוון שכך, גם אם נקבל את עמדת היועמ"ש ונטיל חובות שוויון על היזם, אין בכך כדי להקים זכויות של תביעה כספית לנפגע. לכל היותר יהיה בכך כדי להקים עילה מינהלית לנפגע לעתור נגד רשות מקרעי ישראל על ההקצאה או על הימנעותה מהטלת סנקציות על היזם.

הרי יועמ"ש עצמו מציין כי "זכותה החוזית של המדינה לנקוט פעולות בשל הפרת התחייבות יזם/קבלן למכור דירות באופן שוויוני אינה מוקנית לצדדים שלישיים אלא ניתנת למדינה בלבד".<sup>4</sup>

## **ה. תנאי מכללא**

15. עמדת היועמ"ש היא כי יש לקרוא אל תוך ההסכם שבין היזם ורשות מקרעי ישראל תנאי מכללא המחייב את היזם שלא להפלות בשיווק הדירות. נקדים ונאמר כי גם לו היה תנאי כזה, כפי שאכן יש בהסכמים מאז שנת 2013, מסתבר כי לא היה בכך כדי להקים עילת תביעה אזרחית לנפגע, כי אם עילה לעתירה מינהלית נגד רשות מקרעי ישראל שתפעיל את כוחה מכוח ההסכם, תקנוס את היזם או תבטל את ההקצאה.

16. אולם מעבר לכך, דומה כי היועמ"ש יוצק אל דוקטרינת התנאי מכללא יותר ממה שביכולתה להחיל.

היועמ"ש טוען לקיומו של תנאי מכללא היפותטי בין המדינה לחברת הבנייה, קרי, תנאי המשקף את הכוונה המשוערת של הצדדים בעת כריתת החוזה, אילו תשומת הלב של הצדדים הייתה מוסבת לקיומה של הבעיה שביחס אליה מתעוררת שאלת הוספתו של התנאי מכללא. אולם דוקטרינת התנאי מכללא היא דוקטרינה צנועה יותר, שאינה עוסקת בכוונות משוערות אלא בשחזור רצונותיהם ובחירותיהם של הצדדים. בתנאי מכללא בית המשפט פועל כ"משרתם של הצדדים", תוך מאמץ של בית המשפט להבין את פרטיה ונסיבותיה הייחודיים של העסקה המסוימת שבפניו, ולפעול במסגרת הפרטים והנסיבות האלה בתהליך ההשלמה של החוזה.<sup>5</sup> כך, למשל, לפי דיני החוזים האנגליים, חייבים להתקיים כמה תנאים מחמירים על מנת לקרוא לתוך החוזה תנאי מכללא: ודאות ברמה גבוהה שהתנאי אכן משקף את בחירתם ההיפותטית של הצדדים; התנאי אמור לשקף בחירה של שני הצדדים, ולא רק צד

<sup>4</sup> פיסקה 49 בחוות דעת היועמ"ש.

<sup>5</sup> דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים, בעמ' 379 (כרך ג', 2003).

אחד; הכרחיות – רק אם בלעדי התנאי יקבל החוזה מובן אבסורדי, יאבד הגיון עסקי, לא יוכל להיות מופעל;<sup>6</sup> המבחן הוא מבחן הבחירה של הצדדים, לא מבחן של סבירות.

17. כלומר, המבחן איננו מה נראה סביר וראוי לאחר מעשה, או מבחן הבחירה של בית המשפט לפי עקרונות היושר או לפי מה שלדעתו של בית המשפט, היו צריכים הצדדים, באופן הגיוני, להתכוון לו; המבחן הוא מה יש להניח שבחרו הצדדים.<sup>7</sup> כך בפרט כאשר מדובר בתנאי שעלול לפגוע ברווחיות העסקה בצורה ניכרת. נראה כי גישתו של היועץ מרחיבה את דוקטרינת התנאי מכללא אל עבר סביבתו הרעיונית של עקרון 'תום הלב'.

"ראוי להזכיר בכל זאת את המובן מאליו: העובדה שהמשפט, שהוא 'ציבורי' מעצם מהותו (לפחות במובן זה שהוא נאכף על ידי בתי המשפט של המדינה) מכונן תחום של פרטיות, אין משמעה שהשיקולים החלים בתחום הזה צריכים להיות ציבוריים אף הם. להפך. כשהמדובר בדיני החוזים, המשפט – 'הציבורי' – מכונן תחום של פרטיות, כדי שהשיקולים העיקריים (אף כי כמובן לא הבלעדיים) שיחולו בו יהיו שיקולים בלתי ציבוריים, היינו שיקולים הלקוחים מהתחום הפרטי של כל אחד מהצדדים הפרטיקולריים הפועלים בתחום הזה..."

כשבני אדם מתקשרים בחוזים הם רוצים לעשות משהו שהוא טוב עבור עצמם, בעיני עצמם, ותו לא. הם אינם מבקשים לפעול כלפי בני האדם בכללותם החיים במדינה או כלפי בני אדם כלשהם המצויים מחוץ לקשר החוזי שלהם... לפיכך, המבחן העיקרי להשלמתם של חוזים צריך להיות לקוח אפוא מהתחום הפרטי של הצדדים לקשר החוזי המסוים, היינו המבחן העיקרי צריך להיות הרצון ההיפותטי המשותף של הצדדים לחוזה, ולא נורמות כלליות, שבת משפט ממלא אותן בתוכן בלי קשר הדוק לרצונות הספציפיים של הצדדים הפרטיקולריים האלה".<sup>8</sup>

18. כדי לשמור על וודאות וצפיות בדיני החוזים ובעולם העסקים, בכלל, יש צורך לעמוד על המשמר ולא להרחיב את דוקטרינה זו מעבר למה שיש בה. טענתו של היועמ"ש, המרחיבה את הדוקטרינה אל עבר מחוזות ה'ראוי', מושכת את דוקטרינת ה'תנאי מכללא' אל עבר עקרון תום הלב. מוטב אפוא לדון בשימוש בעקרון תום הלב להחלת נורמות ציבוריות על חוזים פרטיים, שהרי זו הנקודה החדשנית ובעלת המשקל הכבד ביותר מבחינת העמדה שהציג היועמ"ש.

## ו. תום הלב – נורמות ציבוריות במשפט הפרטי

19. ראוי להקדים כי עילה חוזית לא נכללה בתביעה, ולפיכך תמוה כיצד ניתן להסתמך עליה בערעור. אולם לא זה מוקד עניינו של הפרום.

20. שאלת הכפפת דיני החוזים והמשפט הפרטי לעקרונות חוקתיים באמצעות מונחי השסתום שבחוק החוזים איננה שאלה חדשה, והיא מעוררת קשיים נכבדים. עמדת היועמ"ש הציגה במידת-מה את העמדות התומכות והמסתייגות בקרב המלומדים שעסקו בתחום. היועמ"ש

<sup>6</sup> שם, בעמ' 371-372.

<sup>7</sup> שם, בעמ' 373; ע"א 39/47 אשר נ' בירנבאום, דברי השופט אגרנט בעמ' 540 (1949)

<sup>8</sup> שם, בעמוד 384.

**בחר לתמוך בהכרעה חד משמעית לטובת אימוץ החלה כזו של חובת שוויון במכירת דירות על ידי יזם.**

נבקש להאיר כמה נקודות בסוגיה.

#### **א. המצב המשפטי היום**

21. היועמ"ש מציין בעמדתו כי "העמדה המקובלת היום תומכת במודל התחולה העקיפה, לפיו חוקי היסוד אינם חלים על צדדים פרטיים, אך הם משמשים מקור השראה פרשני למושגי שסתום כגון תקנת הציבור וחובת תום הלב". **ספק עד כמה ניתן לראות בניסוח זה משום "מצב משפטי נוהג"**. היועמ"ש מצביע על כתיבה אקדמית מסויימת הנוטה לכיוון זה, לצד כתיבה אקדמית המסייגת אותה. פסקי הדין, בוודאי של בית המשפט העליון, נוהרים עד כה מקביעה גורפת כזו, משורה של סיבות טובות. היועמ"ש בעמדתו מבקש כעת להפוך את הלכת **בית יולס**, ולקבוע כי אף **בשלב הטרום-חוזי**, עוד בטרם התגבשו יחסים כלשהם בין הצדדים, כפופים הצדדים לעקרונות של שוויון מכוח דיני החוזים.

בניגוד לדברי היועמ"ש, עומדת על מכונה הלכת **ד"נ בית יולס** אשר הבהירה את ההבחנה ואת הרציונל להבחנה בין החובות החלות על רשויות ציבוריות, אף כשהן פועלות בשדה המשפט הפרטי, ובין גורמים פרטיים. דעת הרוב בדיון הנוסף, בראשותו של השופט אלון, גרסה כי אין להטיל חובת שוויון במכרז הפרטי. בהטלת חובה כזו, קבע הרוב, יש משום פטרנליזם שיפוטי לא מוצדק, חקיקה שיפוטית, והגבלה לא ראויה של חופש החוזים. דעת הרוב שם הזהירה גם מפני שימוש לא זהיר בעקרון תום הלב, ומפני ההשלכות שלו על הנחות היסוד של המשפט הפרטי:

"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, כאילו חוסר שוויון נוגד הוא את תום הלב, יש בה משום מילוי תוכן למושג תום הלב שהמחוקק מעולם לא העלה על דעתו ושאינו למצוא לו הצדקה משפטית ומוסרית. דווקא משום שעקרון תום הלב הוא אחד החשובים והמיוחדים שבנורמות הערכיות של מערכת משפטנו, והוא מבטא את הנשמה היתרה שבמערכת זו – דווקא משום כך עלינו להיות זהירים שלא לכלול בו דבר, שרחוק הוא מתוכנו ושאינו מוצדק לגופו."<sup>9</sup>

וראו עוד לעניין זה בחוות דעתו של השופט דנציגר בעניין **פרוז'אנסקי**.<sup>10</sup>

22. בנוסף, כתימוכין לעמדתו מפנה היועמ"ש לדנ"א בעניין **הורוויץ**, תוך קביעה כי פסיקה זו אימצה עקרונית את הגישה הרואה בקניין הפרטי "מקור לאחריות מיוחדת של הבעלים כלפי פרטים אחרים וכלפי החברה בכללותה".<sup>11</sup>

<sup>9</sup> עניין **בית יולס**, עמודים 471-472.

<sup>10</sup> רע"א 8821/09 **פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ** (2011),

<sup>11</sup> דנ"א 1333/02 **הועדה המקומית לתכנון ולבנייה רעננה נ' הורוויץ**, פ"ד נח(6) 300 (2004); חנוך דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" **צדק חלוקתי בישראל** 97, 100 (מנחם מאוטנר עורך, 2000).

אלא שהקשר בין עניין הורוויץ לעניינו רופף. הדברים שם אמורים בנוגע לויתור של הפרט על היבטים מסויימים מזכות הקניין שלו לטובת אינטרס הציבור הרחב, כדוגמת סלילת כבישים או צרכי ציבור, בהיבטים של תכנון ובנייה. כדי להימנע ממצב שבו עמידה על זכותו הקניינית של הפרט תסכל תכניות לשירות הציבור הרחב, אשר במבט כולל אף הוא נהנה מהם, נקבע כי יש לראות בפרט בעל הקניין כנושא גם באחריות כללית. קשה לראות את הקשר בין הדברים הללו ובין גישה עקרונית המחילה את חובת השוויון באופן רחב גם בהתקשרויות בין פרטים.

### **ב. עמדת היועמ"ש – גישה נסיבתית**

23. המקרה דגן הוא לכאורה מקרה 'קשה' – הפליה פוגענית על רקע לאומי. החלת נורמה ציבורית של שוויון כדי להגיע לתוצאה שנראית אינטואיטיבית ראויה היא פתרון שובה-לב. אלא שאימוץ גישה כזו במקרה 'קשה' כמו שלנו, מחמת העדר תרופה אחרת, עלול להיות בעל השלכות מרחיקות לכת על העולם החוזי בישראל.

24. בתמצית, היועמ"ש מציע לאמץ את גישה נסיבתית. לפי עמדתו, כל מקרה יוכרע לגופו בהתאם לנסיבות המאפיינות את ההתקשרות. בעניין שלנו, היועמ"ש סבור כי שלושה מאפיינים נסיבתיים מצדיקים להחיל חובת שוויון דרך חובת תום הלב: ראשית – העובדה כי הפגיעה בשוויון כאן היא פגיעה במה שמצד המדינה מצוי ב'ליבת' השוויון, באפליה מטעמי לאום; שנית – העובדה שמדובר במקרקעי ציבור, כלומר מקרקעין שרשות מקרקעי ישראל מעניקה בהם זכויות חכירה (אם כי יש לזכור שבישראל כמעט כל המקרקעין הם בידי המדינה, מה שנוטל את העוקץ מסיווגם כמקרקעי מדינה ומקרבים עד מאד לפרטיים); ושלישית – העובדה שמדובר בחברה שעיסוקה בתחום, ולא באדם פרטי.

25. הקושי בפתרון זה כפול: הוא מכניס לתוך דיני החוזים ועולם המשפט הפרטי היבט דומיננטי של עמימות וחוסר צפיות; ומשמעותו היא פגיעה קשה בעקרון חופש החוזים.

### **ג. עמימות**

26. הקושי הבולט ביותר הוא חוסר הוודאות. הכנסת מנגנון בלתי מוגדר אל תוך המשפט הפרטי עלולה לקעקע את הבסיס לעולם המסחר והעסקים, שהשיקולים המנחים בו הם "צדק יחסי (בין הצדדים), בגינות עסקית, תועלת כלכלית, ודאות משפטית והגנה על ציפיות הצדדים".<sup>12</sup> העדר הוודאות מגדיל את עלויות העסקה, את גובה הבטוחות, את ההתדיינות המשפטיות, ואת היכולת לנהל עסקים באופן יעיל. עקרון תום הלב אינו ניתן להגדרה ממצה מראש, ותחולתו העניינית היא רחבה ביותר. דווקא בשל כך יש חשיבות רבה לתחימת העיקרון והגבלתו, כפי שמעירה שלו:

<sup>12</sup> גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי (התשס"ה), עמוד 68.

"תחולתו הרחבה של עקרון תום-הלב במשפטנו מחייבת זהירות יתר בהפעלתו...את עקרון תום-הלב יש להפעיל באורח מרוסן ובממדים נאותים, על מנת למנוע מצב שבו יחליפו דיני תום-הלב את דיני החוזים, דינים שבבסיסם רצונו החופשי של הפרט והסכמתם של הצדדים לחוזה."<sup>13</sup>

שלו גם מתריעה מפני הפיכתם של "תום-הלב" ו"תקנת הציבור" למושגי סל, דרכם "מייבאים" נורמות מוסריות או כלליות אשר זרות למשפט הפרטי:

"לדעתי, אין מקום לתחולה כללית של עקרון השוויון בדיני החוזים, מעבר להגבלות החקיקתיות והפסיקתיות הנזכרות. כשם שאין לראות במושג תקנת-הציבור כלי להחלה גורפת של עקרון השוויון ביחס בין צדדים למשא ומתן פרטי או בין צדדים לחוזים מסחריים רגילים, יש להימנע גם מהפיכת מושג תום-הלב למושג סל' הכולל את כל סוגי ההתנהגויות המבוקרות ואת כל המצבים הראויים לגנאי משפטי"<sup>14</sup>.

27. היועמ"ש מצטט בעמדתו את דבריו הכנים של פרופ' אהרן ברק, מן התומכים הבולטים בגישה הזו, שהיה כזכור בדעת מיעוט בעניין **בית יולס**, ולפיהם הגישה הזו מבוססת במידה רבה על מתן אמון באינטואיציה.<sup>15</sup> הסתמכות על אינטואיציות טובה אולי לאנשי העסקים בהחלטה היכן להשקיע, אך רעה בניהול ההתדיינות החוזיות בכל השלבים שלאחר מכן. בוודאי שהיא אינה תורמת להתנהלות מהלך העסקים הרגיל.

לפיכך אף אם המקרה דנן על נסיבותיו נראה ליועמ"ש ברור מבחינה אינטואיטיבית, אימוץ עמדתו עלול להזיק מאד למשפט הפרטי בישראל. פתיחת הדרך לקליטת נורמות ציבוריות אל תוך עולם החוזים על בסיס נסיבות בצירוף אינטואיציה עלולה להרחיב את חוסר הוודאות ובכך לקעקע את הבסיס של המשפט האזרחי.

יש אפוא להישמר מפני הסכנה הידועה: למקרים קשים נטייה ליצור דין רע.

#### **ד. חופש החוזים**

28. חופש החוזים איננו רק עניין כלכלי-תועלתי או נגזרת של תפיסת עולם, הוא גם נכלל בתוך זכויות מוגנות – בזכות הקניין ובחופש העיסוק ובכבוד האדם. לפיכך כותבים בולטים בתיאוריה של המשפט האזרחי בישראל עמדו על עליונותו הבסיסית – בגדרי המשפט האזרחי – על פני עקרונות אחרים. כך פרופ' גבריאלה שלו מציינת כי "תחום החוזים הוא התחום המרכזי בעולם המשפט אשר בו מוקנים משמעות ותוקף לרצון הפרטי. לפיכך יש לנסות ולשמר במידת האפשר את כוחו של רצון הפרט ולהגן על האוטונומיה של רצון זה... חופש החוזים טומן בחובו גם את ההגנה על החוזה מפני התערבות שיפוטית... גם היום, לאחר חקיקת חוקי היסוד, יש להגביל עד מאד את ההתערבות בחופש החוזים"<sup>16</sup>. מסקנתה היא כי אף שייתכנו מצבים שבהם לא יהיה מנוס להתערבות שיפוטית אל מול אפליה בוטה, ככלל נדחים ערכי היסוד של המשפט הציבורי מפני חופש החוזים, ועקרון השוויון נדחה מפני חופש החוזים. "אדם פרטי רשאי לפיכך להפלות בין מועמדים ליצירת חוזה"<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> שלו, עמ' 93.

<sup>14</sup> שלו, עמ' 82.

<sup>15</sup> פסקה 81 לעמדת היועמ"ש.

<sup>16</sup> שלו, שם, עמודים 82-83.

<sup>17</sup> שם, עמוד 68.

29. בדומה לכך, מיגל דויטש ביקש לדחות את הדעות הגורסות "כי יש להגביל גם בעל קניין שאינו מצוי תחת דואליות נורמטיבית, מכוח החובה לנהוג בשוויון, כדון בדוגמת ההשכרה". לשיטתו –

"יש ליתן משקל שולי בלבד לעקרון השוויון, בהתמודדותו מול חופש הקניין של בעל הקניין הפרטי, שאינו מצוי תחת משטר של דואליות נורמטיבית. אכן, הפריווילגיה להחליט מהי העסקה שיעשה בעל הקניין בקניינו מצויה בלב-לב של חופש הקניין. הזכות לשוויון היא בעלת משקל רב כאשר היא ניצבת מול המינהל הציבורי, המשמש נאמנו של הציבור, אולם היא בעל מקשל מועט כאשר היא ניצבת מול קניינו האמור של האחר".<sup>18</sup>

30. דברים ברוח זו העיר השופט דנציגר בעניין **פרוז'אנסקי הנ"ל**:

"עקרון המוצא, עליו מושתת המשפט הפרטי, הינו עקרון החירות. אכן, צודק חברי כי כיום הרגולציה מכפיפה גופים פרטיים רבים לנורמות של שוויון, ואולם, אף אם נמצא לעקרון החירות במשפט הפרטי חריגים רבים, המשתרעים החל מפעולתה של הרשות הציבורית בכובעה הפרטי, המשך בפעולתם של גופים מעין ציבוריים וכלה בגופים פרטיים בעלי השפעה משמעותית על הציבור הרחב, אין משמעות הדבר כי עקרון השוויון קנה לו מעמד זהה לעקרון החירות וכי יש לאזנם בכל מקרה לאור נסיבותיו הייחודיות. עקרון השוויון במשפט הפרטי ראוי לו שיחול אך באותם מקרים בהם גופים פרטיים ממלאים תפקידים ציבוריים או כאשר הרשות פועלת במישור הפרטי, וככל שהדברים אמורים בנוגע לגופים פרטיים לחלוטין, קרי שאינם בעלי מעמד ציבורי או מעין-ציבורי, אף ראוי כי החלת עקרון השוויון תעשה לאור דבר חקיקה מפורש. ער אני לכך כי ההבחנה בין פרטי לציבורי אינה פשוטה כלל ועיקר, אך קושי זה אינו צריך לשנות מן הכלל הבסיסי, לפיו בהקשרים מסחריים כלל של חירות הוא בעל מעמד בכורה, ואילו השוויון הוא חריג לך".<sup>19</sup>

#### **ה. הדרך הראויה לקביעת האיזונים וההסדרים**

31. הצעתו של היועץ המשפטי לממשלה בעמדתו היא להעמיד את דיני החוזים תחת עננה קבועה של חוסר וודאות, ואף בלי לקבוע באופן ברור תחומים שעליהם תרביץ עננה זו. זו תוצאה שרצוי להימנע ממנה. אין משמעות הדבר כי לא ניתן בשום מקרה להגביל את חופש החוזים בשם עקרונות או אינטרסים אחרים. אלא שיש למצוא דרך ברורה יותר לעשות זאת, כזו שלא תיצור חוסר ודאות בסיסי. שיטת הגישה הנסיבתית שמציע היועץ לוקה בכך. ככל שבית המשפט יסבור כי יש להסתמך על מונחי השסתום שבדיני החוזים, הרי שנחוצה דרך ברורה ומוגדרת, שהשסתום לא יהיה גמיש ומפתיע אלא צפוי ומגודר במידה מספיקה.

32. דרך המלך לעשות כן היא באמצעות חקיקה. וכאן אנו חוזרים אל נקודות המוצא של דיוננו. המחוקק בחר לעשות כן, ולהסיג את חופש החוזים וזכויות הקניין בפני חובת השוויון. הוא בחר לעשות זאת היכן שבחר, כפי שבחר, ובמידה שבחר. זו הכרעה ערכית, שכאמור לעיל ראוי כי תיעשה בידי המחוקק. בנוסף לכך, זו הכרעה ברורה, שאיננה פוגעת בצפיות ואיננה יוצרת איים של חוסר ודאות. שינוי האיזון שקול כביטול החוק; לפיכך הקונסטרוקציה הלגליסטית איננה חשובה. בין אם דרך עקרון תום הלב החוזי או דרך הוספת עילות לחוק איסור הפליה – התוצאה היא שינוי האיזון שקבע ודייק המחוקק.

<sup>18</sup> מיגל דויטש קניין א 267 (1997).

<sup>19</sup> עניין פרוז'אנסקי, פיסקה 36.

לפיכך, דווקא בתחום שבו המחוקק בחר לקבוע איזון בין חופש החוזים לבין עקרון מן המשפט הציבורי – תחום השוויון – רצוי מאד כי לא ייפרץ האיזון הזה בדרך של חקיקה שיפוטית. אם יסבור בית המשפט כי יש מקום להחלת עקרונות מן המשפט הציבורי דרך מונחי השסתום שבחוק החוזים – יעשה זאת ביחס לעקרונות שלגביהם לא נקבעה נקודת איזון על ידי המחוקק; ואף זאת בדרך מתונה, המצמצמת את חוסר הוודאות ואינה פוגעת יתר על המידה בחופש החוזים.

לסיום, לא למותר לציין כי בתחום הנדון – שיווק מקרקעין של המדינה באמצעות יזמים – השאלות הללו הן נחלת העבר. רשות מקרקעי ישראל משתמשת במנגנונים הסכמיים כדי לאכוף שוויון בפרוייקטים מסוג זה. כך שאין עוד צורך ליתן מענה לעניין בדרך בעלת השלכות רחבות על המשפט הפרטי. למנגנון הסכמי זה ישנם גם יתרונות, באשר הוא מותיר גמישות ושיקול דעת לרשות מקרקעי ישראל להתאים את ההסכם לנסיבות, כגון צורת ההתיישבות והאזור שבו משוקים המקרקעין.