

מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ

על ידי ב"כ עוה"ד י. אמסטר ו/או ש. זוסמן ו/או
מ. אזרד-אמיגה ו/או ר. שניר ו/או מ. רותם
מרח' יפו 216, שערי העיר, ירושלים, 9438307
טלפון: 02-5000077; פקס: 02-5383733

המבקשת

- נ ג ד -

1. חאלד סלמאן

2. רימא סלמאן בשארה

על ידי ב"כ עו"ד דאוד עזי
מרח' החבצלת 12 א', ירושלים, 9422412
טלפון: 02-6255616; פקס: 02-6223049

המשיבים

ובעניין:

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה
מרח' קריית המדע 5, בנין B3, קומה 5, הר חוצבים
ירושלים, 9777605
טל': 02-6362027; פקס': 02-6362050

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד ובהתאם להסדרים הדיוניים שאושרו על ידי בית המשפט הנכבד, היועץ המשפטי לממשלה מתכבד להגיש עמדתו בתיק דנן, כדלקמן:

א. פתח דבר

1. השאלה העיקרית, שמונחת לפתחו של בית משפט נכבד זה, היא האם במקרה שבו חברת בניה פרטית (להלן: "המבקשת") המציעה למכור דירות לציבור הרחב ומסרבת למכור דירה לבני זוג שפונים אליה (להלן: "המשיבים"), רק בשל השתייכותם למגזר הערבי, חייבת בתשלום פיצויים לבני הזוג שפנו אליה.

2. בית משפט השלום קיבל בפסק דינו את טענת המשיבים כי המבקשת סירבה למכור להם דירת מגורים, אך בשל מוצאם ופסק לטובתם פיצוי בלא הוכחת נזק בשיעור של 20,000 ש"ח וזאת לפי סעיף 5(ב) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000 (להלן: "**חוק איסור הפליה**"). בית המשפט המחוזי בירושלים בפסק דינו מיום 23.11.2017 בע"א 8198-05-17 (להלן: "**פסק דין המחוזי**"), דחה את ערעורה של המבקשת על פסק דינו של בית משפט השלום בירושלים מיום 12.3.2017 בת"א 54070-01-14 (להלן: "**פסק דין השלום**"). מכאן בקשת רשות הערעור שלפנינו.
3. ייאמר כבר עתה, כי עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה היא כי חלה על המבקשת חובה לנהוג בשוויון בשיווק הדירות לציבור הרחב. כפי שיובהר, חובה זו ניתנת לקרוא, בזהירות הראויה והמתבקשת, כתניה מכללא בתנאי המכרז ובתנאיו של חוזה הבנייה והשיווק, שנכרת בין המבקשת לבין המדינה, וזאת בשל טיבם של מקרקעי המדינה ולאור פסיקתו של בית משפט נכבד זה. חובה זו ניתנת לקרוא, תוך עריכת האיזונים הנדרשים בין עקרונות יסוד שונים, אף מכח עקרון תום הלב ותקנת הציבור החלים בענייננו. חובות אלו חלות על המבקשת, אף ללא הכרעה בשאלת תחולתו של חוק איסור הפליה בענייננו.

ב. העובדות וגלגולי ההליך המשפטי

4. כעולה מפסקי הדין ומהתשתית העובדתית שנקבעה במסגרתם, המשיבים, בני זוג תושבי הצפון במקור, מתגוררים בירושלים כעשרים שנה. המשיבים ביקשו לרכוש דירה בירושלים, אשר תהיה מתאימה ונגישה לבנם הנכה, ולכן פנו למספר חברות שפרסמו דירות למכירה בעיר, וביניהן גם למבקשת.
5. המבקשת הינה חברה קבלנית, הבונה ומשווקת דירות ברחבי הארץ, ובכלל זה דירות במסגרת פרויקט "טל פלטיניום" בשכונת פסגת זאב בירושלים, הרלוונטי לענייננו.
6. לטענת המשיב 1, אשר התקבלה בבית משפט השלום, הוא פנה למבקשת והתעניין ברכישת דירה בפרויקט האמור בשכונת פסגת זאב. המשיב 1, לפי טענתו, שוחח עם נציגת המבקשת, ואולם לאחר שהתברר לה שמדובר באדם הנמנה עם המגזר הערבי, מסרה לו כי לדעתה כל התושבים בפרויקט הם יהודים ועליה לבדוק את פנייתו עם הנהלת המבקשת.
7. לאחר שבוע, לפי הנטען, חזרה הנציגה אל המשיב 1 ומסרה לו כי אין באפשרותה של המבקשת למכור דירות בפרויקט לבני המגזר הערבי. למרות שהמשיב 1 הביע את מורת רוחו מתשובה זו ואף התריע כי תשובה זו אסורה, הנציגה עמדה על הודעתה זו ומסרה כי המבקשת אינה מוכנה למכור דירות לבני המגזר הערבי "כעניין עקרוני".
8. בעקבות השיחה שוחח המשיב 1 עם חברו, מר ישראל לקס (להלן: "**לקס**"), אשר הגיע למשרדי המבקשת ונפגש עם נציג המבקשת, תוך הקלטת השיחה. מתמלול השיחה שהוצג לפני בית משפט השלום עולה, כי הנציג הבטיח ללקס כי לא נמכרות דירות בפרויקט לבני המגזר הערבי.

9. לאור התשובה שקיבל המשיב 1 מנציגת המבקשת ולאור הדברים שעלו בשיחתו של לקס עם נציג המבקש, פנו המשיבים לבית משפט השלום בירושלים ותבעו מהמבקשת תשלום פיצויים בסך 156,707 ש"ח, בגין הפליה, וזאת בשל סירובה למכור להם דירה בשל מוצאם. יצוין, כי בתחילה התביעה הוגשה גם נגד רשות מקרקעי ישראל (להלן: "הרשות"), אך זו נמחקה בשלב מקדמי של התביעה.
10. להשלמת התמונה יצוין כי כעולה מפסק הדין המשיבים הגישו תביעות דומות לתביעה שבענייננו נגד חברות בניה נוספות, אשר הסתיימו בפשרות.
11. פסק דינו של בית משפט השלום עמד על מספר קשיים בעדותם של המשיב 1 ושל לקס. כך למשל, ציין כי נפלה טעות בעדותו של לקס כשהתייחס בה לחברה אחרת, ולא למבקשת, וכן התברר שלקס קיבל כספים מסכומי הפיצויים שקיבל המשיב 1 מתביעות אחרות דומות. קושי נוסף עלה בנוגע להקלטה של שיחתו של לקס עם נציג המבקשת, בכך שלא צוין בה זמן, מיקום וזהות הדוברים. על אף הקשיים האמורים, בית משפט השלום קיבל את עדותו של המשיב 1 ואת עדותו של לקס, אימץ את גרסתם והעדיף אותה על פני הגרסאות שהובאו על ידי עדי המבקשת, אשר העלו סתירות וסימני שאלה. בית משפט השלום מצא את עדותו של המשיב 1 אמינה ומהימנה, וכן מצא את עדותו של לקס קוהרנטית והתרשם כי המניע לעדותו לא היה כספי, אלא נבע מהתנגדותו לתופעת ההפליה אליה נחשף. עוד נקבע, כי בשיחתו של לקס עם נציג המבקשת יש כדי לתמוך בטענות המשיב 1 לכך שהמבקשת מפלה את המגזר הערבי ולא מסכימה, כעניין של עיקרון, למכור דירות לבני מגזר זה בפרויקט האמור.
12. בנוגע לשאלה המשפטית בדבר תחולתו של חוק איסור הפליה בענייני מקרקעין, בית משפט השלום קבע כי החוק חל וכי החוק אינו מחריג ענייני מקרקעין מתחולתו. בית משפט השלום בחן את דברי ההסבר להצעת החוק במסגרתם מופיעה אמירה המחריגה מקרקעין מתחולתו וקבע כי דברי ההסבר מהווים כלי פרשני בלבד, וכי לשון החוק עצמה אינה מוציאה מתחולת החוק ענייני מקרקעין.
13. בית משפט השלום קבע, כי המונח "מוצר" לא הוגדר בחוק וכי ניתן לכלול בגדר מונח זה גם דירות מגורים שנבנו על ידי מי שעיסוקו בכך, ובמיוחד כאשר מדובר בדירות שנבנו על מקרקעי ציבור. בית משפט השלום עמד על כך שגם תכלית חוק איסור הפליה מעידה שאין להחריג מתחולתו ענייני מקרקעין. תכלית החוק היא למנוע הפליה ולקדם את עקרון השוויון ויש להניח שהפליה תתקיים דווקא בדירות מגורים הנמכרות על ידי קבלן, יותר מאשר במוצרים שמיוצרים במפעל זה או אחר, שכן במוצרים אחרים שאינם חיוניים כמו מקרקעין יש אינטרס פחות להפלות. לפיכך ומכל האמור לעיל, קבע בית משפט השלום כי יש תחולה בענייננו לחוק איסור הפליה.
14. בשולי פסק דינו של בית משפט השלום נקבע בקצרה, כי גם אם היה נמצא שאין תחולה לחוק איסור הפליה, הרי שהמשיבים היו זכאים לפיצוי בגין הנזק שנגרם להם מכוח עוולת הרשלנות, שכן המבקשת הפרה את חובות הזהירות המוטלות עליה לשמור על שוויון ולהימנע מהפליה.

15. בהתאם לאמור לעיל פסק בית משפט השלום לטובת המשיבים פיצויים ללא הוכחת נזק מכוח סעיף 5(ב) לחוק איסור הפליה על סך של 20,000 ש"ח וכן הוצאות משפט ושכר טרחה עורך דין בסך של 10,000 ש"ח.
16. על קביעות אלו של בית משפט השלום ערערה המבקשת לבית המשפט המחוזי. בית המשפט המחוזי דחה את הערעור והותיר את פסק דינו של בית משפט השלום על כנו. לעניין טענות המבקשת, אשר נוגעות לקביעות עובדתיות של בית משפט השלום, נקבע כי ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בממצאי עובדה ובמהימנות של עדים וכי בענייננו לא התקיימו נסיבות חריגות המצדיקות התערבות שכזו.
17. גם לעניין השאלות המשפטיות, בית המשפט המחוזי קבע כי לא נפלה טעות בפסק הדין של בית משפט השלום, וכי לשונו של סעיף 3 לחוק איסור הפליה ברורה ואינה מבחינה בין מוצרים שונים. מכך הסיק בית המשפט המחוזי, כי החוק אינו מחריג מקרקעין מתחולתו.
18. בית המשפט המחוזי עמד בפסק דינו על התכלית האובייקטיבית של חוק איסור הפליה כחוק שנועד לקדם את עיקרון השוויון כעקרון יסוד חוקתי, הנגזר מהזכות החוקתית לכבוד. בית המשפט המחוזי ציין, כי ניתן לראות חזקת תכלית נוספת אשר נוגעת לזכות הקניין המהווה אף היא זכות חוקתית; אך הוסיף וקבע, כי יש להעניק לחזקת תכלית זו משקל רק בעסקת מקרקעין הנערכת על ידי בעליה של דירה פרטית, ולא בעסקאות מקרקעין הנערכות על ידי מי שעיסוקו במכירת דירות.
19. עוד נקבע כי התכלית הסובייקטיבית, שעולה מדברי ההסבר להצעת החוק, יכולה לגבור על חזקת התכלית האובייקטיבית, רק מקום בו לשון החוק תומכת באופן ברור בתכלית הסובייקטיבית, דבר שלא מתקיים בענייננו. לפיכך, נקבע כי דברי ההסבר להצעת חוק איסור הפליה שבהם נכתב כי החוק אינו חל על מקרקעין אינם מכריעים את הכף, שכן, לפי קביעתו של בית המשפט קמא, כוונתו של המחוקק בדברי ההסבר להצעת החוק הייתה להחריג עסקאות של פרטיים מתחולת החוק ולא עוסקים המוכרים מספר דירות לציבור.
20. לפיכך, נקבע כי באשר לעסקאות מקרקעין על ידי מי שעוסקים בכך, אשר מופנות לציבור הרחב, יש לפרש את החוק על פי חזקת התכלית האובייקטיבית לקידום עקרון השוויון ולקבוע כי החוק אינו מחריג מתחולתו ענייני מקרקעין. על קביעות אלו של בית המשפט המחוזי נסובה בקשת רשות הערעור שלפנינו.

ג. עמדת היועץ המשפטי לממשלה

21. להלן, יבחן היועץ המשפטי לממשלה את הסוגיות המשפטיות העולות בתיק דנן. בתחילה, יידרש היועץ המשפטי לממשלה לבחינת חוק איסור הפליה. לצורך כך תיבחן לשונו של חוק איסור הפליה וכן נסיבות חקיקתו והתכלית העומדת בבסיסו של חוק זה.
22. לאחר בחינתו של חוק איסור הפליה, יבחן היועץ המשפטי לממשלה האם ההתנהגות המפלה הנטענת בענייננו עולה בקנה אחד עם החובות החוזיות המוטלות על המבקשת מכוח החוזים שכרתה עם משרד הבינוי והשיכון ועם רשות מקרקעי ישראל, והאם מעצם טיבה של הקרקע עולה איסור לשווקה באופן מפלה, וזאת בפרט לאור

פסיקתו של בית המשפט הנכבד הקובעת כי הקצאת קרקעות מדינה ושיווקן צריכות להתבצע באופן שוויוני. לבסוף יידרש היועץ המשפטי לממשלה לבחינת עילות תביעה בחוזים ובניזקין ובהחלת חובת השוויון על חברה פרטית על בסיס עילות אלו.

23. היועץ המשפטי לממשלה יקדים ויאמר כי מדובר בסוגיה מורכבת. הדרישה להחיל את חובת השוויון בתחום החוזים בכלל, ובשלב המשא ומתן החוזי בפרט היא נושא לפולמוס ענף בכתובה האקדמית ובפסיקת בית המשפט העליון. ביסודה המתח שבין הגנה על הזכות לשוויון לבין הזכות לחופש החוזים וההתקשרות וזכות הקניין.

1.1. ג. חוק איסור הפליה – לשונו, נסיבות חקיקתו ותכליתו

24. חוק איסור הפליה נחקק בשנת 2000 והוא מבטא רעיון חשוב, לפיו יש להחיל את עקרון השוויון גם על עסקים פרטיים הפונים לציבור הרחב בהצעת מוצר, שירות או כניסה למקום ציבורי. בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב כי "בסירוב לאפשר לאדם כניסה למקום ציבורי או לספק לו שירות או מוצר, רק בשל השתייכותו לקבוצה, ובמיוחד קבוצה שיש לגביה היסטוריה של הפליה בעבר, יש משום פגיעה קשה בכבודו של האדם". (ר' ה"ח תש"ס מס' 2871 בעמודים 370, 372) (להלן: "דברי ההסבר"). בפסקי הדין של הערכאות קמא נבחנה הפרשנות שיש ליתן לחוק בענייננו ונבחנה תחולתו על מקרקעין. להלן ייבחנו לשונו של החוק, נסיבות חקיקתו ותכליתו.

1.1.1. ג. לשון החוק

25. כידוע, המסע הפרשני מתחיל בלשונו של דבר החקיקה וכאשר קיימים מספר פירושים אפשריים, שלשון החוק סובלת, יש לבחור מהם את הפרשנות שעולה בקנה אחד באופן המובהק ביותר עם תכלית החקיקה. לעניין זה יפים דבריה של כב' השופטת (כתוארה אז) ביניש בע"מ 2775/01 ויטנר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה "שרונים", פ"ד ס(2) 230, פסקה 8 (2005) (להלן: "עניין ויטנר"):

"נקודת המוצא לפרשנותו של חוק היא לשון החוק, שכן אין לקבל פרשנות אשר לא ניתן למצוא לה אחיזה בלשון החוק (ראו א' ברק פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה (להלן – ברק פרשנות החקיקה [53]), בעמ' 97). כאשר לשון החוק מאפשרת כמה פירושים, ייבחר מבין הפירושים השונים המשתמעים מלשון החוק הפירוש אשר מגשים את תכלית דבר החקיקה".

26. סעיף החוק הרלוונטי לענייננו הוא סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה וזו לשונו:

"מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם".

27. בחינת סעיף החוק הרלוונטי והחוק בכללותו מעלה, כי החוק אינו מפרט את המוצרים או השירותים שאליהם הוא מתייחס ובכלל זה לא מתייחס במפורש ל"דירה", "מקרקעין" או ל"בנין". נשאלת השאלה האם מונחים

אלה הם בגדר "מוצר" הנכלל בהגדרת החוק, שאם נאמר שכן, הרי שחוק זה יחול על כל מי שעיסוקו בהספקתם וחל עליו האיסור להפלות בהספקתם בהתאם לקבוע בחוק זה.

28. מצד אחד, ההתייחסות למילה "מוצר" בחקיקה הישראלית היא נרחבת ובדברי חקיקה מסוימים כוללת בחובה גם דברים שאינם מוחשיים הנמכרים לציבור. כך למשל חוק לעידוד מחקר, פיתוח וחדשנות טכנולוגית בתעשייה, תשמ"ד-1984, מגדיר "מוצר" כ: "נכס מוחשי או לא מוחשי, תהליך או שירות, לרבות תהליכי ייצור ותוכנת מחשבים". עוד דוגמה היא חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, אשר מגדיר "מוצר פיננסי" כ: "נייר ערך שערכו נגזר מערכו של נכס בסיס".

29. מצד שני, במספר דברי חקיקה נכללה התייחסות נפרדת ומפורשת למקרקעין. כך למשל חוק המכר, התשכ"ח-1968 מציין במפורש בסעיף 4(א) כי הוראותיו "יחולו על מכר של מטלטלין, ובשינויים המחוייבים – גם על מכר של מקרקעין וזכויות". דוגמה נוספת היא חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, אשר איננו עושה שימוש במונח "מוצר", אלא משתמש במונח "נכס" ומגדיר אותו גם כ"טובין" וגם כ"מקרקעין".

30. לסיכום, מחד גיסא,, בהיעדר הגדרה למילה "מוצר" המופיעה בחוק, ניתן ללמוד על פרשנותה של מילה זו, בדרך של היקש, מפרשנותה בחקיקה אחרת – דהיינו באופן רחב הכולל גם מקרקעין. מאידך גיסא ניתן לטעון כי בהיעדר התייחסות נפרדת ומפורשת למקרקעין, כפי שנעשתה בחלק מהחוקים הנ"ל, אין המילה "מוצר" חלה על נכסי מקרקעין. לא ניתן אפוא להסתפק בבחינה לשונית של החוק ולכן, יבחן עתה היועץ המשפטי לממשלה את נסיבות חקיקתו של החוק, את כוונת המחוקק ואת התכליות העומדות בבסיס החוק.

2.1.ג. נסיבות חקיקתו של החוק והתכלית העומדת בבסיסו

31. ניתן לטעון כי תחולתו של החוק גם על תחום המקרקעין הולמת את המסגרת הכללית של החוק, שכן גם מכר זכויות במקרקעין בנסיבות מסחריות דומה במהותן לסיטואציות העסקיות האחרות בהן עוסק החוק כבר היום. ככלל, מסגרת החוק מתייחסת לגורמים עסקיים המציעים מרכולתם לציבור הרחב ואיננה מאפשרת הבחנה בין הניצעים בשל זהותם או מאפייניהם ובלבד שיהיו מוכנים לשלם את התמורה הנדרשת ולעמוד בתנאיה של העסקה המוצעת. במובן זה ומנקודת מבטו של קבלן פרטי המציע פרויקט מגורים לכלל הציבור נראה, כי אין הבדל מהותי בינו לבין בעל מועדון לילה או בעל קונדיטוריה המציעים את מרכולתם לציבור הרחב.

32. זאת ועוד, כפי שקבעו בתי המשפט קמא, תכלית חוק איסור הפליה הינה קידום עקרון השוויון. סעיף 1 לחוק איסור הפליה מציין במפורש, כי מטרתו של החוק היא לקדם את השוויון וערך זה נמצא בבסיסו של חוק זה. בנוסף, עקרון השוויון הוא עקרון יסודי חוקתי חשוב ביותר, שהוכר בפסיקה של בית משפט נכבד זה כחלק מליבת הזכות החוקתית לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ר' למשל בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, מט (4) 094 (1995)). ניתן לטעון, כי תכלית זו של מניעת הפליה והגנה על כבוד האדם מתקיימת, אולי אף ביתר שאת, בעסקאות במקרקעין. כפי שיפורט להלן, הדיור וסביבת מגוריו של אדם הם ההקשרים

המקיפים והמעצבים ביותר את חיי האדם ואת סיכוייו (רות גביזון ואורי שוורץ, הפרדה בדיור כמרכיב בהפליה: הניסיון האמריקאי, **עינוי משפט** כה(1), 73, 80-81 (2001)). בהתאם לכך, הפליה בתחום זה, המונעת מאדם לגור היכן שירצה, משפיעה במידה רבה על מידת האוטונומיה שלו, על יכולתו לממש את עצמו ולעצב את עתידו ועתיד ילדיו. זאת ועוד, על רקע היות המקרקעין משאב מוגבל המצוי בחסר, ישנה חשיבות לשמירה על עקרונות של צדק חלוקתי ושוויון בכל הנוגע לחלוקתו לציבור. לאור תכליתו של חוק איסור הפליה בקידום עקרון השוויון ולאור מעמדו של עקרון חשוב זה, נראה כי ניתן לייחס לחוק חזקת תכלית, לפיה הוא חל גם על מקרקעין, כל עוד תחום זה לא הוחרג מתחולת החוק באופן מפורש.

33. ואולם, תכלית זו של קידום השוויון אינה עומדת לבדה, וישנן תכליות אובייקטיביות נוספות, אשר גם אותן חשוב לסקור. כך, יש לתת משקל לחופש החוזים ולחופש ההתקשרות, עקרונות יסוד בשיטת המשפט הישראלית, אשר מקנים לאדם את החופש להחליט באיזה חוזים להיקשר, עם מי להיקשר בחוזה וכן את החופש לעצב את החוזה כאוות נפשו בהסכמת הצד השני. עקרונות אלה הוכרו על ידי בית משפט נכבד זה כבעלי מעמד של זכות יסוד חוקתית (ר' למשל ד"נ 22/82 **בית יולס נ' רביב**, פ"ד מג(1) 441 (1989) (להלן: "**עניין בית יולס**"; דנ"א 5783/14 **עו"ד ליאור צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ**, פסקה 30 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה ג'ובראן (פורסם בנבו, 12.9.2017)).

34. מדברי ההסבר להצעת חוק איסור הפליה עולה, כי עקרון השוויון ועקרון חופש החוזים, עליהם עמד היועץ המשפטי לממשלה לעיל, עמדו לעיני המחוקק בעת חקיקת חוק זה, ואף צוין שם כי החוק מבטא איזון ראוי בין שני העקרונות. איזון זה נמצא בהטלת חובת שוויון על מי **שפתח שעריו לציבור הרחב**, למעט מקרים בהם ההפליה כהגדרתה בחוק מתחייבת מאופיו של המוצר ועוד סיגים המפורטים בסעיף 3(ד) לחוק. בנוסף הוצאו מתחומו של החוק נושאים שהוסדרו בחקיקה נפרדת כמו תעסוקה.

35. לא ניתן לסיים את הדיון בפרשנותו של החוק ובשאלת תחולתו על תחום המקרקעין מבלי לבחון גם את כוונת המחוקק – היינו את תכליתו הסובייקטיבית של החוק והאם באיזון העקרונות שפורטו לעיל כמו גם עקרונות נוספים נכלל תחום המקרקעין בחוק איסור הפליה. בחינה זו תעשה, בין היתר, על רקע נסיבות חקיקת החוק.

36. כעולה מסקירת דברי הכנסת, נראה כי התכלית הסובייקטיבית היתה שלא להחיל את החוק על עסקאות אלו. העמדה לפיה הצעת החוק לא נועדה לחול על תחום הדיור הוצגה לפני ועדת החוקה, חוק ומשפט על ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה), יהושע שופמן: "**לא עסקנו בתחום הרגיש, החשוב, של מקרקעין, שיש אתו בעיות בפני עצמן. לא שאנחנו חושבים שאין מקום לאיסורי הפליה, אבל הנושא יותר מורכב, והצענו להשאיר את זה בצד לעת עתה**", (מתוך פרוטוקול הדיון בוועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת מיום 27.8.2000). מקריאת הפרוטוקולים של דיוני הוועדה נראה כי אמנם לא התקיים דיון בנוגע למקרקעין ולהוספתו לחוק איסור הפליה. דברי ההסבר לחוק, המתייחסים לסעיף 3 אשר רלוונטי לעניינו, מציינים גם הם כי: "**האיסור אינו חל על מקרקעין העשויים להיות נושא לחקיקה נפרדת**".

37. בהקשר זה יצוין, כי בית המשפט קמא בפסק דינו עמד על דברי ההסבר להצעת החוק וקבע כי עולה מהם שכוונת המחוקק היתה להותיר מחוץ לחוק רק עסקאות בין גורמים "במרחב הפרטי", ולא עסקאות במקרקעין המתבצעות על ידי מי שעיסוקו בכך. קשה להסכין עם קביעה זו של בית המשפט קמא, שכן החוק ממילא איננו חל על פרטים שמוכרים מוצר מזדמן זה או אחר, אלא רק על עוסקים, כלומר, רק על מי שעיסוקם בכך.
38. התכלית הסובייקטיבית שלפיה אין להחיל את חוק איסור הפליה על עסקאות במקרקעין משתקפת גם בנסיבות המאוחרות לחקיקתו. כך, לאורך השנים יזמו חברי הכנסת הצעות חוק רבות הנוגעות להפליה במקרקעין באופן ספציפי וכן הצעות לתיקון החוק, כך שיחול גם על מקרקעין, זאת מתוך הנחה כי איסור הפליה בדיוור אינו מוגן באופן מובהק באף אחד מחוקי ההפליה הקיימים (ר' למשל הצעת חוק איסור הפליה בדיוור, שהונחה על שולחן הכנסת אחד עשר פעמים מאז שנת 2011, והצעת חוק שוויון ההזדמנויות במקום מגורים שהונחה על שולחן הכנסת תשע פעמים). בכל המקרים התנגדה הממשלה להצעות החוק והן נדחו.
39. יצוין, כי במשפט הפדרלי האמריקאי חוקק דבר חקיקה אשר מסדיר את נושא ההפליה בתחום הדיוור, ובו נכללים איסור כללי על הפליה, לצד סייגים שונים שנקבעו (42U.S.C.A. §§ 3601-3631 "Fair Housing Act"). חוק זה אוסר על הפליה במכירה או בהשכרה של דיור ואוסר אף להפלות בסירוב לנהל משא ומתן לרכישה או להשכרה בשל שיקולים פסולים כגון גזע, צבע עור, דת, מין, מעמד אישי ומוצא. בחוק קבועים כמה חריגים, אשר בהתקיימם סירוב למכור או להשכיר לא ייחשב להפליה. כך למשל, בהליך מכירת דירה פרטית יחידה (Single-Family house) איסור ההפליה לא חל, וזאת בתנאי שלמוכר אין יותר משלוש דירות ובתנאי שלא ביצע מכר דירות נוספות בשנתיים שקדמו לאותה מכירה (42U.S.C. 3603 (b)(1)). חריג זה מבטא את האיזון בין האוטונומיה של הפרט לבחור עם מי הוא מעוניין להתקשר בחוזה, והחופש המוקנה לו לבחור למי למכור את דירתו הפרטית, לבין עקרון השוויון שהחוק נועד לקדם. מכל מקום, כאמור, חוק איסור הפליה אינו עוסק במכירה המתבצעת על ידי פרטים המוכרים נכס מזדמן אלא על ידי עוסקים.
40. בבחינת התכלית האובייקטיבית, הרי שבנוסף לאמור לעיל, ניתן לטעון כי לא בכדי המחוקק ביקש להותיר את תחום המקרקעין לחקיקה נפרדת ולא כלל אותו בחוק איסור הפליה. תחום המקרקעין הוא תחום ייחודי והחלת חוק איסור הפליה בתחום זה מצריכה חשיבה מקיפה. בית משפט נכבד זה עמד לא אחת על ייחודיותו של תחום המקרקעין במדינתנו ועל היותו משאב מוגבל, שהתווית מדיניות הקצאתו דורשת רגישות ושקילת שיקולים רחבים ושונים.
41. כאשר עסקינן במגזר הפרטי, עולה אף ביתר שאת הטענה כי תחום ההפליה במקרקעין הינו מורכב ויתכן כי החוק אינו מכיל את כל ההתאמות וההסדרים הפרטניים הנדרשים לתחום זה. למצער, כך לפי הטענה, מורכבות זו חייבה דיון בכנסת עובר לקבלת החוק ואף בהעדרו של הדיון יש כדי להוסיף משקל לגישה הגורסת כי החוק אינו חל על מקרקעין.

42. לסיכום פרק זה, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שיש טעמים כבדי משקל בעמדה התומכת בתחולתו של חוק איסור הפליה על עסקאות במקרקעין, אך גם לעמדה השוללת את תחולתו של החוק על עסקאות מסוג זה. במסגרת עמדה זו, לא ניתנת הכרעה בין עמדות אלו מאחר שבמקרה זה ממילא סבור היועץ המשפטי לממשלה כי מוטלת על המבקשת חובה לשווק את מקרקעי המדינה תוך שמירה על עקרון השוויון ומבלי להפלות. זאת, הן מכוח המכרז והחוזים שכרתה עם רשות מקרקעי ישראל ומשרד הבינוי והשיכון, הן לנוכח טיבה של הקרקע ששווקה למבקשת לצורך מכירתה לציבור הרחב והן מכוח חובת תום הלב במשא ומתן. כך כפי שיפורט להלן.

2.ג. איסור הפליה מכוח תנאי ההתקשרות עם המדינה ולנוכח טיבה של הקרקע המשווקת

43. כידוע, על המדינה ישנה חובה כללית לנהוג בשוויון בכל פעולותיה (בג"ץ 4112/99 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פסקה 19 (פורסם בנבו, 25.7.2002)). חובתה הכללית של המדינה לנהוג בשוויון חלה, כמובן, גם עת עסקינן בהקצאת קרקעות המדינה (בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פסקה 34 (פורסם בנבו, 8.3.2000)). (להלן: "**עניין קעדאן**").

44. עמד על כך גם כבי הנשיא שמגר, בציינו:

"מקרקעי הציבור צריכים להתנהל לפי אמות מידה ממלכתיות. אימוץ אמת מידה כאמור היא בגדר חובתן של רשויות ציבור בכל ענייניהן, ועל אחת כמה וכמה ככל שהדבר נוגע לטיפול ברכוש שהוא בבעלותו של הציבור כולו. תירגומן של אמות המידה האמורות לאופני התנהגות מצביע, בין היתר, על החובה לנהוג בהגינות ובשוויון ועל-פי כללי המינהל התקין (בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון [13], בעמ' 801)."

45. בבג"ץ **קעדאן** נבחנה חובתה של המדינה לנהוג בשוויון גם כאשר היא מקצה קרקע לסוכנות היהודית וזו מצידה נוקטת במדיניות מפלה. באותו עניין לא נבחנה השאלה האם עצם קבלת זכות במקרקעי המדינה מטילה על הצד השלישי, שנדרש לבנות ולשווק את הדירות שיבנה לציבור הרחב, גם את החובה שלא להפלות. שאלה זו הושארה בצריך עיון.

46. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, יש להשיב על שאלה זו בחיוב. חובה זו, בין אם היא מקבלת ביטוי מפורש בנוסח החוזה ובין אם איננה מקבלת ביטוי כזה, היא חלק בלתי נפרד מטיבם של מקרקעי המדינה ומהחובות הנלוות אליהם. 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.

47. בהקשר זה לא ניתן להתעלם מהעובדה כי המדינה, ככלל, לא בונה בעצמה דירות עבור הציבור במקרקעיה והיא משווקת את הקרקע ליזמים על מנת שיבנו עליה דירות שישווקו לציבור. לכן הותרת החובה שלא להפלות רק בידי המדינה, מבלי שזו עוברת כחלק בלתי נפרד מהקרקע עצמה המשווקת על מנת שיבנו בה דירות, תעקר מתוכן את חובתה של המדינה להתנהל בשוויון ואת ההקצאה השוויונית של המקרקעין במדינת ישראל.

48. היועץ המשפטי לממשלה יפנה לפסק דין של בית המשפט העליון בארצות הברית, אשר נזכר בפסק הדין בעניין קעדאן, ולפיו, ככלל, כאשר זכות במקרקעין של המדינה מוקצית לצד שלישי, החובות שחלות על המדינה יחולו

גם עליו. אותו מקרה דן במסעדה אשר שכרה מבנה של המדינה, והפלתה אדם ממוצא אפרו-אמריקני בכך שסרבה לספק לו שירות. בית המשפט העליון שם פסק, כי כאשר המדינה משכירה נכס של הציבור, האיסורים הקבועים בחוק לעניין שוויון חלים על השוכר מעצם טיבו של הנכס (Burton v. Wilmington Parking Authority, 365 U.S. 715 (1961)). אמנם, עם השנים, בית המשפט העליון של ארצות הברית צמצם את תחולתה של ההלכה האמורה, וקבע כי תחול רק במקרים, שבהם ניתן לראות בפעולת הגוף הפרטי כפעולת המדינה, כך למשל כאשר יש הדדיות בין הגורם הפרטי לבין המדינה וכאשר מדובר בשירותים שהמדינה עצמה מספקת (Blum v. Blum, 526 U.S. 40 (1999); American Mfrs. Mut. Ins. Co. v. Sullivan, 457 U.S. 991 (1982); Yaretsky, 457 U.S. 991 (1982)). אולם, נראה כי למרות הצמצום האמור, הלכה זו לא נהפכה ובמקרים המתאימים בתי המשפט בארצות הברית מייחסים לגורמים פרטיים חובות שמוטלות ברגיל על המדינה, מכוח חוזה שכרתו עם המדינה (ר' למשל Citizens To End Animal Suffering & Exploitation, Inc. v. Faneuil Hall Marketplace, Inc., 745 F.Supp. 65, District of Massachusetts, p.72-74 (1990)).

49. בעקבות עע"מ 1789/10 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 7.11.2010), החלה רשות מקרקעי ישראל להוסיף לחוזה ההתקשרות עם יזמים תנאי, לפיו היזם מתחייב להימנע מלנקוט הפליה פסולה בעת שיווק יחידות הדיור, וכי הפרת התחייבות זו תקנה לרשות זכות לבטל את הזכייה במכרז ואת החוזה שנחתם מכוח אותה זכייה. כדי להגביר את יכולת האכיפה של תניה זו הודיעה רשות מקרקעי ישראל ביום 12.6.2013 במסגרת תא"מ 1749-12-12 הווארי נ' משה חדיף בנין והשקעות בע"מ, בהמשך לדיון שהתקיים בראשותה של המשנה דאז ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה), כי לחוזים שיחתמו בעתיד עם זוכים תתווסף תניה נוספת הקובעת פיצויים מוסכמים של 15% מסכום התמורה המשולמת למנהל, בגין הפרת התחייבות שלא לנקוט בהפליה פסולה בשיווק יחידות דיור. יובהר, כי זכותה החוזית של המדינה לנקוט פעולות בשל הפרת התחייבות יזם/קבלן למכור דירות באופן שוויוני, איננה מוקנית לצדדים שלישיים אלא ניתנת למדינה בלבד.

50. נוסח הסעיף המוטמע כיום במכרזי הרשות, הוא כדלהלן:

"המציע מתחייב להימנע מלנקוט אפליה פסולה בעת שיווק יחידות הדיור, והוא מצהיר בזאת כי הוא יודע, שאם יפר התחייבות זו, הרשות תהא רשאית, מבלי לגרוע מכל סעד אחר העומד לזכותה על פי דין, לבטל זכייתו במכרז זה ולבטל את החוזה שיחתם עימו בעקבות הזכיה ו/או לדרוש ולקבל ממנו פיצויים מוסכמים בשיעור 15% מהתמורה בצירוף הפרשי הצמדה בין המדד היסודי למדד המחירים לצרכן האחרון שיהיה ידוע במועד התשלום, ולא יהיו לא כל טענות ו/או דרישות ו/או תביעות כלפי הרשות במקרה כזה".

51. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, תוספת זאת לחוזי הרשות המקנה לרשות זכות לנקוט בפעולות נגד המפר איננה מלמדת כי במצב ששרר קודם, הוא המצב הרלבנטי לענייננו, רשאים היו יזמים לשווק יחידות בקרקע שהקצתה להם המדינה בדרך של הפליה פסולה. התנייה היא הצהרתית, וכתיבתה המפורשת נועדה להסדיר את הסעד שבין המדינה לבין היזם ולהסיר ספק בדבר התקיימות החובה להימנע מהפליה. לגישת היועץ

המשפטי לממשלה, החובה שלא להפלות בשיווק מקרקעי המדינה מתקיימת ועולה בביטור, אף ללא תנייה זו, מכח היחסים שבין הצדדים ומאופייה וטיבה של הקרקע שהינה משאב ציבורי. החוזה שבין המדינה לבין המבקשת קדם למועד שבו החלה המדינה להוסיף תניה זו (ככל שיהיה צורך בכך יומצאו לבית המשפט תנאי המכרז והחוזה שנכרת בין המדינה לבין המבקשת), אך כפי שהובהר לעיל ויפורט להלן אין בכך כדי לגרוע מחובתה של המבקשת לשווק ולמכור את הדירות באופן שוויוני.

52. דרך נוספת לעגן חובה זו, היא באמצעות דוקטרינת ה-"תנאי מכללא". דוקטרינת "תנאי מכללא" מאפשרת לקרוא לתוך החוזה "תנאי מכללא היפותטי, קרי: תנאי המשקף את הכוונה המשוערת המשותפת של הצדדים בעת כריתת החוזה, אילו תשומת הלב של הצדדים היתה מוסבת לקיומה של הסוגיה שביחס אליה מתעוררת שאלת הוספתו של התנאי מכללא" (דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג, עמ' 371 (2003)) (להלן: "**פרידמן וכהן חוזים**"). בית משפט נכבד זה הכיר, למשל, בחובות המוטלות על בנקים כלפי לקוחותיו, על אף שהן לא נמצאות בחוזה הכתוב שבין הצדדים (דנ"א 1740/91 **בנק ברקליס-דיסקונט בע"מ נ' שרגא פרוסט קוסטמן**, פסקה 13 (פורסם בנבו, 9.9.1993)).

53. מכך ניתן לגזור, כי אילו היתה תשומת הלב של הצדדים לחוזה, קרי המדינה והמבקשת, מוסבת לקיומה של הסוגיה בענייננו, כי אז מכח חובת השוויון בהקצאת מקרקעי המדינה, גם כאשר אלה משווקים על ידי צד שלישי, היתה הכוונה המשוערת המשותפת של הצדדים כי החוזה יכלול את ההתחייבויות החוקיות אשר חלות על מקרקעי המדינה, ובין היתר את חובתה של המדינה, וכפועל יוצא מכך גם מי שזכה במכרז בקרקע לצורך שיווקה לציבור הרחב, שלא להקצות קרקע לציבור בדרך של הפליה פסולה.

54. יתכן, שאם הקרקע ששיווקה המדינה היתה מוקצית לאדם פרטי הבונה את דירתו הפרטית לא ניתן היה לקבוע, כי כוונתם המשוערת של הצדדים היתה להטיל על הרוכש את חובת השוויון במכירת הקרקע לצד שלישי. אך בענייננו תכלית ברורה של החוזה שבין המדינה לבין המבקשת כעולה גם מלשונו המפורשת הינה שיווק הדירות שייבנו "בשוק החופשי" ולציבור הרחב. ככל שיהיה צורך בכך ניתן להביא בפני כב' ההרכב את נוסח ההסכם שנכרת.

55. ויודגש, בענייננו עסקינן ביזם הרוכש מקרקעין המיועדים להקמה ולשיווק של יחידות דיור רבות ולא בפרט הרוכש דירה לשימוש הפרטי. בנוסף, לא מדובר בהעברת זכויות בין פרטים, אלא ביזם המתקשר עם מדינת ישראל, על מנת לשווק קרקע ציבורית וזאת לציבור הרחב. זאת ועוד, שיווק הדירות על ידי החברה בענייננו הוא הפעם הראשונה שבהם משווקים המקרקעין לציבור הרחב, קרי הפעם הראשונה שבה הקרקע עוברת מחזקת המדינה לחזקת אנשים פרטיים ושיווק ראשוני זה צריך להיעשות תוך עמידה בעקרון השוויון.

56. על דוקטרינת תנאי מכללא ראו פרידמן כהן **חוזים**, בעמודים 3-14, 370-384. על שימוש בעקרון תום הלב להשלמת חסר בחוזה ראו גבריאלה שלו **דיני חוזים – החלק הכללי לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי** 114-115 (2005); אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך רביעי פרשנות חוזה 172-201 (2001) (להלן: "**פרשנות חוזה**").

לגישה לפיה בית המשפט יטה ביתר קלות להוסיף תניות בחוזה מכוח דוקטרינת תום הלב ביחס לדוקטרינת תנאי מכללא ראו **פרידמן וכהן חוזים**, 379-381. לדעות חלוקות האם יש להשלים הוראה בחוזה מכוח חובת תום הלב או בשל תנאי מכללא ראו ע"א 391/80 **מירה ומיכאל לסרסון ואח' נ' שכון עובדים בע"מ** (פורסם בנבו, 11.4.1984).

מכאן עולה, כי היה על המבקשת לשווק את הדירות שתבנה בדרך שוויונית הן בשל טיבה של הקרקע שרכשה מהמדינה ותכלית שיווקה לציבור הרחב והן לנוכח דוקטרינת תנאי מכללא.

3.ג. חובת שוויון מכוח עקרון תום הלב ותקנת הציבור

57. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, על המבקשת חלה חובה כלפי המשיבים שלא להפלות במכירת הדירות שהיא מציעה לציבור הרחב מכוח חובת תום הלב המוטלת עליה בניהול משא ומתן מכוח סעיף 12(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: "**חוק החוזים**") ומכוח שיקולים של תקנת הציבור.

58. חובה לנהוג בשוויון, מכוח דוקטרינות אלו, מקורה בהכרה הולכת וגוברת של הדין הישראלי כי לזכויות האדם, מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומכוח עקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית, אשר קיימות ברגיל ביחסים שבין הפרט למדינה, יש מקום גם במשפט הפרטי וכי עקרונות אלה חלים בדרך של תחולה עקיפה גם ביחסים שבין פרטים בחברה. הגישה הרווחת היא שלזכויות היסוד החוקתיות אין תחולה ישירה במשפט הפרטי ושחוקי היסוד אינם מטילים חובות ישירות על פרטים. לצד זאת, נראה כי החל משנות התשעים של המאה הקודמת התפתחה בפסיקתו של בית משפט נכבד זה נכונות הולכת וגוברת להגן על זכויות האדם ובכלל זה על עקרון השוויון גם במשפט הפרטי. 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 (ר' דפנה ברק ארז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" **קריית המשפט** ח 11, 16-17 (התשס"ט); ר' גם נילי כהן "השוויון מול חופש החוזים" **המשפט** כרך א' 131, 134 (התשנ"ג)).

59. בקרב מלומדים ישנן גישות שונות בשאלת היקפה הראוי של חובת השוויון על המגזר הפרטי. פרופ' דניאל פרידמן כתב בהקשר זה, כי "דיני החוזים מושתתים על האוטונומיה של הרצון". העקרון הכללי הוא שאיש אינו חייב להתקשר בחוזה, ומי שמעונין לכרות חוזה חפשי לבחור לו את בן זוגו, מבין אלו המוכנים להתקשר אתו... עקרון זה כפוף ליוצאים מן הכלל מעטים. כך, למשל, לפי המשפט המקובל חייב מי שעוסק ב-Public calling דוגמת מוביל ציבורי, לשרת את כל הפונים אליו..." (דניאל פרידמן, "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי", **משפטים** ה 598, 606-605 (1975)). ראו גם: משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" **עלי משפט** ג 15 (2003)). גם המלומד מיגל דויטש כותב כי "יש ליתן משקל שולי בלבד לעקרון השוויון, בהתמודדותו מול חופש הקניין של בעל הקניין הפרטי... הפרויוילגיה להחליט מהי העסקה שיעשה בעל הקניין בקניינו מצויה בלב-לבו של חופש הקניין... אף

כאשר מגינים על זכות השוויון אל מול חופש הקניין הנזכר, יש לעשות כן רק במצבים קיצוניים ולהסתפק בהטלת סנקציה כספית על בעל הקניין כאשר הוא נוהג בהפליה פסולה" (מיגל דויטש, קניין, כרך א, 267 (תשנ"ח)).

60. גישות אחרות בקרב מלומדים, גורסות כי ראוי להחיל את חובת השוויון באופן רחב גם בהתקשרויות בין פרטים. כך, המלומדת הלה קרן סבורה כי על דיני החוזים לאסור על הפליה באמצעים שונים ובין היתר כחלק מהחובות החלות על הצדדים למשא ומתן טרום חוזי (הלה קרן, "שוויון בדיני חוזים – קריאה פמיניסטית", משפטים לא(2) 269, 313 (תשס"א) (להלן: הלה קרן)). על פי גישתו של המלומד חנוך דגן, "הקניין הפרטי מהווה גם מקור לאחריות מיוחדת של הבעלים כלפי פרטים אחרים וכלפי החברה בכללותה" (חנוך דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" צדק חלוקתי בישראל 97, 100 (מנחם מאוטנר עורך, 2000)) וכחלק מאחריות חברתית זו, לגישתו של דגן, מחויב בעל הקניין להימנע מהפליה. יצוין, כי גישתו העקרונית של דגן בנוגע לעקרון האחריות החברתית אומצה בפסיקה, אשר קבעה בדנ"א 1333/02 הועדה המקומית ותכנון ולבנייה רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289, (2004) כי "המקרקעין... הוא משאב לאומי. כמות המקרקעין אינה ניתנת להגדלה. חיי החברה מותנים ביכולת הציבור לעשות שימוש במקרקעין, כגון לבנות כבישים, לסלול מסילות, להסדיר אמצעי תקשורת, להבטיח בנייתם של מוסדות ציבור, לשמר עתיקות ונכסים תרבותיים, לשמר שטחים פתוחים ולקיים שמירה על ביטחון הציבור ושלומם... כל אלה הופכים את קניין המקרקעין לקניין שממד האחריות החברתית בו הוא חשוב." (ר' גם גרשון גונטובניק, "הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות", חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים בהנחיית פרופ' נינה זלצמן ופרופ' ברוך ברכה, עמוד 86)).

61. נראה כי המכנה המשותף לגישות אלו, הנו כי שאלת תחולתה של חובת שוויון על פעילות מסוימת במגזר הפרטי, תלויה במאפייניה של אותה פעילות ובנסיבות העניין (שם, בעמוד 86; הלה קרן, לעיל ה"ש 24, בעמוד 296)).

62. הגישה בדבר תחולה עקיפה של חוקי היסוד במשפט הפרטי, הונהגה על ידי כב' הנשיא לשעבר, אהרון ברק, אשר הרחיב עליה בכתיבה משפטית ואף בפסקי דין של בית משפט נכבד זה (ר' למשל אהרון ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי – התחולה במשפט העבודה" מבחר כתבים ג' – עיוניים חוקתיים 609, 618-619 (2017)).

63. עמדתו של ברק, שלפיה יש להחיל חובת שוויון על פרטים מכוח חובתם לנהוג בשוויון במשא ומתן, הובעה עוד לפני חקיקתם של חוקי היסוד בדעת מיעוט בעניין בית יולס. לעומתו, דעת הרוב של בית משפט נכבד זה באותו עניין הייתה, שאין להחיל חובת שוויון על פרטים מכוח חובת תום הלב (לגישה לפיה דעת הרוב בעניין בית יולס שגויה וכי לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יש לשנותה ר' גם אהרון ברק "הרשות הציבורית במשפט הפרטי" מבחר כתבים ג' – עיוניים חוקתיים, עמוד 190 (2017); ברק "זכויות אדם מוגנות", בעמ' 694; לביקורת על גישתו של ברק לעניין זה ר' גבריאלה שלו "השפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני החוזים" קרית המשפט א 41 (2001)).

64. למרות שהלכה זו שניתנה בעניין **בית יולס** לא נהפכה באופן ברור על ידי בית משפט נכבד זה, נראה כי פסיקה מאוחרת של בית המשפט הנכבד הכירה בכך שישנו חלחול מסוים של חוקי היסוד ועקרונות היסוד של השיטה לתוך המשפט הפרטי וכי חוקי יסוד אלה משפיעים על הפרשנות שיש ליתן למושגי שסתום במשפט הפרטי. במאמר מוסגר יצוין, כי נסיבות המקרה בעניין **בית יולס** בהן דובר בשוויון בין מציעים במכרז אינן דומות לנסיבות בענייננו בהן הטענה לפגיעה בשוויון הינה בליבת הזכות לכבוד. ר' דברי המלומדים דפנה ברק ארו וישראל גלעד במאמרם כי: "ראוי לשים לב לכך שפסק הדין ניתן בראשית שנות השמונים, בעת שהתפיסה לגבי השפעת זכויות האדם על המשפט הפרטי היתה עדיין בראשית דרכה. מכל מקום, חשוב להדגיש כי מקרה זה עסק בהפליה כלכלית רגילה, שלא חרגה לעבר הפליה קבוצתית פסולה. החלתו של עקרון השוויון במשפט הפרטי צפויה להתקבל ביתר קלות בנסיבות של הפליה קבוצתית, הפוגעת בגרעינה של הזכות החוקתית לשוויון".

65. פסק דין מכונן לעניין ההגנה על זכויות הפרט גם במשפט הפרטי, עליו נסמכים פסקי דין רבים הוא ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464 (1992) (להלן: "**עניין קסטנבאום**"), במסגרתו כב' השופט (כתוארו אז) ברק וכב' הנשיא (כתוארו אז) שמגר הסכימו, אף אם בהערת אגב בלבד, כי זכויות היסוד של האדם אינן מוגבלות למשפט הציבורי בלבד, והן חלות במידה מסוימת גם ביחסים שבין פרטים מכוח פרשנותם של מושגי השסתום שחלים במשפט הפרטי, ובפרט באותו עניין – מכוח תקנת הציבור. יחד עם זאת, יובהר כי פסק דין זה לא עסק באופן מובהק ביחסים שבין פרטים, אלא ביחסים שבין הפרט לבין גוף דו מהותי עליו חלים הן כללי המשפט הפרטי והן נורמות מהמשפט הציבורי.

66. בעקבות פסק דין זה ניתנו פסקי דין נוספים על ידי בית משפט נכבד זה, שהכירו בחלחול של חוקי היסוד ושל זכויות האדם למשפט הפרטי. כך למשל בע"א 6601/96 **AES System Inc. נ' משה סער**, נד(3) 850 (2000) (להלן: "**עניין סער**") נקבע, כי יש לבטל תניה חוזית האוסרת על עובד להתחרות במעסיקו וזאת מכוח חלחול של חוק חופש העיסוק לתוך מושג השסתום של תקנת הציבור (ר' גם דנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330, פסקה 36-37 לפסק דינו של כב' הנשיא (כתוארו אז) ברק (2000)).

67. למרות שנראה, כי ההגנה על זכויות האדם חלחלה גם ליחסים שבין פרטים, עדיין לא ברור מהו היקף החובות החלות על פרטים מכוח חוקי היסוד ומתי חוקים אלה משפיעים על היחסים שבין פרטים. יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת ארבל ברע"א 11925/05 **רות לוי נ' זהבה וייס** (פורסם בנבו, 25.5.2006):

"בכל הנוגע לפגיעה הנטענת בזכות הקניינית של המבקשת מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרי שכידוע, חוק זה פורש חסותו בעיקר על מערכת היחסים שבין הפרט למדינה, ומידת ואופן תחולתו במסגרת המשפט הפרטי שנויה במחלוקת וכלל אינה ברורה מאליה."

68. על האופן שבו יש להחיל את ערכי היסוד של השיטה, וזכויות האדם בפרט, על המשפט הפרטי, באמצעות מונחי "שסתום", עמדה כב' השופטת ארבל בעניין ע"א 10419/03 **דור נ' רמת הדר – כפר שיתופי להתיישבות**

חקלאית בע"מ, פ"ד (2) 277 (2005). לדבריה, בחינת היקף השפעת זכויות האדם במשפט הפרטי משתנה ממקרה למקרה ותלויה בנסיבות ובאיזון האינטרסים המתנגשים:

"ערכי היסוד של שיטת המשפטית, ובמרכזם עקרון השוויון, חדרו והוחלו במשפט הפרטי בדרכים שונות. אחת הדרכים העיקריות והרלבנטיות לענייננו היא השימוש ב"מונחי שסתום" של המשפט הפרטי, כגון הסבירות, תום הלב, הרשלנות, ותקנת הציבור...לאחר החלת ערכי היסוד של המשפט על מושגי השסתום אנו מוצאים עצמנו פעמים רבות מול מספר ערכים הסותרים זה את זה. התנגשות זו של ערכים נפתרת על ידי עריכת איזון בין הערכים ובין האינטרסים המתנגשים על פי משקלם היחסי בגדריו של המשפט הפרטי (ראו ע"א 6601/96 AES System Inc. סער [15], בעמ' 861). בהחלת ערכי היסוד של השיטה על גופים פרטיים, וכן בעריכת האיזון בין האינטרסים המתנגשים יש לנהוג בזהירות רבה (ראו עניין און [10], בעמ' 208), וראוי לדעת לבחון כל מקרה לגופו ולנסיבותיו, ואין לקבוע בשלב זה מסמרות בשאלות הרבות המתעוררות בדרך ביקורת שיפוטית זו (כגון אילו ערכי יסוד יוזרמו דרך מושגי השסתום; מה יהיה טיבם של ערכים אלו ואם הם יהיו דומים במהותם לערכים החלים במשפט הציבורי וכו'). עם זאת אין להירתע מביקורת מסוג זה."

69. מכאן עולה, כי יש לאזן במסגרת החלתו של עקרון תום הלב בין כל האינטרסים המתנגשים. בחינת נסיבות המקרה שלפנינו מעלה, כי האינטרסים המתנגשים הם עקרון השוויון מחד שמקנה למשיבים זכות שלא יופלו על רקע מוצאם, ומנגד עקרון חופש החוזים והאוטונומיה של המבקשת לבחור עם מי ברצונה להיקשר בחוזה. איזון בין שני האינטרסים דורש את בחינת היקף הפגיעה בכל אינטרס בענייננו. ככל שהפגיעה באינטרס אחד תהיה קשה יותר וככל שהפגיעה תהיה בליבת האינטרס המוגן, כך ניטה להעניק לו הגנה רחבה יותר.

70. היועץ המשפטי לממשלה יעמוד תחילה על חשיבותו של עקרון חופש החוזים, בפרט כאשר מדובר בשלב הטרם חוזי, ומכאן גם יהיו רלבנטיים חופש ההתקשרות וחופש עיצוב החוזה. כפי שפורט לעיל, חופש החוזים וחופש ההתקשרות הינם עקרונות יסוד בשיטת המשפט הישראלית, אשר מקנים לאדם את החופש להחליט באיזה חוזים להיקשר, עם מי להיקשר בחוזה וכן את החופש לעצב את החוזה כאוות נפשו בהסכמת הצד השני.

71. על חשיבותם של עקרונות חופש החוזים וחופש ההתקשרות עמד בית משפט נכבד זה עוד בשנות ה-60 של המאה הקודמת בבג"צ 262/62 ישראל פרץ נ' יושב ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר-שמריהו, פ"ד טו101, פס' 2 לפסק דינו של כב' השופט זוסמן (1962):

"ענייני הרואות: בעוד שאזרח פרטי רשאי "להפלות" בין פלוני לבין אלמוני ולבור לו את אלה שאיתם יעסוק אפילו יהיו נימוקים ומניעיו בלתי סבירים, אסורה הפליה מטעם רשות ציבורית".

72. לעניין חופש הבחירה של פרט לבחור עם מי להיקשר בחוזה יפים גם דבריה של פרופ' שלו בספרה **דיני חוזים – החלק הכללי** (2005), בעמ' 45 (להלן: "שלו דיני חוזים"):

"חופש ההתקשרות הוא החופש של אנשי עסקים ומסחר להחליט באורח חופשי למי ברצונם להציע את מרכולתם ואת שירותיהם, וממי ברצונם לקבל את הסחורות והשירותים הנדרשים להם".

73. אם כן, במרחב הפרטי הכלל הוא שאדם יכול לבחור עם מי להתקשר ואין כפיפות אוטומטית לחובת שוויון. יפים לענייננו גם דבריו של כב' השופט דנציגר בעניין רע"א 8821/09 פבל פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (פורסם בנבו, 16.11.2011):

"עם זאת, ערך השוויון במשפט הפרטי איננו ערך יסוד. נהפוך הוא, בקפּרה הפרטית החירות היא הכלל, ועקרון השוויון הוא החריג לו, חריג המוחל בדרך כלל כאשר קיים פער משמעותי בין הצדדים או כאשר לאחד הצדדים מעמד מעין ציבורי [ראו כהן, השוויון מול חופש החוזים, בעמ' 137]. ניתן להמחיש זאת בחירותו של אדם לבחור עם מי יתקשר, בחירה שאין מניעה לבססה על טעמים שרירותיים שלא דווקא מתיישבים עם עקרון השוויון."

74. נראה כי החלתו של עקרון השוויון בשלב הטרם חוזי היא "אתגר גדול במיוחד מבחינת התפיסה המסורתית של דיני החוזים", כלשונם של המלומדים דפנה ברק ארז וישראל גלעד, במאמרם, שכן היא מגבילה לכאורה את ההחלטה לגבי עצם ההתקשרות הנחשבת "לביטוי המובהק ביותר של חופש החוזים". שלו מציינת בספרה, כי הניגוד וההתנגשות בין חופש ההתקשרות הנגזר מחופש החוזים ובין השוויון מתעוררים בעיקר בשלב המשא ומתן הטרם חוזי ולא בשלב החוזי כאשר קבלן או בעל נכס מעדיף להשכיר או למכור לאדם אחד ולא לרעהו. 75. יכולה להישמע הטענה, כי כל הדיון האמור איננו רלבנטי שכן הצדדים לא ניהלו כלל משא ומתן ולכן אין נפקות, לסעיף 12 לחוק החוזים. גם בעניין זה הביעו המלומדים עמדה ברורה, כי גם הסירוב לנהל משא ומתן יכול להיחשב להתנהגות שהינה חסרת תום לב ובפרט כאשר המבקשת הציעה הצעה לציבור והמבקשים נענו לה. ר' דבריה של נילי כהן במאמרה "השוויון מול חופש החוזים" עמודים 140-141: "לפי הלך מחשבה זה ניתן לטעון כי פרישה ממשא ומתן מטעמים מפלים מנוגדים לתקנת הציבור, עשויה ליחשב גם מנוגדת לחובת תום הלב ולהטיל על הצד שנהג בצורה מפלה חובה לפצות את הצד השני". ממילא גם אם תהיה המסקנה כי לא החל משא ומתן, כי אז ניתן לאזן את האינטרסים בהתאם לאיזון שיפורט להלן גם במסגרת מושג שסתום אחר, הוא עקרון תקנת הציבור.

76. מן העבר השני, ולאור המסקנה כי עקרונות יסוד של השיטה חלחלו גם למשפט הפרטי, יש לכלול באיזון שעלינו לערוך, גם את עקרון השוויון שהינו כאמור לעיל אחד מערכי היסוד של השיטה. כך, למשל, בבג"ץ 6247/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 26 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 11.5.2006) (להלן: "עניין התנועה לאיכות השלטון") קבע בית המשפט ביחס לזכות לשוויון:

"הזכות לשוויון הוכרה בזכות אדם בישראל. כבר במגילת העצמאות נקבע כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". מספר חוקים קבעו שוויון בתחומים מוגדרים (כגון חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998). עיקר ההכרה בזכות לשוויון מעוגנת במשפט המקובל הישראלי. ברשימה ארוכה של פסקי דין קבע בית המשפט העליון, כי שוויון הינה זכות הנתונה לכל אדם בישראל (ראו זמיר וסובל, "השוויון בפני החוק", משפט וממשל ה 165 (1999); רדאי, "על השוויון", משפטים כד 241 (1994); בנדור, "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי", ספר שמגר: מאמרים 287 (חלק א', 2003)). בית המשפט העליון ראה בה מהחשבה שבזכויות האדם. היא מהווה את "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו"

(השופט מ' לנדוי בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698). היא "עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן" (השופט מ' שמגר בבג"ץ 114/79 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800, 806). "השוויון הוא מערכי היסוד של מדינת ישראל... כך מתבקש מאופיה היהודי והדמוקרטי של המדינה; כך נגזר מעקרון שלטון החוק הנוהג במדינה. השוויון מונח בבסיס הקיום הלאומי... הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי" (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 272; להלן – פרשת קעדאן; ראו גם בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, 414; ראו גם פרשת עדאלה, עמ' 39).

77. עילות השוויון הקלאסיות, אשר הפליה בניגוד להן נחשבת לחמורה במיוחד כוללות, בין היתר, את החובה לנהוג באופן שוויוני ולא מפלה בשל דת, גזע, לאום או מין:

"השוויון מתייחס לרשימה מוגבלת של עילות מוגדרות שאפשר לקרוא להן עילות השוויון הקלאסיות, והשופט מ' חשין קורא להן עילות שוויון גנריות. כאלה הן, לדוגמה, הדת, הגזע, הלאום והמין: כל אדם זכאי לשוויון ללא הבדל דת, גזע, לאום או מין. עקרון השוויון במובן זה, להבדיל מן המובן הרחב, נחשב במדינות רבות, וראוי להיחשב, זכות חוקתית. לא בכדי ציינה ההכרזה על הקמת מדינת ישראל [17] את המחויבות של המדינה לקיים "שויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". הפרה של עקרון השוויון במובן הצר נחשבת חמורה במיוחד" (בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקה 14 (פורסם בנבו, 9.7.2001)). (ראו גם דפנה ברק-ארז משפט מנהלי כרך ב 679-678 (2010) (להלן: "משפט מנהלי").

78. יצוין, כי גם פרופ' שלו, שעמדתה הברורה לעניין חופש החוזים וחופש ההתקשרות הובאה לעיל, סבורה כי במקרים המתאימים עקרון השוויון יכול לחול במסגרת היחסים החוזיים והטרומ חוזיים שבין הצדדים, באמצעות מושגי השסתום של "תום הלב" ו"תקנת הציבור", ואף לגבור במקרים המתאימים על עקרון חופש החוזים. כך כדבריה בספרה דיני חוזים, בעמוד 81:

"ראשית, עקרון השוויון חל בדיני חוזים באמצעות מונחי השסתום "תום-לב" ו"תקנת-הציבור". יש ופעולה בניגוד לעקרון השוויון תיחשב פעולה בחוסר תום-לב. כך, למשל, הפליה בוטה ומהותית במהלך משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה עשויה להיחשב כחוסר תום-לב במשא ומתן."

79. לעניין זה יפים גם דבריה לאור חקיקתו של חוק איסור הפליה בעמוד 156:

"לאחר חקיקת חוק זה ונוכח המגמה השיפוטית של החלת ערכי היסוד של המשפט הציבורי במשפט הפרטי, ולמרות דעת הרוב בדיון הנוסף בפרשת בית יולס, יש להכיר בתחולה מסוימת של ערך השוויון גם במשא ומתן הטרומ חוזי."

80. בבואנו לאזן עקרונות חשובים אלה במסגרת חובת תום הלב במשא ומתן בה נושאת המבקשת, שומה עלינו לנקוט בזהירות רבה ולקחת בחשבון את כל הנסיבות הרלבנטיות ובכלל זה את מיהות הצדדים, מאפייני ההתקשרות והסעד המבוקש. מחד, מדובר בשלב טרום חוזי בו, באופן מסורתי, לחופש ההתקשרות יש משקל רב ומאידך אין מדובר בחופש מוחלט ועקרונות נוספים צריכים להילקח בחשבון. כאשר כוללים במסגרת איזון זה את עקרון השוויון יש לזכור כי בענייננו מדובר בפגיעה שהינה בליבת עקרון השוויון, כאשר המבקשת סירבה למכור דירה למשיבים אך בשל מוצאם והשתייכותם לקבוצת מיעוט בחברה הישראלית. לכך מצטרפת העובדה כי מדובר במקרקעי ציבור, אשר מעצם טיבם צריכים להיות מוקצים באופן שוויוני. לבסוף יש לכלול במסגרת

איזון זה את העובדה, כי אין מדובר במכירה של דירתו הפרטית של אדם פרטי אלא מדובר בחברה המבקשת למכור דירות לכלל הציבור וזהו עיסוקה כאשר הסעד המבוקש הינו סעד של פיצויים. כל אלה ביחד מובילים למסקנה כי ניתן לראות בהתנהלותה של החברה כחוסר תום לב במשא ומתן המצדיק תשלום פיצויים.

81. יצוין, בהקשר זה, כי מספר מלומדים הבחינו, במסגרת דיון בנושאים דומים, בין מכירת מקרקעין על ידי אדם פרטי לבין מכירתם על ידי מי שעוסק בכך ומציע דירות לכלל הציבור. כך הבהיר ברק במאמרו, כי לעניין האיזון הספציפי שבין הזכות לשוויון לבין האוטונומיה של הרצון הפרטי, אזי ככל שההתקשרות החוזית היא פרטית יותר ואישית יותר כך יגבר חופש ההתקשרות של האדם הפרטי, ומנגד ככל שמדובר בגורם שמציע את מוצריו ומרכולתו לציבור בכללותו כך תיגבר זכותו של הקונה לכך שלא יופלה (אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי, בעמודים 691-692 (1993) (להלן: "ברק" זכויות אדם מוגנות")); ; ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", בעמוד 629)). וראה הבחנתו של ברק בין אדם המעוניין להשכיר את דירתו הפרטית, שאינו מחויב בחובת שוויון, לבין בעל מסעדה שלא יכול לנקוט בהפליה במתן שירות ללקוחותיו:

"...האם רשאי בעל מסעדה לסרב מתן שירות על בסיס מין, גזע או דת? האם רשאי פרט המבקש להשכיר חדר שבדירתו, לסרב להשכירו על בסיס מין, גזע או דת? במישור המעשי, הבעיה אינה מתעוררת מקום שקיימת חקיקה המטפלת בנושא. אך מה הדין בהיעדר דבר חקיקה ספציפי המטפל בעניין? האינטואיציה שלי אומרת, כי על בעל מסעדה מוטלת החובה לתת שירות – כלומר: לכוונת חוזה – בלא להפלות על בסיס מין, גזע או דת. לעומת זאת, אותה אינטואיציה עצמה גורסת כי פרט, המשכיר חדר בדירתו, רשאי לבחור את השוכר כראות עיניו. אינטואיציה זו מתבססת, בעיקרו של דבר, על איזון ראוי בין חופש ההתקשרות של בעל המסעדה או בעל הדירה לזכות של מבקש השירות (מזון או מגורים) שלא להיות מופלה... הטעם העומד ביסוד איזון זה מבוסס על התפישה, כי חופש ההתקשרות הוא בעל העוצמה הרבה ביותר, כאשר הוא קשור לפרטיותו של אדם, והוא הולך ונחלש כאשר הוא מכוון כלפי הציבור כולו. בדומה, הזכות לא להיות מופלה היא החזקה ביותר כאשר ניתן שירות לכלל הציבור, וממעייטים מתוכו אדם על בסיס גזע, מין או דת. הזכות לא להיות מופלה הולכת ונחלשת מקום שהשירות, על פי עצם מהותו, אינו 'פתוח' לכל, וניתן על בסיס אישי."

82. עמדה זו הובעה באופן ספציפי ביחס לשוק הדיור על ידי גרשון גונטביניק בספרו הפליה בדיור לקבוצות תרבותיות, בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות, בעמוד 470: "קל יותר להטיל מגבלות על האוטונומיה של העוסקים בשוק הדיור מאשר על זו של בעלי יחידות הדיור". השוני לדבריו נובע מעוצמת הפגיעה בערך האוטונומיה שהינה שונה שעה שעל הפרק עומד בית מגורים בהשוואה לניהול עסק. הבחנה זו חשובה לשיטתו, כי לעוסקים בשוק הדיור יש כח ואפקט ההדרה הינו גדול יותר מאשר המכירה על ידי פרטים וכדבריו: "הפליה מצד עוסקים בשוק הדיור פוגעת יותר באינטרס הציבורי החשוב של נגישות למקרקעין".

ג.4. איסור הפליה מכוח עוולת הרשלנות

83. המשיבים טענו בכתב תביעתם, כי חלה בענייננו גם פקודת הנזיקין וכי על המבקשת לפצותם בהתאם לדיני הנזיקין. בית משפט השלום דן בעילה זו בקצרה, כעילה חלופית, וקבע כי גם אם לא היה חל בענייננו חוק איסור הפליה, הרי שהמשיבים זכאים לפיצוי בגין הנזק שנגרם להם על פי עוולת הרשלנות, משום שהמבקשת הפרה את חובות הזהירות המוטלות עליה לשמור על שוויון. בית המשפט המחוזי, לעומת זאת, נמנע מלדון בפיצוי לפי דיני הנזיקין, משקבע כי חל בענייננו חוק איסור הפליה.

84. היועץ המשפטי לממשלה עמד לעיל על חשיבותו של עקרון השוויון במשפט הישראלי. עקרון חשוב זה הוכר בפסיקתו של בית משפט נכבד זה, כעיקרון המחלחל, גם למרחב הפרטי בדיני נזיקין (ר' למשל ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' רים אבו חנא (פורסם בנבו, 27.9.2005)).

85. עם זאת, עדיין לא הוטלה בפסיקתו של בית המשפט נכבד זה חובה כללית לנהוג בשוויון על פרטים, ובכלל זה, טרם הוכרה חובת זהירות מושגית על פרטים לנהוג בשוויון (שם, בפס' 40). שאלה זו הינה שאלה מורכבת הנדרשת לבחינה נרחבת ומקיפה ויש לגביה דעות שונות בספרות המשפטית (על הבעייתיות שבשימוש בדיני הנזיקין לקידום השוויון ועל המחלוקת לגבי האופן שבו יש לקדם שוויון באמצעות דיני הנזיקין ר' למשל ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 196 (2012); על גישה לפיה יש להחיל אחריות ברשלנות למעשי הפליה ר' יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח משפטיים לח(1) 145 (התשס"ח)).

86. מעבר לאמור לעיל, בענייננו עולות שאלות לעניין קיומה של קרבה המצדיקה קיומה של חובת זהירות ובנוסף עולה שאלה של היחס שבין עוולת המסגרת לבין העוולה הפרטיקולרית הקבועה בחוק איסור הפליה.

87. מבלי לקבוע מסמרות בעניין, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי דיון בשאלות מורכבות אלו איננו נדרש להכרעה בענייננו, משום שלגישתו המבקשת חבה בענייננו בחובת שוויון כמי שעוסקת במכירה ובשיווק של קרקעות מדינה וזאת, הן מכוח ההתקשרות שבינה לבין המדינה והן מכח חובת תום הלב שבה היא חבה כלפי המשיבים. כלומר, בענייננו ניתן לגזור את חובותיה של המבקשת מההקשר החוזי של פעולתה, ואין צורך אפוא לדון בחובות אלה בהקשר הנזיקי.

הנה כי כן, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי התנהלותה של המבקשת בענייננו הינה התנהלות מפלה שאין להתירה, זאת בין אם חוק איסור הפליה חל על תחום המקרקעין ובין אם לאו. שכן, אף ללא תחולתו של חוק זה, בנסיבות המקרה דנו, בהן מדובר בקבלן שפנה לציבור הרחב לצורך שיווק דירות שנבנות על מקרקעי המדינה, חלה על המבקשת החובה לנקוט בשוויון, הן מכוח החוזה שכרתה עם המדינה, הן לנוכח טיבה של הקרקע והן מכוח חובת תום הלב במשא ומתן.

סגנית מנהל המחלקה האזרחית
פרקליטות המדינה