

המבקשים:

1. ד"ר אחמד מנסור
2. אומימה מנסור-מוראד
3. עזמי מנסור (קטין, באמצעות הוריו)
4. האגודה לזכויות האזרח בישראל

כולם ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ו/או דן יקיר ואח'

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 65154
טל': 03-5608185 ; 073-7050759 (ישיר); פקס: 03-5608165
דוא"ל: gil@acri.org.il

- נ ג ד -

המשיבות:

1. מועצה מקומית כוכב יאיר-צור יגאל
2. העמותה לפעילות קהילתית כוכב יאיר

שתיהן באמצעות ב"כ עוה"ד אלון אשר
מרח' התע"ש 13 כפר-סבא 44425
טל': 09-7680768 ; פקס: 09-7680769

סיכומים מטעם המבקשים

1. תביעה זו עניינה סעד הצהרתי לפיו מדיניות מכירת המנויים של המשיבות למרכז הספורט אותו הן מפעילות במסגרת המתנ"ס הינה לא חוקית ומפלה ודינה בטלות.
2. המשיבה 1 היא הבעלים של מתקני המתנ"ס בעוד המשיבה 2 מפעילה בפועל את המתנ"ס, תחת הנהלה הכוללת נציגים של המשיבה 1 ו-2, והוא כולל את מרכז הספורט. לצורך הנוחות נשתמש מעתה ואילך במונח **הקאנטרי**.
3. מדיניות מכירת המנויים היא שהקאנטרי ימכור מנוי רק לתושב הישוב המאוחד כוכב יאיר-צור יגאל (להלן – **כוכב יאיר**) או תושבי הישובים צור יצחק וצופים שילדיהם לומדים במוסדות החינוך בכוכב יאיר, ולאור זאת המבקשים, ערבים תושבי טירה, נענו בשלילה לבקשתם לרכוש מנוי לקאנטרי.

מבוא

4. בתחילת הדרך עמדו המבקשים על הפסול בשימוש בקריטריון תושב המקום, הניטראלי כביכול, בשל האפקט המפלה שלו – הדרת ערבים מטירה, ועל כך שטענת העומס אינה מוכחת ובכל מקרה אינה מצדיקה הפליה של מי שאינו תושב העיר. אלא שבמהלך ההתדיינות התגלו עובדות נוספות שלא היו ידועות למבקשים בעת הגשת העתירה המינהלית המקורית, הן ממסמכים שחשפו המבקשים, הן מהחקירות הנגדיות והן מהמסמכים שצרפו המשיבות. מהעובדות שהצטברו במהלך ההתדיינות עולים בבירור שלושת אלו:

א. השימוש בקריטריון של תושב הישוב ולאחר מכן ההחרגה לטובת תושבי חוץ שילדיהם לומדים בבתי הספר בכוכב יאיר לעומת תושבי חוץ אחרים אינם רק מפלים מבחינה תוצאתית – דבר שדי בו כדי לבסס טענת הפליה - אלא שיש ראיות רבות לכך ששיקול הלאום של תושבי טירה ובהם משפחתו של ד"ר מנסור, השיקול של הדרת ערבים מהקאנטרי, היה בלב שיקול הדעת של הנהלת הקאנטרי ומועצת כוכב יאיר. מדובר, אם כן, בהפליה מכוונת מטעמי לאום.

ב. ההגנה המרכזית של המשיבות לאורך כל הדרך, שגם נמסרה על ידי ב"כ הקאנטרי למבקשים עובר להגשת העתירה המקורית, הייתה, שעומס משתמשים מחייב את הדרת תושבי החוץ. אולם ככל שהתקדמו הדיונים התברר שהגנה זו מתפוררת לחלוטין במבחן הראיות. לא רק שלא היה עומס עובר להחלטה לסגור את הקאנטרי לתושבי חוץ, אלא שהיה מחסור במנויים והקאנטרי השקיע מאמצים להגדיל את מספר המנויים. זמן קצר לפני שד"ר מנסור ביקש לרכוש מנוי, הוחלט על מכירת מנויים נוספים לתושבי צופים וצור יצחק כדי להעלות את מספר המנויים, אך לד"ר מנסור נאמר כי עומס מונע מהקאנטרי למכור לו ולמשפחתו מנוי.

ג. גם הטענה לעומס פוטנציאלי התרסקה במבחן הראיות. התברר שבעבר הקאנטרי היה פתוח לכולם ולא הייתה התנפלות של תושבי טירה על המנויים, ובנוסף הקאנטרי בעצמו ניהל במשך ארבעה חודשים הרשמה מוקדמת לתושבי חוץ כדי לחוש את הביקושים שיווצרו, והתוצאה הייתה ביקושים נמוכים מאוד, ובכל זאת הקאנטרי לא שינה מדיניותו.

5. כלל ברור בתיקי הפליה הוא שהנטל הראשוני על הטוען להפליה מחמת לאום אינו צריך להיות כבד ודי בהפליה לכאורה כדי להעביר הנטל לצד המפלה להפריך את הטענה. למשל, בבג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (פס"ד מיום 17.5.12) פסק בג"ץ כי כדי להוכיח הפליה מחמת מין בעבודה, די בכך שהתובעת הוכיחה ששכרה נמוך משמעותית מעובד גבר במשרה דומה בלי טעם ענייני כדי לעמוד בנטל המוטל עליה. במקרה זה הנטל עובר למעסיק כדי שיוכיח שמינה של העובדת לא שימש שיקול בקביעת השכר. אם לא עמד בנטל זה המעסיק, התביעה תתקבל. גם בחוק איסור

הפליה נקבעו תנאים המקלים עם תובעים, והמעבירים את נטל ההוכחה לבית העסק, ועל כך יורחב בהמשך.

6. בענייננו הוכיחו המבקשים לא רק שלמדיניות מכירת המנויים אפקט מפלה ברור על בסיס לאום, אפקט הנשען על ההפרדה במגורים ובמערכת החינוך, אלא ששיקול הלאום היה נוכח בצורה ברורה בשיקולים של הנהלת הקאנטרי והמועצה. ולעומת זאת המשיבות הן אלו שטענו לאורך כל הדרך כי הסיבה למדיניותן היא לא הלאום אלא עומס המשתמשים, אך הגנה זו לא עמדה במבחן הראיות, ומכאן שלא עמדו בנטל להפריך את טענות ההפליה.

הראיות מצביעות על כך שמדיניות המנויים נקבעה לצורך הדרת ערבים

7. לפני שנת 2010 היה הקאנטרי פתוח לכל המעוניין ובין המנויים היו גם ערבים מטירה ותושבים מיישובים יהודיים סמוכים. מנהל הקאנטרי, מר סמי פנקס, לא ידע להגיד בחקירתו הנגדית מה היה מספר המנויים מבחוץ בתחילת 2010, בטרם שונתה מדיניות המנויים, והוא לא ידע מה מספר המנויים שנרכשו על ידי תושבי טירה, אף שהמידע אמור להיות בידעת הקאנטרי (פרוטוקול מיום 8.11.15 בעמ' 21).

8. בדיון שנערך בנושא במועצה המקומית ביום 4.1.10 ציין חבר המועצה אילן שושני ש-3% מהמנויים הם של ערבים (ע/3). הקאנטרי לא סיפק כל נתון לסתור טענה זו.

9. בדיון במועצה המקומית שנערך ביום 4.1.10 עלתה סוגיית המנויים לדיון. חברת המועצה, ד"ר רות רביד, טענה שצור יצחק ופרויקט יערה מתאכלסים, ושאלה האם ניתן לשווק להם את מרכז הספורט ואז יהיו פחות בני מיעוטים. חבר המועצה, מר אילן שושני, טען ש"אנשים ברחו מהמתנ"ס בגלל הערבים. כשתודיע ביישוב שהמנויים הם רק לתושבי היישוב והשיווק יפעל להביא תושבים המנויים לא יברחו לאייל. באייל אין פעילות לילדים, מה שמבריא את התושבים זה לא מחיר המנוי זה הערבים. באנו לגור בישוב קהילתי. נהיה גזעניים או לא זה לא משנה, העובדות הן שתושבי הישוב עוזבים את המתנ"ס בגלל ילדי הערבים. לא ברור לי גם מדוע אנחנו לא יכולים להביע את דעתנו". חבר המועצה, מר אילן שושני, הוסיף ואמר כי "צריך להבין שמרכז הספורט זה מוקד מאוד חשוב וקובע את איכות החיים ולאבד אותו לתושבי הכפרים בסביבה זה מחדל. היום מדובר על 3% ערבים ואח"כ זה יהיה 10% וכך נעלה כל פעם עד ל-100%". ראש המועצה יעקב ממן אמר ש"זו הפליה ולא ניתן לביצוע".

10. בדיון שנערך בהנהלת המתנ"ס ביום 25.2.10 התקבלה החלטה להפסיק מכירת המנויים לתושבי חוץ. בישיבה עלה בבירור עניין המנויים הערבים. חבר ההנהלה, מר יעקב ממן, שהוא גם ראש המועצה באותה עת, אמר כי ירידה במספר המנויים נובעת מעלייה במחיר המנויים ומתלונות של תושבים על הימצאותם של ערבים (עמ' 4 לפרוטוקול). לאחר מכן חזר ראש המועצה וציין כי ניתוח בעיית מיעוט המנויים מעלה כי יש שלוש בעיות: מחיר המנוי, רישום תושבי חוץ מרתיע תושבים ושיווק. חבר ההנהלה, מר שמוליק סדן, ציין כי הוא חושב שזה מסוכן לסגור לתושבי חוץ ואפשר להרתיע אותם מלרכוש מנויים באמצעות "העלאת מחירים לא הגיונית" לתושבי חוץ

בלבד. בתגובה אמר חבר ההנהלה, מר יוסי שליטר, "למה צריך להצהיר על הדברים האלה? בקיבוץ אייל הוא לא מקבל מטירה ומטייבה". חבר ההנהלה, מר שמוליק סדן, השיב לו כי הערבים לא היו בקיבוץ אייל אך הם היו בקאנטרי ורוצים לבוא. חבר ההנהלה, מר דודו קולר, שאל האם נעשתה בדיקה מדוע ירד מספר המנויים. מנהלת המתנ"ס איריס אייזנברג אמרה שמשאלון שמילאו מי שלא חידשו מנוי בין 2008 ל-2009 (עשרות רבות לדבריה) עלה כי הסיבה המרכזית לאי החידוש הייתה נוכחותם של תושבי החוף וכי הלקוחות דווקא היו מרוצים מהמקום ומהשירותים.

11. ההחלטה שהתקבלה ביום 25.2.10 הייתה לסגור הקאנטרי למנויים מבחוץ לתקופת ניסיון של חצי שנה, להזייל את עלות המנוי, לפתוח מנוי קיץ לבריכת השחייה בלבד ולמכור כרטיסי כניסה חד פעמיים רק באמצע השבוע ולא בשבתות.

12. במועצה ובהנהלה משתמשים לסירוגין במונח ערבים ובמונח היותר ניטראלי תושבי חוף, אך כחוט השני ניכרים המאמצים לאפשר רכישת מנויים לתושבי ישובים יהודים בסביבה תוך חסימת האפשרות מערבים בסביבה לרכוש מנויים.

13. ואכן ביום 12.1.14 דנה הנהלת הקאנטרי באפשרות לפתוח את המנויים לתושבי חוף וזאת בעקבות מחסור במנויים וגירעון כספי. חבר ההנהלה, מר דויד ויסקר, העלה לדיון אפשרות לפתוח הרישום לתושבי חוף שילדיהם לומדים במוסדות החינוך של היישוב. חבר ההנהלה, מר רנן כהן-אורגד, ציין כי "היועץ המשפטי אמר שיש חשיפה משפטית שיבואו ישובים אחרים ויטענו לאפליה". חבר ההנהלה, מר שימי אליאל, שהוא גם ראש המועצה המקומית, ציין "אפשר להוסיף שתושבי היישובים הנ"ל הם תלמידים שלנו". ואכן, בסיום אותה ישיבה, כפי שניתן להבין, הוחלט על מכירת 150 מנויים לתושבי חוף שילדיהם לומדים בבתי הספר ביישוב (פרוטוקול הדיון מיום 12.1.14).

14. הנושא אף נדון כמה שבועות לאחר מכן במועצה המקומית. מפרוטוקול ישיבת המועצה מיום 2.2.14 עולה כי ראש המועצה, מר שימי אליאל, דיווח לחברי המועצה כדלקמן: "מתנ"ס - הקמנו את ההנהלה החדשה של המתנ"ס. מצב כלכלי ותזרימי קשה, בוחנים המלצות כיצד לשווק את המקום ע"י מיתוג, שילוב מענק, בונוסים לבעלי מנויים שנתיים ופתיחת הרישום ליישובים צור יצחק וצופים רק למשפחות שילדיהם לומדים ביישוב. הנושא נבדק מבחינה משפטית" (ע/5, עמ' 2 לפרוטוקול הדיון).

15. מספר שבועות לאחר קבלת החלטה זו ביקש ד"ר מנסור לרכוש עבורו ועבור משפחתו מנוי לקאנטרי בכוכב יאיר. ד"ר מנסור ידע כי בעבר היו תושבים מטירה שרכשו מנוי לקאנטרי, אולם עתה נאמר לו כי המנוי הוא רק לתושבי כוכב יאיר וצור יגאל. ד"ר מנסור הלך על כך בפני מנהלת הקאנטרי.

16. ביום 12.3.14 שלחה מנהלת הקאנטרי מכתב תשובה לד"ר מנסור ובו טענה, כי על פי החלטת הנהלת העמותה "מכירת המנויים לקאנטרי מיועדת לתושבי הישוב ובני

משפחותיהם. כמו כן, הנהלת העמותה החליטה למכור מספר מוגבל של מנויים לתושבי צור יצחק וצופים כיוון שילדיהם לומדים במוסדות החינוך של הישוב" (7/ע).

17. בעקבות זאת פנה המבקש לאגודה לזכויות האזרח. ביום 24.4.14, בתגובה לפניית האגודה, טען הקאנטרי כי החוק אינו אוסר על הפליה מחמת מקום מגורים, וכי ההחלטה נועדה להקל על העומס (9/ע).

הטענה כי סגירת הקאנטרי לתושבי טירה נובעת מעומס הוכחה כחסרת יסוד

18. הטענה על קיומו של עומס היא במוקד ההגנה של המשיבות. במכתב התשובה הראשוני ששלח הקאנטרי לאגודה לזכויות האזרח (9/ע) נכתב כך: "קאנטרי לב המקום פתח את שעריו לתושבי כוכב יאיר בלבד... לפני חודשים ספורים, בעקבות פניה של ועד תושבי צור יצחק ולאור העובדה שילדיהם חלק בלתי נפרד מילדי כוכב יאיר, הוחלט לאפשר לעד 150 מתושבי המקום לרכוש מנוי לקאנטרי. לא בכדי הוגבלה כמות המנויים הנוספים... ובהמשך נכתב "בעבר היה הקאנטרי פתוח לכל, וכתוצאה מכך נוצר עומס שגרם להדרת רגליהם של תושבי כוכב יאיר מהקאנטרי. משכך הגביל הקאנטרי את הכניסה אליו כאמור".

19. הקביעות הללו לא היו נכונות.

ראשית, מהפרוטוקולים של המועצה המקומית והנהלת הקאנטרי מתחילת שנת 2014 וסך הראיות עולה, כי הסיבה למכירת המנויים לתושבי חוף נבעה מהרצון להגדיל את מספר המנויים נוכח הגירעון, ולא כפי שנטען, כאשר הסיבה המרכזית לקריטריון של לימודים בישוב נולד מתוך רצון להתגונן מול טענות להפליה מצד תושבי ישובים אחרים, כמו תושבי טירה, אם ירצו לרכוש מנוי, בהתאם ליעוץ משפטי שניתן.

שנית, ההחלטה למכור 150 מנויים לא נאכפה, ובפועל נמכרו 290 מנויים, כמות כמעט כפולה, וזאת כאשר למבקש נאמר שלא ניתן למכור לו מנוי בשל עומס (תצהיר מנהל הקאנטרי מיום 29.11.15).

שלישית, נמכרו גם מנויים לתושבי חוף מהישובים אבני חפץ, קיבוץ אייל, סלעית ושער אפריים (שם).

רביעית, אין כל ראיה לעומס שנוצר בעבר כשהקאנטרי היה פתוח לכל והראיות מוכיחות כי התושבים הדירו רגליהם לא בשל עומס אלא בשל נוכחות של ערבים במקום. כאמור, הסקר שציינה מנכ"לית הקאנטרי בישיבת הנהלת הקאנטרי, המצוין לעיל, הראה כי העוזבים היו מרוצים מהשירות (כלומר – לא הייתה בעיית עומס), אך לא מרוצים מנוכחות תושבי חוף. הראיות מצביעות כי הקאנטרי לא הגביל את מכירת מנויי החוף בשל העומס אלא בשל העובדה שמנויים נטשו את הקאנטרי במחאה על נוכחות של ערבים בקאנטרי. הנהלת הקאנטרי נכנעה לגזענות, ובמקום לפעול בשוויון כמתחייב בחוק, בחרה בדרך הלא חוקית, תוך שהיא מקווה שהדרת הערבים תוביל לשיפור מספר המנויים שיירכשו התושבים (הנחה שהתבררה ככוזבת).

20. גם לאחר הגשת העתירה המקורית הדגישו המשיבות כי שיקול העומס הוא הוא העומד בבסיס ההחלטה ולא שיקולי לאום. בכתב התשובה לעתירה המקורית נטען כי "מדיניות המשיבה 2 הגיעה לעולם כתוצאה ממגבלת מקום ללא כל רלוונטיות למגזר כזה או אחר" (סעיף 78) וכי "השיקול העיקרי והמרכזי המנחה את המשיבה 2 בקביעת מדיניות הכניסה למתחם הבריכה הוא מגבלת כמות הנכנסים..." (סעיף 62).

21. אך בכתב התשובה שהוגש לבית המשפט לא חזרו המשיבות על הטענה כי עומס שנוצר בפועל הוביל לשינוי מדיניות המנויים. בכתב התשובה רק טענו המשיבות כי החשש מעומס עתידי הוא זה שהוביל לשינוי. נכתב כי "ניסיון העבר המצטבר של הפעלת מתחם הבריכה מלמד כי היחס שבין מספר התושבים של המועצה המקומית כוכב יאיר צור יגאל לבין הכמות המכסימאלית של מבקרים המותרים בכניסה למקום מאפשר הן עמידה בתנאי הרישיון והן מתן אפשרות שימוש בבריכה לכל תושבי היישוב" (סעיף 44). על טענה זו חזרו בכתב התשובה להמרצת הפתיחה (בסעיף 61).

22. אלא שמקריאת פרוטוקול הנהלת הקאנטרי מיום 25.2.10, בה התקבלה ההחלטה על שינוי מדיניות המנויים עולה, כי סוגיית העומס הפוטנציאלי כלל לא עלתה בישיבה. מה שעלה שם הוא החשש מנטישה של תושבים את הקאנטרי בשל נוכחותם של ערבים/תושבי חוץ, ולא בשל קיומו של עומס או חשש מעומס פוטנציאלי. הטיעון לעומס פוטנציאלי כטיעון מרכזי עלה לראשונה במענה לפניית המבקשים כאסטרטגיה להגנה מפני טענת ההפליה, ואין לו בסיס.

23. ראוי להתעכב על עניין זה, שכן חוסר האמינות של טענת העומס נקבעת גם בין היתר בשל כך שנימוק זה למדיניות לא היה במוקד השיקולים של הגוף שקיבל את ההחלטה, והוא התווסף רק בשלב שבו נאלץ הקאנטרי להשיב לטענות הפליה. בית המשפט העליון כבר פסק כי "בהליכי המינהל הציבורי נתקלים אנו, לעתים, בתופעה שאינה משובבת נפש זו, שבמגעיה עם האזרח אין הרשות מנמקת כיאות החלטת סירוב שהיא עושה, ואילו בבית משפט נמצאים לה לפתע ק"ן טעמים להסבר, לפירוש ולביאור; או שבסרבה לאזרח את מבוקשו מעלה הרשות טעם פלוני להחלטתה (והוא טעם סר טעם), ואילו בבית המשפט נמצא לה במפתיע טעם אחר להחלטה, זו הפעם טעם יפה וראוי. וכבר נפסק, ולא אחת, כי בית המשפט יבחן בחשדנות יתרה טעם שנוגד לראשונה בהליכים לפניו, ואין זה אלא לשון המעטה וכל מתחיל יבין" (ע"א 700/89 **חברת החשמל לישראל נ' מליבו ישראל**, פ"ד מז(1) 667 (1993), פס' 15 לפסה"ד של השופט חשין).

ובעניין אחר נפסק כי "אם מתברר שהרשות המינהלית נאחזת בנימוקים חדשים כדי לתמוך בהחלטה שלא הייתה נכונה כפי שניתנה, יכול בית-המשפט להגיע לידי מסקנה שהנימוקים החדשים אינם כנים והם נטענים מן השפה ולחוץ כדי לתמוך בהחלטה שנתגלתה כחסרת יסוד" (בג"ץ 75/76 "הילרון" **חברה ליצוא ויבוא גידולי ומוצרי חקלאות נ' מועצה ליצור פירות ושיווקם** פ"ד ל(3) 645, 649 (1976)).

ואכן הראיות מלמדות כי לא היה עומס בפועל וכי גם החשש מעומס פוטנציאלי לא מבוסס וספקולטיבי.

24. **המשיבים לא הביאו ראיות לעומס בפועל שנוצר בקאנטרי ושבעקבותיו מנויים לא יכלו לממש את המנוי**, לא בזמן שהקאנטרי היה פתוח לכל המעוניין, לא בשנים האחרונות בהן נמכרו מנויים רק לתושבים, ולא לאחר שנפתחה ההרשמה גם לתושבי חוץ שילדיהם לומדים במערכת החינוך ביישוב. בתצהיר התשובה הצליחו המשיבות להראות רק מקרה אחד שבו נוצר עומס בקאנטרי, בעת שפתחו את השערים חנים לחיילים ביום שבת בקיץ, במהלך מבצע צוק איתן. למעט מקרה זה לא ניתנה דוגמא אחת לעומס שהיה קיים בקאנטרי בעבר או בהווה, בגינו נמנעה האפשרות ממנויים להיכנס לשטח הקאנטרי.

25. מפרוטוקול ישיבת המועצה המקומית מיום 4.1.10 עולה כי באותה עת היה קיים גירעון והיה חשש להוציא את תושבי החוץ מכיוון שהיה במחסור במנויים, ואין שחר לטענת העומס. ראש המועצה, מר יעקב ממון, ציין כי "הקאנטרי פתוח לכולם, אין אפשרות אחרת מבחינה כלכלית, צריך מינימום 700 מנויים". ראש המועצה ציין כי בישיבת הנהלת המתנ"ס עלה הרעיון לייקר לתושבי חוץ את המנוי ב-25% "אך פחדנו שתושבי צור יצחק יפנו לבריכה של צור נתן ולא יבואו אלינו". ראש המועצה גם אמר כי אם יוחלט לא לפתוח את הרישום לתושבי חוץ יצטרכו לקבל התחייבות של 500 אלף ₪ לכיסוי הגירעונות שיווצרו. עוד ציין ראש המועצה כי "ללא תושבי חוץ המתנ"ס לא יגיע לאיזון", וחבר המועצה, מר גרשון גרשון, ציין כי "הבעיה היא גירעון של 5 מיליון ₪ שייסגר רק אם נעלה את כמות המנויים ובעיקר מבחוץ" (ע/3).

26. גם מפרוטוקול ישיבת הנהלת הקאנטרי מיום 25.2.10 ברור כי ההחלטה על הפסקת מכירת מנויים לתושבי חוץ שהתקבלה בשנת 2010 לא הייתה מבוססת על חשש מעומס ולו פוטנציאלי, אלא דווקא מתוך מצוקת מנויים ונטישת מנויים שנבעו משיווק לא נכון, ממחירים יקרים מדי ואי שביעות רצון של חלק מהמנויים מנוכחות תושבי חוץ ערבים, שהביאה לירידה של 500 מנויים בין 2008 ל-2009 (שם, בעמ' 5). לכן גם הוחלט על הוזלת המנוי ב-10% והפסקת מכירת המנויים לתושבי חוץ.

27. באותה ישיבה ציין ראש המועצה, מר יעקב ממון, כי בשנת השיא של הקאנטרי, 2007-2008, נמכרו 3,800 מנויים וכי זה היעד הרצוי (שם, בעמ' 9). זהו נתון הגבוה ב-37% ממספר המנויים הקיים כיום בקאנטרי – 1852 מנויים ועוד 909 מנויי קיץ (2,761 בסך הכל).

28. על אף שבתחילת 2010 פעלה הנהלת הקאנטרי להגברת השיווק בין היתר באמצעות כניעה לגזענות וסגירת הקאנטרי לתושבי טירה הערבים, המדיניות לא נחלה הצלחה רבה והקאנטרי המשיך להימצא בגירעון ולשאוף להגדלת המנויים, עובדה שעומדת בסתירה לחשש מעומס.

29. מנהלת הקאנטרי שלחה לקראת שנת המנויים 2011 איגרת לתושבים שכותרתה "ממשיכים להחזיר את הלב למקום" (ע/4), ובו היא ציינה כי ההנהלה שקלה לשוב

ולפתוח את הקאנטרי לתושבי חוץ כדי לבלום את הגרעון, אך הוחלט להכין תכנית כלכלית רב שנתית שבמרכזה ההחלטה לפתוח את הקאנטרי לתושבי הישוב בלבד. מנהלת הקאנטרי הפצירה בתושבים לרכוש מנויים כדי לעבור מגרעון לאיזון.

30. נראה שהתכנית הכלכלית, שהתבססה על סגירת המתנ"ס לתושבי הישוב בלבד לצורך עידוד רכישת מנויים לא הצליחה, שכן לפי הדיונים שנערכו בתחילת 2014 במועצה ובהנהלת המתנ"ס, הקאנטרי עדיין בקשיים כלכליים, ולכן החליטה המועצה להזרים לו כספים וכן לפתוח אותו לתושבי חוץ מצור יצחק וצופים.

31. מפרוטוקול הדיון שנערך בהנהלת הקאנטרי ביום 12.1.14, ארבע שנים לאחר שהפסיקו למכור מנויים לתושבי חוץ, עולה תמונה קשה של גירעון תפעולי, קושי לתקן מזגנים שהתקלקלו, מרצים שלא מקבלים שכר, חשבונות חשמל ומים שלא משולמים בזמן.

32. חברת ההנהלה, גב' איילת גביש, טענה כי "בעבר גייסו את התושבים לטובת המקום, אבל אנשים איבדו את האמונה במקום" (שם, בעמ' 13). על מנת להגדיל את מספר המנויים הוצעו הצעות שונות כמו הטבה למקדמים להירשם, הנחות לסטודנטים ואחת ההצעות הייתה פתיחת ההרשמה לתושבי חוץ שילדיהם לומדים במוסדות החינוך בישוב (שם, בעמ' 15). חבר ההנהלה, מר רנן כהן אורגד, שהציע הצעה זו, טען כי חייבים לגייס את תושבי צור יצחק לקאנטרי כדי שלא יפתח שם קאנטרי נוסף (שם). הצעה זו התקבלה וכן הוחלט על "פרסום אגרסיבי בכל הערוצים" (שם, בעמ' 17). שיקול העומס לא היה נוכח, גם לא שיקול העומס הפוטנציאלי. לעומת זאת, איש מהנוכחים לא העלה את ההצעה המתבקשת לפתוח את המקום גם לתושבי חוץ מטירה, וכאמור, הייתה הבנה כי עלולה להיות תביעה להפליה.

33. מפרוטוקול ישיבת המועצה מיום 2.2.14 עולה כי ראש המועצה, שימי אליאל, דיווח לחברי המועצה כדלקמן: "מתנ"ס - הקמנו את ההנהלה החדשה של המתנ"ס. מצב כלכלי ותזרימי קשה, בוחנים המלצות כיצד לשווק את המקום ע"י מיתוג, שילוב מענק, בונוסים לבעלי מינויים שנתיים ופתיחת הרישום ליישובים צור יצחק וצופים רק למשפחות שילדיהם לומדים ביישוב. הנושא נבדק מבחינה משפטית" (עמ' 2 לפרוטוקול הדיון).

34. הנה כי כן, אין כל יסוד לטענת העומס וטענת העומס הפוטנציאלי לא הייתה בבסיס הדיונים.

35. גם החקירה הנגדית של מנהל הקאנטרי, מר סמי פנקס, הבהירה כי סוגיית העומס היא תירוץ ולא יותר. כך, מר פנקס הודה כי הקאנטרי בתכנית הבראה, וכי החברה למתנ"סים עזבה את הקאנטרי כתוצאה ממחלוקת על הגרעון של הקאנטרי (עמ' 19 לפרוטוקול דיון ההוכחות). עוד התברר כי כל משפחה שרוכשת מנוי זכאית לקבל כרטיסיה של 10 כניסות ללא תשלום (שם, בעמ' 20). אם יש 2,761 מנויים במצטבר, אזי מדובר ב-27,610 כניסות שמחלק הקאנטרי חינם. כלומר, אם נניח שמנוי ממוצע

מגיע פעמיים בשבוע, הוא ייכנס לקאנטרי 104 פעמים בשנה. המשמעות היא שהמתנה הניתנת שקולה לכ-265 מנויים שנתיים נוספים.

36. לשאלה כמה פעמים מנע הקאנטרי ממנוי להיכנס בשל עומס ענה מר פנקס כי לא זכור לו מקרה כזה (למעט אותו מקרה יחיד שפתחו הברכה לחיילים בשבת בחינם), אבל זכור לו מקרה שבו התלוננו על חוסר מקום בבריכת שחיה בגלל החוגים (שם, בעמ' 21). לגבי השאלה כמה תושבים מטירה רכשו מנוי לפני 2010 כשהקאנטרי היה פתוח לכל ענה מר פנקס שאין לו מושג. מר פנקס טען שהיו תלונות על עומס כללי בקיץ אך הסביר כי לא מדובר בעומס שנובע רק מהמנויים אלא גם מכניסות בודדות, שכן כל מנוי זכאי לכרטיסיה עם 10 כניסות לאורחיו, וכן כי בחודשי הקיץ (יוני-ספטמבר) יש 6,000 כניסות של רוכשי כרטיסים חד פעמיים המעמיסות על תפוסת המקום (שם, בעמ' 23).

37. מר פנקס טען בחקירתו הנגדית כי מספר המנויים הנוכחי הוא סטטי והוא בסדר מבחינתו אך הודה כי האמור בפרוטוקול ישיבת המועצה אודות המצב הקשה של הקאנטרי והחלטה למכור מנויים נוספים לתושבי צור יצחק וצופים שילדיהם לומדים בישוב משקפת המציאות. מר פנקס לא השכיל להגיד דבר ברור אודות הסיבה להחלטה להרחיב את המנויים וטען כי הוא "משער" שהיא נבעה מפניה של תושבים מצופים וצור יצחק. כמו כן לא הסכים להשיב ישירות לשאלת בית המשפט כיצד אמירתו מתיישבת עם הפרוטוקול של ישיבת המועצה, בה עולה כי הישוב הוא זה שפעל לגייס את תושבי צור יצחק וצופים, ולא ההיפך (שם, בעמ' 25).

38. מר פנקס ניסה להתחמק על יד הקטנת חשיבות העניין וטענה כי מדובר בלא יותר מ-25 משפחות ולכן "זה בטל בשישים" והתחמק גם על ידי כך שאמר ש"לא הייתי שותף להחלטה" (שם). מהתצהיר שהתבקש להגיש על ידי בית המשפט נאלץ מנהל הקאנטרי להודות כי מדובר ב-290 מנויים שנמכרו לתושבי חוץ, הרבה יותר מ-25 משפחות עליהן העיד בביטחון רב – עדות שהתברר שאינה אמת.

39. גם לגבי סוגיית העומס הפוטנציאלי מר פנקס התקשה להסביר על מה מתבססת הטענה. הוא הודה כי לא התקבלה החלטה על מכסת מנויים (שם, בעמ' 28). בתצהיר נטען כי פוטנציאל העומס נגזר ממספר התושבים הפוטנציאלי וכי פתיחת ההרשמה לתושבי טירה משמעה גידול ניכר במנויים. מר פנקס טען כי הוא מתבסס על מחקר של מר דוד לבקוביץ לפיו בין 7% ל-10% מתושבי הישוב עושים מנוי (שם, בעמ' 27). לבקוביץ, בספרו, לא מדבר על 7-10% רכישת מנויים אלא בהערכה לפיה בשעות שיא ינכחו בקאנטרי כ-7% מקהל היעד של הקאנטרי (נספח ו'). אם הקאנטרי מכר 2,761 מנויים, לרבות מנויי קיץ, ומספר זה יחסית יציב, לפי עדותו של מר פנקס, אזי זהו קהל היעד האמיתי של הקאנטרי בכוכב יאיר, ואין משמעות מיוחדת למספר התושבים הכולל בישוב. יש לציין גם שלבקוביץ לא מפרט על מה מתבססות הערכותיו וספרו כולל 3 שורות בלבד, המתייחסות לאמדן השימוש הפוטנציאלי, עליהם הקאנטרי תולה תילי תילים של טענות. גם להערת בית המשפט לפיה ייתכן שתושבי טירה יתחלקו בין

כמה מרכזי ספורט אמר מר פנקס בסתמיות "כן". לשאלה מה פוטנציאל הקניה של תושבי טירה כאשר מנוי עולה כ-5,000 ₪ השיב: "אין לי נתון" (שם, בעמ' 27).

40. לשאלה האם נעשה מחקר ספציפי על הקאנטרי ועל מספר המנויים שהוא יכול לקלוט אמר מר פנקס כי בחנו בעבר פוטנציאל ביקושים בישוב המאוחד [הכוונה לאיחוד בין כוכב יאיר וצור יגאל, ג' ג' מ'] (שם, בעמ' 26). מחקר זה לא הוצג. לשאלה האם יש מחקר ספציפי על הקאנטרי ועל המספר המירבי של מנויים שהוא יכול לקלוט השיב מר פנקס שהוא משער שכן ושלפני כמה שנים נעשתה בדיקה. אך הודה ש"אין לי מושג. נאמר לי שבעבר נעשה. לא ראיתי את זה. אני יכול לנסות לאתר" (שם, בעמ' 34). בית המשפט הורה לקאנטרי להמציא כל בדיקה שנעשתה ביחס לתפוסה המקסימאלית של הקאנטרי. ב"כ המשיבות לא העביר מסמך כלשהו בעניין, כך שעולה שלא נעשתה בדיקה כזאת ואם נעשתה – היא מוסתרת מבית המשפט.

41. מעניין לציין בהקשר זה, שבפרוטוקול הנהלת הקאנטרי מיום 25.2.10 עולה, כי מר דודו קולר, חבר ההנהלה, אמר בדיון ש"היה סקר של סמי פנקס בזמנו, שקבע שצריך רק מנוי שנתי אבל אנחנו התגמשנו כי יש את אייל" (עמ' 15 לפרוטוקול). כלומר ישנה טענה שהיה סקר כלשהו, שערך בעבר מר פנקס, שטיבו לא ברור, והשאלה מדוע הוא לא מוצג לבית המשפט הנכבד נותרה פתוחה.

42. **אולם הטענה לעומס פוטנציאלי לא נותרה רק על הנייר אלא הועמדה לבדיקה על ידי הקאנטרי.** ביום 6.7.15 הודיעו המשיבות לבית המשפט כי הן מבקשות להשהות הדיון לתקופה של 4 חודשים כדי "למצות הליך בדיקה שעשויה לייתר הצורך לדון בתיק ולהגיע להכרעה בו". ביום 5.11.15 הודיעו המשיבות לבית המשפט כי הנהלת הקאנטרי החליטה לא לשנות את מדיניות מכירת המנויים.

43. בחקירתו הנגדית נשאל מר פנקס אודות העניין והוא העיד כי הקאנטרי פתח את ההרשמה לרישום וירטואלי לכל המעוניין בחודשים יולי, אוגוסט, ספטמבר, כאשר לתושבי חוף שיירשמו ייאמר שיחליטו בבקשה על בסיס מקום פנוי. נרשמו 4 משפחות, לרבות משפחת מנסור, שאינם עומדים במדיניות הנוכחית (שם, בעמ' 27-28). מכאן שגם במבחן המעשה, הביקוש היה נמוך מאוד ולא תמך בטענה כי פתיחת הרישום תביא ל"שיטפון" של מנויים.

44. לקאנטרי היו ארבעה חודשים לבדוק את מדיניותו, והוא יכול היה לפעול בכל דרך לפרסם את הניסוי שערך בקרב הקהל הפוטנציאלי, אך לאחר שהניסוי לא הניב את התוצאה "הרצויה" מבחינתו ולא הוכיח את טענת העומס הפוטנציאלי, הקאנטרי החליט להתעלם ממנו ולהציגו כ"לא מוצלח במיוחד" (שם). ניתן להניח כי אם ה"ניסוי" היה מראה על מספר רב של משפחות שמתעניינות ברכישת מנוי מטירה או ישובים אחרים אז הניסוי ה"לא מוצלח" היה מקבל פתאום מקום מרכזי והמשיבות היו מנפנות בו כדי לתמוך בטענות העומס, שלשיטתן מצדיקות הפליה במכירת המנויים. התנהלות זו של הקאנטרי היא חסרת תום לב ולא ראויה. לא ראוי גם

שהקאנטרי לא הציג את התמונה המלאה מיוזמתו בפני בית המשפט ונאלץ לחשוף אותה רק משהיה לו ברור שהדבר יעלה בחקירה הנגדית.

סיכום ביניים

45. מעבר על חומר הראיות שהתגבש בתיק מצביע בבירור, כי הראיות הישירות להפליה מפורשת על בסיס לאום הלכו והתחזקו במהלך המשפט וחשיפת הראיות החדשות. מנגד טענת העומס, שהוצגה כטענה המרכזית של המשיבות להסברת מדיניות המנויים הסלקטיבית, הלכה ונחלשה והוכח כי לא היה לה בסיס והיא לא הייתה נאמנה לאמת. ההיפך הוא הנכון – לאורך כל השנים האחרונות היה מחסור במנויים וגרעון תקציבי והפעולות שננקטו נועדו להרחיב את מספר הנרשמים ולא לדלל אותו. לא היה עומס, היה מחסור במנויים.

46. גם הניסיון של מנכ"ל הקאנטרי בחקירתו הנגדית להציג מצג לפיו אין בעיית מנויים, וכי מספר המנויים שנמכרו לתושבי חוץ שלא מטירה הוא זניח, ושיש עומס, התגלתה כבלתי אמינה. כך, מנכ"ל הקאנטרי טען שיש 20-25 משפחות בלבד מצור יצחק וצופים, אך התברר שבניגוד להצהרתו בפני בית המשפט הנכבד, קיימים 290 מנויים של תושבי חוץ. כך, טען מנכ"ל הקאנטרי שיש שביעות רצון ממספר המנויים בשנים האחרונות בעוד שפרוטוקולים המועצה והנהלת הקאנטרי מתחילת 2014 מצביעים על משבר תקציבי חריף ומאמצים רבים שהשקיע הקאנטרי בהרחבת מספר המנויים לרבות "פרסום אגרסיבי בכל הערוצים". מר פנקס טען בנוסף שיש תלונות על עומס בבריכה בימי הקיץ בלי לתת דוגמאות קונקרטיות ובלו להביא לכך עדויות, וגם הסתבר שכל מנוי מקבל כרטיסיה של 10 כניסות חינם.

47. **מר פנקס התגלה כעד בלתי אמין, נתן מידע שגוי לבית המשפט וגם התחמק מכל תשובה שלא הייתה נוחה לו בטענה שהוא לא מכיר את המצב ולא היה נוכח בעת קבלת ההחלטות. לכן גם אין לתת אמון בטענתו כי אין הפליה על בסיס לאום, והוא עצמו הודה שלא היה מעורב בעת שהתקבלו ההחלטות ואין לו ידיעה אישית על מה שהתרחש.**

48. לבסוף, גם הניסיון לבנות טיעון לעומס פוטנציאלי נכשל. המשיבות לא קבעו מעולם מכסת מנויים. הן לא הצליחו להראות כל נתון או מחקר המצביע על המכסה המקסימאלית של מנויים. מר פנקס טען כי למיטב זכרונו נעשה סקר כזה אך בניגוד להחלטת בית המשפט לא הומצא סקר כזה. הקאנטרי לא הצליח להראות כי בעת שהקאנטרי היה פתוח לכל נוצר עומס, כך שלא ברור למה המצב יהיה שונה אם ישבו ויפתחו את הקאנטרי לכל המעוניין, ובנוסף – הקאנטרי ערך ניסוי לאומדן רמת הביקוש של תושבי חוץ (שאינם מצור יצחק וצופים) במשך 4 חודשים, נרשמו 4 משפחות, והוא בכל זאת לא מוכן לשנות את מדיניותו.

49. לכל זאת יש להוסיף כי כל עניין העומס הפוטנציאלי כלל לא היה אחד השיקולים, ובוודאי לא שיקול חשוב, בדיונים בהם התקבלו ההחלטות מושא הדיון, והוא נוסף רק בשלב מאוחר כדי לנמק הסירוב למכור מנוי למבקשים.

50. מכל האמור עולה כי המבקשים עמדו בנטל להראות הפליה על בסיס לאום והמשיבים כשלו בניסיון להפריכה ובניסיון לתלות את מדיניותם בסוגיית העומס. די בכך כדי להצהיר כי מדיניות הקאנטרי היא הפליה פסולה ולבטלה.

הניסיון להטיל דופי בכוונות המבקש – מחזק הטענה להפליה על בסיס לאום

51. מרכז הכובד בחקירתו הנגדית של המבקש מס' 1, ד"ר מנסור, התמקדה במניעים נסתרים כביכול שיש לו בפניה לקאנטרי. ב"כ הקאנטרי ביקש לצייר את ד"ר מנסור ככלי בידי גורמים כמו האגודה לזכויות האזרח, שמטרתה לייצר מאבק עקרוני. החשד לא היה מתעורר לו היה מדובר בתושב כפר סבא, אולם כשאזרח ערבי מבקש לגור בישוב יהודי, להירשם לקאנטרי קלאב ובאופן כללי להיאבק על זכותו ליחס שוויוני הוא מיד בגדר חשוד בניסיון לרתום את מאבקו האישי למאבק לאומי. גם בכך יש לחזק את הראיות שההתנגדות העזה של הקאנטרי לקבלת המבקשים היא בשל היותם ערבים.

52. לא למותר לציין כי כל הטענות המרומזות של ב"כ המשיבות כלפי ד"ר מנסור הן בגדר עורבא פרח והן חסרות יסוד. ד"ר מנסור, רופא עיניים שמטפל בלקוחות יהודים וערבים ללא הפליה, שגר בעבר באשקלון עת עבד בבית החולים ברזילי, והיה רשום לקאנטרי שם, ביקש בתום לב לרכוש את המנוי כדי לאפשר לו ולמשפחתו ליהנות מהאפשרות העומדת לכל אזרח אחר – ליהנות ממתקן הספורט הטוב ביותר באזור מגוריו. לאחר שהופלה פנה לאגודה לזכויות האזרח ועורכי דינה לקחו עליהם את ייצוגו.

53. ד"ר מנסור אף פירט והסביר מדוע העדיף את הקאנטרי בכוכב יאיר, גם בשל הקרבה לביתו וגם בשל המתקנים והאפשרות ליהנות מבריכה וחדר כושר. ד"ר מנסור הסביר מדוע הבריכה בטירה אינה עונה לצרכיו, התנאים בה נחותים, היא פתוחה זמן קצר בלבד בתקופת הקיץ, אין חוגים וכיו"ב.

54. גם הניסיון של ב"כ המשיבות לפגוע באמינותו של ד"ר מנסור באמצעות הבכתו אודות מידת שליטתו בפרטים שנכללו בהמרצת הפתיחה ולא היו בידיעתו האישית, כמו הנתונים על פערים בין הרשויות או מקורות המימון של הקאנטרי – הכל עובדות גלויות ממסמכים רשמיים שאליהם התייחס הח"מ, היא מביכה וסרת טעם.

55. יש לדחות מכל וכל ניסיון ולהדביק לכל אזרח ערבי שעומד על זכותו לשוויון תווית של חוסר תום לב ומטרות סמויות, ניסיון שבבסיסו התייחסות מפלה ומכלילה לאזרחים הערבים.

השתתפות ילדים מטירה בחוגים אינה סותרת הטענה להפליה על בסיס לאום

56. מלבד טענת העומס, שהתבררה כחסרת יסוד ראייתי, הטענה של הקאנטרי היא שנוכחות מספר מועט של ילדים מטירה בחוגים בקאנטרי מעידה על היעדר הפליה. בשנת 2014 ו-2015, לפי הרשימות שהעביר הקאנטרי (נספחים ג' 6-1), השתתפו 15 ילדים מטירה וטייבה בחוגי שחייה בתשלום, מתוך 69 משתתפים.

57. בכל הכבוד, למורה לשחייה המעביר חוג בקאנטרי אין כל אפשרות חוקית למנוע מילד להשתתף בחוג בשל היותו ערבי ואין בעובדה זו כדי לשלול הראיות המעידות על הפליה במדיניות מכירת המנויים. מחומר הראיות עולה כי מה שהפריע לתושבים הוא נוכחות ערבים בקאנטרי ובהחלט יכול להיות שמספר קטן של ילדים בחוגי השחייה, תחת פיקוח המורה, לא הביאו למחאה ציבורית, אך הבילוי המשותף במרחב הציבורי עם משפחות ערביות כן גרם ללחץ ציבורי להדירם, ולחץ כזה אכן מצוין בפרוטוקולים של המועצה וההנהלה כשיקול מרכזי בהחלטה על שינוי מדיניות המנויים.

הדין לפיו יש לבחון את מדיניות הקאנטרי הוא המשפט הציבורי ולא רק האזרחי

58. בין המבקשים למשיבות יש מחלוקת בעניין הדין החל. בעוד שהמבקשים טוענים כי חל המשפט הציבורי, המשיבות טוענות שמדובר בהחלטה של גוף פרטי ולכן חל רק הדין האזרחי. ככל שהמשפט הציבורי חל על החלטות הקאנטרי, חובת השוויון שלפיה תיבחן מדיניותו תהיה חובת שוויון רחבה. ככל שהמשפט האזרחי ורק הוא חל על הקאנטרי, חובת השוויון שלפיה תיבחן מדיניותו תהיה צרה יותר, מכוח חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן – חוק איסור הפליה). כמו כן יחולו חובות מכוח דיני החוזים.

59. **מכלול הראיות מצביע במפורש כי יש להחיל על הנהלת הקאנטרי את המשפט הציבורי וחובת שוויון רחבה, מכוח היותה זרוע של המועצה ולמצער, גוף זו מהותי.**

60. ראשית המועצה המקומית היא הבעלים של הקאנטרי, כך הודה גם מנהל הקאנטרי שצוין כי "היום המועצה היא הבעלים. הקאנטרי הועבר למועצה המקומית שהעבירה את הניהול לעמותה" (פרוטוקול חקירה נגדית, בעמ' 29).

61. בעת שהתקבלה ההחלטה, הנהלת הקאנטרי כללה 5 נציגים של המועצה המקומית, 2 נציגים של החברה למתנ"סים, שהיא חברה ממשלתית בבעלות משרד החינוך, ו-5 נציגים שהם נבחרים ציבוריים (שם, בעמ' 30). לשאלת בית המשפט לגבי אופן בחירת נציגי הציבור העיד מר פנקס שאין כיום דרך מסודרת לבחירתם והם מתנדבים (שם). גוף כזה, שבו רוב החברים הם נציגי הרשות המקומית והממשלה, אינו גוף פרטי אלא גוף הכפוף לנורמות של המשפט הציבורי.

62. גם הקשר ההדוק בין הקאנטרי למועצה מלמד כי המשיבה מס' 2, העמותה לפעילות קהילתית כוכב יאיר (להלן – העמותה), אף שהיא מאוגדת כעמותה פרטית, הינה זרוע מבצעת של המועצה המקומית לכל דבר ועניין והיא מסובסדת בכבודות על ידי המועצה המקומית.

63. העמותה קיבלה זכות שימוש בכל מתקני הקאנטרי ללא תמורה, ללא מכרז, ללא חוזה. רק לאחרונה, במאי 2015, נחתם בין העמותה למועצה הסכם להעמדת זכויות השימוש במתקנים של המועצה ללא תמורה לתקופה של 3 שנים, כאשר העמותה נושאת בעלות השימוש השוטף והמועצה בעלות תיקון נזקים ואחזקה של מערכות יסודיות (באור 11 לדוח הכספי של העמותה לשנת 2014).

64. העמותה המפעילה את הקאנטרי לא משלמת על השימוש במתקני המועצה, כאמור, והיא אף לא משלמת שכר דירה ולא ארנונה – הטבות השוות מיליוני ש"ח של כסף ציבורי. מר פנקס הודה כי העמותה לא משלמת ארנונה (פרוטוקול הדיון מיום 8.11.15 בעמ' 33). לעניין אי תשלום שכ"ד, מר פנקס הודה שזה נכון אך טען כי העמותה לא הייתה שוכרת את המקום בלי לדרוש מהמועצה להשקיע מיליון וחצי ₪ בתשתיות. ייתכן וכך הדבר אך מתקני המועצה מועמדים לשימוש העמותה ללא שכר דירה שנים ממושכות, ובוודאי הדבר שווה ערך לסכום עצום.

65. העמותה המפעילה את הקאנטרי גם נהנית מהקצאות ישירות של כספי ציבור שמזרימה המועצה. בדוח הכספי לשנת 2012 נרשם כי המועצה העבירה 2,495,881 ₪ לעמותה כהקצבות מיועדות, אשר המשיבות טענו כי מדובר ברכישת שירותים. באותה שנה העבירה המועצה לעמותה גם 758,000 ₪ כהקצאה שעל פי הרישום לא מיועדת לרכישת שירותים (ע' 2 בעמ' 13).

66. בנוסף בשנת 2014 המועצה החליטה על העברת סכום של 450,000 ₪ לעמותה לצורך "השקעה בתשתיות ושדרוג הנכסים אשר בשימוש ובאחזקת המתנ"ס". מר פנקס הודה בקבלת סכום של 280,000 ש"ח שנועד לטענתו לענות על דרישות שהציב משרד הבריאות (פרוטוקול הדיון מיום 8.11.15, בעמ' 32).

67. המועצה המקומית גם נטלה הלוואות עבור העמותה. לשאלה האם המועצה לקחה הלוואות עבור המתנ"ס או ערבה לכאלה ענה מר פנקס "אני מניח שכ"ן" (שם, בעמ' 32). אולם בתחילת עדותו העיד מר פנקס בעצמו כי החברה למתנ"סים עזבה על רקע גירעון מצטבר וכי "המועצה הייתה אמורה להעביר סכום לכיסוי הגרעון, לקבל הלוואה ממשרד הפנים, שלא אישר וביקש תכנית הבראה". עוד העיד מר פנקס, בלי שאפילו נשאל לגבי זה, כי לעמותה חוב לבנקים וכי "מי שערב זה המועצה" (שם, בעמ' 19).

68. בדוח הכספי לשנת 2014 שצירפו המשיבות מצוין, כי העמותה קיבלה הלוואה מהמועצה המקומית בלי שנקבעו תנאי פירעון, ריבית והצמדה (בעמ' 12).

69. העמותה גם נהנתה מכסף ציבורי שהועבר מהחברה למתנ"סים. לשאלה האם החברה למתנ"סים העבירה כספים לקאנטרי ענה מר פנקס בנחרצות "לא. בוודאי שלא" (פרוטוקול הדיון מיום 8.11.15 בעמ' 31). אולם לשאלה נוספת נאלץ להודות כי החברה למתנ"סים מימנה את שכר המנהלת של המתנ"ס (שם). ניתן להעריך כי מדובר לכל הפחות ברבע מיליון ₪ בשנה. בדוח הכספי של 2012 צוין כי החברה למתנ"סים תעביר הקצבה שנתית בשיעור קבוע לעמותה ובפירוט ההכנסות צוין סכום של 15,000 ₪ שהעבירה החברה למתנ"סים לעמותה בשנת 2011, לא כולל שכר המנהלת (ע' 2, באור 11). כשעומת מר פנקס עם הדוח הכספי טען כי הוא לא מכיר את הדוח.

70. העמותה גם נהנית מכסף ציבורי שלא דרך החברה למתנ"סים. בדוח הכספי לשנת 2012 מצוין כי העמותה קיבלה בשנת 2012 סכום של 147,886 ₪ ממשרדי ממשלה (ע' 2).

71. גם העמותה עצמה רואה עצמה כזרועה הארוכה של המועצה, והדבר נכתב בצורה זו באתר האינטרנט של הקאנטרי. על עלון שיווקי שהוציא הקאנטרי התנוסס סמל המועצה המקומית לצד סמל הקאנטרי (1/ע).

72. מכל האמור עולה כי קיים קשר הדוק בין המועצה לבין העמותה המנהלת את הקאנטרי, וגם בהמרצה זו הן מיוצגות יחידו בידי עורך דין משותף, ולא ניתן לטעון כי ההחלטה שהתקבלה היא החלטה של תאגיד פרטי.

אחריות המועצה המקומית לשמירה על שוויון מכוח היותה הבעלים של הקאנטרי

73. המועצה המקומית היא הבעלים של הקאנטרי, העובדה שהמועצה המקומית נתנה לעמותה לנהל את הקאנטרי כזרוע הארוכה שלה, אינה פוטרת את המועצה מאחריות לכך שהגישה למתקן הציבורי תיעשה לפי הדין, ובענייננו - בתנאי שוויון. הדבר הזה נפסק באופן המפורש ביותר בעניין **קעדאן**, שם נקבע כי המדינה אינה יכולה להשתחרר מחובתה החוקית לנהוג בשוויון בהקצאת זכויות במקרקעין, על ידי שימוש בגוף שלישי המשווק את המקרקעין והנוקט מדיניות מפלה. זאת, שכן את שהמדינה אינה רשאית לעשות במישרין, אין היא רשאית לעשות בעקיפין (בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258 (2000) (להלן – פרשת **קעדאן**)).

74. גם בבג"ץ 1083/07 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' משרד הבריאות** (מיום 24.5.12) פסק בג"ץ כי משרד הבריאות אינו משתחרר מאחריות לחובותיו על ידי הסתייעות בעמותה למתן שירותי בריאות לתלמיד: "הסתייעות בגורם חיצוני לצורך מלאכת אספקת שירותי הבריאות – שניתן לראותה כטכנית-ביצועית – איננה מעבירה את האחריות לאספקת שירותי הבריאות מכתפיו של משרד הבריאות לכתפי הגורם המסייע" (שם, בפסקה 16). בדומה נקבע בפרשת **נוער כהלכה**, שמשרד החינוך אינו משתחרר מחובתו להבטיח שוויון בחינוך, גם כאשר את המדיניות המפלה בפועל קיבל מוסד חינוכי, שהוא עמותה פרטית הנהנית מתקציבים ציבוריים (בג"ץ 1067/08 **עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך**, פ"ד סג(2) 398 (2009), להלן – פרשת **נוער כהלכה**)).

אחריות הנהלת הקאנטרי לשמירה על שוויון

75. **בנוסף**, הגוף שקיבל את ההחלטה על המדיניות כפוף בעצמו למשפט הציבורי. מדובר בהנהלה, המורכבת מנציגי המועצה המקומית, נציגי החברה למתנ"סים, שבבעלות משרד החינוך, ונציגי ציבור. גוף כזה אינו גוף הכפוף רק לנורמות של גוף פרטי אלא הוא גוף הכפוף לנורמות של המשפט הציבורי, וזאת משום שרוב השותפים בו שלוחים מטעם רשויות וכפופים למשפט הציבורי, ואין הם יכולים לקחת חלק בגוף שמקבל החלטות החורגות ממתחם החלטות שגוף ציבורי רשאי לקבל – למשל, החלטות מפלות. בהקשר זה נדגיש כי העידן הנוכחי רווי בפונקציות של הפרטה וחצי הפרטה של שירותים שבעבר היו ניתנים במישרין ע"י המדינה, ואין לאפשר מצב שבו גופים בעלי אופי ציבורי מובהק, כמו הנהלה ציבורית של עמותה, שמסייעת לרשות מקומית לתפעל את מתקניה או מרחבה הציבוריים, יהיו פטורים מהחובות המוטלות על

הרשות, רק משום שהם באופן פורמאלי מאוגדים במשפט הפרטי (ר' דפנה ברק-ארז
משפט מינהלי כלכלי 462 (2013)).

אחריות הקאנטרי לשמירה על שוויון מכוח היותו גוף דו מהותי

76. לחלופין, העמותה היא בכל מקרה גוף דו-מהותי שכפוף, לפחות בהחלטות המדיניות שלו, לנורמות של המשפט הציבורי. בעניין ימית א. ביטחון סיכס השופט רובינשטיין את ההלכות שנקבעו בנושא. הוא ציין כי גופים הנושאים מאפיינים אזרחיים לצד מאפיינים ציבוריים, המצדיקים החלתן של חובות מכוח הדין המינהלי, הוכרו כ"יצורי כלאיים" וזכו לכינוי גופים "דו-מהותיים". בבואו של בית המשפט לבחון האם מדובר בגוף דו מהותי יבחן בית המשפט סוגיות שונות כגון: האם לגוף זה סמכויות שלטוניות; מה סוג השירות שהוא מספק לציבור; היקף התמיכה הכספית הממשלתית בו; האם הוא מונופולין, והאם בידי מרוכז כוח רב העלול להיות מנוצל לרעה; האופי הציבורי של תפקידו; ומעורבותו בפועל של השלטון בגוף (ע"ס 6101/13 ימית א. בטחון (1998) בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל (מיום 23.2.14)).

77. כפי שראינו העמותה נתמכת באופן ברור על ידי המועצה ומשרד החינוך, הן בכספי ציבור, הן במעורבות בניהול העמותה באמצעות שותפות בהנהלה שלה. כמו כן העמותה קיבלה זיכיון בלעדי לניהול המרחב הציבורי ומתקני המועצה שבו ללא כל תמורה, ללא מכרז, היא אינה משלמת שכירות או ארנונה, העירייה ערבה להלוואות שלה ולקחת הלוואות עבורה והיא פועלת כזרוע הארוכה של המועצה.

ר' גם ע"ב (ת"א) 300851/98 מפעל הפיס נ' גדות (מיום 26.10.13); ס"ע (חי') 1172-07-09 קדם נ' עיריית מעלות תרשיחא (מיום 16.7.13); אילן סבן "הקצאת משאבי ביטוי, פגיעה ברגשות והשפעה על תרבות בחברה שסועה" עיוני משפט לג 473, 486 (2010).

78. מכאן שמדיניות הכניסה לקאנטרי כפופה למשפט הציבורי, ולחלופין לחלק מעקרונות המשפט הציבורי.

79. ייאמר מיד, כי גם אם ייקבע שהמשפט הציבורי לא חל על החלטות הנהלת הקאנטרי אזי עדיין יש לקבל הבקשה לסעד הצהרתי משום שמדיניות הקאנטרי גם סותרת את הדין הפרטי החל על הנושא – חוק איסור הפליה, וכן משום שהמדיניות נוגדת את דיני החוזים. על כך יורחב בהמשך.

מדיניות המנויים פוגעת בשוויון

80. על רשויות וגופים דו-מהותיים חלה חובה לפעול בשוויון במובנו הרחב. הדבר מעוגן בפסיקה ענפה אודות חובתה של רשות ציבורית לפעול בשוויון בכל פעולותיה ובחלוקת משאביה לציבור מתוקף תפקידה כנאמן כלפי הציבור (למשל, בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר-שמריהו, פ"ד טו 2101, 2115 (1962); פרשת קעדאן בעמ' 274).

81. בפסיקה אומצה נוסחת השוויון המהותי, שמשמעה היא שאסורה הבחנה בין שווים, אך גם אין להבחין בין אדם לחברו, השונה ממנו, אם השוני ביניהם אינו שוני רלוונטי

ביחס לתכלית ראויה שהרשות מבקשת לקדם (ר' דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ב 684 (2010)).

82. בענייננו קבוצת השוויון היא האנשים המעוניינים להשתמש במרכז הספורט העירוני. מדיניות המשיבות היא שמבין אלו, רק מי שהוא תושב המועצה המקומית כוכב יאיר - צור יגאל יוכל לרכוש מנוי, ובנוסף, תושבים מהישוב צור יצחק וצופים (ובפועל נמכרו גם מנויים לתושבי ישובים יהודיים אחרים באזור). מתושבים אחרים, ובהם המבקשים, המתגוררים בטירה, המצויה מרחק קצר מכוכב יאיר (מרחק דומה לזה של צור יצחק) נמנעת הכניסה למרכז הספורט.

83. הבחנה זו פסולה משלושה טעמים. ראשית, המניע מאחורי ההחלטה הוא מניע מפלה של הדרת ערבים מהקאנטרי. שנית, אף שהקריטריון מנוסח באופן לכאורה "ניטרלי", וגם אם תוכש הכוונה להפלות, הוא מייצר אפקט מפלה ברור על בסיס לאום, ולמעשה "רוכב" על דפוסי הפרדה במגורים במרחב בין יהודים לערבים, כדי להדיר את תושבי טירה הערבים מהקאנטרי. שלישית, הקריטריון פסול בפני עצמו שכן לא ניתן להכיר בשוני רלוונטי לעניין עצם הכניסה לקאנטרי, המצדיק הדרתו של מי שאינו תושב הישוב מהמרחב הציבורי (לעומת עלות הכניסה). למתן לגיטימציה לקריטריון כזה תהיה השלכה מרחיקת לכת על החברה הישראלית, והיא תפגע בצורה קשה מאוד בשוויון ההזדמנויות של תושבי המדינה על בסיס שרירותי כמו מקום מגוריהם.

הפליה על בסיס לאום

84. כמפורט בחלק הראשון של הסיכומים – ההחלטה התקבלה מתוך רצון להדיר ערבים מהקאנטרי, ולא נחזור על הדברים. הפליה על בסיס לאום הינה אסורה, לכל הדעות.

הפליה תוצאתית על בסיס לאום

85. בחברה בה דפוסים ברורים ועמוקים של הפרדה במגורים בין קבוצות אוכלוסייה (יהודים וערבים, אשכנזים ומזרחים, חילונים ודתיים), הפרדה שבמקרים מסוימים היא כמעט מוחלטת; בחברה בה יש הפרדה של ממש בין אוכלוסייה אמידה לאוכלוסייה מעוטת אמצעים, ויש בה תופעה הולכת וגדלה של התבדלות של אוכלוסיות מבוססות בפרברי איכות חיים או שכונות סגורות; בחברה בה זיהוי של מקום מגוריה משליך עליך סטיגמות ודעות קדומות ויוצר זיהוי כמעט אוטומטי בין מקום המגורים ללאום, ארץ מוצא, רמת דתיות, מעמד כלכלי או השתייכות קבוצתית אחרת; בחברה כזו השימוש בקריטריון של "תושב המקום" על ידי הרשות הוא קריטריון "חשוד", ויש לבחון אותו בעין ביקורתית וחשדנית.

86. במקרה מושא העתירה התחכום רב, אך שני הקריטריונים שנתפרו בזהירות הם שקופים למדי, ומטרתם ליצור אפקט מפלה בלי להודות בו במפורש. ההחלטות נוסחו באופן לכאורה ניטרלי שמקשה על איתור ההפליה, תוך ליווי משפטי צמוד. בשנת 2010 כשהופעל לחץ ציבורי להדיר הערבים מהקאנטרי התקבלה החלטה להשתמש בקריטריון תושב הישוב. קריטריון זה הוא לכאורה ניטרלי כי אין הוא מונע מערבים

לרכוש מנוי אם הם תושבי כוכב יאיר ולראייה טענו המשיבות, שאכן מתוך 10,908 תושבים יש 10 ערבים שהם תושבי כוכב יאיר ויכולים לרכוש מנוי (נספח ד').

87. חרף העובדה כי עשירית של אחוז אחד מתושבי כוכב יאיר הם ערבים, ברור כי מדובר בקריטריון שמדיר את הערבים בפועל, שכן קיימת הפרדה מוחלטת של 99.9% באותו אזור בין יהודים לערבים, המתגוררים בישובים נפרדים. ראש המועצה טען אז כלפי הצעה להשהות השיווק לתושבי חוץ כי "זו הפליה ולא ניתן לביצוע". ראש המועצה צדק, ועל כך נרחיב בהמשך. סיפור הכיסוי היה הטענה כי קיים עומס, המחייב עדיפות לתושבי המקום – דבר שלא היה ולא נברא.

88. כאשר בשנת 2014 המצב הכלכלי לא היה משביע רצון, בלשון המעטה, והנהלת הקאנטרי רצתה להרחיב את המנויים לתושבים מצור יצחק וצופים ומישובים אחרים (כיום 290 מנויים) התלבטו חברי ההנהלה כיצד להימנע מטענת הפליה של תושבי טירה הערבים. אז נמצא הפתרון, לאחר בחינה משפטית מדוקדקת – התבססות על קריטריון ניטרלי לכאורה נוסף – לימודים במוסדות החינוך בישוב. גם כאן הקריטריון הוא כביכול ניטרלי, שכן לכאורה גם תושב טירה שילדיו לומדים במוסדות החינוך בכוכב יאיר זכאי לרכוש מנוי, אך ברור שהקריטריון מדיר ערבים, כי הם הרי לומדים במערכת החינוך הערבית, שאינה קיימת בעיר. שוב סיפור הכיסוי היה בקשה שהופנתה מתושבים מישובים שכנים – טענה שאין לה ביסוס בחומר הראיות ואף עולה כי היא לא אמת (וגם אם הייתה נעשית פניה כזאת, אין בה לשנות את העובדה שמדובר בקריטריון מפלה).

89. ההפליה התוצאתית היא מובהקת וברורה, ולכן יש לראות בקריטריון "תושב הישוב" קריטריון מפלה על בסיס לאום. על זה נאמר כי "הדבר מדבר בעד עצמו" (בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (מיום 27.2.06), בפסקה 19).

ורי גם: ע"מ 343/09 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים** (מיום 14.9.10), בפסקה 73; פרשת **נוער כהלכה** בפסקה 26; בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(3) 630, 654 (1998); בג"ץ 104/87 **נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מד(4) 749 (1990); בג"ץ 953/87 **פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד מב(2) 309, 333 (1988); עת"מ (י-ם) 1036-12-11 **שריג נ' משרד הבינוי והשיכון** (מיום 18.6.13).

90. בית המשפט העליון בארה"ב אישר גם הוא לאחרונה בפסיקה תקדימית את המשך השימוש בתביעות לפי חוק הדיור ההוגן, המסתמכות על אפקט מפלה. העניין הובא לפתחו בעניין תביעה שהגישה עמותה למען דיור מכיל, שטענה כי רשויות המדינה מעניקות הטבות מס לבניית דיור בהישג יד בצורה לא פרופורציונאלית, בעיקר באזורים של אוכלוסייה שחורה, וכך מנציחים את ההפרדה. בתי המשפט בערכאות הנמוכות קיבלו התביעה אך המדינה טענה כי לא הוכחה כוונה להפלות. בית המשפט

העליון דחה את הערעור ופסק כי תביעות המבוססות על אפקט מפלה משרתות את התכלית של חוק הדיור ההוגן (Fair Housing Act, FHA), האוסר על הפליה בדיור :

Recognition of disparate-impact claims is consistent with the FHA's central purpose... These unlawful practices include zoning laws and other housing restrictions that function unfairly to exclude minorities from certain neighborhoods without any sufficient justification. Suits targeting such practices reside at the heartland of disparate-impact liability... The availability of disparate-impact liability, furthermore, has allowed private developers to vindicate the FHA's objectives and to protect their property rights by stopping municipalities from enforcing arbitrary and, in practice, discriminatory ordinances barring the construction of certain types of housing units... Recognition of disparate impact liability under the FHA also plays a role in uncovering discriminatory intent: It permits plaintiffs to counteract unconscious prejudices and disguised animus that escape easy classification as disparate treatment. In this way disparate-impact liability may prevent segregated housing patterns that might otherwise result from covert and illicit stereotyping (*Texas Dept. of Housing and Community Affairs v. Inclusive Communities Project, Inc.*, 576 U.S. (2015)).

הבחנה בין תושב המקום לתושב חוץ בנגישות לקאנטרי – פסולה בנסיבות העניין

91. גם אם נתעלם מההפליה או מהאפקט המפלה מחמת לאום, הקריטריון של תושב הישוב הוא פסול בפני עצמו, וזאת מהטעמים המפורטים להלן :

92. ראשית, עקרון החוקיות קובע כי רשות מינהלית רשאית לפעול רק בתחומי הסמכויות אשר הוקנו לה לפי דין (בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המיסים (מיום 20.12.10), בפסקה 13 לפסק דינו של השופט פוגלמן). סעיף 146(5) לצו המועצות המקומיות, התשי"א-1950 קובע כי הרשות המקומית מוסמכת להקים, להחזיק ולנהל שירותים, מפעלים ומוסדות "לתועלת הציבור" וכן להסדיר את אותם שירותים שבתחומה. הציבור הינו הציבור הרחב ולא רק תושבי הרשות המקומית. זאת, בניגוד לסמכותה לפעול לקידום אינדיבידואלי של ענייניהם הכלכליים, הסוציאליים, החברתיים והתרבותיים של תושבי הרשות (סעיף 146(2)).

93. מכאן שמועצה מקומית מוסמכת לספק שירותי חינוך, רווחה, תרבות לתושביה בלבד ולא מצופה ממנה לתת את אותם שירותים אינדיבידואליים לתושבי רשות אחרת. אולם, לגבי המרחב הציבורי, ובכלל זה מוסדות, מפעלים ושירותים ציבוריים שמפעילה המועצה המקומית, אין המועצה מוסמכת ליחד אותם לתושבי הרשות בלבד והם פתוחים לציבור, אף שהיא מוסמכת להסדיר את השימוש. כאמור, המועצה

המקומית אינה "נפטרת" מחובותיה רק באמצעות העברת המרחב הציבורי לניהולו של גוף שלישי.

94. שנית, על המועצה המקומית ועל הנהלת הקאנטרי לפעול בשוויון. כאשר מדובר בעצם הגישה למרחב ציבורי או לשירות ציבורי, אין בעובדה שהאדם המבקש לשהות במרחב ציבורי כלשהו אינו תושב הרשות כדי להצדיק את הדרתו ממנו, זה אינו שוני רלוונטי לגבי עצם השימוש במרחב הציבורי.

95. המרחב הציבורי בשטחה של רשות מקומית – לרבות הכבישים, המדרכות, הכיכרות, הגנים הציבוריים והמתקנים הציבוריים – הם קניינה של הרשות, אך הם מסורים בידיה כנאמן של הציבור לטובתו ולרווחתו. הרשות אינה יכולה לנהוג בהסדרת המרחב הציבורי שבתחומה בצורה שרירותית, והיא מחויבת לפעול למען הציבור בצורה שוויונית. עמד על כך בג"ץ בעניין **אדם טבע ודין**: "היסוד ה"ציבורי" שבמונח זה מלמד כי מדובר בשטח שנועד למטרות ציבוריות, והוא מחייב, כפי שהיועץ המשפטי לממשלה מבהיר בתשובתו, להחיל על השימוש בשטח כללים החלים על שימוש בשטחים ציבוריים, כמו התרת הגישה של הציבור לשטח בתנאי שוויון" (בג"ץ 8676/00 **אדם טבע ודין נ' עיריית רעננה**, פ"ד נט(2) 210, 220 (2004) (להלן: "**אדם טבע ודין**")).

96. הגם שהבחנה בין תושבי העיר לבין תושבים מחוץ לעיר אינה תמיד הבחנה פסולה, ויכול שיהיו נסיבות בהן הבחנה זו תהיה לגיטימית, אין כל ספק כי ההבחנה אינה רלוונטית ואינה לגיטימית כשמדובר במניעת השימוש במרחב ציבורי או במתקן ציבורי בשטחה של הרשות המקומית. עצם השהייה והשימוש במרחב הציבורי בשטח העיר ובמתקנים הציבוריים אינו יכול, בשום נסיבה, להיות מוגבל לתושבי העיר בלבד, או לחלק מתושבי העיר, גם אם העיר רשאית להבחין בין תושביה לאורחים מבחוץ בתנאי השימוש בנסיבות מסוימות (למשל, בג"ץ 441/97 **צנוירט נ' ראש-עיריית ירושלים**, פ"ד נג(2) 798 (1999)).

97. כך, רשות מקומית אינה רשאית להציב מחסומים ולמנוע ממי שאינו תושב העיר להיכנס אליה, ולעשות שימוש בכבישיה ובמדרכותיה, גם אם הדבר מכביד על תושבי העיר, גם אם ההגבלה מוגבלת לשעות העומס בלבד. אך היא יכולה, למשל, לקבוע הסדרים שוויוניים, כמו מניעת כניסה לפארק או למתקן הציבורי בשעה שהוא מגיע לתפוסה המרבית המותרת בו, ללא אבחנה בין המבקרים. כמו כן רשאית הרשות המקומית לאפשר לתושביה חניה חינם ולגבות ממי שבא מחוץ לעיר תשלום עבור החניה.

98. בדומה, קבע בג"ץ כי מותר לעיריית באר-שבע לקבוע מחיר שונה לתושביה ולתושבי חוץ עבור העמדת דוכן מסחרי בשוק העירוני, ובלבד שאין בכך כדי לקפח את זכותם של מי שאינם תושבי העיר, וכלשון בג"ץ: "יש בהוראות אלה מתן סמכות לעיריית לדאוג לענייניהם של מעוטי היכולת מבני העיר ואין לומר שהשיקול של המשיבה לעזור לבני עירה פסול הוא. והרי עזרה זו לא באה על חשבון העותרים, שאינם בני העיר ואין

להם ענין בשאלה מה עושה העירייה בנכסיה, כל עוד לא קופחו זכויותיהם" (בג"ץ 482/78 אלקיים נ' ראש עיריית באר שבע פ"ד לג(1) 133, 137 (1978)).

99. אולם לעצם הכניסה למרחב הציבורי, ובכלל זה למתקנים ציבוריים כמו מרכז ספורט עירוני, והשימוש במרחב זה, לא ניתן להבחין בין מי שהוא תושב העיר לבין מי שאינו תושב העיר בשום מקרה. הבחנה כזו היא פסולה. העובדה שתושבי העיר משלמים ארנונה באמצעותה מתוחזק המרחב הציבורי אינה עילה המצדיקה לייחד את המרחב הציבורי בעיר רק לתושבים ולהדיר ממנו את מי שאינו תושב. לכל היותר שוני זה בין תושב למי שאינו תושב, ולכן אינו נושא בתשלום הארנונה, יכול להתבטא בתנאי שימוש שונים, המשקפים את העובדה שהתושב משלם חלק מעלות התחזוקה של המרחב הציבורי או המתקן הציבורי באמצעות תשלום ארנונה. וגם זאת, בתנאי שלא נקבעים תנאי שימוש שונים בצורה לא מידתית, שמטרתם לסכל בפועל את האפשרות של מי שאינו תושב הישוב להשתמש במרחב הציבורי.

100. יתר על כן, הטיעון שתושבי העיר משלמים ארנונה ותושבים מבחוץ אינם משלמים לא רק שאינו יכול לשמש כעילה להדרה מהמרחב הציבורי של מי שאינם תושבי הרשות אלא שגם זה טיעון מוגבל וחלקי בפני עצמו. יש לזכור כי הרשות המקומית מתקיימת ונתמכת גם מכספי משלם המיסים ואין היא משק סגור. בנוסף, הקאנטרי נושא העתירה לא ממומן רק מכספי המנויים אלא גם מסכומים לא מבוטלים שמעבירה המועצה המקומית, הנהנית ממימון ממשלתי, החברה למתנ"סים (עד לעזיבתה) וכן משרדי ממשלה.

101. הסוגיה של הבחנה בין תושב העיר לתושב ישוב אחר בנגישות למרחב הציבורי נדונה בהרחבה בפרשת **אדם טבע ודין**. פרשה זו החלה, כאמור, בשנת 2000, עת קיבלה מועצת העיר רעננה החלטה לגבות תשלום ממי שאינם תושביה עבור כניסה לפארק אשר הקימה בשטחה המוניציפאלי. המתנגדים לצעד זה טענו, בין היתר, כי הוא נועד למנוע את הגעתם של תושבים ערבים מעוטי הכנסה מערי המשולש. בעקבות החלטה זו, הגיש ארגון "אדם טבע ודין" עתירה לבג"ץ בדרישה לביטולה.

102. עם הגשת העתירה, ולאור השאלות העקרוניות אשר עולות ממנה, החליט בג"ץ להעביר את העתירה ליועץ המשפטי לממשלה על-מנת שישקול אם יש מקום לנקיטת עמדה מצדו או מצד גוף אחר כלשהו הנראה לו קשור. ואכן, היועץ המשפטי לממשלה קבע שהנושא ייבחן על-ידי וועדה מיוחדת שהקים משרד הפנים בנושא. ועדה זו כללה חמישה נציגים, ארבעה נציגי משרדי ממשלה (משפטים, פנים, הגנת הסביבה ומשרד הבינוי והשיכון) ונציג הרשויות המקומיות (ראש עיריית אשקלון). היועץ המשפטי לממשלה הגיש לבג"ץ את הדו"ח המסכם של הוועדה ביום 2.3.03, והודיע כי המלצות הוועדה מקובלות עליו.

103. הוועדה קבעה בהמלצותיה, כי ניתן, בתנאים מסוימים, לגבות תשלום על כניסה לפארק, ואף תשלום שונה ממי שאינם תושבי העיר שבשטחה נמצא הפארק, לאור ההשקעה הציבורית הניכרת המתחייבת מהקמתו ומתחזוקתו של פארק ציבורי,

הנופלת על פי רוב על כתפיה של העירייה. הוועדה קבעה כי תשלום זה ייגבה על מנת לסייע לעירייה לתחזק את הפארק ולמנוע הזנחתו.

104. עם זאת, ציינה הוועדה במפורש כי אין למנוע כניסה של מי שאינו תושב העיר. וכך נכתב בדו"ח הוועדה:

"המארג החברתי והאורבאני בישראל, צפיפות האוכלוסייה בעיקר באזור המרכז, המלאכותיות לעתים של התווית גבולות השיפוט בין הרשויות המקומיות, אשר במקרים רבים אינה משקפת רציונאל אורבאני או תכנוני כלשהו אלא החלטה היסטורית כזו או אחרת, כמו גם המחסור בשטחים פתוחים, ביניהם פארקים עירוניים וחיוניים של אלה לרווחת החיים בעידן המודרני ועקרונות היסוד של חירות הפרט מצדיקים משטר של פתיחות. במשטר כזה יש לאפשר לכל אדם לעשות שימוש בשטחים ציבוריים פתוחים רחבי ידיים ובהם פארקים עירוניים המצויים בתחומה של כל רשות מקומית, ויש לאסור על רשות מקומית למנוע את כניסתו של מי שאינו תושב המקום לפארק כזה" (ההדגשה הוספה).

הציטוט נכלל בפסק הדין בעניין אדם טבע ודין, בפסקה 28.

105. לאור המלצותיה של הוועדה הבין-משרדית – במסגרתן נקבעו עקרונות מנחים למתן היתר לגביית דמי כניסה לשטחים ציבוריים פתוחים על-ידי רשויות מקומיות, וכן הומלץ להקים צוות מיוחד אשר יאשר את גביית דמי הכניסה על-פי עקרונות אלו – החליט בג"ץ לדחות את העתירה.

106. מכאן שעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שהוצגה בפני בג"ץ, שקיבל את עמדתו, הייתה שלא ניתן למנוע כניסתו של מי שאינו תושב המקום לפארק, אך שמותר בנסיבות מיוחדות לגבות תשלום, ואף תשלום שונה ממי שאינם תושבים, בכפוף לתנאים שקבעה הוועדה הבין-משרדית, ובכפוף לאישור פרטני בכל מקרה ומקרה על ידי צוות מיוחד של משרד הפנים.

107. בג"ץ פסק כי בהתחשב בכך שהפארק אינו שירות חיוני, ומכיוון שהוא רכוש העירייה אשר הוקם ומומן בכספים של תושבי רעננה, לאור קרבתו הגיאוגרפית של הפארק למקומות מגוריהם, ולאור העובדה שיש פארקים אחרים באזור שלא נגבה עבורם תשלום, העירייה הייתה רשאית להבחין, לעניין גביית דמי הכניסה, בין תושבי רעננה לבין תושבים שאינם גרים בתחומה. בד בבד, בג"ץ קבע כי המלצות הוועדה בדבר האיסור להדיר כליל את מי שאינו תושב העיר מהפארקים שבתחומה הן המלצות סבירות וראויות, שמאזנות נכונה בין האינטרס של העירייה לאינטרס הציבורי הרחב.

108. להשלמת התמונה נציין, כי בעקבות פסיקת בית המשפט בפרשת אדם טבע ודין, הוגשה הצעת חוק לתיקון פקודת העירויות שתאסור כליל על גביית תשלום בכניסה לפארקים ציבוריים. ממהלך הדיונים, שערכה ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת בהצעת החוק, עולה בבירור, כי מה שהטריד את חברי הכנסת הייתה האפשרות שגביית תשלום תמנע בפועל מאוכלוסייה מעוטת הכנסה את הנגישות לפארקים העירוניים ותפגע באיכות החיים שלה וברווחתה, וכן, שדרישת התשלום תשמש כחסם

של ערים מבוססות, כדי למנוע או לצמצם הגעת תושבים מערים סמוכות, עניות יותר, או שתושביהם באים מרקע לאומי, תרבותי או דתי אחר, ואינם רצויים בעיני פרנסי העיר.

109. בסופו של דבר נקבע בסעיף 249(8) לפקודת העיריות איסור על גביית תשלום עבור שימוש בפארק ציבורי אלא לפי חריגים שייקבע השר. הממשלה ניסתה בעבר לקבוע חריגים אך הם נדחו על ידי חברי הכנסת, כך שכיום האיסור הוא גורף. התיקון הוחל גם על מועצות מקומיות.

110. מרכז ספורט ציבורי אינו פארק ציבורי פתוח, ולכן ניתן לגבות תשלום עבורו, אך בדיוק כמו פארק ציבורי, **אין להזיר ממנו כליל את מי שאינו תושב הרשות**, ולכל היותר ניתן לגבות מחיר מעט שונה, שיגלם את העובדה שתושב הרשות מסייע בתפעול מרכז הספורט באמצעות תשלום הארנונה, בלי ליצור פער לא מידתי.

111. כפי שציינה הוועדה הבין-משרדית, קיומם או היעדרם של פארקים בערים שונות הוא פעמים רבות עניין של מקריות וגבולות שיפוט היסטוריים. ואכן, יש ערים שמשופעות בפארקים עירוניים ויש כאלו שאין בהן אפילו פארק עירוני ראוי אחד. יש ערים שיש בהן פארקים עירוניים לחופי ים, יש ערים שהתברכו בפארקים עירוניים בעלי משמעות לאומית, היסטורית וכאלו שיש בהן נוף פנורמי ייחודי או מקומות קדושים. כל רשות נושאת בנטל התחזוקה והתפעול של המקומות שבתחומה, אף שנוהרים אליהם אורחים רבים מחוץ לעיר, בעיקר בחופשות, ואלו מעלים את עלויות התפעול ומגבירים את העומס באתר. אם כל רשות תמצא לנכון להגביל את הכניסה למקומות הציבוריים שבה רק לתושבי העיר, ייגבה בשל כך מחיר כבד מהאזרחים. לכן, הוועדה הבין-משרדית, לאחר ששקלה את העניין, הגיעה למסקנה כי יש לאמץ "משטר של פתיחות" ביחס לפארקים ציבוריים.

112. "משטר של פתיחות", כפי שכינתה זאת הוועדה הבין-משרדית נחוץ לא רק לגבי פארקים אלא גם לגבי מרכזי ספורט, תרבות וכדומה. גם כאן, קיומו או היעדרו של מרכז ספורט, ובמיוחד של קאנטרי קלאב, שהחזקתו מורכבת, או קיומם של היכל תרבות עירוני, אולם תיאטרון וכדומה, הם תוצר של החלטות מדיניות, של קביעת גבולות השיפוט, של מדיניות שבה אי שוויון ברור בין ישובים מבחינת רמת שירותים שהרשות יכולה לספק לתושבים, וחלוקת משאבים לא שוויונית על ידי השלטון המרכזי.

113. "משטר של פתיחות" נדרש כדי להגדיל את הרווחה של הכלל. בראש ובראשונה, כדי לצמצם את פערי ההזדמנויות שעומדים בפני תושבי המדינה, ולא לקבע ולהנציח את מצבם על ידי צמצום ההזדמנויות שלהם לאלו שהישוב שבו הם מתגוררים מסוגל להציע. אין ספק, כי **אימוץ "משטר של התבדלות"**, שבו כל רשות סוגרת את שעריה ומתקניה לתושבי העיר בלבד יביא לפגיעה קשה ומתמשכת דווקא באוכלוסייה המוחלשת ויעמיק את הפערים הקיימים בין רשויות ובין תושבים של רשויות שונות.

114. **המקרה שלפנינו הוא ההוכחה לכך.** הישוב טירה והישוב כוכב יאיר הם ישובים צמודים זה לזה. הישוב טירה הוא ישוב שהיה קיים עוד מלפני הקמת המדינה וכשביקשה המדינה להביא אוכלוסייה יהודית לאזור היא עשתה זאת לא באמצעות שילובה בישוב שכבר היה קיים אלא באמצעות הקמת ישוב חדש – כוכב יאיר, שיועד להיות ישוב נפרד ליהודים. ההפרדה המוחלטת בין הישוב היהודי לישוב הערבי הנציחה וקיבעה גם את הפערים ביניהם. כפי שציינו בהמרצת הפתיחה, תושבי טירה עניים יותר באופן משמעותי מתושבי כוכב יאיר, ונהנים מהישגים פחותים במערכת החינוך. השכר הממוצע של שכיר בעיר נמוך משמעותית מהשכר הממוצע במדינה, והוא כ-5,000 ₪. לעומת זאת בכוכב יאיר השכר הממוצע הוא גבוה משמעותית מהממוצע הארצי – מעל 13,000 ₪. לכן גם הרשות המקומית בכוכב יאיר יכולה להרשות לעצמה לסייע ולתפעל קאנטרי מודרני וגדול ממדים, ואילו עיריית טירה אינה מסוגלת לכך, והיא מסוגלת להפעיל בריכת שחיה אחת בחודשי הקיץ בלבד, שבה תנאים גרועים, שד"ר מנסור העיד לגביהם בחקירתו הנגדית.

115. ככל שניתן תוקף משפטי גדול יותר למתן העדפה לתושבי מקום, כך ננציח פערים אלו בין רשויות ונקבע את ההזדמנויות של ילדי המדינה למקום המגורים בו נולדו. אין לקבל מצב בו ילדיו של ד"ר מנסור, בשל היותם תושבי טירה, לא ייהנו מהזדמנות שווה לילד מכוכב יאיר ליהנות ממתקן ספורט.

116. גם לתושבי כוכב יאיר משטר של פתיחות עדיף על היתרונות שהיא מפיקה מסגירת מפעליה הציבוריים לתושבי העיר בלבד. כך, למשל, אם תושב העיר רוצה לשחק עם קבוצת חברי ילדות כדורסל באולם בכפר סבא, הוא בוודאי ייפגע אם עיריית כפר-סבא תודיע שאינה מתירה למי שאינו תושב להשתמש באולם הספורט. בדומה, צעיר תושב הישוב שירצה להשתתף בפעילות ספורטיבית ימית (שיט, גלישה וכו'), יצטרך להתבסס על מועדון ספורט של הרצליה, שיש בה חוף ים, שאין מטבע הדברים בכוכב יאיר. אם עיריית הרצליה תדיר את אותו נער כי הוא לא תושב העיר, כי יש עומס, וכי הם מעדיפים את תושבי עירם, ייפגעו ההזדמנויות שלו. קשה להניח שאותו נער יתנחם ב"פרס הניחומים", בכך שגם הוא לא צריך לחלוק את הבריכה ביישובו עם תושבי ישובים אחרים.

117. מכאן שכאשר בוחן בית המשפט את טענת הרשות המקומית והנהלת הקאנטרי, לפיה בסמכותה להגביל כניסה של תושבים מחוץ לרשות למרחב הציבורי, ובכלל זה למתקנים ציבוריים, עליו לקחת בחשבון את האינטרס הציבורי הרחב, ואת החשיבות המכרעת של קיום משטר של פתיחות, לא רק בפארקים, אלא בכל המתקנים הציבוריים של הרשות המקומית. אין לתת משקל דווקא לאינטרס הצר של תושבים בישוב מבוסס שלא רוצים להתחלק במתקני הישוב עם השכנים מהישובים הסמוכים. המסקנה המתבקשת היא שאין לרשות מקומית ולמי מטעמה סמכות להדיר כליל את מי שאינו תושב הרשות.

פגיעה בזכות לשוויון מטעמי עומס

118. לעמדת המבקשים משהוכח שאין בעיית עומס בפועל וגם אין כל ראייה לעומס פוטנציאלי אין מקום לדון באופן היפותטי בשאלה של התמודדות עם עומס. כידוע, ככלל בית המשפט אינו עוסק בשאלות תיאורטיות (ר', למשל, עע"מ 1789/10 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (מיום 7.11.10)).

119. עמדתנו היא שגם אם יש עומס אין להפלות בין תושב מקום לתושב חוץ באופן גורף. כל מתווה שיאפשר דה פקטו לחסום או להגביל הגבלה של ממש את האפשרות של תושבים מבחוץ להשתמש בקאנטרי, בטענה של מתן עדיפות לתושבי הישוב, ינציח למעשה את המצב הקיים ועלול לשמר את ההפליה בין תושבי טירה הערבים לתושבי כוכב יאיר היהודים. כך גם השימוש בזיקה של לימודים משותפים, שכן מערכת החינוך מבוססת אף היא על הפרדה על בסיס לאום, בשל הזרמים השונים.

120. התחשבות מסוימת במי שיש לו זיקה למקום על פני מי שבא מרחוק אינה בהכרח לא לגיטימית במקרה שאכן קיים עומס ביקושים משמעותי, שכן פעילות ספורטיבית הינה פעילות שנהוג לעשותה בקרבת הבית, אולם במקרה זה הזיקה לא צריכה להיות גבולות הישוב. ייתכן שיש לקבוע את הזיקה במגורים במרחק סביר מהישוב, כך שתיתן עדיפות – למשל על ידי מכירה מוקדמת – לתושבי האזור על פני מי שבא מרחוק, אך לא רק לתושבי הישוב עצמו. לא גבול השיפוט הוא החשוב.

121. לאור הפגיעה בשוויון, הפליה בין תושבי ישוב לתושבי חוץ צריכה להיות האמצעי האחרון, גם אם יש עומס, לאחר שמוצו כל האמצעים המידתיים יותר. כך, למשל, כל עוד מחולקות כרטיסיות בחינם, אין מקום להגביל מכירת מנויים לתושבי חוץ; ניתן גם באמצעים טכנולוגיים לנסות ולווסת עומס, למשל על ידי מערכת המתריעה כאשר התפוסה קרבה למקסימום, כדי שמנויים לא יגיעו בשעות עמוסות במיוחד, כשמספר המנויים ברגע נתון מתקרב למגבלה של מספר המשתמשים; ניתן להציע מנויים מוזלים יותר ובכך לתמרץ את המנויים להשתמש במנוי רק בשעות פחות עמוסות.

122. כאמור – עמדתנו היא שאין סיבה לבחון הנושא כעת משאין בדל ראייה לעומס קיים או עומס פוטנציאלי, וכל הטענה לעומס היא תיאורטית וספקולטיבית (להשוואה ר' בג"ץ 7574/06 הסוללים קבוצת מכבי צעיר להתיישבות חקלאית נ' מינהל מקרקעי ישראל (פס"ד מיום 22.1.07) שם סירב בג"ץ לדון בטענות הקיבוץ כי התעלמות מתנאי השירות הצבאי בעת בחינת התאמתם של זוג ערבים למגורים תביא לפגיעה באופי הישוב, ובג"ץ פסק כי "ה"סכנות" עליהן מצביעים העותרים הינן תיאורטיות וספקולטיביות. ככאלה, ברי שהן אינן יכולות לבסס הבחנה בין פרטים המתבססת על לאום). ברור כי אם בעתיד באמת ייווצר עומס, והקאנטרי יבחר להתייחס לכך במדיניות המנויים שלו, אז ניתן יהיה להתייחס באופן פרטני למדיניות שתקבע.

מדיניות מכירת המנויים – פסולה גם מכוח חוק איסור הפליה

123. גם אם יטען הטוען, כי אין להחיל את המשפט הציבורי על החלטות הנהלת הקאנטרי, הרי שמדיניות המנויים של הקאנטרי בלתי חוקית גם משום שהיא סותרת את איסור ההפליה הקבוע בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן – **חוק איסור הפליה**).

124. חוק זה חל גם על רשויות וגם על גופים פרטיים שעיסוקם במכירת מוצר או מתן שירות לציבור הרחב (סעיפים 3 ו-11 לחוק). החוק כולל איסור הפליה מחמת אחת העילות המפורטות בו: גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי או הורות.

125. כאמור, חוק איסור הפליה אוסר על הפליה בכניסה למקומות ציבוריים. קאנטרי מוגדר בחוק כמקום ציבורי (בין שהבעלות היא פרטית או ציבורית).

126. הטענה המרכזית של המשיבות בעניין זה היא שההפליה היא לא אסורה, שכן היא מתבססת על מקום מגורים, וכי הפליה מחמת מקום מגורים לא נקבעה בחוק כאסורה באופן מפורש. יש לדחות טענה זו כיוון שמחומר הראיות עולה בצורה ברורה כי מדיניות מכירת המנויים מפלה ערבים, כאשר מקום המגורים מהווה דרך מכובסת לאפשר הפליה זו. ההחלטות למנוע מכירת מנויים לתושבי חוץ, ולאחר מכן לאפשר מכירת מנויים לתושבי צור יצחק וצופים, אך לא לתושבי טירה, התקבלו כאשר עניין הלאום נוכח באופן משמעותי בדיון. ההסבר שניתן היה שהמוטיבציה להחלטות אלו הוא עומס ולא הפליה, אך הטענה לא הוכחה במבחן הראיות, ואף הוכח כי היא אינה נכונה.

127. הנטל שמטיל חוק איסור הפליה על התובע אינו כבד. החוק קובע מספר חזקות משפטיות להפיכת הנטל, שאמורות להקל על התובע, וזאת מתוך הבנה של המחוקק כי ההפליה היא לרוב סמויה וקשה לאיתור (סעיף 6 לחוק איסור הפליה). אם הוכיח התובע את התקיימותה של אחת החזקות, חלה חזקה שהנתבע הפלה כל עוד הוא לא הוכיח אחרת.

128. כך, למשל, אם הנתבע סירב לספק מוצר או שירות ציבורי, מנע כניסה למקום ציבורי או סירב לתת שירות במקום ציבורי לנמנים עם קבוצה המאופיינת לפי עילה מעילות ההפליה המנויות בסעיף 3, ולא סירב כאמור, באותן נסיבות, למי שאינם נמנים עם אותה קבוצה. בענייננו הקאנטרי סירב למכור מנויים לתושבי טירה והסכים למכור מנויים לתושבי צור יצחק, צופים, סלעית, שער אפריים, אבני חפץ וקיבוץ אייל.

129. כמו כן נקבעה חזקה לפיה הנטל יעבור אם הנתבע התנה הספקת מוצר או שירות ציבורי, כניסה למקום ציבורי או מתן שירות במקום ציבורי לנמנים עם קבוצה המאופיינת לפי עילה מעילות ההפליה המנויות בסעיף 3, בקיום תנאי אשר לא נדרש ממי שאינם נמנים עם אותה קבוצה; בענייננו דרש הקאנטרי מגורים בכוכב יאיר, תנאי שברור היה לו שערבים, המבקשים לגור בסביבה לא יעמדו בו (למעט מקרים

חריגים ביותר), וכן מגורים מחוץ לכוכב יאיר בתנאי שאחד הילדים לומד במוסדות החינוך בישוב – תנאי שגם לגביו ברור לחלוטין כי אף ערבי לא יעמוד בו, כי אין מוסדות חינוך בזרם הממלכתי ערבי בכוכב יאיר.

130. זאת ועוד, גם לולא היו נחשפות הראיות המצביעות על הפליה מחמת לאום, די באפקט המפלה של המדיניות כדי לקבוע כי ד"ר מנסור הופלה מחמת לאום, גם אם אין הצהרה גלויה על כוונה להפלות על בסיס לאום.

131. כך, לדוגמא, בית המשפט המחוזי בנצרת חייב לפצות ארבעה צעירים, שלא הוכנסו למועדון לילה בקיבוץ רמת דוד לפי חוק איסור הפליה. הצעירים הגיעו עם עוד 11 חברים, כולם קיבוצניקים מהאזור, והם היו היחידים שהתגוררו בעיירה קצרין. לאחר שהסלקטור בירר את מקום מגוריהם (בהתאם לדרישת הצגת תעודת זהות) נמנעה מהם הכניסה למועדון בעוד כל חבריהם תושבי קיבוצי האזור הורשו להיכנס ללא קושי. לפי הטענה, הדימוי של קצרין כעיירה שבה ריכוז גבוה של אוכלוסייה ממוצא מזרחי ומעמד סוציו אקונומי נמוך "סימנה" אותם כ"לא רצויים" (ע"א (נצ') 198/09 סרור נ' רזידנט מיוזיק (מיום 5.11.09)).

132. בעניין סרור פסק בית המשפט, כי רשימת העילות האסורות כבסיס להפליה בחוק איסור הפליה, שלא כללה התייחסות ל"מקום מגורים", אינה רשימה סגורה וכי ניתן להתייחס גם למקום מגורים כטעם פסול להבחנה, שמוגן בחוק. בתי המשפט נחלקו בשאלה זו של הרחבת העילות מכוח הפסיקה, ואין תשובה חד משמעית בפסיקה לשאלה האם רשימת העילות בחוק היא סגורה או גמישה (רי' למשל, ע"א (ת"א) 41592-04-12 שוורץ נ' גלינה בר (מיום 16.10.13)). אולם, מה שרלוונטי הוא שבית המשפט בעניין סרור הבין כי בפועל בחינת מקום המגורים שימשה להפליה עדתית/גזענית פסולה. כלומר – שהסטיגמה שדבקה בעיירה קצרין כעיר של אוכלוסייה מזרחית מעוטת אמצעים, דבקה אוטומטית גם באותם צעירים והיותה הבסיס להדרתם.

133. כך גם בעניין הדוריס בר מצא בית המשפט השלום כי כניסתו למועדון בקיבוץ אפיקים של התובע, שוטר במקצועו, סורבה מספר פעמים על רקע חזותו המזרחית ומקום מגוריו, לאחר שהסלקטור דרש תעודה מזהה עם כתובת מקום מגורים והבין כי הוא אינו בן קיבוצי הסביבה אלא תושב טבריה. בית המשפט קבע כי הפליה מחמת צבע העור ומקום המגורים כמוה כהפליה מחמת גזע וציין: "יש להביא בחשבון כי ישנם מקרים בהם ההפליה על פי מקום מגורים שורשה בהפליה על רקע גזעני שכן לא אחת אנו מוצאים ישובים בהם מקובצים אנשים ממוצא מסוים או ישובים שרק אנשים דתיים מתגוררים בהם. לכן באותם מקרים יש לקרוא לילד בשמו ולהתייחס אל אפליה על פי מקום מגורים כהפליה גזענית לכל דבר ועניין" (ת"א (שלום נצ') 21489-01-10 כהן נ' מועדון ה"דוריס בר" (מיום 13.1.13)).

134. ואכן, גם אם העילות האסורות להפליה הן בגדר רשימה סגורה – דבר שיש עליו מחלוקת – הפרשנות שיש לתת לעילות ההפליה הקיימות בו, ובחוקי איסור הפליה

דומים בעבודה, במערכת החינוך וכדומה, צריכה להגשים את תכלית ההגנה על השוויון בספירה הציבורית. לצורך כך בתי המשפט צריכים לתת לחוק פרשנות שאינה דוקנית ומצומצמת אלא כזו המתחשבת במציאות החברתית. לדוגמה, לאחרונה דן בית הדין לעבודה בהפליה של עובדת טרנסגינדרית במקום עבודה, חונכת למתמטיקה באמצעות האינטרנט, שפוטרה לאחר ששוחחה עם תלמידות על היותה טרנסגינדרית ולסבית. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1998 כמו חוק איסור הפליה, אינו כולל איסור מפורש על הפליה מחמת זהות מגדר. אף שבמקרה זה התביעה נדחתה לגופה כי לעמדת הרוב לא הוכחה ההפליה, נפסק כי יש לפרש את איסור ההפליה מחמת מין ככולל גם איסור על הפליה מחמת זהות מגדר / הפליה נגד טרנסגינדרים (סעי' (ת"א) 791-06-13 **משל נ' המרכז לטכנולוגיה חינוכית** (מיום 13.5.14)). על החלטה זו הוגש ערעור וביום 2.6.15 פסק ביה"ד הארצי לעבודה באופן תקדימי, כי "אפליה מחמת מין ונטייה מינית על פי סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה כוללת בחובה גם הפליה מחמת זהות מגדרית". הקביעה ניתנה במסגרת פס"ד, שאישר פשרה, לפיה המרכז לטכנולוגיה חינוכית ישלם פיצויים לתובעת (ע"ע 23372-06-14 **המרכז לטכנולוגיה חינוכית נ' משל** (פס"ד מיום 2.6.15)).

135. השימוש במקום המגורים כתירוץ להפליה סמויה מחמת לאום, ארץ מוצא, עדה וכדומה הפך להיות כה נפוץ שגם המחוקק נדרש לו. בתחום העבודה תוקן לאחרונה חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, ונקבע כי לא יפלה מעסיק בין עובדיו או בין דורשי עבודה גם מחמת מקום מגוריהם (חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 22), התשע"ה-2014, ס"ח 2479 מיום 4.12.14). גם בתחום איסור ההפליה במוצרים ושירותים ובכניסה למקומות ציבוריים החליטה ועדת השרים לחקיקה לתמוך בהצעת חוק פרטית של ח"כ ינון מגל בנושא, לפיה תתווסף לחוק העילה של מקום המגורים, והצעת החוק זכתה לרוב בקריאה טרומית שנערכה ביום 1.7.15, וכן אושרה ביום 23.11.15 בוועדת הכלכלה לקריאה ראשונה, אך הליכי החקיקה טרם הסתיימו. על פי הנוסח שגובש עם משרד המשפטים יתווסף לחוק סעיף לפיו "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי במקום העסק או במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת מקום מגורים".

136. כך או כך, מוקד הדיון לא צריך להיות בשאלה האם רשימת העילות סגורה או פתוחה, והרי גם אם בזמן הקרוב יסתיימו הליכי החקיקה וחוק איסור הפליה יכלול איסור מפורש על הפליה מחמת מקום מגורים, בוודאי יטען הקאנטרי כי הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, ויחזור על סוגיית העומס. בסופו של דבר תכלית החוק היא לאסור על הפליה בבתי עסק ובמקומות המשרתים את הציבור, השימוש במקום המגורים הוא במפורש או במשתמע הפליה כלפי ערבים תושבי טירה, ההגנה לכך הייתה הטענה כי קיים עומס. לאחר שהטענה הופרכה יש לקבוע שהמדיניות סותרת את הוראות חוק איסור הפליה.

מדיניות המנויים של הקאנטרי גם סותרת את דיני החוזים

137. בדיון נוסף **רקנט** עלתה השאלה האם הסכם המחייב דיילים באל-על לפרוש בגיל 60 הוא מפלה ונקבע כי ההסדר סותר את חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. אולם עלתה שאלה מה דינם של דיילי האוויר אשר פרשו פרישת חובה בגיל 60 בטרם תוקן חוק שוויון ההזדמנויות בשנת 1995, אז הוסף לחוק איסור ההפליה מחמת גיל.

138. נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק, פסק כי אחד מ"מונחי השסתום" שדרכו מוזרמים ערכי היסוד של השיטה אל המשפט הפרטי הוא זה של "תקנת הציבור", הקבוע בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. לעמדתו, "תקנת הציבור" משקפת תפיסות יסוד חברתיות, ואחד הערכים החשובים המוזרם אל המשפט הפרטי באמצעות תקנת הציבור הוא עקרון השוויון. הנשיא ברק פסק כי "אין להירתע מהקביעה כי חוזה הפוגע בערכים חברתיים חשובים, כמו שוויון מחמת גיל, עלול בנסיבות מתאימות - כגון הפליה כלפי העובד המבוגר - לסתור את תקנת הציבור". עמדתו של הנשיא התקבלה על דעת רוב השופטים (דנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330, 369 (2000)).

139. בענין **רקנט** נאמר עוד כי בחוזה קיבוצי נחלשת ההצדקה לתת משקל רב לחופש החוזים. גם בענייננו אין מדובר בחוזה רגיל אלא בתנאי שנקבע באופן חד צדדי על ידי הקאנטרי בהתקשרות החוזית שלו עם לקוחות פוטנציאלים, והוא דומה יותר לתנאי בחוזה אחיד. לכן תנאי כזה הפוגע בשוויון, אשר נקבע במטרה להדיר ערבים, ואשר פוגע בשוויון ההזדמנויות תוך התבססות על הפרדה במגורים ובמערכת החינוך – הינו תנאי הנוגד את תקנת הציבור.

140. לבסוף, התנהלות הקאנטרי מול ד"ר מנסור לוקה בחוסר תום לב בניגוד לחובת תום הלב במשא ומתן לכריתת חוזה (סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973). חוסר תום הלב מתבטא בכך שנמסר לד"ר מנסור שלא מוכרים לו מנוי בשל עומס, כאשר זמן קצר קודם לכן הוחלט על הרחבת מכירת המנויים לתושבי צור יצחק וצופים, לאחר שהתברר שיש גירעון חריף וצורך להרחיב את מספר המנויים. חוסר תום הלב מתבטא גם בכך שהקאנטרי פתח הרשמה וירטואלית שד"ר מנסור השתתף בה, כאשר נאמר לו כי בהתאם לביקושים יוחלט על מכירת המנויים, ולאחר מכן, ולמרות הביקושים הנמוכים, המשיך הקאנטרי להתנגד למכור לו מנוי.

141. הנה כי כן, גם אם ייקבע כי ההחלטה על מדיניות המנויים כפופה אך לדין האזרחי החל על גופים פרטיים ולא לדין הציבורי, אין בה כדי לשנות. מדיניות המנויים הינה בלתי חוקית ודינה בטלות.

לאור כל האמור מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הבקשה לסעד הצהרתי ולחייב
המשיבות בהוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד.

31 בדצמבר 2015

גל גן-מור

גיל גן-מור, עו"ד
ב"כ המבקשים