

המערערים:

1. ד"ר אחמד מנסור
2. אומימה מנסור-מוראד
3. עזמי מנסור
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. המועצה המקומית כוכב יאיר-צור יגאל
2. העמותה לפעילות קהילתית כוכב יאיר

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

הודעת ערעור

מוגש בזאת ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז לוד (השופט עופר גרוסקופף) מיום 19.9.2017 (אשר הומצא למערערים ביום 15.10.17) בה"פ (מרכז) 14-08-18716.

בהמרת הפתיחה התבקש בית המשפט קמא להורות כי מדיניות הכניסה למרכז הספורט "לב המקום" ב"שוב כוכב יאיר-צור יגאל - לפיה הכניסה מותרת אך ורק לתושבי הישוב - בטלה, וכי על המשיבות לאפשר למערערים 1-3 לרכוש מנוי למרכז הספורט.

בית המשפט אמנם הורה למכור למערערים 1-3 מנוי אך אישר את מדיניות מרכז הספורט (להלן – הקאנטרי) למכור מנויים רק לתושבי הישוב, תוך שהוא קובע כי אין בכך הפליה מחמת לאום או הפליה מחמת מקום מגורים. בית המשפט התערב בהחלטה רק באופן חלקי כאשר פסק כי 10% ממספר המנויים בשנת הפעילות הקודמת יימכרו לתושבי חוץ במסלול רישום נפרד.

הערעור דן בפרשנות הראויה לחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן – חוק איסור הפליה) ביחס להחלטה להדיר ממקום ציבורי את מי שאינו תושב הישוב בו הוא מצוי. זאת, כאשר הדרה זו מהווה מסווה להפליה מטעמי לאום; כאשר היא יוצרת תוצאה מפלה על בסיס לאום; אך גם לגבי מידת הלגיטימיות שלה בהקשרים אחרים לאור תיקון מספר 4 לחוק איסור הפליה (להלן – התיקון), שהוסיף איסור מפורש על הפליה מחמת מקום מגורים. הערעור יעסוק בפרשנות הראויה של התיקון, ושל נטל ההוכחה

שהוא מטיל, וכן של הסיפא שלו שמתייחסת ליחס בין איסור ההפליה מחמת מקום מגורים לבין פעולה שמבצעת רשות מקומית לטובת תושביה בלבד.

מעבר לפרשנות חוק איסור הפליה, הערעור יעורר סוגיות עקרוניות בעניין מידת יכולתן של רשויות מקומיות להתבדל ולמנוע שימוש במתקנים המצויים בשטח הישוב ממי שגר בישוב שכן, שאין בו את אותם המתקנים, וזאת לאור התיקון, לאור דיני השלטון המקומי ולאור המשפט החוקתי והמינהלי. לשאלה זו השלכה חברתית רחבה, החורגת מהמקרה הנקודתי, שכן בישראל תחומי השיפוט של הרשויות המקומיות מהווים לא פעם קווי הפרדה בין אוכלוסייה מבוססת לאוכלוסייה מעוטת אמצעים, ובין אוכלוסיות מקרב הרוב לאוכלוסיות מיעוט, ובין קבוצות שקיימת ביניהן עוינות. הערעור דן באיזון בין החובה להבטיח שוויון הזדמנויות למי שגדל בישוב "חלש" מבחינה כלכלית או פוליטית לבין הרצון של תושבי רשויות "חזקות" להתבדל ולהדיר תושבי חוץ.

אלו הטענות העיקריות בערעור:

- א. בית המשפט שגה כאשר פסק כי לא הוכח שמדיניות הקאנטרי מהווה הפליה מחמת לאום ובכך שסירב להעביר את נטל ההוכחה לכתפי המשיבות. יצוין כי בתיק זה, שהחל בטענה של הפליה תוצאתית בעיקר, הצטברו ראיות רבות להפליה מכוונת מחמת לאום. העברת הנטל הייתה מובילה למסקנה הפוכה מזו שקבע בית המשפט קמא. זאת מכיוון שטענת ההגנה המרכזית של הקאנטרי – שהסיבה להדרת המערערים היא עומס שנוצר בקאנטרי - התבררה כשקרית, הקאנטרי דווקא חיפש כיצד להגדיל את מספר המנויים, מכר מנויים רבים לתושבי חוץ מיישובים יהודיים שכנים, והמניעים האמיתיים והפסולים נחשפו בפרוטוקולים, שהמשיבות לא חשפו מיוזמתן.
- ב. בית המשפט קמא שגה בפרשנות תיקון 4 לחוק איסור הפליה שנועד למנוע שימוש במקום המגורים כדי להדיר אנשים ממקומות ציבוריים דוגמת הקאנטרי. המחוקק הבהיר בסיפא לסעיף כי רשות מקומית רשאית לפעול לטובת תושביה במידה הנדרשת לביצוע תפקידיה בלי שהדבר ייחשב להפליה. בית המשפט העניק להבהרה זו נפח רב, שמרוקן מתוכן את החלק המהותי והמרכזי בתיקון – הרצון למנוע הפליה מחמת מקום מגורים.
- ג. בית המשפט קמא הרחיב שלא כדין את השיקולים שמותר לרשות המקומית לשקול בהחלטה להדיר תושבי חוץ מהקאנטרי, אף במצב בו הדרת תושבי החוץ אינה נחוצה, ובכלל זה: היכולת לאכוף כללי התנהגות, שלפי בית המשפט קמא קשה יותר כאשר מדובר בתושבי חוץ, חווית המנויים, תחושת הקהילתיות בהיותו של הישוב ישוב "קהילתי" והרצון למנוע נטישת מנויים בשל המכירה לתושבי חוץ. שיקולים אלו אינם שיקולים לגיטימיים להדרת תושבי חוץ ומעניקים לרשות מקומית סמכות להדיר תושבי חוץ ללא כל מגבלה.
- ד. בית המשפט קמא שגה כאשר קבע כי יש קשר רציונאלי בין מדיניות הקאנטרי לבין המטרות שייחס לה, שעה שבמשך שנים הסכימו המשיבות למכור מאות מנויים לתושבי חוץ מצור יצחק, בלי שהמשיבות העלו טענות כי הדבר יוצר עומס, פוגע ביכולתן לאכוף כללי התנהגות, בתחושת הקהילתיות, בחוויית המנויים או במוטיבציה להירשם לקאנטרי. תחושות אלו עלו בחדרי חדרים בפרוטוקולים שנחשפו רק לגבי האפשרות שערבים ירכשו מנוי, אך לא הוצגו בפני בית המשפט, ולא הובאו להן תימוכין כלשהן או ראיות. בית המשפט קמא שגה כאשר נתן להן לגיטימציה, וכאשר הצדיק החלטתו בטעמים שלא הובאה להן כל ראייה, כאילו היו בגדר "ידיעה שיפוטית".

- ה. בית המשפט קמא שגה כאשר קבע כי במבחן המידתיות השלישי התועלת למשיבות עולה על הנזק. בין היתר נטען כי לתושבי חוץ אפשרות ללכת לבריכות אחרות, ואולם גם יתר הבריכות יוכלו לסגור את שעריהן בהתבסס על פסק הדין. בית המשפט קמא לא נתן משקל נכון לפגיעה בצדק החלוקתי ולשוויון ההזדמנויות בחברה של מי שמתגורר ב"חלש" מבחינה כלכלית ונסמך על ישובים אחרים.
- ו. בית המשפט קמא קבע כי מדיניות הקאנטרי לא מידתית לפי מבחן המידתיות השני, כלומר – שיש אמצעים מידתיים יותר להשיג את התכליות הלוקאליות של הרשות. לעניין העומס, למשל, הציעו המערערים שורה של דרכים לווסת העומס בלי לפגוע באפשרות של תושבי חוץ לרכוש מנוי. בית המשפט קמא שגה כאשר לא הסתפק בקביעה כי המדיניות לא מידתית אלא גיבש את המדיניות החלופית בעצמו, ונכנס לנעליה של הרשות.
- ז. בית המשפט קמא שגה כאשר קבע מספר זעום של 10% מהמנויים כמספר המנויים שיש למכור לתושבי חוץ, מספר שנקבע ללא מצע עובדתי כלשהו ומבלי שניתן לצדדים לטעון לגביו. בית המשפט אף שגה כאשר קבע כי במכירה לתושבי החוץ תינתן קדימות למי שהיה מנוי בשנת הפעילות הקודמת, כאשר ידוע כי בשנה הפעילות הנוכחית 20% מהמנויים הם תושבי צור יצחק. קביעה זו, אם לא תבוטל או תפורש כחלה רק במכירה משנה הבאה ואילך, תוביל בפועל לכך שבמסלול תושבי החוץ לא ייוותרו מנויים לתושבי טירה.
- ח. בית המשפט קמא טעה בכך שלא פסק הוצאות למערערים, שכן התביעה הובילה לקבלת הסעד הפרטני וגם הסעד העקרוני ניתן באופן חלקי.

הרקע למתן פסק הדין

1. המערער 1 הוא רופא עיניים תושב טירה (להלן – **ד"ר מנסור**). המערערת 2 היא פיזיותרפיסטית שעובדת בבית החולים איכילוב. המערער 3 הוא בנם. בעבר התגוררו בעיר אשקלון והיו מנויים בקאנטרי העירוני באשקלון עד שעברו לטירה. כיום מונה המשפחה חמש נפשות. המערערת 4, האגודה לזכויות האזרח בישראל, הינה עמותה הפועלת להגנה על זכויות האדם.
2. כיוון שבטירה אין קאנטרי קלאב פנה ד"ר מנסור לרכוש מנוי למשפחתו בקאנטרי בכוכב יאיר, מרחק של פחות מעשר דקות נסיעה מטירה. בקאנטרי בריכת גלים, בריכה מקורה חצי אולימפית המחוממת בחורף ופתוחה בקיץ, בריכת פעוטות, סאונות, ג'קוזי, חדר כושר, חדר ספינינג, חדר טיפולים ואולם התעמלות לחוגים.
3. הקאנטרי הוא חלק ממתנ"ס, שבבעלות המועצה המקומית ובעבר אף בשיתוף החברה למתנ"סים. המתנ"ס מנוהל על ידי המשיבה 2 שהיא עמותה. המועצה המקומית העמידה את השטח והמתקנים לעמותה ללא תמורה וללא חוזה. המועצה לא דורשת מהעמותה שכירות או ארנונה בגין השימוש בנכסים ואף תומכת כספית בקאנטרי אף כי חלק הארי של התקציב הוא מדמי המנוי. בראש העמותה הנהלה, שבה חברים נציגים של המועצה המקומית ונציגי ציבור, ובעבר היו בה גם נציגים של החברה למתנ"סים.
4. מעמדו של הקאנטרי כגוף פרטי או ציבורי היה מושא למחלוקת. סיווגו רלוונטי לדין החל על פעילותו. ככל שהוא פרטי – חל עליו חוק איסור הפליה אך לא חובת השוויון הרחבה החלה על

הרשות המקומית. אם הוא ציבורי חלה עליו חובת שוויון רחבה. המשיבות טענו בתוקף כי הקאנטרי הוא גוף פרטי, וכי למועצה המקומית אין כל סמכות לקבל החלטות בעניין מדיניות המנויים של הקאנטרי. מסיבה זו הן אף טענו שאין סמכות לבית המשפט לעניינים מינהליים לדון בעתירה המינהלית ובהמלצת בית המשפט הועבר התיק לפסים אזרחיים של המרצת פתיחה. בטרם תיקון 4 לחוק המשיבות טענו כי הפליה מחמת מקום מגורים אינה אסורה בחוק ולכן יש לדחות התביעה. אולם ברגע שהתקבל תיקון 4 ביצעו המשיבות פניית פרסה. מדוע? כי תיקון 4 אוסר על הפליה מחמת מקום מגורים, אולם כולל חריג לגבי רשויות מקומיות. כדי להציל את מדיניות מכירת המנויים הודיעה המועצה כי בהתאם לתיקון היא מצהירה כי הקאנטרי ימכור מנויים רק לתושבי הישוב, באופן שלדעתה עולה בקנה אחד עם התיקון לחוק.

5. על אף שהמשיבות חזרו וטענו פעם אחר פעם כי למועצה אין כל סמכות להתערב בהחלטות הקאנטרי, וכי מדובר בגוף עצמאי, בית המשפט פסק כי העמותה נשלטת על יד המועצה המקומית, לכן מדובר בקאנטרי עירוני, כי החלטה על מדיניות מכירת המנויים היא החלטה של הרשות המקומית, והמשיבה 2 היא רק גורם ביצוע שמוציא לפועל החלטה זו (פיסקה 31 לפסק הדין).

מדיניות מכירת המנויים לקאנטרי והשינויים בה

6. לפני שנת 2010 היה הקאנטרי פתוח לכל המעוניין ובין המנויים היו גם ערבים מטירה ותושבים מיישובים יהודיים סמוכים. בדיון במועצה המקומית שנערך ביום 4.1.10 עלתה סוגיית המנויים לדיון. בדיון הושמעו אמירות מצד חברי מועצה אודות כך שהמנויים הערבים מברחים את התושבים. בדיון שנערך בהנהלת המתנ"ס ביום 25.2.10 התקבלה החלטה להפסיק מכירת המנויים לתושבי חוץ. בישיבה עלה בבירור על ידי המשתתפים עניין המנויים הערבים. ההחלטה שהתקבלה ביום 25.2.10 הייתה לסגור הקאנטרי למנויים מבחוץ לתקופת ניסיון של חצי שנה, להזיל את עלות המנוי, לפתוח מנוי קיץ לבריכת השחייה בלבד ולמכור כרטיסי כניסה חד פעמיים רק באמצע השבוע ולא בשבתות.

7. ביום 12.1.14 דנה הנהלת הקאנטרי באפשרות לפתוח את המנויים לתושבי חוץ וזאת בעקבות מחסור במנויים וגירעון כספי קשה. חבר ההנהלה, מר דויד ויסוקר, העלה לדיון אפשרות לפתוח הרישום לתושבי חוץ 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 חוץ שילדיהם לומדים בבתי הספר ביישוב (פרוטוקול הדיון מיום 12.1.14). הנושא אף נדון כמה שבועות לאחר מכן במועצה המקומית. בדיעבד התברר כי בפועל נמכרו מנויים לתושבי צור יצחק וצופים ללא הגבלה.

8. מספר שבועות בלבד 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. 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".

9. בעקבות זאת פנה המבקש לאגודה לזכויות האזרח. ביום 24.4.14, בתגובה לפניית האגודה, טען הקאנטרי כי המנויים נמכרים לתושבי כוכב יאיר בלבד. נטען שבעקבות פניה של ועד תושבי צור יצחק ולאור העובדה שילדיהם חלק בלתי נפרד מילדי כוכב יאיר, הוחלט לאפשר לעד 150 מתושבי המקום לרכוש מנוי לקאנטרי. עוד נטען כי בעבר היה הקאנטרי פתוח לכל, וכתוצאה מכך נוצר עומס שגרם להדרת רגליהם של תושבי כוכב יאיר מהקאנטרי. טענות אלו סותרות בבירור את העולה מהפרוטוקולים. לא היה בקאנטרי עומס כלשהו וההחלטה על הגדלת המנויים לתושבי צור יצחק נבעה מרצון להגדיל המנויים ולא מפנייה של ועד צור יצחק.

10. ביום 13.8.14 הוגשה על ידי המערערים עתירה מינהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים במחוז מרכז בדרישה לבטל את מדיניות מכירת המנויים ולמכור מנוי למערערים. בתגובה המקדמית של המשיבות מיום 30.10.14 נטען כי המדיניות נקבעה על ידי העמותה ולא על ידי המועצה המקומית.

11. ביום 10.11.14 נערך דיון ראשון בעתירה. בית המשפט המליץ להעבירה לפסים אזרחיים בשל הטענה כי מי שקיבלה את ההחלטה היא העמותה ולא הרשות המקומית, ובהסכמת הצדדים כך נעשה. בית המשפט איפשר להגיש המרצת פתיחה מתוקנת.

12. ביום 1.12.14 הוגשה המרצת הפתיחה המתוקנת. ביום 28.1.15 נערך דיון בתביעה ובית המשפט הציע מתווה פשרה לפיו הקאנטרי ייקבע את מכסת המנויים ויערוך מכירה מוקדמת לתושבי הישוב ולאחר מכן ימכור את המנויים שנותרו לתושבי חוץ. המשיבות דחו את המתווה והן מסרבות לנקוט במספר המנויים המירבי שהן מוכנות למכור.

13. ביום 8.11.15 התקיים דיון בתיק. ב"כ המשיבות חקר את ד"ר מנסור וב"כ המערערים חקר את מנהל הקאנטרי. ביום 13.3.16 הסתיים הדיון בתיק לאחר שהוגשו כל הסיכומים.

14. בעוד התיק ממתין זמן ממושך למתן פסק דין התקבל בכנסת תיקון 4 לחוק איסור הפליה. לחוק נוסף סעיף 3(א1) כדלקמן:

"מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי במקום העסק, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת מקום מגורים; ואולם לא יראו הפליה לפי סעיף קטן זה הבחנה שנעשית על ידי רשות מקומית בין תושביה ובין מי שאינם תושביה, במידה הנדרשת לביצוע תפקידיה או להפעלת סמכויותיה לטובת תושביה, והכול בכפוף להוראות כל דין".

15. הסיבה שאיסור ההפליה מחמת מקום מגורים הוסף בסעיף נפרד ולא ברשימה שמנויה בסעיף 3א לחוק היא שהכנסת ביקשה להוסיף עילה זו רק לגבי כניסה למקומות ציבוריים או לגבי מכירת מוצר או מתן שירות במקום העסק ולא על מכירת מוצר או מתן שירות מחוץ לבית העסק. כלומר – שמי שמפעיל מקום ציבורי או מוכר מוצר או מעניק שירות בבית עסק לא יוכל

להפלות לקוח המגיע אליו רק בשל מקום מגוריו. לעומת זאת סעיף 3א חל גם על מתן שירות מחוץ לבית העסק – דבר שעורר דילמות לא פשוטות, שכן קיים קושי בהטלת חובה על עסק לספק מוצר או שירות בכל מקום.

16. לעניין מתן שירות מחוץ לבית העסק קבעה הכנסת הסדר אחר באמצעות תיקון עקיף לחוק הגנת הצרכן. נקבע שכדי להגן על צרכנים שבית עסק מסרב לתת שירות בישוב שלהם, יחויבו בתי עסק להודיע מראש באלו ישובים הם אינם מעוניינים או מסוגלים לתת שירות, ואם לא פרסמו זאת מראש, הרי שאי מתן השירות יהווה עוולה צרכנית.

17. ביום 19.3.17 ביקש בית המשפט מהצדדים להתייחס למשמעות התיקון על התיק וכמו כן איפשר למשיבות לבחון מחדש את מדיניות המנויים לקאנטרי.

18. ביום 15.6.17 הודיע ב"כ המשיבות כי המועצה המקומית החליטה בעקבות התיקון לשנות את מדיניות המנויים ולמכור מנויים רק לתושבי המועצה. להודעה צורך מאוחר יותר פרוטוקול של ישיבת המועצה המקומית מיום 8.6.17 והחלטה שהתקבלה בו: **"המועצה מחליטה, בהתאם לסמכותה לפי סעיף 3(א) לחוק איסור הפלייה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, כי מדיניות הכניסה לקאנטרי קלאב הינה שלא תתאפשר הרשמה כמנויים אלא לתושבי כוכב יאיר- צור יגאל בלבד"**. מנהל הקאנטרי מסר תצהיר לפיו החלטת המועצה נמסרה להנהלת הקאנטרי והוא פועל על פיה, אך לא צורפה החלטה של הנהלת הקאנטרי המשנה את המדיניות.

19. המשיבות החליטו להפסיק למכור מנויים וכרטיסיות לתושבי חוץ בהתאם ליעוץ המשפטי שקיבלו, לפיו לא ניתן יהיה להגן על מכירת מנויים רק לתושבי צור יצחק. בפרוטוקול צוין כי באותה עת היו כ-200 מנויים מצור יצחק שהיוו כ-20% מסך המנויים.

20. המערערים הודיעו לבית המשפט קמא כי הם עומדים על התביעה חרף שינוי המדיניות, וכי התיקון רק מחזק את טענותיהם. המשיבות מצדן טענו כי הסיפא לתיקון מתירה לרשות המקומית להפלות את מי שאינם תושביה, וכי לאור שינוי המדיניות יש לדחות התביעה.

21. ביום 19.9.17 נחתם פסק הדין והוא הומצא למשרדו של ב"כ המערערים ביום 15.10.17.

פסק הדין

22. נתחיל ונאמר כי בניגוד לעמדת הרשות המקומית עצמה, בית המשפט קמא פסק כי החלטות בעניין מכירת המנויים הן החלטות המועצה המקומית, שכן היא הבעלים של הקאנטרי, והעמותה, שנמצאת בשליטתה לפי קביעת בית המשפט, הינה רק מבצעת את מדיניותה. למרות זאת בחן בית המשפט את החלטות המועצה רק במשקפיים של חוק איסור הפליה ולא במשקפיים של המשפט המינהלי. המשפט המינהלי כולל חובה רחבה לפעול בשוויון, חובה הרחבה מהחובה לא להפלות מהטעמים המנויים בחוק איסור הפליה.

23. לעניין הטענה להפליה מחמת לאום פסק בית המשפט קמא כי אין לבחון את המניעים שהובילו את המועצה בהחלטותיה בשנת 2010 ובשנת 2014, אלא רק את ההחלטה האחרונה מיוני 2017 לאחר התיקון לחוק. בית המשפט קמא פסק שבעוד שלגבי החלטות המועצה הקודמות יש פנים

לכאן ולכאן לגבי טענת ההפליה, פרוטוקול הדיון במועצה בהחלטה מיוני 2017 לא מצביע על נימוק הנוגע ללאום, ולכן אין מקום לייחס לרשות הפליה על בסיס אמירות לא ראויות שנאמרו בעת קבלת ההחלטות הקודמות, בעניין הדרת מנויים ערבים. בית המשפט קמא ציין כי אכן ההחלטות מייצרות הפליה תוצאתית, אך לא די בכך על רקע העובדה שההפרדות המרחבית ברמת השלטון המקומי היא נפוצה, ולכן כמעט כל החלטה של רשות מקומית למען תושביה תהיה בעלת אפקט מפלה, ורק החלטה שמתקבלת מתוך כוונה להפלות מצדיקה התערבות. חרף העובדה שבית המשפט קמא קיבל שהמדיניות מובילה לתוצאה מפלה על בסיס לאום, בית המשפט קמא סירב להעביר את הנטל למשיבות להצדיק את מדיניות המנויים ולהראות כי לא מדובר במניע פסול של הדרה מחמת לאום או דת.

24. לעניין הטענה להפליה מחמת מקום מגורים קבע בית המשפט קמא כי האיסור על הפליה מחמת מקום מגורים בתיקון 4 לחוק נועד למנוע הפליה על בסיס עמדה של בעל המקום הציבורי כלפי אדם בשל אורח החיים או הבחירה שמתבטאת במקום המגורים, למנוע שימוש במקום המגורים כתחליף לטעם אסור אחר כמו לאום או דת, ולמנוע שימוש במקום המגורים כתחליף להדרה על בסיס זיהוי סוציו-אקונומי.

25. עם זאת, בית המשפט קמא התייחס לסיפא של התיקון וקבע כי מדובר בחריג המשקף את חובתה של הרשות המקומית לפעול קודם כל לטובת תושביה. בית המשפט התבסס על פסק הדין בבג"ץ **אדם, טבע ודין**, שדן בלגיטימיות של גביית דמי כניסה לפארק רעננה, והסיק על בסיסו כי אין להגביל את הדרכים בהן רשות מקומית יכולה להעדיף את תושביה, ולכן דחה הטענה כי הדרה של תושבי חוץ היא פסולה.

26. בית המשפט קמא דחה את טענת המשיבים כי קיים עודף ביקוש או "עומס" בקאנטרי, אך פסק כי גם במקרה זה יכולה הרשות להעדיף את תושביה מטעמים נוספים. בית המשפט קמא ציין ארבעה טעמים כאלו: ראשית, שהוספת מנויים מקרב תושבי חוץ תפגום בחוויית המנוי וכי לגיטימי שהרשות המקומית תדאג לרווחת התושב גם אם הקאנטרי יכול להכיל עוד מנויים רבים. שנית, שאכיפה של נורמות התנהגות יישמרו טוב יותר כאשר המקום פתוח רק לתושבי הישוב בזכות סנקציות חברתיות אפקטיביות. שלישית, שפתיחת הקאנטרי לתושבי חוץ תפגום בתחושת הקהילתיות והשייכות של תושבי המקום. רביעית, שלגיטימי מצד הרשות להדיר תושבי חוץ כדי לתמרץ את תושבי המקום לרכוש מנוי.

27. בית המשפט ייחס את כל השיקולים הללו להחלטה של המשיבות. הוא קבע שמה שהמועצה המקומית ביקשה להשיג במדיניותה הוא לתת לתושבים שירות מיטבי, תחושה שיחושו בקאנטרי כבתוך שלהם, ולחזק תחושות של שייכות וקהילתיות. כמו כן ציין בית המשפט כי בבסיס ההחלטה הרצון לאכוף כללי התנהגות ולמנוע פגיעה במוטיבציה של תושבי הישוב לרכוש מנוי כתוצאה מהגעת תושבי חוץ לקאנטרי. כל אלו לשיטת בית המשפט קמא מטרות לגיטימיות להדיר תושבי חוץ.

28. עם זאת, בית המשפט קבע על סמך לשון התיקון לחוק כי על ההעדפה להיות מידתית. לעניין זה קבע בית המשפט קמא כי קיים קשר סיבתי בין מדיניות המנויים של הקאנטרי לבין המטרות הנ"ל, וכן כי לפי מבחן המידתיות השלישי עולה התועלת על הנזק למנויים תושבי החוץ, שכן קיימות בסביבה בריכות שחיה אחרות.

29. לגבי מבחן המידתיות השני, נקבע כי את המטרות של המועצה ניתן להגשים גם אם תאפשר כמות מסוימת של מנויים לתושבי חוץ. בית המשפט קמא לא הסתפק בקביעה כי הדרה מוחלטת היא לא מידתית אלא גם טרח והכתיב לקאנטרי מדיניות. לפי בית המשפט, די בכך שהקאנטרי ימכור 10% ממספר המנויים בשנת הפעילות הקודמת לתושבי חוץ (כאשר הקאנטרי יכול אבל לא חייב להחליט על כמות גדולה יותר). מדוע 10%? כי זו כמות שלעמדת בית המשפט קמא אין בה לאיים על ההגמוניה של תושבי הישוב בקאנטרי ועל תחושת הקהילתיות.
30. בנוסף הנחה בית המשפט קמא את הקאנטרי כיצד למכור את המנויים, במסלול נפרד ועל פי הנחיות שנתן. אחת ההנחיות נוגעת לקדימות שיש לתת לאותם מנויי חוץ שכבר היו מנויים בשנת הפעילות הקודמת. יש לציין, כי מכיוון שמפרוטוקול החלטת המועצה מיוני 2017 עולה שבשנה זו נמכרו 200 מנויים לתושבי צור יצחק, המהווים 20% מסך המנויים, החלטה זו לבדה עשויה לגרום לכך שכשיפתח המסלול למנויי חוץ לא יהיה סיכוי של ממש לתושבי חוץ שאינם מצור יצחק לרכוש מנוי.
31. בית המשפט קמא הורה למכור מנוי למערערים 1-3 לעונת המנויים הקרובה בתנאים של מסלול מנויי החוץ. כמו כן קובע בית המשפט כי המשיבות רשאיות לקבוע מחיר שונה למנויי החוץ.
32. בית המשפט קמא קבע כי לא ייפסקו הוצאות.

נימוקי הערעור

דחיית הטענה להפליה מחמת לאום

נטל ההוכחה בתיקי הפליה

33. בית המשפט קמא שגה כשקבע כי לא הוכח שהמשיבות נקטו בהפליה מחמת לאום. בית המשפט קמא סטה מההלכה הפסוקה באשר לאופן שבו יש לבחון טענות להפליה. ההלכה היא שקורבן ההפליה צריך לשאת בנטל הראשוני; כי נטל זה אינו צריך להיות כבד מידי, וכי אז עובר הנטל לגוף המפלה להפריך הטענה או להראות כי קיים טעם ענייני ולא פסול בבסיס ההבחנה. אם הגוף המפלה לא עמד בנטל יש לקבוע כי התבצעה הפליה.
- ר' בג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (מיום 17.5.12); בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (מיום 17.9.14, בפסקה 5 של פסק הדין של השופטת חיות).
34. העברת הנטל בתיקי הפליה מבטאת את ההכרה כי קיימים קשיי הוכחה ניכרים בתיקי הפליה, שכן נדיר שהגורם המפלה מצהיר על טעמיו הפסולים. הכרה זו באה לידי ביטוי גם בחוקי איסור ההפליה הספציפיים. למשל – בתחום התעסוקה, חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה קובע כי די בכך שעובד, הנמנה על אחת הקבוצות שהפלייתן אסורה, יוכיח שנתמלאו בו כל התנאים שנדרשו לצורך ההעסקה או שלא הייתה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לפיטוריו, ואז עובר נטל ההוכחה למעסיק כדי להצדיק אי ההעסקה או הפיטורין (ר', למשל, סע"ש (ת"א) 40543-03-14 איהב נופל נ' אלבר ציי רכב (פס"ד מיום 31.3.16) (ערעור על פסה"ד נמחק בהמלצת בית הדין הארצי לעבודה)).

35. חוק איסור הפליה נוקט אף הוא בגישה דומה. די בהתקיימותן של החזקות המנויות בחוק כדי לעמוד בנטל הראשוני ולהעבירו לגורם המפלה להוכיח אחרת (סעיף 6 לחוק).

התעלמות מראיות חזקות להפליה מכוונת מחמת לאום המחייבות העברת הנטל

36. לא נפריז אם נאמר כי מעטים תיקי ההפליה בהם הראיות כה מבוססות להפליה מכוונת מחמת לאום. "האקדח המעשן" בתיק זה לא העלה עשן אלא ירה אש של ממש. הראיות הצביעו על שיקול פסול בבסיס המדיניות. הראיות התגלו מהן מתוך פרוטוקולים של המועצה והן מתוך פרוטוקולים של הנהלת הקאנטרי שהוסתרו על ידי המשיבות, ונחשפו על ידי המערערים במסגרת ההליך.

37. פרוטוקולים אלו הצביעו במפורש על כך שהמניע להפסקת מכירת המנויים לתושבי חוץ בשנת 2010 לא היה עומס או אי שביעות רצון מאיכות השירותים מצד המשתמשים, אלא העובדה כי קמה ביקורת על הגעת ערבים לקאנטרי ועלתה טענה שזו הסיבה לכך שאנשים לא רוכשים מנוי, ש"הערבים מבריחים את התושבים".

38. בית המשפט קמא ציין כי מפרוטוקול זה עולה כי ראש המועצה התנגד להפליית ערבים. ראש המועצה אכן אמר "זו הפליה ולא ניתן לביצוע", והוא הוסיף כי "לי יש אחריות ציבורית למרות שאני ימני, אך אני גם ממלכתי ויש לי אחריות על הכסף. צריך לקבל החלטות שהמתנ"ס ישמור על כבודו, לדעתי הרבה תושבים לא עושים יותר מינויים כי אין להם ילדים קטנים ולא בגלל הערבים". אולם בית המשפט קמא שגה בקביעתו כי אמירה זו יש בה לאיין את החשד להפליה. ההיפך הוא הנכון – האמירה מצביעה על כך שברור היה לכל המשתתפים, לרבות לראש המועצה, שמדיניות המנויים המוצעת מטרתה היא הפליה פסולה של ערבים. ראש המועצה לא סתם ציין שהוא מתנגד להפליה "למרות שאני ימני". בסופו של דבר נכנע ראש המועצה ללחץ הציבורי והעמדה שהתקבלה הייתה לבטל מכירת המנויים ל"תושבי חוץ", כאשר הטעם המרכזי היה התנגדות בקרב תושבי המקום לנוכחותם של ערבים בקאנטרי.

39. טענות על בריחת מנויים בשל הגעת ערבים לקאנטרי עלו גם מפרוטוקול ישיבת הנהלת הקאנטרי מיום 25.2.10 שלאחריו שונתה מדיניות המנויים. גם את פרוטוקול זה נאלצו המשיבות להציג לאחר שהסתירו אותו.

40. "האקדח המעשן" הבא הוא בישיבות הנהלת הקאנטרי והמועצה בשנת 2014, שבועות ספורים לפני שפנה המערער, ד"ר מנסור, לקאנטרי וביקש לרכוש מנוי. בישיבה הנהלת הקאנטרי מיום 12.1.14 התברר שהחלטה להפסיק למכור מנויים לערבים לא דירבנה את התושבים לרכוש מספיק מנויים כדי להביא את הקאנטרי לאיזון כלכלי. בישיבה עלה צורך מובהק להגדיל את מספר המנויים, וזאת באמצעות מכירת מנויים לתושבי צור יצחק השכנה אך לא לתושבי טירה.

41. אחת ההצעות שהתקבלו היתה לפתוח את הרישום לתושבי צור יצחק, למכירת 150 מנויים, לצד שיווק אגרסיבי ומבצעים אחרים. אחד המשתתפים אמר ש"היועץ המשפטי אמר שיש חשיפה משפטית שיבואו ישובים אחרים ויטענו לאפליה". שימי אוליאל, ראש המועצה, השיב: "אפשר להוסיף שתושבי הישובים הנ"ל הם תלמידים שלנו". הנה כי כן – נמצא הפתרון "המושלם" כיצד ניתן יהיה למכור מנויים רק לתושבי חוץ יהודים בלבד – באמצעות הישענות לא רק על ההפרדה במגורים אלא גם על ההפרדה במוסדות החינוך.

42. לימים התברר כי מספר המנויים שנמכר בפועל לתושבי צור יצחק וישובים אחרים כמו צופים היה כפול מהמספר שתוכנן, ולמעשה לא הייתה הגבלה על מכירת מנויים לתושבי חוף יהודים.

43. בישיבת המועצה מיום 2.2.14 ראש המועצה, שימי אליאל, דיווח לחברי המועצה כדלקמן: "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". זמן קצר לאחר החלטה זו נדחתה בקשתו של ד"ר מנסור, בנימוק של עומס, שהתברר כשקרי.

44. ביוני 2017, לאחר תיקון 4 לחוק, ולאחר שבית המשפט מיוזמתו ביקש מהמשיבות להודיע האם חל שינוי במדיניותן לאור התיקון לחוק, התכנסה המועצה והחליטה לא להמשיך ולמכור מנויים לתושב חוף בכלל, כלומר – לאותם מנויים מצור יצחק. מפרוטוקול ההחלטה עולה בבירור כי הסיבה היא יעוץ משפטי של יועמ"ש המועצה כי לא ניתן יהיה להגן על המדיניות שעוצבה בשנת 2014. מכאן ניתן להסיק כי גם לדעת ב"כ המועצה, בלתי סביר להגן על ההפליה בנימוק שניתן בשנת 2014 – שקיים שוני רלוונטי בין תושבי חוף מטירה לתושבי חוף מצור יצחק רק בגלל שהאחרונים שולחים את ילדיהם לאותה מערכת החינוך כמו ילדי כוכב יאיר. ברור שהחלטה זו התקבלה כשתביעת המערערים מרחפת מעל הדיון ובהתאם ליעוץ משפטי צמוד של ב"כ המשיבות, ולפיכך לא ניתן להסיק מפרוטוקול הדיון דבר וחצי דבר לגבי מניע האפליה.

45. **חרף ראיות ברורות וחזקות אלו סרב בית המשפט קמא אפילו להעביר את הנטל למשיבות להוכיח שלא הפלו מחמת לאום.** זאת אף ששתיים מתוך ארבע החזקות בחוק מתקיימות: המשיבות ביררו פרטים לגבי מקום המגורים של המערערים, והמשיבות דרשו מהמערערים תנאים שלא נדרשו מתושבי חוף אחרים. מכיוון שילדים מהישובים האחרים לומדים באופן טבעי באותה מערכת חינוך, מהמערערים נדרש למעשה להעביר את ילדיהם למערכת החינוך העברית כתנאי לרכוש מנוי לקאנטרי כתושבי חוף, דרישה שברור שאינם יכולים לעמוד בה.

46. הכיצד נמנע בית המשפט קמא מהעברת הנטל למשיבות להוכיח שלא הפלו מחמת לאום? בית המשפט קמא הפריד באופן מלאכותי בין ההחלטות הקודמות לבין ההחלטה שהתקבלה ביוני 2017, למרות שברור שמדובר במסכת עובדתית אחת מתמשכת. לגבי ההחלטות בעבר – מהשנים 2010 ו-2014, מודה בית המשפט כי הן מעוררות קושי אולם מסתפק בקביעה כי "מדובר בעניין שיש לו פנים לכאן ולכאן". אך במקום לקבוע שהנטל עובר לכתפי המשיבות להסביר את אותן התבטאויות וראיות להפליה מחמת לאום, החליט בית המשפט קמא כי אלו ראיות שכבר אינן רלוונטיות, וכי מה שעל הפרק הוא רק ההחלטה מיוני 2017 וכי פרוטוקול הדיון לגבי החלטה זו לא מצביע על טעם פסול של הפליה מחמת לאום, ולפיכך אין די ראיות לייחס למשיבות הפליה כזו (פיסקה 24 לפסה"ד).

47. בית המשפט קמא שגה בקביעה זו. ברור שבדיון שנערך במועצה ביוני 2017, בשיאה של התדיינות משפטית המאשימה אותם בהפליה ובגזענות, לא יעזו חברי המועצה לנהוג בטיפשות ולהעלות טיעונים פסולים, כשהעין הציבורית בוחנת כל פעולה של המועצה בנושא. לכן זה משגה לסבור כי לו היה טעם פסול או גזעני הוא היה מקבל ביטוי בפרוטוקול הדיון ביוני 2017. בית המשפט שגה כששלל את האפשרות המתבקשת והזועקת מאליה שגם המניע להחלטה מיוני

2017 היה הדרת הערבים מהקאנטרי, וכי המועצה אף הייתה מוכנה "להקריב" את אותם מנויים תושבי צור יצחק למען מטרה זו, העיקר שלא יחייבו אותה למכור מנויים גם לתושבי טירה.

48. בית המשפט קמא שגה כאשר הפחית בצורה כה דרמטית ממשקלן של ראיות כה ברורות וחזקות, שנדיר שנחשפות בתיקי הפליה, וביטל אותן כלאחר יד. לכל הפחות היה בהן להעביר את הנטל למועצה – נטל שהמועצה, כפי שיוסבר להלן, לא עמדה בו.

די בתוצאה המפלה להעביר את נטל ההוכחה למשיבות

49. בית המשפט קמא הפריד בין הראיות להפליה מכוונת לבין הראיות להפליה תוצאתית. גם לולא היו נחשפים הפרוטוקולים והראיות להפליה מכוונת, די באפקט המפלה כדי להעביר הנטל למשיבות להסביר מדיניותן ולהוכיח שאין הפליה. גם בית המשפט הסכים כי החלטת המשיבות היא בעלת אפקט מפלה כלפי ערבים (פיסקה 26 לפסה"ד). עם זאת בית המשפט קמא קבע כי אין בעובדה שהחלטה יוצרת אפקט מפלה להעביר את הנטל למשיבות. בית המשפט קמא קבע כי על רקע ההפרדה במגורים בין יהודים לערבים כמעט כל החלטה של רשות מקומית "יהודית" תיתפס כבעלת אפקט מפלה לגבי האוכלוסייה הערבית ולהיפך, ולכן אין בכך להצדיק התערבות שיפוטית. בית המשפט קמא פסק כי רק כוונה להפלות מחמת לאום מצדיקה התערבות.

50. בית המשפט קמא שגה בקביעתו זו, קביעה בעייתית מאוד באופן עקרוני בכלל ובנסיבות המקרה בפרט. לגבי נסיבות המקרה קשה להבין כיצד ניתן להתעלם מהראיות הברורות לכך שמדיניות המנויים של הקאנטרי עוצבה באופן ש"רוכב" גם על דפוסי ההפרדה במגורים וגם על דפוסי ההפרדה במערכת החינוך כדי להשיג תוצאה מפלה. זאת במיוחד על רקע העובדה, כי נמצאו גם ראיות להפליה מכוונת.

51. אין כמו המקרה שלפנינו להדגים מדוע הפליה תוצאתית מחייבת העברת הנטל. הרי דווקא כאן לא היו תחילה בידי העותרים את אותם פרוטוקולים שהעידו על שיקולים פסולים, ואלו לא נחשפו ביוזמת המשיבות אלא חלקם התגלו במקרה על ידי העותרות וחלקם בעקבות החקירות הנגדיות. כלומר – אם יש מקרה שמדגים מדוע החלטות של רשות מקומית שיוצרות אפקט מפלה מחייבות העברת הנטל זהו המקרה.

52. אולם גם לולא הנסיבות הפרטניות, החלטה של רשות מקומית שיש לה אפקט תוצאתי מפלה מחמת לאום, שאין לה הסבר הגיוני מובהק, מצדיקה העברת הנטל לרשות להראות טעם ענייני המצדיק את התוצאה המפלה ואין מקום לדרוש מהטוען להוכיח כוונה להפלות. זאת משום שדי בכך שנוצרת תוצאה מפלה כדי להצביע על חשד להטיה ולשיקול זר, וגם משום שמצב בו רשות מקומית מקיימת מדיניות שדרך קבע מעמידה בנחיתות אדם בשל השתייכותו הקבוצתית, המגדרית, נטייתו המינית וכדומה, יש בה לפגוע בכבוד האדם לא פחות מאשר הפליה מכוונת.

53. לעניין זה בית המשפט קמא אף חרג מפסיקת בית המשפט העליון שדן לעומק בדוקטרינה של הפליה תוצאתית וביסס את מעמדה בדיני ההפליה הישראלים (ר' בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (מיום 27.2.06), בפיסקה 19; עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (מיום

14.9.10), בפיסקה 73 (להלן – פרשת **הבית הפתוח**); בג"ץ 1067/08 **עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך**, פ"ד סג(2) 398 (2009) (להלן – פרשת **נוער כהלכה**), בפיסקה 26).

54. קביעתו של בית המשפט קמא כי יש להחריג באופן קטגורי טענות על הפליה מחמת לאום המתבססות על דוקטרינת ההפליה התוצאתית כל החלטה שמקבלת רשות מקומית לטובת תושביה היא שגויה ומרחיקת לכת. דווקא במדינה שבה גבולות השיפוט המוניציפאליים מהווים קו הפרדה בין קבוצות רוב ומיעוט, ובין קבוצות שיש ביניהן עוינות, יש להתייחס בחשדנות יתר להחלטות שמתבססות על מקום המגורים או הדרה של מי שאינו "תושב המקום", ולא בסלחנות יתר, כפי שקבע בית המשפט קמא.

55. החשש של בית המשפט קמא כי במרחב בו הפרדה בין רשויות יהודיות לערביות (או חילוניות ודתיות, אשכנזיות ומזרחיות) אימוץ הדוקטרינה של הפליה תוצאתית על החלטות שמקבלות רשויות מקומיות יוביל לכך שכמעט כל החלטה תוחזק בבחינת החלטה מפלה – בטעות יסודה. גם במציאות זו מוטל על הטוען להפליה נטל ראשוני, שדי בו להבחין בין טענות שווא לטענות שיש בהן ממש. חזקה על בתי המשפט שידעו להבחין בין החלטות שלא מעוררות צורך להעביר הנטל לבין החלטות המצדיקות העברת הנטל (ר' גרשון גונטובניק **הפליה בדיור וקבוצות חברתיות – בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות** 428 (2014)).

56. כך, למשל, אם ההחלטה של הרשות המקומית היוצרת את התוצאה המפלה היא חריגה בנוף, כלומר – לא מקובלת ברשויות מקומיות אחרות, במקומות שהם יותר הומוגניים מבחינת אוכלוסייה, יש בכך לעמוד בנטל הראשוני; כך גם אם ההחלטה התקבלה על רקע דרישה מפלה מצד תושבים או על רקע היסטוריה של מתיחות; אם ההחלטה נאכפת בצורה סלקטיבית, כלומר – היא מהשפה ולחוץ; אם ישנן ראיות נסיבתיות כמו התבטאויות של ראש המועצה וכיו"ב.

57. לבית המשפט כלים לבחון כבר בשלב הראשוני גם את האמינות של ההסבר המקדמי שנותנת הרשות המקומית להחלטה שיוצרת את המדיניות המפלה. כך, למשל – האם הנימוק שניתן נמצא בבסיס ההחלטה המקורית או שהוא התווסף בשלב מאוחר.

58. לכן אף שהנטל הראשוני לא צריך להיות כבד, די בו להפיג החשש מכך שהחלטות לגיטימיות וטבעיות של הרשות המקומית לא יוחזקו בבחינת הפליה ללא טעם נראה לעין. אך אין מקום להחריג את החלטות שמקבלת הרשות המקומית מהדוקטרינה של העברת נטל ההוכחה.

העברת הנטל הייתה מובילה לקבלת התביעה שכן לא ניתן הסבר מניח את הדעת על ידי המשיבות

59. המשיבות לא עמדו בנטל להראות כי החלטתן אינה מהווה הפליה מחמת לאום. לא ניתן כל הסבר משכנע להחלטה משנת 2010 להפסיק למכור מנויים לכל המעוניין שנבעה מכניעה של הרשות המקומית לגזענות של חלק ממנויי הקאנטרי שהחרימו אותן. לא ניתן כל הסבר מניח את הדעת להחלטה לפתוח את מכירת המנויים לתושבי צור יצחק אך לא לתושבי טירה כשהקאנטרי שיווע להגדלת מספר המנויים. אפילו היועץ המשפטי של המועצה סבר כי התירוץ שמדובר במי שילדיו לומדים יחד עם ילדי כוכב יאיר לא משכנע ולא מהווה שוני רלוונטי המצדיק את המדיניות, ולכן המליץ למועצה ביוני 2017 לחדול ממכירת מנויים לתושבי צור

יצחק. הפרוטוקולים מספרים את המניעים האמיתיים להחלטה, שהם מניעים פסולים ומהווים הפליה מחמת לאום.

60. גם ההסברים המאוחרים, שמטבע הדברים מטרתם "להלבין" המניע האמיתי, נמצאו כמופרכים. לגבי פתיחת ההרשמה לתושבי צור יצחק נאמר שזו הייתה יוזמה של תושבים אלו והקאנטרי רק נענה לה, בעוד שההחלטה משנת 2014 מגלה שזו הייתה יוזמה של המשיבות במטרה להגדיל מספר המנויים. לגבי הטענה כי מדובר במספר מוגבל וזניח של מנויים, הטענה התבררה כשקרית ובפועל נמכרו מאות מנויים לתושבי צור יצחק וחולקו עשרות אלפי כניסות חד פעמיות חינם בכרטיסיות.

61. לגבי הטענה כי העילה היא עומס שנוצר בקאנטרי התברר כי לא רק שלא היה עומס, ולא ניתנה דוגמא אחת למקרה בו מנוי לא יכול היה להיכנס בשל עומס, אלא שאף הוכח שהיה מחסור במנויים והקאנטרי נקלע לקשיים כספיים. לגבי הטענה המאוחרת יותר כי גם אם לא נוצר עומס עלול להיווצר עומס – התברר כי זו טענה ספקולטיבית שאין לה כל בסיס, שהקאנטרי מוכן אף לחלק חינם אלפי כניסות בכרטיסיות למנויים שלו, שמעולם הוא לא קבע מה המכסה של המנויים שהוא מוכן למכור. יתר על כן, הקאנטרי הודיע לבית המשפט כי בכוונתו לבחון מחדש את המדיניות, וערך "פיילוט" שבו פתח את ההרשמה לתושבי חוף לארבעה חודשים כדי לבחון ביקושים. הפיילוט העלה כי הביקוש נמוך. ייתכן שהדבר נבע מכך שהקאנטרי לא פרסם את האפשרות כראוי אך הייתה לו הזדמנות לבחון את הביקושים כדי לגבש את המדיניות ומעשה זאת הבחינה לא תמכה בטענת העומס הפוטנציאלי.

62. גם ההסבר לשינוי האחרון מיוני 2017 אינו משכנע, והשינוי מבוסס על טעם משפטי גרידא – שלפיו יתקשה היועץ המשפטי להגן על מדיניות סלקטיבית, לפיה נמכרים מנויים לתושבי צור יצחק ולא לתושבי טירה, ולכן אין מנוס מביטול מכירת המנויים לצור יצחק. לא ניתן כל נימוק מהותי להחלטה החדשה.

63. יתרה מזאת – המערערים עומדים על כך שלקאנטרי אסור להדיר תושבי חוף. אולם עמדת המועצה בעת הדיון ביוני 2017 הייתה אחרת – שנוכח התיקון לחוק מותר לה למכור מנויים רק לתושבי הישוב או לכל תושבי החוף ללא הבחנה. נוכח עמדה משפטית זו, אם מה שהטריד את המועצה באמת היה מספר המנויים שיירכשו על ידי תושבי חוף הייתה יכולה פשוט לומר שמעתה והלאה תגביל את מספר המנויים לתושבי חוף אך אלו יימכרו ללא כל הבחנה בין תושבי טירה לתושבי צור יצחק. היא לא עשתה זאת. היא נקטה בצעד קיצוני של סילוק 200 משפחות מצור יצחק מהקאנטרי. גם זו אינדיקציה ברורה לכך שהרצון של המועצה הוא למנוע מערבים לרכוש מנוי, גם במחיר "הקרבתם" של תושבי צור יצחק.

64. מכל האמור עולה, כי מדיניות המנויים מהווה הפליה מחמת לאום. בית המשפט קמא שגה כשקבע כי עליו להימנע מקביעה כזו שכן היא קשה ומטילה כתם. גם הימנעות מקביעה כזו, כשהיא מוצדקת, יש בה פגיעה קשה בכבודו של קורבן ההפליה, ובמקרה זה הפגיעה היא לא רק בקורבן ההפליה הישיר אלא בכל הציבור הערבי, אשר מצפה מבית המשפט להגן על זכותו לשוויון ולהוקיע הפליה כשהיא מתגלית במלוא כיעורה.

הקביעה בעניין היעדרה של הפליה מחמת מקום מגורים

החלטת הקאנטרי אינה החלטת הרשות המקומית, אך היא כפופה לחובת שוויון רחבה

65. בית המשפט קמא קבע כי מדיניות המנויים של הקאנטרי היא בגדר החלטה של הרשות המקומית וזאת אף שהמועצה המקומית שבה וטענה כי אין לה סמכות לקבל החלטות כלפי הקאנטרי וכי העמותה היא גוף נפרד ועצמאי. אף שהמערערים סברו בתחילה כי אכן מדובר בקאנטרי עירוני לכל דבר, משהבהירה המועצה המקומית כי אין לה סמכות להתערב במדיניות המנויים של הקאנטרי, ואף טענה שלבית המשפט לעניינים מינהליים אין סמכות לדון בתיק, כי מדובר בהחלטה של גוף פרטי, לא היה מקום לקבוע שמדובר בהחלטה של הרשות.

66. עם זאת, היה מקום לקבוע כי הקאנטרי הינו גוף דו מהותי, שהחלטותיו כפופות לחובת שוויון רחבה ולא רק החובה המצומצמת יותר של חוק איסור הפליה, החלה על גופים פרטיים. זאת מכוח היותה של הרשות המקומית הבעלים של המתקן, העובדה כי יש לה שני נציגים בהנהלת הקאנטרי וכי לצד דמי המנוי היא מממנת במישרין או בעקיפין את הקאנטרי (למשל – היא אינה גובה שכירות מהעמותה), וכי העמותה קיבלה בלעדיות בתפעול הקאנטרי ללא מכרז (ר' עע"ם 6101/13 ימית א. בטחון (1998) בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל (מיום 23.2.14); ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 318 (2016) (להלן – דיני זכויות האדם).

כמו כן היה מקום לקבוע כי על המועצה המקומית חובה לפקח כי החלטות הקאנטרי מתקבלות באופן מינהלי תקין, לרבות הקפדה על החובה לפעול בשוויון (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000) (להלן – פרשת קעדאן), בפסיקה 34; בג"ץ 1083/07 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' משרד הבריאות (מיום 24.5.12); פרשת נוער כהלכה).

67. קביעה זו משמעה שבלי קשר לחוק איסור הפליה, על הקאנטרי להבטיח מכירת מנויים בתנאי שוויון לכל המעוניין, ואסור לו, בכלל זה, להבחין בין תושב הרשות לתושב חוץ אם השוני ביניהם אינו שוני רלוונטי להגשמת תכלית ראויה ורגישה לזכויות אדם (ראו, למשל, בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר-שמריהו, פ"ד טו 2101, 2115 (1962); פרשת קעדאן, בעמ' 274).

68. תיקון 4 לחוק איסור הפליה בא להרחיב את החובה לא להפלות מחמת מקום מגורים גם לעסקים פרטיים לחלוטין, שאין להם מאפיינים של גוף דו מהותי ושאינם רשויות ציבוריות.

69. הסיפא של התיקון לפיו "לא יראו הפליה לפי סעיף קטן זה הבחנה שנעשית על ידי רשות מקומית בין תושביה ובין מי שאינם תושביה, במידה הנדרשת לביצוע תפקידיה או להפעלת סמכויותיה לטובת תושביה, והכול בכפוף להוראות כל דין" (ההדגשה הוספה) לא רלוונטית לקאנטרי בהיותו גוף פרטי. ההבחנה על בסיס מקום המגורים במסגרת מדיניות מכירת המנויים נקבעה על ידי הנהלת העמותה ולא על ידי הרשות המקומית.

הפרשנות הראויה לתיקון 4 לחוק והסיפא לתיקון

70. צדק בית המשפט קמא כאשר פסק כי תיקון 4 נועד להשיג תכליות חברתיות חשובות ובכללן: מניעת הפליה המעוגנת במקום המגורים אך משקפת עמדה ביחס לאורח החיים הנשקף ממנו; מניעת הפליה סמויה מחמת לאום או דת או מניע זר אחר ה"מולבנת" באמצעות השימוש

בקריטריון מקום המגורים; והפליה על בסיס סוציו-אקונומי שמבוססת על הדרת תושבי רשויות חלשות (פיסקה 28 לפסק הדין).

על הפליה נגד מזרחים שהוסוותה באמצעות בחינת מקום המגורים ר' ע"א (נצ') 198/09 סרור נ' רזידנט מיוזיק (מיום 5.11.09); ת"א (נצ') 21489-01-10 כהן נ' מועדון ה"דוריס בר" (מיום 13.1.13).

71. תכלית נוספת של התיקון הינה להגביר הנגישות של מי שנמצא בישוב מסוים למקומות ציבוריים ושירותים המצויים בישוב אחר, וזאת מתוך תפיסה של **הרחבת שוויון ההזדמנויות לכלל האזרחים, וצמצום השפעת מקום המגורים על ההזדמנויות הקיימות לאזרחים**. במקביל פעל אף המחוקק לצמצם את האפשרות של עסקים ונותני שירותים למנוע מתן השירות במקומות מסוימים (למשל – ישובים ערבים או התנחלויות) באמצעות התיקון העקיף לחוק הגנת הצרכן.

72. כל התכליות הללו תומכות באופן מובהק בטענות המערערים. המשיבות עצמן טענו בטרם חקיקת התיקון כי כל עוד אין איסור מפורש על הפליה מחמת מגורים מותר להן להפלות תושבי חוץ. אולם במקום שהתיקון ישים סוף למחלוקת, בית המשפט התמקד דווקא בסיפא לסעיף ובמשמעותה, כדי להצדיק את מדיניות הקאנטרי.

פרשנות בית המשפט קמא לסיפא של תיקון 4 לחוק איסור הפליה היא שגויה

73. בעוד שמוקד התיקון היה דווקא בצמצום הפגיעה בשוויון מחמת מקום המגורים, בית המשפט שם את רוב המשקל על הסיפא של הסעיף ופירש אותו כחריג רחב, המקנה לרשות המקומית סמכות כמעט בלתי מוגבלת להדיר תושבי חוץ.

74. יש להדגיש, כי הסיפא לא נכללה בהצעת החוק ונוספה לתיקון לפני הקריאה השנייה והשלישית בשל הערת נציג מרכז השלטון המקומי, שחשש כי הרשות תיתבע על הבחנות לגיטימיות שהיא מבצעת. היועצת המשפטית של ועדת חוקה, חוק ומשפט התנגדה להכלילה בתיקון בטענה שבחוק קיים סעיף לפיו הבחנה המתחייבת מאופיו או ממהותו של המוצר או השירות הציבורי או המקום הציבורי אינה הפליה, וכי סעיף זה די בו כדי להגן על רשות מקומית שמבצעת הבחנה עניינית ולגיטימית. היא הוסיפה כי הרשויות המקומיות והגופים הציבוריים כפופים לענייני שוויון מכוח נורמות אחרות ולא מכוח החוק הזה וכי יש לבחון כל מקרה לגופו. גם נציגת משרד המשפטים התנגדה בתחילה אולם בסוף הסכים המשרד לכלול את הסיפא והוסבר לחברי הכנסת בדיון כי הסיפא נועדה להבהיר את המצב הקיים, לפיו גם לרשות מקומית אסור להפלות מחמת מקום מגורים אלא אם זו הבחנה לגיטימית לפי כל דין. כמעט ולא התקיים דיון בנושא והסיפא הוספה לחוק.

75. בית המשפט קמא שגה בפרשנות הסיפא, כאשר הרחיב את הסיפא מעבר לאותם תפקידים מובהקים שעל פי הדין על הרשות לספק לתושביה בלבד כמו חינוך, שירותי רווחה, ניקיון ושירותים עירוניים מסוג זה או הבחנות ברורות ומתבקשות. זאת שכן הסיפא חלה רק על ביצוע תפקידיה או הפעלת סמכויותיה של רשות מקומית.

פרשנות בית המשפט חורגת מההלכה בפרשת אדם, טבע ודין

76. בית המשפט שגה כאשר התבסס על פסק הדין בפרשת **אדם טבע ודין** כדי להצדיק הדרה כמעט מוחלטת של תושבי חוץ מהקאנטרי. 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.

77. בעקבות העתירה הקים היועמ"ש וועדה מיוחדת, שכללה 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.

78. 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.

79. עם זאת, ציינה הוועדה במפורש כי **אין למנוע כניסה של מי שאינו תושב העיר**:

"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 וחיוניותם 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.

80. 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. 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.

81. בג"ץ פסק כי 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.

82. מכאן שלא ניתן להסיק שהדרה של תושבי חוץ הינה צעד לגיטימי. להיפך. גביית התשלום השונה, בכפוף לכך שלא מדובר בפער בלתי סביר, משקפת את ההנחה לה זכאי תושב הרשות בשל העובדה שמיסיו העירוניים סייעו להקמת המקום הציבורי ומסייעים לתחזוקתו. אך אין להדיר תושבי חוץ. פסיקת בית המשפט קמא המתירה לקאנטרי להדיר כמעט כליל תושבי חוץ עומדת בסתירה להלכה בעניין **אדם, טבע ודין**.

83. להשלמת התמונה נציין, כי בעקבות פסיקת בית המשפט בפרשת **אדם טבע ודין** נחקק סעיף 249(8) לפקודת העיריות שכלל 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. 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 וברוחותה, 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. גם תיקון זה משקף גישה שתומכת בצמצום היכולת של רשויות מקומיות להתבדל ולהדיר תושבי רשויות אחרות משטחן.

פרשנות בית המשפט קמא לביטוי "לביצוע תפקידיה או להפעלת סמכויותיה" שגויה

84. בית המשפט קמא שגה בקביעתו כי די בכך שהרשות מעוניינת ליצור פעילויות רק לטובת תושבי הרשות ולעודד את הלכידות ביניהם כדי להצדיק הדרת תושבי חוץ. ניסוח זה מאיין את האיסור על הפליה מחמת מקום מגורים והדרת תושבי חוץ, שכן הרשות יכולה באופן גורף לתרץ כל הדרה של תושבי החוץ ברצונה לפעול לטובת תושבי הישוב או הלכידות שלהם.

85. בית המשפט קמא למעשה יצר נורמה לפיה ברצותה, רשאית הרשות להדיר תושבי חוץ, כאשר די בכך שתסביר שכך היא מעוניינת. לעמדת בית המשפט הדבר מתיישב עם משפט השלטון המקומי הרואה ברשות המקומית מעין "משק סגור" שצריך להשקיע את כל המיסים העירוניים בתושבי הרשות בלבד.

86. גישה זו אין לקבל. בתיקון 4 הביע המחוקק את עמדתו כי ככלל אין להפלות אדם בכניסה למקומות ציבוריים בשל מקום מגוריו, כאשר התפיסה הגלומה בכך היא שאין לראות ברשות המקומית משק סגור ומתבדל אלא מטרת התיקון דווקא לקדם "משטר של פתיחות" והרחבה של ההזדמנויות שיש לפרטים בחברה להיכנס למקומות ציבוריים, ללא תלות במקום מגוריהם.

87. את הסיפא יש לפרש בצמצום לאור התכלית הכללית של התיקון. לכן את המונח "לביצוע תפקידיה או הפעלת סמכויותיה" בסיפא יש לפרש בצמצום. לעניין זה בית המשפט קמא פירש את המונח הפעלת סמכויותיה אף באופן יותר רחב מאשר המחוקק. 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.

זאת, בניגוד לסמכותה לפעול לקידום אינדיבידואלי של ענייניהם הכלכליים, הסוציאליים, החברתיים והתרבותיים של תושבי הרשות (סעיף 146 (2)). הבחנה זו מלמדת כי המחוקק הסמיך את המועצה המקומית להקים מפעלים לתועלת הציבור הרחב ולא רק לתועלת תושבי המקום. כאשר מדובר ברשויות מקומיות שהן עיריות, החוק מסמיך עירייה לפעול להקמת מפעלים שונים **לטובת הציבור** ולא לטובת תושבי הרשות בלבד (סעיפים 249 (2), (7) ו-(8) לפקודת העיריות למשל).

88. מכאן שרשות מקומית מוסמכת לספק שירותי חינוך, רווחה, בניה וכדומה לתושביה בלבד ולא מצופה ממנה לתת את אותם שירותים אינדיבידואליים לתושבי רשות אחרת. אולם לגבי ניהול המרחב הציבורי, ובכלל זה הסדרת הרחובות, המוסדות הציבוריים והמקומות הציבוריים שמפעילה הרשות המקומית, אין היא מוסמכת לייחדם לתושבי הרשות בלבד והם פתוחים לציבור, אף שהיא מוסמכת להסדיר את השימוש, ובמסגרת זו גם לתת משקל מסוים לאינטרסים של תושבי הרשות, או הנחות אם השימוש כרוך בתשלום (ראו, למשל, בג"ץ 441/97 **צנוירט נ' ראש עיריית ירושלים**, פ"ד נג(2) 798 (1999)).

פרשנות המונח רשות מקומית

89. שגה בית המשפט קמא גם כאשר הרחיב את הסיפא להחלטות שהתקבלו על ידי ועד מנהל של עמותת הקאנטרי, כאשר הסיפא הייתה צריכה להיות רק "לביצוע תפקידיה או להפעלת סמכויותיה" של הרשות המקומית עצמה, כלומר – להחלטות שהן בגדר החלטות שבאופן טבעי הרשות המקומית היא שמבצעת למען תושביה, ולא גוף אחר. זאת על רקע הצורך לפרש בצמצום חקיקה הפוגעת בשוויון.

90. שגה בית המשפט קמא כאשר קבע כי הרשות המקומית מוחרגת מהחובה לא להפלות מחמת מקום מגורים לא רק באותם מקרים מצומצמים בהם הרשות פועלת "לביצוע תפקידיה או להפעלת סמכויותיה" אלא גם במקרים בהם אין מדובר בהפעלת סמכות שלטונית, אלא בהתערבות במדיניות המנויים של הקאנטרי בישוב. זוהי הרחבה שפוגעת במהותו של התיקון, שנועד לצמצם את האפשרות להפלות מחמת מקום מגורים, ולא להרחיבה. השאלה מי זכאי לרכוש מנוי לקאנטרי בישוב אינה יכולה להיחשב כשאלה הנוגעת לביצוע תפקידיה והפעלת סמכויותיה של הרשות המקומית.

91. פסק דינו של בית המשפט קמא יוצר אבסורד, שכן אם היה מדובר בקאנטרי מסחרי לחלוטין, היה נאסר עליו למנוע מפלוני לרכוש מנוי רק בשל מקום מגוריו, ואילו דווקא בקאנטרי שנתמך על ידי הרשות המקומית, והוא "ציבורי" במהותו, מתאפשרת הפליה. זאת כאשר באופן רגיל ניתן לצפות מגופים בעלי אופי ציבורי להוות דוגמה למדיניות שוויונית ומכילה.

הדרה לעומת מתן קדימות

92. המערערים לא פוסלים כי במסגרת הסדרת השימוש במקום ציבורי שמפעילה רשות מקומית תינתן הנחה לתושבי המקום, ואף קדימות מסוימת לתושבי המקום, אולם קדימות תינתן אך ורק אם הדבר נחוץ והכרחי, כאשר השימוש של תושבי חוץ משמעו שתושבי המקום לא יכולים לרכוש מנוי, כלומר – קיים היצע מוגבל וביקוש יתר. הנטל להוכיח כי הדבר נחוץ מוטל על כתפי הרשות המקומית.

93. בענייננו הראיות הברורות שללו מצב כזה, והחשש מעומס עתידי הוא ספקולטיבי ולא מבוסס, ולכן בית המשפט קמא לא קיבל טענת המשיבות שכתוצאה מעומס משתמשים קיים לא ניתן למכור מנויים לתושבי חוץ.

94. ואולם שגה בית המשפט קמא כאשר קבע כי הדרת תושבי החוץ אפשרית אפילו כאשר מכירת המנויים לתושבי חוץ לא תמנע מתושבי המקום שימוש בקאנטרי ולא יוצרת מצב של עודף ביקוש. במקום לבטל את מדיניות המנויים המדירה, הצדיק בית המשפט את מדיניות המשיבות בשורה של נימוקים אחרים, שכלל לא הוצגו בפניו על ידי המשיבות, או שנטענו בצורה שטחית ולא מנומקת, בוודאי שלא הוכחו, ושלא ניתנה לצדדים הזדמנות להתייחס אליהם. טעמים אלו אף מבוססים על הנחות גורפות וסטריאוטיפיות, כמפורט להלן.

נפסדות טעמי בית המשפט קמא להדרת תושבי חוץ גם בהיעדר ביקוש יתר

95. הנימוק הראשון עליו הסתמך בית המשפט הוא כי הדרת תושבי חוץ מקלה על אכיפת כללי ההתנהגות הנהוגים, שכן הפרה של התנהגות על ידי תושבי הישוב לא תתאפשר בשל סנקציות חברתיות בעוד שתושבי חוץ עשויים להפר את כללי ההתנהגות ולחייב השגחה. אמנם בית המשפט נותן דוגמא זו ביחס לישוב קטן כמו מושב או קיבוץ, אך לאחר מכן מייחס את השיקול הזה גם למשיבות (פיסקה 40 לפסק הדין) ונותן לו לגיטימציה. נימוק זה מבוסס על הנחות מופרכות וסטריאוטיפיות, שלא הוכחו ולא נטענו על ידי המשיבות בפני בית המשפט. הן נטענו רק באותם פרוטוקולים שנחשפו, ורק כלפי האוכלוסייה הערבית, כאשר חברי המועצה דיברו בצורה גלויה וחופשית וחשפו את מניעייהם האמיתיים. לעומת זאת, מעולם לא נטען כי יהיה קושי לאכוף את כללי ההתנהגות אם ייכנסו לקאנטרי תושבי צור יצחק או צופים.

96. אכן שאלת ההתנהגות של קבוצות אלו או אחרות במקומות ציבוריים, כמו בריכות שחיה, עולה לעיתים קרובות בשיח הציבורי וקיימים סטריאוטיפים ידועים בעניין זה: לערבים מייחסים התנהגות בלתי נאותה כמו כניסה לבריכה עם בגדים או הטרדות. למזרחים (המכונים לעיתים "ערסים") מייחסים גסות רוח ורעש. לחרדים מייחסים תכונות של השתלטות וכפיית נורמות, כל קבוצה והסטריאוטיפים הגזעניים שמייחסים לה. בית המשפט קמא שגה קשות כאשר נתן לגיטימציה לשיקולים אלו, תוך שהוא צובע אותם כשיקול "נקי" ו"ניטראלי" שמתייחס כל כולו להבחנה בין מי שגר במקום לבין מי שאיננו בן המקום. בכל קבוצת אנשים ניתן למצוא מי שמתנהגים שלא כראוי, ואין כל ערובה שתושב המקום יתנהג אחרת מתושב חוץ, ואם מישהו מפר את כללי ההתנהגות ניתן לנקוט נגדו באמצעים באופן פרטני.

97. נימוק נוסף אותו ציין בית המשפט קמא הוא חיזוק תחושת השייכות הקהילתית והקשרים בין תושבי הישוב. גם טעם זה מצדיק לפי פסיקת בית המשפט קמא הדרה של תושבי חוץ ממכירת מנויים לקאנטרי גם אם אין עומס מיוחד (פיסקה 40 לפסה"ד). גם טעם זה היה שולי בטיעוני המשיבות ולא הוכח. המשיבות לא חשבו שמכירת מנויים לתושבי צור יצחק פוגעת בתחושת הקהילתיות או השייכות. בחדרי חדרים אכן נטען על ידי חברי המועצה שמנויים ערבים משמעם "לאבד את הקאנטרי". בית המשפט קמא שגה כשנתן לעמדה זו לגיטימציה, בגישה של "עיוורון צבעים" המתעלמת מהעובדה שכלל שיש רגשות כאלו לתושבי הישוב הרי שאלו נובעים מהעובדה שתושבי החוץ המדוברים הם ערבים. בכל הכבוד, קאנטרי קלאב הוא מתקן

שבאים אליו מנויים כדי לשחות, ללכת לחדר הכושר או לנפוש. לייחס לו תכונות של לכידות יישובית זו קביעה בלתי מבוססת.

98. נימוק שלישי עליו הסתמך בית המשפט קמא הוא שלגיטימי מצד הרשות המקומית להעדיף את רווחת תושביה גם כשפתיחת המנויים לתושבי חוץ אינה מדירה אותם אלא די בכך שהיא פוגמת בהנאה שלהם מהמתקן. די, לדברי בית המשפט קמא, שיש בה לפגום בתוצאה האופטימלית מבחינת "חווית המנוי" (פיסקה 39 לפסה"ד). גם טענה זו לא מבוססת ולא הוכחה. המשיבות עצמן במוכנותן למכור מנויים לתושבי צור יצחק כדי להגדיל מספר המנויים לא טענו כי הדבר הביא לפגיעה בחוויית המנוי. הן אף חיפשו דרכים כדי להגדיל את מספר המנויים. גם בעבר, כשהקאנטרי היה פתוח לכל, הסקר שבוצע הצביע על שביעות רצון מהשירות. למרות המלצת בית המשפט קמא הקאנטרי לא מוכן היה לנקוב במכסת מנויים. הקאנטרי לא הראה איזשהו סקר או בסיס נתונים בעניין מספר המנויים הרצוי. כל הטענות של המשיבות בעניין היו ספקולטיביות וחוזות פני עתיד, מחשש שאם יפתחו את השערים אלפי מנויים מישובי האזור יתנפלו על הקאנטרי. מדובר בטענה היפותטית (השוו לבג"ץ 7574/06 **הסוללים קבוצת מכבי צעיר להתיישבות חקלאית נ' מינהל מקרקעי ישראל** (מיום 23.1.07)).

99. נימוק רביעי אותו ציין בית המשפט קמא הוא שלגיטימי מצד הרשות המקומית להדיר תושבי חוץ אם הימצאותם בקאנטרי תביא לפגיעה במוטיבציה של התושבים לרכוש מנוי (פיסקה 40 לפסה"ד). גם במקרה זה לא עלתה הטענה על ידי המשיבות ולא הוכחה. המשיבות היו מוכנות למכור מנויים לתושבי צור יצחק ולא נטען כי הדבר פגם במוטיבציה של התושבים להירשם. בחדרי חדרים, בפרוטוקולים שנחשפו, עלה הנימוק הזה רק בהקשר להימצאותם של תושבי טירה הערבים. "הערבים מבריחים את התושבים" נאמר. בית המשפט קמא שגה כאשר נתן משקל לשיקול זה, שכל כולו כניעה לגזענות, לאיומים ולהלכי הרוח של חלק מהתושבים, ושקיבל לגיטימציה מבית המשפט קמא.

הקביעה בעניין מידתיות מדיניות מכירת המנויים

100. מכיוון שלא הוצג טעם ענייני להדרת תושבי חוץ מהקאנטרי לא היה מקום מלכתחילה לבחון את מבחני המידתיות והיה על בית המשפט קמא להורות כי המדיניות בטלה.

101. עם זאת, למען הזהירות וגם אם המטרות שמנה בית המשפט קמא הן לגיטימיות, שגה בית המשפט קמא גם בקביעותיו לגבי מידתיות ההחלטה, כדלקמן:

מבחן הקשר הסיבתי

102. בית המשפט קמא שגה כאשר קבע כי מדיניות המנויים צולחת את מבחן הקשר הסיבתי (פיסקה 42 לפסה"ד). המשיבות לא הוכיחו כי קיים קשר בין הגבלת מכירת מנויים לתושבי חוץ לבין המטרות שייחס להן בית המשפט קמא: הגברת תחושת הקהילתיות והשייכות, הגברת אכיפת כללי התנהגות, שיפור חווית המנוי. העובדה היא שבמשך שנים מכרו קרוב ל-300 מנויים לתושבי חוץ, ואף חילקו כרטיסיה חנים של 10 כניסות כל אחת לאורחים מבחוץ לכל מנוי הקאנטרי (שמשמען עשרות אלפי כניסות נוספות), ולכן לא ברור על בסיס מה מצא בית המשפט קמא קשר בין מכירת מנויים לתושבי חוץ לבין המטרות הנ"ל. גם במבחן המציאות, הפסקת מכירת המנויים לתושבי חוץ בשנת 2010 לא הובילה לעלייה במספר המנויים המקווה. בשנת 2014 הקאנטרי שב ופתח את המכירה לתושבי חוץ. כלומר – כעניין עובדתי, סגירת המנויים

לתושבי חוץ לא היא שהובילה לכך שלא נרשמו מנויים. בכל מקרה – ככל שיש קשר סיבתי בין הדרת הערבים לתכליות שמנה בית המשפט, הרי שזה לא רלוונטי כי אין מקום לתת לגיטימציה לגזענות מסוג זה.

103. גם העובדה כי מדובר בישוב קהילתי אינה מורידה ומעלה לעניין זה. בית המשפט קמא שגה כאשר ייחס לישוב כוכב יאיר תכונות שלא הוכחו ולא נטענו. מדובר בישוב פרוורי במרכז הארץ, שאינו שונה משכונת וילות בעיר. כל ההנחות על אופיו של הישוב מובאות כ"ידיעה שיפוטית" ללא אסמכתא כלשהי או ראיה כלשהי. גם בקיבוץ או מושב אין מקום לקבוע קטגורית כי מכירת מנויים לתושבי חוץ פוגעים בקהילתיות. זוהי השערה חסרת בסיס וטעונה הוכחה, ואף "חשודה", אם היא יוצרת אפקט מפלה על רקע לאום, דת או מוצא.

מידתיות במבחן הצר – נזק מול תועלת

104. בית המשפט קמא שגה כאשר קבע כי מדיניות המשיבות צולחת את מבחן המידתיות השלישי (פיסקה 43 לפסה"ד). בעניין זה האיזון שערך בית המשפט קמא הוא שגוי ונותן משקל יתר לאינטרסים של תושבים ביישובים מבוססים המבקשים להתבדל על פני הפגיעה באינטרס הציבורי הרחב ובזכות לשוויון הזדמנויות של תושבים ביישובים חלשים יותר בפרט.

105. בכל הכבוד לחשיבות השמירה על רווחת תושבי כוכב יאיר, אין מקום להעדיפה על הפגיעה הקשה בשוויון של ילדי טירה, ואף ילדי צור יצחק, שאין בישוב שלהם מתקן דומה. אם קיימת פגיעה כלשהי בחוויית המנויים כתוצאה ממכירת מנויים לתושבי חוץ, הרי היא כאין וכאפס לעומת ההשפלה ותחושת ההדרה של ילד שגדל בישוב עני, רצה ללכת לברכה ונדחה.

106. כפי שקבעה הוועדה הבינמשרדית בעניין פארק רעננה, גם בכניסה למקומות ציבוריים אחרים, לא רק גינות ציבוריות, יש מקום ל"משטר של פתיחות", ויש להעדיפו על פני "משטר של התבדלות". במדינה בה גבולות השיפוט המקומיים מהווים לא פעם קו הפרדה בין עשירים לעניים, על בית המשפט להגן על האינטרס הציבורי בהגברת השוויון ולא על הפריבילגיות של החזקים.

107. גישה זו מתיישבת היטב עם תיקון 4, אשר מבטא רצון של המחוקק להתייחס בחשדנות למקום המגורים כעילה לגיטימית להעדפה בכניסה למקומות ציבוריים. כמו כן הוא מתיישב עם התיקון שהוזכר לעיל, האוסר על גביית תשלום בכניסה לפארקים ולגינות, מתוך שיקול סוציאלי של הבטחת נגישות מירבית.

108. אכן, בניגוד לגינות ולפארקים מתקנים כמו קאנטרי אינם ניתנים בחינם, ולא נתבקש סעד בעניין זה. אולם הנגישות אליהם היא חיונית. גם ביישובים חלשים מבחינה כלכלית יש כאלו המעוניינים להשקיע את כספם ברכישת מנוי ולפרוץ עבורם או עבור ילדיהם את מגבלות הדלות שביישוב בו הם מתגוררים. ילד שגדל בישוב עני ורוצה ללכת לברכה, כמו חברים אחרים או בני דודיו שגרים בישוב אחר, וההזדמנות הזאת נמנעת ממנו, עשוי לחוות תחושה קשה של קיפוח, השפלה והדרה.

109. יתרה מזאת, גם תושבי כוכב יאיר נסמכים על מתקנים ושירותים של רשויות מקומיות אחרות. הם הולכים להצגות בתיאטראות ובסינמטק בתל אביב, מוסדות שהוקמו ושנתמכים על ידי תושבי תל אביב, הם משתמשים באזור התעשייה של טירה לשירותים שונים, מקבלים שירותים

במרפאות ובבתי חולים ברשויות אחרות, ונהנים מניקיון ומשירותי הצלה בחופי הים של הרצליה ונתניה, גם אם הם עמוסים. אם תושב כוכב יאיר עובד בחולון ורוצה ללכת אחרי העבודה לקאנטרי בחולון הוא יעשה זאת, ואם הוא רוצה לשחק כדורסל עם חברי ילדות מכפר סבא הוא יוכל לעשות זאת. אם כל רשות תתבדל ותתנה את האפשרות להשתמש במתקנים שהיא תומכת בהם בשטחה רק לתושבי המקום, תהיה בכך פגיעה בכולם, גם בתושבי כוכב יאיר. ייתכן שלמשיבות זה נראה כאיום סרק שכן כאשר הנך חזק ובעל פריבילגיות אתה נהייה עיוור לקיומן.

110. האמור לעיל מקהה מאוד גם את הנימוק של המימון. אכן – הארנונה שגובה הרשות המקומית מיועדת גם לשירותים הניתנים לתושבי הישוב וגם לשירותים הניתנים לאורחים. גם תושבי כוכב יאיר נהנים מהניקיון והתחזוקה של השטחים והמתקנים שבהם הם מבליים ברשויות אחרות. בשל כך המערערים ציינו כי הפרש סביר במחיר המגלם את ההבדל בין מי שמשלם ארנונה למי שלא הוא לגיטימי, אך לא מעבר לכך.

111. גם הקביעה של בית המשפט קמא שלתושבי חוץ יש אפשרות לגשת לבריכות אחרות היא תמוהה, שכן דווקא לאור פסיקה זו אין כל ביטחון שרשויות אחרות באזור יפתחו את הקאנטרי שלהן. בנוסף, ככלל, אין מקום להעלות טענה של חלופות בתיקי הפליה. העובדה שמועדון מסוים מסרב להכניס אדם מטעם מפלה לא ניתנת לריפוי בכך שיש לאותו אדם חלופות בדמות מועדונים אחרים שאליהם מתירים לו להיכנס.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

112. בית המשפט קמא שגה כאשר למרות שקבע כי מדיניות הקאנטרי לא עומדת במבחן המידתיות השני הוא לא ביטל אותה, אלא נכנס לנעלי הרשות וקבע במקומה מדיניות, שהיא בפני עצמה שגויה (פיסקאות 44-48 לפסה"ד).

113. אם אכן היה נוצר עומס בקאנטרי כתוצאה מכניסת תושבי חוץ באופן שיש בו להדיר את תושבי המקום, ייתכן שהיה מקום לפגיעה מסוימת בשוויון באמצעות מתן קדימות לתושבי המקום או על בסיס זיקה של מרחק מהקאנטרי. ואכן ישנן דרכים שונות ומגוונות שאינן כרוכות בהדרת תושבי החוץ ואף לא באמצעות כללי קדימות נוקשים שבפועל יביאו להדרתם. כך, למשל, ניתן לנסות ולהתמודד עם עומס באמצעות הפחתת הכרטיסיות המחולקות חינם, מתן עדיפות למנויים על פני משתמשים מזדמנים, אמצעים טכנולוגיים המאפשרים לדעת את הקיבולת בזמן אמת ולווסת באופן טבעי את העומס, מתן תמריצים לרכישת מנוי שלא כולל את שעות העומס (למשל – לאמצע השבוע בלבד) ועוד שלל אפשרויות.

114. אלא שבית המשפט קמא לא הוטרד מהעומס, שלא הוכח והתגלה כטיעון תיאורטי וספקולטיבי בלבד. בית המשפט מתייחס לתכליות האחרות. כדי להגן על הלכידות, תחושת הקהילתיות, חווית המנוי, אכיפת כללי התנהגות וכיו"ב טעמים שלא נטענו ולא הוכחו אך מצאו מקום של כבוד בפסק הדין, נפסק שאין צורך בהדרה מוחלטת של תושבי חוץ אלא די בכך ש-90% מהמנויים יהיו תושבי המקום. אמנם בית המשפט קמא התיר לרשות להגדיל את מספר המנויים שיימכרו לתושבי חוץ, אך פסק כי די ב-10% מהמנויים כדי שההוראה תהיה מידתית. אולם לבית המשפט לא היה כל בסיס לקבוע קביעה קטגורית זו ולהיכנס בנעלי הרשות. עובדה היא שהקאנטרי היה מוכן בפועל למכור מנויים ללא הגבלה לתושבי צור יצחק וישובים יהודים

אחרים באזור, ולחלק כרטיסיות חינם המסתכמות באלפי כניסות, לכל מנוי לאורחים מהחוץ, בלי שהדבר יעורר חשש לפגיעה בלכידות, בקהילתיות, בחוויית המנוי וכדומה. חששות אלו עלו בחדרי חדרים רק כלפי הערבים.

115. בית המשפט אף שגה כאשר קבע כי תינתן עדיפות למי שכבר מנוי בקאנטרי (פיסקה 50(ח) לפסה"ד), שכן מפרוטוקול המועצה מיוני 2017 עולה כי כיום 20% מהמנויים הם תושבי צור יצחק, כך שאם המסלול לתושבי חוץ ייתן קדימות למי שכבר מנוי, עשוי הדבר למנוע לחלוטין את האפשרות של תושבי טירה לרכוש אפילו את אותם מנויים בודדים שבית המשפט קמא כי הם זכאים לרכוש.

הקביעה בעניין פסיקת הוצאות

116. בית המשפט קמא שגה כאשר לא פסק הוצאות לטובת המערערים, שכן בית המשפט קמא הורה על סעד של קבלת המערערים 1-3 לקאנטרי והוא פסל את מדיניות הקאנטרי.

לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור ולהורות למשיבות לחדול מהפליית תושבי חוץ המעוניינים לרכוש מנוי לקאנטרי.

16 בנובמבר 2017

גיל גן-מור, עו"ד

ב"כ המערערים