

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. המועצה המקומית כוכב יאיר-צור יגאל
2. העמותה לפעילות קהילתית כוכב יאיר

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

סיכומי תשובה מטעם המבקשים

1. פרשה זו מגיעה לישורת האחרונה, כשהמשיבות דבקות במדיניות המנויים של הקאנטרי – מדיניות מפלה שמן הדין להצהיר עליה כבטלה.
2. ב"כ המשיבות מסיים את סיכומיו בקביעה כי לפסיקה בתיק השלכות רוחב מעבר למקרה הפרטני, ואכן הצדק עמו. לפסיקה בתיק זה יש השלכות רוחב על שוויון ההזדמנויות שיש לאנשים המתגוררים ברשויות מעוטות אמצעים, המבקשים גישה למתקנים ציבוריים שקיימים ברשויות אמידות הסמוכות להן, ואשר לא ניתן לקיימם בישובים "חלשים"; לפסיקה יש השלכות רוחב על השימוש בקריטריון "תושב המקום" כבסיס להפליה, כאשר הוא רוכב על הפרדה במגורים ובחינוך בין קבוצות תרבותיות, לאומיות ודתיות שונות.
3. השלכות רוחב אלו אינן נוגעות רק למארג היחסים בין ערבים ליהודים אלא במארג היחסים בין הרוב למיעוט, ובין החלשים לחזקים בחברה. השלכות הרוחב באותה מידה יכולות להשפיע על זכותו של ילד בעיירת פיתוח ענייה, שתושביה צאצאי עולים

מעוטי הכנסה, להזדמנות שווה לזו של ילד בישוב שכן מבוסס, המציע שירותים ומתקנים שאין בעיירת הפיתוח. זה יכול להיות קאנטרי קלאב, גן שעשועים או אולם תרבות.

4. מדינת ישראל היא מדינה המבוססת על ערך השוויון ויש בה זכות חוקתית מוכרת לשוויון וכן חקיקה שמטרתה למנוע הפליה אסורה בכלל והפליה על בסיס לאום בפרט, הן על ידי גופים ציבוריים והן על ידי גופים פרטיים המספקים שירות או מוצר לציבור. בניגוד לדעתו של ב"כ המשיבות, לפיה בית המשפט אינו יכול לחסל הפליה חברתית או לסלק פחד ועוינות, המבקשים סבורים כי זהו אחד מתפקידי המרכזיים של בית המשפט – להגשים את השוויון הלכה למעשה ולא לאפשר הפליה מוסווית.

5. אולם מעבר לתקדים ולהשלכות הרוחב, בראש ובראשונה ניצב בפני בית המשפט ד"ר מנסור, רופא עיניים ערבי אזרחי ישראל, רופא שמטפל ביהודים ובערבים ללא אבחנה, ושמבקש שיכבדו את זכויותיו. ד"ר מנסור לא תכנן לצאת למאבק. הוא ביקש לרכוש לו ולבני משפחתו מנוי לקאנטרי הקרוב למקום מגוריו. הוא רוצה מנוי שיאפשר להם גישה לבריכה, לחדר הכושר ולבילוי, לו ולמשפחתו. הוא ביקש ליהנות מאיכות חיים כמו תושבים רבים אחרים, אלא שבישוב בו הוא גר אין קאנטרי קלאב, יש בריכה אחת במצב ירוד הפועלת תקופה קצרה בקיץ (בניגוד למנוי, המקנה גישה לבריכה מקורה הפועלת כל השנה ולחדר כושר). לכן הוא פנה לקאנטרי בישוב הסמוך, במרחק נסיעה קצר.

6. ד"ר מנסור נענה בשלילה ושפנתה האגודה לזכויות האזרח לקבלת נימוק טען הקאנטרי כי הוא מוכר מנויים רק לתושבי המועצה המקומית כוכב יאיר צור יגאל כיוון ש"בעבר היה הקאנטרי פתוח לכל, וכתוצאה מכך נוצר עומס שגרם להדרת רגליהם של תושבי כוכב יאיר מהקאנטרי. משכך הגביל הקאנטרי את הכניסה אליו". כמו כן נמסר כי בעקבות פניית ועד צור יצחק הוחלט למכור עד 150 מנויים לתושבי צור יצחק שילדיהם לומדים בבתי הספר.

7. אלא שבמהלך ההליך המשפטי התברר כי לפני שנת 2010, כשהקאנטרי היה פתוח לכל, לא רק שלא היה עומס אלא היה מחסור במנויים. גם לא הייתה "התנפלות" של תושבים מטירה על מנויים. לכן ההצדקה שניתנה להדרתו של המבקש במענה לתלונה הייתה שקרית.

8. מקריאת הפרוטוקולים של המועצה והנהלת הקאנטרי משנת 2010 התברר, כי בעת שנדונה ההצעה לשנות את מדיניות מכירת המנויים על ידי חברי מועצה וחברי הנהלת הקאנטרי מרכז הדיון לא היה העומס בקאנטרי. לא העומס בפועל ולא העומס הפוטנציאלי. העומס הוא הצדקה מאוחרת שנוספה כדי להצדיק בדיעבד מדיניות מפלה ולנסות לתרץ אותה.

9. התברר כי קובעי המדיניות סברו כי יש תושבים המדירים את רגליהם מהקאנטרי בשל נוכחות ערבים, וכי הדרך למשוך חזרה את אותם תושבים היא להדיר את הערבים;

התברר ששיקול זה היה מרכזי בהחלטה על שינוי מדיניות מכירת המנויים והוא מופיע
בדיון בפרוטוקולים שנחשפו; התברר כי הנהלת הקאנטרי נכנעה לגזענות.

10. עוד התברר בהליך, כי גם לאחר ששונתה המדיניות ועד למועד בו פנה העותר לרכוש
מנוי בשנת 2014 לא היה עומס בקאנטרי אלא דווקא מחסור במנויים, והקאנטרי עשה
מאמצים ניכרים להגדיל את מספר המנויים. התברר כי מנהלת הקאנטרי הפצירה
בתושבים לרכוש מנויים כדי לעבור מגירעון לאיזון; התברר כי התכנית 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 היה בקשיים כלכליים ניכרים; והתברר כי בתחילת 2014, זמן קצר
לפני שדחו את בקשת העותר בטענה של עומס, החליטה הנהלת הקאנטרי לפתוח אותו
לתושבי חוץ מצור יצחק ומצופים.

11. עוד התברר כי בניגוד למה שנטען, לפיו מכירת המנויים לתושבי צור יצחק וצופים
נעשתה לבקשת ועד צור יצחק ובכמות מוגבלת של 150 מנויים, הרעיון למכור מנויים
לתושבי צור יצחק בא מהמשיבות כדי להגביר את מספר המנויים, וכי במקום 150
מנויים הנתונים האמיתיים הם שיש כיום 290 מנויים של תושבי חוץ ולא רק מצור
יצחק וצופים אלא גם מהישובים אבני חפץ, קיבוץ אייל, סלעית ושער אפריים.

12. כמו כן התברר כי כל מנוי מקבל כרטיסיה לאורחים, כלומר – למרות הטענה לעומס,
הקאנטרי מחלק חינם אין כסף עוד כמות נכבדה של מעל 25,000 כניסות לאורחים.

13. לבסוף התברר כי הקאנטרי לא הציג כל מסמך הקובע מה מכסת המנויים
המקסימאלית, ואם נערכה בדיקה כזאת הוא לא חשף אותה. מפרוטוקול הנהלת
הקאנטרי עולה כי בעבר היו גם 3,800 מנויים, וזהו נתון הגבוה ב-37% ממספר
המנויים הקיים כיום בקאנטרי – 1,852 מנויים ועוד 909 מנויי קיץ (2,761 בסך הכל).
את כל יהבו שם הקאנטרי על פיסקה ממדרוך תפעולי, שלפיה בשעת שיא יימצאו
בבריכה 7% מתושבי הישוב. אלא שכבר שנים קהל המנויים של הקאנטרי מונה כרבע
מאוכלוסיית הישוב (אם נחשיב גם את מנויי הקיץ). לפי הסטטיסטיקה הזו, לפיה 7%
מקהל היעד נוכחים בשעת שיא בבריכה, משמעות הדבר שבשעת שיא ישוה בבריכה
130 מנויים בחורף ו-193 מנויים בקיץ. הרבה פחות מהתפוסה המירבית המותרת ברגע
נתון של 720 משתמשים.

14. בנוסף – הקאנטרי פתח רישום וירטואלי במשך 4 חודשים לכל המעוניין כדי לבחון
בעצמו את כמות הביקושים. נרשמו משפחות בודדות מטירה כמעוניינות במנוי ובכל
זאת הקאנטרי לא הסכים לשנות את מדיניותו בטענה של עומס פוטנציאלי.

15. אלו העובדות המרכזיות כאשר מנקים את הסחות הדעת של המשיבות. אכן, ההליך
התחיל בטענה של הפליה תוצאתית פסולה על בסיס לאום. הראיות שהתגלו תוך כדי
ההליך הן אלו שהבהירו מעל לכל ספק שההפליה אינה רק תוצאתית אלא מכוונת.
הזהירות שבה נקטו המבקשים רק מראה כי בניגוד לטענת ב"כ המשיבות, הטענות
נטענו בזהירות המתבקשת, ואין בסיס לטעון כי "המבקשים שועטים" לקביעה כי

מדובר בהפליה על בסיס לאום. הטענה להפליה ישירה ומכוונת נלמדת מתוך חומר הראיות. כך או כך, אין צורך לבחון כוונה כאשר מדיניות מסוימת היא מפלה בתוצאתה, כפי שפורט והוסבר בהרחבה בטיעון המשפטי.

16. בסופו של יום המשיבות לא הכחישו את מדיניותן, אך טענו כי היא אינה נובעת מהפליה אלא מעומס. זו טענת ההגנה המרכזית שלהן והיא הוכחה כלא נכונה, וכן הוכח כי שיקול הלאום היה שיקול מרכזי בקבלת ההחלטות על שינוי מדיניות המנויים.

17. לא בכדי בסיכומים מנסות המשיבות להדגיש טעם חדש, חלופי, להצדקת ההחלטה. לא פחות משמונה פעמים מזכיר ב"כ המשיבות, תוך הדגשה והבלטה, כי בעצם המדיניות נובעת בראש ובראשונה משיקול קהילתי ולא רק משיקול עומס – הרצון לייחד את הקאנטרי לתושבי המקום כדי להגן על חיי הקהילה, תחושת הקהילה, תחושת השיתופיות, וכי מקום המגורים הוא קבוצת ההשתייכות לכאורה שבבסיס הקהילה. הערך הקהילתי מגויס כאן כדי להדיר את ד"ר מנסור (ר' סעיפים 5, 11, 12, 13, 43, 50, 53, 120).

18. סיכומים הם לא המקום להעלות הצדקות חדשות למדיניות, שלא היו בבסיס ההחלטה, וכאשר התברר שאין יסוד להצדקות שניתנו קודם לכן. ממילא כוכב יאיר אינו ישוב קהילתי אלא ישוב עירוני פרברי, מועצה מקומית בת רבבת תושבים. לצורך השוואה, בפקודת האגודות השיתופיות הכנסת הכירה באפשרות להגן על מרקם קהילתי באמצעות קיום ועדת קבלה למתיישבים חדשים, שתבחן ביו היתר התאמה למרקם חברתי תרבותי של הישוב, וזאת רק בישובים קטנים עד 400 משפחות ורק בפריפריה – בנגב ובגליל. באותה נשימה נקבע כי אין משמעות הדבר שניתן להפלות מחמת לאום, דת, מידת דתיות, ארץ מוצא וכדומה. כלומר הכנסת הכירה בערך השמירה על הומוגניות קהילתית רק בישובים קטנים מאוד ופריפריאליים, ורק כאשר בחינה פרטנית מובילה למסקנה כי האדם עצמו יפגע במרקם הקהילתי, ולא די בכך שהוא מלאום אחר (ר' חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011).

19. יתר על כן, הטיעון שמדיניות המנויים נועדה באופן כלשהו להגן על חיי הקהילה נטול כל בסיס עובדתי. המשיבות לא סיפקו כל ראיה כי מכירת מנויים לד"ר מנסור או לתושבים אחרים מטירה תפגע בחיי הקהילה, בתחושת השיתופיות או בתחושת הקהילה. המשיבות מוכרות מנויים ליהודים תושבי ישובים בסביבה והקאנטרי מחלק למנויים עשרות אלפי כניסות חינם בכרטיסיות לצורך הבאת אורחים, שאינם תושבי המקום. אם הכוונה היא שתושבים ידירו עצמם מהקאנטרי אם יהיו בו ערבים, הרי שזו כמובן לא עילה לגיטימית להדרת ערבים, זו כניעה פסולה לגזענות.

20. אדרבא, בהדגשת ההיבט הקהילתי כבסיס למדיניות המנויים יש לבסס ולחזק את הטענה, כי מדיניות המנויים מטרתה התבדלות והדרת האחר והשונה, והניסיון לגייס

ערך כה יפה וחשוב כמו קהילתיות כעילה להדרה על בסיס לאום הוא ניסיון נואל ופסול.

התייחסות לטענות המשפטיות

21. טענה שחוזרת על עצמה בסיכומים מטעם המשיבות היא שאין לד"ר מנסור צורך אמיתי בקאנטרי, ושהוא יכול למצוא חלופות בישובים אחרים, ולא דווקא בכוכב יאיר (למשל - סעיפים 53, 59, 95 לסיכומים). ד"ר מנסור הסביר ונימק את המניע הלגיטימי שלו, וזאת מעבר לנדרש במקרים כאלו. דומה הדבר לבחור מקהילת יוצאי אתיופיה שהופלה בכניסה למועדון בשל מוצאו. היעלה על הדעת להגיד לו שלא ברורה השאיפה שלו להיכנס דווקא למועדון הספציפי, ושם הוא מעוניין לרקוד, יש מועדון ליוצאי אתיופיה שאליו הוא יכול ללכת, או שיש עוד מועדונים באזור ומכאן שאין לחייב דווקא המועדון המפלה לשנות את מדיניות הכניסה שלו? מוטב שטענה זאת לא הייתה נטענת כלל, בוודאי שלא על ידי רשות מקומית, שאמורה להוות דוגמה לשמירה על השוויון.

22. טענה נוספת שחוזרת על עצמה היא שהעובדה שיש 10 תושבים ערבים בכוכב יאיר מאיינת את הטענה להפליה על בסיס לאום. טענה זו עומדת בסתירה להלכת ההפליה התוצאתית. כך, למשל, בפסק הדין המרכזי בנושא שצוטט בהמרצת הפתיחה ובסיכומים, בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פסל בג"ץ מדיניות הטבות בחינוך. נמצא כי ב-500 הישובים שקיבלו מעמד של אזורי עדיפות לאומית לצרכי ההטבות בחינוך נכללו רק ארבעה ישובים ערביים קטנים, ובג"ץ קבע כי מדובר בהפליה של האוכלוסייה הערבית. לפי הניתוח שעורכות המשיבות, העובדה ש-4 ישובים ערבים כן נכללו ברשימת הישובים לעדיפות לאומית בחינוך אמורה לאיין הטענה להפליה תוצאתית נגד ערבים. כידוע, בג"ץ לא הלך בדרך פרשנית זו. הפליה תוצאתית מתקיימת כאן חרף העובדה שיש 10 תושבים ערבים בישוב, שכן הקריטריון של תושב המקום במציאות של הפרדה של כמעט 100% יוצרת תוצאה מפלה המדירה את האוכלוסייה הערבית.

23. לגבי הטענה כי לא מדובר בהפליה על בסיס לאום, אין לנו אלא לחזור על כך שמכלול הראיות מצביע באופן ברור כי שיקול הלאום היה שיקול מרכזי בקרב קובעי מדיניות המנויים, הן במועצה המקומית והן בהנהלת הקאנטרי. ב"כ המשיבות בחר להתעלם לחלוטין מכל הראיות שלא נוחות לקו הטיעון שלו. לגבי הפרוטוקול שמצביע על שינוי המדיניות בשנת 2010, שבו נשמעים דברים ברורים על הרצון להדיר את הערבים, ואשר התקיים בסמיכות לשיבת המועצה בנושא, שגם בה נשמעו דברים ברורים - לכל אלו מתייחס ב"כ המשיבות בביטול משום שהתקיים לפני חמש שנים כאשר המבקשים לא גרו בטירה. זהו ניסיון להסחת דעת. ברור שהפרוטוקול הוא רלוונטי כדי לשקף את המניע האמיתי מאחורי ההחלטה למנוע מכירת מנויים לערבים מטירה.

24. כך גם לגבי הפרוטוקולים משנת 2014 המעידים בבירור על כך שהרחבת המנויים לתושבים מהאזור על בסיס לימודי ילדיהם במערכת החינוך בישוב הוצעה כאמצעי

למשוך באופן סלקטיבי מנויים מחוץ לישוב. גם כאן הפרוטוקולים חושפים את האמת והם רלוונטיים אך ב"כ המשיבות לא מתייחס לטענות לגופן.

25. אולם כאמור, גם אם לא היו מתגלות הראיות הישירות לכך ששיקול הלאום היה מרכזי בקבלת החלטה, היחס השונה לתושבים הערבים מטירה לעומת תושבי המקום, ש-99.9% מהם יהודים ולעומת תושבי חוץ מישובים יהודיים אחרים בסביבה מעביר את הנטל למשיבות להסביר את מדיניותן. המשיבות בחרו בטענה של עומס, שהתברר שכלל לא עמדה בבסיס הדיונים הרלוונטיים בהנהלת הקאנטרי ובמועצה, ושכל מקרה התבררה כחסרת יסוד. המשיבות לא עמדו בנטל להצדיק את מדיניותן, וגם בכך יש לבסס את הטענה להפליה על בסיס לאום.

26. לגבי הטענה שאין להחיל על החלטת הנהלת הקאנטרי נורמות מהמשפט הציבורי, המבקשים איתנים בעמדתם. ב"כ המשיבות טוען כי ההנהלה מורכבת מ-40% חברי מועצה ולכן אין רוב לחברי המועצה. אך במועד קבלת ההחלטה היו בנוסף לכך 20% נציגי החברה למתנ"סים של משרד החינוך ומכאן שהיה רוב ברור לנציגים שחלות עליהם ללא ספק הנורמות של המשפט הציבורי. מכאן שהחלטות הנהלת הקאנטרי בכללותן כפופות לנורמות של המשפט הציבורי.

27. גם נושא הסבסוד וקשרי הגומלין הברורים בין הרשות המקומית להנהלת העמותה המנהלת את הקאנטרי מחייבים להטיל עליה חובה לנהוג לפי הנורמות המוטלות על רשויות השלטון. לעניין זה ב"כ המשיבות מתעלם לחלוטין בסיכומיו מהעובדה כי המועצה היא הבעלים של הקרקע והמתקנים; מכך שהמועצה מעבירה כספים לתחזוקת המקום ושיפוצו; מכך שהיא נוטלת הלוואות עבור העמותה בלי לקבוע תנאי פירעון, ריבית והצמדה; מכך שהיא ערבה לחובות שיש לעמותה בבנקים; מכך שהשימוש במתקנים ניתן לעמותה ללא חוזה או מכרז (רק לאחרונה נחתם חוזה); שהמועצה המקומית לא גובה מהעמותה דמי שכירות או ארנונה; מכך שהחברה למתנ"סים שילמה את משכורתה של מנהלת הקאנטרי. לכל אלו משמעות כספית כבדה עוד לפני שנגענו בכספים שמזרימה המועצה ישירות לעמותה, שלטענת ב"כ המשיבות מיועדים לרכישת שירותים.

28. זאת ועוד, המועצה נוהגת לקיים דיונים בנושא העמותה והקאנטרי בכלל ובנושא המנויים למרכז הספורט בפרט, נציגי המועצה יושבים בהנהלת הקאנטרי, והמועצה מוציאה פרסומים משותפים עם העמותה, ובמכלול הדברים ברור כי אף שהקאנטרי מנוהל על ידי העמותה, הרי שלא ניתן שלא לראות בו כקאנטרי עירוני, בבעלות המועצה המקומית ובמימונה. בנסיבות אלו יש לקבוע כי על החלטות הנהלת הקאנטרי יחולו הנורמות של המשפט הציבורי, אם לא בכל פעולותיה אזי בחלק מפעולותיה, ובהן הנגישות למתקן, והחובה שנגישות זו תהיה בתנאי שוויון.

29. לגבי טענת המשיבות כי פסיקת בג"ץ בעניין אדם טבע ודין לא חלה בענייננו, שכן מדובר בקאנטרי ולא בפארק, יש לדחותה. העיקרון שנקבע בבג"ץ אדם טבע ודין הוא שבמרחב המיועד לשימוש הציבור בתחומה של רשות מקומית, באותו מקרה – פארק

ציבורי, אין מקום להדרה של תושבי חוץ, בין שהשטח מגודר ובין שהוא פתוח, בין שהכניסה היא בתשלום ובין אם לאו. בג"ץ התיר רק לגבות מחיר שונה לשימוש בשטח הציבורי, כשהצידוק לכך הוא שחלק מאחזקת השטח הציבורי הוא מכספי הרשות המקומית ולא נושאים בה אורחים מרשויות אחרות. בג"ץ הבהיר כי כשמדובר בשטח ציבורי פתוח בתחום של רשות מקומית, הכניסה אליו צריכה להיות בתנאי שוויון, וכי שטח ציבורי פתוח אינו רק פארק אלא יכול שישמש גם למתקני ספורט, בריכות שחיה וכדומה, ויהיה מגודר (שם, בעמ' 219). לאחר מכן, לפחות לגבי גינות ציבוריות, קבעה הכנסת כי לא תיגבה עלות על כניסה לגינה כלל, כדי להבטיח שלא תהיה הדרה כלכלית.

30. הרציונל בבסיס ההחלטות הללו היה להבטיח "משטר של פתיחות", וההכרה בכך שאין לתת משקל לנתונים הטבעיים של הרשות שהם הרבה פעמים תוצר של החלטות היסטוריות, מדיניות או מקריות, ולמנוע שימוש בקריטריון תושב המקום כדי להדיר תושבי ישובים אחרים. בג"ץ קיבל הטענה בדבר חשיבות משטר של פתיחות, בהתאם לעקרונות הוועדה הבין-משרדית שמינה שר הפנים, ואימץ המלצותיה לצמצם האפשרות להדיר תושבי רשויות סמוכות באמצעות גביית מחיר כניסה גבוה לשטח ציבורי. הרציונל לגבי פארקים קיים באותה מידה גם לגבי מתקנים ציבוריים אחרים – מתקני ספורט, מוסדות תרבות ואומנות, ספריות וכדומה.

31. לא פעם תושבי רשויות חזקות מבקשים להתבדל ולא לאפשר שימוש של תושבי רשויות חלשות יותר באזור במתקנים ובשטחים ציבוריים בתחומן. האינטרס הציבורי המובהק הוא למנוע זאת כדי לצמצם פערים ולהבטיח שוויון וצדק חלוקתי. אולם גם תושבי הרשויות החזקות ייהנו ממשטר של פתיחות, שכן בעידן בו אנו חיים כל אחד עושה שימוש במרחבים ציבוריים ובמתקנים ציבוריים ברשויות מקומיות אחרות לצורך בילוי, ספורט או פנאי, והישוב בו אנו חיים לא יכול לספק לנו את כל צרכינו. לכן קבלת עמדתנו, לפיה יש להחיל משטר של פתיחות לא רק על פארקים ציבוריים אלא על כל המתקנים הציבוריים תגביר את רווחת התושבים כולם, לרבות של הישובים המבוססים.

32. לגבי הטענה שחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים, ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים לא אוסר מפורשות על הפליה מחמת מקום מגורים – טענה פורמאליסטית זו היא הטענה המרכזית בסיכומים של המשיבות ויש לדחותה.

33. ב"כ המשיבות מתעלם לחלוטין מכך שהוכחה הפליה מכוונת או תוצאתית על בסיס לאום. כמו כן מתעלם ב"כ המשיבים מכך שבתי המשפט מעניקים לחוקי איסור ההפליה פרשנות תכליתית ולא פורמליסטית. כך בעניין **משל**, שהזכרה בסיכומי המבקשים, בו קבע בית הדין הארצי לעבודה, שיש לפרש את איסור ההפליה מחמת מין ככולל גם איסור הפליה מחמת זהות מגדר, אף שזהות מגדר לא כלולה באופן ישיר בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. כך גם בעניין מדיניות מפלה המתבססת על מקום מגורים, כאשר מקום המגורים משמש בפועל להדרה על בסיס השתייכות קבוצתית, כפי שנקבע בעניין **סרור** ובעניין **דוריס בר**.

34. לכן גם אין משמעות לכך שטרם הושלמה חקיקת התיקון האוסר על הפליה גם מחמת מקום מגורים. העובדה כי כבר עבר תיקון דומה לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה וכי הממשלה תומכת בתיקון לחוק איסור הפליה רק מצביעה על כך שהיא מכירה בבעיה של הסתמכות על מקום המגורים לצורך הפליה ומבקשת להסיר כל מחלוקת כי הדבר אסור. אולם גם בטרם השלמת החקיקה לבתי המשפט הסמכות לפרש החוק באופן תכליתי, לצורך הגשמת תכלית החוק, וכך נעשה בפועל במקרים שצינו.

35. למען הסר ספק, ומכיוון שב"כ המשיבות מצטט באופן סלקטיבי ממסמך ששלחה האגודה לזכויות האזרח בעבר לכנסת ביחס להצעת חוק בנושא, האגודה תמכה בתיקון באופן מלא כאשר מדובר במתן שירות בבית העסק, שכן לעמדת האגודה אין למנוע שירות בשל מקום המגורים. המחלוקת היחידה הייתה לגבי האפשרות לחייב נותן שירותים שפועל מחוץ לבית העסק להגיע לכל מקום, ועד כמה הצעת החוק הבחינה בצורה נכונה בין נותן שירותים קטן לחברות ציבוריות גדולות, וכן לגבי הניסיון לחייב נותן שירותים להגיע לשטחים (ההצעה הייתה מענה הבין היתר לסירוב אפשרי של תיאטרון להציג באריאל). בענייננו מדובר על מקרה של אי מתן השירות בבית העסק על בסיס פרמטר של מקום מגוריו של הלקוח, כאשר הלקוח מגיע לבית העסק – דבר שיש עליו הסכמה רחבה שהוא פסול. ראינו להבהיר זאת כי לא ירדנו לסוף דעתו של ב"כ המשיבות, ולא הבנו מדוע ציטט מכתב זה, ובמיוחד הקטע שאותו ציטט שאינו רלוונטי לסוגיה דנן, ולא הבנו מה ביקש להגיד בכך.

36. לגבי הטענה כי די באפשרות התיאורטית שיווצר עומס כדי לבסס שוני רלוונטי בין תושב הישוב לבין מי שאינו תושב, הרי שאין לקבל טענה זו כשברור שהיא ספקולטיבית לחלוטין. יש לדחות את הניסיון להלך אימים בתסריטים קטסטרופאליים על היום שבו הבריכה תיפתח למכירת המנויים לתושבי חוץ. אם בעתיד ישתנה המצב באופן שיווצר עומס של ממש, הנהלת הקאנטרי תוכל לגבש מדיניות חדשה שתתאים למצב שנוצר, ואין צורך לקבוע מסמרות כעת לגבי האפשרויות העתידיות העומדות להנהלת הקאנטרי.

37. לכן סבורים המבקשים שגם אם בסיטואציה עתידית תיאורטית כלשהי סבור בית המשפט כי יהיה זה לגיטימי לקבוע עדיפות כלשהי במכירת המנויים, ראוי להותיר בחינה מעמיקה של האיזונים הנדרשים למקרה כזה לעתיד לבוא. מתן עדיפות היא אמנם לא הדרה מוחלטת כפי שמתבצעת היום בקאנטרי, אולם גם היא פותחת פתח להנצחת הפערים ולהפליה סמויה, ולכן יש להתייחס לאפשרות זו בזהירות המירבית. קשה לבסס את גבולות המותר והאסור ללא תשתית עובדתית ברורה. כך, למשל – ייתכן שהזיקה המבססת את העדיפות ברכישת המנוי לא צריכה להיות על בסיס גבול השיפוט אלא לפי מרחק מהקאנטרי, ייתכן שמתן עדיפות ייקבע באופן שמדיר בצורה גורפת אוכלוסייה כלשהי וייתכן שלא, ייתכן שיש אמצעים טכנולוגיים שיאפשרו ויסות העומס בלי צורך בהגבלה וכיוצא בזה. כל מקרה צריך להיקבע לגופו ועל בסיס תשתית עובדתית מלאה.

38. מה שברור הוא כי במקרה הנדון אין כל בסיס לטענת העומס ולא לטענת העומס הפוטנציאלי שהועמדה לבחינה פעמיים: לפני 2010, עת הקאנטרי היה פתוח לכל, ובתקופת המבחן שיזמו המשיבות עצמן, במהלך בירור התביעה, והחשש להתנפלות של תושבי חוץ על הקאנטרי הוכח כרחוק מאוד מן המציאות.

לסיכום – ב"כ המשיבות מקדיש שורות רבות כדי לשכנע את בית המשפט הנכבד שהמשפט ככלי לשינוי חברתי נכשל, שכן חוקי איסור האפליה והתקדימים שפסלו אפליה לא הביאו לשוויון המיוחל. על הקשר בין משפט לשינוי חברתי נשברו קולמוסים רבים וקיימות לגביו השקפות שונות. אך לא זה הוא הנושא המובא להכרעתו של בית המשפט הנכבד. אין ולא יכול להיות חולק שתפקיד מרכזי של כל מערכת משפט במשטר דמוקרטי הוא להגן על זכויות האדם. האמנם סבור ב"כ המשיבות כי ביהמ"ש העליון של ארה"ב טעה כשפסק בשנת 1954 את שפסק בפסק הדין פורץ הדרך בפרשת *Brown v. Board of Education*? משמוכחת בפני בית משפט מדיניות מפלה עליו להוקיעה בקול צלול וברור ולהעניק את הסעדים המתאימים למיגורה.

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

13 במרץ 2016

גיל גן-מור

גיל גן-מור, עו"ד
ב"כ המבקשים