



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8956/17

לפני: כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט מ' מזוז
כבוד השופט ד' מינץ

המערערים: 1. ד"ר אחמד מנסור
2. אומימה מנסור מוראד
3. ע.מ. (קטין)
4. האגודה לזכויות האזרח בישראל

נגד

המשיבות: 1. המועצה המקומית כוכב יאיר – צור יגאל
2. העמותה לפעילות קהילתית כוכב יאיר

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד
מיום 19.9.2017 בה"פ 18716-08-14 שניתן על-ידי כבוד
השופט ע' גרוסקופף

תאריך הישיבה: ח' בשבט התש"ף (3.2.2020)

בשם המערערים: עו"ד גיל גן-מור, עו"ד דן יקיר

בשם המשיבות: עו"ד אלון אשר

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם רשאית רשות מקומית – בעצמה או באמצעות גוף שפועל כידה הארוכה – לקבוע כי רק תושבי הרשות יורשו לבוא בשעריה של בריכת השחייה הציבורית הפועלת בתחומיה? זו, בעיקרו של דבר, השאלה שהונחה בפנינו במסגרת ערעור זה. מטבע הדברים, מעבר להיבטים הקונקרטיים שלו, הציף הדיון סוגיות עמוקות יותר שנוגעות לחובות החלות על רשויות מקומיות ולשאלות של צדק חלוקתי ושוויון בחלוקת

משאבים. בנוסף, הוא האיר את יחסי הגומלין הקיימים בין החקיקה המחילה איסורי הפליה על גופים פרטיים לבין העקרונות הכלליים של המשפט הציבורי בתחום השוויון.

התשתית העובדתית וההליכים הקודמים

2. ההליך דגן נסב על החלטה שהתקבלה בשנת 2017 בישיבת המועצה המקומית כוכב יאיר צור יגאל, היא המשיבה 1 (להלן גם, לפי העניין: המועצה או היישוב) להגביל את מכירת המינורים למרכז הספורט (קאנטרי קלאב) המקומי (להלן: מרכז הספורט) לתושבי היישוב בלבד. מרכז הספורט פועל באמצעות העמותה לפעילות קהילתית כוכב יאיר, היא המשיבה 2 (להלן: העמותה). לעמותה זיקות שונות למועצה שרשאית למנות שניים מחמשת חברי הוועד של העמותה ואף מסייעת לה במתן כספים ובקבלת הלוואות. בנוסף לכך, השטח שבו מרכז הספורט עושה שימוש הועמד לרשות העמותה ללא תמורה.

3. לצורך הבנת ההחלטה האמורה יש להידרש למהלכים שעמדו ברקעה, הגם שעל-פי המובהר בהמשך, אלה אינם עומדים לדיון כשלעצמם. בעיקרו של דבר, במהלך השנים חלו שינויים במדיניותן של המשיבות ביחס למכירת המינורים וכרטיסי הכניסה למרכז הספורט. כך, עד לשנת 2010 נמכרו מינורים לכל המעוניין. בשינוי חד ממדיניות זו, ביום 25.2.2010, החליטה הנהלת העמותה להגביל את מכירת המינורים לתושבי היישוב בלבד. ארבע שנים לאחר מכן, ביום 12.1.2014, התקיים דיון במועצה שבו נבחנו היבטים תקציביים ובמסגרתו הוחלט על שינוי נוסף שעניינו פתיחת הדלת למכירת מינורים וכרטיסי כניסה גם לתושבי יישובים שכנים שילדיהם לומדים במוסדות החינוך של המועצה, וזאת במתכונת של "מינורים משפחתיים" (להלן: ההחלטה משנת 2014). במישור הפורמלי, החלטה זו פתחה את ההרשמה גם לתושבי היישובים צור יצחק וצופים. בפועל, כעולה מנתונים שהוצגו בבית המשפט המחוזי, בשנת 2015 נמכרו מינורים למרכז הספורט גם לתושבי יישובים יהודיים אחרים מהסביבה, ובהם אבני חפץ, קיבוץ אייל, סלעית ושער אפרים.

4. תחילתו של ההליך שבפנינו בשנת 2014, אז סירבה העמותה למכור מינוי למרכז הספורט למערערים 1-3 שהם בני משפחה גרעינית מן היישוב טירה – בני הזוג אחמד מנסור ואומימה מנסור-מורד ובנם הפעוט (להלן גם: משפחת מנסור). הסירוב הוסבר במדיניותה של המועצה שלא למכור מינורים וכרטיסים למי שאינם תושביה למעט "מספר מוגבל של מינורים לתושבי צור יצחק וצופים" שילדיהם לומדים במוסדות החינוך של

היישוב. בעקבות זאת משפחת מנסור פנתה לאגודה לזכויות האזרח בישראל, היא המערערת 4, שהחלה בייצוגם ואף הפכה לבעלת דין בעצמה בהליך.

5. בתחילה פנו המערערים למנהלת של מרכז הספורט ולראש המועצה והלינו על החלטת הסירוב. בעקבות זאת נמסר להם כי החוק אינו אוסר על הפליה מחמת מקום מגורים וכי ההחלטה נועדה להקל על העומס הקיים במקום. ביום 13.8.2014 הגישו המערערים עתירה מינהלית לבית המשפט המחוזי, שבהמשך הועברה בהסכמת הצדדים למסלול של המרצת פתיחה (בהחלטה מיום 11.11.2014). המערערים עתרו למתן סעד הצהרתי שיורה כי מדיניות המשיבות המאפשרת לרכוש מינויים לבריכה רק לתושבי היישוב, היא בלתי חוקית בהיותה מפלה. המערערים הפנו בהקשר זה הן לחובת השוויון הכללית החלה על המועצה (מכוח היותה רשות ציבורית) ועל העמותה (בין מכוח היותה "זרוע ארוכה" של המועצה ובין בשל אפיונה כגוף "דו-מהותי" הנהנה מתמיכה ציבורית), והן לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה במקומות ציבוריים או החוק). כפי שיובהר, כאשר ההליך הוגש לא מנה החוק עילה של הפליה מחמת מקום מגורים.

6. בעיקרו של דבר, המערערים טענו כי החלטתה של העמותה מבוססת על קריטריון שלמעשה, גם אם לא להלכה, מפלה מטעמי לאום. המערערים טענו כי יש להטיל על המועצה את הנטל להסביר את הטעם למדיניותה, בהתחשב בכך שלשיטתם טענת העומס בבריכה אינה משקפת את מצב הדברים לאמיתו, ואף מעוררת תמיהה לנוכח הגירעון התקציבי של מרכז הספורט. כן הצביעו המערערים על כך שהיישובים הערביים בסביבה, שרבים מהם משתייכים לאשכולות חברתיים-כלכליים נמוכים, סובלים ממחסור בבריכות שחייה ובמרכזי ספורט פעילים. באופן ספציפי טענו המערערים כי טירה, עיר מגוריה של משפחת מנסור, מוגדרת על-ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה כמצויה ב"רמת פריפריאליות גבוהה", מדורגת באשכול החברתי-כלכלי השלישי (מתוך עשרה) והשכר הממוצע של שכירים בה נמוך משמעותית מהשכר הממוצע במשק (עומד על 5,000 שקלים). מנגד, נטען, כוכב יאיר צור יגאל הוא יישוב תזק מבחינה סוציו-אקונומית, מדורג באשכול החברתי-כלכלי התשיעי מתוך עשרה, השכר הממוצע בו גבוה משמעותית מהממוצע במשק (כ-13,000 שקלים) והוא מקבל תמיכה מהחברה למתנ"סים, כך שאין קושי להפעיל בו קאנטרי קלאב.

7. בנוסף, ומעבר לסוגית ההפליה, המערערים טענו כי סגירתו של מרכז הספורט בפני תושבי חוץ נעדרת סמכות. לשיטתם, מועצה מקומית אמנם מוסמכת לספק לתושביה

בלבד שירותים שונים שהיא אינה חייבת לספק לציבור הרחב, אך אין לה סמכות לייתר את המרחב הציבורי, ובכלל זאת מוסדות ושירותים ציבוריים שהיא מפעילה בו, רק לתושביה. בהמשך לכך טענו המערערים כי גם לגבי אותם חלקים במרחב הציבורי שהם קניינה של רשות מקומית, זו אינה יכולה לנהוג בצורה שרירותית אלא חייבת לפעול בהם למען הציבור הרחב בצורה שוויונית. המערערים הטעימו כי אף שעשויות להיות נסיבות אשר בהן הבחנה בין מי שהם תושבי הרשות למי שאינם כאלה עשויה להיות לגיטימית, לא כך באשר לעצם הגבלת השימוש במרחב או במתקן הציבורי. זאת, כך נטען, אף לא מטעמי עומס (ומבלי לגרוע מכך שלשיטתם טעמים כאמור ממילא לא התקיימו בנסיבות העניין), בשים לב לשיקולים שעניינם צדק חלוקתי.

8. המשיבות מצדן רחו את הטענות שהועלו כלפיהן. בין היתר הבהירו המשיבות כי מי שאינם מנויים אמנם אינם יכולים להיכנס לבריכה, אך יכולים להירשם לחוגים במקום, וכן ציינו שבין תושבי כוכב יאיר צור יגאל ישנם גם מי שאינם יהודים. בנוסף, שבו המשיבות על עמדתן כי חוק איסור הפליה במקומות ציבוריים אינו חל על הפליה מחמת מקום מגורים (וזאת, כאמור, בהתאם לנוסחו באותה עת). כן נטען כי העמותה היא גוף פרטי ולא דו-מהותי, כי היא אינה זרועה הביצועית של המועצה, וכי אין להחיל בעניינה את כללי המשפט הציבורי. בכל הנוגע לשוויון במרחב הציבורי נטען כי מרכז ספורט שונה במהותו מפארק ציבורי (המקרה שנבחן בעבר בפסיקתו של בית משפט זה, כמפורט להלן), תוך הדגשת השיקול של השפעת העומס, כמו גם את חשיבותו של שיקול של קהילתיות. עוד נטען כי מכל מקום ההחלטה נועדה לקדם תכלית ראויה ועשתה כן באופן מידתי.

9. בעוד ההליך תלוי ועומד, ביום 1.3.2017 עבר בכנסת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים (תיקון מס' 4), התשע"ז-2017 (להלן: תיקון מס' 4). זה הוסיף בחוק איסור הפליה במקומות ציבוריים, לצד עילות הפליה שכבר נמנו בו, את סעיף 3(א) האוסר על הפליה מחמת מקום מגורים, כפי שעוד יבואר בהמשך. יצוין כבר עתה כי בסעיף זה נקבע חריג לכלל שלפיו "לא יראו 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". חריג זה לא הופיע בהצעת החוק המקורית (הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים (תיקון – איסור הפליה מחמת מקום מגורים), התשע"ו-2015), אלא נוסף במהלך הדיונים בהצעת החוק, לקראת קריאה שנייה ושלישית, ועל כן היקף ההתייחסות אליו בדיונים אלה היה מצומצם. נציגת משרד המשפטים ציינה באחד הדיונים כי החריג נועד להבחנות שהוגדרו

"לגיטימיות" (ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 430 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-20, 5, 30 (6.2.2017)).

10. בעקבות תיקון מס' 4 התיר בית המשפט המחוזי למועצה לבחון מחדש את ההחלטה משנת 2014, שעמדה אז במוקד המרצת הפתיחה, ובעקבות זאת קיימה המועצה ביום 6.6.2017 דיון במליאתה שעניינו "שינוי מדיניות בעניין העתירה בנושא כניסה לבריכה". במהלך הדיון הודגש הצורך במתן שירות איכותי לתושבים וניתנה התייחסות לחריג לאיסור הפליה מחמת מקום מגורים שצוטט לעיל, שעניינו כאמור הבחנה בין מי שהם תושבי הרשות המקומית למי שאינם. בסופו של הדיון התקבלה החלטה שלפיה הרשמה כמנויים במרכז הספורט תתאפשר לתושבי היישוב בלבד (להלן: ההחלטה משנת 2017). יצוין כי מפסק דינו של בית המשפט המחוזי עולה כי מי שאינם תושבי היישוב אינם מנועים רק מרכישת מינויים, אלא אף אינם יכולים לרכוש כרטיסים לכניסה חד-פעמית או למספר כניסות למרכז הספורט (ראו פסקה 3 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי), ולכן הלכה למעשה משמעותה של ההחלטה היא כי לא תתאפשר כניסה למקום אלא לתושבי היישוב בלבד. הדבר עולה גם מפרוטוקול הדיון במועצה, שבו הוסבר כי "לאורך שנים קיימת מדיניות בנושא האפשרות לרכוש מנוי ולהיכנס לבריכה. המדיניות בשנים האחרונות היא שההרשמה היא רק לתושבי היישוב, והתוספה אפשרות להצטרף גם למשפחות מצור יצחק ומצופים אשר ילדיהם לומדים במערכת החינוך ביישוב" (ראו עמ' 3-4 לפרוטוקול הדיון מיום 6.6.2017).

11. ביום 11.7.2017 הודיעו המערערים כי הם עומדים על המשך הדיון בהליך. לשיטת המערערים, תיקון מס' 4 אך מחזק את טענותיהם מאחר שנקבע בו במפורש כי הפליה על בסיס מקום מגורים, כמו זו שכוונה כלפיהם, היא פסולה. המערערים עמדו על כך שהחלטת המשיבות אינה נופלת בגדר החריג שנקבע בחוק מארבעה טעמים: מאחר שמפעילת הבריכה היא עמותה ולא הרשות המקומית עצמה; מאחר שיש לפרש את החריג כחל על העדפה במתיר הניתן לתושבים מקומיים, להבדיל מאשר על מניעת שירות מתושבי חוץ; מאחר שיש לפרש את החריג כחל רק במצב שבו קיים עודף ביקוש מצד תושבים מקומיים; וכן מאחר שהחלטת המשיבות אינה מאזנת בצורה סבירה את האינטרס הקהילתי אל מול האינטרס הציבורי הכללי. המערערים סמכו את ידיהם, בין היתר, על הדיונים שנערכו בתיקון מס' 4 בהליכי החקיקה בכנסת, והטעימו כי תכליתו היא שימור המצב הקיים ולא שינויו. לשיטתם קבלת פרשנות שלפיה תיקון מס' 4 מאפשר לאסור כניסתם של מי שאינם תושבים באופן גורף, אינה מידתית.

12. המשיבות מצדן טענו כי בכל הנוגע להחלטה משנת 2014 יש לבחון את החוק שהיה בתוקף בעת ההיא, דהיינו מבלי להתייחס לעילה של הפליה מחמת מקום מגורים.

מכל מקום, נטען כי מדיניותן החדשה עומדת בדרישות החוק – הן לנוכח החריג שנקבע בו לצד העילה של הפליה מחמת מקום מגורים, והן בשים לב להוראת סעיף 146 לצו המועצות המקומיות, התשי"א-1950 הקובעת כי המועצה המקומית מוסמכת לדאוג בין היתר לענייניהם הכלכליים, החברתיים והתרבותיים של תושביה. המשיבות אף חזרו והטעו כי מדיניותן גובעת הן משיקולים של עומס וצפיפות והן משיקולים הנוגעים לשמירת הצביון הקהילתי של היישוב.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

13. ביום 19.9.2017 בית המשפט המחוזי (ה"פ 14-08-18716, השופט ע' גרוסקופף) דחה את עיקר טענותיהם של המערערים ביחס לפסלותה של המדיניות, בכפוף לכך שהיא תסויג בחריג מוגבל בהיקפו שעניינו מכסת מנויים בהיקף של 10% גם לתושבי חוץ.

14. בפתח הדברים בית המשפט המחוזי הבהיר כי בשים לב לסעד ההצהרתי שהתבקש בהמרת הפתיחה, אשר צופה פני עתיד, יש לבחון את המדיניות העדכנית של המועצה כפי שזו נקבעה לאחר תיקון מס' 4, בהחלטה משנת 2017. לאחר מכן פנה בית המשפט המחוזי לבחון את טענותיהם של המערערים להפליה מחמת לאום ומחמת מקום מגורים, תוך התייחסות להוראותיו של חוק איסור הפליה במקומות ציבוריים, ובכלל זה למשמעותו של תיקון מס' 4.

15. בהתייחס לטענה כי ההחלטה שהתקבלה עולה כדי הפליה מטעמי לאום, קבע בית המשפט המחוזי כי לא הונח בפניו בסיס ראיתי מספק לקביעה כי זו התקיימה. בית המשפט המחוזי ציין כי הגם שלהחלטה האמורה יש אפקט תוצאתי מפלה כלפי ערבים, בהינתן שתושבי כוכב יאיר צור יגאל הם יהודים, לא ניתן לייחס למשיבות כוונה להפלות מחמת לאום להבדיל מרצון לפעול לטובתם של תושבי היישוב. בית המשפט המחוזי הטעים כי יש מקום לבחון את יסוד הכוונה בשים לב להפרדה הקיימת בדפוסי המגורים בישראל – על מנת למנוע מצב שבו רשות מקומית המעדיפה את תושביה תיחשב למפלה על בסיס לאום. בהתאם לכך סבר בית המשפט המחוזי כי אין מקום להעביר את הנטל למשיבות להוכיח כי לא הפלו את משפחת מנסור, תוך היפוכה של חזקת התקינות המינהלית. בית המשפט המחוזי קבע כי המערערים תמכו את הטענה האמורה בתשתית המבוססת על דברים שנאמרו בישיבותיה של המועצה בשנת 2010, כמו גם על ההחלטה משנת 2014 שלפיה הרישום לבריכה יתאפשר גם לבני יישובים שכנים שתושביהם יהודים. לתשתית זו, כך נקבע, יש פנים לכאן ולכאן, אלא שהיא אינה רלוונטית להליך – בשונה מהתשתית הנוגעת להחלטה משנת 2017. בית המשפט המחוזי קבע כי זו

מלמדת שהשיקול המרכזי העולה מהדיון שקדם לקבלת ההחלטה הוא הבטחת רמת השירות לתושבי היישוב ואין בה אזכור למניעים פסולים. לשיטת בית המשפט המחוזי, יהיה זה מרחיק לכת לייחס למשיבות כוונה מפלה על בסיס דברים לא ראויים שנאמרו מספר שנים קודם לכן, בשים לב לכך שההחלטה הערכנית משנת 2017 התקבלה פה אחד.

16. לעומת זאת, בית המשפט המחוזי קיבל את הטענה של הפליה אסורה מטעמים של מקום מגורים לפי חוק איסור הפליה במקומות ציבוריים, אך זאת באופן מוגבל. בפתח הדברים עמד בית המשפט המחוזי על שלוש התכליות העומדות לשיטתו בבסיס תיקון מס' 4: החשש מפני שימוש בהבחנה על בסיס מקום מגורים על מנת לנקוט עמדה שלילית כלפי בחירתו של אדם באותו מקום מגורים; החשש מפני שימוש בהבחנה זו כתחליף להפליה מטעם פסול אחר דוגמת לאום או דת; וכן החשש מפני הפליה על בסיס סוציו-אקונומי.

17. על בסיס פרשנות זו בית המשפט המחוזי פנה לבחון את ההחלטה משנת 2017, כמפורט להלן.

18. ראשית, דחה בית המשפט המחוזי את הטענה שהוראת החרג אינה חלה בעניינו של מרכז הספורט מאחר שהוא אינו מופעל על-ידי הרשות המקומית עצמה. בית המשפט המחוזי קבע בהקשר זה כי המועצה היא בעלת המקרקעין של מרכז הספורט ובעלת השליטה בעמותה, ולכן ההחלטה משנת 2017 היא למעשה החלטה של המועצה שהעמותה פועלת כגורם ביצועי שלה. שנית, קבע בית המשפט המחוזי כי באופן עקרוני תיקון מס' 4 אינו מונע מרשות מקומית להגביל שימוש במתקן עירוני מסוים לטובת תושביה, לרבות באמצעות סגירתו בפני תושבי חוץ. זאת, בשים לב לכך שהמחוקק הכיר באחריותן של רשויות מקומיות כלפי תושביהן, כמו גם לעובדה שפעולתן ממומנת בחלקה באמצעות כספי ארנונה ואגרות שאלה משלמים. בית המשפט המחוזי ציין כי הצורך לאזן בין שיקולים נוגדים אלה עוגן בפסיקה עוד לפני תיקון מס' 4, והפנה אגב כך לבג"ץ 8676/00 אדס טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' עיריית רעננה, פ"ד נט(2) 2010 (2004) (להלן: עניין פארק רעננה) שהכיר באפשרות להבחין בין תושבים ללא-תושבים לצורך גבייה של דמי כניסה לפארק עירוני, כמו גם לתיקון שנעשה בפקודת העיריות [נוסח חדש] (להלן: פקודת העיריות) בעקבותיו, כפי שעוד יפורט בהמשך. בית המשפט המחוזי קבע כי מאחר שהחקיקה והפסיקה לא הגבילו את הדרכים שבהן רשאית רשות להעדיף את תושביה, אין מקום לעשות כן באמצעות פרשנות מצמצמת של החרג הקבוע בתיקון מס' 4. בהמשך לכך נקבע כי הרשות המקומית רשאית לקיים העדפה כזו

לא רק מטעמי "עודף ביקוש", כי אם גם בשל שימור תחושה של "קהילתיות". בית המשפט המחוזי הטעים כי מרכז הספורט הוא משאב ציבורי מתכלה במונח זה שכל משתמש מעבר למספר מסוים גורע מהנאתם של משתמשים אחרים ממנו, ומכאן שכאשר רשות מקומית מחויבת בראש ובראשונה כלפי תושביה היא רשאית להגביל את מספר המנויים בהתאם לקיבולת של המתקנים.

19. עם זאת, בסופו של דבר, בית המשפט המחוזי קבע כי בנסיבות העניין שלילת כניסתם של תושבי חוץ באופן גורף איננה מידתית. בית המשפט המחוזי הסביר כי מבחינת התכלית הקהילתית לא נדרשת הגבלה כה גורפת על כניסתם של תושבי חוץ, וכי בשים לב למדיניות הקודמת שנהגה במרכז הספורט דומה שהמשיבות עצמן אינן סבורות שהדבר הכרחי. בית המשפט המחוזי הבהיר בהקשר זה כי שאלת האיזון בין השיקולים המצדיקים העדפה של תושבים מקומיים לבין התכליות של חוק איסור הפליה במקומות ציבוריים נגזרת מאופי היישוב העומד לבחינה וממהות השירות שבו מדובר. כך, קבע בית המשפט המחוזי כי כוכב יאיר צור יגאל הוא יישוב קהילתי גדול שבו האינטרס של חיי קהילה אינו כבד משקל כמו ביישובים קטנים יותר, אך גם אינו זניח כמו בעיר גדולה. מנגד, עמד בית המשפט המחוזי על כך שעבור החפצים בכך בריכת שחייה היא שירות חשוב, ולכן יש לחתור לאימוצו של אמצעי שפגיעתו פחותה.

20. לנוכח האמור, בית המשפט המחוזי קבע כי יש מקום להחלטה שתהיה מידתית יותר, ובהתאם לכך הורה למשיבות לאפשר מכירת מינויים לתושבי חוץ בהיקף של עשרה אחוז מן המנויים לכל הפחות. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי נקודת המוצא היא שתנאי הרישום של מנויי החוץ יהיו זהים לתנאי הרישום שיוצעו לתושבי היישוב, בכפוף לקבלת החלטה, על בסיס חוות דעת כלכלית, כי המחיר שיוצע למנויי החוץ יהיה גבוה יותר בסכום המשקף את השתתפותם של תושבי היישוב במימון הבריכה. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי ככלל במכירת מינויים לתושבי חוץ לא תינתן עדיפות לפי מקום מגורים או כל קריטריון אחר, אך תושבי חוץ שהיו מנויים בשנת הפעילות הקודמת יקבלו עדיפות ברכישת מינוי באמצעות מכירה מוקדמת. בית המשפט המחוזי העיר כי פתרון מידתי אפשרי נוסף הוא הגדרה מראש של מספר מינויים מקסימלי על-ידי המשיבות כך שבשלב הראשון המכירה תוצע לתושבי היישוב בלבד, ואילו בשלב השני, ככל שלא יהיו די נרשמים – המכירה תורחב גם לתושבי חוץ. פתרון זה נדחה על-ידי המשיבות, ובית המשפט המחוזי ציין כי לא יכפה אותו עליהן אך כי הן יהיו רשאיות לאמצו בעתיד.

21. המערערים משיגים על כל מרכיביו של פסק דינו של בית המשפט המחוזי. בעיקרו של דבר, המערערים טוענים כי בנסיבות העניין היה מקום להכיר בכך שהחלטה המגבילה את מכירת הימנויים והכרטיסים לתושבי היישוב מבוססת על טעמים מפלים. לשיטת המערערים, מאחר שקשה להוכיח הפליה שעניינה "דברים שבלב", בהתחשב בהיסטוריה של הדיונים בנושא שבהם הייתה התייחסות למוצאם של המבקרים במקום, וכן בשל האפקט התוצאתי המפלה של החלטה – היה מקום להעביר במקרה דנן את הנטל למשיבות להוכיח כי לא חטאו בהפליה. בהקשר זה המערערים טוענים כי לא היה מקום להפריד באופן "מלאכותי" בין החלטה שהתקבלה בשנת 2017 לבין החלטות שקדמו לה, מאחר שמדובר במסכת עובדתית מתמשכת אחת שהצדיקה, למצער, להעביר את נטל ההוכחה לכתפיהן של המשיבות. לשיטת המערערים, ניסיון החיים מלמד כי אין לצפות לחשיפתם של טעמים פסולים בדיון שבו מתקבלת החלטה חדשה על רקעו של הליך משפטי תלוי ועומד.

22. המערערים מוסיפים כי בית המשפט המחוזי שגה כאשר ייחס משקל מוגבר לחריג הקבוע בסעיף 3(א1) בחוק איסור הפליה במקומות ציבוריים, ובכך רוקן מתוכן את האפשרות למנוע הפליה מחמת מקום מגורים. לשיטת המערערים, השיקולים שבית המשפט המחוזי תיאר ככאלה שעמדו בבסיס החלטתן של המשיבות, ובהם הרצון לחזק את תחושת הקהילתיות בקרב חברי היישוב, אינם לגיטימיים ככל שמדובר בהדרה מוחלטת של תושבי חוץ. המערערים שבים על טענתם שלפיה העדפה של תושבי הרשות המקומית יכולה להיות מוצדקת כאשר היא נעשית במתכונת של העדפה במחיר, להבדיל מהעדפה שעניינה מניעת נגישות למקומות ציבוריים. לחלופין, המערערים טוענים כי ממילא החלטה משנת 2017 התקבלה על-ידי הנהלת העמותה, שהיא לא רשות מקומית, ועל כן החריג הקבוע בחוק איסור הפליה במקומות ציבוריים אינו חל עליה.

23. מנגד, המשיבות סומכות את ידיהן על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, מציינות כי חיובן לאפשר רישום של תושבי חוץ בהיקף של 10% מן המנויים מקובל עליהן, ומדגישות כי בעת הזו ישנם מגויים במרכז הספורט מקלנסואה וטירה (אם כי לא משפחת מנסור שבחרה שלא להירשם). כן מדגישות המשיבות כי החלטה העדכנית משנת 2017 שבה יש להתמקד אינה מגלמת הפליה. המשיבות מציינות כי הכרעתו של בית המשפט המחוזי היא עובדתית ואין מקום להתערב בשלב הערעור בממצאיו. כן נטען כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי אינו מלמד כי המדיניות שנהגה קודם לתיקון מס' 4 הייתה מפלה. עוד מדגישות המשיבות כי אז כמו היום ישנן פעילויות רבות ומגוונות במרכז הספורט שההרשמה להן פתוחה לקהל הרחב, לרבות חוגי שחייה.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה והתגובות לה

24. הדיון בטענות הצדדים התקיים בפנינו ביום 3.2.2020. הצדדים חזרו וחידדו בו את עמדותיהם. הדיון הדגיש כי בין הצדדים ניטשת מחלוקת עובדתית ביחס לקיומו של מניע פסול ביסוד ההחלטה משנת 2017. נוסף על כך, הם לא ראו עין בעין זה עם זה גם בשאלה העקרונית של העדפת תושבי המקום במתכונת של אי-מתן שירות לתושבים של רשויות סמוכות.

25. בשל ההיבטים הרחבים של ההליך, בתום הדיון הורינו ליועץ המשפטי לממשלה לעדכן האם הוא מוצא לנכון להגיש עמדה מטעמו בכל הנוגע "להבהרת ההיבטים העקרוניים והשלכותיהם ביחס לשימוש במתקנים דומים ברשויות אחרות". היועץ המשפטי לממשלה בחר לעשות כן ועמדה מטעמו הוגשה בסופו של דבר ביום 26.8.2020.

26. בקליפת אגוז, היועץ המשפטי לממשלה הציג בכלליות את העמדה העקרונית הבאה:

"נקודת המוצא לדיון בסוגיה זו היא, שעל המרחבים והמקומות הציבוריים להיות פתוחים לשימוש הכלל, בין אם מדובר בתושבי הרשות המקומית ובין אם לאו. זו ברירת המחדל. לרשות המקומית יש סמכות לסטות מנקודת מוצא זו, אך זאת בכפוף למבחני סבירות ומידתיות" (פסקה 38 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה).

וכעת לפרטים.

27. בפתח הדברים מציין היועץ המשפטי לממשלה את המובן מאליו למעשה, והוא קיומו של איסור להפלות מטעם טבוע פסול, כדוגמת גזע, דת, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית וכולי. ברוח זו, היועץ המשפטי לממשלה מטעים כי במישור העקרוני, במסגרת בחינת החלטה הנוגעת לשימוש במרחב הציבורי יש להתחשב, בין השאר, בנסיבות שעלולות להעיד על כך שעומדת בבסיסה הפליה פסולה.

28. בהמשך לכך, היועץ המשפטי לממשלה מוסיף ומבהיר כי התכלית העומדת בבסיסו של החריג שנקבע בסעיף 3(א1) לחוק איסור הפליה במקומות ציבוריים היא מתן אפשרות לרשות מקומית להעדיף את תושביה על פני מי שאינם כאלה, במידה הנדרשת

להפעלת סמכויותיה ובכפוף למבחני המידתיות והסבירות. לצורך כך, היועץ המשפטי לממשלה מציין מספר שיקולים שעל הרשות המקומית להביא בחשבון, כמפורט להלן.

29. "ייחודיות הרשות המקומית או ביטוי מובהק לקהילתיות" – בהקשר זה נטען כי יש לבחון "האם ניתן להצביע על מאפיינים ייחודיים לרשות המקומית או לשירות המוצע". כן צוין כי כאינדיקציה לייחודיות עשויים לשמש גודלו של היישוב מבחינת מספר התושבים המתגוררים בו ו"אופיו" (מונח שלא בואר).

30. "עד כמה השירות הוא בבחינת משאב ציבורי מוגבל או האם השירות הוא בבחינת משאב מתכלה" – כאן השאלה היא "אם מדובר במשאב ציבורי אשר הגברת השימוש בו (או הכניסה אליו) פוגמת בהנאת השימוש בו, או שישנם נתונים על כך שהשירות הוא משאב במחסור ושלמעשה ישנה הגבלה מקסימלית על מספר הפרטים שיכולים ליהנות ממנו במקביל".

31. "עד כמה השירות מטיל על הרשות המקומית עלויות המסובסדות על-ידי הרשות עצמה, אשר אינן עשויות להיות מכוסות במסגרת תשלום למקום" – שיקול זה מכוון לתמיכה העקיפה של הרשות המקומית בשירותים הניתנים.

32. "עד כמה השירות הוא בסיסי להבדיל משירות מיוחד" – בקשר לכך הוסבר כי "ככל שהשירות נתפס כבסיסי יותר, כמו גן ציבורי – הדעת תיטה שהוא יוקנה באופן שוויוני, הן לתושבי הרשות והן למי שאינם תושביה".

33. "השאלה עד כמה השירות זמין ברשויות מקומיות שכנות" – דברים אלה אמורים בהיבט של "ראייה תכנונית מרחבית" בהתייחס לחוסר היעילות הכרוך בהצעת אותם שירותים על-ידי כל הרשויות באזור.

34. באשר לאופן עריכת האיזון נטען כי לצורך קבלת החלטה סבירה ומידתית "על הרשות יהיה לקבל החלטה בנוגע לאופן בו תתבטא ההערפה", ובהקשר זה לבחון "האם ניתן בנסיבות אותו המקרה להסתפק בכך שתינתן קדימות או הנחה לתושבי המקום על פני מי שאינם תושבים", וככל שהדבר נדרש לבחון "באיזו מידה יש להגביל את הכניסה למקום או את קבלת השירות".

35. ביום 26.8.2020 ניתנה החלטה שהורתה לצדדים להגיב לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ככל שיחפצו.

36. ביום 21.10.2020 הגישו המשיבות השלמת טיעון מטעמן בשים לב לעמדת היועץ המשפטי לממשלה. בעיקרו של דבר המשיבות טוענות כי יש לפרש את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה כאישור לכך שלא נפל פגם בהחלטה משנת 2017. המשיבות מוסיפות וטוענות כי השיקולים המנחים שהציג היועץ המשפטי לממשלה ביחס לגבולות ההעדפה של תושבים מקומיים במתן שירותים או בהפעלת מקום ציבורי מחזקים את מסקנתו של בית המשפט המחוזי. בתוך כך הטעו המשיבות כי כוכב יאיר צור יגאל היא רשות מקומית קטנה המאופיינת בקהילתיות חזקה שמרכז הספורט משמש מקום מרכזי למימושה. בהקשר זה אף הוטעם כי להבדיל מפארק עירוני רחב ידיים, בריכת שחייה היא מתחם סגור, כי השירות שניתן במסגרתה כולל בין היתר חדר כושר ומתקני ג'קוזי שעונים על ההגדרה של "שירות מיוחד" (ראו לעיל פסקה 32), וכי אין מקום להשוואה בהקשר זה בין יישוב קטן לעירייה גדולה.

37. מנגד, בהשלמת הטיעון מטעמם מיום 22.10.2020 הציגו המערערים עמדה אחרת. ראשית, קובלים המערערים על כך שנקודת המוצא שהביע היועץ המשפטי לממשלה היא כי ההחלטה משנת 2017 ניתנה על-ידי רשות מקומית, הגם שהלכה למעשה היא התקבלה בידי העמותה. בנסיבות אלה, נטען, ההחלטה אינה יכולה להיות מוגנת מכוח החריג שנקבע בתיקון מס' 4. שנית, נטען כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה מתעלמת מן העובדה שהדיון נסב על ההקשר הייחודי של דיני איסור הפליה שבהם יש מקום להעברת נטל ההוכחה בנסיבות המתוארות. שלישית, המערערים מוסיפים וטוענים כי יישום גישתו של היועץ המשפטי לממשלה צריכה להוביל לפסילת ההחלטה משנת 2017, וזאת מאחר שהחריג שנקבע בתיקון מס' 4 לא נועד להכשיר אפליה כפי שאירע במקרה זה, כי אם לאפשר העדפות שהוכרו אף קודם כחוקיות בבחינת שימור של מצב קיים. רביעית, המערערים אף לא רואים עין בעין עם היועץ המשפטי לממשלה בכל הנוגע לשיקולים שנמנו על-ידו. כך למשל, הם סבורים כי שיקול הקהילתיות אינו צריך לקבל משקל בין היתר בשים לב לאופיים ההומוגני של היישובים המבקשים להיתלות בכך, ומכל מקום טוענים כי כוכב יאיר צור יגאל איננו יישוב קהילתי קטן אלא מתפקד בפועל כפרבר עירוני לאוכלוסייה מבוססת, וכי לא הונחה כל תשתית ביחס לפגיעה בתחושת הקהילתיות כתוצאה מכך שתושבים שאינם בני המקום רכשו בו מינוי. חמישית, בכל הנוגע לטיבו של המשאב הציבורי – מוגבל או מתכלה – נטען כי העמדה לא מפרטת די הצורך את כוונתה ביחס לכך, וכי מכל מקום ברי כי הגם שמצבים של מצוקת מקום או עודף ביקוש יכולים להצדיק הערפה כזו או אחרת, אין די באי-נוחות גרידא של תושבי המקום. כך למשל המערערים מטעימים כי הגבלת חניה לתושבי היישוב על רקע מצוקה של מקומות חניה היא חוקית כל עוד לא נחסמת לחלוטין הדרך לחניה של אורחים הבאים

מחוץ לעיר. אם כן, לעמדת המערערים, כאשר רשות מקומית מפעילה מקום ציבורי – בחינם או בתשלום – עליה להבטיח נגישות של כלל הציבור אליו, אם כי היא רשאית לסבסד את תושביה (מה שיכול להשליך את שאלת התעריף שיחובו בו תושבי חוץ).

דיון והכרעה

38. הגיעה אפוא עת הכרעה. לצורך כך אפתח בהצגתן של מערכות הדינים החלות על ענייננו, המשלבות בין המשפט הפרטי והמשפט הציבורי. בהמשך לכך, אבחן את יישומן הראוי בנסיבות העניין.

המסגרת הנורמטיבית

39. השאלה שבה יש לפתוח היא: איזו מערכת דינים תוסה על הדיון? האם את טענת ההפליה שהעלו המערערים היה מקום לבחון על-פי העקרונות הכלליים של המשפט הציבורי שנוגעים לזכות לשוויון ולהגנה עליה או שמא על-פי חוק איסור הפליה במקומות ציבוריים? השאלה מתעוררת מאחר שהגוף אשר נגדו הועלו הטענות, מרכז הספורט של הרשות המקומית, בהיותו גוף דו-מהותי, כפוף לכאורה לעקרונותיו של המשפט הציבורי, מחד גיסא, וכן – בשים לב לטיב השירות שהוא מספק – חל עליו חוק איסור הפליה במקומות ציבוריים, מאידך גיסא. במובן זה, הוא כפוף לתחולה כפולה ומכופלת של דרישות שוויון.

40. אם כן, הדיון אינו מתמצה בחוק איסור הפליה במקומות ציבוריים. עם זאת, בשל המרכזיות שהייתה לטענות שהתבססו על חלק מהוראותיו ראוי להביא אותן כבר כלשונן. סעיף 3(א) לחוק אוסר על הפליה "מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם" (ההדגשה הוספה). על כך, מוסיף סעיף 3(א1) לחוק, שהוסף בו בהמשך הדרך, בזו הלשון:

"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" (ההדגשות הוספו גם כאן).

41. ניתן לתהות: האם יש משמעות להבחנה בין טענות ההפליה שהועלו מכוח עקרונות המשפט הציבורי לבין טענות ההפליה שהתבססו על החוק הספציפי? לכאורה, אלה ואלה גם יחד "מושכות" לעבר קוטב השוויון. עם זאת, ההבחנה היא חשובה, ולא רק מטעמים של ניקיון מושגי. ראשית, יש מקום לטענה שחובת השוויון שנושאים בה גופים ציבוריים, ובכללם גופים דו-מהותיים, משתרעת לעתים מעבר לחובה ה"בסיסית" יותר שהוטלה על מכלול רחב של גופים פרטיים בחוק איסור הפליה במקומות ציבוריים (להרחבה, ראו: דפנה ברק-ארז "תאגידים ציבוריים" עיוני משפט יט 273 (1995); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 507-449 (2013) (להלן: ברק-ארז, משפט מינהלי כלכלי); אסף הראל גופים ונושאי משרה דו-מהותיים 259-255 (מהדורה שנייה, 2019)). שנית, הלכה למעשה, הגם שהצדדים התמקדו ככלל בטענות שעניינן חוק איסור הפליה במקומות ציבוריים, מדי פעם הם "סטו" לעבר דיון המתחשב במעמד הציבורי של מרכז הספורט. שלישית, במקרה מיוחד זה, התריג שחל על העילה של איסור הפליה מחמת מקום מגורים, כפי שנקבע בחוק, כולל "הוראת הפנייה" לדיני הרשויות המקומיות, ובכך יוצר קשר בין שני המישורים: ה"אסור" בדיני הרשויות המקומיות אינו הופך מותר בחוק איסור הפליה במקומות ציבוריים, ולהיפך. אם כן, על מנת להכריע אם רשות מקומית פעלה כדין אם לאו, יש לבחון אם היא עשתה כן "במידה הנדרשת לביצוע תפקידיה או להפעלת סמכויותיה", ולשם כך ברי כי נדרשת צלילה למכלול החובות החלות עליה, כמו גם לאינטרסים השונים הנוגעים לה.

42. כידוע, כל רשות מינהלית, ובכלל זאת כל רשות מקומית, חייבת לנהוג בשוויון. כך היה מאז ומתמיד מכוח עקרונות היסוד של המשפט הציבורי בישראל, וכך אף ביתר שאת כיום גם מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו למשל: בג"ץ 6698/95 קעטאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 276 (2000); בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פ"ד סד(1) 820 (2010). להרחבה, ראו גם: אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 688-690 (2014); ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" משפט ומחשל יז 63 (2016)). במלים אחרות, על הרשות המקומית חל איסור הפלות, ולא כל שכן מטעמי גזע ולאום, ללא קשר לסוגיית היקף הפריסה של חוק איסור הפליה במקומות ציבוריים. זאת ועוד: איסור זה חל גם על עמותה הקשורה ברשות המקומית ככל שמעמדה הוא של גוף דו-מהותי (ראו: בג"ץ 731/86 מיקרו-דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449 (1987); ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים בע"מ, פ"ד מט(3) 196, 208 (1995) (להלן: עניין און); עע"ם 7151/04 הטכניון – מכון טכנולוגי לישראל נ' דץ, פ"ד נט(6) 433 (2005); ע"א 294/91 חברת קדישא

גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מז(2) 464, 484 (1992) (להלן: עניין קסטנבאום)).

43. אם כן, מגקודת מבט היסטורית, עד שנת 2000 הדיון במקרים מסוג זה היה מוגבל במידה רבה ל"שכבה" אחת של שוויון – זו שנטועה במשפט הציבורי – הן בהתייחס לעילה של הפליה מטעמי לאום והן בהתייחס לזו של הפליה מחמת מקום מגורים. החובה לנהוג בשוויון הופנתה, בהעדר חקיקה ספציפית, כלפי רשויות ציבוריות וגופים דו-מהותיים הפועלים לצדן. בהמשך, נוסף למארג החקיקתי של מדינת ישראל חוק איסור הפליה במקומות ציבוריים, שהחיל את דרישת השוויון גם על גופים פרטיים, שמתקיים בפעילותם ממד ציבורי (כמפורט בחוק). גם כאן ההתקדמות לא הייתה ב"פעימה" אחת. העילה של הפליה מחמת לאום עוגנה בחוק כבר מראשיתו. לעומת זאת, כפי שהוסבר, העילה של הפליה מחמת מקום מגורים נוספה לחוק רק בשנת 2017.

44. אם כך, הגם שהדיון בבית המשפט המחוזי התמקד במידה רבה בחוק איסור הפליה במקומות ציבוריים, דומה שאין מוצא מפריסת מסכת השוויון במלואה – הן על-פי עקרונות המשפט הציבורי הכלליים והן על-פי חוק זה.

45. במאמר מוסגר אוסיף כי המרכזיות שקיבל חוק איסור הפליה במקומות ציבוריים במקרה זה הושפעה, כך ניתן לשער, מהעברת הדיון מן המסלול של עתירה מינהלית למסלול של המרצת פתיחה בהליך אזרחי. אולם, חשוב להדגיש כי למעשה המסלול הדיוני לא היה אמור להכתיב מיקוד נורמטיבי זה. גם בבית המשפט האזרחי מוסיפים לחול מלוא עקרונותיו של המשפט הציבורי, מכוח העיקרון של דואליות נורמטיבית (ראו למשל: בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 745 (1980). להרחבה, ראו: דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות גומלין" משפט וממשל ה' 95, 97-99 (2000)). ואמנם, לאורך השנים הוחלה על גופים דו-מהותיים חובת השוויון אף בהליכים שהתנהלו בבתי משפט אזרחיים (ראו למשל: עניין קסטנבאום; בג"ץ 4212/91 המוסד החינוכי הממלכתי דתי העל-יסודי לבנות בית רבקה נ' הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, פ"ד מז(2) 661, 676 (1993); עניין און).

46. בנתון להבהרה זו, בשלב זה אפנה לבחינתן של שתי טענות ההפליה שהועלו בפני בית המשפט המחוזי ובפנינו – זאת שעניינה הפליה מחמת מקום מגורים וזאת שעניינה הפליה מחמת לאום. אקדים ואבהיר כי אף אני סבורה שבמקרה זה המשיבות הפרו את חובת השוויון בכל הנוגע לתושבי חוץ, אך כי לא הוכחה עילת ההפליה מטעמי לאום. עם זאת, אני סבורה שהיקפו של החריג החל על העדפת תושבים מקומיים אמור

להיות צר מכפי ששרטט בית המשפט המחוזי. כמו כן, הגם שאף אני סבורה שלא הוכחה די צרכה הטענה של הפליה מטעמי לאום, אני מבקשת להטעים כי לשיטתי מסקנה זו תלויה יותר על בלימה, ומכל מקום אינה מותנית בכך שלא הוכחה "כוונה" להפלות. אפרט את טעמי אלה – ראשון ראשון, ואחרון אחרון.

שאלה ראשונה: הפליה מתמת מקום מגורים?

47. על מנת להשיב על השאלה האם בפנינו הפליה מחמת מקום מגורים או העדפה לגיטימית מצד הרשות המקומית, על זרועותיה השונות, ביחס לתושבים מקומיים, יש לפתוח בהצגת סמכויותיה וחובותיה של הרשות המקומית על-פי הדין.

דיני השלטון המקומי: על קניין ציבורי וצדק חלוקתי בניהול משאבים

48. רשות מקומית היא רשות מינהלית. ככזו היא נושאת בחובות הכלליות החלות על רשויות מינהליות, ובהן חובת השוויון. אולם, הרשות המקומית היא גם בעלת ייחוד בהשוואה לרשויות מינהליות אחרות, מאחר שכשמה כן היא – מקומית. "מקומיותה" מאבחנת אותה מכלל הרשויות המינהליות האחרות הן מבחינת התיחום הגיאוגרפי של פעולותיה והן מבחינת ההתייחסות המיוחדת שבה היא חייבת לעתים כלפי תושביה (להרחבה, ראו: ישי בלנק "מקומו של המקומי: משפט השלטון המקומי, ביזור ואי-שוויון בישראל" משפטים לד' 197 (2004)). התוצאה היא שהרשות המקומית נושאת בחובות כלליות כלפי כלל האזרחים והמבקרים הפוקדים אותה, ובצד זאת נושאת גם בחובות מיוחדות כלפי תושביה, באופן שעשוי להעמיד אותה במקרים מסוימים במצב של חובות נוגדות או אף נאמנות כפולה.

49. המקומיות של הרשות המקומית מוצאת את ביטויה בדין הנוהג בכמה מישורים. ראשית, במקרה הרגיל על הרשות המקומית לפעול בתחום הגיאוגרפי שלה, בכפוף לחריגים (ראו סעיף 233 לפקודת העיריות, וכן: בג"ץ 2838/95 גרינברג נ' המועצה המקומית קצרון, פ"ד נג' (1) (1997); בג"ץ 10104/04 שלום עכשיו שעל מפעלים הינוכיים נ' הממונה על היישובים היהודיים ביהודה ושומרון, פ"ד סא(2) 94, (2006); עע"ם 1777/14 חן המקום בע"מ נ' עיריית קרית אנונו (16.6.2016) (להלן: עניין חן המקום); עע"ם 2134/18 עארף נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז חיפה (28.1.2020)). שנית, מהחקיקה שמסדירה את פעילותן של הרשויות המקומיות עולה – בין במפורש ובין במשתמע – כי הן אמורות לשוות נגד עיניהן, קודם כול, את טובת תושביהן. פקודת העיריות אינה מורה על כך במפורש, אך הדברים עולים מן המארג הכולל של החקיקה

הנוגעת לשלטון המקומי. כך למשל, סעיף 146 לצו המועצות המקומיות, התשי"א-1950 מונה בין סמכויותיה של המועצה המקומית את הסמכות "לדאוג לפיתוח תחום המועצה, לשיפורו ולקידום עניניהם הכלכליים, הסוציאליים, החברתיים והתרבותיים של תושביו או של חלק מהם". בדומה לכך, בהתייחס למועצות אזוריות, סעיף 63 לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי"ח-1958 קובע כי "המועצה מוסמכת, בשים לב להוראות השר ובמידה שאין בכך משום סתירה לכל דין, לטפל ולפעול בכל עניין הנוגע לציבור בתחום המועצה, ובכלל זה...: (2) להקים ולקיים ולנהל שירותים, מפעלים ומוסדות שהם, לדעת המועצה לתועלת הציבור; (3) לדאוג לפיתוח תחום המועצה ושיפורו ולקידום הענינים הכלכליים, החברתיים, התרבותיים והחינוכיים, של תושביו או של כל אחד מהם..." (ראו עוד: שלום זינגר דיני שלטון מקומי – הווה ועתיד 141-142 (2013)). ביטוי נוסף לכך ניתן למצוא בדברי חקיקה ספציפיים המסדירים תחומי פעילות שונים, כדוגמת הרישום למוסדות חינוך (ראו למשל: סעיף 3 לחוק לימוד חובה, התש"ט-1949 וסעיפים 20-21 לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953).

50. לצד המקומיות, הרשות המקומית היא חלק מן המארג הכללי של הרשויות השלטוניות. תחום הרשות הוא פתוח לכול, ומוזמנים לבוא בשעריו אף מי שאינם תושבים, ובכללם אנשים שיש להם זיקות משמעותיות לרשות המקומית (בעלי עסקים, בעלי רכוש ועוד. ראו: עניין חן המקום, בפסקה 43 לפסק דיני). על כן, בהעדר התנגשות עם החובות המיוחדות שחלות עליה בתוקף מקומיותה הרשות אמורה לנהוג בכל אלה בהתאם למעמדה כרשות מינהלית.

51. המתח המסוים שקיים בין מטרותיו ה"מקומיות" של השלטון המקומי לבין השתלבותו במערך המדינתי, בשים לאינטרס הציבורי הרחב, מוכר לא רק במשפט הישראלי. זהו מתח טבוע בפעילותו של השלטון המקומי. כל פעולה המעדיפה את תושבי המקום היא גם פעולה שפוגעת במוכן מסוים בהזדמנויות הפתוחות בפני מי שאינם תושביו. בארצות הברית, למשל, הסוגיה של העדפה מקומית זכתה להסדרה חוקתית בכל הנוגע למערכות היחסים בין המדינות שונות. החוקה האמריקנית קובעת כי במישור העקרוני חל על המדינות איסור להפלות תושבים של מדינות אחרות בכל הנוגע ל"פריבילגיות" ו"חסיוניות" (Article IV, Section 2, Clause 1, המכונה גם Privileges and Immunities Clause). אף שם, נדונות מעת לעת אלו הבחנות ייחשבו כהפליה אסורה בזכויות ואלו הבחנות משקפות אינטרס לגיטימי של העדפה מקומית שאינו נופל בגדרה (ראו למשל: Baldwin v. Fish & Game Commission of Montana, 436 U.S. (1978) 371 שבו אושרה הבחנה בין תושבים ללא-תושבים בכל הנוגע לאגרה המוטלת בגין רישיון ציד, בהתחשב בכך שהציד עצמו נחשב לפעילות שעניינה משאב במחסור).

52. אל תוך התווך העדין הזה, שבו ניצבים במידת מה זה כנגד זה טובת התושבים ועקרונות כלליים ורחבים יותר של משפט ציבורי, נופלים לא פעם מקרים מורכבים (ראו למשל: רע"א 5817/95 רזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נ(1) 221 (1995); ע"א 1444/95 עיריית אילת נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מט(3) 749 (1995); ברק-אדז, משפט מינהלי כלכלי, בעמ' 565-568). אחד המרכזיים שבהם נסב על הטיפול והניהול של משאבים מקומיים המצויים בתחום שטחה של הרשות המקומית – בין כאלה שניתנו לרשות כ"מתת", דוגמת משאבי טבע ובהם חופי ים, נחלים ומצוקים, ובין כאלה שהוקמו על-ידה. ברי כי ישנם הבדלים בין אלה ואלה, כפי שמלמדת גם ההתייחסות המיוחדת ל"מקרקעי יעוד" בחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (שכוללת בהגדרתם במפורש משאבים כדוגמת "שפת הים" או "נהרות, נחלים ותעלות וגדותיהם"). עם זאת, לא אחת ההבדלים עשויים להיות ניכרים ומהותיים פחות מכפי שנדמה תחילה, כמוסבר בהמשך.

53. עד כה הובאו אל פתחו של בית משפט זה מצבים שמיקודם היה בהעדפה כלכלית של תושבי הרשות המקומית (ראו למשל: בג"ץ 482/78 אלקיים נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד לג(1), 133 (1978) (להלן: עניין אלקיים); בג"ץ 441/97 צנורט נ' עיריית ירושלים, פ"ד נג(2) 798 (1999). בעניין פארק רעננה למשל, נבחנה השאלה אם רשות מקומית יכולה לגבות תשלום ממי שאינם תושביה בכניסה לפארק שאותו יזמה ומימנה.

54. בעת שהמחלוקת בנושא העדפת תושבים בכניסה לפארק הציבורי ברעננה נדונה בפני בית משפט זה מינה מנכ"ל משרד הפנים, בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה, ועדה בין-משרדית שהתבקשה להתוות עקרונות ביחס לשימוש ב"פארקים עירוניים, שטחים ציבוריים פתוחים". המלצותיה ומסקנותיה של הוועדה הוגשו ביום 2.3.2003. עמדת הוועדה הייתה שרשות מקומית אינה יכולה לסגור את שעריה של שטח ציבורי פתוח ורחב ידיים, לרבות פארק עירוני, בפני אף אדם, אך היא רשאית לבקש אישור לגביית תשלום בגין כניסה אליו, ובהמשך לכך ציינה את השיקולים שעל-פיהם ייבחנו בקשות כאלה. בין השאר, נקבע כי תינתן העדפה לגביית תשלום בגין חניה או שירותים נלווים על פני תשלום בגין הכניסה עצמה. כן נקבע כי ככלל לא תותר גביית תשלום בגין פארקים הכוללים מדשאות ומתקני משחק בלבד, שבהם יש לראות שירות בסיסי, ובגין פארקים ששטחם קטן מ-100 דונם. לבסוף, נקבע אף כי ההבחנה בגביית דמי כניסה תיחשב מוצדקת כאשר נתח משמעותי מממון ותחזוקת הפארק נעשה מתקציבה של הרשות המקומית. המלצות אלה אושרו, בעיקרו של דבר, בפסק הדין בעניין פארק רעננה (שם, בעמ' 230). בהמשך, בשנת 2007, תוקנה פקודת העיריות, ובהתאם לכך מורה כעת סעיף

249(8) לה כי חל איסור על גביית דמי כניסה לגנים ציבוריים, אלא במקרים חריגים ולפי כללים שיקבע שר הפנים באישור הכנסת.

55. חשוב לעמוד כבר עתה על ההבחנות בין המקרה שנדון בעניין פארק רעננה לבין המקרה שבפנינו. השאלה שנדונה בעניין פארק רעננה נסבה על הבחנה בתשלום – האם ניתן לגבות סכום כסף מחלק מן הציבור בגין כניסה למרחב עירוני שבאופן מסורתי הכניסה אליו לא הייתה כרוכה בתשלום כלל. הצד השווה הוא הבחנה בין תושבים לבין מי שאינם תושבים, אך מזדקרות שתי נקודות שוני. ראשית, בשונה מאשר בעניין פארק רעננה, עצם הדרישה לשלם בגין כניסה לבריכת שחייה אינו מעורר כשלעצמו קושי (שלא כמו גביית דמי כניסה לפארק עירוני) בשל טיב השירותים שניתנים בה. שנית, ההבחנה מקבלת בענייננו תוקף נוסף מאחר שהמדיניות הנבחנת מבקשת לשלול אפרוירית את עצם הכניסה למרחב, להבדיל מהפנייתה של דרישת תשלום שונה. אכן, ברי כי בנסיבות מסוימות אף דרישת תשלום עלולה לגרום לנעילת שערים דה-פקטו (למשל כאשר התשלום הוא גבוה במיוחד, או כאשר הציבור שממנו מתבקש התשלום מאופיין במחסור באמצעים). אולם, הדבר בכל זאת שונה, למצער בחלק מן המקרים, משלילה מוחלטת של היכולת להיכנס למקום מסוים מלכתחילה.

56. כלומר, שאלת ההעדפה של תושבי המקום מתעוררת בשתי רמות: ראשית, מתי יש בכלל מקום להעדפה כזו? שנית, האם ההעדפה יכולה ללבוש מתכונת של מניעת שירות או רק מתכונת של מחיר?

57. ככלל, אני שותפה לעמדתו העקרונית של היועץ המשפטי לממשלה באשר לכך שעשויים להיות מצבים שבהם יועדפו תושבי הרשות המקומית. אולם, אינני שותפה לכלל השיקולים כפי שהובאו על-ידו. לשיטתי, נקודת המוצא לדיון היא מעין חזקה לפיה שטחיהן של רשויות מקומיות, ובכלל זה משאביהן המקומיים, אמורים להיות פתוחים לקהל הרחב, הגם שיכולות להיות ביחס לכך מגבלות הנובעות מחובותיה של הרשות כלפיה תושביה. כפי שצוין, הרשות המקומית היא חלק מן המרקם הכללי של מדינת ישראל, שאינה אך ברית או איגוד של רשויות מקומיות. חזקה זו עשויה להיסתר, כפי שעוד יבואר בהמשך, בהתאם לטיב המשאב הציבורי, למידת הצורך של התושבים בו, לגדירותו ולאופיו של היישוב הנבחן. אולם נקודת המוצא היא של פתיחות, כפי שהובהר גם בעניין פארק רעננה.

58. אפתח בנקודות שהועלו בעמדת היועץ המשפטי לממשלה ושאני תמימת דעים עמן. מנקודת מבטי, הבחנה יסודית שיש להידרש אליה מבוססת על השאלה עד כמה

השירות או המשאב השנויים במחלוקת הם משאב ציבורי מוגבל או משאב ציבורי מתכלה. חניה, נושא שכבר נזכר, היא דוגמה שממחישה היטב את קבוצת המקרים הרלוונטיים. קשה לחלוק על כך שרשות מקומית ששוררת בה מצוקת חניה רשאית "לשמור" מקומות חניה על בסיס של מקומיות. עם זאת, אף כאן יש לשים לב לכך שהמקומיות אינה חופפת בהכרח את דרישת התושבות. לכאורה, יכול להיות טעם אף בהתייחסות לצורכיהם של העובדים בתחומי הרשות המקומית. בנוסף, ובאותה נשימה, ברי כי לא ייתכן שתושב חוץ הפוקד את הרשות המקומית לא יוכל למצוא מקום לרכבו באף מקום. כך, שמירת מכסה של מקומות חניה לתושבים, הטלת הגבלה על שעות החניה או אף הנהגת תעריפים שונים בחניוני הרשות עומדות במישור העקרוני במגבלות החוקיות וממחישות את האיזונים שעל הרשות לערוך במצבים מעין אלה. בהמשך לכך, אף אני סבורה כי שאלת זמינותו של המשאב ברשויות מקומיות שכנות עשויה להיות בעלת רלוונטיות, בעיקר כאשר צפיפות היא גורם משמעותי העשוי לפגוע בהנאה ממנו.

59. השאלה אם המשאב הוא בעל אופי מוגבל היא במידה רבה שאלה עובדתית. כך למשל, בהקשר של בריכה, ככל שהצפיפות מן המקום והלאה – הרי שהסירוב למכירת מנויים לתושבי חוץ היא על פניה לא מוצדקת. ככל שהצפיפות שרירה וקיימת – יש טעם בסירוב. צפיפות היא שיקול שלא ניתן לדחותו כלא רלוונטי. בהקשרים שונים, צפיפות העולה על סטנדרט מסוים פוגעת בשימוש במשאב – כך כשמדובר במשאבי מחיה במובן הצר (כמתואר במאמר הקלאסי בנושא – *Garrett Hardin, Tragedy of the Commons*, (1968) 1243 *SCIENCE* 162), וכך גם כשמדובר במשאבי תרבות ופנאי.

60. לעומת זאת, אני סבורה כי ההתייחסות לחלק מן השיקולים האחרים שנזכרו על-ידי היועץ המשפטי לממשלה חייבת להיות יותר מגבילה או מצמצמת. כך למשל, מבחינתי, שאלת הסבסוד של המשאב ("עד כמה השירות מטיל על הרשות עלויות המסובסדות על-ידיה ואשר אינו מכוסות במסגרת התשלום למקום") איננה "סוף הסיפור" הגם שעשויה להיות לה חשיבות מסוימת. אכן, כאשר רשות מקומית מסבסדת משאב המצוי בשטחה, ואין לה אפשרות לגבות תשלום בגינו, עשויים להיווצר מצבים שבהם כספים ששילמו התושבים משרתים אף את שכניהם. אולם, יש לזכור שני דברים ביחס לכך: ראשית, חלק נכבד מכספי ההכנסות של הרשויות המקומיות מקורו בתשלומי ארנונה של עסקים, שאינם בהכרח בבעלות תושביה של הרשות המקומית (שלא להזכיר מקורות נוספים, כדוגמת קנסות חניה). שנית, וכפי שכבר צוין, מלכתחילה ישנם פערים בנקודות הפתיחה של רשויות מסוימות ביחס לאחרות, כנגזרת של השטח שקיבלו מן המדינה ושל החתך הסוציו-אקונומי של האוכלוסיות המתגוררות בהן. בהתאם לכך, גורם הסבסוד אינו יכול להיחשב חזות הכול. לו היה די בקו טיעון זה, רשויות מקומיות היו

רשאיות לנעול את שערי הפארקים שבשטחן שאותם הקימו במיטב כספן, כמו גם כיכרות ציבוריות, מזרקות מושקעות ופינות חמד אחרות שנדרשה עבורן השקעה. לכאורה, אם ניקח את הטיעון האמור צעד אחד קדימה, מדוע לא למנוע מתושבי חוץ הליכה במדרכות שחודשו או לגסוע בכבישים שפותחו? על פני הדברים ברי כי מדובר בשירות שהרשות מממנת ולא ניתן להשיבו באמצעות גביית תשלום.

61. הדברים אמורים גם ביחס להשקעת הרשות המקומית בפיתוחו של המשאב, כפי שהדגיש בית המשפט המחוזי. אף היא איננה תזות הכול. כך למשל, יש רשויות מקומיות שבשטחן קיימים שטחי מסחר רבים יותר מאשר ברשויות מקומיות אחרות שסמוכות להן, ובהתאם לכך עומדים לרשותן יותר משאבים לצורך השקעה בשטחן (בעיה שלה ניתן כיום מענה חלקי בסעיפים 9א ו-9ב לפקודת העיריות). דוגמה אחרת, שכבר נזכרה, נוגעת לרשות שזכתה ב"מתת", דוגמת חוף ים או פארק גדול ממדים. קשה להלום מקרה שבו עיריית תל אביב-יפו למשל הייתה סוגרת את חופיה לתושביה בלבד – הגם שהשקיעה בפיתוחם ובאחזקתם כספים רבים מאוד לאורך השנים.

62. קושי רב עוד יותר אני מוצאת בהתייחסות שהוצגה בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כמו גם בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, למה שהוגדר כשיקול של קהילתיות. כפי שאני רואה את הדברים, הסוגיה שבפנינו איננה השאלה הכללית אם "קהילתיות" עשויה להיות חשובה כערך חברתי, אלא שתי שאלות משנה שנגזרות ממנה: ראשית, מהי המשמעות הקונקרטית של שיקול הקהילתיות? שנית, וחשוב לא פחות, האם הערך של קהילתיות מקנה "חסינות" משפטית למי שמבקש להתגדר מסביבתו או אמור לפעול רק במישור החברתי? (להבחנה בין גדרות חברתיים ומשפטיים ראו: גרשון גונטובניק הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות – בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות 154-147 (2014)). כך למשל, דבר אחד הוא לעודד את תושבי כוכב יאיר להירשם למרכז הספורט ולהשתתף בפעילות בו, ודבר אחר הוא למנוע כניסתם של תושבי חוץ.

63. מהי הקהילתיות שבשמה טענו המשיבים ומי זכאי ליהנות ממנה? כל אדם? רק אדם שחי ביישוב קטן? מהם גבולות הגזרה? האם קהילתיות נבחנת בהתאם לגבולותיה של הרשות המקומית או שמא יכולה להצדיק אף התגדרות של שכונה בעיר, או אזור מסוים בה? ומהו הקריטריון המכריע – הדמיון החברתי בין תושבי המקום? המיקום באזור ספר? כאשר הדברים נותרים אבסטרקטיים, הטיעון של קהילתיות עלול לחתור הלכה למעשה תחת תכליתו של האיסור שנקבע בחוק על הפליה המבוססת על מקום מגורים, שנועד – כפי שכבר הוסבר – למנוע שימוש במרחב לצורך הדרה על סמך תבחינים אחרים, ובהם סוציו-אקונומיים. למעשה, הטיעון של קהילתיות עלול לשמש

לא אחת ככסות להדרה והפליה, ואף מטעם זה יש להגדירו ולתחמו היטב. לא בכדי ההידרשות להגבלות מטעמים קהילתיים צומצמה בחקיקה הישראלית בהקשר של קבלה ליישובים, תוך הגדרה ברורה של הפרמטרים לכך, ואף כך עוררה שאלות (ראו: בג"ץ 2311/11 סבב נ' הכנסת (17.9.2014)). אין חולק על האוטונומיה המסורה לרשויות מקומיות ביחס לניהול ענייניהן (ראו למשל: דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, פסקאות 25-27 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור ופסקאות 26-30 לפסק דיני (26.10.2017) (להלן: עניין התאחדות הסוחרים)). אולם, אוטונומיה מכוח החלטות שמקבלים התושבים עצמם – לחור; והסתגרות מפני תושבי חוץ שאינם שותפים לתהליך קבלת ההחלטות – לחור.

64. התופעה של אהבת הרומה שעליה עמד עוד אריסטו ונדונה בתחום מדעי החברה תוך שימוש במונח "הומופיליה", היא אולי טבעית (ראו: אריסטו אתיקה – מהדורת ניקומאכוס 192 (יוסף ג' ליבס מתרגם, 2014)), אך לא מצדיקה שיוענק לה תוקף משפטי. נהפוך הוא. הסתפקות ב"נינוחות" שאנשים חשים לצד מי שדומה להם כדי לנעול שערים או להרחיק זרים מחזקת בעקיפין סטריאוטיפים כלפי מי שאינו מוכר ועלולה להעצים את השסעים החברתיים. אם היינו סבורים כי נימוק זה די בו, מדוע להכיר בכך רק ביחס למי שמתגוררים ביישובים קטנים יחסית? ומהו השוני שמצדיק הסתגרות של כ-9,000 תושבים שחיים ביישוב כדוגמת כוכב יאיר בהשוואה לפרקטיקה דומה של שכונה גדולה בעיר, שבה הילדים גדלים זה עם זה מגיל ינקות? מי לדינו יתקע שתושבי שכונות בערים גדולות יותר לא יטענו לתחושת "קהילתיות" עם מי שמתגוררים באותה שכונה, ואף באופן אותנטי מבחינתם הסובייקטיבית – על רקע היכרות בין ילדים הלומדים בבית הספר השכונתי או משתתפים בפעילות הסניף המקומי של תנועת הנוער? האם יוכלו תושבי כוכב יאיר להתגדר מסביבתם, ואילו תושבי רמת אביב לא יוכלו לעשות כן? מדוע? למען הסר ספק: השאלה אינה מוצגת על מנת להצדיק הסתגרות אפשרית של רמת אביב, אלא כדי לעורר תהיות ביחס להסתגרות במקרה דנן.

65. דרך נוספת לתאר את הדברים היא זו: בישראל קיימת רמת היפרדות גבוהה במקומות המגורים של קבוצות אוכלוסייה שונות. לעתים זוהי תולדה של בחירה גרידא, ולעתים תולדה של בחירה הזוכה לגיבוי ממשלתי (ראו למשל: בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת מצפון חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000)). ראו גם: ישי בלנק "איים של פלורליזם: היפרדות ושילוב בין דתיים וחילוניים בישראל" דין ודברים ו 85 (2011)). השאלה היא האם בנסיבות אלה יש לפרש את החוק כמחזק את דפוסי ההיבדלות, כך שאף השירותים המוצעים בכל מקום יישוב יהיו

בלעדיים לתושביו אם רק יחפצו בכך וללא טעם נוסף, או להפך, ככזה המכיר בקיומו של אינטרס ציבורי למפגש, ולו אקראי, גם עם מי שאינם מתגוררים באותו יישוב.

66. בעיקרו של דבר, אני סבורה שעלינו לכבד כאן את הכרעתה הערכית של הכנסת בתיקון מס' 4 לחוק איסור הפליה במקומות ציבוריים. זו בחרה להעדיף את ערך השוויון החברתי על פני השיקול של קהילתיות. ייחוס ערך גבוה לשיקול של קהילתיות היה עשוי לתמוך גם בכך שבית הקפה השכונתי יגביל עצמו לבני השכונה, או שמרכז הספורט הפרטי הפועל באזור מגורים מסוים יעדיף את תושבי הרחובות הסמוכים אליו. תיקון מס' 4 שולל כליל את ההתחשבות בשיקול הקהילתי מבחינתם של עסקים פרטיים. אכן, הוא החרג במידה מסוימת רשויות מקומיות, אך זאת ביחס ל"כובע" שלהן כמי שמאגדות תושבים ודואגות לטובתם. הוא אינו מקדש את הקהילתיות כערך, שאם לא כן החרג "יבלע" את הכלל. יוזכר כי החרג האמור לא הוגש כחלק מהצעת החוק המקורית של תיקון מס' 4, כי אם נוסף במסגרת הדיונים שנערכו בנושא בוועדת הכלכלה של הכנסת. אכן, עמדותיהם של חברי כנסת ומשתתפים נוספים בהליך החקיקתי אינה חזות הכול (ראו: דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל, פסקה 19 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (12.9.2017)). כן ראו: עניין התאחדות הסוחרים, בפסקה 11 לפסק דיני. אולם, מן הדיונים שנערכו בכנסת עולה בבירור כי לא הקהילתיות ככזו היא שעמדה לנגד עיניהם של המתדיינים, כי אם האפשרות לספק לתושבים שירותים עירוניים כלליים, שאינם מבחינים בין עיר לכפר, ובין יישוב קטן לשכונה.

67. כיצד, אם כן, יכולים בכל זאת לבוא לידי ביטוי שיקולים הנוגעים לאופיו של היישוב? בשלב זה אסתפק בקביעה כי לא יכול להיות די בטענה כללית ו"גנרית" בנושא זה על מנת להצדיק הדרה של תושבי יישובים אחרים משימוש במשאב המצויי בבעלותה או בניהולה, גם אם באופן עקיף, של רשות מקומית. תנאי מקדים להתחשבות בשיקול הקהילתי הוא בחינת המשאב או השירות שבו מדובר, אשר חייב להיות כזה שתרומתו לקהילתיות היא מכרעת, כזה שנלווה לו "דבר מה נוסף" משמעותי הקשור לאופייה של הקהילה המבקשת לעשות בו שימוש. כך למשל, מבלי לקבוע מסמרות, אין דינם של יריד שבו משתפים החברים בקהילה ביצירותיהם או של טקס מקומי כדין מתן זכות שימוש בלעדית באמפיתאטרון או בבית קולנוע לתושבי היישוב.

68. לבסוף, ולא פחות חשוב: אני סבורה שהתפיסה שעליה התבססה עמדת היועץ המשפטי לרעיון הקהילתיות מרדדת את עושר המשמעויות הצפון בו. לעתים מזומנות, אנשים יכולים להיות חברים ביותר מקהילה אחת במישורים שונים של חייהם. כך, הם יכולים להיות שייכים לקהילת הורים שמתויבת לחינוך ילדיהם במסגרת בית ספר מסוים,

לקהילה מקצועית, לקהילה של בעלי תחביב מסוים ועוד. אין כל מניעה שאנשים יכירו בבריכת שחייה ויהיו שותפים לפעילות פנאי, הגם שאינם חברים באותה קהילה במישורים אחרים של חייהם. זאת ועוד: קהילה אינה ישות סטטית אלא דינמית. מי שאינו חבר בקהילה, עשוי להפוך להיות כזה, על רקע מפגשים והיכרות.

69. לסיכום נקודה זו: ההלכה הפסוקה הכירה בכך שהבחנה שעורכת רשות בין תושביה לבין מי שאינם תושביה עשויה להיות הבחנה ראויה. כך למשל, נקבע כי רשות מקומית מוסמכת בנסיבות מסוימות להקל עם תושבים מעוטי יכולת בתשלום שהיא דורשת לצורך הפעלת דוכן בשוק, בהשוואה לתשלום הנדרש ממי שאינו תושב (ראו: עניין אלקיים, בעמ' 138). אולם, לא כל הבחנה ביניהם תהא ראויה. לדידי, בהקשר הנוכחי, השיקולים שאליהם יש להידרש הם ייחודיותו של המשאב המדובר, אופיו המוגבל, והאפשרות להשתמש במשאב הדומה לו ביישובים סמוכים. כפי שצוין, גם אופיו של היישוב עשוי להיות רלוונטי, אך רק במצבי קצה מצומצמים. מכל מקום, התבססות על כלל הפרמטרים בקביעת מגבלות על שימוש במשאבים מקומיים, כפי שצוין היועץ המשפטי לממשלה בעצמו, מצריכה עמידה בכללי הסבירות והמידתיות, כפי שמחייבת לשון החוק, המסייגת את החרג ל"מידה הנדרשת לביצוע תפקידיה או להפעלת סמכויותיה לטובת תושביה". כך, המקומיות כשלעצמה אינה יכולה להצדיק באופן גורף נעילת שערים ונדרשת בחינה של האפשרות להסתפק בהעדפה של התושבים באמצעים מידתיים יותר (למשל, קביעת מכסות או הנחות).

העדפה מקומית: מהלכה למעשה

70. למעשה, הדיון שבפנינו עוסק בשאלה מהם גבולות נשיאת הפנים של הרשות כלפי תושביה. המועצה טוענת כי נשיאת פנים זו היא כול כולה כשרה, וכל מטרתה היא להיטיב עם תושביה, להבדיל מאשר לפגוע בתושבי חוץ. לעומת זאת, המערערים טוענים כי לנשיאת פנים זו יש מגבלות, שהמקרה דנן תורג מהם מאחר שהחלטה העומדת ביסודו קבעה החרגה מוחלטת של תושבי החוץ. כאשר מדובר בשירות בתשלום, כך נטען, הרשות המקומית יכולה להעדיף במחיר את תושביה, אך החרגה מוחלטת היא בלתי מידתית ואף אינה באה בגדר החרג הקבוע בחוק איסור הפליה במקומות ציבוריים.

71. דא עקא, קריאת הפרוטוקולים שמתעדים את קבלת ההחלטה במקרה זה מלמדת כי הנחתם של המשתתפים בקבלת ההחלטה הייתה שסגירת שערי הבריכה היא עניין שנתון לשיקול דעתם המוחלט. כך, הנושא לא זכה להתייחסות שלה היה ראוי. זאת,

מאחר שנקודת המוצא לדיון – שמניעת כניסה מתושבי חוץ היא "זכות" שעומדת לרשות – לא הייתה נכונה. למעשה, ובניגוד לכך, החלטה כזו חייבת להיעשות תוך מתן דין וחשבון ביחס לצרכים, ליכולות ולחלופות.

72. זאת ועוד: רבים מן הטעמים שזכרו בשלב ההתדיינות כלל לא היו חלק מתהליך קבלת ההחלטה. כך למשל, שיקול הקהילתיות לא עמד כלל במרכז הפרוטוקול שתיעד את תהליך קבלת ההחלטה. הוא צוין אך כבדרך אגב, לאחר שנבחנו השאלות אם הגבלה מעין זו תיחשב הפליה, האם נדרשת חוות דעת משפטית של היועץ המשפטי של המועצה והאם בכל זאת תינתן אפשרות כניסה לתושבים המתגוררים בצור יצחק ובצופים. כפי שעולה מן הדיון, במענה להערת אחד מחברי המועצה לפיה "יכול להיות שרמת השרות תרד באופן דרמטי ולכן יש רציונל להחלטה לאפשר רכישת מנוי רק לתושבי הישוב", ציין אחד מחברי המועצה כי "השירותים שהמועצה נותנת לתושבים באמצעות העמותה לפעילות קהילתית הם חלק מחבילת השירותים שהמועצה מספקת לתושביה". אולם היועץ המשפטי לעמותה השיב כי "הנקודה העיקרית היא שהמתקנים נבנו לרווחת תושבי הישוב ואם הקאנטרי קלאב יפתח לציבור הרחב השירותים עלולים להיפגע". בהקשר זה ראוי להעיר כי ייתכנו בהחלט מקרים שאופיו של המשאב או השירות יצדיק התחשבות במספר הבאים בשעריו, למשל במקום שבו פועל בעיר גדולה מרכז ספורט קטן, ואין הקומץ משיב את הארי. אולם, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, המשיבות לא הבהירו – לא בדיון שנערך במועצה ולא בבית המשפט לאחר מכן – מדוע מה שנדרש להשגת התכליות החשובות להן הוא הרחקה מוחלטת של תושבי חוץ, להבדיל מהגבלת מספרם במרכז הספורט. בשים לב לכך שאין מדובר במרכז ספורט בעל מאפיינים ייחודיים, שמרכז הספורט מופעל ביישוב שאף נעדר מאפיינים ייחודיים, ושבשנים קודמות יכולים היו תושבי חוץ (מסוימים) לרכוש מנויים למרכז הספורט – לא הובהר כלל הצורך לסטות באופן שכזה לעבר היבדלות מוחלטת.

73. בשולי הדברים אני רואה להתייחס לטענה שהעלו המערערים בין טיעוניהם ביחס לכך שההחלטה משנת 2017 אינה יכולה לחסות תחת החריג הקבוע בחוק איסור הפליה מן הטעם שהיא ניתנה בידי תאגיד – הוא העמותה. אינני סבורה כי לטענה יש משמעות אמיתית לתיק, הן במישור העובדתי והן במישור המשפטי, כפי שאבאר מיד.

74. במישור העובדתי, פרוטוקול הישיבה שבה התקבלה ההחלטה משנת 2017 הוא של מועצת כוכב יאיר צור יגאל. בנסיבות אלה, אף אם המפעילה של מרכז הספורט בפועל היא העמותה, ההחלטה שהוצגה בעניין זה התקבלה על-ידי המועצה. על-פי האמור בה היא התקבלה ב"מליאת המועצה" בישיבה שנערכה בחדר ישיבות של המועצה

והועלו בה אף נושאים אחרים הנוגעים לפעילותה, כדוגמת הנחות בארנונה ועדכון בדבר עבודות עפר ושריפות בסמוך ליישוב (ראו: פרוטוקול ישיבת מועצה מן המניין מס' 505 מיום 6.6.2017). במישור המשפטי, השאלה מי יישא לכאורה בחובות גבוהות יותר ביחס לאיסור הפליה – עמותה או מועצה – יכולה להיטען לשני הכיוונים: כך למשל, בעוד שניתן לטעון כי רשות מקומית "נהנית" מן החרגי הקבוע בחוק איסור הפליה, ניתן לטעון כי מלכתחילה החובות החלות על תאגידים הן פחותות. בעניינו, כפי שציינתי בפתח הפסקה, איני סבורה כי יש לכך ערך. העמותה היא גוף דו-מהותי, היונק את חובותיו מן המשפט הציבורי. על כך יש להוסיף, כי בנסיבות העניין, בית המשפט המחוזי קבע כממצא עובדתי שמדובר ממש בורוע ביצועית של המועצה. ברי כי בנסיבות שבהן קיים גוף אחר הפועל מטעם המועצה, במתכונת שהיא אחד מפניה הרבים של ההפרטה, הרשות אינה יכולה להתפרק מחובותיה (ראו והשוו: בג"ץ 1083/07 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' משרד הבריאות - מדינת ישראל (24.5.2012)). דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל 461 (2008); דפנה ברק-ארז אורח נתין צרכן 125-79 (2012)). איני רואה כיצד התוצאה המשפטית שהייתה מתקבלת לו היינו מתעלמים מן הדיון שאירע במועצה הייתה שונה.

75. מסקנתי היא אפוא שההחלטה שהתקבלה העדיפה מעבר למידה הנדרשת את תושבי המקום. זאת ועוד: אף המענה שנתן בית המשפט המחוזי לקושי זה אינו נותן לו פתרון מלא, בשל הנחה יחסית נדיבה ביחס לגבולות ההעדפה של תושבי המקום, מבלי שהונחה לכך תשתית עובדתית. בהעדר תשתית כזו, הסעד שנתן בית המשפט המחוזי עשוי להיות פתרון לתקופת ביניים מוגבלת, להבדיל מאשר סעד קבוע.

השאלה השנייה: הפליה מחמת לאום?

76. מאחר שקבעתי כי התקיימה במקרה זה הפליה מחמת מקום מגורים, הדיון בסוגיית הלאום הוא, לפחות במידה מסוימת, למעלה מן הצורך. עם זאת, פטור בלא כלום אי אפשר.

מדינה יהודית ודמוקרטית: האיסור על הפליה מחמת לאום

77. איסור הפליה מחמת לאום עמד תחילה במרכזו של ההליך, ולא בכדי. הפליה מטעמי לאום, לצד הפליה מטעמי גזע ומוצא, היא הפליה מגונה וכוזיה במיוחד, ואין כמו העם היהודי להבין זאת. היא פוגעת לא רק בשוויון אלא גם בכבוד האדם, ואף ברקמה הדמוקרטית של המדינה (ראו: האמנה הבין-לאומית לביעור כל הצורות של

אפליה גזעית, כ"א 25, 547 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושררה ונכנסה לתוקף ביום 1979), שמחילה עצמה אף על הפליה מטעמי לאום). האיסור על הפליה מטעמים אלה מצא את ביטויו לא רק בהלכה הפסוקה, אלא גם בחקיקה ענפה אשר הטילה חובה להימנע מהפליה על בסיס לאום גם על גופים פרטיים (ראו למשל: סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק שוויון הזדמנויות בעבודה), סעיף 4 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, סעיף 5 לחוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000).

78. איסור ההפליה מטעמי לאום בהקשר שנדון בפנינו מתעצם לנוכח ההיסטוריה העגומה של הפליה בכניסה למקומות בילוי מסוג זה. כך למשל בארצות הברית, אחד ההקשרים שבהם המאבק על ביטול ההפליה הגזעית היה קשה ועגום במיוחד נגע להפעלתן של בריכות שחייה ציבוריות (להרחבה, ראו: Steven N. Waller, *Navigating Rough Waters: Public Swimming Pools, Discrimination, and the Law*, 11(1) (INT'L J. AQUATIC RESEARCH AND EDUC., Article 10).

79. עוד מראשיתו עמד איסור ההפליה מטעמי גזע, מוצא ולאום ב"לבו" של חוק איסור הפליה במקומות ציבוריים. החידוש בחוק זה הוא בהחלה המפורשת של איסור ההפליה מטעמי לאום על גופים פרטיים, לצד תחולתו המובנת מאליה על גופים ציבוריים, אשר בעניינם תלים עקרונות של שוויון גם במנותק ממנו, כפי שפורט בהרחבה לעיל (ראו למשל: רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן (19.8.2019) (להלן: עניין מי-טל)). ראוי להביא מהמבוא לדברי ההסבר להצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ה"ח 369, 2871:

"אתח הבעיות הקשות בתחום התברתי היא הפליה בהספקת מוצרים ושירותים ובכניסה למקומות ציבוריים. בסירוב לאפשר לאדם כניסה למקום ציבורי או לספק לו שירות או מוצר, רק בשל השתייכותו לקבוצה, ובמיוחד קבוצה שיש לגביה היסטוריה של הפליה בעבר, יש משום פגיעה קשה בכבודו של האדם. בעת האחרונה נודע כי במקומות בילוי, למשל, נמנעה כניסה מאנשים בעלי חזות מזרחית.

חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, המוצע בזה, שראשיתו בהצעה שהוכנה על ידי האגודה לזכויות האזרח בישראל, נועד להתמודד עם תופעה שלילית זו ולהקנות לכלל האוכלוסיה הזדמנות שווה בהנאה ממוצרים, משירותים וממקומות המיועדים להיות פתוחים לציבור הרחב. מוצע שהחוק יחול גם על עסקים פרטיים המחזיקים מקומות ציבוריים, או המספקים מוצרים או שירותים ציבוריים,

שכן עיקר התופעה החברתית השלילית מתרחשת במקומות שהם בבעלות פרטית כאמור" (שם, בעמ' 370).

הפליה מחמת לאום: מהלכה למעשה

80. האם ההחלטה משנת 2017 מגלמת הפליה מחמת לאום על-פי חוק איסור הפליה במקומות ציבוריים? אני סבורה כי בנסיבות הספציפיות של מקרה זה אין להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי כי המערערים לא עמדו בנטל ההוכחה שהיה מוטל עליהם. אולם, כפי שצינתי בפתח הדברים, דרכי למסקנה האמורה שונה במידת מה מדרכו של בית המשפט המחוזי, במובן זה שאינני סבורה שהיה נכון להעמיד את יסוד ה"כוונה" במרכז ההתייחסות.

81. כפי שהטעים בית המשפט המחוזי, המערערים תמכו את טענותיהם בשניים: בדיוני העבר שהתקיימו במועצה שנים מספר לפני ההחלטה משנת 2017, המלמדים לשיטתם על כוונה להפלות; ובנתונים תוצאתיים שלפיהם בעקבות ההחלטה האמורה לא מתאפשרת כניסתם של אזרחים ערבים לבריכה. אתיחס לשני אלה.

82. הקושי בהוכחה במקרים מעין אלה נובע מכך שכפי שציין בית המשפט המחוזי דפוסי המגורים בישראל הם לא אחת נפרדים, במובן זה שמרבית היישובים, הגם שלא כולם, מאופיינים באוכלוסייה שהיא בעיקרה יהודית או ערבית. כך, בה בעת שעובדה זו יוצרת "פלטפורמה" אפשרית להפליה מטעמי לאום תחת הכסות של הבחנה לפי מקום מגורים, היא איננה מנביעה, כשלעצמה, את המסקנה כי אכן כך יהיה. הוכחתה של הפליה היא עניין עובדתי, ויש לבחון בכל מקרה ומקרה אם זו אכן התקיימה. עשויים להיות מקרים שבהם הגבלת מכירתם של טובין או שירותים לתושבי חוץ תקים לבריה חזקה ניתנת לסתירה לפיה התקיימה הפליה מחמת לאום. כך יהיה למשל, אם הוכח כי קודם לקבלת ההחלטה על הגבלת הנגישות של תושבי החוץ למוצר או לשירות הביקוש להם התגבש בעיקר בקרב תושבי חוץ שהם בני לאום מסוים. רף ההוכחה הנדרש אינו יכול להיות גבוה מדי, אך גם אינו יכול להיות גמוך מדי.

83. בהמשך לכך, לשיטתי אין מקום למקד את הדיון בשאלה של כוונה להפלות, וממילא היעדרה של כוונה בדיון שנוכח אינו מכריע את הכף. כידוע, אף בהקשר הכללי של דיני ההפליה במשפט המינהלי המוקד של הדיון אינו בשאלת הכוונה להפלות (ראו למשל: בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 524 (1994); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת

ישראל, פ"ד סא(1) 1, 19-20 (2006); עע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, 37 (2010)). הדברים נכונים גם בהקשר הפרטי, גם אם באופן מעט שונה. כך למשל יש לזכור כי מאחר שחוק איסור הפליה במקומות ציבוריים חל בהקשרים שוקיים, עשוי להיות מצב שבו חולשה סוציו-אקונומית של אוכלוסייה מסוימת שאין להפלותה, תוביל לכך שתהיה "מיוצגת" פחות בבית עסק שמוכר מוצרי יוקרה, ועם זאת הדבר לא יזקף לתובתו של בית העסק ולא ייחשב להפליה כמובנה בחוק.

84. ההשוואה המתאימה לענייננו היא זו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. העובד התובע בגין הפליה אינו צריך להוכיח כוונה להפלות. די לו או לה בהוכחה שהמעסיק התחשב באחד השיקולים האסורים (ראו: בג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ, פ"ד סה(3) 593 (2012)).

85. בענייננו, אם כן, הגעתי למסקנה כי המערערים לא הרימו את הנטל להוכיח את קיומה של הפליה מחמת לאום. זאת, לא רק בשל כך שלא הראו כי חברי המועצה ומרכז הספורט התכוונו להפלותם. כפי שהוסבר, הוכחה כזו אינה מהווה תנאי הכרחי. אולם, בנסיבות העניין, לא היו בנמצא גם ראיות אחרות. כך למשל, המערערים לא הראו כי רובם של תושבי החוץ המבקשים להיכנס לבריכה הם ערבים או שחלקם בקבוצה זו ניכר במיוחד. למעשה, לנוכח התשתית שהונחה יש יסוד סביר להניח כי כאשר ננעל השער על מרכז הספורט, נותרו מחוצה לו גם מגויי עבר יהודים לא מעטים. למעשה, המערערים אף לא הביאו נתונים מספריים אחרים שיכלו לשמש בסיס להעברת נטל הראייה. תחת זאת, המערערים התמקדו בעיקר בהחלטה משנת 2014. אכן, אף אני כמו המערערים סבורה כי תומרי העבר אינם מניחים את הדעת. לא מן הנמנע שלו הייתה נבחנת החלטתה הקודמת של המועצה, הייתה מסקנתי שונה. אולם, לא זו השאלה העומדת בפנינו כעת. אכן, כל החלטה עדכנית יש לבחון גם על רקע הרצף שבו היא ממוקמת. אולם, גם לא ניתן להניח שבחלוף מספר שנים, ולא בהכרח במסגרת אותו הרכב חברים, הטעמים שהיו בעבר ביסוד החלטה קודמת הם אלה שעמדו ביסודה של החלטה עדכנית.

86. בכל הנוגע להחלטה הרלוונטית לענייננו, פרוטוקול הדיון במועצה שבו התקבלה החלטה משנת 2017 אינו משמש בסיס מספיק להוכחת הפליה מחמת לאום (וזאת מבלי לגרוע מן הקושי שמעוררת ההסתגרות המקומית כשלעצמה, כפי שהובהר לעיל). הטעם ששב והוזכר על-ידי חברי המועצה לשינוי המדיניות הוא "רמת השירות" שניתן לתושבים אם הבריכה תיפתח לקהל הרחב והחשש שמא זו תיפגע.

87. הדברים נאמרים במבט צופה פני עתיד. בענייננו, משעה שהבריקה נסגרה בפני כל מי שאינם תושבי היישוב, לא היה די בכך בלבד כדי לספק הוכחה להפליה מחמת לאום. בשונה מן המצב הקודם שנהג בבריקה, שלפיו תושבי יישובים יהודיים סמוכים יכולים היו לרכוש כרטיסי מנוי ואילו למשפחת מנסור לא התאפשר לעשות כן – עתה אפשרות זו אינה קיימת עבור כל מי שאינו מתגורר בכוכב יאיר צור יגאל (בכפוף לחריג שעליו הורה כאמור בית המשפט המחוזי). בנסיבות אלה, על מנת להוכיח הפליה תוצאתית נדרשו נתונים שלא הובאו בידי המערערים. סופו של דבר, לא מצאתי בסיס מספיק להתערב במסקנתו של בית המשפט המחוזי בכל הנוגע לטענת ההפליה במישור זה.

עוד מבט על סולידריות חברתית

88. מעבר לדיון הפרטני בחוק איסור הפליה ובכללי המשפט הציבורי, מנקודת מבטי, המקרה שבפנינו משקף למעשה שאלה יסודית עוד יותר: האם קיימת סולידריות חברתית במדינת ישראל, או שמא כל קהילה וכל רשות מקומית יכולות להסתגר ולהתגדר לטובת עצמן? אין מדובר אפוא רק בבריקה של כוכב יאיר צור יגאל, אלא בדמותה של ישראל כמדינה וכחברה, להבדיל מאשר כרצף של "איים" או כאגד של קהילות ותת-חברות. מטעם זה בחרתי לעסוק בשאלה גם תוך הפנייה למקורות אשר מנקודת השקפתי מייצגים את "עקרונות החירות היושר והשלום של מורשת ישראל".

89. אכן, הסולידריות החברתית היא לא עניין למשפט לענות בו. אולם, כאשר מדובר בהתוויית עקרונות היסוד של המשפט הציבורי, אף למשפט יש בה חלק. כאשר הדיון מוגבל לתחום המשפט הפרטי, השאלה האם ניתן לכפות על אדם שאחר יעשה שימוש ברכושו היא מסובכת הרבה יותר, ומטבע הדברים האפשרות להשיב עליה בחיוב היא מצומצמת מאד (השוו: רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999); עניין מי-טל). זוהי השאלה שהמקבילה לה בעולמו של המשפט העברי ידועה כסוגיה של "כופין על מידת סדום". אולם, לא במשפט הפרטי אנו עוסקים כאן, אלא בקביעת הנורמות הנדרשות מרשויות מינהליות או גופים הקשורים בהן. הגישה הגורסת "שלי – שלי, ושליך – שליך" מכונה בפרקי אבות גם "מידה בינונית" וגם, לגישת אחרים, "מידת סדום" (מסכת אבות ה, י). אולם, גם אם נקבל את הגישה הניטרלית הרואה ב"שלי – שלי" רק "מידה בינונית", ללא הסתייגות נורמטיבית נוספת, בתחומי המשפט הפרטי, לא ניתן להסכין לה כאשר מדובר בגופים הנושאים גם בחובות מן המשפט הציבורי. הרשויות המקומיות הן יחידות הנהנות מאוטונומיה קהילתית לא מבוטלת (כפי שפורט לעיל), אך בה בעת הן גם רשויות של מדינת ישראל, וככאלה נושאות בחובות לא רק כלפי תושביהן.

90. הדברים מזכירים, על דרך ההשאלה, את הסוגיה של "עניי עירך קודמים". אולם, כאן אין ענייננו בדיני צדקה, אלא בעיצוב המרחב הציבורי בישראל. עם זאת, להשלמת ההשאלה אציין כי אף באותו הקשר צוין כי אם אדם יכול לתת צדקה אף לעניים במעגל רחוק יותר, הרי שהדבר טוב וראוי (בבא מציעא, ל"א ע"ב).

91. הסוגיה שבפנינו היא שונה ומתמקדת בחלוקת ההנאה במשאבים ציבוריים. מכל מקום, אף כאן מסר חשוב שעולה מן העיון במקורות נסב על השאלה האם השימוש במשאב על-ידי אחרים אכן מחייב העדפה, בשל פגיעה בבני המקום. הסוגיה המוכרת במשפט העברי כסוגית המעיין, שעניינה במעיין נובע בתחומי העיר ונדרשים למימיו גם תושבי עיר אחרת, מבטאת גישה של העדפה לבני העיר: "חיייהם קודמים" (בבלי נדרים פ, ב). אולם, מבלי להידרש לכלל הפרטים שאינם מענייננו, החשוב הוא המסר הערכי הכללי יותר שלשיטתי עולה מן הדברים: ההעדפה לבני המקום נסבה על מצבים שבהם נוצר מצב של מתקל צרכים ישיר בבחינת "או או", ולא כאשר השימושים יכולים לדור זה בצדו של זה. שנית, אף כאשר ניתנת עדיפות לבני המקום, מתעוררת השאלה של עוצמת ההעדפה. בהמשך הדיון בסוגיית המעיין עצמה הובעו דעות שונות ביחס למצבים שבהם ההתנגשות בין צורכיהם של בני המקום לבין צורכיהם של אחרים אינם נמצאים באותה דרגה היררכית: האם רשאים בני המקום להעדיף את "כביסתם" על פני "חיייהם" של בני מקום אחר. לא למותר לציין כי הדעה המובאת בשם רוב החכמים היא ש"חיי אחרים קודמין לכביסתן".

92. מסר חשוב נוסף נוגע למידת ההעדפה של בני המקום. בהקשר זה אתייחס בקצרה לאחת התקנות המיוחסות ליהושע בן נון בכל הנוגע לשימוש בנחלת בארץ ישראל, שאותן הגדיר הרמב"ן ככאלה שעוסקות ב"הנהגות ויישוב מדינות" (רמב"ן, שמות ט"ו, כ"ה). כוונתי לתקנה הששית, העוסקת בשאלת הרשות לדוג בטבריה – האם לכלל ישראל או רק לבני שבט נפתלי שהמקום היה בנחלתו. וכך נקבע בעניין זה:

"וכן התנה שיהיה כל אדם מותר לצוד דגים מים טבריה.
והוא שיצוד בחכה בלבד, אבל לא יפרוש קלע ויעמיד
ספינה שם, אלא בני השבט שהגיע אותו הים בחלקם"
(רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק חמישי).

אם כן, העובדה שמי הכנרת נפלו בנחלתו של שבט נפתלי לא הקנתה לבני המקום עדיפות מוחלטת בגישה לכנרת ובהנאה ממנה. אכן, דיג בהיקף נרחב ניתן לבני המקום

(כשם שכל שבט היה אמור להתפרנס מנחלתו). אך כל אדם מישראל יכול היה לדרוג בכנרת.

93. על האמור עד כאן יש להוסיף את המובן מאליו: הלימוד מן המקורות שהובאו אינו "אחד לאחד". אולם, התפיסה שהעדיפות לבני המקום אינה יכולה להיות מוחלטת, אלא מושפעת ממכלול שיקולים נוספים, מהווה מסר ערכי חשוב, שיש בו גם מן "היושר" וגם מן "השלום".

שאלת הסעד

94. בנסיבות העניין, כמו בית המשפט המחוזי אף אני סבורה אפוא כי החלטה משנת 2017 אינה יכולה לעמוד כמו שהיא. עם זאת, לעמדתי הסעד שהציע בית המשפט המחוזי אינו יכול להיחשב פתרון מספק – להבדיל מאשר פתרון ביניים.

95. אם כן, על המועצה לקבל החלטה חדשה, על בסיס תשתית עובדתית רלוונטית וקונקרטית. למעשה ללא קיומה של תשתית כאמור, קשה לקבוע כי החלטה שכזו היא מידתית. בראש ובראשונה יהיה עליה לבחון את שאלת ההצדקה להגבלת מספר המנויים. החלטה זו אינה יכולה להתקבל על בסיס של "תחושה". בהמשך לכך צריך יהיה לבחון אם במרכזי ספורט אחרים בארץ נוהגת קביעת "מכסה" על מספר מנויים, אם ישנה מכסה השמורה לתושבים מקומיים או העדפה שלהם בדרך אחרת, ואם יש אמות מידה מקובלות לקביעתן של אלה (בהתאם לגודל הברכה למשל). שאלות אלה טעונות בדיקה. קביעת המכסה אינו יכולה להיות "תלושה" מן הסטנדרטים המקובלים, שאם לא כן היא עלולה להיראות כ"תפורה".

96. ככל שהנורמה של מכסה היא כזו שיש לה עיגון בעובדות ובנוהג המקובל, מצופה מן המשיבות להוסיף ולקיים דיון בשאלה מהי השיטה המתאימה ליישום ההעדפה של בני המקום. כך למשל, ניתן לקבוע כי בתקופה מסוימת שתיקצב לכך בתחילת העונה תינתן קדימות במכירת מנויים לתושבי המקום. ניתן כמובן אף לקבוע תעריף גבוה יותר לתושבי חוץ (שאמור אף הוא לשקף גישה מידתית). אינני סבורה שעלינו להכריע בכך כי הנושא טעון בדיקה עובדתית. אני סבורה שיש מקום לתקן את הסעד שעליו הורה בית המשפט המחוזי במובן זה שהוא יוגבל לתקופה של שנה לכל היותר – עד להשלמתו של תהליך הבדיקה. או אז יהיו מחויבות המשיבות להציג מדיניות העולה בקנה אחד עם העקרונות שצוינו בפסק דינו.

97. עוד אציין שקביעה כי תינתן קדימות במכירת מנויים לתושבי חוץ שכבר היו מנויים בעבר היא בעייתית מאחר שיש בה נטייה של שימור הסטטוס קוו. לעומת זאת, קביעת מנגנון של "כל הקודם זוכה", במכירת מנויים לתושבי חוץ תהיה ראייה לכאורה לתום הלב ביישום המדיניות.

98. לבסוף, אוסיף כי בנסיבות העניין מן הדין שמשפחת מנסור, אם תחפוץ בכך עתה, תימנה עם מי שיוצע להם לרכוש מנוי בעונה הקרובה.

לקראת טיוט

99. הערעור שבפנינו מעלה שאלות קשות ומטרידות. התבטאויות בעלות אופי מפלה מן העבר אינן מוסיפות "רוח טובה" לבחינת ההחלטה שהתקבלה. עם זאת, בסופו של דבר, בפנינו החלטה קונקרטיית, שהתקבלה שנים לאחר מכן, וזאת בהרכב הערכני של המועצה והנהלת העמותה. לא הונח גם בסיס עובדתי לכך שלהחלטה יש אופי תוצאתי מפלה כלפי שכניה של הרשות שהם ממוצא ערבי דווקא. על כן, השאלה העיקרית שעמדה לדיון הייתה שאלת ההעדפה לבני המקום. הטענה שהעלו המערערים כאילו העדפה זו יכולה להיות רק העדפת מחיר היא גורפת יתר על המידה – מאחר שלא הותירה מקום להבחנה בין משאבים במחסור למשאבים שאינם כאלה, כמו גם להבחנה בין מרחב ציבורי "טהור" לבין פעילויות נוספות שמתקיימות בתשלום (כמו מופעי תרבות, או אף הפעלתו של מרכז ספורט). הבחנות אלה אינן מכריעות בהכרת את הכף, אך גם לא ניתן לדחות אותן כליל.

100. במבט רחב יותר השאלה שבפנינו נסבה על מהותה של ה"אזרחות" המקומית (על דרך ההשאלה). תושבות ברשות מקומית יכולה להצדיק לעתים העדפה בהשוואה לתושביהן של רשויות אחרות. יחד עם זאת, היא אינה יכולה לשמש בסיס להפיכתה של הרשות המקומית לקהילה מגודרת ומדירה. האיזון העדין בין שני הקצוות הוא דק, ולעתים אף דק מן הדק. תם – ולא נשלם.

101. סוף דבר: הערעור מתקבל בחלקו בכל הנוגע לסעד שניתן ביחס לקביעת מדיניות המינויים במרכז הספורט בעתיד, כמפורט בפסקאות 94-98 לעיל.

1. סוגיית העדפת תושבים הגרים בתחומי רשות מקומית אחת על פני תושבי רשות מקומית אחרת הינה שאלה לא קלה. לעתים מחוקק המשנה אף נותן תוקף מפורש לעדיפות התושבות "הקרובה" (ראו לדוגמה: צו המועצות המקומיות (נוהל קבלת עובדים לעבודה), התשל"ז-1977 הקובע בסעיף 77(ב) כי עובד הרשות או מועמד אחר לא יופלה מסיבה כלשהי, אך בד בבד קובע בסעיף 77(ג) כי על אף האמור בסעיף קטן (ב): "תינתן בתנאים שווים עדיפות לתושבים המתגוררים בתחומה של הרשות המקומית הנוגעת בדבר"). היא מעלה שאלות לא רק במישור המשפטי-הלכתי, אלא גם במישור החברתי-ערכי. חברתי השופטת ברק-אדל הרחיבה את היריעה והתעמקה בסוגיה. אוסיף על דבריה רק במשורה ובאופן מדוד.

2. "וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך, אל תונו איש את אחיו" (ויקרא כה, יד); "בצדק תשפוט עמיתך" (ויקרא יט, טו). האם חובת מניעות מהונאה וחובת השפיטה בצדק תלות רק כאשר מדובר באחיך או בעמיתך? המותר להונות את מי שאינו חברך? המותר לעוות את דינו של הזר? הרי מנגד נאמר ללא הסתייגות כי "ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו ובין גרו". לא תכירו פנים במשפט" (דברים א, טז-יז); "ודל לא תהדר בריבו" (שמות כג, ג). אימתי צודק, אם בכלל, לתת עדיפות לקרוב לך, לאחיך?

3. כאשר המשאבים רבים ולא קיימת מצוקה בחלוקתם, לא קיים קושי לוודא שוויון מוחלט בחלוקה. הקושי מתעורר כאשר הקומץ אינו משביע את הארי. או אז, אומרת הגמרא: "דתני רב יוסף 'אם כסף תלוה את עמי את העני עמך' (שמות כב, כד). עמי ונכרי - עמי קודם, עני ועשיר - עני קודם, ענייך ועניי עירך - ענייך קודמין, עניי עירך ועניי עיר אחרת - עניי עירך קודמין" (בבלי, בבא מציעא עא, ע"א). וכפי שמופיע בתנא דבי אליהו, אליהו רבה (איש שלום) (פרשה כ"ה):

"יש לו לאדם מזונות הרבה בתוך ביתו ובקש לעשות מהן צדקה כדי שיפרנס אחרים, כאי זה צד יעשה, יפרנס את אביו ואת אמו תחילה, ואם הותיר יפרנס את אחיו ואת אחותו, ואם הותיר יפרנס את בני ביתו, ואם הותיר יפרנס את בני משפחתו, ואם הותיר יפרנס את בני שכונתו, ואם הותיר יפרנס את בני מבוי, מיכן ואילך ירבה צדקה בישראל".

4. הערכים אינם אפוא מוחלטים. ישנם מצבים שאין מנוס אלא להעדיף אדם אחד על פני רעהו.

5. העדפת אדם על זולתו יכולה להגיע לכדי מקרה קיצוני, אך גם אז יש לבוא לכלל החלטה. וכך מספרת הגמרא במסכת בבא מציעא:

"שניים שהיו מהלכין בדרך וביד אחד מהן קיתון של מים. אם שותין שניהם מתים ואם שותה אחד מהן מגיע לישוב. דרש בן פטורא מוטב שישתו שניהם וימותו ואל יראה אחד מהם במיתתו של חברו. עד שבא ר' עקיבא ולימד וחי אחיך עמך – חייך קודמים לחיי חבריך" (שם, סב, ע"א).

6. קיימת אפוא עמדה המאומצת על ידי בן פטורא כי בחלוקת משאבים, גם כאשר הם דלים, ערך השוויון הוא ערך מוחלט. תפיסה זו באה לידי ביטוי באופן קיצוני במשפט שלמה המפורסם שבו אחת הנשים שרבה עם חברתה אמרה "גם לי גם לך לא יהיה" (מלכים א, ג, כו). לעומת זאת קיימת גישתו של רבי עקיבא שבמקרה שהחלוקה לא תועיל "לרחוק" אלא רק תזיק לבעל המשאב "הקרוב", ניתנת עדיפות הכרחית לצד אחד על פני הצד האחר, על אף אי הנוחות הקיימת בדבר. אכן במקרה המתואר מדובר במקרה של הצלת חיים ולא בעניין ממון או מקרה כבענייננו העוסק בשימוש במתקני פנאי וספורט. אך לב ההתלבטות זהה. לעתים מתן אפשרות לאדם "הרחוק" להשתמש במשאב, פוגע בזכותו של אדם אחר שאין מחלוקת שמבחינת סדר הקדימות הוא קודם לחברו. השאלה היא אכן, כפי שהגדירה זאת חברתי, שאלה עובדתית – האם יש בקיתון המים כדי להרוות את צימאונם של שני הולכי הדרך, או שמא שיתוף "הרחוק" בשתייה ירחיק את "הקרוב" מלהגיע ליישוב. וכפי שמציינת הגמרא גם בעניין הפסד ממון: "אמר רב יהודה אמר רב אמר קרא: 'אפס כי לא יהיה בך אביון' (דברים טו, ד). שלך קודם לשל כל אדם" (בבלי, בבא מציעא לג, ע"א; וראו שם המשך הגמרא המציינת כי מי שנוהג כך תמיד, בסוף נהיה אביון בעצמו ונצרך לבריות. וכדברי רש"י במקום: "ואם תמיד מדקדק פורק מעליו עול גמילות חסדים וצדקה וסוף שיצטרך לבריות").

חברתי הפנתה לסוגיית המעיין הנובע בתחומי העיר האחת הנמצאת במעלה ההר ושנדרשים מימיו גם לתושבי העיר האחרת הנמצאת במורד (בבלי, נדרים פ, ע"ב). סוגיה נושקת לכך מצויה בגמרא במסכת בבא קמא (פ, ע"ב – פא, ע"ב) המפרטת את "עשרת התנאים שהתנה יהושע" עם כניסת עם ישראל לארץ, כדלקמן:

"שיהיו מרעין בחורשין [שיהיו הכול רשאים לרעות בהמותיהם ביערות פרטיים ולא יקפידו בעלי היערות על כך]; ומלקטין עצים בשדותיהם [של אחרים]; ומלקטים עשבים בכל מקום [לצורך מאכל בהמות] חוץ מתלתן [הגורם לנזק]; וקוטמים נטיעות בכל מקום [כדי לנטוע אותם במקומות אחרים] חוץ מן גרפיות של זית; ומעין היוצא בתחילה בני העיר מסתפקין ממנו; ומחכין בימה

של טבריה ובלבד שלא יפרוס קלע ויעמיד את הספינה; ונפנין [לעשות צרכיו] לאתורי הגדר ואפילו בשדה מליאה כרכום ומהלכין בשבילי הרשות עד שתדר רביעה שניה [עונת הגשם השניה שהיא בי"ז בחודש חשוון]; ומסתכלין לצידי הדרכים מפני יתירות הדרכים [מותר לסטות מהדרך הראשית אל תוך השדות הסמוכים בשל קיומן של תקלות בדרך הציבורית]; והתועה בין הכרמים מפסיג [מנתק הזמורות המעכבות אותו בדרך] ועולה מפסיג ויורד [עד שימצא את דרכו]; ומת מצוה [מת שאין לו קרובי משפחה היכולים להתעסק בקבורתו] קונה מקומו [אם נמצא בתוך שדה, בעליו אינו יכול להזיזו משם]."

הטעם לתקנות אלו הוא, כפי שכתב בפירושו "הבונה" (של רבי יהודה אריה

מונציה (1571-1648), עין יעקב, בבא קמא, פ, ע"א, א):

"שהחלוקה לשבטים תהיה על מנת שישמרו כל אלה להרבות שלום ביניהם ושלא להקפיד בדקדוקים כל אחד על חברו. ועם זה נשמע גם כן מהם כמה דברים ללמד על עצמם ודמותם שלא ישגיח בהם אלא כילי ומאנשי סדום לא מבני ישראל כי אנשים אחים הם."

היינו, מדובר בשורה של תקנות שקבע יהושע בעת כניסת בני ישראל לארץ שאפשרו לעם לסגת את גבול זולתם כדי שישרה שלום ורעות ביניהם (וראו תקנה נוספת שהתקין יהושע, שמותר לקצוץ ענף עץ חברו, עליו התיישב נחיל דבורים שלו, תוך תשלום פיצויים לבעל העץ (בבלי, בבא קמא קיד, ע"א; והשוו: סעיף 64 לפקודת הנזיקין; ע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית ובנייה (1992) בע"מ נ' בהג'את, פ"ד ס"א(3) 603 (2006)). אכן התקנות לא באו לידי ביטוי בפסיקת ההלכה בשולחן ערוך. עם זאת הן מובאות בפסיקת הרמב"ם (משנה תורה, נזקי ממון, פרק ה, הלכה ג), ואף הרמ"א (תושן משפט, סימן רע"ד) העיר על השולחן ערוך כי: "לא ידעתי למה השמיטן המחבר מחיבורו". כמו כן, כפי שעולה מתוך פרשנות הסוגיה ההיא במסכת בבא קמא, האמור שיש לדאוג לחלוקת מי המעיין, נכון במקרה שבו המעיין נובע מאליו כמשאב טבעי, אך לא כאשר בני העיירה העליונה טרחו וחפרו את מקור המים בעצמם (תוספות, שם, ד"ה "ומעיין"; וראו דיון כאשר המעיין נמצא ברשות היחיד של אחד מבני העיירה העליונה: שיטה מקובצת (בשם הר"מ מסרקסטה – רבי מאיר הכהן בר יצחק, סרגוסה, המחצית הראשונה של המאה ה-13), בבא קמא, שם; תוספות, עבודה זרה מז, ע"א, ד"ה "לא צריכא"; ים של שלמה (לרבי שלמה לוריא, לובלין 1510-1573), בבא קמא, שם; וכן ראו בעניין שימוש במקווה טהרה של קהילה על ידי מי שלא נשא בתשלום הקמתו: שו"ת אגרות משה (לרבי משה פיינשטיין, ניו-יורק 1895-1968), חושן משפט, חלק א', סימן מ"א; וכן כלל חיוב הפרט לשאת בהוצאות הקהילה: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קס"ג).

7. בנוסף על האמור, יושם על לב כי הדיון "בסוגיית המעינות" הוא במי מעיין היורדים והנמשכים לעיר האחרת מעצמם כאשר שימוש בני העיירה העליונה מונע במעשה אקטיבי את המשך זרימת המים אל עבר העיירה התחתונה (ר"ן, רש"י, תוספות שם; וכדברי הרא"ש על אתר: "מעיין של בני העיר – כגון שתי עיירות המסתפקות ממעיין אחד רשאין העליונים לעכב את המים עד שישתו, דכתיב וחי אחיך עמך. חייך קודמין לחייו"; וכך עולה גם מדברי הרמב"ם (משנה תורה, נזקי ממון, פרק ה, הלכה ב) הכותב "שבני אותה העיר שיצא בגבולם מסתפקין ממנו אף על פי שאין עיקרו בחלקם"). כמו שציינה חברתי, מדובר בסיטואציה של "או או" ולא במצב שבו השימושים יכולים לדור זה לצד זה. כלומר מדובר במצב אשר בו, מעצם טבעו, השימוש על ידי אחד מונע את השימוש על ידי אחר. פשיטא כי בסיטואציה כזו, חיייהם של בני העיירה התחתונה קודמים לצרכי הכביסה של בני העיירה העליונה. כמו כן, גם לאלו הסוברים שיש להעדיף את כיבוס בגדיהם של בני העיירה העליונה על פני השתייה של בני העיירה התחתונה, אין המדובר במקרה שבו קיים חשש לסכנת חיי בני העיירה התחתונה, כי אם בפגיעה בנוחיותם בלבד (וראו: שו"ת אחיעזר (רבי חיים עוזר גרודזנסקי, וילנה 1863-1940), חלק ב', כ"ג, ב; וכן שולחן ערוך, אבן העזר, סימן פ' סעיף כ"ב; דברי חלקת מחוקק (רבי משה לימא, סלונים, וילנה 1604-1658), שם). כל זאת בשונה מהמקרה שלפנינו מכמה היבטים: ראשית, אין המדובר במצב שבו לא קיימת אפשרות שהמתקן ישמש את שני הציבורים, ולו בחוסר נוחות מסוימת של מי מהם; שנית, אין המדובר כלל במצב שבני הישוב מונעים שימוש במשאב קיים, אשר לולי מעשיהם, בני הישובים הסמוכים היו נהנים ממנו, שכן בני היישוב הם אלו אשר הקימו את המתקן; שלישית, מדובר במשאב המיועד לשפר את רמת החיים, אך לא משאב המהווה בסיס לעצם קיום החיים. ענייננו דומה אפוא יותר במאפייניו למקרה שאין מצוקת מי שתייה לשתי העיירות והמריבה מתמקדת בהעדפת כביסתם של בני העיירה העליונה על פני כביסתם של בני העיירה במורד. במקרה שכזה, נהיר כי בני העיירה העליונה ייהנו מהמעין באופן בלעדי (עם זאת ראו את המשך הסוגיה בה אומרת הגמרא כי גם לכביסת בגדים ישנו אלמנט של חיי נפש; וראו גם בעניין זה: ירושלמי, שביעית ה, ה).

8. על כן, נראה לי תוך נקיטת זהירות ראויה, כי על פניו אין בתקנת יהושע ובסוגיית התלמוד במסכת נדרים כדי לסייע למציאת האיזון הנדרש בענייננו. בהיות הקאנטרי קלאב מתקן שכל כולו נבנה על ידי המשיבות; כי אין ולא היה למי מתושבי החוץ ליישוב יד ורגל בהקמתו או במימונו; וכי הקמת המתקן ודאי שלא הרעה את מצבם של תושבים אלו ומניעת השימוש אינה גורעת מנוחיותם. ספק אפוא אם על פי שורת הדין התלמודי

האמור, ניתן להסיק מסוגיה זו לעניין השיקולים שצריכים לעמוד על הפרק בעת בחינת עדיפות תושבי היישוב בשימוש במתקני הקאנטרי קלאב.

9. סוגיה אחרת הדומה לענייננו היא זו העוסקת בעניין אפשרותם של סוחרים לעכב סוחרים אחרים המתגוררים בעיר אחרת מלסחור בעירם (בבלי, בבא בתרא כב, ע"א). זאת במנותק משאלת דיני התחרות המטילים הגבלות על ניהול עסקים באופנים שונים בקרבת מקום (ולעניין זה ראו: בבלי, בבא מציעא ס, ע"א; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רכ"ח, סעיף י"ח). וכך אומרת הגמרא (בבבא בתרא, שם):

"דאמר מר: עורא תקן להן לישראל שיהו רוכלין מחזירין בעיירות, כדי שיהו תכשיטין מצויין לבנות ישראל. והני מילי לאהדורי, אבל לאקבועי לא [ההיתר אינו חל אלא לחזר ולהסתובב במבואות העיר ובבתים ולאחר מכן לשוב לעירם, אך לא לקבוע חנות בעיר]. [...]."

הנהו דיקולאי דאייתו דיקלאי לבבל [אותם מוכרי סלים שהביאו סלים למכרם ביום השוק בבבל]. אתו בני מתא קא מעכבי עלויהו [באו בני העיר לעכב עליהם שלא ימכרו את סחורתם בטענה כי רק בני העיר המקומיים רשאים למכור את מרכולתם בעיר]. אתו לקמיה דרבינא. אמר להו: מעלמא אתו ולעלמא לזיבנו [באו בני העיר לפני רבינא לדרון בעניין והוא אמר להם: מוכרים אלו באו ממקום אחר ולכן רשאים הם למכור את מרכולתם לאלו הבאים גם כן ממקומות אחרים כדי לקנות בשוק]. והני מילי ביומא דשוקא. אבל בלא יומא דשוקא לא [והיתר זה חל רק ביום השוק כאשר באים קונים מהסביבה, אך שלא ביום השוק, אסור להם למכור]. וביומא דשוקא נמי לא אמרינן אלא לזבוני בשוקא, אבל לאהדורי לא [וגם ביום השוק מותר רק למכור בשוק, אבל להסתובב בעיר ולמכור אסור]."

על בסיס האמור נפסקו שורה של הלכות ברוח הגמרא (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קנ"ו, סעיפים ו-ז), כאשר הטעם להגבלות נעוץ בצמצום פרנסתם של בני העיר (בית יוסף, טור, חושן משפט, שם).

10. חרף כל האמור קיים כלל בלתי מעורער לפיו "כופין על מידת סדום". היינו במקום שבו אדם אינו נפסד ואילו חברו מרוויח, אין למנוע את רווחי חברו (וראו: בבלי, בבא בתרא יב, ע"ב; בבלי, בבא קמא כ, ע"א-ע"ב). במסגרת זו, אף כופים את הרבים שלא למנוע רווח לפרט (וראו: 'כופים על מידת סדום', אנציקלופדיה תלמודית, כז, עמ' תקל"ד). באותו אופן, יש הסוברים שמכוח אותו דין סוחר העיר אינם יכולים למנוע בעד סוחרים אחרים שבאו למכור את סחורתם בעיר שעה שאלו אינם מקפחים את פרנסתם

של הסוחרים המקומיים (שם, עמ' תקל"ז). כמו כן, הכלל חל גם במקום שיש לאדם הסתייגות או רתיעה מאופיו והנהגותיו של חברו, למרות שהדבר גורם לו צער. וכדברי תוספות: "ותרעומת הוי משום שינוי דעת שלא הורגל עם זה האחר ולא ידע להתנהג לפי דעתו" (בבא מציעא עט, ע"ב, ד"ה "דפרקיה"). שיקול בהחלט רלוונטי לענייננו.

11. סוגיה אחרת הנגררת מהאמור, היא מניעת מעבר מגורים של אנשים למקום מגורים אחר בו קיימת התנגדות למהלך. עניין זה עלה לדיון בשולי הסימן בטור וזכה לדיון פורה בשם "חזקת הישוב", הן "בדרכי משה" במקום והן בהגהות הרמ"א (רבי משה איסרליש, קרקוב 1530-1572) על השולחן ערוך, זאת על יסוד ההנחה האמורה, שאותם אנשים יצרו את צעדי הפרנסה של הנמצאים במקום. עם זאת, פוסקים מאוחרים יותר פסקו כי כיום להלכה זו אין עוד תוקף, שכן היא נולדה בשל המציאות ששררה בימים בהם השלטון לא אפשר מעבר יהודים ממקום מגורים אחד למקום מגורים אחר (ערוך השולחן (לרבי יחיאל מיכל הלוי אפשטיין, נובהרדוק 1829-1908), חושן משפט, סימן קנ"ו סעיף י"ב; וראו גם: 'חזקת ישוב', אנציקלופדיה תלמודית, יד, עמ' כ"ו-י"ז).

12. דהיינו, מתן אפשרות לתושבי חוץ לפעול בדרכים אשר כשלעצמן לגיטימיות, אך פוגעות ברווחתם הכלכלית ושלוותם של בני המקום, נתפס כדבר שלילי שיש למנוע. עם זאת, כל אימת שבני המקום אינם מפסידים דבר מפעילותם של תושבי החוץ, אין למנוע את הפעילות. ככלות הכול, מדובר אם כן בעניין של מידת אי הנוחות הנגרמת לתושבי המקום.

13. בענייננו הנחת המוצא היא חובתה של המועצה לפעול מתוך דאגתה לאינטרס הציבורי, ובכלל זה לטובת ניהול הקניין הציבורי שבבעלותה לרווחת תושביה והעלאת איכות חייהם (וראו למשל: בר"מ 4443/03 עיריית חולון נ' רשות שדות התעופה בישראל, פסקה 40 (17.7.2011)). בכלל זה, גם פשוט כי יש ליתן מענה למצב שבו פתיחת השערים לכל דיכפין עלולה להוביל לכך שתושבי המועצה עצמה יהיו מנועים מלהנות מהמתקן (וראו: בג"ץ 8676/20 אדס טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' עיריית רעננה, פ"ד נט(2) 210, 229 (2004)), אם הונחה תשתית עובדתית מספקת לקיומו של חשש כאמור. העיקר הוא כאמור לעיל, בשאלה אם יש בשיתוף ה"רחוק" כדי לפגוע "בקרוב", בהתחשב במכלול נסיבות העניין, באופיו של המשאב, ובעוצמת הפגיעה האמורה.

14. בענייננו, בית המשפט המחוזי קבע כי שאיפתן של המשיבות שהקאנטרי קלאב ישרת בראש ובראשונה את תושבי היישוב לגיטימית. שאיפה זו מבוססת הן על הרצון

לתת לתושבי היישוב שירות מיטבי והן על הרצון לתת להם תחושת שייכות וקהילתיות (פסקה 44 לפסק הדין). עם זאת, בית המשפט הגיע למסקנה כי השגת התכלית הקהילתית המבוקשת אינה מחייבת שלילה מוחלטת של האפשרות לרכוש מינויים בקאנטרי קלאב על ידי תושבי חוץ. לפיכך בחר בית המשפט להסתפק באמצעי שפגיעתו פחותה בתושבי החוץ ותחת נעילת דלתות המתקן לפניהם, הגביל את מספר מינויי החוץ לכדי 10% מכלל המינויים. לעומת זאת, למרות שחברתי מכירה בהבחנה שערכו המשיבות בין תושבי היישוב לבין מי שאינם תושביו, היא שללה את השימוש במוטיב הקהילתי במקרה זה כמו גם במקרים אחרים וקבעה כי אין לתת לו מקום אלא במצבי קצה מצומצמים (פסקה 69 לחוות דעתה). במקום זאת חברתי נתנה משקל לייחודיות המשאב, אופיו המוגבל והאפשרות להשתמש במשאב דומה ביישובים הסמוכים. כשלעצמי איני משוכנע כי שלילת השיקול הקהילתי נכונה ובעניין זה דעתי נוטה יותר, במישור העקרוני, לדעת בית המשפט המחוזי. היינו, כי השיקול שעניינו פגיעה במרקם הקהילתי עשוי לתמוך בהגבלת השימוש במתקן מסוים על ידי תושבי חוץ, גם אם לא באופן גורף. אך גם זאת לא כשיקול יחיד, אלא במקרים בהם נמצא כי יש במכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין, ובעיקר בהתחשב ביכולתו הפיזית של המתקן להכיל גם תושבי חוץ, כדי לתמוך בהגבלת כניסתם של "זרים". על פניו, לא הרי קאנטרי קלאב שוקק חיים ומלא עד אפס-מקום או קרוב לכך בתושביה המקומיים של המועצה כהרי קאנטרי קלאב העומד ריק מאדם, או קרוב לכך, שאז החשש לפגיעה במרקם הקהילתי, אינו ממש רלוונטי. ברם, במקרה זה נראה לי כי אין צורך לדון בעצמת הפגיעה במרקם הקהילתי של היישוב, שעה שמסכים אני כי כלל לא נדונה השאלה המרכזית לעניין, היינו שאלת יכולתו של המתקן להכיל תושבים מחוץ ליישוב ובחינה האם יש בפתיחת המתקן לתושבי חוץ כדי לפגוע באיזשהו אופן בתושבי היישוב.

15. בעניין זה עיון בפרוטוקולים של ישיבות המועצה מלמד, כי השיקול המרכזי שעמד לפני חברי המועצה היה היקף ההכנסות הבלתי מרשים שמפיק המתקן והגירעון הכספי הכרוך בהפעלתו. עניין כניסת זרים עלה רק בהקשר ההשפעה הכספית שתהיה לכך ולא יותר. אדרבה, הרושם המתקבל מהדיונים הוא כי הקאנטרי ריק למדי, או למצער ריק יותר ממה שהיו חפצים, מפני שלא מצליחים למכור מספיק מגויים. חריג לכלל האמור הוא בשאלה אחת שהעלה אחד מחברי המועצה בדיון שהתקיים ביום 4.1.2010 לגבי הרף העליון של מספר המנויים, אך שאלה זו לא הובילה לכלל דיון בנוגע למצוקה או למחסור במשאבים או במקום בקאנטרי לכלל תושבי האזור.

16. על כן בשים לב לאמור, מצטרף אני למסקנת חברתי שהחלטת המשיבים נתקבלה בהעדר תשתית עובדתית ולא נלקחו בחשבון השיקולים הרלוונטיים לעניין. משום כך

אני גם מצטרף למסקנה האופרטיבית של חברתי שיש להחזיר את הדיון למועצה כדי שתקבל החלטה חדשה לאחר שתדון במכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין ובכלל זה, בראש ובראשונה בשאלה אם קיימת הצדקה להגבלת מספר המנויים. אינני סבור בהכרח, כפי שקבעה חברתי, כי יש צורך בהקשר זה לבחון אם במרכזי ספורט אחרים בארץ נוהגת קביעת "מכסה" השמורה לתושבים המקומיים. נסיבות המקרה הנוכחי הן אלה שצריכות לעמוד לנגד עיני המועצה, בהתחשב במרקם אופי הישוב, אופי המתקן, הנתונים המצויים בידיה לגבי השימושים במתקן וכל שיקול אחר הרלוונטי לעניין.

לפיכך, בשורה התחתונה, בהסתייגויות האמורות מצטרף אני לדעתה של חברתי.

ש ו ט

השופט מ' מזוז:

אני מסכים לתוצאה האופרטיבית אליה הגיעה חברתי השופטת ד' ברק-ארז בתווית דעתה, לפיה יש להחזיר את הדיון למועצה כדי שתקבל החלטה חדשה, "על בסיס תשתית עובדתית רלבנטית וקונקרטית", ותוך התחשבות במכלול השיקולים הנוגעים לעניין. לצד זאת אבקש להוסיף הערות אחדות בקצרה.

1. הסוגיה של אפליה ושוויון העסיקה רבות את בית משפט זה לאורך כל השנים. אף כי דומה שהכל מסכימים שאין לקבל הפליה, לא פעם קיים קושי לא מבוטל בזיהוי האפליה הפסולה וקביעת גבולותיה, שכן "נדירים הם המקרים... בהם צפה ההפליה במלוא כיעורה ללא שהיא מוסוות באמתלה כזו או אחרת מצד ספק המוצר או השירות. לרוב קיימים קשיים לא מבוטלים להוכיח הפליה" (רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן, פסקה 18 לפסק דיני (19.8.2019)).

באותו עניין, שעסק בתחולת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000 על סירוב חברה קבלנית למכור דירה לבני זוג ערבים, עמדתי בין היתר על מרכזיותו וחשיבותו של ערך השוויון, אשר מהווה "ערך יסודי עליון בכל תפיסה דמוקרטית המכבדת זכויות אדם, ובלעדיו חברה לא תיחשב כחברה דמוקרטית ומדינה לא תוכל להיקרא כמדינה דמוקרטית", וכי "על המדינה ואורגניה, כמו גם על כל רשות ציבורית, חלה אפוא חובה כללית לנהוג בשוויון ולהימנע מהפליה" (שם בפסקאות 12-13). כן עמדתי על כך כי –

"תפקידו של בית משפט זה אינו אך להכריע בסכסוך הפרטני המובא בפניו אלא גם לקבוע הלכות ונורמות הנוגעות לסוגיות עקרוניות המתעוררות בהליך -

מתפקידו של בית המשפט לחנך ולעצב ערכים ראויים בחברה על-ידי הענקת פירוש התואם את הערכים האלה להוראות החוק' (ע"פ 119/93 לורנט נ' מדינת ישראל פ"ד מח(4) 1, 15 (1994)).

מתפקידו ומחובתו של בית המשפט לשרש תופעות של הפליה פסולה, בעיקר תופעות הפליה המעוגנות בתפיסות חברתיות הרווחות בחלקים שונים של החברה".
(שם בפסקה 15)

בהתאם לכך, עלינו לגלות זהירות רבה ולבחון דברים בהקשרם הרחב בטרם ניתן ידינו ונאשר החלטה בדבר העדפה העשויה להסתיר מאחוריה הפליה פסולה.

2. חברתי עומדת בחוות דעתה המפורטת על השיקולים ואמות המידה לבחינת שאלת סמכותה וגדר שיקול דעתה של רשות מקומית להעדיף את תושבי אותה רשות, שעיקריהם מקובלים עלי. במסגרת זו מתייחסת חברתי גם לעמדה שהוצגה לענין זה מטעם היועץ המשפטי לממשלה, לבקשתנו, תוך שהיא מביעה הסתייגות מהמשקל של חלק מהשיקולים שנימנו על ידי היועץ המשפטי.

לדירי, מקובלת עלי נקודת המוצא העקרונית של היועץ המשפטי לממשלה, לפיה המרחבים והמקומות הציבוריים שבתחום רשות מקומית צריכים להיות פתוחים לשימוש הכללי, לרבות מי שאינם תושבי הרשות; כאשר לצד זאת מוכרת סמכות רשות מקומית לסטות, במקרים ובתנאים מתאימים, מנקודת מוצא זו, בכפוף למבחני סבירות ומידתיות. כשלעצמי, איני רואה מקום וצורך לקבוע רשימה סגורה או ממצה של שיקולים לענין הנדון, ואיני סבור שנדרשת לענייננו נקיטת עמדה באשר לרשימת השיקולים שנמנו על ידי היועץ המשפטי לממשלה. מטבעם של דברים, ששאלות מסוג זה יש לבחון לפי העובדות והנסיבות הקונקרטיות הנוגעות לכל החלטה מעין זו. בהתאם לכך יש, לדעתי, להתייחס לרשימת השיקולים שנמנו ככאלה המדגימים נסיבות ואמות מידה לבחינת סבירות ומידתיות של העדפת תושבי הרשות, ברוח האמור בפסקת הסיכום של חברתי (פסקה 69 לחוות דעתה).

כך, למשל, באשר לשיקול של "קהילתיות", עליו עמדו בית המשפט קמא וכן היועץ המשפטי לממשלה. חברתי אינה שוללת את השיקול של קהילתיות, אלא את

המשקל שיש לתת לשיקול זה. ומאידך, גם בית המשפט קמא וגם היועץ המשפטי לממשלה אינם גורסים כי "קהילתיות" היא מילת קסם המצדיקה כל העדפה. לפיכך, איני סבור כי יש לקבוע אמת מידה כללית ונוקשה באשר למשקלו של שיקול זה, אותו יש לבחון בכל מקרה לנסיבותיו, ולענין זה יש כמובן משקל להבחנות עליהן עומדת חברתי, ובין היתר גודל ואופי היישוב וסוג המקום הציבורי לגביו מבקשים להעדיף את תושבי המקום; כל זאת, כאמור, על רקע נקודת המוצא העקרונית לפיה המרחבים והמקומות הציבוריים צריכים להיות פתוחים לשימוש כלל הציבור.

3. ובחזרה לענייננו. מקובלת עלי מסקנת חברתי, כי לא הוכחה בענייננו קיומה של אפליה מחמת לאום, כמפורט בפסקה 85 לחוות דעתה. וכן מקובלת עלי כאמור מסקנתה האופרטיבית כי ההחלטה שהתקבלה על ידי המשיבים העדיפה את תושבי המקום מעבר לנדרש, בהעדר תשתית עובדתית מספקת. ולפיכך יש לראות בסעדר שניתן על ידי בית המשפט קמא כסעד לתקופת ביניים מוגבלת עד להחלטה חדשה כאמור, שתתקבל על בסיס תשתית עובדתית רלבנטית וקונקרטיית, ותוך התחשבות במכלול השיקולים הנוגעים לעניין.

לבסוף אעיר בנוגע לאמור בפסקה 97 לחוות דעת חברתי. בניגוד להעדפה שנתן בית המשפט קמא למגויים ותיקים, שהייתה על רקע מצב בו היו רק מגויי חוץ מישובים יהודיים, הרי שעם מתן פסק הדין קמא בספטמבר 2017 הבריכה נפתחה לכלל תושבי החוץ, ולפי הנתונים שנמסרו בדיון לפנינו, יש כיום מגויי חוץ מכל יישובי הסביבה, כולל מהיישובים טייבה, טירה וקלנסואה. ולפיכך איני רואה פסול כיום במתן העדפה למי שיבקש לחדש מגוי על פני מגוי חדש, ככל שהמשיבים יבקשו לעשות כן.

ש פ ו ט

הערעור התקבל בחלקו כאמור בפסק דינה של השופטת ברק-ארז, כמובן זה שעל המשיבה לקבל החלטה חדשה לאחר שתדון במכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין.

ניתן היום, א' בשבט התשפ"א (14.1.2021).

ש פ ו ט

ש פ ו ט

ש פ ו ט

