

ע"א 8956/17

בית המשפט העליון מדור קליטה
26-09-2020
נתקבל/נבדק
סתירה

המעוררים

בית המשפט העליון בירושלים  
בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בעניין:

1. אחמד מנסור
  2. אומימה מנסור-מראד
  3. האגודה לזכויות האזרח בישראל
- כולם ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ו/או דן יקיר  
מרחוב נחלת בנימין 75, תל אביב 65154  
טל': 03-5608185, 073-7050759; פקס': 03-560816  
דוא"ל: gil@acri.org.il

נגד

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

שניהם ע"י ב"כ עו"ד אלון אשר  
מרחוב התע"ש 13, כפר סבא, 44425  
טל': 09-7680768; פקס': 09-7680769

המשיבים

מתייצב להליך: היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה  
מרחוב קריית המדע 5, בניין B3, קומה 5  
הר חוצבים, ירושלים  
טל': 073-3929623/22; פקס': 073-3929610

### עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהמשך להודעתו בדבר התייצבותו להליך ובהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מיום 3.2.2020 ומיום 13.8.2020, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להגיש את עמדתו בהליך שבכותרת.

### א. פתח דבר

1. הליך זה עניינו בבקשת המערערים לסעד הצהרתי לפיה מדיניות מכירת המנויים לקאנטרי קלאב בכוכב יאיר – צור יגאל (להלן גם: "היישוב"), במסגרתה רכישת מנויים לקאנטרי קלאב פתוחה רק לתושבי

היישוב, היא מדיניות בלתי חוקית, שכן לטענתם היא מהווה הפליה אסורה של תושבי חוץ בכלל, ושל תושבי היישובים הערביים הסמוכים בפרט.

2. ביום 19.9.2017, ניתן פסק דינו של בית משפט קמא לפיו יש לאפשר למשיבות לקבוע, כי המנויים לקאנטרי קלאב ימכרו רק לתושבי היישוב בכפוף לכך שעל המשיבות לאפשר מסלול רישום גם למי שאינם תושבי היישוב שהיקפו יקבע על ידי המשיבות ובלבד שלא יפחת מ-10% ממספר המנויים בקאנטרי קלאב בשנת הפעילות הקודמת.

3. על פסק דינו של בית משפט קמא הגישו המערערים ערעור לבית משפט נכבד זה. ביום 3.2.2020, התקיים דיון בבית משפט נכבד זה, בסופו ניתנה החלטה לפיה בית המשפט הנכבד מאפשר ליועץ המשפטי לממשלה, אם ימצא לנכון, להגיש עמדה מטעמו בהליך זה "להבהרת ההיבטים העקרוניים והשלכותיהם ביחס לשימוש במתקנים דומים ברשויות אחרות".

4. היועץ המשפטי לממשלה החליט כאמור להתייצב בהליך זה ולהביע את עמדתו בנוגע לפרשנותו של סעיף 3(א1) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: "חוק איסור הפליה" או "החוק") וכן בנוגע לשיקולים שעל רשות מקומית לשקול בבואה לבחון את האפשרות להעדיף את תושביה במתן שירותים או בהפעלת מקום ציבורי או במתן כניסה למקום הציבורי. זאת, לצורך הבהרת ההיבטים העקרוניים בסוגיה ומבלי שיש באמור משום נקיטת עמדה ביחס למקרה הפרטני.

### **ב. פסק דינו של בית משפט קמא**

5. ההליך שנדון לפני בית משפט קמא עניינו בקשה לסעד הצהרתי, לפיה מדיניות מכירת המנויים לקאנטרי קלאב בכוכב יאיר – צור יגאל, לפיה רכישת מנויים לקאנטרי קלאב פתוחה רק לתושבי היישוב, היא מדיניות בלתי חוקית, בטענה שהיא מהווה הפליה אסורה של תושבי חוץ בכלל, ושל תושבי היישובים הערביים הסמוכים בפרט.

6. את הבקשה לסעד הצהרתי הגישו ד"ר אחמד מנסור המתגורר ביישוב טירה ובני משפחתו וכן האגודה לזכויות האזרח בישראל. הבקשה הוגשה נגד המועצה המקומית כוכב יאיר – צור יגאל ונגד העמותה לפעילות קהילתית כוכב יאיר, היא העמותה המפעילה את הקאנטרי קלאב. בהתאם למצוין בפסק הדין, שטח הקאנטרי קלאב מצוי בבעלות המועצה המקומית כוכב יאיר – צור יגאל, אשר מעמידה אותו לרשות העמותה ללא תמורה. לכך יש להוסיף, כי למועצה זכות למנות שניים מחמשת חברי ועד העמותה וכי המועצה מסייעת לעמותה בכספים ובקבלת הלוואות.

7. על פי המתואר בפסק הדין, מדיניות מכירת המנויים לקאנטרי קלאב ידעה שינויים לאורך השנים. עד לשנת 2010 התאפשרה רכישת מנוי לכל המעוניין בכך, וכתוצאה מכך כללו המנויים מלבד תושבים של היישוב

כוכב יאיר – צור יגאל (להלן גם: "תושבי היישוב") גם תושבים של יישובים שכנים, ובכללם היישוב טירה בו מתגוררים מרבית המבקשים. בשנת 2010 קיבלה הנהלת העמותה החלטה שהביאה לכך שהאפשרות לרכישת מנוי הוגבלה לתושבי היישוב בלבד. בתחילת שנת 2014, על רקע מצוקה תקציבית מתמשכת, החליטה הנהלת העמותה לאפשר רכישת מנויים גם ל"תושבי חוץ" שילדיהם לומדים במוסדות החינוך של היישוב ורק למנויים משפחתיים". כתוצאה מכך, נפתחה האפשרות לרכוש מנויים גם לתושבי היישובים צור יצחק וצופים.

8. בשנת 2017, לאחר הגשת התובענה ובעקבות תיקון מספר 4 לחוק איסור הפליה (להלן: "התיקון לחוק"), החליטה העמותה שלא תתאפשר הרשמה כמנויים אלא לתושבי היישוב בלבד.

9. בית משפט קמא קבע, כי בשים לב לטיבו של הסעד המבוקש – סעד הצהרתי הצופה פני עתיד, יש מקום לבחון את המדיניות העדכנית בהתאם למצב המשפטי הקיים ולכן פנה לבחון את המדיניות הנוכחית, לפיה האפשרות לרכוש מנוי לקאנטרי קלאב מוגבלת לתושבי היישוב בלבד. מדיניות זו בחן בית משפט קמא לאור המצב המשפטי שיצר תיקון מספר 4 לחוק.

10. תחילה, דחה בית משפט קמא את טענת המערערים בדבר הפליה מחמת לאום בקובעו כי אין לפניו בסיס ראיתי מספק לקביעה כי החלטת המשיבות מחודש יוני 2017 להגביל את מכירת המנויים לתושבי היישוב בלבד התקבלה על מנת להדיר ערבים, להבדיל מרצון לפעול לטובת תושבי היישוב. בתוך כך, בית משפט קמא ציין, כי במציאות הישראלית הקיימת של הפרדה בדפוסי המגורים בישראל, כמעט כל הבחנה שנעשת על ידי רשות מקומית ביישוב שאינו מעורב בין תושביה ובין מי שאינם תושביה, תהיה בעלת אפקט מפלה במובן זה שהיא תפעל, מבחינה תוצאתית, לטובת קבוצה לאומית אחת, ולרעת קבוצה לאומית אחרת. לכן, לדעת בית משפט קמא, עצם קיומו של אפקט מפלה זה, כשלעצמו, אין בו די על מנת להצדיק התערבות שיפוטית. התערבות שיפוטית תהיה מוצדקת רק אם הכוונה העומדת מאחורי ההחלטה לבצע הבחנה היא כוונה מפלה, דהיינו רצון להעדיף או להדיר על בסיס לאום או דת.

11. בהמשך פנה בית משפט קמא לבחינת קו טיעון נוסף של המערערים הנוגע להפליה מחמת מקום מגורים. במסגרת בחינה זו, דן בית משפט קמא בתכליות שעומדות בבסיס תיקון מספר 4 האוסר על הפליה מחמת מקום מגורים ומנה שלושה טעמים שעשויים לעמוד בבסיס האיסור: הפליה מחמת מקום מגורים עלולה לשמש אמצעי להבעת עמדה ביחס למקום המגורים ואורח החיים בו בחר האדם; הפליה מחמת מקום מגורים עלולה להוות תחליף קרוב להפליה מחמת טעם פסול אחר, כדוגמת לאום או דת; הפליה מחמת מקום מגורים עלולה להוות אמצעי להבחנה על בסיס סוציו-אקונומי. בהמשך לכך, בחן בית משפט קמא את טענות המערערים בשים לב לחריג לאיסור הנוגע להפליה מחמת מקום מגורים שעניינו "הבחנה שנעשת על ידי רשות מקומית בין תושביה ובין מי שאינם תושביה, במידה הנדרשת לביצוע תפקידיה או להפעלת סמכויותיה לטובת תושביה, והכול בכפוף להוראות כל דין".

12. בית משפט קמא דחה את טענת המערערים, לפיה גם אם הוראת החרג מאפשרת העדפה של תושבי היישוב, הרי שהעדפה יכולה להתבטא במתן הנחות לתושבי היישוב או במתן קדימות כאשר קיים עודף ביקוש למנויים, אך אינה יכולה להצדיק חסימה מוחלטת של האפשרות לרכוש מנויים על ידי מי שאינם תושבי היישוב. בית המשפט קבע, כי הוראת החרג שבסעיף 3(א1) לחוק היא נוסחת האיזון שאימץ המחוקק על מנת לאזן בין התפיסה העקרונית לפיה יש למנוע הדרה מחמת מקום מגורים לבין אחריותן של הרשויות המקומיות לפעול לטובת תושביהן והעובדה שפעולתן ממומנת (בחלקה) בכספי הארנונה והאגרות שמשלמים תושבי הרשות. צוין, כי בהוראה זו אין כל הגבלה לפיה ההבחנה אותה עושה הרשות חייבת להיות במחיר בלבד או במתן זכות קדימה לתושבי המקום ואינה יכולה להתבטא בדרכים אחרות שיקבעו על ידי הרשות המקומית בשים לב לתכלית הלגיטימית אותה היא מבקשת לקדם.

13. בהקשר זה ציין בית משפט קמא, כי בית המשפט הנכבד בבג"ץ 8676/00 אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' עיריית רעננה, פ"ד נט(2) 210 (2004) (להלן: "פסק דין פארק רעננה") הכיר בצורך לאזן בין שיקולים נוגדים אלה וקיבל את הטענה, שם, כי העירייה רשאית להבחין לעניין גביית דמי הכניסה לפארק בין תושבי העירייה לבין מי שאינם תושביה. לשיטת בית משפט קמא, עמדה זאת של בית המשפט, כמו גם הוראת החרג שבתיקון מספר 4 לחוק איסור הפליה, משקפות עמדה עקרונית המכירה בכך שעל רשות מקומית לפעול בראש ובראשונה לטובת תושבי הרשות ולכן יש לאפשר לה להעניק לתושביה יחס מועדף בהשוואה למי שאינם תושביה. עוד ציין בית משפט קמא, כי פסיקת בית משפט נכבד זה והחקיקה, לא הגבילו את הדרכים בהם רשאית הרשות המקומית לתת יחס מועדף לתושביה ולכן אין מקום לפרש את הוראת החרג באופן המטיל הגבלה על טיב מנגנוני ההעדפה שהרשות רשאית להפעיל למען תושביה.

14. בית משפט קמא דחה גם את טענת המבקשים, לפיה הטעם היחיד שיכול להצדיק הגבלת שימוש במשאבי הרשות המקומית על ידי מי שאינם תושביה הוא התקיימות מצב של "עודף ביקוש" וקבע, כי רשות מקומית רשאית, כעניין עקרוני, להגביל את השימוש במקרים מתאימים גם מטעמים אחרים. בית משפט קמא ציין, כי לא מדובר ברשימה סגורה של טעמים, והביא כדוגמאות לטעמים אחרים לגיטימיים את הרצון לחזק את תחושת השייכות הקהילתית ואת הקשרים בין בני היישוב, ואת הרצון לייצר ולאכוף נורמות חברתיות קהילתיות.

15. עוד ציין בית משפט קמא, כי הפרשנות שהמבקשים נותנים למונח "עודף ביקוש" היא צרה מידי שכן קאנטרי קלאב הוא אינו משאב ציבורי קלאסי, אשר שימוש בו על ידי משתמש נוסף אינו גורע מאפשרויות השימוש וההנאה של המשתמשים הקיימים, אלא משאב ציבורי מתכלה, כלומר: משאב שמעל כמות מסוימת של משתמשים כל משתמש נוסף גורע מהנאת השימוש של המשתמשים האחרים.

16. במקרה זה נקבע, כי החלטת המשיבות למנוע מתושבי חוץ לרכוש מנויים לבריכה נובעת מרצון לעודד שימוש בקאנטרי קלאב על ידי תושבי הרשות, מתוך הנחה כי החלטה כזו תשפר את רמת השירות הניתנת לתושבי

היישוב (על ידי הקטנת ומיקוד קהל היעד, יצירת אווירה קהילתית והגברת האכיפה של כללי התנהגות) ולכן תגביר את התמריץ של תושבי היישוב להירשם אליו. נקבע, כי מערכת שיקולים זו היא לגיטימית ואינה חורגת מהטעמים שמותר לרשות מקומית להביא בחשבון בבואה לבחון את השימוש בהוראת החרגי.

17. שאלת המידתיות – בית המשפט ציין, שבהוראת החרגי מובנית דרישה למידתיות. העדיפות הניתנת לתושבי הרשות המקומית לא יכולה לחרוג מהדרוש על מנת להגשים את התכלית הלגיטימית שבבסיס מתן העדיפות. בית משפט קמא קבע, כי משמעותה של דרישה זו היא שהרשות המקומית צריכה להצביע לא רק על קיומה של תכלית ראויה המצדיקה את מתן העדיפות לתושבי הרשות, אלא גם על כך שהאמצעי שבו בחרה לצורך הגשמת התכלית הוא אמצעי העומד במבחן המידתיות, כלומר: אמצעי המוביל להגשמת התכלית למענה פועלת הרשות; אמצעי שפגיעתו היא הפגיעה המינימאלית הנחוצה לצורך השגת התכלית; ואשר מתקיים יחס ראוי בין תועלתו לבין פגיעתו. בית המשפט ציין, כי אמנם מבחני המידתיות נקבעו ומיושמים בעיקר בהקשר החוקתי, אולם יש להם מקום גם בהקשר המנהלי ובוודאי שיש להיזקק להם מקום בו המחוקק עשה שימוש בלשון המצביעה על דרישה זו, כפי שנעשה במקרה זה.

18. בית משפט קמא הוסיף וציין, כי בחינת האיזון המידתי תלויה הן באופי היישוב בו מדובר והן במהות ההחלטה בה עוסקים. כך אין דומה האיזון הראוי ביישוב קטן, כדוגמת קיבוץ או מושב שיתופי, לאיזון הראוי ביישוב עירוני גדול, כדוגמת תל-אביב או ירושלים. כמו כן, אין דומה האיזון הראוי בין ההחלטה לאפשר שימוש בבריכת שחיה מקומית לבין החלטה על הקצאת מקומות חניה בצדי הכבישים או במגרשי חניה עירוניים. לגבי המקרה שהובא לפניו, קבע בית משפט קמא, כי החלטת המשיבות שלא לאפשר באופן גורף רכישת מנויים (ואף לא כרטיסיות) על ידי תושבי חוץ יכולה לעמוד במבחן הראשון והשלישי של המידתיות (אם כי הוא מניח זאת ולא מכריע בעניין) – ניתן לטעון, כי היא קשורה באופן רציונלי לתכלית של עידוד שימוש בקאנטרי קלאב על ידי תושבי הרשות וכי בשים לב לכך שקיימות בסביבה בריכות שחיה פרטיות במרחק סביר בהן יכולים תושבי חוץ לרכוש מנויים, אין לומר כי מדובר בפגיעה שעלותה עולה על תועלתה. עם זאת נקבע, כי מבחן המידתיות השני לא מתקיים – לא ניתן לומר כי הפגיעה בתושבי החוץ הנגזרת מהחלטה זו נחוצה לצורך השגת יעדיהן של המשיבות.

19. בית משפט קמא קבע כי במקרה זה, הן מבחינת האיזון הראוי והן לשיטת המשיבות עצמן (שבעבר אפשרו רכישת מנוי לקאנטרי קלאב גם לתושבי חוץ ממספר ישובים סמוכים), השגת התכלית הקהילתית אינה מחייבת שלילה מוחלטת של האפשרות לרכוש מנויים לקאנטרי קלאב על ידי תושבי חוץ, אלא ניתן להסתפק באמצעי שפגיעתו פחותה – הגבלת מספר מנויי החוץ, כך שהם יהוו רק חלק קטן יחסית מהמשתמשים בקאנטרי קלאב. פתרון זה הוא מידתי וראוי, שכן פגיעתו בתושבי החוץ פחותה, מבלי שתפגע היכולת להגשים את התכלית הראויה, ועל כן על הרשות המקומית הייתה מוטלת חובה לבחור בו. לפיכך קבע בית המשפט, כי על המשיבות לאפשר מסלול רישום גם למי שאינם תושבי היישוב, שהיקפו יקבע על ידי

המשיבות. עוד ציין בית משפט קמא בהקשר זה, כי "על מנת להימנע מאי בהירות מיותרת אציין כי היקפו של המסלול מנויי חוץ צריך להיות משמעותי, ולעמוד, לכל הפחות, על 10% ממספר המנויים בבריכה בשנת הפעילות הקודמת" (פסקה 47 לפסק הדין).

### ג. טענות הצדדים בערעור

20. על פסק דינו של בית משפט קמא הוגש ערעור על ידי בני משפחת מנסור ועל ידי האגודה לזכויות האזרח בישראל. במסגרת הערעור מעלים המערערים מספר טענות. ראשית נטען, כי בית משפט קמא שגה כאשר פסק שלא הוכח שמדיניות הקאנטרי קלאב מהווה הפליה מחמת לאום ובכך שסירב להעביר את נטל ההוכחה בעניין זה לכתפי המשיבות. בהקשר זה נטען, כי בית משפט קמא בקביעתו זו הפריד באופן מלאכותי בין ההחלטות הקודמות בנוגע למדיניות מכירת המנויים (מהשנים 2010 ו-2014) לבין ההחלטה שהתקבלה בשנת 2017, למרות שמדובר במסכת עובדתית אחת מתמשכת. שנית נטען, כי בית משפט קמא שגה בפרשנות תיקון מספר 4 לחוק והעניק לחריג בחוק נפח רב המרוקן מתוכן את החלק המהותי והמרכזי בתיקון – הרצון למנוע הפליה מחמת מקום מגורים. במסגרת זו הרחיב בית משפט קמא שלא כדין את השיקולים שמותר לרשות המקומית לשקול במסגרת החלטתה להדיר תושבי חוץ מהקאנטרי קלאב. כמו כן נטען, כי בית המשפט ביסס את החלטתו על שיקולים שלא הובאה להם כל ראיה שהם אלה שעמדו בבסיס החלטת המשיבות. בנוגע למטרות התיקון לחוק נטען, כי לאור המתאם הגבוה הקיים בישראל בין מקום המגורים להשתייכות לקבוצה תרבותית, לאומית, דתית או אתנית, ביקש המחוקק לטפל בריבוי המקרים שבהם מקום המגורים של האדם היווה מסווה להפליה אסורה אחרת. בנוסף נטען, כי התיקון לחוק נועד גם להגביר את הצדק החלוקתי והנגישות למקומות ציבוריים ולשירותים שאינם זמינים בשטחן של רשויות מקומיות מסוימות, אך זמינים בשטחן של רשויות סמוכות. בנוגע לחריג שהוסף לחוק נטען, כי מטרתו להגן על הרשות המקומית שלא להיחשף לתביעות סרק כשהיא מפעילה סמכויות המוכוונות מטבען רק לתושבי הרשות, כגון: פינוי אשפה, שירותי חינוך או רווחה, ולאפשר לרשות המקומית לערוך הבחנות מידתיות למשל – מתן הנחה לתושבי העיר בספריה העירונית. בהקשר זה נטען, כי טעה בית משפט קמא כשקבע שהחריג חל גם במקרים בהם אין מדובר בהפעלת סמכות שלטונית, אלא בהתערבות במדיניות המנויים של הקאנטרי קלאב ביישוב. עוד נטען, שבית משפט קמא שגה כשקבע מספר זעום של 10% מהמנויים כמספר שיש למכור לתושבי חוץ, וזאת ללא מצע עובדתי כלשהו ומבלי שניתן לצדדים לטעון לגביו, וכשקבע כי תינתן עדיפות למי מתושבי החוץ שכבר מנוי בקאנטרי. שלישית נטען, כי החריג הקבוע בסעיף 3(א1) לחוק כלל אינו רלוונטי למקרה זה, שכן הוא מתייחס רק להחלטות של רשות מקומית בעוד שבמקרה זה הקאנטרי קלאב מנוהל על ידי העמותה ולא על ידי הרשות המקומית. עוד נטען, כי היה מקום

לקבוע כי הקאנטרי קלאב הוא גוף דו מהותי שהחלטותיו כפופות לחובת שוויון רחבה ולא רק החובה המצומצמת יותר של חוק איסור הפליה החלה על גופים פרטיים.

21. המשיבות מפנות במסגרת סיכומיהן לפסק דינו של בית משפט קמא בהסכמה. לטענת המשיבות, טענת המערערים להפליה היא חסרת אחיזה במציאות, שכן במתני"ס העירוני ישנן פעילויות חוגים רבות ומגוונות שההרשמה להם פתוחה לקהל הרחב בכלל, לרבות תושבי היישוב טירה, וכי לחוגים אף רשומים בפועל ילדים ונערים תושבי טירה. עוד טענו המשיבות, כי במועד הגשת התובענה, רשימת האיסורים שבחוק לא כללה איסור הפליה על בסיס מקום מגורים ולכן צדק בית משפט קמא כשקבע, כי מאחר שהבקשה היא לסעד הצהרתי הצופה פני עתיד, יש מקום לבחון את המדיניות העדכנית של מכירת המנויים (כלומר: ההחלטה בעניין מחודש יוני 2017) בהתאם למצב המשפטי החדש לאחר התיקון לחוק. עוד נטען, כי אין בפרוטוקולים משנת 2010 כדי לבסס את הטענה לפיה ההחלטה להתיר כניסה לבריכה על בסיס מקום המגורים בלבד היא מדיניות מפלה אשר מאחוריה מתחבאת הפליה על בסיס לאום. בנוסף טוענות המשיבות, כי הוראת החריג בסעיף 3(א1) חלה על כל סמכויותיה של הרשות המקומית, ביניהן גם הסמכויות המנויות בסעיף 146(2) לצו המועצות המקומיות, התשי"א-1950, שעניינן "לדאוג לפיתוח תחום המועצה, לשיפורו ולקידום ענייניהם הכלכליים, הסוציאליים, החברתיים והתרבותיים של תושביו או של כל חלק מהם". לכן, מתן האפשרות לתושבי המקום ליהנות משירותי מתחם הבריכה הוא חלק מהנושאים החברתיים כלכליים שתחת סמכויות המועצה. נטען, כי ההחלטה לעניין ההבחנה בין תושבי הרשות למי שאינם תושבי הרשות נומקה בשיקולים ענייניים הנובעים הן משיקולים ופרמטרים קהילתיים והן מהקיבולת המוגבלת של כניסת משתמשים למתחם הבריכה על פי תנאי רישיון העסק, וכי פועלת ליזומה של הרשות אף חזקת תקינות המעשה המנהלי.

#### **ד. המסגרת הנורמטיבית**

22. חוק איסור הפליה נחקק במטרה לקדם את השוויון ולמנוע הפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים (סעיף 1 לחוק).

23. חוק איסור הפליה מחייב, בין היתר, עסקים פרטיים הפונים לציבור הרחב בהצעת מוצר, שירות או מקום ציבורי לנהוג בשוויון. לפי סעיף 1 לחוק איסור הפליה, מטרתו של החוק היא לקדם את השוויון ולמנוע הפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים. חוק זה – החל כאמור גם על גופים פרטיים – מבטא מגמה של החלת חובות וערכים מהמשפט הציבורי על המגזר הפרטי. מגמה זו נובעת, בין היתר, מהרצון למנוע פגיעה בזכויות יסוד מצד בעלי עסקים בעלי כוח חברתי וכלכלי (ראו לדוגמה: דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין" משפט וממשל ה' 95, 112-113 (התש"ס); רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, פסקה 18 לפסק-דינו של כב'.

השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 16.11.2011). בה בעת, חוק איסור הפליה מבקש לאזן בין עקרון השוויון לבין זכויות ואינטרסים אחרים, וזאת למשל באמצעות הגבלת תחולתו של איסור ההפליה רק על עסקים פרטיים שבחרו להעמיד את נכסם או את שירותיהם לשימוש הציבור הרחב וכן בסייגים שנקבעו בחוק (ראו: דברי ההסבר להצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000, ה"ח 370, 2871; משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" עלי משפט ג 15 (התשס"ג)).

24. ברע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן (פורסם בנבו, 19.8.2019) עמד כב' השופט מזוז על חשיבותו של החוק לקידום השוויון ועל התכליות העומדות בבסיסו. אמנם, באותו עניין היה כב' השופט מזוז בדעת מיעוט בנוגע לשאלת תחולת החוק על הסוגיה שהייתה על הפרק, אך נראה שדבריו הנוגעים לחשיבותו של החוק עומדים בעינם:

"מעבר לתכליתו ההרתעתית-מעשית, יש לחוק איסור הפליה תכלית ערכית-חינוכית שבאה לידי ביטוי בהצהרה שהפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים תהא אסורה במדינת ישראל. להצהרה זו יש חשיבות כלפי המופלה, כלפי המפלה, וכלפי החברה כולה. היא מגדירה כי הנורמה המקובלת במדינת ישראל היא שלילת ההפליה, ובכך שולחת מסר חשוב למפלה או למי ששוקל להפלות כי הוא פועל מחוץ לנורמה המקובלת. באותה העת ההצהרה שולחת מסר מנחם למופלה ומאשרת את תחושתו הפנימית כי האופן בו נהגו כלפיו הוא עוול, וכי הוא זכאי לתבוע את עלבונו באמצעות הכלים שהוקנו לו בחוק. הצהרה זו חשובה לא פחות אף עבור החברה הישראלית, באשר היא מעבירה מסר לפיו הפליה היא תופעה מגונה אשר אין להשלים עמה ויש לפעול למיגורה." (שם, פסקה 14 לפסק דינו של השופט מזוז).

25. סעיף 3 לחוק קובע את איסור ההפליה. סעיף 3(א) לחוק קובע, שאין להפלות בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום ציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם.

26. בתיקון מספר 4 לחוק הוסף סעיף 3(א1) הקובע:

"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.

27. התיקון לחוק נחקק על בסיס הצעת חוק פרטית אשר יזמה חברת הכנסת שולי מועלם – פ/20/2395 (להלן: **"הצעת החוק"**) ואשר התבססה על הצעות חוק קודמות באותו עניין. עיקרי הצעת החוק היו הוספת עילה של הפליה מחמת מקום מגורים לעילות ההפליה המנויות בחוק, ואיסור על עוסק המעסיק למעלה מ-100 עובדים להפלות בהספקת מוצר או שירות ציבורי מחוץ למקום העסק בין צרכנים המצויים במרחק זהה ממנו. יצוין לעניין זה, כי מוקד הצעת החוק היה בעסקים המספקים שירותים ציבוריים או מוצרים, ולא ברשויות המקומיות.

28. נוסח הצעת החוק כפי שהובאה על ידי חברת הכנסת שולי מועלם לדיון מוקדם קובע כך:

"(א1) (1) מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי במקום העסק או במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת מקום מגורים.

(2) (א) בלי לגרוע מהוראות פסקה (1), מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי והוא מעסיק למעלה ממאה עובדים, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי מחוץ למקום העסק בין צרכנים הנמצאים במרחק דומה ממקום העסק; שר המשפטים, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי לקבוע סוגי מוצרים ושירותים שלגביהם לא יחולו הוראות פסקה זו.

(ב) בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (ד), אין רואים הפליה לפי פסקה זו כאשר אי הספקת המוצר או השירות הציבורי נובעת ממניעה ביטחונית לספק את המוצר או השירות הציבורי או מהוצאות בלתי סבירות הכרוכות בהספקתם בנסיבות העניין".

29. מדברי ההסבר להצעת החוק עולה, כי מטרת התיקון, בנוסחו הראשוני, הייתה למנוע סירוב של הספקת מוצרים או שירותים ציבוריים בשל מקום מגורי הצרכן או המקום בו הוא מעוניין לקבלם.

30. הרקע לתיקון היה מצבים של הפליית תושבים המתגוררים בין היתר, בשטחי יהודה ושומרון וכן תושבי ישובים ערבים, על ידי ספקים שונים, כפי שהסבירה חברת הכנסת שולי מועלם בפתח דיון בהצעת החוק לקראת קריאה ראשונה ב-6.6.2016:

“אנחנו מדברים על מציאות לא פשוטה שבתואנות שונות ומשונות של מקום מגורים אנשים לא מקבלים שירות שניתן לאנשים שגרים במקומות אחרים. נמנעת מהם כניסה למקומות בידור בתואנה כזאת או אחרת שאומרת, אנחנו לא רוצים אתכם פה, אבל נמצא את הסיבה למה אתם לא פה – אתם לא קיבוצניקים, אתם לא עירוניים וכדומה. העליתי במליאה שני אירועים שנחשפנו אליהם: הראשון הוא על הדברים הידועים על תושבי יהודה ושומרון ותושבי הערבה שנדרשים שוב ושוב או לשלם מעבר לסכום שגובה חברה על אספקת אותו שירות או שבחלק מהפעמים, לדוגמה, בקרב תושבי יהודה ושומרון, אומרים להם, נביא לכם את המקרר עד המחסום, ומה יעשה האדם מהמחסום עוד נדבר; המקרה השני שהעליתי זה מקרה של כפר ערבי בצפון שכדי להגיע לאחד היישובים היהודיים חייבים לעבור דרכו. ליישוב היהודי מביאים את האספקה, וליישוב הערבי שעוברים דרכו לא מביאים אספקה.”

31. הממשלה החליטה לתמוך בקידום הצעת החוק במתווה שונה מהנוסח שהוצע תחילה על ידי חברת הכנסת מועלם, וזאת בתיאום עם חברת הכנסת המציעה. בהתאם למתווה שעליו סוכם, סעיף (א1)(1) להצעה יקודם כפי שהוא, וסעיף (א1)(2) לא יקודם. במקומו של סעיף (א1)(2) יקודם תיקון עקיף בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן").

32. ועדת הכלכלה קיימה ארבעה דיונים בהצעת החוק – אחד בהכנה לקריאה ראשונה ושלושה בהכנה לקריאה שניה ושלישית. הדיונים עסקו בתיקון החוק ובתיקון העקיף לחוק הגנת הצרכן. במסגרת הדיון בהצעת החוק בוועדת הכלכלה לקראת קריאה ראשונה (6.6.2016) הועלה לראשונה הקושי שמציבה הצעת החוק בנוגע לרשויות מקומיות. יושב ראש הוועדה, חבר הכנסת איתן כבל, קבע כי התייחסות משפטית מעמיקה לעניין זה תובא במסגרת הדיונים בהצעת החוק לקראת קריאה שנייה ושלישית.

33. לקראת הדיון הראשון בוועדת הכלכלה לקריאה שניה ושלישית, התקבלה פנייה מטעם מרכז השלטון המקומי, אשר ביקש להוסיף להצעת החוק חריג במקרים בהם ההבחנה נעשית "ע"י רשות מקומית או מטעמה, לטובת תושביה". טענתו של מרכז השלטון המקומי הייתה, כי במקרים רבים "נכון וראוי לייצר הבחנה בין תושבי הרשות המקומית לבין מי שאינם תושביה", כמו למשל בשירותי החינוך, או לצורך מתן הטבות שונות דרך "כרטיס תושב". כל זאת, בהתאם לדיני השלטון המקומי והפסיקה בנושא (במסגרת זאת הוזכר פסק דין פארק רעננה, בו מצא בית המשפט שהשאלה העיקרית היא סבירות החלטת הרשות, להבדיל מעצם סמכותה בהקשר זה). עוד נטען, כי החריג הקיים לחוק בסעיף 3(ד1) אינו נותן מענה מספק לסוגיה

שכן מדובר במהות השלטון המקומי אשר מצדיקה את ההבחנה, ולא במהות המוצר או השירות הציבורי. לכן ביקש מרכז השלטון המקומי להוסיף להצעת החוק החרגה בהתייחס "למקומות ציבוריים המוחזקים ע"י רשויות מקומיות, שירותים ציבוריים הניתנים ע"י הרשויות המקומיות, וכן מקומות ציבוריים, מוצרים, שירותים ושירותים ציבוריים המיועדים לשימוש הציבור מכוח התקשרות עם רשויות מקומיות", כך שבמקרים בהם נעשית העדפה של תושבי הרשות, זו לא תחשב כהפליה מחמת מקום מגורים. בעקבות פניה זו צורפו נציגי מרכז השלטון המקומי לדיונים שנערכו בוועדת הכלכלה לקראת קריאה שנייה ושלישית.

34. בעקבות הדיון בוועדה, ולאחר דיון פנים ממשלתי, נמצא שיש מקום לכלול חריג מאוזן ומצומצם יותר משהוצע, שענייננו הבחנה לגיטימית שנעשית על ידי רשות לטובת תושביה באופן אשר למעשה משמר את המצב המשפטי הקיים, לא מוסיף לו ולא גורע ממנו, כפי שעשוי היה להשתמע מסעיף (1א) המקורי להצעת החוק. משמעות הדברים היא שהתיקון לחוק, אשר חל על כל מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי, לא ביקש לשנות את המצב המשפטי הקיים בנושא זה לעניין רשויות מקומיות.

35. לעניין זה יצוין עוד, כי בדיון השני שנערך בוועדת הכלכלה לקראת קריאה שנייה ושלישית (6.2.2017), הציגה נציגת משרד המשפטים את התוספת המוצעת לתיקון החוק וחיידדה כי הסייג מיועד לחול על הבחנות לגיטימיות: "כשמדובר באבחנה שאינה לגיטימית, היא תחסה תחת התיקון, במובן זה שאותו נפגע יוכל גם לתבוע לפי החוק הזה ולזכות בסעד כספי". עוד צוין כי התוספת "מבלי לגרוע מהוראות כל דין" נועדה לוודא ש"כל עוד אין כללים, אי-אפשר לגבות דמי כניסה בכלל בפארקים, ומכוח זה גם אי-אפשר לגבות מתושבי רשות מקומית כן ומתושבי מקומית אחרת לא, כל עוד הכללים האלה לא נקבעו, אי-אפשר לקחת את התוספת הזאת, ומכוחה לגבות דמי כניסה או להפלות".

36. לאחר כלל הדיונים בוועדה, סעיף 3(א) בנוסח האמור אושר בוועדת הכלכלה לקריאה שנייה ושלישית, וביום 1.3.2017 פורסם ברשומות תיקון מספר 4 לחוק.

## **ה. עמדת היועץ המשפטי לממשלה**

### **ה.1. כללי**

37. היועץ המשפטי לממשלה החליט להתייבב להליך זה לאור חשיבותה הציבורית של הסוגיה והשלכותיה האפשריות. השאלה המתעוררת במסגרת הבחנה שעושה רשות מקומית במתן שירותים או בהפעלת מקומות ציבוריים בין תושב הרשות לבין מי שאינו תושב, אינה ייחודית להליך הפרטני הנוגע למכירת מנויים לקאנטרי קלאב בכוכב יאיר – צור יגאל, והיא למעשה שאלה רוחבית ועקרונית שעלתה במקרים אחרים בעבר.

38. 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. הכול כפי שיפורט להלן.

39. להלן יתמקד היועץ המשפטי לממשלה בנושא ההליך – הבחנות שונות לפי מקום מגורים שעורכת רשות מקומית לעניין כניסה למקומות ציבוריים, כהגדרתם בחוק איסור הפליה.

40. בהתאם לדיני השלטון המקומי, על הרשות המקומית לפעול לטובת תושבי הרשות, ועל יסוד האמור, הכיר המחוקק במסגרת הסייג לאיסור הפליה מחמת מקום מגורים בתיקון לחוק, ועוד קודם לכן הפסיקה, בכך שהרשות המקומית ככזאת רשאית להעדיף במתן שירותים, או בהפעלת מקום ציבורי ומתן כניסה אליו, את תושביה, ככל שהדבר נדרש לצורך ביצוע תפקידיה או להפעלת סמכויותיה, וכי האמור אינו מהווה הפליה. זאת, בכפוף כמובן למבחני סבירות ומידתיות.

41. התיקון לחוק הוסיף עילה שעניינה הפליה מחמת מקום מגורים. הסוגיה של הגבלת המרחב הציבורי על ידי הרשות המקומית כבר התעוררה מספר פעמים בעבר ואף נדונה בפסיקה. הסייג המופיע בסיפא של סעיף 3(א1) לחוק ומאפשר לרשות מקומית במצבים מסוימים להעדיף את תושביה על-פני מי שאינם תושביה, אין בו חידוש והוא למעשה עיגון של המצב המשפטי שחל ערב התיקון לחוק, כפי שבא לידי ביטוי בהלכה הפסוקה אשר ניתנה בעניין זה ואשר תפורט בהמשך. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, יש לפרש את החריג שנוגע לרשויות המקומיות בהתאם לפסיקה שהייתה קיימת עוד בטרם התיקון לחוק, בכפוף לדרישת המידתיות, ובהתאם לאמות המידה המפורטות להלן, אשר מבטאות איזון הולם בין הזכויות והאינטרסים הנוגעים לעניין.

## **ה. 2. איסור הפליה מחמת גזע, דת, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית או כל מאפיין טבוע אחר**

42. ראשית, מבקש היועץ המשפטי לממשלה לציין את הברור מאליו. הרשות המקומית אינה רשאית ליצור הבחנה מחמת גזע, דת, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית או כל מאפיין טבוע אחר והבחנה מעין זו תהיה הפליה אסורה. יודגש, כי כל החלטה שמהווה הפליה כאמור היא החלטה פסולה מכל וכל שדינה להתבטל.

43. במסגרת בחינת ההחלטה על אופן השימוש במרחב הציבורי נכון יהיה להתחשב, בין היתר, בנסיבות שעולות להקים חשש שמדובר בכסות להפליה פסולה, ככל שאלה קיימות. כך, כפי שעלה למשל בעמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה במסגרת עת"מ 3161-07-19 שחאדה נ' אבי אלקבץ – ראש עיריית עפולה (לא פורסם, 14.7.2019) (להלן: "פרשת עיריית עפולה") – ועליה יפורט להלן – ובה נטען, שיש מקום להורות על מתן צו-ארעי שישהה את החלטתה של העירייה לסגירת הפארק העירוני בעפולה במהלך חודשי החופש הגדול לפני מי שאינם תושבי העיר וזאת למעט יום אחד בשבוע שתותר בו כניסה לפארק לציבור הרחב, בין היתר, בהתחשב בכך שברקע ההחלטה של העירייה עומדים התבטאויות ומעשים קודמים של הרשות המעידים על הפליה ויש אינדיקציות לכך שהרשות מבקשת להגביל את השירות לפלח מסוים של האוכלוסייה, ועל-כן, החלטה זו מעלה שאלות כבדות משקל לגבי טיב המניעים שעומדים בבסיסה.

44. יובהר, שהדברים נאמרים במישור העקרוני, וכי אין באמור משום נקיטת עמדה בנסיבות המקרה הקונקרטי שלפנינו, לגביו פסק בית משפט קמא, כי לא הונח לפניו בסיס ראייתי מספק לקביעה כי ההחלטה להגביל את מכירת המנויים לתושבי היישוב בלבד התקבלה על מנת להדיר ערבים, כטענת המערערים.

45. כזכור, עמדה זו עוסקת בפרשנותו של סעיף 3(א1) לחוק איסור הפליה, ובפרט בשיקולים שעל רשות מקומית לשקול בבואה לבחון את האפשרות להעדיף את תושביה במתן שירותים או בהפעלת מקום ציבורי או מתן כניסה למקום הציבורי, במסגרת החריג בסעיף 3(א1) לחוק.

46. בתיקון מספר 4 לחוק הוסף סעיף 3(א1) לחוק, הקובע:

”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” (ההדגשה לא במקור – ט.מ.).

47. כמפורט לעיל, התכלית בבסיס הוספת החריג לסעיף 3(א1) לחוק היא הרצון לשמר את האפשרות של רשות מקומית להעדיף את תושביה על פני מי שאינם כאלה, במקרים בהם הבחנה זו היא לגיטימית וסבירה, בהתאם לדיני השלטון המקומי והפסיקה שהייתה קיימת בסוגיה זו עוד בטרם נחקק התיקון לחוק. החלק הבא, יעסוק אם כן, במקרים בהם הסוגיה של העדפת תושבים על ידי רשות מקומית נדונה בעבר.

### **ה.3. המקרים בהם הסוגיה של העדפת תושבים על ידי רשות מקומית נדונה בעבר**

48. הסוגיה של הבחנה על ידי הרשות המקומית בין תושבי אותה רשות מקומית לבין מי אשר אינו תושב כבר התעוררה מספר פעמים בעבר ואף נדונה בפסיקה, אף שלמיטב הידיעה, לא נדונה בפסיקה הסוגיה הפרטנית הנוגעת להבחנה על ידי רשות מקומית בכניסה לבריכת שחייה. כאמור, החריג המופיע בסיפא של סעיף 3(א1) לחוק נועד לאפשר לרשות מקומית במצבים מסוימים להעדיף את תושביה על-פני מי שאינם תושביה, במידה הנדרשת לצורך ביצוע תפקידיה או להפעלת סמכויותיה. מדובר, למעשה, בעיגון של הפסיקה בעניין זה אשר הכירה בסמכות הרשות המקומית להבחין בין תושביה לבין מי שאינם תושביה. ואולם, סמכות זו יש להפעיל בסבירות ובתוך-כך, לברר האם ההבחנה שנערכה היא רלוונטית לצורך העניין וכן האם היא מידתית. להלן יובא פירוט של מקרים בהם התעוררה סוגיה זו בעבר.

49. בבג"ץ 482/78 אלקיים נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד (ג1) 133 (1978) עתרו מוכרי ירקות שאינם תושבי באר-שבע בטענה שהם הופלו לרעה, שכן עיריית באר-שבע דרשה מהם לצורך הפעלת דוכן בשוק תשלום יקר בהרבה מאשר התשלום שדרשה העירייה מתושבי באר-שבע. עיריית באר-שבע טענה, כי ההנחה הגדולה

שניתנה לתושבי העיר נעוצה בכך שמרבית התושבים שקיבלו דוכן בשוק תמורת הסכום הנמוך הם עבריינים משוקמים או שהיו או שהם מקרים סוציאליים, ושאלם לא יינתנו להם תנאים מיוחדים שיוכלו לעמוד בהם יהפכו שוב למקרים סוציאליים ולנטל על העיר. בית המשפט קבע, כי ההוראות הקבועות בסעיף 249 לפקודת העיריות [נוסח חדש] מקנות סמכות לעירייה לדאוג לענייניהם של מעוטי היכולת מבני העיר ולכן לא ניתן לומר שהשיקול של עיריית באר-שבע לדאוג לבני עירה הוא פסול. כמו כן צוין, כי העזרה לא באה על חשבון העותרים, שאינם בני העיר, ושאלם להם עניין בשאלה מה עושה העירייה בנכסיה, כל עוד לא קופחו זכויותיהם.

50. בג"ץ 441/97 צנוירט נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נג' (2) 798 (1999) עסק בחוק עזר שפטר את מי שגרים באזור חניה מוסדר, מתשלום אגרת הסדר חניה באזור מגוריהם. הטענה בעתירה הייתה שיש להחיל את הפטור גם על בעלי העסקים באותו אזור. במסגרת פסק הדין עשה בית המשפט הבחנה בין מספר מעגלים של קבוצות שוויון שהולכות ומצטמצמות: תושבי העיר לעומת מי שאינם תושביה; תושבי העיר המשתמשים דרך קבע במקומות החניה באזור המוסדר לעומת תושבי העיר שהם משתמשים אקראיים; בעלי זיקה קניינית לנכסים באזור המוסדר לאלה שנעדרים זיקה כזו; והבחנה בין בעלי זיקה קניינית לנכס שהם דיירים לבין בעלי זיקה קניינית לנכס באזור שהם בעלי עסקים (ההבחנה שהעירייה עשתה במקרה זה). נפסק שההבחנה שעשתה העירייה באותו מקרה היא הבחנה מותרת שאינה יוצרת הפליה פסולה. נקבע, כי ההבחנה נעשתה לתכלית ראויה במסגרת סמכויותיה של העירייה, באופן מידתי ותוך שקילה ראויה של מכלול השיקולים הרלוונטיים.

51. פסק דין פארק רעננה אשר נזכר לעיל, עסק בשאלה, האם רשות מקומית רשאית לגבות תשלום עבור כניסה לפארק עירוני הנמצא בתחומה ממבקרים שאינם תושביה. באותו מקרה הקימה עיריית רעננה פארק עירוני ובו פעילויות פנאי מגוונות, כגון: גן חיות קטן עם פינת לטוף; רחבת גלגליות; מצפור; מתקני שעשועים; ועוד. הקמת הפארק נעשתה במימון כספי משלמי המסים והאגרות העירוניות, ללא סיוע ציבורי. העירייה המשיכה להשקיע מאמץ וממון גם בתחזוקת הפארק ובתפעולו השוטף. בשל העומס בפארק בימי שבת שהביא לצפיפות רבה ולהתייקרות בעלויות התחזוקה, החליטה עיריית רעננה לגבות תשלום עבור הכניסה לפארק ממי שאינם תושבי העיר בימי שבת וחג בלבד. ביתר הימים נותר הפארק פתוח לכולם.

52. במסגרת ההליך שהתקיים בעניין פארק רעננה, ביקש היועץ המשפטי לממשלה להביע את עמדתו בסוגיה לאחר שהנושא ייבחן על ידי צוות שיוקם לבחינת הסוגיה. מסקנות הוועדה הבין-משרדית שהוקמה לעניין זה הוגשו לבית המשפט הנכבד, והיועץ המשפטי לממשלה הודיע, כי המלצות הוועדה מקובלות עליו ויש לראות בהן את עמדת היועץ המשפטי לממשלה.

53. בתמצית, עמדת הוועדה הבין-משרדית הייתה, כי יש לשאוף במידת האפשר למצב בו תינתן הזדמנות לציבור כולו, גם למי שאינם תושבי הרשות המקומית שבתחומה הגנים הציבוריים, ליהנות מקיומם של

גנים ציבוריים. לצד האמור, מצאה הוועדה שאין להתעלם מכך שהרשות המקומית נושאת על-פי רוב בחלק ניכר, ולעיתים אף במלוא, עלות מימון הקמת הגן הציבורי, וכן מכך שנטל מימון אחזקת הפארק השוטפת מוטל כולו על כתפיה. משכך, יש לאזן בין הרצון לאפשר לכלל הציבור נגישות מרבית לגנים ציבוריים לבין הצורך בכיסוי העלויות המושטות על הרשות המקומית לצורך אחזקת הגנים. על רקע האמור, המליצה הוועדה שרשות תוכל לגבות תשלום עבור השימוש בפארק, על-פי אישור שיינתן מראש ובהתאם לאמות מידה שפורטו בדו"ח הוועדה. בין היתר, הומלץ שלא תותר גבייה של דמי כניסה לפארקים הכוללים מדשאות ומתקני משחק בלבד, אלא רק לפארקים אשר מסופקים בהם שירותים מיוחדים מסוגים ובהיקף המטילים על הרשות המקומית עלויות אחזקה תחורות מעלויות אחזקתו של פארק הכולל מדשאות ומתקני משחק בלבד (עמדות היועץ המשפטי לממשלה כפי שהוגשו בפרשת **פארק רעננה** ושאליהן מצורף הדו"ח המסכם של הוועדה – מצורפות ומסומנות **כנספח א'**).

54. בית המשפט התייחס להבחנה לעניין גביית דמי הכניסה בין מבקרים שהם תושבי רעננה למבקרים שאינם תושביה וציין, כי בעניין זה יש חשיבות לשיקול שתושבי העיר הם אלו אשר השקיעו מכספם, בדרך של תשלום דמי ארנונה, בהקמת הפארק ובתחזוקתו. כמו כן נקבע, כי "על רקע זה ולאור העובדה שמדובר ברכוש העירייה הנמצא בסמיכות לאזורי מגוריהם, הדעת נותנת כי תושבי רעננה הם אלה שלטובתם ולהעלאת איכות חייהם נועד הפארק מתחילה" (פסקה 16 לפסק הדין). משיקולים אלה נקבע, כי ההבחנה לעניין גביית דמי הכניסה במקרה זה אינה עולה כדי פגיעה אסורה בשוויון. עוד צוין שקיומם של שטחים ירוקים נוספים בסביבה שהכניסה אליהם אינה כרוכה בתשלום והעובדה שלא מדובר בשירות חיוני שוללים אף הם את טענת הפגיעה בשוויון (פסקה 19 לפסק הדין).

55. בית המשפט ציין, כי במסגרת בחינת סבירותה של החלטת העירייה לגבות דמי כניסה יש להביא בחשבון אינטרסים אחדים, ביניהם, חשיבות קיומם של פארקים ציבוריים ושל שטחים פתוחים לאיכות החיים ולרווחת התושבים; האינטרס של התושבים ליהנות מהפארק שהם למעשה מימנו את הקמתו ותחזוקתו באמצעות תשלום המיסים; השיקול החברתי, לפיו גביית דמי כניסה עלולה להרתיע אוכלוסיות מועטות יכולת מלבוא בשעריו של הפארק; והצורך להתחשב בפערים סוציו-אקונומיים בין הרשויות המקומיות. בין האינטרסים והשיקולים השונים יש לבצע איזון – מטלה אשר הוטלה על הוועדה הבין-משרדית (פסקה 27 לפסק הדין).

56. בית המשפט פירט את מסקנות הוועדה וקבע, כי עיון בדו"ח מגלה שהוועדה הביאה במסקנותיה את מכלול השיקולים הנוגעים לעניין וכי מסקנותיה משקפות איזון סביר בין כלל האינטרסים הנוגעים לעניין. לפיכך קבע בית המשפט שהוא לא ימיר את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו שלו (פסקה 29 לפסק הדין). לעניין יישום מסקנות הוועדה על המקרה שהובא לפניו החליט בית המשפט שלא לנקוט עמדה שכן מלכתחילה התבססה העתירה בעיקר על העדר סמכות לגבות דמי כניסה לפארק ולא על נושא הסבירות.

תוך כדי הדיון בעתירה הוקמה הוועדה הבין-משרדית שדנה בנושא וקבעה עקרונות מנחים. כיוון שמדובר בהתפתחות שהתרחשה תוך כדי הדיון עצמו והעירייה טרם פנתה לקבלת אישור, בחינת הצדקת גביית דמי הכניסה לפארק על ידי בית המשפט הייתה מוקדמת מדי (על פסק הדין בפרשת **פארק רעננה** הוגשה בקשה לדיון נוסף שנדחתה – דנג"ץ 9888/04 **אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' עיריית רעננה** (פורסם בנבו, 2.3.2005)).

57. על רקע פסק הדין **פארק רעננה**, תוקנה בשנת 2007 פקודת העיריות [נוסח חדש], ונקבע איסור על גביית דמי כניסה לגנים ציבוריים, תוך ששר הפנים הוסמך להתיר גביית דמי תשלום "במקרים חריגים, ולפי כללים שקבע באישור ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת." (סעיף 249(8) לפקודה).

58. לצורך השלמת התמונה יציין היועץ המשפטי לממשלה, כי תלויה ועומדת לפני בית משפט נכבד זה עתירה נגד שר הפנים בשל אי קביעתם של כללים (בג"ץ 3055/16 **עיריית קריית אתא נ' שר הפנים**) וכי משרד הפנים פועל בימים אלה לקידום תיקון חקיקה במסגרתו תבוטל הסמכת השר להתקין תקנות אשר מתירות לרשות מקומית לגבות דמי כניסה כאמור.

59. ביום 15.8.2018, על רקע פרסום בתקשורת לפיו בגן משחקים בנצרת עילית (כיום נוף הגליל) הוגבלה הכניסה למי שאינו תושב המקום נעשתה פניה מטעם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי) ליועץ המשפטי של עיריית נצרת עילית. זאת, בין השאר כחלק מאחריות המחלקה למשפט ציבורי-מינהלי ביועץ וחקיקה לליווי ההיבטים המשפטיים הנגזרים מנושא השלטון המקומי, ובהתחשב בכך שלמיטב הידיעה, מתקני השעשועים שבגן מומנו במלואם על-ידי המשרד לפיתוח הפריפריה, הנגב והגליל. במסגרת הפניה צוין, שההלכה לעניין השיקולים הרלוונטיים ואופן השימוש בסמכות העירייה לגבות תשלום בכניסה לפארק כפי שנקבעה בפסק הדין **פארק רעננה**, יפה בעניין זה בבחינת קל וחומר אם החלטת העירייה היא להגביל כליל את הכניסה לפארק ולאפשרה אך ורק לתושבי השכונה. היועצת המשפטית עדכנה, כי גן השעשועים נפתח לקהל הרחב (מכתבה של עורכת הדין דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי), מיום 15.8.2018 ליועצת המשפטית של עיריית נצרת עילית – מצורף ומסומן כנספח ב').

60. בדומה, ביום 30.6.2018 נעשתה פניה ליועץ המשפטי של עיריית עפולה בעקבות פרסום בתקשורת, לפיו העירייה החליטה שהפארק העירוני בעפולה יהיה סגור במהלך חודשי החופש הגדול עבור מי שאינם תושבי העיר וזאת למעט יום אחד בשבוע (ימי שישי) שתותר בו כניסה לפארק לציבור הרחב (מכתבה של עורכת הדין דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי), מיום 30.6.2018 ליועץ המשפטי של עיריית עפולה – מצורף ומסומן כנספח ג').

61. על ההחלטה האמורה של עיריית עפולה הוגשה עתירה (עת"מ 3161-07-19 **שחאדה נ' אבי אלקבץ – ראש עיריית עפולה** (לא פורסם, 14.7.2019)) אליה החליט היועץ המשפטי לממשלה להתייצב (עמדת היועץ



המשפטי לממשלה בפרשת **עיריית עפולה** – מצורפת ומסומנת **כנספח ד'**). עמדת היועץ המשפטי לממשלה הייתה, כי יש להורות על מתן צו-ארעי, המורה על השהיית החלטת העירייה והותרת הפארק העירוני פתוח, הן משיקולים של מאזן הנוחות והן משיקולים של סיכויי העתירה. בתוך-כך, הבהיר היועץ המשפטי לממשלה את הברור מאליו, כי החלטה על כניסה ושהייה בפארקים עירוניים – המהווים מרחב ציבורי משותף – אינה יכולה להתבסס על שיקולים של גזע, דת, לאום, ארץ, מוצא, מין, נטייה מינית או כל מאפיין טבוע אחר, וכי החלטה שהתקבלה על יסוד אחד מהשיקולים האמורים היא החלטה פסולה מכל וכל, שדינה להתבטל (ראו פסקה 11 לעמדה). עוד הדגיש היועץ המשפטי לממשלה שלגישתו, רשות מקומית, ככלל, אינה רשאית להורות על סגירה **גורפת** של פארק עירוני לפני מי שאינו תושב העיר, אלא בנסיבות חריגות. בעניין זה הקיש מפסק הדין **פארק רעננה**, שתואר לעיל (ראו פסקה 14 לעמדה). במסגרת דיון שנערך בהליך, הסכימה העירייה להמלצת בית המשפט לפתוח את הפארק העירוני לכלל הציבור ופסק הדין נתן לכך תוקף (פסק הדין מצורף ומסומן **כנספח ה'**).

#### **ה.4. שיקולים מנחים בנוגע להפעלת סמכות הרשות המקומית להעדיף את תושביה במתן שירותים או**

##### **בהפעלת מקום ציבורי או מתן כניסה למקום הציבורי**

62. כאמור, נקודת המוצא לדיון בסוגיה זו היא שעל מרחבים ומקומות ציבוריים להיות פתוחים לשימוש הכלל, בין אם מדובר בתושבי הרשות המקומית ובין אם לאו. עם זאת, במתן שירותים או בהפעלת מקום ציבורי או מתן כניסה למקום ציבורי, אין חולק כי הרשות המקומית רשאית, במסגרת מילוי תפקידיה או הפעלת סמכויותיה, ובכפוף למבחני סבירות ומידתיות, להעדיף את תושביה על פני מי שאינם תושביה. כאמור, ניתן לכך ביטוי מפורש במסגרת התיקון לחוק במסגרתו ביקש המחוקק לצד האיסור הנוגע להפליה מחמת מקום מגורים לשמר את סמכות הרשות המקומית לערוך "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".

63. שאלת הסבירות והמידתיות של החלטת הרשות בסוגיה זו כוללת את בחינת השאלה האם בנסיבותיו של המקרה הספציפי **ההחלטה להעדיף את תושבי הרשות** במתן השירות המסוים היא החלטה מידתית ולתכלית ראויה, הנדרשת לשם ביצוע תפקידיה של הרשות המקומית או לצורך הפעלת סמכויותיה לטובת תושביה, וכן בחינת השאלה האם ההחלטה בדבר **האופן** שבו בא לידי ביטוי מתן העדיפות לתושבי הרשות היא סבירה ומידתית.

64. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, במסגרת קבלת החלטה האם להעדיף את תושבי הרשות המקומית על פני מי שאינם תושביה במתן שירות מסוים, על הרשות המקומית להביא בחשבון, בין היתר, את השיקולים הבאים (המבוססים בחלקם על פסק הדין והמלצות הוועדה הבין-משרדית בפסק הדין **פארק רעננה** ואשר נכון שיותאמו על ידי הרשות המקומית, על פי נסיבות העניין):

(א) **ייחודיות הרשות המקומית או ביטוי מובהק לקהילתיות**: האם ניתן להצביע על מאפיינים ייחודיים לרשות המקומית או לשירות המוצע שעשויים להטות את הכף למתן יחס מועדף לתושבי המקום. זאת, בין היתר, על מנת לשמר את תחושת הקהילתיות של תושבי המקום. אינדיקציה בנוגע לייחודיותה של הרשות עשויה להיות גודלו של המקום מבחינת מספר התושבים המתגוררים בו ואופיו של המקום. כך למשל, ברוח הערת בית משפט קמא בסעיף 43 לפסק דינו, הצורך באישור של ועדות קבלה לשם רכישת זכות במקרקעין ביישוב קהילתי בהתאם לפקודת האגודות השיתופיות עשוי להיות שיקול רלוונטי בהקשר זה. כך, גם, מאפיינים מיוחדים של השירות המוצע עשויים להיות רלוונטיים.

(ב) **עד כמה השירות הוא בבחינת משאב ציבורי מוגבל או האם השירות הוא בבחינת משאב מתכלה**: אם מדובר בשירות או במקום ציבורי אשר אינם במחסור, הדבר יכול שיהווה שיקול שלא ליתן במקרה זה העדפה לתושבי הרשות. מנגד, 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, הרי שיש להתחשב באינטרס של התושבים ליהנות מהשירות שהם למעשה מימנו ממסיהם ואשר מיועד בראש ובראשונה לשימושם. חשש שהשירות הוא בבחינת משאב מוגבל עשוי להיות רלוונטי הן כשמדובר במקום סגור שיכול להכיל כמות מסוימת ויחסית מצומצמת של קהל, והן כאשר מדובר במרחב פתוח, הגם שעשוי להכיל כמות גדולה יותר, לכאורה, של הציבור. כך, למשל, בעניינים הנוגעים לקביעתם של הסדרי חניה במרחב הציבורי.

(ג) **עד כמה השירות מטיל על הרשות המקומית עלויות המסובסדות על-ידי הרשות עצמה, אשר אינן עשויות להיות מכוסות במסגרת תשלום למקום** (ככל שתשלום כאמור עשוי להיות רלוונטי). במסגרת שיקול זה, יש לבחון עד כמה הרשות מממנת את השירות באמצעות תשלומי הארנונה למשל ובלא השלמת העלות על ידי הנהנים ממנו, שאז הדבר יהווה שיקול לטובת העדפת תושבי המקום המממנים אותו למעשה. זאת, לעומת שירות הניתן, למשל, בתשלום – כך שהוצאותיו משולמות על ידי הנהנים ממנו וקופת הרשות אינה חסרה בעקבות הספקתו, שאז הדבר יהווה שיקול שלא לייחדו לתושבי הרשות בלבד. בהקשר זה יש להוסיף שככל שהפעלתו של מקום כרוכה בעלויות תחזוקה מיוחדות, ואלו נופלות על כתפי הרשות, יהיה בכך שיקול לטובת העדפת תושבי המקום.

(ד) **עד כמה השירות הוא בסיסי להבדיל משירות מיוחד**: ככלל, ככל שהשירות נתפס כבסיסי יותר, כמו גן ציבורי – הדעת תיטה שהוא יוקנה באופן שוויוני, הן לתושבי הרשות והן למי שאינם תושביה. ככל שהשירות הוא שירות מיוחד – כמו פארק עם מתקנים ייחודיים – אזי ניתן יהיה לשקול העדפה מסוימת לתושבי הרשות.

(ה) השאלה עד כמה השירות זמין ברשויות מקומיות שכנות: בשיקול זה ישנה חריגה מתחומי הרשות, אך הוא משליך על בחינת הצורך בהחלטתה של הרשות, שכן בהקשר זה, יש חשיבות לראייה תכנונית מרחבית. על-פני-הדברים, דרישה לפיה כל רשות ורשות תידרש להקים או להקנות את אותם השירותים בגדרה אינה יעילה ופוגעת בתכנון המיטבי. אחד מתפקידיו של הליך תכנוני הוא חלוקת משאבי הקרקע המוגבלים והמתכלים בראיה מחוזית ואף כלל ארצית וזו אינה יכולה **בהכרח** להיות מוגבלת משיקולים של גבולות מוניציפליים.

65. בשלב השני, לאחר שהרשות שקלה את השיקולים המפורטים לעיל (שאינם מהווים רשימה סגורה, אלא רק באים כדי להדגים, בין היתר, את השיקולים שעשויים להיות רלוונטיים בהתאם למקרה הפרטני), איזנה ביניהם בשים לב לנסיבות כל מקרה, והגיעה למסקנה לפיה יש להעדיף את תושבי המקום במתן השירות המסוים, על הרשות יהיה לקבל החלטה בנוגע לאופן בו תתבטא העדפה זו. על הרשות לדאוג שהדרך בה תתבצע ההעדפה תהיה סבירה ומידתית ולא תעלה על הנדרש בנסיבות העניין. במסגרת זו על הרשות לשקול, בין השאר, האם ניתן בנסיבות אותו המקרה להסתפק בכך שתינתן קדימות או הנחה לתושבי המקום על-פני מי שאינם תושבים או שמא נדרשת הגבלה מסוימת של הכניסה למקום או בקבלת השירות. אם בנסיבות הייחודיות לאותו השירות ולאותה רשות מקומית, לא ניתן להסתפק במתן עדיפות או הנחה לתושבי המקום, על הרשות יהיה לבחון באיזו מידה יש להגביל את הכניסה למקום או את קבלת השירות. קיים קושי לקבוע כללי אצבע בעניין זה וכל מקרה יבחן לגופו ובהתאם לנסיבותיו בהתאם לתשתית המתאימה כעניין שבשגרה.

## 1. סיכום

66. נקודת המוצא לדיון בסוגיה זו היא, שעל המקומות והמרחבים הציבוריים להיות פתוחים לשימוש הכלל, בין אם מדובר בתושבי הרשות המקומית ובין אם לאו.
67. לרשות המקומית יש סמכות לסטות מנקודת מוצא זו ולתת עדיפות לתושביה על פני מי שאינם כאלה לצורך מילוי תפקידיה או הפעלת סמכויותיה, אך זאת בכפוף למבחני סבירות ומידתיות. החריג המופיע בסיפא של סעיף 3(א1) לחוק הוא, למעשה, עיגון של הכלל האמור והפסיקה שניתנה בעניין זה בעבר.
68. למותר לציין, שהחלטה על אופן השימוש במרחב הציבורי המשותף אינה יכולה להתבסס על שיקולים של גזע, דת, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית או כל מאפיין טבוע אחר. יודגש, כי כל החלטה שתקבל על יסוד אחד מהשיקולים האמורים היא החלטה פסולה מכל וכל שדינה להתבטל.
69. ההחלטה בנוגע למידתיותה וסבירותה של ההעדפה של תושבי הרשות והתאמתה לצורך מילוי תפקידיה או הפעלת סמכויותיה של הרשות המקומית, צריכה להתקבל בהתחשב בכלל הנסיבות והשיקולים שעשויים להידרש לעניין, שחלקם פורטו לעיל, ושאינם מהווים רשימה סגורה של שיקולים.

70. בהנחה שהרשות שקלה את כלל השיקולים הרלוונטיים בהתאם למקרה הפרטני, איזנה ביניהם ונתנה את המשקל המתאים לכל אחד, על הרשות יהיה לקבל החלטה המבוססת על תשתית מתאימה לעניין אופי ההגבלה. בתוך-כך, על הרשות יהיה לשקול האם ניתן להגביל את השירות כך שאך תינתן עדיפות או הנחה לתושבי המקום על-פני מי שאינם. אם באותן הנסיבות לא ניתן להסתפק במתן עדיפות או הנחה לתושבי המקום, על הרשות יהיה לבחון באיזו מידה יש להגביל את הכניסה למקום או את קבלת השירות בהתבסס, כאמור, על תשתית מתאימה.



ד"ר טלי מרקוס, עו"ד  
סגנית בכירה א' במחלקה האזרחית  
בפרקליטות המדינה

היום, 26 אוגוסט 2020, ו' אלול תש"ף