

בית המשפט העליון

עע"ס 105/13

עיריית תל אביב נ. האגודה לזכויות האזרח בי
תאריך הגשה: 03/01/13

בית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט לערעורים מנהליים

בענין:

עיריית תל-אביב – יפו

המערערת:

ע"י ב"כ עוה"ד עוזי סלמן ו/או שלום זינגר
ו/או עדי בוסתן ואח'
מרחוב אבן גבירול 69 תל אביב
טל: 03-5218557 פקס: 03-5216002

- נ ג ד -

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל

המשיבים:

2. אלון מן

3. אשר ויצמן

4. גיל מתקה אליאס

ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן מור ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154

ובענין:

מדינת ישראל

המשיבה:

ע"י פרקליטות המדינה (אזרחי), מחוז תל-אביב
רח' הנרייטה סולד 1, תל-אביב
טל: 03-6972378, פקס: 03-6918541

הודעת ערעור

מוגש בזאת ערעור מטעם עיריית תל-אביב יפו (להלן – "העירייה"), על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן) מיום 19.11.12 בתיק עת"מ 20761-10-11 האגודה לזכויות האזרח ואח' נ' עיריית תל אביב יפו ואח' (להלן – "פסק הדין"). הודעת הערעור מוגשת בהתאם להארכת מועד שניתנה על ידי בית המשפט הנכבד ביום 19.12.12.

העתק פסק הדין מצ"ב ומסומן **כנספח 1**.

מבוא

1. ביום ה-19 בנובמבר 2012 קיבל בית המשפט את עתירתם של המשיבים דכאן כנגד עיריית תל אביב. פסק דינו של בית המשפט מתמצה בשורות ספורות לאמור:
"לסיכום, אני מקבלת את העתירה כנגד העירייה ומורה לעיריית תל אביב-יפו שלא להרחיק חסרי בית או לגרום להם לעזוב את המרחב הציבורי, ולא לקחת ציוד הנדרש להם לפעולות קיום כגון ציוד לינה ומסמכים אישיים, אלא בנסיבות בהן יש בסיס אובייקטיבי סביר להניח כי מדובר ברכוש נטוש או כאשר מדובר ברכוש המעלה חשש ממשי למפגע תברואתי או מטרד משמעותיים או מהווה סכנה מיידית (immediate threat) לבריאות הציבור או בטחונו.
ככל שהעירייה תכין נוהל שיפרט את אופן הפעלת הסמכות, תפעל העירייה על פי נוהל כאמור, שיבחן כמובן על פי כללי המשפט המינהלי".
- בית המשפט לא הסתפק בקבלת העתירה והטיל על המערערת הוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד בסך של 30000 שח.
2. בדרך הילוכו לקבלת העתירה פרש בית המשפט יריעה רחבה של מגמות עולמיות בנושא דרי רחוב וחסרי בית, ואימץ לתוך הדין הישראלי חלק ממגמות אלו. התוצאה הסופית היתה כאמור קבלת העתירה.
3. המערערת תבקש לטעון כי בית המשפט קמא שגה פעמים. בפעם האחת בקבלת העתירה, ובשניה באימוצו גישות שונות שלא רק שאינן משקפות את הדין הישראלי אלא שהן אפילו אינן משקפות את מה שבית המשפט מיחס להן. אימוץ זה, תטען המערערת, הוביל את בית המשפט לשרטוט קוים מנחים בכל הנוגע לזכותם של דרי רחוב וחסרי בית להתגורר בכל מקום ציבורי שיחפצו, בהיקף שאין לא אח ורע לא בשיטות משפט אחרות ואף לא בהמלצות המלומדים עליהם בין השאר נסמך בית המשפט קמא. לעניין זה נשוב בהרחבה בהמשך.
4. בשלב פתיחה זה נבקש להסביר בקצרה את טענתנו בדבר שגיאתו הראשונה של בית המשפט בקבלת העתירה. טיעוננו זה מבוסס על העובדה הפשוטה שהמערערת חזרה והצהירה בפני בית המשפט, שאף מציין זאת יותר מפעם אחת כי: "היא לא פעלה ולא תפעל לפינוי דרי רחוב או חפציהם האישיים כל עוד חפצים אלו אינם יוצרים מטרד, מהווים בעיה תברואתית, מונעים או מגבילים את יכולתו של הציבור הרחב לעשות שימוש בשטח הציבורי וכיו"ב".

5. והצהרתה זו של העירייה המתייחסת לעבר ולעתיד עונה לחלוטין על בקשת הסעד המקורי ועתירה כפי שהוא מופיע בעמוד הראשון של פסק הדין:

"העותרים, האגודה לזכויות האזרח ומספר אנשים חסרי בית, טוענים כי עיריית תל אביב (המשיבה 1, להלן: "העירייה"), באמצעות פקחיה, ובסיוע המשטרה (המשיבה 2, להלן: "המשטרה"), מתנכלת לחסרי הבית ומחרימה ציוד אישי וציוד לינה שלהם במטרה להרחיקם ממקומות בהם הם שוהים במרחב הציבורי. בעתירה מתבקש בית המשפט להורות למשיבות לא לסלק בכפייה אנשים חסרי בית הלנים תחת כיפת השמיים משטחים ציבוריים שונים ולא להחרים את ציוד הלינה שלהם".

משהצהירה העירייה כי אינה עושה את המיוחס לה וכי המיוחס לה עומד בסתירה למדיניותה ובית המשפט קיבל שאכן זוהי מדיניות העירייה, מה מקום היה לקבלת העתירה ולפסיקת הוצאות כנגד העירייה?

6. קבלת העתירה בנסיבות אלו עשויה אכן לשרת את המשיבה הראשונה, עותרת ציבורית נכבדה, שיכולה לחרות על דגלה נצחון משפטי "מזהיר". היא עשויה גם למקם את בית משפט קמא כמקדם רפורמות חברתיות חשובות, "חברתי" (תהא משמעותו של מונח זה אשר תהא) ונאור. אך קבלת העתירה חוטאת לאמת וגורמת עוול מיותר, חמור ולא מוצדק לעיר תל אביב, לתושביה, לפרנסיה ולעובדיה. קבלת העתירה מציירת מינה וביה את כל אלו כלא רגישים די הצורך לסבלם וצרכיהם של מוכי הגורל והסבל. לא היינו מלינים על כך אילולא, כפי שבית משפט קמא נאלץ לציין בעצמו, בשפה רפה ובשולי הדברים, היתה העיר תל אביב חלוצה ומובילה בטיפול הומאני באותם חסרי קורת גג לראשם.

7. אכן בית משפט קמא מציין את חשיבותו של המשפט והשימוש בו ככלי עבודה חיוני להגנה על "אוכלוסיות מוחלשות" כלשונו, ואיננו מבקשים במסגרת זו, לחלוק על כך. אנו מבקשים רק לחזור לעקרונות המקרא הקובעים "ודל לא תהדר בריבו" ו"בצדק תשפוט עמיתך".

8. כאמור המערערת סבורה כי די באמור לעיל (להלן: "הפגם הראשון") כדי להביא לביטולו של פסק דינו של בית משפט קמא. עם זאת פסק הדין פורש כאמור יריעה נורמטיבית רחבה וקווי פעולה מנחים שהמערערת סבורה כי אינם משקפים לא את הדין המצוי ואף לא את זה הרצוי והמומלץ. המערערת תבקש איפוא כי בית משפט נכבד זה יתן את דעתו ויכריע גם בסוגיות הנכבדות שבהן עוסקים פסק הדין והערעור.

9. דרך הילוכנו תהא כדלהלן: נפתח בתאור קצר של ההליך בפני בית משפט קמא. נמשיך בתאור תמציתי של העקרונות המשפטיים שנקבעו בפסק הדין. לאחר מכן נבקש להציג ו'קע כללי רלבנטי של היקף תופעת חסרי הדיור וההתמודדות עימה בעיריית תל אביב. לבסוף נבקש להציג את טיעוננו כנגד קביעותיו הנורמטיביות של פסק הדין.

ההליך בפני בית המשפט הנכבד קמא

10. הורתו של ערעור זה, בעתירה ובבקשה לצו ביניים שהגישו המשיבים כנגד העירייה וכנגד המדינה ביום 11.10.11 (להלן - "העתירה"). בעתירה נתבקשו שני סעדים: ראשית, "להורות למשיבים לא לסלק בכפייה אנשים חסרי בית הלנים תחת כיפת השמים משטחים ציבוריים שונים ברחבי העיר"; שנית, "לא להחרים את ציוד הלינה שלהם". לפי העתירה, הרקע להגשתה היה בהתנהלותה של העירייה במסגרת המחאה החברתית בקיץ 2011, כאשר לפי הנטען, "ניצלה" העירייה את פסקי הדין שהותירו לה לפנות מאהלי מחאה על מנת לסלק גם את חסרי הבית מהמרחב הציבורי.

11. בדיון שהתקיים ביום 23.10.11, הורה בית המשפט הנכבד קמא על מחיקת הבקשה לצו ביניים. כן נקבע, כי המשיבים יבחנו האם קיימת בעיה בטיפול בחסרי בית שאינה קשורה למחאה החברתית. המשיבים נדרשו להודיע לבית המשפט, בחלוף כחמישה חודשים, האם יש מקום להמשך דיון בעתירה ואף נדרשו להגיש תצהיר מפורט שיבהיר את הצורך הקיים, במידה ויימצא כזה.

12. ביום 3.4.12 הוגשה על-ידי המשיבים הודעת עדכון (להלן - "הודעת העדכון"), במסגרתה הודיעו כי הם "עומדים על עתירתם, ככל שמדובר בסעד העקרוני האוסר על העירייה להחרים ציוד לינה של חסרי בית, הלנים במקומות ציבוריים בעיר" ואף צירפו תצהירים.

13. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד קמא, הוגש מטעם העירייה כתב תשובה לעתירה. במסגרת זו הבהירה העירייה, כי "היא לא פעלה ולא תפעל לפינוי דרי רחוב או חפציהם האישיים כל עוד חפצים אלו אינם יוצרים מטרד, מהווים בעיה תברואתית, מונעים או מגבילים את יכולתו של הציבור הרחב לעשות שימוש בשטח הציבורי וכיו"ב". כמו כן, התייחסה העירייה לאירועים הספציפיים שתוארו על-ידי המשיבים בהודעת העדכון וצירפה תצהירים מטעמה.

14. דיון בעתירה התקיים ביום 24.5.12 ובעקבותיו ניתן פסק הדין נשוא ערעור זה.

15. בפתיחת ז'ברינו הצגנו את סיכומנו האופרטיבי של פסק הדין. על פי חלק אופרטיבי זה מנועה העירייה להרחיק חסרי בית מהמרחב הציבורי או לגרום להם לעזבו. באשר לטיפול ברכושם של אלו מונחית העירייה שלא לקחתו אלא אם הרכוש נטוש או שקיים חשש ממשי למפגע תברואתי או שהוא מהווה מטרד משמעותי או סכנה מידית לשלום הציבור או בטחונו.

16. הנימוקים לתוצאה אופרטיבית זו נפרשים בהרחבה על פני עמודי פסק הדין. קשה לעתים לאתר במדויק אלו חלקים מהיריעה מהווים נדבך אמיתי ומכונן של המסקנה האופרטיבית, ואלו הינם רק מקור השראה אך אינם תשתית מכוננת המאומצת לתוך המשפט הישראלי. ננסה אפוא לשרטט את קווי המתאר של הנמקות בית המשפט קמא על האסמכתאות המשמשות כאבני בנין להנמקה.

17. בפסקה 6 של פסק הדין מתאר בית המשפט קמא את הבסיס הנורמטיבי של סמכויות העירייה להסדיר את המרחב הציבורי. הוא מפנה לסעיפים שונים בפקודת העיריות (סעיפים 235 (3) ו-242 (1) ו(6)) ולחוק עזר לשמירת הסדר ובניקיון שהותקן מכוחה של הפקודה.

18. לשאלת מקור הסמכות להסדרת המרחב הציבורי, להיקפה של הסמכות ולטיב השיקולים שניתן לשקול במסגרתה, שב בית המשפט בפיסקה 10 לפסק הדין. בשלב זה די יהיה אם נציין כי גם אליבא דבית משפט קמא קיימת לעירייה סמכות להסדיר את המרחב הציבורי, ובלשונו:

"העירייה הפנתה לשורה של פסקי דין בהם קיבלו בתי המשפט את עמדת העירייה לפיה מכוח החקיקה הנזכרת רשאית העירייה לפעול בין השאר לפינוי חפצים המשמשים אנשים לשינה, כפי שטוענים העותרים במקרה זה. אביא להלן את פסקי הדין, אך אקדים ואדגיש כי בכל אותם מקרים קבע בית המשפט כי לעירייה אכן יש סמכות, אך הוסיף וקבע כי יש להפעיל סמכויות אלו במידתיות ותוך התחשבות בחופש המחאה או ההפגנה"

19. שאלת הסמכות בהנגדה לדרך הפעלתה איננה במוקד פסק הדין. עם זאת נבקש לשוב לשאלה זו בהמשך כשנבקש לטעון כי סמכויותיה של העירייה, להבדיל מחובותיה, נעוצים לא רק בהסמכה שבפקודת העיריות אלא בעובדה שהעירייה הינה בעלת המרחב הציבורי הרשום על שמה ומוחזק על ידה, בנאמנות עבור ציבור תושבי העיר בפרט והציבור הרחב בכלל. נבקש לטעון כי סמכות ההסדרה נובעת באופן אינהרנטי מבעלות

העירייה ו"ממוסד" הבעלות הכולל בתוכו את הסמכות לשלול, להגביל ולהסדיר את השימוש בנכס. כאמור, לעניין זה נשוב בהמשך.

20. מנקודת המוצא של סמכות העירייה להסדרת המרחב הציבורי, פונה בית המשפט לשאלות השלוכות בעניין זה ובהן, בין היתר, לשאלת זכותו של כל אדם למרחב ציבורי, ולשאלת ההסדרה של המרחב הציבורי והפגיעה בזכויות חסרי הבית הנובעת מעצם ההסדרה.

21. בדרך הילוכו מבחין בית המשפט בין הקניין הפרטי לקניין הציבורי. בעוד הקניין הפרטי מאופיין ביכולת ההדרה של בעל הזכות הקניינית הרי שבכל הנוגע לקניין הציבורי קובע בית המשפט כי הכלל הוא שהוא נתון לרשות הציבור, אלא אם נאסר על הציבור להיכנס אליו. בית המשפט מציין אכן כי הכללה זו מפרי עטו לוקה בסיכון של פשטנות והתעלמות מחריגים רבים אך הוא סבור שהבחנה זו משקפת את המשפט הישראלי.

22. את עמדתו זו מבסס בית המשפט על שורה של פסקי דין כאשר אמירותיו של השופט חשין בבג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה (להלן הלכת חורב) הוא ראש וראשון להם. בית המשפט מציין גם את בג"ץ 7138/03 המועצה המקומית יאנוח-ג'ת נ' שר הפנים (להלן הלכת ינוח-ג'ת) ובג"ץ 8676/00 אדם טבע ודין נ' עיריית רעננה (להלן הלכת רעננה) כתומכים בעמדתו הנזכרת.

23. נודה כי אנו מתקשים להבין מה בדיוק מנסה בית המשפט ללמוד מאותן הלכות שאינן שנויות במחלוקת. ההנחה היא שהוא מבקש לחלץ מאותם פסקי הדין את המגבלות החוקיות המוטלות על הסדרת פעילות במרחב הציבורי. דא עקא שמגבלות אלו אינן נובעות כפי שבית המשפט מבין זאת, ככל הנראה, מטיבו השונה של הקניין הציבורי, אלא מהעובדה שציבור הזכאים ליהנות מאותו קניין הוא רחב, וטיבה של הזכות העומדת לכל אחד מהם היא כזו, ששימושו הרגיל של אחד מוגבל בעיקר בגבולות ייעודו של הרכוש הציבורי ובכך ששימוש זה לא יפריע לאחרים ליהנות ולהשתמש אף הם באותו רכוש. לקביעה התיאורטית של בית משפט קמא בדבר שוני מהותי בין טיב הקניין הפרטי לעומת זה הציבורי אין ביסוס כלשהוא במשפט הישראלי בכלל ובפסקי הדין שצוינו על ידי בית משפט קמא בפרט.

24. מכל מקום מנקודת מוצא זו של זכות כל אחד מיחיד הציבור לשימוש ברכוש ובמרחב הציבורי פונה בית המשפט לזכותם של חסרי הבית לשימוש באותו מרחב. בית המשפט מבקש לקבוע כי לחסרי הבית זכות עודפת לשימוש במרחב הציבורי נוכח העובדה שהמרחב הציבורי הוא מרחב הקיום של חסרי הבית, החסרים אלטרנטיבה אחרת לקיום פעילויות חיים חיוניות, כגון שינה ומאכל ועשית צרכים. לאור זאת הסיק בית המשפט כי:

"...הכל זכאים לשהות במרחב הציבורי, אותו "רכוש משותף" שנועד לטובתו של הציבור בכללותו. חסרי

הבית רשאים לבצע פעולות קיום במרחב הציבורי. על כן כל הדרה או נסיון להרחקה של חסרי בית מהמרחב הציבורי בו הם שוהים, בניגוד לרצונם (גם אם למרחב ציבורי אחר או אף למעון או מקלט), מהווה פגיעה בראש ובראשונה בעצם קיומם, בכבודם, בחירותם, ובזכות התנועה שלהם",
ובמקום אחר:
"לאדם, כולל לאדם חסר הבית יש לאפשר להתקיים כרצונו במרחב הציבורי".

25. לשון אחר, בית משפט קמא סבור, כי המרחב הציבורי מקנה זכויות יתר לחסרי הבית. זכות יתר זו מתבטאת בכך שלא ניתן להגביל את זכותם לביצוע "פעולות קיום" במרחב הציבורי. מלשונו של פסק הדין החוזר על קביעה זו מספר פעמים עולה כי זכות יתר זו לא רק מקנה זכות לקיום במסגרת המרחב הציבורי, אלא שגם לא ניתן להגבילה למרחב ציבורי מתוחם ומוגדר. הזכות לכאורה מאפשרת לחסר בית להתמקם בכל מרחב ציבורי שהוא: כביש, מדרכה, בנין ציבורי כמו בית העירייה או גלריית הכניסה של בית המשפט, גן או גינה ציבורית וכל כיוצא באלו. הוא יכול ללון באותם מקומות לאכול ולבצע שאר פעולות קיום ובלבד שלא יהיה בכך הפרעה ממשית לשימושם של אחרים.

26. לקביעתו זו של בית המשפט אין אחיזה במשפט הישראלי. הוא מבסס את עמדתו בעיקרו של דבר על סדרת מאמרים של פרופ' Jeremy Waldron (להלן וולדרון) המבקש לגזור מתיאוריות שונות של הצדקות לקניין את המסקנה כי יש להעניק לחסרי הכל זכויות קנייניות או מעין קנייניות ברכוש הציבורי. בית המשפט מפנה לשורה של מלומדים נוספים התומכים לטעמו בעמדה זו. לספרות זו נשוב בהמשך. בשלב זה נבקש רק לומר כי בכל הכבוד בית משפט קמא לא דק פורתא במודל התיאורטי המוצג על ידי וולדרון ודומיו. כי פרישת זכות הקיום בכל המרחב הציבורי כפי שהוחלט על ידי בית משפט קמא לא אומצה אפילו על ידי תיאורטיקנים אלו, ולבסוף כי תיאוריית הקניין והאחריות הציבורית הנלווית אליו המנחה את וולדרון ודומיו לא עולה בקנה אחד עם גישת הפסיקה הישראלית בנושאים אלו.

27. בית משפט קמא מפנה גם למספר פסקי דין זרים בערכאות שונות מהם הוא מבקש לחלץ מגמה פסיקתית התומכת בגישתו בדבר זכויות היתר של חסרי הבית במרחב הציבורי. נבקש לומר כבר עתה שאפילו באותם פסקי דין המוזכרים על ידי בית המשפט לא מצויה הלכה התומכת בגישתו מרחיקת הלכת של בית המשפט. לא למותר לציין, שפסקי דין אלו אינם מייצגים את הזרם המרכזי של הפסיקה באותן מדינות.

28. מנקודת מוצא זו ממשיך בית המשפט וקובע כי הגבלת זכותם של חסרי הבית להתקיים כרצונם במרחב הציבורי פוגעת בזכותם לחיים ולכבוד, בזכות התנועה שלהם, ואם

מוחרס רכושם - גם בזכותם לקניין ולהליך הוגן. נבקש לציין כבר עתה כי כפי שהצהירה העירייה בפני בית המשפט, העירייה אינה מחרימה את ציודם של שוהי הרחוב. אמירה זו כוללת שני מרכיבים. הראשון מתייחס לעובדה כי גם כשהעירייה מפנה ציוד משום שהוא יוצר הפרעה או מטריד וכיוצא בזה הציוד אינו מושמד או נזרק אלא נשמר עד לדרישתו על ידי בעליו. אין לדבר אפוא כלל על החרמת ציוד אלא רק על פינויו. השני מתייחס לעובדה כי הפינוי האמור אינו מתבצע אלא מקום בו הציוד מפריע אכן לתפקודו של המרחב הציבורי ולאפשרות ההנאה הסבירה ממנו של שאר הבאים בו.

29. אכן לא נכחד כי כאשר מדובר בציודם של שוהי רחוב יקשה לעיתים להבחין כיאות האם מדובר בציוד רכושי שבעליו מעוניין בשמירה עליו או שמא בפיסת קרטון לרגע, מהוהה וקרועה, שבעליה לא יתקשה למצוא דוגמתה ואין כל טעם לשומרה עבורו. מכל מקום העירייה אינה מחרימה ציוד, אינה פוגעת בקניין ואף אינה מפנה אותו אלא בנסיבות של הפרעה ממשית.

30. מנקודה זו ממשיך בית המשפט וקובע כי לעירייה יש אכן, כזכור סמכות להסדיר את המרחב הציבורי אך סמכות זו יש לממש תוך התחשבות ואיזון עם זכויות היסוד של חסרי הבית. למותר לציין, כי על אמירה נורמטיבית זו אין חולק.

31. בית המשפט מוסיף ומציין כי על העירייה לשקול בהפעלת הסמכות "אך ורק את עניין הניקיון והסדר הציבורי". ובהמשך "אל לה לעירייה לעשות שימוש בחוקים הנוגעים לשמירת הסדר והניקיון כדי להרחיק חסרי בית ממקום מסוים ולהעבירם למקום אחר או להפריד ביניהם". הפסקה האחרונה מתמצתת את גישתו של בית המשפט שצוינה לעיל לפיה זכות חסרי הבית למימוש צרכיהם החיוניים משתרעת ללא הגבלה על המרחב הציבורי כולו. יצוין כי בית המשפט אינו מנמק על מה נשענת הקביעה כי העירייה מנועה מלהגביל את חסרי הבית להתקבץ למגורים למקום אחד. האומנם זכותו של חסר הבית בעניין זה שונה מזכותו של כל אחד מיחיד הציבור להתקבצות במקום ציבורי? ברי כי מקום בו התקבצות זו עשויה ליצור מטריד חריג העירייה מוסמכת להגביל פעילות מעין זו. לא ברור מה בארגומנטציה שפרש בית המשפט עד לשלב זה מחריג את שוהי הרחוב מהסדרה זו. לא מדובר בצורך קיום חיוני ואף לא בתחליף מרחבי לקורת גג ביתית. מה אפוא מקנה לשוהי הרחוב חסינות יתר גם בענין זה אף לשיטתו של בית משפט קמא?

32. מכל מקום בית המשפט ממשיך את דרכו בהפעלת מבחן המידתיות המשולש על שימוש בסמכויות העירייה לטיפול ברכושם של שוהי רחוב. על פני הדברים בית המשפט מפעיל את מבחן המידתיות רק על הטיפול ברכושם של שוהי הרחוב ואינו עוסק כלל בסמכות השהיה ומימוש צרכי הקיום במרחב הציבורי של השוהים עצמם להבדיל מרכושם. גישה זו נובעת ככל הנראה מקביעתו של בית המשפט כי זכות השהיה אכן אינה מוגבלת ולכן אין אפשרות וצורך לסייגה באמצעות מבחני המידתיות.

33. על בסיס מבחני המידתיות מסיק בית המשפט כי החרמת ציוד שוהי הרחוב אינה מידתית. כזכור העירייה הצהירה ומצהירה כי היא אינה מחרימה את ציודם של דרי הרחוב והיא מפנה אותו רק כאשר הוא יוצר הפרעה או סיכון.

34. כאן יהא המקום לציין, כי בית המשפט לא נדרש לבחינת עובדות מדויקות בקובעו כי "אלו אינן דרושות להכרעה". ואולם, בהמשך, רצוף פסק הדין מסקנות עובדתיות בלתי מבוססות בדבר אופן הפעלת הסמכות על ידי העירייה.

35. בית המשפט מסיים את הילוכו בהמלצה לקבוע נהלים התואמים את העקרונות שנקבעו בפסק הדין להפעלת סמכויות פקחי העירייה.

36. סקרנו אפוא את פסק הדין על מרכיביו המרכזיים. בטרם נפנה לנימוקי הערעור עצמם שחלקם נרמזו בקצרה לעיל, נבקש לפרוש את תמונת המציאות של תופעת שוהי הרחוב לסוגיהם והתמודדות המשיבה עם התופעה ככלל ועם צרכיהם של נטולי הכל ומוכי הגורל בפרט.

רקע כללי רלבנטי

37. העיר תל אביב-יפו הנה עיר מטרופולין, מרכזית, תוססת ודינאמית, המהווה מוקד משיכה עיקרי לקבוצות שונות באוכלוסייה, לרבות אוכלוסיית חסרי בית. להערכת העירייה, נכון למועד הגשתו של ערעור זה, חיים ברחובות ובגנים שבתחום שיפוטה מאות חסרי בית, הנשאבים לעיר בשל מאפייניה הייחודיים ובחלקם הגדול אינם תושבי המקום.

38. כאן המקום לציין, כי אוכלוסיית חסרי הבית כוללת מספר קבוצות, בעלות מאפיינים שונים, אשר כל אחת מהן טעונה התייחסות מערכתית שונה ומורכבת. כך, יש להבחין בין "דרי רחוב", כהגדרתם בסעיף 2.2 לתקנון העבודה הסוציאלית המטופלים על-ידי משרד הרווחה, לבין "מחוסרי דיור" אשר מטופלים ע"י משרד הבינוי והשיכון ובנם לבין שוהים בלתי חוקיים. בנוסף, העיר תל אביב-יפו הנה מוקד משיכה לציבור אשר שהותו ברחוב אינה תולדה של העדר קורת גג, אלא תוצאה של אורח חיים בשוליים, שימוש וסחר בסמים, אלכוהול וכיו"ב.

39. העירייה ערה ורגישה למצוקתם של אוכלוסיית חסרי הבית החיים בשטחה ופועלת רבות, על מנת להקל ולהיטיב את מצבם. יש לזכור בהקשר זה, כי התווית הטיפול בחסרי הבית ומציאת מענה הולם עבורם אינם עניין מוניציפלי, כאשר לעירייה אין את האמצעים והסמכויות לכך. המדובר בבעיה לאומית, הטעונה בראש ובראשונה מענה והתערבות של המדינה, כאשר כל אחת מהקבוצות דורשת, כאמור, טיפול פרטני לפי מאפייניה.

40. העיר תל אביב-יפו הננה העיר היחידה בארץ, אשר בחרה שלא להמשיך ולהתעלם ממצוקתם של עשרות אלפי מהגרי עבודה ופליטים בתחומה, אשר רבים מהם שוהים בישראל ללא אישור. מתוך שיקולים הומניטאריים ודאגה לכבוד האדם ולזכויותיו, הקימה העירייה בשנת 1999 את מסיל"ה - מרכז סיוע ומידע למהגרי עבודה ופליטים בתל אביב-יפו (להלן – "מסילה").

41. מסילה מסייעת למהגרי עבודה ופליטים במישור הפרטני: במיצוי זכויות, בתיווך מול מעסיקים וגורמי ממסד ואף בהתערבות במצבי משבר. כמו כן, מטפלת מסילה בצורכיהם של ילדי מהגרי העבודה והפליטים: בתחום הרווחה והבריאות, באמצעות שיפור המצב בגנים הפיראטיים של הקהילה, הדרכות הוריות, איתור וטיפול בילדים בסיכון וכיו"ב. מסילה פועלת אף במישור הארצי-מערכתי, במטרה להעלות את המודעות לנושא מהגרי עבודה בחברה הישראלית ובקרב קובעי המדיניות. לא למותר לציין, כי בימים אלה זכתה מסילה לעיטור הנשיא עבור תרומתה המרכזית למאבק בסחר בבני אדם לעבדות ולעבודות כפייה, תוך העצמת הקהילה הזרה בעיר תל אביב-יפו, טיפול בה וסיוע באיתור קורבנות עבירות.

42. בנוסף לסיוע לקהילה הזרה בתחומה, הייתה העירייה חלוצה אף בגיבוש מדיניות לטיפול באוכלוסיית דרי הרחוב. כך, נוהל תקדימי שפרסמה העירייה לטיפול בדרי הרחוב בעיר הפך לימים לתקנון משרד הרווחה בנושא על פיו פועלים עד היום.

43. במסגרת המנהל לשירותים חברתיים בעירייה, פועלת מאז שנת 1990 יחידה לטיפול בדרי רחוב, אשר מטרתה מתן מענה הולם לבעיית חסרי הבית המתגוררים ברחובות העיר, בניסיון לאפשר להם לחזור ולהשתלב בקהילה. העבודה עם דרי הרחוב כוללת איתור, אבחון מצב פיזי ונפשי, הגשת טיפול מתאים והפנייה לגורמי סיוע בקהילה. כמו כן, פועלים בתחומה של העיר בתי מחסה להלנה והזנה - "גגונים". נכון למועד הגשת ערעור זה, נעזרים בשירותי היחידה לדרי רחוב כ- 500 מטופלים.

44. ייאמר, כי המחלקה לשירותים חברתיים בעירייה עוסקת אף במתן סיוע לאוכלוסיית מחוסרי הדיור, אשר הטיפול בהם מצוי בתחום אחריותו של משרד הבינוי והשיכון. העירייה, כרשות מקומית, אינה עוסקת במתן פתרונות דיור, ואולם היא מסייעת במתן מידע, תמיכה וליווי לשם מיצוי זכויותיהם של מחוסרי דיור מול הגורמים המתאימים לכך.

45. זאת ועוד, כפי שפעלה העירייה גם בחורף אשתקד, הוקם על-ידה בימים אלה, בשיתוף עם עמותת "לשובע", מאהל זמני לנזקקים בגן לוינסקי. המאהל נועד לספק מיטה חמה בלילות החורף הקרים, יחולקו בו שמיכות, מרק ושתייה חמה, ארוחות בוקר וערב ואף יועמדו לרשות באי המקום תאי שירותים. כמו כן, הציבה העירייה במקום מכולה

לאוחסנו הציוד. בשלב זה הוצבו במאהל עשרות מיטות, יצוין, כי בחורף אשתקד הציבה העירייה במחסה שפעל במתכונת דומה כ- 150 מיטות.

46. ייאמר, כי העירייה פועלת **לאורך כל ימות השנה** על מנת לסייע לאוכלוסיית חסרי הבית. בכלל זאת, נערכים סיורי שטח ביום ובלילה, הן באופן יזום והן בהתאם לפניות תושבים למוקד העירוני, במטרה לאתר נזקקים ולסייע להם. יצוין, כי במקרים רבים דווקא חסרי הבית מסרבים לשתף פעולה ולעבור, למשל, ללון בגגונים. במקרה כזה ובמידת הצורך, מספקת להם העירייה שמיכות חמות על מנת להקל על שהייתם ברחוב.

47. עינינו הרואות, כי העירייה אינה אדישה כלל ועיקר למצבם של חסרי הבית החיים בשטחה. **נהפוך הוא: העירייה עושה רבות, במסגרת הסמכויות והאמצעים המוגבלים העומדים לרשותה, והרבה מעבר לחובותיה שבדין, על למנת להקל על מצוקתם של חסרי הבית, והינה אף חלוצה בנושא.**

מדיניות העירייה

48. כפי שהצהירה העירייה בפני בית המשפט הנכבד קמא, **אין לה כל מדיניות להדיר דרי רחוב ו/או לפנות ציוד השייך להם מהמרחב הציבורי והיא מכירה בזכותם להתקיים ברשות הרבים.**

49. ויודגש היטב: **העירייה לא פעלה ולא תפעל לפינוי דרי רחוב או חפציהם האישיים, כל עוד אין המדובר במטרד, בעיה תברואתית, מניעה או הגבלה של זכות הציבור הרחב לעשות שימוש בשטח הציבורי וכיו"ב.** מפגע שכזה עלול להיגרם, למשל, בהנחת חפצים שונים שמטרתם להביא להסבתו של שטח ציבורי למתחם לינה ושיכון קבע, שעה שמיקומם של חפצים שונים מהווה הפרעה למעבר, שעה שכמות החפצים כמו גם טיבם מהווים מפגע תברואתי ועוד.

50. בניגוד לרוח הדברים העולה מפסק הדין באופן חוזר ומגמתי, לעירייה אין כל מדיניות מכוונת ליטול ציוד לינה השייך לחסרי בית בשעות הלילה או להפריע להם בשנתם - ואין היא פועלת כך. **נהפוך הוא: פקחי העירייה המסיירים בשטח בשעות הלילה, מחלקים לנזקקים לכך שמיכות חמות.**

51. זאת ועוד. השימוש הנרחב שנעשה בפסק הדין במונח "**החרמה**" של ציוד, אינו משקף כלל ועיקר את מדיניות העירייה ופועלה. ודוק: **העירייה אינה** מחרימה ציוד של חסרי בית, אלא מעבירה אותו מרשות הרבים **רק במקרים המחייבים זאת**, קרי במצבים בהם מדובר ברכוש נטוש או בציוד שהנחתו יוצרת מטרד, מפגע, בעיה תברואתית, הגבלה או מניעה למעבר וכדומה. ככלל, מפונה הציוד למחסני העירייה וניתנת הזדמנות לבעליו לדרוש השבתו. בהקשר זה ראוי לציין, כי קשה לדעת מתי רכוש שהושאר במרחב

הציבורי מבלי שאיש משגיח עליו, הנו רכוש שננטש. כך, למשל, קרטון המונח ברשות הרבים הנו רכוש נטוש או שגא ציוד אישי של פלוני!!

52. למען הסר ספק, יש להוסיף על האמור לעיל ולהבהיר, כי לעירייה אין כל מדיניות להטריד חסרי בית או להרחיקם לשכונות מסוימות בעיר ופקחיה אינם "מטרטרים" איש סתם.

53. ואולם, יש לתת את הדעת לכך שהתקיימותם של חסרי בית ברשות הרבים, פוגעת לעיתים בזכויות הציבור הרחב לשימוש בשטחים הציבוריים לתכלית לה נועדו. כך, מתקבלות במוקד העירוני פניות רבות מהציבור בגין מטרדים הנגרמים על-ידי חסרי בית, כאשר על העירייה מוטלת החובה ליתן מענה ראוי לפונים.

54. על מנת לסבר את האוזן ייאמר, כי בתקופה שראשיתה ביום 1.4.12 והמסתיימת ביום 17.12.12 (דהיינו במהלך כשמונה וחצי חודשים), התקבלו במוקד העירוני 1,082 פניות בדבר מטרדים שונים הנגרמים על-ידי חסרי בית. חלק מהפניות עוסקות, למשל, במטרדי לכלוך, הטרדת עוברים ושבים, מפגעים תברואתיים וכו'. פניות אחרות נוגעות להפרעה לגישה למתקנים ציבוריים כגון: כספומט, תחנות אוטובוס, גני משחקים, מעברי חציה, מדרכות, כניסות למבנים לרבות בתי ספר וגנים וכו"ב.

55. הפעלת הסמכויות הנתונות לעירייה מכוח הדין, נעשית על בסיס שיקול דעת פרטני באשר לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, תוך בחינת המטרד הנגרם לסביבה, לעוברים ושבים ולתושבים, עוצמת המפגע, השינוי במרחב הציבורי וכו"ב. התכלית העומדת בבסיס כל פעולה ופעולה הינה הבטחת זכות השימוש של הציבור הרחב בשטחים הציבוריים – זכות אשר לא יכול להיות ספק, כי הנה ראויה להגנה.

56. בשולי תיאור עובדתי זה ראוי להדגיש כי בית משפט קמא לא ערך כל הבחנה בין הסוגים השונים של שוהי הרחוב. הוא אינו מבחין בין אלו שאכן חסרי אפשרות למציאת קורת גג לראשם, לבין אלו שמסרבים לכל החלופות המוצעות להם על ידי העיריה או גופי מדינה אחרים, כגון מעונות גגונים וכדומה. בית המשפט אינו מבחין גם בין שוהים בלתי חוקיים, המהווים למיטב הידיעה חלק ניכר משוהי הרחוב לבין תושבי המדינה. האם גם לאותם אלו ששוהים בישראל ובתחומי תל אביב שלא כדין עומדות אותן זכויות יתר שהעניק בית המשפט לשוהי הרחוב? האם לעובדה ששהותם ברחוב הינה פרי בחירה בפעילות בלתי חוקית לא אמורה להיות השפעה על היקף זכותם? אנו סבורים כי ההלכה שנקבעה בע"א 9535/06 אבו מסאעד נ' נציב המים העוסק בזכות היסוד למים של מי שבנו ביתם שלא כחוק מוביל למסקנה שונה. ואם אכן כך הוא, איך יוכלו פקחי העיריה להבחין בין נזקק בעל זכויות למי שאינו כזה אם לא יתשאלו אותו ויבקשו לדעת על זהותו ורקעו ומעשיו?

57. בשלב זה נבקש להפנות מבטנו לאבני הבסיס של גישת בית משפט קמא בדבר הזכות העודפת של "מי שאין להם" במרחב הציבורי. נפתח ונאמר כי העיריה כמוה ככל אדם הגון סבורה כי על החברה לטפל ולדאוג לאלו המצויים בשוליה וזקוקים לעזרתה. העותרת לא רק שאינה חולקת על חובה אנושית מוסרית זו אלא שכפי שתואר לעיל, יפה עושה ולא רק דורשת. ההסתייגות והערעור על פסק דינו של בית משפט קמא נובעים מהעובדה כי לדעת המערערת בית משפט קמא לא רק שלא שיקף נכונה את הדין המצוי אלא אף לא שקל נכונה את הדין הרצוי. אכן שוהי הרחוב, תופעה אוניברסלית שרק עתה מתחילים ניצניה לפרוח בישראל, מהווים אתגר לכל חברה אנושית ומשימה שיש להתמודד עימה בדרכים שונות ומגוונות. עם זאת הפתרון שמעניק בית המשפט בפסיקתו לפן מסוים של הבעיה אינו נכון, אינו אפקטיבי ונזקו עולה על תועלתו.

58. כפי שתואר לעיל, בית המשפט החל את מסעו בקביעה לפיה אפיוני הקניין הציבורי שונים מאלו הפרטי בכך שהזכות המוקנית לבעל הקניין הפרטי, למנוע או להגביל שימוש בנכסו, אינה קיימת בעיקרו של דבר בקניין המשתרע על המרחב הציבורי. ציינו לעיל, כי בית המשפט מבסס כביכול את קביעתו זו על שלוש הלכות של בית משפט נכבד זה: **הלכת חורב, הלכת ינוח-ג'ית והלכת רעננה**. הפננו לעיל גם את תשומת הלב לכך, כי אף אחת מהלכות אלו אינה תומכת בקביעתו של בית משפט קמא אלא להיפך. נבקש עתה לפרוע שטר חוב זה שנטלנו על עצמנו.

59. בכל ההלכות הנזכרות לעיל עסק בית המשפט בסמכות להגביל את שימושו של חלק מהציבור במרחב ציבורי. **בהלכת חורב** עסק בית המשפט בסמכות להגביל תנועת כלי רכב בשבתות בתואי דרך משיקולים של התחשבות ברגשות הציבור הדתי. נקודת המוצא של הדיון כפי שהוצגה על ידי המשנה לנשיא השופט חשין במובאה שצוטטה על ידי בית משפט קמא הינה כי:

"החוק קובע הוראות מהוראות שונות החלות על מקרקעי יעוד, ומגמתן של כל הוראות אלו כולן היא "המגמה להבטיח כי הציבור לא ינושל ממקרקעין המשמשים במישרין לתועלת הציבור": "ויסמן, דיני קניין - חלק כללי (ירושלים, תשנ"ג-1993) 276. ועוד: "התכלית של דינים החלים על מקרקעי יעוד היא להבטיח כי המקרקעין ימשיכו לשרת את האינטרס הציבורי שלמענו הם נועדו" (שם, 285). למותר לומר כי דרכים, על-פי עצם טבען, מיועדות הן לתועלת הציבור (שם, 280): ולכל הציבור כולו, לא אך לחלקו של

הציבור. ומי מן הציבור והקצה ליחיד או לחלקו של הציבור בלבד - כמעשה השר בענייננו - פגע בזכותם של הרבים. הפקיע מן הרבים את שלא הותר להפקיע. ראו עוד: ד"ר ה' קלינגהופר, משפט מינהלי (ירושלים, תשי"ז - 1957) 141 ואילך ("קנין ציבורי")."

60. לשון אחר, למוטבים, הם התושבים הנהנים מהנאמנות של הרשות הציבורית המחזיקה בכביש, זכות לשימוש בכביש בהתאם לייעודו, מבלי שלאיש מהם תהא זכות עודפת על פני רעהו. הדגש בטיבה ובהיקפה של הזכות הוא על כך שאיש אינו יכול מטעם כלשהוא לטעון לזכות עודפת לשימוש או לאי שימוש בדרך המיועדת לציבור כולו. הדרה של חלק מהציבור משימוש המותר לאחרים פוגע בזכותם של אלו הראשונים. מנקודת מוצא זו ממשיכה הלכת חורב לעסוק בנסיבות בהן ניתן, אם בכלל, לצמצם זכות הדדית זו.

61. מכל מקום, הדגש במובאה זו הינו על הזכות השווה של כלל המשתמשים בדרך ועל העדר סמכות להגביל מטעם כלשהוא את שימושו של מאן דהוא לטובתו של אחר מקום בו השימוש תואם את הייעוד. דומה כי נקודת מוצא זו עומדת בסתירה חזיתית לעמדת בית משפט קמא המבקש להעניק זכויות יתר לשימוש במרחב הציבורי לגורמים מסוימים בחברה.

62. **הלכת ינוח-ג'ת** עוסקת בסוגיה שונה וייחודית. באותה פרשה טענו תושבי ינוח-ג'ת כי איחוד רשויות מקומיות שנכפה עליהם פוגע בזכותם הקניינית ברכוש הציבורי בכך שהוא יוצר שותפים נוספים בקניינם ובכך מצמצם את היקף זכותו היחסית של כל אחד מתושבי העיר. בית המשפט דחה טיעון זה וקבע כי הזכות הקניינית אינה של תושבי העיר אלא של הרשות המקומית עצמה. ובלשונו של בית המשפט כפי שצוטט על ידי בית משפט קמא:

"איני סבור כי קיימת לתושביה של רשות מקומית זכות קניין במתקניה הציבוריים של הרשות המקומית בין שהשתתפו באופן אקטיבי במימון הקמתם ובין שלא. המתקנים הציבוריים והמבנים הציבוריים הינם קניין הרשות המקומית. לתושבי הרשות המקומית קיימת אך זכות השימוש במתקנים ובמבנים הציבוריים, כשאינן איסור על כך על-פי דין, בלי לגרוע מזכותם של אחרים להשתמש בהם."

63. לשון אחר, הלכת יאנוח-ג'ת קובעת אף היא בקטע שהודגש משום מה על ידי בית משפט קמא כי, זכות השימוש של תושבי העיר בנכסים הציבוריים קיימת באותה מידה שאין בה כדי "לגרוע מזכותם של אחרים להשתמש בהם". גם הלכה זו או ציטטה זו עומדת בסתירה לעמדתו הנזכרת של בית משפט קמא.

64. רושיבוונ מיווזדת להלכות יאנוו-ג'ת לעניינו נעוצה בעובדה כי זולכה זו קובעת כי הבעלות על המרחב הציבורי נתונה לרשות המקומית הרשומה אכן כבעל הנכס. לעניין זה נשוב בהמשך.

65. ההלכה השלישית אליה מפנה בית משפט קמא הינה הלכת רעננה. באותו מקרה עלתה שאלת זכותה של עיר לגבות דמי כניסה לשימוש במרחב ציבורי (פארק באותו מקרה). העתירה נשענה על מספר ראשים. דיני התכנון והבניה, פגיעה בקנינו של הציבור ופגיעה בשוויון. בית המשפט דחה את הטענות שנשענו על דיני התכנון והבניה בדבר הייעוד הפתוח של הקרקע ונושא זה אינו רלבנטי לדידן.

66. באשר לטענות בדבר פגיעה בקניין הציבור הרחב, קבע בית המשפט כי הפארק הוא קנינה של עירית רעננה ולא של הציבור הרחב. מטעם זה, קבע בית המשפט (בפיסקה 16) כי ההבחנה בין תושבי רעננה לבין מי שאינם כאלו אינה בגדר הפרת חובת הנאמנות הציבורית:

“זאת משום שהקניין הציבורי במקרה שלפנינו הוא קניינם של תושבי רעננה כאשר עיריית רעננה מופקדת, בראש ובראשונה, על טובתם וצרכיהם של התושבים בתחומה”.

לקביעה זו של עדיפותם של תושבי העיר בניצול המשאבים הציבוריים שבבעלות העיריה רלבנטיות ברורה לעניינו, ואף אליה נשוב בהמשך.

67. הציטוט אותו בחר בית משפט קמא להביא מתוך פסק הדין מתייחס לטענת הפגיעה בשוויון שהועלתה על ידי העותרת. במובאה מתוך הלכת רעננה שהוצגה בפסק הדין דוחה בית משפט נכבד זה את טיעון הפגיעה בשוויון וקובע כי:

“בעניינו, לאור השיקולים שהוסברו לעיל, בהתחשב בכך שהפארק הינו רכוש העירייה אשר הוקם ומומן בכספם של תושבי רעננה ולאור קרבתו הגאוגרפית של הפארק למקומות מגוריהם, הייתה העירייה רשאית להבחין לעניין גביית דמי הכניסה בין תושבי רעננה לבין תושבים שאינם גרים בתחומה... קיומם של שטחים ירוקים נוספים בסביבה שהכניסה אליהם אינה כרוכה בתשלום, והעובדה שאין מדובר בשירות חיוני – אלה שוללים אף הם את טענת הפגיעה בשוויון, שהרי ההלכה היא כי “דרישת התשלום תהווה הפליה רק אם חסרי אמצעים אינם מסוגלים או מסוגלים בקושי רב לעמוד בו; וטובת ההנאה או השירות שבעבורם נדרש התשלום הם חיוניים

או חשובים עד כי אין הצדקה לתלות את קבלתם ביכולת
התשלום של הפרט" (בגץ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם",
רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח (3) 353, בעמ'
"361-360)

68. כל שניתן ללמוד מפסקה זו הינו כי טענת הפליה בשימוש ברכוש ציבורי לא תשמע מקום
בו ההפליה אינה שוללת את יכולתם של חסרי היכולת ליהנות משרות חיוני. מקום בו
הבחנה כאמור שוללת הנאה משרות חיוני אזי מתעצם שיקול השוויון. גם כאן קשה
להלום היכן מצא לו בית המשפט בית יד או אחיזה לטענתו כי ניתן להעניק זכויות יתר
לשוהי רחוב בקניין הציבורי.

69. אכן מכלול הלכותיו של בית המשפט מובילות למסקנה כי אין להפלות שוהי רחוב
בשימוש במרחב הציבורי וכולנו נסכים על כך. אך הקניית זכויות יתר לאותם שוהי רחוב,
פוגעת בזכותם של אחרים ליהנות מהמרחב הציבורי. תמצית הטענה בדבר הצורך
בהסדרת לינתם ומימוש צרכי קיום אחרים של שוהי רחוב במרחב הציבורי, קשורה
בעובדה כי פעילותם זו פוגעת בשימושם השלו והבלתי מופרע של יתרת משתמשי המרחב
הציבורי.

70. לינה על מדרגות בניינים ציבוריים, בגנים ציבוריים, בגני משחקים ובסמטאות חשוכות,
מדיר את תושבי העיר משימוש ושהיה באותם מקומות, וביתר שאת כאשר מדובר
במקומות מבודדים או בשעות חשכה. פרישת ציודם האישי של שוהי רחוב במרחב
הציבורי עשויה להפריע לתפקודו השוטף של אותו מרחב. שהיתם באורח קבע בגנים
ציבוריים מונעת ומגבילה כעניין שבעובדה את נכונות ההורים לשלוח את ילדיהם לשחק
באותם מקומות. ודוק: אין חולק על כך שלינתו של אדם מהשורה בפנית רחוב או בגן
ציבורי ניתנת למניעה באמצעות הסדרה עירונית. כפי שכללי התנהגות במרחב הציבורי
ניתנים להסדרה עירונית (איסור הקמת רעש איסור הבערת אש וכיוצא בזה), הטיעון
בערעור אינו מבקש להחיל על שוהי רחוב כללים שאינם חלים על כלל הציבור. תמציתו
של הערעור בנקודה זו הינו כי הפיכת המרחב הציבורי כולו למרחב מחייתם של שוהי
הרחוב אינה מבוססת בדין ואינה לוקחת בחשבון את ההשלכות שיש לקביעה נורמטיבית
זו.

71. כזכור, בית משפט ביסס את גישתו בין השאר ובמידה רבה על עבודתו של וולדרון. פרופ'
וולדרון מרצה בעל שם בתחום הקניין והפילוסופיה של המשפט אשר הרבה לכתוב על
זכות הקניין של אלו שאין להם דבר. מאמרו האחרון בעניין זה מבוסס על הרצאה
שניתנה על ידו בישראל במרכז ציגלה בשנת 2008 במסגרת ועידה בנושא קהילה וקניין.
ועידה בה על פי המאמר נטלו חלק פעיל חלק מאנשי המשיבה 1. אך טבעי הוא, שבאי
כוחה של זו הפנו בעתירתם המקורית את בית המשפט למאמר זה. Jeremy Waldron,
"Community and Property – For Those Who Have Neither" **Theoretical**

Inquiries in Law. vol. 10, 161 (2009) (להלן: **וולדרון, קהילה וקניין**), האחרון בסדרת מאמרים הנושאים שמות דומים ומוזכרים ומצוטטים אף הם בפסק הדין.

72. דא עקא, שנקודת המוצא של וולדרון שונה לחלוטין מזו המוצגת בפסק הדין. המאמר פותח באפיוני הקניין ובהצדקות להגנת המדינה על הקניין. וולדרון מציין את המרכיב המרכזי של זכות הקניין, הלוא היא הזכות להדיר אחרים משימוש בו ("זכות ההדרה"). הוא ממשיך בכך שזכות ההדרה, הנהנית מחסות המדינה, מעניקה לקניין הגנה מוצדקת בהיותה זכות הודית. כך A הוא בעל זכות להדיר את B מקנינו, ובמקביל עומדת ל B זכות להדיר את A משימוש בקנינו שלו. הדדיות זו נעלמת לטענתו של וולדרון כאשר A ו B מדירים את C חסר הרכוש, שכן זכותו להדיר מרכושו הינה זכות ערטילאית בלבד בהיותו חסר רכוש. לדעתו של וולדרון תאוריות פילוסופיות שונות המצדיקות את הגנת המדינה על מוסד הקניין מחייבות כי במוסד זה לא יהיה מי שהוא נעדר קניין ולמעשה מי שנעדר זכות להדיר אחרים משימוש בקנינו. מטעם זה הוא סבור שחסרי הכל צריכים להיות בעלי זכות קניינית כל שהיא. ליתר דיוק, כי זכותם הקניינית של אחרים תיסוג מפני זכותם של חסרי הכל להיות בעלי קניין. חשוב לציין, כי וולדרון מציג משנה שיטתית הפותחת בנסיגתו של הקניין הפרטי מפני זכותם של חסרי הכל ורק לאחר מכן הוא מפנה מבטו למרחב ולקניין הציבורי ומחיל עליו דוקטרינה דומה. מעניין לציין כי המובאות בפסק הדין נשוא ערעורנו ממאמרו של וולדרון "קהילה וקניין", הינן, ככל הנראה מבלי משים, מחלקו הראשון של המאמר, המבקש לצמצם את תחולת זכות הקניין הפרטי מפני צרכיהם של חסרי הכל. מטעם זה לבדו אין רלבנטיות רבה למובאות אלו בכל הנוגע לקניין הציבורי.

73. לטיעונו של וולדרון הצטרפו גם תאורטיקנים אחרים המשתמשים בטיעונים דומים ומייצרים קטגוריה חדשה של קניין של אלו שאין להם מאומה. אחת מהעבודות המפורסמות בתחום זה הינה עבודתה של פרופ' Jane B. Baron במאמרה "No Property" שפורסם ב- 42 Hous. L. Rev 1425 2005-2006. ביירון מכנה את הזכויות הערטילאיות של אלו שאין להם מאומה כ"לא רכוש", ישות של אין, ועומדת על הצורך למצוא מענה לבעייתם המעיקה על עקרונות הקניין.

74. מכל מקום אפילו בית משפט קמא לא מבקש לייצר קטגוריה נפרדת של זכויות קניין של אלו חסרי הכל ולהקנות להם זכויות קנייניות חדשות על מנת להפכם למי שיש להם. וכפי שהוא מציין:

"יש להדגיש כי בית המשפט קבע כי אין לציבור זכות קניין בקניין הציבורי אך יש לו זכות שימוש בו, שאינה מונעת זכות שימוש כזו גם מאחרים. ולענייננו, גם אם לא תגדיר את זכותם של חסרי הבית לשהות במרחב הציבורי כחלק מזכות הקניין שלהם, הרי

חירויות אחרות כמו כבוד האדם וחופש התנועה
מקנות להם את החופש לשהות במרחב הציבורי"
(ההדגשה אינה במקור)

75. ניתן להסכים עם גישתו העקרונית של וולדרון או לסרב לקבלה, ברור עם זאת כי מהפכה מסוג זה ההופכת את קצרת הקניין על פיה לא יכולה להיעשות בחקיקה שיפוטית אגבית. יתר על כן, שאלת האחריות החברתית הנלווית לקניין הועלתה לא אחת בפסיקתו של בית משפט נכבד זה ואין ספק כי גישה מרחיקת לכת זו של וולדרון לא אומצה בפסיקה הישראלית (ראו לדוגמה ע"א 8622/97 רוטמן נ' החברה הלאומית לדרכים פסקה 79 לפסק דינו של השופט פוגלמן דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית נ' הורוויץ פסקי הדין של הנשיא ברק והשופט חשין ואחרים). ההיפך הוא הנכון, בתי המשפט סרבו בעקביות לפגוע בקניינו של הפרט פגיעה ממשית בהסתמך על האחריות החברתית הנלווית לקניין.

76. בכל מקרה, כפי שצוין לעיל, גם בית משפט קמא עצמו אינו סבור שניתן להסתמך על תאוריות קנייניות כדי לייצר זכות עודפת לשהייה רחוב בקניין ובמרחב הציבורי. השענות על עבודתו של וולדרון אינה יכולה אפוא לקדם את בית המשפט בהשגת מטרתו.

77. אך יתרה מזו, במאמרו "חברה וקניין" מתייחס וולדרון למאמרו בעל השפעה של רוברט אליקסון (Robert Ellickson, "Controlling Chronic Misconduct in Public Spaces: of Panhandlers, Skid Rows, and Public Space Zoning" 105 Yale L.J. 1165 1996). במאמר זה סקר פרופ' אליקסון את תופעת חסרי הבית, את סיבותיה, את התמודדות החברה עם בעיה זו, את השפעותיה השליליות והחיוביות של התופעה על כלל הציבור ואספקטים רבים נוספים. המאמר מנתח את התופעה וההתמודדות עימה, מנקודת מבטן של דיסציפלינות שונות: סוציולוגיה, כלכלה, פסיכולוגיה, משפט ועוד. כפי שמציין וולדרון עצמו במאמרו, עבודתו של אליקסון הייתה בעלת השפעה רבה. מכל מקום, אחד מרעיונותיו המרכזיים של אליקסון היה הרעיון לאפשר לחסרי הבית לקיים את שיגרת חייהם באזורים מתוחמים ומוגבלים. ביתרת העיר הם יוכלו לקיים שגרת חיים דומה לזו שמקיימים שאר האזרחים ואילו בתחומים מסוימים בהם שוהים ילדים או אוכלוסיות חלשות אחרות יוטלו מגבלות על שהייתם של שוהי הרחוב.

78. לענייננו, חשובה העובדה כי וולדרון עצמו סבור כי הרעיון של אליקסון לייחד מקומות מסוימים ומצומצמים בהיקפם בהם יוכלו דרי הרחוב לקיים את שיגרת חייהם נותן מענה עקרוני לדרישתו בשם חסרי הבית. מפאת חשיבותו של ענין זה נבקש להביאו כלשונו (וולדרון, לעיל בהערה 70, בעמ' 184):

"Ellickson's proposal is based, he says, on an understanding that "demands on public spaces are highly diverse" and that "[a] constitutional doctrine that compels a monolithic law of public spaces is as

silly as one that would compel a monolithic speed limit for all streets.⁶² The suggestion is that Green Zones might be governed by the aforementioned Complementarity Thesis and would be available for the uses extolled by Robert Teir and other communitarians.⁶³ The liberty and the needs of the propertyless would be served by the provision of Red Zones, to which they could have resort, presumably out of sight of more sensitive or more prosperous citizens, who would not expect to be confronted with these activities outside the private confines of a home. Would this be sufficient to satisfy the concerns raised in this Article?⁶⁴ In a literal sense, the answer is yes. Like the provision of public shelters or public lavatories, the provision of Red-Zone public spaces breaks up the accumulative logic of prohibition that I have described. There might be other objections to Ellickson's proposal based on justice in the allocation of public spaces, or objections that the provision of Red Zones, along the lines envisaged by Ellickson, is not enough to ameliorate the injustice of the allocation of property generally.⁶⁵ But in principle Ellickson's proposal answers the immediate concern".

79. ניתן לראות אפוא כי גרסתו של בית משפט קמא בדבר זכותם של חסרי בית למילוי צרכי הקיום בכל רחבי המרחב הציבורי, אינה מקובלת אפילו על וולדרון ודומיו. דומה שקריאה יסודית של עבודתו המונומנטלית של אליקסון, תומך נלהב בשיפור מעמדם של דרי הרחוב, יכולה להצביע על המחיר הכבד שעשוי להיות לקביעתו של בית משפט קמא.

80. כזכור, לאחר קביעת זכותם הלא מוגבלת של שוהי הרחוב, עובר בית משפט קמא לבחינת הזכויות החוקתיות המגינות על ציבור זה מפני הסדרת שהותו במרחב הציבורי בדומה ליתרת הציבור. נבקש לציין, כי מהלך הטיעון של בית המשפט אינו ברור דיו. אם בית המשפט סבור כי לציבור זה זכויות קנייניות במרחב הציבורי מדוע נזקק בית המשפט לעניין זכויות היסוד המופרות בהסדרה מונעת? ואילו אם קו הטיעון הינו שזכויות היסוד הן אלו היוצרות את זכות הקיום במרחב הציבורי, לא ברור מה טיב הדיון שבית המשפט קיים בחלקו הראשון של פסק הדין. בכל מקרה כפי שנצביע על כך להלן, זכויות היסוד אליהן פונה בית המשפט אינן יכולות להצדיק את פרישתה הרחבה של הזכות בכל המרחב הציבורי.

81. בית המשפט מזהה שלש זכויות יסוד המונעות את הדרתם של שוהי הרחוב מהמרחב הציבורי. הראשונה שבהן הינה הזכות לקיום ולכבוד. אכן מוכנים אנו להסכים כי הדרתם של שוהי רחוב מכל המרחב הציבורי עשויה לסכן את בריאותם. כל אדם זקוק למקום לישון לאכול, לעשות את צרכיו, להתרחץ מעת לעת וכיוצא בזה. עם זאת, נתקשה להבין איך צורך זה, אף אם נסכים שהוא מייצר זכות למימוש, מעניק לבעל הזכות לבצע מכלול פעילויות אלו בכל המרחב הציבורי ללא הגבלה. מדוע אדם מן הישוב

חוזר למקום מוגדר ומתוחם לצרכים אלו ואילו חסר הבית יוכל לבצעה בכל מקום לפי ראות עיניו? גמה תיפגע זכותו של זה לקיום ולכבוד אם תוגבל אפשרותו לישון ולקיים פעילות חיונית אחרת במקומות מתוחמים בלבד במרחב הציבורי, כפי שמציע אליקסון? האמנם הזכות לחיים, לקיום ולכבוד יכולה לבסס זכות למימוש צרכים חיוניים במרחב הציבורי כולו? בכל הכבוד אנו סבורים שלא.

82. בית משפט קמא מבקש למצוא תימוכין לעמדתו בדבר החירות למימוש צרכי הקיום העצמי בכל המרחב הציבורי, בפסיקתו של בית המשפט העליון של פרובינציית בריטיש קולומביה שבקנדה בפרשת *Victoria (City) v. Adams* 2009 BCCA 563, 313. בפסק דין זה נדון תוקפו של חוק עזר שאסר על הקמת מחסה בפארקים עירוניים. בית המשפט העליון בבריטיש קולומביה, ביטל את ההוראה הגורפת בחוק העזר וקבע כי במקום בו הותרה לינה במרחב ציבורי, האיסור על הקמת מחסה זמני פריק מפני פגעי מזג האוויר עשוי להעמיד בסיכון את בריאותם וחייהם של חסרי הבית ולפיכך עומד בסתירה להוראת סעיף 7 לצירטר הזכויות הקנדי.

83. בית משפט קמא ציטט מפסק הדין הקנדי אלא שהציטוט נקטע בשני מקומות, כך שההלכה הקבועה בו הוצאה מהקשרה והולבשה במשמעות אחרת. המובאה שמפסק הדין הקנדי כפי שנעשתה על ידי בית המשפט קמא מופיעה כך:

"The right to provide oneself with rudimentary shelter on a temporary basis in areas where... people can, and must, sleep. This is... a right to be free of a state-imposed prohibition on the activity of creating or utilizing shelter, a prohibition which... impose significant and potentially severe health risks on one of the City's most vulnerable and marginalized populations"

84. קל להבחין כי בשלושה מקומות המובאה קטועה והקיטוע מיוצג בשלש נקודות. הוספת המילים החסרות מתוך הטקסט המקורי נותנות לפיסקה כולה משמעות אחרת כפי שיכול להיווכח מי שקורא את פסק הדין במלואו. במקום שלוש הנקודות מצויות בטקסט המקורי המילים הבאות:

"The right asserted by the respondents and recognized by the trial judge is the right to provide oneself with rudimentary shelter on a temporary basis in areas where the City acknowledges that people can, and must, sleep.

This is not a property right, but a right to be free of a state-imposed prohibition on the activity of creating or utilizing shelter, a prohibition which was found to impose significant and potentially severe health risks on one of the City's most vulnerable and marginalized populations."

(ההדגשות אינן במקור)

85. הוספת המלים לתוך קיטוע המובאה מעניקה כמובן משמעות חדשה למובאה כולה. ראשית, כפי שניתן לראות מפסק הדין עצמו, בית המשפט הקנדי אינו סבור שהזכות ללינה ולהקמת מחסה קיימת בכל מקום במרחב הציבורי (ראו פסקה 99 לפסק הדין). היפוכם של דברים, בית המשפט הקנדי בערכאותיו השונות אכן סבור כי ניתן להגביל את הלינה למקומות מוגדרים ומוגבלים. אך הוא סבור, כי משהוקצה מקום מוגדר ומוגבל ללינה בו יניחו ראשם "יגעי כוח", אזי המגבלה על הקמת מחסה זמני באותו מקום, מהווה פגיעה בזכותם לחיים ולבריאות (ראו באופן מפורש יותר פסקאות 119-123 לפסק הדין). ההשמטה הנוספת מהמובאה מכסה על העובדה כי בית המשפט הקנדי סבור כי הזכות להקמת מחסה אינה נובעת מהזכות לקניין דוגמת זכות היתר שביקש בית המשפט קמא בהשראת פרופסור וולדרון להעניק, אלא זכות הנגזרת מחירויות יסוד הקבועות בחוקה הקנדית. בפסקאות הקודמות (98-99) מדגיש בית המשפט כי הדין איננו על זכות הקניין אלא על חירויות חוקתיות.

86. בית המשפט קמא מוסיף ומצטט מתוך מאמרה של שרה האמיל אודות דרי רחוב וזכויות קניין - Sarah E. Hamill, " **Private Property Rights and Public Responsibility: Leaving Room for the Homeless**" 30 Windsor L.R., הוא אינו מציין כי עיקר הביקורת במאמר, מופנית כנגד העובדה שבית המשפט ביסס את פסק דינו על תפישת הקניין הפרטי שהוחלה על ידו על הקניין הציבורי. האמיל הייתה מבקשת לראות פיתוח דוקטרינות חדשות בעניין זכות הקניין דוגמת זו של פרופסור וולדרון ודומיו. מכל מקום, המובאה המקוטעת אינה יכולה לכסות על העובדה שבית המשפט הקנדי לא אימץ את גישתו הקניינית של בית משפט קמא ואף לא את גישתו המרחיבה המחילה את הזכות למימוש צרכי קיום בסיסיים בכל המרחב הציבורי.

87. בית המשפט מפנה לרע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו פ"ד נה(2) 360 כמקור ממנו הוא מבקש להסיק כי קיום ללא קורת גג הוא קיום הפוגע בכבוד האדם כאדם. אכן, אין חולק על כך. אך מכאן ועד להלכותיו מרחיקות הלכת של בית משפט קמא הדרך ארוכה, רבה ואינה בת גישור. לא למותר לציין בהקשר זה, את הלכותיו של בית משפט נכבד זה בע"א 9535/06 שאזכר לעיל ובבג"ץ 10541/09 יובלים נ' ממשלת ישראל, שעניינם במגבלות הזכות למים זכות שכמוה כקורת גג מסדירה צורך קיומי.

88. סיכומם של דברים, הזכות לחיים ולבריאות הינה זכות חשובה שאיש אינו מקל בה ראש אך בכל הכבוד לא ניתן לגזור הימנה את מה שבית המשפט מנסה, לאמור, זכות של חסרי הבית "לנהל את חייהם כחסרי בית בכל מקום שירצו".

89. זכות חוקתית נוספת עליה מבקש בית משפט קמא להישען, הינה הזכות לתנועה. בית המשפט סומך את יסודותיו בהקשר זה על ציטוטים נרחבים מהלכת חורב בדבר חשיבותה של זכות זו והיותה נגזרת מהיות האדם בן חורין. דא עקא, שגם במקרה זה לא דק בית המשפט, בכל הכבוד פורתא. בהלכת רעננה בה עשה בית המשפט כזכור שימוש בחלקים קודמים של פסק הדין, ביקש העותר לבסס את טיעונו בדבר אי חוקתיות גבית דמי כניסה למרחב ציבורי על חופש התנועה. אלא שטיעון זה נדחה על ידי בית משפט נכבד זה. קביעותיו של בית המשפט בפסקה 23 לפסק דינו יפים גם לענייננו:

"לא מצאתי בפסיקה דיון בהגבלת חופש התנועה בהתייחס לאתר ספציפי כמו זה שלפנינו ועל רקע דרישה לתשלום דמי כניסה. דומה שגם אם ניתן לסווג הגבלה כזאת כהגבלה על חופש התנועה, מדובר בפגיעה זניחה וקלת ערך. גם השופט מ' חשין, שעל דבריו בבג"ץ חורב [3] סומכת העותרת טענותיה, התייחס למגבלה על חופש התנועה באותו מקרה, אף שהיא חלה על ציר תנועה ראשי, אך בהתחשב בכך שהיא לא חלה על הליכה בגל, ומשך הנסיעה החלופית לא היה רב, כאל עניין ש"לא יבוא אלא בשולי חירות התנועה... ועוצמתו כעוצמת זכות מן השוליים" (בעמ' 148).

אכן, להשקפתו של השופט מ' חשין, הפגיעה הממשית באותו מקרה אין מקורה בפגיעה בחופש התנועה, אלא בפגיעה בזכותו של היחיד ברשות הרבים, "זכות שחירות התנועה היא רק אחת מנגזרותיה" (שם, שם). גם במקרה שלפנינו אני סבור שהפגיעה, גם לשיטתה של העותרת, אינה בתחום הגבלת חופש התנועה אלא במניעת השימוש (ללא תשלום) ברכוש הרבים ובניגוד לדיני התכנון והבנייה. לנושאים אלה התייחסתי לעיל".

נקל לראות כי על פי הלכת רעננה הטלת מגבלה על שינה ומגורים במרחב הציבורי אינה עולה כדי פגיעה בחופש התנועה ולמצער אינה מובילה לבטלותה של הסדרה מעין זו.

90. הזכות החוקתית השלישית עליה נשען בית המשפט, הינה זכות הקניין והזכות להליך הוגן. כפי שצוין לעיל בהסתמך על זכויות אלו מבקש בית המשפט לקבוע כי אין להחרים את ציודם האישי של מחוסרי הבית בטענה כי רכושם נטוש ומופקר. כפי שנאמר לעיל, העיריה מצהירה כי לא החרימה ואינה מתכוונת להחרים את ציודם של אלו משכך אין צורך להזקק בערעור זה לשאלות הנוגעות לסמכות להחרים ציוד הננטש ברשות הרבים. נבקש רק לציין, מבלי להרחיב בנקודה זו, כי גם במקרה זה הצגת הפסיקה הזרה, אמריקאית במקרה זה, על ידי בית המשפט, הינה חלקית ולא מייצגת. בהקשר

האמריקאי עסקה הפסיקה במקרים של הצקה מכוונת לדרי רחוב ונטילת רכוש גם כשהיה ספק של ממש אם הרכוש אכן ננטש. פעולות אלו ננקטו במסגרת המגמה לקרימינליזציה של דרי הרחוב כדרך התמודדות עם הרצון להחזיר את הסדר הציבורי לרחובות הערים, על מנת להחזיר את תחושת הביטחון לציבור הרחב. המשטרה הצרה אכן במכוון את צעדיהם של דרי הרחוב באמצעים שונים ופסיקות שונות וסותרות התמודדו עם תופעה זו בדרכים שונות (ראו את מאמרה של Nicole Stelle Garnett - "Managing The Urban Commons". 160 U. Pa L.R., 1995 (2011-2012) הסוקר את גישות ההתמודדות השונות עם הפגיעה במרחב הציבורי. מכל מקום, לאור האמור לעיל בדבר מדיניותה של העיריה בעניין זה, אין מקום להרחיב על כך במסגרת ערעורנו.

91. לסיכום חלק זה, סקירת מקורותיו של בית משפט קמא מצביעה על כך כי קביעתו בדבר הזכות הבלתי מוגבלת של שוהי הרחוב להתגורר כאוות נפשם במרחב הציבורי אינה נתמכת לא במקורות הפסיקה בישראל ואף לא בפסיקה זרה ובהצעות מלומדים.

92. בשלב זה עובר בית המשפט כזכור לבחינת סמכותה של עירייה להסדיר את המרחב הציבורי. כפי שצינו לעיל, בהתבסס על שורה של פסקי דין בית המשפט אינו חולק על סמכות זו. אלא שהוא סבור שהסמכות מוגבלת לפי לשונו של חוק העזר, לשיקולים של ניקיון וסדר ציבורי גרידא. משכך, בוחן בית המשפט את הפעלתה של הסמכות בפריזמת המידתיות ומגיע למסקנה כי פינוי נכסי שוהי רחוב אפשרי רק במקרים של סכנה מוחשית לבריאות הציבור או בטחונו ובטיחותו. בכל הכבוד אנו סבורים כי מבחן הסיבתיות הופעל על ידי בית המשפט שלא כשורה. ככל הנראה, מתוך נקודת המוצא של הזכות הבלתי מוגבלת לחיים במרחב הציבורי.

93. עם זאת, ברצוננו עתה להצביע על טעות עקרונית וחשובה שנפלה בהחלטת בית המשפט בכל הנוגע למקור הסמכות להסדרת המרחב הציבורי. מקור הסמכות לדידו של בית המשפט נעוץ בסמכויות הסדרה מפורשות וקונקרטיות שהקנו המחוקק ומחוקק המשנה לעירייה בפקודת העיריות ובחוקי עזר שחוקקו מכוחה. על פי עקרון החוקיות, סמכות מעין זו יש לפרש בדוקנות ובצמצום ודאי מקום בו ההסדרה פוגעת בחירויות יסוד. אלא שבכל הכבוד אנו סבורים, שהסמכות העקרונית להסדרת המרחב הציבורי על ידי הרשויות המקומיות נובעת לא מהסמכתן שבחוק אלא נוכח היותן הבעלים של הזכויות הקנייניות ברכוש הציבורי, כאשר מכוח אחזקתן בו כנאמנות הציבור שומה עליהן להסדיר את השימוש ברכוש זה לטובת הציבור כולו, מבלי להפלות מאן דהוא ובאפן המאפשר בו זמנית לכל יחידי הציבור לממש את מטרתו של הנכס הציבורי מבלי לפגוע איש בהנאתו של זולתו. במסגרת זו, חובה על רשויות אלו לדאוג לניקיונו של המרחב הציבורי, לאחזקתו התקינה, למנוע מטרדים בו וממנו וכל כיוצא בזה.

94. האמור לעיל, הוא תמציתן של הלכות חורב, יאנוח-ג'ת ורעננה שאזכרו לעיל ובפסיקתו של בית משפט קמא. כללי ניהול המרחב הציבורי דומים בעיקרו של דבר לכללי הניהול

של רכוש משותף בבית משותף, או רכושם של שותפים בקרקע. לאמור, כל אחד מבעלי הזכויות ברכוש זה יכול לעשות בו שימוש מקובל וסביר בנסיבות העניין, שאינו מסכל את אפשרות השימוש וההנאה של זולתו מאותו נכס.

95. השאלה בדבר היחס המדויק בין סמכויות ההסדרה הקבועות בחוק, לבין חובת ההסדרה האינהרנטית הנלווית להיותה של עירייה בעלת נכסים המוחזקים בנאמנות עבור תושביה כפי שנקבע בהלכת רעננה, מורכבת וניתנת לפתרונות שונים. כך, לדוגמה ניתן לטעון כי הסמכויות הספציפיות הקבועות בחקיקה אינן מקור הסמכה אלא מקור המטיל חובת הסדרה ספציפית. לחילופין, ניתן לטעון כי הסמכויות הספציפיות אינן מקור סמכות אלא מקור להגבלת הסמכות לתחומים מוגדרים, בשונה מסמכותו הלא מוגבלת של בעל הקניין הפרטי להגביל את השימוש ברכושו.

96. מכל מקום, תהא הפרשנות אשר תהא, דומה כי קשה יהיה לחלוק על כך כי הגישה לפיה הסדרת המרחב הציבורי נשענת על חובת הרשות המקומית לנהל את הרכוש הציבורי באופן המשיא (ממקסם) את התועלות המופקות ממנו על ידי כלל הציבור, מעניקה מתחם שיקול דעת רחב בהרבה לסילוק מטרדים ושמירה על ניקיונו, בטיחותו ונגישותו של המרחב הציבורי לכלל הציבור.

97. בהקשר זה, לא למותר לציין, כי גם על פי הלכת רעננה מוקנית זכויות מיוחדות ועדיפות לתושבי העיר על פני אלו של זולתם. על פי קו מחשבה זה ספק אם דינו של שוהה רחוב שהוא תושב העיר בעבר ובהווה זהה לזה של תושב עיר אחרת שלא לדבר על דינו של שוהה בלתי חוקי. דומה שגם בהקשר זה לא דק בית משפט קמא פורתא והקנה מעמד וזכויות דומות לכלל חסרי הבית תהא זיקתם לעיר אשר תהיה.

98. לפני סיום נבקש להוסיף ולומר כי מציאת קורת גג ופתרון בעייתם של חסרי קורת הגג מוטלת על המדינה מכוח סמכותה השיורית ומכוחם של מעשי חקיקה ספציפיים. לרשויות מקומיות סמכויות מוגדרות בחוק ותקציב מוגבל המיועד בראש ובראשונה למילוי חובותיהן כלפי תושבי הרשות עצמה. בשורה של פסקי דין הגביל בית משפט נכבד זה את סמכות הרשויות המקומיות לעסוק בנושאים ובתחומים כלל ארציים החורגים מגבולות הרשות המקומית ומהאינטרס הישיר של תושביה (ראו לסיכום ההלכה בעניין זה בג"ץ 10104/04 שלום עכשיו נ' רות יוסף, והאזכורים הכלולים בו).

99. המשיבה הינה אכן מטרופולין מרכזי במדינת ישראל, בעלת משאבים ואמצעים, המאירה פניה לכל הבאים בשעריה ומקבלת אותם בברכה. עם זאת, אין ביכולתה ואין זה מסמכותה לספק קורת גג לכל דורש ואף לא לפגוע במרחב הציבורי שלה לטובתם של חסרי קורת הגג. תארנו לעיל, את פועלה הרב של העירייה לטובתם של אלו אך פסיקתו של בית משפט קמא מטיל עליה למעשה את הדאגה לכל חסר בית שימצא לנכון להתנחל במרחבה הציבורי. המשיבה אכן סבורה, כי על המדינה למצוא דרכים ומשאבים להתמודד עם תופעת חסרי הבית ועם מצוקותיהם ותשמח להושיט יד מסיעת ותומכת

ליוזמות מסוג זה. אלא שהיא סבורה, שאין למצוא את הפתרון לבעיה במרחבה הציבורי באופן שנקבע על ידי בית משפט קמא.

100. בית משפט קמא מסיים את פסק דינו בהמלצה לעירייה לקבוע נהלים מסודרים לטיפול בבעיית שוהי הרחוב. בכל הכבוד, המערערת סבורה כי מציאות החיים המורכבת של שוהי הרחוב לסוגיהם השונים אינה מאפשרת קביעת נוהל בירוקראטי להתמודדות עם בעיה זו. מדיניות העירייה בעניין ברורה ותחודד למול הגורמים המקצועיים העושים במלאכה, האמונים על הטיפול באותם מוכי גורל מזה שנים רבות. אך חידוד עמדות והבהרת מדיניות אינם דומים לכתיבת נוהל המנסה לכפות על המציאות הדינמית "מיטת סדום" העשויה לפגוע באיכות הטיפול ובדינמיות שלו.

101. סיכומם של דברים, שגגה נפלה מלפני בית משפט קמא :

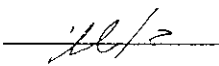
טעה בית המשפט קמא משקיבל את העתירה כנגד העירייה כאשר הסעד המבוקש בה לא היה אלא התפרצות לדלת פתוחה, שמאחוריה מדיניות העירייה, שלא הוטל בה ספק בפסיקתו של בית המשפט, התואמת את הסעד המבוקש.

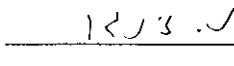
טעה בית המשפט קמא בקביעתו כי לחסרי הבית זכות לממש את צרכיהם הקיומיים בכל המרחב הציבורי ללא מגבלה כל שהיא.

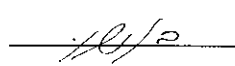
טעה בית המשפט קמא בקביעתו כי סמכות העירייה להסדרת המרחב הציבורי מוגבלת לשיקולי סדר וניקיון בלבד ולא לחלוקה שוויונית יעילה וצודקת של המרחב הציבורי, באופן המאפשר שימוש בו למירב האוכלוסייה ללא הפרעה, כמתחייב ממעמד הנאמנות של הרשות המקומית ברכוש הציבורי.

102. בית המשפט הנכבד יתבקש אפוא לקבל את הערעור, להעמיד את זכויותיהם של דרי הרחוב מחד ואת חובותיה וזכויותיה של העירייה מאידך על עקרונות משפטיים מבוססים ומקובלים במשפט הישראלי ובמשפט העמים, ולהעמיד בכך את הדברים על מכונם הנכון והראוי.

היום: 3 ינואר, 2013


עדי בוסתן, עו"ד
ב"כ העותרת


שלום זינגר, עו"ד
ב"כ העותרת


עוזי סלמן, עו"ד
ב"כ העותרת