

עע"מ 105/13

קבוע לדיון ליום 11.7.13

בפני כב' השופטים :

א' רובינשטיין, ס' ג'ובראן, צ' זילברטל

בעניין:



המערערת:

עיריית תל-אביב - יפו

ע"י ב"כ עוה"ד עוזי סלמן ואו שלום זינגר

ואו עדי בוסתן ואח'

מרחוב אבן גבירול 69 תל אביב

טל: 03-5218557 פקס: 03-5216002

- נ ג ד -

המשיבים:

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל

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

ובעניין:

המשיבה:

מדינת ישראל

ע"י פרקליטות המדינה

משרד המשפטים ירושלים

טל: 02-6466422, פקס: 02-6467011

עיקרי טיעון מטעם המערערת

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 28.4.13, מתכבדת בזאת המערערת, עיריית תל-אביב יפו (להלן -

"העירייה"), להגיש עיקרי טיעון מטעמה בערעור דנן.

עדי בוסתן, עו"ד

ב"כ המערערת

שלום זינגר, עו"ד

ב"כ המערערת

עוזי סלמן, עו"ד

ב"כ המערערת

מבוא

1. ביום ה-19 בנובמבר 2012 קיבל בית המשפט את עתירתם של המשיבים דכאן כנגד עיריית תל אביב. פסק דינו של בית המשפט קמא (להלן – "פסק הדין") 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 המערערות הוצאות משפט.
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. המערערות 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 המערערות, הוביל את בית המשפט לשרטוט קיום 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.
4. בשלב פתיחה זה נבקש להסביר בקצרה את טענתנו בדבר שגיאתו הראשונה של בית המשפט בקבלת העתירה. טיעוננו זה מבוסס על העובדה הפשוטה שהמערערות תזרה 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. הצהרתה זו של העירייה המתייחסת לעבר ולעתיד עונה לחלוטין על בקשת הסעד המקורי בעתירה 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". הנה כי כן - משהצהירה העירייה כי אינה עושה את המיוחס לה וכי תמיוחס לה עומד בסתירה למדיניותה ובית המשפט קיבל שאכן זוהי מדיניות העירייה, מה מקום היה לקבלת העתירה?

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. 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 מציין בעצמו, גם אם בשפה רפה ובשולי הדברים, היתה העיר תל אביב חלוצה ומובילה בטיפול הומאני באותם חסרי קורת גג.
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. המערערת סבורה, כאמור, כי די באמור לעיל, כדי להביא לביטולו של פסק הדין. עם זאת פסק הדין פורש יריעה נורמטיבית רחבה וקווי פעולה מנחים שהמערערת סבורה כי אינם משקפים לא את הדין המצוי ואף לא את זה הרצוי והמומלץ, הכל כפי שפירטה המערערת בהודעת הערעור שהגישה וכפי שיפורט להלן.
9. יודגש, כי השלכות קביעותיו הנורמטיביות של בית המשפט קמא מתבטאות היטב בשטח, שהרי פרישתה הרחבה של זכויות חסרי הבית, פוגעת באופן אינהרנטי בשימושם השלו והבלתי מופרע של יתר משתמשי המרחב הציבורי למטרה לה נועד מרחב זה, זאת בין היתר בהיווצרותם של מוקדי אי שקט שלא נודעו בעבר, קיומו של מקדם חיכוך בין קבוצות שונות באוכלוסייה לבין חסרי בית, על כל העלול להשתמע מכך. הסכנות הטמונות בפסק הדין, התלונות הזועמות מצד תושבים להעדר טיפול ראוי של העירייה במטרדים הנגרמים על-ידי חסרי בית וכן החשש הכנה לאסקלציה נוספת, הובילו את העירייה להגשת בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין (בקשה לעיכוב ביצוע, אשר על נספחיה נמנים פסק הדין והערעור, מסומנת **כמוצג 1**). ואכן, החלטתו של בית משפט נכבד זה מיום 24.4.13 מדברת בעד עצמה. אמנם לא ניתן צו עיכוב ביצוע כמבוקש, ואולם חשיבותן של השאלות שהועלו בערעור ובפסק הדין מצאו ביטוי בהחלטה זו ובהתאם לכך אף נקבע התיק לדיון למועד קרוב (החלטה מיום 24.4.13 מסומנת **כמוצג 2**). הנה כי כן – נדמה שלא יכולה להיות מחלוקת על כך שהסוגיות העומדות לדיון בתיק זה הן כבדות משקל. לא ניתן גם לחלוק על כך שפסק הדין יצר בקביעותיו מהפכה של ממש במה שהוא מכנה "זכותם של חסרי הכל במרחב הציבורי". ואכן, כפי שניתן לצפות, העירייה, כמי שמתמודדת עם אלפי חסרי בית כפי שמעידים המשיבים עצמם, חשה מקרוב בעוצמת והיקף הבעיה שהביאה עמה ההלכה החדשה ולא בכדי באה בשעריו של בית משפט נכבד זה.

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 (בקשה לצו ביניים והודעת הערעור מסומנות **כמוצגים 3 + 4** בהתאמה), כאשר ברקע ההליכים

עמדה התנהלותה של העירייה במסגרת המחאה החברתית בקיץ 2011. לפי הנטען, "ניצלה" העירייה את פסקי הדין שהותירו לה לפנות מאהלי מחאה על מנת לסלק גם את חסרי הבית מהמרחב הציבורי.

11. לאחר שניתנה תגובת העירייה (התגובה מסומנת כמוצג 5), התקיים ביום 23.10.11 דיון, במסגרתו הורה בית המשפט קמא על מחיקת הבקשה לצו ביניים. כן נקבע, כי המשיבים יבחנו האם קיימת בעיה בטיפול בחסרי בית שאינה קשורה למחאה החברתית (פרוטוקול מסומן כמוצג 6).

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 (הודעת עדכון מסומנת כמוצג 7). לשון אחרת, העתירה התייחסה למצער בשלב זה רק להחרמת רכוש וכלל לא ל"פינוי" של דרי רחוב ושוהי רחוב. פסק הדין ניתן אפוא, כפי שצוין לעיל, בכל הנוגע ל"פינוי" מבלי שהיתה בפני בית המשפט הנכבד קמא עתירה בעניין זה.

13. בהתאם להחלטת בית המשפט קמא, הגישה העירייה כתב תשובה לעתירה (מסומן כמוצג 8), דיון בעתירה התקיים ביום 24.5.12 ובעקבותיו ניתן פסק הדין נשוא ערעור זה (פרוטוקול מסומן כמוצג 9).

פסק הדין

14. בפתחת דברינו הצגנו את סיכומו האופרטיבי של פסק הדין. על פי חלק אופרטיבי זה, חסרי בית רשאים להתמקם בכל מרחב ציבורי שהוא כאוות נפשם: כביש, מדרכה, בניין ציבורי כמו בית העירייה או הכניסה לבית המשפט, גינה ציבורית וכל היוצא באלו. הם יכולים ללון באותם מקומות, לאכול ולבצע שאר פעולות קיום. העירייה מנועה מלהרחיק חסרי בית ממקום בו בחרו לשהות, כאשר פינוי רכוש בבעלותם אפשרי רק במקרים של רכוש נטוש, מטרד משמעותי או סכנה מוחשית לבריאות הציבור או בטחוננו ובטיחותנו.

15. בית המשפט קמא מבקש לקבוע כי לחסרי הבית זכות עודפת לשימוש במרחב הציבורי, זאת נוכח העובדה כי מדובר באוכלוסייה החסרה אלטרנטיבה אחרת לקיום פעילויות חיים חיוניות, כגון שינה ומאכל ועשית צרכים. ובלשון פסק הדין: "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 ניסיון להרחקה של חסרי בית מהמרחב הציבורי בו הו שוהים, בניגוד לרצונם (גם אם למרחב ציבורי אחר או אף למעון או מקלט), מהווה פגיעה בראש ובראשונה בעצם קיומם, כבודם, חירותם וזכות התנועה שלהם".

16. ובמילים אחרות, בית המשפט 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. מלשוננו 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.

17. מנקודה זו ממשיך בית המשפט קמא וקובע כי הגבלת זכותם של חסרי הבית להתקיים כרצונם במרחב הציבורי פוגעת בזכותם לחיים ולכבוד, בזכות התנועה שלהם, ואם מוחרם רכושם - גם בזכותם לקניין ולחליך הוגן. נבקש לציין כבר עתה, כי כפי שהצהירה העירייה בפני בית המשפט קמא, 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 נורק אלא נשמר עד לדרישתו על ידי בעליו. אין לדבר אפוא כלל על החרמת ציוד אלא רק על פינויו. השני מתייחס עובדה כי העירייה חזרה והצהירה יותר מפעם אחת, כי פינוי כאמור אינו מתבצע אלא מקום בו הציוד אכן מפריע לתפקודו של המרחב הציבורי ולאפשרות ההנאה הסבירה ממנו של שאר הבאים בו.
18. בית המשפט קמא 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 לעיל, לפיה זכות חסרי הבית למימוש צרכיהם החיוניים משתרעת ללא הגבלה על המרחב הציבורי כולו. כאן יהא המקום להעיר, כי בית המשפט קמא 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 קמא עד לשלב זה מחריג את שוהי הרחוב מהסדרה זו.
19. 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. על בסיס מבחני המידתיות מסיק בית המשפט כי החרמת ציוד שוהי הרחוב אינה מידתית.
20. ראוי להדגיש, כי בית המשפט לא נדרש לבחינת עובדות מדויקות בקובעו כי "אלו אינן דרושות להכרעה" (עמ' 6, שורה 22 לפסק הדין). ואולם, בהמשך, רצוף פסק הדין מסקנות עובדתיות חמורות ובלתי מבוססות בדבר אופן הפעלת הסמכות על ידי העירייה, אשר הובילו לקבלת העתירה ואף לפסיקת הוצאות נגדה.
21. בית המשפט מסיים את הילוכו בהמלצה לקבוע נהלים התואמים את העקרונות שנקבעו בפסק הדין להפעלת סמכויות פקחי העירייה, סוגיה אליה נדרש בנפרד בהמשך.
22. בטרם נפנה לסקירת עיקרי הטיעון עצמם, נבקש לפרוש תמונה כללית של מציאות התמודדות העירייה עם תופעת שוהי הרחוב לסוגיהם.

מדיניות העירייה והתמודדותה עם תופעת חסרות הבית

23. אוכלוסיית חסרי הבית בעיר כוללת מספר קבוצות, בעלות מאפיינים שונים, אשר כל אחת מהן טעונה התייחסות מערכתית שונה. 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 ובינם 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, סחר בסמים, אלכוהול וכיו"ב. העירייה פועלת רבות על מנת להקל ולהיטיב את מצבם של קבוצות חלשות אלה, ואולם יש לזכור כי התווית הטיפול בחסרי הבית ומציאת מענה הולם עבורם אינם עניין מוניציפלי ולא ניתן למצוא את הפתרון לבעיה במרחבה הציבורי של העיר. המדובר בבעיה לאומית, הטעונה בראש ובראשונה מענה והתערבות של המדינה.
24. העיר תל אביב-יפו הנה 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"ת - מרכז סיוע ומידע למהגרי עבודה ופליטים בתל אביב-יפו (להלן – "מסילה"). מסילה מסייעת למהגרי עבודה ופליטים הן במישור הפרטני והן במישור הארצי-מערכתי, כאשר בשנת 2012 זכתה פעילותה לקבלת עיטור הנשיא.
25. 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. יש לציין, כי מאז שנת 1990 פועלת בעירייה יחידה לטיפול בדרי רחוב, אשר מסייעת נכון להיום ל- 500 מטופלים לערך במטרה לאפשר להם לחזור ולהשתלב בקהילה. יחידה זו פועלת לאיתור דרי רחוב, אבחון מצבם הפיזי והנפשי, הגשת טיפול מתאים והפנייה לגורמי סיוע בקהילה. כמו כן, פועלים בתחומה של העיר בתי מחסה להלנה והזנה - "גגונים". עוד נציין, כי הן בתורף האחרון והן בתורף אשתקד, הוקם על-ידי העירייה בשיתוף עם עמותת "לשובע" מאהל זמני לנזקקים בגן לוינסקי, אשר נועד לספק מיטה חמה וארוחות בלילות החורף הקרים.
26. ייאמר, כי אף אוכלוסיית מחוסרי הדיור זוכה ליד מסייעת מצד העירייה. רשות מקומית אמנם אינה עוסקת במתן פתרונות דיור, ואולם העירייה עוסקת במתן מידע, תמיכה וליווי לשם מיצוי זכויות הזכאים.
27. ויודגש היטב : בניגוד לרוח הדברים העולה מפסק הדין באופן חוזר ומגמתי, לעירייה אין כל מדיניות מכוונת ליטול ציוד לינה השייך לחסרי בית בשעות הלילה, לטרטר מי מהם או להפריעם בשנתם. נהפוך הוא : פקחי העירייה המסיירים בשעות הלילה מחלקים לנזקקים לכך שמיכות חמות, כאשר במקרים רבים דווקא חסרי הבית מסרבים לקבלת סיוע ומתנגדים, למשל, לעבור ללון בגגונים.
28. לצד הרצון להקל על סבלם של נטולי הכל ומוכי הגורל, יש לתת את הדעת לכך שהתקיימותם של אלה ברשות הרבים, פוגעת לעיתים בזכויות הציבור הרחב לשימוש בשטחים הציבוריים לתכלית לה נועדו. כך,

מתקבלות במוקד העירוני מדי יום פניות רבות מהציבור בגין מטרדים הנגרמים על-ידי חסרי בית, כאשר הפונים מצפים ודורשים מהעירייה, כמי שאמונה על תפקודו של המרחב הציבורי לרווחת הכלל, מענה ראוי.

29. כפי שהצהירה העירייה בפני בית המשפט קמא, היא 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. 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 וכיו". התכלית העומדת בבסיס כל פעולה הנה הבטחת

זכות השימוש של הציבור הרחב בשטחים הציבוריים – זכות אשר לא יכול להיות ספק, כי הנה ראויה להגנה.

30. 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 העירייה 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

(אסמכתא 1) העוסקת בזכות היסוד למים של מי שבנו ביתם שלא כחוק מובילה למסקנה שונה. ואם אכן כך

הוא, איך יוכלו פקחי העירייה להבחין בין נזקק בעל זכויות למי שאינו כזה אם לא יתשאלו אותו !!

הנימוקים המשפטיים

31. בשלב זה נבקש להפנות מבטנו לאבני הבסיס של גישת בית משפט קמא בדבר הזכות העודפת של "מי שאין

להם" במרחב הציבורי. נפתח ונאמר כי העירייה כמוה ככל אדם הגון סבורה כי על החברה לטפל ולדאוג

לאלו המצויים בשוליה וזקוקים לעזרתה. העירייה לא רק שאינה חולקת על חובה אנושית מוסרית זו אלא

שכפי שתואר לעיל, נאה 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.

32. בית המשפט קמא 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. 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, אסמכתא 2) 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, אסמכתא 3) ובג"ץ 8676/00 אדם טבע ודין נ' עיריית רעננה (להלן הלכת רעננה, אסמכתא 4) כתומכים בעמדתו הנזכרת. נודה כי אנו מתקשים להבין מה בדיוק מנסה בית המשפט ללמוד מאותן הלכות שאינן שנויות במחלוקת, שעה שאף אחת מהן אינה תומכת בקביעתו אלא להיפך. ונסביר במה דברים אמורים.

33. בכל ההלכות הנזכרות לעיל עסק בית המשפט בסמכות להגביל את שימושו של חלק מהציבור במרחב ציבורי.

בהלכת חודב עסק בית המשפט בסמכות להגביל תנועת כלי רכב בשבתות בתוואי 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 (עמ' 5 לפסק הדין, שורות 15-27), הינה כי למוטבים, הם התושבים הנהנים מהנאמנות של הרשות הציבורית המחזיקה בכביש, זכות לשימוש בכביש בהתאם ליעודו, 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. 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.

34. 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. כפי שציטט בית המשפט קמא, בהלכת ינוח-ג'ת נדחה טיעון זה ונקבע כי הזכות הקניינית אינה של תושבי העיר אלא של הרשות המקומית עצמה (עמ' 16 לפסק הדין, שורות 11-22). 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 הציטטה הלקוחה ממנה עומדת בסתירה לעמדתו הנזכרת של בית משפט קמא. נציין, כי חשיבות מיוחדת להלכת יאנוח-ג'ת לענייננו, נעוצה בעובדה כי הלכה זו קובעת על הבעלות על המרחב הציבורי נתונה לרשות המקומית הרשומה אכן כבעל הנכס.

35. 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 לדיון. באשר לטענות בדבר פגיעה בקניין הציבור הרחב, קבע בית המשפט כי הפארק הוא קנינה של עיריית רעננה ולא של הציבור הרחב. מטעם

זה קבע בית המשפט (בפסקה 16 להלכת רעננה) 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 שבעלות העיריה רלבנטיות ברורה לענייננו ונשוב אליה בהמשך.

36. הציטוט אותו בחר בית משפט קמא להביא מתוך הלכת רעננה מתייחס לטענת הפגיעה בשוויון שהועלתה על ידי העותרת שם. במובאה זו מתוך הלכת רעננה, כפי שהוצגה בפסק הדין, דוחה בית משפט נכבד זה את טיעון הפגיעה בשוויון וקובע, הלכה למעשה, 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 (ראו בעמ' 16 לפסק הדין שורות 40-39 + עמ' 17 לפסק הדין שורות 10-1). גם כאן קשה להלום אפוא היכן מצא לו בית המשפט אחיזה לטענתו כי ניתן להעניק זכויות יתר לשוהי רחוב בקניין הציבורי.

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

38. 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 בפינת 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 נקודה זו הינו כי הפיכת המרחב הציבורי כולו למרחב מחייטים של שוהי הרחוב אינה מבוססת בדין ואינה לוקחת בחשבון את ההשלכות שיש לקביעה נורמטיבית זו.

39. בהעדר אחיזה לקביעותיו של בית המשפט קמא במשפט הישראלי, הוא מבסס את גישתו בין השאר ובמידה רבה על סדרת מאמרים של פרופ' Jeremy Waldron (להלן 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 המצוטטים אף הם בפסק הדין (**אסמכתא 5**).

40. 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 אתרים משימוש בו ("זכות ההדרה"). הוא ממשיך בכך שזכות ההדרה, הנהנית מחסות המדינה, מעניקה לקניין הגנה מוצדקת בהיותה זכות הדין. כך A הוא בעל זכות להדיר את B מקנינו, ובמקביל עומדת ל B זכות להדיר את A משימוש בקנינו שלו. הדידות 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 אתרים משימוש בקנינו. מטעם זה הוא סבור שחסרי הכל צריכים להיות בעלי זכות קניינית כל שהיא. ליתר דיוק, כי זכותם הקניינית של אתרים 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**.

41. 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" And Property שפורסם ב- 42 Hous. L. Rev 1425 2005. ביירון מכנה את הזכויות הערטילאיות של אלו שאין להם מאומה כ"לא רכוש", ישות של 2006 (**אסמכתא 6**). 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.

42. 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).

43. 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 (אסמכתא 7) ; דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית נ' הורוויץ פסקי הדין של הנשיא ברק והשופט חשין ואחרים (אסמכתא 8). ההיפך הוא הנכון, בתי המשפט סרבו בעקביות לפגוע בקניינו של הפרט פגיעה ממשית בהסתמך על האחריות החברתית הנלווית לקניין.

44. בכל מקרה, כפי שצוין לעיל, גם בית משפט קמא עצמו אינו סבור שניתן להסתמך על תאוריות קנייניות כדי לייצר זכות עודפת לשוהי רחוב בקניין ובמרחב הציבורי. השענות על עבודתו של וולדרון אינה יכולה אפוא לקדם את בית המשפט בהשגת מטרתו. 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 (אסמכתא 9)). 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.

45. 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 עניין 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".

46. 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 המתיר הכבד שעשוי להיות לקביעתו של בית משפט קמא.

47. כזכור, לאחר קביעת זכותם הלא מוגבלת של שוהי הרחוב, עובר בית משפט קמא לבחינת הזכויות החוקתיות המגנינות 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 הדין שבית המשפט קיים בחלקו הראשון של פסק הדין. בכל מקרה כפי שנצביע על כך לחלק, זכויות היסוד אליהן פונה בית המשפט אינן יכולות להצדיק את פרישתה הרחבה של הזכות בכל המרחב הציבורי.

48. בית המשפט מזהה שלוש 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? במה 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.

49. 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 DLR (4th) 29. 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 לצ'רטר הזכויות הקנדי. 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"

50. 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 (ההדגשות אינן במקור):

"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."

51. הוספת המילים 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 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.

52. 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., (אסמכתא 11) אך 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.

53. בית המשפט מפנה לרע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו (אסמכתא 12) 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 שאוזכר לעיל ובבג"ץ 10541/09 יובלים נ' ממשלת ישראל (אסמכתא 13), שעניינם במגבלות הזכות למים זכות שכמוה כקורת גג מסדירה צורך קיומי.

54. 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".

55. 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 של 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 ברגל, ומשך הנסיעה החילופית 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). גן במקרה שלפנינו אני סבור שהפגיעה, גם לשיטתה של העותרת, אינה בתחום הגבלת חופש התנועה אלא במניעת השימוש (ללא תשלום) ברכוש הרבים ובניגוד לדיני התכנון והבניה. לנושאים אלה התייחסתי לעיל".

56. 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.

57. הזכות החוקתית השלישית עליה נשען בית המשפט, הינה זכות הקניין והזכות להליך הוגן. כפי שצוין בהסתמך על זכויות אלו מבקש בית המשפט לקבוע כי אין להחרים ציוד אישי של מחוסרי בית בטענה כי רכושם מופקר. כפי שנאמר לעיל, העירייה מצהירה כי לא החרימה ואינה מתכוונת להחרים את ציודם של אלו משכך אין צורך להיזקק 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 רכושם גם כשהיה ספק של ממש אם הרכוש 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 במכוון את צעדיהם של דרי הרחוב באמצעים שונים ופסיקות שונות וסותרות התמודדו עם תופעה זו בדרכים שונות (ראו מאמרה של Nicole Stelle Garnett - "Managing The Urban Commons", 160 U. Pa L.R., 1995 (2011-2012) - (אסמכתא 14), הסוקר את גישות ההתמודדות השונות עם הפגיעה במרחב הציבורי. מכל מקום, לאור האמור לעיל בדבר מדיניותה של העירייה בעניין זה, אין מקום להרחיב על כך במסגרת ערעורנו.

58. 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.

59. בשלב זה עובר בית המשפט לבחינת סמכותה של העירייה להסדיר את המרחב הציבורי. בית המשפט אינו חולק על קיומה של סמכות זו, כאשר שאלת הסמכות בהנגדה לדרך הפעלתה אינה במוקד פסק הדין. ואולם, בית המשפט מציין 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 ובריאותו. 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.

60. עם זאת, ברצוננו עתה להצביע על טעות עקרונית וחשובה שנפלה בפסק הדין 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 [סעיפים 235(3) ו-1242(1) ו-6] לפקודת העיריות (נוסח חדש) וכן הוראות חוק עזר לתל אביב (שמירת הסדר והנקיון), התשי"ם – 1980]. 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 העירייה, להבדיל מחובותיה, נובעת 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.

61. האמור לעיל, הוא תמציתן של הלכות חורב, יאנוח-ג'ת ורעננה שאוזכרו 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.

62. 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, לדוגמא 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.

63. מכל מקום, תהא הפרשנות אשר תחא, 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 לטילוק מטרדים ושמירה על ניקיונו, בטיחותו ונגישותו של המרחב הציבורי לכלל הציבור. 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 שוהי 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.

64. לפני סיום נבקש להוסיף ולומר כי מציאת קורת גג ופתרון בעייתם של חסרי קורת גג מוטלת על המדינה מכוח סמכותה השירותית 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 (אסמכתא 15)].

65. 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 העיריה לטובתם של אלו אך פסיקתו של בית משפט קמא מטיל עליה למעשה את הדאגה לכל חסר בית שימצא לנכון להתנחל במרתבה 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 במרחב הציבורי באופן שנקבע על ידי בית משפט קמא.

יצירת נהלים שיתוו את שיקול הדעת של פקחי העירייה

66. בית משפט קמא מסיים את פסק דינו בהמלצה לעירייה לקבוע נהלים התואמים את העקרונות שנקבעו בפסק הדין לטיפול בבעיית חסרי הבית. נאמר כבר עתה, כי העיריה ואנשיה פתוחים בכל עת לכל שינוי או הצעה שיש בהם כדי לתרום לנושא חשוב זה של הטיפול האופטימלי בחסרי הבית, כאשר עוד בשלב הדין בעתירה בפני בית המשפט קמא, הביעה העירייה נכונותה לעריכת נוהל שיתווה את שיקול דעתם של פקחיה (ראו בפרוטוקול הדיון, מוצג 11).

67. ואולם, אמות המידה שנקבעו בפסק הדין להפעלת סמכותה של העירייה הן נשוא ערעור זה ועל כן, ממילא ומלכתחילה, אין הן יכולות להוות אליבא דשיטתה של העירייה בסיס לגיבושו של נוהל ראוי.

68. לפני פסק הדין הטיבה העירייה להתמודד עם תופעה מורכבת זו של חסרי הבית בתחומה וידעה לצמצם את החיכוכים ביניהם לבין יתר משתמשי המרחב הציבורי, זאת ברגישות הראויה ועל בסיס מדיניות והנחיות שאינן בכתובים. יש לזכור, כי העתירה שקדמה לערעור זה הוגשה על רקע המחאה החברתית של קיץ 2011 ואירועים נטענים ביחס לחסרי בית, אשר התרחשו כביכול במסגרת פינוי אוהלי המחאה. עובר לאירועים נטענים אלה, לא הוטל כל דופי ביחס להתנהלות העירייה בנושא חסרי הבית, כאשר למיטב הידיעה לא הופנתה אליה תלונה בדבר התנהלות פקחים שאינה מניחה את הדעת ו/או מפרה את נקודת האיזון הראויה ובוודאי לא נטען לקיומו של כשל סדרתי או אקוטי.

69. יחד עם זאת, כאמור, נכונה העירייה לאמץ את המלצתו של היועץ המשפטי לממשלה בעיקרי הטיעון מטעמו, לעריכת נוהל כתוב שיתווה את שיקול דעתם של פקחי העירייה ביישום מדיניות בעניין שבמוקד הערעור דנו, ואשר יגובש תוך פרק זמן סביר ולאחר שתקבע על-ידי בית משפט נכבד זה ההלכה המהותית בדבר היקף זכותם של חסרי בית במרחב הציבורי.

70. כאן יהא המקום להתייחס לתגובת המשיבים מיום 22.4.13 לבקשת העירייה לעיכוב ביצוע פסק הדין (להלן – **תגובת המשיבים**), שם הוצגה על ידם גדלות רוחם הם לעומת התנהגותה הקטנונית לכאורה של העירייה, אשר לפי הנטען מקצינה את תוצאות פסק הדין שעה שעליה להתגייס ולכתוב נוהל. העירייה תטען, כי טענה זו הנה מיתממת ויש בה התעלמות מכוונת מסלע המחלוקת שביסוד ערעור זה, שהרי כיצד יעזור נוהל שנכתב בצלו של פסק הדין, דהיינו נוהל מבוסס על תורת הזכות הלא מוגבלת של חסרי בית במרחב הציבורי, לפתרון הבעיה עליה מצביעה העירייה !!

71. נסכם נקודה זו ונאמר, כי העירייה נכונה ליצור נוהל כתוב שיתווה את שיקול דעתם של הפקחים ביישום המדיניות העירונית, זאת לאחר שיתבררו ויובהרו על ידי בית משפט נכבד זה אמות המידה המחייבות והראויות בסוגיות נשוא הערעור.

סוף דבר

72. 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 בפסק הדין, התואמת את הסעד המבוקש. בנקודה זו ראוי לציין ולדייק, כי בניגוד לנטען בתגובת המשיבים, בפני בית המשפט קמא לא הוצג מצג עובדתי מבוסס "לפגם" בהתנהלות העירייה ופסק הדין במפורש אינו עוסק בבחינה של העובדות.

טעה בית המשפט קמא בקביעתו הקיצונית לפיה 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.

73. התוצאה אליה הגיע בית המשפט קמא בפסק הדין הנה תוצאה קיצונית שאינה לוקחת בחשבון, כלל ועיקר, את השלכותיה הישירות על הציבור הרחב של תושבי העיר וכן על הבאים בשעריה. תכליתו של ערעור זה הינה לאפשר לעיר תל-אביב-יפו להתמודד עם תופעת חסרי הבית על פי הכללים הרגילים של סבירות ומידתיות, כפי שעשתה לפני פסק הדין, ללא צילה המרחף של הזכות הלא מוגבלת של פרטים בציבור במרחב הציבורי. בית המשפט הנכבד יתבקש אפוא לקבל את הערעור ולהעמיד את זכויותיהם של חסרי הבית מחד ואת חובותיה וזכויותיה של העירייה מאידך על מכוונם הנכון והראוי.

