

עיריית תל אביב-יפו

ע"י ב"כ עו"ד עוזי סלמן ו/או שלום זינגר

ו/או עדי בוסתן ואח'

מרחוב אבן גבירול 69 תל אביב

טל': 03-5218557 ; פקס: 03-5216002

העותר

נ ג ד

1. האגודה לזכויות האזרח

2. אלון מן

3. אשר ויצמן

4. גיל מתקה אליאס

על ידי ב"כ גיל גן מור ואח'

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רח' נחלת בנימין 75, תל אביב

5. משטרת ישראל

על ידי פרקליטות המדינה

משרד המשפטים ירושלים

טל': 02-6466422 ; פקס': 02-6467011

המשיבים

### עיקרי טיעון מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטת כב' השופט רובינשטיין, ולקראת הדיון הקבוע בערעור, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להגיש עמדתו בהליך זה, כדלקמן:

#### מבוא

1. הערעור שבפנינו הוגש על ידי עיריית תל אביב-יפו, והוא מופנה נגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, כב' השופטת ד"ר אגמון-גונן, בעת"מ 20761-10-11 האגודה לזכויות האזרח ואח' נ' עיריית תל אביב-יפו (להלן: "פסק הדין" או "בית המשפט קמא").

2. בית המשפט קמא קיבל עתירה שהופנתה נ' עיריית תל אביב-יפו, ובגדרה נתבקש כי העירייה לא יתסלק בכפייה אנשים חסרי בית הלנים תחת כיפת השמיים משטחים ציבוריים שונים ברחבי העיר תל אביב-יפו ולא תחרים את ציוד השינה שלהם. בית

המשפט קבע עוד כי על העירייה לקבוע קריטריונים ונסיבות להפעלת החוקים הנוגעים לשמירה על הסדר והניקיון כלפי חסרי הבית בנהלים, כאשר, אליבא דבית המשפט קמא, יש לקבוע כי רק פגיעה חמורה בניקיון ובסדר הציבורי-אפשרו פגיעה בזכויות היסוד של חסרי הבית. העתירה שהוגשה נגד המשטרה נדחתה, כאשר בית המשפט קמא השתכנע, כי במישור העובדתי לא היה יסוד לטענות בדבר התנכלות המשטרה לחסרי הבית.

3. פסק דינו של בית המשפט קמא כולל סקירה מפורטת מאוד של פסקי דין, כתיבה אקדמית מישראל ומהעולם, ביחס לחסרי הבית כמו גם ביחס לקניין הפרטי והציבורי, ולתוכן של שורה של זכויות יסוד. מפאת קוצר הזמן שעמד לרשות היועץ המשפטי לממשלה לגיבוש עמדתו בהליך זה, לא נוכל להתייחס בגדרם של עיקרי הטיעון לקביעות השונות שנכללו בפסק הדין באותם נושאים רחבים.

ממילא, קביעות אלו אינן נדרשות, לטעמנו, לצורך הכרעה בשאלה העומדת במוקד ההליך, ואשר עניינה בגדר האפשרות העומדת לרשות מקומית להביא לפינוי מטלטלי דרי הרחוב (וכתוצאה מכך גם דרי הרחוב עצמם) מהמרחב הציבורי, ככל שנגרמת בנסיבות העניין פגיעה (ועצמת הפגיעה היא כמובן רלוונטית) ביכולתו של הציבור הרחב להמשיך ולעשות שימוש במרחב הציבורי. בשאלה זו ובה בלבד נרחיב בהמשך דברנו.

4. עם זאת, לא נוכל להימנע מלציין, כי הגם שהסקירה הכלולה בפסק דינו של בית המשפט קמא היא מקיפה מאוד, במספר הקשרים שונים היא אינה משקפת, לעניות דעתנו, את הדין הקיים בישראל. כך למשל, בהיבטים השונים הנוגעים להיקפה של זכות הקניין במרחב הציבורי ולשוני הקיים, על פי הנתען, בהיקפה של זכות זו, בין דרי הרחוב לבין כלל הציבור.

קשה היה לגזור מפסק הדין הלכה ברורה, בפרט בכל הנוגע לקביעות שלא נדרשו להכרעה בהליך. ככל שמשמעותו של פסק הדין תהא אימוץ אותן גישות חדשניות אל תוך הדין הישראלי, צודקת עיריית תל אביב-יפו בטענתה, לפיה דין קביעות אלו להיבטל. חלק מן האמירות השזורות בפסק הדין, ביחס לזכות הקניין וביחס לזכויות אחרות, ביניהן אמירה כי ככל שלא נמצא פתרון דיור לחסר הבית לא ניתן להטיל איסורים על פעילותו במרחב הציבורי, עלולות להיות בעלות השלכות רחב משמעותיות, כולל השלכות

תקציביות. כך למשל, תילי תילים נכתבו ודיונים רבים נתקיימו בשאלה מה כוללת הזכות לקיום אנושי בכבוד, וספק אם האמירות השזורות בפסק הדין משקפות את פסיקתו של בית משפט נכבד זה בהקשרים אלה. במידת הצורך, וככל שיוותר פסק דינו של בית המשפט קמא על כנו, נבקש כי תינתן לנו האפשרות להרחיב בסוגיות החורגות מן השאלה העומדת במוקד פסק הדין, בשלב מאוחר יותר בהליך.

5. עוד נציין, כבר בראשית דברינו, כי התשתית העובדתית שעמדה במוקד פסק הדין אינה מצויה בידיעת המדינה. לא ברור כל עיקר, אף בקריאה דקדקנית של פסק הדין קמא, מהי התשתית העובדתית שעליה נשען הדיון הנרחב בפסק הדין. העירייה טענה בפני בית המשפט קמא, כי אין לה מדיניות של הדרת דרי רחוב ו/או פינוי ציוד השייך להם מהמרחב הציבורי וכי היא מכירה בזכותם להתקיים ברשות הרבים. העירייה טענה בעתירה, והיא שבה וטוענת גם כעת, כי 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 וכיוצא בזאת. חרף האמור, וככל הנראה על סמך עדויות של מספר דרי רחוב, קבע בית המשפט קמא בפסיקתו, כי העירייה לא יישמה נכונה את הדין, וכי חרגה ממבחני פסקת ההגבלה בכל הנוגע לפגיעה בזכויותיהם של דרי הרחוב. בנסיבות העניין שבפנינו, ברי כי אין ליועץ המשפטי לממשלה כלים להכריע במחלוקת בשאלות עובדתיות, בדבר יישום מדיניותה של העירייה.

בהקשר זה אנו שותפים לדעתו של בית המשפט קמא, עליה חזר גם כבי' השופט רובינשטיין בהחלטה בעניין עיכוב ביצוע בהליך זה, ולפיה יש מקום ליצירת נהלים שיתוו את שיקול הדעת של פקחי העירייה, ביישום מדיניות בעניין שבמוקד ההליך. נהלים אלה ימנעו מחלוקת בשאלה מהי מדיניותה הברורה של העירייה בנושא, ויותירו אפשרות לבחון הפרה של הנהלים, במקרים הפרטניים, וככל שהדבר יידרש.

6. לאחר שאמרנו דברים אלה, נידרש כעת לעמדתנו בשאלה העקרונית העומדת במוקד הערעור שלפנינו.

## דרי רחוב ומחוסרי דיור

7. בפסק דינו התייחס בית המשפט קמא לחלוקה שבין דרי רחוב ובין מחוסרי הדיור. בית המשפט בחן את ההגדרות השונות הן על פי תקנון לעבודה סוציאלית, ואף הזכיר הגדרות מאמנת הארגונים האירופאים לטיפול בדרי רחוב (שלא ברור מה מעמדה במשפט הישראלי). בכל הנוגע לשאלה העומדת במוקד ההליך שבפנינו ספק אם יש מקום להבחין בין דרי רחוב לבין מחוסרי הדיור, אולם משנדרש לכך בית משפט קמא נסקור בקצרה את ההגדרות הרלוונטיות, כפי שאומצו על ידי משרד הרווחה.

8. המסמך המרכזי המסדיר את הטיפול בדרי הרחוב הינו הוראה 33 לפרק 3 בתקנון לעבודה סוציאלית (תע"ס), שעניינו "הטיפול באוכלוסיית דרי הרחוב". הוראות התע"ס מייצרות כאמור הגדרה של דרי הרחוב, וכמו כן מפרטות את ההתערבויות הטיפוליות, הארגוניות והמנהליות, הרלוונטיות בכל הנוגע לאוכלוסייה זו.

### מש/1 העתק הפרק הרלוונטי בתע"ס מצורף ומסומן מש/1

ההגדרה של דרי הרחוב על פי הוראות התע"ס הינה:

"דר רחוב - הינו אדם (גבר או אישה) מעל גיל 18 הגר ברחוב, בבתים נטושים, גנים ושטחים ציבוריים, אתרי בניה וכו'. שרוי בהזנחה גופנית ו/או נפשית, בדרך כלל נמצא בניתוק או ניכור ממשפה תומכת.

דר הרחוב אינו נאבק לשנות מצבו ואינו מסוגל לנהל חיים נורמטיביים ולו אחד או יותר מהמאפיינים הבאים:

- היסטוריה של אי יציבות במגורים וניידות רחבי הארץ
- חוסר תעודות אישיות (תעודת זהות, תעודת עולה וכו')
- חוסר מקורות קיום קבועים.
- התמכרויות לחומרים פסיכו אקטיביים כמו אלכוהול וסמים.
- היסטוריה של אלימות ומשברים אישיים ומשפחתיים.
- היסטוריה שלן חולי גופני ו/או נפשי או הפרעות נפשיות, עם רקע של אשפוזים פסיכיאטריים.

- חוסר אמון בסיסי באחרים וחשדנות כלפי רשויות וממסד
- אי תפקוד ברוב תחומי החיים ורצף של כישלונות ודחיות".

כל זאת, להבדיל ממחוסרי דיור, המשתייכים, על פי הגדרות התע"ס, ל"אוכלוסייה פגועה אשר בעיית הדיור הכריעה אותה, אך היא בדרך כלל פעילה, נאבקת לשינוי ושיפור מצבה ואשר פתרון בעיית הדיור עשוי לפתור בעייתה". הטיפול באוכלוסייה זו הינו באחריות משרד הבינוי והשיכון, והוא כולל, בין היתר, סיוע בתשלום שכר דירה בהתאם לקריטריונים רלוונטיים.

9. משרד הרווחה והשירותים החברתיים, באמצעות המחלקות לשירותים חברתיים ברשויות המקומיות, מוביל את הפעילות והפיתוח של שירותים למען אוכלוסיית דרי הרחוב בישראל, בשיתוף עם משרדי ממשלה נוספים, ארגונים פרטיים ועמותות, וזאת במטרה לתת סיוע, עזרה וטיפול בדרי הרחוב, כדי למנוע המשך התדרדרות ולמנוע מוות ברחוב.

10. התע"ס מתייחס גם לאופן הטיפול המתאים להבטחת צרכיו הבסיסיים של דר הרחוב, כגון קורת גג, דמי קיום והסדרת הרשמתו לקופות החולים. בין היתר, מציעות הוראות התע"ס להקים ברשות מקומית, לצורך טיפול בדרי הרחוב, מחסים להלנה זמנית של דרי הרחוב (ר' עמ' 11 ואילך להוראות התע"ס). מסגרת זו אמורה לתת מענה חרום, הגנה והחזקה לדרי הרחוב שאותרו ברחוב או שמגיעים בכוחות עצמם. המסגרת מהווה חלופה לשהייה ברחוב ומיועדת למתן קורת גג לשעות הלילה. השהות במחסה, לתקופה של שנה, מיועדת להתנעת תהליכים של בניית אמון ותהליכים טיפוליים שיקומיים של דר הרחוב. נעיר, כי התע"ס מעודד בהקשר זה, גיוס מתנדבים וארגונים וולונטריים בנוסף לפעילות הממשלתית והעירונית, ואכן, ככל הידוע למדינה, חלק מן השירותים המוצעים לדרי הרחוב, וחלק מן המעונות ובתי המחסה, אכן מנוהלים גם על ידי עמותות.

11. חקיקת הרווחה הקיימת במדינת ישראל, ולענייננו רלוונטי בעיקר חוק שירותי הסעד, תשי"ח-1958, והתקנות לפיו, מחייבים את הרשויות המקומיות בהקמת לשכת רווחה לשם טיפול בנזקקים. בענייננו רלוונטיות תקנות שירותי הסעד (טיפול בנזקקים),

התשנ"ז-1986, אשר מפנות אף הן לתע"ס. ככל שפועלת הרשות המקומית בהתאם להוראות התע"ס, היא זכאית להשתתפות תקציבית מן המדינה, בין היתר לצורך הקמת מסגרות-למתן-מחסה-לדרי-הרחוב.

12. כפי שנמסר ממשרד הרווחה, על פי הנתונים המצויים בידיהם קיימים היום בישראל כ- 2,000 דרי רחוב. ברשויות המקומיות השונות, וודאי בתל אביב, קיימים מקלטים שונים שמטרתם ליתן קורת גג לדרי הרחוב, במידת הצורך, ובהתאם לרצף הטיפול המתואר בהוראות התע"ס.

13. ההליך שבפנינו עוסק בשאלת האפשרות העומדת לרשות מקומית, לאסור על דר רחוב להמשיך ולעשות שימוש במטלטליו במרחב הציבורי, בנסיבות בהן נגרמת הפרעה או פגיעה ממשית בשימוש של שאר הציבור באותו מרחב ציבורי.

#### עמדת היועץ המשפטי לממשלה

14. נושא ניהול המרחב הציבורי על ידי רשות מקומית נדון בהרחבה בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 8676/00 אדם טבע ודין נ' עיריית רעננה, פ"ד נט (2) 210 (2004), בנסיבות העניין שם, הכיר בית המשפט הנכבד באפשרות העומדת לעיריית רעננה, לגבות תשלום בגין כניסת מי שאינו תושב העיר, לפארק ייחודי שהוקם על ידי העירייה בהשקעת משאבים גדולה (יוער כי בהמשך תוקנה החקיקה בנושא זה). וכך מפסק דינו של כב' השופט עדיאל, אשר בכל הנוגע לשאלת היותה של הרשות המקומית נאמן הציבור, הפנה לפסק דינה של כב' השופטת שטרסברג כהן, בבג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220. וזו נקודת המוצא לעניינינו:

"מבחינת העירייה, הנאמנות הציבורית הקמה מכוח

החזקתה בקניין ציבורי מחייבת אותה "כגוף נבחר,

המשמש כנאמן הציבור בכל פעולותיו ... להפעיל את

סמכותה מתוך דאגה לאינטרס הציבורי" (בג"ץ 3638/99

בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, 226-227).

חובה זו - לדאוג לאינטרס הציבורי - עולה בקנה אחד עם

גביית דמי כניסה לרכוש הציבורי כדי לעשות בהם שימוש

לשם החזקתו של רכוש זה. אשר לפרט, "לתושבי הרשות המקומית קיימת אך זכות השימוש במתקנים ובמבנים הציבוריים, כשאין איסור על כך על-פי דין..." (בג"ץ 7610/03 לעיל, סעיף 10 לפסק הדין). זכות שימוש זו ברכוש הציבור אף היא אינה זכות לשימוש חינם דווקא ואין בה כדי לשלול האפשרות של גביית דמי כניסה..."

15. דברים אלה מתיישבים עם פסיקותיו של בית המשפט הנכבד הן בעניין בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא (1) (1997), והן בעניין בג"ץ 7138/03 המועצה המקומית יאנוח-ג'ת נ' שר הפנים, פ"ד נח (5) (2004), שאף נזכרו בפסק דינו של בית המשפט קמא. כמו כן ר' והשוו פסיקותו של בית המשפט הנכבד בכל הנוגע לפעולות מחאה במרחב הציבורי, ובעיקר עע"מ 3829/04 ישראל טויטו, יו"ר עמותת מכל הלב "ככר הלחם" העמותה לצמצום הפער החברתי בישראל נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם).

16. הרשות המקומית היא נאמן הציבור במרחב הציבורי שבתחומי הרשות, ומוטלת עליה חובה, ולצידה הסמכות, בניהול המרחב הציבורי לטובת כלל הציבור, על פי קריטריונים שוויוניים וענייניים, ותוך איזון בין כלל האינטרסים והשיקולים הצריכים לעניין. על רקע נקודת מוצא זו, נפנה לבחינת דברי החקיקה החלים ואשר עשויים להיות רלוונטיים לעניין נושא ההליך בפנינו.

#### פקודת העיריות וחוקי העזר העירוניים

17. דבר החקיקה המרכזי, המסדיר את סמכותה של העירייה לפעול ב"רחוב", הינו סעיף 235 לפקודת העיריות, הקובע כדלקמן:

"235. בעניין רחובות תעשה העירייה פעולות אלו:

(3) תמנע ותסיר מכשולים והסגת-גבול ברחוב".

יודגש, כי סמכות זו נקבעה בסימן ב' לפרק 12 לפקודת העיריות, שכותרתו "חובותיה של עירייה", דהיינו סמכותה של עירייה למנוע ולהסיר מכשולים והסגת גבול שבתחומה היא סמכות שבחובה.

18. סעיף 242 לפקודת העיריות שעניינו בתברואה, בריאות הציבור ונותותו, מסמיך את העירייה (בס"ק-1) לנקוט אמצעים להסרת כל מטרד או למניעתו ולדאוג לבדיקות שמטרתן לברר מה הם המטרדים הקיימים. על העירייה מוטלת חובה לנקוט אמצעים להסרת מטרד ציבורי.

19. לצד ההסמכה הקיימת בחקיקה הראשית, הפנתה העירייה, בהליך שהתנהל בפני בית המשפט קמא, לחוק העזר לתל אביב יפו (שמירת הסדר והניקיון), תש"ס-1980, ולמספר סעיפים בו, אשר מקנים לה סמכות לפעול בסוגיה דנן. בעיקר יפה לענייננו סעיף 39(א)(1) לחוק העזר, אשר קובע:

"לא יניח אדם, לא ישאיר, לא יקים, לא יתלה ולא יטיל ברחוב, לא יבליט מעל לרחוב, ולא ירשה להניח, להשאיר, להקים, לתלות או להטיל ברחוב או להבליט מעל לרחוב, כל דבר, אלא אם דרוש לעשות כן לטעינת הדבר או לפריקתו ותוך כדי פריקתו או טעינתו ולא יותר מן הזמן הסביר הדרוש לכך, אלא אם ניתן לכך היתר בכתב מאת ראש העירייה ובהתאם לתנאי ההיתר".

סעיף 44(א) לחוק העזר קובע בנוסף:

"ראש העירייה רשאי באמצעות כל אדם לסלק כל דבר הנמצא ברחוב בניגוד לסעיף 39 ולבצע כל עבודה המנויה בסעיפים 42 ו-43..."

לבסוף, סעיף 58 לחוק העזר קובע כי:

"לא יעשה אדם ברחוב כל מעשה שיש בו כדי לגרום סכנה, מפגע, מטרד, הפרעה או אי-נוחות של ממש או שיש בו כדי להפר את הסדר ברחוב".

20. בית המשפט קמא פרט בפסק דינו גם את חוק העזר אליו הפנתה עיריית תל אביב יפו, ואשר עניינו בשמירת הסדר והניקיון בגנים. אף הוא רלוונטי לעניין נושא הליך זה.

21. מכאן, כי כבר פקודת העיריות, כמו גם חוקי העזר הרלוונטיים שנקבעו לגבי עיריית תל אביב, מטילים על עיריית תל אביב חובות, שלצידן סמכויות, הנוגעות לניהול המרחב הציבורי שבתחומה.

תכליתה של סמכות זו היא להבטיח את אפשרויות השימוש הסביר וההוגן של כל בני ובנות הציבור במרחב הציבורי, ולהסדיר שימושים אלה כך ששימושו של פלוני במרחב הציבורי לא יפריע לשימושו של אלמוני.

לשונו של סעיף 235(3) מסמיכה את העירייה, בסמכות שהינה סמכות חובה ולא סמכות רשות (זאת להבדיל מסימן ג' בפקודה) "למנוע מכשולים והסגת גבול ברחוב". הרחוב הוא מרחב ציבורי. הוא נתון לשימוש של כל אדם, קרי, לכל אדם זכות להיכנס ולשהות ברחוב. על כן, כמו מאליה, מתבקשת השאלה: מהי "הסגת גבול" ומהו "מכשול" ברחוב? הרי לרחוב אין גבול פיזי. אין הוא קניינו של פלוני מסוים, הזכאי למנוע כניסתו או שהייתו ברחוב של אלמוני. כיצד בכלל ייתכנו הסגת גבול או מכשול ברחוב?

התשובה לשאלה זו, כפי העולה מהקשרים דומים שנדונו בפסיקתו של בית המשפט הנכבד, הינה כי הקניין ברחוב הוא קניין הציבור. בהתאם לכך, השימוש ברחוב הוא שימוש המיועד להיות שימוש של הציבור. הסגת גבול ברחוב היא שימוש בו באופן המפקיע אותו מכלל הציבור, קרי מונע או מפריע לשימוש של כלל הציבור במרחב הציבורי. שימוש שכזה בהחלט יכול שייחשב כהסגת גבול ברחוב או הצבת מכשול. כך, ייתכן מצב בו אדם פרטי מגדיר לו חלק מן הרחוב שישמש לו כגינה; כך, יכול בעל עסק להשתלט על חלק מן הרחוב כדי להציג בו את מרכולתו; כך, יכול להיות מצב דברים שבו אדם, דר רחוב, פורש את מטלטליו על פני חלק מן הרחוב באופן המפריע או מונע שימושים של שאר בנות ובני הציבור באותו מרחב ציבורי.

פעולות אלו יכול שתחשבנה הסגת גבול או מטרד ברחוב, ועל כן מוסמכת העירייה למנוע אותן ולהפסיקן. כפי שהעירייה מוסמכת למנוע מבעל מסעדה להשתלט על הרחוב ולפרוש

לרוחבו שולחנות, באופן המונע מעוברים ושבים להשתמש ברחוב, כך היא מוסמכת גם לפנות מטלטליו של דר רחוב, מן המרחב הציבורי, ככל שיהא בהם כדי להוות מכשול או מטריד אשר ימנעו את השימוש במרחב הציבורי מאחרים.

22. נקדים את המאוחר ונאמר כבר כעת, כי תשובה נוספת לשאלת מהותה של הסגת הגבול ברחוב נוגעת לבעלות הפורמלית של הרשות הציבורית בשטח הציבור שבתחומה ובכלל זה בדרכים. שטחים אלה כוללים, דרך כלל, את המדרכות בתחום זכות הדרך וכן את הפארקים והגינות העירוניות. בעלות הרשות במקרקעין הציבוריים מוגבלת אמנם בחובת הנאמנות העקרונית המוטלת על הרשות, המחייבת אותה לפעול לטובת הציבור הרחב, אך ברי כי באותם תנאים המפורטים לעיל (הפרעה לשימוש החופשי של כלל הציבור), **מייצרים גם דיני הקניין הכלליים סמכות לרשות לפעול נגד הסגת הגבול**. בעניין זה עוד יורחב להלן.

23. לטעמנו, הפרשנות שניתנה על ידי בית המשפט קמא לסעיפים המסמיכים את העיריה לפעול בתחומי המרחב הציבורי הייתה צרה מדי. **את דברי החקיקה שפורטו לעיל יש לפרש באופן תכליתי, כך שיאפשרו לעיריה להגשים את חובותיה בניהול המרחב הציבורי לטובת הציבור כולו**.

הרשות המקומית אינה שוקלת שיקולי סדר וניקיון במובנם הצר בלבד. בענייננו, מותר לה לרשות לשקול את האפשרות של הציבור ליהנות מן המרחב הציבורי, מן הפארקים הקיימים ברחבי העיר, מן הספסלים ומן השדרות, והכול באופן אשר תואם את ייעודם הציבורי של אותם מקרקעין. לצד האמור, מותר לה לרשות, ואף מחובתה לשקול, גם את האינטרס הקיים לדרי הרחוב, לשהות במרחב הציבורי, בהיותם חלק מן הציבור כולו. לעניין זה נפנה שוב לפסק דינו של בית המשפט הנכבד בע"מ טו"טו, ולעניין זה ר' פסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה, בפסקה 12, כהאי לישנא:

" ... זכות המחאה אין פירושה התרת הרסן ויצירת אנרכיה  
שבה כל איש הישר בעיניו יעשה. קשה להלום כי בשם חופש  
הביטוי והמחאה - ותהא תכלית המחאה חשובה ככל שתהא -

תבקש קבוצת אזרחים לתפוס חזקה ממושכת וללא הגבלת זמן  
ברחוב ציבורי של עיר, ותתמקם שם על מאהליה ומתקניה  
אגב שיבוש רצוף של התנועה במקום, יצירת מפגעי תברואה,  
ופגיעה חזותית מתמשכת במראה פני המקום ... על העיריה  
לבצע את חובתה בשמירת עניינו של הציבור במקומות  
הציבוריים הנמנים על הרשות המקומית וחובה זו חלה לא  
פחות באזור משכנם של מוסדות הממשל בישראל ...".

24. כמו כן ר' בפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין, על ההפניות השונות, כולל מן המשפט  
העברי, שנכללו בו, ואשר נוגעות למגבלות על השימוש ברשות הרבים:

"... (6) עינינו הרואות, כי לחובת הציבור כלפי הנזקקים  
בתוכו שורשים באתוס המשפטי העברי.

...

ג. (1) אולם באשר לשימוש ברשות הרבים, ויהיו המטרות  
והכוונות טובות כאשר יהיו, אין הדברים נטולי נורמות.  
ברשות הרבים, גם לפי הדין העברי, נוהגים כללי התנהגות,  
למשל, איסורים ליצור מטרדים בה ואחריות לנזק הנוצר  
מפעולתו של אדם בתוכה: "השופך את המים ברשות הרבים  
והזק בהן אחר, חייב בנזקיו..." (שם, י"ב) (ויש הבחנות בין  
נזק לאדם לנזק לבגדיו, שלא זה המקום לעסוק בהן - א"ר).  
"לא יוציא אדם תבנו וקשו לרשות הרבים כדי שידושו ויעשו  
לו זבל ... אם הזק בהן אדם ובהמה, הרי זה המוציא חייב  
לשלם" (שם, כ"ד); "אין מוציאין זיזים וגוזזטראות לרשות  
הרבים אלא אם כן היו למעלה מגמל ורוכבו, והוא שלא יאפיל  
הדרך על בני רשות הרבים..." (שם, כ"ד).

(2) הרי אומר, אין רשות הרבים פתוחה לכל פעילות של  
כל החפץ בכך, ובודאי אין לגרום לפגיעה בה (החדגשות  
הוספו)".

25. עמדת היועץ המשפטי לממשלה אשר נראה כי היא מקובלת אף על עיריית תל אביב יפו  
בהקשר זה הינה, כי את סמכויות הרשות המקומית, אליהן נדרשנו לעיל, כמו גם את  
סמכויותיה האחרות, יש לקרוא מטבע הדברים בהתאם לתכליתן. תכלית זו נועדה,

כאמור לעיל, לאפשר לכל בני ובנות הציבור לעשות שימוש סביר במרחב הציבורי, וממילא נדרשת הרשות לאזן, בהקשר זה, בין שימושים שונים, ככל שהם מפריעים זה לזה או מתנגשים זה בזה. בעניין זה בדי-כי-אף דרי הרחוב הינם חלק מן-הציבור, ואף את זכותם לשהות במרחב הציבורי, בנסיבות הייחודיות הנוגעות אליהם, יש לשקול במסגרתו של איזון זה. ככל רשות ציבורית, על עיריית תל אביב להפעיל את סמכויותיה בצורה מידתית וסבירה, תוך שקילת שיקולים ענייניים ומבלי לפגוע, מעל הנדרש, בזכויות הפרטים הפועלים במרחב הציבורי. איזון זה צריך שיעמדו בבסיס נהלים שיוכנו כדי להתוות את גדר שיקול הדעת של פקחי העירייה, בבואם להפעיל סמכות בעניינם של דרי הרחוב השוהים במרחב הציבורי בעיר.

#### שאלת הבעלות במקרקעין, דיני הקניין

26. בנקודה זו נבקש להתייחס לטענת עיריית תל אביב בנוגע לזכות הבעלות הקיימת לה במקרקעי הציבור, ואשר מצדיקה, כשלעצמה, פעילות במרחב הציבורי. התייחסות לטענה זו נדרשת גם לנוכח דרך הניתוח של הקניין במרחב הציבורי, ואשר לטעמנו נפלה בה שגגה.

27. אכן, הרשות המקומית הינה, בחלק בלתי מבוטל מן המקרים, בעלים בקניין הציבורי ברשות, בכלל האמור בשטחים המיועדים לשימוש ציבורי, ואשר משמשים אף לשהייתם של דרי הרחוב. זכותה של הרשות כבעלים במרחב הציבורי אינה מקנה לה, לטעמנו, הסמכה מפורשת לפגיעה בזכויותיו של הפרט, אך לא ניתן להתעלם ממנה, וליתר דיוק מן התוקים השונים הנוגעים לזכות הקניין, כדוגמא חוק המקרקעין, כמקור סמכות נוסף לפעילותה של הרשות בתחומי המרחב הציבורי.

ניתן ללמוד, ולו על דרך ההשוואה, מפסיקתו של בית המשפט הנכבד בכל הנוגע למקרקעי ייעוד, המנוהלים על ידי מינהל מקרקעי ישראל, וראו, לשם הדוגמא, מפסק דינו של כב' השופט חשין בעניין חורב (כביש בר אילן):

"החוק קובע הוראות מהוראות שונות החלות על מקרקעי ייעוד, מגמתן של כל הוראות אלו כולן היא "המגמה להבטיח

כי הציבור לא ינושל ממקרקעין המשמשים במישרין לתועלת הציבור": ל' ויסמן, דיני קניין – חלק כלל (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 מנהלי (ירושלים, תשי"ז-1957) ואילך ("קניין ציבורי").

28. בהליך זה, אין הכרח להכריע בטענת עיריית תל אביב לפיה אך ורק מכח היותה בעלים במרחב הציבורי משתמעת סמכותה לפעול ולהסדיר גם את נושא פינוי מטלטלי דרי רחוב מן המרחב הציבורי, בנסיבות המתאימות. זאת מן הטעם, שפקודת העיריות מסמיכה את הרשות המקומית להסיר ולמנוע מכשולים והסגת גבול בתחום המרחב הציבורי. סמכות זו מאפשרת לרשות לפעול כדי להבטיח, מחד גיסא, מתן אפשרות לדרי הרחוב לבצע פעולות שונות במרחב הציבורי, ומאידך גיסא, לפנות מטלטלי אותם דרי רחוב מן המרחב הציבורי, פעילות שמובילה במבחן התוצאה גם לפינויים, שעה שבשהייתם או בפעילותם שם יש כדי לפגוע פגיעה ממשית ביכולתו של הציבור הרחב להמשיך ולבצע שימוש באותו מרחב. עם זאת, גם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, יש ודאי בסיס לטענה כי זכות הבעלות הפורמלית, מכח חוקי הקניין השונים, היא מקור סמכות להפעלת כוחה של הרשות ביחס למרחב הציבורי. ודאי, אין זאת אומרת כי בתוקף היותה בעלים רשאית הרשות לפעול כרצונה במרחב הציבורי, ובוודאי שיקול הדעת בהפעלת הסמכות ייבחן במבחנים הדומים לבחינת הפעלת שיקול הדעת בהתאם לסמכות הנתונה לרשות לפי דיני השלטון המקומי. מכל מקום, זכות הבעלות הפורמלית של הרשות נתונה לחובות הנאמנות כלפי הציבור המוטלות על בעלותה זו, והן אלה המכוונות ומגבילות את פעולתה של הרשות במקרקעין.

בית המשפט קמא פורש בפסק דינו דיון נרחב בשאלת משמעותה של זכות הקניין במרחב הציבורי, ומבסס, כך נראה, קביעה, לפיה לדרי הרחוב, אשר אין להם קניין, זכות עודפת בקניין הציבורי. בכל הכבוד, אנו סבורים כי ניתוח זה אינו משקף את האמור במקורות עליהם מסתמך בית המשפט קמא, מכל מקום הוא אף אינו משקף את הדין בישראל.

בפסק הדין בעניין פארק רעננה קובע בית המשפט הנכבד כדלקמן:

15. גם בעניין זה יש לדחות את טענותיה של העותרת. ראשית, העובדה שמדובר בקניין ציבורי שבנאמנות העירייה, אין משמעה שלכל יחיד ויחיד בציבור זכות קניין בפארק. גם כאשר מדובר ברכוש ציבורי, לציבור אין זכות קניין באותו רכוש במובן המקובל של מושג הקניין, ודאי לא במובן זה, שלכל אחד מיחיד הציבור קמה זכות לעשות בפארק שימוש ללא תשלום. גם השופט חשין התייחס בבג"ץ חורב לזכות זו כאל זכות "של מעין-קניין-ציבורי" ברשות הרבים (בג"ץ חורב, בע' 148). נושא זה הובהר על-ידי המשנה לנשיא בדימוס, השופט אור בפסק הדין בבג"ץ 7610/03 המועצה המקומית יאנוח-ג'ת וחברי המועצה נ' אברהם פורז, שר הפנים (טרם פורסם): "איני סבור כי קיימת לתושביה של רשות מקומית זכות קניין במתקניה הציבוריים של הרשות המקומית, בין אם השתתפו באופן אקטיבי במימון הקמתם ובין אם לאו. המתקנים הציבוריים והמבנים הציבוריים הנם קניין הרשות המקומית" (סעיף 10 לפסק הדין). אין לקבל גם את הטענה בדבר פגיעה, בנסיבות כאלה, בזכות הקניין לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. גם לכך, ובהקשר לפגיעה ישירה יותר, התייחס המשנה לנשיא (כתוארו אז) השופט אור בפסק דינו בבג"ץ 7610/03 לעיל: "יהיה זה מרחיק לכת לומר שבכל מקרה כזה, פגעה ההחלטה בזכות התושב לקניינו, במובן סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו..."

30. כלומר, אין לראות בקניינו של הפרט במרחב הציבורי זכות קניין במובנה הקלאסי, והדרך הנכונה להגשים את זכות הפרט להנות מן המרחב הציבורי היא להבטיח, כי הרשות המקומית תפעל כראוי, כנאמן הציבור, ולטובת האינטרס הציבורי, באופן שיבטיח מתן אפשרות ליתן לכלל הציבור, ככל שניתן, ליהנות מן המרחב הציבורי.

להשלמת התמונה נציין, כי הסמכה לביצוע הסדרה דומה במרחב הציבורי קיימת גם בדברי חקיקה אחרים, ובין היתר, בפקודת העיריות [נוסח חדש], ולצידה בדברי חקיקה אחרים, כגון חוק הדרכים (שילוט) תשכ"ו-1966, פקודת התעבורה [נוסח חדש], חוק רישוי עסקים תשכ"ח-1968, לענייני רוכלות וכדומה.

31. הרעיון לפיו זכות הבעלות בקניין הציבורי מחייבת את הרשות לפעול כנאמן הציבור, מגולם גם בחובות המוטלות על הרשות ביחס לנכסים שבעלותה. כך (וזאת להבדיל מבעל קניין פרטי), רשות מקומית אינה יכולה למכור נכס בבעלותה למי שתרצה, באילו תנאים שתרצה. היא מוגבלת בעניין זה בדיני המכרזים, ובחובה לקבל את אישורו של משרד הפנים עובר להעברת הבעלות במקרקעיה. כל אלה משקפים את הרעיון כי זכות הקניין של הרשות אינה לטובתה היא, אלא כנאמן הציבור ולטובתו.

32. להשלמת התמונה בהקשר זה נציין, כי סמכותה של הרשות לפעול בתחומי המרחב הציבורי, בתחומים עליהם היא אמונה, גוררת עימה גם הטלת חובות על הרשות, בין היתר במישור דיני הנזיקין, ולמשל בכל הנוגע לנושאי תברואה, הסרת מכשולים ובריאות הציבור. לעניין זה ראו והשוו פסק דינו של כב' השופט חשין ברע"פ 7861/03 מדינת ישראל נ' מועצה אזורית גליל תחתון (פורסם בנבו) גם מן הטעם האמור לא ניתן להתעלם מן הסמכות הקיימת לרשות המקומית לפעול בתחומי המרחב הציבורי, אשר צידה האחר הוא ראייתה של הרשות המקומית כאחראית, במובנים רבים, לפעילות המתבצעת במרחב זה.

33. לסיכום האמור, הרשות המקומית היא נאמן הציבור במרחב הציבורי, והיא פועלת, ואף מחויבת לפעול, בהקשר זה, לצורך מימוש האינטרסים של כלל הציבור, שעל מימושם

היא מופקדת. סופו של יום, על הרשות המקומית לבצע איזון בין כלל האינטרסים הצריכים לעניין.

#### נוסחת האיזון

34. כאמור בהחלטת כב' השופט רובינשטיין בבקשה לעיכוב ביצוע, אף בית המשפט קמא מכיר באפשרות הקיימת לרשות המקומית לפעול לפינוי מטלטליו של דר רחוב, בתנאים מסוימים. ככל שאנו מבינים את ההלכה שניסה בית המשפט קמא להתוות, לדידו עומדת לרשות אפשרות זו רק כאשר יוצרת שהותו של דר הרחוב במקרקעין חשש ממשי למפגע תברואתי או מטרד משמעותיים או אשר מהווים סכנה מיידית לשלום הציבור או לביטחונו. בהיבט זה המבחן הנורמטיבי אותו יש לאמץ שונה, לדעתנו, מזה שנקבע, ככל הנראה, בפסק דינו של בית המשפט קמא.

35. אנו מסכימים עם עמדת האגודה לזכויות האזרח, ונראה כי אף העירייה אינה חולקת על כך, שבתוך קשת השיקולים שעל הרשות לשקול בהקשר זה יש ליתן משקל, אפילו משקל ממש, לאינטרס הקיים של דר הרחוב לשהות במרחב הציבורי ולבצע בו פעולות קיום, וודאי לזכויות היסוד שלו. מקובלת עלינו גם הקביעה כי כיוון שלדר הרחוב אין דרך כלל קורת גג, ואף אין לו קניין אחר, יש לנקוט משנה זהירות בטרם פגיעה בקניינו ובמטלטליו ובטרם נקיטה בפעולה שתוצאתה תהא פינויו של דר הרחוב מן המרחב הציבורי.

36. עם זאת, אין משמעות האמור כי לדר הרחוב זכות עודפת בקניין הציבורי, או כי אסור לנקוט בפעולות הפוגעות בזכויותיו כל עוד לא נמצא לו פתרון דיור. המבחן הראוי, לטעמנו, אותו יש לאמץ בדרך של נהלים סדורים, הינו כי כאשר פעילותו של דר הרחוב במרחב הציבורי מונעת או פוגעת פגיעה ממשית באפשרות העומדת לכלל הציבור לשימוש סביר באותו מרחב ציבורי, ניתן לנקוט, על פי פקודת העיריות וחוקי העזר המנחים את העירייה, בצעדים לפינוי מטלטליו (דבר שככל הנראה יוביל גם לפינויו) ממיקום מסוים במרחב הציבורי למיקום אחר.

קשה מאוד לצפות מראש את כלל הדוגמאות הצריכות לעניין, אך ניתן לאמר, למשל, כי עצם שהותו (להבדיל ממגורי קבע שלו) של דר רחוב בפארק ציבורי, גם אם יהא בה כדי

להרחיק חלק מן המבקשים לשהות בגן באותה עת, לא תצדיק, דרך כלל, פינוי מטלטליו (שכאמור, יוביל דרך כלל לפינויו הוא) מאותו מרחב ציבורי.

לעומת זאת, ככל שאותו דר רחוב מותיר על השביל בפארק העירוני, או אפילו על המדרכה, מטלטלין המונעים מעבר של הציבור באותו תא שטח, אנו סבורים כי יש לאפשר לרשות להפעיל את סמכויותיה במקרה זה, על-מנת להבטיח כי כלל הציבור יוכל אף הוא ליהנות מן המקרקעין. דברים אלה מקבלים משנה תוקף כאשר ברור, כי היעדר פעולה מצידה של הרשות בהקשר זה, עלול לחייב אותה בתביעות נזיקין שיוגשו מטעם תושבים אחרים של העיר, המבקשים אף הם ליהנות מן המרחב הציבורי. דוגמא אחת מני רבות לעניין זה ניתן לראות בבקשת ההצטרפות לערעור, שהוגשה בגין שהייתו של אחד מדרי הרחוב בעיר תל-אביב בסמוך לבניין משרדים בעיר, באופן אשר על פי הנטען, הפריע את המשך הפעילות התקינה באותו מתחם.

37. עוד נבקש להציע, כי בעניין זה נכון יהיה לפעול בצורה משולבת ומתואמת, בין פעילות פקחי העירייה לבין פעילות אנפי הרווחה, אשר אחראיים בין היתר לטיפול בדרי הרחוב. נקיטת פעולות נגד דרי רחוב אשר מפריעים הפרעה ממשית לשימוש הציבור במרחב הציבורי בעיר, תהא ודאי סבירה ומוצדקת יותר, ככל שלצידה תבוא הודעה לגורמי הרווחה בעיר, על נוכחותו של דר הרחוב ועל פעילות הפקחים בעניינו. גם נושא זה יכול למצוא מענה במסגרת נהלים שייקבעו לכך על ידי עיריית תל אביב.

38. ברי, וכפי העולה אף מפסק דינו של בית המשפט קמא, אין בדברים האמורים כדי למנוע ממשטרת ישראל להפעיל את סמכויותיה על פי פקודת המשטרה או דברי חקיקה אחרים, כאשר פינויו של דר רחוב או מטלטליו נדרשים לצורך שמירה על הסדר הציבורי ושלום הציבור, או למניעתן או חקירתן של עבירות.

היום, 3 יולי, 2013

מיכל צוק-שפיר, עו"ד

סגנית בכירה בפרקליטות המדינה