

**בבית המשפט המחוזי בפתח תקווה
בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים**

עתירה מינהלית _____

בעניין:

קימלמן עמיקם ת.ז. 053929451

ע"י ב"כ עוה"ד ערן צין ו/או נטע דגן ו/או שירלי אלף
ו/או רחלה הראל ו/או אריה זגוג ו/או סאני כלב ו/או
עפר סיטבון ו/או דבי שדה
**מהחטיבה לזכויות האדם, המרכז האקדמי למשפט
ולעסקים;**

שמענם להמצאת כתבי בית דין: החטיבה לזכויות
האדם, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, רח' בן גוריון
26 רמת-גן, טל': 03-6000800 שלוחות 151, 166, פקס:
03-6000872.

העותר

-נגד-

1. עיריית הוד השרון
2. הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הוד השרון
שמען להמצאת כתבי בית דין:
דרך רמתיים 39, הוד השרון 45323

המשיבות

עתירה מינהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת כדלקמן:

1. להורות למשיבות לפעול להסרת ו/או להריסת המחסומים ו/או עמדות השמירה שהוקמו
ברחובות הרקפת, הגלעד והי"ח שבהוד השרון, ללא היתר כדין, וזאת בהתאם להוראות
סעיפים 27 ו-145(א) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן – חוק התכנון והבניה).
2. להורות למשיבה 1 למנוע הסגת גבול ברחובות הרקפת, הגלעד והי"ח בהוד השרון,
בהתאם לחובתה על פי סעיף 235(3) לפקודת העיריות (נוסח חדש) (להלן – פקודת
העיריות).
3. להורות למשיבות להסיר ו/או למנוע הקמת מחסומים ברחבי העיר, זאת מאחר ואלה
אינם עומדים בקנה אחד עם העקרונות הקבועים ו/או המשתמעים מחוק יסוד: כבוד
האדם וחירותו, התשנ"ב-1992 (להלן - חוק היסוד) לרבות: הזכות לחופש התנועה, זכותו
של היחיד בקניין הציבורי, הזכות לפרטיות והזכות לשוויון, הכל כפי שיפורט להלן.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

1. מזה מספר שנים, נוהגים תושביהן של שכונות בהוד השרון לפרוש מחסומים, שמונעים ו/או מגבילים את הכניסה אליהן. לעיתים, מוצב לצד מחסומים אלה איש אבטחה, שנשכר על-ידי התושבים. במקרים אלה נדרשים המבקרים בשכונה להזדהות בפני המאבטח ולפרט מהו יעדו ומהי כוונת ביקורם במקום.
2. עניינה של עתירה זו היא זכותו של העותר, תושב הוד השרון, להלך או לנסוע במרחב הציבורי, להשתמש בו וליהנות ממנו, מבלי שדרכו תיחסם ו/או תוגבל בכפוף לתשואל, מצד מי שאינו מוסמך לכך על פי דין. כנגד זכויות אלה של העותר, עומדת ותלויה חובתן של המשיבות להבטיחן. זאת, הן על פי דיני התכנון והבנייה ודיני הרשויות המקומיות והן על בסיס העקרונות הקבועים ו/או המשתמעים מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בכך שעצמו עיניהן מפרישת המחסומים, הפרו המשיבות חובתן זו ובפועל העניקו הסכמה שבשתיקה למעשי התושבים. הסכמה זו, הופכת את המשיבות לשותפות להקמת המחסומים.

הצדדים לדיון

3. העותר הינו תושב הוד השרון, שזכותו להשתמש במרחב הציבורי העירוני וליהנות ממנו, כמו גם זכויותיו לחופש תנועה, לפרטיות ולשוויון, נפגעו כתוצאה מפרישת המחסומים ברחבי העיר.
4. המשיבה 1 הינה הרשות המקומית, אשר בשטחה מתגורר העותר. בתוקף תפקידה, אחראית המשיבה 1 על פי סעיף 235(3) לפקודת העיריות למניעת הסגת גבול במרחב הציבורי, ועל פי סעיף 27 ו-145א' לחוק התכנון והבניה להבטחת קיומן של הוראות חוק התכנון והבניה. בתוקף תפקידיה אלה, מחוייבת המשיבה 1 בשמירה על עקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלי, כפי שאלה באים לידי ביטוי, בין היתר, בחוק היסוד.
5. המשיבה 2 הינה הוועדה המקומית לתכנון ובניה בהוד-השרון, אשר, לצד המשיבה 1, הינה הגוף המוסמך על פי דין להבטיח את קיומן של הוראות חוק התכנון והבניה הנ"ל.

רקע עובדתי

6. לפני כשלוש שנים, במהלך טיול רגלי בקירבת בית מגוריו, הופתע העותר להיתקל במחסום שהוצב בכניסה לרחוב הרקפת שבעיר, ובסמוך לו - עמדת שמירה מאויישת. כשביקש העותר להמשיך בתנועתו, נחסמה דרכו על ידי השומר במקום, אשר דרש כתנאי להמשך ההליכה ברחוב, כי יזדהה בפניו ויאמר לו מה מטרת ביקורו במקום.

7. מופתע מהחדירה לפרטיותו ומהפגיעה הגסה בחופש התנועה שלו, פנה העותר למשיבה 1 בדרישה שתפעל באופן מיידי להסרת המחסום ברחוב הרקפת. כחודשיים לאחר פנייתו, נענה העותר, ע"י היועץ המשפטי למשיבה 1, עו"ד ירון סולברג, כי פנייתו נבדקה ונמצאה נכונה. עוד ציין עו"ד סולברג, כי: **"לא נמצא בידי העירייה היתר בנייה כדין להצבת המחסום ו/או ביתן השמירה שהוצב בסמוך...העירייה אינה מעורבת כלל וכלל בהצבת השומרים ליד המחסום, ובכל מקרה הם אינם פועלים שם מטעמה...העירייה תבחן בשבועות הקרובים את דרכי פעולתה בענין זה"**. (כל ההדגשות במסמך זה שלי- ע.צ.)
מכתב התשובה של עו"ד סולברג מיום 9.8.2007, מצ"ב מסומן ע/1.

8. בחלוף כחצי שנה מאז פנייתו, ולאחר שעל אף הדברים האמורים שב ונתקל במחסום ברחוב הרקפת, פנה העותר בשנית לעו"ד סולברג בדרישה לפעול להסרת המחסום.
מכתבו של העותר מיום 27.1.2008, מצ"ב מסומן ע/2.

9. עו"ד סולברג שב וענה, כי "העובדות שפירטת כאן הן נכונות...אינני יכול להיות, בשלב זה, איש בשורות. הסוגיה עדיין נבחנת..."
מכתב התשובה של עו"ד סולברג מיום 2.3.2008, מצ"ב מסומן ע/3.

10. זמן קצר לאחר קבלת התשובה הבלתי מספקת הנ"ל, שב ופנה העותר למשיבה 1, אך הפעם החליט לפנות לראש עיריית הוד השרון, מר חי אדיב. בפנייתו זו ציין העותר, כי על אף שחלפו כ- 10 חודשים מאז פנייתו הראשונה, דבר לא נעשה בכדי להסיר את המחסום ברחוב הרקפת. לא זו אף זו, הוסיף העותר, "ישנם מקומות נוספים בהם הקימו התושבים מחסומים...באופן שאינו מאפשר לכל אדם כניסה לרחוב או שהוא נדרש להזדהות ולפרט את הסיבות להגעתו..."
מעבר לתיאור העובדתי, הוסיף ופירט העותר כיצד מחדלה של המשיבה 1 בטיפול בסוגיה פוגע בזכויותיו הבסיסיות, כדלקמן:

"הדבר אינו חוקי בעליל, שולל ממני את זכותי הבסיסית להיכנס לכל רחוב בעיר, מאלץ אותי להזדהות בפני אנשים שאין בסמכותם לדרוש זאת ממני...לחלופין, אני סמוך ובטוח שאם אוסיף גגון או אפרוץ חלון בביתי שלא בהתאם לחוקי הבניה, אקנס או אוזמן למשפט...איפה ואיפה מסוג זה אינה מקובלת לא עלי ולא על כל אזרח."

מכתבו של העותר מיום 30.3.2008, מצ"ב מסומן ע/4.

11. בתגובה למכתב הנ"ל, נענה העותר בקצרה, כי המכתב נתקבל והועבר לטיפול של נציבת פניות הציבור.
מכתב התשובה מיום 3.4.2008, מצ"ב מסומן ע/5.

12. כשנה וחצי מאז פנייתו הראשונה, ולאחר שהמשיבה 1 לא נקטה כל פעולה בעניין, שב ופנה העותר לראש העיר, וחזר והתלונן על הפגיעה בזכויותיו, כדלקמן: "לא יעלה על הדעת שאזרחים יחסמו רחובות, תישלל זכות בסיסית שלי ושל כל אזרח לחנות כרצוני בכל רחוב או להיכנס אליו, וודאי שלא אדרש לעבור תחקיר ולמסור פרטים אישיים או דיווח על מטרת כניסתי לרחוב, למי שאינו מוסמך לכך..."
- מכתבו של העותר מיום **1.1.2009**, מצ"ב מסומן **ע/6**.
13. פנייתו הנ"ל של העותר נענתה בתשובה הלקונית, כי "הנושא נמצא בבדיקה".
- מכתב התשובה מיום **13.1.2009**, מצ"ב מסומן **ע/7**.
14. לאחר כשמונה חודשים מפנייתו האחרונה, ויותר משנתיים מפנייתו הראשונה, וכשהמחסומים עדיין במקומם, שב ופנה העותר ביום **8.8.2009** לראש העיר.
- מכתבו של העותר מיום **8.8.2009**, מצ"ב מסומן **ע/8**.
15. מכתבו הנ"ל של העותר לא זכה לכל תגובה ועל כן שב ופנה העותר למשיבה 1, הפעם באמצעות הח"מ. משמכתביו לא זכו לכל תגובה, פנה העותר לקליניקה לשינוי סביבתי- חברתי במרכז האקדמי למשפט ולעסקים. הקליניקה היא גוף המעניק סיוע משפטי בחינם בסוגיות הנוגעות למימשק בין סביבה וחברה, כגון במקרה שלהלן, בו עומדת על הפרק שאלת זכות הגישה והשימוש במרחב הציבורי.
- מכתבו של הח"מ מיום **16.3.2010**, מצ"ב מסומן **ע/9**.
16. הפנייה הנ"ל נענתה, בשני מכתבים שונים, כי היא הועברה "להמשך טיפול" הן של היועץ המשפטי והן של המנכ"ל של המשיבה 1.
- מכתבי התשובה של המשיבה מיום **18.3.2010** ומיום **21.3.2010**, מצ"ב מסומנים **ע/10** ו- **ע/11**, בהתאמה.
17. על אף העובדה שחלפה למעלה מחצי שנה מאז קבלת התשובות הנ"ל, לא נתקבל אצל הח"מ ו/או אצל העותר, כל עדכון המעיד על טיפול כלשהו בבקשה להסרת המחסומים. יתר על כן, בנסיעות שערך העותר ברחוב הרקפת בתאריכים **24.8.2010** ו- **13.12.2010**, הסמוך למועד הגשת כתב עתירה זה, שוב נחסמה דרכו באמצעות מחסום. השומר שנכח במקום דרש מהעותר להזדהות ולפרט את יעדו. לבקשת העותר, כי הלה יציג בפניו תעודה המסמיכה אותו לדרוש את הפרטים הנ"ל, הוא נענה כי אין בידי תעודה כזו.
18. מן הראוי להוסיף, כי לאחר האירוע שארע לעותר ברחוב הרקפת הוא הופתע לגלות כי גם ברחובות הגלעד ו-הי"ח מוצבים מחסומים. למיטב ידיעתו של העותר מחסומים אלה נסגרים ו/או מאויישים בשעות הלילה.
- תמונות של המחסומים השונים, מצ"ב מסומנות **ע/12** ו- **ע/13**.

19. לאור כל האמור לעיל, לא נותר לעותר אלא לפנות בבקשת סעד לבית המשפט הנכבד.

המצב המשפטי

א. על המשיבות לפעול לאכיפת חוקי התכנון והבניה בהוד השרון

20. סעיף 27 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, קובע כי על הוועדה המקומית "להבטיח את קיומן של הוראות חוק זה וכל תקנה על פיו." סעיף 145(א)(2) לחוק זה קובע, כי לא ייבנה בנין אלא לאחר שנתקבל היתר על ידי הוועדה המקומית. 'בניין' מוגדר בסעיף 1 לחוק: "כל מבנה, בין שהוא בנוי אבן ובין שהוא בנוי בטון, טיט, ברזל, עץ או כל חומר אחר, לרבות...קיר סוללת עפר, גדר וכיוצא באלה הגודרים או תוחמים או מיועדים לגדור, או לתחום, שטח קרקע או חלל." בית המשפט נדרש לשאלה אם מחסום נכנס בגדר הגדרת 'בניין' דלעיל, וקבע:

איננו סבורים, כי מימדיו של המחסום יכולים להוות שיקול, ודאי לא שיקול מכריע, לענין היותו או אי היותו בנין. גם לא מראהו החיצוני של המחסום. במסגרת השכל הישר והפשוט חשובה לא פחות מהמראה, מהמימדים ואולי מהחומרים שמדובר בהם, התוצאה המעשית של "התוספת". לעניינינו, מקובלת עלינו הטענה כי מחסום חשמלי מעין זה זהה באופיו לגדר, לפחות לגבי כלי הרכב הרוצים להיכנס למגרש החניה. המחסום כשמו כן הוא. (ע"פ 1113/97 מדינת ישראל נ' נעמן סחייק ואח'. ניתן ביום 14.3.00 פורסם באתר (נב)).

דהיינו, הקמת המחסומים שהוצבו ברחובות השונים ברחבי הוד השרון, הינה פעולה המחייבת הוצאת היתר בנייה כדין. קל וחומר, כי הקמת ביתן השמירה שהוצב ברחוב הרקפת מותנית בהוצאת היתר בניה. כאמור לעיל, עו"ד סולברג מאשש את המסקנה כי המחסום וביתן השמירה מחייבים הוצאת היתר בנייה, בצינו מפורשות, כי "לא נמצא בידי העירייה היתר בנייה כדין להצבת המחסום ו/או ביתן השמירה שהוצב בסמוך." (נספח ע' 1)

21. כאמור, סעיף 27 הנ"ל קובע כי מתפקידה של הוועדה המקומית לאכוף את דיני התכנון והבניה. בנוסף לכך, פרק י' לחוק התכנון והבניה הנ"ל, מניח מספר כלי אכיפה לפיתוח של הוועדה המקומית, בכדי שתוכל למלא את תפקידה האמור. כך למשל, סעיפים 224 ו-238א, מאפשרים ליו"ר הוועדה המקומית להוציא צו הפסקה או צו הריסה (בהתאמה) מינהליים, כנגד מי שבנה מבנה בלא היתר כדין. לעניין זה קבע בית המשפט כי הוועדה המקומית יכולה לבחור באיזה מן הכלים לנקוט, אך אין היא יכולה להתעלם מעבירות הבניה המתבצעות בשטחה. (ר' לעניין זה עת"מ 253/09 עמותת רגבים נ' קלעגי. ניתן בתאריך 8.2.10 פורסם באתר פדאור).

ב. על המשיבה 1 מוטלת החובה למנוע הסגת גבול ברחובותיה או להסירה במהירות הראויה

22. פרק 12 **לפקודת העיריות** (נוסח חדש), קובע מספר תחומים בהם חלה על עירייה או רשות מקומית החובה לפעול. במסגרת זו, קובע סעיף 235(3) כי: "בעניין רחובות תעשה העירייה פעולות אלה: תמנע ותסיר מכשולים והסגת-גבול ברחוב." מכאן עולות חובותיה החד משמעיות של המשיבה 1: האחת - למנוע את הסגת הגבול ברחובותיה הנגרמת על ידי פרישת המחסומים המתוארת לעיל, והשניה - לפעול להסרתם של המחסומים, במקרה ולא עמדה בחובתה למנוע את הסגת הגבול, כפי שקרה במקרה דנן.

מן הראוי להוסיף, כי על המשיבות להפעיל את סמכותן תוך זמן סביר. כאמור לעיל, מאז פנייתו הראשונה של העותר חלפו מעל לשלוש שנים. לית מאן דפליג, כי העובדה שהמשיבות לא הפעילו את סמכותן כל אותה עת, הינה בלתי סבירה. זאת ועוד: סעיף 2(א) לחוק **לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות)**, תשי"ט-1958 קובע כי על עובד ציבור להשיב לבקשה בכתב **בהקדם ולא יאוחר מארבעים וחמישה ימים**. במקרה דנן, מעבר לתשובות המתחמקות שתוארו לעיל, לא קיבל העותר הסבר מהמשיבות מדוע אינן פועלות להסרת המחסומים. ר' לעניין זה: יצחק זמיר "הסמכות המינהלית", עמ' 732-691.

ג. מחדלן של המשיבות לפעול בהתאם לחובותיהן דלעיל, עומד בניגוד לחובתן להבטיח את זכויות היסוד של העותר

23. כלל גדול הוא בשיטת המשפט הישראלית, כי השלטון חב בחובת נאמנות כלפי הציבור. לעניין זה, יפים דבריו של כבוד השופט חיים כהן בפרשת שפירא, כדלקמן:

לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה, ברצונה מעניקה וברצונה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן, וכשלעצמה אין לה זכויות או חובות נוספות על אלה, או שונות ונפרדות מאלה, אשר הן נובעות מנאמנות זו או הוקנו לה או הוטלו עליה מכוח הוראות חקוקות. (בג"ץ 142/70 **בנימין שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בירושלים** פ"ד כה(1) 325, 331 (1971))

24. נשאלת, אם כן, השאלה, מה משמעותה של חובת נאמנות זו של השלטון לציבור? כבוד השופט ברק (כתוארו דאז), ענה על כך במלים הבאות:

המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובידיה הופקד **האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל...** מעמד מיוחד זה הוא המטיל על המדינה את החובה לפעול בסבירות, ביושר, בטוהר לב ובתום לב. אסור לה למדינה להפלות, לפעול מתוך שרירות או חוסר תום לב או להימצא במצב של ניגוד עניינים. עליה לקיים את כללי הצדק הטבעי. (בג"ץ 840/79 המ' 830/79, 860 **מרכז הקבלנים**)

והבונים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל לד(3) 729, 745 (1980)) (כל ההדגשות במסמך זה שלי – ע.צ.)

בפרשת קונטרס (להלן: "פרשת קונטרס") מוסיף ומסביר כבוד הנשיא ברק, כי חובת הנאמנות של השלטון מבוססת על העובדה שזכויות האדם של הפרט "...לא באו לו לאדם מהשלטון, והן קודמות לשלטון. תפקידו של השלטון הוא לקיים חברה אשר תכבד זכויות אדם." (הדגשה שלי – ע.צ.) (בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ פ"ד נב (1) 289, 347 (1998))

25. לא למותר להוסיף ולציין, כי סעיף 11 לחוק היסוד קובע, כי: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה." כמובהר להלן, במישרין או בעקיפין, זכויות אלה כוללות, בין היתר, את הזכות לחופש התנועה, הזכות לפרטיות, הזכות לשיוויון ואת הזכות של היחיד בקניין הציבורי.

לית מאן דפליג, כי המשיבות הינן רשויות מינהליות, וככזו חלה עליהן החובה לפעול בנאמנות לטובת הציבור אותו הן משרתות, תוך כיבוד זכויות היסוד של כל אחד ואחת מהפרטים המרכיבים את אותו ציבור. ר' לעניין זה: בג"ץ 262/62 פרץ ואח' נ' המועצה המקומית כפר שמריהו ואח' פ"ד טז 2101, 2112 (1962); בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב יפו ואח' פ"ד מב(2) 309, 325 (1988); בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' עיריית תל אביב-יפו ואח' פ"ד נו(5) 393, 414 (2002).

להלן, על קצה המזלג, פירוט זכויותיו של העותר, בהן פגעו המשיבות במחדלן לאכוף את החוק ולהרוס את המחסומים.

(1) במעשיהן או במחדליהן, פוגעות המשיבות בחופש התנועה

26. הזכות לחופש התנועה הפנים-מדינתית (להלן: "חופש התנועה"), הוכרה על ידי המשפט הבינלאומי כחלק מזכויות היסוד של האדם בכל מדינה, בשלל מסמכים ואמנות בינלאומיות. כך למשל, ההכרזה האוניברסלית על זכויות אדם (The Universal Declaration of Human Rights) מ-1948, קובעת בסעיף 13(1), כי:

Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each state.

עקרונית אלה עוגנו בסעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות מ-1966 (International Covenant on Civil and Political Rights), שאושרה בישראל ב-1991, הקובע כי:

1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.
2. ...
3. The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (ordre public), public health.

27. הזכות לחופש התנועה במשפט הישראלי נדונה בהרחבה בבג"ץ 5016/96 **חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח' פ"ד נא(4) 1 (1997)**, שעסק בסגירת רחוב בר אילן בירושלים לתנועת כלי רכב בזמן התפילות בשבת ובחגי ישראל (להלן: "פרשת חורב"). הדעות בין שופטי ההרכב היו חלוקות ביחס לשאלה, אם ניתן לגזור את הזכות מתוקף הזכות לכבוד, המעוגנת בחוק היסוד. לעומת זאת, נחה הדעת של כל שופטי ההרכב, כי המדובר בזכות יסוד המעוגנת בפסיקתו של בית המשפט העליון. כך למשל, הנשיא ברק קובע, כי:

חופש התנועה – היא הזכות הנפגעת – הוא מהזכויות היותר בסיסיות, כך הוא במשפט המשווה, וכך גם אצלנו. (עמ' 49)

ר' לעניין זה גם: יפה זילברשץ **"על חופש התנועה הפנים-מדינתית"**, משפט וממשל ד', 793 (1998).

28. בית המשפט העליון הכיר בחשיבותה המיוחדת ובעליונותה של הזכות לחופש התנועה, כפי שמיטיב לתאר כבוד השופט חשין (כתוארו דאז) בפרשת חורב:

ערכו של חופש התנועה ערך נעלה הוא, חופש התנועה...שווה במשקלו לחופש הדיבור...ועל ערכו של חופש הדיבור אין צורך להאריך. יתר על כן: חירות התנועה הינה בתה של החירות, והחירות – ידענו כולנו – היא מן היושבות ראשונה במלכות. (עמ' 147)

לעניין זה מוסיפה כבוד השופטת דורנר בבג"ץ 4541/94 **אליס מילר נ' שר הביטחון פ"ד מט(4) 94 (1995)** בעמ' 136-135, כי:

הפסיקה האמריקנית פיתחה דוקטרינה של רמות בדיקה...המבוססת על בחינת חשיבותם של הערכים החברתיים העומדים ביסודה של הזכות...**רמת הבדיקה המחמירה ביותר חלה אף לעניין בדיקת חוקיותן של פעולות הפוגעות בזכויות יסוד בעלות מעמד בכורה (fundamental rights), כגון חופש הביטוי, חופש התנועה והזכות לבחור...בבדיקת החוקיות של פעולות כאלה נדרשת בדיקה קפדנית (strict scrutiny), המטילה על הרשות נטל שכנוע – מהותי וראייתי.**

...בישראל יש לשאול את אמות המידה לכיבוד הזכויות בשינויים המחויבים, מסעיף 8 לחוק היסוד...בסעיף זה נקבע: "אין פוגעים בזכויות

שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

29. מן האמור לעיל עולה, כי לאור מעמד הבכורה שיש לחופש התנועה, פגיעה בה יכול ותיעשה אך ורק על פי אמות המידה הקבועות בסעיף 8 לחוק היסוד. (להלן: "פיסקת ההגבלה") ברי, כי בנסיבות שלפנינו, הפגיעה בחופש התנועה של העותר, ושל רבים כמותו, אינה עומדת באמות המידה הקבועות בפיסקת ההגבלה: כאמור, מתשובותיה של המשיבה 1 לעותר, עולה כי הקמת המחסומים במרחב הציבורי העירוני לא תואמה ולא אושרה. קל וחומר שהמשיבה 1 לא ערכה את איזון האינטרסים הנדרש, וכלל לא ערכה "בדיקה קפדנית (strict scrutiny)" – כלשונה של כבי' השופטת דורנר בפרשת מילר הנ"ל - האם היא רשאית להתיר הקמת מחסומים כאמור. בדיקה מעין זו הייתה מגלה למשיבות, כי אין שום דבר חוק המסמיכן לפגוע בחופש התנועה פגיעה מן הסוג המתואר כאן. זאת ועוד, הקמת המחסומים אינה עומדת במבחן "המידתיות" הקבוע בסעיף 8 לחוק היסוד ובדרישה כי הפגיעה תהיה "במידה שאינה עולה על הנדרש". כאמור, בהסכמתן שבשתיקה, שותפות המשיבות בהקמת המחסומים "הפיראטיים" ולחסימת המרחב הציבורי בפני העותר ותושבי העיר האחרים. במצב עניינים זה, קיימת סכנה אמיתית של "מדרון חלקלק", כאשר היום מוצבים מחסומים בשלושה רחובות (ככל הידוע לעותר), ומחר - בכל רחבי העיר. במקרה זה, לא ירחק היום עד שחופש התנועה של העותר, כמו גם של כל אחד מתושבי העיר ומבקריו, יהפוך ללא יותר מאשר אות מתה עלי ספר.

(2) במעשיהן או במחדליהן, פוגעות המשיבות בזכותו של היחיד בקניין הציבורי

30. המונחים "רחוב" או "דרך" מוגדרים בסעיף 1 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש), כדלקמן:

לרבות כביש, שדרה, סמטה, משעול לרוכבים או לרגלים, ככר, חצר, טיילת, מבוי, מפלש וכל מקום פתוח שהציבור משתמש בו או נוהג לעבור בו, או שהציבור נכנס אליו או רשאי להיכנס אליו;

31. שימוש הציבור ברחוב או רשות השימוש בו, מהווים, אם כן, חלק ממהותו ומהגדרתו של הרחוב. נטילת מאפיינים אלה מהרחוב מרוקנת אותו מתוכנו, ונותנת לו מאפיינים כשל שטח פרטי. הקמת המחסומים המתוארת לעיל עושה בדיוק זאת. נשאלת השאלה, האם הדבר מותר ואפשרי על פי דין? עמד על כך השופט (כתוארו דאז) חשין בפרשת חורב:

יש וראוי לנתח את המערכת בפרישה רחבה יותר, והיא: זכותו של היחיד ברשות הרבים, זכות שחירות התנועה היא רק אחת מנגזרותיה. "רשות הרבים" היא רשות שלכל יחיד מיחידי החברה זכות בה – זכות של מעין קניין ציבורי – והמשתמע מכאן הוא, שאסורה היא החברה בהפקעתו של אותו מעין-קניין-ציבורי אלא אם הוסמכה לכך מפורשות בחוק או בחוקה. (עמ' 148)

32. במקרה דנא לא מתקיימת הסיפא לדברים דלעיל - בתשובותיהן לעותר, לא טענו המשיבות כי אותו מעין-קניין-ציבורי הופקע. יתר על כן, סעיף 188 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, המעניק למשיבה 2 סמכויות הפקעה של מקרקעין, מותנה בכך שההפקעה תהיה לצרכי ציבור. במקרה דנן, התרחשה בדיוק הפעולה ההפוכה, כאשר המשיבות, בעצימת עיניהן למתרחש, שיתפו פעולה עם יחידים עלומים שבחרו לייחד לעצמם את זכות השימוש בנכסים שמיועדים לצרכי הציבור ולרווחתו. גם לעניין זה יפים דבריו של השופט (כתוארו דאז) חשין בפרשת חורב:

למותר לומר כי דרכים, על פי עצם טבען, מיועדות הן לתועלת הציבור...ולכל הציבור כולו, לא אך לחלקו של הציבור. ומי שנטל מן הציבור והקצה ליחיד או לחלקו של הציבור בלבד...פגע בזכותם של הרבים. הפקיע מן הרבים את שלא הותר להפקיע. (עמוד 149)

(3) במעשיהן או במחדליהן, פוגעות המשיבות בזכות לפרטיות

33. כאמור לעיל, כתנאי למעבר במחסום שהוצב ברחוב הרקפת, דרש השומר במקום מהעותר, כי יזדהה וימסור את מטרת ביקורו במקום. דרישה זו מהווה פגיעה חמורה בזכות לפרטיות של העותר.

34. הזכות לפרטיות עוגנה בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע, בין היתר, בסעיף קטן א', כי: "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו." השופט גרוניס קובע לעניין זה, כי:

שתי פנים לה לזכות הפרטיות הנוכרת בסעיף 7(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הפן האחד, שניתן למצוא את מקורו בכבוד האדם, הינו "זכותו של אדם לנהל את אורח החיים שבו הוא חפץ בדל"ת אמות ביתו, בלא הפרעה מבחוץ"...**אין להגביל אמירה זו להיבט הפיזי של הבית.** יש להבינה בצורה רחבה יותר, באופן מטאפורי, ברוח הביטוי שטבעו וורן וברנדייס **"the right to be left alone"**... (בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים פ"ד נח(4)842, 856 (2004)).

35. אין חולק, כי תשאל מהסוג שחוה העותר מהווה פגיעה בזכותו "להיעזב במנוחה". אם כן, שוב נשאלת השאלה, האם במקרה דנן המדובר בפגיעה מותרת על פי חוק, העומדת בדרישות פסקת ההגבלה? תשובה לכך ניתן ללמוד מעיון בחוק **סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור**, התשס"ה-2005. סעיף 7 לחוק זה, מסמיך את השר לביטחון הפנים להעניק למאבטח, כהגדרתו בחוק, סמכויות שונות, כגון: חיפוש, דרישת הזדהות ומניעת מעבר למקום ציבורי. הסעיף מוסיף, כי למאבטח שהוסמך כאמור, תוענק תעודה חתומה על ידי קצין משטרה בדרגת סגן ניצב, המעידה על הסמכויות שהוענקו לו. כאמור לעיל, במקרה דנן המאבטח המוצב במחסום ברחוב הרקפת לא מונה על-ידי רשות שלטונית, אלא נשכר על-ידי קבוצת אזרחים, ללא סמכות בדין. בוודאי שאינו אוחז בידיו תעודה מעין זו הנדרשת בחוק.

יתרה מכך, סמכותו של השר לביטחון הפנים להעניק למאבטח סמכויות כאמור, מוגבלת למקומות ספציפיים כמו תחנות אוטובוס או טרמפיאדות לחיילים או למקומות "שיש רגישות מבחינת ביטחון הציבור". לעניין זה, מציין המחוקק במפורש בהצעת החוק, כי:
...ואולם מוצע להגביל את מתן הסמכויות באלה:

(1) על השר להשתכנע כי הסמכות נחוצה לשם ביצוע פעולות אבטחה ושמירה על ביטחון הציבור – וזאת במקומות פתוחים לציבור הרחב, או במקומות שיש בהם רגישות מיוחדת מבחינת ביטחון הציבור או ביטחון המדינה, בשל אופי פעילותם או מיקומם. (ה"ח 3118 **סמכויות חיפוש לשם שמירה על ביטחון הציבור**, התשס"ב-2002, 568, 571)

זאת ועוד: מכלל ההן נלמד על הלאו. לא יעלה על הדעת, כי יתאפשר לקבוצת תושבים לעשות דין לעצמה, להציב מחסומים ומאבטחים, האוחזים בידיהם סמכויות מרחיקות לכת, בכל קרן רחוב, והמשיבות יעצמו עין. פרשנות זו מתחייבת גם לאור הקבוע בסעיף 1 לחוק הנ"ל, המכיר בצורך להשתמש בסמכויות המוקנות בו רק "...במקום ובדרך שיבטיחו שמירה מרבית על כבוד האדם, **פרטיותו** וזכויותיו". וכן, לאור העיקרון, כי פרשנות הוראות חוק צריכה להיעשות באופן הנותן תוקף לזכויות יסוד. (ר' לעניין זה בש"פ 537/95 **עימאד גנימאת נ' מדינת ישראל** פ"ד מט(3) 375, 355 (1995))
נמצא, איפוא, כי גם במקרה דנן, לא ניתן להיתלות בדבר חקיקה המסמיך באופן מפורש הקמת מחסומים מאויישים. למותר לציין שהסוגיות שהועלו בסעיף 29 לעיל ביחס ל"מבחן המידתיות" הקבוע בסעיף 8 לחוק היסוד, נכונות גם במקרה דנן.

(4) במעשיהן או במחדליהן, פוגעות המשיבות בזכות לשוויון

36. רבות נכתב על חשיבותו ומרכזיותו של עקרון השוויון בשיטת המשפט שלנו. בית המשפט העליון פסק זה מכבר כי:

מן המפורסמות הוא כי השוויון הוא מערכי היסוד של המדינה. הוא מונח ביסוד הקיום החברתי. הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי...עקרון השוויון חל על כל פעולות השלטון ועל פעולותיו של כל שלטון. ממילא הוא חל בגדרי השלטון המקומי... (בג"ץ 4112/99 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' עיריית תל אביב-יפו ואח'** פ"ד נו(5) 393, 414 (2002)).

זאת ועוד, בית המשפט הגבוה לצדק קבע, ביחס למעמדה הנורמטיבי של הזכות לשוויון, כי היא חלק בלתי נפרד מהזכות לכבוד האדם, המעוגנת בחוק היסוד. בג"צ 7052/03 **עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' שר הפנים ואח'**, (פורסם באתר נבו), בעמ' 43 לפסה"ד (2006).

37. פרישת המחסומים ברחובות העיר, מאפשרת לבעלי האמצעים לנהוג מנהג בעלים במרחב הציבורי וליצור הלכה למעשה 'קהילה מגודרת'. מלומדים שונים מסכימים, כי מודל 'הקהילה המגודרת' ('gated community') משמש, בין היתר, **להגברת תחושת הביטחון**,

היוקרה וההתבדלות בין אלו שבתוככי הגדר לבין אלו שמחוצה לה. מודל זה הפך לשכיח יותר בשנים האחרונות, כתוצאה מהשינויים הכלכליים והחברתיים שעברו על החברה בישראל.

(ר' לעניין זה: אמנון להבי, "מבוא - קהילות מגודרות בישראל – בין העיר לכפר" 9, 15; גלעד רוזן וערן רזין, "מתחמי מגורים מגודרים בישראל: אוטופיות קהילתיות או מועדוני חברים אקסקלוסיביים" 41, 51; נתי מרום, "מאה שנים של היבדלות – קהילות מתבדלות ומגודרות בתל אביב בפרספקטיבה היסטורית" 169, 177; בתוך "קהילות מגודרות" בעריכת אמנון להבי. נבו, 2010).

38. מחדליהן המתוארים של המשיבות, תורמים להתבדלות המרחבית מהסוג המתואר לעיל. בין אם המשיבות התכוונו לכך ובין אם לאו, הדבר מביא לתוצאה של הפליה בין מי שהפרוטה מצויה בכיסו לבין מי שאינה. תוצאה זו עומדת בניגוד בולט לעקרון השוויון ולדרישות הדין הישראלי. (ר' לעניין זה: בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש הממשלה. פורסם באתר נבו (2006)).

לסיכום עד כאן, על סמך חוק התכנון והבניה ופקודת העיריות היה על המשיבות לפעול להסרת ו/או להריסת המחסומים ו/או עמדות השמירה שהוקמו ברחובות הרקפת, הגלעד והי"ח שבהוד השרון. במקום זאת, בחרו המשיבות להעלים עין ממעשים לא חוקיים אלה ובכך תרמו להם והפכו לשותפות בהפרת החוק. זאת ועוד, מחדלן של המשיבות לעשות כן, מהווה הפרה של חובת הנאמנות שלהן כלפי העותר ושל חובתן לפעול באופן המכבד ומקיים את זכויותיו הבסיסיות דלעיל.

סמכותו של בית המשפט

39. התוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס – 2000, כוללת בין סמכויותיו של בית משפט לעניינים מינהליים "החלטה של רשות מקומית או של נושא משרה או תפקיד בה..." (סעיף 8(א)). כאמור לעיל, מקום בו קיימת לרשות המקומית חובה או סמכות לפעול, כבמקרה דנן, יבחן בית המשפט את הימנעותה מלעשות כן על פי המבחנים המקובלים בבחינת הפעלתה של סמכות סטטוטורית.

40. כמו כן, סעיף 10 לתוספת הראשונה, קובע כי עניני תכנון ובניה לפי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, למעט לפי פרק י': עבירות ועונשין, נופלים בגדר סמכויותיו של בית המשפט לעניינים מינהליים. לעניין זה מן הראוי להבהיר, כי בית המשפט קבע כי עתירות שענינן אכיפת הוראות סעיף 27 לחוק התכנון והבניה, נכללות בגידרו של סעיף 10 הנ"ל. לעניין זה יפים דבריו של הנשיא ברק, כי:

אכן, ההיגיון והטעם בריכוז ענייני התכנון והבניה תחת קורת גג דיونית חלים גם על הצורך בריכוז הטענות שענינן שיקול-הדעת של רשויות האכיפה בהפעלת סמכויותיהן על-פי חוק התכנון והבניה, בבית המשפט לעניינים

מינהליים. שאלת הפעלתו הראויה של שיקול-הדעת בענייני אכיפה היא שאלה מינהלית באופייה, שככל שהיא עוסקת ממילא בתחום המצוי בסמכותו של בית-המשפט לעניינים מינהליים – כאמור בסעיף 10(א) לתוספת הראשונה לחוק – ראוי הוא כי תידון ותוכרע אף היא על-ידי בית-המשפט לעניינים מינהליים. (בג"ץ 8071/01 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד נו(1) 121, 131 (2002))

מכאן סמכותו של בית המשפט הנכבד לדון בעתירה.

סיכום

41. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבות לפעול להסרת המחסומים ואמצעי השמירה שנפרשו ברחובות הרקפת, הגלעד הי"ח בהוד השרון, וכן לפסוק לעותר הוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד.

מן הדין ומן הצדק להיעתר לעתירה.

ערן צין, עו"ד
ב"כ העותר