

**מאחורי הפורמליזם- בין החופש להיכנס
לחופש לנכס את הגנים הציבוריים
בישראל**

עו"ד אמירה עראף

אגודת הגליל

איך לפתוח מאמר העוסק בגנים ציבוריים בישראל? הסיפור של גנים ציבוריים בישראל יכול לחסות תחת ספקטרום רחב של תיאוריות החל משיח של קולוניאליזם, סגרגציה, הדרה, צדק חברתי, צדק סביבתי, ועד לשיח של הפרדת הרשויות. ברם, מאמר זה מבקש לגולל, בצורה ביקורתית, את 'הסיפור המשפטי' של גנים ציבוריים בישראל, ולו בכדי להפיג את העננה שאופפת את נושא תשלום דמי כניסה לפארקים ציבוריים בישראל ולתת מענה לאדם מן השורה שתוהה אם יש לו זכות להיכנס בחינם לפארק ציבורי בעיר פלונית או אלמונית.

בסוף שנות התשעים אירע האירוע המכונן בהיסטוריה החקיקתית בנושא דמי כניסה לפארקים ציבוריים. אז אירע האירוע הראשון הידוע בו רשות מקומית בישראל, עיריית רעננה באותו מקרה, מחליטה לגבות דמי כניסה לאחד מהפארקים הציבוריים שבתחומה ממבקרים שאינם נמנים על תושבי העיר. במוצהר, מה שעמד מאחורי החלטה זו היה 'ההצפה' של הפארק ע"י מבקרים מיישובים סמוכים, ערבים בעיקר, שגרעה לטענתם מההנאה של תושבי העיר רעננה והגדילה את עלויות התחזוקה של האתר (להלן: "פרשת רעננה").

ב- 30 לינוי 2004 בית הדין הגבוה לצדק נתן פסק דין בפרשת רעננה לאחר שארגון 'אדם טבע ודין' הגיש עתירה נגד העירייה (ראו בג"צ 86876/00 אדם טבע ודין נגד עיריית רעננה והיועמ"ש, פ"ד(2), 210). בפסק הדין הכשיר ביהמ"ש את הגבייה. בזמנו בחן ביהמ"ש את ההחלטה של עיריית רעננה במבחני הביקורת של המעשה המנהלי

הידועים: האם קיימת סמכות בדין לרשות מקומית לגבות דמי כניסה לגן ציבורי; במידה וכן, האם ההחלטה על גביית דמי כניסה הייתה סבירה בנסיבות העניין. לשאלות אלה השיב ביהמ"ש בחיוב תוך שהוא קובע כי ברמה העקרונית רשויות מקומיות רשאיות לגבות דמי כניסה לגנים ציבוריים וזאת כנגזרת מסמכותן להקים ולהסדיר גנים וגינות הקבועה בסעיף 249(8) לפקודת העיריות (לפני התיקון). לעניין סבירות ההחלטה, בית המשפט קבע כי היה סביר באותן נסיבות לגבות דמי כניסה משיקולים שונים; בין היתר, קיום אטרקציות מיוחדות באותו פארק; העובדה כי הקמת אותו פארק מומנה מכספי משלמי המסים תושבי העיר רעננה ועוד.

בעקבות הפסיקה בפרשת רעננה ארגוני סביבה, ובצדק רב, געשו ורעשו. בהעדרם של קריטריונים מתי מותר ומתי אסור לגבות דמי כניסה לפארקים ציבוריים, הייתה צפויה הטלה בלי מבוקרת של דמי כניסה. במהלך הדיון בעתירה מונתה וועדה בין משרדית שהמטרה שלה הייתה לקבוע קריטריונים לגביית דמי כניסה לפארקים ציבוריים. הקריטריונים נועדו לסייג את סמכותן הרחבה של הרשויות המקומיות לגבות דמי כניסה- אותה סמכות הנגזרת מסמכותן להקים ולהסדיר גנים ציבוריים הקבועה בסעיף 249(8) לפקודת העיריות (לפני התיקון) ושקיבלה גושפנקא באותו פסק דין. למעשה, בית המשפט בחר שלא להפעיל את שיקול דעתו בעניין זה והעביר את השאלה לוועדה בין משרדית. הוועדה קבעה עקרונות מנחים למתן היתר לגביית דמי כניסה לפארקים ציבוריים ע"י רשויות מקומיות והמליצה להקים צוות מיוחד שיאשר בכל מקרה ומקרה, את גביית דמי הכניסה עפ"י העקרונות אשר נקבעו ע"י הוועדה- הכול במטרה למנוע הטלה בלתי מבוקרת של דמי כניסה וצמצומה למקרים מיוחדים.

ברם, גם בקריטריונים אלה לא היה סיפק לטעמו של המחוקק שהרי אותם כללים שימרו למעשה את סמכותן העקרונית של

הרשויות המקומיות להטיל דמי כניסה לפארקים ציבוריים הנגזרת כאמור מכוח סמכותן להקים ולהסדיר גנים ציבוריים הקבועה בסעיף 249(8) הנ"ל (לפני התיקון). כאן למעשה נולד המהפך הנורמטיבי המגולם בתיקון לסעיף 249(8) לפקודת העיריות.

ב- 6 לפברואר 2007 ולאחר מספר דיונים, הכנסת קיבלה את הצעת התיקון לסעיף 249(8). בסיפא של הסעיף המסמיך עיריות להקים ולהסדיר גנים ציבוריים, התווסף איסור מפורש על גביית דמי כניסה מלבד במקרים חריגים עפ"י אישור של שר הפנים בהתאם לכללים שיקבעו.

הלכה למעשה, שינוי זה של החוק שינה את נקודת המוצא: בעוד שלפני התיקון רשויות מקומיות היו מוסמכות לגבות דמי כניסה כנגזרת של סמכותן להקים ולהסדיר גנים ציבוריים, לאחר התיקון הכלל הוא שרשויות מקומיות אינן מוסמכות לעשות כן. ולא בכדי נקבע האיסור. ביסוד התיקון עמד השיקול של צדק סביבתי וחלוקה הוגנת של טובין סביבתי. במה הדברים אמורים? עיניו של המחוקק הייתה מפוקחת לחלוקה הבלתי שוויונית של גנים ציבוריים במדינה לטובת רשויות איתנות ולפרקטיקה שהלכה והתרחבה של הטלת דמי כניסה לפארקים ציבוריים מתושבי חוץ שמגיעים בעיקר מרשויות בעלות מעמד סוציו-אקונומי נמוך (ערבים בעיקר). למעשה, התיקון 'הפקיע' את הסמכות להחליט על גביית דמי כניסה מידי הרשויות המקומיות והעבירה לשר הפנים על פי קריטריונים אשר ייקבעו בתקנות אשר יותקנו מכוח אותו סעיף. למותר לציין כי במהלך הדיון בהצעת החוק אף ההצעה כי שר הפנים יהיה מוסמך להפעיל את שיקול דעתו בעניין גביית דמי כניסה במקרים מסוימים נדחתה מחשש כי תסוכל מטרת החוק. בסופו של דבר נקבע, כפשרה, הנוסח הקיים לפיו השר יכול לעשות זאת רק במקרים חריגים ורק עפ"י כללים

שתאשר וועדת הפנים והגנת הסביבה. מלים אחרות, הסמכות להחליט על המקרים החריגים אינה נתונה לשיקול דעתו של שר הפנים אם כי יש לעגנם בקריטריונים לגביית דמי כניסה אשר ייקבעו בתקנות שיותקנו. ואכן, תקופה קצרה לאחר מכן הובאה לשולחן הכנסת הצעה של תקנות שיסדירו את המקרים החריגים בהם תותר גביית דמי כניסה לגנים ציבוריים.

בראשון לאוגוסט 2007 ועדת הפנים של הכנסת דנה בנוסח תקנות שהוכתרו בשם "תקנות העיריות (גביית דמי כניסה לגנים ציבוריים) שהובאו לשולחנה ע"י משרד הפנים מכוח התיקון לסעיף 249(8) הנ"ל אשר קובע בסיפא שיש צורך בקביעת כללים/קריטריונים להסדרת המקרים החריגים בהם תותר גביית דמי כניסה לגנים ציבוריים. בין היתר, התקנות הציעו קריטריון לפיו קיום שירותים חיוניים בפארק כמו אגם מלאכותי, פינת ליטוף וכדו' מהווה שיקול להתרת גביית דמי כניסה, אם כי יועדף תשלום עבור השירותים ולא בכניסה. הוצע גם למשל, כי קיום פארקים בסביבה שהכניסה אליהם בחינם, מהווה שיקול להתרת דמי כניסה לאותו פארק בגינו מתבקש היתר הטלת דמי כניסה. נוסח זה של התקנות נדחה ע"י חברי וועדת הפנים והסביבה. חברי הוועדה היו בדעה כי הקריטריונים שהוצעו מרחיבים מדי את קשת המקרים להתרת דמי כניסה וזאת בניגוד לכוונתו המפורשת של המחוקק כפי שבאה לידי ביטוי בחקיקה ראשית לפיה תותר גביית דמי כניסה במקרים חריגים בלבד. לגישתם, אותו נוסח שהוצע, חזר למעשה על אותו נוהל, הפסול לדידם, שהיה קיים לפני תיקון החוק ואף הרחיב אותו.

ב- 14 לספטמבר 2014 ביהמ"ש לעניינים מנהליים בחיפה נותן פסק דין, המורה על קבלת העתירה שהגישה אגודת הגליל, לביטול החלטתה של עיריית קריית אתא להטלת דמי כניסה לפארק ספורטק ממבקרים שאינם נמנים על תושבי העיר

עת"מ 27088-07013 אגודת הגליל נגד עיריית קריית אתא (פורסם בנבו). העותרים סמכו את עתירתם על התיקון של סעיף 249(8) הקובע כי רשויות מקומיות לא ייגבו דמי כניסה לגנים ציבוריים אלא אם נתקבל היתר של שר הפנים לכך במקומות חריגים ולפי כללים שקבע באישור ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת. העותרים טענו כי פארק ספורטק קריית אתא נופל בגדר 'גן ציבורי' כמשמעותו בסעיף 249(8) הנ"ל, ומאחר ולא התקבל היתר שר הפנים להטלת דמי כניסה, ההחלטה על הגבייה נעשתה בחוסר סמכות ושלא כדין. מנגד, טענה העירייה כי פארק קריית אתא אינו מהווה 'פארק ציבורי' כך שהאיסור הקבוע בסעיף הנ"ל אינו חל בניסבות המקרה; ומכל מקום, עלויות התחזוקה הגבוהות שנגרמו 'מהצפה' של הפארק ע"י מבקרים המגיעים מחוץ לעיר, כך לטענתם, מצדיקה גביית דמי כניסה מתושבי חוץ. בית המשפט קיבל את טענת העותרים לפיה מדובר בגן ציבורי והורה לעיריית קריית אתא לחדול מגביית דמי כניסה כל עוד לא התקבל היתר שר הפנים לכך.

המקרה של קריית אתא היה המקרה הראשון שהגיע לכותלי בית המשפט לאחר התיקון שהוכנס לסעיף 249(8) לפקודת העיריות לפיו נאסר על עיריות לגבות דמי כניסה לגנים ציבוריים. לכן, זה היה המקרה הראשון בו עמד סעיף 249(8) המתוקן בפני ביקורת שיפוטית. מעיון בפסק הדין מתקבל רושם של רטוריקה פורמאליסטית משהו; בית המשפט סמך את פסק דינו על העיקרון כי אין לרשות המנהלית אלא מה שהחוק העניק לה; ומשלא ניתן היתר שר הפנים, קבע בית המשפט כי אין סמכות לעיריית קריית אתא לגבות דמי כניסה. יחד עם זאת, לא ניתן להתעלם מהקביעה העקרונית של בית המשפט בפסק הדין לפיה "המחוקק ביקש למנוע מהרשויות המקומיות את הסמכות להחליט איזה מהגנים הציבוריים שבתחומיהן יהיו כאלה שאיסור הגבייה לא יחול עליהם..". למעשה, קביעה עקרונית זו משקפת את ההיסטוריה

החקיקתית שתחילתה בפרשת רעננה אך סופה טרם נחרץ.

ב- 4 ליולי 2022 ביהמ"ש העליון מחק עתירה של עיריית קריית אתא בה היא עתרה להורות לשר הפנים להתיר לה לגבות דמי כניסה לפארק ספורטק. בשורה התחתונה, ביהמ"ש הורה למחוקק את העתירה, תוך חיוב המשיבים בתשלום הוצאות משפט לעותרת, וזאת בנימוק כי העתירה מתייתרת לאור קידום תקנות דמי כניסה לגנים ציבוריים בוועדות הכנסת.

מהם המקרים החריגים בהם יש להתיר גביית דמי כניסה? כאמור, הצעה לתקנות מונחת על שולחן הכנסת. יצוין כבר עתה, כי קיימת סכנה בקבלת הקריטריון של קיום מתקנים ו/או שירותים ו/או פעילויות מיוחדים כאלה או אחרים להתרת גביית דמי כניסה, שהרי קריטריון כזה ישמש למעשי אקרובאטיקה משפטית מנהלית בהם רשויות מקומיות יציבו מתקנים מיוחדים ו/או יספקו שירותים או פעילויות מיוחדות הכול במטרה תחילה בכדי 'להכשיר' גביית דמי כניסה. אנו בדעה כי אין מקום להתרת דמי כניסה לפארקים ציבוריים בשלב זה; תחת זאת יש מקום לתקן בשנית את סעיף 249(8) באופן שתימחק הסיפא של הסעיף המאפשרת גביית דמי כניסה במקרים חריגים. רק מהלך כזה יבטא את הרוח הליברלית והמתקדמת של התיקון לחוק.

במאמר מוסגר יצוין כי על אף שבתיאוריה אין חקיקת משנה יכולה לסתור דברי חקיקה ראשית, בפועל הממשלה היא היא הגוף המחוקק בישראל; רוב החוקים המשמעותיים בישראל הם יוזמה של ממשלות ישראל לדורותיהן. לכן, לא יהיה זה מפתיע אם תקנות בנוסח מרחיב יעברו בכנסת. השאלה היותר מעניינת תהיה: מה תהיה עמדתו בשל ביהמ"ש במידה ויבאו לפניו תקנות דמי כניסה המרחיבות את קשת המקרים בהם מותרת גביית דמי כניסה.

בין לבין, ובתוך החלל המשפטי הזה עיריות
מנסות לשחק, לתמרן ולתחמן. למעשה,
קיימים קווי מתאר דומים אצל הרשויות
המקומיות המבקשות 'לנכס' את הגנים
הציבוריים לטובתם. המניע דומה: לרוב,
הרצון להדיר את רגליהם של 'זרים'. השיטה
דומה: הטלת דמי כניסה. האמתלות
והתירוצים דומים: תושבי העיר המסוימת
מממנים מכספי המסים את עלויות
הקמת/תחזוקת הפארק; האתר מהווה מקום
מיוחד בשל קיום מתקנים ו/או שירותים ו/או
פעילויות מיוחדות. נציין כאן כי היו כאלה
שאף הרחיקו לכת והציעו 'מבחנים' שונים
ומשונים; למשל, היו כאלה שהשמיעו את
הטענה כי 'אתר' מסוים לא מהווה פארק
ציבורי מכיוון שאין בו אפשרות לעישון
נרגילה; או מכיוון שאין בו אפשרות 'לעשות
על האש' ועוד כהנה וכהנה הצעות אירוניות
שאפשר בנקל למצוא להן מכנה משותף: הן
רואות כנגד עיניהם (בצורה סטראוטיפית יש
להגיד) את הערבי הבא אל שערי הפארק
ומבקשות להרחיק אותו!

אל מול ערבוביה משפטית ומנהלית זאת יש
לחזור ולהזכיר שני דברים: ברישא של סעיף
249(8) יש איסור על גביית דמי כניסה לגנים
וגינות ציבוריות. באותה נשימה יש לזכור
ולהזכיר כי החוק אינו מגדיר מהם 'גנים וגינות
ציבוריות'. והשני: בסיפא של הסעיף קיים
חריג המתיר גביית דמי כניסה. באותה
נשימה יש לזכור ולהזכיר כי המקרים
החריגים בהם תותר גביית דמי כניסה טרם
נקבעו בתקנות.