

המבקשת:

עיריית תל-אביב-יפו

ע"י ב"כ עוה"ד עוזי סלמן ו/או שלום זינגר ו/או עדי בוסתן ואח'
מרחוב אבו גבירול 69, תל-אביב-יפו
טלפון: 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 ו/או דן יקיר ואח'

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רחוב נחלת בנימין, 75 ת"א 65154
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

5. **משטרת ישראל**

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

תגובת המשיבים 1-4 לבקשה לעיכוב ביצוע

1. המשיבים 1-4 (להלן – **המשיבים**) מתנגדים לבקשה, וסבורים כי יש לדחות אותה על הסף, שכן היא אינה מגלה עילה, לוקה בחוסר ניקיון כפיים, וכי דין הבקשה להידחות גם לגופה.
2. מהות הבקשה של המבקשת (להלן – **העירייה**), הינה להותיר על כנה התנהלות, שבית המשפט קמא מצא שהיא לא חוקית בהיותה פוגעת באופן לא מידתי בזכויות חוקתיות בסיסיות של אנשים חסרי בית ובראש ובראשונה בזכותם להתקיים בכבוד.
3. כפי שקבע בית המשפט קמא "חסרי הבית חיים במרחב הציבורי בהעדר מרחב פרטי בו יוכלו לשהות. הם מתקיימים במרחב ציבורי, ומנהלים בו את חייהם. הם מבצעים בו את כל פעולות הקיום. הזרתם מהמרחב הציבורי מאיימת על עצם קיומם" (עמ' 24 לפסה"ד). ובמקום אחר הוסיף בית המשפט קמא: "כאשר מפנים ציוד של חסרי בית כשהם ישנים עליו או מתחתיו, או לוקחים ציוד שלהם במטרה להרחיקם מהמרחב הציבורי בו הם נמצאים, למעשה מונעים מהם להתקיים. פוגעים פגיעה חמורה עוד יותר בכבודם להתקיים ולו במרחב הציבורי, לישון במקום בו בחרו לישון במרחב הציבורי. לישון בחברת

חסרי בית אחרים. הדבר פוגע בזכויותיהם הבסיסיות ביותר – הזכות להתקיים וכבודם כבני אדם, ממנו נגזרת הזכות לנהל את חייהם כחסרי בית בכל מרחב ציבורי שירצו" (עמ' 26 לפסה"ד).

4. מכאן שמהות בקשתה של העירייה הינה להתיר לעירייה להמשיך בהתנהלות, שכבר נקבע שהיא פוגעת פגיעה חמורה בכבודם של אנשים חסרי בית ובעצם זכותם להתקיים, בלית ברירה, במרחב הציבורי.

א. הבקשה אינה מגלה עילה

5. בקשה לעיכוב ביצוע מטרות "לשמור על המצב הקיים כל אימת שיש חשש שאי אפשר יהיה לממש את ההכרעה הסופית אם יתקבל הערעור, או – כפי שמקובל לומר – אי אפשר יהיה, או שיהיה קשה, להשיב את המצב לקדמותו אם יתקבל הערעור".

חמי בן-נון, טל חבקין **הערעור האזרחי** (מהדורה שלישית) 369 (2012); ר' גמ ר"ע 553/85 **קיפר נ' עזבון שמחה דה-מדינה שמעון**, פ"ד לט(3) 637 (1985).

6. בענייננו ביהמ"ש לעניינים מינהליים הצהיר מה המצב המשפטי והעירייה מבקשת למעשה סעד זמני בערעור שיאפשר לה להמשיך לפעול באופן שנקבע שהינו לא חוקי. יתר על כן – מימוש פסק הדין של בית המשפט קמא אינו יוצר כל עובדה בלתי הפיכה, ואין בקיומו כדי ליצור חשש, ולו קל, כי לעירייה לו תהיה אפשרות לממש את פסק הדין, אם יתקבל הערעור, או להשיב את המצב לקדמותו. **העירייה בעצמה לא מצביעה על אפשרות, ולו קלושה, שאי הוצאת הצו ימנע ממנה לממש את ההכרעה הסופית, אם יתקבל הערעור שהגישה, או שלא ניתן יהיה להשיב את המצב לקדמותו.** למעשה, העירייה מבקשת באמצעות צו עיכוב ביצוע לקבל את הסעד הסופי שהיא מבקשת בערעור.

7. יש לזכור, כי פסק הדין אינו מטיל על העירייה כל חובה מסוג "עשה", המחייבת אותה להשקיע משאבים או לעשות פעולות בלתי הפיכות. פסק הדין מצהיר כי העירייה פעלה שלא כדין, ואוסר על העירייה להמשיך ולפגוע בזכויות הבסיסיות ביותר של אנשים חסרי בית במרחב הציבורי. פסק הדין גם אינו גורם להסתמכות בלתי הפיכה של צדדים שלישיים. כך שאם בסופו של יום בית המשפט הנכבד יחליט להפוך את פסק הדין, העירייה תוכל לממש את שייקבע באופן מיידי ולהשיב את המצב לקדמותו.

8. גם בפסיקה **שמציגה העירייה** אין כדי לתמוך בטענתה. כך, בעניין עע"מ 1837/12 **אסום חברה קבלנית לבניין נ' אוניברסיטת בן גוריון** (החלטה מיום 14.3.12) נדונה בקשה לעיכוב ביצוע של עבודות בניה להקמת מעונות סטודנטים על ידי מתמודד במכרז. בית המשפט ציין כי "מקום שמדובר במכרז לביצוע עבודות הקמה, הרי שאם לא יינתן סעד זמני העוצר את ביצוע העבודות, הדיון בערעור עלול להתייתר אם לאחר ההקמה, או בעיצומה, יתקיים קושי ממשי "להפקיע" את זכייתו של הזוכה במכרז אם הערעור יתקבל" ומטעם זה הורה על עיכוב ביצוע. כלומר – באותו מקרה המבקשת הצביעה על היווצרות עובדות בלתי הפיכות.

9. כך גם עע"מ 3416/09 **עיריית ירושלים נ' כהן** (החלטה מיום 4.5.09), ועע"מ 7979/09 **שמואלי נ' ראש עיריית נהריה** (החלטה מיום 25.10.09) שמצטטת העירייה, אינם תומכים בעמדתה. בראשון עיכב בית המשפט הנכבד צו עשה ליתן רישיונות רוכלות ברחוב מחנה יהודה לאחר ששוכנע, שעלול להיווצר קושי של ממש בהחזרת המצב לקדמותו אם יתקבל הערעור. בשני, קיבל בית המשפט הנכבד בקשה של המערער לעיכוב ביצוע פסק דין שניתן נגדו לאחר שהוא הצביע על נזק בלתי הפיך שייגרם לו אם לא יעוכב פסק

הדין – הצורך לעזוב אחד מבין שני תפקידים אותם החזיק, לעמדתו, כדין. בכל המקרים המערערים הצביעו על נזק בלתי הפיך, שיגרם להם אם לא יעוכב פסק הדין.

10. העירייה לא הצביעה ולו על פסק דין אחד, שבו ניתן צו עיכוב ביצוע אף שהמבקש לא הצביע על כך שאי מתן הצו יצור עובדות בלתי הפיכות או קושי של ממש להשיב את המצב לקדמותו.

11. על היעדר חשש להיווצרות של עובדות בלתי הפיכות או מצב שקשה להחזיר לקדמותו מעידה גם התנהלות העירייה. פסק הדין ניתן ביום 19.11.12, כלומר –ארבעה חודשים לפני שהוגשה הבקשה דן. העירייה לא פעלה לבקש עיכוב ביצוע בסמוך למתן פסק הדין והיא גם לא הזדרזה להגיש את הערעור, וביקשה וקיבלה הארכת מועד, והוא הוגש ביום 3.1.13. גם לאחר הגשת הערעור לא הגישה העירייה מייד בקשה לעיכוב ביצוע, וזו הוגשה רק ביום 10.3.13, מעל לחודשיים לאחר הגשת הערעור. אם העירייה הייתה באמת חוששת מהיווצרות עובדות בלתי הפיכות ניתן להניח שהייתה פועלת באופן מידי לעכב את ביצועו של פסק הדין.

ב. האם ניתן לעכב ביצוע רק על בסיס חשש מהשלכות פסק הדין הנתקף בתקופת ערעור?

12. מאחר שברור, שפסק הדין של בית המשפט קמא אינו יוצר עובדות בלתי הפיכות, ואינו יוצר מצב שלא ניתן להשיבו לקדמותו, מתבססת הבקשה של העירייה על חוסר שביעות רצונה מהמצב החדש שיצר פסק הדין וחשש מפני השלכותיו בעתיד. ספק בעינינו אם זו בכלל עילה למתן צו עיכוב ביצוע.

13. עמדת המשיבים היא שככלל, אין עילה למתן צו עיכוב ביצוע לתקופת הערעור מקום שאין כל חשש מכך שאי מתן הצו יסכל אפשרות העירייה לממש את זכייתה בערעור, היה ותזכה בו, או להשיב מצב לקדמותו. ספק בעינינו אם יש מקום ליתן צו עיכוב ביצוע רק על בסיס חששות מהשלכות פסק הדין. זאת, משום שהנחת היסוד היא שפסק דין שנתקף בערכאת הערעור התקבל לאחר דיון משפטי יסודי, בו בית המשפט קמא שקל את כל ההשלכות האפשריות, ובשל זכותו של בעל דין ליהנות מזכייתו ללא עיכובים נוספים.

14. אף אם לבית המשפט הנכבד יש סמכות להורות על עיכוב ביצוע או צו זמני אחר גם במקום בו אין חשש מכך שאי עיכוב פסק הדין ייקבע עובדות בלתי הפיכות, סמכות זו צריכה להיות שמורה למקרים חריגים ויוצאי דופן.

ג. בנסיבות העניין אין מקום לצו עיכוב ביצוע

15. במקרה שלפנינו לא מתקיימות אותן נסיבות ייחודיות ויוצאות דופן המצדיקות מתן צו עיכוב ביצוע, אף שאין סכנה להיווצרות עובדות בלתי הפיכות או קושי ממשי בהשבת המצב לקדמותו אם יתקבל הערעור. אדרבא – במקרה שלפנינו מדובר בפסק דין האוסר על פגיעה בזכויות אדם בסיסיות, אולי הבסיסיות ביותר – הזכות להתקיים בלי התעמרות. בקשת העירייה גם אינה עומדת במבחנים שנקבעו בפסיקה לעניין סיכויי הערעור ומאזן הנוחות ולוקה בחוסר ניקיון כפיים.

חוסר ניקיון כפיים מצד העירייה

16. על המבקש סעד מבית המשפט לבוא בנקיון כפיים. בענייננו מבוססת הבקשה על חששה של העירייה מהשלכות פסק הדין תוך שהיא מהלכת אימים על בית המשפט אודות התוצאות הקשות שייגרמו לאינטרס הציבורי אם לא יעוכב פסק הדין. אולם עד היום לא טרחה העירייה לקבוע, כפי שבית המשפט

קמא איפשר לה, נוהל, שיתווה את שיקול דעתם של הפקחים ויאפשר להם לפעול במקרים החריגים, בהם רכושו של חסר בית יוצר מפגעים תברואתיים או מטרדים ממשיים.

17. העירייה מציגה בפני בית המשפט הנכבד מצג מטעה, לפיו פסק הדין מונע באופן גורף מהעירייה לפעול מול חסרי הבית. אלא שבית המשפט קמא פסק, כי לעירייה סמכות להפעיל את סמכותה לפי חוקי העזר הנוגעים לשמירה על הסדר והניקיון במרחב הציבורי כאשר מדובר "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 לבריאות הציבור או בטחונו" (עמ' 42 לפסה"ד).

18. לצורך כך בית המשפט קמא הנחה את העירייה לקבוע נוהל כתוב ומסודר, שיתווה את שיקול דעתם של הפקחים בעניין גבולות הפעלת הסמכויות שבחוקי העזר כלפי אנשים חסרי הבית. בית המשפט נתן דוגמאות להתוויה נכונה לעמדתו של שיקול דעת זה אך לא קבע מסמרות בעניין והותיר לעירייה לקבוע את ההנחיות בהתאם לאיזון שנקבע בפסיקה (עמ' 39-40 לפסק הדין).

19. עד עתה העירייה לא טרחה לכתוב את הנוהל האמור, שאמור לאפשר לה להפעיל סמכויותיה באופן מידתי ומאוזן על פי האיזון שנקבע פסק הדין. בכך מגבילה העירייה את עצמה ואת יכולתה לפעול בצורה מאוזנת ורגישה לזכויות האדם של חסרי הבית. העירייה מעידה גם שהיא מוסרת לתושבים שפונים אליה בתלונות על חסרי בית שהיא "מנועה מלפנות אותם" (סעיף 41 לבקשה), ובכך יוצרת לטענתה זעם כלפי חסרי הבית מצד תושבים "שרומזים על כוונתם לעשות דין בעצמם" (שם). זאת, שעה שהעירייה אמורה לקבוע נהלים, להגיע למקום ולבחון את הנסיבות. אם מדובר בעבירה עליה לקרוא למשטרה, ואם מדובר במטרד או בעיה תברואתית ממשיים היוצרים סכנה מיידית לציבור או לביטחונו – עליה לפעול בעצמה. גם במקרים בהם מדובר אך באי נוחות, יכולה העירייה לנסות ולפתור את החיכוך בהידברות או באמצעות הצעת מחסה. במקום זה העירייה נתלית בפסק הדין כדי להצדיק את מחדליה ומקצינה את המצב.

20. העירייה משתמשת במחדלה היא כדי להקצין את תוצאות פסק הדין. התנהלות זו אינה נקיית כפיים. העירייה באה לבית המשפט הנכבד בבקשה לעיכוב ביצוע בשל טענות לנזקים שלטענתה ייגרמו לאינטרס הציבורי, בעוד היא נמנעת מלפעול בדרך שיכולה לצמצם את אותם נזקים לכאורה. די בכך כדי לדחות הבקשה על הסף.

סיכויי הערעור

21. העירייה מנסה בערעור ובבקשה דן ליצור את הרושם כאילו בית המשפט קמא פסק פסיקה קיצונית, מרחיקת לכת המרעידה את אמות הסיפים. אורח מן החלל החיצון, שייקרא את הערעור, עשוי לקבל את הרושם שבתל-אביב-יפו ישנם אזרחים סוג ב' – התושבים – ותושבים סוג א' – חסרי הבית – שנהנים מ"זכויות יתר" (כך ממש בלשונה של העירייה). תיאור זה מופרך מיסודו.

22. במציאות, פסק הדין עוסק בכמה אלפי אנשים המצויים במצוקה קיומית וקשה, המאימת באופן יומיומי על אפשרותם לממש את זכויותיהם הבסיסיות ביותר – הזכות להתקיים, לבריאות, לכבוד, לחירות, ואשר מנסים לשרוד ללא מרחב פרטי משלהם במרחב הציבורי. חסרי הבית, באמצעות האגודה לזכויות האזרח, לא ביקשו בעתירה זכויות יתר ואף לא עמדו על זכויות בסיסיות המגיעות להם, כמו דיור, בריאות ורווחה. הם לא ביקשו מבית המשפט לחייב את העירייה למצוא להם פתרונות, להתייחס למצבם, להשקיע בהם משאבים. בעתירה דן כל שביקשו חסרי הבית הוא שפקחי העירייה יניחו להם לנפשם, שיפסיקו להתעמר

בהם, לסלקם שוב ושוב, ללא תוחלת, ממקום אחד במרחב הציבורי למקום אחר במרחב הציבורי, שיפסיקו להחרים את ציודם האישי, הדרוש להם להשרדות.

23. ואכן – פסיקת בית המשפט קמא לא חרגה ממה שנתבקש. הגם שבית המשפט נימק באופן נרחב את עמדתו, וציטט ספרות אקדמית ופסיקה זרה, בצד האופרטיבי נקבעה בו הלכה צרה, מאוזנת, הגיונית וממוקדת, שמאזנת נכונה בין זכויות האדם של חסרי הבית לבין האינטרס הציבורי בשמירה על הסדר והניקיון במרחב הציבורי. בית המשפט קמא הורה על מה שצריך להיות מובן מאליו – שגם לגברים ולנשים שלנים ברחוב, בהם גם קטינים וקשישים, יש זכויות בסיסיות, ושלא ניתן להתעמר בהם ולפגוע בכבודם.

24. המשיבים יתייחסו בקצרה לתמצית טענות הערעור, כפי שמופיעות בבקשה דנן, כדי להראות כי לערעור סיכויים נמוכים מאוד להתקבל.

25. הטענה המרכזית הראשונה של העירייה היא שהסעד המבוקש לא היה אלא התפרצות לדלת פתוחה שכן העירייה הצהירה 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 וכיוצא"ב" (סעיף 19 לבקשה). טענה זו מעוררת קושי לוגי, שכן אם בית המשפט קמא התפרץ לדלת פתוחה, כיצד מתיישב הדבר עם הטענה שפסיקת בית המשפט הינה "קיצונית" ויוצרת קשיים ישומיים?

26. כך או כך – הטענה אף איננה נכונה. **ראשית**, העירייה הצהירה כי היא אינה מפנה את חסרי הבית עצמם אך שהיא מוסמכת לסלק את חפציהם האישיים או ציוד הלינה שלהם. בית המשפט קמא התייחס לכך בפסיקתו, דחה את הטענה ופסק כי הסמכות ליטול את חפציהם האישיים של אנשים חסרי בית והשימוש בה ממילא מרוקן מתוכן את ההצהרות של העירייה לפיה היא אינה מפנה פיזית את חסרי הבית עצמם, שכן החרמת הציוד מובילה בפועל לסילוק חסר הבית מהמקום בו הוא לן (עמ' 7 לפסה"ד).

27. **שנית**, בית המשפט קמא לא התבסס רק על הצהרות המשיבים דכאן בדבר פגיעה אלא שמע עדויות רבות, לפיהן העירייה אינה פועלת כפי שהיא מצהירה. עדויות אלו כללו שורה של תצהירים שניתנו על ידי אנשים חסרי בית ופעילים חברתיים שמסייעים להם. בית המשפט אף איפשר לחסרי בית להעיד בפניו באולם בית המשפט. מהעדויות עלתה תמונה קשה על התנהלות פקחי העירייה, לרבות מקרים בהם העירו חסרי בית באישון לילה ואיימו עליהם שאם לא יסתלקו מהמקום יחרימו את השמיכות והמזרונים שלהם או מקרים בהם פקחים ביקשו להחרים ציוד שחסרי בית החביאו במקום מסתור שלא הייתה בו כל הפרעה למרחב הציבורי.

28. העירייה לא סתרה עדויות אלו ולא טענה כי הן אינן מקובלות עליה. העירייה טענה רק שהעדויות על הרחקה או נטילת רכוש ניתנו באיחור ולא בזמן אמת. גם לכך התייחס בית המשפט קמא וקבע, כי בשל הקושי של חסרי בית להעביר תלונות בזמן אמת, קושי שעשוי להיווצר בשל ההרחקה ונטילת הציוד, אין צורך לקבוע עובדות מדויקות, וכי ממילא הן אינן דרושות להכרעה. בית המשפט קמא פסק כי "מכלל התצהירים שהוגשו עולה תמונה לפיה, לפחות בחלק מהמקרים, חסרי הבית הוטרדו על ידי פקחי העירייה בשעות לילה מאוחרות, כשלא הוּו מטרד או הפריעו לאיש" (עמ' 6 לפסה"ד).

29. לעובדה שבית המשפט קמא ביסס את פסק דינו על עדויות שניתנו לא ניתן ביטוי בערעור ובבקשה דנן, באופן שעלול להטעות את בית המשפט הנכבד ולגרום לו לחשוב בטעות, כי בית המשפט שמע טענה

בעלמא, העירייה הכחישה ובית המשפט בכל זאת החליט לפסוק נגדה. אלא שבית המשפט קמא ישב על המדוכה ביסודיות ועובדות פסק הדין נקבעו על סמך הממצאים שהובאו בפניו. ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בממצאים ובראיות שנקבעו על ידי בית המשפט קמא.

30. **שלישית**, בית המשפט קמא לא קיבל את הנוסחה שהציעה העירייה, וסבר כי האיזון המוצע רחב מידי ולא משקף איזון ראוי בין הצורך לשמור על סדר וניקיון במרחב הציבורי לבין הפגיעה החמורה והקשה בזכותם של אנשים חסרי בית להתקיים. לאור האמור בית המשפט קמא פסק, כי "המבחנים עליהם עמדה העירייה כמבחנים להפעלת שיקול הדעת, אינם מבחנים העומדים במבחן המידתיות כפי שהובהר לעיל. לאור העובדה שמדובר בזכויות בסיסיות של חסרי בית, אין די בהגדרות עמומות אלו. יש לקבוע כי רק פגיעה חמורה בניקיון ובסדר הציבורי יביאו לפגיעה בזכויות היסוד של חסרי הבית" (עמ' 40 לפסק הדין).

פסיקה זו הינה פסיקה ראויה וסבירה, שהולכת בתלם שנחרש בהלכות דומות, שיצאו מבית המשפט הנכבד בדבר איזון בין אינטרס ציבורי לבין זכויות אדם חוקתיות, ואשר דרשו רמת הסתברות גבוהה לפגיעה באינטרס ציבורי כדי להצדיק פגיעה בזכויות אדם בסיסיות.

31. הטענה המרכזית השנייה של העירייה היא, כי בית המשפט קמא טעה כשקבע, כי לחסרי הבית זכות לממש את צרכיהם הקיומיים בכל המרחב הציבורי, ללא מגבלה כלשהי (פיסקה 21 לבקשה). עוד טוענת העירייה, כי מדובר בזכות יתר הניתנת לחסרי הבית. טענה זו גם היא נועדה להקצין את פסק הדין ואת את שנקבע בו. אולם הטענה לא מבוססת וחלשה וסיכוייה להתקבל קלושים.

32. **ראשית**, בית המשפט קמא נימק כהלכה את האיזון השונה שעל העירייה לערוך בין תושבי העיר שיש להם בית לבין תושביה חסרי הבית. בית המשפט פסק כי יש שוני רלוונטי ביניהם: "בעוד שהיה במרחב הציבורי אינה מהווה "שירות חיוני" למי שיש לו קניין פרטי, והפארק נועד עבורו אך לפנאי ובילוי, היא בהחלט מהווה שירות חיוני לחסרי בית, השוהים במרחב הציבורי ומתקיימים בו..." (עמ' 18 לפסק הדין).

33. כלומר – לא זכות יתר יש כאן אלא מניעת אפליה של חסרי הבית, תוך התחשבות במצבם השונה (מבחן השוני הרלוונטי). בית המשפט מפרש חוקי עזר שנחקקו מתוך ראיית אלו שיש להם בית אך פוגעים בצורה קשה בחסרי הבית, ומנסה לצמצם את הפגיעה בשוויון, שכן חוקים אלו אינם פוגעים בחירות של כלל הציבור בצורה שווה, אלא פוגעים בצורה הרבה יותר קשה בחסרי הבית. זו פסיקה צודקת, סבירה והגיונית, שעולה בקנה אחד עם עקרונות בית המשפט הנכבד בנושא הזכות לשוויון מהותי.

34. **שנית**, וחשוב מכך, בית המשפט קמא לא פסק, כי הזכות של חסרי הבית לערוך פעולות קיום במרחב הציבורי אינה מוגבלת. בית המשפט פסק כי פעולות אלו מוגבלות בכמה מובנים.

35. קודם כל על הפעולות להיות במסגרת החוק. בית המשפט קמא הדגיש, כי על המשטרה לפעול כאשר יש חשש לביצוע עבירה על ידי חסרי הבית, כמו על ידי כל אדם. למשל, כאשר אדם מעורר מהומה במקום ציבורי בלי סיבה סבירה ובאופן שעלול להביא להפרת השלום (סעיף 194(א) לחוק העונשין); או כאשר אדם מתנהג באופן פרוץ או מגונה במקום ציבורי (סעיף 216(א)(1) לחוק העונשין) יכולה המשטרה לפעול להפסקת העבירה. בית המשפט קמא הדגיש, כי "אין אנו רוצים להרתיע את המשטרה מלצאת לקריאה של אזרחים הקוראים לעזרתה. על המשטרה תחילה להגיע, ורק אז לבחון האם המקרה מחייב את התערבותה. כך ראוי וכך רצוי" (עמ' 8 לפסה"ד).

36. בית המשפט קמא אף הבחין בין פעולות קיום של חסרי בית הלנים תחת כיפת השמיים במרחב הציבורי לבין מקרים של הוצאת צו סילוק למאהלי קבע, כמו מאהלי המחאה שנפרסו ברחבי המדינה בקיץ 2011, אשר בית המשפט קמא מצדיק את פינויים בנסיבות שנקבעו בפסיקה.

37. בנוסף, כפי שצוין לעיל, בית המשפט קמא פסק, כי לעירייה סמכות ליטול ציודם האישי של חסרי בית העושים פעולות קיום במרחב הציבורי 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 לבריאות הציבור או בטחונו, ובכפוף לנוהל כתוב המתווה את שיקול הדעת של הפקחים. גם זה איזון נכון וסביר, העולה בקנה אחד עם פסיקת בית המשפט הנכבד.

38. מכאן, שגם הטענה השנייה של העירייה אינה חזקה ואינה מטה את סיכויי הערעור לטובתה.

39. הטענה המרכזית השלישית של העירייה היא, שבית המשפט קמא טעה בקביעתו, כי מקור הסמכות של העירייה לפעול נגד חסרי בית במרחב הציבורי הוא הוראות קונקרטיות לשמירה על סדר וניקיון ומניעת מטרדים במרחב הציבורי, המופיעות בפקודת העיריות ובחוקי העזר שנחקקו מכוחם. לטענת העירייה, סמכותה לפעול כלפי חסרי הבית היא מכוח היותה הבעלים של הזכויות הקנייניות במרחב הציבורי וסמכותה לפעול כנאמנה של כלל הציבור במרחב הציבורי.

40. גם טענה זו חלשה וסיכוייה להתקבל נמוכים. ראשית, מדובר בשינוי חזית ברור. בכל שלבי העתירה המנהלית ציינה העירייה את חוקי העזר בנושא שמירה על סדר וניקיון במרחב הציבורי כמקור הסמכות שלה ליטול את חפציהם של חסרי הבית. הטענה לפיה סמכותה לעשות זאת מתבססת על היותה נאמנה של הציבור ברכוש הציבורי לא נטענה בפני בית המשפט קמא ודי בכך כדי לדחותה.

41. שנית, ממילא ברור שפגיעה בזכויות בסיסיות של אזרח מחייבת הסמכה קונקרטית בחוק. זו מצוותו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. העירייה מוסמכת לפעול כנאמנה של הציבור לגבי המרחב הציבורי בתחומים רבים המנויים בפקודת העיריות: כיצד ובאיזו תדירות לנקות את הרחובות, האם לעשות לאורך חוף הים טיילת מבטון או מדשאות, האם לסלול ברחוב ראשי שביל אופניים או לתגבר את החנייה. אולם בכל הנוגע להפעלת סמכויות אכיפה שלטוניות של פקחים כלפי תושבים, אין לה אלא את הסמכויות המפורשות שניתנו לה בחוק והיא אינה רשאית לפעול מכוח הסמכה כללית (ר' בג"ץ 6827/07 **מנאע נ' רשות המיסים** (מיום 20.12.10)).

42. שלישית, ממילא אם תתקבל עמדתה של העירייה בעניין זה, הרי שבית המשפט קמא פסק, כי העירייה הפרה את חובתה כנאמנה ופגעה בצורה בלתי מידתית בזכויות של חסרי הבית העושים שימוש במרחב הציבורי.

43. הנה כי כן, פסיקת בית המשפט קמא הינה פסיקה צרה ומדודה, המבוססת על איזונים סבירים, השגורים בפסיקת בית המשפט הנכבד. הטענות המרכזיות של העירייה בערעור אינן טענות חזקות וסיכוייהן להתקבל נמוכים. מכאן שהעירייה אינה עומדת במבחן של סיכויי הערעור.

מאזן הנוחות

44. גם את הטענה בדבר מאזן הנוחות יש לדחות על הסף בשל חוסר ניקיון הכפיים של העירייה, שכן היא מסרבת לקבוע נוהל, כפי שהתיר לה בית המשפט קמא, שיאפשר לפקחים לפעול באותם מקרים חריגים,

בהם רכושו של חסר בית יוצר מפגעים תברואתיים או מטרדים ממשיים. כמו כן עולה מהבקשה, כי העירייה נמנעת מלבחון את הנסיבות במקרים של תלונות המגיעות אליה. העירייה אינה יכולה להתבסס על מחדלה זה בבואה לבקש סעד, המתבסס על חשש מהשלכות פסק הדין, כאשר השלכות אלו מועצמות על ידה בשל מחדלה לפעול.

45. יתר על כן, העירייה מודה בעצמה שהחששות שלה מהשלכות פסק הדין בעת הזו אינן מתממשות. בכל מקרה, העירייה אינה מסוגלת להראות ראיות של ממש לכך שפסק הדין יוצר נזק לאינטרס ציבורי כלשהו. העירייה מדווחת על כך שהיא מקבלת פניות מהציבור אבל גם לפני מתן פסק הדין הגיעו לעירייה פניות בנוגע לחסרי הבית. במקום ראיות, מתבססת העירייה על עדויות שמיעה, שמבוססות על תלונות של אנשים, המובאות ללא תצהיר ממקור ראשון, ומספר תמונות של חסרי בית, שצילמו נציגי העירייה ברחובות העיר ואשר אין כל תיאור או הסבר מעבר לתמונה עצמה. לא ניתן להתייחס ברצינות לראיות מסוג זה.

46. העירייה עצמה מבינה כי אין לה על מה לבסס את הבקשה בעת הזו ולכן היא מדגישה כי הבקשה מבוססת על חששות עתידיים ("העירייה חוששת כי היקף החיכוכים... עתיד לעלות באופן משמעותי עם האביב הקרב" וכיוצ"ב ביטויים). די בכך כדי לדחות את בקשתה. ממילא פתוחה הדרך בפני העירייה לפנות לבית המשפט בעתיד, ככל שהבקשה תהיה אקטואלית. לא די בחשש גרידא, בוודאי לא כאשר במשך החודשים שחלפו מפסק הדין לא הצליחה העירייה להראות יותר מכמה דוגמאות, שגם הן לא מבססות עילה לעיכוב ביצוע.

47. יתר על כן, העירייה יכולה לפעול בדרכים רבות להפחתת החשש שיש לה מפני חיכוכים עתידיים בין חסרי הבית לבין התושבים, וכך לאפשר תפקוד סביר במרחב הציבורי בלי לפגוע בזכויות הבסיסיות של חסרי הבית. לעניין זה פנה הח"מ בשם האגודה לזכויות האזרח לעירייה בהצעה להקפיא את הערעור לתקופה של שנה תוך שמירת כל הטענות. בתקופה זו, לפי ההצעה, ייערך דיאלוג קבוע לצמצום החיכוכים וגיבוש סל של פתרונות להפחתת החיכוך, שיביאו ליתור הערעור. אלא שהעירייה סירבה להצעה להקפיא את הערעור ואת הבקשה דן.

48. כך, למשל, העירייה יכולה להקצות עוד מבנים להלנה זמנית או קבועה של חסרי הבית או למצער, שטח פתוח שבו תציב גם מתקנים בסיסיים כמו שירותים ומקלחת, כדי לתמרץ את חסרי הבית ללון במקום. העירייה כבר הקצתה שטח כזה בפארק שהשימוש הציבורי בו הוא נמוך, ליד רכבת ארלוזורוב בתל-אביב, והתקבצו אליו חסרי בית שכתוצאה מכך אינם לנים ברחובות ובכיכרות. העירייה יכולה להציב לטובת חסרי הבית מקומות אחסון מסודרים לציווד שלהם במהלך היום, בו חסר הבית עסוק בענייניו, העירייה יכולה לערוך דיאלוג עם נציגים של חסרי הבית ופעילים המלווים אותם כדי לפתור מחלוקות, העירייה יכולה לשפר את ההסברה בקרב הציבור ועוד דרכים רבות אחרות – כולן טובות ומידתיות יותר מהאופן שבו פעלה העירייה קודם לפסק הדין.

49. אולם חשוב מכל, מאזן הנוחות נוטה בבירור לדחיית הבקשה, שכן ממילא עיכוב ביצוע פסק הדין לא יועיל לאינטרס הציבורי ואף יפגע בו. קיים קונצנזוס רחב בקרב אנשי מקצוע, שהפללה של התנהגותם השגרתית של חסרי הבית או דיכויים אינה מביאה לצמצום מספר חסרי הבית. הפיכת התנהלותם השגרתית של חסרי הבית לעבירה ורדיפתם הינה פעולה חסרת תוחלת. היא לא מוציאה אותם מהמרחב הציבורי, אלא רק מביאה לנדידתם לאזורים מוחלשים יותר בעיר ומעצימה את הקשיים שלהם והסיכונים שעומדים

בפניהם ומפחיתה את סיכוייהם להיחלץ מהרחוב. היא גם פוגעת בנושות באמון שלהם ברשויות, אמון ההכרחי לשיקומם.

50. ישנה כיום הסכמה רחבה, כי הדרך לצמצם את מספר חסרי הבית עוברת בהכרה בזכויותיהם ובמדיניות נחושה שמתרכזת בהכלה, דיור קבע וטיפול כוללני בשאר הצרכים, ובמתן דגש רב למניעה והתערבות מוקדמת. ניסיונות לנקוט "יד קשה" נגד חסרי בית לא הוכיחו את עצמם מבחינת האינטרס הציבורי ולא הפחיתו את מספר חסרי הבית ברחובות.

51. הנה כי כן, העירייה לא הצליחה לעמוד בנטל ולהראות שאי עיכוב ביצועו של פסק הדין פוגע באינטרס הציבורי באופן שמטה לטובתה את מאזן הנוחות. יש לזכור כי מהצד השני מונחות על הכף זכויותיהם החוקתיות של חסרי הבית. ככל שנציגי האגודה לזכויות האזרח מתרשמים, עד עתה הפסיקה אכן שיפרה את מצבם של חסרי הבית, והיא גם העצימה אותם במובן זה שהם הרגישו שאינם שקופים עוד וכי גם במצבם לא ניתן לרדוף אותם ולהתייחס אליהם כמטרד שיש להיפטר ממנו. חסרי בית ששוחחו עם הח"מ סיפרו, כי לראשונה מזה סמן רב הם מצליחים להעביר לילות שלמים בבטחה בלי שפקחים מעירים אותם ומסלקים אותם. אם תתקבל בקשת העירייה, המציאות העגומה שהייתה נחלתם לפני מתן פסק הדין תתחדש, ואולי אף ביתר שאת, והאמון שנוצר בין חסרי הבית לרשויות יתנפץ מחדש.

סוף דבר

52. העירייה מבקשת מבית המשפט הנכבד רשות לחזור לדפוס הפעילות שקדם לפסק הדין, ודפוס זה, כפי שהציגו חסרי הבית לבית המשפט קמא, כלל התנהגות שרירותית ושערורייתית של פקחים. התנהלות זו כללה הטרדות תכופות, לרבות בשעות הלילה, לרבות בחורף, והחרמת ציוד אישי הדרוש להישרדות כמו שמיכות, ואפילו ציוד שהוסתר במקום חבוי מן הציבור, או איום מותנה שאם חסר הבית לא יסתלק ציודו יוחרם. טענות אלו גובו בתצהירים ובעדויות בפני בית המשפט קמא. התנהלות זו לא רק פגעה בכבודם של חסרי הבית אלא סיכנה אותם ואת בריאותם, עד כדי סכנת חיים.

53. הצהרת העירייה לפיה היא פועלת באופן מידתי נסתרה בראיות, וממילא גם נקבע, כי האיזון שערכה הוא איזון עמום המוביל לפגיעה לא מידתית בזכויות חוקתיות, וכי השימוש שעשו הפקחים היה שרירותי שכן אין כל נוהל שמתווה את שיקול הדעת. למעשה – חרף הצהרות העירייה, עד למתן פסק הדין – כל חסר בית היה עבריין בפרוטנציה, שנתון למרותו של כל פקח חולף הרשאי לאכוף עליו את החוק בכל עת לפי שיקול דעתו. זאת, שכן לפי ההגדרה העמומה של העירייה, כל פעולה שגרתית של חסר בית במרחב הציבורי עשויה להיתפס כ"מטרד, בעיה תברואתית, או מניעה או הגבלה של זכות הציבור לעשות שימוש במרחב הציבורי" ולכן לא חוקית.

54. בית המשפט קמא לא אסר על המשטרה לפעול במקרה של עבירה על החוק. בית המשפט הבחין בין המטרד שיוצרים מאהלי קבועים לבין חסרי בית השוהים במרחב הציבורי בלית ברירה. גם לגבי האחרונים, בית המשפט קמא לא מנע בצורה גורפת מפקחי העירייה לפעול, אך דרש שהדבר יעשה לפי נוהל מסודר ובאופן שמאזן נכון בין האינטרס הציבורי לזכויות של חסרי הבית. מכאן שבית המשפט קמא לא היה עיוור להשלכות של פסק הדין ושקל אותן בכובד ראש כדי לאזן באופן שקול ומדוד בין כל השיקולים.

55. בנסיבות אלו אין מקום לצו עיכוב ביצוע. בוודאי לא בעת הזו שבה גם העירייה מודה שאין לפסק הדין השלכות יוצאות דופן ומה שמטריד את העירייה הוא חשש עתידי ערטילאי. גם אם נוכחותם של חסרי בית

במרחב הציבורי מהווה לעיתים מטרד או מונעת שימוש של אחרים בספסל או בחלק מגינה, אין תוחלת בפעולות נגד חסרי בית ורדיפתם, שכן ממילא הם יישארו במרחב הציבורי, ויש בה אף להחמיר את המצב באופן שמנוגד לאינטרס הציבור בצמצום מספר חסרי הבית.

56. ממילא תושבים הגרים בעיר מרכזית ופלורליסטית כמו תל-אביב-יפו מורגלים בכך שבמרחב הציבורי עושים שימוש גם חסרי בית. העירייה אמנם מקבלת את אותן תלונות של מי שאינו מרוצה מכך, אך רוב התושבים חיים ללא קושי עם חסרי הבית, ואף רבים מהתושבים ומבעלי העסקים בעיר דואגים להם ומסייעים בידם בתרומה, במזון או בביגוד חם. המרחב הציבורי בעיר גדולה כמו תל-אביב-יפו ממילא תמיד עמוס ויש בו "הפרעות" רבות מסוגים שונים. זהו חלק משגרת החיים בעיר גדולה ותוססת והתושבים מורגלים לכך, גם אם נגרמת בשל כך אי נוחות מסוימת.

57. בית המשפט קמא ציין בפסיקתו "כי על הקבוצות החזקות לגלות סובלנות, גם אם יוגבלו במעט מהנאתם מהמרחב הציבורי, כדי לאפשר לחסרי הבית להתקיים בכבוד במרחב הציבורי". יש להצטער על כך שהעירייה בחרה במאבק משפטי על זכותה להמשיך בהתנהלות פוגענית וחסרת תוחלת נגד חסרי הבית במקום להפנות את משאביה כדי לשפר את מצבם של חסרי הבית ולממש את זכויותיהם הבסיסיות, וכך להביא לשינוי לטובה של המציאות עבור כלל תושבי העיר, לרבות חסרי הבית שבהם.

לאור כל האמור מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את הבקשה.

22 באפריל, 2013

גיל גן-מור, עו"ד

ב"כ המשיבים 4-1