

המערערת:

עיריית תל-אביב-יפו

ע"י ב"כ עוה"ד עוזי סלמן ו/או שלום זינגר ו/או עדי בוסתן ואח'
 מרחוב אבן 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

התייצבות:

היועץ המשפטי לממשלה

שניהם ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

תגובת המשיבים 1-4 להודעת המערערת

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מיום 11.7.13 ומיום 3.10.13, מוגשת בזאת תגובת המשיבים 1-4 (להלן – **המשיבים**) להודעת המערערת ולנוהל שצירפה. בנוהל ישנן קביעות חדשות וחשובות, המשקפות את פסק הדין קמא ואת עמדת היועץ המשפטי לממשלה, אולם יש בו גם קביעות המהוות סטייה ברורה מההנחיות של בית המשפט קמא ושל היועץ המשפטי לממשלה, והמחייבות תיקון, כפי שיפורט להלן.

הערה מקדימה

1. העירייה מציינת בפתח הנוהל כי הוא משקף את האופן בו היא פועלת ופעלה בעבר. קביעה זו מצביעה על כך שעד עתה העירייה אינה לוקחת אחריות לאופן הבלתי חוקי בו פעלה. יש לזכור, כי הערעור נסוב על פסק דינו של בית המשפט קמא, שהורה לעירייה לפעול לפי איזון שונה עת שהיא מפעילה את סמכויותיה מכוח חוקי העזר כלפי אנשים חסרי בית. העירייה טענה, כי אין לתת לחסרי בית "זכות יתר" במרחב הציבורי וכי היא מוסמכת, מכוח חוקי העזר, לסלק ציוד של חסרי בית כאשר הוא יוצר מטרד, בעיה תברואתית, או שהוא מונע או מגביל את יכולתו של הציבור הרחב לעשות שימוש בשטח הציבורי וכיו"ב. בכתב הערעור עוד עמדה העירייה על כך שלינה של חסרי בית בגנים ציבוריים, בגני משחקים ובסמטאות מדירה את תושבי העיר וכי בסמכותה לפעול נגד כך (פיסקה 70 לכתב הערעור).

2. בית המשפט קמא פסק כי נוסחת איזון זו אינה מיידתית ולכן האופן שבו הפעילה המערערת את סמכותה למנוע מטרדים ולשמור על הסדר והניקיון במרחב הציבורי כלפי חסרי בית היה לא חוקי. בית המשפט קמא פסק כי לאור כובד הפגיעה בזכויותיהם של חסרי הבית, והעובדה שאין להם מנוס מביצוע פעולות קיום במרחב הציבורי, יש לאכוף עליהם את חוקי העזר המתירים נטילת הציוד רק **"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 בטחוננו"** (עמ' 42 לפסה"ד). זאת, בשונה מהאופן שבו נאכפים חוקי העזר כלפי אנשים שיש להם מרחב מגורים פרטי. כמו כן בית המשפט קמא פסק כי הפקחים צריכים להפעיל סמכויותיהם כלפי חסרי הבית בהתאם לנהלים ברורים המתווים את שיקול הדעת. קביעות אלו הן במוקד הערעור דנן. העירייה התנגדה לאיזון שנקבע והתנגדה להכין נהלים וערערה.
3. משדחה בית המשפט הנכבד את בקשת העירייה לעיכוב ביצוע ומשהוגשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה, ששונה באופן מהותי מעמדתה, שינתה העירייה את עמדתה. העירייה מוכנה עתה לכתוב נהלים שישקפו איזון שונה לחלוטין מזה שלו טענה בבית המשפט קמא ובערעור. העירייה מנסה עתה להציג את עמדת היועץ המשפטי לממשלה כשונה מעמדת בית המשפט קמא, וככזו המאפשרת לה לסגת מעמדתה בערעור. אלא שהיועץ המשפטי לממשלה תומך בהלכה האופרטיבית שנקבעה בבית המשפט קמא. לגבי נוסחת האיזון קובע היועץ המשפטי לממשלה כי יש לתת משקל ממשי לצורך של חסרי בית להתקיים במרחב הציבורי. לכן הוא קובע כי יש להתיר לעירייה לפנות את מיטלטליו של אדם חסר בית רק כאשר אלו מונעים מכלל הציבור את השימוש במרחב הציבורי או פוגעים פגיעה ממשית באפשרות של הציבור לשימוש סביר באותו מרחב.
4. עמדת היועץ המשפטי לממשלה עולה בקנה אחד עם ההלכה האופרטיבית של בית המשפט קמא ומאמצת אותה. בית המשפט קמא ציין כי המבחן הנורמטיבי לסילוק חפצים של חסרי בית הוא חשש ממשי למפגע תברואתי או מטרד משמעותיים. היועמ"ש מדבר על פגיעה ממשית בשימוש של הציבור במרחב הציבורי. כפי שצינו המשיבים בעיקרי הטיעון, אפילו הרטוריקה שבה השתמש היועץ המשפטי לממשלה דומה לזו של בית המשפט קמא. כך, למשל, כותב בית המשפט קמא כי יתכנו מצבים בהם אולי יהיה צורך לפעול לסילוק ציוד של חסר בית, למשל "כאשר ציוד הלינה יושאר במשך היום במרחב הציבורי במקום המפריע באופן ממשי למעבר" (עמ' 38 לפסה"ד). ובמקום אחר נכתב: "ייתכן כי שמיכות של חסרי בית המוסתרות מתחת לשיחים בגן, אכן נוגדות את חוק העזר ומפריעות במידה מסוימת לסדר ולניקיון, אך כיוון שאין מדובר בהפרעה ממשית מצד אחד ומנגד מדובר בציוד הנדרש לקיום חסרי הבית, ולזכויותיהם הבסיסיות ביותר, אין לפנותו במקרים כאלו" (עמ' 39 לפסה"ד). מכאן שאין הבדל של ממש בין נוסחת האיזון של בית המשפט קמא לבין נוסחת האיזון שמציע היועץ המשפטי לממשלה.
5. הן לפי עמדת היועמ"ש והן לפי קביעת בית המשפט קמא, את היישום המדוקדק בחיי היומיום על העירייה לקבוע בנהלים, שבעת הגשת הערעור המערערת סירבה בכל תוקף לגבש.
6. מכאן שהמערערת למעשה מקבלת את פסק הדין קמא ודין הערעור להידחות. גם אם למערערת השגות על ממצאים שקבע בית המשפט (שאותם היא אינה סותרת) או על הערות אגב של בית המשפט קמא, או סגנון פסק הדין, אין בכך עילה לקבל את הערעור ודינו להידחות.

הנוהל

7. על פניו הנוהל משקף שינוי בעמדתה של העירייה, ועל פניו הוא מקבל את פסיקת בית המשפט קמא, בכך שהפקחים מונחים להתייחס בצורה אחרת לאפשרות ליטול ציוד קיום בסיסי של חסרי בית הלנים במרחב הציבורי, ונדרשת פגיעה ממשית ביכולתו של הציבור לעשות שימוש במרחב הציבורי כדי להצדיק פעולות אכיפה. העירייה גם שיפרה את האופן שבו הציוד נלקח ונשמר ומוחזר לבעליו וכן את האפשרות של חסר הבית לקבל אזהרה מוקדמת בטרם יינטל ציודו.

8. עם זאת, מקריאת פרטי הנוהל ברור לחלוטין, כי חלקים בנוהל לא עולים בקנה אחד עם פסק הדין ועם עמדת היועץ המשפט לממשלה. כך, הנוהל מגדיר בצורה מצומצמת את המונח ציוד קיום בסיסי והוא רצוף קביעות גורפות, המניחות ללא כל בסיס שמצבים מסוימים ושגרתיים במציאות חייבים של חסרי הבית יוצרים באופן אוטומטי הפרעה ממשית לשימוש של הציבור במרחב הציבורי, המחייבת פעולות אכיפה.

סעיף 4 לנוהל – הגדרת "ציוד קיום בסיסי"

9. העירייה מגדירה ציוד קיום בסיסי באופן צר מאוד: שמיכה, מזרון, אוכל, מסמכים ותעודות אישיות. העירייה אמנם מדגישה כי חפצים אלו אינם בגדר רשימה סגורה, וכי ניתן לפרש גם ציוד אחר הדרוש באופן סביר לקיומו של אדם חסר בית במרחב הציבורי כציוד קיום בסיסי. עם זאת, הניסיון המצטבר מראה כי במקרים אלו ראוי להתוות את שיקול הדעת של הפקח באופן ברור ולהרחיב את ההגדרה. קשה לחלוק על כך, שתרופות וציוד רפואי, בגדים וציוד המשמש לפרנסה מהווים אף הם ציוד קיום בסיסי. כך גם עגלות או אמצעי לשנע את הציוד, שנדרש לחסר הבית כדי לנוע ולהתפרנס מבלי לאבד את ציודו הבסיסי.

10. ציוד בסיסי למדי שמשום מה העירייה משמיטה מההגדרה הוא אוהל או יריעה לצורך הקמת מחסה זמני. אמנם בסעיף 7.3 לנוהל העירייה כוללת שימוש באוהלים כאחת מהדוגמאות למקרים בהם ציוד קיום בסיסי מהווה פגיעה ממשית בשימוש הציבור במרחב הציבורי ומשתמע מכך שגם לעמדת העירייה אוהל הוא ציוד קיום בסיסי, אולם העירייה מותירה את השאלה האם לעמדתה אוהל הוא ציוד קיום בסיסי בערפל.

11. למען הסר ספק, יש לקבוע כי **אוהל הוא ציוד קיום בסיסי**. אוהל מעניק לחסר הבית מחסה מפני פגעי מזג האוויר, ובמיוחד במצב של מזג אויר קיצוני. גם העירייה הכירה בחשיבותו של מחסה ארעי ואף הקימה ביוזמתה אוהלים בתקופת הגשמים לחסרי בית. בלילות קרים במיוחד האוהל יכול להציל חיי אדם. אולם גם כאשר מזג האוויר אינו קיצוני האוהל נדרש לחסר הבית כדי להתקיים ולשמור על היגיינה בסיסית. השימוש באוהל הוא חיוני במיוחד לנשים חסרות בית, הזקוקות למרחב שיש בו מידה ולו מינימאלית של פרטיות וביטחון, גם כשהן מתקיימות בלית ברירה במרחב הציבורי.

12. סוגיית האיסור על הקמת מחסה זמני עלתה גם בפסק הדין הקנדי של בית המשפט לערעורים במחוז קולומביה הבריטית, שדן בחוקתיות האכיפה של חוק עזר של עיר הבירה ויקטוריה על חסרי הבית, ואשר הוזכר בפסק הדין של בית המשפט קמא. חוק העזר בוויקטוריה קבע כי אין להקים מחסה זמני בפארק. בדומה לענייננו, עיריית ויקטוריה טענה כי התערבות באיסור זה מקנה לחסרי הבית זכות לעשות קמפינג במרחב הציבורי. בית המשפט לערעורים דחה את הטענה ופסק, כי לא מדובר בזכות קניינית אלא בזכות של אדם לספק לעצמו הגנה ומקלט זמני וכי שלילתה מסכנת את בריאותו. נקבע בערעור, כי העיר

ויקטוריה פעלה באופן גורף ולא מידתי, כי חוק העזר הוא רחב וגורף מדי ולכן חוק העזר אינו בר אכיפה כלפי חסרי הבית (Victoria (City) v. Adams 2009 BCCA 563).

13. יש להדגיש גם כי איסור על הקמת אוהל משמעו שחסרי הבית יחפשו בלית ברירה פתרונות יצירתיים לשרוד ולהגן על עצמם מפני פגעי מזג האוויר כמו מתקנים ציבוריים מוגנים או פלישה למרחב פרטי.

14. בנוסף יודגש, כי ההכרה באוהל כציוד קיום בסיסי אינה שוללת את סמכותה של העירייה לדרוש את סילוק האוהל כאשר הוא מונע לחלוטין את השימוש במרחב הציבורי או יוצר מטרד משמעותי או פגיעה ממשית ביכולת של הציבור להשתמש במרחב הציבורי.

15. עם זאת, אי הכרה באוהל כציוד קיום בסיסי אינה סבירה. משמעה שסילוק האוהל לא יהיה כפוף לאיזון שקבע בית המשפט קמא ביחס לציוד הנדרש לפעולות קיום במרחב הציבורי. הדבר עולה בבירור מסעיף 7.2 לנוהל, שבו מונחה הפקח להבחין בין ציוד קיום בסיסי לציוד אחר, שלגביו די בפגיעה מועטה בנוחות הציבור כדי להצדיק את הפעלת הסמכויות.

סעיף 7 – הנחיות להפעלת הסמכות

16. סעיף 7 הינו ליבת הנוהל, אולם יש בו חריגה מהותית מהאיזון שנקבע בפסק הדין קמא ובעמדת היועמ"ש.

17. לכאורה, עורכת העירייה אבחנה נכונה בין ציוד קיום בסיסי לציוד אחר (שהעתירה כלל לא עסקה בו). עם זאת, **מהדוגמאות שניתנות עולה כי העירייה לא הפנימה את המבחן שעיצב בית המשפט קמא, אשר דומה למבחן שבו דוגל היועץ המשפטי לממשלה – מבחן הפגיעה הממשית/משמעותית באפשרות של הציבור לעשות שימוש במרחב הציבורי.**

18. כך, למשל, מתירה העירייה לפקח לסלק ציוד המגביל כניסה למתקן או בניין, בניגוד לקביעה של בית המשפט קמא והיועמ"ש, כי נדרשת הגבלה או פגיעה ממשית בנגישות של הציבור לאותו מתקן או בניין. המונח "מגביל" הינו עמום ורחב ויכול לכלול גם מקרים, בהם אין פגיעה ממשית בגישת הציבור למתקן אף אם נגרמת אולי אי נוחות (למשל, מהצורך של הציבור לעבור ליד חסרי בית בדרך לבניין). באותו אופן נקבע, כי הנחת ציוד דרך קבע במרחב הציבורי המפריעה לשימוש סביר של הציבור מצדיקה באופן אוטומטי פעילות אכיפה, בניגוד לקביעה כי נדרשת פגיעה ממשית באפשרות השימוש של הציבור במרחב הציבורי ולא די בהפרעה כלשהי. למשל, לחלק מחסרי הבית יש מחבוא קבוע לציוד במקום שמטבע הדברים רחוק מעיני הציבור. העובדה שהציוד מוחבא שם דרך קבע אינה מצדיקה לבדה את החרמתו.

19. יתר על כן, העירייה קובעת אפריורית, כי מצבים מסוימים מהווים פגיעה ממשית המצדיקה אכיפה, ולמעשה – יוצרת חזקות המבטלות את החובה לבחון האם מדובר במפגע משמעותי או פגיעה ממשית. כך, למשל, קובעת העירייה כי הנחת ציוד על ספסל, מתקן בגן שעשועים או תחנת אוטובוס היא בהגדרה פגיעה ממשית. קביעה זו מעקרת במידה רבה את פסק הדין. למשל, אם חסר הבית מניח את ציודו על ספסל (עליו הוא בוודאי גם לך) בשדרה או גינה בה ספסלים רבים, אין בכך פגיעה ממשית בשימוש של הציבור במרחב הציבורי. בסופו של דבר הפגיעה שנוצרת שקולה לכל אדם שיושב על הספסל ו"גוזל" אותו מיתר הציבור. אדם חסר בית המשתמש בספסל של תחנת אוטובוס עשוי בהחלט להיחשב כמי שפוגע פגיעה ממשית בשימוש של הציבור במרחב הציבורי, אך לעיתים נעשה הדבר בשעות, בהן אין תחבורה ציבורית או בסופ"ש באופן שאינו מהווה פגיעה ממשית.

20. לעניין המתקנים בגני השעשועים, גם כאן קביעה קטגורית כי הנחת ציוד במתקנים אלו מהווה תמיד הפרעה ממשית היא פסולה. גם בית המשפט קמא ציין כי יש מקום לפעול "אם חסר בית יישן באמצע היום על מתקן שעשועים בגן, כך שילדי השכונה לא יוכלו לשחק" אולם סייג זאת וקבע כי "ככלל, איני רואה מקרים בהם על העיריה לפעול כנגד חסרי בית בשעות הלילה".

21. דוגמא נוספת שמראה על חריגה ברורה מהאיזון שנקבע בפסק הדין קמא ובעמדת היועמ"ש היא בקביעה כי הקמת אוהלים (או מחסה זמני על ידי עטיפת מתקן ציבורי) היא פגיעה ממשית המצדיקה אכיפה. הקמת אוהל היא צורך בסיסי של אדם חסר בית הנאלץ לשרוד במרחב הציבורי. הקמת אוהל צריכה להיבחן על פי מבחן הפגיעה הממשית. אדם המקים בלילה אוהל בחוף הים ומסיר אותו בבוקר אינו יוצר פגיעה ממשית, ולעיתים גם אם האוהל נותר קבוע אין מדובר בפגיעה ממשית, הכל בהתאם לנסיבות, למיקום, למידת השימוש של הציבור באותו מרחב, לשעה ביום ועוד אי אלו נתונים, אותם יש לשקול.

תיעוד חזותי

22. המפגש בין הפקח לחסר הבית הינו מפגש בו פערי הכוחות הם דרמטיים, ולא פעם הוא נערך בשעות הלילה. חסרי הבית אינם מסוגלים, ככלל, לתעד את הפגיעה בהם או להציג ראיות לפגיעה. אם הפקח פעל שלא כדיון, הרי שמדובר במילה של הפקח מול מילה של חסר הבית. לא פעם חסרי הבית גם חוששים לתת עדות נגד פקח. מכאן שישנה חשיבות עליונה בכך שהפקחים יתעדו את פעילותם באופן ברור, ואף בתיעוד חזותי, כדי שאם תתעורר תלונה, ניתן יהיה לברר אותה מהתיעוד שאסף הפקח והנטל לא יוטל על חסר הבית.

23. הנוהל לא משקף את הצורך הזה. בנוהל אין כל דרישה לתיעוד חזותי של המפגע ושמירת התיעוד לתקופה סבירה. לעמדתנו חובת תיעוד חזותי גם תהווה גורם מרסן לפקחים. כמו כן, יש לחייב את העירייה לשמור לתקופה סבירה את התיעוד אודות כל מקרה של אכיפה על ידי הפקחים כלפי חסר בית.