

1. חלופים חגוס, מס' שוהה בחולות 1393425
2. מנסור מנסור מוחמד, מס' שוהה בחולות 1404765
3. האגודה לזכויות האזרח
4. המוקד לפליטים ולמהגרים

על ידי בי"כ עוה"ד אלעד כהנא ו/או עוה"ד ענת בן-דור  
התוכנית לזכויות פליטים  
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב  
רמת אביב, תל-אביב 69978  
טל: 03-6408107, 054-5800819; פקס: 03-6407422

#### העותרים

#### נגד

1. נציבת בתי הסוהר - שירות בתי הסוהר
2. מנהל "מרכז השהייה חולות"
3. רשות האוכלוסין וההגירה

על ידי פרקליטות המדינה, משרד המשפטים  
רתי' צלאח א-דין 29, ירושלים  
טלפון: 02-6466590; פקס: 02-6467011

#### המשיבים

### תגובה מקדמית מטעם המשיבים

#### פתח דבר

1. עניינה של העתירה דנו בבקשת העותרים, כי בית המשפט הנכבד יוציא תחת ידיו צו-על-תנאי שיוורה למשיבים לבוא וליתן טעם "מדוע לא ימנעו מזימון ומקליטת שוהים חדשים במגורוני מתקן 'חולות', ככל שכבר שוהים במגורונים שישה אנשים או יותר, וזאת בהתאם לתכנית המתאר הארצית תמ"א 46, שמכוחה הוקם המתקן".
2. בצד עתירתם למתן צו-על-תנאי, ביקשו העותרים, כי בית המשפט הנכבד יורה למשיבים "להימנע מזימון וקליטת שוהים חדשים במגורוני מתקן 'חולות', ככל שכבר שוהים [ב]הם שישה אנשים או יותר". ביום 15.8.16 הוגשה תגובת המשיבים לבקשה למתן צו-ביניים, ולאחריה לא ניתן בידי העותרים צו-ביניים שהתבקש על-ידם.
3. העותרים מבססים עתירתם, כמו-גם את צו הביניים שהתבקש בה, על טענה כי מספר השוהים בחדרים במרכז השהייה חייב לעמוד על לא יותר משישה, וזאת בשים לב לנספח החברתי ולפרוגרמה המפורטת שצורפו כמסמכים מנחים לצד המסמכים המחייבים של תמ"א 46 – היא תכנית המתאר הארצית מכוחה הוקם מרכז השהייה חולות (להלן: תמ"א 46).

4. המשיבים יטענו, כי דין העתירה להידחות על הסף ולגופה, כאחד.

כפי שיוסבר מיד, דין העתירה להידחות על הסף מחמת השיהוי הבולט, והבלתי מוסבר, שבדבק בהגשת העתירה. כמו-כן, דין העתירה להידחות על הסף בשל העובדה כי העתירה לוקה באי-צירוף משיבים רלוונטיים, החל מן הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה רמת נגב (להלן: הוועדה המקומית) האמונה על הליך הוצאת היתרי הבנייה מכוח תמ"א 46 שהינה תכנית מפורטת; דרך משרד הביטחון שהינו יזם התכנית והמשרד הממשלתי עליו הוטלה מלאכת הקמת ובניית מרכז השהייה; וכלה במועצה הארצית לתכנון ולבנייה אשר אישרה את הוראות תמ"א 46.

לבסוף, דין העתירה להידחות על הסף, שכן למעשה העתירה מבקשת לקרוא אל תוך הוראות תמ"א 46 הוראות מחייבות שאינן קבועות בה, ובדברים אלו הכוונה לקביעת מספר מינימאלי של שוהים בכל חדר שלא יעלה על שישה. טענות העותרים במישור זה של הדיון – והלכה למעשה זהו לב ליבה של העתירה – לא נטענו על ידם, ככאלו, במסגרת הליכי התכנון ואף לא במסגרת עתירה עצמאית שביקשה לתקוף את הוראות תמ"א 46 גופן לאתר פרסומה ברשומות ובטרם הוצאו היתרי הבנייה מכוחה.

5. המשיבים יוסיפו ויטענו כי דין העתירה להידחות גם לגופה, הואיל ומרכז השהייה הוקם בהתאם להוראותיה המחייבות של תמ"א 46 ולא דבק פגם תכנוני כלשהו בהקמת מבני המגורים שבו. יודגש בהקשר זה, כי לא רק שמבני המגורים שהוקמו במרכז השהייה אינם סותרים את הוראות תמ"א 46, אלא שבפועל הם אף מיטיבים מן האמור בנספח החברתי ובפרוגרמה המפורטת [החלקים הרלוונטיים צורפו לעתירה **כנספים ע/6-ע/7**]. המעיין במסמכים אלו יגלה כי נקודת המוצא לחישוב הצפיפות בחדר היתה כי "מגורון רגיל" יעמוד על 18 מ"ר לפחות, וכי בכל מגורון שכזה ישו עד 6 אנשים. כלומר, שטח המגורים שנקבע בפרוגרמה המפורטת לכל שוהה, הועמד על 3 מ"ר, בעוד שהוראות תמ"א 46 – וכך אף נבנה בפועל – הגדילו את שטח המגורים והעמידוהו על 4.5 מ"ר.

יתרה מזאת – העתירה יוצאת מנקודת הנחה כאילו הנספח החברתי והפרוגרמה המפורטת קבעו הוראה תכנונית עצמאית ולפיה בכל חדר מגורים מספר השוהים לא יעלה על שישה; וזאת לצד הוראות התכנית גופן שעסקו בשטח המגורים המינימאלי לכל שוהה (סעיף 6.1.2(א)). אלא שהוראה תכנונית כללית כאמור לא נקבעה היכן שהעותרים חפצים לאתרה, ותחת זאת נקבעו רק הוראות המציינות את מספר השוהים (שישה) ב"מגורון רגיל" ששטחו הוא 18 מ"ר. ואין להתפלא על כך, שכן עורכי הנספח החברתי והפרוגרמה המפורטת העמידו לנגד עיניהם את ה"מגורון הרגיל", כהגדרתם דאז, ולא מבני מגורים אחרים.

כך בתמצית, וכעת ביתר הרחבה.

## העובדות הצריכות לעניין

6. תמ"א 46 היא תכנית מתאר ארצית ברמה מפורטת להקמת מרכז השהייה "חולות" (להלן: **מרכז השהייה**). המדובר בתכנית מתאר ארצית הכוללת כאמור הוראות של תכנית מפורטת, ולפיכך ניתן להוציא מכוחה היתרי בניה או הרשאות (וראו בהקשר זה את סעיף 6.3 לתכנית שעניינו "תנאים למתן היתר בנייה" בצירוף הגדרת הוועדה המקומית בסעיף 1.9 לתכנית).

צילום הוראות תקנון תמ"א 46 מצורף ומסומן **מ/ש 1**.

7. ביום 28.11.10 הורתה ממשלת ישראל, בהחלטת ממשלה מס' 2507, על הקמת מרכז שהייה למסתננים שהסתננו לישראל מגבול מצרים.

צילום החלטת הממשלה מס' 2507, מיום 28.11.10, מצורף ומסומן **מ/ש 2**.

8. ההליך התכנוני להקמת מרכז השהייה שבא בעקבות החלטת הממשלה היה ממושך, מפורט וקפדני ונמשך על-פני כשנה וחצי. תחילתו, בעבודת מטה בין-משרדית להכנת התוכנית, והמשכו בדיונים בהוראות תמ"א 46 במועצה הארצית לתכנון ולבנייה, בוועדת המשנה לנושאים תכנוניים עקרוניים (להלן: **ולנת"ע**); ובדומה לתכניות מתאר ארציות מפורטות אחרות, כלל גם הליך פרסום התכנית להשגות הציבור ולהערות הוועדות המחוזיות.

בהמשך לכך, הוגשה השגה משותפת מטעם האגודה לזכויות האזרח (העותרת 3), מוקד סיוע לעובדים זרים (העותר 4), רופאים לזכויות אדם בישראל וכן ארגון א.ס.ף. השגה זו כללה שורה של נושאים, לרבות השגה שיוחדה לעניין צפיפות חדרי המגורים.

צילום פרסום הוראות התכנית להערות ולהשגות הציבור והוועדות המחוזיות, מצורף ומסומן **מ/ש 3**.

צילום השגת האגודה לזכויות האזרח, מוקד סיוע לעובדים זרים, רופאים לזכויות אדם בישראל וכן ארגון א.ס.ף, מצורף ומסומן **מ/ש 4**.

9. ביום 27.12.11 דנה הוולנת"ע בהערות ובהשגות שהוגשו לתכנית, תוך שהיא ממליצה לקבל חלק מן ההשגות שהוגשו, לרבות בעניין שטחי המגורים, כך ששטח המגורים יעמוד על 4.5 מ"ר לכל שוהה.

צילום פרוטוקול הדיון בוולנת"ע מיום 27.12.11, מצורף ומסומן **מ/ש 5**.

10. ביום 7.2.12 אימצה המועצה הארצית לתכנון ובניה את המלצות הוולנט"ע, לרבות ביחס להוראת סעיף 6.1.2א' הקובעת כי השטח הבנוי למגורי כל שוהה לא יפחת מ-4.5 מ"ר; תוך שהיא ממליצה לממשלה לאשר את הוראות תמ"א 46.

צילום החלטת המועצה הארצית לתכנון ולבנייה מיום 7.2.12 מצורף ומסומן מש/6.

11. לאחר אישור הוראות תמ"א 46 בממשלה, פורסמה התכנית ביום 14.5.12 למתן תוקף.

12. עוד יצוין, כי במסגרת הליך הוצאת היתרי הבנייה להקמת מרכז השהייה ניתנו מספר היתרי בנייה שונים; ובכלל זה - בשל הצורך הדחוף - ניתנו גם אישורים לתחילת העבודות עוד קודם לאישור התכנית ובלא צורך ברישוי, זאת מכח תקנות התכנון והבנייה (פטור מהיתר לעבודה לצורך הקמת מיתקן שהייה למסתננים ותנאים) (הוראת שעה), תשע"ב-2012, כך שהעבודות באתר החלו כבר בחודש מרץ 2012. לענייננו, יצוין כי היתר הבנייה העיקרי להנחת מבנים יבילים ניתן ביום 29.6.12

צילום ההחלטה על מתן היתר הבנייה, מצורף ומסומן מש/7.

13. מרכז השהייה החל לפעול בעקבות חקיקת תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות בחודש דצמבר 2013.

יצוין, כי מרכז השהייה משתרע כעת על שטח של כ-500 דונם, מתוכם השטח הבנוי מסתכם בכ-10,000 מ"ר, שמחולקים לשלושה פלחים הבנויים באופן דומה. חוץ מחדרי המגורים, כל פלח מורכב מארבעה אגפים ובהם שטחים ומבנים ציבוריים; מתקנים המשמשים לפעילות ספורט (חלקם מוצללים) בשטח של 70 מ"ר; מבני ציבור שכוללים שני מבנים המיועדים למועדון בשטח של 90 מ"ר למבנה; ארבע כיתות לימוד בשטח של 45 מ"ר לכיתה; שני חדרי אוכל בשטח של 180 מ"ר לכל חדר אוכל. כל זאת, בנוסף למבני משרדים שונים המצויים בכל אגף ושני מגרשי ספורט בשטח של 525 מ"ר, לכל מגרש. עוד יצוין, כי בין האגפים ישנם שטחים ציבוריים משותפים נוספים הכוללים שתי כיתות לימוד בשטח של 45 מ"ר לכל כיתה; האנגר גדול להתכנסות ופעילויות שונות; סדנאות להכשרה מקצועית, מתקני ספורט וכן מרכז מכר.

14. בתום כשנתיים וחצי במהלכן מופעל מרכז השהייה הוגשה עתירה זו, שעניינה, כאמור, במספר השוהים בכל חדר במרכז השהייה. וייאמר כבר עתה – מרגע פתיחתו ועד היום לא השתנה מספר השוהים בחדרים במרכז השהייה. מידע זה היה ידוע לכל.

15. זוהי אפוא תמצית השתלשלות העניינים בעניינה של תמ"א 46. נפנה אפוא לעמוד על הטעמים לדחיית העתירה.

עמדת המשיביםדין העתירה להידחות על הסף

16. העתירה דנו מבקשת למעשה לתקוף את הוראות תמ"א 46 בחלוף כארבע שנים מאז אושרה, וכשנתיים וחצי מאז החל מרכז השהייה לפעול, לאחר שנבנה בהתאם להוראות תמ"א 46 מכוח היתרי בניה שניתנו כדין. העותרים מבקשים כעת, לאחר שלא עשו כן במשך שנים, להגביל את יכולת הפעלתו של מרכז השהייה לכדי כמעט מחצית.
17. המשיבים יטענו, כי במצב דברים זה, העתירה לוקה בשיהוי כבד ביותר המצדיק את דחייתה על הסף. העותרים אף אינם מסבירים מדוע השתהו במשך שנתיים וחצי תמימות, כאשר כל המידע הרלוונטי היה ברשותם – הן המידע התכנוני והן המידע באשר לאופן הפעלתו של מרכז השהייה הלכה למעשה.
18. המשיבים יטענו, כי בצד השיהוי הסובייקטיבי הכבד שבק בעתירה (ובפרט ביחס לעותרים 3-4 שהם עותרים ציבוריים שהיו מודעים להליך התכנוני, ושאינן נפקא מינה לשאלת הימצאותם במרכז השהייה, אם לאו); הרי שהעתירה לוקה גם בשיהוי אובייקטיבי משמעותי ביותר.

מרכז השהייה פועל מכוח הוראות פרק ד' לחוק למניעת הסתננות והוא נועד, בין היתר, למנוע את המשך השתקעותם של מסתננים בעריה של מדינת ישראל, לאחר שאלו הסתנו אל שטחה שלא כדין. בהינתן העובדה, כי עניינו של מרכז השהייה עמד במוקד מספר עתירות חוקתיות, כאשר האחרונה שבהן נדונה במסגרת פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.8.15) - אז אושר מרביתו של פרק ד' לחוק למניעת הסתננות - דומה, שאין צורך עוד להכביר מלים באשר לתכלית בדבר מניעת השתקעות במרכזי הערים. לצורך כך, די אם נפנה לפסקה 100 לפסק דינה של כבי הנשיאה נאור, לעניין תכלית מניעת ההשתקעות במרכזי הערים ולצורך להקל עליהן:

100. וכאן אחזור אל התכלית העיקרית של החוק על פי כל האמור לעיל – מניעת השתקעות במרכזי הערים. תכלית זו אינה מתמקדת במסתנן האינדיבידואלי או בסיכון הנשקף ממנו לחברה; עניינה הוא בצורך להקל על הנטל המוטל באופן כללי על מרכזי הערים ובפרט על תושביהם. אני סבורה כי על-מנת להגשים את תכלית זו אין צורך להחזיק במרכז השהייה מסתנן מסוים דווקא. לשם כך די בהחזקת קבוצה של מסתננים שונים במרכז השהייה. אכן, יש להניח כי עם שחרורו של מסתנן פלוני ממרכז השהייה יתפוס מסתנן אחר את מקומו. אני סבורה שתחלופה זו הנוצרת בין המסתננים השוהים במרכז השהייה לבין מסתננים אחרים מחוצה לו מגשימה את תכלית החוק. זי בכך שבכל רגע נתון חלק מאוכלוסיית המסתננים – כפי יכולת הקליטה של מתקן חולות ושל מתקנים נוספים שבכוונת המדינה להקים –

**יורחק ממרכזי הערים.** דרך זו של מעין "דלת מסתובבת" פוגעת במידה פחותה בזכויותיהם החוקתיות של המסתננים הנקראים למרכזו השהייה והיא מגשימה את תכלית החוק. ניתן להסתפק אפוא בתקופה מרבית קצרה משמעותית של החזקה במרכזו השהייה ועדיין להגשים את תכלית החוק" [ההדגשה הוספה – הח"מ]

הווה אומר, הקטנת "יכולת הקליטה של מתקן חולות" (כלשון פסק הדין) ב-40%, כפי שמבוקש בעתירה ובבקשה למתן צו-ביניים, עתידה לכרסם באופן משמעותי במימוש התכלית הציבורית של מניעת השתקעות ולהגדיל את הנטל על מרכזי הערים. בכך מתגבש רכיב מרכזי ומשמעותי ביותר של שיהוי אובייקטיבי.

יתרה מזאת, המשיבים יטענו כי מרכיב נוסף של שיהוי אובייקטיבי בא לידי ביטוי בעובדה כי רשויות המדינה השונות הסתמכו על הוראותיה הברורות של תמ"א 46, ופעלו להוצאת היתר בנייה מכוחה, תוך השקעת משאבים המסתכמים במאות מיליוני ש"ח, פריסת תשתיות וכיוצא באלו פעולות בינוי מורכבות.

כעת, מבקשת העתירה – בחלוף שנתיים וחצי מאז החל מרכזו השהייה לפעול – לטעון כנגד האכלוס וממילא ובעקיפין גם כנגד הבינוי שבוצע בטענה כי הוא סותר את הוראות תמ"א 46.

נפקות הדבר, כך לשיטת העותרים, היא אחת משתיים – או בנייה של חדרים נוספים; או ביטול הוראות שהייה לחלק מן השוהים והקטנת תפוסת המרכז ב-40%, כך שבפועל ישוה בכל חדר שישה אנשים ולא עשרה. כך או כך, יגרור הדבר שינוי משמעותי בהפעלת מרכזו השהייה באופן הפוגע בהסתמכותם הלגיטימית של משרדי הממשלה באשר להמשך הפעלתו של מרכזו השהייה, אשר מבניו הוקמו כדין בהתאם להיתר חוקי ותקף.

כל אלה מלמדים לעמדת המדינה כי העתירה שלפנינו לוקה באופן בולט גם בשיהוי אובייקטיבי.

19. לבסוף, ואף אם מצאנו כי העתירה לוקה בשיהוי סובייקטיבי ואובייקטיבי, עלינו לאזן רכיבים אלו אל מול עקרון שלטון החוק ולבדוק האם עדיין מוצדק לדחות את העתירה בשל השיהוי שדבק בה. לעמדת המשיבים, יש להשיב על שאלה זו בחיוב. נסביר.

בית המשפט הנכבד נדרש בהרחבה בפסק דינו בעניין **דסטה** לשאלת חוקתיות פרק ד' לחוק למניעת הסתננות. בסופו של יום, הורה בית המשפט הנכבד כי החוק הוא חוקתי, למעט משך תקופתה המקסימאלית של הוראת השהייה. לימים, ובעקבות קביעות פסק הדין בעניין **דסטה**, תוקן החוק למניעת הסתננות פעם נוספת, כך שנקבע כי משך הוראת שהייה יהיה **עד 12 חודשים**. משכך, ניצבת בפנינו קביעה חוקתית חלוטה לעניין האיזונים הנדרשים בין הזכות לכבוד ולחירות לבין האינטרסים הציבוריים כבדי המשקל המוגשמים עם יישום הוראות פרק ד' לחוק.

הדברים נאמרים, שכן למקרא העתירה דכאן, נראה כי רבות מטענות העותרים לאי-חוקיות הפעלת מרכזו שהייה במתכונת הכוללת מבני מגורים ל-10 אנשים מבקשות לפתוח מחדש את הכרעתו החוקתית של בית המשפט הנכבד, באמצעות אותם טיעונים ממש שהועלו בעניין **דסטא**.

בצד טיעוניהם אלה, מחדדים העותרים טענותיהם במישור המינהלי, וטוענים לקיומה של פגיעה עצמאית בשל הפרה, לכאורה, של הוראות הנספח החברתי והפרוגרמה המפורטת. לשיטת העותרים, מסמכים מנחים אלו מלמדים על קביעתה של נקודת איזון תכנונית כללית המלמדת על הימצאות של 6 אנשים, לכל היותר, בכל חדר מגורים – **יהיה סוגו וגודלו אשר יהיה**. לעמדת העותרים, הפעלתו של מרכזו שהייה בעת הנוכחית מלמדת על חריגה של 40% ממה שהותר; ולפיכך מגבשת, לכאורה ועל-פי הנטען, פגיעה עודפת בלתי חוקית בזכות לכבוד ולפרטיות.

20. אלא, שהנספחים האמורים כלל לא קובעים נקודת איזון כאמור וכל שנקבע בפרוגרמה המפורטת הוא כי ב"מגורון רגיל" ששטחו לא יפחת מ-18 מ"ר, לא יהיו יותר משישה בני אדם. כלומר, הצפיפות המינימאלית היא 3 מ"ר לאדם, בלי שנקבעה נורמה כללית כלשהי לגבי מספר השוהים המקסימאלי בכל חדר. בפועל, חדרי המגורים הם מבנים גדולים יותר מן ה"מגורון הרגיל" שהעמידו מנכ"ח הנספח החברתי והפרוגרמה המפורטת לנגד עיניהם; בכל מבנה שכזה ישנה מקלחת (הפרוגרמה המפורטת אינה מחייבת זאת), ואין חולק כי הדבר מקטין את הפגיעה בפרטיות הנלווית לשימוש במקלחות ציבוריות; והשטח המינימאלי לכל שוהה הוגדל ב-50% ל-4.5 מ"ר (במקום 3).

לפיכך, המשיבים יטענו כי הבינוי הקיים במרכזו שהייה אינו מהווה סטייה כלשהי מהוראותיה המחייבות של תמ"א 46 ואף לא מהוראות הנספח החברתי והפרוגרמה המפורטת לחדרי המגורים ומספר השוהים בהם. על כן, אף אין בפנינו מצב דברים שבו הוכחה פגיעה בעקרון שלטון החוק המצדיקה את בירורה של העתירה לגופה, חרף השיהוי הכבד שדבק בה.

21. המשיבים יוסיפו ויטענו, כי לצד טענת השיהוי, מוצדק לדחות את טיעונם התכנוני העיקרי של העותרים גם לנוכח העובדה כי טיעון זה לא הועלה על-ידם במהלך הליך ההשגות וההערות. למעשה, עיקר טיעונם של העותרים נשען על קיומן לכאורה של שתי מגבלות תכנוניות בהוראות תמ"א 46 ביחס למבני המגורים: הוראת צפיפות – המבטיחה לפחות 4.5 מ"ר לכל שוהה; לצד הוראה בדבר מספר אנשים, במנותק מגודל החדר – לפיו לא יהיו יותר משישה שוהים בכל חדר. וכאמור, העותרים סבורים כי מדובר בשתי הוראות תכנוניות מצטברות.

המשיבים יטענו כי מעבר לעובדה שאין עוגן לקו טיעון זה של העותרים במסגרת הוראותיה של התכנית, הרי שאם סברו העותרים שיש לכלול הוראה תכנונית מפורשת המגבילה את מספר השוהים המקסימלי בכל חדר, יהא גודלו אשר יהא, היה עליהם לטעון זאת מפורשות במסגרת ההשגה שהגישו (ואשר צורפה לעיל בתור מש/4). כזאת, העותרים לא עשו, מטעמיהם שלהם.

במצב עניינים זה, העותרים אינם יכולים להעלות עתה, בחלוף 4.5 שנים מאז אושרה התכנית, טענות תכנוניות חדשות אודות פגיעה הנגרמת בשל העובדה שתמ"א 46 לא חייבה בנייה של מבני מגורים עבור מספר מקסימלי של שישה שוהים בכל מבנה, אלא חייבה בהוראת צפיפות מינימאלית בלבד.

22. כידוע, בית המשפט הנכבד קבע זה מכבר, במספר הזדמנויות שונות, כי לא תותר העלאת טענה בבית המשפט אלא אם הועלתה הטענה קודם לכן במסגרת ההליך התכנוני. כך למשל, קבעה כבוד השופטת (כתוארה דאז) נאור ב-ע"ם 9264/10 חברת נ.י.ל.י. נדל"ן בע"מ נ' עיריית גבעת שמואל (פורסם בנבו, 30.05.12):

"התנגדות המוגשת לוועדה מחוזית צריכה לכלול את כל הנימוקים שבענייני תכנון ובמידת הצורך גם חוות דעת. אין להעלות במסגרת עתירה מינהלית נימוק תכנוני שלא עלה בהתנגדות... אין ככלל מקום להוסיף על ההתנגדות טענות תכנוניות בערר, ועל אחת כמה וכמה שאין מקום להוסיף טענות שכאלה בעתירה מינהלית המוגשת לבית המשפט לעניינים מינהליים" [ההדגשה הוספה – הח"מ].

וראו גם את פסק דינה של כבוד השופטת חיות בע"ם 7186/10 זילבר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז ירושלים, (פורסם בנבו, 22.4.13):

"הנה כי כן, על המבקש להתנגד לתכנית להציג את טענותיו בפני ועדות התכנון במועד שנקצב לשם כך ועל דרך הכלל בית המשפט לעניינים מינהליים אינו המקום לבחינה ראשונית של עניינים תכנוניים".

23. לבסוף, ועל יסוד טעמי הסף הקודמים, המשיבים סבורים כי מן הדין לדחות את העתירה על-הסף נוכח אי-צירוף משיבים רלוונטיים, ובדברים אלו הכוונה אל הוועדה המקומית אשר נתנה את היתר הבנייה; אל משרד הביטחון בתור יזם תמ"א 46 ומי שהוטלה עליו מלאכת הבנייה בפועל של המרכז; ולבסוף - המועצה הארצית לתכנון ולבנייה.



לעמדת המשיבים, עתירה המבקשת לבסס טיעון לפיו הבינוי בפועל של מרכז השהייה סותר את הוראות תמ"א 46 – שהיא כזכור תכנית מתאר ארצית ברמה מפורטת – מחייבת את צירופם של שלושת הגורמים שנמנה זה עתה. הדבר הכרחי הן לצורך מיצוי הבירור העובדתי, הן לצורך ליבון השאלות התכנוניות. הדברים הם בבחינת מושכלות יסוד בכל האמור בעתירות הנוגעים לפרשנותן של הוראות תכנוניות; לא כל שכן האופן בו ניתנו היתרי בניה מכוח תכניות מפורטות והאם הבינוי בפועל תואם את הוראות ההיתר, אם לאו. אלה גם אלה – לא הובאו בפני בית המשפט הנכבד.

בנסיבות שנוצרו, העתירה במתכונתה הנוכחית אינה מאפשרת קיומה של ביקורת שיפוטית וקביעה לפיה ישנה הפרה של הוראות תמ"א 46; וממילא לא קביעה כי נוכח עוצמת ההפרה האמורה על רשות האוכלוסין וההגירה להורות על ביטול הוראות שהייה ועל הימנעות ממתן הוראות חדשות עד אשר יתייצב מספר השוהים בכל חדר מגורים על שישה בלבד.

24. מכלול הדברים גם יחד – היות העתירה לוקה בשיהוי כבד; העלאתן דה-פקטו של טענות תכנוניות חדשות כלפי הוראות תמ"א 46 שלא בא זכרן בהליכי ההשגה שקדמו לאישור התכנית (ושהוגשו גם על-ידי העותרים 3-4); ואי צירוף משיבים רלוונטיים – שוקלים את משקלם המצטבר באופן המצדיק את דחיית העתירה על הסף.

עתה, נפנה ונראה כי דין העתירה להידחות גם לגופה.

### דין העתירה להידחות לגופה

25. עוד בטרם נצלול לגופו של הדיון התכנוני גופו, מן הראוי להתעכב קמעא על מספר נקודות מוצא חשובות.

26. ראשית, עורכי מסמכי התכנית, ובכלל זה גם מנסחי הנספח החברתי והפרוגרמה המפורטת, העמידו לנגד עיניהם מרכז שהייה שונה, שתכליתו על-פי דברי ההסבר של התכנית לאפשר מנעד של דפוסי הפעלה – החל ממרכז שהייה סגור וכלה במרכז שהייה פתוח באופן מלא. יתרה מזאת, אין חולק כי מרכז השהייה, כפי שעוצב במסגרת פרק ד' לתיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות, הוא שונה לחלוטין מכפי הפעלתו היום. עיקרו של השוני הרלוונטי לענייננו נעוץ בהגבלת משך תקופת השהייה בו עד ל-12 חודשים בלבד וכן היותו פתוח לחלוטין ללא כל חובת התייצבות החל מהשעה 06:00 בבוקר ועד 20:00 בערב.

ואכן, מנתונים המצויים בידי הנהלת מרכז השהייה ניתן להיווכח כי מדי יום מבוצעות בעת הנוכחית אלפי כניסות ויציאות של שוהים מהכניסות אל המרכז: 1,406 תנועות כניסה ו-1,069 תנועות יציאה בממוצע (סה"כ 2,529 תנועות). כל זאת, כאשר מצבת השוהים הנוכחית במרכז השהייה עומדת על כ-1,700 איש. בחינת סך כל התנועות אל מול מצבת השוהים מלמדת על יציאה וכניסה ממרכז השהייה, קרי על היותו פתוח באופן אפקטיבי עבור כלל השוהים בו בעת הנוכחית. עוד יצוין, כי נתונים דומים נרשמו גם כאשר מצבת השוהים במרכז השהייה עמדה על כ-3,000, אז נרשמו מדי יום כ-2,457 תנועות כניסה ו-2,078 תנועות יציאה בממוצע.

לעמדת המשיבים, פתיחות זו של מרכז השהייה שומטת את הקרקע תחת טיעונם העובדתי של העותרים לפיו השוהים במרכז השהייה מבלים את עיקר זמנם בחדרים, ומכאן עוצמת הפגיעה הנטענת בזכותם לפרטיות ולכבוד. ואף זאת יוער – כי העתירה נשענת אף היא, בחלק לא מבוטל מרכיביה המשפטיים, על פסיקתו של בית המשפט הנכבד ביחס לנוסחיו הקודמים של החוק למניעת הסתננות, שאכן נמצאו על-ידי בית המשפט הנכבד כבלתי חוקתיים. דא עקא – לא זהו המצב הנורמטיבי הנוכחי.

27. **שנית**, ובהמשך לאמור לעיל, אין כל מקום להשוואה שעורכים העותרים בין מרכז השהייה וגודלם של חדרי המגורים בו לבין מתקני כליאה של אסירים ועצורים. עיקרו של השוני נעוץ בהבדל במידת הפתיחות של כל אחד מן המתקנים. מטבע הדברים, שונה מצב עניינים שבו אסיר מצווה ונכפה לשהות תקופות מאסר ממושכות בתא מאסר במתקן כליאה, לאורך מרבית משעות היממה; לבין מרכז השהייה הפתוח שאינו מחייב נוכחות בו לאורך מרבית שעות היממה (וגם זאת על-פני תקופה של עד 12 חודשים). ברי, אפוא, כי ככל שהשהות המנדטורית ביחידת המגורים (תא כלא או מבנה מגורים במרכז השהייה) היא כופה למשך שעות רבות יותר של היום, לאורך תקופות ארוכות יותר, כך על החדר להיות גדול יותר.

ומטבע הדברים, גם אין כל מקום ליתר ההשוואות שעורכים העותרים בין הסטנדרטים שנקבעו בהוראות דין אחרות לשוהים אחרים, כגון מי שנוזק לטיפול במעונות כאלה ואחרים. התכלית שונה ועל-כן הדין שונה. מה-גם, שטענות אלו מבקשות לתקוף באופן חזיתי את סטנדרט מספר השוהים בכל חדר – סטנדרט שלא נקבע ככזה בהוראות תמ"א 46 ושלא נטען ביחס אליו במסגרת מסמך ההשגות שהגישו העותרים 3-4.

28. משאמרנו זאת, נפנה מבטנו לעבר הנספח החברתי והפרוגרמה המפורטת עליהם מבקשים העותרים להשתית את טיעונם התכנוני.

הפרוגרמה המפורטת, כפי שהיא מעידה על עצמה, נועדה להציג את המסגרת הפרוגרמתית המפורטת שבבסיס התכנית, עת נדרשה המועצה הארצית לתכנון ולבנייה לאשר את הקמתו לראשונה של מרכז שהייה בישראל.

הפרוגרמה והנספח החברתי עמדו, אם כן, ברקע לכתיבת הוראות תמ"א 46. מסמכים אלו, יחד עם נספח פריסת השימושים (המוגדר בתכנית כמסמך מחייב), ביקשו ליתן תמונה פרוגרמתית כוללת שתנחה את העבודה בשלבי התכנון המפורט וההקמה של מרכז השהייה.

29. הנספח החברתי והפרוגרמה המפורטת אכן מהווים חלק ממסמכי התכנית, ועל כך אין חולק. יחד עם זאת, ובניגוד לנטען עלי ידי העותרים, מבחינה התכנית בין מעמדם הנורמטיבי של מסמכי המחייבים - אשר לא ניתן לסטות מהם אלא בהתאם לגמישות הקבועה בתכנית עצמה, לבין מסמכי המנחים - לגביהם הותירה התכנית מרווח של גמישות תכנונית לעת המימוש.

בעניין זה קבע בית המשפט הנכבד לא פעם כי כאשר התכנית קובעת שנספח המצורף לה או חלק מהוראותיו הנו מחייב, כולו או חלקו, לא ניתן ליתן היתר בנייה בניגוד להוראות המחייבות, בלא נקיטת הליכים על פי החוק שיתירו זאת.

לעומת זאת, מקום בו התוכנית קובעת כי נספח, או חלק ממנו, הוא מנחה בלבד, רשאי הגורם התכנוני, במקרים המתאימים, ליתן היתר שיש בו סטייה מהוראות מנחות המצויות בו.

30. בעניין זה, המשיבים יבקשו לטעון כי פסקי הדין אשר הובאו על ידי העותרים על מנת לתמוך את עמדתם באשר למעמדו של 'המסמך המנחה' אינם רלבנטיים לענייננו. ונפרט.

31. ע"מ 2339/12 שוחט נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה כפר-סבא (פורסם בנבו, 19.08.19). במקרה זה, נכתבה הערה ביחס למעמדם של שניים מתוך שמונת המסמכים שצורפו לתכנית: לגבי נספחי הבינוי - נכתב כי הם "מחייבים" ואילו לגבי נספח הניקוז והביוב - נכתב כי הוא "מנחה". אשר ליתר מסמכי התכנית, לרבות נספח התנועה מושא העתירה בבג"ץ 2339/12, לא נכתב מאומה לגבי תוקפם או מעמדם.

משכך, והיות שלא נרשם דבר לגבי מעמדו של נספח התנועה, סבר בית המשפט הנכבד כי עקרונות ההגינות, הסבירות, השקיפות, והסתמכות הצדדים, מובילים לפרשנות החיקוק, באופן שנספח התנועה - שכאמור צורף לתכנית שפורסמה כדין, ואשר צוין לגביו כי הוא מהווה חלק בלתי נפרד מהתכנית, ולא נכתבה הערה באשר למעמדו - יהיה במעמד של נספח מחייב (אשר המערערים היו רשאים להסתמך עליו, כפי שהסתמכו על התב"ע עצמה, ועל יתר צרופותיה). כל פרשנות אחרת, כך לעמדת בית המשפט, תוביל לתוצאה בלתי צודקת, ובלתי סבירה. אגב, באותו מקרה, הניתוח המשפטי של בית המשפט הנכבד באשר לאפשרותה של הרשות המינהלית לבצע שינויים בנספח התנועה, נגזרה ישירות מן המסקנה בדבר תוקפו המחייב של נספח זה.

יש לציין, כי כבי' השופט עמית (בדעת יחיד) קבע כי קשה להלום מצב לפיו נספח התנועה, לגביו לא נקבע כי הוא מחייב, יהיה "קשיח" יותר מאשר אילו היה נקבע שהוא מנחה בלבד. לשיטתו, הפרשנות התכליתית של התכנית היא שמנסח התכנית ביקש להתוות את מיקומה ורוחבה של "הדרך", כמשמעה בחוק התכנון והבניה, אך הותיר מרווח גמישות תכנונית לשלב הרישוי, בכל הקשור להסדרי התנועה, למגבלת רוחב הדרך שנקבע בתכנית ועוד. פרטים אלו נקבעו באופן מחייב וסופי רק בתוכנית הפיתוח.

32. ע"פ 586/94 מרכז הספורט אזור בע"מ נ' מדינת ישראל, נה (2) 112: במקרה זה, בית המשפט הנכבד דן בתכנית בינוי אשר צורפה לתכנית המפורטת והיותה חלק ממנה. תכנית הבינוי קבעה כי היתרי הבנייה יינתנו על-פיה, לאחר שתכנית הבינוי תאושר על-ידי הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה. תכנית הבינוי הופיעה על גבי תשריט שצורף לתכנית המתאר, שעליו הוטבעו חותמות של הוועדה המקומית ושל הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, בהן נאמר כי מדובר בתכנית מתאר מפורטת.

בנסיבות אלה, קבע בית המשפט הנכבד כי ההיגיון המשפטי אומר כי הפרת הוראות של תכנית הבינוי כמוה כהפרת הוראות של תכנית המתאר, או התכנית המפורטת. משכך, ובמקרה הקונקרטי, קבע בית המשפט הנכבד כי הכלל לפיו היתר בנייה אשר ניתן בניגוד לתכנית מתאר או לתכנית מפורטת עשוי להיות בטל מעיקרו, אם הוא לוקה בפגם חמור, חל גם על היתר בנייה אשר ניתן בניגוד לתכנית בינוי.

**לא זהו המקרה שלפנינו, שכן הנספח החברתי והפרוגרמה המפורטת נקבעו באופן מפורש כמסמכים מנחים בלבד** (ראו הטבלה בסעיף 1.7 להוראות התכנית), לצד הוראות הבינוי המפורטות שנקבעו בהוראותיה המחייבות של תמ"א 46 עצמה.

33. מכל מקום, לעמדת המשיבים, הבינוי בפועל של חדרי המגורים במרכז השהייה כלל לא סטה מן הצפיפות שנקבעה בנספח החברתי, וביתר דיוק מן הקביעה המובאת בפרוגרמה המפורטת.

בעמוד הבא נביא את ההוראות הרלוונטיות בנספח החברתי לעניין צפיפות החדרים.

תת אגף מערך מגורים לגברים / נשים (ללא ילדים) – עד 125 איש

| תחום תכנוני | מרכיב            | פירוט   | ציוד/עיצוב - המלצה  |
|-------------|------------------|---|---|
| מערך מגורים | יחידת מגורים     | עד 6 איש ביחידת מגורים כולל שירותים*+ כויר ככל הניתן גם מקלחת | יחידת מגורים  |
|             |                  |   | ארונית אישית ליד המיטה ומדף מעל ארון ביגוד וציוד אישי לכל אחד שולחן לאוכל, תעסוקת בחדר ומשחק ארון משותף לשמירה של מוצרי אוכל, כלים וכיכ"ב טלויזיה |
| שירותים     | מקלחות           | אחת לכל 10 איש, לכל הפחות + תא שירותים אחד לפחות              | פינת קפה הכוללת קומקום חשמלי ומקום להנחה מצרכים   |
|             | שירותים ציבוריים | 2 תאי שירותים בסמוך לחדר האוכל, מבני הציבור והשטחים הפתוחים   | אסלה מנירוסטה + ברז ממתכת ללא ניאגרה. שימוש במים ונייר טואלט  |
| בישול עצמי  | מטבחון משותף     | 2 בכל תת אגף  | כירה חשמלית, כויר, משטחים   |

\* באזור מגורי הסודנים יש לדאוג לברז תחתון לשטיפת רגלים טרם תפילה

ומהי אותה "יחידת מגורים" שראו לנגד עיניה עורכי המסמך הפרוגרמטי? על כך משיבה לנו הפרוגרמה המפורטת, עת היא נדרשת ביתר פירוט להצעותיה ל"מגורון רגיל". נביא הוראות אלה כלשונן:

| משמורת לוסייט גברים/נשים:  |   |
|--|---|
| מרכיב  | כמות וגודל היקף   |
| טבלה מספר 2: צרכים פרוגרמטיים לתת אגף (125 שוהים), אגף (250 שוהים), מתחם (1,000 שוהים) גברים/נשים ולכלל מתקן המשמורת |   |
| 1. מגורון  | <ul style="list-style-type: none"> <li>עד 21 מגורונים רגילים</li> <li>שטח עיקרי של מגורון לא יפחת מ 18.0 מ"ר</li> </ul>   |
| 2. מקלחת   | <ul style="list-style-type: none"> <li>לא פחות מ- 12 מקלחות ציבוריות (בהתאם לגודל תת אגף)</li> <li>שטח עיקרי של מבנה עם 6-7 מקלחות לא יפחת מ 30.0 מ"ר</li> </ul>  |
|  | <ul style="list-style-type: none"> <li>עד 6 שוהים במגורון רגיל</li> <li>מיטות חד או דו קומתיות</li> <li>חדרים חצי רטובים (תא שירותים + כויר בחדר)</li> <li>ציוד המגורון בהתאם להמלצות הנספח החברתי</li> <li>מקלחת אחת לפחות לכל 10 שוהים</li> <li>בכל מבנה מקלחת יהיה לפחות תא אחד של שירותים ציבוריים</li> </ul> |

34. הנה-כי-כן, הפרוגרמה המפורטת הגדירה "מגורון רגיל" כמבנה מגורים ששטחו העיקרי לא יפחת מ-18 מ"ר, וכי יהו בו עד שישה שוהים. לפיכך, יוצא שכוונת עורכי הנספחים הייתה כי השטח הבנוי למגורים לשוהה לא יפחת מ-3 מ"ר. עוד יוצא, כי הנספחים לא התייחסו לכמות שוהים בחדר באופן כללי, אלא ספציפית ליחידה המגורים שהיוותה את מודל ההערכה לתכנון התמ"א. בהקשר זה, יצוין כי מבנה ה"מגורון הרגיל" על בסיסו נערכו התחשיבים היה מכולה הכוללת תא שירותים, שמידותיה 6 מ' (אורך) ו-3.6 מ' לרוחב.

35. מסמך הפרוגרמה היווה אם כך מסמך הערכה בלבד, תוך שנלקח בחשבון כי סוג המבנים וממדיהם עשוי להשתנות בשלב השימוש, ובשום שלב לא נקבעה במסגרתו הוראה תכנונית כללית לפיה בכל חדר – יהא גודלו אשר יהא – ניתן יהיה לאכלסו בשישה שוהים לכל היותר.
- נשוב ונדגיש, כי ההשגה שהוגשה על-ידי ארגוני זכויות אדם, ובכללם העותרים 3-4 עצמם, לא קבלה על היעדרה של קביעה תכנונית הנוגעת למספר השוהים המקסימלי בכל חדר, אלא הופנתה באופן כללי רק נגד גודלו של שטח המגורים הממוצע לכל שוהה, ובלשון סעיף 55 להשגה המובא להלן "שטח המחיייה" לכל שוהה:
55. חרף גודלו העצום של המתקן, וחרף העובדה כי הוא מתוכנן להחזיק כלואים עם ילדיהם לתקופות ממושכות, וייתכן שאף בלתי מוגבלות, הוראות התמ"א קובעות, כי שטח המחיייה יהיה מצומצם מזה הקבוע בתמ"א 24 לאסירים (שטח מחיייה מצומצם ופוגעני ממילא), וכי המועצה הארצית תוכל לאשר אף סטייה מכך, ואת הקטנתו של שטח המחיייה.
36. כפי שנסקר לעיל, ביום 27.12.11 דנה הוולנת"ע בהשגות הציבור ובהערות הוועדות המחוזיות. בתוך כך, הוולנת"ע מצאה לקבל את השגות הציבור בנושא שטח המגורים הממוצע לכל שוהה והחליטה להמליץ להגדילו ל-4.5 מ"ר לכל שוהה. באופן קונקרטי יותר, החליטה הוולנת"ע להמליץ למועצה הארצית לקבוע בסעיף 6.1.2 (א) כי "שטח הבנוי למגורי שוהה בחדר הכולל תא שירותים לא יפחת מ-4.5 מ"ר. בחדר שאין בו תא שירותים יופחת שטח המגורים בלא יותר מ-56 סמ"ר. מידות אלו יחולו על הרחבת תא שטח 1 ועל בניית תאי שטח 2 ו-3" (עמ' 17 לפרוטוקול הדיון).
- המלצה זו הטעימה הוולנת"ע ברצון "להקל על הצפיפות ולאפשר מידת מה של פרטיות ותנאי מחיה הוגנים יותר, בעיקר לאור העובדה שהמתקן מיועד לשהייה ממושכת ומאחר ואין מדובר באוכלוסייה כלואה".
37. המלצה זו התקבלה כאמור על-ידי המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, ובהתאם נקבע בסעיף 6.1.2 (א) לתמ"א כי "השטח הבנוי למגורים לשוהה לא יפחת מ-4.5 מ"ר (נטו) בחדר מגורים הכולל תא שירותים. בחדר שאין בו תא שירותים לא יפחת מ-3.94 מ"ר (נטו)". עוד החליטה המועצה להגדיל את הגמישות בהגדרת מספר השוהים באגף ובמתחם ל-40%, תוך שמירת היחסים הקבועים בתכנית בעניין השטח המוקצה לכל שוהה למגורים ולבניה ציבורית.
- כל אלו תומכים בכך שלאורך ההליך התכנוני כולו, הן במסגרת הפרוגרמה המפורטת והן במסגרת הליכי ההשגה, לא נקבעה הוראה תכנונית הקובעת – כתנאי נפרד ועצמאי – מספר מקסימאלי של שוהים בחדר, יהיה סוגו וגודלו אשר יהא.

38. בנקודה אחרונה זו, המשיבים יבקשו לטעון כי ניסיונם של העותרים לקרוא לתוך הוראות תמ"א 46 ונספחיה המחייבים הוראה תכנונית שלא בא זכרה בלשון הוראותיה, ואף לא בהליך גיבושה, הינו מהלך מוקשה מבחינה פרשנית, ויש בו משום התערבות בוטה בשיקול דעתה התכנוני.

באופן מטאפורי, ניתן לומר כי בפני העותרים ניצב צומת משפטי הכולל שתי חלופות: מן העבר האחד, לטעון לפגמים בהוראותיה של תמ"א 46 גופה ובאיזון שערכה, עת קבעה את גודל השטח המינימאלי לכל שוהה; ואילו מן העבר השני – לטעון כי הבינוי בפועל סותר את הוראות תמ"א 46.

אם יאמצו העותרים את החלופה הראשונה באופן מוצהר, הרי שיתחדד במלוא תריפותו פגם השיהוי באי-הגשת העתירה מיד לאחר אישורה של התמ"א על-ידי הממשלה. ואילו, אם יבחרו העותרים בחלופה השנייה, יתחדד הקושי הניצב לפתחם בהצבעה על הוראה תכנונית שהופרה.

בפועל, נראה שהעותרים יבקשו לילך בנתיביה של החלופה השנייה, אולם מהות טיעונם נטוע בחלופה הראשונה – ומנינו מעלה מדוע דין טיעון זה להידחות.

39. לא זו אף זו, המשיבים יבקשו לעמוד על המתח הקיים בקו טיעונם המרכזי של העותרים במישור התכנוני. מן העבר האחד, טוענים הם כי הנספח החברתי והפרוגרמה המפורטת יצרו הוראה תכנונית מפורשת המגבילה את מספר השוהים המקסימלי בחדר לשישה. מן העבר השני, טוענים הם כי אין סתירה בין הוראה זו – המצויה רק במסמך מנחה – לבין הוראות סעיף 6.1.2(א) שקובע שטח מגורים בנוי מינימאלי של 4.5 מ' לכל שוהה, בחדר עם שירותים. לשיטתם, עסקינן במארג הוראות שלם וקוהרנטי.

40. אפילו אם נקבל את הנחת המוצא הראשונה של העותרים בדבר מספר השוהים המקסימלי בחדר – וראינו שאין לטיעון זה על מה שיסמוך – אזי מזדקרת לה השאלה מדוע נערכה הפרדה בין ההוראות ומדוע האחת מצאה עוגן בהוראות התכנית, ואילו רעותה רק בנספח מנחה? מה ההיגיון התכנוני בהפרדה שכזו ומדוע לא יקובצו להן ההוראות יחדיו, זו לצד זו? ונזכור שעוסקים אנו בתכנית המהווה חיקוק אשר הוראותיה הן בבחינת דין.

העתירה אינה משיבה לשאלות אלו, מן הטעם הפשוט שאין בכך כל הגיון. תמ"א 46 לא ביקשה לקבוע הוראה כגון זו שחפצים כעת העותרים לקרוא לתוכה, כך שלמעשה טענתם המהותית המדויקת של העותרים היא כלפי היעדרה של הוראה כאמור בתקנון תמ"א 46. כך – ולא אחרת.

אלא שדין טיעון זה להידחות, הן מטעמי הסף שנמנו לעיל, אולם בעיקר גם נוכח העובדה כי למועצה הארצית לתכנון ולבניה נתון שיקול דעת רחב ביותר, ומולו מצטמצם עד מאוד מתחם ההתערבות שהתווה בית המשפט הנכבד בפסיקתו הענפה בתחום. כך, למשל, קבע בית המשפט הנכבד בבג"ץ 4776/03 מלון רג'נסי ירושלים בע"מ נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 9.5.05) (להלן: עניין מלון רג'נסי):

"אכן, בית המשפט אינו נוהג לבוא בנעליהן של רשויות התכנון המוסמכות. הנטייה היא שלא להתערב בהחלטתן של רשויות התכנון אלא מקום שנפל בהן פגם משפטי, כגון חריגה מסמכות, פעולה בחוסר תום לב, או חריגה קיצונית ממתחם הסבירות (ראו עוד בג"צ 2324/91 התנועה לאיכות השלטון נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה, פ"ד מה(3) 678; בג"צ 478/85 אבולעפיה נ' ועדה מחוזית לתכנון ובנייה, פ"ד מ(2) 294; בג"צ 465/93 טריידט נ' ועדה מקומית לתכנון ובנייה, פ"ד מח(2) 622)." [ההדגשה חוספה - הח"מ]

וראו גם את פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעע"מ 3189/09 החברה להגנת הטבע נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה (פורסם בנבו, 2.7.09), במסגרתו סוכמה ההלכה כדלקמן:

26" [...] באשר להפעלת ביקורת שיפוטית על החלטות גופי התכנון הסטטוטוריים הלכה ידועה היא כי ההתערבות תהיה מצומצמת. בית המשפט אינו יושב כערכאת ערעור על שיקוליה התכנוניים של רשות התכנון הפועלת על-פי דין [...].

לפיכך התערבותו של בית המשפט בשיקול דעתן של רשויות התכנון תיעשה בקיומן של עילות מובהקות כגון חריגה מסמכות, חוסר תום לב או חריגה קיצונית ממתחם הסבירות [...] דברים אלו מכוונים עצמם לטענות הנוגעות לתוכנן של החלטות מוסדות התכנון והטעם לכך ברור. בית המשפט אינו מומחה מקצועי לבחינתם של שיקולים תכנוניים צרופים, ולפיכך אין מקום כי הוא יתערב בהחלטות תכנוניות מובהקות, אלא במקרים חריגים כאמור..." [ההדגשות הוספו - הח"מ].

וכן ראו בג"ץ 10242/03 אורי מילובלובסקי נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה, פ"ד נח(6) 673 (2004):

9" בית המשפט, בין אם בית המשפט הגבוה לצדק ובין אם בית המשפט לעניינים מנהליים, איננו מוסד תכנון עליון העומד מעל מוסדות התכנון השונים המנויים בחוק. על כן, לא יתערב בית המשפט בהחלטות תכנוניות, אלא אם נתגלה פגם דיוני המצדיק התערבות, ולא יחליף את שיקול דעתה של הרשות המוסמכת וישים תחתיו את שיקול דעתו שלו. אלא אם ההחלטה נגועה בחוסר סבירות קיצונית או בפגם דומה." [ההדגשות הוספו - הח"מ]

41. זאת ועוד; בענייננו מדובר בטענות שמופנות נגד תכנית מתאר שגובשה על-ידי מוסד התכנון המקצועי הבכיר ביותר בהירארכיה התכנונית במדינת ישראל - הלוא היא המועצה הארצית לתכנון ולבנייה; ואשר אושרה על ידי ממשלת ישראל, העומדת בראש ההירארכיה התכנונית שמתווה חוק התכנון והבנייה. כידוע, על-פי הלכה הפסוקה, ככל שמעמדו של מוסד התכנון בהירארכיה התכנונית גבוה יותר, כך מתרחב היקף שיקול דעתו התכנוני, וכפועל יוצא - כך גם קטן היקף התערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטותיו.



ראו לעניין זה דבריו של כב' השופט (כתוארו אז) חשין בבג"ץ 2920/94 אדם טבע ודין נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פ"ד נ(3) 441 (1996), כדלקמן:

"במקום שהנושא העומד לדיון נושא מקצועי הוא הניתן להכרעתו של גוף מקצועי; והגוף שהחלטתו עומדת למיבחן נעלה הוא במעמדו, מיתחם הסבירות רחב הוא ביותר ונהסס להתערב בסבירות החלטה העומדת לפנינו לביקורת. .... דברים אלה ייאמרו על דרך הכלל, ובעניינינו-שלנו - על דרך הפרט. יתר-על-כן: הגם שהרשויות עשויות היו להגיע להחלטה אחרת מזו שהגיעו אליה - החלטה שאף בה לא היינו מוצאים לנכון להתערב - בכל-זאת לא נמצאה לנו עילה ראויה להתערבות בהחלטה שנתקבלה" [ההדגשה הוספה - הח"מ]

עוד בהקשר זה, נבקש להפנות לפסק-דינו של בית משפט הנכבד בעע"מ 9057/09 איגנר נ' השמורה בע"מ (פורסם בנבו, 10.10.10) (להלן: עניין איגנר), שם הובהרה ההלכה הבהר היטב:

"20. התערבותו של בית-המשפט בהחלטות של רשויות התכנון נעשית במשורה, בעילות מובהקות המצדיקות התערבות במעשה המינהלי, כגון: חריגה מסמכות, חוסר תום-לב או חריגה קיצונית ממתחם הסבירות" ... כלל זה מקבל משנה תוקף בעניינינו כאשר מדובר בגוף התכנון העליון - המועצה הארצית לתכנון ולבניה במליאתה. אכן, הכלל לפיו אין בית המשפט מחליף את שיקול דעתן המקצועי של רשויות התכנון בשיקול דעתו חל על כל מוסדות התכנון, אך הוא חל ביתר שאת על החלטת גוף התכנון העליון - המועצה הארצית - שניתנה ברוב משמעותי. שהרי, במסגרת הביקורת השיפוטית בית המשפט נותן "משקל וחשיבות למאפייניה המוסדיים של הרשות העומדת לביקורת. הוא מביא בחשבון את טיבה ומהותה של אותה רשות. הוא מביא בחשבון את תפקידה של רשות זו ואת מעמדה במערך המשטר הדמוקרטי" (בג"ץ 2534/97 ח"כ יונה יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 29 ב-ג (1997)) [ההדגשות הוספו- הח"מ].

42. אשר-על-כן, המשיבים סבורים כי דין מהלכם הפרשני של העותרים את הוראות תמ"א 46 אינו מתיישב עם לשון הוראות התקנון, עם המבנה הפנימי של הוראותיה, עם ההיררכיה התכנונית בין מסמכיה ואף לא עם כללי הפרשנות הנדרשים ליתן ביטוי למהות הגוף הקובע את הנורמה התכנונית.

43. אשר לטענות העותרים המוסבות על רמת השירותים השונים הניתנת במסגרת מרכז השחייה, אין למשיבים אלא להפנות לתגובת המדינה לעתירות האחרות שהוגשו בבג"ץ 4386/16, בבג"ץ 4388/16, בג"ץ 4389/16 ובבג"ץ 4391/16.

אשר לטענה בדבר המצוקה הנפשית שצפיפות החדרים מסבה לכאורה לשהים, ומעבר לתשובה שניתנה במסגרת מענה לפנייות העותרים עובר להגשת העתירה, נבקש להבהיר כי ככל ששווה אכן נקלע למצוקה כאמור הרי שמצב עובדתי זה זוכה למענה במסגרת הוראות החוק למניעת הסתננות. בעניין זה, נפנה להוראת סעיף 32ד(ב) לחוק למניעת הסתננות, בשילוב הוראת סעיף 32ד(ז) לחוק, מכוחן רשאי ממונה ביקורת גבולות לבטל הוראת שהייה בעילה של גרימת נזק לבריאותו הנפשית; כמו-גם להוראת סעיף 32ה(ג) המעניקה סמכות מקבילה ועצמאית לרופא המרכזת להורות על ביטול הוראת שהייה "רופא במרכז רשאי להורות למנהל המרכז על טיפול בשווה בתנאים מיוחדים, ובכלל זה על שחרור שווה מהמרכז מסיבות רפואיות".

### סיכום

44. המשיבים יטענו כי דינה של העתירה דנן להידחות על הסף ולגופה כאחד. בסופו של יום, וחרף ניסוח הסעד המבוקש בעתירה כלפי רשות האוכלוסין וההגירה, עיקר טיעונם של העותרים הוא תכנוני.

במישור זה של הטיעון התכנוני, ניצבת העתירה בפני פגמים דיוניים המצדיקים את דחייתה על הסף; ואף לגופו של עניין, לא עלה בידי העותרים להצביע על הקמתו של מרכז שהייה בניגוד להוראות תמ"א 46 שהיא תכנית מתאר ארצית מפורטת, מכוחה ניתן להוציא היתרי בנייה.

45. משכך, המשיבים יטענו כי לא קמה כל עילה משפטית ליתן את הסעד המבוקש בעתירה ולפיו על רשות האוכלוסין להימנע "מזימון ומקליטת שוהים חדשים במגורוני מתקן 'חולות', ככל שכבר שוהים במגורונים שישה אנשים או יותר, וזאת בהתאם לתכנית המתאר הארצית תמ"א 46, שמכוחה הוקם המתקן".

46. העובדות המפורטות בסעיפים 11-6, 28 ו-37-34 נתמכות בתצהירה של הגבי חנה ויטלזון, ממונה תכניות מתאר ארציות במינהל התכנון; העובדות המפורטות בסעיפים 14-13 ו-26 נמכות בתצהירו של גונדר משנה יעקב שלום, מנהל מרכז שהייה; והעובדות המפורטות בסעיפים 12 ו-18 (ביחס למשאבים שהושקעו בפרויקט) נתמכות בתצהירו של מר בני קוזין, אחראי תאום ובקרה במשרד הביטחון.

רן רוזנברג, עו"ד  
סגן בכיר בפרקליטות המדינה

היום, י"ז באדר תשע"ז  
15 במרץ 2017