

**בית משפט העליון בירושלים**  
**בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק**

בג"ץ 4602/16  
קבוע ליום 3.4.17

- העותרים :**
1. חלופים חגוס (תעודת שוהה מס' 1393425)
  2. מנסור מנסור מוחמד (תעודת שוהה מס' 1404765)
  3. האגודה לזכויות האזרח (ע"ר)
  4. המוקד לפליטים ולמהגרים (ע"ר)
- ע"י עו"ד אלעד כהנא (מ.ר. 49009) ו/או עו"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

- נ ג ד -

- המשיבים :**
1. שירות בתי הסוהר
  2. רשות האוכלוסין וההגירה
- ע"י פרקליטות המדינה  
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים  
טל': 02-6466590 ; פקס : 02-6467011

**תגובה מטעם העותרים**

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 16.3.17, מתכבדים העותרים להגיש תגובה מטעמם לתגובה המקדמית מטעם המשיבים מיום 15.3.17.

---

אלעד כהנא, עו"ד

ב"כ העותרים

#### א. התגובה המקדמית אינה מתייחסת לסעד המבוקש בעתירה

1. התגובה המקדמית, העוסקת בהליכי תכנון והיתרי בניה, אינה רלוונטית לסעד המבוקש בעתירה. העתירה הוגשה בנוגע לאופן בו מפעילים המשיבים את מתקן "חולות". הסעד המבוקש נוגע לזימון קליטה של שוהים חדשים במגורונים, ולא מתבקש דבר בנוגע לבינוי או לתכנון.
2. עתירה זו אוחדה – לבקשת המשיבים – עם עתירות נוספות שעניינן הפעלת המתקן בידי המשיבים. ענייננו אינו שונה מהן. העותרים אינם מלינים על הוראות תמ"א 46 אלא מסתמכים (גם) עליהן. הם אינם מלינים נגד אופן בניית המתקן, אלא נגד השימוש בו. העובדה שהעותרים ביססו את טענותיהם, בין היתר, על הוראות תכנית המתאר, אין משמעה שהדיון נשאב לעולמן של ועדות תכנון (בדיוק כפי ששימוש בתכנית כראייה בהליך אזרחי או פלילי אינו משנה את הדיון ואת הסעד המבוקש בו). בית המשפט הנכבד מתבקש שלא ללכת שולל אחרי ניסיון המשיבים לשכתב את העתירה, וליתן צו על תנאי כמבוקש בה, בהיעדר תגובה לה.

#### ב. טענות הסף של המשיבה בדבר אי צירוף משיבים ושיהוי

3. לעותרים אין ריב עם גורמי התכנון, שהמשיבים מלינים על אי-צירופם, משום שלא מתבקש סעד ביחס לבנייה או לתכנון. גם אם יתקבל הסעד המבוקש המבנים והתכנית ישארו כפי שהם. כך גם ביחס לטענת המשיבים לשיהוי: העותרים אינם מלינים על תכנית המתאר, שמשקפת את טענותיהן, או על בניית המתקן, שתואמת את התכנית – הבנייה שומרת על שטח מינימאלי של 4.5 מ"ר לאדם, עבור 6 בני אדם לכל היותר. מתן הסעד לא יביא לשינוי בתכנית או במבנים. העתירה נוגעת לתפעול המתקן ואינה שונה מהעתירות המאוחדות עם עתירה זו או מבג"ץ 4581/15 איסמעיל נ' נציב בתי הסוהר, שבעניינה ניתן צו-על-תנאי ביום 3.5.16.
4. עילת העתירה נוצרה רק לאחר הפעלת המתקן בידי המשיבים. ואכן, העותרים עתרו מיד עם הפעלתו בגין הפגיעה בזכויות השוהים, בין היתר בשים לב לתנאים המגורים בחדרים (בג"ץ 8425/13 גבריסלאסי נ' הכנסת, התקבלה במלואה ביום 22.9.14; בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת, התקבלה בחלקה ביום 11.8.15). במסגרת הדיון בבג"ץ דסטה, בית המשפט הנכבד היה מודע לטענות בנוגע להפעלת המתקן, ולא זו בלבד שלא דחה אותן בטענות שיהוי, אלא קבע שהן יידונו בנפרד בעתירות נפרדות שיוגשו (סעיף 53 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן). למעלה מן הצורך נוסף, שהטענה ל"נזק" שנגרם למשיבים בשל "הסתמכות" לא מובנת: המשיבים לא הסתמכו על התכנית בבחירתם לשכן 10 שוהים בחדר, שכן נספחי התכנית קובעים מגבלה של עד 6 אנשים בחדר; וממילא המשיבים יוכלו להמשיך ולהשתמש במבנים הקיימים, וככל שירצו לבנות מבנים נוספים, יוכלו לעשות זאת, כפי שהיו יכולים גם בעבר וכפי שיוכלו גם בעתיד.

## ג. פגיעה בלתי סבירה ובלתי מידתית בזכויות השוהים במתקן

5. המשיבים טוענים שהפגיעה בזכויות השוהים נמצאה כ"מידתית" בפרשת **דסטה**, אלא שכאמור פסק הדין בפרשת **דסטה** נמנע במפורש מלהכריע בטענות בנוגע לאופן תפעול המתקן והותיר אותן לדיון נפרד. כל שנקבע בפרשת **דסטה** הוא, שעצם הזימון למתקן פגיעה מידתית בזכויות.
6. במקביל, מנסים המשיבים להפחית מעוצמת הפגיעה בזכויות השוהים כתוצאה מהמספר הגדול של האנשים שמושמים יחד בחדרים, בטיעון שמדובר במתקן פתוח וניתן לצאת ממנו. אלא שגם מי שיכול לצאת מביתו עדיין גר בו, ישן בו ומבלה בו את זמנו. אם כוונת המשיבים היא שהשוהים נדרשים לשוטט במדבר כל היום, לא ניתן לקבל טענה זו. בכל אופן, ברי כי בחדריהם, השוהים זכאים לפרטיות ולכבוד. כיום זכויותיהם נפגעות באופן קשה: בתצהירים המצורפים לעתירה עמדו העותרים על קשיים בשינה, חדירה למרחב הפרטי, קושי להשתמש בתא שירותים אחד עבור 10 אנשים, רעש מתמיד, היעדר מרחב אישי, אי-נוחות בקיום מצוות דת או שיחות לצד מספר רב של אנשים ועוד. יובהר, שמדובר בסוגיה נפרדת משאלת השטח לאדם. אלו שתי פגיעות שונות, כפי שהוסבר בנספח החברתי (ס' 35 לעתירה) ואכן בתמ"א 46 נקבעו הוראות נפרדות לשתיהן.
7. בסעיף 26 לתגובה מובאים נתונים בדבר יציאות מהמתקן, כדי ללמד על כך שהשוהים לא מבליים זמן רב בחדרים. הנתונים מתייחסים למספר היציאות מהמתקן ולא למספר **האנשים** שיוצאים ממנו, וממילא אינם מתייחסים לאורך השהות מחוץ למתקן (שלא פעם היא רק לחולות שמקיפים את המתקן, שהות שמטבעה אינה ארוכה). עוד נזכיר שהתצהירים שצורפו לעתירה מראים שהמצהירים אכן נאלצים לעזוב את חדריהם, אולם זאת בליט ברירה, דווקא מאחר שתמיד יש בהם אנשים, ואת הפרטיות שלהם הם נאלצים לחפש, למרבה האירוניה, במקומות ציבוריים.
8. העותרים הראו בעתירה שהמספר הסביר לשיכון בני אדם יחד בחדר, נע בין 2 ל-6: במרכזי שהיה פתוחים בעולם מספר השוהים בתא נע בין 2 ל-5 (סעיפים 76-79 לעתירה); לגבי מתקנים אזוריים בישראל נקבעו תקנים המורים על מספר שנע בין 2 ל-6 (סעיפים 82-87 לעתירה); לגבי מתקני מאסר ומעצר נקבע המספר המקסימלי 4 (ואמור לרדת ל-3; סעיפים 70-71 לעתירה); ובתמ"א 46 נקבע שהמספר הראוי הוא לא יותר מ-6 אנשים. המשיבים משיבים לכל זאת בסעיף אחד בלבד (סעיף 27 לתגובה), ממנו משתמע שלשיטת המשיבים "חולות" הוא יחיד ומיוחד, אינו דומה לשום דבר אחר, ודווקא בעניינו יש להתיר חריגה קיצונית מהמספר האמור. טענה זו מובאת כמעט **ללא נימוקים**, היא בלתי סבירה בעליל ויש לדחותה. המשיבים מתעלמים מהנתונים שהובאו ביחס למתקנים דומים בעולם; טוענים שאין מקום להשוואה למתקנים פליליים משום שבהם לא ניתן לצאת מהתא (על אף שכאמור, המגורן עדיין מהווה את יחידת המגורים של האדם, וממילא המספר שנקבע לגבי מתקן פלילי **נמוך בחצי מזה המבוקש בעתירה**); ולגבי מתקנים מהם כן ניתן לצאת, טוענים המשיבים בכלליות "שאין כל מקום ליתר ההשוואות" משום ש"התכלית שונה ועל כן הדין שונה". לא ברור מהו השוני הרלוונטי, ומדוע הוא פועל דווקא לחובת העותרים, שמחוייבים לשהות במתקן המדובר, ולא ליהפך.

9. ככל שתכלית הפגיעה שבשיכון מספר כה גבוה של אנשים יחד בחדר, היא הקטנת הנטל על מרכזי הערים (כמשתמע מס' 18 לתגובה), הפגיעה אינה מידתית. בפרשת **דסטה** נקבע שהמתקן משיג את התכלית האמורה דווקא בהיותו "דלת מסתובבת" במציאות שבה **רוב מבקשי המקלט מתגוררים מחוץ לו**. כבר כיום תפוסתו של המתקן היא 3,000, וממילא חציו כמעט ריק (סעיף 26 לתגובה). המשיבים טוענים שיש לאפשר להם לדחוס במקום עוד 1,200 איש, שעה ש-40,000 מבקשי מקלט ממילא מתגוררים בכל רגע נתון מחוץ למתקן. **התועלת שלכאורה צומחת למשיבים מהפגיעה היא שולית בלבד, בעוד שעבור השהים, מדובר בפגיעה ממשית וקשה**. ממילא, המשיבים יכולים להגדיל את תפוסת המתקן על דרך של בינוי נוסף שיעלה בקנה אחד עם הדין.

#### ד. תמ"א 46

10. עד כה עמדו העותרים על הסעד המבוקש בעתירה והנימוקים העובדתיים והמשפטיים לקבלו. אחד המקורות המלמדים על המספר הסביר לאכלוס חדרי המתקן, הוא תמ"א 46. מדובר במקור המשמעותי ביותר, משום היותו דבר חקיקה מחייב שחל במישרין על ענייננו. בתגובה מועלות טענות רבות בנוגע להליכי תכנון ובניה, שכאמור אינן קשורות לעתירה. רק שתי טענות נטענות ביחס לנפקותה של תמ"א 46 לענייננו: תמ"א 46 אינה קובעת מגבלה בדבר מספר האנשים בחדר; וגם לו נקבעה מגבלה כזו, היא נקבעה בנספח מנחה ומשום כך המשיבים רשאים להתעלם ממנה.

11. התכנית אינה קובעת מגבלה על מספר האנשים המקסימלי בתא, אולם הדבר נקבע בשניים מנספחיה. שתיקת התכנית אינה מלמדת על שינוי הוראות הנספחים ויש צורך בקביעה אקטיבית לשם כך (עע"ם **שוהט** המוזכר בעתירה). התכנית עצמה קובעת שנספחיה הם חלק בלתי נפרד ממנה, משלימים אותה, ויש לקרוא אותם יחד. **בשניים** מהנספחים נקבע שלא ניתן לשכן במגורן יותר מ-6 אנשים. בנסיבות אלה לא היה צורך בקביעת הוראה מיוחדת בעניין גם בתכנית (ואכן, הוראות רבות הנמצאות בנספחים לא נקבעו בתכנית המתאר, שהיא מטבעה מצומצמת).

המשיבים מנסים להסתמך על שינויים שהכניסה התכנית ביחס לשטח לאדם שנקבע בפרוגרמה המפורטת. התכנית אכן ביקשה להגדיל את **השטח** נוכח השגות, ולכן קבעה הוראות שייגברו על נספח אחד **בעניין זה**; אולם היא לא ביקשה לתקן את המגבלה על מספר האנשים כפי שנקבעה **בשני נספחים**, ולכן גם לא היה צורך לקבוע הוראות בנושא בתכנית עצמה.

12. אשר לטענה כי מדובר בנספח בעל מעמד מנחה בלבד, הרי שמעמדם של נספחים כמנחים או מחייבים רלוונטי לשני עניינים **בלבד** (עע"ם 2015/08 בר-און נ' **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה מטה יהודה**, 31.12.12): פרשנות התכנית במקרה של סתירה (שלא מתקיימת בענייננו), וסמכות הוועדה המקומית להוציא היתר בניה בניגוד לתכנית. ענייננו אינו בהוצאת היתר בניה אלא בשימוש במתקן. הדבר דומה לטענה, שאדם יכול לעשות שימוש חורג במבנה, על דעת עצמו, אם הדבר נקבע בנספח מנחה בלבד. ממילא נזכיר, שסטייה מנספח מנחה צריכה להיעשות בסבירות ומשיקולים תכנוניים.

המשיבים לא מנסים לטעון שמדובר בסטיה סבירה או שאלו הם שיקוליהם, אלא טוענים שהם יכולים להתעלם כליל מהנספח ולחרוג ממנו בקיצוניות.

13. לבסוף נזכיר, שאף אלמלא הייתה בתמ"א 46 מגבלה כאמור; או אף לו היה ניתן להתעלם ממנה; עדיין היו המשיבים צריכים להפעיל שיקול דעת סביר בשים לב לפגיעה בזכויות השהים. נוכח האמור לעיל, בדבר הפגיעה הנגרמת בזכויות ונוכח החריגה הקיצונית מהמספר המקובל לאכלוס מתקנים, טענות העותרים היו עומדות בעינין גם אלמלא תמ"א 46, וקל וחומר שכך הדבר משנספחי התכנית קבעו מגבלה כאמור.