

- העותרים:**
1. אנואר סולימאן ארבאב איסמעיל
 2. המוקד לפליטים ולמהגרים
 3. האגודה לזכויות האזרח בישראל
 4. רופאים לזכויות אדם - ישראל

כולם ע"י עו"ד עודד פלר ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל אביב
טל': 03-5608185 ; טל' נייד: 052-2547163 ; פקס: 03-5608165
דוא"ל: oded@acri.org.il

נ ג ד

- המשיבים:**
1. נציב בתי הסוהר
 2. מנהל "מרכז שהייה חולות"

ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים

תגובה מטעם העותרים

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מיום 12.9.2016 ומיום 21.3.2017 מתכבדים העותרים להגיש תגובתם להודעה מטעם המשיבים מיום 14.3.2017.

1. בהחלטתו מיום 12.9.2016 הורה בית המשפט הנכבד למשיבים להגיש תצהיר משלים, ובו התייחסותם למעמדו ולמשמעותו של הנספח החברתי לתמ"א 46 ("מרכז שהייה למסתננים מגבול מצרים"), בו מופיעה, בין היתר, התייחסות מפורשת לסוגיית הבישול העצמי על ידי השוהים במרכז, לרבות הקמת שני מטבחונים בכל אגף, המצוידים בכירה חשמלית, כיור ומשטחים.

לנוחות בית המשפט הנכבד מצורף העתק תקנון תמ"א 46 (להלן: **התקנון**) ומסומן א'.

קישור לנספח החברתי מופיע בתגובה מטעם העותרים מיום 2.5.2016: <http://bit.ly/1TnoFHk> והעתקו נמסר לתיק בית המשפט בדיון ביום 12.9.2016. ככל שיש צורך, העותרים ימציאו עותקים נוספים של הנספח החברתי לתיק בית המשפט.

2. עמוד 6 להוראות התקנון מפרט את רשימת מסמכי התכנית. הנספח החברתי הוא נספח מנחה שאושר עם יתר המסמכים על ידי המועצה הארצית לתכנון ולבנייה. התקנון קובע מפורשות בעניין מסמכי התכנית המחייבים והמנחים:

"כל מסמכי התכנית מהווים חלק בלתי נפרד ממנה, משלימים זה את זה ויקראו כמקשה אחת. במקרה של סתירה בין המסמכים המחייבים לבין מנחים יגברו המסמכים המחייבים." (עמוד 6 לתקנון).

3. הכלל שנקבע בפסיקה הוא שאפשר לסטות מהוראות מנחות בתכנית מתאר, ככל שהן סותרות הוראות מחייבות או ככל שניתן היתר לסטות מהן (עע"ם 2015/08 בר-און נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה מטה יהודה (פסק דין מיום 31.12.2012); ור' עוד עע"ם 2239/12 שוחט נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה כפר סבא (פסק דין מיום 19.8.2013), שאליו מפנים המשיבים). אף המשיבים טוענים, שכאשר עסקינן בנספח מנחה "רשאי הגורם התכנוני, במקרים המתאימים, ליתן היתר שיש בו סטייה מהוראות מנחות המצויות בו" (פסקה 5 להודעתם). **ואולם, המשיבים אינם מצביעים על סתירה בין הוראות מחייבות בתכנית לבין הוראות הנספח החברתי, ואף אינם מציגים כל היתר שניתן לסטייה מהוראות הנספח החברתי.**

4. למעשה, כל שהמשיבים טוענים הוא שהתכנית התגבשה על יסוד מתכונת הפעלה שונה. אפילו היו הדברים נכונים – והם אינם – אין בתכנית הוראה שמאפשרת לסטות ממנה בשל השתנות מתכונת ההפעלה, ולא ניתן היתר לעשות זאת. בהעדר הוראה מחייבת סותרת או היתר לסטות, המשיבים אינם רשאים שלא לקיים את הוראות הנספח החברתי.

5. למעלה מן הצורך נתייחס לעניין מתכונת ההפעלה שעמדה לעיני מתכנני התכנית ומאשריה. תכנית המתאר נערכה עובר לתיקונים שנערכו בשנים האחרונות בחוק למניעת הסתננות, וללא ידיעה מראש האם המתקן יהיה פתוח או סגור. התכנית נערכה על יסוד הקווים המנחים שהותוו בהחלטת הממשלה 2507 מיום 28.10.2010, שמובאים בדברי ההסבר לתכנית (עמוד 2 לתקנון). בין היתר נקבע בקווים המנחים: **"המרכז יבנה תוך מתן מענה להפעלתו כמרכז פתוח וכמתקן סגור"** (שם). אף שהומלץ באותה עת על הקמת מתקן סגור, ההנחייה לגורמי התכנון היתה להיערך לאפשרויות שונות: **"מבנה המרכז יתוכנן כך שיאפשר את הפעלתו ברמות פתיחות שונות, בהתאם לנסיבות ולצרכים"** (שם). כך תוכנן המרכז וכך אושרה התכנית (ורק על מנת שלא להלאות את בית המשפט הנכבד נסתפק בכך, ולא נביא מובאות מתוך הפרוטוקולים של דיוני רשויות התכנון שדנו בתמ"א 46, שמהם עולה במפורש שמתכנני התכנית ראו לנגד עיניהם מתכונות הפעלה שונות).

6. בחודש דצמבר 2013 לאחר פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין **אדם** (בג"ץ 7146/12 **אדם** נ' **הכנסת** (פסק דין מיום 16.9.2013)) נפתח המרכז. תחילה הוחלט לאכלסו בגברים בלבד לתקופה לא מוגבלת, תוך שהם מחויבים בהתייצבות שלוש פעמים ביום. בעקבות פסק הדין בעניין **איתן** (בג"ץ 7385/13 **איתן** – **מדיניות הגירה ישראלית** נ' **ממשלת ישראל** (פסק דין מיום 22.9.2014)), הוגבלה השהות במרכז ל-18 חודשים, גם לגברים בלבד, והם נדרשו לשהות בו בלילה. לאחר פסק הדין בעניין **דסטה** (בג"ץ 8665/14 **דסטה** נ' **הכנסת** (פסק דין מיום 11.8.2015)) הוגבלה השהות של גברים

במרכז לשנה, והם נדרשים לשהות בו בלילה. שינויים אלה מעולם לא הובילו לשינויים בתכנית המתאר או בהיתרים שניתנו לבניין המרכז. המרכז, כפי שתוכנן, אושר ונבנה משמש לכל מתכונת של הפעלה, וכפי שנקבע בתכנית – "ברמות פתיחות שונות, בהתאם לנסיבות ולצרכים".

7. אכן, התכנית מאפשרת בנייתו של המרכז פלחים פלחים, עד להשלמת מתקן שיכול להכיל כ-10,000 איש. ואולם, אין חובה לבנות את כל הפלחים, והוחלט לבנות מחציתם. התכנית אף מאפשרת איכלוס במשפחות וילדים ושהייה ממושכת, ואולם גם זאת אין חובה לעשות, והמחוקק החליט שהמרכז יאוכלס בגברים, ובעקבות פסיקת בית המשפט הנכבד הוגבלה השהייה בו לשנה. מתכנני התכנית ומאשריה שראו לנגד עיניהם מתכונות שונות להפעלת המרכז, קבעו כי יש להקים במרכז מטבחונים מצוידים לבישול עצמי של השוהים, ופירטו בנספח החברתי את האופן בו הדברים יעשו. זאת, אף אם יהיו במרכז 10,000 איש כולל משפחות וילדים לתקופה בלתי מוגבלת – סיטואציה שבה חששותיהם של המשיבים מפני בישול עצמי אך מתעצמות. בפועל, הוקם מרכז קטן יותר, ובעקבות פסיקת בית המשפט הנכבד השהייה בו הוגבלה. אין במרכז 10,000 איש ואין במקום ילדים, ובכל זאת ממאנים המשיבים לאפשר לשוהים להכניס מזון ולבשל בעצמם.

8. דברים אלה, כאמור, הם למעלה מן הצורך. עוד כאמור, בהעדר סתירה בין הוראות מחייבות בתכנית לבין הוראות הנספח החברתי, ובהעדר היתר לסטייה מהוראות הנספח החברתי – יש לפעול על פי הוראות הנספח. לו היה ניתן היתר לסטות, היה היתר שכזה בלתי סביר, מהטעמים המפורטים בכתבי הטענות. ואולם, העותרים לא ירחיבו בעניין שכן היתר לסטות לא ניתן כלל. המשיבים התעלמו מהוראות הנספח החברתי כליל.

9. באשר לסוגיית המזון ב"חולות", שאליה מתייחסים המשיבים בסייפא להודעתם:

כפי שהדגישו העותרים, עתירה זו "מתמקדת בהכנסת מזון על ידי השוהים ב'חולות' למתקן ובצריכתו על ידם. היא אינה עוסקת במזון שמסופק לשוהים על ידי שב"ס" (פסקה 28 לעתירה). טוב עשו המשיבים שהחליפו את הגורם שמפעיל את חדרי האוכל, ואולם לא בכך עוסקת העתירה. מחובתו של שב"ס לספק מזון לשוהים במרכז לא נובע פטור מן החובה הנוספת לכבד את חירותם של השוהים ב"חולות" לצרוך מזון כאוות נפשם, על פי בחירתם. זכותם של השוהים ב"חולות", שרוצים בכך, להכניס למתקן מזון, להתקינו ולצרוך אותו, אינה באה במקום חובתם של המשיבים לספק לשוהים במרכז מזון. כפי שהרחבנו בעתירה, חוסר העצמאות של השוהים ב"חולות" והעדר שליטה ביכולתם לצרוך מזון כאוות נפשם פוגעים קשות בכבודם ובחירותם, והם מן המאפיינים של הפעלת המרכז, המטשטשים את ההבדלים בינו לבין בית סוהר (עניין איתן, פסקה 135 לפסק דינו של השופט פוגלמן; ור' עוד בהרחבה פסקאות 24-27 לעתירה).

10. אכן, בחודש יוני 2016 הוחלף הגורם שמפעיל את חדרי האוכל, והשוהים אף ציינו כי חל שיפור. ואולם מכאן ועד לשביעות רצון המרחק רב מאוד. לתגובה זו מצורפים תצהיריהם של מר הגוס טקאלה ומר בראקת גברקריסטוס, מבקשי מקלט מאריתריאה (שכרבים אחרים בקשות המקלט שלהם לא נבחנו מעולם), השוהים ב"חולות" למשך שנה מאז חודש אוקטובר 2016.

11. מר טקאלה מעיד :

"האוכל שניתן בחולות בסיסי ולא טעים. הוא יבש, לא מתובל ולא תמיד מבושל כהלכה (למשל, אורז או ביצים אינם מבושלים תמיד). האוכל אינו מותאם לנו, האריתריאים. אין אוכל שלנו, ואנחנו לא נוהגים לאכול אוכל יבש. אין אוכל מיוחד אפילו בחגים. בחג המולד האחרון ובראש השנה הנוצרי אכלנו כרגיל. יש סוגי אוכל שמעטים אוכלים – כמו פלאפל שניתן מדי יום שני ונקניקיות חריפות שמוגשות לפעמים. אף שמעטים אוכלים זאת, מוסיפים להביא את האוכל הזה. אין בשר מדי יום. אנחנו אוכלים הרבה לחם. אסור לקחת אוכל מחדר האוכל, אבל רבים לוקחים לחם, שאותו טובלים בחלב.

אנו רוצים לבשל בעצמנו, לעצמנו, את האוכל שלנו. אנחנו אוהבים את המאכלים שלנו, שהם מתובלים ואינם יבשים. מדי פעם אוספים כסף ומבשלים על הארץ מחוץ לחולות. מזה כחצי שנה שאני כאן, וכבר שלוש פעמים זרקו את ציוד הבישול שהושאר בחוץ. אנשים שבישלו בחוץ נעצרו ונשלחו לסהרונים למאסר. אוכל הוא החיים. הוא מעסיק את כולנו. אנחנו אוכלים כדי לחיות, אבל לא יותר מזה. האוכל שניתן לנו לא מספק שום הנאה. אנחנו רוצים אוכל משלנו, שמתאים לנו, שאנחנו יכולים להכין אותו."

העתק תצהירו של מר טקאלה ותדפיסו מצורף ומסומן ב'.

12. ומר גברקריסטוס מעיד :

"אני, כמו רבים אחרים, לא אוהב את האוכל בחולות. אני לא אוהב את האורז שניתן פה כל יום בצהריים ובערב, ומשמש בסיס לכל ארוחה (רק במוצאי שבת מגישים משהו אחר – טונה, שגם אותה אני לא אוכל). האורז לא מבושל כראוי ולא מתובל. יתר האוכל לא מגוון, וחלקו ניתן בצמצום (למשל, בארוחת הבוקר מקבלים שתי כפות יוגורט ושתי כפות ריבה). אנחנו אוכלים הרבה לחם.

אנשים רבים מתלוננים על בעיות עיכול וחוסר התאמה של האוכל, אבל זה לא עוזר. אוכל מסורתית שלנו אנחנו יכולים לאכול רק בחוץ. יש מי שמבשלים מדי פעם בחוץ, על הארץ. אבל זה אסור, ואי אפשר להכניס את האוכל פנימה. הרשויות הרסו את אזור האוכל שהיה בחוץ.

בקנטינה אפשר לקנות ממתקים ודברים דומים, אבל זה לא תחליף לאכול, וממילא יקר שם יותר מבחנויות בחוץ. אלא שאנחנו לא יכולים להכניס אוכל שקנינו בחוץ. האוכל הוא הדבר הבסיסי ביותר. אוכל ומחסה הם מה שנחוץ כדי להתקיים. האוכל צריך להיות מגוון ובריא, וצריכים לא רק לשרוד בזכותו, אלא גם ליהנות ממנו. לזה אנחנו לא זוכים."

העתק תצהירו של מר גברקריסטוס ותדפיסו מצורף ומסומן ג'.

13. לא למותר לשוב ולהזכיר דברים שעליהם הצהיר גם מר עוסמאן מוחמד עלי, ניצול רצח העם בדאפור שבסודן, ששהה ב"חולות" משך שנה, עד חודש אוקטובר 2016, ותצהירו צורף לתגובת העותרים מיום 2.5.2016 :

"חשוב לי להדגיש, שגם אם האוכל שניתן ב'חולות' היה טוב, מותאם וברמה גבוהה, זה לא היה משנה. אנחנו לא יכולים להכניס אוכל ל'חולות' ולא יכולים להכין אותו

בעצמנו. לאוכל יש משמעות גדולה בחיים שלנו. הוא שומר על החיים שלנו, על הזהות, על המסורת, על הקהילה, על העצמאות. לאכול מה שאנחנו אוהבים ומה שהכנו בעצמנו זה להרגיש בני אדם בוגרים. לפני שהגעתי לחולות אכלתי כל מה שרציתי, והכנתי את האוכל בעצמי. זה מה שאנשים בוגרים וחופשיים עושים. רק מאדם שאינו חופשי מונעים לאכול מה שהוא רוצה.

יש עיסוק רב מאוד באוכל ב'חולות'. משום שאסור להכניס אוכל ולבשל בתוך 'חולות', נוצרים שוב ושוב מתחמים מאולתרים של אוכל מחוץ לגדרות, שם מבשלים ואוכלים בתנאי המדבר. אבל גם בזה הרשויות נלחמות. שוב ושוב מפרקים את המתחמים, ומענישים את השוהים שמפעילים אותם.

אני מוסלמי, וצם במהלך היום בחודש הרמדאן, שעתיד להתחיל בקרוב. ארוחות האיפטאר חשובות לי מאוד, וברור לי שארצה לאכול אוכל מסורתי, שיבושל בשיתוף עם חברי הקהילה. אנו רוצים לעשות זאת כמו בני אדם – לבשל ולאכול באופן מכובד. אם אנחנו חייבים להיות ב'חולות' לפחות לאכול מה שאנחנו רוצים ומכינים צריכים לאפשר לנו.

אין לנו שום כוונה לבשל בחדרים, להצית את החדרים או לסכן את עצמנו. אנחנו אנשים בוגרים שבישלו לעצמם לפני שהגיעו ל'חולות', ואנחנו לא מסכנים את עצמנו או את חברינו. אם שירות בתי הסוהר יסדר מטבחים בחדרי האוכל שבהם אפשר לבשל ולהכין מזון – נעשה זאת שם."

14. מעבר לכך, העותרים לא ירחיבו בעניינים שהובאו זה מכבר בפני בית המשפט הנכבד, ואך ישובו ויפנו לכתב העתירה מיום 1.7.2015 ולתגובה מטעמם מיום 2.5.2016, על אסמכתאותיהם וצרופותיהם.

מכל הטעמים שפורטו בכתבי הטענות, בדיונים ובתגובה זו יתבקש בית המשפט הנכבד לעשות את הצו למוחלט. נזכיר, כי חודש רמדאן עתיד להתחיל השנה ב-27 במאי.

29 במרץ 2017

עודד פלר

עודד פלר, עו"ד

ב"כ העותרים