

העותרים: חלופים חגוס ואח'

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: שירות בתי הסוהר ואח'

ע"י פרקליטות המדינה
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

עיקרי טיעון מטעם העותרים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 4.4.17 בדבר מתן צו על תנאי, ולקראת הדיון הקבוע ליום 9.5.17, מתכבדים העותרים להגיש עיקרי טיעון מטעמם.

א. התייחסות לטענות הסף של המשיבה

1. בכתב התשובה חוזרים המשיבים על טענות-סף. טענות אלו הועלו כבר בתגובה המקדמית וחרף זאת ניתן צו על-תנאי כמבוקש. משכך, העותרים סבורים כי אין עוד מקום להידרש לטענות אלו. לשם הזהירות, נתייחס אליהן בקצרה.
2. אשר לטענת המשיבים בדבר אי-צירוף משיבים רלוונטיים, הרי שהעותרים צירפו לעתירה את כל הגורמים הרלוונטיים לסעד המבוקש. משיב רלוונטי הוא מי שעשוי להיות מושפע מהסעד המבוקש או שהעניין מצוי בתחום סמכותו. לעותרים אין ריב עם גורמי התכנון, שהמשיבים מלינים על אי-צירופם. בעתירה לא מתבקש סעד ביחס לבנייה או לתכנון וגם אם יתקבל הסעד המבוקש התכנית והמבנים ישארו כפי שהם. ענייננו הוא בהפעלת שיקול דעתם של המשיבים 1 ו-2 בעת אכלוסם את חדרי המתקן, בין היתר בשים לב להוראות תמ"א 46, שפרשנותה היא מלאכה המסורה בידי בית המשפט הנכבד, ובידיו בלבד. העובדה שפרשנות הדין בה עסקינן היא מתחום התכנון והבנייה, אין משמעה שיש לצרף לעתירה את גורמי התכנון והבנייה, יותר משיש לצרף את הכנסת כמשיבה לכל עתירה העוסקת בפרשנות חוק.
3. אשר לטענת המשיבים בדבר שיהוי, הרי שזו נדחתה במפורש במסגרת הצו-על-תנאי שהוצא. כאמור, לעותרים אין מחלוקת עם גופי התכנון בהיבט מושא העתירה ומשכך לא היה מקום לעתור נגדם בשום נקודת זמן. המשיבים תוהים מדוע לא הוגשה עתירה בנושא מיד עם פתיחת המתקן והפעלתו

– תהיה שלא הועלתה בנוגע לאף אחת מהעתירות האחרות שעוסקות בהפעלת המתקן ושהמשיבים עצמם ביקשו לאחד עם עתירה זו. בכל אופן, עתירה חוקתית נגד המתקן **בכללותו** הוגשה מיד עם תחילת הפעלתו, **והיא אף התקבלה במלואה** (בג"ץ 8425/13 **גבריסלאסי נ' הכנסת**, 22.9.14); ולאחריה הוגשה עתירה נוספת **שהתקבלה בחלקה** (בג"ץ 8665/14 **דסטה נ' הכנסת**, 11.8.15). במסגרת עתירות אלו עמדו העותרים 3-4 על הפגיעות הנגרמות לשוהים במתקן, בין היתר בשל התנאים בחדרי המגורים במתקן. 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). בכל אופן, לא ברור מדוע לשיטת המשיבים, העותרים 1 ו-2, שזומנו למתקן "חולות" זמן רב לאחר תחילת הפעלת המתקן, היו אמורים להגיש את העתירה מיד עם הפעלת המתקן.

אשר לטענת המשיבים לפיה הגשת העתירה לפני שנתיים הייתה מאפשרת להם "כלים רישויים שונים", הרי שכלים אלו קיימים לרשות המשיבים גם היום. טענתם כי "מטבע הדברים, כלים רישויים אלו אינם נראים ריאליים בשלב זה" (ס' 10), היא טענה כללית, לא מפורטת ולא מנומקת, שלא ברור על מה היא נסמכת. ממילא, ענייננו הוא בפגיעה ברורה בשלטון החוק.

ב. הפגיעה בזכויות השוהים במתקן

4. עיקר כתב התשובה עוסק בפרשנות תמ"א 46. על פרשנות המשיבים נעמוד בהמשך, אולם כעת נבקש להזכיר, שהמגבלה על מספר האנשים בחדר אינה עניין טכני. עצם קיומה של המגבלה בתמ"א, כמו גם המספר שנבחר, אינם תוצאה של החלטה שרירותית. תמ"א 46 אימצה להחלטתה – הגם שעל הצד המקל – עקרונות בדבר שמירה על זכויות אדם לפרטיות ולכבוד.

5. עקרונות אלו קיימים במנותק מהתמ"א וניתן ללמדם משורה של דברי חקיקה שאליהם הפנו העותרים, המכירים בחיוניות המגבלה על מספר האנשים שניתן לשכן בחדר או בתא, ללא קשר לגודל השטח שמוקצה להם. גם לולא תמ"א 46, היו המשיבים מחוייבים להסביר מדוע הפגיעה הנגרמת לעותרים בשל שיכון של 10 אנשים בחדר היא מידתית וסבירה.

6. כאמור בעתירה, שיכון מספר כה רב של אנשים יחד גורם לפגיעה קשה בזכויות לכבוד ופרטיות. לפגיעה זו אין מקבילה בעולם במתקנים מעין זה ואין לה מקבילה בדין הישראלי. לעניין זה ישובו העותרים ויפנו לעתירה.

7. לגישת המשיבים, מספר האנשים השוהים בחדר הוא חסר משמעות, לכל היותר כלי עזר לחישוב שטח מינימאלי לנפש. אלא שמדובר בשני עניינים שונים, המצטברים יחד להגנה על הזכויות לפרטיות ולכבוד. כך למשל, בתצהירים המצורפים לעתירה עמדו העותרים על ביטוייה הייחודיים של הפגיעה הנגרמת בשל מספר רב של אנשים בחדר, ללא קשר לגודל השטח שניתן להם: קשיים בשינה, חדירה מתמדת למרחב הפרטי, קושי להשתמש בתא שירותים אחד עבור 10 אנשים, רעש מתמיד, אי-נוחות בקיום מצוות דת או שיחות לצד מספר רב של אנשים ועוד.

8. יתרה מזאת: גם הנספח החברתי לתמ"א, שעל משמעותו נעמוד בהמשך, קבע במפורש שפגיעה בפרטיות יכולה להגרם הן בשל צמצום שטח המחיה, והן בשל מספר אנשים רב בחדר. בעמ' 66 לנספח (ע/6), מובהר ש"צפיפות אובייקטיבית או סובייקטיבית הנובעת מגודל המרחב הפרטי וממספר השוהים ביחידת הדיור ... עלולים לגרום לאבוד הפרטיות ותחושת העצמי... המשמעות עלולה להיות גם היא, גורם להתדרדרות המצב הנפשי, תסכול ויאוש" (ההדגשות הוספו).

9. המשיבים מנסים להפחית מעוצמת הפגיעה, בטיעון שמדובר במתקן פתוח וניתן לצאת ממנו. טיעון זה יש לדחות בשל מספר טעמים. ראשית, טענה זו נוגדת את עמדת גורמי התכנון כפי שהובעה בהחלטת הוולנת"ע מיום 27.12.11, שהמשיבים עצמם צירפו לכתב התשובה (מש/5). בעמ' 17 לפרוטוקול דנה הוועדה בהגדלת שטח המגורים לשוהה, שעמד אז על 3 מ"ר; הוועדה הסבירה ששטח זה קטן ביחס לזה שניתן לאסירים, שביחס אליהם הוחלט להגדיל את השטח שמוקצה להיום כיום, וש"על אחת כמה וכמה כאשר אין מדובר באוכלוסייה כלואה. ראוי לאפשר לאוכלוסייה זו מרחב מחייה גדול יותר ולהקצות לה שטח מחיה שלפחות שוו בגודלו לשטח המחיה של אסיר" (ההדגשה הוספה). דהיינו, העובדה שמדובר במתקן פתוח מצדיקה, אם כבר, הקלה על השוהים בו – ולא להיפך.

שנית, גם מי שיכול לצאת מביתו עדיין גר בו, ישן בו ומבלה בו את זמנו. אם כוונת המשיבים היא שהשוהים נדרשים לשוטט במדבר כל היום, מדובר בטענה בלתי סבירה בעליל, וברי כי הדבר פוגע בזכויות העותרים באופן בסיסי ביותר. שיטוט במדבר אינו חלופה לפרטיות לה אדם זכאי בביתו – וודאי, כאשר הוא מושם בבית זה בכפיה.

10. המשיבים מביאים בסעיף 29 לכתב התשובה נתונים בדבר מספר יציאות מהמתקן, כדי ללמד 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 קצרה מטבעה). בכל אופן, תצהירי העותרים מראים שהמצהירים אכן נאלצים לעזוב את חדריהם, אולם זאת בלית ברירה, דווקא מאחר שתמיד יש אנשים בחדרים, ואת הפרטיות שלהם המצהירים נאלצים לחפש, למרבה האירוניה, במקומות ציבוריים.

ג. סבירות הפגיעה ומידתיותה

11. כפי שנראה בהמשך, תמ"א 46 ברורה מאד בנוגע למגבלה על מספר אנשים בחדר. אולם גם במנותק מהתכנית, פגיעת המשיבים בשוהים ב"חולות" חורגת בבירור ממתחם הסבירות והמידתיות.

12. העותרים הראו בעתירה שהמספר הסביר לשיכון בני אדם יחד בחדר, בין שמדובר במתקן פתוח ובין שלא, נע בין 2 ל-6: במרכזי שהיה פתוחים בעולם מספר השוהים בתא נע בין 2 ל-5 (סי' 76-79 לעתירה); לגבי מתקנים אזוריים בישראל נקבעו תקנים המורים על מספר שנע בין 2 ל-6 (סי' 82-87 לעתירה); לגבי מתקני מאסר ומעצר נקבע המספר המקסימלי 4 (ואמור לרדת ל-3; סי' 70-71 לעתירה); ובתמ"א 46 נקבע שהמספר הראוי הוא לא יותר מ-6 אנשים.

13. לשיטת המשיבים "חולות" הוא יחיד ומיוחד, אינו דומה לשום דבר אחר, ודווקא בעניינו יש להתיר חריגה קיצונית – 66%! – מהמספר המקסימלי המוכר. טענה זו מובאת על ידי המשיבים בשני סעיפים בלבד (31-32), כמעט ללא נימוקים, היא בלתי סבירה בעליל ויש לדחותה. המשיבים מתעלמים מהנתונים שהובאו ביחס למתקנים דומים בעולם; פוסלים את ההשוואה למתקנים פליליים מטעמים שגויים בדבר שעליהם עמדנו לעיל בדבר היכולת לצאת מהחדר; ולגבי מתקנים אזרחיים שמהם גם ניתן לצאת, טוענים בכלליות בסעיף 32 לכתב התשובה "שאין כל מקום ליתר ההשוואות" משום ש"התכלית שונה ועל כן הדין שונה". לא ברור מהו השוני הרלוונטי, ומדוע הוא פועל דווקא לרעת העותרים, שמחוייבים לשהות במתקן המדובר, ולא ליהפך.

14. העולה מכל האמור הוא – ובמנותק מהדיון אודות פרשנות תמ"א 46 – ששיכון 10 בני אדם בחדר חורג באופן קיצוני מהמספר שהמחוקק ומחוקק המשנה מצאו כמספר הסביר. עוצמת הפגיעה שנגרמת לשהים ב"חולות" במצב זה היא קשה ביותר, וכפי שנראה להלן – גם אינה מידתית.

15. כעולה מכתב התשובה, התכלית העומדת בבסיס ההחלטה לשכן יחד מספר כה רב של אנשים היא הקטנת ה"נטל" על מרכזי הערים. בפרשת **דסטה** נקבע שהמתקן משיג את התכלית האמורה דווקא בהיותו "דלת מסתובבת" במציאות שבה **רוב מבקשי המקלט מתגוררים מחוץ לו**. בסעיף 100 לפסק דינה של כב' הנשיאה נאור בפרשת **דסטה**, נכתב כי:

על מנת להגשים תכלית זו ... די בהחזקת קבוצה של מסתננים שונים במרכז
השהיה ... אני סבורה שתחלופה זו הנוצרת בין המסתננים השהים במרכז
השהיה לבין מסתננים אחרים מחוצה לו מגשימה את תכלית החוק. די 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 למרכז השהיה והיא מגשימה את תכלית החוק.

16. נזכיר שכבר כיום תפוסתו של המתקן היא 3,000 איש, וממילא חציו כמעט ריק (סעיף 26 לתגובה המקדמית). המשיבים טוענים שיש לאפשר להם לדחוס במקום עוד 1,200 איש, שעה שכ-36,000 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 להגשים את התכלית לה הם טוענים ולהגדיל את תפוסת המתקן על דרך של בינוי נוסף שיעלה בקנה אחד עם הדין ולא יפגע פגיעה בלתי סבירה ובלתי מידתית בשהים.

ד. תמ"א 46

17. בטרם נעמוד על פרשנות תמ"א 46, נתייחס לטענת המשיבים בסעיפים 29-30 לכתב התשובה, לפיה נספחי התכנית נערכו על רקע "מתכונת הפעלה שונה", כשמנסחיהם מעמידים לנגד עיניהם "מתקן שונה" וסגור מזה שהופעל לבסוף, ולכן יש למעט במשמעותם.

ראשית, טענה זו שגויה עובדתית. התכנית נערכה על יסוד הקווים המנחים שהותוו בהחלטת הממשלה 2507 מיום 28.10.10, שמובאים בדברי ההסבר לתכנית (עמוד 2 לתקנון). בין היתר נקבע בקווים המנחים: **"המרכז ייבנה 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). הדברים עולים גם מהדיון שנערך בוולתני"ע ביום 27.12.11 (מש/5): בעמ' 19-20 לפרוטוקול (עמ' 50-51 לנספחי המשיבים) נדונה השגת המועצה האזורית רמת הנגב, שביקשה כי המתקן יופעל כמתקן סגור; ההשגה נדחתה, בנימוק שהחלטת הממשלה שעל בסיסה תוכננה התמ"א, קבעה את האמור לעיל.

עוד נציין, שלשינויים שהוכנסו לימים במתכונת הפעלת המתקן בעקבות פסקי הדין בפרשות **גבריסלאסי ודסטה** אין כל קשר למתכונת הפעלתו מושא העתירה. כפי שהמשיבים עצמם מודים בכתב התשובה, גם לפני פסקי הדין האמורים שוכנו 10 אנשים בחדרי המתקן.

שנית, אין לטענה זו כל משמעות משפטית – גם לו סברו גופי התכנון שהאמור בנספחים משקף "מתכונת הפעלה שונה" ורצו לשנות זאת, היה עליהם לקבוע בתקנון התכנית הוראות הגוברות על הנספחים בעניין זה או לתקן את התכנית ונספחיה. לא זו בלבד שהדבר לא נעשה, אלא שנקבע בתקנון התכנית שנספחיה יהוו חלק בלתי נפרד ממנה וישלימו אותה.

18. לאחר שאמרנו זאת, נפנה לסקור את הוראות תמ"א 46. תמ"א 46 מורכבת מתקנון התכנית ונספחיה. על פי סעיף 1.7 לתקנון התכנית, **"כל מסמכי התכנית מהווים חלק בלתי נפרד ממנה, משלימים זה את זה וייקראו כמקשה אחת"**. משכך, נספחי התכנית הם חלק מהדין, אלא אם נקבע אחרת בתקנון ביחס לנספחים מנחים, אז ייגברו הוראות התקנון.

תקנון התכנית לא מתייחס למגבלה על מספר האנשים המקסימלי בתא, אולם הדבר נקבע בשניים מנספחיה: הנספח החברתי, והפרוגרמה המפורטת. מכיוון שתקנון התכנית שותק בנושא; ומכיוון שהנספחים משלימים את התקנון; ומאחר ששתיקת התקנון אינה מלמדת על שינוי הוראות הנספחים ויש צורך בקביעה אקטיבית לשם כך (עע"מ 12/2339 שוחט נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה כפר סבא, [פורסם בנבו] (19.8.13)), הרי שנספחי התכנית מחייבים את המשיבים.

19. בכתב התשובה טוענים המשיבים, שמכיוון שבתקנון התכנית אין התייחסות למספר האנשים בחדר, הרי שאין כל מגבלה בנושא. כאמור, נספחי התכנית קדמו לתקנון ועמדו לנגד עיני גורמי התכנון כאשר אישרו את התכנית. בדיוק משום כך היפנו מאשרי התכנית אל הנספחים כגורם **המשלים** את התקנון, שיש לקראם כמקשה אחת. הסיבה בגינה אין בתקנון התייחסות למספר האנשים בחדר היא שהדבר כבר נקבע בנספחים המשלימים. בעניינים שבהם ביקשו מאשרי התכנית **לשנות** מנספחי התכנית – למשל, גודל השטח המינימאלי לאדם – נקבעו בתקנון הוראות גוברות בעניין (הגדלת השטח מ-3 מ"ר לאדם ל-4.5 מ"ר). בעניין מספר האנשים בחדר, לא נמצא שיש לשנות מהוראה זו ולכן לא היה צורך בקביעת הוראה מיוחדת בעניין גם בתקנון. ואכן, הוראות רבות הנמצאות בנספחים לא נקבעו בתקנון, שהוא מטבעו מצומצם.

20. נבחן כעת את שני הנספחים הרלוונטיים. הנספח החברתי כולל דיון מפורט בחשיבות השמירה על כבוד השוהים וזכויות הפרט שלהם וב"מידה סבירה של פרטיות ותחושת ערך עצמי (אינדיבידואליות)" (סעיף 7.1 בעמ' 35 לנספח החברתי (עמ' 34 לנספחי העתירה), ההדגשה במקור). סעיף 9.1 בעמ' 65 לנספח החברתי (עמ' 37 בנספחי העתירה) מבהיר כי לשם שמירה על תחושת פרטיות וכבוד יש להקפיד הן על שטח מינימאלי, והן על מספר אנשים מקסימאלי בחדר. כתוצאה מכך, קבע הנספח החברתי – פעמיים – כי יש לשכן עד שישה אנשים בחדר: ראשית, בפרק 9.1 הני"ל; ושנית, בטבלה המצורפת לנספח בעמ' 89 (עמ' 39 לנספחי העתירה).

המשיבים טוענים שהנספח החברתי משתמש בלשון "המלצה" בלבד בסעיף 9.1. כאמור, מאחר שהנספח אושר כחלק מהתכנית, לא ברורה משמעות הבחנה זו, מה שגם שכפי שנראה בהמשך – הדבר נקבע גם כהוראה מפורשת בפרוגרמה המפורטת. בכל אופן, המשיבים מתייחסים לניסוח סעיף 9.1 לנספח, אך מתעלמים מהעובדה שבטבלה שבעמ' 89 לנספח החברתי, הוראה זו נוסחה כהוראה מחייבת ולא כהמלצה: "מעריך מגורים – עד 6 אנשים ביחידת מגורים כולל שירותים + כוור, ככל הניתן גם מקלחת".

עוד טוענים המשיבים, כי הנספח החברתי קבע מגבלה של 6 אנשים בחדר כנגזרת של השטח המינימאלי לאדם. אין חולק שבזמן כתיבת הנספח החברתי, הגודל שיועד לחדרי המתקן עמד על 18 מ"ר, שלימים הוגדלו עם הגדלת השטח המינימאלי לשוהה. אולם הנספח החברתי אינו קושר בין הדברים: כאמור, הנספח החברתי עצמו קובע שמדובר בשני עניינים שונים שיש להגן עליהם, והוא אינו מתנה את האחד בשני. למעשה, הנספח החברתי לא מציין דבר בנוגע לשטח מינימאלי לשוהה (או ביחס לגודל החדר). הנספח כן ראה לנכון לקבוע הוראות דווקא בנושא מספר האנשים בחדר, במנותק משאלת השטח המינימאלי, תוך התייחסות ברורה כאמור להפרדה בין הנושאים.

בהקשר זה נפנה את שימת לב בית המשפט הנכבד, כי לא זו בלבד שהנספח החברתי סבר שיש להגביל את מספר השוהים במגורון לשישה, אלא שיש גם לספק מתקן שירותים אחד לכל 6 אנשים (הטבלה בעמ' 89 לנספח). גם אם היה ניתן לקבל את טענת המשיבים לפיה הגדלת שטח התא מאיינת כליל את מגבלת האנשים (על פרשנותם נעמוד בהמשך), הרי שמספר תאי השירותים בחדר לא הוגדל ולא שונה, ובהקשר זה המצב שעמד בפני מנסחי הנספח החברתי, נותר כשהיה.

21. הנספח השני המעגן את הגבלת מספר האנשים לחדר הוא הפרוגרמה המפורטת, שקובעת בעמ' 7 שלה שבמגורון יהיו "עד 6 שוהים" (ההדגשה במקור). נעיר, שגם אם נקבל את טענת המשיבים לפיה סעיף 9.1 לנספח החברתי מנוסח כהמלצה, הרי שהפרוגרמה המפורטת אינה מנוסחת כהמלצה והמשיבים לא טוענים אחרת.

כאמור, המשיבים מנסים לטעון שקביעה זו לא הייתה אלא נגזרת, דרך לחשב שטח מינימאלי לאדם. כאמור, הנספח החברתי מלמד כי מדובר בשני עניינים שונים. בכל מקרה, הפרוגרמה המפורטת ידעה לקבוע שטח מינימאלי לאדם באופן מפורש וישיר כשזו הייתה כוונתו: למשל, בעמ' 8 לפרוגרמה, נקבע בס' 13 כי "שטח ציבורי פתוח" יהיה "לפחות 7 מ"ר אפקטיבי לשוהה", בס' 18 נקבע כי "שטח

פתוח לפעילות חקלאית" יהיה "3.3 מ"ר לשוהה" ובס' 19 נקבע כי "שטח פנאי פתוח" יהיה "לפחות 4.5 מ"ר אפקטיבי לשוהה".

דהיינו, הפרוגרמה לא נזקקה למספר האנשים כדי לחשב שטח מינימאלי, ועשתה זאת על ידי קביעה פוזטיבית בנושא. קביעת המגבלה של עד 6 שוהים בחדר לא הוספה לפרוגרמה המפורטת כ"כלי חישובי", שהפרוגרמה כלל לא הייתה זקוקה לו, אלא משום היותו בעל חשיבות בפני עצמו.

22. מקריאת שני הנספחים יחד, עולה כי שני הנספחים קבעו מגבלה על מספר האנשים לחדר; כי מגבלה זו היא עד 6 אנשים; כי המגבלה אינה המלצה, אלא הוראה מחייבת (שהפכה להיות חלק מהתכנית עם אישורה); וכי מגבלה זו אינה נגזרת של חישוב השטח המינימאלי, אלא עניין נפרד, בעל חשיבות בפני עצמו, נוכח התפישה שיש גם לקבוע שטח מינימאלי וגם להגביל את מספר האנשים בחדר. ולאחר שאמרנו זאת, נעבור לפרשנות המשיבים את התכנית.

ה. פרשנות המשיבים את תמ"א 46

23. כאמור בעתירה, העקרונות עליהם עמדנו לעיל אומצו גם על ידי תמ"א 46. המשיבים טוענים, כי חרף הוראותיה הברורות של התכנית, מאשרי התכנית התכוונו לבטל את מגבלת האנשים בחדר. ודוק: המשיבים לא טוענים שמאשרי התכנית דנו בנושא או קבעו הוראות בנושא. הם גם לא טוענים שגורמי התכנון הגדילו את המגבלה כך שכיום היא עומדת על 10. לשיטת המשיבים, אין מגבלה כלשהי על מספר האנשים שניתן לשכן בחדר, מבלי שהדבר נדון או עוגן בתכנית. לשיטתם, כל עוד היה נשמר השטח המינימאלי של 4.5 מ"ר לשוהה, אפשר היה לשכן גם 20, 30 ו-40 אנשים יחד בחדר.

24. בטרם נתייחס לפרשנות זו, נבקש להפנות את שימת לב בית המשפט לכך שספק רק אם פרשנות זו עמדה מלכתחילה לנגד עיני המשיבים. טענה זו הועלתה בשלב מאוחר של הדיון: כך, בתגובת המשיבים מיום 15.8.16 לבקשת צו הביניים, טענו המשיבים שיש לדחות את הבקשה לגופה בשל סיכוייה הנמוכים, לשיטתם, של העתירה. הנימוק לכך לא היה שאין מגבלה על מספר האנשים בחדר, אלא להיפך: שמגבלה זו עוגנה בנספחים מנחים ועל כן הם אינם מחייבים את המדינה. כך, בסעיף 21 לתגובה, נכתב כי "העותרים לא עמדו בטיעונם המשפטי על ההבדל המהותי בין מסמכיה המחייבים של תמ"א 46 ... לבין מסמכיה המנחים בלבד" ובסעיף 23 הם מסבירים (ההדגשות במקור):

"המצב בפועל תואם אפוא את הוראות תמ"א 46, שכן בכל חדר ששטחו 45 מ"ר ישנם 10 שוהים, דהיינו, 4.5 מ"ר לשוהה. יודגש, כי טענת העותרים, לפיה יש, לכאורה, חובה להגביל את מספר השוהים בכל חדר לשישה בלבד, נסמכת על הנספח החברתי ועל הפרוגרמה. כפי שהובהר לעיל, מדובר במסמכים מנחים בלבד, שאינם בגדר דין מחייב. ככל שסברו העותרים כי על הנספחים המנחים להיות נספחים מחייבים, היה עליהם להגיש עתירה ברוח זו מיד לאחר פרסומה של תמ"א 46 ברשומות, לפני כחמש שנים."

הא ותו לא.

25. אין מדובר בטעות. זוהי תשובתם של המשיבים ביחס לכל טענה המגלה סתירה בין הפעלת המתקן לבין נספחיו. כך נטען גם ביחס להקמת חדר מחשבים במתקן (בג"ץ 4389/16 המאוחד עם עתירה זו) וביחס להכנסת מזון למתקן (בג"ץ 4581/15 **איסמעיל נ' נציב בתי הסוהר**, תלויה ועומדת לאחר צו על תנאי). יש להתייחס בחשדנות רבה לטענת המשיבים לפיה הם פעלו בהתאם לנספחים, נוכח העובדה שלכל אורך הדיון הם טענו שהם כלל אינם מתייחסים לנספחים, שמעמדם מנחה בלבד, ושמשום כך הם אינם מפריים את התכנית.

יצויין שהמשיבים לא חוזרים עוד על טענה זו, אולם לשם הזהירות נזכיר, 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) בין המסמכים המנחים לאלו המחייבים, וסמכות הוועדה המקומית להוציא היתר בניה בניגוד לתכנית. ענייננו אינו בהוצאת היתר בניה אלא בשימוש במתקן. היתר לסטות מהנספחים, מעולם לא ניתן. 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 מפעילים את המתקן ביחס של 166% לתפוסתו החוקית, הם אינם מנסים לטעון שמדובר בסטייה סבירה ואינם מציגים שום רציונל תכנוני המצדיק, לשיטתם, סטייה כה בוטה מהוראות הנספחים לעניין זה. תחת זאת, הם טוענים שהם יכולים להתעלם כליל מהנספחים ולחרוג מהקבוע בהם בקיצוניות ובלי שום מגבלה.

26. בכל אופן, לפרשנות המשיבים אין על מה לסמוך. לשון הנספחים, והתקנון שאמץ אותם, ברורה. שני נספחים קבעו מגבלה כאמור. גם בפרוגרמה וגם בטבלה המופיעה בנספח החברתי, הדבר לא נכתב כהמלצה. בשניהם הקביעה נעשתה על רקע ההנחה שמדובר בעניין מהותי העומד בפני עצמו, ולא כ"נגזרת" לקביעת שטח מינימאלי. שני הנספחים נקבעו כחלק בלתי נפרד מהתכנית, המשלימים אותה ומהווים עמה מקשה אחת.

27. המשיבים מבקשים לטעון, שבעת שהולתנ"ע קיבלה את ההשגה שהוגשה על גודל השטח המינימאלי לאדם בחדר, היא למעשה ביטלה כליל את המגבלה על מספר האנשים בחדר – מכללא, ללא דיון, וללא קביעה פוזיטיבית בנושא. טענה זו יש לדחות מכל וכל.

28. פרשנות המשיבים נוגדת באופן ברור את לשון הנספחים, שלא בוטלו בתקנון. שתיקת תכנית אין משמעה שינוי הוראות הנספחים ויש צורך בקביעה אקטיבית לשם כך. נקודת המוצא בפרשנות תכנית מתאר היא, ש"כל מה שלא הותר באופן מפורש על פי התכנית – אסור" (עע"ם 7929/06 **אדרי-אל ישראל בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה גליל עליון**, פסק דין מיום 24.6.09, סעיף 15 לפסק דינו של כב' השופט מלצר). מכיוון שנספחי התכנית קבעו מגבלה ברורה כאמור, הרי שככל שמאשרי התכנית היו מעוניינים לשנות אותה, היה עליהם לעשות זאת במפורש.

29. ואכן, גורמי התכנון עצמם ראו במגבלה בדבר 6 אנשים מגבלה שרירה ומחייבת. למשל, **חודשיים לאחר פרסום תמ"א 46 למתן תוקף**, נסמכה ועדת הערר המחוזית (דרום) לתכנון ולבניה על העובדה שהתמ"א קבעה מגבלה של 6 אנשים לחדר ביחס ל"חולות", כדי ללמד שמתכנניה לא התכוונו להחיל

על התכנית את המגבלה הקבוע בתקנות בתי הסוהר והמעצרים בדבר מספר אנשים בתא (ערר מס' רנ-6052/12 עמותת "במקום" נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת נגב, ניתן ביום 8.7.12, שהמשיב 1 היה צד לו; הדיון שם עסק במתקן "סהרונים", שהוסדר גם הוא בתמ"א 46 אך ביחס אליו התכנית לא קבעה הוראה מיוחדת בדבר מספר האנשים בתא; טענת העוררת-שם, שמשום כך יש להחיל על המתקן את המגבלה הקבועה בתקנות בתי הסוהר והמעצרים, נדחתה כאמור, ואושרה בקשת שבי"ס להחזיק עד 5 אנשים בתא).

העתק ההחלטה בערר מצורף ומסומן א'.

30. המשיבים מבקשים להסתמך על "ההיסטוריה החקיקתית" לשיטתם, אולם פרשנותם אינה מעוגנת בפרוטוקול הוולתני"ע או במסמך אחר. כאמור, שני נספחי התכנית מצאו שמדובר במגבלה חשובה, המעוגנת באופן עצמאי בעקרונות של שמירה על פרטיות, כבוד ותחושת ערך עצמי. לטענת המשיבים אין זכר בדיון שהתקיים בפני הוולתני"ע, העניין כלל לא עלה בפני חבריה, והם מצאו לנכון לאשר את הנספחים האמורים, בכפוף לשינויים ספציפיים שעוגנו במפורש ובצמצום בתקנון.

נדגיש, שלא ניתן לקבל ביטול משתמע של מגבלה ששני נספחים עמדו עליה, מבלי שאפילו התקיים בנושא דיון בפני הוולתני"ע. ודוק: לו היה מתקיים דיון בנושא, היו יכולים העותרים 3-4 להתייחס לעניין, להציג טיעונים בנושא ולהפנות לפגיעה הקשה בזכויות השוהים שתגרם כתוצאה מכך. לו היה מתקיים דיון בנושא והדבר היה מעוגן בתכנית, היו יכולים העותרים 3-4 לעתור נגד הפגיעה. קבלת פרשנות המשיבים לפיה אפשר לפגוע בזכויות "במשתמע" תוביל לא רק לפגיעה קשה בזכויות העותרים אלא גם לפתיחת פתח ניכר להפרת זכויות בהליכי תכנון.

31. כמו כן, פרשנות המשיבים יוצרת אבסורד: לשיטתם, המגבלה על מספר האנשים בחדר בוטלה על ידי הוולתני"ע דווקא משום שזו ביקשה להקל על השוהים במתקן. הפרשנות שמציעים המשיבים נוגדת אם כן את תכלית החלטת הוולתני"ע להקל על השוהים ואת תכלית ההליך שבמסגרתו התקבלה, ולמעשה גם את תכלית המתקן כמשתקף מנספחי התכנית ומהצהרות המשיבים בפני בית המשפט הנכבד בדבר "טובת השוהים".

32. זאת ועוד: פרשנות המשיבים, לפיה אין כל מגבלה על הפגיעה בזכויות לפרטיות ולכבוד בהקשר זה, אינה עולה בקנה אחד עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המגן על הזכויות לפרטיות ולכבוד. כידוע, על בית המשפט לשאוף לפרש דברי חקיקה בהתאם לחוק-היסוד ולזכויות המוגנות בו:

"קיימות תכליות נוספות הנלמדות מעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית ומהמערך החקיקתי המצוי בה, שעשויות להצביע על תוצאה שונה. בין תכליות אלה מצויה קיומן והגשמתן של זכויות אשר זכו למעמד חוקתי בישראל, בחוק ובפסיקה, ובכלל זה הזכות לכבוד, לקניין, לחופש תנועה לפרטיות, להליך הוגן וכן זכות הגישה לערכאות. אמנם, ככל זכות, גם זכויות אלה אינן מוגנות בכל הנסיבות במלוא היקף פרישתן ... ואולם, גם בהינתן האמור, ברי כי לאפשרות הפגיעה בזכויות יסוד מוגנות יש ליתן משקל בבואנו לפרש סעיף חוק המקיים פוטנציאל לפגיעה בזכויות ובחירויות כאמור ... כפי שנפסק לא אחת, את הפקודה

– כמו כל חוק אחר שקדם לחוק היסוד – יש לפרש לאור העקרונות והערכים שהתוו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והזכויות הנגזרות ממנו (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 643, 653 (1996))" (בג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המסים**, פ"ד סד(2) 479, סעיף 28 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן; ההדגשות הוספו).

33. לכל האמור יש להוסיף, שפרשנות המשיבים מבקשת ליצור דיסהרמוניה חקיקתית: כפי שראינו, מתקנים פליליים ואזרחיים קובעים מגבלות בדבר מספר האנשים שניתן לשכן בחדר, ובכולם המספר אינו עולה על 6 אנשים. אם תתקבל פרשנות המשיבים, יצא כי דווקא במתקן "חולות" לא זו בלבד שיש חריגה ממספר זה, אלא שאין לגביו מגבלה כלל. מדובר בתוצאה לא הגיונית המתעלמת מהדין הכללי כפי שהוא משתקף ממספר רב של דברי חקיקה.

34. אשר לטענת המשיבים לפיה על בית המשפט הנכבד ליתן משקל ל"פרשנות הרשות", נזכיר כי הלכה זו מתייחסת למקרים בהם לרשות **שמפעילה** את הסמכות שפרשנותה עומדת לפרשנות (דהיינו, המשיבים 1 ו-2) יש **ידע מקצועי בנושא המבוסס על ניסיון מעשי** (פרופ' י' זמיר, **הסמכות המנהלית** (מהדורה שנייה מורחבת), כרך א, 2010, עמ' 223-224; בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728, סעיפים 7-9 לפסק דינו של השופט חשין), מה שאינו קיים בענייננו למשיבים ביחס לסוגיה הרלוונטית. הפסיקה לא הכירה מעולם בקיומו של משקל מיוחד לפרשנות שמציעה רשות מינהל רק מתוקף היותה רשות מינהל, ובכל מקרה נקבע, כי גם אם לפרשנות זו יש לתת משקל מסוים, עדיין על בית המשפט לדחותה אם השתכנע שהיא שגויה (בג"ץ 142/89 **תנועת לאור נ' יו"ר הכנסת ו-16 אח'**, פ"ד מד(3) 529, עמ' 559). גם הפסיקה אליה מפנים המשיבים בכתב התשובה ביחס לריסון מפני התערבות בהחלטות גורמי התכנון (סעיפים 46-47), עוסקת במידת התערבותו של בית המשפט **בסבירות** החלטת גורמי התכנון, ולא בפרשנות הדין שיצא תחת ידן, שהיא עניין שיפטי מובהק.

ו. סיכום

35. מהאמור עולה, שהמשיבים מבקשים להתעלם מהוראותיהם הברורות של נספחי התמ"א שנקבעו כחלק בלתי נפרד מהתכנית, שמשלימים אותה ושיש לקראם כמקשה אחת. הם מבקשים לעשות זאת על דרך פרשנות הנוגדת את לשון התכנית, את תכליתה ואת ההיסטוריה החקיקתית שלה, פרשנות שנוגדת עקרונות פרשניים בדבר הגנה על זכויות אדם ויצירת דיסהרמוניה חקיקתית. כאמור, ספק רב אם הפרשנות לה טוענים המשיבים כעת בכלל הנחתה אותם מלכתחילה, שעה שעד לאחרונה הם טענו שהנספחים אינם מחייבים אותם בכלל והם פטורים מלעמוד בהוראותיהם.

36. לבסוף נזכיר, שאף אלמלא הייתה בתמ"א 46 מגבלה בנושא, עדיין היו המשיבים צריכים להפעיל שיקול דעת סביר בשים לב לפגיעה בזכויות השהים. נוכח האמור בדבר הפגיעה הנגרמת בזכויות ונוכח החריגה הקיצונית מהמספר המקובל לשיכון בני אדם יחד במתקנים שונים, עדיין היה נמצא כי החלטת המשיבים אינה סבירה ואינה מידתית. קל וחומר, שכך הדבר משתמ"א 46 עיגנה בתוכה את המגבלה המקובלת כאמור.

37. משכך, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה, לעשות את הצו-על-תנאי למוחלט, ולחייב את המשיבים בהוצאות העותרים ושכ"ט.

אלעד כהנא, עו"ד
ב"כ העותרים