

העותרים:

1. סלים סיאם
 2. ג'וואד סיאם
 3. מוראד מוחמד גווילס
 4. אחמד פארוק קרעין
 5. אחמד יוסף
 6. אנואר אבו רמילה
 7. עמותת "במקום"
 8. האגודה לזכויות האזרח בישראל
- ע"י ב"כ עוה"ד טלי ניר/ ואו נסרין עליאן ו/או דן יקיר ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
טל': 02-6521218 ; פקס: 02-6521219

- נגד -

המשיבים:

1. עיריית ירושלים
ע"י לשכת היועץ המשפטי לעירייה
טל: 02-6297586 פקס: 02-6297125
2. משרד התחבורה
ע"י פרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)
טל: 02-5419512 פקס: 02-5419582
3. החברה לפיתוח מזרח ירושלים בע"מ
ע"י עו"ד ניסן כוחי
טל: 02-6231496 פקס: 02-6231339
4. הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים
ע"י לשכת היועץ המשפטי לעיריית ירושלים
טל: 02-6297586 פקס: 02-6297125
5. רשות הטבע והגנים
ע"י ב"כ עוה"ד שרה שלום
טל: 02-5005440 פקס: 02-5006215
6. רשות העתיקות
ע"י ב"כ עוה"ד יורם בר-סלע ואח'
טל: 02-5618780 פקס: 02-5631887
7. עמותת אלע"ד
ע"י ב"כ עוה"ד קרן רז-מורג
טל: 03-5668665 פקס: 03-5667665

משיב פורמלי:

תגובת העותרים לעמדת הועדה המחוזית ולתגובות המשיבים

1. בהמשך להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 25.3.09, בו התקיים הדיון בעתירה, העבירה המשיבה 3 לידי ב"כ המדינה וב"כ העותרים את תוכניות העבודה המבוצעות והמתוכננות בשכונת סילוואן ואדי חילוה (להלן – "תוכניות העבודה" או "התוכניות").
2. בעקבות זאת, הגישה ביום 23.6.09 הועדה המחוזית לתכנון ולבניה הודעה מטעמה ביחס לעבודות המתוכננות והמבוצעות בשכונת סילוואן ואדי חילוה (להלן – "העבודות המתוכננות" או "העבודות"). המשיבה 7 הגישה את תגובתה להודעה זו ביום 15.7.09, והמשיבות 1, 3 ו-4 הגישו את תגובתם ביום 19.7.09.
3. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 5.7.09, מתכבדים העותרים להציג את עמדתם ביחס למכלול העבודות, כפי שעלו מתוכניות העבודה שהועברו לעיונם, ואת תגובתם לדברים שהועלו בהודעות שהוגשו מטעם המשיבים.

4. להודעה זו מצורפת חוות דעת מקצועית, מטעם העותרת 7, אשר ניתחה את תוכניות העבודה של המשיבה 3, והיא מהווה חלק בלתי נפרד מהודעה זו.

חו"ד האדריכלית אפרת כהן-בר מעמותת "במקום" מצ"ב ומסומן **נספח א'**.

5. כן מצורפת להודעה זו בקשה לצו ביניים ולצו ארעי במעמד צד אחד בלבד.

תוכניות העבודה בשכונת סילוואן ואדי חילוה

6. תוכניות העבודה של המשיבה 3 מתפרסות על פני 70 גיליונות, אשר חשפו בפני העותרים לראשונה, את התוכנית האמיתית לעבודות בשכונת סילוואן ואדי חילוה.

7. ממכלול התוכניות שהועבר לעיון העותרים עולה באופן חד משמעי כי **כוונת המשיבים 1-4 היא לבצע בשכונת סילוואן ואדי חילוה עבודות בניה בהיקף נרחב**. מניתוח התוכניות עולה כי הן יכללו את המרכיבים הבאים:

א. החלפת התשתיות הקיימות - חפירת מערכת הדרכים הקיימת בשכונה והחלפת/הנחת קווי ביוב באורך כ-450 מ', קווי מים באורך כ-1,400 מ', קו ניקוז באורך כ-650 מ', קווי חשמל באורך כ-2,200 מ' להזנת 99 עמודי תאורה, מעברים לסיבים אופטיים וקווי השקייה.

ב. כיסוי התשתיות - תוך שמירה (פחות או יותר) על מפלס הדרך המקורי בתחום המיסעה. להוציא את כביש עין א-לוזה, שם ישנם שינויים במפלס הכביש המחייבים בניית קירות תמך חדשים או הגבהת קירות קיימים.

ג. שינוי תוואי הדרכים - במסגרת כיסוי השטח, מתוכנן ריצוף המדרכות וחלקים מהמיסעות באבני ריצוף מיוחדות תוך שינוי מבנה הכביש וגובהו. כמו כן מתוכננת הצרת המסעה הקיימת (חלק הכביש המיועד למעבר כלי רכב) והרחבת המדרכות על חשבונה, לפי הפירוט הבא: ברחוב אל-עין מדובר בהרחבת מדרכות קיימות, ברחוב ואדי חילוה מדובר בחלק מהמקרים בהרחבת מדרכות ובחלק בבניית מדרכות חדשות משני צידי הרחוב, ברחוב עין א-לוזה, מתוכננות מדרכות חדשות. רחוב אל מינסטר מתוכנן (וביצועו כמעט הושלם) כרחוב משולב מרוצף אבנים (בו המדרכות, המיסעה והחניות משולבות). שינויים אלה יבטלו את רוב מקומות החניה שהיו לאורך הכבישים (בסופו של דבר יותרו, לאורך הכבישים, 62 מקומות חניה בלבד, כפי שיפורט בהמשך).

ד. מדרכות וקירות - שיפוץ והרחבת מדרכות קיימות ובניית מדרכות חדשות במקומות רבים. למדרכות המשנות את פני הרחוב נוספים גם עמודי תאורה, ערוגות, עצים, וקירות חדשים. חלק מהקירות חדשים מהיסוד וחלק הם קירות קיימים המקבלים חיזוק, עיבוי והגבהה.

ה. בניית קירות חדשים -

1) ברחוב אל-עין מתוכנן קיר באורך כ-18 מ' ובגובה כ-3.5 מ'. קיר זה יהיה מצופה אבן ומתוכננים בו שלושה פתחים בצורת קשת. הקיר ממוקם מחוץ לתוכנית 4146 בשטח שיעודו בתוכנית עמ/9 הוא "שטח פתוח ציבורי".

- (2) בסובה ברחוב אל-עין מתוכנן קיר תומך חדש שאורכו כ-20 מ'.
- (3) סביב למגרש החניה ברחוב אל-עין מתוכננים 5 קירות תומכים שאורכם הכולל כ-70 מ'.
- (4) בחניון גבעתי מתוכנן קיר תמך באורך כ-75 מ' ובגובה ממוצע של 3.5 מ'. הקיר ברובו חדש ובחלקו מהווה הגבהה לקיר קיים.
- (5) במפגש הרחובות אל-עין וואדי חילוה מתוכנן קיר תמך חדש באורך כ-15 מ' ובגובה 2 מ'.
- (6) כ-70 מ' מעל הקיר הנ"ל מתוכנן קיר נוסף שאורכו כ-45 מ' ומצוין עליו שהוא יבוצע על-ידי אחרים. לא ברור לנו מי הם האחרים ומה בדיוק מתוכנן שם.
- ו. הגבהת קירות - קירות רבים לאורך הכבישים מסומנים להגבהה. לפי הפרטים לעיתים מדובר בהשלמה קטנה של עשרות ס"מ ולעיתים מדובר בבנייה של קיר בגובה של 1.10 מ'. **אורכם הכולל של קירות אלה מגיע ל-830 מטר.**
- ז. שיפוץ חזיתות - הפונות אל הרחובות. הפעולות לשיקום כוללות **הגבהת קירות קיימים**, **שיקום קירות מסוכנים**, **ציפוי קירות בטון קיימים באבן**, הוספת כוחל לקירות אבן ישנים, ציפוי קירות בטיח, תיקון טיח, צביעת אלמנטים מברזל (סורגים ומעקות) שיפוץ וצביעת גגונים.
- ח. שינוי הסדרי החניה - ברחובות בידון ואל-מיסטר משולבות מספר חניות (17 באל-מיסטר ו-16 בבידון). לאורך הרחובות האחרים תאסר החניה בדרך-כלל פרט למספר מקומות (12 חניות בואדי חילוה ו-17 באל-עין). סה"כ מסומנים 62 מקומות חניה לאורך הרחובות. בחניון אל-עין מסומנים 44 מקומות חניה ובחניון גבעתי מסומנים 47 מקומות חניה, אולם חניון זה אינו נגיש לתושבים: במשך היום נדרש בו תשלום לפי שעה ובלילה הוא סגור. מכאן **שהתוכנית מציעה בסך הכל 110 מקומות חניה, כאשר היום ישנן ברחובות, שבהן מתוכנן לאסור חניה, בין 380-480 מקומות חניה**. פתרונות חניה לרכבים נוספים מתבססים על הכוונה להכשיר חניונים במגרשים פנויים בשכונה, אולם נושא זה מצוי, כידוע בהליך משפטי, שסופו אינו ידוע ולא ניתן להסתמך על כך.
- ט. שינוי הסדרי התנועה - רח' בידון יהפוך ברובו לחד סיטרי והנסיעה בו תותר בכיוון העלייה. בתחילתו ובסופו ישנם קטעים קצרים דו סטריים המאפשרים חיבור לרחוב אל-מיסטר ולרחוב קטן נוסף. שאר הרחובות הינם דו סטריים.
- לפירוט ולהפניה לגיליונות התוכניות הרלוונטיים אנא ראה סעיפים 55-59 לחו"ד האדריכלית אפרת כהן-בר **בנספח א'**.
8. ממכלול תוכניות העבודה של המשיבה 3, שנחשפו בעקבות התערבות בית המשפט הנכבד, ברי כי **העבודות המתוכננות בשכונת סילואן וואדי חילוה הן עבודות בניה רחבות היקף, שמתוכננות ומבוצעות בלי שקיימת לאזור תוכנית מתאר מפורטת ובלו שהוצאו להן היתרי בניה**.
9. כן עולה בבירור מאופיין של העבודות שהן נועדו בעיקר לשפר את התשתית התעבורתית של השכונה ואת חזותה כשכונה מושכת לתיירים, ולא נועדו להביא לשיפור אמיתי באיכות

החיים של תושבי השכונה, כיוון שהתוכניות מתעלמות לחלוטין מצרכים אחרים, דוחקים הרבה יותר, של תושבי השכונה עצמם, כמו מחסור במוסדות חינוך וכיו"ב, כפי שפורט בהרחבה בסעיפים 20 ו-24 לעתירה ובסעיפים 87-84 לעיקרי הטיעון שהוגשו לקראת הדיון הראשון בעתירה (להלן – "עיקרי הטיעון"), המהווים חלק בלתי נפרד מתגובה זו.

10. מעבר לכך, הוצאה לפועל של התוכניות תגרום לנזק חמור ובלתי הפיך לתושבי השכונה, כפי שפורט בהרחבה בסעיפים 37-24 לעתירה ובסעיפים 103-99 לעיקרי הטיעון, המהווים חלק בלתי נפרד מתגובה זו, ולפגיעה שאין חזרה ממנה בזכותם של התושבים להליך תכנוני הוגן, בזכותם להתנגד לתוכנית, בזכותם לחופש תנועה, והיא עלולה להצטבר לכדי פגיעה קשה בזכות התושבים לחינוך, לבריאות, לפרנסה ולקיום בכבוד, כפי שפורט בהרחבה בסעיפים 101-92 לעתירה, המהווים אף הם חלק בלתי נפרד מתגובה זו.

אי חוקיות עבודות הבניה המתוכננות

11. מכלול התוכניות המתוכננות שנחשפו מבהיר באופן שאינו משתמע לשתי פנים כי חששם של העותרים, כפי שהובא בעתירה, היה מבוסס ומוצדק, כיוון שתכנון נעשה בניגוד לחוק, לכללי מינהל תקינים וממילא ללא מתן כל אפשרות להתנגדות התושבים או להשפעתם. העותרים לא ידעו בזמן שהגישו את העתירה עד כמה מרחיקת לכת וגרנדיוזית היא תוכנית המשיבים 1, 2 ו-3, וכעת משהובהר המצב העובדתי, ברור להם כי כל טענותיהם לגבי אי חוקיות העבודות תקפות, חזקות וברורות כשמש אף יותר מששערו. עמדת הועדה המחוזית תומכת באופן נחרץ בעמדתם של העותרים.

12. כפי שניתן להתרשם מפירוט מהות העבודות, שהובא לעיל ומפורט בהרחבה בנספח א', לא מדובר בעבודות שיפוץ קטנות ומקומיות, שהיו עשויות להיכנס לגדר החרגים המנויים בתקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), תשכ"ז-1967 (להלן – "התקנות"), אלא בתוכנית ענק, הכוללת עבודות בניה ותשתית רחבות היקף, בעלות של 30 מיליון שקלים, שדורשות היתרי בניה ושורה של אישורים נוספים מהרשויות השונות.

13. אולם, לעבודות לא הוצאו ההיתרים והאישורים הנדרשים על פי החוק. ל-70 גליונות תוכניות העבודה, שהעבירה המשיבה 3 לעיון הועדה המחוזית והעותרים, לא צורף אף לא היתר בנייה אחד.

14. ברחוב אל-עין (דרך השילוח) קיימת, כאמור בעתירה, תשתית תכנונית המאפשרת לכאורה להוציא היתרי בנייה מתוקף תוכנית מפורטת מס' 4146. למרות בקשות חוזרות ונישנות של העותרים מהמשיבות 1, 3 ו-4 לקבל לידיהם את ההיתר, שנטען כי קיים לגבי רחוב אל-עין, הדבר מעולם לא נעשה. אפילו בקשת הועדה המחוזית בנושא זה נותרה ללא מענה, וזו מציינת בסעיף 15 להודעתה כי: "בכל הנוגע לעבודות המבוצעות בדרך השילוח, מהתייחסות עיריית ירושלים עולה כי עבודות אלה מבוצעות בהתאם להיתר בניה שהוצא מכוח תוכנית 4146. לפיכך, נראה כי מדובר בעבודות מבוצעות כדין. נציין כי היתר הבניה שהוצא על ידי העירייה לא הוצג לנו אך אנו מניחים כי היתר הבניה תואם את התוכנית התקפה וכי העבודות תואמות את היתר הבניה".

15. אלא שנראה כי הנחת הועדה המחוזית שגויה. מבדיקה שערכה הועדת 7 בעירייה עולה כי

- היתר בניה לעבודות ברחוב אל-עין לא הוצא מעולם. אם הוא קיים, מדוע המשיבות 1, 3 ו-4 לא מציגות אותו לעותרים, לוועדה המחוזית ולבית המשפט הנכבד? במצב דברים עובדתי זה, נראה כי כל הבניה ברחוב אל-עין אינה חוקית מיסודה, כיוון שהיא מתנהלת ללא היתר בניה, וזאת במקום שיש באפשרות המשיבות 1, 3 ו-4 להוציא היתר כזה.
16. העותרים סבורים כי היתר כזה לא הוצא, כיוון שלא היה יכול להינתן לאור תוכנית העבודות ברחוב אל-עין: התכנון לביצוע ברחוב זה חורג במספר מקומות מתחום הדרך בתוכנית 4146. רוב החריגות אינן גדולות, אך אילו טרחו המתכננים להשיג היתר בנייה לכביש היו נאלצים להצטמצם לתחום הדרך על-פי התוכנית שבתוקף.
17. לגבי יתר הרחובות לא קיימת תוכנית מתאר מפורטת בתוקף (המצב התכנוני החסר והבעייתי של השכונה פורט בהרחבה בעתירה, בעיקרי הטיעון, ובנספח א' להודעה זו), ולכן לא ניתן להוציא היתרי בניה לעבודות המבוצעות בהם.
18. המשיבות 1, 3 ו-4 מודעות לכך היטב, ועל כן, בלחץ המשיבה 7, ניסו להוציא אל הפועל את התוכנית הגרנדיוזית שהגו בשקט ובמהירות, מבלי לחשוף אותה לציבור הרחב ומבלי להציג את כל העובדות לגביה למשיב 2. כעת, משהדברים נחשפים במסגרת הליך זה, ממשיכות המשיבות 1, 3 ו-4 לנסות ולטעון כי מדובר בעבודות שיפוץ קטנות, הדורשות אישורים מהרשויות המבצעות בלבד, ולא היא!
19. העותרים עמדו בהרחבה על חובת הרשויות לתכנן, שהופרה במקרה של שכונת סילואן וואדי חילוה, ועל החובה להנפיק היתרי בניה לעבודות בסדר גודל של העבודות המתוכננות. מפאת הקיצור, הם יפנו לדבריהם בנושאים אלה בסעיפים 102-84 לעתירה ולסעיפים 58-16 לעיקרי הטיעון.
20. הועדה המחוזית לתכנון ולבניה התייחסה לצורך בהיתרי בניה לעבודות המתוכננות ביתר הרחובות מיד לאחר התייחסותה לעבודות ברחוב אל-עין, וקבעה בסעיף 16 להודעתה כי "בנוגע לעבודות המבוצעות ביתר הרחובות נשוא העתירה נראה כי הדברים מורכבים מעט יותר. מהנתונים שנמסרו על ידי העירייה עולה כי עבודות אלו כוללות בעיקרן סלילה מחודשת של הכבישים, הסדרת חניות והסדרת מדרכות. כן מדובר בהגבהה והחלפה של גדרות ובשיקום חזיתות שונות."
21. הועדה היתה מוכנה להרחיק לכת ולקבוע כי "סלילה מחודשת של הדרכים, שאינה כוללת כל שינוי שלחן, אינה מהווה שינוי של פני הקרקע (הטעון היתר) ולפיכך אינה טעונה היתר בניה" (סעיף 17 להודעה). עם כל הכבוד, העותרים חולקים על פרשנות זו. כפי שקבעה הועדה עצמה בראשית אותו סעיף ממש – "הדרכים בהן מבוצעות עבודות התשתית אינן דרכים מאושרות סטטוטורית!" לכן, כל עוד הדרכים אינן דרכים שמאושרות בתוכנית מתאר, לא ניתן לעשות בהן כל פעולה, כמצוות סעיף 145(א)(1) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, המחייב הנפקת היתר במקרים של "התווייתה של דרך, סלילתה וסגירתה".
22. לצורך כך, העובדה כי הדרכים סומנו ברקע לתשריט תוכנית עמ/9, אינה משנה את מעמדן ואינה הופכת אותן לדרכים סטטוטוריות. הדרכים מופיעות בתשריט כקווים ללא שם וצבועים בירוק יחד עם שאר השטח המיועד ל"שטח ציבורי פתוח מיוחד". דבר זה רק מעיד על קיומן קודם התוכנית, אך לא הופך אותן לסטטוטוריות. ההפך הוא הנכון, לו מתכנני עמ/9 היו

מעוניינים שהדרכים יחשבו כסטטוטוריות, הם היו מסמנים ומאשרים אותן ככאלו.

23. בהקשר זה ראוי לחזור להגדרת המושג "דרך", כפי שהוכר בפסיקה. בבג"צ 5145/91 מיימון נ' ראש המועצה המקומית אבן-יהודה השופט גולדברג הבהיר כי פרשנות התכלית של חוק התכנון והבניה מחייבת להגדיר את המושג "דרך" ככזה שכולל תוואי שהותווה בתוכנית תקפה. באותו מקרה דובר היה בתושבים שהתנגדו לסלילת רחובות מגוריהם כ"רחובות משולבים", מבלי שהדבר הותווה בתוכנית סטטוטורית. השופט גולדברג קבע כי לא ניתן לסלול רחובות אלה מבלי לשנות את התוכניות המפורטות, כדי לאפשר התנגדויות כחוק ודיון בהן (ראה: בג"צ 5145/91 מיימון נ' ראש המועצה המקומית אבן-יהודה, פ"ד מח(1) 457, 467 וכן הדיון בעוקדן דיני התכנון והבניה, ש' רויטל, 2003, פרק א', עמ' 24א').

24. מכאן שדיני התכנון והבניה, לרבות פסיקת בית המשפט העליון, אוסרים על סלילת רחוב בדרך כלשהי מבלי שהדבר אושר בתוכנית מפורטת והוצאו לכך היתרי הבניה הנדרשים. על כן, **רחובות ואדי חילוה, בידון, אל מיסטר, עין אלזה ואחרים, שאינם סטטוטוריים, אינם יכולים לעבור כל שינוי ללא קבלת תוכנית מפורטת.**

25. על כן, קביעת המשיבה 3, כי "מהותית, ניתן להתייחס לדרך הקיימת כאל דרך סטטוטורית" (סעיף 4' לתשובתה), לא יכולה לעמוד. לאור האמור לעיל, ברי כי זהו ניסיון להרחיב את מושג ה"דרך" גם לגבי דרך שאינה סטטוטורית. עד שהרחובות האמורים לא יעברו את ההסדרה הנדרשת בחוק הם לא יהפכו לסטטוטוריים, מהותית או שלא מהותית.

26. בהקשר זה יוזכר כי הצורך להתווית הדרכים בתוכנית מאושרת סטטוטורית ולקבלת היתר בניה לסלילת הדרכים נובע גם מכך שאזור שכונת סילוואן וואדי חילוה הוגדר בתוכנית עמ/9 כ"שטח פתוח ציבורי מיוחד", שכל בניה בו טעונה היתר מיוחד של הועדה המקומית באישור הועדה המחוזית, כאמור בסעיף 8.19.2 להוראות התכנית.

27. מכל מקום, **הועדה המחוזית הבהירה כי כל עבודה אחרת בדרכים אלה אסורה בתכלית האיסור כל עוד לא אושרה תוכנית מתאר לאזור ולא התקבלו היתרי בניה**. בסעיף 18 להודעתה קובעת הועדה כי: "בכל הנוגע לעבודות אחרות, ובהן הקמת מדרכות חדשות, גדרות חדשות וכיו"ב, קיים קושי בביצוען בלא היתר בניה או אישור אחר. זאת, הן כיוון שמדובר בשינוי פני הקרקע, הן מכיוון שמדובר בדרכים ובבינוי שאינם מאושרים מבחינה סטטוטורית ואשר אינן מעוגנים בתכנית, והן התחשב בהוראות המחמירות בתוכנית עמ/9 שלעיל ביחס לשטחים נשוא העתירה דנן המיועדים לשטח ציבורי פתוח".

28. **דברים אלה אינם משתמעים לשתי פנים, ולדעת העותרים הנימוק שמובא בצידם, עליו הם חוזרים מאז הגשת העתירה, נכון לכל סוג של עבודה בדרכים אלה, כולל סלילה**. הועדה המחוזית בחרה בגישה המנימלית ביותר לדברים, אולם דיני התכנון והבניה הם הם אלו שקובעים את המצב מבחינה משפטית, וכפי שהובהר חוזר והבהר בפני בית המשפט הנכבד, הם קובעים חד משמעית שלצורך סלילת דרך או שינוי פני הקרקע חלה על הרשויות חובת תכנון וחובת קבלת היתרי בניה. כל פרשנות אחרת חותרת לעצם ההסדר הבסיסי של דיני התכנון והבניה, ואין לקבלה.

29. המשיבות 1, 3, 4 ו-7 תקפו את עמדת הועדה המחוזית בשלל טיעונים בתגובותיהן, כאשר טיעונן המרכזי הוא שיש בידיהן "אישור אחר", שלדעתן גם הוא אפשרי לפי סעיף 18 להודעת

הועדה המחוזית. אותו "אישור אחר" הוא, מבחינתן, "אישור תשתיות מכל הגורמים הרלוונטים". מובן כי אישור זה הוא אינו אישור שיכול לעמוד, כיוון שהוא אינו עומד בתנאי דיני התכנון והבניה, שפורטו לעיל, לתכנון ולקבל היתר בניה לעבודות. מבחינה זו, עמדת המשיבות אינה יכולה להחשב כרצינית, ויש בה משום היתממות במקרה הטוב ולעג לדיני התכנון והבניה ולעמדת הועדה המחוזית במקרה הרע.

30. בנוסף, מנסות המשיבות לטעון כי העבודות המתוכננות אינן רחבות כלל: בינוי המדרכות נחשב מבחינתן "שינוי מזערי של פני הקרקע" ובינוי גדרות חדשות, אינו אלא רק תיקון וצביעת גדרות ישנות. עם כל הכבוד, העותרים סבורים כי מדובר בהטעיית בית המשפט, כיוון שכפי שפורט לעיל, מגיליונות תוכנית העבודה של המשיבה 3 עולה תמונה ברורה, של פרויקט רחב היקף המשנה באופן מהותי הן את פני הקרקע והן את חזות השכונה כולה. **הנחת אלפי מטרים של תשתיות חדשות, בניית מאות מטרים של מדרכות וקירות, חלקם קירות חדשים מהיסוד, ציפוי קירות באבן, יצירת רחוב משולב, הצבת כמאה עמודי תאורה חדשים וכו', בעלות של 30 מיליון שקלים, לא יכולים להכנס תחת ההגדרה של שינויים מזעריים.**

31. למרות זאת, טוענות המשיבות שמדובר בשינוי מזערי של פני הקרקע שאינו מחייב היתר. ברי כי הדברים לא יכולים לעמוד לאור מהות העבודות ולשון ותכלית החוק. העותרים מפנים את בית המשפט לניתוח המשפטי של נושא זה בסעיפים 64-66 לעיקרי הטיעון של העותרים, המהווים חלק בלתי נפרד מתגובה זו.

32. המשיבות שבו וחזרו עוד על טיעונן, כי קביעה והתוויה של מדרכות אינן טעונות היתרי בניה, כיוון שהן בסמכותם של המפקח על התעבורה ושל רשויות התמרון. העותרים שבים ומבהירים כי מדובר כאן בהטעיית בית המשפט, כיוון שלפי החוק והתקנות, **למפקח על התעבורה ולרשויות התמרון יש סמכות לקבוע הסדרי תנועה, תמרורים וסימני דרך, אבל לא לקבוע ולהתוות מדרכות.** העותרים מפנים את בית המשפט לסעיף 170(1) לפקודת התעבורה ובמיוחד לתקנות 16-18 לתקנות התעבורה, שמבהירות היטב כי סמכויות המפקח ורשויות התמרון מוגבלות לנושאים של הסדרי תנועה וסימון הדרך בלבד, ולא כוללות סמכות לקביעה ולהתוויה של מדרכות (וראה עוד בעניין זה ובעניין פס"ד שוורצמן, אליו הפנו המשיבות, בסעיף 57 לעיקרי הטיעון של העותרים). אשר על כן, מוטב היה לו לא היו חוזרות המשיבות על טיעון זה, השגוי מיסודו מבחינה משפטית.

33. באשר לשיפוץ החזיתות, הודיעה המשיבה 3 כי לאור עמדת הועדה המחוזית היא תימנע מציפוי חזיתות ותתמקד רק בניקוי החזיתות וצביעתן (סעיף ג' לתשובתה). לפי שעה, תוכנית העבודות כוללת תיקונים וציפוי אבן לקירות חשופים, השלמות לקירות בנויים, בניית קופינג חדש בעשרות מטרים של קירות קיימים (קופינג: אבן הכיסוי בראש גדר אבן) ועוד. לאור היקף העבודות הרחב שתוכנן, שאינו יכול להתבצע ללא תכנון מפורט והיתרי בניה, סבורים העותרים כי **לא ניתן להתיר כל עבודות של שיפוץ חזיתות עד לקבלת תוכנית מפורטת והיתרי בניה.** כל החלטה אחרת אינה עומדת בקנה אחד עם תכלית דיני התכנון ויהיה בה משום מתן היתר לביצוע עבודות במקום שבו לא הותוותה אפילו דרך מבחינה סטטוטורית. העותרים סבורים כי אין כל טעם במתן היתר חלקי לעבודות, שכן יהיה בלתי אפשרי לאכוף את חלקיות ההיתר ויהיה בו משום פתח לביצוע עבודות רחבות יותר.

34. אשר לטיעון המשיבות בדבר מעמדה של עמדתה המשפטית של הועדה המחוזית, הרי שעדיף

שטיעונים אלה לא היו נשמעים. העובדה כי הועדה המקומית היא הגוף המוסמך להנפיק היתרי בניה, אינה מקנה לה את הסמכות לעבור על החוק וגם לא את הבלעדיות על פרשות החוק. דיני התכנון והבניה מעניקים לוועדה המחוזית אפשרות להעניק או לשלול סמכויות שונות מהוועדה המקומית בתחומים רבים, ועל כן במקרה של טענות נגד חוקיות פעילותה של הוועדה המקומית, בהחלט יש מקום לכך שהוועדה המחוזית תבהיר את עמדתה בנושאים אלה. אשר על כן, הטיעון כאילו אין לוועדה המחוזית סמכות להביע את דעתה הוא לא פחות מחוצפה.

35. **טיעוניהן של המשיבות 1, 3 ו-4 ראויים לביקורת במיוחד, כיוון שבמקרה שלפנינו לא מדובר בחברות פרטיות שמנסות לחמוק מעמידה בתנאי החוק, אלא ברשויות המדינה, שמבקשות לעקוף את דרכי הפעולה שהתווה המחוקק, בשעה שהן אלו שאמורות להיות אמונות על שמירת החוק ואכיפתו.** המשיבות 1 ו-4 אוכפות בתקיפות את אותם דינים ממש, דיני התכנון והבניה, כאשר הפרת החוק היא מצדם של תושבי ירושלים, ולכן בחירתן לשים את החוק ללעג ולקלס כאשר החובה מוטלת עליהן היא תמוהה וחמורה. התנהלות זו ראויה לכל גינוי ולהפסקה מיידי, באשר לא יתכן שהרשות תהפך כד, לאור יום, את החוק, כאילו אין דין ואין דיין. העותרים מפנים להתייחסותם הנרחבת יותר לעניין זה לסעיפים 77-82 לעיקרי הטיעון, המהווים חלק בלתי נפרד מתגובה זו.

אי חוקיות עבודות התשתית המתוכננות

36. בעניין עבודות התשתית המתוכננות, סברה הוועדה המחוזית כי הן אינן דורשות היתרי בניה, כיוון ש"אין מדובר בהקמת מפעל ניקוז, מפעל מים או בהתקנת ביוב, כי אם בעבודות שעניינן בהחלפת קווים קיימים ואחזקתם בלבד" (סעיף 10 להודעת הוועדה המחוזית). ביחס לעבודות תשתית החשמל, קבעה הוועדה כי "ככל שניתנה לוועדה המקומית הודעה לפני תחילת עבודות, כנדרש בתקנות התכנון והבניה שלעיל, אין עבודות אלו מחייבות היתר בניה" (סעיף 11 להודעת הוועדה המחוזית).

37. עם כל הכבוד, העותרים חולקים על עמדת הוועדה המחוזית בנושא זה. בסעיף 69 לעיקרי הטיעון פרסו העותרים פירוט חלקי של ההיתרים הנדרשים לביצוע עבודות התשתית המתוכננות. לדעת העותרים, **כל ההיתרים האלו נדרשים במקרה דנן כיוון שלשכונת סילוואן וואדי חילוה לא קיימת תוכנית אב סטטורית למים, לניקה ולביוב.** העובדה כי קיימת תשתית מים, ניקוז וביוב בשכונה, שלא ברור מתוקף מה הותקנה בעבר, אין משמעה כי ניתן להמשיך לשנות ולהרחיב את תשתיות השכונה ללא תוכנית אב סטטורית.

38. כפי שפורט בסעיף 71 לעיקרי הטיעון, שאלת הצורך בהכנת תוכנית להתקנת ביוב נבחנה בעבר, והגישה שהתקבלה בפסיקה הינה שכאשר ישנה תוכנית מאושרת קודמת והרשות מבקשת לשנות או להטות את קו הביוב הקיים, אין צורך בתוכנית ביוב ובקבלת היתר בניה (המ"פ (י-ם) 433/97 הרמתי נ' עיריית ירושלים (לא פורסם) (1997); ב"ש (י-ם) 5311/05 הגיחון נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה מטה יהודה (לא פורסם) (2005). לעומת זאת, כאשר אין תוכנית ביוב מאושרת סטטורית, יש צורך באישור הוועדה המחוזית ושר הבריאות לפי **סעיף 13 לחוק הביוב**, כפי שנפסק לגבי הנחת קו הביוב בשכונת רמת אדי בחיפה, בעת"מ (חי') 1155/03 שמואל ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חיפה (לא פורסם) (2004).

39. על כן, ברי כי יש לאשר תוכנית אב לתשתיות השכונה לפני ביצוע עבודות תשתית, שאינן תיקונים מקומיים, ולקבל את האישורים מהרשויות המוסמכות. במקרה שלפנינו ברור כי לא מדובר בתיקונים מקומיים, כיוון שתוכניות המשיבה 3 כוללות הנחת תשתיות באורך כולל של קרוב ל-5,000 מטר וסלילת דרכים באורך כולל של כ-1,900 מטר.

40. עבודות כגון אלו אינן יכולות להיכנס לגדר החריגים שבתקנות התכנון והבניה, כיוון שהן רחבות מדי. מנוסח החוק והתקנות ברי כי המחוקק התכוון לאפשר עבודות מקומיות אלה ללא קבלת היתר מתוך הנחה, כי יש דרך סטטוטורית מאושרת, שבה יש לבצע תיקונים קלים בלבד. אולם המחוקק ודאי לא התכוון כי התקנות יפטרו את הרשויות מחובתן לתכנן את האזור. מבחינה זו, כאשר התשתיות כולן נבנו ללא היתרים לא ניתן להוסיף עברה על עברה.

41. באשר לתשתית החשמל, הרי שהתשתית המתוכננת כוללת הנחת מערכת חדשה של הספקת חשמל לתאורה. במקרה זה לא מדובר בהחלפת מערכת קיימת, אלא במערכת חדשה לגמרי, שראוי היה לשלבה בתכנון הכולל לשכונה. כאשר מדובר במערכת חשמל חדשה נוספת לא ניתן לבצעה לפי החריגים שבתקנות, ויש לקבל עבודה את ההיתרים הנדרשים לפי החוק.

42. עמודי תאורה משנים את פני הקרקע, והצבתם מחייבת קבלת היתר בניה, על פי הגדרות סעיף 145 לחוק התכנון והבניה. כך נקבע גם בפסיקה (ראה לדוגמא: תפ (ת"א) מדינת ישראל נ' חברת החשמל, פ"מ תשמ"ז (1) 499, 503 ו-505). כאשר מדובר בדרך סטטוטורית, שעברה הליך תכנון ואישור על-פי החוק, ניתן לקבל היתרי בניה לעמודי תאורה בהתאם לתוכנית המאושרת. אך במקרה דנן, הדרכים אינן מאושרות סטטוטורית, ולפיכך לא ניתן לקבל היתרי בניה להצבת עמודי התאורה. גם במקרה זה הצבת עמודי תאורה בלי הכשרת הדרך מהווה עברה על עברה.

התייחסות לטענות נוספות של המשיבות 3 ו-7

43. המשיבות 3 ו-7 שבו ופירטו בתגובותיהן את נתיבותן של העבודות לשכונה. כפי שכבר הובהר בעבר, העותרים אינם חולקים על כך כלל, אם כי הם סבורים שהדבר אינו כה בהול לגבי העבודות המסוימות שמתוכננות, כפי שמציגים המשיבים.

44. נשוב ונדגיש כי, למעשה, העותרים הם אלו ששבו וביקשו לאורך שנים רבות להסדיר תשתיות ושירותים רבים שחסרים בשכונה, ויש להם חזון תכנוני מפורט המשלב ארכיאולוגיה, תיירות, מגורים, מסחר ואוכלוסייה חיה ונושמת. על כן, גם עתה העותרים שבים ומדגישים כי היו שמחים לכך, אולם הם סבורים שמהלך בסדר גודל כזה חייב להיעשות במסגרת הליך תכנוני כולל של השכונה, שיאפשר להתייחס למכלול השירותים שחסרים בשכונה, כמו מוסדות חינוך, גני ילדים, מבני ציבור, גנים ציבוריים, מגרשי משחקים ועוד, ולא באופן שדורס את הוראות החוק ואת צורכי התושבים. למרבה הצער, למרות בקשות חוזרות ונישנות של תושבי השכונה לאורך השנים, למרבית שטח השכונה מעולם לא נעשה תכנון מפורט שכזה.

45. העותרים סבורים כי אם המשיבים היו מבקשים באמת ובתמים את טובת השכונה, כפי שהם חוזרים ומדגישים, היה עליהם להכין לשכונה תוכנית מפורטת כוללת, שלוקחת בחשבון את צרכי התושבים ומשתפת אותם בהליך התכנוני, ועל פיה ניתן היה כמובן גם לשפר את

תשתיות השכונה. דווקא משום שמדובר בהשקעה של סכומים כה גדולים, סבורים העותרים כי לא נכון לבצע עבודות במחטף שמציב "עובדות בשטח".

46. העותרים מפנים את בית המשפט לניתוח צורכי השכונה והאינטרסים של המשיבה 7 בביצוע התוכנית בסעיפים 85-98 לעיקרי הטיעון של העותרים, המהווים חלק בלתי נפרד מתגובה זו.

47. כן חזרו המשיבות 3 ו-7 על החשש לבזבוז כספי ציבור אם לא יבוצעו העבודות במלואן, כפי שתוכננו. העותרים מצרים על כך ביותר, אולם למשיבים 1-3 אין להלין אלא על עצמם בעניין זה, כשביקשו לבצע עבודות רחבות היקף ללא קידום תוכנית מפורטת וקבלת היתרי בניה. מכל מקום, העותרים סבורים כי ביצוע עבודות בניה ותשתית שלא אושרו כחוק גורמת נזק גדול הרבה יותר לאינטרס הציבורי של שמירה על שלטון החוק, ודומה כי אין צורך להרחיב בחומרה היתרה בכך שהמשיבים - רשויות וחברות ציבוריות - פועלים במקרה זה בניגוד להוראות החוק.

48. העלות לקופה הציבורית אינה יכולה להוות הצדקה לפגיעה באותם פרטים שחוק התכנון והבניה נועד להגן עליהם: התושבים המושפעים מביצוע עבודות הטעונות היתר. אותו רציונל היה מצדיק ויתור לחלוטין על הליכי תכנון, שהם ללא ספק מנגנון יקר לקופה הציבורית.

49. בעניין זה ניתן להקיש מקביעת בית המשפט העליון שעיקב ביצוע מכרז, למרות הנזק שנגרם לציבור בטווח הקצר, לאור הנזק החברתי ארוך הטווח שעלול היה להיגרם לאמון הציבור ברשויות ובתקינות הליכי המכרזים. עמדה על כך השופטת נאור:

"הנציבות טוענת כי מאזן הנוחות נוטה לטובתה כמייצגת את האינטרס הציבורי. אכן בבוא בית המשפט לבחון את שאלת מאזן הנוחות עליו לקחת בחשבון כי עיכוב בהליכי מכרז עלול לפגוע בציבור וכי יש לשקול נזק זה על אף הקושי לכמתו (בר"מ 2077/06 ימ"ת ניהולית 2000 בע"מ נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם)). ואולם, **האינטרס הציבורי פועל לשני הכיוונים: בענייננו נטענת טענה של ניגוד עניינים ומשוא פנים וכפי שקבע הנשיא ברק "ייתכן שבטווח הקצר יש בכך פגיעה ביעילותם של הליכי המכרז. אין בכך ולא כלום, שכן בטווח הארוך יש בכך להגביר את האמון של הציבור בשיטת המכרז ואת נכונותו ליטול בו חלק"** (ע"א 8416/99 א.י.א.י.א.ם. אלקטרוניקס מחשבים וצ'יוד היקפי (1999) בע"מ נ' מפעל הפיס, פ"ד נ"ד (3) 425, 430 ה). אל מול הנזק שיגרם לציבור באם יעוכב ביצוע המכרז יש להעמיד את הנזק החברתי ארוך הטווח שיגרם אם תתאפשר פגיעה בהגינותם של מכרזים ובאמינותם של רשויות הציבור (השוו ע"א 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבטחון, פ"ד נא (5) 643, 647)" (בר"מ 2139/06 מר ושות' (1982) בע"מ נ' משרד התשתיות הלאומיות – נציבות המים, פסק דין מיום 6.4.06 (טרם פורסם)) [ההדגשה אינה במקור].

50. לבסוף שבות המשיבות 3 ו-7 ודרשות, שגם אם ימצא שאכן היה צורך בתכנון ובקבלת היתרי בניה, הרי שבנסיבות העניין יש להחיל את דוקטרינת "הבטלות היחסית", ולאפשר את המשך ביצוע העבודות. העותרים סבורים כי הדוקטרינה לא נועדה לרפא כל פגם של הרשות

המינהלית ואין היא מתאימה כלל למקרה שלפנינו.

51. כידוע, דוקטרינת הבטלות היחסית נועדה לסייג את הפסילה של הפעולה המנהלית באופן חלקי ומסוים, כאשר נקבע שהרשות פעלה בניגוד לדין. היא לא נועדה לאשר ולרפא את הפעולה המנהלית כולה, כאשר זו מנוגדת לדין. על החשש כי שימוש בדוקטרינה זו תוביל לאישור פעולות מנהליות פסולות עמד השופט רובינשטיין:

"תורה זו כשמה כן היא, יחסית ולא מוחלטת. המשמעות היא, כי יש צורך בזהירות בנקיטה בה, כדי שחלילה לא תהא בחינת מדרון חלקלק למתן תוקף, ולוא בחינת הכרח לא יגונה, לפגמים שנפלו במעשי רשויות. לדידי אמת מידה חשובה לשימוש בה היא נסיבות פעולתה של הרשות הנוגעת בדבר בהקשר הספציפי" (בג"צ 7067/07 חיים נתנאל בע"מ נ' שר המשפטים פרופ' דניאל פרידמן (לא פורסם), פסקה ז' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2007)).

52. במקרה דנן, פעולות המשיבים אינן חוקיות מיסודן. לא ניתן להכשיר חלק מהן או להכריז על 'בטלות יחסית' של חלק מהן. את מכלול עבודות הבניה והפיתוח יש לערוך על פי תוכנית מפורטת מאושרת סטטוטורית ובהתאם להיתרי בניה ולאישורים אחרים הנדרשים מהרשויות הרלוונטיות. כל סטיה מעקרון זה פותחת פתח לאישור מכלול התוכנית, כך שמשמעות הדברים היא מתן היתר לפעולות שיש לפסולן.

53. בשולי הדברים, יעירו העותרים כי ראוי ונכון היה מהלכה של הועדה המחוזית, אשר הבהירה כי לא ניתן להחיל על השטח המוגדר "שטח ציבורי פתוח מיוחד" הוראות הנוגעות ל"שטח ציבורי פתוח", הן מבחינה משפטית והן מבחינה תכנונית, וכי טענותיה של המשיבה 3 בנושא זה אינן יכולות לעמוד (סעיפים 21-22 להודעת הועדה המחוזית).

סיכום

54. המסכת שנפרסה בעתירה זו מוכיחה כי החלטת המשיבים 1-3 לבצע עבודות בניה רחבות היקף בשכונת סילוואן וואדי חילוה התקבלה ללא הכנת תוכנית מפורטת, ללא קבלת היתרי בניה וללא קבלת כל האישורים הנדרשים על פי חוק.

55. דיני התכנון והבניה, שנסקרו בעתירה ובעיקרי הטענות, מחייבים לערוך תוכנית מפורטת ולקבל היתר בניה כשמתוכננות עבודות שמשנות את פני הקרקע. משמעות הדבר היא כי לא ניתן לבצע עבודות רחבות היקף, הכוללות בניית מאות מטרים של קירות, מדרכות, הצרת כבישים ועוד, המשנות את פני השכונה כולה, בעלות של כ-30 מיליון שקלים, ללא תכנון מפורט וקבלת היתרי בניה.

56. מכיוון שכל הדברים האלו תוכננו לביצוע בשכונת סילוואן וואדי חילוה, משמעות הדבר היא כי המשיבים 1-3 ביקשו לבצע את העבודות ללא בסיס חוקי ובניגוד לכללי מינהל תקין.

57. נזכיר, כי אין עתירה זו עוסקת בשאלות של סבירות או מידתיות של תכנית הבינוי, אלא בשאלה של שמירה על שלטון החוק ואי ניצול כוחן של הרשויות לפגיעה בזכויותיהם של תושבי שכונת סילוואן וואדי חילוה.

58. דחיית העתירה או מתן אישור חלקי לביצוע העבודות משמעם מתן היתר למשיבות 1-3 לפעול בניגוד לחוקי התכנון והבניה וליתר החוקים שפורטו בעתירה זו. החלטה כזו תעביר למשיבים את המסר, כי הם יכולים לנהוג ככל העולה על רוחם, שכן אין מי שיעצור אותם. החלטה כזו תאותת להם כי פעולה שלהן בניגוד לחוק זוכה לגיבוי ולעידוד המערכת המשפטית. ומן העבר השני, יאותת הדבר לציבור כי החובה לשמור על החוק מוטלת אך ורק עליו ולא על הרשויות, שאמורות לייצג אותו ולהיות אלו שמקפידות בראש ובראשונה על קיום החוק, ואף אמורות לאכוף אותו מול הציבור.

59. מכיוון שהתוכנית אינה עומדת בדרישות החוק, מן הדין ומן הצדק להיעתר לעתירה ולהורות על מתן הסעדים המבוקשים בה :

א. להורות למשיבים 1 עד 3 שלא לבצע את עבודות הפיתוח והבניה המתוכננות בשכונת סילוואן וואדי חילוה שבירושלים המזרחית עד לעריכת תוכנית מפורטת לשטח ולקבלת היתרי בניה כדין.

ב. להורות למשיבה 4 שלא להנפיק כל היתר לביצוע עבודות תשתית בשכונה עד לאישור תוכנית מפורטת לשכונה.

60. ככל שיוחלט על דחיית מתן ההחלטה למועד אחר ולאור חידוש העבודות בשטח בימים האחרונים, מבקשים העותרים לקבל צו ביניים וצו ארעי במעמד צד אחד, כמפורט בבקשה המצורפת להודעה זו, שיאסרו על המשך העבודות עד למתן פסק הדין בעתירה.

27 ביולי, 2009

טלי ניר, עו"ד
ב"כ העותרים