

בשבתו כבית משפט לערעורים מינהליים

**המבקשים:**

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  
ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק  
ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או לימור יהודה  
ו/או עודד פלר ו/או גיל גן-מור ו/או נסראת דקואר

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל  
ת"ד 34510, ירושלים 91000  
טל': 02-6521218 ; פקס: 02-6521219

**- נ ג ד -**

**המשיבים:**

1. עיריית ירושלים  
ע"י ב"כ עוה"ד אילנית מיכאלי  
לשכת היועץ המשפטי לעיריית ירושלים  
כיכר ספרא 8, ירושלים  
טל: 02-6297586 ; פקס: 02-6297125
2. משרד התחבורה  
ע"י ב"כ עוה"ד יעל ענתבי-שרון  
פרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)  
רחוב מח"ל 7, מעלות דפנה, ירושלים  
טל: 02-5419512 ; פקס: 02-5419581
3. החברה לפיתוח מזרח ירושלים בע"מ  
ע"י ב"כ עוה"ד ניסן כוחי  
מרחוב עליאש 8ד', ירושלים 94586  
טל: 02-6231496 ; פקס: 02-6231339
4. הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים  
ע"י ב"כ עוה"ד אילנית מיכאלי  
לשכת היועץ המשפטי לעיריית ירושלים  
כיכר ספרא 8, ירושלים  
טל: 02-6297586 ; פקס: 02-6297125

**משיבות פורמליות:**

5. רשות הטבע והגנים  
ע"י ב"כ עוה"ד שרה שלום  
מרחוב עם ועולמו 3 ירושלים  
טל: 02-5005440 ; פקס: 02-5006215

6. רשות העתיקות  
 ע"י ב"כ עוה"ד יורם בר-סלע ואח'  
 מרחוב הנשיא 13 ירושלים  
 טל: 02-5618780 פקס: 02-5631887

7. עמותת אלע"ד  
 ע"י ב"כ עוה"ד קרן רז-מורג  
 מרחוב יבנה 24 תל אביב  
 טל: 03-5668665 פקס: 03-5667665

## בקשת רשות ערעור

המבקשים מתכבדים להגיש בקשת רשות ערעור על החלטתו מיום 16.12.08 של כב' השופט נועם סולברג בבש"א 933/08 (עת"מ 8938/08), הדוחה את בקשת המבקשים למתן צו ביניים כנגד המשיבים, אשר יורה על עיכוב עבודות הפיתוח והבניה בשכונת סילוואן ואדי חילוה בירושלים המזרחית, נגדן מופנית העתירה, עד אשר תתברר העתירה אשר הוגשה על ידי המבקשים (להלן: "העתירה המנהלית").

**בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לבטל את החלטתו של בית המשפט קמא ולהורות על מתן צו ביניים כמבוקש על ידי המבקשים, ובשלב זה, עד לקבלת עמדת המשיבים, להורות על מתן צו ארעי דחוף במעמד צד אחד.**

לבקשת רשות ערעור זו מצורפות:

- העתירה המנהלית ונספחיה – נספח א'
- החלטת כב' השופט נועם סולברג הקובעת דיון בעתירה – נספח ב'
- בקשת המבקשים למתן צו ביניים – נספח ג'
- תגובת המשיבות 1 ו-4 לבקשת המבקשים – נספח ד'
- תגובת המשיב 2 לבקשת המבקשים – נספח ה'
- תגובת המשיבה 3 לבקשת המבקשים – נספח ו'
- תגובת המשיבה 5 לבקשת המבקשים – נספח ז'
- תגובת המבקשים לתגובות המשיבים – נספח ח'
- החלטת כב' השופט נועם סולברג בבקשה לצו ביניים – נספח ט'

### א. תמצית נימוקי הבקשה

1. העתירה המינהלית, אשר הוגשה לבית המשפט קמא, מופנית כנגד תוכנית לעבודות פיתוח ובניה רחבות היקף (להלן: "התוכנית" או "העבודות"), שהחלו לאחרונה המשיבים 1-3 לבצע בשכונת סילוואן וואדי חילוה שבירושלים המזרחית.
2. התנגדות המבקשים לתוכנית זו מבוססת על כך שהתוכנית לא אושרה על פי ההסדר הקבוע בחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965: לעבודות לא הוצאו היתרי בניה כנדרש בחוק, כאשר לגבי מרבית השטח בו מבוצעות העבודות לא אושרו תוכניות מתאר מפורטות ועל כן כלל לא ניתן להוציא בשטח זה היתרי בניה.

3. המשיבים טוענים כי העבודות אינן טעונוות קבלת היתרי בניה, כיוון שהן מסוג העבודות שאינן טעונוות היתר, המנויות בתקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), תשכ"ז-1967.
4. המבקשים מתנגדים לפרשנות מרחיבה זו של התקנות, וטוענים כי העבודות האמורות הן עבודות הכוללות בניה, על פי הגדרתה בדין, ועל כן טעונוות קבלת היתרי בניה. פרשנות אחרת של החוק והתקנות תהא מנוגדת לתכליתו של חוק התכנון והבניה, ותביא לפגיעה קשה בזכויות התושבים המוקנות להן בדיני התכנון והבניה, אותה פגיעה שנועד החוק למנוע.
5. בקשתם של המבקשים למתן צו ביניים בעתירה המינהלית, כדי למנוע יצירת שינויים בלתי-הפיכים בשטח לפני בירור השאלות המשפטיות שמעלה העתירה, נדחתה על ידי בית משפט קמא. הם מבקשים לערער על כך בפני בית משפט נכבד זה, בנימוקים כי סיכויי העתירה גבוהים וכי מאזן הנוחות נוטה בעניין זה בבירור לטובתם.
6. הואיל והעבודות בשטח כבר החלו עם מתן החלטת בית המשפט קמא, ישנה דחיפות רבה לקבלת בקשה זו.

### **ב. הפן העובדתי והשתלשלות ההליך בבית משפט קמא**

7. מזה חודשים אחדים מתכננים המשיבים עבודות פיתוח ובניה בשכונת סילוואן וואדי חילוה, הנמצאת בירושלים המזרחית, דרומית לעיר העתיקה, אשר נועדו כביכול לשיפור תשתיות התחבורה והצנרת של השכונה.
8. תושבי שכונת סילוואן וואדי חילוה למדו על התוכנית לביצוע העבודות לראשונה בחודש מאי 2008, לאחר שפורסמה בעניין מודעה בעיתון ולאחר שלחנויות המכולת בשכונה חולקו דפי מידע (פליירים), המודיעים על הכוונה לבצע במקום עבודות תשתית.
9. בעקבות פרסום זה פנו המבקשים למשיבים בבקשות לקבלת מידע ולהצגת התוכנית והיתרי הבניה לה, אולם - כפי שפורט בהרחבה בעתירה (סעיפים 59-77) - נמסרו להם פרטים מעטים בלבד. הפרטים שנמסרו העלו בלב התושבים את החשש כי העבודות יגרמו לנוק בלתי הפיך לתושבי השכונה, וכי הן נועדו לשפר את התשתית התחבורתית של השכונה רק כדי להקל על תנועת התיירים המבקרים באתר "עיר דוד", הממוקם בלב השכונה והמנוהל על ידי רשות הטבע והגנים באמצעות עמותת אלע"ד.
10. בטרם קיבלו המבקשים את מלוא הפרטים על התוכנית, ובעוד הם חוזרים ומבקשים לקבלם, הופצו ביום שישי ה-7.11.08 דפי מידע חדשים בשכונת עין אילוזה, השכונה הדרומית לשכונת סילוואן וואדי חילוה, בהם מודיעים המשיבים כי העבודות יחלו "בימים הקרובים".
11. בעקבות זאת, הגישו המבקשים ביום 17.11.08 את העתירה המנהלית הנדונה, בה התבקש בית המשפט כדלקמן:
- א. להורות למשיבים 1 עד 3 שלא לבצע כל עבודות פיתוח בשכונת סילוואן וואדי חילוה שבירושלים המזרחית.
- ב. להורות למשיבה 4 שלא להנפיק כל היתר לביצוע עבודות תשתית בשכונה עד לאישור תוכנית מתאר מפורטת לשכונה.

12. כמו כן, ביקשו המבקשים מתן צו ביניים (ובשלב ראשון, עד לקבלת עמדת המשיבים, מתן צו ארעי דחוף במעמד צד אחד), אשר יורה על עיכוב התחלת השלב הבא של העבודות עד למתן פסק-דין בעתירה.

13. עוד לפני קבלת החלטת בית המשפט, החלו המשיבים לעבוד בשטח וערכו תמרור מחדש של רחובות השכונה, באופן שמשנה את הסדרי התנועה הקיימים ופוגע בזרימת התנועה בשכונה ובתנועת התחבורה הציבורית, כפי שפורט בסעיף 37 לעתירה. כך, למשל, קו 76 מכיוון שער שכם לא עובר כעת בשכונה, והמעוניינים להגיע לדרום העיר המזרחית - לשכונות עין אילונה וא-טור בהן ישנם סניפי קופות חולים, מועדונים ושירותים נוספים - נאלצים ללכת ברגל או לנסוע בשני אוטובוסים.

14. ביום 23.11.08 דחה בית המשפט את הבקשה להוצאת צו ארעי והורה למשיבים להגיש את תגובתם לבקשה לצו ביניים. תגובות המשיבים הוגשו ביום 30.11.08, והבהירו לראשונה למבקשים את היקף התוכנית שגובשה ומהותה.

15. מתשובות המשיבים עלה כי **העבודות הן בעלות היקף רחב מאד. הן מתפרסות על איזור רחב, של כ-13,000 מ"ר, הכולל את רחובות וואדי חילוה (שם חדש מעלות עיר דוד), בידון (שם חדש וואדי חילוה), אלמיסטר (שם חדש מלכי צדק), אלעין (שם חדש דרך השילוח) ועין א-לוזה [בפרסומי המשיבים ביחס לעבודות הפיתוח נעשה שימוש בשמות רחובות, השונים מהשמות שמוכרים לתושבים מזה דורות רבים ומאלו בהם משתמשת המשיבה 1 במכתבים רשמיים לתושבים. מבירור המבקשת 8 עולה כי מועצת העיר ירושלים אישרה בשנות ה-60 וה-70 שמות לרחובות בשכונה, השונים מהשמות ההיסטוריים של הרחובות. שמות חדשים אלו לא היו מוכרים לתושבים עד עתה, וללא קשר להליך זה בכוונתם לפעול להחזרת השמות ההיסטוריים].**

16. **העבודות כוללות שורה ארוכה של עבודות: פיתוח חניונים, החלפת תשתיות, ריצוף פני הרחובות, בניית מדרכות חדשות, ביצוע מפרצי חנייה, התקנת רהיטי רחוב, הצבת עמודי תאורה ושתילת עצים. עלותן הכוללת כ-30 מיליון שקלים.**

17. מתשובות המשיבים הבינו המבקשים כי **התוכנית נועדה לשנות את פני השכונה כולה. פריסת התוכנית הבהירה כי לא מדובר בתוכנית לעבודות מקומיות להחלפת או שיפור תשתיות, אלא בתוכנית כוללת, שמטרתה לשנות את פני האזור. יתרה מכך, העלות העצומה של הפרוייקט חיזקה את חשש המבקשים, שמדובר בפרוייקט שעיקר מטרתו הוא שיפור השכונה כאתר תיירותי, ולא הגדלת רווחת התושבים. הנסיון מראה כי בירושלים המזרחית היקף ההשקעה למען התושבים הפלסטינים מעולם לא מגיע להיקפים הללו.**

18. המבקשים היו שמחים כמובן לשיפוץ השכונה, אולם הם סבורים שמהלך בסדר גודל כזה **חייב להיעשות בהתאם לתכנון מפורט, שבו ניתנת הזדמנות לתושבים להביע את דעתם, הן לגבי העבודות המתוכננות והן לגבי עבודות אחרות שיש בהן דחיפות גדולה בהרבה מבחינת צרכי התושבים. כאן המקום להסביר כי המחדל התכנוני של רשויות התכנון בירושלים הביא לכך שלמרבית שטח השכונה לא הוצאו מעולם תוכניות מפורטות.**

19. כפי שפורט בהרחבה בעתירה (סעיפים 58-38), כל שכונת סילואן וואדי חילוה כלולה בתחום "גן לאומי סביב חומות העיר העתיקה" וחלה עליה תכנית מתאר מקומית עמ/9, שנערכה ב-

1970 ואושרה ב-1976, במטרה לשמר את השטחים הפתוחים שסביב העיר העתיקה. שכונת סילוואן וואדי חילוה הוגדרה בתוכנית עמ/9 כ"שטח פתוח ציבורי מיוחד", בו אסורה הבניה. בכך ביקשו מתכנני התוכנית להבדיל את האזור וליצור לגביו מנגנון בקרה חזק מזה של "שטח ציבורי פתוח" לשם שמירתו מפני בניה. על פי סעיף 8.19 בהוראות התכנית נקבע:

8.19. שטח פתוח ציבורי מיוחד

8.19.1: **הבניה בשטח זה אסורה.**

8.19.2: **כל פעולה אחרת וכל שימוש טעונים היתר מיוחד של הוועדה המקומית באישור הוועדה המחוזית אשר ינתן – בהתאם לנסיבותיו של כל ענין ובמידת הצורך – בתנאי של הפנייה גם לרשות המוסמכת או לרשויות המוסמכות האחרות הנוגעות בדבר (כגון שר החינוך או נציגיו לאור היות השטח אתר עתיקות מוכרז) אם וכפי שנדרש עפ"י כל חוק.**

(מתוך הוראות התוכנית עמ/9 24.02.76)

20. התוכניות המפורטות היחידות הקיימות לשטח השכונה הן התוכניות הבאות:

א. תוכנית 4146 – תכנית משנת 1992, הכוללת שטח של 15 דונם ברחוב אלעין (שם חדש דרך השילוח) ובשטח המיועד לחנייה ציבורית בדרך זו. מתוקף תוכנית זו ניתן להוציא היתר בניה לעבודות ברחוב אלעין בלבד.

ב. תוכנית 2242 – תוכנית משנת 1977, הכוללת שטח של 6.5 דונם בדרך מעלה השלום (הדרך הצמודה לחומות העיר העתיקה מעל שכונת סילוואן וואדי חילוה) ובחניון גבעתי. מתוקף תוכנית זו ניתן להוציא היתר בניה לשטח הנושק לשטח בו מתוכננות עבודות הפיתוח, אולם לא כולל אותו.

ג. תוכנית 2243 – תוכנית נוספת משנת 1977, הכוללת שטח של 8.5 דונם בהמשך דרך מעלה השלום ובשטח הציבורי הפתוח סמוך לשער האשפות. גם מתוקף תוכנית זו ניתן להוציא היתר בניה לשטח הנושק לשטח בו מתוכננות עבודות הפיתוח, אולם לא כולל אותו.

21. מכל האמור לעיל, עולה כי לגבי רוב השטח שבו מתוכננות העבודות כלל לא קיימות תוכניות מפורטות, ועל כן לא ניתן לקבל היתרי בניה לביצוען, למעט לעבודות ברחוב אלעין (שם חדש דרך השילוח), הכלול בתוכנית 4146 הנ"ל.

22. ואכן, מתשובות המשיבים הובהר למבקשים כי לעבודות לא הוצאו היתרי בניה, למעט היתר בניה אחד, שמספרו 07/0585, שהוצא ביום 11.10.07 לגבי עבודות ברחוב אלעין (שם חדש דרך השילוח), שלגביו קיימת כאמור תוכנית מפורטת.

23. למרות שחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, קובע בסעיף 145(א)(1), כי תוכנית רחבה מסוג זה טעונה היתר בניה, טוענות המשיבות 1, 3 ו-4 כי העבודות אינן טעונות היתר בניה. המשיבות טוענות כי העבודות פטורות מקבלת היתר על פי חריגים הקבועים בסעיפים 1(2)(א), (ג) ו-1(ו) של תקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), תשכ"ז-1967.

24. ביום 16.11.08 החליט בית המשפט קמא לדחות את בקשת המבקשים לצו ביניים, בנמקו כי כי "הנזק הצפוי להיגרם אם יינתן צו ביניים – לתושבי המקום ולציבור בכלל – עולה במידה

ניכרת על הנזק שייגרם, אם לא יינתן הצו. בנוסף, סיכוי העתירה לגופה, גם הם לכאורה אינם מן המשופרים, אך לא זה העיקר בשלב זה".

25. כבר למחרת היום, ועוד בטרם הומצאה החלטת בית המשפט קמא לב"כ הצדדים, החלה המשיבה 3 בביצוע העבודות בשטח השכונה, והן מתקדמות מדי יום ביומו. בשלב זה, כוללות העבודות חפירות והנחת מבני תקשורת העשויים בטון. עבודות אלו צפויות להתרחב ולכלול את כל העבודות שפורטו לעיל ולכן יש טעם רב בקבלת צו ארעי וצו ביניים, שיקפאו את המצב בשטח ויצמצמו את הנזק שכבר נגרם.

26. מכאן דחיפותה של בקשת רשות ערעור זו.

### ג. החלטת בית המשפט קמא

27. המבקשים סבורים, בכל הכבוד, כי בית המשפט קמא שגה הן בבחינת הפן המשפטי של העתירה, הן בקביעות העובדתיות, הן בהערכתו את סיכויי העתירה להתקבל והן באופן שבו ערך את מאזן הנוחות.

#### ג.1. השגיאות בניתוח הפן המשפטי

28. המבקשים יטענו כי בית המשפט קמא הנכבד טעה כאשר לא נתן דעתו לטענות המבקשים במישור המשפטי. בכך התעלם בית המשפט קמא מהתנהלותם הבלתי תקינה של המשיבות 1 ו-3, אשר מבקשות למעשה לערוך מחטף, האסור במפורש בחוק: התוכנית שהן מבקשות להוציא אל הפועל מבקשת ליצור שינוי משמעותי בפני שכונת סילוואן וואדי חילוה במסווה של עבודות תשתית מקומיות - דבר המנוגד לכל הליך מנהלי תקין ולדרישות הברורות של הדין, כפי שיפורט להלן.

29. תקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), תשכ"ז-1967 [להלן – התקנות], שהותקנו על ידי שר הפנים מתוקף סמכותו לפי סעיף 145(א)(3) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, קובעות:

#### **עבודה או שימוש הטעונים היתר**

1. אלה העבודות בקרקע ובבנין והשימושים בהם הטעונים היתר לפי פרק ה' לחוק כדי להבטיח ביצוע כל תכנית:

(1) שימוש חורג

(2) כל חציבה, חפירה, כרייה או מילוי המשנים את פני הקרקע, יציבותה או בטיחותה, למעט-

(א) עבודות המבוצעות בהתאם לאמור בחוק הפיקוח על קידוחי מים, תשט"ו-1955, בחוק הניקוז וההגנה בפני שטפונות, תשי"ח-1957, בחוק המים, תשי"ט-1959, או בחוק הרשויות המקומיות (ביוב), תשכ"ב-1962.

(ב) עבודה הנעשית בהתאם לתכנית מפורטת מאושרת הכוללת הוראות בדבר ביצוע עבודות החפירה, המילוי או היישור, לפי הענין;

(ג) עבודה המבוצעת על ידי רשות ציבורית או בעלי זכיון למתן שירותים ציבוריים לצורך שירותי חשמל, רדיו, טלגרף או טלפון, שניתנה עליה הודעה לועדה המקומית, לפחות 15 יום לפני התחלת ביצוע העבודה;

(ד) עבודה חקלאית רגילה באזור חקלאי;

(ה) הכשרת קרקע למטרות חקלאיות באזור חקלאי ;  
(ו) עבודת גינון שאינה מצריכה קירות תומכים ;

...

(3) סגירת מרפסת.

(4) הריסתו של בנין, כולו או מקצתו, למעט הריסה המבוצעת על פי צו של בית משפט או של רשות המוסמכת לכך בדין.

**חציבה שהיא שימוש חורג – טעונה היתר**

2. האמור בתקנה 1(2) אינו בא לשחרר פעולות חציבה או כרייה שיש עליהן רשיון לפי פקודת המכרות מקבלת היתר אם עבודת החציבה או הכרייה אינה מותרת במקום ביצועה על פי כל תכנית.

30. מקריאת סעיפי התקנות כמכלול עולה, כי תכליתן היא לאפשר לרשויות לבצע ללא היתר רק עבודות מקומיות שמטרתן היא שיפור תשתיות הנמצאות מתחת לפני הקרקע, ולא עבודות שעצם מטרתן הוא שינוי פני הקרקע.

31. **התקנות לא נועדו לאפשר עבודות רחבות היקף, הכוללות בניית מדרכות, מפרצי חנייה וסלילת כביש, אשר משנים מהותית את פני הרחובות, ועל כן את פני הקרקע, כמו אלה שמתכננים המשיבים.** ודוק: אם לפי סעיף 1(3) לתקנות סגירת מרפסת טעונה היתר בניה, ברי ששר הפנים לא התכוון לפתור מהצורך בקבלת היתר עבודות כה רחבות כמו אלו שמתכננים המשיבים.

32. הפרקטיקה של דיני התכנון והבניה היא כזו, שכל ריצוף שמבקש תושב לעשות בחצרו, כל העמדה של מחסן נייד בחצר וכל כיסוי של חצר בבד יוטה, טעונים היתר בניה. כך גם כל סלילה של דרך עפר וכיסוי של כורכר בריצוף. מכאן, שקל וחומר שעבודות מסדר גודל כזה של העבודות המתוכננות בסילוואן דורשות היתר בניה. שאחרת מה הטעם בתוכנית מפורטת? לשם מה נועדו דיני התכנון?!

33. נושא פרשנותן של התקנות הוצב לפתחם של בתי המשפט לעתים נדירות בלבד, ועל כן אין פסיקה מפורטת באשר להיקף עבודות התשתית שניתן לבצע ללא צורך בהיתר בניה לפי החריגים המנויים בתקנות. יחד עם זאת, **במקרים הבודדים שהובאו לפתחם של בתי המשפט פורשו החריגים בצמצום רב.**

34. בפסק דין בעניין הקמת מתקן ביוב ביישוב ארסוף, קבע בית המשפט המחוזי בתל אביב, כי סלילת דרך במסגרת פרויקט להקמת מתקן ביוב אינה נופלת בגדר החריגים שבתקנות ודורשת קבלת היתר בניה כדין (עתמ (ת"א) 1142/07 ריכטר נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה מרכז (טרם פורסם), בעמ' 14). מכאן, שכאשר הרשות סוללת דרך, לא יכולה עבודה זו להחשב כעבודת תשתית הפטורה מקבלת היתר לפי התקנות.

35. בנוסף, לשם השוואה, קבע השופט חשין בבג"צ 288/00 אדם טבע ודין נ' שר הפנים (פ"ד נה(5) 673, 706-708), כי הפטור שמעניקות התקנות בסעיפים 1(2)(ד) ו-1(ה) אינו כולל פעולת ייעור, כיוון שיש לה השפעה מקיפה על השטח שבו היא מתבצעת, ועל כן היא אינה יכולה להיחשב כפעולה "חקלאית" או כ"הכשרת קרקע למטרות חקלאיות".

36. הפרשנות הצרה שנתן בית המשפט העליון לחריגים שבתקנות מחייבת את המסקנה, שתכליתן היא לאפשר פעולות חיוניות שוטפות בלי להיזקק לקבלת היתר בניה, אולם כאשר מדובר בעבודות רחבות, שיש להן השפעה מהותית על השטח בו הן מבוצעות, הרי שאין הן יכולות להיכנס בגדר החריגים שבתקנות.

37. מנוסח התקנות - הקובע חובה כללית לקבל היתר בניה כשהעבודות משנות את פני הקרקע, מפרשנות תכליתית של החריגים העולה ממכלול סוגי העבודות שפטורות מקבלת היתר, מפרשנותו של בית המשפט לתקנות ומראיית התקנות בהקשר הרחב של הדין והפרקטיקה הנוהגים בדיני התכנון והבניה, מתחייבת המסקנה, כי עבודות המשנות את פני השכונה כולה, בעלות של כ-30 מיליון שקלים, אינן יכולות להיכנס לחריגים המנויים בתקנות.

38. על כן, בית המשפט קמא הנכבד טעה כאשר קיבל את פרשנותם של המשיבים, המבקשים להסתמך על חריגים צרים שבתקנות, על מנת להכשיר עבודות רחבות היקף בשכונה, שבה מחדלן התכנוני של אותן רשויות זועק לשמים. עבודות בסדר גודל כזה מחייבות ללכת בדרך המלך: תוכנית מתאר מפורטת והיתרי בניה כדין.

39. כמו כן, ברי שהוראות התקנות, שהותקנו מכוח סעיף 145(א)(3) לחוק, אינן יכולות לגבור על הוראת סעיף 145(א)(1) לחוק, המחייבת הנפקת היתר במקרים של "התווייתה של דרך, סלילתה וסגירתה".

40. הגדרת "דרך" בחוק התכנון והבניה כוללת גם מעבר להולכי רגל "לרבות מבני דרך, אי תנועה, קיר תומך, קיר או סוללה למניעת רעש וכן תעלה, חפיר ומעביר מים בצד הדרך או מתחת לה, ולרבות מיתקני דרך". מתקני דרך כוללים בהגדרת החוק: "כל אחד ממיתקנים אלה שבתוואי הדרך: אבן שפה, גדר, מחסום, מעקה, עמוד תאורה, רמזור, תחנה לאיסוף נוסעים ולהורדתם, תחנת המתנה לרכב, ספסל רחוב, מיתקן איסוף אשפה, עמדת קריאה לעזרה ותמרור".

41. במקרה שלפנינו, מתכננות הרשויות, כאמור, לשנות את פני הדרך ולסלול אותה מחדש בדרך שונה, כך שתכלול מדרכות להולכי רגל ומפרכי חנייה. זהו שינוי מהותי ב"דרך", שתעוצב, תיבנה ותיסלל מחדש במסגרת הפרוייקט המתוכנן. שינוי מהותי כזה דורש על פי סעיף 145(א)(1) לחוק התכנון והבניה קבלת היתר בניה.

42. כמו כן, מהפרקטיקה הקיימת ברשויות מקומיות עולה, שכשרשויות מקומיות מבצעות פרויקטים בסדר גודל של הפרוייקט הזה, הן מקדימות לפרוייקט הנפקה של היתר בניה. ככל שידוע לעותרים, עבודות תיקון תשתית בלבד או הנחת כבלים באופן מקומי מתבצעות ללא בקשות להיתרים.

43. יתרה מכך, המשיבים עצמם טרחו והוציאו היתר בניה כדין לחלק קטן מהעבודות, במקום שבו קיימת תכנית מפורטת כנזכר לעיל (ברחוב עין א-לוזה). ומכאן שגם הם עצמם מכירים בצורך בהיתר בניה לשם ביצוע עבודות מסוג זה.

44. בית המשפט קמא הנכבד שגה כאשר קבע כי "לכאורה יש טעם בגישת המשיבים לגבי עניין משפטי זה". המבקשים סבורים כי דיני התכנון והבניה, שנפרסו לעיל, מצביעים באופן ברור על כך שלעבודות מהסוג שמבצעים המשיבים יש להקדים תכנון מפורט והוצאת היתרי בניה. לכל הפחות מדובר במחלוקת משפטית רצינית ובעלת השלכות מרחיקות לכת שיש לבררה ולפסוק לגביה, אולם לא ניתן לבטלה כלאחר יד, כפי שעשה בית המשפט קמא.

45. בנוסף, הרי שכפי שהוסבר לעיל, אזור שכונת סילוואן וואדי חילוה הוגדר בתוכנית המתאר המקומית החלה על האזור, תוכנית עמ/9, כ"שטח פתוח ציבורי מיוחד", בו אסורה הבניה. המשיבות 1, 3 ו-4 טוענות כי פרשנות סבירה לתוכנית תחיל את האמור בסעיף 8.18.5



לתוכנית, המתייחס ל"שטח ציבורי פתוח", גם על "שטח ציבורי פתוח מיוחד". המוטיבציה לבחירה בפרשנות זו היא הוראת סעיף 8.18.5, המאפשר לקבל היתר בניה "לצורך שיפורים (סניטריים או אחרים) באם יימצא ע"י הוועדה המוסמכת, כי הם דרושים להבטחת רמת דיוור נאותה". במקרה של עבודות בכביש, טוענת המשיבה 3, מאפשרת פרשנות זו קבלת אישור תיאום התשתיות בלבד לביצוע עבודות בכביש.

46. אלא שגם פרשנות זו היא מרחיקת לכת ומבקשת לשנות סדרי עולם בתחום התכנון והבניה ועל כן אין לקבלה. כידוע, תוכניות מתאר קובעות ייעודי קרקע שונים לשטחים שונים ולא בכדי: המתכננים מבקשים להתאים לכל שטח את הייעוד המתאים לו, לאחר בחינה מעמיקה של אופי השטח, צרכי תושביו והסתכלות כוללת על המרחב התכנוני. לכל ייעוד קרקע נקבעות הוראות שונות, וברי כלל כי לא ניתן להחיל הוראות של ייעוד קרקע מסוים על קרקע בעלת ייעוד אחר.

47. במקרה שלפנינו, ביקשו מתכנני התוכנית עמ/9 להבחין בין שני ייעודי קרקע שונים: "שטח ציבורי פתוח" ו"שטח ציבורי פתוח מיוחד", כאשר לגבי האחרון נקבע כי הבניה אסורה, למעט האפשרות לקבלת היתר בניה מיוחד של הוועדה המקומית באישור הוועדה המחוזית (סעיף 8.19.2 לתוכנית עמ/9, שהובא לעיל). בכך, ביקשו עורכי התוכנית להבדיל את האזור שלפנינו, וליצור לגביו מנגנון בקרה חזק מזה של "שטח ציבורי פתוח", לשם שמירתו מפני בניה. **גישתם של המשיבים, אשר מבקשים להחיל הוראות של ייעוד קרקע אחר על שטח זה, מנוגדת להסדר התכנוני ולכללי מנהל תקינים, ועל כן יש לפוסלה.**

48. תמיכה לגישה זו מוצאים המבקשים במכתבו של המשנה ליועץ המשפטי לעירייה אל ראש עיריית ירושלים מיום 6.12.94, בו הוא מבהיר כי הבניה בשטח עיר דוד אסורה: "מבחינה תכנונית בתוכנית עמ/9 נקבע השטח של עיר דוד ביעוד של "שטח פתוח ציבורי מיוחד", ובסעיף 8.19.1 שבתקנון התוכנית נקבע, לגבי יעוד זה, כי: "הבניה בשטח זה אסורה". לאור האמור לעיל לא ניתן להתיר בניה בשטח עיר דוד." (העתק המכתב צורף לתגובת העותרים לתשובות המשיבים בת/1).

49. **שגיאתו של בית המשפט קמא מתעצמת נוכח העובדה שהוא כלל לא התייחס לטיעון זה, המגובה על ידי המשנה ליועץ המשפטי של המשיבה 1. איסור הבניה בשטח השכונה, הקבוע מפורשות בתוכנית המתאר, חייב היה לאותת לבית המשפט קמא כי העבודות המתוכננות מנוגדות לחוק, ולהביא להוצאת צו ביניים נגדן.**

50. **מכל האמור לעיל, עולה כי בית המשפט קמא שגה בניתוח הפן המשפטי של הסוגיה המרכזית המועלית על-ידי העתירה, כאשר סירב לראות שבמקום לפעול להחשת הליך תכנוני מפורט לגבי שטח שכונה סילואן וואדי חילוה, מנסות המשיבות 1 ו-3, על חשבון הציבור בכלל ותושבי השכונה בפרט, לעולל תרגיל משפטי, שאינו יכול להתקבל.**

51. בית המשפט קמא אף התעלם מהראיה שהובאה בסעיף 19 לתגובת העותרים לתשובות המשיבים, והיא המכתב ששיגר אל המשיבה 3 אגף התחבורה ופיתוח תשתיות של המשיבה 1 ביום 26.12.07, בו הבהיר מ"מ מהנדס כי: "על השטח חלות תב"ע 4146 ו-עמ/9. לצורך ביצוע דרכים יש להפקיד תב"ע, להכין תצ"ר, להפקיע ולרשום ע"ש העירייה את שטחי הדרך. זו אינפורמציה בלבד, זה לא אישור לביצוע העבודות. הכבישים המופיעים ע"ג התוכנית לא מאושרים ע"י תב"ע מפורטת. 19.2.07" (סעיף 1 למכתב, שצורף בנספח ח' לתשובת המשיבה

3 מיום 30.11.08).

52. גם אם תתקבל גישת המשיבים ביחס לעבודות התשתית המתוכננות בלבד, הרי שעדיין עבודות אלה צריכות להיעשות בהתאם לאמור בחוקים החלים לגביהן, כמצוות סעיף 1(2) לתקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), תשכ"ז-1967. מתשובות המשיבים ונספחיהן עולה שפק רב אם המשיבים עומדים בחובה זו.

53. להלן, בקצרה, פירוט חלקי של ההיתרים הנדרשים לביצוע עבודות התשתית המתוכננות:

(א) חוק הניקוז וההגנה בפני שטפונות, תשי"ח-1957, קובע בסעיף 4(א) כי כל הטיית מים טעונה אישור של מועצת הרשות הממשלתית, שהוקמה מכוח סעיף 124טו לחוק המים, תשי"ט-1959. תוכנית למפעל ניקוז חייבת על פי סעיף 21 לחוק לקבל את אישורו של שר החקלאות, וכשביצועה פוגע באתר עתיקות, היא טעונה גם אישור של שר החינוך (סעיף 22(ב)).

(ב) חוק המים, תשי"ט-1959 קובע בסעיף 67 כי תכנית למפעל מים טעונה אישור של מועצת הרשות הממשלתית, שהוקמה מכוח סעיף 124טו לחוק, ובאתר עתיקות טעונה התכנית גם אישור של שר החינוך (סעיף 71).

(ג) חוק הרשויות המקומיות (ביוב), תשכ"ב-1962, קובע בסעיף 13(א) כי יש הכרח באישור הועדה המחוזית ובאישור שר הבריאות לתכנית להתקנת ביוב: "תכנית להתקנת ביוב טעונה אישורים של הועדה המחוזית לבניה ולתכנון עיר ושל שר הבריאות או של מי שימנה לכך".

(ד) חוק החשמל, התשי"ד-1954 קובע בסעיף 4(א) חובת קבלת היתר ממנהל ענייני החשמל להתקין מתקנים חשמליים.

(ה) חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 קובע בסעיפים 36(א) ו-53(ב) את הצורך לקבל את אישור שר התקשורת או מי שהוסמך על ידו לביצוע עבודות חפירה להנחת תשתית וטלפון.

54. הואיל ולתשובות המשיבים צורפו כנספחים אך ורק אישורים ממי שהוסמך על ידי שר התקשורת למתן היתרים לביצוע עבודות להנחת צנרת בזק (יתר המסמכים אינם היתרים לביצוע עבודות), ספק אם הוצאו ההיתרים הדרושים על פי החוק לביצוע יתר עבודות התשתית המתוכננות. ברי כי כל עוד לא יוצגו ההיתרים הדרושים בדיון, אין להתיר לבצע אף עבודות תשתית מקומיות בשכונה.

55. בית המשפט קמא הנכבד טעה כאשר כלל לא התייחס לטענה זו. המשיבים עוד יצטרכו להוכיח אם יש להם את כל האישורים הנדרשים לעבודות התשתית במסגרת הדיון בעתירה גופה, אולם כבר כעת היה על היעדר האישורים להציב בפני בית המשפט קמא תמרוך אזהרה, כי העבודות מבוצעות מבלי שהוצאו להם כל ההיתרים הדרושים לפי החוק. מטעם זה בלבד היה על בית המשפט קמא לעצור את התקדמות העבודות.

56. יצוין כי העותרים פנו אל המשיבים פעמים רבות בטרם פנו לבית המשפט, על מנת לקבל את האישורים האמורים. המשיבים התחמקו ממתן תשובה ופטרו את העותרים בתשובה הסתמית: "יש לנו כל ההיתרים". רק במסגרת העתירה הוצגו ההיתרים החלקיים דלעיל.

## 2.ג. השגיאות בנייתוח העובדות

57. בית המשפט קמא הנכבד פרס בהחלטתו תיאור מסוים, שאמור לייצג את המסכת העובדתית של פרשה זו. אולם, למרבה הצער, התיאור נשמע כאילו הוא מסופר מגרונותיהם של המשיבים, שכן הוא כולל את העובדות כפי שהובאו בתשובות המשיבים, תוך התעלמות בוטה וגמורה מהמסכת העובדתית והראיות שפרסו המבקשים בפני בית המשפט קמא.

### **האישורים לתוכנית**

58. בפתח החלטתו מציין בית המשפט קמא הנכבד, כי התוכנית אושרה על ידי משרד התחבורה מבחינה תעבורתית וכי "לתוכנית לשדרוג מעלה עיר דוד ומעלה סילואן, חברו יחד כל הגורמים המקצועיים הרלוונטיים, הנמנים על המשיבים לעתירה, וכן משטרת ישראל...". בכך, בית המשפט קמא יצר מצג כאילו לעבודות המבוצעות בסילואן וואדי חילוה הוצאו כל ההיתרים הדרושים לפי החוק, כאשר זהו כלל אינו המצב.

59. ראשית, כמפורט לעיל, לעבודות לא הוצאו היתרי בניה, כפי שמחייב הדין. שנית, אף אם נלך לגישת המשיבים, הרי שהם חסרים את מרבית ההיתרים והאישורים, שדורשים החוקים השונים, לביצוע עבודות תשתית, כפי שפורט בסעיפים 52-53 לעיל. בית המשפט קמא שגה בהתעלמו מטענות אלה, שפורטו בתגובת העותרים לתשובות המשיבים, ומהוות נדבך חשוב בהוכחת אי חוקיותן של העבודות.

### **הצורך הציבורי בביצוע העבודות**

60. בית המשפט קמא הנכבד קבע כי לפי העובדות שהציגו המשיבים, התוכנית מבטיחה לכאורה הטבה עם כלל התושבים, והתעלם בכך מטענות המבקשים לגבי התוכנית.

61. ראשית, יש להבהיר כי המבקשים הדגישו בפני בית המשפט שהם אינם חולקים על הצורך בשיפור הבטיחות בשכונה והפחתת עומסי התנועה באזור, אולם הם סבורים כי הדבר צריך 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 ומתעלם מצורכי התושבים.

62. למעשה, תושבי השכונה הם שמבקשים כבר שנים ארוכות מהמשיבה 1 לקדם הליך תכנוני מקיף לשכונה, ויש להם חזון תכנוני מפורט המשלב ארכיאולוגיה, תיירות, מגורים, מסחר ואוכלוסייה חיה ונושמת. אולם, למרבה הצער, למרות שהתוכנית המקומית לשכונה עמ/9 אושרה כבר בשנות השבעים, מתמהמהות רשויות התכנון ועדיין לא אושרה לשכונה תוכנית מפורטת.

63. המבקשים הבהירו שהם אינם מסכימים עם סדר העדיפויות של שיפור תשתיות השכונה, כפי שהציגו המשיבים, שכן תושבי השכונה אינם סובלים מבעיות תשתית ברשתות המים, הביוב, הניקוז, החשמל או הטלפון. כך, למשל, למיטב ידיעתם של המבקשים, צינורות הביוב הראשיים של השכונה תוקנו לפני כ-12 שנים, ומאז פועל הביוב בשכונה כסידרו, למעט

תקלות מקומיות. לאורך כל הרחובות הראשיים של השכונה מוצבים עמודי תאורה בסטנדרט המקובל במזרח ירושלים ואין להם טענה כנגד עניין זה (פירוט הדברים בסעיפים 46-48 לתגובת העותרים לתשובות המשיבים).

64. לאור האמור לעיל, **שגה בית המשפט קמא הנכבד בקביעתו כי "תוכנית השדרוג מעלה עיר דוד ומעלה סילוואן איננה סובלת דיחוי**, במובן זה שמצוקת המקום, הצפיפות וכפועל יוצא, הסיכונים הבטיחותיים, כל אלה הולכים ומחריפים".

65. במשך עשרות שנים הזניחו הרשויות את השכונה ותכנונה, אולם כעת - כאשר את התוכנית יזמה ודוחפת עמותת אלע"ד, מי שמפעילה את מרכז המבקרים עיר דוד הממוקם בלב השכונה ושביקשה להצטרף כמשיבה לעתירה - הן ממהרות לבצע את התוכנית ללא הליך מינהלי תקין ובניגוד לחוק (לפירוט בעניין זה ראו סעיפים 49-52 לתגובת העותרים לתשובות המשיבים).

66. 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. בשלב זה, יש לתושבי השכונה צורך דחוף בהרבה בהליך תכנוני, שיאפשר בניית מבני ציבור ובתי מגורים בשכונה. הטיפול בתשתיות הביוב, המים והחשמל, ללא קידום פתרון לבעיה המהותית של המחדל התכנוני הכולל בשכונה, לא יועיל להם, ומשול מבחינתם לעריכת ניתוח פלסטי לחולה אשר סובל מבעיית לב.

### **הנזק לתושבי השכונה**

67. **בית המשפט קמא הנכבד קבע כי טענותיהם של המבקשים הן כלליות ואינן מצביעות על נזק ממשי שצפוי להיגרם להם, ובכך התעלם מהשורה הארוכה של טענות המבקשים לגבי הנזקים שצפויים מהתוכנית.**

68. **המבקשים פרסו בפני בית המשפט קמא בפירוט רב את הנזקים שצפויים לתושבי השכונה מהוצאת תוכנית המשיבים לפועל.** המבקשים פנו לבית המשפט כנציגי השכונה הנבחרים, ולא רק כמי שנפגעים באופן ישיר מהעבודות, ולכן פירטו בעתירה את הנזקים שייגרמו לכלל התושבים. המבקשים הביעו את החשש, כי **העבודות יגרמו לשיבוש הסדרי התנועה בשכונה, לעומסי תנועה בלתי אפשריים, לפגיעה בנגישות למתקנים רפואיים ולשווקים, לעיכובים בתחבורה הציבורית ובהסעות הילדים בבית הספר ולפגיעה במסחר** (סעיפים 35-37 לעתירה).

69. לאחר קבלת תשובות המשיבים 1-4 לבקשה לצו ביניים, התבהרו למבקשים פרטי התוכנית, גם אם עדיין באופן חלקי, והם פירטו בתגובתם לתשובות המשיבים את הנזק הצפוי לכלל תושבי השכונה, ואף פרטו דוגמאות רבות לנזקים שייגרמו לתושבים מסויימים, שימצאו את עצמם בלי שום אפשרות לחנייה ברדיוס של קילומטר ויותר (סעיפים 54-58 לתשובת העותרים לתגובות המשיבים).

### החשש מחפירות ארכיאולוגיות

70. בית המשפט קמא הנכבד טעה בקביעתו כי חששם של העותרים מחפירות ארכיאולוגיות, שישתקו את השכונה, הוצג באופן מוגזם.

71. המבקשים הדגישו בעתירה ובתגובה כי הם אינם מתנגדים לחפירות ארכיאולוגיות ולתיירות באופן כללי, כאשר אלו נעשים ביידועם ובשיתופם, להפך, הם גאים בעתיקות הנמצאות תחת שכונתם ומעוניינים בחשיפתן ובשמירה עליהן. אולם לאור ניסיון השנים האחרונות, בהן מבוצעות בשכונה "חפירות הצלה" בהיקפים עצומים, שנמשכות שנים רבות, מבלי ליידע כלל את התושבים ומבלי להתחשב בצרכיהם, הם חוששים כי עבודות הפיתוח יובילו לחפירות ארכיאולוגיות רחבות היקף בשכונה, אשר ישתקו אותה לזמן רב מאוד. יצוין כי רבות מ"חפירות ההצלה" בשנים האחרונות החלו בעקבות עבודות תשתית שונות, אשר חשפו שכבות בקרקע שבהן ממצאים ארכיאולוגיים (סעיפים 28-34 לעתירה).

72. בית המשפט קמא התעלם גם מאמירתם הברורה של המבקשים, שסבורים גם הם כי פיתוח השכונה אינו יכול להיעצר בגלל חשש זה, אולם הם מאמינים כי במסגרת תוכנית לפיתוח השכונה, שתערך בהתאם להליך תכנוני כנדרש בחוק, ניתן יהיה להערך באופן זהיר לאפשרות של חפירות ארכיאולוגיות. בתוכנית, שתתואם עם התושבים, ניתן יהיה להסכים על לוח זמנים לביצוע, שיכלול את הבדיקות הארכיאולוגיות הדרושות, באופן מדורג, כך שהחפירות באזור מסוים יחלו רק לאחר שיסתיימו החפירות בדרך החלופית מבחינה תחבורתית (סעיף 60 לתגובת העותרים לתשובות המשיבים).

### ההסתמכות על הקמת חניונים, נגדה תלויים ועומדים הליכים בבית המשפט

73. תוכנית המשיבים כולה מבוססת על הכוונה להפוך את השטחים הפנויים היחידים בשכונה לחניונים. לשם כך, הוציאה עיריית ירושלים צו חנייה לפי חוק הרשויות המקומיות (שימוש ארעי במגרשים ריקים), התשמ"ז-1997 לכל השטחים הפתוחים בשכונה על מנת להקים בהם חניונים. אלא שהחניונים אלה אמורים לקום על מגרשים ששייכים לתושבי השכונה, המנהלים בימים אלה הליכים משפטיים נגד הצו לשימוש באדמתם לצרכים אלה (ע.פ. (י-ם) 2610/08 עיריית ירושלים נ' סיאם; ת.א. 11790/05 (י-ם) עבאסי נ' עיריית ירושלים).

74. אמנם צדק בית משפט הנכבד קמא כשקבע שבקשות רשות הערעור על החלטה לבטל את צו המניעה הזמני לביצוע העבודות במגרש אחד נדחתה בכל הערכאות (האחרונה שבהן, רע"א עבאסי נ' עיריית ירושלים, החלטה מיום 13.11.08), אולם ההליך עצמו עדיין תלוי ועומד. בית המשפט קמא התעלם מכך שלגבי יתר שבעת המגרשים קבע בית המשפט לעניינים מקומיים כי לא מדובר במגרשים ריקים ופסל את הוראת העירייה לשימוש זמני במגרשים אלה לצורך חנייה (ב"ש 6955/07 סיאם נ' מדינת ישראל, החלטת השופט גד ארנברג מיום 8.7.08). על החלטה זו תלוי ועומד הערעור הנ"ל שהגישה המשיבה 1.

75. ברי כי כל עוד לא הוכרעו הליכים אלה באופן סופי, אין כל אפשרות לדעת אם המגרשים יוכלו לשמש בסופו של דבר כחניונים ואם לאו. במצב דברים זה, העבודות, שיביאו לכך שהחנייה לאורך הרחובות הראשיים בשכונה לא תותר כבר מהשלב הראשון, יגרמו למצב בלתי אפשרי בו לא תעמוד בפני התושבים חלופה לחניית כלי רכבם.

### אי שיתוף התושבים

76. בית המשפט קמא הנכבד טעה בסקירת השתלשלות העניינים מבחינת שיתוף התושבים ובמסקנתו כי "הרושם הוא שהמהלך כולו נעשה בשיתוף פעולה וללא כפייה".

77. המבקשים חזרו והדגישו בעתירה (סעיפים 8 ו-63) ובתגובתם לתשובות המשיבים (סעיפים 64-67) כי מי שמייצג את תושבי השכונה הם העותרים 1-6, שנבחרו באופן דמוקרטי ומשמישים כוועד שכונת סילואן וואדי חילוה. לעתירה אף צורפו 221 חתימות של ראשי משפחות ותושבים משכונת סילואן וואדי חילוה, שמסמיכים את הוועד לייצגם בעניין העבודות בשכונה, ולתגובה לתשובות המשיבים צורפו עוד כ-150 חתימות.

78. המבקשים הסבירו גם כי בשכונה מתגורר תושב בשם חוסיין סיאם אבו ג'מיל, הטוען כי הוא מוכתר השכונה, אולם הוא מייצג רק את עצמו. למרבה הצער, המשיבה 3 היתה בקשר עם אותו אדם והמשיבות 1 ו-4 הביאו את תמיכתו בפרויקט כראיה לתמיכת התושבים בפרויקט (סעיף 18 ונספח 1/ע לתשובת המשיבות 1 ו-4) – משום מה הן ולא המשיבה 3, שכנראה כבר הבינה כי אינו מייצג.

79. המבקשים הוסיפו והסבירו כי ועד התושבים פועל בתיאום עם המוכתר אחמד לוטפי אחמד עטאללה סיאם, בנו של מי שהיה המוכתר הרשמי של השכונה משנת 1982, לוטפי אחמד עטאללה סיאם ז"ל, שהלך לעולמו בשנה שעברה. לאחר מותו, חתמו מאות מתושבי השכונה על מסמך בו הם מסמיכים את בנו של המוכתר הוותיק לרשת את מקומו. מסמך זה ותצהירו צורפו לתגובת העותרים לתשובות המשיבים. המבקשים גם הביעו את השתוממותם על יומרתם של המשיבים לקבוע עבור תושבי השכונה מי מייצג אותם, ולהתעלם מבחירתם.

80. למרות כל אלו, קביעתנו של בית המשפט קמא היתה כי המוכתר הביע את תמיכתו בפרויקט ומכאן שהתוכנית נעשתה בשיתוף פעולה וללא כפייה. לאור האמור לעיל, מובן כי קביעה זו בטעות יסודה.

### טענת השיהוי

81. בית המשפט קמא הנכבד שגה בקביעתו, כי העתירה לוקה בשיהוי ניכר. בית המשפט קבע כי הכנס שערכה המשיבה 3 לתושבים, שבו הוצגה התכנית באופן כללי, התקיים לפני למעלה משנה, למרות שזה התקיים רק ביום 5.10.08 (!). וזאת למרות שהפרטים על הכנס עצמו פורטו בהרחבה רבה בעתירה (סעיפים 67-72).

82. אם התכוון בית המשפט קמא לפגישה, שצוינה בתשובת המשיבה 3, שנערכה ביום 29.10.07 אצל מנכ"ל העירייה יחד עם מהנדס העיר, הרי שהמבקשים הבהירו כי בפגישה זו השתתפו תושבים מהשכונה, אשר אינם מייצגים את תושבי השכונה (סעיף 63 לעתירה וסעיף 63 לתגובת העותרים לתשובות המשיבים), וכלל לא הוצגו בה פרטי התוכנית. לעתירה אף צורף בנספח 13/ע מכתבם של ארבעה ממשותפי הפגישה: סלים סיאם, פואד סיאם, אחמד סיאם ואבו ח'מיס אבו נאב, המצהירים כי הם אינם מייצגים את תושבי השכונה, כי פרוטוקול הישיבה כלל לא משקף את שנאמר בה, וכי הם התנגדו בפגישה לרעיון של התוכנית.

83. המבקשים הדגישו לאורך כל ההליך כי היקף העבודות המתוכננות התגלה להם טיפין טיפין במהלך החודשים האחרונים בלבד, ולמעשה מרבית הפרטים נודעו להם רק מתשובות המשיבים לבקשה לצו ביניים בעתירה המינהלית.

84. כאמור בעתירה (סעיפים 19-22) ובתגובה לתשובות המשיבים (סעיפים 62, 70-68), על התוכנית לבצע עבודות פיתוח בשכונת סילוואן וואדי חילוה למדו תושבי השכונה לראשונה בחודש מאי 2008, לאחר שבחנויות המכולת בשכונה חולקו פליירים, המודיעים על הכוונה לבצע במקום עבודות תשתית. אם פורסם הדבר קודם לכן בעיתונות, הרי שהפרסום נסתר מעיני העותרים (בנספח לתשובת המשיבה 3 הובאו נוסחי המודעות, שכביכול פורסמו קודם לכן, ללא תאריך פרסומן). בעקבות הפצת הפלייר והחל מיום 4.6.08, פנו המבקשים למשיבים בבקשות לקבלת מידע ולהצגת התוכנית והיתרי הבניה לה, אולם - כפי שפורט בפרק מיצוי ההליכים בעתירה - הפרטים שנמסרו היו חלקיים ביותר.

85. גם בכנס שערכה המשיבה 3 ביום 5.10.08 לא נענו השאלות העיקריות שהטרידו את המבקשים. בעקבות זאת, פנו המבקשים מספר פעמים נוספות למשיבים בניסיון לקבל הבהרות שימנעו את הצורך בהליך משפטי, אולם בטרם קיבלו תשובות ובעוד הם חוזרים ומבקשים לקבל, ביום שישי ה-7.11.08, הופצו דפי מידע, בהם הודיעו המשיבים כי עבודות הפיתוח בוואדי חילוה יחלו "בימים הקרובים". בעקבות זאת, הגישו המבקשים את העתירה המינהלית מיד.

86. בית המשפט קמא קבע כי שיהוי המבקשים נובע גם מכך שמזה שמונה חודשים מבוצעות עבודות ברחוב מעלה השלום, הרחוב הצמוד לחומות העיר העתיקה, ומכך שמזה חודשים מבוצעות חפירות עומק ברחוב מעלות עיר דוד. אלא שהמבקשים לא ידעו שעבודות ברחוב מעלה השלום, שבוצעו צפונית לכניסה לשכונה, בישרו את תחילת העבודות נשוא העתירה. כאמור, המשיבה 3 עצמה בחרה לפרסם שוב במודעות ובפלאיירים את תחילת העבודות "בעוד ימים אחדים" (כמפורט לעיל), כך שבוודאי שהמבקשים לא היו יכולים להסיק שהעבודות שבוצעו לפני כמה חודשים קשורות לתכנית נשוא העתירה. כמו כן, המבקשים לא ידעו לפרש את חפירות העומק כמבשרות על העבודות. חפירות בדיקה ארכיאולוגיות מתבצעות בשכונה על ימין ועל שמאל, בהרשאות שניתנות על ידי רשות העתיקות, גם במקרים כאשר אין תכנית פיתוח בתוקף (ראו לעניין זה את העתירה בבג"צ 9253/08 קראעין ואח' נ' רשות העתיקות ואח', שהוגש לאחרונה בעניין החפירות בחניון גבעתי שבשכונה).

87. אשר על כן, ברי כי לא היה כל שיהוי בפעולת המבקשים, וכל הזמן שחלף מהיוודע דבר התכנית נוצל כדי לנסות לקבל תשובות ולמצות את ההליכים לפני הפניה לבית המשפט. על כן קביעתו של בית המשפט קמא בעניין זה שגויה מיסודה.

#### ד. השיקולים להוצאת צו הביניים

88. בבוא בית המשפט להכריע בבקשה למתן צו ביניים, עליו לבחון שני שיקולים עיקריים - סיכויי העתירה ומאזן הנוחות. יפים לעניין דברי השופטת (כתוארה אז) בייניש בפרשת אחים סקאל בע"מ:

"בבוא בית המשפט להכריע בבקשה למתן צו ביניים עליו לבחון שני עניינים עיקריים. האחד, "מאזן הנוחות", שבו בוחר בית המשפט את

הנזק שייגרם למבקש במידה שלא יינתן צו ביניים אל מול הנזק שייגרם למשיב במידה ויינתן צו כמבוקש; והאחר, סיכויי העתירה להתקבל. במסגרת שיקולי מאזן הנוחות יבחן בית המשפט, בין יתר שיקוליו, אם אי מתן הצו יסכל את בירור ההליך העיקרי, וכן יבחן את הצורך לשמר מצב קיים לעומת יצירת מצב חדש בטרם התברר ההליך לגופו. אבן הבוחן העיקרית היא מאזן הנוחות... (בר"ם 301/03 אחים סקאל בע"מ ואח' נ' רשות שדות התעופה ואח', תק-על 2003(1) 279, 281).

ראו גם: בר"ם 5756/03 חלף ואח' נ' אוחיון ואח', תק-על 2003(3) 770; בר"ם 1557/02 מגמארט ציוד ספורט בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על 2002(2) 1807; בר"ם 10812/02 חן המקום נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, תק-על 2003(1) 650; בשג"ץ 2598/95 אדם טבע ודין נ' המועצה הארצית לתכנון, תק-על 95(2) 147, עמ' 148.

#### 1. ד. סיכויי העתירה גבוהים

89. המבקשים טוענים שהחלטת המשיבים 1-3 לבצע עבודות רחבות היקף בשכונת סילוואן וואדי חילוה התקבלה ללא בסיס חוקי ובניגוד לכללי מינהל תקינים. כמפורט לעיל, התוכנית לעבודות הפיתוח לא אושרה על פי ההסדר הקבוע בחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, ולעבודות לא הוצאו היתרי בניה כדין. טענות המשיבים, כי העבודות נכנסות בגדר החריגים שאינם טעונים היתרי בניה, עומדות, כפי שפורט לעיל, על בסיס רעוע ביותר.

90. אשר על כן, פעולות המשיבים מהוות פגיעה בזכותם של התושבים להליך תכנוני הוגן ובזכותם להתנגד לתוכנית, ומאיימות לגרום נזקים רבים לתושבי השכונה, כפי שפורט לעיל.

91. המבקשים סבורים כי במצב דברים זה, סיכויי העתירה להתקבל הם מצוינים וכי בית המשפט קמא טעה בקובעו כי סיכויי העתירה הם "לכאורה אינם מן המשופרים". דינן של עבודות, שתוכננו תוך עקיפת ההליך החוקי, להתבטל, וזהו בדיוק הדבר שמובא להכרעת בית המשפט בעתירה המינהלית הנדונה.

#### 2. ד. מאזן הנוחות נוטה לטובת המבקשים

92. בבוא בית המשפט להכריע בבקשה למתן צו ביניים הוא ישקול לעניין מאזן הנוחות את הנזק שייגרם למבקשים אם לא יינתן צו ביניים, אל מול הנזק שייגרם למשיבים אם יינתן הצו המבוקש. בגדר שיקול זה יבחן בית המשפט, בין השאר, את האפשרות שמא אי מתן הצו יסכל ואף ייתר את בירור ההליך העיקרי וכן יבחן את הצורך לשמר מצב קיים לעומת יצירת מצב חדש בטרם התברר ההליך לגופו (ראו פרשת אחים סקאל בע"מ הנ"ל; בר"ם 1190/06 סנדל נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסק-דין מיום 18.5.2006, מפי השופטת נאור (לא פורסם); בר"ם 5793/06 דיאב נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה נצרת, פסק דין מיום 20.9.06, מפי השופט ד' חשין (לא פורסם)).

93. בפסיקת בית המשפט העליון בולטת העובדה כי במקרים בהם הבקשה למתן צו ביניים עסקה במניעת עבודות במקרקעין, היוצרת שינוי מצב בשטח, ניתן צו הביניים כמבוקש, מחשש שעד שיסתיים ההליך המשפטי, יסתיימו העבודות במקרקעין ויהיה קשה מאד להחזיר את המצב לקדמותו. עמד על הרציונל השופט ד' חשין:



"לעניין מאזן הנוחות, שהוא כאמור השיקול המכריע: כאן יש לבחון את הצורך שבשמירת המצב הקיים, לעומת יצירת מצב חדש בטרם התברר ההליך לגופו. במקרה שלפנינו מדובר בביצוע של עבודות בניה. בהתחשב בשלב המתקדם בו הן מצויות, גובר החשש כי המשיב ישלים את מלאכת הבניה בקרוב, עוד בטרם יסתיים בירור ההליך לגופו. נראה אפוא כי אם בסופו של יום תתקבל עתירתו של המבקש, יהיה זה קשה להשיב את המצב לקדמותו (ראו בר"ם 2577/06 אריאלי נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה "זמורה", החלטה מיום 17.5.2006, מפי השופט לוי). נראה כי בענייננו יש הצדקה למתן צו הביניים, בעיקר כדי למנוע היווצרותו של "מעשה עשוי". בנסיבות אלו גובר הצורך בשמירת המצב הקיים באמצעות מתן צו הביניים, עד למתן פסק דינו של בית משפט קמא" (בר"ם 5793/06 דיאב נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה נצרת, פסק דין מיום 20.9.06 (לא פורסם)) [ההדגשה אינה במקור].

ראו גם: בר"ם 2577/06 מזרחי נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה זמורה, פסק דין מיום 17.5.06 (לא פורסם);

בר"ם 1190/06 סנדל נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסק-דין מיום 18.5.2006 (לא פורסם).

94. במקרה שלפנינו מדובר בביצוע של עבודות בניה, אשר יוצרות מצב חדש ובלתי הפיך בשטח. באזור כולו יעשו חפירות רבות, שיש חשש ממשי שהן יהפכו לחפירות ארכיאולוגיות, שישתקו את השכונה לשנים רבות. אם וכאשר אלו יסתיימו, יעשה שינוי מהותי של פני הרחובות, שכן הם ירוצפו, יותקנו בהם מדרכות, מפרצי חנייה וכיו"ב, ויסללו חניונים על הקרקעות הפנויות היחידות בשכונה, בה חסרים מבנים ושירותים רבים לציבור, כגון גני ילדים, בתי ספר, בתי דואר וגנים ציבוריים.

95. במקום לערוך תכנון מפורט, שמתחשב בצרכי התושבים, נכפה על התושבים שינוי יסודי של אזור מגוריהם ושל הסדרי התנועה והחנייה, באופן שישבש את הסדרי התנועה בשכונה, יגרום לעומסי תנועה בלתי אפשריים, לפגיעה בנגישות למתקנים רפואיים ולשווקים, לעיכובים בתחבורה הציבורית ובהסעות הילדים בבית הספר ולפגיעה במסחר. לאחר שיבוצעו העבודות יהיה בלתי אפשרי להחזיר את המצב לקדמותו, שכן מדובר בשינוי מהותי של פני הקרקע, והנזקים כבר יהיו "עשויים".

96. למעשה, כבר כעת שונו הסדרי התנועה בשכונה באופן שמשבש את זרימת התנועה בשכונה, יוצר עומסי תנועה ופוגע בהסדרי התחבורה הציבורית, כפי שפורט לעיל בסעיף 13.

97. הנזק שייגרם לתושבי השכונה מאי הוצאת צו ביניים עולה לאין שיעור על הנזק שייגרם למשיבים על-ידי דחיית ביצוע העבודות, במיוחד לאור העובדה שמתן הצו ישמר, לעת עתה, את המצב הקיים בשטח נשוא העתירה.

98. אשר על כן, סבורים המבקשים כי המקרה שלפנינו הוא בדיוק מסוג המקרים בהם מאזן הנוחות נוטה בבירור לטובת מתן צו הביניים, וכי בית המשפט קמא טעה בקובעו אחרת.

99. בית המשפט קמא ביסס את החלטתו גם על החשש מפני נזקים כספיים כבדים לקופת הציבור, אם ביצוע העבודות שהוחל בהם, יעוכב. בכל הכבוד, סבורים המבקשים כי בית המשפט קמא טעה גם בקביעה זו. זאת כיוון שהוצאה לפועל של תוכנית שלא אושרה 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.

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

101. 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 בהגיונותם 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].

102. לגופו של עניין יצוין כי הדחיפות המתוארת בהחלטת בית משפט קמא, בשל עומס התנועה והתיירים והעדר המדרכות, יכולה להיפתר בפתרונות פשוטים, שכמעט לא יעלו כל מחיר לקופה הציבורית, ללא צורך בעבודות התשתית (זאת למשל, על ידי הסדרי חנייה שיתירו חנייה לתושבי השכונה בלבד וחניית המבקרים מחוץ לשכונה או בחניון גבעתי שבתשלום).

103. מכל האמור לעיל, עולה כי הנזק שייגרם מאי הוצאת צו ביניים, הן מבחינת שינוי המצב בשטח באופן שבלתי אפשרי יהיה להחזיר את המצב לקדמותו, והן מבחינת הפגיעה באינטרס הציבורי שבשמירה על דיני התכנון, עולה על הנזק שייגרם מאי הוצאת הצו.

## ה. סיכום

104. כפי שפורט בפתח בקשה זו, ישנו צורך אמיתי ודחוף בקבלת הבקשה ומתן צו הביניים למבקשים.

105. המשך עבודות הבניה בשכונת סילוואן ואדי חילוה יגרום באופן ודאי לשינוי המצב בשטח באופן בלתי הפיך ולפגיעה בתושבי השכונה ובזכויותיהם, כפי שפורט לעיל.

106. סיכויי הערעור טובים שכן המשיבים, רשויות מינהליות, קידמו תוכנית בניה תוך עקיפת ההליך החוקי, באופן שהוא בלתי סביר, בלתי הוגן ובלתי חוקי מיסודו, ועל כן דינה להתבטל. הדרך החוקית, ההוגנת והסבירה היחידה שעומדת לרשות המשיבים לממש את תכניתם לבצע עבודות בשכונת סילוואן ואדי חילוה, היא לערוך תוכניות מפורטות לשכונה, בשיתוף

התושבים, ולבצע על פיהן את העבודות המבוקשות.

107. לאור האמור לעיל, מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשת רשות הערעור, לבטל את החלטתו של בית המשפט קמא ולהורות על מתן צו ביניים כמבוקש, ובשלב זה, עד לקבלת עמדת המשיבים, מתן צו ארעי דחוף במעמד צד אחד. בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן את החלטתו בהקדם האפשרי, וככל שיחליט להוציא צו ביניים, להורות על החזרת הסדרי התנועה לקדמותם, כפי שהיו עת הוגשו העתירה והבקשה לצו ביניים.

24 בדצמבר 2008

---

טלי ניר, עו"ד

ב"כ העותרים