

- בעניין שבין :
1. ראסם עבידאת - ראש ועד ההורים בשכונת ג'בל אל-מוכבר
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל
3. "במקום"-מתכננים למען זכויות תכנון

כולם ע"י ב"כ עוה"ד נסראת דקואר 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 אשרת מימון ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או
גיל גן-מור ו/או נסרין עליאן ו/או ראוייה אבו-רביעה

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

העותרים

- נגד -

1. ראש עיריית ירושלים, יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה
ע"י לשכת היועץ המשפטי לעירייה
כיכר ספרא 8, ירושלים
טל: 02-6297586 פקס: 02-6297125
2. הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז ירושלים
ע"י לשכת היועץ המשפטי לעירייה
כיכר ספרא 8, ירושלים
טל: 02-6297586 פקס: 02-6297125
3. הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים
ע"י לשכת היועץ המשפטי לעירייה
כיכר ספרא 8, ירושלים
טל: 02-6297586 פקס: 02-6297125
4. מהנדס העיר - עיריית ירושלים
ע"י לשכת היועץ המשפטי לעירייה
כיכר ספרא 8, ירושלים
טל: 02-6297586 פקס: 02-6297125

המשיבים

עתירה מינהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבים כדלקמן:

1. להורות למשיבים ליזום הליך תכנוני ראוי, לרבות תוכנית מתאר, שיענה על צרכיה של שכונת ג'בל אלמוכבר, ערב אל-סוואחרה אל-ע'רבייה שבירושלים המזרחית (להלן תיקרא: "השכונה") ועל מצוקת הדיור החמורה, לרבות מענה לבעיית המחסור בשטחים המיועדים לבניה, מענה לאחוזי הבנייה הנמוכים מאוד ומענה לבעיית התשתיות הלקויות, ולסיימו בתוך 3 שנים;

2. לעכב ביצוע צווי הריסה מנהליים, שהוצאו למבנים בתחום התוכניות 2683 א' ו-2691 בשכונה, וכן להימנע מהוצאת צוים מנהליים חדשים ומהגשת כתבי אישום חדשים בגין בנייה ללא היתר, אלא אם קיים צורך דחוף בשטח, עליו מוקם המבנה, לצרכים ציבוריים, והכול עד לסיומו של הליך תכנוני ראוי כמפורט בסעד 1 לעיל;

3. להורות למשיבה 3 לשקול מחדש, לגבי כל מקרה של צו הריסה שיפוטי בשכונה שבית המשפט לא קצב מועד לביצועו, אם ראוי לבצעו לאור המצב התכנוני בשכונה זאת עד להשלמת הליכי תכנון ראוי על ידי המשיבים, הכול כמפורט בעתירה זו.

תוכן עניינים

| <u>עמוד</u> | <u>נושא</u> |
|-------------|---|
| 4 | 1.1 הקדמה |
| 5 | 1.1.1 רקע עובדתי |
| 6 | 1.2 מדיניות התכנון |
| 7 | 2. העותרים |
| 8 | 3. המשיבים |
| 8 | 3.1 הפניות למשיבים ותשובותיהם |
| 11 | 4. המחדל התכנוני בירושלים המזרחית |
| 13 | 4.1 המציאות התכנונית בגיבל אל-מוכבר |
| 13 | 4.1.1 השכונה ומאפייניה |
| 14 | 4.1.2 המצב תכנוני |
| 25 | 4.2 כשלים בירוקרטיים |
| 25 | 4.2.1 עצירת תכנון |
| 26 | 4.3 נהלים המגבילים את אפשרות הבניה בשכונה |
| 30 | 4.4 השוואה לשכונות יהודיות סמוכות |
| 31 | 4.5 סיכום המציאות התכנונית |
| 34 | 4.6 הריסת הבתים ומדיניות האכיפה |
| 35 | 5. הטיעון המשפטי |
| 35 | 5.1 פגיעה בעיקרון שלטון החוק |
| 37 | 5.2 החובה לתכנן בתוך זמן סביר |
| 40 | 5.3 אפליה תוך פגיעה בזכות לשוויון |
| 41 | 5.4 הפגיעה בזכות הקניין ובזכות לקורת גג |
| 44 | 5.5 פגיעה בזכות לדיור נאות |
| 46 | 5.6 הפגיעה בזכות למים כזכות יסוד מוגנת |
| 47 | 5.7 העדר הגינות, שיקולים זרים ואכיפה מפלה וסלקטיבית |
| 49 | 6. סיכום |
| 51 | 7. תצהירים התומכים בעתירה |

1. הקדמה

עקב מחדל תכנוני חמור ומתמשך, סובלות שכונות ירושלים המזרחית בכלל והשכונה בפרט, מצפיפות מגורים, העדר תשתיות ראויות וחוסר יכולת להוציא היתרי בנייה. במצב הקיים, אין מענה תכנוני לצרכי הדיור של התושבים והפגיעה בזכויותיהם הבסיסיות היא מציאות יום יומית. העדרו של תכנון ראוי, חוסר ההתחשבות של התוכניות בגידול האוכלוסייה, והגבלות מחמירות על הבנייה בשכונות הללו, לצד נהלים מגבילים המונעים את האפשרות לקבל היתרים גם במקומות המיועדים לבנייה, מביאים את תושביהן, בלית ברירה, לבנות את בתיהם ללא היתרים.

על בעל קרקע המעוניין לבנות בית בהיתר, לצאת למסלול ארוך ויקר ללא כל הבטחה כי בסופו של דבר תצלח משימתו. במסלול שני שלבים עיקריים: השלב הראשון הוא שלב התכנון שבו עליו להכין תוכנית המשנה את ייעוד הקרקע או תוכנית המגדילה את אחוזי הבנייה המותרים ומאפשרת בניית מבנה גדול יותר – לתוכנית מתאר מפורטת זו יש הקוראים תוכנית נקודתית. השלב השני הוא שלב הוצאת היתר בנייה. מי שהתמזל מזלו ואדמתו כלולה בשטחים המותרים לבנייה ומשפחתו קטנה, יכול לפנות ולהוציא היתר בנייה ללא צורך בהכנת תוכנית נקודתית קודם לכן. אך רוב בעלי הקרקע אינם בני מזל ורובם נדרשים לעבור את המסלול המלא. שני השלבים, זה של התוכניות הנקודתיות וזה של היתרי הבנייה, רצופים בעיות ומגבלות המפורטות בגוף העתירה. בשל בעיות אלה, בשל עלות מסלול זה ובעיקר בשל הידיעה כי רק בודדים מצליחים בסופו של דבר לקבל את ההיתר הנכסף, רבים בוחרים כלל לא לנסות. כך הם הופכים עבריינים בעל כורחם וחיים תחת איום מתמשך שמתמש לעיתים, של הריסת ביתם והטלת קנסות כספיים כבדים עליהם.

בתקופה האחרונה מפיצות לשכת התכנון המחוזית ועיריית ירושלים, בתקשורת ובתשובותיהן לפניות, בשורה חדשה כביכול, לפיה מתקיימת תנופת תכנון בשכונות ירושלים המזרחית. בשורה זו, ככל שיש בה ממש, אינה מהווה, לצערנו, תשובה לבעיה המועלית בעתירה זו. תנופת התכנון המתרחשת בימים אלו כוללת בעיקר תוכניות אב ותוכניות שלד לחלקי שכונות בירושלים המזרחית. כך גם לגבי התוכנית החדשה הנערכת בשכונת ג'בל מוכבר ערב א-סוואחרה, שחלה רק על כרבע משטח השכונה (1,300 דונם מתוך כ-5,000 דונם), ועל מיעוט מתוך הבתים שנבנו בשכונה ללא היתר. כידוע, מתוכניות כאלו לא ניתן להנפיק היתרי בנייה. לפיכך, המשמעות של הכנת התוכניות החדשות היא, בפועל, הוספת שלב נוסף על השלבים במסלול להיתר: (1) שלב הכנת תוכנית השלד (2) שלב הכנת התוכנית המפורטת (נקודתית) (3) שלב הוצאת היתר בנייה. גם במקומות בהם נערך תכנון בימים אלו, ניתן יהיה להוציא היתרי בנייה רק בעוד שנים מספר. בינתיים, גלגלי האכיפה ממשיכים לנוע כרגיל, ממשיכים להנפיק צווי הריסה ולהוציאם אל הפועל, וזכויותיהם של תושבי ירושלים המזרחית בכלל, והשכונה בפרט, ממשיכות להיפגע באופן קשה כתוצאה ממדיניות המשיבים.

1. הריסת בתים והותרת יושביהם, בהם ילדים וזקנים ללא קורת גג וללא מחסה, הפכו למחזה שכח בשנים האחרונות בירושלים המזרחית בכלל ובשכונה בפרט. הפחד והחשש כי בוקר אחד תתעורר משפחה למראה של כוחות משטרה וצבא הבאים להרוס את ביתם ולהשאירם ללא קורת גג הינו מנת חלקם של יותר ממחצית התושבים הפלסטינים בירושלים המזרחית. הכמיהה העזה לקרקע זמינה לבניה או לדירת מגורים (לקניה או להשכרה) להקמת תא משפחתי הינה משותפת כמעט לכלל הזוגות הצעירים והרווקים בין תושבי ירושלים המזרחית. החיים בדירה מרווחת, מאווררת ללא שעברה הסבה ממחסן או חדר מדרגות הינם הפכה לחלום עבור תושבי ירושלים המזרחית. מימוש זכות בסיסית ביותר כגון הזכות לקורת גג אינו דבר מובן מאליו והוא טעון מאבק וסיכונים. הזכות להקמת תא משפחתי הפכה למותרות ומעטים הם אלה שזוכים ליהנות מהקמת משפחה באווירה פרטית ואינטימית. המחסור העצום בבתי מגורים יצר מצב שבו זוגות הנשואים מזה יותר מעשר שנים, עדיין מתגוררים עם ההורים של האב, ביחד עם 3 ילדיהם, בתוך חדר. זוגות צעירים נאלצים לדחות את פרויקט הקמת משפחה, עד למציאת פתרון שלא נראה באופק.

2. לאחר כיבוש ירושלים המזרחית ב-1967 וסיפוחה באופן חד-צדדי על ידי ישראל, הקנתה ישראל לתושבים הפלסטינים, שהתגוררו בשטח שסופח לישראל, תושבות קבע. לתושבים הפלסטינים לא הייתה ברירה של ממש. משמעות הסירוב לקבל את המעמד הייתה שלילת הזכות להמשיך ולהתגורר בבתיהם וסיכון בגירוש. כך נולד מעמד המעוות של תושבי ירושלים המזרחית: תושבי ישראל בעל כורחם. ישראל מתייחסת אל תושבי ירושלים המזרחית כאל זרים, שאת מעמדם אפשר לשלול כעניין שבשגרה. התושבים הפלסטינים נאלצים לשוב ולהוכיח את תושבותם בעיר בפני משרד הפנים ובפני המוסד לביטוח לאומי, המנהלים חקירות ובדיקות, שכל תכליתן להפקיע את תושבותם בגין מגורים מחוץ לתחום, בו חלים "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה". מי שהתגוררו מספר שנים מחוץ לישראל (אפילו בשטחים הכבושים), ומי שרכשו מעמד של קבע במדינה אחרת, עלולים לאבד את תושבותם, ועימה את זכותם לשוב למולדתם. "הטרנספר השקט" מתרחש לא אחת באופן שרירותי, ללא הודעה מוקדמת וללא מתן זכות טיעון, ומתגלה רק בדיעבד, אגב הגשת בקשה לקבלת שירותים.

3. בכל פעם שתושב ירושלים המזרחית, המחזיק ברישיון לשיבת קבע בישראל, מעתיק את מגוריו למקום אחר ברחבי הארץ, אין משנים את רישום מענו במרשם האוכלוסין, ומתנים את שינוי הרישום בהליך לבירור מרכז חייו במקום מגוריו החדש. הבירור נמשך תקופה ממושכת מאוד, במהלכה עלול התושב לאבד את יכולתו לקבל שירותים ממשרד הפנים (כמו קבלת תעודת זהות ורישום ילדים) ומן הרשויות האחרות (שירותים מן הביטוח הלאומי, כמו קבלת גמלאות, ומרשויות מקומיות, כמו רישום ילדים לבתי ספר). על ידי התשה ביורוקרטית, שלילת זכויות ומניעת האפשרות לקבל שירותים מבקש משרד הפנים להקשות על תושבי ירושלים המזרחית להעתיק את מגוריהם לתחומי ישראל.

4. החיים בתוך ירושלים המזרחית כמעט בלתי אפשריים. מספר יחידות הדיור מצומצם מאוד יחסית לאוכלוסייה ואין מלאי קרקעות זמינות לבניה. 66,000 תושבים חיו בירושלים המזרחית בשנת 1967, כ-254,000 תושבים חיים כיום על שני שליש מהשטח שהיה אז, עם מספר מצומצם של יחידות דיור שהתווספו לאלה שהיו לפני כ-41 שנים. כל ניסיונותיהם של תושבים אלה, הכוללים הכנת תוכניות

והגשתן, תשלום היטלים ומסים עירוניים כדין ופסיעה במשעול החוקי לא הניבו לתוצאות המיוחלות ולא אפשרו הוצאת היתרי בנייה כנדרש. בפני תושבים אלה נשארה האופציה היחידה של בניה ללא קבלת היתר והסתכנות בהליכי אכיפה הכוללים הטלת קנסות והריסת הבית.

5. על מנת להתמודד ולו חלקית עם המציאות המרה וחרב ההריסה המרחפת מעל ראשיהם של מרבית תושבי ירושלים המזרחית, פנו אלה כיחידים, כל אחד בתיק שנפתח נגדו, לערכאות השונות של בתי המשפט, החל מבית המשפט לעניינים מקומיים וכלה בבית המשפט העליון. תושבים ניהלו הליכים ארוכים ומתישים שעלו להם במיטב כספם, שלו הם זקוקים מחמת מצבם הסוציו-אקונומי. ברם, הליכים אלה רק דחו את הקץ לכמה חודשים, הביאו לפריסה יותר נוחה של תשלומי הקנסות שהוטלו בגין עבירת הבנייה ולהקטנה מסוימת בסכומי הקנסות. ההליכים האלה שימשו כנתונים סטטיסטיים עבור עובדי עירייה ומדינה, פעילי זכויות אדם ודיפלומטים על מנת לתאר או לתעד תופעות שונות כגון נתונים דמוגרפיים, פיתוח ובניה, ביצוע עבירות וכו'. אולם, לא היה הישג משמעותי כלשהו עבור התושבים בהליכים פרטניים אלה והבעיה נשארה על כנה: אין פתרונות דיור ויש רק הריסות.

6. עתירה זו מוגשת על-ידי העותרים על מנת לנקוט בדרך חוקית העומדת בפניהם, בשם של תושבי ירושלים המזרחית בכלל ותושבי השכונה בפרט, על מנת להביא לסיומם של המצב הקפקאי ושל סיוט ההריסות והחיים בבית ללא היתר. הדרך בה בחרו העותרים בעתירה זו היא לטעון באופן ישיר נגד מדיניות רשויות התכנון בירושלים המזרחית (המשיבים), והמקום הנאות להעלות טענות אלה הוא בית משפט נכבד זה.

7. בע"מ 3518/02 רג'בי נ' ראש הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד נו (1) 196, 197 (2002), הבהיר הנשיא ברק (כתוארו דאז) סוגייה זו כהאי לי שנא:

"בית-המשפט לעניינים מקומיים יכול לדון בכל טענה התוקפת את צו ההריסה המינהלי המצביעה על 'פגמים חמורים העלולים להביא את בית המשפט בסופו של ההליך להצהרה על בטלות צו ההריסה...'. עם זאת יהיה חשוב להדגיש כי פסק-דינו מתייחס למצבים שעולות בהם טענות כנגד צו הריסה מינהלי קונקרטי. במקרים שהטענה בהם הינה כללית כנגד מדיניות רשויות התכנון במקום, המקום הנאות להעלותה הוא בבית-המשפט לעניינים מינהליים, שהוא בית-המשפט המוסמך לדון בטענות אלה."

8. ערכאות משפטיות שונות, שדנו בבקשות לביטול צווי הריסה ובתיקי תכנון, הביעו מורת רוח מבנייה שמבוצעת בלי היתר בלית ברירה. בתי משפט ציינו שיש לנקוט בדרכים אחרות שיהיו חוקיות. יוצא כי בפני האזרחים הניזוקים נותרה האפשרות החוקית להתמודד עם המציאות העגומה באמצעות תקיפת מדיניות התכנון הכללית כפי שהעותרים עושים בעתירה זו.

1.2 מדיניות התכנון

9. מציאות זו הינה פועל ישיר של מדיניות ארוכת שנים של הפעלה סלקטיבית של סמכויות והתחמקות מובהקות ממילוי חובות מצד עיריית ירושלים, משרד הפנים ורשויות התכנון. במשך שנים, נמנעו הרשויות הנ"ל ממילוי חובותיהן להסדרת המצב התכנוני בשכונה בצורה הולמת. הן לא הכינו תוכניות הולמות העונות על צרכי ההתפתחות של התושבים. תחת זאת, בעוד התנהגות זו לוקה במחדל משווע,

בחרו אותן רשויות לברור את הסמכויות המעניקות להן את הכוח להפעיל סנקציות, להטיל קנסות, ולהוציא לפועל צווי הריסה תוך החרבת עולמן של משפחות רבות.

10. במרכזה של עתירה זו ניצבת השאלה, האם מדיניות הריסת הבתים הננקטת על ידי המשיבים בשכונה, בשם שלטון החוק ואכיפת דיני התכנון והבניה, לאור המציאות התכנונית העגומה שנכפתה על תושבי השכונה על ידי המשיבים עצמם, עומדת במבחן החוקיות? ואם כן היא חוקית, האם הצורה בה המדיניות מבוצעת, היא מידתית?.

2. העותרים

11. העותר מס' 1, מר ראסם עבידאת הינו נצר למשפחת עבידאת, הנחשבת לאחת מהמשפחות הגדולות בשכונה. הוא בן, 50 נשוי ואב ל-4. יש לו שני בנים ושתי בנות: שאדי בן 21, מאלק בן 17, דימה בת 15 ואמאני 14. מר עבידאת שימש עד לאחרונה כיושב ראש ועד ההורים בשכונה שהינו ועד פעולה שהוקם ביוזמה של תושבי השכונה (להלן: "הוועד") והוא דואג באופן התנדבותי לייצוג בעיות תושבי המקום בפני הרשויות. הוועד מורכב מנציגים של כל המשפחות בשכונה, והוא מתאסף לעתים ולפי הצורך. הוועד הוקם לאחר שהתושבים חשו בצורך לחשוב באופן קבוצתי על הבעיות המשותפות שמהן הם סובלים, לקדם את המודעות לבעיות אלה ולנסות להשיג פתרונות אפשריים.

12. העותרת מס' 2, **האגודה לזכויות האזרח בישראל (להלן: "האגודה")**, הינה עמותה המקדמת זכויות אדם בישראל ובשטחים שבשליטתה. בכלל זה, פועלת האגודה למימוש זכויות האדם של תושבי ירושלים המזרחית, ובכלל זה זכויותיהם לכבוד ולשוויון.

13. העותרת מס' 3 הינה עמותת "במקום" מתכננים למען זכויות תכנון (להלן: "עמותת במקום" או "במקום") שהוקמה באפריל 1999 על ידי מתכננות ומתכננים, אדריכלים ואדריכליות במטרה לחזק את הקשר בין זכויות אדם למערכות התכנון במדינת ישראל. באפריל 2005 קיבלה עמותת במקום ממשרד הפנים מעמד של מתנגד ציבורי, המקנה לה את הזכות להתנגד לתכניות מתאר, על בסיס אינטרס ציבורי.

14. עתירה זו מסתמכת על חוות דעת שהכינה עמותת במקום. חוות הדעת, שהושלמה בשנת 2007, מתייחסת אל תכניות המתאר התקפות כיום בשכונה, ואל ההיסטוריה התכנונית והקרקעית במזרח העיר. היא מכילה נתונים סטטיסטיים והשוואתיים, בין מזרח העיר למערבה, בדבר הריסות בתים, עבירות בניה והיתרי בנייה, ומתייחסת למערך התכנוני והמשפטי החל על השכונה, שכונת ג'בל אל-מוכבר.

מצ"ב העתק של חוות הדעת ומסומן כנספח ע/1 לעתירה זו

3. המשיבים

15. המשיב מס' 1 הינו ראש עיריית ירושלים שבתחום שיפוטה נמצאת השכונה והינו ראש הועדה המחוזית (המשיבה מס' 3), ושניהם אחראים בראש ובראשונה ליזום ולהביא לאישור תוכניות מתאר מקומיות בירושלים.

16. המשיבה מס' 2 הינה ועדת התכנון האחראית לייזום ולאישור תוכניות מתאר וכן לאכיפת דיני התכנון והבניה במרחב התכנון המחוזי ירושלים. משיבה זו אחראית על מחוז שלם, ושב חברים נציגי ממשלה, נציגי רשויות מקומיות ונציגים של גופים ציבוריים. בסמכותה לאשר את רוב תוכניות המתאר המקומיות והתוכניות המפורטות.

17. המשיבה מס' 3 הינה מוסד תכנון שפועל במסגרת הרשות המקומית ושב יושבים בדרך כלל חברי המועצה המקומית. בסמכותה לתת היתרי בנייה, ובמקרים מסוימים גם לאשר תוכניות מפורטות ותוכניות מתאר מקומיות.

18. המשיב מס' 4 הינו מהנדס העיר ירושלים אשר מתוקף תפקידו ועל פי חוק התכנון והבנייה האחראי על תכנון העיר, הפיקוח והרישוי, הבניה הציבורית והעבודות הציבוריות המבוצעות על-ידי העירייה.

3.1 הפניות למשיבים ותשובותיהם

19. בתאריך 26/7/06 פנתה האגודה במכתב מפורט ליועץ המשפטי לממשלה, לשר הפנים ולראש עיריית ירושלים, בעניין מדיניות האכיפה של חוק התכנון והבניה בשכונה. במכתב זה התייחסה האגודה להיקף הבעיה, לקשר בין תכנון לאכיפה, למחדל התכנוני בירושלים המזרחית בכלל ובשכונה בפרט, למגבלות הפרוצדוראליות והאחרות על הוצאת היתרי בניה, להעדר חלופת מגורים סבירה, למדיניות האכיפה ולצורך בשינוי מדיניות התביעה. האגודה הדגישה במכתב כי המדיניות הנוכחית שמכוחה ננקטים הליכים, מוטלים קנסות, מוצאים צווי הריסה שיפוטיים ומינהליים ואף מתבצעות הריסות בתים, במצב התכנוני והמשפטי הקיים בשכונה, הינה מדיניות הנגועה באי חוקיות ובמקרה הטוב נגועה בחוסר סבירות ו/או בחוסר מידתיות קיצוניים.

העתק מהמכתב, מצ"ב כחלק בלתי נפרד מכתב העתירה ומסומן **כנספח ע/2**

20. בתאריך 17/8/06 שלחה האגודה עותק מהמכתב (נספח ע/2 לעיל), לעו"ד חובב ארצי, מנהל המחלקה לאכיפת דיני מקרקעין במשרד המשפטים, וזאת על מנת לקבל את עמדתו ואת התייחסותו לנושא אשר הועלה בו.

העתק מהפניה, מצ"ב כחלק בלתי נפרד מכתב העתירה ומסומן **כנספח ע/3**

21. בתאריך 3/9/06 שבה האגודה ופנתה במכתב תזכורת לכל אחד מהנמענים וביקשה את התייחסותם לפניה מתאריך 26/7/06.

העתק מהתזכורת מצ"ב כחלק בלתי נפרד מכתב העתירה ומסומן **כנספח ע/4**

22. בתאריך 17/9/06, נשלחה הודעה מאת מר יריב בן-חיים, הממונה על אכיפת דיני מקרקעין במשרד המשפטים, לפיה הפנייה (מתאריך 26/7/06) נמצאת בטיפול.

23. חרף הזמן הרב שעבר מאז נשלחה הפניה הראשונה (26/7/06) וחרף התזכורות שנשלחו בעניין, לא נתקבלה התייחסות כלשהי לפניה הנ"ל. בעקבות כך, שבה האגודה ופנתה בתאריך 7/11/07, אל המשיבים 1-3 במכתב תזכורת נוסף.

העתק מהפניה, מצ"ב כחלק בלתי נפרד מכתב העתירה ומסומן **כנספח ע/5**

24. מאחר וגם הפניה מתאריך 7/11/07 לא זכתה לכל מענה, שבה האגודה ושלחה תזכורת נוספת בתאריך 19/12/07 לאותם נמענים.

העתק מהפניה, מצ"ב כחלק בלתי נפרד מכתב העתירה ומסומן **כנספח ע/6**

25. בתאריך 30/12/07, התקבלה אצל האגודה תגובה מאת מר גיא קב-ונקי, מתכנן מחוז י"ם, מתאריך 19/12/07. בתגובה לטענת האגודה אשר הועלתה בפניותיה לעיל, לפיה תוכניות המתאר שבתוקף בשכונה אינה נותנת מענה לצורכי התושבים, ציין מר קב-ונקי בין היתר כי יהועדה המחוזית ירושלים הכירה בכך שבחלק משכונות ירושלים קיים פער בין תכניות המתאר השכונתיות התקפות לבין צורכי התושבים ומגמות התכנון העדכניות " (ר' סעיף 2). בהמשך הוא טען כי יכדי לגשר על פער זה מקודמת כיום תוכנית מתאר חדשה לירושלים " (סעיף 3), וכי ימתוך הכרה שיוזמות [תוכניות מתאריות] נ.ד. [ממסדיות אלה אינן נותנות מענה מלא לצורכי התושבים, עדכנה לשכת התכנון ירושלים את נוהל הוכחת עניין בקרקע, באופן שבעלי עניין בקרקע.... יכולים להגיש תוכנית לשינוי ייעוד...ביתר קלות מאשר היה נהוג בעבר " (סעיף 6). יתירה מזו, מר קב-ונקי ציין כי ימזה מספר שנים מיושמת מדיניות של תוספת זכויות בתוכניות **ביוזמת בעלי הקרקע** במזרח העיר ". במסגרת מדיניות זו, לטענתו, יאושר מספר רב של יחידות דיור בשכונה, חלקן במבנים שלא כדין, וכי הוחלט להפקיד בשנים 2005-2007 תוכניות בשכונה הכוללות כ-990 יח"ד " (סעיף 7). לדברי מר קב-ונקי, יבתקופה זו אושרו בשכונה תכניות להקמת כ-640 יח"ד ". לשם השוואה, הוא כותב, ייתוכנית המתאר 2691 אפשרה הקמת 250 יח"ד בלבד ". בהתייחסו לסוגיית ביצוע צווי הריסה בצל המדיניות התכנונית הקיימת, ציין מר קב-ונקי כי יככלל אין להשלים עם בניה המבוצעת שלא כדין", וכי יתובעי יחידת הפיקוח המחוזית מונחים על ידי הפרקליטות, וכי במקרים בהם נמצא כי יש לכך הצדקה, ניתנת הסכמה לעיכוב ביצועם של צווי הריסה " (סעיף 8).

העתק מהתגובה מצ"ב ומסומן **כנספח ע/7**

26. יום למחרת, קרי בתאריך 31/12/07, התקבלה תגובתו של מר יריב בן חיים (הנושאת תאריך 25/12/07) לפניות הנ"ל של האגודה. בתגובתו זו, ציין כי מתקיימת בדיקה מטעם בנושא מדיניות האכיפה הכוללת בעיר ירושלים, וכי לאחר השלמת בדיקה זו, הם (משרד המשפטים) יוכלו להתייחס בצורה עניינית ומושכלת לפניות האגודה. בנוסף, הוא ציין כי פניית האגודה הועברה זה מכבר לועדה המקומית לתכנון ובניה בירושלים, וזו עתידה להשיב בקרוב.

העתק מהתגובה מצ"ב ומסומן **כנספח ע/8**

27. בתאריך 27/4/08, ולאחר חלוף מספר חודשים, פנתה האגודה במכתב תזכורת למר יריב בן-חיים. במכתב זה נתבקש מר בן-חיים להודיע מה עלה בגורל הבדיקה שאמורה להתקיים מטעם משרד המשפטים, ומהי התייחסותם לפניית האגודה במידה שבדיקה זו כבר הושלמה. כן התבקש מר בן-חיים, כי אם הבדיקה טרם הסתיימה לה יודיע באיזה שלב היא נמצאת ומתי היא אמורה להסתיים. בנוסף, הוא התבקש להודיע האם התקבלה אצלם התייחסות הוועדה הנ"ל ומה תוכנה. עד להגשת עתירה זו, לפנייה הנ"ל לא נתקבלה כל תגובה.

העתק מפניה זו מצ"ב ומסומן כנספח ע/9

28. בנוסף לפנייה לעיל, באותו תאריך (27/4/08) שלחה האגודה תגובה למר קב-ונקי שבה היא התייחסה לטענות אשר הועלו במכתבו מתאריך 19/12/07 (נספח ע/7' לעיל). בתגובה הנ"ל התייחסו האגודה ובמקום להיבט התכנוני ולהיבט המשפטי של הטענות אשר הועלו במכתב הנ"ל. בהערת סיכום של התגובה הנ"ל, נכתב כדלקמן: "הח"מ סבורים כי לאור המצב התכנוני והמשפטי כפי שתוארו לעיל, יש להימנע לעת זו מפתחת הליכים פליליים בגין עבירות בנייה וגם מהריסת בתים באזורים בהם התשתית התכנונית לוקה בחסר, עד שיעודכן התכנון ותיווצר האפשרות לבנייה במסגרת החוק".

העתק מהתגובה מצ"ב ומסומן כנספח ע/10

29. בתאריך 31/8/08 נתקבלה במשרדי האגודה תשובה לתגובה הנ"ל מאת הגב' דלית זילבר, מתכנתת מחוז ירושלים. בתשובתה שבה הגב' זילבר ומזכירה ש"מאמצים מושקעים בשיפור המצב התכנוני במזרח ירושלים".

העתק מהתגובה מצ"ב ומסומן כנספח ע/11

30. חרף העובדה שתגובת העותרים למכתבו של מר קב-ונקי התייחסה באופן מדויק לתוכניות ספציפיות ולמספר יחידות דיוור בפירוט לפי שכונות, תשובתה לעיל של הגב' זילבר אינה מציינת ולו נתון עובדתי אחד, אינה מציינת אף תוכנית ואף אינה מספקת פירוט לגבי שכונות שונות. התשובה הנ"ל לא חידשה מאומה, והיא רק עיגנה בכתב את הטענות הכלליות ואת מכבסת המילים [כגון "מאמצים מושקעים", "תוכניות מצויות בשלבים שונים של התנעה והכנה", "ניתנה הדעת לצורך בהרחבת השכונות"] המשמשות מזה שנים רבות את המשיבים על מנת לתרץ את המצב הבלתי חוקי והעגום השורר בירושלים המזרחית מבחינת תכנונית. התשובה הנ"ל רחוקה מלספק תשובה הולמת ואין בה כל בשורה חדשה לפתרון הבעיה.

31. בכל הנוגע לשאר המכותבים חרף העובדה כי חלפו למעלה משנתיים וחצי מאז מסירת מכתב הפניה הראשון לידיהם, עד היום לא טרחו להשיב לפניית האגודה. גם במהלך השנה החולפת, וחרף משלוח 3 תזכורות בעניין, לא נתקבלה התייחסות כלשהי לפניית אלה, שלא לדבר על מענה ענייני.

4. המחל התכנוני בירושלים המזרחית:

32. פרק זה של העתירה בא להוסיף על חוות הדעת התכנונית, ולא לגרוע ממנה. כל האמור בפרק זה הינו תוספת לחוות הדעת, ונכתב על מנת להבהיר, להדגיש ולסכם נקודות ונושאים אשר נותרו במפורט בחוות הדעת. כמו כן, בשל פרק הזמן הארוך שעבר מאז נכתבה חוות הדעת ועד להגשת העתירה, בפרק זה מופיעים עדכונים שלא נכנסו לחוות הדעת. העדכונים עוסקים בעיקר בכל הקשור להתפתחויות האחרונות בתוכנית המתאר המקומית לירושלים ובהחמרות במסלול להוצאת היתר בנייה.

33. ביוני 1967 הוחל המינהל, המשפט והשיפוט של מדינת ישראל על שטחים הידועים היום כירושלים המזרחית, וכך נוסף לשטח השיפוט העירוני של ירושלים שטח כולל של כ-70,500 דונם. שטחים אלה כללו, מעבר לשטח גבול השיפוט העירוני של ירושלים הירדנית (כ-6,000 דונם), גם תשעה עשר כפרים שהיו באזורים הסמוכים לעיר. מצב פוליטי זה יצר מצב משפטי ותכנוני רווי בעיות וקשיים תכנוניים, בצורה של הגבלות תכנוניות, נהלים בירוקראטיים מכבידים, הטיות פוליטיות והבדלים תרבותיים.

34. מתוך השטחים שנוספו לתחום השיפוט העירוני של ירושלים, הופקעו מכוח הסמכויות המוקנות לשר האוצר על פי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, למעלה מ-23,500 דונם, שהם למעלה משליש מכלל שטחה של ירושלים המזרחית. הרוב המכריע של קרקעות אלה הופקעו מהתושבים הערבים, ושימשו להקמת שכונות יהודיות בירושלים המזרחית, כגון: רמות אשכול, הגבעה הצרפתית, הרובע היהודי, מעלות דפנה, תלפיות מזרח, נווה יעקב, גילה, רמות, פסגת זאב ורכס שועפאט. **על קרקעות אלה הוקמו יותר מ-40,000 יחידות דיור עבור האוכלוסייה היהודית בלבד ואף לא יחידת דיור אחת הוקמה עליהן עבור האוכלוסייה הערבית. למעט מספר זניח של זירות, מאז 1967 לא נבנו יחידות דיור בסיוע ממשלתי לאוכלוסייה הערבית בירושלים המזרחית.**

35. החל משנת 1967 שרר חלל תכנוני בירושלים המזרחית שנתמלא רק באופן חלקי, בהדרגה ובאיטיות. מחד גיסא, לתוכניות הירדניות לא הוקנה מעמד רשמי, ומאידך גיסא, לא הוכנו תוכניות חלופיות. כתוצאה מכך, היתרי בניה ניתנו במשורה, לפי שיקול דעת הרשויות בכל מקרה לגופו, כאשר התכניות הירדניות שימשו רק כקו מנחה ובלתי מחייב. בראשית 1974 פרסמה הועדה המקומית לתכנון ולבניה בירושלים צו תכנון שהכריז על ירושלים, לפי הגבולות המוניציפאליים שלאחר 1967, כעל אזור מרחב תכנון. צו זה חייב את הועדה המקומית להגיש לוועדה המחוזית תכנית מתאר מקומית לכל השטח העירוני בתוך שלוש שנים מיום פרסום הצו, כמתחייב מסעיף 62 לחוק התכנון והבניה. בשנת 1975 נקבעו שטחים במזרח העיר, שבהם ניתן לקבל היתרי בניה בכפוף לתנאים מסוימים, בהתאם להוראות סעיף 78 לחוק התכנון והבניה. ההיתרים ניתנו רק במקרים מוגבלים ובתנאים קפדניים ביותר.

36. תכנית המתאר עליה הוכרז בראשית שנת 1974 מעולם לא נערכה. התכנית הראשונה שאושרה בירושלים המזרחית הייתה עמ/9 בשנת 1977. התכנית התייחסה לאגן העיר העתיקה וסביבותיה, מהר הצופים בצפון ועד ג'יבל אל-מוכבר בדרום. אולם כיוון שהייתה זו תכנית מתאר כללית לא ניתן היה להוציא מכוחה היתרי בניה. לקראת סוף שנות השבעים החלה הוועדה המקומית לערוך תכניות לשכונות. מאז אושרו מעל ל-20 תכניות מתאר מקומיות בשטחי ירושלים המזרחית על שטח כולל של כ-24,700 דונם מתוך סך 46,000 דונם של ירושלים המזרחית שנותרו בבעלות תושבי העיר הערבים

לאחר גל ההפקעות. כלומר 46.3% מהשטחים, שנותרו בבעלות התושבים הערבים לאחר ההפקעות, נותרו ללא תכנון ולא ניתן לבנות עליהם בהיתר.

37. יתירה מזאת, כ-35% מכלל השטח המתוכנן עבור השכונות הפלסטיניות בירושלים המזרחית הוגדרו כשטח נוף פתוח, מה שצמצם עוד יותר את השטחים המיועדים למגורים.

38. יוצא שאחוז לא גדול (17%) משטחה של ירושלים המזרחית עומד לרשות תושביה הערבים לצורכי בניה למגורים. רובם המכריע של שטחים אלה כבר נוצל.

39. לא זו אף זו, אחוזי הבניה המותרים (בשטח המצומצם המיועד לבניה) נמוכים ביותר. ברוב השטח המיועד לבניה בירושלים המזרחית, נע אחוז הבנייה בין 35% ל-75%. לשם השוואה יצוין כי אחוזי הבניה למגורים המותרים במערב ירושלים נעים בין 75% ל-150%, ובמקומות רבים אף באחוזים גבוהים יותר. לדוגמא: בתוך שכונת ג'בל אל-מוכבר, לשכונת "נוף ציון" השייכת לייזם יהודי הותרו 135 אחוזי בניה, בעוד שהשכנים הערביים נהנים מ-25 אחוזי בניה מותרת בלבד.

40. מעבר לכך שהשטח המיועד לבניה מצומצם ביותר ואחוזי הבניה המותרת נמוכים במיוחד, קיימים מכשולים נוספים המצמצמים עוד יותר את האפשרות להשיג היתר בניה. הבעיות והקשיים באים לידי ביטוי לכל אורך מסלול התכנון והאכיפה – החל בהכנת התוכניות ובאישורן, דרך אפשרות מימושן בהיתרי בנייה, עבור בפיקוח על הבנייה ובאכיפת חוק התכנון והבנייה, וכלה בהריסות בתים, אם וכאשר התבצעה בנייה ללא היתר.

41. ב-20% מהשטח המיועד למגורים בירושלים המזרחית לא ניתן לממש את הבניה עד שיתבצע תהליך של איחוד וחלוקה מחדש. מהלך זה, הכרוך באיחוד של מספר חלקות פרטיות וחלוקתן מחדש, מתקיים במשרדי עיריית ירושלים מזה קרוב ל-20 שנים. חשוב להדגיש כי המצב התכנוני מוגדר בעיריית ירושלים כ"הקפאה מוחלטת" בכל המתחמים בהם קיימת תכנית איחוד וחלוקה. משמע, לא ניתן לבנות ו/או למכור את הקרקע. יצוין כי באזור ג'בל אל-מוכבר יש חלק קטן של מתחם איחוד וחלוקה אך התוכניות המאושרות דאגו מראש להגבלת אפשרויות הבניה.

42. תוצאה נוספת של המחדל התכנוני המתואר לעיל, הינה חוסר יכולתם של תושבים להתחבר באופן חוקי לרשת המים העירונית. ההסדר החוקי הקיים אוסר על חיבור מבנה, שנבנה ללא היתר בניה, לרשת המים. כתוצאה מכך, יותר ממחצית מתושבי העיר המזרחית (כ-160,000 תושבים) אינם מקבלים אספקת מים חוקית וסדירה. פירוש הדבר: המים זורמים בלחץ נמוך ואספקת המים אינה סדירה. המים במיכלי האגירה חשופים למגוון זיהומים, החל מחיידקים, המתרבים במים עומדים, וכלה במזיקים ובפגרי עופות. המחסור במים מביא להיגיינה ירודה: קושי להתקלח, לשטוף כלים ולנקות את הבתים. אף לא ניתן להתכונן כראוי לתפילה, שכן זו דורשת מים. המחסור במים גורם לתחלואה רבה: בקיץ האחרון התגלו 27 מקרים של צהבת בקרב ילדים. המחסור במים אף גורם לסכסוכים רבים בין התושבים על הנגישות למים.

43. במצב הקיים, המערכת התכנונית ורשויות השלטון אינן מספקות מענה לצורכי הדיור של התושבים הפלסטינים בירושלים המזרחית ואינן מציעות פתרונות לקשיים האובייקטיביים שעומדים בדרכם למימוש זכויותיהם הבסיסיות. בה בעת, מי שבוחר או נאלץ למצוא פתרונות אחרים, ובכלל זה בנייה ללא היתר, עובר על החוק ומסתכן בהריסת ביתו. במלים אחרות: העדר תכנון ראוי, חוסר ההתחשבות של התוכניות הקיימות בגידול האוכלוסייה ובהרכבה והמגבלות החמורות שמטילים גופי התכנון על הבנייה בעיר המזרחית, כל אלה הם הסיבות העיקריות לתופעה הנרחבת של בנייה ללא היתר בירושלים המזרחית. אין מדובר אפוא בפעילות עבריינית לשמה, אלא בכורח המציאות, לאור העדר תכנון נאות ומעודכן, ההולם את צורכי התושבים.

44. בעתירה זו תיערך השוואה בין המצב התכנוני בשכונה לבין המצב התכנוני בשכונות היהודיות הסמוכות, שחלקן נבנו ללא תשתית תכנונית חוקית ובלי היתרי בנייה, ואף על פי כן, לא הוצאו בהן צווי הריסה ועניינן לא הגיע לערכאות משפטיות. ההשוואה חושפת פערים עצומים בכל תחומי התכנון: אחוזי הבנייה, מספר הקומות, הצפיפות (מספר יחידות הדיור לדונם), הקצאת קרקעות לצורכי ציבור, כבישים ועוד. בכל התחומים הללו מתקיימת אפליה תכנונית חמורה נגד התושבים הפלסטינים בשכונת ג'בל מוכבר ערב א-סוואחרה, תוך פגיעה קשה בזכויותיהם.

4.1 המציאות התכנונית בג'בל אל-מוכבר:

4.1.1 השכונה ומאפייניה

45. השכונה, השוכנת על מדרונותיה הדרומיים של ירושלים, מהווה מקום מושבם ומקום מגוריהם של יותר מעשרים אלף תושבים פלסטינים. שכונה זו, שהייתה כפר וסופחה לירושלים ביוני 1967, קיימת מאות שנים. תושביה ברובם המכריע הם ילידי המקום נצר לדורות רבים של תושבי המקום.

ר' "פרק 1: השכונה מאפייניה הפיזיים ואוכלוסייתה", עמ' 9 לחוות הדעת

46. שטחה של השכונה הינו כ-4,600 דונם (ר' סעיף 2.1 לחו"ד התכנונית). אדמות התושבים בשכונה נמצאות בתחום השכונה, והן משאב הקרקע הבלעדי שלהם. אין לתושבי השכונה שום אפשרות מעשית למצוא מקום מגורים חלופי ואו קרקע לבניה מחוץ לגבולות השכונה. דברים אלה מקבלים משנה תוקף לאור העובדה, כי כל השכונות האחרות בירושלים המזרחית סובלות מאותה הבעיה של מחסור ולעתים תכופות העדר כל אפשרות של ניצול קרקע לבניה.

47. בשנת 1967 סופח הכפר לירושלים, והתושבים קיבלו מעמד של "תושבי קבע" במדינת ישראל. הקרקעות הפכו לחלק מהשטח המוניציפאלי של עיריית ירושלים ומתחום התכנון המקומי של המשיבה 3 ותחום התכנון המחוזי של המשיבה 2.

48. הקרקעות בשכונה לא עברו הליך של הסדר ורישום עד לשנת 1967. בשנת 1967 קיבלה ממשלת ישראל החלטה בדבר הקפאת כל הליכי הסדר ורישום הקרקעות בירושלים המזרחית. החלטה זו אושרה על ידי ממשלת ישראל בשנת 2000.

49. העדרו של הסדר הקרקעות ואי רישומן במרשם המקרקעין פגעו פגיעה אנושה בסחירות ובאפשרות הניצול של הקרקע והם מהווים היום גורם מרכזי בחוסר האפשרות לקבלת היתרי בניה, הכול כפי שיפורט להלן.

50. בהעדר רישום והסדר של הקרקעות בשכונה, נותר עניין הבעלות לוט בערפל, כאשר לגבי כל חטיבת קרקע, הבעלות נשתמרה ברוב המקרים מכוח החזקה ובמקרים אחרים מכוח עסקאות בכתב שאינן מדווחות ואינן מופיעות בשום מרשם. לרוב, החלוקה של השכונה לחטיבות קרקע שונות נעשתה באופן היסטורי על פי המשפחות המקוריות בשכונה, או מה שמכונה חלוקה חמולתית. הימים השתנו והמשפחות התערבבו בקשרי נישואין. הקרקעות לא הוסדרו ולא חולקו מגרשים, בהתאם לפקודת הסדר זכויות במקרקעין (נוסח חדש), תשכ"ט-1969.

51. כמו שאר השכונות הערביות בירושלים המזרחית, השכונה סבלה מכל המחדלים והמגבלות אשר יפורטו להלן.

4.1.2 המצב התכנוני

52. באזור השכונה חלות התוכניות הבאות: (1) תוכנית ג'בל מוכבר, ח'רבת בית סאחור שמספרה 2691; (2) תוכנית א-סוואחרה שמספרה 2683 א'; (3) תוכנית מתאר מקומית ירושלים 2000 (שאיננה בתוקף); (4) תוכניות נקודתיות (כ 30 במספר).

ר' "פרק 2: המצב התכנוני", עמ' 13 בחו"ד התכנונית.

א. תוכנית 2691 לג'בל אל-מוכבר

53. תוכנית המתאר הראשונה (הנקראת תוכנית ג'בל אל-מוכבר-ח'ירבת בית סאחור בחו"ד התכנונית), שמספרה 2691, חלה על שטח של כ-580 דונם. הכנתה החלה ב-1978 והיא אושרה למתן תוקף במאי 1987. תוכנית זו חלה על חלק מהשכונה, והיא אושרה כעבור עשרים שנה מאז הופקדו ענייני השכונה בידי המשיבים. כאילו קפא הזמן ובמשך עשרים שנים הוקפאה כל השכונה. גם כאשר אושרה התוכנית לא היה בה מענה לצורכי האוכלוסייה. התוכנית מאופיינת במיעוט שטחים המיועדים למגורים, באחוזי בנייה נמוכים (25% נטו למגרש), במבנים נמוכים (שתי קומות בלבד), בריבוי קרקעות שיעודן שטח נוף פתוח (כ-72%) ובהקצאה אפסית למבני ציבור.

54. קיים פער תהומי בין התוכנית 2691 לבין הצרכים הפרוגרמטיים¹ של התושבים. קיבולת הבנייה של דירות בתוכנית נמצאת בחסר מול צורכי האוכלוסייה. נכון ל-2006, החסר הוא של 64 יחידות דיור², לכ-2,500 התושבים המתגוררים בתחום תוכנית זו. בנוסף, בתוכנית חסרה הקצאה של מבני ציבור עבור מעונות יום, גני טרום חובה ובתי ספר. בשכונה חסרים ייעודי קרקע לכל שאר הצרכים

¹ צורכי האוכלוסייה כפי שהם נגזרים מגודלה ומתוך הגילאים בה.

² גודל האוכלוסייה (2,440 בני אדם) חלקי גודל משפחה ממוצע (5.2 נפשות). התוצאה היא 469 משפחות שמתגוררות ב-396 יחידות דיור בלבד.

הציבוריים: ספרייה עירונית, מגרשי ספורט, מועדון נוער, מרכז יום לקשיש, תחנה לבריאות המשפחה, וזאת בנוסף להעדרם המוחלט של מוסדות חינוך. לא זו אף זו, התוכנית מייעדת יחס בלתי סביר של כ-72% מהקרקעות לשטח נוף פתוח. חרף קיומם של שטחי נוף פתוח בשפע, אין בשכונה ולו מגרש קטן המיועד לשטח ציבורי פתוח, שבו ניתן להקים גינה שכונתית ופינות משחק לילדים. ראייה נוספת על אי התאמתה של התוכנית לצרכי התושבים, היא השיעור הנמוך של השטח המיועד לכבישים (5.04%) לעומת 20%, שהינם השיעור המקובל. שיעור נמוך זה לא מאפשר יצירת מערכת כבישים טובה בטופוגרפיה ההררית המאפיינת את אזור השכונה. מערכת הכבישים המצומצמת מתבססת רק בחלקה על הדרכים הקיימות בשטח. ואחרון חביב, התוכנית מייעדת כ-11 דונם לבית עלמין. בפועל קיים בית קברות, הנמצא בסמוך למסגד המרכזי של השכונה. השטח שהתוכנית מייעדת לבית עלמין רחב יותר מהמתחם המשמש בפועל לקבורה, וכולל כמה מבני מגורים שחלקם הוקמו לפני הכנת התוכנית.

ר' פירוט בסעיף 2.2 לחוות הדעת התכנונית

מקרה ממחיש: ראסם עבידאת

55. מר עבידאת (העותר מס' 1) הקים את ביתו על חלקת אדמה שקיבל מאביו, באזור שרובו שייך למשפחת עבידאת. הבית בן 2 קומות ושטחו כ-106 מ"ר. כמו בשאר חלקי השכונה הכלולים בתכנית מס' 2691, גם באזור מגוריו של מר עבידאת נקבעו 25% בניה בלבד. כך בעצם, ניצל מר עבידאת במלואן את זכויות הבניה המוענקות לו על פי התוכנית הקיימת. בשנת 2003, חלק מהקרקעות השייכות למשפחה, והצמודות לביתו, הופקעו על ידי עיריית ירושלים "לצורכי ציבור".

56. אין ביכולתו של מר עבידאת לבנות לשני בתים משלהם, לא על גג ביתו ולא בקרקעות השייכות למשפחתו, מאחר שאלה כבר הופקעו. בנוסף, מלאי הקרקעות הזמינות לבניה שואף לאפס, ואין בנמצא היצע של דירות למכירה או לשכירות. כמו שאר תושבי השכונה, ניצב מר עבידאת בפני שתי אפשרויות בלתי סבירות: הראשונה, לבנות בניגוד לחוק וללא היתר על גג ביתו, כלומר להסתכן בתשלום קנסות כבדים והליכי הריסה; השנייה, להצטופף יחד עם הבנים ונשותיהם לעתיד בתוך החדרים של ביתו הנוכחי.

57. יצוין כי מצוקת התושבים גדולה שבעתיים מאחר שמדובר בתושבי קבע, ששואבים את מעמדם מכוח הוכחת "מרכז חיים" בירושלים. אם יעתיקו את מקום מגוריהם לאחד הכפרים שמחוץ לירושלים, בגדה המערבית, ראשית ינותק הקשר הפיזי שלהם לירושלים בשל גדר הפרדה, ושנית יישלל לצמיתות מעמדם כתושבי ירושלים. העתקת מגוריהם למקום אחר בתוך ישראל אינה אפשרות מעשית מבחינתם בכלל, לא כלכלית ולא חברתית. **לסיכום, תושבים אלה "לכודים": הם אינם יכולים לבנות בעיר מולדתם, ואינם יכולים לעבור לכל מקום אחר.**

58. עם השנים גילה מר עבידאת, כמו שאר תושבי השכונה, כי ההפקעה (שלטענת העירייה הייתה לצורכי ציבור) נועדה להקמת שכונה יהודית שנקראת "נוף ציון", שצמחה להם בתוך תוכה של השכונה שלהם. היבטי האפליה התכנונית בין השכונה לבין התנחלות נוף ציון מפורטים בסעיף 4.2 של חוות הדעת.

59. בעוד תושבי השכונה נאבקים לקבל שירותים בסיסיים מהעירייה, כגון חיבור מערכת ביוב, תשתיות, תאורה ומעקי בטיחות, קמה לה התנחלות (חלקה הגדול על אדמות שהופקעו מהם), וזוכה תוך זמן קצר לכל השירותים הנדרשים. העירייה סללה דרך גישה עם מדרכות ותאורה כיאות לשכונה ירושלמית טיפוסית. לא זו אף זו, ההתנחלות הצעירה עוד לא אוכלסה, והיא כבר מחוברת למערכת ביוב משלה, דבר אשר תושבי השכונה נאבקים למענו כבר שנים רבות, ונדחים מנימוק של חוסר תקציב.

60. להבדיל מחלקת הקרקע (עליה עומד ביתו של מר עבידאת) הצמודה להתנחלות נוף ציון, נהנית ההתנחלות מכמה פריבילגיות תכנוניות המאפשרות ניצול מקסימאלי של הקרקע ושל זכויות הבניה עליה.

61. התשובה הנפוצה שהתושבים מקבלים כשבאים לבקש מהעירייה להקים מבני ציבור, הינה כי יש מחסור בקרקעות לצורך הקמת מוסדות אלה. חרף העובדה כי העירייה מפקיעה קרקעות מהתושבים ל"צורכי ציבור" כטענתה, אין היא משתמשת בהן לייעוד שלשמו הן הופקעו, אלא הקרקעות משמשות במרוצת השנים להקמת התנחלויות בלב השכונה. בחוות הדעת מצוין שתושב אחד התנגד ונתבע על ידי העירייה. לא זו אף זו, חלק מהשטחים שהופקעו יועדו כשטחי ציבור הנדרשים לתוכנית של נוף ציון, דבר אשר זירז את אישור התוכנית שלה בהליך מקוצר על ידי הוועדה לבניה למגורים (ול"ל) (ר' סעיף 4.2 לחוות הדעת).

ב. תוכנית 2683 א' לשכונת אל-סוואחרה

62. בנוסף לתוכנית הנ"ל, הוכנה תוכנית נוספת לשאר חלקי השכונה ומספרה 2683 א'. אין בתוכנית זו כדי להוסיף הרבה ליכולת הניצול והבניה בתחום השכונה, על אף שתוכנית זו משתרעת על שטח גדול של כ-4,000 דונם.

63. מדובר בתוכנית מתאר עם הוראות חלקיות של תוכנית מפורטת. מתוקף התוכנית ניתן להוציא היתרי בנייה במגרשים הקטנים מדונם. במגרשים ששטחם בין דונם לשישה דונם ניתן להוציא היתרי בנייה בתנאי שהוגשה עבורם תוכנית בינוי לאישור הוועדה המקומית. במגרשים הגדולים משישה דונם ניתן להוציא היתרי בנייה רק לאחר אישורה של תוכנית מפורטת על ידי הוועדה המחוזית.

64. עוד קודם להכנת התכנית, בשנת 1970, הופקעו חלק מהאדמות של תושבי השכונה (כ-2,240 דונם) לטובת בניית שכונת תלפיות מזרח. בתחום שנותר לאחר ההפקעות סומנו בתכנית רוב שטחי השכונה, 69.8%, כשטחי נוף פתוח, שהבניה בהם אסורה. לשטחים אלה מתווספים שטחים שיועדו לצרכי ציבור ושטח לא מתוכנן ובסה"כ 79.5% משטח התכנית אינו ניתן לניצול לצרכי בניה למגורים. תוכנית זו אפשרה הוצאת עשרות היתרי בניה בלבד מאז שנת 1967. בפועל, וכדי שתהיה לתושבים קורת גג, נבנו מאות בתים, רובם המכריע ללא היתרי בניה.

65. משפחת עוויסאת נחשבת לאחת המשפחות הגדולות בשכונה, ובעלותה קרקעות ומגרשים בשטח השכונה.

66. אביו של מר עוויסאת הינו הבעלים של קרקע בשטח כולל של כמה דונמים בגבולות השכונה. מר עוויסאת התחתן בשנת 1983. בשנת 1985 הוא בנה את הבית שבו הוא מתגורר היום עם משפחתו, על קרקע בשטח של כחצי דונם שקיבל מאביו, וזאת לאחר שקיבל את ההיתרים הנדרשים לכך מאת הרשויות המוסמכות. הבית הינו בשטח של 130 מטר ב-25% בניה.

67. עם השנים, משפחתו של מר עוויסאת גדלה וכיום היא מונה בסה"כ 8 נפשות. הוא בן 48 ולו 3 בנים: טארק בן 28 (נשוי ואב לבת), עלי בן 24, אחמד בן 21, ושלוש בנות: ורנא בת 24 והיא נשואה, אינאס בת 17, שדיא בת 9.

68. אין בבעלותו של מר עוויסאת או בבעלות משפחתו אדמות נוספות בשכונה. שכונה זו, כמו שאר השכונות הערביות בירושלים המזרחית, סובלת ממחסור בקרקעות בכלל ובקרקעות זמינות לבניה בפרט. בנוסף, אין בנמצא דירות זמינות להשכרה או למכירה. הדירות המוצעות למכירה או להשכרה במערב העיר אינן זמינות ואינן מהוות אופציה עבור המשפחה (ושאר תושבי ירושלים המזרחית), וזאת משתי סיבות. האחת, יש מגמה ידועה (גלויה וסמויה) שלא להשכיר דירות או למכור אותן לערבים (כולל תושבי ירושלים המזרחית) במערב העיר וגם בשכונות היהודיות בירושלים המזרחית. שנית, גם אם המשפחה רצתה בכך אין ידה משגת לשלם את סכומי העתק הנדרשים עבור שכירת הדירות, והם לא יכולים לעמוד במחירי השכירות הגבוהים מחמת מצב סוציו-אקונומי נמוך מזה שבמערב העיר.

69. הפתרון שהתושבים מצאו למצוקת הדיור הקשה שבה שרויות השכונות בירושלים המזרחית התבטא בכמה אופנים: בניה בלתי חוקית על קרקע בשטח פתוח, בניה תוך חריגה מהיתר בניה, ניצול מקסימאלי של בניינים לרבות סגירת מרפסות, בתי מדרגות ומחסנים לצורך שימוש למגורים.

70. כטבע החיים, כך גם במשפחת עוויסאת, הבן טארק התבגר ונשא לו לאישה את בחירת ליבו. מצוקת הדיור לא פסחה עליו והוא לא הצליח למצוא בית או דירה למגורים. כתוצאה מכך נאלצה המשפחה לשפץ מחסן, הנמצא בקומת הקרקע של הבית, ולהפכו לדירת חדר שתשמש את טארק את אשתו ואת בנו התינוק.

71. גם הבן עלי נמצא בגיל הנישואין וחושב להתחתן בקרוב ולהקים את משפחתו. אולם, מצוקת הדיור מהווה מכשול עיקרי בפניו. אין בפניו חלופות רבות, והאופציה היחידה הינה דחיית נושא הנישואין בתקווה שאולי בעתיד יהיה שינוי כלשהו שיאפשר לו פתרון דיור סביר וחוקי.

72. בית משפחת עוויסאת נמצא ממזרח לכביש האמריקאי בקטע שמדרום לשכונת קונבאר. הבית נבנה בהיתר עוד טרם הושלמה תוכנית המתאר 2683 א' החלה באזור. עיריית ירושלים נתנה היתר בניה לבית במהלך הכנת התוכנית, על סמך טיוטא מאושרת שאפשרה מתן היתרי בנייה באזור בו התכנן

מתמשך (סעיף 77-78 לחוק התכנון והבנייה). זכויות הבנייה הזמניות נקבעו על 25% בנייה וכך אכן נבנה הבית. בסופו של דבר, בתוכנית שאושרה, לא נכלל הבית בשטח המיועד למגורים ונותר, למרות היתר הבנייה, בשטח נוף פתוח האסור לבנייה ופיתוח. בגלל מיקומו של הבית בשטח נוף פתוח, אין אפשרות חוקית להרחיבו ולהגדילו.

73. הדוד והאחים של זכי עוויסאת, אשר מתגוררים סמוך לבית שלו, בנו תוספות בניה לבניינים קיימים. העירייה פתחה נגדם בהליכי פליליים ואף נקטה בהליכי אכיפה. המבנים ותוספות שהוקמו ללא היתר נהרסו, וקרובי משפחתו הנ"ל נאלצו לשלם סכומים גדולים של קנסות בגין הבנייה ללא היתר.

74. על מנת למצוא דרך לאפשר את הרחבת הבתים, פנו מר עוויסאת וקרובי משפחתו הגרים בסביבה לאדריכל שמוליק דוידסון (להלן: "האדריכל"), כדי לטפל בעניין מבחינה תכנונית. האדריכל הכין תוכנית (תב"ע) ששטחה 17 דונם בהתאם לדרישות. מר עוויסאת ואותם תושבים נשאו בנטל ובעלות הכנת התוכנית והטיפול התכנוני. התוכנית הגיעה לדיון בפני הועדה המחוזית, אך היא נדחתה מהנימוק שהשטח הסמוך לכביש האמריקאי יהיה שטח מסחרי, ועל כן לא ניתן לאשר תוכניות לפני שיושלם הליך התכנון של כביש זה. בנוסף, הודיעה העירייה כי כל נושא התכנון באזור התוכנית הנ"ל הועבר לידי אדריכל מטעמה, מר סנאן עבד אל-קאדר, והפנתה את העותר והתושבים האחרים למהנדס זה.

75. בינתיים, אין כל פתרון באופן. הטבעת מתהדקת סביב בית המשפחה. אין ביכולתו של מר עוויסאת לנצל את הקרקע ואפילו לא את גג ביתו (הבנוי בהיתר) לצורך בניית בית לבניו שרוצים להקים תא משפחתי משלהם ולחיות בכבוד. שתי האפשרויות הפתוחות בפני המשפחה הן להצטופף בחדרים הצרים ממילא של ביתם או לבנות ללא היתר בניגוד לחוק.

76. גם באזורים המיועדים למגורים על פי התכנית (המהווים כ 20.5% משטח השכונה), נקבעו אחוזי בניה נמוכים של 37.5% נטו למגרש, בבנייה לגובה של שתי קומות בלבד. אחוזים אלה מקבעים בשכונה צפיפות בניה נמוכה מאוד, בוודאי בהשוואה לצפיפות הבניה שנקבעה בשכונת תלפיות מזרח הסמוכה (150%-170%).

77. בעיה נוספת בתכנית של השכונה היא, שבעת סימון שטחי הנוף הפתוח הרבים בתכנית, לא הייתה התחשבות בהרכב הבעלויות על הקרקע בשכונה. כך נוצר מצב לפיו הקרקעות המתוכננות והמיועדות למגורים מרוכזות בידי מספר מצומצם של חמולות או משפחות גרעיניות, ואילו קרקעותיהן של חלק מהחמולות האחרות אינן מיועדות בתכנית למגורים, או אינן כלולות בתחום התכנית. בנוסף, יש בשכונה משפחות מחוסרות אדמות לחלוטין, שהתכנית אינה מספקת להן מענה.

מקרה ממחיש: אחמד אברהים שקיר

78. מר שקיר הינו בן, עובד כמכונאי רכב והוא תושב השכונה. הוא נשוי ואב ל-3 ילדים: איברהים בן 14, יזן בן 11.5, נידאל בן 5. למר שקיר שני אחים צעירים ממנו ו-4 אחיות.

79. מר שקיר התחתן בשנת 1994, קרי לפני 14 שנים. מאז, הוא מתגורר עם הוריו בבית בן 120 מ"ר אשר נבנה ללא היתר בשנות השבעים. מסביב לבית יש חלקת אדמה בשטח כולל של 2 דונם, אולם אין אפשרות חוקית לנצל קרקע זו לבנייה, מאחר שהיא מוגדרת כשטח נוף פתוח שהבניה בו אסורה.

80. על מנת להתגבר על מצוקת הדיור והצפיפות שבה חיה המשפחה, בנה מר שקיר בשנת 1998 שני חדרים כתוספת בניה. העירייה פתחה נגדו בהליכים משפטיים, הטילה עליו קנס והרסה את שני החדרים. בבית שבו מתגוררת המשפחה קיימת בעיית רטיבות קשה. כתוצאה מכך, סובלת אישתו של מר שקיר ממחלת ריאות ובעיות בדרכי הנשימה. לא זו אף זו, מצבו הירוד של הבית מציב אותו בפני סכנת קריסה.

81. מר שקיר ניסה בכל מאודו לחפש מקום מגורים חלופי, אך ללא הועיל. בשכונה כמו ברוב השכונות בירושלים המזרחית מספר הדירות, המוצעות למכירה מזערי ביותר, וגם אלה המוצעות למכירה רחוקות מהישג ידו של מר שקיר, מאחר שמדובר במחירים גבוהים מאוד. בנוסף, גם בשוק השכירות המצב עגום, ואין ביכולתו של מר שקיר להשיג דירה המתאימה למצבו הכלכלי והמשפחתי. ההיצע של הדירות המיועדות לשכירות מצומצם מאוד, וגם המחירים הינם גבוהים יחסית למשפחה שבה ישנו מפרנס ומצב כלכלי קשה.

82. כתוצאה מהמצב שתואר לעיל, אחיו של מר שקיר שהינם בני 30 ו-28 טרם נישאו. האחים אינם יכולים לנצל את הקרקע של האב, ונאלצים להידחק ולהצטופף בתוך הבית הקטן והרעוע. מר שקיר נאלץ, כתוצאה מכך, להגביל את מספר הנפשות במשפחה, והחליט שאין ביכולתו להביא יותר ילדים לעולם.

83. המעיין בתוכנית המתאר של השכונה יגלה בנקל כי אין מדובר בתוכנית של שכונה אורבנית אחת. מדובר בתוכנית שקיבעה את המגורים כאיים בתוך ים גדול של שטחי "נוף פתוח". במקום שתושבי השכונה והמגורים בשכונה יהוו יחידה אורבנית שבה משולבים שטחי נוף פתוח לצורך איכות החיים, נראה כי השטחים שנועדו לנוף פתוח כולאים את התושבים במתחמים מבודדים ומנותקים אחד ממשנהו.

84. **התוכנית מגבילה באופן משמעותי את אפשרות הבניה של יחידות דיור למגורים.** תקנון תוכנית 2683 א' מגביל את הבנייה לשלוש יחידות דיור לדונם לכל היותר³. הוראה זו מונעת למעשה את ניצול אחוזי הבנייה המותרים לפי התוכנית, אלא אם כן בונים דירות ששטחן הממוצע גדול במיוחד (135 מ"ר). זוהי הגבלה קשה מאוד. הגבלת מספר יחידות הבנייה לדונם מונעת למעשה את האפשרות לנצל כשליש מזכויות הבנייה של התושבים ומכרסמת באחוזי הבנייה שהתוכנית מקנה להם באופן רשמי, כפי שמבהיר החישוב הבא. שטח הבנייה המקסימלי המותר בתוכנית הוא כ-385 אלף מ"ר⁴. בהעדר ההגבלה בעניין הצפיפות, ולפי שטח דירה ממוצע של 78.37 מ"ר, ניתן היה לבנות בשכונה למעלה מ-4,900 יחידות דיור. בשל ההגבלה בעניין הצפיפות (שלוש יחידות דיור לדונם) ניתן לבנות רק 3,327 יחידות, ונמנעת הקמתן של כ-1,573 יחידות דיור נוספות.

ר' עמ' 18 לחוה"ד התכנונית

³ סעיף 8(ז) לתקנון תוכנית 2683 א' קובע כי "לא תותר בניית יותר משלוש יחידות דיור לדונם".
⁴ 37.5% מ-1,031 הדונמים המיועדים למגורים.

85. יתרה מזו, תוכנית 2683 אי אושרה לפני כ-12 שנים, אך התבססה על נתונים שנאספו עשור קודם לכן. יוצא אפוא כי מדובר בתוכנית המיושמת כיום, על סמך מצב תכנוני מלפני למעלה מ-20 שנה. עובדה זו יצרה הקצאה **למבני ציבור** שאינה עונה על הצרכים העכשוויים, קל וחומר לא על הצרכים בעתיד. התוכנית קבעה ייעודי קרקע לצורכי ציבור בהיקף שכבר בשנת 2000 היה בחסר מול צורכי האוכלוסייה הגדלה בקצב מהיר.

86. לדוגמה, התוכנית לא מקצה מגרשים עבור חטיבות ביניים⁵, וגם לא עבור מועדון לקשישים או עבור מרכז יום לקשיש. בנוסף, בתוכנית יש מגרש אחד שמיועד למעון יום ומספיק לשלוש כיתות, בעוד שהצורך נכון להיום הוא של שישה מגרשים עבור 18 כיתות. בתוכנית מוקצים שישה מגרשים ועוד חלק ממגרש משותף לגני ילדים (טרם חובה וחובה יחד) המספיקים ל-19 כיתות גן, בעוד שהצורך נכון להיום הוא של 25 כיתות. התוכנית מייעדת מגרש אחד לשני בתי ספר יסודיים בני תשע כיתות כל אחד בעוד שהצורך נכון להיום הוא למעלה ממאה כיתות. השטח המיועד לבתי הספר קטן ומגיע בערך למחצית השטח התקני (התקן הוא 500 מ"ר לכיתה). כך גם בשטח המיועד לשני בתי ספר תיכוניים. הקצאה נוספת כוללת שני מגרשים למועדוני נוער, חלק של מגרש לתחנה לאם ולילד ולמרפאה ומגרש נוסף כרזרבה.

ר' עמ' 19 לחוה"ד התכנונית

87. תחת זאת, מצאו עורכי התוכנית לנכון, לייעד את רוב המקרקעין הכלולים בתחומי התוכנית **כשטחי "נוף פתוח"**. שטחים אלה נקבעו תוך התעלמות משני גורמי מפתח הקיימים בשטח: חלוקת הבעלויות על הקרקע ובתים הבנויים בפועל. הדבר פגע ביכולת לפתח את הקרקע ולנצלה, ובא על חשבון צרכים אחרים של התושבים. שטחים שייעודם נוף פתוח, נשארו כשטחים מוזנחים, ומעולם לא טופלו על ידי עיריית ירושלים, לא באופן אקסטנסיבי (ניקיון, שמירה על טראסות וכדומה) וכמובן לא באופן אינטנסיבי (פיתוח של גינות שעשועים לרווחת הילדים והוריהם).

88. התוכנית אף איננה נותנת מענה הולם לבעיית התחבורה ולאפשרות פיתוחה. **רשת הכבישים** המתוכננת הינה דלילה יחסית ואינה מסתמכת באופן הולם על הדרכים הקיימות בשטח. דרכים אלו משקפות הסכמה קניינית בין התושבים לבין עצמם, ולכן יש להתבסס עליהן. הסכמה זו יכולה לחסוך התנגדויות מיותרות והליכי הפקעה שהעירייה תיאלץ לנקוט, במידה שתתבקש סלילתו של תוואי כביש בניגוד לרצון התושבים.

89. מחסור נוסף שהיא מקבעת הינו המחסור **בשטח מסחרי**. המתחם המסחרי היחיד לפי התוכנית הוא בן 7 דונם בלבד, וממוקם בקצה השכונה, קרוב לשכונה היהודית תלפיות מזרח. השטח על גודלו ומיקומו אינם מספקים את צורכי המסחר של השכונה. זאת ועוד, שהשטח כולו בבעלות אחת וישנו רק בעל קרקע אחד הנהנה מפירות המסחר.

ר' עמ' 19 לחוה"ד התכנונית

⁵ ייתכן שחטיבת הביניים אמורה להיבנות בשטח המיועד לחטיבות העליונות.

90. התכנון הקיים לפי תוכנית 2683 א' מתעלם מצרכים בסיסיים של תושבי השכונה ויש לשנותו. המצב הקיים כיום בשכונה אינו מצב שמאפשר רמת חיים ראויה.

91. השוואה לשכונות אחרות במערב העיר מלמדת, כי בשום מקום אחר לא הוטלו הגבלות בניה כה גורפות, כפי שהוטלו על תושבי השכונה בשתי התוכניות. **חוסר השוויון בקביעת אחוזי הבניה** משתקף באופן קיצוני עת משווים בין תנאי התכנית של השכונה לתנאי התכנית שנקבעו בתכנית 4558 לשכונת "נוף ציון" - המוקפת על ידי תכנית 2691 אך אינה שייכת לה סטטוטורית. במתחם זה, שבבעלות יהודית, נקבעו אחוזי בניה גבוהים בהרבה: 135% ב-6 קומות. ר' בעניין זה המקרה הממחיש של מר ראסם עבידאת לעיל.

ג. תוכניות נקודתיות

92. כפי שהוסבר לעיל, שתי התוכניות ייעדו את רוב השטח כשטח "נוף פתוח", וכך בעצם אסרו על הבנייה ברוב שטח השכונה. בנוסף, את יתרת השטח הן מאפשרות לפתח למגורים באחוזי בנייה נמוכים. ברם, הצורך ההולך וגובר לבנות הוביל לבנייה ללא היתר או בניגוד לתוכניות הקיימות. באין מוצא, התושבים נאלצו לבנות ללא היתרי בנייה.

93. אחרים ניסו ללכת בדרך החוקית, המתפתלת והארוכה, על ידי הגשת בקשה לשינוי ייעוד הקרקע שבבעלותם למגורים, טרם הגשת בקשה להיתר בנייה. רוב התוכניות הנקודתיות שיזמו בעלי הקרקע לא אושרו, וההליכים התכנוניים בעניינם נעצרו לאחר פתיחת תיק התכנון. תוכניות אחרות נגנזו. רוב התוכניות שקודמו במסלול התכנון נדחו בסופו של דבר, ורק 18 הגיעו לשלב הסופי של אישור למתן תוקף⁶ (ר' המקרה של מר עלי ג'ומעה). בשטח התוכנית 2683 א', שטחן הכולל של התוכניות שאושרו הוא כ-80 דונם ברוטו. השטח למגורים נטו, לאחר הפרשות לצורכי ציבור בשיעור של כ-30%, הוא בערך 55 דונם.

94. רוב התוכניות הנקודתיות הינן ביוזמת בעלי הקרקע. אולם חרף שטחן המצומצם יחסית, מאז שנת 1977 ועד אמצע 2006, אושרו רק **3 שינויים** בתחום תוכניות 2691 ו-2691 א', מתוך 275 תיקי תכנון שנפתחו במחלקת התכנון בעיריית ירושלים⁷. השטח הכולל שאושר לשינוי הינו בסך של 4.79 דונם בלבד.

95. מהאמור לעיל עולה בבירור, כי גם כאשר ניסו התושבים לבחור בדרך החוקית הפתוחה בפניהם, דרך המטילה עול כספי כבד על כתפיהם ורצופה מכשולים רבים, לא עלה בידם בדרך כלל להשיג יותר מאשר פתיחת תיק בניה. הם לא השיגו את מבוקשם (היתר בניה) ומצוקת הדיור לא פסחה עליהם. תושבים אלה הפכו לדוגמא חיה לתושבים אחרים, שראו במו עיניהם כי גם כשבוחרים לפעול במסגרת החוק ולנקוט בהליך הדרוש והיקר, אין בדבר כל תועלת. התופעה גורמת לתסכול וחוסר אונים, ודוחקת בתושבים לפתור את הבעיה בעצמם ולבנות ללא היתר.

⁶ נתון זה כולל תוכניות נקודתיות שקודמו על ידי תושבי השכונה הפלסטינים, ולא תוכניות של הוועדה המקומית ירושלים או של יזמים יהודים, שכמותן יש עוד 12.

⁷ נתונים שהתקבלו ממחלקת התכנון בעיריית ירושלים ביולי 2006.

96. לתסכול הזה הוסיפה האפליה הברורה בטיפול בבקשתם של היזמים והתושבים היהודים, שמקבלים אישורים בהיקפים נרחבים, ואינם נתקלים בקשיים שהעירייה וגורמי התכנון האחרים מציבים בדרכם. כל זאת כאשר מדובר על אותה שכונה ועל אותו מרחב תכנון.

ר' סעיף 2.4, עמ' 20-21 לחו"ד התכנונית

ד. תוכנית מתאר מקומית ירושלים 2000

97. תוכנית המתאר המקומית ירושלים 2000 היא תוכנית המתאר הראשונה לעיר הכוללת את ירושלים המזרחית. בעבר, השכונות של ירושלים המזרחית תוכננו ברמת השכונה בלבד, ללא ראייה תכנונית כוללת. הדבר גרם לכך כי שטחים נרחבים מהשכונות הערביות (ששרדו את ההפקעה לטובת השכונות היהודיות) נותרו ללא תכנון. על שטחים אלה, נותרה התוכנית המנדטורית הגלילית למחוז ירושלים, תוכנית RJ-5, שלפיה ייעוד הקרקע הוא חקלאי וזכויות הבנייה מצומצמות ביותר.

98. מדובר בתוכנית לא תקפה שאף לא הופקדה עדיין. באוקטובר 2008 אושרה התוכנית להפקדה להתנגדות הציבור, אך הפקדתה מעוכבת כבר קרוב לשנה. הדיון בתוכנית (במסגרת עתירה זו) מתקיים לאור חשיבותה, ומאחר שמוסדות התכנון מתייחסים אליה כאל מסמך מנחה, שעל פיו מאשרים ודוחים תוכניות כבר עתה.

99. כפי שעולה מהוראות התוכנית המוצעת, תוכנית זו אינה נותנת מענה לרוב הבעיות של התושבים מבחינת תכנונית. התוכנית היא כללית במהותה ואיננה מפרטת ייעודי קרקע בתחומי השכונות השונות בעיר. אלא היא מסמנת את האזורים שעל פי תוכניות מאושרות מותר בהם פיתוח (מגורים, מבני ציבור, גינות וכדומה), כאזורי מגורים ומוסיפה אפשרויות בנייה בשתי דרכים עיקריות: **ציפוף** (הוספת קומות והגדלת אחוזי הבנייה) ו**עיבוי** (הרחבת השטחים המיועדים לפיתוח).

100. בגיבל אל-מוכבר ערב א-סוואחרה מאפשרת התוכנית **ציפוף**, באמצעות הגדלת אחוזי הבנייה ובנייה לגובה של ארבע קומות.⁸ **התוכנית מציעה ציפוף קיצוני (בין 160 ל-240 אחוזי בנייה) בתוך השכונות הקיימות ומעדיפה ציפוף על פני עיבוי. המטרה היא לנצל מקסימאלית את השטח לגובה, וזאת על מנת להגביל אפשרות להתרחב לרוחב.**

101. בנוסף, חרף העובדה כי תוספת השטח במסגרת העיבוי לא צפויה לפתור כליל את בעיית הבנייה למגורים, בתחומי **תוכנית 2691** (גיבל אל-מוכבר), מקצה תוכנית זו כ-70 דונם להרחבת השטחים המבוינים בשכונה, **הכוללים בתוכם כ-10 דונם מבית הקברות הקיים והפעיל, המסווג כאדמת ווקף.** לא זו אף זו, שאר המקרקעין המיועדים לעיבוי השכונה כוללים **שטח נוף פתוח, שכרבע**

⁸ רוב שטחי השכונה שאינם כלולים באגן החזותי של העיר העתיקה סומנו כאזורים בני ארבע קומות בהם מותר לבנות אפילו 6 קומות, בכפוף לתנאים. התנאים קשים ורק במקומות מעטים ניתן לעמוד בהם. האפשרות לבנות 6 קומות ניתנה כדי להגדיל את המלאי הפוטנציאלי של דירות שהתוכנית נותנת. אך בשל התנאים המגבילים, פוטנציאל זה ברובו בלתי ניתן למימוש.

ממנו מבונה בפועל. לפיכך, שטח העיבוי הריאלי הוא **כ-45 דונם**, קרי כ-64% בלבד מהשטח המוקצה בתוכנית.

102. יחסית לתוכנית 2691, בתחום **תוכנית 2683 א'** (אל-סוואחרה אל עירבייה) המצב טוב יותר. תוכנית ירושלים 2000 מציעה מתחמי עיבוי בשטח כולל של למעלה מאלף דונם כתוספת לשטחי הבינוי בשכונה. עיבויים אלה אמורים לאפשר את הכשרתם של רוב הבנים שהוקמו בשכונה ללא היתרים, במקרקעין שייעודם כיום הוא שטח נוף פתוח. אך גם שיפור זה הינו פוטנציאלי בלבד.

103. תוכנית המתאר מתנה את פיתוח שטחי העיבויים החדשים בתכנון כל עיבוי ועיבוי בשלמות. המשמעות של תנאי זה היא שללא תכנון ממסדי לא ניתן יהיה לפתח את שטחי ההרחבות לשכונות, מאחר ואנשים פרטיים אינם מסוגלים לערוך תכנון לשטחים נרחבים שאינם בבעלותם. לפיכך, גם עתודת הקרקע המיועדות להרחבת השכונות, יוותרו כפוטנציאל בלתי ניתן למימוש.

104. תוכנית המתאר מצויה כעת בשלב ביניים לא מוגדר, מצד אחד היא עומדת לפני הפקדה להתנגדויות ומצד שני הפקדתה מעוכבת כבר זמן רב. מצב ביניים זה הינו גרוע בהרבה מהמצב שקדם לתוכנית מכיוון שכעת נדרשים התושבים לתכנן בעצמם עיבויים שלמים ואילו לפני הסתפקו מוסדות התכנון ב-10 דונם בלבד (ר' סעיף 135 להלן). הן הדרישה לתכנן עיבוי שלם והן הדרישה הקודמת לתכנן בשטח שלא יפחת מעשרה דונם, אינן עולות בקנה אחד עם היכולת החוקית והכלכלית של בעלי קרקע פרטיים.

מקרה ממחיש: עלי מוחמד מוסא ג'ומעה

105. מר ג'ומעה הינו בן 47, עובד כחשמלאי והוא תושב השכונה. הוא נשוי ואב ל-8 ילדים: סנאא בת 22, ח'אוולה בת 20, ספאא בת 16, סיף אל-דין בן 15, ריהאם בת 14, מוחמד בן 13, אסיל בן 11, מראם בת 10, ע'זל בת שנה וחצי.

106. בבעלותו של אביו ושל דודיו קרקעות המצויות בשטח הגדול שממזרח לכביש האמריקאי. השטח כלול בתוכנית 2683 א' ומיועד לשטח נוף פתוח בו אסורה כל בנייה. על הקרקע השייכת לאביו קיים בית השייך לאביו הבנוי באופן חוקי. מר ג'ומעה ואחיו בנו סביב לבית אביהם כל אחד בית משלו, בשטח של כ-80 מ"ר.

107. בשנת 2003 הגיעו נציגים של העירייה ומשרד הפנים לאזור וצילמו את הבתים של משפחת ג'ומעה. בדיעבד התברר כי הצילומים שימשו להגשת כתבי אישום בגין בניה ללא היתר. אותו הליך הסתיים בקנס וניתנה אורכה לצורך השגת היתר בניה.

108. מר ג'ומעה ואחיו שכרו מתכנן אשר הכין עבורם תוכנית מתאר. התוכנית שהוגשה לוועדה המחוזית משנה את ייעוד הקרקע באזור וכוללת את בתיהם בשטח המיועד למגורים. במסגרת התוכנית הם הציעו גם הפרשות לצורכי ציבור. התוכנית שהגישו נדחתה בשנת 2004 בנימוק כי

היא מנוגדת לתוכנית כביש הטבעת המזרחי וקרובה מידי לתוואי הגדר (עוטף ירושלים) העוברת באזור.

109. בתאריך 11/6/07, בשעה 7:00 בבוקר, הגיעו נציגי העירייה עם ציוד כבד על מנת לאכוף צו הריסה לביתו של מר ג'ומעה, שהוא לא ידע על קיומו. הוא ניסה למנוע את ביצוע הצו או לעכב את ביצועו, אך כל מאמציו לא צלחו. העירייה הרסה את הבית עד היסוד, על תכולתו וכל הציוד שבו. נציגי העירייה לא אפשרו למשפחה להוציא ריהוט או אביזרים מהבית, ומלבד חפצים אישיים מעטים מאוד, כל תכולת הבית נקברה תחת ההריסות. משפחתו של מר ג'ומעה עברה להתגורר באוהל מאולתר, שהוקם סמוך להריסות הבית, ואשר נתנם על ידי ארגון הצלב האדום.

110. לאחר כחודש ימים, הוועד נגד הריסת בתים בנה למשפחת ג'ומעה בית, במקום הבית שנהרס, בשטח של כ-75 מ"ר. הבית בנוי מבלוקים, עם גג העשוי מפת.

111. גם נגד הבית החדש פתחה העירייה בהליכי אכיפה, ובתאריך 28/2/08 ניתן צו הריסה סופי שתאריך ביצועו יחל בתאריך 28/4/08.

112. בתאריך 28/4/08, הגיש מר ג'ומעה ערעור על פסק הדין לבית המשפט העליון, וזאת על מנת לבטל את צו ההריסה. כן התבקש כסעד ביניים, לעכב את ביצועו של הצו עד להכרעה בערעור (האם ניתן צו ביניים).

113. בעת כתיבת עתירה זו, ביום שלישי ה-25 לנובמבר 2008, הרסו הרשויות גם בית זה.

114. באזור שבו נמצאת שכונת ג'ומעה, כמעט אין תשתיות. הכבישים רעועים, אין עמודי תאורה ואין שירותי תברואה ופינוי אשפה. יתירה מזו, חרף העובדה שהבית הישן נהרס, העירייה ממשיכה לשלוח למר ג'ומעה דרישות לתשלום ארנונה.

115. חסרון נוסף הינו שרוב השטח שתוכנית ירושלים 2000 מציעה להוסיף לשכונה ג'בל אל-מוכבר **ייועד לצורכי ציבור (מאחר וקיים מחסור עצום), באופן שלבעיית המגורים לא יינתן מענה מספק.** הדבר נובע מעיקרון כללי של התוכנית, לפיו שטחי העיבוי אמורים לתת מענה לצורכי הציבור של השכונה הסמוכה לו, אם קיים בה מחסור במקרקעין שייעודם לצורכי ציבור. בעיה זהה מתעוררת בתוכנית 2683 א', שבה מסומנים שטחים המיועדים למבני ציבור. היקפם של שטחים אלה אינו מספיק, וכתוצאה מכך גם שם ייועדו שטחי העיבוי בחלקם הגדול למבני ציבור.

ר' סעיף 2.5, עמ' 21 לחו"ד התכנונית

116. תוכנית המתאר ירושלים 2000 הגיעה כבר לקיצה, והגיע הזמן להחליפה בתוכנית מתאר חדשה, עניינית, נכונה וצודקת, אשר תגלם בתוכה ותכיל את צורכי האוכלוסייה ואת מורכבותה, כפי שהדבר מתחייב לפי חוק וכפי שמתחייב מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הקובע את זכותו של כל אדם לחיות בכבוד.

4.2 כשלים בירוקרטיים:

4.2.1 עצירת תכנון

117. בשכונת ג'בל מוכבר ערב א-סוואחרה נעצר התכנון לפחות שלוש פעמים: האחת, עם ההצהרה בדבר כוונות לשדרג את הכביש האמריקאי; השנייה, כשהוחלט לפתח את כביש הטבעת המזרחי; והשלישית, כשהוצע לתכנן מחדש את השטח הכלוא ביניהם. עצירות אלה נועדו לקידום תוכניות חדשות. אולם, במקרה של השכונה, עצירת התכנון אינה סבירה ואף מסוכנת, מאחר שהיא לא מוגבלת בזמן והיא נמשכת, למרות שבחלק מהמקרים קידום התוכנית החדשה מתעכב או נעצר.

118. שדרוג הכביש האמריקאי ופיתוחו שימש, במשך שנים רבות, נימוק לדחייתן של תוכניות נקודתיות, שמוגשות ביוזמה פרטית ואשר חלות על מקרקעין הסמוכים לתוואי הכביש. מוסדות התכנון דוחים תוכניות אלו בטענה שהן סותרות את הכוונות ואת התוכניות לשדרוג הכביש האמריקאי ולפיתוחו. מדובר בכביש המהווה אחד מצירי התנועה הראשיים בכיוון צפון-דרום בירושלים המזרחית. הכביש נסלל לפני 1967 על ידי הירדנים, ואורכו כשבעה ק"מ. הכביש עובר בשכונות ג'בל מוכבר ערב א-סוואחרה, ראס אל עמוד, ואדי קדום ושיח' סעד. לאורך הכביש יש עשרות מבני מגורים שבהם מתגוררים מאות תושבים. אך למרות חשיבותו כציר תנועה מרכזי המחבר שכונות רבות, רק בחלקים ממנו הוקמו מדרכות ונקבעה תאורה. בשאר החלקים הכביש האמריקאי הוא דרך צרה ללא מדרכות, תשתיות, תאורה ותחזוקה נאותה, ובמקטע מסוים הוא דרך עפר בלבד. להמחשת הבעיה ראה המקרה של זכי עוויסאת לעיל.

וגם ר' סעיף 3.1, עמ' 27 לחו"ד התכנונית

119. בנימוקים דומים נדחות גם תוכניות נקודתיות באיזור כביש הטבעת המזרחי. תכנונו של הכביש, שאמור להיסלל בשוליים המזרחיים של א-סוואחרה, נמשך כבר שנים אחדות. עד להשלמת התכנון מסרבים מוסדות התכנון להפקיד תוכניות נקודתיות במתחמים הסמוכים, בטענה שאלו עלולות לסכל את מימושו של התכנון העתידי לכביש. להמחשת הבעיה ר' המקרה של עלי ג'ומעה לעיל.

120. עצירה התכנון ואף הקפאתו מקבלות משנה תוקף בשכונה, מאחר שהצורך בפיתוח ובתוכניות חדשות הינו קריטי. הצורך העז לקורת גג, ביחד עם הקפאת התכנון, עלולים להביא להתרחבות הבנייה הספונטנית ללא היתרים, אשר מצדה קובעת עובדות בשטח וכך מקשה על כל תכנון עתידי והופכת אותו מסובך ומורכב יותר.

121. חשוב לציין כי עצירת התכנון בשכונה נעשית באופן סלקטיבי והיא מופנית רק כלפי בניית מגורים לתושבים. בזמן שהתושבים מנועים מלנצל את הקרקעות שבבעלותם ולקדם תכנון כלשהו בקרקעות אלה, בעומק השטח שייעודו נוף פתוח מסתמנת תנופת בנייה ממסדית, שבמסגרתה מוקמים פרויקטים לאומיים ועירוניים גדולים: כביש הטבעת המזרחי ומעבר לו מכשול ההפרדה.

שני הפרויקטים האלה מטילים על סביבתם מגבלות בנייה קשות במרחב שמהווה את עתודות הקרקע היחידות העומדות לרשות תושבי השכונה או הנמצאות בבעלותם.

ר' סעיף 3.19, עמ' 27 לחו"ד התכנונית

4.3 נהלים המגבילים את אפשרויות הבניה בשכונה

- א. הוכחת הבעלות על הקרקע והסדרת רישומה
122. כאילו שאין די במציאות התכנונית העגומה בירושלים המזרחית כדי שגם בשטח המצומצם ביותר שניתן לבקש בו היתרי בניה הוספו מכשולים בירוקראטיים רבים. הקרקעות בגיבל מוכבר ערב א-סוואחרה, כמו באזורים נרחבים נוספים בירושלים המזרחית, אינן מוסדרות ואינן רשומות במרשם המקרקעין על שם בעליהן. **לפי עמדת הוועדה המקומית, ובניגוד לחוק התכנון והבנייה, הוכחת הבעלות על הקרקע היא תנאי להנפקת היתר בנייה.** לאורך השנים נמצאו הסדרים פרקטיים, אשר אפשרו קבלת היתרי בנייה גם ללא רישום בעלות מלא. ואולם, נהלים חדשים שהונהגו החל בשנת 2000 החמירו את הדרישות בדבר הוכחת בעלות על הקרקע ורישום בעלות. נהלים אלה מציבים לעתים מכשולים בלתי עבירים בפני מי שמבקשים היתר בנייה.
123. מאז תחילת שנת 2002 החלה מחלקת המדידות לדרוש מתושבי ירושלים המגישים בקשות להיתרי בניה באזורים שאינם מוסדרים ואינם רשומים במרשם המקרקעין, **להכין תוכנית לצורכי רישום (תצ"ר)**, שהיא תשריט אנליטי על פי נתוני קואורדינטות של קרקע רשומה, **כתנאי לסיומן קווי בניין.** עוד נדרשים התושבים **להמציא התחייבות של עורך דין לרשום את התצ"ר במרשם המקרקעין בתוך חמש שנים.** הדרישה נועדה לאלץ את בעלי הקרקעות לרשום אותן רישום ראשון, וזאת בהתעלם מהסיבוכים הפוליטיים והמשפטיים הנוגעים בדבר – ובראשם בעיית הנפקדות וחששם של התושבים מפני איבוד זכויותיהם בקרקע, במקרה שלא יצליחו להוכיח את הבעלות עליה. זהו תנאי מקדמי לפתיחת תיק רישוי. משמעותו של תנאי זה מקבלת משנה חשיבות לאור העובדה שמרבית אדמות ירושלים המזרחית, כולל בשכונת גיבל אל-מוכבר, הינן מקרקעין בלתי מוסדרים, כך שמוטלת החובה על מגישי התכנוניות להגיש תצ"ר.
124. בפברואר 2009 נרשמה החמרה נוספת, עת נדרשו התושבים להציג מכתב המעיד על פתיחת תיק רישום ברשם המקרקעין כתנאי לקבלת קווי בניין. דרישה זו אומנם בוטלה כעבור מספר חודשים אך בפועל, עורכים פקידי העירייה בעצמם את הברור מול רשם המקרקעין ומונעים קווי בניין מתושבים שלא הצליחו לפתוח תיק רישום. המשמעות להחמרה זו היא כי מתחילת השנה כמעט בלתי אפשרי לפתוח תיק רישוי ולהגיש בקשה להיתר בנייה בקרקעות בלתי רשומות בירושלים.
125. יש לציין כי לפני הפעלתם של הנהלים החדשים דרשה מחלקת המדידות ממי שביקשו היתרי בניה לגבי אדמות לא מוסדרות, להגיש מפת מדידה תואמת לתכנית בנין עיר שחלה על השטח וחתומה על ידי מוכתר הכפר ובעלי הקרקעות הגובלות בקרקע, שלגביה הוגשה הבקשה לקבלת היתר הבניה. כאשר היה מדובר בחלוקת מגרש, שעל פי טיבו אינו רשום במרשם המקרקעין, היה מתבקש תשריט החלוקה החדשה, שהוא תשריט גרפי ולא אנליטי. מחלקת מדידות סימנה קווי

בנין ללא כל דרישה נוספת. הנוהל הקודם אפשר לתושבי ירושלים המזרחית, לכל הפחות, לפתוח תיק רישוי באגף רישוי הבניה, דבר שנמנע מהם היום. ללא פתיחת תיק בקשה להיתר לא ניתן להכשיר את הבניה ולא ניתן לקבל היתר בניה. משמע שלעולם הבניה חשופה להריסה.

126. בנוסף, אף במקרקעין רשומים במרשם המקרקעין, באופן מסורתי הקרקע הייתה נרשמת על שם ראש המשפחה המבוגר, ועל כן, רבים מהרשומים אינם בין החיים כיום. צווי ירושה ניתנו ליורשים שחלקם תושבי ירושלים המזרחית וחלקם נפקדים - תושבי השטחים או תושבי חוץ. על כן, נהיר לכל, כי שינוי רישום במרשם המקרקעין אינו הליך של מה בכך והוא כרוך בבעייתיות נפוצה וידועה לרשויות התכנון והמקרקעין בישראל בכלל ובירושלים המזרחית בפרט. כך עומדים התושבים בשפני שוקת שבורה, באשר הליך הסדר הקרקעות הופסק באופן יזום על ידי מדינת ישראל, אך כפי שתואר לעיל, בפועל נדרשים התושבים לפעול כאילו הליך ההסדר נמשך.

127. הסדרת הקרקעות מגולגלת בעקיפין לפתחם של התושבים עצמם, למרות שהתסבוכת המשפטית-פוליטית איננה פתירה ברמה של ההתנהלות השוטפת בין אזרח לרשות.

ב. אישורים נדרשים מהתושבים הפלסטינים בלבד

(1) אישור אי נפקדות

128. יתרה מזו, תושב ערבי נדרש להמציא **אישור אי נפקדות ביחס לכל הבעלים**, כתנאי לביצוע פעולות הנוגעות להסדר המקרקעין ופעולות בלשכת רישום מקרקעין, כגון רישום הערת אזהרה. משמעות הדבר בפועל היא, שמבקש ההיתר נדרש להוכיח את מקום הימצאותם של כל הבעלים, הנוכחיים והקודמים, ולהוכיח שלא היו או אינם באחת המדינות או בשטחים המקימים חזקת נפקדות לגבי הנכס הממוקם בירושלים המזרחית. דרישה זו הינה בבחינת מכשול נוסף העומד בפני קבלת ההיתר.

(2) אישור בגין תשלום מס רכוש

129. שלא כבמערב ירושלים, תושבי ירושלים המזרחית הערבים נדרשים להמציא **אישור בגין תשלום מס רכוש החל על הקרקע חרף ביטול החובה לשלם מס זה**. כידוע, בעבר חל מס רכוש על קרקע שאין עליה בנין, וזאת במגמה לעודד בעלי קרקע לפתחה. היות שבגלל המצב התכנוני לא ניתן לפתח את הקרקע, הוטל על התושבים מס בשיעור גבוה, וכעת הם נדרשים להוציא אישור שהמס בו היו חייבים לפני ביטול החוק, שולם במלואו. כאמור, תנאי דומה אינו נדרש מתושבי העיר המערבית.

130. כיום הפסיקה רשות המסים לרשום קרקעות בספרי מס רכוש. משמעות הדבר היא מניעת כל אפשרות לפתיחת תיקי היתר בניה בשכונה. מצידה, המשיבה 3 לא חדלה מדרישתה שיומצא אישור רישום בספרי מס רכוש.

131. על מנת לסבר את האוזן נדגיש, כי במהלך שנת 2006 הוגשו 2,398 בקשות להיתרי בנייה, מתוכן 268 בקשות בירושלים המזרחית⁹. כלומר מספר הבקשות להיתרי בנייה בירושלים המזרחית אינו מגיע ל 10% ממספר הבקשות המוגשות במערב העיר, וזאת על אף מצוקת הדיור הקשה פי כמה, הקיימת בירושלים המזרחית.

ג. הטלת עלויות הנחת תשתיות על התושב הפלסטיני

132. לכל אלה מתווספת העובדה, שהתשתיות הפיסיות בירושלים המזרחית אינן מפותחות. העלויות בגין ביצוע תשתיות אלו מוטלות על התושב כתנאי לקבלת היתר בניה (אגרת ביוב ומים, ולעיתים אגרת כביש), ואלה מגיעות לעשרות אלפי שקלים. בהעדר כביש סלול, חרף היותו בתכנית מאושרת, הבקשה למתן היתר בניה כלל לא תתקבל. מצב זה, של העדר בתשתיות מפותחות, נפוץ בכל השכונות הערביות בירושלים המזרחית.

133. הפרוצדורה הארוכה להוצאת היתר בניה והעלויות הגבוהות הכרוכות בדבר הן מנת חלקו של התושב הערבי ואינן חלות על תושבי ירושלים המערבית. הדבר מקבל משנה תוקף, לאור הפער הכלכלי שבין תושבי מערב העיר למזרח, פער שרק הולך וגדל, כתוצאה מניתוק ירושלים המזרחית מעורפה הכלכלי בגדה המערבית על ידי בניית גדר ההפרדה.

ד. דחיית תוכניות נקודתיות ששטחן קטן מ-10 דונם

134. על פי נוהל של לשכת התכנון המחוזית במשרד הפנים, לא תאושר תוכנית המשנה ייעוד קרקע משטח פתוח למגורים במקרה ששטחה פחות מ-10 דונם. האיסור על הגשת תוכניות נקודתיות ששטחן קטן מ-10 דונם מנוסח כך: "בתוכניות המבקשות לשנות ייעוד משטח פתוח ולא משנה הגדרתו (פרטי פתוח, ציבורי פתוח, נוף פתוח) יש לאשר תוכניות בשטח העולה על 10 דונם ולא לאשר תוכניות נקודתיות, וזאת כדי לאפשר הפרשות לצורכי ציבור, מערכת דרכים וראייה כוללת". נוהל זה קיבל, כאמור, ביטוי חמור יותר במסגרת תוכנית המתאר ירושלים 2000 עם הדרישה לתכנון עיבויים שלמים (ר' סעיף 105 לעיל). בפועל, היום, פועלים במוסדות התכנון ע"פ הגירסה המחמירה של תוכנית המתאר ולא ע"פ ההנחיה, החמורה דיה, שקדמה לה.

מצ"ב עותק צילומי של הנוהל הנ"ל ומסומן **כנספח ע/12** לעתירה זו

135. הבעייתיות הטמונה פעולה ע"פ נהלים פנימיים וע"פ תוכניות שטרם אושרו, היא בכך שזכויות בנייה והגבלות המוטלות עליה נקבעות בהליך מינהלי, שאינו חשוף לביקורת הציבור. לאמיתו של דבר, מדובר בנהלים/תוכניות עוקפי תכנון. בהליך התכנוני הקבוע בחוק יש כידוע שלב שבו מפרסמים את התוכנית ומאפשרים לציבור להגיב ולהתנגד. כאשר לשכת התכנון פועלת לפי סדרת

⁹ נתונים שהציג מנהל אגף רישוי ופיקוח בעיריית ירושלים מר צחי כץ, בדיון בועדת הפנים והגנת הסביבה 28/5/08.

נהלים פנימית, או כשהיא פועלת ע"פ תוכנית שטרם אושרה, נשללת מהציבור זכותו החוקית להתנגד.

136. באחד המקרים, נדחתה תוכנית ששטחה כ-600 מ"ר, החלה בחלקה על מקרקעין שהתוכנית שבתוקף מייעדת למגורים ובחלקה על אדמות שייעודן שטח נוף פתוח. הועדה נימקה את הדחייה כדלקמן: "בתוכניות בהיקף קטן מכך (מ-10 דונם, נ.ד.) לא ניתן להתייחס בראייה כוללת לאזור כולו וליצור הפרשות כנדרש לצורכי ציבור, להבטיח רציפות דרכים, שטחים פתוחים וכדומה". ברם אין זה סביר לטעון כי תוכנית ששטחה כה קטן, ואשר מהווה הרחבה לשטח המיועד למגורים ממילא, תהווה מכשול לתכנון כולל בעתיד.

137. כשל נוסף בנוהל זה טמון בהתייחסותו למצב הסטטוטורי-התכנוני של המתחם, תוך התעלמות מהמציאות הקיימת בו בפועל. כך נדחות על הסף גם תוכניות נקודתיות המבקשות לשנות שטח נוף פתוח למגורים באזור שבפועל כבר בנוי בצפיפות. כשמדובר בשטח מבונה בצפיפות (גם אם הבינוי נעשה שלא במסגרת החוק ולא על פי תוכנית שבתוקף), הגבלה שכזו היא בלתי סבירה.

138. נוהל מגביל זה מטיל עומס נוסף על תושב שנגד ביתו צו הריסה ואשר בבעלותו חלקת קרקע קטנה. הוא נדרש על פי הנוהל לפנות אל שכניו ולבקש את הסכמתם לכך שגם אדמותיהם ייכללו בתחום התוכנית. דבר זה מפקיר את התושב כבן ערובה בידי שכניו, הלך רוחם והיחסים ביניהם. מטבע הדברים, מי שנגד בתיהם לא הוצא צו הריסה אינם מעוניינים בתוכנית שכזאת. תכנון עולה כסף רב, ומי שלא נדרש לעשותו על ידי בית המשפט לא יעשה זאת מרצונו החופשי. כך מונע למעשה הנוהל החדש מהנאשם לפעול לפי עצת בית המשפט ומסכל כל אפשרות להתחיל בשלב התכנוני המקדים, שבלעדיו לא ניתן בדרך כלל לזכות בהיתר בנייה. הנוהל החדש מבטיח אפוא כי ברוב-רובם של המקרים לא ניתן יהיה להכשיר חוקית את המבנה וחוסם בפני בעליו את האפשרות העומדת לו בחוק ליזום תוכנית שבסופו של יום, אם תאושר, תסיר את צו ההריסה.

ה. תלות התושבים בהליכים שאין להם כל השפעה עליהם

139. לאגן הניקוז המזרחי של ירושלים, כולל השכונות היהודיות, חסר פתרון ביוב. באגן הניקוז של נחל אוג יש מתקן אחד לטיפול בשפכים, אך הוא אינו עומד בעומס. באגן נחל קדרון, אשר בו ממוקמת שכונת ג'בל מוכבר ערב א-סוואחרה, אין פתרון כלל, והביוב הגולמי זורם בוואדיות אל ים המלח.

140. כצעד ביניים, ועד להשלמת הפתרון לבעיית השפכים, החליטה הוועדה המחוזית להוסיף לכל התוכניות שיאושרו באגן הניקוז המזרחי של ירושלים סעיף הקובע כי "תנאי להיתר בנייה ראשון למגורים יהיה דיווח לוועדה המחוזית בנוגע להתקדמות התכנון והביצוע של מתקן טיהור שפכים (מט"ש) האגן המזרחי של ירושלים".

141. לתושבי השכונה באופן כללי ולמגישי תוכניות בפרט, אין כל השפעה על קצב ההתקדמות בתכנון המט"ש לאגן המזרחי של ירושלים. ובכל זאת, הם תלויים בהתקדמות בתכנון המט"ש ובביצועו, ועד להשלמת הקמתו של המט"ש, נמנעת מהם האפשרות להוציא היתרי בנייה.

4.4 השוואת המצב בשכונה למצב בשכונות יהודיות סמוכות

142. השוואת המצב התכנוני והפיזי של שכונת ג'בל מוכבר ערב א-סוואחרה עם שכונותיה, תלפיות מזרח ונוף ציון, חושפת אפלייתה לרעה ברמת התכנון, בהקצאת שטחים לצורכי ציבור, באפשרויות הבנייה המותרות, באכיפת חוק התכנון והבנייה ובפיתוח השכונה, כפי שיפורט להלן.

א. השוואה לשכונת תלפיות מזרח

143. הן תלפיות מזרח והן ג'בל מוכבר ערב א-סוואחרה נמצאות בשטחים שסופחו לירושלים מיד לאחר כיבוש הגדה המערבית ב-1967. בשתי השכונות לא הייתה תשתית תכנונית קודמת, פרט לתוכנית הגלילית המנדטורית RJ-5, שהגדירה את שטחן כאדמות ביעוד חקלאי. אך בעוד שבג'בל מוכבר נאלצו התושבים להמתין עד להשלמתן של תוכניות המתאר כדי לבנות את בתיהם באישור, בתלפיות מזרח אפשרו רשויות התכנון בנייה בהיקף רחב ללא תכנון. בשכונות היהודיות שנבנו בשטחים שסופחו לירושלים, ובתלפיות מזרח בכללן, נבנו אלפי יחידות דיור ללא היתרי בנייה וללא תוכניות מתאר הקובעות את ייעודי הקרקע ואת התנאים למתן היתרי בנייה. תוכניות המסדירות את ייעודי הקרקע נעשו רק בדיעבד לאחר שהשכונות נבנו ואף אוכלסו.

144. כאמור, המבנים הראשונים בשכונת תלפיות מזרח נבנו ללא בסיס חוקי של תוכניות מתאר וללא היתרי בנייה, ולמרות זאת לא הוצאו נגדם צווי הריסה.

145. נכון ל-2004, בשכונת תלפיות קיימות 4,322 יחידות דיור שבהן חיים 12,439 תושבים. בשכונה יש 455,873 מ"ר בנויים למגורים, שהם כ-25 מ"ר לנפש¹⁰. בשכונה יש כבישים רחבים, פארקים, בתי ספר, גני ילדים, מעונות, מתנ"סים ושאר מבני ציבור. לאחרונה הוכנה עבורה תוכנית מיוחדת, המאפשרת תוספת קומות, תוספת יחידות דיור, הרחבת דירות ובניית מרפסות.

146. ההבדלים ברמת התכנון, בקצב התכנון ובאפשרויות הפיתוח בין תלפיות מזרח לבין ג'בל מוכבר ערב א-סוואחרה יצרו בין שתי השכונות פערים זועקים באיכות הדיור ובאיכות החיים.¹¹ צפיפות האוכלוסייה בתלפיות מזרח גבוהה כמעט פי שלושה מזו שבג'בל מוכבר ערב א-סוואחרה (10.4 תושבים לדונם בתלפיות מזרח לעומת 2.7 תושבים לדונם בג'בל מוכבר ערב א-סוואחרה). לעומת זאת, גודלו הממוצע של משק בית בג'בל מוכבר ערב א-סוואחרה הוא כמעט פי שניים מאשר בתלפיות מזרח (5.2 נפשות למשק בית בג'בל מוכבר ערב א-סוואחרה לעומת 2.8 נפשות למשק

¹⁰ כל הנתונים לקוחים מהשנתון הסטטיסטי לירושלים 2004.

¹¹ החישובים שלהלן מבוססים על נתונים שמקורם בשנתון הסטטיסטי לירושלים 2004.

בית בתלפיות מזרח). בהשוואה לגיבל מוכבר ערב א-סוואחרה, בתלפיות מזרח יש פי 1.9 שטח בנוי לנפש (כ-25 מ"ר לנפש בתלפיות מזרח לעומת כ-13 מ"ר לנפש בשכנתה הערבית).

ר' פרק 4.1, עמ' 33-36 לחוות הדעת התכנונית

ב. השוואה לשכונת נוף ציון

147. שכונת נוף ציון, השוכנת בלב גיבל מוכבר, נמצאת בימים אלה בעיצומה של תנופת בנייה, שבאה לאחר שנים של תכנון ושנים של מאבקים נגדו. הדיון בעניין בנייתה של שכונה יהודית בלב שכונה פלסטינית נסוב בדרך כלל סביב הסוגיה הפוליטית והציבורית, אך מעלה תהיות רבות גם בהקשר התכנוני.

148. השכונה היהודית נוף ציון, כמו שטחה של תוכנית 2691 לגיבל מוכבר, ח'רבת בית סאחור, כלולה בתחום האגן החזותי (כל אזור הנשקף לעין) של העיר העתיקה. השכונה נמצאת על מדרון צפוני וצופה אל העיר העתיקה. התוכנית היוותה שינוי לתוכנית עמ'9, שהגבילה מאוד את הבנייה באגן החזותי של העיר העתיקה. על סמך עיקרון תכנוני זה החליטה הוועדה המקומית כי בגיבל מוכבר, ח'רבת בית סאחור יעמדו אחוזי הבנייה המקסימאליים על 25% וגובה המבנים לא יעלה על שתי קומות. לעומת זאת, בשכונת נוף ציון אושרו כ-130 אחוזי בנייה¹² והקמת מבנים בני שש קומות (שלוש קומות ניצבות מעל שלוש קומות מדורגות).

149. יתרה מזאת, רשויות התכנון לא עמדו על כך שיזם התוכנית יפריש שטחים לצורכי ציבור, כפי שהן דורשות, ובצדק, במקרים דומים. כדי לספק את ייעודי הקרקע הציבוריים הנדרשים בשכונה היהודית סיפחה הוועדה המקומית לתוכנית שטחים שהופקעו מתושבי גיבל מוכבר. להמחשת הבעיה ר' המקרה של ראסם עבידאת לעיל.

ר' פרק 4.2, עמ' 36-38 לחו"ד התכנונית

4.5 סיכום המציאות התכנונית

150. התוכניות החלות בשכונה (גיבל אל מוכבר ואל סוואחרה), ואשר פורטו לעיל, לוקות בחסר ואינן מעניקות פתרון הולם או אפילו מינימלי לבעיות התכנוניות, שאיתן הן היו אמורות להתמודד. להלן סיכום של הבעיות הנ"ל:

- **העדר קרקע לבנייה:** נכון לסוף 2006, השטחים המיועדים לבנייה בתוכנית 2691 (לגיבל מוכבר) מנוצלים עד תום, ואילו בתוכנית 2683 א' (לא-סוואחרה) המקרקעין שמיועדים לבנייה צפויים להתמלא בעשור הקרוב.¹³

¹² לאמיתו של דבר, אחוזי הבנייה המותרים גבוהים יותר ומגיעים ל-135%, כפי שיוסבר בהמשך.
¹³ ראו פירוט בהמשך.

- **ריבוי שטחי נוף פתוח**: בתוכניות לשכונה נעשתה הקצאת קרקע בלתי סבירה לשטחי נוף פתוח. באחת התוכניות נקבעו למעלה מ-70% כשטח נוף פתוח, ובשנייה כ-60%. אלו הן התוכניות בעלות אחוז שטחי נוף פתוח הגבוה ביותר בכל ירושלים.
- **אחוזי בנייה נמוכים**: בתוכניות נקבעו אחוזי בנייה נמוכים במיוחד, כשהנימוק הרשמי לכך הוא הרצון לשמור על אופייה הכפרי של השכונה. בתחום תוכנית 2691 אחוזי הבנייה המקסימליים המותרים הם 25% נטו למגרש, ובתוכנית 2683א' - 37.5% נטו למגרש. אחוזי הבנייה הנמוכים יוצרים מחסור בהקצאה ליחידות דיור.
- **אי הקצאה מספיקה של שטחים לצורכי ציבור**: תוכנית 2691 מקצה מגרש אחד בלבד למבנה ציבור, וגם תוכנית 2683א' לא כוללת שטחים למבני ציבור בהיקף שעונה על צורכי הקהילה. שתי התוכניות אינן מקצות קרקעות לשטחים ציבוריים פתוחים, למרות ריבוי שטחי הנוף הפתוח בהן.¹⁴
- **אי התאמת התכנון למבנה הבעלויות על הקרקע**: קביעת אזורי הפיתוח בתוכניות נעשתה ללא התחשבות במבנה הבעלויות על הקרקע. כך נוצר מצב שבאזורים מסוימים יש קרקע המיועדת לפיתוח, אך אין מי שיוכל לפתחה - בין אם משום שבעל הקרקע גר בשכונה אחרת, ובין אם מאחר שהוא חי מחוץ לירושלים. בה בעת, תושבים אחרים החיים בשכונה ומעוניינים לבנות על אדמתם מנועים מלעשות זאת, משום שהתוכניות כללו את קרקעותיהם בשטחי הנוף הפתוח הנרחבים.
- **תכנון לקוי של דרכים**: מערכת הדרכים המתוכננת מתבססת רק בחלקה על הדרכים הקיימות בשטח. מבחינה תכנונית, יש חשיבות גדולה בהיצמדות אל הדרכים הקיימות. במקומות שבהם סוטה תוואי הדרכים המתוכננות מהדרכים הקיימות בפועל ועובר בקרקעות פרטיות, תוואי זה הוא במקרים רבים בלתי רלוונטי, שכן כבר הוקמו בו מבני מגורים. הדבר מדגים את החשיבות הטמונה בהתייחסות למבנה הבעלויות על הקרקע ולשימושים הקיימים בכפר כבר בשלב התכנון.
- הנהלים החלים החלים בשכונת גיבל מוכבר א-סוואחרה, ואשר גורמים לכך שבנייה בהיתר נמצאת מחוץ להישג ידם של התושבים, הם:
- **עצירת התכנון בשכונה עד לקידום תכנון כולל**: הוועדה המחוזית התחילה לאחרונה לקדם תוכנית חדשה לשכונה. במסגרת זאת החליטה הוועדה המחוזית לעצור כל תכנון אחר בשטחים שממזרח לכביש האמריקאי, אשר עובר בשכונה, וזאת עד קידום התוכנית החדשה. הקפאת התכנון איננה מוגבלת בזמן או לשלב מסוים בהליכי הקידום של התוכנית החדשה. ככל שהכוונה היא לעצור תכנון אחר עד להשלמת התוכנית החדשה, אזי מדובר בתקופה של מספר שנים.

¹⁴ שטח ציבורי פתוח (שצ"פ) נבדל משטח נוף פתוח בכך שהעירייה רשאית להפקיע שצ"פ מבעליו ולהכשירו לשימוש הציבור.

- **הכביש האמריקאי:** זה שנים אחדות שעיריית ירושלים מצהירה על כוונתיה לשדרג את הכביש האמריקאי, המהווה את אחד מצירי צפון-דרום הראשיים במזרח העיר. לאורך הכביש, שעובר בשכונות ג'בל מוכבר ערב א-סוואחרה, ראס אל עמוד, ואדי קדום ושיח' סעד, קיימים עשרות מבני מגורים, שבהם מתגוררים מאות מתושבי ירושלים המזרחית. תוכניות בינוי עיר נקודתיות, המוגשות ביוזמה פרטית, נדחות על ידי הוועדה המקומית בטענה שהן סותרות כוונות לשדרוג הכביש האמריקאי ולפיתוחו.

- **אי מימוש השטחים המעטים המוקצים לצורכי ציבור:** עיריית ירושלים מיעטה לממש את השטחים המיועדים לצורכי ציבור בתוכניות לג'בל מוכבר ערב א-סוואחרה. בתוכנית 2691 יש מגרש קטן המיועד לגן ילדים, אך זה לא מומש מעולם, ובתוכנית 2683 א' מומשו רק המגרשים המיועדים לבתי ספר והדרכים המובילות אליהם. שאר השטחים הציבוריים בתוכנית לא מומשו. ככל שהזמן עובר ומצוקת הדיור בשכונה גדלה, מוקמים עוד ועוד מבני מגורים בשטח, בין השאר בקרקעות שמיועדות בתוכנית לצורכי ציבור. מציאות זאת הופכת את התוכנית, ככל שהיא נוגעת לצורכי ציבור, לבלתי ישימה.

● נהלים נוספים, שאינם ייחודיים לשכונת ג'בל מוכבר ערב א-סוואחרה, מגבילים עוד יותר את אפשרויות הבנייה בה:

- **דחייה אוטומטית של תוכניות נקודתיות החלות על שטח של פחות מ-10 דונם:** לפי הנחיה של לשכת התכנון המחוזית במשרד הפנים, אין לאשר תוכנית המשנה ייעוד קרקע מנוף פתוח למגורים במקרה ששטחה קטן מ-10 דונם. בחודשים האחרונים הוגשו לוועדה המחוזית כמה תוכניות נקודתיות בשכונת ג'בל מוכבר ערב א-סוואחרה, אשר מבקשות לשנות את ייעוד הקרקע משטח נוף פתוח למגורים. התוכניות נדחו על סמך הנוהל החדש ובטענה כי שטחן פחות מ-10 דונם. הנוהל הוא כה שרירותי, עד שהוא מתעלם לחלוטין מהמצב הקיים בפועל זה זמן רב. כך נדחות גם תוכניות נקודתיות, המבקשות לשנות ייעוד שטח נוף פתוח למגורים באזור שבפועל בנוי בצפיפות.

- **פתרון ביוב לאגן נחל קדרון:** לאגן הניקוז המזרחי של ירושלים, כולל השכונות היהודיות, חסר פתרון ביוב. הוועדה המחוזית החליטה כי עד למציאת הפתרון יוכנס לתוכניות שיאושרו באגן הניקוז המזרחי סעיף הקובע כי "תנאי להיתר בנייה ראשון למגורים יהיה דיווח לוועדה המחוזית בנוגע להתקדמות התכנון והביצוע של מט"ש [מתקן טיהור שפכים] האגן המזרחי של ירושלים".¹⁵ זאת למרות שלמגישי התוכניות הנקודתיות בג'בל מוכבר ערב א-סוואחרה, שהם גורמים פרטיים בעלי קרקע, אין כל השפעה על קצב ההתקדמות בתכנון המט"ש לאגן המזרחי של ירושלים. אף על פי כן, עיכובים בהתקדמות התכנון של המט"ש ובביצועו עלולים למנוע מהם היתרי בנייה בהווה ובעתיד.

¹⁵ פרוטוקול ישיבת הוועדה המחוזית מחוז ירושלים מס' 2006007 מה-11.7.2006, סעיף 4.

- **הוכחת הבעלות על הקרקע והסדרת רישומה:** הקרקעות בגיבל מוכבר ערב א-סוואחרה, כמו באיזורים נרחבים אחרים בירושלים המזרחית, אינן מוסדרות. מאז תחילת 2002 התחילה הוועדה המקומית לדרוש מתושבים, המגוישים בקשות להיתרי בנייה באזורים שאינם מוסדרים, להכין תוכנית לצורכי רישום (תצ"ר) כתנאי לקבלת היתר בנייה, ולהמציא התחייבות עורך דין לרשום את התצ"ר בתוך חמש שנים במרשם המקרקעין. הדרישה נועדה לחייב את בעלי הקרקעות לרשום אותן רישום ראשון, וזאת בהתעלם מהקשיים הפוליטיים והמשפטיים הכרוכים בדבר – ובראשם בעיית הנפקדות והחשש של התושבים מפני איבוד הזכויות בקרקע.

ר' סעיף 2.6, עמ' 24-26 לחו"ד התכנונית

- **אי יכולת להתחבר באופן חוקי לרשת המים העירונית:** כך בעצם נותרים כ-65% מתושבי העיר המזרחית (כ-160,000 תושבים) ללא אספקת מים חוקית וסדירה.

4.6 הריסת הבתים ומדיניות האכיפה:

151. על אף קיומה של תשתית תכנונית מפלה ובלתי מספקת, שאליה מתווספים מכשולים בירוקרטיים ההופכים השגת היתר בניה למשימה כמעט בלתי אפשרית, גלגלי אכיפת החוק אינם נעצרים. רבים מהבתים של תושבי השכונה נהרסו במהלך השנים והם ממשיכים להיהרס. תושבי השכונה ממשיכים להיגרר לבתי משפט, להצטוות להרוס בתיהם ולקרוס תחת עול הקנסות הכספיים המוטלים בגין ביצוע עבירות על חוק התכנון והבניה. זאת, גם כאשר אין להם חלופת מגורים סבירה, כאמור לעיל, והרשויות, לרבות רשויות התכנון, אף מכירות בכך שהתכנון הקיים לשכונה אינו ראוי, ולו באופן מינימאלי, ואינו מספק את הצרכים של תושבי השכונה.

152. להלן מספר נתונים רלבנטיים על אכיפת דיני התכנון והבנייה בשכונה. משנת 2000 ועד אמצע 2006 נפתחו כ-560 הליכים נגד בנייה ללא היתרים. בשנים אלה, הרסו הרשויות 37 מבנים בשכונת גיבל מוכבר ערב א-סוואחרה: 25 בתים הרסה הוועדה המקומית ו-12 מבנים הרסה הוועדה המחוזית במשרד הפנים. באותן שנים הוצאו 129 צווי הריסה לבתים בשכונה ונפתחו כ-400 תיקים בבתי המשפט, שעניינם בנייה ללא היתר או בניגוד לו (כולל כתבי אישום שהוגשו במקרים שבהם תושבים לא צייתו להחלטותיו של בית המשפט ולא הרסו את המבנים שהקימו).

ר' טבלה בעמ' 39 לחו"ד התכנונית

153. ע"פ נתונים של מכון ירושלים לחקר ישראל, נכון לסוף שנת 2006 היו בשכונה 2,987 יחידות דיור. נתון זה אינו חופף למשקי בית או למספר המשפחות הגרעיניות מכיוון שהוא מתעלם ממצב לפיו חיות מספר משפחות בבית אחד כמו במקרה של איברהים שקיר לעיל. נתונים אלו, בהשוואה וביחס לגודלה של אוכלוסיית השכונה וביחס למספר הנמוך של הבתים שנבנו בה בהיתר, מהווים הוכחה חותכת למדיניות האכיפה הדרקונית, המתבססת על מצב משפטי ותכנוני שנוצר כתוצאה ממחדלי הרשויות.

154. יתרה מזו, העובדה שהאכיפה הדרקונית נכשלה כשלון חרוץ עד כה בהשגת המטרה המוצהרת של אכיפת החוק, מעידה יותר מכל על מהות הבעיה כבעיה מבנית ומערכתית, שפתרונה לא טמון באכיפה, אלא בתכנון ראוי. רק במצב שבו ניתן מענה הולם וסביר לצרכים התכנוניים של האוכלוסייה על ידי הרשויות, ישנה לגיטימיות לאכיפת החוק על ידי אותן רשויות.

155. השכונה, כמו יתר השכונות הערביות בירושלים המזרחית, סבלה וסובלת מפערים עצומים לעומת השכונות בירושלים המערבית לא רק בתכנון אלא גם באכיפה של דיני התכנון והבניה. השימוש בצווי הריסה מנהליים בירושלים נעשה בעיקר נגד בנייה בשכונות הערביות. בין השנים 1999-2008 בוצעו 688 הריסות בירושלים המזרחית. 562 מהן בוצעו על ידי עיריית ירושלים, ו-126 בוצעו על ידי משרד הפנים¹⁶.

156. למעשה, תושבי השכונה נענשים פעמיים: פעם אחת בכך שהם אינם נהנים ממסגרת תכנונית ראויה לשכונתם, וכך חייבים הם לשכור בתשלום את שירותיו של מתכנן או אדריכל, בין אם לצורך הגשת בקשה להיתר בנייה ובין אם לצורך הכנת תוכנית נקודתית; ופעם שנייה בכך שמוטלות עליהם סנקציות עונשיות, בצורת צווי הריסה על בניה שלא בהתאם לתכנית, וכאן עליהם לגייס כספים על מנת לשלם עבור שכ"ט וקנסות, ואם צו ההריסה יבוצע, לשלם עבור בניית קורת גג חדשה. לכך מתווספים כמובן עוגמת הנפש הנגרמת מהריסת הבית, וכן המתח התמידי המלווה את מי שיודע שביתו בסכנת הריסה.

5. הטיעון המשפטי:

5.1 פגיעה בעיקרון שלטון החוק

157. מקום בו כשלו המשיבים במילוי חובתם החוקית להניח תשתית תכנונית ראויה, מנועים הם מלפעול נגד הבניה הבלתי-מוסדרת של תושבי השכונה.

158. הפעלת הסנקציות העונשיות ושימוש בסמכות של הוצאת צווי הריסה מנהליים וביצועם על ידי המשיבים, במקום בו לא מילאו המשיבים את חובתם החוקית הקודמת ולא אפשרו הוצאת היתרי בניה בכמות ובאופן המספקים את צרכי הדיור של האוכלוסייה, מהווים שימוש לרעה בסמכות שלטונית ופוגעים בשלטון החוק.

159. המשך הוצאת צווי הריסה וביצועם בשכונה, לאחר שחלפו ארבעים שנה מאז שהופקדו המשיבים על ניהול חייהם של תושבי השכונה וכשלו כשלון מוחץ בהנחת תשתית תכנונית ראויה, הכול כמפורט לעיל ובחוות הדעת המצורפת, מהווים מדיניות פסולה ובלתי חוקית.

160. המשיבים אינם רשאים להפעיל באופן סלקטיבי את סמכויותיהם לפי חוק התכנון והבניה, שהוא מקשה אחת, כאשר סמכויות האכיפה והענישה מטרתן להשלים את סמכויות התכנון וליתן להן תוקף ומשמעות, אך לא לבוא במקומן. על כן, ובטרם יפעילו את פרק העונשין בחוק ויטילו

¹⁶ ר' בצלם: http://www.btselem.org/hebrew/Planning_and_Building/East_Jerusalem_Statistics.asp

סטיגמה של עבריינות על תושבים הבונים ללא היתר, חובה עליהם לספק תשתית תכנונית ומינהלית ממשית שתאפשר בניה בהיתר. המשיבים אינם רשאים להעמיד תושבים במצב של בחירה בין היעדר קורת גג לבניה ללא היתר.

161. חובתם החוקית והחוקתית של המשיבים היא, קודם כל להכין תוכניות בניה הולמות אשר עונות על צרכיה של האוכלוסייה. תוכניות אלו חייבות לקחת בחשבון את כל הנתונים הרלוונטים לגבי השכונה: מורכבותה, הרקע ההיסטורי שלה, מצוקת הדיוור הקיימת בה, המחסור בשטחים המיועדים לבניית מגורים, לשטחים ציבוריים לפנאי ולשטחים לתעסוקה, ולמבני ציבור.

162. בע"פ (ת"א) 80137/07 מוסא דכה נ' עיריית ת"א (טרם פורסם, 4/2/08) התעוררה סוגיה דומה לזו הנדונה בעתירה דנן. עיריית תל אביב עוסקת בהכנת תכנית בינוי-פינוי בשכונת פרדס דכה מזה למעלה מעשר שנים, ובמהלך כל התקופה הזאת נמנעה העירייה מלדון בבקשות להיתרי בנייה, לאור החשש שמא לא יתאמו ההיתרים את התכנית העתידית. כתוצאה ממדיניות זו, תושבי שכונת פרדס דכה ביפו אינם יכולים לממש או לנצל את רכושם כדין. יצוין כי על פסה"ד בעניין דכה לעיל, הוגש ערעור ברשות, אך טרם ניתן פסק דין בערעור.

163. השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן ניסחה כך את השאלה אשר עמדה בפניה: "השאלה המתעוררת בערעור זה היא האם רשאים רשות התכנון המקומית, המשיבה, להוציא צווי הריסה מינהליים, להגיש כתבי אישום, ולבצע גזרי דין של הריסה שמועד ביצועם נדחה בהסכמתה בכדי לאפשר לנאשמים להסדיר את ההיתר, כאשר באותה עת, מכוח הליכי תכנון, מוקפא המצב התכנוני ולא ניתן להגיש בקשה כלשהי להיתר בניה, וזאת במשך למעלה מעשר שנים?".

164. בהשיבה לשאלה הנ"ל, קבעה השופטת בין היתר כדלקמן (ר' סעיף 6):

"שלטון החוק מחייב גם שלא יענישו אדם, אלא מקום שיכול היה לפעול באופן חוקי ובחר שלא לעשות כן (ראו את הדרישות בחוק העונשין ליסוד נפשי ושליטת האחריות במקרה של אוטומטיזם. עוד ראו ב' ברכה, "עיקרון שילטון החוק" בתוך: מ' גלעדי, א' בו-זאב, ד' טילינגר, עורכים, מבלי לפגוע בזכויות – פרקי לימוד בדמוקרטיה וזכויות האדם (חיפה, 1989), 158, 159).

עקרון שלטון החוק המהותי ומחויבותנו למשפט נובעת, בין השאר מהיות המשפט קוהרנטי ומוצדק (ראו לעניין זה: Ronald Dworkin, "Law's Empire" 164-258 (1986)). אין זה סביר להוציא צווי הריסה מנהליים או להגיש כתבי אישום מקום בו למעשה מממשים אנשים את זכות הקניין שלהם, בהעדר כל אפשרות מעשית להוציא היתר, או להגיש בקשה להיתר, תוך זמן סביר. יש להעמיד לדין או לצוות על הריסה רק מקום שבפני אדם היו שתי אפשרויות פעולה, חוקית ובלתי חוקית והוא בחר בבלתי חוקית. זהו עקרון שלטון החוק. אמנם במקרה זה המערער בנה ולא ניסה לבקש היתר, אך אין בכך כדי להשפיע על התוצאה כי גם לו היה מבקש היה נדחה, כפי שקרה בפועל כאשר ביקש (ההדגשה הוספה, ג.ד.).

ובהמשך היא כותבת כדלקמן:

"במקרה זה רשות התכנון עצמה, עיריית תל-אביב, מחזיקה שכונה שלמה כבני ערובה ואינה מסיימת את הכנת התכנית או לחילופין, מכינה תכנית חילופית או חוזרת לתכנית הקיימת. במצב דברים זה שלטון החוק נפגע דווקא מפעולותיה, או יותר נכון, חוסר העשייה של המשיבה.

על חובת הרשות עמד כב' השופט זוסמן בבג"ץ 192/61 קלו נ' עיריית בת-ים פ"ד כ (2) 327, פתח העותר אתליז בלא שביקש רישיון. משביקש רישיון, נענה מן העירייה כי בקשתו לא תידון הואיל ו"פתח את האטליז ללא רישיון ועשה דין לעצמו". השופט זוסמן קבע (בעמ' 1858):
"... העירייה חייבת לדון בבקשת רישיון שהוגשה אליה, ולהחליט בגופו של ענין, תהא התנהגות המבקש אשר תהא. החלטתה של ועדת הרשיונות של העירייה שלא תדון בבקשת המבקש, הואיל והוא פתח את החנות ללא רישיון היא למורת רוחי, ומה גם שהמבקש כבר הובא בפלילים בשל המעשה והורשע בעבירה על הפקודה הנ"ל. רשות מקומית חייבת לשמש דוגמה לאזרחיה בשמירה קפדנית על החוק, שאם לא תעשה כן ילמד האזרח היתר לנהוג כמוה. החלטת ועדת הרשיונות מיום 25.6.61 התנכרה לחובה זו..." (הדגשה שלי – מ' א' ג').

יש לציין כי באותו מקרה קיבל העותר סעד על אף שהגיע לבית המשפט לאחר שנקט בסעד עצמי ופתח את האטליז, אך מבוקשו ניתן לו לאור הסחבת שנקטה העירייה באותו עניין. **על כן שלטון החוק בכלל וכאשר מדובר בזכויות קניין בפרט, מחייב לא להוציא כלל צווי הריסה או להגיש כתבי אישום מקום בו לא ניתן להגיש בקשה להיתר בניה, או לכל הפחות להוציא צווי הריסה שמועד ביצועם ידחה למועד שהוא תקופה סבירה לאחר המועד בו ניתן להגיש בקשה להיתר בניה.** אחרת גם האזרח שומר החוק, יקבל צו הריסה, יפנה לקבל היתר, יתברר לו כי לא ניתן להגיש היתר, וקרובים אנו לתאור בספרו של פרנץ קפקא שכתב בספרו **המשפט**: "כאן לא יכול איש מלבדך לקבל את רשות הכניסה, כי השער הזה רק בשבילך נועד. עכשיו אני הולך לסוגר אותו" (תרגום: ישורון קשת). במצב זה עומד המערער שלפניי."

165. כי הדברים יפים גם לעניין שכונת ג'בל אל-מוכבר, מאחר שלא עומדת בפני תושביה אפשרות חוקית לקבל היתרי בניה. אילו הייתה אפשרות כזאת היו בוחרים בה. אולם, האפשרות היחידה שעמדה ועדיין עומדת בפניהם הינה לתת מענה למצוקת הדיור שבה הם שרויים על ידי בנייה ללא היתר.

5.2 החובה לתכנן בתוך זמן סביר

166. חוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק התכנון והבנייה") קובע את האיזון בין הזכות של אדם לעשות ברכושו כרצונו, לרבות האפשרויות לבנות על המקרקעין שלו ככל העולה על רוחו, לבין צרכיה של החברה המחייבים הטלת מגבלות ניכרות על פעולות הבנייה של אדם במקרקעין שלו. לא ייתכן מצב לפיו לא יתאפשר לאדם לנצל את הרכושו שהנמצא בבעלותו רק מחמת מחדלה של רשות הנמנעת מהכנת תוכניות המאפשרות את ניצול משאב זה, וגם לא ייתכן מצב לפיו כל אדם יעשה כל שעולה על רוחו בצורה שתמנע ניצול משותף של המשאבים. במסגרת איזון איזה, עד שנת 1995, חוק התכנון והבנייה הטיל חובה על הרשות המוסמכת לפעול ולהכין תוכניות, וקבע מועדים (עד 3 שנים) לביצוע חובה זו (סעיף 62 ו-109א' לחוק).

167. יוצא אפוא, כי עד לשנת 1995, עת החובה לתכנן הייתה חובה מפורשת ומעוגנת בהוראות חוק התכנון והבנייה, הפרו המשיבים את חובתם המעוגנת בחוק, ולא טרחו להכין תוכניות בהתאם לחוק ובמסגרת הזמן שנקבע לכך.

168. בשנת 1995 תוקן החוק, והחובה לתכנן הפכה לסמכות ברשות. אולם חובתם של מוסדות התכנון עולה עדיין מתכליתו של חוק התכנון והבנייה והיא אף מתחייבת מהעיקרון הפשוט של השכל

הישר, שעל פיו כל רשות מנהלית מחויבת לפעול לשם מילוי תפקידה שלשמו הוקמה, בדרך של הגינות, תום לב ונאמנות לציבור שאותו היא נועדה לשרת.

169. כבר מזמן הפכה הפרשנות התכליתית לחוק לאבן יסוד בשיטת המשפט הישראלית, וכך נאמר בספרו של פרופ' אהרן ברק, פרשנות במשפט, כרך שני בעמ' 1785 (1993):

"כלל התכלית קובע, כי את לשון החקיקה יש לפרש באופן שיגשים את תכליתה... זהו כלל התכלית, אשר מעמיד את התכלית כלל הפרשני המרכזי. זוהי אמת המידה העיקרית על פיה ניתן מובן לטקסט משפטי. זהו כוכב הצפון של הפרשנות, והציר עליו היא סובבת. זהו עקרון העל של הפרשנות".

כלל זה של הפרשנות התכליתית, עובר כחוט השני בפסיקתם של בתי המשפט בישראל, והוא העיקרון היסודי לכל פרשנות חקיקה. עמד על כך השופט זוסמן בד"נ 13/67 "בחן" **חברה לביטוח בע"מ חיפה נ' רוזנצוויג**, פ"ד כב (1) 569, 577 (1968) באומרו:

"תהא אשר תהא שיטת הפרשנות, מאחורי לשון המחוקק עומדת תמיד מטרת החיקוק, ומשעלה בידינו לחשפה, הרי היא נותנת מצביונה לדיבור ומאפשרת לנו לקבוע משמעותו של החיקוק"

ועל אותו רעיון חוזר השופט זוסמן בע"א 481/73 **רוזנברג נ' שטסל**, פ"ד כט (1) 505, 516 (1974):
"חוק הוא מכשיר לשם ביצועה של מטרה תחיקתית, ולכן צריך פרשנות לפי המטרה הגלומה בו".

170. יתר על כן, גם אילו הייתה סמכותם של המשיבים ליזום הליך תכנוני ראוי בגדר סמכות רשות בלבד הנתונה לשיקול דעתם, הרי שבנסיבות ענייננו לפיו יש צורך בתכנון הולם ותכנון זה לא נעשה, רשאי פירושו חייב וסמכות זו הפכה לסמכות חובה שיש להפעילה, וזאת לאור המצב הקיצוני והבלתי סביר אליו נקלעה אוכלוסיית ג'בל אל-מוכבר לאור מחדליהם של המשיבים. הרי סמכות מוענקת לרשות על מנת שזו תפעיל אותה, כדי לשרת את תכלית הסמכות. הפסיקה עמדה על כך שבנסיבות מסוימות סמכות שבשיקול דעת הופכת לסמכות שחובה להפעילה, כדברי הנשיא שמגר (כתוארו אז):

"סמכות הרשות הופכת לסמכות שבחובה, כאשר הנסיבות העובדתיות הן כאלה שערכי היסוד של השיטה החוקתית והמשפטית שלנו הופכים את אי-הפעלתה של הסמכות לבלתי סבירה באופן היורד לשורשו של עניין" (בג"צ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 404, 421 (1993)).

לעניין הפיכת סמכות הרשות לסמכות חובה, ראה:

בג"צ 2757/96 אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נ (2) 18 (1996).

רע"פ 7861/03 **מדינת ישראל נ' המועצה האזורית גליל תחתון (לא פורסם)**, פסקה 16 (2006);
יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (תשנ"ו-1996), כרך ב' 691-692.

171. חובת הרשות לבצע את תפקידה במהירות הראויה קיימת גם מכוח הדין הכללי. סעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 קובע, לעניין זה, כי:
"11. מקום שלא נקבע זמן:

הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו - משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראויה ולחזור ולעשותו מזמן לזמן ככל הנדרש לפי הנסיבות"

172. עוד לפני חוק הפרשנות, קבע השופט לנדוי, בבג"צ 192/64 ארגז נ' הועדה המחוזית לבנייה ולתכנון העיר, ירושלים, פ"ד יט (1) 95(1965), כי קיים תנאי מכללא, שפעולות הרשות צריכות להיעשות בזמן ראוי או מתקבל על הדעת בנסיבות העניין. הטעם לכך, והוא נכון גם לענייננו, הוא שתהליך התכנון והאישור של תוכנית מתאר אינו מתקיים בחלל ריק, כדבריו, שם (עמ' 105) :

"הנוק הנגרם לאזרח, בעל נכסים בשטח שעליה חלה תוכנית שאישורה הושהה מעל למידה, גלוי על פני הדברים: "הקפאת" רכושו למשך שנים רבות מונעת ממנו כל אפשרות לנצלו לבניה או למכרו במחיר של אדמה המיועדת לבניה"

173. תכלית קביעתו של הזמן הינה למנוע קיפאון תכנוני ובדרך זו לקיים מידה של איזון בין עניינם של בעלי קניין ויזמים, המבקשים למצות את זכויותיהם על-פי התכנון הקיים, לבין רווחתו של הציבור ואיכות חייו (בג"צ 1636/92 העמותה לשמירת איכות החיים והסביבה ברמת אביב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז תל-אביב, פ"ד מז (3) 573 (1993)). הועדה, כך נקבע שם, אינה יכולה להשהות את הגשת התוכנית לאישור לזמן בלתי מוגבל. יפים דבריו של הנשיא שמגר, בבג"צ 486/82 חברת חלקה 215 ו3321 בגוש 6213 בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד לז (4) 780, 783-784 (1999) :

"...כאשר עניין מתמשך והולך במשך שנים רבות - בשל חוסר יכולתן של רשויות השלטון, המופקדות על העניין על-פי החוק, לגבש דעתן או בשל חוסר יכולתן לגייס את המשאבים, הדרושים כדי לבצע את התכנית, אשר תהיה כרוכה בשינוי הייעוד - אין בעל המקרקעין חייב לשבת ללא מעש ולצפות עד אין קץ לפתרון התכנוני שייבחר. אכן, אין אפשרות לדחוק ברשות תכנונית, שתגיע למסקנתה בכל עת על אתר, ויש שדרוש זמן כדי לגבש מחשבות ולהלישן לתכנית. אך גם לציפייה יש להציב גבול סביר, ואין להותיר את האזרח במבוי סתום, אשר נקלע אליו, מאחר שאינו יכול לעשות ברכושו את אשר היה רוצה, אולם אך מובן הוא, כי הכול הוא עניין של שיעור ומידה, ויש נסיבות, בהן עובר משך הטיפול - אשר במהלכו קורות תנודות ותפניות לכיוונים המרוחקים קוטבית זה מזה - את המידה ומגיע עד כדי חוסר סבירות כה מכריע, עד שאין עוד לגזור על בעל המקרקעין המשך המתנה ללא קץ" (ההדגשה הוספה, נ' ד').

עוד נאמר שם (עמ' 784) :

"בנסיבות כגון אלה, בהן מצפה האזרח במשך שנים רבות להחלטתה של הרשות התכנונית, מבלי שתהיה יכולת כלשהי אף עתה להעריך אימתי תיפול החלטתה של הרשות המופקדת על כך, רשאי בית המשפט להורות לרשויות התכנון, כי תיתם תקופת הבחירה בין חלופות רבות ושוונות, וטיפול החלטה לכאן או לכאן. בכך מחלץ בית המשפט את האזרח ממצב חוסר האונים, אליו נקלע תוך ציפייה להחלטה, שכבר שנים בוששה לבוא".

174. לאור האמור, חובתה של הרשות לפעול לשם הכנתה של תוכנית מתאר חדשה והולמת, שתיקח בחשבון את צרכי האוכלוסייה, על מורכבותה ובעיותיה, הכל כפי שעולה ומעוגן בחוות הדעת המצורפת. יתר על כן, יתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי יש לממש חובה זו במהירות סבירה, ובתקופה שלא תעלה על שלוש שנים.

175. הזכות לשוויון היא עקרון מרכזי במשפט הישראלי, במסגרתה ישנה חשיבות ראשונה במעלה לחובתה של רשות ציבורית לנהוג בשוויון. שורה ארוכה של פסקי דין עיגנו מעמדה של זכות זו. "עקרון מן הראשונים במלכות-משכמו ומעלה גבוה מכל שאר העקרונות-הוא עקרון השוויון". בג"צ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב (3) 630, 650 (1998).
176. בית המשפט העליון עמד על משמעותה הקשה של פגיעה בזכות זו:
 "ההפליה היא נגע היוצר תחושת קיפוח ותסכול. היא פוגמת בתחושת השייכות ובמוטיבציה החיובית להשתתף בחיי החברה ולתרום לה. חברה אשר בה נוהגת הפליה אינה חברה בריאה, ומדינה שבה נוהגת הפליה לא תוכל להיקרא מדינה מתוקנת"
 בג"צ 104/87 **נבו נ' ביה"ד הארצי לעבודה**, פ"ד מד (4) 749, 760 (1990).
177. עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, עוגנה בשורה ארוכה של פסקי דין הזכות לשוויון, במסגרת הזכות לכבוד, כזכות חוקתית, שהפגיעה בה תתאפשר רק במגבלות הקבועות בחוק היסוד. ראו בעניין זה בין השאר:
 בג"צ 5394/92 **הופרט נ' "יד ושם"** פ"ד מח (3) 353, 362 (1994).
 בג"צ 4541/94 **מילר נ' שר הבטחון** פ"ד מט (4) 94, 133 (1995).
 בג"צ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד (1) 274 (2000).
178. החובה לנהוג בשוויון חלה גם על פעולות הקשורות להקצאת ולתכנון של מקרקעין. כדברי הנשיא ברק (כתוארו דאז) בפס"ד קעדאן (סע' 23):
 "חובתה של המדינה לנהוג בשוויון משתרעת על כל פעולותיה. היא חלה אפוא גם לעניין הקצאת מקרקעי המדינה"
179. הזכות לשוויון אף מעוגנת באמנות בינלאומיות, עליהן חתומה מדינת ישראל, כגון: ההצהרה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם מ-1948, האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מ-1966 והאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית משנת 1966.
180. כפי שתואר בהרחבה לעיל, ופורט בהשוואה בין התכנון בגיבול אל-מוכבר לתכנון בשכונות יהודיות סמוכות, מדיניות התכנון בגיבול אל-מוכבר כמו ביתר השכונות הפלסטיניות של ירושלים, אופיינה בהפליה בוטה. בדו"ח מלכוד תכנוני צויין, כי המניע מאחורי ההפליה היה גלוי: מדיניות החותרת לשמירת מאזן דמוגרפי מאיים, כפי שאף מצויין מפורשות בדיוני הוועדות השונות שעסקו בנושא, כגון הוועדה הבין משרדית לבדיקת קצבי הפיתוח בירושלים (ועדת גפני), וגם ועדת השרים לענייני ירושלים תוך עידוד התיישבות יהודית בעיר והברחת תושבים ערבים, באמצעות מדיניות תכנון, היוצרת מחסור בדיוור ודוחקת תושבים פלסטינים אל מחוץ לעיר. צווי הריסה הם רק תוצאות הקצה של אותה מדיניות תכנון מפלה, והם עצמם אפוא נגועים בהפליה קשה. כך, בשנת 1976 אימצה ממשלת ישראל את המלצת הוועדה הבין-משרדית לבדיקת קצבי הפיתוח בירושלים, ועדת גפני, לשמור על המשקל היחסי של היהודים והערבים כפי שהיה בסוף 1972, דהיינו 73.5

יהודים ו-25.5 פלסטינים¹⁸. שיקול זה שריר וקיים גם היום, ומוזכר שוב גם בתוכנית מתאר מקומית ירושלים 2000, שהדיונים עליה מתקיימים בימים אלה ממש, ושם הוא נקרא "איזון דמוגרפי". תוכנית זו אף מרחיקה לכת וקובעת את עקרון השמירה על האיזון הדמוגרפי בירושלים כיעד מרכזי¹⁹.

רצ"ב עותק צילומי של מהעמודים הרלוונטיים ומסומן **כנספח ע/13** לעתירה

5.4 פגיעה בזכות הקניין ובזכות לקורת גג, המוגנות על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

א) פגיעה בזכות הקניין

181. הריסת בתים גורמת לבעליהם פגיעה קשה בזכות הקניין. זו הפגיעה השנייה בזכות הקניין המתבצעת על ידי המשיבים לאחר שבראשונה מנעו מבעלי הקרקע במחדלם את האפשרות להוציא היתר בניה ולממש באופן חוקי את זכות הקניין שלהם. בנסיבות אלה, הריסת הבית והפגיעה בזכות הקניין הכרוכה בה אינה עומדת בתנאיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ועל כן היא בלתי חוקית.

182. הזכות לקניין היא זכות חוקתית המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו גם פסה"ד בענין בנק המזרחי) השופטת ד"ר אגמון-גוון **בפס"ד זכה** לעיל, סיכמה באופן מקיף את מעמדה של זכות הקניין, ואת ההשלכות של עיגונה החוקתי של הזכות בכלל, ובהקשר של תכנון ובניה בפרט, וזאת בסעיף 3 לפסה"ד.

183. הפעלת הסמכות להפקת צווי הריסה כפופה איפוא להוראות פיסקת ההגבלה.

184. הריסת בתים במציאות התכנונית של שכונת ג'בל אל-מוכבר נכשלת בשניים מהמבחנים של פסקת ההגבלה: ההריסה אינה נעשית לתכלית ראויה, והיא אינה מידתית. הסמכות שניתנה בחוק התכנון והבנייה להרוס בתים היא סמכות שתכליתה עונשית ומניעתית גם יחד: היא משמשת כענישה מרתיעה לבנייה ללא היתר, והיא אף מונעת את המשך קיומה של תוצאת העבירה – המבנה הלא-חוקי – ומונעת מצב שבו החוטא, זה שזלזל בהוראות החוק ובנה ללא היתר, תוך פגיעה בשלטון החוק ובצרכים החברתיים שההגבלות התכנוניות נועדו להגן עליהם, ייצא נשכר וימשיך ליהנות מפירות העבירה. תכליות אלה – ראויות כשלעצמן – אינן מתקיימות כאשר המצב הנתון הוא של העדר-יכולת לבנות כחוק. במצב שבו אדם אינו יכול, בשל העדר תשתית תכנונית ראויה או בשל מכשולים מינהליים, לקבל היתר בנייה ולבנות קורת גג כחוק, קיום הסמכות להרוס בית, ומימושה של סמכות זו, אינם ממלאים כל תכלית ראויה. הם אינם מרתיעים אותו מלעבור עבירה של בנייה שלא כדין, משום שאין לו ברירה אלא לעבור את העבירה, כדי לזכות בקורת גג סבירה. הם אף אינם מונעים את המשך קיומו של המבנה הלא-חוקי, משום שבמקום

¹⁸ ר' "מלכוד תכנוני: מדיניות תכנון, הסדר קרקעות, היתרי בנייה והריסות בתים במזרח ירושלים" במקום ועיר שלם, נתי מרום דצמבר 2004, עמ' 15. להלן דו"ח "מלכוד תכנוני".

¹⁹ ר' מלכוד תכנוני עמ' 16.

הבית שנהרס יקום, בהכרח, מבנה לא-חוקי אחר, שכן אנשים מטבעם ידאגו לבנות לעצמם קורת גג, אם אין להם קורת גג אחרת. לכן, יש מקום לקבוע, כי הפעלת הסמכות של הריסת בית, מקום שרשויות התכנון נמנעו מלמלא את חובתן להניח תשתית תכנונית ראויה המאפשרת בנייה כחוק, פוגעת בזכות הקניין שלא לתכלית ראויה.

185. אשר למידתיותם של צווי ההריסה, זו צריכה להיקבע על פי תשובה לשלוש השאלות הבאות, המשקפות את שלושת מבחני המשנה של המידתיות (ר' בעניין זה בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח (5) 807 (2004), סעיף 41).

א. ראשית, האם מתקיים מבחן האמצעי המתאים? השאלה הינה האם יש קשר רציונאלי בין הוצאת צווי ההריסה לבין השגת המטרה המונחת ביסוד חוק התכנון והבניה, שהינה כאמור מניעת בניה הנוגדת תוכניות מתאר שבתוקף.

ב. שנית, האם מבין מגוון האמצעים העומדים בפני המשיבים כדי למנוע בנייה ללא היתר, נבחר האמצעי שפגיעתו בזכות הקניין פחותה (מבחן המינימאליות);

ג. שלישית, האם מתקיים מבחן המידתיות במובן הצר: האם התוצאה של הוצאת צווי ההריסה בשכונת גיבל אל-מוכבר כה קשה, לאור הנסיבות הקיימות בשכונה עד כי אין יחס ראוי בין פגיעה זו לבין התועלת התכנונית הצומחת מהם.

186. אף אחד משלושת מבחני המשנה של המידתיות אינו מתקיים בענייננו. בנוגע למבחן המשנה הראשון: אותה הנמקה לעיל, בדבר היות ההריסה שלא לתכלית ראויה, חלה גם כאן. במצב של מחדל תכנוני המביא להעדר יכולת מעשית להוציא היתרי בנייה לצורך בנייה כחוק, אין קשר רציונאלי בין ההריסה לבין מטרות הסמכות הזו בחוק-הרתעה ומניעה, וההריסה אינה משיגה מטרות אלה.

187. גם מבחן המשנה השני לא מתקיים במקרה דנן. צו הריסה הינו האמצעי הקיצוני ביותר שניתן לנקוט נגד בניה ללא היתר. מדובר באמצעי שגורם נזק בלתי הפיך (רכושי ונפשי) יוצר עובדה מוגמרת שלא ניתן אחריה להחזיר את המצב לקדמותו. יש לנקוט באמצעי זה כאשר כל יתר האמצעים להבטחת בנייה כדין נוסו ונכשלו. בענייננו, האמצעי העיקרי להבטחת בנייה כדין טרם נוסה, והוא תכנון ראוי ע"י מוסדות התכנון, שיאפשר לתושבי השכונה לקבל היתרי בניה ולבנות כדין. כל עוד מוסדות התכנון עצמם מודים שהתכנון הקיים לא עונה על צרכי הדיור של התושבים, הם מנועים מלנקוט באמצעי של הריסה, שכן אמצעים מידתיים יותר נתונים בידיהם.

188. ואשר למבחן המשנה השלישי: התועלת התכנונית שצומחת מצווי ההריסה הינה מזערית ושולית ביותר, לעומת הפגיעה העצומה בזכויות המוגנות של תושבים שבתיהם נהרסו וייהרסו. במקום שאין תכנון העונה על צרכי הדיור הבסיסיים של התושבים, ממילא מבנה לא חוקי אחד שנהרס יוחלף על ידי מבנה לא חוקי אחר, כי אנשים נאלצים לבנות לעצמם קורת גג.

189. אי לכך, הוצאת צוי הריסה בנסיבות התכנוניות הקיימות בשכונת גיבל אל מוכבר כפי שתוארו לעיל, הינה פגיעה בלתי מידתית ועל כן בלתי חוקתית בזכות הקניין.

ב) פגיעה בזכות לקורת גג

190. הפעלת הסמכויות שהופקדו בידי המשיבים בהתאם לחוק התכנון והבניה, כפופה לעקרונות המשפט המנהלי והחוקתי, ויש לפרשן בהתאם לרוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

191. אין מחלוקת כי הוצאת צווי הריסה מעמידה את תושבי השכונה בסכנה ממשית ומיידית של איבוד קורת גג. מצב בו משפחה מאבדת את קורת גגה פוגע פגיעה קשה בכבודם של בני המשפחה. ברע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה (3) 360, 375-376 (2001) נאמר בעניין זה כהאי ליסנא:

"כבודו של האדם כולל בחובו... הגנה על מינימום הקיום האנושי... אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב לחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטארי, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע"

ר' גם בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס (3) 464 (2005).

192. ההכרה בזכות לקורת גג כחלק מכבוד האדם, מעוגנת במספר דברי חקיקה. כך למשל, נקבע כי אין לפנות אדם מביתו בהעדר בטוחה לדיור חלופי לו ולבני משפחתו (ראו סע' 38 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, המחייב את המוציא לפועל לוודא כי לחייב ומשפחתו דיור חלופי טרם תפיסת דירת המגורים, וכן סעיף 86 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ס-1980). בדומה לכך, מחייב סע' 79 לחוק המים, התש"ט-1959 לספק דיור חלופי למי שהמקרקעין שלו נתפסו לצורך הקמת מפעל מים, וסעיפים 39 ו-42 לחוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום, התשכ"ה-1965 מעניקים זכות לדיור חלופי למי שגר במקרקעין שהופקעו באזור שיקום.

193. בכל החוקים הנ"ל משתקף האיזון שבין צורך חברתי לבין הזכות לקורת גג. החובה לכבד את קורת הגג חלה גם במקרה שבו יש כביכול הצדקה חוקית לפינוי ממבנה המשמש למגורים או הריסתו. יפים לעניין זה דבריו של הנשיא (בדימוס) אהרן ברק בכנס לרגל יום זכויות האדם שנערך במסגרת הקליניקות המשפטיות של האוניברסיטה העברית בתאריך 10.12.03, כדלקמן:

"ביחס לדוגמא שניתנה לגבי פולשת שפלשה באופן בלתי חוקי לדירת דיור ציבורי וכעת קיבלה צווי פינוי מבחינתי אין פה בעיה בכלל. זו בעיה פשוטה. זה ברור שבאיזון אינטרסים בין קניין המדינה או הציבור לבין זכותה לדיור מינימאלי, היא גוברת ולא ניתן לפנותה בלי למצוא לה דיור חלופי. זו רמה מינימאלית של זכות חברתית שמוגנת בכבוד האדם. אמרתי את זה בעבר לגבי מסיגי גבול בכיכר הלחם וזה נכון גם לאותה אם חד הורית שפולשת בלית ברירה לדירת דיור ציבורי בלית ברירה. מבחינתי זה פשוט וזה פתיר כבר במצב החוקתי דהיום באמצעות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".

194. כפי שלא ניתן לפנות לרחוב אדם שלא עמד בתשלום חובותיו, וכפי שלא ראוי לפנות לרחוב אדם חסר-דיור שפלש לדירת מגורים פנויה, כך אין לבצע צו הריסה של דירה שמשמשת למגורים, בטרם וידא הגוף המבצע כי יש לבני המשפחה קורת גג חלופית. בהעדר קורת גג חלופית, על המשיבים להימנע מביצוע הצו עד למציאת פתרון דיור חוקי ככל שהדבר לא נעשה וכלל הוא לא נעשה מופרת זכותם של התושבים לקורת גג, זכות המוקנית להם על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

195. מקרה שמוזכר מאוד את המקרה שלפנינו, אשר התרחש בדרום אפריקה, הוליד את אחד מפסקי הדין החשובים והמרכזיים של בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה בעניין הזכות לקורת גג – פסק הדין Grootboom. באותו מקרה נדונה עתירה של קבוצת אזרחים, שסבלה ממצוקת דיור קשה ביותר עקב מדיניות הדיור המפלה שהייתה נהוגה באזור מגוריהם. בהיעדר פתרונות דיור נאותים, נטשו הדיירים את הבקתות שבהן התגוררו והתיישבו ללא היתר באדמת מדינה שהייתה אמורה לשמש לבניית דיור ציבורי. כשהרשויות ביקשו לפנותם, ובהיותם בסכנה מיידית לאיבוד קורת גג, פנו לבית המשפט. בית המשפט החוקתי התרשם כי תוכנית הבינוי והשיכון לאזור היתה בלתי סבירה ולא היה בה כדי לענות על צרכי הדיור של התושבים. לפיכך הורה בית המשפט בצו למדינה להכין תוכנית דיור חדשה העומדת בתנאי החוקה, וכמו כן הורה כי לא יפוננו הדיירים הפולשים ללא פתרון דיור ארעי הולם, וזאת עד לתיקון אי החוקיות בהליכי התכנון.

196. פסק הדין סוכם בגיא זיידמן "זכויות חברתיות: מבט השוואתי להודו ודרום אפריקה", זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, עמ' 385-387 (בעריכת ד"ר יורם רבין וד"ר יובל שני, 2004); להליך עצמו ר':

The Government of the Republic of South Africa v. Grootboom, 2000(11) BCLR 1169 (CC)

197. גם המשפט הבינלאומי אוסר על פינוי אדם מבית מגוריו, אם כתוצאה מכך ייותר חסר קורת גג. ועדת המומחים של האו"ם, המוסמכת לפרש את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, קבעה בהערה כללית 7 לגבעי סעיף 11 לאמנה:

16. Evictions should not result in individuals being rendered homeless or vulnerable to the violation of other human rights. Where those affected are unable to provide for themselves, the State party must take all appropriate measures, to the maximum of its available resources, to ensure that adequate alternative housing, resettlement or access to productive land, as the case may be, is available.

דברים אלו ודאי נכונים גם להוצאת צווי הריסה, שכוללים בתוכם פינוי המשפחה מבית המגורים.

5.5 פגיעה בזכות לדיור נאות

198. לא רק בזכות לקורת גג במובנה הצר, המהווה חלק מכבוד האדם, פוגעת מדיניות המשיבים, אלא גם בזכות של התושבים לדיור נאות, אשר היא חלק מהזכות לתנאי מחיה נאותים. זכות זו איננה

מוזכרת בצורה ישירה בחוקי היסוד של מדינת ישראל, אך יש לה מעמד מחייב מכוח התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל.

199. הזכות לדיור נאות זכתה להגנה באמנות והצהרות בינלאומיות רבות, שישראל צד להן :

סעיף 25 להכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות אדם :

- (1) Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, **housing** and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.

סעיף 11 לאמנה בדבר הזכויות הכלכליות החברתיות והתרבותיות :

1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and **housing**, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent.

סעיף 5 לאמנה בדבר היסוד כל הצורות של אפליה על בסיס גזע, קובע :

“ State Parties undertake to prohibit and eliminate racial discrimination in all forms and to guarantee the right of everyone, without distinction as to race, colour, or national or ethnic origin ... notably in the enjoyment of the following rights: ... (e) in particular ... (iii) the right to **housing**.”

סעיף 27 לאמנה הבינלאומית לזכויות הילד קובע :

States Parties, in accordance with national conditions and within their means, shall take appropriate measures to assist parents and others responsible for the child to implement this right and shall in case of need provide material assistance and support programmes, particularly with regard to nutrition, clothing and **housing**.

סעיף 14 לאמנה הבינלאומית בדבר ביטול כל צורות האפליה נגד נשים מחייב המדינות להבטיח לנשים :

- (h) To enjoy adequate living conditions, particularly in relation to **housing**, sanitation, electricity and water supply, transport and communications.

200. ועדת המומחים של האו"ם פרשה בהערה כללית 4 את הזכות לדיור נאות רחבה מהזכות לקורת גג גרידא :

The right to housing should not be interpreted in a narrow or restrictive sense which equates it with, for example, the shelter provided by merely having a

roof over one's head or views shelter exclusively as a commodity. Rather it should be seen as the right to live somewhere in security, peace and dignity.

201. לאור "חזקת ההתאמה הפרשנית", שאומצה על ידי בית המשפט העליון, בבואו לבחון מדיניות תכנון ישראלית או מדיניות אכיפה, על בית המשפט הנכבד לראות מול עיניו את התחייבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל, ולהעניק פרשנות הנותנת להם תוקף מרבי. יש לפרש את החקיקה המסמיכה את רשויות התכנון והאכיפה ואת ההחלטות המנהליות שלהן ככוללות הגבלה משתמעת על הסמכות לפעול בניגוד להתחייבות הבינלאומית של ישראל. ר' יובל שני "זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות במשפט הבינלאומי", זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, עמ' 338-339 (בעריכת ד"ר יורם רבין וד"ר יובל שני, 2004); המצטט את בג"ץ 2599/00 **יתד- עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' שר החינוך**, פ"ד נו(5) 834 (2002); דנ"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הביטחון**, פ"ד נו(1) 721, 742-743 (2000); וכמו כן א' ברק, פרשנות במשפט (כרך ב': פרשנות החקיקה, תשנ"ג), 575.

202. על מנת להבטיח לעותרים את הזכות לדיור נאות, שהוא דיור שיאפשר להם לגור בביטחון, שלווה וכבוד, על המשיבים לנקוט בצעדים הנדרשים. בין הצעדים הללו גם תכנון ומתן היתרי בנייה למי שיכול לבנות את ביתו. עמד על כך בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה בפרשת Grootboom, המוזכרת לעיל, בפסקה 36:

For those who can afford to pay for the adequate housing, the state's primary obligation lies in unlocking the system, providing access to housing stock and a legislative framework to facilitate self-built houses through planning laws and access to finance.

203. מחדלם של המשיבים מלתכנן באופן סביר את השכונה ומלאפשר בנייה בהיתר מסכל את אפשרותם של התושבים המקומיים להגדיל את מאגר הדירות באופן חוקי ומסודר, ולכן נגרם חסר משמעותי בדיור נאות ונגיש, ונפגעת זכותם לדיור נאות. מחדל זה הוא חמור במיוחד שכן אין הוא דורש הוצאת משאבים מיוחדים שיכולים לכאורה להצדיק ביצוע הדרגתי. המחדל הוא בגדר אי ביצוע של חובה לקיום מידי שנטלה על עצמה ישראל.

5.6 הפגיעה בזכות למים כזכות יסוד מוגנת

204. מדיניות התכנון הנהוגה בידי המשיבים כמתואר בעתירה זו פוגעת בזכות יסוד נוספת שהינה הזכות למים. המצב החוקי כפי שהוא מעוגן כיום סעיף 157א(ד)(2) לחוק התכנון והבניה אוסר על חיבור לרשת המים של מבנה שנבנה ללא היתר. כתוצאה מכך, בתים רבים לא מחוברים לרשת המים העירונית, והתושבים נאלצים לדאוג לאספקת מים בכוחות עצמם, בין היתר על ידי חיבורים פיראטיים לבתים סמוכים, או שאיבה ומילוי מיכלים הנמצאים על גגות הבתים.

205. זכותם של תושבי ירושלים המזרחית בכלל ותושבי השכונה בפרט לקבל מים נקיים, בצורה סדירה ומספיקה מעוגנת בשורה ארוכה של דינים. על המשיבים חלה חובה מיוחדת לדאוג לאספקת מים סדירה לכל תושביה.

206. זכותם זו של התושבים מעוגנת בחוק המים, התשי"ט-1959 (סעיפים 1 ו-3), פקודת העיריות (אספקת מים) (סעיף 21), ופקודת העיריות [נוסח חדש] (סעיף 238).

207. גם הפסיקה הישראלית הכירה בזכות למים כזכות בסיסית ויסודית, הנגזרת מהזכות לחיים, מהזכות לכבוד, מהזכות לבריאות ומעקרון השוויון²⁰. גם בית המשפט העליון קבע כי הזכות למים היא זכות בסיסית:

"... הנחת הבסיס בחוק היא כי לכל אדם זכות לקבל מים בעבור תשלום"

על מהותיות הזכות למים ראה גם:

ע"א 535/89 נציב המים נ' פרלמוטר, פ"ד מו (5) 695, 702 (2002)

בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס (3) 464 (2005) פסקה 15 לפסק דינו של הנשיא ברק, פסקה 1 לפסק דינה של השופטת ביניש ופסקה 1 לפסק דינו של השופט לוי בפרשה זו; עע"מ 3829/04 טויטו נ' עיריית ירושלים, פ"ד נט(4) 769, 779 (2004); רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375-376 (2001); בג"צ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט (1) 729, 736 (2004); בג"צ 161/94 אטרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1/3/94).

עוד על הזכות למים ראו: נטע זיו "עוני, צמצום פערים ושוויון: המקרה של הזכות למים" משפט וממשל ז (1995) 945, 970-967.

208. אף בהתאם לדין ההומניטרי ולמשפט זכויות האדם הבינלאומי, מחויבת מדינת ישראל להבטיח אספקה סדירה של מים נקיים לתושבי ירושלים המזרחית, הואיל והיא הרשות היחידה והבלעדית השולטת באזור זה. חובתה של ישראל בעניין זה נובעת משורה של אמנות בינלאומיות, בהן **האמנה בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות**, אותה אישרה ישראל בשנת 1991, המעגנת את זכותו של כל אדם "לתנאי מחייה הולמים הכוללים מזון, ביגוד, דיור ושיפור מתמיד של תנאי חייו" (סעיף 11 לאמנה). כמו כן מכירה האמנה בזכותו של כל אדם להנות מרמת הבריאות הגופנית והנפשית הגבוהה ביותר שאפשר להשיגה (סעיף 12 לאמנה). **האמנה לזכויות הילד**, שאושרה אף היא על ידי ישראל בשנת 1991, מעגנת את זכותו של כל ילד להנות מבריאות ברמה הגבוהה ביותר הניתנת להשיגה (סעיף 24 לאמנה), והיא מחייבת את המדינות החברות בה להיאבק במחלות ובתת-תזונה, בין היתר באמצעות אספקת מי שתייה נקיים.

5.7 העדר הגינות, שיקולים זרים ואכיפה מפלה וסלקטיבית

209. ההתנהגות והמדיניות שנוקטים המשיבים, כפי שתוארה בפירוט לעיל, נעדרת כל הגינות ונגועה בשיקולים זרים, וכתוצאה מכך התכנון הינו מפלה והאכיפה הינה מפלה וסלקטיבית.

²⁰ ו"ע 609/05 עבדאללה אבו מסאעד נ' נציב המים (לא פורסם) (13/9/06)

העדר הגינות

210. על כל אחד מהמשיבים, כרשות מינהלית, חלה חובת הגינות כלפי התושבים. חובה זו פירושה במקרה דנן הנחת תשתית תכנונית ראויה העונה על הצרכים של התושבים, והמאפשרת הגשת בקשות וקבלת היתרי בנייה לאחר עמידה בתנאי התוכניות. אולם, כל עוד אין בנמצא אפשרות חוקית ריאלית בפני אלה הרוצים לשמור על החוק ולכבדו להגיש בקשות ולקבל היתר בנייה, מנועים המשיבים מלנקוט בהליכי אכיפה והריסת בתים מאחר שהאפשרות היחידה שהציבו בפני התושבים הינה הדרך הבלתי חוקית של בנייה ללא היתר.

211. השופטת אגמון-גונן בפס"ד דכה לעיל תיארה התנהגות זהה של עיריית ת"א-יפו בזו הלשון (סעיף 7 לפסה"ד):

"התנהלות העירייה היא בעייתית כשלעצמה. מחד מוציאה הרשות המקומית צווי הריסה מינהליים ומגישה כתבי אישום, ואף מגיעה להסדר טיעון לפיו המערער יכול לכאורה להסדיר את היתר הבניה, ומאידך, אינה מאפשרת הגשת בקשה להיתר בניה במשך למעלה מעשר שנים. זוהי פעולה בחוסר תום לב ובהעדר הגינות."

שיקולים זרים

212. ביסודה של המדיניות התכנונית בירושלים המזרחית בכלל ובשכונת ג'בל אל-מוכבר בפרט מונח שיקול זר לשיקולים תכנוניים גרידא. שיקול זה הינו השיקול הדמוגרפי דהיינו שמירה על רוב יהודי משמעותי בירושלים. שיקול זר זה מעולם לא הוסתר והאחראים על התכנון בירושלים דיברו על כך בגלוי והציגו שיקול זה כשיקול לכל דבר ועניין כאשר הוכנו התוכניות (ר' סעיף 181 לעיל).

213. שיקול זר זה מביא למצב שבו הניסיון לשמור על המאזן הדמוגרפי ולעמוד בתחזיות הגידול של האוכלוסיה מאפיל על השיקולים התכנוניים האמיתיים, שאמורים להנחות את מוסדות התכנון, ובעיקר, צרכי הדיור של האוכלוסיה הפלסטינית בירושלים. לאור מרכזיותו המוצהרת של השיקול הדמוגרפי, אין להתפלא על כך שמדיניות התכנון בירושלים המזרחית מאופיינת באי-מתן מענה לצרכי הדיור האמיתיים של התושבים הפלסטיניים ואילו צם לבנות ללא היתר או להגר מירושלים, עירם.

אכיפה מפלה וסלקטיבית

214. המשיבים הפרו את החובה לנהוג כלפי התושבים בהגינות, ותחת זאת הם מתייחסים אליהם ביחס של איפה ואיפה. היחס המפלה לו זוכה ירושלים המזרחית בכלל ושכונת ג'בל אל-מוכבר בפרט אינו מסתיים בשיקול הדמוגרפי המוצהר, בהעדר תכנון ראוי והפליה בתקציבים ושירותים. השכונה מופלית לרעה גם מבחינת פיקוח ואכיפה, כאשר מתקיימים כלפי השכונה ותושביה פיקוח אדוק ואכיפה סלקטיבית ומפלה. מאחר שעיריית ירושלים מסרבת לענות על דרישות חוזרות ונשנות מצד

מתכננים וגורמים נוספים, להמציא מידע על אודות מספר עבירות הבנייה שאותרו ועל הליכים משפטיים שננקטו בעקבות כך, קשה להצביע על נתונים עדכניים ומדויקים.

215. לשם המחשה בלבד, מתשובה של ראש העירייה לשאלתה מס' 37/2001 משנת 2001 עולה, כי בשנת 2001 85% מעבירות הבנייה שאותרו היו **במערב העיר**, אך 91% מצווי ההריסה המינהליים שהוצאו היו נגד מבנים בירושלים המזרחית.

216. תוצאת האכיפה הנעשית על ידי המשיבים בשכונת ג'בל אל-מוכבר מלמדת כי אכיפה זו נועדה כדי להמשיך ולהצר את אפשרויות קיומם של תושבי השכונה בירושלים.

217. בבג"צ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נ"ג (3) 289, 305 (1999) נידונה שאלת האכיפה הסלקטיבית וכך בלשונו של השופט זמיר:

"אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא. דוגמה מובהקת לאכיפה בררנית היא, בדרך כלל, החלטה לאכוף חוק כנגד פלוני, ולא לאכוף את החוק כנגד פלמוני, על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או מתוך יחס של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני. די בכך ששיקול כזה, גם אם אינו שיקול יחיד, הוא השיקול המכריע (דומיננטי) בקבלת החלטה לאכוף את החוק. אכיפה כזאת נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק במובן הבסיסי של עיקרון זה. היא הרסנית לשלטון החוק; היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט. הסמכות להגיש אישום פלילי היא סמכות חשובה וקשה. היא יכולה לחרוץ גורל אדם. כך גם הסמכות לאכוף חוק בדרך אחרת, כגון, הסמכות לעצור אדם או הסמכות להחרים רכוש. היא חייבת להיות מופעלת באופן ענייני, שוויוני וסביר. דברים שאמר דאביס על ארה"ב (שם, בעמ' 169), יש לומר גם על ישראל:

"The ideal engraved on the Supreme Court building - 'equal justice under law' - should apply not only to the Supreme Court and to other courts and tribunals but also to decisions made by agencies and officers that initiate or prosecute."

218. גם אילו לא היתה מתקיימת כלפי התושבים אכיפה סלקטיבית, היו סובלים הם מתוצאה מפלה באכיפה בשל ההפליה בשלב התכנון, המולידה בהכרח עבירות בנייה שנובעות מהצורך בבניית קורת גג. אולם כאילו לא די בכך, הרי שאף ננקטת כלפי תושבי ירושלים המזרחית בכלל, ותושבי שכונת ג'בל אל-מוכבר בפרט, אכיפה נמרצת, ולא רק שהחוסר בתכנון אינו מקבל ביטוי בהקלה ברמת האכיפה, אלא להיפך, האכיפה מתבצעת בהדיקות כאילו מתקיים בשכונה תכנון למופת שיש להוקיע כל חריגה ממנו.

6. סיכום

219. מעשי המשיבים וכל אחד מהם בתחום סמכותו בכל הנוגע לאכיפת חוקי התכנון והבניה בשכונת ג'בל אל-מוכבר במציאות הקיימת נוגדים את ערכי המדינה וחוקיה, כמו גם את הזכויות המעוגנות בחוק הבינלאומי ובאמנות שאושרו על ידי מדינת ישראל.

220. עתירה זו פרסה יריעה רחבה של תכנון לקוי ומפלה לאורך שנים, שאינו עונה אפילו באופן מינימאלי על צרכי הדיור של התושבים, ושל מנגנונים מינהליים בירוקרטיים, שכתוצאה מהם נמנע מתושבי גיבל אל-מוכבר לקבל ברוב המכריע של המקרים היתר בניה שיאפשר בניה כדין. במציאות תכנונית זו, הפעלת הסמכות של הריסת בתים מכוח חוקי התכנון והבנייה לוקה בפגמים משפטיים קשים, ומהווה פגיעה שלא כדין בזכויות יסוד מוגנות, הפליה, וחוסר הגינות שלטונית ההופכים אותה לפסולה ובלתי חוקית.

221. לאור כל האמור מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל עתירה זו ולהורות כמבוקש ברישא דלעיל.

___ בנובמבר 2009

נסראת דקואר, עו"ד
ב"כ העותרים