

עע"ס 8274/09

בבית המשפט העליון בירושלים
בשבתו כבית משפט לערעורים מנהליים

המעוררים:

1. סלים סיאם
 2. ג'וואד סיאם
 3. מוראד מוחמד גווילס
 4. אחמד פארוק קרעין
 5. אחמד יוסף
 6. אנואר אבו רמילה
 7. עמותת "במקום"
 8. האגודה לזכויות האזרח בישראל
- ע"י ב"כ עוה"ד טלי ניר/ ו/או נסרין עליאן ו/או דן יקיר
 ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק
 ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או לימור יהודה
 ו/או עודד פלר ו/או גיל גן-מור ו/או נסראת דקואר
 ו/או ראוייה אבו-רביעה
- מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
 ת"ד 34510, ירושלים 91000
 טל': 02-6521218 ; פקס: 02-6521219

נגד

המשיבים:

1. עיריית ירושלים
 2. הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים
- ע"י ב"כ עוה"ד אילנית מיכאלי
 לשכת היועץ המשפטי לעיריית ירושלים
3. משרד התחבורה
- ע"י ב"כ עוה"ד אורי קידר
 פרקליטות המדינה
4. החברה לפיתוח מזרח ירושלים בע"מ
- ע"י ב"כ עוה"ד ניסן כוחי
5. עמותת אלע"ד
- ע"י ב"כ עוה"ד קרן רז- מורג

משיבים פורמליים:

6. רשות הטבע והגנים
- ע"י ב"כ עוה"ד שרה שלום
7. רשות העתיקות
- ע"י ב"כ עוה"ד יורם בר- סלע ואח'

בקשה לסעד זמני בערעור

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על עיכוב התחלת כל עבודה מעבודות הפיתוח בשכונת סילוואן ואדי חילוה בירושלים המזרחית עד למתן פסק הדין בערעור ולתת צו ארעי עד לקבלת עמדת המשיבים.

תוכן עניינים:

1.	מבוא.....	
2.		
2.	הפן	
3.	העובדתי.....	
3.	הבקשה	הראשונית
5.	והבר"ם.....	לצו
4.	פסק	הדין
7.	המינהלית.....	
5.	הערעור	והערעור
8.	העליון.....	שכנגד
6.	הנימוקים	לבקשה
9.	הנוכחית.....	

א. מבוא:

1. העתירה המינהלית, אשר הוגשה לבית המשפט קמא, הערעור והערעור שכנגד, מופנים נגד תוכנית לעבודות פיתוח ובניה רחבות היקף (להלן: "התוכנית" או "העבודות"), בשכונת סילוואן וואדי חילוה שבירושלים המזרחית.

2. התנגדות המבקשים לתוכנית זו מבוססת על כך שהתוכנית לא אושרה על פי ההסדר הקבוע בחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965: לעבודות לא הוצאו היתרי בניה כנדרש בחוק, כאשר לגבי מרבית השטח בו מבוצעות העבודות לא אושרו תוכניות מתאר מפורטות ועל כן כלל לא ניתן להוציא בשטח זה היתרי בניה.

3. המשיבים טוענים כי העבודות אינן טעונות קבלת היתרי בניה, כיוון שהן מסוג העבודות שאינן טעונות היתר, המנויות בתקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), התשכ"ז-1967.

4. המערערים מתנגדים לפרשנות מרחיבה זו של התקנות, וטוענים כי העבודות האמורות הן עבודות הכוללות בניה, על פי הגדרתה בדין, ועל כן טעונות קבלת היתרי בניה. פרשנות אחרת

של החוק והתקנות תהא מנוגדת לתכליתו של חוק התכנון והבניה, ותביא לפגיעה קשה בזכויות התושבים המוקנות להן בדיני התכנון והבניה, אותה פגיעה שנועד החוק למנוע.

5. בקשה זו מטרתה למנוע יצירת שינויים בלתי-הפיכים בשטח לפני בירור השאלות המשפטיות שמעלה הערעור, כיוון שסיכויי הערעור גבוהים ומאזן הנוחות נוטה בעניין זה בבירור לטובת המערערים.

6. הואיל ובכוונת המשיבה 1-4 להחל את העבודות בשטח עם תום חופשת חג הפסח, ישנה דחיפות רבה להכרעה בבקשה זו.

ב. הפן העובדתי

7. העבודות נשוא הערעור שמתוכננות ובוצעו בחלקן בשכונת סילואן ואדי חילוה הן בהיקף רחב מאד: הן מתפרסות על איזור רחב של כ-15,000 מ"ר, וכוללות שורה ארוכה של עבודות: הנחת תשתיות חדשות, בניית מדרכות חדשות, ביצוע מפרצי חניה, ריצוף רחובות, פיתוח חניונים, התקנת רהיטי רחוב, הצבת עמודי תאורה ושילת עצים. עלותן הכוללת כ-30 מיליון ש"ח.

8. תוכניות העבודה של המשיבים 1-4, שבתחילה לא נמסרו למבקשים (על אף בקשותיהם החוזרות ונשנות) והועברו לעיונם רק לאחר הוראת בית המשפט קמא בהחלטתו מיום 25.3.09, מבהירות כי התוכנית נועדה לשנות את פני השכונה כולה. מ-70 גיליונות העבודה של התוכנית ברור, כי לא מדובר בתוכנית נקודתית להחלפה או לשיפור של תשתיות, אלא בכוונה לבצע עבודות תשתית ובניה בהיקף נרחב. מניתוח התוכניות עלה, כי הן כוללות את המרכיבים הבאים:

1. ביצוע תשתיות - חפירת מערכת הדרכים הקיימת בשכונה והחלפת/הנחת קווי ביוב באורך כ-450 מ', קווי מים באורך כ-1,400 מ', קו ניקוז באורך כ-650 מ', קווי חשמל באורך כ-2,200 מ' להזנת 99 עמודי תאורה, מעברים לסיבים אופטיים וקווי השקיה. הביצוע בתחום זה קרוב לסיום ברחוב אל-עין וברחוב אל-מיסטר, וטרם החל ביתר הרחובות.

2. כיסוי התשתיות - תוך שמירה (פחות או יותר) על מפלס הדרך המקורי בתחום המיסעה. להוציא את כביש אל-עין - עין א-לוזה, שם ישנם שינויים במפלס הכביש המחייבים בניית קירות תמך חדשים או הגבהת קירות קיימים. גם בתחום זה הביצוע קרוב לסיום ברחוב אל-עין וברחוב אל-מיסטר.

3. שינוי תוואי הדרכים - במסגרת כיסוי השטח, תוכנן ריצוף המדרכות וחלקים מהמיסעות באבני ריצוף מיוחדות תוך שינוי מבנה הכביש וגובהו. כמו כן תוכננה הצרת המסעה הקיימת (חלק הכביש המיועד למעבר כלי רכב) והרחבת המדרכות על חשבונה. גם בתחום זה הביצוע קרוב לסיום ברחוב אל-עין וברחוב אל-מיסטר.

4. שינוי הסדרי החניה - ברחובות בידון ואל-מיסטר משולבות מספר חניות (17 באל-מיסטר ו-16 בבידון). לאורך הרחובות האחרים תאסר החניה בדרך-כלל פרט

למספר מקומות (12 חניות בואדי חילוה ו-17 אל-עין). סה"כ מסומנים 62 מקומות חניה לאורך הרחובות. בחניון אל-עין מסומנים 44 מקומות חניה ובחניון גבעתי מסומנים 47 מקומות חניה, אולם חניון זה אינו נגיש לתושבים: במשך היום נדרש בו תשלום לפי שעה ובלילה הוא סגור. מכאן שהתוכנית מציעה בסך הכל 110 מקומות חניה, כאשר היום ישנן ברחובות, שבהן מתוכנן לאסור חניה, 380-480 מקומות חניה (פתרונות חניה לרכבים נוספים התבססו על הכוונה להכשיר חניונים במגרשים פנויים בשכונה, אולם נושא זה מצוי בהליך משפטי נפרד שטרם הסתיים).

5. שינוי הסדרי התנועה - רח' בידון יהפוך ברובו לחד סיטרי והנסיעה בו תותר בכיוון העלייה. בתחילתו ובסופו ישנם קטעים קצרים דו סטריים המאפשרים חיבור לרחוב אל-מיסטר ולרחוב קטן נוסף. שאר הרחובות הינם דו סטריים.

6. מדרכות וקירות - שיפוץ והרחבת מדרכות קיימות ובניית מדרכות חדשות במקומות רבים. למדרכות המשנות את פני הרחוב נוספים גם עמודי תאורה, ערוגות, עצים וקירות חדשים. חלק מהקירות חדשים וחלק מהקירות הקיימים מקבלים חיזוק, עיבוי והגבהה.

7. בניית קירות חדשים -

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

2. בסובה ברחוב אל-עין תוכנן וכבר הוקם קיר תומך חדש שאורכו כ-20 מ'.

3. סביב למגרש החניה ברחוב אל-עין מתוכננים וכבר הוקמו 5 קירות תומכים, שאורכם הכולל כ-70 מ'.

4. בחניון גבעתי מתוכנן קיר תמך באורך כ-75 מ' ובגובה ממוצע של 3.5 מ'. הקיר ברובו חדש ובחלקו מהווה הגבהה לקיר קיים.

5. במפגש הרחובות אל-עין וואדי חילוה תוכנן קיר תמך חדש באורך כ-15 מ' ובגובה 2 מ'.

6. כ-70 מ' מעל הקיר הנ"ל מתוכנן קיר נוסף שאורכו כ-45 מ' ומצוין עליו שהוא יבוצע על-ידי אחרים. לא ברור מי הם האחרים ומה בדיוק מתוכנן שם.

8. הגבהת קירות - קירות רבים לאורך הכבישים מסומנים להגבהה. לעיתים מדובר בהשלמה קטנה של עשרות ס"מ ולעיתים מדובר בבנייה של קיר בגובה של 1.10 מ'. אורכם הכולל של קירות אלה מגיע ל-830 מ'. ברחוב אל-עין רובם כבר בוצעו.

9. שיפוץ חזיתות - הפונות אל הרחובות. הפעולות לשיקום כוללות הגבהת קירות קיימים, שיקום קירות מסוכנים, ציפוי קירות בטון קיימים באבן ועוד.

*למען הבהירות יוער כי שמות הרחובות אליהם מתייחסים המערערים הם השמות המוכרים לתושבים מזה דורות רבים. וזאת להבדיל משמות הרחובות המופיעים בפרסומי המשיבים

ביחס לעבודות המתוכננות. מבירור העותרת 8 עלה, כי מועצת העיר ירושלים אישרה בשנות ה-60 וה-70 שמות לרחובות בשכונה, השונים מהשמות ההיסטוריים של הרחובות. שמות חדשים אלו לא היו מוכרים לתושבים.

ג. הבקשה הראשונית לצו ביניים

9. עם הגשת העתירה המינהלית עת"מ 8938/08 סלים סיאם ואח' נ' עיריית ירושלים ואח' הוגשה בקשה דחופה למתן צו ביניים ולמתן צו ארעי במעמד צד אחד (בש"א 845/09 סלים סיאם ואח' נ' עיריית ירושלים ואח'). באותו זמן החלו המשיבים את העבודות בשטח בשינוי בהסדרי התנועה כהכנה להתחלת עבודות התשתית נגדן הוגשה העתירה.

10. בית המשפט לעניינים מינהליים דחה את הבקשה בהסתמך על מאזן הנוחות.

11. המבקשים הגישו בקשת רשות ערעור לבית משפט נכבד זה (בר"ס 10956/08) לאחר העיון בבקשה ובתגובות המשיבים החליט בית המשפט הנכבד להקפיד את העבודות בשני הרחובות הראשיים בשכונה כפי שהתחייבה המשיבה 4 עד למתן פסק הדין, ולאפשר את המשך העבודות מקום שהם כבר החלו. לאור חשיבות הנימוקים נביאם כלשונם:

5. לאחר שעיינתי בבקשה, בתשובות ובתגובה לתשובות הגעתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה להדחות. שאלת הצורך בהיתר בנייה לביצוע העבודות או חלקן היא שאלה כבדת משקל שאין להקל בה ראש. כך גם טענות יתר הצדדים. אין זה ראוי כי שאלות אלה תוכרענה במסגרת בקשה לצו ביניים ונראה שכך גם חשב בית המשפט אשר קבע את העתירה לדיון בעוד זמן לא רב (25.3.2009). השיקול המכריע הוא אפוא שיקול מאזן הנוחות. שיקול זה נוטה לטובת המשיבים בפרט לאחר שהעבודות כבר החלו וכאשר גיזרת המחלוקת הצטמצמה לרחוב אחד בלבד. אבאר.

6. העבודות נשוא ענייננו מתמקדות ב-5 רחובות: דרך השילוח, רח' מלכיצדק, מעלות עיר דוד, רח' ואדי חילוה ורח' עין א-לוזה. המשיבה 3 טענה כי למעשה נותרה מחלוקת רק בכל הנוגע לעבודות ב-מעלות עיר דוד. זאת מאחר שהעבודות בדרך השילוח מבוצעות על פי היתר בנייה והעבודות ברחובות ואדי חילוה ועין א-לוזה יבוצעו רק לאחר הדיון בעתירה. המשיבה 3 הוסיפה כי ברח' מלכיצדק העבודות נמצאות כבר בשלב מתקדם וממילא מדובר ברחוב ללא מוצא שאינו משפיע על השכונה או על הסדרי התנועה. הפסקת העבודות ברחוב זה עלולה לטענתה לגרום לנזק לעבודות שכבר בוצעו. בכל הנוגע לעבודות ב-מעלות עיר דוד הודיעה המשיבה 3 כי מבוצעות שם כעת עבודות חפירה, בין היתר, על פי דרישת רשות העתיקות שרק לאחריהן יחלו יתר עבודות התשתית.

7. רשמתי לפני כי העבודות ברחובות ואדי חילוה ועין א-לוזה יבוצעו רק לאחר הדיון בעתירה ולפיכך הבקשה לגביהן מתייתרת. כך גם בכל הנוגע לעבודות בדרך השילוח לגביהן הוצא היתר בניה. באשר לביצוע העבודות ברח' מלכיצדק: בעניין זה אין מקום להוצאת צו ביניים כאשר העבודות, ככל שניתן להבין מהתגובות, למעשה כבר הסתיימו או שהן לקראת סיום ומתן צו ביניים כעת יגרום יותר נזק מתועלת. מצב זה שנוצר רובץ לפתחם של המבקשים שהשתהו בפנייתם לבית משפט זה. החלטת בית משפט קמא ניתנה ביום 16.12.2008 והמבקשים הגישו את בקשת רשות הערעור רק ביום 25.12.2008. לאחר מכן הגישו המבקשים בקשה לפטור מעירבון והליכי הערבון הסתיימו ביום 3.2.2009 שאז הועברה הבקשה לטיפול. התבקשו תשובות תוך זמן קצר ותגובה לתשובות. בינתיים מסתבר כאמור כי הבקשה ככל שהיא עוסקת ברח' מלכיצדק למעשה התייתרה והמבקשים בתגובה לתשובות לא טענו אחרת. על כן כאמור אין מקום להיעתר לבקשה בעניין רחוב זה.

8. באשר לעבודות במעלות עיר דוד: ככל העולה מהתגובות, ברחוב זה החלו עבודות חפירה, בין היתר, על פי דרישת רשות העתיקות. רק לאחר סיום עבודות חפירה אלה יחלו יתר עבודות התשתית. המשיבים לא ציינו את לוחות הזמנים ואין לדעת האם עבודות החפירה יסתיימו עד מועד הדיון בעתירה. מקובלת עליי עמדת המשיבים כי כעת, לאחר שהחלו עבודות החפירה וכבישים נחסמו חלקית לא ניתן ליתן צו "שיקפא את המצב בשטח" כפי שביקשו המבקשים, שהרי צו שכזה טומן בחובו סכנות בטיחותיות רבות והוא רק עלול להגביר את אי הנוחות הנגרמת לתושבים. על כן, מטעמי מאזן הנוחות במצב שנוצר אין מקום עתה להיעתר לבקשה לצו ביניים גם בעניין רחוב זה. יחד עם זאת יש להבהיר הן לגבי העבודות שטרם בוצעו והן לגבי העבודות שכבר בוצעו כי המשיבים נוטלים על עצמם את הסיכון שהעתירה המינהלית תתקבל ובית המשפט יורה על השבת המצב לקדמותו (בר"ם 2644/08 כהן נ' ועדת הערר - מחוז מרכז, פסקה 15 (טרם פורסם), 30.3.2008)). עניין זה מחליש את הצורך במתן צו ביניים שהרי לא מדובר אפוא בעניינים בלתי הפיכים. בהקשר זה יש גם משקל לכך שהעתירה קבועה לעוד זמן לא רב. במסגרת הדיון בעתירה יש לקוות כי יתבהרו גם כל אותם עניינים שטרם זכו למענה עובדתי ברור מטעם המדינה. כך, למשל, באשר לעמדת הוועדה המחוזית, עמדת יתר הרשויות שהעניין הועבר לבדיקתן (לרבות הרשות המוסמכת לפי חוק החשמל בעניין הטמנת קווי החשמל) וכן באשר לעמדתו של משרד התחבורה שהתבססה לכאורה על כך שמדובר ב"תכנית מאושרת סטטוטורית" כאשר לא ברור מהי אותה תכנית.

יובהר, כי מאז קיום הדיון בבר"ם לא בוצעו עבודות נרחבות בשכונה כפי שתוכננו, העבודות הנקודתיות ברחוב הראשי וואדי חילוה הופסקו והמצב הוחזר לקדמותו, המשיבה 4 עמדה בהתחייבותה ולא ביצעה כל עבודה שהיא ברחובות וואדי חילוה (או

בשמו החדש מעלות עיר דוד), בידון (שם חדש ואדי חילוה) ועין אלוזה עד היום. בעוד שברחוב אל-עין (שם חדש השילוח) העבודה נמשכת, וברחוב אלמיסטר (שם חדש מלכי צדק) היא הסתיימה, כמיטב ידיעת המערערים.

ד.פס"ד בימ"ש קמא

12. לאחר קיום דיונים בעתירה שכללו גם חוות דעתה של הוועדה המחוזית לתכנון ובניה בסוגיה, קיבל בית המשפט קמא בפסק דינו את עמדת העותרים, כי עבודות בניי בשכונה דורשות קבלת היתר בניה, הן מתוקף הוראת סעיף 145(א)(1) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "החוק" או "חוק התכנון והבניה"), והן מכיוון שאזור שכונת סילואן וואדי חילוה הוגדר בתוכנית המתאר המקומית עמ/9, החלה על השכונה, כ"שטח פתוח ציבורי מיוחד", שכל בניה בו טעונה היתר מיוחד של הוועדה המקומית באישור הוועדה המחוזית (סעיף 8.19.2 להוראות התוכנית). כאמור בסעיף 6 לפסק הדין:

"אין היגיון לקצר את הדרך ולהקל בצורך בהיתרים לעומת הנדרש בחוק, דווקא במקום שנקבע לגביו במפורש ההיפך. עבודות בניי בשכונה טעונות אפוא היתר, על-פי דרישות החוק".

יחד עם זאת, בית המשפט קמא קיבל את עמדת המשיבים, כי חלק מהעבודות המתוכננות נכנסות לגדר החריגים, שמנויים בתקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), התשכ"ז-1967 (להלן: "התקנות" או "תקנות התכנון והבניה").

13. בהתאם לקביעה זו פסק בית המשפט קמא אלו מהעבודות המתוכננות טעונות היתר בניה ואלו אינן טעונות היתר (סעיפים 9-19 לפס"ד). בקצרה, בית המשפט קמא קבע כי עבודות הביוב וניקוז המים והעבודות להחלפת תשתית הניקוז והפרדתה מתשתית הביוב אינן טעונות היתר, כיוון שמדובר בהחלפת צנרת קיימת, ולכן חל החריג שבתקנות; לגבי עבודות הטמנת החשמל בקרקע והצבת עמודי התאורה נקבע, כי הן דורשות קבלת היתר בניה; באשר לפי סעיף 4(א) לחוק החשמל, התשי"ד-1954, אך אינן דורשות קבלת היתר בניה; באשר לסלילה מחודשת של הכביש לאחר ביצוע עבודות תשתית קבע בית המשפט, כי היא אינה טעונה היתר; לגבי התקנת מדרכות נקבע, כי יש להתקין בהתאם לתוכנית מפורטת מאושרת, ועל כן התקנתן מחייבת היתר בניה; ביחס לבניית קירות תמך נקבע, כי ככל שהיא נדרשת לצורך כיסוי התשתיות ותמיכה בדרכים הנסללות, הרי היא נילוית לעבודות הללו, ואינה דורשת היתר, "אולם מעבר לצרכים הללו, לשם נוי ותפארת או כהכנה לפעולות בנייה אחרות שאין להן היתר, מצריכה היתר"; כן נקבע כי בניית קירות חדשים ושיפור חזיתות מחייבים קבלת היתרי בניה.

14. ביחס לעבודות ברחוב אלעין (דרך השילוח) קבע בית המשפט:

"שלא כִּיתֵר הרחובות נשוא העתירה הזו, דרך השילוח מצויה בשטחה של תוכנית קיימת שאושרה בשנת 1992 (מס' 4146), אשר עסקה גם בקביעת שטחים לדרך ולחניון ציבורי. קיומה של התוכנית המפורטת מאפשר הוצאת היתר, והמשיבים הציגו את ההיתר הזה (נספח 7/ע/7 לתשובת המשיבות 1 ו-4 לעתירה). הסייגים האמורים לעיל לגבי הצורך בהיתר

ה. הערעור והערעור שכנגד

15. ביום 22.10.2009 הגישו המשיבות 1 ו-2 ערעור על פסק דינו של בית משפט קמא, אך ורק לגבי קביעה אחת, לפיה התקנת המדרכות בתוך תוואי כביש הקיים טעונה היתר בניה וכי אין די באישור רשויות התימור במסגרת הסדרי תנועה. המשיבה 1 טענה, כאשר השינוי בהסדר התנועה נעשה בתוך תוואי כביש קיים, לכן יש להסתפק בהחלטת רשות תמור מקומית בלא צורך בהליך נוסף של מתן היתר בניה. עוד טוענת המשיבה 1, כי המונח "שינוי פני הקרקע", המופיע בתקנות התכנון והבניה, כלל אינו רלוונטי לביצוע הסדר תנועה, לרבות מדרכות בגובה המקובל, וכי שינוי כזה מתייחס לשינוי משמעותי ולא שינוי של הגבהת חלק מתוואי הכביש הקיים בסנטימטרים בודדים.

16. מנגד הגישו המבקשים בתאריך 18.11.2009 ערעור שכנגד, אשר עיקרו בשאלת השמירה על שלטון החוק ואי ניצול כוחן של הרשויות לעשות דין לעצמן. הערעור שכנגד התמקד בארבעה דברים עיקריים: בכך שטעה בית המשפט קמא כאשר נמנע מלקבוע כי יש חובה לקבל תוכנית מתאר מקומית לפני ביצוע כל עבודות בניה ותשתית עירוניות, בקביעתו כי עבודות התשתית במקרה דנן יכולות להתבצע בהסתמך על החריגים המנויים בתקנות התכנון והבניה, בקביעתו כי עבודות התשתית ניתנות לביצוע ללא שורה של אישורים הקבועים בחוק, ובהתעלמו מטענות העותרים, כי העבודות ברחוב אל עין מבוצעות בחריגה מהתוכנית המפורטת הקיימת.

17. המסכת שנפרסה בערעור שכנגד (פסקאות 54-18) מוכיחה כי החלטת המשיבים 4-1 לבצע עבודות רחבות היקף בשכונת סילואן וואדי חילוה התקבלה ללא הכנת תוכנית מפורטת, ללא קבלת היתרי בניה וללא קבלת כל האישורים הנדרשים על פי חוק. משמעות הדבר, כי העבודות המתוכננות מבוקשות להתבצע ללא בסיס חוקי ובניגוד לכללי מינהל תקין.

18. המשיבים 4-1 מתכוונים לבצע עבודות תשתית, שכוללות הנחת קווים בהיקף כולל של קרוב לחמישה קילומטרים, חלקם מרוחקים יחסית מתוואי התשתיות הקיימות, בלי שקיימת לשכונה תוכנית אב לתשתיות ובלי שהתקבלו האישורים כדין. אין מדובר בשיפוץ מקומי קטן.

19. מכל הטעמים שפורטו לעיל מתבקש בית המשפט בערעור שכנגד:

1. לבטל את קביעת בית המשפט קמא לפיה ניתן לבצע את עבודות הביוב, המים, הניקוז והחשמל בשכונת סילואן וואדי חילוה ללא אישור תוכנית מתאר או תוכנית אב לתשתיות לשכונה וללא קבלת כל האישורים הנדרשים על פי חוק לביצוע עבודות אלה.

2. לבטל את קביעת בית המשפט קמא כי העבודות ברחוב אל עין מבוצעות כחוק.

הערעור נקבע לדיון בתאריך 25.10.10.

ו. נימוקי הבקשה הנוכחית:

20. ממידע שהגיע לידי המערערים בשבוע האחרון עלה חשש, כי בקרוב יחל ביצוע העבודות נושא הערעור דנן. מבירור טלפוני בין הח"מ לב"כ משיבה 4 לפני החג אושר, כי אכן בכוונת המשיבים להתחיל בימים הקרובים לאחר תום חופשת חג הפסח, בביצוע עבודות פיתוח נרחבות בשכונות סילואן וואדי חילוה בירושלים המזרחית, בהתאם לפסק דינו של בית משפט קמא.

21. מהפרטים שעולים מ-70 גיליונות העבודה כפי שנפרסו פרטיהם בקליפת אגוז בפן העובדתי לעיל, עולה כי תוכנית הפיתוח כולה מבוססת על הכוונה להפוך את השטחים הפנויים היחידים בשכונה לחניונים, על מנת לאפשר את תנועת התיירים לעיר דוד, בשעה שחסרים בשכונה שטחים להקמת גני ילדים, בתי ספר, בתי דואר וגנים ציבוריים לאוכלוסייה המקומית. כאמור, בשכונת וואדי חילוה חסרים בתי ספר וגני ילדים רבים, כך שהרוב המכריע של ילדי השכונה נאלצים להרחיק בהסעות מחוץ לשכונה על מנת לממש את זכותם ללמוד. על כן מעדיפים התושבים, כי השטחים הפנויים הבודדים, ששייכים להם, ישמשו להקמת שירותים חיוניים לתושבים ולא חניונים למבקרים באתר עיר דוד.

22. המערערים מודעים כמובן למצוקת החנייה בשכונה, שהפכה לאקוטית במיוחד לאחר שלפני כחמש שנים נסגר חניון גבעתי, החניון העיקרי ששימש את תושבי השכונה והתיירים מאז שנות ה-70, והחלו בו חפירות ארכיאולוגיות, הגורמות לנזק סביבתי רב לתושבים.

23. במצב דברים זה החליטה עיריית ירושלים להוציא צו חניה לפי חוק הרשויות המקומיות (שימוש ארעי במגרשים ריקים), התשמ"ז-1997 לכלל השטחים הפתוחים בשכונה על מנת להקים בהם חניונים. אלא שחניונים אלה אמורים לקום על מגרשים ששייכים לתושבי השכונה, המנהלים בימים אלה הליכים משפטיים נגד הצו לשימוש באדמתם לצרכים אלה (ע"פ (י-ס) 2610/08 מ"י נ' סיאם; בר"ע 578/08 (י-ס) עבאסי נ' עיריית ירושלים). ברי כי כל עוד לא הוכרעו הליכים אלה באופן סופי, אין כל אפשרות לדעת אם המגרשים יוכלו לשמש בסופו של דבר כחניונים אם לאו. במצב דברים זה, **עבודות הפיתוח, שיביאו לכך שהחניה לאורך הרחובות הראשיים בשכונה לא תותר כבר מהשלב הראשון, יגרמו למצב בלתי אפשרי בו לא תעמוד בפני התושבים חלופה לחניית כלי רכבם.**

24. לגבי רחוב בידון (שם חדש וואדי חילוה), שהוא רחוב תלול במיוחד, המצב הוא כזה שאין לגביו כלל תוכניות למגרשי חנייה, בשעה שהתוכנית הקיימת היא לבטל את החניות הקיימות לאורך הרחוב. מכאן שהתחלת עבודות הפיתוח תגרום לכך שדיירי רחוב זה, שחלקם הם אנשים מבוגרים, ומבקרי יוותרו ללא כל אפשרות לחניה ועל כן יפגעו מאד מהשינוי.

25. בנוסף, ישנו חשש ממשי ביותר כי עבודות הפיתוח יובילו לחפירות ארכיאולוגיות רחבות היקף בשכונה, אשר ישתקו אותה לזמן רב מאוד. חשש זה מבוסס על ניסיון העבר, שכן בשנים האחרונות מבצעת רשות העתיקות באזור שכונת סילואן וואדי חילוה "חפירות

הצלה" בהיקפים עצומים, שנמשכות שנים רבות. רבות מ"חפירות הצלה" אלה החלו בעקבות עבודות תשתית שונות, אשר חשפו שכבות שונות בקרקע ובצידן ממצאים ארכיאולוגיים.

26. תושבי השכונה מבקשים להדגיש, כי הם אינם מתנגדים לחפירות ארכיאולוגיות ולתיירות באופן כללי. הם גאים בעתיקות הנמצאות תחת כפרם ומעוניינים בשמירה על עתיקות אלו ובחשיפתן בדרך שתשרת את המדע ואת כל תושבי ירושלים. למעשה, במשך יותר מ-140 השנים האחרונות שכונת סילואן וואדי חילוה היא אחד מהאתרים הנחפרים ביותר בארץ, ומשלחות מכל רחבי העולם הגיעו לחקור בה את תולדות העיר. בכל 130 השנים שקדמו לתקופה בה קיבלה עמותת אלע"ד את האחריות לחפירות בשכונה, התנהלו החפירות בהסכמת התושבים והיו חלק ממרקם החיים של הכפר. אלא שבעבר התנהלו החפירות באופן המשתף את התושבים, ולא כפי שהדבר מתבצע היום, כשהחלטות על החפירות מתקבלות בלי לידע את התושבים, והעבודות עצמן מתבצעות תחת בתיים ללא יידועם. עבור תושבי השכונה, פתיחת הכבישים הראשיים בשכונה, התחלת חפירות הצלה והשבתת התנועה הם מחיר קשה מנשוא.

27. **כן עולה חשש כבד כי העבודות יובילו בעתיד לשינוי מהותי בהסדרי התנועה בשכונה באופן שישבש את מרקם החיים בשכונה.** הרחובות וואדי חילוה (שם חדש מעלות עיר דוד) וביידון (שם חדש ואדי חילוה) הם הרחובות הראשיים של השכונה והכבישים היחידים שמאפשרים לתושבי השכונה לצאת למרכז ירושלים המזרחית, שם ניתן לקבל את השירותים השונים להם זכאי כל תושב. שינוי בהסדרי התנועה ברחובות אלה, הפתוחים כעת לתחבורה דו סיטרית, ישבש את התנועה בשכונה, ממנה ואליה.

28. להמחיש את חששות התושבים, עבודות הפיתוח ה"זמניות" המתוכננות להתחיל בימים הקרובים, שעליהן הוכרז בעלון שחולק כבר ביום 7.11.08 (**מצ"ב ומסומן מ/1**), אשר חלקן החל והופסק עם מתן החלטת הבר"ם היו הוכחה ממשית לעומסי התנועה וחסימות הכביש הבלתי נסבלות, על כן שינוי הסדרי התנועה והחנייה יפגע אנושות בחיי היומיום בשכונה.

29. **העבודות יגרמו למחסור מוחלט במקומות חנייה** - זאת לאור הפיכתם של רחובות וואדי חילוה (מעלות עיר דוד) וביידון (וואדי חילוה), בהם חונים תושבי רחובות אלה, לחד סיטרים. בשלב זה, לא הוצג כל פתרון לבעיית החנייה וכאמור, השטחים שיועדו לחניונים ברחוב וואדי חילוה נתונים במחלוקת שטרם הוכרעה על ידי בית המשפט.

30. **העבודות יגרמו לעומסי תנועה בלתי אפשריים וישתקו את מהלך החיים בשכונה** - רחוב ביידון הוא רחוב צר ותלול והוא אינו יוכל להכיל את התנועה הרבה שבכוונת המשיבים להפנות אליו, במיוחד בשעות הבוקר והצהריים, בהם תלמידים ותיירים רבים נמצאים במתחם זה. רחוב וואדי חילוה יהפוך לדרך חד סטרית הדבר יביא להארכה משמעותית ביותר של דרך היציאה מהשכונה ועומסי תנועה חדשים באיזורים אחרים של השכונה.

31. **העבודות יגרמו לעיכובים בתחבורה הציבורית** - ההסדר המוצע לתחבורה הציבורית יביא לפגיעה ודאית בשירות הניתן לתושבים, לאור התנאים שייווצרו בדרכים. קו 76 מכיוון שער שכם לא יעבור בשכונה, והמעוניינים להגיע לדרום העיר המזרחית - לשכונות עין אילוז ווא-טור, בהן ישנם סניפי קופות חולים, מתנ"סים ושירותים נוספים - יאלצו לנסוע בשני אוטובוסים.

32. **העבודות יפגעו במסחר** - קשיי התנועה והחנייה הצפויים יגרמו לפגיעה קשה בחנויות הממוקמות ברחובות וואדי חילוה ובידון.

33. **הסדרי התנועה הזמניים מפלים** - במקטע העליון ביותר של רחוב וואדי חילוה, הסמוך לאתר עיר דוד, הותרה על כנה התנועה הדו סטרית. השיקולים שבבסיס החלטה זו, הגורמת לאפליית תושבי השכונה לעומת אנשי עיר דוד והמבקרים בה, אינם נהירים לתושבים כלל וכלל, ומעלים את החשד שמדובר בכוונה לאפשר למבקרים באתר הגעה נוחה, למרות העבודות.

השיקולים למתן סעד זמני:

סיכויי הערעור שכנגד גבוהים

34. **המבקשים טוענים שהחלטת המשיבים 1-4 לבצע עבודות רחבות היקף בשכונת סילואן וואדי חילוה התקבלה ללא בסיס חוקי ובניגוד לכללי מינהל תקינים**. כמפורט לעיל, התוכנית לעבודות הפיתוח לא אושרה על פי ההסדר הקבוע בחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, ולעבודות לא הוצאו היתרי בניה כדין. טענות המשיבים, כי העבודות נכנסות בגדר החריגים שאינם טעונים היתרי בניה, עומדות, על בסיס רעוע ביותר.

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

36. **המבקשים סבורים כי במצב דברים זה, סיכויי הערעור להתקבל הם גבוהים**. דינן של עבודות, שתוכננו תוך עקיפת ההליך החוקי, להתבטל, וזהו בדיוק הדבר שמובא להכרעת בית המשפט בערעור שכנגד הנדון.

מאזן הנוחות נוטה לטובת המערערים

37. בבוא בית המשפט להכריע בבקשה למתן סעד זמני הוא ישקול לעניין מאזן הנוחות את הנזק שייגרם למערערים אם לא יינתן צו ביניים, אל מול הנזק שייגרם למשיבים אם יינתן הצו המבוקש. בגדר שיקול זה יבחן בית המשפט, בין השאר, את האפשרות שמא אי מתן הצו יסכל ואף ייתר את בירור ההליך העיקרי וכן יבחן את הצורך לשמר מצב קיים לעומת יצירת מצב חדש בטרם התברר ההליך לגופו.

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

"לעניין מאזן הנוחות, שהוא כאמור השיקול המכריע: כאן יש לבחון את הצורך שבשמירת המצב הקיים, לעומת יצירת מצב חדש בטרם התברר ההליך לגופו. במקרה שלפנינו מדובר בביצוע של עבודות בניה. בהתחשב בשלב המתקדם בו הן מצויות, גובר החשש כי המשיב ישלים

את מלאכת הבניה בקרוב, עוד בטרם יסתיים בירור ההליך לגופו. נראה אפוא כי אם בסופו של יום תתקבל עתירתו של המבקש, יהיה זה קשה להשיב את המצב לקדמותו (ראו בר"ם 2577/06 אריאלי נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה "זמורה", החלטה מיום 17.5.2006, מפי השופט לוי). נראה כי בענייננו יש הצדקה למתן צו הביניים, בעיקר כדי למנוע היווצרותו של "מעשה עשוי". בנסיבות אלו גובר הצורך בשמירת המצב הקיים באמצעות מתן צו הביניים, עד למתן פסק דינו של בית משפט קמא" (בר"ם 5793/06 דיאב נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה נצרת, פסק דין מיום 20.9.06 (לא פורסם)) [ההדגשה אינה במקור].

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

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

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

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

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

42. אשר על כן, סבורים המבקשים כי המקרה שלפנינו הוא בדיוק מסוג המקרים בהם מאזן הנוחות נוטה בבירור לטובת מתן סעד זמני בערעור.

43. הוצאה לפועל של תוכנית שלא אושרה כחוק גורמת נזק גדול הרבה יותר לאינטרס הציבורי של שמירה על שלטון החוק.

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

"הנציבות טוענת כי מאזן הנוחות נוטה לטובתה כמייצגת את האינטרס הציבורי. אכן בבוא בית המשפט לבחון את שאלת מאזן הנוחות עליו לקחת בחשבון כי עיכוב בהליכי מכרז עלול לפגוע בציבור וכי יש לשקול נזק זה על אף הקושי לכמתו (בר"מ 2077/06 ימית נ'הולית 2000 בע"מ

נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם)). ואולם, האינטרס הציבורי פועל לשני הכיוונים: בענייננו נטענת טענה של ניגוד עניינים ומשוא פנים וכפי שקבע הנשיא ברק "ייתכן שבטווח הקצר יש בכך פגיעה ביעילותם של הליכי המכרז. אין בכך ולא כלום, שכן בטווח הארוך יש בכך להגביר את האמון של הציבור בשיטת המכרז ואת נכונותו ליטול בו חלק" (ע"א 8416/99 אי.איי.אם. אלקטרוניקס מחשבים וצ'יוד היקפי (1999) בע"מ נ' מפעל הפיס, פ"ד נ"ד (3) 425, 430 ה). אל מול הנזק שיגרם לציבור באם יעוכב ביצוע המכרז יש להעמיד את הנזק החברתי ארוך הטווח שיגרם אם תתאפשר פגיעה בהגינותם של מכרזים ובאמינותם של רשויות הציבור (השוו ע"א 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבטחון, פ"ד נא (5) 643, 647) (בר"ם 2139/06 מר ושות' (1982) בע"מ נ' משרד התשתיות הלאומיות – נציבות המים, פסק דין מיום 6.4.06 (טרם פורסם)) [ההדגשה אינה במקור].

45. לא רק שלטון החוק נפגע פה, כמובן. מטרה מרכזית של דיני התכנון והבנייה היא איזון בין אינטרסים שונים שמושפעים מתכנון המרחב. היוזמה שלפנינו, פרי עבודתן של רשויות ציבוריות, נועדה לעקוף את חובותיהן לפי דיני התכנון והבנייה, והיא מתעלמת בבירור מאינטרסים ציבוריים, וביניהם מהאינטרסים של תושבי סילואן וואדי חילוה, שהיה מקום לשקול במסגרת הליכי תכנון ראויים וחוקיים. בכך נפגע אינטרס ציבורי מרכזי בקיום תכנון שקוף ומאוזן.

46. יש חשיבות תקדימית לפסיקתו של בית משפט נכבד זה באשר להיקף ומהות העבודות, שניתן לבצע בהסתמך על החריגים המנויים בתקנות התכנון והבניה, ובאשר ליחס שבין תקנות אלה לבין קיומה או אי קיומה של תוכנית מפורטת לאזור, לאור החובה היסודית שבדין לתכנן. התחלת העבודות וקביעת עובדות בשטח באמצעות חפירה ובניה, יש בה כדי לסכל את בירור הסוגיה ולייתר את ההליך המשפטי.

47. מכל האמור לעיל עולה, כי הנזק שייגרם מאי מתן סעד זמני, הן מבחינת שינוי המצב בשטח באופן שבלתי אפשרי יהיה להחזיר את המצב לקדמותו, והן מבחינת הפגיעה באינטרס הציבורי שבשמירה על דיני התכנון, עולה על הנזק שייגרם ממתן הסעד.

נסרין עליאן, עו"ד

ב"כ המערערים

7 באפריל 2010