

העותרים:

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

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

- נ ג ד -

המשיבים:

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

משיבות פורמליות:

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

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

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

עיקרי טיעון מטעם העותרים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 16.3.09 ולקראת הדיון בעתירה הקבוע ליום 25.3.09, מתכבדים העותרים להגיש את עיקרי הטענות מטעמם. העותרים מבקשים לציין כי הם קיבלו את תשובת המשיב 2 רק ביום 19.3.09.

סדר הדברים בהצגת טיעוני העותרים יהיה כדלהלן:

- א. מבוא 2
- ב. ההיתרים והאישורים הנדרשים לעבודות המתוכננות 3
- גדר המחלוקת – שמירה על שלטון החוק 3
- ההסדר התכנוני החל על השכונה 4
- החובה לתכנן 5
- הצורך בתוכנית מפורטת 7
- הצורך בקבלת היתרי בניה לעבודות 9
- אי תחולת חריגי התקנות על העבודות 12
- הצורך באישורים אחרים לעבודות 13
- אי חוקיות פעולת המשיבים 15
- ג. הצורך בעבודות המתוכננות 16
- עבודות הסלילה והכשרת המדרכות 17
- עבודות החלפת התשתיות 17
- ד. הנזק הצפוי מהעבודות המתוכננות 18
- ה. התייחסות לטענות המקדמיות של המשיבים 19
- ייצוג התושבים 19
- אי שיתוף התושבים 20
- טענות שלא ממין העניין 21
- טענת השיהוי 22
- ז. סיכום ובקשה למתן צו ביניים עד להכרעה בעתירה 23

א. מבוא

1. בפתח הדברים, מבקשים העותרים לעמוד על כך כי מאז יוני 2008 ובעתירה זו הם חוזרים ומבקשים מהמשיבים לקבל לידיהם את התוכנית המפורטת לביצוע עבודות הפיתוח והבניה המתוכננות בשכונת סילוואן וואדי חילוה שבירושלים המזרחית (להלן: "העבודות" או "התוכנית") - כולל מהות העבודות שיבוצעו, מיקומן המדויק ולוח הזמנים לביצוע. למרות זאת, העותרים טרם קיבלו מהמשיבים פרטים אלו. גם היתר הבניה היחיד שהוצג לעבודות ברחוב אלעין (דרך השילוח) לא כלל את התוכנית המלאה לביצוע העבודות שם ולא את התשריט. על כן, מבחינת העותרים, התוכנית המדויקת עדיין לוטה בערפל כבד.

2. ביום רביעי האחרון, ה-18.3.09, קיבלה ב"כ העותרים מכתב מבי"כ המשיבה 3 בה הוא כותב כי למרשתו נודע כי לטענת העותרים לא ניתן להם לעיין בתוכניות הביצוע של העבודות, וכי מרשתו נכונה לאפשר לעותרים לעיין בתוכניות הביצוע. הצעה זו הגיעה בשלב מאוחר מדי וסמוך מדי לדיון, כך שלא נותרה בידי העותרים שהות מספיקה לממש את הצעת המשיבה 3. עצם העלאת ההצעה לעניין בתוכניות הביצוע בשלב כה מאוחר היא בגדר היתממות, וכנראה ניסיון להשיג יתרון דיוני כלשהו, שכן למשיבה 3 ידוע היטב כי העותרים לא קיבלו את מלוא הפרטים שהם ביקשו תקופה כה ארוכה, שהרי העותרים חזרו על תלונה זו במכתבים רבים אליה ובעתירה המנהלית ובבר"מ שהוגש בנושא צו הביניים לבית המשפט העליון. אילו היתה המשיבה 3 מוכנה באמת ובתמים לפרוס את התוכניות, היתה יכולה מזמן לשגר את העתקי התוכניות לעותרים, כשביקשו זאת, או לכל הפחות לצרפן לתשובתה לעתירה.
3. מכל מקום, המשיבות 1, 3 ו-4 פירטו את מהות העבודות בתשובותיהן, גם אם לא פירטו את תוכן המדויק. מהתשובות עולה כי **העבודות הן בעלות היקף רחב מאד: הן מתפרסות על איזור רחב, של כ-15,000 מ"ר, וכוללות שורה ארוכה של עבודות: החלפת תשתיות, ריצוף פני הרחובות, בניית מדרכות חדשות, ביצוע מפרצי חניה, פיתוח חניונים, התקנת רהיטי רחוב, הצבת עמודי תאורה ושתילת עצים. עלותן הכוללת כ-30 מיליון שקלים.**
4. מנתונים אלה ברור, כי **התוכנית נועדה לשנות את פני השכונה כולה**, ולא מדובר בתוכנית נקודתית להחלפה או שיפור של תשתיות. אשר על כן, ישובו העותרים ויטענו כי **תוכנית בסדר גודל כזה טעונה תכנון מפורט וקבלת היתרי בניה**, מהנימוקים שיפורטו להלן.
5. בטעונום יתייחסו העותרים גם לצורך בקבלת אישורים מהרשויות השונות לביצוע עבודות התשתית, בנזקים שייגרמו לתושבים וכן לטענותיהם המקדמיות הרבות של המשיבים.

ב. ההיתרים והאישורים הנדרשים לעבודות המתוכננות

גדר המחלוקת – שמירה על שלטון החוק

6. לבה של העתירה דנן הוא השאלה: **האם עבודות הפיתוח והבניה המתוכננות בשכונת סילוואן וואדי חילוה שבירושלים המזרחית דורשות קבלת היתרי בניה ואישורים נוספים מהרשויות הרלוונטיות?**
7. המשיבות 1, 3 ו-4 טוענות כי העבודות המתוכננות אינן טעונות קבלת היתר בניה ואף אינן טעונות תכנון מפורט, ודי באישורי הגורמים המקצועיים שניתנו לעבודות אלה. זאת כיוון שהעבודות המתוכננות הינן עבודות שידרוג תשתיות קיימות בתוואי הכביש הקיים מזה עשרות שנים, והן אינן מתוות דרך חדשה ואינן משנות מהותית את פני הרחובות (למעט העבודות ברחוב אלעין (שם חדש דרך השילוח) המבוצעות ע"פ היתר בניה שניתן מכוחה של תוכנית 4146). בחלק זה של הטיעון יפרטו העותרים מדוע אין זה כך.
8. **גישתם של העותרים נתמכת בחוות דעתו של ד"ר שמואל רויטל, מומחה לדיני תכנון ובניה ומחבר העוקדן "דיני התכנון והבניה", הקובע כי העבודות המתוכננות בשכונת סילוואן וואדי חילוה דורשות קבלת תוכנית מפורטת וקבלת היתרי בניה לפני ביצוען.**
- חוות דעתו של ד"ר שמואל רויטל מצ"ב ומסומן ע/1.

9. כבר עתה ייאמר: **הטענה, לפיה תוכנית זו היא חלק מתוכנית כללית להסדרת התנועה והחניה בכל אזור העיר העתיקה, שנועדה לפתור את עומסי התנועה באזור, וכי הגורמים המקצועיים שקלו את כל השיקולים הרלוונטיים ובחנו אלטרנטיבות לתוכנית, אינה רלוונטית לחובה כי התוכנית תעמוד בדרישות החוק.**

10. **אין עתירה זו עוסקת בשאלות של סבירותה או מידתיות של תכנית הפיתוח, אלא בשאלה של שמירה על שלטון החוק ואי ניצול כוחן של הרשויות לפגיעה בזכויותיהם של תושבי שכונת סילוואן וואדי חילוה. על כן, על בית המשפט לבדוק האם התוכנית עומדת בדרישות החוק, ולא אם היא סבירה או לא. בהקשר זה יוער, כי אם כבר - המחדל התכנוני של המשיבות ואי קידום התכנון הכולל של שכונת סילוואן וואדי חילוה הם אלה שלוקים בחוסר סבירות קיצוני.**

11. בניגוד לטענת המשיבות 1 ו-4, אין העותרים חייבים להצביע על אלטרנטיבה אחרת לביצוע העבודות, אם כי הם בהחלט הציעו אלטרנטיבה כזו: קידום תוכנית מפורטת לשכונה וביצוע העבודות על פי היתרי בניה שיתקבלו מתוקפה.

ההסדר התכנוני החל על השכונה

12. כפי שפורט בעתירה (סעיפים 38-49), **שטח שכונת סילוואן וואדי חילוה כלול בתחום "גן לאומי סביב חומות העיר העתיקה"**. גן לאומי זה הוכרז ביום 31.03.74 והוא משתרע על אלף ומאה דונם (תכנית הכרזה על גן לאומי סביב חומות העיר העתיקה ג/11/19). בנוסף **חלה על שטח השכונה תכנית מתאר מקומית עמ/9 לירושלים העתיקה וסביבתה**. תכנית זו, שמטרתה הייתה שימור השטחים הפתוחים שסביב העיר העתיקה, נערכה ב-1970 ואושרה ב-1976. למרות שתכנית עמ/9 אושרה לאחר הכרזת הגן הלאומי, הגן הלאומי סביב חומות העיר העתיקה אינו כלול בה ואין לו כל אזכור, לא בתשריט התכנית ולא בהוראותיה.

13. **אזור שכונת סילוואן וואדי חילוה הוגדר בתוכנית עמ/9 כ"שטח פתוח ציבורי מיוחד", בו אסורה הבנייה**. בכך ביקשו מתכנני התוכנית להבדיל את האזור וליצור לגביו מנגנון בקרה חזק מזה של "שטח ציבורי פתוח" לשם שמירתו מפני בניה. על פי סעיף 8.19 בהוראות התכנית נקבע:

8.19. שטח פתוח ציבורי מיוחד

8.19.1: **הבניה בשטח זה אסורה.**

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

14. בתוכנית עמ/9 ישנו יעוד קרקע לכביש, אך הוראות התוכנית אינן מפרטות הנחיות לגבי סלילת כבישים. בתשריט מסומנים שני כבישים בלבד: רחוב אל עין (שם חדש דרך השילוח) ורחוב מעלה השלום, שצמוד לחומות, לגביהם נערכו תוכניות מפורטות לפיתוח הכבישים. שאר הכבישים אינם מסומנים כלל ואין לגביהם תוכניות מפורטות.

15. על שטח תוכנית עמ/9 חלות גם הוראות תוכנית 62 (תוכנית כוללת לירושלים משנת 1959 – לפני כיבוש ירושלים המזרחית). תוכנית 62 קובעת כי ניתן להמשיך להשתמש בקרקע בה משתמשים באותו שימוש, כל עוד לא נעשה שינוי בהחזקה של הקרקע:

חלק ו' – החלוקה לאיזורים

השימוש בקרקעות ובבניינים (א)

1. א) מקום שמשתמשים בקרקע או בנין, בשעת כניסת תוכנית זו לתוקפה, שימוש כלשהו, השונה מאחד השימושים המפורטים ברשימת השימושים לגבי האיזור שבו הם נמצאים, מחמת תכנית בנין ערים כלשהיא שהיתה בתוקף סמוך להכנסה לתוקף של תוכנית זו, מותר להמשיך להשתמש בקרקע זו או בבנין זה באותו שימוש כל עוד לא חל שינוי בחזקתם, בבעלות של אותה קרקע או של אותו בנין.

החובה לתכנון

16. מהאמור לעיל עולה כי לגבי מרבית שטח שכונת סילוואן וואדי חילוה אין תוכניות מפורטות. תוכנית המתאר עמ/9 היא תוכנית כללית ולא מפורטת, בה מסומנים אך ורק הרחובות אלעין ומעלה השלום, לגביהם נערכו תוכניות מפורטות. שאר הכבישים בשכונה אינם מסומנים כלל בתוכנית ואין לגביהם תוכניות מפורטות. על כן, בשביל לשנותם ולפתחם יש צורך בתוכנית מפורטת, כפי שקובעים סעיפים 63(2) ו-69(2) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965.

17. ככלל, התוויה של דרך, סלילתה או שינויה מחייבים תכנון מפורט של הדרך. שהרי תכנון מפורט לכל אזור ואזור, בודאי לפני שמשנים את פניו, הוא העיקרון הבסיסי העומד ביסודם של דיני התכנון והבניה. התכנון המפורט דרוש כדי שיילקחו בחשבון כל ההיבטים התכנוניים והחברתיים הרלוונטיים לאזור המתוכנן וכדי לאפשר את שיתוף הציבור בהליך.

18. למעשה, תוכנית מפורטת היא המסד להוצאת היתרי בניה, גם לעניין התווית הדרכים והחלוקה הפנימית של מרכיבי הדרך: כך, למשל, תוכנית מפורטת כוללת נספח כבישים, אשר קובע הנחיות בדבר רוחב הכביש, רוחב המדרכה, מרחק קווי הבניין מהם, מיקום החניות (ניצבות/מקבילות) וכיו"ב. תוכנית מפורטת כוללת אף חתכי רוחב טיפוסיים לדרכים, אשר כוללים פירוט של מיקומי מיסעות, מדרכות, חניות, רחובות משולבים, מיקום מערכות התשתית מתחת ומעל פני הקרקע וכד'. כל הפרטים האלו אמורים להיקבע בתוכנית שמאושרת סטטוטורית, ולא בתוכניות ביצוע של הרשויות המבצעות, כפי שטוענות המשיבו 1, 3 ו-4 (מובן כי בשלב הנפקת היתרי הבניה ניתן לקבוע הבדלים בפרטי הביצוע, אולם חתכי הרוחב קובעים את העקרונות של מבנה הדרך).

19. החובה המוטלת על רשויות התכנון לערוך תכנון נלמדת מחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965: מסמכויות ועדות התכנון, המוגדרות בסעיפים 62-61 לחוק, מהחובה לקבל היתר בניה שמתאים לתוכנית שאושרה, על מנת לערוך בניה (סעיף 145(ב) לחוק) ומסעיפי העונשין בחוק, הקובעים בניה ללא היתר כעבירה פלילית (סעיף 204 לחוק).

20. החובה לתכנן בפירוט הוכרה בפסיקה כפונקציה של מידת התכנון הקיים לאזור. נפסק כי יש לתכנן באופן אשר יאפשר קבלת היתרי בניה, בכל מקום בו לא קיימת תוכנית מתאר מפורטת מספיק. כך, למשל, הסבירה השופטת פרוקצ'יה:

"בהיות היתר הבנייה אמצעי למימוש התכנון הקיים בשטח, הדעת נותנת כי עליו להיגזר מתכנית שיש בה פירוט מספיק על-מנת שתשמש תשתית נורמטיבית נאותה לביצוע הבנייה. ככל שהתשתית כללית יותר ובלתי מפורטת, כך גוברת הסכנה כי יינתן היתר ביצוע שאינו נשען על נורמות תכנוניות מאושרות... היתר בנייה אינו יכול למלא את החסר בתכנון מפורט, אלא עליו להיגזר ולנבוע מתכנון מפורט של השטח אשר נעשה במסלול תכנוני תקין כקבוע בחוק. מכך עולה כי בטרם יוצא היתר בנייה, יש צורך בקיום תכנית בדרגת פירוט סבירה אשר תקבע את הפרטים הנוגעים לבנייה על המקרקעין ולשימוש בהם" (ע"א 7654/00 ועדת ערר מחוזית חיפה נ' חברה לבנין הירדן, פ"ד נז(2) 895, 904 (2003)).

21. מכאן, שהשאלה המנחה היא מהי רמת הפירוט של תוכנית המתאר? כאשר זו אינה מפורטת מספיק, יש לדאוג לתכנון ברמה מפורטת, רלוונטית וסבירה, שתאפשר הוצאת היתר. כפי שפירטה השופטת וסרקרוג:

"הגישה שהתגבשה בפסיקה היא, שתוכנית בדרגת פירוט סבירה צריכה להימצא כבסיס להוצאת ההיתר. מידת הפירוט היא פועל יוצא ממהות המבנה והשימוש שיעשה בו... אין מניעה להסתפק בתוכנית מיתאר מקומית ובלבד שתהא ברמה מפורטת, רלוונטית וסבירה, המאפשרת הוצאת היתר. רק במקום בו תהיה תוכנית מקומית כללית מדי, יש לצפות, כי בעקבותיה תבוא תוכנית מפורטת, בטרם יינתן ההיתר" (הפ (חי') 453/96 ד"ר יצחק אבנון ואח' נ' עיריית חיפה ואח', פ"ד נו(3) 109, 118 (1996)).

לעניין זה ראה גם: עת"מ (י-ם) 1318/03 אדם טבע ודין נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה (טרם פורסם), פסקה 9 (2006); עת"מ (חי') 398/01 החברה להגנת הטבע נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה חיפה (טרם פורסם), פסקה 23 (2001); חו"ד של ד"ר רוויטל שצורפה בע/.

22. בהקשר זה יש לציין, כי גם אם סמכות רשויות התכנון יכולה להיות מוגדרת כסמכות שברשות, הרי שבמקרים שבהם יש צורך בתכנון מפורט ותכנון זה לא נעשה, הסמכות לתכנון הופכת לסמכות שבחובה. זאת מן הטעם, שהסמכות מוענקת לרשות על מנת שזו תפעיל אותה, כדי לשרת את תכלית הסמכות. הפסיקה עמדה פעמים רבות על כך שבנסיבות מסוימות סמכות שבשיקול דעת הופכת לסמכות שבחובה להפעילה, כדברי הנשיא שמגר:

"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 זה ראה גם: 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.

23. בית המשפט העליון הדגיש את חשיבות הכנתה של תוכנית מפורטת, אשר "קובעת מסגרת קונקרטיה לעבודתם של מבצעי העבודה, ועל-פי הצורך והעניין תהווה בסיס להוצאתם של היתרי בנייה" (עע"מ 10112/02 אדם טבע ודין נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז ירושלים פ"ד נח(2) 817, 841).

24. בפרשת אדם טבע ודין קבע בית המשפט, כי שש שנים הינן תקופת מעבר סבירה לקבלת תוכניות מפורטות:

"מאז תחילתה של תמא 22 חלפה תקופה של למעלה מחמש שנים וחצי ולא שמענו ולו על תוכנית מפורטת אחת שהוכנה ונתאשרה. בין שתמא 22 הטילה חובה לערוך תוכניות מפורטות – כטענת העותרים – ובין שתמא 22 אך פתחה עריכתן של תוכניות מפורטות – כטענת המשיבים – מצפים היינו לשמוע הסבר כלשהו מפי המשיבים: כיצד זה שעברו כה הרבה שנים מאז תחילתה של תמא 22, ובכל זאת לא נתקבלה ולו תוכנית מפורטת אחת. שאלנו ודרשנו אך תשובה לא זכינו לקבל. מכל מקום, תקופת מעבר של קרוב לשש שנים בוודאי הייתה תקופת מעבר סבירה לקבלתן של תוכניות מפורטות" (בג"צ 288/00 אדם טבע ודין נ' שר הפנים, פ"ד נה(5) 673, 701).

25. אם כן, במקומות בהן אין תוכנית מתאר מפורטת מחייב הדין לערוך תוכנית, שבה יסומנו הכבישים ויתר ייעודי הקרקע טרם ביצוע שינוי בשטח.

הצורך בתוכנית מפורטת

26. למרבה הצער, לשכונת סילוואן וואדי חילוה כמעט ולא הוכנו תוכניות מפורטות, למרות שעברו 33 שנים מאז אושרה תוכנית עמ/9, ולמרות בקשותיהם החוזרות ונישנות של התושבים לערוך תכנון לשטח. לרשויות התכנון היה די והותר זמן לקיים הליכי תכנון ראויים ושקופים ולאשר תוכניות מפורטות לשכונה, אולם הן בחרו שלא לעשות כן.

27. המשיבות 1, 3 ו-4 מבקשות להמשיך להתעלם מחובת הרשויות לתכנן תכנון מפורט לשכונה. מבחינה זו הם ממשיכים את מה שעושה המשיבה 1 כבר שנים ארוכות, המתעלמת מחובתה לתכנן את האזור ויוצרת עובדות בשטח מבלי להקדים להם תכנון כנדרש. ודוק, כאשר המשיבה 1 מעוניינת לעבוד לפי הסדר הנכון, היא עושה זאת, שהרי נערכו תוכניות מפורטות לאזורים מסוימים בשטח השכונה, כפי שפורט בסעיף 49 לעתירה.

28. אלא שלגבי מרבית השטח בו מתוכננות העבודות טרם נעשה כן, אם כי ידוע לעותרים כי המשיבה 1 כבר גיבשה תוכנית מפורטת לאזור, הכוללת את שכונת וואדי חילוה: תוכנית "המורדות הדרומיים של העיר העתיקה", שמספרה 11555. תוכנית זו אושרה לפני יותר משנה בוועדה המקומית אולם טרם נידונה בוועדה המחוזית.

29. **בשמה של תוכנית זו, נבלמת בשנים האחרונות כל יוזמה תכנונית של התושבים.** כך, למשל, ניסתה התארגנות של תושבים בשכונה לקדם תוכנית מפורטת לחלק משטח השכונה בשנת 2005 (תיק 11464), אולם התוכנית נדחתה בוועדה המחוזית בנימוק ש"בשטח מקודמת תוכנית כללית למורדות הדרומיים של העיר העתיקה ולכן אין לאשר בשלב זה תוכנית חלקית ו/או נקודתית בשטח האמור".

30. **במקום לקדם תוכנית מפורטת במהירות ולבצע את התוכנית הפיתוח על פיה, מבקשות המשיבות 1, 3 ו-4 לרתום את העגלה לפני הסוסים בכל הקשור לעבודות הנדונות,** שכן, כל עוד לא מאושרת תוכנית מפורטת, ביצוע העבודות הם הקדמת המאוחר למוקדם: הן יקבעו עובדות בשטח מבלי להביא בחשבון את מכלול שיקולי התכנון ומבלי לאפשר לתושבים להביע את דעתם. יש לזכור, כי גם כך חוקי התכנון והבניה אינם מאפשרים שיתוף רב של הציבור – רק בשלב ההתנגדויות מוזמנים התושבים להביע את דעתם. העותרים סבורים כי לפחות את הפתח הקטן הזה לתושבים להביע את דעתם לא צריך לקחת מהם.

31. העובדה, כי ישנו תוואי קיים לדרכים בשכונה, אינה מעלה ואינה מורידה לעניין הצורך בתכנון, כאשר מבקשים לשנות את תוואי ומבנה הדרך. שינוי כזה צריך להיעשות על פי תוכנית מפורטת שתקבע ייעוד, תוואי והנחיות לגבי מבנה הדרך, ולא להסתמך על הדרך שקיימת עשרות רבות של שנים בשטח. בבחינת – יש לתקן את המחדל ההיסטורי של רשויות התכנון ולא להוסיף עליו.

32. כמו כן, העובדה כי השכונה אינה שכונה חדשה אלא שכונה קיימת, אינה משנה לעניין חובתן של רשויות התכנון, וטיעון של המשיבות 1 ו-4 בהקשר זה, כי "המצב בשטח, ובעיקר מצב הכבישים בשטח משנת 1967, מכתיב את התכנון שלו", אינו ממין העניין בהקשר זה. ברור שהכנת תוכנית לשכונה קיימת, לעומת תוכנית לשכונה חדשה, מציבה אתגרים תכנוניים מסוג אחר, אך אין זה מוריד מהחובה לתכנן תכנון מפורט (גם אם מדובר בתכנון שמשקף את המצב הקיים בשטח) על מנת לאפשר הוצאת היתרי בנייה.

33. **את הצורך בתכנון מפורט זה הבהיר למשיבה 3 גם מ"מ מהנדס העיר** במכתב ששיגרה אליה (שצורף בנספח ח' לתשובת המשיבה 3 מיום 30.11.08, בסעיף 1 למכתב). המשיבות 1, 3 ו-4 מעדיפות לקרוא את הנחיית מ"מ מהנדס העיר באופן שלא יחול על העבודות, אלא כהנחיה כללית. הן טוענות שההנחיה מתייחסת ל"ביצוע דרכים", דהיינו התוויתן של דרכים חדשות, סלילתן וסגירתן (או הרחבת דרכים קיימות), כאשר במקרה שלפנינו מדובר בביצוע עבודות בדרכים ולא בביצוע דרכים. לעותרים לא נותר אלא לשוב על עמדתם כי העבודות המתוכננות הן הרבה יותר מעבודות בדרך, אלא תוכנית כוללת לשינוי פני השכונה, כפי שפורט לעיל ועוד יפורט להלן.

34. הצורך בתכנון בשכונת סילוואן וואדי חילוה נתמך גם בסעיף 7 לחוות דעתו של ד"ר שמואל רויטל, שצורפה בע"1, הקובע כי "לפי המפורט בעתירה, על השטח תוכנית מתאר עמ/9... תוכנית זו היא, כפי שמסתבר, כללית וחסרות בה הוראות הפורטות... לכן נראה שהכרחי הדבר שלפני ההיתרים לעבודות בסילוואן תידרש תוכנית מפורטת. במסגרת הפעולות לקבלת תוכנית מפורטת הרי אפשרי הדבר שיידונו טענות של בעלי הנכסים באזור".

35. כידוע, הנפגעים העיקריים מהעיכוב הפושע בתכנון השכונה הם תושבי השכונה, שכן בהעדרה של תוכנית מפורטת הם אינם יכולים לקבל היתרי בנייה ואינם יכולים לבנות את בתייהם

בשכונה (כמפורט בסעיפים 52-58 לעתירה). כאשר הם בונים ללא היתר, ננקטים נגדם צעדים מנהליים ובתיהם נהרסים בזה אחר זה, כשהסנקציות המנויות בחוקי התכנון והבנייה משמשות כנר בודד לרגלי הרשויות (ראה, למשל, עת"מ (מחוזי י-ם) 8103/08 חמדאן נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם 14.7.08)).

36. **תמוה הדבר שכאשר הרשות היא זו שמעוניינת בבנייה, היא בוחרת לנהוג שלא על פי החוק וטוענת כי כלל לא נדרש היתר. התנהגות זו של הרשות, העושה דין אחד לעצמה ודין אחד לתושבים, מנוגדת לעקרונות היסוד של המשפט המנהלי, המחייבים את הרשות לנהוג ביושר ובהגינות ובהתאם לעיקרון שלטון החוק ועקרון חוקיות המנהל.**

37. ועובדה כי **ברחוב אלעין** (שם חדש דרך השילוח), כן נתבקש ונתקבל היתר בנייה. לא ברור מהו ההבדל המהותי בין העבודות **ביתר הרחובות לבין העבודות ברחוב אלעין**, שהרי כל עוד לא נפרסים פרטי התוכנית, לא ניתן לבחון את דיוקו של התיאור שנמסר ביחס לעבודות, לפיו ברחוב אלעין הן כוללות התוויה של דרך וביתר הרחובות לא.

38. העותרים מעריכים כי ההבדל הוא לא מהותי, אלא בירוקרטי בלבד: מכיוון שברחובות האחרים אין תוכנית מפורטת, לא ניתן להוציא לגביהם היתרי בניה. העובדה שהמשיבים מצאו לנכון לקבל היתר בניה לעבודות ברחוב אלעין רק מוכיחה את הצורך בתוכנית ובהיתר בניה, אלא שביתר הרחובות אין תוכנית, ולמרבה הצער המשיבים הרשו לעצמם לדלג על שלב הכרחי זה כדי לקדם את תוכניתם.

39. בהקשר זה יוזכר, כי המשיב 2 הבהיר בתשובתו לבר"מ 10956/08, שצורפה לכתב התשובה שלו, כי במסגרת הבקשה שהוגשה לו לקבלת השתתפות במימון התוכנית, דיווחו יוזמי התוכנית כי התוכנית מאושרת סטטוטורית ומבוצעת בתוך זכות הדרך. על בסיס זה החליט המשיב 2 להשתתף במימון התוכנית בשיעור של 85% ולאשר את הסדרי התנועה שהתבקשו. מדברים אלה **עולה השאלה מה היה קורה לו המשיב 2 היה יודע כי העבודות המוצעות אינן מבוססות על תוכנית מאושרת סטטוטורית?** העותרים היו מעוניינים לדעת האם עובדה זו, שהתבררה בבר"מ, משפיעה על עמדתו של המשיב 2, ומאלו נימוקים. למרבה הצער, כתב התשובה הלקוני של המשיב 2 לא התייחס לשאלה זו.

הצורך בקבלת היתרי בניה לעבודות

40. הצורך בקבלת היתרי בניה לעבודות המתוכננות נובע מכמה מקורות: ראשית, מהעובדה **שמדובר בהתוויה ובסלילה של דרך** כמובנם בסעיף 145(א)(1) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, המחייב הנפקת היתר במקרים של "התווייתה של דרך, סלילתה וסגירתה". שנית, נובע הצורך מכך שאזור שכונת סילואן וואדי חילוה הוגדר בתוכנית עמ/9 כ"**שטח פתוח ציבורי מיוחד**", שכל בניה בו טעונה היתר מיוחד של הועדה המקומית באישור הועדה המחוזית, כאמור בסעיף 8.19.2 להוראות התכנית, שצוטט לעיל.

41. המשיבות 1, 3 ו-4 טוענות כי העבודות אינן מתוות דרך חדשה ואינן משנות מהותית את פני הרחובות, כולל לא את גובהם, ולכן אינן טעונות קבלת היתר בניה. אלא **שהעבודות בהיקף המתוכנן יביאו לשינוי ודאי ומהותי ב"דרך", כהגדרתה בחוק, ועל כן הן מחייבת קבלת היתרי בניה.**

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

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

44. גם הפרקטיקה הקיימת ברשויות מקומיות, לקבל היתרי בניה לפרויקטים בסדר גודל של הפרויקט הזה, מעידה על הצורך בקבלת היתרי בניה לתוכנית הנדונה. ככל שידוע לעותרים, רק עבודות תיקון תשתית או הנחת כבלים באופן מקומי מתבצעות ללא בקשות להיתרים.

45. המשיבה 7 מציעה לפרש את המונח "סלילה" במובן של יצירת דרך חדשה ולא במובן של החלפת ריצוף. אלא שכל סלילה היא סלילה, ולא ניתן לתת לה מובנים שמצמצמים את משמעות המושג באופן כה מקומי וחד צדדי. כן מציעה המשיבה 7 לבחון את הצורך בקבלת היתרי בניה בראיה פרטנית של כל חלק מהעבודות, ולא בראיה כוללת שלהן. ראיה כזו או אחרת אינה משנה את העובדה, שכאשר מציבים מדרכות, מפרכי חניה ומרצפים מחדש כביש, משנים את פני הקרקע, ולכן בכל מקטע בו מדובר יש צורך בקבלת היתר בניה.

46. כמפורט לעיל, אזור שכונת סילוואן וואדי חילוה גם הוגדר בתוכנית עמ/9 כ"שטח פתוח ציבורי מיוחד" בו נאסרה הבניה, למעט במקרים בהם ניתן "היתר מיוחד" של הוועדה המקומית באישור הוועדה המחוזית - "בהתאם לנסיבותיו של כל ענין ובמידת הצורך - בתנאי של הפנייה גם לרשות המוסמכת או לרשויות המוסמכות האחרות הנוגעות בדבר (כגון שר החינוך או נציגיו לאור היות השטח אתר עתיקות מוכרז) אם וכפי שנדרש עפ"י כל חוק" (סעיף 8.19.2 להוראות התכנית עמ/9).

47. טענת המשיבות 1, 3 ו-4 היא שיש להחיל על אזור זה את הוראות התוכנית המתייחסות ל"שטח ציבורי פתוח". החלה זו מאפשרת, לדעתן, להסתפק ב"אישור לתיאום עבודות תשתית", שהוצג בנספח ע/8 לתגובת המשיבות 1 ו-4, כיוון שלפי הוראת סעיף 8.18.5 לתוכנית עמ/9 החל על שטח ציבורי פתוח, ניתן לקבל היתר בניה "לצורך שיפורים (סניטריים או אחרים) באם ימצא ע"י הוועדה המוסמכת, כי הם דרושים להבטחת רמת דיור נאותה".

48. לטענת המשיבות זוהי פרשנות סבירה והגיונית לתוכנית, שכן לא יתכן שמטרתם של עורכי התוכנית היתה לאסור את השימוש במבנים הקיימים בשכונה ולהפוך אותם לבלתי חוקיים. כן הן טוענות שאי אימוץ פרשנותם תהפוך את חיי התושבים לסיוט כי הם יצטרכו לבקש היתר על כל "זוטי דברים".

49. אלא שלא כך הם פני הדברים. כמפורט לעיל, תוכנית 62, החלה על האזור, קובעת כי ניתן להמשיך להשתמש בקרקע בה משתמשים באותו שימוש, כל עוד לא נעשה שינוי בהחזקה של הקרקע. לכן, אין כאן איסור לשימוש במבנים הקיימים, נהפוך הוא.

50. מכאן, שהמשיבות פשוט מבקשות להתעלם מהוראות תכנית המתאר, שמחייבות אותם, ולהציע פרשנות מרחיקת לכת, שמבקשת לשנות סדרי עולם בתחום התכנון והבניה, ועל כן אין לקבלה. לא בכדי תוכניות מתאר קובעות ייעודי קרקע שונים לשטחים שונים: המתכננים מבקשים להתאים לכל שטח את הייעוד המתאים לו, לאחר בחינה מעמיקה של אופי השטח, צרכי תושביו והסתכלות כוללת על המרחב התכנוני. לכל ייעוד קרקע נקבעות הוראות שונות, וברי לכל כי לא ניתן להחיל הוראות של ייעוד קרקע מסוים על קרקע בעלת ייעוד אחר. פרשנות אחרת, שתאפשר בניה ללא היתר, תחטא לאיסור המפורש של הוראת התוכנית על בניה בכל דרך אחרת. לכן, גם על פרשנות תכליתית של התוכנית, כפי שמציעים המשיבות 1 ו-4, להגיע לאותה מסקנה.

51. אף הועדה המחוזית לתכנון ולבניה ירושלים הבהירה, במסגרת תגובת המשיב 2 לבר"מ 10956/08, כי לעמדתה יש קושי להחיל על השטח המוגדר "שטח ציבורי פתוח מיוחד" הוראות הנוגעות ל"שטח ציבורי פתוח".

52. הבהרה זו מצטרפת לעמדתו של המשנה ליועץ המשפטי למשיבה 1, כפי שהופיעה במכתבו אל ראש המשיבה 1, מיום 6.12.94, שצורף לתגובת העותרים לתשובות המשיבים לצו הביניים בת/1. המשנה ליועץ המשפטי למשיבה 1 קבע, באותו מכתב, כי הבניה בשטח עיר דוד אסורה, כיוון שבתוכנית עמ/9 נקבע כי יעוד השטח הוא "שטח פתוח ציבורי מיוחד", בו הבניה אסורה. המשיבה 3 הלינה בתשובתה על כך שלא הוצגה הפנייה אליה מתייחס מכתב המשנה ליועץ המשפטי, אולם ברי כי מדובר בעניין עקרוני ולא פרטני, ולכן אין חשיבות למהות הפנייה (שהעתקה אינו מצוי ממילא בידי העותרים).

53. אשר על כן, סבורים העותרים כי יש לדחות את עמדתן של המשיבות 1, 3 ו-4, שלפיהן לא נדרש היתר בנייה לביצוע העבודות, מהטעם שהיא מנוגדת לחוק התכנון והבניה, להסדר התכנוני ולכללי מנהל תקינים.

54. יוסיפו העותרים כי כלל לא ברור להם מהו התוקף החוקי של ה"אישור לתיאום עבודות תשתית" שהוצג, והאם יש בו משום אישור על פי הדין לביצוע עבודה כשלהי.

55. טענות שונות שטוענות המשיבות 1, 3 ו-4, לכך שהעבודות פטורות מהיתר בנייה, על אף הוראותיהם הברורות הן של תכנית המתאר והן של חוק התכנון והבניה, דינן להידחות אף הן. כך, למשל, טוענת המשיבה 3 כי גם התוכנית עמ/9 עצמה מבחינה בין עבודות בניה לעבודות ביוב, בקובעה, לדוג' בסעיף 10.10.3 [זהו הסעיף היחיד, אין עוד דוגמאות כאלה בעמ/9 – ט.נ.] כי לעבודות ביוב חדשות נידרש היתר מהוועדה המקומית וממשרד הבריאות בלבד.

56. כידוע, היתר מהוועדה המקומית הוא למעשה היתר בניה. היתר כזה ניתן כמובן על סמך תוכנית בתוקף. על כן, בפירוט הדברים בסעיף הנ"ל, יש רק הוספה של צורך באישור משרד הבריאות על הצורך בקבלת היתר בניה, ואין בה כל ראייה שהתוכנית מורה כי עבודות תשתית כלשהן יוצאות מכלל הצורך בקבלת היתר בניה.

57. המשיבה 3 טוענת עוד, כי קביעה והתוויה של מדרכות אינן טעונות היתרי בניה, כיוון שהן בסמכותם של המפקח על התעבורה ושל רשויות התמרור, והיא מפנה בהקשר זה לסעיף 70(1) לפקודת התעבורה, לתקנות 16-18 לתקנות התעבורה ולעת"מ (חי) 1038/05 שורצמן נ'

מועצה אזורית חוף הכרמל (לא פורסם) (2006)). העותרים סבורים בכל הכבוד כי מדובר כאן בהטעיית בית המשפט, כיוון שלפי החוק והתקנות, לרשות התמרור יש סמכות לקבוע הסדרי תנועה, תמרורים וסימני דרך, אבל לא לקבוע ולהתוות מדרכות. פסק הדין בעניין שוורצמן עוסק בשינוי בהסדרי תנועה בלבד (הפיכת רחוב ראשי לרחוב שאין בו חניה לכלי רכב) ולא בקביעת מדרכות. ואגב, אף על פי כן, קבע פסק הדין זכות טיעון לתושבים לפני ביצוע השינוי בהסדרי התנועה (!).

58. בשולי הדברים, מבקשים העותרים לדחות את טענתה של המשיבה 3 (בסעיף 18ד' לתשובתה) כי ניתן לבצע עבודות בניגוד ליעוד המופיע בתוכנית וללא צורך בהיתרים. המשיבה 3 מביאה לדוגמה לכך את עת"מ (ת"א) 1142/07 ריכטר נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה מרכז (טרם פורסם) (2007). אולם המשיבה 3 מפרשת באופן שגוי את פסק הדין. בפרשה זו טענו העותרים שהתוכנית להקמת מתקן ביוב ביישוב ארסוף עומדת בסתירה לתמ"א 13, אבל המשיבים טענו שתמ"א 13 כלל לא חלה על היישוב ארסוף. הכרעת בהמ"ש לא התייחסה לכך. מכאן שהקביעה, כי ניתן לבצע עבודות בניגוד ליעוד בתוכנית, אינה מבוססת ומרחיקת לכת.

אי תחולת חריגי התקנות על העבודות

59. העותרים גם שבים ודוחים את טענת המשיבות 1, 3 ו-4 כי העבודות נכנסות לגדר החריגים שמנויים בתקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), תשכ"ז-1967 [להלן – התקנות]. תקנה 1(2) לתקנות קובעת, ברישא שלה, כי נדרש היתר ב"כל חציבה, חפירה, כריה או מילוי המשנים את פני הקרקע, יציבותה או בטיחותה".

60. החריגים שמובאים בהמשך התקנה מכוונים לאפשר לרשויות לבצע ללא צורך בקבלת היתרי בניה עבודות מקומיות בלבד, שמטרתן היא שיפור תשתיות הנמצאות מתחת לפני הקרקע, אך לא עבודות שעצם מטרתן הוא שינוי פני הקרקע.

61. כמו כן, מנוסח החוק והתקנות ברי כי המחוקק התכוון לאפשר עבודות מקומיות אלה ללא קבלת היתר מתוך הנחה, כי יש דרך סטטוטורית מאושרת, שבה יש לבצע תיקונים קלים בלבד. המחוקק ודאי לא התכוון כי התקנות יפטרו את הרשויות מחובתן לתכנן את האזור.

62. החובה שבדין לערוך תוכנית מפורטת, נוסח התקנות - הקובע חובה כללית לקבל היתר בניה כשהעבודות משנות את פני הקרקע, פרשנות תכליתית של החריגים העולה ממכלול סוגי העבודות שפטורות מקבלת היתר, פרשנותו של בית המשפט לתקנות וראיית התקנות בהקשר הרחב של הדין והפרקטיקה הנוהגים בדיני התכנון והבניה - מחייבים את המסקנה, כי עבודות המשנות את פני השכונה כולה, בעלות של כ-30 מיליון שקלים, אינן יכולות להיכנס לחריגים המנויים בתקנות. התקנות לא נועדו לאפשר עבודות רחבות היקף, הכוללות בניית מדרכות, מפרצי חניה וסלילת כביש, אשר משנות מהותית את פני הרחובות, ועל כן את פני הקרקע, כמו אלה שמתכננים המשיבים.

63. מסקנה זו נתמכת גם בסעיף 5 לחוות דעתו של ד"ר שמואל רויטל, שצורפה בע"1, הקובע ש: "... התקנות לא נועדו לאפשר עבודות רחבות היקף, הכוללות בניי מדרכות, מפרצי חנייה וסלילת כביש, אשר משנים מהותית את פני הרחובות. נראה לנו, כי הרישא של התקנה 1, קובע כי עבודות טעונות היתר למעט חציבה, חפירה וכו', הנעשות על ידי רשות ציבורית ועוד, על פי חוק המים ועוד. נראה לנו, שככלל המיעוט מתפרש על דרך הצמצום".

64. המשיבה 3 טוענת כי "אין חולק על כך שאין העבודות משנות את יציבותה ובטיחותה של הקרקע", וכי אין לומר שהן משנות את פני הקרקע, כיוון שגם אם יש שינוי של פני הקרקע במקרה זה הוא מזערי ושולי. סוג כזה של שינוי נחשב, לדעת המשיבה 3, לזוטי דברים, ובהתאם לתכלית התקנות אין צורך בהיתר עבורו. המשיבה 3 מביאה לראיה לעניין זה את שנפסק בבג"צ 288/00 אדם טבע ודין נ' שר הפנים (פ"ד נה(5) 673 (2001)), שלפי לשון התקנה היה צורך בהיתר לצורך "חפירת גומה קטנה לשתילת שתיל".

65. ראשית, כל עוד אין בידי העותרים את התוכנית המלאה, לא ניתן לבחון אם העבודות משנות את יציבות ובטיחות הקרקע אם לאו. שנית, ברי ממהות העבודות שפורטה לעיל כי הן משנות את פני הקרקע וכי לא ניתן לומר על עבודות בהיקף כזה כי הן שוליות ומשולות לחפירת גומה לשתילת שתיל. שלישית, המשיבה 3 לא ציינה כי בהמשך פסק הדין הנ"ל בית המשפט מוסיף ומפרט שאכן אין צורך בהיתר כשמדובר בעבודה שיגרתית ויומיומית של החקלאי, אבל כן יש צורך בהיתר כשמדובר בעבודות ייעור. במקרה שלנו, לא מדובר בשיפוץ יומיומי שיגרתית וקטן, אלא בעבודות רחבות היקף שמשולות הרבה יותר לעבודות ייעור מאשר לעבודה יומיומית של חקלאי.

66. מכל מקום, הפטור שבתקנות נועד להקל על הרשות לבצע תיקונים מקומיים, כשיש דרך מאושרת סטטוטורית ולא כאשר כלל אין תוכנית מפורטת לאזור.

67. גם אם היתה תוכנית מפורטת, הפטור לא היה יכול לחול על עבודות שונות, כמו עבודות חשמל, שכוללות הטמנת תשתיות חשמל בקרקע ושדרוג תאורת רחובות, שכן תקנה 1(2)(ג) לתקנות פוטר רק "מתן שירותים ציבוריים לצורכי חשמל". הקמת עמודי תאורה, לדוגמא, מחייב על פי הגדרות סעיף 145 לחוק התכנון והבניה קבלת היתר (ר' תפ (ת"א) מדינת ישראל נ' חברת החשמל, פ"מ תשמ"ז (1) 499, 503 ו-505).

הצורך באישורים אחרים לעבודות

68. גם אם עבודות תשתית מקומיות מסוימות יוכרו ככאלו שנופלות בגדר החריגים שבתקנות ואינן דרושות קבלת היתר בניה, הרי שעדיין עבודות אלה צריכות להיעשות בהתאם לאמור בחוקים החלים לגביהן, כמצוות סעיף 2(1) לתקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), תשכ"ז-1967. מתשובות המשיבים ונספחיהן ספק אם המשיבים עומדים בחובה זו.

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

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

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

ג. חוק הרשויות המקומיות (ביוב), תשכ"ב-1962, קובע בסעיף 13(א) כי יש הכרח

באישור הועדה המחוזית ובאישור שר הבריאות לתכנית להתקנת ביוב: "תכנית להתקנת ביוב טעונה אישורים של הועדה המחוזית לבניה ולתכנון עיר ושל שר הבריאות או של מי שימנה לכך".

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

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

70. המשיבות 1, 3 ו-4 טוענות כי העבודות המים, הניקוז והביוב פטורות מקבלת אישורים לפי החוקים השונים, כיוון שאישורים אלה דרושים רק כאשר מדובר בהקמת "מפעל ניקוז" או ב"תכנית להתקנת ביוב", ואילו במקרה זה, הן טוענות, עבודות הניקוז והביוב כוללות החלפה של צנרת קיימת בלבד.

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

72. למיטב ידיעתם של העותרים, לשכונת סילואן וואדי חילוה לא קיימת תוכנית אב סטטוטורית למים, לניקוז ולביוב. העותרים אינם יודעים מתוקף מה הותקנו צנרות אלו בעבר, אולם ברי כי יש לאשר תוכנית כזו לפני ביצוע עבודות תשתית, שאינן תיקונים מקומיים, ולקבל את האישורים מהרשויות המוסמכות המנויות לעיל.

73. מבדיקת פרקליטות המדינה, שהובאה בתגובת המשיב 2 לבר"מ 10956/08, עולה כי תוכנית ניקוז לא התבקשה בועדה המחוזית או במשרד החקלאות ועל כן, אין לדעת אם העבודות הן עבודות מכוח חוק הניקוז הפטורות מקבלת היתר בניה. גם בקשה לאישור תוכנית למפעל מים או לאישור ביצוע תוכנית למפעל מים הפוגע באתר עתיקות לא אותרה במשרד החינוך. לא מוכרת תוכנית ביוב שהובאה לאישור הועדה המחוזית ואין בידי הועדה מידע בדבר אופי העבודות המדויק ואם הן מחייבות אישור תוכנית כאמור.

74. בתגובת המשיב 2 לבר"מ 10956/08 נאמר כי סוגיות אלו הועברו לבחינת הגורמים המקצועיים ברשות המים. העותרים ציפו כי התייחסותם לעניין זה תובא בפני בית המשפט הנכבד, אולם הודעתו הלאקונית של המשיב 2 לא כללה כל התייחסות לנושא זה.

75. המשיבות 1, 3 ו-4 טוענות כי עבודות החשמל, שכוללות הטמנת תשתיות חשמל בקרקע ושדרוג תאורת רחובות, מותרות לפי סעיף 46 לחוק משק החשמל, תשנ"ו-1996. עמדת הרשות המוסמכת לפי חוק החשמל, שהובאה בתגובת המשיב 2 לבר"מ 10956/08, היא כי ככל שמדובר בהצבת עמודי תאורה לא נדרש היתר לפי חוק החשמל. יחד עם זאת, בתגובה

לא הובאה התייחסות לעבודות החשמל בקרקע, שלדעת העותרים צריכות לקבל אישור לפי סעיף 4 לחוק החשמל, התשי"ד-1954. מכל מקום, אין בדברים אלה משום פטור לקבלת היתר בניה לעבודות החשמל, הדרושות לפי סעיף 145 לחוק התכנון והבניה.

76. העותרים יעירו בהקשר זה שלגבי עבודות תשתית התקשורת ביקשה המשיבה 3 אישורים מבזק (שהיא המוסמכת למתן היתרים מסוג זה לפי חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982), למרות שכאן לא מדובר בהנחת תשתית חדשה. על כן, העותרים תוהים מדוע לגבי רשת התקשורת התבקשו אישורים ולגבי יתר התשתיות לא? במה הדברים שונים?

אי חוקיות פעולת המשיבים

77. החובה המוטלת על הרשות לנהוג כחוק היא ממושכלות היסוד של המשפט המנהלי, והיא מתבטאת בעקרונות של שלטון החוק וחוקיות המנהל.

78. כידוע, רשות מינהלית רשאית לפעול אך ורק על פי הסמכויות, שהעניק לה הדין, ובמסגרתן. היא איננה רשאית ליטול לעצמה סמכויות יש מאין או לפעול מחוץ לסמכויות, שהוענקו לה. עקרון זה חל בראש ובראשונה על הפעלת סמכויות, שיש בהן משום פגיעה בזכויות יסוד של האדם, כפי שנאמר בפיסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובעת כי אין לפגוע בזכויות האדם "אלא בחוק... או לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו" (סעיף 8 לחוק).

79. בית המשפט חזר חוזר והדגש, כי הסדרתה והגדרתה של הסמכות בחוק היא תנאי בל יעבור לסמכותה של הרשות לפגוע בזכויות אדם (בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, 303 (1980); בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נגד(4) 817, 846 (1999)).

80. דברים אלו נכונים כמו כן גם לדיני התכנון והבניה, ובודאי כאשר פעולה בניגוד להם פוגעת בזכויות התושבים. בנושא זה, ישנה חשיבות יתרה להקפדה על קיום הוראות החוק מצד הרשות, שאמורה לשמש כדוגמה לתושבים, שצריכים להתמודד עם החובות הרבות שמטילים עליהם חוקי התכנון והבניה.

81. בית משפט נכבד זה עמד אך לאחרונה על החשיבות הרבה שבהקפדה על חוקי התכנון והבניה בידי הרשות המקומית, בפוסקו נגד עיריית ירושלים בנושא השימוש במתחם הרכבת לקיום אירועי תרבות:

"כידוע, העירייה והוועדה המקומית, הן אלו אשר אמונות על אכיפת חוקי התכנון והבניה. מן הניסיון ומן העיון בפסיקה ניתן ללמוד כי העירייה אינה מקלה ראש באכיפת החוקים הללו, וכך ראוי. הציפייה היא כי דווקא היא תימנע מלעשות עבירות בניה, ותחמיר על עצמה לא פחות מאשר על הנתונים למרותה. העירייה, שלא פעם כופה על התושבים ובעלי העסקים שבתחומה שייטלו קיסם מבין שיניהם, ראוי לה שלא לתקוע קורה בין עיניה (על-פי תלמוד בבלי, בבא בתרא, טו ע"ב)" (עת"מ 8781/08 רותם נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם), פסקה 15 (2009)) (ההדגשה אינה במקור).

82. ואכן, גם במקרה דנן עושות הרשויות דין לעצמן ואינן מקיימות את הוראות חוק התכנון והבניה, שאותו הן אוכפות, כפי שפורט לעיל.

ג. הצורך בעבודות המתוכננות

83. המשיבים טוענים כי יש צורך רב בהסדרת תשתיות השכונה ובטיחותה התעבורתית, וכי הסדרה זו תהיה לטובת תושבי השכונה ומבקריה. **העותרים אינם חולקים על כך כלל, אם כי הם סבורים שהדבר אינו כה בהול כפי שמציגים המשיבים (הפרטים יובאו להלן).**

84. יודגש כי, למעשה, העותרים הם אלו ששבו וביקשו לאורך שנים רבות להסדיר תשתיות ושירותים רבים שחסרים בשכונה, ויש להם חזון תכנוני מפורט המשלב ארכיאולוגיה, תיירות, מגורים, מסחר ואוכלוסייה חיה ונושמת. על כן, גם עתה העותרים שבים ומדגישים כי היו שמחים לכך, אולם הם סבורים **שמהלך בסדר גודל כזה חייב להיעשות במסגרת הליך תכנוני כולל של השכונה, שיאפשר להתייחס למכלול השירותים שחסרים בשכונה, כמו מוסדות חינוך, גני ילדים, מבני ציבור, גנים ציבוריים, מגרשי משחקים ועוד, ולא באופן שדורס את הוראות החוק ואת צורכי התושבים. למרבה הצער, למרות בקשות חוזרות ונישנות של תושבי השכונה לאורך השנים (דוגמא לכך הובאה בסעיף 29 לעיל) ולמרות שהתוכנית המקומית לשכונה עמ/9 אושרה כבר בשנות השבעים, למרבית שטח השכונה מעולם לא נעשה תכנון מפורט שכזה.**

85. כעת, מבקשים המשיבים 1-3 להסדיר תשתיות בשכונה ובעיקר את הסדרי התנועה והחניה בה, על מנת להפחית את עומסי התנועה בשכונה וליפות את מראה. **העותרים חוששים כי התוכנית עונה על צרכי מבקרים באתר עיר דוד, המופעל על ידי המשיבה 7, יותר משהיא מתייחסת לרווחת התושבים.** כפי שפורט בתגובת העותרים לתשובות המשיבים לבקשה לצו הביניים (בסעיפים 49-51), המשיבה 7 היא זו שיזמה ודוחפת את התוכנית הנוכחית: הדברים עלו מבקשת ההצטרפות של המשיבה 7 וכתובים מפורשות באתר האינטרנט של חברת מוריה לפיתוח ירושלים בע"מ.

86. גם העלות העצומה של הפרויקט חיזקה את חשש העותרים, שמדובר בפרויקט שעיקר מטרתו הוא שיפור השכונה כאתר תיירותי, כיוון שהניסיון מראה כי בירושלים המזרחית היקף ההשקעה למען התושבים הפלסטינים מעולם לא מגיע להיקפים הללו.

87. העותרים סבורים כי אם המשיבים היו מבקשים באמת ובתמים את טובת השכונה, כפי שהם חוזרים ומדגישים, היה עליהם להכין לשכונה תוכנית מפורטת כוללת, שלוקחת בחשבון את צרכי התושבים ומשתפת אותם בהליך התכנוני, ועל פיה ניתן היה כמובן גם לשפר את תשתיות השכונה. דווקא משום שמדובר בהשקעה של סכומים כה גדולים, סבורים העותרים כי לא נכון לבצע עבודות במחטף שמציב "עובדות בשטח".

88. אם כן, העותרים אינם מסכימים עם סדר העדיפויות של שיפור תשתיות השכונה, כפי שמציגים המשיבים, והם יתייחסו לטענות המשיבים ביחס לתשתיות אחת לאחת:

עבודות הסלילה והכשרת המדרכות

89. המשיבים טוענים כי יש צורך חיוני ודחוף בעבודות הסלילה והכשרת המדרכות, כיוון שאין היום מקומות חניה מוסדרים וחוקיים בשכונה.

90. העותרים מזכירים כי **עד לפני שנים לא רבות לא היתה כל מצוקת חניה בשכונה, כיוון שרוב תושבי השכונה והמבקרים בה היו חונים בחניון גבעתי**, החניון העיקרי של השכונה מאז שנות ה-70. החניון הוקם מכוח הפקעה לצורכי ציבור שביצעה עיריית ירושלים ב-1977 מתוקף תכנית 2242. אולם לפני כחמש שנים נסגר חניון גבעתי ובדרך שאינה ברורה לעותרים קיבלה לידיה המשיבה 7 את ניהולו, והחלה בו חפירות ארכיאולוגיות בהרשאה, שכתוצאה מהן נוצרה מצוקת חניה באזור (בעניין החפירות מתנהל הליך נפרד בבג"צ 9253/08 קרעין נ' רשות העתיקות).

91. **החניה לאורך רחובות השכונה היתה כל השנים מותרת וחוקית**. רק לאחרונה הוצבו בשכונה תמרורים האוסרים על חניה במקומות מסויימים לאורך הרחובות: במעלה רחוב וואדי חילוה (מעלות עיר דוד) הוצב תמרור אין חניה לראשונה בנובמבר 2008 ותמרור אין חניה נוסף הוצב ביום 15.2.09 במורד הרחוב, סמוך לאזור בו הוצב רמזור; ברחוב בידון (וואדי חילוה) הוצבו שני תמרורי אין חניה במעלה הרחוב לראשונה בנובמבר 2008.

92. מכאן, שהחניה לאורך חלקים מרחובות השכונה הפכה ללא חוקית רק לאחרונה, לקראת ביצוען של העבודות. על כן, יש לדחות את טענתם של המשיבים כי אין מקומות חניה חוקיים בשכונה וכי יש צורך דחוף להסדרת מקומות חניה, כאשר הם אלו שהחליטו אך לאחרונה, בקשר ישיר עם העבודות, להפוך את החניה לאורך חלקים מהרחובות ללא חוקית. **במצב כזה, כאשר הרשות היא שיצרה את הבעיה, היא מושתקת מלטעון כי הסדרתה היא דחופה**.

עבודות החלפת התשתיות

93. המשיבים 1, 3 ו-4 טוענים כי החלפת צנרת המים, הניקוז והביוב בשכונה היא חיונית, עקב מצבה החמור של תשתית השכונה (לטענתם, חלק מהצינורות הרקוב וגודל הצינורות קטן ביחס לצרכי השכונה) ועקב הצורך להפריד את צנרת המים מצנרת הביוב.

94. העותרים אינם מומחים לתשתיות ואין הם יודעים מה מצב התשתיות בשכונה לאשורו. גם בעניין זה הם היו מעוניינים לקבל את מלוא המידע המדויק, אולם זה לא נמסר להם. יחד עם זאת, העותרים יודעים מידיעה אישית כי **תושבי השכונה אינם סובלים מבעיות תשתית ברשתות המים, הניקוז, הביוב החשמל והטלפון**.

95. למיטב ידיעתם, **צינורות הביוב הראשיים של השכונה** (המונחים מתחת לאדמה בתוואי שמתחיל משער האשפות וממשיך לכיוון סוואחרה) **תוקנו לפני כ-12 שנים, ומאז פועל הביוב בשכונה כסידרו**, למעט תקלות מקומיות.

96. המשיבה 3 מפרטת בתשובתה כי קו הניקוז והביוב הראשי באזור קרס והוחלף בקו זמני, צינור פלסטיק גלוי, אשר קיים כל העת חשש ממשי לקריסתו. אלא שלא כך הם פני הדברים. צינור ביוב בשביל שמוביל מרחוב אלעין (דרך השילוח) למסגד השכונה וגן הילדים בשכונה, שהתפוצץ בשנת 2005, אינו צינור הביוב והניקוז הראשי של השכונה. מדובר בקטע מסוים וקצר יחסית של צנרת, הנמצא בדרום השכונה בשטח, שהוא חלק מהאתר שבהפעלת

המשיבה 7, בו אין כלל בתי מגורים, אלא רק חפירות הצלה ארכיאולוגיות. יתכן שאת צינור ניקוז זה יש להחליף בצינור קבוע, אולם אין הדבר מחייב החלפה של כל תשתיות השכונה (לפירוט ר' סעיף 46 תגובת העותרים לתשובות המשיבים).

97. המשיבה 3 קובעת בתשובתה כי "קיים מחסור חמור בעמודי תאורה לאורך הכבישים", אלא שלא כך הוא הדבר. לאורך רחובות וואדי חילוה (מעלות עיר דוד), בידון (וואדי חילוה), אלמיסטר (מלכי צדק), אלעין (דרך השילוח) ועין א-לוזה מוצבים עמודי תאורה בסטנדרט המקובל במזרח ירושלים ואין להם טענה כנגד עניין זה (למעט מספר עמודי תאורה שאינם פועלים) (תמונות עמודי התאורה המוצבים כיום לאורך הרחובות צורפו לתגובת העותרים לתשובות המשיבים לבקשה לצו הביניים בת/3).

98. כאמור לעיל, **תושבי השכונה היו שמחים כמובן לשדרוג של תשתיות השכונה, אולם בשלב זה יש להם צורך דחוף בהרבה בהליך תכנוני, שיאפשר בניית מבני ציבור ובתי מגורים בשכונה. הטיפול המוצע ללא קידום פתרון לבעיה המהותית של המחדל התכנוני הכולל בשכונה לא יועיל להם, ומשול מבחינתם לעריכת ניתוח פלסטי לחולה אשר סובל מבעית לב.**

ד. הנזק הצפוי מהעבודות המתוכננות

99. מבחינת אפשרויות החניה בשכונה סבורים העותרים כי העבודות יגרמו לנזק חמור ובלתי הפיך לתושבי השכונה הן מבחינת המחסור במקומות חניה מספיקים והן מבחינת ריחוק מקומות החניה מבתי התושבים, כפי שפורט בהרחבה בתגובת העותרים לתשובות המשיבים לצו הביניים (אנא ר' סעיפים 55-58 לתגובה, שמהווה חלק בלתי נפרד מעיקרי טיעון זה). יוער, ביחס לטענות שנשמעו מהמשיבה 1, כי בדוגמאות שהביאו שם העותרים לנזקים הממשיים שייגרמו לא צוינה כתובת המגורים המדויקת, כיוון שברחובות השכונה אין מספרי בתים. על כן, צוינו רק תיאורים של מיקומי מגורי המשפחות. בעניין זה, אין על המשיבה 1 להלין אלא על עצמה, שהרי היא זו שאמורה הייתה לקבוע מספרי בתים בשכונה, אולם מעולם לא טרחה לעשות כן, מה שמהווה ראיה נוספת להזנחת השכונה לאורך השנים.

100. **העותרים דוחים את טענת המשיבות כי הסדרי החנייה המתוכננים יספקו את צרכי התושבים, כיוון שהחניונים המוצעים הם ספורים בלבד ורחוקים מבתי רוב התושבים:**

א. **בחניון גבעתי** - ישנה אפשרות לחניה לכ-25 מכוניות, אלא שהחניה במקום כרוכה בתשלום של 80 שקלים ליום (לחברה בבעלות המשיבה 7), ועל כן מצויה הרחק מהישג ידם של תושבי השכונה. למיטב ידיעת העותרים, תושבי השכונה אינם חונים בו, אלא רק עובדי ומבקרי עיר דוד.

ב. **החניון שיוקם ברחוב אלעין (שיכולל 44 מקומות חניה) וכ-20 מקומות החניה שיוקמו ברחוב אלמינסטר (מלכי צדק)** - העותרים חוזרים ומסבירים כי גם אם אלו יוכשרו, עדיין יסבלו תושבי השכונה ממצוקת חניה קשה, כפי שפורט בהרחבה, בסעיף 57 לתגובת העותרים לתשובות המשיבים לבקשה לצו ביניים.

ג. **מגרש החניה ליד המסגד** - מדובר במגרש עפר, שאינו בטיחותי והחניה בו מתבצעת במפלסים שאינם פשוטים לחניה. המגרש הוא קטן יחסית, ויכול לשמש לחניית 30 כלי רכב לכל היותר.

ד. החניונים שיוקמו על מגרשים השייכים לתושבי השכונה, לגביהם הוציאה המשיבה 1 צו חניה לפי חוק הרשויות המקומיות (שימוש ארעי במגרשים ריקים), התשמ"ז-1997 – בעלי המגרשים מתנגדים לצו החנייה ומנהלים בימים אלה הליך משפטי נגד צו זה. מטבע הדברים, עתירה זו אינה כוללת בקשה לסעד בעניין זה, אולם העותרים סבורים כי כל עוד לא הוכרע ההליך המקביל, לא יכולים המשיבים להסתמך על שטחים אלה כחניונים פוטנציאליים לשימוש תושבי השכונה.

101. העותרים אף סבורים כי גם אם יוקמו החניונים האמורים, לא יהיה בהם מקומות חניה שיספקו את צרכי החניה של התושבים: כיום ישנן שברחובות, שבהן מתוכנן לאסור חניה, בין 380-480 מקומות חניה (כולל החניות ברחוב אלמינסטר ובחניון שליד המסגד, בהן נעשה שימוש גם כיום). מכאן, שהתוספת הבטוחה המתוכננת היחידה כעת היא של 44 מקומות חניה בחניון ברחוב אלעין. ברי כי תוספת זו אינה מספיקה, ותיצור בעיית חניה אדירה לתושבים. המשיבים לא הציגו כל מיפוי של מקומות החניה הקיימים ושל אלו העתידים, ועל כן לא ברורה התייחסותם לנושא זה.

102. העותרים חוששים שהסדרי התנועה הסופיים יסרבלו את התנועה התחבורתית בשכונה ויגרמו לעומסי תנועה כבדים באופן קבוע. שכן, סגירת רחוב בידון (וואדי חילוה) לתנועה חד סטרית, תביא לכך שכדי להיכנס לרחוב זה יהיה צורך לנסוע לאורך כל רחוב וואדי חילוה (מעלות עיר דוד) לפנות למעלה השלום, הצמוד לחומות העיר העתיקה, ורק אז לפנות לרחוב בידון. דבר זה יגרום לעומסי תנועה כבדים, כיוון שרחוב מעלה שלום הוא רחוב עמוס תנועה תמיד, והצורך במעבר בו בשביל להיכנס לבידון יגרום לעומסי תנועה קשים בשכונה הצפופה בתושבים ממילא.

103. העותרים גם עומדים על כך כי ישנו חשש ממשי ביותר כי עבודות הפיתוח יובילו לחפירות ארכיאולוגיות רחבות היקף בשכונה, אשר ישתקו אותה לזמן רב מאוד (אנא ר' בסעיפים 28-34 לעתירה). המשיבות טוענות כי בוצעו חפירות ארכיאולוגיות ברחוב אלמינסטר (מלכיצדק) שהסתיימו ונסגרו מהר. אלא שעבודות אלה נעשו על שטח קטן מאד של כחמישה מטרים רבועים ועדיין נמשכו כחודשיים. ניתן רק לתאר כמה זמן יימשכו החפירות כאשר ייערכו ברחובות הראשיים, המתפרסים על למעלה מאלף מטרים!

ה. התייחסות לטענות המקדמיות של המשיבים

ייצוג התושבים

104. המשיבות 1, 3 ו-4 טוענות כי ועד תושבי שכונת סילוואן וואדי חילוה, שבו חברים העותרים 6-1, אינו מייצג את כלל תושבי השכונה, וכי מי שמייצג את השכונה הוא ה"מוכתר" חוסיין סיאם אבו ג'מיל.

105. העותרים חזרו והדגישו בעתירה (סעיפים 8 ו-63) ובתגובתם לתשובות המשיבים (סעיפים 64-67) כי מי שמייצג את תושבי השכונה הם העותרים 6-1, שנבחרו באופן דמוקרטי בבחירות שהתקיימו בסוף חודש אוגוסט 2008 ומשמשים כוועד שכונת סילוואן וואדי חילוה. לעתירה אף צורפו 221 חתימות של ראשי משפחות ותושבים משכונת סילוואן וואדי חילוה, שמסמיכים את הוועד לייצגם בעניין העבודות בשכונה, ולתגובה לתשובות המשיבים צורפו עוד כ-150 חתימות.

106. למעלה מן הצורך, אסף בימים האחרונים ועד התושבים את חתימותיהם של כ-620 מתושבי האזור בו מתוכננות העבודות, המסמיכים את חברי הוועד להיות נציגיהם מול הרשויות ובהליכים משפטיים בעניין העבודות שמתוכננות בשכונה. יצוין, כי בכל שכונת סילוואן וואדי חילוה מתגוררים כ-7000 תושבים, אולם באזור בו מבוצעות העבודות מתגוררים כ-4000 תושבים, יותר ממחציתם ילדים (נתונים אלה תואמים את נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לשנת 2007, המפרטת את גילאי תושבי השכונה, תת רובע 811, בלוח 16/ג).

ייפוי כוח תושבי השכונה לוועד התושבים מצ"ב ומסומן ע/2.

לוח 16/ג – אוכלוסיית ירושלים, לפי גיל, רובע, תת-רובע ואזור סטטיסטי, 2007 מצ"ב ומסומן ע/3.

107. העותרים הסבירו גם כי בשכונה מתגורר תושב בשם חוסיין סיאם אבו ג'מיל, הטוען כי הוא מוכתר השכונה, אולם הוא מייצג רק את עצמו. למרבה הצער, המשיבה 3 היתה בקשר עם אותו אדם והמשיבות 1 ו-4 הביאו את תמיכתו בפרויקט כראיה לתמיכת התושבים בפרויקט (סעיף 24 ונספח ע/1 לתשובת המשיבות 1 ו-4).

108. העותרים הוסיפו והסבירו כי ועד התושבים פועל בתיאום עם המוכתר אחמד לוטפי אחמד עטאללה סיאם, בנו של מי שהיה המוכתר הרשמי של השכונה משנת 1982, לוטפי אחמד עטאללה סיאם ז"ל, שהלך לעולמו בשנה שעברה. לאחר מותו, חתמו מאות מתושבי השכונה על מסמך בו הם מסמיכים את בנו של המוכתר הוותיק לרשת את מקומו. מסמך זה ותצהירו צורפו לתגובת העותרים לתשובות המשיבים לבקשה לצו הביניים (נספח ת/6). העותרים גם הביעו את השתוממותם על יומרתם של המשיבים לקבוע עבור תושבי השכונה מי מייצג אותם, ולהתעלם מבחירתם.

109. מכתבם של אחדים מתושבי רחוב אל-מינסטר (מלכיצדק), שצורף לתשובת המשיבה 3, עליו חתמו עליו 12 תושבים בסך הכל, אינו משמש כראיה כלשהי לתמיכת התושבים בפרויקט אלא רק לרצון לזרז את ביצוע העבודות ברחוב, שכן נאמר בו רק: "אנו החתומים מטה מבקשים בזאת את זירוז הבניה ושיקום רחוב מלכיצדק", ולא הובעה בו תמיכה ממשית בפרויקט.

110. לסיכום נקודה זו: העותרים הם ועד נבחר של השכונה, שאף הביא מאות חתימות של תושבי השכונה המעידות על כך שהוועד זוכה לתמיכת התושבים. כדי לערער על כך שהעותרים מייצגים את תושבי השכונה, לא די בכך שהמשיבים יציגו "מוכתר" – שלא ברור על-ידי מי הוכתר – ויביאו 12 חתימות.

אי שיתוף התושבים

111. המשיבות 1, 3 ו-4 טוענות, כי במהלך הכנת התוכנית התקיים הליך ארוך של שיתוף התושבים בפרטי התוכנית. ולא היא. העותרים הביאו סימוכין רבים לכך שהליך שיתוף כזה, ככל שהתקיים, היה חלקי ביותר והתקיים למראית עין בלבד.

112. בישיבה שנערכה ביום 29.10.07 אצל מנכ"ל העירייה יחד עם מהנדס העיר - ישיבה אותה מציינים המשיבים כהוכחה לשיתוף התושבים - השתתפו 7 תושבים מהשכונה, אשר אינם

מייצגים את תושבי השכונה, ובכל מקרה כלל לא הוצגו בה פרטי התוכנית (ראה גם: סעיף 63 לעתירה וסעיף 63 לתגובת העותרים לתשובות המשיבים). לעתירה אף צורף בנספח ע/13 מכתבם של ארבעה ממשותפי הפגישה: סלים סיאם, פואד סיאם, אחמד סיאם ואבו ח'מיס אבו נאב, המצהירים כי הם אינם מייצגים את תושבי השכונה, כי פרוטוקול הישיבה כלל לא משקף את שנאמר בה, וכי הם התנגדו בפגישה לרעיון של התוכנית.

113. לאור טיעון המשיבה 3, יודגש פעם נוספת כי העותר מספר 1, מר סלים סיאם, לא ייצג את התושבים עת השתתף בישיבה הזו, ומכל מקום בפגישה זו נסוב הדיון על הפקעת מגרשי התושבים לצורכי חניונים ועל התוכנית דובר באופן הכללי ביותר, ללא מסירת פרטים, וכבר אז הביעו התושבים שהשתתפו בה התנגדות להפקעות המגרשים לצורכי חניה וביקשו מהלך כולל להסדרת השכונה.

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

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

116. מובן כי אין בכל המהלכים שתוארו לעיל, גם אם הם היו מבוצעים בפועל לשיטתן של המשיבות 1, 3 ו-4 (ולא היא!), משום "שיתוף התושבים". לכל היותר, מדובר בהודעה לתושבים, שגם היא נעשתה באופן מאוחר וחלקי ביותר.

טענות שלא ממין העניין

117. המשיבות 1, 3, 4 וטענות בגוונים שונים כי תושבים בשכונה חוששים מלהביע את דעתם בעד העבודות, כיוון שהם חוששים להתנכלות מצד חברי הועד, וכי העותרים מתנגדים לעבודות כי אינם מעוניינים כי תושבים יהודים יעברו להתגורר בשכונה. העותרים דוחים מכל וכל את הטענות חסרות השחר האלו ורואים בהן הסתה נגדם.

118. העותרים הם תושבים שומרי חוק והם רואים בהאשמות בדבר התנכלויות מצידם משום לשון הרע נגדם. הם מצרים על כך שטיעונים דמגוגים מעין אלו מושמעים נגדם, על-ידי רשויות שלטוניות, רק מכיוון שהם מבקשים לעמוד על זכויותיהם.

119. המשיבה 7 טוענת עוד כי העותרים 6-1 פועלים מטעם הרשות הפלסטינית והפתח, וכי

מניעיהם פסולים ובלתי רלוונטיים. העותרים שבעו מלשמוע דברי שקר אלו, המהווים לשון הרע, ואף עלולים לגרום לעותרים לסכנה ממשית להתנכלויות מצד גורמים שונים, ועל כן הם דורשים כי אלו לא יישמעו עוד.

טענת השיהוי

120. העותרים סבורים כי לא היה כל שיהוי בהתנהלותם, כיוון שמן הרגע שבו הבינו כי עומדת להתבצע בשכונת סילוואן וואדי חילוה תוכנית רחבת היקף, הם פעלו באופן אינטנסיבי לקבל תשובות מהמשיבה 3. אלא שהתשובות שהתקבלו היו לקוניות ולא פרטו את פרטי התוכנית. העותרים, בתמימותם, סברו כי התשובות עוד בוא יבואו והמשיכו לבקשן, אך במקום לקבלן הם קיבלו דפי מידע המודיעים על תחילת העבודות עצמן. **ברגע שהבינו העותרים כי התוכנית קבועה לביצוע, הם מיהרו והגישו עתירה זו.**

121. המשיבות טוענות כי שיהוי העותרים נובע מכך שהעבודות החלו לפני כשמונה חודשים. אלא שהעבודות החלו ברחוב מעלה השלום, הרחוב הצמוד לחומות העיר העתיקה, והעותרים לא ידעו שעבודות ברחוב מעלה השלום, שבוצעו צפונית לכניסה לשכונה, בישרו את תחילת העבודות נשוא העתירה. כאמור, המשיבה 3 עצמה בחרה לפרסם שוב במודעות ובעלונין את תחילת העבודות "בעוד ימים אחדים" (כמפורט לעיל), כך שבוודאי שהעותרים לא היו יכולים להסיק שהעבודות שבוצעו לפני כמה חודשים קשורות לתכנית נשוא העתירה.

122. כמו כן, העותרים לא ידעו לפרש את חפירות העומק כמבשרות על העבודות. חפירות בדיקה ארכיאולוגיות מתבצעות במקומות רבים בשכונה, בהרשאות שניתנות על ידי רשות העתיקות, וללא קשר לקיומה של תכנית פיתוח (ראו לעניין זה את העתירה בבג"צ 9253/08 קראעין ואח' נ' רשות העתיקות ואח', שהוגשה לאחרונה בעניין החפירות בחניון גבעתי שבשכונה).

123. אשר על כן, **ברי כי לא היה כל שיהוי סובייקטיבי מצד העותרים**, כיוון שמבחינתם כלל לא היה עיכוב בנקיטת ההליך. נהפוך הוא: העותרים ניסו למצות את ההליכים כדי להימנע מהגשת עתירה זו, אולם ברגע שהבינו כי התוכנית עומדת לפני ביצוע הם פתחו בהליך. כמו כן, **לא היה שיהוי אובייקטיבי במקרה זה**, כיוון שבין המועד שבו נודע לעותרים כי התוכנית עומדת בפני מימוש לבין המועד שבו הוגשה העתירה עברו עשרה ימים בלבד, בו לא היה יכול לחול שינוי משמעותי מבחינת המשיבים. בתקופת זמן זו לא החלו עבודות בשטח וגם אם נחתמו בה הסכמים עם קבלנים לביצוע העבודות, הרי שאין בכך משום שינוי אמיתי של המצב בשטח.

124. מכל מקום, בבחינת שאלת השיהוי יש להביא במניין השיקולים גם את מידת הפגיעה בשלטון החוק ובאינטרס הציבורי המתגלה מתוך נושא העתירה. על מהותו של מבחן זה עמדה השופטת פרוקצ'יה:

"מבחן שולל זה מבטא את העקרון לפיו בית המשפט לא ידחה עתירה מחמת שיהוי אם משמעות הדבר היא כי עקב כך תיגרם פגיעה חמורה בשלטון החוק ובאינטרס ציבורי חשוב. עקרון זה חל מקום שמשקל הרעה הצפויה מהמעשה נשוא העתירה גובר באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם בהיזקקות לעתירה

הנגועה בשיהוי, ובהינתן פגיעה אפשרית בצדדים שהסתמכו על מצב דברים נתון עד לפתיחתו של ההליך השיפוטי" (עע"מ 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע (לא פורסם), פסקה 87 (2006)).

125. על כן, **נפסק כי גם אם יש שיהוי בהגשת עתירה, זה לא יכשיל עתירה שעילתה אי-חוקיות ברורה של פעולת הרשות**. השופט ברק (כתוארו אז):

"בהקשר זה ניתן יהא להתחשב, מבחינת האינטרס של שלטון החוק, בסוג הפגיעה הנטענת בשלטון החוק. לא הרי הפרה, שהיא מיוחדת לעותר, כהרי הפרה, המשתרעת על ציבור רחב; לא הרי הפרה הנעשית בתום-לב כהרי הפרה הנעשית שלא בתום-לב; לא הרי הפרה שתוצאותיה חד-פעמיות כהרי הפרה שתוצאותיה נמשכות..." (בג"צ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, פ"ד מב(1) 678, 694-695 (1988)).

בענייננו, נושא העתירה הוא עבודות בניה ופיתוח שנעשות בניגוד לחוקי התכנון והבניה. כפי שפורט לעיל, הפגיעה בשלטון החוק היא משמעותית ורצינית. אשר על כן, **גם אם היה שיהוי בפעולת העותרים, לא יכול היה טיעון זה לשמש כחסות למעשים הלא חוקיים שמבקשים המשיבים לעשות**.

ז. סיכום ובקשה למתן צו ביניים עד להכרעה בעתירה

126. **המסכת שנפרסה לעיל מוכיחה כי החלטת המשיבים 1-3 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.

127. במצב דברים זה, **אין מקום לשקול שימוש בדוקטרינת הבטלות היחסית**, כפי שמציעים המשיבים. דוקטרינה זו נועדה לסייג את הפסילה של הפעולה המנהלית באופן חלקי ומסויים, כאשר נקבע שהרשות פעלה בניגוד לדין. היא לא נועדה לאשר ולרפא את הפעולה המנהלית כולה, כאשר זו מנוגדת לדין. על החשש כי שימוש בדוקטרינה זו תוביל לאישור פעולות מנהליות פסולות עמד השופט רובינשטיין:

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

128. במקרה דנן, פעולות המשיבים אינן חוקיות מיסודן. לא ניתן להכשיר חלק מהן או להכריז

על 'בטלות יחסית' של חלק מהן. את מכלול עבודות הבניה והפיתוח יש לערוך על פי תוכנית מפורטת מאושרת סטטוטורית ובהתאם להיתרי בניה ולאישורים אחרים הנדרשים מהרשויות הרלוונטיות. כל סטיה מעקרון זה פותחת פתח לאישור מכלול התוכנית, כך שמשמעות הדברים היא מתן היתר לפעולות שיש לפסולן.

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

130. אשר על כן, מן הדין ומן הצדק להיעתר לעתירה ולהורות על מתן הסעדים המבוקשים בה:

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

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

131. **ככל שיוחלט על דחיית מתן ההחלטה למועד אחר, יבקשו העותרים לקבל צו ביניים שיאסור על המשך העבודות עד למתן פסק הדין בעתירה.**

23 במרץ 2009

טלי ניר, עו"ד

ב"כ העותרים