



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

ע"מ 8274/09
וערעור שכנגד

בפני :

כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופט ס' גוברמן
כבוד השופט י' דנציגר

המערערות והמשיבות שכנגד 1 1. עיריית ירושלים
2-2 : 2. הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים

נ ג ד

המשיבים 8-1 והמערערים
שכנגד :

1. סלים סיאם
2. ג'ואד סיאם
3. מוראד מוחמד גווילס
4. אחמד פארוק קרעין
5. יוסף אחמד
6. אנואר אבו רמילה
7. עמותת "במקום"
8. האגודה לזכויות האזרח

המשיבים 13-9 והמשיבים
שכנגד 7-3 :

9. משרד התחבורה
10. החברה לפיתוח מזרח ירושלים בע"מ
11. עמותת אלעד
12. רשות הטבע והגנים
13. רשות העתיקות

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים
בירושלים בעת"מ 8938/08 מיום 7.9.2009 שניתן על ידי
כב' השופט נ' סולברג

תאריך הישיבה : כ"ג בתמוז התש"ע (05.07.10)

בשם המערערות והמשיבות עו"ד א' מיכאלי ; עו"ד א' טויב
שכנגד 2-1 :

בשם המשיבים 8-1
והמערערים שכנגד :
בשם המשיב 9 והמשיב שכנגד

עו"ד ד' יקיר ; עו"ד ט' ניר ; עו"ד נ' עליאן

עו"ד א' קידר	3 :
בשם המשיבה 10 והמשיבה	שכנגד 4 :
עו"ד נ' כוחי	בשם המשיבה 11 והמשיבה
עו"ד א' קידר ; עו"ד ס' סלע-פלדס ; עו"ד ס' מימון	שכנגד 5 :
עו"ד ע' גלס	בשם המשיבה 13 והמשיבה
	שכנגד 6

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים (השופט נ' סולברג) בעת"מ 8938/08 מיום 7.9.2009 בו התקבלה באופן חלקי עתירת המשיבים 1-8 (המערערים שכנגד).

רקע וההליך לפני בית המשפט לעניינים מנהליים

1. עיריית ירושלים, משרד התחבורה וכן גופים נוספים, באמצעות החברה לפיתוח מזרח ירושלים בע"מ (להלן: החברה לפיתוח), מבצעים עבודות פיתוח ותשתית במספר רחובות בשכונת סילוואן-ואדי חילוה שבמזרח ירושלים (להלן: השכונה). עבודות אלה תוכננו לכלול, בין היתר, שדרוג תשתיות הניקוז והביוב, הטמנת תשתיות חשמל והחלפת עמודי תאורה, התקנת תשתיות תקשורת, סלילת כבישים, ריצוף פני הרחוב, התקנת רהיטי רחוב, שתילת עצים, בניית קירות תמך, שיפוץ חזיתות בניינים וכן שינויים בהסדרי התנועה בשכונה (להלן: העבודות).

2. המשיבים 1-8 (להלן: המשיבים) הגישו עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים בה התבקש בית המשפט לאסור על ביצוע העבודות מאחר שהן מבוצעות ללא היתר בניה. כן התבקש בית המשפט לאסור על מתן היתר לביצוע העבודות עד לאישור תכנית מפורטת לשכונה. בקשת המשיבים למתן צו ביניים שיורה על הפסקת ביצוע העבודות נדחתה על ידי בית המשפט לעניינים מנהליים ביום 16.12.2008 ובקשת רשות ערעור על החלטה זו נדחתה על ידי השופטת מ' נאור בהחלטתה מיום 24.2.2009 (בר"ם 10956/08).

3. בעתירתם טענו המשיבים כי העבודות מבוצעות בחוסר סמכות ובניגוד לחוק. בכלל זאת נטען כי קודם לביצוע העבודות יש לאשר תכנית מפורטת לשטח השכונה וכי לא ניתן לקבל היתרי בניה לביצוע העבודות בהעדר תכנית מפורטת כאמור. עוד נטען,

כי לעבודות לא הוצאו היתרי בניה כנדרש על פי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה) ותקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), התשכ"ז-1967 (להלן: התקנות) וכי לא התקבלו האישורים הדרושים לביצוע העבודות על ידי הגורמים המוסמכים בהתאם לחוקים נוספים אשר מסדירים ביצוע עבודות הכרוכות בתשתיות חשמל, תקשורת, מים, ביוב וניקוז. כן נטען כי לא ניתן לבצע את העבודות במרבית השטח בו הן מבוצעות בהתאם לתכניות החלות. בנוסף, נטען כי העבודות המתבצעות באחד מן הרחובות - דרך השילוח - ואשר לגביהן ניתן היתר בניה, חורגות מן ההיתר שניתן ומשטח התכנית החלה.

4. מנגד, טענו עיריית ירושלים (להלן גם: העירייה) והוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים (להלן: הוועדה המקומית) כי אין צורך לאשר תכנית מפורטת קודם לביצוע העבודות וכי העבודות אינן טעונות היתר בניה שכן הן נמנות על החריגים הקבועים בתקנות. כן נטען כי בהתאם לתכנית החלה על מרבית השטח בו מבוצעות העבודות, אין צורך בקבלת היתרי בניה לביצוע העבודות. עוד נטען כי לעבודות המבוצעות ברחוב דרך השילוח ניתן היתר בניה וכי התקבלו האישורים הדרושים לביצוע העבודות בכלל השטח על ידי הגורמים המוסמכים. כן נטען כי הסעדים המתבקשים במסגרת העתירה כלליים וגורפים. טענות דומות נשמעו מפי החברה לפיתוח. בנוסף, עמדה החברה לפיתוח על הפעולות שעשתה על מנת ליידע ולשתף את תושבי השכונה באשר לעבודות העתידות להתבצע בשכונה. באשר לעבודות המבוצעות ברחוב דרך השילוח נטען כי הן מבוצעות לפי היתר בניה שכן הן כוללות בניה חדשה בדמות של "התווית דרך חדשה, הכשרת סובה והקמתו של מגרש חניה קבוע". עוד נמסר כי עבודות המים והביוב מבוצעות עבור חברת הגיחון בע"מ שהיא תאגיד המים והביוב העירוני (להלן: חברת הגיחון) וכי אלה נדרשות בשל מצבן החמור של התשתיות בשכונה. בנוסף עמדה החברה לפיתוח על כך כי עבודות הטמנת קווי החשמל מבוצעות עבור חברת החשמל למזרח ירושלים.

משרד התחבורה ציין בתשובתו כי התכנית לשינוי הסדרי התנועה במסגרת הפרויקט אושרה על ידי רשות התימור המרכזית לאחר שנמצא כי מטרת התכנית היא שיפור זרימת התנועה בשכונה תוך מתן דגש על בטיחות. כן ציין משרד התחבורה כי הוא רואה חשיבות רבה בקידום הפרויקט המבוקש. באשר לעמדת יתר הרשויות הרלבנטיות ציין משרד התחבורה כי בהעדר פירוט מספיק בכתבי הטענות של אופי העבודות לא ניתן לקבוע, לגבי מרבית העבודות, האם הן חייבות בהיתרים מטעם הרשויות הרלבנטיות אם לאו.

עמותת אלע"ד (להלן: העמותה) טענה כי יש לדחות את העתירה על הסף בשל "המטרות הפוליטיות" המובלעות בה ובשל היותה אמצעי לחץ על הרשויות להכנת תכנית מפורטת לשכונה, בשל הסעדים הכוללניים שהתבקשו בה, וכן בשל השיהוי שבהגשתה. העמותה הוסיפה וטענה, בדומה לעיריית ירושלים ולוועדה המקומית, כי העבודות אינן חייבות בהיתרי בניה וכי אין חובה באישור תכנית מפורטת קודם לביצוע העבודות.

רשות הטבע והגנים ציינה כי ניתן על ידה ההיתר הנדרש לביצוע העבודות וכי לדידה העבודות בעלות חשיבות רבה לשמירת השטח ופיתוחו.

5. במהלך הדיון לפני בית המשפט לעניינים מנהליים הורה בית המשפט לחברה לפיתוח להמציא לבאי כוח משרד התחבורה וכן לבאי כוח המשיבים 1-8 את תכניות הביצוע על מנת שבאי כוח משרד התחבורה יוכלו להציג עמדה משפטית שתהיה על דעת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה (להלן: הוועדה המחוזית) ויתר הרשויות הנוגעות בדבר.

6. בהודעה אשר הוגשה על פי ההחלטה נמסרה עמדת הוועדה המחוזית. בתמצית ניתן לומר כי זו סברה כי מרבית העבודות אינן חייבות בהיתר בניה או בהיתרים מכוח החוקים האחרים החלים וזאת נוכח אופיין ונוכח הוראות הפטור הקבועות בתקנות. בין היתר ציינה הוועדה כי מן המידע שמסרה העירייה עולה כי מתבצעות רק עבודות החלפה ותיקון של צנרת המים והביוב הקיימת ולא הקמה של תשתית חדשה. יחד עם זאת, מסרה הוועדה כי הקמת מדרכות בדרכים הקיימות וכן ביצוע עבודות של הקמת גדרות חדשות ושיקום חזיתות (למעט ניקוין ועריכת תיקונים מזעריים בהן) בדרכים הקיימות מחייבים קבלת היתרי בניה, הן מאחר שמדובר בשינוי פני הקרקע, הן מאחר שמדובר בדרכים ובבינוי שאינם מאושרים מבחינת סטאטוטורית והן נוכח ההוראות המחמירות בתכנית החלה. הוועדה הוסיפה ומסרה כי היתר הבניה שניתן לעבודות המבוצעות ברחוב דרך השילוח לא הוצג לה אך היא מניחה כי העבודות תואמות את התכנית התקפה ואת היתר הבניה.

7. העירייה והוועדה המקומית טענו בתגובה להודעה כי הוועדה המקומית היא הגוף המוסמך ליתן היתרי בניה וכי נושא היתרי הבניה נמצא בתחום מומחיותה וסמכותה. כן נטען כי עמדת הוועדה המחוזית שגויה בכל הנוגע לצורך בהיתרי בניה שכן די באישור הסדרי התנועה על ידי רשות התימור המרכזית כדי לאפשר את ביצוע העבודות. עוד נטען כי הכשרתן של מדרכות היא פעולה המבוצעת על פי פקודת

התעבורה [נוסח חדש] (להלן: פקודת התעבורה) ותקנות התעבורה, התשכ"א-1961 (להלן: תקנות התעבורה) ואין צורך בהיתר בניה בנוסף להיתר הניתן על ידי רשות התימור. העמותה טענה בתגובה כי אין להעדיף את עמדת הוועדה המחוזית על פני עמדת הוועדה המקומית לתכנון ולבניה. בנוסף, טענה כי אף אם באופן עקרוני אופי העבודות מחייב קבלת היתר בניה, הרי שיש לקבוע כי מקרה זה מהווה חריג לכלל שכן צורכי השעה אינם מאפשרים המתנה עד לאישור התכניות.

החברה לפיתוח טענה אף היא כי אין מקום לקבל את עמדת הוועדה המחוזית, תוך שהיא עומדת על אופי העבודות המבוצעות. כן נטען כי עמדת הוועדה המחוזית אינה עדיפה על פני עמדת הוועדה המקומית אשר סוברת כי אין צורך בהיתרי בניה לצורך ביצוע העבודות. עוד נטען כי ניתן להתייחס לדרכים בהן מבוצעות העבודות, על אף כי אינן מאושרות סטאטוטורית, כדרכים מאושרות. ממילא, כך נטען, די בהיתר הניתן על ידי רשויות התימור לביצוע העבודות בדרכים. עוד נטען כי מדובר בשינוי מזערי של פני הקרקע.

8. בתגובתם להודעת הוועדה המחוזית ולעמדות יתר הצדדים להודעה זו הציגו המשיבים ניתוח לאופי העבודות המבוצעות במסגרת הפרויקט. לטענתם, מדובר בעבודות בניה בהיקף נרחב הכוללות החלפה או הנחה של קווי ביוב, קווי מים וקו ניקוז; הנחת קווי חשמל; כיסוי התשתיות תוך שמירה על מפלס הדרך המקורי במרבית הדרכים; שינוי תוואי הדרכים במובן זה שמתוכנן ריצוף מדרכות וחלקים מן המיסעות באבני ריצוף מיוחדות, הצרת המיסעה הקיימת והרחבת המדרכות על חשבונה וכן הפיכת חלק מן הרחובות ל"רחובות משולבים" תוך צמצום משמעותי של מספר מקומות החניה שהיו ברחובות אלו; שיפוץ והרחבה של מדרכות קיימות ובניית מדרכות חדשות לרבות הוספת עמודי תאורה, ערוגות, עצים וקירות חדשים וכן חיזוק, עיבוי והגבהה של קירות קיימים; שיפוץ חזיתות לרבות הגבהת קירות קיימים, שיקום קירות מסוכנים וציפוי קירות באבן; ושינויים בהסדרי התנועה. באשר לעבודות המבוצעות בדרך השילוח נטען כי חלקן מבוצעות מחוץ לשטח התכנית המפורטת החלה.

על יסוד ניתוח זה נטען כי היקף העבודות מלמד כי קיים הכרח באישור תכנית מפורטת ובהוצאת היתר בניה קודם לביצוען, בין היתר מאחר שהעבודות מבוצעות בהתעלם מצרכי תושבי השכונה ורק על מנת להפוך את חלקה של השכונה כנוחה ומושכת לתיירים ומבקרים.

בנוסף, חלקו המשיבים על עמדת הוועדה המחוזית לפיה סלילה מחודשת של הדרכים הקיימות אינה חייבת בהיתר בניה. לעניין זה נטען כי מאחר שמדובר בדרכים שאינן מאושרות סטאטוטורית לא ניתן לבצע בהן כל פעולה וזאת אף אם מדובר בדרכים שהיו קיימות קודם לאישור תכנית המתאר המקומית החלה על השטח. בנוסף, חלקו המשיבים על עמדת הוועדה המחוזית לפיה אין צורך בהיתרים לביצוע עבודות התשתית המבוצעות. בהקשר זה נטען כי בהעדר תכנית אב סטאטוטורית למים, לניקוז ולביוב לא ניתן לבצע עבודות אחזקה או תחזוקה לתשתיות אלה וכי הצבת עמודי חשמל מחייבת אף היא הוצאת היתרי בניה.

פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים

9. בית המשפט לעניינים מנהליים דחה את טענת המשיבים לפיה התקנות אינן חלות מקום בו אין תכנית מפורטת. בית המשפט קבע כי על פי הוראות חוק התכנון והבניה והתקנות הכלל הוא כי יש צורך בהיתר בניה עבור כל שינוי בפני הקרקע, והחריגים לכלל זה מאפשרים שינוי של פני הקרקע ללא היתר. באשר לחריגים אלו, הקבועים בתקנות, ציין בית המשפט כי מדובר בעבודות שמחוקק המשנה מצא כי יש להקל על ביצוען במהירות ובגמישות וכי דווקא במצבים בהם אין תכנית מפורטת ישנו "הגיון רב" להסתמך על החריגים הקבועים בתקנות לביצוע תחזוקה של תשתיות, שיפור והחלפה שלהן. מכאן, פנה בית המשפט לעניינים מנהליים ובחן האם בהתאם לתקנות ובהתאם להוראות חוקים נוספים החלים על ביצוע העבודות השונות, היה צורך בהיתר בניה או היתר אחר לשם ביצוען.

באשר לעבודות הביוב, קבע בית המשפט כי מדובר בעבודות המבוצעות לפי חוק הרשויות המקומיות (ביוב), התשכ"ב-1962 (להלן: חוק הביוב) ועל כן, בהתאם להוראות התקנות, אין צורך בהיתר בניה לשם ביצוען. עוד נקבע כי אין אף צורך בהיתר לפני חוק הביוב שכן אין מדובר בהתקנת תשתית ביוב אלא בהחלפת קווי הביוב, תוך הנחת התשתית החדשה בתוואי שבו הייתה מונחת התשתית הישנה. קביעתו זו של בית המשפט נשענה על אישור של חברת הגיחון וכן על קביעתו כי האבחנה בין התקנת תשתית ביוב לבין פעולות אחרות הכרוכות בתשתית נעשית בהתאם ל"מידת חשיבותו ומרכזיותו של ההיבט התיכנוני בפעולה".

באשר לעבודות בתשתית הניקוז, נקבע כי העבודות מבוצעות לפי חוק הניקוז וההגנה מפני שטפונות, התשי"ח-1957 (להלן: חוק הניקוז) ועל כן, ובהתאם לתקנות, אין צורך בהיתר בניה לשם ביצוען. עוד נקבע כי מאחר שאין מדובר בהקמה או בשינוי של מפעל ניקוז אלא בניהול של מפעל ניקוז או החזקתו אין צורך בהכנת תכנית וקבלת

אישור מיוחד להקמת מפעל ניקוז בהתאם לאמור בחוק הניקוז. הקביעה כי מדובר בהחזקה ובניהול נעשתה על יסוד הקביעה כי העבודות המבוצעות הן "החלפת צנרת קיימת והתאמתה לצרכי המקום המשתנים".

באשר לעבודות החשמל, נקבע כי אלה נחלקות לשני סוגים: האחד, הטמנת תשתיות חשמל חדשות בקרקע; והשני, שיפור תאורת הרחוב על ידי הצבת עמודי תאורה חדשים. נקבע כי מאחר שמדובר בעבודות לצורך שירותי חשמל, אין צורך בהיתר בניה לשם ביצוע העבודות אלא רק במסירת הודעה לוועדה המקומית וזאת בהתאם להוראות התקנות. יחד עם זאת, נקבע כי בהתאם להוראת סעיף 4(א) לחוק החשמל, התשי"ד-1954 (להלן: חוק החשמל), יש צורך בהיתר מטעם מנהל ענייני החשמל לשני סוגי העבודות. משלא הוצג היתר כאמור, נקבע כי אין לבצע את עבודות החשמל עד לקבלתו.

באשר לעבודות תשתיות התקשורת, נקבע כי בהתאם להוראת התקנות אין צורך בהיתר בניה. כן נקבע כי הצדדים אינם חלוקים כי ניתן היתר כנדרש לפי חוק התקשורת (בזק ושירותים), התשמ"ב-1982 ועל כן אין מניעה לביצוע העבודות.

באשר לסלילה המחודשת של הדרכים בהן מבוצעות העבודות, נקבע כי מאחר שמדובר בדרכים קיימות שהיו סלולות "משכבר הימים", אף אם אלה אינן מאושרות סטאטוטורית, הרי שאין לראות בסלילתן מחדש לאחר הנחת התשתיות משום שינוי של פני הקרקע, אף אם אלו הועלו או הונמכו בשיעור קטן. לעניין זה נקבע כי כוונת המחוקק בקביעתו כי סלילתה של דרך חייבת בהיתר בניה הייתה לסלילתה של דרך שאינה סלולה ולא לסלילה מחדש של כביש "שנפתח" לצורך עבודות תשתית.

באשר להתקנת המדרכות בצידי הכבישים באותן הדרכים בהן תוכננו להתבצע העבודות, נקבע כי אין לראות בפעולה זו כחלק מסלילה מחודשת של הכביש אלא שינוי של פני הקרקע החייב בהיתר בניה בהתאם לתקנות. לעניין זה הפנה בית המשפט לעניינים מנהליים להגדרת "מתקני דרך" בחוק התכנון והבניה הכוללת גם "אבן שפה". עוד נקבע כי התקנת מדרכה חייבת להיות על פי תכנית מאושרת ועשייתה ללא תכנית עשויה להקשות בעתיד על התכנון. בית המשפט לעניינים מנהליים הוסיף ודחה את הטענה לפיה המדרכה מהווה חלק מאביזרי הבטיחות של הכביש ולכן התוויתה מצויה בגדר סמכותם של רשויות התימרון ואין צורך בהיתר בניה לשם התקנתה.

באשר לשינויים בהסדרי התנועה נקבע כי הדבר נתון לסמכות רשויות התימור. באשר לעבודות שתוכננו לבניית קירות חדשים ולשיפור חזיתות הבתים, נקבע כי יש צורך בקבלת היתר בניה לשם ביצוע. כן נקבע כי בניית קירות תמך או הגבהתם חייבים בהיתר בניה, אלא אם הם נדרשים לצורך כיסוי התשתיות ותמיכה בדרכים הנסללות שאז העבודות הן רק נלוות לעבודות התשתית.

לבסוף, באשר לעבודות המבוצעות ברחוב דרך השילוח קבע בית המשפט כי קביעותיו המתוארות לעיל אינן נוגעות לביצוע עבודות אלה שכן על רחוב זה חלה תכנית מפורטת אשר בהתאם לה הוצא היתר בניה שהוצג לו.

הערעור

10. הערעור הוגש על ידי העירייה והוועדה המקומית. המערערות - באמצעות באות כוחן, עורכות הדין א' מיכאלי ו-א' טויב - משיגות על קביעתו של בית המשפט לעניינים מנהליים לפיה התקנת המדרכות, שלטענתן נעשית בתוואי הדרכים הקיימות, טעונה קבלתו של היתר בניה.

במסגרת הערעור, נטען כי לקביעה זו השלכות רחבות היקף ביחס לכל הרשויות המקומיות בישראל, שכן אין הן פועלות לקבלת היתר בניה להתקנת מדרכות בתוואי דרך קיימת. עוד נטען כי קביעה זו של בית המשפט לעניינים מנהליים מביאה לתוצאה אבסורדית כך שבכל מקרה בו מתקבלת החלטה על צמצום או הרחבה של מדרכה בתוואי דרך קיימת במסגרת שינוי הסדרי התנועה, יש לפעול לקבל היתר בניה. בהקשר זה נטען כי הליך אישור הסדרי התנועה המוסדר בפקודת התעבורה ובתקנות התעבורה מהווה הסדר ממצה, וכי די באישור הניתן על ידי רשות התימור על פי פקודה זו ותקנות אלה.

המערערות מוסיפות וטוענות כי בית המשפט לעניינים מנהליים שגה כשקבע כי התקנת מדרכות בתוואי דרך קיימת מהווה "התווית דרך" כאמור בחוק התכנון והבניה, שכן לא מתבצע סימון של תוואי דרך אלא מתבצעות פעולות בתוואי דרך קיימת. כמו כן נטען כי בית המשפט לעניינים מנהליים טעה בפרשנותו למונח "שינוי פני הקרקע" הקבוע בחוק התכנון והבניה שכן יש לפרש מונח זה כמונח המתייחס לשינוי משמעותי בפני הקרקע ולא לשינוי המגביה את פני הקרקע בסנטימטרים בודדים, וכי ממילא מאחר שפקודת התעבורה ותקנות התעבורה הן המסדירות את נושא הסדרי התנועה, אין לפנות לחוק התכנון והבניה בהקשר זה. לבסוף, נטען כי הפרשנות שניתנה

על ידי בית המשפט לעניינים מנהליים לחוק התכנון והבניה אינה עולה בקנה אחד עם מטרת המחוקק להקל על הליך הרישוי בעת ביצוע פעולות זניחות בתוואי כביש קיים.

תגובת המשיבים

11. המשיבים 8-1 - באמצעות באי כוחן, עורך הדין ד' יקיר ועורכות הדין ט' ניר ו-נ' עליאן - סומכים ידיהם על קביעת בית המשפט לעניינים מנהליים באשר לצורך בקבלת היתר בניה להתקנת המדרכות, וטוענים כי במקרה שלפנינו התקנת המדרכות, מפרצי החנייה, מעקות הבטיחות ועמודים למניעת חניה מהווים שינוי מהותי בדרך הקיימת החייב בקבלת היתר בניה. כן עומדים המשיבים על כך שלשינוי זה בדרכים הקיימות השלכות מרחיקות לכת ביחס לתושבי השכונה, שכן לזה השפעה מהותית על הסדרי התנועה והחניה הקיימים בהן, ובפרט עתיד הוא להביא לצמצום משמעותי במקומות החניה העומדים לרשות תושבי השכונה ולהקשות על היציאה מהשכונה לכיוון צפון.

12. משרד התחבורה - באמצעות בא כוחו, עורך הדין א' קידר - טוען כי אין מקום להתערב בקביעת בית המשפט לעניינים מנהליים לפיה יש צורך בקבלת היתר בניה לשם הכשרת מדרכות. משרד התחבורה מביא לעניין זה את עמדת הוועדה המחוזית כפי שהוצגה לפני בית המשפט לעניינים מנהליים ומדגיש את היותה תחומה לנסיבות המקרה הפרטניות בשים לב לייעוד הייחודי של המקרקעין בהם מתבצעות העבודות ולהוראות המחמירות החלות עליהם על פי התכנית החלה, וכן בשים לב לכך כי מדובר בדרכים שאינן מאושרות סטאטוטורית אך נזכרות ברקע תשריט התכנית האמורה.

13. החברה לפיתוח - באמצעות בא כוחה, עורך הדין נ' כוחי - ציינה בתגובתה כי היא מצטרפת לטענות המערערות. בנוסף, הוסיפה וטענה כי מדרכות הן חלק אינטגרלי מ"דרך" כהגדרת מושג זה בסעיף 1 לפקודת התעבורה, וזאת בין אם מדובר בקטע מוגבה או בקטע המצוי במפלס אחד עם הכביש, וכי שינוי במפלס המדרכה, הצבת אבני שפה והתקנת עמודים מונעי חניה כלולים בהגדרת "הסדר תנועה" הקבועה בתקנות אלה. בנוסף, נטען כי את המונח "שינוי פני הקרקע" הקבוע בחוק התכנון והבניה יש לפרש תוך בחינה מהותית של הפעולות המשנות את פני הקרקע, וכי שינוי מפלס המדרכה במסגרת הסדר תנועה בשיעור של 15 ס"מ, אינו נופל בגדרו של מונח זה.

14. העמותה - באמצעות באי כוחה, עורך הדין א' קידר ועורכות הדין ס' סלע-פלס ו-ס' מימון - ציינה אף היא כי היא מצטרפת לטענות המערערות בערעורן וחזרה בתמציתיות על טענות אלה.

15. רשות הטבע והגנים לא הגישה עיקרי טיעון מטעמה, ובהתאם להחלטה מיום 4.7.2010, אף פטורה הייתה מהתייצבות לדיון. רשות העתיקות - באמצעות בא כוחה, עורך הדין ע' גלס - מסרה כי עבודות הפיתוח המבוצעות אושרו על ידה בהתאם לסעיף 29 לחוק העתיקות, התשל"ח-1978.

הערעור שכנגד

16. במסגרת הערעור שכנגד משיגים המשיבים על קביעות בית המשפט לעניינים מנהליים לפיהן אין חובה לאשר תכנית מפורטת קודם לביצוע העבודות; לפיהן עבודות הביוב, המים, הניקוז והחשמל אינן חייבות בהיתר בניה; ולפיהן העבודות אינן חייבות בהיתרים נוספים לפי חוקים רלבנטיים אחרים. כמו כן נטען כי בית המשפט לעניינים מנהליים התעלם מטענותיהם לפיהן העבודות ברחוב דרך השילוח מבוצעות בחריגה מהיתר הבניה שניתן ומן התכנית החלה.

תגובות המשיבים שכנגד

17. עיריית ירושלים והוועדה המקומית טוענות תחילה כי בפרויקט יש כדי להועיל לתושבי השכונה וכדי להביא לשיפור באיכות חייהם. באשר לטענת המשיבים לפיה קיימת חובה לאשר תכנית מפורטת קודם לביצוע העבודות, נטען כי העבודות הן עבודות להחלפה ולשדרוג תשתיות קיימות ולא עבודות להקמת מערכת תשתית חדשה בשכונה. נטען כי אין בביצוע העבודות, בשים לב לאופיין, כדי לפגוע בתושבי השכונה, ועל כן הרציונאל העומד בבסיס התכנון המפורט - מתן האפשרות לנפגעים מהתכנון להשפיע עליו - אינו מתקיים. עוד נטען כי ממילא התקיים שיתוף נרחב של תושבי השכונה בהליכים שקדמו לביצוע העבודות. באשר להשגת המשיבים על קביעת בית המשפט לעניינים מנהליים בנוגע לתחולת החריגים הקבועים בתקנות על העבודות, נטען כי מדובר בקביעה מבוססת ומנומקת היטב וכי העבודות המבוצעות הן עבודות להחלפה של התשתיות הקיימות ועבודות אחזקה ועל כן אינן טעונות קבלת היתר בניה.

18. משרד התחבורה סומך את ידו על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים, תוך שהוא עומד על עמדתה של הוועדה המחוזית כפי שהובאה לפני בית המשפט לעניינים מנהליים (ראו פסקה 6 לעיל). באשר לטענת המשיבים בנוגע לחריגת

העבודות המבוצעות ברחוב דרך השילוח מן ההיתר שניתן ומשטח התכנית החלה, טוען המשיב 9 כי מדובר במחלוקת עובדתית בין המשיבים לבין העירייה, הוועדה המקומית והחברה לפיתוח אשר לו (או לוועדה המחוזית) אין כל עמדה בה.

19. החברה לפיתוח טוענת כי רבות מן הטענות בערעור שכנגד מופנות כנגד ממצאיו העובדתיים של בית המשפט לעניינים מנהליים. כן נטען כי טענות המשיבים 8-1 לפיהן השכונה אינה סובלת מבעיות תשתית עומדות בסתירה לטענות שהעלו במסגרת הליכים אחרים המתנהלים. בנוסף, נטען כי הגשת העתירה אינה אלא אמצעי לחייב את המערערות להכין תכנית מפורטת לשכונה. עוד נטען כי ככל שיש צורך בתכנון מפורט של השכונה, הדבר אמור להתבצע ללא קשר לביצוע העבודות שכן אלה מבוצעות בתחומי דרכים קיימות. כן נטען כי אין צורך בקבלת היתר בניה לביצוע העבודות שכן אלה הן עבודות שדרוג ותחזוקה של מערכות תשתית קיימת.

20. העמותה שבה בתגובתה על טענתה כי יש לסלק על הסף את הערעור שכנגד בשל "המטרות הפוליטיות המובלעות" בו, כהגדרתה. בנוסף, נטען כי אין לקשור בין ביצוע העבודות לאישור תכנית מפורטת בשכונה. ממילא, כך נטען, יחלוף זמן ממושך עד שתאושר תכנית מפורטת, והתניית ביצוע העבודות בהשלמת הליך התכנון רק תזיק לתושבי השכונה. עוד נטען כי התקנות אינן מניחות קיומה של תכנית מפורטת כנטען על ידי המשיבים; כי העבודות אינן דורשות אישורים נוספים כנטען; וכי לא הותקנו עמודי תאורה חדשים אלא הוחלפו הקיימים. כאשר לטענות בדבר חריגת העבודות ברחוב דרך השילוח משטח התכנית החלה ומהיתר הבניה שניתן, נטען כי מדובר בערעור על ממצא עובדתי שקבע בית המשפט לעניינים מנהליים ושלא קמה עילה להתערבות בו.

21. המשיבה 13 הסתפקה בהגשת ההודעה מטעמה הנזכרת בפיסקה 15 לעיל.

הודעה משלימה מטעם משרד התחבורה והתייחסות הצדדים להבהרה

22. בהחלטתנו מיום 23.11.2010 ביקשנו לקבל ממשרד התחבורה ומהוועדה המחוזית הבהרות בנוגע לעניינים שונים. כמו כן אפשרנו לצדדים להגיש התייחסותם להבהרות שהוגשו. הגשת ההבהרה מטעם משרד התחבורה ארכה פרק זמן לא מבוטל, בין היתר בשל שביתת הפרקליטים, ובסופו של יום זו הוגשה ביום 17.2.2011. המשיבים, העמותה והחברה לפיתוח הגישו תגובות להבהרות שניתנו. על ההבהרות שהתבקשו, ועל העולה מהודעת משרד התחבורה ומן התגובות שהוגשו אתיחס, ככל שהדבר ידרש, במסגרת הדיון בטענות הצדדים.

בקשות למתן סעדים זמניים לתקופת הערעור

23. לבסוף, ולשם השלמת התמונה, יצויין כי שתי בקשות שהגישו המשיבים למתן סעדים זמניים שיאסרו על המשך ביצוע העבודות בשכונה נדחו, האחת ביום 19.4.2010 והשנייה ביום 10.2.2011.

דיון והכרעה

24. לו דעתי תשמע אציע לחבריי לדחות את הערעור, זאת בכפוף לאמור בפיסקה 68 להלן. כמו כן, אציע לחבריי לקבל, באופן חלקי, את הערעור שכנגד כמפורט בפיסקאות 79 ו-93 להלן ובשים לב לאמור בפיסקה 29 להלן.

25. לפני שאפרוש את נימוקיי לעמדתי זו, אדרש לבקשה להוספת ראייה שהגישה העמותה ביום 30.6.2010 בה התבקשה הרשות להגיש מאמר שפורסם על ידי באת כוח המשיבים, עורכת הדין טלי ניר. לטענת העמותה, ממאמר זה ניתן ללמוד על מצב התשתיות הרעוע במזרח ירושלים ועל כך שטענות המשיבים נטענות בחוסר תום לב. סבורני כי מוטב היה שבקשה זו לא הייתה מוגשת מלכתחילה. בין כך ובין כך איני סבור כי יש צורך בהוספת המאמר לשם הכרעה בערעור ובערעור שכנגד או כי קיימת סיבה חשובה אחרת לצרף את המאמר כראיה ועל כן אציע לחברי לדחות את הבקשה (השוו: תקנה 457(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984). אעיר כי לדידי, בהעדר רלבנטיות למאמר, אף אם היינו מקבלים את הבקשה ומורים על צירופו כראיה, לא היה בו כדי לשנות מן התוצאה אליה הגעתי.

26. ומכאן, לדיון לגופם של דברים. בשל ריבוי הסוגיות הרלבנטיות אדון בטענות הצדדים בד בבד לניתוח הסוגיות הרלבנטיות ולא כמקובל תוך תחימת טענות הצדדים לערעור ולערעור שכנגד. אך לפני כן, אפתח בתיאור המצב הסטאטוטורי-תכנוני של השטח בו מבוצעות העבודות.

(א) התכניות החלות על השטח בו מבוצעות העבודות

27. העבודות נושא ההליך שלפנינו מבוצעות בחמישה רחובות בשכונה: בדרך השילוח וכן בארבעה רחובות נוספים (ואדי חילוה, מעלות עיר דוד, מלכיצדק, ועין-א-לוזה). שטח השכונה כלול בתחום "גן לאומי סוכב חומות העיר העתיקה" שהוכרז בשנת 1974 וחלות עליו הוראות תכנית מתאר ארצית 8. בנוסף, חלה על שטחי השכונה תכנית מתאר מקומית עמ/9 (להלן: תכנית עמ/9) שאושרה בשנת 1976 ותכנית מתאר מקומית לירושלים 62 (להלן: תכנית 62). על פי תכנית עמ/9 השטח בו מבוצעות

העבודות מהווה "שטח ציבורי מיוחד". על משמעות הדבר אעמוד בהמשך הדברים. בנוסף לתכניות אלה, על רחוב דרך השילוח חלה תכנית מפורטת 4146 שאושרה בשנת 1992 המייעדת שטח לדרך ואשר אין מחלוקת כי היא מפורטת דיה לצורך מתן היתרי בניה לביצועה (להלן: תכנית 4146). באשר לארבע הדרכים הנוספות בהן מבוצעות העבודות, הרי שברקע לתשריט תכנית עמ/9 הדרכים מצויינות אך אלא אינן מאושרות על פי התכנית. לא אוכל להימנע מלציין כי למעשה בין הצדדים אין מחלוקת כי על אף שבתכנית עמ/9 לא אושרו ארבע הדרכים הנוספות, מדובר בדרכים שקיימות זמן רב, עוד קודם לחקיקת חוק התכנון והבניה ולהחלת המשפט הישראלי במזרח ירושלים (ראו: סעיף 24 להודעת הערעור; סעיף 36 להודעת משרד התחבורה מיום 17.2.2011, סעיף 2 לתגובת החברה לפיתוח מיום 6.3.2011 וסעיף 24 לעיקרי הטיעון מטעם המשיבים). עוד נציין כי בהודעת משרד התחבורה נמסר כי לא ניתן לומר כי דרכים אלה לא הוקמו כדין (סעיף 36 להודעת משרד התחבורה מיום 17.2.2011).

28. בחינת חוקיות העבודות המבוצעות ברחוב דרך השילוח פשוטה באופן יחסי בשל קיומה של תכנית 4146 שהיא תכנית מפורטת, ועל כן אפנה תחילה לברור טענות המשיבים במסגרת הערעור שכנגד ביחס לביצוע העבודות ברחוב זה.

(ב) העבודות המבוצעות ברחוב דרך השילוח

29. כמתואר לעיל, המשיבים טוענים כי בית המשפט לעניינים מנהליים לא נדרש לטענותיהם הנוגעות לחריגת העבודות המבוצעות ברחוב דרך השילוח מן השטח עליו חלה תכנית 4146 ומהיתר הבניה שניתן.

עיון בפסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים מגלה כי יש ממש בטענה זו. בית המשפט הסתפק בקביעה כי הוצג לו היתר בניה, תוך שהוא מפנה לאחד מן הנספחים לתשובת העירייה והוועדה המקומית, אך נמנע מלהתייחס לטענות המשיבים באשר לחריגת היקף העבודות מן התכנית החלה ומן ההיתר (סעיף 19 לפסק הדין). יצויין כי לנספח זה לא צורף התשריט שאמור להוות חלק בלתי נפרד ממנו.

30. סברנו כי מוטב שנקבל הבהרות בעניין חלף החזרת הדיון לבית המשפט לעניינים מנהליים. בהודעת משרד התחבורה מיום 17.2.2011 הודגש כי הוועדה המקומית ולא הוועדה המחוזית היא האמונה על הוצאת היתר הבניה וכי עליה החובה לאכוף את דיני התכנון והבניה ולשמור כי העבודות מבוצעות בהתאם לדין. יחד עם זאת, נמסר כדלקמן:

”בהמשך להחלטת בית המשפט הנכבד, המציאה הוועדה המקומית את היתר הבניה. בהמשך לכך, נערך סיור בשטח התכנית על ידי נציגי לשכת התכנון והיועץ המשפטי של הוועדה (עם גורמים נוספים מטעם עיריית ירושלים ומשיבים אחרים להליך). בהמשך לסיור בשטח ולהתייחסות שהתקבלה מהמשיבה 4 (חברה לפיתוח מזרח ירושלים) עולה כי ככל הנראה בעבודות שבוצעו יש חריגות מסויימות מהיתר הבניה שביטויין בביצוע עבודות ריצוף ועבודות פיתוח מצומצמות בסמוך מחוץ לתחום עליו חל ההיתר. נראה כי מדובר בחריגות שוליות יחסית” (סעיף 9 להודעה; ההדגשה אינה במקור - י.ד.).

31. בתגובתה להודעה טענה החברה לפיתוח, בהסתמך על מכתבו של מנהל הפרויקט אשר צורף לתגובה ואשר נתמך בתצהיר, כי החריגה מתחומי התכנית וההיתר נעשתה רק לצורך ”התחברות למצב הקיים” ולצורך תיקון ליקויי בטיחות הכרחיים ותוך הקפדה על מילוי פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים, קרי אי בנייתן של מדרכות חדשות, אי הצבת אבני שפה חדשות ואי בנייתם של קירות תמך חדשים. המשיבים בתגובתם ציינו כי הם עומדים על טענתם לפיה העבודות מבוצעות בחריגה מהשטח עליו חלה תכנית 4146.

32. מן האמור עולה איפוא כי אין מחלוקת כי מבוצעות עבודות החורגות מהשטח עליו חלה תכנית 4146 ומהשטח לגביו ניתן היתר הבניה. באשר לטענת החברה לפיתוח בדבר ”התחברות למצב קיים” אציין כי ביצוע עבודות החייבות בהוצאת היתר בניה אינו יכול להיעשות מחוץ לשטח לגביו ניתן היתר בניה או לשטח עליו חלה התכנית בין אם מדובר ב”התחברות למצב קיים” ובין לאו. ההתחברות צריך שתיעשה בתוך שטח התכנית ובשטח לגביו ניתן ההיתר לביצוע העבודות. איני סבור כי יש מקום לייתן סעד אופרטיבי לעניין זה, ולו מן הטעם שאופי העבודות אשר בוצעו תוך חריגה משטח התכנית ומהשטח לגביו ניתן ההיתר לא התברר עד תומו. חזקה על הוועדה המקומית האמונה על אכיפתם של דיני התכנון והבניה כי תפעל על מנת לבחון את היקף, אופי ומיקום העבודות שבוצעו וככל שאלה אינן בגדר תיקון ליקויי בטיחות גרידא תפעל באמצעות הסמכויות הנתונות לה לשם אכיפת דיני התכנון והבניה בהקשר זה. למען הסר ספק אציין כי ככל שהחריגה מתחום התכנית הינה כמתואר בסעיף 85 לחוות הדעת התכנונית שצורפה לתגובת המשיבים שהוגשה לבית המשפט לעניינים מנהליים ביום 27.7.2009, קרי ביצוע 130 מטרים של מדרכות החורגות מתחום הדרך ובניית ”קיר קשתות” מחוץ לתחום הדרך, אין לראות בחריגה זו כתיקון ליקויי בטיחות.

אשר על כן, יש לקבל את טענת המשיבים, במסגרת הערעור שכנגד, לפיה התבצעו ברחוב דרך השילוח עבודות החורגות משטח התכנית ומהיתר הבניה שניתן. כאמור, התשתית העובדתית שהונחה על ידי הצדדים אינה מאפשרת מתן סעד אופרטיבי בעניין והטיפול בחריגות מוטל לפתחה של הוועדה המקומית.

ומכאן, לאותן העבודות המבוצעות (או שבוצעו) בארבע הדרכים הנוספות אשר על השטח בהן הן מצויות לא חלה תכנית 4146. נושא עבודות התשתית ידון בנפרד בפרק ה' להלן.

(ג) המצב התכנוני של ארבע הדרכים הנוספות - ההוראות הרלבנטיות בתכנית עמ/9
33. מצבו של השטח בו מצויות ארבע הדרכים הנוספות בהן מבוצעות העבודות הינו ייחודי מנקודת המבט התכנונית-סטטוטורית.

במועד בו אושרה תכנית עמ/9 היו בשטח זה בתים, כבישים ותשתיות שונים אך השטח סווג בתכנית כ"שטח פתוח ציבורי מיוחד" בו הבניה אסורה. אין בתקנון התכנית הוראות המתייחסות למצב הקיים (שימור מצב קיים כחריג ולעומת זאת הריסה או הפקעה), וזאת להבדיל מהוראות דומות שנקבעו ביחס ל"שטח פתוח ציבורי" בו הייתה קיימת בניה כפרית או עירונית במועד אישור תכנית עמ/9. הדבר יוצר קושי אמיתי ליישב בין המצב התכנוני לבין המצב הפיזי. באשר לענייננו, הנוגע בין היתר למעמדן הסטטוטורי של הדרכים בהן מבוצעות העבודות, קושי זה מקבל משנה תוקף, שכן בעוד שחלק מן הדרכים הקיימות בשטח שסווג כ"שטח פתוח ציבורי מיוחד" הוכרו במסגרת תכנית עמ/9 וניתן להן מעמד סטטוטורי, חלקן לא קיבלו הכרה כאמור והן לא סומנו כ"דרך" בתשריט התכנית. דומה כי הצדדים כולם מודעים לקשיים שיוצר מצב תכנוני זה (ראו: סעיפים 39-42 לעיקרי הטיעון מטעם העמותה; סעיפים 26-29 לעיקרי הטיעון מטעם העירייה והוועדה המקומית; סעיפים 8 ו-24-25 לעיקרי הטיעון מטעם המשיבים; סעיף 2 לתגובת החברה לפיתוח מיום 6.3.2011). ראוי להביא את האמור בהודעה שהוגשה מטעם משרד התחבורה המביאה את עמדת הוועדה המחוזית בעניין:

"... עוסקים אנו בתכנית ייחודית בנסיבותיה, אשר 'הקפיאה' למעשה את התכנון בשטח המיועד לשטח ציבורי פתוח ולמעשה 'צילמה' את המצב שהיה קיים באותה עת. ולמותר להזכיר, כי מדובר בשכונה שהיתה 'חיה ונושמת' עוד קודם לאישור התכנית (ועוד קודם להחלת המשפט הישראלי במזרח ירושלים)" (סעיף 36 להודעה).

דברים אלו מתווספים לדברים נוספים אליהם התייחסתי לעיל שהובאו בהבהרת משרד התחבורה לפיהם לא ניתן לומר כי הדרכים הוקמו שלא כדין, ולאמור בתגובת החברה לפיתוח לפיה הדרכים קיימות עוד מתקופת המנדט הבריטי.

על רקע דברים אלו, אסקור את עיקריה של תכנית עמ/9 תוך שימת הדגש על השטח הרלבנטי לעניין שלפנינו.

34. תכנית עמ/9 אושרה כאמור בשנת 1976 והיא תכנית מתאר מקומית לירושלים העתיקה וסביבתה (סעיף 1 לתקנון התכנית). שש מטרות נקבעו לתכנית:

- 6.1" לאפשר את פיתוחו של האזור עליו חלה התכנית תוך שמירה קפדנית על אופיו המיוחד.
- 6.2 לקבוע סיווגם של אזורי עיר שונים, לקבוע שימושים מותרים בקרקע ובבנינים, להתוות רשת דרכים ראשיות, לקבוע את צורת הבניה וכיוצ"ב, הכל כמתואר בתכנית.
- 6.3 לשמש [כך במקור - י.ד.] כבסיס להכנת תכניות בנין ערים מפורטות לשטח זה.
- 6.4 לדאוג לשמור נוף טבעי ועירוני בשטח התכנית.
- 6.5 שמירה על האתרים המסורתיים המשמשים נכסי קדושה והווי ליהדות ולדתות אחרות.
- 6.6 שמירה על האתרים הארכיאולוגיים בשטח התכנית." (סעיף 6 לתקנון התכנית).

35. התכנית מחלקת את השטח עליו היא חלה לאזורים מסוגים שונים, אשר השימושים של כל אחד מסוגי אזורים אלו וההוראות החלים עליהם הינם שונים ומפורטים בתקנון התכנית (סעיף 8 לתקנון התכנית). בין סוגי האזורים להם חולק השטח עליו חלה התכנית ניתן למצוא, בין היתר, את שטח העיר העתיקה (סעיף 8.1), שטח הר הבית ורחבת הכותל (סעיף 8.2) ושטח שיקום ושימור (סעיף 8.4). על שטחים אלו מוטלות מגבלות חמורות ולפיהן כל בניה חדשה או הריסה ייעשו תוך שמירה קפדנית על אופיו הייחודי של השטח ועל פי תכניות שימור ושיקום מפורטות ולפיהן לא תותר כל בניה באזורים אלו אלא על פי תכנית מפורטת המצביעה על הבינוי המפורט ואופן פיתוח האיזור (סעיפים 8.4.1 ו-8.4.2). לצד אזורים מן הסוגים הנזכרים, ניתן למצוא אזורים אחרים, כגון אזורי מגורים שונים, אשר בהם מגבלות השימוש והבניה הינן חמורות פחות. על אלו יש להוסיף אזורים שנקבעו למוסדות ולבנייני ציבור ושטחים למלונאות ולייעודים דומים (סעיפים 8.12-8.16). עוד נקבעו שטחים לבתי קברות (סעיפים 8.21-8.22). בנוסף, נקבעו בתכנית שטחים פתוחים:

שטח פתוח ציבורי (סעיף 8.18), שטח פתוח ציבורי מיוחד (סעיף 8.19) ושטח פתוח פרטי (סעיף 8.20). השטח בו מבוצעות העבודות נושא ההליך דנן הוא "שטח פתוח ציבורי מיוחד" אשר המגבלות החלות על הבניה בו הינן כדלקמן:

"8.19.1. הבניה בשטח זה אסורה.
8.19.2. כל פעולה אחרת וכל שמוש טעונים היתר מיוחד של הועדה המקומית באשור הועדה המחוזית אשר ינתן – בהתאם לנסיבותיו של כל ענין ובמידת הצורך – בתנאי של הפנייה גם לרשויות המוסמכות או לרשויות המוסמכות האחרות הנוגעות בדבר (כגון שר החנוך או נציגיו לאור היות השטח אתר עתיקות מוכרז) אם וכפי שנדרש עפ"י כל חוק."

36. הוראות אלה מטילות מגבלה חמורה (כהגדרת משרד התחבורה - ראו בסעיף 16 להודעתו מיום 17.2.2011) על השימוש והבניה בשטח. עיון בהוראות התכנית מעלה כי בהשוואה לשטחים אחרים זהו השטח בו המגבלות המוטלות על בניה ושימוש הן המגבלות המחמירות ביותר, וזאת אף בהשוואה לשטח הכותל והר הבית ושטח העיר העתיקה וכן בהשוואה לסוגי השטחים הציבוריים האחרים שנקבעו בתכנית. כך למשל ב"שטח פתוח ציבורי" ניתן לעשות שימוש לגנים ציבוריים, מגרשי ספורט ושעשועים ולהתוות דרכים (אם כי בחלק מן המקרים נדרשים אישורי הועדה המחוזית והועדה המקומית) (סעיפים 8.18.1-8.18.4 לתקנון התכנית).

37. בתכנית נקבעה המשמעות שתהיה לכל אחד מן הציונים השונים שבתשריט התכנית (סעיף 7 לתקנון התכנית; מעין "מקרא מפה") ובכלל זאת הסימון השונה לכל סוג אזור שנקבע בתקנון התכנית וכן הסימון לדרך. כן נקבע במפורש כי:

"סימני המפה שברקע כשלעצמם (להבדיל מציוני התשריט) אינם מהווים חלק מהוראותיה של התכנית ואין להתייחס אליהם. תחולת הוראות התכנית היא אך ורק בהתאם לציונים המפורשים במקרא ובסעיפים 7.1-7.32 לעיל" (סעיף 7.33 לתקנון התכנית).

כפי שציינתי לעיל, ארבע הדרכים הנוספות בהן מבוצעות העבודות מופיעות ברקע התשריט והן אינן חלק מציוני התשריט. אין באמור כדי לשלול את האפשרות כי הדבר נעשה מאחר שלא היה מדובר בדרכים ראשיות (ראו: סעיף 6.2 לתקנון התכנית הקובע כי התכנית מבקשת להתוות "רשת דרכים ראשיות").

38. לשם השלמת התמונה, יש לתת את הדעת לעובדה כי באשר לשטח בו מבוצעות העבודות לא נקבעה בתכנית כל הוראה המתייחסת לשימושי הקרקע הקיימים, ואילו בהתייחס ל"שטח פתוח צבורי" נקבעה הוראה מיוחדת המתייחסת לשימושים ולמבנים קיימים:

"במסגרת זו של תכנית מתאר, הקובעת עקרונות לטווח רחוק, נקבע ייעוד האזור כשטח פתוח צבורי, אולם, לאור המציאות הנוכחית, לא יפגע ייעוד זה בשימושים הקיימים או במבנים קיימים. שימושים ומבנים אלו ימשיכו להתקיים כחריגים מאושרים ומחזיקיהם יוכלו לקבל היתר בניה לשינויים ולתוספות לצורך שיפורים (סניטריים או אחרים) באם ימצא ע"י הועדה המוסמכת כי הם דרושים להבטחת רמת דיור נאותה" (סעיף 8.18.5 לתקנון התכנית).

39. עוד יצויין כי בתקנון תכנית עמ/9 הוראות נוספות המתייחסות לשימושים ולמבנים הקיימים, בהן נקבע בין היתר כי הוראות של תכניות מפורטות מסוימות יחולו במלואן בשטח התכנית (סעיף 4.2 לתקנון) וכי תכניות מפורטות נוספות, שאינן נמנות בסעיף 4.2 לתקנון התכנית, שאושרו או הופקדו לפני תחילתה של התכנית, תהיינה כפופות לתכנית ותחולנה ככל שהן אינן סותרות את התכנית (סעיף 4.3).

40. סקירה זו מעוררת ומציפה את השאלה באשר למעמד ארבע הדרכים הנוספות: האם מדובר בדרכים חוקיות אם לאו, שהרי לכאורה על פי פשוטו של מקרא ניתן לטעון כי כאשר מדובר בשטח פתוח צבורי מיוחד, ובניגוד לשטחים אחרים כגון שטח פתוח ציבורי, אין בתכנית עמ/9 הכשרה או החרגה של שימושים קיימים בשטח. מטיעוני הצדדים לא עלה כי הדרכים קיבלו מעמד מכוח תכנית מפורטת כלשהי שקדמה לתכנית או כי השימוש בשטח כדרכים נעשה על פי היתר לשימוש חורג או היתר אחר. בשל קושי פרשני זה, הנובע מן הפער בין הוראות התכנית לבין היות הדרכים קיימות בשטח בפועל מזה שנים רבות, ביקשנו לקבל משרד התחבורה את התייחסותו וכן את התייחסות הוועדה המחוזית למצב הסטאטוטורי של הדרכים בהן מבוצעות העבודות, לרבות לעניין התכניות החלות על תא השטח ועדיפות הוראותיהן אלה על פני האחרות. בהודעת משרד התחבורה נמסר כי עמדת הוועדה המחוזית הינה כי מדובר בדרכים שאינן מאושרות סטאטוטורית (סעיפים 12 ו-34 להודעת משרד התחבורה), אך כי אלה קיימות עוד קודם לאישור התכנית, לחקיקתו של חוק התכנון והבניה להחלת המשפט הישראלי על השטח וכי אין לשלול את האפשרות שהוקמו כדין (בסעיפים הנ"ל ובסעיף 36 להודעת משרד התחבורה). יחד עם זאת, לא נמסר על כל תכנית מפורטת שקדמה

לאישור תכנית עמ/9 בה הוסדר מעמד הדרכים או על תכנית שקדמה לחקיקת חוק התכנון והבניה או להחלת הדין הישראלי בה אושרה הדרך. הצדדים השונים שהגיבו להודעת משרד התחבורה לא טענו אחרת באשר למעמדן הסטאטוטורי של הדרכים.

40. שקלתי האם ראוי שנבסס את הכרעתנו על יסוד בחינת מעמדן החוקי של ארבע הדרכים הנוספות בשים לב להוראות תכנית עמ/9 ולחוק התכנון והבניה. על אף כי מדובר בסוגיה כבדת משקל שיכולה הייתה להיות נדבך עיקרי לניתוח המקרה ושיכולה הייתה להטות את הכף לכאן או לכאן סברתי כי לא ראוי שנבסס את הכרעתנו על יסוד קביעה פוזיטיבית בסוגיית חוקיות הדרכים. הטעם שביסוד עמדתי זו הוא כי לא התגלעה מחלוקת בין הצדדים באשר למעמד הדרכים והוסכם כי מדובר בדרכים שאינן מוכרות על פי דיני התכנון והבניה, וכפועל יוצא לא נשמעה הטענה כי מדובר בדרך חוקית מחמת תכנית מוקדמת לתכנית עמ/9 או כי ניתן לעשות שימוש חוקי בדרך על אף שאינה מאושרת סטאטוטורית. אדגיש כי העובדה כי לא התגלעה מחלוקת בין הצדדים לעניין אי חוקיות הדרכים וכי לא נטענו טענות באשר לשימוש חוקי בדרכים אלה הביאה לכך כי לא נשמעו טענות בדבר האופן בו יש לפרש את תכנית עמ/9, לא לפנינו ולא לפני בית המשפט לעניינים מנהליים. כמו כן, הכרעה בעניין בנסיבות אלה עשויה להתבסס על תמונה עובדתית חסרה (למשל באשר לתוכן ההליך התכנוני שבסופו אושרה תכנית עמ/9 כלשונה כיום וכן לעניין תכניות שקדמו לאישור תכנית עמ/9 בה אושרו הדרכים), והדבר אינו רצוי.

אוסף כי תוצאת הסכמת הצדדים כי מדובר בדרכים שאינן מאושרות סטאטוטורית, בהעדר טענה לשימוש חוקי בדרכים, צריכה הייתה להיות הנחיה על סגירת הדרך, ולכל היותר, קביעת תקופת ביניים בה ניתן יהיה להסדיר מבחינה סטאטוטורית את מעמד הדרך [השוו: בג"ץ 10/00 עיריית רעננה נ' המפקחת על התעבורה, מחוזות ת"א והמרכז, פ"ד נו(1) 739 (2001) (להלן: עניין עיריית רעננה)]. אלא שהמשיבים לא עתרו כלל למתן סעד כאמור - מטעמים ברורים בהיותם, כתושבי השכונה, בעלי אינטרס מובהק בהמשך השימוש בדרכים. הם עצמם מציינים כי לא יתנגדו לקביעת הסדרי תנועה עד להסדרת מצבה הסטאטוטורי של הדרך (ראו: פסקה 11 לתגובת המשיבים מיום 3.3.2011). נוכח האמור, איני סבור כי יש מקום שנורה על סגירת הדרכים.

41. יחד עם זאת, ועל אף כי ההכרעה בערעור ובערעור שכנגד תעשה על יסוד ההנחה כי מדובר בדרכים שאינן חוקיות, רואה אני את עצמי מחויב להפנות את תשומת לב רשויות התכנון לקושי ליישב בין הוראות תכנית עמ/9 למצב הפיזי שהיה קיים

במועד בו אושרה ולצורך המתעורר במסגרת ההליך שלפנינו לקבוע הוראות באשר לשימושים שהיו קיימים בשטח קודם לאישור התכנית, ונוכח חלוף הזמן ושינוי המצב הפיזי בשטח מאז, יתכן שאף לשימושים, כולם או חלקם, הקיימים כיום. אין באמור משום הבעת דעה לגופו של עניין או לגבי טיב ההסדרים שצריך שייקבעו אך יש לומר דברים כהוויתם: שימוש ובניה בשטח יכולה להיות במעמד חוקי או במעמד בלתי חוקי. העמדה שהוצגה על ידי בא כוח המדינה, ממנה משתמע כי יש להכיר במעמד נוסף של בניה ושימוש שהם אינם מאושרים כחוק אך בעלי תוקף מחמת קיומם בשטח, הינה לכל הפחות מוקשית. מוטב יהיה, איפוא, כי רשויות התכנון יתנו דעתם לנושא מורכב זה ויפעלו להסדרת המצב הסטאטוטורי ויפה שעה אחת קודם. מובן כי אין באמור לעיל כדי לשלול את האפשרות כי בסופו של יום, בירור עובדתי יעלה כי הדרכים מאושרות על פי תכנית מפורטת מוקדמת לתכנית עמ/9 ובעלת תוקף בשים לב להוראות סעיף 4.2. לתקנון התכנית [השוו: בג"ץ 448/91 ידיד נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז ירושלים, פ"ד מז(3) 441 (1973)] או על פי תכנית שקדמה לתכנית עמ/9 או שהינן בעלות תוקף מטעמים אחרים. כאמור, סוגיות אלה לא נבחנו על ידינו.

42. תוצאת הדברים הינה כי נקודת המוצא לבחינת טענות הצדדים היא כי הדרכים בהן מבוצעות העבודות הן לכאורה דרכים שאינן חוקיות. קביעה זו נעשית כאמור על רקע הדברים הנזכרים לעיל, אך אינה בגדר קביעה פוזיטיבית לגופם של דברים באשר למעמד הדרכים הללו, בהעדר מחלוקת בין הצדדים לעניין זה.

בנוסף, אדגיש כי מאחר שהמשיבים לא עתרו לסגירת ארבע הדרכים, לא נורה על סגירת הדרכים. אין בכך כדי לקבוע דבר באשר לנפקות מצבן הסטאטוטורי של הדרכים על אפשרות השימוש בהן.

(T) העבודות המבוצעות בארבע הדרכים - תחימת הסוגיות

44. כאמור, ערעורן של עיריית ירושלים והוועדה המקומית מתמקד בקביעתו של בית המשפט לעניינים מנהליים כי התקנת מדרכות מחייבת קבלת היתר בניה. על קביעה זו חולקות המערערות ועמדתן היא כי התקנת מדרכות, כמו גם מעקות בטיחות ועמודים למניעת חניה, ככל שהם נעשים בדרך ובמסגרת הסדר תנועה שקבעה רשות התימור בהתאם לסמכותה על פי פקודת התעבורה ותקנות התעבורה, אינן חייבות בקבלת היתר בניה.

45. במסגרת הערעור שכנגד, טענו המשיבים כי לא ניתן לבצע את עבודות הבניה - ובכלל זאת את סלילת הדרכים, השינויים בהן ואת השינויים בהסדרי התנועה - ללא

אישורה של תכנית מפורטת וללא הוצאת היתרי בניה על פיה, שכן מדובר בדרכים שאינן מאושרות סטאטוטורית. בתשובתם לערעור, טענו המשיבים כי הכשרת המדרכות, הנחת מעקות בטיחות ועמודים למניעת חנייה חייבים בהיתר בניה בהתאם להוראות חוק התכנון והבניה ועומדים הם על ההשלכות מרחיקות הלכת של הסדרים אלו על תושבי השכונה.

46. עמדת הוועדה המחוזית, שהובאה על ידי משרד התחבורה, הייתה כי באופן עקרוני יש לרשות התימור סמכות להורות על הכשרת מדרכות בתוואי דרך קיים במסגרת סמכותה להורות על הסדרי תנועה בדרך קיימת. יחד עם זאת, בנסיבות הקיימות עמדת הוועדה המחוזית היא כי אין מקום להתערב בפסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים וזאת בעיקר מאחר שמדובר בדרכים ובבינוי שאינם מאושרים מבחינת סטאטוטורית ונוכח ההוראות המחמירות של התכנית החלה.

47. מאחר שנקודת המוצא לדיון היא כאמור כי מדובר בדרכים שאינן חוקיות עמדתי היא כי ניתן לבצע עבודות בתוואי ארבע הדרכים לשם קביעתו של הסדר תנועה, ולצורך זה בלבד. משמעות הדבר היא כל עבודה או בניה המבוצעות בתוואי ארבע הדרכים שאינן נעשות במסגרת הסדר התנועה אותה קבעה רשות התימור, נעשות שלא כדין. לשם ההבהרה, אדגיש שוב כי נושא עבודות התשתית ידון בנפרד בפרק ה' להלן.

יתר על כן, עמדתי היא כי בקביעת הסדר התנועה על רשות התימור ליתן משקל מכריע למצב הסטאטוטורי של הדרך ולהוראות החלות על אותה הדרך בתכניות הסטאטוטוריות ורק במצבים בהם קיים טעם תעבורתי מיוחד המחייב קביעת הסדר תנועה בניגוד לתכנית החלה, או על אף כי מדובר בדרך שאינה מאושרת סטאטוטורית, יכולה רשות התימור להורות על קביעתו.

למעשה השאלה המתעוררת לפנינו נוגעת לגבולות סמכות רשות התימור לקבוע הסדרי תנועה ולתחולת הוראות חוק התכנון והבניה על בינוי ועבודות הנעשים במסגרת קביעתו של הסדר תנועה. לצורך הכרעה בשאלה זו יש להקדים ולהציג את התשתית הנורמטיבית הרלבנטית.

(T)(1) סמכות רשות התימור - תשתית נורמטיבית

48. בתקנה 17(א) לתקנות התעבורה נקבע כי רשות התימור המרכזית רשאית להורות לרשות תימור מקומית על "קביעת הסדר תנועה, שינוי, ביטול ודרך

אחזקתו". תקנה 18 קובעת את סמכות רשות התימור המקומית לקבוע הסדרי תנועה ובכלל זאת נקבע בס"ק ג' כי:

"רשות תימור מקומית רשאית, בהסכמת רשות תימור מרכזית ובהתייעצות עם קצין משטרה, לקבוע כל הסדר תנועה שלגביו לא ניתנו הוראות על פי תקנות משנה (א) ו-(ב)."

"הסדר תנועה" מוגדר בתקנה 1 לתקנות התעבורה כדלקמן:

"תמור וכל סימן או אות, או התקן בנוי, סלול או מוצב כדין בדרך או מופעל בה, לרבות כל עצם אחר המוצב בתחום הדרך, המיועד להסדיר את התנועה ואת אופן השימוש בדרך"

הגדרתה של "דרך" מצוייה בסעיף 1 לפקודת התעבורה, ולפיה:

"דרך" - לרבות כל מסילה, דרך, רחוב, סמטה, ככר, מעבר, גשר או מקום פתוח שיש לציבור זכות לעבור בהם."

בתקנה 1 לתקנות התעבורה ניתן למצוא הגדרה נפרדת ל"דרך עירונית", "דרך מהירה" ו"רחוב משולב". כביש מוגדר בתקנה זו כ"חלק הדרך המיועד לתנועת כלי רכב, או שנסלל או שופר לשם כך, או שתנועת כלי רכב נוהגת לעבור בו, למעט שולי הדרך". מדרכה מוגדרת כ"חלק מרוחבה של דרך שאינו כביש, מצוי בצד הכביש ומיועד להולכי רגל בין אם נמצא במפלס אחד עם הכביש ובין אם לאו".

לבסוף, מן הראוי להביא את הגדרתו של המונח "תמור" הקבועה אף היא בתקנה 1 לתקנות התעבורה:

"כל סימן, אות או איתות לרבות רמזור, שקבעה רשות התימור המרכזית ואשר הוצב או סומן על פי הסמכה או על פי הוראה מאת רשות תימור כדי להסדיר את התנועה בדרכים או כדי להזהיר או להדריך עוברי דרך."

49. מצירופם של דברים עולה איפוא כי לרשות התימור המקומית, באישור רשות התימור המרכזית, הסמכות לקבוע הסדרי תנועה בדרך. סמכות זו כוללת קביעת תמורים, אך גם קביעת "התקן בנוי" וכן כל "עצם אחר" המוצב בתחום הדרך שנועד

להסדיר את השימוש בדרך. הגדרתה של דרך נעשית כאמור על דרך הריבוי ובעיקרה מתבססת היא על בחינת קיומה של "זכות לציבור" לעבור במרחב הנדון. הדרך כוללת הן את הכביש והן את המדרכה שהיא אותו חלק מהדרך שאינו כביש ומיועד למעבר הולכי רגל. יכולות להיות דרכים מסוגים שונים ובהן רחוב משולב, אך גם דרך מהירה או דרך עירונית. באשר להפעלת סמכותה של רשות התימור, נקבע כי השיקול התעבורתי חייב להיות השיקול הדומיננטי אותו שוקלת רשות התימור בהפעלת סמכותה להורות על הסדר תנועה, אך יכולה היא לשקול שיקולים נוספים, כגון פגיעה ברגשות הדת ובאורח החיים הדתי של התושבים הגרים בסמיכות לדרך [ראו: בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 33 ו-56-58 (1997) (להלן: עניין חורב); וכן ראו למשל: בג"ץ 174/62 הליגה למניעת כפיה דתית נ' מועצת עיריית ירושלים, פ"ד טז(4) 2665 (1962); בג"ץ 531/77 ברוך נ' המפקח על התעבורה במחוזות תל-אביב, פ"ד לב(2) 160 (1978)].

50. ואולם, לתכנון דרכים, לביצוע פעולות בדרך ולהסדרת בינוי בה נדרש המחוקק אף במסגרת חוק התכנון והבניה. לכך אפנה עתה.

(T)(2) תכנון דרכים ורישוי פעולות בהן על פי חוק התכנון והבניה

51. הגדרתה של "דרך" בחוק התכנון והבניה שונה מהגדרתה בפקודת התעבורה. סעיף 1 לחוק קובע כי "דרך" היא:

"תוואי למעבר רכב, הולכי רגל או בעלי חיים, לרבות מסילת ברזל, מבני דרך, אי תנועה, קיר תומך, קיר או סוללה למניעת רעש וכן תעלה, חפיר ומעביר מים בצד הדרך או מתחת לה, ולרבות מתקני דרך";

הגדרה זו של דרך נקבעה במסגרת תיקון מספר 37 לחוק התכנון והבניה (חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 37), התשנ"ד-1994, ס"ח 1456) והיא החליפה הגדרה קודמת שנקבעה עוד בנוסח המקורי של חוק התכנון והבניה (ראו: חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, ס"ח 407).

מן הראוי להפנות להגדרות המונחים השונים הנזכרים בהגדרת המונח "דרך" והמצויות אף הן בסעיף 1 לחוק התכנון והבניה.

הגדרת "מבנה דרך" הינה:

"מחלף, גשר או מנהרה לרכות חפיר או סוללה המצויים בתחילתו או בסופו של אחד מאלה"

"מתקן דרך" מוגדר ככל אחד מן המתקנים הבאים 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".

52. חוק התכנון והבניה קובע הוראות לעניין תכנון של דרכים וכן לעניין סלילה והתוויה של דרך.

53. בהיבט התכנון, נקבע בחוק התכנון והבניה כי תכנית מפורטת או תכנית מיתאר מקומית יכולה לכלול התייחסות להרחבת דרך בתוואי מאושר בתכנית בת תוקף, למעט אם מדובר בתכנית מיתאר ארצית (סעיף 62א(א)(2) לחוק). עוד נקבע כי בתכנית מיתאר מקומית ניתן לקבוע הוראות הנוגעות ל"התוויתן של דרכים חדשות, וכן הטייתן, הרחבתן, שינוין וביטולן של דרכים קיימות" (סעיף 63(2) לחוק). במסגרת תכנית מחוזית ניתן לקבוע הוראות בכל ענין שיכול להיות נושא לתכנית מיתאר מקומית, לרבות רשת מחוזית לדרכים (ראו: סעיף 57(5) לחוק התכנון והבניה). באשר לתכנית מיתאר ארצית, נקבע כי זו יכולה לקבוע בין היתר "התווית רשת הדרכים הראשיות" וכן הוראות בעניינים שיכולים להיות נושא לתכנית מיתאר מחוזית (סעיף 49(3) והסיפא של סעיף 49). בנוסף, במסגרת תיקון מספר 37 לחוק נקבעו הליכי אישור מיוחדים ל"תכנית דרך" והחוק תוקן בהתאם. בכלל זאת הוסיף המחוקק בסעיף 1 את ההגדרה הבאה ל"תכנית דרך":

"תכנית לדרך, הכלולה בתכנית מיתאר ארצית לדרכים או בתכנית מיתאר ארצית למסילות ברזל, או שהיא תכנית הנגזרת מתכנית מיתאר ארצית לדרכים, או שהיא תכנית לדרך המהווה עורק תחבורה ראשי שהועדה המקומית לתכנון ולבנייה הנוגעת בדבר, בהסכמת הועדה המחוזית, החליטה כי יראו אותה כתכנית דרך לענין חוק זה, או ששר התחבורה החליט, לאחר התייעצות עם שר הפנים ועם הועדה המקומית הנוגעת בדבר, כי יראו אותה כתכנית דרך לענין חוק זה";

חוק התכנון והבניה קובע איפוא כי התווית דרכים (לרבות מתקני דרך ומבני דרך) וכן הרחבה, שינוי וביטול שלהן לאחר שהתוואי נקבע הן סוגיות תכנוניות שצריך שתהיינה מוסדרות במסגרת התכניות הסטאטוטוריות הקובעות את השימוש במקרקעין.

54. בהיבט הרישוי, נקבע בסעיף 145(א)(1) לחוק הכלל כי יש צורך בהיתר לשם סלילתה של דרך, לשם התווית ולשם סגירתה:

"לא יעשה אדם אחד מאלה ולא יתחיל לעשותו אלא לאחר שנתנה לו הועדה המקומית או רשות הרישוי המקומית, לפי הענין, היתר לכך ולא יעשה אותו אלא בהתאם לתנאי ההיתר:
(1) התווית של דרך, סלילתה וסגירתה;
(2) ...
(3) ..."

להוראה זו נקבעו שני חריגים בחוק התכנון והבניה.

החריג האחד נקבע בסעיף 1277 לחוק העוסק בדרך שפקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943 הוחלה עליה לפני תחילתו של החוק או לפי צו מכוח סעיף 3 לפקודה זו:

"התווית, סלילתה או סגירתה של דרך שפקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943, הוחלה עליה לפני תחילתו של חוק זה, מכוח צו לפי סעיף 3 לאותה פקודה, לא יהיו טעונות היתר על אף האמור בחוק זה; הוראות צו כאמור שאושרו על ידי שר הפנים ושר העבודה יראו אותן כתכנית מתאר מחוזית שאושרה על פי פרק ג' [לדיון בחריג זה ראו למשל: בג"ץ 1681/90 ועד הפעולה בענין הרחבת דרך מס' 2 קטע אכדיה-נוף ים נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(1) 505 (1992) (להלן: עניין נוף ים); ע"א 1528/05 רשות הנמלים והרכבות-רכבת ישראל נ' אביגדורב (לא פורסם, 14.9.2005)]."

החריג השני נקבע בסעיף 261(ד) לחוק והוא עוסק בעבודות הנזכרות בסעיף 145(א)(1) לחוק המבוצעות על ידי המדינה, על ידי רשות שהוקמה לפי דין או בידי גוף הפועל מטעם המדינה שהוסמך לכך לפי החלטת הממשלה:

"על אף האמור בסעיף 145, מותרת התווית של דרך, סלילתה או סגירתה, בידי המדינה או בידי רשות שהוקמה לפי דין או בידי כל גוף הפועל מטעם המדינה

לאחר שהוסמך לכך לפי החלטת הממשלה, אם נעשתה בהתאם לתכנית מפורטת מאושרת או בהתאם לתכנית מיתאר מקומית מאושרת הכוללת הוראות של תכנית מפורטת, ובלבד שניתנה הודעה על כך לרשות המקומית ולועדה המקומית הנוגעות בדבר. (ההדגשה אינה במקור - י.ד.)

יובהר כי הוראת סעיף קטן זה סוייגה בסעיף 261(ה) לחוק. סעיף 261(ה) לחוק קובע כי על אף האמור בס"ק (ד) הנזכר לעיל, יש צורך בהרשאה להקמת מבנה דרך ממתכנן המחוז. כן יצויין כי במסגרת תיקון 37 לחוק שונתה הוראת סעיף 261(ד) לנוסח המובא לעיל בין היתר תוך שינוי התנאי לקיומה של "תכנית מאושרת" ל"תכנית מפורטת מאושרת או בהתאם לתכנית מיתאר מקומית מאושרת הכוללת הוראות של תכנית מפורטת".

55. בהיבט הרישוי הכלל הוא איפוא כי התוויה, סלילה או סגירה של דרך (לרבות מתקני דרך ומבני דרך) חייבים בהיתר בניה וזאת למעט שני חריגים מוגדרים שנקבעו בסעיפים 277 ו-261(ד) לחוק.

56. לשם השלמת התמונה, יש לעמוד על היחס בין היבט התכנון להיבט הרישוי בחוק התכנון והבניה. תכליתו המרכזית של הליך הרישוי היא יישומית. היתר בניה הוא פועל יוצא של התכנון המקומי, עליו לתאם את הוראות התכניות החלות ועליו להיגזר מתכנית מפורטת מספיק. עמדה על כך השופטת א' פרוקצ'יה בע"א 7654/00 ועדת ערר מחוזית, חיפה נ' חברה לבנין הירדן בע"מ, פ"ד נז(2) 895 (2003):

"היתר הבנייה הוא האקט האחרון בהיררכיית התכנון המרחבי, המבקש להוציא מן הכוח אל הפועל את התכנון המקומי. ההיתר הינו פועל יוצא הנגזר מן התכנון המקומי, והוא אינו יכול להיות תחליף לו. הרשות המוסמכת למתן היתרי בנייה על-פי סעיף 145 לחוק רשאית לאשר מתן היתר רק אם העבודה או השימוש שבגינם הוא מתבקש מתאימים לתכנית ולדיני התכנון החלים על הקרקע (סעיף 145(ב) לחוק)... 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 ועלולה להיפתח דרך לפיתוח הקרקע באופנים שלא עברו מסננת הליך תכנוני מוסדר ומבוקר על-ידי מוסדות התכנון, כמקובל" (שם, בעמ' 904).

"מתן היתרי בנייה על-פי תכנית כללית ובלתי מפורטת עשוי להיות שקול למתן היתר בלא תכנית כלל. הוא כרוך בחופש פעולה בלתי מוגבל, או מוגבל באופן חלקי בלבד, של הרשות המעניקה את ההיתר. הוא עשוי לחרוג מתפיסות תכנוניות בסיסיות של המרחב התכנוני הכולל ושל התכנון הנקודתי הראוי" (שם, בעמ' 905).

[ולעניין התאמתו של היתר הבניה להוראות התכניות החלות ראו גם: ע"א 482/99 בלפוריה, מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה-יזרעאלים, פ"ד נו(1) 895, 907 (2001); ע"מ 2408/05 הושעיה ישוב קהילתי כפרי של אגוד המושבים של הפועל המזרחי נ' מדינת ישראל-משרד הבטחון (לא פורסם, 4.2.2007), פסקה ה(23) לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין והאסמכתאות הנזכרות שם (להלן: עניין הושעיה); ע"מ 2834/05 לדרר נ' שיכון עובדים בע"מ (לא פורסם, 24.6.2009), פסקה 14 לפסק דינה של השופטת א' חיות; ע"מ 8489/07 ריכטר נ' ועדת המשנה הנקודתית של הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה (לא פורסם, 23.11.2009), בפסקה 8 לפסק הדין (להלן: עניין ריכטר)].

כאשר קבועה בתכנית חובה להקדים תכנית מפורטת לביצוע עבודות, חובה זו עומדת כשלעצמה, ועל כן אף אם מבצע העבודות פטור מהוצאת היתר בניה, אין הוא פטור מהכנת תכנית מפורטת, וזאת אלא אם הייתה לנפגעים מן התכנית האפשרות להביע את התנגדותם [ראו: בג"ץ 288/00 אדם טבע ודין-אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים, פ"ד נה(5) 673, 711-713 (2001) (להלן: עניין אדם טבע ודין); ע"מ 10112/02 אדם טבע ודין-אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה-מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 817, 833-834 (2003) (להלן: עניין כביש מס' 1), אך השוו: בג"ץ 594/89 מועצה אזורית ערבה תיכונה נ' המועצה הארצית, פ"ד מד(1) 558 (1990)]. אוסיף כי היו שנטו לקבוע כי החובה לאשר תכנון מפורט מהווה חובה עצמאית אף במקרים בהם אין הדבר מתחייב מהוראות התכנית החלה, וזאת מכוח עקרונות כללים בדיני התכנון והבניה (ראו: עניין כביש מס' 1, בעמ' 835 והשוו: עניין הושעיה, פסקאות ה(42)-(45) לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין).

57. בית משפט זה נדרש בעבר לא פעם לבחינת חוקיות עבודות שבוצעו בדרך.

כך נקבע כי לא ניתן לסלול דרך כ"דרך משולבת" מקום בו לא נקבע במפורש בתכנית החלה כי זו תיסלל כ"דרך משולבת". הטעם שביסוד קביעה זו היה כי בהעדר הוראה מפורשת בתכנית כי הדרך תסלל באופן חריג כ"דרך משולבת", תקופת זכות הנפגע מן התכנית להתנגד לה [ראו: בג"ץ 5145/91 מימון נ' בן דרור, ראש המועצה המקומית אבן יהודה, פ"ד מח(1) 457 (1993) (להלן: ענין מימון)]. כך תוארו הדברים באותו העניין על ידי השופט מ' גולדברג:

"השאלה המתעוררת בענייננו היא אם נפגעה הזכות העומדת לכל מי שרואה עצמו נפגע מהתכניות להתנגד להן טרם אישורן. על שאלה זו יש להשיב, לדעתי, בחיוב. שאם לא פורט בתכניות בניין עיר כי הדרך תיסלל כ'דרך משולבת', שהיא חריג למקובל בסלילת דרכים, הכיצד יידע האזרח אם להתנגד לתכנית אם לאו? ..."

... סלילת 'דרך משולבת' בלי שקדם לה ציון מפורש בתכנית, אם בתכנית מיתאר מקומית ואם בתכנית מפורטת, מקפחת, על-כן, את הזכות להתנגד לתכנית, ומעמידה את המתנגד הפוטנציאלי בפני מציאות שלא היה מסכים לה אילו ידע עליה מראש" (שם, בעמ' 467) (ההדגשה אינה במקור - י.ד.).

באופן דומה, נקבע כי במצב בו ניתוח התכניות החלות מעלה כי המצב הסטאטוטורי של דרך אינו ברור - יש לקבוע כי מדובר בדרך שאינה מאושרת סטאטוטורית ויש לאסור על השימוש בה, אלא אם כן מעמדה יוסדר בתוך פרק זמן קצר. עמדה זו נומקה בהשלכות הנובעות מתכנית בלתי ברורה המוצאות את ביטויין בשלושה מישורים: פגיעה בזכות ההתנגדות; פגיעה במי שהסתמך על התכנית שפורסמה ואושרה; והעמדה בספק את כוונת חברי מוסדות התכנון שאישרו את התכנית כי התכוונו ליצור "דרך" (ראו: עניין עיריית רעננה, בעמ' 751-756).

בעניין אחר, נקבע - בדעת רוב - כי כאשר לא קיים תכנון מפורט דיו בתכניות החלות על דרך, לא ניתן להרחיב את הכביש אף אם הדבר נעשה בתוואי הדרך, וזאת גם אם מבצע העבודות פטור מקבלת היתר בניה לביצוע העבודות (ראו: עניין כביש מס' 1). ביסוד קביעה זו, המחייבת אישור תכנון מפורט קודם לביצוע עבודות הרחבת כביש, עמדו עקרונות דיני התכנון והבניה הנוגעים לשקיפות הליכי התכנון ולדמוקרטיזציה בהם, במובן של שיתוף הציבור בהליך וכן קביעה כי למעשה בפועל לא עמדה למערערת זכות להתנגד לתכנית להרחבת הכביש. כמו כן, התבססה עמדת דעת הרוב על ההוראה המפורשת בתכנית שחלה, לפיה ביצוע העבודות ייעשה רק לאחר אישור תכנית מפורטת (ראו: שם, בעמ' 834-840 ובעמ' 843-844).

58. כללם של דברים: מעמדו של שטח כ"דרך" כמשמעותה בחוק התכנון והבניה צריך להיות ברור. כאשר מדובר בדרך אשר אופן התוויתה מהווה חריג לכלל, חייב הדבר להיות מצויין באופן מפורש כהוראה תכנונית. כמו כן, פטור מהיתר בניה אינו פוטר בהכרח מאישורו של תכנון מפורט לדרך.

59. קביעות אלה נכונות ל"דרך" באופן כללי. ואולם, האם כוחן יפה אף כאשר מדובר בתכנון ובבינוי בדרך אשר נעשה מכוח סמכותה של רשות התימורר לקבוע הסדרי תנועה. לבחינתה של שאלה זו אפנה עתה.

(T)(3) היחס בין סמכות רשות התימורר לבין הוראות חוק התכנון והבניה – גבולות סמכותה של רשות התימורר

60. בית משפט זה נדרש בעבר, במספר מקרים, לסוגיית היחס בין סמכות רשות התימורר לקבוע הסדרי תנועה לבין הוראות התכנון והבניה.

בעניין עיריית רעננה, בו התבקש בית המשפט להורות על סגירתה של דרך שמעמדה הסטאטוטורי לא היה ברור, נטען אף כי בהחלטת המפקחת על התעבורה שלא להציב תימורים האוסרים על הנסיעה בדרך התימורה היא לאפשר את שאוסרת תכנית בניין העיר. באותו העניין, עמדת "השלטון המרכזי", כפי שהובאה על ידי פרקליטות המדינה, הייתה כי "אין כמובן בהחלטות המפקחת על התעבורה כדי להתיר שימוש בדרך העוקפת אם שימוש כזה אסור על-פי דיני התכנון והבניה" (עניין עיריית רעננה, בעמ' 743). בית המשפט קבע כי אין מקום להתערב בהחלטת המפקחת על התעבורה להציב את התימורים שקבעה אך הגביל את קביעתו זו לתקופת המעבר שנקבעה, בת תשעת החודשים, במהלכה היו אמורים הגורמים המוסמכים להסדיר את מעמדה התכנוני של הדרך או לסגורה. כן נקבע כי אם לא תאושר תכנית מתאימה, יוגבל השימוש בדרך באמצעות תימורר מתאים (עניין עיריית רעננה, בעמ' 765).

בית המשפט הכפיף איפוא את סמכותה של המפקחת על התעבורה, היא רשות התימורר, להורות על הסדרי תנועה, לקיומה של דרך על פי המצב הסטאטוטורי החל. יחד עם זאת, איפשר הוא קביעתם של הסדרי תנועה לתקופה מוגבלת עד להבהרת המצב התכנוני.

בעניין אחר, בו נתקפה החלטת רשות התימור המוקמת לסגור מפגש מסילה-דרך באמצעות הקמת סוללת עפר, נדחתה הטענה כי אין בסמכות רשות התימור להורות על סגירתה של הדרך ונקבע כי הסמכות להורות על הסדר תנועה טומנת בחובה את הסמכות למנוע תנועה באמצעות חסימה פיזית של הדרך וכי אין הדבר עומד בסתירה להוראות חוק התכנון והבניה [בג"ץ 7803/05 מושלין נ' שר התחבורה (לא פורסם, 19.1.2006)] (להלן: עניין מושלין):

"הסמכות להסדיר, באמצעות חסימתה של הדרך, אף אינה עומדת בסתירה להוראות חוק התכנון והבניה. כל אחד מן החיקוקים - חוק התכנון והבניה ותקנות התעבורה - פועל במישור שונה ובא לקדם מטרות שונות, שלעיתים תיתכן חפיפה מסוימת ביניהן. הסעיפים הרלוונטים בחוק התכנון והבניה נועדו לתת מסגרת לפעולות של תכנון וכינון תשתית הדרכים במדינה, תוך שימת דגש על היבט התכנון הפיזי. לעומת זאת, תקנות התעבורה מכוונות ליישם בראש ובראשונה שיקוליים תעבורתיים, כולל בטיחות בדרכים... על כן, מוסמך הוא מנכ"ל הרכבת, כרשות תמור מוקמת, להחליט על סגירת מפגשי מסילה-דרך, ובלבד ששיקוליו הינם בעיקרם שיקולים תעבורתיים. אין ספק ששיקולים הנוגעים לבטיחות המשתמשים בדרך והנוסעים ברכבת, לרבות מניעת תאונות דרכים, הינם שיקולים תעבורתיים..." (שם, בפסקה 7 לפסק הדין).

עוד נקבע כי אין לשאלת מעמדה הסטאטוטורי של הדרך אשר רשות התימור הורתה על סגירתה בסמוך למפגש עם מסילת הברזל רלבנטיות לעניין סמכותה של רשות התימור להורות על סגירתה של הדרך:

"בין אם מדובר בדרך סטטוטורית, היינו דרך שאושרה בתוכנית בת תוקף, ובין אם עסקינן בדרך שטרם אושרה על פי דיני התכנון והבניה, עומדת סמכותה של רשות התמור להסדיר את התנועה. מבחינת הסיכון למשתמשים בדרך, מה לנו דרך מאושרת ומה לנו דרך שאינה מאושרת?!" (שם, בפסקה 13 לפסק הדין).

בעניין מושלין קבע בית המשפט איפוא כי ככל שהשיקול התעבורתי הוא השיקול המרכזי אותה שקלה רשות התימור, אין פעולותיה להסדרת השימוש בדרך עומדות בסתירה להוראות חוק התכנון והבניה וזאת ללא קשר לשאלת מעמדה הסטאטוטורי של הדרך.

בעניין ריכטר הותוו אמות מידה כלליות להכרעה בשאלת הצורך בהיתר בניה בכל אותם מקרים בהם הסדר מסוים הקבוע בחוק חל על פעולות הנכנסות לגדרן של אחת מהחלופות הקבועות בסעיף 145 לחוק התכנון והבניה. לעניין זה נקבע כי כאשר אין התייחסות מפורשת בחוק האחר לשאלת תחולתו של חוק התכנון והבניה יש לבחון, באמצעות פרשנות החוק האחר, האם מדובר בהסדר המחליף את זה הקבוע בחוק התכנון והבניה או כזה שבא להוסיף עליו. בכלל זאת, נקבע כי יש לבחון מה תהא משמעות הקביעה לפיה לא חל ההסדר הקבוע בחוק התכנון והבניה מבחינת התכליות התכנוניות המרכזיות אותן הוא מבקש להגשים - שקיפות ושיתוף הציבור - וכן לבחון האם מתכליותיו של החוק האחר מתחייבת חשיבות מיוחדת לאי החלת ההסדר הקבוע בחוק התכנון והבניה. הסתייגות לעניין זה נקבעה ביחס לסמכות רשות התימור לקבוע הסדרי תנועה בדרך:

”...אין להבין את דברינו עד כה כקובעים כי כל אימת שפעולה מסוימת אשר קיימת בחוק הסמכה לעשותה נופלת מבחינה טכנית להגדרות שבסעיף 145(א) לחוק התכנון והבניה, וההסדר המסמיך אינו מכיל היבטים של שיתוף הציבור וכדומה, נדרש בנוסף לקבל היתר לפי חוק התכנון והבניה. כאמור, בכל מקרה בו קיים בחוק הסדר המתפרש על פעולות בנייה או שימוש בקרקע, יש לבחון את החשיבות שבהחלתו של חוק התכנון והבניה אל מול החסרונות הטמונים בכך. בהחלט ייתכן, כי יהיו הסדרים מסוימים בהם אופי הפעולה ותכליתה יחייבו את המסקנה לפיה לא נדרש היתר לפי חוק התכנון והבניה. דוגמה לפעולה מסוג זה היא הנחת מכשול פיזי כחלק מקביעת הסדר תנועה על ידי רשות התמור (בג”ץ 7803/05 מושלין נ’ שר התחבורה, מר מאיר שטרית, פסקה 7 (לא פורסם, 19.1.2006)). במקרה כזה, גם אם מבחינה טכנית הנחת המכשול נופלת להגדרה שבחוק התכנון והבניה, הרי שמבחינה מהותית מדובר בפעולה תעבורתית. מדיניות התמור מכילה מרכיב של דינאמיות והיא מצריכה לעתים פעולה מהירה, כתגובה על סיכון חדש שנוצר וכדומה. התכלית שביסוד הסמכות לקבוע הסדרי תנועה, הקבועה בתקנה 18(ג) לתקנות התעבורה, התשכ”א-1961, תסוכל אם הצבה של כל מכשול פיזי תחייב קבלת היתר לפי חוק התכנון והבניה. זאת ועוד, הפגיעה הצפויה לציבור בשל אי החלת חוק התכנון והבניה על קביעת הסדרי תנועה אינה גדולה. מטבע הדברים, סמכותה של רשות התמור מוגבלת לדרך, והבנייה אותה היא רשאית לבצע ללא היתר מצומצמת מבחינת היקפה הפיזי. החשיבות העיקרית של קביעת הסדר תנועה מבחינת הציבור נוגעת לתוכן ההסדר. היינו, איסור התנועה או המגבלות המוטלות עליה. ההשפעה העיקרית של הוספת תמור או מכשול

פיזי זה או אחר לדרך, הינה במישור התעבורתי..."
(פיסקה 24 לפסק הדין).

61. לשם השלמת התמונה יצויין כי בית משפט זה הכיר בסמכות הוועדה המחוזית לקבוע תנאים לשימוש בדרך במקרה בו אישרה הוועדה המחוזית תכנית אך קבעה כי בהעדר אלטרנטיבה לעקיפתה בשבתות ובחגים, תיסגר הדרך לתנועת רכבים בשבתות ובחגים [בג"ץ 237/88 מועצה מקומית גבעת שמואל נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מב(4) 841 (1989)]. נקבע כי בהצבת תנאי זה אין משום צמצום שיקול הדעת של רשות התימורר אלא דווקא "הרחבת תחום השיקולים" שעל רשות התימורר לשקול בהפעלת שיקול דעתה לשיקולים הנוגעים לטובת אוכלוסיית שטח התכנית (ראו: שס, בעמ' 849).

62. סקירה זו מלמדת כי נקבעו שני עקרונות באשר ליחס בין סמכות רשות התימורר לבין הוראות חוק התכנון והבניה: ראשית, כי רשויות התכנון רשאיות לקבוע הוראות המשליכות על הסדרי התנועה כאשר הן סבורות שיש לעשות כן משיקולים שהן שוקלות במסגרת אישור תכנית; שנית, כי אף אם מבוצעות עבודות בדרך אשר נופלות, באופן טכני, בהגדרות הקבועות בסעיף 145(א) לחוק התכנון והבניה, אם עבודות אלה מבוצעות במסגרת הסדר תנועה עליו הורתה רשות התימורר הן אינן חייבות בהיתר בניה.

באשר לרלבנטיות מעמדה הסטאטוטורי של הדרך לעניין סמכותה של רשות התימורר להורות על הסדר תנועה, נראה כי קיימות שתי גישות: על פי הגישה האחת, המוצאת את ביטוייה בעניין מושליו, אין לשאלת מעמדה הסטאטוטורי של הדרך כל נפקות לעניין סמכותה של רשות התימורר להורות על הסדר תנועה; על פי הגישה השנייה, המוצאת את ביטוייה בעניין עיריית רעננה, רשות התימורר אינה מוסמכת לאפשר את שאסור על פי חוק התכנון והבניה ולכלל היותר יש לה הסמכות לקבוע הסדרי תנועה לתקופת ביניים שאם לאחריה לא תאושר דרך ותקבל תוקף חוקי מחויבת רשות התימורר להורות על סגירתה של הדרך.

63. המקרה שלפנינו מחייב "חידוד" של סוגיית היחס בין סמכותה של רשות התימורר להורות על הסדרי תנועה לבין דיני התכנון והבניה, וזאת הן ביחס להיקף הבינוי האפשרי במסגרת קביעת הסדר תנועה והן ביחס לרלבנטיות המעמד הסטאטוטורי של הדרך לסוגיית סמכותה של רשות התימורר להורות על הסדר תנועה. כפי שאבהיר מיד, סבור אני כי גישת בית משפט זה בעניין עיריית רעננה צריכה שתהווה

את הכלל להפעלת סמכות רשות התימור, ואילו גישתו של בית משפט זה בעניין מושליון צריך שתהווה את החריג לכלל זה. בתמצית ניתן לומר כי עמדת הינה כי מצב התכנוני של דרכים לגביהן רשות התימור מפעילה את סמכותה הינו נתון רלבנטי שצריך שיעמוד לנגד עיניה. קביעתו של הסדר תנועה בניגוד למצב התכנוני מותנה בקיומו של טעם תעבורתי משמעותי.

הכרעתי בסוגיות אלה נשענת על העקרונות העומדים בבסיסם של ההסדרים בחוק התכנון הבניה מחד גיסא, ובשים לב לתכלית העומדת ביסוד סמכותה של רשות התימור לקבוע הסדרי תנועה מאידך גיסא.

64. על העקרונות העומדים ביסוד ההסדרים שבחוק התכנון והבניה עמד בית משפט זה לא פעם. בתמצית ניתן לומר כי מדובר בעקרון השקיפות ועקרון שיתופו של הציבור בהליכי התכנון. עקרונות אלה מאפשרים לגורם הנפגע מתכנית זכות טיעון וכן האפשרות להשפיע על החלטות גורמי התכנון וכן מאפשרים הם פיצוי הפרט בעקבות פגיעה שנגרמה לו כתוצאה מהוראות תכנית זו או אחרת. כמו כן, עיקרון השקיפות וכן שיתוף הציבור מאפשרים פיקוח המסייע לשמירה על תקינות פעולות רשויות התכנון ומאפשרים הם קבלת החלטה מיטבית. בנוסף, עיקרון השקיפות מאפשר נגישות של הציבור למידע המשפיע באופן מהותי על ערך הנכס (ראו בהרחבה בעניין ריכטר, פסקאות 14-17 וכן ראו: עניין עיריית רעננה, בעמ' 751-755; עניין אדם טבע ודין, בעמ' 691-692. לעניין שקיפות ההליך התכנוני וזכות הטיעון ראו: עניין כביש מס' 1, בעמ' 835-840; עניין הושעיה, בפסקה ה(39)-(40) לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין; בג"ץ 3581/07 קלו נ' הועדה הארצית לתשתיות לאומיות (לא פורסם, 18.4.2010), פסקה 4 לפסק הדין). כאשר עסקינן בהתוויתן של דרכים, מרכז הכובד של חוק התכנון והבניה הוא בקביעת מסגרת לפעולות של תכנון וכינון תשתית דרכים, והדגש הוא על היבט התכנון הפיזי (ראו: עניין מושליון, בפסקה 7 לפסק הדין).

לצד זאת, יש לתת את הדעת לתכלית שבהענקת הסמכות לקביעת הסדרי תנועה לרשות התימור. ביסוד סמכות זו עומדת תכלית תעבורתית - הסדרת התנועה ואופן השימוש בדרך (ראו: הסיפא להגדרת "הסדר תנועה" בתקנה 1 לתקנות התעבורה; עניין חורב, בעמ' 56-58; עניין מושליון, בפסקה 7 לפסק הדין; עניין ריכטר, בפסקה 28 לפסק הדין).

65. כאשר עסקינן בהתווית גבולות סמכותה של רשות התימור בקביעת הסדר תנועה בתוואי דרך, יש לזכור כי דרך אינה אך מקום מעבר לכלי רכב או הולכי רגל

אלא מרחב ציבורי אשר לחזותו ולאופיו השלכות מרחיקות לכת על חיי היומיום של הציבור הרחב אף אם מדובר על מרחב מוגבל בהיקפו. דוגמא לכך היא דרך בסביבה עירונית. למעשה, חלק גדול מן המרחב הציבורי משמש כ"דרך", בוודאי כ"דרך" כהגדרתה בסעיף 1 לפקודת התעבורה שהינה הגדרה רחבה למדי. מנקודת המבט הזו, אין כל הצדקה לפגוע בעקרונות העומדים ביסוד דיני התכנון והבניה - שקיפות ושיתוף הציבור - לשם הגשמת התכלית התעבורתית שביסוד סמכותה של רשות התימור. כן יש לתת את הדעת לכך כי לעיתים התכנון הפיזי של הדרך, אף אם בבסיסו תכלית תעבורתית, משפיע בצורה ניכרת על המרחב הציבורי, עד כי יש מקום להכפיפו, ולו באופן חלקי, להוראות התכנון והבניה. כך למשל, על אף כי המדינה וגופים הפועלים מטעמה אינה חייבת בקבלת היתר בניה קודם לביצוע פעולות בדרך, חייב להיעשות תכנון מפורט של הדרך (ראו: סעיף 261(ד) לחוק התכנון והבניה הנזכר בפסקה 54 לעיל). כאשר מדובר ב"מבנה דרך" יש אף צורך בהרשאה לביצועו ואין די בתכנון המפורט (ראו: סעיף 261(ה) לחוק התכנון והבניה הנזכר בפסקה 54 לעיל).

66. העולה מן האמור לעיל הוא כי סמכות רשות התימור להורות על בינוי כזה או אחר בתחום הדרך מוגבלת לאותם העצמים הקבועים בהגדרתו של הסדר תנועה הקבועה בתקנה 1 לתקנות התעבורה (ראו בפסקה 48 לעיל) ואשר התכלית בבנייתם או בקביעתם הינה תעבורתית. הדבר עולה במפורש מהגדרתו של "הסדר תנועה" לפיה רשות התימור רשאית להורות על הצבת כל עצם "המיועד להסדיר את התנועה ואת אופן השימוש בדרך", ונגזר מן התכלית שביסוד הסמכתה של רשות התימור להסדיר את השימוש בדרך. הסדרת השימוש בדרך משמעה חלוקת השימושים בדרך בין הגורמים השונים העושים בה שימוש, תוך שמירה על הבטיחות בדרכים ועל רמת שירות סבירה של הדרך. השיקול התעבורתי חייב להיות השיקול העיקרי בהפעלת סמכות זו (ראו: עניין חורב, בעמ' 57-58) וככל שלא עומד שיקול תעבורתי מרכזי ביסוד הסדר תנועה, קביעתו נעשית בחריגה מסמכות. נוכח התכלית העומדת בבסיס סמכותה של רשות התימור, אין זה מעניינה של רשות התימור מהו התכנון הפיזי של הדרך, ובלבד שאין בתכנון זה כדי להשפיע על הסדרת השימוש בדרך ועל בטיחות עוברי הדרך.

כך - לשם הדוגמא - אין בסמכות רשות התימור להורות על התקנת ספסלים, מתקני אשפה או נטיעת עצים בתוואי הדרך שכן ביסוד הצבתם של אלו, על אף כי הם מוצבים בתוואי הדרך, לא יכולה לעמוד תכלית תעבורתית של הסדרת השימוש בדרך. לעומת זאת, לרשות התימור הסמכות להורות על קביעתו של אי תנועה, על קביעתו

של מעקה בטיחות, ועל סלילת פסי האטה (ואלה הן בגדר דוגמאות בלתי ממצות), שכן ביסוד כל אלו עומדת תכלית תעבורתית בטיחותית.

67. קביעה זו, לפיה סמכותה של רשות התימור מוגבלת לעצמים אשר ביסוד קביעתם תכלית תעבורתית עיקרית, מהווה נקודת איזון בין התכלית שביסוד הסמכות לבין עקרונות דיני התכנון והבניה. כך למשל, חזותו של רחוב: הריצוף, צורת אביזרי הרחוב, הגיגון וכיו"ב משפיעים רבות על אופיו של המרחב הציבורי ועל כן מחייבים הם דיון תוך שמירה על העקרונות שביסוד דיני התכנון והבניה. באופן דומה, נוכח ההשפעה על המרחב הציבורי ובהעדר תכלית תעבורתית ביסוד הקביעה כי דרך תשמש כרחוב משולב או כמדרכה, קביעה כאמור אינה נתונה לסמכות רשות התימור אלא צריכה להיקבע באופן מפורש בתכנית הסטאטוטורית החלה; רשות התימור יכולה אך להורות על הצבת הסדר תנועה אשר יביא לידי ביטוי הוראה סטאטוטורית בעניין.

68. ככל שמדובר על התקנתה של מדרכה בתוואי דרך, אין דעתי כדעת בית המשפט לעניינים מנהליים. לדידי, אין כל מניעה שרשות התימור תורה על התקנת מדרכה בתוואי דרך. מדרכות מהווה "התקן בנוי" או עצם אחר אשר מטרתו היא הסדרת השימוש בדרך. ביסוד התקנת מדרכות על דרך הכלל עומדת תכלית תעבורתית-בטיחותית מובהקת והיא ההפרדה בין הולכי הרגל לבין תנועת כלי הרכב במקום בו השימוש בדרך נעשה על ידי שני הגורמים ביחד במטרה לצמצם, ככל הניתן, את הסיכון להתרחשותן של תאונות דרכים הנובעות מן השימוש המשותף של הולכי הרגל וכלי הרכב בדרך. יחד עם זאת, השאלה האם בנסיבות מקרה קונקרטי בו הורתה רשות התימור על הכשרת מדרכות החלטה זו פסולה מחמת חריגה מסמכות או מחמת חוסר סבירות צריכה להיעשות בהתאם לעקרונות אותם אפרט מיד.

69. בנוסף, שמירה על עקרונות היסוד של חוק התכנון והבניה מחייבת כי בקביעתו של הסדר תנועה תעמוד לפני רשות התימור תמונת מצב באשר למצבה הסטאטוטורי של הדרך ולהוראות הרלבנטיות בתכניות החלות. בנוסף, רשות התימור חייבת לתת משקל מכריע למצב הסטאטוטורי של הדרך אשר את התנועה בה היא מבקשת להסדיר ולהוראות החלות על אותה הדרך בתכניות הסטאטוטוריות הרלבנטיות. איני אומר כי לא יתקיימו מצבים - חריגים - בהם רשות התימור תוכל לקבוע הסדרי תנועה בדרך שאינה מאושרת סטאטוטורית, בדרך שאין לגביה תכנון מפורט או בחריגה מתכנון מפורט שחל, אך אלו הם, כפי שאבאר מיד, בגדר חריג לכלל; חריג הנוגע אך לאותם מצבים בהם קיים טעם תעבורתי מיוחד המחייב קביעת הסדר תנועה בניגוד לתכנית החלה או על אף כי מדובר בדרך שאינה מאושרת סטאטוטורית.

70. מעמדה הסטאטוטורי של הדרך, לרבות הוראות התכניות החלות עליה, הוא רכיב בתמונה העובדתית שצריך שתימצא לנגד עיני רשות התימורר בבואה לקבוע הסדר תנועה. מדובר בנתון רלבנטי לקביעת הסדר התנועה. הדוגמא להלן משקפת זאת: נניח כי פלונים פרצו דרך ליישוב מסויים אך דרך זו אינה מאושרת סטאטוטורית. בדיקה תעבורתית מגלה כי שינוי בהסדרי תנועה בדרך שנפרצה יכול לסייע להפחתת עומסי התנועה בדרכים אחרות שהן דרכים מאושרות. האם בנסיבות אלה, החלטת רשות התימורר באשר לשינוי בהסדרי התנועה באמת יכולה להיעשות מבלי שיינתן משקל להיותה של הדרך דרך בלתי חוקית לאחר שנבחן מעמדה הסטאטוטורי של הדרך? לדידי התשובה לכך היא בשלילה, שכן יהיה בכך משום הכשרת השרץ. יתר על כן, הדבר יביא לאיון היותם של הליכי התכנון דרך המלך להתוויית רשת הדרכים. מבלי לגרוע מן האמור לעיל, יביא הדבר לפגיעה בעקרונות העומדים ביסוד חוק התכנון והבניה, שכן הציבור כלל לא יהיה מעורב בקבלת ההחלטה על פריצתה של דרך או על התוואי בה תעבור הדרך. חמור מכך, לא ישקלו מכלול השיקולים הרלבנטיים הנוגעים לתכנון השימושים שיעשו במרחב הציבורי - שיקולים המוצאים ביטויים במסגרת הליכי התכנון והבניה. לעיתים אף יכול הדבר להיעשות בשטחים פרטיים תוך פגיעה בזכויות של פלוני או אלמוני או לפגוע בערכם של נכסים הגובלים באותה דרך שנפרצה מבלי שקמה להם זכות להתנגדות או לפיצויים, שהייתה קיימת אילו היו הדרכים מאושרות בתכנית סטאטוטורית. סבורני כי דוגמא זו ממחישה את הרלבנטיות של המצב הסטאטוטורי להחלטתה של רשות התימורר.

71. כאשר ניצבת לנגד רשות התימורר התמונה המשפטית-עובדתית המלאה באשר למצב הסטאטוטורי של הדרך, עליה לתת משקל לנתון זה. על מנת שלא לחתור תחת הוראות חוק התכנון והבניה הקובעות הקצאת שימושים במרחב והאופן בו יועצב המרחב, עליה - על דרך הכלל - להימנע מקביעתם של הסדרים שיעמדו בסתירה למצב התכנוני. יחד עם זאת, וכמפורט לעיל, השיקול התעבורתי חייב להיות השיקול הדומיננטי אותו שוקלת רשות התימורר בהפעלת סמכותה. על כן, במצבים בהם רשות התימורר סבורה כי קיים טעם תעבורתי משמעותי המחייב קביעת הסדר תנועה בניגוד להוראות חוק התכנון והבניה או בניגוד להוראות התכניות החלות - ייגבר שיקול זה על פני כל שיקול אחר. על דרך הכלל יש להניח כי מדובר יהיה בשיקול מתחום הבטיחות בדרכים, להבדיל משיקולים מדרג שני כגון שיפור הזרימה בדרך.

72. אבקש לפרוט את משמעות קביעתי זו לפרוטות. אדגיש כי בקביעותי להלן, מבקש אני להתוות כללי פעולה ברורים ככל האפשר להפעלת סמכות רשות התימורר:

ראשית, אין בסמכותה של רשות התימור להרחיב את השימוש בקרקע לדרך אף אם יש בכך צורך תעבורתי. כך, אין רשות התימור יכולה להורות על הרחבתה של דרך, מעבר לתוואי המסומן בתכניות החלות, גם אם יש בכך הצדקה מבחינה תעבורתית. באופן דומה, אף אם שיקולים תעבורתיים מצדיקים סלילה של דרך נוספת (למשל בעקבות עומסי תנועה), אין רשות התימור רשאית להורות על סלילה של דרך כאמור.

מכלל זה רשות התימור אינה יכולה לסטות. כלל זה נגזר מהגדרתה של "דרך" בסעיף 1 לפקודת התעבורה אשר בסיפא שלה, לאחר שנמנים הפריטים השונים המהווים דרך, נקבע כי מדובר באזורים בהם "יש לציבור זכות לעבור בהם". חשוב מכך, כפי שציין השופט א' גרוניס בעניין מושלין, עיקר ההסדרה של הדרכים הנעשית במסגרת חוק התכנון והבניה נועדה להתוות את רשת הדרכים בדגש על ההיבט הפיזי. הרחבתה של דרך או התווייתה של דרך חדשה נופלת איפוא בגדר "הגרעין הקשה" של תכנון המרחב הציבורי. הצורך הציבורי בקביעת תשתיות אלה ביעילות ובמהירות יחסית בהשוואה למשכם של הליכי תכנון מוצא את ביטוי בהליכים לאישור "תכנית דרך" ובהוראת סעיפים 261(ד) ו-ו(ה) לחוק התכנון והבניה. בנוסף, הרחבת סמכות רשות התימור עד כי זו תוכל להורות על הרחבתה של דרך או על סלילתה של דרך מטעמים תעבורתיים תביא לשלילת זכותו של אדם הנפגע מכך להשיג על כך ולקבל פיצוי בגין הנזק שנגרם לו בעקבות כך (לעניין הפיצוי, ראו סעיף 197 לחוק התכנון והבניה). אדגיש כי אף כאשר תא שטח מסויים נקבע כ"דרך" הוצאתה לפועל של הוראה זו חייבת להיעשות במתווה של חוק התכנון והבניה.

אשר על כן, כאשר רשות התימור סבורה כי טעמים תעבורתיים אינם מאפשרים את המשך השימוש בדרך אלא אם כן זו תורחב, עליה להביא את הדבר לידיעת הגורמים הרלבנטיים על מנת שייפעלו להרחבת הדרך באפיקי חוק התכנון והבניה. היא יכולה לקבוע הסדר תנועה שיקל על המצב בדרך (ויתכן שיכולה היא לשקול להורות על סגירת הדרך) אך היא אינה יכולה להורות על הרחבתה או להורות על סלילתה של דרך חדשה.

שנית, על דרך הכלל, קביעתו של הסדר תנועה לא תעשה בסתירה להוראות התכניות החלות. ואולם, באותם מצבים בהם קיים צורך תעבורתי מובהק, כגון כזה הנוגע לתחום הבטיחות בדרך, רשאית רשות התימור לחרוג מהוראות התכניות החלות, ובמקביל ליידע את הרשות הרלבנטית אשר באחריותה מצויה הדרך על הצורך - התעבורתי-בטיחותי - לייזום תכנית המשנה את הוראות התכניות הרלבנטיות או להסדיר בדרך אחרת את השינוי בדרך (כגון: שימוש חורג). ביסוד כלל זה, על החריג

לו, איזון בין התכלית התעבורתית שביסוד הסמכות לקבוע הסדר תנועה והגמישות המתחייבת לצורך הגשמת תכלית זו לבין עקרונות דיני התכנון והבניה לפיהם עיצוב המרחב הציבורי צריך שיעשה בשקיפות ותוך שיתוף הציבור. והרי, מנקודת המבט של רשות התימור אשר השיקול הדומיננטי בהפעלת שיקול דעתה הינו השיקול התעבורתי, שאלות כגון עיצוב, "נראות" או כל מימד פיזי, ככל שהם אינם משפיעים על הסדרת השימוש בדרך, אינן שאלות רלבנטיות. על-כן, משנקבעו התשובות לשאלות אלה בתכניות תקפות, אין היא יכולה לחרוג מן האופן בו עיצבו רשויות התכנון את המרחב הציבורי. כך למשל, אם נקבעו חתכים אופייניים של רחובות או עיצוב טיפוסי של אביזרי רחוב שונים (למשל: אביזרי חניה) אין רשות התימור יכולה לשנותם במסגרת קביעתו של הסדר תנועה. ואולם, במקרה כגון המקרה שנדון בעניין מושלין, בשל הטעמים הבטיחותיים המובהקים שעמדו ביסוד הסדר התנועה, רשאית הייתה רשות התימור להורות על סגירתה של הדרך, אף אם זו הייתה דרך מאושרת סטטוטורית. נזכיר כי באותו המקרה היה מדובר על סגירת מפגש דרך-מסילה, בעקבות תאונה שהתרחשה במפגש דומה בה היו מעורבים רכבת ומשאית שעשתה שימוש בדרך. אעיר כי מרגע שנמסרה הודעה לרשות המוסמכת על הצורך לשנות את המצב הסטטוטורי או את הוראות התכניות החלות, מוטלת עליה האחריות להסדיר בהיבט דיני התכנון והבניה את המצב, וזאת תוך פרק זמן סביר.

שלישית, רשות התימור אינה יכולה להורות על שינוי משמעותי בתחום הדרך אף אם הוא נובע משיקולים תעבורתיים מובהקים. כך למשל, קביעה תעבורתית כי יש צורך ב"מבנה דרך" מחייבת עיגון והסדרה בתכנית מפורטת באופן סביר ואין בסמכותה של רשות התימור להורות על הקמת מבנה כאמור אף אם היא סבורה כי מבחינת תעבורתית יש לכך הצדקה. כלל זה נועד אף הוא בעיקרו לאזן בין הוראות חוק התכנון והבניה לבין סמכותה התעבורתית של רשות התימור. ואבאר.

כאשר מדובר בבינוי מוגבל בהיקפו, אשר על דרך הכלל אין הוא משפיע באופן מהותי על המרחב והסביבה, על העקרונות העומדים ביסוד ההליכים הקבועים בחוק התכנון והבניה לסגת לשם שמירת חופש הפעולה של רשות התימור, אשר לעיתים מחייב גמישות ולרוב נגזר הוא משיקול דעת מקצועי גרידא. ואולם, ככל שמידת ההשפעה של ההסדר התעבורתי על המרחב גדולה יותר, בשל ההשפעה על הסביבה, בשל היקף הבינוי וכיו"ב - תגבר הנטייה להורות על בחינת התכנון והבינוי במסגרת ההליכים הקבועים בחוק התכנון והבניה על מנת לאפשר לציבור לקחת חלק בהליך התכנון ועל מנת להבטיח את שקיפותו של ההליך. כך הוא הדבר כאשר מדובר במבני דרך. אין מדובר במחסום, עמוד חניה או פס האטה אלא במנהרה, גשר ומחלף - לאלו עלולים להיות השלכות מרחיקות לכת על הסביבה. לבסוף, אציין כי הסמכת רשות

התימורר להורות על קביעתם של מתקני דרך מבלי שהדבר יעבור את מסננות ההליך התכנוני אינה עולה בקנה אחד עם הוראות סעיף 241(ד) לחוק התכנון והבניה, לפיו על אף כי המדינה וגורמים הפועלים מטעמה (כמוגדר שם) פטורים מהוצאת היתר בניה בגין ביצוע פעולות מן הסוג המנוי בסעיף 145(א)(1) לחוק התכנון והבניה, יש לאשר תכנית מפורטת דיה קודם לביצוען. בנוסף, הסמכה כאמור עלולה להפוך את הוראת סעיף 241(ה) לחוק התכנון והבניה לאות מתה, שכן היא תאפשר לרשות התימורר להורות על הקמתו של מבנה דרך ללא תכנון מפורט וללא היתר בניה.

73. המקרים הקשים ליישום העקרונות עליהם עמדתי לעיל הם המקרים בהם קביעתם של הסדרי תנועה נעשית בחלל תכנוני. ניתן להצביע על שני מצבים אופייניים בהקשר זה: האחד, מצבים בהם קיימת דרך וזו אושרה סטאטוטורית אך אין בתכניות החלות תכנון מפורט ברמה סבירה לעניין הדרכים הקבועות בתכנית; והשני, מצבים בהם נעשה שימוש בשטח כדרך, אך זו אינה מאושרת סטאטוטורית.

באשר למצב השני - הרלבנטי לענייננו - סבור אני כי חייב שיימצא טעם תעבורתי כבד משקל לקביעתו של הסדר תנועה בדרך שאינה מאושרת סטאטוטורית. נוטה אני להניח כי טעמים של בטיחות דרכים יכולים, במקרים המתאימים, להוות טעמים שמשקלם מספיק. באותם המקרים, רשות התימורר חייבת לשקול תחילה את האפשרות של סגירת הדרך ורק אם מוצאת היא טעם כבד משקל המחייב את המשך השימוש בדרך, יכולה היא לקבוע הסדר תנועה בדרך. כמו כן, נוטה אני לדעה כי השיקול של שיפור זרימת התנועה בדרכים שאינן מאושרות סטאטוטורית לא יהווה על דרך הכלל שיקול שמשקלו מספיק. יחד עם זאת, אין לפסול את האפשרות כי במקום בו מדובר בדרך שקיים הכרח תעבורתי בקיומה (כגון, כאשר מדובר בדרך יחידה המובילה מחוץ ליישוב מסויים) יכול הדבר להיחשב כטעם מיוחד גם כן. ההנחיות הנוגעות לחובתה של רשות התימורר ליידע את הגורמים הרלבנטיים בדבר הצורך להסדיר את המצב הסטאטוטורי הנזכרות בפיסקה 72 לעיל (כאשר היא קובעת הסדר החורג מן ההוראות בתכניות החלות), יפות ותקפות אף במצב זה. בנוסף, סבור אני כי בבואה לקבוע הסדר תנועה במצב בו סבורה רשות התימורר כי קיים הכרח בכך על אף כי מדובר בדרך שאינה מאושרת סטאטוטורית עליה לבחור באותם "רכיבים" של הסדר תנועה שהשפעתם, במובן של שינוי המצב הקיים, תהיה קטנה ככל האפשר.

את העקרונות הנוגעים למצב הראשון ניתן להשאיר בצריך עיון שכן הם אינם רלבנטיים לעניין שלפנינו.

74. סיכומם של דברים: רשות התימור יכולה להורות על התקנתו של כל עצם במסגרת הסדר תנועה ובלבד שבמרכזו של ההסדר עומדת תכלית תעבורתית ושלא יהיה בקביעת הסדר התנועה משום איון עקרונות דיני התכנון והבניה, אלא אם קיים טעם תעבורתי כבד משקל המחייב קביעתו בניגוד להוראות התכניות החלות.

ד(4) מן הכלל אל הפרט - העבודות המבוצעות בארבע הדרכים

75. בפתח הדברים אציין כי איני מוצא ממש בטענות המשיבים לפיהן לא ניתן לבצע ולו חלק מן העבודות המבוצעות בארבע הדרכים הנוספות אלא אם יוסדר מצבן הסטטוטורי של הדרכים באמצעות אישורה של תכנית מפורטת (לעבודות התשתית ראו פרק ה' להלן).

כאמור, נקודת המוצא לבחינת העבודות המבוצעות בדרך הינה כי מדובר בדרכים שאינן חוקיות. ואולם, בינוי בדרכים אלה הינו אפשרי כאשר זה נעשה במסגרת סמכותה של רשות התימור לקבוע הסדר תנועה. הקביעה האם מוסמכת רשות התימור להורות, במסגרת הסדרי התנועה, על בינוי כזה או אחר בתוואי דרך שאינה מאושרת סטטוטורית צריך שתיעשה על פי העקרונות אותם פירטתי לעיל (ובפרט בפיסקאות 74-75 לעיל).

76. בעתירתם, לא הרחיבו המשיבים בתיאור העבודות המבוצעות בארבע הדרכים, ככל הנראה מאחר שלא נמסרו להם תכניות הביצוע. כפי שצינתי בפיסקה 5 לעיל, בדיון שהתקיים ביום 25.3.2009 הורה בית המשפט לעניינים מנהליים לחברה לפיתוח להמציא לבא כוח המדינה ולבא כוח המשיבים תכניות של העבודות, וזאת על מנת שבא כוח המדינה יגיש עמדה משפטית מוסכמת על הוועדה המחוזית ועל שאר הרשויות.

לאחר המצאת התכניות הגיש משרד התחבורה הודעה מטעמו בו נמסרה אף עמדת הוועדה המחוזית. עמדתה הוצגה על ידי בתחילת חוות דעתי ואיני מוצא מקום לשוב ולציינה כעת (ראו: פסקה 6 לעיל). בתגובת המשיבים להודעה זו מיום 27.7.2009 עמדו המשיבים על אופי העבודות המתוכננות להתבצע בתוואי ארבע הדרכים (ראו התיאור בפיסקה 8 לעיל).

בתמצית אזכיר כי בהודעתם ציינו המשיבים כי מתוכננות עבודות תשתית שונות וכיסוי של התשתיות (לאחר הנחתן) באופן בו נשמר מפלס הכביש למעט בדרך אחת בה נערכו שינויים במפלס הכביש המחייבים בניית קירות תמך חדשים או הגבהת קירות

קיימים. בנוסף, עמדו המשיבים על כך כי מתוכנן ריצוף המדרכות וחלקים מהמסעות באבני ריצוף תוך שינוי מבנה הכביש וגובהו והרחבת המדרכות על חשבון המסעה הקיימת. כן צויין כי בחלק מן הרחובות מתוכננות מדרכות חדשות ורחוב אחד מתוכנן כרחוב משולב. עוד צויין כי למדרכות יווספו עמודי תאורה, ערוגות, עצים, קירות חדשים והגבהה של קירות קיימים. עוד צויין כי מתוכנן שיפוץ של חזיתות. בנוסף, עמדו המשיבים על השינויים בהסדרי התנועה והשינויים בהסדרי החניה (סעיף 7 להודעה האמורה).

77. ככל שהדברים נוגעים לשיפוץ החזיתות, לבניית קירות חדשים ולבניית קירות התמך עומדת על כנה הכרעתו של בית המשפט לעניינים מנהליים כי פעולות אלה חייבות בהיתר בניה (לעניין קירות התמך - ככל שהם אינם נלווים לביצוע עבודות התשתית). אעיר כי קביעה זו מחייבת למעשה תכנון מפורט של הדרכים קודם לביצוע פעולות אלה ולו מן הטעם כי אין תכנון מפורט דיו בתכנית עמ/9. כמו כן אעיר כי ממילא עבודות מן הסוג האמור אינן מצויות בתחום סמכותה של רשות התימור שכן לא עומדת כל תכלית תעבורתית ביסוד ביצוען.

78. יחד עם זאת, סבורני כי קמה עילה להתערבותנו בפסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים.

ראשית, אבקש לעמוד על הקושי בבירור אותם חלקים בעבודות המהווים חלק מהנחיות רשות התימור במסגרת הסדר התנועה שנקבע מבין כלל העבודות המבוצעות. מן המידע שהוצג על ידי הצדדים לבית המשפט לעניינים מנהליים לא ניתן לקבוע האם חלק מן העבודות שבוצעו בדרכים, דוגמת שיפוץ החזיתות והקמת הקירות, מהוות עבודות "נוי" או שמה הן עבודות עליהן הורתה רשות התימור. כך למשל, לא ברור האם הייתה זו רשות התימור שהורתה על החלפת עמודי התאורה או על הרחבת המדרכות באותם המקומות בהם הן הורחבו או באותם המקומות בהם הן בוצעו. תמונה עובדתית חסרה זו, אותה אין לדידי לזקוף לחובת המשיבים בשל העובדה כי נמסר להם מידע חלקי ומאוחר באשר לעבודות, אינה מאפשרת לנו לטעמי לקבוע האם העבודות בדרך, כולן או חלקן, בוצעו כדין, קרי במסגרת סמכותה של רשות התימור להורות על הסדר תנועה.

מן התמונה שהתבררה לפנינו נוכל רק לקבוע כי אותה דרך שנשללה כ"רחוב משולב" נשללה שלא כדין, שכן זו, אף אם נשללה בעקבות קביעת הסדר תנועה, מחייבת ציון מפורש בתכנית של הדרך כ"דרך משולבת" (ראו: עניין מימון הנזכר

בפיסקה 57 לעיל). מדובר בשינוי מהותי של הדרך הקיימת ובחריג לאופן בו נסללת דרך. אוסיף כי מתקשה אני לראות קיומו של טעם תעבורתי ביסוד קביעתו של רחוב משולב, ואף אם קיים טעם כאמור, השפעת סלילת הרחוב בצורה זו על זכויותיו של הפרט מחייבת ציון מפורש של היות הדרך "דרך משולבת".

על רקע תמונה עובדתית חסרה זו, מאחר שממילא סבור אני כי יש להורות לרשות התימור ולמפקח על התעבורה לבחון מחדש את הסדר התנועה עליו הורו (ראו להלן), אסתפק בכך שאציין כי כל בניה או עבודה שבוצעו ושלא תיכלננה בהסדר התנועה שייקבע על פי החלטה זו, הינה בניה או עבודה שבוצעה שלא כדין.

שנית, סבור אני כי יש להורות לרשות התימור ולמפקח על התעבורה לשוב ולבחון את העבודות והבינוי עליהם הם הורו במסגרת הסדרי התנועה שקבעו, תוך שקילת מצבן הסטאטוטורי של הדרכים. יחד עם זאת, איני סבור כי יש לקבוע כי ביצוע הסדר התנועה - כולו - מותנה בהסדרת המצב הסטאטוטורי.

בעיקרי הטיעון מטעמן, הציגו עיריית ירושלים והוועדה המקומית את הרקע לעריכת העבודות בדרכים:

3. "עיריית ירושלים פועלת בשנים האחרונות להסדיר את התנועה והחניה בכל איזור אגן העיר העתיקה שבחלקה המזרחי של ירושלים.
4. העיר העתיקה על שלל אתריה ומוסדותיה מושכת מידי יום אלפי מבקרים ומאמינים המגיעים לאיזור ברכב וברגל, בתחבורה פרטית או ציבורית. כמו כן, בימי חג ומועד לדתות השונות, נוצרים עומסי תנועה כבדים באיזור כולו המפריעים לזרימת התנועה, מקשים על מציאת חנייה ומעכבים את האוטובוסים והמוניות בהגעה ליעדם. העומס מכביד מאוד על תושבי העיר העתיקה והאיזור בדרכם לבתיהם.
5. כתוצאה מכך, נוצר מצב תנועתי בעייתי בשטח העיר העתיקה וסביבותיה, בין היתר, מאחר שבנוסף לבעיה הקשה של עומס בכביש, צפיפות כלי הרכב וחנייה פרועה ובלתי מסודרת, חסרים מעברים בטוחים בהם יכולים הולכי רגל לחצות את הכביש.
6. בשל כך, במשך השנים האחרונות גדל הצורך במציאת פתרונות תנועתיים לאזור אשר יסדירו את האמור לעיל. על כן, החליטה העירייה לבצע תוכנית להסדרת התנועה והחנייה באיזור שתיתן מענה הולם לצרכים העכשוויים הן של התושבים והן של המבקרים" (עיקרי טיעון מיום 30.6.2010).

משרד התחבורה הציג את עמדת המפקח על התעבורה, הוא רשות התימור המרכזית, באשר להסדרי התנועה שאושרו על ידו, בין היתר בהודעה מטעמו מיום 27.1.2011:

”... הגורם המוסמך במשרד התחבורה (היינו המפקח על התעבורה, רשות התימור המרכזית) בהתאם לתקנות התעבורה, אישר את הסדרי התנועה המבוקשים, לאחר שמצא כי מטרת התכנית היא לשפר את זרימת התנועה העוברת כיום בשכונה, ירושלים (כך במקור – י.ד.) לטובת כלל המשתמשים בדרך ותושבי מזרח ירושלים בפרט, תוך מתן דגש על בטיחות (מדרכות חדשות, חניות למניעת הפרעות להולכי רגל, תאורה וכד’).” (סעיף 35 להודעה).

עיון בהצהרות הצדדים מגלה כי ההחלטה על ביצוע הפרויקט התקבלה נוכח עומסי תנועה באיזור העיר העתיקה ובשכונה. בנוסף, היה צורך בהסדרת מעברים בטוחים להולכי הרגל. עוד ניתן ללמוד מהצהרות הצדדים כי קביעת הסדרי התנועה נעשתה על יסוד המצב הקיים קרי, הסדרת התנועה בדרכים בהם בפועל נעשה שימוש, ללא קשר למצבן הסטאטוטורי של הדרכים.

נוכח האמור, ביקשנו את הבהרת משרד התחבורה באשר לסמכות רשות התימור להורות על הסדרי תנועה בדרכים שאינן מאושרות סטאטוטוריות לרבות התייחסותו לעמדה שהוצגה על ידי פרקליטות המדינה בעניין עיריית רעננה. כאמור בפסקה 60 לעיל, העמדה שהוצגה הייתה כי רשות התימור אינה יכולה להתיר שימוש אם שימוש כזה אסור על פי דיני התכנון והבניה.

בהודעה שהוגשה ביום 17.2.2011 נמסר, בין היתר, כי גם אם ימצא כי הדרך הוקמה שלא כדין, אין מקום, במקרה זה, להתערב בהסדרי התנועה שנקבעו על ידי המפקח על התעבורה - מבלי לגרוע מהצורך להסדיר את המצב - וזאת נוכח ייחודיות התכנית (לעניין הייחודיות, ראו הדברים המובאים בפסקה 33 לעיל). בהודעה הודגשו תוצאות קביעה השוללת את סמכותו של המפקח על התעבורה בנסיבות מקרה זה:

”...גישת השוללת את סמכות המפקח על התעבורה בנסיבות קונקרטיות אלה, עלולה ליצור ‘תהו ובהו’ תעבורתי - בין אם השימוש בדרכים הקיימות ייעשה ללא כל הסדרה תעבורתית, בין אם השימוש בדרכים ייפסק ואלה ייסגרו, דבר שישתק את התנועה באזור, ולמצער - יפגע בה משמעותית” (סעיף 37 להודעה).

בהקשר זה יש לשוב ולהזכיר את שעמדתי עליו בפסקה 40 לעיל, קרי אי בקשתו של סעד המורה על סגירת הדרכים נוכח אי חוקיותן והסכמת המשיבים לקביעת הסדרי תנועה עד להסדרת המצב הסטאטוטורי (ראו בפסקה 40 לעיל).

בנסיבות אלה, ונוכח קביעותיי בפרק ד(3) לעיל, אין החלטת רשות התימור על קביעת הסדר התנועה יכולה לעמוד. על רשות התימור, לאחר שתעמוד בפניה תמונה מלאה באשר למצב הסטאטוטורי לקבוע האם קיים טעם תעבורתי מיוחד המצדיק את קביעתם של הסדרי התנועה שנקבעו - כולם או חלקם - על אף המצב הסטאטוטורי של ארבע הדרכים הנוספות. אין בכך כדי להביע עמדה האם הטעמים שהוצגו בהודעת משרד התחבורה מקימים טעם תעבורתי מיוחד כנדרש לכל ההיבטים של הסדרי התנועה שנקבעו. יחד עם זאת, לא אוכל להימנע מלהפנות לדבריי הנזכרים בפסקאות 72 ו-73 לעיל לפיהם בנסיבות מסוימות שיקולים של בטיחות בדרכים יכולים להוות טעם מספיק לקביעתו של הסדר תנועה בדרך שאינה חוקית.

בהקשר זה יובהר כי אין לקבל את עמדת המשיבים לפיה ביצוע עבודות הנכללות בהסדר התנועה מותנה באישור תכנית מפורטת, קרי בהסדרת מעמד הדרכים. למעשה, המשיבים עצמם ערים להשלכות מרחיקות הלכת של קביעה לפיה רשות התימור נעדרת סמכות לקבוע הסדרי תנועה בדרכים שאינן חוקיות, והם עצמם מכירים בצורך בהסדרת התנועה בדרכים אלה, וכאמור, מסכימים לכך כי עד להסדרת המעמד של הדרכים ייקבעו הסדרים כאמור ואינם עותרים כלל לסגירת הדרכים מחמת אי חוקיותן.

(5)(T) הסעד האופרטיבי לעניין העבודות בדרכים

79. נוכח האמור לעיל, אציע לחבריי כי בכל הנוגע לעבודות שבוצעו בארבע הדרכים (להבדיל מהעבודות שבוצעו בתשתיות לגביהן כפי שיפורט להלן) נורה למפקח על התעבורה ולרשות התימור לבחון מחדש את הסדרי התנועה עליהם הם הורו כאמור בפסקה 78 לעיל, וזאת תוך שישה חודשים מיום מתן פסק דין זה. במסגרת הבחינה שייעשו תתבצע התאמה של הסדרי התנועה לקביעתנו לפיה לא ניתן לסלול דרך כ"רחוב משולב" ואבחנה בין העבודות והבינוי הנדרש במסגרת הסדר התנועה לבין העבודות האחרות.

ההחלטה שתתקבל תימסר לצדדים לתיק זה. לאחר קבלת החלטה זו, בכל מקום בו נסללה דרך כ"רחוב משולב" על העירייה, החברה לפיתוח ומשרד התחבורה לפעול להחזרת המצב לקדמותו, תוך ביצוע ההתאמות הנדרשות בהיבטים התחבורתיים

ובהיבטים הפיזיים. פעולות אלה תתבצענה תוך שישה חודשים מיום קבלת ההחלטה. בנוסף, לאחר קבלת ההחלטה, על עיריית ירושלים והחברה לפיתוח להשיב לקדמותו את המצב לגבי כל אותן עבודות או עצמים שהונחו שרשות התימור והמפקח על התעבורה לא יורו על הצבתם במסגרת הסדר התנועה החדש שייקבע. פעולות אלה תתבצענה אף הן תוך שישה חודשים מיום קבלת ההחלטה. אעיר כי במקום בו נסללה הדרך באופן שונה מכפי שהייתה סלולה קודם לביצוע העבודות (כוונתי היא לחיפוי מסוג שונה מזה שהיה קיים, כגון החלפת אספלט באבני ריצוף), ואף אם נעשה הדבר שלא במסגרת הסדר התנועה עליו הורו המפקח על התעבורה ורשות התימור המקומית, אין להחזיר את המצב לקדמותו.

ההוראות הנזכרות לעיל כפופות לסייג הבא: הסדרת מעמדן הסטאטוטורי של ארבע הדרכים, ככל שכך ייעשה, תשנה את תמונת המצב המשפטית-תכנונית באופן משמעותי. היה ואכן יוסדר מעמדן הסטאטוטורי של ארבע הדרכים, תוקפם של הסעדים עליהם הורנו יפקע. טענות באשר להתאמת הבינוי בדרכים להוראות בתכניות החלות ולמצב הסטאטוטורי שייקבע, ככל שייקבע, תעשנה על רקע תמונת מצב חדשה זו.

80. לא נעלמו מעיני הטענות שהועלו לפיהן יש מקום לעשות שימוש בתורת הבטלות היחסית בקביעת הסעדים האופרטיביים. אכן, תורת הבטלות היחסית חלה גם בתחום התכנון והבניה [ראו: ע"מ 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע (לא פורסם, 7.12.2006)], בפסקה 107 והאסמכתאות הנזכרות שם; ע"מ 7926/06 אדרי-אל ישראל בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה גליל עליון (לא פורסם, 24.6.2009), בפסקה 107 לפסק דינה של השופטת א' חיות (להלן: עניין אדרי-אל)]. על פי תורה זו לא כל פגם שנפל בפעולה של רשות, אף אם יהיה מהותי, מחייב את בטלותה. יש לבחון את מכלול הנסיבות הנוגעות בדבר לרבות חומרת אי החוקיות והשפעת הסעד על האינטרס הפרטי והאינטרס הציבורי (ראו בעניין אי התכלת הנ"ל ובעניין אדרי-אל הנ"ל). אני סבור כי הסעדים אותם אני מציע לתת משקפים נאמנה את מורכבות המצב בשכונה ובדרכים וכן את התשתית העובדתית החלקית שהוצגה על ידי הצדדים. סבורני כי הסעדים הללו משקפים איזון ראוי בין האינטרסים הציבוריים הרלבנטיים בשים לב להיות הפרויקט ממומן מכספי ציבור ובשים לב לעובדה כי בדרכים נעשה שימוש שנים רבות, וכי המשיבים אינם מעוניינים כלל בסגירתן ומכירים בצורך בהסדרי תנועה שייקבעו בהם. יחד עם זאת, יש לתת את הדעת לכך כי השינויים שבוצעו בדרכים השפיעו במידה ניכרת על המרחב הציבורי בשכונה וזאת מבלי שקדם לכך ההליך התכנוני הראוי. בהקשר זה לא למותר לציין כי בהחלטות בית משפט זה באשר לסעדים הזמניים שהתבקשו על ידי המשיבים להורות על הפסקת ביצוע

העבודות, הובהר כי מבצעי העבודות נוטלים על עצמם את הסיכון כי טענות המשיבים תתקבלנה וכי נורה על החזרת המצב לקדמותו (ראו: פסקה 8 להחלטה מיום 24.2.2009 ופסקה 11 להחלטה מיום 19.4.2010).

ומכאן לעבודות בתשתיות.

(ה) העבודות שבוצעו בתשתיות

81. במסגרת הערעור שכנגד, טענו המשיבים כי בית המשפט לעניינים מנהליים טעה כשדחה את טענתם לפיה לא ניתן לבצע עבודות תשתית בהיקף המתבצע ללא אישור תכנית מפורטת ובהעדרן של תכניות אב לתשתית הביוב, הניקוז והחשמל. בהקשר זה עמדו המשיבים על התכליות שביסוד הליך התכנון על פי חוק התכנון והבניה ועל הצורך בפיתוח השכונה ומתן מענה לצרכיה המשתנים. כמו-כן השיגו המשיבים על קביעותיו של בית המשפט לעניינים מנהלים במישור הרישוי של העבודות.

82. מבלי לגרוע מן הצורך לקיים הליך תכנוני מסודר שיגשים מחד גיסא את מטרות תכנית עמ/9, ושיסדיר מאידך גיסא את המצב הקיים בשטח השכונה, איני סבור כי יש מקום לקבל את טענות המשיבים לעניין זה.

83. בכל הנוגע לפעולות שבוצעו בתשתית המים, הרי שבחוק המים, התשי"ט-1959 (להלן: חוק המים) נקבעו הליכים לתכנון ולאישור "מפעל מים" כהגדרתו בסעיף 45 לחוק. הליכים אלו הם הליכים חליפיים להליכי התכנון והאישור שבחוק התכנון והבניה (ראו: סעיפים 68 ו-69 לחוק זה וכן ראו: עניין ריכטר, בפסקה 11). אוסיף כי אף ככל שטענת המשיבים היא כי יש להסדיר את המצב הקיים, היה עליהם לבסס טענותיהם על יסוד ההוראות הרלבנטיות בחוק המים (ראו למשל: סעיף 74 לחוק). משלא עשו כן, אין בטענותיהם כדי לבסס עילה משפטית למתן הסעדים שהתבקשו במישור התכנוני. אוסיף כי טענה במישור "חוק המים", מחייבת הייתה לדידי את צירוף ועדת התכנון כהגדרתה בסעיף 166 לחוק המים כצד להליכים וכן - ואולי אף במיוחד את חברת הגיחון שהיא תאגיד המים והביוב של ירושלים והגורם שבידיו המידע הרלבנטי (ראו: חוק תאגידי מים וביוב, התשס"א-2001 ובמיוחד סעיף 9 לו), על מנת שתהיה לפני בית המשפט לעניינים מנהליים, כמו גם לפנינו, תמונה עובדתית מלאה אודות המצב הסטאטוטורי של תשתית המים הרלבנטית. הדבר אף מקשה ליתן סעד אופרטיבי שכן הגורם האמון על התשתית אינו מהווה צד להליך ועמדו לא פורטה

לפני בית המשפט לעניינים מנהליים או לפנינו. נדגיש לעניין זה, כי ככל שהדברים נוגעים לתשתית המים, בוצעו העבודות ביוזמת חברת הגיחון (ראו: אישור לתיאום עבודות תשתית אשר צורף כנספח ח' לתגובת החברה לפיתוח מיום 30.11.2008).

84. בכל הנוגע לתשתית הביוב, הרי שאף אם באופן עקרוני יש צורך באישור תכנית ביוב במסגרת הליכי חוק התכנון והבניה וזאת בנוסף להליך האישור הקבוע בחוק הביוב (וראו לעניין זה הדיון המקיף בעניין ריכטר, בפסקאות 18-21), הרי שבאשר לרשת הביוב הקיימת בשטח עליו חלה תכנית עמ/9 נקבעה הוראה בתקנון התכנית, בה ניתן, באופן משתמע, תוקף סטאטוטורי למערכת הביוב הקיימת:

כל התקנת ביוב חדש או שינוי ברשת הביוב הקיימת
חייב לקבל את אישור הועדה המקומית ומשרד
הבריאות" (סעיף 10.10.3 לתקנון התכנית).

מלשונה של הוראה זו ברי כי רשת הביוב הקיימת מוכרת ובעלת מעמד, אך כי כל שינוי בה מחייב את אישור הועדה המקומית ומשרד הבריאות. אשר על כן, ונוכח הוראה זו, איני סבור כי יש צורך באישור נוסף של תשתית הביוב שהייתה קיימת במועד בו אושרה תכנית עמ/9 במסגרת ההליכים התכנוניים של חוק התכנון והבניה. נדגיש כי אף ככל שהדברים נוגעים לתשתית הביוב, כשלו המשיבים בצירוף כל הצדדים הרלבנטיים, שכן אף העבודות בתשתית הביוב בוצעו ביוזמת חברת הגיחון (ראו: אישור לתיאום עבודות תשתית אשר צורף כנספח ח' לתגובת החברה לפיתוח מיום 30.11.2008).

85. בכל הנוגע לעבודות הכרוכות בתשתית הניקוז, ותחת ההנחה כי מדובר בעבודות שבוצעו על פי חוק הניקוז (לא נטען אחרת לעניין זה), הרי שאף בעניין זה במישור התכנוני ההליכים הקבועים בחוק הניקוז מהווים הליכים חליפיים להליכים הקבועים בחוק התכנון והבניה (ראו: סעיפים 17-26 לחוק הניקוז וכן ראו: עניין ריכטר, בפסקה 11 לפסק הדין). בנוסף, ככל שטענת המשיבים היא כי יש להסדיר את המצב הקיים, היה עליהם לבסס טענותיהם על יסוד ההוראות הרלבנטיות בחוק הניקוז (ראו למשל: סעיף 51 לחוק). כמו כן, אף אם נניח כי מדובר בשינוי של תשתית הניקוז הקיימת, הרי שהיה על המשיבים לבסס את טענותיהם על הוראות סעיפים 17 ו-25 לחוק הניקוז ולא על הוראות בחוק התכנון והבניה. ושוב, אף בעניין זה כשלו המשיבים בצירוף הצדדים הרלבנטיים. כפי שציינתי לעיל, הדבר עלול להביא את בית המשפט ליתן הכרעה על יסוד תשתית עובדתית שגויה או בלתי מקיפה ומשכך אין מקום להורות אף על מתן סעדים אופרטיביים.

86. תוצאת הדברים היא כי במישור התכנוני לא הציגו המשיבים תשתית משפטית מספקת לביסוס טענותיהם ונמנעו הם מצירוף צדדים רלבנטיים. יחד עם זאת, ומאחר שלא הועלתה מטעם מי מהמשיבים טענה בדבר אישור התשתית הקיימות, נכון אני לקיים את הדיון במישור הרישוי, תחת ההנחה כי תשתיות המים, הביוב והניקוז בשכונה קיימות שנים רבות, אך מעמדן לא הוסדר. לדידי, אף במצב זה אין לקבוע כי לא ניתן לבצע את העבודות שבוצעו.

87. בית המשפט לעניינים מנהליים קבע כי העבודות כוללות החלפה של קו הביוב תוך הנחת קו ביוב חדש בתוואי בו היה מונח קו הביוב הישן (סעיף 9 לפסק הדין) וכן עבודות להחלפת תשתית הניקוז הקיימת והתאמתה לצרכי המקום המשתנים (סעיף 10 לפסק הדין). לא מצאתי כי קמה עילה להתערבותנו בהכרעות עובדתיות אלה. נוסף כי לעניין תשתית המים לא נקבע כל ממצא בפסק הדין אך לא ניתן לקבוע מחוות הדעת שהוגשה על ידי המשיבים (ביום 27.7.2009) האם מדובר בהחלפת קו מים או בהנחה של קו מים. בהעדר ראיה לסתור, יש לקבל את טענות העירייה, הוועדה המקומית, החברה לפיתוח ומשרד התחבורה כי מדובר בהחלפת קו מים קיים.

לדידי, מדובר בעבודות שבמהותן הן עבודות שוטפות של ניהול ואחזקה של התשתיות האמורות: התשתיות מונחות באותו התוואי בהן היו הן מונחות קודם לכן ולא הוכח שינוי מהותי בצורתן או באופיין. אכן, מדובר בעבודות תחזוקה שוטפת נרחבות באופן יחסי, שכן לא מדובר בתיקון צינור דולף, סתימה או שבר. ואולם, ככל שאין מדובר בהקמה של תשתית הנכללת באחת מן ההגדרות הקבועות בסעיפים 145(א)(1) ו-145(א)(2) לחוק התכנון והבניה, אין צורך בקבלת היתר בניה והעבודות "נהנות" מן הפטור הקבוע בתקנה 1(2) לתקנות (ראו: עניין ריכטר, בפסקה 21).

88. האם יש מקום לבצע עבודות תשתית מן הסוג שבוצע מקום בו התשתית בהן היא מבוצעת לא אושרה בהליכים התכנוניים הרלבנטיים?

על רקע העקרונות העומדים ביסוד חוק התכנון והבניה עליהם עמדתי בפסקה 64 לעיל, וכששוקלים מנגד את האינטרס הציבורי בשמירה על מערכות תשתית מתפקדות, סבורני כי התשובה לשאלה זו תלויה במידת הדחיפות שיש בביצוע אותן עבודות שוטפות.

העקרונות להכרעה בשאלה זו דומים לעקרונות הנוגעים לבינוי במסגרת הסדר תנועה בדרך. ככלל, הרשויות האמונות על תחזוקת תשתיות אלה צריכות ליתן דעתן

למצב הסטאטוטורי של התשתיות. ככל שמדובר בתשתיות שמעמדן לא הוסדר, עליהן להיות ערות לכך וליתן לדבר משקל משמעותי בבואן להכריע האם יש מקום לבצע עבודת תחזוקה כזו או אחרת. נדרש טעם משמעותי לביצוע עבודות כאמור בתשתית שמעמדה הסטאטוטורי לא הוסדר בהליכים התכנוניים הרלבנטיים. טעם שכזה בודאי שיימצא בכל מצב בו בפועל נפגעה תשתית. טעם שכזה יכול גם להימצא במצב בו מצבה של התשתית אינו מאפשר את תפקודה וקיימים ממצאים המראים כי הדבר עלול להשפיע על בריאות הציבור או על הסביבה. כך לדוגמא, שעה שמצבה של תשתית מים קיימת הינו כזה שאיכות המים המסופקת לצרכנים נופלת מן הסטנדרט המקובל הבריאותי, יהווה הדבר טעם מספיק ליזום פעולות תחזוקה שוטפת אף בהעדר פגיעה פיזית בתשתית בדמות שבר או דלף. בנוסף, טעם כאמור יכול שיימצא כאשר מתברר כי מצב התשתית רעוע וכי אי ביצוע פעולות תחזוקה בה עלול להביא לקריסתה. יחד עם זאת, באותם המצבים בהם סבורה הרשות האחראית על תחזוקתה או על ניהולה של התשתית כי יש לשפרה בשל טעמים אחרים, כגון רמת שירות נמוכה, עליה לפעול תחילה לעיגון מעמדה החוקי של התכנית.

אדגיש כי בדומה לקביעותיי באשר לבינוי עליו מורה רשות התימור בדרכים שאינן חוקיות, הודעה באשר לביצוע העבודות צריכה להימסר לרשויות הרלבנטיות זמן סביר לפני תחילת ביצוען. באומרי רשויות רלבנטיות, כוונתי היא לאותן רשויות שלהן מסורה הסמכות לאשר את התשתית ולעגן את מעמדה הסטאטוטורי ולגופים שהיו צריכים לאשר את ביצוע העבודות אילו היה מדובר בתשתיות מאושרות.

89. ער אני לכך כי אמות המידה הנזכרות לעיל הן במידה מסויימת "גמישות" יותר מאמות המידה שקבעתי להפעלת שיקול דעתה של רשות התימור. הטעם שביסוד גמישות זו נובע מכך שבמרבית המקרים האפשרות של ניתוק או הפסקת פעולות תשתית הביוב, המים או הניקוז עלולה להסב נזקים כבדים, הן לסביבה והן לבריאות הציבור, וזאת להבדיל מסגירתה של דרך אשר לכל היותר תחייב את העושים בה שימוש לעשות שימוש בדרכים אחרות (חריג אפשרי הוא כאשר קיימת דרך גישה יחידה ליעד מסוים). האינטרס הציבורי הרחב מחייב איפוא מתן גמישות מסויימת בתחזוקת תשתיות קיימות שאינן מאושרות מן הסוג הנזכר לעיל, שכן לסגירתן או לקריסתן השלכות חמורות יותר, על דרך הכלל, מסגירתה של דרך.

90. ובאשר למקרה שלפנינו, הרי שבהעדר צירופם של הצדדים האמונים על התחזוקה השוטפת של התשתיות אין באפשרותנו לקבוע, על סמך המסד העובדתי שהונח לפנינו, מה עמד ביסוד ההחלטה לבצע את עבודות התשתית. האם מצב

התשתיות היה כה רעוע עד כי היה הכרח בשיפוצן ולא יקרו? האם איכות המים נפלה מן הסטנדרט הקבוע? לשאלות אלה ואחרות לא קיבלנו מענה מן הגורמים האמונים על כך. כל שנשמע הוא טענות, במידה רבה טענות שאינן מבוססות דיין, מצד המשיבים ומצד החברה לפיתוח והעמותה. בנסיבות אלה, איננו סבורים כי נוכל לקבוע כי העבודות המבוצעות נעשו שלא כדין.

91. אוסיף ואציין כי אף אם הייתי סבור כי יש ממש בטענות המשיבים לפיהן העבודות מבוצעות שלא כדין, לא הייתי מורה על השבת המצב לקדמותו. על עקרונות תורת הבטלות היחסית עמדתי בפיסקה 80 לעיל. יישומם של עקרונות אלו מוביל אותי לכלל מסקנה כי אף אם נפל פגם בהליכים שקדמו לאישור עבודות התשתית, אין הדבר מחייב את בטלות ההחלטה לבצען. תחילה, יש לתת את הדעת לכך כי העבודות שבוצעו הן עבודות אחזקה וניהול שוטפים של התשתיות וכי לא הונחו תשתיות בתוואי אחר מזה בו הן היו מונחות. בנוסף, למשיבים אין כל טענה באשר לצורך בביצוע העבודות. אין להם אף כל טענה כי ההחלטה לבצען כשלעצמה הינה בלתי סבירה ולו במובן מקצועי צר. טענתם, הנובעת ממצוקתם, היא כי יש לערוך תכנון מלא לשכונה בה הם חיים. אין להפחית מחשיבותו של תכנון שטח השכונה, אך ההחלטה לבצע עבודות בתשתית הקיימת, בסופו של יום, מטיבה עם המשיבים. מנגד, יש לתת את הדעת לכך כי החזרת המצב לקדמותו, לא רק שתוריד לטמיון השקעה כספית ניכרת, מכספי הציבור בהם מומנו העבודות, אלא תחייב השקעתם של כספים נוספים לשם החזרת המצב לקדמותו והכל באופן העלול לדרדר את מצב התשתית שעל עצם קיומה ועל התוואי בו היא עוברת או על סבירותו לא נשמעה כל טרזניה או השגה.

כן אציין כי בשונה מן הטענות הנוגעות לעבודות שבוצעו "על פני השטח" בארבע הדרכים, לא נטען לפנינו כי ביצוע עבודות התשתית - למעט בשלב בו מבוצעות העבודות - מביא לשינוי באורחות חייהם של תושבי השכונה, ואין מחלוקת כי בסופו של יום אלה יטיבו עימם. עבודות התשתית המבוצעות אף אינן משנות את האופן בו מעוצב המרחב הציבורי של השכונה. בנוסף, אין להפחית מהשלכות העובדה כי הצדדים הרלבנטיים האמונים על ניהול התשתיות ותחזוקתן לא צורפו לעתירה על ידי המשיבים.

92. אשר על כן, איני סבור איפוא כי קמה עילה להתערבותנו בקביעותו של בית המשפט לעניינים מנהליים לפיהן ניתן לבצע את העבודות בתשתית הביוב, המים והניקוז.

תוצאת הדברים

93. נוכח כל האמור לעיל, הייתי מציע לחבריי לדחות את הערעור בכפוף לאמור בפסקה 68 לעיל, ולקבל את הערעור שכנגד באופן חלקי במובן זה שנורה כדלקמן:

(א) כי על המפקח על התעבורה ורשות התימור לבחון מחדש את הסדרי התנועה עליהם הם הורו, כאמור בפסקאות 78-79 לעיל, וזאת תוך שישה חודשים מיום מתן פסק דין זה.

(ב) כי על העירייה, החברה לפיתוח ומשרד התחבורה לפעול, תוך שישה חודשים מיום קבלת החלטת המפקח על התעבורה ורשות התימור, להחזרת המצב לקדמותו הן באשר לדרך שנסללה כרחוב משולב והן לגבי כל עבודה או עצם שהונחו שלא יכללו במסגרת הסדר התנועה החדש שייקבע, והכל כמפורט בפסקה 79 לעיל.

כאמור בפסקה 79 לעיל, אציע לחבריי לקבוע כי ככל שיוסדר מעמדן הסטאטוטורי של ארבע הדרכים ייפקע תוקפם של הצווים הללו.

בנוסף, תשומת לב העירייה, הוועדה המקומית והחברה לפיתוח להערוטינו הנזכרות בפסקה 29 לעיל.

לבסוף, אציע לחבריי כי נחייב את עיריית ירושלים, הוועדה המקומית, החברה לפיתוח ומשרד התחבורה בתשלום הוצאות המשיבים ושכר טרחת עורכי דינם בסך של 25,000 ש"ח. כן אציע כי נחייב את הצדדים הנ"ל בתשלום הוצאות ושכר טרחת רשות העתיקות בסך של 5,000 ש"ח.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, י"ג בסיון תשע"א (15.6.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה