

עוררים: 310/17, 311/17, 360/17
361/17, 362/17

מדינת ישראל
ועדת ערר מחוזית לתכנון ובניה
מחוז ירושלים

עו"ד אליעד וינשל	בפני: יו"ר הועדה:
מר מנחם כלומנטל, נציג ציבור	חברי הועדה:
אדר' עליזה וסרטייל, נציגת עמותת האדריכלים	
אדר' אביטל צברי, נציגת מתכננת המחוז	
מנהל קהילתי לב העיר	<u>העורר בערר 310/17:</u>
חיה כהן	<u>העוררת בערר 311/17:</u>
הרולד וינר ואח'	<u>העוררים בערר 360/17:</u>
ע"י ב"כ עו"ד ראובן יהושע	
עו"ד תמר קסטל בר און ויעקב קסטל	<u>העוררים בערר 361/17:</u>
התנועה למען איכות השלטון בישראל	<u>העוררות בערר 362/17:</u>
אדם טבע ודין אגודת לישראלית להגנת הסביבה (ע"ר)	
ע"י ב"כ עו"ד איתמר שחר	

-נגד-

המשיבים:

1. הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים
2. עיריית ירושלים אגף תושייה
3. ע"י ב"כ עו"ד הרם יצחקי
3. שיווק כל בע"מ ואח'

החלטה

1. עוינונו בבקשה להיתר בנייה לפרויקט המכונה "חניון עיני", לתניון ציבורי ולאזור פינוי אשפה ופריקה וטעינה, מתחת לרחוב אגריפס ולרחוב מחנה יהודה בירושלים, באזור שוק מחנה יהודה בירושלים. מבקשת ההיתר היא עיריית ירושלים (המשיבה 2).
2. הבקשה שהובאה לאישור הועדה המקומית, שתכונה להלן "חלופה א'", כללה גם חפירה מתחת לרחוב אשכול ומטרתה היתה ליצור דרך תת קרקעית העוברת מתחת לציר המרכזי בשוק מחנה יהודה ומאפשרת פריקה וטעינה במפלס תת הקרקע.

3. בחלופה זו אמורה הייתה כניסת המשאיות להתבצע בפורטל שיוקם בחניון עילי קטן ברחוב אגריפס המכונה "חניון עיני", ואילו היציאה אמורה להיות בחפירה היוצאת ברחוב אשכול (להלן: גם "פורטל אגריפס" ו"פורטל אשכול", בהתאמה). כאשר לחניון המבוקש, מדובר בבניית חניון חת קרקעי ובו כ-350 מקומות חניה בשישה מפלסים מתחת רחוב אגריפס, כאשר חן כניסת הרכבים הפרטיים והן היציאה תוכננו דרך פורטל עיני.
4. לאחר שמיעת התנגדויות רבות שהוגשו, גובשה החלטתה המנומקת של הועדה המקומית (החלטה מיום 29.3.17). כפי שעולה מההחלטה, הועדה המקומית סברה שיש מקום לפרויקט, ואולם זאת בכפוף לשינוי תכנוני משמעותי - ביטול פורטל היציאה ברחוב אשכול (מפרוטוקול הדיון עולה שמדובר היה בתוצר של הסכמה בין מבקשי ההיתר ובין חלק מהמתנגדים ובראשם יו"ר ועד סוחרי השוק). חלופה זו מכונה חלופה ב'.
- משמעות ביטול פורטל אשכול הייתה כי הכניסה והיציאה של כלל הרכבים, לרבות משאיות, תבוצע דרך חניון עיני. כנגזרת מכך בוטלה גם הדרך החת-קרקעית שתוכננה מתחת לרחוב מחנה יהודה וכך נפגע מאוד פתרון הפריקה והטעינה שהוצע בפרויקט.
5. בנוסף בוטל בהחלטת הוועדה המקומית הורחה הבינוי ברחוב מחנה יהודה שנועד למעליות משא גדולות, והוועדה המקומית התנתה את ביצוע הפרויקט כולו בכך שרחוב אגריפס יותר פתוח לתנועה כמהלך העבודות.
6. על כך הוגשו העררים. ערר 310/17 הוגש מטעם המנהל הקהילתי וערר 362/17 הוגש מטעם התנועה למען איכות השלטון ועמותת אדם טבע ודין (להלן: העמותות).
- העררים הנוספים הוגשו על-ידי בעלי זכויות בבניין עיני (בניין צמוד לחניון עיני ולפורטל אגריפס המוצע). עוררים אלו התנגדו לבקשה כמתכונתה המקורית (חלופה א'), ואולם הוסיפו וטענו כי חלופה ב' פוגעת בהם אף יותר מהבקשה כמתכונתה המקורית. כן נטען שאישור חלופה ב' סותר את הגיונו הפנימי של הפרויקט שביקש לטפל בסוגיית הפריקה, הטעינה והאשפה.
7. דיון ראשון וארוך במעמד הצדדים התקיים ביום 16.7.17. בהחלטת הביניים מיום 2.8.17, שהתקבלה בעקבות הדיון, רחינו חלק מטענות העוררים שהתמקדו במישור הסמכות, תוך שהותרנו טענות נוספות להכרעה בשלב מאוחר יותר של החליף. לצד זאת, קיבלנו חלק מטענות העוררים בהיבט הדיוני, הן טענה לפגם בדיון הפנימי שהתקיים בנוכחות האדריכל מטעם מבקשת ההיתר והן טענות בדבר תשתית חסרה טרם אישור חלופה ב' (הערר חוות דעת תחבורתית, הנדסית וסביבתית המתייחסות לביטול פורטל אשכול).

8. באשר להשלכת הפגמים, קבענו שהפתרון הנכון בנסיבות המקרה הוא קבלת חוות דעת משלימות, השלמות טיעון בפני ועדת הערר וכן מינוי מומחה מתחום התחבורה מטעם ועדת הערר.
9. במסגרת המסמכים שהשלמתם נדרשה, קבענו שעל המשיבות להגיש גם חוות דעת הנדסיות. בהקשר זה יוער, כי טרם אישור הבקשה בפני הוועדה המקומית וכן במהלך הדיון הראשון בפנינו, הצהירו נציגי המשיבה שהפרויקט כולו יבוצע בדרך של כרייה תת קרקעית (שיטת מנהור מליאה) וללא פגיעה בתפקוד רחוב אגריפס בזמן העבודות.
10. ביום 20.10.17 התקבלה חוות דעת המומחית מטעם וועדת הערר. בחוות דעת זו עמדה המומחית על יתרונות הפרויקט, ואולם הנטייה הברורה העולה מחוות הדעת הייתה שנכון לקדמו בחלופה א' בלבד.
- חלופה ב' נשללה בחוות דעת המומחית שמצאה "כי חלופה זו אינה נותנת מענה למספר מקומות לפריקה וטעינה הרצוי, אינה עומדת בהנחיות לתכנון הניזונים והיציאה מהרמפה ישירות לרחוב אגריפס של רכב תפעולי מסוכנת".
11. בשלב זה ביקשנו את עמדות הצדדים וכן השלמות נוספות. תחילה התבקשה התייחסות המשיבות לשאלה האם הן מבקשות שוועדת הערר תדון, מכוח סמכותה להכריע בנושא מלכתחילה (*De Novo*), בחלופה כפי שהוצגה לוועדה המקומית (חלופה א' הכוללת את פורטל אשכול וראו החלטתנו מיום 24.10.17).
12. המשיבות הודיעו ביום 8.1.18 כי הן מבקשות שוועדת הערר תדון בחלופה א'. בהמשך ולאחר פניות העוררים שטענו שאין זו עמדת הוועדה המקומית, הבהירו המשיבות שהבקשה לדון בחלופה א' הוגשה מטעם עיריית ירושלים כמבקשת ההיתר.
13. בשלב זה משהתברר שהעמדות בתוך הוועדה המקומית חלוקות, ביקשו העוררים וכן חלק מחברי הוועדה המקומית כי לדיון בפני ועדת הערר יקדם דיון בפני הוועדה המקומית.
14. בהקשר זה נזכיר שהכלל הוא שעת נבחן נושא בפני ועדת הערר אין הוועדה המקומית רשאית לקיים דיון חוזר, ואולם יו"ר הוועדה או ועדת הערר יכולים לאפשר זאת (לדיון מפורט ראו החלטת יו"ר הוועדה מיום 12.4.18 בערר (י-ס) 548/17 שירה תלמי נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים, פורסם בובו).
- בנסיבות המקרה, אפשרנו לוועדה המקומית לשוב ולדון בנושא, ואולם לא מצאנו לנכון לחייבה לעשות כן (החלטת ועדת הערר מיום 25.1.18). בהמשך ביקשנו תשובה ברורה מטעם הגורמים המוסמכים לקבוע את סדר יום הוועדה המקומית, לשאלה האם בכוונת הוועדה המקומית לקיים דיון בנושא (החלטת מיום 18.4.18).

15. ביום 3.5.18 הוגשה הודעה מטעם יו"ר הוועדה המקומית (ראש העיר ירושלים), בה הובהר כי אין ככוונתו להעלות את הנושא לדיון חוזר וועדת הערר התבקשה להכריע בתיק, מכוח סמכותה לדרן בנושא מלכתחילה, ולאשר את חלופה א'. במקביל, הוגשו הודעות מצד יתר חברי המשנה של הוועדה המקומית, אשר ביקשו כי הנושא יחזור לדיון בפני הוועדה המקומית. לחלופין, התבקשה וועדת הערר על ידי חברים אלה לקבל את העררים ולדחות הן את חלופה א' והן את חלופה ב'.

16. מחלוקת נוספת שלגביה התבקשו הצדדים להתייחס בחוות דעת מטעמם היא לגבי שיטת ביצוע הפרויקט. בהקשר זה טענו העוררים בחוות דעת הגרסית מטעמם מיום 15.10.17 כי לא ניתן לבצע את הפרויקט בשיטת המנהור. טענה זו התקבלה למעשה כהמשך על-ידי המומחה מטעם המשיבות, שאישר בחוות דעתו מיום 5.2.18 כי ברחוב אגריפס לא ניתן יהיה לעשות שימוש בשיטה זו ויהיה צורך להשתמש בשיטה המכונה **Top Down** (חוות הדעת הוגשה ביום 18.4.18). עם זאת, נטען בחוות הדעת מטעם המשיבה 2 כי שיטה זו אפשרית הנדסית וניתן לעשות בה שימוש ללא סגירתו לתנועה של רחוב אגריפס.

17. בנסיבות בהן שקלנו לעשות שימוש בסמכותנו ולאשר את הבקשה במתכונת שוגה ודומה למתכונת שלגביה התקבלו התנגדויות בהחלטה גשוא הערר (חלופה א'), סברנו שנוכח לאפשר להתנגדים לכך, שנשמעו בפני הוועדה המקומית, להישמע גם בפנינו. נוסף כי מלכתחילה כלל המתנגדים צורפו, בהתאם להוראות הדין, כמשיכים להליך בפנינו, ואולם ועדת הערר לא הסתפקה בכך ומזכירות ועדת הערר שלחה הודעות לכל המתנגדים ובוצעו גם תזכורות טלפוניות.

18. על רקע סבוך ומורכב זה קיימה וועדת הערר ביום 24.6.18 דיון נוסף ארוך בן כ-6 שעות.

19. לדיון הופיעו מספר קטן של מתנגדים נוספים (מלבד העוררים). אחד ממתנגדים אלה הוא בעל נכסים ברחוב אשכול, אשר טען כי באישור הפרויקט יש משום פגיעה ממשית בנכסיו (דברי מר שלמה מגזימוף וראו עמ' 17,18 לפרוטוקול הדיון). כמו כן התייצב לדיון בפנינו אחד המתנגדים הכולטים לפורטל אשכול בעת הדיון בוועדה המקומית, יו"ר ועד הסוחרים מר נינו פרץ, והבהיר כי הוא מבקש את אישור הפרויקט, לרבות אישור פורטל אשכול ובלבד שרחוב אגריפס לא ייסגר.

20. בהחלטה שניתנה בסיום הדיון, התבקשה המומחית מטעם וועדת הערר להגיש חוות דעת משלימה ובה התייחסות לטענות שנשמעו. חוות הדעת הוגשה ביום 10.7.18 ובמסגרתה המליצה המומחית לאשר את בקשת ההיתר כחלופה א'. המשיבה 2 בעמדתה מיום 17.7.18 אימצה את חוות הדעת ואילו העוררים העלו בתגובתם מיום 24.7.18 טענות כנגדה.

21. ביני לביני, ביום 10.7.18 הגישו העוררים בקשה להעלאת טענה נוספת במישור הסמכות. לטענת העוררים חלק פורטל אשכול, אשר עמד במרכז המחלוקת בדיון ביום 24.6.18, כלל אינו מצוי ב"ייעוד דרך" ומכאן שבהחאם לתכניות החלוח לא ניתן לאשר את בקשת ההיתר בחלופה א'. המשיבות התנגדו בתגובתן מיום 17.7.18 לתוספת הטיעון. בטענה שמדובר ב"הרחבת חזית" ומאחר שהעוררים לא העלו את הטיעון בהתנגדותם בפני הוועדה המקומית ובמהלך הדיונים בפני וועדת העורר. לגופם של דברים טענה המשיבה 2 כי ייעוד המקרקעין בדחוב אשכול כ"שוק", כולל זכות מעבר להולכי רגל ומכאן שעונה על הגדרת המונח "דרך".

רקע תכנוני

22. תכנית 5166ב משנת 2009 (להלן: התכנית) היא תכנית כללית החלה בעיר ירושלים כולה ועוסקת בסוגיית תקן החניה והקמת חניונים. סעיפים 16-18 לתכנית עוסקים באפשרות להקמת חניונים תת קרקעיים מתחת לשטח ציבורי פתוח (סעיף 16), מתחת לבניין ציבורי (סעיף 17) ומתחת לדרך (סעיף 18).

23. לכל אחת מהקטגוריות נקבע הסדר שונה. סעיף 16 לתכנית, אשר עוסק בהקמת חניון תת-קרקעי בשטח ציבורי פתוח, קובע מגבלות תכנוניות משמעותיות, לרבות תכנית, שטחי בניה ומספר קומות. כן נקבע כי הקמת חניון מתחת לשטח ציבורי או בניין ציבורי, נקבע שניתן להנפיק היתרי בניה ללא צורך בהכנת תכנית נוספת ובמסגרת הליכי רישוי ובלבד שהתקיים הליך "דוגמת ההליך שנקבע בסעיף 149 לחוק" (כלומר בהליך דומה לאישור הקלה מתכנית).

לגבי בינוי מתחת לבנייני ציבור, נקבעו בסעיף 17 לתכנית מגבלות תכנוניות ובהן שטחי בניה מרביים (עד 8,000 מ"ר), מספר קומות מרבי (עד שלוש קומות) ומספר מקומות חניה מרבי (עד 200). כן נקבע חנאי שלפיו החניון לא יפגע "כאפשרות ניצול הקרקע לייעודה המקורי" (סעיף 17.5).

24. לגבי חניונים מתחת לדרכים, קובעת התכנית בסעיף 18 הוראה זו:
"18. חניונים בשטחים המיועדים לדרכים:

בהליך דוגמת ההליך שנקבע בסעיף 149 לחוק התכנון והבנייה תשכ"ה 1965 –
רשאית הוועדה המקומית להיתר הקמת חניון תת-קרקעי בשטחים המיועדים
לדרכים בכפוף למגבלות המצטברות הבאות:

18.1 לא תהיה בהקמת החניון התת-קרקעי משום פגיעה כל שהיא בתפקוד הדרך.

18.2 חניון תת-קרקעי בדרכים עורקיות מותנה באישור הוועדה המתוזזת.

18.3 תכנית החניון מותנית באישור האגף לתחבורה ופיתוח תשתיות בעיריית ירושלים.

18.4 הקמת הניונים תת-קרקעיים בדרכים המיועדות לתוואים של מערכת הסעת המונים מסילתית אסורה.

סעיף 18 לתכנית מאפשר אפוא הקמת חניון תת-קרקעי מתחת לדרך ובהוראות הסעיף לא נקבעו הוראות תכנונית מהותיות בעניין תכנית ושטחי בניה מרביים. בהקשר זה (חניונים מתחת לדרך), נקבעו בסעיף תנאים במישור התחבורתי (לגבי דרך עורקית נדרש אישור הועדה המחוזית, אין לעשות שימוש בתוואי להסעה המונית ונדרש אישור אגף תחבורה בעיריית ירושלים). כן הודגש בסעיף 18.1 התנאי כי "לא תהיה בהקמת החניון התת-קרקע משום פגיעה כלשהי בתפקוד הדרך".

25. התנאי הבסיסי לתחולת סעיף 18 הוא שהכנייה מתבקשת מתחת ל"שטחים המיועדים לדרך". כמובן שהמבחן אינו השימוש לדרך, אלא ייעודה בתכנית סטטוטורית. בהקשר זה נבחן את התכניות הרלוונטיות שאושרו לאורך השנים:

- בתשריט תכנית 37 משנת 1951 מסומן השטח כולו - רחוב אגריפס, רחוב מחנה יהודה ורחוב אשכול - כדרך קיימת. כן סומנו בתכנית זו כדרכים סמטאות השוק הצרות הסמוכות (ידועות כ"שוק הגרוזיני" ו"השוק העירקני").

- תכנית 1006 משנת 1964 הרחיבה את ייעוד הדרך לצד רחוב אגריפס, בחזיתו הדרומית, הוך דריסת הבניינים הקיימים וההיסטוריים לאורך חזית זו. הרחבה זו בוטלה בהמשך בתכנית 4490 משנת 1993 ו-4579 משנת 1999, במטרה לשמר את המרקם ההיסטורי בחזית הדרומית של רחוב אגריפס.

- תכנית 4028 משנת 1991 ביטלה במפורש את ייעוד הדרך ברחוב אשכול. בהקשר זה נפנה לתשריט המסמן את רחוב אשכול בקווים אדומים מקווקים ולהוראת סעיף 10 שלפיה "הדרך המסומנת בתשריט בקווים אלכסוניים כטוש אדום מיועדת לביטול וייעודה יהיה כמסומן בתשריט". הייעוד החדש לפי תכנית 4028 הוא ייעוד "שוק" ובהתאם לנספחי התכנית מדובר בשוק מקורה בו תותר הקמת 20 דוכני מכירה ומבני אחסנה במרכז השטח (סעיף 9 לתקנון, תשריט התכנית ונספח הבינוי).

- בסמוך לאישור תכנית 4028, אושרה בשנת 1990 תכנית 3970 במסגרתה בוטל הייעוד לדרך בסמטאות הסמוכות ("השוק העירקני" ו"השוק הגרוזיני") והוחלף בייעוד "שוק". בדומה להוראות תכנית 4028 ונספחיה, גם בתכנית זו הוגדרו דוכני השוק כדוכנים קבועים ונספח הבינוי לתכנית משורטטים הדוכנים עם הקירווי מעליהם.

- יוער כי תכנית 4202ב', אשר מוזכרת בפרוטוקול הוועדה המקומית כחלה במקרקעין, עוסקת בשטח הדרך ובחניון באזור אחר (אם כי סמוך), המכונה "שוקניון אגריפס".

דיון והכרעהסוגיות דיוניות ומענות מקדמיות

26. כאמור, העוררות ביקשו להוסיף טיעון העוסק בהשלכת הוראות תכנית 4028. אנו מקבלים בקשה זו ולמעשה יש להצר על עמדתה הדיונית של הוועדה המקומית המתנגדת לכך.

27. פרוטוקול הדיון בפני הוועדה המקומית, אשר בהעדר טענות אחרות משמש גם רקע לדיוניה של וועדת הערר בהיבט המקצועי, מעלה שהדרג המקצועי בוועדה המקומית ביסס את עמדתו על שתי תכניות החלות על המקרקעין – תכנית 5166ב המאפשרת הקמת חניון מתחת לדרך ותכנית 1006 משנת 1964. זאת ועוד, בחוות הדעת התכנונית בתיק מיום 20.2.14 נקבע כי "במתחם חלות תכניות 4579, 4490 ו 4202ב".

28. אין להניח שהוראות תכנית 4028 שביטלו את ייעוד הדרך ברחוב אשכול היו ידועות למבקשי ההיתר, קרי לעיריית ירושלים, ולדרג המקצועי בוועדה המקומית, שהרי במצב זה הייתה מוטלת עליהם החובה לתקן את הטעות שנפלה במסמכים ולהציף את הנושא למוסד התכנון שדן בבקשה (הוועדה המקומית תחילה, וועדת הערר לאחר מכן).

לפיכך ניתן להניח (לטובת הדרג המקצועי בוועדה המקומית), כי עקב טעות נשמט דבר קיומה של תכנית מאוחרת החלה על חלק מהמקרקעין, במסגרתה בוטל ייעוד הדרך ברחוב אשכול (תכנית 4028 משנת 1991). משנפלה טעות ברורה זו בהצגת הנושא בפני הוועדה המקומית, הרי בוודאי שאין מקום לטענה דיונית נגד העוררים כדבר השלב בו איתרו את התקלה, והכל בפרט כאשר עסקנו בטענות במישור החוקיות ולא בטענות במישור שיקול הדעת.

מכל מקום, עמדת המשיבות העומדות על כך שלא נדון בטענה מטעם דיוני אינה ברורה, שהרי מדובר בטענה המצויה בליבת העיסוק בנושא החוקיות וכאשר בפני הוועדה המקומית עמד "פרט לא נכון" בהתייחס לתכניות החלות על המקרקעין.

בנוסף ואף לו חיינו מוחקים את הבקשה לחוספת טיעון, הרי על וועדת הערר לדון בערר שבפניה בהתאם לכלל התכניות התקפות החלות על המקרקעין, לרבות תכנית 4028. זאת ככלל ובפרט כאשר המשיבה 2 מבקשת שנפעיל את סמכותנו ונדון בבקשה מלכתחילה (De Novo).

29. בקשה נוספת של העוררים היא שהנושא יוחזר לדיון בפני הוועדה המקומית. בקשה זו נתמכת בעמדות שהועברו לוועדת הערר מטעם 9 מ-11 חברי וועדת המשנה של הוועדה המקומית (להלן בפרק זה: חברי הוועדה). במכתביהם מיום 21.1.18, 23.1.18, 5.2.18 ומיום 7.6.18, טוענים חברי הוועדה שבדיון שהתקיים בפניהם לא הונחו בפניהם עובדות חשובות – העדר היתכנות לחלופה ב' מבחינה תחבורתית (תזוה דעת המומחית מטעם

- וועדת הערר) והעדר היתכנות הנדסית לביצוע הפרויקט בשיטת המנהור. כמו כן סבורים חברי הוועדה כי דיון בחלופה א' שנדחתה בעבר, מצדיק דיון נוסף בפניהם.
30. בהקשר זה הפנו העוררים לפרוטוקול דיון בוועדת המשנה שהתקיים ביום 9.5.18, במסגרתו התנהל דיון ער בסוגיה. מפרוטוקול דיון זה עולה שכל החברים בוועדת המשנה סברו כי נכון שהוועדה תשוב ותדון בנושא, ואולם היו"ר הקבוע של הוועדה שלא נכת בדיון (ראש העיר) עמד על החלטתו שלא לדון בנושא. בנסיבות אלה סבר גם מ"מ היו"ר, כעצת גורמי המקצוע, כי אין לדון בנושא.
31. עמדת יו"ר הוועדה המקומית (ראש העיר) וכך מבקשת ההיתר (עיריית ירושלים), היא שאין מקום להחזרת הנושא לדיון בפני וועדת המשנה. לשיטת גורמים אלה, אין סיבה מהותית המצדיקה חריגה מהכלל הנוהג לפיו הוועדה המקומית ו/או ועדת המשנה לא יקיימו דיון במקביל להליך ערר תלוי ועומד. כן נטען שלאחר שמוצו הטענות, הבדיקות והוות הדעת, בידי ועדת הערר מלוא המידע, הפרטים הנדרשים והכלים המקצועיים והמשפטיים על מנת לקבל החלטה בעררים שבפניה ובכך להביא את ההתדיינות המשפטית לכדי מיצוי, להביא לסיום הליכי התכנון ולקדם את הפרויקט לשלב הביצוע.
32. איננו סבורים שנכון שגורש, בנסיבות המקרה ובעת הזו (תקופת בחירות), למחלוקת הפוליטית והציבורית שהתעוררה בהקשר זה. נראה שהמחלוקת בעניין ניהול סדר יום הוועדה המקומית חורגת מגדר העניין שבפנינו ועוסקת בדרך ניהול העיר ירושלים והוועדה המקומית.
33. לצד זאת התלבטנו כיצד לנהוג במקרה רגיש זה בו עומדת להכרעה שאלה ציבורית חשובה לעיר ירושלים וכאשר נראה שכל חברי וועדת המשנה (למעט היו"ר הקבוע) מתנגדים לפרויקט. משמצאנו בסופו של יום שיש לקבל את העררים מטעמים אחרים, נראה שההכרעה בסוגיה זו התייתרה.
34. טענה נוספת שהועלתה על-ידי העוררים במעמד הדיון היא כי ההליך שבפנינו זוהם על-ידי התנהלות המשיכה 2, כאשר ערב הדיון בפנינו פורסמו מודעות בהן הודגש שהפרויקט "יוצא לדרך" (פורסם בעיתון כל העיר, גליון 3077 מיום 22.6.18) לטענת העוררים התנהלות זו גרמה למתנגדים שלא להגיע לדיון בפנינו ולהשמיע את עמדתם.
- אף אם נוסח כותרת המודעה, כלשון ב"כ המשיכה 2, היה "אומלל" וגם עיתוי הפרסום אינו ראוי, הרי משלוח ההודעות והזימונים נעשו מבעוד מועד וכין הצדדים אין מחלוקת כי הארגונים הפועלים בנושא, בהם המנהל הקהילתי, פעלו בנסיון להסביר לציבור את חסרונות הפרויקט (לשיטתם). לפיכך לא מצאנו שבפרסום המודעה היה כדי לפגוע באפשרות המתנגדים להשמיע את עמדתם.

לצד זאת, מן הראוי להדגיש שבפרסום המודעה ערב הדיון בפנינו היה משום פגיעה באמון הציבור בהליך הערר בפנינו, שהרי המעיין במודעה עלול לסבור שהדיונים בפני מוסד תכנוני ומעין שיפוטי זה הוכרעו מבעוד מועד.

טענות במישור הסמכות לגבי הפרויקט כולו

35. כאשר לעצם הסמכות לאשר הקמת חניון תת קרקעי ללא תכנית מפורטת, נפנה להחלטת הביניים במסגרתה דחינו את מרבית טענות העוררים בהקשר זה.

36. כהשלמה לכך נכון להיררש למחלוקת פרשנית בין הצדדים, אותה הותרנו ללא הכרעה בהחלטת הביניים, ועוסקת בתנאי בסעיף 18.1 לתכנית שלפיו "לא תהיה בהקמת החניון התת קרקעי משום פגיעה כל שהיא כתפקוד הדרך". לטענת העוררים סעיף זה חל גם בשלב הקמת החניון ומכאן שכל חסימה (אף לזמן נקוב וקצר) של הדרך לצורך עבודות, סוטה מהוראות התכנית החלה וממילא שנדרשת הכנת תכנית מפורטת.

37. מקבלים אנו את עמדת המשיכות שלפיה מגבלה זו חלה לגבי השלב לאחר הקמת החניון, כאשר סעיף 18.1 ביקש למנוע מצב בו נעשה שימוש בהליך רישוי על מנת לפגוע ביעוד דרך ובשימוש בדרך. פרשנות העוררים שלפיה מגבלה זו חלה על שלב הביצוע, תביא למעשה ליתור סעיף 18 כולו, שהרי קשה לדמיין מצב בו מתבצע חניון מתחת דרך בלבד לפי סעיף 18 לתכנית ובמשך העבודות לא נדרשת הפרעה כלשהי לתנועה.

בענייננו וכפי שעולה מחוות דעת המומחית לוועדת הערר, עם השלמת הפרויקט לא זאת בלבד שרחוב אגריפס לא יפגע, אלא שצפוי שיפור בתפקוד הדרך. כפי שנקבע על-ידי המומחית לוועדת הערר בחוות דעתה: "רמת השירות ברחוב אגריפס לא תפגע אלא תשופר" (חוות דעת מיום 10.7.18 וראו הנימוקים המפורטים שם).

38. להשלמת התמונה יודגש שאף שאין לקרוא בהוראות התכנית מגבלה כמישור הסמכות לחסימת דרך תוך כדי ביצוע עבודות להקמת חניון, מדובר בשיקול רלוונטי במסגרת הפעלת שיקול הדעת האם לאשר את הבקשה. בענייננו הנושא נשקל על ידי הועדה המקומית שמצאה לנכון להתנות את אישור הפרויקט בכך שרחוב אגריפס יהיה פתוח לתנועה במהלך העבודות.

טענות לגבי שיטת הביצוע

39. טענה נוספת שמעלים העוררים היא שנדרש פרסום נוסף, נוכח המעבר משיטת ביצוע באמצעות כריית מנהרה לשיטת ביצוע המכונה **top down** ברחוב אגריפס (יצוין כי אין שינוי בשיטת הביצוע ברחוב מחנה יהודה).

בהיבט זה יש להבחין בין השלכת השינוי לגבי עצם הצדקת הפרויקט ובין השאלה האם נדרש פרסום נוסף לגבי התכנון המפורט הנדרש.

40. באשר להשלכה לגבי עצם הצדקת הפרויקט, הרי שככל שרחוב אגריפס יישאר פתוח לתנועה כשני הכיוונים גם כמתכונת העדכנית המוצעת, הרי שאין שינוי מהותי ביסודות התכנוניים העומדים בבסיס ההחלטה ואין צורך בפרסום נוסף.

בהקשר זה השתכנענו מחוות הדעת ההנדסית המנומקת של המהנדס מטעם המשיבות יואל גרושקו ומהופעתו בפנינו, כי קיימת היתכנות עקרונית לביצוע הפרויקט, תוך שמירת רחוב אגריפס פתוח לתנועה ומניעת פגיעה במבנים גובלים. תווית דעת מקצועית זו אינה מתעלמת מהקשיים שנובעים מתכנון הפרויקט ולמעשה נמצא שאין אפשרות לשימוש בשיטת המנהור ברחוב אגריפס (כפי שסברו אנשי המקצוע מטעם המשיבות בעבר). עקב כך מוצע פתרון בשיטת **Top Down**, אשר בהתאם לנתונים הטכניים ולפתרונות ההנדסיים שהוצגו בפנינו, מאפשר את ביצוע הפרויקט, תוך שמירת רחוב אגריפס פתוח לתנועה במהלך העבודות.

41. לצד זאת, מקבלים אנו את טענת העוררים שלפיה נדרש פרסום נוסף על מנת לוודא שוהיתכנות העקרונית היא בגדר פתרון מעשי לכל חלקי הבקשה וכן על מנת לאפשר לבעל נכס מסוים לוודא שהבינוי הצמוד לרכושו יהיה בינוי ראוי, לרבות אפשרות להעלאת טענות קונקרטיות לפגיעה ובכלל זאת טענות לפגיעה הנדסית.

בהיבט זה, מקבלים אנו את טענת העוררים שלפיה העבודה לא הושלמה ואין די ב"בחינה עקרונית". בנסיבות המקרה המיוחדות בהן הבינוי מוצע כמעט בקו אפס לבניינים קיימים וכאשר הוראות התכנית מחייבות פרסום בקשה להערות והתנגדויות הציבור, אנו סבורים שככל שיתר הטענות בעוררים היו נדחות, הרי היה צורך בהשלמת התכנון המפורט, בפרסומו לציבור ובמתן החלטה משלימה של הועדה המקומית. בדרישת פרסום נוסף מעין זה יש כדי לענות גם לטענות נוספות של העוררים שהועלו בהשלמת הטיעון מטעמם מיום 24.7.18.

המחלוקת העקרונית בדבר הצורך בפרויקט

42. כאשר לצורך בקידום הפרויקט, נכון להקדים ולציין שאין מחלוקת בין כלל הצדדים והגורמים המעורבים, בדבר היעד לטווח הבינוני והארוך - שמידת אופיו של שוק מחנה יהודה כשוק מסורתי חי. אכן, השוק הפך גם למרכז בילויים ותיירות, ואולם מאפיין זה אינו עומד בפני עצמו ולמעשה נראה שהצלחת מתחם הבילויים תלויה בשימור ליבת פעולת השוק. כמו כן נראה ששמירת ליבת פעילות השוק תלויה, בין היתר, בהמשך הצלחת הפן התיירותי הפורח באזור כשנים האחרונות.

43. בנסיבות אלה יש לכתון כיצד לנהוג כמצוקת התברואה והפריקה בשוק. בהיבט התכנוני קשה לחלוק על הצורך במציאת פתרון מודרני לסוגיות אלה – פינוי אשפה מודרני באמצעות פירים והפרדה מפלסית בין פעילות השוק ובין פעילות הפריקה והטעינה הנדרשת. לצד היתרונות התכנוניים הכרוכים בכך, נפנה לחוות דעת המומחית מטעם וועדת הערר שמפנה את הזרקור לסכנה הבטיחותית להולכי הרגל כתוצאה מהמצב הקיים, בו הפריקה והטעינה מבוצעים ברחוב המשולב עם תנועת הולכי הרגל ופעילות השוק.
44. יצוין, כי בהקשרים אלה טען יו"ר המנהל הקהילתי (העורר בערר 310/17), שפתרון הפריקה נדרש פחות מבעבר, נוכח הירידה בהיקף הסחורות הנמכרות בשוק, אשר צפויה להימשך. אף אם תרחיש פסימי זה אפשרי, איננו מקבלים את ההנחה שמדובר בגזירה משמיים ולמעשה שותפים אנו באופן מלא לעמדת הדרג המקצועי בעיריית ירושלים שלפיה מענה לסוגיות הפריקה ופינוי האשפה נדרש על מנת לנסות לשמר את אופיו המסורתי של השוק. ויודגש, שוק מסורתי אינו קופא על שמריו ולשם שמירת אופי השוק אנו סבורים שגם הרשויות נדרשות להפנות משאבים, לרבות משאבים לתכנון וביצוע מארג מודרני של פריקה וטעינה ופינוי אשפה.
45. בהקשרים אלה מדובר בפרויקט ראוי ונחוץ. יצירת מנהרה מתחת לרחוב מחנה יהודה ובה שש עמדות פריקה וטעינה למשאיות היא בגדר פתרון מודרני להמשך קיומו של שוק מסורתי בתוך עיר צפופה. כפי שעולה מעמדות הצוות המקצועי בעיריית ירושלים ובוועדה המקומית וכן עמדת המומחית מטעם ועדת הערר, לשם כך נדרשת כניסת משאיות מפורטל עיני ויציאה מפורטל אשכול.
46. חרומה חשובה נוספת של הפרויקט היא יצירת פתרון פינוי אשפה מודרני, כאמצעות פינוי האשפה ישירות מהשוק, תוך שימוש ב"פירי אשפה", אל מערכת סליקה מודרנית מתחת לקרקע.
47. באשר למקומות החניה המוצעים נקדים ונאמר בצורה ברורה שהתקנתם נדרשת משתי סיבות נפרדות. ראשית וכפי שיפורט להלן, קיימת מצוקת חניה ציבורית באזור. שנית, ביצוע הפרויקט כולו, לו מדובר היה רק במנהרה לפריקה וטעינה, לא אפשרי מטעמים כלכליים ומכאן שיש לשלבו, ככל שלא בוחרים ב"חלופת אפס", בביצוע חניון ציבורי. איננו סבורים שהחיבור בין ההצדקות מעורר קושי ולמעשה זהו טבע קבלת ההחלטות במגזר הציבורי – בחירה בין החלופות האפשריות וכינן ובין חלופת אפס, והגעה לתוצאה הטובה ביותר האפשרית.
48. בהיבט המחסור במקומות חניה באזור מקבלים אנו את עמדת הדרג המקצועי בוועדה המקומית. מצוקת החנייה ניכרת לכל המצוי באזור והיא צפויה להתעצם נוכח הליכי כינוי, פיתוח ותוספת יחידות דיור באזור השוק ובשכונות נחלאות. בהקשר זה איננו מקבלים את

ההנחה העומדת בבסיס טיעון העוררים שלפיה די בחניונים בבעלות פרטית הפתוחים לציבור. דינו של חניון ציבורי שונה מדינו של חניון בבעלות פרטית וכרפט באזור נשוא הערר. נוכח צפיפות הבנייה הקיימת כשכונות באזור והידועה היטב לוועדת הערר כתוצאה מטיפולה בבקשות לפי תמ"א 38, במקרים רבים אין למעשה אפשרות להתקנת חניות בתוך המגרשים ומכאן שהקמת חניונים ציבוריים היא בגדר פתרון נחוץ.

בנוסף, קיים צורך במקומות חניה לבאי השוק, ביום ובלילה. בהקשר זה מקבלים אנו את עמדת יועצת התחבורה של ועדת הערר שלפיה יש חשיבות, לצד הפתרון המועדף של הגעה לאזור בתחבורה ציבורית, גם בשילוב פתרון חניה המוגש לנכים ומתאים לאוכלוסייה מבוגרת.

49. אל מול שיקולים אלה, יש לבחון שיקולי מדיניות תכנון ותחבורה ובהקשר זה טוענים העוררים שיש להימנע מהקמת החניון. נוכח המדיניות הכללית המבקשת לצמצם כניסת כלי רכב למרכז העיר. בנושא זה קיימת מחלוקת עקרונית בין עיריית ירושלים ובין משרד התחבורה בסוגיה האם יש להחיל מדיניות זו על כלל מרכז העיר, או שמא להסתפק ב"טבעת השחורה" של מרכז העיר המוצעת על-ידי העירייה. איננו סבורים שיש צורך להכריע בתיק זה במחלוקת העקרונית, מאחר שענייננו במקרה מיוחד בו מוצע חניון לא גדול יחסית במתחם ייחודי (מתחם השוק). לפיכך וגם אם נקבל כהנחה מוצא את המדיניות המבקשת להימנע מתוספת מקומות חניה בכל מרכז העיר, הרי שענייננו במקרה מיוחד.

50. באשר לקושי שיווצר בעת ביצוע העבודות, מקובל עלינו האיוון המוצע על-ידי מבקשת ההיתר ואומץ למעשה בהחלטת הוועדה המקומית שלפיו כל עוד ניתן יהיה לבצע את הפרויקט תוך שמירת ציד אגריפס פתוח, רבה התועלת לטווח הארוך מהקשיים לטווח הקצר.

51. לסיכום ולעניין הצורך בפרויקט, אנו סבורים שנכון לקדמו ככל שיימצא פתרון לסוגיות הפריקה, הטעינה ופינוי האשפה. עם זאת, בקידום הפרויקט כ"חניון בלבד", קרי ללא מענה אפקטיבי לסוגיית הפריקה והטעינה, אין אפוא הגיון תכנוני.

בחינת חלופה ב' והחלטת הוועדה המקומית לאשרה

52. לאור ניתוח ההצדקה לפרויקט, המקבל למעשה את הנחות המוצא של המשיבה 2 וצוותה המקצועי, אין למעשה מחלוקת מהותית בעת חזו בין הצדדים בדבר הצורך לקבל את הערר ולבטל את החלטת הוועדה המקומית המאשרת את חלופה ב'. למעשה נראה שמבקשת ההיתר (עיריית ירושלים) מקבלת את תווך דעת המומחית מטעם וועדת הערר שמצאה שחלופה ב' אינה ישימה ואינה ראויה תכנונית. עם זאת, בהתחשב בכך שהוועדה המקומית לא התכנסה לשוב ולדון בעמדתה ומאחר שכאת כוחה טענה בפנינו שכניסיות אלה אין שינוי בעמדתה, נדרשת החלטת מפורטת גם בהקשר זה.

53. נזכיר תחילה כי בהחלטת הביניים מצאנו שנפל פגם בהתנהלות המשיבות כאשר אושרה חלופה ב', במסגרתה בוטל פורטל אשכול, ללא שחלופה זו נבחנה כנדרש.
54. בהיבט התחבורתי ולאחר שהתקבלו חוות דעת מטעם הצדדים, מונתה מומחית מטעם וועדת הערר, אשר בחוות דעתה מיום 20.10.17 שללה את חלופה ב' וסיכמה את עמדתה בדרך זו: "חלופה ב' אינה ראויה מהטעמים הבאים: חלופה זו אינה נותנת מענה למספר מקומות לפריקה וטעינה הרצוי, אינה עומדת בהנחיות לתכנון חניונים והיציאה מהרמפה ישירות לרחוב אגריפס של רכב תפעולי מסוכנת."
55. באשר לנימוקי עמדת המומחית, ליחס בין החלופות ולמענה הניתן בכל אחת מהחלופות להצדקה שבבסיס הפרויקט, נפנה לנימוקים בחוות הדעת:
- "חלופה א' נותנת פתרון חניה לכל הפונקציות של השוק בצורה מיטבית בעוד שחלופה ב' לא נותנת פיתרון מספק לפריקה וטעינה וכמו כן, אינה עומדת בסטנדרטים של התכנון.
- יציאת רכבים תפעוליים ישירות לרחוב אגריפס (חלופה ב'), בעייתית ביותר משתי סיבות: - היציאה המוצעת לרחוב אגריפס לרכב התפעולי נמצאת בשיפוע גדול מהמותר ע"פ ההנחיות לתכנון חניה (פרק ד: תכנון חניונים - פברואר 2000). השיפוע המקסימלי לרכב תפעולי ע"פ הנחיות אלו הוא 12%, בעוד שהשיפוע המוצע בתכנית ביציאה הוא 15%.
- היציאה הנ"ל נמצאת בזווית שקשה יהיה לנהג לראות הרכב המגיע ממזרח (מימין). מרחק הראות מהווה בעיה בטיחותית.
- ההצעה לבטל את הפורטל ברחוב האשכול (חלופה ב'), לא מאפשרת מספיק עמדות לפריקה וטעינה בחניון. כמו כן, עמדות הפריקה והטעינה שחלופה זו מספקת אינן בטיחותיות מאחר ומצריכות נסיעה בהילוך אחורי לתוך תנועת כלי הרכב בחניון."
56. בהמשך הדרך לא חלקה המשיבה 2 על מסקנות אלה ולמעשה גורמי המקצוע מטעמה הבהירו שהם שותפים לעמדת המומחית מטעם וועדת הערר (הודעה מטעם המשיבות מיום 8.1.18, עמ' 6 שורות 22,23 לפרוטוקול הדיון מיום 24.6.18).
57. יודגש כי המסקנה שלפיה יש לשלול את חלופה ב' מתבקשת לא רק בשל היבטים "טכניים" חשובים שפורטו בחוות הדעת ואינם מאפשרים את יישום החלופה. מסקנה זו נגזרת גם כתוצאה מהניתוח בדבר חשיבות הפרויקט, ממנו עולה שטעם עיקרי לביצועו הוא יצירת פתרון פריקה וטעינה תח קרקעי. חלופה ב' אינה נותנת מענה לצורך זה ומכאן שהבחירה בה אינה נכונה מבחינה תכנונית.

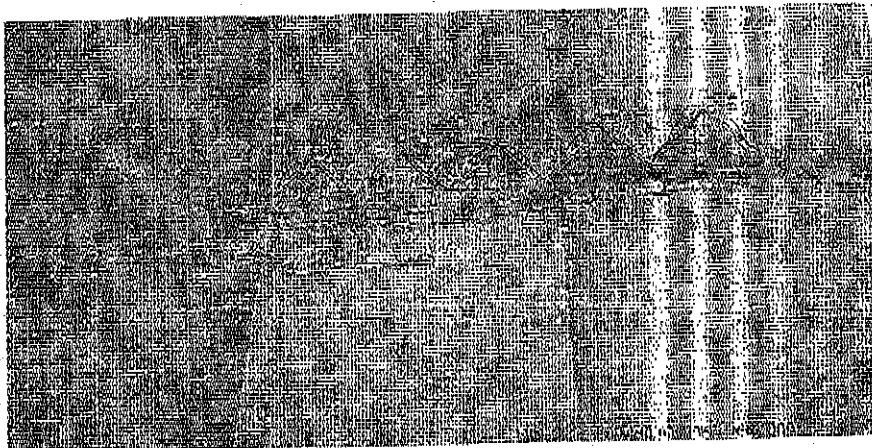
58. לאור האמור ונוכח השיקולים התכנוניים שפורטו וכן הקשיים במישור היישום והבטיחות, אנו קובעים כי אין לאשר את חלופה ב'.

בחינת חלופה א'

59. בהתחשב כמסקנה ברורה זו שלפיה אין לאשר את חלופה ב', מבקשת עיריית ירושלים (מבקשת החיתר) מוועדת הערר לבחון את חלופה א', הכוללת בינוי פורטל יציאה ברחוב אשכול (ומכאן מענה הולם לסוגיית הפריקה והטעינה). בכך התמקדו הדיונים בתקופה האחרונה.

60. מן הבחינה התכנונית העקרונית ולאור הניתוח בדבר הצדקת הפרויקט, אנו מקבלים את מסקנת המזמחית מטעם וועדת הערר וסבורים שבקשת החיתר במתכונתה המליאה (חלופה א'), נותנת מענה ראוי למכלול הסוגיות, בכפוף לביצוע התאמות נדרשות. אלא שבסופו של יום מתברר שהוראות התכנוניות החלות על המקרקעין אינן מאפשרות את ביצוע פורטל אשכול.

61. כאמור, כישורת האחרונה של הדיונים בנושא התברר שעל השטח בו אמור להיבנות פורטל אשכול חלה תכנית 4028. על הפער בין המצב המבוקש בהיבט זה על-ידי עיריית ירושלים ובין המצב התכנוני המצוי, שנקבע בהוראות תכנית 4028, ניתן לעמוד באמצעות השוואה בין גספח הבינוי לתכנית 4028 ובין הדמיית הפרויקט המוצע כעת:



62. יצוין שבסעיף 8 להוראות תכנית 4028 נקבע שנספח הכינוי הינו חלק בלתי נפרד מהוראות התכנית (כן ראו סעיף 9(ד) לתכנית זו). בהתאם לכך, ברור שכוונת התכנית הייתה לתכנן במקום שוק ובו דוכנים קבועים ומקורים הממוקמים במרכז הרחוב (ולא בצדי הרחוב כפי שקיימים ברחוב מחנה יהודה). זאת ועוד, עניינו בנספח כינוי מחייב ומכאן ברור כי באישור חלופה א' והקמת פורטל היציאה במקום יהיה משום שינוי ייעוד מהותי. שטח שוק מסחרי עם דוכני קבע מקורים במרכז הרחוב יהפוך לפורטל יציאה מחניון למשאיות.
63. במצב זה אנו סבורים שהבינוי המוצע ברחוב אשכול סוטה מהוראות תכנית 4028 באופן העולה כדי סטייה ניכרת, שהרי משמעות אישור תלופה זו היא שהתפירה ברחוב אשכול לא תאפשר קיום שוק במקום. למעשה, באישור הבקשה יש משום כיטול תכנית 4028 והדבר חורג מגדר הסמכות המוקנית למשיבה 1 ולוועדת הערר בהליכי רישוי.
64. מסקנה זו מתיישבת היטב גם עם הוראות תכנית 5166כ, אשר כאמור דורשת כתנאי להקמת חניון לפי סעיף 18 לתכנית, הן כי מדובר במקרקעין המיועד ל"דרך" והן שהייעוד לדרך לא ייפגע "בצורה כלשהי". התכנית המאוחרת החלה על רחוב האשכול היא תכנית 4028, הקובעת במפורש כי ייעוד המקרקעין בדרך יבוטל. זאת ועוד, התכנית מבחינה בין ייעוד ל"שוק" ובין ייעוד ל"מעבר ציבורי להולכי רגל" ובתשריט מסומן רחוב אשכול בייעוד "שוק" ולא בייעוד כ"מעבר להולכי רגל".
65. אכן, כפי שטוענת המשיבה, ייעוד "שוק" כולל בהגדרה גם מעבר להולכי רגל. כשם שבכל אזור מסחרי עוברים הולכי רגל, כך במיוחד בייעוד שוק, ואולם אין המשמעות היא שמדובר בייעוד "דרך" להולכי רגל ובהקשר זה עניינו בתכנית נקודתית הקובעת במפורש אחרת. עמדה זו מקבלת משנה תוקף נוכח הוראת סעיף 11(ב) לתכנית 4028, אשר קובעת לעניין "מעבר ציבורי להולכי רגל" שלא תותר הקמת דוכנים קבועים או ניידים בשטח זה. מכאן כי קיים שוני תכנוני מובהק בין ייעוד "שוק" לייעוד דרך שהיא "מעבר להולכי רגל".
- נוסיף כי אין בהגדרה הכללית למונח "דרך" בחוק התכנון והבנייה התשכ"ה-1965 (להלן: החוק), או בהגדרה הרחבה למונח בתכנית המתאר לירושלים (תכנית 62), כדי לשנות את המסקנה הברורה שלפיה הוועדה המחוזית במתן אישור לתכנית 4028 כיוונה לכך שהשטח יהפוך לאזור מסחרי-ציבורי מיוחד בייעוד שוק.
66. באשר להסתמכות המשיבה על תכנית משנת 1951 המסמנת אזורים סמוכים בשוק כ"דרכים חדשות", נפנה לכך שהתכניות המודרניות יותר – הן תכנית 4028 לגבי אזור השוק ברחוב אשכול והן תכנית 3970 לגבי האזורים הסמוכים – כוללות תפיסה תכנונית עדכנית המבחינה בין ייעוד "דרך", ייעוד "מעבר ציבורי" ובין ייעוד "שוק". נסיבות המקרה נשוא ערר זה מבחירות את הצורך בהבחנה זו.

67. להשלמת התמונה יוער, כי אף לו היינו מקבלים את טענת המשיבה שלפיה ניתן לפרש את המונח "שוק" כסוג של דרך מיוחדת, הרי גם אז לא ניתן היה לאשר את הבינוי המבוקש ברחוב אשכול. בהקשר זה נפנה להוראת סעיף 18.1 לתכנית שלפיה "לא תהיה בהקמת החניון התת קרקעי משום פגיעה כל שהיא בתפקוד הדרך". לאור הוראה זו וגם אם היינו מקבלים את פרשנות המשיבה ורואים בייעוד השטח ברחוב אשכול כדרך מיוחדת שהיא גם שוק, הרי ברור שאישור הבקשה שבפנינו לא זאת בלבד שיפגע בתפקוד הדרך המיוחדת, אלא שיהיה בו כדי לסכל את תפקוד ה"דרך" כשוק, כפי שנקבע (לשיטת המשיבה 2) בהוראות תכנית 4028.

68. פרשנות זו מתיישבת היטב עם תכלית תכנית 5166 ובקשר זה נפנה להחלטת הביניים, במסגרתה קבענו כי את הוראות סעיפים 16-18 לתכנית יש לפרש על רקע תכליתת. הועדה המתוזזת ביקשה ליצור מדרג בהתאם לרגישות החניון התת קרקעי המוצע, כאשר המדרג הרגיש ביותר בהתאם לתכנית 5166 הוא חניון מתחת לשצ"פ ואילו חניון מתחת לדרך מצוי במדרג הרגיש פחות.

בהקשר זה ומבחינת תכלית הדברים ניתן להקיש לעניינו מההוראות המתייחסות להקמת חניון מתחת למבני ציבור (סעיף 16), בהן נקבע תנאי מפורש כי החניון לא יפגע "כאפשרות ניצול הקרקע לייעודה המקורי" (סעיף 17.5). כפי שהועדה המתוזזת לא ביקשה לאשר חניון שייפגע בייעוד מבני ציבור, כך אין לפגוע בייעוד שוק.

69. להשלמת התמונה נוסיף כי אף בהנחה שניתן לקבל את טענת המשיבה 2, שלפיה תכנית 4028 היא תכנית ישנה שלא בוצעה משך השנים ולא תבוצע גם בעתיד, הרי הדרך לכיטולה היא באמצעות אישור תכנית חדשה.

בהקשר זה לא למותר יהיה להזכיר את הוראתו הכללית של סעיף 145 לחוק, המתווה אכן יסוד בדיני התכנון והבנייה, שלפיה "לא יינתן היתור אלא אם כן העבודה או השימוש שבעדם מבוקש ההיתור מתאימים לתכניות... החלוצות על הקרקע או הבניין הנדונים". ויודגש שאין מדובר בכלל "טכני", אלא בחלק יסודי מהוראות חוק התכנון והבנייה, באופן המתחייב על מנת להגן על זכות הקניין של הפרט ולאזן בינה ובין האינטרס הציבורי בתכנון מודרני.

70. נדגים זאת באמצעות עניינו של מר מגזימוף שהופיע בפנינו כשהוא בלתי מיוצג וכבעלותו נכסים ברחוב האשכול. אף שלבעל זכויות בשטח התכנית או במקרקעין גובל בה, אין זכות שהמצב התכנוני שנקבע בעבר בתכניות מאושרות יישמר לעולם, זכותו הדינית והמהותית היא להביע את התנגדותו לשינויים במסגרת הצעה לשינוי התכנית החלוצת במקום (סעיף 100 לחוק). לעיתים עומדת לו גם הזכות לפיצוי בגין אישור תכנית פוגעת (סעיף 197 לחוק). ובלשון אחר, לא ניתן לשנות את הייעוד "שוק" ולכנות במקום פורטל יציאה מחניון למשאיות ללא הכנת תכנית, שהרי המשמעות היא שינוי ייעוד המקרקעין ללא קיום ההליך הנדרש.

סיכום והוצאות ההליך

71. לסיכום הדיון בסוגיה מורכבת זו מצאנו שמן הבחינה העקרונית-תכנונית מדובר בפרויקט חשוב, שמטרתו להביא לפיתוח האזור ולשיפור המצב התחבורתי והתברואתי של השוק והתאמתו לסטנדרטים מודרניים.

עם זאת אין הצדקה לאישור חלופה ב', שאושרה על-ידי הוועדה המקומית בהחלטה נשוא הערר. כהיבט זה מקבלים אנו את העררים ומבטלים את החלטת הוועדה המקומית לאשר את חלופה ב', נוכח הכשלים שנפלו בהליך, העדר ההיגיון התכנוני שבאישור בקשה שאינה נותנת מענה לצורך העיקרי בפרויקט והקשיים התחבורתיים העולים מחוות דעת המומחית מטעם וועדת הערר.


כאשר לבקשת מבקשת ההיתר (עיריית ירושלים), לאישור חלופה א', מצאנו שבקשה זו סוטה מהוראות התכניות החלות על המקרקעין ולפיכך לא ניתן לאשרה.

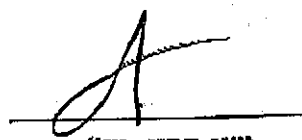
72. לגבי הוצאות ההליך נאמר כי כמסגרת העררים הועלו גם טענות רכות שנדחו. עם זאת, לא ניתן להתעלם מהכשלים שמצאנו בהתנהלות המשיבות וכן ממורכבות ההליך ומתוצאת החלטה זו.

נוסף, כי העוררים טוענים שיש מקום להטלת הוצאות גבוהות במיוחד, נוכח התנהלותה הפסולה (לשיטתם) של המשיבה 2, "חוסר תום לב" ו"הצגת מצב שווא ו/או הטעיה". אין זה מתפקידנו לבחון את שורש הפגמים שליוו את התהליך ולפיכך אנו מבססים את החלטתנו בסוגיית ההוצאות על ההנחה שמדובר היה בכשל מקצועי (ולא חלילה מתוך כוונה להטעות).

בהתחשב בכל האמור, יישאו המשיבות בהוצאות העמותות בסכום של 8,000 ₪, בהוצאות העוררים בערך 361/17 בסכום של 5,000 ₪ ובהוצאות העורר בערך 360/17 בסכום של 3,000 ש"ח. סכום ההוצאות ישולם תוך 30 יום ולאחר מכן יישאו הסכומים הפרשי ריבית והצמדה לפי דין.

ניתנה היום, כ"א אב תשע"ח, 2 באוגוסט 2018.


אליעזר וינשל, עו"ד
ז"ר ועדות ערר
מחוז ירושלים ומחוז הדרום


שני קרוני, עו"ד
מוכירת ועדת הערר
מחוז ירושלים