

30.7.2013

בפקס ובדואר רשום

לכבוד
 לשכת התכנון המרכזית
 ת"ד 16
 בית אל
 פקס **02-9977719**

שלום רב,

הנדון: התנגדות לתוכנית 51/107/3 לפיתוח בפארק שמואל הנביא (נבי סמואל)

בשם עמותת "במקום" ומועצת הכפר א-נבי סמוויל, ובהתאם לסעיף 24(2) לחוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (מס' 79) לשנת 1966 (להלן: "**החוק הירדני**"), אנו מתכבדים להגיש לכם את התנגדותנו לתוכנית שבנדון, שפורסמה להפקדה בעיתון "הארץ" ב-3.6.2013.

רצ"ב ייפוי כוח מטעם מועצת הכפר א-נבי סמוויל.

א. רקע עובדתי

א.1. המתנגדים

1. עמותת "במקום" הוקמה ב-1999 על ידי מתכננים במטרה לקדם את זכויות האדם בתכנון המרחבי בישראל ובשטחים שנתונים תחת שליטתה. העמותה פועלת בכלים מקצועיים כדי לסייע לאוכלוסיות מוחלשות לממש את זכויותיהן בתחומי התכנון והבנייה והקצאת הקרקעות – הן בתוך הקו הירוק והן בשטחי הגדה המערבית.
2. בתי הכפר הפלסטיני א-נבי סמוויל נמצאים בסמוך לקו הכחול של התוכנית שבנדון וחלקם גובלים בו. מועצת הכפר מייצגת בהתנגדות זאת את תושבי הכפר, המונה לפי נתוני הלשכה הפלסטינית המרכזית לסטטיסטיקה 286 תושבים.¹

א.2. ההיסטוריה של הכפר א-נבי סמוויל

3. הכפר א-נבי סמוויל היה יישוב עונתי כבר בראשית התקופה העות'מאנית (המאה ה-16), ובסופה (המאה ה-19) תועד כיישוב קבע.² ב-1871 היו בכפר 6 בתי אב. לשם השוואה, באותה שנה נמנו ברמאללה 100 בתי אב.³ הכפר המשיך להתפתח ולגדול בתקופת המנדט הבריטי. במפקד האוכלוסין שנערך ב-1931 נמנו בא-נבי סמוויל 138 תושבים שהתגוררו ב-37 בתים.⁴ הכפר הוכר כיישוב עצמאי כבר בחלוקה המינהלית הראשונה שביצעו שלטונות המנדט ב-1929⁵ ובכל החלוקות המינהליות המאוחרות יותר שנעשו בתקופת המנדט, לרבות בחלוקה המינהלית האחרונה מ-1947.⁶
4. במלחמת ששת הימים נמלטו רבים מתושבי הכפר, אך למרות זאת במפקד האוכלוסין של 1967, שנערך זמן קצר אחרי סיום המלחמה, נמנו בא-נבי סמוויל 66 תושבים ו-15 משקי

¹ www.pcbs.gov.ps, כניסה לאחר: 26.7.2013.

² דוד גרוסמן, הכפר הערבי ובנותיו: תהליכים ביישוב הערבי בארץ ישראל בתקופה העות'מאנית, ירושלים: הוצאת יד יצחק בן צבי, 1994, עמ' 16, 59, 235.

³ דוד גרוסמן, האוכלוסייה הערבית והמאחז היהודי: תפרוסת וצפיפות בארץ ישראל בשלהי התקופה העות'מאנית ובתקופת המנדט הבריטי, ירושלים: הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס, האוניברסיטה העברית, תשס"ד, עמ' 238.

⁴ Government of Palestine, Census of Palestine 1931, p. 41.

⁵ The Administrative Divisions Proclamation, 14.5.1929

⁶ The Administrative Divisions (Amendment) Proclamation, 1947

7. בית. 7 במפקד 2007 שערכה הלשכה הפלסטינית המרכזית לסטטיסטיקה נמנו בכפר 233 תושבים, שהשתייכו ל-39 משקי בית. בא-נבי סמוויל היו באותה שנה 35 יחידות דיור – נתון המעיד על מצוקת דיור משמעותית, בהינתן שמספר יחידות הדיור הכולל היה קטן ממספר משקי הבית. כאמור, לפי נתוני הלשכה הפלסטינית המרכזית לסטטיסטיקה, נכון להיום (2013) מתגוררים בכפר 286 בני אדם.⁸

5. ב-1971 גירש צה"ל את תושבי הכפר, שהתגוררו ברובם במתחם הקבר המיוחס לנביא שמואל, והרס את בתיהם. התושבים הועברו בכפייה לאזור בנוי בסמוך למתחם הקבר, במרחק של כ-200 מ' ממנו.

א.3. רקע תכנוני

6. ב-16.4.1942 פורסמה למתן תוקף תוכנית המתאר הגלילית של מחוז ירושלים המנדטורי, היא תוכנית RJ/5. בתוכנית RJ/5, כמו בחמש תוכניות המתאר הגליליות המנדטוריות האחרות, מופיע סימון סכימתי של אזורי פיתוח כפריים, באמצעות סימבול של עיגול דיאגרמתי בקוטר של 1 ק"מ ובשטח של 785 דונם. עם זאת, לא כל נקודות היישוב שהיו קיימות בתקופת המנדט זכו לסימבול של יישוב בתוכנית המתאר הגלילית. ליישובים שונים (למשל, הכפר אום א-ריחן, הכפר אום סלמונה) שלפי התיעוד ההיסטורי נוסדו לפני תקופת המנדט, אך מספר תושביהם באותה עת היה קטן, לא סומן אזור פיתוח בתוכנית אלו, ומלוא שטחם (כולל השטח הבנוי שהיה קיים באותה עת) הוגדר כאזור חקלאי.

7. לא כך הוא המצב בנוגע לכפר א-נבי סמוויל: בתשרי תוכנית RJ/5 סומן לכפר אזור פיתוח באמצעות סימבול של עיגול דיאגרמתי. תוכנית RJ/5 כוללת אמנם הוראות בינוי שונות לגבי אזורי הפיתוח הכפריים (שטח מגרש מזערי, שטח תכנית מירבי ועוד),⁹ אך קובעת שכללל הבינוי המותר בהם ייקבע בתוכניות מפורטות שיאושרו בהליכים הקבועים בחוק. עם זאת, עד אישורה של תוכנית מפורטת, תוכנית RJ/5 מאפשרת מתן היתרי בנייה באזורי הפיתוח הכפריים לפי תקנות.¹⁰ לידיעת המתנגדים, בתקופת המנדט וגם בתקופת השלטון הירדני לא הוכנה לכפר תוכנית מתאר מקומית מפורטת, ותוכנית RJ/5 הוסיפה לחול על המקום.

8. ב-1997 אישרה מועצת התכנון העליונה במינהל האזרחי את תוכנית המתאר המפורטת 51/107 – פארק נבי סמואל, המקיפה 3,500 דונם וכוללת בתחומה את מתחם קבר שמואל, את מלוא שטחו הבנוי של הכפר א-נבי סמוויל ואת מרבית אדמותיו החקלאיות. בעוד שתוכנית RJ/5 סימנה כאמור לכפר א-נבי סמוויל אזור פיתוח וקבעה שהבינוי בו ייעשה לפי תכנון מפורט שיאושר, תוכנית 51/107 (להלן: "תוכנית הפארק") כוללת הוראות שמשמעותן המעשית היא מחיקת הכפר מעל פני האדמה – אם לא בהווה, אזי בעתיד הקרוב. בתשרי של תוכנית הפארק מסומן מלוא שטחו הבנוי הקיים של הכפר א-נבי סמוויל בייעוד של "שטח פארק" ובהוראותיה נקבע איסור על "הקמת מבנים בשטח זה, לרבות תוספות למבנים קיימים, למעט מתקנים ומבנים לשירות המבקרים בפארק ולאחזקתו". עם זאת, תוכנית הפארק קבעה כי "תותר תוספת בנייה למגורים למבנים הקיימים בתחום התוכנית בעת אישור תוכנית זו בשיעור של 20% משטח הבניין הקיים".¹¹ בנוסף מסומן בתשרי של תוכנית הכפר שטח עתיקות (מתחם הקבר) המקיף כ-62.5 דונם.

9. לפי החלוקה המנדטורית של אדמות הכפרים בגדה המערבית, אדמות הכפר א-נבי סמוויל מקיפות 2,167 דונם בקירוב. כאמור, בתוכנית RJ/5 סומן לכפר אזור פיתוח באמצעות עיגול דיאגרמתי בשטח של 785 דונם. עם זאת, לדעתנו יש להתייחס לעיגול הדיאגרמתי כאל

⁷ הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, מפקד האוכלוסין תשכ"ז-1967: הגדה המערבית של הירדן, רצועת עזה וצפון סיני, רמת הגולן, עמ' 76.

⁸ www.pcbs.gov.ps, כניסה לאתר: 26.7.2013.

⁹ ר' סעיפים 27(A) ו-28(A) להוראות תוכנית RJ/5.

¹⁰ סעיף 21 להוראות תוכנית RJ/5.

¹¹ סעיפים 5.4 ו-7.1 להוראות תוכנית הפארק.

סימבול ולא כאל תיחום מדויק של אזור הפיתוח של הכפר, שאותו יש לקבוע בתוכנית מפורטת. כך או כך, מרבית אדמות הכפר סומנו בתוכנית RJ/5 בייעוד חקלאי. תוכנית הפארק, לא זו בלבד שקבעה איסור מוחלט על הקמת מבנים חדשים בכפר, אלא שהטילה מגבלות חמורות גם על השימושים באדמותיו החקלאיות. לפי סעיף 5.4 להוראותיה, בייעוד "שטח הפארק" יותרו רק נטיעות "מצמחייה ארץ ישראלית מקומית ו/או מצמחיית הבוסתן המקומית". תוכנית הפארק לא מאפשרת לבצע במקום נטיעות וגידולים חקלאיים אחרים, וגם לא הקמת מבנים חקלאיים – כולם שימושים מותרים (חלקם אף אינם טעונים היתר) לפי תוכנית RJ/5 שחלה על השטח עד אז.

10. מבחינת תושבי א-נבי סמוויל, תוכנית הפארק יצרה מציאות חיים בלתי אפשרית. מאות בני אדם מצאו את עצמם במצב שבו אין באפשרותם להקים ולו מבנה אחד חדש – לא למגורים, לא לחקלאות ולא לכל צורך אחר. נתוני הלשכה הפלסטינית המרכזית לסטטיסטיקה, המראים כי ב-2007 התגוררו בכפר 39 משקי בית ב-35 יחידות דיור, משקפים מצב עניינים זה, שבו נאלצות כמה משפחות לחלוק יחידת דיור אחת, בהעדר אפשרות לבנייה חדשה. גם תוספות הבנייה המעטות שתוכנית הפארק מאפשרת – תוספת שטח בנוי בהיקף של 20% בלבד מהקיים – אין בהן כדי לענות על צרכי התושבים ועל הגידול הטבעי בכפר.

11. יתר על כן, תוכנית הפארק מתירה תוספות בנייה אלו רק במבני מגורים; במבנים המשמשים לצרכים אחרים, כגון מבני ציבור, אין כלל אפשרות – לא לבנייה חדשה ולא לתוספות למבנים קיימים. התוצאה היא פגיעה קשה בזכויות האדם הבסיסיות של תושבי הכפר, כולל הזכות לבריאות, לחינוך ולשירותים ציבוריים שונים.

12. כך, מבנה בית הספר של הכפר כולל רק כיתת לימוד אחת בשטח של 25 מ"ר. במפקד האוכלוסין של 2007 נמנו בא-נבי סמוויל 89 ילדים בגילאים 0-14, מהם 60 ילדים בגילאים 5-14.¹² לפי הנחיות משרד החינוך בישראל, השטח המינימלי נטו לכיתת לימוד הוא 37 מ"ר.¹³ נדרש כמובן שטח בנוי נוסף לחדר שירותים, חדר מורים וכו'. כדי להביא את בית הספר בא-נבי סמוויל לסטנדרט המינימלי המתחייב לכיתת לימוד אחת, ובהתעלם מכל הצרכים הנלווים האחרים, יש אפוא להגדיל את שטחו בכ-50% לעומת השטח הבנוי הקיים. יתר על כן, מספר הילדים בגילאים הרלוונטיים בכפר מחייב לפחות שתי כיתות לימוד, ולפיכך השטח המינימלי הנדרש הוא 74 מ"ר לכיתות בלבד, ועוד שטח נוסף לצרכים הנלווים. אבל כאמור, תוכנית הפארק אוסרת על הרחבת כל מבנה שאינו משמש למגורים, ואף במבני מגורים היא מאפשרת הרחבה מירבית בשיעור של 20% בלבד. כתוצאה מכך נאלצים ילדי הכפר ללמוד בתת-תנאים ובמשמרות מסביב לשעון, למורי בית הספר אין חדר מורים ואין להם התנאים הפיזיים המינימליים שיאפשרו להם למלא את תפקידם באופן ראוי. במפקד 2007 נמנו בכפר 29 פעוטות בגילאים 0-5, הזקוקים מטבע הדברים לגן ילדים. אלא שבכפר אין מבנה לגן ילדים, אשר לפי הנחיות משרד החינוך השטח המינימלי הנדרש לו (כולל שירותים, מחסן וכו') הוא 95 מ"ר נטו,¹⁴ ותוכנית הפארק אוסרת כאמור על הקמת מבנים חדשים.

13. מפרוטוקול חלקי של ועדת המשנה לשמורות טבע של מועצת התכנון העליונה שהגיע לידי המתנגדים (ככל הנראה מדובר בדיון שהתקיים ב-2.4.1992) עולה כי נציג קמ"ט ארכיאולוגיה סבר שיש לכלול בשטח תוכנית הפארק רק "תחום מצומצם סביב המסגד". גם נציג היועץ המשפטי של המינהל האזרחי סבר כי יש לקבוע את הקו הכחול של התוכנית באופן מצומצם, כך שיקיף רק את האתר הארכיאולוגי שסביב המסגד ויאסור שם על בנייה. תובנות אלו לא מצאו ביטוי בתוכנית הפארק, בגרסה שאושרה למתן תוקף, המקיפה כאמור כ-3,500 דונם, אשר פחות משני אחוזים מהם סומנו בתשריטת התוכנית כאתר עתיקות.

¹² www.pcbs.gov.ps, כניסה לאתר: 26.7.2013.

¹³ משרד החינוך, פרוגרמות לתכנון גני ילדים ובתי ספר יסודיים.

¹⁴ שם. השטח נטו שנדרש לכיתת גן אחת הוא 52 מ"ר.

א.4. התוכנית שבנדון

14. התוכנית שבנדון מקיפה 187 דונם שנמצאים כולם בתחום תוכנית הפארק התקפה.
15. התוכנית שבנדון מציעה לשנות את תוכנית הפארק בכמה היבטים. ראשית, התוכנית שבנדון מבטלת את ייעוד הקרקע "שטח עתיקות" המסומן בתשריט של תוכנית הפארק. שטח זה, המקיף כאמור 62.5 דונם, מסומן בתוכנית שבנדון בייעוד של "שטח לפיתוח בפארק". במלים אחרות, התוכנית שבנדון מבקשת לאפשר בנייה במגבלות המפורטות בהוראותיה בלב האתר הארכיאולוגי – במתחם הקבר והמסגד עצמו. בתשריט התוכנית שבנדון מסומנים גבולותיו של "אתר ארכיאולוגי ע"י קמ"ט ארכיאולוגיה" באמצעות קו מקווקו. שטחו של האתר הארכיאולוגי, כפי שהוא מסומן בתשריט התוכנית, לא מצוין במסמכיה. אולם במדידה גראפית שביצענו עולה כי שטחו אף קטן מזה שסומן בתוכנית הפארק: מדובר בשטח של כ- 51.1 דונם בלבד.
16. בסך הכל מאפשרת התוכנית שבנדון להקים מבנים חדשים בשטח רצפה כולל של 2,400 מ"ר לשימושים שונים, ובהם קופה, משרד, מחסן, מבני שמירה, שירותים, מזנון, חנות, אולם כינוסים ועוד. בנוסף תותר הקמת מבנים נלווים, כגון תחנות נוסעים, סככות צל, גשרים, מדרגות, מבנים לתשתיות חשמל ומים ועוד, בהיקף בלתי מוגבל מבחינת שטחי הבנייה.¹⁵ גובה הבנייה המותר הוא עד 5 מ' מעל פני הקרקע.¹⁶ בתשריט התוכנית ובנספח הבינוי המנחה המצורף לה מסומן קטע דרך חדש, שלא נכלל בתוכנית הפארק על שינוייה (תוכניות 51/107/1 ו-51/107/2). מדובר בקטע חדש, צפוני-מזרחי, של כביש 1, שאורכו כ-300 מ'. לפי המוצע, מערכת הדרכים שתיווצר תקיף את האתר הארכיאולוגי מכל עבריו.
17. בתשריט ובנספח הבינוי של התוכנית שבנדון, רוב הבנייה שהיא מאפשרת מסומנת באתר הארכיאולוגי עצמו או בסמוך לו, במתחם המסגד עצמו. בין השאר מתירה התוכנית להקים שם מעלית וגשר, באופן שישנה מהותית את מראה המקום – וזאת כאמור בלב האתר הארכיאולוגי ממש. התוכנית לא כוללת הוראות בינוי מפורטות נוספות וקובעת כי אלה יינתנו במסגרת תוכניות בינוי שאישורן הוא תנאי להוצאת היתרי בנייה.¹⁷ התוכנית שבנדון לא מאפשרת בשום תנאי בנייה כלשהי למגורים ואף לא שימושי מגורים במבנים קיימים שלא נועדו למגורים.¹⁸
18. במקטע הצפוני-מזרחי, הקו הכחול של התוכנית נמצא במרחק של כ-20 מ' בלבד מבתי מגורים קיימים בא-נבי סמויל. בתחום התוכנית יש מובלעת ובה בית מגורים מאוכלס שבו מתגוררת משפחה מהכפר. מובלעת זאת מוקפת בשטח שהתוכנית שבנדון מגדירה כ"שטח לפיתוח בפארק", אבל בתחום המובלעת עצמה תמשיך לפי המוצע לחול תוכנית הפארק התקפה ולא תותר בה בנייה חדשה כלשהי.

ב. מסגרת הריון הנוכחי

19. ככלל, התנגדות לתוכנית תכנון צריכה להתייחס לתוכנית שעל הפרק ואינה מהווה פלטפורמה לתקיפת תוכניות תקפות. בעיקרון, כשמדובר בתוכנית מופקדת המהווה שינוי לתוכנית קודמת שאושרה כדין, תחום ההתייחסות של ההתנגדות מוגבל להבדלים שבין התוכנית התקפה לבין התוכנית המופקדת. עם זאת, לכלל זה יש חריגים, והתוכנית שבנדון מהווה לדעתנו אחד מהם. זאת משלושה טעמים עיקריים, שמצדיקים, בנסיבות העניין הקונקרטיות, גם התייחסות מסוימת לתוכנית הפארק התקפה.
20. ראשית, תוכנית הפארק, שאושרה ב-1997, היוותה כאמור שינוי לתוכנית המתאר הגלילית של מחוז ירושלים המנדטורי, היא תוכנית RJ/5. כמו כל תוכנית תכנון, גם תוכנית RJ/5 היא

¹⁵ סעיפים 4.4.1 ו-4.4.2 להוראות התוכנית שבנדון.

¹⁶ סעיף 5.6 להוראות התוכנית שבנדון.

¹⁷ סעיף 2.10 להוראות התוכנית שבנדון.

¹⁸ סעיף 4.1.10 להוראות התוכנית שבנדון.

חיקוק.¹⁹ אזור הגדה המערבית נתון מאז 1967 תחת תפיסה לוחמתית ישראלית. לפי הוראות המשפט הבינלאומי המנהגי (תקנה 43 לתקנות הנלוות לאמנת האג מ-1907), המעצמה הכובשת חייבת לכבד את הדין המקומי – ובכלל זה חקיקת משנה כמו תוכניות תכנון כדוגמת תוכנית RJ/5 – שחל על השטח ערב כיבושו, אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לעשות כן. לפי הוראות המשפט הבינלאומי, כפי שפורשו על ידי בית המשפט העליון בישראל, שינוי בחקיקה שהיתה קיימת באזור ערב כיבושו יכול להיעשות רק באחד משני מקרים: או כאשר הדבר נחוץ לצרכים צבאיים החלטיים, או כאשר הדבר חיוני כדי לענות על הצרכים של האוכלוסייה המקומית המוגנת.²⁰

21. עמדה עקרונית זאת מקובלת גם על מועצת התכנון העליונה. בהחלטתה בהתנגדות שהגישה עמותת "במקום" לתמ"א 56, תוכנית מתאר אזורית חלקית למתקני שידור סלולאריים, ציינה מועצת התכנון העליונה בהקשר זה את הדברים הבאים:

"בדיון בפני מת"ע, הועלתה טענה על ידי נציג 'במקום', כי שינוי של התוכניות המנדטוריות [הכוונה לתוכניות המתאר הגליליות המנדטוריות, לרבות תוכנית RJ/5] יהיה משיקולים ביטחוניים או משיקולים הומניטריים של האוכלוסייה המקומית, אשר לא נתקיימו בענייננו. אין בידינו לקבל טענה זו.

בבואנו לבחון את אפשרות כניסתה של תמ"א 56 לתוקף, עלינו להדריך את עצמנו בהוראות תקנה 43 לתקנות האג בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן: 'תקנות האג'). לפי התקנה, על המעצמה ששולטת בשטח לנקוט את כל האמצעים הדרושים להחזרת הסדר והחיים הציבוריים ולהבטחתם, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ, אלא אם כן, קיימת מניעה מוחלטת לכך...

בהקשר הקונקרטי בו אנו דנים, נהיר כי תוכנית מתאר אזורית, המסדירה את רישוי המתקנים הסלולריים, נוכח הסיכון הגלום בהם לבריאות ולבטיחות כלל האוכלוסייה באזור, הינה בגדר האמצעים הדרושים לקיום הסדר הציבורי. תיקון זה נועד לשרת את האוכלוסייה המקומית בכללותה, על דרך הסדרת סוגיה תכנונית שנוצרה עם התקדמות טכנולוגיית התקשורת, ותכליתו לקדם את ההגנה על עקרונותיו וערכיו של התכנון המרחבי.

התיקון הינו דוגמה מובהקת לשינוי בצרכי אוכלוסיית האזור, המחייב את המפקד הצבאי לפעול לאימוץ חקיקה חדשה, בהעדור יכולת להתבסס על החקיקה הקיימת להסדרת הסוגיה.

לפיכך, דומנו כי בנסיבות העניין ניתן להצביע על קיומה של 'מניעה מוחלטת', המבססת את הצורך בקביעתה של תמ"א להסדרת הקמתם של מתקני תקשורת באזור".²¹

22. כלומר, לפי עמדתה של מועצת התכנון העליונה עצמה, כפי שבוטאה בעניינה של תמ"א 56, תוכנית תכנון חדשה, שמהווה שינוי לאחת מתוכניות המתאר הגליליות המנדטוריות, כפופה לתקנה 43 לתקנות הנלוות לאמנת האג מ-1907 וניתן לאשרה רק אם תכליתה לענות על צורך ביטחוני-צבאי מובהק או על הצרכים ההומניטריים של האוכלוסייה המקומית.

23. ככל שהדבר נוגע לתוכנית הפארק, הרי כאמור לעיל, התוכנית מחקה את אזור הפיתוח שסומן לכפר א-נבי סמוויל בתוכנית RJ/5. הדבר לא נעשה לצרכים ביטחוניים וכלל לא נטען שקיים בכך צורך צבאי או ביטחוני. גם התכלית השנייה, שלשם מילויה ניתן לפי הוראות המשפט הבינלאומי לשנות חיקוק קיים – טובת האוכלוסייה המקומית – לא התקיים

¹⁹ ר' למשל ע"א 10213 מרחבי השרון בע"מ ואח' נ' דוד מייזלק ואח'.

²⁰ ר' למשל בג"צ 393/82 ג' מעית אסכאן אלמעלמון אלתעאווניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון.

²¹ סעיפים 39-44 להחלטת מועצת התכנון העליונה בהתנגדויות שהוגשו לתמ"א 56, פרוטוקול מס' 513/1/08 של מועצת התכנון העליונה, 27.2.2008, עמ' 14-15. ההדגשות במקור.

בעניינה של תוכנית הפארק: לא זו בלבד שמחיקת אזור הפיתוח והטלת איסור מוחלט על בנייה חדשה בכפר אינה משרתת את הצרכים ההומניטריים של האוכלוסייה המקומית המוגנת, אלא ההיפך הוא הנכון: תוכנית הפארק שינתה חיקוק קיים באופן שפגע באוכלוסייה זאת פגיעה קשה. במלים פשוטות, לפי המשפט הבינלאומי המנהגי ולפי עמדת מועצת התכנון העליונה, כפי שבוטאה בעניינה של תמ"א 56, אישורה של תוכנית הפארק בגרסתה התקפה היה בלתי חוקי.

24. בית המשפט העליון כבר קבע כי כאשר עולה טענה "לפעולה של רשות התכנון העומדת בסתירה ממשית לדין", הרי ש"בעובדה זו יש כדי להחליש במידה ניכרת את עוצמתה של טענת שיהוי".²² כלומר, גם אם קיים שיהוי בהעלאת הטענות נגד תוכנית הפארק, הרי שבנסיבות העניין ובהינתן שאישורה של התוכנית האמורה נעשה בסתירה להוראות המשפט הבינלאומי שחלות על האזור, אין לייחס לטענת השיהוי משקל רב ואין בה כדי לחסום את דרכם של המתנגדים להעלות בעת הנוכחית טענות מסוימות גם ביחס לתוכנית הפארק.

25. שנית, ככלל, טענת שיהוי תתקבל במקום שבו חלוף הזמן גרם לשינוי במצב ולהיווצרות אינטרסים ראויים להגנה.²³ דוגמה מובהקת למצב עניינים שכזה היא תוכנית תכנון שאושרה ושינתה את ייעוד הקרקע משטח חקלאי למגורים. במקרה שכזה, אם המתנגדים לתוכנית לא הגישו לה התנגדות בזמן הפקדתה, ותחת זאת החליטו לתקוף את ההחלטה לאשרה רק במועד מאוחר ואחרי שהוחל במימושה ובהקמת מבני מגורים מכוחה – נוצרו עקב חלוף הזמן אינטרסים ראויים להגנה, לרבות אינטרסים של צדדים שלישיים (רוכשי דירות). בנסיבות אלו יהיה קשה, אם לא בלתי אפשרי, לדחות טענת שיהוי. כדברי בית המשפט העליון, "עבור הזמן כשלעצמו אין בו כדי להוות שיהוי. בבסיסו של השיהוי עומדת העובדה, כי עבור הזמן גרם לשינוי המצב ולפגיעה באינטרסים הראויים להגנה... בין השאר, מדובר בנוק אפשרי לצד שלישי".²⁴

26. במקרה הנוכחי, תוכנית הפארק הטילה איסור גורף על בנייה חדשה בכל שטחה. אין מדובר אפוא בתוכנית שאפשרה פיתוח ושיצרה הסתמכות של צדדים שלישיים, אלא להיפך – בתוכנית שהקפאה את המצב הקיים באופן שאסר על כל פיתוח חדש. לפיכך, תוכנית הפארק לא יצרה אינטרסים חדשים הראויים להגנה ולא פגעה בצדדים שלישיים: פגיעתה העיקרית, אם לא הבלעדית, היא בתושבי א-נבי סמוויל עצמם. בנסיבות אלו, חלוף הזמן מאז אישורה של תוכנית הפארק לא גרם לשינוי במצב באופן שקבלת טענות המתנגדים נגד היבטים ספציפיים בתוכנית הפארק תפגע באינטרסים חדשים שנוצרו והראויים להגנה.

27. שלישית, תוכנית הפארק, למרות שהיא נושאת את הכותרת "תוכנית מתאר מפורטת", היא במהותה תוכנית מתארית, כהגדרתה בסעיף 19 לחוק הירדני. סעיף 25 לחוק הירדני קובע כי יש לעיין מחדש בכל תוכנית מתארית מאושרת לפחות פעם בעשר שנים, כדי לבדוק אם נדרש לעדכנה ולהפקיד לשם כך תיקון לתוכנית התקפה. כאמור, תוכנית הפארק אושרה ב-1997. מאז חלפו 16 שנה. בעצם הפקדת התוכנית שבנדון, מוסדות התכנון באזור גילו את דעתם כי אכן נדרש עדכון לתוכנית המתארית התקפה, היא תוכנית הפארק.

28. במצב שבו מוסדות התכנון עצמם מצאו כי קיים צורך בהכנסת שינויים בתוכנית הפארק – וכפי שראינו לעיל, מדובר בשינויים מהותיים, שעיקרם מתן אפשרות לפיתוח בלב האתר הארכיאולוגי עצמו – יהיה זה בלתי מידתי ואף בלתי סביר במידה קיצונית לדחות על הסף את טענות המתנגדים בעניין הצורך בעדכון התוכנית המתארית בהיבטים אחרים, הנוגעים בעיקרם לאפשרויות הבינוי ושימושי הקרקע בכפר א-נבי סמוויל.

29. על האמור לעיל נוסף כי בשנים האחרונות חל במרחב שבו נמצא הכפר שינוי מהותי, עם הקמת מכשול הפרדה. ההשלכות המרחביות של מכשול הפרדה לא עמדו לנגד עיניהם של מוסדות התכנון ב-1997, בעת שמצאו לנכון לאשר את תוכנית הפארק. עם השלמת מכשול

²² ע"א 2962/97 ועד אמנים-חוכרים ביפו העתיקה ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל אביב ואח'.

²³ שם.

²⁴ שם.

ההפרדה נותרו תושבי א-נבי סמוויל במובלעת תפר, מנותקים פיזית מהכפרים הפלסטיניים הסמוכים (ביר נבאללה, אל ג'יב, אל ג'ודיירה) ומהעיר רמאללה, שנמצאים בצד "הפלסטיני" של המכשול. בה בעת, הם מנועים משפטית מלהיכנס לתחום המוניציפלי של העיר ירושלים, שנמצא כ-1.5 ק"מ בלבד מהכפר. תושבי א-נבי סמוויל אמנם רשאים לעבור לצד "הפלסטיני" של המכשול וממנו, דרך השערים הקבועים בו, אבל הדבר נעשה תחת מגבלות שונות ומשמעותיות.

30. כתוצאה ממצב עניינים זה נוצר עם השלמת מכשול ההפרדה באזור צורך מובהק במתן פתרונות תכנוניים שיאפשרו לתושבי א-נבי סמוויל לקבל את כל השירותים הציבוריים והאחרים הדרושים לחיי היום-יום בתחומי הכפר עצמו. כך, אם בעבר ניתן היה לטעון כי קיימת לילדי הכפר אפשרות, ולו תיאורטית, ללמוד בבתי ספר מחוצה לו ולתושביו לקבל שירותי רפואה בסיסיים במרפאות ביישובים פלסטיניים אחרים, הרי שכיום אפשרות זאת כמעט ולא קיימת עוד. אמנם מכשול ההפרדה לא הוקם מכוח תוכנית תכנון, אבל יש לו השלכות תכנוניות מרחיקות לכת. בנסיבות אלו, על מוסדות התכנון מוטלת חובה מובהקת לספק לתושבי א-נבי סמוויל פתרונות תכנוניים שיאפשרו להם לקיים בכפרם חיים תקינים.

31. לאור כל האמור לעיל, ובהינתן שכתב ההתנגדות הנוכחי לא תוקף את תוכנית הפארק במלואה אלא רק חלק מהוראותיה, ואף אינו מתייחס למרבית השטח שנכלל בתוכנית הפארק אשר נאסר בו פיתוח אלא רק לחלק קטן ממנו, קמו הנסיבות החריגות המצדיקות התייחסות לטענות המתנגדים גופא, לרבות טענותיהם בעניין תוכנית הפארק התקפה.

ג. התעלמות מצרכי המגורים של תושבי א-נבי סמוויל

32. כאמור לעיל, התוכנית שבנדון מאפשרת בינוי נרחב לצרכים שונים (משרד, מחסן, מזנון, חנות, אולם כינוסים ועוד) בהיקף של 2,400 מ"ר, ובנוסף מבנים נלווים כגון סככות, גדרות, מבנים לתשתיות חשמל, מים ותקשורת ועוד בהיקף בלתי מוגבל. בה בעת, התוכנית לא מאפשרת כלל בנייה למגורים והקו הכחול שלה הותווה כך שיחריג משטחה לא רק מבני מגורים מאוכלסים בכפר הנמצאים במרחק עשרות מטרים מגבולות התוכנית שבנדון, אלא גם מבנה מגורים מאוכלס שנמצא במובלעת הכלואה בתחומה.

33. השטח הבנוי הקיים של הכפר מקיף פחות מ-60 דונם. הוא כולל שלושה מקבצים: המרכזי, במרחק של כ-200 מ' מהאתר הארכיאולוגי, מקיף כ-40 דונם. המקבץ המזרחי נמצא במרחק של כ-400 מ' מהאתר הארכיאולוגי וכולל כ-8 דונם, ואילו מקבץ נוסף ששטחו כ-10 דונם נמצא בצמוד לאתר הארכיאולוגי, אך מחוץ לגבולותיו.

34. כאמור, התוכנית שבנדון מתירה פיתוח רחב היקף בלב האתר הארכיאולוגי עצמו, לרבות בנייה שתיצור שינויים מהותיים בחזונו החיצונית של האתר, כמו תוספת גשרים ומעלית. בהחלטתם להפקיד את התוכנית גילו מוסדות התכנון את דעתם כי בינוי זה אין בו כדי לפגוע בערכים התרבותיים ובאתר הארכיאולוגי עצמו. בנסיבות אלו מתעוררת כמעט באופן אוטומטי השאלה מדוע לא יותרו בינוי חדש והרחבות בינוי בשטח הבנוי של הכפר א-נבי סמוויל, אשר נמצא כולו מחוץ לגבולות האתר הארכיאולוגי – הן לפי התשריט של תוכנית הפארק והן לפי התשריט של התוכנית שבנדון.

35. מהפרוטוקולים החלקיים של הדיונים שקיימו מוסדות התכנון טרם אישורה של תוכנית הפארק שהגיעו לידי המתנגדים עולה כי מעולם לא נטען שהשטח הבנוי הקיים של א-נבי סמוויל וסביבותיו נמצאים על אתר ארכיאולוגי. לאמיתו של דבר, בדיון שקיימה ועדת המשנה לשמורות טבע של מועצת התכנון העליונה ב-1992 ציין העורך של תוכנית הפארק, אדר' דוד סקלי, כי הוחלט לכלול בתוך הקו הכחול שלה שטח גדול של כ-3,500 דונם "כדי לשמר את השטח כיחידת נוף ולהגן עליה מלחצי פיתוח. זוהי שמורת נוף שנתרה אחרונה בכל הצד הצפוני. חשיבותה לא פחותה ממוקד הקבר עצמו. שינו את התוכנית [הרחיבו את

גבולותיה מעבר לאתר הארכיאולוגי בגלל האספקט הזה". מנהל לשכת התכנון באותה עת ציין כי "המרכיב הגדול של התוכנית הוא שטח לשימור נופי", ולא אזור עתיקות.²⁵

36. אם כן, מטרתה הראשית של תוכנית הפארק לא היתה הגנה על אתר עתיקות מפני לחצי פיתוח, אלא שימור נופי. בדיונים בתוכנית הפארק אף לא נטען כי מדובר בשטח בעל איכויות מיוחדות או ערכי טבע נדירים, אלא פשוט בשטח הפתוח האחרון שנותר במרחב שמצפון לתחום המוניציפלי של ירושלים.

37. שימור נופי הוא כמובן אינטרס תכנוני לגיטימי, אבל כמו כל אינטרס תכנוני, יש לאזן אותו מול אינטרסים אחרים. בכל מקרה, ברור שלהיבטים של שימור נופי, עם כל חשיבותם, אין לייחס אותו משקל שאותו יש ליתן לאינטרס מובהק של מניעת פגיעה באתר עתיקות. אף אם בתי הכפר היו ניצבים ממש על האתר הארכיאולוגי, מוסדות התכנון היו נדרשים לבצע את האיזונים הראויים ובמסגרת זאת לתת משקל רב לאינטרסים של תושבי א-נבי סמויל.

38. בהקשר הקונקרטי של א-נבי סמויל, תוכנית הפארק נתנה לאינטרס של שימור נופי משקל מכריע, תוך התעלמות מוחלטת מהאינטרסים הלגיטימיים לא פחות של תושבי הכפר, החיים במקום בהתיישבות קבע לפחות מאז המאה ה-19, לאיכות חיים ראויה ולמתן מענה לצרכים התכנוניים שלהם, בהווה ובעתיד. יתר על כן: הטענה המרכזית של העורך של תוכנית הפארק היתה כאמור שבשל עבודות פיתוח שנעשו במרחב הסמוך למתחם הקבר, לא נותרו בו כמעט יחידות נוף של שטחים פתוחים, ומכאן קם הצורך כביכול בהטלת איסורי בנייה גורפים על כל שטח הפארק.

39. ואולם, עבודות הפיתוח שנעשו במרחב זה, ואשר בגינן נפגעו יחידות הנוף שהיו קיימות בו קודם לכן, נעשו רובן ככולן בהתנחלויות הישראליות שהוקמו בו. כך, תוכנית 215/2 שאושרה לשכונת הר שמואל השייכת מוניציפלית לגבעת זאב נמצאת במלואה באדמות הכפר א-נבי סמויל. במסגרתה שונה ייעוד הקרקע משטח חקלאי בתוכנית RJ/5 לשטח לפיתוח שכונות מגורים. תוכנית 215/2 מקיפה כ-298 דונם ומאפשרת הקמת 311 יחידות דיור. כלומר, הפגיעה ביחידות הנוף של השטחים הפתוחים שהיו באזור לפני 1967 לא נגרמה באשמת הכפר א-נבי סמויל ותושביו, אלא בשל ההחלטה התכנונית לאפשר הקמת יישובים ישראלים במרחב זה. אף על פי כן, את מחיר ההגנה על יחידות הנוף של השטחים הפתוחים הנותרים גבתה תוכנית הפארק דווקא מתושבי א-נבי סמויל.

40. לנושא זה התייחס בדבריו מר ציון שוקר מהמינהל האזרחי בדיון בתוכנית הפארק בוועדת המשנה לשמורות טבע:

"גבעת זאב קיבלה חלק מאדמות נבי סמואל. המדינה לא נתנה שום שירותים למקום [לכפר א-נבי סמויל]. במקום חיים אנשים שאנחנו, המינהל האזרחי רוצים בטובתם. למה [לא] להוציא אותם החוצה בעצם יהיה להם יותר קל. יש מקבצי בתים אותם יש להוציא מהתוכנית".²⁶

41. יתר על כן, תוכנית הפארק הגדירה שטח עצום של כ-3,400 דונם (שטחה הכולל של התוכנית בניכוי שטח האתר הארכיאולוגי והדרכים המסומנות בה) כשטח פארק שהפיתוח בו אסור. כאמור לעיל, השטח הבנוי הקיים של הכפר א-נבי סמויל מקיף פחות מ-60 דונם, והוא נמצא כולו בחלק הדרומי-המערבי של תוכנית הפארק, בשטח מופרע ממילא. להערכתנו, בתכנון מפורט המביא בחשבון את צרכי הכפר 20 שנה קדימה די יהיה בשטח לפיתוח בהיקף של כ-100 דונם כדי לענות על הצרכים. לפיכך, שינוי הוראותיה של תוכנית הפארק באופן שיאפשר בנייה ופיתוח בכפר א-נבי סמויל יותיר את רוב-רובו של השטח שנכלל בתוכנית הפארק כשטח נוף פתוח, כאשר הפגיעה באינטרס של שימור הנוף תהיה מוגבלת לשטח מצומצם בהיקף של פחות מ-3% מהשטח שיועד לפארק בתוכנית 51/107, ואף זאת בבנייה שאינה מפוזרת על פני שטח נרחב אלא מרוכזת באזור מוגדר המופרע ממילא.

²⁵ פרוטוקול מס' 1/92 של ועדת המשנה לשמורות טבע של מועצת התכנון העליונה, 18.11.1992.
²⁶ שם.

42. לאור כל האמור לעיל תתבקש הוועדה הנכבדה להורות על הרחבת הקו הכחול של התוכנית, באופן שיכלול את שלושת המקבצים המהווים את השטח הבנוי של הכפר א-נבי סמוויל ואת השטחים שביניהם. כן תתבקש הוועדה לקבוע במסמכי התוכנית ייעוד קרקע חדש, מגורים ושימושים נלווים, ולהגדיר בייעוד זה את כל השטח האמור שיצורף לתוכנית שבנדון. זכויות ומגבלות הבנייה בשטח זה, כמו גם גבולותיו המדויקים, ייקבעו בתוכנית מפורטת שתאושר כדין. עד אישורה של תוכנית מפורטת כאמור, יש לאפשר הוצאת היתרי בנייה מכוח התוכנית שבנדון להרחבת מבנים קיימים – לרבות מבנים שאינם משמשים למגורים – על ידי הכפלת השטח הבנוי הקיים (בין אם בתוספת קומה, בין אם בהגדלת תכנית ובין אם בשילוב בין שתי האפשרויות הללו), לשיקום מבנים קיימים ולהקמת תשתיות חיוניות.

ד. שימושים חקלאיים

43. כאמור לעיל, תוכנית הפארק אוסרת על שימושים חקלאיים בשטח הפארק, למעט נטיעות "מצמחייה ארץ ישראלית מקומית ו/או מצמחיית הבוסתן המקומית". הוראה זאת בתוכנית התקפה, באופן שבו היא נאכפת הלכה למעשה על ידי המינהל האזרחי, מונעת מתושבי הכפר א-נבי סמוויל לעבד את אדמותיהם ולהתפרנס מהן. לדוגמה, ב-19.6.2011 הוציא קמ"ט שמורות טבע צו נגד תושבים מא-נבי סמוויל בגין נטיעת כ-50 עצי פרי בתחום הפארק.

44. בשטח שנכלל בתחום תוכנית הפארק יש צמחייה מקומית דלילה בלבד. לפיכך, נטיעת עצי פרי – בוודאי עצים אופייניים לנוף של הרי יהודה, כמו עצי זית, תאנה ושקד – לא זו בלבד שאין בה כדי לפגוע בערכים הנופיים שתוכנית הפארק ביקשה במוצהר לקדם, אלא ההיפך הוא הנכון: היא צפויה דווקא לקדם ערכים אלה ולשפר את החזות הנופית של האתר. אכן, החקלאות המסורתית היא חלק בלתי נפרד מהנוף הטיפוסי לאזור, וכמו במקומות אחרים (אזור הכפר בתיר, למשל) יש לקדמה, ולא להטיל עליה מגבלות ואיסורים.

45. מלכתחילה לא היה אפוא מקום לכלול בהוראותיה של תוכנית הפארק מגבלות ואיסורים אלה על העיבוד החקלאי. דברים אלה נכונים שבעתים כיום, לאחר השלמת מכשול ההפרדה שכלא את הכפר במובלעת תפר, תוך ניתוק משמעותי של הקשרים המרחביים בינו לבין הכפרים הפלסטיניים הסמוכים, שנותרו בצד האחר של המכשול. אם בעבר יכלו תושבי הכפר למצוא פרנסה גם ביישובים הפלסטיניים הסמוכים, הרי שכיום אפשרות זאת נסגרה בפניהם במידה רבה. בנסיבות אלו יש לחקלאות המקומית חשיבות יתר כמקור פרנסה.

46. לאור כל האמור לעיל, יש לשנות את ההוראות בתוכנית הפארק הנוגעות לשימושים חקלאיים ולקבוע כי עיבוד חקלאי רגיל, לרבות נטיעות וגידולים אחרים, יתאפשרו בשטחה באופן חופשי ובלי מגבלות. ככל שרשויות התכנון באזור סבורות כי יש להטיל מגבלות מסוימות על העיבודים החקלאיים בשטח הפארק (לדוגמה, איסור על נטיעת מיני עצים מסוימים), יש להגדיר את המגבלות באופן מדויק ומידתי, תוך מתן משקל רב לאינטרס של תושבי הכפר ולצרכי הפרנסה שלהם.

ה. חופש הפולחן הדתי והגישה למסגד

47. התוכנית שבנדון מאפשרת בין היתר הקמת קופה בכניסה לאתר הארכיאולוגי. באמצעות הוראה זאת התוכנית יוצרת את התשתית התכנונית לגביית תשלום עבור הכניסה לאתר הארכיאולוגי, שבלבו נמצא המסגד היחיד של הכפר א-נבי סמוויל.

48. התוצאה שעלולה להיווצר היא שתושבי הכפר, שכולם מוסלמים, יידרשו לשלם עבור הזכות להיכנס למתחם הקבר, שם נמצא המסגד של הכפר. כלומר, הם יידרשו לשלם בכל עת שיבקשו לממש את זכותם הבסיסית לקיים את הפולחן הדתי המוסלמי.

49. בנוסף, התוכנית שבנדון מאפשרת הקמת גדרות, ומנספח הבינוי עולה כי אכן יש כוונה לגדר את מתחם הקבר. גם האפשרות להקים קופה במקום עולה בקנה אחד עם מגמת הגידור,

שהרי אין אפשרות לגבות תשלום עבור הכניסה לאתר בלי לגדרו. מצב עניינים זה, שבו האתר הארכיאולוגי שבלבו נמצא המסגד של הכפר יהיה מגודר, יטיל מגבלות חמורות על הגישה של תושבי א-נבי סמוויל אל המסגד, וזאת אף בהתעלם מסוגיית התשלום. כך, אין כמעט ספק כי לאחר שיגודר האתר ותימנע הגישה החופשית אליו, תוטלנה מגבלות על שעות הכניסה בתשלום, מאחר שתידרש הפעלת כוח אדם שיגבה את התשלום בקופה. במצב עניינים זה תימנע לחלוטין הגישה מתושבי א-נבי סמוויל אל המסגד בשעות ובמועדים (שבתות, חגי ישראל) שבהם האתר הארכיאולוגי יהיה סגור לקהל – תוך פגיעה קשה בחופש הפולחן הדתי שלהם ובמצוות הדת המוסלמית.

50. מדובר בתוצאה בלתי מתקבלת על הדעת ויש בה כדי לפגוע פגיעה קשה בזכותם של תושבי הכפר לקיים את מצוות דתם. **לפיכך יש לבטל את הוראות התוכנית המאפשרות לגדר את האתר הארכיאולוגי ולהקים בכניסה אליו קופה.** לחלופין יש להוסיף להוראות התוכנית התניה שתקבע כי ככל שייגבה תשלום עבור הכניסה לאתר, תושבי א-נבי סמוויל יהיו פטורים ממנו. בנוסף יש לקבוע בתוכנית הוראות תפעול שיאפשרו לתושבי הכפר גישה חופשית אל המסגד בכל עת, לרבות בשעות ובמועדים שבהם האתר יהיה סגור לקהל.

1. מערכת הדרכים

51. בתוכנית שבנדון מסומן כאמור קטע דרך חדש, שלא נכלל בתוכנית הפארק. מדובר בקטע הצפוני-מזרחי של כביש 1, שאורכו כ-300 מ'. לפי המוצע תיווצר מערכת טבעתית של דרכים שתקיף את האתר הארכיאולוגי מכל עבר.

52. לדעתנו, אין הצדקה למערכת הדרכים המסומנת בתוכניות התקפות, לא כל שכן שאין צורך בקטע החדש המוצע של כביש 1. זאת מאחר שדי בכביש הקיים (כביש 4) כדי לענות על הצרכים ולאפשר נגישות הן לכפר והן לאתר הארכיאולוגי. יוזכר בהקשר זה כי מרבית הדרכים המסומנות בתוכניות התקפות (כביש 1 וכביש 3) טרם בוצעו, אם כי בתוואי של חלק מהן יש דרכי עפר. ביצוע מערכת הדרכים המוצעת יפגע בשטחים פתוחים ובנוף, בניגוד למטרה המוצהרת של תוכנית הפארק ושל התוכנית שבנדון, וזאת בלא שקיים צורך תכנוני שמצדיק פגיעה זאת.

53. בנוסף, בתשריט התוכנית ובנספח הבינוי לא נקבע רוחב זכות הדרך לדרכים המאושרות והמוצעות ואין בהם רוזטות. מדידה גראפית שביצענו מעלה כי רוחב זכות הדרך שהתוכנית שבנדון מייעדת לקטע החדש המוצע של כביש 1 הוא 16 מ'. לדעתנו וכאמור לעיל, אין כלל הצדקה תכנונית לקטע כביש זה, וודאי שאין הצדקה תכנונית לרוחב זכות דרך גדול כל כך.

54. **לפיכך מוצע לבטל את כבישים 1 ו-3 שסומנו בתוכנית הפארק על תיקוניה, אשר אין בהם צורך תכנוני וביצועם יגרום פגיעה נופית. כל שעמדה זאת תידחה, יש לפחות לבטל את הקטע החדש המוצע של כביש 1. בנוסף, יש להוסיף לכל הדרכים רוזטות ולציין בהן את רוחב זכות הדרך, את מספרה ואת קווי הבינוי.**

2. לאקונות תכנוניות ושימוש בלתי חוקי בתוכניות בינוי

55. התוכנית שבנדון קובעת כי היתרי בנייה יינתנו מכוחה בכפוף לתוכנית בינוי שתאושר.

56. התוכנית שבנדון הופקדה מכוח סעיף 23 לחוק הירדני שעניינו תוכניות מפורטות. הסעיף קובע נושאי חובה שכל תוכנית מפורטת חייבת להתייחס אליהם, ובהם "קביעת מיקום הבניינים, קווי הבניין, נסיגת הבניין, הצורה, השטח המזערי של הקרקע ואורך החזית הקדמית".²⁷ למרות דרישה זאת שבדין, התוכנית שבנדון לא קובעת הוראות בעניין שטח מגרש מזערי, תכסית וקווי בניין. לאמיתו של דבר, היא מותירה את קביעת הוראות הבינוי בנושאים אלה לתוכנית הבינוי.

²⁷ סעיף 23(5)(ג) לחוק הירדני.

57. כידוע, תוכנית בינוי אינה תוכנית תכנון ואין לציבור זכות להגיש לה התנגדות. לפי הפסיקה, אמנם אין פסול בשימוש בתוכניות בינוי, אולם זאת בתנאי שבתוכנית הבינוי לא ייכללו נושאים שהסדרתם נדרשת בתוכנית סטטוטורית. כדברי בית המשפט העליון,

"תוכנית בינוי אינה תוכנית מבין התוכניות שחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965, מונה אותן בין התוכניות שהוא דן בהן. נושא שיש להסדירו בתוכנית מן התוכניות שהחוק הנ"ל מונה אותן אין להסדירו בתוכנית בינוי. תוכנית בינוי כשמה כן היא, היינו תוכנית המפרטת, על יסוד קביעותיה המפורשות של תוכנית בניין עיר המוכרת בדין, מה יהיו תהליכי ביצוע הבינוי, הלכה למעשה, הא ותו לאו. אני שב ומדגיש כי אין להסדיר בתוכנית בינוי בלבד נושא כלשהו החייב להיות מוסדר בתוכנית מתאר או בתוכנית מפורטת. תוכנית הבינוי יכולה להיווסף על הסדר נאות של הנושא הכלול בתוכנית המוכרת בדין, כדי לפרט שלבי ביצוע או דרכי ביצוע, אך אינה באה במקום תוכנית כאמור ואינה מייתרת אותה".²⁸

58. השימוש בתוכניות בינוי להסדרת נושאים תכנוניים, שלפי דין יש לקבוע אותם בתוכנית סטטוטורית, שולל מהציבור את זכות ההתנגדות שהוכרה כזכות יסוד. שהרי במקום שהתוכנית המפורטת המופקדת להתנגדויות הציבור, כדוגמת התוכנית שבנדון, לא קובעת הוראות בעניין קווי בניין אלא מותירה את הסדרתו של נושא תכנוני חשוב זה לתוכנית בינוי – נשללת מהציבור הזכות להתנגד לקווי הבניין שייקבעו בתוכנית הבינוי שאינה מופקדת להתנגדויות. כדברי השופט גרוניס (כתוארו אז) בעת שכיהן בבית המשפט המחוזי בתל אביב, "הבעיה העיקרית בקשר לתוכניות שאינן סטטוטוריות – שכינין תוכניות בינוי או תוכניות עיצוב ארכיטקטוני – הינה העדר אפשרות חוקית להתנגד להן... כאשר מתקבלת תוכנית סטטוטורית, המתנה הוצאת היתרי בנייה באישור של תוכנית בינוי... נשללת למעשה האפשרות להגיש התנגדות לתוכנית הנוספת".²⁹

59. לאור האמור לעיל, אישורה של התוכנית שבנדון במתכונתה הנוכחית – כאשר היא אינה קובעת הוראות בינוי שלפי החוק הירדני חובה לקבוע אותן בתוכנית סטטוטורית (שטח מגרש מזערי, קווי בניין וכו') – יהיה בלתי חוקי. לפיכך יש לתקן את הוראות התוכנית ולכלול בהן הוראות בינוי מפורטות כנדרש על פי דין. ככל שיוחלט להתנות הוצאת היתרי בנייה באישורה של תוכנית בינוי, יש לקבוע בבירור כי תוכנית הבינוי תוכל להסדיר סוגיות עיצוביות שהסדרתן לא נדרשת בתוכנית סטטוטורית, ותו לא.

ח. סיכום

60. התוכנית שבנדון מציעה להכניס שינויים מהותיים בהוראותיה של תוכנית הפארק שאושרה ב-1997 ולאפשר בנייה רחבת היקף ולצרכים שונים בלב האתר הארכיאולוגי שבו נמצא לפי המסורת קבר הנביא שמואל. בעצם הפקדתה גילו מוסדות התכנון את דעתם כי אכן נדרש לעדכן את תוכנית הפארק שאינה תואמת עוד את הצרכים בהווה.

61. למרות זאת, התוכנית שבנדון משמרת במלואם את איסורי הבנייה שתוכנית הפארק הטילה על הכפר א-נבי סמוויל. בנסיבות העניין, ולאחר שנמצא כי כאמור יש צורך בעדכונה של תוכנית הפארק, יש מקום להכניס בה שינויים שיענו גם על הצרכים של תושבי הכפר – לרבות צרכי המגורים, הפרנסה והשירותים הציבוריים השונים.

62. לאור כל האמור לעיל, נבקש מהוועדה הנכבדה לקבל את ההתנגדות על כל סעיפיה ולאשר את התוכנית שבנדון למתן תוקף לאחר הכנסת כל השינויים שהוצעו לעיל, ובכלל זה הרחבת הקו הכחול של התוכנית והגדרת ייעוד קרקע חדש, "מגורים ושימושים נלווים",

²⁸ בג"צ 5631/92 יפו יפת ימים ואח' נ' שר הפנים ואח'.

²⁹ עת"מ (ת"א) 6/97 ועד אמנים-חוכרים ביפו העתיקה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, תל אביב.

שבתחומיו יתאפשר לתושבי הכפר לבצע הרחבות בינוי משמעותיות מכוח התוכנית שבנדון, כאשר בעתיד – עם השלמת תכנון מפורט לשטח זה – תותר בו גם הקמת מבנים חדשים.

63. נבקשכם להזמין אותנו לדיון בהתנגדות. אנו שומרים לעצמנו את הזכות להעלות בדיון טענות נוספות ואף חדשות ככל שיידרש.

בכבוד רב,

ניר שלו