



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8119/10

בפני: כבוד השופט מ' נאור  
כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופט ע' פוגלמן

העותרים: 1. משה פרידמן  
2. אשר ניסן מילר  
3. ברוך יהודה בלוי

נגד

המשיבים: 1. שר הפנים  
2. וועדה מקומית לתכנון ולבניה תל אביב  
3. וועדה מחוזית לתכנון ולבניה מחוז תל אביב  
4. רשות העתיקות  
5. השר לשירותי דת  
6. אלקטרה נדל"ן בע"מ  
7. 36 יפת LLC  
8. עדן יפו בע"מ

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: ו' בטבת התשע"א (13.12.10)

בשם העותרים: עו"ד גיל גורודיסקי; עו"ד רם גורודיסקי;  
עו"ד הדס ארנון

בשם המשיבים 1,3,5: אין התיצבות בשל שביתת הפרקליטים.

בשם המשיבה 2: עו"ד רונה רכס

בשם המשיבה 4: עו"ד רדואן בדחי

בשם המשיבה 6: עו"ד נחום קובובסקי

בשם המשיבה 7: עו"ד לורד אמנון; עו"ד גיא פורר

בשם המשיבה 8: עו"ד אורי חפץ

## פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

עניינה של העתירה שלפנינו בטענת העותרים לפגמים שנפלו בתכנית מפורטת מספר 3154 "מלון עדן ביפו" (להלן: תכנית 3154 או התכנית), שמכוחה מוקם בימים אלה פרויקט הכולל מלון ויחידות דיור (להלן: הפרויקט) במתחם ברח' יפת 36 ביפו, הידוע כחלקה 53 בגוש 7019 (להלן: המקרקעין). בגדר העתירה, מתבקשים ביטול תכנית 3154 וההיתרים שניתנו מכוחה, ומניעת ביצוען של פעולות בנייה וחפירה המנוגדות – לפי הנטען – להיתרים שניתנו. עוד מבקשים העותרים, בין היתר, לחייב את המשיבה 4 להפעיל את סמכותה ולמנוע מן המשיבות 6-7 לפגוע בקברים המצויים בשטח המתחם; לחייב את המשיב 5 במתן הוראות מתאימות להגנת הקברים ועצמות האדם; ולחייב את המשיבות 6-8 להפסיק את עבודות הבניה הפוגעות בקברים, עד למציאת פתרון הנדסי מוסכם.

הרקע העובדתי

1. המקרקעין נושא העתירה הינם חלק מאתר עתיקות מוכרז, וניצב עליהם, בין היתר, מבנה לשימור, הידוע כבית החולים הצרפתי. בשנת 2004, לאחר הפקדת תכנית 3154 ומשלא הוגשו לה התנגדויות, אושרה התכנית על-ידי הועדה המחוזית לתכנון ולבניה תל אביב. בגדר התכנית, שונה ייעוד המקרקעין, כך שיאפשר שימוש למלונאות ולמגורים. בצד זה נקבעו בה הוראות מחמירות בסוגיות של שיקום ושחזור, ובנוגע לבניינים המיועדים להריסה המצויים בתחומה.

במרוצת חודש יולי 2006 רכשה המשיבה 7 (להלן: יפת), שהינה חברת חוץ, מן המשיבה 8 את זכויות החכירה במקרקעין על מנת להקים עליהם את הפרויקט. במהלך חודש יוני 2008, התקשרה יפת עם המשיבה 6 (להלן: אלקטרה) בהסכם, שלפיו הפכה האחרונה לשותפה ב-50% מן הפרויקט. במאמר מוסגר יצוין, כי בין יפת לבין אלקטרה מתנהלים בימים אלה הליכים משפטיים בקשר עם הודעה שמסרה אלקטרה ליפת בדבר ביטול ההסכם. בהתאם למדיניות הנהוגה במקרקעין שהוכרזו כאתר עתיקות, נדרש כי קודם לתחילת העבודות להקמת הפרויקט, תמפה המשיבה 4 – היא רשות העתיקות – את המקרקעין, ותבצע בהן חפירות "הצלה". חפירות אלה נועדו לתעד ולחקור את העתיקות בשיטות מדעיות מקובלות ולפרסם את הממצאים טרם מתן אישור מנהל רשות העתיקות לביצוע פעולות פיתוח במקרקעין. על רקע זה, ניהלה רשות העתיקות בין השנים 2007-2008 שלוש עונות חפירה ארכיאולוגית במקרקעין. בגדר החפירות,

מופו קברים שהיו מצויים במקרקעין, ובתום המיפוי בשנת 2009, נמסרה הודעה למשרד לשירותי דת. בצד זה, הועברו תכניות הבניה של הפרויקט ליועץ השר לענייני קברים עתיקים, מר שלום פריד, ונערך עימו סיור במקרקעין. לאחר שנסתיימו החפירות, הוצאו משטח המקרקעין חלק מן הממצאים הארכיאולוגיים, וחלקם האחר נותר במקומם. בשלהי חודש מרץ 2009 ניתן אישור רשות העתיקות למתן היתר בנייה בשטח הפרויקט. אישור זה הותנה, בין היתר, בכך שהבניה באתר תבצע בהתאם לתקנות התכנון והבנייה (בקשה להיתר, תנאיו ואגרות), תש"ל-1970; כי היא לא תפגע בממצאים ארכיאולוגיים; וכי כל עבודה הכרוכה בפגיעה בתת הקרקע או בכיסויה, תיעשה בנוכחות מפקח מטעם רשות העתיקות ובאישור מנהל רשות העתיקות.

2. לשם הקמת הפרויקט וביצוע פעולות החפירה והדיפון הכרוכים בו, נדרשה העתקתם ממקומם של קברים שהתגלו במקרקעין המיועדים לחפירה. פעולות ההעתקה בוצעו במשך כחודשיים על-ידי המכון הישראלי לארכיאולוגיה, והסתיימו בחודש יוני 2010. העצמות שנמצאו נמסרו – בהתאם לנוהל המקובל והנחיית היועץ המשפטי לממשלה מיום 22.7.94 – לנציג המשרד לשירותי דת, אשר דאג להבאתן לקבורה. במהלך ביצוע פעולות ההעתקה ואף לאחריהן, התקיימו פעולות מחאה נגד פינוי הקברים על-ידי קבוצות חרדיות, אשר הצריכו לא פעם את התערבות המשטרה. ניסיון להרגיע את הרוחות בפגישה בין נציגי יפת לבין הגורמים המוחים, לרבות בדרך של עריכת סיור במקום – לא עלה יפה. בחודש אוגוסט 2010 הוצא היתר חפירה ודיפון לפרויקט, שמכוחו מתבצעות בימים אלה בשטח הפרויקט עבודות דיפון המצויות – לטענת יפת – בישורת האחרונה.

טענות העותרים

3. לטענת העותרים, עבודות החפירה שבוצעו במקרקעין, חיללו קברי יהודים ופגעו בכבוד המת, במסורת ישראל ובדת היהודית. לדידם, תכנית 3154 שמכוחה בוצעו החפירות, פוגעת בזכות החוקתית לכבוד, המוסיפה לעמוד לאדם גם לאחר מותו, ואינה מקיימת את מבחני המידתיות הקבועים בפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עוד מציינים העותרים כי יש בפעולות המתבצעות כדי לפגוע ברגשות הציבור הדתי בישראל ובתפוצות. לחלופין גורסים העותרים, כי המשיבות 6-8 אינן עומדות בתנאי ההיתרים שניתנו להן, שלא אפשרו ביצוע חפירות לעומק הקרקע, תוך פגיעה בקברים עתיקים, בתגליות ארכיאולוגיות ובמסורת ישראל. לדבריהם, אף עתה מצויים במקרקעין שטחים שטרם נבדקו, שבהם קיימת הסתברות גבוהה למציאת קברים, ומכאן שיש מקום לתור אחר חלופות – הנדסיות או אחרות – שימנעו את

חילולם, כפי שנעשה במקרים אחרים, ולא למהר לבצע חפירות לעומק הקרקע אשר הורסות קברים ופוגעות בעצמות אדם.

4. בצד האמור, טוענים העותרים כי רשות העתיקות, שהינה בעלת סמכות מכוח חוק לפיקוח על אתרי עתיקות ולמתן היתרים לביצוע חפירות ארכיאולוגיות, לא הפעילה את סמכויותיה באופן סביר, הן בשלב אישור התכנית, הן בשלב מתן ההיתר לחפירה, הן בשלב הפיקוח על העבודות בפועל. לטענתם, כגוף ציבורי, על רשות העתיקות, לנהוג בשקיפות מלאה בכל הנוגע לממצאים המתגלים במקרקעין, ואין היא רשאית להסתיר מידע רלוונטי הנוגע לאופי והיקף פעילותה במגרש נושא העתירה.

טענות המשיבים 3,1 ו-5 (להלן: המדינה)

5. לטענת המדינה, דין העתירה להידחות על הסף מחמת קיומו של סעד חלופי בבית המשפט לעניינים מינהליים. לדידה, בית המשפט לעניינים מינהליים אמנם אינו מוסמך לדון בהחלטות שר הפנים או השר לענייני דתות, הם המשיבים 1 ו-5 בענייננו, ואולם שרים אלה אינם בעלי דין מתאימים ורלוונטיים לעתירה. המדינה מדגישה כי תפקידו של המשרד לשירותי דת בגדרו של הנוהל הקיים, מתמצה בקבלת עצמות אדם אשר מתגלות במהלך חפירות והבאתן לקבורה. בצד זה, גורסת המדינה כי העתירה הוגשה ללא מיצוי הליכים נאות, שכן העותרים פנו במכתב אל המשיבים רק כשלושה שבועות קודם להגשת העתירה, ולא ראו להמתין לקבלת תשובה סופית לפנייתם בטרם הגישוה. לבסוף, טוענת המדינה כי בהגשת העתירה נפל שיהוי ניכר.

טענות המשיבה 2

6. גם המשיבה 2 סבורה כי דינה של העתירה להידחות על הסף מחמת קיומו של סעד חלופי בבית המשפט לעניינים מינהליים, ומחמת שיהוי ניכר בהגשתה. היא מציינת כי העותרים נמנעו מלבאר מדוע השתהו עד עתה. בצד זה גורסת המשיבה 2 כי יש לדחות את העתירה גם מחמת אי מיצוי הליכים. עוד נטען כי דינה של העתירה הנוגעת לבטלות תכנית 3154 והיתרי הבניה מכוחה, ולחיובה כי תפעיל את סמכותה למנוע את פעולות הבנייה והחפירה במקרקעין, להידחות גם לגופה.

טענות המשיבה 4 – רשות העתיקות

7. לטענת רשות העתיקות, בחפירות הארכיאולוגיות שבוצעו עד כה במקרקעין, לא נתגלו ממצאים או עדויות המזהים את הקברים כקברים יהודיים. לדידה, בהתאם למדיניות הנהוגה על-ידה, אין היא מתירה כל פעולות פיתוח בשטח שבו נתגלו קברים

או עתיקות קודם שהושלמו הפירות ההצלה. לדברי רשות העתיקות, במקרה דנן נעשו החפירות הארכיאולוגיות, לרבות פינוי עצמות האדם, בהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה, בזהירות וברגישות, בפיקוחה הצמוד, ולאחר תיאום עם נציג המשרד לשירותי דת. נוכח זאת, סבורה היא, כי באיזון בין צרכי החיים לבין השמירה על כבוד המת, ובהתחשב ברצון לקדם את מדע הארכיאולוגיה ובצרכי הפיתוח של הארץ, אין מניעה – בכפוף לאמות המידה האמורות, לחפירת קברים עתיקים של יהודים ושל לא יהודים הפזורים ברחבי הארץ.

טענות אלקטרה

8. אלקטרה מציינת כי מזה חודשים ארוכים היא אינה מעורבת בפרויקט בכל צורה שהיא, ואין לה כל אפשרות מעשית או זכות חוקית להשפיע על עצם קיומן של העבודות בפרויקט או על אופן ביצוען. אשר על-כן, טוענת אלקטרה כי היא נעדרת כל עמדה בעתירה, ועותרת לפסיקת שכר טרחת עו"ד והוצאות משפט לטובתה, בגין היגררותה על-ידי העותרים – כך לפי טענתה – להליך לא לה.

טענות יפת

9. גם יפת סבורה כי דין העתירה להידחות על הסף ואף לגופה, וזאת מכמה טעמים: ראשית, גורסת היא כי העתירה לוקה בשיהוי אובייקטיבי וסובייקטיבי מובהק. שנית, סבורה יפת כי דין העתירה להידחות גם בשל כך שהיא אינה מגלה עילה. זאת, נוכח טענתה כי פינוי הקברים אינו פוגע בכבוד המת וברגשות הציבור החרדי, שכן אין מדובר בקברי יהודים, וממילא אין ההלכה אוסרת פינוי קברים כשהנסיבות מורות על כך. עוד מטעימה יפת, כי גם בעובדה שפינוי הקברים נעשה באופן מכובד, מסודר, בהתאם לדין, לנהלים ולנוהג הקיים ותוך עדכון המשרד לשירותי דת, יש כדי לשלול את הטענה בדבר פגיעה בכבוד המת. לשיטת יפת, אפילו היתה גלומה בתכנית פגיעה בכבוד המת או ברגשות הציבור, לא היה בדבר כדי להביא לביטולה, שכן מדובר בתכנית סופית, שאושרה וקיבלה תוקף, והקברים שבהם מדובר הינם קברים עתיקים, שלא היו גלויים לעין בשלב התכנוני, לא היו ידועים לאיש ונחשפו רק עם תחילת העבודות. לטענת יפת, גם בזכות הקניין של בעלי הקרקע יש כדי להצדיק את דחיית הטענה בדבר בטלות התכנית. טעם שלישי המצדיק – לגישת יפת – את דחיית העתירה הינו חוסר ניקיון הכפיים של העותרים ושל הציבור שלטענתם הם מייצגים, בני העדה החרדית. לגישת יפת, קבוצה זו פעלה ופועלת במשך חודשים באופן פסול, תוך נטילת החוק לידיה ותוך הפגנת אלימות, בניסיון לחבל בפרויקט ולסכלו בכל דרך אפשרית. נוכח התנהלות זו, סבורה יפת כי על בית המשפט להימנע מליתן לעותרים את הסעד

המבוקש על-ידם. לבסוף, גורסת יפת כי יש לדחות את העתירה על הסף גם בשל אי מיצוי ההליכים המינהליים בטרם הגשתה.

טענות המשיבה 8

10. לדברי המשיבה 8 עד ליום 18.7.06 היא היתה בעלת זכות החכירה במקרקעין, ואולם במועד זה היא מכרה את כל זכויותיה ליפת. לטענתה, משלא נותרו לה כל זכויות במקרקעין, ואין בידה לשלוט בנעשה בהם, שומה על בית המשפט למחוק על הסף את העתירה נגדו, תוך פסיקת הוצאות בהתאם.

בסיכום הדיון שקיימנו, הורינו לצדדים הנוגעים בדבר להגיש השלמות טיעון, נתמכות בתצהיר, בהתייחס להמשכן המתוכנן של העבודות ולטענת העותרים בדבר קיומן של עצמות אדם המפוזרות על פני המקרקעין. לאחר שהוגשו התצהירים ומשהוגשה תגובת העותרים ביום 4.1.11, בשלה המחלוקת להכרעתנו.

דיון

(א) טענות מקדמיות

11. העותרים בחרו לכלול כמשיבים לעתירה גורמים, אשר כפי שהתברר מתגובתם, אינם בעלי זיקה ממשית לסעד המבוקש בעתירה, ואין בידם להשפיע על הנעשה במקרקעין. זהו, למשל, המקרה, ככל שמדובר באלקטרה ובמשיבה 8. כפי שמציינת אלקטרה, מזה חודשים ארוכים היא אינה מעורבת בפרויקט נושא העתירה ואין בידה אפשרות מעשית או זכות חוקית להשפיע על עצם קיומן של העבודות בפרויקט או על אופן ביצוען. בין אלקטרה לבין יפת נטושה אמנם מחלוקת בשאלת ביטול ההתקשרות החוזית בין השתיים בנוגע לשותפות במקרקעין נושא העתירה, ואולם, באין חולק על כך שבפועל, נמנעת אלקטרה מליטול חלק בעבודות המתבצעות במקרקעין ואין היא מעורבת בהחלטות הנוגעות להן, הרי שברי כי לא ניתן להעניק לעותרים את הסעד המבוקש לגבי אלקטרה בדבר הפסקת עבודות הבניה הפוגעות הקברים. אשר למשיבה 8, הרי שלדבריה, ביום 18.7.06 היא מכרה את כל זכויותיה במקרקעין ליפת, ועתה אין לה זיקה למקרקעין או יכולת להשפיע על הקורה בהם. דברים אלה אושרו על-ידי יפת עצמה כגדר טיעוניה בכתב. במצב דברים זה, אין העתירה נגדה מגלה עילה נגד משיבות אלה, ובכל שאמור בהן – דינה להימחק על הסף.

12. גם לגבי כמה מן המשיבים הנוספים, אין מקום להידרש לעתירה לגופה ודינה להידחות על הסף. בגדר עתירתם, ביקשו העותרים כי יינתן צו על תנאי נגד שר הפנים,

הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב והועדה המחוזית לתכנון ובניה תל-אביב – הם המשיבים 1-3 – כי יורו על בטלות התכנית, וימנעו פעולות בנייה וחפירה בפרויקט המבוצעות בניגוד להיתרים. דא עקא, שלעניין סעדים אלה קיים סעד חלופי בדרך של פנייה לבית המשפט לעניינים מינהליים. לפי פרט 10(א) לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000 (להלן: חוק בתי משפט לעניינים מינהליים), מוסמך בית המשפט לדון ב"ענייני תכנון ובניה, למעט פרק י': עבירות ועונשין, ולמעט החלטות שעניינן תוכנית מתאר ארצית או מחוזית והחלטות שר הפנים". אמנם הסעיף מוציא מגדר סמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים את שר הפנים, אולם צירופו של זה האחרון להליך בהקשר זה, הוא מלאכותי ואינו נדרש. ממילא אין בכך כדי לגרוע מסמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים מלדון בסעדים המבוקשים שעניינם תוקף התכנית וההיתרים שניתנו מכוחה. במצב דברים זה, יש לדחות את העתירה על הסף נגד משיבים אלה, בשל קיומו של סעד חלופי (ראו למשל בג"צ 3112/10 חברת מואסטת אלאקסא בע"מ נ' עיריית תל-אביב יפו (לא פורסם, 4.5.10)).

את עמדתנו זו הבהרנו לעותרים במהלך הדיון בעתירה והם לא חלקו עליה. משכך, וכפי שהבהרנו באותו מעמד – נמקד את דיוננו בהפעלת סמכותה של רשות העתיקות.

13. קודם שניזקק לטענות המכוונות לפעלה של רשות זו, יש להידרש לטענת השיהוי שמעלים המשיבים השונים, בהתייחס לפעולתה של אותה רשות. כידוע, טענת שיהוי מצריכה בחינה של שלושה יסודות: שיהוי סובייקטיבי, שיהוי אובייקטיבי ומידת הפגיעה בעקרון שלטון החוק. בחינת השיהוי הסובייקטיבי מתמקדת בהתנהגות העותר בפועל. השאלה שנשאלת בהקשר זה היא האם התנהגותו עולה כדי ויתור משתמע על זכותו לפנות לערכאות. לעומתה, מתמקדת בחינתו של יסוד השיהוי האובייקטיבי במידת הפגיעה באינטרסים של צדדים שלישיים הנוגעים בדבר, וכן בשינוי שחל במצב בשטח. במקרה ששני יסודות השיהוי התקיימו, יש להעמיד כנגדם את מידת הפגיעה הנטענת בשלטון החוק ובאינטרס הציבורי מצד הרשות, ולערוך איזון בין השיקולים השונים (ראו: בג"ץ 3937/07 עיריית בית סאחור נ' ראש הממשלה, סעיף 8 (לא פורסם, 4.1.10); בג"ץ 2632/94 דגניה א' נגד שר החקלאות, פ"ד נ(2) 715, 742 (1996)). במקרה שלפנינו, הוגשה העתירה למעלה מתשעה חודשים לאחר שהוחל בפניו הקברים משטח הפרויקט. לטענת יפת, עבודות הדיפון המתבצעות בימים אלה בשטח מצויות בישורת האחרונה וזה מכבר הוחל בביצוע עבודות החפירה. מצב הדברים המתואר אכן מבסס שיהוי במובנו הסובייקטיבי. כפי שעולה מעתירתם,

העותרים היו מודעים לדבר קיומה של תכנית 3154, לקיומם של קברים בשטח המקרקעין המיועד לבניה ולתחילת העבודות במקרקעין החל מן השלבים המוקדמים. חרף כך, זולת מגעים בלתי רשמיים שנוהלו – לפי הנטען – בין גופים שהעותרים נמנים עליהם, לבין המשיבים 4-7, נמנעו העותרים מנקיטה בהליכים, ופנו בכתב לגורמים הנוגעים בדבר, אך ביום 14.10.10. התנהלותם זו עולה – לפיכך – כדי שיהוי סובייקטיבי. עוד נראה כי בשלב מתקדם זה של העבודות, חל שינוי משמעותי בשטח עצמו, והיכולת להשיב את הדברים לאחור הינה מוגבלת ובכך יש תימוכין גם ליסוד האובייקטיבי שעליו עומדים המשיבים.

14. חרף האמור, מצאתי כי כף המאזניים נוטה לטובת קיום דיון בעתירה לגופה. זאת, נוכח השלכותיהן של השאלות המתעוררות בה ובפרט זו של כבוד המת. תפקידו של בית המשפט בשמירה על שלטון החוק מחייב נקודת מבט רחבה, המביאה בחשבון לא רק את האינטרסים של בעלי הדין, אלא גם עקרונות כלליים הנוגעים לכלל החברה. לכך יש להוסיף כי היחס בין שלושת יסודות השיהוי נקבע בהתאם למשקלו היחסי של כל אחד מהשיקולים בנסיבות המקרה. לשון אחר, בהתאם לתוצאת האיזון בין אינטרס העותר בביטול המעשה המינהלי; אינטרס המשיב בקיומו; והאינטרס הציבורי בהגשמת שלטון החוק (ראו: בג"ץ 1262/06 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' סיעת ש"ס, סעיפים 12-13 (לא פורסם, 5.3.06)). במקרה שלפנינו, לוקה אמנם התנהלותם של העותרים בשיהוי ניכר, ואולם נוכח חשיבותה של השאלה שעל הפרק, ובאין אינטרס כבד משקל העומד מנגד, התומך בהימנעות מקיום דיון בעתירה לגופה, מצאתי כי אין בשיהוי בהגשת העתירה נגד המשיבה 4 כדי להצדיק לבדו את דחייתה, אולם יש להגביל את הבירור לחפירות שטרם בוצעו.

(ב) העתירה נגד המשיבה 4 – דיון לגופו של עניין

15. כאמור, העותרים הפנו שורה של טענות כלפי רשות העתיקות, שהינה הגורם הסטטוטורי המופקד על טיפול בכל ענייני העתיקות בישראל. הואיל והמקרקעין הם חלק מאתר עתיקות מוכרז, הותנו עבודות הפיתוח במסגרת תכנית 3154 בביצוע בדיקות ארכיאולוגיות מקדימות. הרשות ניהלה שלוש עונות חפירה ארכיאולוגיות בשטח המיועד לפיתוח, ונחשפו שכבות וממצאים ארכיאולוגיים מתקופות היסטוריות שונות. הקברים שנחשפו במהלך החפירה הינם – בחלקם מתקופת הברונזה המאוחרת ורובם משלהי התקופה הפרסית (המאות הרביעית – ששית לפנה"ס). כפי שמציינת הרשות, לא נתגלו ממצאים או עדויות המזהים את הקברים כקברים יהודיים. בגדר העתירה, התבקשה הוצאת צו אשר יורה לרשות העתיקות להפעיל את סמכותה, למנוע



מיפת מלפגוע ולהזיק לקברים המצויים בשטח הפרויקט, בין היתר, בדרך של הצבת מפקח מטעמה משך כל עבודות הבנייה. עוד נטען כי יש להורות לרשות העתיקות לעדכן את נציגות המגזר החרדי בהימצאות קברים בשטח ולהיוועץ עימה. לטענת העותרים, רשות העתיקות לא הפעילה את סמכותה באופן סביר, בהחליטה ליתן היתרים לביצוע חפירות במקרקעין, ובפעולותיה היא פוגעת בזכות האדם לכבוד וברגשות הציבור הדתי.

16. כפי שכבר הודגש, בגדר הדיון בעתירה שלפנינו, אין מקום לבחינה של פעולת רשות העתיקות בנוגע לעבודות החפירה ופניו הקברים שבוצעו קודם להגשת העתירה, שהינן בגדר מעשה עשוי. הדיון שלפנינו צופה פני עתיד, והוא מתמקד בעבודות שעדיין מבוצעות ועתידות להתבצע במקרקעין לשם השלמת הפרויקט. עוד יש להדגיש את הצהרתה של רשות העתיקות בכתובים כמו גם בדיון לפנינו ובהודעה משלימה מטעמה, כי כל פעולותיה בנושא עצמות אדם שמתגלות במהלך החפירות, מתבצעות בהתאם להנחיות שיצאו תחת ידו של היועץ המשפטי לממשלה בשנת 1994, וכך היא תוסיף לנהוג אף בעתיד. אמירה זו, שבה לא מצאנו עילה לפקפק, עולה בקנה אחד עם המבוקש בעתירה. הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, שלא נתקפה, ואף הובאה על-ידי העותרים לשם ביסוס טענותיהם בנוגע למדיניות הראויה, עומדת על הנוהל המקובל במקרה שבו נתגלו עצמות אדם במהלך החפירה, שעיקרו העברתן לידי המשרד לשירותי דת וטיפול בהן בהתאם להלכה. משמצהירה רשות העתיקות כי גם המשך פעולתה באתר יונחה בהתאם לאותן הנחיות, ניטל העוקץ מרבות מטענות העותרים נגדה.

17. לאחר בחינת הדברים, לא מצאנו ממש בטענת העותרים כי רשות העתיקות חורגת ממתחם הסבירות, בהתירה את ביצוע העבודות, הן בשלב מתן ההיתר לחפירה, הן בשלב הפיקוח על העבודות בפועל. סבירות התנהלותה של רשות, נשקלת, בין היתר, בהתאם לסוג הרשות המינהלית שבה מדובר, וכן בשים לב למומחיותה ומקצועיות בתחום שבו עוסקת ההחלטה (ראו למשל 5320/90 א.צ. ברנוביץ' נכסים והשכרה בע"מ נ' רשות ניירות ערך, פ"ד מו(2) 818, 837 (1990)). כשלפנינו רשות בעלת מיומנות, מקצועיות וניסיון בנושא שעל הפרק, ייטה בית המשפט, ברגיל, שלא להתערב בהחלטות בעלות אופי מקצועי שהתקבלו על-ידה. בגדר העתירה שלפנינו, תוקפים העותרים בין היתר, את החלטתה של רשות העתיקות להסתפק בביצוע חפירות בהיקף מוגבל באחת מרצועות השטח, תחת בחינה מקיפה יותר של הדברים, כדי לקבוע כי אין בנמצא קברים באותה רצועה, וניתן להתיר בה חפירה בלתי מסויגת לעומק הקרקע. סוגיות מעין אלה, כמו רבות מן הסוגיות האחרות שמסורות להכרעת רשות

העתיקות בפרויקט הנדון, הינן סוגיות מקצועיות מובהקות, ולא מצאנו כי הונחה עילה להתערבותנו בהן. לכך יש להוסיף כי את סבירות פעולתה של רשות העתיקות יש לבחון בהתבסס – בין היתר – על התשתית הסטטוטורית והתכנונית התקפות. הנחת היסוד הינה כי כל עוד לא הוכרע אחרת, מתבצעות העבודות בגדרה של תכנית 3154. זו – כאמור – לא נתונה לבחינתנו. רשות העתיקות מפעילה סמכויות פיקוח ואישור המוקנות לה בדין (ראו פרק ד' לחוק רשות העתיקות, התשמ"ט-1989; סעיף 29 לחוק העתיקות, התשל"ח-1978). בהפעלתן של סמכויות אלה, שומה עליה, ככל רשות מינהלית, לנהוג בהגינות, בתום-לב ובסבירות. בגדר כך, עליה לאזן כראוי בין השיקולים השונים הסובבים את המאטריה הרגישה שעליה היא מופקדת, ולהעניק לכל אחד מהם משקל ראוי בהתאם לחשיבותו היחסית (ראו למשל בג"צ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה (לא פורסם, 6.12.07); ע"מ 8284/08 תעשיית אבן וסיד בע"מ מינהל מקרקעי ישראל, סעיף 30 (לא פורסם, 13.9.09)). העובדה שרשות זו מנחה עצמה בנסיבות המקרה בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, ואינה סוטה מהן הינה בבחינת אינדיקציה לסבירות פעילותה (ראו יואב דותן הנחיות מינהליות 534-535 (תשנ"ו)). נזכיר כי נוהל העבודה הנזכר בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה, נוהג מזה שנים רבות ברשות העתיקות, וגם במקרים קודמים שבהם אותרו עצמות בדרך זו הן נמסרו, בהתאם לנוהל, למשרד לשירותי דת לקבורה (ראו בג"צ 6685/05 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בע"מ נ' חברת י.ג. ארכיאולוגיה חוזית בע"מ (לא פורסם, 18.1.07) (להלן: עניין ארכיאולוגיה חוזית)).

18. גם בחינת השיקולים של כבוד המת, שהודגשו על ידי העותרים, אינה מצביעה על כך שפעולת הרשות חורגת ממתחם הסבירות. לא מצאתי כי במסגרת הפיקוח על פעולת העתקת הקברים, לא ניתן משקל לזכות האדם לכבוד גם לאחר מותו (על טיבה של הזכות ראו עניין ארכיאולוגיה חוזית בע"מ; בג"צ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות (לא פורסם, 18.4.00); ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 102 (1993)). כפי שציינה רשות העתיקות, למן הרגע שנתגלו במקרקעין קברים עתיקים, היא פעלה בהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה, והודיעה לגורמים המוסמכים במשרד לשירותי דת על הימצאות הקברים ועל החפירות המתוכננות על-ידי המכון הישראלי לארכיאולוגיה. בצד זה, נערך במקרקעין סיור לנציג המשרד לשירותי דת. בהמשך, בוצעו חפירות הצלה ארכיאולוגיות לאחר שניתן למבצעים רישיון חפירה, ונתקבלה רשות לעשות כן מאת מנהל רשות העתיקות. במהלך ביצוע חלק מן החפירות, נכח במקום נציג המשרד לשירותי דת. כל פעולות הפיתוח בוצעו בפיקוח צמוד מטעם רשות העתיקות ובתיאום מלא עימה. חזקה על הרשות כי כך תוסיף ותנהג גם בנוגע לפעולות חפירה עתידיות,

ככל שאלה יידרשו. נוכח המקובץ, אין לומר כי בעת ביצוע פעולותיה של רשות העתיקות, לא ניתן משקל מספיק לאינטרס ולערך בדבר כבוד המת.

19. דברים אלה מקבלים משנה תוקף נוכח הקשרה של זכות זו במקרה שלפנינו. זכותו של האדם לכבוד לאחר שהוא הולך לעולמו, מקורה בשלושה מעגלי אינטרסים: זה של הנפטר עצמו, בעודו בחיים, כי יזכה להגנה לאחר מותו; זה של בני משפחתו של הנפטר, שפגיעה בכבודו של הנפטר ובזכרו, משמעותה פגיעה גם בהם; וזה הנוגע לאינטרס הציבורי בדבר כיבוד זכרו של המת, המבטא ערך חשוב בתשתית הערכית והמוסרית העומדת ביסוד הויתיה של החברה (ראו בג"צ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wisenthal Center Museum corp. (לא פורסם, 29.10.08)). כשגילם של הקברים ושל העצמות שבהם מדובר מגיע, לפי הממצאים המדעיים, לכדי 2,500 שנה ובחלק מן המקרים אף למעלה מכך, ברי כי המעגל היחיד שנותר רלוונטי לעניין הפגיעה בכבוד המת, הוא זה הציבורי, ובאין זהות קונקרטי לנפטר או מידע על נסיבות קבורתו במקום – אף הוא במידה מוגבלת. דברים אלה מתחדדים מקום שבו אין מדובר בבית קברות מוכר וגלוי לעין, המשמש אתר התייחסות לבני הקהילה, אלא באתר עתיק שמצויים בו קברים הסמויים מן העין, שאין יודעים בבירור על קיומו והוא אינו משמש מוקד התייחסות ממשי לפרט ולקהילה (ראו בג"צ 516/08 חברת אלאקסא אלמוברק בע"מ נ' מושב אחיהוד-אגודה חקלאית, סעיף 17 (לא פורסם, 18.6.09)). במצב זה, משקלה של הפגיעה בערך בדבר כבוד המת פוחת, ולא קיימת גם פגיעה "ברגשותיהם של רבים (...). הפוקדים את בית העלמין, אשר חזותו המכובדת של המקום חשובה להם כחלק מהביטוי – הפרטי והציבורי – של שמירה על כבוד המת ועל כבוד החיים, מוקירי זכרו" (ע"פ 8469/99 אסקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 65, 87 (2001)). משקלה המוגבל ביחס של הזכות בנסיבות מעין אלה, בצוותא עם השיקולים שעומדים מנגד, בדבר ביצוע פעולות בניה ופיתוח בשטחי הארץ, הרוויה בעתיקות לאורכה ולרוחבה, מצביבים את פעולותיה של רשות העתיקות בתוככי מתחם הסבירות, ושוללים את טענות העותרים כי לא ניתן משקל הולם לשיקול בדבר כבוד המת.

20. הוא הדין בכל הנוגע לשקילת רגשות הדת של העותרים על-ידי רשות העתיקות. אכן, ערך הסובלנות, שהינו אחד הערכים המלכדים והמאחדים את החברה בישראל, מחייבנו שלא לפגוע ברגשות הדת, שאחרת לא נוכל לקיים חברה דמוקרטית, פלורליסטית ומגוונת (ראו בג"צ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267, 274-275 (2001)). עם זאת, ברור כי הרגשות הדתיים אינם זוכים להגנה מוחלטת. רמת הסיבולת של הרגשות, שרק פגיעה החורגת ממנה תצדיק הגנה

משפטית, אינה קבועה. לשם עמידה על שיעורה המדויק, יש לערוך איזון בין הפגיעה ברגשות לבין עוצמתו של האינטרס המתנגש. הרמה שתיקבע כפועל יוצא של האיזון, תשקף את המשקל היחסי שניתן לאינטרסים המתנגשים (ראו בג"צ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(2) 509 (1997); בג"צ 4638/07 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל (לא פורסם, 29.10.07)).

21. משקלו של השיקול בדבר פגיעה ברגשות הדת בענייננו הינו מוגבל. כפי שהבהירה רשות העתיקות, לא נתגלו בחפירות הארכיאולוגיות ממצאים או עדויות ארכיאולוגיות המזהות את הקברים כקברי יהודים. לכך יש להוסיף כי בחוות דעתו של פרופ' גיא בר-עוז, שהינו ראש המעבדה לארכיאולוגיה באוניברסיטת חיפה, בשטח הפרויקט נמצאו שרידים של חזירים מבויתים, שקבורתם לצד קברי בני אדם היה מנהג נפוץ בקרב אוכלוסיות פגאניות (חוות הדעת הוגשה על ידי יפת). חרף כך, ובהתאם לנוהל, נקברו העצמות שנמצאו בשטח בקבורה יהודית. על רקע האמור, גם אם לא נקבע מסמרות בשאלת יהדותם של הנקברים, פוחת משקלו של השיקול בדבר פגיעה ברגשות דת כשיקול המונע חפירה והעתקת מיקומם של קברים. שנית, כאמור, החפירות לא בוצעו בשטחו של בית קברות מוכר וגלוי לעין, אלא בשטח שבו נמצאו העצמות – המתוארכות לאלפי שנים אחורנית – באופן אקראי. גם בעובדה זו יש כדי לצמצם ממשקלה של הפגיעה הנטענת ברגשות הדת. רשות העתיקות אף הצהירה בנוגע לחפירות שעתידות להתבצע בשטח, כי הן תבוצענה תוך הקפדה על מילוי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, בזהירות וברגישות, לאחר מתן הודעה מוקדמת על מועד תחילת ביצוע החפירות לנציג המשרד לשירותי דת. שלישית ולבסוף, אפילו קיימת פגיעה מסוימת ברגשות אצל חלקים מסוימים בציבור החרדי, הרי שלא מצאתי כי אופן ביצוע העבודות על-ידי רשות העתיקות מלמד כי פגיעה זו לא הובאה בחשבון, או כי היא חורגת מ"רמת הסיבולת" הנדרשת בחברה דמוקרטית.

22. העותרים מוסיפים ומלינים על כך שלא נמצא פתרון הנדסי המונע את הצורך בחפירה באזור שבו מצויים קברים; זאת להבדיל ממקרים אחרים, שעליהם הם מצביעים, שבהם נמצאו פתרונות הנדסיים ואחרים המפחיתים את הפגיעה בקברים. אכן, אין מחלוקת, כי במידת הניתן יש לנקוט בדרך שתבטיח כי תקטין ככל הניתן את הפגיעה בקברים. במקרה שלפנינו, ניתן היה להימנע בחלק מן השטח – בגדר הכלל האמור – מחפירה בנקודות שזוהו כקברים עתיקים (אלו המסומנות בצבע אדום בשטח D בתשריט שצורף על ידי רשות העתיקות). אולם באזורים אחרים לא נמצאה חלופה שתאפשר הימנעות מביצוע החפירה. כפי שכבר הודגש, כל עוד התכנון הסטטוטורי עומד בעינו, פועלת רשות העתיקות בגדרו. כאשר מדובר בשטח שהוא חיוני למימוש

הפרויקט ולא נמצאה חלופה לשימוש בו, אין עילה להורות לרשות להימנע מלקיים בו חפירה ארכיאולוגית.

23. קודם לחתימת הדברים, נזכיר כי למען הזהירות ביקשנו מרשות העתיקות ומיפת לשוב ולבחון את טענת העותרים כי בעקבות ביצוע החפירות, מפוזרות עצמות אדם בשטח. הן רשות העתיקות והן יפת, הודיעו בתצהירים (שלאחד מהם צורפה תמונה של המקרקעין) כי אין שחר לטענה זו ולא מצאנו יסוד לפקפק בהצהרות אלה.

על יסוד טעמינו אלה, ומשלא מצאנו עילה להתערב בפעולתה של רשות העתיקות, אנו דוחים את העתירה.

בנסיבות העניין, אין אנו עושים צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ע' פוגלמן.

ניתן היום, ח' בשבט התשע"א (13.1.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט