



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 9253/08

בפני : כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט ח' מלצר

העותרים : נואל קראעין ועוד 26 אחי

נגד

המשיבים : 1. רשות העתיקות
2. רשות הגנים הלאומים
3. עיריית ירושלים
4. עמותת אלע"ד-אל עיר דוד
5. מעלה בית דוד בע"מ
6. קדומים (3000) חברה לבניין בע"מ

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה : א' בשבט תשס"ט (26.1.09)

בשם העותרים : עו"ד ס' ארשיד

בשם המשיבה 1 : עו"ד יי בר סלע
בשם המשיבה 2 : עו"ד שי שלום
בשם משיבה 3 : עו"ד ד' ליבמן
בשם משיבים 4-6 : עו"ד ז' שרף

פסק-דין

השופטת ע' ארבל:

עתירה זו מופנית נגד חפירה ארכיאולוגית שמבצעת רשות העתיקות בתחום הגן הלאומי "סביב חומות העיר העתיקה", בשטח המכונה "חניון גבעתי" והוא חלק מתל עיר דוד. שטח זה, שברבדיו מקופלות אלפי שנות היסטוריה, עומד במוקדה של מחלוקת שמעורבים בה עבר, הווה ועתיד.

1. במוקד העתירה ניצב השטח המצוי בחלקות 11, 63 וחלק מחלקה 62 של גוש 30124 במעלה כביש ואדי חילוה בכפר סילוואן. שטח זה ידוע כאמור גם בכינוי "חניון גבעתי" (להלן גם: המקרקעין או החניון) והוא חלק מאתר עתיקות מוכרז. הבעלות על המקרקעין היא למשיבה 4, עמותת א.ל.ע.ד אל עיר דוד (להלן: א.ל.ע.ד), ולמשיבה 5, חברת מעלה בית דוד בע"מ (להלן: מעלה). כאמור, החניון מצוי בתחומי הגן הלאומי סוכב חומות ירושלים (להלן: הגן הלאומי). רשות העתיקות החלה בחפירות ארכיאולוגיות במקרקעין – המכונות "חפירות הצלה" - בשלהי שנת 2002 עד ראשית שנת 2003. בהמשך, התחדשו החפירות במקום בשנת 2007 ומאז הן נמשכות.

העותרים 1 – 25 הינם המחזיקים והמשתמשים בבנייני מגורים הבנויים על חלקות 44, 62, 12 ו-43 בגוש 30124. חלק מחלקות אלו צמודות לחניון גבעתי. עותרת 26 עובדת אצל העותרת 27, עמותת המעידה על עצמה כעוסקת בפעילות לקידום השלום. העותרים יוצאים כאמור נגד ביצוע החפירות הארכיאולוגיות במקרקעין, כמו-גם עבודות נוספות שלטענתם מתבצעות במקום.

לבקשת העותרים ניתן ביום 13.11.08 צו ביניים "המונע כל ביצוע של עבודות קידוח, חפירה, בניה, יציקת עמודים או קירות תמך בחניון גבעתי, מלבד העבודות המבוצעות כעת לחיזוק הדופן הגובלת בכביש העופל שמטרתן בטיחותית בלבד. החפירות הארכיאולוגיות המבוצעות בשטח תוכלנה להמשיך ולהתקיים". כן התבקשה עיריית ירושלים לבדוק האם העבודות במקום נעשות תחת ההיתרים והאישורים הנדרשים ולהפסיק מיידית כל עבודה שאין לה היתר כדין. בהמשך בוטל ביום 29.6.09 צו הביניים ביחס ליציקת קירות התמך בקשר לחפירות, לאחר שהמשיבות 4 – 6 הודיעו כי ניתן להן היתר בניה לביצוע עבודות התמך במקרקעין. עתה הגיע עת ההכרעה בעתירה לגופה.

טענות העותרים

2. העותרים טוענים כי תכנית מתאר מס' 2242, אשר קיבלה תוקף בשנת 1977 וחלה על המקרקעין, מייעדת את המקרקעין לשמש כשטח ציבורי. עוד טוענים הם כי מאז מחצית שנות השבעים של המאה הקודמת היה השטח בתזקת המשיבה 3, עיריית ירושלים (להלן גם: העירייה), ושימש כחניה ציבורית. לדבריהם, במסגרת אישור תכנית מתאר 2242 אושרה הפקעת שטח החניון לצרכי ציבור לטובת עיריית ירושלים, אך משום מה פורסם דבר ההפקעה רק בשנת 2006.

העותרים מציינים כי הם פנו בעבר לרשות העתיקות ולעירייה בתלונות מצוקת החניה, מפגעי האבק והרעש שגרמו החפירות בחניון, אך לא נענו. משחודשו העבודות בשנת 2007 התחדשו מצוקות אלה והחלו עבודות חפירה, קידוח לעומק רב, הצבת קונסטרוקציות ברזל בפירים שנחפרו והכנה ליציקת כלונסאות. לדבריהם, מתבצעות במקרקעין עבודות בניה של ממש, מרחק מטרים ספורים מבתיהם, מתחת לבתים ובצמוד להם, באופן שהן גרמו לנזקים ולהיווצרות סדקים בקירות הבתים ובתקרותיהם. העותרים חוששים כי העבודות מבוצעות ללא פיקוח הנדסי והדבר עלול לגבות בסופו של דבר מחיר כבד.

טענתם המרכזית של העותרים היא כי במקרקעין נעשות עבודות בניה שלא כחוק: לטענתם, לפי תכנית בניין עיר מס' עמ/9, אשר חלה על המקרקעין (להלן: תכנית עמ/9) השטח לא נועד לבניה אלא לחניון ציבורי. בנוסף, תכנית עמ/9 אוסרת לדבריהם כל עבודת בניה במרחק של 75 מטרים מחומות העיר העתיקה, בעוד החניון מצוי במרחק של פחות מ-30 מטרים מן החומות. עוד נטען כי העבודות מתבצעות ללא היתר בניה, בניגוד לסעיף 30 לחוק העתיקות, תשל"ח – 1978 (להלן: חוק העתיקות). היתר שכזה נדרש נוכח פעולות בניה שבוצעו במקום - דוגמת קידוח באמצעות מתקן קידוח, חפירת פירים, הוספת קונסטרוקציות ברזל - ולשיטתם של העותרים אינן חלק מן החפירה הארכיאולוגית. יתר על כן, העותרים טוענים כי לא ניתן להוציא כל היתר לעבודות בחניון בהיעדר תכנית בניה מאושרת, ולכן אין לבצע בו כל עבודה, לרבות חפירות ארכיאולוגיות. הם טוענים כי בפרסומים שונים דווח על כוונת המשיבה 6 לבנות על המקרקעין. תכנית לבניה שכזו לא הופקדה להתנגדויות ולא אושרה על-ידי גורמי התכנון, אך הבניה בשטח כבר החלה, באצטלה של חפירות ארכיאולוגיות.

3. העותרים מלינים עוד על כי החפירה במקום נעשית במסגרת של "חפירת הצלה", הנעשית לדבריהם על-פי הרשאה שנותן ראש רשות העתיקות במסגרת הליך פנימי מהיר בתוך הרשות. לטענתם, אישורה של חפירה כה נרחבת במתכונת זו, שאינה כוללת שלב של היוועצות בוועדת הרישיונות של המועצה לארכיאולוגיה, בניגוד לחפירה לפי רישיון חפירה, עולה כדי חוסר סבירות קיצוני ואינה חוקית. עוד מוסיפים הם כי השימוש הנרחב שעושה רשות העתיקות ב"חפירות הצלה" מסכן את העתיקות בארץ. שכן, גורמים בעלי ממון יכולים ליזום חפירות נרחבות בידיעה שלא יידרשו להליך של הוצאת רישיון חפירה. העותרים מתריעים כי כאשר מדובר בחפירות הצלה עלול להיווצר מצב בו היזמים והמפתחים של המקרקעין ישאפו לביצוע חפירה מהירה, שאינה תואמת בהכרח את צרכי המחקר הארכיאולוגי.

בסיכומו של דבר, גורסים העותרים, מדובר בעבודות פיתוח תשתית ובניה המבוצעות על-ידי רשות העתיקות ללא היתר כדין, במימונו של גוף פרטי – א.ל.ע.ד - בשטח השייך לעירייה, אשר ויתרה על חניון ציבורי חרף מצוקת החניה במקום. לדבריהם, רשות העתיקות

משמשת במקרה זה ככלי לקידום מטרות פוליטיות או נדל"ניות של גורמים פרטיים. אשר למשיבה 2, הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים (להלן: רשות הגנים), נטען כי זו פועלת בשיתוף פעולה כה הדוק עם א.ל.ע.ד, עד כי בפועל א.ל.ע.ד היא המנהלת את הגן הלאומי, הגם שאין באפשרותה של רשות הגנים להתפרק מאחריותה על הגן הלאומי. כיוון שלא ניתן לקבל היתר בניה לעבודות בחניון כל עוד לא שונתה תכנית המתאר, מוסיפים הם, הרי שיש לראות את רשות הגנים שחוטאת לתפקידה באפשרה את ביצוע העבודות בגן הלאומי. באשר לעיריית ירושלים נטען כי זו אינה מקיימת את חובותיה כרשות ציבורית בכך שמסרה שטח ציבורי לשליטת גורם פרטי, א.ל.ע.ד, ובכך שלא מילאה את חובתה למנוע בניה בלתי חוקית. העותרים סבורים כי החפירות בחניון אינן עומדות בעקרונות לשמירה על המורשת הארכיאולוגית, כפי שנקבעו באמנה בינלאומית לארכיאולוגיה. לדבריהם, גם אם אין לאמנה מעמד חוקי מחייב, היא מעידה על מגמות עכשוויות במדע הארכיאולוגיה. עוד הם סבורים כי האופן בו מבוצעת החפירה הארכיאולוגית בחניון מהסיבות שפורטו, יש בו לפגוע ביוקרתו של המחקר הארכיאולוגי הישראלי.

טענות המשיבות

4. המשיבות כולן הדגישו את מספרם הרב של הממצאים הארכיאולוגיים שנמצאו עד כה בחפירות בחניון, את חשיבותם הרבה ואת האינטרס הציבורי בחשיפת שרידי העבר שעודם קבורים תחת האדמה. כפי שנמסר, מדובר בממצאים מהתקופה הערבית הקדומה ועד לימי בית שני, כאשר ישנם סימנים לקיומם של שרידים מתקופת בית ראשון אליהם טרם הגיעו החופרים.

5. בא כוח רשות העתיקות הסביר כי מרשתו מבצעת חפירות ארכיאולוגיות במקרקעין למעלה משש שנים, לאחר שבעלי המקרקעין ביקשו לבנות בו ולצורך כך יזמו תוכנית בניין עיר (להלן: תב"ע) מתאימה. רשות העתיקות התנגדה לקידום כל תב"ע בטרם תבוצע חפירה ארכיאולוגית של כל המקרקעין, ורק לאחר מכן תקבע האם מסכימה היא לבנייה ובאלו תנאים. החפירה מבוצעת בהתאם להרשאה שהוציא מנהל רשות העתיקות לפי סעיף 5(ב) לחוק העתיקות. הודגש כי הגם שמדובר ב"חפירת הצלה", מדובר בחפירה מדעית לכל דבר ועניין.

רשות העתיקות מסבירה כי בשל עומק החפירה וכדי להגן מפני התמוטטות דפנות שטח החפירה, נדרשת הקמת תמיכות וקירות תמך, כחלק מהחפירה הארכיאולוגית. תכלית עבודות אלה בטיחותית בלבד והן מבוצעות על-פי תכנון ובפיקוח מהנדסים מוסמכים. העבודות נעשות כדין בהתאם לחוק העתיקות, חוק רשות העתיקות, התשמ"ט - 1989 (להלן: חוק רשות העתיקות) ותקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), תשכ"ז - 1967 (להלן:

התקנות). רשות העתיקות אישרה כי עבודות התמיכה, כמו החפירה הארכיאולוגית כולה, ממומנות על-ידי בעלי הקרקע.

רשות העתיקות מכחישה כל קשר בין הסדקים שנוצרו לכאורה בבתי העותרים לבין החפירות הארכיאולוגיות בחניון. לטענתה, לא הובררו עד תום זכויותיהם של העותרים בנכסים הסמוכים לחניון, אולם נראה כי מדובר בבתיים שנבנו – כולם או חלקם – בשנים האחרונות, ללא היתר ובניגוד לתכנית החלה על השטח. ייתכן, היא מציינת, כי הסדקים הם תוצאת בניה לקויה, ללא היתר וללא ליווי הנדסי כנדרש. מכל מקום, היא מוסיפה, אם אכן קיימים סדקים, בניית קירות תמך תתרום לביטחונם של העותרים בבתיים.

6. רשות הגנים שוללת את הטענה כי העבירה את סמכויות הניהול בגן הלאומי לא.ל.ע.ד. לדבריה, לא.ל.ע.ד נכסים רבים בתחום "תל עיר דוד", לרבות מרכז מבקרים בו מתבצעות פעולות חינוכיות. על בסיס זה מתקיים שיתוף פעולה בינה לבין א.ל.ע.ד. עוד ציינה כי החפירות הארכיאולוגיות בחניון מבוצעות מכוח היתר שניתן על-ידיה, בהתאם לסעיף 30 לחוק גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, התשנ"ח – 1998 (להלן: חוק גנים לאומיים). רשות הגנים מצטרפת לטיעוני רשות העתיקות, ומבהירה כי יש לה מספר יעדים בשטח החניון, בהיותו חלק מהגן הלאומי, וביניהם הקמת מבואת כניסה לגן, לאחר שתסתיימנה החפירות הארכיאולוגיות.

7. עיריית ירושלים מבהירה כי היא פועלת בשטח החניון על-פי תכנית המתאר וחוקי התכנון והבניה. היא מוסיפה כי בניגוד לטענת העותרים, שטח החניון לא הופקע, אלא הופקע שטח המצוי סביב לחניון לצורך הרחבת דרך ומהווה רק חלק מהחלקות. העירייה סבורה כי עבודות התמך הכרחיות לייצוב בור החפירה הארכיאולוגית לשם הגנה על תושבי האזור שסביב לחניון. היא מוסיפה כי יום קודם להגשת העתירה פנה מנהל מחלקת הפיקוח על הבניה בעירייה בדרישה להפסיק לאלתר את עבודות הדיפון עד להוצאת היתר. כיוון שבית משפט זה הורה בצו ביניים מיום 13.11.08 על הפסקת עבודות החפירה עד להחלטה בעתירה, סבורה העירייה כי אין בשלב זה צורך בפעולה נוספת של התביעה העירונית בעניין. בנוסף, בהתחשב בכך שהוגשה בקשה לקבלת היתר לתמיכות הבטון, סבורה העירייה כי יש לדחות העתירה נגדה.

8. המשיבות 4 – 6 גורסות כי בבסיס העתירה שיקולים אידיאולוגיים-פוליטיים. הן טוענות כי יש לדחות העתירה על הסף מחמת שהוגשה בשיהוי. הן מפרטות כי העבודות החלו בשלהי שנת 2002. בשנים שחלפו מאז התקיימו פגישות בין תושבי האזור, לרבות חלק מן העותרים, לבין אנשי המקצוע בשטח, במהלכן סוכמו היבטים שונים הקשורים לחפירה ולעבודות התמך. בוצע סקר הנדסי לרוב הבתים לצורך בדיקת מצבם הכללי, ובמסגרתו נשאלו

התושבים המתגוררים בסמוך לחניון על קיומם של סדקים בקירות בתיהם ועל טיב ואיכות הבניה של בתיהם. הם אף התבקשו לדווח למומחה מטעם המשיבות 4 – 6 על כל שינוי, אם יתרחש, במצב הבתים. בנוסף, מציינות הן, החפירות התבצעו בגלוי. המכשיר שלטענת העותרים עורר את חשדם באשר לטיב העבודות בחניון הובא למקום שנה קודם לכן והוחזר לחניון בספטמבר 2008 לצורך ביצוע עבודות התמך. ברם, העתירה הוגשה אך בחודש נובמבר 2008. מכאן מבקשות המשיבות 4 – 6 להסיק כי דבר ביצוע העבודות היה ידוע לעותרים זמן ניכר עובר להגשת העתירה והם נמנעו מליתן כל טעם לשיהוי בהגשתה. המשיבות 4 – 6 מוסיפות כי הן שינו מצבן לרעה והשקיעו בביצוע העבודות זמן, מאמץ וכספים רבים.

המשיבות 4 – 6 מבקשות לדחות העתירה על הסף גם מחמת שהיא לוקה בהיעדר ניקיון כפיים. לטענתן, העותרים הסתירו בעתירתם עובדות חשובות, דוגמת: הטענה השגויה כאילו המקרקעין הופקעו על-ידי העירייה וכאילו יש לעירייה זכויות קניין בהם; אי-ציון הפגישות שנערכו עם אנשי המקצוע בשטח והסיכומים שהושגו בפגישות אלה; הסתרת העובדה כי חלק מבני משפחות העותרים עבדו בחפירות בחניון ולכן ברי כי היקף החפירה ועבודות התמך היו ידועים להם זמן רב לפני הגשת העתירה; ועוד. הן טוענות כי העותרים מתגוררים בבתיים שנבנו ללא היתר ובניגוד לתכנית החלה על השטח ובלא פיקוח הנדסי, וזעקתם עתה על הפרת דיני התכנון והבניה עולה כדי חוסר תום לב.

לגופם של דברים טוענות המשיבות 4 – 6 כי החפירות בשטח החניון מבוצעות כדין. הן מפרטות כי בהתאם לתכנית המתאר החלה על המקרקעין, תכנית עמ/9, החניון ממוקם בשטח השמור לחפירות ארכיאולוגיות ומיועד לשמש כשטח ציבורי פתוח מיוחד. לדבריהן, בניגוד לטענת העותרים, תכנית 2242 מוקדמת לתכנית עמ/9 וכפופה לה ושטח החניון כלל לא הופקע. טענתן, הנתמכת בחוות דעת המהנדס (אינג') דורון קייפי, היא כי ככל שהתקדמו החפירות, נוצר צורך בבניית קירות תמך שייצבו את דפנות בור החפירה ויימנעו את התמוטטותן, לשם הגנה על החופרים, על הממצאים במקום, על התושבים החיים במקום ועל בתיהם. לשיטתן, מאחר שעבודות התמך הן חלק מעבודת החפירה, ונוכח החריג שבתקנה 1(2)(י) לתקנות, אין נדרש היתר בניה לעבודות החפירה והתמך המבוצעות במקרקעין. פרשנות אחרת, טוענות הן, תאיין את הפטור שהעניק מתקין התקנות לעבודות החפירה הארכיאולוגית. יחד עם זאת, ולמען הסר ספק, פנו הן בבקשה לקבלת היתר לביצוע עבודות התמך ועל כן אין צורך להידרש לסוגיה זו.

המשיבות 4 – 6 מדגישות עוד כי החפירה נערכת על-ידי רשות העתיקות, תחת פיקוח של מהנדסים, גיאולוגים ואנשי מקצוע נוספים, ומבוצעת בהתאם לתכנית עמ/9. אשר לנוזקים הנטענים לבתי העותרים הפנו הן לחוות דעת המומחה מטעמן, אשר בדק את הבתים בטרם

החלו עבודות התמך. המומחה איתר סדיקה בקירות המבנים, מצא כי הבתים לא בוססו באופן שמתאים לסוג הקרקע במקום וכי נבנו תוספות בניה שלא הביאו בחשבון את התסבולת הקיימת של היסודות. המומחה מצא כי לא נגרם כל נזק הנובע מעבודות החפירה לבתי התושבים המתגוררים בסמוך ואין כל חשש כי העבודות יביאו להתמוטטות המבנים הסמוכים לאתר או לתזוזות שלהם. לפיכך, אם קיימים ליקויים בדירותיהם של המשיבים 1 – 25, הדבר נובע מכך שמדובר בבניה לקויה, ללא היתרים כדין וללא פיקוח. עוד נטען כי טענות העותרים בעניין זה כלליות ולא נתמכו בחוות דעת מקצועית או בתצהיר של מי מהתושבים במקום.

ד"ר

9. טענות הסף. כאמור, הועלתה הטענה כי יש לדחות את העתירה על הסף מהטעם שהיא נגועה בשיהוי ובחוסר ניקיון כפיים. לא מצאתי להידרש לטענות אלה בהרחבה. אציין כי טענתן של המשיבות 4 - 6 לחוסר ניקיון הכפיים לכאורה של העותרים מתבססת בחלקה על טיעונים שיכול להימצא להם הסבר מניח את הדעת שאין בו חוסר ניקיון כפיים. בנוסף, עצם העובדה שהמשיבות 4 - 6 עצמן לא ציינו כי הן שיזמו תכנית בניין עיר שתאפשר להן בניה בנכס ועל רקע זה בוצעה חפירת ההצלה במקום, גם היא אינה מניחה את הדעת. אשר לטענת השיהוי, בעניין זה דומה כי יש צדק בטיעוני המשיבות 4 - 6 ולפיהם דבר ביצוע העבודות במקרקעין היה ידוע לעותרים לפחות מספר חודשים עובר להגשת העתירה. יחד עם זאת, בשים לב לכך שהעתירה עוררה טענות שעניינן בטיחות העבודות והסיכון שעלול להיות טמון בהן לנפש ולרכוש, לא מצאתי לחסום את דרכם של העותרים מהטעם של שיהוי זה בלבד בטרם הוברר מצב הדברים באשר לבטיחות העבודות בחניון.

10. בפתח הדברים אציין כי רבות מטענות העותרים נטענו בעלמא, מבלי שהעותרים יציגו כל בסיס לטענותיהם. תחת זאת צירפו כתמיכה לטענותיהם כתבות שפורסמו בתקשורת באשר לחפירות שונות המתנהלות באזור העיר העתיקה ואשר האפשרות להסתמך עליהן להוכחת טענותיהם מוגבלת ביותר. כן ביקשו להסתמך על מקרים דומים, אך למעט איזכורם של מקרים אלה נמנעו מלהציג כל תימוכין לטענותיהם. כידוע, על הטוען להתנהלות בלתי-תקינה של הרשות להרים את הנטל הראייתי להוכחת טענותיו (בג"ץ 4736/03 אלון חברת הדלק לישראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ויושב ראש מועצת מקרקעי ישראל (לא פורסם, 15.6.08) פסקה 37 ביחס לנטל להוכיח אי-סבירותה של החלטה מנהלית; בג"ץ 1901/94 ח"כ עוזי לנדאו נ' עיריית ירושלים, פ"ד מח(4) 403, 410 (1994); בג"ץ 100/85 בן ישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(2) 45, 48 (1985)). אוסיף ואבהיר כי אין מדובר בחוסר של מה בכך, בעניין זה או אחר שניתן היה להשלימו עובדתית. אי-ביסוס הטענות שב ועולה לכל אורך העתירה ומקשה על בירורה. ראויים בהקשר זה הדברים הבאים מפי המשנה לנשיא (כתארו אז) א' ברק:

"...לא פעם מאפשרים אנו לעותר, אשר לא הניח את מלוא התשתית העובדתית, להשלים את שהחסיר. איננו מקפידים על קוצו של יוד. לנגד עינינו עומדים דבריו של הנשיא הראשון של בית-משפט זה (הנשיא זמורה) אשר הדגיש במשפט פלילי כי ראוי וחשוב הוא "שהעם יראה ששופטיו נכנסים לטרקלין שבו דנים על החטא ועונשו, ואין נשארים עומדים בפרוזדור ודנים על כתב-האשמה בלבד אם הוא שלם, או אם הוא פגום, או אם הוא בטל" (ע"פ 1/48 טילוסטר נ. היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד א 19, 5). ואם כך הוא במשפט פלילי (ובפגם שנפל בכתב האישום המוגש על-ידי השלטון) על אחת כמה וכמה שכך הוא במשפט מינהלי (ובפגם שנפל בעתירה של אדם פרטי). עותר שנכשל ומבקש דחיית-מה על מנת לתקן את עתירתו, מן הראוי להענות לבקשתו.

נוקטים אנו בגישה זו - וזהו טעמי השני לגישתי כי יש להעתר לבקשת האורכה של העותרים - שכן לנגד עינינו עומד עיקר תפקידנו: הכרעה בסכסוך לגופו, על מנת לקבוע (אגב ההכרעה בסכסוך) את הדין. חשובות הן הדרישות הדיניות, אך לעולם אין לשכוח כי באות הן לשרת את המשפט המהותי. כך הוא בדרך כלל. כך הוא בודאי בבית-המשפט הגבוה לצדק. תפקידנו הוא להכריע בסכסוך המינהלי, ואגב כך להבטיח את שלטון החוק (ראה בג"צ 910/86 רסלר נ. שר הביטחון, פ"ד מב(462, 441) (2). בית-משפט זה מהווה - בלשונו של השופט ברנזון - "המעוז הבטוח והאובייקטיבי ביותר שיכול להיות לאזרח בריכו עם השלטון" (בג"צ 287/69 מירון נ. שר העבודה, פ"ד כד(1) (337)). לשם הבטחת תפקידו של בית-המשפט כמבטיח את שלטון החוק בשלטון, עליו לנקוט בגישה "נדיבה", לא פורמליסטית, ולא פדנטית. כמובן, אם עתירה חסרה את העיקר, ואם אין בה תשתית עובדתית וראייתית המבססת "סכסוך", מן הראוי לדחותה (תוך הטלת הוצאות על העותרים). הוא הדין אם העותר נהג ברשלנות או בזלזול בהכנת העתירה, ואין עניין ציבורי מיוחד בשיפור התשתית העובדתית לצורך הכרעה על-ידי בית-המשפט. לא זה הוא המקרה שלפנינו. רוב רובה של התשתית העובדתית מונחת בפנינו, ומאפשרת לנו - כפי שפסק-דינו של חברי, השופט זמיר, לגוף העניין מלמד - להכריע בסכסוך לגופו. כמובן, הפרטים החסרים חשובים הם. אך העותרים עברו את הסף המינימלי המצדיק מתן אורכה, ואינו מצדיק דחייה ללא בירור ענייני" (בג"צ 2148/94 גלברט נ' כבוד נשיא בית המשפט העליון, פ"ד מח(3) 573, 602 - 603 (1994)).

משנדבך מרכזי בטענות העותרים היה כי נפל פגם במעשיהן של הרשויות הרלוונטיות - רשות העתיקות, רשות הגנים והעירייה - היה עליהם לבסס טענתם בראיות. ניתן לומר כי ביחס לרובן המכריע של הטענות לא עמדו העותרים בנטל זה, כפי שהדברים יבוארו בהמשך. ברי כי את שנמנעו העותרים להניח בפני בית המשפט, לא יוכל הוא להשלים ביזמתו, ובפרט בהליך של עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק.

11. דומה כי אין מחלוקת על כי החניון מצוי בשטחו של גן לאומי וכי החפירות שנערכו בו עד עתה הניבו יכול ארכיאולוגי מרשים שחשיבותו המדעית וההיסטורית רבה וחורגת מגבולות ישראל. מבין טענות העותרים שפורטו בהרחבה לעיל שתיים הן הטענות העיקריות. הטענה האחת יוצאת נגד עריכת חפירות ארכיאולוגיות במתכונת של "חפירות הצלה" כאשר עסקינן בחפירה נרחבת באזורים רגישים. הטענה השניה עניינה בשאלת חוקיות החפירות בשטח החניון.

חפירה ברישיון אל מול חפירה על-פי הרשאה

12. לא מצאתי ממש בטרוניית העותרים על עריכת החפירות במקרקעין במתכונת של "חפירות הצלה". חוק העתיקות מתווה את דרך המלך לביצוע חפירה ארכיאולוגית בסעיף 9 שעניינו "רישיון חפירה". סעיף זה מפרט כי חפירה במקרקעין לגילוי עתיקות תיעשה רק לאחר קבלת רישיון לכך ממנהל רשות העתיקות. עוד מפרט הסעיף כי בבואו להכריע בבקשה לרישיון חפירה ייוועץ מנהל רשות העתיקות במועצה לארכיאולוגיה, כשבראש שיקוליו עליו לבחון את יכולתו המדעית והכספית של המבקש. ברם, אין זה המסלול היחיד בו ניתן לבצע חפירות ארכיאולוגיות. סעיף 29(א) לחוק העתיקות קובע כדלקמן:

29. איסור פעולות באתר עתיקות

- (א) באתר עתיקות לא יעשה אדם ולא ירשה לעשות אחד מאלה אלא באישור בכתב מאת המנהל ובהתאם לתנאיו:
- (1) בניה, סלילה, הקמת מיתקן, חציבה, כרייה, קידוח, הצפה במים, סיקול, חרישה, נטיעה או קבורה;
 - (2) הנחת עפר, דומן, פסולת או אשפה, לרבות הנחתם בנכס הגובל באתר;
 - (3) שינוי, תיקון או תוספת בעתיקה הנמצאת באתר;
 - (4) פירוק עתיקה או כל דבר הנחזה כעתיקה או הסרת חלק ממנה או העתקתה ממקומה;
 - (5) כתיבה, חריתה או צביעה;
 - (6) הקמת בנינים או קירות בנכס הגובל באתר;
 - (7) כל פעולה אחרת שקבע המנהל לגבי אתר עתיקות פלוני.

סעיף זה משתלב היטב עם סעיף 5(א) לחוק רשות העתיקות, הקובע כי תפקידה של הרשות הוא לטפל בכל ענייני העתיקות בישראל, וכי הרשות רשאית לעשות לגבי עתיקות ואתרים כל פעולה הנחוצה לשם מילוי תפקידיה, לרבות חשיפה וחפירה של אתרים ושימור ושחזור עתיקות (סעיף 5(ב) לחוק רשות העתיקות).

אם כן, "חפירות הצלה" אינן אלא חפירות על-פי אישור בכתב שניתן על-ידי מנהל רשות העתיקות לפי סעיף 29(א) לחוק העתיקות. בהליך זה, בניגוד להליך של חפירה ברישיון, אין מנהל רשות העתיקות נדרש להיוועץ במועצה. המשיבות לא נדרשו לשוני שבין שני סוגי החפירות, עניין עליו הכבירו העותרים מילים. ואולם, דומה כי השוני בין ההליך של חפירה ברישיון לבין ההליך של חפירה בהרשאה יסודו בכך שההליך של חפירה ברישיון מיועד למקרים בהם הגורם המבקש לבצע את החפירה הוא גורם חיצוני לרשות העתיקות. במצב זה יש חשיבות לשקול היבטים שונים של הבקשה, ובפרט את יכולתו המדעית והכספית של המבקש. לעומת זאת, את "חפירות הצלה" בהתאם לאישור של מנהל הרשות יש לראות, דומני, כמימוש הוראת סעיף 5(ב) לחוק רשות העתיקות, לפיו "הרשות רשאית לעשות לגבי עתיקות ואתרים כל פעולה הנחוצה לשם מילוי תפקידיה", לרבות "חשיפה וחפירה של אתרים" (סעיף 5(ב)(1) לחוק רשות העתיקות). ברי, כי כאשר מדובר בחפירה בהרשאה, שהיא מתחום שיקול דעתו הרחב של מנהל רשות העתיקות לשם מילוי תפקידי רשות העתיקות, ובפרט כאשר מדובר בחפירה שרשות העתיקות היא צד לה כבענייננו, מקומם של השיקולים בדבר יכולת מדעית וכלכלית מצומצם יותר.

13. העותרים טוענים כאמור כי בחפירה רחבת היקף המתנהלת באזור שנודעת לו רגישות רבה, כבענייננו, אין זה סביר ואין זה חוקי לערוך את החפירה במתכונת של חפירה בהרשאה, שאינה כוללת חובת היוועצות ואינה כוללת את יתר הדרישות למתן רישיון חפירה. טענה זו אינה סבורה כי יש לקבל.

ראשית, בלשון הסעיפים שהוזכרו לעיל בחוק העתיקות ובחוק רשות העתיקות לא נמצא כל תימוכין לטענה זו. לא ניתן להסיק ולו ברמיזה כי היקף החפירה או מיקומה "מנתבים" את החפירה למסלול של חפירה ברישיון לפי סעיף 9 לחוק העתיקות. אין בכך לומר כי כאשר בחפירה על-פי הרשאה מדובר פטור מנהל רשות העתיקות מלשקול את רגישות האתר בו נדרשת החפירה וכל שיקול רלוונטי אחר (ראו בהקשר זה את העמדות שהובעו בבג"ץ 512/81 המכון לארכיאולוגיה של האוניברסיטה העברית, ירושלים נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לה(4) 533 (1981)). דווקא כאשר בחפירה על-פי הרשאה, שכולה נתונה לשיקול דעתו של מנהל רשות העתיקות, ושיקול דעת זה רחב הוא, מחויב הוא לשוות לנגד עיניו את כלל השיקולים הצריכים לעניין ולהעניק לכל אחד מהם את המשקל המתאים בנסיבות העניין. ואולם, אין בסיס לטענה כי היקף החפירה והרגישות הכרוכה בה הם המחייבים הוצאת רישיון חפירה.

זאת ועוד. החשש שהעלו העותרים כי ביצועה של חפירה על דרך של חפירת הצלה יסכן את העתיקות בארץ בכך שהוא פוגע בסמכות המועצה לארכיאולוגיה, אין בו לטעמי ממש.

אף שלא הוברר האם בכל מקרה בו נערכת "חפירת הצלה" מבוצעת היא על-ידי רשות העתיקות הרי שלפחות במקרה הנוכחי נערכות החפירות על-ידי הגורם המוסמך, רשות העתיקות, ובפיקוחה. לא ברור איזו סכנה נשקפת לעתיקות הארץ כאשר החפירות מבוצעת על-ידי גורם מוסמך ומקצועי. למעלה מכך, איני סבורה כי ביצוע חפירות ארכיאולוגיות במתכונת של חפירות בהרשאה באותם מקרים המתאימים לכך יש בו כדי לפגוע בסמכותה של המועצה לארכיאולוגיה כגוף מייצע. קריאתם של חוק העתיקות לצד חוק רשות העתיקות מלמדת כאמור כי המחוקק הכיר באפשרות לבצע חפירות ארכיאולוגיות על-פי הרשאה ולא רק על-פי רישיון. תפקידיה של המועצה לארכיאולוגיה הוגדרו ונקבעו בחוק (סעיפים 9, 14, 34 – 35, 44 לחוק העתיקות). ברי על כן כי עצם ביצוען של חפירות בהרשאה אין בו כדי לפגוע בסמכותה של המועצה לארכיאולוגיה. ודאי וודאי שאין בו כדי לפגוע בעתיקות. כל עוד בקשות לביצוע חפירות ארכיאולוגיות נבחנות במסלול המותווה בסעיף 9 לחוק העתיקות אין יסוד לטענה זו. לא התעלמתי גם מטענתם של העותרים כי העובדה שהחפירות נערכות מבלי שתידרש הוצאת רישיון חפירה גורמת לפגיעה בחפירות עצמן ולתקלות שונות שאירעו. ואולם, לא זו בלבד שלא הובא בסיס מספיק לטענה בדבר "התקלות" הנטענות בסעיף 41 לעתירה, אלא שאין יסוד לטענה כי מקרים אלה היו נמנעים לו היה ניתן רישיון חפירה לביצוע החפירה. זאת ועוד, ה"תקלה" הנטענת בסעיף 42 לכתב העתירה עניינה בחפירה העומדת במוקדו של בג"ץ 1308/08. מדובר בטענה תלויה ועומדת וממילא האפשרות להסתמך עליה מוגבלת.

14. לא מצאתי ממש גם בחששות שהביעו העותרים ולפיהם במצב בו מבצעת רשות העתיקות "חפירות הצלה" עלולה היא להימצא במצב של ניגוד עניינים ולהיות נתונה ללחצים מצד בעלי המקרקעין בהם מבוצעת החפירה להאיץ העבודות, גם אם אין זה האינטרס המחקרי. במה דברים אמורים?

ראשית, העתק מפנקס השטרות של לשכת רישום המקרקעין בירושלים, אשר צורף לעתירה, מלמד כי בעלות המקרקעין הן א.ל.ע.ד ומעלה. מן העתירה ומן התגובות לה עולה כי ככל הנראה ביקשו א.ל.ע.ד ומעלה לבנות על המקרקעין, ולצורך כך יזמו שינוי של התב"ע כך שתאפשר בניה על המקרקעין. רשות העתיקות הסבירה כי היא התנגדה לכל שינוי בתכנית החלה על המקרקעין כל עוד לא בוצעה חפירה ארכיאולוגית של הנכס. לדבריה, רק לאחר חשיפת כל הממצאים במקום, תוכל היא לקבוע אם היא מסכימה לבניה המתוכננת ובאילו תנאים. על רקע זה החלה חפירת ההצלה במקום. דומה אם כן כי במקרה מעין זה, דווקא משום שמדובר בחפירת הצלה שהחלה על רקע רצונם של בעלי המקרקעין לשנות את התכנית החלה עליה, בעלי המקרקעין הם התלויים במידה רבה ברשות העתיקות ובעמדתה ביחס לשינוי המבוקש בתב"ע. במצב זה פוחת החשש ללחצים על רשות העתיקות שלא יתאמו את האינטרס המחקרי.

זאת ועוד, העותרים גרסו כי המועצה לארכיאולוגיה היא האמורה לסייע לרשות העתיקות לעמוד במתח שבין תפקידה כממונה על הפיקוח על חפירות ארכיאולוגיות ועתיקות, ותפקידה כגורם המבצע של חפירות רבות, לרבות חפירות הצלה. לטעמם, רשות העתיקות לא תעמוד בפני קושי זה בהליך של הוצאת רישיון חפירה, שכן המועצה לארכיאולוגיה כגוף מייצע תסייע לרשות העתיקות לעמוד במתח שבין תפקידה. ברם, העותרים לא הציגו את הבסיס לקביעה זו ואודה כי לא שוכנעתי כי מתח שכזה קיים בהכרח. בנוסף, טענה זו אינה מתיישבת עם נכונותו של המחוקק לאפשר עריכת חפירות ארכיאולוגיות שלא על-פי רישיון אלא על-פי הרשאה בלבד, כפי שהוסבר.

העותרים טענו עוד כי ביצוע חפירות בהרשאה סופו שיפגע ביוקרתו של המחקר הארכיאולוגי בישראל, מה גם שהחפירה במקום אינה עומדת בעקרונות שנקבעו באמנה לשמירה על המורשת הארכיאולוגית. ראשית, העותרים לא נקבו בתוארה של אותה אמנה בינלאומית שלהפרתה הם טוענים ולא צירפו ולו עותק שלה. במצב דברים זה יקשה לבחון הטענה וממילא איש לא טען ולא הראה כי ישראל אכן חתומה על אמנה זו. למעלה מן הצורך אציין כי עיון באתר האינטרנט של ארגון ICOMOS אשר הוזכר על-ידי העותרים מעלה כי ככל הנראה מכוונים העותרים ל- Charter for the Protection and Management of the Archaeological Heritage משנת 1990. (ראו: http://www.international.icomos.org/charters/arch_e.pdf).

ברם, לא נטען כי ישראל מחויבת למסמך זה ומכל מקום גם ביחס לאותם עקרונות שהעותרים טוענים להפרתם ספק אם יש בסיס לקבוע כי אלה אכן הופרו. כך, דומה כי הטענה כי ציבור התושבים במקום לא שותף במידע נסתרה בתגובת המשיבות 4 – 6 אשר הסבירה כי גורמים מטעמה נפגשו עם התושבים ומסרו להם הסברים מפורטים אודות העבודות, כעולה גם מחוות דעת המומחה מטעם המשיבות 4 – 6. בנוסף, לא נהיר מהו הבסיס לקביעתם של העותרים כי החפירות במקום סותרות את עיקרון התפישה של הארכיאולוגיה כנכס כלל אנושי ולא אישי או לאומי, כאשר המשיבות כולן עמדו על חשיבותם הרחבה של הממצאים שנתגלו במקום לכל בן תרבות.

סיכומם של דברים, לא מצאתי כי יש ממש בטענת העותרים כי עריכת החפירות בחניון על-פי הרשאה ולא על-פי רישיון היא בלתי-סבירה או בלתי-חוקית.

15. העותרים טוענים, כזכור, כי באצטלה של חפירות ארכיאולוגיות מתבצעות במקרקעין עבודות בניה של ממש שלא זו בלבד שלא הוצא לגביהן היתר בניה כנדרש, אלא שלא ניתן כלל להוציא היתר שכזה בהיעדר תכנית מאושרת לבניה במקרקעין. ראשית אציין כי שאלה זו היא בראש ובראשונה שאלה עובדתית – האם מבוצעות במקום עבודות בניה אם לאו, או שמא מדובר בעבודות שהן חלק מהחפירות הארכיאולוגיות? לטעמי, העותרים לא הציגו בסיס לטענתם בדבר עבודות בניה המתבצעות במקום וכל שהוכהר הוא כי בוצעו במקום עבודות תמך לצורך החפירה הארכיאולוגית, כפי שיוסבר.

הצדדים נחלקו בשאלה מהי התכנית החלה על המקרקעין. בעוד שהעותרים טענו כי על המקרקעין חלה תכנית מתאר מס' 2242 וכי חלות במקום גם תכניות עמ/6 משנת 1968 ותכנית עמ/9, הרי שהמשיבות, ורשות העתיקות בראשן, טענו כי התכנית החלה במקום היא תכנית עמ/9 בלבד. אף לא אחד מן הצדדים ביסס טענתו בהקשר זה בראיות. במצב דברים זה אין לנו אלא לאמץ את עמדתה של הרשות המינהלית המבצעת את החפירות במקום – רשות העתיקות – שחזקה עליה שערכה את הבדיקות והבירורים הנדרשים, ולפיה התכנית החלה במקום היא תכנית עמ/9. כאמור, גם העותרים עצמם לא חלקו על כך שתכנית זו חלה על המקרקעין.

בבסיס טענותיהם של העותרים בעניין זה מונחות עובדות, שהרי העותרים טוענים כי עבודות בניה של ממש מתבצעות במקרקעין. ברם, העותרים נמנעו מלצרף חוות דעת מקצועית או תצהיר שיאמתו את טענתם. כל שצורף לעתירה בהקשר זה הן תמונות של שטח החניון, אך לא ניתן לומר כי הן מבססות את טענות העותרים. רשות העתיקות הבהירה בתגובתה כי בהתאם לתכנית עמ/9 שטח החניון מיועד לשמש כשטח ציבורי פתוח מיוחד ומסווג כשטח "שמור לחפירות ארכיאולוגיות". רשות הגנים מסרה כי היתר לביצוע החפירות בתחומי הגן הלאומי ניתן על-ידה בהתאם לסעיף 30 לחוק הגנים הלאומיים. רשות העתיקות מסרה כי מנהל הרשות נתן הרשאה לביצוע החפירה. ההרשאות הנדרשות לביצוע חפירה ארכיאולוגית נתקבלו אפוא. בכך לא די. שכן, כידוע, סעיף 30 לחוק העתיקות קובע כי "אין בהוראות חוק זה כדי לפגוע בצורך בהיתר כנדרש בחוק התכנון והבניה, תשכ"ה – 1965".

16. מתגובות המשיבות עלה כי אין מבוצעות במקום עבודות בניה, אך הובהר כי נוכח התקדמות החפירה הארכיאולוגית נדרשו עבודות תמך בכדי למנוע את התמוטטות דופנות פיר החפירה. רשות העתיקות מסרה בתגובתה כי "אין צורך לבצע בשלב זה עבודות קידוח, יציקת עמודים ו/או קירות תמך... למעט העבודות שתמשכנה ימים בודדים בלבד בצדה הצפוני של החפירה...". עמדתן של רשות העתיקות, רשות הגנים והמשיבות 4 – 6 היא כי בניית קירות

התמך היא חלק אינטגרלי מן החפירה הארכיאולוגית ועל כן אינה מצריכה היתר בניה. נטען כי תכליתם היחידה של קירות התמך היא בטיחותית, טענה שנתמכה בחוות דעת המומחה מטעם המשיבות 4-6. בהקשר זה התעוררה אפוא השאלה האם עבודות התמך מצריכות היתר בניה. לעניין זה קובעת תקנה 1 לתקנות כדלקמן:

1. עבודה או שימוש הטעונים היתר
אלה העבודות בקרקע ובבנין והשימושים בהם הטעונים היתר
לפי פרק ה' לחוק כדי להבטיח ביצוע כל תכנית:

- (1) שימוש חורג;
(2) כל חציבה, חפירה, כרייה או מילוי המשנים את פני הקרקע, יציבותה או בטיחותה למעט -
(א) ...;

....

(י) חפירות ארכיאולוגיות שנתקיימה בהן אחת מאלה:
(1) ניתן עליהן רשיון לפי סעיף 6 לפקודת העתיקות וניתנה עליהן לוועדה המקומית, שבמרחבה מבוצעות החפירות הודעה בכתב חמישה עשר יום לפחות לפני הוצאת הרשיון כאמור;
(2) החפירות מבוצעות על ידי אגף העתיקות שבמשרד החינוך והתרבות וניתנה עליהן לוועדה המקומית הודעה בכתב חמישה עשר יום לפחות לפני תחילתן;
(3) החפירות מבוצעות על ידי אגף העתיקות שבמשרד החינוך והתרבות או מטעמו, בנכס שמבצעים בו אותה שעה עבודות אחרות על פי היתר לפי סעיף 145 לחוק או עבודות כאמור הפטורות מהיתר על פי תקנות אלה.

כאמור העותרים סברו כי כיתר העבודות בחניון, גם עבודות התמך מצריכות היתר ואין לראותן כחלק מן החפירה הארכיאולוגית. רשות העתיקות והמשיבות 4 – 6 לעומת זאת, טענו כי מכוח תקנה 1 לתקנות פטורות עבודות היציקה ועבודות אחרות שבוצעו בחניון לצורך בניית קירות התמך מקבלת היתר. מתגובת עיריית ירושלים לבקשה למתן צו ביניים עולה כי לשיטתה של העירייה עבודות הדיפון המבוצעות בחניון לצורך החפירה הארכיאולוגית טעונות היתר בניה ויש להפסיקן עד להוצאת היתר. המשיבות 4-6 הודיעו בתגובתן לעתירה כי מדובר בסוגיה שהפכה תיאורטית משהן פנו בבקשה לקבלת היתר, הגם שהן עומדות על טענתן כי אין העבודות במקום מחייבות היתר, בהתאם לתקנות. בהמשך, ביום 31.5.09, הודיעו המשיבות 4 – 6 כי ביום 15.3.09 נתקבל בידן היתר בניה לביצוען של עבודות התמך כחלק מן החפירה הארכיאולוגית (מדובר בהיתר ל"תימוך לטובת חפירה ארכיאולוגית"), הודעה בעקבותיה בוטל צו הביניים ככל שהוא נוגע ליציקת קירות תמך בקשר לחפירות הארכיאולוגיות.

17. איני רואה כיצד ניתן שלא לדחות את טענות העותרים בנקודה זו. העותרים – שעליהם הנטל - טענו לעבודות בניה ממש המתבצעות בחניון, אך לא הביאו כל ראיה שתאושש את טענתם, בעוד שהתמונה המתקבלת מתגובת המשיבות שונה היא. בנוסף, תקנה 1 לתקנות

מחריגות, בתנאים מסוימים, חפירות ארכיאולוגיות מהצורך בהיתר בניה. רשות העתיקות ורשות הגנים ועימן המשיבות 4 – 6 טענו לחלות חריג זה, אך נמנעו מלהראות כי מתקיימים התנאים המפורטים בחלופות השונות של החריג. ואולם, העותרים גם הם לא נדרשו לחריג זה ולא ניסו להראות מדוע העבודות במקרקעין אינן נכנסות בגדרן. במצב דברים זה שבה ועומדת לרשות העתיקות ולרשות הגנים חזקת התקינות המנהלית. והעיקר, מתגובת רשות העתיקות עולה כי כל שנדרש לעת הזו הן עבודות דיפון לגביהן הוצא ההיתר. ההכרעה בעניין זה התייתרה אפוא משניתן ההיתר.

אוסף, כי מחוות דעת המומחה מטעם המשיבות 4 – 6 עולה כי כחלק מגיבוש התכנית לייצוב דפנות בור החפירה "נערכו בחודש מרץ 2007 קידוחי ניסיון במספר מקומות בשטח, וזאת על מנת לעמוד על העומק שבו מופיעה שכבת הסלע הטבעית באתר, שם תסתיים החפירה הארכיאולוגית" (סעיף 5 לחוות הדעת, נספח א' לתגובת המשיבות 4 – 6). עיריית ירושלים לא נדרשה לשאלה האם עבודות אלה מצריכות היתר ודומה כי משמוקד הדברים הוא בעבודות התמך, שלשמן בוצע גם הקידוח האמור, אין מקום להידרש לעניין זה.

18. למעלה מהנדרש אציין כי דומה שאכן כוונתו של מתקין התקנות היתה לאפשר את המחקר הארכיאולוגי ולקדמו, כל עוד זה נעשה בהתאם להסדרים הקבועים בחוק. לשם כך נכון היה מתקין התקנות לפטור מהצורך בקבלת היתר חפירות ארכיאולוגיות הממלאות אחר הדרישות המפורטות בחלופות שמונה תקנה 1(2)(י) לתקנות. נוטה אני לסבור – ומבלי לקבוע מסמרות, שכן לא הוצגו בפנינו טיעונים לעניין זה – כי בהתאם למגמה זו יש לפטור מקבלת היתר כל פעולה המהווה חלק אינטגרלי של החפירה הארכיאולוגית. מכאן אין להסיק כמובן כי מוטת כנפיו של המונח "חפירה ארכיאולוגית" רחבה עד כדי כך שיסתופפו תחתיה עבודות שאינן חיוניות לעריכת החפירה הארכיאולוגית. במילים אחרות, אין מקום לפרשנות מרחיבה של פטור זה. בהקשר זה אוסיף כי העותרים ביקשו לבסס עמדתם כי לא ניתן לראות את העבודות במקום כחלק מן החפירה הארכיאולוגית על דו"ח שנכתב לטענתם על-ידי מבקרת עיריית ירושלים בנוגע לאתר אחר לגביו דחתה המבקרת את הטענה כי עבודות שונות מהוות חלק מהחפירה הארכיאולוגית. ברם, העותרים לא ציינו באיזה דו"ח מדובר ונמנעו מלצרפו לעתירה ומשכך לא ניתן היה לבחון טענתם זו.

אדגיש, כי כפי שהובהר לנו, במקרקעין בוצעו אך עבודות דיפון לצורך החפירה הארכיאולוגית. ככל שבהמשך תאושר תכנית אחרת ביחס לשטח החניון, ולחלופין ככל שתידרשנה עבודות נוספות בשטח החניון שחורגות מצרכיה החיוניים של החפירה הארכיאולוגית, יהא צורך בהוצאת ההיתרים המתאימים. במילים אחרות, כל עבודה שתבצע באתר לצורך שאינו החפירה הארכיאולוגית עצמה תצריך הוצאת ההיתרים המתאימים.

19. סיכומה של נקודה זו. אין צורך להכריע בשאלה האם נדרש היתר בניה לעבודות התמך שבוצעו לצורך קידום החפירה הארכיאולוגית במקרקעין משהיתר כזה ניתן. כל עוד לא בוצעו או מתבקש ביצוען של עבודות נוספות מעבר לכך במקרקעין, אין מקום לדון בצורך בהיתר מתאים עבור עבודות אלה. ובאשר לחפירה הארכיאולוגית עצמה, שגם נגד חוקיותה יצאו העותרים, הרי שכפי שהוסבר, זו נעשתה כחוק ותואמת את התב"ע של המקרקעין.

20. העותרים העלו טענות שונות באשר לנזק שנגרם לבתייהם כתוצאה מן העבודות. ברם, טענות אלה נתמכו אך ורק בצילומים של קירות סדוקים. אל מול טענות העותרים ניצבת חוות דעת המומחה מטעם המשיבות 4 – 6, אינג' דורון קייפי, אשר מסר כי בסקר הנדסי שבוצע לרוב הבתים בטרם החלו עבודות התמך, התגלתה סדיקה בקירות המבנים והתברר כי הבתים לא בוססו באופן שמתאים לסוג הקרקע עליה נבנו. כן ציין כי נעשו תוספות בניה שאינן לוקחות בחשבון את התסבולת הקיימת של היסודות. אינג' קייפי הוסיף כי בביקורות שנערכו מפעם לפעם בבתי התושבים הסמוכים למקרקעין לא התגלו ממצאים המעידים על נזק הנובע מעבודות החפירה הארכיאולוגיות ומעבודות התמך. הוא אף קבע כי "אין כל חשש כי החפירה הארכיאולוגית או עבודות התמך הנעשות לצורך ביצועה יגרמו להתמוטטות המבנים הסמוכים לאתר והם אפילו לא יגרמו לתזוזות שלהם". העבודות בחניון מבוצעות על-ידי הגורם המקצועי – רשות העתיקות. זו מסרה כי עבודות התמיכה, אשר חיוניות לבטיחות החפירה הארכיאולוגית, וכפועל יוצא מכך גם לבטיחות המבנים הסמוכים, נעשות על-פי תכנון ובהשגחה של מהנדסים מוסמכים. הובהר כי עבודות התמך חיוניות להבטחת הבתים הסמוכים לאתר החפירה ולבטיחות תושביהם, כמו-גם להבטחת ביטחונם של החופרים והממצאים. אל מול אלה לא הציגו העותרים כל ראיה שתבסס כאמור את הקשר בין החפירות לנזקים שנגרמו לכאורה לבתייהם. משכך, דין טענותיהם להידחות מבלי שנידרש כלל לטענות באשר לחוקיות המבנים הסמוכים למקרקעין.

לא למותר לשוב ולהדגיש כי רשות העתיקות, כגורם המבצע את החפירה במקרקעין, היא הגורם האחראי להקפדה הנדרשת על בטיחות ביצועה של החפירה הארכיאולוגית. כפי שהובהר לנו, גורמי המקצוע מטעם רשות העתיקות מלווים באופן רציף את העבודות במקום ואנו מניחים כי רשות העתיקות תמשיך ותקפיד על כך גם בהמשך, עד לתום העבודות במקרקעין.

21. בסמוך למועד סיום הכנתה של חוות דעת זו, התקבלה בקשת המשיבות 4 – 6, שהוזכרה כבר לעיל, להסרת צו הביניים או צמצומו נוכח קבלת היתר הבניה. העותרים התנגדו לבקשה. כאמור, ביום 29.6.09 הוחלט על "ביטול צו הביניים ככל שהדבר נוגע ליציאת קירות תמך בקשר לחפירות הארכיאולוגיות בחניון גבעתי, ובהתאם להיתר הבניה...". ביום מתן ההחלטה הגישו המשיבות 4 – 6 בקשה להתיר הגשת תשובה לתגובת העותרים ויום לאחר מכן הגישו בקשה למתן הבהרה להחלטה מיום 29.6.09 באופן שיובהר כי צו הביניים מבוטל ככל שדברים אמורים ב"עבודות תמך" שונות בקשר לחפירות הארכיאולוגיות בחניון. ביום 27.7.09 קבענו כי "צו הביניים לא יחול על עבודות שנכנסות תחת היתר הבניה מיום 15.3.09". כמובן, נוכח התוצאה אליה הגענו בטל צו הביניים. יחד עם זאת מוצאים אנו לשוב ולהדגיש כי על העבודות בחניון להתבצע בהתאם לדרישות הדין ולאמור בהיתר שהתקבל. באחריות המשיבות להבטיח כי כל עבודה נוספת שיתבקש ביצועה מעבר למותר לפי היתר הבניה, תתבצע רק לאחר קבלת ההיתרים והרישיונות הנדרשים ובהתאם להם.

יחד עם זאת אבקש להידרש בקצרה למספר נקודות שעלו בשלב מתקדם זה של ההליך, להנחת דעתם של הצדדים:

א. אשר לטענת העותרים כי העבודות הארכיאולוגיות במקום אינן אלא כסות לעבודות בניה שעל הכוונה לבצען מעידות שתי תכניות בניין עיר שהגישה מעלה מבלי להודיע על-כך לבית המשפט. מקובל עליי כי היה על המשיבות 4 – 6 לציין פרט זה או לעדכן את בית המשפט בעניין זה משהוגשה התב"ע המבוקשת על-ידן. פרט זה נוגע בסוגיות שבליבת המחלוקת ואי-גילוי מטיל צל כבד על טענת המשיבות 4 – 6 לחוסר ניקיון הכפיים שדבק בעותרים דווקא. ואולם, יש לתמוה גם על כך שהעותרים עצמם נמנעו מלעדכן את בית המשפט בעבודות שכעולה מתגובתם ידועות להם מזה זמן והמתינו עד שהתבקשה תגובתם לבקשה לביטול צו הביניים. כך או כך, העובדה שמי מהמשיבות 4 – 6 מבקשת לקדם בניה במקרקעין השייך על-פי המסמכים שהוגשו לנו לא.ל.ע.ד. ומעלה, אינה מלמדת על אי-חוקיות החפירה הארכיאולוגית במקום. כפי שהוסבר על-ידי רשות העתיקות, ביצוע החפירה היווה תנאי לבחינת עמדתה של רשות העתיקות ביחס לבקשת בעלות המקרקעין לשנות את התב"ע החלה עליו. כל עוד מתבצעת החפירה בהתאם לדרישות החוק, אין מקום להתערבותנו. לעניין זה שבמוקדו ביצוע חפירות על-פי הרשאה נדרשתי בהרחבה לעיל ולא אחזור על הדברים.

ב. העותרים שבו וטענו לחוסר ניקיון כפיים וחוסר תום לב של המשיבות 4 – 6 כעולה מפרסומים שונים אודותיהם. כאמור, פרסומים שונים בכלי התקשורת אינם יכולים להוות בסיס

נאות להתערבותו של בית משפט זה. אוסיף, כי מאותם פרסומים שצירפו העותרים לתגובתם עולה כי מדובר בחשדות שנבדקים. חזקה על הגורמים המוסמכים לעניין זה כי יבצעו בדיקתם וינקטו הצעדים המתבקשים בעקבותיה, ככל שיידרשו.

ג. העותרים טוענים בתגובתם לבקשה לצו ביניים כי בית משפט זה אינו הערכאה לבירורן של שאלות עובדתיות לגבי הנזקים שנגרמו לבתייהם והיקפם, עניין זה יתברר בתביעה אזרחית ועל כן אין מקום שיצרפו לעתירתם חוות דעת מומחה. טענה זו, כמו טענות נוספות שהועלו, מהווה משום שינוי מהקו בו נקטו העותרים עד לשלב זה. משהעותרים טענו בעתירתם לסיכון שיש בביצוע העבודות לשלומם ולבטיחות בתייהם, כמו-גם לנזקים שנגרמו, ברי כי זהו עניין שיש לתמוך בחוות דעת מתאימה.

22. בסיכומם של דברים. עברה ההיסטורי העשיר של הארץ מקופל שכבה על שכבה באדמתה. דברי הימים של הארץ, של העמים שחיו בה, חלפו בה ונכנסו אל דפי ההיסטוריה, נקברו במרוצת השנים תחת האדמה והפכו לצפונותיה. "...ישראל היא אמנם מדינה צעירה, אך שורשיה עמוקים בהיסטוריה האנושית, ואדמתה רוויה לאורכה ולרוחבה בשרידים עתיקים של ציביליזציה אנושית קדומה שחייתה ויצרה באזור זה לאורך אלפי שנים, לפני ואחרי הספירה" (בג"ץ 8497/04 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בע"מ נ' כרם מהר"ל – מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ (לא פורסם, 17.6.09) בפסקה 24).

ביתר שאת נכונים הדברים ביחס לאזור המכונה "עיר דוד". תל עיר דוד מספר את דברי ימיה של ירושלים זה אלפים בשנים, כפי שניתן ללמוד עליהם עוד מן התנ"ך (ראו למשל: שמואל ב', ד'-ח'; שמואל ב' ט'-י"א; דברי הימים א', פרק ט"ו, פס' א', זאת הגם שהמקום עצמו מוזכר כמובן עוד קודם לכן, בסיפור עקדת יצחק) וממקורות נוספים. חשיבות חשיפת צפונותיה של עיר דוד היא לאומית ובינלאומית, היא אינה מתייחדת לבני העם היהודי אלא יש לה חשיבות לכל מי אשר מבקש להתחקות אחר תולדותיו של איזור זה שהוא ערש הדתות המונותאיסטיות. חשיבותו של המחקר הארכיאולוגי אינה מתמצה אך בהבנת עברה של הארץ ובאפשרות לבחון אמיתותם של הפרטים הידועים לנו ממקורות אחרים אודותיו, אלא הוא שופך אור על התפתחות התרבות האנושית. ככזה, חשיבותו חוצה עמים וגבולות. יחד עם זאת, חשיבותו של חקר העבר אינה מבטלת אינטרסים של ההווה. היא אינה יכולה להסיג מפניה את זכותם של התושבים באזור החפירות לחיות בבטחה. היא אינה יכולה לגבור על השמירה על שלטון החוק.

התרשמותי היא כי הצדדים כולם – והעותרים בראשם כיוזמי העתירה – לא עשו את המתבקש והמצופה מהם כדי לסייע לבית המשפט במלאכתו. הצדדים שניהם, כך נראה, ביקשו

לגרור אחריהם את בית המשפט אל ביצת המריבה ביניהם שהיא רחבה ומורכבת הרבה יותר מענייניו של חניון גבעתי, ואינה עניין לבית המשפט לענות בו. מטבע הדברים בית משפט זה אינו הערכאה המתאימה לבירורן של שאלות עובדתיות ועל כן חשיבות רבה נודעת לפרישת התשתית העובדתית במלואה בפני בית המשפט. כזאת לא נעשה, כפי שכבר הוסבר. חוות דעתי מתבססת אפוא על התשתית העובדתית שהונחה בפניי, ולפיה היתרים, ככל שהם נדרשים, ניתנו. עוד הובהר כי עבודות החפירה בחניון נעשות בפיקוח ובליווי אנשי מקצוע. יובהר למעלה מכל ספק כי אין בחוות דעתי כל היתר או הכשר לביצוע כל עבודה שמעבר לחפירות הארכיאולוגיות במקרקעין ולא ניתן לה היתר כדין.

מכל הטעמים שפורטו לעיל אציע לחבריי לדחות את העתירה.

עוד אציע שלא לעשות צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' מלצר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ארבל.

ניתנה היום, כ"ו באלול תשס"ט (15.9.09).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט