



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8497/04

בפני :

כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופטת ד' ברלינר

העותרים :

1. חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בע"מ
2. אסעד חסן מוחסן
3. חליל סלים דרויש
4. זיד סלים דרויש

נ ג ד

המשיבים :

1. כרם מהר"ל - מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ
2. יורם שטטנר
3. אורלי שטטנר
4. יובל מנחם
5. מדינת ישראל/מינהל מקרקעי ישראל
6. רשות העתיקות
7. משרד הדתות

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

בשם העותרים :

עו"ד מוחמד אגבריה

בשם המשיבים 1-4 :

עו"ד יהודה וישניצקי

בשם המשיבים 5, 7 :

עו"ד יובל רויטמן, עו"ד איתי רביד

בשם המשיבה 6 :

עו"ד יורם בר סלע, עו"ד רדואן בדחי

פסק-דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. עניינה של עתירה זו בבקשת העותרים כי בית המשפט יורה על איסור בנייה בשטח שני מגרשים מס' 339 ו-301 בגוש 12048 (להלן: המגרשים) במושב כרם מהר"ל, נוכח הטענה כי השטח שימש בעבר בית קברות מוסלמי, ומצויים בו קברים של מוסלמים.

הצדדים

2. העותרת 1, חב' אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בע"מ (להלן: חב' אלאקסא) היא חברה שמטרתה, על פי הגדרתה, לאתר ולפתח את נכסי ההקדש המוסלמי בישראל. אל חב' אלאקסא חברו העותרים 2-4, הטוענים כי קרובי משפחתם קבורים בשטח המגרשים. המשיבה 1, כרם מהר"ל, היא מושב עובדים להתיישבות שיתופית חקלאית (להלן: האגודה). האגודה קיבלה ממשיב 5, מינהל מקרקעי ישראל (להלן: המינהל) את זכויות החכירה בקרקעות מושב כרם מהר"ל. המשיבים 2 עד 4 קיבלו בשנת 2002, במסגרת תכנית פיתוח, זכויות חכירה בשני מגרשים בשטחו של המושב, על מנת לבנות עליהם את בתיהם. המשיבה 6, רשות העתיקות, ביצעה חפירות הצלה בשני המגרשים נוכח מיקומם באתר עתיקות מוכרז.

רקע והליכים קודמים

3. החל מאמצע שנות התשעים פעלה האגודה לקידום תוכנית מתאר לפיתוח והרחבה של מושב כרם מהר"ל (להלן: תכנית ההרחבה). הצורך בתכנית ההרחבה נבע מגידולו הטבעי של המושב, והיא התאפשרה כתוצאה ממספר החלטות שנתקבלו במועצת מינהל מקרקעי ישראל, אשר אפשרו שינוי ביעודן של קרקעות חקלאיות והמרתן לקרקעות לצורך מגורים. לאחר הליך תכנוני שארך מספר שנים, שראשיתו בתכנית מתאר מקומית ח/4, אשר פורסמה ביום 19.2.98, הבשילו הליכי התכנון לאישורה של תוכנית מתאר ח/4, אשר אושרה ביום 1.11.01. במסגרת התכנית, הוקצו מספר מגרשים לצורך הקמת שכונה חדשה במושב, שכונת "גבעת הגן". השכונה כוללת 24 מגרשי מגורים. חלק הארי של המגרשים שווק על ידי האגודה והמינהל לזוגות צעירים. לאחר השלמת ההליכים התכנוניים, ועל פי החלטת המינהל, המליצה האגודה למינהל על המשיב 4 ועל בנם של המשיבים 2 ו-3 כמועמדים מטעמה לקבלת זכות חכירה לדורות בשני מגרשים בשטח השכונה המוקמת. המלצות האגודה אושרו על ידי המינהל, וכתוצאה מאישור זה נחתמו חוזי פיתוח וחכירה עם משיבים אלה בשני המגרשים. משיב 4 רכש ביום ה-28.4.02, זכויות חכירה ופיתוח במגרש שמספרו 301 (להלן: מגרש 301) ובנם של המשיבים 2 ו-3 רכש, ביום ה-27.2.02, זכויות פיתוח וחכירה במגרש שמספרו 339 (להלן: מגרש 339). יוער, כי בטרם נחתמו החוזים, ובהתאם לנוהל הקיים, ביקר במגרשים פקח מטעם המינהל ומצא אותם ריקים ממבנים כלשהם.

4. שני המגרשים ממוקמים על שטח המוכרז אתר עתיקות עוד מתקופת המנדט הבריטי בארץ ישראל. כעולה מתגובת רשות העתיקות, ישנן עדויות הסטוריות לכך כי השטח היה מיושב החל מהמאה התשיעית לפני הספירה, ובמהלך התקופה הפרסית, ההלניסטית, הרומית, הביזנטית והערבית הקדומה. האתר מצוי בחלקו על שרידי הכפר הערבי אג'זם. בהתאם להוראות חוק העתיקות, התשל"ח-1978, בהיות האזור "אתר עתיקות" מוכרז, נדרש אישורה של רשות העתיקות כתנאי מוקדם לבנייה על המגרשים. בשל כך, החל מחודש יוני 2002, ביצעה רשות העתיקות חפירות הצלה במספר מגרשים בשטחה של השכונה המוקמת, אשר במהלכן אותרו ממצאים ארכיאולוגיים המשוייכים לסוף התקופה הפרסית בתחילת המאה הרביעית לפני הספירה, ובתקופות שונות שלאחריה, עד תקופת המנדט הבריטי.

5. בחודש יולי 2004 ביצעה רשות העתיקות חפירת הצלה מדגמית במגרש 339, כדי לבחון אפשרות לשחרר את השטח לבנייה. חפירה זו בוצעה לבקשת המשיבים 2 ו-3 ובמימנם. לאחר חישוף השטח וביצוע חפירות, נתגלו ממצאים בחלקים שונים של המגרש: בחלקו המזרחי של המגרש נמצאו מספר פריטים ארכיאולוגיים מהתקופה הביזנטית והעותמאנית. ממצאים אלה נבחנו ותועדו על ידי הרשות, ולאחר מכן החליטה הרשות לשחרר את החלק המזרחי של המגרש לבנייה. בחלקו המערבי של המגרש נמצאו קברים, אשר להערכת רשות העתיקות הינם קברים 'רצניים' (הווי אומר – שאינם עתיקים) מתחילת המאה הקודמת. מיד לאחר חשיפת הקברים בחלקו המערבי של המגרש, עבר הטיפול בנושא זה למשרד הדתות, הוא המשיב 7, על פי הנוהל המקובל. לאחר בדיקת נציגי משרד הדתות, הוחלט כי לא ניתן לפנות את הקברים, וכי הבנייה בשטח תותר על ידי משרד הדתות בתנאי שהבנין ייבנה ללא חדירה לתת-הקרקע, ובפיקוחו של נציג ממשרד הדתות. לאחר שניתן האישור האמור מטעם משרד הדתות, ולאחר בחינת הממצאים שהעלתה חפירת ההצלה, החליטה רשות העתיקות ביום ה-5.8.04, כי גם היא אינה מתנגדת לביצוע עבודות הבנייה המבוקשות על ידי משיבים 2 ו-3. אישור זה מטעם הרשות ניתן מתוך הנחה שרוב הבנייה המתוכננת תיעשה בחלקו המזרחי של המגרש, והוא לווה בתנאים, שעיקרם בכך שהבנייה לא תהיה כרוכה בפגיעה בתת-הקרקע, ושהיא תתבצע תחת פיקוח נציג רשות העתיקות.

6. כאשר נודע לעותרים 2 עד 4 על חפירות ההצלה שנערכו בשטח מגרש 339, הם פנו לחב' אלאקסא, ובאמצעותה הגישו, ביום ה-2.8.04, תביעה למתן צו מניעה קבוע ובקשה למתן סעד זמני לבית משפט השלום בחיפה. לאחר שניתן על ידו צו מניעה

ארעי, דן בית המשפט בתביעה, והחליט למחוק אותה בהיעדר סמכות עניינית (ת.א. 14267/04, מיום 12.9.04). בעקבות החלטה זו, הוגשה העתירה שלפנינו.

7. לאחר הגשת העתירה לבית משפט זה, ניתן צו מניעה ארעי, האוסר על ביצוע פעולות חפירה, בנייה וכל פעולה אחרת שמטרתה שינוי המצב הקיים בשטח המגרשים.

טענות הצדדים

8. העותרים מבקשים כי בית משפט זה יאסור על בצוע כל פעולות בנייה בשטח שני המגרשים, בשל העובדה כי, לטענתם, בשטח המגרשים מצוי בית קברות מוסלמי. לדבריהם, הבנייה על מגרשים בהם מצויים בתי קברות מוסלמיים מהווה הפרה של הזכות החוקתית לכבוד המת, אשר הוכרה בדין ובהלכה הפסוקה. כמו כן, הבנייה מפרה את חובת השמירה על המקומות הקדושים, שבית קברות נמנה עליהם, על פי חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967. מעבר לכך, בנייה כאמור מהווה פגיעה בתקנת הציבור המקובלת בעולם הנאור לפיה קברים הם אתרים קדושים שאין להתיר פגיעה בהם, משזו כרוכה בפגיעה קשה ברגשות הציבור ובכבוד האדם החי והמת. ביצוע עבודות בשטח בית קברות מחלל את קדושת המקום, ופוגע קשות ברגשות המוסלמים שחלק מבני משפחותיהם קבורים במקום. הוא עומד בסתירה לערכיה של חברה נאורה, ולערכיה של מדינת ישראל. מבחינת דרישת המידתיות, יש לתת עדיפות לכיבוד הערכים של קדושת כבוד המת על פני זכויות הקנין של בעלי הזכויות במגרשים, ולאסור כליל כל פעולת בנייה בשטחים אלה.

9. המשיבים 1 עד 4, האגודה ובעלי הזכויות בשני המגרשים, מעלים מספר טענות אשר בגינן יש לדחות, לגישתם, את העתירה. ראשית, הם מציינים כי לא הוכח שהיה קיים אי פעם בית קברות מוסלמי בשטח המגרשים הנדונים, והעותרים לא הביאו כל הוכחה כי קיימים במקום קברים שיש להם זיקה לבני משפחותיהם, כנטען על ידם. בשטח המושב אכן קיים בית קברות מוסלמי, המוכר לאגודה ולרשויות התכנון, אך הוא ממוקם במרחק של מאות מטרים משטח המגרשים. לדבריהם, שכונת "גבעת הגן" בכלל, ומגרשים 301 ו-339 בפרט, לא נחשבו מעולם כשטחים בהם מצוי בית קברות. בעבר גם לא נטען כך, ואיש לא נהג לפקוד את השטחים הללו לצורך ביקור בקברים. בהקשר זה, טענו משיבים 1 עד 4, כי העותרים 2 עד 4, אשר ביחס אליהם נטען בעתירה כי קרוביהם קבורים במגרשים, נמנעו מלהגיש תצהירים המגבים את טענתם בדבר מציאות קברים במקום. אי צירוף התצהירים מחליש את הבסיס העובדתי מהטענה

המרכזית המועלית בעתירה, ומצביע על כי העותרים לא עמדו בנטל ההוכחה הנדרש לביסוס טענה זו.

10. המשיבים 1 עד 4 העלו מספר פגמים בהתנהלות העותרים, המצדיקים, לטענתם, את דחייתה של העתירה על הסף. בטרם הגשת העתירה, לא פנו העותרים לרשויות המינהל הרלוונטיות כדי לבקש את התייחסותן לנעשה בשטח, ולא טענו בפני מי מהרשויות כי המקום הינו בית קברות מוסלמי, או אתר קבורה. ממילא, לא ניתנה לרשויות אלה הזדמנות לנמק בפני העותרים את מעשיהן בטרם נקטו העותרים בהליכים משפטיים. משכך, העתירה לוקה באי-מיצוי הליכים. כן, טוענים המשיבים כי העתירה לוקה בשיהוי ניכר, שראוי אף הוא שיוביל לדחייתה. הליכי התכנון, הנוגעים לתכנית ההרחבה בשטח המושב, נוהלו על ידי האגודה אל מול גורמי התכנון, לאורך מספר שנים. במהלך כל השנים בהם התנהלו הליכי תכנון, העותרים לא הביעו כל התנגדות לתכנית ההרחבה, בין בשלב בו שונה ייעודם התכנוני של המגרשים, ובין בשלבים התכנוניים שלאחריו. יתר על כן, העותרים לא נקטו בצעדים כלשהם להגשת התנגדויות למהלכי הבנייה גם לאחר שהחלו בפועל עבודות הבנייה בשכונת "גבעת הגן".

11. בהתייחס לטענות שמעלים העותרים בנוגע להחלטות רשות העתיקות ומשרד הדתות, טוענים המשיבים 1 עד 4 כי החלטות אלה הינן סבירות ומידתיות, באשר הן מאזנות נכונה בין הצורך בשמירה על כבוד המת וכיבוד רגשותיהם של העותרים, לבין זכות הקניין של המשיבים, ואינטרס הציבור בפיתוח והרחבה של המושב.

12. גם עמדת המדינה (המשיבים 5 ו-7) היא כי דין העתירה להידחות. לגישה, על פי תכנית המיתאר התקפה, שאושרה כדין בהליכי התכנון, ייעודו החוקי של השטח נשוא המחלוקת הוא שטח בנייה למגורים. שטח המגרשים לא הוגדר מעולם בית קברות, מוסלמי או אחר, והוא לא הוגדר כך גם על פי התכנית הסטאטוטורית שחלה במקום בעבר. היעדר כל עקבות פיסיים או נורמטיביים לקיומו של בית קברות בא לידי ביטוי גם במציאות בשטח, באשר המקום היה במהלך השנים שטח בור, מכוסה צמחייה, וללא מבני קבורה מבונים או מצבות גלויים לעין. יתר על כן, בעת שהתגלו הקברים לראשונה, במסגרת חפירות ההצלה במגרש 339, היו העבודות להקמת שכונת המגורים בעיצומן, וכבר נחתמו חוזי פיתוח שהעניקו זכויות לאנשים פרטיים תמורת תשלום. בנסיבות אלה, יש קושי, לעמדת המדינה, לקבל את טענת העותרים לפיה, משהתגלו קברים במגרשים, אגב ביצוע עבודות, חלה חובה גורפת להקפיא כל שימוש שהוא במקרקעין. טענת העותרים בדבר חובת השמירה על כבוד המת, ובדבר הפגיעה

ברגשות הכרוכה בפיתוח השטח, אינה מצמיחה מאליה את המסקנה הנטענת לפיה יש לאסור כליל על כל בנייה במגרשים. אל מול האינטרס אותו מציגים העותרים, ניצבים אינטרסים נוגדים חשובים אחרים, ויש להתחשב גם בהם. במקרה הנוכחי, מדובר באינטרס ציבורי כללי בקידום צרכי פיתוח המקרקעין במדינה בהווה. המשיבים מציינים כי שטחי מדינת ישראל לאורכם ולרוחבם רוויים בשרידי היסטוריה אנושית, וגילויי שרידי קברים או עצמות אדם אגב מהלכי בנייה ופיתוח אינו תופעה נדירה. בנוסף לאינטרס פיתוח הארץ, יש במקרה זה גם אינטרס הגנה על זכויות קנין של גורמים פרטיים אשר התקשרו עם מינהל מקרקעי ישראל בהסכמי פיתוח תקפים, ורכשו זכויות בהתאם למדיניות תכנונית שנוהלה ויושמה לאורך מספר שנים, בהתאם לדין, ובלא כל התנגדות הקשורה לטענות בדבר קיומו של בית קברות במקום.

13. איזון ראוי בין האינטרסים הרלבנטיים מחייב, לעמדת המדינה, מציאת פתרון מעשי, שיאפשר הגנה על הקברים מבלי לאיין כליל את האפשרות להשתמש ולפתח את הקרקע. בהקשר זה, מציינת המדינה כי במספר מקרים בעלי מאפיינים דומים ננקטה, בעבר, גישת איזון פרגמטית אשר במסגרתה נעשו מאמצים רבים למצוא פתרונות פרקטיים – ובהם שינויים תכנוניים, פתרונות הנדסיים, בנייה בפיקוח הגורמים המוסמכים, וכיוצא באלה פתרונות, הכל כדי להגשים את האיזון האמור. יש לנקוט גישת איזון כזו גם במקרה זה.

14. לבסוף, המדינה מצביעה אף היא על השיהוי הניכר בו לוקה העתירה. מתגובתה עולה כי תכנית חכ/4, הרלוונטית לענייננו, פורסמה להתנגדויות לפני שנים רבות, וחרף זאת לא הוגשה כל התנגדות מצד מי מהעותרים במהלך השנים שחלפו. היעדר כל יוזמה מצד העותרים להעלות את התנגדותם, אל מול פעילות אינטנסיבית של האגודה וגורמים פרטיים, שרכשו בינתיים זכויות בשטח, בקידום תכנית סופית לפיתוח ולבנייה במגרשים, תומך ומחזק את טענת השיהוי.

מיצוי החיקור הארכיאולוגי בשטח המגרשים והודעות משלימות

15. במסגרת דיון בעתירה, שמענו את טענות הצדדים, ודנו, בין היתר, בהצעות לפתרונות מעשיים לבעיות שעלו. הדיון העלה כי טרם בשלה העת להכריע בעתירה, בעיקר בשל פערים עובדתיים, וזאת מאחר שבעת הגשת העתירה טרם נבחן מצב השטח במגרש 301, מבחינת חפירות הצלה, וטרם הוברר אם יש בו ממצאים וקברים מתחת לפני הקרקע. לאור האמור, החלטנו כי המדינה ורשות העתיקות תגבשנה את עמדתן לאחר שתבוצענה חפירות בדיקה או הצלה במגרש 301. חפירות אלה מותנות בהגשת

תכניות על ידי בעלי המגרש. אשר למגרש 339, ובמטרה להגיע לפתרון מעשי שיבטא איזון בין השיקולים השונים, החלטנו כי בעלי מגרש זה יפעלו לבדיקת האפשרות לשנות את תכנית הבנייה באופן שקו הבניין לא ישתרע בחלקו הדרום-מערבי של המגרש, על אותו מקטע בו נמצאו קברים על פי מפת רשות העתיקות.

16. בהמשך להחלטתנו זו, הגישו המשיבים 2-3, בעלי הזכויות במגרש 339, הודעה משלימה לפיה עלה בידיהם להקטין את שטח בית המגורים המתוכנן, באמצעות הסטת קו הבניין כך שלא ישתרע בחלקו הדרום-מערבי של המגרש, על המקטע בו נמצאו הקברים. משכך, ביקשו המשיבים 2 ו-3 לדחות את העתירה, ככל שהדבר נוגע למגרש 339. לבקשתנו, הודיעה רשות העתיקות כי בדיקה שערכה מטעמה העלתה כי התכנית המתוקנת שהגישו משיבים 2 ו-3 אכן מותירה את שטחי הקברים במגרש 339 מחוץ לקו הבניין. עמדת המדינה ורשות העתיקות, כעולה מתגובותיהן היא כי הפתרון התכנוני שהוצג על ידי משיבים 2 ו-3 הוא פתרון ההולם את הסוגיה, ואין מניעה להתיר את בצוע עבודות הבנייה בהתאם לתכנית הבנייה המתוקנת שהגישו בעלי הזכויות במגרש. ב"כ חב' אלאקסא הודיע לבית המשפט כי העותרים מצידם אינם מסכימים לראות בפתרון המעשי שהוצע משום מענה לעתירה מבחינת מגרש זה.

17. לאחר מכן, התקבלו הודעות משלימות מטעם האגודה ומשיב 4, וכן מטעם רשות העתיקות, בנוגע לפעולות שבוצעו במגרש 301. על פי הודעתם, מיד לאחר החלטת בית המשפט, פנה המשיב 4 לרשות העתיקות בבקשה לבצע חפירות הצלה בשטח המגרש. הרשות ביצעה חפירת הצלה, שכללה חיתוכי בדיקה וחישוף בשטח.

אלה ממצאיה של רשות העתיקות בעקבות חפירות הצלה שבוצעו במגרש 301 תוך התייחסות למפת המגרש שצורפה על ידי הרשות:

במכלול – נמצאו במגרש בורות מים עתיקים, חציבות עתיקות, רצפה וקברים שחלקם ככל הנראה רצנטיים, וחלקם קברים עתיקים חצובים בסלע, המשוייכים לתקופה הביזנטית (מאות 4-5 לספירה).

בפירוט – בחלק המערבי האחורי של המגרש, התגלו ארבעה קברים רצנטיים בתוך המגרש (המסומנים בעיגולים כחולים במפה שמספריהם 13, 14, 15, ו-17). בגבולו המערבי של המגרש, התגלו שלושה קברים רצנטיים נוספים (מסומנים בעיגולים כחולים שמספרם 18, 22, ו-23). קברים רצנטיים נוספים מצויים מחוץ לגבולות המגרש (מסומנים בעיגולים כחולים שמספרם 20, 21, 24, 25, ו-26).

בחלקו המרכזי והקדמי של המגרש, נמצאו קברים חצובים בסלע, המשוייכים לתקופה הביזנטית (מאות 4-5 לספירה) (מסומנים במחומשים בצבע ורוד ומספרם 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12 ו-16).

בקדמת המגרש נמצא בור מים עתיק (ריבוע אדום, מסומן 5). חציבה עתיקה ובור מים עתיק מצוי בקדמת המגרש (מסומן משולש אדום מס' 6).

בחתך כללי עולה, אפוא, כי הקברים המזוהים, ככל הנראה קברים רצנטיים, נמצאים בחלק המערבי האחורי של המגרש, ואילו בחלקו המזרחי הקדמי של המגרש מצויים בורות המים העתיקים, חציבות עתיקות וקברים המשוייכים לתקופה הביזנטית. קבר עתיק אחד (מס' 16 על המפה) מצוי בחלקו המערבי של המגרש.

הרשות מוסיפה ומבהירה בהודעתה כדלקמן:

(א) אשר לקברים שהתגלו בחלקו המערבי של המגרש, מדובר ככל הנראה בקברים רצנטיים. אין בכוונת הרשות לבצע במקום חפירה ארכיאולוגית. מאחר שמדובר באתר עתיקות מוכרז, הרשות לא תתיר בנייה או חפירה בתת הקרקע בשטח זה ללא ביצוע חפירת הצלה.

(ב) אשר לשטח הקדמי-מזרחי של המגרש, הרשות מתנה עבודות בנייה וחפירה בתת הקרקע בבצוע חפירות הצלה ארכיאולוגיות שזמן ביצוען לא יעלה על חודש ימים בטרם יוחל בעבודות הבנייה, וזאת כתנאי לקבלת אישור מנהל רשות העתיקות על פי סעיף 29 לחוק העתיקות, התשל"ח-1978.

(ג) מבחינת רשות העתיקות, על בעלי הזכויות במגרש להמציא לרשות את תכניות הבנייה, ועל פיהן תקבע הרשות את היקפי חפירות ההצלה הנדרשות. אם החפירות לא תעלינה ממצאים מיוחדים מבחינה ארכיאולוגית, אשר יצריכו את שימורם במקום, תשחרר הרשות חלק זה של המגרש עם תום החפירות, ובכפוף לתכנית הבנייה שתוגש.

18. בהודעת המשיב 4 הוא טוען כי הוא מסכים לבצע את הבנייה במגרש בהתאם להנחיות רשות העתיקות; כהגדרתו – "למצער – בחלקו המזרחי של המגרש, וכן בחלקו המערבי בשטח בו לא מצויים קברים." הוא מבקש להתיר לו להגיש תכניות בנייה

שיאושרו על ידי רשות העתיקות, באופן "שקווי הבנייה של הבית יהיו מחוץ לשטח בו נמצאו קברים" (סעיף 5 להודעתו).

19. עמדת המינהל היא כי יש לפעול לגבי מגרש 301 במתווה זהה לזה שנקבע ביחס למגרש 339, באופן שקו הבנין לא ישתרע על האיזור בו מצויים קברים על פי מפת רשות העתיקות. לפיכך, טוען המינהל כי על המשיב 4 להגיש תכניות לרשות העתיקות באופן התואם את הממצאים שנמצאו במגרש נכון לעת זו, ולהמתין להחלטת הרשות. לעמדת המינהל, זהו פתרון ראוי וסביר בנסיבות הענין.

20. העותרים מצידם הגישו הודעה משלימה, וטענו בה כי אין לקבל את הפתרונות המוצעים על ידי המשיבים בשל חשש אפשרי לקיומם של קברים נוספים במגרשים, שטרם נתגלו. לפיכך, לעמדתם, יש לאסור כליל כל בנייה בשטח שני המגרשים.

21. בשלב זה קיימנו דיון נוסף בעתירה, בנסיון להגיע לפתרון מוסכם על הצדדים, אך פתרון כזה לא הושג. בדיון הובהר כי משיבים 1 עד 4 מסכימים להתאים את תכניות הבנייה שאושרו לממצאים שנמצאו בשטח על ידי חפירות רשות העתיקות, ומסכימים לקבל על עצמם כי קווי הבנין במגרשים לא ישתרעו על מיקומם של קברים רצנטיים. כן עלה, כי תכנית מתוקנת למגרש 339 כבר הוגשה לרשות העתיקות ואושרה על ידה. עם הגשת תכנית לגבי מגרש 301, תבחן אותה הרשות ותתייחס אליה, על פי הקווים ששרטטה בהודעתה. המדינה הסכימה לפתרון המעשי שהושג, בלא לותר על טענותיה העקרוניות ביחס למצבים דומים בהם עשויה להתקיים סתירה בין שיקולים שונים שאינה ניתנת ליישוב מעשי בדרך שנתאפשרה במקרה זה.

הכרעה

האיזון החוקתי

22. הליך זה מעלה פעם נוספת את הדילמה הנוצרת לעיתים מזומנות כאשר, אגב תחילת ביצוע תכניות בנין עיר לפיתוח קרקע, מתגלה כי האתר המתוכנן טומן בחובו, מתחת לפני הקרקע, קברים עתיקים סמויים מעין, שלא היה ידוע דבר קיומם. כאשר הליכים משפטיים לעצירת בנייה עקב גילוי שרידי קברים סמויים, מוגשים באיחור ניכר לאחר אישורן של התכניות, וכאשר פרטים אשר רכשו זכויות קנין המוגנות בהגנה חוקתית, מבקשים לפתח את השטח שברשותם, עולה שאלת הניגוד החריף בין חובת כיבוד המת – שהוכרה כזכות חוקתית מוכרת כחלק מכבוד האדם – הכרוכה בחובת

כיבוד רגשות קרובי המת ובני הקהילה אליה הוא משתייך, לבין ההגנה החוקתית על הקנין הניתנת לבעל זכות הקנין בקרקע לממש את זכותו בבנייה ובפיתוח. בדילמה קשה זו משתלבים גם אינטרסים ציבוריים כלליים, המבקשים לעודד מצד אחד את תנופת הפיתוח והבנייה ומיצוי ערך הקרקע, המצויה במשורה בארץ קטנה כישראל, בצד הכבוד והרגישות בהם יש לנהוג כלפי אמונות, מסורות ורגשות של מגזרים שונים בחברה הישראלית ביחסם לכבוד האדם החי והמת, כאחד. שזורים במערכת זו גם שיקולים של כיבוד הליכי תכנון קרקע ממושכים, המתנהלים ומתאשרים כדין, וצורך לתת משקל רב לסופיות וודאות הליכי תכנון כדי לשמר את גורם היציבות והוודאות בהליכים מינהליים ומעין-שיפוטיים המתקיימים בפני הרשויות הציבוריות (ע"א 4002/98 סלים מונייר נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים, פ"ד נז(4) 665 (2003); בג"צ 478/85 אבולעפיה נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה ירושלים, פ"ד מ(2) 249 (1986); בג"צ 445/73 סער נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, פ"ד כט(1) 219 (1974)). מחדל בנקיטת יוזמה להגיש התנגדויות לתכניות בנין עיר תלויות ועומדות, ובקשות מאוחרות לביטול תכניות מאושרות עקב מציאת שרידי קברים סמויים אגב ביצוע עבודות, טומנים בחובם נזק רב לגורם היציבות בהליכים מינהליים ומעין שיפוטיים, וגם אלה גורמים בין מכלול שיקולים רלבנטיים שיש לשקלם בסוגיית ההתנגשות האמורה (עע"מ 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע (לא פורסם, 7.12.06); עע"מ 7142/01 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה חיפה נ' החברה להגנת הטבע, פ"ד נו(3) 673, 679 (2002); ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נז(5) 433, 448-449 (2003)). שיהוי ניכר של עותרים בהעלאת הטענה בדבר קיומם של קברים, והעלאתה לראשונה בעת שמתבצעות עבודות בשטח על פי תכנית מאושרת, שעברה את כל הליכי התכנון כדין, ואי מיצוי הליכים כלפי גורמי המינהל והתכנון, מהווים שיקולים שיש להתחשב בהם, בד בבד עם התחשבות באינטרס ההסתמכות של בעלי זכות הקנין על יכולתם לממש זכות זו בבנייה בשטח, הנוצר עם השלמת הליכי התכנון, ונוכח טיבה ואופייה של זכות הקנין הזוכה להגנה חוקתית.

23. ההתמודדות החריפה בין השיקולים השונים כאמור איננה מתעוררת כאשר מדובר במתחם בית קברות ידוע, מוכר, וגלוי לעין, שאז מדובר בשטח המוכרז מבחינה נורמטיבית כבית קברות בתכניות בנין עיר, והליכי תכנון בשטח כזה מותאמים באופן מלא לייעוד זה של השטח, ומוסדרים בהתאם על פי דיני התכנון. הניגוד מתעורר כאשר מדובר באיזור קברים עתיקים סמוי מעין, שאין יודעים על קיומו, המתגלה בהדרגה אגב ביצוע עבודות בנייה, כאשר הליכי התכנון של השטח הושלמו בלא לדעת על מציאותו. אז מתחדד הניגוד בין ערכי כבוד המת והגנה מפני פגיעה ברגשות בני

הקהילה, לבין זכויותיהם המוקנות של בעלי זכויות הקנין בשטח לממש את קניינם על ידי פיתוח ובנייה בהתאם לתכניות שקבלו תוקף סופי כדת וכדין ("צ 52/06 חברת אלאקסא אלמובארק לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בע"מ נ' SWC MUSEUM COR, פסקאות 172, 176-7 (טרם פורסם, 29.10.08) (להלן: ענין מוזיאון הסובלנות); סעיף 99 לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965).

24. עוד חשוב להדגיש, כי במסגרת השיקולים הרלבנטיים לעניין זה, יש להתחשב בעובדה כי ישראל היא אמנם מדינה צעירה, אך שורשיה עמוקים בהסטוריה האנושית, ואדמתה רווייה לאורכה ולרוחבה בשרידים עתיקים של ציביליזציה אנושית קדומה שחייתה ויצרה באזור זה לאורך אלפי שנים, לפני ואחרי הספירה. גם למציאות זו יש משקל בגדר הצורך במציאת נקודת האיזון הראויה בין הישן לחדש, בין עולם החיים לעולם המתים, ובין צרכי פיתוח הקרקע למען רווחתו של האדם בהווה ובעתיד, לבין כיבוד המת וכיבוד רגשות בני הקהילה החיים, המבקשים להקפיד כל פעילות בשטח שנמצאו בו קברים סמויים במהלך ביצוע עבודות.

25. בתי המשפט התחבטו לא אחת בשאלת הדרך לפתרון הניגוד האמור, ותרו אחר איזון ראוי בין השיקולים הנוגדים. נדרש איזון במישור המושגי ובמישור המעשי כאחר (ראו למשל: פרשת מוזיאון הסובלנות; בג"צ 4638/07 חברת אלאקסא אלמובארק לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בע"מ נ' חברת חשמל לישראל (טרם פורסם, 29.10.07) (להלן: פרשת חברת החשמל), (השופטים פוגלמן וארבל); בג"צ 6685/05 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בע"מ נ' חברת י.ג. ארכיאולוגיה חזית בע"מ (טרם פורסם, 18.1.07) (להלן: פרשת ארכיאולוגיה חזית) (השופט ג'ובראן); וכן עת"מ 3096/04 חב' אלאקסא נ' עיריית תל-אביב-יפו (טרם פורסם, 17.2.05) ועת"מ 2298/05 חב' אלאקסא נ' עיריית ת"א (טרם פורסם, 16.10.05) (שניהם מפי השופט פוגלמן), ובג"צ 4734/08 חב' אלאקסא נ' מקורות, חב' המים הלאומית (טרם פורסם, 18.1.09) (השופט ארבל)).

26. פסיקה זו התוותה את קווי האיזון המושגיים הנדרשים במצבים של ניגוד, כמתואר לעיל. בצד התווייה זו, שמה הפסיקה דגש על הצורך במציאת איזון מעשי ראוי, אשר יאפשר, ככל הניתן, את קידום פעולות הפיתוח והבנייה במתחמי מקרקעין, תוך כיבוד אתרי קברים עתיקים, שנתגלו מתחת לפני השטח המתוכנן.

מן הכלל אל הפרט

27. בענייננו, השתלשלות ההליכים הביאה לידי כך שהושג, למעשה, פתרון מעשי מאוזן המאפשר קידום פעולות הבנייה בשני המגרשים, בד בבד עם הגנה על הקברים הרצנטיים שאותרו בשטחים על ידי רשות העתיקות.

יובהר, כי העתירה מכוונת להגן על קברים מוסלמיים רצנטיים, כנטען, ועניינה איננו בשימור ממצאים ארכיאולוגיים עתיקים שההגנה עליהם נתונה לסמכותה של רשות העתיקות. ואכן, בעלי הזכויות במגרשים קבלו על עצמם להתאים את תכניות הבנייה לממצאים שנמצאו על ידי רשות העתיקות ביחס לקברים הרצנטיים שנמצאו במקום. שאר הממצאים שהרשות מצאה בשטחים, הנוגעים לקברים עתיקים מהתקופה הביזנטית ולממצאים ארכיאולוגיים אחרים, אינם מעניינה של עתירה זו, ויש להניח כי הרשות מתוקף תפקידה תפעל במסגרת סמכויותיה ביחס לממצאים אלה.

28. ואמנם, בעלי המגרשים 339 ו-301 קבלו על עצמם להתאים את קווי הבניינים שייבנו במגרשים למיקומם של הקברים הרצנטיים שנמצאו, באופן שהבנייה לא תשתרע עליהם. בכך נסוגו המשיבים 2 עד 4 מדרישתם המקורית למצות את מלוא זכויות הקנין שבידם ביחס למגרשים, והראו נכונות, הראויה לציון, לתקן תכניות בנין עיר, שקבלו תוקף מזה זמן, באופן שאתרי הקברים הרצנטיים שאותרו לא ייפגעו, תוך שנטלו על עצמם הגבלות עצמיות על מימוש זכויותיהם בקרקע. כן נטלו על עצמם המשיבים 2 עד 4 את העלויות המתחייבות מהכנת תכניות בינוי חדשות, חרף העובדה כי התכניות המקוריות אושרו כדין על ידי כל הגורמים המעורבים בתכנון. אשר לצורך בחפירות הצלה ובשחרור המגרשים לבנייה מבחינת השימור הארכיאולוגי, בהיות השטח "אתר עתיקות" – ענין זה נתון לסמכותה של רשות העתיקות במסגרת סמכויותיה על פי חוק, והוא חורג מתחומה של העתירה.

29. התנגדותם של העותרים לפתרון המעשי שהוצע על ידי המשיבים 2 עד 4 ונתקבל על ידי המדינה ורשות העתיקות אינה עומדת במבחן האיזון החוקתי הסביר הנדרש במקרה זה. היא משקפת גישה קיצונית ובלתי מאוזנת, שאיננה הולמת את המורכבות החוקתית במישור המושגי וסוטה מהצורך ליישב בין השיקולים הנוגדים בדרך של פשרה וויתור הדדי. יתר על כן, במקרה זה הפתרון המעשי של התאמת תכניות הבנייה לממצאים שנמצאו בשטח, מותיר את הקברים הרצנטיים שנמצאו כל כולם מחוץ לשטחי הבנייה, ובמובן זה תואם פתרון זה לרוח הסעד המבוקש בעתירה, על פי מהותו.

מכל מקום, הפתרון המעשי, שהושג בהסכמת בעלי הזכויות במגרשים, מגשים איזון ראוי בהגנתו על שימורם של הקברים הרצנטיים מצד אחד, תוך שהוא מאפשר המשך בנייה בחלקות, גם אם בהיקף צר יותר ביחס לתכנון המקורי. ההגנה על כבוד המת הושגה, תוך נסיגה מסוימת במימוש זכות הקנין של בעלי המגרשים בקרקע.

סוף דבר

30. משהושג פתרון מעשי שיש בו איזון ראוי מבחינת שימור הקברים הרצנטיים שאותרו בחלקות, דין העתירה להידחות, וזאת על בסיס ההנחה כי ביחס לשני המגרשים נדרשות תכניות בנין עיר מתוקנות, אשר תשרטטנה את קווי הבניינים באופן שלא תתבצע בנייה על האתרים בהם נמצאו קברים רצנטיים. התכניות כפופות לאישורם של מוסדות התכנון, וכן לאישורה של רשות העתיקות ולהנחיותיה, במסגרת סמכויותיה המופעלות ביחס לאתר עתיקות מוכרז. כן יש להבטיח את מעורבותו של משרד הדתות ביחס להליכי התכנון, בהתאם לסמכויותיו על פי חוק התכנון והבנייה.

בכפוף לאמור לעיל, אציע לדחות את העתירה ולבטל את צו הביניים.

בנסיבות הענין, אציע שלא ליתן צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופטת ד' ברלינר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ניתן היום, כ"ה בסיון תשס"ט (17.6.09).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת