



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6525/15

לפני: כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט י' אלרון

העותר: ארגון עמק שווה

נגד

המשיבים: 1. ועדת המשנה להתנגדויות של מועצת התכנון העליונה
2. ועדת המשנה להתיישבות של מועצת התכנון העליונה
3. מועצת התכנון העליונה במינהל האזרחי איו"ש
4. קמ"ט ארכיאולוגיה
5. המועצה האזורית מטה בנימין
6. הוועדה המיוחדת לתכנון ובניה מטה בנימין
7. משכן שילה - המרכז למחקר ופיתוח ערש ההתיישבות בארץ ישראל

עתירה למתן צו על-תנאי

בשם העותר: עו"ד איתי מק

בשם המשיבים 1-4: עו"ד יצחק ברט

בשם המשיבות 5-6: עו"ד עקיבא סילבצקי

בשם המשיב 7: עו"ד ירון קוסטליץ

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. עניינה של עתירה זו בבקשת ארגון עמק שווה להורות למועצת התכנון העליונה – ועדת משנה להתנגדויות, ליתן טעם, מדוע לא תבוטל החלטתה מיום 11.8.2014, אשר במסגרתה דחתה את התנגדויות עמק שווה לשינוי יעוד הקרקע באתר הארכיאולוגי 'תל שילה'.

התשתית העובדתית

2. ביום 7.8.2013 אושרה להפקדה תכנית מפורטת מספר יוש/205/15 – שילה הקדומה (להלן: התכנית או התכנית החדשה), אשר משנה את תכנית מתאר אזורית S-15, ואת תכנית מפורטת מספר יוש/205 (להלן: התכנית הקודמת). מטרת התכנית החדשה לשנות את יעוד הקרקע מאזור ארכיאולוגי, תיירות ונופש, דרכים, אזור מיוער ואזור חקלאי – לאזור מסחר ותיירות, גן ארכיאולוגי לפיתוח ושטח חקלאי. במסגרת התכנית נקבעו הוראות שונות המתייחסות ליעוד זה, לרבות פירוט והגדרת השימושים המותרים.

3. לתכנית הוגשו שתי התנגדויות: האחת הוגשה על-ידי 13 תושבי כפר קריות (להלן: תושבי הכפר); השנייה הוגשה על-ידי נציגי עמק שווה. בהתנגדות מטעם תושבי הכפר, הועלו טענות שונות שעיקרן בפגיעה בזכויותיהם הקנייניות בשטחי התכנית, בשטחים שסמוכים לה, ובשטח המובלעת שמתוחמת על-ידי התכנית. בהתנגדות מטעם עמק שווה נטען, כי התכנית החדשה עלולה לשנות באופן משמעותי את אופי האתר הארכיאולוגי; לפגוע בשרידים שבו; וכי היקף הבנייה המתוכננת אינו סביר בהתחשב בייחודיותו של המקום וחיבתו ההיסטורית. בתוך כך נקבע במסגרת התכנית החדשה, כי שטחים מסוימים יהיו מיועדים לתיירות ונופש, וזאת מבלי שפורטו כדבעי השימושים שיֵעשו בהם. עוד טענו נציגי הארגון, כי התכנית החדשה אינה מתחשבת באינטרסים תרבותיים ודתיים של התושבים באזור, ומקשה על גישתם החופשית לאתר. לבסוף נטען על-ידי הארגון, כי "התכנית אינה עולה כדי תכנית בניה מפורטת", שכן היא אינה מתייחסת למשתנים רבים דוגמת סוג האבן, אופי הבנייה וכיוצא באלו דברים. לעמדת עמק שווה, הוראות אלו "חיוניות באתר ארכיאולוגיה".

ביום 11.8.2014 נדונו ההתנגדויות לפני הוועדה, ונדרחו על-ידיה, בכפוף לעריכתם של כמה תיקונים ומספר שינויים בתכנית.

4. בהתייחס להתנגדותם של תושבי הכפר קבעה הוועדה, כי המצע העובדתי שהונח על-ידי התושבים אינו מבסס את טענותיהם באשר לבעלותם על אותם מקרקעין. עוד הוסיפה, כי "התוכנית המוצעת שבנדון, חלה בתחום הכרות אדמות מדינה שגבולותיה נבחנו ועברו התאמה באמצעות האמצעים הטכנולוגיים העדכניים, שבידי צוות קו כחול" (סעיף 20 להחלטת הוועדה). הוועדה הדגישה, כי תושבי הכפר לא הרימו את הנטל הנדרש כדי להוכיח כי בניגוד למסקנות צוות 'קו כחול' אותן אדמות אינן אדמות מדינה, אלא אדמותיהם הפרטיות. הוועדה הבהירה, "כי עיקר התוכנית מצוי בתחום תוכנית קודמת, ועל כן ככל שהכוונה היא לזכויות במקרקעין נושא התוכנית הקודמת מן הראוי היה על אותם מתנגדים לתבוע את זכויותיהם ביחס לתוכנית זו ולא לקום עתה בחלוף שנים ארוכות" (סעיף

32 להחלטת הוועדה). אשר למובלעת הנמצאת בתוך שטח התכנית, קבעה הוועדה, כי התכנית "מספקת מענה הולם לנגישות תושבי האזור למובלעת" (סעיף 36 להחלטת הוועדה), והוסיפה תנאים משלה כדי להבטיח ש"לא תבוצענה חריגות של בנייה בתחומי המובלעת" (סעיף 37 להחלטת הוועדה).

5. הוועדה התייחסה בפירוט רב להתנגדויות שהועלו על-ידי עמק שווה, ודחתה גם אותן. אשר לטענות שלפיהן הקמת מרכז מבקרים ואולם אירועים עלולה לפגוע בקדושת המקום ובשרידים העתיקים שמצויים בו, נקבע כי טענה זו נטענה על-ידי נציגי הארגון בעלמא, ללא כל ביסוס. צוין, כי טענות אלו בדבר הפגיעה בקדושת המקום ובממצאים הארכיאולוגיים שבו, הועברו לגורמים מקצועיים לשם בחינתן, ונמצא שאין בהן ממש. עמדת קמ"ט דתות היא שהתכנית אינה מביאה לזילות באופי האתר, או לפגיעה בגישתם החופשית של כלל התושבים למקום; קמ"ט ארכיאולוגיה נתן דעתו על התכנית ואישר אותה, תוך שהבהיר, כי "אין בתכנית, לרבות הקמת מבנים בשטח התכנית המיועד למסחר ותיירות, כדי לפגוע בעתיקות המצויות באתר" (סעיף 60 להחלטת הוועדה).

6. לצד זאת, ראתה ועדת ההתנגדויות צורך להוסיף תנאים משלה, על מנת להבטיח שמירה על העתיקות באתר: "לאור הוראות סעיפים 9 ו-10 לחוק העתיקות, שעניינן חובה בקבלת אישורו של קמ"ט ארכיאולוגיה לביצוע בניה באתר ארכיאולוגי, מצאנו לנכון להוסיף הוראה מפורשת לקבלת אישור קמ"ט ארכיאולוגיה כתנאי למתן היתר לכל בקשה אשר תוגש מכוח התכנית" (סעיף 62 להחלטת הוועדה). כמו כן, המליצה הוועדה לקמ"ט ארכיאולוגיה, כי יסדיר באופן ברור את גבולותיו המדויקים של האתר הארכיאולוגי, כך שתובטח שמירת השרידים והממצאים העתיקים שבו. הוועדה דחתה את הטענה, כי התכנית אינה עולה בקנה אחד עם הוראות אמנת האג להגנת נכסי תרבות בעת עימות מזוין משנת 1954, שכן במצבים נחוצים דוגמת העניין דנן, הותר לבצע חפירות ארכיאולוגיות, לצורך הגנה, תיעוד ושימור מורשת תרבות.

7. אשר לטענת הארגון, לפיה התכנית מכשירה בדיעבד בנייה בלתי חוקית, ציינה הוועדה כי בשלבים מסוימים אכן בוצעו עבודות בנייה ללא היתר באתר תל שילה. אלא שלאחר התכתבות ענפה בין נציגי הארגון לבין לשכת היועץ המשפטי לאזור בעניין הזה, הנחתה הוועדה את גורמי האכיפה לנקוט בצעדים להפסקת הבנייה. לגופו של עניין בחנה הוועדה את השאלה – "כלום הבניה הבלתי חוקית במתחם הנדון, מטה את הכף לטובת הכרעה שעל פיה אין לקדם את התכנית הנדונה"; והכריעה – "סברנו, כי התשובה לשאלה זו הינה בשלילה" (סעיף 103 להחלטת הוועדה). הוועדה נימקה את החלטתה זו בכך שהתכנית "אינה מעמידה את קיומו של הבינוי הבלתי חוקי בתחומה כיעד ומשרטטת את התוכנית סביבו אלא להיפך, בינוי זה משתלב תכנונית בתחומי התוכנית, ונבלע בתוכה עד

כדי אינו [כך במקור] נראה בעין כי קיימת התייחסות אליו בתשריט התוכנית" (סעיף 105 להחלטת הוועדה). הוועדה הוסיפה, "כי אין מדובר בתשריט תכנוני מעוות אשר מבקש להסדיר קיים אשר אינו מתוכנן כראוי, אלא מדובר בתוכנית ראויה תכנונית אשר אינה אינה חורגת מד' אמות הוראות דיני ומושכלות התכנון" (סעיף 106 להחלטת הוועדה).

8. הוועדה נתנה דעתה על הטענה בדבר אי-מצויאת פתרון הולם לגישת תושבי האזור לאתר, וציינה, כי בחוזה ההתקשרות שנחתם בין המינהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון, לבין המועצה האזורית מטה בנימין, התחייבה המועצה להנגיש את האתר לכלל הציבור באזור. אולם, הוועדה לא הסתפקה בהתחייבות הזו, והורתה כי "תנאי למתן תוקף לתכנית הינו הבטחת נגישות לכלל הציבור, לשטח האתר" (סעיף 72 להחלטת הוועדה).

9. אשר לטענה, לפיה התכנית אינה מפורטת דיה נקבע, כי "התכנית כשלעצמה מייעדת את המגרשים השונים לשימושים אשר דורשים גמישות תכנונית מסוימת מטיבם וטבעם. יוער בהקשר זה, כי אין דינה של תכנית למגורים כדין תכנית לפיתוח אתר ארכיאולוגי" (סעיף 84 להחלטת הוועדה). לבסוף, ולאחר בחינת כל שאר הטענות שהעלו המתנגדים – דחתה הוועדה את ההתנגדויות, בכפוף לתיקונים ותנאים שנוספו על-ידה.

משדחתה הוועדה את התנגדויותיהם של תושבי הכפר ועמק שווה, פנה ארגון עמק שווה בעתירה לבית משפט זה, והגיש את העתירה שלפנינו; תושבי הכפר מצדם, לא הגישו עתירה דומה, וגם לא הצטרפו לעתירת עמק שווה.

טענות הצדדים בעתירה

10. ארגון עמק שווה חוזר בעתירתו על טענותיו שבראשונה – טענות שהעלה בעת התנגדותו לתכנית בוועדה. לטענתו, התכנית כללית מדי, ואינה "עומדת בקריטריונים מינימליים של תכניות מפורטות בנוגע לאתרים ארכיאולוגיים המוגשות לרשויות התכנון בתוך ישראל". עוד נטען, כי עם כניסת התכנית החדשה לתוקף, תוכשר למעשה בנייה בלתי חוקית רחבה שבוצעה באתר תל שילה בלא הצדקה, ובכך ינתן מעין 'פרס' לעוברים על החוק. בהקשר זה מוסיף הארגון, כי הבנייה הבלתי חוקית נמשכה גם לאחר שהופקדה התכנית להתנגדויות, והופסקה רק בשל פניותיו התכופות של הארגון לגורמים משפטיים על מנת שיטפלו בנושא. לעמדתו, הוועדה לא בחנה כיאות את הכשרת המבנים הבלתי-חוקיים בדיעבד, ולא ישמה כנדרש את מבחן 'המגרש הריק' שנקבע בפסיקה.

11. הארגון מוסיף, כי נפלו פגמים באישור התכנית באופן התנהלותן של הוועדה להתנגדויות וועדת המשנה להתיישבות של מועצת התכנון העליונה, החל משלב אישור התכנית והפקדתה להתנגדויות, וכלה בדיון שנערך בהתנגדויות גופן. לעמדתו, הוועדות לא דנו לגופם של דברים בנושאי תיעוד ושימור הערכים הארכיאולוגיים, ובמטרות

התכנית והשתלבותה באתר. לגישת הארגון, הוועדות סברו, "כי מאחר שקמ"ט ארכיאולוגיה נתן את ברכתו לתכנית [...] אין צורך כי הן ידונו בפרטיה לגופה ובהתאמתה לאתר ארכיאולוגיה מהשורה הראשונה". בתוך כך, מצביע הארגון על מספר כשלים שנפלו לשיטתו בהתנהלות הוועדה: אין בנמצא תיק תיעוד ושימור לעתיקות; רמת הפירוט של הוראות התכנית מצומצמת למדי; ובדיון שנערך בוועדה להתיישבות לקראת אישור התכנית להפקדה להתנגדויות, קמ"ט ארכיאולוגיה כלל לא נכח. לשיטת הארגון, ראוי היה שגורמי המקצוע יתנו את דעתם על היקף הבנייה הרחב שמתוכנן על-פי התכנית, ועל השינוי הצפוי בגן הארכיאולוגי לאור הבנייה המסחרית שצפויה בו ובסביבתו, כשלבדבריו, "בהשוואה לדיונים בוועדות התכנון המקבילות בתוך מדינת ישראל, מדובר בהתנהלות חריגה ביותר ולא מקצועית מצד הוועדה". הארגון שולל את קביעת הוועדה, לפיה בתכנון אתרי עתיקות יש צורך בתכנון כללי וגמיש. לדידו, ההיפך הוא הנכון – "זווקא בתל עתיקות ולנוכח הרגישות הרבה של המקום, יש חובה לתכנן תכנון מדויק, ברור וללא הוראות עמומות שמגישי התכנון יוכלו לפרשן ככל העולה על רוחם". הארגון מסכם, כי נוכח הפגמים הרבים שנפלו במהלך הדיון בתכנית ובאישורה, "נוצר מצב שאושרה להפקדה תכנית לבניית 'פארק שעשועים' על גבי תל עתיקות, אשר הקמתו תדרוש פגיעה בלתי הפיכה וחסרת תקדים בארכיאולוגיה שבמקום".

12. הארגון טוען, כי החלטת הוועדה "לדחות את הכנת תכנית הבינוי המפורטת לשלב היתרי הבנייה, בלתי סבירה באופן קיצוני". לדבריו, דחיית הפירוט לשלב ההיתר, מרוקנת מתוכן את האפשרות של הציבור להתנגד לתכנית במסגרת שלב ההתנגדויות. הארגון חוזר על כך, שעל המשיבים בכלל, ועל המפקד הצבאי של האזור בפרט – מוטלת חובה לאפשר את גישת התושבים הפלסטינאים לאתר.

בד בבד עם הגשת העתירה, הגיש הארגון בקשה למתן צו ביניים ולפיה ועדת המשנה להתיישבות של מועצת התכנון העליונה – תימנע מאישור התכנית עד להכרעה בעתירה דנן; והמועצה האזורית מטה בנימין והוועדה המיוחדת לתכנון ובניה – מטה בנימין – ימנעו מלבצע עבודות בנייה במקום. בהחלטת השופט מ' מזוז מיום 30.9.2015 נקבע: "בשלב זה לא ראיתי מקום לתת צו ביניים".

טענות המשיבים

13. המשיבים 1-4 (להלן: המשיבים) טוענים, כי דין העתירה להידחות על הסף ולגופו של עניין. לשיטתם, עמק שווה הוא עותר ציבורי, ואין לצדו עותרים קונקרטיים. כאמור, תושבי כפר קריות היו מודעים לתכנית, חלקם אף הגישו את התנגדויותיהם לוועדה, אך משנדחתה התנגדותם, בחרו שלא להצטרף כעותרים לעתירה. לעובדה זו חשיבות רבה: "מהעתירה נראה שלטענת העותרים המסגד שבאתר הוא פעיל והמקום נעשה

קדוש לאיסלם' (סעיף 18 לעתירה). עוד טוענים העותרים, כי 'תל שילה המוכר כחורבת סילון הינו חלק בלתי נפרד מהמורשת המקומית של הכפרים הפלסטינים באזור'. טענות אלה אינן נתמכות בחוות דעת מומחה, ולמיטב ידיעתם של המשיבים הן גם אינן נכונות. למיטב ידיעתם של המשיבים, המסגד שבתל שילה אינו מסגד פעיל, והמורשת המקומית של הכפרים הפלסטינים באזור אינה מייחסת חשיבות מיוחדת לתל שילה. פעילות דתית איסלאמית במסגדים שבתל שילה אינה מתועדת במקורות קדומים או מאוחרים, ואין עדות לפולחן דתי מוסלמי באתר זה, גם לא בתקופה המודרנית, מהמצאים שנמצאו באתר. בנוסף, מאז הפעלת האתר לא הגיעה למינהל האזרחי אפילו בקשה אחת של מי מהפלסטינים באזור, לקיים במקום טקס דתי כזה או אחר או לבקר באתר. כיוון שתושבי הכפר קריות, שהצטרפו להתנגדותו של העותר, בחרו שלא להצטרף לעתירה, ייתכן שטענות העותר אינן מקובלות עליהם... העדרו של עותר ספציפי עלול לגרום כך לפגיעה באינטרס של הגורמים שאותם מתיימר העותר הציבורי לייצג. בענייננו, יתכן בהחלט שתושבי הכפר קריות דווקא שמחים על המרכז המסחרי שעומד להיבנות בסמוך למגוריהם, שיספק להם תעסוקה. כפי שקבע בית המשפט הנכבד, אין מקום לתת לעותר ציבורי להיות לפה לעותר קונקרטי המעדיף שלא להגיש עתירה, ועל כן סבורים המשיבים כי דין העתירה להידחות על הסף" (פסקאות 33-32 לתגובת המשיבים 1-4).

14. לגופו של עניין טוענים המשיבים, כי בניגוד גמור לנטען בעתירה, התכנית אינה מיועדת לצורך הקמת 'פארק שעשועים' במתחם הארכיאולוגי, אלא לפיתוח מתחם "שבמרכזו גן ארכיאולוגי ובסביבתו אזורי מסחר ותיירות, שמטרתו לשמר את הממצאים הארכיאולוגיים". המשיבים מדגישים, כי המרכז המסחרי ואולם האירועים מתוכננים להיבנות לצד האתר הארכיאולוגי, ולא בתוכו. על-פי התכנית, באתר הארכיאולוגי עצמו יותרו שימושים מינוריים בלבד, אשר מיועדים להבטיח את נוחות ובטיחות הביקורים. לגישת המשיבים, טענותיו המרכזיות של עמק שווה הן טענות תכנוניות ביסודן, וביחס אליהן כבר נקבע בפסיקה, כי בית המשפט לא יחליף את שיקול דעתן של רשויות התכנון בשיקול דעתו-שלו. עוד מוסיפים המשיבים, "כי בניגוד מוחלט לרושם העולה מהעתירה, גם בהתאם לתכנית הישנה יועד חלק מהשטח ל'תיירות ונופש'. מרבית טענותיו של העותר מופנות אפוא כלפי התכנית הישנה".

15. המשיבים שוללים את טענת הארגון, לפיה התכנית מעניקה 'פרס' ל'עוברי עבירה', לאור הבנייה הבלתי חוקית שבוצעה במקום. לדבריהם, הוועדה להתנגדויות יחדה חלק נכבד מהחלטתה לעניין זה, ודחתה את הטענות הללו בהתבסס על המבחינים שנקבעו בפסיקה. אשר למידת הפירוט בתכנית טענו המשיבים, כי בשלב זה, התכנית מפורטת דיה: "התכנית קובעת קווי בניין, מגבילה את מספר הקומות, את גובה הבנייה ואת שטח הבנייה, וכוללת הוראות נוספות לגבי הבנייה במגרש זה". תכנית בינוי מפורטת יותר, תידרש כתנאי להוצאת היתר בנייה. בכל הנוגע לטענות שהועלו ביחס לשימור הממצאים

הארכיאולוגיים נאמר, כי בהתאם להחלטת הוועדה, כל היתר בנייה שיינתן, יותנה באישור קמ"ט ארכיאולוגיה. "באופן זה מבטיחה התכנית מעקב רציף אחרי יישום התכנית מנקודת מבט של שימור הממצאים הארכיאולוגיים, ומניעה של כל פגיעה בערכים הארכיאולוגיים שבאתר". בכל הנוגע להנגשת האתר לתושבי האזור, גורסים המשיבים, כי הוועדה קבעה במפורש, שהתכנית מותנית במתן מענה לסוגיה זו. עוד מדגישים המשיבים, כי החלטת הוועדה מנומקת ומפורטת דיה, ולא נפל בהתנהלות המשיבים פגם המוביל לבטלות התכנית.

16. טיעון מפורט הוגש מטעם המשיבות 5-6, עולה בקנה אחד עם טיעוני המשיבים 1-4 שהוגשו לאחר מכן, והם חוזרים על ההלכה, לפיה התערבותו של בית המשפט בהחלטות תכנוניות שמורה למצבים חריגים ביותר; העניין דנן אינו נמנה עליהם. המשיב (הפורמלי) 7 תומך גם הוא בעמדה זו.

המשך השתלשלות העניינים

17. ביום 15.2.2017 התקיים דיון בעתירה (לפני המשנה לנשיאה (דאז) א' רובינשטיין, השופט נ' סולברג והשופטת ד' ברק-ארז), ובמסגרתו השלימו הצדדים את טענותיהם, אלו בכה, ואלו בכה. בסוף הדיון נקבע כך: "באשר לשימושים המסחריים, ערים אנו לגיוון שיש בתחום זה באתרים ארכיאולוגיים שונים, ובעוד אין חולק על מרכזי מבקרים ולידם חנויות מבקרים [...] עלתה שאלת המינון, כגון אולם אירועים כאמור. כידוע אין בית המשפט נוטה להתערב בהחלטות גופי תכנון סטטוטוריים, ובעקרון מקרה זה אינו שונה. עם זאת, לשלמות התמונה וכדי להפיס את הדעת נרצה, בטרם נכריע בעתירה, כי תוגש הודעה משלימה באשר לשימושים המתוכננים ומיקומם וגם במבט משווה למקומות שונים בארץ".

18. לאחר כמה וכמה ארכות, הוגשה לבסוף ביום 15.8.2018 הודעת עדכון מאת המשיבים. במסגרתה טענו, כי על-פי התכנית אולם האירועים המתוכנן, אינו מצוי בתוך תחומי הגן הארכיאולוגי, אלא בסמוך לו – מרחק רב מהתל ומהמבנים האחרים שבו. עוד צוין, כי אתר עתיקות מסוג זה מצריך השקעה כספית מרובה לצורך תחזוקתו השוטפת, ומשכך – לא ניתן להסתפק בהכנסות השוטפות מביקורים באתר, ונדרשות הכנסות נוספות. הודגש, כי "הקמתו של מבנה המיועד לשמש מבנה כנסים, לאירועים ציבוריים ופרטיים, אין בו כדי לפגוע באתר ובאופיו. אדרבא, אולם הכנסים יאפשר להגביר את כמות המבקרים באתר לצד תוספת בהכנסות שיאפשרו את הפעלתו ותחזוקתו לטובת המבקרים". בדיקה השוואתית שנערכה על-ידי המשיבים העלתה, כי קיימים שני גנים לאומיים שבתוכם ממש הוקם 'אולם אירועים': קיסריה ויחיעם; בדומה למקרה דנן, ישנם עוד מספר אולמות וגני אירועים, שממוקמים בסמוך לאתרי עתיקות וגנים לאומיים.

19. ביום 28.8.2018 הגיש הארגון את תגובתו להודעת המשיבים, במסגרתה שב וטען, כי התכנית מתירה שימושי-יתר בלתי סבירים אשר אינם משרתים את מטרותיו של אתר תל שילה. הארגון סבור, כי גם לאחר הגשת הודעת העדכון אין באמתחת המשיבים הסבר מניח את הדעת באשר לפגיעה הצפויה בעתיקות, נוכח הבנייה המיותרת בתוך האתר. בהודעה משלימה מיום 21.1.2019 חזרו המשיבים והדגישו, כי השימושים המותרים על-פי התכנית הן בתוך האתר הארכיאולוגי, הן בשטחים הסובבים אותו – אינם חריגים ביחס לגנים לאומיים אחרים בישראל. כמו כן, עמדו המשיבים בהרחבה על נספח הבינוי המהווה חלק בלתי נפרד מהתכנית. במסגרת זו הבהירו, כי בניגוד לרושם העולה מטענות הארגון, הגמישות בעת מימוש התכנית היא מוגבלת, ואינה מאפשרת לשנות את מיקום המבנים לכל מקום אחר בשטח התכנית. ביום 30.1.2019 הגיש הארגון תגובה נוספת מטעמו, ובמסגרתה טען כי כפי שעולה מעמדת המשיבים עצמם, 5,525 מ"ר בתוך תחום ההכרזה על האתר הארכיאולוגי, מיועדים לשטחי מסחר. עוד נטען, כי באתר ארכיאולוגי בעל חשיבות גדולה כל-כך אין מקום ל'גמישות' המתבקשת על-ידי המשיבים. לבסוף, ביקש הארגון להבחין בין המצב בנדון דידן, לבין מצבם של הגנים הלאומיים שאליהם הפנו המשיבים.

דיון והכרעה

20. לאחר עיון ושקילה של טענות הצדדים מזה ומזה – בכתב, ובעל-פה, ושוב בכתב, באתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות. ראשית חכמה, יש לדחות על הסף את טענות הארגון באשר לפגיעה באוכלוסיית האזור. 13 מתושבי כפר קריות, העלו את טענותיהם במסגרת התנגדותם לתכנית, הוועדה דנה בהתנגדותם, בחנה אותה, ולבסוף – החליטה לדחותה. משנדחתה – בחרו תושבי הכפר מטעמים השמורים עמם, שלא לעתור לבית משפט זה. משכך היה – לא ראיתי הצדקה לדון בטענות המתייחסות לפגיעה בהם, ובזכויותיהם, שכן "בית המשפט לא ייעתר, דרך כלל, לעתירה ציבורית מקום שברקע העניין מצויים אדם או גוף אשר נפגעים באופן ישיר מנושא העתירה" (בג"ץ 6972/07 לקסר נ' שר האוצר, פסקה 24 (22.3.2009)). בנדון דידן, מקבלים הדברים משנה תוקף, נוכח מעורבותם של תושבי הכפר בשלבים מוקדמים יותר. אי לכך, מוטב היה לארגון עמק שווה, להתמקד בטענותיו שלו, ולא להתעבר על ריב לא לו.

21. לגופם של דברים, דין הטענות בדבר פגמים תכנוניים שנפלו בתוכנית – להידחות. הלכה פסוקה, מושרשת וידועה היא, "כי בית המשפט אינו שם עצמו בנעליהן של רשויות התכנון ואין הוא מעמיד את שיקול דעתו המקצועי תחת שיקול דעתן. הלכה היא כי בית המשפט יתערב בהחלטות המקצועיות של מוסדות התכנון במשורה בלבד ורק מקום שיש לכך עילה בדין" (בג"ץ 8824/13 כפר הס מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' שר הפנים, פסקה 14 (25.7.2016)). בענייננו, לא מצאנו כי קיימת עילה מבוררת

בדין המצדיקה את התערבותנו. ועדת ההתנגדויות לא פעלה כ'חותמת גומי' בעת שבחנה את ההתנגדויות שהובאו לפתחה. היא שקלה, איזנה וחקרה, ואף הוסיפה התניות ותיקונים משלה. הוועדה מצאה, כי התוכנית תוכננה תחת עינו הפקוחה של קמ"ט ארכיאולוגיה, ואושרה על-ידו. היא לא הסתפקה בכך, ומשהועלו על-ידי עמק שווה טענות בדבר פגיעת התכנית בעתיקות, נועצה הוועדה בקמ"ט ארכיאולוגיה, אשר חיווה דעתו בנדון. כך נעשה, גם ביחס לטענות המתנגדים באשר לפגיעת התכנית בקדושת המקום ושרידיו; הוועדה פנתה לקמ"ט דתות, נמלכה בו, ורק משהפיס את דעתה כי התכנית לא תביא לפגיעה בקדושת המקום – דחתה את ההתנגדות. לבסוף, הוסיפה הוועדה תנאי משלה וקבעה, כי כל היתר בנייה עתידי יהיה כפוף לאישורו של קמ"ט ארכיאולוגיה.

22. אין לכחד, העובדה ש'העגלה נרתמה לפני הסוסים', ופעולות הבנייה החלו עוד בטרם אושרה התכנית – מעוררת אי-נוחות. במקום אחר אמרתי – "אין להפוך את היוצרות: תכנון תחילה, ובנייה אחר כך. אסור שבנייה בלתי-חוקית תהא מקדמה על מנת לאלץ בדיעבד את הכשרתה. המסר שצריך להנחיל הוא כי בנייה בלתי-חוקית הריהי כעושר השמור לבעליו לדעתו; עליה להיות לו לרועץ, לא ליתרון" (עע"ם 65/13 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה חיפה נ' נאות מזרחי בע"מ (7.7.2013)). בעניין דנן הטענות הנוגעות לאי-חוקיותה של הבנייה, לא נעלמו מעיניה של הוועדה, אשר הדגישה, כי היא איננה מקלה ראש באי-החוקיות שנתגלתה, וכי "אין במתן התוקף לתוכנית כדי לחייב את המועצה להסדיר המבנים דווקא ואף אין בכך פטור מחובה פלילית של מחזיקי הבינוי ביחס למעשיהם אשר הובילם להקמת הבינוי בדרך אשר אינה חוקית" (פסקה 106 להחלטת הוועדה). יחד עם זאת, לאחר בחינת הטענות במכלול, בהתאם למבחנים ולעקרונות שנקבעו בפסיקה – הכריעה הוועדה, כי אין בבנייה הבלתי חוקית שנתגלתה כדי להביא לבטלותה של התכנית כולה. התכנית "ראויה מבחינה תכנונית", ואינה עומדת בסתירה ל"דיני ומושכלות התכנון". מצאתי אפוא, כי גם בעניין זה, נבחנו הטענות כנדרש על-ידי הוועדה, ולבסוף נדחו בהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסיקה (ראו והשוו: עע"ם 9057/09 איגנר נ' השמורה בע"מ, פסקאות 30-31 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור ((20.10.2010)).

23. כאמור, בהחלטתנו מיום 15.2.2017, ביקשנו מהמשיבים להגיש הודעה משלימה באשר לשימושים המתוכננים, ומיקומם, גם במבט משווה. משהוגשו הודעות הצדדים בעניין, נחה דעתי, כי העניין שלפנינו אינו עניין יחודי, וזאת, משהראנו לדעת, כי באתרים נוספים ברחבי ישראל מתקיימת לצד אתר העתיקות, וגם בתוכו, פעילות מסחרית שדומה באופייה והיקפה לזו המתבקשת בענייננו. כל עוד נעשה הדבר בעצה אחת עם גורמי המקצועי ובאישורם, אין בכך פגם.

24. אציע אפוא לחברי לדחות את העתירה.

אחר הדברים האלה

25. חוות דעתה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, מחייבת תגובה קצרה. חברתי סבורה, כי מידת הפירוט של התכנית לוקה בחסר, בשים לב לכך שעסקינן באתר האוצר בתוכו ממצאי תרבות ומורשת חשובים. אולם לא כך הם פני הדברים. כמפורט לעיל בהרחבה, גורמי המקצוע ישבו על המדוכה, בחנו את טענותיו של עמק שווה אחת לאחת, וביצעו את השינויים והתיקונים שנדרשו לפי הבנתם. הוועדה לא התעלמה מן הטענות שהובאו לפניה, אלא נתנה דעתה עליהם, דרשה, ביררה ותיקנה. חוסרים – הושלמו; תקלות בדרך – באו על פתרון. משכך נעשה, הרי שאין עילה מבוררת להתערבותנו. הוועדה, על גורמי המקצוע המייעצים לה, היא אשר הוסמכה לקבל החלטה בעניינים אלו, לה הכלים והידע המקצועי הנדרש; לא לנו.

26. בהחלטתנו (המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, חברתי השופטת ד' ברק-ארז ואנוכי) מיום 15.2.2017 אמרנו במפורש: "כידוע אין בית המשפט נוטה להתערב בהחלטות גופי תכנון סטטוטוריים, ובעיקרון מקרה זה אינו שונה". החלטתנו זו באה בגמר הדיון, שבו צמצמנו את הגזרה הטעונה השלמה, רק באשר למבט משווה לאתרים ארכיאולוגיים אחרים בארץ. זאת ולא עוד. בהתאם עשו המשיבים 1-4 "שיעורי-בית", הגישו הודעה משלימה, ובעקבותיה הגיש העותר תגובה, וחוזר חלילה, בנושא הממוקד שעליו עמדנו בהחלטתנו. היה זה, כאמור ביום 15.2.2017. גישתה של חברתי היום, מנוגדת לדעתי לעמדתנו בהחלטה הנ"ל, תוסיף עוד תקופת התדיינות ארוכה, שלא לצורך, כשמשמעויותיה על הפיתוח המתוכנן בתל שילה הן קשות.

27. זאת ועוד מן הראוי לציין, כי לצד הגמישות המאפיינת את התכנית, נקבעו בה גדרים ועוגנים שונים אשר מטרתם לשמר את אופיו וצביונו של המקום כאתר עתיקות. כך, למשל, בפרק ד', סעיפים 5-6 לתכנית, נקבעו הוראות בנייה שונות: מספר הקומות שייבנו; קווי הבניין; גובה הבנייה; שטחה המקסימאלי. כמו כן, במסגרת נספח הבינוי, הוגדר מיקומם של המבנים בתוואי. לא זו בלבד, אלא שהמשיבים 1-4 הדגישו בהודעתם מיום 21.1.2019, כי אין בגמישות האמורה כדי לאפשר העתקת מיקומם של המבנים לכל מקום בשטח התכנית, אלא אך בתחומי הייעוד הרלבנטי. ניכר אפוא, כי לצד הגמישות הנדרשת, כוללת התכנית הגבלות שנועדו לשמר את יחודיותו של האתר.

28. אשר לשימושים המסחריים. כפי שמציינת חברתי, מקובל שבאתרים ארכיאולוגיים קיימים שימושים מסחריים נלווים, אלא שהם משניים לאתר העתיקות

עצמו. עמדנו על כך גם בהחלטתנו מיום 15.2.2017, שבה ציינו כי "בעוד אין חולק על מרכזי מבקרים ולידם חנויות מבקרים, מסעדה ובית קפה וכדומה, עלתה שאלת המינון, כגון אולם אירועים כאמור". בהודעה המשלימה שהגישו המשיבים 1-4 בעניין זה, הובהר כי קיומם של שימושים מסחריים באתר עתיקות אינו חריג. לכך יש להוסיף את העובדה, ששטח הכולל של התכנית משתרע על פני כ-330 דונם; מתוכו רק 81.4 דונם מיועדים לתיירות ומסחר, ורק מחצית משטחים אלו נמצאים בתחומי הגן הארכיאולוגי המוכרז. היקף הבניה שהותר על-פי התכנית בשטחים שנועדו לתיירות ומסחר, מצטמצם אפוא אך ל-11,050 מ"ר. זאת ועוד, שטח התכנית חולק למספר אזורים: 'גן ארכיאולוגי לפיתוח'; שטחי תיירות ומסחר; ואזור חקלאי. 'הגן הארכיאולוגי לפיתוח' נמצא בלבו של אתר העתיקות, ובאזור זה השימושים שהותרו נועדו אך ורק לצורך הנגשת האתר והצגת הממצאים שבו. בשטחי התיירות והמסחר קיימים אמנם שימושים נרחבים יותר, אולם מן הראוי להדגיש כי יעוד חלק משטחי התכנית ל'תיירות ונופש', נקבע כבר במסגרת התכנית הישנה. כפי שהובהר בתגובתם המקדמית של המשיבים 1-4, השטחים שיועדו לתיירות ונופש במסגרת התכנית הישנה, היו בהיקפים גדולים מאלו שנקבעו כעת. נמצא, כי בתכנית המוצעת היחס שבין העיקר לבין הטפל – נשמר. לא המסחר עיקר, אלא ממצאי הארכיאולוגיה, התרבות והמורשת שפרושים לראווה ברחבי האתר.

29. כאמור, בהעדר עילה מבוררת להתערבותנו, דינה של העתירה להידחות.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם נפל פגם באישור התכנית החלה על האתר הארכיאולוגי המוכר בשם "תל שילה" (להלן: האתר הארכיאולוגי או האתר)? זו הייתה השאלה שבה נדרשנו להכריע. חברי השופט נ' סולברג סבור שיש להשיב כבר כעת על שאלה זו בשלילה. עמדתי שונה. לדידי, שאלות שונות שהעלה העותר ביחס להליך התכנוני וטרם קיבלו מענה מלא הצדיקו הוצאת צו על-תנאי בשלב זה.

2. מכיוון ששלביו השונים של ההליך התכנוני פורטו בחוות דעתו של חברי השופט סולברג אמנע מחזרה עליהם. עיקרם של הדברים הוא בכך שהתכנית שבפנינו חלה על אתר ארכיאולוגי חשוב ומרכזי – נקודה שהיא מן הבודדות שעליה הסכימו הצדדים. אין

צורך להרחיב בדבר חשיבותו של האתר, הן מבחינת המורשת היהודית והן מבחינתן של מסורות דתיות אחרות, כפי שעולה מן הממצאים בשטח ומטענות הצדדים בפנינו.

3. חלק מהטענות שהועלו בעתירה נגעו להשפעת התכנית על בני כפר קריות הסמוך – שאף הגישו התנגדויות בהליך התכנוני – וחלקן האחר היו כלליות יותר ונסבו על ההליך שקדם לאישור התכנית, השפעות שליליות אפשריות של התכנית על ממצאי האתר הארכיאולוגי, היקף השימושים המסחריים שאושרו במסגרתה, וכן על כך שנועדה להכשיר בנייה בלתי חוקית.

4. אציין תחילה כי אני תמימת דעים עם חברי השופט סולברג כי בנסיבות שבהן תושבי כפר קריות הסמוך לא התמידו בהעלאת טענותיהם בכל הנוגע להשלכות התכנית עליהם, עתירה זו אינה המסגרת המתאימה לבחינת טענות מסוג זה מפיו של העותר (ראו למשל: בג"ץ 1509/17 רגבים נ' שר הביטחון, פסקה 6 וההפניות שם (11.4.2019)). אולם, דומה שטענות אלה לא היו חלק הארי של העתירה.

5. כפי שאני מבינה את הדברים, מרכז הכובד של העתירה מצוי בטענות שעניינן ההשלכות של התכנון על ממצאי האתר הארכיאולוגי. ביחס לטענות מסוג זה אין נפגע ספציפי – הפגיעה הנטענת היא באינטרס הציבורי. לכן, זהו בדיוק מסוג העניינים שבהם יש מקום להידרש לטענותיו של העותר הציבורי (ראו למשל: עע"ם 1149/07 ועד מושב כפר מל"ל – מושב עובדים להתיישבות חקלאית בע"מ נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה דרום השרון (3.6.2009); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד – משפט מינהלי דיוני 286-294 (2017)).

6. העתירה העלתה מספר שאלות או "נורות אזהרה" בנוגע לטיב ההליך התכנוני שקדם לאישור התכנית. אלו משליכות מטבע הדברים גם על תוצאותיו. לגישתי, חלק מסוגיות אלו לא קיבלו מענה מספק גם בתום הדיון שהתקיים ביום 15.2.2017 ובחילופי הדברים לאחריו. די בכך שאציין כמה מהן.

7. מבחינתי, העיקר הוא בכך שההליך התכנוני לא כלל התייחסות מספקת לעובדה שהתכנית הנדונה בו נועדה להבטיח את שמירת הערך הארכיאולוגי והתרבותי של המקום. ניתן לראות ביטוי לכך, בין השאר, בעובדה שוועדת המשנה להתיישבות של מועצת התכנון העליונה אישרה ביום 7.8.2013 את הפקדת התכנית להתנגדויות לאחר דיון קצר שלא נדרש באופן ממצה להיבטים אלו. בדיון אף לא נכח קצין המטה לארכיאולוגיה (להלן: קמ"ט ארכיאולוגיה), שמרכז בידיו את הידע הרלוונטי בתחום ואף

אמור ללוות את יישום התכנית. ביטוי נוסף לדברים ניתן לראות בעובדה שוועדת המשנה להתנגדויות של מועצת התכנון העליונה (להלן: ועדת ההתנגדויות) עצמה ציינה כי ההכרזה על האתר הארכיאולוגי מתקופת המנדט הבריטי אינה כוללת גבולות "מדויקים די הצורך" באופן הנדרש ל"הבטחת שמירה על הערכים הארכיאולוגיים המצויים באתר". ועדת ההתנגדויות אף המליצה – לשיטתה למעלה מן הצורך – שקמ"ט ארכיאולוגיה יידרש לקביעתם של גבולות מדויקים אלו (פסקה 63 להחלטתה של ועדת ההתנגדויות מיום 10.8.2015). רק בעקבות המלצה זו, קמ"ט ארכיאולוגיה חתם בחודש אוקטובר 2015 על הודעה מכוח הצו בדבר חוק העתיקות (יהודה ושומרון) (מס' 1166), התשמ"ו-1986 וחוק העתיקות, מס' 51 לשנת 1966, שבה נקבע מעמדו של האתר כמקום היסטורי המכיל עתיקות והוגדרו תחומיו. הדבר נעשה בחלוף יותר משנתיים מיום שבו הופקדה התכנית לאישור, ולמעלה משנה לאחר שנדונה בוועדת ההתנגדויות. דא עקא, לא נמסר שהודעה זו חזרה אל מוסדות התכנון, על מנת שייתנו דעתם אליה בקבעם את הנורמות שיחולו על בנייה ופיתוח בתחומי האתר.

8. זאת ועוד, הנספח שצורף לתכנית וכלל את מיקומי המבנים שיוקמו מכוחה הוגדר כמסמך מנחה בלבד. המשיבים 1-4 (להלן: המשיבים) הדגישו בטיעוניהם את הגמישות התכנונית הנדרשת והנהוגה בהקשר זה, בין השאר בהתחשב בצורך להתאים את הבינוי לממצאים ארכיאולוגיים שיתגלו בשטח. העותר הצביע על החפיפה הקיימת לכאורה בין המיקומים של המבנים המופיעים בנספח הנלווה לתכנית ושל הבנייה הלא חוקית הקיימת לבין מיקומן של עתיקות באתר הארכיאולוגי. המשיבים מצדם טענו כי הדברים אך מחדדים את הצורך לשמר מרחב של גמישות. לדידי יש בהם כדי לעורר את החשש שסוגיה זו לא נבחנה בענייננו באופן מקדמי בצורה מספקת, ו"גולגלה" במידת מה לשלב הוצאת היתרי הבניה. הצורך לשמור על גמישות בהליכי הבנייה והפיתוח באתר ארכיאולוגי בעל משמעות תרבותית והיסטורית במקומו מונח, אך אין בו כדי לייתר עריכתו של הליך תכנון קפדני ומפורט המתבסס מלכתחילה על הממצאים שכבר התגלו בשטח ברבות השנים. בענייננו הדברים מקבלים משנה תוקף, על רקע הצורך לבחון את מיקומה והיקפה של הבנייה הבלתי חוקית שנעשתה כבר באתר הארכיאולוגי קודם לאישורה של התכנית. אכן, ועדת ההתנגדויות ציינה בכלליות כי קמ"ט ארכיאולוגיה אישר את התכנית וקבע כי אין בה כדי לפגוע בעתיקות המצויות באתר, והוסיפה כי אישורו יידרש לכל בקשה להיתר בניה שתוגש מכוח התכנית. אולם, בעמידה על דרישה זו – המתחייבת ממילא מהוראות הדין – אין כדי להחליף את הצורך בהפעלת שיקול דעת מלא של מוסדות התכנון בשלב שבו נקבעות הנורמות התכנוניות החלות על אתר רגיש כגון זה שבו עסקינן (לקבלת הגישה של גמישות תכנונית, לצד עמידה על הפעלת שיקול דעת על-ידי גורמי התכנון עצמם, ראו והשוו: בג"ץ 7737/14 עיריית יוקנעם נ'

המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פסקה 111 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (22.12.2015)). לשיטתי מתעורר ספק האם כך אכן נעשה.

9. השתלשלות זו משליכה גם על הנושא העיקרי שעורר בעיני שאלות ובו התמקדו ההודעות שהוגשו לאחר הדיון – היקפם ומיקומם של השימושים המסחריים באתר הארכיאולוגי ובסביבתו הקרובה. לצורך הדיון, ראוי להקדים ולמנות חלק מן השימושים שהותרו במסגרת התכנית בשטחים שיועדו למסחר ותיירות: אולם אירועים (1,000 מ"ר), אולם כינוסים (500 מ"ר), מרכז מבקרים (1,400 מ"ר), אירוח ומלונאות (4,850 מ"ר, שבהם כ-60 חדרי אירוח), וכן שני מתחמי מסחר תיירותיים (800 מ"ר ו-900 מ"ר) שבהם ניתן יהיה להקים בין היתר אתרי הסעדה, חנות, בית מלאכה או מפעל בוטיק. זאת, לצד הקמתם של אמפי-תיאטרון, וכן מלתחות וחדרי אמנים, מחסנים ומשרדים בשטח שיועדו הוגדר כ"גן ארכיאולוגי לפיתוח".

10. השלמת הגשתן של ההודעות בעניין זה התפרסה על פני פרק זמן לא מבוטל. רק ביום 15.8.2018, כלומר כשנה וחצי לאחר הדיון שהתקיים בפנינו, הגישו המשיבים הודעה מעדכנת שבה נטען כי אולם האירועים אינו מצוי בתחום האתר הארכיאולוגי. בהמשך לכך, בהודעה נוספת מטעמם שהוגשה ביום 21.1.2019, הדגישו המשיבים כי "רק" כמחצית מהשטח שיועד בתכנית למסחר ותיירות – שהיקפו הכולל הוא של 81.4 דונם – מצוי בתחומי האתר, וכי היקף הבניה שהותר לשימוש מסחר ותיירות – בסך של 11.05 דונם – "אינו מצוי כולו בשטח האתר" (מיקומים אלו כזכור נקבעו בנספח לתכנית, שהוא בעל תוקף מנחה בלבד בהיבט זה). מצדו, העותר הדגיש כי להבנתו המרחק בין אולם האירועים לממצאים הארכיאולוגיים בשטח הוא זניח, והוסיף כי הנספח הנלווה לתכנית מלמד על כך שמבנים רבים אחרים לצרכי מסחר ותיירות מוקמו בשטח האתר. המפות שהוגשו על-ידי המשיבים לא סייעו רבות בליבון נקודות אלו.

11. באותה הודעה מיום 21.1.2019, המשיבים הוסיפו וטענו כי השימושים המסחריים שהותרו באתר ובסביבתו אינם חריגים. בהקשר זה הפנו לדוגמאות של תכניות במספר אתרים אחרים: מצדה וקיסריה (אשר הובהר כי הליכי התכנון בעניינם טרם הסתיימו נכון לאותה עת), וכן עיר דוד. העותר מצדו טען כי קיימים הבדלים משמעותיים בין הדוגמאות שהובאו לבין התכנית דנן. אינני סבורה שיש בפנינו מידע מספק כדי להכריע בשאלה זו בשלב הנוכחי. אולם, יותר משהיה בדוגמאות אלו לתת מענה, הן עוררו קושיות נוספות, בין השאר בהתחשב ברמות הפירוט השונות של אותן התכניות ובאופיים הייחודי וגודלם של חלק מן האתרים שהובאו כדוגמה. כמו כן, ניכר שדוגמאות אלה לא עמדו נגד עיניהם של מוסדות התכנון וממילא לא הן שהנחו אותם. כך או אחרת,

אני סבורה כי מכלל ההודעות שהוגשו לא הובהר די הצורך אילו כללים בתכנית שבה עסקינן נועדו להבטיח את מניעת "מסחורו" של האתר הארכיאולוגי, ובכלל זאת את השמירה על מרחק ראוי בין שימושים מסחריים מובהקים שאושרו, כדוגמת "אולם אירועים" או "מלונאות", לבין שטח האתר הארכיאולוגי. הותרת סוגיה זו ללא מדיניות ברורה וקווים מנחים, מעוררת לכאורה קושי.

12. כשלעצמי, אני סבורה שעסקינן בסוגיה המחייבת התייחסות רצינית ביותר. ככלל, שימושים מסחריים בסביבתם של אתרים ארכיאולוגיים אינם עניין מובן מאליו. אכן, מוכר ומקובל שבאתרים מסוג זה ישנם גם שימושים מסחריים נלווים, כדוגמת מזנון, בית קפה או מסעדה (שימושים שאף הותרו במסגרת התכנית דנן). אולם, מדובר בשימושים משניים, הטפלים לעניין העיקרי – אתר העתיקות עצמו – להבדיל מאשר בפעילות דומיננטית ונפרדת. אין חולק שאולם אירועים למשל הוא שימוש מסחרי שהיקפו חורג ממזנון או מסעדה, ומטבע הדברים ניתן לקיים בו גם אירועים סגורים שאינם פתוחים לציבור הרחב. לאמיתו של דבר, אישורו של שימוש מסחרי מובהק כמו אולם אירועים מהווה מעין הפרטה של המרחב הציבורי (ראו: דפנה ברק-ארוז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל 461, 477-478 (2008)). פעולה על ציר ההפרטה אינה בהכרח פסולה, אך מחייבת התייחסות והפעלת שיקול דעת. בענייננו לא הובהר די הצורך מהי מידת ההשקה המדויקת של השימושים המסחריים המובהקים שבתכנית לאתר הארכיאולוגי ולעתיקות שבסביבתו, ובכל מקרה ניתן היה לצפות שיתקיים בכך דיון ממשי במוסדות התכנון. לא התרשמתי שאלה היו פני הדברים.

13. השאלות הנוגעות לפן ההפרטה בתכנון מקבלות במידה מסוימת משנה תוקף לנוכח העובדה שאף הפעלת האתר נעשית באמצעות עמותה, עניין שנדון בבית משפט זה בהליך נפרד (ראו: בג"ץ 6679/15 ראש מועצת הכפר קריות נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (8.7.2019)).

14. לכך יש להוסיף, כי ניתן היה לצפות ממוסדות התכנון שיתייחסו לשאלה האם היו מקרים קודמים באזור יהודה ושומרון שבהם תכניות שאושרו ביחס לאתרים ארכיאולוגיים כללו היבטים דומים. אף לכך לא מצאתי מענה בכתובים.

15. לו דעתי הייתה נשמעת אפוא, לא היינו דוחים את העתירה בשלב זה. ההלכה הפסוקה בדבר שיקול דעתן של רשויות התכנון במקומה הראוי עודנה עומדת. אולם, כדי שנסתמך עליה שומה עלינו לוודא כי במישור ההליך המינהלי רשויות התכנון אכן נתנו דעתן למכלול השיקולים הרלוונטיים.

16. משהונחה בפני כעת חוות דעתו של חברי השופט י' אלרון – ועל מנת שלא לחזור על הדברים – אומר בקצרה אך זאת. מנקודת מבטי, המבחן לקיומו של הליך מינהלי ראוי, שבו נבחנו הדברים כיאות, אינו יכול להתבסס רק על הצהרותיהם של העוסקים במלאכה. השאלה היא האם העובדות כהווייתן נבדקו במידה מספקת ב"זמן אמת". כך למשל, בפרוטוקול הדיון מיום 11.8.2014 אמר מי שהוגדר כ"יועץ התיירות", שבאתרים אחרים יש שטחים מסחריים רבים. אולם, עיון בפרוטוקול מלמד שהדברים אך הוצהרו, ולא נתמכו בעובדות כלשהן מעבר לכך. הדוגמאות שהובאו על-ידי המדינה ביחס לאתרים נוספים בעלי פן מסחרי הוצגו בעקבות ההחלטה שניתנה בדיון מיום 15.2.2017, ולאחר שהתבקשו בקשות ארכה רבות מבית משפט זה. למען הסר ספק, אינני סבורה שדי בנימוקים שהבאתי בחוות דעתי לצורך קבלת העתירה בשלב זה. כל שעליו הצבעתי הוא שלנוכח קיומם של קשיים מסוימים, הורם הרף הנדרש לצורך הוצאת צו על-תנאי. במובן זה, שעתה של ההתחשבות בשיקול הדעת של רשויות המינהל העוסקות במלאכה טרם הגיעה. הכול – כמסבר בחוות דעתי. לבסוף אעיר כי אני מסכימה עם דבריו של חברי השופט אלרון שלפיהם אין קושי בהעלאת טענות הנוגעות לנגישות הציבור לאתר מפיו של עותר ציבורי. התייחסותי בפסקה 4 לעיל נגעה לטענות הפרטיקולריות שנסבו על זכויות נטענות של תושבי הכפר הסמוך שלא התמידו בהליך (אותן טענות שהועלו בדיונים במוסדות התכנון).

17. מכל מקום, משלא נתקבלה דעתי, ניתן להוסיף ולקוות כי מוסדות התכנון יידרשו להיבטים אלו במבט צופה פני עתיד וכי קמ"ט ארכיאולוגיה יפעיל פיקוח הדוק על מימוש התכנון באתר ובסביבתו. זאת בין השאר בשים לב להצהרות המשיבים בפנינו בדבר השמירה על נגישותו של האתר לכל.

שופט ת

השופט י' אלרון:

1. אני מסכים עם חוות דעתו של חברי השופט נ' סולברג, אולם לאחר שקראתי את חוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז מצאתי לנכון להוסיף את הערותיי.
2. העתירה שלפנינו מופנית כלפי החלטה לאשר את תכנית יוש/205/15 – שילה הקדומה (להלן: התכנית) החלה באזור יהודה ושומרון.

טענתו העיקרית של העותר היא כי התכנית עתידה לפגוע בחלק ניכר מהשרידים הארכיאולוגיים הממוקמים בשטחה, וזאת בין היתר על רקע העובדה שהתוכנית מתירה שימושים מסחריים שונים במקום.

3. נקודת המוצא לדיון בעתירה היא כי בית משפט זה אינו יושב כערכאת תכנון עליונה ועל דרך הכלל ייטה שלא להתערב בהחלטות מקצועיות של רשויות התכנון – לרבות אלו הפועלות באזור יהודה ושומרון, כבענייננו (ראו למשל: בג"ץ 3384/13 זעאיק נ' ועדת המשנה לפיקוח על הבנייה ביו"ש (27.10.2014); בג"ץ 5470/17 מוחמד נ' שר הביטחון (9.10.2018)).

בהפעלת ביקורת שיפוטית על החלטות רשויות התכנון הנוגעות לתחום מומחיותן, תפקידו של בית המשפט מתמצה בבחינת סבירות ההחלטה והליך קבלתה באופן הבוחן אם נפלו פגמים המצדיקים את ביטולה (עע"מ 7310/16 עיריית בת ים נ' ועדת המשנה לעררים – המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, בפסקה 18 (23.10.2018)). השיקולים הרלוונטיים לסוגיה אם לאפשר שימושים מסחריים לצד הממצאים הארכיאולוגיים הממוקמים בתל שילה מצויים בלב מומחיותן של רשויות התכנון, ועל בית המשפט לנקוט במשנה זהירות בבואו לבחון את החלטתן.

4. לשיטת השופטת ד' ברק-ארז, ההליך התכנוני במקרה דנן לא כלל התייחסות מספקת לצורך בשימור הערך הארכיאולוגי והתרבותי של האתר הארכיאולוגי הממוקם בתל שילה. לדעתה, ניתן למצוא ביטוי לכך בין היתר בהיעדרו של קמ"ט ארכיאולוגיה (המשיב 4) מהדיון בהפקדת התכנית.

כמו כן, לגישתה הוראות התכנית מאפשרות גמישות רבה מדי בביצועה אשר אין להסכין עימה, וזאת בין היתר מאחר שנספח הבינוי לתכנית הוגדר כמסמך מנחה ולא כמסמך מחייב.

לבסוף, ציינה חברתי כי במסגרת הליכי התכנון לא נשקלו כראוי השלכות ההיתרים שניתנו לשימושים המסחריים באתר על הממצאים הארכיאולוגיים בו ועל הגישה אליו. בהקשר זה ציינה כי היקף השימושים המסחריים שהותר בתכנית חורג מזה שהותר בתכניות אחרות; וכי ניכר שדוגמאות אחרות לתכניות שבהן הותרו שימושים מסחריים לצד אתרים ארכיאולוגיים "לא עמדו לנגד עיניהם של מוסדות התכנון וממילא לא הן שהנחו אותם", כלשונה.

5. איני סבור כי מסקנות אלו מתיישבות עם המסכת העובדתית העולה מהעתירה.

למעשה, עיון בנספחים לעתירה ובתגובות המשיבים מלמד כי הצורך בשימור הממצאים הארכיאולוגיים במקום ובהנגשתם לציבור עמד ביסוד ההחלטה לאשר את התכנית.

זאת ועוד, כפי שיורחב להלן, ההיתרים לשימושים מסחריים שונים במסגרת התכנית נועדו להביא לפיתוח האתר – וזאת תוך איזון בין הצורך לתמוך באתר מבחינה כלכלית לבין הצורך להותירו פתוח ונגיש לכלל קבוצות האוכלוסייה.

6. אמנם, כפי שציינה חברתי קמ"ט ארכיאולוגיה, האמון על שימור עתיקות באזור יהודה ושומרון, לא נכח בדיון בהפקדת התכנית שהתקיים ביום 7.8.2013 בפני ועדת המשנה להתיישבות (המשיבה 2). אולם איני סבור כי יש בעובדה זו כשלעצמה כדי ללמד שהליך התכנון לא כלל התייחסות מספקת לצורך בשימור הממצאים הארכיאולוגיים באתר.

כעולה מתגובות המשיבים, קמ"ט ארכיאולוגיה אישר את התכנית ונטל חלק פעיל בהתוויית השימושים שהותרו בשטח התכנית שייעודו "גן ארכיאולוגי לפיתוח". כמו כן, הוא אף נכח בדיון בהתנגדויות לתכנית שהתקיים בפני ועדת המשנה להתנגדויות (המשיבה 1) ביום 11.8.2014 ונטל בו חלק פעיל.

במסגרת דיון זה נדונו טענות שונות באשר להשפעותיה של התכנית על הממצאים הארכיאולוגיים שבשטחה, וקמ"ט ארכיאולוגיה הדגיש כי ליווה את הליכי התכנון של התכנית וכי כל פעילות שתבוצע באתר תתואם עימו. על מעורבותו בהליכי התכנון ניתן ללמוד גם מדברי מהנדס המועצה האזורית מטה בנימין (המשיבה 5), אשר ציין במהלך דיון זה כי:

"כאשר אנו פונים לקמ"ט ארכיאולוגיה לצורך אישור בינוי בסמיכות לאתר ארכיאולוגי, אנו נדרשים בדרישות מאוד גדולות ומעמיקות עד שאנו מקבלים אישור לבקשה, וזאת לאחר שנעשו בדיקות להצלה וקודם כל דאגה לעניין הארכיאולוגי" (עמוד 6 לפרוטוקול הדיון בפני ועדת המשנה להתנגדויות).

7. בניגוד לעמדת השופטת ברק-ארוז איני סבור כי נפל פגם בכך שהתכנית כוללת הוראות גמישות המאפשרות להתאים את הבינוי באתר לממצאים הארכיאולוגיים שיתגלו

בשטח. זאת, שהרי אין בגמישות המוצעת כדי להחליף את שיקול דעתן של מוסדות התכנון בעת הכנת התכנית, אלא לאפשר גמישות למול הממצאים הארכיאולוגיים שיימצאו במקום דווקא על מנת לאפשר את שימורם ועל כך יש לברך (ראו והשוו: ע"מ 9403/17 הוועדה לתכנון מתחמים מועדפים לדיור נ' כרמלי, בפסקה 22 לחוות דעתי (26.6.2019); ע"מ 2605/18 עיריית חיפה נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, בפסקאות 58-55 (28.7.2019)).

ביטוי להפעלת שיקול דעת זה ניתן למצוא בין היתר בתשריט הכלול בתכנית, בגדרו סומנו מבנים שהוגדרו כ"מבנים לשימור" תוך שצוין כי "מבנים אלו לא יפגעו כתוצאה מתכנית זו ובמהלך הביצוע". כמו כן, קמ"ט ארכיאולוגיה התייחס בדיון בוועדת המשנה להתנגדויות לתיחום השטחים שבהם ניתן לבצע עבודות בניה תוך שהסביר מהו היחס בין האתר הארכיאולוגי לבין העבודות שיתאפשרו במקום וסיכם כי:

"כל הפעילות שמבוצעת, מבוצעת בתיאום מלא ועל-פי ההנחיות שלנו מה ניתן להרוס, מה לא. [...] מבחינתי הדבר החשוב הוא האם יש עתיקות. ובמקום שיש חופרים משמרים ומתעדים. כאשר יש אזור תיירות, אם זה לא פוגע באתר הארכיאולוגיה, אין לי בעיה עם זה" (עמוד 5 לפרוטוקול הדיון בפני ועדת המשנה להתנגדויות).

בהקשר זה יצוין כי עיקר ההתנגדות שהוצגה בדיון בפני ועדת המשנה להתנגדויות באשר לשימור האתר הארכיאולוגי לא הופנה כלפי החשש כי הבינוי עצמו באתר יוביל לפגיעה בממצאים הארכיאולוגיים, כפי שניתן להסיק מחוות דעתה של חברתי. עיקר הביקורת הופנתה כלפי עצם שילובם של שימושים מסחריים לצד ממצאים אלו, אשר לטענת המתנגדים "יגמד את אתר העתיקות", כהגדרתם (ש, בעמוד 4). התנגדות זו הובאה לתשומת ליבה של ועדת המשנה להתנגדויות אשר העדיפה את עמדתו של קמ"ט ארכיאולוגיה שלפיה אין חשש לפגיעה ישירה באתר, ואישרה את התכנית תוך התניית מתן היתרי בנייה באישור קמ"ט ארכיאולוגיה.

בנסיבות אלה אני מוצא קושי של ממש בקביעת חברתי לפיה הוועדה לא הפעילה את שיקול דעתה כראוי.

8. זאת ועוד, עיון בתכניות אחרות המשלכות שימושים מסחריים לצד אתרים ארכיאולוגיים אשר הוגשו על ידי המשיבים בהודעתם המשלימה, מלמד כי גמישות תכנונית זו אינה חריגה כלל ועיקר.

כך למשל, סעיף 4.1.2(ה) לתכנית מספר 303-0392332 – "גן לאומי קיסריה" (להלן: תכנית "גן לאומי קיסריה") קובע כי "תותר גמישות בהגדרת גבולות השטח לצורך התאמה למצב הפיזי בעת התכנון הפורט לביצוע, בכפוף לממצא הארכיאולוגי".

כמו כן, סעיף 6.6(9) לתכנית מספר 13542 – "מתחם קדם, עיר דוד, אגן העיר העתיקה" (להלן: תכנית "גן לאומי מתחם קדם") קובע כי התכנית כפופה לשינויים בהתאם לממצאים שיתגלו במקום והיתרי הבניה על פי התכנית כפופים לאישור רשות העתיקות. לבסוף תכנית מספר 656-0209700 – "גן לאומי מצדה מערב" (להלן: תכנית "גן לאומי מצדה") מאפשרת גמישות בגבולות המתחמים שהוגדרו מראש בשטח הגן הלאומי "לצורך התאמה למצב הפיזי בשטח" (סעיף 4.1.1(1)), ומאפשרת שינויים בתכנית בהתאם לממצאים שיתגלו במקום (סעיף 6.1(ה)). תכנית זו אף קובעת כי נספח תכנית השימור והבינוי מהווה מסמך מנחה שאינו מחייב (סעיף 1.7), בדומה לתכנית שבמוקד העתירה.

9. לצד זאת, אני סבור כי החומר שהוגש לפנינו מלמד כי מוסדות התכנון שדנו בתכנית שבמוקד העתירה דנן נתנו דעתם לאופי הפעילות המסחרית שיש לאפשר באתר, וזאת תוך שבחנו אלו שימושים מסחריים הותרו באתרים ארכיאולוגיים אחרים.

כעולה מפרוטוקול הדיון בוועדת המשנה להתנגדויות מיום 11.8.2014, הצורך בשילוב פעילות מסחרית בסמוך לאתר העתיקות נועד לתמוך בו מבחינה כלכלית, כנהוג בתחום. בפרט צוין בדיון זה כי לנגד עיניהם של גורמי התכנון עמדו תכניות אחרות המשלבות שימושים מסחריים בכדי לתמוך באתר הארכיאולוגי, ובהן תכנית הגן הלאומי קיסריה שחלקים ממנה תוארו לעיל. כך, צוין בין היתר כי:

"כל הפיתוח התיירותי היום מחיה פיתוח מסחרי בהיקף מסוים, זאת כדי לספק צרכים אמיתיים של קהל היעד, כמו כן כדי לספק בסיס כלכלי, לפחות חלקי, לקיומו של האתר. לדוגמה: בקיסריה יש אלפי מטרים של מסחר וכך גם באתרים אחרים, ציפורי, תל באר שבע, תל לכיש וכו'. [...]. מתחם הכינוסים אינו מתחם אירועים. האתר הזה מיועד לכינוסים, בשונה מקיסריה. פה לא מביאים רוקיסטים, פה המקום הינו בנושא זיקה להיסטוריה של שילה" (שם; ההדגשה הוספה – 'א').

כמו כן, מנהל הפרוייקט הדגיש אף הוא כי מדיניות דומה אומצה באתרים

קיימים:

"התכנית נעשתה בכבוד ראש וכמחשבה עם תיאום מלא עם כל הגורמים. הייתה וועדת היגוי והכל נעשה בתיאום. התכנון הינו לפי תכנון של אתרים ארכיאולוגיים ואתרים תיירותיים כיום. הייתה ועדה מיוחדת בנושא שפעלה לפיתוח האתר. דבר דומה נעשה בעניין השילוט באתר, הכל בשביל לשלב את האתר התיירותי לאתר הארכיאולוגי" (עמוד 6 לפרוטוקול הדיון בפני ועדת המשנה להתנגדויות; ההדגשה הוספה – י' א').

10. ואכן, השוואה בין התכניות שהוגשו לפנינו מלמדת כי השימושים המסחריים שהותרו בסביבת האתר הארכיאולוגי במקרה דנן אינם חריגים.

כך, במסגרת תכנית "גן לאומי מצדה" הותרה "הקמת טריבונוה לצפיה במופעים ובמה וכן הקמת טריבונוה זמניות" (סעיף 4.1.1(1)). והקמת מתחמי מזון וחנויות.

תכנית "גן לאומי קיסריה" אף מאפשרת הקמת בתי אוכל ומסחר בתוך חלק מהמבנים הארכיאולוגיים שבשטחה (סעיפים 4.1.1(ז)-(ט), 4.1(ד)(3)), והותר לקיים בשטחי הגן הלאומי "אירועים ציבוריים ופסטיבלים" אשר ספק אם ניתן לומר כי הם "טפלים" לאתר העתיקות, כלשון חברתי.

11. לבסוף, החשש כי קבוצות אוכלוסייה שונות לא יוכלו לעשות שימוש באתר, בין היתר בשל קיומה של חובת תשלום בכניסה למקום נדון אף הוא בדיון בפני ועדת המשנה להתנגדויות. בין היתר, הודגש כי הפעילות המסחרית במקום נחוצה לשם תמיכה בתפעול האתר, וכי השירותים שיוצעו באתר נחוצים למבקרו עמוד 6 לפרוטוקול הדיון בפני ועדת המשנה להתנגדויות).

בהקשר זה יודגש גם כי ועדת המשנה להתנגדויות קבעה בהחלטתה כי "תנאי למתן תוקף לתכנית הינו הבטחת נגישות לכלל הציבור לשטח האתר"; וציינה כי "במסגרת חוזה ההתקשרות שנחתם בין המנהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון ובין המועצה האזורית מטה בנימין נקבע במפורש כי המועצה תפעל לכך שהאתר יהיה פתוח לכלל הציבור באזור".

12. הנה כי כן, ניכר כי הליכי התכנון כללו התייחסות משמעותית לאיזון הראוי בין השימוש המסחרי במרחב לבין ייעודי של האתר כאתר ארכיאולוגי, תוך שהשוו בין מודלים קיימים במספר אתרים ארכיאולוגיים אחרים. בכלל זה, גורמי התכנון אף התחשבו בהשלכותיהם של המרכיבים המסחריים המשולבים באתר על נגישות האתר ועל התאמת הפעילויות שיוצעו לציבור לכלל קבוצות האוכלוסייה.

13. לצד זאת, איני מקבל את עמדת חבריי כי אין לעותר זכות לטעון באשר לפגיעתה של התכנית באוכלוסייה הפלסטינית באזור.

טענות אלה של העותר התמקדו בקיומו של צו צבאי אשר לטענתו אינו מאפשר את כניסתם של פלסטינים לאתר ללא היתר. לטענתו, הדבר פוגע בזכויותיהם של תושבי האזור הפלסטינים לבקר באתר על רקע זיקתם למקום.

טענה עקרונית זו אינה עוסקת בפגיעה באדם ספציפי כי אם באוכלוסייה רחבה יחסית – ואף יש לה זיקה ישירה לטענותיו העיקריות של העותר לפגמים בתכנית אשר אף אם נדחו, יש בהן לשיטתו כדי לטשטש את זיקת האתר הארכיאולוגי לאוכלוסיה זו. בנסיבות אלו, איני סבור כי יש לדחות את טענת העותר לפגיעה בזכויות האוכלוסייה הפלסטינית לגישה לאתר על הסף, אף שלעובדה שלעתירה לא צורפו תושבי האזור עשויה להיות משקל בבחינת טענה זו (ראו בג"ץ 6698/08 טנקרדי - העמותה לשימור המורשת הצלבנית נ' המכון לחקר המשפחה ודיני משפחה בישראל (9.11.2010)).

מכל מקום, כעולה מתגובת המשיבים 1-4, לאחר הגשת העתירה חתם המפקד על צו המורה כי "תותר כניסתו של כל אדם" לאתר הארכיאולוגי תל שילה (הכרזה בדבר סגירת שטח (ישובים ישראלים) (היתר), התשע"ו-2015). משכך, לטעמי טענת העותר בעניין זה התייתרה וממילא אין צורך לדון בה.

14. סיכומי של דבר, אני סבור כי דין העתירה להידחות כפי שקבע חברי השופט נ' סולברג.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט נעם סולברג, שאליו הצטרף השופט י' אלרון, כנגד דעתה החולקת של השופטת ד' ברק-ארז.

ניתן היום, ה' באב התשע"ט (6.8.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט