

בית המשפט העליון המילוי
בג"ץ 2703/18
פרופ' דן בחת נ. רשות העתיקות
תאריך הגשה: 29/03/18

בית המשפט העליון בירושלים
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

פרופ' דן בחת
ע"י ב"כ עוזה"ד אמן לורך ו/או ענר חפץ
ו/או גיתית רמות-אדLER ו/או חני רוטשטיין- כהן
מיגאל ארנון ושות' – משרד עורכי דין
רח' היל 31 ירושלים 94581
טל': 02-6239300 ; פקס': 02-6239314

העתור

בית המשפט העליון
מצירויות (21)
29-03-2010
נתתקבל / נבדק
חתימת המקבל

המשיבים

משיבים פורמלאים

נגד

1. רשות העתיקות
2. מנהל רשות העתיקות – מר ישראל חסן
ע"י ב"כ פראס (רדואן) בדחי
מרח' לבנדזה 12, תל אביב 66029
טל': 03-5414751 ; פקס : 03-5414753
3. משרד ראש הממשלה
4. שרת התרבות והספורט – ח"כ מيري רגב
5. שר החינוך – ח"כ נפתלי בנט
6. שרת המשפטים – ח"כ איילת שקד
ע"י ב"כ פרקליטות המדינה
מרח' צלאח א-דין 31, ירושלים 9711054
טל': 02-6466590 ; פקס : 02-6467011

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם:

א. מודיע לא יורה בית המשפט הנכבד על בטלות החלטת המשיבים לאשר עבודות פיתוח והקמת במת לתפילה באתר העתיקות הידוע כמתחם קשת רוביינסון, שהוא אתר עתיקות מוכrho ומוגדר ככזה בתכנית בנין העיר הchallenge לעליון, אשר התקבלה בחוסר סמכות, בחוסר סבירות ותחת "לחצים פוליטיים"; וככל שייתען שאין החלטה כזו, מודיע שבית המשפט לא יאסור על המשיבים לפעול לביצוע העבודות דנו;

ב. מודיע לא יורה בית המשפט הנכבד על בטלות ההסכם בין רשות העתיקות לבין משרד ראש הממשלה, אשר נכרת מכוח החלטת המשיבים, וכן מודיע לא יורה על מניעת המשיבים מהתקשרות בהסכמים נוספים עם משרד רוח"מ או מי מהמדינה הנוגעים לביצוע העבודות הנ"ל;

ג. ליתן כל סعد נוסף או אחר, כפי שימצא בית המשפט הנכבד בכוכו וצדוק בנסיבות העניין.
בالمץ, וככל שלא יהיה בתשובה המשיבים כדי להעיד על תקינות וסבירות החלטתם וקבלתה בסמכות –
יתבקש בית המשפט הנכבד להפוך את הצו למוחלט.

ההדגשות בציוטוטים שבעתירה זו אינן במקור, אלא אם צוין אחרת.

פתח דבר

1. לפניו מקרה ברור של התנהלות קלוקלת ומנוגדת לדין של רשות מינהלית-מקצועית- עצמאית, אשר הכפיפה עצמה באופן בויטה לדרג הפליטי, וסמכה החלטותיה על שיקולים זרים שאינם מקצועיים.
2. כך פועל רשות העתיקות והמנהל העומד בראשה (להלן: **המשיבים**), בעניינו, בחילטתם לאשר את הפיכת האתר הארכיאולוגי קשת רובינסון – אתר עתיקות מוכרז שני לו בעולם כולו – לאחר תפילה דתית (להלן: **ההחלטה**); אישור אשר נדרש מכוח חוק העתיקות, תש"ח-1978 (להלן: **חוק העתיקות**).
3. מתוך קשת רובינסון הוא אחד מאתרי העתיקות החשובים בעולם, ומהוות המקום היחיד בו ניתן לחזות בبنיתו המונומנטלית של הורדוס ולמרגלותיה חורבן חומת הר הבית בכל עוצמתו. חשיפת הממצאים החשובים התאפשרה בזכות תושבות עצומות שהושקעו באתר במשך דורות רבים, למעשה מסמוך ולאחר מלחתת ששת הימים ועד לפני כעשור.
4. האתר נחשב ליותר מרשים, חשוב ומרגש מצדה, מגידו, גמלא ואתרים היסטוריים מוכרים נוספים בארץ. 250 אלף מבקרים וייתר משלמים מדי שנה דמי כניסה לגן הארכיאולוגי, הקרי על שמו של הנדבן דודיסון, כדי לגעת פיזית בחורבן עצמו ומיליונים נוספים צופים בהוד המקום מחוץ לו.
5. על אף זאת, אישרו המשיבים את הפיכת ליבת האתר היהודי לאתר תפילה, ובכך הורו למעשה על הרס האתר, על חירוב העתיקות, ועל הרחיקת הציבור הרחב מהממצאים הכה ייחודיים תוך חסימת היכולת לצפות בו למרחק, או להלך בו מקרוב. הדבר בכוונה!
6. בנותנכם את האישור האמור, חטאו המשיבים לתוכיהם, פעלו בניגוד גמור לחזונות, וחרגו מהסמכותם שבדין. כל אלה מחייבים את המשיבים לשמר ולשמור את העתיקות והארCHAIOLOGIA בארץ, ולהגנו על ההיסטוריה, התרבות והמורשת של ארץ ישראל, כפי שבאותו ידי ביטוי ייחודי דרך הארכיאולוגיה. זאת, למען הציבור כולו, וכן אותו ציבור.
7. אין עוד גוף במדינה האמון על תכליות אלה של שימור העתיקות, מניעת פגיעה בהן והגנתן לציבור הרחב. על כן, מעמדה של רשות העתיקות, שהינה רשות עצמאית ומונופולית מהממשלה, כמשמעותו של שומר סף, אשר תפיקדו לעמוד כחוצץ בין שיקולים פוליטיים, ציבוריים או אחרים, לבין אלה הארCHAIOLOGIIS- מדעיים- מקצועיים.
8. מכל אלה, ובניגוד גמור לדין ולכללי המשפט המינהלי, התעלמו המשיבים, והחליטו להיענות להכתבות הדרג הפליטי ולאשר ביצוע עבודות פיתוח מסביבות קשת רובינסון, והפיכתו ליבתו ולב לבו לאתר תפילה.
9. מפתחה הען הפליטי, שעמד ועומד כל העת מעל לפעולות המשיבים והחלטהיהם, קיבלו המשיבים את ההחלטה בחתף ובחיפזון.
10. כך, פועל בחוסר סמכות, ונמנעו מלבקש כינוס ועדת שרים, אשר נדרש לתת אישור מקדים לביצוע עבודות באתר, על פי חוק העתיקות.
11. עוד המשיבו המשיבים וקיבלו את ההחלטה מבלי לקיים את חובת הייעוץ עם המועצה

לארכיאולוגיה, הגוף המומחה להמלצותיו מוחיבים המשיבים לחתת משקל מכריע בהחלטה, ובהתuelם מעמדה ברורה של אותה מועצה שלא 'לגעת' באתר המדובר מפאת חשיבותו האוניברסלית, הישראלית והיהודית.

12. המשיבים המשיכו בדרכם הקולקט, כאשר נמנעו מלביס החלטתם על תשתיות עובדתית, ובעניננו – תשתיות עובדתית-מדעית-מקצועית, חסרת פניות והשפעה זרה, אשר מחויבת הייתה להיות מונחת תחת ההחלטה. בהדרן כל תשתיות כזו, נמנעו המשיבים גם מלנק את החלטתם ואת העבודות והנסיות שעמדו תחתיה.

13. כל אלה, הובילו את המשיבים לקבל החלטה בלתי סבירה בעיליל, המבוססת על שיקולים פוליטיים – זרים (על פי הودאותם הם כפי שיפורט) ומתעלמת מהשיקולים המקצועיים אשר מוכרים היו להיות בראש מעיינים של המשיבים, בהיותם גור מקצועני כאמור.

14. שיקולים אלה הם הייחדים שאף הובילו את המשיבים דהיינו, לקבל החלטה בגיןוד גמור וקיצוני לumedת הרשות ומהנהלים שבראשה, לאורך שנים רבות, ביחס למתחם קשת רוביינסון עצמו. שהמשיבים לא טרחו להסביר איזה שינוי נסיבות עומד בסיס המהפק שבעמדת הרשות המקצועית, ברור כי אין כל שינוי כזה המצדיק את הפיכת עורה של רשות העתיקות, וכל שעומד בבסיס הפיכה זו הוא השיקול הפוליטי.

15. לאור התעלמות המשיבים מפניות העוטר – חוקר, ארכיאולוג הבקיא במיוחד בגיןוד הכותל המערבי ובכללו מתחם קשת רוביינסון – ומעמדותיהם המקצועיים של ארכיאולוגים מומחים נוספים, לא יותר לעוטר אלא לפנות לבית משפט נכבד זה, על מנת למנוע את ההרס והאבדון הצפוי להתרחש, ושכבר החל להתרחש, באתר העתיקות החשוב ביותר במדינת ישראל.

הצדדים לעתירה

16. העוטר הינו ארכיאולוג ופרופ' לארכיאולוגיה, אשר שימש בעבר כארכייאולוג מחוץ ירושלים באגף העתיקות, קודמה של רשות העתיקות. במסגרת תפוקתו, ובמהשך כחוקר מטעם אוניברסיטת בר אילן, היה אמון על חפירות מנהרות הכותל ועל עבודות ארכיאולוגיות נוספות בגיןוד הכותל המערבי והרחוב ההרודיאני. בימים אלה ממשיך העוטר במחקר הארכיאולוגי ופועל לשימור עתיקות בארץ בכלל, ובירושלים בפרט, ואף פרסם פרסומים רבים בתחום.

17. משיב 1, רשות העתיקות (להלן גם: הרשות), היא תאגיד סטטוטורי אשר הוקם מכח חוק רשות העתיקות, התשמ"ט – 1989 (להלן: חוק הרשות) ומוסמך בחוק לטפל בכל ענייני העתיקות בישראל. סמכויותיה ותפקידיה של הרשות הוגדרו בחוק הרשות, ועיקרים – גילוי, תחזוק ושמור העתיקות בארץ ונגישותן לציבור.

18. משיב 2, מנהל רשות התרבות ובידור הממשלה, הוא הממונה על פי חוק הרשות, על ידי מועצת רשות העתיקות וכן בחוק העתיקות.

19. משיב 3, משרד ראש הממשלה ואגף התקציבים והפרויקטים שבמשרד, הוא הגוף הביצועי שאחרראי על יישום החלטות ראש הממשלה בעניין הכשרת מתחם קשת רוביינסון כאתר תפילה, כפי שיפורט להלן. במסגרת יישום זה, התקשר משיב 3 בהסכם עם רשות העתיקות.

.20. מшибים 6-4, הם השרים המרכיבים את ועדת השרים הսטטוטורית הממונה מכוח סעיף 29(ג) לחוק העתיקות (להלן: **וועדת השרים**), כאשר שרת התרבות משמשת כיוער הוועדה. תפקידיה של ועדת השרים לאשר כל פעולה, מלאה המנויות בסעיף, ככל שהיא נעשית ב"אטר עתיקות המשמש לצורך דתי או מוקדש לתוכילת דתית".

חלק ראשון: העובדות הרכיבות לעניין

A.1. מתחם קשת רובינסון

.21. מתחם קשת רובינסון הוא גן ארכיאולוגי, המהווה אתר עתיקות מוכרו哉, הנמצא למרגלות אחד משעריו הנקישת החשובים להר הבית ונבנה בידי המקדש השני. הוא פרוס סביב יסודות המעלה לשער, חנויות הסוחרים שלהם, והמקוואות של העולים לרגל מהמרשימים בעולם. חומריו רכע והסבירה על האתר, שהוכנו על ידי רשות העתיקות במועד הסרת הלוט בשנת 1996, מצ"ב **בנספח 1**.

.22. הגן הארכיאולוגי ניצב למרגלות קצהו הדרומי של הכותל המערבי והכותל הדרומי כולו. הוא יועד מיד לאחר איחוד ירושלים בשנת 1967, להבדיל מרחבת הכותל המרכזית המיועדת לתפילה, לחסיפת שרידי עברה של ירושלים.

.23. ואכן, במשך עשרות שנים, ובאמצעות כספי תרומות ותקציבי מדינה עצומים, חפרו בגן מאות אנשים ואחרים התאימו אותו לעוזו, בתחילת בראשות פרופ' בנימין מזור ובהמשך אחרים, וחשו, בהשתמורת מדהימה, שרידים ובי-רוזם מתקופת הבית השני, הנוטנים בייטוי ייחודי לפאר העיר, מהערים החשובות בתבל אותן ימים, במקומות מרכזי זה שלמרגלות הר הבית, על הדרך המונומנטלית בין בריכת השילוח להר הבית וביתו עוצמתי שאין שני לו, ولو בקמצוץ, לחורבן הנורא בשנת 70 לספירה.

.24. לשרידים המרשימים והחשיבותם הללו, אין אח ורע.

.25. זהו אתר מורשת עולמי ראשון בחשיבותו – להיסטוריה, לתרבות, למדע ולעצם קיומה של מדינת ישראל כאן.

.26. על אף היותו של המתחם אתר עתיקות ארכיאולוגי ייחודי, ברמה עולמית, מעת צמידתו לרחבת הכותל המרכזית המשמשת לתפילה, עלה המתחם לדין הממשלה בהקמת רחבת תפילה לזרמים הפלורליסטיים של היהדות פערם רבות, כבר בשנות השמונים של המאה הקודמת. בשנות ה-90, אפשרה ממשלה ישראל תפילה ברחבה הסמוכה לכוטל בפינטו הדרומי, עם הזמן רחבה זו הוגדלה על ידי הוצאות ופינוי חלק מהמצאים.

.27. בהמשך, ובעקבות פסיקת בית המשפט בבג"ץ 3358/95 הופמן נ' משרד ראש הממשלה (פסק הדין פורסם ביום 20.5.2000 (22.5.2000) וכן דנגי"ץ 4128/00 משרד ראש הממשלה נ' הופמן (פסק הדין פורסם ביום 6.4.2003) (להלן ייחד: **בג"ץ נשות הכותל**), הוקמה ב-2003 רחבת עץ, שצמודה לכוטל, וכן הוקמו שבילי גישה לרחבה זו.

תמונות האתר בכללתו עם סימוני שתי הרחבות, וכן תמונות של כל רחבה, מצ"ב בנספח 2

.28. הדבר נעשה אז, **בניגוד לעמדתה הנחרצת של רשות העתיקות באותה העת**, אשר התנגדה בתוקף

להפיקת האתר לאתר תפילה ולביצוע כל עבודות בניה במתחם שאין מטרתן שימור ותחזוקה העתיקות. עד מהذا זו אף הובאה באופן רשמי בפני בית משפט נכבד זה, ואף על פייה, נפסק אשר נפסק. חוות דעתו של מנהל רשות העתיקות דאז, מר אמיר דרורי, מיום 10.2.2000, כפי שהוגשה לבית משפט זה בבג"ץ נשות הכותל, מצ"ב בנספח 3.

.29 התנגדות זו של הרשות נשכה לאורך שנים. אף לאחר שהוכשרה הרחבה למרגלות הפינה הדרומית מערבית של הר הבית, ממש מתחת לקשת עצמה; גם עת שזו הורחבה, מאותן סיבות ולהחצים, לכ- 500 מ"ר; גם עת שנבנתה רחבת העץ הצמודה לכוטל; והחזקה בעמדה נחרצת זו עד ממש לאחרונה.

.30 עם התחזקות מאבק הזרמים הפלורלייטיים לתפיהם בכוטל, בחודש אוגוסט 2013 הורה השר לענייני ירושלים דאז, חה"כ נפתלי בנט, על הקמת רחבת תפילה "זמןנית" באמצעות המתחים (שהיא, למען ההतמצאות, בנוסף לו המורחבת שבפינה הדרומית מערבית לרחבת העץ הצמודה לכוטל) עבור חגי תשרי, רחבה שאמורה הייתה לשמש את זרמי היהדות הפלורלייטיים, לצד אירועים מאירועים שונים שלהם, של חילוניים, של דתיים אורתודוקסים ושל לא יהודים. רחבה זו, שהוקמה (כלכל הנראת תוך מספר ימים) ללא היתר בניה ובניגוד לדיני התכנון והבנייה (כמנาง המקום כבר עם מರפסת העץ), עודנה עומדת על תיליה עד עצם היום הזה, וזאת על אף כיוניה כרחבה 'זמןנית'.

ראיון עם השר נפתלי בנט מיום 17.6.2017, בו הוא מתאר כי הרחבה הוקמה "במשך שבוע בשעות הלילה ובקט", (משמעותו "חומה ומגדל", ללא דין ולא דין) זמין ב- <https://www.inn.co.il/News/News.aspx/349462> ומצ"ב בנספח 4.

תמונה הרחבה הזמןנית מצ"ב בנספח 5.

.31 וודק: מספר העושים שימוש ב"רחבה הזמןנית" בטל בשישים (או שמא בשש מאות) אל מול מספר המבקרים בתשלום ובבודאי מספר הצופים במראה העצמתית הזה.

.32 וראוי להזכיר, **התהיפות באתר כבר פצעו אותו קשות!** ארבעה סבבים של קרסום הפכו מקום שהתחדר בפאר לאתר בו העתיקות נרמסות תחת פלtotות וברזילים; בו מוצבים נלוויים שונים שאין עניינם באתר עתיקות (כגון ארוןות ספרי קודש, מתקן שתיה, מתקן כייבוי, ועוד); ופיר וורן היה לדמדמנה. אין כל ספק מה יהיה סופו של האתר, גם ברמה התוחזקתי, בסיום העבודות העצומות המתוכננות שאושרו על ידי המש��בים (כ- 20 מיליון ש"ל עלותן!!!), שכן בסיום – גם אם כל הרצון הטוב יופעל, הוא ייחרב באופן סופי ומוחלט ועצם חשיפתו תהא לדראון עולם! החלטות לחוד והחימם לחוד, מה שהוא הוא שיהיה, וכל מאד להיווכח כי החלק שאינו בו היתר תפילה בגין דוידסון מוחזק ברמות אחרות מאשר בmoment התפילה.

תמונה מהאתר המעידות על הזנחה ועל הרס העתיקות בו, מצ"ב בנספח 6.

.33 בשולי הדברים צוין כי חוקוינה של הרחבה הזמןנית מבנית דין העתיקות, המחייבים את אישורו בכתב של מנהל רשות העתיקות לבניה כאמור, מוטלת בספק (שכן לא עלה בידי העותר לאתר אישור כאמור, על כן מוטל כאן רק ספק) ולא ספק הוא בלתי חוקי על פי חוקי התכנון והבנייה. ככל שניתן אישור כאמור, הרי שבודמה לאישור שניתן על ידי המש��בים לעבודות הפיתוח העתידיות, מדובר בהחלטה שנינתנה בחוסר סמכות ולקתה בחוסר סבירות, והעותר שומר על טענותיו בהקשר זה.

.34. בד בבד עם הקמת הרחבה היזמנית', הורה ראש הממשלה על מינוי הצוות המיעץ לבחינת הסדרי התפילה בគותל המערבי, בראשות מזכיר הממשלה דאו, ד"ר אביחי מנדלבלייט.

א.2. החלטות הממשלה ברקע החלטת המשיבים

.35. ביום 31.1.16 התקבלה החלטת ממשלה מס' 1075 בעניין "איום המלצות הצוות המיעץ לסתוגיות הסדרי התפילה בគותל המערבי". ההחלטה, כלשונה, אימצה את המלצות הצוות המיעץ, בעניין המתוויה שהונח ליצירת הסדרי התפילה בគותל המערבי.

ההחלטה הממשלה מס' 1075 מיום 31.1.16, מצ"ב בנספח 7.

.36. עיקר המלצות הוועדה נגעו להכשרת הרחבה הדרומית של הכותל, המוצעה במתחם קשת רובינסון, מקום תפילה לזרמים הפלורליסטיים של היהודים. בכלל זאת, הומלץ להתאים את האתר מבחינה פיזית ולבנות רחבה תפילה, וכן לדאוג לניהול ותפעול שוטף של האתר כאתר תפילה.

.37. ברט, ביום 25.6.17 התקבלה החלטת ממשלה מס' 2785 בעניין "הסדרי התפילה בគותל המערבי", לפיה הוחלט להקפיא את יישום מותו הכותל ולהשווות את יישום ההחלטה הממשלה מס' 1075.

ההחלטה הממשלה מס' 2785 מיום 25.6.17, מצ"ב בנספח 8.

.38. בד בבד עם ההחלטה הממשלה מס' 2785 (ולאחר המילים "עד כאן ההחלטה ממשלה") צוין כי "ראש הממשלה מנהה את מזכיר הממשלה לפעול לבניה ולהכשרה של רחבת התפילה הדרומית (אתר קשת רובינסון) וזאת במהירות האפשרית. כן מנהה ראש הממשלה את מזכיר הממשלה לוודא כי ניהול האתר יימשך במתקונתו הקיימת בשנים האחרונות".

.39. בכך, הורה למעשה רשות הממשלה על יישום מלא חלקו הפיזי של מותו הכותל, באמצעות משרד, בנייגוד מוחלט להחלטת הממשלה. ספק אם בסמכות ראש הממשלה ניתן הורה כזו; ספק אם למזכיר הממשלה יש סמכויות ביצוע; אין ספק כי הנחיה זו נוגדת את הדין; אין ספק שלא נשללו שיקולים אובייקטיביים ראויים עת שהיא ניתנה; אין ספק שלא נשללו אינטרסים שאינם דתיים עת שזו ניתנה; אין ספק שאין איזון אינטרסים ראוי, ועוד, אך אלו לא במרכז דיונו.

.40. מרכז העניין הוא שהויכוח הבינו-דתי; בין-זרמי; אידיאולוגי שבין קבוצות דתיות שונות יהדות, מיין כל ערך אחר.

.41. על שורשים, היסטוריה, אריאולוגיה, מדע, תרבות, אדריכלות, תיירות ונוף להתקפל, לסגת ולהתגמד בפני מאבקים בין יהודים! וכי לספק מיעוט דתי כזה או אחר (שכבר ארבע פעמים לא בא על סייפו), וסביר שגם הלאה לא ימצא, שכן אין זה מבוקש), אזי אין חשיבות לחוק העתיקות, לתכניות בנין עיר, להתיاري בניה, לתקנות התכנון והבנייה ועוד; אין אפילו חשיבות לדעת הארץ הרוצה להתנגד, אין כל הлик סדור, אין כלום, مثل מדינה מהעולם העתיק; ככלם כולם קופפים ראשם למולך ולטعمיו הפוליטיים, עם כל חשיבות למעמד החוק והדין בישראל, אלו כאילו לא באו לעולם ואינם מחיבים במצב זה.

א.3. התקשרות משרד ראש הממשלה עם רשות העתיקות

.42. משרד ראש הממשלה החל לפעול לקידום הכוונה הפיזית של מתחם קשת רובינסון עודטרם הначיתה רוח"ם האמורה (על בסיס ההחלטה הממשלה שהושחתה), והמשיך לעשות כן לאחר ההנחיה

החדשה, כאשר אין החלטת ממשלה [הדברים מובאים בהרחבה בתשובה המדינה, מיום 17.7.17 לעתירות המאוחדות בבג"ץ 145/13 **המרכז הרפואי לדת ומדינה ואח' נ' ממשלה ישראל ואח'** (להלן: **בג"ץ מתווה הפטול**]).

.43. כך, ביום 20.6.17, נתקבל החלטה על ידי ועדת המכרזים של משרד ראש הממשלה (להלן: ועדת המכרזים), לאישור התקשרות עם רשות העתיקות, בפטור ממכרז, בסך של עד 19,200,000 ש"ח לצורך **בנייה** (על אף שהרשאות אינה מוסמכת על פי דין לעסוק בבנייה) ופיתוח של אתר קשת רובינסון.

.44. מפרטוקול הוועדה עולה כי הפרויקט יכלול ארבעה שלבים עיקריים: תכנון מפורט וחידוש היתר הבניה (שכאמור, אין ולא היה חוקי; נוגד את תכנית בנין העיר הchallenge וainו מתייחס למיקום בו נבנתה הבמה); ביצוע חפירות הצלחה ארכיאולוגיות (ואין פירוש למושג דן באתר עתיקות מוכרז!); בנייה ופיתוח רחבת התפילה בקשה רוביינסון "יתוך" מ כסום מרחב הנגיעה לכוטל המערביי (ובambilים לא מכובסות - כיסוי שרידי החורבן המונחים על הרחוב ההרודיאני); ופרויקט השימור שייערך במקביל לעבודות הבניה והפיתוח (כאילו זה לא מצב הדברים דהיום).

פרוטוקול ועדת המכרזים של משרד ראש הממשלה מיום 20.6.17, מצ"ב בנספח 9.

.45. ביום 25.6.17 (לפני ההחלטה הממשלה להקפיא את מתווה הפטול), אישרה ההחלטה בועדת פטור ממכרז של משרד האוצר וכן על ידי החשב הכללי.

פרוטוקול ישיבת ועדת פטור ממכרז של משרד האוצר מיום 25.6.17, מצ"ב בנספח 10.

.46. המועד המדויק בו נתקבל ההחלטה התקשרות המש��ים אינו ידוע לעותרים, שכן בוגד לחובה בדיון, מידע זה לא פורסם מעולם (וגם לא נמסר לעותרים בתגובה לפניותיהם). עם זאת, מפרטוקול ועדת המכרזים הנ"ל עולה כי במועד הדיון בועדה כבר הייתה את האישור האמור.

.47. בהמשך, פוצלה התקשרות עם רשות העתיקות לשני הסכמים נפרדים: הסכם לביצוע עבודות מקדימות של שירות תכנון מפורט, הוצאות היתר בנייה, ביצוע חפירות הצלחה ראשונית (אחרי عشرות שנים של חפירות על ידי הרשות עצמה, בהנחת גודלי הארכיאולוגים בישראל, מבצעים חפירות הצלחה! או שמא הכוונה היא לסייע העתיקות ממקום? או קבורתן מחדש מתחת לאדמה?) ועבודות שימור; והסכם לביצוע עבודות בגין (על ידי רשות העתיקות, ללא תקדים!) ופיתוח על בסיס התכנון המפורט (כך בעיקר טיעון מטעם המדינה מיום 28.8.17 **בבג"ץ מתווה הפטול**).

.48. ביום 28.11.17 נכרת ההסכם הראשון בין המדינה (באמצעות מנכ"ל משרד ראש הממשלה וחשב משרד ראש הממשלה) לבין רשות העתיקות, במסגרתו נקבע ביצוע העבודות המקדימות שתוארו לעיל, בתמורה לכך של 2,738,664 ש"ח (אשר חלקתו מפורטת בנספח ג' להסכם).

הסכם המדינה עם רשות העתיקות מיום 28.11.17, מצ"ב בנספח 11.

.49. באשר להמשך העבודות הנדרשות, קבע ההסכם כי "לאחר סיום ביצוע העבודות המקדימות, הצדדים יפעלו לשם המשך ביצוע עבודות הבניה והפיתוח, בכפוף לחתימה על ההסכם נפרד לעניין זה ולתנאיו" (פסקת והואיל הרביעית בדף הראשון להסכם).

.50. לאחרונה, הודעה המדינה כי רשות העתיקות החלה ביצוע העבודות המקדימות, בהתאם להסכם שנחתם בין משרד רוח"מ לרשות (הדברים צוינו בהודעת המדינה **בבג"ץ מתווה הפטול**, מיום

51. יzion כי העבודות החלו על אף שלא נתקבל היתר בניה כנדרש [וידוע כי היתר זה נדרש כל מקום שאין מדובר בחלק אינטגרלי מחפירה ארכיאולוגית, ראו למשל: בג"ץ 9253/08 נואל קראען נ' רשות העתיקות (פורסם ביום 15.9.2009)]. רשות העתיקות אף הגילה לעשות והשיבה לפניהם העותר כי מדובר בעבודות חפירה ארכיאולוגית "המתבצעות בשטח המועד לשימוש כניסה לבנייה רחבה" – כל זאת מבלתי שהשתה האמור יועד לשמש כניסה לרוחבת תפילה בתכנית חוקית כלשיי (ובלי שקיימת תכנית כלשיי המתירה ביןוי של רוחבת תפילה באתר).

תכניות (מהחדש האחרון) בין העותר לבין הוועדה המחויזת לתכנון ובניה ירושלים בעניין הבניה לא היתר, מצ"ב [כנספה 12](#).

52. ראו לעניין זה את חוות דעתה של עוז"ד שלומית ברנע פרגו, היועצת המשפטית למשרד רווה"מ, מיום 28.1.16, שצורפה להצעה להחלטת הממשלה 1075, ולפיה **ביצוע העבודות כפוף כולו לדין ובכלל זאת ברוך בקבלת היתרי בניה על פי דין והנהלות בהתאם לחוק העתיקות.** גם מכך, כאמור, התעלמו המש��בים ומשרד רווה"מ, בקידומם את יישום המתוודה בפועל, על בסיס הנחיה רווה"מ ומבעלי להישמע לדיני התכנון והבנייה ודיני העתיקות.

חוות הדעת של עוז"ד שלומית ברנע פרגו, מיום 28.1.16, מצ"ב [כנספה 13](#).

53. להשלמת התמונה יzion כי ביום 10.8.17 אושרה ועדת המכרזים התקשורת משרד רווה"מ עם החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ (להלן: **החברה לשיקום הרובע**), בפטור ממכרז, לצורך ניהול ורחבת התפילה. התקשרות זו אושרה על ידי החשב הכללי בפטור ממכרז עד לתום אותה שנה בלבד, אך הוארכה מעט לעת.

פרוטוקול ועדת המכרזים של משרד ראש הממשלה מיום 10.8.17, מצ"ב [כנספה 14](#).

פרוטוקול ישיבת ועדת פטור ממכרז של משרד האוצר מיום 23.8.17, מצ"ב [כנספה 15](#).

הסכם ההתקשרות של המדינה עם החברה לשיקום הרובע מיום 3.10.17, מצ"ב [כנספה 16](#).

A. **עמדת המקצועית של המועצה לארכיאולוגיה ומומחים נוספים באשר לעבודות במתחם קשת רובינסון**

54. עמדתו של העותר נתמכת גם על ידי המועצה לארכיאולוגיה ומומחים רבים בתחום הארכיאולוגיה, אשר חלקם אף היו בעבר בעלי תפקיד בשרות העתיקות.

55. לפי עמדת המומחים, אין כל ספק כי **ביצוע עבודות בניה באתר, ובפרט עבודות פיתוח להפיכת האתר לאתר תפילה, יובילו להרס ואבדון של הממצאים הארכיאולוגיים הייחודיים והעתיקים באתר, ולהחרבת נגישות הממצאים לציבור הרחב.**

56. מספר חוקרים ארכיאולוגים מהשורה הראשונה במדינת ישראל, ביניהם חוקרי ירושלים (כגון ד"ר אילת מזר, פרופ' עמייחי מזר (חתן פרס ישראל), פרופ' עמוס קלונר (חתן פרס א.מ.ת), פרופ' רוני ריין (חתן פרס ירושלים) ועוד), לרבות העותר, פנו hon לראש הממשלה, hon למשיבים בקריאות למניעת ביצוע העבודות באתר.

.57. ביום 4.2.16 פנו הארכיאולוגים, במכتب רשמי לראש הממשלה בנימין נתניהו, הקורא למנוע את המשך הפגיעה ההרסנית של האתר הייחודי והפיקתו לאתר תפילה. וכך ציינו בפניהם:

"הגן הארכאולוגי שלמרגלות קצהו הדרומי של הכותל המערבי משתרע כיום לאורך פחות מ 60 מטרים. מיד לאחר איחוד ירושלים בשנת 1967 יועד שטח הגן, להבדיל מהקטע המיוני לתפילה, לחסינת שרידי עקרה של ירושלים. ואכן, במשך 10 שנים רצופות חפרו כאן מאות אנשים בראשות פרופ' בנימין מזר וחשפו, בהשתנות מדהימה, שרידים רבי-רושים מתקופת הבית השני, הנוטנים ביטוי ייחודי לאור העיר במקום מרכזי זה שלמרגלות הר הבית ולחורבנה בשנת 70 לספירה.

לשרידים המרשימים והחשוביים הללו, אין אח ורע. זהו אתר מורשת יהודית – עולמית ראשון בחשיבותו.

לאחר החלטת בג"ץ בשנת 2003 כבר נבנה בתוך האתר קטע לתפילה מעורבת צמוד לכוטל באורך 12 מטרים ולידו נבנה משטח לתפילה ולשםחות בגודל 500 מ"ר. **כבר עתה** מהווה בניה זו פגיעה ממשית בחזות האתר, במסלול הביקור וביכולת הסברתו לקhal ויש לסלקה בהקדם.

אנו מבינים את הצורך במצב פתרונות תפילה לזרמים שונים ביהדות, צורך שודאי רק ילק ויגבר, אך הפתرونויות לכך אינם יכולים להיות ב**ברמיסת האתר הארכאולוגי**, שהוא **היהלום שכceptor הארכאולוגית של ירושלים**.

אם תתמשח ההחלטה להפוך את המקום לאתר תפילה יפגע האתר ללא הכרה על ידי המבנים שיכסו חלק מהותי שלו והן על ידי תפעול מנוגני התפלות והטקסים.

אנו, מומחיות הארכאולוגים חוקרי ירושלים, יחד עם עמיתינו חוקרי ההיסטוריה והארCHAולוגיה של הארץ, **פונים אליך בבקשת דחופה** שלא אפשר את הפיקתו של האתר הייחודי הזה לאתר תפילה ובכך למנוע את המשך הפגיעה ההרסנית בו". (ההדגשות במקור)

מכتب הארכיאולוגים לראש הממשלה מיום 4.2.16, מצ"ב **בנספח 17**.

.58. בכירי הארכיאולוגים לא קיבלו כל מענה מראש הממשלה או מי מטעמו.

.59. הדברים קיבלו תוקף رسمي ביום 17.3.16, במסגרת גילוי דעת של המועצה לארכיאולוגיה (להלן: **החלטת המועצה לארכיאולוגיה**) – גוף שחבריו ממונים על ידי שרת התרבות מכוח חוק העתיקות, מרכיב מוחרי הארכיאולוגיה המובילים בארץ, ואשר אמור, על פי סעיף 34 לחוק העתיקות, על ייעוץ "לשר, למנהל ולמועצה הרשות ומנהל בענייני ארכיאולוגיה ועתיקות".

.60. המועצה הפיצה גילוי דעת זה ביום 2.4.16 לראש הממשלה, שרת התרבות ומנהל רשות העתיקות, וקראה, פעם נוספת, למנוע באופן מיידי את הפגיעה הקשה באתר. גם לפניה זו, לא ניתנה כל התייחסות.

פניית המועצה לארכיאולוגיה מיום 2.4.16, בצירוף החלטת המועצה, מצ"ב **בנספח 18**.

.61. לאחר שפניות אלה לא הועלו, פנתה ד"ר אילית מזור – ארכיאולוגית בעלי שם עולמי מהמכון לארכיאולוגיה באוניברסיטה העברית בירושלים, המתמחה בארכיאולוגיה של ירושלים (למעשה נולדה לתוכה זה, שכן היא נגדתו של פרופ' מזור חתן פרס ישראל) – ליו"ר ועדת החינוך והתרבות

בכנסת מר יעקב מרגי, וביקשה לכנס דיון דחוף "פגיעה הקשה שנעשתה ומתחכנת להתרחב באופן הרסני ביותר בקטע של הגן הארכיאולוגי למרגלות קשת רובינסון".

פנימיתה של ד"ר אילת מזור ליויר ועדת החינוך והתרבות, מצ"ב **בנספח 19.**

62. בעקבות פניה זו, התכנסה ועדת החינוך והתרבות, ביום 22.11.16, לדיון בנושא "פגיעה בעתיקות וארציאולוגיה בכוטל המערבי". במסגרת דיון זה, הציגה בפирוט ד"ר אילת מזור את הממצאים הייחודיים שבאתר, ואת דרך החתכים שערכו חוקרי הארכיאולוגיה, בראשם סבה – פרופ' בנימי מזור – עד חשפו את מפולות החורבן, אותן ניתן לראות באתר זה בלבד. ד"ר מזור עמדה גם על הנזקים העצומים שנגרמים לממצאים ולאתerr בעקבות הפיכתו לאתר תפילה, על כל הכרך בכך. וכך ציינה:

"מה שקרה היום, שבנו כאן רחבה של 500 מטר מרובע שהיא משמשת לכל מיני אירועים, שימוש, לא יודעת. ובמה נוספת צמודת כותל, על חשבון המסלול של הרחוב, באורך של 12.5 מטרים נוספים. [...]

שימוש לב מה קורה, במת התפילה שהיא צמודת כותל כבר עבשו עולה, מכסה את אבני החורבן, את אבני המפולת, שהן צרכות להיות גולת הכותרת של האתר הזה ובאיזה אופן כל כך גס, שלא הינו מתיירים אותו בשום מקום אחר, ותשתכלו שהמקומות הפך להיות אולם שימוש. כאן, מחורי היריעות האלה, שמם את השולחנות ואת כל מה שהם מכבדים, את האוכל, ושמם מפות. ועוד יותר גרוע, שימוש לב של האזור הזה נחסם הרבה הרבה קודם בפני מבקרים באתר, הם לא יכולים לגשת ולהזוז, אפילו לא בעמדת התצפית כאן. [...]

אין לי מושג מה עולה בדעתם של מי שמתכונים את הדבר הזה. דבר אחד בטוח, אתם התרשםתם, האתר הזה יתום, האתר הזה מזונח, אין מי שיגן עליו, והוא אתר בעל חשיבות עליונה מבחינה היסטורית, ארכיאולוגית וモרשת וחובה علينا, לא רק לעצמנו, המורשת היהודית, שזה מובן מאליו, אלא בכלל, חובה علينا להגן עליו, להציג אותו ולתת לו את הבודד הראוי לו." (ראו עמי 3-2 לפרטוקול).

63. בדברים אלה אף התייחסה ד"ר מזור לנזק העצום שנגרם לאתר בהפיכתו לאתר שימוש בפועל כמתחים אירועים לבר מצוות. נזק זה נובע בעיקר מהשימושים הנלוויים הכרוכים בהפעלת "גנו אירועים", כגון הצבת בתים שימוש ניידים; ארוןות לספרי קודש; עמדות כיבוי אש; פחי אשפה ועוד.

64. חוקרים נוספים אחרים שנקחו בדיון עמדו על הנזק העצום שנגרם ושיגרם לאתר (ראו למשל דבריו של מאיר בן דב בעמ' 10-9, ודבריו של פרופ' עמוס קלונר בעמ' 11-10 לפרטוקול).

פרטוקול הדיון בוועדת החינוך והתרבות מיום 22.11.16, מצ"ב **בנספח 20.**

65. יודגש כי עמדות אלה **תואמות את עמדת רשות העתיקות עצמה**, (למעשה אין ولو ארכיאולוג אחד שסובר אחרת), כפי שהובאה בilig'ץ נשות הכותל ובפעמים נוספים רבות בעבר, ביחס למתחם קשת רובינסון ושימושו כאתר תפילה. על כך עמד מנהל הרשות, מшиб 2, בעצמו, במסגרת אותו דיון בועדת החינוך והתרבות (ראו בעמ' 4 לפרטוקול).

66. אולם, כל המאמרים שנעשו על ידי הארכיאולוגים לא הועלו, ולאורך כל הדרכ השיקולים שהעלו

בפני כל הגורמים הרלוונטיים לא נשקלו כלל ובוודאי לא כבדי. אף רשות העתיקות, אשר תכלייתה להעמיד את ערך שימור העתיקות כערך עליון, ולהתעלם משיקולים פוליטיים, התעלמה מכל הקריאה של מיטב החוקרים הארכיאולוגים שעמדו כשרה אחת, והחליטה לאשר עבודות פיתוח באתר.

.67 רק לאחר שהמשיבים אישרו את ביצוע העבודות, ההסכמים בין רשות העתיקות למדינה נחתמו, והעבודות במקומם כבר החלו – נפגש מנהל הרשות עם מספר מצומצם של חברים מהמועצה לארכיאולוגיה, ביום 22.2.18 (ייתכן בשל פניות העותר). במסגרת דיון זה, ניסו חברי המועצה לקרוא שוב למניעת העבודות והפיכת האתר לאתר תפילה, אך מנהל הרשות (מונייה לתקידיו עת שהיה חבר הכנסת, ואז התפטר מחברותו בה, ואינו ארכיאולוג) הציב בפניהם את העבודות בעובדה גמורה ובעשאה עשויי, שלא ניתן להחזירו לאחרר, ותרץ זאת בהקטנת הנזק – כאשר הסמכות לעזר זאת אינה של הרשות והרשות לבדה, בסמכותה, בכוחה והיא הווקמה למטרה זו!

פרוטוקול ישיבת מנהל הרשות עם המועצה לארכיאולוגיה מיום 22.2.18, מצ"ב בנספח 21.

א.5. פניות קודומות של העותר למשיבים במסגרת מיצוי הליכים

.68 העותר ניהל הליך מיצוי הליכים ראוי ומיגע מול רשות העתיקות והעומד בראשה, בניסיוןelman להונע הגשת עתירה זו.

.69 פניותיו הראשונה של העותר לרשות העתיקות בעניין מושא עתירה זו נעשתה ביום 25.6.17, בו ניתנה כזכור החלטת הממשלה 2785, או אז פנה העותר לרשות ובקש מידע נוסף באשר לעבודות באתר – הן אלה שבוצעו זה מכבר בהקמת הרחבה "הזמןית" והן אלה המתוכנות.

.70 ביום 6.7.17 נתקבלת תגובה הרשות, לפיה הרשות נתנה אישור לעבודות שבוצעו באתר ואף נקבעה בפועלות מקדיימות לשימור העתיקות. כתגובה להתרעת העותר מפני נזק לאתר החשוב, ציינה הרשות כי היא "הווקמה במטרה להגן על ערך חשוב – עתיקות, שהם נכסי המורשת התרבותית של כלל אורי יישראלי ופועלות ללא זאת על מנת להגן על האתרים הארכיאולוגיים בהתאם לסמכוויותיה לפי חוק".

פנית העותר לרשות העתיקות מיום 25.6.17, ותגובה רשות העתיקות מיום 6.7.17, מצ"ב בנספח 22.

.71 פניותיו השנייה של העותר לרשות, שהופנה ישירות למנהל הרשות מר ישראל חסן, נעשתה ביום 25.7.17. במסגרת התבקש מшиб 2 "להימנע מעשיית כל פעולה לקידום מתווה הכותל והקמת במת תפילה קבועה במתחם קשת רובינסון" ובכלל זאת "להימנע ממתן אישור לבניה באתר". אישור מנהל הרשות נדרש על פי סעיף 29(א) לחוק העתיקות (אליו כמובן הפנה העותר) הקובע:

29. (א) באתר עתיקות לא יעשה אדם ולא ירשא לעשות אחד מלאה אלא באישור בכתב מאת המנהל ובהתאם לתנאיו :

(1) בבנייה, סלילה, הקמת מיתקון, חציבה, כרייה, קידום, הצפה
במים, סיקול, חרישה, נטיעה או קבורה;

(2) הנחת עפר, דומן, פסולת או אשפה, לרבות הנחתם בנכס הגובל
באתר;

(3) שינוי, תיקון או תוספת בעתקה הנמצאת באתר ;

- (4) פירוק עתיקה או כל דבר הנחזה בעתקה או הסרת חלק ממנו או העתקתה ממוקמה;
- (5) כתיבה, חריתה או צביעה;
- (6) הקמת בנינים או קירות בנכס הגובל באתר;
- (7) כל פעולה אחרת שקבע המנהל לגבי אתר עתיקות פולני.

.72 העותר שב והתריע, וביתר פירוש, מפני הנזקים הכספיים לאתר בהינתן אישור כאמור, ואף הפנה את המשיבים להחלטת המועצה לארכיאולוגיה אשר קוראת למנוע את הפגיעה באתר. משפנייה זו לא נענתה, ולאחר שהתגלה לעותר כי רשות העתיקות מצויה ברגעים מתקדמים להתקשרות עם משרד ראש הממשלה בעניין העבודות באתר, נשלחה למשיבים פניה נוספת.

פניות העותר למשיבים מיום 25.7.17, ופניותו הנוספת מיום 29.8.17, מצ"ב בנספח 23.

.73 רק ביום 7.9.17 קיבל הרשות, ובתגובהה דחתה את מלא טענות העותר. על אף שהרשota הודתה בפה מלא בחשיבותו העצומה של האתר ובחשיבות השמירה על העתיקות שבו, ציינה כי אלה אינם מונעים ממנה לבצע את העבודות באתר, וכי אלה יבוצעו תוך שמירה על העתיקות במקום (אמירה סתמית ועוממה). עם זאת, לרשות היה חשוב לציין כי "סוגיות בנויות במה והקמת מתקנים בתחום אתר עתיקות ובענייננו, באזרז קשת רובינסון, הינה פעולה שאינה פרי יוזמת רשות העתיקות וכי מדובר בהחלטות שלدرجים פוליטיים, שנושא זה נמצא בתחום סמכותם ואחריוTEM".

תגובה הרשות לפניות העותר, מיום 7.9.17, מצ"ב בנספח 24

משל – הרשות התפרקה מסמכותה אל מול הדרגים הפוליטיים – שאין להם כל סמכות ליתן הוראות לרשויות העתיקות! לקרה ולא להאמין!

.74 עם קבלת תגובה הרשות ביקש העותר, ביום 11.9.17, לקבל הבחרות והתייחסות לסוגיות שנוטרו ללא מענה. בין היתר, התייחס העותר לכך שהרשota לא קיבלה את אישור ועדת השירותים, אישור הנדרש על פי סעיף 29(ג) לחוק העתיקות הקובע:

29. (א) באתר עתיקות לא יעשה אדם ולא ירשה לעשות אחד מהלא אלא
באישור בכתב מעת המנהל ובהתאם לתנאיו : [...]
- (ג) לענין אתר עתיקות המשמש לצורך דתי או מוקדש לתכליות דתיות, לא יתן המנהל אישור לחפירה או לאחת הפעולות המנויות בסעיף קטן (א) אלא באישור ועדת שירותים המורכבת מהשר כיושב-ראש, שר הדתות ושר המשפטים.

.75 אולם, נראה כי לרשות לא היה מענה ענייני הולם לכל אלו, כך שלפניהם זו לא התקבלה כל תגובה.

פניות העותר למשיבים מיום 11.9.17, מצ"ב בנספח 25.

.76 העותר סבר שיש סיכוי שמעשית פניותו תענה, וליתר בטחון פנה כדי לוודא שלא נקשר הסכם בין הרשות למדיינה בעניין דכאן.

פניות העותר מיום 24.9.17 ומענה מטעם הרשות מיום 26.9.17, מצ"ב בנספח 26.

- .77 העותר אף הגיע עתירה מנהלית כנגד התקשרות המדינה עם רשות העתיקות בפטור ממכרז (עת"מ 17-10-20636), עתירה שנמחקה בסופו של דבר בהסכמה העותר.
- כתב העתירה, התגובה לעתירה, פרוטוקול והחלטה מיום 25.10.17, מצ"ב בנוסף 27.**
- .78 משהתרברר לעותר, בסוף חודש דצמבר 2017, כי נחתם בין משרד רוח"ם לבין הרשות הסכם לביצוע עבודות באתר, הוא ערך פניה נוספת לרשות בה התריע על אי חוקיות ואי סבירות ההחלטה לאשר העבודות והתקשרות, וקרא למנהל הרשות לבטל באופן מיידי את ההתקשרות.
- .79 ביום 9.1.18 הודיעה בתגובה הרשות כי היא עומדת על קיום העבודות והתקשרות, וכי טענות העותר באשר לנזקים הצפויים מעבודות אלה, הין מוקדמות (כאילו לא נגרם כבר נזק של ממש). מאוחר שגם בתגובה זו לא ניתן מענה למורביה הנושאים שהעלתה העותר, ערך העותר פניה נוספת, ואחרונה, לרשות, ובה ביקש לקבל השלמות והבהירות ענייניות לסוגיות שנותרו עלומות. תגובה לפניה זו לא נתקבלה עד ליום הגשת עתירה זו.
- פניה העותר למנהל הרשות מיום 2.1.18; תגובה הרשות מיום 9.1.18; פניה העותר הנוספת מיום 14.1.18, מצ"ב בנוסף 28.
- .80 יצוין כי לצד פניות אלה, ערך העותר מספר פניות נוספות לרשות לקבלת מידע ומסמכים, פניות שלא נענו מעולם.
- פניה העותר מיום 13.8.17, בבקשת מידע באשר לתרומות שניתנו לרשות בעבר לצורך פיתוח המרכז הארכיאולוגי דיזידסן; פניות העותר מיום 11.10.17 ומיום 28.11.17, בבקשת הסכמים של המדינה עם רשות העתיקות, מצ"ב בנוסף 29.
- .81 במקביל, ולאורך כל התקופה שתוארה, פנה העותר לגורמים נוספים רלוונטיים, ובקש למנוע את ביצוע העבודות במתחם קשת רובינסון ואת החרס הצפוי. בכלל זאת פנה העותר למשרד ראש הממשלה ולמשרד האוצר (גם בנוגע לפרויקט ההתקשרות עם הרשות); לחברה לשיקום הרובע; לחברה לפיתוח מזרח ירושלים; לרשות לפיתוח ירושלים; לעיריית ירושלים, ועדת התכנון והבנייה וגורמים שונים בה (באשר לניגוד העבודות לחוקי התכנון והבנייה); ולבסוף, ביום 5.2.18, לוועדת השרים, בבקשת לכינוס דוחף של הוועדה בעניין אישור העבודות (אשר היא הרלוונטית לעתירה זו). עד ליום הגשת העתירה לא התקבל מענה מכך לא אחד מהשרים החברים בוועדת שרים זו.
- פניה העותר לוועדת השרים מיום 5.2.18, מצ"ב בנוסף 30.
- .82 משהרשותتعلמה מהסוגיות שהוועלו בפניה ולא סייפה מענה הולם לטענות העותר, ומשלא נתקבל מענה מטעם ועדת השרים או מי מטעם באשר לכינוס הנדרש, מוגשת עתירה זו. במסגרת, כאמור, יבקש העותר לבטל את החלטת המש��בים לאשר את עבודות הפיתוח במתחם קשת רובינסון והפיקתו לאתר תפילה, אישור שנתן מנהל הרשות על פי סעיף 29 לחוק העתיקות.

חלק שני: הטיעון המשפטי

ב.1. המסגרת הנוրמטיבית

- .83 נדמה כי יש צורך אז לעמוד על החשיבות העצומה של ממצאים ארכיאולוגיים, אשר מהווים נכס רב ערך להיסטוריה, למסורת, למורשת, למדע ולתרבות של כל מדינה ועם, וודאי מדינת ישראל. על חשיבות זו,

ועל חשיבות חשיפת ממצאים ארכיאולוגיים לציבור, אף עמד בית משפט נכבד זה לא פעם. כך למשל צוין בבג"ץ 3702/05 דר' צבי אורי מעוז נ' רשות העתיקות פס' 4 (פורסם בנבו, 11.01.2006):

"למחקר הארכיאולוגי ולפרסום ממצאים שנאספו במסגרת חפירות ארכיאולוגיות תרומה ניכרת בעיצוב הבנתנו ההיסטורית, התרבותית והלאומית. המחקר הארכיאולוגי מפלס לנו דרך אל העבר מתוך הבנה או הנחיה כי זה יאיר על תפישתנו והבנתנו את הווה. חשיפת צפונותיה של הארץ, בחינת רובד אחר רובד של קרקע במטרה לגבות את תומנות העבר, לא די בהן ויש חשיבות רבה לפרסום הממצאים הארכיאולוגיים, לтиיעודם ולחקריהם, לקהילת הארכיאולוגים ולרבים אחרים, לא רק לתושבי הארץ זו אלא לקהלים שונים ברחבי העולם כולו."

.84 גם בבג"ץ 1308/13 מוחמד עטאללה סיאם נ' רשות העתיקות פס' 11 (פורסם בנבו, 21.09.2009) עמד בית משפט נכבד זה על האינטראס הציבורי שבחקר הארכיאולוגי, פיתוחו ושימורו, ועל תרומתו להבנת ההיסטוריה:

"חשיפת צפונות העבר שהיו טמוניות מאות ואלפים בשנים בבطن הארץ היא נדבך מרכזי של המחקר הארכיאולוגי. ערכיתו של מחקר זה היא בחינת אינטראס ציבורי רב היבטים, אם משום התרומה שיש בו להבנתו את תולדות הארץ ואת תולדות העם היהודי, אם משום התרומה שיש בו להבנתו מאורעות היסטוריים שיש להם חשיבות שאינה מצטטמת אך עם היהודי ולהיסטוריה שלו."

.85 אינטראס ציבורי זה אף מחייב העדפת חקר ושימור הארכיאולוגיה על אינטראס הפרט. וכך נפסק בע"פ 12/5502 עודד גולן נ' מדינת ישראל פס' 64-67 (פורסם בנבו, 29.09.2013):

"ממצאים ארכיאולוגיים הם קניין הכל וחשוב שיישארו אלה – להנאת הציבור כולם, לקידום הידע, ולשם שמירתם לטובות הדורות הבאים. [...]

לבסוף, וחשוב מכל – מעבר לפון המשפטי הבהיר, השמירה על אוצרות התרבות הארכיאולוגיים מחייבת גם שינוי תודעה במישור הציבורי. בתחום של שמירת הטבע חוכמנו כבר להבין שקטיפת פרחים מוגנים להנאת הפרט היא פעולה אסורה שיש להימנע ממנה חרף ההנחה שהיא עשויה להסביר. בדומה לכך, גם בתחום הארכיאולוגי, נדרש תהליכי של הכשרת לבבות וטיפולה ההבנה ש"קטיפתו" של שכיות חמדה עתיקות מקרקע המולדת אינה אספנות המעדיה על אהבת הארץ וההיסטוריה שלה, אלא חמדנות מזיקה, שהה יש להילחם."

.86 בדיקות מען שמירה על ערכיים אלה, וככאמון הציבור האמון על ערכיים אלה, הוקמה רשות העתיקות. זו ליבת עיסוקה, זו חותמה.

.87 הרשות הוקמה מכוח חוק רשות העתיקות, התשמ"ט-1989, כרשות עצמאית שנועדה להחליף את אגף העתיקות והמוזיאונים שפעל במסגרת משרד החינוך והתרבות [ראו: הצעת חוק רשות העתיקות, התשמ"ט-1989, ה"ח 1926, ז' בניסן התשמ"ט, 12.4.1989]. בכך העידה מדינת ישראל על רצונה למנות גוף סטטוטורי עצמאי, שיתפקד כרגולטור מקצועית חיצוני, ולא כחלק מהשלטון, יהיה אמון על שמירת העתיקות והמורשת הארכיאולוגית במדינה ועל קירוב הציבור למורשת זו.

- .88 גם בפסקה התייחסו להבנה חשובה זו, המבחן בין המדינה לבין הרשות, אשר לה קיומ נפרד מזו הממשלתית [ראו : בג"ץ 4146/95 **יעזבון המנוחה לילי דנקנר ז"ל נ' מנהל רשות העתיקות**, פ"ד נב(4) 774 (להלן : **בג"ץ דנקנר**)].
- .89 חזונה, כפי שמצוינת עצמה באתר האינטרנט של הרשות, הוא לחשוף, לשומר, לחזור ולפרנס את אוצרות העתיקות במדינת ישראל, תוך קירוב הציבור לאוצרות אלה, והכל ברמה המדעית הגבוהה ביותר, ובאיוזן ראוי בין צורכי הפיתוח של הארץ לבין השמירה על עתיקותיה.
- חזון רשות העתיקות הלקווח מאתר האינטרנט של הרשות, מצ"ב בנספח 31.**
- .90 תפקידה של רשות העתיקות "לטפל בכל ענייני העתיקות, לרבות עתיקות תות-ימיות, בישראל" ובסמכותה "לעשות לגבי עתיקות ואתרים כל פעולה הנחוצה לשם מילוי תפקידה". [ראו סעיף 5 בחוק הרשות].
- .91 עוד בסמכותה ובסמכות המנהל בראשה, להכריז על אתר כאתר עתיקות [מכוח סעיף 28 לחוק העתיקות]. מטרת ההכרזה להעיד על חשיבות העתיקות באתר ולהתՐיע **בפני כל כי הבניה** באתר אסורה **לחלווטין או מוגבלת עד מאו** [ראו הצעת חוק העתיקות, ה"ח 320 כ"ג בסיוון תש"ו-21.6.1976 ; מסיבה זו החוק מחייב לפרסם את ההכרזה ברשומות, לרשות עליה הערת בפנקסי המקראין ולמסור לגבייה הודעה לכל בעל עניין בקרקע, לרבות הוועדה המחויזת לתכנון ובניה].
- .92 כאמור, האתר נשוא עתירה זו והוא אתר עתיקות מוכרז – **כל הנראה "ה"אתר בישראל"**.
- .93 באתר עתיקות מוכרז, כל פעולה (של כל גוף, לרבות הממשלה) מחייבת לקבל אישור מקדים של מנהל הרשות, כך על פי סעיף 29 לחוק העתיקות שצוטט לעיל.
- .94 סמכותו של מנהל הרשות במתן אישור כאמור כפופה כ摹ון לכל כליל המשפט המינהלי, ובכלל זאת החובה לפעול בסבירות ובשוווניות, תוך שיקילת שיקולים ענייניים ותוך הימנעות מרירותיות או פגמים אחרים [ראו בג"ץ דנקנר, בעמ' 788].
- .95 שיקולים ענייניים בהקשר לתחום הארכיאולוגי, ובהתחשב בתכלייתה הייחודית של רשות העתיקות, הם כ摹ון שיקולים ארכיאולוגיים מדעיים מוצעים, להם מוכרכה מנהל הרשות לתת את הבכורה, עת הוא נדרש לקבל החלטה בעניין ביצוע עבודה כזו או אחרת באתר עתיקות.
- .96 סמכות המנהל על פי סעיף 29, כפופה גם לחובת הייעוץ הכללי עם המועצה לארכיאולוגיה – מועצת שהוקמה מכוח סעיף 34 לחוק העתיקות, ואשר תפקידה לייעץ לשר, למועצת הרשות ולמנהל הרשות בענייני ארכיאולוגיה ועתיקות, על מנת להבטיח כי שיקולים ארכיאולוגיים מוצעים הם אלה המובילים את מדיניות הרשות והמנהל העומד בראשה.
- .97 במקרה שלפנינו, נפלו פגמים רבים בהליך קבלת ההחלטה של המשיבים, אשר נערכ בניגוד להוראות החוק האמור.
- .98 **ראשית**, מנהל הרשות חרג מסמכותו באישור העבודות, שכן לא נדרש לאישורה של ועדת השרים הסטטוטורית טרם נתן אישורו שלו, כמפורט על פי סעיף 29(ג) לחוק העתיקות.
- .99 **שנית**, הליך קבלת ההחלטה על ידי המנהל היה פגום מיסודה. הוא נעשה תוך הפרת חובת הייעוץ עם המועצה לארכיאולוגיה, הפרת חובת ההנמקה ובהעדר התבססות על תשתיית עובדתית רואה.

100. **שלישית**, וחשוב מכל אלה – החלטת המנהל לאשר את ביצוע העבודות במתחם קשת רובינסון התקבלה בחוסר סבירות, תוך הפעלת שיקול דעת מוטעה במסגרתו העדיף שיקולים זרים – פוליטיים על פי הودאותו – והתעלמות מהשיקולים הארכיאולוגיים המובהקים אשר חיובו ומחייבים קבלת מסקנה שונה ובהתעלמות מהתורהות חוק התכנון והבנייה והתב"ע החלה על המקום.

101. על כל אלה, כסדרם, נרחיב להלן.

ב.2. ההחלטה התקבלה בחוסר סמכות

102. כידוע, הפעולה המינהלית חייבת להיות מבוססת על הסמכה בחוק, ואסור לה לחרוג מן הגבולות שנקבעו לאותה הסמכה. כאשר החוק הנדון מחייב את הרשות לקבל את אישורו של גורם נוסף ו אישורו של אותו גורם לא התקבל, החלטת הרשות **תיחסה להחלטה שהתקבלה בחוסר סמכות** וראו למשל: ע"פ 768/80 ש' **ספריא ושות'**, חברה קבלנית בתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(1) 337 (1981); ד"ג 12/81 ש' **ספריא ושות'**, חברה קבלנית בתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 645 (1982); דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי - ברק א'** 320 (2010) (להלן: **ברק ארז**).

103. סעיף 29(ג) לחוק העתיקות שוצטו לעיל, מחייב את מנהל הרשות לקבל, טרם אישורו שלו לביצוע פעולה מלאה המניות בסעיף, את אישורה של ועדת השירותים, כאשר מדובר באתר עתיקות **"המשמש לצורך דתי או מוקדש לתכילת דתית"**.

104. בעניינו, אין מחלוקת על כך שמדובר באתר המשמש לצורך דתי, זאת לכל הפחות החל מניסיונות שבוצעו בו (בשלוש הזדמנויות שונות) בשל נשות הכותל ותנועות דתיות נוספות. שכן, לאחר שינויים אלה האתר מוכשר לביקורי קהיל ומשמש מתפללים ועורכי טקסים דתיים שונים. יודגש, כי על אף שהעوتر מתנגד לתוכנית האתר לאתר דתי רשמי, ועומד על החזרת מצבו לאתר ארכיאולוגי, בפועל, האתר משמש לפולחן דתי מצומצם, וממילא ישמש כזה לאחר העבודות המתוכננות בו.

105. גם בעניין המשיבים, הגדרת האתר "המשמש לצורך דתי" משמעתו הן כזו שימושו בפועל לצרכים דתיים, והן כזו ששימש לצרכים אלה בעתיד. כך ציינו המשיבים במפורש בתגובהם לעתירה הتلיליה ועומדת בפני בית משפט זה, העוסקת באישורה הנדרש של ועדת השירותים בעניין האתר עתיקות אחר – בג"ץ 5132/17 ארגון עמק שווה נ' מנהל רשות העתיקות ואח' (להלן: **בג"ץ עמק שווה**). באותה תגובה טענו המשיבים כי החובה המוטלת עליהם "לבקש כינוי ועדת שירותים טרם מתן אישורה לחפירה או לאחת הפעולות המניות בסעיף 29(א) לחוק העתיקות הינה בעת שהשתתף המיועד לביצוע חפירות ארכיאולוגיות או אחת מהפעולות המניות בסעיף 29(א) לחוק העתיקות **משמש בפועל או עתיד לשמש לצורך דתי או מוקדש לתכילת דתית**" (בעמ' 3 לתגובה).

תגובה המשיבים בג"ץ עמק שווה, מיום 11.9.17, מצ"ב בנספח 32.

106. למען הסר ספק, נציין כי הן המשיבים עצמם והן המדינה, התייחסו בכל הזדמנויות לאתר קשת רובינסון עצמו כאל אתר תפילה דתי. כך למשל צוין בסיכום דיון בלשכת היועץ המשפטי לממשלה, בנושא תחולת תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים ברחבת הכותל הדרומית, אשר צורף כנספח לתגובה המדינה מיום 5.3.18 בג"ץ **מתווה המותל** (בפסקה 9 לסיכום):

"הואיל ורחבת התפילה הדרומית משמשת כאמור באתר תפילה פעיל, הרי שהתכליות האובייקטיביות של התקנות מצדיקה כי אלו יחולו גם באתר זה, באופן שיבטיח את השמירה על קדושת האתר ואת ההגנה על חופש הדת של המתפללים שם. כידוע, הרחבה הדרומית משמשת באתר תפילה לציבור של מתפללים לא-אורתודוקסים, ואמורה – על פי המתווה שהוצג ע"י המדינה בפני בגין בנסיבות הכותל – לשמש באתר תפילה גם עבור "נשות הכותל".

תגובה המדינה בגין מיום 5.3.18, ובה נספח הסיכום, מצ"ב נספח 33.

107. דברים אלו אף מקבלים משנה תוקף במסגרת הסכם ניהול הרחבה שערך משרד רוח"מ עם החברה לשיקום הרובע (ראו נספח 11 לעיל), הסכם שככל תכליתו לקבע את מעמדו של האתר באתר תפילה رسمي, ולשמור על ניהולו כזאת.

108. על כן, טרם אישר מנהל הרשות את ביצוע העבודות באתר, הוא נדרש היה לכנס את ועדת השירותים ולקבל את אישורה לדבר, אישור שכموון לא ניתן וככל הנראה – אף מעולם לא התבקש (כאמור לא ניתן לעותר כל מענה באשר לסוגיה זו – לא מהמשיבים עצם ולא מהשרים המרכזיים את הוועדה).

109. ונבהיר, אישור ועדת השירותים לא יכול להינתן על ידי הממשלה או ראש, שכן כאשר סמכות מסוימת מוקנית בחיקוק לוועדת שירותים סטטוטורית, ניטלת הסמכות מן הממשלה ואין היא רשאית לעסוק בנושא [ראו : בגין 29/1993 עיריית קריית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 844, 832 (1993); "עודות שירותים וסמכוויותיהם" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.1200.1 (התשנ"ו) (עדכון מרץ 2003)].

110. התנהלות המשיבים הסותרת את הדין, אף סותרת באופן בויטה את הצהרתם המפורשת שהובאה בעבר, לפיה תעמוד על כינוס ועדת השירותים באשר לכל פעולה באירועים דתיים, ובפרט במקרים הכותל. כך צינו המשיבים במסגרת תגובת בגין בעקבות :

"רשויות העתיקות מודיעעה לבית המשפט הנכבד כי ככל שגורם כלשהו בין אם הקrown למסורת הכותל המערבי או גורם מלכתי אחר יזמין חפירה **באזוריים המשמשים לתפילה או לעריכת טקסים דתיים בתחום הכותל**, היא לא תיתן אישור לביצוע חפירות או פועלות כלשהןטרם קבלת אישור ועדת שירותים המורכבת משרות התרבות כיושבת ראש, השר לשירותי דת ושרת המשפטים".
(בעמ' 17 לתגובה, נספח 29 לעיל).

111. על כן, אך מן טעם העדר הסמכות, דין החלטת המשיבים בטולות.

112. בשולי הדברים יצוין כי לצד העדר האישור של ועדת השירותים, טעמים נוספים מובילים למסקנה כי מדובר בהחלטה שנינה בחוסר סמכות. בין אלה, העובדה שאישור הבנייה בתחום בニアוז לдинי התכנון והבנייה, דינים אשר חוק העתיקות או סמכות המנהל מכוחו אינם מפקיעים את תחולתם, כמוון במפורש בסעיף 30 לחוק העתיקות. מאחר ששוגיה זו חריגת מגבלות עתירה זו, יסתפק העותר בליך כי הוא שומר על כל טענותיו בהקשר זה.

113. טעם נוסף המביא לחוסר סמכות ההחלטה, הוא התבססותה על "הנחיית" ראש הממשלה, אשר ניתנה בד בבד עם החלטות הממשלה הסותרת אותה. הנחיית ראש הממשלה אינה יכולה להוות מקור חוקי, וזאת כאשר סותרת במפורש החלטת הממשלה. משכך, גם רשות העתיקות, בהיותה רשות סטטוטורית, אינה יכולה לטעוק עליה. עם זאת, לאחר שטענות בעניין זה הועלו במסגרת עתירות אחרות העמדות בפני בית משפט נכבד זה, לא יורחיב על כך העותר את היריעה.

114. אף בהנחה שחריגת המש��בים מסמכותם תתקون, אין הדבר יועל. שכן דין החלטת המש��בים בטלות מטעמים נוספים – הם הפגמים שנפלו במהלך הליך קבלת ההחלטה, ובעיקר – חוסר הסבירות שבהחלטה. עליהם נרchieב להלן.

ב.3. המש��בים לא ערכו הליך תקין

המשﬁבים הפכו את חובת הייעוץ עם המועצה לארכיאולוגיה

115. מנהל הרשות החליט לאשר את העבודות באתר קשת רובינסון, לאחר שנתן משקל אפסי לעצת המועצה לארכיאולוגיה, וזאת בגין חובה המוטלת עליו מכוח החוק המחייב אותו להתייעץ עם המועצה לארכיאולוגיה וליתן למועצה משקל מכריע בהחלטה.

116. סעיף 34 לחוק העתיקות קובע כך:

(א) השר ימנה מועצה לארכיאולוגיה ויקבע בתקנות את הרכבו,
תקופת כהונתה וסדרי הדיוון והעבודה שלו.

(ב) המועצה תהיה לשר, למנהל ולמועצה הרשות ולמנהל בענייני
ארכיאולוגיה ועתיקות, שיובאו לפניה על ידיהם ותמלא את
התפקידים המוטלים עליה לפי חוק זה.

117. מעמדה המיעץ של המועצה לארכיאולוגיה אשר נקבע על ידי המחוקק, הופך אותה ליעץ סטטוטורי. מכאן, עולה חובה של רשות העתיקות ומנהל הרשות להתייעץ עם המועצה בענייני עתיקות שונים, ובפרט בעניינים מהותיים לארכיאולוגיה בישראל.

118. הדברים נקבעו באופן ברור וחד משמעי גם בתקנות העתיקות, 1930, אשר מסדרו את סדרה של המועצה. סעיף 2(7) קובע את "העניין שיובאו בפני המועצה על ידי המנהל", ביןיהם בקשר לרשויות חפירה; הוצאות שימור ו恢復 ארטרים עתיקים ומונומנטים היסטוריים; תיאום ותוכנו חפירות ארכיאולוגיות; פגיעות וסכנות פגיעות באטרים ההיסטוריים ובעתיקות וכן עניינים שנודעת להם חשיבות ציבורית. למעשה, סוגיות בכל אלה – חייב המנהל להביא בפני המועצה לארכיאולוגיה, וזאת אף אם הוא מודע לעמדתה, על מנת לאפשר ליבון חילוקי דעתות פוטנציאליים [בג"ץ 628/76 טרייפ נ' ראש מועצת ג'וליס, פ"ד לא(2) 544, 546 (1977)].

119. ודוק, אין די בהבאת הסוגיה בפני המועצה לארכיאולוגיה לקבלת המלצותיה. נדרש גם לבדוק היבט את אותן המלצות, לשkul אותן בבודד ראש, לדון בהן ולבסוף לנמק את קבלתן או דחייתן, בנימוקים מבוססים וענייניים [בג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729, 762 (2000) (להלן: מכבי שירותי בריאות); ראו גם: בג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשים המדינה, נד (3) 496 (2000) (להלן: פורום היוצרים); "חובת התייעצות מכוח חוק" הנחיה הייעץ המשפטי לממשלה 1.0001 (התשמ"ב)].

120. יותר לכך, על הרשות מוטלת החובה לקיים דיאלוג אמיתי עם הגורם המיעץ ולהביע פתרונות כלפיו, ועל לה התבצר בעמדת הראשונית, או להתייעץ עם הייעץ הסטטוטורי רק כדי לצאת ידי החובה. החובה הסטטוטורית לקיים הליך של התייעצות היא חובה מהותית, ולא חובה פורמלית בלבד [ראו: בג"ץ 653/79 ישראל נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התעשייה, פ"ד לה(2) 85, 96 (להלן: ענין עזריאל); בג"ץ 3073/99 התנוועה למען איות השולטן בישראל נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נד(3) 529 (2000); ברק ארוז ברך א', בעמ' 311].

121. על קיומה של פתיחות עקרונית לשכנוו, או על היעדרה, ניתן ללמידה מן האופן שבו מעידה הרשות על עצמה בהתנהגותה, ככלומר, מראיות נסיבותיות [בג"ץ 8404/00 **האגודה לזכות הציבור לדעת נ' שר התקשרות**, פ"ד נח(3) 547, 565 (2001)].

122. בעניינו, לא רק שמנהל הרשות לא הביא את סוגיות העבודות בתחום קשת רובינסון בפני המועצה לארכיאולוגיה, אלא גם לאחר שזו נתנה החלטתה והמלצתה בדבר, התעלם הוא של חלוטין מלאה, כמו דחה אותו על הסף. לא נערך כל דיאלוג או דיון ענייני בשיקולים שהועלו על ידי המועצה.

123. גם לא נבחנה עמדתה של המועצה מתוך פתיחות עקרונית, כאמור. במקום זאת, בחרו המשיבים להכפיף עצם באופן מוחלט לדרגים הפוליטיים, הcpfפה שמנעה מהם לעורך דין עמוק, מڪוציאו ופתחו טרם קבלת ההחלטה. התבצרות בעמדה עקרונית כזו, הוכחה כפסולה של חלוטין [ראו עניין **מכבי שירות בריאות**, בעמ' 763], וכונגדת את החובה להגיע להתייעצות בנפש חפצها.

כך צוין בהקשר זה בעניין אחר, בהקשר להתייעצות שר התרבות עם המועצה לארכיאולוגיה:

"יתר-על-כן, מן החומר העובדתי, שהובא לפנינו, נוכחנו לדעת, שכלאותה התყיעצות עם המועצה הייתה חסיטה ממשמות ומשמעות, כי השר כבר גמר בדעתו להタルות את הרישיו ולהפסיק את החפירות, בין אם המועצה תיענה לבקשו או בין אם שתמאן. זה עולה ברורות מדברים, שקרה מנהל אגף העתיקות בשם המשיב [...]. נאמר שם, שהשר מבקש כינס המועצה "בדחיפות עליונה", [...] ולהלן: "אם לא תענה הבקשה יפעיל המשרד את סמכויותיו לצורך זה". לא לזה ייקרא התყיעצות עם המועצה "בלב פתוח"."

[בג"ץ 512/81 המכון לארכיאולוגיה של האוניברסיטה העברית, ירושלים נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לה(4) 533, 541 (1981) (להלן: **ענין המכון לארכיאולוגיה**)].

124. הדברים כאילו נכתבו על עניינו ממש, בו במועד הדיון בין מנהל הרשות לבין חלק מחברי המועצה (ביום 22.2.18, פרוטוקול צורף לעיל כנספח 18), בו **כבר החלו העבודות באתר**, התייחס המנהל לאישור העבודות בעובדה מוגמרת שלא ניתן לשנותה, כך שככל שנותר לחברי המועצה הוא להיכנע לתכתיבי הרשות.

125. צוין כי על אףredi בהסתפקות בראיות נסיבותיות על מנת ללמידה על העדר פתיחותה של הרשות, הרי שבעניינו, בו קיימות כאלה למכביר, אין בהן צורך, שכן המשיבים הווו **בעמדת המקובעת ובהתreffת עצם לדרגים הפוליטיים, באופן מפורש**. כך, כאמור, ציינו המשיבים במסמך שלחו לעותר ביום 7.9.17 (צורף כנספח 21 לעיל):

"סוגיות בנייה במה והקמת מתקנים בתחום אתר עתיקות ובעניינו, באזורה קשת רובינסון, הינה פعلاה שאיןה פרי יוזמת רשות העתיקות וכי מדובר בחחלות של דרגים פוליטיים, שנושא זה נמצא בתחום סמכותם ואחריותם."

126. מנהל הרשות אף הודה בדבר בדיון שערך ביום 22.2.18. במסגרתו, הבahir כי **"הכוחות שפועלים נגד הם ובאים וגדולים"**, כוחות שחילבו אותו לאשר את העבודות באתר (ראו בעמ' 1 לפרוטוקול).

127. מסיבה זו גם, ככל הנראה, הפנה מנהל הרשות את המועצה לארכיאולוגיה בראש הממשלה ישירות, כאשר אלה קראו לו שלא לאשר את העבודות באתר. כך ציין בדיון שנערך בועדת החינוך והתרבות

של הכנסת (ראו בעמ' לפרקtocול, שצורף כנספח 17 לעיל):

"העמדה של רשות העתיקות הייתה, לאורך כל השנים, שאכן מתקימת שם פגיעה מצד הארכיאולוג. המכתב שМОנה לפניך, אדוני היושב ראש, של המועצה לארכיאולוגיה, זה היה במסגרת דיון איתי שהם הבינו את עמדתם ואני אמרתי להם יזו זכותכם וapeuticם להביע את זה לפני מי שנראה לכם, תכתבו ותגידו את דברכם."

כайлן שהגורים שבפניו צריכה המועצה להביע עמדתה המקצועית הוא לא הרשות, או מנהלה, אלא ראש הממשלה בכבודו ובצמו. הדבר רק מASH שפיפות הבלתי חוקית של מנהל הרשות בראש הממשלה, ומtopic כך, את העדר פТИחותו להתייעצות אמיתית עם המועצה.

128. מפתה המנייע הפליטי שעמד בבסיס החלטת המשיבים, אשר אין כmodo דרך יפה להסבירו, מנהל הרשות אף לא טרח להביא בפני המועצה לארכיאולוגיה את שיקוליו שלן, את הנתונים העובדתיים העומדים בbasis החלטתו או את הנסיבות שהובילו אותו לסתות מעמדתת העקבית של הרשות – התנהלות אשר נקבעה גם כן כפסולה לחלוין וכונגדת את חובת ההיוועצות (ענין המבחן לארכיאולוגיה בעמ' 540-541).

129. לאחר כל זאת, המשיבים אף נמנעו מליתן משקל מכריע בהחלטה הסופית, בניגוד לחובתם.

130. כדיוע, מעמדם ומשקלם של הגורמים המיעיצים תלוי "במהות העניין הנדון, בלשון ובתכלית של החוק הנוגע לעניין, במעמד ובמוחיכות של הגוף המיעץ, בשירות ובניסו של הרשות המתיעצת" [ראו: יצחק זמיר הסמכות המינימלית - כרך ב', 852 (התשנ"ו)]. כך, ככל שמדובר בנסיבות בהן נדרשת מוחיכות מיוחדת, המצויה בידי הגוף המיעץ, יהיה לצה"ה "כמעט משקל מכריע" [ענין מבבי שירות בריאות, בעמ' 763].

131. בעניינו, מכלול השיקולים והஐזון ביניהם מוביל למסקנה החד ממשמעית – מעמדה הנעה של המועצה לארכיאולוגיה כגוף מיעץ, וחובת המשיבים ליתן להחלטותיה משקל מכריע.

132. זאת, בראש ובראונה, בהתחשב ביחס שבין תכליות חוק העתיקות למוחיכותם הרבה של החברים במועצה. כאמור, תכליות החוק היא לדאוג לחשיפת ושימור העתיקות בארץ, תוך שמירה עלஐזון ראוי בין שמירה על העתיקות וחקיר המורשת הארכיאולוגית ברמה המדעית הגדולה ביותר לבין צורכי פיתוח.

133. לשם הגשת תכליות זו, קבע המחוקק את סמכותה של המועצה לארכיאולוגיה, המונה שורה של מומחי ארכיאולוגיה מרחבי הארץ והמוסדות השונים, כגוף מקצועני מיעץ. מומחיותו של גוף זה היא שmbטיחה את השמירה על העתיקות תוך הבטחת האיזון הראוי בין אלה לאינטראיסטים נוגדים. התעלמות ממוחיכות זו, ואי מתן משקל מכריע להמלצתה, חוטאת תחת תכליות החוק עצמו.

134. אף בהתחשב בנסיבות העניין, עולה כי חובה ליתן להחלטת המועצה משקל מכריע. מדובר בסוגיה מהותית מאין כמותה, העוסקת באתר ארכיאולוגי ייחודי בmeno ומשנה את פניה של הארכיאולוגיה בארץ לזרי דורות.

135. מעבר לכך, מדובר בסוגיה הנוגעת באופן ישיר ליושבי המועצה לארכיאולוגיה, שבכירה היו מהחוקרים המובילים את חקר הארכיאולוגיה באתר העיר העתיקה ומתחם קשת רובינסון עצמו.

זאת כאשר מנגד, מנהל רשות העתיקות עצמו אינו ארכיאולוג, ומפגין חוסר בקיאות בנושא. כך למשל בפרוטוקול המועצה האחרון (נספח 18 לעיל) ציין מנהל הרשות שהדבר החשוב מכל הוא דיזדון – מוזיאון מודרני באתר, דבר המעיד על חוסר בקיאותו בחשיבות הממצאים הייחודיים שמצוים דזוקא ברוחב ההורדאנאי ומספרות החורבו.

136. על כן, בעניין ספציפי זה, נדמה כי אין גורם רלוונטי יותר מחברי המועצה כדי להביע עמדת ביחס לheetכנות ביצוע עבודות באתר והנזקים הצפויים מעבודות אלה. מדובר במומחיות מיוחדת שאינה מצוייה בקרב המש��בים מקבלי החלטות, אך מצוייה בידי חברי המועצה, ואשר הובילה את אותם חברי ל לקרוא פה אחד למש��בים שלא לאשר כל סוג של עבודה באתר.
137. תוצאת הפרטה של חובת ההיעוצות, בין אם לא קיימה כלל ובין אם קיימה אך הייתה חסרת נפקות, **היא בטלות ההחלטה** [בג"ץ 384/66 *פוקסמן נ' המפקח על התעבורה*, פ"ד כא(2) 225, 221 (1967); *ברק ארץ כרך א'*, בעמ' 318]. זאת בפרט כאשר מדובר בפגם חמור בהליך התייעצויות, למשל כאשר ניתן להתרשם כי הפירות סיכלו ככליל את הדיאלוג עם הגורם המיעץ [ראו למשל עניין פורום היוצרים, בעמ' 525; *ברק ארץ כרך א'*, בעמ' 319].
138. ויודגש כי אין מדובר בפרוץדורה גרידא. מדובר בנסיבות מהותיים אשר הובילו באופן ישיר לקבלת החלטה שוגיה ופסולה, שנתקבלה בחוסר סבירות.
139. טרם נבעור לפירוט חוסר הסבירות שבהחלטה המשﬁבים, נציין כי הפגמים שנפלו בהליך, פגמים שכאמור נבעו מחשיבות הדגש על שיקולים פוליטיים והចורך של ראש הממשלה לקדם את העבודות במתחם בהקדם האפשרי, הובילו את המשﬁבים לחטוא בדרישות נוספות של תקינות ההליך המינימלי – חובת ההנמקה והתבססות על תשתיית עובדתית ראוייה.

המשﬁבים הפכו את חובת ההנמקה

140. חובת ההגינות מחייבת כי רשות העתיקות, ככל רשות מינהלית, תنمיך החלטתה לאשר העבודות ברוחבת הcontrol הדורנית [בג"ץ 2159/97 *מועצת אזורית חוף אשקלון נ' שר הפנים*, פ"ד נב(1) 75 (1998); ע"א 12/12 *זאב שרון קובלנות בנין ועפר בע"מ נ' מנהל מע"מ* (פורסם בנבו, 26.08.2014)].
141. חובה זו מתגברת נוכחות הניגוד הבירור של עמדת הרשות הנוכחית לעומת המڪווים כולם, אשר התנגדו לכל אורך הדרכן לעבודות שאושרו באתר. חובה זו מתגברת גם נוכחת הפרת חובת ההיעוצות עם המועצה לארכיאולוגיה, וקבלת החלטה המונגדת להמלצתה, בסופה של דבר [ראו עניין מכבי שירותי בריאות, בעמ' 762; בג"ץ *מועצת אזורית לעיל*].
142. החובה מתגברת גם נוכחות השינוי הפתאומי בעמדת הרשות, שנעשה ללא סיבות הנראות לעין ולא כל שינוי בתשתיית העבודה.
143. **המשﬁבים מעולם לא סייפו**, אף לא לבקשת העותר, החלטה כתובה, מנומקת ומפורשת העוסקת באישור העבודות במתחם *קשת רובינסון* (על אף שczו נדרש גם על פ"י סעיף 29 לחוק העתיקות), אלא חזרו שוב ושוב על אמרות סתמיות וככלויות לפיהן אין בהחלטה כל פסול. מאמרות אלה לא ניתנו ללמידה על דבר העומד בבסיס ההחלטה, ואין בהן כדי למלא את חובת הרשות [ראו בג"ץ 95/95 *יורוגט בע"מ נ' מרכז ההשקעות על פ"י חוק לעידוד השקעות הון*, פ"ד נ(2) 1, 4 (1996)].

המשיבים לא התבססו על תשתיית משפטית ראויה

144. מאחק שהמשיבים לא נימקו החלטתם, הם גם לא נדרשו לביסוס ההחלטה על תשתיית עובדתית ראויה, ביסוד המחויב בהליך מינהלי תקין [ראו למשל: בג"ץ 987/94 יורונט קויי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשותת, הגב' שלומית אלוני, מח(5) 412 (1994)].

145. דרישת זו מתגברת, לצד התగבורות חובת ההנמקה, כאשר מדובר בהחלטה מינימלית המשנה החלטה קודמת. במקרה מעין זה, על הרשות מוטלת החובה להציג על נתונים חדשים, שינוי נסיבות או שינוי מצב הדברים בשיטה, על מנת להוכיח את החלטתה החדשה [ראו: בג"ץ 5016/96 ליאור חורב נ' שר התchapורה ואח', נא(4) 1 (1997)].

146. על אף זאת, המשיבים נתנו החלטתם כאשר הם אינם נדרשים לבדוק נתונים מדיעים או אחרים; חוות דעת מקצועיות כלשהן; או נסיבות מיוחדות בעטיות המצדיקות שינוי עמדת הרשות והתרת העבודה. מסיבה זו, ככל הנראה, בחרו המשיבים להימנע גם מנימוק החלטתם. שכן אין כל נימוק שיוכלו להעלות באופן שיצדק את שינוי עמדתם.

147. השינוי היחיד שנitizen להציג עליו, הוא חילופי השלטון, במסגרת נבחרה ממשלה שבחרה להפוך את האטר הארכיאולוגי למתחם טיפול. משחלה המשיבים נשענת אך ורק על שינוי נסיבות זה, הרי שהדבר מחזק וממחיש את העובדה שבסיס החלטתם עומד שיקול אחד ויחיד – שיקול פוליטי. על כך נרחב להלן.

ב. ההחלטה התקבלה בחוסר סבירות

התחשבות בשיקולים זרים וחוסר איזון ראוי

148. "בחינת סבירות החלטתה של רשות מינימלית מהיבת, בשלב ראשון, בירור האם נשקלו במסגרת שיקולים רלבנטיים וממין העניין; שנית, נבחן השאלה האם בהחלטתה איזונה הרשות איזון ראוי בין כל השיקולים שיש להתחשב בהם, והאם נעשה על ידה שיקול נכון של הערכים המתנגשים, תוך מתן משקל יחסוי ראוי לכל אחד מהם. בחינת סבירותה של החלטה מינימלית מוגנה, איפוא, באיזון ראוי בין השיקולים הרלבנטיים." [בג"ץ 2245/06 ח"כ נטע דובדין נ' שירותות בתיה הסוחר, פס' 17 (פורסם ביום 2006.13.6) וההפניות שם].

149. בעניינו, המשיבים חטאו פשוטים – פעם אחת בהתחשבות בשיקולים זרים, בעיקרם שיקולים פוליטיים; ופעם נוספת במתן משקל הבכורה לשיקולים זרים אלה, תוך המעתת משקל השיקולים המڪצועיים הארכיאולוגיים עד לכדי משקל אפסי. זאת, בניגוד גמור לתכילתיה של הרשות ולמטרותיה על פי החוק המסמיך ובהתעלם לכך שכבר נגרם נזק עצום באתר ארבעה סבבים קודמים.

150. על שיקוליהם הזרים של המשיבים בקבלת החלטתם עמדנו לעיל. **המשיבים למעשה הcapepo עצםם באופן מוחלט, ובניגוד גמור לעצמאות שניתנה להם על ידי המחוקק, להנחות הדרוג הפוליטי,** למעשה רק ראש הממשלה, שכן הממשלהchorה בה. המשיבים אף לא טרחו להסתיר זאת, והודיעו בדבר בפה מלא.

151. אם לא די בכך, הרי שהדברים עולים בבירור גם מנוסח ההוראות שנחתם בין רשות העתיקות לבין משרד רוח'ם. הדבר הצורם מכל, הוא שלאורך ההוראות יכול לא מוזכר ولو פעם אחת תנאי השמירה

על העתיקות. המשיבים אף לא טרחו להוסיף תנאי מתלה כלשהו להסכם, שיאפשר לרשות להפסיק את העבודות ככל שתימצא צפויות לגרימת נזקים לעתיקות באתר.

תחת זאת, חיזקו המשיבים, במסגרת ההסכם, את הכוח הפליטי העומד מאחורי העבודות באתר, ומצعرو לחלוtin את כוחם והשפעתם המקצועית. כך למשל, בסעיף 4.4 להסכם, נקבע כי ועדת ההיגוי, אשר תפקידה, בין היתר, להחליט על אישור ביצוע חפירות החצלה ואישור עבודות השימור, תהא מורכבת משני נציגים מטעם משרד רוח"מ, לצד נציג אחד בלבד מטעם רשות העתיקות, כאשר במקרה של אי הסכמה תכريع עמדת נציגי המשרד(!) הדברים רק נתונים גושפנקה רשמית להתפרקות המשיבים מסמכותם ושיקול דעתם המקצועי, והכפפותם באופן מוחלט ומוגנד לחוק, לדרג הפליטי.

כבר נפסק, כי קבלת החלטה על סמך הנחיות הדרגים הפליטיים, ומtower מTON הבכורה לשיקולי מדיניות פוליטית-לאומית-דתית, ולא על סמך מטרות החוק המسمיך, היא החלטה בלתי סבירה שדינה בטלות [ראו: בג"ץ 95/54 **לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, ירושלים**, פ"ד 52, 40 (1956)]. זאת, גם כאשר החוק המسمיך מעניק שיקול דעת רחב לרשות, ואף כאשר ניתן לה שיקול דעת מוחלט [ראו: בג"ץ 241/60 **כדרוש נ' רשות החברות**, פ"ד טו 1151, 1162 (1961); בג"ץ 6741/99 **יקוטיאל נ' שר הפנים**, פ"ד נה(3), 673 (2001)].

אף אם ירצו המשיבים לומר כי החלטתם התקבלה באופן עצמאי, ובמנתק מהנחיות הדרגים הפליטיים, כאשר הם עצם מתחשבים בשיקולים ציבוריים-דתיים, אין הדבר יוועיל להם. שכן, שキילה כזו, אף אם נעשית על ידי הרשות עצמה, הוכחה זה מכבר כבלתי עניינית [ראו: בג"ץ 3872/93 **МИטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות**, פ"ד מז(5), 498; 503 (1993)].

אף אם נרחק ונאמר כי במסגרת סמכות המשיבים הייתה להם אפשרות להתחשב בשיקולים נוספים, לביר-ארציאולוגיים, וזאת שאין בסמכותם לתת לשיקולים אלה את הבכורה, תוך רמייה מוחלטת של השיקולים המקצועיים. זאת בפרט נוכח העובדה שרשויות העתיקות היא בראש ובראשונה גוף מקצועי, אשר ממונה (כגון ממונה מרחב ירושלים) הם ארציאולוגים מקצועיים.

זאת גם בפרט כאשר מדובר במקרה בו נדרש אישור נוסף של גורם אחר, ששולק שיקולים ציבוריים כאלה ואחרים. כך בעניינו – תפקידה של ועדת השירותים הוא, אולי, לשקל שיקולים ציבוריים, דתיים או אחרים, בעוד שתפקידה של הרשות הוא לעמוד על השיקולים המקצועיים. לא בכדי ערך המחוקק הבחן זו כאשר מדובר באתר דתי.

ודוק, אין כל ספק כי השיקולים המקצועיים נרמסו כאן לחלוtin, כך שלא מדובר בעניינו באיזו ראי. שכן, על אף הנסיבות שמנסים המשיבים לתת להחלטתם הקלוקלת, כסות על פיה בביבוץ העבודות על ידי הרשות עצמה יהיה כדי להבטיח אי גרימת נזק לעתיקות, אין לדבר כל בסיס. טענות אלה עומדות בניגוד מוחלט לעמדת כל הארכיאולוגים המומחים, ובניגוד להחלטת המועצה לארציאולוגיה, כפי שתוארה לעיל בהרחבה.

טענות אלה עומדות גם בסתריה **לעמדת רשות העתיקות עצמה**, כפי שהובאה בעבר, לפיה על מנת להבטיח שמירה על העתיקות באתרים בעלי חשיבות רבה, **מן החרת לאסור על כל סוג של בנייה באתר**. כמובן, אין שינוי שניתן לעשות באתר עתיקות, מבלתי גורום נזק לעתיקות במקום [כך טענה למשל בג"ץ 4289/00 **אברמוביץ נ' ראש ממשלה ישראל** (פורסם ביום 10.12.09), בפס' 25].

עמדת רשות העתיקות הנוכחית מנוגדת לעמדתה העקבית הקודמת בה החזיקה הרשות לאורו
שנים רבות, וזאת – ללא כל הסבר או שינוי נסיבות

159. יותר לכך, הטענות לפיה ניתן לאפשר עבודות באתר מבלתי שייגרם נזק לעתיקות סותרות באופן ישיר את עמדת רשות העתיקות, כפי שהובאה במספר הזדמנויות בעבר, **ביחס למתחם קשת רובינסון עצמו(!) למשה, עד לאחרונה, הרשות עצמה התנגדה בתוקף, בכל הזדמנויות, לכל סוג של בנייה באתר העתיקות הייחודי מתחם קשת רובינסון ולהפיכתו לאתר תפילה.**

160. כך למשל, במסגרת בג"ץ **נשות הכותל**, הרשות הביעה עמדתה בפני בית משפט זה באשר לאפשרות של בניית רחבת תפילה מצומצמת באתר, והתנגדה בתוקף לכל סוג של בנייה ולהפיכתו של האתר לאתר תפילה.

161. דבריו של **מנהל הרשות** דאז, מר אמיר דרורי (מייסד רשות העתיקות וחוקר ארכיאולוגיה מוערך), בחותות דעת שהגיש מטעם הרשות, מאששים מעבר לכל ספק את נחישותה של אותה עמדה, ואת הבסיס המוצק לה:

”[...] רשות העתיקות מבקשת להבהיר את עמדתה לפיה **היא מתנגדת בכלל לשון של התנגדות לאפשר לקבוע את אזור דרום הכותל המערבי ורחבת קשת רובינסון באתר תפילה** [...]”

רשות העתיקות סבורה כי אזור דרום הכותל המערבי ורחבת קשת רובינסון
הינו אתר היסטורי, לאומי, ארכיאולוגי ותיירותי שאין כמעט דומה לו
בחשיבותו וערךו והוא צריך להיות פתוח לציבור הרחב [...]

ابנים אלה עומדות בדיקוק במצבן בעת חורבן הבית והן עדות אילמת לחורבן הנורא שמסמל יותר מכל את גלות ישראל מארצו. בין הрисות האבנים קיימים שרידי השרפפה האדירה שכילתה את מבני הר הבית והמקדש.
בשנחשפו אבניים אלה בחפירות שבוצעו על ידי רשות העתיקות החל מ-1994
הוחלט לשמרן על האתר כפי שהיו בעת החורבן. ומהז משמש המקום אבן
שואבת למבקרים רבים העומדים וחווים את החורבו הגודל והקשה.

[...]

החפירות הארכיאולוגיות שבוצעו באזור השתרעו על פני שנים רבות וקדמו
לכך אף חפירות שבוצעו מראשית המחקר הארכיאולוגי של א"י במחצית
המאה ה-19. רשות העתיקות יזמה חפירות ארכיאולוגיות באתר מאז הקמתה
והיא עוסקת בפועל בחפירות כאמור מאז 1992. [...]

מאזים רבים הושקעו בחפירה ובפיתוח האתר כגן ארכיאולוגי פתוח
לציבור. רשות העתיקות בלבד ענינה תורמים רבים מקרוב קהילות יהודיות
בעולם לבוא ולתרום למטרה חשובה זו. עד היום גייסה הרשות כ-14 מיליון
долר לפרויקט כולל ולבסוף ברוחבת קשת רובינסון סכום של כמיליון וחצי
долר. **מחויבות רשות העתיקות כלפי התורמים שגבו בהסכם עם ואשר
אוישרו על ידי כל רשויות המדינה הנוגעות בדבר יוצרות חיים שהמקום יהיה
גן ארכיאולוגי פתוח לציבור.**

רשות העתיקות סבורה כי לאפשר באתר האמור תפילה מסודרת לגוף כלשהו יפגע ללא תקנה בכך שהמקום יהיה פתוח Lehmooni המבקרים יהודים ושאים יהודים, לעולי רגל ומבקרים סתם להם יועד האתר הגן הארכיאולוגי. נקל

לשער שגס אם בתחילת התפילה יגבירו את תנאי התפילה במקום לא תהיה נסיגת מהרחבת פעילות התפילה במקום. כיוון עטרו העותרים לאשר עטרו ואולם רשות העתיקות והמשיבים האחרים לעתירה יודעים כי לפתחנו עומדת בקשה של קהילות נוספות (רפומרים וקונסרבטיבים) למקומות תפילה מוסדר. ואם יתירו לעותרים לא ניתן יהיה למנוע את הרחבת ההיתר גם לקהילות הנוספות והאטר יהפוך להיות מקום תפילה שידחק את ראש המבקרים ויגבירם. העותרים אולי מעתים ואולי רבים, אך הקהילות הנוספות משנות את התמונה לחלווטין. יצוין אף כי מרגע שייתר לקיים במקום, בהסדרי קבוע, תפילה לרבים, יהיה שר הדתות מוסמך להפעיל את סמכותו מכוח חוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז 1967. עוד יש לומר כי כיוון האטר הוא חלק מגן ארכיאולוגי שהכניסה אליו היא בתשלום. הפיכת חלק ממנו לאתר תפילה ישים לאל את האפשרות להסדיר את הכניסה בתשלום.

מן הרואי להציג כי המקום הוא אתר עתיקות מוכraz כמשמעותו של דבר זה בחוק העתיקות התשלי"ח 1978 עוד מקדמת דנא, עוד מתוקופת המנדט הבריטי. סעיף 29 לחוק העתיקות מכפיף כל פעולה באתר הקשורה לבנייה, הקמת מתקן, הנחת עפר, שינוי וצד' באישור של מנהל הרשות בכתב ובהתאם לתנאיו. רשות העתיקות לא תאפשר בנסיבות ספציפיות כל שינוי במקום העשי או עלול לפגוע באתר ההיסטורי, לאומי, ארכיאולוגי ותיירותי הפתוח לכל הציבור המבקש לבקר במתחמת.

חוות דעתו של מנהל רשות העתיקות דאז, צורפה כנספח 2 לעיל.

162. מחוות דעתו של מר דורי, עלים מימי הנקים הצפויים מבניה באתר והפיקתו לאתר תפילה. כן, עולה בברור כי הפיכת המקום לאתר תפילה יפגע בעתיקות במקום ויסכל לחלווטין את שמירת האתר כגן ארכיאולוגי נגיש לציבור. עוד מובהר כי העבודות ישמווليل ובהינך יד עבודה מאומצת רבת שנים שהושקעה על ידי רשות העתיקות ואשר הייתה מבוססת על תקציבי עתק מתרומים. ישנה אף התייחסות לחובתה של הרשות לעמוד בהסכם עם התורמים, שתרמו כספים על מנת להבטיח את קיומו של הגן הארכיאולוגי כ נגיש לציבור הרחב.

163. מר דורי מוסיף ומפרט עבודות ארכיאולוגיות עתיקות המתוכננות להיעשות באתר, על מנת להמשיך בטיפוח, שימור ו恢復 העתיקות והמצאים הארכיאולוגיים הנדרים במקום, וubahר כי אלה לא יתאפשרו ככל שהאתר יהפוך לאתר תפילה.

164. יותר מכך, מר דורי צופה את הבאות, כאשר מתധchs להרחבת התפילה במקום לקהילות נוספות מעבר לנשות המכotel, אשר בהן עסק אותו הליך. הוא מציין בפירוש כי בהפיכת האתר לאתר תפילה, תתחייב הרחבת התפילה בעמידה לקהילה אחרות, ומכאן לרובים אחרים שיפקדו את האתר הדתי ויפגעו קשות בקיומו באתר ארכיאולוגי תיירותי ותרבותי.

165. חשש זה אף הובא על ידי מר דורי, ככל הנראה, במסמך נוסף, בפני מזכיר הממשלה דאז מר יצחק הרצוג. בתגובה, השיב הרצוג, כי אין כל כוונה לשנות את אופי האתר ולפגוע בהיותו ארכיאולוגי.

מכתבו של מר יצחק הרצוג למנהל הרשות דאז מר דורי, מיום 2000.5.3, מצ"ב כנספח 34.

166. נוכח כל זאת, מבahir מנהל הרשות דאז, כי הרשות מתנגדת לכל שינוי באתר וכן לא תאריך, כנדרש על פי סעיף 29 לחוק העתיקות, כל שינוי או בנייה במקום. עוד הוא מבahir, כי רשות העתיקות

הסכמה, לכל היותר, לאפשר תפילה בפינה הדורים-مزוחית של הר הבית, ובכך אף העמידה חלופה ראויה למתחם קשת רובינסון.

167. נציין בהקשר זה כי תמורה ביוטר העובדה שהמשיבים לא הציגו חלופות לרחבת התפילה שהתקבשה, חלופות אשר עלו בעבר לדיוונים בנושא ואף צוינו במפורש בעמדה קודמת של הרשות. חלופות נוספות אף הועלו על ידי ארכיאולוגים מומחים, ביניהם ד"ר אילת מזר שהציג את השיטה שלמרגלות רחבת הכותל המערבי הקיימת, שם יישם עוד 18 מטרים עד הסלע השני להcin' בהם רחבות נוספות. **באי שקיילת החלופות, יש חוסר סבירות בשלעצמה.**

168. עמדת הרשות המתנגדת בכל תוקף להפיקת אתר קשת רובינסון לאתר תפילה השתקפה בהזדמנויות נוספות בחן נתקבשה הרשות להביע עמדה ביחס לעבודות במתחם קשת רובינסון.

169. כך למשל, מספר שנים לאחר מכן, במסגרת תגובה בג"ץ 3360/06 [התנוועה המסורתית נ' ממשלת ישראל ואח'], בו בקשה הקהילה הקונסרבטיבית להרחיב את התפילה במתחם קשת רובינסון, טענה הרשות כי היא מתנגדת לדבר "באופן נחרץ ביותר". בהמשך, לאחר שהרשויות עמדו על מהותו וחשיבותו של הגן הארכיאולוגי, היא ציינה כך:

"לפייך משעלתה לראשונה החוצה כי תאפשר תפילה המתחם "קשת רובינסון" התנגדה רשות העתיקות לכך. טעימה של רשות העתיקות להתנגדות היו מהטעים כי לאפשר תפילה במקומות לציבור. חששה של רשות העתיקות היה כי גם אם יאפשרו בתנאים ובמגבלות יביא הדבר לראשת הקרים במקומות כאטר פטוח לציבור ויהפוך האתר זה לאתר תפילה. והנה מבקשים העותרים בעתרותם החולפית להפוך האתר זה לאתר תפילה וכי ישורנו איזה מגבלות יביא הדבר על השימוש במקום".

תגובה רשות העתיקות, כפי שהוגשה בג"ץ 3360/06, מצ"ב כנספח 35.

170. לתגובה הניל' אף צירפה הרשות מכתביהם של ארכיאולוג מרכז ירושלים דאז, ושל מנהל רשות העתיקות דאז, שניהם, כך נכתב, משקפים "את עמדת **העקבה** של רשות העתיקות". בשנייהם מציניהם עצמם גורמים כי הרשות התנגדה מזו ותמיד לקיים תפילה באתר, ונאלצה להיכנע להחלטת בג"ץ בנסיבות הכותל על אף עמדתה. עוד צוין כי "רשות העתיקות התריעה בכך שניים ממצב בו הסדרי התפילה יהו 'דריסט רגלא', שיביאו בהמשך לדרישות נוספות נספנות להרחבת ההסדר הקיימים שיפגעו בגן הארכיאולוגי באתר המועד לצרכי **טיירות ארכיאולוגית**", וכי הדרישה שעמדה באותו הлик על הפרק, "מצבעה על תחילת תופעה זו כפי שהזהירה רשות העתיקות בעבר, ויביא לדרישות נוספות בהמשך לשינוי יעוד הגן הארכיאולוגי בעתיד מאתר **טיירות** לאתר פולחן". (ראו פס' 4-3 בכתבו של מר זליגמן; שני המכתביהם צורפו כנספחים לתגובה הרשות שצורפה לעיל כנספח 32).

171. והנה הדברים כאלו נשכו לחלוטין. ובדוק בעת הנוכחות בה מותממת נבואה הזעם של בכירי הרשות בעבר, והתפילה באתר הולכת ומתרחבת (ועוד תמשיך להתרחב בעתיד), מכופפת עצמה הרשות וזונחת לחלוטין את עמדת המקצועית הבורורה לפיה אין לאפשר כל התרחבות כזו.

172. צוין כי עמדה זו הובאה אף על ידי המדינה בתגובהה באותו הлик, כאשר ציינה כי לא ניתן לשמור על האתר ארכיאולוגי בהינתן התפילה בו; כי הפיכת האתר לאתר תפילה רחב היקף, טוביל

ליירידת ערך ההשקעה הרבה שנעשתה במקום לטמיון ; וכי אפשר התפילה כפי שנעשה לאחר בג"ץ נשות הכוון "הינו הסדר בו ניתן המקומות האפשרי במסגרת האיזון בין זכותם של מתפללי העותרת לבין המשך תפקודו התקין של האתר כאתר ארכיאולוגי". [ראו פס' 30-37 ו-45 לתגובה המדינה].

תגובה המדינה בbg"ץ 3360/06, מיום 7.6.2006, מצ"ב בנספח 36.

173. הדברים שmobאים מפה של המדינה עצמה, רק לפני שנים מספר, מדגישים את הסכנה בכפיפות רשות מקצועית לדרג הפוליטי, אשר שיקולי וחלטותיו משתנים מדי מספר שנים בהתאם לעומדים בראשו, בעוד מעמדה של הרשות כשומר הנצחי על הארכיאולוגיה, יותר.

174. לבסוף, עדמת הרשות, השמה בראש מעיניה את השמירה על האתר הייחודי, הובאה שוב לאחרונה – הן בדבריו של ד"ר יובל ברוך, מי שמונה גם היום כארכאולוג מרחב ירושלים, לצוות המיעץ בעניין הסדרת התפילה בכותל ; והן במסגרת חוות דעתו מיוני 2014. בדבריו לצוות המיעץ מציג ד"ר ברוך את עדמת הרשות המתנגדת להרחבת התפילה והעבודות במתחם, ולבסוף מכנייע עצמו תוך שמכנה את הרחבת התפילה האמורה כ"רע הפרחי".

פרוטוקול הצוות המיעץ מיום 17.6.2013, ובו דבריו של ד"ר יובל ברוך, מצ"ב בנספח 37.

175. גם בחוות הדעת שניתנו ד"ר ברוך מאוחר יותר, הוא מפרט את הייחודיות של האתר והעתיקות בו, ומסיים בקריאה : "שומה עליינו להבטיח כי אופיו המיעץ של אתר זה, שאין שני לו בחשיבותו המדעית והתרבותית, ובקנה מידה כלל עולמי, ישמר ככזה למעןו ולמען הדורות הבאים".

חוות דעת ותצהיר בעניין הגן הארכיאולוגי של ירושלים (מרכז דוידסון) של ד"ר יובל ברוך, מיום 12.6.2014, מצ"ב בנספח 38.

176. עדמתה העקבית של רשות העתיקות וגורמי מפתח בה, שהובאה לאורך שנים, מהווה ראייה חותכת לחוסר הסבירות של עדמת הרשות הנוכחית, ולכך שעמדה זו נובעת ממtan הבכורה לשיקולים זרים. אין ולא יכול להיות כל הסבר אחר להפיכת עורה של הרשות.

177. יזכיר כי אף שהouteר עימת את המשיבים באופן ברור וחודעם עדמתה הקודמת של הרשות, וכי שהשתקפה לאורך שנים, המשיבים מילאו פיהם מים. הדברים אומרים דרשיini, ואין צורך להרחיב.

סוף דבר

178. נוכח כל האמור, מתבקש בית המשפט לקבוע כי החלטת המשיבים לאשר ולאפשר את העבודות הנוספות במתחם קשת רובינסון ולהפוך את מרכזו וליבו לאתר תפילה, ובכך להrosis כליל את הארכיאולוגיה והעתיקות שבו, היא החלטה פסולה, שנתקבלה בחוסר סמכות, לאחר הליך מינימלי בלתי תקין, ובחוסר סבירות.

179. ידוע אמן כי בית המשפט ייתה שלא להתערב בהחלטות בעלות אופי מקצועי אשר התקבלו על ידי רשות מקצועית.

180. אולם, כפי שהראינו, במקרה שלפנינו מחייב את התערבות בית המשפט הנכבד, בדיקת הטעם שהשרות המקצועית חטאה לתפקידה וקיבלה החלטה המבוססת רק על שיקולים זרים, ומונתקת מהשיקולים המקצועיים והחוקיים (כולל תוכנית בנין העיר) שחיברו במקרה זה החלטה אחרת.

181. הרשות התפרקה מסמכותה אל מול הדרגים הפוליטיים – שאין להם כל סמכות ליתן הוראות לרשויות העתיקות, וחטאה לתפקידה לעמוד כשומר הסף האמון על טובת העתיקות והארציאולוגיה.
182. הרשות כה מובכת מעמדתה שהיא לא טרחה לנמק את החלטתה, אלא באמירה שזה הרע במייעטו יש לכוף ראש למולך; לא לחוק, לא לשכל הישר, לא למקצועות, לא להסתוריה של עם ישראל; לא להוז, להזר, ליחוזיות ולעצמות המקום; לא ולא, רק להנחת רаш המושלה!
183. דברינו אלה אינם נטענים בעלמא, אלא נתמכים בחווות דעת מקצועיות של בכירי הארכיאולוגים בארץ, חוקרי ארכיאולוגיה של ירושלים והעיר העתיקה בפרט, כפי שהובאו בעבר בפני הרשות וכי שmobאים שוב במסגרת הליך זה. אלה אך מצטרפים למצבו הנוכחי של האתר, שכבר כיום, נחפץ באתר הרוס ומוזנח, אשר העתיקות בו כאילו איבדו כל עניין. זאת, לצד העדר כל ראייה לביסוס החלטת המשיבים על שיקולים מקצועיים תומכים, ומנגד – ראיות אין ספור בדבר השיקולים הפסולים שעמדו בסיס החלטתם.
184. אוטם שיקולים פסולים, אף הובילו את הרשות לנחל הליך "מזורז" ורשלני טרם קבלת ההחלטה. כך, נמנעו המשיבים מלכנס את ועדת השרים הנדרשת לצורך אישור הפעולות והעבודות; נמנעו מקיים חובת הייעוץ כבדי עם המועצה לארכיאולוגיה; נמנעו מלבוס החלטות על תשתיות עובדתית מדעית מוכחת; ולבסוף גם נמנעו מלנקת החלטתם, כל זאת בהתעלם מכך שהאתר 'נפצע' קשה כבר ארבע פעמים, והדברים ניכרים בו.
185. ואכן, במקרים בהם נתה בית המשפט שלא להתערב בהחלטת רשות העתיקות, דובר היה בהחלטה ששמה את מירב המשקל על שיקולי שמירת העתיקות וחשיפתן לציבור, ונתנה להם את הבכורה על פני שיקולים אחרים כגון הגנה על רגשות דתיים [ראו למשל: בג"ץ 8119/08 משה פרידמן נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 13.01.2011)].
186. לעומת זאת, כאשר החלטת הרשות ו/או המנהל העומד בראשה לא נתנה משקל מיטף לשיקולים המדעיים המקצועיים, ולא התבessa על תשתיית עובדתית-מקצועית מוצקה, הפעיל בית המשפט את ביקורתו השיפוטית, וקבע כי מדובר בהחלטות שאין סבירות. כך למשל בעת"מ (מנהל חיפה) 669/02 צילה מרטיון נ' מנהל רשות העתיקות (פורסם בנבו, 09.01.2003) (שנדון כנראה בבית המשפט המינהלי עקב העדר דיון בשאלת הסמכות) נקבע כי החלטת הרשות לאשר בנייה באתר העתיקות, אף אם תחת מגבלות, אינה توأمת את הממצאים המדעיים, ונתקבלה תוך אי מתן משקל הולם לשיקולים הארכיאולוגיים, להבדיל ממantan משקל מופרז לשיקולים אחרים.
187. באופן דומה, על בית המשפט להורות על ביטול החלטת המשיבים לאשר ולאפשר את העבודות באתר העתיקות מתחם קשת רובינסון, אשר אין כל ספק כי ניתנה בחוסר סמכות, בחושר סבירות, על בסיס שיקולים זרים ובהליך מינהלי פגום, ומשכך – דינה בטלות.
188. לפיכך, يتבקש בית המשפט הנכבד ליתן צוים מבוקש לראש עתירה זו.

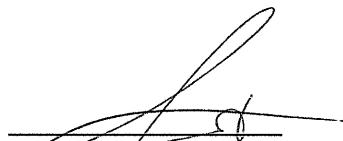
189. עתירה זו נתמכת בתצהירו של העוטר, פרופ' דן בהט, וכן בתצהיריה של ד"ר אילת מזר לאימות העובדות והנתונים המצביעים הכלולים בה.

"עם שאיןנו מכבד את עברו, גם ההווה שלו דל ועתידו לוט בערפל" יגאל אלון

.ירושלים, 29 מרץ 2018



חני ריטשטיין-כהן, עו"ד



עניר חפץ, עו"ד



אמנון לורץ, עו"ד

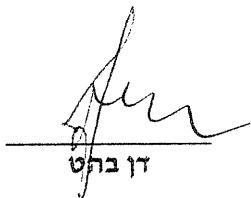
יגאל ארנון ושות' - משרד עורכי דין
ב"כ העותר

תצהיר

אני ה'ח'ם, דן בחת, תז. 8265027, לאחר שהזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהיר בזאת כי:

1. הני משמש כארכיאולוג ופרופ' לארכיאולוגיה. שימשתי בעבר כארכיאולוג מטעם ירושלים בגין העתיקות, קודמה של רשות העתיקות. במסגרת תפקידו ברשות העתיקות הייתה לי אמון על חפירות מנהרות הכותל ועל עבודות ארכיאולוגיות נוספות באזורי. בימים אלה אני ממשיך בחקר הארכיאולוגיה באופן פרטני ובאופן ציבורי ופועל לשימור עתיקות בארץ בכלל, ובירושלים בפרט.
2. תצהيري זה ניתן לתמיכת בעתייה מטעמי נגד רשות העתיקות ומנהל רשות העתיקות בקשר עם החלטתם לאשר את העבודות להפיכת מתחם קשת רובינסון לאתר תפילה, ולאימות האמור בה.
3. העבודות האמורות בסעיפים 3-5, 15-16, 21-25, 31, 54-60, ו- 68-82 לעתירה, ידועות לי מידיעה אישית.
4. כל יתר העבודות האמורות בעתייה נכונות למיטב ידיעתי ואמונה, לפי העניין, על פי מסמכים שהוצגו בפניי, דברים שנמסרו לי, ובהतבסס על ייעוץ משפט שקיבلت.
5. אני מצהיר כישמי דן בחת, החתימה דמלטה חתימת היא ותוכן תצהيري זה אמת.

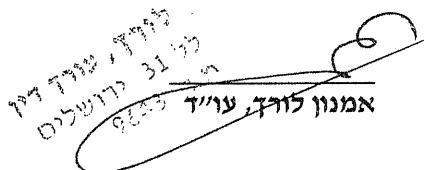
על כן באתי על החתום, היום, 28 מרץ, 2018



דן בחת

אישור

הריני מאשר כי ביום 28.3.18 התיציב בפניי, עו"ד אמנון לורך, מר דן בחת, תז. 8265027 המוכר לי באופן אישי, וכי לאחר שהזהרתי כי עליו להצהיר את האמת וכי יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, אישר את נכונות הצהרת זו לעיל וחותם עליה בפני.



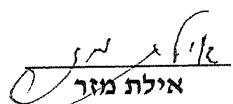
31.3.2018
ר' אמן לורך, עו"ד
ירושלים, ישראל

תצהיר

אני ה'י'ם, אילת מזור, תז. 26845^ט, לאחר שהזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהירה בזאת כי :

1. הני ארכיאולוגית וד"ר לארכיאולוגיה. מנהלת חפירות האופל בימים אלה; אחראית על פרסום חפירות בנימין מזר 1978-1968 ובכללן השטח שלמרגלות קשת רובינסון.
2. תצהيري זה ניתן לתמיכה בעטירה שהוגשה מטעם פרופ' דן בנט נגד רשות העתיקות ומנהל רשות העתיקות בקשר עם החלטתם לאשר את העבודות להפיכת מתחים קשת רובינסון לאתר תפילה, ולאימות האמור בה.
3. העבודות האמורות בסעיפים 3, 21-25, 54-60, 61-64, 135 ו-167 לעתירה, ידועות לי מידעה אישית ומקצועית.
4. כל יתר העבודות האמורות בעטירה נכונות למייטב ידיעתי ואמוני.
5. אני מצהירה כישמי אילת מזור, החתימה דלמטה חתימתי היא ותוכנן תצהירי זה אמת.

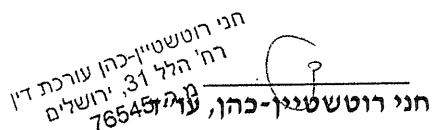
על כן באתי על החתום, היום, 29 מרץ, 2018



אילת מזור

אישור

הריני מאשר כי ביום 29.3.18 התיצבה בפניי, עו"ד חני רוטשטיין-כהן, מ.ר. 76545, גבי אילת מזור, תז. 26845^ט, המוכרת לי באופן אישי, וכי לאחר שהזהרתי כי עלייה להצהיר את האמת וכי תהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא תעשה כן, אישרה את נכונות הצהרתה לעיל וחתמה עליה בפניהם.



חני רוטשטיין-כהן, מ.ר. 76545
ר' האל 31, ירושלים
חני רוטשטיין-כהן, עו"ד