

**בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים**

בפני כבוד השופט מ' סובל

**עמותת עיר עמים, ע.ר. 361202**

ע"י ב"כ עו"ד ישי שניידור ו/או כרמל פומרנץ

רח' דוד חכמי 12, תל אביב, 6777812

טל : 077-5472001 ; פקס : 077-4703722

**העותרת**

**- נגד -**

1. **המועצה הארצית לתכנון ובניה / ועדת המשנה לעררים**
2. **הועדה המחוזית לתו"ב – ירושלים**  
ע"י ב"כ מפרקליטות מחוז י-ם,  
רח' מח"ל 7, ירושלים,  
טל. 02-5419512 ; פקס. 02-5419582
3. **הועדה המקומית לתו"ב – ירושלים**
4. **עיריית ירושלים**  
ע"י ב"כ מהמחלקה המשפטית בעיריית י-ם  
כיכר ספרא 1, ירושלים
5. **רשות הטבע והגנים הלאומיים**  
רח' עם ועולמו 3, ירושלים  
טל. 02-5005440, פקס : 02-5006215
6. **מעלה בית דוד בע"מ – חברת בת לעמותת א.ל.ע.ד – אל עיר דוד**  
ע"י ב"כ כבירי-נבו-קידר, משרד עו"ד  
רח' ז'בוטינסקי 6 רמת-גן  
טל. 03-5668665 פקס : 03-5667665
7. **עמית סופר, יו"ר המוא"ז מרום הגליל**  
מוא"ז מרום הגליל
8. **ד"ר חיים יעקבי ו-34 אח'**  
ע"י ד"ר חיים יעקבי ואלונה ניצן שיפטן  
מרח' ארלוזורוב 10/28 י-ם, 92181
9. **[ "עמק שווה – ארכיאולוגיה בצל הסכסוך" – נמחקה לבקשתה ]**

**המשיבות**

10. אבו נסאב אוסאמה ו-42 אח'  
ע"י עו"ד סאמי ארשיד

מרח' שלומציון המלכה 3, י-ם, 91000  
טל. 02-6231244, פקס: 02-6240136

11. ד"ר מחמוד מסאלחה, יו"ר המועצה לענייני מוסלמים בארץ  
באמצעות עו"ד קייס נאסר

מרח' צלאח א-דין 15, י-ם

טל. 02-6282650, פקס. 02-6289369

משיבים פורמליים

## עתירה מינהלית מתוקנת

מוגשת בזאת עתירה מינהלית מתוקנת בעניין החלטת המועצה הארצית לתכנון ובניה (להלן: "המועצה הארצית") מיום 22.3.16 בהליך לפי סעיף 6 לחוק התו"ב, והחלטת וועדת המשנה לעררים בערר 67/14 מיום 7.6.2015 בתכנית 13542 "מתחם קדם, עיר דוד, אגן העיר העתיקה" (להלן: "התכנית" או "תכנית מתחם קדם"), שעניינה הקמת מרכז מבקרים לגן הלאומי המרכזי סובב חומות העיר העתיקה ירושלים.

העתירה עוסקת בשלושה עניינים בלבד:

א. החלטת וועדת הערר בעניין הבעלות הפרטית: מתן האפשרות לגוף פרטי (ואידיאולוגי, כלומר לא נייטרלי, דו-מהותי או מעין ציבורי) להקים את מרכז המבקרים המרכזי של הגן הלאומי סובב חומות העיר העתיקה / אתר עיר דוד<sup>1</sup>.

ב. ההליך הפסול שהתקיים בפני המועצה הארצית לפי סעיף 6ב, תוך הפרה של כללי יסוד החלים על גופים מעין שיפוטיים והתערבות פסולה של הדרג הפוליטי בהליכי התכנון.

ג. ההבהרה שניתנה על-ידי מזכירות המועצה הארצית לעותרת ביום 2.5.2016, לפיה נימוקי וקביעות וועדת הערר לדחיית ערר העותרת בעניין הבעלות הפרטית בטלים (למרות שהמועצה הארצית לא דנה בעניין זה והפנתה להחלטת וועדת הערר). לעמדת העותרת, מכתב ההבהרה מיום 2.5.2016 סותר את החלטת המועצה הארצית.

בית המשפט הנכבד יתבקש להורות ולקבוע כדלקמן:

א. להורות על ביטול ההחלטה על אישור התוכנית, ולחילופין לקבוע כי תנאי לאישור התוכנית הוא הוספת תנאי לתקנון התוכנית המיעד את שטח התוכנית להפקעה לטובת רשות הטבע והגנים או רשות ציבורית אחרת ותנאי המורה כי לא יוצא היתר בנייה עד לביצוע ההפקעה בפועל.

<sup>1</sup> ברכיב זה של החלטת וועדת הערר לא עסקה הבקשה לפי סעיף 6ב שהוגשה למועצה הארצית, המועצה הארצית לא דנה והחלטתה אינה נדרשת אליו (מעבר לאמירה כללית כי החלטת וועדת הערר ונימוקיה מקובלים עליה). העתירה אינה עוסקת בכל יתר הנושאים שנדונו בערר (נפח המבנה וכל יתר הטענות התכנוניות שהועלו נגד תוכנית הבנייה על היבטיה).

ב. לקבוע, כי החלטת המועצה הארצית במליאתה בהליך לפי סעיף 6ב, פסולה מחמת הפרת טוהר ההליך המעין שיפוטי, ולהחזיר על מכונה את החלטת וועדת הערר.

ג. לחילופי חילופין לקבוע, כי הנמקת וועדת הערר וקביעותיה בדחייתה פה אחד את טיעון הבעלות הפרטית הנ"ל עומדות על מכונן.

מטעמי יעילות ואיכות הסביבה, תפנה העתירה המתוקנת לכרך נספחי כתב העתירה המקורי (נספחים 1-28), ותצטרף בכרך משלים את הנספחים החדשים [נספח 29-39].

החלטת וועדת הערר מיום 7.6.2015 מצ"ב ומסומנת נספח 1.

החלטת המועצה הארצית במליאתה מיום 22.3.2016 מצ"ב ומסומנת נספח 29.

מכתב ההבהרה שהועבר על-ידי מזכירות המועצה הארצית מיום 2.5.2016 מצ"ב ומסומן נספח 30 (פניית העותרת להבהרה: נספח 31).

החלטת וועדת המשנה להתנגדויות של הוועדה המחוזית נשוא הערר מיום 3.4.2014 מצ"ב ומסומנת נספח 2.

כתב הערר שהגישה העותרת (ערר 67/14) מצ"ב ומסומן נספח 3.

תגובות המשיבות 2, 5-6 לערר מצ"ב ומסומנות נספחים 44 ו-4ב, בהתאמה (המשיבות 3-4 לא הגישו תגובה).

העמודים הרלבנטיים מתוך תמליל הדיון בוועדת הערר מצ"ב ומסומן נספח 5.

[התמלילים המלאים מחזיקים מאות עמודים. מטעמי איכות הסביבה ומכיוון שהתמלילים מפורסמים במלואם באתר האינטרנט הרשמי של מינהל התכנון, מצורפים לכרך הנספחים העמ' הרלוונטיים בלבד, והעותרת תפנה לאתר הרשמי של מינהל התכנון לעיון בנוסח המלא].

## הצגת העתירה

### מרכז המבקרים 'מתחם קדם' נשוא התוכנית והעתירה –ה-hub של הגן הלאומי

1. עניינה של עתירה זו בהחלטה לאשר תוכנית להקמה של מרכז המבקרים לגן הלאומי "סובב חומות ירושלים", מרכז אשר עתיד להוות את "שער הכניסה" לגן הלאומי כולו ולאתר עיר דוד שבמרכזו, לרחבת הכותל ולהר הבית. מרכז המבקרים מיועד לשמש כצמת הדרכים המרכזי (HUB) שיחבר בין מעברים על ותת-קרקעיים לאתרי ביקור מרכזיים בכל הגן הלאומי, דרכו יעברו המבקרים בין האתרים השונים, מעל ומתחת לקרקע. וועדת הערר הגדירה אותו, ובצדק, "נקודת ציון אסטרטגית" (ר' הציטוט מייד).

2. המדובר איפוא באתר שאמור להיות לגישתן של ועדות התכנון שער הכניסה ונקודה אסטרטגית לביקור באתרים הלאומיים באגן העיר העתיקה – אתרים בעלי חשיבות ארכיאולוגית, דתית, היסטורית,

תרבותית מהמעלה הראשונה בעולם. על פי הערכות משרד התיירות ועיריית ירושלים, צפוי האתר לנקז אליו כשני מיליון תיירים בשנה בעשור<sup>2</sup>.

3. ראו לעניין זה את החלטת ועדת הערר, שקבעה כי האתר שוכן במיקום האופטימלי להקמת מרכז מבקרים לגן הלאומי. לאחר שציננה את הממצאים הארכיאולוגיים החשובים שנמצאו באתר, עמדה על מיקומו האסטרטגי:

**"מיקומו של המיתחם הוא מרכזי בהתייחס לאתרי ארכיאולוגיה והיסטוריה חשובים ביותר שבקרבתו. כך, ממערב למתחם עובר הרחוב ההרודיאני ותעלת הניקוז ("דרך עולי הרגל"); מדרום למתחם נמצאת בריכת השילוח; מדרום מזרח נמצאת נקבת חזקיהו ומעיין הגיחון; ממזרח עיר דוד; ומצפון נמצאים קשת רובינסון, הכותל המערבי והר הבית. בנוסף, קיימים ומתוכננים מעברים תת קרקעיים מהמיתחם לאתרים האמורים.**

..

השתכנענו כי בהיות מיקום האתר נקודת ציון אסטרטגית במרחב היסטורי ונופי חשוב ביותר, קיימת חשיבות בהקמת מרכז המבקרים בחניון גבעתי דווקא, חרף רגישותו הגבוהה ביותר, עניין שעליו אין חולק. (סעיף 230 להחלטה)"

4. ראו לעניין זה גם את דבריה של מתכנתת מחוז ירושלים, גב' שירה תלמי:

**"[המגרש]... הוא בדיוק בכניסה לכל המתחם הזה של הר הבית והכותל וכל האזורים האלה מצד אחד ומצד שני כל האטרקציה של הגיחון והמעין והשילוח מצד שני ... המקום הנכון מבחינתנו" [עמ' 20 לתמליל הדיון בועדת הערר מיום 28.5.15, שם].**  
במילותיה של יועמ"ש הוועדה המחוזית, עו"ד אתי רוזנבלום:

**"אנחנו רוצים שפה יהיה מרכז מבקרים, אנחנו לא רוצים שיהיה פה כל דבר אחר ... אנחנו רוצים נקודת תצפית נופית, אנחנו רוצים שתהיה פה נקודת יציאה לסיורי מורשת, אנחנו רוצים את המיקום הזה כי זה צומת הכניסה לגן הלאומי, זה הצומת המרכזי, זה שער הכניסה לאגן העיר העתיקה... המיקום זה בכניסה למכלול אתרי הגן הלאומי, במוקד מרכזי של האתר הארכיאולוגי..." [עמ' 14-12 לתמליל הדיון בועדת הערר מיום 28.5.15, נספח 5].**

כך מתארות את מיקום התכנית היזמיות, רט"ג ואלע"ד, בתגובתן לערר:

**"מבואה ומרכז מבקרים לגן הלאומי סובב חומות ירושלים במיקום שהינו ייחודי ונדיר במכלול היתרונות הקיימים בו: עתיקות וממצאי ארכיאולוגיה שנמצאו בו; מרכזיותו בין יתר האתרים בגן הלאומי; נגישותו מבחינה תחבורתית לרחוב העופל והמשכו מעלה השלום שלאורך החומות ומבחינת קרבתו לשער האשפות והאגן הקדוש. צירוף נדיר זה במיקום האמור מוביל אל המסקנה כי אין חלופה טובה הימנו להקמת המבואה ומרכז המבקרים לגן הלאומי."**

<sup>2</sup> ראו בתמליל הדיון במועצה הארצית בבקשה לפי סעיף 6 מיום 5.1.16, נספח 33 להלן, עמ' 33 (דבריו של מגיש הבקשה מר עמית סופר).

(סעיף 8 לתגובת רט"ג ואלע"ד לערר, נספח 4ב)

כך תיארה את המבנה הועדה המחוזית בהחלטתה (נספח 2):

**"מדובר באתר שחשיבותו נודדת אל מעבר לרמה המקומית ואפילו העירונית, הן לאור היותו אתר ארכיאולוגי ממדרגה ראשונה והן לאור היותו אתר העתיד לתת מענה לצרכים התיירותיים של הגן הלאומי כולו"** [סעיף 24 להחלטת הועדה המחוזית – נספח 2 לעיל].

5. מרכז המבקרים עצמו אמור לשמש כמקום לקליטת קהל, לקבלת הדרכות, ליציאה לסיורים, למעבר בין אתרי ביקור שונים, לרבות במעברים תת קרקעיים שיתנקזו למרכז המבקרים וייצאו ממנו, לקבלת שירותי תיירות, ולתצפיות נוף. בנוסף, כאמור, באתר קיימת חפירה ארכיאולוגית ובה ממצאים משמעותיים מתקופות שונות.

שקף "מרכז יציאה לסיורים באתרים ארכיאולוגיים בגן הלאומי" (שקף 113 למצגת מטעם היזמיות) מצ"ב ומסומן נספח 19<sup>3</sup>.

6. קביעות אלה שהיוו את הבסיס להחלטת הועדה המחוזית, וועדת הערר והמועצה הארצית לאישור הקמת הפרויקט מחזקות את הטענות בעתירה: **נכס כה אסטרטגי לגישת ועדות התכנון, "שער הכניסה" לביקור בנכס לאומי (ועולמי) זה, לא יכול להיות בבעלות גורם פרטי.**

#### טיעון העתירה בקליפת אגוז

7. משמעות החלטת מוסדות התכנון היא, שהנכס האסטרטגי הנ"ל – מרכז מבקרים לגן הלאומי כולו- שתואר בקצרה בפסקה הקודמת, קניינו הפרטי של גוף פוליטי-פרטי-סקטוריאלי.

8. בלב העתירה עומדת הטענה, כי החלטה שיוצרת מצב בו מרכז המבקרים יהיה בבעלות של גוף פרטי מנוגדת לדין ולפסיקה מפורשת של בתי המשפט ואינה עולה בקנה אחד עם כללי המינהל הציבורי (אצילת סמכויות), ועם האינטרס הציבורי. משמעותו של מצב דברים כזה היא כבילת שיקול הדעת של רט"ג בהפעלת גן הלאומי (ועוד גן לאומי באזור שאין שני לו מבחינת רגישות לאומית, דתית, פוליטית, מדינית, היסטורית ועוד), העברת סמכויות לגורם הפרטי מעבר ל"הסתייעות בתפעול" המותרת בדין (ללא קשר לעמדת העותרת שאף הסתייעות בתפעול זו פסולה), וביצוע פרויקט בינוי שאין הדין מתיר את ביצועו במסגרת הסכם תפעול כלשהו.

9. העותרת טוען, כי הקמת מרכז מבקרים שיהיה קניינו הפרטי של גורם פרטי – שברצותו גם יסגור את שעריו או יתנה פתיחתם בתנאים שונים שייכפו על המדינה הר כגיגית - אינה יכולה לקיים את דרישות תמ"א 8 (תוכנית המתאר הארצית לגנים לאומיים), המחייבת כי בנייה בגן לאומי תותר אך ורק אם דרושה במישרין לתפקוד הגן.

<sup>3</sup> יוער כי בדיון הוצג על-ידי המשיבים שקף נוסף, שהציג את המעברים התת קרקעיים בין מרכז המבקרים לאתרי הגן הלאומי. אותו שקף היה נשוא לדיון במהלך הדיון בועדת הערר (ראו התייחסות ב"כ העותרת לשקף בעמ' 68 ש' 10). יו"ר הועדה הורתה על העברת המצגות שהוצגו לכל הצדדים, אך משום מה במצגות שהועברו בהתאם להחלטה זו נפקד מקומו של השקף המדובר. לאחר שניתן יהיה להשיגו תבקש העותרת להציג לפני בית המשפט הנכבד, משום שהוא מראה היטב את מרכזיותו ואת האסטרטגיות של מרכז המבקרים.

10. העותרת תטען, כי מבנה מבקרים כזה ככל שיוקם חייב להיות מבנה ציבור, ולכן הדרך היחידה לקיים את החלטה על אישור הפרויקט היא על-ידי הוספת תנאים שמייעדים את השטח להפקעה והמתנים את ביצוע הפרויקט בביצוע ההפקעה.

11. עוד יובהר למען הסר ספק: העותרת מתנגדת לחלוטין להקמת מרכז המבקרים במיקומו המוצע, וסבורה כי מדובר בפרויקט שהוא בין היתר מיותר, מגלומני, פרובוקטיבי, ומקומם מבחינה אדריכלית ותכנונית לאור מיקומו בסמוך לחומות העיר העתיקה. יחד עם זאת, העותרת מכירה במגבלות ההתערבות של בית המשפט הנכבד בהחלטות מוסדות התכנון, ולכן מצמצמת את עתירתה אך ורק לסוגיות המשפטיות והממוקדות שהוגדרו לעיל, ובראשן: אם כבר התקבלה החלטה להקים מרכז מבקרים בגן לאומי, הרי שהוא צריך להיות מבנה ציבור.

12. החלטת וועדת הערר הדוחה את הטענות התכנוניות של העותרת (שאינן כלולות בעתירה), בנימוק כי מדובר באתר אופטימלי להקמת מרכז המבקרים, שתהיה לו חשיבות אסטרטגית לתפקוד הגן הלאומי וכן הלאה, והחלטת המועצה הארצית במליאתה להגדיל את נפח הבניין בשל חשיבותו האסטרטגית ותפקידו המיוחד בניהול הביקור בגן הלאומי לגישה, אך מחזקות את הטענות בעתירה זו: **נכס כה אסטרטגי, מרכזי ונטול תחליף וכו' לגישתן של הוועדות, חייב להיות בבעלות הציבור (באמצעות הרשות המוסמכת), ומנוהל על-ידיה - כשהיא חופשייה בהפעלת שיקול דעתה מכל מנוף לחץ קנייני של גוף פרטי והאינטרסים שמניעים אותו.**

13. הסעד השני של העתירה עוסק בקשר אסור בין יזם התוכנית ו/או אחרים לבין הגורמים הפוליטיים, ובהתערבות פוליטית פסולה בהליך המעין השיפוטי, המחייבים את פסילת החלטת המועצה הארצית במליאתה.

14. כן תוקפת העתירה (בסעיף השלישי) את ההבהרה שניתנה על-ידי מזכירות המועצה הארצית, כי הנמקת וועדת הערר בהחלטתה פה אחד על דחיית טיעון העותרת בעניין הבעלות הפרטית בטלה, וזאת למרות אמירה מפורשת בהחלטת המועצה הארצית כי היא מסתמכת על הנמקת וועדת הערר בדחותה את כל הטענות האחרות, ולמרות שהבקשה לפי סעיף 6ב לא עסקה בכלל בשאלת הבעלות הפרטית, לא התקיים דיון על עניין זה וממילא לא ניתנה כל הנמקה מדוע למרות כל זאת יש לבטל את הנמקת וועדת הערר בעניין הבעלות הפרטית.

## תוכן עניינים

|         |                                                                                                                                                                                                                     |
|---------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 8.....  | הצדדים לעתירה                                                                                                                                                                                                       |
| 10..... | הגן הלאומי סובב חומות ירושלים ואתר עיר דוד                                                                                                                                                                          |
| 10..... | מיקומו המרכזי והרגיש של הגן הלאומי                                                                                                                                                                                  |
| 10..... | המצב הסטטוטורי התקף בגן הלאומי, באתר עיר דוד ובשטח התוכנית                                                                                                                                                          |
| 11..... | מהלכים שיטתיים החל משנות ה-90 למתן שליטה דה-פקטו וסמכויות ניהול לאלע"ד בגן הלאומי ובאתר עיר דוד, בהחלטות המוצגות גם כאילוץ הנובע מבעלותה הקודמת של אלע"ד בנכסים אסטרטגיים בגן                                       |
| 15..... | ההליכים בעניין 'מתחם דוידסון'                                                                                                                                                                                       |
| 18..... | התוכנית והליכי הדיון בה                                                                                                                                                                                             |
| 18..... | הדיון בוועדה המחוזית                                                                                                                                                                                                |
| 18..... | ההליך בוועדת הערר                                                                                                                                                                                                   |
| 19..... | הבקשה לפי סעיף 66 וההליך במועצה הארצית                                                                                                                                                                              |
| 20..... | בקשות העותרת לפי חוק חופש המידע לחשיפת המגעים בין היזמים או גורם אחר כלשהו לבין הפוליטיקאים שהובילו להליך לפי סעיף 66 ולהחלטה במועצה הארצית, וכן להבהרת נדירות ההליכים לפי סעיף 66                                  |
| 22..... | העדר הסכם כלשהו בין רט"ג ובין אלע"ד לגבי הקמת מרכז המבקרים והצטרפות רט"ג כיום נוסף לתוכנית; וכן: הפרויקט לא אושר בשום פורום או מוסד של רט"ג                                                                         |
| 23..... | הדיון בוועדת הערר בעניין קיומם של הסכמים בין אלע"ד לרט"ג ואישור הפרויקט במוסדות רט"ג                                                                                                                                |
| 24..... | <b>הטיעון המשפטי לסעד הראשון והעיקרי בעתירה – הבעלות הפרטית על בנין מרכז המבקרים</b>                                                                                                                                |
| 24..... | הדין מתיר הסתייעות בתפעול בלבד, ואוסר על העברת סמכויות ניהול ועל כבילת שיקול הדעת של הרשות הציבורית – בכלל, ולגבי רט"ג וגנים לאומיים בפרט                                                                           |
| 27..... | מרכז מבקרים בבעלות פרטית של אלע"ד – מצב מתמשך של ניגוד עניינים והשפעה לאינטרסים פרטיים                                                                                                                              |
| 30..... | "מרכז מבקרים" בבעלות פרטית כרוך בהכרח בהאצלת סמכויות החורגות מתפעול ובכבילה מתמשכת של שיקול הדעת של רט"ג                                                                                                            |
| 32..... | הדין קובע כי פרויקט בינוי אינו יכול להיות חלק מ'הסכם תפעול'                                                                                                                                                         |
| 34..... | בינוי פרטי של מרכז מבקרים אינו יכול לקיים את דרישת ה'דרוש במישרין' שבתמ"א 8                                                                                                                                         |
| 35..... | המדובר ב'מבנה ציבורי' מובהק, והבעלות בו אינה יכולה להיות פרטית                                                                                                                                                      |
| 36..... | <b>התייחסות למענה שניתן על-ידי וועדת הערר (והמשיבים) לטיעון העותרת נגד הבעלות הפרטית במבנה מרכז המבקרים - ס' 394-374 להחלטת וועדת הערר</b>                                                                          |
| 36..... | נימוק א' של וועדת הערר - הסכם התפעול שאושר על-ידי בג"ץ מאפשר את הקמת מרכז המבקרים בבעלות הפרטית של אלע"ד (סעיפים 374-380 להחלטת וועדת הערר)                                                                         |
| 39..... | נימוק ב' של וועדת הערר - אין ללמוד לענייננו מפס"ד אברמוביץ: פסק הדין בבג"ץ עיר עמים מאוחר וקונקרטי ולכן גובר על פס"ד אברמוביץ; אין המדובר בהעברת נכסים כמו באברמוביץ אלא בקרקע בבעלות אלע"ד (סעיפים 380-384 להחלטה) |
| 41..... | נימוק ג' של וועדת הערר - אין ללמוד מפס"ד בעניין מתחם דוידסון כיוון ששם התבססה ההכרעה על מערכת נסיבות ספציפית, השונה בענייננו (סעיפים 384-385 להחלטה)                                                                |
| 43..... | נימוק ד' של וועדת הערר - המגבלות שקבעה וועדת הערר לגבי הייעוד ולגבי השימושים מבטיחים שמקום יישמש למרכז המבקרים בלבד (סעיפים 392-393 להחלטת וועדת הערר)                                                              |
| 45..... | נימוק ה' של וועדת הערר - אין לשמוע טענות על חששות להפרת הוראות התוכנית בעתיד (סעיף 390 להחלטה)                                                                                                                      |
| 45..... | נימוק ו' של וועדת הערר - לרט"ג סמכויות סטטוטוריות שיבטיחו את קיום מטרת התוכנית ואי הפרת הוראותיה (סעיף 391 להחלטה)                                                                                                  |
| 47..... | מתחם התערבות רחב ביותר של בית המשפט                                                                                                                                                                                 |

|    |                                                                                                                                                                                               |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|    | <b>הטיעון המשפטי לסעד השני בעתירה – ביטול החלטת המועצה הארצית בשל ההתערבות הפוליטית בבקשה לפי סעיף 66 ובדיון במליאה עצמו</b>                                                                  |
| 47 | הבקשה לפי סעיף 66 של המשיב 7, חבר וועדת הערר עמית סופר, לעריכת דיון חוזר במליאת המועצה                                                                                                        |
| 48 | הקשר בין יזם התוכנית ו/או צד ג' לדרג הפוליטי במשרד המשפטים ומעורבות האחרון בקבלת הבקשה לפי סעיף 66 ולקבלת ההחלטה במליאת המועצה הארצית בניגוד לעמדת הדרג המקצועי שנציגו עמדה בראשות וועדת הערר |
| 49 | הדיון במועצה הארצית                                                                                                                                                                           |
| 52 | <b>הטיעון המשפטי לסעד השלישי בעתירה: ההבהרה של מזכירות המועצה הארצית לפיה החלטת המועצה הארצית ביטלה כביכול את הנמקת וועדת הערר שניתנה פה אחד</b>                                              |
| 52 | החלטת המועצה הארצית המאמצת את נימוקי וועדת הערר                                                                                                                                               |
| 53 | בקשת ההבהרה והמענה שניתן לה על-ידי מזכירות המועצה הארצית                                                                                                                                      |
| 54 | טיעון העותרת בעניין אי ביטול החלטת וועדת הערר על הנמקותיה וקביעותיה, שניתנו פה אחד                                                                                                            |
|    | גם קביעות שניתנו לא פה אחד, אך שאינן עוסקות בנפח הבניין, שהוועדה המחוזית הסכימה ולהן ותמכה בהן, ואשר וועדת הערר הסתמכה עליהן בדחיית טיעון הבעלות הפרטית, צריכות לעמוד על מכונן                |
| 56 |                                                                                                                                                                                               |

## **הצדדים לעתירה**

15. העותרת, עמותת "עיר עמים":

15.1. עיר עמים היא עמותה ישראלית בלתי-מפלגתית הפועלת במגמה שירושלים תהיה עיר תקינה

ושוויונית, תוך קידום התנאים לעתיד פוליטי יציב יותר בירושלים.

15.2. לעמדת העותרת, הענקת שליטה בנכס לאומי בעל חשיבות היסטורית וארכיאולוגית לגוף

פרטי – כל גוף פרטי – היא מהלך פסול. קל וחומר כשמדובר בגוף אידיאולוגי, שאין דבר

נייטרלי בהתנהלותו, ושהסמכויות הניתנות לו מתערבות ומתמזגות עם מטרותיו הפרטיות,

הפוליטיות והאידיאולוגיות.

15.3. העותרת הגישה התנגדות בעניין התכנית למשיבה 2, הוועדה המחוזית לתו"ב (התקבלה

חלקית), והגישה למועצה הארצית – וועדת הערר (לאחר קבלת רשות מיו"ר הוועדה

המחוזית) את הערר נשוא עתירה זו.

16. המשיבה 1: וועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית קיבלה את ההחלטה על אישור התוכנית תוך

צמצום היקפה ולענייננו דחיית טיעון הבעלות הפרטית של העותרת (נספח 1); המועצה הארצית

החליטה לקבל בקשה לפי סעיף 66 לדיון נוסף במליאה (נספח 34 להלן), ואשררה את ההחלטה הנ"ל

לענייננו מבלי שקיימה דיון נוסף בנושא זה (נספח 29ב). המועצה הארצית החליטה לשנות רכיב אחר

בהחלטת וועדת הערר, שמלכתחילה לא נכלל בעתירה זו (נפח הבניין).

17. המשיבה 2, הוועדה המחוזית לתו"ב, קיבלה את ההחלטה בהתנגדויות עליה הוגש הערר (ותמשיך לדון

בתוכנית למתן תוקף).

18. המשיבה 3, הוועדה המקומית לתו"ב ירושלים, המליצה לוועדה המחוזית על אישור התוכנית, וביחד עם

המשיבה 4 תמכו בתוכנית בדיונים בהתנגדות ובערר.

19. המשיבה 5, הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים (להלן גם – "רט"ג"):

19.1. רט"ג הינה רשות סטטוטורית הפועלת מכוח חוק גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, התשנ"ח-1998 [להלן – "חוק גנים לאומיים"], אשר הסמיכה לטפל "בכל ענייני שמורות הטבע והגנים הלאומיים".

19.2. רק בשלב האחרון של הדיונים בתכנית, ערב הפקדתה על-ידי הוועדה המחוזית, הצטרפה רט"ג כיום נוסף של התכנית לצדה של המשיבה 6 עמותת אלע"ד (כאשר השטח נשוא התכנית והמבנה שייבנה עליו בבעלות פרטית שלה).

20. המשיבה 6, חברת מעלה בית דוד בע"מ, חברת בת של עמותת "א.ל.ע.ד. – אל עיר דוד" [להלן – "עמותת אלע"ד" או "אלע"ד"], היא בעלת הזכויות בשטח ויזם התוכנית.

20.1. אלע"ד מזוהה עם הימין האידיאולוגי והפוליטי, ומטרותיה הפומביות הינן "חיזוק הקשר היהודי לירושלים לדורותיה וזאת על ידי סיורים, הדרכה, איכלוס והוצאת חומר הסברה", וכן "מתן שירותי הדרכה וחינוך תורני ציוני; פיתוח תיירותי בשטחי עיר דוד; תמיכה בפעילויות חינוך ותרבות בשטחי עיר דוד".

#### עוֹתֵק מִמִּטְרֹת הַעֲמֻתָּה מִצֹּרֶף לַעֲתִירָה זוּ וּמִסוּמָן נִסְפַח 6.

20.2. במרכז פעילותה של עמותת אלע"ד בשלושת העשורים האחרונים מצוי המאמץ לייחד את תחומי אתר עיר דוד (שכונת ואדי חילוה, פירוט להלן) שנתפס על ידה כתחומיה של העיר ירושלים בימי דוד המלך – ה"יהוד" בא לידי ביטוי הן במאמץ מתמשך לאכלוס יהודים בשכונה על-ידי רכישה באמצעות צד שלישי של נכסים בתחומי האתר מבעליהם הפלסטינים וקידום הכרזות של נכסים בתחומי האתר כנכסי נפקדים והקצאתם לאנשיה - פעולות המעוררות מתח רב בקרב תושבי השכונה הפלסטינים, והן ביזום פעילות חינוכית אידיאולוגית כולל פעילות תיירותית וכו' לציבור הישראלי הרחב ולתיירים בכלל<sup>4</sup>. בשנים האחרונות עוסקת אלע"ד ביזום פרויקטים התנחלותיים גם בחלקים אחרים במזרח ירושלים.

20.3. בעקבות מהלכי אלע"ד השונים היא רכשה לכאורה זכויות קניינות ו/או חוזיות בנכסים שונים בתחומי אתר עיר דוד (וכפי שיוצג להלן היא השתמשה בזכויות אלה כדי להשפיע על רט"ג ליתן לה סמכויות שונות בגן הלאומי, **שבאופן עקרוני רט"ג לא היתה מעוניינת לתת לה**). לעותרת אין דרך לבחון את אופן וחוקיות רכישת הזכויות בנכסים על-ידי אלע"ד, ואולם רט"ג הכירה בזכויות אלה. לפיכך, מבחינת העותרת המדובר בבעלות **לכאורה** בנכסים, ואולם מבחינת רט"ג מדובר בבעלות שאין עליה סימני שאלה, ולפיכך כך נתייחס לדברים בעתירה זו (ולכן בכל מקום בעתירה זו בו אנו מתייחסים לבעלות אלע"ד בנכסים, יש להוסיף לכך לעמדת העותרת 'לכאורה').

<sup>4</sup> כך תיארה אלע"ד את פעילותה במסגרת כתב הגנה שהגישה בתיק ת.א. 19168/91 פאטמה קרעין ואח' נ' אלע"ד ואח': "מטרתה העיקרית [של אלע"ד] היא חיזוק הקשר היהודי לירושלים לדורותיה בין בדרך של איכלוס ובין ברכים אחרות. אלע"ד שמה לה למטרה, בין היתר, לחזק את הקשר היהודי לעיר דוד ולאכלסה...".

המאחד את כל חברי הנהלת אלע"ד והנהלתה הוא הקשר העמוק שיש להם לירושלים ולדורותיה, ובעיקר לעיר דוד, והרצון להביא לחיזוק הקשר של העם היהודי אל העיר בכל דרך חוקית, בין ע"י איכלוסה ובין ברכים מקובלות אחרות..."

21. המשיב 7 הוא יו"ר המוא"ז מרום הגליל, אשר שימש (לראשונה) כחבר בהרכב וועדת הערר בתיק זה, ואשר למרות שלא אמר מילה אחת במהלך שני הדיונים שהתקיימו בתוכנית, הגיש את הבקשה לפי סעיף 6 לקיים דיון חוזר במליאת המועצה (דיון חוזר אליו לא טרח להתייבב – ועל כך להלן). העותרת טוענת, כי על פי הנסיבות פעולתו זו של סופר בוצעה בעקבות קשר פסול שקיים עמו, הפוסל את כשרותו של ההליך המעין שיפוטי שהתנהל במועצה הארצית.
22. המשיבים 8-11 הם בעלי עניין שהגישו ערר על החלטת הוועדה המחוזית והיו צדדים להליך בפני וועדת הערר, והם תמכו כולם בעמדת העותרת כאן. המשיבים 9 גם הגישו עתירה מטעמם נגד ההחלטה על אישור התוכנית (עת"מ (י-ס) 48044-05-16 אבו נאב נ' המועצה הארצית לתו"ב).

## **הגן הלאומי סובב חומות ירושלים ואתר עיר דוד**

### **מיקומו המרכזי והרגיש של הגן הלאומי**

23. ענייננו באתר "שברבדיו מקופלות אלפי שנות היסטוריה", כפי שתואר על ידי כב' השופטת ארבל בפסק דינה בבג"ץ 9253/08 נואל קראעין ואח' נ' רשות העתיקות ואח' (15.9.09, ל"פ).
24. "גן לאומי סובב חומות ירושלים" הינו גן לאומי מוכרז המשתרע על כ-1100 דונם סביב חומות העיר העתיקה בירושלים. הגן כולל חלקים גדולים של ה"אגן הקדוש", חולש על אחד המקומות הקדושים, העתיקים, והרגישים של הסכסוך הישראלי-פלסטיני בהווה. חלק גדול משטח הגן הלאומי, נמצא בשטחה של שכונת סילוואן, בה מתגוררים כ-31 אלף פלסטינים.
25. אחד מהאתרים המצויים בתחומי הגן הלאומי סובב חומות ירושלים הוא אתר עיר דוד שבשכונת סילוואן. השטח נשוא התוכנית והעתירה בו מוצע להקים את מרכז המבקרים נמצא בשולי סילוואן, והוא הוכנס לרשימת אתרי עיר דוד בהסכמי רט"ג – אלע"ד (להלן).

### **המצב הסטטוטורי התקף בגן הלאומי, באתר עיר דוד ובשטח התוכנית**

26. על שטח הגן הלאומי חלות התוכניות המקומיות הבאות:
- 26.1. **תוכנית מתאר מקומית עמ/6 משנת 1969** - שייעדה את השטחים סביב החומות לגן לאומי. מטרת התוכנית הייתה ליתן הנחיות עקרוניות לתכנון תוכניות מפורטות בשטח התוכנית, אשר יבטיחו את שימור ופיתוח הגן לדורות הבאים.
- 26.2. **תכנית מתאר מקומית עמ/9 משנת 1970** - הקובעת לגן ייעוד שטח ציבורי פתוח, אשר **אסורה בו כל בנייה**. כן נקבע בתוכנית **איסור מוחלט על בנייה כלשהי ברצועה של 75 מ' מחומות העיר עתיקה**, וזאת על-מנת להבטיח חיץ בין החומות לבין הבנייה (מעבר לרצועת ה-75 מ' מתירה עמ/9 בנייה באופן יחסי להתרחקות מהחומה).
- בהתאם להוראות עמ/6 ו-עמ/9, שטח התוכנית נשוא עתירה זו מיועד לשצ"פ, ואסורה בו כל בנייה מכל סוג – הן בשל ייעודו כשצ"פ והן בשל מיקומו בתוך החיץ המשיק לחומות האסור לבנייה.**

26.3. **תוכנית המתאר החדשה לירושלים** – ירושלים 2020 (אושרה להפקדה אך טרם הופקדה) – תוכנית זו מהווה עבור הוועדה המחוזית 'מסמך מדיניות', אשר בהתאם להצהרותיה מנחה אותה בדיונים בתוכניות המובאות לפניה. תוכנית זו משמרת את האיסור העקרוני על בנייה במרחק של 75 מ' מחומות העיר העתיקה.

27. בנוסף, על שטח התוכנית חלה תמ"א 8 – **תוכנית המתאר הארצית לגנים לאומיים שמורות טבע ושמורות נוף משנת 1981**.

27.1. סעיף 1 לתמ"א 8 מאפשר בנייה בגן לאומי כדלקמן:

"שטח הנועד לשמש לצרכי נופש של הציבור בחיק הטבע או להנצחת ערכים שיש להם חשיבות היסטורית, ארכיאולוגית, אדריכלית או נופית וכיוצא באלה, בין שנשאר בטבעו ובין שיוקן לשמש מטרה זו על-ידי נטיעת עצים או התקנת מתקנים או הקמת מבנים הדרושים במישרין לשימושים אלה".

27.2. סעיף 8 לתמ"א 8 מאפשר הקמת מתקנים מיוחדים בתחום גן לאומי או שמורת טבע, שאינם קשורים לגן הלאומי (תחנות מיתוג וטרנספורמציה, מרכזיות טלפונים, מכוני מים), באישור המועצה הארצית.

27.3. סעיף 11 לתמ"א 8 מאפשר לאשר בתוכנית מבנים לתכליות אחרות, ובלבד ש"אלה **דרושות** להשגת הייעוד העיקרי של הגן הלאומי".

לשם הנוחות מצורפים תקנוני תמ"א 8, עמ' 9 ו-עמ' 6 ומסומנים נספח 7א', 7ב' ו-7ג בהתאמה.

### **מהליכים שיטתיים החל משנות ה-90 למתן שליטה דה-פקטו וסמכויות ניהול לאלע"ד בגן הלאומי ובאתר עיר דוד, בהחלטות המוצגות גם כאילוץ הנובע מבעלותה הקודמת של אלע"ד בנכסים אסטרטגיים בגן**

28. החלטת רט"ג ומוסדות התכנון לאפשר לאלע"ד להקים את מרכז המבקרים נשוא עתירה זו- החלטה שמשמעה שהנכס האסטרטגי הנ"ל יהיה בבעלות פרטית של אלע"ד - הינה חוליה נוספת ברצף החלטות מינהליות שהתקבלו על-ידי רשויות ופטרונים פוליטיים שונים במהלך השנים, החל מראשית שנות ה-90 של המאה הקודמת, בהליכים מפקפקים או בלתי תקינים ממש, תוך הפרה של כללי יסוד במשפט הציבורי, ובמטרה להפוך את אלע"ד ל"בעלת הבית" באתר.

29. הליכים אלה פורטו בהרחבה בכתב העתירה בבג"צ 5031/10 (נספח 11 להלן; סעיפים 32-47 – להלן: **"בג"צ עיר עמים"**). במסגרת זו נעמוד על הדברים בקליפת האגוז בלבד:

29.1. תחילה היו סמכויות ניהול הגן בידי עיריית ירושלים, לאחר שרט"ג האצילה לה אותן. מינהל מקרקעי ישראל ניהל את אדמות המדינה שבתוך האתר.

29.2. בשנת 1992 או בסמוך, העניק מינהל מקרקעי ישראל אישור לתכנון למשרד הבינוי והשיכון, וזאת בקשר למתחם של אדמות מדינה בן כ-17.5 דונם באתר עיר דוד. לצורך תכנית זו נשכרה אלע"ד – ללא מכרז - כמנהלת הפרוייקט מטעם משרד הבינוי והשיכון, והכינה תכנית

לבניית 200 יחידות דיור בעיר דוד. תכנית זו נגנזה לאחר שהשר אריאל שרון סיים את תפקידו כשר הבינוי והשיכון.

29.3. בשנת 1997 הורה שר התשתיות דאז, אריאל שרון, למינהל מקרקעי ישראל, לחתום על הסכם שיעביר לאלע"ד את סמכויות הניהול של ממ"י באדמות המדינה המצויות בשטחי האתר התיירותי (להלן: "הסכם ממ"י-אלע"ד"), ללא מכרז וללא הליך של פטור ממכרז. ואכן, **ביום 1.7.97 חתם ממ"י על הסכם הרשאה עם אלע"ד המסמיכים אותה לשמור ולהחזיק בגן הארכיאולוגי שבאתר "עיר דוד" (שטח בן כ- 26,000 מ"ר) לפרק זמן של שבע שנים**.

29.4. במקביל פתחה עיריית ירושלים במשא ומתן עם אלע"ד על מנת להאציל לה בחוזה את סמכויות האחזקה, השמירה והניהול שהואצלו לעירייה ממינהל מקרקעי ישראל בחוזה עם רשות הגנים הלאומיים. למיטב ידיעת העותרת, על אף שלא ידוע האם נחתם הסכם בין עיריית ירושלים ואלע"ד, דה-פקטו הסמיכה עיריית ירושלים את אלע"ד לבצע פעולות תחזוקה מסוימות באתר בשמה כבר באמצע שנות התשעים, ללא מכרז.

29.5. הסכם ההרשאה בוטל בעקבות עתירות לבג"ץ על העברת זכויות מממ"י לאלע"ד שלא כדין: בג"ץ 3477/98 עמותת עיר שלם ואח' נ' שר התשתיות הלאומיות ואח' (ל"פ) ובג"ץ 8954/98 יורם צפריר ואח' נ' ממ"י ואח' (ל"פ) – עתירה של עשרות ארכיאולוגים שתקפה חוקיות התקשרויות של ממ"י ועיריית ירושלים עם אלע"ד.

29.6. **בתגובה לעתירות ביטל ממ"י בחודש מרץ 1999 את הסכם ההרשאה שנחתם עם עמותת אלע"ד**. בג"צ הורה על מחיקת ודחיית העתירות תוך עיגונה בפסק הדין של הודעת מינהל מקרקעי ישראל על ביטול ההתקשרות.

עותק פסקי הדין בבג"צ יורם צפריר ובבג"צ עיר שלם מצ"ב ומסומן נספח 8.

30. יחד עם זאת, ובלי קשר לשאלת ההסכמים הבלתי חוקיים שנחתמו עמה ובוטלו בעקבות העתירות לבג"ץ, לאלע"ד נותרו זכויות קנייניות וחוזיות בנכסים שונים ברחבי השכונה והאתר הארכיאולוגי: את חלקם רכשה בהליכים שונים ומשונים, ואת חלקם קיבלה מגופים ציבוריים כגון מינהל מקרקעי ישראל, האפוטרופוס לנכסי נפקדים, קק"ל וחברת הבת שלה הימנותא (גם זאת בהליכים שלפחות חלקם נקבעו כבלתי תקינים<sup>5</sup>).

**כך נוצר מצב שבלי קשר לביטול הסכמי הניהול הבלתי חוקיים, אלע"ד נותרה בעלת הזכויות הקנייניות והחוזיות במספר נכסים לא קטן, לרבות כאלה שהם מוקדי עניין מרכזיים לביקור.**

31. לאחר איחודן של רשות שמורות הטבע ורשות הגנים הלאומיים והיווצרות רשות הטבע והגנים הלאומיים (רט"ג), החליטה רט"ג להחזיר לידיה את סמכות ניהול הגן הלאומי וחתמה לשם כך בשנים 1999-2000 הסכמים עם מינהל מקרקעי ישראל ועם עיריית י-ם. דא עקא, כפי שהסבירה רט"ג עצמה מספר שנים לאחר מכן בתגובתה המקדמית לבג"צ 5031/10 (בג"צ עיר עמים) (יצורף ויסומן נספח 13, להלן), ניסיונה של רט"ג לנהל את האתר התיירותי בין השנים 2000-2003 הוכשל על-ידי אלע"ד,

<sup>5</sup> .לסקירת האופן בו רכשה אלע"ד זכויות בסילואן ראו בדו"ח הועדה לבדיקת מבנים במזרח ירושלים משנת 1992, בראשות מנכ"ל משרד המשפטים דאז, מר חיים קלוגמן – מצ"ב ומסומן נספח 9

**אשר ניצלה את ניצלה את שליטתה בנכסים אסטרטגים באתר כדי למנוע מרט"ג לנהל את האתר ולפתחו באופן שלם ומקיף כנדרש<sup>6</sup>.**

**רט"ג הסבירה בתגובתה המקדמית האמורה כי הכשלת אלע"ד את הניהול הישיר של האתר על ידה הינה הרקע לחתימת ההסכם עמה בשנת 2005 (נספח 10 להלן).**

32. בעקבות חוסר יכולתה של רט"ג לגישה להתגבר על מצב הדברים בשטח, היא חתמה ביום 7.3.05 הסכם עם אלע"ד, בו העניקה לאלע"ד סמכויות ניהול ותפעול נרחבות באתר (לרבות הסמכות להפעיל את האתר התיירותי, להקים מרכז הדרכה, להיות אחראית על השיווק, תחזוקה, תפעול, תוכניות פיתוח, גביית אגרות הכניסה, פרסום, שימור ארכיאולוגי, להמשיך להפעיל מיזמים כלכליים בשטח האתר ועוד). על-פי ההסכם נקבע כי חילוקי דעות יוכרעו בפורום משותף בו לכל אחד משני הגופים משקל זהה (סעיף 3 לפסה"ד בבג"ץ עיר עמים).

ההסכם, שהוסתר שנים מפני הציבור ונחשף רק בעקבות מהלכים משפטיים (ר' לעניין זה את הביקורת שמותח בית המשפט העליון על חוסר השקיפות - הפסקה החותמת את פסק דינה של כב' השופטת חיות בבג"ץ עיר עמים), מצ"ב ומסומן **נספח 10**.

33. בשנת 2010 הגישה העותרת דכאן יחד עם שמונה אנשי רוח ואקדמיה, את בג"צ 5031/10 עיר עמים ואח' נ' רט"ג ואח' שעניינו חוקיות ההסכם זה משנת 2005 בין רט"ג ואלע"ד. בעתירה נטען כי ההתקשרות הינה האצלה אסורה של סמכויות ניהוליות לגוף פרטי, לוקה בחוסר סבירות קיצוני לנוכח טיב והיקף הסמכויות שהועברו, אופי האתר ואופיה הפוליטי של אלע"ד, יוצרת ניגוד עניינים חמור ונוגדת את חובת רט"ג להקצות את משאביה באופן שוויוני ואת הוראות דיני המכרזים.

העתק כתב העתירה (ללא הנספחים) בבג"צ עיר עמים מצ"ב ומסומן **נספח 11**.

34. **במסגרת תגובתה לעתירה הבהירה פרקליטות המדינה כי לעמדתה, רט"ג אינה רשאית להאציל סמכויות ניהול של הגן הלאומי, אלא להסתייע באלע"ד לצורך תפעולו בלבד, ולשם כך נדרש לערוך בהסכם מספר תיקונים שנועדו להבטיח שהמדובר בהסתייעות בתפעול ולא בהאצלת סמכויות ניהול (ר' סעיפים 27-38 לתגובה המקדמית של המשרד להגנת הסביבה). גם רט"ג הסכימה בתגובתה, כי לאור תגובתה המקדמית של המדינה, יש לערוך בהסכם שינויים.**

העתק תגובתו המקדמית של המשרד להגנת הסביבה לבג"צ עיר עמים מצ"ב ומסומן **נספח 12**.

העתק תגובתה המקדמית של רט"ג לעתירה בבג"צ עיר עמים מצ"ב ומסומן **נספח 13**.

35. בפיקוח בית המשפט ובמעורבות הפרקליטות ערכו רט"ג ואלע"ד תיקונים בהסכם. לאחר עריכת תיקונים אלה ושמיעת טענות הצדדים קבע בג"ץ כי **ניתן לראות בהסכם כהסכם לתפעול האתר**

<sup>6</sup> ובמילותיה של רט"ג בתגובתה המקדמית לבג"ץ מיום 25.10.11 (נספח 13 להלן, סי' 30): "זכויות אלה של אלע"ד בתוך שטח הגן הלאומי הביאו לניגוד אינטרסים מובהק ולמחלוקות שירדו לשורשן של עניין ומנעו את ניהולו... נתגלעו בין המשיבה [רט"ג] לאלע"ד חילוקי דעות רבים שהביאו לעצירה כמעט מוחלטת של פיתוח הגן... ניהול הגן ביום הפך לכמעט בלתי אפשרי שכן הצדדים לא הצליחו להגיע למנגנון מוסכם שיסדיר התנהלות תקינה. כך למשל, בנושא גביית כספים נגבו מהמבקר בשערי הגן הן אגרת כניסה ע"י המשיבה... והן תשלומים אחרים שנגבו ע"י אלע"ד עבור שירותים שנתנה באתרים שבחזקתה... כמו כן פעלו בשטח שני מרכזי הדרכה, אחד מטעם העמותה ואחד מטעם הרשות אשר הפריעו זה לפעילותו של זה וטירפדו פעילויות האחד למשנהו. למעשה לא ניתן היה לנהל את האתר... תדמית המקום היתה בשפל המדרגה". גירסא זו מתיישבת עם גירסתה של אלע"ד כפי שהובאה בתגובתה המקדמית לבג"ץ (סי' 15): "עם העברת החזקה בקרקעות המדינה לידי רט"ג נוכחה רט"ג לדעת כי תחזוקו השוטף של האתר והפעלתו במתכונת הרצויה מחייב התחשבות בזכויותיה של אלע"ד, ובהמשך לכך החלו... לקיים מגעים בנוגע לתפעול האתר בידי אלע"ד".

**התיירותי, המהווה הסתייעות מותרת.** זאת, בין היתר, לאור זכותה של רט"ג לשקול את עובדת קיומן של זכויות לאלע"ד בחלק מהנכסים התיירותיים בעיר דוד. בית המשפט העיר מספר הערות שמטרתן להבטיח שתישמר ההבחנה בין העברת סמכויות ניהול אסורות וסמכויות תפעול מותרות, ובכפוף לכך הורה על דחיית העתירה. העתק פסק הדין צורף וסומן **נספח 14**.

[יצוין, כי וועדת הערר הסתמכה בהכרעתה גם על פסק דין זה, ומכאן חשיבותו הישירה לענייננו].

**36. וכך תיארה בהליך אחר המדינה את פסק הדין בבג"צ עיר עמים:**

"... רק לאחר שנוהל הליך ממושך של תיקון הוראות ההסכם בפיקוח בג"ץ, והשמטת כל הוראה שעניינה ניהול האתר מההסכם – אישר בג"ץ את ההסכם, בקובעו כי אצילת סמכות ניהול אתר עיר דוד לגוף פרטי פסולה, אולם הסתייעות בו לשם תפעול **באותן נסיבות של חוסר ברירה – מותרת**".

[סעיף 12 סיפא לעיקרי הטיעון של המדינה בע"א 43931-10-14 (להלן), צוטט בסעיף 57 לפסק דינו של כב' השופט דרורי].

וכן:

"[פסק הדין בבג"צ עיר עמים עסק] בבחינת הסכם בדיעבד, במצב בו שיתוף הפעולה עם אלעד כבעלת המקרקעין היה חיוני... וודאי שלא ניתן ללמוד ממנו חובה מלכתחילה על המדינה להתקשר עם גוף פרטי בהסכם לניהול או להפעלת אתר רגיש כמו הגן הארכיאולוגי" [סעיף 14 לעיקרי הטיעון הנ"ל, ס' 59, שם].

37. בית המשפט העליון הבהיר עם זאת בפסק דינו כי אינו עוסק בהיבט המכרזי של ההתקשרות בין רט"ג לאלע"ד והפנה את העותרת לבית המשפט המינהלי לטעון נגד היבט זה של ההתקשרות.

38. העותרת הגישה אפוא עתירה לבית המשפט המינהלי נגד הארכת ההתקשרות בין רט"ג לבין עמותת אלע"ד להפעלת עיר דוד ללא מכרז וללא הליכי פטור ממכרז. **העתירה התקבלה על-ידי בית משפט זה, כב' השופטת בן-אור** (עת"מ 11975-04-12 עיר עמים נ' רט"ג ואח' (2012)).

פסק הדין בעת"מ 11975-04-12 מצ"ב ומסומן **נספח 15**.

39. בעקבות העתירה קיבלה רט"ג החלטה על התקשרות עם אלע"ד לתפעול אתר עיר דוד בפטור ממכרז. **רט"ג נימקה את החלטתה להעניק לאלע"ד את סמכויות ה"תפעול" באתר בכך שאלע"ד הבהירה לה, שאם סמכויות התפעול לא יינתנו לה, היא לא תשתף פעולה עם ניהולו / תפעולו על-ידי רט"ג או כל גוף אחר, ולא תאפשר גישה לאתרים האסטרטגיים מבחינה תיירותית שנמצאים בבעלותה / חזקתה.**

40. לפיכך, לפי נימוקי ההחלטה, בניגוד לעמדתה העקרונית של רט"ג עצמה כי גנים לאומיים צריכים להיות מנוהלים בפועל על-ידה, הרי שלנוכח חוסר יכולתה לכפות על אלע"ד שיתוף פעולה, היא עורכת את ההסכם עמה כדי להבטיח שהאתר על כל נקודות העניין שבו יתפקד ויהיה נגיש לציבור (המדובר בהנמקה דומה להסברים שנתנה רט"ג בתגובתה לבג"צ עיר עמים מדוע התקשרה עם אלע"ד בהסכם ב-2005 שנתקף באותה עתירה). כך הובהרו הדברים על-ידי סמנכ"ל רט"ג:

**"מבהיר כי בדיונים עם עמותת אלע"ד הודיעה העמותה באופן ברור וחד משמעי, כי לא תסכים להעביר את הנכסים שבשליטתה בג"ל עיר דוד לתפעול כל גוף אחר, לרבות רשות הטבע והגנים.**

נושא זה הובהר גם בכתב במכתב מעמותת אלע"ד מיום 22.10.2012. לאור כך **ובאם הרשות רוצה לאפשר לציבור להמשיך ולבקר בנכסים אלו לא קיימת כל אפשרות אחרת והם היחידים היכולים לתפעל את הנכסים."**

ור' גם את סעיף 3 לסיכום דיוני הוועדה, החוזר ומדגיש את הצהרתה המפורשת של אלע"ד, כי אם לא יגיעו איתה להסכמות "לא תאפשר לצד אחר כלשהו לתפעל את הנכסים".

כלומר, על-פי הצהרותיה הברורות של רט"ג, אלע"ד עשתה שימוש בנכסים אסטרטגיים שמחזיקה בסילוואן בבעלותה הפרטית, שמהווים מוקדי עניין מרכזיים בביקור באתר, כדי לאלץ את רט"ג לפעול בדרך מסויימת (המנוגדת לעמדתה העקרונית של רט"ג) ולהתקשר איתה. עניין זה חיוני לענייננו, שכן הוא מאיר באור המציאותי והנכון את אמירות המשיבות היום, כי אין חשש לבנות את מרכז המבקרים האסטרטגי כמבנה פרטי של אלע"ד, שכן לרט"ג יש "די אמצעים להכתיב את אופן ניהולו". המציאות מוכיחה שחור על גבי לבן את ההיפך.

הפרוטוקולים של דיוני וועדת המכרזים של רט"ג על התקשרות בפטור ממכרז עם אלע"ד והחלטתה הסופית של וועדת הפטור מיום 7.2.2013 מצ"ב ומסומנים **נספח 16**.

41. בעקבות ההחלטה על פטור ממכרז אושרה ההתקשרות בין רט"ג ואלע"ד בכפוף לתיקונים ולהערות בית המשפט העליון, וזו למיטב ידיעת העותרת בתוקף עד ליום זה.

42. ביום 21.3.2012 חתמו רט"ג ואלע"ד על הסכם שהוכתר כ"הסכם תפעול". הסכם זה בתוקף למיטב ידיעת העותרת גם כיום. העתק "הסכם תפעול" האתר התיירותי בגן הלאומי בין רט"ג ואלע"ד מיום 21.3.2012 מצ"ב ומסומן **נספח 17**.

### **ההליכים בעניין 'מתחם דוידסון'**

43. להשלמת התמונה יצוין כי בשנת 2013 התקשרה החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בהסכם עם עמותת אלע"ד שהעביר לידיה את ניהול "מתחם דוידסון" המצוי בגן הארכיאולוגי הסמוך לגן הלאומי ולשטח התכנית נשוא עתירה זו (מעברו השני של הכביש, בצמוד לחומת העיר העתיקה – להלן: "הסכם מתחם דוידסון"). **המדינה הגישה תביעה לביטול ההסכם, בין היתר בטענה שהוא מעביר סמכויות ניהול מובהקות לאלע"ד.**

44. **בית משפט השלום בירושלים (כב' השופט בורשטיין) הורה על בטלות ההסכם** בין היתר משום שמעביר לאלע"ד סמכויות ניהול, כגון הסמכות לפתח ולבנות באתר (סעיף 22 לפסק הדין).

פסק הדין בת.א. (י-ם) 60379-03-14 מדינת ישראל נ' החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ (2014) מצ"ב ומסומן **נספח 18**.

45. תוצאת פסק דין זה נהפכה בפסק דינו של בית המשפט הנכבד (כב' השופט דרורי; לתוצאת פסק הדין הצטרפו השופטים חשין ושחם) בע"א 43931-10-14 עמותת א.ל.ע.ד נ' מדינת ישראל (פס"ד מיום 12.10.15). כב' השופט דרורי פסק (ולתוצאה זו (אך לא להנמקה) הצטרפו יתר

שופטי המותב) כי לאור העובדה שהסכם בנוסח דומה אושר במסגרת בג"צ 5031/10 (בג"צ עיר עמים), המדינה לא הראתה טעם משפטי המצדיק את האקט הקיצוני של ביטול החוזה שנחתם בין החברה לפיתוח הרובע ובין אלע"ד. בקשת רשות ערעור שהגישה המדינה תלויה ועומדת (רע"א 7681/15 מדינת ישראל נ' פלוני ו-2 אח'; ביצוע פסק הדין עוכב עד להכרעה בערעור). בשל החשיבות לענייננו, נעמוד על כמה מהקביעות בפסק הדין של כב' השופט דרורי:

45.1. עיקר הניתוח בחוות דעתו של כב' השופט דרורי (סעיפים 85-121) מוקדש לשאלה האם היווה בג"ץ 4289/00 אברמוביץ הדי נ' ראש ממשלת ישראל [פורסם בנבו] (2012) "הלכה מחייבת" של בית המשפט העליון. כב' השופט דרורי השיב לשאלה זו בשלילה, בציינו שבאותו מקרה לא העניק בסופו של דבר בג"צ את הסעד לו עתרה המדינה (ביטול חוזי חכירה) מהטעם שמדובר היה בנסיבות העניין ב"מעשה עשוי". כב' השופט דרורי הדגיש כי הקביעות העקרוניות בבג"צ אברמוביץ, במסגרתן נקבע, כעניין עקרוני וצופה פני עתיד כי "**מתחמי קרקע בעלי ייחוד היסטורי-ארכיאולוגי, תרבותי, דתי או לאומי צריכים להישאר בידיה של הרשות הציבורית, כנאמן של הציבור שלשמו מוחזקים אותם אתרים, ולמענו עוסקים בשימורם**" – נאמרו במעמד של אמירות אגב (אוביטר).

45.2. לעניין פרשת אברמוביץ' קבע כב' השופט דרורי כי "אם הכשיר בית המשפט העליון, בטעם הפסק של בג"ץ אברמוביץ, חוזה חכירה לדורות של החברה לשיקום הרובע ... הרי בקל וחומר, בן בנו של קל וחומר, רשאית החברה לשיקום הרובע לערוך חוזה למספר שנים קצוב – הרחוק מחכירה לדורות – עם עמותת אלעד" (סעיף 99 לחוות דעתו). פסק הדין לא עסק, לפיכך, בהשלכות עניין אברמוביץ על יצירת מצב משפטי חדש בו אלע"ד היא הבעלים של אתר רגיש, שלציבור אינטרס משמעותי בו.

45.3. כב' השופט דרורי קבע שבית המשפט העליון אישר בבג"צ עיר עמים את חוקיות ההסכם בין רט"ג לאלע"ד ושלפיכך אין בסיס לטענות המדינה נגד ההסכם (שתוכנו דומה) שנחתם בין החברה לפיתוח הרובע לאלע"ד (סעיפים 148-151)

45.4. כב' השופט דרורי גם קבע שכצד להליך בבג"צ עיר-עמים, המדינה **מושתקת**<sup>7</sup> מלטעון נגד חוקיות הסכם מתחם דוידסון, שהינו קרוב בתוכנו להסכם שנחתם בעניין אתר עיר דוד (סעיף 152 לפסק הדין).

45.5. כב' השופט דרורי דחה את טענת המדינה כי יש להבחין בין נסיבות בג"צ עיר עמים (בו נתקף הסכם שהיה בתוקף משך כחמש שנים במועד הגשת העתירה) לבין נסיבות הסכם מתחם דוידסון, וקבע כי גם בעניין האחרון ההסכם כבר נחתם ועמד בתוקפו במועד הגשת התביעה (סעיף 153 לפסק הדין).

<sup>7</sup> "הן המדינה והן אלעד היו צד להליך בבג"ץ עיר עמים. מבחינה זו, הקביעות של בית המשפט העליון (גם אם נאמרו לעניין סוגיה "קרובה" של חוזה עם רשות הגנים, ולא עם החברה לפיתוח הרובע), מחייבות את שני הצדדים. לא ברור, כיצד טוענת המדינה בפנינו, כנגד פסק דין של בית המשפט העליון, שלו הייתה שותפה, ואף נטלה חלק בעיצוב אותן טיוטות ראשונות וסופיות של הסכם, שלבסוף נקבע על ידי בית המשפט העליון כי הוא חוקי וכשר, ותוצאתו היא דחיית העתירה, וקבלת עמדת אלעד, עד תומה".

45.6. כפועל יוצא, לא עסק פסק הדין כלל בשאלת השלכות בג"צ עיר עמים על החלטה מינהלית חדשה, שנתקפה משפטית טרם נכנסה לתוקף, להתקשר עם אלע"ד ביחס לנכס בעל ערך ציבורי שעדיין אינו קיים, ושבמצב המשפטי הקיים אין לאלע"ד זכות להקימו (ובנסיבות בהן כלל אין הסכם בין הצדדים).

45.7. פסק דינו של כב' השופט דרורי לא עסק כלל בטענת המדינה כי יש להבחין בין הסכם תפעול שנועד לאפשר תפעול הגן הלאומי בנסיבות בהן לאלע"ד כבר יש זכויות באתר, כמו בבג"צ עיר עמים, לבין מצב בו נמסרות לאלע"ד זכויות חדשות.

45.8. פסק הדין הארוך והמפורט של כב' השופט דרורי, בו הוקדשו 33 סעיפים (130-163) להשלכות בג"צ עיר עמים לעניין מתחם דוידסון, לא נגע ולו ברמז בטעמים שהציגו המדינה, רט"ג ורשות העתיקות לאילוץ להתקשר עם אלע"ד בעניין עיר דוד – העובדה שהשתמשה בזכויותיה באתר כדי לכפות על רט"ג את חתימת ההסכם עמה והודיעה שתסכל הפעלת האתר אם לא תינתן לה השליטה בו (ראו בסעיף 36 לעיל). יש לשער כי התעלמותו של כב' השופט דרורי מסוגיה מכרעת זו נובעת בחלקה מכך שפסק דינו ניזון רק מהאמור בפסק הדין בבג"צ עיר עמים (ולא מכתבי הטענות שהוגשו באותו הליך ושהוצגו לעיל – ראו נספחים 12-13 לעיל) וודאי שלא מהחלטות מינהליות שהתקבלו לאחר ההליכים בבג"צ ובבית המשפט המנהלי (בעניין חוקיות הפטור ממכרז) – ראו את לשון ההחלטה על פטור ממכרז שקיבלה רט"ג – נספח 16 לעיל.

45.9. כב' השופט דרורי כן הבחין בין ההסכם בעניין עיר-דוד (בג"צ עיר-עמים) ובין הסכם מתחם דוידסון, וקבע כי בעניין האחרון לא מתעוררת שאלת האצלת הסמכויות במלוא עוזה שכן לא מדובר בהאצלת סמכויות של גוף סטטוטורי (כגון רט"ג) אלא בחברה ממשלתית שפעולתה בתחום המשפט הפרטי. בלשון פסק הדין (סעיף 155):

"אם כנגד גוף סטטוטורי, דהיינו: הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים, הכפוף כולו למשפט הציבורי, ואוסר אצילת סמכויות, התיר הבג"ץ את החוזה בין אלעד לבין אותה רשות, לא כל שכן שיש להתיר חוזה כזה מול החברה לפיתוח הרובע, שהיא בתחום המשפט הפרטי, בעיקרה. גם אם אקבל את עמדת המדינה בדבר ההיבט הציבורי של פעילות החברה לפיתוח הרובע, באזור מתחם דוידסון, עדיין, מדובר בהיבט ציבורי "חלש", מול ההיבט הציבורי "החזק", בבג"ץ עיר עמים, שכן, כאמור, שם ניצבה רשות שלטונית, כמוסבר לעיל".

45.10. לקביעה זו של בית המשפט חשיבות מיוחדת, שכן כב' השופט שחם, שהצטרף לתוצאת פסק הדין (לא להנמקה) הקדיש את חוות דעתו הקצרה להבהרה כי לדידו, ההסכם בין החברה לפיתוח הרובע לאלע"ד אכן מעביר לאלע"ד סמכויות ניהול, אולם לאור העובדה שהסמכויות המועברות אינן סמכויות סטטוטוריות (כמו במקרה של רט"ג - הסמכות לנהל גן לאומי) אין לומר כי ההסכם נוגד את תקנת הציבור באופן המצדיק ביטולו. ראו בסעיפים 3-5 לחוות דעתו של השופט שחם:

"...עולה מכל האמור, כי לאלעד ניתנו בפועל כוחות הנוגעים במישרין לניהול המרכז.

4. בה בעת, ההסכם הותיר בידי החברה לשיקום את שיקול הדעת המנהלי הכרוך בקבלת החלטות הנוגעות למדיניות שיש ליישם באתר ובניהולו, ולא

רוקן מתוכן את הסמכות שנמסרה לחברה (ראו סעיפים 5 – 6 להסכם; ראו גם סעיף 25 לו). לכך יש להוסיף את השוני, עליו עמד חברי, כב' השופט דרורי, בין המקרה שנדון בעניין עיר עמים, אשר עסק ברשות הטבע והגנים, ובין המקרה הנוכחי, בו לא עומדות על הפרק סמכויות סטטוטוריות הדומות לאלה שנדונו באותה פרשה. נוכח מכלול שיקולים אלה, ובשים לב להערותיו של חברי ביחס לקביעות בפסק הדין בעניין אברמוביץ, אני סבור כי לא ניתן לאשר את הקביעה העולה מפסק הדין, לפיה ההסכם נגוע, בהקשר זה, בסתירה לתקנת הציבור".

45.11. כב' השופט חשין הסכים אף הוא לתוצאה (לא להנמקה) של חוות דעת השופט דרורי, וכן הצטרף בהסכמה להערותיו של השופט שחם (עמ' 59).

46. על פסק דין זה הגישה כאמור המדינה בקשת רשות ערעור (רע"א 7681/15 מדינת ישראל נ' פלוני ו-2 אח'), וביצוע פסק הדין עוכב עד לדיון בבקשת רשות הערעור. יצוין כי בטיעוניה בערכאות השונות העלתה המדינה טענות דומות ביותר לטענות שמועלות על-ידי העותרת כאן (ונביא דוגמאות להלן במסגרת הטיעון), עד כדי כך, שעולה כלפיה טענת מניעות לטעון הפוך כאן.

### התוכנית והליכי הדיון בה

#### הדיון בוועדה המחוזית

47. לשם הקמת הפרויקט נדרש אישורה של תוכנית בסמכות הוועדה המחוזית, שכן כאמור, במצב הסטטוטורי התקף אסורה במקום כל בנייה מכל סוג. התוכנית הוכנה על-ידי עמותת אלע"ד במשך זמן רב, ונדונה על-ידה מול עיריית ירושלים, גורמים רלוונטיים כמו רשות העתיקות, לשכת התכנון המחוזית והוועדה המחוזית. רק ערב הפקדתה, ולאחר שפרטיה העיקריים כבר היו מגובשים לחלוטין, הצטרפה גם רט"ג כיזם התוכנית, לצד אלע"ד.

48. התוכנית הופקדה להתנגדויות הציבור בקיץ 2013. העותרת לצד נוספים התנגדה לתוכנית. בהתנגדות העותרת נכללו טענות שונות, לרבות נגד תכנון המבנה המוצע, וכן הטענות המובאות עתה בעתירה בעניין הבעלות הפרטית על הבניין. בין המתנגדים לתוכנית היו גם אנשי ציבור ואדריכלים בעלי שם.

כתב ההתנגדות שהוגש על-ידי העותרת (ללא נספחים) מצורף ומסומן נספח 22.

49. ביום 3.4.2014 נתנה ועדת המשנה להתנגדויות של הוועדה המחוזית את החלטתה בתוכנית.

העתק החלטת ועדת המשנה להתנגדויות של הוועדה המחוזית צורפה וסומנה לעיל כנספח 2.

#### ההליך בוועדת הערר

50. ביום 30.6.14 התקבלה אצל העותרת החלטת יו"ר הוועדה המחוזית הנותנת רשות לערור על ההחלטה למועצה הארצית, ובעקבותיה הוגש ערר העותרת, אשר כלל את טענותיה שנדחו על-ידי הוועדה המחוזית. כתב הערר מטעם העותרת מצורף ומסומן נספח 23.

51. [לצד הערר שהוגש על-ידי העותרת הוגשו עררים מצד מתנגדים אחרים (תושבים, 'עמק שווה' - עמותת ארכיאולוגים, וערר מטעם אנשי ציבור, אקדמיה ורוח), וכן ערר מטעם היזם עצמו על החלטת הוועדה המחוזית להוריד קומה לבניין].

52. וועדת הערר שמעה את הצדדים בשני ימי דיונים ארוכים ויסודיים מאד ב-27.5.2015 וביום 28.5.2015 (יצוין כי יום דיונים קודם הופסק עם ראשיתו לאחר שהתברר שאביו של חבר וועדה ששובץ לדיון היה רשום על מסמכי התוכנית כיועץ השימור שלה).

53. ביום 7.6.2015 פרסמה ועדת הערר את החלטתה בחמשת העררים שהוגשו, נספח 1 לעיל. עיקרי ההחלטה היו כדלקמן:

53.1. בדעת רוב, בקולה המכריע של יו"ר הוועדה, התקבלה טענת העותרת ונוספים להפחתת נפח הבניין.

53.2. בדעת רוב, על תיקון הוראות התכנית בכדי להבטיח לגישתה שהמבנה אמנם ישמש כמרכז מבקרים (סעיף 260 להחלטה). יצוין כי קביעות אלה ניתנו בהסכמת הוועדה המחוזית.

53.3. דחייה פה אחד של טענת העותרת כי אין להקים את מרכז המבקרים כמבנה בבעלות פרטית (סעיפים 352 עד 394 להחלטה). על החלטה זו הוגשה כאמור עתירה זו.

#### הבקשה לפי סעיף 66 וההליך במועצה הארצית

54. סעיף 66 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, מאפשר לחבר וועדת ערר לבקש מהמועצה הארצית לקיים דיון חוזר בנושא שהוכרע בוועדת הערר שלא על דעתו. השימוש בסעיף זה נדיר ביותר (ר' להלן). כאשר מוגשת בקשה לפי סעיף 66 מקיימת המועצה הארצית תחילה דיון האם לקבל את הבקשה לקיים דיון חוזר במליאתה, ואם מחליטה בחיוב מתקיים במועד מאוחר יותר הדיון עצמו. קבלת בקשה על-ידי המועצה הארצית להיענות לבקשה לפי סעיף 66 ולקיים דיון חוזר במליאתה היא נדירה עוד יותר.

55. ביום 11.6.15 הגיש המשיב 7, מר עמית סופר, ראש המועצה האזורית מרום גליל ואחד מחברי ועדת הערר בדעת המיעוט (שכפי שגם ניתן לראות מהתמליל, לא אמר ולו מילה אחת במהלך שני ימי הדיונים), בקשה למליאת המועצה הארצית לדיון בתכנית לפי סעיף 66 לחוק התכנון והבניה. בקשה זו עסקה אך ורק בעניין נפח הבניין והשימושים המותרים בו (שכן כאמור בשאלת הבעלות הפרטית התקבלה החלטת ועדת הערר פה אחד). הבקשה מצ"ב ומסומנת **נספח 32**.

56. ביום 5.1.16 התכנסה מליאת המועצה והחליטה לקבל את הבקשה לפי סעיף 66. בניגוד למקובל, לדיון לא הגיעה כנציגת משרד המשפטים או שלא כנציגה יו"ר ההרכב שנתנה את ההחלטה (לתת הסברים, להשיב על שאלות וכיו"ב) – ועניין זה צורם במיוחד על רקע העובדה כי המדובר בהחלטה רחבה ביותר, ו"משפטית" מאד. לדיון הגיעה דווקא מנכ"לית משרד המשפטים בכבודה ובעצמה, שגם הובילה את ההחלטה לקבלת הבקשה. לעניינים אלה נשוב במסגרת הטיעון<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> בדיון במועצה הארצית הסבירה מנכ"לית המשרד כי הזמינה את יו"ר וועדת הערר לדיון וביקשה ממנה להגיע, אולם זו היתה באותו מועד "בהשתלמות באילת", והעדיפה לא להגיע לדיון (נספח 29א, עמ' 16).

תמליל הדיון מ-5.1.16 מצ"ב ומסומן **נספח 33**. ההחלטה מיום 5.1.16 מצ"ב ומסומן **נספח 34**.

57. ב-21.1.2016 שלחה העותרת באמצעות בא כוחה מכתב למועצה הארצית ובו טענה נגד ההחלטה לקבל את הבקשה לפי סעיף 66 לדיון חוזר. העותרת ציינה כי בהתאם להלכה הפסוקה, היא שומרת על זכויותיה לפעול נגד ההחלטה האמורה ככל שתוצאותיו הסופיות של ההליך יחייבו כן.

העתק מכתב העותרת מצ"ב ומסומן **נספח 34**; העתק המענה מצורף ומסומן **נספח 34**.

58. ביום 22.3.16 התכנסה מליאת המועצה לדון בהחלטת וועדת הערר. גם בדיון זה נכחה כנציגת משרד המשפטים מנכ"לית המשרד בעצמה. לאחר דיון קצר מאד ביחס לדיון בוועדת הערר קיבלה המועצה הארצית החלטה לבטל את החלטת וועדת הערר לעניין השימושים ונפח הבניין, ולהחזיר את החלטת הוועדה המחוזית בעניין זה.

59. המועצה הארצית לא התייחסה כלל לטענת הבעלות הפרטית (כאמור בקשת ה-66 לא עסקה בה), אך לאחר שהכריעה על ביטול החלטת וועדת הערר על נפח הבניין, הוסיפה את ההערה הכללית, כי "ביתר העניינים [החליטה]... לדחות את כל העררים ולאשר את התכנית בגרסה כפי שאושרה על ידי ועדת המשנה להתנגדויות של הוועדה המחוזית, וזאת בהתבסס על "כלל הנימוקים המפורטים בהחלטת הוועדה המחוזית ובתשובות הוועדה המחוזית לעררים שהוגשו, **כמפורט בהחלטת ועדת המשנה לעררים, בהחלטות אותן קיבלה ועדת המשנה לעררים פה אחד** ובעמדת המיעוט בוועדת המשנה לעררים. המועצה מבהירה כי יש לראות צירוף כל הנימוקים כאמור כנימוקיה שלה". תמליל הדיון במליאת המועצה מיום 16.2.3 והחלטת מליאת המועצה צורפו וסומנו נספח **29א** ו-**29ב** בהתאמה.

60. ביום 11.4.16 פנתה העותרת ליו"ר ולמזכיר המועצה הארצית וביקשה למען הסדר הטוב את הבהרת המועצה, כי החלטת וועדת הערר שניתנה פה אחד בעניין הבעלות הפרטית, ובעניינים האחרים שלא נגעו לנפח הבניין, עומדת על מכונה [נספח 31 לעיל].

61. ביום 2.5.16 השיב מזכיר המועצה הארצית, מר טל רשף, כי "החלטת ועדת משנה לעררים של המועצה הארצית, שאינה עולה בקנה אחד עם החלטה זו, אף אם היא פה אחד, אינה רלוונטית ואינה עומדת". [נספח 30 לעיל].

בקשות העותרת לפי חוק חופש המידע לחשיפת המגעים בין היזמים או גורם אחר כלשהו לבין הפוליטיקאים שהובילו להליך לפי סעיף 66 ולהחלטה במועצה הארצית, וכן להבהרת נדירות ההליכים לפי סעיף 66

62. ההליך לפי סעיף 66 היה נדיר ומוזר, והחלטת מליאת המועצה הארצית לקבלו אפילו עוד יותר. המדובר בהליך נדיר ביותר, וכאשר הכרעת וועדת הערר בשאלת נפח הבניין היתה אדריכלית וקונקרטית, והיתה פרי של דיון אדריכלי מעמיק ויסודי, הדיף ההליך כולו ריח עז של התערבות פוליטית המעקרת כל דיון תכנוני. לפיכך פנתה העותרת בבקשות לפי חוק חופש המידע לשם חשיפת היקפה של ההתערבות הפוליטית בהליך.

63. העותרת פנתה למינהל התכנון בבקשה לקבל מידע שיבהיר את נדירות ההליך לפי סעיף 66. ואמנם, במענה שניתן הובהרו הדברים בצורה חד משמעית: מתברר, לפי המענה שניתן, כי בחמש השנים האחרונות הוגשו ארבע בקשות לפי סעיף 66 בלבד, ומתוכן התקבלה **בקשה אחת** בלבד (מלבד התכנית

נשוא עתירה זו). אותה בקשה עסקה בסוגיה התכנונית-עקרונית של הקמת ישוב חדש. הפנייה לקבלת המידע מצורפת ומסומנת נספח 35א; המענה שניתן על-ידי מינהל התכנון מצורף נספח 35ב (אגב, בדיון עצמו מסר יו"ר המועצה שקיים מקרה נוסף).

64. העותרת פנתה בבקשת חופש מידע גם למשיב 7, חבר וועדת הערר עמית סופר, שביקש את קיום ההליך לפי סעיף 6ב, לחשוף האם היוזמים היו איתנו בקשר לאחר החלטת ועדת הערר, מי ניסח עברו את הבקשה ל-6ב וכן הלאה. סופר לא השיב לפנייה מעולם, וכאמור לא הגיע כלל לדיונה של המועצה הארצית בתכנית. הפנייה לקבלת המידע מצורפת ומסומנת נספח 36.

65. העותרת פנתה בבקשת חופש מידע גם לשרת המשפטים ולמנכ"לית משרדה לחשוף האם היוזמים היו איתן בקשר לאחר החלטת ועדת הערר, האם שרת המשפטים הנחתה את מנכ"לית משרדה כיצד לפעול במועצה הארצית בעניין, מי קבע את עמדת משרד המשפטים בקשר לבקשה לפי סעיף 6ב, האם המנכ"לית או השרה נפגשו עם יו"ר ועדת הערר בעקבות ההחלטה ומידע דומה.

**פרטי המידע שהתבקשו נועדו לבחון כיצד אירע, ככל הנראה לראשונה אי פעם, ששרד המשפטים הוביל במליאת המועצה הארצית הפיכת החלטה של ועדת הערר בניגוד לעמדת נציגותו העומדת בראשות ועדת הערר. הפנייה לקבלת המידע מצורפת ומסומנת נספח 37.**

66. מענה משרד המשפטים לפנייה זו היה מתחמק וחסר: "ביומני השרה לא נמצא תיעוד לפגישה שערכה עם גורם כלשהו בנושא התכנית"; תשובה מתחמקת ומוזרה כי "[השרה והמנכ"לית] מקיימות, מטבע הדברים, פגישות שוטפות והתייעצויות בנושאים השונים" (וכי מישו היה מעלה על דעתו ששרה ומנכ"לית לא ייפגשו ויתיעצו באופן שוטף?); משרד המשפטים אישר, לעומת זאת, כי רק פעם אחת ויחידה התייצבה מנכ"לית המשרד לדיון במועצה הארצית לפני הדיון בסעיף 6ב, כשנה וחצי קודם לכן (1.7.2014). (למטב הידיעה מדובר היה בהתייצבות להצגת המנכ"לית לאחר מינויה לתפקיד). כלומר, לאחר הדיון בו מונתה והוצגה, לא הגיעה מעולם לדיון במועצה הארצית, עד לדיון לפי סעיף 6ב בענייננו, ומיד לאחריו בדיון עצמו במליאת המועצה.

כך, ניסיונות העותרת לחשוף את האופן בו הונעה שרת המשפטים ומנכ"לית המשרד לפעול באופן תקדימי נגד החלטה שהובלה על-ידי נציגת המשרד שעמדה בראשות ועדת הערר, והדרכים בה פעלו, נהדפו עד היום בחלקן המכריע על-ידי משרד המשפטים.

מענה הממונה על חופש המידע מצ"ב ומסומנת נספח 38א; פניה נוספת של העותרת מצ"ב ומסומנת נספח 38ב; מענה הממונה על חופש המידע מצ"ב ומסומן נספח 38ג.

67. יצוין כי בדיון עצמו לא הכחישה מנכ"לית המשרד, בהגינותה, את המעורבות הפוליטית של השרה, וכך גם יו"ר המועצה הארצית – ר' סעיף 172.7 להלן.

68. בקשת העותרת כללה גם בקשה לקבל את פניות היוזם או אחרות אל השרה / מנכ"לית המשרד בעקבות החלטת ועדת הערר. משרד המשפטים הודיע לעותרת כי בכוונתו להעביר לה את הנ"ל, אלא שבעניין זה התקבלה התנגדות של אותו "צד ג'". ביום 19.6.16 הגיש אותו צד ג' עתירה נגד חשיפת המידע הנ"ל. עוד נמסר בסמוך לפני כן כי עמותת אלע"ד פנתה לממונה בבקשה לקבל את העתק בקשת חופש המידע של העותרת [העתק ההודעה לעותרת על הגשת העתירה ובקשת חופש מידע שהגישה אלע"ד (שהועברה לעותרת להתייחסות) מצורפות ומסומנות נספח 39].

69. לפיכך, המהלכים לחשיפת המידע והמשקל שניתן לקשריהם של יזמי התכנית לגורמים פוליטיים ולגורמים מכריעים בגופים תכנוניים מעין שיפוטניים נמשך במקביל לניהולה של עתירה זו וימוצה גם במסגרת ניהולה של עתירה זו. העותרת שומרת על זכותה לעדכן את בית המשפט הנכבד במידע שעוד יתקבל כתוצאה מבקשות חופש מידע אלה.

### **העדר הסכם כלשהו בין רט"ג ובין אלע"ד לגבי הקמת מרכז המבקרים והצטרפות רט"ג**

#### **כיצד נוסף לתוכנית; וכן: הפרויקט לא אושר בשום פורום או מוסד של רט"ג**

70. באופן מדהים התברר מבקשת חופש מידע הראשונה שהוגשה על-ידי העותרת ובמהלך הדיון בערר עצמו בפני וועדת הערר, כי רט"ג לא ערכה כל הסכם עם אלע"ד להקמת מרכז המבקרים ו/או לניהולו, כתנאי לתמיכתה בתוכנית ו/או להצטרפותה כיזמת נוספת לתוכנית.

71. הדברים מדהימים במיוחד, שכן רט"ג כבר נכוונה בעבר מחוסר יכולתה לגישה לכפות את עמדתה על אלע"ד בקשר לנכסים שנמצאים בבעלות האחרונה באזור הגן הלאומי (ר' בהרחבה בסעיפים 36-40 לעיל), וניתן היה לצפות, שלאור ניסיון זה תבטיח רט"ג את האינטרסים שלה – האינטרסים של הציבור – בטרם היא תומכת בתוכנית להקמת מרכז מבקרים, שיהיה בבעלות אותו גורם פרטי שלדבריה היא סירב בעבר לשתף איתה פעולה לגבי נכסים שבבעלותו. מכל מקום, כל הסכם לא נערך, אפילו לא להסדרת עניינים טריוויאליים הקשורים בהצטרפות כיזם לתוכנית כמו השתתפות בעלויות, שיפוי, אחריות לתביעות לפי ס' 197 ועוד. וכמובן, לא נערך כל הסכם הנוגע לניהול / תפעול הגן הלאומי בעתיד.

72. בהקשר זה יש להציג את הצהרותיו הפומביות של יו"ר עמותת אלע"ד, מר דוד בארי, שהבהיר כי מבחינת אלע"ד לא מדובר במבנה ציבור אלא במבנה פרטי, ושהגות בלבד (בהם ישנה זיקת הנאה/מעבר לציבור) הם ציבוריים, בסיכום פגישה בעניין עיר דוד מיום 25.3.2012 (יצורף להלן ויסומן נספח 24ה'). באותה פגישה גם הובהר שהן לשיטת מנכ"ל רט"ג, שאול גולדשטיין, והן לשיטת אלע"ד, נדרש הסכם לגבי אופן חלוקת המבנה לשטחי ציבור ולשטחים פרטיים של אלע"ד:

"דוד בארי [יו"ר אלע"ד]: "רשות הטבע והגנים שותפים לפרויקט, זה חלק מהגן הלאומי. השטחים הציבוריים זה הגות של המבנה.

רפי בן בסט [עובד עמותת אלע"ד]: קודם כל צריך לסיים את התבי"ע ובמקביל נתחיל בתכנון מפורט לצורך בקשה להיתר. עד אז צריך להיות כבר הסכם בין עמותת אלע"ד לרשות הטבע והגנים לגבי חלוקת שטחי המבנה.

דוד בארי: הבעלות היא פרטית שלנו והפשרה שלנו בנוגע לגן הלאומי הייתה שאתם מנהלים ואנחנו מתפעלים וכנ"ל גם לגבי חניון גבעתי. צריך לגבש צוות תכנון מפורט.

שאול גולדשטיין [מנכ"ל רט"ג]: מבקש לקבל מפה עם פירוט מה שטחי תיירות ומה לא.

73. עוד התברר, כי ההחלטה על הקמת מרכז המבקרים ולהצטרף כיזם לתוכנית, לא התקבלה בפורום מסודר כלשהו של רט"ג.

ראו לעניינים אלה:

תמליל הדיון בוועדת הערר נספח 5 מיום 28.5.2015, עמ' 4, ש' 4-8.

בקשת חופש המידע שהוגשה על-ידי העותרת, והמענה שניתן לה על-ידי רט"ג לרבות כל המסמכים שצורפו למענה, מצורפת ומסומנת נספח 24 א'-ו'.

## הדיון בוועדת הערר בעניין קיומם של הסכמים בין אלע"ד לרט"ג ואישור הפרויקט במוסדות רט"ג

74. העותרת טענה כבר ביום הדיונים הראשון שאין הסכם בין רט"ג לבין אלע"ד לגבי מרכז המבקרים והתוכנית, וכי לא הוצגה כל החלטה של אורגן פורמלי ברט"ג על אישור הפרויקט והצטרפות אליו כיום.

75. בתגובה מיידית לדברים אלה טען מנהל אגף שימור ופיתוח ברט"ג, כי החלטת רט"ג להצטרף כיום לתכנית התקבלה **במליאת רט"ג** (ואף הדגיש כי אינו מתכוון למועצת רט"ג אלא למליאת הרשות) (ראו תמליל הדיון מיום 27.5.2015, נספח 5, עמ' 72). מר מרגלית אף הרהיב עוז להאשים את העותרת בהטעיית הוועדה בעניין זה. בהמשך אותו דיון טען מר מרגלית כי ההחלטה התקבלה **"בכל מוסדות הרשות"** (ראו בתמליל הדיון מיום 27.5.2015, נספח 5, עמ' 92).

76. בתגובה לדברים אלה הורתה יו"ר וועדת הערר לב"כ רט"ג ואלע"ד להעביר לוועדה ולכל הצדדים את העתק פרוטוקול הדיון במליאת רט"ג בו אושרה ההצטרפות לתכנית (שם, בעמ' 72). בעקבות זאת, ערב יום הדיונים השני, הועברו לוועדה ולצדדים שני מסמכים:

- הסכם רט"ג-אלע"ד לתפעול אתרי עיר דוד נשוא העתירה בבג"ץ בנוסחו המתוקן (נספח 17 לעיל). גם בתשובת אלע"ד ורט"ג לערר ביום השני לדיונים, הן הפנו למסמך זה.

- סיכום ישיבת **המועצה לגנים לאומיים ושמורות טבע** משנת 2009, בה נדונו, בין נושאים רבים אחרים, "עקרונות תכנון וסטאטוס תכניות" של הגן הלאומי סובב חומות ירושלים, על האתרים הרבים שבו [מצורף ומסמן נספח 25].

77. לעניין ההסכם, זה לא הסדיר דבר לגבי הפעלת מרכז המבקרים, עניין מורכב ורב סוגיות שברור שדורש הסדרה מפורטת ובהירה. כל שהסכם התפעול עשה הוא כלל את חניון גבעתי במצבו באותה עת – אתר חפירות פתוח – ברשימת הנכסים שרט"ג רשאית להסתייע בתפעולו.

78. לעניין אותה ישיבה של מועצת הגנים הלאומיים ושמורות הטבע:

78.1. המועצה לגנים לאומיים (בניגוד למליאת רט"ג), **כלל אינה חלק מרט"ג**, אלא הינה גוף סטטוטורי בעל מעמד מיעוץ בלבד (ר' ס' 2 לחוק גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, תשנ"ח-1998): לכן, ומעבר לכך שהיא לא "אישרה" דבר בפרוטוקול הנ"ל, אין המדובר ברט"ג, והיא לא יכולה לקבל כל החלטה עבור רט"ג.

78.2. מעבר לצורך: מעיון בסיכום הישיבה מסתבר, כי באותו דיון בו נכחו מטעם רט"ג רק מנהל אגף שימור ופיתוח, מר זאב מרגלית, ומנהל מרחב ירושלים, מר אביתר כהן [יוער כי מר כהן שימש עד סוף שנות התשעים בתפקיד בכיר בעמותת אלע"ד], כל שהיה זו הצגה שטחית

וכללית של פרויקטים ב-15 אתרים בגן הלאומי<sup>9</sup> ללא שום דיון בתוכנית עצמה (וכשהמקום מוגדר מרכז מבקרים רק לאתר תל עיר דוד).

78.3. מובן מאליו, שבדיון זה שהתקיים ב-2009, לא נדונה כלל הצטרפותה של רט"ג כיום לתוכנית, שנעשתה רק כארבע או חמש שנים לאחר מכן.

78.4. העניין היחיד הרלוונטי ישירות לענייננו והעולה מסיכום הישיבה הוא ביקורת של חברי מועצה על תפעול האתרים באתר על-ידי עמותת אלע"ד ודרישה לדון בנושא.<sup>10</sup>

79. כשעומת מר מרגלית ביום הדיונים השני על-ידי יו"ר וועדת הערר עם המסקנות העולות ממסמכים אלה הוא נאלץ להודות שלא התקבל "אישור פורמלי" להחלטת ההצטרפות (תמליל הדיון מיום 28.8.2015, נספח 5, עמ' 4, ש' 4-8). בהמשך התחייב ב"ר ט"ג ואלע"ד כי יבדוק אם קיים פרוטוקול של דיון נוסף ברט"ג (שם, עמ' 5). למיטב ידיעתנו, מסמך כזה לא הועבר לוועדה.

80. גם בדיון החוזר במליאת המועצה, הצהיר מנכ"ל רט"ג, שאול גולדשטיין, ש"ההסכם שלנו [בעניין עיר דוד] אושר בבג"ץ וגם כאן יהיה הסדר מפורט" – כלומר, גם לעמדת רט"ג ההסכם שאושר בבג"ץ עיר עמים אינו חל על מרכז המבקרים, ואף אינו קיים עדיין (נספח 29א, עמ' 46).

## **הטיעון המשפטי לסעד הראשון והעיקרי בעתירה – הבעלות הפרטית על בנין**

### **מרכז המבקרים**

העותרת תפתח את חלק זה של העתירה בטיעונה מדוע הבעלות הפרטית במבנה מנוגדת הן לדין הכללי והן לדין התכנון והבנייה, ובהמשך תתייחס ספציפית להנמקות שניתנו על-ידי וועדת הערר לדחיית טיעונה.

## **הדין מתיר הסתייעות בתפעול בלבד, ואוסר על העברת סמכויות ניהול ועל כבילת שיקול**

### **הדעת של הרשות הציבורית – בכלל, ולגבי רט"ג וגנים לאומיים בפרט**

81. הלכה היא, כי הרשות חייבת להפעיל את סמכותה בעצמה ואין היא רשאית להאצילה לאחר אלא אם הורשתה לכך באופן מפורש בדיון (ראו בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות, פ"ד מו(1) 410, 420 (1992) (להלן: עניין פיליפוביץ)). הלכה זו מבטאת חזקה פרשנית לפיה תכליתו

<sup>9</sup>. כל מה שנאמר בסיכום הישיבה לעניין הפרויקט המדובר היה: "תל עיר דוד – חניון גבעתי: (מר דורון בן עמי, אדר' אריה רחמימוב): שטח פתוח נרחב בסמוך לחומה. בעלות פרטית. סטאטוס: בביצוע: חפירה ארכיאולוגית ע"י רשות העתיקות. בתכנון: כ- 300 מקומות חניה ב- 5 מפלסים, גישה רגלית דרך הרחוב ההרודיאני לחפירות הכותל הדרומי ולחפירות עיר דוד, מרכז מבקרים לתל עיר דוד" (עמ' 6 לפרוטוקול הדיון).

<sup>10</sup> בדיון ציין יו"ר המועצה, ערן פיטלסון, את הדברים הבאים (ההדגשות הוספו): "גן לאומי סביב חומות ירושלים זכה בשנות ה-70 לתשומת לב רבה במועצה זו עד הכרזתו. מאז ובמהלך שנים רבות לאחר מכן הוא לא היה על שולחנו, על אף שהוא גן לאומי מוכרז במקום הרגיש ביותר שיכול להיות. ביקשנו לפני מספר שנים להתעדכן מה קורה. קיימנו שני סיורים. בסיור השני עמדנו על השינוי שחל בדרך בה רט"ג מטפלת בגן הלאומי, בפיקוחו של אביתר כהן – מנהל מרחב ירושלים. בסיור ובישיבה האחרונה בנושא ביקשנו שתוצג בפנינו תכנית אב לגן, בכדי לראות לאן דברים הולכים. זה יוצג בפנינו היום. מעבר לכך עולות שאלות קשות שזוכות לתהודה ציבורית. אנו כמועצה לא יכולים שלא להתייחס לתפעול האתרים שבגן, שהם אתרים בעלי חשיבות עולמית בכל קנה מידה... כיום חלק מאתרים אלו מנוהל ע"י עמותת אלע"ד";

נציג רשות העתיקות ציין: "בירושלים אי אפשר לתכנן גן לאומי שהוא לא חלק מהמערך הכולל של העיר. חייב להיות תכנון משותף וראייה כוללת. לכן אי אפשר לתכנן את הגן הלאומי בנפרד. הפעלת עיר דוד ע"י עמותת אלע"ד היא בעייתית. עקב כך עיר דוד סגורה בשבת. למה שמורת טבע עין גדי פתוחה בשבת ועיר דוד לא? יש לקבל החלטות אמיצות"

של החוק שיצר את הסמכות, הייתה, שבעל הסמכות הקבוע בחוק הוא זה שיבצע את שהוסמך לו וכי אצילת סמכות אסורה אלא אם כן הדבר הותר (שם). ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 173, 187 (2010) (להלן: ברק-ארז, משפט מינהלי); ע"א 3962/97 בארתיים מושב עובדים נ' ארד, פ"ד נב(4) 614, 619 (1998); בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים נ' היועמ"ש, פ"ד נז(3) 652, 655 (2003); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי נ' שר האוצר, פסקאות 15 ו-19 לפס"ד של כב' השופטת פרוקצ'יה (2009)

82. **כך נפסק גם לגבי ענייניו הקונקרטי, כי חובתה של רט"ג לנהל את הגנים הלאומיים בעצמה.** בית המשפט העליון קבע בעניין עיר עמים (בג"צ 5031/10) כי לרט"ג אין סמכות להאציל את סמכויות הניהול שלה לגורם אחר (שם, בסעיף 19):

*"הרשות היא הגורם השלטוני המופקד לפי חוק על ניהול הגנים הלאומיים בישראל ועל כך אין חולק. כמו כן ראוי להדגיש כי חוק גנים ושמורות אינו כולל הוראה המאפשרת לרשות לאצול לגורם פרטי את סמכויותיה לניהול גן לאומי (להבדיל מאצילה מותרת לרשות מקומית לפי סעיף 32 לחוק). בהעדר הוראה כזו בחוק ובהינתן התפקידים המוטלים על הרשות, הקשורים בטבורם לאינטרסים ציבוריים ולאומיים, אין יסוד לקבוע כי תכליתו של החוק מובילה למסקנה אחרת".*

83. עמדה משפטית זו מתיישבת עם חוות-דעת קודמת שניתנה על-ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, מר מני מזוז, היום שופט בית המשפט העליון, לפיה:

*"הפעלת האתר [שם נדון שטח הסמוך לכותל המערבי הידוע כ"רח' התמיד"] ע"י עמותה פרטית – להבדיל מהפעלה על-ידי הממשלה, גורם ממשלתי או אף עמותה ממשלתית – אינה מבטיחה, ואינה יכולה להבטיח את... החובה לשוות למקום רגיש וחשוב זה "אופי כלל ישראלי ויהודי, ללא פעילות סקטוריאלית מכל סוג שהוא". עמותות, מטבען שהן בעלות אופי אידיאולוגי-סקטוריאלית כזה או אחר. הדבר אינו פסול כשלעצמו, אך הוא שולל את האפשרות של הפעלת האתר דגן על-ידי עמותה".*

העתק חוות דעת המשנה ליועמ"ש מיום 27.6.2000 (להלן: "חוות דעת מזוז") מצ"ב ומסומן **נספח 26.**

84. המדינה חזרה על עמדה זו אך לאחרונה (2015) בעניין מתחם דוידסון: "מתחמי קרקע בעלי ייחוד היסטורי, ארכיאולוגי, תרבותי, דתי או לאומי, צריכים להישאר בידיה של הרשות הציבורית, ואין להעבירם לידיים פרטיות" (מתוך עיקרי הטיעון של המדינה, מצוטט בסעיף 82 לחוות דעתו של כב' השופט דרורי).

85. יוער, כי הלכה משפטית זו מתיישבת עם עמדתה העקרונית של רט"ג עצמה, לפיה ככלל הגנים הלאומיים צריכים להיות מנוהלים על-ידה בלבד, שכן היא האמונה על ניהול גנים לאומיים וכי זו המדיניות הנכונה ביותר מבחינת האינטרס הציבורי הרחב.

86. עמדה דומה הביעה רשות העתיקות בבג"צ עיר עמים: "ייתכן שמלכתחילה צריך היה האתר להיות מנוהל על-ידי גוף ממלכתי סטטוטורי, אך בנסיבות המקרה דגן יש לתת את הדעת

לכך שההסדר עם העמותה קיים מזה שנים רבות..." (סעיף 11 לפסק הדין בבג"צ עיר עמים, נספח 14).

87. לצד זאת הבחינה הפסיקה בין אצילת הסמכות, הכוללת את העברת שיקול הדעת לגבי הסמכות לאחר, ובין קבלת עזרה מאחר לצורך ביצוע הסמכות. בית המשפט הכיר בכך שבעל הסמכות יכול להיעזר בגורם אחר לצורך מילוי תפקידו על-ידי העברה של תפקידים בעלי אופי טכני, ואפילו כרוכה בכך הפעלה מוגבלת של שיקול דעת על-ידי אותו גורם. בית המשפט סיכם בעניין עיר עמים את ההלכה בעניין האבחנה בין אצילה אסורה והסתייעות מותרת:

"האבחנה העיקרית בין אצילה והסתייעות נגזרת מהיקף הסמכויות ושיקול הדעת המוענק על-ידי הרשות (ראו עניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, פסקה 31 לפסק דינה של כב' הנשיאה ד' ביניש). את האבחנה המקובלת בעניין זה ניסח כב' השופט (כתוארו אז) א' ברק בעניין פיליפוביץ, באומרו: "... במקרה הראשון (האצלה) בעל הסמכות הופך את זולתו לרשות מוסמכת, שלה סמכויות שלטוניות כמו לרשות המוסמכת עצמה. במקרה השני (ההסתייעות באחר) הסמכות השלטונית היא אך בידי בעל הסמכות, ואילו זולתו אך מסייע לו בהגשמתה של אותה סמכות" (שם, 423).

...

אמת המידה שהוצעה לעניין זה בעניין פיליפוביץ התמקדה במהות התפקיד המוטל על אחר, דהיינו האם מדובר בתפקיד הכרוך בהפעלת שיקול דעת מינהלי או שמא מדובר בתפקיד בעל אופי טכני, המותיר את שיקול הדעת המינהלי בידי הרשות. עם זאת, נקבע כי אין מדובר במבחן נוקשה ו"הכול תלוי בזהות תפקידה של הרשות המוסמכת מזה ובמשימה שהוטלה על האחר מזה וביחס בין השניים" (שם, 424).

88. עוד קבע בית המשפט בעניין עיר עמים כי אל לרשות להסתייע בגורם פרטי לצורך ביצוע סמכויותיה כאשר עלול להתקיים מצב של ניגוד עניינים בין מטרות הגוף לאינטרסים הציבוריים שעליהם מופקדת הרשות:

"הפסיקה מדגישה כי יש להימנע ממצב של "גלישה לא מודעת" ממצב אחד לשני, ועל הרשות להקפיד כי הבחירה בין דרכי הפעולה השונות - האצלת הסמכות או ביצועה תוך הסתייעות באחר - תיעשה לאחר שנשקלו מכלול השיקולים הצריכים לעניין (ראו עניין פיליפוביץ, 423-422). כמו כן, לא יכול להיות ספק כי החלטת הרשות המינהלית להסתייע באחרים לצורך הפעלת סמכותה כפופה היא עצמה לכללי המשפט המינהלי החלים על הפעלת סמכות שלטונית, וכך גם באשר לעצם הסיוע הניתן לרשות (ראו זמיר, הסמכות המינהלית, 856). מקום שבו בוחרת הרשות להסתייע בגורם פרטי לצורך ביצוע סמכויותיה, עליה להקפיד מאוד כי לא ייווצר מצב של ניגוד עניינים בין מטרותיו של אותו הגוף ובין האינטרסים הציבוריים שעל הגשמתם מופקדת הרשות, ולו בשל העובדה ש"לגורמים פרטיים יש אתוס ארגוני שונה, שעשוי להשפיע על מתן השירות" (ראו: ברק-ארז, משפט מינהלי, 187; זמיר, הסמכות המינהלית, 856); כמו כן על הרשות להבטיח כי שיקול הדעת בכל הנוגע לקביעת המדיניות שביסוד הפעלת הסמכות יישאר בידיה (ראו ברק-ארז, משפט מינהלי, 186)."

89. אין צורך להזכיר, כי על-פי מושכלות יסוד של המשפט הציבורי, די בחשש סביר לקיומו של ניגוד עניינים כדי להקים חובה על הרשות להימנע מכניסה לאותו מצב:

*"אצילת סמכות שלטונית לגוף פרטי, כמו אצילת סמכות בכלל, הינה פסולה אם היא מעוררת חשש סביר לניגוד עניינים, ובמיוחד ניגוד בין התכליות הציבוריות של הסמכות לבין אינטרסים פרטיים, לרבות אינטרסים כלכליים, של הגוף הנאצל. [בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרינריים בשדה במשרד החקלאות (2004), והאסמכתאות שם]*

**האבחנה בין "אצילה אסורה" ל"הסתייעות מותרת" נוגעת אפוא למידת שיקול הדעת הנותנת בידי הרשות, ולשאלה האם ההסתייעות בגורם הפרטי עשויה להגביל את אפשרותה של הרשות ליישם את מדיניותה בהתאם לשיקול דעתה.**

90. ויודגש: בענייננו החובה להבטיח שיקול דעת עצמאי לרשות הציבורית המופקדת על הנושא – קרי רט"ג – היא בעלת עוצמה מיוחדת. עסקינן בניהול אתר בעל רגישות פוליטית, דתית, היסטורית וארכיאולוגית עצומה. אין שום גן לאומי שנושא איתו מטען כה כבד של רגישות ברבדים כה רבים. חשיבותו ומרכזיותו חורגת בהרבה מהתחום הלוקלי, העירוני והארצי.

91. **בניהול אתר בעל רגישות רב מימדית כה עמוקה שיקול הדעת של הרשות הציבורית חייב להיות עצמאי ככל שניתן, חופשי עד כמה שניתן מהשפעה וממנופי לחץ של גורמים פרטיים אינטרסנטים כלשהם, שאינם מחויבים לאינטרס הציבורי ולו בלבד, והכל על-מנת להבטיח כי הניהול יהיה מתוך תפיסה ממלכתית.**

מרכז מבקרים בבעלות פרטית של אלע"ד – מצב מתמשך של ניגוד עניינים והשפעה לאינטרסים פרטיים

*"זכויות אלה של אלע"ד בתוך שטח הגן הלאומי הביאו לניגוד אינטרסים מובהק ולמחלוקות שירדו לשורשו של עניין ומנעו את ניהולו"*

(מתוך סעיף 30 לתגובתה המקדמית של רט"ג לבג"ץ עיר עמים, נספח 13).

92. ראוי להתחיל בנקודה זו, שכן היא זו שמכתיבה את הקושי שבכבילת שיקול הדעת של רט"ג, ובשימוש של אלע"ד בזכויות הקנייניות שקיימות לה במבנה כדי להפעיל מנופי לחץ לקידום האינטרסים שלה באופן בו ינוהל מרכז המבקרים – **אינטרסים שאינם זהים לאינטרסים של רט"ג**. האינטרס היחיד של רט"ג הוא פעולה בהתאם לאינטרס הציבורי וקידום המטרות עליהן מופקדת בחוק שהקים אותה.

93. רט"ג עצמה הודתה, בתגובתה המקדמית לבג"ץ עיר עמים (נספח 13 לעיל) כי זכויותיה של אלע"ד בגן הלאומי יוצר מצב של "ניגוד אינטרסים מובהק" בין אלע"ד לרשות, היורד לשורש אפשרות ניהולו התקין של הגן (אלא אם נכנעים לדרישות אלע"ד כמובן). וכך תיארה רט"ג את הדברים:

**"זכויות אלה של אלע"ד בתוך שטח הגן הלאומי הביאו לניגוד אינטרסים מובהק ולמחלוקות שירדו לשורשן של עניין ומנעו את ניהולו... נתגלעו בין המשיבה [רט"ג] לאלע"ד חילוקי דעות רבים שהביאו לעצירה כמעט מוחלטת של פיתוח הגן... ניהול הגן ביום יום הפך לכמעט בלתי אפשרי שכן הצדדים לא הצליחו להגיע למנגנון מוסכם שיסדיר התנהלות תקינה. כך למשל, בנושא גביית כספים נגבו מהמבקר בשערי הגן הן אגרת כניסה ע"י המשיבה... והן תשלומים אחרים שנגבו ע"י אלע"ד עבור שירותים שנתנה באתרים שבחזקתה... כמו כן פעלו בשטח שני מרכזי הדרכה, אחד מטעם העמותה ואחד מטעם הרשות אשר הפריעו זה לפעילותו של זה וטירפדו פעילויות האחד למשנהו. למעשה לא ניתן היה לנהל את האתר... תדמית המקום היתה בשפל המדרגה."**

94. נעמוד על הדברים בקצרה, שכן הדברים אמורים להיות ברורים מאליהם: ברור שאלע"ד אינה גוף ציבורי או דו מהותי, אלא גוף פרטי בלתי נייטרלי, בעל אג'נדה ומטרות קצרות טווח וארוכות טווח משלו.

**את אלע"ד מניע עולם שלם של שיקולים, שלרט"ג לא ראוי שיהיה בהם כל עניין, או שמתנגשים חזיתית באתוס הלכאורה "נייטרלי", הממלכתי, האובייקטיבי והמקצועי, של רט"ג.**

אלע"ד אינה נייטרלית מבחינה דתית, לאומית ופוליטית. יש לה תפיסת עולם משלה, היא פועלת במוצהר ובגאווה ל"חיזוק הקשר היהודי לירושלים לדורותיה וזאת על ידי... פעילויות חינוך ותרבות בשטחי עיר דוד" (ורי עוד לעניין מטרותיה בסעיף... לעיל). אין לה שום עניין בקידום הקשר של דתות או לאומים אחרים למקום או בהצגת זיקתם למקום.

לעניינים אלה יש פוטנציאל ברור להשפעה על השיקולים באופן הצגת התכנים במרכז הדברים, באירועים שייערכו שם וכן הלאה.

ר' לעניין זה, להמחשה בלבד של מה שאמור להיות כאמור מובן מאליו, את מכתבו של פרופ' בנימין זאב קדר, יו"ר מועצת רשות העתיקות, מיום 8.8.2008: "רשות העתיקות מודעת לכך שאלע"ד, עמותה עם אג'נדה אידיאולוגית מוצהרת, מציגה את ההיסטוריה של עיר דוד באופן מוטה" [המכתב, וכן כתבה מעיתון 'nrg' של העיתונאי אביב לביא בנושא, מצורף ומסומן **נספח 27**].

או את דבריו של יו"ר אלע"ד בפרוטוקול פורום היגוי חניון גבעתי (נספח 21 לעיל) שקרא להציג באתר שתקים התוכנית "כמה שיותר עדויות הקשורות לתקופות המקראיות".

לאלע"ד יש אינטרס מובהק בהגדלת התרומות שיוענקו לה ולגופים השייכים לה, למימון הפעילות שלה בכל החזיתות – לרבות אלה שאין להן דבר לגנים לאומיים; לקדם את האידיאולוגיה הימנית המובהקת שלה; להגביר העברת תכנים המקדמים את ערכיה ויעדיה, לרבות לקבוצות אוכלוסיה בה מתמקדת (תלמידים וחיילים וקצינים למשל).

95. עניינים אלה באים לידי ביטוי גם בעניינים הקשורים בניהולו של מרכז המבקרים: לאלע"ד יש אינטרס שכמה שיותר סיורים והדרכות יבוצעו על ידי מדריכים שלה; לאלע"ד יש אינטרס שהמוצגים בחללי התצוגה יתאמו את ה'אני מאמין' שלה. האינטרס של רט"ג אמור להיות

הצגה נייטרלית וממלכתית של ההיסטוריה של האתר. לאלע"ד האינטרס הוא לא לעודד פעילות מסחרית (כגון מכירת כרטיסים) בשבת, המנוגדת לערך שמירת השבת בפומבי בו היא מאמינה. רט"ג פועלת לקידום ביקורים בגנים לאומיים בכל ימי השבוע; לאלע"ד יש אינטרס שבמרכז המבקרים שבעלותה לא תתנהל פעילות המנוגדת לאמונותיה. רט"ג מחוייבת אך ורק לכללי המינהל הציבורי (האם אלע"ד תתיר שבאודיטוריום שלה יתקיימו כנסים של גופי שמאל? של התארגנויות פלסטיניות מקומיות? ואם רט"ג תאסור על כך מטעמים כלליים, האם ייאסר גם על אלע"ד לערוך כינוסים מסוג זה?); מאידך לאלע"ד אינטרס לקיים בחללים השונים פעילות שלה ללא מגבלה; לאלע"ד יש אינטרס להשתמש במרכז המבקרים (גם) כמנוף לגיוס כספים לכלל פעולותיה, ואין סוף לדברים.

ראו לעניין זה גם את עמדת המדינה, כפי שהובאה בפני בית המשפט הנכבד בעניין מתחם דוידסון:

**"משמעות הטענה [שאלע"ד מתעתדת לגייס כספים לפיתוח המתחם – י.ש., כ.פ.] שבכוחה של עמותה פרטית לכפות על המדינה לקבל תרומה כספית משמעותית עבור נכסי המדינה, מבלי שהמדינה (שהיא, כזכור, הבעלים של הנכס וכפופה לכללי המשפט המינהלי) יכולה לבחון את זהות התורמים או להחליט האם היא מעוניינת בתרומה (שהרי, גם למדינה עומדים משאבים רבים, והשקעתם היא תוצר של סדרי עדיפויות). ברי כי מצב דברים זה עומד בניגוד מוחלט לרציונאליים שבבסיסו של המשפט המינהלי"**

(סעיף 18 סיפא לעיקרי הטיעון של המדינה בע"א מתחם דוידסון, צוטט בסעיף 62 לחוות דעתו של כב' השופט דרורי – ההדגשות במקור)

96. דוגמה נוספת ומובהקת לפער בין האינטרס הציבורי (כפי שתופסות אותו הרשויות המוסמכות) ובין האינטרס של עמותת אלע"ד היא בפרשת מתחם דוידסון עצמה. שם, כאשר ביקשה הממשלה להביא לביטול ההסכם בין אלע"ד לחברה לפיתוח הרובע שנחתם ללא אישורה, מן הטעם שאכיפת ההסכם פוגע באינטרסים ציבוריים שונים (יחסי החוץ עם קהילות יהודיות בארה"ב, יחסי החוץ עם ממלכת ירדן, סיכון בטחוני בשל רגישות המתחם לציבור המוסלמי, ועוד) – אלע"ד נעמדה "על הרגליים האחוריות" כדי לכפות על המדינה את ההסכם הר כגיגית – סירבה לבטל את ההסכם, וכשהורה בית המשפט על ביטולו, ערערה על פסק הדין.

97. ודוק': אין בדברים אלה כדי לטעון שעמידת אלע"ד על האינטרסים שלה כשלעצמה היא בלתי לגיטימית. גוף פרטי יכול להפעיל את קניינו הפרטי במגבלות מסוימות בהתאם לצרכיו, האינטרסים שלו, ולקדם באמצעותו את ערכיו ומטרותיו האידאולוגיות, הכלכליות, האמוניות וכן הלאה. מעבר לכך: לא ניתן לצפות שלא יהיה כך, בוודאי כשאין כל הוראה חוזית או אחרת שתוכל למנוע ממנו לעשות כן. דווקא משום כך אין לאפשר לו בעלות על מבנה ציבורי מובהק ורגיש כמו מרכז מבקרים של אתר בעל רגישות כה עמוקה ורב תחומית.

## **"מרכז מבקרים" בבעלות פרטית כרוך בהכרח בהאצלת סמכויות החורגות מתפעול ובכבילה**

### **מתמשכת של שיקול הדעת של רט"ג**

**"[קיים] פער תפיסתי בין המדינה, המחויבת למשפט המינהלי, לבין עמותה פרטית אשר מחויבת לקדם את מטרותיה, כמפורט בתקנונה" - עמדת המדינה בפרשת מיתחם דוידסון<sup>11</sup>.**

98. העותרת תטען, שאישור הקמת "מרכז המבקרים" על-ידי גורם פרטי (אלע"ד או כל גורם אחר, בעל אידיאולוגיה, אינטרסים ומטרות משלו, ובשורש דברים – שאינו מונחה על-ידי האינטרס הציבורי ומתוך תפיסה ממלכתית בלבד), בשטח בבעלותו, מרכז מבקרים שיהיה כמתואר לעיל נכס אסטרטגי מרכזי בגן הלאומי – בו תבוצע קליטת הקהל ותועברנה ההדרכות, ממנו ייצאו הסוירים, אליו יגיעו וממנו ייצאו מעברים על ותת קרקעיים לאתרי הביקור המרכזיים בסביבה וכו', חורג מכל מה שניתן לכנות כ"הסתייעות בתפעול", ותכבול את שיקול הדעת של רט"ג באופן החורג קיצוני מן המותר. **מרכז מבקרים כזה, באופן הפשוט ביותר, אינו יכול להיות בבעלות פרטית. הוא חייב להיות מבנה ציבור בבעלות ציבורית.**

99. הפעלתו של מרכז מבקרים מסוג זה כרוכה באין ספור פעולות והחלטות, עקרוניות ושוטפות. כל מערכת יחסים כזו בנויה על שיתוף פעולה, שיג ושיח ופשרות. אין המדובר במערכת יחסים של דיקטטור ונתין, אלא של שני גופים בעלי עוצמה, שלכל אחד מהם מנופים על השני, שנדרשים לשתף פעולה. הדברים אמורים להיות מובנים מאליהם.

100. ראו לעניין זה בחוות דעתו של כב' השופט שחם (אליה הצטרף כב' השופט חשין) בעניין מתחם דוידסון (בסעיפים 4-2 לחוות דעתו):

"מעיון בהסכם עולה, כי אין זה מדויק לחלוטין לומר כי במסגרתו מודרה אלעד מניהול המרכז. אדרבא. בסעיף 7 להסכם, המצוי בפרק אשר כותרתו היא "ניהול המרכז", נקבע כי החברה לשיקום תקים ועדת היגוי לצורך "ניהולו היעיל של המרכז", וזאת בהתאם לעקרונות ההסכם. נקבע, כי בוועדת ההיגוי יהיו נציגים של אלעד. נקבע עוד, כי הוועדה תדון ותקבל החלטות בנושאים שונים הקשורים להפעלתו השוטפת של המרכז. בתוך כך, הוענקו לוועדת ההיגוי הסמכות לאשר תקציב פעילות שוטף של המרכז (סעיף 7); לדון ב"תשלום המינימום" אשר על אלעד לשלם לחברה לשיקום על פי ההסכם (שם); ולהכין תכנית פיתוח, ואף לקבוע בה הוראות מפורטות להשקעה של ההכנסות העודפות שיתקבלו בגין הפעלת המרכז (סעיף 14 להסכם).

3. בהסכם נקבע גם, כי החלטות ועדת ההיגוי יתקבלו בהסכמה. קביעה זו נותנת בידי נציגי אלעד כוחות של ממש. נקבע גם, כי במקרה של מחלוקת, יועבר העניין למנכ"ל החברה לשיקום ולמנהל העמותה, אשר יעשו ככל הניתן כדי ליישבה בדרכי הבנה ורצון טוב (סעיף 33 להסכם). במקרה של אי הסכמה, נקבע כי סמכות ההכרעה נתונה למנכ"ל החברה (שם). יוצא, כי הסמכות השיורית נתונה לחברה. ברם, סמכות שיורית אינה מופעלת כדבר שבשגרה. היא

<sup>11</sup> ס' 18 לעיקרי הטיעון, כפי שמצוטטים בחוות דעתו של כב' השופט דרורי, סעיף 62.

מיועדת להתגבר על מצבים פינתיים, אשר בחיי המעשה אינם שכיחים. עולה מכל האמור, כי לאלעד ניתנו בפועל כוחות הנוגעים במישרין לניהול המרכז".

101. המנופים המשפטים והמעשיים הנובעים מהבעלות הפרטית של אלע"ד בבניין מכתבים בהכרח כי רט"ג לא תהיה עצמאית בהפעלת שיקול הדעת בניהול מרכז המבקרים, ותהיה חייבת להתחשב גם ברצונותיה ודרישותיה של אלע"ד כבעלים. כך בדיוק פעלה אלע"ד מול רט"ג עד היום, וכך בדיוק ניצלה את הבעלות הפרטית שלה בנכסים "אסטרטגים" בגן, הכל על-פי הסברי והצהרות רט"ג עצמה:

101.1. כמפורט בסעיפים 36-40 לעיל, למרות העדפתה העקרונית של רט"ג לנהל את הגנים הלאומים בעצמה, נאלצה רט"ג להתקשר עם עמותת אלע"ד בפטור ממכרז (הסכם 2012), משום שלא אלע"ד זכויות בנכסים מרכזיים בגן, ואלע"ד הבהירה שלא תאפשר לאף גורם לנהלם אלא אם היא עצמה תקבל את זכויות הניהול / תפעול של הגן.

101.2. כלומר, אלע"ד אילצה את רט"ג לפעול בדרך מסוימת תוך שימוש בזכויותיה הקנייניות בנקודות אסטרטגיות בגן הלאומי. הדברים נאמרו ברחל בתך הקטנה ע"י סמנכ"ל רט"ג בדיון בהתקשרות בפטור ממכרז עם אלע"ד:

"מבהיר כי בדיונים עם עמותת אלע"ד הודיעה העמותה באופן ברור וחד משמעי, כי לא תסכים להעביר את הנכסים שבשליטתה בג"ל עיר דוד לתפעול כל גוף אחר, לרבות רשות הטבע והגנים

נושא זה הובהר גם בכתב במכתב מעמותת אלע"ד מיום 22.10.2012

לאור כך ובאם הרשות רוצה לאפשר לציבור להמשיך ולבקר בנכסים אלו לא קיימת כל אפשרות אחרת והם היחידים היכולים לתפעל את הנכסים".

ור' גם את ס' 3 לסיכום דיוני הוועדה, החוזר ומדגיש את הצהרתה המפורשת של אלע"ד, כי אם לא יגיעו איתה להסכמות לא תאפשר לצד אחר כלשהו לתפעל את הנכסים.

הפרוטוקולים של דיוני וועדת המכרזים של רט"ג על התקשרות בפטור ממכרז עם אלע"ד בשל זכויות האחרונה בנקודות אסטרטגיות בגן הלאומי והאולטימטום שהציבה אלע"ד, כי אם לא יגיעו איתה להסכמות בדבר תפעול האתר על ידה בלבד, האתרים יהיו סגורים לקהל, צורפו וסומנו נספח 16.

102. ודוק: האולטימטום שהציבה אלע"ד ב-2012 היה המשכה של אסטרטגיית בה פעלה לכל אורך הדרך. כאמור לעיל, רט"ג נימקה גם את ההתקשרות עם אלע"ד ב-2005 שהעניק לאחרונה את השליטה בפועל בגן הלאומי בשל מהלכים זהים של אלע"ד, שהכשילה, בין היתר באמצעות הנכסים שבעלותה, את הניסיון של רט"ג להפעיל את הגן בעצמה.

103. ההקבלה בין המבנים בבעלות אלע"ד - שחייבו את רט"ג לקבל ב-2005 ושוב ב-2012 (ויתכן ששוב ב-2015 עם תום תקופת ההסכם) החלטות על מסירת שליטה בגן לאלע"ד בניגוד לעמדתה העקרונית - לבין מבנה מרכז המבקרים המוצע כעת כמעט מלאה: שם דובר במבנים שהיו בבעלות/שליטת אלע"ד, כאן מבקשים להקים מבנה בבעלות אלע"ד; שם דובר במבנים המהווים נקודת מפתח לביקור באתר

הגן הלאומי, וכאן מבקשים להקים מבנה שיהיה נקודת מפתח אסטרטגית לביקור (שער כניסה ממש) והצמת המרכזי של הגן כולו; שם נאלצה רט"ג שלא לפעול על-פי עמדתה העקרונית בשל הבעלות של אלע"ד בנכסים, וגם כאן היא תהיה חייבת לפעול (גם) בהתאם לאינטרסים של אלע"ד. **אלא ששם דובר במצב נתון שכבל את שיקול דעתה של רט"ג, ואילו כאן ההחלטה התכנונית יוצרת מצב חדש, שיכבול מראש ולא רק בדיעבד את שיקול הדעת של רט"ג ומביא בפועל להתפרקות מסמכותה לנהל את הגן הלאומי מתוך תפיסה ממלכתית – ולכן אין לאשרה.**

104. הדרך היחידה למנוע מגורם פרטי השפעה על הניהול של מבנה ציבורי מובהק כמו מרכז מבקרים ולמנוע מצב של כבילת שיקול הדעת של הרשות הממונה, הוא מניעה מראש של מצב כזה. הדברים יפים מקל וחומר במקרה כבענייננו, כאשר מדובר במרכז מבקרים במיקום רגיש מבחינה דתית-הסטורית-לאומית, וכאשר הגורם הפרטי הוא גורם אידיאולוגי מובהק.

105. מטעם מובן מאליהם זה התגבשה ההלכה עליה עמדנו כבר לעיל (וכאמור המדיניות של רט"ג עצמה), כי גן לאומי, ובוודאי אתרים רגילים, צריכים להיות מנוהלים על-ידי הרשות הציבורית, אשר רשאית להסתייע בגורמים פרטיים רק לצורך מתן שירותים טכניים או שכרובה בהם הפעלה מוגבלת של שיקול דעת.

106. ואמנם, כל האמור בשני הפרקים האחרונים לגבי הבעייתיות האינהרנטית הקיימת בהקניית סמכויות משמעותיות לעמותה פרטית באתר רגיש נטען על-ידי המדינה בפרשת מתחם דוידסון, וזו הסיבה למאבק המשפטי שמנהלת שם נגד העברת סמכויות התפעול לעמותת אלע"ד. מעבר לציטוט שהובא בראש פרק זה ולדברים דומים שנאמרו בעיקרי הטיעון מטעמה, טענה המדינה בסעיף 10 סיפא לעיקרי הטיעון שלה המובאים בפסה"ד של בית המשפט המחוזי:

**"לשאלת אופי הפעילות של אלעד, והאם היא מהווה גורם ממתן אם**

**לאו, אין נפקות של ממש לענייננו. עצם היותה עמותה פרטית מעורר**

**קושי בהעברת אתר הגן הארכיאולוגי, לחזקתה, לניהולה או לתפעולה".**

אכן, עמדת המדינה בפרשת מתחם דוידסון דומה עד מאד לעמדת העותרת כאן.

### **הדין קובע כי פרויקט בינוי אינו יכול להיות חלק מ'הסכם תפעול'**

107. אין ולא יכולה להיות מחלוקת שפרויקט בינוי – ובפרט בסדר גודל מעין זה – אינו יכול להיות "תפעול".

108. עמדה זו באה לידי ביטוי מובהק בתצהירו של מזכיר הממשלה דאז (כיום – היועץ המשפטי לממשלה) שהוגש על ידי המדינה בעניין **מתחם דוידסון** (נספח 18 לעיל).

109. במסגרת אותו תצהיר מטעם מר מנדלבליט, דובר כאמור בביטול הסכם שהוכתר כ"הסכם תפעול", שהעניק לאלע"ד סמכויות נרחבות בשטח סמוך לשטח נשוא עתירה זו:

**"מעיון בהסכם מרכז דוידסון עולה כי לידי עמותת אלע"ד נמסרו זכויות התפעול של**

**האתר, וכן זכויות ניהול מסוימות... יוער כי סעיף 22 להסכם מעניק לעמותה זכות**

**לבצע מיזמי בניה באתר, דבר שלחלוטין לא מקובל בהסכמי תפעול... (סעיף 11 לתצהיר)**

מסירת החזקה במתחם לידיה של עמותה פרטית, שהיא מטבעה בעלת איפיון סקטוריאלי, בדרך של תפעולו השוטף של המתחם על ידי אותה העמותה, ואף מסירת סמכויות ניהול מסוימות לידיה, עומדת בסתירה לעקרון יסוד שניתן לו ביטוי, בין היתר, בפסיקת בית המשפט העליון ובחוות דעתו של מר מני מזוז בתפקידו כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), משנת 2000. לפי חוות דעת זו, שעקרונותיה תקפים כמובן גם היום, אתר בעל חשיבות לאומית, תרבותית והיסטורית, באזור המאופיין ברגישות דתית וגיאוגרפית בקנה מידה בינלאומי, חייב להיות מנוהל ומופעל על ידי המדינה או גורם ממשלתי אחר (סעיף 20 לתצהיר)."

**תצהיר מאת אביחי מנדלבליט מיום 1.6.2014 מצ"ב ומסומן נספח 28.**

כן ראו את החלטת בית משפט השלום בירושלים אשר קבע כי "הסכם התפעול" מעביר סמכויות החורגות מ"תפעול שוטף" לידי אלע"ד, כובל את שיקול הדעת של הרשויות הציבוריות ופוגע ביכולתן לממש את מדיניותן בשטח, ולפיכך בטל:

"ההסכם מסר לנתבעת שורת פעולות הכרוכה בהפעלת שיקול דעת מסוים והוא חורג מגדר הסכם תפעול שגרתי.

ההסכם שפורט לעיל כורך בתוכו מרכיבים לא מעטים מעבר לתפעול הרגיל כדוגמת הפריטים הבאים:

**שיווק האתר**, בכלל זאת מתן רשות לעמותה לציין שמה בסימון הלוגו הקבוע לצד שם החברה.

**הדרכות במתחם**, אמנם בהסכם הוסכם שאין בכך כדי לגרוע מזכות גוף הדרכה אחר להדריך בשטח, אך הזכות המידית להדריך מבקרים מקריים באתר נותנת עדיפות לעמותה.

**מיזמים**, בכלל זאת מיזמי בנייה ופיתוח שלבטח אינם בגדר תפעול שוטף.

...

הגעתי לכלל מסקנה כי יש בהסכם כדי להגביל את הממשלה בתפקיד השלטוני, שכן הוא פוגע בחופש הפעולה של הממשלה... בעניין זה קובע סעיף 11 א(9) (א) לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975: "זכות שהעניקה חברה או התחייבות שנטלה על עצמה חברה אשר יכול שיהיה בה כדי להגביל, במישרין או בעקיפין, את הממשלה, בין בתפקידה השלטוני...".

(סעיפים 22, 26 לפסק הדין).

110. כאמור, בערעור על פסק דין זה נהפכה התוצאה ונקבע כי אין עילה לביטול ההסכם, ואולם **דעת הרוב** (כב' השופט שחם, שאל נימוקיו הצטרף כב' השופט חשין) הבהירה כי הגיעה לתוצאה זו משום שלמרות שמועברות לאלע"ד סמכויות ניהול מסוימות – **אין המדובר בסמכויות של גוף סטטוטורי (- רט"ג) אלא של גוף שעיקר פעולתו במשפט הפרטי – החברה לפיתוח הרובע (סעיף 45.10 לעיל).**

111. הלכה זו כי מיזמי בנייה אינם יכולים להיות חלק מהסכמי תפעול נובעת מהעקרונות שנדונו לעיל לגבי החובה להימנע מכבילת שיקול הדעת של הרשות הציבורית האחרת. כל זאת משום שבהכרח, המהות של פרויקט בינוי חורג מכל מה שניתן להגדיר כהסתייעות בתפעול.

112. וידוגש: אחד מהתנאים הבסיסיים של "הסתייעות בתפעול" חייב להיות שניתן לסיים את אותה הסתייעות אם הרשות הציבורית מעוניינת בכך, להחזיר את התפעול לידיה או להעבירו לגורם אחר. הסכם היוצר מצב חדש בו לא ניתן יהיה לסיים לעולם את ה"הסתייעות" בהגדרה אינו יכול להיות 'הסכם תפעול'. כך, אם מרכז המבקרים היה בבעלות רט"ג, יכולה היתה רט"ג להחליט להסתייע באלע"ד בתפעולו, ובהמשך להפסיק ההסתייעות בה ולתפעלו לבד, ואולי להעבירו לתפעול גורם אחר או להוציא את תפעולו למכרז. מרכז מבקרים בבעלות אלע"ד לעולם "יתופעל" (במינימום, וכאמור בסעיף 85-80, ברור שבפועל הרבה יותר מכך) על-ידי אלע"ד, מבלי שלרט"ג יש כל אפשרות לסיים את אותה הסתייעות גם אם תהיה מעוניינת בכך. מצב דברים זה זר לחלוטין להסכמי תפעול.

### **בינוי פרטי של מרכז מבקרים אינו יכול לקיים את דרישת ה"דרוש במישרין" שבתמ"א 8**

113. ועדת הערר קיבלה את טענת העותרת כי הפרשנות הנכונה להוראת סעיף 1 לתמ"א 8, המתירה בנייה בגן לאומי, הינה פרשנות מצמצמת:

"ברור כי השימושים במבנים או במתקנים שניתן להקים צריכים לשרת את היעוד העיקרי של הגן הלאומי, לשמור על הנוף ולשמור על ערכים ארכיאולוגיים, היסטוריים וכד', באופן שצריכה להתקיים זיקה ממשית וישירה בין היעוד העיקרי לשימושים הנלווים, ומרחב הגמישות בעניין זה הוא מוגבל" (סעיף 235 להחלטת ועדת הערר, ההדגשה במקור).

114. המועצה הארצית לא הפכה קביעה עקרונית זו, אלא קבעה שהשימושים המוצעים בתוכנית תואמים את הפרשנות הנכונה לתמ"א 8.

115. עם זאת, ועדת הערר (והמועצה הארצית שאימצה את החלטתה) החילה כלל פרשנות זה רק על הנפחים המאושרים בבינוי והשימושים המותרים במבנה, ונמנעה – לטענת העותרת בטעות – מלהחיל אמת מידה זו על שאלת הזכויות הקנייניות במבנה והודאות כי המבנה אכן ישמש לייעודו הציבורי ולצרכי הגן הלאומי.

116. העותרת טען כי בינוי על קרקע פרטית, ובפרט בנסיבות בהן אין כל ערובה שזכויות הציבור בגן יובטחו, אינו יכול – מיניה וביה – להיראות כבינוי ה"דרוש במישרין" לצורכי הגן הלאומי, שכן אין כל דרך להבטיח את השימושים הציבוריים בו, ולמעשה אין דרך להבטיח ששימושים ציבוריים אלה בכלל יתקיימו.

117. במלים אחרות, מבנה שבעליו יכול לשלול את השימוש בו מהציבור (או לאיים בשלילתו מהציבור כאמצעי לאנוס את הרשות להעניק לו שליטה כזו או אחרת באתר, בניגוד לאינטרס הציבורי המחייב כי השליטה תישאר בידי הרשות) – אינו יכול להיחשב הכרחי לצרכי הגן הלאומי – שהרי לו היה נחוץ באמת, היתה פועלת הרשות על מנת שיהיה בבעלותה ובכך להבטיח את יכולת השימוש של הציבור בו.

## המדובר ב'מבנה ציבור' מובהק, והבעלות בו אינה יכולה להיות פרטית

118. מרכז המבקרים המוצע – שער הכניסה לגן הלאומי וצומת המעברים האסטרטגי המחבר בין אתריו השונים - הוא מבנה ציבורי פר אקסלנס. לפיכך, ובצורה הפשוטה ביותר, ובכך ראוי לחתום את הטיעון בעתירה, הוא חייב להיות מבנה בבעלות ציבורית.

אין המדובר בקיוסק בגן הלאומי, חנות לממכר מזכרות או עוד נקודת עניין בתחומו. אלה יכולים להיות בבעלות פרטית. מרכז המבקרים עצמו אינו צריך להיות בבעלות פרטית, או לכל הפחות יש להימנע ככל שניתן מהקמתו בבעלות פרטית.

119. דיני התו"ב מחייבים, כי מבני ציבור מובהקים יהיו גם בבעלות ציבורית. משום כך תוכנית המסדירה את הקמתו של מבנה ציבור או מתקן ציבורי אחר – בית ספר, כביש, מתקן לטיפול בשפכים, תחנת רכבת או כל מבנה או מתקן אחר, אינה מסתפקת בקביעת הייעוד הציבורי אלא בקביעת הוראה הקובעת כי השטח מיועד להפקעה (לטובת רשות מקומית, משרד ממשלתי, רשות ממשלתית וכן הלאה). יכולים להיות מקרים של מבנה ציבורי בבעלות פרטית, אך המדובר במקרים נדירים, ובשימושים שאמנם "ציבוריים", אך שבמהותם הם שימושים מניבים שיש רציונל כלכלי בבעלות פרטית עליהם.

120. מעבר לכך שכך לטעמנו מחייב הדין, אין ספק שזו הפרקטיקה, שמייצגת את ההבנה הברורה, שאין דרך להבטיח את השימוש הציבורי במבנה ואת הפעלתו הציבורית בהתאם לאינטרס הציבורי בלבד, שהוא ההצדקה לעצם אישורה של התוכנית, אלא בקביעת הבעלות הציבורית. לפיכך תוכניות המקימות מבנים ציבוריים מבטיחות את השימוש הציבורי ביעודם להפקעה.

121. בענייננו מקל וחומר, שכן אין המדובר בשטח אשר ניתן לבנות בו מכוח תוכנית תקפה מבנה ציבורי (ובעלים פרטיים של המקרקעין מעוניין לבנות בו מבנה ציבורי), אלא בשטח שבתוכניות התקפות אסור לבנות בו כלל. כזכור, המדובר בשטח שמסומן על-ידי כל התוכניות כשטח הרגיש ביותר מבחינה תכנונית, ואיסור הבנייה בו כפול: הן משום שמסומן כשצ"פ, והן משום שנמצא בתוך החיץ האסור לבנייה של ה-75 מ' בסמוך לחומות העיר העתיקה.

122. כל ההצדקה להתרת הבנייה ולהענקת זכויות הבנייה הניכרות בו (ועוד בהיקף משמעותי ביותר של אלפי מ"ר רבים מאד), כלומר כל ההצדקה לתוכנית נשוא עתירה זו, היא עובדת היותו של מרכז המבקרים 'מבנה ציבורי'. אם היתה אלע"ד מציעה להקים מבנה פרטי, לא היתה התוכנית עוברת את ספה של לשכת התכנון המחוזית. הייעוד הציבורי הוא ההצדקה לקידומה של התוכנית. לפיכך, הבעלות הפרטית על מרכז המבקרים על כל המשמעויות הנובעות ממנה שומטות את הקרקע מתחת לרציונל התוכנית והצידוקים לה.

123. ככל שאלע"ד מעוניינת לתרום לציבור ולעיר ירושלים על-ידי הקמת מרכז המבקרים, היא יכולה לתרום את הקרקע או את המבנה לרט"ג, כפי שעשו נדבנים אחרים. כפי שהעיר המשנה ליועמ"ש בזמנו וכב' השופט העליון מני מזוז בחוות-דעתו (נספח 26 לעיל, בפסקה האחרונה), גם בית המשפט העליון "נתרם" למדינה על ידי יד הנדיב (קרן רוטשילד). ואולם, בהיותו מבנה ציבורי הוא חייב להיות בבעלות ציבורית, ואיש לא העלה בדעתו שהוא יתופעל על-ידי קרן רוטשילד.

124. אלע"ד מעוניינת באופן מוצהר וגלוי בבעלות שלה על המבנה כדי שזה יתרום גם לה ולא רק לציבור. בדיונים המקדימים בעת הכנת התוכנית חזרה והדגישה את העיקרון הנ"ל. היא הדגישה כי מבחינתה הציבור מקבל את הגגות, ואילו היא מקבלת את פנים הבניין. כך אמר יו"ר אלע"ד בדיון מיום 25.3.2012 כי "השטחים הציבוריים זה הגגות של המבנה" (נספח 24'ה' לעיל). כלומר, מבחינת אלע"ד עצמה, המדובר במבנה פרטי ולא ציבורי, למעט הגגות. אותן "תרומות" שאלע"ד מבקשת לקדם לעצמה בזכות בעלותה על המבנה הפרטי שלה הן ש"זהמו" את הציבוריות של מרכז המבקרים ואת שיקול הדעת של רט"ג בהפעלתו, שאמור להיות מונחה על-ידי האינטרס הציבורי בלבד.

125. לפיכך, ככל שמחליטים על הקמת מרכז המבקרים במגרש המסוים, בנפח בנייה כזה או אחר (ענין שהעותרת כאמור התנגדה לו אך אינה תוקפת בעתירתה זו), הוא צריך להיות בבעלות ציבורית. הדרך היחידה לקיים איפוא את החלטת וועדת הערר על אישור התוכנית היא בייעוד השטח להפקעה ובהתניית הוצאת היתר בנייה בביצוע ההפקעה.

126. יוער בהקשר זה כי המדובר במגרש ריק, בייעוד שצ"פ, שהבנייה בו אסורה, ושאינן בו כל זכויות בנייה. לפיכך, הפקעת שטח זה אינה אמורה להיות עניין בלתי ריאלי. מובן, שאלע"ד גם לא תוכל לתבוע פיצויים בגין השקעותיה במקום בשל פרויקט הבנייה שתכננה שם, שכן כל עוד אין מסתיים ההליך התכנוני, אין בעל העניין יכול להסתמך על כך שבסופו של דבר תאושר התוכנית ויותר לו להקים את שמוצע בה.

## **התייחסות למענה שניתן על-ידי וועדת הערר (והמשיבים) לטיעון העותרת נגד הבעלות הפרטית במבנה מרכז המבקרים - ס' 374-394 להחלטת וועדת הערר**

כאמור, המועצה הארצית לא עסקה בהחלטתה כלל בעניין הבעלות הפרטית, אלא הפנתה להנמקת וועדת הערר. לפיכך, ההתייחסות היא לנימוקי וועדת הערר.

### **נימוק א' של וועדת הערר - הסכם התפעול שאושר על-ידי בג"ץ מאפשר את הקמת מרכז המבקרים בבעלות הפרטית של אלע"ד (סעיפים 374-380 להחלטת וועדת הערר)**

127. הסכם התפעול נספח 17 לעיל (מ-2012, לאחר החלטת רט"ג לפטור ממכרז את ההתקשרות עם אלע"ד), שאושר על-ידי בג"ץ, היווה את הנימוק העיקרי של וועדת הערר לדחות את טיעון העותרת. לעמדת וועדת הערר, הסכם התפעול מסדיר את הקמת מרכז המבקרים ואת מערכת היחסים שבין רט"ג לבין אלע"ד בעיר דוד, ומשעה שאושר על-ידי בג"ץ, אין לשמוע לטענות הכלליות של העותרת, הנשענות על הדין הכללי (דיני אצילת סמכויות), על פסיקה קודמת (פס"ד אברמוביץ' למשל) או הנוגעת לאתרים אחרים לגביהם התקיימו נסיבות אחרות (פסה"ד בעניין מתחם דוידסון).

128. העותרת תטען, כי בכך נפלה שגגה יסודית לפני וועדת הערר הנכבדה. הסכם התפעול נספח 17 לעיל לא הסדיר את הפעלת מרכז המבקרים שלא היה קיים באותה עת, ואין דבר בפסק הדין שניתן ללמוד ממנו כי בית המשפט העליון הכריע בעניין קונקרטי זה ונתן את אישורו לבעלות הפרטית של אלע"ד על מבנה מרכז המבקרים. מעבר לכל יתר הסוגיות, מובן מאליו שעניין זה לא הוצג, לא נדון ולא אושר בבג"ץ.

129. ראשית, בג"ץ לא דן כלל בסמכויותיה של אלע"ד בנכסיה שלה, אלא בסבירות ההחלטה להעביר את סמכויותיה בשטחי הציבור שבאתר: עתירת **עיר עמים** עסקה בהעברה לידי אלע"ד של השליטה באתר התיירותי בגן הלאומי, קרי, של שטחי ציבור בבעלות ציבורית ("עתירה לביטול ולחלופין לאי-הארכתו של הסכם שנחתם בין המשיבה 1 למשיבה 3 באתר **תל עיר דוד** המצוי בשטח הגן הלאומי "סביב חומות ירושלים העתיקה", וכן להחזרת החזקה באתר וניהולו לידי המשיבה 1").

129.1. רט"ג, בתגובתה, נימקה את העברת השליטה באותם שטחים ציבוריים, בכך שלא אלע"ד זכויות בשמונה נכסים בשטח האתר, המהווים מוקד עניין תיירותי, ובכך שלא ניתן היה לפתח את האתר התיירותי כמכלול ללא שיתוף פעולה של אלע"ד.

129.2. תוצאת חוסר שיתוף הפעולה ("ניגוד אינטרסים מובהק", בלשונה של רט"ג) היה מו"מ בין הצדדים שבסופו הסכימה אלע"ד להימנע מ"הפרעה" לרט"ג (רתימת הנכסים הפרטיים של אלע"ד לטובת הגן הלאומי) בתמורה לקבלת סמכויות רחבות בשטח האתר (הדרכות, גביית דמי כניסה, שילוט, תחזוקה, וכו') בשטח האתר כולו (ודוק: אלע"ד לא זקוקה להרשאה מרט"ג לנהל ולתפעל את נכסיה שלה, ולא בכך עסק ההסכם). הסדר זה עוגן בהסכם משנת 2005, שנגדו עתרה **עיר עמים** בבג"צ 5031/10.

129.3. כלומר: בג"ץ לא דן ולא נדרש לדון בסמכויות אלע"ד בנכסיה שלה (כגון חניון גבעתי). לא היתה מחלוקת בין הצדדים שנכסים אלה הינם של אלע"ד ולה הזכות לעשות מעשה בעלים בהם<sup>12</sup>. **השאלה שעמדה בפני בג"ץ היא סבירות שיקול הדעת של רט"ג בהענקת סמכויות בשטחים הציבוריים באתר.**

130. שנית, בג"ץ קבע שאין עילה להתערבות בשיקול הדעת של רט"ג על רקע **המצב המשפטי הקיים** שבו קיים לרט"ג **צורך** להסתייע באלע"ד לצורך ניהול הגן. דבר בפסק הדין אינו מכשיר מהלך של התפרקות עתידית, **מרצון**, משיקול דעת נוסף (ובאופן חמור בהרבה). פסק הדין בוחן את שיקול הדעת של רט"ג על רקע מצב משפטי קיים, ואין לקרוא בו כל הרשאה לרט"ג לשנות את המצב הקיים כדי לכבול באופן חריף יותר את שיקול דעתה באמצעות גורם פרטי:

*"הרשות היא הגורם השלטוני המופקד לפי חוק על ניהול הגנים הלאומיים בישראל ועל כך אין חולק. כמו כן ראוי להדגיש כי חוק גנים ושמורות אינו כולל הוראה המאפשרת לרשות*

<sup>12</sup> סעיף 2(ב) להסכם קובע כי חניון גבעתי שבו יוקם מרכז המבקרים לא ייפתח בשבת; סעיף 14(ו) קובע את זכותה של אלע"ד לגבות דמי כניסה בנפרד לאתרים בהם יש לה זכויות; אין בהסכם כל חובה לפתוח לציבור נכסים שבעלותה או להתיר כניסת מדריכים שלא מטעמה למרכז המבקרים. ההסכם עוסק ב"האתר התיירותי" בלבד ואין בנוסחו כדי לגבור על זכויות אלע"ד בנכסיה.

לאצול לגורם פרטי את סמכויותיה לניהול גן לאומי... יחד עם זאת, נדרשת הרשות לבצע את תפקידיה בשים לב למכלול הנתונים הרלוונטיים לעניין, ובמקרה דנן - **בשים לב לזכויות העמותה בנכסים המצויים באתר**. בפתח הטיוטה העדכנית של ההסכם צוין כי "המפעיל [העמותה] מצהיר כי הינו בעל זכויות קנייניות וזכות חזקה וכן בעל זכות הרשאה, לפי הסכם עם החברה לפיתוח הרובע היהודי, בנכסים שונים בתחום האתר התיירותי", וכפי שכבר צוין זוהי אף נקודת המוצא המנחה אותנו לצורך הדיון בעתירה. **על רקע זה, אין למצוא פגם בצורך** שמצאה הרשות להתקשר עם העמותה על-מנת להסתייע בה לתפעולו היעיל של האתר... (סעיף 19 לפסק הדין)...

אין לכחד כי **נתוניו הייחודיים** של הגן הלאומי בו עסקין הובילו לכך **שהרשות מסרה לעמותה לביצוע שורה לא מבוטלת של פעולות אשר חלק מהן אף כרוך בהפעלת שיקול דעת מסוים**" (סעיף 23).

131. בעניינו יוצרת התוכנית **מצב חדש**, בו מקימות הרשויות נקודת עניין מרכזית חדשה בבעלות פרטית של אלע"ד – ולמעשה, נקודת עניין עוד יותר אסטרטגית מאשר כל אתר ספציפי, שכן המדובר בשער הכניסה לאתר כולו וצומת המסלולים והמעברים העל והתת קרקעיים שלו. **אין בפסק הדין של בג"ץ כל עיגון לכך, שהתכוון להכשיר החמרה של המצב הנתון, שמוצג בפסק הדין בצורה ברורה כ"כורח" להעברה לא רצויה עקרונית של סמכויות מרט"ג לאלע"ד**. אין בפסק הדין כל עיגון להחמרת המצב הקיים באופן שיגביל עוד יותר שיקול הדעת של רט"ג.

132. שלישית, מה שעמד לפני בג"ץ הוא הסכם לתפעול רשימה מסויימת של אתרים, על מה שהיה קיים בהם באותה עת, אשר הונחו לפניו. כאשר בג"ץ אישר את ההסכם, שכלל במפה שצורפה לו גם את חניון גבעתי, מה שעמד לנגד עיניו (ולנגד הצדדים בטיעונם לפניו), בקשר לחניון גבעתי, הוא מגרש בו קיימות חפירות ארכיאולוגיות. לגבי אתר חפירות זה הוא אישר את העברת הסמכויות לאלע"ד כפי שהוצעה. הטענה כי בכך העניק בג"ץ אישור מראש, *carte blanche*, לכל פרויקט בנייה פרטי של אלע"ד באתר זה- שלא הובאו לגביו כל פרטים, לרבות למרכז המבקרים האסטרטגי לאתר כולו, נראית לעותרת בכל הכבוד מופרכת.

133. ס' 17 להסכם אמנם מתיר לאלע"ד לבצע באישור רט"ג מיזמי בנייה בנכסים שלה. כאמור, לעמדתנו (סעיף 63 לעיל) ברור שגם מבחינת רט"ג הסכמה זו אינה יכולה להתייחס להקמת פרויקט חדש מסוג של מרכז מבקרים (שכן עניין זה חייב הסדרה חוזית מפורטת שלא נעשתה). אולם מכל מקום, גם אם ייטען שהסכם התפעול מהווה 'עיגון משפטי' למתן אישור על-ידי רט"ג להקמת מרכז המבקרים על-ידי אלע"ד, הרי שמכיוון שמרכז המבקרים לא הוצג כלל לבג"ץ, אין שום ספק שהחלטת רט"ג לאשר את הקמת מרכז המבקרים הנ"ל לא עברה שום ביקורת שיפוטית ואין יסוד לטענה כי החלטה זו אושרה בבג"ץ.

החלטה זו של רט"ג לאשר את הקמת מרכז המבקרים בבעלות פרטית של אלע"ד לא עברה שום ביקורת שיפוטית. החלטה זו מנוגדת לדין כפי שנטען לעיל, ומכיוון שמוסדות התכנון מחוייבים בכך כי החלטותיהם יהיו תואמים את הדין הכללי (בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא

לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center), היה על וועדת הערר לסרב לאשר את התוכנית הנ"ל או להתנות את ביצועו בהיות המבנה ציבורי.

134. רביעית, מיזם ספציפי ומיוחד של 'מרכז מבקרים' כולל, כפי שהוסבר לאורכה ולרוחבה של עתירה זו, מורכבויות מיוחדות שאינן קיימות באתרים אחרים. בעוד שבנקודות עניין אחרות טווח הפעולות שניתן לקיים במקום מוגבלות, ומספר ההחלטות הכרוכות בהפעלת שיקול דעת מהותי מצומצם (ברור מה תהיה הפעילות בחנות מזכרות, בנקבת השילוח, בפיר וורן, באתר עתיקות פתוחות מסוים או ברחוב תת קרקעי קדום), הרי שמרכז מבקרים, הכולל אלפי מ"ר של שטחים מבונים שיש שיקול דעת רחב מאופק עד אופק לגבי התכנים והפעילויות שניתן לקיים בו. כל זאת בנוסף למורכבות המיוחדת הנובעת מהיותו של מרכז המבקרים נקודה אסטרטגית, שבניגוד לנקודה מסויימת שהתייר יכול לדלג עליה (כי אלע"ד סוגרת אותה בשבת, או כי יש סכסוך בין רט"ג לבין אלע"ד), מרכז המבקרים אמור להיות שער הכניסה לאתר, ומבנה ממנו ייצאו ואליו יגיעו מעברים על ותת קרקעיים אל ומכל האתרים (ה-hub של הגן הלאומי).

135. מורכבויות ברורות אלה חייבו הסדרה חוזית מפורטת וברורה בין רט"ג לבין אלע"ד. לו היתה רט"ג אמנם מתכוונת להסדיר בהסכם את תפעולו של מרכז מבקרים פרטי על-ידי אלע"ד, היא היתה חייבת לכלול בו שורה ארוכה של הוראות נדרשות המתייחסות למכלול ההיבטים הרבים מאד הקשורים בהפעלת מרכז מבקרים כזה (ואם הסכם התפעול הוא זה שערכה לטובת העניין הרי שמעלה בתפקידה והפקירה ממש את האינטרס הציבורי). לפיכך ברור, שלא זו בלבד שבג"ץ לא אישר כל הסכם המסדיר את הפעלת מרכז המבקרים, אלא שלא היה כל הסכם כזה.

136. עניין זה מאושר למעשה על ידי רט"ג עצמה, שכן בפרוטוקולים של דיונים שלה שקיימה בנושא הבהירה כי נדרש לערוך הסכם מול אלע"ד לשם הסדרת הקמת מרכז המבקרים – כלומר גם לגישתה הסכם התפעול מ-2012 אינו מסדיר את הנושא.

בנוסף, גם במענה לבקשת חופש המידע שהוגשה על-ידי עיר עמים (נספח 24 לעיל), בו התבקשו כל ההסכמים הקיימים ככל שקיימים בין רט"ג לבין אלע"ד לגבי מרכז המבקרים, לא התייחסה רט"ג כלל להסכם מ-2012 ולא הפנתה אליו בתשובתה..

137. חמישית, כאמור לעיל, הסכם תפעול כלל אינו יכול לכלול פרויקטים של בינוי. לפיכך, ברור שהסכם זה לא התיימר לכלול גם מיזם בינוי כמו כזה של מרכז מבקרים.

נימוק ב' של ועדת הערר - אין ללמוד לענייננו מפס"ד אברמוביץ: פסק הדין בבג"ץ עיר עמים מאוחר וקונקרטי ולכן גובר על פס"ד אברמוביץ; אין המדובר בהעברת נכסים כמו באברמוביץ אלא בקרקע בבעלות אלע"ד (סעיפים 380-384 להחלטה)

138. ראשית, ועדת הערר מושתקת מלקבוע קביעה זו, שהינה **מנוגדת חזיתית** לעמדה שהביעה בפני בית המשפט הנכבד בעניין מתחם דוידסון, שם טענה: "**ההלכה שנקבעה בעניין אברמוביץ לא נהפכה בעניין עיר עמים (ואף לא הורחב ההרכב), כך שהיא שרירה וקיימת**" (סעיף 14 סיפא לעיקרי הטיעון של

המדינה; ההדגשות במקור, צוטט בסעיף 59 לחוות הדעת של כב' השופט דרורי). כידוע, המדינה, כשחקנית חוזרת בהליכים משפטיים, אינה יכולה לטעון טענות משפטיות סותרות בהליכים שונים ועליה לדבר בקול אחד. התנהלות אחרת, כך נקבע, מפרה את חובת תום הלב וחובת ההגינות המוטלת על המשיב, ומהווה ניצול לרעה של הליכי משפט (ר' בג"ץ 6781/96 אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה (1996)).

139. שנית, כמפורט בפיסקה הקודמת, בג"ץ עיר עמים לא דן ולא הכריע בשאלה העומדת לדיון כאן (האם רשאי מוסד תכנון ליצור מצב חדש בו מבנה ציבור שהינו נכס אסטרטגי נבנה על קרקע פרטית של גוף פרטי) אלא בשאלה אחרת (האם רט"ג רשאית להסתייע בגוף פרטי לניהול שטחים ומבנים בבעלות ציבורית בגן לאומי). וכמובן שבג"ץ לא דן בשאלת הקמתו של מרכז המבקרים, שכלל לא הוצג לפניו, וממילא לא אישר אותו.

140. אין בפסק הדין של בבג"ץ עיר עמים שום רמז לכך, שבית המשפט העליון התכוון במסגרתו לסטות מפסק הדין בעניין אברמוביץ' או שהוא מסתייג מהעקרונות שנקבעו שם (או שנקבעו על-ידי היועץ המשפטי לממשלה למשל – חוות דעת מזוז נספח 26 לעיל – ושעליהם חזרה המדינה בפני בית המשפט הנכבד אך לאחרונה, ר' בסעיף 84 לעיל). נהפוך הוא. פסק הדין בעניין עיר עמים הולך בעקבות העקרונות שנפסקו בעניין אברמוביץ'. אלא שהוא קובע שהשליטה של אלע"ד במספר נקודות עניין מהווה כורח שניתן להתחשב בו בעת סטייה מהעקרונות שנפסקו באברמוביץ'.

141. לפיכך, העקרונות שנפסקו בבג"ץ אברמוביץ' רלוונטיים לענייננו, ומעבר לכך: עניין אברמוביץ' דן בסיטואציה דומה הרבה יותר לענייננו: החלטה של גוף ציבורי (שם החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי – חברה ממשלתית) להתקשר בהסכמים למתן זכויות הקרובות לבעלות (חכירה לדורות) לגופים אידיאולוגיים-סקטוריאליים (כגון ישיבה) בנכסים בעלי ערך ציבורי-היסטורי-ארכיאולוגי שקיימת חשיבות לניהולם הנייטרלי בהתאם לאינטרס הציבורי.

142. ברור שקיים הבדל בין מתן הזכות הקניינית בנכס עצמה (כפי שנעשה באברמוביץ') לבין מתן אישור לבנות מבנה עתידי, שיוצר לבעל הקרקע, מיניה וביה, זכות קניינית בו (כפי שנעשה בענייננו), אולם להבדל זה אין נפקות שכן **התוצאה היא אותה תוצאה: הקניית זכות קניינית לגוף הפרטי הסקטוריאלי האידיאולוגי על נכס בעל ערך ציבורי אסטרטגי**.

143. יוער כי בעניין אברמוביץ' נדונה העברת זכויות מידי חברה ממשלתית שמטרתה המוצהרת היתה העברת זכויות בנכסי הרובע לגורמים פרטיים. זאת בניגוד לרט"ג שמטרתה ניהול נכסיה בעצמה, ושיקול הדעת שלה בעניין זה מוגבל הרבה יותר.

144. בעניין אברמוביץ' קבע בית המשפט (כב' השופטת פרוקצ'יה) כי במישור הקונקרטי מכיוון שהתגבש מעשה עשוי ומכיוון שבאותה עת לא היתה עדיין מדיניות ברורה, אין אי סבירות קיצונית באי ביטול ההסכמים (ס' 62 לפסה"ד). ואולם, במישור העקרוני עמדתו של בית המשפט העליון היתה ברורה, כי נכסים מסוג זה חייבים להיות בבעלות ציבורית על-מנת שיופעלו על-ידי רשויות הציבור ולא על-ידי גופים פרטיים (ובפרט: גופים פרטיים סקטוריאליים):

65". הדעת נותנת, כי נקודת המוצא בתחום זה צריכה לצאת מן ההנחה כי מתחמי קרקע בעלי ייחוד היסטורי-ארכיאולוגי, תרבותי, דתי או לאומי צריכים להישאר בידיה של הרשות הציבורית, כנאמן של הציבור שלשמו מוחזקים אותם אתרים,

**ולמענו עוסקים בשימורם.** העברה של מתחמים אלה לידיים פרטיות אינה מתיישבת, ככלל, עם הנחה זו, אלא אולי במקרים חריגים הטעונים בירור והגדרה".

145. אמירה עקרונית זו הינה רלבנטית ביותר לסוגיה שבענייננו, והדברים אמורים להיות ברורים. יתרה מכך, לשיטתנו היא רלבנטית הרבה יותר, מקל וחומר, מאשר הקביעה בבג"ץ עיר עמים, שאישרה מתן זכויות ניהול/תפעול במבני ציבור, ולא יצרה מצב של בעלות פרטית. לפיכך, שגתה וועדת הערר הנכבדה כאשר קבעה שאין להידרש לפסק הדין בעניין אברמוביץ' בעקבות פסק הדין ה"קונקרטי" של בג"ץ בעניין עיר עמים'.

146. כאמור, לא ניתן לקבל כל אמירה אחרת מטעם המדינה שעה שרק לאחרונה (2015) טענה בפני בית המשפט הנכבד שהעברת אתר סמוך לשטח התכנית (מתחם דוידסון) לידי אלע"ד – עמותה פרטית-סקטוריאלית - איננה חוקית וחורגת מדיני המנהל הציבורי עד כדי פגיעה במשילות (ראו בס' 121 לפסק הדין) מהטעמים שהובאו בהלכת אברמוביץ'.

### נימוק ג' של ועדת הערר - אין ללמוד מפסה"ד בעניין מתחם דוידסון כיוון ששם התבססה ההכרעה על מערכת נסיבות ספציפית, השונה בענייננו (סעיפים 384-385 להחלטה)

147. בנימוק זה הסתמכה ועדת הערר על פסק דינו של בית משפט השלום בעניין מתחם דוידסון. העותרת סבורה כי יש להתעלם לחלוטין מנימוק זה של ועדת הערר (ראו לעיל).

148. מכל מקום תתייחס העותרת להבחנות העובדתיות, הנטענות, בין מתחם דוידסון ובין המתחם נשוא עתירה זו :

- עמדת המדינה היא כי הסכם המעניק לעמותה פרטית זכות לבצע מיזמי בניה באתר הינו **"דבר שלחלוטין לא מקובל בהסכמי תפעול..."** (סעיף 11 לתצהיר מנדלבלט, נספח 28) ומהווה סמכות ניהולית, באופן העומד בסתירה לעקרון יסוד שניתן לו ביטוי, בין היתר, בפסיקת בית המשפט העליון ובחוות דעת מזוז כמשנה ליועמ"ש.
- בית משפט השלום בעניין **מתחם דוידסון**, אימץ את האמור בתצהירו של מזכיר הממשלה וקבע כי **"מיזמי בניה ופיתוח... לבטח אינם בגדר תפעול שוטף"** (סעיף 22 לפסק הדין, נספח 18). בית המשפט המחוזי אימץ בדעת רוב את המסקנה שלא לע"ד הועברו במסגרת ההסכם סמכויות ניהול (חוות דעת כב' השופט שחם אליה הצטרף כב' השופט חשין).

- דעת הרוב של בית המשפט המחוזי קבעה שאין עילה לבטל את הסכם מתחם דוידסון אך ורק, או בעיקר, משום שסמכויות הניהול שהועברו במסגרתו הן סמכויות של גוף שעיקר פעולתו בתחום המשפט הפרטי (חברה ממשלתית) ולא של גוף סטטוטורי – המתפרק מסמכויות סטטוטוריות – **אמירה זו נאמרה בהתייחס ישירות לעניין עיר עמים בו הועברו סמכויותיה הסטטוטוריות של רט"ג לנהל את הגן הלאומי**

- בית משפט השלום גם אימץ את עמדת המדינה כי לגבי מתחם דוידסון (שהינו כאמור סמוך לאתר נשוא התכנית אך מצוי בתוך חומות העיר העתיקה) הפעלת האתר על ידי עמותה אינה יכולה להבטיח את העיקרון שלמקום רגיש וחשוב כדוגמת השטח שבמחלוקת יהיה **"אופי כלל**

ישראלי ויהודי, ללא פעילות סקטוריאלית מכל סוג שהוא', וזאת בהתאם לחוות דעת מזוז (סעיף 23 לפסק הדין)".

• בית המשפט גם קבע שאלע"ד היא גוף פרטי, סקטוריאלית, שבניגוד לגוף ציבורי או רשות ציבורית, אינה ניתנת לפיקוח ולביקורת ממשית ולפיכך יש להעדיף שתפעול מתחם דוידסון יעשה ע"י גוף ציבורי (שם). זוהי גם עמדתה של המדינה, כפי שבאה לידי ביטוי, למשל, בחוות דעתה של המשנה ליועמ"ש, עו"ד דינה זילבר מיום 18.3.14, לפיה "התחייבותה של העמותה לדאוג להמשך הפעלתו של אתר התפילה אינה מעלה ואינה מורידה, שכן המדובר בסוגיה עקרונית שביטוייה בחובה להבטיח כי למתחם הכותל, על ייחודו, רגישותו וחשיבותו לקבוצות רבות בקרב העם היהודי, יישמר אופיו הציבורי הכלל-ישראלי, ללא סממנים סקטוריאליים או אידאולוגיים מכל סוג שהוא" (סעיף 4(ב) למכתב, צוטט בסעיף 11 לחוות דעתו של כב' השופט דרורי).

149. אין מחלוקת בין הצדדים כי מתחם דוידסון, הן בשל מיקומו בתוך החומות והן משום ייעודו לשמש לתפילת זרמים לא אורתודוקסיים בכותל, הינו אתר רגיש שברגישים, פוליטית ודתית. ואולם רגישות דומה קיימת גם במרכז המבקרים המוצע. עמדה זו הינה גם עמדתה של המדינה, אשר הדגישה רק לאחרונה בפני בית המשפט הנכבד :

"המשיבה טענה כי ממלכת ירדן קיבלה בהסכם השלום מעמד מיוחד ביחס להר הבית, והיא מעורבת בכל שקשור באזור הר הבית והאתרים הסמוכים לו (בדגש על כל דבר שנוגע בחומות, בסביבתן, גם מצידן החיצוני – מש' 1/ עמ' 41 ש' 24-25). לאור הרגישות הגיאוגרפית-פוליטית של האתר טענה המשיבה כי קיימת חשיבות רבה לכך שהוא יתופעל על-ידי גורם ממשלתי ותחת פיקוח ישיר של משרד ראש הממשלה (מש' 1/ עמ' 41-44, עמ' 44 ש' 19-23 ש' 12-17)" (סעיף 73 לחוות דעתו של כב' השופט דרורי בעניין מתחם דוידסון).

150. העותרת טוען כי אותם עקרונות שהחיל ביהמ"ש בעניין מתחם דוידסון יפים גם לעניין מרכז המבקרים.

151. לעמדת העותרת שגתה ועדת הערר כשקבעה (בסעיף 385) כי "בעניין מרכז דוידסון אין מדובר בהסכם תפעול שגרתי אלא בהסכם המקנה סמכויות לגורם הפרטי החורגות מסמכות ניהול [צ"ל תפעול], בניגוד להסכם שבתוקף בעניינו".

שוב מסתמכת וועדת הערר על 'הסכם התפעול' ואישורו על-ידי בג"ץ. כאמור בפסקה הראשונה בפרק זה, הסכם התפעול שבתוקף לא חל על הקמת המרכז ובוודאי לא נדון בבג"ץ ולא אושר על-ידו.

ובעיקר: מובן מאליו שאין אחידות בנסיבות, וכזו לא לעולם לא יכולה להיות. ואולם, העיקרון הקבוע בפסק הדין בעניין מתחם דוידסון, שמקבל את עמדת המדינה שפנתה אליו, חל גם בעניינו: החובה לשמור בידי הרשות הציבורית עד כמה שניתן את השליטה על נכסים אסטרטגיים, ולהימנע ממצב של בעלות פרטית ובוודאי סקטוריאלית על נכסים אסטרטגיים.

נימוק ד' של ועדת הערר - המגבלות שקבעה וועדת הערר לגבי הייעוד ולגבי השימושים מבטיחים שמקום ישמש למרכז המבקרים בלבד (סעיפים 392-393 להחלטת ועדת הערר)

152. ועדת הערר נימקה, כי החלטתה על תיקון וחידוד הייעוד בתקנון כך שהבניין ייועד ל"מרכז מבקרים בלבד" (ולא סתם "מבנה תיירותי"), ותיקון השימושים המותרים בתכנית (תצוגות, חללי הדרכה, מוצגים, אודיטוריום) כך שיהיה ברור שנועדו לשמש את מבקרי הגן ואותם בלבד, יש כדי להפיג את החשש שלא לע"ד יהיו באתר סמכויות החורגות מתפעול גרידא.

153. ראשית, החלטת המועצה הארצית לכאורה ביטלה את הקביעות הנ"ל, ובכך שמטה את הבסיס מתחת להצדקה זו של ההכרעה הסופית (ר' בעניין זה להלן בטיעון בפרק ההבהרה).

154. ומעבר לכך, גם אם הקביעות האלה יהיו בתוקף, הנמקה זו אינה מהווה מענה לטיעון העותרת:

154.1. ראשית, טיעון העותרת (בהתנגדות, בערר ובעתירה זו) התמקד במנופי הלחץ שנותנת הבעלות הפרטית לאלע"ד ובכבילת שיקול הדעת של רט"ג עקב בעלות פרטית זו באופן הפעלת הגן (על-פי השימושים המותרים). הגבלת וחידוד השימושים המותרים אינם נוגעים לעניין זה כלל: מנופי הלחץ ישמשו להשפעה על אופן מימושם של השימושים המותרים.

154.2. שנית, טיעון העותרת התמקד בכך, שהשימושים המותרים במרכז מבקרים הם שימושים המתאימים לפעילות הרגילה של אלע"ד, ולכן היא תוכל לנצל את מרכז המבקרים למטרותיה, ובהכרח השימוש במקום יהיה מעורבב למטרות ציבוריות ומטרות פרטיות, תוך טשטוש ההבחנה ביניהם.

154.3. העותרת לא טענה כי אלע"ד תפעיל במקום מלון או תכניס אליו חנויות, אלא שבמסגרת השימושים המותרים בגן לאומי ועוגנו בתקנון (גם העיגון המחודד יותר בהתאם להחלטת ועדת הערר) היא תוכל לקיים שם פעילויות רבות המשתלבות ללא כל קושי משפטי בפעילותה הפרטית הרגילה לקידום מטרותיה הסקטוראליות: עריכת סיורים, הצגת תצוגות, עריכת כנסים, מפגשי תורמים וכן הלאה וכן הלאה, הם כולם שימושים המותרים על-פי התקנון, אך מהווים חלק מהפעילות השוטפת והפרטית שאלע"ד מקיימת כדבר שבשגרה.

154.4. לפיכך, אין בחידוד השימושים על-ידי ועדת הערר [שהמועצה הארצית במליאתה כביכול ביטלה בהבהרה המאוחרת, ובכך עוסק החלק השני של העתירה] כדי שיתאימו אך ורק לשימושים הנדרשים במרכז מבקרים כדי לתת מענה כלשהו לטענה כי אלע"ד תעשה שימוש פרטי במקום, שכן השימושים המותרים בגן לאומי תואמים את השימושים הפרטיים שאלע"ד מעוניינת בהם.

154.5. די בכך, אך הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר לוקחים בחשבון את התחומים האפורים – שימושים שספק מותרים במרכז, שהרי ככל חיקוק, אין תוכנית מושלמת, וסימני שאלה מתעוררים תמיד (למשל: האם הקרנה פרטית של סרט באודיטוריום לטובת משפחת תורם של אלע"ד תהיה שימוש מותר? האם תצוגה של ההתנחלות

היהודית בסילוואן כדי לגייס תרומות ותמיכה למפעל זה בקרב "מבקרי הגן הלאומי" תהיה שימוש מותר?).

154.6. כל עוד הבעלות היא ציבורית חזקה היא כי הרשות הציבורית לא תתיר שימושים שנראים לה בלתי מתאימים, גם אם ניתן לפרש את תקנון התוכנית כמתירים אותם. חזקה זו אינה מתקיימת לגבי גוף פרטי, ואולי מתקיימת לגבי חזקה הפוכה: שיפעיל את קניינו הפרטי (בו השקיע ממון רב) בכל דרך חוקית שמקדמת את מטרותיו. תחומים אפורים אלה, וכלל הפרשנות המחייב במקרה של ספק לתת משקל לזכות הקניין, ישרתו את אלע"ד בהרחבת השימושים בפועל שבמרכז המבקרים.

154.7. למעשה, גם הקביעה כי המבנה ישמש כ"מרכז מבקרים למבקרי הגן הלאומי בלבד" [סעיף 393 להחלטת ועדת הערר] אינו מהווה מענה, שכן גם אלע"ד תוכל להפעיל במקום מבנה ולהגדירו (וגם להפעילו) כמרכז מבקרים עבור אתר עיר דוד – שלה ולא של רט"ג, ולקיים בו את כל השימושים המותרים בלבד, באופן המקדם את ערכיה ומטרותיה.

155. בסעיף 392 להחלטתה קבעה וועדת הערר כי "יש להוסיף ולעגן בתקנון הוראה שלפיה, כל שימוש במקום יהיה כפוף לאישור רט"ג והתכנים של הפעילות יוכתבו כולם על ידי רט"ג".

155.1. ראשית יש לומר, שהוראה בלתי שגרתית זו מצביעה דווקא על הכרתה של וועדת הערר בעומק הבעיה עקב הבעלות הפרטית במרכז המבקרים, ובהבנתה שלה שאלע"ד יכולה לנצל את המרכז (גם) לצרכיה במסגרת השימושים המותרים בתקנון (בדיוק כפי שטענה העותרת לעיל), ולכן לא ניתן להסתפק בהוראות שנקבעו לחידוד השימושים.

155.2. שנית: לא ברור למה הכוונה ב"כל שימוש" ו"התכנים של הפעילות" (האם על אלע"ד לקבל אישור על סוג שימוש, או האם עליה לאשר כל פעילות ופעילות שניתן לקטלגה במסגרת אותו סוג שימוש?). מכל מקום, אין שום אפשרות לפקח כל הזמן על כל דבר. כשלי פיקוח אלה הם שמחייבים הימנעות מכניסה למצב הבעייתי מלכתחילה. הרי לכאורה ניתן היה לפטור כל טענה ל"התפרקות מסמכות" של רשות מוסמכת בכך שהרשות האחראית "תיתן אישור לכל דבר". הפסיקה לא בחרה בפיתרון זה משום שבשל אותם כשלי פיקוח הוא תיאורטי לחלוטין. בעייה של התפרקות מסמכות פותרים בהחזרת הסמכות לרשות, ולא במנגנונים של "מתן אישורים".

155.3. ודוק: שום הוראה חוזית או תקנונית אינה יכולה לבטל את המוטיבאציה הטבעית והלגיטימית של אלע"ד, ככל בעל קניין פרטי, לנצל כחוק את קניינו (גם) לצרכיו ומטרותיו.

155.4. כאמור בטיעון בעתירה זו, הבעלות הפרטית של אלע"ד בנכס האסטרטגי נותנת לה מנופי לחץ אדירים על רט"ג בשיג ושיח השוטף שיתנהל ביניהן על הפעלת מרכז המבקרים, התכנים שיוצגו בו וכן הלאה (בדיוק כפי שעשתה שימוש בנכסים אחרים שבבעלותה בגן הלאומי כדי להשיג "אישורים" מרט"ג – סעיפים 25-26, 32-33 לעיל). למעשה, אלע"ד יכולה לאיים כבר באי פתיחת המקום כלל, שכן לא ניתן לכפות על בעל קניין פרטי לעשות

שימוש בקניינו. מנופי לחץ אלה ישפיעו גם על האישורים שתוכל לקבל מרטי"ג בכל הנוגע לפעילות במרכז המבקרים.

155.5. לפיכך, קביעה כי "הכל טעון אישור רטי"ג" – מעבר לכך שהיא תיאורטית לחלוטין ובלתי ישימה – אינה פותרת את המצב, שכן הבעלות הפרטית יוצרת מצב בו אלע"ד תוכל לקבל אישורים למה שברמה העקרונית רטי"ג לא היתה נותנת. **הבעלות הפרטית יוצרת מצב אינהרנטי של השפעה על שיקול הדעת של רטי"ג באישורים שתצטרך לתת לפעילות השוטפת במקום.**

155.6. ואחרון: בית המשפט העליון התבסס בפסק דינו בעניין עיר עמים (נספח 14 לעיל), על כך שרטי"ג אינה רגולטור של אתר הגן הלאומי, אלא מנהלת אותו בפועל, ואלע"ד רק מסייעת בתפעול (סעיף 23 לפסה"ד). בהחלטתה כי רטי"ג תאשר את השימושים במקום שיקפה וועדת הערר מצב המנוגד לפסיקת בג"ץ: רטי"ג לא אמורה "לאשר" שום שימוש, אלא לקבוע את כל השימושים (ולהסתייע בתפעול בלבד). מצב בו נדרש לקבוע שרטי"ג תאשר את כל השימושים הוא מצב שאינו מתיישב עם "הסתייעות בתפעול" ועומד בסתירה לפסיקת בג"ץ.

155.7. בנוסף, לאור ההבהרה שניתנה להחלטת המועצה הארצית, ספק אם בכלל הוראה זו שהוספה על-ידי וועדת הערר עומדת על מכונה (ר' בטיעון לעניין ההבהרה).

### נימוק ה' של ועדת הערר - אין לשמוע טענות על חששות להפרת הוראות התוכנית בעתיד (סעיף 390 להחלטה)

156. ההתייחסות למענה זה שבהחלטת וועדת הערר פשוט: העותרת לא טענה טענות אלה. להיפך: כל טיעון העותרת התבסס על כך שאלע"ד תקיים את הוראות התקנון, אלא שהשימושים המותרים בגן לאומי היא ממילא השימושים הדרושים לה, ושהיא לא תצטרך להפר את החוק כדי לנצל לטובתה את מרכז המבקרים (ר' לעיל). לפיכך, פסקה זו בהחלטת וועדת הערר אינה רלוונטית.

### נימוק ו' של ועדת הערר - לרטי"ג סמכויות סטטוטוריות שיבטיחו את קיום מטרת התוכנית ואי הפרת הוראותיה (סעיף 391 להחלטה)

157. ועדת הערר (כמו הועדה המחוזית לפנייה – ר' בסעיף 52) קבעה עוד כי ניתן להפיג את החשש שהעלתה העותרת בכך ש"ככל שתתבצע חלילה עבירה כזו, הרי שרשויות האכיפה צפויות להתערב בעניין... לרטי"ג עצמה יש סמכויות אכיפה מכוח חוק גנים לאומיים. כך, על פי הוראת סעיף 25(א) לחוק זה "משאפשר תכנית בדבר ייעודו של שטח כגן לאומי או כשמורת טבע, לא תיעשה באותו שטח פעולת בניה או כל פעולה אחרת שיש בה, לדעת הרשות, כדי לסכל את ייעודו של השטח כגן לאומי".

158. ראשית, כאמור בפיסקה הקודמת, טיעון העותרת מבוסס על קיום הוראות התוכנית על-ידי אלע"ד ולא על מצב היפותטי בו אלע"ד מפרה את החוק, ולכן גם המענה שניתן כאן לגבי סמכויות רט"ג לטפל בעבירות אינו רלוונטי.

159. שנית, ככל שהחלטה מכוונת למצבים שאינם נוגעים להפרת החוק, הרי שהניסיון והצהרות רט"ג עצמה מגלים, שכאשר אלע"ד אינה משתפת פעולה בהעמדת נכסיה הפרטיים לטובת הגן הלאומי, "סמכויותיה הסטוטוריות" של רט"ג אינן מסייעות לה, והיא נאלצת לפעול בהתאם לעמדת אלע"ד ובניגוד לעמדתה העקרונית (הנימוקים להתקשרות עם אלע"ד ב-2005, וההנמקה להתקשרות עם אלע"ד ב-2012 – ס' 40-36 לעיל).

### הנמקה שניתנה על-ידי הוועדה המחוזית ורט"ג: "קיימים תקדימים לכך שקרקע / בניין בגן לאומי הם בבעלות פרטית"

160. וועדת הערר לא תמכה את החלטתה בנימוק זה, אך הזכירה (ס' 368 להחלטה) את הסברי הוועדה המחוזית, רט"ג ואלע"ד, כי -

"במציאות קיימים גנים לאומיים שבהם הקרקע ו/או הבנין הם בבעלות של גורם פרטי, ורט"ג עובדת איתם בשיתוף פעולה מלא גם כאשר מדובר בגופים פרטיים כמו הוואקף, הכנסיה וקרן קיסריה, שלהם ודאי אינטרסים בשטחים שבבעלותם".

161. לא בכדי לא תמכה וועדת הערר את החלטתה בנימוק זה. יחד עם זאת, משעה שעלה על-ידי המשיבות האחרות, מן הראוי להתייחס אליו בקצרה:

161.1. על-מנת לבסס טיעון כזה, היה על המשיבות להביא פרטים ברורים על נסיבות ה"תקדימים": מה מקומו של המבנה המדובר בגן הלאומי, האם היה בבעלות הגורם הפרטי או שמדובר בקרקע פרטית שרט"ג התירה בינוי בו, מהי המערכת ההסכמית במקום, מהו "הגורם הפרטי" ומה האוריינטציה שלו וכן הלאה.

161.2. חזקה על המשיבות, שלו היו יכולות להציג מקרה אחד מובהק שיכול להוות תקדים לענייננו, הן היו עושות כן. העובדה שלא עשו כן יותר מרומזת, שלא ניתן להציג תקדים ליצירת בעלות פרטית של גוף פרטי, אידיאולוגי וסקטוריאלי על נכס אסטרטגי של מרכז מבקרים, באתר רגיש כמו בענייננו. כל זאת לא נעשה. המשיבות טענו את הדברים בצורה סתמית וכללית, ללא כל פרטים.

161.3. הגן הלאומי היחיד שהוזכר ספציפית הוא גן לאומי קיסריה (וגם זאת ללא הצגת נסיבות העניין, שיכולות להראות כי מדובר במקרה שניתן לתארו כ"דומה"). מכל מקום, קרן קיסריה היא חברה שפועלת למטרות ממלכתיות ולא סקטוריאליות, וממשלת ישראל היא בעלים של מחציתה. אין שום דמיון בינה לבין אלע"ד. מעבר לכך אין מה להשוות בין הרגישות של שני האתרים, ולהשפעתו האסטרטגית של הנכס על אתרים אחרים שאינם בבעלות הפרטית.

161.4. גם אם היה מקרה אחד שניתן היה להציגו כדומה, הרי שכל עוד שלא עבר ביקורת שיפוטית לא ניתן לראות במקרה זה משום תקדים משפטי לכשרות המהלך מבחינת הדין.

161.5. ברור גם, שאין במקרה אחד (או שניים או שלושה) כזה כדי להציג "פרקטיקה" שיכולה להצביע על תפיסה רווחת כי מדובר בעניין תקין וחוקי.

### **מתחם התערבות רחב ביותר של בית המשפט**

162. בטרם חתימת פרק זה יש לציין את המובן מאליו: עתירה זו תוקפת הכרעה משפטית של וועדת הערר, שאושרה על-ידי המועצה הארצית, לגבי פרשנות הדין, ונמנעה במכוון מתקיפת שיקול הדעת התכנוני של וועדת הערר, כפי שבא לידי ביטוי בעצם ההחלטה להקים במקום מרכז מבקרים, בנפח הבנייה וכן הלאה.

163. בסוגיה משפטית כמו זו, שעניינה פרשנות הדין, בית המשפט הוא הפוסק האחרון, ואין הוא מוגבל בהתערבותו בהחלטת וועדת הערר.

164. בענייננו הדברים מובהקים, שכן עיקר ההנמקה שניתנה על-ידי וועדת הערר לדחיית ערר העותרת בעניין הבעלות הפרטית היא מתחום המשפט המינהלי הכללי, ולא מדיני תכנון ובנייה. וועדת הערר מיקדה את תשובתה לעותרת על פרשנות ההסכם האחרון בין אלע"ד לבין רט"ג, על פסק הדין בבג"ץ עיר עמים, על פסק הדין בבג"ץ אברמוביץ', ועל עקרונות כלליים מהמשפט המינהלי של דיני ההסמכה והסתייעות הרשות בגורם פרטי לצורך מילוי תפקידה.

165. מובן מאליו, שבכל העניינים האלה לא רק שבית המשפט הוא המוסמך לפסוק את הדין, אלא שלוועדת הערר אין שום מומחיות הנובעת מהיותה מוסד תכנון מקצועי, והיא או המועצה הארצית אינן הערכאה המתאימה להכרעה בהם. **לסיכום: העותרת וויתרה על טענות לגיטימיות ביחס להחלטות וועדת הערר והמועצה הארצית, וצמצמה את עתירתה אך ורק לעניינים, שמתחם ההתערבות של בית המשפט הנכבד בהם הוא הרחב ביותר.**

### **הטיעון המשפטי לסעד השני בעתירה – ביטול החלטת המועצה**

### **הארצית בשל ההתערבות הפוליטית בבקשה לפי סעיף 6ב ובדיון**

#### **במליאה עצמו**

166. התערבות פוליטית גסה אופפת את כל ההליך במועצה הארצית – מהבקשה לפי סעיף 6ב, דרך הדיון במועצה הארצית ועד החלטת ההבהרה נשוא הסעד השני המתבקש בעתירה זו.

167. העותרת טוען, כי דין החלטת המועצה הארצית להתבטל בשל המעורבות הפוליטית הפסולה שהביאה לעצם הדיון לפי סעיף 6ב ולהחלטה עצמה. ודוק: אין המדובר בהתערבות פוליטית "סגרתית", שהיא אולי חלק בלתי נפרד מכל הליך תכנוני, אלא בהתערבות פוליטית גסה, בהסתר (כשהתנגדות לחשיפתה נמשכת), בהליכי תכנון, באופן הפוגע באופן קשה באמון הציבור במערכת התכנון ובמקצועיותה.

168. ודוק: וועדת הערר דחתה פה אחד את טיעונה העיקרי של העותרת, זה שמניחה עתה העותרת לפתחו של בית המשפט הנכבד. למרות זאת חובה לציין, שוועדת הערר בראשות היו"ר עו"ד מיכל ברנדשטיין, ניהלה הליך יסודי, ארוך מאד (שני ימי דיונים), רציני, תוך קיום שיג ושיח עם הצדדים, דרישה להשלמת חומרים וכיו"ב. גם החלטתה הסופית, על 120 עמודיה, הדוחה את עמדת העותרת בעניין העיקרי לו טענה, וגם אם העותרת אינה מקבלת אותה, ניתנה בפירוט, תוך ניסיון לאזן את התוצאה עם קביעות נדרשות. **ההליך לפני וועדת הערר, גם אם לא הסתיים למלוא שביעות רצון העותרת, היה הליך מקצועי.**

169. כל מה שהתנהל לאחר מכן, היה ההיפך גמור: השתלטות מוחלטת של הפוליטיקה על התכנון, של הפוליטיקאים על המשפטנים, של דילים במחשכים במקום דיון פתוח ושקוף.

### הבקשה לפי סעיף 66 של המשיב 7, חבר וועדת הערר עמית סופר, לעריכת דיון חוזר במליאת המועצה

170. העובדות:

170.1. בוועדת הערר ישבו ארבעה אנשי מקצוע, ביניהן יו"ר וועדת הערר, אחת מנציגות משרד המשפטים במועצה הארצית, עו"ד מיכל ברנדשטיין, ושני פוליטיקאים ראשי מועצות איזורית, שלכן זהותם הפוליטית החד משמעית ידועה לכל.

170.2. ההחלטה לצמצם את נפח הבניין התקבלה על-ידי שלושה מארבעת אנשי המקצוע. היא "התאזנה" בזכות קולותיהם של שני הפוליטיקאים, שכמעט ולא אמרו מילה במהלך שני ימי הדיונים.

170.3. אחד מהם, ר' המוא"ז מרום הגליל, **מר עמית סופר, שלפי המידע שמסר זו היתה לו הפעם הראשונה שהוא יושב אי פעם בוועדת הערר, לא אמר ולו מילה אחת בשני ימי הדיונים: לא שאל, לא התעניין, לא כלום.** חוסר העניין הנ"ל התחלף בהגשת בקשה נדירה שבנדירות, מפורטת ומנומקת, להליך לפי סעיף 66.

170.4. ויצוין: בקשות לפי ס' 66 הן נדירות ביותר (ור' סעיף 63 לעיל). הכרעת וועדת הערר היתה אדריכלית, תוך בחינה מעמיקה של תכנון הבניין וכו'. לגבי הכרעה מסוג זה, קיום דיון במליאת המועצה הארצית מופרך עוד יותר, שכן מוסד תכנון מסוג כזה של עשרות חברים אינו יכול לקיים דיון מסוג כזה, שאינו דיון על מדיניות אלא על פרטי פרטים של תכנון.

170.5. המשיב 7 נמנע מלמסור פרטים על הנסיבות שהובילו להגשת הבקשה לפי סעיף 66, האם המהלך הנ"ל הוא פרי פנייה אליו של היזמים או מי מטעמם, שהינם מאותו מחנה פוליטי.

170.6. לדיון החוזר במליאת המועצה (מיום 22.3.16), שנקבע בעקבות בקשתו הנדירה של מר סופר, לא טרח להתייצב כלל (לא כנציג המועצות האזוריות ולא מיוזמתו האישית, כדי להשתתף בדיון שביקש לקדם). מובן כי לו היה מתייצב, היה נדרש

להשיב לשאלות שהפנתה אליו העותרת לגבי המגעים הפוליטיים שייתכן והובילו להגשת הבקשה לפי 6ב, שעד היום לא נענו.

#### 171. הטיעון:

171.1. העותרת תטען, כי אופן זה בו נולד ההליך לפי סעיף 6ב הוא פסול, ומחייב את פסילת ההליך כולו.

171.2. ההליך בפני וועדת הערר הוא הליך מעין שיפוטי מובהק. כל מוסד תכנון המכריע בקונפליקט ממלא תפקיד מעין שיפוטי, אך המרכיב המעין שיפוטי בעבודת וועדת הערר הוא דומיננטי באופן מיוחד. חברי וועדת הערר, ביושבם בהרכב מעין שיפוטי זה, מקבלים על עצמם את כל החובות המוטלות על מי שנושא בתפקיד שיפוטי על כל המשתמע.

171.3. פנייה של יזמי תוכנית או אחר מטעמם או צד חיצוני אחר כלשהו לחבר וועדת הערר, על-מנת שיפעל במסגרת ההליך התכנוני המתנהל לשם שינוי ההחלטה שהתקבלה, עומדת בסתירה מובהקת למהותו של ההליך המעין שיפוטי. בעל דין לא יעלה בדעתו לפנות ליו"ר וועדת ערר מחוזית לתו"ב על-מנת להשפיע על החלטה בעניין מרפסת או ממ"ד, קל וחומר שלא ניתן לסבול קשר של חבר וועדת ערר ארצית עם יזמים או גורם חיצוני כלשהו בעניינים חשובים בהרבה.

171.4. ככל שבקשתו של חבר וועדת ערר לפי סעיף 6ב נבעה מקשרים אלו (והאופן המדויק בו בוצעו הדברים בענייננו אינו בידיעת העותרת, ויש לקוות שעוד יתגלה עם חשיפת המידע), מהווה הדבר הפרה של החובות הבסיסיות ביותר המוטלות על חבר גוף מעין שיפוטי, והדברים אמורים להיות ברורים.

171.5. מעבר לכך. התנהלות כזו גם פוגעת פגיעה קשה באמון הציבור במוסדות התכנון, ובפרט באמון הציבור בכך שגם נבחרי ציבור המשמשים כחברים במוסדות התכנון יידעו להתנהל על-פי החובות המוטלות על חבר גוף מעין שיפוטי, ולא על-פי הנורמות הגמישות בהרבה החלות על פוליטיקאים.

171.6. העותרת תטען, כי פסלות ההליך לפי סעיף 6ב צריך להביא לפסילת החלטת המועצה הארצית, שהיא פרי הבאושים של אותו מהלך נפסד.

הקשר בין יזם התוכנית ו/או צד ג' לדרג הפוליטי במשרד המשפטים ומעורבות האחרון בקבלת הבקשה לפי סעיף 6ב ולקבלת ההחלטה במליאת המועצה הארצית בניגוד לעמדת הדרג המקצועי שנציגתו עמדה בראשות וועדת הערר

#### 172. העובדות:

172.1. בראשות כל הרכבי וועדות הערר עומד נציג משרד המשפטים, וכך גם כמובן היה בענייננו: עו"ד מיכל ברנדשטיין ממשרד המשפטים. ההכרעה שהתקבלה על-ידי וועדת הערר בקולה המכריע של יו"ר וועדת הערר ניתנה בעניין תכנוני, תוך ירידה לפרטי פרטים של הפרוגרמה המוצעת לבניין, של השימושים המוצעים, של התכנון

המוצע ביחס לחומות וכן הלאה עניינים תכנוניים ואדריכליים מובהקים. ההחלטה שהוציאה תחת ידיה יו"ר וועדת הערר, הפורסת יריעה רחבה, מדברת בעד עצמה ואין צורך להרחיב.

**172.2. באופן מדהים, ולמיטב ידיעתנו בפעם הראשונה אי פעם, משרד המשפטים הוביל**

**במליאת המועצה הארצית מהלך להפיכת עמדת נציגותו בראשות וועדת הערר (וועד בעניין מקצועי-תכנוני, שכאמור עניינית מוזר מאד לקיים בו דיון במליאת המועצה הארצית). באותם מקרים נדירים בהם מגיעה בקשה לקיים דיון חוזר לפי סעיף 6ב, מקובל כי יו"ר וועדת הערר שנתן את ההחלטה יתייצב לדיון לשם הגנה על החלטתו, ולמתן הסברים, ואם לא הוא יגיע נציג אחר של המשרד ויגן על ההחלטה.**

172.3. ומהלך זה לא הובל על-ידי הנציגים המקצועיים של המשרד. יו"ר וועדת הערר שנתנה את ההחלטה נעלמה מההלך; ולדיון בסעיף 6ב הגיעה מנכ"לית משרד המשפטים בעצמה. נוכחות של מנכ"ל משרד ממשלתי בדיון במועצה הארצית אינה דבר שכיח. ברוב המקרים מתייצב לדיון נציג אחר של המשרד. **אכן, בשני הדיונים בתוכנית במועצה הארצית – הן בדיון ב-5.1.2016 האם לקבל את הבקשה לפי סעיף 6ב, והן בדיון עצמו ב-22.3.2016, היתה מנכ"לית משרד המשפטים המנכ"ל היחיד שהגיע לדיון במועצה.**

172.4. המנכ"לית עצמה אישרה, במענה לבקשת חופש המידע, שעד לאותו דיון הגיעה רק פעם אחת לדיון במועצה הארצית, וזאת שנה וחצי קודם (לאחר מינויה), והפעם הגיעה לשני הדיונים בתוכנית הספציפית – היא ולא יו"ר וועדת הערר שנתנה את ההחלטה, היא ולא אחד ממספר הנציגים המקצועיים של המשרד הנוהגים לייצגו בדיוני המועצה הארצית.

172.5. ברור שאין המדובר במקריות, אלא במעורבות אקטיבית של הדרג הפוליטי של משרד המשפטים על-מנת להביא להפיכת ההחלטה שהתקבלה על-ידי נציגותו המקצועית.

172.6. המענה ואי המענה לבקשת חופש המידע שהוגשה על-ידי העותרת לחשיפת הקשר בין היזמים ו/או הגורם האחר שהביא להתערבות הפוליטית הזו בהליך מחזקת את הדברים. ראשית המענה המתחמק באופן כמעט מביך מלתת את התשובות (במקום להשיב ספציפית האם השרה והמנכ"לית שוחחו בעניין, ניתנה אמירה כללית ומביכה בטריטוריאליזם שלה כי "השרה והמנכ"לית נוהגות להתייעץ באופן שוטף במגוון עניינים"). שנית המאבק שמנוהל על-ידי הפונה לשרה / המנכ"לית שלא לחשוף את פנייתו אליה, לרבות הגשת עתירה מינהלית בעניין.

172.7. יצוין כי הטענות לגבי המעורבות הפוליטית אושרו כמעט במפורש ובוודאי במשתמע בדיון במועצה הארצית:

172.7.1. מנכ"לית המשרד אישרה, בהגינותה, את המעורבות הפוליטית וטענה כי "נבחרו לקדם מדיניות". "לא בכדי זה נקרא נציג שר המשפטים, נציג שר

החקלאיות וכן הלאה, ולא נציג משרד החקלאות או משרד המשפטים או המשרד לאיכות הסביבה" (נספח 29א, עמ' 16).

172.7.2. יו"ר המועצה הארצית אמר דברים דומים: "חלק מהדברים נשמעו פה כאילו עמותת אלעד או רט"ג ניצל את היכולת שלו להתקשר עם גורמים פוליטיים ולהשפיע על נציגים בצורה כזו או אחרת. לא מכיר החלטה בעולם כולו אחת, שלא מושפעת ממדיניות פוליטית ... בסופו של דבר הם כולם החלטות פוליטיות מפה ועד להודעה חדשה. בין אם זה בהוראה ישירה ובין אם זה מתפיסת עולם כזו או אחר" (עמ' 49 לתמליל). כלומר, הדברים הועלו ישירות על-ידי העותרת, יו"ר המועצה אינו מכחיש את הדברים, מתייחס ישירות ל"הוראה ישירה", אלא ש"ממסגר" את הדברים כמעורבות פוליטית לגיטימית.

172.8. יש לקוות שהעובדות המלאות לגבי הפנייה לדרג הפוליטי במשרד המשפטים, ולאופן בו בוצעה ההתערבות בהליך עוד תתבררנה. אך כבר עתה ברור, כי הדרג הפוליטי של משרד המשפטים הוביל מהלך חסר תקדים להפיכת החלטה שהתקבלה על-ידי נציגותו, וזאת בנוסף להגשת הבקשה לפי סעיף 66 על-ידי חבר המועצה סופר, כמפורט בפיסקה הקודמת.

173. הטיעון:

173.1. העותרת טוען, כי התערבות פוליטית זו בהליך התכנוני, פסולה ומנוגדת לכללי יסוד של הליך מעין שיפוטי, וזאת בדומה לדברים שנאמרו לעיל בהקשר של חבר וועדת הערר סופר. לא ניתן לקבל שהכרעה פוליטית תביא להתערבות בהליך מעין שיפוטי מובהק.

173.2. מעבר לכך: המסר שמסדר ההליך שנוהל כאן לדרגים המקצועיים במשרד המשפטים (שנציגיו עומדים תמיד בראשות הרכבי וועדת הערר), ולדרגים המקצועיים בכלל, הוא מסוכן ומרפה ידיים.

173.3. העותרת טוען כי בנוסף, ההתנהלות האמורה פסולה גם משום מעורבות ישירה של שרת המשפטים בהליך התכנוני. כידוע, ההלכה היא, כי שר רשאי להנחות את נציגו במוסד התכנון לגבי מדיניות כללית, אך אין הוא רשאי להתערב או להכתיב לנציגו את עמדתו בעניין קונקרטי העולה לדיון- ר' הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, ממרץ 2003 "שיקולי שר או נציגו במוסדות תכנון" – מצ"ב ומסומן נספח 40.

(אגב, הדין כי אסור לשר להנחות את נציגו במוסד התכנון ידועה היטב, ור' את דברי ר' מינהל תכנון בראיון עיתונאי מ-2015.5.29: "אסור לשר להנחות את נציגו").

173.4. ויודגש, כי כוחה של הלכה זו יפה לגבי כל החלטה של מוסד תכנון, גם החלטה מינהלית רגילה, אבל היא חשובה וחזקה במיוחד במקרה בו ההחלטה היא במסגרת מילוי תפקיד מעין שיפוטי, כפי שבענייננו.

173.5. מנכ"לית המשרד היא אשת אמונה של השרה. ההלכה הנ"ל בדבר איסור הכתבת הכרעה בעניין קונקרטי על-ידי השר לנציגו במוסד תכנון היא ביטוי אחד לניסיון לשלוט במתח שבין הפוליטי לבין המקצועי בהליכי תכנון. הרציונל הוא שהשר רשאי לקבוע מדיניות, אבל הכתבת הכרעות קונקרטיות בעניינים העולים לדיון תפגע במקצועיות ובאתוס המקצועי שבעבודת מוסדות התכנון.

173.6. התנהלות הדרג הפוליטי של משרד המשפטים בעניינינו מהווה הפרה בוטה של האיזון בין הפוליטי לבין המקצועי בהליכי תכנון, קל וחומר בהליכים תכנוניים מעין שיפוטניים. ההתערבות הפוליטית כאן רמסה את ההכרעה המקצועית, הדרג הפוליטי הסיר מעל דרכו את הדרג המקצועי, והוביל החלטה לקונית המבטלת במחי יד הכרעה מקצועית יסודית.

174. העותרת תטען, כי התנהלות זו של משרד המשפטים שהובילה לקבלת הבקשה לפי סעיף 6ב, ובהמשך לקבלת ההחלטה במועצה הארצית, פוסלת את ההליך כולו, וזאת לאור המשמעות המכריעה לכך, שהגורם הדומיננטי בקבלת החלטת וועדת הערר היה נציגת משרד המשפטים עצמו.

### הדיון במועצה הארצית

175. בפני המועצה הארצית התקיים דיון קצר מאד ביחס לדיון בוועדת הערר, מנוגד לאופיו של הדיון המקצועי והתכנוני בוועדת הערר. הצדדים לא יכלו להביא בפני הפורום ולו חלק קטן מטיעוניהם בפני וועדת הערר. חברי מועצה באו ויצאו (מבלי שהדבר מתועד בפרוטוקול), ההחלטה התקבלה על ידי כל חברי המועצה שנכחו ולו רק בחלק מהדיון בלבד, מנכ"לית משרד המשפטים הסבירה שהיא הגיעה "לקדם מדיניות", והשוואת תמלילי שני הדיונים מספרת את הסיפור כולו.

176. בסופו של הדיון הפנימי הקריא יו"ר המועצה הארצית הצעת החלטה, שלפי אורכה וניסוחה הוכנה מראש, והוחלט להחזיר את נפח הבניין לגירסת החלטת הוועדה המחוזית.

177. העותרת תטען, שאף האופן בו הוכנה הצעת ההחלטה מראש, מצביעה על הצגה לפרוטוקול, שתוצאתה היתה ידועה מראש.

## **הטיעון המשפטי לסעד השלישי בעתירה: ההבהרה של מזכירות**

### **המועצה הארצית לפיה החלטת המועצה הארצית ביטלה כביכול את**

### **הנמקת וועדת הערר שניתנה פה אחד**

#### החלטת המועצה הארצית המאמצת את נימוקי וועדת הערר

178. המועצה הארצית החליטה במליאתה, להחזיר את התוכנית לגירסתה כפי שאושרה על-ידי הוועדה המחוזית. המועצה הארצית קבעה, בסעיף הכללי להחלטתה, כי היא עושה כן "בהתבסס על צירוף כלל הנימוקים המפורטים בהחלטת הוועדה המחוזית, בתשובות הוועדה

המחוזית לעררים ... , בהחלטות אותן קיבלה וועדת המשנה לעררים פה אחד ובעמדת המיעוט בוועדה המשנה לעררים. המועצה מבהירה כי יש לראות צירוף כל הנימוקים כאמור כנימוקיה שלה " (ס' 4 להחלטה).

179. ההנמקות הנוספות שהוסיפה המועצה הארצית בהמשך החלטתה התייחסו כולן לשאלת נפח הבניין (כנגזרת של המחלוקת לגבי סוג השימושים המתאימים לגן לאומי).

180. לסוגיית הבעלות הפרטית התייחסה המועצה הארצית באמירתה הכללית טרם חתימה, בסעיף 9 [נציין, שיש להניח שסעיף אחרון זה נכלל בהחלטה למרות שהדיון החוזר לא עסק בנושא, לאור העובדה שהעותרת כללה בטיעונה לפני המועצה הארצית גם התייחסות קצרה לנושא הבעלות הפרטית, שכן תיאורטית, בהתאם לדיון, רשאית המועצה הארצית להידרש מיוזמתה לכל עניין הקשור לתוכנית שעולה לפניה]:

"המועצה הארצית מבקשת להדגיש כי נתנה דעתה גם ליתר הסוגיות שהועלו על-ידי העוררים. כיוון שהן הוועדה המחוזית והן וועדת המשנה לעררים דו סוגיות אלה ונימקו דחייתם באופן ראוי מאמצת המועצה נימוקים אלה כלשונם ולא מוצאת מקום להוסיף עליהם."

181. הוועדה המחוזית לא ייחסה משקל של ממש לטיעון העוררת בעניין הבעלות הפרטית, ולכן המענה שנתנה לו היה קצרצר וכללי, והחזיק סעיף אחד בלבד – הסעיף האחרון בהחלטה (נספח 2 לעיל). וועדת הערר, לעומת זאת, דנה בהרחבה רבה בטיעון זה, והשיבה לו בצורה מפורטת, תוך קביעת קביעות שנועדו לאזן את החלטתה הסופית לדחות את הערר בעניין זה (ס' 352-394, עשרים עמודים). לפיכך, כשהמועצה הארצית קבעה כי היא מאמצת את נימוקי הוועדה המחוזית ו-וועדת הערר, הרי שבכל הקשור לסוגיית הבעלות הפרטית היא אימצה למעשה את החלטת וועדת הערר.

### בקשת ההבהרה והמענה שניתן לה על-ידי מזכירות המועצה הארצית

182. למרות שהחלטת המועצה הארצית נוסחה בצורה ברורה, לכל הפחות לגבי החלק בהחלטתה שניתן פה אחד, סברה העותרת שלאור האופן בו נוהל ההליך ויחסי הכוחות לא ניתן להותיר עמימות בתוצאה הסופית של ההליך, ולפיכך פנתה ביום 11.4.2016 למועצה הארצית בבקשה כי יובהר כי החלטת וועדת הערר שניתנה פה אחד, ועוד קביעות כמפורט בהמשך, עומדת על מכונה [נספח 31 לעיל].

183. ביום 2.5.2016 ניתן על-ידי מזכירות המועצה הארצית מענה לפנייה [נספח 30 לעיל]. המזכירות השיבה, כי המועצה החליטה לאשר את התוכנית כפי שאושרה על-ידי הוועדה המחוזית, ו"משכך, החלטת וועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית, שאינה עולה בקנה אחד עם החלטה זו, אף אם היא פה אחד, אינה רלוונטית ואינה עומדת".

184. תהיה אשר תהיה ההכרעה בעתירה זו, המדובר בתשובה מתחמקת, עמומה, שמוסיפה אי בהירות מקום בו נדרשת בהירות מוחלטת. ראשית, יש בה כפי שייטען להלן סתירה ברורה להחלטת המועצה הארצית עצמה. שנית, מובן שקיימות מורכבויות, שכן וועדת הערר קבעה

קביעות שונות לגבי הדין, שהן רלוונטיות אך לא היו אמורות להיכנס כלל לתקנון התוכנית. לפיכך, אין שום משמעות לאמירה שהמועצה הארצית אישרה את התוכנית על-פי הגירסא המאושרת בוועדה המחוזית.

185. המועצה הארצית חייבת היתה להבהיר את הדברים. לא יתכן שלאחר הליך כה ממושך ורב מחלוקות התוצאה תהיה הכרעה בלתי ברורה, שפותחת פתח רחב כאוקיינוס הן להתדיינויות עתידיות ובעיקר לניצול לרעה של העמימות המכוונת. לפיכך, האופן בו השיבה המועצה הארצית לפנייה להבהרה מחייבת פסיקת הוצאות לחובתה ללא קשר לתוצאות העתירה בעניין זה.

### טיעון העותרת בעניין אי ביטול החלטת וועדת הערר על הנמקותיה וקביעותיה, שניתנו פה אחד

186. הטיעון בעניין זה כמעט טריוויאלי. **בהחלטת המועצה הארצית נכתב במפורש, וראו הציטוטים שלעיל, שהיא מאמצת את נימוקי וועדת הערר שניתנו פה אחד, וזאת ללא כל חריג וללא כל הסתייגות.** אין שום דרך אחרת לפרש או להבין את החלטתה הכתובה של המועצה הארצית.

187. הדברים כתובים בהחלטה בצורה ברורה, וגם עולים מנסיבות העניין:

187.1. הבקשה לפי סעיף 6ב שהביאה לדיון במליאת המועצה התייחסה אך ורק לנושא בו מבקש הדיון החוזר היה בדעת מיעוט (נפח המבנה כנגזרת של השימושים המוצעים). מובן שהמבקש לא ביקש דיון חוזר בעניינים בהם התקבלה ההחלטה פה אחד כולל דעתו. המועצה הארצית אמנם דנה רק בנושא שהובא לפתחה, לא נענתה לבקשת העותרת לדון מיוזמתה בשאלת הבעלות הפרטית, ולא דנה כלל בנושא זה (ניתן לראות גם בתמליל הדיון הפנימי, שאין שום דיון בנושא<sup>13</sup>). המועצה הארצית הסתפקה בהפנייה אל החלטת וועדת הערר ובאימוצה (כאמור, הוועדה המחוזית כמעט ולא נדרשה לעניין הבעלות הפרטית בהחלטתה).

187.2. מובן מאליו, שלו רצתה המועצה הארצית לבטל את החלטתה פה אחד של וועדת הערר בעניין הבעלות הפרטית, או חלקים מתוכה, היא היתה חייבת לדון בכך ולנמק. כל החלטת רשות מחייבת הנמקה; החלטה מסוג של ביטול החלטת וועדת הערר או חלקים ממנה מחייבת הנמקה ברמת הפירוט והעומק הגבוהה ביותר: החלטה מעין שיפוטית, ברמת פירוט כפי שניתנה, שניתנה פה אחד ואשר לא התבקש לגביה דיון חוזר לפי סעיף 6ב.

187.3. בענייננו לא היה כל דיון ולא היתה כל הנמקה לבטל את החלטת וועדת הערר או חלקים מתוכה, ובמפורש נאמר בדיוק ההיפך: שהמועצה הארצית מאמצת את

<sup>13</sup>. יו"ר המועצה הארצית ראה בטיעון הבעלות הפרטית של העותרת משום "טיעון קנייני" שכלל אינו מעניינה של המועצה הארצית – עמ' 14 ו-31 לתמליל.

נימוקי וועדת הערר שניתנו פה אחד. ברור, שלא ניתן לבטל החלטה של וועדת הערר ברכיב של החלטה שאפילו דיון לא התקיים לגביו, קל וחומר הנמקה.

188. ומעבר לכך, ברמה המהותית: התוצאה אליה הגיעה וועדת הערר של אישור הבעלות הפרטית היא פרי ניתוח הדין, של איזונים וקביעות שונות שקבעה פה אחד לגבי הדין. כלומר, לאור קביעות מסויימות של הוועדה, הקובעות בין היתר את האופן בו תוכל אלע"ד להשתמש במרכז המבקרים, היא מצאה שניתן לאשר את הבעלות הפרטית. ר' לעניין זה, בעיקר, בסעיפים 391-394:

188.1. הקביעה הכללית בסעיף 391, כי רט"ג היא בעלת סמכות הניהול העליונה במקום.

188.2. בסעיף 392 הוסיפה וועדת הערר, מעבר להפניה לקביעות שניתנו בחלקים קודמים של ההחלטה, וטרחה לציין כי היא מוסיפה זאת פה אחד, כי "יש להוסיף ולעגן בתקנון הוראה שלפיה, כל שימוש במקום יהיה כפוף לאישור רט"ג, והתכנים של הפעילות יוכתבו כולם על-ידי רט"ג".

188.3. בסעיף 393 קובעת וועדת הערר, פה אחד, מה יהיה סוג הפעולות שתהיה אלע"ד רשאית לעשות בבניין: "פעולות אלע"ד תתוחמנה, כאמור בהסכם שבתוקף, וכמתחייב לפסיקת בג"ץ, למטרות תפעול בלבד (דוגמת גינון, ניקיון, טיפול באשפה...)".

188.4. בסעיף 394 החותם את ההחלטה בסוגיית הבעלות הפרטית שבה ומציינת וועדת הערר, פה אחד, כי הורתה על הכללת הוראות שימנעו "כל אי בהירות או תחום דמדומים בנוגע לשימושים המותרים במקום".

189. יצוין, שבגוף החלטת וועדת הערר ניתנו החלטות נוספות פה אחד, בעלות חשיבות לעתיד. ר' לעניין זה את אמירתה בסעיף 17 בנושא רב החשיבות של ההליכים הסטטוטוריים שיידרשו לביצוע המעברים התת קרקעיים שהוצגו לה ברקע התוכנית. המעברים הוצגו לוועדה, היא הוטרדה מהם, ולפיכך טרחה וציינה פה אחד את עמדת הוועדה המחוזית ועמדתה שלה לגבי ההליכים שיידרשו בעתיד.

190. מובן מאליו, עוד ללא קשר לכך שבהחלטה נאמר במפורש אחרת, כי לא ניתן ליטול מההחלטה את שורתה התחתונה בלבד, אבל להותיר בחוץ את הקביעות פה אחד שאפשרו לגישת הוועדה את אותה שורה תחתונה. ההחלטה היא שלמה, איזון בין קביעות שונות, ולא ניתן ליטול רק חלקים מתוכה. קל וחומר שלא ניתן לעשות כן ללא דיון או הנמקה במסגרת "הבהרת מזכירות", וקל וחומר בן קל וחומר כשבמפורש נכתב בהחלטה כי המועצה הארצית מאמצת את נימוקי וועדת הערר שניתנו פה אחד.

191. יצוין, כי בהבהרה העמומה נמסר כי "בוטלו" הנימוקים שאינם מתיישבים עם הכרעת המועצה הארצית על אישור התוכנית בגירסא שאושרה בוועדה המחוזית. גם לפי מבחן זה (ועוד בטרם נתייחס מיד לסתירה הפנימית הקיימת בו), עומדות קביעות וועדת הערר שניתנו פה אחד על מכוון. כאמור, בעניין הבעלות הפרטית לא שונתה ההחלטה על-ידי וועדת הערר, ולכן אין מה "להחזיר" את התוכנית לגירסתה בוועדה המחוזית.

192. מעבר לכך, לאור קביעות וועדת הערר עצמה פה אחד, אותן אימצה ללא ספק המועצה הארצית, חלקם על דעת הוועדה המחוזית עצמה (ר' לעיל הוספת ההוראה לתקנון פה אחד), ולאור התוספות שקבעה המועצה הארצית עצמה, ברור שלא תקנון התוכנית הוחזר לגירסתו כפי שאושר בוועדה המחוזית, אלא נפח הבניין והוראות הבנייה. לא התקנון "הוחזר" לגירסת הוועדה המחוזית אלא "הבניין". הנמקת וועדת הערר בשאלות אלה לא עסקה כלל בנפח הבניין, ולכן אין לראות בהן ככאלו הסותרות את החלטת המועצה הארצית על החזרת הבניין לגודלו ושטחו כמאושר בהחלטת הוועדה המחוזית. כלומר, גם לפי ההבהרה, החלטת וועדת הערר המלאה בענין הבעלות הפרטית עומדת על מכונה (אך כאמור, לאור העמימות המכוונת לא היה מנוס מהגשת העתירה).

גם קביעות שניתנו לא פה אחד, אך שאינן עוסקות בנפח הבניין, שהוועדה המחוזית הסכימה ולהן ותמכה בהן, ואשר וועדת הערר הסתמכה עליהן בדחיית טיעון הבעלות הפרטית, צריכות לעמוד על מכונן

193. אין שום ספק שקביעות וועדת הערר שניתנו פה אחד עומדות על מכונן, ובכך עסקנו לעיל. אך זו צריכה להיות התוצאה גם לגבי קביעות שאינן נוגעות לנפח הבניין, שנכללו בדעת הרוב, שדעת המיעוט לא התייחסה אליהן, ושוועדת הערר בהחלטתה פה אחד הפנתה אליהן והסתמכה עליהן.

194. במסגרת הדיון בשימושים המותרים ובנפח הבניין, קבעה דעת הרוב של וועדת הערר מספר הוראות ותיקונים. דעת המיעוט לא עסקה בהן, ואילו וועדת הערר הפנתה אליהן כבסיס להכרעתה פה אחד על דחיית טיעון הבעלות הפרטית של העותרת. המדובר בהוראות שנועדו להבטיח, כי השימושים שיאושרו – בכל היקף – ישרתו בפועל את הגן הלאומי, ולא את מטרותיה הפרטיקולריות של אלע"ד:

194.1. וועדת הערר מפנה אל הוראות אלה בסעיף 392 במסגרת פרק הבעלות הפרטית, במסגרת החלטתה פה אחד לדחות את ערר העותרת בעניין זה.

194.2. הסעיף המרכזי בו נקבעו הוראות אלה הוא סעיף 260. שם נקבע כי יש לקבוע במפורש בתקנון התוכנית כי "ייעוד התוכנית והשימוש המותר בו הוא מרכז מבקרים לגן הלאומי ולו בלבד"; הוראה אחרת רבת משמעות היא ביטול סעיף 2.1.1 לתקנון שבו נקבע כי מטרת התוכנית היא הקמת "מבנה תיירותי", ובמקום זאת לציין את ייעוד מרכז המבקרים כאמור; תיקון סעיף 4.3.1 באופן שיהיה ברור שהשימושים יהיו מחוייבים לשמש את מבקרי הגן הלאומי; וזאת לצד קביעת הוועדה המחוזית כי כל סטייה מהשימושים תהיה סטייה ניכרת.

194.3. חידודים אלה שקבעה וועדת הערר להוראות השימושים שבתוכנית עלו כבר בדיון, וזכו להסכמת נציגות הוועדה המחוזית ותמיכתן (מתכנת המחוז ויועמ"שית הוועדה המחוזית). כלומר, וועדת הערר קבעה אותן בהסכמת הוועדה המחוזית. ר' לעניין זה בדברי מתכנת המחוז ויועמ"שית הוועדה המחוזית בעמ' 38 לתמליל:

"לעניין הדיוקים שייכת בהוראות התכנית ... החלטת ועדת הערר נקבע שייכת שזה יהיה מרכז מבקרים. ואנחנו חושבים שזה נכון וראוי וזה היה בהסכמתנו. גם היא כתבה שם ועדת הערר שכל השימושים יהיו לטובת משתמשי הגן הלאומי ואנחנו חושבים גם שזו הערה נכונה, ואנחנו גם רוצים שהשימושים שיהיו כולם יהיו לטובת הגן הלאומי. אנחנו לא רוצים שימושים אחרים במבנה הזה ... [ובהמשך בעמ' 40 לתמליל:]. אנחנו חושבים שהרעיון, ההחלטה בעצם של הוועדת הערר שאומרת בואו נדייק עוד קצת את השימושים ונבהיר שזה מרכז מבקרים ונבהיר שכל השימושים שמצוינים ב-4.3.1. הם רק לטובת מבקרי הגן הלאומי, מבחינתנו זה מקובל ונכון".

195. כלומר, בביטול הוראות אלה שנקבעו בהחלטת וועדת הערר, ביטלה המועצה הארצית הוראות שנקבעו בהסכמת ובתמיכת הוועדה המחוזית, שראתה בהן הוראות המשתלבות באיזון האינטרסים של החלטתה שלה, וזאת בניגוד גמור לרציונל ההחלטה של המועצה הארצית "להחזיר" את התוכנית לגירסתה על-פי עמדת הוועדה המחוזית.

196. דעת המיעוט לא עסקה כלל בעניינים אלה. דעת המיעוט לא חלקה על כך, שהמבנה צריך לשמש כמרכז מבקרים של הגן הלאומי, אבל קבעה כי הפרוגרמה שהוצעה והשימושים שהוצעו במסגרתה מתאימים ליעוד זה, והיא מקבלת את מערך האיזונים שנקבע על-ידי הוועדה המחוזית, שכאמור הסכימה לקביעת הוראות אלה. לפיכך, למעשה, אין בהכרעת וועדת הערר דעת מיעוט לגבי ההוראות העקרוניות שנועדו להבטיח כי המבנה אמנם ישמש כמרכז מבקרים לגן הלאומי, ולא למשהו אחר.

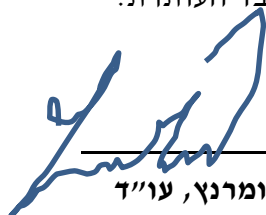
197. מעבר לכך. וועדת הערר הסתמכה על הוראות אלה כאשר הכריעה לדחות את טענת העותרת. כאמור לעיל, לא ניתן לנתק מהכרעת וועדת הערר את הקביעות שלה שאפשרו לה, לגישתה המוצהרת שלה עצמה, להגיע לאותה הכרעה. המועצה הארצית לא הוסיפה כאמור נימוקים משלה. לפיכך "ביטול" החלטות אלה צריכות לגרור את ביטול החלטת וועדת הערר, שכן עולה מההחלטה שוועדת הערר (או לפחות דעת הרוב שלה) לא היתה דוחה את הטענות אלמלא קביעות אלה, וכאמור המועצה הארצית הפנתה להחלטת וועדת הערר ולא הוסיפה משלה.

198. ובנוסף, אם התוצאה היא ביטול החלטות אלה שניתנו במסגרת דעת הרוב, שדעת המיעוט לא עסקה בהן או חלקה עליהן, ושהמועצה הארצית הפנתה אליהן, המשמעות היא שהדברים נעשו ללא כל דיון או הנמקה – לא בדעת המיעוט בוועדת הערר ולא במועצה הארצית, וזאת מהווה הפרה ברורה של הדין.

אשר כל האמור בעתירה זו יתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה ולהורות כמבוקש ברישא העתירה.

כן יבקש בית המשפט הנכבד לפסוק לזכות העותרת את הוצאותיה בהליך זה, לרבות שכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כחוק. מהטעמים המובאים בטיעון, בכל הנוגע לפרק ההבהרה יש לפסוק לזכות העותרת את הוצאותיה ללא קשר לתוצאות הדיון.

עתירה מתוקנת זו נתמכת בתצהירו של מר אביב טרסקי, עובד העותרת.



כרמל פומרנץ, עו"ד



ישי שנידור, עו"ד

באי כוח 'עיר עמים'