

בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים

**עמותת עיר עמים, ע.ר. 361202**

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

רח' דוד חכמי 12, תל אביב, 6777812

טל: 077-5472001; פקס: 077-4703722

[law@shneydor.com](mailto:law@shneydor.com)

העותרת

- נגד -

1. **המועצה הארצית לתכנון ובניה – ועדת המשנה לערים**
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 אבי פורטן ואח' ממשד אגמון ושות',  
הגן הטכנולוגי מלחה, בניין 1, ת.ד. 4675, 9104601  
טל. 02-5607607 | פקס: 02-5639948
7. **ד"ר חיים יעקבי ו-34 אח'**  
ע"י ד"ר חיים יעקבי ואלונה ניצן שיפטן, מרח'  
ארלוזורוב 10/28 י-ם, 92181
8. **"עמק שווה – ארכיאולוגיה בצל הסכסוך" (חל"צ)**

המשיבות

מרח' אלעזר המודעי 13 י-ם, 93671, טל. 0545-  
667299, פקס. 153545667299

9. **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

#### משיבים פורמליים

10. **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

## עתירה מינהלית

מוגשת בזאת עתירה מינהלית בעניין החלטת ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ובניה (להלן: "הועדה" או "ועדת הערר") מיום 7.6.2015 בערר 67/14 לדחות (חלקית) את הערר שהגישה העותרת נגד תכנית 13542 "מתחם קדם, עיר דוד, אגן העיר העתיקה" (להלן: "התכנית" או "תכנית מתחם קדם").

העתירה עוסקת אך ורק ברכיב ההחלטה, המאשר לגוף פרטי (ואידיאולוגי) להקים את מרכז המבקרים המרכזי של הגן הלאומי סובב חומות העיר עתיקה / אתר עיר דוד. העתירה אינה עוסקת בכל יתר הנושאים שנדונו בערר (נפח המבנה וכל יתר הטענות התכנוניות שהועלו נגדו).

בית המשפט יתבקש להורות על ביטול החלטת ועדת הערר בעניין זה, ולחילופין לקבוע כי יש להוסיף לתקנון התוכנית תנאי המייעד את שטח התוכנית להפקעה לטובת רשות הטבע והגנים או רשות ציבורית אחרת ותנאי המורה כי תנאי להוצאת היתר בנייה הוא ביצוע ההפקעה.

יצוין, כי בעקבות החלטת ועדת הערר הוחזרה התוכנית לדין בוועדה המחוזית לשם צמצום נפחי הבנייה, אולם העניין העקרוני של הבעלות הפרטית על מרכז המבקרים הוכרע בהחלטה ומכאן מוגשת עתירה זו.

החלטת הועדה מיום 7.6.2015 (הומצאה ביום 8.6.2015), מצ"ב ומסומנת נספח 1.

החלטת ועדת 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 4 א ו-ב, 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 משרד הפנים, מצורפים לכרך הנספחים העמ' הרלוונטיים בלבד, והעותרת תפנה לאתר הרשמי של משרד הפנים לעיון בנוסח המלא].

### אקדמת מלין – העתירה בקליפת אגוז

1. עתירה זו עוסקת בהחלטת וועדת הערר (והוועדה המחוזית) לאשר תוכנית מיתאר, שעניינה הוא הקמה של מרכז המבקרים לגן הלאומי סובב חומות ירושלים שבאגן הקדוש – אזור בעל חשיבות ורגישות שאין שנייה לה - על-ידי גוף פרטי (ואידיאולוגי), שמרכז המבקרים הנ"ל יהיה קניינו הפרטי.
2. המדובר במבנה שיהווה נכס אסטטרגי בגן הלאומי, שער הכניסה לו וצומת מרכזי בין אתרים תיירותיים שונים בגן הלאומי ובאגן העיר העתיקה בירושלים, הן מעל והן מתחת לפני הקרקע. מבנה זה, שקשה להפריז במרכזיותו לכשיוקם, מיועד להיבנות על קרקע בבעלות פרטית ולהיות קניינו הפרטי של גוף פוליטי-פרטי-סקטוריאלי.
3. העותרת תטען, 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.
4. העותרת תטען, כי הקמת מרכז מבקרים שיהיה קניינו הפרטי של גורם פרטי – שברצותו גם יסגור את שערו - 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.
5. העותרת תטען, כי מבנה מבקרים כזה חייב להיות מבנה ציבורי, ולכן הדרך היחידה לקיים את החלטת וועדת הערר על אישור הפרויקט (בתנאים) היא על-ידי הוספת תנאים שמיעדים את השטח להפקעה והמתנים את ביצוע הפרויקט בביצוע ההפקעה.
6. כאמור בראש העתירה, בעקבות החלטת וועדת הערר הוחזרה התוכנית לדיון בוועדה המחוזית לשם צמצום נפחי הבנייה, אולם העניין העקרוני של הבעלות הפרטית על מרכז המבקרים הוכרע. למיטב ידיעת העותרת טרם קודם ההליך בפני הוועדה המחוזית.
7. 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 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 לסוגיה המשפטית והממוקדת של הבעלות הפרטית על מרכז המבקרים. כלומר, אם כבר מחליטים להקימו, הרי שהוא צריך להיות מבנה ציבור.

8. יצוין, כי דווקא 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, מחזקת את הטענות בעתירה זו, שנכס כה אסטרטגי ונטול תחליף וכו' לגישתה של הוועדה, חייב להיות בבעלות הציבור (באמצעות הרשות המוסמכת), ומנוהל על-ידה - כשהיא חופשייה בהפעלת שיקול דעתה מכל מנוף לחץ קנייני של גוף פרטי והאינטרסים שמניעים אותו.

### הצדדים לעתירה

9. העותרת, עמותת "עיר עמים":

9.1. העותרת הינה עמותה ציבורית בלתי מפלגתית אשר פועלת בעיר ירושלים למען חיזוק היציבות בעיר, למען שוויון בין תושביה ולקידום עתיד מדיני מוסכם בירושלים.

9.2. העותרת מעורבת מזה מספר שנים בפעולות בזירה הציבורית והמשפטית הנוגעות להעברת חלקים מרכזיים בגן לאומי סובב חומות העיר העתיקה לניהול ותפעול של עמותת אלע"ד. לעמדת העותרת, הענקת שליטה בנכס לאומי בעל חשיבות עולמית, היסטורית וארכיאולוגית לגוף פרטי – כל גוף פרטי – היא מהלך פסול. קל וחומר כשמדובר בגוף אידיאולוגי, שאין דבר נייטרלי בהתנהלותו, ושהסמכויות הניתנות לו מתערבבות ומתמזגות עם מטרותיו הפרטיות, הפוליטיות והאידיאולוגיות.

9.3. 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.

10. המשיבה 1, המועצה הארצית לתו"ב, היא מוסד התכנון אשר קיבל את ההחלטה נשוא עתירה זו.

11. המשיבה 2 קיבלה את ההחלטה נשוא התוכנית (ותמשיך לדון בתכנון המבנה עצמו בעקבות החלטת המשיבה 1).

12. המשיבה 3, הוועדה המקומית לתו"ב ירושלים, המליצה לוועדה המחוזית על אישור התוכנית, וביחד עם המשיבה 4 תמכו בתוכנית בדיונים בהתנגדות ובערר.

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

13.1. 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".

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

14. 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.

14.1. 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 תירותי בשטחי עיר דוד; תמיכה בפעילויות חינוך ותרבות בשטחי עיר דוד".

#### עוֹתֵק מִמְטְרוֹת הַעֲמוּתָה מִצּוֹרֵף לַעֲתִירָה זֹו וּמִסוּמָן נִסְפַח 6.

14.2. 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 הנחשבות לפרובוקטיביות ומעוררות מתח רב בקרב תושבי השכונה הפלסטינים והן בייזום פעילות חינוכית אידיאולוגית כולל פעילות תירותית וכו' לציבור הישראלי הרחב ולתיירים בכלל<sup>1</sup>. בשנים האחרונות עוסקת אלע"ד בייזום פרויקטים התנחלותיים גם בחלקים אחרים במזרח ירושלים.

14.3. 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). 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').

15. המשיבים 7-10 הם בעלי עניין שהגישו ערר על החלטת הוועדה המחוזית והיו צדדים להליך בפני וועדת הערר, והם תמכו כולם בעמדת העותרת כאן.

## החלק העובדתי

<sup>1</sup> כך תיארה המשיבה 3 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 בדרכים 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 בדרכים מקובלות אחרות...".

## הגן הלאומי סובב חומות ירושלים ואתר עיר דוד

### מיקומו של הגן הלאומי : מהחשובים היסטורית והרגישים פוליטית בעולם



**מרכז המבקרים במתחם קדם (קרדיט: משרד אדריכלים א. רחמימוב), מבט מכיוון צפון מזרח**

16. ענייננו באתר "שברבדיו מקופלות אלפי שנות היסטוריה", כפי שהיטיבה לתאר אותו כב' השופטת ארבל בפסק דינה בבג"ץ 9253/08 נואל קראעין ואח' נ' רשות העתיקות ואח', פ"ד מתאריך 15.9.09 (טרם פורסם).

17. "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" (לרבות הר ציון, נקבת השילוח ונחל קידרון), חולש על אחד המקומות הקדושים, העתיקים, הרגישים והחשובים בהיסטוריה האנושית ואחד מהמוקדים הרגישים של הסכסוך הישראלי-פלסטיני בהווה.

18. חלק גדול משטחו של הגן הלאומי המוכרז נמצא בשטחה של שכונת סילוואן שבדרום מזרח העיר ירושלים. שטח השכונה מונה כ- 2194 דונמים ומתגוררים בה כ- 31 אלף איש, רובם ככולם פלסטינים. בצפון גובלת סילוואן בחומה הדרומית של העיר העתיקה ובהר ציון, במערב בשכונת אבו-תור, במזרח בהר הזיתים ובדרום בשכונת גיבל מוכבר.

19. אחד מהאתרים המרכזיים המצויים בתחומי הגן הלאומי סובב חומות ירושלים הוא אתר עיר דוד. המדובר בשטח בן כ- 24 דונמים בתחומי שכונת סילוואן הפלסטינית מדרום מזרח לחומות

העיר העתיקה. בתחומי האתר מצויים בין היתר נקבת השילוח, בריכת השילוח ואתר החפירות "עיר דוד". מתחם 'חניון גבעתי' נשוא התוכנית והעתירה בה מוצע להקים את מרכז המבקרים נמצא בשולי עיר דוד, והוא הוכנס לרשימת אתרי עיר דוד בהסכמי רט"ג – אלע"ד (להלן).

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

20. על שטח הגן הלאומי חלות התוכניות המקומיות הבאות:

20.1. **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.

20.2. **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 – ככל שמתרחקים ניתן להתרומם בגובה).

**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.**

20.3. **תוכנית המתאר החדשה לירושלים** – ירושלים 2020 (אפשרה 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.

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

21.1. 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".*

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

21.3. 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/ו-9 ועמ/ו-6 ומסומנים נספח 7א', ב' ו-7ג בהתאמה.

מהלכים שיטתיים החל משנות ה-90 למתן שליטה דה-פקטו וסמכויות ניהול לעמותת אלע"ד בגן הלאומי באתר עיר דוד, המוצדקים בין היתר בחוסר ברירה הנובע מבעלותה הקודמת של אלע"ד בנכסים אסטרטגיים בגן

22. החלטת רט"ג ומוסדות התכנון לאפשר לאלע"ד להקים את מרכז המבקרים נשוא עתירה זו- החלטה שמשמעה שהצומת המרכזי ביותר בגן הלאומי יהיה בבעלות פרטית של אלע"ד - הינה חוליה נוספת ברצף החלטות מינהליות שהתקבלו על-ידי רשויות שונות ופטרוניים פוליטיים שונים במהלך השנים, החל מראשית שנות ה-90 של המאה הקודמת, כולן בהליכים בלתי תקינים ותוך הפרה של מושכלות יסוד במשפט הציבורי, שתכליתן הפיכת אלע"ד ל"בעלת הבית" באתר.

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

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

23.2. 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.

23.3. 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.**

23.4. במקביל פתחה עיריית ירושלים במשא ומתן עם עמותת 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.

23.5. הסכם ההרשאה בוטל בעקבות עתירה לבג"ץ על הענקת הזכויות לאלע"ד שלא כדין: בשנת 1998 הוגשו לבית המשפט הנכבד שתי עתירות אשר תקפו את הקצאת השטחים והאצלת סמכויות הניהול לאלע"ד על ידי מינהל מקרקעי ישראל: בג"ץ 3477/98 עמותת עיר שלם ואח' נ' שר התשתיות הלאומיות ואח' (לא פורסם) אשר עסק בהקצאת שטחים לאלע"ד ולעמותת ימין נוספת ("עטרת כהנים") ע"י ממ"י במזרח



ירושלים, ובג"ץ 8954/98 יורם צפריר ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח' (לא פורסם) – עתירה שהוגשה בשמם של עשרות ארכיאולוגים - אשר עסק בחוקיות ההתקשרויות של ממ"י ועיריית ירושלים עם אלע"ד. העותרים דשם טענו כי ההתקשרות עם אלע"ד נעשתה בניגוד לחוק ותקפו את חוקיותן של העברת הסמכויות.

23.6. **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.

24. 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; לסקירת האופן בו רכשה אלע"ד זכויות בסילוואן ראו בדו"ח הועדה לבדיקת מבנים במזרח ירושלים משנת 1992, בראשות מנכ"ל משרד המשפטים דאז, מר חיים קלוגמן – **מצ"ב ומסומן נספח 9**; כך נוצר מצב שבלי קשר לביטול הסכמי הניהול הבלתי חוקיים, אלע"ד נותרה בעלת הזכויות הקנייניות והחוזיות במספר נכסים לא קטן, לרבות כאלה המהווים מוקדי עניין מרכזיים לביקור בגן.

25. 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 (יצורף ויסומן נספח 13, להלן), ניסיונה של רט"ג לנהל את האתר התיירותי בין השנים 2000-2003 הוכשל על-ידי אלע"ד, אשר ניצלה את ניצלה את שליטתה בנכסים אסטרטגיים באתר כדי למנוע מרט"ג לנהל את האתר ולפתחו באופן שלם ומקיף כנדרש<sup>2</sup>. רט"ג הסבירה בתגובתה המקדמית האמורה כי **הכשלת הניהול הישיר של האתר באמצעות רט"ג ע"י אלע"ד הינו הרקע לחתימת ההסכם עמה בשנת 2005 (נספח 10 להלן) שעמד בבסיס העתירה לבג"ץ.**

26. בעקבות חוסר יכולתה של רט"ג 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

<sup>2</sup> ובמילותיה של רט"ג בתגובתה המקדמית לבג"ץ מיום 25.10.11 (סי' 30): "זכויות אלה של אלע"ד בתוך שטח הגן הלאומי הביאו לניגוד אינטרסים מובהק ולמחלוקות שירדו לשורשו 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". 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".

כלכליים בשטח האתר ועוד). על-פי ההסכם חילוקי דעות יוכרעו בפורום משותף בו לכל אחד משני הגופים משקל זהה (סעיף 3 לפסה"ד בבג"ץ).

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"צ 5031/10), מצ"ב ומסומן **נספח 10**.

27. בשנת 2010 הגישה העותרת דכאן יחד עם שמונה אנשי רוח ואקדמיה, את בג"צ 5031/10 שעניינו חוקיות הסכם 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 5031/10 מצ"ב ומסומן **נספח 11**.

28. **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 5031/10 מצ"ב ומסומן **נספח 12**.

העתק תגובתה המקדמית של רט"ג לעתירה בבג"צ 5031/10 מצ"ב ומסומן **נספח 13**.

29. 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 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**.

30. 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 המוסמך – המינהלי – בטענות נגד היבט זה של ההתקשרות.

31. 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** (עת"מ 11975-04-12 עיר עמים נ' רט"ג ואח' (2012)).

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

32. 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 האסטרטגים מבחינה תיירותית שנמצאים בבעלותה / חזקתה.**

33. לפיכך, לפי נימוקי ההחלטה, בניגוד לעמדתה העקרונית של רט"ג עצמה כי גנים לאומיים צריכים להיות מנוהלים בפועל על-ידיה, 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 5031/10 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 שמחזיקה בסילוואן בבעלותה הפרטית, שמהווים מוקדי עניין מרכזיים בביקור באתר שלא ניתן לוותר עליהם, כדי לאלץ את רט"ג לפעול בדרך מסויימת (המנוגדת לעמדתה העקרונית של רט"ג) ולהתקשר איתה.

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**.

34. 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.

35. 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**.

36. להשלמת התמונה יצויין 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). המדינה הגישה תביעה לביטול ההסכם בטענה שהוא מעביר סמכויות ניהול מובהקות ובית המשפט הורה על בטלות ההסכם שכן הוא מעביר לאלע"ד סמכויות ניהול, כגון הסמכות לפתח ולבנות באתר (סעיף 22 לפסק הדין). נעמוד על כך גם בפרק המשפטי.

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

## הפרויקט והתוכנית נשוא העתירה להקמת מרכז המבקרים לגן הלאומי אתר עיר דוד

### הפרויקט המוצע: שער הכניסה לגן הלאומי; מיקום מרכזי מעל ומתחת לפני הקרקע

37. עניינה של עתירה זו בהחלטה לאשר תוכנית להקמת מרכז מבקרים לגן הלאומי – "שער הכניסה" לגן כולו ולאתר עיר דוד (וגם לעיר העתיקה – רחבת הכותל והר הבית), וצמת הדרכים המרכזית בו (HUB) אליו יגיעו וממנו ייצאו מעברים על ותת קרקעיים אל אתרי ביקור מרכזיים. חלק מהמעברים התת קרקעיים אל וממרכז המבקרים המיועד מהווים אטרקציות בפני עצמן (רחובות ואו תעלות מהעת הקדומה, הנמצאים היום בתת הקרקע). מרכז המבקרים אמור לפי התוכנית לשמש כמקום לקליטת קהל, לקבלת הדרכות, ליציאה לסיורים, למעבר בין אתרי ביקור שונים, לקבלת שירותי תיירות, ולתצפיות נוף מגג המבנה.

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

38. וועדת הערר (כמו גם הוועדה המחוזית) קבעו, כי מיקומו של המגרש בתוך הגן הלאומי וביחס לאתרי הביקור בסביבה הוא אופטימלי להקמת מרכז מבקרים ועדיף על כל חלופה אחרת (סעיפים 214-217 להחלטת ועדת הערר):

" ראשית, במסגרת חפירות ארכיאולוגיות רחבות היקף שנערכו ועודן נערכות על ידי רשות העתיקות, נחשפו במתחם שרידי עתיקות מהן ניתן ללמוד על תולדות ירושלים הקדומה. הממצאים שנחשפו במתחם הם מתקופות שונות, מהן שכבות יישוב מבית ראשון; שרידי יישוב מהתקופה החשמונאית; מבנה מונומנטלי משלהי ימי בית שני; מבנה רחב ידיים מהתקופה הרומית; חלקי מבנה מהתקופה הביזאנטית; וכן שרידי מבנים ומתקנים מהתקופה העבאסית, ומעט מהתקופה האומיית.

<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 בוועדת הערר (ראו התייחסות ב"כ העותרת לשקף בעמ' 68 ש' 10). יו"ר הוועדה 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.

שנית, 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.

שלישית, מיקום המתחם נגיש ביותר לציבור המבקרים בגן הלאומי סובב חומות ירושלים בהיותו סמוך לרחבת הכותל המערבי, לחפירות העופל ומרכז דודיסון, לשער האשפות, לעיר דוד ולכביש דרך השלום.

נוסף כי הגן הלאומי שבו עסקינן הוא הגן הלאומי מהמטויילים ביותר בארץ, שאמור ליתן שירות לכמות גדולה של מבקרים, ההולכת וגדלה באופן עקבי לאורך השנים. כפי שציננה הוועדה המקומית, כמות המבקרים עומדת כבר היום על כחצי מיליון מבקרים בשנה, וזו צפויה לגדול באופן משמעותי בעשורים הקרובים (עד כדי פי ארבעה, לפי הערכת אנשי המקצוע בעיריית ירושלים)

...

מיקום מרכז המבקרים נבחר על ידי רט"ג בשל מכלול הסיבות האמורות, תוך העדפתו על פני מיקומים אחרים שנבחנו (ובניהם: בית הצופה, כיכר הגיחון, בריכת השילוח, גיא בן הינוס, מתחם יד אבשלום). וזאת, לאחר שהמיקום של חניון גבעתי זכה לניקוד הגבוה ביותר. במאמר מוסגר יאמר כי בחירת המיקום המוצע להקמת מרכז מבקרים נעשה בטרם רכשה אלע"ד את זכויות הקניין במתחם (וכאשר אלע"ד עצמה טענה כי יש להעדיף אתר אחר, בית הצופה, שהיה בבעלותה כבר באותה עת) (סעיף 222 להחלטה).

...

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)

39. 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 שזה גם מקום מאוד מעניין ומביא אליו הרבה אנשים וזה 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 לסירי 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 על האתר הארכיאולוגי... [עמ' 12-14 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".

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

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].

40. קביעות אלה בדבר מיקומו האסטרטגי של המגרש וההצדקה להקים את מרכז המבקרים דווקא בו אינן מותקפות בעתירה זו. נהפוך הוא, קביעות וועדת הערר, הוועדה המחוזית והיזמיות עצמן, לגישתן הן, בדבר מרכזיותו של האתר בגן הלאומי, מיקומו האסטרטגי ועדיפותו על כל חלופה אחרת מחזקים את הטענה העומדת בבסיסה של עתירה זו, כי נכס כה אסטרטגי בגן הלאומי לא יכול להיות מוקם על-ידי ולהיות בבעלות גורם פרטי.

41. ועוד יצוין, כי המדובר במבנה שבכל נפח בו יאושר (עניין זה עדיין נתון, בעקבות החלטת וועדת הערר, להליך נוסף בפני הוועדה המחוזית), אמור להיות בעל נוכחות, שמעבר לתכליתו הפונקציונלית אמור לגישת יוזמיו להוות גם 'אייקון' אדריכלי ולהשפיע על מבנה הנוף באזור כולו, כראוי למבנה שאמור להיות שער כניסה לאתר בעל חשיבות כזו.

42. להשלמת התמונה נציין כי יזמי התכנית, במקביל לקידום התכנית תחת הכותרת 'מרכז מבקרים לגן הלאומי', פעלו על מנת לייעד את המבנה להקמת "היכל התנ"ך", וכוונה זו אף עוגנה בהחלטת ממשלה, אשר התקבלה לאחר הדיון על הפקדת התוכנית בוועדה המחוזית. גם בפרוטוקולים של דיונים פנימיים הבהירה אלע"ד את כוונתה להקים במקום את 'היכל התנ"ך'. העותרת טענה בעניין זה בפני וועדת הערר, וזו מצאה, ככל הנראה, כי החלטתה כי בתקנון התוכנית ייקבע כי השימוש היחיד המותר במקום הוא 'מרכז מבקרים' (ולא ניסוח כללי יותר של שירותי תיירות) פותרת את העניין.

החלטת הממשלה על ייעוד המקום להקמת היכל התנ"ך ממאי 2012 מצ"ב ומסומנת **נספח 20**.  
העתק פרוטוקול פורום ועדת היגוי ל"חניון גבעתי" מיום 26.1.2013 מצ"ב ומסומן **נספח 21**.  
במסגרת הדיון ציין יו"ר אלע"ד (מר דוד בארי המכונה "דוידליה") כי לפי החלטת הממשלה יוקם  
במקום היכל התנ"ך ולפיכך "יש להציג כמה שיותר עדויות הקשורות לתקופות המקראיות".

### התוכנית והליכי הדיון בה

43. לשם הקמת הפרויקט נדרש אישורה של תוכנית בסמכות הוועדה המחוזית, שכן כאמור, במצב  
הסטטוטורי התקף אסורה במקום כל בנייה מכל סוג, ובוודאי בנפחי הבנייה המוצעים (מותרים  
"מתקנים").

44. התוכנית הוכנה על-ידי עמותת אלע"ד במשך זמן רב, ונדונה על-ידה מול עיריית ירושלים, גורמים  
רלוונטים כמו רשות העתיקות, לשכת התכנון המחוזית והוועדה המחוזית. ערב הפקדתה, ולאחר  
שפרטיה העיקריים כבר היו מגובשים לחלוטין, הצטרפה גם רט"ג כיזם התוכנית, לצד אלע"ד.

45. התוכנית הופקדה להתנגדויות הציבור בקיץ 2013.

46. העותרת לצד נוספים התנגדה לתוכנית. העותרת והמתנגדים טענו נגד תכנון המבנה המוצע (עצם  
הקמתו במיקום המוצע, אי שקילת חלופות, נפח הבנייה, אחוזי הבנייה, גובה המבנה ועניינים  
דומים). בנוסף טענה העותרת את הטענות המובאות עתה לפני בית המשפט הנכבד, כי לא ניתן  
לאפשר את הקמת הפרויקט על-ידי גוף פרטי, בוודאי לא גוף פרטי אידיאולוגי וסקטוריאלי.

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

47. ביום 3.4.2014 נתנה וועדת המשנה להתנגדויות של הוועדה המחוזית את החלטתה בתוכנית.  
הוועדה המחוזית הורתה על צמצום נפח הבנייה וגובה המבנה על-ידי הפחתת קומה אחת מלאה  
של המבנה (כ-1,400 מ"ר). הטענות האחרות, ובכללן טענת הבעלות הפרטית, נדחו.

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

48. ביום 30.6.14 התקבלה אצל העותרת החלטת יו"ר הוועדה המחוזית הנותנת רשות לערור על  
ההחלטה למועצה הארצית, וביום 30.7.2014 הגישה העותרת למועצה הארצית לתו"ב – וועדת  
המשנה לעררים, את הערר עצמו. יצוין כי גם יזמי התכנית הגישו ערר על ההחלטה לצמצם את  
נפח הבנייה (ערר 66/14); כן נדונו במסגרת הדיון בוועדת הערר עררים מטעם תושבי שכונת  
סילוואן (ערר 83/14), ערר מטעם עמותת "עמק השווה" (ערר 64/14) וערר מטעם אנשי ציבור,  
אקדמיה ורוח (ערר 57/14).

49. העותרת טענה בערר את הטענות שמעלה בעתירה כאן נגד התרת הקמת מרכז מבקרים על-ידי גוף  
פרטי (ושיובאו בהמשך במסגרת הטיעון המשפטי) וכן טענות נגד המבנה המוצע מטעמים שונים,  
שהעתירה אינה עוסקת בהן.

כתב הערר מטעם העותרת מצורף ומסומן **נספח 23**.

50. וועדת הערר שמעה את הצדדים בשני ימי דיונים 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).

51. ביום 7.6.2015 פרסמה ועדת הערר את החלטתה בחמשת העררים שהוגשו. ועדת הערר קיבלה (בדעת רוב, בקולה המכריע של יו"ר הוועדה) את טענת העותרת ועוררים נוספים כי הן נפח הבינוי המוצע והן השימושים המוצעים אינם תואמים את תכלית הגן הלאומי הקבועה בתמ"א 8, והורתה על החזרת התכנית לוועדה המחוזית לשם צמצום נוסף של נפח הבניה והשימושים המוצעים בהתאם לאמות המידה שקבעה; בעניינים אלה אין עוסקת העתירה.

52. לצד זאת דחתה ועדת הערר את טענתה העקרונית של העותרת כי אין להקים את מרכז המבקרים כמבנה בבעלות פרטית. על החלטה זו מוגשת כאמור העתירה.

53. ועדת הערר הורתה (בדעת רוב) על תיקון הוראות התכנית בכדי להבטיח לגישתה שהמבנה אמנם ישמש כמרכז מבקרים: בין היתר הורתה וועדת הערר כי תכני הפעילויות במקום יקבעו על ידי רט"ג בלבד (סעיף 392 להחלטה); כן הורתה שיש לעגן באופן ברור את כל השימושים האפשריים במתחם, כך שיתאימו לתכלית של מרכז מבקרים, כך שבמקום "הקמת מבנה תיירותי" יהיה הייעוד "מרכז מבקרים לגן הלאומי ולו בלבד" (סעיף 260 להחלטה).

54. לעניין הטענה כי בינוי מרכז המבקרים על קרקע פרטית מנוגד להוראת סעיף 1 לתמ"א 8, שכן עצם העובדה שבעל הקרקע יכול לנהוג בה מנהג בעלים לרבות למנוע שימוש ציבורי בה, מוציאה אותו מגדר דרישה זו - ועדת הערר לא עסקה בסוגיה זו באופן מפורש אלא הסתפקה בקביעה כי "לשאלת הפרשנות הראויה להוראת סעיף 11 יש נפקות בענייננו רק בנוגע לאופי הפונקציות ולהיקף השטחים שניתן להתיר במסגרת מרכז המבקרים" (סעיף 212 להחלטה, ההדגשה הוספה). ממילא, דחתה הוועדה את הטענה כי עצם הקמת המבנה בשטח פרטי מוציאה אותו מגדרי מגבלת הנחיצות "במישרין".

55. כן דחתה וועדת הערר בסעיפים 374 עד 394 את טיעון העותרת במוצג בעתירה זו כי אין להתיר הקמת מרכז מבקרים בבעלות פרטית, וכי אישור התכנית מנוגד לדיני אצילת סמכויות ולפסיקת בג"צ ולדיני התכנון והבנייה - וכי טעמים אלה מצדיקים דחיית התכנית או קביעת הוראה בתקנון לפי הקרקע תופקע לידי המדינה. המענה שניתן על-ידי וועדת הערר לטענות העותרת יובא בחלק האחרון של עתירה זו. באופן תמציתי ייאמר, כי לגישת וועדת הערר הסכם התפעול מ-2012 נותן מענה לטענות, ומשאושר על-ידי בג"ץ אין לשמוע לטענות כלליות לגבי דיני אצילת סמכות או לפנות לפסיקה הרלוונטית, שעוסקת כמובן במקרים אחרים. בנוסף קבעה וועדת הערר, שהחלטותיה לחדד את השימושים המותרים, באופן שהמרכז ייועד למרכז מבקרים בלבד, וכי השימושים יהיו כאלה שמתאימים ליעוד זה בלבד, ובאישור רט"ג, מהווים מענה לחששות שהוצגו על-ידי העותרת.

העדר הסכם כלשהו בין רט"ג ובין אלע"ד לגבי הקמת מרכז המבקרים והצטרפות רט"ג כיוזם נוסף לתוכנית; וכן: הפרויקט לא אושר בשום פורום או מוסד של רט"ג



56. באופן מדהים התברר מבקשת חופש מידע 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 כזמת נוספת לתוכנית.

57. הדברים מדהימים במיוחד, שכן רט"ג כבר נכוותה בעבר (סעיפים 25-26, 32-33 לעיל) מחוסר יכולתה לכפות את עמדתה על אלע"ד בקשר לנכסים שנמצאים בבעלות האחרונה, 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 שסירב בעבר לשתף איתה פעולה לגבי נכסים שבבעלותו. מכל מקום, כל הסכם לא נערך, אפילו לא להסדרת עניינים טריוויאליים הקשורים בהצטרפות כיום לתוכנית כמו השתתפות בעלויות, שיפוי, אחריות לתביעות לפי ס' 197 ועוד. וכמובן, לא נערך כל הסכם הנוגע לניהול / תפעול הגן הלאומי בעתיד.

58. 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 התביעה 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.**

59. עוד התברר, כי ההחלטה על הקמת מרכז המבקרים ולהצטרף כיום 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 24א'-ו'.

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

60. 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.

61. 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 הועדה 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).

62. 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-אלעד לתפעול אתרי עיר דוד נשוא העתירה בבג"ץ בנוסחו המתוקן בעקבות ההתדיינות שם – 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].

63. 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. נעסוק בכך בהרחבה בסעיפים 106-114 להלן.

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

64.1. המועצה לגנים לאומיים (בניגוד ל**מליאת רט"ג**), **כלל אינה חלק מרט"ג**, אלא הינה גוף סטוטורי בעל מעמד מייעץ בלבד (ראו סעיף 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.

64.2. מעבר לצורך: מעין בסיכום הישיבה מסתבר, כי באותו דיון בו נכחו מטעם רט"ג אך ורק מנהל אגף שימור ופיתוח, מר זאב מרגלית, ומנהל מרחב ירושלים במחוז מרכז, 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>4</sup>

<sup>4</sup> כל מה שנאמר בסיכום הישיבה לעניין הפרויקט המדובר היה: "תל עיר דוד – חניון גבעתי: (מר דורון בן עמי, אדרי 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).

ללא שום דיון בתוכנית עצמה (וכשהמקום מוגדר בכלל מרכז מבקרים לאתר תל עיר דוד בלבד).

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

64.4. העניין היחיד הרלוונטי ישירות לענייננו והעולה מסיכום הישיבה הוא ביקורת של חברי מועצה על תפעול האתרים באתר על-ידי עמותת אלע"ד ודרישה להעלות את הנושא לדיון.<sup>5</sup>

65. 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"כ רט"ג ואלע"ד כי יבדוק אם קיים פרוטוקול של דיון נוסף ברט"ג (שם, בעמ' 5). מסמך כזה לא הועבר לוועדה מעולם למיטב ידיעת העותרת, ומכל מקום לא הומצא לצדדים.

## הטיעון המשפטי

### הדיון מתיר הסתייעות בתפעול בלבד, ואוסר על העברת סמכויות ניהול ועל כבילת שיקול הדעת של הרשות הציבורית – בכלל, ולגבי רט"ג וגנים לאומיים בפרט

66. 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 של החוק אשר יצר 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 בארותיים, מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' ארד, פ"ד נב(4) 614, 619 (1998); בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ

---

<sup>5</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 שולחננו, 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 מנוהלים על ידי 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"

המשפטי לממשלה, פ"ד נז(3) 652, 655 (2003); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פסקאות 15 ו-19 לפסק דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה (2009)

67. **כך נפסק גם לגבי ענייננו 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):

*יהרשות 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."*

68. 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**.

69. 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.

70. 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,*

פיסקה 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).

71. 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 שנסקלו מכלול השיקולים הצריכים לעניין (ראו עניין פיליפוביץ, 422-423). 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)."

72. אין צורך להזכיר, כי על-פי מושכלות יסוד של המשפט הציבורי, די בחשש סביר לקיומו של ניגוד עניינים במצב מסוים כדי להקים חובה על הרשות להימנע מכניסה לאותו אותו 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. ראו בג"ץ 5848/99 פריצקי נ' הוועדה המחוזית לתו"ב ירושלים, פ"ד

נד, 5 (3) בעמ' 41-40, 19-18; בג"ץ 3424/91 הארגון להגנת הדייר נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה, 340 (5) בע' 343 "בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרנריים בשדה במשרד החקלאות (2004).

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.

73. 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.

74. 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  
ולמחלוקת שירדו לשורשו של עניין ומנעו  
את ניהולו"**

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

75. 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.

76. רט"ג עצמה הודתה, בתגובתה המקדמית לבג"ץ 5031/10 (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 כנעיים 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 לשורשו 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. למעש לא ניתן היה לנהל את האתר... תדמית המקום היתה בשפל המדרגה".**

77. נעמוד על הדברים בקצרה, שכן הדברים אמורים להיות ברורים מאליהם: ברור שאלע"ד אינה גוף ציבורי אלא גוף פרטי בלתי נייטרלי, בעל אג'נדה ומטרות קצרות טווח וארוכות טווח משלו. **את אלע"ד מניע עולם שלם של שיקולים, של רט"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 14 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 מאליה, 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 היא מתמקדת (תלמידים וחיילים וקצינים למשל),

78. 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 האני 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 שבבעלותה 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.

79. ודוק': אין בדברים אלה כדי לטעון שעמידת אלע"ד על האינטרסים שלה היא בלתי לגיטימית. גוף פרטי יכול להפעיל את קניינו הפרטי בהתאם לצרכיו, האינטרסים שלו, ולקדם באמצעותו את ערכיו ומטרותיו האידיאולוגיות, הכלכליות, האמוניות וכן הלאה. מעבר לכך: לא ניתן לצפות שלא יהיה כך, ואין כל הוראה חוזית או אחרת שתוכל למנוע ממנו לעשות כן. ואולם, 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

80. 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**), מרכז מבקרים שיהיה כמתואר לעיל נכס אסטרטגי מרכזי בגן הלאומי – בו תבוצע קליטת הקהל ותועברנה ההדרכות, ממנו ייצאו הסיורים, 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.**

81. 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.

82. **המנופים המשפטים והמעשיים הנובעים מהבעלות הפרטית של אלע"ד בבניין מכתביים בהכרח כי רט"ג לא תהיה עצמאית בהפעלת שיקול הדעת בניהול מרכז המבקרים. כך בדיוק פעלה אלע"ד מול רט"ג עד היום, וכך בדיוק ניצלה את הבעלות הפרטית שלה בנכסים "אסטרטגיים" בגן, הכל על-פי הסברי והצהרות רט"ג עצמה:**



82.1. כמפורט בסעיפים 25-26, 32-33 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.

82.2. כלומר, אלע"ד אילצה את רט"ג לפעול בדרך מסויימת תוך שימוש בזכויותיה הקנייניות בנקודות ציון מרכזיות 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 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.

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**.

83. דוק: האולטימטום שהציבה אלע"ד ב-2012 היה המשכה של אסטרטגיית אלע"ד 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 שבבעלותה, את הניסיון של רט"ג להפעיל את הגן בעצמה.

84. ההקבלה בין המבנים בבעלות אלע"ד - שחייבו את רט"ג לקבל ב-2005 ושוב ב-2012 (ולהערכת העותרת שוב ב-2015 עם תום תקופת ההסכם) החלטות על מסירת שליטה בגן לאלע"ד בניגוד לעמדתה העקרונית - לבין מבנה מרכז המבקרים המוצע כעת מלאה: שם דובר במבנים בבעלות 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 תהייה חייבת לפעול (גם) בהתאם לאינטרסים של אלע"ד. **אלא ששם דובר במצב נתון שכבל את שיקול דעתה של רט"ג, ואילו כאן החלטת וועדת הערר היא שיוצרת 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.**

85. 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.

86. מטעם מובן מאליה זה התגבשה ההלכה עליה עמדנו כבר לעיל (וכאמור המדיניות של רט"ג עצמה), כי גן לאומי, ובוודאי אתרים רגישים, צריכים להיות מנוהלים על-ידי הרשות הציבורית, אשר רשאית להסתייע בגורמים פרטיים רק לצורך מתן שירותים טכניים או שכרוכה בהם הפעלה מוגבלת של שיקול דעת. לאחרונה ביטל בית המשפט השלום בירושלים **לבקשת המדינה** הסכם שערכה הרשות לשיקום ופיתוח הרובע היהודי (חברה ממשלתית) עם אלע"ד, שעניינו העברה לאלע"ד סמכויות נרחבות בניהול / תפעול מתחם דוידסון שבעיר העתיקה בירושלים. גם שם דובר באתר במיקום רגיש מאד מבחינה דתית, פוליטית, היסטורית וכו', ושם חזר בית המשפט על האמירה העקרונית כדלקמן:

*"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" (ראו והשוו חוות דעת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כתוארו אז) מ. מזוז מיום 27.6.10...) ועל כן יש להעדיף הפעלת האתר על ידי המדינה או גורם ממשלתי. הפעלת האתר לעת הזאת על ידי העמותה במנגנון שהוסכם עליו יש בו כדי לסתור את תקנת הציבור... מדובר בעמותה כאמור ולא בגוף ציבורי או ברשות ציבורית שמחויבותה לכלל הציבור ניתנת לפיקוח ולביקורת ממשית. יש להעדיף אפוא בכל הקשור למקרקעין שבמחלוקת כי המדינה תתפעל כנדרש את המקרקעין. (ההדגשה בכתב תחתון הוספה – כ.פ., י.ש.)" [סעיפים 22-23 לפסק הדין בת.א. (י-ם) 60379-03-14, נספח 18. יצוין, כי אלע"ד הגישה ערעור לביהמ"ש המחוזי על פסק דין זה וזה טרם הוכרע (ע.א. (י-ם) 43931-10-14 עמותת א.ל.ע.ד נ' מדינת ישראל).*

כמובן, שאין זהות מוחלטת בין נסיבות המקרה שם לנסיבות ענייננו. ואולם, העיקרון זהה לחלוטין, ויש ליישמו – ובמידה מסויימת מקל וחומר – על ענייננו, בו מדובר במרכז המבקרים של הגן הלאומי, שיהיה מבנה אסטרטגי באתר וצומת כניסה לכל האתרים.

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

87. אין ולא יכולה להיות מחלוקת שפרויקט בינוי – ובפרט בסדר גודל מעין זה – אינו יכול להוות "תפעולי". ראו לעניין זה את תצהירו של מזכיר הממשלה, מר אביחי מנדלבליט, שהוגש ע"י המדינה בתביעה שניהלה בעניין **מתחם דוידסון** (נספח 18 לעיל). שם 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 עמותת פרטית, שהיא מטבעה בעלת איפיון סקטוריאלי, בדרך של תפעולו השוטף של המתחם על ידי אותה העמותה, ואף מסירת סמכויות ניהול מסוימות לידיה, עומדת בסתירה לעקרונות 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 המאופייין ברגישות דתית וגיאופוליטית בקנה מידה בינלאומי, חייב להיות מנוהל ומופעל על ידי המדינה או גורם ממשלתי אחר (סעיף 20 לתצהיר)".

תצהיר מאת אביחי מנדלבלויט 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).

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

89. ויודגש: 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" אינו יכול להיות אינהרנטית '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.

90. יצוין, כי מיזם בינוי אינו יכול להיות "הסתייעות בתפעול" ולכן זר להסכמי תפעול, כבר מעניינים הנוגעים משלב התכנון של המיזם, ולא רק בשל המשמעויות הנובעות מהבעלות לכשהמבנה יעמוד על תילו. ענייננו מדגים גם זאת היטב.

ברור שבקידום תכנית להקמת מבנה מסוג זה נדרשה הפעלת שיקול דעת רחב באינספור סוגיות מגוונות, החל מבחירת האדריכל/ית ועד תכנון המבנה על כל ההכרעות הרבות הכלולות בעניין זה (סגנון, נפח, השתלבות במירקם הקיים ועוד). עניינים אלה נעשו על-ידי אלע"ד. לו היה מדובר בפרויקט ציבורי שנערך על-ידי רשות ציבורית, היתה חייבת להיערך, למשל, תחרות ציבורית לתכנון המבנה (מכוח חוק חובת המכרזים), והתכנון עצמו היה נערך על סמך שיקולים נייטרליים לחלוטין. העובדה שרט"ג נתנה את אישורה לתוצאה הסופית (או גם לשלבים שונים במהלך הדרך) אינה מעלה או מורידה. ב"הסתייעות בתפעול" אין הרשות "מאשרת" את הצעות המסייע, אלא מקבלת החלטות וקובעת למתפעל כיצד עליו לנהוג. פעולת רט"ג כאן באישור המבנה שתוכנן על-ידי אלע"ד ובהצטרפות מאוחרת מאד לתוכנית (רק לפני הפקדתה) היא פעולה של רגולטור ולא של מי שמסתייע בתפעול (ר' ס' 23 לפסה"ד בבג"צ עיר עמים).

## בינוי פרטי של מרכז מבקרים אינו יכול לקיים את דרישת ה"דרוש במישרין"

### שבתמ"א 8

91. 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).

92. לאור זאת, קביעת ועדת הערר תשמש כנקודת המוצא המשפטית בטיעון זה והעותרת לא תחזור על טענותיה בסוגיה זו (להרחבה נפנה 28-42 לכתב הערר, נספח 23 לעיל).

93. עם זאת, ועדת הערר החילה כלל פרשנות זה רק על הנפחים המאושרים בנינוי והשימושים המותרים במבנה והגבילה אותם לשימושים ציבוריים לצרכי הגן הלאומי בלבד. הועדה נמנעה – לטענת העותרת בטעות – מלהחיל אמת מידה זו על שאלת הזכויות הקנייניות במבנה והודאות כי המבנה אכן ישמש לייעודו הציבורי ולצרכי הגן הלאומי.

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

95. 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

96. 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.

97. דיני הת"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.

98. 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 בייעודם להפקעה.

99. 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.

100. 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.**

101. 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.

102. אלע"ד אינה מעוניינת לתרום את השטח או המבנה **משום שבאופן מוצהר וגלוי היא מעוניינת 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 24ה' 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"יזהמו" את הציבוריות של מרכז המבקרים ואת שיקול הדעת של רט"ג בהפעלתו, שאמור להיות מונחה על-ידי האינטרס הציבורי בלבד.**

103. 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.

104. יוער בהקשר זה כי המדובר במגרש ריק, בייעוד שצ"פ, שהבנייה בו אסורה, ושאינו 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.

ומעבר לכך, כמובן, אם אמנם כל שמעניין את אלע"ד זה התרומה לציבור, היא יכולה לתרום את השטח לרט"ג, ושזו תבנה את מרכז המבקרים.

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

בסעיפים 374-394 להחלטתה נתנה וועדת הערר את נימוקיה לדחיית טענות העותרת נגד הבעלות הפרטית במרכז המבקרים, טענות עליהן חוזרת העותרת ומפתחת בעתירה זו. בחלק זה של העתירה נתייחס לכל אחד מנימוקים אלה.

### **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)**

105. **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 ביטול הסכם תפעול אתר מתחם דוידסון).

106. 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.

107. ראשית, בג"ץ לא דן כלל בסמכויותיה של אלע"ד בנכסיה שלה, אלא בסבירות ההחלטה להעביר את סמכויותיה בשטחי הציבור שבאתר :

40.1. 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").

40.2. 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.

40.3. 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.

40.4. 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>6</sup>. השאלה שעמדה בפני בג"ץ היא סבירות שיקול הדעת של רט"ג בהענקת סמכויות בשטחים הציבוריים באתר.

108. 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 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 לאצול לגורם פרטי את סמכויותיה לניהול גן לאומי... יחד עם זאת, נדרשת הרשות לבצע את תפקידיה בשים לב למכלול הנתונים הרלוונטיים לעניין, ובמקרה דן - בשים לב לזכויות העמותה בנכסים המצויים באתר. בפתח הטייטה 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*

<sup>6</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 שבבעלותה או להתיר כניסת מדריכים שלא מטעמה למרכז המבקרים. ההסכם עוסק ב"האתר התיירותי" בלבד ואין בנוסחו כדי לגבור על זכויות אלע"ד בנכסיה.



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 עסקינן הובילו לכך שהרשות מסרה לעמותה לביצוע שורה לא מבוטלת של פעולות אשר חלק מהן אף כרוך בהפעלת שיקול דעת מסוים" (סעיף 23).

109. 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 ככורה 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.

110. 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 ברשימת הנקודות עליו חל 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, נראית לעותרת בכל הכבוד מופרכת.

111. סי' 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.

112. 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 החלטות 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).

113. 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.

114. 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.].

115. 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)

116. 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.

117. אין בפסק הדין של בג"ץ בעניין 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). 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'.

118. 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.

119. 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.**

120. 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.

121. 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 עמדנו 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".

122. 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 5031/10, 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'.

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)

123. העותרת הסתמכה בטיעונה לפני ועדת הערר גם על פסק הדין בעניין מתחם דוידסון בנקודות הבאות שלדעתנו הרלבנטיות שלהן אינה שנויה במחלוקת:

- עמדת המדינה היא כי הסכם המעניק לעמותה פרטית זכות לבצע מיזמי בניה באתר הינו "דבר שלחלוטין לא מקובל בהסכמי תפעול..." (סעיף 11 לתצהיר מנדלבלוט, 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 בעניין מתחם דוידסון, אימץ את האמור בתצהירו של מזכיר הממשלה וקבע כי "מיזמי בנייה ופיתוח... לבטח אינם בגדר תפעול שוטף" (סעיף 22 לפסק הדין, נספח 18).
- בית המשפט 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, סקטוריאלי, שבניגוד לגוף ציבורי או רשות ציבורית, אינה ניתנת לפיקוח ולביקורת ממשית ולפיכך יש להעדיף שתפעול מתחם דוידסון יעשה ע"י גוף ציבורי (שם).

124. 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.

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

126. 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 בענייננו".

שוב מסתמכת ועדת הערר על 'הסכם התפעולי 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 בענייננו: 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)

127. 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.

128. הנמקה זו אינה מהווה מענה לטיעון העותרת:

128.1. 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.

128.2. 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.

128.3. 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 הסקטוריאליות: 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.

128.4. לפיכך, אין בחידוד השימושים על-ידי ועדת הערר 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.

128.5. 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?.

128.6. כל עוד הבעלות היא ציבורית ניתן לסמוך על הרשות הציבורית כי 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.

128.7. 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.

129. 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".

129.1. ראשית יש לומר, שהוראה בלתי שגרתית זו מצביעה דווקא על הכרתה של וועדת הערר בעומק הבעייה 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.

129.2. 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".

129.3. 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. כאשר השימושים בהם מעוניינת אלע"ד מותרים, אין הוראה שתוכל למנוע ממנה לפעול כל העת, באופן טבעי לחלוטין, גם לקידום מטרותיה.

129.4. 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 קנין פרטי לעשות שימוש בקניינו. מנופי לחץ אלה ישפיעו גם על האישורים שתוכל לקבל מרט"ג בכל הנוגע לפעילות במרכז המבקרים.

129.5. לפיכך, קביעה כי "הכל טעון אישור רט"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 רט"ג לא היתה נותנת. **הבעלות הפרטית יוצרת מצב אינהרנטי של השפעה על שיקול הדעת של רט"ג באישורים שתצטרך לתת לפעילות השוטפת במקום.**

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

#### נימוק ה' של ועדת הערר - אין לשמוע טענות על חששות להפרת הוראות התוכנית בעתיד

##### (סעיף 390 להחלטה)

130. ההתייחסות למענה זה שבהחלטת ועדת 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, פיסקה זו בהחלטת ועדת הערר אינה רלוונטית.

#### נימוק ו' של ועדת הערר - לרט"ג סמכויות סטטוטורית שיבטיחו את קיום מטרת

##### התוכנית ואי הפרת הוראותיה (סעיף 391 להחלטה)

131. 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... לרט"ג עצמה יש סמכויות אכיפה מכוח חוק גנים לאומיים. כך, על פי

הוראת סעיף 25(א) לחוק זה "משאשורה 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".

132. ראשית, כאמור בפסקה 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.

133. 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 הסטטוטוריות" 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' 25-26, 32-33 לעיל).

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

134. 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".

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

135.1. 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.

135.2. חזקה על המשיבות, שלו היו יכולות להציג בפני וועדת הערר מקרה אחד מובהק שניתן להציג כתקדים למה שנעשה בענייננו, 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.

135.3. 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.

135.4. 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.

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

#### מתחם ההתערבות של בית המשפט

136. בטרם חתימה יש לציין את המובן מאליו: עתירה זו תוקפת הכרעה משפטית של וועדת הערר 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.

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

אשר כל האמור בעתירה זו יתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה ולהורות על ביטול החלטת וועדת הערר, או על התניית תוקפה בהוספת תנאי לתוכנית המיעד את שטח התוכנית להפקעה, והמתנה הוצאת היתר בנייה במימוש ההפקעה.

כן יבקש בית המשפט הנכבד לפסוק לזכות העותרת את הוצאותיה בהליך זה, לרבות שכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כחוק.

עתירה זו נתמכת בתצהירו של מר אביב טטרסקי, עובד העותרת.

---

כרמל פומרנץ, עו"ד

---

ישי שניידור, עו"ד

ב"כ העותרת