

1. ראש מועצת הכפר קריות

2. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם (ע"ר 0442622-58)

3. עמק שווה בע"מ (חל"צ 4214295-51)

העותרים

כולם באמצעות עו"ד שלומי זכריה ו/או מוחמד שקיר, כולם מטעם ארגון
"יש דין – מתנדבים למען זכויות אדם", מרח' דוד חכמי 12, תל אביב-יפו,
6777812, טל' 03.5275273, פקס': 03.5275274

– נגד –

1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, האלוף רוני נומה

2. ראש המנהל האזרחי בגדה המערבית, תא"ל דוד מנחם

3. קצין מטה לענייני ארכיאולוגיה במנהל האזרחי, מר חנניה היזמי

המשיבים 1-2 באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד
המשפטים, רח' סלאח א-דין 29, ירושלים, 91010, פקס': 02.6467011

המשיבים

4. המועצה האזורית מטה בנימין

באמצעות עו"ד ע' סילבצקי ואח' מרח' קרן היסוד 27 ירושלים, טל'
02.624.8877, פקס': 02.6248553

5. משכן שילה – המרכז למחקר ולפיתוח ערש ההתיישבות בארץ ישראל

(ע"ר 0528735-58), תל שילה 1, שילה, 44830

עתירה לצו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם, באם יחפצו:

(א) מדוע לא יבוטל הסכם ההתקשרות בין המשיבים 2-3 ובין המשיבה מס' 4 בכל הנוגע לניהול, תפעול, תחזוק, שימור ופיתוח האתר הארכיאולוגי וההיסטורי המכונה "ח'רבת סיילון/ תל שילה", אשר מצ"ב לעתירה זו ומסומן כנספח 1;

(ב) מדוע לא תבוטל ההתקשרות בין המשיבה מס' 4 ובין המשיבה מס' 5 ומדוע לא יבוטל ניהולו ותפעולו השוטף של אתר ח'רבת סיילון/ תל שילה על ידי המשיבה מס' 5;

(ג) מדוע לא יגרע המשיב מס' 1 את תחום אתר ח'רבת סיילון/ תל שילה מתחום השיפוט של המשיבה מס' 4 ו/או מתחום שיפוט של כל יישוב או רשות מקומית ישראלית בשטחי הגדה המערבית ומדוע לא תבוטל הקצאת שטח האתר לידי המשיבה מס' 4;

ואלה הנימוקים לעתירה לצו על תנאי:

1. עתירה זו מבקשת מבית המשפט הנכבד לשים קץ להתנהלות בלתי חוקית של המשיבים, אשר הפקיעו הלכה למעשה, את האתר ההיסטורי והארכיאולוגי ח'רבת סיילון/ תל שילה מתושבי הגדה המערבית, והעניקו אותו, תוך התפרקות מלאה מסמכויותיהם לגורמים בעלי אינטרסים פוליטיים צרים ואינטרסים אחרים. כל זאת נעשה באמצעות שלל פרקטיקות ואמצעים, אשר בינם ובין הוראות הדין אין דבר וחצי דבר, וכל מטרתם הייתה נישולה של האוכלוסיה הפלסטינית מאתר בעל משמעויות דתיות, היסטוריות, חברתיות ותרבותיות באזור.
2. האתר הארכיאולוגי ח'רבת סיילון/ תל שילה, ממקום בליבה של הגדה המערבית, בשטח הכפר קריות. בשנים האחרונות הגיעה לשיאו תהליך עקבי של נישול ממוסד של תושבי הכפר – כמו שאר תושבי האזור – מאדמות אלה. תחילה, נתפסו אדמות הכפר בצו תפיסה צבאי. לאחריו, הוקם בשטח מחנה עבודה ארכיאולוגי, אשר הפך ברבות הימים להתנחלות שילה. בהמשך, סופח האתר ההיסטורי, אשר מכיל מתקני תפילה רבים ושרידי תרבות והיסטוריה של תושבי האזור, כחלק מתחום ההתנחלות שילה ושטח המועצה האזורית מטה בנימין. לאחר מכן, מנע המפקד הצבאי מתושבי הפלסטינים של האזור להכנס לשטח כלל. בשלב המתקדם הוחלט על ידי המנהל האזרחי להעביר את מלוא הסמכויות של ניהול, תפעול שימור ותחזוק האתר לידי המועצה האזורית מטה בנימין, וזו בתורה – הפריטה סמכויות אלה לטובתה של עמותה פרטית, היא עמותת "משכן שילה". עמותה זו בתורה, בצוותא חדא עם המועצה האזורית מטה בנימין, ובידיעתם ועידודם של כלל הגורמים במנהל האזרחי, בחרו לייחד את אופי האתר ההיסטורי ח'רבת סיילון/ תל שילה, למורשת ולמסורת היהודית בלבד, כחלק מהרצון הפוליטי להתיישב ולהאחז בשטח, ולקשור אותו למסורת אבות יהודית. באותה נשימה, הועם זהרם של ליבת הממצאים הקיימים באתר, ועומעמה ההיסטוריה הקרובה והרחוקה של האתר וממצאיו, לפחות בכל מה שאינו קשור בהיסטוריה היהודית באזור.
3. התנהלות זו של המשיבים כולם מובילה למצב של הדרה במובן הפיסי, אך לא פחות מכך, הדרה במובן התרבותי, ההיסטורי, הדתי, החברתי והמדעי. אם כניסתם הפיסית של תושבי הפלסטינים של האזור נאסרה בשל צו של המפקד הצבאי, נוכחותם ההיסטורית והמדעית בשטח מופגת באמצעות העברת האתר לידיים פוליטיות בעלות סדר-יום ברור ומופגן אשר אינו מתיימר כלל להעניק מקום לתושבי הלא יהודיים של השטח ולנוכחות ההיסטורית-מדעית שלו. כל זאת נעשה באמצעות מהלכים, אשר החוקיות המנהלית היא מהם והלאה, כפי שיובהר להלן, וכפי שבפועל גם המשיבים הסכימו לכך, במובלע בחלק מהחלטותיהם.
4. התנהלויות אלה אינן חוקיות, אינן סבירות, ואינן מידתיות ומהוות הפרה של הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי, הוראות המשפט הבינלאומי של זכויות האדם והוראות המשפט המנהלי של מדינת ישראל, שמהמשיבים 1-3 כפופים להם.
5. העובדה כי אתר היסטורי-ארכיאולוגי נפל קרבן להגשמת מאוויים פוליטיים היא מעציבה ומקוממת, אולם המסגרת הבלתי חוקית באמצעותו נעשו הדברים כפי שתציג עתירה זו, מחייבת את התערבותו של בית המשפט והפסקת המצב הבלתי חוקי העגום אליו נקלע האתר הארכיאולוגי ח'רבת סיילון/ תל שילה, שלא בטובתו ושלא בטובתה של החברה האנושית.

6. העותר מס' 1, ראש מועצת הכפר קריות המייצג את קהילת הכפר הפלסטיני קריות אשר שוכן בנפת שכם. הכפר קריות שוכן בין ההתנחלויות שילה ועלי, ולא אחת אדמותיו ואדמות תושבי הכפר נפלו קרבן להשתלטויות בלתי חוקיות מצד מתנחלי הסביבה, לעיתים רבות בסיוע רשויות שונות מקרב המשיבים.
7. האתר הארכיאולוגי ח'רבת סילון/ תל שילה, הניצב בלב אדמות הכפר ובמרכזה של עתירה זו, ממוקם בתחומי כפר קריות על פי החלוקה הפיסקאלית שנערכה על ידי השלטון הבריטי, ומאוחר יותר השלטון הירדני באזור. חלק ניכר מהאתר ממוקם בגושים 1 ו-4, ובפרט במוקעות (חלקי החלקות) רס-אמוס, אל בטין, סילון ואל צררה באדמות הכפר קריות. בשטח האתר הארכיאולוגי קיימים שני מסגדים וכן שרידי כנסייה ביזנטית ששכנו בשטח. שטח האתר שימש בעבר את תושבי הכפר, הן למטרות פולחן והן למטרות חקלאיות כאשר עובר לתפיסה צבאית שבוצעה ביחס לאדמות הכפר ולתיחומו של האתר כחלק מתחום השיפוט של המשיבה מס' 4, הייתה גישתם של תושבי קריות לשטח חופשיה ובלתי מופרעת.
8. העותר מס' 2, ארגון "יש דין", הינו עמותת מתנדבים הפועלת למן שנת 2005 למען ביצור זכויות האדם בשטחי הגדה המערבית אשר נכבשו על ידי מדינת ישראל, וזאת בין היתר באמצעות חיזוק והעצמה של הליכי אכיפת החוק על אזרחים ישראלים ואנשי כוחות הביטחון, תוך מתן סיוע משפטי לתושבים המוגנים המתגוררים בגדה המערבית.
9. העותר מס' 3, ארגון "עמק שווה" הינו חברה לתועלת הציבור, המורכבת מארכיאולוגים ופעילים קהילתיים, העוסק במקומה של הארכיאולוגיה בחברה הישראלית ובסכסוך הישראלי-פלסטיני, אשר רואה בארכיאולוגיה אמצעי לגישור וקירוב בין עמים ותרבויות בכלל, וכגורם בעל השפעה על הדינמיקה של הסכסוך הישראלי-פלסטיני בפרט. העותר מס' 3 רואה בממצאים ארכיאולוגיים ובאתרים היסטוריים וארכיאולוגיים, ככאלה אשר מספרים סיפורים מורכבים ועצמאיים מתכתיבים של מסורות ואמונות, ואינם יכולים לשמש אמצעי להוכחת בעלות של עם או של דת מסויימת ומאמינה על אתר זה או אחר.
10. המשיב מס' 1, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, הוא הגורם אשר משמש בשטחי הגדה המערבית כחליף הריבון ואחראי על כל תחומי החיים בשטח הכבוש, על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. מתוקף תפקידו, מצויות בידיו של המשיב מס' 1 מלוא סמכויות התחיקה והניהול של השטח הכבוש. בין יתר סמכויותיו של המשיב, מצויה באופן בלעדי הסמכות לקבוע שטחי שיפוט של יישובים ישראלים ורשויות מקומיות ישראליות.
11. המשיב מס' 2, ראש המנהל האזרחי בגדה המערבית, הינו אורגן אשר הוקם באמצעות הצו בדבר הקמת המנהל האזרחי (יהודה ושומרון) (מס' 947), התשמ"א-1981, ולו אצל המשיב מס' 1 את סמכויותיו, בעיקר בתחום ניהול הנושאים האזרחיים בגדה המערבית.
12. המשיב מס' 3, קצין מטה (קמ"ט) לענייני ארכיאולוגיה במנהל האזרחי, אחראי על כל ענייני העתיקות בשטחים הגדה המערבית (ועל פי האמור באתר רשות העתיקות דווקא, גם על ענייני הארכיאולוגיה בשטח עזה - http://www.antiquities.org.il/article_heb.aspx?sec_id=46&subj_id=273).
13. הקמ"ט פועל בפועל על פי החוקים הנהוגים בשטחים אלה במסגרת המינהל האזרחי, הגם שעל פי האמור בפרסומי רשות העתיקות **הישראלית**, קמ"ט ארכיאולוגיה מהווה למעשה חלק מהמבנה הארגוני של רשות העתיקות **הישראלית** ולא כחלק מהמנהל האזרחי דווקא.
14. המשיבה מס' 4, המועצה האזורית מטה בנימין, היא הרשות המוניציפאלית בתוכה שוכנת ההתנחלות שילה וכן אתר ח'רבת סילון/ תל שילה, וזאת בהתאם לקביעותיו של המשיב מס' 1.

המשיבה עצמה היא הגורם מולו התקשרו המשיבים 2-3 בהסכם ההקצאה עליו יורחב להלן, והיא הגורם השולט מתוקף ההסכם בניהול, תפעול, תיחזוק, שימור, פיתוח וכל מה שכרוך באתר הארכיאולוגי האמור.

המשיבה מס' 4 אף עומדת מאחורי היוזמה להפוך את האתר הארכיאולוגי וסביבותיו, הדתי וההיסטורי ח'רבת סילון/ תל שילה, לקומפלקס תיירות, מסחר, ונופש, במסגרת תכנית 205/15, כפי שיצוין להלן.

בין היתר, המשיבה מס' 4 אחראית לביצוען של מספר פעולות בינוי בלתי חוקיות לכאורה בתל עצמו ובסביבותיו בשנים האחרונות.

15. המשיבה מס' 5, עמותת "משכן שילה – המרכז למחקר ולפיתוח ערש ההתיישבות בארץ ישראל", הינה עמותה ישראלית רשומה, אשר הוקמה בשנת 2010, ומהווה את הגורם המפעיל במפעל את האתר "תל שילה".

בין מטרותיה המוצהרות של העמותה, ניתן למנות את אלה: ביצוע חפירות, עבודות שיקום ושימור, קידום מחקר ושחזור של האתר הארכיאולוגי "שילה"; הקמה, פיתוח, התחדשות וניהול מרכזי לימוד, תיירות, נופש ופנאי סביב עתיקות שילה; הוצאת פרסומים וספרים, ארגון השתלמויות וימי עיון באשר למורשת שילה הקדומה. הנחלת אהבת ארץ ישראל בכלל וחבל בנימין בפרט.

הכנסותיה של המשיבה מס' 5 מפעולות שונות המתקיימות באתר במהלך השנים האחרונות מסתכמות במיליונים: כך למשל, על פי דיווחי המשיבה, בשנת 2011 הסתכמו הכנסות העמותה בהיקף של 809,838 ₪; בשנת 2012 הסתכמו הכנסותיה באתר בהיקף של 961,165 ₪; בשנת 2013 – הכנסות בהיקף של 1,748,567 ₪.

יוצא אפוא כי בין השנים 2011-2013 סך הכנסותיה של המשיבה מס' 5 מתפעול האתר הארכיאולוגי מסתכם בסכום אגדי של 3,519,570 ₪, זאת, למרות שמעולם לא הותר למשיבה לנהל את האתר על ידי מי מהמשיבים 1-3, או מתוקף הדין המקומי, הכל כפי שיפורט להלן. יש רק להניח כי עבור השנים 2014-2015 המדובר בסכום דומה, אם לא גבוה מכך.

כל זאת, מבלי שיש כל הרשאה חוקית או בסיס חוקי לפעילות המשיבה, אשר מודה בדיווחיה כי לא נחתם כל הסכם שימוש בקרקע.

II – האתר הארכיאולוגי ח'רבת סילון/ תל שילה/ ח'רבת סילון: רקע היסטורי ומציאות

עכשווית

16. האתר הארכיאולוגי ח'רבת סילון/ תל שילה, אשר היווה מוקד עבור הכפרים הפלסטינים בסביבה עד לעשורים האחרונים, נחפר ושימש כמקום לעיסוק ארכיאולוגי עוד מראשית המאה הקודמת. ראשית, עוד בשנת 1915 על יד הארכיאולוג הגרמני שמידט, ובהמשך, בין השנים 1926-1932 התקיימה במקום חפירה מקיפה של משלחת חוקרים מדנמרק, בחסות המנדט הבריטי ששלט בשטח באותה העת. מיד לאחר הכיבוש הישראלי, החלו חפירות קמ"ט ארכיאולוגיה במקום, הנמשכות לסירוגין עד היום. בין השנים 1981-1984 נערכה חפירה נוספת מטעם המחלקה לארכיאולוגיה של אוניברסיטת בר אילן. החל משנת 2010 מתקיימות במקום חפירות ארכיאולוגיות מטעם המרכז האוניברסיטאי אריאל והמשיב מס' 3.

17. התל עצמו ממוקם בלב רצועת ההרים שבין בקעת הירדן ממזרח ושפלת החוף במערב. התיישבות עירונית באזור זה החלה עוד בתקופת הברונזה התיכונה (המאות ה-16-18 לפנה"ס), בדמותו של

יישוב עירוני המוקף חומה, כאשר ההתיישבות עצמה הייתה נתונה להשפעות שונות של הממלכות הצפוניות של ארץ ישראל, סוריה ומאוחר יותר ממלכת מצרים. במאות 11–12 לפנה"ס, נבנה כפר קטן שישב בחלקו על חורבות העיר הקדומה. ברבות השנים נחרבה ההתיישבות בשטח מספר פעמים, ונבנתה מחדש מאוחר יותר, כאשר בתקופות ההלניסטיות והרומיות תועדה ההתרחבות המשמעותית ביותר. השרידים הארכיאולוגיים הקדומים באתר משמשים בערבוביה כעדויות לאוכלוסייה שומרנית, יהודית וכן השפעות פולחניות של שאר ממלכות האזור.

18. יחד עם זאת, המחקר הארכיאולוגי מעיד שההתיישבות בתקופה הרומית הקדומה, נמשכה עד לתקופה הערבית (המאה ה-10 לספירה), והאתר התפתח במרוצת התקופות והגיע לשיאו בתקופה הביזנטית והערבית הקדומה (המאות ה-6-10 לספירה). במרוצת השנים ולאחר המרד השומרני נגד השלטון הביזאנטי, נהפכה שילה למרחב נוצרי ולאתר דתי מרכזי, כאשר בשטח החלו נבנות כנסיות רבות. באותה תקופה התרחב היישוב והתעצם עושרו הכלכלי, כפי שאף בא לידי ביטוי בממצאים הארכיאולוגיים באזור.

19. קדושת האתר עברה בירושה מדת לדת, גם כשתושבי האזור ושייכוס הדתי התחלפו, והדבר בא לידי ביטוי בהפיכת חלק מהכנסיות בתקופה הערבית למסגדים, כאשר עד היום ניצב מסגד ג'אמע אל-יתים בלב האתר, על גבי שרידי כנסייה ביזנטית. מסגד זה היה בשימוש תושבי הכפר קריות עד לעשורים האחרונים. שרידי מסגד אחד, ג'אמע אל-סיתין נמצאים ברחבת החניה של האתר, מול כניסת המבקרים.

20. המסורת היהודית מזהה את ח'רבת סילון/ תל שילה עם אתר שילה המקראי - מקום המשכן, מושב ארון הברית והמרכז הרוחני של שבטי ישראל, בתקופה שקדמה למלוכה בישראל (המאה ה-13 לפנה"ס). זאת בעקבות זיהוי ושיוך נוצרי של האתר, כפי שאומץ על ידי גורמים יהודים. הואיל והמחקר הארכיאולוגי מתקשה לחשוף עדויות למיקומו של מבנה ארעי בו שכן המשכן, מבנה ארעי עשוי יריעות עור, בפועל שאלת מקום המשכן היא יותר סוגיה אמונית רוחנית, ולא סוגיה פיסית ארכיאולוגית. המחקר הארכיאולוגי אינו עוסק בהוכחת מסורות ואמונות, אלא על החיים החומרים במקום מהבחינה הפיסית – מהן התקופות העיקריות שבהן היה האתר מיושב; לאילו צרכים שימש; מה היה גודל היישוב בכל אחת מהתקופות; מה היה מצבו הכלכלי; היכן שכנו מבני הממשל, מבני הפולחן, חומות העיר; וכיו"ב.

על האתר עצמו והפרשנויות הפוליטיות-היסטוריות הניתנות לו בפועל כיום ניתן ללמוד ממחקר שחובר על ידי העותר מס' 3, ארגון "עמק שווה", **ח'רבת סילון/ תל שילה (ח'רבת סילון) – ארכיאולוגיה במאבק הפוליטי על השומרון** [2014], אשר זמין באתר האינטרנט של העותר, ובקישור הבא:

<http://alt-arch.org/he/wp-content/uploads/2014/11/13-Tel-Shiloh-Heb-Web-03.pdf>

21. האתר הוכרז כאתר עתיקות על ידי המנדט הבריטי בשנת 1944. במהלך השלטון הירדני האתר לא נחפר ונשמר כשטח פתוח כשהעתיקות נמצאות במקום, לצד שימוש באדמות על ידי בעליהם. בנוסף לשימוש חקלאי באדמות, היה שימוש במסגד אחד לפחות הנמצא עד היום בשטח האתר. בתקופה הירדנית בוצעו עבודות שימור בכנסייה הביזנטית, ונבנה מבנה מודרני עליה לשימור הכנסייה.

22. כאמור, ח'רבת סילון/ תל שילה נמצא על אדמות פלסטיניות, ועד ראשית שנות השמונים התגוררו בסמוך אליו משפחות מן הכפר קריות. התושבים פונו במקביל לחפירות הארכיאולוגיות שנערכו

במקום על ידי מדינת ישראל. לצד התל יש אדמות חקלאיות השייכות לתושבי קריות. כיום תושבי הכפר מנועים מלהגיע למקום ולעבד את אדמותיהם, כפי שיוסבר להלן.

23. כיום, אין בכל האתר מערכת מסודרת של שלטים בשפות הרלוונטיות המסבירים את תוכן הממצאים ואת חשיבותם, למעט מספר שלטי אבן ישנים המציינים את תפקיד המבנים השונים ותאריכים רלוונטיים. בשילוט שליד המסגד אל-יתים מוזכרת האפשרות כי בעבר שכן במקום בית כנסת, הגם שסברה זו אינה מגובה במידע ארכיאולוגי או היסטורי. השילוט שכן הוצב באזור בשנים האחרונות באתר מתמקד באירועים תנכ"יים באופיים, המתחברים לאתוס הלאומי-יהודי.

24. אחד הפרוייקטים המרכזיים באתר כיום הוא מגדל תצפית בנקודה הגבוהה ביותר בתל, המכונה "מגדל הרואה", אשר נבנה במהלך השנים האחרונות ממש. יוער, כי בניית המגדל, אשר בנוי בטון ומתנשא לגובה של 9 מטרים, מנוגדת באופן חזיתי לתפיסה המקובלת בישראל בכלל, ובקרבת הקהילייה הארכיאולוגית בפרט, שאין לבנות כלל על פני תלים ארכיאולוגיים וזאת בשל העובדה כי תל ארכיאולוגי הינו אתר רב שכבתי, הטומן בחובו היסטוריות ותרבויות שונות רבדים-רבדים. הבנייה – ככל שנעשית כלל באתרי עתיקות – נעשית על פי רוב בשוליהם של אתרי עתיקות, מתוך הבנה שבניה בלב האתר משמעותה הישירה היא פגיעה במספר רב של שכבות וממצאים. במגדל הרואה מוצג חזיון אור-קולי, המבקש להשתלב עם הסביבה הגיאוגרפית ובו מוצגים סיפורי המקרא, הם ותו לא, תוך התעלמות מכל שארע בשטח מאז תקופת המקרא (הגם שהממצאים הארכיאולוגיים המרכזיים והמשמעותיים ביותר באתר הם דווקא מהתקופות המאוחרות יותר). במגדל עצמו קיים גם מוזיאון קטן אשר מכיל חלק מהממצאים שנמצאו בחפירות האתר.

III – על סיפוח המקרקעין עליו נמצא ח'רבת סייכון/ תל שילה לתחומי המשיבה מס' 4 ועל

ההתפתחויות הנובעות מסיפוח זה

25. עוד בשנת 1978 נתפסו חלק מאדמות תושבי הכפר קריות המצויות באזור התל וסביבתו, על ידי המשיב מס' 1, בצו תפיסה צבאי (אשר על פי הוראות הדין הבינלאומי ההומניטארי אמור להיות מוצא לצרכים צבאים הכרחיים ודחופים), באמצעות צו תפיסה 1/78. על רקע תפיסה זו הוחל בהקמת מחנה עבודה של חפירה ארכיאולוגית.

26. למעשה, ההתנחלות בשילה ראשיתה במחנה עבודה של חפירה ארכיאולוגית (ראו דברי הכנסת, כרך 82, עמ' 1596-1603 (8.2.1978); כרך 82, עמ' 1737 (24.5.1978); כרך 82, עמ' 2780-2782 (30.5.1978)). מחנה העבודה התפתח להתנחלות שילה על הגבעה הסמוכה לתל מצד מזרח. בהמשך הרחיבה ממשלת ישראל את התל לשטח ההתנחלות.

27. יוער, כי בעבר היה נהוג כי צווי תפיסה מוצאים מבלי שיש להם מועד תפוגה, פרקטיקה קלוקלת ועל פניה גם בלתי סבירה מהבחינה המנהלית, כפי שכבר קבע בית המשפט בעבר (ראו בג"ץ 290/89 ג'וחא נ' המפקד הצבאי, פד"י מג(2) 116 (1989)).

28. ברור אפוא כי השטח עצמו, אשר מהווה חלק מאתר תיירות, אינו דרוש כלל כיום לצרכים צבאיים, בוודאי לא כאלה דחופים ומובהקים, ועל כן כמובן מאליו מתבקש גם ביטולו של צו התפיסה האמור והשבת האדמות לידי בעליהם החוקיים.

העתק מנוסח תחום השיפוט של האתר כפי שנקבע על ידי המשיב מס' 1 וכן האזור בו בוצעה

התפיסה הצבאית, מצ"ב ומסומנים בנספח 2.

29. המשיב מס' 1, כפי שתואר לעיל, החליט על הכללת האתר הארכיאולוגי ח'רבת סילון/ תל שילה, במסגרת תחומי ההתנחלות הסמוכה אליו, שילה, וכפועל יוצא גם בתחום המועצה האזורית מטה בנימין, היא המשיבה מס' 4. החלטתו זו של המשיב, אשר בוצעה עוד בשנת 1992, נעשתה מבלי שקדמה לה עבודה בשיתוף כלל הציבור (כגון שימוע), אלא כהחלטה פנימית, אשר גם דרכי פרסומה אינם ברורים ותדיר אינם מתבצעים כפי שמצופה מרשות מנהלית.

30. בפועל סיפוחו של האתר לידי המשיבה מס' 4, מונע, בפועל, את אפשרות כניסתם של פלסטינים תושבי האזור למתחם, וזאת בשל הוראות הצו בדבר הוראות בטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), התש"ל-1970 – הכרזה בדבר סגירת שטח (יישובים ישראלים) (להלן: "הכרזה בדבר סגירת שטח").

31. על פי הוראות הכרזה זו, תחומי היישובים (שהם למעשה תחומי המועצות המקומיות והאזוריות הישראליות הקיימות בשטחים) נחשבים כשטח צבאי סגור, כאשר ההכרזה מציינת במפורש כי היא אינה חלה על ישראלים ו/או יהודים ו/או תיירים.¹ בפועל, הכרזה זו מתייחסת רובה ככולה לפלסטינים.

העתק מנוסח הכרזה כאמור מצ"ב ומסומנת כנספח 3.

VI – הסכם ההקצאה של שטח האתר מהמשיבים 1-2 למשיבה מס' 4 והמשמעויות בפועל

העולות מאופן יישום ההקצאה

32. כפי שהוזכר עוד לעיל, פעילותה של המשיבה מס' 4 (וכפועל יוצא ממנה, גם פעילות המשיבה מס' 5) מתאפשרת באתר ח'רבת סילון/ תל שילה האמור, בשל הסכם הקצאה שנחתם בין המשיבים 2-3 ובין המשיבה מס' 4. דבר קיומו של ההסכם, אשר מועד כריתתו המדויק אינו מצוין עליו (אולם ניתן להניח, מאינדיקציות שונות, כגון זהות החותמים עליו, כי הוא נחתם בשנים האחרונות, בתחילת העשור הנוכחי), נגלה לידיעת העותרים רק לקראת תום שנת 2014, על דרך הליך של עתירת חופש המידע שהוגשה על ידם.² יוער, כי עובר להגשת העתירה לא מצאו לנכון המשיבים 2-3 למסור את המידע בדבר קיומו של ההסכם, ורק בעקבות עתירת חופש המידע נחשף דבר קיומו. זאת, בצירוף העובדה כי דבר קיומו של ההסכם לא פורסם באופן פומבי קודם לכן, מחזקים את התחושה כי המשיבים כולם לא ששו ליתן להסכם ולתכנו פומבי, בלשון המעטה.

33. כפי שיובהר להלן, ניתוח סעיפי ההסכם בין הצדדים מעלה תמיהות, והוא מטריד בשל אי החוקיות הרבה השזורה בו לאורכו ולרוחבו. ההסכם עצמו מצ"ב כנספח מס' 1 לכתב העתירה, אולם כדאי לעמוד על מספר מרכיבים מהותיים ומרכזיים בהסכם האמור.³

34. בסעיפי המבוא להסכם זה מתוארות מטרותיהם של הצדדים השונים, אשר כל אחד מהם מוצא עניין באתר ההיסטורי ח'רבת סילון/ תל שילה:

¹ על פי סעיף ההגדרות של ההכרזה, "ישראלי" הוא תושב ישראל, מי שמקום מגוריו באזור והוא אזרח ישראל או שהוא זכאי לעלות לישראל לפי חוק השבות, התש"י-1950 כי שתוקפו בישראל, וכן מי שאינו תושב האזור ובידו אשרת כניסה בתוקף לישראל.

² עתמ (י-ס) 37527-07-14 "יש דין" ארגון מתנדבים לזכויות אדם ואח' נ' המינהל האזרחי איז"ש ואח'.

³ כל ההדגשות בסעיפי ההסכם הוספו אלא אם נאמר אחרת.

הואיל:

[...]

(ב) והמקום הידוע כאתר "ח'רבת סיילון/ תל שילה" (להלן: "האתר") מכיל עתיקות כמשמעותן בחוק העתיקות (כהגדרתו להלן) ולפיכך הוא מקום היסטורי (אתר עתיקות) ע"פ חוק העתיקות האמור.

(ג) והמינהל מעוניין כי אתר ח'רבת סיילון/ תל שילה ינוהל ויתופעל בדרך שהציבור יוכל להנות וללמוד ממנו; יתחזק, יישמר ויפותח על ידי חפירות נוספות ובכל דרך אחרת שהיא.

(ד) ועניין המועצה באתר תל-שילה הוא כעניין המינהל כמצוין בפסיקה הקודמת, והיא הציעה למינהל לטפל בכל הקשור באתר ח'רבת סיילון/ תל שילה, כמפורט להלן בהסכם זה.

(ה) והמינהל קיבל את הצעת המועצה והוא מסכים לכך שהטיפול באתר הנ"ל יבוצע על ידה, הכל בהתאם להסדרים ובכוח לתנאים המפורטים להלן בהסכם זה.

35. כפי שעולה מסעיפים אלה, ובפרט סעיפים (ד)-(ה), היוזמה להעברת הטיפול באתר ההיסטורי הייתה של המשיבה מס' 4. המשיבים 2-3 לא ביצעו כל מכרז לצורך ניהול, תפעול, תחזוק, שימור ופיתוח האתר, ומבחינתם, העברת הניהול והתפעול של אתר היסטורי, בעל משמעויות היסטוריות, דתיות, חברתיות, נופיות וכלכליות לציבור הפלסטיני הינה לא פחותה מאשר לציבורים אחרים, הינה דבר של מה בכך. על משמעויות משפטיות של התנהלות זו עוד נעמוד בהמשך כתב העתירה, בחלק המשפטי.

36. סעיף 3.1 להסכם קובע כי "בתקופת תוקפו של הסכם הרשאה זה יימצא האתר באחריותה המלאה של המועצה, אשר תנהלו, תתפעלו, תשמרו ותפתחו בהתאם להוראות הסכם זה [...]". על פי סעיף 13.1 להסכם, תוקפו של ההסכם הינו לפרק זמן ארוך מאד, של 10 שנים.

37. כלומר, על פי ההסכם, לא רק שהמשיבה מס' 4 הינה האחראית המלאה והבלעדית לנעשה באתר, הרי שפעולותיה חורגות רק מתפעול שוטף, ומלוא הסמכויות מועברות אליה מאת המשיבים 2-3. בכך, אין המדובר בהסתייעות וקבלת עזרה גרידא לצורך ביצוע סמכות המסורה למשיבים כדיו, אלא בהעברת מלוא סמכויות הניהול, התפעול, השימור והפיתוח של האתר. סמכויות אלה הם בתחום שיקול הדעת המקצועי של הכרוך באתר ואמורות להשאר אצל רשויות ממלכתיות, בוודאי אלה האמונות על המובנים האזרחיים של האוכלוסיה המוגנת בשטח הכבוש. על המשמעות המשפטית של אצילת סמכות גורפת ורחבה כפי שעולה מההסכם, נרחיב בחלק המשפטי של כתב עתירה זה.

38. בהמשך, ההסכם מקים בסעיף מס' 4 מנהלת לאתר. במנהלת זו 8 חברים, כמפורט להלן:

- | | |
|--|-------------------------------|
| ← המשיב מס' 3 – קמ"ט ארכיאולוגיה (יור) | ← ראש המועצה האזורית או נציגו |
| ← מנהל מח' שימור ברשות העתיקות | ← חבר מועצה אזורית |
| ← נציג תחום תשתית אצל המשיב מס' 2 | ← חבר מועצה אזורית |

39. יוצא אפוא, על פי ההסכם, כי קיים שוויון בין נציגי המנהל האזרחי ובין נציגי המועצה או גורמים הממונים מטעמה. כפי שעולה מההסכם, החלטות תתקבלנה ברוב קולות. אמנם למשיב מס' 3 קיימת זכות וטו ביחס לכל החלטה, אולם אפילו החלטה של המנהלת החתומה על ידי לפחות 4 חברי מנהלה תחשב כהחלטה שהתקבלה כדין (ובלבד שהמשיב מס' 3 הינו חלק מהחותרים בהחלטה כאמור).

40. ניכר מההסכם האמור, כי למשיבה מס' 4 נוכחות משמעותית, וביכולתה בפועל לסכל או להעביר כמעט כל החלטה, בשל העובדה שנציגיה (יחד עם מנהל האתר) מהווים 50% מהמנהלת.

41. בהקשר זה, כלל לא ברור מה מיקומו של נציג רשות העתיקות הישראלית כחבר המינהלת, עת השטח המדובר מצוי מחוץ לתחומי מדינת ישראל ומחוץ לשטחי פעולתה וסמכויותיה של רשות העתיקות. אין בכך אלא סממן נוסף של ניסיון סיפוח בפועל של השטח והכפפתו לרשויות ישראליות, וכפועל יוצא - **לאינטרסים ישראליים**. זאת על חשבון האינטרסים של כלל הציבור, בראש ובראשונה הציבור המהווה אוכלוסייה מוגנת בשטח כבוש, אשר אינה זוכה לכל ייצוג במינהלת האמורה, ובפועל – באופן תפעולו של האתר כפי שיובהר להלן.

42. אמנם, על פי סעיף 6.1 ההסכם, נקבע כי המועצה תפעל לכך שהאתר יהיה פתוח לכלל הציבור באזור, אולם הוראה זו הינה ריקה מתוכן לאור ההכרזה על סגירת שטח לפלסטינים כפי שנעשתה על ידי המשיב מס' 1, כפי שפורט לעיל.

43. ההסכם מסמיך את המשיבה מס' 4 – ואותה בלבד – לגבות דמי כניסה, אשר יאושרו על ידי המשיב מס' 2. כפי שעולה מסעיף 10.1, התקבולים מהאתר יכולים להתקבל הן מדמי הכניסה והן מקיום אירועים כלשהם במתחם (לרבות אירועים פרטיים – כמפורט בסעיף 10.2). הכנסות ותקבולים שייגבו בגין השימושים באתר יהוו מעין "משק סגור".

44. יחד עם זאת, למרות כל האמור בכל אחד ואחד מסעיפיו של ההסכם, אין באף אחת מהוראותיו כל הסמכה של המשיבה להאציל מסמכויותיה לידי גורם שלישי, בוודאי לא לאצול מסמכויותיה לעמותה פרטית דוגמת המשיבה מס' 5, אשר בפועל מהווה את הגורם המנהל והמתפעל את האתר האמור.

V – פעולות המשיבות 4-5 באתר ח'רבת סיילון/ תל שילה: על ניכוס היסטורי וסיפוח לאומי-

דתי במקביל לנישול פיסית-תרבותי

45. כאמור, בהכרזה מטעם המשיב מס' 1, השטח בו ממוקם האתר חוסה תחת כנפיה של המשיבה מס' 4, מועצה מקומית מטה בנימין. המשיבה מס' 4, הינה רשות מוניציפלית אזורית, אשר פועלת מתוקף הסמכתו של המשיב מס' 1 כפי שזו באה לידי ביטוי בצו בדבר מועצות אזורית (יהודה ושומרון) (מס' 783), התשל"ט-1979.

⁴ בהתאם לאמור בסעיף 5.1.

46. אולם למשיבה מס' 4, מעבר למילוי הפונקציות המוניציפליות עבור היישובים היהודיים אשר הוקמו בתחומיה, התנחלויות ומאחזים בלתי מורשים כאחד, קיימות שאיפות ומטרות פוליטיות מובהקות, אשר כוללות הרחבת הנוכחות הישראלית-יהודית, במובנה האזרחי, ברחבי הגדה המערבית, לרבות הקמת יישובים חדשים והרחבתם של אלה הקיימים. המשיבה מס' 4 אף מתגאה כי מאחזים בלתי מורשים מובהקים, אשר כל-כולם נבנו כהתרסה נגד שלטון החוק ולעיתים רבות תוך פלישה לאדמותיהם של תושבים פלסטינים (דוגמת המאחזים עמונה,⁵ מגרון,⁶ עדי עד ועוד רבים אחרים), הינם חלק מ-"יישובי המועצה" למרות שאין מדובר ביישובים מורשים כלל ועיקר. המשיבה אף הייתה שותפה פעילה בבנינם ובמימון בניית התשתיות, לרבות קבלת תקציבים מצד רשויות שונות במדינה לצורך מימון פעילות עבריינית זו.

47. המשיבה מס' 4 רואה את עצמה מעבר לספקית של שירותים מוניציפליים עבור תושביה, גם כמי שמהווה חוד החנית במאבק על ארץ ישראל, וחיבור האזור לתודעה ההיסטורית-לאומית-דתית של אזרחי מדינת ישראל.

48. אתרים ארכיאולוגיים שונים המצויים באזור, משמשים ככר פורה להנחלת תשתית אידאולוגית זו, ומקומו של ח'רבת סיילון/ תל שילה אינו נפקד מגישה זו. כפי שהדבר אף מובא במפורש באתר האינטרנט של המשיבה:

"בתקופות עברו היה אזור זה של החר מעוזה העיקרי של ארץ ישראל. שבט בנימין שלט על במת החר, וצפונה לו - שכן שבט אפרים. פריחת האזור היתה בימי ממלכתם המאוחדת של יהודה וישראל, וישובים יהודיים פרחו כאן גם בתקופה היוונית. הצלבנים ביצרו יישובים רבים, שעל שרידיהם קמו אחר כך כפרים ערבים. מאז הכיבוש העותמאני הפך הישוב באזור לדליל. אתרים מן ההיסטוריה העתיקה של העם היהודי קיימים לכל אורכו ורוחבו של מטה בנימין, והבולטים בהם: ח'רבת סיילון/ תל שילה, קבר בני ישראל, שרידי דרך האבות ההיסטורית, ועוד.

[...]

אתרי העתיקות מהווים חתך של התקופות ההיסטוריות השונות: מאתר משכן שילה המשותף, דרך שרידי בתי כנסת, חוות חקלאיות, פסיפסים וחורבות גדולות, המעידים על ריכוזי יישובים מהעבר."

49. אתר ח'רבת סיילון/ תל שילה, אם כן, הפך לפלטפורמה להעמקת אחיזתה האידאולוגית של המשיבה מס' 4 והטמעת מטרותיה בשטחי הגדה המערבית, ובפועל, המשיבה מס' 4, יחד ובאמצעות המשיבה מס' 5, מקבעות את אתר ח'רבת סיילון/ תל שילה – אשר כפי שהוצג לעיל, מכיל מהבחינה הארכיאולוגית הטהורה בעיקר שרידי כנסיות ומנזרים ושרידי יישובים אשר התקיימו בסביבותיהם – כחלק מתפיסת המסורת היהודית, וזאת תוך עמעום עד כדי ביטולו המוחלט של חלקן של תרבויות אחרות ודתות אחרות באזור.

50. ואכן, כפי שניתן לראות מפעולות המשיבות 4-5 באתר ח'רבת סיילון/ תל שילה משנת 2011 (שנה לאחר הקמתה של המשיבה מס' 5 וסמוך למועד החתימה על הסכם ההקצאה בין המשיבים 2-3 ובין המשיבה מס' 4), הרי שהפעילויות באתר מכוונות **באופן בלעדי** לציבור היהודי-ישראלי, תוך שימת דגש בלעדית לנוכחות ההיסטורית היהודית בשטח האמור, ולאירועים בעלי זיקה הדוקה לדת היהודית, למורשת ישראל, ולמדינת ישראל.

⁵ פסק דין של בית המשפט הנכבד קבע בעניינו כי יש לפנותו – בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון [פסק דין מיום 24.12.2014]
⁶ פסק דין של בית המשפט הנכבד קבע בעניינו כי יש לפנותו: בג"ץ 8887/06 אל נאבות' ואח' נ' שר הביטחון [פסק דין מיום 2.8.2011]

51. כך, על פי הפירוט של המשיבה מס' 5 על גבי המרשתת ביחס לח'רבת סיילון/ תל שילה, התקיימו בה הפעילויות הבאות :

- * אירועים בחול המועד פסח בשילה הקדומה
* המחוללות בכרמים - פסטיבל המחול היהודי לנשים בשילה, ט"ו באב, 15.8.11
* תפילת חנה – ערב תפילה, סליחות וניגונים במקום המשכן בשילה הקדומה
- בשנת תשע"א :
- * כנס שילה ה-1 – 21/6/2012
* תפילת חנה – תפילת נשים, ערב סליחות וניגונים
- בשנת תשע"ג
- * אירועי חג החנוכה בשילה הקדומה
* פסח בשילה הקדומה – חוויה תנ"כית בעיר המשכן (27-28/3)
* כנס שילה 2.0 – בין תנ"ך לארכיאולוגיה (4.7.13)
* פסטיבל המחוללות בכרמים – פסטיבל ריקוד נשים בשילה (21.7.2013)
* תפילת חנה – תפילת נשים, ערב סליחות וניגונים (28.8.2013)
- בשנת תשע"ד
- * סוכות בשילה הקדומה : יום של חוויה תנכית בעיר המשכן
* שילה הקדומה בפסטיבל המכבים (29.11-3.12/2013)
* פסח בשילה הקדומה – חוויה תנ"כית בעיר המשכן (16-17/4)
* יום העצמאות התשע"ד
* כנס שילה השלישי – בין תנ"ך לארכיאולוגיה (31.7.2014)
* פסטיבל המחוללות בכרמים – פסטיבל ריקוד נשים בשילה (11.8.2014)
* תפילת חנה – תפילת נשים, ערב סליחות וניגונים (17.9.2014)
- בשנת תשע"ה
- * אירועי סוכות
* אירועי פסח – הפנינג משפחות (5-8/4/2015)
* מרתון התנ"ך – 9/4/2015
* אירועי יום העצמאות התשע"ה
* כנס שילה הרביעי – בין תנ"ך לארכיאולוגיה (20.8.15)
* תפילת חנה – תפילת נשים, ערב סליחות וניגונים.

מקצת מהמודעות המתארות אירועים אלה מצ"ב ומסומנים כנספח 4.

52. הנה כי כן, האירועים היחידים שאורגנו וקוימו בשטח מתחם התל, **כולם** הינם בעלי צביון יהודי, המבקשים לחבר את המסורת היהודית ואת סיפורי המקרא עם האתר, למרות שבפועל האתר הינו בעל השלכות ונסיבות תרבותיות רחבות הרבה יותר, בעלות נגיעה תרבותית-היסטורית שונה לגמרי, ותוך איון מוחלט של הצביון הארכיאולוגי האמיתי הקיים בשטח.
53. אף לא אירוע אחד בשטח נועד למען האוכלוסייה המקומית הפלסטינית, ובפרט אנשי הכפר קריות, אשר האתר הופקע מהם – בין אם על ידי צו תפיסה, ובין אם על ידי עיצוב תחומי השיפוט של המועצה האזורית כפי שנעשה על ידי המשיב מס' 1 ובין אם באמצעים אחרים.
54. הדבר בולט במיוחד במסגרת אותם כנסים מקצועיים לכאורה, הנושאים את הכותרת 'כנס שילה – בין תנ"ך לארכיאולוגיה', אשר קושרים בין ההיסטוריה היהודית בשטח ובין הממצאים שנמצאו בו, או מקיימים כנסים הנוגעים למקומה של שילה בתנ"ך והשלכות הסיפורים המקראיים על ימינו אנו. אלה ה**נושאים היחידים** המועלים באותם אירועים, באופן אשר מבטל את ההיסטוריה – ולא פחות חשוב מכך, את הארכיאולוגיה כמדע – המתקיים במרחב זה.
55. המקום המרכזי בו המבקר לומד על האתר הוא 'מגדל הרואה' אשר נמצא בראש התל ומשקיף לעבר מדרון המזוהה על ידי הנהלת האתר כמקום אפשרי למשכן שהיה בשילה בתקופת התנ"ך. במגדל הרואה המבקר צופה בסרט העוסק בתולדות עם ישראל והקשר שלהם לשילה כפי שמופיע בתנ"ך. אין אף אזכור על תולדות האתר, הממצאים הארכיאולוגיים הדתיים שאינם יהודים שבו (והם

מהווים את ליבת הממצאים, מבחינה כמותית ומהותית כאחד), או חשיבותו לאורך התקופות האחרות. רוב רובו של הסרט מבוסס על סיפורי התנ"ך ולא על הממצא הארכיאולוגי כלל.

56. ויודגש: העותרים אינם שוללים את האפשרות כי עשויים להיות ממצאים ארכיאולוגיים כאלה ואחרים המעידים על נוכחות יהודית בשטח ח'רבת סילון/ תל שילה, בין אם בהיסטוריה הרחוקה מאד ובין אם בתקופות אחרות. אלא שהממצאים הארכיאולוגיים בשטח הם חלק מרצף התיישבותי בין 4,000 שנה של עמים ותרבויות שונות. הממצאים הבולטים בשטח הינם דווקא שני מסגדים עתיקים, מערות קבורה, בזיליקה וכנסיות נוצריות וכן פסיפסים שעטרו את אותן כנסיות. **לכל אלה, ולתרבויות אשר ליוו אותם והתקיימו סביב ממצאים אלה, אין כל זכר בפעילות המתקיימת בפועל באתר המכונה "ח'רבת סילון/ תל שילה".**

57. אולם גם אם נקבל את המסורת הרואה במיקום בו מצוי ח'רבת סילון/ תל שילה את מקום משכן שילה המקראי, אין בכך כדי להצדיק את התנהלות המשיבים 1-3, אשר בפועל מבטלים כל זהות אחרת לבד מזו היהודית באזור, והיכן שזו אינה קיימת – מנסים המשיבים 4-5 ליצור "הערכות" או להישען על מסורות אשר יובילו ליצירת הזיקה היהודית למקום יש מאין.

58. הקניית הצביון הבלעדי של אתוס יהודי-לאומי ישראלי לשטח אשר מצוי מחוץ לשטחה של מדינת ישראל, נובע, באופן ברור מרצון להגשים מאוויים פוליטיים, בעיקר של המשיבה מס' 4. המשיבים האחרים שותפים כך נדמה למאוויים אלה, ומסייעים בהגשמתם: החלטותיו ופעולותיו של המשיב מס' 1, אשר בפועל מדיר באופן פיסי את תושביו הפלסטינים של האזור מהאתר.

59. החלטות המשיבים 2-3 להעביר את תפעול האתר לידי גורמים פוליטיים, ואף פרטיים, דוגמת המשיבות 4-5, וזאת מבלי שהדבר נעשה באופן פומבי, באמצעות מכרז, ולתועלת האוכלוסייה כולה, בפועל מדירים את האוכלוסייה הפלסטינית מההיסטוריה שלה, מהתרבות שלה, ממקומות הפולחן שלה, והכל כדי ליצור זיקה יהודית-ישראלית לאתר.

VI – מיצוי הליכים

60. עם קבלת המידע בדבר ההסכם ההקצאה בעקבות הליכי חופש המידע שנזכרו לעיל, בחודש אוקטובר 2014, ובחינת ההסכם עצמו כמו גם סוגיות אחרות הנובעות ממנו ושאר הסוגיות הנוגעות לעתירה, פנו העותרים אל המשיבים 1-3 וכן אל יועמ"ש איו"ש בסוגיות מטרידות רבות, ובלתי חוקיות על פניהן, הנובעות מההסכם ושאר סוגיות רלוונטיות הנוגעות למתחם ח'רבת סילון/ תל שילה.

61. בפנייתם מיום 10.2.2015 ציינו העותרים את הליך ה-"ניכוס" של אזורים מסויימים בגדה המערבית והעברתם מחזקה פלסטינית מקומית לידיים ישראליות, כאשר בתחום האתרים הארכיאולוגיים הדבר בולט במיוחד. בפנייה זו פרטו העותרים את העדר החוקיות של סגירת השטח בפני תושבים פלסטינים; כי באמצעות סגירה זו בפועל מקודמות אג'נדות ברורות, ובמבחן המעשה, בוחרת המועצה לקדם צביון מאד מסוים; כי הכנסות מהכניסה לאתר מועברות למועצה ו/או למשיבה מס' 5, במישרין, ובניגוד לדין.

62. עוד צוין כי הסכם ההתקשרות מעביר את האתר לאחריותה המלאה של המשיבה מס' 4, ובכך בחרו המשיבים 2-3 להתפרק לחלוטין מסמכויותיהם, תוך אצילתן למועצה אזורית ישראלית, אשר הינה בעלת אינטרסים פוליטיים בוררים, אשר פעלה לא אחת בניגוד לדין לצורך הגשמת מאוויים פוליטיים אלה.

63. הקצאת האתר נעשה ללא מכרז ומבלי שכלל הציבור הרלוונטי – בראש ובראשונה הציבור הפלסטיני, המהווה את האוכלוסייה המוגנת בשטח הכובש, ובפרט תושבי קריות, יכלו להביע את עמדתם בסוגיה. בהקמת המנהלת של האתר, כפי שהוכח לעיל, לא רק שאין כל ייצוג פלסטיני, אלא שבפועל רובה של חברי מנהלת האתר הינם גורמים מטעם המשיבה מס' 4.

64. הליך ההקצאה של אתר ארכיאולוגי בעל משמעויות היסטוריות, דתיות ואחרות לאזור כולו ולכלל התרבויות המצויות בו, לידיה של המשיבה מס' 4, כך נטען, ללא הליך שקוף של מכרז ומבלי שהדבר משרת את האוכלוסייה באזור, אינו יכול להיות חוקי ובוודאי חותר תחת ההיגיון הבסיסי של המשפט ההומניטארי הבינלאומי החל בשטח.

65. לכך יש להוסיף את העובדה כי המשיבה מס' 4 הינה בעלת אינטרסים פוליטיים מובהקים בשטחי הגדה המערבית, והיא ממנפת אותם באמצעות אתרים דוגמת אתר ח'רבת סילון/ תל שילה.

66. עוד הפנו העותרים את תשומת ליבם של נמעני המכתב, ככל שקיים הסיכוי הפעוט כי אלה לא היו מודעים לכך, כי בפועל מי שמנהל את האתר ומקבל את הכנסותיו היא המשיבה מס' 5, ולא המשיבה מס' 4. בכך, עולה מדרגת אי-החוקיות שלב נוסף, עת המשיבה מס' 4 אצלה מסמכיותה לידי עמותת פרטית, וזאת מבלי שיש לכך כל היתר במסגרת הסכם ההקצאה, הבלתי חוקי לכאורה אף הוא.

67. כפי שנכתב בפנייה זו, בפועל, מצטיירת תמונה מטרידה של ממש בכל הנוגע להתנהלותם של כלל הגורמים הנוגעים בדבר ביחס לאתר ח'רבת סילון/ תל שילה: ראשית, אזור האתר הארכיאולוגי, אשר לו משמעויות היסטוריות רבות לכלל תושבי האזור, אולם בראש ובראשונה לאוכלוסייה המוגנת החיה בו, ולעולם התרבותי כתושבי האזור, סופח בפועל לתחומי השיפוט של המועצה האזורית ויישוביה, וזאת באמצעות צו מטעמו של המפקד הצבאי; שנית, ובשלב הבא, נגישותם של תושבי האזור הפלסטינים נאסרה וזאת בהתאם לאמור בצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), התש"ל-1970, הכרזה בדבר סגירת שטח (יישובים ישראלים); שלישית, המנהל האזרחי בחר להתקשר – ללא כל הליך של שקיפות או מעורבותם של תושבי השטח הכבוש – ללא מכרז, עם המועצה האזורית לניהולו השוטף של האתר הארכיאולוגי, תוך האצלת סמכויות אסורה, תוך התפרקות טוטאלית משיקול הדעת של הרשות; ורביעית, המועצה האזורית – מבלי שהדבר מתאפשר מבחינת ההסכם ההקצאה הבעייתי האפוף אי חוקיות לכאורה ממילא – אצלה והעבירה את מלוא סמכויותיה לידי עמותת "משכן שילה", היא עמותת פרטית. התיאור הבלתי מדויק של היחסים בין המועצה האזורית ובין העמותה אשר שעולה מהדיווח של העמותה לרשם העמותות, מעלה חשדות לדברים חמורים עוד יותר הדורשים חקירה מקיפה, הכל כמפורט במכתבי זה.

68. לפיכך, את מכתבם זה סיימו העותרים בדרישות הבאות:

(א) לבטל את הכללת האתר הארכיאולוגי "ח'רבת סילון/ תל שילה" במסגרת תחומי המועצה האזורית מטה בנימין ותושביה;

(ב) לבטל לאתר את ההסכם בין המנהל האזרחי ובין המועצה האזורית מטה בנימין בכל הנוגע לאתר הארכיאולוגי ח'רבת סילון/ תל שילה, ולהשיב את האתר לחזקת האוכלוסייה המוגנת הזכאית מהאתר;

(ג) בנוסף וללא קשר לסעיף (ב), לפעול לביטול מידי של כל תפעול האתר הארכיאולוגי "ח'רבת סילון/ תל שילה" וכל פעולה הננקטת על ידי עמותת "משכן שילה", אשר מתבצעת ללא כל סמכות ובניגוד לדין, ולהסכם הקיים. במקביל להפסקת התקשרות זו, נדרשת חקירה מעמיקה בכל הנוגע להתנהלותה של המועצה ולמצגים שיצרה בהקשר זה מול העמותה ומול גורמים אחרים.

העתק מפניה זו של העותרים מיום 10/2/2015 מצ"ב ומסומנת **כנספח 5**.

69. ביום 20/4/2015 התקבל מענה ביניים מאת יועמ"ש איו"ש, עת נמסר כי הפניות נבחנות על ידי הגורמים השונים ורק לאחר מכן תימסר התשובה.

העתק מתשובת ביניים של יועמ"ש איו"ש מצ"ב ומסומנת **כנספח 6**.

70. ביום 19.5.2015 ומשלא התקבל כל מענה ענייני לפנייה, פנו העותרים פעם נוספת אל יועמ"ש איו"ש וביקשו לקבל תשובה לפנייתם הראשונית.

העתק מפנייתם השנייה של העותרים מצ"ב ומסומנת **כנספח 7**.

71. נכון לכתובת שורות אלה, כשמונה חודשים ממועד הפניה הראשונה אל המשיבים, לא התקבל כל מענה מצד אף אחד מנמעני הפנייה והסעדים שהתבקשו על ידי העותרים נותרו ללא מענה.

VII – בשולי הדברים: על הליכי התכנון במסגרת תכנית 205/15

72. כפי שנכתב כפי שנכתב לעיל, המשיבה מס' 4 עמלה בשנים האחרונות על קידומה של תכנית מתאר למתחם האתר וסביבותיו, אשר תהפוך אותו לקומפלקס תיירות ונופש עצום ממדים. בתכנית מוצע לבנות בשטח התל בהיקף עצום של 11,000 מ"ר אשר יכלול אמפיתיאטרון (בגודל של כ-950 מ"ר), אולם אירועים (בגודל של כ-1,000 מ"ר), מרכז מסחרי ותיירות (בהיקף של כ-3,000 מ"ר), מלון (בהיקף של 4,800 מ"ר) וחניונים ל-5,000 מבקרים. זאת בשטח שהוכר על ידי הרשויות כאתר היסטורי, ובאופן חריג לחלוטין, ובניגוד לכלל המקובל בנוגע לאתרים היסטוריים וארכיאולוגיים, בין אם בישראל ובין אם בשטחי הגדה המערבית.

73. הגם שעניינה של תכנית 205/15 אינה נוגעת במישרין לעתירה האמורה, יבקשו העותרים לציין מספר נקודות שעלו בהחלטת מוסדות התכנון אשר על פניהם תומכים בעמדותיהם ולסעדים המבוקשים על ידם. העותרת מס' 3 וחלק מתושבי הכפר קריות הגישו את התנגדותיהם לתכנית האמורה, מטעמים שונים, בין היתר טעמים מתחום החובות והמגבלות הקיימות על המשיבים בכל הנוגע לשטחים ארכיאולוגיים בשטחים כבושים ועל חובותיהם לערב את הקהילות המקומיות בכל הנוגע לתכנון בשטח הכבוש. עתירתה של העותרת מס' 3 נגד התכנית הוגשה ביום 30.9.2015 (בג"ץ 6525/15 **ארגון עמק שווה נגד וועדת המשנה להתנגדויות של מועצת התכנון העליונה**).

74. ביום 11/8/2015 ניתנה החלטתה של וועדת המשנה להתנגדויות, הפועלת במסגרת מועצת התכנון העליונה, אשר החליטה לדחות את כלל ההתנגדויות שהוגשו לתכנית, ולאשר את כניסתה לתוקף בכפוף למספר תנאים. חרף הביקורת הרבה שיש לעותרים על החלטתה של וועדת המשנה להתנגדויות, הרי שחלק מהערות והחלטות הוועדה תומכות למעשה בסעדים המבוקשים על ידי העותרים.

75. **ההתייחסות הראשונה**, נוגעת לסעד המתייחס לגריעתו של האתר מתחום היישוב שילה ומתחום השיפוט של המשיבה מס' 4, באופן שיוכל להבטיח נגישות של כלל הציבור לשטח. בהקשר זה קובעת וועדת המשנה בהחלטתה כדלקמן (הדגשות במקור):

69. אכן, שטח התכנית מצוי כיום בתוך תחום היישוב שילה. במצב דברים זה, ובהתאם להכרזה בדבר סדירת שטחים (יישובים ישראלים) (יהודה ושומרון), התשס"ב-2002, שטח התכנית הינו בגדר שטח צבאי סגור, אליו לא מתאפשרת כניסה או שהייה אלא למי שעונה להגדרה של "ישראלי", כפי שמוגדר בהכרזה.

70. לאור העובדה שחלק ניכר מהתכנית נמצא בתחום אתר ארכיאולוגי המהווה אר בעל משמעות תרבותית, דתית, היסטורית, וארכיאולוגית שהא בגדר נחלת הכלל, ולאור החובות המוטלות על מפקד האזור להגיש גישה למקומות אלה, **אנו מוצאים לנכון להתנות את כניסת התכנית במתן פתרון לנושא זה.**

76. הנה כי כן, גם וועדת המשנה להתנגדויות, בהחלטתה מיום 11/8/2015 קיבלה את עמדת העותרים כי יש לגרוע את השטח מתחום השיפוט של המשיבה מס' 4 או לכל הפחות למצוא פתרון לסוגיה, המדירה באופן פיסי את התושבים הפלסטינים מאתר בעל חשיבות דתית-היסטורית-לאומית עבורם, אשר אינה פחותה מזו של הציבור היהודי.

77. יחד עם זאת, אין בכוחה של החלטת וועדת המשנה לשנות את המצב הקיים כיום אלא הוא מתייחס רק לתכנית העתידית אשר תוקם (ככל שתוקם) בשטח הצמוד לאתר והיא אינה כוללת את כל האתר הארכיאולוגי. רוצה לומר, שהמצב השורר בשטח כיום אשר מונע את כניסתם של תושבי הכפר קריות ושאר כפרי הסביבה למתחם, אינו תלוי כלל בקידומה של התכנית ואם לאו. התושבים הפלסטינים של האזור מנועים כניסה לשטח, וגם מוסדות התכנון של המנהל האזרחי ערים לבעייתיות הרבה (שלא לומר – אי החוקיות האינהרנטית) הגלומה במציאות זו.

78. **ההתייחסות השנייה**, נוגעת לסעד השני המבוקש בעתירה, והוא העובדה כי בפועל המקום מנוהל ומתופעל לא על ידי המשיבה מס' 4, אלא על ידי המשיבה מס' 5, מבלי שיש לכך כל הסמכה חוקית, אם לא למטה מכך – בניגוד לדין. במסגרת ההתנגדות נטען על ידי העותרת מס' 3 כי לא על המשיבה מס' 4 היה להגיש את התכנית, אם כי על המשיבה מס' 5, אשר בפועל מנהלת את האתר. בהקשר זה, מצאה הוועדה לנכון להאיר את הדברים הבאים:

82. זאת ועוד יצוין, כי הסכם הניהול שנחתם בין המועצה האזורית ובין המנהל האזרחי, קובע מנגנון ניהול לאתר בו עמותת "משכן שילה" אינה חלק ממנו. לכן, ספק אם עמותת "משכן שילה" רשאית להגיש את התכנית כטענת "עמק שווה".

83. לאור טענות אלה, לפיהן בפועל האתר מנוהל על ידי עמותת "משכן שילה", דבר אשר, לכאורה, מנוגד להסכם הניהול שהוצג בפנינו, אנו מוציאים לנכון להסב את תשומת ליבו של קמ"ט ארכיאולוגיה לטענות "עמק שווה".

79. הנה כי כן, גם בנושא זה, העוסק בפעילות הבלתי חוקית המתנהלת באתר כפי שהיא מופעלת על ידי המשיבה מס' 5, עמדתה של וועדת המשנה שניהול ותפעול האתר בפועל על ידי עמותה פרטית, היא המשיבה מס' 5, מנוגד אף להסכם ההקצאה.

העתק מהחלטתה של וועדת המשנה להתנגדויות מצ"ב ומסומנת כנספח 8.

80. כפי שפורט בחלק העוסק במיצוי ההליכים לקראת עתירה זו, הרי שפניות בנוגע לשני סעדים אלה, כמו גם הסעד הדורש את ביטול הסכם ההקצאה בין המשיבים 2-3 ובין המשיבה מס' 4, הופנו אל המשיבים 1-3 ואל היועץ המשפטי ליהודה ושומרון עוד בחודש פברואר 2015, חצי שנה לפני שנתקבלה החלטת וועדת המשנה, אולם אלה לא מצאו לנכון להשיב באופן מהותי לפנייה. גם כעת, כמעט חודשיים לאחר שטענות העותרים קיבלו חיזוק מאורגן של המנהל האזרחי עצמו, בדמותה של וועדת המשנה להתנגדויות, טרם מצאו לנכון המשיבים להשיב לעותרים לפנייתיהם, או למצער, ליתן את הסעדים המבוקשים על ידם.

81. מכאן עתירה זו.

82. שלושה סעדים מבוקשים על ידי העותרים דכאן, ושלושת סעדים אלה הינם אך מתבקשים מתוך דיני המשפט הבינלאומי ההומניטארי, המשפט הבינלאומי של זכויות אדם, דיני המשפט המנהלי של מדינת ישראל ופסיקות בית המשפט הנכבד – כולם מחייבים את המשיבים 1-3. נפנה כעת ונבחן כל אחד מהסעדים, הן מבחינת המסגרת הנורמטיבית החולשת עליו והן מבחינת היישום בפועל, ראשון – ראשון, ואחרון – אחרון.

(א) המסגרת הנורמטיבית העליונה - המשפט הבינלאומי ההומניטארי, המשפט הבינלאומי של

זכויות אדם ועקרונות המשפט המנהלי הישראלי

83. אדמות האתר הארכיאולוגי ח'רבת סילון/ תל שילה, המצויות באדמות הכפר קריות, מצויות בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית ולדיני התפיסה הלוחמתית (דיני הכיבוש). דינים אלו מעוגנים בעיקר באמנת האג בדבר דיני המלחמה משנת 1907 והתקנות הנלוות לה, בהוראות אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעת מלחמה משנת 1949, בהוראות המנהגיות הקבועות בפרוטוקולים הנלווים לאמנות ג'נבה משנת 1977, ובעקרונות הכללים של המשפט הבינלאומי. אמנות אלה חלות על פעילות צה"ל בשטחים ומחייבות את רשויות מדינת ישראל, ובכלל זאת את המשיבים 1-4. (ראו: בג"צ 606/78 **סולימאן תאופיק איוב ו-11 אחרים נ' שר הביטחון ו-2 אחרים**, פ"ד לג (2) 113 (1979 בעמ' 121-120), בג"ץ 7957/04 **זהראן יונס מחמד מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח'**, תק-על 2005(3), 3333, בו הוחלו לכל הפחות ההוראות ההומניטאריות של אמנת ג'נבה הרביעית, וכן ראו גם בג"ץ 3969/06 **ראש מועצת הכפר דיר סאמט ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, תק-על 2009(4), 714, בעמ' 719 [2009]).

84. תקנה מס' 43 המופיעה בתקנות הנספחות לאמנת האג ואשר זכתה לכינוי "חוקה בזעיר-אנפין" של הכיבוש, קובעת את המסגרת הכללית לפעילות כוח כובש בשטח כבוש ומהווה "כלל-על" ליחסי שלטון-אזרח (ראו בג"ץ 69/81 **אבו עיטה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פד"י לו (2) 197). תקנה זו מעניקה לצבא הכיבוש סמכויות וכוחות שלטוניים ומתווה את השיקול המרכזי להפעלתם והוא: טובתה של האוכלוסייה המקומית של השטח הכבוש ועקרון שימור הקיים. למען הסדר הטוב, נביא את נסח התקנה בשלמותה:

תקנה 43 בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין.

85. הפרשנות שהוענקה לתקנה זה הוסיפה על החובות לעיל גם את השמירה על האינטרסים הביטחוניים של המעצמה הכובשת. שני קטבים אלה, טובת הנכבשים מחד ובטחון הכובש מאידך, הם שמניעים את דיני הכיבוש ויוצרים את מקבילית הכוחות, מארג השיקולים ה"חוקיים" שיכולה המעצמה הכובשת לשקול עת עושה היא שימוש בכוחות שלטוניים ומנהלת את השטח הכבוש (לדיון מקיף ב"שני הקטבים" של דיני הכיבוש ראו: בג"צ 393/92 **ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון** פד"י לו(4) 785, להלן: **פרשת ג'מעית אסכאן**).

86. הוראות דיני התפיסה הלוחמתית גורסות כי מצב הכיבוש הינו זמני; משכך, הכוח השולט בשטח, המהווה את חליפו של הריבון, משמש כנאמן זמני בשטח. מתפיסה זו נובעת ההוראה כי כל שינוי ארוך

טווח באזור הכבוש, ככל שהוא מותר, ייעשה לטובתה של האוכלוסייה המקומית (היא אוכלוסיית האזרחים המוגנים, המיוצגים על ידי המשיב מס' 1).

87. לכך יש להוסיף את האמור בתקנה מס' 55 לתקנות האג, המטילה על הכוח הכובש ובכלל זאת על המשיבים, את החובה לשמור על הנכסים הציבוריים ולנהלם על פי כללי טובת ההנאה. וכך מורה אותנו תקנה מס' 55 לעניין זה:

תקנה 55 המדינה הכובשת נחשבת רק לנאמן ולנהנה של הבנינים הציבוריים, נכסי דלא נידי, יערות ומפעלים חקלאיים השייכים למדינה האויבת והנמצאים במדינה הכבושה. עליה לשמור על קרן הנכסים האלה ולנהלם לפי כללי טובת-ההנאה.

88. בכל הנוגע לחובותיה של מדינת ישראל ככוח כובש בשטחים התפוסים בתפיסה לוחמתית ביחס לאתרים היסטוריים וארכיאולוגיים, המסמך המשפטי המקיף והחשוב ביותר העוסק בחובת ההגנה והשמירה על נכסי תרבות בעת סכסוך מזויין הינו אמנת האג בדבר הגנה על נכסי תרבות בעת סכסוך מזויין מיום 14/5/1954 (Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention 1954, 14 May 1954). אמנה זו, המשקפת משפט בינלאומי מנהגי,⁷ מחייבת גם את מדינת ישראל החתומה עליה עוד משנת 1954.⁸ לאמנה זו שני פרוטוקולים נלווים, האחד משנת 1954,⁹ עליו ישראל חתומה,¹⁰ וכן הפרוטוקול השני משנת 1999¹¹ עליו ישראל אינה חתומה.

89. סעיף 1 באמנה זו מגדיר כי נכסי תרבות כוללים גם אתרים ארכיאולוגיים ואובייקטים בעלי חשיבות ארכיאולוגית, ואילו סעיף 18(2) קובע במפורש כי האמנה חלה בכל הנוגע לשטח כבוש.

90. סעיף 5(1) קובע כי על המדינה הכובשת לתמוך ברשויות המוסמכות של השטח הכבוש בכל הנוגע לשמירה ושימור הנכסים התרבותיים המצויים בשטח:

"Art. 5.

1. Any High Contracting Party in occupation of the whole or part of the territory of another High Contracting Party shall as far as possible support the competent national authorities of the occupied country in safeguarding and preserving its cultural property."

91. כלומר, המשפט הבינלאומי ההומניטארי העוסק בהגנה על נכסי תרבות קובע כי קיימת עדיפות ברורה לטיפול בנכסי תרבות על ידי הרשויות והגורמים המקומיים המייצגים את השטח הכבוש. במקרה דנן, ברי כי לעותרת מס' 1, כמי שמייצגת את אוכלוסיית הכפר אשר עשתה שימוש באתרי התפילה

⁷ Francesco Francioni and Federico Lenzerini, "The Obligation to Prevent and Avoid Destruction of Cultural Heritage: From Bamiyan to Iraq", in ART AND CULTURAL HERITAGE 34 (Barbara T. Hoffman, ed., 2006).

⁸ כתבי אמנה 213, כרך 7 בעמ' 485.

⁹ Protocol to the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed conflict 1954, The Hague, 14 May, 1954; available at: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=15391&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

¹⁰ כתבי אמנה 213, כרך 7 בעמ' 485.

¹¹ Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict 1999, The Hague, 22 March, 1999; available at: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=15207&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

הממוקמים באתר והוא מצוי בתחומיה ההיסטוריים, עדיפות ברורה בכל הנוגע לטיפול ושימור האתר, או לכל הפחות להיות מעורבת בו.

92. גם בית המשפט העליון של מדינת ישראל, קבע בעבר כי רשויות צה"ל השולטות בגדה המערבית מחויבים לשמור על נכסי ואוצרות תרבות, לרבות נכסים וממצאים בעלי ערך ארכיאולוגי, מחויבות הנשענת על אמנת האג משנת 1954. כך נקבע בפסק הדין בעניין בג"ץ 10356/02 **הס נ' שר הביטחון** כמצוטט להלן:

"על מפקד האיזור חלה חובה מכח כללי המשפט הבינלאומי, ובתוכם אמנת האג להגנת נכסי תרבות בשעת סכסוך מזויין, 1954, לשמור על אוצרות תרבות בשטח כבוש, ובכללם נכסים בעלי ערך ארכיאולוגי. עליו לפעול בעניין זה על פי עקרונות היסוד של המשפט המנהלי." (בג"ץ 10356/02 יואב הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נח(3), 443, 463-464 (2004)).

93. ובמקום אחר, עוגנה חובה זו, הקבועה במשפט הבינלאומי המניהגי, בדברים הבאים:

"...על המשיב מס' 3 מוטלת החובה, מכוח כללי המשפט הבינלאומי המניהגי, להגן ולשמור על אוצרות תרבות בשטח כבוש, כולל אוצרות ארכיאולוגיה. כמו כן מוטלת על המשיב מס' 3 החובה לפעול על פי הדין המקומי, כל עוד לא שונה כדין. לבסוף, מוטלת על המשיב מס' 3 החובה להפעיל את סמכויות - בין אלה הנתונות לו בדין הבינלאומי המניהגי ובין אלה הנתונות לו בדין המקומי ובחקיקת הבטחון, על פי עקרונות יסוד של משפט המניהלי (כגון, בסבירות ובהגינות). בכל שלש חובות אלה עמד המשיב מס' 3 בנסיבות נשוא העתירה שלפנינו". (בג"ץ 270/87 חליל איסקנדר שהין קנדו נ' שר הבטחון, פ"ד מג(1), 738 (1989)).

94. משכך, בית המשפט העליון של ישראל, מצא לנכון לקבוע כי אמנת האג משנת 1954, המחייבת הגנה ושמירה על אוצרות ארכיאולוגיה בשטח הכבוש, הינה כזו המשקפת משפט בינלאומי מנהגי, החלה בשטח הכבוש לרבות שטחי הגדה המערבית, ומחייבת את רשויותיה של מדינת ישראל.

95. בכל הנוגע לתחולת משפט זכויות האדם הבינלאומי בשטח הכבוש, הרי שזה כולל בין היתר גם את אמנת האו"ם הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) ואמנת האו"ם בדבר זכויות כלכליות וחברתיות (1966), אמנות שמדינת ישראל חתמה עליהן ואשררה אותן בשנת 1991. בעבר, הביעה מדינת ישראל את עמדתה כי שדה משפטי זה חל רק בתוך תחומי המדינה ורק בימי שלום. העותרים, וכך גם הקהילה המשפטית הבינלאומית אינם מקבלים עמדה זו. גם בית המשפט הבינלאומי לצדק שמושב בהאג, אשר כפי שציין בית משפט נכבד זה בבג"ץ 7957/04 **זהראן יונס מחמד מראעבה ואח' נגד ראש ממשלת ישראל ואח' פסקה 56**, מהווה את הגורם השיפוטי העליון במשפט הבינלאומי, קבע בשתי חוות דעת מייעצות (Advisory Opinions), כי יש תחולה של דיני זכויות האדם גם במסגרת דיני העימות המזוין בכלל ובפרט דיני הכיבוש (ראו-

- *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* ADVISORY OPINION OF 9 JULY 2004, I. C. J. Reports 2004, p. 136, at pp. 177-181.
- *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 240.

96. חוות דעת אלו קבעו במפורש כי דיני זכויות האדם אינם מושעים בשל קיומו של מצב לחימה, אלא הם חלים במלוא עוזם, במגבלות הקיימות. קביעה חד-משמעית זו מצטרפת גם לשורת החלטות בית המשפט האירופי לזכויות אדם שקבע את מבחן "השליטה האפקטיבית" כמבחן המכריע לקביעת הגבולות הגיאוגרפיים של תחולת האמנה האירופאית בדבר זכויות האדם וחירויותיו הבסיסיות, מבחינתה של חברה חתומה.¹²

97. מכל האמור עולה כי משפט זכויות האדם הבינלאומי חל גם הוא על המקרה דנן והאיסורים על פגיעה בזכויות היסוד של הפלסטינים, כמו גם חובות השלטון להגן על זכויות אלו, נובעים גם ממנו. יצוין, כי בפרשת מראעבה שהוזכרה לעיל, בית המשפט הנכבד לא שלל את תחולת האמנות, וקבע כי באותו מקרה קיימת הנחה לתחולתן (ראו **מראעבה**, בפסקה 57).

98. כך, בית המשפט הנכבד הכיר בתחולתן של זכויות יסוד מכוח משפט זכויות האדם הבינלאומי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית גם במקרים נוספים אחרים. לא אחת נקבע כי זכויות יסוד של אדם או של קבוצת בני אדם חלות גם בעת מלחמה (וראו למשל דברי השופטת א' פרוקצ'יה, בפסק הדין בבג"ץ 10356/02 **יואב הס נ' מפקד כוחות צ"ל בגדה המערבית** שהוזכר לעיל, בפסקה 17 שם נקבע כי "זכות הקניין של הפרט אינה פוקעת גם בעת מלחמה"; וכן את קביעותיה של כב' השופטת (כתארה אז) ד' בייניש, בפסק הדין בבג"ץ 1890/03 **עיריית בית לחם ו-21 אח' נגד מדינת ישראל ואח'** (תק-על 2005(1), 1114, המתארכת לתחולת הזכות לחופש תנועה כזכות שמקורה במשפט הבינלאומי המנהגי של זכויות האדם (להלן: **פרשת בית לחם**). ואילו במסגרת פסק הדין בבג"ץ 3969/06 **ראש מועצת הכפר דיר סאמט, מוחמד עבד מחמוד אלחרוב ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'** (טרם פורסם) (להלן: **פרשת דיר סאמט**) קבע בית המשפט הנכבד את הדברים החד-משמעיים הבאים (בפסקה 10):

"[...] סמכויותיו של המפקד הצבאי יונקות מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי החלים על תפיסה לוחמתית [...]. ניתן, לעיתים, להשלים את ההוראות ההומניטריות מתוך משפט זכויות האדם הבינלאומי (ה-Human Rights Law)"

וכן בהמשך פסק הדין, בפסקה 17 לפסק דינה של כב' הנשיאה בייניש:

"17. באשר לזכויות האדם של האוכלוסייה המקומית, אין חולק כי על המפקד הצבאי לכבד, להגן ולאפשר את מימושן של מגוון זכויות האדם המוקנות לתושבים המקומיים, בכפיפות לצרכי ביטחון חיוניים (ראו, למשל, סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית; תקנה 46 לתקנות האג. כן ראו העקרונות המנחים את פסיקתנו על-פי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, להלן: **האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות**)."

99. עולה מכל אלו, כי במשפט זכויות האדם הבינלאומי ועקרונותיו הכלליים חלים בכל שטח שבו יש למדינת ישראל (באמצעות המשיבים) שליטה אפקטיבית. אין ולא יכול להיות ספק שלישאל שליטה אפקטיבית ייחודית ובלעדית בשטחי C, בו ממוקמות האתר ח'רבת סיילון/ תל שילה. זוהי גם עמדת בית המשפט הנכבד כפי שעולה מהפסיקות לעיל, וברור כי היכן שהמדובר בכיבוש ארוך טווח הוא אינו יכול ואינו מאפשר, מטיבו ומטבעו, להותיר קבוצה אנושית כה גדולה משוללת זכויות אדם.

¹² בין החלטות אלו ניתן למנות, למשל: *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), Decision of the 23rd of February 1995, Paragraph 62*; *Behrami v France, Saramati v France, Germany and Norway (Application February 1995, Paragraph 62; Nos 71412/01 and 78166/01 (unreported), 2 May 2007)*

100. בפרט, יבקשו העותרים להתייחס לאמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם משנת 1966, אשר מעגנות בסעיף 1, המשותף לשתי אמנות אלה, כי המשאבים הטבעיים של כל עם ועם נועדו לקידום הכלכלי, החברתי והתרבותי:

1.א. לכל העמים הזכות להגדרה עצמית. בתוקף זכות זו חופשיים הם לקבוע את

מעמדם הפוליטי ולשקוד בחופשיות על פיתוחם הכלכלי, החברתי והתרבותי."

101. זאת ועוד – במסגרת זכויות האדם הקהילתיות, קיימות הזכויות של העמים להיות מעורבים בניהול נכסי הציבור ולהיות שותף לחיי התרבות באזורו. כך למשל, סעיף 15 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, תרבותיות וחברתיות קובע כי:

15. א. מדינות שהן צד באמנה מכירות בזכותן של כל אדם:

1. להשתתף בחיי התרבות;

2. ואילו סעיף 25 באמנה בדבר זכויות מדיניות ואזרחיות, קובע כי:

25. לכל אזרח יהיו הזכות והאפשרות, ללא כל הפליה מן ההפלות שצוינו בסעיף 2 וללא

הגבלות בלתי-סבירות:

א. ליטול חלק בהנהלתם של עניני ציבור, במישרין או באמצעות נציגים שנבחרו באורח חופשי;

102. לצד מערכות הדינים הבינלאומיות, מחויבות מדינת ישראל ורשויותיה לרבות המשיבים 1-3 בעקרונות החוקתיים והמנהליים של מדינת ישראל ובכלל זאת בכיבוד זכויות היסוד שעוגנו בחוקתה החלקית. הגם שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו חלק מדיני הגדה המערבית, העקרונות החוקתיים והמנהליים שהוא מתווה מטילים חובות על כל רשויות השלטון הישראליות בפועלן וגם מחוץ לגבולותיה הריבוניים של מדינת ישראל. בית המשפט הנכבד קבע לא אחת, כי עקרונות חוקתיים ועקרונות המשפט החוקתי הישראלי יחולו על פעילות המשיבים בגדה המערבית וכך גם לעניין כללי הצדק הטבעיים. בבג"ץ 69/81 **באסיל אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון**, פ"ד לז(2), 197, (בעמ' 226-227) נקבע:

"נושא תפקיד ישראלי בשטח נושא עמו אל תפקידו את החובה לנהוג לפי אמות המידה הנוספות, המתחייבות מעובדת היותו רשות ישראלית, יהיה מקום פעולות אשר יהיה. בכך מוטלת על נושא התפקיד חובה נוספת ומצטברת, כי החובה לנהוג לפי הנורמות של המשפט המינהלי הישראלי אינה פוטרת אותו מן החובה לקיים את דיני המלחמה. אין הוא יכול לכן להישען על נורמות של המשפט המינהלי הישראלי כדי להימנע מקיום חובה או מכיבודו של איסור, החל עליו לפי המקובל על-פי דיני המלחמה. אך מבחינתו של בית משפט זה, אין נושא התפקיד יוצא, בדרך כלל, ידי חובתו, אם קיים אך ורק את אשר מתחייב מנורמות המשפט הבינלאומי, כי ממנו כרשות ישראלית, נדרש יותר, והוא, כי ינהג גם בשטח ממשל צבאי לפי הכללים המתווים דרכי מינהל תקינים והוגנים."

[וראו לעניין זה גם פסקי הדין בעניין בג"ץ 358/88 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז**, פ"ד מג(2), 529, 539-540 (1989), בג"ץ 7015/02 **כיפאח מחמד אחמד עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'**, תק-על 2002(3), 1021, 1025 (2002); בג"ץ 5973/92 **האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הבטחון**, פ"ד מז(1), 267, (1993); בג"ץ 10356/02 **יואב הס ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד מרכז**, פ"ד נח(3), 443 (2004).]

103. הוראות המשפט המנהלי מחייבות את המשיבים 1-3 לנהוג בסמכות, סבירות ובשקיפות; בשוויון ובהגינות; ללא עירובם של כל שיקולים זרים בקבלת החלטותיהם ובשים לב לשיקולי הצדק הטבעי.
104. לאחר שמנינו את המסגרות הנורמטיביות החולשות על הסיטואציות, נפנה לבחון את הוראות הדין ביחס לסעדים המבוקשים.

II – הסעד הראשון: ביטול הסכם ההקצאה בין המשיבים 2-3 ובין המשיבה מס' 4

105. הסכם ההקצאה מעביר בפועל את מלוא סמכויות הניהול, התפעול, התחזוק, השימור והפיתוח מהמשיבים 2-3 אשר אמורים – לפחות מבחינת הוראות הדין – לפעול לרווחתה של האוכלוסייה המקומית ולנהל את החיים האזרחיים עבור האוכלוסייה הפלסטינית הכבושה, אל ידי המשיבה מס' 4. המשיבה מס' 4 לעומת המשיבים 2-3 מחויבת לאינטרסים של תושביה, ולאינטרסים הפוליטיים הרחבים אותם היא מבקשת להשיג, ובוודאי לא לאינטרסים של כלל תושבי האזור ותושביו המוגנים.
106. לשיטת העותרים, עצם ההקצאה של השטח למשיבה מס' 4, לא כל שכן הליך ההקצאה והאופן בו מבוצעת הלכה למעשה ההקצאה, אינה חוקית, אינה סבירה באופן קיצוני, סותרת את הדין ואת הלכותיו של בית המשפט הנכבד, ועל כן דינה בטלות.

(א) התפרקות משיקול דעת ואצילת סמכויות אסורה ונעדרת סמכות מהמשיבים 2-3 אל המשיבה מס' 4

107. עמדת העותרים היא כי המשיבים 2-3 התפרקו מסמכויותיהם באופן גורף ואצלו מסמכויותיהם וחובותיהם למשיבה מס' 4 (וזו, בתורה, למשיבה מס' 5, באופן המקצין את אי החוקיות האמורה), באופן אשר הינו בלתי סביר ובלתי חוקי, באופן כללי ובוודאי בנסיבותיו של האתר הארכיאולוגי חרבת סילון/תל שילה.
108. אצילת סמכותה של הרשות (המשיבים 2-3 במקרה זה) משמעותה הסמכות של גרום אחר לקבל החלטה במקום הרשות, תוך הפעלת שיקול דעת המסור לה לצורך ביצוע סמכות זו. בכך הופך הגורם המואצל להיות הרשות המוסמכת עצמה (ראו: דפנה ברק ארז, **המשפט המנהלי**, כרך א' בעמ' 173, 187). כפי שקבעה הפסיקה, רשות מנהלית חייבת להפעיל את סמכותה בעצמה והיא אינה רשאית להאצילה לאחר אלא אם הורשתה לכך באופן מפורש בדין (ראו בג"ץ 2303/90 **פיליפוביץ' נגד רשם החברות** פד"י מו(1) 410, בעמ' 423 [1992]).

109. במקרה דנן, וכפי שעולה מהסכם ההקצאה, אלה הן הסמכויות שמוקנות למשיבה מס' 4: (א) ניהול; (ב) תפעול; (ג) תחזוק; (ד) שימור; (ה) פיתוח. אין מדובר בפעולות תפעוליות טכניות גרידא, העולות כדי הסתייעות באחר, אלא פעולות מהותיות הנוגעות לאופי האתר, התפתחותו וסוגיות מהותיות באופיו. המשיבה מס' 4 היא זו אשר ממנה את מנהל האתר; המשיבה מס' 4 אחראית על הליכי הפיתוח, החפירות והשימור של האתר, לרבות פיתוח המוזיאון ומגדל התצפית המגלומני הבנוי במרכז האתר; המשיבה מס' 4 היא האחראית לענייני שיווק האתר (באמצעות המשיבה מס' 5); המשיבה היא זו אשר מעצבת את מבנה האתר והיא עורכת ארועים בעלי אופי דתי-לאומי-תרבותי בעלי גוון אחד ויחיד: עבור הציבור היהודי, בדגש על הציבור היהודי-דתי-לאומי; המשיבה 4 (באמצעות המשיבה מס' 5) גובה את התשלום עבור הכניסה לאתר. היקף הסמכויות ושיקול הדעת המוקנה במסגרת הסכם ההקצאה למשיבה מס' 4 הינו עצום ורחב (ראו: בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר אוצר ואח'** [פורסם בנבו, 2009], פסקה 31 לפסק דינה של הנשיאה בייניש).

110. כפי שעולה ממבחן העזר אשר נקבע בבג"ץ **פיליפוביץ'** שנוכח לעיל, תפקידה של המשיבה מס' 4, אשר האתר מצוי בתחום אחריותה המלא, כרוך בהפעלת שיקול דעת מנהלי, בעיקר בכל הנוגע לשימור, ניהול ופיתוח האתר. אין המדובר בתפקיד בעל אופי טכני, המותיר את שיקול הדעת המנהלי בידי הרשות.

111. מנגד, היכן שניהול האתר בפועל אינו מצוי בידי הרשות המוסמכת, אלא בידי רשות שאינה שומרת על האופי האובייקטיבי-ממלכתי של האתר, אשר אין בכוחה, ביכולתה וברצונה לשמור על זכויות האוכלוסייה המתגוררת באזור האתר, על רבדיה השונים - אין לקבל את דבר ההסתייעות באחר (השוו: בג"ץ 5031/10 **עמותת עיר עמים ואח' נגד הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומים ואח'** [2012], פורסם בנבו), פסקה 24 לפסק דינה של כב' השופטת חיות).

112. בהקשר זה יצינו העותרים את העובדה כי החוק הרלוונטי החולש על נושא הארכיאולוגיה בגדה המערבית, הינו חוק העתיקות הירדני, חוק ארעי מס' 51 משנת 1966, אשר אינו מאפשר כל אצילת סמכויות של ניהול, תפעול, פיתוח, שימור ותחזוק של מבנה או מקום היסטורי. כל שהחוק מאפשר, בנסיבות מסויימות, הוא להתיר לאגודה, אדם או מוסד להחזיק ולשמור באתר כאמור, בתנאים מסויימים, כאשר הכוונה באותם מקרים היא לגבי מבנים ומוסדות או מגורים של אדם אשר מתקיימים בתוך מבנה היסטורי. מכל מקום, אין בחוק הרלוונטי כל אפשרות לאצילת סמכויות כה רחבה, ובוודאי שלא לגוף פוליטי אשר לא רק שאינו פועל למען תושבי האזור המוגנים, אלא במקרים רבים פועל באופן מודע, מובהק ומוצהר כנגד האינטרסים התרבותיים, ההיסטוריים, הדתיים והאחרים של אותה אוכלוסייה מוגנת.

113. המשיבים 2-3 כפי שעולה מההסכם העבירו את סמכויות הניהול השלטוניות ושיקול הדעת אל המשיבה מס' 4. אין בהקמת המנהלת שהוקמה במסגרת ההסכם כדי להתגבר על סוגיה זו, שכן כפי שעולה מסעיף 3.1 להסכם האתר מצוי **באחריותה המלאה** של המשיבה מס' 4. כל תפקידה של המנהלת, כעולה מסעיף 4.10) הוא לשמש כמעין "מועצת מנהלים" אשר קובעת מדיניות בנוגע להמשך הפיתוח והחלטות "עקרוניות" בנוגע לאתר, אולם בפועל הניהול והתפעול, השימור והפיתוח השופטים של האתר – אלה מצויים בידי המשיבה מס' 4, באמצעות מנהל האתר הממונה על ידה (ובפועל, על ידי המשיבה מס' 5).

114. לכל אלה יש לתת את הדעת גם לגורם אשר קיבל את הסמכויות מאת המשיבים 2-3, המשיבה מס' 4. כפי שכבר ידענו, והדבר פורט לעיל, המשיבה מס' 4 אינה "עוד" רשות מקומית-מוניציפלית 'רגילה'. המדובר ביישות פוליטית, המבקשת לקדם אידאולוגיות פוליטיות מובהקות (ראו בהקשר זה: בג"ץ 10104/04 **שלום עכשיו – שעל מפעלים חינוכיים נגד רות יוסף, הממונה על היישובים היהודיים ביהודה ושומרון ואח'** [פורסם בנבו, 2006]).

115. המשיבה מס' 4 הינה יישות בעלת עמדה פוליטית מובהקת בכל הנוגע לסכסוך המתקיים בשטחי הגדה המערבית, העומדת מאחורי הקמת מאחזים בלתי חוקיים לרוב, חלקם תוך השתלטות על אדמות פלסטיניות פרטיות, ותוך קידום אג'נדה ברורה של סיפוח שטחי הגדה והחשבתם כחלק ממדינת ישראל לכל דבר ועניין.

116. העובדה כי האצלת הסמכויות והתפרקות משיקול הדעת של הרשויות הרלוונטיות נעשה דווקא אל גורם פוליטי אשר חד-צדדיותו בכל הנוגע לעבר, ההווה והעתיד של השטח הינה מובהקת ומוצהרת (כפי שאף עולה מאתר האינטרנט של המשיבה ומשאר פרסומיה), לקויה גם היא, וזאת במנותק משאלת עצם ההקצאה.

(ב) אי קיום מכרז להקצאת האתר

117. המשיבים 2-3 לא קיימו כל מכרז טרם התקשרו עם המשיבה מס' 4 בכל הנוגע להסכם ההקצאה האמור. הקצאת האתר לניהולה של המועצה האזורית נעשה ללא מכרז ומבלי שכלל הציבור הרלוונטי (בראש ובראשונה הציבור הפלסטיני המהווה את האוכלוסייה המוגנת בשטח הכבוש, ובפרט תושבי הכפר קריות, אשר האתר הארכיאולוגי וסביבותיו ממוקמים על אדמותיו ההיסטוריות), יכול להביע את עמדתו בסוגיה. אין בהקמת מנהלת האתר כדי לרפא פגם זה, עת המנהל האזרחי לא מצא לנכון לדאוג לייצוג פלסטיני במנהלת זו. בכל אופן, ממילא רובה של חברי המנהלת הינם גורמים מטעם המועצה האזורית מטה בנימין, כך שבפועל המועצה הינה בעלת הטון הבלעדי הקיים במנהלת האמורה.

118. העברה זו של אתר ארכיאולוגי בעל משמעויות היסטוריות לאזור כולו ולכלל התרבויות המצויות ואשר שכנו בו במהלך אלפי השנים, לידיה של המועצה האזורית מטה בנימין, מבלי לקיים הליך תקין ושקוף של מכרז לשם בחירת הגוף אשר ינהל את האתר אינו תקין, ובוודאי אינו עומד בקנה אחד עם הסמכויות והחובות של מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, ראש המנהל האזרחי וקמ"ט ארכיאולוגיה כלפי האוכלוסייה הפלסטינית המוגנת בשטח הכבוש.

119. אכן, קיימים ספקות האם חוק חובת מכרזים התשנ"ב-1992 חל ביחס לכלל פעולות המנהל האזרחי ופיקוד מרכז בשטח הכבוש. ברם, אין בכך כדי לאיין את מושכלות היסוד של המשפט המנהלי הישראלי – אשר כלל הרשויות הישראליות כפופות לו – כי כלל הפעולות של הקצאת נכסי ציבור, בפרט מקרקעין לא כל שכן אתרים היסטוריים וארכיאולוגיים – כפופות לקריטריונים של הגינות, שקיפות, סבירות ומידתיות. כלל הליכי הקצאה ובחירה, גם היכן שאין קיימת חובת מכרז, אמורים היו להתבצע באופן מקצועי, תחרותי, שוויוני ותוך שקיפות מלאה, וכי המינוי יהיה נקי מכל רבב או חשד של שיקולים זרים (השוו: בג"ץ 8134/11 עו"ד ורו"ח משה אשר נ' שר האוצר, ד"ר יובל שטייניץ [29.1.2012]).

120. ככלל, ובמיוחד היכן שהדבר נוגע להקצאת משאב מוגבל בדמות מקרקעין, נקבעו ההלכות של בית המשפט העליון, החלות כמו כפפה ליד בענייננו:

"הקצאת מקרקעי חייבת להיעשות על פי כללים וקריטריונים הוגנים, שוויוניים ברורים, עניינים וגלויים ועל פי שיקולים עניינים סבירים ומידתיים. אלה מהווים אבן פינה בקיומו של מינהל תקין המשרת את הציבור נאמנה"

(ראו בג"ץ 3638/99 בלומנטל ואח' נגד עיריית רחובות ואח' [24.8.00], פסקה 8 לפסק דינה של כב' השופטת ט' שטרסברג כהן).

ובמקום אחר נקבעו הדברים הבאים:

"מקרקעי הציבור צריכים להתנהל לפי אמות מידה ממלכתיות. אימוץ אמת מידה כאמור הוא בגדר חובתן של רשויות ציבור בכל ענייניהן, ועל אחת כמה וכמה ככל שהדבר נוגע לטיפול ברכוש שהוא בבעלותו של הציבור כולו. תירגומן של אמות המידה האמורות לאופני התנהגות מצביע, בין היתר, על החובה לנהוג בהגינות ובשוויון ועל פי כללי המינהל התקין."

(בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793, 801; ההדגשות במקור)

121. היסוד לעקרונות אלה, הוא הרצון והדאגה להבטיח התנהגות נאותה של שליחי הציבור (ובמקרה זה של נכסים היסטוריים בשטח כבוש – נאמניו של הציבור הרלוונטי, הוא האוכלוסייה המוגנת) ומניעת העדפה שרירותית, ולא כל שכן שחיתות או אנוכיות מתוך אינטרס עצמי של העוסקים בעניינים מסוג זה. הדינים והכללים שנקבעו בתחום המכרזים – עוד קודם לחוק חובת מכרזים – לא באו אלא כדי להבטיח בראש ובראשונה הגינות, טוהר מידות וניקיון כפיים, שהם מסימניו של ממשל תקין וראוי לשמו. מידות אלה,

כפי שכבר קבע בית המשפט העליון לפני כארבעה עשורים, "חשוב ביותר שיתקיימו וגם ייראה שנתקיימו" (ראו: בג"ץ 101/74 **בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון**), פד"י כח (2) 449 [11.6.1974].

122. הדבר הינו אך נדרש היכן שהמדובר בשטח אשר נתון לדיני התפיסה הלוחמתית ומעמדו של הכוח הכובש בשטח הינו זמני ועל פי הדין עליו לשמש נאמן בלבד של הנכסים העומדים לרשותו, וזאת בהתאם לצרכיה ורווחתה של האוכלוסייה המקומית המוגנת. ברי כי הענקת האתר הארכיאולוגי ללא מכרז, למועצה אזורית ישראלית, אשר פועלת למען מטרה פוליטית מובהקת, וזאת תוך השענות על קביעתו של אלוף פיקוד מרכז כי השטח עצמו אסור בכניסה לפלסטינים – כל אלה מובילים בהכרח למסקנה כי אין ולא היה מקום להקצות את האתר למועצה האזורית, לא על פי ההסכם הקיים ולא על פי כל הסכם אחר, וכי התפרקותו של קמ"ט ארכיאולוגיה מחובותיו על פי הדין והעברתו אל המועצה, אינן סבירות באופן קיצוני ויש לבטלן. התפרקות זו של הקמ"ט ושל שאר האורגנים של המנהל האזרחי מחובותיהם, מהוות פגיעה אנושה בזכויות תושבי האזור הפלסטינים, פוגע בזכותם לשוויון, לתרבות ולחינוך, מפקיע מהם את האתר הארכיאולוגי ואת ההיסטוריה הטמונה בו, וכל זאת למען גוף שבאופן מובהק ומוצהר פועל למען מטרות שבינן ובין צרכי האוכלוסייה המקומית אין דבר וחצי דבר.

(ג) אי קיום חובת הפרסום וזכות השימוע טרם ביצוע הקצאה

123. וכאילו לא די בכך, הרי שכל פעולת ההתקשרות בין המשיבים 2-3 ובין המשיבה מס' 4 בנוגע להסכם ההקצאה, נעשתה בהיחבא, מבלי שניתן לה כל פרסום עובר להקצאה ואף לאחריו, דבר שחייב פנייה על פי חוק חופש המידע, ומשזו לא נענתה והמשיבים התאמצו להסתיר את דבר קיומו של ההסכם האמור – פנייה בעתירה לבית המשפט המחוזי. מעבר לאי הפומביות של ההסכם לפני ולאחרי ההתקשרות, פעלו המשיבים להצניע את דבר קיומו, שלא לומר להחביאו עד אשר חוייבו במסגרת הליך משפטי להציגו.

124. נדבך ראשון בהליך הקצאה תקין, זאת כבר ידענו, הוא הפרסום. אכן, כפי שנקבע,

"חובת הפרסום היא פועל יוצא מן השקיפות הנדרשת לצורך תקינותו של ההליך המנהלי

(על חשיבותה של השקיפות בפעילותה של הרשות"

(ראו: רע"פ 1127/93 **מדינת ישראל נ' קליין ואח'**, פ"ד מח(3) 485, 516).

– וגם

"חובת הפרסום של ההליך המינהלי נגזרת מאופייה הדמוקרטי של המדינה, מחובת

הנאמנות של נבחרי הציבור ומזכות הציבור לדעת"

(בג"ץ 1601/90 **שליט נ' פרס ואח'**, פ"ד מד(3) 353, 364-365).

125. בפרסום כוונתה של הרשות הרלוונטית – המורכבת מהמשיבים 2-3 – להקצות אתר בעל חשיבות היסטורית, תרבותית, דתית, חקלאית ואנושית לתושבי האזור, לרבות ובייחוד האוכלוסייה המוגנת בשטח הכובש, קיימת הייתה חובה לאפשר ביקורת ציבורית ושיפוטית על הנעשה במקרקעין אלה, ולהבטיח הקצאה השומרת על האינטרס הציבורי, כמו גם אפשרות לבחינת חלופות אחרות, אשר כן יוכלו לאפשר פעילות של תושבי הפלסטינים של האזור, ולמימוש הצרכים האמיתיים של תושבי האזור עצמם, ולא צרכים לאומיים-אידאולוגיים של המשיבה מס' 4.

126. חובת הפרסום המוקדם והשימוע טרם ההקצאה מתחייבת במיוחד בנסיבותיו של האתר חרבת סילון/תל שילה, הואיל והסכם ההקצאה ואופן יישומו הלקוי והחד-צדדי בפועל כפי שהוצג לעיל, משפיע על תושבי הכפר קריות ועל שאר תושבי הפלסטינים של האזור, ועל אורח חייהם.

127. זאת ועוד, על ידי מתן זכות טיעון ושימוע עובר להליך ההקצאה, יכולה הייתה להפרש לפני המשיבים 2-3 תשתית עובדתית, היסטורית, לאומית, דתית מלאה על המתרחש באתר, על חשיבותו, ועל המגבלות הקיימות ביחס להגעה אליו, וזאת בטרם תתקבל החלטה. באי קיום חובת הפרסום המקדים וזכות השימוע לציבור טרם ההקצאה, בחרו המשיבים 2-3 להמנע מקבלת מלוא התשתית העובדתית, ובחרו להתמסר להצעתם של המשיבה מס' 4, ולהעמיק את נישולם של תושבי קריות מהאתר. וכפי שקבע בית המשפט העליון בפרשת **בלומנטל** שהוזכרה לעיל:

"בעקבות שמיעת התושבים, יש לקיים דיון ענייני ורציני בכל ההיבטים של ההקצאה, לשקול את כל השיקולים הרלבנטיים, להתייחס לטענות שהושמעו ולאזן בין הצרכים השונים. רק בדרך זו יכולה להתקבל החלטה ראויה ורק בדרך זו נשמרים כללי המנהל התקין. על הדיונים להשתקף בפרוטוקולים, שחובת ניהולם נגזרת מן הדין"

(בג"ץ 3638/99 בענין **בלומנטל**, פסקה 12 לפסק דינה של כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן; וכן ראו: בג"ץ 7943/05 **שמשון כהן ואח'** נגד **המועצה המקומית מודיעין עלית ואח'** [14.11.2007], פסק דינו של כב' השופט ג'ובראן).

(ד) סיכום ביניים – הדרישה לביטול הסכם ההקצאה בין המשיבים 2-3 ובין המשיבה מס' 4

128. לסיכום חלק זה, עמדת העותרים היא כי יש להכריז על בטלותו של הסכם ההקצאה ולבטל את ההקצאה של אתר העתיקות חרבת סיילון/ תל שילה אשר הועבר לאחריותה המלאה של המשיבה מס' 4, ולהשיבו לידי כלל הציבור. העובדה כי המשיבים 2-3 קשרו יחד עם המשיבה מס' 4 להעביר את מלוא הניהול, התפעול, התחזוק השימור והפיתוח של אתר היסטורי בעל קשרים והקשרים רחבים לידי גוף פוליטי, תוך התפרקות משיקול דעתן של הרשויות, והגשמה בפועל של הדרה מהותית של התרבות וההיסטוריה של האתר אינה סבירה, אינה הוגנת, אינה עומדת בתנאי הסבירות ובפסיקותיו של בית המשפט, ואינה חוקית.

129. חיזוק לכך שהמשיבים גמרו אומר להדיר את האוכלוסייה הפלסטינית מהאתר ואף לא העלו בדעתם לשאול אותם על הנעשה ברכושם הקולקטיבי הקהילתי, ניתן ללמוד אף מאיונה והתעלמות מוחלטת מכל נוכחות פלסטינית באותה מנהלת פיקטיבית שהוקמה במסגרת ההסכם, וזאת בניגוד לנוכחות המסיבית של נציגי המשיבה מס' 4, ארבעה חברים במספר, כמחצית מחברי המנהלת. המשיבים הפרו את הוראות הדין בכך שלא מצאו לנכון לשותף את האוכלוסייה המקומית בניהול ענייניהם התרבותיים וענייני הציבור שלהם, כפי שאלה מעוגנות באמנות זכויות האדם אשר נזכרו לעיל, וזאת מתוך תפיסת עולם אידאולוגית של המשיבות 4-5, אשר המשיבים 1-3 נשרכים אחריה, כי לתושבים הפלסטינים של האזור אין כל עניין היסטורי-דתי-תרבותי בשטח האתר ובממצאיו. זאת אין לקבל.

130. נישולה של האוכלוסייה המוגנת מהשטח נעשה אם כן קודם כל במובנה המהותי, עד לא ניתן לאוכלוסייה זו כל דריסת רגל בניהול העניינים הנוגעים לתרבות האזור בו היא התקיימה, ואף הגורמים אשר אמורים לכאורה לייצג אינטרסים אלה, בחרו להתפרק כליל מסמכויותיהם ולהעבירם לידיה של המשיבה מס' 4, גוף פוליטי בעל אינטרסים ברורים אשר אינם תואמים את אלה של האוכלוסייה הפלסטינית תושבת האזור.

131. העובדה כי המשיבה מס' 4 בחרה להתקשר עם עמותה פרטית ולהעביר את רווחי דמי הכניסה מהאתר לכיסה של אותה עמותה, וזאת מבלי שהיה לכך כל הצדקה חוקית, כפי שיפורט להלן, מאששת את כל הטענות של העותרים, בדבר חוסר ניקיון הכפיים של המשיבה, והעדר כל הצדקה אמיתית ליתן לה, מכל הגורמים הקיימים, לנהל את האתר ולקבל את האחריות המלאה על המתרחש בו.

132. מכל הסיבות האלה, יש להכריז כי הסכם ההקצאה האמור בין המשיבים 2-3 ובין המשיבה מס' 4, הינו בטל ומבוטל, וכך גם ההקצאה של האתר ההיסטורי לידיה של המשיבה מס' 4.

II – הסעד השני: ביטול הניהול בפועל על ידי המשיבה מס' 5

133. אם עד כה סברנו שעצם ההתקשרות של המשיבים 2-3 ובין המשיבה מס' 4 הינה בלתי סבירה, וכי מה יש לומר על עצם הפרטת הטוטאלית של ניהול האתר, עת המשיבה מס' 4, מבלי שיש לכך כל הרשאה בהסכם ההקצאה הבעייתי לכשעצמו, העבירה את כלל סמכויותיה ואלה מתבצעות על ידי המשיבה מס' 5?

134. נשוב ונעיין במטרותיה המוצהרות של המשיבה מס' 5: **"ביצוע חפירות, עבודות שיקום ושימור, קידום מחקר ושחזור של האתר הארכיאולוגי "שילה"; הקמה, פיתוח, התחדשות וניהול מרכזי לימוד, תיירות, נופש ופנאי סביב עתיקות שילה; הוצאת פרסומים וספרים, ארגון השתלמויות וימי עיון באשר למורשת שילה הקדומה. הנחלת אהבת ארץ ישראל בכלל וחבל בנימין בפרט."**

135. מטרות מהותיות הנוגעות לאתר מעולם קיבלו הרשאה מאת הגורם המוסמך, הם המשיבים 2-3 אשר אמורים לנהל את השטח כפיקדון עבור הריבון הקודם, ותו לא. בפועל, מי שמנהל את האתר הינו עמותה פרטית עם רקע ומטרות פוליטיות מובהקות כגון **"הנחלת אהבת ארץ ישראל וחבל בנימין בפרט"**. העמותה עוסקת בביצוע חפירות, עבודות ושיקום ושחזור של האתר הארכיאולוגי, כאשר לא ברור האם ומי מפקח על עבודות אלה. המשיבה מס' 5, יחד עם המשיבה מס' 4, עמלות על הקמת אתר שעושים עצום ממדים בשטח, אשר נועד להמשיך ולהעשיר את קופתה של המועצה והעמותה, אשר נכון לכתיבת שורות אלה, ובמשך שנים ספורות בלבד שלשלה לקופתה הפרטית מיליוני ₪, מבלי שניתנה לה כל הסמכה בדין, ואף לא בהסכם ההקצאה עצמו. העמותה מאפשרת קיומם של אירועים פרטיים שאת טיבם ואופיים אין לדעת, וזאת לצד קידומה של הנחלת הקשר ההיסטורי בין עם ישראל לאתר וזאת מבלי שהיא מחויבת כלל למלוא ההיסטוריה, התרבות והמדע הארכיאולוגי הקיימים בשטח.

136. הפרטה אנאכית זו לגורמים פרטיים של משאב ציבורי בעל חשיבות היסטורית-דתית-תרבותית ראשונה במעלה, קודם כל לתושביו המקוריים של השטח, מבלי שיש על כך כל פיקוח או הסמכה הינו התנהלות מסוכנת, החותרת תחת החובות להם כפופים המשיבים 1-3 על פי הדין ההומניטרי של זכויות האדם. הפעלת האתר וגריפת ההכנסות ממנו על ידי המשיבה, משלים את הליך הניכוס של האתר ואת הליך ההדרה והנישול של תושביו הפלסטינים של השטח.

137. נזכיר את שקבעה וועדת המשנה להתנגדויות בכל הנוגע לרכיב זה, הגם שאין בסמכותה לדון בנושא זה, והיא רק העירה את הערותיה, כמשקיפה מהצד לאור אי החוקיות הבוטה הקיימת כאן:

83. לאור טענות אלה, לפיהן בפועל האתר מנוהל על ידי עמותת "משכן שילה", דבר אשר, לכאורה, מנוגד להסכם הניהול שהוצג בפנינו, אנו מוציאים לנכון להסב את תשומת ליבו של קמ"ט ארכיאולוגיה לטענות "עמק שווה".

138. רוצה לומר, גם אורגנים של המשיב מס' 2 בדמות וועדות התכנון ערים לחוסר החוקיות והעדר האפשרות החוקית להפעלתו של האתר על ידי עמותה פרטית. הדברים הועברו לידיעת המשיבים ויועציהם המשפטיים עוד בחודש פברואר שנה זו, אולם ניכר כי אלה בחרו להשלים עם מצב אי החוקיות, בין אם מהשלמה עמו ובין אם מתוקף הזדהות שלהם עם המצב הכאוטי השורר בשטח.

139. אולם מדינה דמוקרטית, אשר שלטון החוק עומד בראש מעייניה, ועקרונות בדבר ניהול תקין של חיים ציבוריים, כיבוד מחויבויות בינלאומיות של מדינת ישראל במסגרת אמנות בינלאומיות, עמידה

בקריטריונים בסיסיים של הגינות והוגנות – כל אלה מחייבים את ביטולו של המצב הבלתי חוקי בו מנוהל האתר על ידי המשיבה מס' 5, וזאת בנוסף לביטולה של הקצאת האתר לידיה של המשיבה מס' 4.

III – הסעד השלישי: גריעת אתר ח'רבת סילון/ תל שילה מתחום השיפוט של המשיבה

מס' 4 ו/או כל יישוב ישראלי המצוי בתחומה של רשות מוניציפלית ישראלית

140. סעד זה, קשור במישורין לסעדים הקודמים שהתבקשו: בעוד שהמשיבים עסוקים בהדרה היסטורית-תרבותית של האוכלוסיה הפלסטינית מהנעשה בתל באמצעות אופי האירועים המתקיים בו ומתן דגש כמעט בלעדי להיסטוריה היהודית של האזור, הרי שתוצאות הצווים שהוצאו תחת ידו של המשיב מס' 1 מובילים להדרה הפיסית של התושבים הפלסטינים מהשטח.

141. כפי שפורט לעיל, המשיב מס' 1 כלל את אתר ח'רבת סילון/ תל שילה – על כל הבטוי ההיסטוריים, דתיים, תרבותיים וחקלאיים – במסגרת תחום ההתנחלות שילה (אשר למעשה הוקמה בתחילה כמחנה עבודה באתר הארכיאולוגי והתרחבה לכדי יישוב עצמאי), ומתוקף כך במסגרת תחום השיפוט של המועצה האזורית מטה בנימין.

142. אין, ולא יכולה להיות מחלוקת, על כך שהאתר אמור לשמש את האוכלוסייה המקומית המצויה בשטח, בראש ובראשונה האוכלוסייה המקומית המוגנת, אשר עשתה שימוש באתר ובמתקני התפילה שלו עד לפני עשורים ספורים, סמוך למועד הקמתה של ההתנחלות שילה. הדבר אף מובלע במסגרת הסכם ההקצאה בין המשיבים 2-3 ובין המשיבה מס' 4, וכן בהחלטתה של וועדת המשנה להתנגדויות.

143. ברם, מעצם הכללת האתר והאדמות סביבו במסגרת תחום השיפוט של המשיבה מס' 4, הרי שבכך פתוחה לה – ולמעשה לה בלבד – הדרך לקדם תכניות שונות אשר נועדו לשרת את המשיבה מס' 4, את תושביה, ואת צרכיה, בדגש על האינטרסים האידאולוגיים המובהקים והמוצהרים שלה, ולא את צרכי האוכלוסייה המקומית המוגנת.

144. הכללת האדמות עליהן מצוי האתר והממצאים הקיימים בתוכו בתוך תחומי השיפוט של המשיבה מס' 4, בהכרח מובילה לכך שהשימוש באדמות אינו יכול להיות, אינו מכוון ואינו מיועד לרווחתה של האוכלוסייה המוגנת המקומית. יעידו על כך האופן בו מתופעל האתר והאופי של האירועים אשר התבצעו במסגרתו, כפי שאורגנו על ידי המשיבה.

145. וכאילו לא די בכך – בפועל, מזה למעלה מעשור שנים מנועים תושבי הכפר קריות להגיע לאתר כלל, והדבר אף כרוך בסיכון של העמדה לדין, וזאת בעקבות הכרזה בדבר סגירת שטח (ישובים ישראלים), התשס"ב-2002.

146. בכל האמצעים הנזכרים לעיל, פוגעים המשיבים פגיעה אנושה ובלתי סבירה ונעדרת מידתיות בזכות התנועה של התושבים המוגנים בשטח ובזכותם להיות חלק מההיסטוריה, התרבות והמדע הקיימים באדמותיהם.

147. על כן, הדרישה להחרגת האדמות המופקעות משטח השיפוט של המשיבה מס' 4 או מכל תחום של יישוב ישראלי, ולהשיבו לנחלת הכלל, בראש ובראשונה תושבי הכפר קריות ושאר תושבי הפלסטינים של האזור, הינה בעלת שני ממדים, נפרדים אך שלובים:

הממד הראשון, עוסק ברמה העקרונית ולאור החובה שהאדמות הציבוריות ובפרט האדמות המכילות אתר בעל משמעות היסטורית-דתית-חברתית לתושבי האזור אמורות לשרת ראשית לכל ובעיקר את האוכלוסייה המקומית המוגנת ממנה נלקחו האדמות, ומשכך עצם הכללת האדמות במסגרת תחום

השיפוט של המשיבה מס' 4 אינו נועד ואינו מאפשר לאוכלוסיה זו לממש באופן מלא את הנאתה מאדמות אלה;

הממד השני, נובע מעצם המניעה המשפטית של האוכלוסיה המקומית המוגנת להיות נוכחים בשטח, גם במידה והוא נועד לשרת את כלל אוכלוסיית הסביבה, וזאת מעצם ההכרזה על סגירת שטח (יישובים ישראלים).

148. האתר ההיסטורי חרבת סיילון/ תל שילה, כמו התל הארכיאולוגי המצוי במרכזו, צופן בחובו היסטוריה, דת, תרבות, מדע אשר נצבר במשך אלפי שנים. האתר הפך, שלא בטובתו, כפלטפורמה לקידום של רעיונות פוליטיים אשר אופן יישומם בשטח כולל הדרה, פיסית, רעיונות, תרבותית, של אוכלוסיות שהכוח הכובש אינו חפץ בהם.

149. אם בשלב המעגל הראשון, ניתן לראות את ההדרה בעצם הסיפוח של האתר ההיסטורי, אשר מצוי על אדמות קריות, אל ההתנחלות שילה והמועצה האזורית מטה בנימין, בהמשך נאסרה כניסתם של פלסטינים לתחומי האתר והמוסדות הדתיים המצויים בתוכו הופקעו מיכולת השימוש שלהם. בכך הושלם הרכיב הפיסי של ההדרה.

150. בשלב מאוחר יותר, בניגוד לכל הוראת דין, ובניגוד לכל פסיקה של בית המשפט הנכבד, בוצע השלב השני, עת הופקע הניהול של האתר, פיתוחו ושימורו מידי אלה האמורים לשמש כנאמנים של האוכלוסייה המוגנת בשטח הכבוש, והוא הועבר אחר כבוד, לידיה של המועצה האזורית מטה בנימין. בכך, החל מתחילת העשור הנוכחי הפיכת חרבת סיילון/ תל שילה, למגרש משחקים פוליטי עבור המועצה האזורית, אשר מקדמת במסגרתו את האג'נדה הפוליטית-דתית-לאומית שלה על חשבונה של האוכלוסייה המוגנת. המשאב ההיסטורי, התרבותי, הדתי של תושביו של השטח המוגן הועבר לידיהם של מי שמבקש באופן שיטתי לנשלם מהשטח, להשכיח את נוכחותם ולהדיר את ההיסטוריה והעבר מזיכרון ההווה וממציאות העתיד המתהווה. ההדרה התרבותית, המהווה את המעגל הפנימי של ההדרה, אף קיבלה משנה תוקף במסגרת העברת הניהול והתפעול של האתר, כמו גם גריפת הרווחים ממנו, לידיה של עמותה פרטית, וזאת בניגוד לכל דין ובהעדר כל הסמכה, כפי שאף המשיבים עצמם ערים לכך, אך לא מצאו לנכון לעשות דבר וחצי דבר כדי למנוע זאת.

151. התנהלותם השערורייתית של המשיבים, או לכל הפחות שווה-הנפש, לנוכח שלל הפעילויות הבלתי חוקיות שארעו כאן, אשר כל כולן נועדו לבסס את האחיזה הישראלית-יהודית בשטח ולקפח את קיומה של תודעה היסטורית-מדעית-דתית-תרבותית אחרת, בוודאי זו הפלסטינית, אינה יכולה להמשך. תפועה זו יש לשרש, אחת ולתמיד.

לאור כל האמור מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על-תנאי כמבוקש ברישא לכתב עתירה זו ולאחר קבלת תגובת המשיבים ושמיעת טיעון בעל-פה, להופכם למוחלטים.

כמו-כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותר וכן בשכר-טירחת עו"ד בתוספת מע"מ וריבית כחוק.

האמור בעתירה זו נתמך בתצהירו של הארכיאולוג החוקר מר גדעון סולימאני, מטעם העותרת מס' 3.

תאריך : 8.10.2015

שלומי זכריה, עו"ד

ב"כ העותרים