



בבית המשפט העליון

עע"מ 5116/20

לפני: כבוד השופט י' אלרון

המבקשים: 1. המועצה המוסלמית ביפו
2. ארגון מיזאן לזכויות האדם

נ ג ד

המשיבים: 1. קרן תל אביב לפיתוח
2. עיריית תל אביב יפו

בקשה לסעד זמני עד להכרעה בערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים בתל אביב יפו ב-עת"מ 23561-06-20 מיום 7.7.2020 שניתן על ידי כב' השופטת ל' ביבי

בשם המבקשים: עו"ד רמזי קטילאת
בשם המשיבה 1: עו"ד רפאל יולזרי; עו"ד צחי-דוד
בשם המשיבה 2: עו"ד הילה בן הראש חכמון

החלטה

1. לפניי בקשה לסעד זמני שיורה למשיבים להימנע מביצוע עבודות ברחוב אליזבת ברגר 6 ביפו (גוש 7015, חלקה 11; להלן: המקרקעין), וזאת עד להכרעה בערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (השופטת ל' ביבי) בעת"מ 23561-06-20 מיום 7.7.2020.

2. כעולה מפסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים, מאז המאה ה-18 שכן במקרקעין בית קברות מוסלמי, אשר פונה בשנת 1916 לפי החלטת הממשל העות'ומני.

ייעוד המקרקעין שונה פעמים מספר, ונקבע לבסוף לשימוש מבני ציבור. במקום הוקם לפני עשרות שנים מבנה בן קומה אחת אשר שימש מטרות שונות, עד להסבתו למעון שיקום עבור דרי רחוב.

ביום 4.7.2017 הוגשה בקשה להיתר להריסת המבנה ולהקמת מבנה בן 3 קומות וקומת גג חלקית, לצורך הרחבת המעון שפעל במקום; וביום 21.1.2018 ניתן היתר כאמור.

המבנה נהרס בהתאם להיתר, ובמהלך העבודות להקמת הפרויקט ביצעה רשות העתיקות "חפירת הצלה" במקרקעין, שבמסגרתה התגלו שרידי קברים עתיקים. משלא נמצאו במקום מבנה או שריד ארכיאולוגי המצדיק את מניעת המשך העבודות במקום, הועברו העצמות מהקברים למקום אחר במגרש על ידי רשות העתיקות, וניתנה רשות להמשך ביצוע העבודות לפי חוק העתיקות, התשל"ח-1978.

3. עם גילוי הקברים, הגיעו ביום 24.4.2018 נציגי הקהילה המוסלמית ביפו למקום, והשיבו את העצמות לבורות החפירה במקרקעין. העבודות הופסקו, ולאחר הידברות בין נציגי המבקשת 1 (להלן: המבקשת) לבין נציגי עיריית תל אביב-יפו (המשיבה 2; להלן: העירייה), הוסכם כי בשלב זה העבודות יעוכבו, וייעשו ניסיונות הידברות נוספים בין הצדדים.

בהמשך, הציג המשנה למנכ"ל העירייה מתווה שלפיו עבודות החפירה במקרקעין יבוצעו בכלי עבודה ידניים, כמקובל באתרי קבורה אחרים בישראל, מבלי להזיז את העצמות ממקומן. זאת, במטרה למפות ולאתר את הקברים, ולהימנע ככל הניתן מהעברת העצמות לצורך הקמת המבנה. אולם, צוין כי במקרים שבהם יהיה צורך להעביר את העצמות לצורך הקמת כלונסאות המבנה, יבודד כל שלד בפני עצמו מטעמים של כבוד המת, ימוספר ויוזז ממקומו "במינימום הנדרש", כאמור בפסק הדין.

נציגי המבקשת ביקשו פרק זמן של שבועה ימים לצורך גיבוש עמדת הקהילה, וזאת בין היתר על רקע "פסק הלכה" של איש דת שסייר במקום וקבע כי חל איסור על העברת עצמות הקברים לפי הדין השרעי. משלא התקבלה תשובה בחלוף כשבוע, החלו ביום 16.4.2019 עבודות המיפוי כאמור במתווה המוצע.

עוד באותו יום הגישה המבקשת עתירה בעניין לבית משפט זה בשבתו כבג"ץ וניתן צו ארעי המורה על המשיבים להימנע מביצוע עבודות במקרקעין. אולם, בסופו של

דבר נמחקה העתירה, תוך שמירה על זכות המבקשת להגיש עתירה בעניין לבית המשפט לעניינים מנהליים (בג"ץ 2729/19 המועצה המוסלמית ביפו נ' קרן ת"א לפיתוח (18.6.2019) (להלן: בג"ץ 2729/19)), ותוקפו של הצו הארעי הוארך לצורך הגשת העתירה המנהלית.

4. ביום 3.7.2019 הגישה המבקשת עתירה לביטול היתר הבנייה במקרקעין לבית המשפט לעניינים מנהליים, אשר הורה כבר באותו יום כי על המשיבים להימנע מביצוע עבודות במקום עד להחלטה אחרת.

5. עתירה זו נדחתה בפסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים מיום 20.1.2020, בגדרו נקבע כי המתווה שהוצע מאזן כראוי בין האינטרס הציבורי שבפיתוח העירוני וביצוע הפרויקט לבין הצורך בשמירה על כבוד המת ורגשות הציבור (עת"ם 8552-07-19 (מחוזי ת"א) המועצה האיטלאמית הנבחרת נ' עיריית תל-אביב-יפו (20.1.2020)).

על פסק דין זה לא הוגש ערעור.

6. ביום 8.6.2020 חודשו העבודות במקרקעין. כבר למחרת היום הגישה המבקשת עתירה נוספת לבית המשפט לעניינים מנהליים להורות על הפסקת העבודות, בטענה כי היתר הבנייה פג. זאת, לנוכח הוראה בהיתר הבנייה שלפיה "אם לא הוחל בעבודה תוך שנה מיום הוצאת ההיתר או הופסקה העבודה למשך יותר משנה, בטל ההיתר". בית המשפט לעניינים מנהליים דחה את העתירה בקובעו כי העבודות במקרקעין חודשו ביום 16.4.2019, ועל כן התקופה הקובעת לביטול ההיתר לא חלפה.

במסגרת זאת, נקבע כי מיום הפסקת העבודות ב-24.6.2018, ועד לחידוש העבודות ביום 16.4.2019, אשר הוקפאו שוב כבר באותו יום על פי הצו הארעי שניתן על ידי בית משפט זה, לא חלפה שנה – ועל כן אין בתקופת הקפאת העבודות הראשונה כדי להביא לביטול היתר הבנייה.

אשר לתקופת הזמן השנייה, מאז מתן הצו הארעי להפסקת העבודות ביום 16.4.2019, ועד לחידושן ביום 8.6.2020, נקבע כי חלות לגביה הוראות תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש) (דחיית מועדים בענייני תכנון ובנייה ותנאים למתן תעודת גמר), התש"ף-2020, שלפיהן הוארכה התקופה הקובעת לפקיעת ההיתר בחודשיים. על כן, קבע בית המשפט לעניינים מנהליים כי אף אין בתקופת הקפאת הבנייה השנייה כדי להביא לביטול ההיתר.

קביעת בית המשפט לעניינים מנהליים שלפיה בוצעו עבודות במקום ביום 16.4.2019 התבססה, בין היתר, על ראיות שהוצגו על ידי המשיבות באשר לביצוע עבודות במקרקעין ביום זה; על האמור בפסק הדין בהליך הקודם, אשר עליו לא הוגש כאמור ערעור; ועל הצהרת המבקשת בפני בית משפט זה בבקשתה לצו ביניים בבג"ץ 2729/19, שלפיה המשיבות החלו בביצוע עבודות במקרקעין באותו יום.

7. המבקשים הגישו לבית משפט זה ערעור על פסק הדין, וכן את הבקשה שלפניי לסעד זמני אשר יורה למשיבים להימנע מביצוע עבודות במקרקעין עד להכרעה בערעור.

בבקשתם, טוענים המבקשים כי "מאזן הנוחות" נוטה לטובתם, וכי סיכויי הערעור גבוהים. אשר ל"מאזן הנוחות", נטען כי אם יחודשו העבודות במקרקעין, לא ניתן יהיה להשיב את המצב לקדמותו, ייגרם נזק לקברים והערעור יתייתר.

בהתייחס לסיכויי הערעור, טוענים המבקשים כי שגה בית המשפט לעניינים מנהליים בקובעו כי העבודות במקרקעין חודשו ביום 16.4.2019, וכי המשיבות לא הציגו כל ראיה המבססת קביעה זו.

8. מנגד, המשיבות מתנגדות לבקשה.

לטענתן, סיכויי הערעור נמוכים, שהרי עיקר טענות המערערים מופנות כלפי קביעותיו העובדתיות של בית המשפט לעניינים מנהליים; הבקשה הוגשה בחוסר ניקיון כפיים ותום לב ותוך ניצול לרעה של הליכי המשפט; ומאזן הנוחות אינו נוטה לטובת המבקשים לנוכח האינטרס הציבורי שבהקמת המבנה לצורך שיכון דרי רחוב במקום.

9. לאחר שעיינתי בבקשה, בתגובות המשיבות ובנספחים שצורפו להן, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה להתקבל באופן חלקי.

כידוע, על המבקש סעד זמני עד להכרעה בערעור להראות כי סיכויי הערעור גבוהים וכי "מאזן הנוחות" נוטה לטובתו, במובן זה שביצוע פסק הדין יגרום לו לנזק בלתי הפיך או שיהיה קושי ממשי להשיב את מצב הדברים לקדמותו אם יתקבל הערעור.

בין שיקולים אלו מתקיים יחס של "מקבילית כוחות": ככל שסיכויי הערעור להתקבל פחותים, על המבקש נטל כבד יותר להוכיח כי "מאזן הנוחות" נוטה לטובתו,

ולהיפך. אולם, נקבע כי מעמד הבכורה נתון לשיקול בדבר "מאזן הנוחות" (ע"מ 1853/19 מסעדת אנאמרו בע"מ נ' משרד הפנים, פסקה 10 (30.5.2019)).

מבלי לקבוע מסמרות באשר לסיכויי הערעור, הרי שלא ניתן להתעלם מכך שביצוע העבודות במקרקעין, תוך פינוי חלק מהקברים במקום – הכרוך לכל הפחות בפגיעה ברגשותיהם הדתיים של המבקשים – עלול לייתר את הערעור.

משמתווה העירייה מאפשר את התחלת העבודות במקום לפחות באופן חלקי מבלי לפגוע בקברים הנמצאים בו, אני מורה על עיכוב ביצוע עבודות הכרוכות בפגיעה בקברים הנמצאים במקרקעין בלבד. בפרט, באם טרם הסתיימו העבודות למיפוי הקברים במקרקעין, אין מניעה כי עבודות אלו יימשכו כסדרן.

10. הבקשה מתקבלת אפוא באופן חלקי, כאמור בספקה 10.

הדיון בערעור יתקיים בהקדם האפשרי, בכפוף לאילוצי יומן בית המשפט.

בנסיבות העניין, אין צו להוצאות.

ניתנה היום, ט"ז באב התש"ף (6.8.2020).

ש ו פ ט