

בעניין :

ארגון עמק שווה (חל"צ מס' 514214295)
באמצעות עו"ד איתי מק
מרח' יפו 97, מרכז כלל, משרד 745, ירושלים
טל': 02-5877766 פקס: 02-5877744

העותר

- נגד -

1. **השר לשירותי דת, הרב דוד אזולאי**
2. **המשרד לשירותי דת**
ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
מרח' סלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466591/0 פקס: 02-6467011

המשיבים מס' 1-2

3. **הקרן למורשת הכותל המערבי (ע"ר 580137594)**
מרח' העומר 2, העיר העתיקה, ירושלים
טל': 02-6276777 פקס: 02-6264828
4. **רשות העתיקות**
מוזיאון רוקפלר, ת.ד. 598
סולטן סולימן, ירושלים 91004
טל': 02-6204600 פקס: 02-6288391

משיבות פורמליות מס' 3-4

עתירה לצווים על תנאי

מוגשת בזה עתירה לכבי' ביהמ"ש בה הוא מתבקש להוציא מלפניו צווים על תנאי המכוונים אל המשיב מס' 1 ומורים לו להתייצב וליתן טעם:

- א. מדוע לא יבטל את תחולת תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, תשמ"א-1981, על מנהרות הכותל (למעט, לכל היותר במקטע המצומצם של הכניסה לרחבת הכותל).
- ב. מדוע לא יורה על אי תחולת תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, תשמ"א-1981, על מנהרות הכותל (למעט, לכל היותר במקטע המצומצם של הכניסה לרחבת הכותל), באמצעות מתן פרשנות מצמצמת לתקנות.
- ג. מדוע לא יתקן את תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, תשמ"א-1981, כך שלא יחולו על מנהרות הכותל (למעט, לכל היותר במקטע המצומצם של הכניסה לרחבת הכותל).

פתח דבר

1. בפתח העתירה, יודגש כי העותר אינו חולק על קדושת מנהרות הכותל ליהדות או מבקש לבטל את קדושת מנהרות הכותל ליהדות, אלא דורש מהמשיב מס' 1 לבטל את הבלעדיות שקבע ליהדות על המנהרות העוברות דרך, מתחת, מעל, ליד ובתוך אתרים דתיים וקדושים ליהדות, לאיסלאם ולנצרות (אחד מפתחי המנהרות נמצא בלב הוויה דולורוזה). זאת בניגוד

- לחוק, לפסיקת כב' ביהמ"ש העקבית, לעמדת המשיבה הפורמאלית מס' 5, להיסטוריה של המקום, ולמצאים הארכיאולוגיים.
2. אין כל בסיס לייחוס המשיב מס' 1 קדושה בלעדית ליהדות במנהרות הכותל, אשר רק הולכות ומתארכות ונספחים להן חללים גדולים, אף שבעת התקנת תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, תשמ"א-1981 (להלן: **"תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים"**), הן היו קצרות לאין שיעור, אך ורק מאחר שהכניסה אליהן הינה מרחבת הכותל המערבי. אף בבניית בתי כנסת חדשים בתוך המנהרות, בנייה ללא היתרים מתאימים אשר חוקיותה מוטלת בספק, אין כדי להכשיר את קדושתן הבלעדית ליהדות לכל אורכן.
3. מנהרות הכותל אינן מוזכרות במפורש בתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים ובתוספת להן, אף שמשרד הדתות החל לחפור במקום כבר בשנת 1969. לכן, פסול הניסיון של המשיב מס' 1 להעניק בלעדיות ליהדות על מנהרות הכותל, באמצעות מתן פרשנות רחבה לתקנות אלה.
4. אין צל של ספק כי לנוכח המשך חפירת המנהרות והחללים הנספחים להן בחלקים תת-קרקעיים נכבדים מהרובע המוסלמי ואתרים נוצריים, לפי הוראת סעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967 (להלן: **"חוק השמירה על מקומות קדושים"**), הייתה מוטלת חובה על שר הדתות להיוועץ עם נציגים של כל בני הדתות הנוגעות בדבר, כולל נציגי הדת המוסלמית והדת הנוצרית, טרם התקנת תקנות בעניין המנהרות. דבר שהמשיב מס' 1 אישר לעותר לאחרונה כי מעולם לא נעשה.
5. בנסיבות אלה, ההודעה הפורמלית לאחרונה של המשיב מס' 1 לעותר, כי לשיטתו מנהרות הכותל קדושות באופן בלעדי ליהדות, בתור "מעבר תת קרקעי" שהכניסה אליו מרחבת הכותל, מהווה הפרה של הוראות חוק השמירה על המקומות הקדושים וחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל משנת 1981, הכוללים שניהם סעיף בזה הנוסח: **"המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות"**.
6. כפי שיפורט בהמשך, המדינה טענה בהליכים משפטיים קודמים כי מעלה המוגרבים אינו אתר קדוש, אף שהינו לכאורה "מעבר עילי" לכותל המערבי ורחבתו. כך גם, המדינה אינה טוענת כי כל הרחובות המתחברים לעמדות הבידוק בכניסות לרחבת הכותל, הינם קדושים באופן בלעדי ליהדות בשל היותם "מעבר עילי" לכותל המערבי ורחבתו – אחרת כל העיר העתיקה מעל פני הקרקע הייתה קדושה באופן בלעדי ליהדות.
7. על המשיב מס' 1 לקבוע כי תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים אינן חלות על מנהרות הכותל לאורך כל אורכן, אלא לכל היותר רק במקטע מצומצם בכניסה לרחבת הכותל. הדבר יכול לעשות באמצעות מתן פרשנות מצמצמת לתקנות אלה, זאת כפי שנעשה לגבי מעלה המוגרבים ורחובות העיר העתיקה מעל פני הקרקע המתחברים לעמדות הבידוק בכניסות לרחבת הכותל, ולחלופין, באמצעות תיקון התקנות.
8. בפסק דינו של כב' הנשיא (בדימוס) השי' ש. אגרנט בבג"צ 223/67 **שבתי בן-דב נ' שר הדתות** (פורסם בנבו, 27.3.1968), הוא קבע כי: **"בעקבות ניצחון צבאי נחקק על-ידי השלטון האזרחי חוק המכיר בזכויותיהם של בני כל הדתות, ללא העדפת דת אחת על אחרת, למקומות**

המקודשים להם, ולא עוד, אלא המבטיח את שיתוף הנציגים של כל הדתות הללו לעניין התקנת תקנות לצורך ביצוע החוק" (עמ' 442 לפסה"ד).

9. מצער כי בשנת 2016, מתברר כי המשיב מס' 1 אינו פועל על-פי דברים אלה. לא ניתן להבין כיצד ייתכן ששר הדתות של מדינת ישראל, המוגדרת כמדינה יהודית, דמוקרטית, וכבית לאומי ליהודים מרחבי העולם, אשר הוקמה לאחר שואת יהודי אירופה שהיוותה שיא לאנטישמיות ולרדיפה ההיסטורית של היהודים, מנסה עתה למחוק את הקשר של בני דתות אחרות למורשתם הדתית, ההיסטורית והתרבותית.
10. אין צורך להכביר מילים מה מדינת ישראל הייתה טוענת ועושה, אם ראשי הדת הנוצרית היו מכריזים כי מנהרות הכותל לכל אורכן קדושות רק לנצרות, מאחר שהפתח הצפוני שלהן כיום נמצא בווייה דולורוזה.

ואלה נימוקי העתירה:

א. הצדדים

11. העותר, "עמק שווה", הוא ארגון ישראלי העוסק במקומה של הארכיאולוגיה בחברה הישראלית ובסכסוך הפוליטי. העותר רואה בארכיאולוגיה אמצעי לגישור ולקירוב בין עמים ותרבויות בכלל. נקודת המוצא של העותר היא כי הממצא הארכיאולוגי אינו צריך ואינו יכול לשמש אמצעי להוכחת בעלות של עם או של בני דת כלשהי על מקום. הממצא הארכיאולוגי מספר סיפור מורכב ועצמאי מתכתיבים של מסורות ואמונות, וכי הקשבה לסיפור זה והנחלתו לציבור הרחב, יש בכוחן להעשיר את התרבות ולקדם ערכים של סובלנות ופלורליזם. העושר התרבותי של אתרים ארכיאולוגיים הוא חלק מהעושר התרבותי של הארץ ושייך לכלל הקהילות, העמים והדתות הקיימים בה.
12. המשיב מס' 1, הינו הגורם הממונה על ביצוע חוק השמירה על המקומות הקדושים, והוא רשאי, לאחר התייעצות עם נציגים של בני הדתות הנוגעות בדבר או לפי הצעתם, ובהסכמת שר המשפטים, להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו.
13. המשיבה הפורמאלית מס' 3, הנה חברה ממשלתית המפעילה את מנהרות הכותל.
14. המשיבה הפורמאלית מס' 4, רשות העתיקות, הנה תאגיד סטטוטורי שהוקם מכוח חוק רשות העתיקות, התשמ"ט-1989. מכוח חוק זה הרשות אחראית על הטיפול, השמירה והפיקוח בכל העתיקות ואתרי העתיקות בישראל, ובכלל זה, במנהרות הכותל.
15. המשיבות מס' 3-4 מצורפות כמשיבות פורמאליות בלבד, שכן, ייתכן וקבלת העתירה תשפיע על פעילותן במקום. העותרים לא יעמדו על הגשת תגובה מטעמן ככל שיבחרו שלא להגיב לעתירה.

ב. רקע כללי על הגדרת המקומות הקדושים

הגדרת המקומות הקדושים עד שנת 1948 (בקליפת אגוז)

16. בחוק הישראלי והבין-לאומי אין הגדרה הממצה מה הוא 'מקום קדוש'. המקומות הקדושים בארץ-ישראל הוגדרו כך תחילה מהכללתם אד-הוק ברשימות שהכינו השלטון העות'מאני, המנדט הבריטי והאו"ם, ואף עיגנו את עיקרון 'הסטטוס קוו'.
17. הסטטוס קוו העות'מאני נקבע בצווים סולטניים מן השנים 1852 ו-1853, בעניין שבעה מקומות הקדושים לנוצרים בירושלים ובבית לחם. הצווים קבעו, כי מצב זכויות החזקה, הפולחן והגישה של העדות הנוצריות השונות יישאר כפי שהיה בעת הוצאת הצווים, וכי אין לערוך בו שינויים (ראו אמנון רמון, "המקומות הקדושים והאגן ההיסטורי", בתוך האגן ההיסטורי של ירושלים, בעיות וחלופות לפתרונם. צוות חשיבה ברשות רות לפידות, עורך אמנון רמון. ירושלים: מכון ירושלים לחקר ישראל, 2007, עמ' 199-232).
18. בסעיף 13 לכתב המנדט הבריטי על ארץ-ישראל, הוטלה האחריות למקומות הקדושים ולשאר המקומות הדתיים (בניינים ואתרים) בארץ-ישראל על המעצמה המנדטורית. אחריותה חלה על "זכויות קיימות", להבטחת חופש הגישה וחופש הפולחן במקומות אלה.
19. בשנת 1929 הכין ליונל קאסט, לשעבר הממונה על מחוז ירושלים, דו"ח סודי בעבור ממשלת המנדט, בשם "The status quo in the holy places". הדו"ח נועד לסייע לפקידי המנדט בקבלת ההחלטות בעניין פירושו ויישומו של הסטטוס קוו במקומות הקדושים. הדו"ח התייחס לזכויות השונות השמורות לעדות הנוצריות במקומות הקדושים לנצרות (כנסיית הקבר הקדוש בירושלים, מקום העלייה לשמים בפסגת הר הזיתים, כנסיית קבר הבתולה בגת שמנים וכנסיית המולד בבית-לחם). זכויות אלו תוארו בפירוט רב בשל הסכסוכים הרבים בין העדות השונות. כמו כן, התייחס הדו"ח לסטטוס קוו בקבר רחל ובכותל המערבי.
20. בעקבות מאורעות תרפ"ט (1929), שנבעו בין היתר ממחלוקת בעניין זכויות היהודים בכותל המערבי, הוקמה ועדת חקירה בריטית ובהמלצתה הוקמה גם ועדת חקירה בינלאומית, אשר קבעה מה הן הזכויות השונות של המוסלמים והיהודים בכותל. להמלצות ניתן תוקף בשנת 1931, בחוק שלטון המנדט הקרוי "דבר המלך במועצה על פלסטינה (א"י) (הכותל המערבי)", אשר בוטל לאחר קום המדינה (ראו בג"צ 222/68, המ' 15/69 **חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח' נ' שר המשטרה** (פורסם בנבו, 15.9.1970), ובסעיף 3 לחוק לביטול דינים שנושנו, תשמ"ד-1984, שם נקבע כי "אין לו ומעולם לא היה לו כל תוקף").

הגדרת המקומות הקדושים מאז קום מדינת ישראל (בקליפת אגוז)

21. במגילת העצמאות, מיום 14.5.1948, הצהירה מדינת ישראל כי תבטיח את חופש הדת ו"תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות", אך בעת ההיא נמצאו החשובים שבהם – הכותל המערבי, קבר רחל, מערת המכפלה, הר הבית וכנסיית הקבר – בידי המשטר הירדני-ההאשמי.

22. ביום 11.12.1948 קיבלה מליאת האו"ם את החלטה מס' 194, החלטה שקראה להגנה על המקומות הקדושים בשטח המנדט הבריטי לשעבר בפלסטינה/א"י ולהבטחת גישה חופשית אליהם, בהתאם לזכויות הקיימות ולפרקטיקה ההיסטורית. ההחלטה לא פירטה לאילו מקומות קדושים היא מתייחסת. לכן, ביום 8.4.1949, פרסמה ועדת הפיוס של האו"ם רשימה של 97 מקומות קדושים בירושלים ועשרות מקומות קדושים מחוץ לירושלים, ביניהם אתרים מוסלמיים ויהודיים (<http://domino.un.org/pdfs/AAC25ComJerW14.pdf>).

23. לאחר כיבוש הגדה המערבית בשנת 1967, במקביל להחלת החוק הישראלי על מזרח ירושלים (באמצעות צו ממשלתי ותיקון מס' 10 מיום 28.6.1967 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, שהוסיף את סעיף 11ב, לפיו, "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה קבעה בצו"), וכדי להרגיע את הביקורת העולמית על סיפוח מזרח ירושלים, חוקקה מדינת ישראל את חוק השמירה על המקומות הקדושים, אשר נקבע בו סעיף 1 האומר כי "המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות". סעיף 3 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל משנת 1981, חזר אף הוא על אותו הנוסח.

24. חוק השמירה על המקומות הקדושים אינו מגדיר מה הוא מקום קדוש, מה הם הקריטריונים לקביעת מקום קדוש ואינו נוקב ברשימת מקומות קדושים בישראל ובמזרח ירושלים.

25. בשנת 1981, במקביל לחקיקת חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, הותקנו תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, אשר ניסחו רשימה של 16 מקומות הקדושים ליהודים – הכותל המערבי ורחבתו, לרבות כל מבנה וכל מעבר עילי או תת-קרקעי שהכניסה לשם היא מתוך הרחבה, והמקומות הקדושים ליהודים לפי הרשימה שבתוספת (מתוכם בירושלים: מערת שמעון הצדיק, מערת סנהדרין קטנה, קבר הרב עובדיה מברטנורה, קבר זכריה הנביא ויד אבשלום). מנהרות הכותל אינן מוזכרות שם במפורש, אף שהמשיב מס' 2 החל בחפירות בשנת 1969.

26. תקנה 2(א) קבעה, כי באותם המקומות אסורה שורה ארוכה של פעילויות, ובכלל זה חילול שבת ומועדי ישראל:

- (1) חילול שבת ומועדי ישראל;
- (2) תלבושת שאינה הולמת;
- (3) הצבת קיוסקים או דוכנים, עיסוק ברוכלות או בכל עסק אחר;
- (4) מתן שירותי דת מכל סוג שהוא שלא בהיתר מאת הממונה;
- (5) חלוקת פרסומים שלא בהיתר מאת הממונה;
- (6) נשיאת נאום, הכרזה בקול רם או נשיאת כרזות או שלטים, והכל שלא בהיתר מאת הממונה ולפי תנאיו;
- (7) פשיטת יד וקבלת תרומות, למעט הצבת קופסאות או קופות צדקה במקומות שהועיד לכך הממונה ולמטרות שהוא קבען;
- (8) שחיטה;
- (9) אכילה, שתיה, או עריכת חגיגה מחוץ למקומות שהועיד לכך הממונה;
- (10) עישון;

(11) לינה מחוץ למקומות שהועיד לכך הממונה ;

(12) הכנסת בעלי חיים ;

27. האיסורים הוחמרו בשנת 1989, בעת שהתקנות עודכנו ותוקנו, ונוספה להן תקנה 2(א)(א1),

האוסרת על "עריכת טקס דתי שלא על פי מנהג המקום, הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום" (תקנה שהותקנה על ידי שר הדתות דאז, כחלק מהמאבק בנשות הכותל).

28. למעט המקומות הקדושים המצוינים בתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, נמנעה מדינת ישראל מקביעת מקומות נוספים הקדושים ליהודים או מקומות הקדושים לדתות אחרות, בחוק או בתקנות. מדיניות זו אושרה בשנת 2004 על ידי כב' ביהמ"ש העליון בעתירה שהגישה עמותת 'עדאלה' – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל' יחד עם אחרים (בג"צ 10532/04 שיח' עבדאללה נמר דרוויש נ' השר לענייני דתות (פורסם בבנו, 9.3.09)).

29. העתירה הוגשה על רקע הזנחתם וחילולם של המקומות הקדושים למוסלמים. כב' ביהמ"ש התבקש בה להורות למשיב מס' 1 להפעיל את סמכותו על המקומות הקדושים לפי סעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, ולהתקין תקנות לשמירתם, כפי שדאג להתקין תקנות לשמירתם של המקומות הקדושים ליהודים. בתגובה לעתירה (ראו עיקרי טיעון מטעם המדינה בבג"צ 10532/04 הנ"ל, מיום 8.3.2009, המצ"ב ומסומנים 1/1) טענה המדינה כי אין צורך בהכרזה על מעמדו של מקום כ"מקום קדוש" על-פי חוק, על מנת להחיל שם בפועל את הוראותיו המהותיות של חוק השמירה על המקומות הקדושים. המדינה טענה כי להכרזה על מקום קדוש אין שום משמעות תקציבית ממשית, וכי מאז שנת 1981 דוחה משרד המשפטים ניסיונות שונים להרחיב את רשימת המקומות הקדושים ליהודים. המדינה הוסיפה כי "ספק אם היה מקום, מלכתחילה, להתקין תקנות, ולקבוע בהן רשימה ממצה של מקומות קדושים שעל פי החוק".

30. בפסק הדין שדחה את העתירה, מיום 3.9.2009, קיבל כב' ביהמ"ש את עמדת המדינה וקבע כי אין צורך בהכרה פורמאלית בתקנות במקומות הקדושים למוסלמים על מנת להתייחס אליהם ככאלה בפועל: "לאחר ששמענו טיעוני הצדדים, וקראנו את כתבי הטענות, שוכנענו כי התקנת תקנות לפי חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967, אינה תנאי חיוני לשם הבטחת השמירה והכיבוד של המקומות הקדושים. למסקנה זו הגענו הן על יסוד הרקע ההיסטורי של החוק, נסיבות חקיקתו, לשון החוק ותכליתו. הגדרת רשימה של מקומות קדושים היא עניין מורכב וטעון לא רק כאשר מדובר במקומות הקדושים למוסלמים, אלא גם כאשר יש להכריז על פי החוק על מקומות קדושים לכל הדתות ואף ליהודים. התוספת הקובעת מקומות קדושים ליהודים היא חלקית ומסיבות רבות נמסר לנו כי הופסקה מלאכת קביעת המקומות שראוי להכלילם בתקנות גם ביחס למקומות הקדושים ליהודים, שהלכה למעשה רשימתם ארוכה מזו המופיעה בתוספת שבתקנות".

ג. חפירות מנהרות הכותל

31. צ'ארלס וורן ווילסון חפרו במקום בין השנים 1870-1868. החפירה החלה באזור קשת וילסון ומשם חפרו מנהרה לאורך הכותל צפונה. במהלך חפירתם נחשפו חללים באזור קשת וילסון,

כגון "מנהרת הסתרים". בחפירתם נחשף גם שער כניסה קדום למתחם הר הבית, הנקרא כיום "שער וורן".

32. בין השנים 1969-1988, ביצע המשיב מס' 2 חפירות בניגוד לחוק (ללא היתר מתאים מאגף העתיקות דאז). המשיב מס' 2 חפר מנהרה לאורך הכותל, מקשת וילסון ועד לפינה הצפונית מערבית של מתחם הר הבית. בחפירה נחשפה תעלת מים קדומה עד לרח' ויה דולורוזה. כמו-כן, נחשפו חללים רבים מערבה אל מתחת לבתי הרובע המוסלמי, הורחבה חפירת "מנהרת הסתרים" ועוד.

33. בשנת 1988 ניתן רישיון חפירה ראשון לפרופ' דן בהט, מטעם המשיבה הפורמאלית מס' 4. פרופ' דן בהט קיבל מספר רישיונות חפירה נוספים במנהרות מטעם אוניברסיטת בר אילן, עד לשנת 2007. לאחר מכן, ניהול החפירות במקום עבר לידי המשיבה הפורמאלית מס' 4.

34. כפי שיפורט להלן, במהלך החפירות של מנהרות הכותל נחשפו חללים רבים, אשר יוצרים מרחב תת קרקעי גדול שמשתרע מרחבת הכותל המערבי עד לרח' הגיא ממערב, ועד לשוק הכותנה מצפון. מצפון ל"חדר הצלוב" המנהרה הופכת להיות צרה וארוכה, ברוחב כמטר או שניים, עד להגעה לתעלת המים החצובה שמובילה אל בריכת הסטרטוריון ואל רח' ויה דולורוזה. להלן תיאור העתיקות שנמצאו במנהרות הכותל, על-פי ספרו של פרופ' דן בהט (The Jerusalem western wall tunnel, Israel exploration society, 2013):

א. מנהרת הסתרים – חלל תת קרקעי המתחיל באזור רח' הגיא, באזור המקורה, המהווה כיום כניסה לרחבת הכותל ומקום הכניסה לסיורי מנהרות הכותל. החלל כולל סדרה של קשתות ומוליך לכיוון מערב עד לאזור קשת וילסון. מבנה זה נושא על גביו את רח' השלשלת ואת מדרסת טנקזיה, עד לשער הכניסה לרחבת הר הבית של היום. משני צידי המעבר שורת חדרים הצמודים לו. תאריך בניית המעבר והחדרים הצמודים אליו, הינו מהתקופה המוסלמית הקדומה, והוא המשיך לשמש בתקופה הצלבנית, הממלוכית והעות'מנית. יתכן שבמקור היה במקום מעבר קדום ויסודות הקשת הדרומית היא מהתקופה הרומית הקדומה (בית שני). יש ויכוח בין החוקרים על תאריך זה ויש הטוענים שבמקור נבנה בתקופה הרומית המאוחרת (אליה קפיטולינה), לצורך גשר גישה להר הבית ומעבר של אמת מים להר.

ב. קשת וילסון – קשת שנחשפה לראשונה על ידי וורן ווילסון, כיום נמצאים במקום בית כנסת ועזרת נשים. הכניסה בעבר הייתה דרך רחבת התפילה בכותל של עזרת הגברים. כיום הכניסה דרך פתח מתחת לקשת וילסון הצמוד ליציאה/כניסה לרחבת הכותל מכיוון רח' הגיא/אל-ואד. תאריך הקשת והמעבר מתחום רחבת הכותל אל הקשת, הוא מהתקופה המוסלמית הקדומה, יחד עם מעבר הסתרים כחלק מבניית רח' השלשלת ומבני ציבור ומגורים במקום. הקשת תומכת את מדרסת טנקזיה הבנויה מעליה (כיום בסיס משמר הגבול), והיא חלק ממערך החדרים התת קרקעיים של המדרסה וחלק מהביסוס ההנדסי של המדרסה. ישנן מדרגות העולות מתוך החללים התת קרקעיים של קשת וילסון אל מפלס רחוב השלשלת.

ג. המזרקה והמקוואות – צ'ארלס וורן חשף בזמנו חלק מחלל תת קרקעי שלדעתו הוא בעל מאפייני בניה מהתקופה ההרודיאנית (התקופה הרומית/תקופת בית שני). בסמוך נחשף מתקן מטויח המזוהה כמקווה טהרה. לא ברור היחס בין שני האלמנטים. מספר

- מקוואות נוספים נחשפו בחללים סמוכים, אשר תאריכם כנראה מהתקופה הרומית הקדומה.
- ד. לטרינה (בית שימוש) – מבנה שירותים מהתקופה הרומית המאוחרת (מאות 2-4 לספירה). חלק משרידי הבניה של העיר הרומית איליה קפיטולינה נמצאים באזור זה, שאליה מיוחס גם גשר מעבר הסתרים.
- ה. החדר הצלב-הצלבני – מבנה גדול שמשמש בחלקי מבנה מהתקופה הרומית מאוחרת-ביזנטית. פרופ' דן בהט שחזר במקום מבנה תפילה צלבני (קפלה). ייתכן שהמקום שימש את המסדר הטמפלרי שישב בהר הבית. אל החדר נספחים שורה של חדרים וחללים מן התקופה הצלבנית. על תקרת מבנה זה נבנו שורה של קמרונות בתקופה האיובית. בתקופה הממלוכית שימשו קמרונות המבנה כחלק ממדרסות שניבנו מעל "מדרסת בלדייה" ואכסניה לעולי רגל, "ריבטת אל אל ניסה".
- ו. מתחם ממלוכי מתחת לבית הכנסת אוהל יצחק – בית מרחץ מהתקופה הממלוכית וחאן גדול מהתקופה הממלוכית. המתחם מחובר אל "מנהרת הסתרים" בשורה של חדרים מהתקופה הממלוכית. בית המרחץ והחאן הם חלק ממכלול בתי המרחץ מהתקופה הממלוכית, הכוללים את "חאמם א-שיפה" ו"חאמם אל עיין", אשר נמצאים ממערב והם חלק מרח' שוק הכותנה של היום.
- ז. מדרסת אל עותמניה – מדרסה מהתקופה הממלוכית נבנתה בצמוד לכותל המערבי, וכוללת קבר קדוש. החללים התת קרקעיים של המדרסה נחשפו בחפירת המנהרות, וכוללים מרחב תפילה של מבנה תפילה תת קרקעי מוסלמי במקום. בסמוך נמצאים חללים נוספים מהתקופה. המדרגות מובילות מהחללים התת קרקעיים אל מפלס רח' השלשלת והמדרסה.
- ח. שער וורן – שער המשולב בקיר הכותל המערבי ומיוחס לימי הבית השני. אל השער עולים במדרגות ממפלס רחוב קדום של ימי הבית השני.
- ט. תעלת מים חצובה שיש המתארכים אותה לתקופה ההלניסטית – מתחברת אל בריכת הסטרוטוריון המתוארכת לתקופה הרומית הקדומה או המאוחרת (הדעות חלוקות), אשר מתחת לכנסיית האחיות מציון ברח' ויה דולרוזה. בין חלקה של הבריכה במנהרות הכותל לבין חלקה של הבריכה בכנסיית האחיות מציון, מפריד קיר (3/4 מהבריכה בצד של המנזר, ורבע מהבריכה בצד של מנהרות הכותל). פתח היציאה/הכניסה למנהרות הכותל הינו ברח' ויה דולרוזה, באזור קדוש לנוצרים ובסמוך לקשת אקה הומו.
35. מעל שטח המנהרות קיים מכלול מבני בניה מהתקופות הממלוכית והצלבנית, המשמשים את תושבי הרובע המוסלמי עד היום. מכלול מבנים זה כולל את שערי הר הבית, המדרסות (טנקזיה, בלדייה, עותמניה, כתונייה, אל וואפייה, אל טנצקיה), את החאנים הממלוכים (ריבת אל זמני, ריבת אל ניסה, ריבת אל קורט, ריבת אלה אל דין), את מבני החמאמים הממלוכים ("חאמם שיפה" ו"חאמם אל עיין"), את רחובות העיר העתיקה (רח' השלשלת, רח' הכותנה, רח' שער הברזל, רח' שער המשגיח, ויה דולרוזה) ועוד.
36. הנה כי כן, מלבד העובדה שמנהרות הכותל כוללות את הקיר המערבי של מתחם הר הבית הקדוש גם למוסלמים, המנהרות העוברות דרך, מתחת, מעל, ליד ובתוך אתרים דתיים וקדושים ליהדות, לאסלאם ולנצרות.

ד. מיצוי הליכים וקידוש מנהרות הכותל ע"י המשיב מס' 1 ליהודים בלבד

37. בהגדרת תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, נקבע כי כל מעבר עילי או תת-קרקעי שהכניסה אליהם היא מתוך רחבת הכותל יהיו קדושים אף הם.
38. כאמור, לשיטת המשיב מס' 1 תקנות אלו, שהותקנו בסמוך לפתיחת מנהרות הכותל לקהל הרחב בתחילת שנות ה-80 של המאה שעברה (החפירות החלו במקום בניהול משרד הדתות בשנת 1969), "קידשו", למעשה, את כל האזור ליהדות, ונתנו ליהודים בלעדיות על המקום באמצעות מנהרות הכותל וספיחיהן, ובכללן חלקים נכבדים מהרובע המוסלמי ואתרים מוסלמיים ונוצריים (אחד מפתחי המנהרות נמצא בלב הווייה דולורוזה).
39. על המנהרות הממשיכות להתרחב ולהתפתח בימים אלה, חלה בפועל שורה ארוכה של איסורים, אשר נקבעו בהוראת תקנה 2(א) לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים.
40. העותר עקב אחר התהליך הזוחל של מתן בלעדיות ליהדות על חלקים תת קרקעיים בעיר העתיקה. לאור הקמת בתי הכנסת ואופן הניהול של מנהרות הכותל, התגבשה ההבנה כי ייתכן שהמשיבים מס' 1-2 נשענים בהתנהלותם בעניין המנהרות, על מתן פרשנות רחבה לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים.
41. ביום 10.7.2016 העותר פנה למשיב מס' 1, בדרישה שיורה על ביטול הבלעדיות ליהדות על מנהרות הכותל, באמצעות מתן פרשנות מצמצמת לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים על מנהרות הכותל, ולחלופין באמצעות תיקון התקנות.
42. ביום 1.8.2016, 11.9.2016, 21.9.2016 ו-25.10.2016 נשלחו למשיבים מס' 1-2 תזכורות בצירוף הפנייה המקורית.
43. ביום 6.11.2016 המשיב מס' 1 דחה את הפנייה באמצעות עו"ד חגי אברהמי, הממונה על הייעוץ המשפטי אצל המשיב מס' 2, כדלקמן:

- 1. בהתאם להגדרת תקנה 1 לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981 (להלן: "התקנות") ייחשב כמקום קדוש הכותל המערבי ורחבתו, לרבות כל מבנה וכל מעבר עילי או תת קרקעי שהכניסה אליהם היא מתוך הרחבה וכן המקומות הקדושים ליהודים לפי הרשימה שבתוספת לתקנות. כבר כעת ניתן לקבוע, כי מכיוון שהכניסה למנהרות הכותל היא מתוך רחבת הכותל, הן עונות על ההגדרה דלעיל והן נחשבות מקום קדוש לפי התקנות.**
- 2. בעניין חובת היוועצות שבחוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967, יובהר כי סעיף 4 לחוק מקים חובת היוועצות של השר עם נציגי בני הדתות הנוגעים לדבר בבואו לתקן תקנות בכל הנוגע לביצועו. עובר לתיקון התקנות בוצעה חובת היוועצות של שר הדתות דאז עם הרבנים הראשיים שהם נציגי בני הדתות הנוגעים לעניין. בכך קוימה חובת היוועצות הנדרשת.**
- 3. לו היה השר פועל לתיקון התקנות בעניין זה, אכן הייתה מוטלת עליו חובת קיום היוועצות עם נציגי הדתות הנוגעות לעניין, כמצוות החוק.**

אולם, סוגיה זו כלל לא נצרכת בענייננו מאחר והדבר כבר הותקן בסעיף 1 בתקנות, כאמור.

4. לאור כל האמור, לא מצאנו לנכון לתקן את התקנות כפי שביקשת בפנייתך.

מצ"ב המכתבים הנ"ל ומסומנים בהתאמה נ/2 א-ב

44. טענת המשיב מס' 1 כי רק הרבנים הראשיים "הם נציגי בני הדתות הנוגעים לעניין", מאשרת כי אכן הוא אינו מכיר בהיות המנהרות כוללות אתרים דתיים וקדושים גם למוסלמים ולנוצרים.

ה. ככל הידוע, המשיבה הפורמאלית מס' 4 לא כינסה את ועדת השרים על-פי סעיף 29(ג) לחוק העתיקות בעניין מנהרות הכותל

45. על פי הוראת ס' 29(ג) לחוק העתיקות, תשל"ח-1978 (להלן: "חוק העתיקות"): "לעניין אתר עתיקות המשמש לצורך דתי או מוקדש לתכלית דתית, לא יתן המנהל אישור לחפירה או לאחת הפעולות המנויות בסעיף קטן (א) אלא באישור ועדת שרים המורכבת מהשר כיושב-ראש, שר הדתות ושר המשפטים".

46. הוראת ס' 29(ג) לחוק העתיקות אינה דורשת כי מקום קדוש יהיה אתר קדוש המוכר בחוק או בתקנות; לשון הסעיף מסתפקת בהגדרת אתר עתיקות כמקום "המשמש לצורך דתי או מוקדש לתכלית דתית"; על פי ניסוח סעיף זה, לכאורה לגבי כל בית קברות, קבר או בית תפילה, יש צורך בכינוס של ועדת השרים.

47. ככל הידוע, המשיבה הפורמאלית מס' 4 אינה מקיימת בירושלים את הוראת ס' 29(ג) לחוק העתיקות, הן בעניין המקומות המוכרים כקדושים בתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, והן בעניין המקומות שאינם מוכרים כקדושים בתקנות אלה, אך משמשים לצורך דתי או מוקדשים לתכלית דתית (למשל, בפרויקטים של בית הליבה ובית המעין).

48. באוגוסט 2015, בשאילתא שהגיש ח"כ דב חנין לשרת התרבות, מירי רגב, הוא ביקש לדעת אם הוועדה התכנסה על פי הוראת ס' 29(ג) חוק העתיקות, באילו אתרים היא דנה ומה הן החלטותיה (שאילתא מס' 130 מיום 12.8.2015). שרת התרבות ענתה כי: "הוועדה טרם התכנסה בתקופת כהונתה של הממשלה הנוכחית, אך היא התכנסה כמה פעמים בתקופת כהונתה של הממשלה הקודמת, בהתאם לבקשות שהצריכו זאת. בשל הרגישות הרבה שבתחום זה, הוועדה מקבלת את החלטותיה בהסתמך על חוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה, מנהל רשות העתיקות, גורמי התכנון בעיריית ירושלים ומשטרת ישראל. בעניין העיר העתיקה בירושלים והרובע המוסלמי, העמדה המקצועית של רשות העתיקות היא שהם אינם עונים על ההגדרה של מקום דתי או מוקדש לתכלית דתית, בשונה מאזור מתחם הר-הבית, שמוגדר אזור דתי ומוקדש לתכלית דתית ומצוי בתחום אתר עתיקות, ועל כן מתחייב כינוס ועדת השרים לפני ביצוע העבודות, הפיתוח או החפירות באזור זה. החפירות המתבצעות כיום בעיר העתיקה הן באזור שמיועד לפיתוח, הרחבת בנייה או הנחת תשתית, ולכן לא נדרש כינוס ועדת השרים ולא נדרש אישורה לפני שהמנהל ייתן אישור לחפירה. ביצוע העבודות המבוקשות נעשה בהתאם להגבלות הנדרשות מטעם רשות העתיקות

ובפיקוח של רשות העתיקות (הדגשה א.מ). כאשר ביקש ח"כ חנין משרת התרבות להתייחס לאתרים ספציפיים בעיר העתיקה, השרה ענתה לו כי: **"מרגע שהתמניתי לתפקידי, הוועדה לא התבקשה להתכנס, ועל כן אני מאמינה שלא נעשו חפירות במקומות קדושים. כל חפירה במקום אחר, שאינו קדוש, אינה נדרשת לאישור ועדת השרים, ועל כן היא נעשית על-פי הנהלים הקיימים באזורים של חפירות, כפי שנעשה בכל הארץ, כשחופרים"** (פרוטוקול ישיבת מליאת הכנסת מס' 62, מיום 11.11.2015, עמ' 256-260).

49. כאמור, בתיק עת"מ (י-ם) 1488/09 ד"ר מחמוד מסאלחה נ' ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ולבנייה ואח' (פורסם בנבו, 05.09.10), טענה המשיבה הפורמאלית מס' 4 על בסיס חוות דעת של משרד המשפטים (פסקה 33 לפסה"ד), כי מעלה המוגרבים אינו אתר המשמש לצורך דתי או מוקדש לתכלית דתית, ולכן החפירות שביצעה המשיבה הפורמאלית מס' 4 במעלה המוגרבים לא דרשו את אישורה של ועדת השרים על פי סעיף 29(ג) לחוק העתיקות (ראו גם פסקה 16 בפסה"ד בתיק ת"א 60379-03-14 מדינת ישראל נ' החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים ואח' (פורסם בנבו, 8.9.2014)).

50. מכאן שהמשיבה הפורמלית מס' 4 ומשרד המשפטים, בחרו בעניין מעלה המוגרבים פרשנות מצמצמת להגדרה בתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, הגדרה לפיה **"כל מעבר עילי לכותל המערבי ורחבתו"** הוא מקום קדוש. זאת אף שניתן היה לכאורה לראות במעלה המוגרבים מקום הקדוש לפי התקנות באופן בלעדי ליהדות, כמעבר עילי שהכניסה אליו מרחבת הכותל.

51. כאמור, העותר סבור שהמשיבים מס' 1-2 יכולים לפעול בענייננו באופן דומה לעניין מעלה המוגרבים – ליתן פרשנות מצמצמת לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, ולקבוע כי הן אינן חלות לאורך כל מנהרות הכותל, אלא לכל היותר רק במקטע מצומצם ביותר בכניסה למנהרות מרחבת הכותל.

ו. הטענות המשפטיות

הפרה של הוראות חוק השמירה על מקומות קדושים וחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל

52. כמתואר, מנהרות הכותל עוברות דרך, מתחת, מעל, ליד ובתוך אתרים דתיים וקדושים ליהדות, הנצרות והאסלאם. מתן המשיב מס' 1 בלעדיות ליהדות, מהווה הפרה של ההוראה המשותפת לחוק השמירה על מקומות קדושים ולחוק חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, לפיה: **"המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות"**.

53. מדובר גם בהפרה של רוח מגילת העצמאות, אשר נקבע בה כי מדינת ישראל תבטיח את חופש הדת ו"תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות".

54. בהקשר זה, יפים דבריו של כב' השופט קיסטר בבג"צ 223/67 שבתי בן-דב הנ"ל:

אכן, בשטח הנתון בידי מדינת ישראל ישנם מקומות נוספים המקודשים ליותר מאשר לבני דת אחת, והמחוקק רצה להתייחס בשוויון לכל הדתות ולדאוג לשמירת המקומות המקודשים לכל דת ודת. מצד אחד קבע המחוקק את חובת השמירה כדי לא לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות השונות אל המקומות המקודשים להם, ומצד שני נקבעה חובת שמירה מפני חילול וכל פגיעה אחרת וכן חובה למנוע פגיעה ברגשותיהם של בני הדתות כלפי אותם המקומות. לכל דת ישנם דינים ומנהגים שונים ביחס לדרך כיבוד, התנהגות ואף תנאי כניסה וסייגים לגבי כניסה למקומות המקודשים להם, ולא קל לצאת ידי חובת כולם ולהבטיח חופש גישה לבני דת אחת - מצד אחד, וכיבוד ואי-פגיעה ברגשות בני דת זו או אחרת - מצד שני (עמ' 448).

המשיב מס' 1 לא קיים את המנגנון הקבוע בהוראת סעיף 4 לחוק השמירה על מקומות קדושים ומכאן שבכל מקרה אין לתקנות תוקף על מנהרות הכותל

55. בהתאם לפסה"ד בבג"צ 10532/04 שיח' עבדאללה נמר דרוויש הנ"ל, מנהרות הכותל הינן אחד המקומות בהם "יש להכריז על פי החוק על מקומות קדושים לכל הדתות ואף ליהודים".

56. בהינתן כי אין מחלוקת ששרי הדתות לדורותיהם התייעצו אך ורק עם הרבנים הראשיים למדינת ישראל, מתן המשיב מס' 1 בלעדיות ליהדות באמצעות תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, מפירה את הוראת סעיף 4 לחוק השמירה על מקומות קדושים, אשר קובעת כי: "שר הדתות ממונה על ביצוע חוק זה, והוא רשאי, לאחר התייעצות עם נציגים של בני הדתות הנוגעות בדבר או לפי הצעתם, ובהסכמת שר המשפטים, להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו".

57. בפסק הדין מיום 15.9.1970, בבג"צ 222/68 חוגים לאומיים הנ"ל, סבר כב' מ"מ הנשיא השי' מ. זילברג שיש לדחות עתירה נגד מניעת תפילה של יהודים בהר הבית, מן הטעם שלא ניתן להפעיל את חוק השמירה על המקומות הקדושים בלי להתקין תקנות שיגדירו כיצד תתממש זכות התפילה בהר הבית באופן מעשי, מכיוון שמדובר במקום הקדוש לשני העמים – היהודי והמוסלמי. הואיל והעותרים לא ביקשו מהשר התקנת תקנות אלו, קבע השופט כי יש לדחות את עתירתם (עמ' 153-156 לפסה"ד שם).

58. בפסק הדין בבג"צ 257/89 ענת הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי (פורסם בנבו, 26.1.94), צוין כי אם ירצה שר הדתות להתקין תקנות בדבר זכות תפילה על הר הבית, יידרש ממנו להתייעץ הן עם הרבנים הראשיים והן עם ראשי הדת המוסלמית (פסקה 59 לפסה"ד).

59. ברור כי הדברים גם נכונים למנהרות הכותל שעוברות דרך, מתחת, מעל, ליד ובתוך אתרים דתיים וקדושים ליהדות, הנצרות והאסלאם.

המשיב מס' 1 חורג מעמדת המדינה שהתקבלה בפסק הדין בבג"צ 10532/04

60. כאמור, מנהרות הכותל אינן מוזכרות במפורש בתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים ובתוספת להן, אף שמושרד הדתות החל לחפור במקום כבר בשנת 1969.
61. בהתאם לעמדת המדינה וכב' ביהמ"ש שקיבל אותה בבג"צ 10532/04 שיח' עבדאללה נמר דרוויש הנ"ל, מלכתחילה לא היה צורך בהתקנת תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים ולכן אין מקום להרחיב את הרשימה. בין היתר, לאור המורכבות והרגישות של מקומות הקדושים למספר דתות.
62. מתן המשיב מס' 1 פרשנות המרחיבה את הגדרת "מעבר עילי" לכל אורך מנהרות הכותל, פרשנות שמרחיבה בפועל את רשימת המקומות הקדושים ליהודים לאחר שמושרד המשפטים הצהיר בביהמ"ש הנכבד כי מאז שנת 1981 הוא מתנגד לכך, וכב' ביהמ"ש אישר מדיניות זו, הינה התנהלות פסולה ולא חוקית.
63. הנה כי כן, בהתנהלותו בעניין מנהרות הכותל, המשיב מס' 1 מנסה לעקוף הן את פסה"ד בבג"צ 10532/04 שיח' עבדאללה נמר דרוויש הנ"ל, והן את המנגנון הקבוע בסעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים.

חוסר סבירות קיצוני

64. על המשיב מס' 1 לפעול במסגרת מתחם הסבירות. חוסר הסבירות מתבטא באי שקילת כל השיקולים הרלוונטיים ו/או מתן משקל מוטעה לשיקולים השונים (ראו בג"צ 935/89 גנור נגד היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 514; ובג"צ 297/82 עזרא ברגר נ' שר הפנים, לו (3) 29); על-פי הפסיקה, השאלה אינה מה היה מחליט ביהמ"ש בנסיבות דומות, אלא אם החלטת המינהל עומדת בפני הביקורת, בהיותה החלטה שרשות מינהלית סבירה יכולה הייתה לקבל. אם ההחלטה עומדת במבחן הסבירות – במובן זה שהיא מהווה אחת ההחלטות הסבירות שניתן היה לקבל באותן נסיבות – לא יתערב בכך ביהמ"ש (ראה בג"צ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט (פורסם בבנו, 11.7.96)).
65. די בכך שהמשיב מס' 1 לא התייעץ עם נציגי הדת המוסלמית והנוצרית, כדי לקבוע כי הוא לא שקל את מלוא השיקולים הרלוונטיים בעניין מנהרות הכותל.
66. העותר יטען כי ההחלטה של המשיב מס' 1 לקבוע בלעדיות ליהדות על מנהרות הכותל וספיחייהן, ובכללן חלקים נכבדים מהרובע המוסלמי ואתרים נוצריים מרכזיים, בעוד שהמנהרות ממשיכות להתרחב ולהתפתח בימים אלה, לוקה בחוסר סבירות קיצוני. זאת במיוחד לאחר שהמדינה טענה בבית המשפט כי מעלה המוגרבים אינו אתר קדוש, אף שהינו לכאורה "מעבר עילי" לכותל המערבי ורחבתו, וכן המדינה אינה טוענת כי כל הרחובות המתחברים לעמדות הבידוק בכניסות לרחבת הכותל הינם קדושים באופן בלעדי ליהדות בשל היותם "מעבר עילי" (אחרת כל העיר העתיקה הייתה קדושה באופן בלעדי ליהדות).
67. על-פני הדברים, נראה כי התנהלות המשיבים מס' 1-2 נובעת משיקולים לא ענייניים, ומתוך תפיסה אידיאולוגית ודתית של המפלגות הדתיות הספציפיות המנהלות את המשיב מס' 2

מזה עשרות שנים. מפלגות אשר אינן מייצגות את מרבית הציבור היהודי במדינת ישראל ובעולם, וגם לא את הפסיקה העקבית של ביהמ"ש נכבד זה, אשר להבדיל מהמשיב מס' 1 כן מכבדים את חופש הפולחן והגישה למקומות הקדושים של כלל הדתות, ומנסים לפעול בזהירות ובסובלנות באחד מן המקומות הרגישים ביותר בעולם.


68. בהקשר זה, יפים דבריו של כב' השופט ש' לוי בבג"צ 257/89 ענת הופמן הנ"ל, בדבר פרשנותה של תקנה 2(א1), כי "...אך לדידי אין הדיבור 'מנהג המקום' צריך להתפרש דווקא לפי ההלכה או לפי המצב הקיים. טיבו של מנהג שהוא משתנה לפי שינויי העתים, ובגדרו יש ליתן ביטוי לגישה פלוראליסטית וסובלנית לדעותיהם ולמנהגיהם של אחרים, באותם סייגים שאותם כבר הזכרתי לעיל" (פסקה ו' לפסק דינו), וכן אזהרתו של כב' המשנה לנשיא הש' מ. אלון כי "אין כמקומות הקדושים כמקור לסכסוכים, מהומות והתלקחויות דמים. עוצמת הרגשות למקומות אלו עזה היא, נובעת מעומקי לבו של אדם עד כי עשויה היא להצית אש תבערה. זהירות מרובה דרושה אפוא בהתמודדותן של הרשות המבצעת והרשות השופטת עם סכסוכים הנוגעים למקומות הקדושים. והדברים ידועים, ואין צורך להאריך בהם" (פסקה 40 לפסק דינו).

הפרת חובת ההגינות

69. על המשיב מס' 1 מוטלת חובה לנהוג בתום לב, בהגינות וביושר. בפסיקה נקבע כי חובת ההגינות המנהלית, שיסודה במעמדה של הרשות הציבורית כנאמנה כלפי הציבור, מחמירה אף יותר מחובת תום הלב הנדרשת מן הפרט. המידה המחמירה חלה בין אם פועלת הרשות בתחום המשפט האזרחי ובין אם פועלת היא בתחום המשפט הציבורי (ראו: בג"צ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד מז(3) 853, בעמ' 860; בג"צ 294/75 בן חיים נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד ל(1) 412, בעמ' 415; רע"א 8733/96 לנגברט ואח' נ' מדינת ישראל – מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(1) 168, בעמ' 179; ע"א 3979/01 בניני ישקו ומקרקעין בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(5) 423).

70. בנוסף על אי החוקיות המתוארת, עד למענה שניתן לאחרונה לפניית העותר, ככל הידוע שרי הדתות לדורותיהם מעולם לא הצהירו במפורש כי ניתנה בלעדיות ליהדות על מנהרות הכותל, נהפוך הוא. כמתואר, הבלעדיות ניתנה באופן "זוחל", רחוק מעין הציבור, ובחוסר שקיפות. הניסיון של המשיב מס' 1 להכריע ב"דלת האחורית" את העמדה של מדינת ישראל בסוגיה מורכבת, שאינספור היסטוריונים, ארכיאולוגים, גופים בין-לאומיים, בתי משפט ומדינאים דנים בה מזה שנים רבות, נגועה בחוסר הגינות ותום לב. יש להניח כי המשיבים מס' 1-2 היו סבורים כי רק במחשכים ותחת מעטה סודיות הם יוכלו לממש את תכניתם, אך אין בכך כדי להכשירה או להקנות לה גושפנקא של תום לב.

71. לאור כל האמור לעיל, ביהמ"ש הנכבד מתבקש להורות למשיבים כמבוקש בעתירה זו, ולחייבם בהוצאות המשפט כולל שכ"ט עו"ד של העותר.


איתי מק, עו"ד
ב"כ העותר

טו

בג"צ 10532/04

קבוע: 9.3.09

בניית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

1. שיח' עבדאללה נמר דרוויש
2. שיח' כאמל ריאן
3. שיח' איברהים צרצור
4. ח"כ עבד אלמאלכ דהאמשה
5. עמותת אלאקצא לפיתוח נכסי ההקדש האסלאמי
6. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

ע"י בייכ עוה"ד עאדל בדיר ואח'
 מעדאלה: המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
 שפרעם, ת.ד. 510, מיקוד 20200
 טל: 04-9501610 פקס: 04-9503140

ה ע ו ת ר י ם

נ ג ד

1. השר לענייני דתות
2. שר המשפטים
3. ראש ממשלת ישראל

על ידי פרקליטות המדינה,
 משרד המשפטים ירושלים
 טל: 02-6466345 פקס: 02-6466655

ה מ ש י ב י ם

עיקרי טיעון מטעם המשיבים

לקראת הדיון הקבוע ליום 9.3.09 מתכבדים המשיבים להגיש עיקרי טיעון מטעמם.

1. עניינה של העתירה בדרישת העותרים כי המשיבים יתקינו תקנות לשמירה על המקומות הקדושים של המוסלמים בישראל, וזאת בהתאם לסמכות הנתונה להם בחוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז – 1967 (להלן – החוק או חוק השמירה על המקומות הקדושים).

העותרים מצביעים על מצבם הקשה של מקומות קדושים למוסלמים. לשיטתם, הפתרון לבעיה הוא התקנת תקנות, שיכריזו על מקומות קדושים למוסלמים. העותרים מעלים אף טענת הפליית. זאת בשל קיומן של תקנות מכח החוק עבור מקומות קדושים ליהודים – תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א – 1981 (להלן – התקנות).

2. ביום 1.8.07 התקיים דיון בבקשה לצו על תנאי. ביום 16.8.07 יצא צו על תנאי בעתירה. בצו התבקשו המשיבים להתייחס לשאלת הצורך בקיומן של התקנות על מנת להוציא לפועל את הוראות סעיף 1 לחוק, וכן נדרשו המשיבים להתייחס לשאלה האם קיימות חלופות אחרות להגשמת מטרה זו.

3. לדעת המשיבים דין העתירה לחדחות. לדעת המשיבים, הפתרון לטיפול באתרים מוסלמיים לא פעילים (להלן – האתרים) אינו בהתקנת תקנות מכח החוק.

אין צורך בהכרזה על מעמדו של מקום כ"מקום קדוש", על פי החוק, על מנת לחחיל את הוראותיו המחותרות של החוק. להכרזה על מקום קדוש אין אף נפקות תקציבית ממשית. זוהי הסיבה שמאז שנת 1981 דחה משרד המשפטים ניסיונות להרחיב את רשימת המקומות הקדושים ליהודים, הקבועה בתקנות.

כמו כן ספק אם היה מקום, מלכתחילה, להתקין תקנות, ולקבוע בהן רשימה ממצה של מקומות קדושים על פי החוק.

מטעמים אלה סבורים המשיבים כי אין להרחיב עוד את רשימת המקומות הקדושים, באמצעות התקנת תקנות שעניינם מקומות קדושים למוסלמים.

4. המוקד, לדעת המשיבים, צריך להיות בטיפול ישיר בבעיה שמעוררים העותרים, קרי טיפול באתרים האמורים. בשנתיים האחרונות בעקבות עבודת מטה בין משרדית, הוחלט על שינוי מתכונת הטיפול במבנים אלה.

על פי שיטת העבודה החדשה, האחריות לטיפול במבנים, הועברה למינהל מקרקעי ישראל, וזאת על מנת לייעל את הטיפול במבנים. קביעת רשימת המבנים לטיפול, נקבעת על ידי מינהל מקרקעי ישראל בשיתוף גורמי ממשלה נוספים.

מאז שנת 2007 מטופלים המבנים בשיטה זו. בימים אלה מושלמת הכנתה של רשימת המבנים שיטפלו בשנת 2009.

5. נעיר כי לקראת חכנת הרשימה לטיפול בשנת 2008 ניסו חמשיבים לבוא בדברים עם העותרים במטרה להגיע לרשימה מוסכמת של אתרים. אולם העותרים לא נענו לאתגר.
- אי לכך, הוחלט לפנות לנספחי העתירה בהם הופיעו אתרים רבים אשר לדעת העותרים דורשים טיפול. הרשימה נקבעה אף בחתאם למקומות המופיעים בנספחי העתירה.
6. לסיכום, לדעת המשיבים דין העתירה למחוזות, מכיוון שאין מקום להתקנת תקנות מכח החוק, ומכיוון שהסוגיה תמהותית בבסיס העתירה נמצאת בטיפול.
7. על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירה.

היום: 08 מרץ 2009

י"ב אדר תשס"ט

 אבי ליבט

סגן בכיר לפרקליט המדינה

210
x

איתי מק, עו"ד
Eitay Mack, Advocate
ايتاي مك، محام

מרכז כלל, משרד 745, רח' יפו 97, ירושלים ■ טל' 02-5877766, פקס 02-5877744
Clal Center, Office 745, 97 Yaffo St., Jerusalem ■ Tel 02-5877766, Fax 02-5877744
eitaymack@gmail.com

יום ראשון 10 יולי 2016

לכבוד
הרב דוד אזולאי
השר לשירותי דת

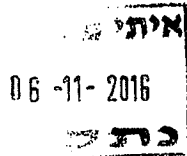
שלום רב,

הנדון: תחולת תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים במנהרות הכותל

1. הריני מתכבד לפנות אליך בנדון בשם ארגון עמק שווה, העוסק במקומה של הארכיאולוגיה ואתרי המורשת בחברה הישראלית ובסכסוך הישראלי-פלסטיני. בעמק שווה מאמינים שהעושר התרבותי של אתרים עתיקים הוא חלק מהעושר התרבותי של הארץ ושייך לכלל הקהילות, העמים והדתות הקיימים בה. החל משנת 2009 עמק שווה סוקר ומפרסם דוחות העוסקים באתרי עתיקות של ירושלים. המקומות הקדושים הם חלק בלתי נפרד מאתרי העתיקות של ירושלים ומהווים מוקד מרכזי למשיכת קהל אל העיר. חופש התנועה ואפשרויות הפולחן בעיר העתיקה הם חלק בלתי נפרד מהצגת ירושלים כעיר פלורליסטית המאפשרת לבניו/ות דתות שונים להיות חלק מתרבותה של העיר.
2. כידוע, על-פי תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, תשמ"א-1981, כל מבנה וכל מעבר עילי או תת-קרקעי שהכניסה אליהם היא מתוך רחבת הכותל המערבי, מוגדרים כמקומות הקדושים ליהודים.
3. משמעות הדבר כי התקנות שהותקנו בסמוך לפתיחת מנהרות הכותל לקהל הרחב, בתחילת שנות ה-80 של המאה שעברה, למעשה "קידשו" ליהדות ונתנו ליהודים בלעדיות באמצעות מנהרות הכותל וספיחייהן, על חלקים תת-קרקעיים נכבדים מהרובע המוסלמי והנוצרי (אחד מפתחי המנהרות נמצא בלב הויה דולורוזה).
4. אין כל בסיס לייחוס קדושה בלעדית ליהדות במנהרות הכותל, אשר רק הולכות ומתארכות, אף שבעת התקנת התקנות הני"ל היו קצרות לאין שיעור, רק מאחר שהכניסה אליהן מרחבת הכותל המערבי. אף בבניית בתי כנסת חדשים בתוך המנהרות, בנייה אשר חוקיותה מוטלת בספק, אין כדי להכשיר את קדושתן לכל אורכן ולהחלת האיסורים הקבועים בתקנות.
5. בפסק הדין בעתירה לבג"צ של נשות הכותל, בג"צ 89/257 ענת הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי (פורסם בנבו, 26.1.94), צוין כי התקנות הותקנו לאחר היועצות ברבנים הראשיים בלבד.
6. אין צל של ספק כי לנוכח המשך התפרסות המנהרות בחלקים תת-קרקעיים נכבדים מהרובע המוסלמי והנוצרי, לפי הוראת סעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967, מוטלת חובה על שר הדתות להיוועץ עם נציגים של כל בני הדתות הנוגעות בדבר. דבר שככל הידוע לנו לא נעשה.

7. לא למותר לציין, כי בעת"מ (י-ם) 1488/09 ד"ר מחמוד מסאלחה נ' ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ולבנייה ואח' (פורסם בנבו, 05.09.10), המדינה טענה כי מעלה המוגרבים אינו אתר קדוש, אף שהינו מעבר עילי לכותל המערבי ורחבתו (ראה גם פסקה 16 בפסה"ד בתיק ת"א 60379-03-14 מדינת ישראל נ' החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים ואח' (פורסם בנבו, 8.9.2014)).
8. לאור כל האמור לעיל, הנך מתבקש להורות על שינוי התקנות, ולחלופין, ליתן הבהרה חד-משמעית כי התקנות לא חלות על מנהרות הכותל, כפי שהמדינה עשתה לגבי מעלה המוגרבים.


בכבוד רב,
איתי מק, עו"ד



בס"ד

המשרד לשירותי דת
הלשכה המשפטית

221

ה' חשון תשע"ז
06 נובמבר 2016

לכבוד
מר איתי מק, עו"ד
בדוא"ל ובפקסימיליה

שלום רב,

הנדון: תחולת תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים במנהרות הכותל
סימוכין: מכתבך לשר לשירותי דת מיום 10.7.16

ראשית, צר לנו על העיכוב במתן תשובתנו. מכתבך שבסימוכין הועבר לטיפולו והרינו מתכבדים לחשיבך כדלקמן:

1. בחתאם להגדרת תקנה 1 לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמי"א-1981 (להלן: "התקנות") ייחשב כמקום קדוש חכותל המערבי ורחבתו, לרבות כל מבנה וכל מעבר עילי או תת קרקעי שהכניסה אליהם היא מתוך הרחבה וכן המקומות הקדושים ליהודים לפי הרשימה שבתוספת לתקנות. כבר כעת ניתן לקבוע, כי מכיוון שהכניסה למנהרות הכותל היא מתוך רחבת הכותל, הן עונות על ההגדרה דלעיל והן נחשבות מקום קדוש לפי התקנות.
2. בעניין חובת ההיוועצות שבחוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967, יובהר כי סעיף 4 לחוק מקים חובת היוועצות של השר עם נציגי בני הדתות הנוגעים לדבר בבואו לתקן תקנות בכל הנוגע לביצועו. עובר לתיקון התקנות בוצעה חובת ההיוועצות של שר הדתות דאז עם הרבנים הראשיים שהם נציגי בני הדתות הנוגעים לעניין. בכך קוימה חובת ההיוועצות הנדרשת.
3. לו היה השר פועל לתיקון התקנות בעניין זה, אכן הייתה מוטלת עליו חובת קיום ההיוועצות עם נציגי חדתות הנוגעות לעניין, כמצוות החוק. אולם, סוגיה זו כלל לא נצרכת בענייננו מאחר והדבר כבר הותקן בסעיף 1 בתקנות, כאמור.
4. לאור כל האמור, לא מצאנו לנכון לתקן את התקנות כפי שביקשת בפנייתך.

בכבוד רב,

חגי אברוקצ'לי, עו"ד
ממונה (ייעוץ משפטי)

העתק:

ח"כ דוד אזולאי, השר לשירותי דת
הרב שמואל רבינוביץ', רב הכותל והממונה על המקומות הקדושים
עו"ד ישראל פת, יועמי"ש המשרד לשירותי דת
עו"ד משה בא גד, יועץ חקיקה לשר לשירותי דת
עו"ד איגי מז, ייעוץ וחקיקה, משרד המשפטים