



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7192/04

בג"ץ 7800/05

בפני :
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת א' חיות

העותר בבג"ץ 7192/04 : אריה יצחק קינג
העותרים בבג"ץ 7800/05 : הוועד למניעת הרס העתיקות בהר הבית ו-17 אח'

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 7192/04 :
1. משטרת ירושלים
2. ניצב משנה ניסו שחם, מפקד תחנת דוד
3. רשות הגנים הלאומיים
4. עיריית ירושלים
5. משרד הבריאות (ע"י המנכ"ל)
6. רשות העתיקות (ע"י ג'ון זליגמן, ארכיאולוג מרחב י-ם)
7. הווקף המוסלמי (ע"י מנהל הווקף עדנאן חוסייני)

המשיבים בבג"ץ 7800/05 :
1. ראש ממשלת ישראל
2. השר לביטחון פנים
3. שרת החינוך התרבות והספורט
4. שר הבריאות
5. היועץ המשפטי לממשלה
6. רשות העתיקות
7. רשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים
8. עיריית ירושלים
9. ניצב א.פרנקו, מפקד משטרת מחוז ירושלים

עתירות למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : כ"ג בסיון התשס"ט (15.06.09)

בשם העותר
בבג"ץ 7192/04 : בעצמו

בשם העותרים
בבג"ץ 7800/05 : עו"ד ד"ר שמואל ברקוביץ ; עו"ד ישראל כספי

בשם המדינה:	עו"ד אורי קידר
בשם עיריית ירושלים:	עו"ד דני ליבמן
בשם רשות הגנים הלאומיים:	עו"ד שרה שלום
בשם רשות העתיקות:	עו"ד יורם בר-סלע

פסק-דין

השופטת א' חיות:

העתירות שבפנינו עניינן בבניה בלתי חוקית, חפירה ללא היתר וקבורת מתים המתבצעת לפי הטענה באזור "קרן העופל" הסמוך לחומה המזרחית של הר הבית בירושלים העתיקה. העתירה הראשונה (בג"ץ 7192/04) הוגשה על ידי אריה יצחק קינג, תושב הר הזיתים (להלן: קינג) ועתירה נוספת (בג"ץ 7800/05) הוגשה על ידי הוועד למניעת הרס העתיקות בהר הבית ושבעה-עשר עותרים נוספים, בהם אנשי רוח ואנשי אקדמיה. שתי העתירות נשמעו יחד.

השתלשלות הדברים וטענות הצדדים

1. על פי המתואר בעתירות החל מחודש יולי 2004 התבצעו עבודות בניה בלתי חוקיות להרחבת בית הקברות המוסלמי "באב אל רחמה" (להלן: בית הקברות) המצוי מצפון לחלקה 5 שבגוש 30111 בירושלים. חלקה זו ממוקמת באזור "קרן העופל" ובסמוך לחומה המזרחית של הר הבית מצד דרום (להלן: מתחם דרך העופל). בעתירות נטען כי בשנים האחרונות החלו ערבים מוסלמים לקבור את מתיהם במתחם דרך העופל ובנוסף נבנו עשרות תאי קבורה לשימוש עתידי אשר נרכשו כביכול על ידי משפחות מוסלמיות מאת המוכתר של שכונת סילוואן בירושלים המזרחית. עוד נטען בעתירות כי הקבורה והחפירות לצורכי קבורה הנעשות במתחם דרך העופל הינן בלתי חוקיות ומנוגדות לפקודת בריאות העם, 1940 משלא ניתן אישור שר הבריאות לקבורה במקום. כמו כן טוענים העותרים כי העיר העתיקה בירושלים וסביבתה הקרובה הוכרזו כ"אתר עתיקות" ומשכך כל פעולה בהן טעונה אישור של מנהל רשות העתיקות אשר לא ניתן בענייננו. העותרים מוסיפים וטוענים כי על פי תוכניות המתאר החלות על האזור נועד שטח העיר העתיקה לשיקום ולשימור ומתחם דרך העופל הינו "שטח ציבורי פתוח" (שצ"פ) אשר בניית קברים אינה נמנית עם השימושים המותרים בו; כי השטח שמסביב לחומות העיר העתיקה הוכרז כ"גן לאומי - סביב חומות ירושלים העתיקה" (להלן: הגן הלאומי) הנהנה מהגנה מיוחדת; וכי שטחו של מתחם דרך העופל הופקע בשנת 1995

על ידי עיריית ירושלים ומאז מצוי בבעלותה ועל כן יש בפעולות המבוצעות במקום גם משום הסגת גבול. עוד הודגש בעתירות כי למתחם דרך העופל חשיבות ארכיאולוגית רבה וכי בניית הקברים במקום מעלימה שרידים קדומים ואף מונעת אפשרות של חפירה ארכיאולוגית עתידית. העותרים מלינים על כך שבמשך השנים לא עשו המשיבים דבר למניעת העבירות החמורות כלשונם המבוצעות במתחם דרך העופל ולא העמידו לדין איש מן המעורבים בהן. במקום זאת, כך נטען, מנהלת עיריית ירושלים משא-ומתן עם מקימי מבני הקבורה להנמכתם. עוד הדגישו העותרים כי אין מקום להתייחס אל הפעולות הבלתי חוקיות המבוצעות במתחם דרך העופל כאל פעילות בלתי חוקית של הווקף המוסלמי בהר הבית, בין היתר נוכח העובדה שהמתחם מצוי מחוץ להר הבית ואיננו מקום מקודש למוסלמים וכן נוכח הפגיעה הבוטה בשלטון החוק הנגרמת כתוצאה מפעולות אלה. העותרים הוסיפו וטענו כי אין בסיס לחששם של המשיבים מפני תגובות הציבור הערבי בעקבות איסור על המשך הקבורה הבלתי חוקית במתחם דרך העופל וכי הסכמתם להמשך הקבורה עלולה להתפרש כהיתר להפרת החוק והסדר הציבורי במתחם ובאתרים אחרים בעיר. מטעמים אלה טענו העותרים כי התנהלות המשיבים בלתי סבירה וכי עקרונות שלטון החוק והשוויון בפני החוק מחייבים את קבלת העתירות. העותרים אף עתרו לצווי ביניים שיאסרו קבורה, עבודות חפירה, או עבודות בניה במתחם דרך העופל, פרט לעבודות שתבוצענה על ידי הרשויות המוסמכות, וזאת עד להכרעה בעתירות.

2. בתגובות שהגישו אישרו המשיבים כי אכן מתבצעות במתחם דרך העופל פעולות בניה בלתי חוקיות. כך ציינה עיריית ירושלים כי ידוע לה על עבירות הבניה המתבצעות במתחם, ואף טענה כי ביום 4.4.2005 הוציא ראש עיריית ירושלים צו הריסה מנהלי בו הורה על פירוק סילוק והריסה של המבנים שנבנו בו. עיריית ירושלים טענה כי צו זה לא הודבק על המבנים מאחר ומשטרת ישראל סירבה ליתן לפקחי העירייה את הסיוע הנדרש. עוד טענה עיריית ירושלים כי בשל רגישות האזור ובהתאם להנחיות שניתנו לה פנתה היא אל היועץ המשפטי לממשלה לקבלת עמדתו בדבר הצעדים בהם יש לנקוט כנגד הבניה הבלתי חוקית ובתשובה נמסר לה כי על כל פעולה להתבצע "בהנחיית הדרג המדיני", אך לא ניתנו לה כל הנחיות כיצד עליה לפעול.

הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים ציינה כי עבודות הבניה המבוצעות מחוץ לתחומי בית הקברות אכן מסכות נזק רב לגן הלאומי והן עשויות לגרור סגירת חלקים מן הטיילת המקיפה את החומות. לטענתה מנהל הגן הלאומי פנה לגורמים שונים, ובהם המשטרה, בנסיון למנוע את המשך הבניה ואת הקבורה המתבצעת במקום אך ללא הועיל ובהעדר שיתוף פעולה בהקשר זה קצרה ידה מלהושיע.

3. העמדה הראשונית שהציגה המדינה בתגובה לעתירתו של קינג, היתה כי דין העתירה להידחות מחמת קיומו של מעשה עשוי ומחמת שיהוי כבד. המדינה הדגישה כי הרחבת בית הקברות מתבצעת כבר שנים מספר ואין מדובר בהתפתחות חדשה וכתוצאה מכך, למעשה, השטח בו נבנו הקברים אינו שטח ציבורי פתוח כיום והוא מהווה המשך רצוף לבית הקברות. לגוף הדברים ציינה המדינה כי נוכח רגישות האזור הוחלט, על דעת הדרג המדיני, שלא לפנות מתים מן הקברים ולא להרוס מבני קבורה קיימים או למנוע קיום הלוויות בהם, אך היא הוסיפה וציינה כי הרשויות תפעלנה למניעת התרחבות נוספת של בית הקברות ולצורך כך תבואנה בדברים עם הוואקף המוסלמי. עוד ציינה המדינה כי בהתאם לנתונים שבידיה מצויים בשטח 95 קברים אשר ב-21 מתוכם קבורים מתים, 39 קברים חפורים אך ריקים ואילו לגבי היתר יש ספק אם נעשה בהם שימוש לקבורה, אם לאו. עוד טענה המדינה כי השיקולים המנחים אותה הם שיקולים ענייניים; כי עמדת רשות העתיקות היא שאין בקבורה משום פגיעה של ממש בעתיקות; וכי להערכת גורמי המשטרה מניעת הלוויות בשטח, ובוודאי ניסיון לפנות מתים מקברים, עלולים להביא להפרות סדר קשות. המדינה הדגישה כי כיוון שמדובר בשטח הממוקם סמוך לחומות הר הבית וכיוון שבית הקברות נתפס כחלק ממנו, יש לנקוט לגביו באותה זהירות ורגישות ולהחיל לגביו את אותם איזונים הננקטים לגבי הר הבית עצמו.

4. בהודעה משלימה מיום 21.2.2006, אותה הגישה בהתייחס לשתי העתירות, ציינה המדינה כי הוחלט, על דעת הדרג המדיני, כי לא תתאפשר חפירת מבני קבר חדשים במתחם דרך העופל וכי אם יאותר מבנה קבר חדש יוצא כנגדו צו הריסה מנהלי ומשטרת ישראל תסייע לעיריית ירושלים בביצועו, אך לא יפוננו מתים מקברים ולא תמנע קבורה במבני קבורה קיימים. עוד הוחלט כי הרשויות תערוכנה פעולות שונות למניעת התרחבות בית הקברות לשטחים ציבוריים פתוחים נוספים וגובשה הצעה מפורטת לעניין פיתוח השטחים הסמוכים לבית הקברות, ובהם המקטע נשוא העתירה (המקטע הדרומי). בהקשר זה ציינה המדינה, בין היתר, כי הוחלט להציב גדר לאורך שביל הולכי הרגל במקום, תוך הותרת גישה לקברים ולמבנים וכן לשטח של כשבעה מטרים הצמוד להר הבית אשר לא הופקע על ידי עיריית ירושלים וההתייחסות אליו היא כאל שטח הנמצא בבעלות פרטית. עוד הוחלט לגנן את השטחים הפתוחים במקום ולנקות את הפסולת המצויה בו ואף להציב שילוט על היות המקום גן לאומי. צעדים אלו, כך ציינה המדינה, אשר עלותם הכספית אינה מבוטלת עולים בקנה אחד עם מחויבותה לאכוף את החוק בהתחשב ברגישותו המיוחדת של מתחם דרך העופל. עוד טענה המדינה כי ככלל בית המשפט אינו נוטה להתערב בשיקול דעת הרשויות

המוסמכות לגבי פעולות אכיפת החוק המבוצעות על ידן וכי לשיהוי בו הוגשו העתירות משמעות מיוחדת במקרה דנן שכן לו היו העותרים מתריעים על דבר פעולות הבניה במועד היו הרשויות הרלבנטיות יכולות לנקוט בפעולות אכיפה נוספות אך כעת הצטמצמה יכולתן לפעול מבלי לגרום לפגיעה של ממש בסדר הציבורי. לבסוף טענה המדינה כי אף שאין עוררין על החשיבות הארכיאולוגית של מתחם דרך העופל ועל כך שהקבורה מכסה עתיקות, הרי שאין היא פוגעת בהם פיזית בשל העומק בו מצויים הממצאים הארכיאולוגיים.

הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים הודיעה כי אף שפעולות חפירה, בניה וקבורה אינן עולות בקנה אחד עם היות השטח גן לאומי, נוכח הרגישות הגבוהה של האזור היא מקבלת את עמדתה של המדינה כפי שפורטה לעיל.

5. הבקשות למתן צווי ביניים שהוגשו במסגרת העתירות נדחו (ראו החלטות מיום 2.9.2004, 24.12.2004, 5.9.2005 ו-2.4.2006), אולם ביום 27.2.2006, לאחר דיון בעתירות, ניתן צו על-תנאי המורה למשיבים ליתן טעם מדוע לא ימנעו את המשך הבניה הבלתי חוקית, החפירה ללא היתר וכן את המשך קיומן של לוויית וקבורת מתים במתחם דרך העופל. כמו כן התבקשו המשיבים ליתן טעם מדוע לא יגודרו כל הקברים בהם נקברו נפטרים במתחם דרך העופל, מדוע לא יחרסו לאלתר כל מבני הקבורה הריקים הנמצאים במתחם, מדוע לא יסולקו לאלתר כל השלטים ו/או האבנים המכריזים על שיוכן של חלקות למשפחות מוסלמיות לצורך קבורה בעתיד, מדוע לא יועמדו לדין מוכרי קברים, חופרי קברים וקוברי הנפטרים במתחם דרך העופל ומדוע לא יפותח המתחם, יגודר וישומר כגן לאומי וכאתר עתיקות.

6. בתשובה מיום 11.7.2006 ציינה עריית ירושלים כי אף שלפי עמדתה עליה לפעול לאכיפת דיני התכנון והבניה בכל מקום בתחומה של העיר ועל משטרת ישראל לסייע לה בכך, הרי שבהתחשב בטעמים של שמירה על בטחון הציבור ושמירה על הסדר הציבורי ניתן לשקול בענייננו לאטום את המבנים שנבנו באופן בלתי חוקי במקום להורסם. עוד ציינה עיריית ירושלים בתשובתה כי אם ייבנו בעתיד מבני קבורה חדשים יוצאו נגדם צווי הריסה מנהליים.

המדינה מצידה ציינה בתשובתה מיום 15.8.2007, כי לאחר בחינה מחודשת של אפשרויות הפעולה במתחם דרך העופל הוחלט, על דעת הדרג המדיני, כי המשיבים יפעלו למנוע, במידת האפשר, חפירת מבני קבר חדשים במתחם וכי משטרת ישראל תעניק לרשויות המוסמכות סיוע באכיפת דיני התכנון והבניה, לרבות סיוע בביצוע צווי

הריסה שיוצאו על מבני קבר חדשים שיחפרו, והכל בעיתוי המתאים. כן הוחלט כי משטרת ישראל תעניק לעיריית ירושלים ולרשות הטבע והגנים סיוע במניעת הלוויות במתחם דרך העופל, בכפוף לשיקולים קונקרטיים של בטחון ושל סדר ציבורי, והמדינה אף ציינה כי במספר מקרים שארעו בחודשים האחרונים פעלה משטרת ישראל למניעת קבורה במתחם. כן הוחלט כי יוענק סיוע של המשטרה לתוכנית גידור, גינון והסדרה של האזור נשוא העתירה לאחר שהכנתה תושלם על ידי רשות הטבע והגנים בתיאום עם עיריית ירושלים ולאחר קבלת האישורים הנדרשים על פי דין. לטענת המדינה בנסיבות אלה מיצו העתירות את עצמן ודינן להידחות, והיא הדגישה כי הצעדים שפורטו עולים בקנה אחד עם מחויבותה לאכיפת החוק בהתחשב ברגישותו המיוחדת של האזור. עוד טענה המדינה כי יש להורות על דחיית העתירה כיוון שהעותרים לא צירפו כמשיבים לה את כל הגורמים העשויים להיפגע כתוצאה מקבלתה (ובהם משפחות הנפטרים הקבורים בקברים ואלו שהקימו את מבני הקבר הריקים); כי יש לדחות את הסעד שביקשו העותרים בעניין העמדה לדין של מבצעי העבירות נוכח העובדה שלא הוגשה כל תלונה בנושא; וכן כי יש לדחות את הסעד בדבר כיסוי השטח בעפר שכן לא פורט מקור הסמכות לפעולה כזאת.

הרשות לשמירת הטבע והגנים הצטרפה לאמור בתשובת המדינה (למעט ההסתייגות שהביעה לעניין תפקידה בכל הקשור למניעת הלוויות), ובהודעה מעדכנת הוסיפה כי הוכנה על ידה "תכנית גנית" אשר נועדה למנוע את המשך הקבורה במתחם דרך העופל ולשפר את חזותו וזו אושרה על ידי הגורמים הרלבנטיים. עוד ציינה הרשות לשמירת הטבע והגנים כי ביצוע התוכנית החל ביום 15.7.2008 ובמסגרת זאת נוקה שטח של כ-200 מ"ר במתחם, מולאו ונסתמו 13 קברים ריקים וכן נפרסו על הקרקע רשתות יציקה מברזל ופוזרה עליהן אדמה גנית לשם מניעת חפירת קברים חדשים. לבסוף ציינה הרשות לשמירת הטבע והגנים כי בכוונתה לבצע עבודות גינון בשטח וכן לטפל בשטח נוסף המצוי במתחם וטענה כי בנסיבות אלה העתירות אכן התייתרו.

7. בתגובתם מיום 4.2.2009 לתשובות המשיבים הדגישו העותרים בבג"ץ 7800/05 כי למעשה אין מחלוקת בין הצדדים לעניין מעמדו המשפטי של מתחם דרך העופל ולעניין עבירות הבניה המתבצעות בו, וכי לפי המידע שברשותם שאינו תואם את עמדת המדינה, רק בחמישה עשר מן הקברים קבורים נפטרים וכל יתר מבני הקבורה שנחפרו ריקים. העותרים מדגישים כי בעקבות העתירות שינתה המדינה את מדיניותה ונענתה לעיקר העתירות, אך לטענתם העבודות בוצעו בחלק קטן מן המתחם ואילו במרביתו (כ-1,800 מ"ר) לא בוצעה עד היום כל עבודה והוא נותר מוזנח ובו קברים ריקים שטרם נסתמו וחלקות שעליהן שלטי אבן המייעדים אותן לקבורה. לטענת

העותרים הותרת תאי קבורה פתוחים היא בלתי סבירה שכן יש בה כדי להזמין "מחטפי קבורה" וכן היא מותירה את השטח כבית קברות ומונעת את הפיכתו לחלק מן הגן הלאומי. העותרים מוסיפים וטוענים כי נוכח מעמדו וחשיבותו של מתחם דרך העופל ונוכח חומרת העבירות שבוצעו בו אין מקום לטענות המדינה בדבר מעשה עשוי ושיהוי. עוד טוענים העותרים כי אין לדרוש מהם לחפש ולאחר את מבצעי העבירות במתחם ולצרפם לעתירה, כי לאחר פניה למשטרת ירושלים הסתבר כי גם בידיה לא מצוי מידע זה, וכי אם משהו מחופרי הקברים סבור היה שזכותו נפגעה, חזקה עליו שהיה פונה לבית המשפט. עוד טוענים העותרים כי אין הצדקה לכך שהמדינה משתהה ואינה מיישמת את התוכנית שהוכנה במלואה, וכי היא משתמשת בטיעון בדבר סכנה לסדר הציבורי כדי להצדיק את מחדליה על אף שאין כל יסוד עובדתי לטענה זו. העותרים מוסיפים וטוענים כי לפי עמדת המדינה הסיוע המשטרי מסוייג בקיום עיתוי מתאים ושיקולי בטחון, ובכך יש משום פתח לאי עשייה וכי נדרשת התחייבות ברורה של המדינה בדבר מועד לסיום כל העבודות הדרושות לצורך הפיכתו של מתחם דרך העופל לגן לאומי, ובכלל זאת סתימת כל הקברים הריקים ולגישתם יש להורות למדינה לעשות כן בתוך 90 יום לכל היותר. לבסוף טוענים העותרים כי בנסיבות שנוצרו יש לחייב את המדינה בתשלום הוצאותיהם ובשכר טרחת עורך-דין.

בבקשה שהוגשה על ידי קינג ביום 4.5.2009 הוא הוסיף וטען כי המדינה לא עומדת בהתחייבות שנטלה על עצמה, כי ביצוע חלק קטן בלבד מהתוכנית שהציגה המדינה הוא בבחינת עלה תאנה שהיא מבקשת להתכסות בו וכי לפי המידע שברשותו מוסיפים להיבנות קברים חדשים בשטח נוסף המצוי בתחומי הגן הלאומי והוא מבקש כי כל החלטה שתיתן תחול גם על שטח נוסף זה.

8. לקראת הדיון שהתקיים ביום 15.6.2009 ציינה המדינה כי בניגוד לרושם שמבקשים העותרים ליצור, עבודות הגינון עוררו רגישויות וגל של תגובות ונדרשה פעולה מצד גורמי הבטחון להבטחת הסדר הציבורי במרחב העיר העתיקה. עוד ציינה המדינה כי בכוונתה לאפשר לרשות לשמירת הטבע והגנים להמשיך בביצוע עבודות הגינון והדבר נמצא על סדר יומם של גורמי הבטחון המוסמכים, אך הדבר מערב שיקולים רגישים וככל שיש צורך בדבר נכונה היא להציג נתונים בעניין זה במעמד צד אחד. לבסוף ציינה המדינה כי בהתאם למידע שבידי משטרת ישראל לא נחפרו קברים חדשים בתקופה האחרונה ולא נקברו נפטרים בקברים קיימים. על כן המצב בשטח "מוקפא". המדינה הדגישה כי אין באפשרותה להתחייב ללוחות זמנים לביצוע העבודות, בין היתר כיוון שהתחייבות כזו היא כשלעצמה עלולה לעורר תסיסה וכיוון שיש למצוא את העיתוי הנכון לביצוע עבודות אלה.

נוכח עמדתם זו של המשיבים טענו העותרים כי לגישתם העתירות לא מיצו את עצמן וכי בפעולה חלקית שנעשתה לפני כשנה המדינה אינה יכולה לצאת ידי חובתה ועליה להמשיך ולנקוט פעולות בשטח על פי לוח זמנים ברור. העותרים לא הסכימו כי יוצג לבית המשפט חומר חסוי במעמד צד אחד לעניין ההיבטים הבטחוניים המנחים את המשטרה.

דיון

9. במתחם דרך העופל התבצעה בניה בלתי חוקית, וכן חפירה ללא היתר וקבורת מתים שלא כדין. עמדתה הראשונית והבלתי מספקת של המדינה היתה כי אף שיש לנסות ולמנוע התרחבות נוספת של בית הקברות, אין לפנות מתים מן הקברים ואף אין למנוע קבורה במבני קבורה קיימים נוכח רגישותו של המקום. לאחר דיונים נוספים בהם נטלו חלק כל הגורמים הרלוונטיים שינתה המדינה את עמדתה והחליטה כי בנוסף לפעולות אכיפה אפקטיביות למניעת חפירה של מבני קבורה חדשים, תסייע משטרת ישראל לעיריית ירושלים במניעת קבורה נוספת במתחם, הכל בכפוף לשיקולים קונקרטיים של בטחון ושל סדר ציבורי. עוד התחייבה המדינה כי יוענק סיוע משטרי לצורך הוצאה לפועל של תוכנית גידור, גינון והסדרה של מתחם קרן העופל, אשר הוכנה על ידי הרשות לשמירת הטבע והגנים. מתוך התשובות שהגישו המשיבים לאחר הוצאת הצו על תנאי אנו למדים כי המדינה עומדת בהתחייבותה למנוע את התרחבות בית הקברות וכן כי החלק הראשון של התוכנית לגידור ולגינון של המתחם בוצע. נוקה שטח של כ-200 מ"ר במתחם, מולאו ונסתמו 13 קברים ריקים ופוזרה אדמה גנית לשם מניעת חפירת קברים חדשים. הנה כי כן, המשיבים אינם חולקים על הצורך לפעול למניעת הפעילות הבלתי-חוקית במתחם דרך העופל והם אף החלו לאחר הגשת העתירות בנקיטת הצעדים הדרושים לצורך כך והכינו תוכנית מובנית לשמירה ולהגנה על ייעודו של השטח כשטח ציבורי פתוח וכגן לאומי. המחלוקת בין העותרים למשיבים לעת הזו מתמקדת בעיתוי ובקצב שבהם יש להוציא לפועל וליישם את התוכנית האמורה. העותרים סבורים כי על המדינה לבצע את התוכנית לגידור ולגינון לאלתר וללא דיחוי נוסף ואילו המדינה סבורה כי נוכח רגישותו של המקום, המצוי בסמוך להר הבית יש לנהוג בעניין זה בזהירות המתחייבת על פי המדיניות המיושמת לגבי הר הבית עצמו ולממש את התוכנית עקב בצד אגודל, לאחר בחינה מדוקדקת של ההשפעות שיהיו לכל פעולה בעיתוי בו תתבצע ועל מנת למנוע הפרות של הסדר הציבורי. על מנת לסבר את אוזנו בעניין זה ביקשה המדינה כאמור להציג בפנינו חומר

חסוי במעמד צד אחד אך העותרים מנימוקים השמורים עימם לא נתנו הסכמתם לכך ועל כן, לא הוצג בפנינו חומר זה.

ספק בעיניי אם אמנם יש להחיל לגבי מתחם דרך העופל את מידת הזהירות המופלגת בה אנו מנחים עצמנו ככל שהדברים נוגעים לאכיפת החוק בתחומי הר הבית (ראו: בג"ץ 4935/93 תנועת נאמני הר הבית נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מז(5) 864, 870-871 (1993); בג"ץ 9474/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ראש עיריית ירושלים (לא פורסם, 4.12.1997)). יחד עם זאת, הדעת נותנת כי באזור הסמוך להר הבית על הגורמים המוסמכים להתנהל בתכונה ובזהירות, לבחון בכל נקודת זמן אלו השפעות עשויות להיות לפעולות אכיפת החוק ולשקול את מכלול ההיבטים הרלבנטיים על כל מורכבותם. משסרבו העותרים לכך שיוצג בפנינו חומר חסוי במעמד צד אחד עומדות בחזקתן ההערכות הבטחוניות בדבר חשש מהפרעות סדר להן טוענת המדינה (ראו: בר"מ 5237/05 משרד הפנים נ' קרלסון, פסקה 9 (לא פורסם, 25.4.2006); בג"צ 7712/05 פולארד נ' ממשלת ישראל, פסקה 12 (לא פורסם, 8.6.2006)) ועל כן, לא ראיתי מקום לקבוע כי לעת הזו (להבדיל מן ההתנהלות שקדמה להגשת העתירות) המדינה גוררת רגליים באכיפת החוק ובשמירה על יעודו של השטח על פי תוכניות המתאר. המדינה הכינה תוכנית לגידור וגינון מתחם דרך העופל. היא החלה ביישום התוכנית והתחייבה להמשיך לבצעה תוך שימת-לב לשיקולים ביטחוניים ולשיקולים הנוגעים לשמירה על הסדר הציבורי. בנסיבות אלה אני סבורה כי העתירות מיצו את עצמן ואין טעם להותירן תלויות ועומדות בפנינו. חזקה על המדינה כי כך תפעל ומכל מקום, שמורה לעותרים הזכות לשוב ולעתור בעניין זה, ככל שתהא בידם עילה לכך.

אשר לטענה שהעלה קינג, לראשונה ביום 4.5.2009, בדבר עבירות בניה המתרחשות בשטח נוסף בתחומי הגן הלאומי. טענות אלה לא נכללו בעתירתו לכתחילה והעלאתן בשלב מאוחר זה של הדיון ובלא שניתנה למשיבים ההזדמנות לבדוק את הדברים ולהתייחס אליהם, אין לה מקום.

מן הטעמים שפורטו אציע אפוא לחבריי לדחות את העתירות ויחד עם זאת אוסיף ואציע לחייב את המשיבים בהוצאותיו של קינג בסך של 3,000 ש"ח וכן בהוצאות ובשכ"ט עורך-דין של העותרים בבג"ץ 7800/05 בסך של 7,500 ש"ח, נוכח תרומתן של העתירות דכאן להצפת בעיה ממשית הקיימת במתחם דרך העופל ולקידום מהותי של הטיפול באותה בעיה.

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' גרוניט:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, כ"ז תמוז, תשס"ט (19.07.2009).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט