



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2818/20

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ג' קרא

העותרים: 1. יהודה עציון
2. ארנון סגל

נ ג ד

המשיבים: 1. ראש הממשלה
2. היועץ המשפטי לממשלה
3. מפקד מחוז ירושלים
4. הוקף המוסלמי בהר הבית

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: כ"ד באייר התש"ף (18.05.2020)

בשם העותרים: עו"ד איתמר בן גביר
בשם המשיבים 1-3: עו"ד עמרי אפשטיין ועו"ד יובל שפיצר

פסק-דין

השופט י' עמית:

ושוב נדרשים אנו לעתירה שעניינה פגיעה בזכויות יסוד בימי קורונה.

1. בעתירה שבפנינו התבקש בית המשפט לאפשר לקבוצת יהודים לעלות אל רחבת הר הבית מדי יום, כפי שנעשה עד ליום 22.3.2020, מועד בו נאסרה כניסת יהודים אל הר הבית. בעתירה התבקש להחריג את הר הבית מצו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: הצו), כשם שהצו הוחרג בפועל לגבי כניסת אנשי הוקף שמתפללים ברחבת ההר ובתוך המסגד, וכשם שהצו הוחרג לגבי הכותל המערבי, מערת המכפלה וקבר רשב"י בהר מירון בזמן ל"ג בעומר. כן נתבקש בית המשפט להורות על ביטול ההסכם או ההבנה עם ממלכת ירדן או עם גורמי הוקף בהר הבית מיום 22.3.2020, ולפיהם יינעלו שערי הר הבית בפני יהודים.

2. העותרים עמדו בעתירתם על חשיבותו של הר הבית, על מעמדו בחקיקה ובפסיקה, ועל כך ששטחו הוא חלק משטחה הריבוני של מדינת ישראל. בתמצית שבתמצית, העותרים טענו כי האיסור על עלייה להר הבית פוגע בזכויות יסוד של

העותרים; כי מהתבטאויות בתקשורת של אנשי הוקף ואנשי דת פלסטינים עולה כי הוקף התנה את סגירת ההר למתפללים מוסלמים בסגירתו בפני מתפללים יהודים; כי גורמים אלה איימו כי אם יעלו יהודים להר הבית דרך שער המוגרבים, שערי הר הבית ייפתחו בפני עשרות אלפי מתפללים מוסלמים על אף איסור ההתקהלות בשל מגפת הקורונה; וכי הושגה הבנה לגבי הגבלת הגישה להר הבית בין גורמים במדינה לבין ארמון המלוכה ההאשמי.

3. הערה מקדמית: העותרים טענו גם כנגד חוקיות תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), התש"ף-2020 (להלן: התקנות). בנושא זה תלויה ועומדת עתירה עקרונית אשר נדונה ביום 7.5.2020 בהרכב מורחב בבית משפט זה (בג"ץ 2399/20 עדאלה נ' ראש הממשלה), וכפי שהובהר במהלך הדיון ובפסיקתו של בית משפט זה, לא נידרש גם הפעם לטענה עקרונית-מקדמית זו (בג"ץ 2435/20 לוונטה נ' ראש הממשלה, פסקה 11 (7.4.2020) (להלן: עניין לוונטה); בג"ץ 2394/20 באמונתו יחיה נ' ראש הממשלה, פסקה 5 (16.4.2020); בג"ץ 2705/20 סמדר נ' ראש הממשלה, פסקה 5 (27.4.2020) (להלן: עניין סמדר)).

אקדים ואומר, כי דין העתירה להידחות לגופה.

4. על רקע התפרצות נגיף הקורונה, נאסרו מכוח הצו התקהלות ושהייה במרחב הציבורי, לרבות לצורך קיום פעילות דתית. על פי סעיף 3א(ב) לצו מיום 7.5.2020 שנכנס לתוקפו ביום 10.5.2020, הועמד איסור ההתקהלות בשטח פתוח על 50 אנשים, תוך שמירת מרחק של 2 מטרים בין אדם לאדם.

עוד לפני כן, התקינה הממשלה מכוח סמכותה לפי סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה את התקנות. בתקנות, שתחילתן ביום 22.3.2020, נקבע איסור יציאה למרחב הציבורי בחריגים כאלה ואחרים, כפי שתוקנו מעת לעת על פי הערכות מצב התחלואה במדינה והחלטות הממשלה. במסגרת חריגים אלה, נקבעו הוראות שונות הנוגעות לקיום תפילה, ובתיקון מס' 10 לתקנות מיום 5.5.2020 נקבע חריג המאפשר תפילה ל-19 מתפללים בשטח פתוח תוך שמירת מרחק בין אדם לאדם. בתיקון מס' 11 לתקנות מיום 7.5.2020 שנכנס לתוקפו ביום 10.5.2020, נוספו חריגים רבים נוספים, אך נותר על כנו האיסור על תפילה עם אדם נוסף במבנה. בסעיף 8 לתקנות נקבע כי אין בהן כדי לגרוע מהוראות הצו.

זו אפוא המסגרת הנורמטיבית הנוגעת לימי הקורונה, ועל רקע זה אנו באים לנושא שבפנינו.

5. ככלל, בימי שגרה, הר הבית פתוח לתפילות מוסלמים, שנכנסים אליו דרך שמונה שערים, כאשר ניהול כניסתם נעשה על ידי הוקף המוסלמי. הר הבית פתוח למבקרים בני כל הדתות, כולל ליהודים, בכפוף לכללי הביקור במקום, ואלה נכנסים דרך שער המוגרבים ומלווים על ידי משטרת ישראל. בימים של שגרה, מתפללים מאות אלפי מוסלמים במהלך השבוע בהר הבית, ובימי שישי המספר אף מגיע לעשרות אלפי מתפללים מוסלמים, כולל ערבים ישראלים. בימים של חודש הרמדאן מספר המתפללים גדול שבעתיים, והוא גדול עוד יותר בעשרת הימים האחרונים של חודש הרמדאן. גם זמן שהייה במסגדים ארוך יותר בתקופת הרמדאן. בשל כך, גם בימי שגרה, נסגר ההר לכניסת מבקרים בימים האחרונים של חודש הרמדאן.

עם פרוץ הקורונה נוצר צורך חיוני ודוחק לאסור על התקהלות מתפללים בהר הבית ובסביבתו, על מנת למנוע הדבקה המונית. כפי שנכתב בתגובת המשיבים, על מנת לאכוף את הוראות הצו והתקנות, פעלו גורמי המדינה הרלוונטיים, לרבות בשיח מול הוקף, והחל מיום 22.3.2020 נסגר ההר למתפללים מוסלמים ולמבקרים כאחד. היחידים המורשים לעלות להר הם עובדי הוקף, כ-50 במספר.

כעת, משהונחה בפנינו התמונה העובדתית הצריכה לעניין, אנו באים אל לב העתירה.

6. על ערגתו וכיסופיו של העם היהודי לציון, לירושלים הבנויה ולהר הבית שנמצא "בראש ההרים ונשא מגבעות" (ישעיהו ב, ד) אין צורך להרחיב את הדיבור. "הר הבית בדינו", הדהדו דבריו של מח"ט הצנחנים מוטה גור ברשת הקשר ביום השלישי של מלחמת ששת הימים, והרגע הרעיד לבבות ונחרת בחיי האומה (על הר הבית בדברי ימי ישראל ראו סקירתו המאלפת של השופט מ' אלון בבג"ץ 4185/90 נאמני הר הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(5) 221, 227-248 (1993) וכל המוסיף גורע).

הר הבית נמצא בשטח ירושלים, בשטחה הריבוני של מדינת ישראל, וכמקום קדוש חלים עליו חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967 וסעיף 3 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל. משטרת ישראל היא האמונה על ביטחון הציבור ועל שמירת הסדר הציבורי בהר הבית, בבחינת ידה הארוכה של ריבונות המדינה. עם הריבונות באה הסמכות ועם הסמכות באה האחריות ועם האחריות באה התבונה והרגישות. שלא

בטובתנו, הר הבית הוא מקום נפיץ, המקום אליו נשפכים נהרות הלבנה של הסכסוך הלאומי ושל הסכסוך הדתי, ומכאן סכנת ההיתוך בליבת הכור הלוהט. לא תהא זו הפרזה לומר כי מדובר באחד המקומות המורכבים והרגישים ביותר במזרח התיכון אם לא בעולם כולו, ואפשר כי גפרור אף יצית להבה. אין צורך להרחיק עדותנו, באשר האירועים והמאורעות בסכסוך הדתי-לאומי הנוגעים להר הבית ולכותל המערבי ידועים ומלווים אותנו מזה כמאה שנים, עוד מלפני קום המדינה עד ימינו אנו. הפסיקה הדהדה אינספור פעמים את הרגישות היתרה ואת הנסיבות הייחודיות של הר הבית: "כל תקרית קטנה במקום כזה עלולה להביא להתלקחות גדולה" (בג"ץ 99/76 כהן נ' שר המשטרה, פ"ד ל(2) 505, 507 (1976)); "המצב רגיש והרהר סכנות על רקע בין-עדתי והמקום מועד לפורענות" (בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141, 168 (1970)).

לא בכדי, התערבותו של בית משפט זה במשולש הגבולות הרגיש של דת, מדיניות חוץ ושיקולי ביטחון וסדר ציבורי, היא זהירה במיוחד. שיקול דעת רחב לרשות המבצעת מחד גיסא, וביקורת שיפוטית מצומצמת מאידך גיסא. הדברים חזרו ונשנו בפסיקה: "מדובר בעניינים שהם באופן מובהק שאלות של מדיניות פנים, חוץ וביטחון. נושאים שהם בליבת שיקול הדעת של הרשות המבצעת ובית משפט זה ממעט, אם בכלל, להתערב בהם" (בג"ץ 8871/17 פואה נ' ניצב יורם הלוי, מפקד מחוז ירושלים, פסקה 14 (14.12.2017) (להלן: עניין פואה)). כן ראו בג"ץ 4935/93 תנועת נאמני הר הבית נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מז(5) 865, 871 (1993); בג"ץ 8666/99 תנועת נאמני הר הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 199, 203 (2000).

7. טענת ההפליה שהעלו העותרים דינה להידחות.

עמדנו על כך שבימים של שגרה, עשרות אלפי מוסלמים פוקדים את הר הבית. אך בימים אלה של קורונה, "כיכר השוק ריקה ואין פוקד את הר הבית בעיר העתיקה". לכן, דווקא עליית יהודים לתפילה בהר הבית, גם אם במספר זעום, היא שעלולה להפר את הסימטריה וההדדיות.

ודוק: העובדה שהותר לכ-50 עובדי הוקף להיכנס לשטח מתחם הר הבית לצורך ניהול שוטף ותחזוקה, לצד שוטרים ואנשי כוחות הביטחון, אינה שקולה לכניסת מתפללים מוסלמים. זאת, גם אם במהלך היום, עובדי הוקף מתפללים בשטח, ואף מתפללים בצוותא, אגב עבודתם והימצאותם שם. בהקשר זה, לא למותר לציין כי משטרת ישראל פועלת על מנת לאכוף על עובדי הוקף במקום את שמירת הכללים של מרחק בין

אדם לאדם, עטיית מסכות ואיסור התקהלות. ובקיצור, הטענה שהעלו העותרים, לפיה כביכול מתירים למוסלמים להתפלל בהר הבית בימי קורונה אך לא מתירים ליהודים לעשות כן, היא טענה שאין לקבלה, לא בהיבט הכמותי וגם לא בהיבט "האיכותי". התכלית העיקרית שבבסיס כניסת עובדי הוקף אינה לצרכי תפילה, כך שלא הפליה בפנינו אלא שוני רלוונטי (על הסעיף בהסכם השלום עם ירדן שהוא הבסיס למעורבות הוקף, ראו בג"ץ 6421/16 חוג הפרופטורים לחוסן מדיני וכלכלי נ' ראש הממשלה, פסקה י ((28.3.2017)).

8. צודקים העותרים בטענתם כי ההגבלה על עליית יהודים להר הבית פוגעת בשורה של זכויות יסוד חוקתיות כמו חופש הפולחן, חופש התנועה וחופש העיסוק, לצד פגיעה ברגשות דת ובכמיהה לעלות אל ההר. אך כמו כל הזכויות החוקתיות, זכויות אלה אינן מוחלטות. כך בכלל וכך בעניין הר הבית בפרט (בג"ץ 5403/11 סלומון נ' ניצב ניסו שחם, פסקה 5 (2.2.2012); עניין פואה, פסקה 10; בג"ץ 8026/16 מוריס נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 8 (20.10.2016)). מול זכויות אלה יש להעמיד את השמירה על בריאות הציבור וביטחונו. לצורך הדיון אני נכון לקבל את טענת העותרים כי המבחן לפגיעה בהן, כולן או חלקן, הוא מבחן הוודאות הקרובה ועוצמת הפגיעה הצפויה (השוו בג"ץ 4044/93 סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים, משטרת ישראל, פ"ד מט(5) 617, 621 (1996); בג"ץ 2697/04 סלומון נ' ניצב מיקי לוי, מפקד מחוז ירושלים, פ"ד נח(4) 572, פסקה 3 (2004)).

היו אלה העותרים עצמם שצירפו לעתירתם התבטאויות שונות של אנשי וקף ואנשי דת מוסלמים, שאיימו והזהירו כי הפסקת כניסת מתפללים מוסלמים למסגד אל-אקצא נעשתה בתנאי שגם מבקרים יהודים לא ייכנסו משער המוגרבים. דרשן מסגד אל-אקצא פרסם "אזהרה מפני מתן היתר למתנחלים לפרוץ להר הבית", ובנספחי העתירה לכדה את עיני הכותרת "אזהרה פלסטינית מפני ניצול של הכיבוש את הקורונה על מנת לייהד את אלאקצא" [תרגום שלי – י"ע]. לצד הרגישות האינהרנטית הנובעת מקדושתו של המקום, הרי שגם הדמיון, הבדיה, השמועה, ההסתה וההתססה משחקים תפקיד לא מבוטל בנפיצות המתלווה לכל סוגיה הקשורה במישרין או בעקיפין להר הבית. "ניטרול המטענים" נעשה על ידי גורמים שונים ברשות המבצעת, בערוצים כאלה ואחרים, חלקם סמויים מן העין.

לבקשת המשיבים, ובהסכמת העותרים, שמענו במעמד צד אחד בדלתיים סגורות את הגורמים הרלוונטיים, וניהלנו עמם שיח ושיג. המורכבות והרגישות הפוליטית הבין-דתית והבינלאומית בכל הכרוך במתחם הר הבית הן מן המפורסמות. כך בימי שגרה, קל

וחומר בתקופה רגישה כמו חודש הרמדאן. אין מדובר במצב שכיח של הפגנה שבה אין להתיר "לקהל עוין זכות וטו על הפעלתן של זכויות יסוד חוקתיות" (בג"ץ 3641/03 תנועת נאמני הר הבית נ' הנגבי, פסקה 3 (28.4.2003)). לכן, אין להשוות את מלאכת האיזון האופקי והאנכי שנעשית על ידי בית המשפט בהקשר של הר הבית, נוכח ההיבט של ביטחון הציבור ויחסי החוץ של המדינה, לזו שנעשית בהקשר של הפגנות וחשש לעימותים "פנימיים" בין בני החברה הישראלית לבין עצמם, דוגמת כביש בר אילן, מצעדי גאווה או הפגנות ימין או שמאל פוליטי. בהיבט זה, "הר הבית הינו יחיד ומיוחד שאין בו כדי להעיד על הכלל" (בג"ץ 8988/06 משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים, פסקה 11 (27.12.2006)), ו"ירושלים אינה כשאר ערים שבעולם והר הבית אינו כשאר מקומות שבירושלים" (בג"ץ 2341/95 סלומון נ' משטרת ישראל, פ"ד נא(5) 781, 786 (1997)).

9. באספקלריה של פסקת ההגבלה, התקנות והצו תחומים בזמן ובמקום, ונועדו לתכלית ראויה של שמירה על בריאות הציבור ועל הסדר הציבורי. במבחני המידתיות קיים קשר רציונלי ישיר בין סגירת הר הבית בפני קהל המתפללים לבין התכלית; האמצעי שנבחר מגשים את התכלית בצורה הראויה והנדרשת; וגם מבחן המידתיות במובן הצר מתקיים (השוו וראו בהרחבה עניין סמדר בפסקאות 12-16). לאור הייחודיות והרגישות הנוגעת למתחם הר הבית, אין להקיש לענייננו מההסדרים לגבי הכותל המערבי, מערת המכפלה וקבר רשב"י, שגם לגביהם נקבעו איסורים והסדרים פרטניים.

10. ולבסוף, נחזור לנקודת ההתחלה. כפי שנמסר על ידי המשיבים, גם בימי שגרה, לקראת סוף חודש הרמדאן נסגר ההר למבקרים. כך נעשה גם כעת.

11. לא מצאנו אפוא עילה להתערב בשיקול דעתם של המשיבים ואנו דוחים את העתירה.

אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ"ה באייר התש"ף (19.5.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

