



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

עע"מ 1883/21

לפני : כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ע' גרוסקופף
כבוד השופט א' שטיין

המערערים : 1. עיריית חברון
2. הווקף של חברון
3. הועד לשיקום העיר העתיקה בחברון

נ ג ד

המשיבים : 1. שר הביטחון
2. ראש המנהל האזרחי של יו"ש
3. ועדת המשנה להתנגדויות - מועצת התכנון העליונה של יו"ש
4. ועדת המשנה לתכנון והרישוי של יו"ש - מועצת התכנון העליונה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים בתיק עתמ
006666-12-20 שניתן ביום 04.03.2021 על ידי כבוד השופט
ר' וינוגרד

תאריך הישיבה : כ"ז בחשון התשפ"ב (02.11.2021)

בשם המערערים : עו"ד סאמר שחאדה
בשם המשיבים : עו"ד אבי מיליקובסקי, עו"ד יובל שפיצר
בשם המבקשים להצטרף : מנכ"ל ארגון צלמון

פסק-דין

השופט י' עמית:

הערעור שלפנינו נסב על הנגשת מתחם מערת המכפלה לאנשים עם מוגבלות.

1. מערת המכפלה היא מקום קדוש ליהודים למוסלמים (الحرم الإبراهيمي) ולנוצרים, ואין צורך להכביר מילים על אודות חשיבותה הדתית, ההיסטורית והארכיאולוגית לשלוש הדתות. האתר זוכה לפופולריות גוברת והולכת, ובמהלך שנת 2019 פקדו את המקום מאות אלפי מבקרים ומתפללים יהודים, לצד למעלה ממאה אלף תיירים.

למרבה הצער, האתר הקדוש אינו נגיש, פשוטו כמשמעו, לאנשים עם מוגבלויות. ממגרש החניה שלמרגלות אתר מערת המכפלה ועד לרחבה הראשית מובילים שלושה גרמי מדרגות שבכל אחד מהם 8 מדרגות (=24 מדרגות) ובהמשך, מהרחבה

הראשית ועד לכניסה למערת המכפלה, הגישה נעשית דרך "מדרגות היוסופיה" הכוללים 59 מדרגות (סה"כ 83 מדרגות עד הכניסה). במצב דברים זה, ברי כי האתר הקדוש אינו נגיש למי שמתנייד בכסא גלגלים או למי שמתקשה בהליכה.

2. כפי שציינו המשיבים בתגובתם, נושא ההנגשה של מערת המכפלה נדון ונבחן בפני הגורמים המקצועיים, המשפטיים והמדיניים באופן יסודי ולאורך שנים רבות. לאחר שנים רבות של אי עשייה, החלו המשיבים בצעדים מעשיים להנגשת האתר. לשם כך, הוצאו שני צווים להפקעת שטחים הנדרשים לצורך הנגשת מתחם מערת המכפלה: האחד – להפקעת שטח של כ-239 מ"ר לצורך סלילת שביל גישה ממגרש החניה שלמרגלות האתר ועד לרחבה הראשית (המדובר בשביל שעובר במדשאה הסמוכה לשלושת גרמי המדרגות), והשני – להפקעת שטח של כ-94 מ"ר לצורך הקמת מעלית מהרחבה הראשית של אתר מערת המכפלה ועד לכניסה למערת המכפלה שבמפלס העליון. לצד שני צווים אלה, קיבלו המשיבות 3-4 מספר החלטות הקשורות בביצוע העבודות: נטילת הסמכויות מעיריית חברון בכל הקשור בהנגשה; מתן היתר לביצוע העבודות הנדרשות לצורך הנגשה האתר; ודחיית עררים על החלטות המשיבה 4.

3. המערערים הגישו עתירה מינהלית כנגד צווי ההפקעה וההחלטות שהתקבלו על ידי המשיבים לצורך הנגשת מתחם מערת המכפלה לאנשים עם מוגבלויות.

בית משפט קמא בחן את טענות המערערים אחת לאחת ודחה את כולן. על כך נסב הערעור שלפנינו, שבו חזרו המערערים על טענותיהם כנגד ההפקעה וההחלטות השונות. בתמצית שבתמצית, נטען כי מאחורי הפעולות המתוכננות עומד מניע פוליטי; כי הפעולות המתוכננות פוגעות באופיו של המקום; וכי קיימות חלופות אחרות לביצוע ההנגשה, חלופות שפגיעתן במערערים ובאוכלוסיה המקומית והמוסלמית קטנה מהפגיעה שנגרמת על פי החלופות שנבחרו.

4. אקדים ואומר כי פסק דינו של בית משפט קמא מקובל עלינו ואנו מאמצים אותו על קרבו ועל כרעיו מכוח סמכותנו לפי תקנה 148(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018, החלה על ההליך דנן מכוח תקנה 34 לתקנות בתי משפט לענינים מינהליים (סדרי דין), תשס"א-2000.

בנקודה זו יכולים היינו לסיים הילוכנו. עם זאת, ואך ורק משום רגישות הנושא וחשיבותו, מצאנו להציג בתמצית את עיקרי ההנמקה לדחיית טענות המערערים.

5. נקודת המוצא היא כי על ענייננו חלים העקרונות שנקבעו בבג"צ 10356/02 הס' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443 (2004) (להלן: עניין הס'). שם נקבע כי זכותם של תושביה היהודים של קרית ארבע לממש את חופש הדת והפולחן ולהגיע בבטחה לתפילה במערת המכפלה גם בימי חג ומועד שבהם מגיעים המתפללים למקום בהליכה. על רקע זכות זו, אישר בית המשפט תפיסה של מספר חלקות קרקע בבעלות פרטית לאורך הציר, ועל הריסת כמה מבנים בלתי מאוכלסים לאורכו.

6. עניין הס' חל במקרה דנן על דרך של קל וחומר, באשר אין לפנינו התנגשות של ממש בין הזכות לחופש הפולחן לבין זכות הקניין הפרטי. על אף שהעבודות מצריכות הפקעה של שטחים, לא התרשמנו כי יש בהפקעה זו משום פגיעה של ממש במערערים. מההדמיות שהוצגו לנו עולה כי השביל שייסלל, יעבור בתוך המדשאה הצמודה. השביל "עוקף" את הצורך לעלות במדרגות, משתלב "באופן הרמוני" ונופי בתוך המדשאה, ומאפשר לאנשים עם מוגבלות להגיע באופן עצמאי לרחבה, מבלי להיעזר באחרים. השטח הנוסף שהופקע נמצא ברחבה והוא מיועד להקמת המעלית (וככל שהתרשמנו מההדמיה, המדובר במבנה מעלית המעוצב באופן ייחודי).

למרות שהמערערים הכבירו בטיעונים על כך שעבודות ההנגשה תפגענה באופיו של המקום הקדוש, התקשינו לזהות פגיעה של ממש באתר. וזאת יש לזכור. אתר מערת המכפלה קדוש ומקודש גם ליהודים, ואם היה בביצוע העבודות כדי לפגוע באופיו של האתר או בקדושתו, יש להניח כי הצד היהודי היה נזעק להגנת המקום, לא פחות מהמערערים.

7. נטילת הסמכויות מהמערערים: אין ממש בטענות המערערים בנושא זה, ולא סגי בהצהרתם הנוכחית לפיה הם מסכימים להנגיש את אתר מערת המכפלה לטובת אנשים עם מוגבלויות.

הצהרות לחוד, ומעשים לחוד. כפי שעולה מתגובת המשיבים, משך שנים ניסו המשיבים לפעול בשיתוף פעולה עם עיריית חברון ועם הווקף כדי לקדם את נושא הנגשת האתר, אך כל הפניות נתקלו בחוסר היענות. משכך, ולאחר מיצוי הניסיונות לבצע את ההנגשה בתיאום ובשיתוף פעולה, לא נותרה למשיבים ברירה אלא לפעול בעצמם, תוך נטילת הסמכויות מהעירייה בהתאם להוראת סעיף 7(2) לצו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובנינים (יהודה והשומרון) (מס' 418), התשל"א-1971. צו זה מאפשר למועצת התכנון העליונה "ליטול לעצמה כל סמכות הנתונה לוועדה מן הוועדות הנזכרות בסעיפים 2 ו-5" לצו. משנמנעו המערערים מלשתף פעולה בכל הקשור לתכנון ההנגשה, לא היה מנוס מליטול את הסמכויות של העירייה והווקף מכוח הצו הנ"ל. כפי שציין בית משפט

קמא, אין זו הפעם הראשונה שהמשיבה 4 מפעילה סמכות זו, והדבר נעשה גם בעבר, עת נוצר הצורך להקים מבנה שירותים עבור המבקרים במערת המכפלה.

בהקשר זה אין לקבל את טענת המערערים כי פעולות ההנגשה נוגדות את הוראות הסכמי הביניים ואת "פרוטוקול חברון" ואין לי אלא להפנות לדבריו הנכוחים של בית משפט קמא: "הותרת 'המצב בעינו' בעניין מערת המכפלה אין פירושה כי זו תיוותר כאבן שאין לה הופכין ותזנח או כי לא ניתן להורות על הנגשתה בדרך שתממש את זכויות האדם הבסיסיות של ציבור האנשים עם המוגבלויות" (שם, פסקה 27 לפסק הדין). נטילת הסמכויות נעשתה באופן מדוד, זהיר ומידתי, כפי שיובהר להלן. קשה להלום כי העירייה תסרב ביד אחת לשתף פעולה בביצוע ההנגשה, תוך פגיעה בזכויות אנשים עם מוגבלויות ותוך אי מילוי חובותיה כרשות מקומית שאמונה על טובת הכלל, וביד השניה תלין על כך שסמכויותיה ניטלו ממנה לאחר שבחירה ביודעין, מטעמים השמורים עמה, לזנוח את סמכויותיה ולנקוט מדיניות של 'שב ואל תעשה'.

8. החלופות השונות לביצוע ההנגשה: כאמור, המערערים שינו טעמם, ועל רקע הצהרתם הנוכחית כי אינם מתנגדים להנגשה כשלעצמה, העלו טענות לגבי החלופות השונות שנבחנו והחלופות שנבחרו לבסוף.

דין הטענה להידחות, ולו על רקע ההלכה הפסוקה לפיה בית המשפט אינו "מתכנן-על" ואינו מעמיד את שיקול דעתו תחת שיקול דעתם המקצועי של רשויות התכנון (להחלת הלכה זו גם על מוסדות התכנון באיו"ש, ראו, לדוגמה, בג"ץ 6525/15 ארגון עמק שווה נ' ועדת המשנה להתנגדויות של מועצת התיכנון העליונה, בפסק דינם של השופטים נ' סולברג ו-י' אלרון (6.8.2019); בג"ץ 8171/09 יוסף נ' מועצת התיכנון העליונה במינהל האזרחי, בפסקה 21 (20.11.2011); בג"ץ 3384/13 זעאקיק נ' ועדת המשנה לפיקוח על הבנייה ביו"ש, בפסקה 10 (27.10.2014); בג"ץ 5470/17 מוחמד נ' שר הביטחון, בפסקה 24 (9.10.2018)).

הלכה זו כוחה יפה במיוחד למקרים כגון דא, כאשר בחינת החלופות השונות והבחירה באחת מהן, כרוכה בשיקולים הנדסיים-קונסטרוקטיביים ובשיקולים מקצועיים מובהקים נוספים. אף לא למותר לציין כי למרות שנושא ההנגשה נדון משך שנים עם המערערים, הם נמנעו מלהגיש חוות דעת או תכנית הנגשה חלופית, ודי היה בכך כדי לדחות טענותיהם.

9. למרות זאת, ובהינתן הרגישות והחשיבות של הנושא, לא פטרנו את עצמנו מבחינת החלופות השונות לגופן, כפי שעשה גם בית משפט קמא.

מסמך החלופות כולל שלוש חלופות אפשריות לכל אחד משני הנושאים שעל הפרק: הגישה מאזור החניה לרחבה המרכזית, והגישה מהרחבה המרכזית אל הרחבה הפנימית שבמפלס העליון. לכל אחת מהחלופות ניתן ציון על פי ארבע אמות מידה: מורכבות הנדסית; מידת הפגיעה בסביבה בהיבט ארכיאולוגי/שימור; נוחות משתמש הקצה; והעלות. החלופה שהומלצה על ידי הדרג המקצועי היא החלופה בעלת הציון הנמוך ביותר.

בבחינת החלופות השונות "ניטרלית" את נושא העלות, מתוך הנחה כי מאחר שמדובר במקום קדוש ורגיש, ראוי להניח בצד את הנושא הכספי, על אף חשיבותו. בכל הקשור לגישה מהרחבה המרכזית למפלס העליון, מתקבלת תוצאה ניצחת, ולפיה חלופה מס' 2 שנבחרה מקבלת את הציון 5 בעוד שהחלופות האחרות מקבלות את הציון 11 (חלופה 1) ו-8 (חלופה 3). עם שקלול העלות הכספית הפער אף גדל, כאשר חלופה 2 מקבלת ציון של 6 נקודות לעומת החלופות האחרות (חלופה 1 - 14 נקודות; חלופה 3 - 10 נקודות).

אך דומה שאין צורך להידרש לניקוד, ודי לעיין בחלופות השונות מאחר שהדברים מדברים בעד עצמם. מהמעלית המתוכננת על פי חלופה 2 יוצא גשרון קצר אשר מגיע ונתמך ומעוגן בקצהו ברחבת הכניסה הקטנה אל תוך המערה. התקשינו להבין את טענת המערערים כי גשרון זה פוגע בדרך כלשהי במדרגות "אליוסופיה". אין להשוות את המעלית והגשרון לחלופה שהוצעה על ידי המערערים – התקנת מעלונים על המדרגות הקיימות. כל שיותקן מעלון הרי שהוא יתפוס חלק ניכר מרוחב המדרגות ויצריך סיוע של אדם נוסף, מה שפוגע בעצמאות ובניידות של בעלי המוגבלות.

רשמנו לפנינו כי החפירה לצורך ביסוס פיר המעלית תנוהל בזהירות רבה באמצעות כלים ידניים, בליווי ובפיקוח של יחידת קמ"ט ארכיאולוגיה וכי אין בעבודות כדי לפגוע בעתיקות במקום (השוו בג"ץ 5866/16, 6697/16 עיריית חברון נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בפסקה 11 (28.12.2016)). המעלית עצמה אמורה להיבנות מחומרים קלים שיאפשרו את פירוקה בעתיד אם וככל שתמצאנה חלופות הנגשה טובות ומתקדמות יותר.

אשר לשלוש החלופות הנוגעות להנגשת הגישה ממגרש החנייה לרחבה המרכזית, הרי שב"ניטרול" נושא העלות, כל אחת מהחלופות זוכה לציון 7. החלופה שנבחרה – השביל המפותל החוצה את המדשאה – אינה טובה פחות מהחלופות האחרות. אדרבה, ככל ששמים לנגד עינינו את האינטרס של המתניידים בכיסאות גלגלים ושל

המתקשים בטיפוס במדרגות, הרי שהמדובר בחלופה עדיפה על פני האחרות, ומטעם זה אימצו המשיבים חלופה זו למרות שהגורם המקצועי המליץ על החלופה מס' 3. המשיבים בחרו בחלופה זו מאחר שחלופה 3 (חציבה ממערב למדרגות ובניית מעלית מקצה הכבש שיסלל ועד למפלס הרחבה המרכזית) היא בעלת מורכבות הנדסית גבוהה ומצריכה פגיעה משמעותית יותר בסביבה הקיימת, בשל החציבה לצד גרם המדרגות הקיים. לעומת זאת, סלילת השביל המרוצף אינה מצריכה עבודות חפירה, והשביל משתלב באופן הרמוני עם המדשאה שאותה הוא חוצה.

המערערים הציעו חלופה שונה לחלוטין, ולפיה יגיעו האנשים עם מוגבלויות בדרך "ציר ארז", אולם נחה דעתנו כי יש לקבל את תשובת המשיבים כי חלופה זו נפסלה בשל שיקולים ביטחוניים והיא מנוגדת למשטר התנועות ואבטחת אזור המערה.

10. ההנגשה לאנשים עם מוגבלויות אינה מעשה חסד אלא זכות שבצידה חובה, שכיום באה לידי ביטוי באמנות בינלאומיות, ובחקיקה הישראלית בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, התשנ"ח-1998 (להלן: החוק) הקובע כי "מקום ציבורי יהיה נגיש לאנשים עם מוגבלות" (סעיף 19ח(א)). אכן, כמו כל הזכויות במשפטנו, אין מדובר בזכות מוחלטת, וראו סעיף 19ט(ב)(1) לחוק, המאפשר מתן פטור מלא או חלקי מהתאמות נגישות אם הדבר מתחייב "כדי למנוע פגיעה מהותית באופיו המיוחד של המקום, לרבות ייחודו בשל ערכי ארכיאולוגיה, אדריכלות או טבע, או אם "ביצוע התאמות הנגישות יהווה נטל כבד מדי" (מכוח סעיף זה הותקנו תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות לאתר), תשס"ח-2008).

במאמר מוסגר: אציין כי לא מצאנו להיעתר לבקשת ארגון "בצלמו" להצטרף כצד לדיון במטרה להביא את קולם של אלה שנבצר מהם כיום לבקר במערת המכפלה בשל מוגבלותם, והסתפקנו בנייר העמדה שהוגש מטעמו בנושא זה, וכן שמענו דברים מפיו של מייצגם.

במקרה דנן, ההנגשה אינה פוגעת כלל בקדושתו של המקום ובאופיו הייחודי כאתר קדוש וכאתר מורשת עולמי. נזכיר כי הזכות להנגשה נובעת מהזכות לכבוד ומהזכות לשוויון, ויפים לענייננו הדברים הבאים שנאמרו עוד טרם חקיקת החוק:

"במרכזם של ערכים אלה עומדים כבודו של הנכה כאדם והשוויון בינו לבין שאר בני האדם. ברמת ההפשטה העליונה ניתן לקבוע כי תכלית החקיקה היא לאפשר את שילובו של הנכה בחברה. מטרתה לאפשר לנכה להשתתף באופן מלא בחיי החברה בכל תחומי החיים. היא נועדה

להגשים את הערך המרכזי של השוויון בכל הנוגע לנכה. היא נועדה להעניק לנכה שוויון של הזדמנות. היא באה לאפשר לנכה עצמאות ואי-תלות. היא באה להגן על כבודו של הנכה וחירותו על-ידי הבטחת שוויון והשתתפות בחברה בכל תחומי החיים" (בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית מכבים-רעות, פ"ד נ(1) 19, 26 ((1996)).

לאור זאת, השאלה אינה אם יש מקום לביצוע עבודות ההנגשה אלא הכיצד הדבר לא נעשה עד היום.

11. ליהודים ולמוסלמים יש כיום כניסה נפרדת למערת המכפלה. עם זאת, יש עשרה ימים בשנה שבהם מתאפשרת הגישה למערת המכפלה למוסלמים בלבד (ימי "החריג המוסלמי"), והמשיבים אף ציינו בתגובתם כי "ככל שתוגש בקשה לעשות שימוש באמצעי הנגשה אף מעבר לימי החריג, זו תיבחן על ידי הגורמים המוסמכים ותינתן החלטה בהתאם לכלל השיקולים הצריכים לעניין". מכאן, שההפקעה נועדה לצורך ציבורי ראוי של הנגשה, וההנגשה צפויה לשרת בעתיד גם את המוסלמים הבאים להתפלל באתר הקדוש, וכן את התיירים המבקרים במערת המכפלה. מובן כי ככל שיש צורך בהנגשה גם בכניסה המיועדת למוסלמים, הרי שפתוחה הדרך לעירייה לטפל בנושא זה, ותמיהה היא הכיצד הדבר לא נעשה עד היום.

12. לא נעלמה מעיננו הרגישות והמורכבות הפוליטית והדתית הקשורה למתחם מערת המכפלה. אולם גם המערערים אישרו כי הם מכירים בצורך להנגיש את האתר, ויש להצר אפוא כי גם נושא הומניטרי-אנושי זה הפך שלא בטובתו לסוגיה פוליטית וכר למחלוקת.

13. סוף דבר שהערעור נדחה.

ניתן היום, כ"ט בחשון התשפ"ב (4.11.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט