



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6031/22

לפני:

כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט א' שטיין
כבוד השופט ח' כבוב

העותרים:

1. המטה למען ארץ ישראל ע"י המקומון היהודי בע"מ
2. פרופ' (בדימוס) הלל וייס
3. מיזם שלום ירושלים

נגד

המשיבים:

1. ראש הממשלה
2. השר לביטחון הפנים
3. היועצת המשפטית לממשלה
4. פרקליט המדינה
5. משטרת ישראל

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

בשם העותרים:

עו"ד אביעד ויסולי

פסק-דין

השופט ח' כבוב:

1. לפנינו "עתירה דחופה לצו מניעה קבוע וצו ביניים", שעל פי האמור בה היא "מבקשת לבטל או לצמצם את האיסור שמטילה המשטרה על הכנסת תשמישי קדושה יהודיים להר הבית ככלל, וסידורי תפילה, טלית, תפילין שופר בראש השנה וארבע מינים בסוכות, בפרט"; ברישא העתירה התבקשו הסעדים הבאים:

"א. צו מניעה המורה למשיבה 5, משטרת ישראל (להלן "המשטרה"), להימנע מלהפריע או לשלול את זכותו של כל

יהודי, שהר הבית הוא המקום המקודש לו ביותר עלי אדמות, להכניס תשמישי קדושה יהודיים להר הבית.

ב. לחילופין: צו מניעה המורה למשטרה לצמצם את איסור הכנסת תשמישי קדושה יהודיים להר הבית למינימום ההכרחי למניעת פגיעה חמורה בביטחון או בשלום הציבור בהסתברות קרובה לוודאי, לאחר הערכת מצב שתקיים ברמת מפקד המחוז, ומתן זכות שימוע לנפגעים מההחלטה.

ג. צו מניעה זמני (ביניים) המורה למשטרה להימנע מלהפריע ליהודים להכניס סידורי תפילה ושופרות להר הבית בימי ראש השנה הקרובה – א ו – ב' בתשרי התשפ"ג (26-27.9.22) וסידורי תפילה וארבעת המינים בסוכות הקרוב אשר יחול בימים טו-כא תשרי התשפ"ג (10-16.10.22) אלא אם הדבר יגרום פגיעה חמורה בביטחון הציבור בהסתברות קרובה לוודאי לאחר הערכת מצב עיתיות וקיום זכות השימוע לנפגעים מההחלטה.

2. בעתירתם, האוחזת כ-26 עמודים ומספר רב בהרבה של עמודי נספחים, מעלים העותרים שורה ארוכה של טענות, שביסודן תפיסתם לפיה "איסור הכנסת תשמישי קדושה יהודיים להר הבית, הוא איסור גזעני המוטל על יהודים דתיים בלבד. הגם שהאיסור הזה נהוג כבר עשרות שנים, מקורו אינו ידוע, הוא לא אושר על ידי בעל סמכות חוקית כלשהי, ואין כל חקיקה ראשית המסמיכה את המשטרה לנקוט בו". כרקע לעתירה הובאו, לדוגמה "תפילת ההקדשה של שלמה המלך למקדש הראשון"; דברי הרמב"ם בתוך "הלכות תענית"; קטעים מהתלמוד הבבלי "בנושא שמחת בית השואבה" ועוד כהנה וכהנה מקורות הלכתיים. בהמשך כתבו העותרים על אודות "קדושת הר הבית למוסלמים" ו"קדושת הר הבית בנצרות", בהתאם למקורות אותם בחרו. לאחר מכאן טענו, על יסוד מספר דברי חקיקה, החלטת ממשלה 761, פסיקה קודמת של בית משפט זה ועוד, בכל הנוגע ל"תשתית המשפטית לזכות יהודים לתפילה בהר הבית". אחר כך הוסיפו ותיארו העותרים, בצירוף תמונות, את מה שהם תופסים כ"מאבק על הריבונות בהר הבית", תוך שצוין כי "ההשתלטות המוסלמית על כיפת הסלע נובעת מההכרה כי אם המוסלמים יכבשו את המקום הקדוש ביותר ליהודים בארץ ישראל ויפגינו בו ריבונות, הם יצליחו לכבוש את כל ארץ ישראל מהיהודים ולגרשם", ותוך פירוט "ההשלכות של החלת הריבונות החלקית ביותר של המשטרה בהר הבית" שהן, לשיטת העותרים, "חמורות ומסוכנות מאד". בהמשך, העותרים העלו טענות רבות ביחס ל"משטרה והר הבית"; ואף ייחדו פרק שלם בעתירתם שכותרתו "המשטרה ובג"ץ – תרמית ה'כללים' ו'הנחיות הדרג המדיני'", בגדרו העלו טענות שונות בדבר אמיתות עמדת המשטרה ביחס להר הבית, כפי שהובאה בפני בית המשפט זה, לאורך השנים. לא למותר לציין, כי כפי העותרים טענות רבות בדבר "השימוש במונח 'חבית חומר נפץ' בקשר להר הבית", טענות להן ייחדו פרק שלם בעתירתם, בגדרו כפרו בנכונות הטענה לפיה הר הבית, הוא מוקד רגיש במיוחד במסגרת הסכסוך הישראלי-פלסטיני. בתוך כך יוחס השימוש במונח "חבית חומר נפץ" ל"חוגים פוליטיים שונים,

שהמכנה המשותף להם הוא בדרך כלל התנגדותם לנוכחות יהודית וריבונות ישראלית בהר הבית".

אחר דברים ארוכים אלה, שבו העותרים לעניין, שלטענתם, עומד במרכז העתירה והוא - "האיסור על הכנסת תשמישי קדושה יהודיים להר הבית"; תוך שהוטעם כי "הלכה למעשה, אין עניין בשלב הזה בהכנסת תשמישי קדושה להר הבית - ספרי תורה, תפילין או מזוזות. המבוקש בעתירה זו הינו הכנסת תשמישי מצוה - טלית, לולב (ארבעת המינים) בסוכות ושופר בראש השנה. ביחס לסידורי תפילה - ברגיל נעשה שימוש בטלפונים סלולריים כסידורי תפילה. בחגים לא ניתן להשתמש בהם ועל כן נדרשים סידורי או מחזורי תפילה". בהקשר אחרון זה צוין, לקראת תום כתב העתירה כי "הוגשה עתירה דומה (בג"ץ 5219/22 [...]) המתייחסות לעניין הכנסת סידורים להר הבית בחגי תשרי הקרובים, כך שהנושא לבטח אינו 'זר' למשיבים". את טענותיהם במישור "עקרוני" זה, סמכו העותרים על חופש הדת והפולחן - מכוח הכרזת העצמאות; ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם; האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל; חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967; פסיקת בית משפט זה. וכן על "הפרת עיקרון חוקיות המינהל וההסמכה המפורשת"; "פגיעה בזכויות יסוד בניגוד לפסקת ההגבלה"; ו"פגיעה בעקרון השוויון".

בשולי עתירתם חזרו העותרים על בקשתם לצו ביניים ובפתח חלק זה כתבו כך: "לעתירה זו שני פנים: פן עקרוני ופן מעשי. הפן העקרוני שהוא ביטול מלא את איסור [כך במקור - ח.כ.] הכנסת תשמישי קדושה להר הבית, או ביטול הדרגתי של האיסור - אין בו דחיפות מיוחדת. בפן המעשי, הנוגע להכנסת סידורי תפילה, ושופר בראש השנה וארבעת המינים בסוכות בהסדר אד הוק לחגי תשרי הקרובים, קיימת דחיפות מסוימת, המצדיקה מתן צו ביניים, ככל שהמשיבים יתנגדו לכך [...] אשר על כן ביהמ"ש הנכבד מתבקש ליתן את צו הביניים המבוקש אשר יאפשר ליהודים להכניס סידורי תפילה, שופרות (אחד לכל קבוצה) בראש השנה וארבעת המינים בסוכות, בתיאום עם המשטרה ומבלי לסכם [כך במקור - ח.כ.] את ביטחון או שלום הציבור באורח חמור".

3. טרם חתימה ציינו העותרים, תחת הכותרת "מיצוי הליכים", כי "ב"כ העותרים פנה למשיבים ביום 29.7.22 לביטול איסור הכנסת תשמישי קדושה יהודיים להר הבית. [...] המשיבים אישרו את קבלת הפניה. [...] ביום 7.8.22 נשלח מכתב תזכורת למשיבים [...] עד למועד הגשת העתירה הם לא מצאו לנכון להגיב לפנייה, למעט המשטרה ששלחה תגובה לקונית וכוזבת [...]". בכדי שלא נמצא חסרים, לשון תגובת משטרת ישראל, מיום 02.08.2022 היא כדלהלן: "כידוע כללי הביקור בהר הבית נדונו בפסיקת בתי המשפט לאורך השנים, לרבות במספר הליכים בבג"ץ. הרקע והבסיס לכללים אלה פורטו בהרחבה

שם, ואין לנו אלא להפנות אליהם שוב". עוד יצוין כי העותרים אף פנו בבקשת חופש מידע בעניין, שנדחתה על-ידי הממונה על החופש המידע במשטרה.

דיון והכרעה

4. לאחר עיון בעתירה על נספחיה, הגענו לכלל מסקנה כי דינה להידחות על הסף בשל אי מיצוי הליכים כדבעי ובהעדר עילה להתערבות שיפוטית; כפי שיבואר להלן.

5. ראשית, דין העתירה להידחות בשל אי מיצוי הליכים. על אף שפניית העותרים מיום 29.07.2022 מנומקת, אין בה די כדי להוות מיצוי הליכים במובנו המהותי. הדברים מקבלים משנה תוקף בשים לב לכך ש"האיסור הזה נהוג כבר עשרות שנים", כלשון העותרים; וכן לנוכח פרק הזמן שחלף מאז הפנייה האמורה, והמענה הדל שניתן לה, ועד להגשת העתירה. ספק אם פנייה זו נועדה להביא לשיח ממשי בין העותרת למשטרה או יתר גורמי המדינה, במטרה לקדם פתרון לעניינים מושא העתירה. התנהלות העותרים, מעלה תהיות שמא פנייתם אינה אלא 'יריית פתיחה' להליך משפטי; בבחינת 'שלח לחמך', לקראת העתירה הצפויה. צא ולמד כי מיצוי הליכים במובנו המהותי:

"אינו יכול להיעשות כ'מצוות אנשים מלומדה'; אין מדובר בשלב טכני, פורמלי, בבחינת הכרח בל יגונה: 'לא בדקדוקי-עניות של פרוצדורה עסקינן, אלא במהות: הסדר הטוב; היעילות; החסכון במשאבים; מיקוד המחלוקת וציוני-דרך לפתרונה; הפעלת שיקול דעת מקצועי; הפריית השיח שבין האזרח לבין הרשות; כיבוד הדדי בין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת; כל אלה מחייבים מיצוי הליכים תחילה, וביקורת שיפוטית אחר כך' [...] לא מיצוי הליכים לפנינו, לא ניסיון אמיתי ללבן את הנושא אל מול הרשות, ולא רצון פן לפתור את המחלוקת; התנהלות זו אינה אלא ניסיון פושר, מגומגם, לצאת ידי חובה, כדי 'לדלג' היישר אל הזירה המשפטית. זאת לא ניתן לקבל. מיצוי ההליכים הוא שלב נכבד, מהותי; בלעדיו אין לגשת לבירור העתירה. על כן, כבר מטעם זה, דין העתירה להידחות על הסף" (בג"ץ 8361/20 שקיר נ' מדינת ישראל (07.10.2021)).

עם זאת יוער, כי יש להצר על היעדר מענה ראוי לפנייתו המנומקת של ב"כ העותרים. טוב יעשו גורמי המדינה אם יתנו דעתם להתנהלות זו, על אף שאין בה כדי לשנות מהחובה המונחת לפתחם של עותרים למצות הליכים כדבעי; כמבואר לעיל.

6. ומעניין לעניין - ומבלי להידרש לשאלה האם העתירה הוגשה בשיהוי ניכר המצדיק את סילוקה על אתר גם מטעם זה, נוכח דברי העותרים עצמם - אנו סבורים כי דינה ממילא להידחות בהיעדר עילה להתערבותנו.

7. נקודת המוצא לדיוננו היא כי משטרת ישראל היא הגורם האמון על השמירה על שלום הציבור ובטחוננו, ובכלל זה בשטח הר הבית. מחובתה זו נובעת גם סמכותה מכוח סעיפים 3-5 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, לאכוף את כללי הביקור בהר הבית, הנקבעים על-ידי גורמי המקצוע המוסמכים לכך במשטרה ומחוצה לה (בג"ץ 6013/18 מוקד – המרכז הישראלי לקידום הדמוקרטיה והגנה על זכויות אדם נ' משטרת ישראל, פסקה 10 והאסמכתאות שם (28.02.2021) (להלן: עניין מוקד)).

כידוע, בכניסה לשער המוגרבים, ממנו עולים להר הבית ניצב, מזה שנים רבות, שלט ובו הוראות בדבר כללי הביקור במקום. בשלט קבועים, בין היתר, האיסורים בדבר "פעילות דתית/פולחנית בעלת סממנים חיצוניים גלויים" ו-"הכנסת תשמישי קדושה או חפצים אחרים המשמשים לפעילות דתית/פולחנית". זאת ועוד, השוטרים המוצבים בשער נוהגים לתדרך מבקרים, טרם כניסתם למתחם הר הבית, בדבר כללי הביקור, שעיקרם מופיע בשלט, תוך מתן דגשים התואמים את הערכת המצב העדכנית של גורמי הביטחון (עניין המוקד, שם).

8. הפכנו והפכנו בעתירה ולא מצאנו בה כל טעם המצדיק, ולו בקירוב, כי נסיג את גבולות שיקול דעתם של גורמי המדינה בכל הנוגע לשמירה על הסדר הציבורי בהר הבית. וכפי שצוין בעניין המוקד:

"טענות כלליות בדבר הפליית הציבור היהודי בכל הנוגע לתפילה בהר הבית, להבדיל מטענות הנוגעות לעותרים ולמועדים קונקרטיים, כבר הועלו בעבר במספר עתירות אשר נדחו בהיעדר עילה להתערבות בהחלטות המשיבים (ראו, למשל: עניין פואה, פסקה 14; בג"ץ 2189/10 המטה למען ארץ ישראל נ' מפקד מחוז ירושלים, משטרת ישראל, פסקה 3 (23.3.2010)). יתרה מכך, בית משפט זה נדרש בעבר גם לטענה כי פעילותה של המשטרה בהר הבית אינה עומדת בדרישת ההסמכה המפורשת, והטענה נדחתה (בג"ץ 4776/06 סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים, פסקה 3 (28.12.2006) (להלן: עניין סלומון); בג"ץ 10450/07 תנועת נאמני הר הבית בא"י נ' ניצב פרנקו, פסקה 4 (11.12.2007); עניין פואה, פסקה 12). בעניין סלומון אף התייחס בית המשפט מפורשות להוראות סעיפים 3, 4 ו-5 לפקודת המשטרה, אשר לטענת העותרת שלפנינו אינם מבססים כדבעי את סמכותה של המשטרה להגביל גישה למקום, וקבע ב"רחל בתך הקטנה" כי "בהתחשב בהוראות-חוק אלה, מוסמכת המשטרה לאסור על כניסה להר הבית או להגבילה בתנאים. בין היתר, מוסמכת המשטרה במקרים מתאימים גם לצמצם את האיסור על עלייה להר הבית ולהגבילו לאנשים מסוימים בלבד, והכל לשם שמירה על שלום הציבור ובטחוננו". בעניין אחר נקבע עוד כי סעיף 3 לפקודת המשטרה מסמיך את המשטרה לאסור על ביקורים בהר הבית וכי "מסמכות

זו נובעת ממילא הסמכות לאסור על הפרט את הביקור" (בג"ץ 9074/03 עציון נ' ניצב לוי, פסקה 2 (12.10.2003); ההדגשה הוספה). הטענה כי ישנו טעם לפגם בהגבלות מתמשכות על תפילה בהר הבית וכי "איסור זמני הפך קבע", הועלתה אף היא בעבר ונדחתה (בג"ץ 4044/93 סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים, משטרת ישראל, פ"ד מט(5) 617 (20.2.1996)). כמו כן, נדחתה אך לאחרונה עתירה נוספת שעניינה תפילת יהודים בהר הבית ונקבע "הטענה כי בעתירות אחרות שהוכרע הדבר, דובר היה על תפילה בהר הבית במועדים מיוחדים, אינה משנה לעניין זה" (בג"ץ 5321/20 הקרן למורשת הר הבית והמקדש נ' השר לבטחון הפנים, פסקה 6 (16.2.2021)).

כמו שם, גם במקרה דנן, העותרים העלו טענות רבות שאין בהן כדי לגבש עתירה ה"מעלה טענה משפטית חדשה הנוגעת להסדרי התפילה בהר הבית", וכמו שם גם העתירה שלפנינו, "אינה מבססת שינוי נסיבות עובדתי המצדיק הידרשות מחודשת לשאלות שכבר נדונו והוכרעו לא אחת על ידי בית משפט זה" (שם, פסקה 8).

9. הדברים מקבלים משנה תוקף, לנוכח העובדה שבניגוד לטענות העותרים, בית משפט זה פסק וחזר ופסק, כי הר הבית הוא מקום 'נפיץ' עד מאוד. וכפי שהיטיב לתאר זאת השופט י' עמית, בפסקי דינו שעסקו בהסדרי הביטחון בהר הבית:

"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))" (בג"ץ עציון נ' ראש הממשלה, פסקה 6 (19.05.2020); וכן: בג"ץ 19/17 עמותת שוחררי הר הבית והמקדש נ' השר לביטחון פנים (21.01.2018)).

10. לא בכדי נקבע, זה מכבר, כי התערבותנו במשולש הגבולות הרגיש של דת, מדיניות חוץ ושיקולי ביטחון וסדר ציבורי, היא זהירה במיוחד; זאת מכיוון ש"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); וכן: 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)). וכפי שציינתי בפסקי דין קודמים:

"בית משפט זה אינו מחליף את שיקול דעתן של רשויות שלטוניות מוסמכות בשיקול דעתו-שלו, וזאת משום שאין זה תפקידו של בית המשפט לבקר את תכונתה של ההחלטה המנהלית אלא את חוקיותה" (בג"ץ 1053/21 עיריית רהט נ' רשות מקרקעי ישראל ואח', פסקה 18 (08.06.2022); בג"ץ 5866/22 דבאבסה נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (08.09.2022)).

11. ייאמר מיד - מצופה היה מהעותרים ובא כוחם, בהיותם שחקנים חוזרים ונשנים בעתירות בעניין הר הבית (בג"ץ 2955/07; בג"ץ 2189/10; בג"ץ 3526/12; בג"ץ 2933/17; בג"ץ 3060/19; בג"ץ 6766/20; בג"ץ 6386/21), לתת דעתם לאמת המידה המצומצמת, עד מאוד, להתערבות בית משפט בכל הנוגע להסדרי הביטחון בהר הבית, הסדרים המחייבים איזון עדין בין מנעד רחב של זכויות ואינטרסים מתנגשים, במציאות מדינית מורכבת.

12. טרם חתימה יוער, בכל הנוגע ל"צו ביניים" שהתבקש בגדר העתירה דנא, כי דומה שבהקשר זה העותרים נפלו לכלל טעות. זאת, משום שמטרתו של "צו הביניים" היא לשנות את המצב הקיים, להבדיל מהקפאתו עד לדיון בעתירה. כפי שציינתי אך לאחרונה בהקשר זה:

"כידוע, נקודת המוצא היא שאין להעניק סעדים אלו, במסגרת בקשות למתן צו ביניים (בג"ץ 6860/18 עיריית תל אביב נ' שר התחבורה והבטיחות בדרכים (03.10.2018)); שכן "תכליתו של סעד זמני הוא שימור המצב הקיים ומניעת מצב בלתי הפיך העלול להפוך את הדיון בערעור למיותר [...] כאשר מתבקש סעד זמני מסוג של "צו עשה", הרי שזה ניתן במשורה, ורק באותם המקרים בהם נחה דעתו של בית המשפט כי מתן הצו הוא כה חיוני עד שיש צורך כי בית המשפט ישנה את המצב הקיים עוד קודם להכרעה בהליך שלפניו" [...]. (בג"ץ 6022/22 שלזינגר נ' מפקד יחידת מיטב (08.09.2022)).

13. העתירה נדחת אפוא. העותרים יישאו בהוצאות לטובת אוצר המדינה בסך של 3,000 ש"ח.

ניתן היום, כ"ב באלול התשפ"ב (18.9.2022).

תוקן היום, כ"ג בתשרי התשפ"ג (18.10.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט