



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6698/08

בפני : כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט י' עמית

העותרת : טנקרדי - העמותה לשימור המורשת הצלבנית

נ ג ד

המשיבים : 1. המכון לחקר המשפחה ודיני משפחה בישראל
2. רשות הפיתוח מרחב מרכז
3. כונס הנכסים הרשמי – נמחק
4. רשות העתיקות מחוז ירושלים
5. רשם העמותות מחלקת פירוקים
6. עיריית ירושלים משרד מהנדס העיר האגף לתכנון ושימור

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה : כ"ז בסיון התש"ע (9.6.10)

בשם העותרת : עו"ד ספרד מיכאל

בשם משיב 1 : עו"ד ירון קוסטליץ
בשם משיבים 2 ו-5 : עו"ד אופק חני מטעם פרקליטות המדינה
בשם משיבה 4 : עו"ד בר סלע יורם
בשם משיבה 6 : עו"ד ברגותי שירן

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

רקע

1. העותרת, הינה עמותה הרשומה בישראל. הודגש על ידה כי רוב חבריה הינם נוצרים בני העדה הקתולית. העמותה שמה לה למטרה לפעול להגנת האתרים ההיסטוריים והמקודשים לכנסייה הקתולית בארץ. לטענת העותרת, לנכס נשוא העתירה

חשיבות היסטורית ודתית לעדה הנוצרית – קתולית. נטען, כי הנכס נתפס על ידי משיבה 1 שלא כדין. כתוצאה מכך נגרמה פגיעה חמורה לעדה הנוצרית – קתולית הן בשל הזנחתו במשך שנים והן בשל עבודות בלתי חוקיות שבוצעו בו, אשר גרמו לפגיעה חמורה בקדושת המקום, תוך הסבת נזק רב לעתיקות ולממצאים היסטוריים ותוך מניעת קיומו של פולחן במקום. מהותם של הסעדים המבוקשים על ידי העותרת היא שהחזקה בנכס תחזור לידי המדינה ושהוא ינוהל על ידי - באמצעות משיבה 2. דרך זו, על פי הנטען, תאפשר לחברי העדה הנוצרית-קתולית לפקוד את הנכס ולקיים בו פולחן.

על מנת להבהיר את חשיבות הנכס לעותרת נתאר תחילה את המיקום בו הוא מצוי ואת חשיבותו ההיסטורית והדתית לעדה הנוצרית – קתולית, זאת על פי טענות העותרת, ומבלי לקבוע ממצאים בנדון.

בהר ציון שבירושלים מצוי נכס אשר הינו חלק ממתחם שגודלו 4162 מ"ר. הוא כולל ארבעה חדרים ששטחם המשותף הוא 106.5 מ"ר, המצויים בחלקה 16, גוש 30032 (להלן: 'הנכס'). חשיבות הנכס נלמדת מהמבנים המצויים במתחם, כגון אולם 'הסעודה האחרונה', וכן מספר קפלות (חדרי תפילה) עתיקות. לטענת העותרת, הנכס מצוי במתחם ה'קלויסטר הפרנציסקאני' (claustrum בלטינית – להלן: 'הקלויסטר') שהינו מתחם בעל חשיבות לנצרות.

הקלויסטר, הינו חצר שבשטחה מצויים חדרים אשר שימשו את קהילת הנזירים וצרכיה לרבות אירוח צליינים במקום. שם התגוררו ופעלו מייסדי המסדר הפרנציסקאני- המרטירים הקדושים (Saint Nicholas Tavelic and Companions), ושם אף נוסדה הקסטודיה די טרה סנטה ("משמורת ארץ הקודש"). לטענת העותרת מתחם הקלויסטר, הכולל כאמור את הנכס נשוא העתירה, הינו מתחם המנציח אירועים מכוננים מאז ימי היווסדה של הנצרות. חשיבותו של הקלויסטר נובעת גם מכאלפיים שנות היסטוריה, תרבות ודת. בשל האמור טוענת העותרת כי לקלויסטר משמעות דתית והיסטורית עליונה עבור העדה הנוצרית – קתולית.

טענות הצדדים

2. לטענת העותרת, המדינה העבירה באמצע שנות ה – 60 של המאה הקודמת את החזקה בחדרים שונים בקלויסטר לגופים פרטים ובכלל זאת הועבר הנכס למשיבה 1 - עמותה פרטית שנוסדה על ידי פרופ' א' שאקי ז"ל. מטרת העמותה האמורה היא

"להעמיד חוקרים שעניינם מחקר של נושאים הקשורים למשפחה, דיני משפחה ולמשפט עברי". ההעברה בוצעה, על פי עמדת העותרת, ללא כל הרשאה, בניגוד למטרות שנקבעו לניהול המתחם, קרי דת וקודש, מבלי שנחתם הסכם ומבלי ששולמו דמי שכירות. צוין כי משיבה 2 - הרשות לפיתוח במחוז מרכז, שאמורה לנהל מטעם המדינה את נכסי הנפקדים ובכללם הנכס נשוא העתירה - ניסתה במשך השנים להציע הצעות שונות למשיבה 1 על מנת להסדיר את זכויותיה במקום. אולם האחרונה סירבה לחתום על חוזה שכירות. נטען, כי מסירת החדרים שבקלויסטר לגופים פרטיים מנעה במהלך כל השנים גישה של קתולים לחדרים במתחם ובכך נוצרה פגיעה בחופש הדת והפולחן.

בנוסף הודגש כי משיבה 1 מצויה בהליכי פירוק. נטען, כי על מנת למנוע את הליכי הפירוק ובמטרה לבסס את החזקתה בנכס החלה משיבה 1 בשנת 2008 לבצע עבודות בהיקף נרחב כדי לחבר את הנכס לתשתיות מים, ביוב וחשמל ולהכשירו לאכלוס. עבודות אלו גרמו לפגיעה בנכס, בעתיקות, וברגשות הנוצרים בני העדה הקתולית.

על סמך האמור, מבקשת העותרת ליתן צו המופנה למשיבה 2, אשר יורה לה לנקוט כל האמצעים להחזרת החזקה בנכס לידי המדינה, המצוי כיום בחזקתה של משיבה 1. כן נתבקש להורות למשיבה 1 להימנע מביצוע עבודות בנייה או שיפוץ בנכס. עוד מבקשת העותרת להורות למשיבים 1 – 3 להימנע מלמסור את הנכס לצד ג' באופן שיפגע בזכויותיהם של חברי העדה הנוצרית – קתולית ויכולתם לפקוד את הנכס ולקיים בו פולחן. בנוסף מבוקש בעתירה, להורות למדינה שתאפשר לגופים המייצגים את הנצרות – הקתולית כדוגמת העותרת להתמודד על הזכות להחזיק בנכס. לבסוף נתבקש צו נגד משיבה 4 לפיו זו תימנע ממתן היתר לגורם כלשהו לבצע עבודות בנכס באופן שיש בו כדי לפגוע בקדושתו.

3. מנגד טוענת באת כוח המדינה, המייצגת את משיבות 2 ו- 5 כי דין העתירה להידחות על הסף. לשיטתה, העותרת, שהינה עמותה פרטית, מבקשת לטעון טענות מטעם הציבור הנוצרי - קתולי בכללותו. זאת למרות שהקסטודיה די טרה סנטה - הממונה הרשמי מטעם הוותיקן לשמירה על המקומות הקדושים לנצרות במזרח התיכון ובארץ ישראל (להלן: הקסטודיה) - אינה צד לעתירה ולא ביקשה להצטרף אליה. נטען כי העתירה נחזית כציבורית אך בפועל היא מונעת גם משיקולים עסקיים וזאת לשם הקמת מיזם תיירותי על ידי העותרת בנכס. הודגש, כי עתירה זו עשויה להקרין על מרקם היחסים העדין הקיים בין הדתות השונות בישראל.

צוין כי הנכס מצוי במבנה מרובה חדרים. בקומת הקרקע מצוי חדר המוכר כ"קבר דוד", שהינו אתר יהודי. מעליו, בקומה השנייה, מצוי החדר המוכר כחדר "הסעודה האחרונה". חדר "הסעודה האחרונה" מנוהל על ידי האגף לעדות לא יהודיות במשרד הפנים והוא, בדומה לחצר הפנימית במתחם, פתוח למבקרים. עולה כי אין כל פגיעה במימוש חופש הגישה של המאמינים. הנכס נשוא העתירה מרוחק פיזית מחדר הסעודה האחרונה והוא מהווה יחידה אחת הכוללת ארבעה חדרים. סמוך לנכס מצויים חדרים רבים שרובם מוחזקים על ידי גורמים שונים שלהם זכויות שונות במקום. לטענת בא כוח המדינה הנכס נשוא העתירה, כמו מרבית החדרים במתחם אינו מקום קדוש. נטען כי העותרת אינה נוקטת הליכים ביחס לחדרים הנוספים המצויים במקום, הגם שלכאורה אין כל שוני ביניהם לבין הנכס. בנוסף, אין בפי העותרת הסבר מדוע דווקא החזקת הנכס נשוא העתירה על ידי גוף פרטי היא אשר גורמת לפגיעה במימוש חופש הפולחן, להבדיל מיתר החדרים במתחם המוחזקים מזה שנים על ידי גורמים שונים. עוד נטען כי העובדה שהנכס היה סגור במשך שנים רבות לא פגע בדרך כלשהי בזכות הגישה של בני הדת הנוצרית למתחם הקדוש להם. באת כוח המדינה אישרה שלא נחתם כל הסכם שכירות עם משיבה 1 וזאת על אף שנשלחו לה מכתבים בדבר הצורך לחתום על חוזה שכירות. באשר לעבודות שנעשו במקום פנתה משיבה 2 לבית המשפט השלום ובהסכמת הצדדים הוצא צו מניעה לחדול מביצוע עבודות השיפוץ והבניה שנעשו בו. ביחס להליכי הפירוק צוין כי משיבה 1 נמחקה מפנקס רשם העמותות בשנת 2001. לאחר מכן, בוטלה המחיקה ותוקפו של צו הפירוק הוארך לאור מגעים שונים שנוהלו בין הצדדים להליכי הפירוק.

עוד הודגש כי הנכס אינו מקום קדוש וכי סמיכותו למקומות קדושים אינה הופכת אותו לכזה, אלא מצדיקה את החזקתו תוך רגישות לשטח הכולל. החזקתו של הנכס על ידי משיבה 1 הייתה בידיעת ובהסכמת הרשויות. במהלך השנים נערכו מגעים להסדרת הזכויות בנכס ובכוונתן להמשיך ולפעול להסדרתו. בתאריך 22.2.10 נערכה ישיבה אצל מנכ"ל ראש הממשלה וסוכם כי על המנהל לפעול להשלמת העסקה עם משיבה 1, זאת תוך קביעת תנאים מיוחדים אשר נועדו להבטיח כי השימוש בנכס יכבד את אופי המקום. באשר לטענות כי הנכס הוקצה למשיבה 1 שלא כדין, נטען, כי דין טענה זו להידחות בשל שיהוי. מדובר באירוע שהתרחש לפני למעלה מארבעה עשורים. חלוף הזמן יוצר קשיים אובייקטיביים – ראיתם. כך למשל פטירתו של מנכ"ל משרד הדתות דאז ואי היכולת לאתר מסמכים רלוונטיים.

משיבה 1, המחזיקה בנכס, הצטרפה לתגובת משיבים 2 ו- 5 תוך הפנייה למסמכים שונים שבעיקרם מלמדים על פעילותה במקום. משיבה 4 - היא רשות העתיקות בירושלים - ציינה כי אין לה עמדה בשאלה אם הנכס יישאר בחזקתה של משיבה 1 אם לאו. אולם היא מדגישה כי בנכס שנמסר לחזקתה של משיבה 1 לא נעשה במאות השנים האחרונות שימוש לצורך דתי והוא לא היה מקודש לתכלית דתית. הנכס מצוי מחוץ לקלויסטר, בעוד שטח הקלויסטר פתוח לציבור וניתן לעבור בו באופן חופשי ביום ובלילה. משיבה 5 חולקת על חוות דעתו של מר דוב, ארכיאולוג וחוקר ירושלים, שצורפה לעתירה ומסתמכת על חוות דעתו של ארכיאולוג מרחב ירושלים, מר יוחנן זליגמן, לפיו העבודות בשטח נעשות בפיקוח ובפועל אין פגיעה בעתיקות במקום. משיבה 6 - עריית ירושלים, טענה כי הסעדים אינם מופנים כלפיה, אין כל יריבות בינה לבין העותרת ולפיכך יש למוחקק כצד לעתירה.

בדיון בפני המותב נשאל ב"כ העותרת מדוע יש להיעתר לעתירתו בזמן שהוותיקן שותק. הוא השיב שהנציג מטעם הוותיקן התייחס לעניין במכתב שצורף על ידו והסביר שאכן מדובר במקום קדוש לנצרות. אולם הואיל והקסטורדיה היא נציגה של גוף מדיני זר המעדיף לנהל את עניינו באמצעים דיפלומטיים. היא אינה נוהגת לנקוט בהליכים משפטיים נגד מדינת ישראל. אולם בפועל היא אף מסייעת לעתירה גם באמצעים כספיים. באשר לטענה לדחייה על הסף הודגש כי הרציונאלים לכלל שהציגה המדינה אינם מתקיימים כאן. לטענת העותרת תוכן מכתבה של הקסטורדיה מוכיח שהיא מעוניינת בסעדים המבוקשים בעתירה.

דיון

4. יש להידרש תחילה לטענת המדינה כי דין העתירה להדחות על הסף. טענה זו מתבססת על הנקבע בעניין לקסר (בג"ץ 6972/07 - עו"ד עקיבא לקסר נ' שר האוצר ואח', תק-על 2009(1), 3843, עמ' 3850) :

"...על אף הרחבת זכות העמידה כאמור, נשמר העיקרון שלפיו בית המשפט לא ייעתר, דרך כלל, לעתירה ציבורית מקום שברקע העניין מצויים אדם או גוף אשר נפגעים באופן ישיר מנושא העתירה, ואשר נמנעו מפנייה לבית המשפט לבקש סעד על אף הפגיעה בזכות או באינטרס שלהם. בנסיבות כאלה, כאשר קיים נפגע ישיר מפעולה שלטונית, והוא עצמו אינו פונה לבית המשפט, עשוי בית המשפט שלא להכיר בזכות העמידה של העותר הציבורי [בג"ץ 1759/94 סרוזברג נ' שר הביטחון, פ"ד נה(1) 625, 631 (2001) (להלן: בג"ץ סרוזברג); בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-

יפו, פ"ד נו(5) 393, 442-443 (2002)]. הטעמים לסייג זה נעוצים, בין היתר, בתפיסה שלפיה מקום שאדם המושפע מפעולה שלטונית אינו עותר כנגדה, משמעות הדבר היא כי אין מקום וצורך אמיתי בהתערבות שיפוטית. כן יש להניח כי עותר ציבורי המתערב במחלוקת לא לו אינו מצויד במכלול הנתונים והפרטים הצריכים לעניין, המצויים בידיו של הנוגע בדבר (בג"ץ לירן, סעיף 14; שרגא ושחר, עמ' 119).

המדינה טוענת כי הואיל והגוף שנפגע באופן ישיר – הגוף הרשמי מטעם הוותיקן – נמנע מלפנות לבית המשפט, אין לאפשר לעותר הציבורי להגיש עתירה במקומו.

הסייג לזכות העמידה מטעם עותר בעתירה ציבורית, שאינו הצד הנפגע הישיר, יזכה למשנה תוקף מקום בו מתקיימים שני פרמטרים: האחד, העדר הסבר לאי השתתפות הנפגע הישיר בדיון. השני, הנפגע הישיר יכול לייצג את עניינו, במובהק, טוב יותר מכל אחד אחר. שילוב הפרמטרים האמורים בעל משקל רב בענייננו. אף העותרת מציינת כי מדובר בנושאים שעומדים בליבת ציבור הנוצרים הקתולים ולכן ראוי שהוותיקן או נציגו הרשמי ייצג את האינטרסים הרלוונטיים. הרי העותרת היא אשר טרחה לצרף לעתירה את עמדת הקסטודיה - הממונה מטעם הוותיקן - ולהדגישה. הצורך בהתייצבותו של הגורם הרשמי בעתירה אינו רק רצוי, ייתכן שהוא הכרחי. מתן הזדמנות לגורמים שונים לדבר בקול קהילה שלמה על רגישות הנושא עלול להחטיא את המטרה. במובן זה חשיבות מיוחדת לשמיעת עמדתו של הנציג הרשמי. קולו עשוי להיות חשוב מכל. בל נשכח כי העתירה הנידונה אינה בקשה של היחיד, למשל, לאפשר לו זכות פולחן במקום המשמש כבית תפילה, אלא בקשת העותרת, להניח את הנכס על אדני ההיסטוריה – משחר הנצרות – הראויים לו. התוצאה היא שהעותרת בעתירה, כפי שהוגשה, אינה עמלה לתקן את העוול של הפרט, אלא לתבוע זכויות בשמו של ציבור שלם. גודל המשימה משליך על עוצמת הנטל אשר יידרש מהעותרת, טרם בית משפט ייעתר לבקשתה.

נדמה כי טענת הסף של המדינה אינה רק פורמאלית, אלא מהותית. זהו כוחו וחולשתו של הטיעון. למשל, מההיבט הפורמאלי, המדינה לא הפנתה לסעיף בחוק לבסס את עמדתה בדבר המעמד הרשמי של הקסטודיה די טרה סנטה. עם זאת, מבחינה מהותית ישנה חשיבות במעלה הראשונה באשר לעמדת הוותיקן או נציגו. אין בכך כדי לשלול את טענת המדינה, אלא לשים אותה בפרספקטיבה הנכונה. לשון אחרת, טענת המדינה בדבר זהות העותר טענה היא, אם כי אין היא מהווה טענת סף במובן המקובל.

בציפייה לטענת המדינה, צרפה העותרת מכתב מטעם הקסטודיה ממנו היא לומדת שהאחרונה תומכת בעתירה. על פי קו זה, הוותיקן אינו סבור כי יאה לו לתבוע את המדינה. זאת בשל היות הוותיקן גוף מדיני זר. עיינתי במכתב והקו האמור אינו מופיע בו ועולה כי העותרת מנסה לקרוא לתוך המכתב יותר מאשר מופיע בו (ראו נספח 7 לעתירה המתוקנת). מעבר לכך גם אם נכונה טענת העותרת לפיה הוותיקן מעדיף לטפל בסוגיה בדרכים דיפלומטיות – זוהי בחירה שיש לה משקל. אודה כי התמונה בנדון אינה ברורה. מצד אחד, במהלך הדיון באת כוח המדינה לא הציגה עמדה בהירה באשר להתנהגות הכללית של הוותיקן והאם הוא נוהג להגיש עתירות נגד המדינה לפני בית משפט זה. מהצד האחר, קיימות דוגמאות של עתירות שהוגשו על ידי הקסטודיה נגד מדינת ישראל (ראו : בג"ץ 3436/02 הקסטודיה אינטרנציונלה דה נ' ממשלת ישראל, פ"ד נו(3), 22, עמ' 24-25, בג"ץ 11636/07 הקסטודיה די טרה סנטה נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 287/08 הקסטודיה די טרה סנטה נ' משרד הפנים (לא פורסם)).

על יסוד הנימוקים העקרוניים שהובאו לעיל והחסר במצב העובדתי, דעתי היא שיש מקום להעניק משקל לעובדה שהעתירה הוגשה על ידי העותרת ולא על ידי נציג הוותיקן, ברם משקל זה אין בכוחו כדי להביא לדחיית העתירה על הסף. ההכרעה הסופית תדרוש בדיקת התשתית העובדתית של המקרה, כפי שהוצגה בעתירה והתנהגותה הדיונית של העותרת.

5. טבעי הוא שהדין הדתי הוא אשר ישיב לשאלה : קדושה מהי ? מהצד האחר, דין המדינה אינו שש להיכנס למבוך האמור, אך לעיתים אין מנוס מכך. למשל מכוח וחובתו של הדין להגן ולשמור על המקומות הקדושים לכל הדתות. כדברי השופט מ' חשין: (דנג"ץ מנכ"ל משרד ראש הממשלה ואח' נ' ענת הופמן ואח', פ"ד נז(3), 289, עמ' 296-297).

"חוק השמירה לא אך ליהודים נברא; שמא נאמר: בעיקר לא ליהודים נברא. נברא הוא למוסלמים, נברא הוא לנוצרים, נברא הוא לבני כל דת אחרת שמקומות מקודשים להם בישראל. זכויותיהם של כל אלה נקבעו בחוק, לא עוד אלא בחוק יסוד. מעמדם של היהודים ביחס למקומות המקודשים להם נקבע כמעמדם של כל בני דתות אחרות למקומות המקודשים להם, תוך שוויון מלא וללא הפליה - כל בן דת והמקומות המקודשים לו. בתוך עמנו אנו יושבים, ועד הנה לא שמענו תלונה רצינית על פגיעה שנפגעו בני דתות אחרות בעניינם של המקומות המקודשים להם. המדינה שומרת בקפדנות יתירה על זכויותיהם של אלה, אין פרץ ואין צווחה".

על המדינה למלא את התפקיד האמור בקפדנות. ברם, רגישות העניין גם מחייבת הפרדה בין מקומות קדושים לבין מקומות שאינם כאלה. הגדרה מלאכותית או לא הולמת של מקום כקדוש עלולה להחליש את תפקיד "השומר" על מקום שאכן קדוש לאחת הדתות.

בענייננו משיבה 4, היא הרשות לעתיקות, טענה כי הנכס המצוי בחזקת משיבה 1 לא שימש במשך מאות השנים האחרונות לצורך דתי ולא היה מקודש לתכלית דתית. העותרת לא סתרה את האמור ולא הציגה תשתית עובדתית המלמדת כי לא כך הם פני הדברים. בנוסף טענה רשות העתיקות כי שטח הקלויסטר הינו שטח הפתוח לציבור וניתן לעבור בו באופן חופשי בכל שעות היום והלילה. אף נתון זה לא נסתר על ידי העותרת. מצב דברים זה מלמד כי דווקא קיים חופש פולחן ושמירה על מקומות קדושים. יפים לענייננו דברי הנשיאה (בג"צ 1890/03 עיריית בית לחם ו-21 אח' נ' מדינת ישראל-משרד הבטחון ואח' תק-על 2005(1), 1114, עמ' 1121):

"חופש הדת והפולחן מוכר במשפטנו כאחד מזכויות היסוד של האדם. חופש זה הוזכר עוד בסימן 83 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922, ובמגילת העצמאות. חופש הדת והפולחן הוכר בפסיקתו של בית משפט זה משכבר הימים (ראו למשל: בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 454, 449 (להלן: בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית); בג"ץ 650/88 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(3), 377, 381; בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265, 341-340 (להלן: בג"ץ 257/89 הופמן); בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' רשות שניה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267, 277 (להלן: פרשת גור אריה)). חופש הפולחן הוכר כביטוי לחופש הדת, וכשלוחה של חופש הביטוי (בג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(2) 509, 424-523 (להלן: בג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית); פרשת הס הנ"ל, בפסקה 19), ויש אף הרואים בו היבט של כבוד האדם (הנשיא ברק בבג"ץ 3261/93 מנינג נ' שר המשפטים, פ"ד מז(3) 282, 286; ובע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 649). בתחומי חופש הדת וחופש הפולחן הוכרה גם כמיהתו של האדם המאמין להתפלל במקום הקדוש לו (פרשת הס הנ"ל, בפסקה 16). לכך ניתן אף להוסיף את ההכרה בחופש הגישה של בני הדתות השונות אל המקומות המקודשים להם, כזכות הראויה להגנה, המעוגנת בדין בישראל גם בחוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967 (סעיפים 1 ו-2 (ב) לחוק)."

7. כפי שהובהר, העובדה שנציג הוותיקן אינו עותר בעצמו, אינה עילה לדחייה על הסף. ברם, יש לכך משקל כאשר העותרת מבקש לטעון שהוותיקן סבור כי מקום מסוים מקודש לנצרות. המיקוד בעתירה הינו הנכס ולא כל שטח המתחם. כאמור, הנכס לא שימש במשך מאות שנים לפולחן. גם חדרים נוספים במקום מצויים בסטאטוס דומה. מכאן, לא ברור מדוע העובדה שהמדינה מחזיקה בנכס באמצעות עמותה פוגעת בחופש הפולחן והדת או אפילו ברגשות ציבור המאמינים. יתר על כן, העותרת אינה נוקטת בהליכים כלפי יתר החדרים המצויים במקום, אלא רק כלפי 4 חדרים בנכס קטן יחסית במתחם. בהקשר זה יש משקל לכך שהעותרת אינה מכחישה שאחד ממייסדיה בא במגעים עם הרשויות כדי להקים מיזם תיירותי בנכס. עניין זה מחזק את השאלה מדוע יש לייחד את החדרים בנכס לעומת שטחים אחרים במתחם.

יוצא איפוא כי החסר אינו רק בזהות העותר, אלא בתוכן העתירה. אין תשתית לסטאטוס הנטען של הנכס. המכתב של הקסטוריה אינו ממלא חסר זה. זאת ועוד, עולה כי המדינה ערה לרגישות הקיימת במתחם וסביבתו. כך למשל צויין כי לאחר קיומה של עבודת מטה, נערכה פגישה בתאריך 22.2.10 אצל מנכ"ל משרד ראש הממשלה בהשתתפות מנהל מקרקעי ישראל, משרד הפנים, משרד החוץ, רשם העמותות, משרד התיירות ופרקליטות המדינה. בישיבה סוכם כי על המנהל להשלים את העסקה עם משיבה 1, כאשר ייקבעו תנאים מיוחדים אשר נועדו להבטיח שהשימוש בנכס יכבד את אופיו של המקום. זהו צעד שמצביע על כך שהמדינה אינה מפקירה את השטח גם בהיבט ההיסטורי שלו. יש בכך, וודאי בשלב זה, כדי להקהות את העוקץ מהטענה כי החזקת הנכס בידי גופים פרטיים תפגע בהכרח ברגשות הדת. אף אם נכוונות זו של המדינה להסדיר את העניין כעת הינו פועל יוצא מעצם הגשת העתירה, אין בכך לשלול את החיוב שבצעד האמור. לא ניתן להתעלם מחלוף הזמן – כמעט 50 שנה – מהמועד בו הועבר הנכס לידי משיבה 1. אי הגשת עתירה משך תקופה כה ארוכה אף היא מחלישה, לכאורה, את טענת העותרת שהנכס כשלעצמו מהווה מקום קדוש. עם זאת, מוטב שהמדינה תפעל על פי הצהרתה ואכן תסדיר את העניין מבחינה משפטית כנדרש. אולם, לא ניתן לקבוע כי משיבה 1 מחזיקה את הנכס בלא כל הרשאה וכי קיימת חובה משפטית להחזיר את הנכס לידי המדינה. העותרת לא הצביעה על ביסוס משפטי לטענה כי המדינה חייבת להחזיק את הנכס בעצמה. טענות העותרת בדבר אי החוקיות בהליך ההקצאה בשנות ה-60 לוקות בשיהוי כבד באופן המקשה מבחינה אובייקטיבית לבחון את העניין. עוצמת הפגיעה הנטענת בשלטון החוק, אינה מצדיקה לדון בעניין.

הטענה לפיה משיבה 1 פגעה בנכס בביצוע עבודות וגרמה לנזק ממשי למרקם הארכיאולוגי במקום נדונה במסגרת הליכים אחרים שהתנהלו בין הצדדים. משיבה 2 פנתה לבית המשפט השלום בירושלים בבקשה למתן צו מניעה זמני אשר יורה למשיבה 1 לחדול מביצוע העבודות. הצדדים הגיעו ביניהם להסכם פשרה למתן צו מניעה לתקופה קצובה (בש"א (שלום - ירושלים) 10202/08). מן האמור ניתן ללמוד שהגם והמדינה אינה מחזיקה בנכס באופן ישיר, היא עדיין שומרת על הזכויות בנכס ופונה לבית המשפט במקרה ובו מבוצעות עבודות במקום.

8. עולה מן המקובץ שהעותרת לא הציגה תשתית עובדתית ומשפטית הדורשת לחייב את המדינה להחזיק את הנכס באופן ישיר. כאמור, לא הוכח שקיימת כל פגיעה בחופש הפולחן ביחס לנכס. הייתי מציע לחבריי להורות על דחיית העתירה וזאת ללא צו להוצאות, בנסיבות העניין. כתוצאה מכך, יש להורות על ביטול הצווים הזמניים שהוצאו במסגרת העתירה.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, ב' בכסלו התשע"א (9.11.2010).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת