

א

1. נאמני הר"הבית - עמותה
2. גרשון סלומון
3. עלי ארבל
4. זאב ברטוב
5. שמעון ברמץ
6. אסתר ברויאר
7. יואב שאולי

ב

ג

נגד

1. היועץ המשפטי לממשלה
2. מפקד משטרת ישראל
3. ראש עיריית ירושלים
4. שר החינוך והתרבות
5. מנהל אגף העתיקות
6. הוואקף המוסלמי

ד

ה

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[23.9.93]

לפני המשנה לנשיא מ' א לון והשופטים א' ברק, ג' בכך

ו

חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, ס"ח תש"ם 186, סעיפים 1, 2, 3 - חוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 11), תשכ"ז-1967, ס"ח 74 - צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז-1967, ק"ת 2690 - חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967, ס"ח 75 - חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, ס"ח 307, סעיפים 99, 145, 204(א), 204(ב), 238א - תקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), תשכ"ז-1967, ק"ת 2291 - חוק העתיקות, תשל"ח-1978, ס"ח 76, סעיפים 29, 31, 37(ג), פרק ו' - חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ס"ח 43, סעיף 62 - דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (המקומות הקדושים), 1924, חא"י כרך ג, (ע) 2805, (א) 2625, סימן 2.

ז

- עניינה של העתירה בעבודות בינוי המבוצעות בהר"הבית אשר בירושלים, עלידי המשיב 6.
- העותרים מייחסים למשיב 6 ארבעה סוגים של עבודות בלתי חוקיות באזור הר"הבית: עבודות בינוי שונות במבנים קיימים ועתיקים; כיסוי בעפר של עתיקות; בניית מדרכות וכמות תפילה על גבי כיסויי העפר; נטיעת עצים על גבי כיסויי העפר. כל העבודות מבוצעות, לטענת העותרים, בניגוד לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, ובניגוד לחוק העתיקות, תשל"ח-1978.
- לטענת המשיבים 1-5, כל מקרה של הפרת חוק התכנון והבניה או חוק העתיקות נבדק לגופו, באשר לחומרתו, להיקפו ולמידת הפגיעה בערך המוגן על-פי החוק.
- אשר להפרות החוק, שהעותרים טוענים להן, סבר המשיב 1, כי ההפרה לא עלתה כדי פגיעה משמעותית, לא באשר להיקפה, לא באשר לסוג הבניה ולא בנוגע למידת הפגיעה בערך המוגן. לכן, לאור הזמן הרב שחלף מאז בוצעו רבות מן העבירות ובשל רגישותו המיוחדת של הר"הבית, הגיע המשיב 1 לכלל דעה, כי אין עניין לציבור בהעמדתו לדין של המשיב 6.
- המשיב 3, שהתערבותו נדרשה מכוח הסמכות הנחונה לו בסעיף 238 לחוק התכנון והבניה, החליט שלא להפעיל את סמכותו בדבר מתן צו-הריסה מינהלי נגד המשיב 6.
- גם המשיב 5, במסגרת שיקול הדעת הנתון לו בסעיף 31 לחוק העתיקות, החליט שלא לעשות שימוש בסמכותו להורות על השבת המצב לקדמותו. מכאן העתירה.
- לטענת העותרים, לוקות החלטות נושא העתירה בחוסר סבירות קיצונית, בהפליה פסולה ובהתעלמות מהצורך בשמירה קפדנית על חוק העתיקות, בכל הנוגע להר"הבית.

- בית המשפט הגבוה לצדק פסק:
- א. (1) שטח הר"הבית הוא חלק משטחה של מדינת ישראל, וכיטוי מובהק לעיקרון זה מצוי בסעיף 1 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (280).
 (2) מריבונות של מדינת ישראל על ירושלים המאוחדת בכלל ועל שטח הר"הבית בפרט נובע, כי כל חוקי המדינה – וביניהם חוק התכנון והבניה וחוק העתיקות – חלים בשטח הר"הבית, וזכותו של כל אדם לחופש פולחן, לחופש גישה למקומות הקדושים ולשמירה מפני חילולם עומדת לו גם בשטח הר"הבית (281).
 ב. (1) הסמכות להסדיר מימושה של זכות הפולחן נתונה לרשות המבצעת ולא לרשות השופטת, שכן כך קובע סימן 2 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (המקומות הקדושים), 1924 (282 א).
 (2) על-אף אי-התערבותו של בית המשפט בשאלת מימושה של זכות הפולחן, זכות זו, כשלעצמה, לעולם היא עומדת (282 א-ב).
 (3) הקביעה בדבר אי-התערבותו של בית המשפט אין עניינה בכל הנוגע לדיון בשאלות נושא העתירה – העמדה לדין פלילי וביצוע עבירות פליליות על חוק התכנון והבניה ועל חוק העתיקות, והסנקציות המינהליות בעטיין של עבירות אלה (282 ה-ו).
 ג. (1) החלטותיהם של המשיבים 1-5 שלא להפעיל את סמכויותיהם בדבר הגשת תביעה וכדבר השבת המצב לקדמותו נגד המשיב 6, על מעשים שביצע בהר"הבית לכאורה שלא כדיון, נתונות לביקורת בג"צ. השאלה היא אפוא, אם לפי הכללים הנקטים והקבועים בפסיקת בג"צ, פגומות החלטות אלה במידה המצדיקה והמחייבת התערבות (283 ג-ד).
 (2) התערבות שיפוטית בשיקול-דעתו של המשיב 1, שעה שהוא מחליט שלא להעמיד אדם פלוגי לדין מחמת

- חוסר עניין לציבור, תיתכן במקרים נדירים ביותר (283 ו, 284 א).
- (3) (בעקבות בג"צ 223/88 [11]) ההתערבות בנימוק של המשיב 1 לסגירתו של תיק חקירה, היינו, שהגשת המשפט אינה תואמת את האינטרס הציבורי, אפשרית רק אם השיקולים המובאים על-ידי לביסוס מסקנתו הינם בבירור מוטעים או זרים לעניין (284 ה-ו).
- (4) כאשר מצויות מספר החלטות אפשריות, והרשות הסטטוטורית בחרה באחת מהן, אין בג"צ נוהג להתערב בהחלטת הרשות, גם כאשר נראה לבית המשפט שמעדיף היה החלטה אחרת במסגרת ההחלטות האפשריות, אילו היה עליו לקבל את ההחלטה (285 ד).
- ד. (1) בנסיבות דנן, מאז בוצעו עבודות הכיסוי בעפר, עבודות הנחת השבילים ועבודות להקמת הבמות, חלף זמן רב. לגבי חלק מן העבודות, קיים ספק אם דרוש היתר בנייה, ומכל מקום, עבודות אלה לא גרמו לעתיקות נזק בלתי הפיך (285 ו).
- (2) עבודות הבינוי והשיקום תרמו, בנסיבות דנן, לשמירת העתיקות, ובכך יש – בכל הנוגע לעבודות הבינוי שכבר בוצעו – כדי לשמש שיקול שלא להתערב בהחלטות המשיבים 1-5, ובפרט בהחלטה שלא להורות על השבת המצב לקדמותו (285 ו-ז).
- (3) לטענת העותרים כי עבודות הנטיעה מעל העתיקות מסכות נזק בלתי הפיך לעתיקות, הרי אין להתערב בהחלטת המשיבים 1-5 שלא להשיב את המצב לקדמותו, בשל מחלוקת המומחים שנתגלעה לעניין הנזק שנגרם לעתיקות, כשהמשיבים טוענים שאין בנטיעות כדי לגרום נזק לעתיקות (285 ז-286 א).
- (4) הטעם העיקרי שבעטיו אין על בית המשפט להתערב בהחלטות המשיבים 1-5 הוא התחייבות המשיבים לקיים פיקוח הדוק ומלא על הנעשה בהר"הבית, ולהביא לכלל כיבוד החוק ושמירת ערכן של כל העתיקות אשר מצויות בו (286 א-ב).
- (5) אם מן הראוי לנהוג לפני משורת הדין ולהימנע, במקרה הראוי, משימוש בזכות הנתונה כדין, על אחת כמה וכמה שמן הראוי להימנע מעשיית מעשה שהוא שלא כדין, ולמנוע מעשה המתעלם מקיום הדין, שלפיו יש לנהוג בענייני תכנון ובנייה ובענייני שמירת העתיקות (287 ז).

א

ב

ג

ד

ה

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] בג"צ 222/68, המ' 15/69 חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח' נ' שר המשטרה, פ"ד כד (2) 141.
- [2] ע"ב 2/88 בן שלום ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתי-עשרה ואח', פ"ד מג (4) 221.
- [3] בג"צ 267/88 רשת כוללי האידרא, עמותה ואח' נ' בית המשפט לעניינים מקומיים ואח', פ"ד מג (3) 728.
- [4] בג"צ 223/67 בר"ב נ' שר הדתות, פ"ד כב (1) 440.
- [5] בג"צ 33/92 בן-יוסף נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מז (1) 855.
- [6] בג"צ 99/76 כהן נ' שר המשטרה, פ"ד ל (2) 505.
- [7] בג"צ 537/81 שטנגר נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לה (4) 673.
- [8] בג"צ 67/93 תנועת "כך" ואח' נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מז (2) 1.
- [9] בג"צ 292/83 נאמני הר"הבית, עמותה ואח' נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח (2) 449.

ו

ז