

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 52/06

בג"ץ 1331/06

בג"ץ 1671/06

- בפני : כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט ד' חשין
- העותרת בבג"צ 52/06 : חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ
- העותרים בבג"צ 1331/06 : 1. מוחמד ח'יר אלדג'אני
2. מוחמד זכי נוסייבה
3. מוחמד בדר אל-זין
- העותרים בבג"צ 1671/06 : 1. Simon Wiesenthal Center Museum Corp.
2. מרכז "שמעון ויזנטל" לוס אנג'לס

נ ג ד

- המשיבים בבג"צ 52/06 : 1. Simon Wiesenthal Center Museum Corp.
2. מרכז "שמעון ויזנטל" - לוס אנג'לס
3. עיריית ירושלים
4. מינהל מקרקעי ישראל
5. "מוריה" - חברה לפיתוח ירושלים בע"מ
6. הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, ירושלים
7. הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, ירושלים
8. רשות העתיקות
- המשיבה בבג"צ 1331/06 : משטרת ישראל
- המשיבים בבג"צ 1671/06 : 1. בית הדין השרעי - ירושלים
2. מוחמד ח'יר אלדג'אני
3. מוחמד זכי נוסייבה
4. מוחמד בדר אל-זין
5. האפוטרופוס לנכסי נפקדים
6. רשות הפיתוח

עתירות למתן צו על תנאי

- בשם העותרת בבג"צ 52/06 : עו"ד מוחמד סולימאן אגברייה
- בשם העותרים בבג"צ : עו"ד ד' סייף מארגון כראמה לזכויות אדם
: 1331/06
- בשם העותרים בבג"צ : עו"ד מ' ליפשיץ ; עו"ד ע' ברי ; עו"ד ר' יאראק
: 1671/06

בשם המשיבים בבג"צ 52/06 : עו"ד מ' ליפשיץ
 עו"ד ר' יאראק
 עו"ד שרי לרנר-הורוביץ ועו"ד דורית ירחי
 עו"ד יי רויטמן, עו"ד ח' זנדברג ועו"ד איתי רביד
 מפרקליטות המדינה
 עו"ד יאיר שילה
 עו"ד יורם בר-סלע

בשם המשיבה בבג"צ : עו"ד יי רויטמן, עו"ד ח' זנדברג ועו"ד איתי רביד
 מפרקליטות המדינה : 1331/06

בשם המשיבים בבג"צ : עו"ד יי רויטמן, עו"ד ח' זנדברג ועו"ד איתי רביד
 מפרקליטות המדינה : 1671/06

פסק-דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

פתח דבר

1. על-פי הליכי תכנון בנין עיר שקיבלו תוקף סופי, עומד לקום במרכז העיר ירושלים מבנה המיועד להיות מוזיאון סובלנות. תוכנו העיקרי של המוזיאון נסב על ערך הסובלנות בין עמים ובין אדם לאדם, ומטרתו להטמיע בציבור את רעיון כבוד האדם, לחנך לערכי אמון הדדי ואחוה בחברה, לקדם מטרות חינוך לכיבוד ערכי יסוד של הדמוקרטיה, לגשר על פני סכסוכים בין עמים ובין מגזרי אוכלוסיה שונים, ולתרום להעמקת התודעה האנושית בדבר ערך השלום והאהבה בחיי אדם. הרעיון להקים מרכז סובלנות בירושלים נהגה בידי שמעון ויזנטל המנוח, הנמנה על דור שואת יהדות אירופה. הוא פעל בדרכו המיוחדת, האינדיבידואלית, בהפקת לקחי השואה, על-ידי איתור פושעי נאצים ברחבי העולם, ודאגה למיצוי הדין עמם; בגידרה של אותה מחוייבות, ביקש שמעון ויזנטל ז"ל להציב מרכז רוחני שתכניו ופעילותו יתמקדו בהעברת בשורת הסובלנות לבני העולם כולו. אין פלא, כי בחר לצורך מימוש הרעיון בירושלים, כבירת ישראל והעם היהודי, וכמרכז עולמי לשלוש הדתות הגדולות של האנושות. מוזיאון הסובלנות אמור לשקף את לקחי העבר, ולהטמיע לקחים אלה בערכי הסובלנות והאחוה לעתיד לבוא. הוא אמור לקשור עבר, הווה ועתיד בהסתכלות על זכויות היסוד של הפרט כערך עליון בחיי אדם, ובמשטרם של עמים ומדינות.

יישום רעיון המוזיאון מצוי באחריות חברה אמריקאית, מרכז שמעון ויזנטל, הפועלת בארצות הברית שלא למטרות רווח (להלן - מרכז ויזנטל).

2. הרשויות הנוגעות בדבר בישראל נענו לרעיון הקמת מוזיאון הסובלנות, ומינהל מקרקעי ישראל ועיריית ירושלים החליטו להקצות למרכז ויזנטל קרקע בטבורה של העיר ירושלים. מיקום המוזיאון על-פי תכנית בנין עיר שקיבלה תוקף סופי הוא במרכז העיר, באתר בו נמצא עד העת האחרונה מגרש חנייה עירוני רב-מפלסי לרכב בפינת הרחובות הלל ובן ישראל, במיקום הגובל בגן העצמאות ובבית הקברות המוסלמי ממילא (להלן יכונה השטח המיועד לבניית המוזיאון על-פי התכנית - מתחם המוזיאון).

3. לצורך קידום הפרוייקט, הקים מרכז ויזנטל חברה מיוחדת, היא Simon Wiesenthal Center Corp. (להלן - חב' המוזיאון) ("מרכז ויזנטל" ו"חב' המוזיאון" ייקראו ביחד גם - בעלות המיזם). בעלות המיזם פנו לאדריכל הנודע פרנק גרי כדי שיתכנן את המוזיאון במיקום שהוקצה לכך. האדריכל גרי הכין תכנית למוזיאון במיקום שנבחר לכך, והליכי התכנון התנהלו בפני רשויות התכנון לאורך שנים, ונסתיימו באישורה הסופי של התכנית ביום 29.8.02. היתר בנייה לתחילת העבודות בפרוייקט המוזיאון ניתן ביום 27.10.04. בעקבות הוצאת היתר הבנייה, החלה חב' המוזיאון בעבודות פיתוח השטח, אשר במהלכן נמצאו עצמות אדם ושרידי קברים במתחם. בינואר 2006 הוגשה העתירה הראשונה בבג"צ 52/06 על-ידי חב' אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ (להלן - חב' אלאקסא). חב' אלאקסא ביקשה צווים להפסקתן המיידית של העבודות במתחם המוזיאון לאור גילוי שרידי הקברים במקום, ועתרה להטלת איסור מוחלט לבצע כל עבודות בשטח, בטענה כי מדובר בשטח בית קברות מוסלמי, וכי כל עבודה במקום כרוכה בחילול קברים ובפגיעה במקום קדוש למוסלמים, ולכן אסורה בתכלית.

4. לאחר הגשת עתירתה של חב' אלאקסא ובעקבותיה, פתחו שלושה עותרים (ה"ה אלדג'אני, נוסייבה ואל-זין) (להלן - אלדג'אני) בהליך בפני בית הדין השרעי, ובו עתרו לצווי מניעה זמניים, שמטרתם להביא להפסקה לאלתר של העבודות במתחם המוזיאון. בית הדין השרעי הוציא צווים כנגד מרכז ויזנטל, חב' המוזיאון וגורמים נוספים, האוסרים עליהם להמשיך בביצוע העבודות במתחם. בעקבות ההליך בפני בית הדין השרעי, הוגשו שתי עתירות נוספות לבית משפט זה: האחת - של אלדג'אני, והשניה - של בעלות המיזם. בעתירה הראשונה מבקשים העותרים סעד שיחייב את משטרת ישראל לאכוף את צווי המניעה הזמניים שהוצאו על-ידי בית הדין השרעי; בעתירה השניה מבקשות בעלות המיזם מבית משפט זה להכריז על הצווים שהוצאו על-ידי בית הדין השרעי כבטלים בשל חוסר סמכותו של בית הדין השרעי לדון בסוגיה נשוא הליך

זה, הנוגעת לפעולות בנייה של מוזיאון הסובלנות במתחם בו נתגלו שרידי קברים עתיקים.

5. הסוגיה המרכזית העולה בהליך זה נוגעת לשאלה מהם גבולות המותר והאסור בפיתוח ובנייה של מתחמים שנתגלו בהם, מתחת לפני הקרקע, עם תחילת העבודות, ולאחר השלמת כל הליכי התכנון, שרידי קברים ועצמות אדם; שאלות מישנה העולות בהקשר זה הן - מהו המשקל שיש לתת לעיתוי הפנייה לערכאות של עותר המתנגד להמשך הבנייה, זמן ניכר לאחר שכל הליכי תכנון המתחם הושלמו ואושרו; ומהו גדר סמכויותיו של בית הדין השרעי בסוגיה זו.

עיקרי העובדות

רקע תכנוני

6. מתחם המוזיאון מצוי בלב מרכז ירושלים. הוא גובל בגן העצמאות ובבית הקברות המוסלמי ממילא. מאז קום מדינה, אושרו במתחם סדרה של תכניות בנין עיר, ועם השנים, הלך פיתוח הקרקע במתחם והתפתח, כדלקמן:

תכנית מיתאר מס' 856: תכנית זו אושרה בשנת 1960, ומטרתה - פיתוח השטח למטרת מגורים ומסחר, הקצאת שטחים לבניינים ציבוריים, שטחים ציבוריים פתוחים, ושטחים פרטיים פתוחים. המתחם הרלבנטי לענייננו נקבע כשטח ציבורי פתוח (שצ"פ).

תכנית מיתאר מקומית מס' 2009: תכנית זו קיבלה תוקף בשנת 1979, ומטרתה העיקרית - הקמת חניון ציבורי תת-קרקעי ורב-מפלסי לרכב. במתחם אכן נבנה חניון כזה, אשר שירת את צרכי החנייה במרכז העיר במשך מספר עשורים.

תכנית מיתאר מקומית מס' 1880א: תכנית זו קיבלה תוקף בשנת 1991, והתוותה את הדרך המחברת בין רח' הלל ורח' אגרון, דרך גן העצמאות.

תכנית מיתאר מקומית מס' 4498: התכנית קיבלה תוקף בשנת 1998, ובגידרה שונה ייעוד של שטח ציבורי פתוח במתחם לאיזור מסחרי.

תכנית מיתאר מקומית מס' 4740: תכנית זו אושרה בשנת 2000, ומטרתה, בין היתר, הוספת שתי קומות על בנין הידוע כ"בית המהנדס", וכן הקמת שני בניינים חדשים במתחם.

7. תכנית המוזיאון - מס' 8030: בעקבות הקצאת הקרקע על-ידי המינהל והעירייה למרכז ויזנטל למטרת הקמת המוזיאון, פתח המרכז בהליכים לשינוי ייעוד המתחם לסיווג מתאים להקמת המוזיאון. תוכנית שינוי הייעוד הנוגעת לכך, היא תכנית 8030, פורסמה בהתאם לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965 (להלן - חוק התכנון והבנייה), ודבר הפקדתה פורסם ברשומות (י"פ מס' 5023, עמ' 120, מיום 16.10.2001), ובעיתונות העברית והערבית, כנדרש על-פי חוק. תוכנית זו אושרה ביום 26.3.02, לאחר שינויים קלים שנעשו בה בעקבות התנגדויות שנשמעו בפני הוועדה המחוזית. התוכנית פורסמה ביום 29.8.02 (י"פ 5107, עמ' 3909), וכן פורסמה בעיתונות כנדרש (לסקירת הליכי התכנון ראו גם מכתבו של האדריכל ברק עילם מיום 5.1.06, נספח י"א להודעה המשלימה מטעם בעלות המיזם מיום 3.12.06).

8. לאחר אישור התכנית לשינוי ייעוד הקרקע, ולאחר שצוות מטעם האדריכל גרי החל בתכנון הפרטני של מבנה המוזיאון, ביקשה חב' המוזיאון מרשות התכנון היתר בנייה בקרקע. בקשה זו עברה את אישורן של הוועדה המקומית והוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, ואושרה באופן סופי ביום 27.10.04. עם קבלת היתר הבנייה, החלה חב' המוזיאון בפיתוח המתחם המיועד להקמת המוזיאון. לקראת סוף שנת 2005 הוחל בביצוע חפירות לצורך הנחת היסודות למבנה. במהלך חפירות אלו נתגלו בחלק מהשטח המיועד לבנייה שרידי קברים עתיקים ועצמות אדם, שנמצאו עמוק מתחת לפני הקרקע, וסמויים מן העין. באותו שלב, רשות העתיקות טיפלה בשרידים, ואלה הועברו מאתר הבנייה לצרכי שימור ומחקר.

9. לאחר היוודע דבר קיומם של שרידי קברים עתיקים במתחם הבנייה המיועד להקמת המוזיאון, הוגשה העתירה העיקרית בהליך זה בידי חב' אלאקסא, אשר ביקשה את הפסקתה המיידית של הבנייה והפיתוח במתחם, עקב גילוי הקברים (בג"צ 52/06). העותרת, על-פי הצהרתה, הינה חברה לפיתוח נכסי הקדש מוסלמי בישראל, ששמה לה למטרה לשמר ולתחזק מקומות קדושים למוסלמים ולנוצרים בתחום מדינת ישראל. ערב מתן פסק דין זה, הוציא שר הביטחון צו מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, המכריז על החברה כהתאחדות בלתי מותרת, והוצא צו תפיסת נכסים בעניינה. על משמעותה המשפטית של הכרזה זו לענייננו ידובר בהמשך.

10. לאחר הגשת עתירה זו, הוגשו שתי העתירות האחרות (בג"צ 1331/06 ובג"צ 1671/06), העוסקות בסמכויות בית הדין השרעי לדון ולהכריע בנושא הבנייה במתחם המוזיאון לאחר גילוי הקברים. הדיון בשלוש העתירות אוחד במסגרת הליך זה.

11. מוזיאון הסובלנות נבחר להיבנות במרכז העיר ירושלים, ואין בכך מקריות. בחירת המיקום נובעת מתפיסה לאומית ומוניציפלית המייחסת חשיבות מיוחדת למפעל זה, ולא מעט גם בשל מיקומו המתוכנן של המבנה. ירושלים, כבירת ישראל, מהווה מוקד ענין לעולם כולו ולמבקרים רבים מכל קצוות תבל, העולים לרגל לעיר המהווה מרכז רוחני ודתי לבני שלוש הדתות העיקריות בעולם. מיקומו של מוזיאון הסובלנות בלב ירושלים נושא עמו משמעות מיוחדת, המשתלבת באופייה הקוסמופוליטי של העיר, ובהיותה מרכז רוחני ודתי המאחד את עמי העולם.

יתר על כן, בשנים האחרונות נעשה מאמץ מיוחד לפתח את מרכז העיר ירושלים על-ידי תכנון משולב המאגד בתוכו תכניות שונות המיועדות להפוך איזור זה למוקד ענין תרבותי, רוחני, עסקי ותיירותי, אשר ייצור רצף טבעי בין העיר העתיקה לעיר החדשה.

המטרה היא להפוך את מרכז העיר ירושלים למוקד ראוי לבירת ישראל, אשר יהווה מקור ענין ומשיכה למבקרים מפנים ומחוץ, אשר יחזיר חיים ותסיסה לרחובות מרכז העיר, לא רק בתחומי המסחר והעסקים, אלא גם בתחומי התרבות, הבילוי, התיירות והמגורים. במסגרת זו, מתוכננים במרכז העיר, בין היתר, בנייה של הרכבת הקלה, חידוש ופיתוח רחובות, הקמת בנייני ציבור שונים, נטיעה וגינון, עידוד מגורי צעירים באיזור על-ידי מתן מענקים, עידוד בנייה מסחרית, ויצירת מערך תנועה חדש לכלי רכב, שיקל על הנגישות למרכז העיר.

בנייתו של מוזיאון הסובלנות במרכז העיר ירושלים נושא עמו, אפוא, משמעות מיוחדת לא רק לאור מהותו התכנית ותכליתו כמוקד רוחני להטעמת תודעת הסובלנות בין בני האדם, אלא גם כחלק אינטגרלי מתכנית משולבת לפיתוח מרכז הבירה, שסבל שפל רב בעשורים האחרונים.

12. נכון לעת זו, מתחם הבנייה עליו מתוכנן לקום המוזיאון מורכב ממספר חלקים: חלקו האחד של המתחם שימש עד לתחילת עבודות הבנייה כחניון על-קרקעי (חניון "גן העצמאות"); חלקו האחר שימש כחניון תת-קרקעי (חניון "בית המהנדס"), כשמעליו שוכנת כיכר הידועה בכינוייה "כיכר החתולות". המתחם אף נפרש על הכביש המפריד בין החניון התת-קרקעי לחניון העילי וכן על חלק משטחו של כביש החוצה כיום את גן העצמאות, הוא רחוב מנשה בן ישראל. שטח איזור החנייה העילי גובל

בשטח מגודר, המהווה בית קברות מוסלמי עתיק, "מאמן אללה", הידוע גם בכינויו "בית קברות ממילא".

ממצאי רשות העתיקות

13. מעת שנתגלו שרידי קברים מתחת לפני הקרקע בתחילת עבודות הבנייה במתחם, נכנסה רשות העתיקות לתמונה, טיפלה בשרידים שנמצאו, והגישה תמונת מצב ביחס לשטח המתחם כולו (הודעתה המשלימה מיום 2.1.07). בתמונת המצב, חולק מתחם המוזיאון לחמישה מגזרים בהתאם למפת האיזור שהוגשה בידי הרשות כנספח להודעה:

המגזר המסומן 4 במפת הרשות משתרע על חלק מכריע ממתחם המוזיאון, בחלקו הצפוני-מערבי. זהו שטח חניון הרכב, שנחפר ונחצב לפני שנים רבות, ובאיזור זה אין חשש להימצאות שרידי קברים. שטח זה שוחרר לבנייה בידי רשות העתיקות, בתורת הרשות המוסמכת לפקח על אתרים בעלי חשיבות ארכיאולוגית והיסטורית מכוח חוק העתיקות, תשל"ח-1978 (להלן - חוק העתיקות).

המגזר המסומן 5 במפת הרשות מצוי בחלקו המערבי של המתחם, ובתחומו עובר כביש פעיל לכלי רכב, הוא רחוב מנשה בן ישראל. איזור זה טרם שוחרר לבנייה בידי רשות העתיקות, שכן הרשות טרם השלימה את הבדיקות בו.

השטח המצוי בלב המתחם מחולק לשלושה מגזרים: מגזר המסומן 1, הוא שטח שנחפר על-ידי הרשות, ובו אין חשש לשרידי קברים. שטח זה שוחרר לבנייה ללא מגבלות;

השטח המסומן 2 מצוי בלב המתחם. בוצעו בו חפירות, ומוצו הבדיקות הארכיאולוגיות הנדרשות על-ידי הרשות. הרשות הבהירה, כי בשטח זה ברובו נקברו מתים לאורך מאות בשנים בשלוש שכבות: השכבה העליונה של הקברים פונתה לחלוטין על-ידי גורמי רשות העתיקות; הוא הדין ביחס לשכבה השנייה; אשר לשכבה השלישית, שהיא הקדומה ביותר, זו פונתה ברובה, ונשארו בשטח מספר עשרות קברים. מדובר בקברים עתיקים, בני למעלה משלוש מאות שנים. לעמדת רשות העתיקות, ניתן להעתיק קברים אלה בצורה מכובדת לשטח בית הקברות ממילא הסמוך, או לשטח קבורה מוסכם אחר.

מדרום לשטח 2 מצוי שטח מס' 3, שסומן בצבע סגול (להלן - השטח הסגול). בשטח זה ביצעה הרשות חפירות חלקיות בלבד. בהיבט המדעי, מצאה הרשות כי אין צורך בהמשך חפירות מטעמה, וניתן לבנות על השטח ללא חדירה לתת-הקרקע שלא נחפר. השטח שוחרר, אפוא, לבנייה, על-ידי רשות העתיקות, בתנאי שלא תהיה חדירה לתת-הקרקע באיזור זה, ואם יהיה צורך להציב כלונסאות למטרת הבנייה, יידרש לעשות זאת בפיקוח רשות העתיקות.

עמדתה של רשות העתיקות היא, אפוא, כי מנקודת מבט היסטורית-ארכיאולוגית, אין מניעה לקדם את פרויקט המוזיאון ביחס לחלקו העיקרי של המתחם, בנתון למגבלות בנייה מסוימות שפורטו לעיל, שנועדו לשמר שטחים בהם מצויים שרידי קברים.

צווי בנינים והליכי גישור

14. במסגרת ההליכים בשלוש העתירות, הוצא על-ידינו צו בנינים, מכוחו הופסקו העבודות במתחם עד להכרעה בעתירות. כן הוצא צו בנינים אשר אסר על בית הדין השרעי להמשיך ולקיים הליכים מקבילים בתובענה שהוגשה לפניו, שעניינה הפסקת פעולות הבנייה במתחם המוזיאון.

15. הליכי גישור שנערכו בין הצדדים בניסיון לפתור את המחלוקת בענין הבנייה במתחם המוזיאון לא עלו יפה. בהמשך, נתבקשו נציגי מרכז ויזנטל ו'חב' המוזיאון להגיש הצעות מטעמם לפתרון מעשי של הקושי שנוצר באותם מגזרים במתחם, בהם נמצאו שרידי קברים עתיקים.

הצעות מעשיות לפתרון בעיית הבנייה בשטחים בהם מצויים שרידי קברים עתיקים

16. בעלות המיזם הציגו שתי חלופות עיקריות לפתרון הקושי שנוצר בכיצוע עבודות בנייה במתחם המוזיאון בו נמצאו שרידי קברים עתיקים (הודעה משלימה מיום 3.12.06):

17. החלופה האחת - העתקת שרידי הקברים והעצמות, והעברתם לקבורה במקום חלופי. בעלות המיזם התחייבו להעביר את שרידי הקברים והעצמות בצורה מקצועית, מכובדת וראויה, בהתאם לכללי הדת המוסלמית, ובנתון לפיקוח אנשי דת מוסלמים. הן אף לקחו על עצמן, במידת הצורך, לרכוש קרקע מתאימה, או להתאים איזור קבורה

קיים כדי שיהלום את הקבורה החלופית. למטרה זו, פנו בעלות המיזם לאדריכל על מנת שיגבש תוכנית לשיקום מתחם בית הקברות ממילא הסמוך למתחם המוזיאון (תוכנית האדריכל שלמה אהרונוסון מיום 19.09.06, צורפה כתת-נספח ה' לנספח א' להודעה המשלימה של בעלות המיזם מיום 3.12.06).

בעלות המיזם הציעו שלוש אפשרויות עיקריות להעתקת הקברים ממקומם באמצעות שיטות חדישות למניעת חילולם: האפשרות הראשונה עניינה בשיטת החפירה הידנית, המקובלת באתרי קבורה בישראל כיום. בשיטה זו, החפירה מתבצעת בכלים עדינים לגילוי הקברים והשלדים, והעברתם לקבורה חלופית לאחר מיונם בצורה ידנית בלא פגיעה בשלדים או בקברים. חלופה זו נתמכה בחוות דעת מומחה של ד"ר אלון שביט מיום 23.3.06 (תת-נספח ב' לנספח א' להודעה המשלימה מטעם בעלות המיזם). האפשרות השנייה היא הקפאתו של תא השטח בו מצויות העצמות באמצעות צינורות מתכת המוחדרים לקרקע, המקפיאים את האדמה. לאחר פעולת ההקפאה, מוצא גוש הקרקע, שבתוכו הקברים והעצמות, כיחידה אחת, ללא מגע יד אדם, ומועבר בשלמותו לאתר קבורה אחר. חלופה זו נתמכת בחוות דעת מומחה של המהנדס נצח משיח מיום 23.3.06 (תת-נספח ג' לנספח א' להודעה המשלימה מטעם בעלות המיזם). אפשרות שלישית שהוצעה על-ידי בעלות המיזם עניינה מערכת חיתוך מכנית, שבאמצעותה מתבצע חיתוך של הקרקע מכל צידי הקבר. לאחר מכן מורם הקבר אל משטח עץ, ומשונע ליעדו החלופי. גם אופציה זו מאפשרת מניעת מגע כלשהו עם הקבר או העצמות המצויות בקרקע. אפשרות זו נתמכת בחוות דעתו של המהנדס אילן שני מיום 20.3.06, והמהנדס דניאל שחם מיום 23.3.06 (תת-נספח ו' ותת-נספח ד' לנספח א' להודעה המשלימה מטעם בעלות המיזם). מאחר ששלוש אפשרויות אלו מצריכות את העברת הקברים לאתר קבורה חלופי, הציגו בעלות המיזם את מכתבו מיום 25.9.06 של הגנרל אבו ראשיד מהמרכז לפיתוח ושלום בעמאן, אשר הסכים לפקח על העברת הקברים והטמנתם במקום קבורה חלופי בהתאם לדין השרעי (נספח ב' להודעה המשלימה מטעם בעלות המיזם).

לחלופין, ובמסגרת חלופת העתקת הקברים, הציעו בעלות המיזם כי הקברים ייטמנו בעומק הקרקע במתחם המוזיאון עצמו. אפשרות זו נתמכה בחוות דעתו של המהנדס דניאל שחם מיום 23.3.06 (תת-נספח ו' לנספח א' להודעה המשלימה מטעם בעלות המיזם).

18. החלופה השנייה לטיפול בשרידי הקברים שהוצעה על-ידי בעלות המיזם היא בנייה ב"שטח הסגול", בו מצויים מרבית הקברים, תוך הימנעות מחפירה לעומק

הקרקע, ותוך פגיעה מינימאלית בקברים הנמצאים במתחם. עם זאת, הפתרון בחלופה זו, כפי שהוצג בתחילה, חייב עבודות וקידוחים בשטח האמור. לענין זה ציינו בעלות המיזם כי יידרשו חפירות מוגבלות בקרקע, וזאת בעיקר לצורך הקמת כלונסאות כיסודות לבניין. חלופה זו מצריכה שינוי תכנוני של החלק התת-קרקעי של המוזיאון, אשר על-פי התכנית המקורית מיועד, בין היתר, לחנייה תת-קרקעית, כמפורט בחוות דעתו של האדריכל עופר קולקר מיום 5.1.06, אשר צורפה לתגובת בעלות המיזם (נספח ג' להודעתן המשלימה).

19. חב' אלאקסא דחתה כל אחת מהחלופות האמורות.

צווים על תנאי

20. בעקבות דיון נוסף בעתירות ביום 3.1.07, הוצא על-ידינו צו על תנאי בעתירה העיקרית, המתמקד ב"שטח הסגול" שבמתחם המוזיאון, המשתרע על 12% מהשטח הכולל של המתחם המיועד לבנייה, ואשר בו מצויים מרבית שרידי הקברים מתחת לפני הקרקע. על-פי הצו, נדרשו המשיבים בעתירה העיקרית ליתן טעם מדוע לא תשונה תוכנית הבנייה של מתחם המוזיאון כך שהבנייה לא תשתרע על "השטח הסגול" של המתחם.

21. ביום 30.4.07 ניתן על-ידינו צו על תנאי גם בעתירת בעלות המיזם כנגד בית הדין השרעי, המחייב מתן טעם מדוע לא יוכרזו כבטלים הצווים שהוצאו על-ידי בית הדין השרעי במסגרת ההליך המתקיים בפניו בסוגיית הבנייה במתחם המוזיאון, ומדוע לא ייאסר עליו להמשיך ולדון בהליך זה בשל חריגה מתחומי סמכותו.

22. בתשובתן מיום 1.2.07 לצו על תנאי בעתירה העיקרית, הלכו בעלות המיזם כברת דרך נוספת במאמץ למצוא פתרון מעשי לבעיית שרידי הקברים המצויים ב"שטח הסגול". הן הצהירו כי הן תהיינה נכונות להתחייב להימנע מביצוע כל חפירה או קידוח נוספים בשטח זה, מעבר לאלה שכבר בוצעו בעבר ב"שטח הסגול". התחייבות זו תמומש על-ידי בנייתה של "רצפה צפה", אשר תיבנה בגובה מעל לפני הקרקע, באמצעות הכלונסאות שכבר הוצבו בשטח, עוד בטרם הוגשו העתירות. "הרצפה הצפה" אמורה להשאיר מרווח אוויר מעל פני הקרקע, אשר גובהו ינוע בין 10 ס"מ לבין מטר אחד ויותר מפני הקרקע, בהתאם לתוואי השטח. באופן זה, לא ייווצר כל מגע פיסי שהוא בין רצפת המבנה לבין פני הקרקע ושרידי הקברים שמתחתיה. חוות דעת המומחה ההנדסאי אריה קליין, יועץ גיאוטכני וגיאו-סביבתי מיום 28.1.07, תומכת

בהיתכנותה של שיטת בנייה זו. חוות הדעת מביאה תימוכין למקרים שונים אחרים בהם בוצעה בנייה בשיטה כזו במתחם בית קברות, לרבות בבנייה על הקברים עצמם, באיזור הקרוי "עיר המתים" בקהיר שבמצרים (נספח י"א לתשובת בעלות המיזם לצו על תנאי).

23. בעלות המיזם הדגישו, כי אפשרות בניית "רצפה צפה" מצריכה השקעת משאבים כספיים ניכרים מטעמן, הן לשם מימוש הפתרון ההנדסי האמור, והן בשל העלויות הכספיות הנגררות כתוצאה משינוי תוכניות המוזיאון, המתחייב מכך ששטחי בנייה שנועדו במקורם להיבנות בעומק הקרקע ב"שטח הסגול", יועתקו למיקום אחר במבנה. חוות דעתו של האדריכל עופר קולקר מיום 5.1.06 סוקרת שינויים מתחייבים אלו (נספח ג' להודעה המשלימה מטעם בעלות המיזם). בעלות המיזם הוסיפו עוד, כי אופציה זו כורכת עמה פגיעה בתפקודו היעיל של המוזיאון עצמו, למשל במניעת אפשרות כניסתן של משאיות גדולות לאיזור התת-קרקעי של המבנה, בשל מגבלת החפירה לעומק הקרקע. עם זאת, הן הביעו נכונות לשאת בעלויות ובמגבלות השונות המתלוות לאופציה זו, כדרך למציאת פתרון ראוי לבעיה שנוצרה.

את הבחירה בין החלופות השונות ליישוב הקושי שנוצר עקב מציאת שרידי קברות באיזור הבנייה של המוזיאון הותירו בעלות המיזם לחב' אלאקסא.

24. בצד הסכמתן לשאת בעלויות הפתרונות החלופיים השונים לטיפול בבעיה שנוצרה, הודיעו בעלות המיזם כי לא תוכלנה מבחינתן לוותר על מימוש התכנית המקורית לבנות את חלקו של המוזיאון גם בתחומי "השטח הסגול". לטענתן, הטלת איסור מוחלט על בנייה בשטח זה תחייב אותן לזנוח כליל את תכנית הבנייה של המוזיאון במיקום הנוכחי, וזו עשויה אף להביא לזניחת התכנית כולה, שהושקעו בה עד כה כספים רבים. הנימוק העיקרי לכך תלוי באופי התכנוני המיועד של מבנה המוזיאון, אשר, על-פי הטענה, אינו מאפשר את הוצאת "השטח הסגול" מתחומו. מודל המוזיאון, כפי שתוכנן, מהווה יצירה תכנונית הרמונית של האדריכל פרנק גרי, שיש לה אופי וסגנון אומנותי מובהק. כל מרכיב בתכנית זו שלוב ואחוז במרכיבים האחרים, כחלק ממכלול אומנותי ותכנוני אחד. הוצאת רכיב אחד מרכיבי התכנית, המתייחס לבנייה ב"שטח הסגול" עשויה לפגוע פגיעה ממשית בתכנון הכולל, ותחטיא את מטרתו, מה גם שמדובר ברכיב שהוא לב-לבו של המבנה כולו. בעלות המיזם הדגישו, כי האדריכל גרי אינו רואה אפשרות לשנות את תכנון המבנה האמנותי שתכנן בדרך של הוצאת "השטח הסגול" מתחומו. העתקת המבנה האמור למקום אחר מחוץ למרכז העיר גם היא לא תאפשר להותיר את תכנון המוזיאון על כנו, שכן תכנון זה אחוז ושלוב

במאפיינים הנופיים והצורניים המיוחדים של מרכז העיר, ואינו יכול להשתלב מבחינה ארכיטקטונית ואמנותית בשום מקום אחר. הוגש לעיוננו מכתבו של האדריכל גרי מיום 31.1.07, בו הוא מודיע כי לדעתו לא ניתן לבצע את השינוי המוצע במבנה, שכן "השטח הסגול" ביחס למבנה הינו לב הפרוייקט מבחינה סימבולית, תרבותית וארכיטקטונית. כן הוסיף, כי כל שינוי במיקום המוזיאון יחייב את תכנונו המחודש של המבנה, תכנון שאותו לא יוכל עוד פרנק גרי לקחת על עצמו (נספח ח') לתשובת בעלות המיזם לצו על תנאי). עמדה מקצועית זו בדבר היות תכנית המוזיאון מכלול אומנותי אחד, שאינו ניתן לשינוי ולפיצול על-ידי הוצאת "השטח הסגול" מתחום התכנית, נתמכת גם בחוות דעתה של האדריכלית עדה כרמי מיום 29.1.07, בה היא סוקרת את ההשלכות האפשריות של איסור בנייה בשטח זה של מבנה המוזיאון. היא קובעת בחוות דעתה, כי לאור שיטת עבודתו של האדריכל גרי, הבנויה על תפיסה משולבת של אדריכלות ופיסול, וקיום קשר הדדי הדוק בין כל רכיבי הפרוייקט, הוצאתו של רכיב אחד מרכזי מהתכנון הכולל על-ידי איסור בנייה ב"שטח הסגול", עשויה להרוס את הפרוייקט כולו, ותצריך תכנון מחדש של כל מבנה המוזיאון מבראשית. לדעת האדריכלית כרמי, עמדה זו מתחזקת לאור התכנון המיועד ל"שטח הסגול", המהווה מאפיין ייחודי של המבנה, ומכונה על-ידי "הריאה של הפרוייקט". ביטולו של חלק מבנה זה המצוי ב"שטח הסגול" ייטול מן הפרוייקט את נשמתו, כך לגישה (נספח ו') לתשובת בעלות המיזם לצו על תנאי). עמדה דומה מובעת בחוות דעתו של האדריכל אמיר מן, מרצה בכיר בטכניון, מיום 19.6.06 (נספח ל"ב להודעה המשלימה מטעם בעלות המיזם).

25. חב' אלאקסא דחתה גם את הצעת הפתרון הנוספת שהועלתה על-ידי בעלות המיזם ביחס לבניית "הרצפה הצפה" מעל פני הקרקע ב"שטח הסגול".

בהעדר הסכמה בין בעלי הדין באשר לדרך פתרון מוסכמת אשר תיישב את המחלוקת, נדרשת הכרעה בעתירות לגופן.

טיעוני הצדדים

העתירה העיקרית בבג"צ 52/06

טיעוני העותרת חב' אלאקסא

26. חב' אלאקסא בעתירתה המתוקנת מבקשת לאסור על פגיעה וחילול של בית הקברות המוסלמי, מקום קדוש למוסלמים, למנוע הסגת גבול של בית הקברות ממילא, ולאסור על נבירה בקברים, על חפירה בשטח בית הקברות, ולהורות על ביטול עסקאות

העברת זכויות קניין במתחם לבעלות המיזם. כן נתבקש לבטל את ההיתרים לביצוע העבודות שניתנו לבעלות המיזם בשטח המוזיאון. העתירה נסמכת על שלושה ראשי טיעון עיקריים, השאובים כולם מהנחת המוצא בדבר קדושתו של המתחם כבית קברות מוסלמי עתיק: ראש הטיעון האחד, נסב על הגישה לפיה קדושתו של המתחם בו נמצאו שרידי קברים שוללת כל אפשרות לחללו על-ידי ביצוע פעולות בנייה בשטח. לגישת העותרת, משעה שנתגלו קברים עתיקים במתחם, מדובר בשטח מוסלמי קדוש, אשר כל פעולת בנייה או פיתוח עליו אסורים בתכלית. ראש הטיעון השני נוגע לפסלות המשפטית של הליכי הרישום, והקניית הזכויות בקרקע לבעלות המיזם לאור מהותו של הנכס נשוא העתירה. ראש הטענות השלישי נסב על טענות פגיעה בזכויות יסוד של בני העדה המוסלמית, ופגיעה ברגשותיהם, וטענות לפיהן הבנייה במתחם המוזיאון עומדת בסתירה לעקרונות המחייבים שמירה על מקומות קדושים. הרי פירוט הטענות:

קדושת המקום:

27. לטענת העותרת חב' אלאקסא, שטחו של מתחם המוזיאון, אשר בקרקעיתו נתגלו שרידי קברים, הינו שטח בלתי נפרד מאחד מבתי הקברות החשובים והמקודשים לעדה המוסלמית. המדובר בחלקה השייכת למתחם בית הקברות ממילא, המתפרש על פני אלפי קברים, וקבורים בו מחשובי מנהיגי האסלאם. עמדה זו נתמכת בחוות דעת המומחה ד"ר ראדא פתחי ג'אברין מיום 28.12.06 (נספח ג' לעתירה המתוקנת). משכך, עם גילוי הקברים קיימת חובה להכריז על אתר הקבורה כאתר שימור לאומי, ולהימנע מביצוע כל עבודות בשטח זה. העותרת מוסיפה כי קדושתו של המקום שרירה וקיימת גם כיום, ואין לקבל טענה לפיה הוסרה קדושת המקום מן הטעם שאתר הקבורה הינו, לכאורה, "בלוי וחרב", שרק אז ניתן, על-פי ההלכה השרעית, להסיר את קדושת המקום. עוד נטען, כי אין להתיר בנייה במתחם מכוח פסק הלכה שרעי שניתן בשנות ה-60, אשר התיר זאת, מאחר, שכנטען, פסק ההלכה האמור הינו לקוי, קודם כל מהבחינה הפורמאלית, בכך שלא זומנו להתייצב בהליך היועץ המשפטי לממשלה, או נציג משרד הדתות, או נציג ועד הנאמנים האחראי על נכסי הווקף. כן הוא לקוי מהבחינה המהותית, בשל הסתירה העובדתית הקיימת בין קביעות אותו פסק הלכה, לפיהן השטח היה "בלוי וחרב" כבר בשנות ה-60 של המאה הקודמת, לבין העובדה כי נמצאו בשטח עצמות אדם בימים אלו ממש, דבר המעיד על כך שהשטח אינו עונה להגדרה האמורה. העותרת מעלה טענות גם כנגד כשירותו של פסק ההלכה, מבחינת טוהר המידות של פוסק ההלכה, הקאדי שיח טאהר חמאד. לפיכך, לשיטתה, יש להשקיף על פסק הלכה זה כחסר תוקף מעיקרו, ואין לראות בו מקור הלכתי המתיר בנייה במתחם מבחינת הדין השרעי. עוד מציינת העותרת, כי הקאדי אחמד נאטור, נשיא בית הדין השרעי

לערעוורים, פרסם ביום 21.6.94 צו שיפוטי האוסר על מתן פסק הלכה המתיר הסרת קדושה ממקום קדוש, ומכאן יש ללמוד כי פסק ההלכה שהתיר בעבר בנייה במתחם המוזיאון ניתן שלא כדין, וכי במצב המשפטי החל כיום ישנו איסור הלכתי על בנייה במתחם (נספח ז' לעתירה המתוקנת).

28. לחיזוק טענתה בדבר היות מתחם המוזיאון מקום קדוש, מביאה העותרת שורה של פסקי הלכה התומכים בגישתה כי קדושתו של בית הקברות היא נצחית, ואינה ניתנת להסרה אף בחלוף הזמן. כן הציגה העותרת פסקי הלכה של נשיא בית הדין השרעי העליון ברשות הפלסטינאית מיום 9.12.06; וכן גילויי דעת של ד"ר מוסא אלביסט, דיקן הפקולטה ללימודי איסלאם ושריעה בישראל באום אלפחם; המופתי של ירושלים שיח חוסין מיום 10.12.06; פרופ' חוסאם אלדין בן מוסא עפאנה, מרצה באוניברסיטת אלקודס מיום 8.12.06; והמופתי הכללי של הממלכה הירדנית מיום 9.2.06, אשר כולם הביעו עמדה לפיה כל פעולה מלבד קבורת מתים במתחם בית הקברות ממילא אסורה בהחלט (נספחים ז'-ח' לעתירה המתוקנת). העותרת צירפה חוות דעת מומחה של ד"ר אחמד קעדאן, מרצה במכללת אלקאסמי, אשר חיווה את דעתו בדבר קדושת בית הקברות כנכס "ווקף", ואיסור מכירתו או החלפתו של הווקף בנכס אחר או בתמורת מכירה (נספח ט' לעתירה המתוקנת). לאור כל אלה, טוענת העותרת כי קיים איסור דתי מוחלט לבצע עבודות, לפתח ולבנות במתחם, להזיז את עצמות הקבורים, או לבצע כל פעולה אחרת הפוגעת בקדושת המקום.

29. העותרת בטיעוניה מדגישה את חשיבותו של עקרון השוויון, וטוענת כי כשם שמוענקת הגנה מירבית לקברי יהודים בארץ ובעולם, כך אין לחלל בית קברות מוסלמי, נשוא העתירה. היא הציגה את חוות דעתו של ד"ר חסן סנאללה מיום 12.12.06, אשר סקר את ההגנה הרחבה הניתנת למקומות קבורה יהודיים במדינות איסלאמיות, ואת ההגנה הכללית הפרושה על מקומות בעלי אופי דתי במשפט הבינלאומי (נספח כ' לעתירה המתוקנת).

30. במישור העובדתי, העותרת חולקת על טענות המשיבים לפיהן בנייה במתחם בית הקברות כבר התבצעה בעבר. לשיטתה, בניית מתחם מלון "פאלאס" נעשתה מחוץ למתחם בית הקברות. כתימוכין לעמדה זו הציגה העותרת את חוות דעת המומחה של המהנדס כבהא עלאא, אשר השיג על ממצאי המומחה מטעם המשיבות, ד"ר ז'ק נריה, ושלל את קביעותיו לפיהן בוצעה בנייה קודמת בתוך מתחם בית הקברות (נספח י"ז לעתירה המתוקנת).

בטלות העברת הקניין בקרקע ופטלות הליכי התכנון

31. ראש הטענות השני של חב' אלאקסא נסב סביב העברת הזכויות בקרקע במתחם המוזיאון לידי בעלות המיזם, והליכי רישום הזכויות על-שמן. לטענתה, סיווגה של הקרקע כקרקע מסוג ווקף דתי אינו מאפשר מבחינה משפטית את העברת הזכויות בקרקע זו, ואת ביצוע פעולות הרישום על-שם מקבל הזכויות. משכך, לא ניתן להקצות את קרקע המתחם לבעלות המיזם בפעולה משפטית בת-תוקף, ולא ניתן לרשום את הזכויות בקרקע על-שמן. לדבריה, רישום המקרקעין על-שם האפוטרופוס לנכסי נפקדים עם קום המדינה, העברת הבעלות במיתחם לרשות הפיתוח, ולאחר מכן החכרת הזכויות בקרקע על-ידי המינהל לבעלות המיזם, הינן פעולות המנוגדות לדין, שאינן מתיישבות עם חוק נכסי נפקדים, תש"י-1950 (להלן - חוק נכסי נפקדים). אף הליכי התכנון הקשורים באישור תכנית המוזיאון 8030 מנוגדים לחוק התכנון והבנייה, וסותרים, כנטען, החלטות ממשלה בנוגע לנכסי הקדש. העותרת מצביעה על החלטת הממשלה מנובמבר 1961, שניתנה בעקבות המלצות ועדה שהוקמה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה דאז, חיים כהן, אשר קבעה כי נכסי נפקדים, שהינם מקומות קדושים, ינוהלו על-ידי משרד הדתות ולא על-ידי האפוטרופוס לנכסי נפקדים (נספח ט"ו לעתירה המתוקנת).

32. לגישת העותרת, יש להבחין במסגרת שאלת הנפקדות, בין נכסי הקדש שהינם מבני ציבור, לבין נכסי הקדש שהם נכסים בעלי קדושה דתית, אשר אותם לא ניתן להגדיר כנכסי נפקדים. הבחנה זו נשענת על הטענה כי הבעלות על נכסים בעלי קדושה דתית אינה בידי בשר ודם אלא בידי אלוהים, ובמצב זה לא תיתכן "נפקדות". לחלופין נטען, כי גם אם נניח שמדובר בנכס נפקד, עצם טבעו כנכס קדוש אינו מאפשר את העברתו לצד שלישי, על אף נפקדותו של בעליו הפורמלי.

33. לטענת העותרת, גם בהיבט הפרוצדורלי הקשור בהעברת הזכויות בנכס, נפלו מספר פגמים. מעולם לא הוצאה תעודה המאשרת את היות המתחם נכס נפקד, בניגוד לקבוע בסעיפים 30(א) ו-30(ב) לחוק נכסי נפקדים; אין תעודה המעידה על מכירת הנכס לרשות הפיתוח במחיר שאינו נמוך משווי הרשמי של הנכס, כנדרש על-פי סעיף 19(א) לחוק; ולבסוף, לטענת העותרת, מהותו של הנכס חייבה את העברת ניהולו לידי ועד נאמנים מכוח סעיף 29(א)(ג) לחוק נכסי נפקדים; לחלופין, מציינת העותרת כי גם אם לא מונה ועד נאמנים כנדרש באותה הוראה, כספי מכירת הנכס נדרשים לשימוש לאותן מטרות אשר לשמן רשאי ועד הנאמנים להשתמש בכסף, כקבוע בסעיף 29(ז) לחוק, דבר אשר לא נתקיים במקרה זה.

34. מעבר לתקיפת הליכי העברת זכויות הקניין בנכס, תוקפת העותרת גם את הליכי התכנון והבנייה שבוצעו בשטח, קרי: שינוי ייעוד המקרקעין, תחילה לשטח המשמש כמגרש חנייה, ולאחר מכן למטרות אחרות, וזאת בהתעלם מהוראות סעיף 99 לחוק התכנון והבנייה, הקובע כתנאי לאישור תכנית, קיום חובת היועצות עם שר הדתות מקום שמדובר באתר קדוש או בבית קברות. חובה זו לא קויימה במקרה זה, ויש בכך כדי לפסול את הליכי התכנון של המוזיאון, כך על-פי הטענה.

פגיעה בזכויות יסוד

35. העותרת טוענת, כי בניית מוזיאון במתחם בית קברות, הנושא עמו חשיבות היסטורית, לאומית ודתית, פוגעת פגיעה קשה בכבוד הקבורים במקום, ופוגעת, בה-בעת, ברגשותיהם של בני הקהילה המוסלמית בישראל, וככזו עומדת בסתירה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לגישה, בנייה במתחם, גם אילו היתה תקינה מבחינת הליכי הקניין והתכנון, היתה מהווה, כשלעצמה, פגיעה בכבוד המתים וברגשות הציבור המוסלמי, אשר בית הקברות מהווה עבורו סמל היסטורי. כן יש בכך משום פגיעה של ממש בערכי הדת המוסלמית. על זאת, מוסיפה העותרת ומפנה לחוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967 (להלן - חוק השמירה על המקומות הקדושים), הקובע את העקרון כי המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת, ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם מקומות (סעיף 1). לטענתה, הוראה זו שוללת כל היתר לביצוע עבודות במתחם, אשר יביא לחילול קברים ופגיעה בקדושתו של בית הקברות. העותרת מוסיפה, כי סוגיית הבנייה במתחם בית הקברות ממילא היא ענין החורג מתחומה של ישראל, ויש לה הד ברחבי העולם המוסלמי כולו. כתימוכין לכך, צירפה העותרת את חוות דעת המומחה של העיתונאי מחמוד אבו עטא (נספח כג לעתירה המתוקנת).

על רקע טענות אלה, מתבקשים הסעדים שפורטו לעיל.

בקשת הצטרפות של ארגונים חברתיים

36. שורה של ארגונים חברתיים, הפועלים בתחומים שונים הקשורים ליחסים בין מגזרים שונים בחברה הישראלית (להלן - הארגונים החברתיים) פנו בבקשה להצטרף להליך זה כידידי בית המשפט על מנת להביע את עמדתם בסוגיות הנוגעות לבניית המוזיאון במתחם. בענין בקשה זו הוחלט, כי עמדת הארגונים תוצג בפני בית המשפט, בלא צירופם הפורמלי כצד להליך. טיעונם של הארגונים החברתיים מתמקד בסוגיה המרכזית של העתירה, והיא - האם קיימת חובה משפטית לאסור על כל פעולות בנייה

במתחם המוזיאון עקב גילוי שרידי קברים עתיקים בחלק ממנו, והאם מתחייב עקב כך לבטל את תכניות בנין העיר שאושרו לבניית המוזיאון.

37. עמדת הארגונים החברתיים היא כי יש לבטל את תכנית הקמת המוזיאון במתחם, ולאסור על ביצוע עבודות בשטח. לגישת הארגונים, הקמת המוזיאון במקום בו נחשפו שרידי קברים כרוכה בפגיעה קשה בחופש הדת ובחופש הביטוי של הציבור הערבי בישראל, ואישור הבנייה, גם אם לא נפל בו פגם משפטי אחר, הינו מעשה בלתי סביר באופן קיצוני, ואין להתירו. הארגונים מדגישים בטיעוניהם גם את ההשפעה השלילית העלולה להתלוות לבניית המוזיאון במיקום המתוכנן על מרקם היחסים בין הציבור היהודי למוסלמי בישראל, ועל הפגיעה הקשה העלולה להתרחש במערכת יחסים זו נוכח ביצועו של הפרוייקט. לגישתם, גם אם לא נפל פגם תכנוני או משפטי בהליכי אישור הבנייה, הרי לאור גילויים של עצמות וקברים במתחם, ונוכח היות מתחם המוזיאון חלק משטחו ההיסטורי של בית הקברות ממילא, הקמת המוזיאון שקולה כהבערת חבית אבק שריפה בקרב הציבור המוסלמי בישראל. חשש זה מקבל משנה תוקף לאור מיקומו של הפרוייקט בירושלים, עיר הטעונה בלאו-הכי במטען כבד של מתח בין-דתי ובין-תרבותי.

38. לתמיכה בעמדתם, הציגו הארגונים שלוש חוות דעת מומחים מטעמם. חוות הדעת האחת היא זו של פרופ' יהושע בן אריה מיום 20.3.07 (נספח מב/4 לבקשת ההצטרפות מיום 10.4.07) (להלן - בקשת ההצטרפות), בה ניתח המומחה את ההיבטים הגיאוגרפיים וההיסטוריים של שטח בית הקברות ממילא. לגישתו, שטח בית הקברות ממילא מהווה יחידה אחת שאינה ניתנת להפרדה, ובניגוד לעמדת המומחים מטעם בעלות המיזם, במתחם האמור לא נבנה מעולם כל מבנה, וגם בית המלון "פאלאס" שוכן מחוץ לגבולותיו של בית הקברות. פרופ' בן-אריה מאשר כי גם בשטח עליו נבנה מלון פאלאס נמצאו עצמות אדם, אך לשיטתו "אם נתגלו קברים בשטח מלון פאלאס שנבנה, הרי הדבר דומה למצב בקשר לבנייה רבה נוספת בירושלים...כאשר לרגל בנייה בשטח, שלא היה ידוע קודם שיש בו קברים, מתגלים קברים, ואז עולה הצורך להתמודד עם הבעיה ולפתור אותה...". לאורך שנים, עד שנות השישים, נשמר בית הקברות, אולם מאז החלו פגיעות בשלמות המתחם בפריצת הכביש שחיבר את רחוב אגרון עם רחובות הלל ובן-סירא, והוקמו מבני בית אגרון ובית הספר הניסויי, הוקם החניון לרכב, ועתה מתוכננת בניית המוזיאון. הפרופ' בן אריה הביע התנגדות לבניית המוזיאון בשטח בית הקברות.

39. לצד עמדה זו, צירפו הארגונים את חוות דעתו של פרופ' שמעון שמיר מיום 25.2.07 (נספח מב/5 לבקשת ההצטרפות), בה מוצגת עמדתו לפיה בניית המוזיאון במתחם הנדון עלולה להוביל להתלקחות חריפה ביחסי היהודים-ערבים, תוך ניצול מקרה זה לשילהוב הרוחות על-ידי פלגים איסלאמיים קיצוניים.

40. כן הוגשה חוות דעת מיום 22.3.07 מטעם מר אמיר חשין, ששימש יועץ לענייני ערבים לראש עיריית ירושלים בין השנים 1984-1994. על-פי חוות דעת זו, הארגונים המוסלמיים בישראל ביטאו לאורך השנים דאגה רבה למצבו המוזנח של שטח בית הקברות ממילא, והוא תיאר את הסערה שהתחוללה מספר פעמים בעת שבוצעו עבודות בשטח בית הקברות, אשר חשפו קברים ועצמות. הוא נתן ביטוי לרגישות המיוחדת הכרוכה בבנייה באיזור בו נחשפו שרידי קברים, ולחשש מפני הסלמת המתחים בין המגזר הערבי ליהודי, עד כדי סכנה לדרדור היחסים בפנים הארץ ומחוצה לה (נספח מב/6 לבקשת ההצטרפות).

תשובת המשיבות בעלות המיזם

41. בעלות המיזם מעלות בטיעוניהן טענות מקדמיות, שלטעמן די בהן כדי להצדיק את דחיית העתירה על אתר, אף ללא דיון לגופה. עיקר הטענות המקדמיות נסב על השיהוי הכבד המתקיים, לגישתן, בהגשת העתירה. לגישתן, שיהוי זה יש להתחיל ולמנות מאז שינוי ייעוד המתחם המיועד להקמת המוזיאון לשטח ציבורי פתוח כבר בתחילת שנות ה-60 של המאה הקודמת, ועבור לביצוע סלילת הכביש העובר במתחם, הקמת חניון הרכב, וקיום הליכי התכנון להקמת מוזיאון. לאורך כל ההליכים הללו, לא הועלו התנגדויות כלשהן מטעם גורם כלשהו על רקע טענה כי מדובר באיזור בית קברות. יתר על כן, לאורך כל שלבי התכנון של המוזיאון, שנמשכו כ-5 שנים, ועבור לאישורה הסופי של התכנית, נמנעה חב' אלאקסא מהשגה כלשהי ביחס להקמת המוזיאון. השיהוי הכבד המאפיין את העתירה מצדיק את דחייתה על הסף. יתר על כן, נטען, כי היבטים שונים מהטענות הקנייניות והתכנוניות שהעלתה העותרת נגועים בהתיישנות כבדה, החוסמת את הדיון בסוגיות אלה. בצד כל אלה, עולות גם טענות השתק ומניעות כלפי העותרת, המקבלות משנה תוקף לאור הסתמכות בעלות המיזם על המצב המשפטי שנוצר בלא התנגדות העותרת, ונוכח ההשקעות הרבות שהושקעו עד כה על-ידן בתכנון המתחם. כן נטען, כי העתירה נגועה בחוסר ניקיון כפיים וניצול הליכים לרעה, בין היתר, בידי גורמים קיצוניים בתנועה האיסלאמית, הרוותמת את נושא העתירה ליעדיה הפוליטיים. לשם כך, הציגו בעלות המיזם כתבות ומאמרים המשקפים מעורבות זו של התנועה (נספחים ל"ד-ל"ח ונספח מ"א להודעה המשלימה מטעם

בעלות המיזם; כן ראו חוות דעת המומחה מר דוד קליין מיום 22.1.06, הסוקרת את מאפייניה של התנועה האיסלאמית ויעדיה (נספח ל"ט להודעה המשלימה)).

42. לגוף העתירה, חולקות בעלות המיזם על שלושת ראשי הטענות שהועלו על-ידי העותרת, חב' אלאקסא. אשר לראש הטענות הראשון, הקשור בקדושת המקום, מודות בעלות המיזם כי, נכון לעת זו, אכן הוברר כי חלק מן המתחם המיועד לבניית המוזיאון שימש בעבר לקבורה. עם זאת, נטען, כי מזה כשלושים שנה, המתחם נשוא העתירה משמש כמגרש חנייה למכוניות, בלא שהועלתה טענה כלשהי בדבר קיומן של חלקות קבר בשטח זה. יתר על כן, עוד לפני הכשרת מגרש החנייה בשנות ה-70, בוצעו במתחם עבודות תשתית וסלילה. עובדות אלה מצביעות על כך כי השטח לא הוחזק ולא נחזה כמתחם קבורה מזה שנים ארוכות, והנחתו של הציבור לאורך עשרות שנים היתה כי ניתן לבצע בו עבודות ופעולות בלא מגבלות. עמדה זו נתמכת בחוות דעת הארכיאולוג ד"ר אלון שביט מיום 13.2.06 (נספח 2 לבקשה לצירוף חוות דעת מומחים של המשיבות 1-2 מיום 14.2.06), ובחוות דעתו העוקבת מיום 18.6.06 (נספח כ"ב להודעה המשלימה מטעם המשיבות). בחוות דעת אלה מתאר המומחה את מאפייניו הארכיאולוגיים של האתר, ומציין כי השטח המיועד לבניית המוזיאון נוצל כבר מספר פעמים בעבר לפעולות בנייה וסלילה שונות, והוא נעדר סממנים חיצוניים מזהים של בית קברות. האתר ממוקם בשולי בית הקברות ממילא, ולא בוצעה בו קבורה החל מסוף המאה ה-19. זאת הוא מסיק לאור העדרם של חומרים אורגניים באתר, כגון טקסטילים ולוחות עץ, המצויים באתרים בהם בוצעה קבורה במהלך המאה ה-20. הוא מציין, כי חלקים גדולים מהקברים נמצאו במצב מוזנח ביותר, וחלקם ריקים לחלוטין. בהיות המיתחם בשולי בית הקברות ממילא, הוא סבל מתהליכי הרס חוזרים ונישנים.

43. המשיבות טוענות עוד, כי, מלכתחילה, לא בכל מקרה ייחשב בית קברות מקום קדוש, וזאת שלא בדומה לבית תפילה, ומשכך יש לבחון את קדושתו של המקום באופן פרטני. כמו כן, בהלכה המוסלמית ישנה הכרה באפשרות להעביר עצמות אדם, ולבנות על שטחי קברים באתר אשר לא שימש לקבורה זמן רב. על-פי ההלכה המוסלמית, ניתן להכריז על אתר קבורה כ"מונדרט", שמשמעותו היא - מקום "בלוי וחרב". הכרזה כזו מאפשרת את פיתוחו של האתר למטרות עירוניות שונות. תימוכין לעמדה זו ניתן למצוא בחוות דעתו של הארכיאולוג מאיר בן-דב מיום 13.2.06, אשר סקר אירועים שונים בעבר בהם הועתקו קברים של מוסלמים למקומות אחרים בלא התנגדות (נספח 1 לבקשה לצירוף חוות דעת מומחים של בעלות המיזם מיום 14.2.06). בעלות המיזם הציגו גם מספר רב של חוות דעת והצהרות מפי אישים וחכמי הלכה מוסלמיים,

המחזקות את טענתן זו, ותומכות בעמדה לפיה הטיעון המוסלמי הדתי, השולל בכל מצב בנייה באתר ששימש לקבורה, אינו תקף, ואין הוא אלא אמתלה להצדקת מניעים זרים אחרים המכוונים את עמדתה של העותרת. בהקשר זה, מובאים דבריו של תיסיר אל תמימי, שופט ברשות הפלסטינאית, המכיר באפשרות ההעתקה של קברים ממקום למקום (נספח י"ד להודעה המשלימה מטעם המשיבות). כן מובאת חוות דעתו של המלומד ד"ר ז'ק נריה, מומחה לאיסלאם, מיום 3.12.06 (נספח כ"ז להודעה המשלימה מטעם המשיבות), בה הוא מפרט את גישת הדת המוסלמית בעניין ארעיות בתי הקברות, ואפשרות העתקתם כדי לקדם צרכי ציבור, תוך הבאת דוגמאות רבות למקרים בהם פעולות העתקה כאלה בוצעו בפועל.

בין הדוגמאות בישראל לבתי קברות מוסלמיים שבוצעו בהם שינויי ייעוד והעתקת קברים, הוזכרו בתי הקברות "באב-א-זהרה" לצד רח' צלאח א-דין בירושלים בסמוך לשער הפרחים, בו נבנה בנין הווקף על שטח בית הקברות, וכן הוקם בנין נוסף והונח קו ביוב. לאחר מכן נבנו במקום גם חנויות ואולם הרצאות; בית הקברות בכפר קאסם, ממנו נגרעו חלקים לצורך מגרש כדורגל; בית הקברות באכסאל, ממנו נגרעו חלקים לצורך כביש; בתי קברות באום אל פאחם, בהם נבנו סככה וכביש; בית הקברות בג'לג'וליה, בו נבנה כביש, נבנתה סככה, ומצוי בו שטח המשמש לחניון משאיות; ובית הקברות ווקף אל אסתקלאל בחיפה, שבו ניתן היתר להעתקת קברים ועצמות, ושטח בית הקברות הוחכר למטרות בנייה (השוו: ת"א (שלום-חיפה) 2289/81 אל מאדי נ' המותוולים של ווקף איסתקלאל בחיפה; בג"צ 232/76 שוקרי נ' בית הדין השרעי, פד"י לא(1) 413 (1976)). גם בבית קברות "פרדיסיא" הופקעה קרקע של בית קברות והיא יועדה למגורים.

מובאת גם חוות דעתו של פרופ' אהרון ליש, מזרחן ומומחה למשפט מוסלמי, מיום 5.1.06, המאשר את קיומם של מצבים בהם דת האיסלאם מאפשרת בנייה באתר בית קברות, אף במקרים בהם השטח אינו "בלוי וחרב" ("מונדרס"), וזאת כדי להגשים צרכי ציבור (נספח ט"ז להודעה המשלימה מטעם המשיבות). לצד חוות דעת אלה, הוצגה חוות דעתו של ד"ר שמואל ברקוביץ, משפטן מומחה בתחום המקומות הקדושים בישראל, מיום 6.1.06 (נספח י"ז להודעה המשלימה מטעם המשיבות). בחוות דעת זו סוקר ד"ר ברקוביץ את ההלכה המוסלמית, ומגיע למסקנה כי הצו השיפוטי שהוצא על-ידי נשיא בית הדין השרעי לערעורים בשנת 1994, לפיו אין להתיר בנייה על שטח ווקף בשום מצב, ולרבות כשמדובר בשטח בית קברות, אינו בר-יישום בנסיבות המקרה שלפנינו. הוא מוסיף, כי מתחם המוזיאון אינו מסווג כלל כבית קברות, וזאת לאור פסק הלכה סופי של בית הדין השרעי משנת 1964, שאליו מתלווים אירועים נוספים של

בנייה בשטח בית הקברות ממילא, כגון בניית מלון פאלאס, ובניית חנויות ומבני מגורים בשטח. לדבריו, מלבד מבנים אלו שנבנו בפועל, תוכננה להיבנות על שטח בית הקברות המוכר אוניברסיטה איסלאמית, אלא שהתכנית לבסוף לא התממשה. בעלות המיזם הציגו גם את חוות דעתו של הגנרל הירדני (בדימוס) מנצור אבו רשיד מהמרכז הירדני לשלום ופיתוח בעמאן (אשר תורגמה בידי פרופ' ליט), הסוקרת אף היא את עמדת המשפט המוסלמי בעניין העתקת קברים, או בנייה מעל לקברים ישנים, ומאששת את הגישה לפיה הדבר ניתן להיעשות כאשר צרכי ציבור דורשים זאת (נספח י"ח להודעה המשלימה מטעם המשיבות). לצד חוות דעת זו, הובאו חוות דעת של שני פרופסורים מוסלמים - ד"ר Said Bouheraoua מהאוניברסיטה האיסלאמית הבין-לאומית במלזיה, ופרופ' חלק מהמכון ללימודי איסלאם באוניברסיטת מק'גיל במונטריאול שבקנדה, התומכות אף הן בעמדה זו (נספחים י"ט וכ' להודעה המשלימה מטעם המשיבות). המשיבות צירפו מכתב מיום 20.9.06 מעו"ד קאדאג'ה מירדן, המאשש את העמדה לפיה בניית המוזיאון באתר בו נמצאו שרידי קברים, אינו מהווה אירוע חריג, והוא מאשר כי בנייה דומה, על שטח בית קברות, התבצעה בעמאן שבירדן (נספח כ"ו להודעה המשלימה מטעם המשיבות, ותגובה נוספת שלו בנספח י"ג לתשובת המשיבות לצו על תנאי מיום 1.2.07). המשיבות הציגו את פסק דינו של נשיא בית הדין לערעורים השרעי ביפו, הקאדי שיח טאהר חמאד, משנת 1964, אשר בו הותרה בנייה על כל מתחם בית הקברות ממילא, כתימוכין לעמדה זו (נספח ל' להודעה המשלימה מטעם המשיבות). המשיבות חולקות על עמדתה של העותרת לפיה שטח בית קברות יכול שיוכרז כ"בלוי וחרב" רק עם התפוררות עצמות הנקברים. לגישתן, הבלות הנדרשת לצורך כך אינה מגיעה כדי מחיקת כל זכר לקבר או לעצמות אדם, ובמקרה שלפנינו, על-פי הדין השרעי, השטח הנדון מהווה, על-פי טיבו, שטח "בלוי וחרב".

44. המשיבות מוסיפות וטוענות, כי היקף השטח בו מצויים עיקר שרידי הקברים במתחם המוזיאון, מצטמצם לכ-12% בלבד מכלל השטח המתוכנן לבנייה, וכי הן הציגו פתרונות הולמים ומידתיים לטיפול באותם שרידים, שאינם כרוכים בפגיעה כלשהי בכבוד המת, ויש להיענות לפתרונות אלה.

45. לענין ראש הטענות השני של העותרת, בעלות המיזם שוללות את הטענה לפיה העברת הזכויות הקנייניות במתחם הנדון לידיהן נגועה באי-חוקיות, או אינה מתיישבת עם חוק נכסי נפקדים ודרישות דיני התכנון והבנייה. לטענתן, העברת מתחם לידי האפוטרופוס על נכסי נפקדים, ולאחר מכן מידי לידי רשות הפיתוח, כשהוא נקי מכל סייג ומגבלה, היתה כדין, ותאמה את החוק ואת פסיקת בית המשפט. לפיכך, גם

הזכויות שהועברו לידיהן היו על-פי חוק, והליכי התכנון של השטח היו אף הם ללא כל פגם משפטי.

46. לבסוף, המשיבות חולקות על עמדת העותרת לפיה הסוגיה שבפנינו מעלה שאלה בעלת אופי חוקתי. לגישתן, אין להכיר בזכויות חוקתיות הקשורות בכבוד המת, ומבחינה זו, הבנייה על-פי התכנית אינה מעלה שאלה של פגיעה בזכות יסוד. לכל היותר, מתקיימת במקרה זה פגיעה ברגשות הציבור המוסלמי, אולם ההתייחסות לפגיעה כזו מצריכה החלה של נוסחת איזונים שונה וגמישה יותר מזו המוחלת על-פי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, החלה מקום שמתקיימת פגיעה בזכות יסוד. יתר על כן, האיזון הנדרש במקרה זה צריך להתמקד דווקא בפגיעה בזכויות הקניין החוקתיות של בעלות המיזם, אשר תיווצר אם תיאסר הבנייה במתחם המוזיאון. לגישתן, מול האינטרס הכללי שבהגנה על רגשות הציבור מפני פגיעה, עומד האינטרס הכללי הטמון בפיתוח אורבאני ובקידמה חברתית שהקמת המוזיאון תביא עמה, ולא פחות מכך, ההגנה שיש לתת לזכות הקניין של בעלות המיזם במתחם, בתורת זכות חוקתית הזכאית להגנת-על על-פי חוק היסוד. דווקא הפגיעה בזכותן הקניינית היא שצריכה לעמוד במוקד האיזונים החוקתיים הנדרשים, ולהתברר לאורם של עקרונות חוק היסוד.

47. לחלופין, טוענת המשיבות, גם אם יש להכיר בקיום זכות חוקתית לכבוד המת, גם אז זכות זו מוגבלת בהיקפה באופן משמעותי ביחס לזכויות האדם החי, ומשכך, הפתרונות השונים שהוצעו על-ידי בעלות המיזם, ונכונותן להשקיע השקעה כספית גדולה ביישומם, מקטינים עד למינימום את הפגיעה הצפויה בכבוד המת, ויש להתיר את הבנייה בכפוף לפתרונות אלה. נוכח הפתרונות החלופיים השונים שהוצעו, הפגיעה בזכויות המתים במקרה זה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, ומתקיים לגביה איזון מידתי וראוי במיוחד לאור זכות הקניין החוקתית הנוגדת שבידי בעלות המיזם.

48. בעלות המיזם הדגישו הדגשה יתירה את חשיבותו של פרויקט מוזיאון הסובלנות הן לישראל והן לעיר ירושלים ולפיתוח מרכז העיר. כתימוכין לעמדתן, צירפו המשיבות את חוות דעתו מיום 19.6.06 של האדריכל אמיר מן, מרצה בכיר בטכניון, אשר סקר את מטרת הפרוייקט, את חשיבות מיקומו דווקא במרכזה של העיר ירושלים, ואת התרומה הארכיטקטונית הייחודית שיש בעיצוב המוזיאון בידי האדריכל גרי (נספח ל"ב להודעה המשלימה מטעם המשיבות). הן צירפו גם את עמדתו של

האקטואר אפרים גרינבלט מיום 29.11.06 בדבר התרומה הכלכלית הצפויה מהקמת הפרוייקט לכלכלה הישראלית (נספח ל"ג להודעה המשלימה מטעם המשיבות).

49. בעלות המיזם השיבו בהרחבה לחוות דעת המומחים מטעם הארגונים החברתיים הן במישור ההיסטורי, הערכי, והמשפטי, והן במישור הציבורי.

50. המשיבות שללו את הטענה כאילו קיים יחס של איפה ואיפה בין בתי קברות יהודים למוסלמים. הן הביאו נתונים לפיהם קיימים מקרים לא מעטים בארץ ובחו"ל בהם נבנו מבנים ונסללו כבישים מעל בתי קברות יהודיים, תוך נקיטת אמצעים מיוחדים למנוע פגיעה בקברים (נספחים ג'-ח' לתגובת המשיבות מיום 7.5.07, וכן חוות דעתו הנוספת של ד"ר ז'ק נריה - נספח ט' לתגובה מיום 7.5.07). כך, למשל, צויין כי הותרה בניית אגף של בית מלון מעל בית קברות יהודי עתיק בטבריה, נסלל כביש בטבריה על קברים עתיקים יהודיים, ועוד. בעיר המבורג שבגרמניה נבנה מרכז מסחרי מעל בית קברות יהודי עתיק.

51. המשיבות בטיעוניהן ביקשו שלא לייחס כל משקל ומשמעות לטענות העותרת בדבר חשש למעשי אלימות בעקבות בניית המוזיאון במיתחם. לדבריהן, במישור הציבורי והמשפטי אין לייחס משקל לאיומים מסוג זה בדבר אלימות אפשרית מצד חוגים קיצוניים, ואין לאפשר לאלה להכתיב את מהלכי המשפט ואת מציאות החיים בחברה הישראלית.

52. גם במישור העובדתי, חולקות המשיבות על היתכנותה וסבירותה של התפרצות אלימה בעקבות בניית המוזיאון. הן סומכות עמדה זו על חוות דעת המומחה של המזרחן פרופ' יוסף גינת, המציין בחוות דעתו כי לאור ההיסטוריה של הבנייה בשטח בית הקברות ממילא, ובבתי קברות זנוחים מוסלמיים אחרים בעולם, ונוכח העניין הקלוש שגילה הציבור המוסלמי בישראל בבית הקברות לאורך השנים, אין חשש ממשי להתלקחות, שלא כעמדת המומחים שהובאו מטעם הארגונים החברתיים. לדבריו, למתחם בית הקברות ממילא אין משקל רב בקרב ערביי ישראל, והם אינם רואים בו אתר בעל חשיבות דתית או היסטורית כפי שמתיימרת העותרת לשוות לו, והזנתו הרבה של איזור בית הקברות ממילא מזה דורות רבים משקפת את עמדתו האמיתית של הציבור המוסלמי ביחס לאתר זה. שנית, שרידי הקברים והעצמות במתחם המוזיאון הינם ללא זיהוי שמי, כך שלא נקשר בהם עניין אישי או משפחתי ספציפי; שלישית, עובדה היא כי ברחבי הארץ כולה נעשה בידי תושבים ערבים שימוש נרחב באדמות

בתי קברות לצרכים שונים, ונוכח גמישות ההלכה המוסלמית בעניין זה, אין הסתברות גבוהה להתפתחות רגישות דתית מיוחדת בהקשר לבנייה במתחם המוזיאון. לגישתו, אין מניע דתי אמיתי, או רגישות דתית אמיתית ומוצדקת ביחס להקמת מבנה המוזיאון במתחם, וההתנגדות שעלתה והמשתקפת בעתירה, מקורה בשאיפה פוליטית של ראשי התנועה האיסלאמית לייצר נקודות אחיזה פוליטיות במערב ירושלים. פרופ' גינת הוסיף, כי כניעה לאיומים או לחץ כאמור מצד ראשי התנועה עלולה לעודד את המשך דרכה הכוחנית של תנועה זו ומנהיגיה (חוות הדעת צורפה כנספח י' לתגובת המשיבות מיום 7.5.07).

53. חוות דעתו מיום 25.4.07 של פרופ' יהושע פורת, היסטוריון של המזרח התיכון, שוללת אף היא קיומו של עניין אמיתי של הציבור הערבי בשאלת בניית המוזיאון במתחם. חוות הדעת מתמקדת בניתוח מאפייניה של מנהיגות התנועה האיסלמית, הפועלת במכוון להלהטת יצרי הציבור הערבי, בין היתר, על-ידי העלאת סוגיות הנוגעות לבניית מבנים על מתחמים בעלי קדושה, לכאורה. גם מומחה זה מדגיש, כי קבלת העתירה עלולה לסחוף את הציבור הערבי המתון אל עבר הזרם הרדיקלי, בעוד שהתרת הבנייה עלולה להוביל, לכל היותר, לתגובות שליליות שרישומן זמני בלבד (חוות הדעת צורפה כנספח יא' לתגובה מיום 7.5.07).

54. בעלות המיזם ציינו בסיכום טענותיהן, כי בניגוד לטענת הארגונים החברתיים לפיה עמדת הציבור הרחב הינה, בעיקרה, עמדה השוללת את בניית המוזיאון במתחם, לאמיתו של דבר, המצב האמיתי אינו כך, וכי פנו אליהן מספר רב של ארגונים, עמותות, ואנשי ציבור שהביעו תמיכה בנקיטת עמדה מאוזנת, גמישה, ומציאותית בנושא זה. רשימה ארוכה של אנשי רוח ומעשה מקשת רחבה של תחומים ומגזרים הביעו תמיכה בצורך לקדם את פרויקט המוזיאון בלב ירושלים (הרשימה צורפה כנספח יג' לתגובה מיום 7.5.07).

עד כאן, לטענותיהן של בעלות המיזם.

עמדת המדינה

55. המדינה מצטרפת לעמדתן העיקרית של בעלות המיזם. היא מצטרפת לטענתן בדבר השיהוי הכבד בו לוקה העתירה, וטוענת לענין אי-צירופו של האפוסטרופוס על נכסי נפקדים כמשיב בעתירה העיקרית, שדי באלה כדי לדחות את העתירה על הסף. גם לגופה של העתירה, טוענת המדינה כי דינה להידחות. אשר לראש הטענות הראשון,

מציינת המדינה כי בהלכה השרעית שוררת מחלוקת מהותית בשאלת העתקת קברים או בנייה במתחם בו מצויים קברים עתיקים, וישנה גישה הלכתית, הנתמכת בפסיקת בית הדין השרעי בעבר, המתירה בנייה במתחמים כאלה. עם זאת, אפילו נקבל את נקודת המוצא לה טוענת העותרת, לפיה קיים איסור דתי כזה, גם אז אין הוא מהווה שיקול מכריע בענייננו. הדין המחייב במשפט בישראל בשאלות הנוגעות ליחס בין הליכי תכנון סופיים לבין מציאת שרידי קברים בקרקע נשוא התכנון הוא הדין האזרחי ולא הדין הדתי, ועל-פיו יש לבחון את ההסדרים המשפטיים המחייבים בשאלת הבנייה על הקרקע. משכך, קדושתו הדתית של המתחם, כשהיא עומדת לעצמה, אינה מכרעת לענין העמדת עילה להתערבות בית משפט זה.

56. המדינה מבקשת לדחות גם את ראש הטיעון השני, לפיו נפלו פגמים קנייניים בהעברת הזכויות בנכס לידי בעלות המיזם. המדינה מפרטת בתשובתה כי המקרקעין נשוא העתירה נרשמו לראשונה בשנת 1938 במסגרת "רישום ראשון" כ"ווקף צחיח" (קרי, הקדש בקרקע פרטית) בבעלות הממונה על הווקף המוסלמי של ירושלים. לאור חוק נכסי נפקדים, נכס הווקף הינו נפקד מאחר שהממונה על נכסי ההקדש הפך נפקד במועד הקובע. הנכס עבר, אפוא, מכוח החוק לידיו של האפוטרופוס על נכסי נפקדים, כשהוא נקי מכל סייג ומגבלה, וממנו הועבר כדין לידי רשות הפיתוח. זכויות בעלות המיזם בקרקע הוקנו להן כדין מידי מינהל מקרקעי ישראל.

57. בכל הקשור להליכי שינוי ייעוד הקרקע, מפרטת המדינה שרשרת של הליכים תכנוניים שנעשו בקרקע באיזור המתחם, החל מתחילת שנות ה-60 של המאה הקודמת, מבלי שנשמעה כל התנגדות מטעם גורמים כלשהם מהציבור המוסלמי, ויותר מאוחר מהעותרת. כל הליכי התכנון במתחם לאורך כל השנים נעשו כדין, ובלא התנגדות על רקע טענה של קדושת המקום כבית קברות.

58. המדינה מוסיפה, כי ניסיונה של העותרת לתקוף כיום את שינוי ייעוד הקרקע במתחם לשטח ציבורי פתוח עוד בשנת 1960 לאור ההוראה שבסעיף 99 לחוק התכנון והבנייה, המחייב התייעצות עם שר הדתות לפני ביצוע שינוי יעוד כאמור, אינו מועיל. על-פי אותה הוראה, תכנית מיתאר מחוזית או מקומית הדנה בשמירת מקום קדוש או בדבר בתי קברות חייבת בהתייעצות עם שר הדתות. אלא שאותו חוק, שחוקק ב-1965, כלל לא עמד בתוקף בעת ביצוע הליכי שינוי ייעוד הקרקע ב-1960. לפיכך, אין ממש גם בטענה זו של העותרת.

59. המדינה מבקשת לדחות גם את ראש הטענות השלישי של העותרת, המתייחס לטענת הפגיעה בכבוד המתים, הכרוכה בבנייה במתחם המוזיאון. לגישה, במקרה זה יש לערוך איזון אינטרסים בין ערך ההגנה על כבוד המת לבין האינטרס הציבורי הקיים בהגברת תנופת הפיתוח באיזורי הארץ השונים. הדבר אמור ביתר שאת בהינתן שטחה המוגבל של המדינה וצפיפותה, והיותה בעלת היסטוריה עתיקה של אלפי שנה, המשופעת בקברים עתיקים רבים מתחת לפני הקרקע בכל רחבי הארץ. הצורך באיזון בין השמירה על כבוד המת לבין מתן מענה לצרכי הפיתוח והקידמה של חברה מודרנית קיים באיזורים שונים של העולם, והוא מוצא את פתרוננו הראוי, וכך הוא הדין גם בישראל. לעמדת המדינה, הפתרונות שהוצעו על-ידי בעלות המיזם לטיפול בשרידי הקברים משקפים איזון ראוי בין מתן ההגנה הראויה לערך כבוד המת באיזור בו נתגלו שרידי קברים, לבין חיוניות הפיתוח והבנייה באיזורי הארץ השונים, ובמיוחד בירושלים.

עמדת רשות העתיקות

60. רשות העתיקות אף היא בעמדה כי יש לדחות את העתירה, בכפוף להנחת מגבלות מסוימות על פעולות הבנייה שיגנו על שרידי הקברים מפני פגיעה. לטענתה, פעולת העתקת קברים ממקומם נעשית דרך שגרה במקרים רבים, ולמרות חשיבותו של בית הקברות ממילא כאתר עתיקות, כבר בימי המנדט גרעו משטח בית הקברות חלקים לצורכי פיתוח. בהקשר זה הצביעה הרשות, בין היתר, על מתחם מלון פאלאס, החנוונים לחניית רכב שנבנו בתחומי מתחם המוזיאון, בניית בניין בית אגרון, ואף בניית בית הספר הניסויי המצוי ממערב למתחם המוזיאון, כמבנים שנבנו במהלך השנים בשטח בית הקברות ממילא, וזאת ללא כל מחאה מצד מאן דהוא. בהתייחס לעמדת הארגונים החברתיים, צירפה הרשות לתגובתה מיום 7.5.07 מסמכים המוכיחים לטענתה, קיומן של תכניות בנייה על שטח בית הקברות, שהוכנו באישורם של המוסלמים עצמם, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בהתכתבויות משנת 1946. מהתכתבויות אלה עולה, כי סוגיית הבנייה על שטח בית הקברות כבר הוכרעה בחיוב, וכל שנתרה היא מחלוקת על ערך השטח, ושימור הבריכה העתיקה באתר. הרשות אף ציינה, שבידה מפות משנות ה-60 של המאה ה-19, וכן תצלומי אוויר משנת 1927 אשר, למרות חוסר בהירות חלקי, מורים בהסתברות גבוהה מאוד כי שטח מלון פאלאס אכן היווה חלק משטח בית הקברות ממילא.

עמדת המשיבה חב' מוריה

61. חב' מוריה היא חברה עירונית, בבעלות מלאה של עיריית ירושלים, העוסקת בפיתוח תשתיות וסלילת כבישים. עליה הוטלה מלאכת הכנת התשתית להקמת מוזיאון

הסובלנות. חב' מוריה הצטרפה בעמדותיה לטיעוני בעלות המיזם והמדינה. עמדתה הבסיסית היא, כי יש למצוא פתרון מאזן בין הצורך להגן על כבוד המתים בדרך של העתקת הקברים למקום קבורה חלופי, לבין קידום האינטרס של פיתוח העיר. לטיעוניה צורפה חוות דעת הארכיאולוג מאיר בן-דב מיום 14.01.06 (נספח א' לתשובת מוריה לבקשה לצו ביניים מיום 24.1.06), אשר סקר את מצב המתחם ואת הצורך בהעתקת הקברים.

62. בתגובה לחוות דעת פרופ' בן אריה, לפיה השטח עליו נבנה מלון פאלאס לא היווה חלק משטח בית הקברות ממילא, הגישה חב' מוריה חוות דעת נוגדת מטעמה, של פרופ' גדעון ביגר (הוגשה כהודעה ביום 6.5.07). בחוות דעת זו, מאשש המומחה את עמדות ד"ר ברקוביץ ופרופ' לישי, לפיהן מתחם בית המלון פאלאס אכן נבנה על שטח בית הקברות ממילא. פרופ' ביגר מבחין בחוות דעתו, בין גבולותיו הפורמליים של בית הקברות ממילא, כפי שנקבעו בתחילת תקופת המנדט, ואשר הושפעו מרשת הדרכים בסביבה, לבין שטחו המהותי של בית הקברות, אשר השתרע גם על מתחם מלון פאלאס.

63. חב' מוריה יצאה כנגד טענות הארגונים החברתיים לפיהן יש בבניית המוזיאון משום סכנת התססה על רקע אידיאולוגי-לאומני-דתי. לדבריה, טענה זו ראוי שתידחה, שכן אל לאיומי אלימות להשפיע על ההליך השיפוטי ועל שיקול הדעת השיפוטי המופעל במסגרתו. חב' מוריה חולקת אף על עצם הטענה, לפיה בנייה במתחם עלולה להוביל לאלימות. לתמיכה בעמדתה זו צירפה את חוות דעתם המשותפת מיום 3.5.07 של פרופ' עוזי ארד, מומחה לביטחון ויחסים בינלאומיים, וד"ר שמואל בר, מזרחן ומומחה לענייני איסלאם והעולם הערבי, הבוחנת את טענות האלימות שהועלו (חוות הדעת צורפה בהודעת חב' מוריה מיום 6.5.07). על-פי חוות הדעת, במישור הערכי והציבורי, כניעה לאיומי אלימות הינה פעולה פסולה, העלולה להביא להשלכות שליליות ארוכות טווח, ובהן, מתן פירוש לקבלת העתירה כניצחון של גורמים איסלמיים קיצוניים במאבק על ירושלים, דחיקת הזרמים האיסלמיים המתונים הצידה על-ידי מתן "פרס" לזרמים הקיצוניים המתנכלים להם, ומתן "כלי וטו" מוסלמי לבנייה בכל שטח בישראל בו יימצאו שרידי קברים, כלי מסוכן העלול לשמש לתכלית פוליטית. מומחים אלה בדעה כי גם במישור המעשי, החשש להתפרצות אלימה כתוצאה מדחיית העתירה אינו חשש ממשי, וזאת נוכח העדר איסור החלטי בדת המוסלמית על בנייה בבתי קברות, ובהינתן מצבו המוזנח של בית הקברות, המצביעים על כך שאין רגישות דתית מיוחדת הנילוית לסוגיה זו. לדעתם, העתירה נושאת אופי

פוליטי, אולם מאחר שענין בית הקברות אינו מהווה חלק מליבת הסכסוך הפוליטי, הסיכוי להתפרצות תבערה בין-מגזרית נמוך יותר. לדבריהם, ניסיון העבר מלמד, כי דווקא העדר נחישות מהצד המותקף הובילה בעבר להסלמת האלימות, והובאו דוגמאות לכך. מכל מקום, תגובה והיערכות נכונה של רשויות אכיפת החוק עשויה לתרום למניעת פרץ של אלימות, אם ובמידה שייווצר סיכון לכך.

עמדת המשיבות עיריית ירושלים והועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים

64. עיריית ירושלים והוועדה המקומית הצטרפו לעיקרי עמדתן של בעלות המיזם והמדינה. הן הדגישו בטיעוניהן כי לא נפל פגם בהליכי התכנון והבנייה, ועמדו על חשיבותו המיוחדת של פרויקט מוזיאון הסובלנות לפיתוח מרכז העיר ירושלים כחלק מתכנון עירוני כולל, שנועד לחדש ולפתח את הבירה כמרכז תרבותי-רוחני ותיירותי, וכמוקד משיכה למבקרים מן הארץ ומן העולם.

65. בתגובה לחוות דעת המומחים שצורפו לעמדת הארגונים החברתיים, הגישו העירייה והוועדה המקומית חוות דעת מומחה מטעם מר שלום גולדשטיין, יועץ מדיני לשעבר לראש העיר ירושלים לענייני מזרח ירושלים והאוכלוסייה הערבית בין השנים 1995-2004. בחוות דעתו מיום 3.5.07, מתעמת מר גולדשטיין עם העמדה שנקטה בחוות דעתו של מר אמיר חשין, קודמו בתפקיד. מר גולדשטיין מציין בחוות דעתו, בין היתר, כי בתקופת כהונתו בתפקיד לא נדרש לסוגיית בית הקברות ממילא, למעט בפעמים בודדות, ולא נחשף למחאה ערבית מטעם הקהילה הערבית בקשר לנושא זה. במהלך 9 השנים בהן כיהן בתפקידו, נדרש להגיב, לכל היותר, לשתיים או שלוש פניות מטעם מנהל ההקדש המוסלמי בירושלים בנושא בית הקברות. הוא מציין, כי על-פי זכרונו מתקופת ילדותו, מתחם המוזיאון שימש לעיתים למאהלי קרקסים שהגיעו להופעות בעיר במהלך השנים, והמתחם שימש גם לבמות בידור באירועים שונים. לדעתו, אין לראות בבניית מוזיאון במתחם משום אירוע בעל אופי נפיץ, וקול הזעקה כנגד הבנייה העולה מן העתירה הינו, למעשה, מהלך פוליטי, המונע מאחורי הקלעים על-ידי השייח ראד סאלח, אשר חותר במהלכים פוליטיים-אידיאולוגיים להחזיר את מתחם בית הקברות כולו לידי הווקף המוסלמי.

66. עד כאן, למכלול טיעוניהם של בעלי הדין בעתירה העיקרית של חב' אלאקסא בכג"צ 52/06.

מכאן, לפירוט הטיעונים בשתי העתירות הנילוות.

העתירות הנילוות בסוגיית סמכותו של בית הדין השרעי לדון ולהכריע בשאלת בניית המוזיאון (בג"צ 1331/06 ובג"צ 1671/06)

טענות הצדדים בעתירת אלדג'אני (בג"צ 1331/06)

67. עיקרה של העתירה בבג"צ 1331/06 בדרישת העותרים אלדג'אני ממשטרת ישראל כי תאכוף את צווי המניעה הזמניים שהוצאו במעמד צד אחד על-ידי בית הדין השרעי בירושלים ביום 2.2.06 ו-8.2.06. על-פי צווים אלה, מתחם המוזיאון הינו חלק מבית הקברות האיסלמי בממילא, וככזה, הינו ווקף קדוש, שעניינו וניהולו מצויים בסמכות בלעדית של בתי הדין השרעיים, הנתונים לפיקוחו של הקאדי. לאור הנחה זו, הורה בית הדין השרעי בצווים זמניים להפסיק את ביצוען של כל העבודות במתחם, ולפנות ממנו כל חפץ, כלי עבודה וכל אדם שיש להם קשר עם ביצוע העבודות במתחם, ולמנוע את הבאתם וכניסתם למקום.

על-פי העתירה, צווים אלה של בית הדין השרעי לא כובדו על-ידי הגופים שכלפיהם הוצאו הצווים, והמשטרה לא קיימה את חובתה לאכוף צווים אלה ושיתפה בכך פעולה עם חילול המקום וכבוד המתים הקבורים בו.

68. המדינה טענה בתשובה, כי בית הדין השרעי נעדר סמכות לדון בהליך הנוגע לבנייה במוזיאון הסובלנות, ולכן הצווים שהוצאו על-ידיו ניתנו בלא סמכות, ולכן הם בטלים. על-פי הנטען, בית הדין השרעי השעין את סמכותו על סימן 52 לדבר המלך במועצה 1922, ועל היות הנכס ווקף, אולם בנסיבות הענין אין מדובר בנכס ווקף, ומכל מקום ההליך שהוגש לבית הדין אינו עוסק ביצירת ווקף או בהנהלתו הפנימית, שהם העניינים שלגביהם נתונה לבית הדין השרעי סמכות שיפוט ייחודית בענין ווקף על-פי דבר המלך.

יתר על כן, הקרקע של המתחם הוקנתה לאפוטרופוס על נכסי נפקדים על-פי חוק נכסי נפקדים, ובכך ניטל מעמדה כווקף. היא נמכרה בהתאם לחוק בשנת 1992 לרשות הפיתוח כנכס מקרקעין שניטל ממנו מעמדו כווקף, ובכך נשללה מבית הדין השרעי הסמכות לדון בעניינו של נכס זה. מכאן, שסוגיית הבנייה במתחם המוזיאון אינה נתונה לסמכותו של בית הדין השרעי, ולכן, בהוצאת הצווים על-ידיו, פעל בחריגה מסמכות. יתר על כן, לבית הדין השרעי לא נתונה סמכות ליתן צווי עשה לרשויות המדינה, ובכלל זה למשטרה, וגם במוכן זה חרג בית הדין מסמכותו.

העתירה בבג"צ 1671/06

טענות בעלי הדין

69. בעלות המיזם הגישו עתירה זו כנגד בית הדין השרעי וקבוצת אלדג'אני, וביקשו סעד של הצהרה על בטלות הצווים הזמניים שהוציא בית הדין, וכן לאסור עליו להמשיך ולדון בהליך הנוגע לבנייה במתחם המוזיאון, בהיותו ענין זה מחוץ למסגרת סמכויותיו על-פי דין. לטענתן, סימן 52 לדבר המלך מעניק לבית הדין סמכות לדון בעניינים של יצירת ווקף, או ניהולו. אולם, במקרה זה מתחם המוזיאון אינו בגדר ווקף, ומשכך אין תחולה להוראה האמורה. משהוקנה הקדש בית הקברות לאפוטרופוס על נכסי נפקדים בהתאם לחוק נכסי נפקדים, נשלל בכך אופיו כהקדש, וכתוצאה מכך נשללה סמכותו של בית הדין לדון בענייניו. שנית, גם אילו לא היה הנכס עובר לרשות האפוטרופוס, הרי קדושתו הוסרה על-ידי הרשויות המוסלמיות עצמן, אשר אישרו ביצוע בנייה במקום בעבר; הוא הדין גם עקב פסק הלכה של נשיא בית הדין השרעי לערעורים משנת 1964. יתר על כן, מעת שהקרקע נמכרה מהאפוטרופוס לרשות הפיתוח בהתאם לחוק נכסי נפקדים, היא עברה לרשות הרוכש כשהוא משוחרר מכל הגבלה שהיא, ולכן גם מכוח מצב דברים זה אין לבית הדין השרעי סמכות שיפוט לגבי נכס זה.

70. מעבר לכל אלה, טוענות בעלות המיזם כי בית הדין השרעי מנוע מניהול דיון בנושא הבנייה במוזיאון הסובלנות, ולו מהטעם שבית המשפט העליון החל לדון בעתירה העיקרית שהגישה חב' אלאקסא בבג"צ 52/06 קודם לפתיחת ההליך בפני בית הדין השרעי על-ידי קבוצת אלדג'אני. עקרון הכיבוד ההדדי בין ערכאות השיפוט השונות בישראל מחייב כי מקום שקיימת סמכות מקבילה לשתי ערכאות, ונפתח הליך שיפוטי באחת מהן, תימנע הערכאה האחרת מדיון מקביל בהליך באותו נושא, אם זה הוגש לפניה בעיתוי מאוחר יותר.

71. קבוצת אלדג'אני משיבים לטענות העתירה באומרם כי פנייתם לבית הדין השרעי נעשתה בשל העובדה שיש להם קרובי משפחה הקבורים במיתחם בית הקברות. לטענתם, דין העתירה להידחות בשל אי-מיצוי הליכים על-ידי בעלות המיזם, בכך שפנו בעתירה זו לבג"צ בטרם מיצו את מכלול טענותיהן בענין הסמכות בפני בית הדין השרעי. לגופה של שאלת סמכות בית הדין הם טוענים, כי ללא קשר לשינוי שחל בבעלי הזכויות בקרקע, לא ניתן ליטול מבית הקברות את אופיו כנכס הקדש, ולכן סמכות בית הדין השרעי נותרה שרירה וקיימת לגבי כל העת וגם כיום, לאחר שזכויות הקניין במתחם עברו לידי בעלות המיזם.

72. אשר לטענה בדבר חובת כיבוד הדדי של הערכאות, טוענים אלדג'אני כי ראוי הוא שהדיון בעתירות בפני בג"צ יעוכב עד אשר תינתן הכרעה בידי בית הדין השרעי בענין סמכותו. מעבר לכך נטען, כי בעלות המיזם מגלות חוסר ניקיון כפיים בהפרת הצווים השיפוטיים שניתנו על-ידי בית הדין, ובהגשת עתירה לבית המשפט העליון, שנועדה להביא לביטולם של הצווים. קב' אלדג'אני ביקשה כי המשך הדיון בעתירות הנדונות בהליך זה יעוכב עד למיצוי ההליך השיפוטי בפני בית הדין השרעי.

צווי ביניים

73. בימים 22.2.06 ו-30.4.07 הוצאו על-ידי בית משפט זה צווי ביניים, האוסרים על בית הדין השרעי להמשיך ולקיים דיונים בהליכים שהוגשו מלפניו בענין הבנייה במתחם המוזיאון, וזאת עד להכרעה בעתירות אלה.

הכרעה

74. ההכרעה בשלוש העתירות המשולבות תתמקד בנושאים העיקריים הבאים:

בעתירות בבג"צ 1331/06 ובג"צ 1671/06:

(א) סמכותו של בית הדין השרעי לדון ולהכריע בסוגיות הנוגעות לבניית המוזיאון במתחם שהוקצה לכך;

בעתירה בבג"צ 52/06:

(ב) השיהוי כעילה לדחייה על הסף של עתירת חב' אלאקסא;

(ג) טענות העותרים בדבר בטלות זכויותיהן הקנייניות של בעלות המיזם בקרקע נשוא המחלוקת;

(ד) תקפותה המשפטית של תכנית בנין עיר לבניית המוזיאון על רקע שאלות חוקתיות הקשורות בהימצאות שרידי קברים בחלק מן המתחם, ודרכי פתרון הראויות.

העתירות בבג"צ 1331/06 ובג"צ 1671/06

סמכותו העניינית של בית הדין השרעי לדון בסוגיית הבנייה של מוזיאון הסובלנות

75. סימן 52 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל 1922-1947 מסדיר את סמכותו העניינית של בית הדין השרעי, ומורה, בין היתר:

” 52. בתי דין דתיים מוסלמים דתיים

.....

כמו כן, יהא להם, ... שיפוט יחיד בעניינים של יצירת ווקף או ההנהלה הפנימית של ווקף שנוצר לטובתם של מוסלמים בפני בית דין מוסלמי דתי. פסק שניתן על-ידי בית דין של קאדי, מגישין עליו ערעור בפני בית הדין המוסלמי הדתי לערעורים, והחלטתו של בית דין זה תהיה סופית” (הדגשה לא במקור).

76. דבר המלך העניק לבתי הדין השרעים סמכות ייחודית לדון בענייני יצירת וקף או הנהלתו הפנימית, והוא, כאשר הווקף נוצר לטובתם של מוסלמים בפני בית דין מוסלמי דתי.

77. בענייננו, לא קמה לבית הדין השרעי סמכות עניינית ייחודית לדון בסוגיית הבנייה של מוזיאון הסובלנות מכוח ההוראה האמורה.

78. ראשית, כטענת המדינה, לא הוכח כלל כי נתקיים התנאי לקיום סמכות ייחודית לפיו המתחם נשוא המחלוקת שימש הקדש שהתאשר בפני בית דין דתי מוסלמי, ולא הוכח קיומו של שטר הקדש. שנית, סמכות בית הדין הוגבלה לשאלות הנוגעות ליצירת ההקדש וההנהלה הפנימית שלו. אין הסמכות משתרעת על שאלות הקשורות לדרכי השימוש בקרקע, הנתונות לסמכותם העניינית של בתי המשפט האזרחיים במדינה.

שלישית, המיתחם היה רשום על-שם הממונה על הווקף המוסלמי של ירושלים שהיה “נפקד”, ולפיכך המקרקעין במתחם הוקנו לאפוטרופוס על נכסי נפקדים והוא היה רשאי למכור אותם לרשות הפיתוח מכוח חוק נכסי נפקדים (סעיפים 2, 4 ו-19 לחוק). הספקות שעלו בשעתו בענין סמכותו של האפוטרופוס ביחס לנכסי ווקף הוסרו עם חקיקתו של חוק נכסי נפקדים (תיקון מס' 3) (שחרור נכסי הקדשות והשימוש בהם) התשכ”ה-1965, המבהיר בסעיף 4(א) כי הזכויות בווקף שמנהלו נפקד, יועברו לאפוטרופוס, כשהן נקיות מכל סייג, התנאה או הגבלה. תיקון החוק בסעיף 4(א), מכוח הסיפא שבו, חל רטרואקטיבית החל בשנת 1948, ולפיכך הוא מתפרש גם על הנכס נשוא ענייננו. בנסיבות כאלה, נכסי הווקף מאבדים את צביונם כהקדש, והאפוטרופוס רשאי להקנותם לרשות הפיתוח בתורת נכסי מקרקעין רגילים.

משהוקנו המקרקעין לאפוטרופוס, וניטל מהם אופיים כהקדש, נשללת מכאן ואילך סמכותו של בית הדין השרעי לדון בעניינם. ברוח זו פסק בית משפט זה:

"הנה כי כן, הן לשונו של סעיף 4(א1)(1) לחוק, והן ההיסטוריה החקיקתית של התיקון, מלמדים בבירור כי תכלית החקיקה היתה להקנות לאפוטרופוס על נכסי נפקדים בעלות מלאה על נכסי ההקדש של נפקדים, בין אם אלה הוקדשו לטובת משפחה, ובין אם הנכסים הוקדשו לצרכי ציבור... על-פי החוק, הוקנו, אפוא, ההקדשות לאפוטרופוס ללא כל המגבלות על-פי הדין, או התניות שנקבעו בעת יצירתו של ההקדש, או לאחר מכן, והפקדה בידיו בעלות "נקייה" על הנכס. ביטול כל ההגבלות, הסייגים והתנאים למפרע, הוא ששלל מההקדש את תכונותיו כהקדש, ובעקבותיו, עם נטילת אופיו כהקדש, גם נשללת מאליה סמכות בית הדין השרעי לדון בניהולו הפנימי או להתערב בו" (בג"צ 6452/96 האפוטרופוס על נכסי נפקדים נ' בית הדין השרעי ואלחסיני, פד"י נה(4) 363, 371-372 (2001)) (להלן - פרשת אלחסיני) (ההדגשות אינן במקור).

הילכת אלחסיני חלה הן על ווקף משפחתי והן על ווקף ציבורי, בין שהווקף נעשה לצרכים כלליים ובין שנעשה למטרה דתית.

דביעית, מכירתו של הנכס על-ידי האפוטרופוס לידי רשות הפיתוח מחזקת עוד יותר את ניתוקו של הנכס מ"עברו" כנכס ווקף, ועמו, את ניתוקו מתחום התפרשות של סמכות בית הדין השרעי. סעיף 19(א1) לחוק נכסי נפקדים קובע כי האפוטרופוס רשאי למכור נכס מקרקעין מוקנה לרשות הפיתוח, ועל-פי סעיף 28(ג) לחוק, כאשר "מכר האפוטרופוס נכס מוקנה, נעשה הנכס שמכר משוחרר, ועובר לבעלות הקונה, ואילו התמורה שקיבל האפוטרופוס נעשית נכס מוחזק...". עולה מכך כי, עם מכירת המקרקעין לרשות הפיתוח, נשתחררו המקרקעין, ועברו לבעלותה המלאה של רשות הפיתוח. רשות הפיתוח רשאית להעביר זכויות קניין בנכס לצד שלישי, וברי כי לבית הדין השרעי אין סמכות עניינית על נכס מקרקעין כזה, שאיבד עוד משלב ההקנייה לאפוטרופוס את צביונו המקורי כווקף מוסלמי.

79. כעולה מתשובת המדינה מיום 5.2.07, חלקה 158 בגוש שומה 30036, היא המתחם נשוא ענייננו, היתה רשומה מאז קום המדינה על-שם האפוטרופוס על נכסי נפקדים, וסיווג השטח מאז שנת 1960 הוגדר כ"אדמה, שטח ציבורי פתוח". מאז הקנייתו לאפוטרופוס, חדל המתחם להיות בעל מעמד של ווקף. ביום 12.7.92 הוגש למירשם המקרקעין בירושלים שטר מכר ביחס לחלקה 158 בין האפוטרופוס לרשות

הפיתוח. ביום 21.7.92 נרשמה הקרקע על-שם רשות הפיתוח (מש/7 המצורף לתשובת המדינה). הנכס חדל לשמש ווקף כשעבר לידי האפוטרופוס מכוח החוק, ורואים אותו כנכס "משוחרר" עם מכירתו לרשות הפיתוח. הוא עבר לבעלותה המלאה כנכס מקרקעין חופשי, והמדינה היתה רשאית להקנות בו זכויות לבעלות המיזם. אופיו של המתחם כ"ווקף" חדל להתקיים עם קום המדינה.

80. על יסוד מכלול הטעמים האמורים, המסקנה המתבקשת היא כי לא מתקיימים בענייננו התנאים המפורטים בסימן 52 לדבר המלך, ולפיכך אין לבית הדין השרעי סמכות עניינית ייחודית לדון במחלוקת הנוגעת לבניית המוזיאון במתחם. אין בידיו גם סמכות מקבילה לדון במחלוקת זו מכוח מקור סמכות אחר.

81. להשלמת הדברים אוסיף, כי אין לקבל את טענת קב' אלדג'אני לפיה היה על בעלות המיזם למצות את טענותיהן בענין סמכות בית הדין השרעי בבית הדין, בטרם פנו בעתירה לבית משפט זה, כדי שיכריע בשאלה הסמכות, בבחינת חובת מיצוי סעד חלופי. מושכלות ראשונים הם כי עקרון חובת מיצוי הסעד החלופי אינו חל מקום שמהלך כזה אינו יעיל, וכאשר מתבקשת התערבות בית משפט זה קודם למיצוי הסעד החלופי כדי למנוע עוול, ומשיקולי צדק כלליים (בג"צ 4976/02 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הרבני האזורי נתניה, פד"י נו(5) 345, 4-353 (2002); בג"צ 115/89 ירימי נ' בית הדין הרבני האזורי רחובות (לא פורסם)). במקרה זה, נתקיימו נסיבות מצטברות, המצדיקות את אי-מיצוייה של סוגיית הסמכות בבית הדין השרעי קודם לפנייה לבית משפט זה. השיהוי הכבד בהגשת תובענת אלדג'אני בפני בית הדין השרעי, חוסר תום הלב שבפנייה לבית הדין בסוגייה הנדונה בהליך תלוי ועומד בפני בית משפט זה, והנוק שנגרם לבעלות המיזם עקב כך, כל אלה מהווים תנאים חריגים המצדיקים סטייה מכלל מיצוי הסעד החלופי. מעבר לכך, וחשוב מכל, לא ניתן לנתק את השאלות הקשורות בסמכות בית הדין השרעי, נשוא העתירות הנלוות, מהשאלות המרכזיות העולות בעתירה העיקרית שהוגשה לבית משפט זה, המבקשות להעמיד למבחן את הלגיטימיות של הבנייה במתחם בו נמצאו שרידי קברים מוסלמים. משקלם המצטבר של טעמים אלה מצדיק את דחיית טענת אלדג'אני בדבר אי-מיצוי הסעד החלופי הקשור בבירור סמכותו העניינית של בית הדין השרעי.

82. יצויין, כי לא מתעוררת בהקשר זה שאלת מירוץ סמכויות בין בית הדין השרעי לבין בית משפט זה, שכן סוגיית סמכות בית הדין השרעי בענייני הווקף מתייחסת בכל מקרה לסמכות ייחודית של בית הדין בהיבטים מסויימים, ואין מדובר בסמכות חופפת

כלשהי לסמכות בג"צ לענין זה, שרק אילו נתקיימה כזו עשויה היתה לעלות שאלה של תחולת כללי מירוץ הסמכויות בין ערכאות בעלות סמכות מקבילה.

83. לאור טעמים אלה, מוצהר בזאת כי לבית הדין השרעי אין סמכות עניינית לדון בנושא הבנייה של מוזיאון הסובלנות במתחם נשוא המחלוקת. מכאן, שהצווים שהוצאו על-ידיו בסוגייה זו הינם בטלים מעיקרא, ועליו להימנע מלדון בכל ענין הקשור בנושא זה, משהוא חורג מגדרי סמכותו.

84. לאור האמור, יש לקבל את עתירת בעלות המיזם בבג"צ 1671/06 ולהפוך את הצו על תנאי שניתן בה לצו מוחלט. בהתאמה, יש לדחות את עתירת קב' אלדג'אני בבג"צ 1331/06.

בג"צ 52/06 - עתירת חב' אלאקסא

טענת סף לדחיית העתירה - שיהוי

85. העתירה העיקרית (המתוקנת) של חב' אלאקסא מבקשת להביא לתוצאה של ביטול כל פעולות ההעברה של זכויות הקניין לידי בעלות המיזם במתחם המוזיאון, לביטול תכניות הבנייה שקיבלו תוקף סופי, ולביטול ההיתרים שניתנו לביצוע עבודות במתחם, ולאיסור מוחלט של עבודות בנייה כלשהן בשטח זה. בפתח הדיון, יש לבחון את טענת השיהוי שהעלו המשיבים, בבחינת טענת סף, אשר, לדבריהם, קבלתה צריכה להביא לדחיית על הסף של עתירה זו, אף בלא בירור הסוגיות שהיא מעלה, לגופן.

נדון בטענת השיהוי בהקשר זה.

השיהוי והשפעתו על עיקרי העתירה והסעדים המבוקשים בה

86. עתירתה של חב' אלאקסא נגועה בשיהוי עמוק. היא הוגשה ב-2.1.06, זמן רב לאחר שתכנית בנין העיר הנוגעת למתחם אושרה במוסדות התכנון ופורסמה ברשומות, ובחלוף זמן לאחר שהעבודות בשטח החלו. האם יש בשיהוי כדי להצדיק דחיית העתירות על הסף?

87. כלל הוא כי טענת שיהוי הנטענת כנגד עתירה לסעד מתחום המשפט הציבורי מצריכה בחינתם של שלושה יסודות: שיהוי סובייקטיבי, שיהוי אובייקטיבי, ומידת הפגיעה בשלטון החוק, העלולה להיגרם אם תידחה העתירה על הסף עקב שיהוי (עע"מ 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע (לא פורסם, 7.12.06)).

השיהוי האובייקטיבי והסובייקטיבי הינם מרכיבים הנדרשים במצטבר לצורך ביסוסה של טענת השיהוי. היבט הפגיעה בשלטון החוק בוחן את מהותה של העתירה לגופה והסעד המבוקש בה, ומבקש לאזן בין יסוד חלוף הזמן והנזק שנגרם בעטיו לצדדים המתדיינים ולאינטרס הציבורי הכללי, אל מול עוצמתו של האינטרס הציבורי הטמון בסעד המבוקש בעתירה לגופה, ומידת הנזק העלול להיגרם לשלטון החוק אם העתירה תידחה על הסף בלא הכרעה עניינית לגופה עקב שיהוי. מקום שהפגיעה הצפויה בשלטון החוק מאי-הכרעה בעתירה גוברת על הנזק הכולל הנגרם בהיזקקות לעתירה הנגועה בשיהוי, תידון העתירה לגופה חרף השיהוי (ענין אי התכלת, שם; עע"מ 7142/01 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה חיפה נ' החברה להגנת הטבע, פד"י נו(3) 673, 679 (2002); ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פד"י נו(5) 433, 448-449 (2003); בג"צ 8378/96 חביש נ' השר לענייני דתות, פד"י נא(1) 145, 159 (1997); בג"צ 2285/93 נחום נ' גיורא לב, ראש עיריית פתח תקווה, פד"י מח(5) 630, 642 (1994); בג"צ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, פד"י מב(1) 678, 684-685 (1988)).

88. השאלה מתי יבחר בית משפט להכריע בעתירה לגופה ואף להעניק סעד מבוקש חרף קיומו של שיהוי אובייקטיבי וסובייקטיבי, הינה שאלה שבשיקול דעת שיפוטי, תלוית איזון, הנשען על נסיבות קונקרטיות. שיקול דעת זה נגזר, מצד אחד, מעוצמת יסודות השיהוי, המשקפים פגיעה באינטרסים של בעלי דין שהסתמכו על מצב דברים עובדתי נתון, שנתגבש זמן רב לפני הגשת העתירה ופעלו על-פיו, ובאינטרס הציבור ומערכת השפיטה, המבקשים להתמקד בהכרעות שיפוטיות בעניינים בעלי אופי עדכני; מנגד - נבחנת עוצמת הפגיעה הצפויה בעקרון שלטון החוק, המשקף אינטרס ציבורי ראשון במעלה, אם תתקבל טענת השיהוי, והעתירה תידחה על הסף בלא הכרעה (עע"מ 8723/03 עיריית הרצליה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, חוף השרון, פד"י נח(6) 728, 734-5 (2004); בג"צ 5682/02 פלוני נ' ראש ממשלת ישראל, פד"י נו(3) 84, 90-92 (2003); בג"צ 1135/04 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' הצוות המלווה לענין תמ"א 18/א/31, פד"י נט(4) 784, 789 (2005)).

מן הכלל אל הפרט

שיהוי סובייקטיבי

89. השיהוי הסובייקטיבי מתמקד בבחינת התנהגותו בפועל של העותר, ובשאלה האם התנהגותו מצביעה על ויתור במשתמע מצידו על זכותו לפנות לערכאות משפט. העתירה של חב' אלאקסא לוקה בשיהוי סובייקטיבי משמעותי, הן בהתייחסה לתכניות

הקשורות במוזיאון שפורסמו לראשונה בציבור כבר ב-2001, והן במבט לאחור ביחס לגורלו של המתחם, אשר החל משנות ה-60 של המאה הקודמת סווג כשטח ציבורי פתוח, ולאחר מכן בוצעו בו פעולות בנייה מאסיביות, בין היתר, בסלילת כביש ובהקמת חניון רכב רב-מפלסי בלא כל התנגדות מצד נציגי הקהילה המוסלמית בישראל.

90. בענייננו, לאחר החלטת המינהל ועיריית ירושלים להקצות את המתחם למוזיאון, יזם מרכז ויזנטל את תכנית 8030 אשר דבר הפקדתה פורסם בילקוט הפרסומים ביום 16.10.01, וכן גם בעיתונות הערבית ביום 21.9.01. בפרסומים, תואר השטח הנדון במפורש כ"שטח הידוע כגן העצמאות וכיכר החתולות... ובית הקברות המוסלמי ממזרח". בתכנית דובר במפורש על שינוי ייעוד השטח משטח ציבורי פתוח ומדרך, לשטח לבנין ציבורי המיועד למוזיאון ולאודיטוריום. הוגשו התנגדויות לתכנית, אך נעדרה התנגדות העותרת, וכן לא הוגשה כל התנגדות אחרת על בסיס הטענה כי מדובר בבית קברות. אישור התכנית פורסם ביום 29.8.02 (י"פ 5107, עמ' 3909), והדבר פורסם גם בעיתון "אל קודס" ביום 26.6.02.

91. בהמשך לאישור תכנית 8030, הוחל בתכנון המוזיאון לפרטיו, ובמקביל לכך החלה חב' המוזיאון להעסיק אנשי מקצוע שונים לצורך היערכות לביצוע פרויקט רב ממדים זה. לאחר מכן, הגישה חב' המוזיאון בקשה להיתר בנייה, אשר נדונה הן בוועדה המקומית והן בוועדה המחוזית לתכנון ובניה. היתר הבנייה הוצא ב-27.10.04. כל המהלכים האלה היו כרוכים בהשקעת מאמץ וממון רבים מאוד. ביום 2.5.04, נערך טקס הנחת אבן פינה למוזיאון בהשתתפות אישים שונים, לרבות האדריכל פרנק גרי. האירוע פורסם גם בעיתונות הערבית בישראל.

עוד נטען בהקשר ליסוד השיהוי הסובייקטיבי, כי היה בידי הגורמים שהעותרת מייצגת את עניינם, להתנגד לשינוי ייעודו של המתחם משטח בית קברות לשטח ציבורי פתוח כבר לפני שנים רבות, בעת שנדון שינוי הסיווג של המתחם ב-1960, ולאחר מכן, כאשר תוכנן במקום חניון רב-מפלסי לרכב בשנת 1979. אולם, לאורך כל נקודות המפנה שחלו במעמדו של השטח מבחינה תכנונית, וככל שהלך והעמיק ניתוקו של מתחם זה מסיווגו המקורי כחלק מבית הקברות ממילא, לא נשמע אף בדל של טענת התנגדות מקרב הקהילה המוסלמית, שהיתה מודעת לאורך השנים למצב התכנוני ולשימושים בפועל הנעשים בו. ואמנם, לאורך עשרות רבות של שנים, שימש המתחם

למטרות "חולין" מובהקות: נסלל בו כביש חיבור בין שני רחובות שבשולי גן העצמאות, ועשרות רבות של כלי רכב חנו בחניון שהוקם בו בבואם למרכז העיר.

92. הנתונים המפורטים לעיל מצביעים בבירור על קיומו של שיהוי סובייקטיבי עמוק מצד חב' אלאקסא והגורמים שהיא מייצגת בהשגתם על התכנון במתחם, והיא לא העלתה כל טעם של ממש שיש בו כדי לתרץ שיהוי זה. אמנם, גילויים של שרידי קברים ועצמות אדם במתחם אירע רק מספר חודשים בטרם הוגשה העתירה, אך אין בכך כדי לענות לטענת השיהוי לאור עמדתה המהותית של העותרת, המתבססת על קדושתו רבת השנים של המתחם; טענתה כי המוזיאון תוכנן במתחם השייך השתייכות אינטגרלית לבית הקברות המוסלמי בממילא היתה יכולה לעלות ביוזמתה במועד מתאים בשלב התחלתי של התכנון, בלא קשר של תלות במציאת שרידי קברים במהלך החפירות במקום.

93. לאור האמור, לוקה עתירתה של חב' אלאקסא בשיהוי סובייקטיבי ניכר, בשים לב לכך שהיא הוגשה רק בינואר 2006.

השיהוי האובייקטיבי

94. המימד האובייקטיבי של השיהוי נועד לבחון את מידת השינוי שחל במצב העובדתי בשטח עקב השיהוי, והיקף הפגיעה באינטרסים של הצדדים הנוגעים בדבר נוכח האיחור שחל בהגשת העתירה. היסוד האובייקטיבי בשיהוי בוחן את השפעתו על גורמים שונים העלולים להיפגע ממנו, לאחר שפיתחו אינטרס לגיטימי הראוי להתחשבות (ענין אי התכלת לעיל; בג"צ 453/84 איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד לח(4) 617, 621 (1985)). השיהוי האובייקטיבי בוחן, אפוא, את מידת השינוי שחל במצב הדברים בשטח ואת היקף הפגיעה באינטרסים של הצדדים הנוגעים בדבר נוכח האיחור בהגשת העתירה.

95. בענייננו, חל לאורך השנים שינוי משמעותי ביותר בסיווגו התכנוני של המתחם, ובדרכי ניצולו לצרכי ציבור. כבר בשנות ה-60 נותק המתחם מאיזור בית הקברות ממילא, והוגדר שטח ציבורי פתוח, ובהמשך השנים נסלל בו כביש חיבור, והוקם בו חניון רכב רב-מפלסי. תכניות המוזיאון עצמן ארכו כחמש שנים עד לאישורן, וקודם להן הועברו זכויות קניין במתחם מהמינהל והעירייה לבעלות המיזם. מבחינתן של עיריית ירושלים והמדינה, קידום פרויקט המוזיאון הוא בעל חשיבות מיוחדת כמרכז תרבותי-רוחני, בהיבט הלאומי והבינלאומי. הוא נושא חשיבות רבה גם בהיבט

העירוני-מקומי, כחלק מתכנון כולל המבקש להגביר את תנופת הפיתוח של מרכז העיר. ביטול התכנון של המוזיאון במתחם עלול לגרום פגיעה משמעותית ביעדים חשובים שונים בתחום הארצי והמקומי.

96. לשיהוי האובייקטיבי בהצגת ההתנגדות לתכנון המתחם היתה ללא ספק השפעה ניכרת גם על בעלות המיזם. הן השקיעו ברכישת הזכויות בנכס, וכן בהון עתק ובמשאבי אנוש כבירים בהליכי תכנון מקיפים ומורכבים. הן נערכו בהיערכות מקיפה לביצוע הבנייה של פרויקט בעל אופי ייחודי מבחינה רעיונית, ערכית, תרבותית, חברתית ואומנותית גם יחד. לדברי בעלות המיזם, עד כה הושקעו בפרוייקט כ-15 מיליון דולר, וקיים חשש כי קבלת העתירה תפגע פגיעה קשה ביכולתן לגייס כספים נוספים למטרה זו.

97. אינטרס ההסתמכות של בעלות המיזם ושל הרשויות הציבוריות בפיתוחו של המוזיאון הלך והתגבש על רקע המציאות שבה הליכי התכנון ואישורם התקדמו ללא הפרעה מבחינת קרבתו של המתחם לאיזור בית הקברות. תרמה לכך גם העובדה שבמשך עשרות שנים לא קמה התנגדות לשימוש במתחם למטרות ציבוריות כגון חניון לרכב, שאינן עולות בקנה אחד עם היותו של השטח חלק אינטגרלי מבית קברות.

98. השיהוי האובייקטיבי בהגשת העתירה מתקיים, אפוא, הן מבחינת השינוי המהותי במצב העובדתי בשטח והן מבחינת אינטרס ההסתמכות של הצדדים המעורבים בהליכי התכנון והפיתוח של המתחם, שנתגבש לכלל אינטרס לגיטימי בעל משקל, הראוי להתחשבות.

99. עתירתה של חב' אלאקסא לוקה, אפוא, בשיהוי סובייקטיבי ואובייקטיבי משמעותי ביותר.

הפגיעה בשלטון החוק

100. בצד קיומו של שיהוי בהגשת העתירה, יש לבחון האם דחייתה על הסף בלא דיון לגופה, עלולה לגרור פגיעה חמורה באינטרס ציבורי חשוב השקול כפגיעה בשלטון החוק, אשר אפשר וניזקה רב מן הנזק העלול להיגרם לבעלי הדין ולאינטרס ציבורי כללי בהיזקקות לעתירה הנגועה בשיהוי:

“פועלו של שיהוי, אפילו הוא מתקיים ביסודותיו הסובייקטיביים והאובייקטיביים, עשוי להישלל מקום

שהמעשה, בגינו מובאת העתירה, מגלם פגיעה משמעותית באינטרס הציבורי, והימנעות מלהיזקק לה עלולה לפגוע בעקרונות יסוד של שלטון החוק" (ענין אי התכלת, לעיל, בפסקה 96).

101. עתירה זו מעלה שאלה בעלת אופי עקרוני כללי בדבר היחס בין אינטרס ציבורי כללי של פיתוח ובנייה בקרקע לקידום מטרה ציבורית-חברתית חשובה, לבין ההגנה על ערך כבוד המת וכיבוד אתרי קבורה עתיקי יומין הסמויים מן העין, והמתגלים אגב ביצוע עבודות בשטח. היא נוגעת בשאלות של הגנה על זכויות קניין של הפרט בקרקע, אל מול הצורך לכבד רגשות דת ומסורת; היא עוסקת ביחס שבין עולם העבר לעולם ההווה והעתיד, וביחס שבין צרכי החיים לבין צרכי המתים; היא עוסקת בצורך לאזן בין ערכים נוגדים חשובים בעלי אופי חוקתי.

בנסיבות אלה, אין לדחות את העתירה על הסף חרף השיהוי, אלא יש לבחון אותה לגופה (השוו בג"צ 4638/07 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל (לא פורסם, 29.10.07), פסקה 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן) (להלן - פרשת חב' החשמל). יש להכריע בשאלה האם קידומו של פרויקט המוזיאון, חרף הימצאות שרידי קברים ב"שטח הסגול" מתיישב עם שלטון החוק או עלול לפגוע בו. נדרשת מערכת איזונים חוקתית שתיישב בין אופיו ההיסטורי, הערכי והדתני של המקום, לבין זכויות הקניין שנרכשו על-ידי בעלי ענין פרטיים, ונוכח תכניות בנייה שאושרו, ואינטרס ציבורי מובהק בפיתוח השטח למטרה ציבורית חשובה בעלת אופי לאומי, בינלאומי ומקומי כאחד.

חשיבותן של השאלות האמורות מצדיקה את בירור העתירה לגופה, חרף השיהוי הרב שחל בהגשתה. עם זאת, לקיומו של השיהוי תיתכן השלכה על ההכרעה לגופן של הסוגיות שהעתירה מעלה.

תקפותם המשפטית של הליכי העברת הזכויות בקרקע במתחם המוזיאון מעמדה הקנייני של הקרקע במתחם המוזיאון

102. העותרת טוענת כי הקרקע במתחם המוזיאון הינה חלק מבית הקברות ממילא ושייכת לווקף המוסלמי. ככזו, לא ניתן היה להעביר בה זכויות לאחרים, וממילא, לבעלות המיזם אין לגביה זכויות קניין תקפות.

103. טענות העותרת ביחס למעמדה הקנייני של הקרקע מתחלקות לשני ראשים נפרדים: ראשית, נטען, כי, מלכתחילה, הקניית הבעלות בנכס ההקדש לאפוטרופוס על

נכסי נפקדים אינה חוקית. יש להבחין הבחנה פנימית בין הקדש ציבורי-דתי להקדש ציבורי-חברתי. בעוד בסוג ההקדש האחרון הקנייה כזו היא אפשרית, הרי בהקדש דתי הקנייה כזו אינה אפשרית. שנית, נטען כי גם אם במישור המשפטי-עקרוני ניתן היה להקנות בעלות בקרקע לאפוטרופוס, התנאים הקונסטטיטויטיביים הנדרשים להקנייה כזו לא נתקיימו, ומשכך העברת הבעלות במתחם לא עמדה בתנאי הדין, וממילא אין להכיר גם בזכויותיהן של בעלות המיזם בקרקע.

מעמדו של הקדש בדין הישראלי ואפשרות הקניית קרקע הקדש לאפוטרופוס

על מהותו של מוסד הווקף

104. כעולה מתגובת המדינה מיום 5.2.07, הקרקע נשוא העתירה היוותה בשעתו חלק משטח בית הקברות ממילא. המקרקעין של בית הקברות נרשמו לראשונה בשנת 1938 במסגרת "רישום ראשון" כ"ווקף צחיח" (קרי: הקדש בקרקע פרטית), בבעלות הממונה על הווקף המוסלמי של ירושלים, גוף שהיווה אורגן של המועצה המוסלמית העליונה (מ' דוכן דיני קרקעות במדינת ישראל, 72 (מהדורה שניה, תשי"ג) (להלן - דוכן); נסח המקרקעין ההיסטורי צורף כמס' 1 לתגובת המדינה).

105. מוסד הווקף (ההקדש) דומה במהותו למוסד הנאמנות בדין האזרחי. הגוף המנהל את הווקף משמש למעשה כנאמן, המנהל את הנכס עבור הנהנה או לצורך מטרה אחרת. בדין המוסלמי ניתן למצוא שני סוגי ווקף. ווקף משפחתי, בו הנהנים מההקדש הם בני המשפחה (ווקף ד'ורי), וכן ווקף ציבורי, בו הנהנה מההקדש הוא הציבור בכללו (ווקף ח'ירי) (ש"ד גויטיין המשפט המוסלמי במדינת ישראל 162 (התשי"ח) (להלן - גויטיין)). ניתן לסווג את מוסד הווקף על-פי מטרותיו השונות, כגון ווקף לצרכי דת; לצרכי תרבות; לצרכי צדקה ולצרכי טובת הכלל (דוכן, שם, בעמ' 63). החלת מוסד הווקף על נכס משעה, הלכה למעשה, את עבירותו, ומחייבת את ניהולו למטרת ההקדש בלבד (גויטיין, שם, בעמ' 170; ח' זנדברג הסדר זכויות במקרקעין בארץ ישראל (התשס"א)).

האפוטרופוס על נכסי הנפקדים

106. חוק נכסי נפקדים מסדיר הקנייה של נכסים נפקדים לבעלותו של האפוטרופוס (סעיף 4). החוק מגדיר מיהו "נפקד" לצורך הענין (סעיף 1 (ב) לחוק). במצב דברים בו בעלי הנכס או מנהליו הינם נפקדים, מדובר בנכס נפקד, שהבעלות בו עוברת לידי האפוטרופוס.

107. עד לשנת 1965 חלה אי-בהירות בעניין תחולתו של חוק נכסי נפקדים על נכסי ווקף מבחינת הקנייתם לאפוטרופוס במקרה שמנהלם נפקד. בעבר, הושמעה דעה בבית משפט זה לפיה, בניגוד לנכסי נפקדים אחרים, כאשר נאמן של נכס ווקף הוא הנפקד, האפוטרופוס מקבל סמכות ניהול של נכס הווקף, להבדיל מבעלות מלאה בו. וכדברי השופט זוסמן: "לא נכסי הווקף ולא זכויות הנהנים נהפכו, עם נפקדותו של מחמוד, לנכס מוקנה לאפוטרופוס, אלא רק סמכויותיו של המתולי - הנפקד, הן אשר עברו לידי האפוטרופוס..." (בג"ץ 69/55 בולוס נ' שר הפיתוח, פד"י י' 673 (להלן - פרשת בולוס)). גישה זו השתלבה בהחלטת הממשלה משנת 1961 (נספח ט"ו לעתירה המתוקנת), אשר על-פיה האחריות לנושא ניהול הנכסים הנפקדים של הווקף הוטלה על משרד הדתות ולא על האפוטרופוס על נכסי נפקדים.

108. אולם, בשנת 1965 נתן המחוקק את דעתו לאי-הבהירות הקיימת בשאלת נכסי ווקף נפקדים, ותיקן את החוק בדרך של הוספת סעיף 4(א) לחוק נכסי נפקדים, המורה:

"היה נכס פלוני הקדש לפי כל דין, תהא הבעלות בו מוקנית לאפוטרופוס, כשהיא חופשית מכל סייג, התנאה והגבלה כיוצא באלה, שנקבעו בכל דין או בכל מסמך הנוגע להקדש או על פיהם, בין שנקבעו לפני ההקנייה ובין לאחריה, אם בעל הנכס, או האדם שבידו החזקה או זכות הניהול של הנכס, או הנהנה מההקדש היו נפקדים; ההקנייה היא מיום י' בכסלו תש"ט (12 בדצמבר 1948) או מיום שבו נעשה אחד מאלה לנפקד, הכל לפי המועד המאוחר" (הדגשות לא במקור).

תיקון זה לחוק בא להבהיר את המצב המשפטי בעקבות פרשת בולוס, ולשקף אף את עמדתו המקורית של המחוקק בענין זה. כך הוסבר בדברי ההסבר להצעת החוק: "החוק המוצע בא לפזר ספקות שהתעוררו בעקבות פסק דין בבג"ץ 69/55... ולהעמיד על מכונה את כוונתו המקורית של המחוקק לפיה מוקנה לאפוטרופוס הקניין המלא בנכס ווקף שהמתואלי שלו הנו נפקד" (הצעות חוק 629 (תשכ"ה) 48).

109. משתוקן החוק בשנת 1965, לא נותר עוד ספק כי נכס ווקף שמנהלו נפקד, מוקנה בקניין מלא לאפוטרופוס, ואין מדובר בהקנייה של זכות הניהול של הווקף בלבד. הקניין המלא בנכס עובר לידי האפוטרופוס כשהוא נקי מכל זכות אחרת, ומשמעות הדבר היא כי ניטלים מן הנכס סממניו כהקדש, והוא מאבד את צביונו המיוחד הזה. תחולתו של החוק המתקן הינה רטרואקטיבית לשנת 1948, ומשכך, תיקון זה חל ומתפרש גם על הנכס נשוא עתירה זו.

110. על אופייה של הזכות הקניינית המוקנית לאפוטרופוס בנכס הקדש שמנהלו נפקד עמדה הפסיקה בפרשת אלחסיני, שהובאה לעיל בהקשר אחר, שם קבע בית המשפט (מפי השופטת ביניש), בין היתר, כי ההקנייה של נכס ווקף נפקד לאפוטרופוס שוללת את אופיו ככזה, בלי שים לב לטיבו של ההקדש או למטרותיו:

"הנה כי כן, הן לשונו של סעיף 4(א1)(1) לחוק, והן ההיסטוריה החקיקתית של התיקון, מלמדים בבירור כי תכלית החקיקה היתה, להקנות לאפוטרופוס על נכסי נפקדים בעלות מלאה על נכסי ההקדש של נפקדים, בין אם אלה הוקדשו לטובת משפחה, ובין אם הנכסים הוקדשו לצרכי ציבור. הן מנוסחו של סעיף 4(א1)(1) הנ"ל, והן מדברי ההסבר להצעת החוק, כפי שהובאו לעיל, עולה בבירור כי המחוקק שלל את האפשרות להתערב בניהול הנכסים שהיו נכסי הקדש בטרם הוקנו לאפוטרופוס, וכן את האפשרות להעבירם מידי האפוטרופוס, והותר את הסמכות בעניין זה בידי האפוטרופוס עצמו. לשם כך גם נקבע בחוק, כי ההקנייה של נכסי ההקדש לאפוטרופוס היא רטרואקטיבית, מיום ' בכסלו תש"ט-12.12.1948, או ממועד הנפקדות של בעל הנכס, של בעל זכות הניהול, או של הנהנה, הכל לפי המועד המאוחר. על-פי החוק הוקנו, אפוא, ההקדשות לאפוטרופוס ללא כל המגבלות על-פי הדין, או התניות שנקבעו בעת יצירתו של ההקדש, או לאחר מכן, והופקדה בידי בעלות "נקייה" על הנכס. ביטול כל ההגבלות, הסייגים והתנאים למפרע, הוא ששלל מההקדש את תכונותיו כהקדש.. " (עמ' 371-372 לפסק הדין) (הדגשות לא במקור).

פסיקה זו אכן ציינה במפורש כי אין להבחין בין סוגי ההקדשות או בין מטרותיהם לענין הכלל בחקיקה, לפיו כל נכס הקדש, יהא אשר יהא אופיו ומטרותיו, מאבד את אופיו כהקדש עם הכרזתו כנכס נפקד, והוא מוקנה לאפוטרופוס. משכך, אין יסוד ליצירת הבחנה בין סוגי הקדשות שונים, ואין מקום למתן פרשנות מצמצמת לחוק, כנטען על-ידי העותרת, שאינה מתיישבת עם רוחו ותכליתו.

111. טענה החוזרת כחוט השני בעמדת העותרת היא כי מדובר בנכס קדוש, ועובדה זו שוללת באופן מובנה את אפשרות היותו נכס נפקד. זאת, נוכח התפיסה כי אלוהים הוא בעליו של נכס קדוש, וממילא בעלים כזה אינו יכול להיות נפקד. גישה זו מחזירה אותנו להבחנה שבין הקדש דתי להקדש ציבורי אחר, הבחנה אשר לא עוגנה כראוי בעתירה. אך גם אילו היתה קיימת הבחנה כזו, לא היה בכך כדי לשנות מן המסקנה לפיה הבעלות בקרקע המתחם עברה במלואה לידי האפוטרופוס מכוח הדין. ראשית, קיים ספק בדבר לקדושתו של שטח בית הקברות, בשל פסק ההלכה השרעי משנת 1964 אשר הסיר קדושה זו; שנית, לאורך השנים בוצעו פעולות בנייה במתחם המוזיאון,

נסלל בו כביש, והוקם בו מגרש חנייה ששימש את הציבור בעיר במשך שנים. השימוש שנעשה במתחם בפועל לאורך תקופה ארוכה אינו מתיישב כלל עם קדושת המקום; ושלישית, אפילו היתה אבחנה מוכרת בין הקדש דתי לציבורי, וגם אילו היה שטח בית הקברות מוכר עדיין כשטח קדוש מבחינה דתית, הדין החל על הענין בשאלת הקניית הזכויות במתחם הינו הדין האזרחי ולא הדין הדתי. משקבע המחוקק בחוק נכסי נפקדים כי כל הקדש המקיים תנאי של נפקדות, יוקנה לאפוטרופוס כשהוא נקי מכל סייג, התנאה או הגבלה, ממילא חל הדבר גם על הקדש המוגדר כנכס קדוש על-פי מושגי הדת הנוגעת בדבר.

112. לאור האמור, דין טענות העותרת בדבר העדר כשירותו של האפוטרופוס לרכוש קניין מלא בקרקע המתחם, להידחות.

הליכי העברת הבעלות בקרקע המתחם

113. טוענת העותרת, כי גם אם מלכתחילה ניתן היה להקנות זכויות במתחם לאפוטרופוס, העברת הזכויות עצמה נעשתה בניגוד להוראות הדין, ולכן דין ההקנייה להתבטל.

114. ראשית, טוענת העותרת, כי משהוקנה ההקדש לאפוטרופוס יכול הוא לשחררו רק לידי ועד נאמנים, כקבוע בסעיף 29א לחוק, המורה:

”29א. שחרור נכס הקדש

(א) שחרר האפוטרופוס נכס הקדש שהוקנה לו ושהיה מוקדש לטובת בני משפחה של המקדיש, או בני משפחה אחרת והנהנים עודם בחיים, רשאי הוא להעביר להם את הבעלות בו; שחרר נכס הקדש שהוקנה לו, ושלא היה מוקדש כאמור, רשאי הוא להעביר את הבעלות בו לוועד נאמנים שנתמנה לפי הסעיפים 29ב או 29ח.
 (ב) נכס שהועבר כאמור, יהא חפשי מכל סייג, התנאה או הגבלות כיוצא באלה שנקבעו בכל דין או בכל מסמך הנוגע להקדש או על פיהם.
 (ג) נכס הקדש - לענין סעיף זה ולענין הסעיפים 29ב עד 29ח - נכס ווקף מוסלמי שהוא מקרקעין שהוקדשו כדין.”

טענה זו של העותרת אינה עולה בקנה אחד עם נוסחה המפורש של הוראת חוק זו. אכן, סעיף 29א(א) קובע כי בהקדש שאינו הקדש משפחתי, רשאי האפוטרופוס להעבירו לניהול ועד נאמנים. עם זאת, יש לתת את הדעת לשני תנאים מצטברים הקבועים בחוק: ראשית, החוק נוקט לשון רשות ולא חובה, ולפיכך אין כל מניעה כי

האפוטרופוס יחליט שלא לשחרר את הנכס האמור, אלא למוכרו. לעניין זה חשובה הוראת סעיף 28 לחוק נכסי נפקדים, הקובעת:

”28. שחרור נכסים מוקנים

(א) האפוטרופוס רשאי, לפי שיקול דעתו בלבד, אך בהתחשב עם הוראות סעיף 29, לשחרר נכס מוקנה, בתעודה חתומה בידו; ומשעשה כן, יחדל אותו נכס מהיות נכס נפקד, וכל זכות שהיתה לאדם באותו נכס ערב הקנייתו לאפוטרופוס תחזור אל אותו אדם או אל מי שבא תחתיו.

(ב) האפוטרופוס רשאי להתנות עם אדם המבקש ממנו שישתמש בסמכותו לפי סעיף קטן (א), שבשעת מתן תעודה כאמור יהיה נכס אחר לנכס מוחזק. הסכים האדם לתנאי, וניתנה התעודה כאמור, נעשה הנכס האחר לנכס מוחזק.

(ג) מכר האפוטרופוס נכס מוקנה, נעשה הנכס שנמכר נכס משוחרר ועובר לבעלות הקונה, ואילו התמורה שקיבל האפוטרופוס נעשית נכס מוחזק; היה הנכס המוקנה שעבוד הניתן לביטול, וביטלו האפוטרופוס בתמורה, או זכות הניתנת לויתור, וויתר האפוטרופוס עליה בתמורה, נעשית התמורה נכס מוחזק בשעת הביטול או הוויתור, הכל לפי העניין.”

מכוח הוראה זו, רשאי, אפוא, האפוטרופוס לשחרר את הנכס או למוכרו, על-פי שיקול דעתו.

115. שנית, גם אילו רצה האפוטרופוס להעביר את הנכס לרשות ועד נאמנים כאמור, החוק מחייבו להעביר בעלות לוועד נאמנים שנתמנה לפי סעיף 29ב או סעיף 29ח לחוק. הוראות חוק אלה מסדירות הקמת ועדי נאמנים על-ידי הממשלה כדלקמן:

”29ב. ועדי נאמנים

הממשלה תמנה בהודעה ברשומות ועדי נאמנים לתחום של כל אחת מרשויות מקומיות אלה: תל-אביב-יפו; עכו; רמלה; נצרת; לוד; שפרעם; חיפה. ועדי הנאמנים ינהלו את נכסי ההקדש שבתחום הרשות, ששוחררו ושהועברו להם לפי סעיף 29א.”

”29ח. ועדי נאמנים נוספים

הממשלה תקבע, לפי הצורך, בהכרזה ברשומות, מקומות ישוב נוספים שבתחומם יוקמו ועדי נאמנים.”

נדרשת, אפוא, פעולה אקטיבית של הממשלה להקמת ועד נאמנים בתחום הרשות המקומית הנוגעת בדבר. העיר ירושלים אינה נכללת בין הרשויות המקומיות שבתחומן יוקמו ועדי נאמנים על-פי סעיף 29ב, והממשלה לא קבעה, במסגרת סמכותה

על-פי סעיף 29ח, כי יוקם ועד נאמנים בירושלים. ממילא ועד כזה לא הוקם בירושלים. משכך, אפילו היה האפוטרופוס חפץ בשחרור הנכס והעברתו לידי ועד נאמנים, הדבר לא היה מסתייע, משלא נתמלאו תנאי החוק בענין מינוי ועד נאמנים בירושלים בידי הממשלה. בעניין זה, ראוי להדגיש את ההבדל בין ועדי נאמנים של הקדשות שפעלו בארץ בתקופת המנדט, ובהם גם הוועד שניהל את מתחם בית הקברות ממילא עד פרוץ מלחמת השחרור, לבין ועדי הנאמנים מכוח חוק נכסי נפקדים. בעוד הראשונים הינם אורגנים של המועצה המוסלמית העליונה, האחרונים הינם ועדים אשר מוקמים מכוח חוק, ואין להם קשר וזיקה לגופים שניהלו את ההקדשות עובר למלחמת השחרור.

116. לחלופין, טוענת העותרת, כי אף אם רשאי היה האפוטרופוס למכור את נכס המקרקעין במתחם, ולא לשחררו לידי ועד נאמנים, הרי אותן המגבלות החלות על ועד הנאמנים במכירת הנכס צריכות היו לחול אף עליו. גם טיעון זה דינו להידחות.

117. ראשית, העותרת לא הציגה כל ביסוס לעמדתה זו, המצמצמת את סמכויות האפוטרופוס שלא בהתאמה ללשונו המפורשת של המחוקק ולתכליתו. מלשון החוק עולה בבירור, כי בעוד שעל ועד נאמנים הוטלו מגבלות מסויימות, למשל לענין העברת מקרקעין שיש בהם מסגד (סעיף 29ג לחוק), לא הוטלו מגבלות דומות על האפוטרופוס. האבחנה האמורה אינה מקרית, והיא מוסברת על רקע ההיסטוריה החקיקתית, המצביעה על הרחבת סמכויות האפוטרופוס וצמצום המגבלות על הנכסים שהוקנו לו, לרבות נכסי הקדש.

118. שנית, גם אילו היה ממש בפרשנות המוצעת על-ידי העותרת, גם אז המגבלה הרלבנטית לענייננו ביחס לוועד הנאמנים מתייחסת אך למסגדים ולא לבתי קברות. העותרת לא השכילה להראות כיצד המגבלה החלה על ועד נאמנים לענין העברת מקרקעין שיש בהם מסגד, עשויה להשפיע על ענייננו, בו אין מדובר במסגד. משצמצם המחוקק את ההגבלה שהטיל על ועד הנאמנים לקרקע שיש בה מסגד בלבד, משמעות הדבר היא כי התיר העברת מקרקעין אחרים, גם אם הם התאפיינו בעבר בקדושה דתית. סוגיה זו עמדה בעבר להכרעתו של בית משפט זה, אשר אישר את הקנייתו לאפוטרופוס של שטח בית קברות, שהיה נכס הקדש, ואת מכירתו לרשות הפיתוח (ע"א 415/89 דרויש נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פד"י מז(5) 521, 522-523 (1993)) (השופט א' גולדברג) (להלן - פרשת דרויש).

119. עוד טוענת העותרת, כי קיים פסול בהעדרה של תעודת נפקדות לנכס על-פי סעיף 30(ב) לחוק האפוטרופוס על נכסי נפקדים. אין מקום לטענה זו. ראשית, תעודת

נפקדות מיום 2.2.1966 הוצגה בתגובת המדינה (נספח מש/2 לתגובת המדינה מיום 5.2.07). ב-16.3.66 התקבלה במשרדי מירשם המקרקעין בירושלים פניית האפוטרופוס ובה נאמר, בין היתר, כי רצוף בזה נסח רישום לגבי החלקה הרשומה בשם מאמור אל ווקף אל איסלמיה, וכן תעודה על-פי סעיף 30(ב) לחוק, ובקשה לרשום את החלקה על-שם האפוטרופוס, באופן שהוא יבוא במקום הבעלים הרשום הקודם (מש/3). הקרקע אכן נרשמה על-שם האפוטרופוס ב-21.3.66.

יתר על כן, אף אם תעודה כאמור לא היתה בנמצא, לא היה בכך בכדי לשלול את היות הנכס האמור נפקד. הדרישה לתעודת נפקדות של נכס על-פי סעיף 30(ב) לחוק הינה בעלת משמעות ראייתית בלבד, כפי שניתן להסיק מכותרתו "דיני ראיות", ומתוכנו המפורש, הקובע חזקה ראייתית בלבד:

"(ב) אישר האפוטרופוס בכתב שנכס מסוים הוא נכס נפקד, ייחשב הנכס לנכס נפקד כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר" (ראו גם פרשת דרויש, שם, בפסקה 6).

120. לגופם של דברים, לא קיימת מחלוקת אמיתית באשר ל"נפקדותו" של הגוף "מאמור אל אואקף אל איסלמיה", אשר ניהל את מתחם בית הקברות עד לקום המדינה. גוף זה, כמתואר בתגובת המדינה, היווה אורגן של המועצה המוסלמית העליונה. המועצה העליונה האמורה הוקמה על-ידי אסיפת המופתים העולימה ונכבדי המוסלמים ב-1921, והוכרה על-ידי שלטונות המנדט הבריטי (הצו בדבר כינון המועצה צורף כמש/4 לתגובת המדינה). בראש המועצה עמד המופתי הירושלמי חאג' אמין אל חוסייני (י' פורת צמיחת התנועה הלאומית הערבית הפלסטינאית 1918-1929 (התשל"א)).

אחד התפקידים המרכזיים של המועצה העליונה היה כינון ועדי הקדשות ופיקוח עליהם. "מאמור אל-אואקף אל איסלמיה" הוא, אפוא, אחד האורגנים המובהקים של המועצה המוסלמית העליונה.

בשנת 1961 הצהיר מנכ"ל משרד הדתות בפני בית משפט העליון, כי עם פרוץ מלחמת השחרור, נמלטו מהארץ "גם חברי המועצה המוסלמית העליונה, חברי ועדת ההקדשות שליד המועצה...". (בג"צ 282/61 אל-סרוג'י נ' שר הדתות, פד"י יז 188, 191 (1963)). הצהרה זו נתקבלה על-ידי בית המשפט באותו עניין כ"תיאור נאמן של המצב שנוצר עקב המלחמה" (שם). בית המשפט העליון פסק כי המועצה המוסלמית העליונה היא בבחינת נפקד (פרשת דרויש, שם, בפסקה 7).

121. טענות העותרת בדבר אי-תקינות הקניית המתחם לידי האפוטרופוס על נכסי נפקדים נדחות, אפוא.

שינוי יעוד המקרקעין, המכר לרשות הפיתוח, והליכי התכנון והבנייה
המכר לרשות הפיתוח

122. מתחם בית הקברות ממילא נרשם בשנת 1938 כחלקה גדולה בשטח של למעלה מ-134 דונם (חלקה 1 בגוש שומה 30036). בשנת 1976 עברה החלקה פרצלציה, ובעקבותיה נוצרה, בין היתר, חלקה 158 בגוש שומה 30036 במרכז העיר ירושלים. בחלקה זו מצוי חניון גן העצמאות, והיא המתחם בו מתוכנן לקום המוזיאון. חלקה 158 הייתה רשומה בשלמות על-שם האפוטרופוס לנכסי נפקדים מאז קום המדינה, והשטח סווג מבחינה תכנונית כשטח ציבורי פתוח בשנת 1960. ביום 12.7.1992 הוגש לרשם המקרקעין שטר המכר על-פיו נמכרה החלקה 158 על-ידי האפוטרופוס לרשות הפיתוח, וזו נרשמה כבעלים של הקרקע בשלמות ביום 21.7.92 (תשובת המדינה מיום 5.2.07).

הליכי תכנון בשטח

123. בשנת 1960 נכנסה לתוקף תוכנית בניין ערים מס' 856, אשר הגדירה את גבולות בית הקברות ממילא. גבולות בית הקברות לא כללו בתוכם את מתחם המוזיאון. מתחם זה הוגדר באותה תוכנית כ"שטח ציבורי פתוח". בשנת 1979 נכנסה לתוקף תוכנית בניין ערים 2009 שייעדה במתחם זה שטח לחניון ציבורי תת-קרקעי. בשנת 1990 נכנסה לתוקף תוכנית 1880א אשר נועדה להתוות דרך ציבורית בגן העצמאות, הידועה כיום כרחוב מנשה בן ישראל, החוצה את הגן, ומקשרת את רחוב הלל עם רחוב אגרון. ביום 7.11.00 נכנסה לתוקף תוכנית 4740. התוכנית יעדה חלק מהמתחם לבניית שני בניינים מעל החניון הציבורי התת-קרקעי הקיים; ביום 13.9.02 נכנסה לתוקף תוכנית 8030 במתחם, המתייחסת למבנה מוזיאון הסובלנות, העתיד להשתרע על שטח של 12 דונם.

124. פירוט הליכי התכנון במתחם המוזיאון החל בשנת 1960 ואילך, מצביע על כך שמזה קרוב ל-50 שנה, המתחם אינו מהווה חלק מבית הקברות, הן במובן הנורמטיבי והן במובן המעשי, והוא נוצל למטרות שונות לצרכי הציבור. הוא סווג כשטח ציבורי פתוח, ותוכננו בו דרך, חניון ציבורי תת-קרקעי, שני בניינים מעל החניון, ולבסוף תוכנן בו גם מוזיאון הסובלנות. במהלך כל אותן שנים לא עלתה אי פעם טענה מצד מאן דהוא, כי מהלכי התכנון פוגעים בקדושת המקום, או כי הם מנוגדים לחוק עקב ייחודו ההיסטורי-דתי של המקום.

125. אין יסוד גם לטענת העותרת לפיה נפל פגם בשינוי ייעוד המקרקעין מבית קברות לשטח ציבורי פתוח לאור סעיף 99 לחוק התכנון והבנייה. סעיף זה קובע כי "הוראה בתכנית מיתאר מחוזית או מקומית בדבר שמירת מקום קדוש או בדבר בתי קברות תיערך בהתייעצות עם שר הדתות". העותרת טוענת, כי התייעצות כזו לא התקיימה עובר לשינוי ייעוד המתחם בתכנית 856 בשנת 1960 מבית הקברות לשטח ציבורי פתוח.

התשובה המתבקשת לטענה זו, מעבר לשיהוי הרב שבהעלאתה, היא כי כאשר תכנית זו אושרה, חוק התכנון והבנייה וסעיף 99 בכללו, טרם באו לעולם, והוראה מקבילה לא נמצאה בפקודת בנין ערים, 1936, שקדמה לו.

העותרת לא הצביעה גם על פגם אחר בהליכי התכנון שיש בו כדי לפסול את הייעוד התכנוני של השטח ואופן ניצולו הלכה למעשה במהלך כחמישה עשורים.

126. לא נפל, אפוא, פגם בהקניית המקרקעין לאפוטרופוס, באובדן צביונו כווקף, בהעברתו לרשות הפיתוח נקי מכל מגבלה או סייג, ובהקניית זכויות קניין בו לבעלות המיזם. אין גם פסול בהליכי התכנון שנעשו בשטח במהלך השנים, ובכלל זה, בהליכי התכנון הרלבנטיים להקמת המוזיאון.

127. לאור האמור, העותרת לא הוכיחה קיומו של פגם כלשהו בהליכים הקנייניים והתכנוניים במתחם נשוא העתירה, ולפיכך דין ראש טענות זה להידחות.

תוקפה המשפטי של תכנית בנין עיר לבניין המוזיאון על רקע הטענה בדבר פגיעה חוקתית בבית הקברות ובכבוד המת

128. בעתירה המתוקנת, טוענת חב' אלאקסא לבטלותה של תכנית בנין עיר לבניית המוזיאון בשל פגיעתה בזכות חוקתית להגנה על כבוד המת, ובשל היותה פוגעת פגיעה בלתי מידתית ברגשות בני הקהילה המוסלמית. היא מבקשת את ביטול התכנית וביטול ההיתרים שניתנו לצורך עבודות במתחם, ומבקשת צווים שימנעו הסגת גבול בבית הקברות המוסלמי במיתחם המתוכנן כמוזיאון, וימנעו את חילולו.

טיעוני העותרת בענין זה נחלקים לשני ראשים מרכזיים: האחד - איסור הבנייה על חלקות קבר בשל היותה כרוכה בפגיעה בכבוד המת. פגיעה זו נוגדת זכות יסוד חוקתית, המחייבת שמירה על כבוד המת כחלק מכבוד האדם, והמעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. השני - הבנייה במתחם בית הקברות טומנת בחובה פגיעה קשה

ברגשות הציבור המוסלמי, ולכן בנייה כזו חורגת מן המידתיות הראויה, ומצדיקה התערבות שיפוטית כדי לבטלה.

129. כפי שפורט לעיל, טוענות בעלות המיזם בתשובה כי אין להכיר בזכות חוקתית לכבוד המת, ומתחם ההגנה החוקתית לכבוד מצטמצם לאנשים חיים בלבד. לחלופין, הן טוענות כי עוצמתה של הזכות החוקתית לכבוד המת, גם אם יש להכיר בה, אינה בעלת מעמד שווה-ערך לזכות לכבוד הנתונה לאדם החי, והיא בעלת היקף ומשקל מוגבלים בהרבה. אשר לפגיעה ברגשות, עמדתן היא כי גם אם קיימת פגיעה כזו, יש לאזנה כנגד זכויות הקניין שהן רכשו במתחם, וכנגד החשיבות הציבורית הכללית הטמונה בהקמת מוזיאון סובלנות מבחינת תרומתו לציבור בישראל, ומבחינת משקלו החשוב בפיתוח מרכז העיר ירושלים.

130. תכנית בנין עיר הינה אקט בעל ערך נורמטיבי מוכר, ובעלת מעמד של חיקוק ("ע"א 3213/97 נקר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, הרצליה, פד"י נג(4) 625, 634 (1999); "ע"א 9355/02 מדינת ישראל נ' ראשד, פד"י נח(4) 406, 416 (2004); "ע"א 119/86 קני בתים בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, נתניה, פד"י מו(5) 727 (1992)). על אקט כזה להתיישוב עם עקרונות חוקתיים במשפט. הוראות בתכנית הנוגדות זכויות יסוד חוקתיות, ואשר פגיעתן בזכויות אלה אינה "פגיעה חוקתית", העומדת במבחן פיסקת ההגבלה של חוק היסוד, עשויות להתבטל. יש, אפוא, לבחון את תוקפה של תכנית המוזיאון ב"משקפיים" חוקתיים, לאור הסוגיות החוקתיות המורכבות העולות בעתירה זו. הסוגיות מתמקדות, בראש וראשונה, בשאלה, האם ההגנה על כבוד המת היא ערך חוקתי? שלובה בה השאלה - האם פגיעה בערך זה חייבת לעמוד במגבלות פיסקת ההגבלה החוקתית, התוחמת את גבולות הפגיעה המותרת בזכות החוקתית? האם עומדת הפגיעה במקרה זה במבחן החוקתיות, ומהם התנאים שיש לקיים כביצוע הבנייה כדי שתעמוד במבחן זה? (השוו בג"צ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 20.8.08) (להלן - פרשת המפקד הלאומי); "ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11.6.08) (להלן - ענין פלוני)).

131. השאלות הכרוכות בהיבט זה של העתירה הן מורכבות ועדינות כאחד, הן מהבחינה המשפטית, הן מהבחינה הציבורית, והן מהבחינה האנושית. חוברים בהן שיקולים ערכיים שונים, לעיתים נוגדים זה לזה; הן כורכות את עולם החיים עם עולם המתים, את עולם העבר עם צרכי ההווה והעתיד. מתמודדים בהן אינטרסים של הפרט

מול רגשות של קהילה; ערכי מסורת מול צרכים ציבוריים של פיתוח וקידמה; ההכרעה בהן מחייבת מציאת איזונים ראויים בין ערכים שונים.

נבחן את השאלות שלפנינו, אחת לאחת.

מעמדו החוקתי של ערך כבוד המת במשפט הישראלי

132. המשפט החוקתי בישראל מכיר בזכותו של אדם לכבוד בחייו. סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע:

“הגנה על החיים, הגוף והכבוד
כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו, ועל כבודו”.

סעיף 2 לחוק היסוד קובע:

“שמירה על החיים, הגוף והכבוד
אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר
הוא אדם”.

זכותו של אדם לכבוד בתורת זכות יסוד הוכרה עוד בטרם חוקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פד"י לד(3) 294, פסקה 5 לפסק דינו של השופט ברק (1980)). היא קיבלה הכרה מחוזקת כזכות חוקתית בחקיקתו של חוק היסוד (בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (לא פורסם, 12.12.05), פסקה 12 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"צ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פד"י מז(2) 812, 827 (1993) (להלן - ענין ויכסלבאום); ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א 'קהילת ירושלים' נ' קסטנבאום, פד"י מו(2) 464, 519-520 (1992) (להלן - פרשת קסטנבאום)).

האם זכותו החוקתית של אדם לכבוד בחייו, והאיסור לפגוע בכבודו עומדים לו גם לאחר שהלך לעולמו? אם כן, מה היקף ההגנה הניתנת לזכות זו? זוהי שאלת מפתח בענייננו.

133. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עוסק בזכויות יסוד של בני אדם חיים. הוא כורך, ולא במקרה, את הזכות להגנה על כבוד האדם ביחד עם הזכות להגנה על החיים ועל הגוף. הוא אוסר פגיעה בכבודו של אדם, באשר הוא אדם חי, ואינו מדבר בכבודו של

המת. אך האם ההגנה על כבודו של האדם החי איננה כורכת עימה, כרצף מתמשך אחד, את ההגנה הנמשכת גם על כבודו של האדם כאשר הוא שוב אינו בין החיים?

134. מעגלי החיים והמוות שלובים זה בזה במסכת ההווייה האנושית של האדם. תודעת המוות וחויית המוות הן חלק בלתי נפרד מחיי האדם מראשית קיומו, וכריכה זו של החיים והמוות זה בזה משתקפת בחיי המשפט.

135. כבודו של המת הוא עקרון חוקתי הנגזר כפועל יוצא מכבודו של האדם החי, ומזכותו לאוטונומיה אישית. אלה הם שניים שאינם ניתנים לניתוק ולהבדלה. אכן, "כבודם של אנשים מתים נגזר מכבודם של אנשים חיים", כדברי השופט זמיר בבג"צ 1113/99 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות (לא פורסם, 18.4.00); כבודו של האדם החי נפגע כאשר לא מובטחת לו עוד בחייו, הגנה ראויה על כבודו כאשר שוב לא יהיה בין החיים. פגיעה בכבוד המת היא, אפוא, פגיעה בכבודם של החיים, ובכך היא מהווה פגיעה בזכות חוקתית הראויה להגנה חוקתית. השקפת החברה האנושית על ערך כבוד המת כערך-על בחיי הפרט והכלל, וכחוליה מקשרת בין דורות שחלפו לדור ההווה ולדורות שיבואו, היא אחד המאפיינים לרציפות המתמשכת של הקיום האנושי. ערך זה חוצה ימים ויבשות, ועוגן במסורות חברתיות, דתיות ומשפטיות שונות, כחלק מן האתוס החברתי של תרבויות העולם במזרח ובמערב. תפיסה זו של כבוד המת עוגנה גם בתשתית החוקתית בישראל, כנגזרת ישירה מהזכות החוקתית לכבוד האדם בחייו.

136. בתפיסה המשפטית בישראל, למותו של אדם נודעת השלכה ישירה על אגד הזכויות והחובות המאפיין את אישיותו המשפטית בחייו. מרגע הפטירה, באה לקיצה האישיות המשפטית של האדם. סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 מורה כי: "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו". מעת הפטירה, אין האדם כשר עוד לרכוש זכויות או לחוב חובות. עזבונו עובר ליורשיו, וזכויות וחובות הקשורות קשר הדוק לאישיותו פוקעות עם מותו (י' אנגלרד, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, ט' 13-1-40-39 (מהדורה שנייה, תשנ"ה) (להלן - אנגלרד)).

137. עם זאת, להבדיל מהאישיות המשפטית של האדם, אשר פוקעת עם מותו, ועמה פוקעת כשירותו להיות נושא לזכויות וחובות חדשים, החברה מגינה באמצעות המשפט על היבטים שונים של כבוד הנפטר לאחר המוות.

138. ברמה החוקתית, קבע בית משפט זה, לא אחת, כי הזכות לכבוד האדם החי ממשכה לעמוד לו גם לאחר פטירתו מן העולם (פרשת קסטנבאום, שם, בעמ' 523; בג"צ 4225/01 כהן נ' שר הביטחון, פד"י נח(4) 155, 168 (2004) (להלן - ענין כהן)). ובלשון המשנה לנשיא, השופט מ' אלון: "כבוד האדם אינו עניין לימי חייו של האדם בלבד, אלא גם לאחר שהלך לעולמו..." (ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פד"י מח(1) 87, 102 (1993) (להלן - פרשת שפר)). על כן, מקובלת המחשבה "כי ההגנה על כבוד האדם כוללת בחובה את ההגנה על כבודו של החי ועל כבודו של המת גם יחד" (בג"ץ 6685/05 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בע"מ נ' חברת י.ג. ארכיאולוגיה חוזית בע"מ (לא פורסם, 18.1.07), פסקה 17 (להלן - פרשת חב' אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי); בג"ץ 3114/02 חה"כ מוחמד ברכה נ' שר הביטחון, פד"י נו(3) 11 (2002). כן ראו א' ברק, פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית 437 (כרך שלישי, תשנ"ה); א' הכהן "משפט ורפואה ב'מדינה יהודית ודמוקרטית": בין אנטומיה של חוק לפתולוגיה של יחסי דת ומדינה", שערי משפט ב(2) (תש"ס) 189, 213).

מעגלי כבוד המת- האינטרסים המעורבים

139. ניתן להתוות שלושה מעגלי אינטרסים שונים בהגנה על כבוד המת. ראשית, וחשוב מכל, ליבתה של הזכות לכבוד המת טמונה באינטרס הנפטר בעודו בחיים, בהגנה על כבודו לכשיילך לעולמו. שורשיו של אינטרס זה בציפייתו הלגיטימית של אדם, בעודו בחייו, כי כבודו, ציפיותיו, רצונותיו ומורשתו, יישמרו ויכובדו גם לאחר פטירתו.

מעגל אינטרסים שני נעוץ בהגנה על בני משפחתו של הנפטר, אשר פגיעה בזכרו וכבודו אחוזה ושלוכה בפגיעה בכבודם שלהם. עמד על כך השופט מ' אלון באומרו: "הלכה פסוקה היא, כי 'כבוד האדם' בענייננו משמעו, בראש ובראשונה כבוד המת, היינו רצונו המפורש או המשוער של הנפטר, וכבוד החיים, היינו רצון משפחת הנפטר, אוהביו ואהוביו, המבקשים לכבד את זכר הנפטר" (ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פד"י מז(2) 793, 801-802 (1993) (להלן - פרשת הגר); ענין שפר, שם, בעמ' 102).

עניינו של האינטרס במעגל השלישי של כבוד המת הוא בהיבט הציבורי, והוא משתלב באחריותה של החברה לכבד את בניה שהלכו לעולמם, ולהגן על זכרם ועל כבודם. הנפטרים היו בחייהם חלק בלתי נפרד מן החברה, מן הציבור ומן המדינה; כשם שהחברה חבה בהגנה על כבודם בחייהם, כך היא חבה בכבודם במותם. היא חבה גם בכבוד בני המשפחה וקרוביו החיים של הנפטר, שהם חלק ממנה. היא חבה בכבוד רגשות הדת והקדושה המתלווים למושג כבוד הנפטר בדתות ובמסורות השונות. כיבוד

המת בידי החברה הוא ערך המקשר בין הדורות שחלפו לדורות שיבואו, ומהווה חוליית החיבור ברצף הקיום האנושי לדורותיו. ההגנה על כבוד המת אינה מצטמצמת, אפוא, לעולמו של הפרט הנפטר וקרוביו, אלא היא משקפת אתוס חברתי כללי; חברה שאינה מכבדת את זכרם של בניה שהלכו לעולמם פוגעת באחד מעקרונות התווך העומדים בבסיסה (י' אריאל "כבוד החיים או כבוד המתים?" תחומין כ' (תש"ס) 171, 178).

140. משלושה מעגלי אינטרסים אלה, הסובבים סביב ציר כבוד המת, נגזרת שרשרת של הגנות שונות שנועדו לקדם פני פגיעה אפשרית בכבוד המת. חלק מן ההגנות מתמקד בהגנה על הליבה של הערך המוגן- כיבוד רצונו המפורש או המשוער של הנפטר; חלקן מתפרש למעגלים רחבים יותר של הגנה על כבודו של המת בהקרנתו על קרוביו של הנפטר, ועל ההוויה המשפחתית בה היה מצוי ערב פטירתו; וחלק מן ההגנות נובעות מתפיסה ערכית כוללת, המחייבת את החברה לכבד את המת כחלק מהתרבות החברתית ומההכרה במקומו של הפרט בקהילה. ישנן נקודות השקה וחפיפה בין האינטרסים השונים הקשורים בכבוד המת.

נתייחס לכל אחד מההיבטים האמורים.

מעגל האינטרסים הראשון - ההגנה על הנפטר

141. במרכז מעגל האינטרסים הראשון, ניתן לאתר הגנות המתמקדות ברצונו של הנפטר ביחס לעניינים שונים הנוגעים לפטירתו. כך, למשל, רצונו של המנוח עומד במרכזם של דיני הירושה והצוואה:

"כל מאבק סביב צוואתו של אדם מעלה בצדו את שאלת 'כבוד המת', השלוב בעקרון הכללי של 'כבוד האדם', אשר היה לעקרון-על במשפטנו, עם קבלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (ע"א 724/87 כלפה נ' גולד, פד"י מח(1) 22, 28 (1993)).

עקרון היסוד בדיני הצוואות לקוח מן המשפט העברי, ולאורו יש לקיים את רצון המת (פרשת הגר, שם, בעמ' 802; ש' שילה פירוש לחוק הירושה תשכ"ה-1965 229 (תשנ"ב)). כך הדבר לפני קבלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכך גם אחריו (פסק דין כלפה, שם, בעמ' 28).

142. מכבוד האדם ומכבוד רצונו נגזר הכלל בדבר זכותו של האדם לשלוט על חלוקת נכסיו, כפי שהחליט עליה בחייו, אשר תיעשה לאחר מותו (ע"א 1182/90 שחם נ' רוטמן, פד"י מו(4) 330, 335 (1992)). חירות הקניין, בהשתלבותה עם ערך כיבוד רצון הנפטר, מגינים על זכותו של אדם להורות מה ייעשה בנכסיו לאחר המוות. זכות זו משתקפת בעקרון חופש הצוואה (ענין כלפה, שם, בעמ' 29). ובלשון השופט מ' חשין:

"מכירים אנו בזכותו של אדם - ואדם הוא כל אחד מאיתנו - לשלוט על חלוקת נכסים לאחר-מות, וכי על-פיו יישק דבר... רצונו של אדם הוא מכבוד האדם (רצונו של אדם - כבודו). נשמור על כבוד המת והוא כבוד החי" (ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פד"י מח(3) 705, 732 (1994)).

ובמקום אחר פסק:

"החופש לצוות, והמצווה לקיים את רצון המת - שני עבריה של אותה מטבע - השניים כאחד נגזרים מכבוד האדם, ומן האוטונומיה האישית הנגזרת מן הכבוד" (ע"א 4660/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' לישיצקי, פד"י נה(1) 88, 115 (1999)).

רעיון זה קיבל את ביטויו בדבריו של הנשיא ברק בספרו, במילים אלה:

"אכן, ביסוד דיני הצוואות מונח העקרון הבסיסי שלפיו יש לקיים את דבר המת. זהו עקרון ידוע של המשפט העברי, ולפיו 'מצווה לקיים דברי המת'. הוא מהווה חלק מתרבותנו הכללית והמשפטית. הוא נגזר מהאוטונומיה של הרצון הפרטי, המהווה חלק מהזכות החוקתית בדבר כבוד האדם. הוא מתבקש מזכות הקניין, שזכתה להגנה חוקתית בישראל" (א' ברק, פרשנות חוקתית (כרך חמישי - פרשנות הצוואה, תשס"א) - 58 (59) (ראו גם ע"א 1900/96 טלמצ'יו נ' האפורופוס הכללי, פד"י נג(2) 817, 825 (1999); רע"א 8047/03 היועץ המשפטי לממשלה נ' דויזון (לא פורסם, 16.6.04), בפסקה 7).

143. תפיסה דומה משתקפת גם בהוראות חוק הירושה, התשכ"ה-1965 (להלן - חוק הירושה) עצמו. סעיף 28 לחוק קובע כי הצוואה היא מעשה אישי, ואין היא נעשית אלא על-ידי המצווה עצמו. הוראת צוואה, התולה את תוקפה ברצונו של אדם שאינו המצווה, בטלה. סעיף 30 לחוק קובע את בטלותה של הוראת צוואה שנעשתה מחמת אונס, איום, השפעה בלתי הוגנת, תחבולה או תרמית. סעיף 54(א) לחוק הירושה, מורה

כי "מפרשים צוואה לפי אומד דעתו של המצווה, כפי שהיא משתמעת מתוך הצוואה, ובמידה שאינה משתמעת מתוכה - כפי שהיא משתמעת מתוך הנסיבות" (הדגשה לא במקור).

עיקרון היסוד בדבר הגשמת רצונו של הנפטר מביא לכך כי הנדבך המרכזי בפרשנות צוואה מתמקד בהתחקות אחר רצונו המשוער של הנפטר, באשר לאופן חלוקת רכושו. בעניין זה, האינטרס היחיד בצוואה הראוי להגנה הוא רצונו המפורש או המשוער של המצווה. ערך זה של רצון הנפטר גובר אף על אי-סבירותה או חוסר הגינותה של צוואה, ואין באלה כדי להצדיק את פסילתה או לאפשר סטייה ממנה, כל עוד ניתן לעמוד על אומד דעתו של המצווה (השופט א' גולדברג בענין קרן לב"י, שם, בעמ' 745; דברי השופט מ' חשין שם, בעמ' 732; ענין טלמצ'יו, שם, בעמ' 826). עם זאת, הכושר לצוות כפוף לעקרונות בסיסיים של חוקיות, מוסריות, ויכולת מעשית להגשים את רצון המצווה (סעיף 34 לחוק). בהקשר זה, חופש הצוואה של הנפטר וכיבוד רצונו נשקלים מול אינטרסים חיוניים אחרים, ובהם עקרון תקנת הציבור וחובת כיבוד החוק. כך נעשה איזון בין כיבוד רצון המת לבין כבודם של החיים, והגנה על תקינותו של הסדר הציבורי וערכי שמירת החוק (פסק דין כלפה, שם, בעמ' 29; ענין לישיצקי, שם, בעמ' 116).

144. אחד ממאפייניה של ההגנה על כבוד המת בהיבט זכותו של הפרט משתקפת בהגנות הניתנות על-ידי הדין בתחום איסור לשון הרע, והגנה על הפרטיות, גם למי שנפטר. על-פי סעיף 5 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, לשון הרע על אדם שפורסמה לאחר מותו דינה כדין לשון הרע על אדם חי, אלא שהיא לא תקנה עילה לתובענה אזרחית או לקובלנה, והגשת כתב אישום בגינה מותנית בבקשת קרוב משפחה של הנפטר, המצוי בדרגת קירבה קרובה, כמפורט בחוק. על זכותו של אדם לשם טוב לא רק בחייו אלא גם לאחר מותו עמד השופט מ' חשין בבג"צ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פד"י נג(3) 817 (1999):

"יהיו אשר יהיו תחומי פרישתו של 'כבוד האדם', ... הכל יסכימו כי כבוד האדם פורש עצמו על שמו הטוב של האדם. הגם שלכבוד האדם יש בנים אחדים, הנה שמו הטוב של אדם - שמא נאמר: שמו של אדם, באשר שמו הוא - הינו בנו-בכורו. שאם כבוד האדם אינו כולל את שמו הטוב של האדם, כבודו של אדם מהו? ... יתר על כן: כבוד האדם יעמוד לו לאדם לא אך בחייו אלא גם לאחר מותו. זו קביעתו המפורשת של סעיף 5 לחוק לשון הרע, וההלכה הוסיפה וקבעה - מפורשות ובלא כל ניד-ספק - כי כבוד האדם שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו פורש עצמו

גם על כבוד המת" (עמ' 866 לפסק הדין) (הדגשה לא במקור).

145. אשר לאדם שנפגע בפרטיותו ומת בתוך ששה חודשים לאחר הפגיעה, ולא הגיש תובענה או קובלנה בשל הפגיעה, קובע סעיף 25 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן - חוק הגנת הפרטיות) כי רשאים קרובי משפחתו בדרגת הקרבה המפורטת שם להגיש תובענה או קובלנה בשל אותה פגיעה. אם מת אדם במהלך הליך שיפוטי בגין פגיעה בפרטיותו, רשאים קרוביו לבוא בנעליו ולהמשיך את ההליך במקומו, כמפורט שם. בפרשת רע"א 1917/92 סקולר נ' ג'דבי, פד"י מז(5) 764 (1993) הניח בית המשפט (השופט א' גולדברג) כי חוק הגנת הפרטיות חל גם על אדם שנפטר. באותו ענין, שלל בית המשפט פרשנות נטענת, לפיה ההגנה על הפרטיות מצטמצמת לאדם בחייו, שאילו כך, משמעות הדבר היתה כי

"זכות הפרטיות שהיתה לאדם בחייו, על-פי החוק, הופכת למרמס לאחר מותו, (והדבר) נוגד את תכלית החוק. זכות הפרטיות האמורה אינה עוברת מן העולם יחד עם בעל הזכות, והיא ממשיכה להיות מוגנת גם אחרי מותו".

תפיסה רחבה זו, הרואה בהגנה על שם טוב ועל הפרטיות חלק מזכות האדם לכבוד, ומכירה בהתפרשות הגנה זו לא רק בחייו של האדם אלא גם לאחר מותו, משתלבת אף היא בתפיסה הכוללת הרואה בכבודו של הנפטר חלק מזכות האדם לכבוד במובן הרחב והכולל.

146. שורה של מעשי חקיקה מגינים על כבוד הנפטר בהיבט של שמירה על שלמות גופו לאחר המוות, ועל חובת קבורה מכובדת שתשמר את כבודו. פקודת בריאות העם, 1940, מחייבת לקבור אדם תוך 48 שעות מעת פטירתו, אלא אם התיר רופא ממשלתי במפורש קבורה מאוחרת יותר (סעיף 8(2)). תקנות בריאות העם (קבורה מחדש), 1941, מורות כי אסור להוציא גופה מקברה לכל מטרה שהיא, אסור לקבור גופה מחדש, ואסור לפתוח קבר לצורך קבורת גופות אחרות אלא אם כן נתקבלה תחילה רשות בכתב מאת רופא ממשלתי (תקנה 3). כן מפרטות התקנות את האופן בו תוצא גופה מקברה, אם ניתנה הרשות לכך (בג"צ 637/85 חב' קדישא גחש"א נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פד"י מ(3) 785 (1986)). הוראות אלה מכוונות לתכלית ההגנה על בריאות העם, אולם בד בבד, ניכרת בהן הדאגה להגנה על כבוד המת בהליך הקבורה וההוצאה מן הקבר. חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953 (להלן - חוק האנטומיה והפתולוגיה), מסדיר את התנאים לניתוח גופה לצרכים שונים, ביניהם למטרות מדעיות, קביעת סיבת מוות,

צרכי זיהוי או שימוש בחלק מן הגופה לריפוי אדם. הוראות חוק זה חלות, כשינויים המחויבים, גם על בדיקת גוויה וניתוחה לפי חוק חקירת סיבות מוות, תשי"ח-1958 (סעיף 28 לחוק זה) (להלן - חוק חקירת סיבות מוות) (וראו את אנגלרד, שם, בעמ' 39-40; ענין כהן, שם; מ' בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים", עיוני משפט לא(1) 114 (אוגוסט 2008)). במכלול הוראות אלה, מושם דגש על כבוד המת, תוך איזון ערך זה אל מול צרכים חשובים אחרים.

147. לאדם עומדת זכות ללווייה מכובדת, ולקבורה ראויה, שיתנו ביטוי לכבודו בחייו ובמותו. הזכות להיקבר בכבוד חוסה תחת כנפיה של הזכות לכבוד האדם, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ע"א 9486/00 וירג נ' המועצה הדתית כרמיאל, פד"י נז(1) 565, 570 (2002) (להלן - ענין וירג)). החובה לכבד את גופת המת ולהישמר מפני ביזוייה מהווה ערך וציווי חשוב בשלוש הדתות - ביהדות, בנצרות, ובאיסלאם (ח' כספי, ת' מוריץ ות' תבורי "הסמכות ליטול דגימות דם מגופות נפטרים אלמונים לצרכי זיהוי" רפואה ומשפט 27 (2002) 35, 37; א' וינרוט "נטילת זרע מנפטר - היבטים משפטיים" רפואה ומשפט 27 (2002) 100, 103).

148. השמירה על כבוד המת בהליך הקבורה מצא את ביטויו בחיקוקים שונים. סעיף 3 לחוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, התשנ"ו-1996, מורה כי "קבורה תיערך תוך שמירת כבוד המת". תקנות 10(ב) ו-10(ד) לתקנות הזכות לקבורה חלופית (רישוי תאגידים לענייני קבורה וקביעת נוהלי קבורה), תשנ"ט-1998 קובעות, בין היתר, כי התאגיד לענייני קבורה יהיה אחראי להעברת גופת הנפטר ממקום פטירתו לבית הקברות "באופן השומר על כבוד המת", ו"אופן הקבורה, מקום הקברים, קביעת הצורה של החלקות ותחזוקתן, כל אלה ייעשו באופן שוויוני המבטיח שמירה על כבוד האדם וכבוד המת". סעיף 266 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 מורה כי, המוסד לביטוח לאומי יישא בתשלום דמי קבורה בישראל בסכומים שייקבעו (ענין וירג, שם, בעמ' 570). כמו כן, חובת תשלום ההוצאות הכרוכות בהלוויית המנוח, בקבורתו, ובהצבת מצבה, הם חוב עזבון בדרגת העדיפות הגבוהה ביותר (סעיף 104(א)(1) לחוק הירושה; פרשת הגר, שם, בעמ' 800). חוק איסור הקמת מצבות זכרון לזכר מבצעי מעשי טרור, התשנ"ח-1998 קובע בסעיף 2, כי "לא תוקם מצבת זכרון לזכר מבצע מעשה טרור". מגדר "מצבת זכרון" מוצא הקבר והמצבה שעליו, מתוך הכרה בחשיבות הבסיסית שבעצם הקבורה והקמת מצבה לכל אדם שנפטר, באשר הוא אדם (בג"ץ 7583/98 בכרך נ' שר הפנים, פד"י נד(5) 832 (2000) (להלן - פרשת בכרך)).

כבוד הנפטר בהקרנתו על בני המשפחה

149. הזכות להיקבר בקבורה מכובדת מבטאת בראש וראשונה את רצונו וציפייתו של הנפטר בעודו בחיים לזכות לכבוד הראוי לו לאחר מותו. אולם בה-בעת, טקס הקבורה, חלקת הקבר והמצבה שעליה, טכסי האזכרה וההתייחדות עם הנפטר, מגשימים גם את אינטרס המשפחה בכיבוד זכרו של הנפטר, השלוב בכבודם שלהם.

על מקום הקבר כתב השופט מ' חשין:

"זכות עומדת לו לאדם - זכותו בחייו וזכותם של בני משפחתו, של קרוביו, של ידידיו ושל החברה בכללה לאחר פטירתו - כי יזכה לאחר פטירתו בחלקת קבר, במקום קבורה, ובמצבה שעל-קבר. כבודו של אדם הוא, כבודו של המת הוא, כבודו של החי הוא, כנושא את כבוד המת... מקום קבורתו של אדם הוא מקום להתייחדות אוהביו ומקורביו עם זכרו; מקום שבו ייאספו בני משפחתו, קרוביו וידידיו, מקום שבו יזכרו אותו, יקראו בשמו, ידברו בו, יכבדו אותו, יאהבו אותו... אכן, צורך נפשי עמוק הוא - צורך נפשי השוכן בלב כל אחד מאיתנו - כי נעשה כמיטבנו לכבד את המת ואת זכרו..." (פרשת בכרך, שם, בעמ' 841 - 842) (הדגשה לא במקור).

150. לא אחת שילבה הפסיקה בין כבוד המת וכבוד משפחת המת כמושגים שלובים זה בזה. כך למשל בדנג"צ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הבטחון, פד"י מט(2) 195 (1995), נאמר (השופט גולדברג):

"פגיעה בכבוד האדם אינה רק פגיעה ברגשותיה של משפחה זו או אחרת, אם לא יתאפשר לה להוסיף ביטוי אישי על מצבת יקירם. פגיעה ב'כבוד האדם' היא גם פגיעה בכבודם של החיילים האלמונים שעל מצבותיהם בוודאי שלא יכולה להיות כל תוספת שתבטא את יגון משפחותיהם; פגיעה ב'כבוד האדם' היא גם פגיעה בכבודם של חיילים שנפלו כשהם בני יחידים להוריהם, ועל מצבותיהם לא תופיע תוספת דוגמת זו שהעותרים מבקשים להוסיף; ופגיעה ב'כבוד האדם' היא גם פגיעה בכבודם של אלפי החיילים שעל מצבותיהם אין כל תוספת המביעה את רגשותיהן של המשפחות".

(ראו גם פרשת בכרך, שם).

התייחסה לכך גם השופטת ארבל בפרשת חב' החשמל באומרה:

"כבוד המת הוא חלק מעקרונן כבוד האדם... ככזה הגשמתו מצריכה לעתים פגיעה באינטרסים אחרים... . עקרונן כיבוד המת, לא רק כציווי דתי אלא גם כנורמה וחובה חברתית, עניינו גם במתן האפשרות לאלה החיים - קרוביו, שארי בשרו, חבריו ומוקירי זכרו - לכבד את זכרו ולהתייחד עמו במקום בו הובא למנוחת עולם. מדובר בסוגיה ש'משולבת בה רגישות אישית ו'נשמתי' מיוחדת'..." (הדגשה לא במקור).

המעגל השלישי - כבוד המת בראי החברה

151. לכבוד המת חשיבות גם בראייה חברתית כללית. חובתם של הציבור והמדינה לכבד את זכרו של המת מבטאת ערך חשוב בתשתית הערכית והמוסרית שביסוד הווייתה של החברה. כשם שחברה חייבת בכיבוד הפרט בהיותו בחיים, כך היא מצווה לכבדו במותו. עליה לספק אמצעים מתאימים לביצוע הקבורה; עליה להקפיד על שמירת בתי הקברות מפני פגיעה או חילול; חילול כבוד המת הוגדר כפגיעה בציבור במסגרת נורמה פלילית שבסעיף 172 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, הקובע:

"הנכנס שלא ברשות למקום פולחן או קבורה או למקום שיוחד לצרכי לווית המת או לשמירת עצמותיו של מת, או נוהג במת שלא בכבוד, או גורם הפרעה לאנשים שנתקלו ללוויית המת, והכל בכוונה לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו, או כשהוא יודע שהדבר עשוי לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו, דינו - מאסר שלוש שנים".

152. חילול או השחתה של חלקת קבר אינם פוגעים אך בזכרו של הנפטר וברגשותיהם של הקרובים לו. הם גורמים פגיעה "גם ברגשותיהם של רבים אחרים הפוקדים את בית העלמין, אשר חזותו המכובדת של המקום חשובה להם כחלק מהביטוי - הפרטי והציבורי - של שמירה על כבוד המת ועל כבוד החיים, מוקירי זכרו" (ע"פ 8469/99 אסקין נ' מדינת ישראל, פד"י נה(2) 65, 87 (2001); ע"פ 3338/99 פקוביץ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 20.12.00), פסקה 16). ההגנה על כבוד המת היא בעלת היבט ציבורי כללי ומבטאת המשכיות של יחס הכבוד שהחברה רוחשת לאדם בחייו ובמותו.

153. החשיבות החברתית המיוחדת לכיתוב על מצבת הנפטר, והמשמעות הפרטית והכללית הניתנת לכך הן ביחס לנפטר עצמו, הן ביחס לבני משפחתו והן ביחס לציבור הרחב, משתקפת בפסיקת בתי המשפט לאורך השנים. הקבר והמצבה מסמלים את הקשר הנותר בין הנפטר לבין קרוביו ואוהביו ובינו לבין הציבור הרחב; משמעותם בתפיסה הדתית והרגשית של בני האדם מסמלת את הקשר בין עולם החיים לעולם

המתים, ואת המשכיות הדורות ומחזוריות החיים. כדברי השופט ברק בפרשת קסטנבאום:

”כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו. זהו גם כבודו של אדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקיריו השומרים את זכרו בלבם. כבוד זה מתבטא, בין השאר, בעצם הצבתה של המצבה, בביקורים בבית הקברות בימי זיכרון, ובטקסי ציבור ובטיפוח הקבר. זהו אותו קשר - לעיתים רציונלי ולעתים בלתי רציונלי - בין החיים לבין המתים... זהו הביטוי החיצוני המשקף את הקשרים הפנימיים בין הדורות” (עמ' 523 לפסק הדין. כן ראו עמ' 519-520).

(השוו: פסק דינו של השופט י' אנגלרד בבג"צ 4763/97 חכים נ' המועצה המקומית מזכרת בתיה, פד"י נב(1) 35 (1998)).

154. על בתי העלמין הצבאיים השקיף בית המשפט כעל אתרים בעלי ערך היסטורי, המהווים נושא לכאבו של העם כולו, ואשר החיילים הקבורים בהם אינם רק יקירי משפחותיהם, אלא יקירי העם כולו (ענין ויכסלבאום, שם, בעמ' 820).

האינטרסים המוגנים - מידרגיות בין המעגלים השונים

155. ההגנה על כבוד המת עשויה להעלות את שאלת היחס בין שלושת מעגלי האינטרסים הכרוכים בכך - שלא תמיד מתיישבים זה עם זה - אינטרס הנפטר, אינטרס המשפחה, והאינטרס הציבורי. ייתכנו מקרים בהם אינטרס הנפטר עשוי להיות מנוגד לאינטרס המשפחה, או לעמוד בסתירה לאינטרס הציבורי. ייתכנו מקרים בהם אינטרס המשפחה להגן על כבוד הנפטר לא יתיישב עם האינטרס הציבורי. בנסיבות כאלה עשויה לעלות השאלה ידו של אינטרס תגבר במסגרת הגדרת היקף ההגנה הניתנת לזכות החוקתית. ישנם מצבים בהם סתירה בין רצונו של הנפטר לבין אינטרס קרובי משפחתו תביא להעדפת רצון הנפטר. כך הדבר בדיני הצוואה והירושה, למעט במקרים חריגים הנעוצים באי-חוקיות הצוואה או כאשר היא מנוגדת לתקנת הציבור. כך הדבר גם בנוגע לעקרון שלמות גופו של הנפטר, שבגדרו הסכמת הנפטר לנתיחת גופתו או לתרומת איבריו מאינת התנגדות אפשרית של קרוביו (סעיף 6א(ג) לחוק האנטומיה והפתולוגיה). לעומת זאת, עשויים להיות מצבים בהם רצון המשפחה, ואף רצונו של הנפטר, ייסוגו בפני אינטרס ציבורי נוגד. לא ניתן לקבוע נוסחה ברורה וקבועה מראש למידרג העדיפות שבין האינטרסים השונים, ומשקלם היחסי נקבע על-פי נסיבות המקרה העומד לדיון.

156. לסיכום הדברים ניתן לומר: ערך כבוד המת הוא חלק ממושג כבוד האדם, הזוכה בשיטתנו המשפטית להגנה חוקתית. הוא מתמזג עם ערך כבוד האדם בחייו, ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו. הוא מושג המתפרש לא רק על כבודו של הנפטר עצמו אלא הוא מקרין לכבודם של הקרובים לו ובני משפחתו. הוא נוגע בציבור כולו, שחובתו להגן על ערך זה מאפיינת את התפיסה הערכית והמוסרית המיוחדת אותו.

היחס בין הפן החוקתי לבין הערך הדתי של כבוד המת

157. אין חפיפה בין הפן החוקתי של ערך כבוד המת, כחלק ממושג כבוד האדם בחייו ובמותו, לבין הפן הדתי של קדושת המת, וקיימת הבחנה מושגית בין השניים. הפן הדתי של ערך זה מקרין לתוכן החוקתי של כבוד המת, אך הוא אינו תוחם את היקפה של הזכות החוקתית, ואינו מגדיר את מרחב ההגנה הניתן לה. ענייננו בעתירה זו בערך החוקתי העצמאי של כבוד המת, הנגזר מהיותה של ישראל דמוקרטיה חוקתית, המגינה על זכויות אדם. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והערכים שהוא מגלם, הם שקובעים את מהות הזכות והיקף ההגנה הניתן לה. בהבנת אופייה של הזכות החוקתית, ובהפעלת האיזונים הנדרשים לצורך קביעת היקף ההגנה הניתן לה, ותחימת הגבולות המותרים לפגיעה בה, יש חשיבות ומשמעות לציווי הדתי ולרגשות דתיים הקשורים בקדושת המת. אולם אין באלה כדי לקבוע את תכניה של הזכות החוקתית, את היקפה ואת האיזונים הנדרשים להתרת פגיעה בה. אלה נקבעים בגידרה של התפיסה החוקתית הכוללת, הנגזרת מיסודות המשטר וכללי היסוד של השיטה המשפטית.

יחסיותו של הערך החוקתי של כבוד המת

158. זכויות האדם החוקתיות בישראל זוכות להגנת-על במשפט. עם זאת, הן אינן זכויות מוחלטות. מידת ההגנה החוקתית הניתנת להן מושפעת מערכים נוגדים שגם להם ניתן מעמד מוגן במשפט. קיומה של חברה אנושית פלורליסטית, המתנהלת במשטר המבוסס על ערכים דמוקרטיים, מתאפיין במערכת מורכבת ומגוונת של ערכים שונים, שאינם בהכרח מתיישבים זה עם זה. סתירה בין ערכים כאלה עשויה להתבטא בהתנגשות בין זכויות יסוד שונות של האדם, בינן לבין עצמן, או בין זכויות יסוד לבין אינטרסים ציבוריים כלליים חשובים, הנדרשים לקיומה של חברה דמוקרטית. כדי לקיים חיי חברה תקינים במשטר של חופש וכיבוד זכויות אדם, נדרש איזון ראוי בין ערכים נוגדים ויישוב ביניהם, תוך ויתור הדדי על מיצויים המוחלט של ערכים אלה.

159. הצורך ביישובן של זכויות יסוד, בינן לבין עצמן, ובינן לבין אינטרסים ציבוריים נוגדים, יוצר את יחסיותה של זכות היסוד, ואת התנודתיות בהיקף ההגנה החוקתית הניתנת לה, הנגזרת ממידת החשיבות היחסית של הזכות לעומת משקל הערך

הנוגד שמולו היא מתמודדת. היקף ההגנה הניתנת לזכות היסוד אינו נתון קבוע. הוא גורם דינמי, הנקבע על-פי נסיבות הענין הקונקרטי.

160. אמת המידה המכוונת את קביעת היקף ההגנה הניתנת לזכות היסוד בנסיבות הענין הקונקרטי מעוגנת בפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

סעיף 8 לחוק היסוד מורה:

”8. פגיעה בזכויות
 אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק
 ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית
 ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק
 כאמור, מכוח הסמכה מפורשת בו”.

161. פסקת ההגבלה תוחמת את המסגרת המותרת לפגיעה בזכות היסוד. ככזו, היא מגדירה את היקף ההגנה הניתנת לזכות היסוד במקרה נתון. פסקת ההגבלה היא המכשיר שבאמצעותו מושג האיזון הנדרש בין ההגנה על זכות חוקתית המועננת לפרט, לבין ההתחשבות בזכויות ובאינטרסים נוגדים (בג”צ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ’ שר הפנים (לא פורסם, 14.5.06), פסקה 54 לפסק דינו של הנשיא ברק (להלן - פרשת עדאלה); בג”צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ’ הכנסת (לא פורסם, 11.5.06), פסקאות 45-46 לפסק-דינו של הנשיא ברק (להלן - ענין התנועה לאיכות השלטון); בג”צ 1683/93 יבין פלסט בע”מ נ’ בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פד”י מז(4) 702, 708 (1993); בג”צ 2334/02 שטנגר נ’ יושב-ראש הכנסת, פד”י נח(1) 786, 791 (2003); בג”צ 1030/99 אורון נ’ יושב-ראש הכנסת, פד”י נו(3) 640 (2002); בג”צ 4769/95 מנחם נ’ שר התחבורה, פד”י נז(1) 235, 258 (2002) (להלן - פרשת מנחם); בג”צ 4264/02 שותפות המגדלים אעבלין נ’ המועצה המקומית אעבלין (לא פורסם, 12.12.06) (להלן - פרשת אעבלין)).

162. פסקת ההגבלה נסמכת על שלושה רכיבים: קיומה של סמכות לפגוע בזכות יסוד (מכוח חוק או לפי הסמכה מפורשת בו); קיומה של תכלית ערכית ראויה לפגיעה בזכות(ה)לימה לערכי המדינה וקיום תכלית ראויה); ומרכיב האמצעים הננקטים (המידתיות):

”פגיעה בזכות חוקתית מחייבת כי הדבר ייעשה בחוק,
 או בחקיקת משנה מכוח סמכות מפורשת בחוק; התכלית
 של החוק הפוגע חייבת לעמוד במבחן הערכיות על פי
 ערכיה של המדינה, ולהיות לתכלית ראויה. התכלית היא

תכליתו הדומיננטית של החוק... ומאפייניה של התכלית הראויה הם כי היא צריכה להיות ראויה בהקשר לפגיעה בזכויות אדם במערך החברתי הכולל... . פגיעה בזכות חוקתית מרכזית מצריכה כי התכלית תגשים מטרה חברתית מהותית, או צורך חברתי של ממש... . אשר לאמצעים המידתיים, נדרשים שלושה מבחני משנה... . מבחן ראשון הוא מבחן הקשר הרציונלי או מבחן ההתאמה, קרי: על האמצעי להיות מתאים להגשמת המטרה שהחוק ביקש להגשימה; מבחן שני - מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, או מבחן הצורך, עניינו בבחינה האם האמצעי אינו פוגע בזכות מעבר לנדרש להשגת התכלית הראויה; ומבחן שלישי - מבחן התוצאה המידתית, מחייב קיומו של יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה לבין הנזק הנגרם מהפגיעה בזכות החוקתית... . זהו מבחן השקילה של היתרון מול נזק הפגיעה, המתבסס על שיקולים ערכיים-מוסריים" (פרשת אעבלין, והמובאות הנזכרות שם).

163. משנפגעת זכות יסוד של אדם בידי אדם אחר או בידי רשות שלטונית, עולה השאלה האם פגיעה זו מקיימת את האיזון החוקתי הראוי בין ההגנה שיש לתת לזכות, לבין הצורך לקיים את הערך הנוגד - זכות יסוד נוגדת או אינטרס ציבורי נוגד - ומה מרחב ההגנה היחסית שיש לתת לכל אחד מהערכים הנוגדים כדי להשיג את התוצאה הערכית הראויה. שרטוט קווי ההגנה היחסיים שיש לתת לערכים הנוגדים טמון בהפעלתם ויישומם של רכיבי פיסקת ההגבלה על המקרה הקונקרטי, על-פי נתוניו ונסיבותיו המיוחדים.

יחסיותו של ערך כבוד המת בהשתקפותו בחקיקה ובפסיקה הישראלית

164. כשם שהזכות לכבוד האדם בחייו אינה מוחלטת ונתונה לסייגים, פרי האיזון הנדרש בינה לבין ערכים נוגדים, כך גם הזכות לכבוד המת אינה מוחלטת, כי אם יחסית בלבד. זכות זו כפופה למערכת איזונים בינה לבין זכויות יסוד אחרות, ובינה לבין אינטרסים אחרים בעלי חשיבות, הראויים להגנה.

165. כך, בעניין קבורתו של נפטר, מקום בו עלה צורך לאזן בין זכויות הפרט לבין צורכי הציבור, סוייגה ההגנה הניתנת לרצונם של בני משפחת הנפטר, מפני אינטרסים ושיקולים אחרים. קברו של אדם נתפס אמנם כרשות היחיד, שלגביו יש לבני המשפחה מעמד מוגן, אך בה-בעת, הוא מצוי ברשות הרבים, שבה יש לאפשר הגשמתם של אינטרסים נוספים, ולהתחשב גם בהם:

"... ככל שרצונם של הנפטר ושל משפחתו בא בגדר דל"ת האמות של חלקת הקבר, וככל שהשפעה על יתר חלקי בית העלמין ועל הבאים בשעריו פחותה, כן תרחב ההכרה בחירותו של הפרט לנהל את דרכו - בחייו ובמותו - על-פי השקפתו, רצונו ורגשותיו. ... אך בד-בבד, אין לכחד, כי לרצונו זה של אדם השלכות על רשות הרבים, וכי קיימים שיקולים ואינטרסים, העשויים להצדיק הצבת גדרים למימוש רצון זה. כאלו הם, למשל, השיקולים בדבר תכנון בית העלמין, סדרי הקבורה, מצוקת מקום, הוצאות הכרוכות בשמירת חלקת הקבר ותחזוקתה, וכיוצא באלה" (ענין וירג, שם, בעמ' 571) (הדגשה לא במקור).

(ראו גם ע"א 6024/97 שביט נ' חב' קדישא גחש"א ראשל"צ, פד"י נג(3) 600,

627 (1999)).

166. איזון כזה בין זכות הפרט לצרכים חברתיים כלליים נדרש גם בהקשרים נוספים. כך, דחה בית משפט זה עתירתם של בני משפחת מנוח, אשר נפטר על רקע בטחוני, לקיים את הלווייתו בשעות היום, והותיר על כנה את החלטת המפקד הצבאי של איזור יהודה והשומרון, לפיה ניתן לערוך את הלוויית המנוח בשעות הלילה בלבד, בהשתתפות בני משפחתו, וזאת מסיבות של סדר ציבורי וביטחון:

"על המפקד הצבאי לקחת בחשבון, מחד גיסא, שיקולים הקשורים בכבוד האדם. שיקול זה כפול הוא, והוא משתרע על כבודו של הנפטר וכבוד משפחתו. בקבורתו המכובדת והנאותה של נפטר, מקיימים את כבוד המת ואת כבוד החי גם יחד. ... מאידך גיסא, על המפקד הצבאי להתחשב בצורך לקיים סדר ובטחון באזור. עליו לשמור על שלומם של כוחות הביטחון, ועליו לשמור על ביטחונם של תושבי האזור (הערבים והיהודים כאחד). עליו לקיים את הסדר הציבורי באזור, ולאכוף בו את החוק" (בג"ץ 3933/92 מוסטפא נ' אלוף פיקוד המרכז, פד"י מו(5) 1, 6(1992)).

באותו ענין, שוכנע בית המשפט, כלשונו, "שקיימת ודאות קרובה לכך כי אין כל אפשרות לקיים גם את הסדר הציבורי והביטחון - תוך נקיטה באמצעים חלופיים (עוצר, סגירת תנועה, הצבת כוחות צבא סדירים) - ואת כבוד המת ומשפחתו. במצב דברים זה, על כבוד המת ומשפחתו לסגת נסיגת מה, כדי לקיים את הביטחון והסדר הציבורי" (ענין מוסטפא, שם, בעמ' 7). באותו ענין, נדרש איזון בין ערך כבוד המת וזכות המשפחה להשתתף בטקס קבורתו לבין צורכי הבטחון של האיזור. במקרה אחר, בענין ויכסלבאום, דחה בית המשפט עתירת הורים שכולים, אשר ביקשו להוסיף על מצבת בנם, חייל שנהרג, את שמות אחיו. המועצה הציבורית להנצחת החייל המליצה לסרב

לבקשת המשפחה, ושר הביטחון קיבל את המלצתה. הנימוק לכך התבסס על היבט של מדיניות ציבורית כללית, לפיה אין לפגוע באחידות המצבות של חללי צה"ל, פגיעה העלולה ליצור קיפוח של משפחות שכולות, אשר אין כל רישום אישי על מצבות יקיריהן. בית המשפט מצא כי בהחלטת השר לא נפל פגם של אי-סבירות, המצדיק התערבות בה. בהתייחסו לבית העלמין הצבאי כאתר בעל משמעות ציבורית כללית אמר בית המשפט (השופט י' מלץ):

"זהו מקום קדוש לעם ולמדינה. החללים הטמונים בו אינם רק יקיריהם של המשפחות, אלא גם יקירי העם כולו והמדינה כולה. הוא נושא לא רק לכאבן של המשפחות, אלא לכאבו של העם כולו, וככזה הינו במידה רבה אתר היסטורי" (עמ' 820 לפסק הדין).

167. אף הערך המקודש של שלמות גופו של הנפטר נתון לחובת האיזונים. דברי חקיקה שונים עוסקים במצבים בהם נדרשת נתיחה של גופה, ולעתים נדרש אף להוציאה ממקום קבורתה לצורך כך. במקרים אלה בולטת במלוא עוזה ההתנגשות בין ערך השמירה על כבוד המת ושלמות גופו, לבין האינטרס הציבורי הנוגד שבגינו מתבקשת הנתיחה. כך, בחוק האנטומיה והפתולוגיה ובחוק חקירת סיבות מוות נמצא מצבים בהם ערך שלמות גופו של הנפטר נדחה מפני אינטרסים חשובים נוגדים.

168. חוק האנטומיה והפתולוגיה מכיר כנקודת מוצא בערך השמירה על שלמות גופו של הנפטר כחלק מערך כבוד המת. עם זאת, הוא מאפשר במצבים חריגים נתיחת גופה, למשל, לצורך עשיית שימוש בגופה למטרות מדעיות, שאז נדרשת הסכמתו של האדם בכתב (סעיף 2 לחוק); קביעת סיבת המוות או שימוש בחלק מן הגופה לצורך ריפוי של אדם (סעיף 6); הצלת עובר (סעיף 6ג); נתיחת גופה לצורך הצלת אדם שנפגע באירוע רב-נפגעים (סעיף 6ד); ונתיחת גופה משיקולי בריאות הציבור (סעיף 10 לחוק). במקרה בו מדובר בנתיחה לצורך השתלת איברים באחר, אם לא ניתנה לכך הסכמת הנפטר מראש, נדרשת הסכמת בני המשפחה, על-פי ההסדרים המפורטים בחוק. ראוי להדגיש, כי מקום בו הסכים הנפטר לנתיחה כאמור, התנגדות קרוב משפחה אינה מעלה או מורידה (סעיף 6א(ג)).

169. מערך איזונים דומה ניתן למצוא גם בחוק חקירת סיבות מוות. על-פי החוק, כאשר מת אדם, ויש יסוד סביר לחשש שסיבת מותו אינה טבעית, או שמותו נגרם בעבירה, ניתן להפעיל סמכות שיפוטית לחקור בסיבת המוות. במסגרת זו, ניתן לצוות, בין היתר, על נתיחת גופה, או על פתיחת קבר והוצאת הגופה לצורך ביצוע הבדיקה.

בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 ישנו הסדר דומה כשמדובר בחקירת סיבות מותו של חייל (סעיפים 298א-298יא). לבני משפחת הנפטר ישנו מעמד להשמיע את עמדתם בהליכים על-פי חוקים אלה. ההתנגשות הערכית במערכות אלה מתמקדת, מן הצד האחד, באינטרס הציבורי לחשוף עבירות, ולהעמיד לדין עבריינים. מנגד - שיקולי דת, מצפון ואמונה הנוגעים לכבוד המת ובני משפחתו מביאים לעיתים קרובות להתנגדות לנתיחה. הדרך לפתרון הדילמה היא דרך האיזון, המושגת על-ידי הערכת משקל הצורך בנתיחה, כשים לב לחומרת החשדות, מידת נחיצותה של הפגיעה בשלמות גופו של הנפטר לצורך החקירה, מתן משקל ראוי לרצון המשפחה ולרגשותיה, וחיפוש, במידת האפשר, אחר המידתיות בהיקף הפגיעה בגוף הנפטר. נעשה איזון ושיקלול בין מכלול שיקולים אלה (בג"צ 754/03 בני משפחת שרחה יוסף ז"ל נ' כב' השופט דוד מינק, פד"י נז(5) 817, 822-826 (2003); בג"צ 11528/05 בני משפחת יוני אלזם ז"ל נ' כבוד השופט גלית ציגלר (לא פורסם, 14.12.05), פסקה 3).

מכלול האינטרסים המחייבים איזון לענין בנייה במתחם בו נתגלו שרידי קברים עתיקים
 170. מהם הזכויות והאינטרסים הנוגדים שיש להתחשב בהם לענין בנייה במתחם בו מתגלים במהלך העבודות שרידי קברים ועצמות אדם? כיצד יש לאזן בין ערכים נוגדים אלה?

הגנה על כבוד המת בבית קברות מוכר

171. נקודת המוצא הינה כי כבוד האדם בחייו ובמותו מתיישבים עם תפיסה המבקשת לשמר מקום קבורה של אדם ללא פגיעה. הנחה זו מתיישבת עם ציפייתו של הנפטר בחייו, עם ציפייתם של בני משפחתו וקרוביו לאחר מותו, ועם ציפייתה של החברה כולה על-פי התפיסה התרבותית, חברתית, ודתית המייחדת אותה. בית קברות מוכר הוא אתר שמשפחת הנפטר מתייחסת אליו; הקהילה מתייחסת אליו והמדינה מגינה עליו. זהו אתר המשמש מוקד להתייחסות הפרט והכלל; הוא מקום של עליה לקבר וטקסי אזכרה תקופתיים. בית קברות מוכר מוגן מפני פגיעה וחילול.

172. לאור נקודת מוצא זו, בנייה ופיתוח שטח המוכרז כבית קברות למטרה שאינה תואמת את תכליתו, מהווה פגיעה בכבוד המת. שטח המסווג כ"בית קברות" על-פי תכנית בניין עיר מחייב התייחסות מיוחדת, וכמו "מקום קדוש", הוראות בתכניות בנוגע אליו מצריכות התייעצות עם שר הדתות (סעיף 99 לחוק התכנון והבנייה). אף ש"בית קברות" ככזה אינו מוגדר כ"מקום קדוש", הוא אסור בפגיעה וחילול בדומה למקום קדוש (השוו סעיף 1 לחוק השמירה על המקומות הקדושים).

פגיעה ברגשות הציבור או הקהילה

173. הפגיעה בבית קברות מוכר, מעבר להיותה פגיעה בכבוד הנפטר וכבוד המשפחה ורגשותיה, עלולה להוות פגיעה ברגשות הציבור והקהילה אליה השתייכו הנפטרים בחייהם. הפגיעה עשויה להתמקד באמונה דתית, או בזהות עדתית או בהשתייכות קהילתית. ההגנה מפני פגיעה ברגשות הציבור מהווה אינטרס ציבורי הראוי להגנה בפני עצמו (בג"צ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פד"י נה(4) 267, 274-5 (2001)). ההגנה על רגשות הציבור הוכרה כאינטרס רלבנטי במכלול השיקולים שיש להתחשב בהם לצורך האיזון החוקתי:

"במושג שלום הציבור וסדר ציבורי נכלל גם ערך מוגן של שמירה על רגשות בני הציבור... חשיבותו של ערך זה רבה הן בתחום הפרט והן בתחום חיי החברה והלאום. ההגנה מפני פגיעה ברגשות הציבור היא צורך טבעי של האדם לא פחות מהצורך בהגנה מפני פגיעה בגופו וברכושו, ופעמים אף מעבר לכך. היא נועדה להגן על נכסיו הרוחניים, על ערכיו התרבותיים והמוסריים, ועל האמת הפנימית שלו מפני פגיעה. היא נועדה לסוכך עליו מפני ביזוי היקר לו, ומפני הטלת כתם על ערכי חייו המקודשים ביותר" (בג"צ 316/03 מחמד בכרי ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים, פד"י נח(1) 249, 278 (2003)).

על חברה דמוקרטית להיות רגישה לפגיעה בנפש לא פחות מאשר לפגיעה בגוף. "חברה דמוקרטית המגינה על החיים, הגוף והרכוש צריכה להגן גם על ההרגשות והנפש" (הנשיא ברק בפרשת חורב, שם, בעמ' 45-46).

174. עם זאת, לא כל פגיעה ברגשות, עמוקה ככל שתהא, מטה את הכף כנגד אינטרס או זכות יסוד נוגדת בעלי משקל. כדי שפגיעה ברגשות אדם או ציבור תשולל או תסייג את מימושה של זכות או אינטרס נוגדים, נדרש כי הפגיעה ברגשות תעבור "סף סיבולת". סף זה אינו נתון בעל אופי קבוע, אלא תוכנו משתנה בהתאם לאופי הפגיעה, ועל-פי תוכן של הזכויות הנוגדות. כך למשל, ההגנה על רגשות הדת אינה מוחלטת, ויש לאזן בינה לבין האינטרס הציבורי הניצב מולה. רמת ההגנה שתניתן מפני פגיעה ברגשות משקפת את המשקל היחסי שיש לתת לאינטרסים המתנגשים (בג"צ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פד"י נא(2) 509, 520 (1997)). במסגרת האיזון האמור, קיימת "רמת סיבולת" של פגיעה ברגשות, שציבור בחברה דמוקרטית אמור לשאת בה. "רמת הסיבולת" אינה אחידה. היא משתנה מזכות לזכות, ומפגיעה לפגיעה (בג"צ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית שמש, פד"י נח(5) 595, 614 (2004) (להלן - ענין

סולודקין)). סף הסיכולת של הפגיעה ברגשות מושפע מעוצמתה של זכות היסוד או האינטרס הציבורי העומדים מנגד לפגיעה כזו (פרשת חב' החשמל, שם, בפיסקה 19).

"לא כל פגיעה ברגשות מצדיקה, בחברה דמוקרטית, פגיעה בזכויות. הפגיעות ברגשות, המצדיקות פגיעה בזכויות, חייבות להיות, מטבע הדברים, פגיעות כבדות ברגשות האדם. אלה הן פגיעות שהאדם אינו יכול למנוע את התרחשותן; לרוב, אלה הן פגיעות ברגשותיו של "קהל שבוי". עוצמת הפגיעה ברגשות, המצדיקה פגיעה בזכויות, עשויה להשתנות מזכות לזכות. בכל הנוגע לזכויות האדם הבסיסיות, אשר רואים בהן את "ציפור נפשה" של הדמוקרטיה - כמו חופש הביטוי... - עוצמת הפגיעה ברגשות, המצדיקה פגיעה בזכות, צריכה להיות קשה, רצינית וחמורה. רק פגיעה מקיפה ועמוקה ברגשות - ובהם הפגיעה ברגשות הדת ואורח החיים הדתי - תצדיק פגיעה בחופש הביטוי" (בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פד"י נא"י (4) 1, 50-51 (1997) (להלן - פרשת חורב)).

175. הפגיעה ברגשות הציבור, הכרוכה בפגיעה בבית קברות באמצעות פעולות בנייה ופיתוח, מחייבת התייחסות, תוך מתן משקל ראוי לאופי הפגיעה בצד משקל הזכויות והאינטרסים הנוגדים (ראו דברי השופטת ארבל בפרשת חב' החשמל, שם).

מתחמי קבורה סמויים מעין, מתחת לפני הקרקע ומימד חלופי הזמן

176. ההתייחסות למידת קדושתו של בית קברות עשויה להיות שונה מקהילה לקהילה, מדת לדת, ומתרבות לתרבות. למורכבות זו מימד נוסף, כאשר מדובר בארץ בעלת היסטוריה עתיקה בת אלפי שנים, שבה עשויים להימצא לאורכה ולרוחבה, שטחי קבורה עתיקים רבים, ברובם סמויים מעין, הטמונים עמוק מתחת לפני הקרקע. מתחמים כאלה, שאינם ידועים ואינם מוכרים, אינם מהווים, מטבע הדברים, מוקד להתייחסות הקהילה בת-זמננו, ולרוב בני הקהילה אינם מודעים כלל לקיומם של שרידי קברים מוסתרים באיזור. ככל שמתחם בית קברות חדל לשמש מוקד התייחסות לפרט ולקהילה, וככל שהוא ננטש, נזנח, ואף נעלם מן העין ומתכסה עפר במהלך הדורות, כך הולכת ונחלשת עם השנים עוצמת הערך החוקתי של כבוד המת במתחם כזה. ככל שמתחם בית הקברות מתכסה בעפר ואינו נראה לעין, וככל ששוב אין פוקדים אותו, ואין יודעים בכירור על קיומו, כך נחלשת עם הדורות הציפייה לשימורו של המקום. במיוחד כך הדבר, כאשר שטח המתחם מנוצל במהלך השנים לשימושים שונים שאין להם כל קשר וזיקה למציאותם של שרידי קברים מתחת לפני הקרקע. אין דומה בית קברות גלוי לעין, המהווה מוקד התייחסות לפרט ולבני הקהילה, לאתר קברים סמוי מעין, ששימש מקום קבורה בעבר הרחוק, החבוי עמוק מתחת לאדמה ואינו ידוע ומוכר

לסביבה. למימד חלוף הזמן יש משקל בבחינת עוצמתה של הזכות החוקתית לכבוד המת, בהתנגשותה עם אינטרסים מוכרים אחרים. ככל שפוחתת עוצמה זו, כך עשוי להינתן משקל הולך וגובר לצרכי החיים.

177. כעולה מהחומר שהובא בפנינו, ישנה גישה לפיה ההלכה המוסלמית מתירה, בתנאים מסויימים, בנייה על מתחמי קבורה ישנים ועתיקים. תימוכין לכך ניתן למצוא בפסיקת בית משפט זה לפני קרוב ל-20 שנה (בג"צ 593/86 האגודה האיטלאמית נ' עיריית אום-אל-פאחם (לא פורסם, 14.2.88)). על-פי גישה זו, ההלכה המוסלמית מכירה בקשר ההדוק בין ערכי התרבות והדת לבין צרכי החיים המודרניים, המשתנים עם הדורות, ומבקשת לפשר וליישב ביניהם.

יש, אפוא, הבדל מהותי במשקל ערך ההגנה על כבוד המת בין בית קברות מוכר, המשמש למטרה זו, ומהווה מוקד התייחסות של הפרט והקהילה, לעומת מתחם בו מתגלים שרידי קברים עתיקים מתחת לפני הקרקע, שאינם ידועים בציבור במשך דורות רבים, ואשר אינו מהווה מקור לזיקת השתייכות בעלת עוצמה לפרט ולציבור.

זכויות ואינטרסים נוגדים

178. כנגד הערך החוקתי של כבוד המת, ממנו נגזרת החובה להימנע מפגיעה באתר בית קברות באשר הוא, עשויים לעמוד אינטרסים חשובים נוגדים, בין זכויות יסוד נוגדות של הפרט, ובין אינטרסים ציבוריים בעלי משקל מיוחד, שיש להתחשב בהם.

אינטרסים ציבוריים חיוניים

משאב הקרקע

179. חברה מודרנית מתאפיינת בדינמיקה של התפתחות ושינוי בכל תחומי הפעילות של האדם. חילופי הדורות מביאים עימם צרכים משתנים בתחומי החברה, התרבות, והתשתיות הפיסיות הנדרשות לחיי אדם בעולם המודרני. משאב הקרקע נמנה על המשאבים החיוניים בחייה של חברה מודרנית. חיי חברה תקינים מותנים, בין היתר, ביכולתו של האדם למצות את השימושים האפשריים במקרקעין, לבנות מערכות תשתית לתחבורה, לתקשורת, לבנייני ציבור, לתעשייה ולמסחר, ולקדם תנופת בנייה למגורי אדם. בצד כל אלה, יש חשיבות לשימורה של קרקע לצרכי הקלאות וכן לשטחי טבע פתוחים לרווחת האדם (ע"א 3901/96 הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פד"י נו(4) 913, 2-941 (2002) (להלן - ענין הורוויץ)). חיוניותו של משאב הקרקע מקבלת מישנה חשיבות בישראל, מדינה קטנה שאינה משופעת בעתודות אדמה, שבה חשיבות ניצולה של הקרקע ביעילות מירבית מקבלת משקל מיוחד:

"המקרקעין הם, על כן, משאב חיוני מאין כמותו ובעל ערך רב. יש להם חשיבות גדולה במיוחד במדינה כמו ישראל, אשר גבולותיה צרים, צפיפות האוכלוסיה בה גדולה, ובהיותה ארץ קולטת עולים. אי אפשר לייצר קרקע, ועל כן על מדינה לכלכל צעדיה בהתחשב במצאי המקרקעין שבידה. אך ניתן להתאים את ייעודיהם של המקרקעין לצרכים המשתנים, ולהגדיל ולהקטין את זמינותם לצרכים שונים" (המישנה לנשיא אור בבג"צ 3939/99 קיבוץ שדה נחום נ' מינהל מקרקעי ישראל, פד"י נו(6) 25, 69-70 (2002)).

180. שטח המוגדר כבית קברות על-פי סיווגו התכנוני מכוח תכניות בנין עיר אינו מותר בפיתוח, וברור לכל כי ייחודו הערכי של המקום מונע את ניצולה של הקרקע במקום לכל מטרה שאינה מתיישבת עם תכליתו של האתר. הקושי המרכזי מתעורר באיזורי קרקע נרחבים לאורכה ולרוחבה של הארץ, שאינם מוגדרים כבתי קברות על-פי התשתית התכנונית, והם מסווגים כשטחים הניתנים לפיתוח ולבנייה. כאשר אגב ביצוע פעולות פיתוח במסגרת הייעוד התכנוני של השטח מתגלים שרידי קברים עתיקים מתחת לפני הקרקע, שלא היה ידוע על קיומם, מתעוררת דילמה והתנגשות ערכית המצריכה איזון. מצד אחד, קיים אינטרס ציבורי רב משקל בניצול משאב הקרקע, במיוחד לאור מאגר הקרקעות המצומצם במדינה. מצד שני, חשיפתם של שרידי קברים עתיקים לא ידועים מצריכה התייחסות ערכית בשל כבוד המת, ולאור הערך ההיסטורי והארכיאולוגי המתלווה למקום. היותה של ישראל בת היסטוריה עתיקה של אלפי שנים, שפזורים בה, סמויים מעין, שרידי קברים עתיקים לאורכה ולרוחבה, מעצימה את המתח הטבעי הקיים בין צרכי הפיתוח והקידמה של חברה מודרנית, לבין ערכי כבוד מת ושימור עתיקות הארץ. עמד על כך בית משפט זה (מפי השופט ג'ובראן) באומרו:

"בהתחשב בכך שאדמת ארצנו רווייה בעתיקות כעדות חיה להיסטוריה ארוכת השנים שלה, אין זה מעשה יוצא דופן כי במהלך ביצוע עבודות בנייה, מתגלים בתי קברות מתקופות קדומות, או עצמות אדם עתיקות. השאלה האם גילוי קברים עתיקים יצדיק בכל מקרה ומקרה הפסקת פעילות הבנייה והפיתוח בשל קיומם של איסורים הלכתיים בדבר העתקת הקברים, הינה שאלה מורכבת ביותר, ובעלת השלכות רחבות היקף. כדי ליתן מענה לשאלה זו, נדרשים אנו לתור אחר האיזון הראוי בין האינטרס הנוגע לשמירה על רגשות הדת וכבוד המתים מחד, לבין אינטרסים קניינים של בעלי הקרקע, והצורך ההולך וגובר בפיתוח הארץ, מאידך. שאלה זו אף מעלה על השולחן את המתח בין האינטרס בדבר שימור עתיקותיה ומורשתה המפוארת של ארצנו, לבין הצורך להתמיד בפיתוח הארץ וליתן מענה לצרכים

ציבוריים חיוניים בני-קיימא" (פרשת חב' אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי, שם, בפסקה 17).

181. בהקשר דומה, עלתה שאלת היחס בין הצורך בביצוע עבודות להנחת צינור להולכת גז טבעי במקטע קרקע בו ממוקם בית קברות מוסלמי שהיה מוסתר מעין (פרשת חב' החשמל). בית המשפט (מפי השופט פוגלמן) דן בהתנגשות בין האינטרס הציבורי בביצוע עבודות תשתית ופיתוח, לבין אינטרס כבוד המת, משנמצא שהעבודות עלולות לגרום פגיעה בבית הקברות. הנחתו של בית המשפט היתה, כי "מקרים כגון אלה, שלעיתים הינם כורח המציאות, מחייבים עריכת איזון ראוי בין האינטרסים המתמודדים" (שם, בפסקה 7). בית המשפט הניח, כי אינטרס כבוד המת נהנה מהגנה חוקתית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוא הותיר בצריך עיון את השאלה האם, כאשר מדובר בזוהר בלתי מסויימת של קברים, ובעותרים נעדרי זיקה מיוחדת לקברים אלה, זוכה האינטרס הכללי של הגנה על כבוד המת להגנה חוקתית מכוח חוק היסוד. מכל מקום, הנחתו של בית המשפט היתה כי

"אינטרס כבוד המת אינו ניצב בחלל הריק. הוא אינו מוחלט אלא יחסי. בצידו ניצב... האינטרס הציבורי. זהו האינטרס של הכלל בתור שכזה, הנתבע על-ידו כגוף מאורגן. יש לאזן בין השניים, ולעיתים יביא הדבר - במקרים הנדרשים - לפגיעה בזכות הפרט, או לצמצומה".

אמת המידה לבחינת האיזון היא פסקת ההגבלה על-פי סעיף 8 לחוק היסוד. באותו ענין הוחלט, כי יש לנקוט בחלופה של קידוח אופקי וחפירה מתחת לקברים בעומק של מספר מטרים, כדי להניח את צינור הגז בלא פגיעה בקברים. חלופה זו נמצאה מקטינה באופן משמעותי את הפגיעה בכבוד המת, והוטלו על חב' החשמל העלויות הנדרשות כדי לצמצם את הפגיעה לצורך הגנה על זכויות האדם (שם, בפסקה 11).

פיתוח עירוני חיוני

182. במסגרת האינטרס הציבורי בפיתוח משאבי הקרקע במדינה, עשויה להיות חשיבות מיוחדת בבנייה ציבורית באיזור עירוני, שנועדה למטרות ייחודיות בעלות אופי חברתי, תרבותי, ואנושי. ניצול עתודות קרקע בריכוזי אוכלוסיה צפופים מקבל משמעות מיוחדת כאשר הוא מביא בכנפיו בשורה לשינוי תכנוני העתיד להשפיע לא רק על הפרט, אלא על מכלול האופי, האיכות וצביון החיים של הציבור החי בעיר.

לפרוייקטים בעלי אופי ציבורי מיוחד, האמורים לתת תנופה לחיי החברה, הכלכלה והתרבות בעיר, ישנו משקל מיוחד מבחינת האינטרס הציבורי הכללי.

האינטרס הציבורי בוודאות, יציבות וסופיות הליכי התכנון והבנייה

183. הדילמה המתעוררת בענייננו אינה קשורה בבנייה במתחם של בית קברות מוכר המוגדר ככזה על-פי ייעודו בתכנית בנין עיר. היא מתעוררת בקשר למתחם שבמשך קרוב ל-50 שנה סווג כשטח ציבורי פתוח, ולאחר מכן כשטח המיועד לבניית חניון וסלילת דרך. היא מתעוררת לאחר שכל הליכי התכנון בעבר, לאורך עשרות שנים, התנהלו והסתיימו על בסיס ההנחה כי מדובר בשטח הניתן לפיתוח ולבנייה בלא מגבלה כלשהי של שימור. הוא הדין בתכנית האחרונה להקמת המוזיאון, שההליכים בגינה התנהלו והסתיימו, וקיבלו תוקף סופי ללא מודעות לקיומם של שרידי קברים מתחת לפני השטח.

184. מציאות זו מדגישה את קיומו של אינטרס ציבורי בדבר וודאות, יציבות וסופיות של הליכי תכנון ובנייה, שיש לתת לו את משקלו הראוי במסגרת איזון האינטרסים הנדרש. כאשר בשלב התכנוני הרלבנטי אין כל טענה למגבלה תכנונית מטעמי קיום שרידי קברים במקום, וכאשר ההליך התכנוני מתנהל בהתאם לדין, ומגיע לסיומו בלא התנגדות, קיים אינטרס ציבורי מובהק במתן משקל לסופיות הליך התכנון, ולחשיבות המתלווה למימושו, לא רק מבחינת יכולת הניצול של הקרקע, אלא גם מבחינת הערך שיש לתת ליסוד הוודאות, היציבות והאמון שהציבור נותן במערכת התכנון והבנייה. ריקון עקרון סופיות ההליך התכנוני מתוכנו על-ידי ניסיון מאוחר לערער את תוקפו, עקב גילוי מאוחר של שרידי עצמות במקום, הוא בעל השלכה ציבורית קשה הן ברמה הנורמטיבית והן מנקודת מבט של יעילות מערכתית-מוסדית. אמנם, עקרון סופיות ההליך אינו מוחלט כשלעצמו, וייתכנו מצבים קיצוניים בהם הוא ייסוג אל מול אינטרס נוגד, הגובר עליו בחשיבותו (השוו בג"צ 5760/93 פלונית נ' ועדת התלונות על פי חוק הפסיכולוגים, תשל"ז-1977, פד"י נ(4) 194, 5-204 (1995)). אולם במסגרת שיקלול האינטרסים הרלבנטיים, יש בוודאי לתת משקל הולם גם לערך הסופיות והוודאות של הליכי תכנון שנסתיימו ואושרו, ולמשמעות הנילווית להתערבות בהם לאחר השלמתם, מבחינת תקינות פעולתה של המערכת הציבורית בתחום זה.

זכויות יסוד של הפרט

זכות הקניין הפרטי

185. שלילת הבנייה והפיתוח של קרקע בשטח בו מתגלים באיחור שרידי קברים עתיקים ועצמות אדם מתחת לפני הקרקע, עשויה להתנגש עם זכותו של הפרט לממש את זכות הקניין הפרטי שיש בידיו באותו מתחם.

186. זכות הקניין זכתה למעמד על-חוקתי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע בסעיף 3 כי "אין פוגעים בקנינו של אדם". הפסיקה לאורך השנים נתנה ביטוי לזכות הקניין כזכות-על חוקית (בג"צ 4947/03 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, 10.5.06); ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' ברעלי, פד"י מט(1) 463, 484-485 (1995)). מביין צורותיה השונות והמגוונות של זכות הקניין, ניתן מעמד מיוחד לזכות הקניין במקרקעין: "מקדמת דנא היה לזכות הקניין, ובמיוחד לזכות הקניין במקרקעין, מעמד מיוחד במשפטנו, והיא הוכרה כזכות יסוד עוד בטרם נחקק סעיף 3 לחוק היסוד" (ענין הורוויץ, שם, בעמ' 913); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פד"י מט(4) 221 (1995) (השופט ברק) (להלן - פרשת בנק המזרחי); בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פד"י נט(2) 481, 582-3 (2005) (להלן - פרשת המועצה האזורית חוף עזה). זכות הקניין במקרקעין משמעה, בין היתר, מיצוי היכולת לפתח את הקרקע ולבנות עליה, ובכלל זה לבנות במקום בניין ציבורי בעל משמעות תרבותית-אומנותית שיתן ביטוי, בין היתר, גם לתפיסת עולמו ולהשקפותיו של בעל הקניין. בהיבט זה, משתלבת הזכות לממש את הקניין עם הזכות לחופש ביטוי, הנהנית אף היא ממעמד חוקתי. בעל זכות הקניין, המבקש לממש את קניינו בקרקע בדרך של פיתוח ובנייה עליה, נושא עמו זכות יסוד הראויה להגנה חוקתית. זכות יסוד זו עשויה לעמוד אל מול הזכות החוקתית לכבוד המת. כשם שההגנה על כבוד המת אינה מוחלטת, כך ההגנה על זכות הקניין של הפרט היא יחסית. ההתמודדות ביניהן, תוך התחשבות בשיקולים נוספים שבאינטרס ציבורי כללי, מולידה את נקודת האיזון הראויה בין מכלול האינטרסים והזכויות המתמודדים.

סיכום ביניים - כבוד המת כזכות חוקתית

187. במשפט הישראלי, מוכר ערך כבוד המת כזכות חוקתית הראויה להגנה בהיבטים שונים. הזכות לכבוד המת מהווה חלק מובנה מזכות היסוד לכבוד האדם, אשר זכתה לעיגון חוקתי סטטוטורי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, הזכות לכבוד המת אינה זכות מוחלטת, ופגיעה בה, בין על-ידי רשות שלטונית, ובין על-ידי פעולתו של פרט, מותנית בעמידה בתנאי פיקטת ההגבלה לצורך הכשרתה.

188. עד כה, סקרנו את הדין הישראלי וההגנות שהוא מעניק לכבוד המת. נפנה עתה למשפט המשווה. לא ניתן במסגרת פסק דין זה לערוך דיון משווה מעמיק במשפט המשווה. נסתפק בהארה כללית בלבד על גישתן של מספר מדינות לנושא כבוד המת והיחס בין ערך זה לצרכי הפיתוח והקידמה של החברה המודרנית בארצות השונות. נתייחס תחילה, בקליפת אגוז, לסוגיית ההכרה הבינלאומית והחוקתית בזכות היסוד לכבוד המת; בהמשך, נצביע על האיזון הנעשה במדינות שונות בין ערך השמירה על כבוד המת ומתחמי קבורה, לבין האינטרס הציבורי בפיתוח ובנייה בקרקע.

סוגיית ההכרה הבינלאומית והחוקתית בזכות היסוד לכבוד המת

189. שיטות משפט זרות, כמו גם המשפט הבינלאומי, מכירים בזכויות יסוד הניתנות לאדם בחייו. חלק מן השיטות מכירות בזכותו של אדם לכבוד (dignity), המתפרשת במגוון אופנים. בחלקן, כבוד האדם מוכר כערך חוקתי, אך אינו נתפס ככולל את כבוד המת. בשיטות אלה, התפיסה היא כי זכויות האדם נתונות לו בחייו, אולם מרגע שהוא הולך לעולמו, אין הוא בעל זכויות עוד (P. Sieghart *The Lawful Rights of Mankind* 107-108 (1985)). בחלק מן השיטות, לא קיימת הגנה חוקתית לערך "כבוד האדם", בין בחייו ובין במותו; עם זאת, גם במדינות בהן לא ניתנת הגנה חוקתית מפורשת לכבוד המת, ניתן למצוא עקרונות משפט המספקים הגנה להיבטים מסוימים הכרוכים בכבוד המת, כגון בענייני קבורה והגנה על שלמות גופו של הנפטר. נסקור בקצרה התייחסות של מספר שיטות משפט לנושא זה.

המשפט הבינלאומי

190. המשפט הבינלאומי מגן במפורש על היבטים שונים הנוגעים לכבוד המת. באמנת ג'נבה בדבר טיפול בחולים ובפצועים (12.8.1949) (אמנת ג'נבה הראשונה) ניתן למצוא הוראות בדבר הקפדה על כבודו של מת. סעיף 15 לאמנה קובע כי אין להשאיר גופות בני אדם בשטח לחימה, כדי למנוע פגיעה בהן. סעיף 17 קובע, בין היתר, כי על צדדים לסכסוך מזויין להקפיד, ככל שהדבר מתאפשר, כי קבורת מתים תיעשה לאחר בדיקה קפדנית וזיהוי הגופות. בהמשך, סעיף זה של האמנה מורה על חובת קבורה מכובדת של המתים:

"They shall further ensure that the dead are honourably interred, if possible according to the rites of the religion to which they belonged, that their graves are respected, grouped if possible according to the nationality of the deceased, maintained and marked so that they may always be found".

בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית (Convention IV Relative to the) נקבעה חובה (Protection of Civilian Persons in Time of War, 12 August 1949). להגן על כבודם של התושבים המקומיים. בפסיקת בית משפט זה נקבע כי ההוראה זו משתרעת לא רק על שמירת כבודם של החיים אלא גם על כבוד המתים: "נקודת המוצא הינה, כי הכלל הבסיסי הקבוע בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית לפיו יש להגן על כבודם של התושבים המקומיים, משתרע לא רק על התושבים המקומיים החיים, אלא גם על המתים... כבוד האדם הוא כבודו של החי וכבודו של המת..." (בג"צ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פד"י נח (5) 385 (2004), פסקה 27 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק).

191. סעיף 130 לאמנת ג'נבה הרביעית עוסק במפורש בכבודם של המתים בקובעו:

"The detaining authorities shall ensure that internees who die while interned are honourably buried, if possible according to the rites of the religion to which they belonged and that their graves are respected, properly maintained, and marked in such a way that they can always be recognized".

המלומד פיקטה כתב לעניין זה, כי "Respect for the dead is one of the most ancient ideas of civilization. (J.S. Pictet, *Commentary IV Geneva Convention-Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (1958), 506)

המשפט האמריקאי

192. ככלל, המשפט האמריקאי אינו מכיר בזכותם של בני משפחה לתבוע בגין עוולות חוקתיות שנגרמו למת (Conner v. Ambrose, 990 F Supp 606, 619-620 (1997); Helmer v. Middaugh 191 F. Supp. 2d 283 (2002)).

193. עם זאת, במשפט האמריקאי נעשה לעיתים שימוש בעקרונות חוקתיים לצורך הגנה על היבטים מסויימים הקשורים בכבוד המת. כך, באמצעות הזכות לפרטיות, ניתנת הגנה מסוימת למשפחת הנפטר למנוע את ביזויו ברבים (*Williams v City of Minneola*, 575 So. 2d 683; *National Archives and Records Admin V. Favish* 541 U.S. 157 (2004)). דרך נוספת להגנה על כבוד המת היא באמצעות זכות הקניין, וזאת בהקשר למניעת פגיעה בשלמות גופת הנפטר בטרם הקבורה ולאחריה (*Sacred Ground: Unmarked* ; (Am. Jur. - (להלן - Jurisprudence. 2d (2003)11

graves protection in Texas Law" Steve Russell, 4 Tex. F. on C.L & C.R 3; *Guth v. Freeland*, 28 P.3d 982; *Brotherton v Cleveland*, 923 F. 2d. 477 (6th Cir. 1991); *Newman v Sathyavaglswaran* 287 F. 3d. 786 (9th Cir. 2002) . הכרה בחשיבות ההגנה על כבוד המת משתקפת גם בחוקים רבים של מדינות ארה"ב. כך, פרק 872 ל- Florida Statute העוסק בעבירות הקשורות לגופות מתים או לקברים. סעיף 872.05 לחוק זה, מורה, בין היתר:

"It is the intent of the Legislature that all human burials and human skeletal remains be accorded equal treatment and respect based upon common human dignity without reference to ethnic origin, cultural background, or religious affiliation".

סעיף 29-1-8a ל- West Virginia Code העוסק, בין היתר, בגופות אדם ובקברים,

פותח בדברים הבאים:

"...[T]he purpose of this article is to assure that all human burials be accorded equal treatment and respect for human dignity without reference to ethnic origins, cultural backgrounds, or religious affiliations".

המשפט הגרמני

194. חוקת גרמניה, המכונה Basic Law (להלן - BL), פותחת ברשימת זכויות יסוד של האדם. אלה נחשבות לערכי יסוד של הדמוקרטיה הגרמנית. נקודת המוצא של ה-BL היא כי המדינה קיימת לרווחת האדם (Michalowski & Woods, *German Constitutional Law - The Protection of Civil Liberties* (1999) 69). סעיף 1 ל-BL, שעניינו הגנה על כבוד האדם, קובע בס"ק (1): "The dignity of the human person is inviolable. To respect it shall be the duty of all public authority". עקרון זה נחשב לנעלה מביין כל העקרונות החוקתיים, וה-Federal Constitutional Court (להלן - FCC) עמד על כך פעמים רבות בפסיקותיו. זכות זו לכבוד אדם נתונה לכל אדם באשר הוא. מדובר בזכות אישית, הנתונה לכל פרט בחברה. שאלה השנויה במחלוקת היא האם לאנשים שנפטרו קנויה זכות לכבוד אדם, הזוכה להגנה חוקתית. שאלה דומה קיימת ביחס לעוברים (*German Constitutional Law*, 97).

ביחס לנפטרים, פסק ה-FCC (בעניין Mephisto Case, 30 BVerfGE 173)

(1971) כך:

"It would be incompatible with the constitutional commandment of the inviolability of human dignity, on which all basic rights are founded, if a human person, vested with human dignity by virtue of his personhood, could, after his death, be belittled and degraded (...). The obligation to protect the individual against attacks on his human dignity, imposed by Art. 1(1) BL on all state authority, therefore does not end with death".

(כמובא בעמודים 98-99, *German Constitutional Law*, שם).

החלטה זו זכתה לתמיכת רוב פרשני המשפט, אם כי יש הסבורים כי קיים קושי לייחס זכות חוקתית לכבוד, הנובע מן הקיום האנושי, גם למי שחדל להתקיים, לאחר מותו. אחד ההסברים הניתנים להגנה על כבוד האדם לאחר המוות מתבסס על מסורת תרבותית ודתית, המחייבת לנהוג כבוד בגופת הנפטר (*German Constitutional Law*, עמוד 99). יש לציין, כי חילול קברים מהווה עבירה פלילית על-פי החוק הגרמני (German Law:§126 para 2 Strafgesetzbuch(StGB)).

האיזון בין כבוד המת לבין צרכי פיתוח הקרקע וקידום אינטרסים ציבוריים

המשפט האמריקאי

195. המשפט האמריקאי מעניק זכות להחזיק בגופתו של נפטר לצורך קבורתו, בדרך כלל, לבן זוגו של הנפטר, או לקרוביו האחרים. עם זאת, נוכח ההשפעה שיש להסדרי הקבורה על אינטרס הציבור, ובכלל זה על בריאות הציבור, וכן על ענייני בטיחות ורווחה, ענין זה כפוף להסדרים בחוק, ואיננו נתון בשלמותו לרצונם של הפרטים הנוגעים בדבר (Am. Jur, שם, עמ' 11). בתי המשפט נוהגים זהירות יתרה בהתערבות בעניינים פרטיים הנוגעים לקבורה. אף כי נתונה להם הסמכות להכריע בנושאים אלה, סמכותם מסוייגת על-ידי ה-Establishment Clause בחוקה האמריקאית, המגביל את בתי המשפט ביחס להכרעות בסכסוכים הנוגעים לתפיסות דתיות ומנהגים הקשורים בדת. בפתרון מחלוקות מסוג זה מיישמים בתי המשפט, ככל האפשר, עקרונות משפטיים נייטראליים, ובה-בעת מעמידים לנגד עיניהם את מנהגי הקהילה בעת הטיפול במת, ואת הרגשות הקשורים בטיפול נאות ומכובד בגופת המנוח (Am. Jur, עמ' 12). קרובי הנפטר זכאים להגנה על מקום הקבורה מפני פגיעה או הפרעה. עם זאת, זכות זו כפופה להפעלת סמכותה של המשטרה, ומקום בו מדובר בבית קברות נטוש, זכות זו של הקרובים אינה מוכרת (14 Am Jur 2d ed. (2000) 591-592).

196. בדומה לתפיסת המשפט הישראלי, כך גם במשפט האמריקאי, בית הקברות נתפס לא רק כמקום קבורה למתים, אלא גם כאתר היוצר זיקה של אהבה וכבוד של החיים כלפי המתים. כך, העומדים בנעליו של מי שרכש לעצמו חלקת קבר, וכן קרוביו, זכאים לבקר, לטפל בקבר ולקשטו. למבקרי בית העלמין זכות גישה למקום וליציאה ממנו, במסגרת הסדרים סבירים. זכויות אלה כפופות לכללים ולנוהלים החלים בבית הקברות (14 Am Jur 2d ed., p. 589-590). כך מוכרת זכות לקבורה הוגנת, וניתנת לכך הגנה בחוק. לציבור, כמו גם ליחיד, אינטרס בהגנה על זכות זו (Am. Jur, עמ' 21). חובת הקבורה נתפסת כחלה לא רק על קרובי הנפטר אלא על הקהילה כולה, בבחינת ערך מוסרי כללי (*Holsen v Holsen*, 165 Wis. 2d 641; 25A *Corpus Juris Secundum* (1966), p. 507) (להלן - C.J.S.). חלק ממדינות ארה"ב נותנות עדיפות לרצון המנוח בענין קבורתו או לענין דרך הטיפול בגופתו לאחר מותו, ורצון זה עשוי לגבור על אינטרסים אחרים, ובכלל זה על עמדת בני משפחתו (ראו למשל: *Estes v. Woodlawn Memorial Park, Inc.* 780 S.W. 2d 759 (Tenn. Ct. App. 1989). אולם חרף חשיבותו של שיקול זה, לא תמיד ניתנת הבכורה לרצון המנוח, במיוחד כאשר אירועים מאוחרים מולידים צורך לשנות את מקום הקבורה. לרצון המנוח ניתן משקל המשתנה על-פי נסיבותיו של המקרה, ובהתחשב באותן נסיבות, ובהן - אינטרס הציבור, קדושת הקבר, רגשות בני משפחת הנפטר, הסדרי בית הקברות, ומשפט הכנסייה, ולאחר הערכת השיקולים הנוגדים (Am. Jur, בעמ' 28-29, וכן C.J.S., בעמ' 502-500).

197. אשר לסוגיה של העתקת קברים, קובע המשפט האמריקאי כי מפאת קדושתו של מקום קבורה, אין להעתיקו, אלא אם קיים צורך מיוחד בכך, או כאשר הדבר נועד להגשים מטרות חשובות (Am. Jur, עמ' 54-55). עמד על כך בית המשפט לערעורים במדינת טנסי:

"Except in cases of necessity and for laudable purposes, it is policy of the law that the sanctity of the grave should be maintained and that a body, once suitably buried, should remain undisturbed. A court will not ordinarily order or permit a body to be disinterred unless there is a strong showing that it is necessary, and that the interests of justice require it" (*Estes v. Woodlawn Memorial Park, Inc.* 780 S.W. 2d 759 (Tenn. Ct. App. 1989).

כן ראו: *Welch v. Tully v Tully* 226 Ga. 653 (Supreme Court of Georgia); *Welch* 269 Ga. 742).

האפשרות להעתיק קבר נבחנת בהתחשב בנסיבות המיוחדות של המקרה. כך, למשל, יאשרו בתי המשפט, בדרך כלל, קבורה מחודשת בחלקה משפחתית שנקנתה

בשלב מאוחר, במיוחד כאשר הבקשה מוגשת על-ידי קרוביו של המנוח. כמו כן, עשוי להינתן היתר לקבורה מחדש מקום בו נדרש שיפור בבית הקברות, או כאשר הוא ננטש כמקום קבורה, או הפך לרע-מראה (C.J.S., p. 495-498). לעומת זאת, העתקת קבר שכל כולה מיועדת לרווח כלכלי איננו סיבה מספקת לאישור ההעתקה. הזזת הגופה ממקומה למקום קבורה אחר לא תותר על-ידי בית המשפט אם ניתן להגשים את רצונות הצדדים באופן סביר, בלא שהגופה תופרע (Am. Jur., עמ' 55).

198. במשפט האמריקאי ניתן למצוא אבחנה במידת ההגנה שהחוק נותן לקברים עתיקים לעומת בתי קברות המשרתים את צרכי ההווה. לחלוף הזמן יש השפעה על היקף ההגנה הניתנת בחוק למתחם הקבר: "The terms 'body' and 'corpse' found in this statute do not include the remains of persons long buried and decomposed." *State v. Meads v. Glass*, 27 Ohio App. 2d 214, 218 (Ohio 12th Dist. Ct. App. 1971). כן ראו (Dougherty County, 25 S.E. 915, 918 (Ga. 1896)).

199. בפרשה שנדונה בניו-ג'רסי דובר במתחם קבר שלא שימש לצורך פעיל מזה כ-70 שנה, והוזנח במהלך השנים. בית המשפט אישר לכנסיה להעתיק את עצמות הנקברים שם לאיזור צדדי, תוך מתן תוקף לאינטרס הציבורי בפיתוח האיזור, והעדיף את צורכי החיים על פני כיבוד המתים, בקובעו:

"Respect for the dead does not require that land once used as a burial ground shall forever be hallowed and set aside as a final resting place. **If that were so, the dead would in time crowd the living off the face of the earth**" (*the trustees of the first Presbyterian Church in Newark V. David Alling* 54 N.J. Super. 141` 148 A. 2d 510 1959).

(הדגשה לא במקור).

200. בוירג'יניה פסק בית המשפט העליון במקרה אחד שהעתקת קברים מותרת, וראה בכך אף פעולה המגינה לעיתים על כבוד המתים. באותו מקרה, דובר בהקמת אנדרטה לכבוד ג'ורג' וושינגטון, אשר חייבה העתקת קברים למקום אחר בבית הקברות. הקברים המיועדים להעתקה היו במצב ירוד ומוזנח. בית המשפט קבע שהעתקת הקברים תועיל לקברים המועתקים, ותביא לשיפור במצבם המוזנח: (*Grinnan v. Fredericksburg Lodge, No. 4*, 118 Va. 588, 593 (1916)). לאחר מכן חוקק בשנת 1966 חוק המסדיר בצורה מפורשת אפשרות העתקת קברים באישור בית המשפט (Va. Code Ann. § 57-38.1). נקבע, כי חוק זה אימץ למעשה את העקרונות שנקבעו בפרשת

Grinnan בדבר אפשרות העתקת קברים, גם מתוך ראיית טובת הקבורים עצמם (*In Re Petition of Gregory French*, 10 Va. Cir. 133, 134, (Va. Cir. Ct. 1987))

201. במדינת ניו-יורק ניתן, באישור בית המשפט, להעתיק קברים ובתי קברות נטושים, אשר הקבורה בהם הופסקה מזה 20 שנה, על מנת להשתמש בקרקע לצרכים שונים: (NY CLS Gen (Mun §164(2006); NY CLS Town §296(2006); NY CLS Vill §15-1508 (2006)).

202. החוק בלואיזיאנה מתייחס לפעולות הנדרשות כאשר מתגלה מתחם קברים בלתי מסומן, ולחובה החלה לקבל אישור מהרשות המוסמכת בטרם יימשכו עבודות בשטח. החוק מציין, כחלק ממטרתו, את חשיבות ההגנה על כבודם של המתים באומרו:

"... (to) assure that all human burial sites shall be accorded equal treatment, protection, and respect for human dignity without reference to ethnic origins, cultural backgrounds, or religious affiliations." La. Rev. Stat. Ann. § 8:672 (2007).

(הדגשה לא במקור).

בהתאמה, החוק קובע כי אם מתגלה מתחם קבר לא מסומן:

"every reasonable effort is to be made to restore the unmarked burial site and to avoid disturbing the human skeletal remains or buried artifacts." *Id.* at § 8:681.

203. גם בטקסס ובמינסוטה מתירה החקיקה להעתיק קברים לא מסומנים רק אם מתקבל לכך אישור מיוחד מאת גורם מוסמך (Tex. Health & Safety Code Ann. § 711.010 (Vernon 1998; Minn. Stat. § 306.243(2) (2006)). ג'ורג'יה מאפשרת בנייה על מתחם קבר בלתי מסומן, אך גם זאת בתנאים הקבועים בחוק. היזם נדרש לקבל רישיון (GA. Code Ann. § 36-72-4 (2007)); לשכור ארכיאולוג שיפקח על העברת הקברים (GA. Code Ann. § 36-72-15 (2007)); ועליו להיות אחראי לקבורה המחודשת ולפיצוי כספי על הפגיעה בקברים (GA. Code Ann. § 36-72-14(b) (2007)).

204. בניגוד למדינות אחרות, החוק בקנזס אוסר על כל בנייה בשטח בית קברות-המוגדר כחלקת אדמה שיועדה וסומנה לקבורת אדם, וזאת גם בחלוף הזמן (Kan. Stat. Ann. § 12-1441 (2006) בית המשפט העליון של קנזס קבע:

“Once established, a cemetery retains its character as such even after burials have been discontinued, as long as human remains are interred there...When a tract of land has been dedicated as a cemetery, it is perpetually devoted to the burial of the dead, and may not be appropriated to any other purpose” *Lower v. Bd. of Dirs.*, 274 Kan. 735, 740 (2002).

המחוקק בקנזס ראה חשיבות מיוחדת גם בהגנה על קברים לא מסומנים, אשר אינם נכנסים בגדרי החוק האוסר בנייה, ולפיכך, חוקק חוק מיוחד בענין זה: “The Kansas Unmarked Burial Sites Preservation Act” Kan. Stat. Ann. §75-2742 (2006).

חוק זה חוקק מתוך הכרה שהחוקים הקיימים לא נותנים מענה מספיק להגנה על קברים לא מסומנים, וכי אין הסדרים מספקים בדבר טיפול והעברה של קברים מאתרים לא מסומנים, שנועדו להגן על כבוד המתים ועל בעלי זיקה לנפטרים. בניגוד לבתי קברות מסומנים, לאלה שאינם מסומנים לא ניתנת הגנה מוחלטת, וניתן לבצע בשטח פעולות בנייה, אך פעולות אלה כפופות למגבלות והיתרים הקבועים בחוק. השאלה מהו המתחם שייחשב בית קברות, ומתי ייחשב בית קברות לא מסומן תיקבע, בין היתר, לאור הימצאות סימנים לקיומם של קברים, ולאור השאלה מהו שטח המתחם ששימש לקבורה (ראו לענין זה את חוות הדעת של ה- Attorney General מסי 95-88 (1995 Kan. AG 86).
Lexis 86.

205. נציין עוד, כי קיימים חוקים פדראליים המעניקים הגנה לאתרי קבורה של ילידים (Native Americans). העיקרי שבהם הוא ה- Native American Grave Protection and Repatriation Act, המסדיר היבטים הקשורים לבתי קברות הממוקמים על אדמות פדראליות או שבטיות. החוק מכיר באינטרס הקיים בשימור אתרים אלה, ובזכותם של בני השבטים לקבל לידיהם גופות אדם וחפצי תרבות המתגלים באדמות פדראליות או שבטיות. החוק נתפס, בראש ובראשונה, כ:

"human rights legislation; and is designed to redress and protect the 'civil rights of America's first citizens'" (C.A. Amato "Digging Sacred Ground: Burial Site Disturbances and the Loss of New York's Native

"American Heritage", 27 Colum. J. Envtl. L. 1, 16 (2002)).

המשפט האנגלי

206. המשפט האנגלי אסר בעבר על בנייה במתחמי קברים שהיו בבעלות הכנסייה או בחזקת קהילה דתית אחרת. בשנת 1981 נחקק חוק המתיר בנייה גם במתחמים שהיו בבעלות גורם דתי בעבר, וזאת בתנאי שלא התקיימה קבורה במתחם במהלך 50 השנים האחרונות, או שאף קרוב או בעל זיקה לנפטר שנקבר בתוך תקופת 50 השנים האחרונות לא הביע התנגדות לבנייה כאמור. סעיף 2 לחוק מחייב את העתקת הקברים במקרה של בנייה, אלא אם הרשות המוסמכת נוכחה לדעת כי הבנייה לא תפגע בקברים הוכרה האפשרות לבנות על שטחי קבורה לתועלת הציבור. כך, הותרה בנייה של כביש על שטח קבורה כנסייתי משיקולי טובת הציבור. בית המשפט קבע כי טובת הציבור בשיפור מערכת התחבורה גוברת על האינטרס הכללי והאינטרס האישי של בני משפחות הנפטרים בהשאת הקברים במקומם. עם זאת, בית המשפט הורה כי הקברים יועתקו לאיזור מכובד ויפה יותר במתחם *Morley Borough Council v. St. Mary the Virgin*, (1969) 3 All ER 952.

המשפט האוסטרלי

207. גם במשפט האוסטרלי עלה הצורך בקיום איזון בין ההגנה על מתחמי קבורה לבין אינטרסים ציבוריים נוגדים. שורה של מעשי חקיקה ספציפיים מאפשרים באוסטרליה שינוי ייעודם של בתי קברות לטובת אינטרסים ציבוריים שונים. ה-Conversion of Cemeteries Act 1974 N.S.W. Acts (1974) קובע את המסגרת החקיקתית הכללית לפיה ניתן להסב בתי קברות לשימוש הציבור כפארק ציבורי, ככפוף לתנאים שונים, המחייבים להעתיק בצורה מכובדת את הקברים למתחם אחר, ולהימנע מפגיעה בעצמות הקבורים. בשורה של דברי חקיקה נוספים הוסדרו אפשרויות להסבת בתי קברות למטרות ציבוריות שונות. ה-Camperdown Cemetery Act of 1948, - N.S.W. Acts (1999) מאפשר את הסבתו של בית קברות לבנייתו של פארק ציבורי; The Campbelltown Presbyterian Cemetery Act, 1984 איפשר את הסבתו של בית קברות לשם בנייתו של כביש ציבורי.

208. יש הלומדים משורה זו של מעשי חקיקה, כי המחוקק האוסטרלי הכיר, מצד אחד, בחשיבות ההגנה על כבודם של המתים, אך בה-בעת העניק זכות בכורה לצרכי בני האדם החיים במערך האיזונים שנעשה:

"... Generally, human remains will not be disinterred unless construction, or some other procedure, is going to disturb them anyway, but the existence of the legislation itself suggests a tacit acceptance of the primacy of the living over the dead and a willingness to disturb human remains if it appears necessary."
(Vines, supra at pp 11).

(הדגשה לא במקור).

בהמשך, מציין המחבר כי לאלמנט הזמן ישנה השפעה מהותית גם על עוצמת האינטרס של קרובי הנפטר:

"While there is a general rule that bodies should not be disturbed, it is fairly easily overturned, if it is seen expedient. In particular, it is clear that the rights of the living are seen as predominant."

(הדגשה לא במקור).

209. ניתן לראות, כי על אף ההכרה הגורפת בחשיבות השמירה על כבוד המת, המשותפת למשפטן של מדינות רבות, הענקת מימד חוקתי לערך זה הינה נדירה למדי. לעומת זאת, המתח בין הצורך לשמור על כבוד המת וכבודם של מתחמי קבורה, לבין האינטרס הציבורי הטמון בבנייה ובפיתוח הקרקע וקידום רווחת התושבים, אינו ייחודי לישראל. ככלל ניתן לומר, שבמרבית המדינות אותן סקרנו, גובר האינטרס הציבורי בקידום רווחתם של החיים, גם אם הדבר עשוי לכרוך שינוי של מיקום קברים והעתקתם. בדרך כלל, מתאפשרת בנייה מעל מתחמי קבורה עתיקים, או לא מסומנים, אולם זאת תוך קביעת מגבלות שנועדו להגן על כבוד המתים, ולכבד מסורות ורגשות הקשורים לכך. נקודת האיזון בין ערכים אלה משתנה ממדינה למדינה, בהתאם למושגיה ולמורשתה.

מן הכלל אל הפרט

210. השאלה המצריכה הכרעה בענייננו היא - האם ביצועה של תכנית בנין עיר, שקיבלה תוקף סופי, לבניית מוזיאון הסובלנות במתחם שנועד לכך, עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה, הגם שנתגלו בחלק קטן יחסית מן המתחם, וכשהם סמויים מעין, שרידי קברים עתיקים ועצמות אדם. האם הפגיעה בזכות היסוד לכבוד המת, כשלצידה ערכים בדבר שמירה על מקומות בעלי קדושה דתית, ועל רגשות בני הציבור, עומדת, בנסיבות הענין, באמות המידה הנדרשות ל"חוקתיות" הפגיעה. השיהוי הרב המתקיים

בהגשת עתירה זו מקרין מצדו על שאלת העוצמה והמשקל שיש לייחס לפגיעה הנטענת במימוש התכנית עקב חשיפתם של שרידי הקברים.

211. יסודותיה של פסקת ההגבלה מתנים את חוקתיותה של הפגיעה בזכות היסוד בכך שהפגיעה תיעשה מכוח חוק, ההולם את ערכיה של המדינה, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש. פסקת ההגבלה היא אמת המידה לאיזון בין הערכים המתנגשים (בג"צ 6893/05 חה"כ לוי נ' ממשלת ישראל, פד"י נט(2) 876, 887 (2005) (להלן - פרשת לוי); פרשת חורב, שם, בעמ' 41; בג"צ 8988/06 משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים, (לא פורסם, 27.12.06), פסקה 10 (להלן - ענין משי זהב)). פסקת ההגבלה נותנת ביטוי לרעיון שזכויות אדם אינן מוגנות במלוא היקפן; צרכיה של החברה ומטרותיה הלאומיות עשויים לאפשר פגיעה בזכויות אדם. אולם, להגבלות על זכויות אדם יש גבולות, ואלה קבועים בפסקת ההגבלה (פרשת המועצה האזורית חוף עזה, שם, בעמ' 6-545; ענין סולודקין, שם, בעמ' 612).

212. נבחן את תנאיה של פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ביישומם למקרה שלפנינו.

פגיעה מכוח חוק

213. פגיעה בזכות יסוד חוקתית מותנית בראש וראשונה כי היא תיעשה מכוח חוק או מכוח הסמכה מפורשת בו (בג"צ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ י' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 20.8.08) (להלן - פרשת המפקד הלאומי)).

214. בענייננו, בניית המוזיאון מוסדרת בתכנית בנין עיר מס' 8030, המאפשרת בנייה במתחם נשוא העתירה. תכנית בנין עיר היא, כשלעצמה, במעמד של דין (ע"א 119/86 קני בתים בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, נתניה, פד"י מו(5) 727, 742 (1992); ע"א 3213/97 נקר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, הרצליה, פד"י נג(4) 625, 634 (1999); ע"א 9355/02 מדינת ישראל נ' ראשד, פד"י נח(4) 406, 416 (2004)). מקור הסמכות לאישורה של תכנית כאמור מצוי בחוק התכנון והבנייה, המסדיר בפרק ג' סימן ג' את סמכויות רשויות התכנון לאשר תכניות מיתאר מקומיות, ולאפשר שינוי ייעודו של מתחם קרקע כשטח המאפשר בנייה.

215. מתחם המוזיאון מצוי בלב ירושלים, ומאז קום המדינה אושרו בו סדרה של תכנית, אשר בהדרגה הביאו עמן פיתוח הולך וגובר באיזור. תכניות אלה קיבלו תוקף

סופי, וברובן הגדול יושמו בשטח. תכנית מתאר מס' 856, אשר אושרה בשנת 1960, נועדה לפיתוח השטח למגורים ומסחר, והקצאת שטחים לבניינים ציבוריים, שטחים ציבוריים פתוחים ושטחים פרטיים פתוחים, קביעת שטחים לשיקום והתוויית דרכים וביטולן (סעיף 5 לתקנון התכנית). במסגרת תכנית זו נותק המתחם מבית הקברות, והוכשר לפיתוח ולבנייה.

בתכנית מתאר מקומית 2009, אשר קיבלה תוקף בשנת 1979, אושרו בניית חניון ציבורי תת-קרקעי לרכב, ויועדה דרך ציבורית לחניון; בתכנית מיתאר מקומית 1880א, שקיבלה תוקף ב-1991, הותוותה הדרך המחברת בין רח' הלל לרח' אגרון דרך גן העצמאות. בתכנית מתאר מקומית מס' 4498א, שקיבלה תוקף ב-1998, שונה ייעודו של שטח ציבורי פתוח לאיזור מסחרי, ובתכנית מתאר מקומית 4740 תוכננו הוספת שתי קומות ל"בית המהנדס", והקמת שני בניינים חדשים. תכנית המוזיאון 8030 הינה המשך ישיר לשימושי הקרקע השונים שנעשו במתחם לאורך עשרות השנים, ומטרתה היא שינוי ייעוד השטח מאיזור מסחרי מיוחד, משטח ציבורי פתוח ומדרך, לשטח לבנין ציבורי המיועד למוזיאון ולאודיטוריום. הליכי התכנון של השטח על-פי תכנית זו נעשו כדין, והתכנית אושרה וקיבלה תוקף סופי.

כלל הנסיבות האמורות מצביעות על כך שהבנייה במתחם על-פי התכנית נעשת במסגרת החוק, ועל-פיו.

216. חוק התכנון והבנייה מסמך את אישורן של תכניות על שטחים המיועדים לפיתוח, בלא שהוא מגביל תכניות אלה רק לשטחים שלא עשויים להיחשף בהם שרידי עתיקות או קברים עתיקים מתחת לפני הקרקע. הוא מניח במכלול הוראותיו המפורשות והמשתמעות, כי ייעודה של קרקע לפיתוח ולבנייה לא ייפגע גם אם ייחשפו במהלך העבודות שרידים של קברים עתיקים. הנחת החוק היא כי חשיפה כזו אינה פוגעת בתכנית, גם אם עשויות להידרש בה התאמות שונות, כדי להקטין ככל האפשר את הפגיעה בערך החוקתי של כבוד המת. שונה הדבר בהקשר התכנוני כאשר מדובר בבית קברות מוכר, המסווג ככזה בתכנית החלה על המקום. לגבי אתר כזה המיועד מבחינה תכנונית כבית קברות, פיתוח ובנייה בשטח שאינם תואמים לייעוד התכנוני, בדרך כלל אינם מותרים.

217. יש, אכן, למתוח אבחנה בהקשר התכנוני בין מתחמים המיועדים למטרות בנייה ופיתוח, שבהם לא ידוע מלכתחילה על קיום שרידי קברים מתחת לפני הקרקע, לבין

שטחים המוגדרים בייעודם התכנוני כ"בתי קברות" או כ"אתרי עתיקות", בעלי חשיבות היסטורית וארכיאולוגית. לגבי אלה נקבעו בחקיקה שורה של הסדרים שונים שנועדו להבטיח את שימורם הראוי. כך למשל, קובע חוק התכנון והבנייה בסעיף 49(5) כי, בתכנית מיתאר ארצית ניתן לקבוע הוראות בדבר שמירה על עתיקות ומקומות קדושים; בסעיף 57(4) לחוק נקבע, כי בתכנית מיתאר מחוזית ניתן לקבוע הוראות בענין של עתיקות וכן בענין של בתי קברות שישמשו יותר מיישוב אחד (ס"ק ג). בתכניות מיתאר מקומיות ניתן, בין היתר, לקבוע הוראות בדבר שמירה על כל דבר שיש לו חשיבות היסטורית, ארכיאולוגית, וכיוצא בזה (סעיף 61(3)). כיום, בסמכותה של ועדה מקומית להגדיל שטחים בתכנית בת-תוקף, בין היתר, לצרכי בתי קברות (סעיף 62א(3) לחוק); כן ניתן לייעד בתכנית כזו קרקע לבתי קברות, לרבות הפסקת שימוש בבתי קברות קיימים (סעיף 63(ה)(1) לחוק). ניתן להפקיע קרקע לצרכי ציבור למטרת ייעוד של בית קברות (סעיף 188 לחוק). בסעיף 99 לחוק נקבע כי הוראה בתכנית בדבר שמירת מקום קדוש או בדבר בתי קברות תיערך בהתייעצות עם שר הדתות. על-פי חוק העתיקות, קיים איסור לבצע פעולות שונות באתר עתיקות, וביניהן בנייה וסלילה ללא אישור בכתב מהמנהל, ובהתאם לתנאים שקבע. איסור זה חל ביחס לשטח שהוכרז "אתר עתיקות", כאשר ההכרזה פורסמה ברשומות; הכרזה כזו מלווה גם ברישום הערה בפנקסי המקרקעין, ובמסירת הודעה לבעל המקום ולמחזיק, ולרשות התכנון (סעיף 28 לחוק העתיקות).

218. על-פי חוק העתיקות, קיים איסור על ביצוע פעולות מסויימות באתר עתיקות, והוא נתון לפיקוח הרשות המוסמכת על-פי חוק זה.

סעיף 29 לחוק קובע:

"איסור פעולות באתר עתיקות

(א) באתר עתיקות, לא יעשה אדם ולא ירשה לעשות, אחד מאלה, אלא באישור בכתב מאת המנהל, ובהתאם לתנאיו:

(1) בנייה, סלילה, הקמת מתקן, חציבה, כרייה, קידוח, ... או קבורה.
...

(ג) לענין אתר עתיקות המשמש לצורך דתי, או מוקדש לתכלית דתית, לא ייתן המנהל אישור לחפירה או לאחת הפעולות המנויות בס"ק (א), אלא באישור ועדת שרים

המורכבת מהשר כיושב ראש, שר הדתות ושר המשפטים".

סעיף 31 לחוק העתיקות מדבר על תנאים להחזרת מצב השטח לקדמותו כאשר נעשו בו פעולות אסורות, וסעיף 30 קובע כי אין בהיתר הנדרש על-פי חוק העתיקות כדי לייתר צורך בהיתר על-פי חוק התכנון והבנייה.

219. סעיף 70 לחוק המים, תשי"ט-1959 (להלן - חוק המים) קובע, כי אם היה ביצועה של תכנית למפעל מים פוגע במקום קדוש כמשמעותו בדבר המלך, או במקום פולחן דתי, הכולל גם בית קברות לצורך ענין זה, לא תאשר אותו הרשות המוסמכת, אלא בהסכמת שר הדתות.

220. מסקירת חקיקה זו מסתמנות המסקנות הבאות:

ראשית, מקבץ ההוראות בחקיקה שפורטו לעיל נועד להסדיר ביצוע עבודות בבתי קברות או באתרי עתיקות שהם אתרים מוכרים, המוכרזים ומסווגים ככאלה, בין על-פי דיני התכנון והבנייה, בין על-ידי חוק העתיקות, ובין על-פי חוק המים. הן אינן חלות על מתחמים שאינם מוכרזים ואינם מסווגים כאמור, גם אם אגב ביצוע פעולות בנייה ופיתוח נמצאו בהם, מתחת לפני הקרקע, שרידי עתיקות או שרידי קברים עתיקים.

שנית, החוקים השונים המסדירים את השמירה על בתי קברות ואתרים בעלי ערך היסטורי או ארכיאולוגי, אינם שוללים באופן מוחלט, גם באתרים מוכרזים, כל פעולות פיתוח במקום, אלא מעמידים עבודות אלה תחת פיקוח הרשות המוסמכת הנוגעת בדבר, כדי להבטיח שימור נאות של אופי המקום, ייחודו, והממצאים שנתגלו בו.

221. בענייננו, אין מדובר בשטח המסווג כבית קברות, וגם לא כאתר עתיקות מוכרז. לפיכך, ההוראות הנזכרות בחוקים השונים אינן חלות כאן. יחד עם זאת, הרוח השורה על אותם הסדרים תחיקתיים, המחייבים איזון נאות בין צרכי פיתוח הקרקע לבין ערכי שימור העתיקות וכיבוד אתרי קבורה, מרחפת גם על ענייננו כאן.

התכנית לבניית מוזיאון הסובלנות עונה לתנאי הראשון שבפיסקת ההגבלה, המתנה את קיומה של ה"פגיעה" בהיותה מכוח חוק או על-פיו.

הלימה לערכי מדינת ישראל ותכלית ראויה

222. תנאי הסף השני בפיסקת ההגבלה מצריך שהפגיעה תתיישב עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ותיעשה לתכלית ראויה. יש קשר הדוק בין תנאי ההלימה לערכי המדינה לבין התכלית הראויה. פגיעה הנעשית לתכלית ראויה תשתלב בדרך כלל עם הערכים המקובלים והראויים של הציבור בישראל. שאלת התכלית הראויה נבחנת בשני מישורים. האחד - האם התכלית הכרוכה בפגיעה נועדה לשרת אינטרס חברתי ראוי, והשני - מהי מידת החשיבות של הגשמת אינטרס זה. קביעת איזון סביר בין זכויות מתנגשות, והשגת תכליות ציבוריות חשובות עומדים בתנאי התכלית הראויה:

”כבר נקבע בפסיקתנו, כי תכלית היא ראויה אם נועדה היא להגן על זכויות אדם, לרבות על-ידי קביעת איזון סביר והוגן בין זכויות של פרטים בעלי אינטרסים מנוגדים, באופן המוביל לפשרה סבירה בתחום הענקה הזכויות האופטימליות לכל פרט ופרט. זאת ועוד; תכלית תימצא ראויה אם היא משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה, במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן” (פרשת מנחם, שם, בפסקה 14).

(ראו גם ענין פלוני, שם, פסקה 30 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; פרשת לוי, שם, בעמ' 8-889; פרשת חורב, שם, בעמ' 53-52).

223. התכלית הראויה אינה מעלימה את הפגיעה האפשרית בזכות, אלא בהתקיימה, ובהתמלא יתר התנאים, היא הופכת את הפגיעה לחוקתית (בג"צ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, פד"י נח(4) 842 (2004), פסקה 3 לפסק דינו של השופט ריבלין; ענין התנועה לאיכות השלטון, שם, פסקה 52 לפסק דינו של הנשיא ברק).

224. במקרה הנדון בענייננו, מדובר בתכנית לבנייה ציבורית בעלת חשיבות עירונית ולאומית מיוחדת. היא נועדה להביא לבנייתו של בנין ציבורי האמור לשקף תכנים חברתיים ותרבותיים רבי-חשיבות, שיש בהם כדי לתרום תרומה חשובה לציבור במישור הלאומי והבינלאומי כאחד. הקמת מוזיאון הסובלנות כמרכז רעיוני-רוחני נועדה למשוך אליו מבקרים מהארץ ומחוץ לארץ. היא נועדה לתת תנופה לפיתוחה של ירושלים כבירת ישראל, והיא מהווה חלק מתכנית כוללת לשינוי מהותי של מרכז העיר, העתיד להפוך אותו למוקד תרבותי, עיסקי ותיירותי. ביצוע התכנית כרוך גם במימוש זכות הקניין הנתונה לבעלות המיזם, והשתקפות החופש הנתון להן לביטוי אומנותי

ורעיוני באמצעות תכנון המבנה על-ידי האדריכל פרנק גרי. במכלול מובנים אלה, מימוש התכנית הולם את ערכי המדינה, ונועד לתכלית ראויה וחשובה.

מידות

225. עקרון המידתיות בפיסקת ההגבלה בוחן האם האמצעי הננקט להגשמת התכלית הינו מידתי. במובן הרחב, המידתיות בוחנת את היחס שבין חשיבות הפעולה, הכורכת את הפגיעה בזכות החוקתית, לבין עוצמת הפגיעה בזכות מבחינת האמצעים הננקטים להגשמת המטרה. עקרון זה מתמקד ביחס שבין המטרה שמבקשים להגשים, לבין האמצעים הננקטים להגשמתה (בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פד"י נח(5) 807, 40-839 (2004) (להלן - פרשת בית סוריק)). תוכנה של המידתיות נגזר משלושה מבחני מישנה: הראשון - שאלת קיומו של קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי הננקט; נדרש קשר רציונלי בין האמצעי לבין המטרה שמבקשים להשיגה. השני - הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. משמעות הדבר היא, כי מבין מגוון האמצעים שניתן לנקוט להגשמת המטרה, יש לנקוט באמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית פחותה. השלישי - הוא מבחן המידתיות הצרה, הבוחן האם הפגיעה בזכות החוקתית עומדת ביחס ראוי לתועלת המושגת מהגשמת התכלית הכרוכה בפגיעה. נדרש קיום מצטבר של שלושת מבחני מישנה אלה לצורך עמידה בדרישת המידתיות (ענין פלוני, שם, פסקה 31; פרשת בנק המזרחי, שם, בעמ' 438; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, שם, בעמ' 1-550; בג"צ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פד"י נב(2) 433 (1998); עע"מ 4436/02 תשעים כדורים - מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים, פד"י נח(3) 815, 782 (2004)).

226. במקרה הנדון לפנינו, ובראייה כוללת, עומדים זה מול זה אינטרס הבנייה של מוזיאון הסובלנות במרכז ירושלים, על החשיבות המיוחדת הנילוית לפרוייקט זה מהיבטים שונים, אל מול החשש לפגיעה בכבוד המת, עקב גילוי שרידי קברים בחלק מסוים מן המתחם. באיזון הנדרש בין שני הערכים הנוגדים האמורים, יש לתת את הדעת, בין היתר, לשיקולים הכלליים הבאים:

ראשית - חשיבותה וייחודה של תכנית מוזיאון הסובלנות במיקומה המוגדר במרכז העיר, ומידת היכולת להסב את התכנית למיקום אחר בלא פגיעה בתכליתה הבסיסית;

שנית - מידת היכולת המעשית לשנות את התכנית הקיימת בדרך של הוצאת "השטח הסגול" מתחומה, באופן שלא ייבנה דבר בשטח זה;

שלישית - מהו היקפו של "השטח הסגול" נשוא המחלוקת, ביחס לשטח הפרוייקט הכולל;

רביעית - מהו אופיו וסיווגו של השטח נשוא המחלוקת קודם לגילוי שרידי הקברים, ומה היו השימושים בו לאורך השנים;

חמישית - שלב גילוי שרידי הקברים מבחינת ההליך התכנוני - האם בראשית פעולות התכנון או במהלכן, או רק לאחר אישור התכנית ותחילת הפעולות למימושה;

שישית - האם חל שיהוי בהגשת העתירה, ומה היקף השיהוי נוכח אינטרס ההסתמכות של יזמי התכנית ומבצעה;

שביעית - המשקל שיש לייחס לעובדה כי מדובר בשרידי קברים סמויים מן העין, בלתי ידועים ובלתי מוכרים, שלציבור לא היתה זיקה כלשהי אליהם עד לחשיפתם; ומהי עוצמת הפגיעה ברגשות הציבור בהקשר לכך;

שמינית - מהם האמצעים בהם ניתן לנקוט כדי להקטין את הפגיעה בקברים, תוך מימוש התכנית;

תשיעית - עמדת רשות העתיקות ביחס לדרך הטיפול הנאותה בשרידי הקברים מבחינת יסוד השימור ומבחינת הגנה על כבוד המת;

עשירית - משקל כיבוד זכויות המתים ביחס לצרכי הפיתוח והקידמה של החיים לאור חלוף הזמן, ונוכח עתיקותם של הקברים.

227. נבחן על רקע כל אלה את מידת התקיימותו של תנאי המידתיות במקרה זה.

קשר רציונלי בין האמצעי למטרה

228. האמצעי שנבחר להגשמת המטרה צריך להוביל באופן רציונלי להגשמתה (ענין התנועה לאיכות השלטון, שם, פסקה 58 לפסק דינו של הנשיא ברק). הוא נבחן על-פי

מבחן התוצאה, ומתבסס במידה רבה על ניסיון חיים ושכל ישר (פרשת עדאלה, שם, פסקה 67 לפסק דינו של הנשיא ברק).

229. מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי הננקט - בניית מוזיאון הסובלנות, למטרה המיוחלת, להפוך את האתר למרכז רעיוני-רוחני, שייסוב סביב נושא הסובלנות והשלום בין עמים, בין מגזרי אוכלוסיה שונים, ובין אדם לאדם. האינטרס הציבורי בהקמת מוזיאון הסובלנות הוא בעל משמעות רבת פנים: הוא נועד לתרום תרומה חשובה בהטמעת רעיון הסובלנות בארץ ובעולם; הוא נועד לקדם באופן משמעותי את פיתוח מרכז העיר ירושלים כבירת ישראל, ולהחיות איזור שסבל בעשורים האחרונים משפל תרבותי, כלכלי ועסקי, ומפיגועי טרור; הוא נועד לתרום תרומה ויזואלית-אמנותית לחזות האורבנית של ירושלים, בהקמת יצירה ארכיטקטונית מיוחדת במינה של אחד מגדולי האדריכלים בעולם; הוא מבטא בה-בעת גם מימוש של זכות קניין פרטית הנתונה ליזמים, בעלי הזכויות בקרקע. הקמת המוזיאון היא, אפוא, אמצעי שנועד לשרת באופן רציונלי את כל התכליות האמורות.

אמצעי שפגיעתו פחותה

230. מבין האמצעים העומדים בפני הרשות או הפרט, יש לבחור באמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא פחותה. לא נדרש כי האמצעי יעמוד במבחן זה במידה מוחלטת, אלא במידה סבירה ומידתית (פרשת עדאלה, שם, פסקה 68 לפסק דינו של הנשיא ברק).

231. התנאי האמור מתקיים במקרה הנדון, וזאת במוכנים הבאים:

מתחם המוזיאון הינו שטח שסווג מאז שנות ה-60 כשטח ציבורי פתוח, ונבנה עליו מגרש חנייה לרכב, ונסלל בו כביש. שימושי הקרקע במהלך כחמישים שנה תאמו את צרכי הפיתוח של המקום, ולא נועדו כלל לבית קברות. תכנית המוזיאון הינה המשך ישיר של ניצול הקרקע במרכז ירושלים לקידום רווחת הציבור. תכנית הבנייה של המוזיאון, ברובה הגדול, אינה משתרעת על שטחים שמצויים בהם שרידי קברים. נבחנה האפשרות להעתיק את התכנית כולה לאיזור אחר של ירושלים, שלא יהיה במרכזה, במקום שבו אין הסתברות למציאת קברים מתחת לפני הקרקע. מתגובות בעלות המיזם, האדריכל גרי ואנשי מקצוע בתחום האדריכלות, כגון האדריכלית עדה כרמי, עולה כי הסבת התכנית למקום אחר הינה בלתי אפשרית, ומיקומה במתחם המוזיאון הוא קרדינלי למימושה של התכנית. העתקה כזו של מיקום המוזיאון אינה אפשרית לאור ייחודו של התכנון, הקשור קשר אמיץ למיקום המסוים שסביבו בנה

פרנק גרי את המבנה הארכיטקטוני-אומנותי שתכנן. יתר על כן, מבחינת התכנון האורבני הכולל, העתקת המבנה מחוץ למרכז ירושלים יחטיא מטרות בסיסיות שהתכנון ביקש להשיג, כחלק ממאמץ פיתוח נרחב של מרכז העיר, ושיקום מעמדה של העיר כבירת ישראל. לשיקולים אלה - הן האדריכליים-מקצועיים, והן לאלה הנוגעים לפיתוח העירוני - יש לייחס משקל ניכר.

נקשרת לכך גם האפשרות שנבחנה, לשנות את התכנית ביחס לאותו מתחם באופן שייגרע ממנה "השטח הסגול" שבו מצויים שרידי הקברים, והמחזיק כ-12% משטח מבנה המוזיאון כולו. אפשרות זו נדחתה מטעמים מקצועיים, בשל הטענה כי מדובר בשטח שהוא ה"ליבה" של תכנית המבנה, והוצאתו מכלל התכנית תפגע פגיעה אנושה בהרמוניה האומנותית של הארכיטקטורה שתוכננה. יש לקבל עמדה זו.

232. יחד עם זאת, בעלות המיזם הודיעו, כי ניתן למנוע פגיעה בשרידי הקברים במתחם במספר דרכים שיש בהן כדי לשמור באופן מלא על שלמותם של שרידי הקברים ועצמות האדם ב"שטח הסגול". במסגרת זו, הוצעו שלוש חלופות טכנולוגיות להעתקת הקברים לאתר קבורה חלופי, תוך מיזעור המגע עימם, כאשר עבודת ההעתקה תיעשה בפיקוח הרשויות המקצועיות ורשות העתיקות. יצויין, כי בעבר אירעו מקרים בהם פונו קברים מוסלמיים ויהודים בשיתוף פעולה מלא עם גופים איסלמיים וגופים חרדיים, לפי העניין (למשל - בג"צ 232/76 שוקרי נ' בית הדין השרעי, פד"י לא (1) 413 (1976); פרשת דרויש, שם). אפשרות אחרת שהוצעה על-ידי בעלות המיזם היא הגבהה של הבנייה ב"שטח הסגול" באמצעות "ריצפה צפה", אשר תותיר חלל אווירי בין הרצפה שתיבנה לבין הקרקע, כך שלא ייווצר כל מגע בין פעולות הבנייה לבין הקרקע ושרידי הקברים שמתחתיה. בעלות המיזם הודיעו כי תהיינה נכונות לשאת בכל עלות שתידרש על מנת לממן כל אמצעי שידרש לצורך שמירה מירבית על שלמות הקברים וכבוד המת במיתחם "השטח הסגול" שבתכנית.

233. בתנאים שנוצרו בשטח, נראה לי כי האמצעים שתוכננו והוצעו על-ידי בעלות המיזם כדי לפתור את ההתנגשות בין צורכי הבנייה לבין הצורך לשמור על שרידי הקברים ולקיים חובת כיבוד המת, הם בבחינת אמצעים שפגיעתם פחותה.

234. יש להתחשב לענין זה גם בשיהוי הרב שחל בהגשת העתירה, זמן רב לאחר שהתכנית קיבלה תוקף, ולאחר שהוחל בביצועה. ברי, כי אמצעים שניתן לנקוט בהם להקטנת הפגיעה בהעדר שיהוי שונים בתכלית מאלה שניתן לנקוט בהם כאשר טענת

הפגיעה עולה באיחור רב, לאחר שפעולות התכנון נסתיימו, ולאחר שהושקעו מאמץ וממון רב בהיערכות למימוש התכנית.

235. בכלל הנסיבות האמורות, האמצעים המוצעים לביצוע התכנית, תוך התחשבות מירבית בצורכי השמירה וכיבוד האתר בתחומי "השטח הסגול", הינם אמצעים ש"פגיעתם פחותה" בגדרה של דרישת מידתיות הפגיעה בזכות החוקתית.

מידתיות במובנה הצר

236. מבחן המידתיות במובן הצר בוחן האם הגשמת התכלית הראויה שקולה כנגד הפגיעה בזכות האדם (פרשת עטאלה, שם, פסקה 75 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת בנק המזרחי, שם, פסקה 23). מבחן זה הוא מבחן ערכי; זהו מבחן של איזון בין ערכים ואינטרסים מתנגשים על-פי משקלם. הוא נותן ביטוי לעקרון הסבירות (פרשת לוי, שם, בעמ' 890; פרשת חורב, שם, בעמ' 43). הוא מחייב "איזון סביר בין צרכי הכלל לבין הפגיעה בפרט" (פרשת המפקד הלאומי, שם, פסקה 55 לפסק דינה של השופטת נאור; פרשת בית טוריק, שם, בעמ' 850). נדרש איזון ערכי בין הפגיעה לבין היתרון החברתי הצומח מן הפגיעה (פרשת מנחם, שם, בעמ' 279; ענין התנועה לאיכות השלטון, שם, פסקה 60 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, שם, בעמ' 550).

237. בענייננו, בוחנת המידתיות במובנה הצר את השאלה האם קיים יחס ראוי בין התועלת שבהקמת מוזיאון הסובלנות במיקום ובתכנון הקיים, לבין מידת הפגיעה בזכות היסוד לכבוד המת הכרוכה בו (בג"צ 6451/04 חלואה נ' ראש הממשלה (לא פורסם, 18.6.06), פסקה 11; פרשת המפקד הלאומי, שם, פסקה 56 לפסק דינה של השופטת נאור; בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פד"י נא(4) 367, 385 (1997)). האם הפגיעה העלולה להיגרם לרגשות הציבור כתוצאה מיישום התכנית על "שטח הסגול" במתחם המוזיאון עומדת ביחס סביר ומידתי לתועלת העשויה לצמוח מהקמת המוזיאון במתחם המתוכנן, הן לאינטרס הציבורי הכללי והן לבעלי זכויות הקניין במתחם.

238. תשובתי לשאלה זו היא כי, בנסיבות הענין, קיים יחס סביר ומידתי בין התועלת הצפויה מהגשמת התכלית שבהקמת מוזיאון הסובלנות, לבין היקף הפגיעה הצפויה ממימוש התכנית על פני "שטח הסגול", בהנחה כי יינקטו צעדים לצמצום הפגיעה, על-פי אחת החלופות שהוצעו בידי בעלות המיזם, וזאת מהטעמים העיקריים הבאים:

התועלת בהגשמת תכלית הבנייה

239. החשיבות והתועלת שבהגשמת תכנית הקמתו של מוזיאון הסובלנות במרכז העיר ירושלים היא רבה עד מאוד. מוזיאון הסובלנות מגלם רעיון להקמת מרכז רוחני ממנו תצא בשורה של סובלנות אנושית בין עמים, בין מגזרי אוכלוסיה, ובין אדם לאדם. הקמת המוזיאון עשויה לתרום לתרומה לאומית חשובה למדינה כולה, שלא נבנה בה עד כה מרכז שתכליתו לעסוק בתכני הסובלנות על כל היבטיה, ולפעול להטמעתה בקרב הציבור הרחב. מרכז זה אמור לשמש מוקד התייחסות חשוב בישראל פנימה וכלפי מדינות העולם מחוץ. הוא אמור למשוך אליו מבקרים מרחבי הארץ ומן העולם, שיבקרו בו, ויתנסו בחוויה הרעיונית והארכיטקטונית-אומנותית שהוא אמור לבטא. למיקומו של המוזיאון במרכז ירושלים ישנה משמעות מיוחדת, בהיותה עיר בעלת משמעות ערכית מיוחדת לשלוש הדתות, ובעלת היסטוריה עתיקת יומין, ייחודית בציביליזציה האנושית. קיומו של מוזיאון סובלנות בבירת ישראל, גם על רקע הסכסוך הישראלי-ערבי המתמשך, נושא עמו משקל מיוחד בהקשר לדינמיקה של ההידברות ומאמצי הגישור בין הצדדים היריבים. בנייתו של המוזיאון במרכז העיר ירושלים נועדה לתרום לתרומה חשובה לפיתוחה של ירושלים כבירת ישראל, ולקדם את פיתוחו האורבני של מרכז העיר כמרכז עירוני בעל חשיבות ומשמעות עירונית ולאומית. הקמת המוזיאון משתלבת בתכנית פיתוח רחבה יותר של מרכז העיר, שתכליתה לעזור לחיים את איזור המרכז שסבל בעשורים האחרונים שפל כלכלי ותרבותי קשה. תכנית הפיתוח מבקשת להחזיר לירושלים את עטרתה הנושנה שאבדה לה עם השנים.

240. תכנית המוזיאון הינה בעלת ייחוד משלה. היא תוכננה על-ידי אחד מגדולי הארכיטקטים של דורנו - פרנק גרי - והיא מהווה מעשה אדריכלי-אמנותי בעל ערך רב משל עצמו. ייחודו הארכיטקטוני של המבנה עשוי, כשלעצמו, להוות מוקד משיכה כדוגמת בנייני ציבור בעלי ייחוד אמנותי בערים אחרות בעולם.

241. קידום תכנית המוזיאון מהווה הגשמה של זכויות הקניין שרכשו בעלות המיזם בשטח לצורך הקמת הפרוייקט.

בביצועו של הפרוייקט הושקעו עד כה כספים רבים, המגיעים כדי 15 מיליון דולר, וכן משאבים אנושיים רבים בתכנון ובהיערכות למימוש התכנית.

242. ביטולה של התכנית, או הוצאתה "שטח הסגול" מתחום התכנית עקב מציאת שרידי קברים במקום, יסב נזק ציבורי רב ופגיעת רבת משמעות בבעלי זכויות הקניין

במתחם. משמעות הדבר היא פגיעה במיזם ציבורי חשוב, העשוי לתרום תרומה בעלת חשיבות מיוחדת לקידום והטמעה של עקרונות הומניים אוניברסליים; משמעות הדבר היא פגיעה בסיכוי להקים מרכז כזה בירושלים, על הסימליות שיש בכך, ולהביא עמו תנופה חשובה ורוח חדשה בדרך לשיקום מעמדה של העיר כמרכז רוחני לעמי העולם, וכבירת ישראל. ביטולה של התכנית, או פגיעה בשלמותה, פירושו פגיעה כלכלית רבת-היקף בבעלות המיזם, אשר השקיעו עד כה סכומי עתק בקידום התכנית ובהיערכות לקראת ביצועה. ביטול התכנית או פגיעה בה פירושו גם פגיעה בחופש הביטוי האומנותי המשתקף בייחודו הארכיטקטוני של המבנה, ובמסרים הצורניים שהוא מבקש להעביר.

243. פגיעה בתכנית מתעצמת גם לאור העובדה כי מדובר בשטח קרקע שסווג כבר לפני עשרות שנים כשטח ציבורי פתוח, ויועד לאחר מכן לפיתוח ולבנייה, והוקם עליו חניון רב-מפלסי לרכב, ותוכננו עליו בניינים ונסלל בו כביש ללא כל התנגדות. תכנית המוזיאון עצמה, שהליכיה התנהלו במשך מספר שנים, אושרה באופן סופי, זמן ניכר לפני הגשת העתירה הנדונה. העתירה לוקה בשיהוי רב ביותר. בתנאים אלה, נוצר אינטרס ציבורי ופרטי כאחד בסופיות הליכי התכנון, וביצירת ודאות ובטחון במערכת התכנונית להגשמת תכניות שאושרו באופן סופי.

משקל הפגיעה בזכות חוקתית של כבוד המת

244. בנייה ופיתוח של שטח שבו מתגלים במהלך העבודות שרידי קברים עתיקים ועצמות אדם מתחת לפני הקרקע כרוכה בפגיעה בכבוד המת, השקולה כפגיעה בזכות יסוד חוקתית. מימושה של תכנית המוזיאון במתחם שנועד לכך באיזור "השטח הסגול", בו נמצאו שרידי קברים, מהווה פגיעה כזו.

245. בבחינת היקפה ועוצמתה של הפגיעה בזכות החוקתית בענייננו, אינני רואה מקום להידרש למחלוקת המושגית שנפרשה בפנינו בחוות הדעת השונות, שהוגשו לבית המשפט על-ידי אנשי דת ומלומדים שונים, בשאלה באיזו מידה דת האיסלם מקפידה בהגנה על בתי קברות, ועד כמה היא מאפשרת לצורכי החיים לגבור על קדושת המקום, במיוחד כאשר מדובר באתרי קבורה עתיקים, נסתרים מעין. הובאו עמדות בנושא זה מכאן ומכאן, ואין הכרח להכריע בסוגיה זו בהיבטה הכללי. הניתוח החוקתי שאנו נדרשים לו מתבסס על עקרונות חוקתיים כלליים, הנותנים משקל יחסי לציווי הדת הרלבנטיים לענין, אך אין בציוויים אלה, יהיו אשר יהיו, כדי להכריע בשאלה חוקתית. ראוי להסתפק, בנסיבות הענין שלפנינו, בהנחה כי קיימת מחלוקת בשאלה

באיזו מידה דת האיסלאם מאפשרת, מבחינת ציוויי ההלכה, בנייה ופיתוח בקרקע שמתחתיה נמצאים שרידים קברים עתיקים, ובאיזו מידה היא מתירה העברה והעתקה של קברים כאלה למקומות חלופיים כדי לאפשר פיתוח. כן ניתן לומר, כי קיים לפחות זרם מחשבה דומיננטי באיסלאם, החותר לאיזון בין ישן לחדש גם בתחום זה, והמציאות מראה כי גם בישראל כוצעו עבודות בנייה ופיתוח שונות על מתחמי קברים מוסלמיים באיזורים שונים של הארץ, שלא בניגוד לעמדת הקהילה המוסלמית.

246. כמו כן, אינני מתכוונת להידרש לטענות בעלי הדין מבין המשיבים, המייחסים לחב' אלאקסא מניעים פוליטיים בהגשת העתירה, המנותקים, על-פי הנטען, מדאגה אמיתית לקדושת המקום. מניעה של חב' אלאקסא בהגשת העתירה אינם גורם מכריע בסוגיה החוקתית. די, לטעמי, בכך כי עתירתה של חב' אלאקסא מעלה שאלה משפטית-חוקתית אמיתית, בעלת ערך ומשקל, כדי שבית משפט זה ייזקק לה לגופה, בלא התחקות הכרחית בשאלת המניע הטמון ברקע הגשת העתירה. די לצורך ענייננו, בנתונים הרלבנטיים שנפרשו לפנינו כדי להצדיק הכרעה בשאלת איזון הערכים הנדרש, וזאת מתוך הנחה כי חשיפת שרידי קברים מתחת לפני הקרקע במהלך עבודות פיתוח קרקע על-פי תכנית הינו מאורע בעל חשיבות ערכית ורגשית לעדה הנוגעת בדבר, לפרטים הנמנים על העדה, ולציבור הרחב המחוייב בכיבוד אתרי קבורה, גלויים וסמויים כאחד, כחלק מערך כבוד המת.

247. יחד עם זאת, בנתונים המיוחדים של עתירה זו, עוצמת ערך כיבוד המת, המגולם בשרידי הקברים שנחשפו במתחם, נגרעת בשל שורה של טעמים. התוצאה הנובעת מכך היא כי התועלת הכוללת שבמימוש תכנית המוזיאון, בכפוף לאמצעים שיש לנקוט בהם כדי להגן על שלמות הקברים, גוברת על הפגיעה העלולה להיגרם לערך כבוד המת, ולזכות היסוד הצומחת מערך זה.

248. אלה הטעמים:

(1) המדובר במקרה זה בשרידי קברים עתיקים בני כ-400-300 שנה, שנמצאו מתחת לפני הקרקע, כעולה מהעמדה המקצועית שהובעה בידי רשות העתיקות. מדובר באתר שהיה במשך כל השנים סמוי מן העין, קבור מתחת לקרקע, שלא היה ידוע ולא היה מוכר לציבור ולבני העדה, וממילא לא היווה מקור זיקה רגשית לפרט ולכלל. יש אבחנה מתבקשת בעוצמת ערך כבוד המת בין בית קברות גלוי לעין, מוכר וידוע בציבור, ומסווג ככזה במישור התכנוני, לבין מציאות קברים עתיקים בקרקע שעל פניה אינה חושפת את קיומם, ואלה נחשפים רק עם תחילת העבודות, המתבצעות על-פי

תכנון מאושר, שגובש ללא ידיעה מוקדמת בדבר מציאות קברים במתחם. בית קברות במתחם מוכר וידוע מסווג מבחינה תכנונית לייעוד האמור, וממילא כל פעולה בשטח כפופה להיתרים מיוחדים שנועדו לשמור על אופיו של המקום ותכליתו. באשר לשטחים שאינם חושפים על פניהם קיומם של קברים, הקרקע מסווגת לייעודים תכנוניים שונים, ועל-פיהם נערכות תכניות פיתוח, בלא מודעות ובלא התייחסות לקיומם של שרידי קברים מתחת לפני הקרקע. מציאות זו מחייבת איזון ראוי בין ההגנה שיש לתת לכבוד המת, גם בנסיבות בהן מדובר בשרידי קברים החבויים בקרקע, לבין האינטרס הציבורי הנלווה למימוש תכניות בנייה וקידום פיתוח קרקעי על-פי סיווגו התכנוני של השטח. מבחינה זו, יש הבדל מהותי בין הגלוי לנסתר; בין מצב שבו ידוע מלכתחילה היכן מצוי אתר של קברים שאין לפגוע בהם, לבין מצב שבו הקברים נסתרים, והקרקע מיועדת למטרות שונות, וגילוי הקברים מתרחש לאחר השלמת התכנון, ובמהלך ביצוע עבודות למימושו.

(2) יש למתוח אבחנה בין בית קברות גלוי לעין ומוכר, המסווג ככזה מבחינה תכנונית, המשמש מוקד להתייחסותו של הציבור והעדה הנוגעת בדבר, לבין חשיפת קברים עתיקים סמויים מעין במתחם תכנוני, הנחשפים אגב ביצוע עבודות, אשר הציבור אינו יודע על קיומם קודם לכן. אתר כזה אינו מהווה מוקד התייחסות רגשית ודתית לציבור כלשהו עד לגילוי עם תחילת הפעולות למימוש התכנית, ואין לציבור או לפרטים בו זיקה רגשית מיוחדת אליו במהלך דורות רבים. מציאות זו מפחיתה אף היא מהמשקל שניתן לייחס לערך כבוד המת באתר כזה לצורך האיזון החוקתי הנדרש.

בענייננו, התקיימו במתחם המוזיאון שני המאפיינים האמורים. המדובר בשרידי קברים שנמצאו מתחת לפני הקרקע, אשר הימצאותם במקום לא היתה ידועה בציבור כלל. כתוצאה מכך, השטח יועד במשך עשרות שנים למטרות פיתוח שונות, ותכניות בניית המוזיאון קיבלו תוקף סופי בלא ידיעה על הימצאות שרידי קברים מתחת לפני השטח. שנית, אתר זה, בהיותו סמוי מעין, לא היווה מוקד התייחסות כלשהו, לציבור ולעדה. הוא לא שימש מקום בעל קדושה וערך דתי ואנושי כלשהו, והשימושים השונים בו לחניון ציבורי ולכביש, יעידו על האופן שבו התייחס הציבור, והקהילה המוסלמית בכלל זה, למתחם האמור. אין הרי פגיעה במתחם כזה כפגיעה בבית הקברות ממילא הסמוך לו, המסווג ומיועד כבית קברות במישור התכנוני, והציבור רואה בו אתר בעל ערך רגשי-דתי מובהק במשך דורות רבים.

(3) ישראל היא חבל ארץ קטן, עתיק יומין, בעל היסטוריה המתפרשת על אלפי שנים. מטבע הדברים, מצויים בה שטחי ארץ נרחבים, שעשויים להימצא בהם שרידי

עתיקות וקברים עתיקים גלויים, וסמויים כאחד. אתרי עתיקות, ובכללם אתרים בעלי קדושה דתית וכן בתי קברות, זוכים להסדרי שימור מיוחדים במסגרת חיקוקים שונים, ונקבע מנגנון פיקוח שנועד להבטיח את ההגנה על שלמותם ועל כיבודם. אשר לאתרים הסמויים, גילויים תוך כדי פיתוח תכנוני רגיל, מחייב איזונים והתאמות כדי להבטיח, מצד אחד, מיזעור הפגיעה באתרים בעלי ערך רגשי, דתי והיסטורי; מצד שני, נדרשת מגמה להקטין את הפגיעה בתנופת הפיתוח והבנייה, שהיא מסממני הקיום והחיים של החברה המודרנית בישראל.

במתח הקיים בין צרכי החיים בפיתוח, בבנייה, בקידמה, ובהגברת רווחת האדם, לבין כיבוד המתים באתרים היסטוריים סמויים מעין, עשוי לגבור הערך הראשון, בכפוף לחובה להשתמש, בכל מקרה, באמצעים שיפחיתו ככל האפשר את מידת הפגיעה בכבוד המת.

(4) בענייננו, שטח מיתחם המוזיאון הופרד מבית הקברות המוסלמי בממילא כבר בשנות ה-60, וסווג כשטח ציבורי פתוח. בכך, נותק המתחם מבחינה תכנונית מאיזור בית הקברות, ונפתח לפעילות תכנונית שונה ומגוונת. נבנה עליו מגרש חנייה רב-מפלסי לרכב, נסלל בו כביש, ותוכננו לקום בו בניינים רבי קומות. בעיני הציבור כולו, ובעיני העדה המוסלמית, שטח זה לא נחזה מזה עשרות שנים כחלק מבית הקברות, ולאורך כל הליכי התכנון שהתרחשו במתחם לאורך עשרות שנים איש לא כפר במצב דברים זה. לא רק שהמתחם לא זוהה עם איזור בעל קדושה דתית, ולא היווה מוקד שסביבו נוצרה זיקה רגשית כלשהי, אלא הוא היווה מושא לתכנון לתכליות שונות לאורך עשרות שנים, בלא התנגדות מטעמים של קדושת המקום.

(5) תכניות בנין עיר הקשורות במוזיאון התנהלו במשך מספר שנים, ועברו את השלבים השונים בהליכי אישור תכניות. לא הועלו כל התנגדויות לתכנון הקשורות באפשרות כי יימצאו בשטח שרידי קברים. תכנית מתחם המוזיאון הופקדה ביום 16.10.01, והתאשרה ביום 29.8.02. היתר הבנייה להתחלת העבודות ניתן ביום 27.10.04. העתירה של חב' אלאקסא הוגשה לראשונה ביום 2.1.06, לאחר תחילת העבודות באתר. בנסיבות אלה, מדובר בבקשת סעד הלוקה בשיהוי כבד ביותר, שקבלתה שקולה כפגיעה חמורה בוודאות וביציבות של הליכי תכנון ובנייה המתנהלים בתום לב, ועל-פי המיתווה התכנוני המוסדר בחוק.

(6) בהליכי התכנון, ובהיערכות ליישום התכנית, השקיעו בעלות המיזם עד כה משאבים כספיים ותכנוניים בסדר גודל ניכר ביותר. ההשקעה הכספית מגיעה לסכום של כ-15 מליון דולר.

(7) השטח הרלבנטי לענייננו, בו נמצאו שרידי קברים מתחת לפני הקרקע, מהווה כ-12% מסך כל מתחם המוזיאון המתוכנן לבנייה. מדובר בשטח קטן באופן יחסי, בשים לב לשטח הכולל של המיבנה המתוכנן. הפגיעה בכבוד המת במקרה זה מוגבלת בהיקפה. לא צפויה פגיעה פיזית בקברים; אין מדובר בבית קברות פעיל, אלא בשרידי קברים שהיו מכוסים בעפר במשך שנים רבות, בשטח שהיה מיועד למטרות שונות, ובוצעו בו פעולות בנייה וסלילה. מדובר בזהות בלתי מסוימת של קברים ונקברים ובעותרים ובקהילה שלא היתה להם במהלך כל השנים שחלפו כל זיקה לאתר זה ולקברים מסויימים שבו. בנסיבות אלה, היקף הפגיעה מהתכנית מצומצם, ואין "פגיעה ב'גרעין הקשה' של הזכות, כי אם פגיעה במעטפת החיצונית שעוצמתה נמוכה באופן יחסי" (השופט פוגלמן בפרשת חב' החשמל, שם, פסקה 16; ראו גם עת"מ (ת"א) 2298/05 חב' אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"מ תשס"ד (1) 574, 575 (2005)).

(8) לגבי "השטח הסגול" במתחם המוזיאון, בו נמצאו שרידי קברים, הוצעו חלופות שונות במימון מלא של בעלות המיזם, המיועדות להקטין עד למינימום את הפגיעה בשרידים שנמצאו. עיקר החלופות מתמצה בשני אלה: העתקת השרידים לאתר קבורה חלופי, תוך שימוש באמצעים טכנולוגיים מתוחכמים, בפיקוח גורמי דת ובפיקוח מקצועי של רשות העתיקות, בלא שתיגרם כל פגיעה בשרידים; בעלות המיזם התחייבו להשקיע כספים ומשאבים בתכנון, הקמה והחזקה של אתר קבורה חלופי, ולהימנע מכל פגיעה בקברים ובעצמות. לחלופין - הותרת המצב בשטח כפי שהוא, ובנייה של רצפה תלויה מעל פני הקרקע, תוך הותרת חלל אוויר בינה לבין הקרקע. באופציה זו לא כרוכה כל חפירה נוספת בקרקע.

עמדת הגורמים המקצועיים, ובכללם רשות העתיקות, הינה כי שני מסלולי החלופות המוצעים עונים באופן מלא לדרישות השימור המקצועיות המקובלות, וניתן לאשרם. התחייבותן המוחלטת של חברות המיזם להימנע מכל פגיעה בקברים, ולנהוג בהם, בחלופה שתיבחר, בזהירות ובכבוד המירביים, מקטינה במידה משמעותית את הפגיעה בזכות החוקתית הכרוכה בביצוע התכנית במתחם המוזיאון.

מכלול הטעמים שהובאו לעיל, כל אחד בפני עצמו, ועל אחת כמה וכמה בהצטברותם, מקטין באופן ניכר את עוצמת הפגיעה בזכות היסוד לכבוד המת, הכרוכה בכיצוע תכנית המוזיאון, בהינתן הנסיבות מיוחדות המאפיינות את הענין שבפנינו.

האיזון

249. בין התכליות הכרוכות בהקמת המוזיאון והתועלת שבצידן, לבין היקף הפגיעה בזכות לכבוד המת, הכרוכה במימוש התכנית בתחום "השטח הסגול" בו מצויים שרידי הקברים, ובהתחשב בחלופות האפשריות השונות למניעת פגיעה בקברים, מתקיים יחס מידתי סביר, העונה למבחן המידתיות הצרה שבתנאי המידתיות בפיסקת ההגבלה. התועלת רבת ההיבטים הנילוית למימוש תכנית המוזיאון הובהרה לעיל. חשיבותה של התכנית ברמה הרעיונית, הלאומית, הבינלאומית והעירונית, אינה צריכה הדגשה. חשוב לא פחות הוא ערך הוודאות והביטחון בהליכי תכנון שקיבלו תוקף סופי, ובהגנה על נכונות יזמים להשקיע משאבים במיזמים המביאים קידמה לחברה, תוך יצירת בטחון בתקפות הליכי התכנון ובכדאיות השקעותיהם. מנגד - הפגיעה בזכות היסוד לכבוד המת היא במקרה זה נקודתית, משתרעת על שטח קטן ביחס, וניתנת למזעור ניכר על-ידי אמצעים שונים שיגנו על שלמות הקברים וכבוד המתים.

ומעבר לכל - ישראל היא ארץ בעלת היסטוריה עתיקה, שעל אדמתה זרועים, גלויים וסמויים, שרידים של ציביליזציה עתיקה, בת אלפי שנים. באותו חבל ארץ עצמו חיה ופועלת חברה מודרנית הזכאית לפיתוח, קידמה ורווחה. חברה זו מתנהלת במשטר דמוקרטי-חוקתי המגן על ערכי יסוד חוקתיים, ובהם כבוד האדם החי והמת, ועל ערכים חברתיים חשובים, ובהם כיבוד ההיסטוריה והמורשת של העדות בישראל, וכיבוד אתרים בעלי ערך רגשי ומסורתי. תפקידו של המשפט הוא למצוא את האיזון הראוי בין הערכים השלובים הללו - קידום תנופת הפיתוח והבאת הקידמה לחברה, תוך כיבוד ערכי אנוש. לצורך השגת האיזון, מתחייב ויתור יחסי מסוים על שלמותו של כל אחד מהערכים המתנגשים, ובאמצעות איזון זה תושג הקידמה החברתית תוך כיבוד זכויות הפרט, וכיבוד המורשת וערכי העבר.

פגיעה ברגשות כערך נוגד לביצוע התכנית

250. פגיעה ברגשות ציבור בעוצמה הגוברת על "סף הסיבולת" הנדרש בחברה דמוקרטית, עשויה להצדיק במצבים חריגים פגיעה בזכות אדם או פגיעה באינטרס ציבורי חשוב אחר. בענייננו, ממכלול הטעמים שהובאו לעיל בהקשר לניתוח החוקתי, יש לומר כי הפגיעה ברגשות, העשויה להתלוות למימוש תכנית המוזיאון בהינתן הימצאות שרידי הקברים באתר, ובכפוף לנקיטת אמצעים מירביים למיזעור הפגיעה

בהם, אינה חוצה את סף הסיכולת הנדרש לקיום חיים משותפים בחברה דמוקרטית המכבדת זכויות אדם. לפיכך, פגיעה כזו ברגשות אינה מפרה את האיזון החוקתי והסבירות המינהלית המתבקשים, שבין צורכי הקידמה החברתית, לבין החובה לשמר את מורשת העבר, ובכלל זה לכבד אתרי קבורה עתיקים שהיו נסתרים מעין לאורך דורות רבים.

לסיכום הדברים:

251. לאור כל האמור, מימוש תכנית המוזיאון, בכפוף לנקיטת אמצעים לטיפול בשרידי הקברים ב"שטח הסגול" על-פי אחת החלופות המוצעות, עומד במבחן החוקתיות והסבירות המינהלית, וניתן להכשירו.

לפני נעילה

252. ערב מתן פסק דין זה, פנו בעלות המיזם לבית משפט זה בבקשה לסלק את העתירה בבג"צ 52/06 על הסף, מן הטעם שביום 14.8.08 הוציא שר הבטחון צו מכוח תקנה 84(1)(ב) לתקנות ההגנה לשעת חירום, 1945 נגד חב' אלאקסא, בשל היותה "התאחדות בלתי מותרת" והוצא צו תפיסה לכל נכסיה. הצו הוצא על רקע מידע המצביע על קשריה ההדוקים של חב' אלאקסא לארגון החמאס.

253. אינני רואה מקום לדחות את העתירה על הסף בשל צו שר הבטחון, וזאת מהטעמים הבאים:

254. עולה שאלה בדבר הזיקה הקיימת בין הכרזת גוף כ"התאחדות בלתי מותרת" בשל אופי פעילותו, הפוגעת, כנטען, באינטרסים חיוניים של המדינה, לבין כשירותו המשפטית של גוף כזה, או של אנשים המרכיבים אותו, להיזקק לערכאות המשפט של המדינה בהליכים שנועדו לבקש סעד על פגיעה שנגרמה להם, לטענתם, בניגוד לחוק. שאלה היא, האם הוצאת גוף אל מחוץ לחוק פוגעת בכשירותו המשפטית, ושוללת מיניה וביה, את מעמדו לפנות לבית המשפט ולעתור להגנת החוק, וכל זאת בלא זיקה הכרחית לאיסור המוטל על אותו גוף, מכוח הצו, להמשיך ולנהל את פעילותו האסורה, ואף להחזיק ולנהל נכסים בהקשר לכך. אפשר, שנדרשת אבחנה בין סוגי הליכים משפטיים, מטרותיהם, והסעדים המתבקשים בהם לצורך מתן מענה לשאלה זו (השוו בג"צ 6897/95 כהנא נ' תת-ניצב קרויזר, פד"י מט(4) 853 (1995); בג"צ 8529/01 פדרמן נ' מפקד מחוז ירושלים (לא פורסם, 4.11.01)). בנסיבות ענייננו, אין צורך להכריע בשאלה זו, מן הטעם שלא ראיתי מקום לדחיית עתירה זו על הסף מטעמים שונים אחרים, ואלה הם:

ראשית, גם אם עשויה להתקיים עילה למנוע סעד משפטי מהתאגדות שהוצאה אל מחוץ לחוק, יש להבחין בין מצב שבו ההליך השיפוטי ננקט על-ידי התאגדות מאוגדת כדין זמן רב לפני שהוצא נגדה הצו, כפי שהתקיים בענייננו, לבין מצב בו הצו הוצא בטרם פנתה ההתאגדות לבית המשפט. ההליך שבפנינו נוהל כולו, מתחילתו ועד סופו, למעט שלב מתן פסק הדין, בטרם הוכרזה העותרת התאגדות בלתי מותרת. נסיבות אלה מחייבות ומצדיקות בירור המשפט לגופו, ומתן הכרעה לגופה.

שנית, וזה העיקר, הליך זה מעלה שאלה עקרונית כללית, בעלת אופי חוקתי, שיש לה השלכה ציבורית מעבר לעניינם הפרטני של הצדדים הישירים להליך. הסוגיה העולה מצריכה מציאת איזון חוקתי בין חשיבות מימושה של תכנית המוזיאון, לבין חובת כיבוד שרידי הקברים שנמצאו במתחם, והגנה על כבוד המת. לסוגיה זו השלכה עקרונית כללית על הציבור כולו, והיא אינה מוגבלת לנסיבות מקרה זה בלבד. היא משקפת התנגשות בין חשיבות הפיתוח, הבנייה והקידמה, לבין החובה לכבד את מורשת העבר; היא מבטאת את המתח הקיים בחיי אנוש, בין עולם החיים לעולם המתים; בין מסורת העבר, לבין התרבות והיצירה של ההווה והעתיד. היא משקפת את הצורך באיזון בין ערכים אלה באמצעות חוליית חיבור בין העולמות השונים שבחיי אדם - העבר, ההווה והעתיד.

מהות הסוגיה המשפטית-עקרונית העולה מחייבת הכרעה שיפוטית לגופן של השאלות העולות בהליך, ואין למניע זה או אחר, שאפשר שעמד ברקע הגשת העתירה, ולהכרזתה של חב' אלאקסא כהתאגדות בלתי חוקית אך לאחרונה, כדי ליתר את הצורך בהכרעה כאמור.

לאור זאת, הבקשה לסילוק על הסף של עתירת חב' אלאקסא נדחית.

255. לפני סיום, אבקש להוסיף את ההערה הבאה:

מהלך הדיונים במשפט, וכן בטיעונים וחוות דעת בכתב שהוגשו במהלכם, עלתה, בין היתר, הטענה כי מימוש תכנית המוזיאון עלול לכרוך עמו סערת רגשות, הקצנה של רגשות איבה עדתית, ואף מעשי אלימות מצד פלגים שונים בחברה הישראלית, המתנגדים למימוש התכנית במתחם בו מצויים שרידי קברים עתיקים.

טענות אלה לא נעלמו מעינינו.

חשוב להדגיש בהקשר זה באופן שאינו משתמע לשתי פנים, כי ככל שמדובר בחששות למעשי אלימות הנוגדים את החוק, עקב ההחלטה המאפשרת את בניית המוזיאון בכפוף לתנאים מסויימים, אין לשיקול זה מקום במסגרת הפעלת שיקול הדעת השיפוטי-חוקתי. בעוד שהיבט הפגיעה ברגשות, הנילוה לביצוע התכנית, מהווה, כשהוא לעצמו, יסוד לגיטימי שיש להתחשב בו, הרי האיום למעשי אלימות ולהתנהגות מחוץ לגדרי החוק אינו גורם שניתן להתחשב בו לצורך ההכרעה השיפוטית. כבר נאמר לא אחת, כי אל לשיקול הדעת השיפוטי להיות מושפע מאלימות הרחוב, או מאיום להתנהגות בלתי חוקית אחרת, כמרכיב באיזון הפנימי בין השיקולים הרלבנטיים לצורך הכרעה. ההכרעה השיפוטית נשענת על איזון ראוי בין משקלם הפנימי של השיקולים הצריכים לענין, ואיום להתנהגות פורעת חוק אינו בגדר שיקול רלבנטי אלא חיצוני לענין, ואין להתחשב בו (הנשיא ברק בפרשת חורב, שם, בעמ' 8-77). הסובלנות וההתחשבות ברגשות הזולת כגורם בשיקול הדעת השיפוטי אין פירושו כניעה ללחץ חיצוני של הפגנות בלתי חוקיות, או מעשי אלימות מצד חוגים קיצוניים, המבקשים לכפות את רצונם על רשויות המדינה (בג"צ 512/81 המכון לארכיאולוגיה של האוניברסיטה העברית, ירושלים נ' ב שר החינוך והתרבות, פד"י לה(4) 533, 543-4 (1981); ענין משי זהב, שם; בג"צ 155/60 אלעזר נ' ראש העיר בת-ים, פד"י יד 1511, 1512 (1960); בג"צ 230/73 ש.צ.מ. בע"מ נ' ראש עיריית ירושלים, פד"י כח(2) 113, 119 (1974); בג"צ 531/77 ברוך נ' המפקח על התעבורה במחוזות תל-אביב, פד"י לב(2) 160, 165 (1978); ת"פ (י-ם) 3471/87 מדינת ישראל נ' קפלן, פ"מ תשמ"ח (2) 26 (1987)). הטענות בדבר חשש למעשי אלימות ולהפרות סדר עקב מימוש תכנית המוזיאון אינן נכללות, אפוא, בגדר השיקולים הרלבנטיים לצורך הכרעה בהליך זה, וחזקה על הציבור בישראל, על כל פלגיו וזרמיו, כי יכבד את הכרעת בית המשפט ויתנהג על-פיה, הכל במסגרת החוק.

סוף דבר

256. מהטעמים שהובאו לעיל, אציע לחברי להורות כדלקמן:

העתירה בבג"צ 52/06

257. העתירה, ככל שהיא נוגעת לביטולה של תכנית המוזיאון וביטולם של היתרי הבנייה שניתנו לבניית המוזיאון - נדחתה. עם זאת, ניתן בזה צו מוחלט ככל שהוא מתייחס ל"שטח הסגול" במתחם המוזיאון, כמוגדר במפה שצורפה לטיעוני רשות העתיקות מיום 2.1.07, כדלקמן:

תנאי למימוש תכנית המוזיאון הוא התחייבותן של בעלות המיזם (משיבות 1 ו-2) לנקוט בצעדים הבאים ביחס ל"שטח הסגול" במתחם התכנית:

בעלות המיזם נדרשות להימנע מפגיעה בשרידי הקברים ובעצמות אדם המצויים ב"שטח הסגול" במסגרת אחד משני המסלולים החלופיים הבאים:

האחד - העתקת הקברים ושרידי עצמות לאתר בית קברות חלופי באחת השיטות המוצעות על ידן בטיעונן בכתב מיום 3.12.06;

1א -

השני - בניית "רצפה צפה" מעל "השטח הסגול", המותירה חלל אוויר בין רצפת המבנה לבין פני הקרקע, בלא ביצוע פעולות חפירה נוספות, הכל כמפורט בתשובת בעלות המיזם לצו על תנאי מיום 1.2.07.

הבחירה במסלול ובשיטה הראויים לטיפול בשרידי הקברים, הפעלת השיטה שתיבחר הלכה למעשה, וביצוע הבנייה ב"שטח הסגול" של מתחם המוזיאון, ייעשו כולם בתיאום ובפיקוח רשות העתיקות, וכן הרשות המוסמכת לענייני תכנון ובניה הקשורים בבתי קברות במשרד לשירותי דת.

יש להניח, כי הרשות המוסמכת במשרד לשירותי דת תיוועץ, קודם לגיבוש עמדתה בנושא הנדון, עם מנהיגות הקהילה המוסלמית בישראל.

המסלול הראוי לטיפול בשרידי הקברים ייבחר בהתאם לקו המנחה של מיזעור הפגיעה בקברים.

כל העלויות הכרוכות בטיפול בשרידי הקברים על-פי השיטה שתיבחר יחולו על בעלות המיזם.

ההכרעה הסופית לגבי החלופה הראויה לטיפול בשרידי הקברים ב"שטח הסגול" תיעשה לא יאוחר מחלוף 60 יום מהיום, ומיד לאחר קבלתה ניתן יהיה לפעול על-פיה בשטח זה, ולבצע את העבודות בכפוף לכך.

ביתר שטחי מתחם המוזיאון ניתן להתחיל בעבודות לאלתר.

העתירה בבג"צ 1331/06

258. העתירה נדחת.

העתירה בבג"צ 1671/06

259. העתירה של בעלות המיזם בהליך זה מתקבלת, וניתן בזה צו מוחלט המורה כי נושא הבנייה של מוזיאון הסובלנות מצוי מחוץ לתחומי סמכותו השיפוטית של בית הדין השרעי. אי לכך, הצווים שהוצאו בידי בית הדין השרעי ביום 2.2.06 וביום 8.2.06 בתיק 254/06 בטלים מעיקרא. נאסר בזה על בית הדין השרעי להמשיך ולדון בתיק 254/06 ובתיק 723/06, או בכל הליך אחר הנדון בפניו, או שיוגש בפניו, והקשור לתכנית הבנייה של מוזיאון הסובלנות, משנושא זה מצוי מחוץ לגדרי סמכותו.

260. צווי הביניים שהוצאו בהליכים אלה מבוטלים בזה.

בנסיבות הענין, אציע להימנע ממתן צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

השופטת ע' ארבל:

אני מצטרפת בהסכמה לפסק דינה המקיף של חברתי השופטת פרוקצ'יה, כמו- גם למכלול נימוקיה ואבקש להוסיף דברים קצרים בשתי נקודות שעלו לפנינו במהלך הדיון וההכרעה.

1. מוזיאון הסובלנות, שנבחר להיבנות במרכז העיר ירושלים, נועד להעביר בשורת סובלנות שיהא בה לחזק את כבוד האדם, לקיים אמון הדדי ואחוה בין העמים ובין בני האדם, ללא הבדלי דת, גזע, מין או לאום. מקומו של המוזיאון בלב ירושלים שהינה מוקד עליה לרגל ומרכז דתי ורוחני, יש בו לחזק את בשורת האחוה והסובלנות לעמי העולם.

אפתח ואומר כי לטעמי, אין ראוי ממקרה זה למציאת פתרון מוסכם על-ידי הצדדים, אשר היה מונע הכרעה בשאלות מורכבות הנוגעות בנקודות רגישות ביותר בתפר שבין עמים ודתות המבקשים לחיות אלו לצד אלו בהבנה ובסבלנות.

2. ביום 3.1.07 הוצא על ידנו צו על תנאי בעתירה העיקרית, בשטח שכונה "השטח הסגול" שבמתחם המוזיאון. "השטח הסגול" משתרע על 12% מהשטח הכולל של המתחם המיועד לבנייה ובו מצויים מרבית שרידי הקברים מתחת לפני הקרקע. על פי הצו נדרשו המשיבים ליתן טעם מדוע לא תשונה תכנית הבנייה של מתחם המוזיאון כך שהבנייה לא תשתרע על "השטח הסגול". בתום המועד למתן תשובה הודיעו בעלות המיזם בתשובתן כי לא תוכלנה לוותר על מימוש התכנית המקורית לבנות את חלקו של המוזיאון בתחומי השטח הסגול. לטענתן, הטלת איסור מוחלט על בניה בשטח זה תחייב אותן לזנוח כליל את תכנית הבניה של המוזיאון במקום הנוכחי, וזו עשויה אף להביא לזניחת התכנית כולה. נותרנו אפוא בפני הכרעה בשאלות כבדות משקל שבמוקדן אינטרס ציבורי כללי של פיתוח ובנייה של פרויקט בעל חשיבות הנמצא בשלבים מתקדמים של הליכי תכנון ובניה ועל ספו של ביצוע, ומולו ההגנה על ערך כבוד המת וכבודם של אתרי קבורה עתיקי יומין שהיו נסתרים לעין ועניינם לא הועלה בפני הגורמים הרלבנטיים לאורך שנים. עמדה בפנינו השאלה האם קידומו של פרויקט המוזיאון שהיה כאמור על ספו של שלב הביצוע, חרף הימצאות שרידי קברים "בשטח הסגול", מתיישב עם שלטון החוק או עלול לפגוע בו.

3. עמדה לפנינו הכרעה קשה. נדרשנו למערכת איזונים שפורטה בהרחבה על ידי חברתי. נדרשנו להעמיד את הערכים השונים על כפות המאזניים ולאחר שקילה של כל אחד מהם ליתן לו את המשקל הראוי ולבחור מביניהם את אלה אשר ידם על העליונה (וראו גם: ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992). להלן: עניין קסטנבאום).

4. כפי שצינתי בהזדמנות קודמת, מלאכת האיזון בין האינטרסים השונים אינה קלה, לא כל שכן כאשר מדובר באינטרסים הנוגעים בנימי הנפש והרגש (ראו בג"ץ 4638/07 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת חשמל לישראל (לא פורסם, 29.10.07). להלן: עניין חברת אלאקסא). השאלות הכרוכות בערך החוקתי של ההגנה על כבוד המת, והאם הפגיעה בערך זה חייבת לעמוד בפסקת ההגבלה הן שאלות קשות ורגישות מההיבט המשפטי, כמו-גם מההיבט הציבורי והאינטרס של הפרט. מתמודדים זה מול זה עולם המתים ועולם העבר מול עולם החיים ועולם העתיד. בית המשפט מחויב במקרים מעין אלה לזהירות ולרגישות מירבית. בה בעת אין הוא רשאי להתעלם מהצורך בביצוע פעולות שמטרתן פיתוח הארץ וקידום רווחת תושביה, ובמקרה שבפנינו – קידום יזמות שיש להם חשיבות במישור הבינלאומי. את דעתי באשר לכבוד המת כחלק מזכותו של האדם לכבוד הבעתי בעניין חברת אלאקסא:

"הרגישות האמורה (לכבוד המת – ע.א.) מחייבת ומצדיקה גם יחס הולם ומכבד לבית הקברות כמקום מנוחה אחרון, "כי עפר אתה ואל עפר תשוב" (בראשית ג', י"ט). בית העלמין הוא תחנתו האחרונה של הגוף, יד וזיכרון לטמונים בו, ועל כן הדגישה הפסיקה את היחס הרציני, השקול, הזהיר, שיש לנהוג בכל הנוגע לבתי קברות, שכן הדבר מתחייב "מתוך כבוד המת, כבוד החי וכבוד המקום" (עניין קסטנבאום, עמ' 500 ו-516; בג"ץ 6685/05 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בע"מ נ' חברת י.ג. ארכיאולוגיה חוזית בע"מ (לא פורסם, 18.1.07)). הטיפול בבתי קברות יש בו כדי ללמד על החברה, על יחסה לעברה ועל הכבוד שהיא רוחשת לפרטים שבתוכה" (עניין אלאקסא, פסקה 1 לחוות דעתי).

עם זאת הוספתי:

2. מאות ואלפי שנים של היסטוריה מרובדים באדמת ארץ ישראל. במקום בו יושבים בני אדם מאות ואלפים בשנים, יימצאו גם אתרי קבורה. בה בעת, גלגלי הזמן נעים, אוכלוסיית הארץ גדלה וצרכיה מגוונים ומושפעים מנתוני ההווה. פיתוח הארץ, בניינה והנחת תשתיות הם אינטרסים לאומיים שיש להם השפעה על חיי אזרחי המדינה ועל איכות חייהם. לאלה יש להוסיף אינטרסים קנייניים שעשויים להתעורר ביחס לאותה חלקת קרקע שעליה או בבטנה התגלו קברים. האינטרס הציבורי שבפיתוח הארץ, ואינטרסים קנייניים שונים כאמור, עשויים להימצא בהתנגשות עם העיקרון של כיבוד המת וכיבוד רגשות הציבור במקרים דוגמת זה שבפנינו. אינטרס נוסף שיכול להתעורר במקרים מסוימים בהקשר זה עניינו אינטרס של שימור ומחקר ארכיאולוגי.

3. "ברי בעיני כי כאשר "מתנגשת" תכנית פיתוח כזו או אחרת עם מיקומו של בית קברות ידוע ומוכר, אזי יש לעשות את הנדרש על מנת למנוע פגיעה בבית הקברות ולו במחיר עלויות נוספות והתאמות תכנוניות כאלה ואחרות. במצבים אלה לא ניתן להתעלם מקיומו של בית הקברות. בית קברות אינו חפץ שניתן להעתיקו מכאן לשם ומנוחת העולמים כשמה כן היא. יחד עם זאת, מכך אין לבוא למסקנה בדבר קיומו של "מחסום" בפני כל תכנית פיתוח בקרבתו וסביבותיו של בית קברות, אלא שכאשר מדובר בבית עלמין או אתר קבורה מוכר וידוע, היזמים יודעים על כך ונערכים לכך, ומצופה כי מי שאמונים על תחום הפיתוח והתשתיות יביאו נתון זה בין שיקוליהם מראש וימצאו לו מענה הולם המתחשב ברגישות הטבועה בעניין, וככל הניתן תוך הידברות עם נפגעים פוטנציאליים." (עניין חברת אלאקסא, פסקאות 2-3 לחוות דעתי).

5. בסיומה של מלאכת האיזון, בראיה כוללת נוטה הכף לאינטרס הבנייה של מוזיאון הסובלנות במרכז ירושלים אל מול הערכים הנוגדים. הגענו למסקנה שהפגיעה בזכות היסוד של כבוד המת, כשלצידה ערכים של שמירה על מקומות קבורה שלהם קדושה דתית, עומדת בנסיבות העניין באמות המידה הנדרשות לחוקתיות הפגיעה וכי בניית מוזיאון הסובלנות במתחם שנועד לכך על פי תכניות בנין עיר עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. הקמת המוזיאון מגשימה תכלית ראויה ושקולה כנגד פגיעה בכבוד האדם וכבוד מתיו, קדושת שרידי הקברים ורגישות דתית.

6. חרף האמור, כפי שכבר ציינתי, אין ראוי ממקרה זה להסדר של פשרה, הסכמה והבנה. קשה להשתחרר מהתחושה, כי המשיבים, המייצגים את מוזיאון הסובלנות, ובמיוחד את מי שמבקש להביא להקמת מבנה ציבורי האמור לשקף תכנים חברתיים חשובים שיש בהם לתרום לציבור במישור הלאומי והבינלאומי הקשיחו עמדתם יתר על המידה ולא שקלו בלב פתוח ובנפש חפצה את האפשרות לשנות, ולו במעט, כעשירית התכנית, שהרי עיקר הקושי מתייחס לשטח של 12% מהשטח הכולל המיועד לבניה. עיינתי שוב ושוב בעמדתם ובחוות הדעת התומכת בתפישה הרואה בתכנון האדריכלי יצירת אומנות כמעשה שלם. לפי עמדתם, "השטח הסגול" הוא לב ליבו של המוזיאון, תכנונו אינו ניתן לשינוי או הפרדה והוצאתו מכלל התכנית תפגע בהרמוניה האמנותית שתוכננה. כפי שהבהירו, ביצוע התכנית כרוך במתן ביטוי אומנותי ורעיוני באמצעות תכנון המבנה על-ידי האדריכל פרנק גרי, הולם את ערכי המדינה ונועד לתכלית ראויה וחוברה. קיבלנו, הגם שמבחינתי לא בלב קל, כי הוצאת "השטח הסגול" מתחום התכנית יפגע בחופש הביטוי האומנותי ויסב נזק רב ופגיעה רבה בבעלי זכויות הקניין במתחם, וכי המשמעות היא פגיעה בסיכוי להקים מרכז כזה בירושלים. עם זאת ראיתי לנכון להבהיר שקשה להשתחרר מהתחושה שהמשיבים המייצגים את "מוזיאון הסובלנות", ובמיוחד בעלות המיזם שפנו לאדריכל הנודע, וביקשו בהקמת המוזיאון לקדם את הרעיונות של כבוד האדם, חינוך לאמון הדדי ואחוה בחברה, כיבוד ערכי הדמוקרטיה ובעיקר את ערך הסובלנות, לא עשו די כדי להגיע להבנה ולהסכמה שיהיה בהן לתת ביטוי ולקדם את ההיבט הערכי שעומד במוקד הקמתו של מוזיאון הסובלנות (לעניין היחס בין משפט לאמנות, על תכליותיהם השונות ראו: מישאל חשין "הרהורים על אמנות ומשפט" משפט 1901, 1, 2 (2007)).

קשה שלא לתמוה כיצד נושאי דגל הסובלנות לא השכילו ליתן משקל הולם לערך הסובלנות בין עמים ובין אדם לאדם בצד שיקולים ואינטרסים אחרים, גם אם חשובים הם. המקרה דנן הוא מבחנה של הסובלנות. סובלנות בבחינת מימוש חלקם של

המאווים, ויתור הדדי והקשבה לזולת. התחשבות בזולת, ברגשותיו, בפגיעתו. סובלנות כזו המבטיחה שמירה על כבוד האדם ומחזקת קיומה של חברה דמוקרטית. יש להצר על שמקומם של אלה נפקד במבחן המעשה. יפים כאן דברי השופט ברק (כתוארו אז) בעניין קסטנבאום:

"המשטר הדמוקרטי מבוסס על סובלנות. זו הסובלנות למעשי הזולת ולדעותיו. זו הסובלנות גם כלפי חוסר הסובלנות. בחברה פלוראליסטית כשלנו הסובלנות הוא הכוח המאחד אותנו והמאפשר לנו חיים משותפים". (בג"ץ 399/85 כהנ"א ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פד מא(3) 255, 277 (1987)).

ועוד הוא מוסיף:

"הסובלנות מהווה מטרה ואמצעי גם יחד. היא מהווה מטרה חברתית בפני עצמה, אשר להגשמתה צריכה כל חברה דמוקרטית לשאוף. היא משמשת אמצעי ומכשיר לאיזון וליישוב בין מטרות חברתיות אחרות, מקום שאלה מתנגשות זו בזו" (עניין קסטנבאום, בעמ' 521).

סיכומה של נקודה זו, לטעמי ראוי היה לגלות יתר פתיחות ונכונות למציאת פיתרון מוסכם בעניין זה מאותם טעמים העומדים ביסוד הקמתו של המוזיאון.

8. הערתי השניה עניינה בשיהוי שדבק בהגשת העתירה. הסכמתי כי לא היה מקום לדחות את העתירה על הסף חרף השיהוי הכבד אצל העותרות, אשר נמנעו מלנקוט כל צעד בפני הגורמים המוסמכים מאז שינוי ייעוד המתחם לשטח ציבורי פתוח עוד בשנות ה-60 של המאה הקודמת ועובר לביצוע סלילת הכביש העובר במתחם, הקמת חניון הרכב וקיום הליכי התכנון להקמת המוזיאון. כל אלה ארכו עשרות שנים, מבלי שהועלו כלל התנגדויות על רקע טענה שמדובר באזור בית קברות. אני מסכימה כי היה ראוי ונכון בהתחשב ברגישות הנושא ובחשיבותו לבחנו לגופו, לבחון את תוקפה של תכנית המוזיאון "במשקפיים" חוקתיים כפי שעשתה חברתי, לאור הסוגיות המורכבות והנוקבות שהעלתה העתירה. עם זאת, בסופו של יום, באופן בלתי-נמנע הזמן הרב שחלף עד להגשת העתירה והליכי התכנון שהלכו ונשלמו במרוצת השנים הרבות שחלפו, מאירים על ההכרעה באופן שבפועל יש להם משקל במאזן השיקולים והאיזון בין האינטרסים המתמודדים. זאת, הגם שכפי שהודגש השיהוי בהגשת העתירה לא הוא שעמד במוקד ההכרעה מפאת חשיבות האינטרסים המעורבים. נושא זה הקרין על העוצמה והמשקל שניתנו לפגיעה הנטענת במימוש תכנית המוזיאון עקב גילויים המאוחר של שרידי קברים שכאמור היו סמויים מהעין ואיש לא פצה פה על כך.

9. אכן, נושא השיהוי בסופו של דבר משליך גם על גופם של דברים. הליכי התכנון במקרה דנן נמשכו עשרות שנים. הליכי התכנון, כפי שפורטו בהרחבה על-ידי חברתי, מצביעים על כך שזה קרוב לחמישים שנים המתחם אינו מהווה חלק מבית הקברות והוא נוצל למטרות שונות לצרכי ציבור, סווג כשטח ציבורי פתוח, ותוכנו בו חניון ציבורי תת-קרקעי, בניינים מעל החניון ולבסוף תוכנן בשטח זה גם מוזיאון הסובלנות. נשאלת השאלה, עליה לא ניתן לנו מענה של ממש, מדוע נמנעו העותרים כל אותן שנים מלנקוט בהליכים המתאימים בפני מוסדות התכנון? מי מנע מהם לקום ולזעוק את הפגיעה בכבוד המתים, את העלבון לקדושת המקום? כפי שמציינת חברתי, גם אם שרידי קברים ועצמות אדם במתחם התגלו מספר חודשים בלבד עובר להגשת העתירה, אין בכך כדי להסביר את אי-התייצבותם של העותרים בפני מוסדות התכנון, שהרי עמדתם היא כי המתחם כולו מקודש והינו חלק אינטגרלי של בית הקברות המוסלמי. משזו טענת העותרים אין זה מובן כיצד נמנעו הם מלהתייצב בפני המוסדות המוסמכים ולזעוק זעקתם בשלבים בהם נדונו התכניות וניתנה האפשרות להתנגד להן. נדמה שלא יכול להיות ספק שלו הועלו הטענות בשלב משלבי הליכי התכנון, בפני מוסדות התכנון המוסמכים, היו הדברים נופלים על אוזן קשבת ולב פתוח, ויתכן שבשלב מקדמי ניתן היה לערוך שינויים כלשהם בתכנית שהיו מקובלים גם על העותרים. ברם, בשלב בו מתייצבים הם בפנינו ומבקשים סעד, לאחר שנים על שנים בהן לא הועלתה כל טענה ביחס לקדושת המתחם חרף השימושים השונים שנעשו בו וההליכים השונים שהתקיימו לגביו, וכאשר הבחינה השיפוטית של ערכאה זו מתמקדת בבחינת שיקול הדעת המינהלי שהופעל בקבלת ההחלטה הנתקפת, ברי כי מרחב ההתערבות צר יותר.

10. לסיום אבקש להעיר כי שבתי ועיינתי בטיעוניהם של הארגונים השונים, ובחוות הדעת של פרופ' שמיר. נתתי דעתי לחששות שהעלו באשר להשפעות השליליות שעלולות להתלוות לבניית המוזיאון במיקום המתוכנן על רקע מרקם היחסים העדין בין הציבור היהודי והמוסלמי בירושלים ובישראל כולה - החשש מפגיעה במערכת יחסים זו נוכח ביצוע הפרויקט והחשש כי הקמת המוזיאון כמוה "כהבערת חבית אבק שרפה בקרב הציבור המוסלמי בישראל". גם אם טיעוניהם באשר לרגישות הטבועה בנושא מעוררים אהדה אני מסכימה עם דברי חברתי השופטת פרוקצ'יה בהקשר זה. בית המשפט אינו מתעלם משיקולים של פגיעה בסדר הציבורי ובשלום הציבור, ואולם ההכרעה השיפוטית נעשית על בסיס ענייני ולא האיום במעשי בריונות או אלימות יתווה אותה (בג"ץ 5277/07 מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים (לא פורסם, 20.6.07); בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 449, 455 - 456 (1984)). התנהגות מחוץ לגדרי החוק אינה יכולה בשום

אופן להשפיע על שיקול הדעת השיפוטי ועל שקילת שיקולים ענייניים ורלבנטיים בלבד. לחץ חיצוני, איום באלימות והתנהגות פורעת חוק, ככלל בית המשפט לא יתחשב בהם בהיותם שיקולים חיצוניים לזירת המשפט ומעבר לגבולות פסק הדין.

”ושוב, כמו תמיד בארץ-ישראל, האבנים רותחות,
האדמה איננה מכסה.
...
ושוב, כמו תמיד בארץ-ישראל,
שער-הרחמים נעול עדין
ואבני קברים בצל חומה.
...
ושוב, כמו תמיד בארץ-ישראל,
האבנים זוכרות.
האדמה איננה מכסה.
הדין נוקב את ההרים”

(”חשבון עובר”, חיים גורי).

כאמור, אני מצטרפת לפסק דינה של חברתי.

ש ו פ ט ת

השופט ד' חשין:

1. אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה של חברתי, השופטת פרוקצ'יה, על כל חלקיו. מסכים אני הן לתוצאה שאליה הגיעה חברתי, בכל אחת ואחת מהעתירות, והן להנמקתה, על כל פרטיה העובדתיים וטעמיה המשפטיים. עם זאת, ראיתי להוסיף דברים אחדים באשר לטיעוני העותרת הנסמכים על עקרון השוויון.

2. ליבת טיעונה של העותרת בהקשר זה היא, כי כשם שבתי קברות של יהודים בארץ ובעולם זוכים להגנה מירבית מפני חילולם, כך יש להגן גם על בתי קברות מוסלמים ולמנוע את ביזויים, ואין להפלות בין קבר לקבר.

3. כפי שציינה חברתי בפסק דינה, המשיבות בטיעוניהן חלקו על טענת האיפה ואיפה, שהעלתה העותרת, בהציגן נתונים המראים כי קיימים מקרים לא מעטים בארץ ובעולם בהם נבנו מבנים ונסללו כבישים מעל בתי קברות יהודיים, תוך נקיטת אמצעים

מיוחדים למנוע פגיעה בקברים. אוסיף ואציין, כבר כאן, כי הדבר נעשה, בדרך כלל, בהסכמה של פוסקי הלכה.

4. להלן אדרש לחלק מהמקרים שהוצגו על-ידי המשיבות, כמו גם למקרים נוספים, שגם בהם נמצאו לרוב פתרונות הלכתיים מוסכמים, שהתאפשרו במסגרת פשרה בין הגורמים המעורבים. אך לפני כן, אקדים לכך דברים קצרים ותמציתיים על גישת ההלכה היהודית בסוגיה הקשה והמורכבת שלפנינו.

5. ההלכה הבסיסית אוסרת על פינוי המת מקברו, בבחינת "כבודו במקומו מונח", פשוטו כמשמעו: אין לפנות את המת ואין לטלטל את עצמותיו מקבר לקבר, למעט במקרים ספורים ממש שההלכה מתירה זאת. הנה כך סוכמה ההלכה בעניין זה בשולחן ערוך (שחובר על-ידי רבי יוסף קארו במחצית הראשונה של המאה ה-16):

"א. אין מפנין המת והעצמות, לא מקבר מכובד לקבר מכובד, ולא מקבר בזוי לקבר בזוי, ולא מבזוי למכובד, ואצ"ל ממכובד לבזוי. ובתוך שלו [לפנותו לקברי אבותיו], אפילו ממכובד לבזוי, מותר, שערב לאדם שיהא נח אצל אבותיו. וכן כדי לקוברו בארץ ישראל, מותר. ואם נתנהו שם על מנת לפנותו [קבורה לפי שעה], מותר בכל ענין. ואם אינו משתמר בזה הקבר, שיש לחוש שמא יוציאוהו עובדי כוכבים, או שיכנסו בו מים, או שהוא קבר הנמצא, מצוה לפנותו".

הדברים סוכמו באופן כמעט דומה, בצירוף מראי מקומות וביאורים, בערוך השולחן, יורה דעה, סימן שסג (מקור הלכתי זה חובר על-ידי הרב יחיאל מיכל הלוי עפשטיין בסוף המאה ה-19).

הצד השווה לכל החריגים הללו הוא, שהפינוי בהם הוא מטעמים של טובת הנפטר, ולכן פינויו מקברו מותר.

6. לצד האיסור האמור של פינוי המת והעצמות ממקומם, קיים גם "איסור הנאה של קבר והאבן והבנין", כלשון השולחן ערוך. לפיו, מבנה הקבר והאבן ששימשה לבנייתו אסורים בהנאה (שו"ע, יו"ד, שסח, א). ערוך השולחן מבאר, כי הטעם לאיסור ההנאה מבתי קברות הוא "מפני כבוד המתים, שלא ינהגו בהם קלות ראש" (שם, יו"ד, שסד, א).

בהקשר דברים זה, אציין כי עקרון "כבוד המת" נקבע כבר בתלמוד עצמו (מגילה כט, ע"א). כמו כן, בעולמה של היהדות, כבוד המת כלול ב"כבוד האדם", הנקרא בפי חז"ל "כבוד הבריות", כהבהרת פרופ' נ' רקובר, בספרו גדול כבוד הבריות - כבוד האדם כערך-על (תשנ"ט): "הלשון השגורה במקורותינו אינה 'כבוד האדם' אלא 'כבוד הבריות'" (שם, עמ' 18).

7. בנוסף להיתרי הפינני שצויינו לעיל ("לטובת הנפטר"), קיימת הלכה נוספת, שהופרדה בשולחן ערוך להלכה בפני עצמה ותחת סימן אחר (שסד, ה), שעניינה "קבר המזיק את הרבים":

"קבר המזיק את הרבים, כגון שהוא סמוך לדרך, אפילו נקבר שם מדעת בעל השדה, מותר לפנותו, ומקומו טהור, ואסור בהנאה אם קדם הקבר; אבל אם קדם הדרך, מקומו מותר בהנאה".

8. במאמרו "פינני קברים לצרכי ציבור" תחומין יח 254 (תשנ"ח), מציין הרב ישראל רוזן, כי מקורה של הלכה זו במסכת סנהדרין. הרב רוזן, העומד בראש מכון צומת לענייני הלכה וטכנולוגיה, מפנה במאמרו למחלוקת הגרסאות שנתגלעה בין חכמי ההלכה ביחס לנוסח המדויק של המקורות התלמודיים (הבבלי והירושלמי) של הלכה זו, ובכללם דברי הראב"ד (רבי אברהם בן דוד, שחי במאה ה-12). בהשגותיו על הרמב"ם (הלכות טומאת מת ח, ה-ו) כתב הראב"ד:

"והנוסחה המדוייקת: קבר הנמצא מותר לפנותו ומקומו אסור בהנאה [וטמא], והידוע אסור לפנותו ומקומו טמא ואסור בהנאה, והמזיק את הרבים מפנין אותו ומקומו טהור ומותר בהנאה" (מובא בעמ' 256 למאמר; ההדגשה הוספה במאמר).

אינני רואה צורך להיכנס לשאלה איזו גירסה, שביסוד הלכת קבר המזיק את הרבים, היא הגירסה המדוייקת ביותר. לעייננו, די בכך שאומר, כי הלכה זו איפשרה לפוסקי הלכה מהשורה הראשונה להתיר פינניים של בתי קברות יהודיים לצרכי ציבור, כמפורט וכמבואר במאמרו של הרב רוזן. כדי שלא להאריך, אפנה את הקורא למאמר עצמו ואסתפק בציטוט שתי מובאות בלבד מתוכו.

9. בפתח מאמרו מציג הרב רוזן את השאלה, האם מותר לפנות קברים בכבוד ובדרך הראויה, למען תשתיות ציבוריות, והוא משיב:

"וויאמר מיד: דומה כי פשוט וברור כי אין כל מקום להיתר, ואפי' לא לדין בעלמא, אם האינטרס הוא פרטי-כלכלי. ... הסוגיה הנידונית כאן עומדת בסימן 'צרכי הציבור', דהיינו דרכים ומבני ציבור בלבד [ההדגשה במקור].

ועוד זאת נצמצם שאלתנו לא, חלילה, לתכנון מכוון 'לעלות על קברים' לחרשם ולסלול על גביהם דרכים. הדיון אמור אך ורק כאשר לאחר שהחלה פעילות חפירה בקרקע התברר כי מדובר באתר קבורה, ועלות 'הזת הכביש' או הבינוי יקרה ביותר ולעתים בלתי סבירה מבחינה הנדסית" (שם, עמ' 255).

כמבואר בפסק דינה של חברתי, השופטת פרוקצ'יה, אף במקרה דנן, העובדה כי מדובר בשטח המשמש כבית קברות נתגלתה רק לאחר שהחלה החפירה בקרקע, ועלות הזזת הבניין, שישמש את הציבור, לא רק שהיא יקרה ביותר אלא אף אינה אפשרית מבחינה אדריכלית, ככל שמדובר ב"שטח הסגול", שלטענת היזמים, הינו ה"ליבה" של תכנית המיבנה כולו.

10. הרב רוזן מסכם במאמרו את מסקנותיו בשאלה, מתי מתירה ההלכה היהודית פינוי קברים. מחמת חשיבותן אביאן במלואן, כלשונן:

א. פינוי קברים, וחפירה בהם, קשורים באיסורי ניבול המת, חרדת הדין ועוד, מעבר להיבט הבלתי-אנושי שיש ב'חיתוט' קברים. הפינוי מותר רק במקרים מיוחדים.

ב. 'קבר המזיק את הרבים מותר לפנותו'. לשון הרמב"ם 'מפנין אותו' - משמע אפי' חיוב והמלצה.

ג. בשו"ע פירש: 'כגון שהוא סמוך לדרך'. לדעת רעק"א [רבי עקיבא איגר, שחי במאה ה-18 וה-19] ונתיבות המשפט [לרבי יעקב מליסא, שחי אף הוא באותן מאות] מותר לפנות אפי' 'לצורך הרבים'. יש מי שהתיר גם להרחבת בית כנסת שהוא מבנה ציבורי.

ד. הר"ש ישראלי [שכיהן כדיין בבית הדין הרבני הגדול לערעורים] צידד להתיר גם 'לנוי ולתפארת' (פארקים?) כ'אילן המזיק'.

ה. כשיש היתר לפינוי הוא תקף גם לבית קברות ולא רק לקברים בודדים.

ו. לאחר הפינוי, לדעות רבות מותרת 'דריסת הרגל' במקום.

ז. סלילת כביש ע"ג קבר שלא פונה נחשב ל'בזיון גדול' ויש בו מכשלות נוספות.

ח. רבו הדעות שאין חיוב להכנס להוצאות כספיות כבדות כדי להמנע מפינוי קברים. אכן, יש מי שמחייב להתאמץ גם בהוצאות גדולות.

ט. אין לחייב בנטל הכספי את כלל הציבור, אלא רק כל אחד כפי כחו.
 י. אם ה'שלטון' יצר עובדות והחל בסלילת כביש או הקמת מבנה ע"ג קברים, שוב מותר הפינוי אם אי-אפשר 'לרצותו בממון'. אכן, לא נתפרש האם הדברים אמורים גם בשלטון יהודי.
 יא. יש מי שכתב כי זכות ה'מושל' להפקיע קרקע יוצרת מצב של 'מת הקבור בקבר שאינו שלו', ויש עילה מוצדקת לפינוי. אכן, לא נתפרש האם הדברים אמורים גם בשלטון יהודי.
 יב. אם מפנים את שטח הקבורה, יש לנהוג בזהירות רבה ביותר, בכבוד ובכובד ראש. קיימות הלכות בנדון ונוהלים אלו חורגים ממסגרת מאמר זה" (שם, עמ' 273).

לאור סיכום הלכתי זה, רואה אני טעם לחזור ולהזכיר פעם נוספת את החשיבות הציבורית הרבה שבהקמת מוזיאון הסובלנות במרכז העיר ירושלים, כפי שעמדה על כך בהרחבה חברתי השופטת פרוקצ'יה בפסק דינה.

11. במאמרו "בין חופש המדע וכבוד האדם: עיונים בערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית", שפורסם בקובץ ארכיאולוגיה וכבוד המת - קובץ פתרונות למחלוקות שנתגלעו בעבר, בעריכת ד"ר אביעד הכהן ועו"ד בתיה כהנא-דרור (2003), אומר ד"ר הכהן:

"למותר לומר, שככלל נמנעים חכמי ההלכה מלתת הוראה כללית בסוגיה זו, שמא פתיחת פתח כחודו של מחט תביא לפריצת הסכרים ולאיבוד שליטה על הפיקוח ההלכתי. אשר על כן, גם באותם מקרים, נדירים למדי, שבהם הותרה הזזת עצמות ממקום קבורתן, ההיתר ניתן רק לשעה ולנסיבות קונקרטיות, ואינו יכול לשמש היתר או הנחיה "כלליים" לכל מקרה שיהיה בעתיד" (שם, בעמ' 27).

12. משהגעתי עד הלום, אעבור עתה להצגת מקרים שונים, בישראל ומחוצה לה, שבהם נעשתה בנייה במקומות ששימשו כבתי קברות יהודיים, וזאת, בדרך כלל, בהסכמתם של רבנים ופוסקי הלכה. מקרים אלה נלקחו מתוך המקרים שהביא ד"ר ז'ק נריה בחוות דעתו.

אירופה

א. בסוף שנות השמונים של המאה הקודמת, במהלך החפירות להקמתו של מרכז קניות בעיר המבורג, נתגלו שרידי קברים יהודיים. לאחר הפגנות ומחאות של ארגונים יהודיים הושגה פשרה עם הרבנים המקומיים, לפיה החניון התת קרקעי הועבר לגג

הבניין, הקברים כוסו בשכבת בטון בעובי של כמטר אחד, נתאפשרה גישה לאזורי הקברים והוצבה במקום אנדרטה לזיכרון.

פתרון הלכתי זה התאפשר בעקבות פסיקתו של הרב יצחק קולייץ, שהיה רבה הראשי של ירושלים וחבר בית הדין הרבני הגדול לערעורים. בתשובתו מציין הרב קולייץ את טענת היזמים, לפיה לא ידעו בשעה שרכשו את המקום כי הוא בית קברות יהודי.

הרב קולייץ פסק:

”א. אסור לפנות את הקברים והעפר מבית הקברות, כולל גם לשם העברתם לארץ ישראל.
 ב. אין אנו מונעים בניה מעל בית הקברות - היינו: עליו, ולא לחפור בו.
 ג. הבנייה במקום תהא תחת פיקוח צמוד, ע”י מפקח שימונה על ידנו” (“פינוי בית קברות” תחומין יח (תשנ”ח) בעמ’ 253).

וכן הוסיף:

”ההחלטה בסעיף ב’, על בנייה מעל השטח, ניתנת בלב כבוד; ובהתחשב בנסיבות, שהקונים השקיעו הון רב ברכישת המקום. אך ודאי שאין זה כבוד לבית הקברות, שמעליו יתנוססו מבנים” (שם, שם).

ב. בעקבות הריסתו של בניין קיים, לצורך הקמתו של בנין משרדים וחניון בלב העיר פראג, התברר כי הבניין עמד על בית קברות יהודי ישן. הארגונים היהודיים הביעו מחאה חריפה, שלאחר משא ומתן ממושך הסתיימה בפשרה, לפיה שטח קברים של 240 מ”ר לא ייפגע, שכבה של בטון תכסה את הקברים לשם הפרדתם מן הבניין החדש, ויסודות הבניין החדש ייבנו מסביב.

ג. בשנת 2006, במהלך העבודות להקמתו של חניון בעיר פילסן שבצ’כיה, נתגלה במקום בית קברות יהודי עתיק. כדי להגן על כ-50 קברים שעלולים היו להיפגע מהבנייה, נקבע כי החניון כולו ייבנה על כלונסאות.

ישראל

א. בשנות השמונים של המאה הקודמת נבנה מלון גני חמת בטבריה על קרקע של בית קברות יהודי עתיק. פסק ההלכה של הראשון לציון הרב הראשי לישראל, מרדכי אליהו, התיר את הקמתו של המלון, לאחר שנקבעו הסדרים לשם בנייתו, באופן

"שאפשר יהיה גם לכהנים להשתמש שם" (ראו נספח ד). על פי חוות הדעת הפתרון היה "חלונות טומאה", "צינורות טומאה" ו"מינהרות טומאה" (ראו גם נספח ה).

ב. בשנת 1995, במהלך סלילת כביש מס' 1 בגבעה הצרפתית בירושלים, נמצאו קברים מימי בית שני. בהיעדר מרחב תכנון לסלילת הכביש, פסק הרב אלישיב, מנהיג הציבור החרדי הליטאי, כי ניתן לבצע קידוח אלכסוני תחת אתר הקבורה ולהכניס את תכולת הקברים לתחתית הפיר, ובכך לאפשר חציבה של מפלס הקבורה. עם גמר החפירה נסלל הכביש באתר.

13. בקובץ ארכיאולוגיה וכבוד המת, שנזכר לעיל, ניתן למצוא מקרים נוספים. אציג שניים מהם: האחד, שבו נסלל הכביש בתוואי המתוכנן לאחר שנמצא פתרון הלכתי, והמקרה השני, שבו הוסט התוואי.

א. בשנות השמונים של המאה הקודמת החליטה עיריית תל אביב-יפו להרחיב את רחוב קיבוץ גלויות. הרחבת הכביש נתקלה בקברים יהודיים. לאחר שאנשי "אתרא קדישא", ובראשם הרב דוד שמידל, הבינו כי אין אפשרות אחרת אלא להרחיב את הכביש למקום בו מצויים הקברים, הם הסכימו לפתרון של הרמת מפלס הכביש באמצעות בניית גשר בטון מעל הקברים ויצירת חציצה של "אוהל" (או "כיפה" במינוח הלכתי דומה) מעליהם (שם, בעמ' 61).

ב. הפתרון במקרה של סלילת כביש חוצה ישראל צפונית לקיבוץ להבות חביבה היה, כאמור, שונה. שם נתגלו קברים תוך כדי העבודות. לאחר מפגשים ונסיונות פישור רבים שעייכבו את העבודה במשך כחצי שנה, החליטה חברת "חוצה ישראל", כדי למנוע עיכוב נוסף בסלילת הכביש, להסיט את התוואי באופן שהקברים ייעקפו, על אף שפתרון זה כרוך היה בעלויות גבוהות מאוד (שם, בעמ' 64).

14. העולה מן המקובץ, כי חרף איסורי ההלכה ושאיפתם של חכמי ההלכה למנוע פינוי קברים או בנייה מעליהם, הרי שהלכה למעשה, במקרים שהצורך הציבורי חייב זאת, נמצא לרוב פתרון הלכתי מוסכם, שאיפשר את ביצוע הבנייה באופן שהקטין ככל הניתן את הפגיעה בקברים ובכבודם של המתים או שרידיהם. לשם כך נקטו במספר פתרונות: חציצה בין הקברים לבין המבנה שיוקם מעליהם (ולא עליהם); הורדת הקברים למפלס נמוך יותר בעומק האדמה. ההלכה מאפשרת גם, כאמור, העתקת הקברים בדרך מכובדת. פתרונות מאוזנים מעין אלו הוצעו גם על ידי המשיבות, שאף הסכימו לשאת בכל העלויות הכרוכות בכך.

15. לסיכום, מקובל עליי כי עקרון השוויון ואיסור ההפליה חלים, ככלל, לא רק על החיים, אלא גם ביחס למתים. כשם שאין להפלות בין אדם חי לרעהו, בהיעדר שוני רלוונטי ביניהם, כך אין להפלות בין מת למת, בין שלד לשלד ובין עצם לעצם. אלא שבמקרה זה אין מדובר באיפה ואיפה. משכך, ולאור הנימוקים שהובאו בפסק דינה של חברתי השופטת פרוקצ'יה, צירפתי לו את הסכמתי.

ש ו פ ט

לפיכך, הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ניתן היום, ל' בתשרי התשס"ט (29.10.08).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת