

חוות דעת

סוגיית העבודות בהר הבית

מבוא

1. סעיף 21 לחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 [נוסח משולב], קובע כי "המבקר חייב בהכנת חוות דעת בכל עניין שבתחום תפקידיו, אם יתבקש לכך מאת הכנסת, מאת הוועדה או מאת הממשלה; חוות דעת כאמור תפורסם במועד שיקבע המבקר". הוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת (להלן - הוועדה) דנה ב-22.10.07 בנושא "חפירות הווקף¹ בהר הבית", והחליטה לבקש ממבקר המדינה להכין חוות דעת "על סוגיית חפירת העתיקות בהר הבית".
2. הוועדה ביקשה זאת לאחר שקיימה דיון בנושא, בעקבות עתירה שהוגשה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, בידי הוועד הציבורי למניעת הרס העתיקות בהר הבית והעיתון ג'רוסלם פוסט. העותרים ביקשו צו על תנאי וצו ביניים שיורה על הפסקת החפירות של תעלות לחידוש קו החשמל מצפון הר הבית למסגד אל אקצא שבדרום ההר שעשה הווקף המוסלמי, בקיץ 2007, באישור משטרת ישראל ובפיקוח רשות העתיקות. ב-11.3.10 החליט בג"ץ למחוק את העתירות² (ראו להלן).
3. ארבע רשויות עוסקות באכיפת החוק בהר הבית: משטרת ישראל, רשות העתיקות, עיריית ירושלים ומשרד המשפטים: משטרת ישראל מופקדת על קיום הסדר הציבורי ועל ביטחון הנפש והרכוש; רשות העתיקות מופקדת על שמירת העתיקות; עיריית ירושלים אחראית על שמירת חוקי התכנון והבנייה. רשויות אלה נדרשות לדווח ליועץ המשפטי לממשלה (להלן - היועמ"ש) על כל הפרה רצינית ומהותית של דיני התכנון או העתיקות. כמו כן לכל פעולת אכיפה בידי הרשויות נדרש תיאום עם היועמ"ש.
4. לצורך הכנת חוות הדעת בדק משרד מבקר המדינה את התנהלות הרשויות הנוגעות לנעשה בהר הבית. הבדיקה התמקדה בשנים 2001 - 2007, ונעשתה: ברשות העתיקות (להלן - הרשות), במשרד המשפטים, במשרד ראש הממשלה, במשרד לביטחון הפנים, במשטרת ישראל, במשרד החוץ, בוועד הישראלי לאונסקו הפועל במשרד החינוך, ובעיריית ירושלים. כמו כן התקיימו פגישות עם גופים שונים, לרבות ארכאולוגים ואנשי מקצוע נוספים העוסקים בנושא.
5. מפגשים נערכו גם עם נציגי הוועד הציבורי למניעת הרס העתיקות בהר הבית (להלן - הוועד). הוועד הוא גוף ציבורי התנדבותי שהוקם בשנת 2000 בעקבות החפירות שביצע הווקף המוסלמי בנובמבר 1999 ב"אורות שלמה". חברי הוועד הם ארכאולוגים, משפטנים, אנשי חינוך וידיעת הארץ, סופרים, בכירים לשעבר במערכת הביטחון ואנשי ציבור ידועי שם. מאז הקמתו הגיש הוועד לבג"ץ כמה וכמה עתירות נגד הרשויות והגופים הרלוונטיים בבקשה לאכיפת החוק ולהידוק הפיקוח על הנעשה באתר.
6. **4. הטיפול בנושא הר הבית צופן בחובו מורכבות ורגישות רבה. הטיפול בהר הבית אינו יכול להיות מעצם טיבו נושא המנותק מבעיות של יחסי יהודים-ערבים במדינת ישראל ובאזורי יהודה והשומרון וחבל עזה; ולא ניתן לנתקו משאלות הכרוכות ביחסי המדינה עם מדינות ערב, עם העולם המוסלמי ואלו הנוגעות ליחסי החוץ של ישראל בכלל.**

ייחודיותו של הר הבית

7. 1. הר הבית, ששטחו 144 דונם, הוא המקום המקודש ביותר לעם היהודי, לפי המסורת היהודית זהו הר המוריה, מקום עקדתו של יצחק. בימי שלמה המלך הוקם על ההר בית המקדש הראשון, והוא נחרב בשנת 586 לפני הספירה. לאחר שיבת ציון, בשנת 516 לפני הספירה, הוקם על ההר בית המקדש השני. בשנת 70 לספירה שרפו הרומאים את המקדש, והר הבית חדל לשמש מקום פולחן יהודי ציבורי. לאחר חורבן בית שני המשיך הר הבית לעמוד במרכז הווייתו הרוחנית והתרבותית של

¹ הווקף - מועצת ההקדשות והעניינים האסלאמיים של הר הבית, הוא גוף הפועל מכוח החוק הירדני והכפוף מהבחינה המינהלית והתקציבית ל"מיניסטריון ההקדשות וקדשי האסלאם" הירדני.

² בג"ץ 7669/07 הוועד למניעת הרס העתיקות בהר הבית ואח' נ' ראש הממשלה ואח' (טרם פורסם).

העם היהודי; יום חורבן המקדש הוכרז כיום אבל לאומי, וחומת הר הבית המערבית - הכותל המערבי - התקדשה במסורת ישראל בהיותה שריד לבית המקדש.

2. הר הבית מהווה מקום בעל חשיבות לנוצרים. לפי האמונה הנוצרית כמה מהאירועים החשובים בחיי ישו שנזכרו בברית החדשה התרחשו בו. בתקופה הצלבנית שימש האתר מוקד עלייה לרגל בשל קדושתו לנוצרים.

3. הר הבית הוא השלישי בדרגת קדושתו למוסלמים אחרי הערים מכה ומדינה, והוא קרוי בפיהם: "אל-חראם אלשריף", קרי - המקום הקדוש הנאצל. לאחר כיבושה של ירושלים בשנת 638 בידי המוסלמים הוקמו במתחם המבנים המרכזיים הניצבים בו כיום: כיפת הסלע נבנתה בשנת 691 מסביב לסלע שבמרכז המתחם, ומסגד אל-אקצא, המסגד המרכזי של ירושלים, נחנך בשנת 705. המבנה המקורי של אותו מסגד נחרב בכמה רעידות אדמה, ולא השתמרו ממנו אלא שרידים דלים. המסגד הפועל כיום נבנה בימי הביניים ושופץ מאז פעמים אחדות.

4. בפסק דין שניתן בשנת 1996 העיר בית המשפט העליון כדלקמן: "אין בית משפט בישראל זקוק לראיה כי נגישה בשטח הר-הבית על ידי הווקף המוסלמי, להרחבת שטח התפילה של המוסלמים פוגעת פגיעה של ממש ברגשות הדתיים והלאומיים של ציבור יהודי רחב, כלפי המקום המקודש ביותר ליהודים... התפשטות המוסלמים על שטח תפילה נוסף, פוגע גם פוגע ברגשותיהם של יהודים כלפי המקום... זוהי המחלוקת כפשוטה, ללא כחל וסרק". בית המשפט המשיך ואמר, "אולם המציאות בהר-הבית... אינה פשוטה כל עיקר. היא עדינה וסבוכה מאין כמוה, עד שאין בית המשפט רשאי לעצום עיניו מראותה, ולגזור עצמו במחלוקת האמורה בכללים המשפטיים שהוא אמון עליהם דרך כלל... זהו אחד המקרים בהם הכרעה שיפוטית אינה הדרך הסבירה לפסוק בסכסוך, וההכרעה היא מעבר לגבולות הדין... על הדרג המדיני... לתת תוכן ומשמעות לקריאה ההיסטורית: 'הרהבית בידינו'".³

בבג"ץ שעסק בעניין אחר נאמר: "הר הבית הינו יחיד ומיוחד שאין בו כדי להעיד על הכלל. אכן, נקודת המוצא העקרונית הינה כי לכל יהודי זכות לעלות להר הבית ולהתפלל שם, כחלק מחופש הפולחן הדתי ומחופש הביטוי. עם זאת, זכויות אלה אינן מוחלטות וניתן להגביל את מימושן תוך התחשבות באינטרס הציבורי... נוכח מרכזיותו וחשיבותו הרבה של הר הבית גם לבני דתות אחרות, הסכנה הנובעת מהתלקחות האלימות שם [בהר הבית] אינה בגדר סכנה מקומית בלבד והיא... עלולה להוביל להתלקחות שאופיה יסכן את הביטחון גם מחוץ לגבולות המדינה והאזור. לכך יש להוסיף כי... למתרחש בהר הבית השפעה על שיקולים מדיניים ועל יחסי החוץ של המדינה. בהתחשב בכל אלה, מהווה הרהבית מקום בעל רגישות ייחודית ויוצאת-דופן, ולפיכך השמירה על הסדר הציבורי בו מחייבת זהירות מרבית".⁴

5. בשנת 1981 הכריזה ועדת המורשת העולמית של ארגון החינוך, המדע והתרבות של האו"ם (להלן - אונסקו) על העיר העתיקה של ירושלים וחומותיה כאתר הנכלל ב"רשימת מורשת עולמית"⁵, לפי סעיף 11(2) לאמנת אונסקו משנת 1972.⁶ בשנת 1982 הוכרזה העיר העתיקה וחומותיה כ"אתר מורשת בסיכון", לפי סעיף 11(4) לאמנה. בשנת 1999 הצטרפה ישראל לאמנת אונסקו.⁷ סעיף 4 לאמנה מטיל על כל מדינה החתומה עליה את החובה "להבטיח זיהוי, הגנה, שימור, הצגה והעברה לדורות הבאים של המורשת התרבותית והטבעית של האתר".

בדוח מצב ההשתמרות של העיר העתיקה וחומותיה שפרסמה משלחת אונסקו לירושלים באוגוסט 2004⁸ ישנה התייחסות לנזק לעתיקות שגרמו העבודות בכניסה ל"אורות שלמה". בדוח נכתב⁹ כי

³ בג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נא(2) 527, 509-528.

⁴ בג"ץ 8988/06 יהודה משי זהב נ' אילן פרנקו - מפקד מחוז ירושלים ואח', תקדין.

⁵ רשימת אתרים שהם חלק מהמורשת "התרבותית והטבעית", כהגדרתם בסעיפים 1 ו-2 לאמנת אונסקו, ואשר לדעת ועדת מורשת עולמית יש להם ערך אוניברסלי יוצא מן הכלל, לפי אמנת המידה שתקבע הוועדה.

⁶ האמנה הבינלאומית להגנה על המורשת התרבותית והטבעית של העולם, אשר על פיה ההכרה בירושלים העתיקה ובחומותיה כאתר מורשת עולמית נעשתה לפי הצעת ממלכת ירדן משנת 1980.

⁷ כ"א מס' 1303, כרך 44, עמ' 1.

⁸ "The use of mechanical earthmoving in archeologically sensitive areas of the Old City...".
Report On The Unesco Mission Carried Out To Jerusalem (28 February-5 March 2004), Paris
9 August 2004.

8
9
10
11
12
13

הרוב המוחלט של החפירות שבוצעו במשך 35 השנים האחרונות [בירושלים] התנהלו בצורה מקצועית ובסטנדרטים גבוהים. יחד עם זאת קיימת ביקורת לגבי מחקרים [חפירות] בעומק הקרקע בשיטות שאינן עומדות בסטנדרטים הארכיאולוגיים במקומות שעשויים להימצא בהם ממצאים עם ערך ארכיאולוגי. כך למשל, המבצע במסגרת שיקום אולם התפילה ב"אורות שלמה" שהתחילה בנובמבר 1999, כדי לפתוח מחדש שתיים מקשתות הגישה בפינה הדרום-מזרחית של "אורות שלמה", בוקרו על כך שהעבודות לא נעשו תחת פיקוח ארכיאולוגי. לשימוש בכלים מכאניים הנדסיים לחפירה באזורים ארכיאולוגיים רגישים בעיר העתיקה יש תקדימים לצערנו, כמו גם סילוק ממצאים ארכיאולוגיים בלי פיקוח מקצועי מספק.¹⁰

אירועים והתנגשויות בהר הבית

- 14 בעת החדשה, היה הר הבית מוקד לעימותים רבים בין יהודים ומוסלמים. במהלך המאה העשרים של האלף הקודם היו הר הבית וסביבותיו סמל של מאבק בין דתי. מכאן הזהירות והרגישות שהתחייבה ממקבלי החלטות ומגופי השיפוט והאכיפה, כפי שקבע בג"ץ¹¹, שעל הרשויות "להפעיל את שיקול דעתם באופן אשר יבטיח שאכיפת החוק תיעשה בסבירות, בתום לב, בהיגיון ובכבוד ראש. כאשר המדובר בעניינים שלהם זיקה להר הבית, עם כל המטען הרגשי, הדתי והפוליטי הכרוך בכך, מתחייבת מידת זהירות רבה במיוחד".
- 15 להלן פרטים על כמה מהאירועים הקשים שהתרחשו בהר בית או הקשורים אליו:
- 16 (א) בעקבות דרשת יום השישי שנשא המופתי חג' אמין אלחוסייני בהר הבית, פרצו מאורעות תרפ"ט (1929). הדרשה שלהבה את המוני המתפללים שתקפו את השכונות שמצפון לשער שכם.
- 17 (ב) בשנת 1969 הצית צעיר אוסטרלי נוצרי (מייקל רואהן), שלקה בסינדרום ירושלים, את מסגד אל אקצא, והשחית את במת המטיף שהציב צאלח אדין ב-1187. מעשיו גרמו למהומות. הצעיר נעצר ואושפז.
- 18 (ג) בתחילת שנות השמונים במאה הקודמת נעצרו והועמדו לדין חלק מחברי "המחתרת היהודית" שתכננו בין היתר לפוצץ את כיפת הסלע.
- 19 (ד) בשנת 1982 נכנס יהודי (אלן גודמן) לכיפת הסלע, פתח באש, הרג שני פלסטינים ופצע 44 מהם. הוא הורשע ונידון למאסר.
- 20 (ה) בשנת 1990, בעקבות שמועה על ניסיון של נאמני הר הבית להניח אבן פינה לבית המקדש השלישי, פרצו מהומות בהר.
- 21 (ו) בשנת 1996, בעקבות פתיחת דלת ליציאה ממנהרות הכותל החלו הפגנות ברובע המוסלמי בפתח המנהרה. המחאה התפשטה לרחבי יהודה ושומרון ותבעה קורבנות משני הצדדים.
- 22 (ז) בשנת 1997 סיכלו שירותי הביטחון תכנית להשליך לרחבת הר הבית ראש חזיר עטוף בקטעי קוראן.
- 23 (ח) עלייתו וסירורו של ראש האופוזיציה דאז, מר אריאל שרון בהר, בשנת 2000 שימשו אמתלה לפרוץ

⁹ הדברים מובאים בתרגום חופשי.

¹⁰ בדוח נכתב:

"The great majority of excavations carried out in the last 35 years - with the remarkable increase in knowledge that they have yielded - have been conducted professionally and to high standards. But criticisms were uttered on the issue of subsoil investigations that employ techniques not meeting archaeological standards in what potentially might be deposits of archaeological value.

For instance, the operation in the framework of the rehabilitation of the Marwani Prayer Hall started in November 1999, to re-open two of the access arches in the south-east corner of al-Haram ash-Sharif was criticized for not having been carried out under archaeological control. The use of mechanical earthmoving equipment in archaeologically sensitive areas of the Old City is not without precedent, unfortunately, nor is the removal of important archaeological deposits without adequate professional control."

¹¹ בג"ץ 9474/96 תנועת נאמני הר הבית ואח' נ' ראש עיריית ירושלים ואח', מובא בתקדין.

אינתיפאדת אל אקצא, שתבעה הרוגים רבים משני הצדדים.

24 (ט) בשנת 2004 התמוטט אהד הקירות התומכים בסוללת העפר המובילה אל שער המוגרבים¹², ובעקבות כך הוחלט לפרק את הסוללה ולבנות במקומה גשר. בעקבות העבודות לפירוק הסוללה בשנת 2007 פרצו מהומות.

25 (י) בספטמבר 2009, בערב יום כיפור, אירעו מהומות ויידוי אבנים על תיירים בהר הבית, עקב שמועות על כוונה של יהודים להתפלל בהר.

תחולת המשפט של המדינה בהר הבית

26 1. **הכללת שטח הר הבית בשטחה של מדינה ישראל** - ב-27.6.67 נחקק החוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 11), התשכ"ז-1967, הקובע כי המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ ישראל שהממשלה קבעה בצו. "למחרת היום הוציאה הממשלה, מכוח הוראה זו, 'צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז-1967', בו נאמר כי השטח של ארץ ישראל המתואר בתוספת לצו נקבע כשטח שבו חלים המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה. שטח זה כולל, בין היתר, את העיר העתיקה של ירושלים, לרבות הר-הבית. משמעותו של תיקון הוראת החוק האמורה, בצירוף הצו שניתן מכוחו, היא, כי בנוסף על שליטת צה"ל, נעשה - בלשון שר המשפטים בישיבת הכנסת, בה הביא את הצעת התיקון לקריאה ראשונה - 'מעשה ריבונות מובהק מצד המדינה כדי שיהא המשפט הישראלי חל על שטח זה'¹³.

27 2. **סמכות ממשלת ישראל לקבל החלטות הקשורות במקומות קדושים ודתיים** - דבר המלך במועצה על ארץ ישראל (המקומות הקדושים), 1924, מסמיך את הממשלה לקבל החלטות בנושא "כל משפט או עניין הקשורים במקומות הקדושים או בבניינים הדתיים או במקומות הדתיים בישראל או בזכויות או בתביעות הנוגעות לעדות הדתיות השונות בישראל".

28 3. **הנחיית ועדת השרים** - ביוני 1967 הורה שר הדתות כי "הסדרים במקומות המקודשים למוסלמים ייקבעו על-ידי מועצה של כוהני דת מוסלמים"¹⁴. באוגוסט אותה שנה החליטה הממשלה למנות ועדת שרים "לשמירה על המקומות הקדושים אשר תדון בבעיות הנוגעות למקומות הקדושים לכל הדתות ותביא מסקנותיה לממשלה"¹⁵. בישיבתה הראשונה החליטה ועדת השרים האמורה להורות לרב הראשי לצה"ל דאז (האלוף הרב שלמה גורן ז"ל), באמצעות שר הביטחון והרמטכ"ל, "להימנע מכל פעולה הקשורה בארגון תפילות, מדידות וכדומה על הר הבית". כמו כן הוחלט כי "משיעלו בכניסה להר הבית מתפללים יהודים, יופנו על-ידי כוחות הביטחון לכותל המערבי"¹⁶. החלטת ועדת השרים לשמירה על המקומות הקדושים צורפה לפרוטוקול החלטות הממשלה וקיבלה תוקף של החלטת ממשלה¹⁷.

29 4. **הגדרת הר הבית כ"מקום קדוש" וכ"אתר עתיקות"** - בחוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967 נקבע ש"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 המקומות". בחוק אף נקבעו עונשים למפרים הוראות אלה.

30 העיר העתיקה של ירושלים ובכללה הר הבית הוכרזה כאתר עתיקות באוגוסט 1967¹⁸, מכוח פקודת העתיקות דאז ומכוח סעיף 49(ב) לחוק העתיקות, התשל"ח-1978 (להלן - חוק העתיקות), שהחליף את הפקודה האמורה. כאתר עתיקות מוכרז נהנית העיר העתיקה מהגנה סטטוטורית שנקבעה בסעיף 29 לחוק העתיקות (ראו להלן).

12 שער המוגרבים הוא שער המשמש לכניסת מבקרים להר הבית, השער נמצא בצידו הדרומי של הכותל המערבי.

13 את הדברים האמורים של שר המשפטים דאז ציטט הנשיא לשעבר של בית המשפט העליון - השופט אגרנט ז"ל, בבג"ץ 223/67 בן דב נ' שר הדתות, פ"ד כב(1) 441,440-442.

14 מתוך הודעת ראש הממשלה דאז, לוי אשכול ז"ל, בתום פגישה שקיים עם הרבנים הראשיים לישראל, ראשי הדת המוסלמית וראשי הדת הנוצרית ב-7.6.67.

15 החלטה מ-13.8.67.

16 עם זאת, מדיון ועדת השרים לענייני המקומות הקדושים באוקטובר 1967 עולה כי לא התקבלה החלטה כללית לאסור תפילות יהודים בהר הבית.

17 החלטה מ-20.8.67.

18 י"פ 1390, עמ' 2159.

5. החלת תוכנית מתאר על הר הבית - על העיר העתיקה וסביבתה בכלל, ועל הר הבית ורחבת הכותל המערבי בפרט, חלה גם תכנית מתאר מיוחדת (עמ'9). לפי תכנית זו, כל שטח העיר העתיקה (871 דונם), ובכלל זה הר הבית, נועד לשיקום ולשימור ואין לבצע בו שום עבודות בנייה או הריסה אלא תוך שמירה קפדנית על אופיו המיוחד, בהתאם לתכניות שימור ושיקום מיוחדות הטעונות היתר או אישור של רשויות התכנון, לפי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 והתקנות שהותקנו מכוחו.

31

פסיקות בג"ץ

מאז 1967 הגישו יחידים וארגונים שונים עשרות עתירות לבג"ץ כנגד רשויות השלטון בעניין אי אכיפת דיני ישראל בהר הבית, על אף הפרות החוקים הרלוונטיים בידי הווקף המוסלמי. הנימוקים לדחיית העתירות היו כדלקמן:

32

1. נקודת המוצא של הפסיקה היא כי הכרעה בזכויות ובתביעות מהותיות מסורות לרשות המבצעת, ולה בלבד. המקור המשפטי לכך הוא סעיף 2 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל (המקומות הקדושים), 1924, הקובע כי "לא יבורר ולא יוחלט על ידי שום בית משפט בישראל כל משפט או עניין הקשורים במקומות הקדושים או בבניינים הדתיים או במקומות הדתיים בישראל או בזכויות או בתביעות הנוגעות לעדות הדתיות השונות בישראל".

33

2. במקרים שיש להם אופי מדיני מובהק, ושכל החלטה בהם מתקבלת "לא רק לאור עקרונות משפטיים, אלא גם לאור ערכים ואינטרסים חוץ-משפטיים, שיש בהם כדי להשפיע על שלום הציבור ועל טובת הכלל"¹⁹. הכרעה בעניינים כאלה היא "תפקיד מובהק של הדרג המדיני, בראש ובראשונה של הממשלה". לפיכך, למרות שמבחינה נורמטיבית הנושא הוא בר שיפוט ולבית המשפט יש סמכות "לפסוק אם החלטה מדינית מותרת על פי הדין (ולכן היא חוקית) או אסורה על פי הדין (ולכן היא בלתי חוקית)", הרי שבמקרים כאלה בוחר בית המשפט שלא להיכנס בעובי הקורה, הואיל וקיים מוסד אחר המתאים יותר לקבל הכרעה בעניין.²⁰

34

יצוין כי בית המשפט קבע שהוא לא ימנע עצמו מלדון בזכות הגישה החופשית להר הבית, באכיפת החוק הפלילי במקומות הקדושים ובהפרות של חוק התכנון והבניה או הוראות של חוק העתיקות. בהחלטת בית המשפט נקבע כי "אין מניעה מוחלטת, לא להלכה ולא למעשה, להתערבות של בית המשפט במקרה של פעילות בלתי-חוקית על הר-הבית"²¹.

35

3. בפסקי הדין שבהם נדחו העתירות על החלטות הרשויות, היה זה רק לאחר שהוכח לבית המשפט כי תהליך קבלת ההחלטות הניב החלטה סבירה. בג"ץ כתב²² כי "בידוע הוא כי בית משפט זה יתערב בשיקול דעתן של רשויות התביעה ואכיפת החוק בנושאי חקירה פלילית והעמדה לדין רק במקרים חריגים וקיצוניים, בהם ניכר כי ההחלטה הנבחנת לוקה בחוסר סבירות קיצוני או בעיוות מהותי".

36

4. חלק מהעתירות שהוגשו לבג"ץ בענייני הר הבית נדחו בסופו של דבר, מנימוקים ביטחוניים. אך לא אחת נדרשה מערכת הביטחון להציג בפני בית המשפט הערכות מהימנות המבוססות על התרעות קונקרטריות.

37

בעתירה שהוגשה לבג"ץ בשנת 1999 לא התערב בית המשפט בהחלטת הרשויות בהתבסס על עדותו של מפקד מחוז ירושלים במשטרה, שהעריך כי אכיפת החוק באותן נסיבות עלולה להביא "ברמה של ודאות קרובה - לשפיכות דמים, להתלקחות ולהתלהטות יצרים שתגלוש מתחום הר-הבית וירושלים לתחומי איו"ש ולתחומי מדינת ישראל כולה"²³. עתירה שהוגשה בשנת 2003 לבג"ץ נדחתה על סמך הערכת גורמי הביטחון, שלפיה "בעת הזו עלולה פתיחת הר הבית

38

19 בג"ץ 8666/99, שם בעמ' 200.

20 בג"ץ 8666/99 שם, עמ' 200-201, וכן בבג"ץ 616/01 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל ואח', מובא בתקדין: "הגענו למסקנה כי העתירה אינה מקימה בסיס מספק להתערבות בית המשפט. מטעם זה, ומבלי לנקוט עמדה בשאלות העקרוניות שהעתירה עשויה הייתה לעורר, אנו מחליטים לדחות את העתירה".

21 בג"ץ 8666/99 תנועת נאמני הר הבית נ' אליקים רובינשטיין ואח', פ"ד נד(1) 199.

22 ראו בג"ץ 638/08 תנועת נאמני הר הבית בארץ ישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, מר מנחם מזוז ואח', מובא בתקדין.

23 בג"ץ 8666/99 שם.

למבקרים, באורח חד צדדי, להביא, ברמה קרובה לוודאות, לנזק קשה לאינטרס הציבורי. קיים חשש שמא יפרצו מהומות שיחרגו מגדר המקום והאזור"²⁴.

5. בפסק דין שניתן בספטמבר 1993 בעתירה שהוגשה לבג"ץ בשנת 1990 כנגד, בין היתר, היועץ המשפטי לממשלה ושלש הרשויות, סיכם בית המשפט העליון את נימוקי דחיית העתירה כך: "הטעם העיקרי שבעטיו החלטנו שלא להתערב בהחלטת המשיבים הוא התחיבות המשיבים לקיים מכאן ואילך פיקוח הדוק ומלא על הנעשה בהר-הבית, ולהביא לכלל כיבוד החוק ושמירת ערכן של כל העתיקות אשר מצויות בו"²⁵.

באותו עניין הדגיש בית המשפט כי "בהבדל מהמצב בעבר (כפי שהיה, למשל, בעת הדיון בבג"ץ 193/86), מקיימים, אפוא, המשיבים כיום, ויקיימו מכאן ולהבא, פיקוח משמעותי בהר-הבית, ובוחנים מקרוב, כי החוק יקויים ויישמר... כלשונו וכרוחו. אנו בטוחים כי פיקוח זה יהיה פיקוח של ממש, "פיקוח מפוכח", ולא כדי לצאת ידי חובה בלבד"²⁶.

6. בסמוך לסיכום חוות דעת זו של מבקר המדינה, החליט בג"ץ 11.3.10 למחוק את העתירות בעניין חפירת התעלות לחידוש קו החשמל בקיץ 2007²⁷. בפסק הדין נכתב כי "אין מקום להותרת העתירות תלויות ועומדות, משעניינן התייתר כבר לפני זמן רב. משכך, הפכו העתירות לבעלות עניין עקרוני כללי שאינו מצריך מענה קונקרטי. כידוע, בית משפט זה אינו נדרש, דרך כלל, לעניין עקרוני המנותק מצורך ספציפי מידי, תהא חשיבותו של העניין הכללי רבה ככל שתהא."

בפסק הדין נכתב עוד, "כי אין במחיקת העתירות משום הטלת ספק בחשיבות המגעים המתקיימים בין העותרים לבין נציגי הרשויות המוסמכות במטרה להגיע להבנה באשר לאמות המידה הראויות בהן יש לנקוט על מנת להסדיר את דרכי ביצוע העבודות הנדרשות בהר הבית כדי להבטיח את שימורם המלא והקפדני של העתיקות והממצאים הארכיאולוגיים במקום."

מן האמור לעיל עולה, כי רגישות הנושא ומורכבותו הביאו את בית המשפט, ככלל, לדחות את העתירות שהוגשו בכל הקשור להחלטות של הרשויות השונות הנוגעות להר הבית.

הפיקוח על העבודות בהר הבית

הנחיות היועץ המשפטי לממשלה

במסגרת דיון בעתירה לבג"ץ, שהגישה בשנת 1986 תנועת נאמני הר הבית²⁸, נדרש היועמ"ש לגבש הנחיות מיוחדות לפעולת הרשויות השונות באכיפת החוקים האמורים בהר הבית. מטעם היועמ"ש, הוגש לבית המשפט, מסמך ובו "העקרונות וקווי המדיניות לפעולת הרשויות השונות, באכיפת חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 וחוק העתיקות, תשל"ח-1978 על הר הבית" (להלן - הנחיות היועמ"ש)²⁹.

בהנחיות היועמ"ש נאמר, בין היתר, כי על אף הרגישות הרבה בסוגיית תחולתו של החוק הישראלי בשטח הר הבית, על הרשויות הנוגעות בדבר לפעול לקיום החוק בשטח זה, וכי עליהן לעשות כן בזהירות, כדי שלא לגרום להתלקחות מאבק בין-דתי ובין-מדיני. הנחיות היועמ"ש קובעות הוראות ספציפיות לכל אחת משלוש הרשויות העוסקות באכיפת החוק בהר הבית: המשטרה, רשות העתיקות (אגף העתיקות במשרד החינוך והתרבות דאז) ועיריית ירושלים (ראו להלן).

בהנחיות היועמ"ש נקבע ש"לא תינקט על ידי הוועדה המקומית (או הוועדה המחוזית), על ידי אגף העתיקות או על ידי המשטרה כל פעולה לאכיפת החוק, ובכלל זה פעולת הריסה או הוצאת צו

²⁴ בג"ץ 3641/03 תנועת נאמני הר הבית נ' צחי הנגבי ואח', מובא בתקדין, וכן בבג"ץ 6118/02 נאמני הר הבית וארץ ישראל נ' אריאל שרון, מובא בתקדין.

²⁵ בג"ץ 4185/90, שם בעמ' 284.

²⁶ בג"ץ 4185/90, שם בעמ' 285.

²⁷ בג"ץ 7433/07 ובג"ץ 7669/07.

²⁸ בג"ץ 193/86 נאמני הר הבית ואח' נ' מפקד משטרת ירושלים ואח', לא פורסם.

²⁹ עו"ד שמואל ברקוביץ כתב בספרו "מה נורא המקום הזה - קדושה, פוליטיקה ומשפט בירושלים ובמקומות הקדושים בישראל" (עמ' 532), כי לאחר מלחמת ששת הימים גובש הסדר הסטטוס קוו בהר הבית ביזמתו של שר הביטחון דאז, מר משה דיין ז"ל. על פי ההסדר ניהול הר הבית מבחינה אזרחית ודתית נתון בידי הווקף המוסלמי, משטרת ישראל אחראית לשמירת הביטחון ולסדר הציבורי במתחם.

הריסה, גביית הודעות, מעצר והגשת כתב אישום - אלא בתיאום מוקדם עם היועץ המשפטי לממשלה. במקרים שיש צורך בהתערבות דחופה ומידית של אחד הגורמים הנ"ל, ידווח ליועץ המשפטי לממשלה לאחר מכן על הצעדים שנקטו. בכל מקרה של תלונה לגורם מוסמך כלשהו - יבדוק אותו גורם באמצעי הפיקוח שברשותו בהתאם לתנאים המאפשרים זאת את הנתונים הרלבנטיים לתלונה. אך לא תיפתח חקירה על פי דין בטרם יובא העניין והעובדות שנאספו על ידי הגורם האמור בפני היועץ המשפטי לממשלה להחלטה". עם זאת קובע סעיף 8 להנחיות כי "עיריית ירושלים, אגף העתיקות והמשטרה יוסיפו להפעיל השפעתם כדי למנוע ככל האפשר פעילות העלולה להביא להפרת החוק הישראלי במקום".

יצוין, שביוני 2010, כתב מנהל הרשות ליועץ המשפטי לממשלה, כי בהתחשב בזמן הרב שעבר מאז יצאו הנחיות היועץ לממשלה לדעת הרשות ראוי לבדוק אם יש מקום לשנותן.

רשות העתיקות

חוק רשות העתיקות, התשמ"ט"1989 (להלן - חוק הרשות), מקנה לרשות סמכויות אכיפה של הוראות חוק העתיקות. סעיף 5(א) לחוק הרשות קובע כי "תפקידה של הרשות הוא לטפל בכל ענייני העתיקות... בישראל"; ובכלל זה לבצע "פיקוח לעניין עבירות לפי חוק העתיקות". לצורך כך מבצעת הרשות "פיקוח שוטף/סדיר" באתרים, לרבות סיורים ותצפיות חיצוניות של מפקח מטעם הרשות באתרי העתיקות הנמצאים בשטח שהוא אחראי לו.

בחוק הרשות נקבעו סמכויות מפקח או פקח שמונו מכוח חיקוק לשם פיקוח על ביצוע חוק העתיקות ובכללם: הסמכות לחקור עברות לפי חוק העתיקות; סמכויות שוטר לפי סעיף 2 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969; הסמכויות המוקנות לקצין משטרה בדרגת מפקח לצורך גביית עדויות ותיעודן. עוד נקבע בחוק כי מפקח רשאי לבצע חיפוש בכל מקום ובכל חפץ, ובכלל זה כלי הובלה, אם יש לו יסוד סביר להניח שהדבר נחוץ.

סעיף 29(א) לחוק העתיקות קובע רשימה של פעולות באתר עתיקות מוכרז שביצוען מותנה בקבלת אישור בכתב מאת מנהל הרשות (ראו להלן). בהמשך לכך קובע סעיף 31 רישא לחוק העתיקות כי "אדם שעשה ללא אישור או בניגוד לתנאיו פעולה מן הפעולות המפורטות בסעיף 29 חייב לנקוט פעולה לפי הוראות המנהל לשם החזרת אתר העתיקות או העתיקות הנמצאות בו למצבם הקודם"³⁰.

תפקידי רשות העתיקות בהר הבית

1. בבג"ץ 4185/90³¹ הוטל על הרשות "לעשות ככל שלא ידם למען שמירת העתיקות בהר-הבית, גם במצב שנוצר וקיים עתה. כך מן הראוי, דרך משל, כי המשיבים [הרשות ואחרים] יגדרו ויסמנו בדרך נאותה אותן עתיקות המצויות בהר-הבית, אשר כוסו, ולא כל שכן אותן שטרם כוסו, בעפר, בשבילים או בנטיעות; מחובתם של המשיבים, ובמיוחד של רשות העתיקות, לדאוג לכך שלא ייפגע ולא יטושטש אף שריד עתיק או ארכאולוגי, וחובה עליהם לנקוט בכל האמצעים הדרושים לשם קיומו ושמירתו"³². בבג"ץ 1868/07 נפסק כך: "אין חולק, כמובן, על חשיבותם של העתיקות המצויות על הר הבית ועל הצורך לשמר שרידים היסטוריים רבי ערך הפזורים על פני ההר שחלקם הוצאו, ככל הנראה, בחפירות שנערכו לטענת המשיבים בחלקו המזרחי של ההר. המשיבים [לרבות הרשות] מכירים בחובתם לשמר את העתיקות שבמקום ולמנוע גרימת נזק לממצאים הפזורים במקום, חובה זו הוכרה בפסיקתו של בית משפט זה עוד לפני שנים"³³.

בינואר 2009 הסבירה הרשות למשרד מבקר המדינה, כי "ברור לכל בר דעת, שהקביעה של בית המשפט הינה קביעה כללית שאף לא ניתנת לביצוע בשל רגישותו הפוליטית-דתית של הר הבית".

³⁰ לפי סיפת סעיף 32 לחוק, רשאי המנהל "לאחר שנתן לאדם הודעה בכתב, לנקוט במקומו בכל האמצעים הדרושים כדי להחזיר את האתר או את העתיקות למצבם הקודם ולגבות ממנו את ההוצאות שהוציא לכך". סעיף 37 לחוק העתיקות קובע כי העובר על הוראת סעיף 29 לחוק, דינו "מאסר שלוש שנים או הקנס האמור בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין, התשל"ז-1977".

³¹ בג"ץ 4185/90 נאמני הר הבית - עמותה ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מז(5) 221.

³² שם, עמ' 289-290.

³³ בבג"ץ 1868/07 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל ואח', מובא בתקדין.

בתשובתה ממאי 2009 נאמר עוד, ש"בהר הבית מצויים אלפי פריטים עתיקים שנמצאים שם דרך קבע... רשות העתיקות אינה יכולה לגדר ולסמן ממצאים בהר הבית".

2. לפי סעיף 5 בהנחיות היועמ"ש משנת 1988 נדרשת הרשות, בין היתר, לקיים "פיקוח שוטף" וכן "פיקוח צמוד ורצוף" על הנעשה בשטח הר הבית. 53

בתחילת שנת 2002 קיימה הרשות דיונים במטרה לגבש קווים מנחים בנוגע לסמכויות הפיקוח של הרשות בהר הבית לנוכח הנחיות היועמ"ש. בסיכום הדיונים לא התקבלו החלטות. במאי 2009 כתב מנהל הרשות למשרד מבקר המדינה כי "אומנם אין נוהל כתוב בנושא הפיקוח בהר הבית אך יש נהלים ברורים לפיקוח המתייחסים לכל אתר במדינת ישראל, כולל הר הבית... מדובר בדרכי פעולה שוטפים שלא השתנו לאורך זמן". ביולי 2010, בעקבות הביקורת, אישר מנהל הרשות את "נוהל ביצוע עבודות בהר הבית" (ראו להלן). 54

3. סעיף 29(א) לחוק העתיקות מסמיך את מנהל הרשות (להלן - המנהל) לתת אישור בכתב לגורם המבקש לבצע פעולות שונות באתר עתיקות מוכרז, לרבות פעולות אלה: "(1) בניה, סלילה, הקמת מיתקן, חציבה, כרייה, קידוח, הצפה במים, סיקול, חרישה, נטיעה או קבורה; (2) הנחת עפר, דומן, פסולת או אשפה...; (3) שינוי, תיקון או תוספת בעתיקה הנמצאת באתר; (4) פירוק עתיקה... או העתקתה ממקומה; (5) כתיבה, חריתה או צביעה...; (7) כל פעולה אחרת שקבע המנהל לגבי אתר עתיקות פלוני". 55

לצורך אישור ביצוע פעולה באתר עתיקות כאמור, מקיימת הרשות פיקוח ארכאולוגי באתרי עתיקות, בין היתר, בדרכים אלה: "סקר" - סיור בשטח וסימון על המפה של כל הנקודות שבהן תיתכן הימצאות עתיקות; "פיקוח צמוד" - הימצאות מפקח מטעם הרשות באתר בזמן ובמקום שנעשות בו פעולות חודרות קרקע, "חתכי בדיקה" - חפירת תעלות במרחקים קבועים של כחמישה מטרים לשם איתור שרידים ארכאולוגיים בידי מפקח מטעם הרשות; "חפירת בדיקה" - חפירה ארכאולוגית לאיתור ממצאים עתיקים, וקביעת הצורך בחפירות הצלה; "חפירת הצלה" - חפירה ארכאולוגית לחשיפת המידע ההיסטורי הגלום באתר, ולהצלת הממצאים העתיקים הטמונים בו, בטרם ביצוע פעולה חודרת קרקע; "חפירות מדגמיות" - חפירות ארכאולוגיות לאיתור ממצאים לפני כיסוי האתר. 56

כאמור, הר הבית הוא אתר עתיקות מוכרז לפי סעיפים 1 ו-28 לחוק העתיקות, בהיותו חלק מאתר העיר העתיקה וסביבתה³⁴. במתחם ההר נמצאים אתרי עתיקות רבים מעל ומתחת לפני הקרקע, ולכן כל פעולה במתחם מחייבת פיקוח ארכאולוגי הדוק. לרוב המנהל מתנה את מתן האישור לפעולת פיתוח באתר עתיקות מוכרז בכך שבין היתר יבוצעו במקום חפירות הצלה מוקדמות. 57

חוץ מחפירות ארכאולוגיות מוגבלות שנעשו בתקופת המנדט הבריטי במסגד אל-אקצא, לא בוצעו בהר הבית חפירות ארכאולוגיות מדעיות יזומות לצורכי בדיקה או הצלה. באתר גם לא בוצעו חפירות ארכאולוגיות מקדימות לצורך קבלת אישור מנהל הרשות לביצוע עבודות לפי סעיף 29(א) לחוק העתיקות. הארכאולוגים מאוחדים בדעה, שכל פעולה בהר הבית, לרבות חפירה לצורך פיתוח תשתית, חייבת להיעשות כחפירת הצלה על פי אמות המידה הארכאולוגיות המקובלות בכל אתר ארכאולוגי. 58

במאי 2009 אישר מנהל הרשות בתשובתו למשרד מבקר המדינה, כי "ראוי להתנות ביצוע פעולות בהר הבית בחפירה ארכאולוגית". עם זאת הוסיף המנהל, ש"מאחר ואין יכולת לבצע את החפירה האמורה הרשות בוחרת להתנות תנאים לביצוע שניתן לבצעם - דהיינו עבודות רדודות בפיקוח מבלי לפגוע בעתיקות במקום". 59

תהליך אישור ביצוע העבודות בהר הבית

1. מועצת הרשות פועלת מכוח סעיף 6 לחוק הרשות, שקובע את הרכבה כדלקמן: בראש מועצת הרשות עומד חבר מחברי האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים, הממונה בידי השר האחראי לרשות (כיום שרת התרבות והספורט), לאחר התייעצות עם האקדמיה. ושאר חברי המועצה הם: שמונה עובדי מדינה; שני נציגים בעלי עניין בארכאולוגיה משני מוסדות להשכלה גבוהה; שני ראשי רשויות מקומיות; ראש מועצה אזורית; מנהל מוזאון המציג עתיקות; ונציג המשרד לענייני דתות. 60

סעיף 15 לחוק הרשות מסמיך את מועצת הרשות, בין היתר, לקבוע את המדיניות הכללית של הרשות בתחום תפקידיה ולעקוב ברציפות אחר ביצוע המדיניות, התכניות והתקציבים של הרשות. לפי סעיף 16 לחוק האמור, מועצת הרשות תקבע כללים להפעלת אתרים, לניהולם ולפיקוח עליהם, באישור השר הממונה.

61 בינואר 2001, לאחר קבלת דיווח ממנהל הרשות על הנעשה בהר הבית ודיון בעניין זה, החליטה המועצה להסמיך את מנהל הרשות לבדוק באילו דרכים היא תוכל להבטיח את שימור העתיקות באתר. בדיוניה של המועצה בשנים 2004-2007 בעניין הר הבית דיווח לה מנהל הרשות על הנעשה באתר. יצוין, שכבר בשנת 2004 כתב מבקר המדינה³⁵ "שבמקרים רבים המנהל רק מעדכן את מועצת הרשות בדיעבד, והיא משפיעה רק במעט על ההחלטות גם בנושאים המצויים בסמכותה".

62 2. המועצה לארכאולוגיה הוקמה על פי חוק העתיקות; חברה מתמנים בידי השר האחראי לרשות, והרכבה נקבע בתקנות העתיקות-1930. עם חברי המועצה לארכאולוגיה נמנים נציגי הממשלה, נציג המחלקה לארכאולוגיה של האוניברסיטה העברית, נציגי החברה לחקירת ארץ ישראל ועתיקותיה, נציג הרשות, נציג המשרד האחראי לרשות ונציגי ציבור.

63 סעיף 34(ב) בחוק העתיקות קובע כי "המועצה תיעץ לשר... ולמועצת הרשות ולמנהל [הרשות] בענייני ארכאולוגיה ועתיקות, שיובאו לפניו על ידיהם ותמלא את התפקידים המוטלים עליה לפי חוק זה". בעניין זה קובעת תקנה 7 בתקנות העתיקות כדלקמן: "ואלה העניינים שיובאו בפני המועצה על-ידי המנהל... (ו) פגיעות וסכנת-פגיעות באתרים היסטוריים ובעתיקות; ... (ח) עניינים שנודעת להם חשיבות ציבורית...".

64 בחוות דעת משפטית שנתן מר מני מזוז ביולי 1996, בעת שהיה המשנה ליועמ"ש, על סמכויות המועצה לארכאולוגיה לפי סעיף 34 לחוק העתיקות נאמר כי "כפועל יוצא של תפקיד זה של המועצה מוטלת על המנהל חובה, הכרוכה בשיקול דעת, להביא בפני המועצה להתייעצות עניינים בהם ראוי לקיים התייעצות... המבחן הוא מבחן של סבירות".

65 מנהל הרשות מדווח למועצה לארכאולוגיה אחת לכמה זמן על הפעילות המתקיימת בהר הבית, אך הוא לא מביא לדיון במליאת המועצה עניינים שבהם ראוי לקיים התייעצות מקצועית בקשר לעבודות בהר הבית (ראו להלן). בתשובתו למשרד מבקר המדינה ממאי 2009 כתב מנהל הרשות כי הוא "מזמין חברי מועצה על פי התמחותם להתייעצויות מקצועיות ממוקדות".

נוהל לאישור עבודות בהר הבית

66 בספטמבר 2000 כתב מנהל הרשות דאז ליועמ"ש דאז שני מכתבים ובהם ביקש ממנו לקבוע נוהל מחייב לאישור עבודות בהר הבית, לביצוען ולפיקוח עליהן. בעקבות זאת הורה היועץ המשפטי לממשלה, למשטרה ולרשות להכין טיוטת נוהל משותף כדי שהן יוכלו לפעול בתיאום מלא ליישם את מדיניות השמירה על העתיקות בהר הבית.

67 במאי 2001 שלח מנהל הרשות לעוזר היועץ המשפטי לממשלה טיוטות של שני נהלים: נוהל פיקוח ארכאולוגי על עתיקות בשטח הר הבית ונוהל לאישור עבודות בהר הבית, לביצוען ולפיקוח עליהן. בסופו של דבר לא הבשילו הטיוטות לכלל נוהל מחייב.

68 ביולי 2010, בעקבות הביקורת, אישר מנהל הרשות את "נוהל ביצוע עבודות בהר הבית", שמטרתו הסדרת ביצוע עבודות וביצוע פיקוח ארכאולוגי על עתיקות בשטח הר הבית. על פי הנוהל "עמדתה העקרונית של רשות העתיקות היא שיש לצמצם את העבודות המתבצעות בשטח הר הבית למינימום ההכרחי בגלל הפוטנציאל לפגיעה בעתיקות כתוצאה מכל שינוי בתחום הר הבית". הנוהל מסדיר בין היתר, את עבודות הפיקוח של הרשות בהר הבית, את ההתנהלות בין הרשות לבין משטרת ישראל ואת הכללים לביצוע עבודות בהר הבית.

ועדת השרים

69 1. סעיף 29(ג) לחוק העתיקות מגביל את סמכותו של המנהל לאשר פעולות המנויות בסעיף 29(א) לחוק, ב"אתר עתיקות המשמש לצורך דתי או מוקדש לתכלית דתית", אלא "באישור ועדת שרים המורכבת מהשר³⁶ כיושב-ראש, שר הדתות ושר המשפטים³⁷". (להלן - ועדת השרים).

³⁵ ראו מבקר המדינה, דוח שנתי 254 (2004), עמ' 590.

70 בנוגע לסמכות ועדת השרים אמר מנהל הרשות דאז בדיון בוועדת הכנסת לענייני ביקורת המדינה בינואר 2000 כי "על פי סעיף 29 (ג) בחוק העתיקות משנת 78... צריכה להיות ועדת שרים לענייני מקומות קדושים, והיא צריכה לקבל את ההחלטות לגבי פעולות 'עשה' במקומות שהם גם אתרי עתיקות וגם מקומות קדושים, מהסיבה הברורה שזה לא רק נושא תרבותי-מדעי, אלא גם נושא בעל השלכות פוליטיות ודתיות. הסמכות היא לא בידי האנשים המקצועיים ברשות העתיקות, אלא בידי הדרג הפוליטי, כי יש לעניין השלכות פוליטיות ודתיות. כך צריך להיות וכך אומר החוק. ועדת השרים לענייני מקומות קדושים לא התכנסה מעולם, למרות שהיא קבועה בחוק... באף ממשלה, מהיום שהתקבל החוק. מעולם לא התכנסה ועדת שרים לענייני מקומות קדושים, וקיבלה החלטה לגבי ארכאולוגיה או לגבי פעולה כזו או אחרת באתר עתיקות... ביקשנו שהיא תתכנס ותקבל החלטות מסוימות בעניין הר הבית... היא לא התכנסה. לפחות אני ביקשתי זאת... מספר פעמים".

71 בתשובתנו ממאי 2009 למשרד מבקר המדינה, כתב מנהל הרשות, כי "בכל המקרים עודכנו השר הממונה על חוק העתיקות והשר לביטחון פנים, שאישרו את ביצוע העבודות". עוד טען המנהל, כי "סוגיות מסוימות אף אושרו אישית על ידי ראש הממשלה או בפורום מצומצם בניהול ראש הממשלה".

72 משרד מבקר המדינה מעיר, שוועדת השרים הקבועה בחוק לדון בתכניות הבנייה בהר הבית, לא התכנסה ולא הפעילה את סמכותה הייחודית על פי חוק, לאשר את עשייתן של פעולות הבנייה והחפירה בהר הבית. היועצים המשפטיים לממשלה לדורותיהם לא הורו לכנס את ועדת השרים ולא התריעו שאין לקבל החלטות תוך התעלמות מסמכותה של הוועדה.

73 בינואר 2009, בעקבות הביקורת, כונסה ועדת השרים לראשונה. באוגוסט 2009 התכנסה הוועדה שנית ודנה במתן אישור למנהל הרשות לאשר ביצוע פעולה במתחם הר הבית. ביוני 2010 התכנסה הוועדה והחליטה לאשר את העבודות לחיפוי כיפת השלשל, שליד כיפת הסלע, באריחי קרמיקה.

הפיקוח של עיריית ירושלים

74 1. על פי צו אכרזת ירושלים (הרחבת תחום העירייה), התשכ"ז-1967, תחום השיפוט של עיריית ירושלים כולל, בין היתר, את העיר העתיקה לרבות הר הבית. על העיר העתיקה וסביבתה חלה תכנית מתאר מס' עמ/9 לירושלים העתיקה וסביבתה³⁸, ומטרתה העיקריות הן פיתוח העיר העתיקה וסביבתה תוך שמירה על אופייה המיוחד, על המקומות הקדושים ועל אתרים ארכאולוגיים, ולפיכך תקנון התכנית כולל הגבלות על הבנייה בעיר העתיקה.

75 במכתבו של המנהל לשעבר של אגף הפיקוח על הבנייה בעיריית ירושלים לבג"ץ מ-1975³⁹ נכתב: "בתכנית בניין ערים שתוכננה לאזור העיר העתיקה וסביבותיה, נקבע הרהיבית ורחבת הכותל המערבי כאזור ללא תכנון. בהתאם לכך כל מי שמעוניין לבנות באזור זה (דוגמת התכניות לרחבת הכותל) חייב לקבל אישור מאת ועדת שרים מיוחדת לענייני ירושלים, וכמו כן אישור מאת הוועדה המקומית והמחוזית לתכנון ולבנייה. אי לכך, כל בנייה שלא תעבור את ההליך הנ"ל, היא בנייה בניגוד לחוק התכנון והבנייה...".

76 2. מועצת עיריית ירושלים משמשת בתפקיד הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה (להלן - הוועדה המקומית) לפי סעיפים 17 ו-18 לחוק התכנון והבנייה. ראש העירייה הוא יו"ר ועדת המשנה של הוועדה המקומית, ולפי סעיף 30 לחוק האמור הוא ומהנדס הוועדה משמשים גם בתפקיד "רשות רישוי מקומית", לעניין מתן היתר בנייה לפי סעיף 145 לחוק (ראו להלן). יצוין כי חוק התכנון והבנייה קובע סנקציות פליליות לעברות המוגדרות בו ומקנה למוסדות התכנון סמכויות אכיפה,

36 "שר החינוך והתרבות", כהגדרתו בסעיף 1 לחוק העתיקות; והחל ממאי 2006 - שר המדע, התרבות והספורט.

37 ראו "חוות דעת בענין החפירות הארכאולוגיות בעיר דויד" ששלח היועמ"ש לשעבר, פרופ' יצחק זמיר, לשר החינוך והתרבות דאז, מר זבולון המר ז"ל, בספטמבר 1981 (בסמוך לאחר חקיקת חוק העתיקות): "סעיף 29(ג)... נועד בעיקרו להבטיח את הצורך בביקורת ואישור של הדרג מדיני לביצוע חפירות ארכאולוגיות ופעילות אחרת במקומות הידועים כקדושים לדתות השונות, ויש בהם רגישות מיוחדת, צורך שנעשה ברור יותר לאחר מלחמת ששת הימים. צורך זה ראוי שינחה אותנו בפירוש הסעיף".

38 אושרה על ידי הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, מחוז ירושלים, באישור שר הפנים, ב-24.2.76.

39 בג"ץ 4185/90, שם.

לרבות סמכויות פיקוח וביצוע חקירות⁴⁰, מתן צווי הפסקה מינהליים, הגשת כתבי אישום, גביית הוצאות וקנסות והוצאה לפועל של צווי הריסה מינהליים ושיפוטיים.

פסיקת בית המשפט לעניינים מקומיים

1. פרק י' בחוק התכנון והבנייה מפרט את רשימת הפעולות שהן עברות על חוק זה ואת הסנקציות הפליליות בגינן. סעיף 258 לחוק התכנון והבנייה קובע כי "ועדה מקומית רשאית לפתוח בהליכים ולהתייצב לפני בית משפט בכל הליך באמצעות עובד שהרשתה לכך... ההרשאה יכולה להיות כללית או לעניין מיוחד; ואולם בהליכים כאמור ייצג את הועדה מי שהיועץ המשפטי לממשלה הסמיכו לכך". עורכי הדין של המחלקה המשפטית של עיריית ירושלים מייצגים את מדינת ישראל מכוח הסמכת היועץ המשפטי לממשלה בתביעות פליליות המוגשות לבית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים כנגד מי שנחשד בביצוע עברות על חוק התכנון והבנייה.

77

על חשיבות אכיפתם של דיני התכנון והבנייה במקומות הקדושים נאמר בפסיקה כדלקמן: "חוק התכנון והבנייה חתר להגשים מטרות הנעוצות בטובת הכלל בדרך של הסדרת השימושים בקרקע וקביעת אמות-מידה לבניה, בהתחשב בשיקולים ואינטרסים שונים. לצורך מימוש ההסדרים הטיל החוק רשת פיקוח ורישוי קפדנית ובכך ביקש לקבוע עקרונות של סדר ציבורי ואמות-מידה להתנהגות מחייבת בתחום זה... אין צריך לומר כי באזורים רגישים המשמשים מוקד ועניין לגורמים שונים בארץ ומחוצה לה הצורך בהקפדה על דרישות חוק התכנון והבנייה גדול שבעתיים. הדברים משתלבים גם עם העיקרון שהונח בחוק השמירה על המקומות הקדושים המורה בסעיף 1 כי יש למנוע כל פגיעה במקומות הקדושים. הפרת הוראות חוק התכנון והבנייה במקום קדוש עשויה להיחשב לפגיעה כזו"⁴¹.

78

2. באוגוסט 1996 נודע לעיריית ירושלים כי באותה שנה נעשו ב"אורוות שלמה" עבודות רבות ללא היתר כדין (ראו להלן). בספטמבר 1996 הגיש התובע הראשי של העירייה לבית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים, בשם היועץ המשפטי לממשלה, בקשה למתן צו הפסקה שיפוטי⁴² לעבודות ב" אורוות שלמה". בו ביום נתן בית המשפט צו כמבוקש המורה לווקף "להפסיק כל עבודת בניה... מכל סוג ומין שהוא" במתחם "אורוות שלמה". נוסף על כך הורה בית המשפט למשטרה "לסייע לנציגי מחלקת הפיקוח על הבנייה של עיריית ירושלים לאכוף את הוראת צו זה".

79

בתגובה לעתירה שהגישה תנועת נאמני הר הבית לבג"ץ באוקטובר 1996, בין היתר, נגד ראש עיריית ירושלים בעניין אי-אכיפת הצו האמור על הווקף, טען ראש העירייה כי בביקורת שעשה הפיקוח העירוני בספטמבר אותה שנה עלה כי "עבודות הריצוף נעשות במלוא המרץ ואילו לגבי העבודות מעל פני הקרקע... הופסקה העבודה לאחר מתן צו בית המשפט".

80

בפסק הדין שניתן בעניין העתירה האמורה העיר בית המשפט לעירייה, בזו הלשון: "בפסקי-הדין הקודמים שלנו בנושא זה... הדגשנו כאמור את הצורך בקיום פיקוח שוטף במקום כדי לוודא שהחוק יכובד. אף בהחלטתנו בעתירה דן מיום 24.9.96, בה ביקשנו מידע נוסף לעניין העבודות המתבצעות 'באורוות שלמה', הוספנו: 'הננו יוצאים מההנחה, כי בינתיים יקוים מטעם המשיבים פיקוח על ביצועו של צו ההפסקה השיפוטי שהוצא ביום 3.9.96 בידי בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים...'. לא ייתכן מצב, אשר בו בשל יצירת מתח והשמעת אימים, גלויים או נסתרים, יסוכל פיקוח יעיל באזור זה. פיקוח כזה חייב להימשך באופן תקין, על אף רקעו העדין של האזור. אלא שבתשובה לשאלתי הובטח על-ידי באיכות המשיב 1 ו-2⁴³, כי ינקפיד על כך שהפיקוח יימשך, וכי אם יש צורך בכך, אז יבוצע אותו פיקוח בליווי משטרת". הננו מקווים ומניחים, כי הבטחה זו אכן תמומש הלכה למעשה".

81

בספטמבר 1996 הגישה עיריית ירושלים לראשונה ובאופן חד פעמי בקשה לבית המשפט לעניינים מקומיים למתן צו שיפוטי להפסקת ביצוע עבודה כנגד הווקף, וגם פעלה לאכוף את הצו השיפוטי.

82

40 ובפרט סעיף 257 לחוק התכנון והבנייה.

41 ת"פ 2986/87 (מחוזי ירושלים) מדינת ישראל נ' רשת כוללי האידרא, עמותה ואח', פס"מ תשמ"ט (2) 156, 175.

42 לפי סעיף 239 לחוק התכנון והבנייה.

43 המשיב השני לעתירה היה היועץ המשפטי.

פסיקת בג"ץ קבעה כי "פיקוח כזה חייב להימשך באופן תקין", אך בפועל נמנע מהעירייה לאכוף את חוקי התכנון והבנייה בהר הבית.

פיקוח ודיווח על הפרות החוק

83 1. בהנחיות היועמ"ש משנת 1988 (סעיף 5) נדרשת הוועדה המקומית "שהיא עיריית ירושלים" לקיים "פיקוח שוטף, שיכלול סיורים במקום וקבלת דיווחים, לרבות דיווחי משטרה, כדי שתהא בידם תמונה עדכנית בכל הנוגע לקיום דיני התכנון". אגף הפיקוח על הבנייה הוא הגוף האחראי בעיריית ירושלים למניעת עברות בנייה בתחום שיפוטה של העירייה.

84 בדצמבר 2008 כתב מנכ"ל העירייה (מר יאיר מעיין) למשרד מבקר המדינה ש"ביצוע ביקורת מפקחים בהר הבית ונקיטת הליכי אכיפה כלשהם בו, כפופים להנחיות היועמ"ש ובתאום עם המשטרה... עמדת העירייה היא שבשל העובדה שלמשטרת ישראל הנמצאת על ההר היכולת הטכנולוגית לצפות על הר הבית וכן עורכת סיורים קבועים במקום, הרי המשטרה תזמן את גורמי הפיקוח על הבניה אם יתעורר חשש כי מתבצעות במקום עבודות".

85 **מינואר 2001 ועד ספטמבר 2007, לא פנתה העירייה למשטרה לאפשר לה לפקח על העבודות בהר הבית. יצוין, שעל פי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה נדרשים מפקחי עיריית ירושלים לסייר בעצמם בהר הבית ולא להסתפק בדיווחי המשטרה.**

86 2. סעיף 238א(א) לחוק התכנון והבנייה מסמיך את יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, "לצוות בכתב שהבניין, או אותו חלק ממנו, שהוקם או הוחל בהקמתו ללא היתר או בסטייה מהיתר או מתכנית, ייהרס, יפורק או יסולק", אם יתקיימו התנאים המפורטים בסעיף האמור.

87 יצוין, כי בהתאם להנחיות היועמ"ש, הוועדה המקומית והעומד בראשה רשאים לפעול לאכיפת חוק התכנון והבנייה על הר הבית רק בתיאום עם היועמ"ש, חוץ מאשר במקרים דחופים.

88 בדצמבר 1999 כתב היועץ המשפטי לעירייה דאז ליועמ"ש כדלקמן: "היקף עבודות הבניה המבוצעות במתחם הר"הבית כפי שמצוין בדו"ח המצורף הוא רב-מימדים, וחורג מכל מסגרת של הכנת פתחי חרום... הובא לידיעת ראש העיר, כי יתכן וממשלת ישראל, הביעה הסכמה, בין אם במפורש או מכללא, לפתיחת פתח חרום. גם אז נדרשת לכך לא רק הסכמה של הרשות המקומית המופקדת על חוק התכנון והבנייה, אלא גם אשור בהליך מתאים של הוועדה לתכנון ובנייה בהליך מפורט, תוך תאום, הסכמה ואישור של רשות העתיקות המופקדת על חוק העתיקות. הליכים אלה לא ננקטו. בפועל, מתבצעת במקום עבודה נרחבת, תוך פגיעה חמורה, שאינה ניתנת לתיקון".

89 ביוני 2000 הוגשה לבג"ץ עתירה נגד מבצעי עבודות הבנייה בצדו המזרחי של הר הבית בנימוק שהעבודות בוצעו שלא לפי חוקי התכנון והבנייה⁴⁴. בתגובת העירייה על העתירה נאמר כי היא פועלת על סמך הנחיות היועמ"ש, המגבילות את האכיפה באתר, "אף שדעת ראש העיר⁴⁵ היא שהיה מקום להפעיל אמצעי אכיפה יותר יעילים... הוא רואה בחומרה רבה את ביצוע העבודות הללו אשר מהווה הפרת חוק התכנון והבנייה... ולדעתו ראוי היה למנען מראש ולנקוט באמצעי מניעה ואכיפה חוקיים כנגד מבצעייהם... מדובר בהפרה שיטתית של החוק (דיני התכנון והבניה והעתיקות) אשר משקלה המצטבר עד כה מהווה פגיעה קשה באופיו של הר הבית שלעם היהודי זיקה מיוחדת אליו. כל הפרת החוק מעודדת את ההפרה הבאה, ואף בעלי תפקידים בממסד האיסלמי שבמקום מודיעים כי ימשיכו בעבודות ובשיפוצים בהר הבית וללא היתרים... ראש העיר מודע, כמובן, לרגישות המיוחדת הכרוכה בהתערבות שלטונית ומנהלית בפעולות הנעשות בהר-הבית ולחשש הטבעי הקיים מפני התפרצות מעשי איבה באתר זה. ראש העיר סבור כי אף שגורם זה הוא מהותי ויש להתייחס אליו במלוא כובד הראש, אין הוא יכול לשמש בכל מקרה ללא מגבלה כסיבה לאי אכיפה יעילה של החוק הישראלי, ושל האחריות הנובעת מריבונות ישראל במקום".

90 **חרף דברים אלה העירייה לא ניסתה לעשות שימוש בסמכויותיה החוקיות כדי לעצור את הבנייה הבלתי חוקית באתר.**

⁴⁴ בג"ץ 4240/00 ע"ד שמואל דוד קספר נ' מר אליקים רובינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה ואח', תקדין.

⁴⁵ ראש עיריית ירושלים דאז, מר אהוד אולמרט.

הטיפול בעברות בנייה

91 1. בפסק דינו של בית המשפט העליון מספטמבר 1993 נאמר כי ביצוע עבודות הבינוי והריצוף בהר הבית בלא היתר הוא עברה על חוק התכנון והבנייה⁴⁶. משנות התשעים של המאה העשרים ואילך ריצף הווקף אלפי מטרים רבועים של שטחים פתוחים בהר הבית, ללא קבלת היתרי בנייה כדין.

92 2. חוק עזר לירושלים (מבנים מסוכנים), התשמ"א-1980 (להלן - חוק העזר העירוני) מקנה לראש העירייה סמכויות שונות לשם מניעה או הפסקה של כל עבודת בנייה המסכנת את חיי העובדים, את שלמות הנכסים הסמוכים למקום ביצועה או את שלום הציבור.

93 בדיון בוועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת במאי 2004 בעניין החשש לקריסת הכותל המזרחי של ההר והטיפול בהתמוטטות הכותל הדרומי לנוכח רעידת האדמה שאירעה בפברואר אותה שנה הסביר מנהל אגף רישוי ופיקוח דאז (מר מיכה בן נון): "כל הידיעות שיש לנו, ממה שקורה במתחם הרהבית בצד ההנדסי, הוא בגלל הקיר הדרומי, כפי שדובר פה... אבל מה המשמעות? אין לנו מושג. כמובן חוק עזר מבנים מסוכנים מטיל עלינו אחריות לטפל בכל סכנה שקיימת בעיר... הסכנה היא להתמוטטות מיידית... הגורמים לבעיות ההנדסיות במתחם הר- הבית, זה הבניה שאין לנו שום שליטה עליה. השלג מ-2003, רעידת האדמה מפברואר. יש איזושהי קורוזיה ובליה טבעית... אז כל הידיעה שלנו... היא לא רשמית. אין לנו דרך להגיע ולהשיג מידע רשמי... אם האמירה של 'סכנת התמוטטות מיידית' היא אמירה רשמית - אז זה מחייב אותי בפעולה על-פי החוק. ואני אצטרך לחזור הביתה ולראות מה אני עושה עם זה".

94 הנחיות היועמ"ש אינן מגבילות את סמכויות יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, לפי חוק העזר העירוני, למנוע עבודות שמסכנות את שלום הציבור, להורות על הפסקתן, וכן לצוות על פינוי, סגירתו והריסתו של מבנה מסוכן. ואולם בשנים 1996-2007 נמנע מעיריית ירושלים לפעול להפסקת ביצוע העבודות שגרמו לסכנת התמוטטות.

95 באוגוסט 2010 כתבה סגנית היועץ המשפטי של עיריית ירושלים וראש התביעה העירונית למשרד מבקר המדינה כי "במסגרת ישיבת תאום עם [משטרת ישראל] מרחב דוד במחוז ירושלים באפריל 2009 סוכם כי כל שלושה חודשים יתבצעו סיורים יזומים על ידי נציגי מחלקת הפיקוח על הבניה בכפוף לאישור מחוז ירושלים ובהתאם להערכות המצב של המחוז. בנוסף סוכם כי מעבר לאמור לעיל יבוצעו סיורים יזומים לבקשת משטרת המחוז". היא הוסיפה כי מאז ועד אוגוסט 2010 נערכו שישה סיורים ובהם לא התגלו ממצאים ולא אותרו עבודות במתחם.

96 יצוין, כי מפרוטוקול ישיבת התאום דלעיל עולה כי "הפיקוח העירוני יהיה ברחבות ולא במסגדים, רשות העתיקות תפקח על הבנייה בתוך המסגדים. סיורים של הפיקוח העירוני יהיו בשעות הביקור בהר הבית בליווי שוטרים בהתאם לשעות הפתיחה למבקרים".

הפיקוח של משטרת ישראל

97 1. משטרת ישראל מופקדת על קיום הסדר הציבורי ועל ביטחון הנפש והרכוש בתחומי המדינה מתוקף הסמכויות שהוקנו לה לצורך כך בפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן - הפקודה). לפיכך מוקנית לשוטרים הסמכות להשליט סדר "בכל מקום שיש לציבור גישה אליו", למנוע הפרעות בשטחים ציבוריים⁴⁷, ולהורות על מניעת גישה לאזור או למקום בהתקיים "חשש ממשי לפגיעה חמורה בביטחון הנפש או הרכוש"⁴⁸. יצוין, שהווקף אינו מכיר בריבונותה של מדינת ישראל בהר הבית, אולם הווקף מכיר באחריות ממשלת ישראל לשמור על הסדר הציבורי במתחם ההר ולמנוע את הפגיעה בו⁴⁹ באמצעות המשטרה.

46 בג"ץ 4185/90, ש.ס.

47 סעיף 15(1) ו-2 לפקודה.

48 סעיף 4 לפקודה.

49 "שלטונות הכיבוש בתור שכאלה אינם יכולים להשתמט מאחריותם הבטחונית באשר לשומרי ההקדשות המוסלמים אין כל סמכות או אופי בטחוניים. השימוש במילה 'שומר', במובנו הבטחוני בקשר לשומרי הוואקף הינו שימוש מוטעה ואין ביניהם כזה שניתן לומר עליו שהוא ממלא תפקיד שומר במובן הבטחוני המקובל". מתוך דוח ועדת החקירה הערבית שהוקמה בעקבות הצעת מסגד אל-אקצא בשנת 1969, שצוטט בדוח ועדת הבירור לבדיקת האירועים בהר הבית באוקטובר 1990.

98 ככלל אין המשטרה עוסקת באכיפה שוטפת של דיני העתיקות ושל דיני התכנון והבנייה. לפי סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, "נודע למשטרה על ביצוע עבירה... תפתח בחקירה; אולם בעבירה שאינה פשע⁵⁰ רשאי קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה להורות שלא לחקור... אם הייתה רשות אחרת מוסמכת על פי דין לחקור בעבירה". הסמכות לחקור עברות על חוקי העתיקות ועל חוקי התכנון והבנייה מוקנית לרשות העתיקות ולרשות המקומית שבתחום שיפוטה בוצעה העברה.

99 2. סעיף 4 להנחיות היועמ"ש מטיל על המשטרה לפעול "בשיתוף פעולה עם רשויות התכנון והעתיקות, לפי המקרה, ועל פי יוזמתן, ותעניק להן כל סיוע הנדרש להן לאכיפת החוק, לגביית הודעות ולמעצר חשודים בכל מקרה של חשש להפרת הסדר הציבורי במקום". סעיף 8 להנחיות היועמ"ש קובע כי העירייה, הרשות והמשטרה "יוסיפו להפעיל השפעתם כדי למנוע ככל האפשר פעילות העלולה להביא להפרת החוק במקום".

100 3. סעיף 5 להנחיות היועמ"ש מטיל על העירייה ועל הרשות לקיים פיקוח שוטף "שיכלול סיורים במקום וקבלת דיווחים, לרבות דיווחי משטרה, כדי שתהא בידם תמונה עדכנית בכל הנוגע לקיום דיני התכנון והעתיקות בהר הבית". ביוני 2001 הנחה היועץ המשפטי לממשלה את המשטרה שלא לאשר לווקף לבצע עבודות בהר "בלא שתובאנה לבחינת רשות העתיקות ולהיתרה".

101 (א) לשם מילוי תפקידה בתחום הפיקוח המקצועי על העבודות בהר, הטילה המשטרה על שוטרים מהיחידה למקומות הקדושים לסייר בכל יום במתחם ולעקוב אחר הפעולות המתבצעות בו.

102 (ב) בפברואר 2001 הודיעה המשטרה למנהל מחלקת הפיקוח על הבנייה בעירייה כי "בשלב זה המשטרה אינה מאשרת לפקחי העירייה לערוך ביקורת בהר הבית".

103 בדיון בוועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת במאי 2004 טען מנהל אגף רישוי ופיקוח דאז בעירייה כי "יש גם מה שנקרא, 'מניעה יזומה' על-ידי הגורמים ששולטים בהרהבית. אם זה משטרה וכיוצא-בזה. על-מנת למנוע מאתנו גישה ולמזער אותנו עם מה שקורה שם... אף אחד לא מתאם אתנו ואף אחד לא מדווח לנו".

104 המשטרה הסבירה למשרד מבקר המדינה, במרס 2009 ש"בתקופות רגישות, אכן לא התאפשר לפקחי העירייה להיכנס אל ההר. למיטב זכרונם של הקצינים שהיו אמונים על נושא זה במשטרה במועדים הרלבנטיים, הנושא הובא בפני היועץ המשפטי לממשלה ובפני הדרג המדינית". המשטרה הסבירה עוד כי "מאז נפתח ההר למבקרים באוגוסט 2003, לא ביקשה עיריית ירושלים לבקר בהר... רק בספטמבר 2007, לראשונה מזה זמן רב, ביקשו פקחי העירייה לתאם עם המשטרה סיור בהר לצורך הכנת תגובה לעתירה בנושא עבודות כבל החשמל בשנת 2007" (ראו להלן).

105 באוגוסט 2010, בסיכום דיון שהתקיים בלשכת השר לביטחון פנים (ח"כ יצחק אהרונוביץ'), נכתב: "המלצות הדוח [חוות הדעת] למשטרת ישראל, מיושמות במלואן כבר משנת 2007". באותו החודש הודיע ממ"ר דוד במשטרת ישראל לנציגי משרד מבקר המדינה כי כל העבודות בהר הבית מתקיימות בהתאם להנחיות היועמ"ש; כל עבודה בהר קטנה כגדולה, מקבלת מראש את האישורים המתאימים והן מאושרות לאחר תאום עם הגורמים המתאימים: ועדת השרים, הרשות ועיריית ירושלים. הוא הציג סיכומי פגישות בין נציגי הווקף לנציגי המשטרה בהם נדונו בקשות הווקף לביצוע עבודות על ההר, מהם עולה שנדונו בהם מספר רב של עבודות, וביניהן לדוגמה עבודות הקשורות לגופי תאורה, להקמת הצליות ולהתקנת ברזי מים.

הרגישות הביטחונית

106 1. בדצמבר 1990 הודיעה פרקליטות המדינה לבג"ץ כי "הטיפול בהליכים המשפטיים הנוגעים להר-הבית אינו יכול להיות מעצם טיבו נושא המנותק מבעיות של יחסי יהודים-ערבים במדינת ישראל ובאזורי יהודה והשומרון וחבל עזה; ואין לנתקו משאלות הכרוכות ביחסי המדינה עם מדינות ערב, עם העולם המוסלמי ואלו הנוגעות ליחסי החוץ של ישראל בכלל, כל זאת כאשר ידועה

⁵⁰ לפי סעיף 1(24) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, "פשע" היא עבירה שנקבע לה עונש חמור ממאסר לתקופה של שלש שנים.

היטב הרגישות הבינלאומית הכרוכה בשלטונה ובריבונותה של מדינת ישראל במקום זה, הקדוש לבני כל הדתות"⁵¹.

107 2. בעניין זכות הגישה להר הבית קבע בג"ץ כי "אין די בחשש ערטילאי או רחוק לשלום הציבור... יש צורך בחשש קונקרטי המצביע על סכנה קרובה לוודאי לפגיעה קשה בביטחון הציבור. הערכת קיומו של חשש כאמור תעשה עליסוד מידע מבוסס המתייחס לא רק לניסיון העבר הרחוק אלא גם לניסיון העבר הקרוב או מידע באשר להווה, והכל בהתחשב בנתוני הזמן והמקום... וכלל נסיבות העניין בכל מקרה קונקרטי"⁵².

108 במרס 2009 כתב סגן מפקד מחוז ירושלים (תנ"צ ניסו שחם) למשרד מבקר המדינה: "גם הישגרה' בהר הבית הנה שגרה מתוחה הנושאת בחובה פוטנציאל נפיץ... מקום שמדובר בהר הבית, מוסכם על גורמי הביטחון כי 'מידע מודיעיני קונקרטי' אינו חזות הכל, ודווקא הערכות גורמי המודיעין תופסות מקום מרכזי בגיבוש הערכת המצב. הדבר מבוסס בין השאר, על העובדה שלעיתים התפרעויות בהר הבית מתפתחות באופן ספונטאני, על רקע של מתיחות קיימת, ובלא שיתקיים מידע קונקרטי בדבר כוונות להפר את הסדר".

109 על פי הפסיקה, רק ידיעות קונקרטיות המבססות חשש ברמה של סכנה קרובה לוודאי לפגיעה קשה בביטחון הציבור הן עילה לאי אכיפה נקודתית של החוק באתר. בהעדר מידע קונקרטי כאמור, מן הראוי כי המשטרה תגביר את שיתוף הפעולה עם הרשות והעירייה; באופן שיאפשר לשלש הרשויות האמורות לקיים "פיקוח משמעותי... פיקוח של ממש, 'פיקוח מפוכח', ולא כדי לצאת ידי חובה בלבד"⁵³.

הבקרה המשפטית

110 על רשויות האכיפה מוטלות החובות האלה: לפקח פיקוח של ממש - הדוק, מלא, צמוד ורצוף - על הנעשה בשטח הר הבית; לשקול את התגובה הראויה על הפרות חוק בכל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו; לקבל החלטות המבוססות על איזון בין השיקולים המקצועיים, המשפטיים, הביטחוניים והמדיניים הרלוונטיים; לאכוף את החוק בסבירות, בתום לב, באופן הגיוני, בכובד ראש ובזהירות יתרה. כל אלה בהתאם למדיניות שנקבעה בהנחיות היועמ"ש⁵⁴.

111 משרד מבקר המדינה העלה שלהנחיות היועמ"ש ניתנו פרשנויות שונות: בדיון שקיימה ועדת הכנסת לענייני ביקורת המדינה בינואר 2001, אמר מנהל הרשות דאז בעניין המשמעות המעשית של הנחיות היועמ"ש כי "הייתה קביעה של היועץ המשפטי לממשלה, מר יוסף חריש, שהאנשים של רשות העתיקות, שהייתה להם סמכות על פי חוק לומר 'לא' על פעולות שנעשות על הר הבית - לא יפעילו את סמכותם, ולמעשה נשללה מהם הסמכות... הוא הותיר להם סמכות אחת, והיא - לדווח ליועץ המשפטי לממשלה ולהמתין להנחיות שלו לגבי מה לעשות לגבי אכיפת חוק העתיקות". במאי 2004 כתב ארכאולוג המרחב למחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה בתגובה לעתירה שהוגשה לבג"ץ בעניין האמור,⁵⁵ ש"כיוון שפעילותה של רשות העתיקות מוגבלת כהנחיה מידי היועץ המשפטי לממשלה... לכן רשות העתיקות אינה יכולה לפעול להפסקת פעולה במתחם הר הבית אלא ע"פ הנחייה ישירה כזאת מיועמ"ש לממשלה".

112 משרד המשפטים כתב למשרד מבקר המדינה, בינואר 2009, כי "עמדות אלה אינן מקובלות עלינו, ואינן מתיישבות עם הנחיות היועץ". משרד המשפטים הוסיף כי "הנחיית היועץ המשפטי לממשלה אינה 'מגדירה מחדש' את תחומי האחריות ודרכי פעולתן של הרשויות. כל רשות וסמכויותיה, כל רשות ודרכי פעולתה. כל שקובעת ההנחיה היא חובת תאום עם היועץ המשפטי לממשלה לעניין נקיטה בפעולות מסוימות, וזאת מקום שאין דחיפות בנקיטת אותה פעולה".

113 בתגובה, כתב מנהל הרשות למשרד מבקר המדינה, בינואר 2009 כי הפרשנות האמורה "איננה זו

51 סעיף 18 להודעה מטעם המדינה בבג"ץ 4185/90 (ראו לעיל).

52 בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 449; וראו גם בג"ץ 4776/06 גרשון סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים, ניצב אילן פרנקו ואח', תקדין.

53 בג"ץ 4185/90, שם בעמ' 285.

54 בג"ץ 4185/90, שם בעמ' 284.

55 בג"ץ 2188/04 נאמני הר הבית בא"י נ' שוקה דורפמן, תקדין.

הנהוגה ברשות משנת 1988 והיא מעולם לא הובאה לידיעת הרשות. ההבנה המקובלת ברשות העתיקות שהנחיות היועץ חריש, היו מקובלות על כל היועצים המשפטיים לממשלה עד ליועץ המשפטי הנוכחי. מן הראוי היה, שהיועץ המשפטי לממשלה, היה מודיע לרשות העתיקות על שינוי בפרשנותו להנחיות היועץ חריש".

114 2. סעיף 5 להנחיות היועמ"ש קובע שהרשויות (רשות העתיקות, עיריית ירושלים ומשטרה) "ידווחו ליועץ המשפטי לממשלה באמצעות היועצים המשפטיים שלהם כל אימת שתגלה הפרה רצינית ומהותית של דיני התכנון או העתיקות, לפי המקרה. בבואן לשקול מהי הפרה המחייבת דיווח ליועץ המשפטי לממשלה יביאו הגורמים המופקדים על הנושא בגדר שיקוליהם: את היקף ההפרה, את סוג הבניה או הפעולה שנעשתה במקום, את מידת הפגיעה בערך המוגן על ידי החוק ואת האפשרות למנוע את הנזק לערך המוגן שלא על דרך ההליכים הפליליים".

115 **על אף הוראת סעיף 5 בהנחיות היועמ"ש, היועצים המשפטיים של המשטרה, הרשות והעירייה, אינם משתתפים דרך קבע בשרשרת הדיווח ליועץ המשפטי לממשלה.**

116 3. על חשיבות הפיקוח השוטף של הרשויות בהר הבית לפי הנחיות היועמ"ש נכתב בהודעת פרקליטות המדינה לבג"ץ מדצמבר 1990 כי "עצם הפיקוח השוטף מונע אפשרויות של הפרה רצינית ומהותית של דיני התכנון או העתיקות על הר הבית"⁵⁶. משנת 1996 ואילך הרשות והעירייה אינן מקיימות פיקוח שוטף ורציף בהר הבית, ואת עיקר המידע שברשותן מוסרת להן המשטרה. בשנים 2007-2001 לא דיווחה עיריית ירושלים ליועמ"ש על המתרחש באתר.

117 **יוצא אפוא, שמדיניות האכיפה שנקבעה בהנחיות היועמ"ש אינה מיושמת במלואה. הרשויות מקיימות באופן חלקי את חובות הפיקוח השוטף והדיווח המוטלות עליהן. במצב זה ליועמ"ש אין תמונה עובדתית שלמה ומתואמת בנוגע להפרות החוק הרציניות והמהותיות בהר הבית.**

118 בסעיפים 5-7 להנחיות היועמ"ש נקבע כי שלוש הרשויות אחראיות לדיווח ליועץ המשפטי לממשלה על הפרות החוק "הרציניות והמהותיות" במתחם הר הבית, ולהעביר לידיעתו את תלונות הציבור בעניין זה שנבדקו על ידן (להלן ביחד - דיווחי הרשויות). בדצמבר 1990 הודיעה פרקליטות המדינה לבית המשפט העליון⁵⁷ כי "כל מקרה נבדק לגופו, באשר לחומרתו, היקפו ומידת הפגיעה בערך המוגן על פי החוק". ההנחיות אינן קובעות את אופן ודרך פעולתו של היועץ המשפטי לממשלה.

119 היועץ המשפטי לממשלה לשעבר (מר אליקים רובינשטיין) כתב למשרד מבקר המדינה בדצמבר 2008 כי: "נושא הר הבית... הוא מן הטעושים שבנושאים, וההיבט הדומיננטי בו הוא מדיני-בטחוני. כך אירע שהטיפול הוטל מכבר, במידה רבה, לפתחו של היועץ המשפטי לממשלה, וזאת עוד בטרם נתמנית לתפקידי... משכנסתי לתפקידי... ב-1997 המשכתי בכך, כחלק מנושאי טיפול שוטף. בשל חשיבותו ורגישותו, הייתה גישתי יד מתמדת על הדופק, במבט רחב הנדרש למכלול היבטים, תוך קיום דיונים תכופים, התייחסות על אתר ככל הניתן לפניות כתובות, ויזום דיונים רבים עם כל הנוגעים בדבר בממשל, ובמיוחד ראשי הממשלה. מנהלי רשות העתיקות... וכן הגורמים האחרים, כמו מפקדי מחוז ירושלים של המשטרה, אנשי משטרה אחרים וכן אנשי העירייה, היו בני בית בלשכתי, וביקרתי יותר מפעם בהר הבית... בליווי מפקד מחוז ירושלים ואחרים על מנת לעמוד על הנעשה, בחינת 'טוב מראה עיניים מהלך נפש'. היו דיונים לא מעטים אצל ראשי הממשלה... איש בימי כהונתו, חלק מהם ביזמתי... בדיונים אלה הובעה דעתי".

120 בפברואר 2004 נכנס מר מני מזוז לתפקיד היועמ"ש. במסגרת תפקידו הוא קיבל דיווחים של הרשויות על הפרות חוק בהר וכן תלונות בנושא, שהגישו יחידים וארגונים ציבוריים שונים, שחלקן נידונו בבג"ץ. בינואר 2009 כתבה המשנה ליועמ"ש (משפט אזרחי) למשרד מבקר המדינה, ש"הדיווחים שהועברו ליועץ המשפטי לממשלה בשנים האחרונות לא כללו דיווחים על הפרות חוק שחייבו טיפול".

121 (א) במאי 2004 עתרה עמותת נאמני הר הבית בארץ ישראל לבג"ץ בבקשה שיורה ליועמ"ש ולממשלה לאפשר למערכת האכיפה והפיקוח של הרשות לפקח על הנעשה בהר הבית באופן שימנע פגיעה בעתיקות שבאתר⁵⁸. בתגובה על העתירה הודיעה פרקליטות המדינה לבג"ץ, בין היתר, כי עבודות המבוצעות בלא אישור הרשויות ושלא בפיקוחן "מופסקות על ידי המשטרה, ככל שמתעורר

⁵⁶ הודעת הפרקליטות הוגשה בבג"ץ 4185/90 (ראו לעיל).

⁵⁷ במסגרת הדיון בבג"ץ 4185/90.

כתוצאה מביצוען חשש לפגיעה בעתיקות". היועמ"ש לא אישר למשטרה להפסיק את העבודות, על אף האמור בהנחיות היועמ"ש.

בתשובת המשנה ליועמ"ש (משפט אזרחי), למשרד מבקר המדינה, מינואר 2009 נאמר כי המשטרה פועלת להפסקת עבודות שיש חשש שלא קיבלו את אישור הרשויות, אך "פעולות כאלה אינן בבחינת פעולות אכיפה, שכן לא ננקטת בהן סמכות אכיפתית כלשהי וממילא הן אינן טעונות אישור" של היועמ"ש.

122

עד מועד סיום הביקורת לא מסר היועמ"ש לרשויות את רשימת "פעולות האכיפה" בהר הבית שביצוען מותנה באישורו; ולא את רשימת הפעולות ש"לא ננקטת בהן סמכות אכיפתית כלשהי וממילא הן אינן טעונות אישור".

123

(ב) באוקטובר 2004 פנתה היועצת המשפטית דאז של המשטרה ליועמ"ש בבקשה לכנס דיון דחוף בתגובת רשויות האכיפה על תכנית הווקף לבצע קירוי של הכניסה המערבית למסגד באורות שלמה, וצירפה לפנייה זו חומר רלוונטי להבהרת הרקע לדיון. עם הגעת הפנייה האמורה כתב עוזר היועמ"ש ליועמ"ש שבקשת המשטרה לקיים את הדיון "נובעת מכך שהם חוששים שינסו להכניס את החומרים בתפילת יום ו' הקרוב, ורוצים להיות ערוכים לכך".

124

מפקד משטרת מרחב דוד דאז הסביר למפקד משטרת מחוז ירושלים דאז כי "בתאריך 28.6.04 החלו עובדי הווקף לפרק את מבנה מבואת הכניסה מסיבב לכניסה המערבית... הוברר כי בכוונת הווקף לבצע חיפוי ימכובד יותר... מבחינת רישוי, קנים צורך, בעניינים שכאלה, לקבל רישיון מאת עיריית ירושלים... בשל האמור ובהתקיים החלטתה כי נושאים מסוג זה ידונו אצל היועמ"ש לממשלה מתוקף סמכותו עפ"י החלטת הממשלה, ממליץ להעביר את ההכרעה בעניין אליו".

125

בעקבות כך נקבע כי יכונס דיון דחוף בלשכת היועמ"ש ב-31.10.04, אך הדיון בוטל ללא התראה ובלי הסבר, ובסופו של דבר לא הנחה היועמ"ש את הרשויות כיצד לטפל בסוגיה זו.

126

המשנה ליועמ"ש הסבירה בינואר 2009 למשרד מבקר המדינה כי אף שהדיון בלשכת היועמ"ש בוטל, "העניין נשוא פנייתה של המשטרה נדון גם נדון - בדיון שהתקיים בפברואר 2005 אצל המזכיר הצבאי של ראש הממשלה, דיון בו השתתף מר יעקב שפירא, מטעמו של היועץ המשפטי לממשלה". יוצא אפוא, שעל אף בקשת המשטרה מאוקטובר 2004, נמנע היועמ"ש מלהנחותה כיצד להיערך לקירוי של הכניסה המערבית למסגד באורות שלמה.

127

(ג) בדצמבר 2004 פנה מנהל הרשות ליועץ המשפטי לממשלה בבקשה לתחקר אירוע של פגיעה באבנים מהתקופה ההרודיאנית בכותל המזרחי בשל ביצוע עבודות הווקף⁵⁹. בתוך כך התבקש היועמ"ש לאשר סקר תיעוד וביצוע לשם שיקום המצב, ואולם היועמ"ש לא הגיב על בקשת הרשות, לא כינס דיון בנושאים אלו ואף לא העביר לשום גורם אחר את הטיפול בפניות מנהל הרשות.

128

בתשובת המשנה ליועמ"ש למשרד מבקר המדינה נכתב כי הסמכות לאישורם של סקרים כאמור אינה מסורה בידי היועמ"ש.

129

(ד) ב-31.8.07 עתרה תנועת נאמני הר הבית לבג"ץ בבקשה להורות ליועמ"ש ולגורמים אחרים להפסיק לאלתר כל פעולה של חפירה ופגיעה והרס עתיקות ברמה שבהר הבית. ב-3.9.07 ביקש הוועד למניעת הרס העתיקות בהר הבית מכמה אישים בממשלה וברשויות, ובהם היועמ"ש, להפעיל את סמכויותיהם על פי כל דין ולעצור לאלתר את חפירת תעלת הכבל החשמלי מצפון וממזרח לרמת הר הבית ועד לדרום ההר, שביצע הווקף המוסלמי בפיקוח הרשות והמשטרה (ראו להלן). היועמ"ש לא הגיב על פנייה זו.

130

ב-11.9.07 שלחה מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה לעיון היועמ"ש את טיוטת תגובת המדינה על העתירה שהוגשה בבג"ץ 7433/07 האמור. במענה לכך כתב היועמ"ש לעוזרו: "ערכת תיקונים בטיוטת התגובה... כיוון שאין הכרח בנקיטת עמדה קונקרטיה, וכיוון שהנושא מעולם לא הגיע לשולחני, העדפתי להיות יותר זהיר".

131

58 בבג"ץ 2188/04.

59 במכתב נוסף למנהל הרשות בעניין האמור הגדיר ארכאולוג המרחב את מעשי הווקף בכותל המזרחי, במילים: "חציית קו אדום", וגם "לא יתכן שנעמוד מנגד כאשר מבוצע נזק כבד כל כך לכתלים המקוריים של הר הבית".

מִן הָאֲמֹר לְעֵיל עוֹלָה כִּי עַל אֵף הַסְּבִירִי הַמְּשֵׁנָה לְיוֹעֵץ הַמְּשַׁפְּטִי, לְפִיָּהוּ, בְּשָׁנִים הָאֲחֵרוֹנוֹת לֹא הוֹעֲבְרוּ דִּיוּוחִים עַל הַפְּרוֹת חוֹק שְׁחִיבֵי טִיפּוֹל שֶׁל הַיּוֹעֵמ"ש, לְדַעַת הַרְשׁוּיֹת הַשּׁוֹנוֹת הַיּוֹ דִּיוּוחִים עַל הַפְּרוֹת חוֹק שְׁחִיבֵי אֶת הַתְּעַרְבוֹת שֶׁל הַיּוֹעֵמ"ש וְאֵת טִיפּוֹלוֹ. מִשְׂרָד מִבְּקֵר הַמְּדִינָה מַעִיר שַׁעַל פִּי הַפְּסִיקָה וְהַנְּחִיּוֹת הַיּוֹעֵמ"ש, סְמֻכוּיֹת אֲכִיפַת הַחוֹק בְּהַר הַבַּיִת לֹא נִיתְּנוֹת לְהַפְעֵלָה בִּידֵי הַרְשׁוֹת, הַמְּשַׁטְרָה וְהַעִירִיָּה, אֲלֵא בְּאִשְׁוֹר הַיּוֹעֵמ"ש. לְכֵן עַל הַיּוֹעֵמ"ש מוֹטְלַת הָאֲחֵרִיּוֹת לְדוֹן בְּכָל מְקָרָה שְׂמִדּוּחַ לּוֹ, לְבַרֵּר אֶת הָעוֹבְדוֹת הַמְּפּוֹרְטוֹת בְּדִיוּוחֵי הַרְשׁוּיֹת וְתוֹלוֹנוֹת הַצִּיבּוֹר וְלִהְנַחֹת אֶת הַרְשׁוּיֹת כִּיצַד לְטַפֵּל בְּהֵן.

132

הַעֲבוֹדוֹת בְּהַר הַבַּיִת

עֲבוֹדוֹת בְּהַר בְּשָׁנִים 1996-2006

הַחֵל מִסֶּפְטֵמְבֵר 1996 אֲסֵר הוּוֹקֵף הַמוֹסְלָמִי עַל כְּנִיסַת מִבְּקָרִים לֹא מוֹסְלָמִים, לְרַבּוֹת מִפְּקָחֵי הַרְשׁוֹת, לְמַתְחָם הַהֵר. בְּשֶׁל כֵּךְ נִבְצַר מִהַרְשׁוֹת לְקִיִּים פִּיקוּחַ סְדִיר וְרִצּוֹף בְּאֵתֵר, וְהִיא קִיִּימָה בְּמִקּוֹם סִיּוּרִים חֲטוּפִים וּמַעֲטִים בְּלִיוֵי הַמְּשַׁטְרָה.

133

1. בְּסֻמוֹךְ לְמִסְגַּד אֶל-אֶקְצָא, בְּפִינָה הַדְּרוּמִית-מְזֻרְחִית שֶׁל הַהֵר, מִשְׁתַּרְעַת רַחְבָּה גְּדוֹלָה, וּמַתְחַתֶּיהָ יֵשׁ מַעֲרַכַת שֶׁל חֲלָלִים תַּת-קֶרְקַעִים. חֲלָלִים אֵלֶּה שִׁמְשׁוּ אֶת "מִסְדֵר אֲבִירֵי הַמְּקַדְשִׁי" (הַטְּמַפְלָרִים) בְּתֻקּוֹפָה הַצִּלְבָּנִית כְּאוֹרוֹת סוּסִים, כּוֹנוֹ בְּפִיהֶם "אוֹרוֹת שְׁלֵמָה" (לְהֵלֵךְ - "אוֹרוֹת שְׁלֵמָה"). בְּדִצְמֵבֵר 1996 הִקִּים הוּוֹקֵף בְּ"אוֹרוֹת שְׁלֵמָה" מִסְגַּד תַּת-קֶרְקַעִי ("אֶל-מִצְאֵלָה אֶל-מְרוֹוֹאֲנִי") הַמְּסוּגָל לְהַכִּיל לְמַעֲלָה מִ-10,000 מְתַפְּלָלִים, וְהוּא הַמְּסַגֵּד הַגְּדוֹל בְּיוֹתֵר בְּיִשְׂרָאֵל. בְּדִיוֹן שֶׁהִתְקִיִּים בְּמַמְשָׁלָה בְּחוֹדֵשׁ הָאֲמֹר אֲמַר הַמְּנַהֵל דָּאזְ שֶׁל רְשׁוֹת הָעֵתִיקוֹת, כִּי בְּהַר הַבַּיִת מִתְבַּצְעוֹת עֲבוֹדוֹת בִּינוּי וְשִׁפּוּצִים "בְּקִנָּה מִיָּדָה גְּדוֹל מִבְּעֵבֵר, לֹא תִיֵּאוּם, לֹא קִבַּלְתְּ אִישׁוּרִים כְּנִדְרָשׁ, וּבְנִיגוּד לְחוֹק".

134

2. בְּשָׁנַת 1998 נִחְנַךְ בְּאוֹלְמוֹת הַתַּת-קֶרְקַעִים הַקְּדוּמִים שֶׁמַתְחַת לְמִסְגַּד אֶל-אֶקְצָא בְּאוֹרוֹת שְׁלֵמָה מִסְגַּד חֲדָשׁ נוֹסֵף ("אֶל-אֶקְצָא אֶל-קִדְדִים"). הַעֲבוֹדוֹת לְהַקְּמַתוֹ כִּלְלוּ - פִּינוּי שְׁפָכֵי עֶפֶר מִתּוֹךְ הַחֲלָלִים הַתַּת-קֶרְקַעִים וְחִפְרִיָּה לְהַנְמַכַת מִפְּלַס הַקֶּרְקַע, הַנְּחַת רִיצּוֹף חֲדָשׁ בְּשֻׁטַח שֶׁל כִּ-5,400 מ"ר, הַתְּקַנְתָן שֶׁל מַעֲרַכַת תְּאוּרָה וְצִנְרַת חֲשֵׁמֶל בְּקֶרְקַע תּוֹךְ קְדִיחַת חוֹרִים בְּאֲבָנִים קְדוּמוֹת.

135

3. בְּנוֹבֵמְבֵר 1999 חֲפַר הוּוֹקֵף בְּאֲמַצְעוֹת כִּלִּים מְכֻנִּים גְּדוֹלִים בּוֹר שֶׁשֻׁטְחוּ כִּ-1,600 מ"ר וְעוֹמְקוֹ כִּ-12 מֵטְרִים בְּחִזִּית הַצִּפּוֹנִית שֶׁל "אוֹרוֹת שְׁלֵמָה". עֵילַת הַחִפְרִיָּה הֵייתָה בְּנִיית פֶּתַח חִירוֹם לְמִסְגַּד הַחֲדָשׁ. הַעֲבוֹדוֹת חֲשֵׁפוּ כְּאַרְבַּעַה פֶּתָחִים (קֶשֶׁתוֹת) עֵתִיקִים שְׂרוּחֲבִם כִּ-4 מֵטְרִים וְגוֹבְהֶם כִּ-10 מֵטְרִים. בְּמַהֲלֵךְ הַעֲבוֹדוֹת הוּצִיא הוּוֹקֵף כִּ-10,000 טוֹן שֶׁל אֲדָמָה עֲשִׂירָה בְּמַצְצָאִים אֲרַכְאוֹלוֹגִיִּים בְּלַמְעֵלָה מִ-250 מִשְׁאִיּוֹת, וְשִׁפַּךְ אוֹתָם לְנַחַל קְדֻרוֹן וְלְמַזְבֵּלָה הָעִירוֹנִית בְּאֶל-עִזְרִיָּה. מִצְבוּרֵי עֶפֶר נוֹסְפִים פּוֹנוּ לְמִקְוֹמוֹת שׁוֹנִים בְּמִזְרַח יְרוּשָׁלַיִם. לְאַחַר חִפְרִית הַבוֹר יוֹצְבוּ דְּפִנְתֵיּוֹ בְּאֲמַצְעוֹת בְּנִיָּה וְהַנְּחַת גוֹשֵׁי אֲבָן גְּדוֹלִים מְדוּרְגִים; נִבְנְתָה מַעֲרַכַת מְדֻרְגוֹת מוֹנוֹמֵנְטָלִית וְרַחְבָּה הַמוֹלִיכָה לְמִסְגַּד הַתַּת-קֶרְקַעִי; וְהוּצְבוּ בְּצֵדוֹ עַמּוּדֵי תְּאוּרָה מְפּוֹאֲרִים וּמַעֲקוֹת. הַמִּקּוֹם הוֹסֵב מִ"פֶּתַח חִירוֹם" לְכְּנִיסָה הָעִיקְרִית אֶל הַמִּסְגַּד.

136

הַמְּנַהֵל דָּאזְ שֶׁל הַרְשׁוֹת הַגְּדִיר עֲבוֹדוֹת אֵלֶּה "פִּשַׁע אֲרַכְאוֹלוֹגִי" וְ"פְּגִיעָה בְּרַבְרִית בְּאֲרַכְאוֹלוֹגִיָּה". בְּדִצְמֵבֵר 1999 כָּתַב הַיּוֹעֵמ"ש לְשַׁעֲבֵר (מֵר אֲלִיקִים רוֹבִינְשְׁטִיין) לְרֹאשׁ הַמְּמַשְׁלָה דָּאזְ (מֵר אֶהוּד בְּרַק): "אֵינְ חוֹלֵק, כִּי בַעֲבוֹדוֹת הַבְּנִיָּה הָאֲחֵרוֹנוֹת יֵשְׁנָה הַפְּרָה בְּרוּרָה שֶׁל חוֹקֵי הַתְּכַנּוֹן וְהַבְּנִיָּה וְחוֹק הָעֵתִיקוֹת, הַפְּרָה שֶׁהִיא לַעַת הַזֹּאת רֵף חֲדָשׁ בְּהַקְּשֵׁר זֶה, וְעִשִּׂית דִּין שֶׁל הַנוֹגְעִים בְּדַבָּר לְעַצְמָם".

137

בְּמִסְגַּרְתָּ עֵתִירָה שֶׁהוֹגֵשָׁה לְבִג"ץ בְּשָׁנַת 1996 בְּנוֹגַע לְעֲבוֹדוֹת בְּ"אוֹרוֹת שְׁלֵמָה", אֲמַר בֵּית הַמְּשַׁפֵּט, כִּי "לֹא יִיתְּכֵן מִצָּב, אֲשֶׁר בּוֹ בְּשֶׁל יִצִּירַת מַתַּח וְהַשְׁמַעַת אִיוּמִים, גְּלוּיִים אוֹ נִסְתָּרִים, יִסּוּכַל פִּיקוּחַ יַעִיל בְּאִזְזוֹר זֶה". בְּתֻשׁוּבָה לְשֵׁאלַת בֵּית הַמְּשַׁפֵּט, הַתְּחִיבָה פְּרַקְלִיטוֹת הַמְּדִינָה בְּשֵׁם עִירִיַת יְרוּשָׁלַיִם וְהַיּוֹעֵץ הַמְּשַׁפְּטִי לְמַמְשָׁלָה, לְהַקְפִיד עַל כֵּךְ "שֶׁהַפִּיקוּחַ יִימְשָׁךְ, וְכִי אִם יֵשׁ צוֹרֵךְ בְּכֵךְ, אִזְ יִבּוֹצַע אוֹתוֹ פִּיקוּחַ בְּלִיוֵי מְשַׁטְרֵתִי"; וּבֵית הַמְּשַׁפֵּט הוֹסִיף: "הֵנְנוּ מְקוּוִים וּמְנִיחִים, כִּי הַבִּטְחָה זֹאת אֲכֵן תִּמּוּשׁ הַלְכָה לְמַעֲשֵׂה"⁶⁰.

138

4. בְּשָׁנַת 2000 הוֹרַחְבוּ הַעֲבוֹדוֹת בְּ"אוֹרוֹת שְׁלֵמָה", נִמְשְׁכוּ עֲבוֹדוֹת הַפִּיתוּחַ, הַבִּינוּי וְהַרִיצוֹף בְּדִירוֹם הַר הַבַּיִת, הוּצְבוּ דְּפִנְתוֹת כְּנִיסָה לְמִסְגַּד הַחֲדָשׁ, נִבְנוּ טְרַסוֹת וּמְדֻרְגוֹת כְּנִיסָה וְרוֹצְפוֹ שְׁטַחִים

139

⁶⁰ הַשׁוֹפֵט בֵּךְ בְּבִג"ץ 6403/96 תְּנוּעַת נְאֻמְנֵי הַר הַבַּיִת וְאֲח' נ' רֹאשׁ עִירִיַת יְרוּשָׁלַיִם וְאֲח', פ"ד (4) 241.

נרחבים בשטח של 5,768 מ"ר, מהם כ-3,000 מ"ר באזור שבין "אורות שלמה" ובין שער הרחמים.

140 ביוני 2000 כתב מנהל הרשות דאז למנהל מחלקת הבג"צים דאז בפרקליטות המדינה (עו"ד עוזי פוגלמן), כי "לרשות לא היתה ידיעה מוקדמת על העבודות. כמו כן איננו יודעים על התכניות על פיהן העבודות מתנהלות. כל מה שנעשה מתבצע ללא היתר תוך הפרה של חוק העתיקות".

141 5. בשנים 2001-2003 ביצע הווקף עבודות ריצוף נרחבות בהר הבית, על אף התנגדות רשות העתיקות. בשנת 2001 הבחינה רשות העתיקות כי נוצרה בליטה בכותל הדרומי בהר הבית (להלן - הבלט). הווקף והרשות הפלשתינאית התנגדו לכך שרשות העתיקות תתקן את הבלט, ולכן החליט ראש הממשלה דאז (מר אריאל שרון) במרס 2002 להעביר לממשלת ירדן את האחריות לביצוע התיקון.

142 בינואר 2003 החלה המשלחת הירדנית לבצע את עבודות התיקון, על אף הסתייגויותיה המקצועיות של הרשות. גם עבודות התיקון והשימור של הכותל המזרחי, שנשקפה סכנה שיתמוטט עקב סדקים שהתגלו בו, הופקדו בשנת 2004 בידי צוותים מירדן וממצרים.

143 6. ממסמכי רשות העתיקות עולה כי בשנים 2004-2005 נמשכו ללא פיקוח עבודות מסוגים שונים, לרבות ריצוף שטחים פתוחים, כיחול, ליטוש אבנים, החלפת אבנים, שבירת אבנים הרודיאניות, והתקנת צנרת מים וכיבוי אש.

144 במאי 2004, לאחר פתיחת הר הבית לביקורי תיירים לא מוסלמים⁶¹, אמר מנהל הרשות בדיון שהתקיים בוועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת: "רשות העתיקות לא מפקחת בהר-הבית כמו שהיא מפקחת באתרים אחרים ברחבי הארץ. שזה המנדט שלה על-פי חוק... היום בגלל שההר פתוח לקהל, אנחנו גם נמצאים יותר על ההר... אני לא אגיד לך שאין מה שאנחנו קוראים, 'פגיעה בארכאולוגיה'... אני אגיד אפילו יותר מזה, כי כשהיו צריכים להחליף צינור מים, לעשות ברוז כיבוי אש וצריך לעשות תעלה באדמה - ואנחנו גילינו אותה מאוחר יותר - אז יש פגיעה בעתיקות - ודאי". המנהל הדגים עוד: "אנחנו לא נמצאים שם, לא בלילה, למשל, ואנחנו לא הורשינו ללכת לכל מקום שהיינו רוצים ללכת אליו...".

145 בינואר 2009 כתב מנהל הרשות למשרד מבקר המדינה כי הרשות "לא יכולה לחדש את סוג הפיקוח, שהיה נהוג לפני 1996 ללא שיתוף פעולה מצד הווקף ומשטרת ישראל והנחיה מפורשת של הדרג המדיני". לדבריו הסיבה לשינוי ביחסו של הווקף לפיקוח הארכאולוגי של הרשות באתר הייתה "השינויים שבאו לאחר ההסכמים המדיניים עם הפלשתינאים, בעקבותיהם הרשות הפלשתינאית השתלטה על הנעשה בהר הבית, החלפת המופתי של ירושלים מנאמן ירדני, למינוי אישי של הרשות הפלשתינאית, העלייה בכוחה של התנועה האסלאמית הישראלית... עובדה היא שנמנע מרשות העתיקות לקיים פיקוח בשטח, ועל כך רשות העתיקות התריעה וחזרה והתריעה".

חידוש קו החשמל לכיפת הסלע ביולי 2007

146 1. ביוני 2007 ביקשה המשטרה מארכאולוג המרחב לחוות דעה בנוגע לבקשת הווקף למתוח כבל חשמל חדש מחדר הגנראטור לכיפת הסלע ומחדר הגנראטור למסגד אל-אקצא. בבקשה צוין שהווקף "ביקש לחפור תעלה בעומק של כ-60 ס"מ ברחבת כיפת הסלע להנחת הכבל".

147 בקשת הווקף להחלפת תשתית החשמל לכיפת הסלע ולמסגד אל-אקצא, לא נענתה בחיוב בידי המשטרה, אך היא החליטה לבחון אם לאשר את ביצוע העבודות בתנאי שהווקף ימציא לה מפה שאפשר ללמוד ממנה על אופן פריסת התעלות של כבלי החשמל שהותקנו במקום.

148 2. ב-7.7.07, מסר מפקד הר הבית במשטרה לארכאולוג המרחב ברשות כי אירעה תקלה במערכת החשמל בכיפת הסלע, וכי הווקף החליט לחדש את קו החשמל התת-קרקעי בבמת הר הבית, המכונה גם "הרמה" (להלן - הבמה)⁶², המוביל לכיפת הסלע. המשטרה ומנהל הרשות סיכמו לאשר לווקף לחפור תעלה להנחת כבל חשמלי לכיפת הסלע.

149 ארכאולוג המרחב ברשות כתב למפקד הר הבית ב-8.7.07 את תנאי הרשות למתן אישור לחפירת התעלה בבמה: "1. יוחלף כבל החשמל בתעלה בתוואי המשורטט בתשריט המצ"ב בלבד; 2. החפירה

⁶¹ אם כי יצוין שפקחי העירייה אינם מסיירים בהר גם לאחר פתיחתו המחודשת למבקרים (ראו להלן).

⁶² במת הר הבית היא הרחבה המוגבהת במרכז המתחם, שעליה ניצבת כיפת הסלע.

תבוצע על התוואי הקיים ללא חריגה לצדדים; 3. החפירה תעשה לעומק של 60 ס"מ בלבד או עד לגובה ממצא ארכאולוגי כפי שייקבע על ידי הארכאולוג המלווה או עד לגובה הסלע; 4. לא תבוצע חציבה כלשהי בסלע האם; 5. הסרת לוחות הריצוף, וחפירת 10 הסנטימטרים העליונים תבוצע על ידי כלי מכני בפיקוח ארכאולוגי צמוד של רשות העתיקות; 6. חפירת יתר התעלה להנחת הכבל תעשה בחפירה ידנית בלבד בפיקוח ארכאולוגי צמוד של רשות העתיקות". מנהל הרשות אישר תנאים אלה.

150 החפירה עצמה נעשתה באמצעות מחפרון JCB (טרקטור) בעל כף חפירה שרוחבה כחצי מטר, ולצדו עמלו פועלים מטעם קבלן החפירות. במקומות רגישים יותר נעשתה החפירה בכלים ידניים ובידי מפקח הרשות עצמו. ממסמכי הרשות עולה, שהחפירה הייתה באורך 120 מ', בעומק בין 80 ס"מ לבין מטר אחד.

151 המשטרה אישרה את העבודה למרות שלא הומצא לה מפה שמצביעה על פריסת תעלות החשמל הקיימות. אישור הרשות לחפור תעלה בעומק של 60 ס"מ בבמה לא הותנה בביצוע "חפירות בדיקה", או אפילו "חתכי בדיקה" במרחקים עוקבים, ולא שקלה להציע חלופות לחפירת תעלת החשמל, כגון, התקנת קו מתח עילי. הרשות לא עמדה על כך שהחפירה מעבר ל-10 הס"מ הראשונים, תיעשה באופן ידני, וחלק מהתנאים שקבעה הרשות לא התקיימו: התעלה נחפרה ברובה בכלי מכני ולא נחפרה בחפירה ידנית; התעלה הייתה עמוקה מ-60 ס"מ, והגיעה לפי דיווחי הרשות עד למטר.

152 3. בינואר 2009 מסרה הרשות למשרד מבקר המדינה כי "בימים ה-10 וה-11 [ביולי 2007] הווקף עסק בכיסוי התעלה והנחת לוחות הריצוף מחדש. בזמן הזה, לא היה שום צורך בנוכחות מפקח צמוד וניתן היה לקיים פיקוח מזדמן. רשות העתיקות השתמשה בשרותי משטרת ישראל, כדי לוודא, שלא מתבצעת חפירה נוספת". עוד נמסר, ש"המילוי הוחזר לתעלה עצמה והשאריות המעטות הועברו לערימה בתוך הר הבית".

153 יוצא אפוא, שהרשות לא פיקחה על פינוי העפר מהתעלה, שכלל גם ממצאים ארכאולוגיים.

החלפת הכבל באוגוסט ספטמבר 2007

154 1. בתחילת אוגוסט 2007 מסרה המשטרה לרשות כי הווקף מבקש לחפור תעלה באורך של כ-500 מ' מצפון ההר לדרומו, על מנת להחליף את כבל החשמל למסגד אל-אקצא, מאחר ובמסגדים החדשים ב"אורוות שלמה" הגבירו את העומס על הכבל הישן. ב-9.8.07 המליץ מהנדס חשמל ממשטרת ישראל לאשר את החלפת הכבל.

155 ב-9.8.07 כתב ארכאולוג מחוז ירושלים ברשות (מר יובל ברוך) למשטרה, כי ניתן לאשר את חפירת התעלה בתנאי שהיא תיעשה בפיקוח ארכאולוגי צמוד ובהתאם לתוכניות שמסר הווקף. הרשות לא בחנה חלופות להתקנת מערכת חשמל למסגדים בדרום ההר, כגון התקנה זמנית של כבל חשמלי עילי, ולא התנתה את אישור העבודות בביצוע "חפירות בדיקה" מדגמיות לגילוי מוקדם של ממצאים.

156 מנהל הרשות כלל לא ביקש את אישור היועץ המשפטי לממשלה לביצוע העבודות, והוא דיווח לו על החפירה כשבעה שבועות לאחר מתן אישור הרשות לווקף, וכחודש לאחר תחילת העבודות.

157 בתשובתו מינואר 2009 למשרד מבקר המדינה הסביר מנהל הרשות, כי אישור הרשות לביצוע העבודה ניתן לנוכח "הנסיבות המיוחדות בהר הבית והצורך למנוע תקלה, שתביא לפגיעה בשלום הציבור ואינטרסים ממלכתיים ראויים".

158 משרד מבקר המדינה מעיר, כי תפקיד הרשות לאשר ביצוע עבודות בהר הבית אמור להתבסס על שיקולים מקצועיים, ולא מהסיבות שציין מנהל הרשות וביניהם "הנסיבות המיוחדות בהר הבית" והחשש "לפגיעה בשלום הציבור ואינטרסים ממלכתיים ראויים", עליהם לא אמונה הרשות.

159 2. העבודות נמשכו בין 26.8.07 ל-10.9.07 והתקיימו ברציפות, בכל שעות היממה, והן בוצעו בפיקוח צמוד של מפקח מטעם הרשות ובפיקוח לסירוגין של הממונה עליו (ארכאולוג המחוז) ולעתים גם ארכאולוג המרחב ביקר במקום. המפקחים תיעדו את הממצאים בכתב וכן צילמו אותם. במהלך ביצוע העבודות נכחו במקום דרך קבע נציגים של הווקף ואנשי משטרה. להלן תשריט תוואי התעלה:

והעירייה לא בדקה את ההיבטים התכנוניים-בטיחותיים שלהן. העירייה הסבירה לבג"ץ כי "מחלקת הפיקוח על הבניה... לא ידעה על עבודות החפירה", אולם "יש להניח כי לו היו מגישים הודעה לוועדה המקומית 15 יום לפני ביצוע העבודה כנדרש בחוק, לא היה צורך במתן היתר בניה במקרה זה"⁶³.

5. הדעות לגבי הממצאים הארכאולוגיים שנתגלו בחפירה חלוקות: בדיונים שהיו בבג"ץ בספטמבר 2007, ובוועדה לביקורת המדינה של הכנסת באוקטובר 2007, טענו נציגי הרשות כי העבודות בחפירות תעלות הכבל החשמלי בקיץ 2007 נעשו בפיקוח צמוד, ולכן הן לא גרמו לנזק לעתיקות. בינואר 2009 כתב מנהל הרשות למשרד מבקר המדינה, ש"העבודות הגיעו עד העתיקות ולא פגעו בהן. זו הייתה מטרת הפיקוח והיא בוצעה כנדרש... רשות העתיקות בדעה שלא הייתה פגיעה ממשית בעתיקות... חוות דעת של עמיתים בכירים שביקרו לפי בקשת ארכאולוג מרחב ירושלים בחפירה, ועמדו על העבודות מקרוב ולאורך זמן ממושך ולא בהיחבא, חיזקה את טענת רשות העתיקות, בדבר תקינותה היחסית של הפעולה במקום". במאי 2009 הוא כתב למשרד מבקר המדינה כי חפירת התעלה הייתה בשכבת האדמה העליונה, ה"כוללת בעיקר אדמה שפולסה במהלך השנים ובה חרסים עתיקים. אין בשכבה זו כל מידע מדעי אודות הקונטקסט הארכאולוגי המקורי של חרסים אלו ולכן אין להם חשיבות מחקרית".

יחד עם זאת מפרסומי הרשות עולה, שגולת הכותרת הייתה שלראשונה בהיסטוריה נמצאו שרידים משלהי תקופת בית ראשון⁶⁴, ובכללם חרסים רבים ושברים קטנים של עצמות בעלי חיים. מפקחי הרשות אספו ממצאים האופייניים לתקופת הבית הראשון, וביניהם כלי שולחן, כלי אגירה - קנקנים וכלי בישול, ביחד עם שברי עצמות. על הממצאים דיווח מנהל הרשות ישירות לראש הממשלה דאז (מר אהוד אולמרט) באוקטובר 2007, במילים אלה: "הממצא הארכאולוגי - חד משמעי, מדובר במפלס חיים המתוארך לסוף תקופת בית ראשון. זו פעם ראשונה שבה נחשף בהר הבית מפלס חיים חתום מתקופת בית ראשון".

לדעת חוקרים בכירים מחוץ לרשות⁶⁵, הפריטים שנמצאו מלמדים דווקא על האבדן שגרמו עבודות החפירה באתר. זאת מאחר שהחפירה בוצעה באמצעות כלים מכניים כבדים לא התאפשר למצוא פריטים זעירים כגון חותמות ותכשיטים; מהתעלה פונו כמה שברי מבנים מהתקופה הרומית הקדומה (המאות 1 לפנה"ס עד 1 לסה"נ) כגון שברי מזוזות ומשקופים.

אישור חפירה בכלי מכני

ביוני 2001 הורה השר דאז לביטחון הפנים (ד"ר עוזי לנדאו) למשטרה למנוע כניסה של רכב כבד, הוצאת עפר והכנסת חומרי בנייה וכלי בנייה לתחומי הר הבית. עד לחפירות תעלת הכבל החשמלי בקיץ 2007 התנגדה הרשות באופן עקרוני להתיר לעשות שימוש בכלים מכאניים בהר הבית כדי למנוע נזק לשכבות העתיקות בהר.

בקיץ 2007 אישר מנהל הרשות לווּקף המוסלמי לחפור את תעלות הכבל החשמלי בבמת ההר ולאורך ההר באמצעות כלים מכאניים כבדים. עקב השימוש שעשה הווּקף בטרקטור בחידוש קו החשמל בבמה, נפגשו ראשי הוועד עם מנהל הרשות ביולי 2007, וקבלו על האישור שנתנה הרשות לווּקף לעבודה באמצעות מחפרונים. בתגובה לטענות הארכאולוגים מהוועד אמר מנהל הרשות:

"יכול להיות שאפשר יהיה להעלות את הרף ושנדרוש את הוצאת הטרקטורים". ימים אחדים לאחר הפגישה האמורה אישר מנהל הרשות לחפור את תעלת הכבל החשמלי למסגדים בדרום ההר, בטרקטור.

מנהל הרשות נימק את האישור שניתן לעבודת הטרקטור כדלקמן: "הווּקף ביקש מהמשטרה לבצע את עבודות החשמל לקראת הראמדן, המשטרה פנתה אלינו, הכתבנו את הדרישות מבחינת הפיקוח. המשטרה הזמינה מהנדס מטעמה ומהנדס מטעם חברת החשמל המזרחית של ירושלים, שאישרו את הצורך בשדרוג מערכת החשמל. התנינו את העמדה בפתיחת תעלה קיימת, שלא תהיה פגיעה בסלע ושהעבודה תעשה בפיקוח רשות העתיקות. בנוסף היינו רגישים לעבודת הטרקטור ודרשנו

⁶³ תגובת העירייה לבג"ץ 7669/07.

⁶⁴ תקופת הברזל ב'-ג': המאות השמינית עד השישית לפני הספירה.

⁶⁵ פרופ' אהוד נצר וד"ר גבריאל ברקאי בחוות דעת שהוגשה לבג"ץ בספטמבר 2007.

עבודת כפיים. המשטרה טענה, שללא עבודת טרקטור, לא תהיה עמידה בלוח זמנים והעבודה לא תסתיים עד הראמדין... באותו לילה סוער, היינו עדים לאיומים מצד כהני הדת, שניסו לקבוע עובדות. נכפה עלינו פתרון יותר מוקדם, ממה שחשבנו. ההתנהלות היתה כוחנית".

ב-9.9.07, הגישו חברי הוועד ועיתון הגירוסלם פוסט עתירה לבית המשפט העליון למתן צו על תנאי וצו ביניים כנגד הרשות ואחרים, להפסקת עבודות חפירת תעלת הכבל⁶⁶ החשמלי. בחוות הדעת שצורפו לעתירה נכתב כי "עבודות התשתית המבוצעות בהר הבית באמצעות כלים מכאניים הינן אסורות בתכלית באתר ארכאולוגי ובוודאי שבאתר ארכאולוגי מוכרז בעל חשיבות ראשונה במעלה כדוגמת הר הבית". חוות דעת מומחה שצורפה לעתירה קובעת, ש"ביצוע עבודה באמצעות טרקטורים במקום זה במקום עבודה ידנית זהירה וקפדנית הינה הפרה בוטה של דרכי המחקר הארכאולוגיות המקובלות". בית המשפט החליט כי הוא אינו מוצא מקום לתת סעד זמני.

בספטמבר 2007, בדיון שהיה במועצת הרשות אמר היושב ראש (פרופ' בנימין זאב קדר): "לאור הממצא שהתגלה ולאחר שהתברר שקיימות שכבות קרובות לקרקע שבהן התגלו השרידים, הנחיתי את המנהל שלהבא הטרקטורונים לא יעבדו על הר הבית. אין מעלים לאף אתר מהסוג הזה לא טרקטור ולא טרקטורון... כולנו יודעים שפיקוח, גם צמוד, על כלי מכני, יש בו חורים ויכולות להיות טעויות תוך שניות. לכן, הנחיתי את המנהל שמעכשיו תהיה רק עבודת ידיים".

בינואר 2009 הסביר מנהל הרשות למשרד מבקר המדינה, ש"ארכאולוג המרחב המליץ לבצע את החפירה באופן ידני, ארכאולוג המחוז חשב אחרת, ואני החלטתי לאפשר את השימוש בטרקטור, לאחר בחינת מכלול השיקולים, ויתכן שטעיתי". יצוין, שעוד באוקטובר 2007 בדיון של הוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת, הסביר מנהל הרשות "אני הייתי מעדיף שלא יעבדו עם טרקטור, אבל נוצר מצב של לוח זמנים מאוד צפוף והייתה הבקשה שהעבודה תהיה עם טרקטור".

האישור לביצוע העבודות באמצעות טרקטור ניתנו בניגוד לעמדתה העקרונית של הרשות, ולמרות שלדעת מומחים בפעולות אלה היה טמון נזק פוטנציאלי לעתיקות ולשרידים ארכאולוגיים באתר.

כאמור, ביולי 2010 אישר מנהל הרשות את "נוהל ביצוע עבודות בהר הבית". בנוהל נקבע, ש"בביצוע עבודות חפירה בהר הבית... לא יופעלו כלים מכניים כבדים ולא תתבצע חפירה בקרקע, אלא באמצעים ידניים ותחת פיקוח מלא של רשות העתיקות".

סיכום

חוות דעת זו עניינה השמירה על עתיקות הר הבית ומניעת הריסתו. הר הבית הוא אתר פולחן מקודש לשלש הדתות המונותאיסטיות לצד היותו נכס היסטורי ייחודי בעל חשיבות אוניברסלית ראשונה במעלה. מכוח צו סדרי השלטון והמשפט (מס' ג), התשכ"ז-1967, חלים בהר הבית כל חוקי המדינה. מהבחינה ההיסטורית היה הר הבית מוקד לעימותים רבים בין יהודים למוסלמים. מבקר המדינה נדרש לחוות את דעתו בנושא זה, שהוא סבוך מהבחינה ההיסטורית, הפוליטית, המשפטית והמינהלית.

בשנת 1988 פרסם היועץ המשפטי לממשלה הנחיות לפעולת הרשויות השונות (משטרת ישראל, עיריית ירושלים ורשות העתיקות) בהר הבית, שמעת פרסומן ועד היום הן מחייבות. ההנחיות נועדו לאפשר קיום פיקוח שוטף בהר ולמנוע הפרה של דיני התכנון והבנייה או פגיעה בעתיקות שבהר הבית.

היועץ המשפטי לממשלה הדגיש בהנחיותיו כי מצבו של הר הבית ייחודי ומורכב מאין כמוהו, כי יש במעמדו של האתר כדי לעורר קשיים באופן בלתי נמנע, וכי יש לגלות רגישות יתרה בכל הנוגע ליישום הוראות החוקים שעל פיהם מתקבלות החלטות בנושא. עוד הדגיש כי חשוב ליישם את העיקרון הבלתי מעורער ולפיו יש להחיל בשטח הר הבית את החוק הישראלי. יצוין שלנוכח רגישות הנושא ומורכבותו, נמנע לרוב בית המשפט העליון מלהתערב בהחלטות הרשויות הנוגעות להר הבית.

במשך השנים עשה הווקף עבודות רחבות היקף בהר הבית. באורוות שלמה בוצעו עבודות בינוי ושיפוצים בקנה מידה גדול. בשנת 1999 חפר הווקף כניסה לחזית הצפונית של אורוות שלמה. בשנת 2000 הורחבו העבודות באורוות שלמה, נמשכו עבודות הפיתוח, הבינוי והריצוף בדרום הר

הבית, ורוצפו שטחים נרחבים בהר. בשנים 2001-2003 ביצע הווקף עבודות ריצוף נרחבות בהר הבית, על אף התנגדות רשות העתיקות לכך. בשנת 2007 חודש קו החשמל לכיפת הסלע והוחלף כבל החשמל לאורוות שלמה. רוב העבודות בוצעו ללא תיאום, ללא קבלת אישורים והיתרים כנדרש וללא פיקוח מלא. העבודות בוצעו באמצעות כלים מכניים, ולמרבה הצער תוך פגיעה בממצאים ארכאולוגיים.

מספטמבר 1996 לא קיימו מפקחי רשות העתיקות ומפקחי עיריית ירושלים פיקוח שוטף בהר בהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה, המשטרה לא נדרשה להגביר את שיתוף הפעולה עם רשות העתיקות והעירייה כדי לאפשר להן לקיים פיקוח שוטף כנדרש. נמצא שמדיניות האכיפה שנקבעה בהנחיות היועמ"ש אינה מיושמת במלואה, והרשויות מקיימות באופן חלקי בלבד את חובות הפיקוח השוטף והדיווח המוטלות עליהן. לפיכך אין ליועמ"ש תמונה שלמה בנושא הפרות החוק בהר הבית.

179

לדעת משרד מבקר המדינה, על היועץ המשפטי לממשלה לבחון מחדש את הנחיותיו משנת 1988 ולשקול אם נדרש להתאימן לנעשה בשטח בפועל. על רשות העתיקות, עיריית ירושלים ומשטרת ישראל למלא את חובות הפיקוח והדיווח המוטלות עליהן בתום לב, בכובד ראש ובמידת הזהירות הראויה.

180

על ראש ממשלת ישראל מוטלת החובה לקבל החלטות המבוססות על איזון בין השיקולים המשפטיים, הביטחוניים והמדיניים הרלוונטיים ובין החובה לאפשר לרשויות השונות לקיים פיקוח שוטף על ההר בלי להיגרר לפעולות העלולות להצית תבערה, בתחום הדתי או המדיני, שסופה מי ישורנו.

181

השמירה על עתיקות הר הבית ומניעת הריסתן היא משימה ציבורית מן המעלה העליונה. חשוב להדגיש כי יש לבצע כל עבודה וחפירה בהר הבית בכפוף לעמידה בכל הכללים הארכאולוגיים החלים על כל האתרים הארכאולוגיים בארץ ובפיקוח רשות העתיקות. מיותר להדגיש, אולי, כי יש להתנות את אישור ביצוען של העבודות המצריכות חפירה באתר באי הפעלת טרקטורים, כלים כבדים וכלים מכניים.

182

שמירת העתיקות באתר הר הבית, שהוא המקום המקודש ביותר לעם היהודי, השלישי בקדושתו למוסלמים (לאחר הערים מכה ומדינה) והקדוש גם לנוצרים, עולה בקנה אחד עם עקרון השמירה על המורשת הדתית והתרבותית ומאפשרת להנחיל לדורות הבאים את ערכי המורשת הקשורים לאתר. יש לדבר משנה חשיבות לנוכח העובדה שבשנת 1981 הכריזה ועדת המורשת העולמית של "אונסקו" כי העיר העתיקה של ירושלים על חומותיה היא אתר הנכלל ב"רשימת מורשת עולמית", לפי סעיף 11(2) לאמנת אונסקו.

183