



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7311/02

- בפני: כבוד השופטת (בדימוי) אי פרוקצ'יה
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופט ס' גובראן
- העותרים: 1. האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים
בישראל
2. הועד המוסלמי בנגב ו-25 אח'

נגד

- המשיבים: 1. עיריית באר-שבע
2. רשות הפיתוח באמצעות מינהל מקרקעי ישראל
3. שר הדתות
4. שר המדע, התרבות והספורט

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה: י"א בסיון התש"ע (3.6.2009)

בשם העותרים: עו"ד חסן ג'בארין; עו"ד עאדל בדיר

בשם המשיבה 1: עו"ד אלישע פלג; עו"ד חיים טירקל; עו"ד אסא
אליאב; עו"ד ג'פרי (יעקב) גודמן

בשם המשיבים 2-4: עו"ד חני אופק

פסק-דין

השופט ס' גובראן:

1. עניינה של העתירה שלפנינו בבקשת העותרים, כי נורה למשיבים ליתן טעם מדוע לא יאפשרו המשיבים לעותרים, הנמנים על תושבי באר שבע ובאיה המוסלמים, להתפלל ב"מסגד הגדול" בבאר שבע; מדוע לא תבוטל ההכרזה על "המסגד הגדול" בבאר שבע כמוזיאון; ומדוע לא ידאגו המשיבים לשפץ ולתחזק את המסגד באופן שוטף או יאפשרו לעותרים לעשות כן.

2. העתירה, שהוגשה כבר בשנת 2002, עוסקת במבנה אשר הוקם בשנת 1906 על ידי השלטון העותומאני כדי לשמש כמסגד, כחלק מבנייתה של העיר באר שבע, וכך היה עד לשנת 1948. עם קום המדינה שימש מבנה המסגד את עיריית באר שבע כבית מעצר וכמשכנו של בית משפט השלום בעיר. משנת 1953 החל המבנה לשמש כמוזיאון ובשנת 1987 הוכרז כמוזיאון בהתאם לחוק המוזיאונים, התשמ"ג-1983 (להלן: חוק המוזיאונים). בשנת 1992 הוכרז המבנה כמבנה מסוכן ולכן פונה מתכולתו, ומאז ועד היום עומד המבנה בשיממונו, כאשר עיריית באר שבע שואפת לבצע בו שיפוץ כחלק מתוכנית להפיכת המתחם בו מצוי המסגד למתחם מוזיאונים.

3. לטענת העותרים, ההחלטה על הפיכת המסגד למוזיאון הינה בלתי סבירה, שרירותית ונגועה בשיקולים זרים. הפיכתו של המסגד למוזיאון גוררת פגיעה קשה ברגשותיהם הדתיים של המוסלמים תושבי העיר וסביבותיה. לטענתם ההחלטה מעוררת תרעומת בקרב אוכלוסיה זו ומקימה חיץ בין המדינה ורשויותיה לבין אזרחיה המוסלמים. לטענתם, בעת ההחלטה היה על הרשות לשקול בין השאר טעמים שבטובת הציבור, ולהגיע למסקנה לפיה הקמת מוזיאון במבנה המסגד, תוך שלילת מקום הפולחן של המוסלמים בעיר באר שבע, ויצירת תחושת קיפוח בקרבם, אינה מתיישבת עם טובת הציבור. עוד טוענים העותרים כי ההחלטה האמורה אינה מידתית, שכן ניתן היה להחליט על הקמתו של מוזיאון בכל מקום אחר בעיר, ולא דווקא במבנה המסגד, בפרט לאור העובדה שבמשך קרוב לשני עשורים לא נעשה במבנה כל שימוש.

4. בתגובתה לעתירה מיום 15.5.2003 הביעה המדינה את עמדתה לפיה מדובר בנושא מורכב בעל נגיעה למכלול היבטים רגישים, ולפיכך ראוי לנסות ולהביא לפתרונו באמצעות גיבושה של ועדה ממשלתית בין-משרדית אשר תגבש המלצות בעניין. בחודש אוקטובר 2004 גיבשה הוועדה את המלצותיה, אשר באופן מהותי אימצו את עמדתה של עיריית באר שבע בדבר השארת ייעודו של מבנה המסגד כמוזיאון. עם זאת הוסיפה הוועדה כי טוב תעשה העירייה אם בייעוד שייבחר למבנה המסגד תביא לכדי ביטוי את האופי המיוחד של המבנה הנובע הן מהארכיטקטורה שלו והן מההיסטוריה שלו.

5. בעקבות מסקנותיה של הוועדה הבין-משרדית הצענו ביום 10.1.2005 לצדדים לשקול להסכים על הסדר לפיו מבנה המסגד ייועד לצרכי האוכלוסיה המוסלמית בבאר שבע, וישמש כמרכז תרבותי-חברתי, למעט לצרכי תפילה.

ביום 4.2.2005 הודיעו העותרים כי הם מקבלים את הצעת בית המשפט, בכפוף לשמירת זכותם לפנות בעתיד לבית משפט זה, כשהזמן יאפשר זאת, בבקשה להרשות לתושבים המוסלמים להתפלל במסגד.

מנגד הודיעה עיריית באר שבע כי היא דוחה את ההצעה, בטענה כי יש לכבד את המלצותיה של הוועדה הבין-משרדית וכי ראוי להניח לה להמשיך ביישום תוכניותיה להקמת קריית מוזיאונים בעיר. בתגובתה הצטרפה המדינה לעמדתה של העירייה, בהסתמכה אף היא על המלצותיה של הוועדה.

6. בעקבות דיון במעמד הצדדים שבנו והצענו לצדדים להועיד את מבנה המסגד למוזיאון שיוקדש באופן ייחודי לנושאים הקשורים בתרבות האסלאם, וביקשנו את תגובת העירייה והמדינה להצעה.

ביום 12.3.2006 השיבה עיריית באר שבע כי היא מקבלת את ההצעה באופן חלקי, במובן זה שמבנה המסגד ישמש כמוזיאון "לתרבות בני אברהם", הכולל מוצגים ארכיאולוגיים הקשורים לתרבות העמים שישבו בכאר שבע ובנגב, וכך גם כמובן מוצגים המשקפים את התרבות האסלאמית.

ביום 24.4.2006 השיבה המדינה כי היא מקבלת את הצעת בית המשפט ומסכימה כי מבנה המסגד ייועד ל"מוזיאון לתרבות האסלאם ועמי המזרח" או שם דומה שייקבע בתיאום עם המחלקה למוזיאונים במשרד החינוך והתרבות, באופן שיבטיח כי תצוגות במבנה יתנו ביטוי להיבטים שונים של תרבות האסלאם, לפי שיקול דעתם המקצועי של מנהלי המוזיאון ובכפוף לחוק המוזיאונים.

7. בעקבות עמדתה של המדינה שב בית המשפט ופנה ביום 1.5.2006 לעותרים ולעיריית באר שבע בבקשה לקבלת עמדתם העדכנית ביחס להסדר המוצע.

ביום 29.6.2006 השיבה עיריית באר שבע כי היא עומדת על התנגדותה לכך שמבנה המסגד ישמש כמוזיאון לתרבות האסלאם, ועל הצעתה כי המבנה ישמש כמוזיאון "לתרבות בני אברהם".

ביום 21.1.2007 השיבו העותרים כי אף הם מתנגדים להצעה לפיה ישמש מבנה המסגד כמוזיאון לתרבות האסלאם, ועומדים על כך שעל המבנה לשמש לתפילה.

8. ביום 26.2.2007 הוצאנו צו על תנאי בעתירה.

9. במסגרת תצהיר תשובתה מיום 13.6.2007 חזרה עיריית באר שבע על טענותיה לפיהן המבנה משמש משנת 1953 כמוזיאון הנגב, הגם שבשנת 1992 נאלצה העירייה לפנותו עקב היותו מבנה מסוכן, אולם בשעה זו מצויות תוכניות לשיפוץ לשם המשך הפעלתו כמוזיאון, ולשם כך גויסו תקציבים ופורסמו מכרזים.

עוד מוסיפה העירייה כי אין זה מתקבל על הדעת להפעיל בלב עיר יהודית מסגד פעיל, כשלטענתה מדובר בדבר אשר יגרום בוודאות קרובה לפגיעה בשלום ובטחון הציבור, במיוחד בתקופה זו ובהרכב אוכלוסייתה של באר שבע, על רקע העובדה שאין בבאר שבע קהילה מוסלמית מאורגנת המרוכזת בשכונה מסוימת, ומציינת כי הפניה בעניין נעשתה על ידי מי שאינם תושבי באר שבע. לטענת העירייה אין לה כל חובה כלפי מי שאינו תושב העיר, ומכל מקום בסביבת באר שבע קיים מספר רב של מסגדים, ואין לעותרים כל זכות לדרוש כי דווקא מבנה המסגד ישמש לצורך זה. לטענת העירייה, מאחורי העתירה עומדים גופים שלהם תוכניות סדורות להשתלט על מבנים ושטחים שונים מתוך מניעים לאומניים ודתיים קיצוניים, כאשר טיעוניהם בדבר חופש הפולחן הינם אך אמצעי להגשמת האמור לעיל.

לטענת העירייה, בנוסף לזכויותיה הקנייניות בנכס עומדות לה סמכויות נרחבות בנוגע להחזקתו וניהולו של מבנה המסגד כמוזיאון, כנובע מפקודת העיריות [נוסח חדש], ולאור היות מועצת באר שבע הוועדה המקומית לתכנון ולבניה בעיר, בהתאם להוראות סעיף 18(א) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965.

בכל הנוגע להכרזה על מבנה המסגד כמוזיאון טוענת העירייה שהכרזה זו אך הכירה במציאות בה שימש המבנה כמוזיאון לא מוכר כבר משנת 1953, כאשר ההכרזה עליו כמוזיאון מוכר הייתה נכונה וסבירה ערב נתינתה בשנת 1987 ואין כל עילה להתערב בה.

באשר למתן אפשרות תפילה במקום טוענת העירייה כי מיקומו של מסגד פעיל בלב מרכז העסקים העירוני של באר שבע יגרום להפרעה וחיכוכים חמורים בין אוכלוסייה יהודית לבין מתפללים מוסלמים אשר מרביתם יהיו מי שאינם מתגוררים בבאר שבע. לטענת העירייה בפעילות זו קיימת סכנה לשלום הציבור וקיים חשש קרוב לוודאי כי המקום ינוצל על ידי גורמים אסלאמיים להפגנות, להסתה כנגד המדינה

וליצירת מוקדי חיכוך בין יהודים לגורמים אסלאמיים, שיפגעו באופן חמור ביחסי השכנות התקינים בין היהודים לבדואים המתגוררים בסביבה.

עוד טוענת העירייה כי לעותרים עומד סעד חלופי בדמות התנגדות במסגרת הליכי התכנון הרלוונטיים שטרם נקבעו, וכי לחלופין על העתירה להידחות מחמת שיהוי קיצוני.

10. אף המדינה בתשובתה לצו על תנאי תומכת בעמדתה של העירייה, וטוענת כי הגשמתה של חירות הדת והפולחן לא מנביעה ולא מחייבת כי ישונה ייעודו של המבנה נשוא העתירה, דווקא הוא ולא אחר, ממוזיאון למסגד. מנגד, ככל שרצונם של העותרים לשנות את ייעודו של המבנה הרי שהזירה לכך הינה רשויות התכנון והבנייה, שאת החלטתן ניתן יהיה לתקוף בבית המשפט לעניינים מינהליים. לחלופין טוענת המדינה כי העתירה הוגשה בשיהוי רב, ולפיכך דינה להידחות על הסף.

לגופו של עניין טוענת המדינה כי אין לעותרים כל זכות לדרוש כי העירייה תבחר לעשות שימוש במבנה המסגד דווקא לשימוש הרצוי להם, בניגוד לייעודו התכנוני של המבנה. לטענתה, העירייה אינה מתרשלת בתפקידה ובחובתה לשמור על המבנה שבבעלותה, ופועלת לשיפוצו.

עוד חוזרת המדינה על הסכמתה להצעת הפשרה לפיה ישמש המבנה למוזיאון לתרבות האסלאם ועמי המזרח. לטעמה, עמדה זו שומרת על ייעודו הנוכחי של המבנה כמוזיאון, והיא אף עולה בקנה אחד עם תכנית העירייה להקמת מתחם מוזיאונים במקום, תוך שימור ניהול המקום בידי העירייה ומנגד תוך מתן ביטוי לעובדה ההיסטורית והארכיטקטונית כי מדובר במבנה ששימש כמסגד ותוך התחשבות ברגשותיו של הציבור המוסלמי וברגישות העניין. כן מציינת המדינה כי הצעה זו עולה בקנה אחד עם קביעתה הסופית של הוועדה הבין-משרדית שדנה בעניין.

11. מנגד עומדים העותרים על עמדתם לפיה מניעת השימוש במבנה המסגד לשם תפילה פוגעת בזכותם לחופש דת ופולחן ובזכותם לכבוד ולשוויון. עוד מוסיפים הם כי ההיסטוריה המיוחדת של המסגד עושה אותו הן מקום קדוש למוסלמים והן לסמל תרבות למיעוט הערבי, דבר הדורש התייחסות ראויה מצד הרשויות. לטענת העותרים, הפגיעה שנעשתה בזכויות אלו אינה נעשית בצורה סבירה ודינה להתבטל. עוד

מדגישים העותרים כי בערים רבות בארץ, שבהן מיעוט מוסלמי, נפתחו מחדש ושופצו מסגדים עתיקים והפכו לסמל לדו קיום, לשותפות ולרב תרבותיות.

12. כפי שיפורט להלן, לדידי דין העתירה להתקבל בחלקה, במובן זה שהמבנה יועד להוות מוזיאון המוקדש באופן ייחודי לתרבות האסלאם ועמי המזרח.

13. אפתח ואומר, כפי שצינתי בעת הדיונים שנתקיימו בפנינו, כי לדידי לא מעט מטיעוניהם של המשיבים טוב היה לו לא היו נטענים, ומעלים הם תחושה קשה באשר לתפיסתה של עיריית באר שבע ושל המדינה את הציבור המוסלמי החי בקרבנו.

14. הגם שהתשתית העובדתית לעתירה אינה מצויה במחלוקת, נדמה כאילו עמדתם של המשיבים, ובפרט עמדתה של העיריה, מתייחסת למצב עובדתי שונה. כך נדמה שעבור המשיבים מדובר במבנה נעדר כל ייחוד, המשמש כמוזיאון ואשר העותרים מבקשים להפכו למסגד, ללא כל בסיס לבקשתם זו כי דווקא מבנה זה יהפוך את עורו ויהפוך לפתע למקום פולחן לדת המוסלמית. אלא שכאמור לעיל, לא כך הוא. אין חולק כי המבנה המדובר הוקם כבר בראשית המאה הקודמת כמסגד – על כל המשתמע מכך מבחינת עיצובו וצורתו, ושימש כמסגד הגדול של באר שבע במשך עשרות שנים, עד להקמתה של מדינת ישראל. לאחר מכן נעשה שימוש במבנה המסגד לייעודים ציבוריים אחרים, ומשנת 1953 שימש כמוזיאון, וזאת עד לשנת 1992, אזי פונה המבנה, ומאז עומד הוא ללא כל שימוש קרוב לעשרים שנה, כאשר בכוונת העיריה לחזור ולהשתמש בו בעתיד כמוזיאון, עת יתפנו בידה הכספים לשיפוצו. בנסיבות אלו, קשה להבין את תמיהתם של המשיבים מדוע זה החליטו העותרים לדרוש כי דווקא מבנה זה, מכל המבנים בעיר באר שבע, ישמש אותם כמסגד, ותמהני שמא נעלמה מעיניהם העובדה שחרף השימוש שנעשה בו לפני שנים לא מעטות כמוזיאון, הרי שמדובר במבנה שהוקם ועוצב כמסגד ושימש ככזה שנים ארוכות. אמנם אין בכך כדי לחייב בהכרח כי זהות זו תדבק במבנה לעולמי עד (ולעניין זה איני רואה מקום להיכנס לשאלה ההלכתית אשר נחלקו בה הצדדים באשר לקדושת המקום), אולם בהכרח לא ניתן להתעלם מעובדות היסטוריות וארכיטקטוניות אלו ולהתייחס למבנה כלכל מבנה אחר, וזאת בפרט בשעה שבעת הזו, ובמשך קרוב לשני עשורים, המקום אף אינו משמש כמוזיאון.

עוד תמהני על עמדתם של המשיבים, לפיה החזרת ייעודו של המבנה לייעודו המקורי כמקום תפילה לדת המוסלמית בהכרח תביא לעימותים, אלימות ולפגיעה

בשלום ובביטחון הציבור. דווקא המשיבים חוזרים ומציינים את היחסים התקינים שקיימים בבאר שבע בין הציבור המוסלמי ובין האוכלוסיה היהודית, אולם אין הם מבארים מדוע לדידם התחשבות ברגשותיו הדתיים של הציבור המוסלמי תוך מתן אפשרות לתפילה במבנה המסגד, תביא לעוינות ולאלימות מצידו. איני רואה מקום להיכנס לעובייה של הסוגיה המורכבת של יחסה של המדינה למיעוט המוסלמי בדרום, ובפרט לאוכלוסיה הבדואית. עם זאת, אציין כי מתקשה אני להבין את עמדתם של המשיבים לפיה נקיטת צעד לשיפור מצבו של מיעוט דתי ותרבותי זה, ויהא זה אף צעד סמלי בלבד כמבוקש בעתירה, היא זו שתביא לעוינות מצידו של ציבור זה, אשר לא פעם דובר על שותפות גורלו בגורל המדינה, וזאת חרף תחושת קיפוח קשה בקרבו ואשר נדמה כי אינה מנותקת מהמציאות (ראו למשל דו"ח ועדת החקירה הפרלמנטרית בנושא המגזר הבדואי בישראל בראשות ח"כ דוד מנע (הכנסת השלוש עשרה, 28.2.1996)). בפרט קשה בעיני עמדתם של המשיבים לפיה דווקא שימוש במבנה המסגד לשם פולחן דתי תביא לפגיעה בסדר הציבורי. האומנם טוענים המשיבים כי מטבעו של הפולחן הדתי כי מביא הוא לריב ומדון? או שמא טוענים הם כי גלום בפולחן הדתי המוסלמי דווקא דבר מה שיש בו כדי להביא לעימות בין אוכלוסיות שאלמלא כן שוררים ביניהן יחסים תקינים? בדיון בפנינו המשיבים ביקשו להסיר טעם זה מטיעוניהם, אולם לא מצאתי בפיהם הסבר אחר לטענות המועלות על ידיהם בתשובתם לעתירה, לפיהן פתיחת מבנה המסגד לתפילה תביא לפגיעה בסדר הציבורי, לכאורה מעצם העובדה שיתבצע בו פולחן דתי מוסלמי.

אמנם, תחושות קשות אלו העולות למקרא תגובות המשיבים אין בהן כדי להביא לקבלת העתירה או לשינוי במצב המשפטי של המבנה. עם זאת, טוב יעשו המשיבים אם יזכרו כי כרשויות ציבוריות מחויבים הם לא רק בשמירה על זכויותיו המשפטיות של הציבור – מיעוט כרוב – אלא גם בכבודו, ובמסגרת זאת עליהם לשקול היטב מה משמעות הטענות אותן הם מעלים אף בשעה שלדידם עניינם צודק מהבחינה המשפטית הטהורה. עניין לנו במי שמבקשים לפנות לערכאות כדי לתקן עוול שלדעתם נגרם להם, ואף באשר מאמינה הרשות כי אין הם זכאים לסעד אותו הם מבקשים, אין בכך משום צידוק להעלאת טענות שמשמעותן הטלת דופי בעותרים ואשר ממילא אין בהן כדי לחזק את עמדתה.

15. אכן, כרשות מקומית, ריבונית עיריית באר שבע להחליט על השימוש שיעשה בקניינה הציבורי. אלא שככל רשות, על שיקול דעתה בעניין להיות מופעל בהתאם לדרישותיו של המשפט המינהלי. בהתאם, על החלטותיה להיעשות לאחר שקילת כל השיקולים הרלוונטיים ותוך הימנעות משקילתם של שיקולים זרים. זאת, בפרט בשעה

שמדובר בהחלטה בנושא רגיש כעניין בו אנו עוסקים, המערב אפשרות לפגיעה בחופש הדת והפולחן, בשוויון וברגשותיו הדתיים של מיעוט דתי ותרבותי. דברים אלו נקבעו כבר בבג"צ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2114 (1962), שם ציין בין המשפט כי:

"אמת נכון הדבר, מה שימוש תעשה רשות ציבורית בנכסיה, באיזו מידה תרשה לאזרח את השימוש בהם ובאיזה מידה תסרב, זו היא שאלה אשר אותה רשות גופה, על-ידי נציגיה הנבחרים, מוסמכת להכריע בה, והעובדה כי מצויים בין המבקשים תושבי המקום, עובדה זו היא בלבד אינה מקנה להם כלפי המועצה זכות שתתיר להם להשתמש בנכסיה כאוות נפשם. מטעם זה, אילו החליטה המועצה בתום-לב, להקדיש את האולם למטרה פלונית ולא להשתמש בו למטרה אלמונית, לא היתה בהחליטה כך מפרה כל זכות של אזרח, ואני לא הייתי נוטל לעצמי רשות להתערב בדבר. . . . ואולם עם זאת לא הרי דין רשות ציבורית כדין אזרח פרטי. אזרח פרטי שולט בכיפה שלו והוא בן-חורין לקבוע, אם מי יתקשר בחוזה פלוני ועם מי ימאן, לא כן רשות ציבורית. . . . בעוד שאזרח פרטי רשאי "להפלות" בין פלוני לבין אלמוני ולבור לו את אלה שאתם יעסוק אפילו יהיו נימוקיו ומניעיו בלתי-סבירים, אסורה הפליה מטעם רשות ציבורית. הטעם הוא, כי בהשתמשה בנכסיה או בעשותה את פעולותיה נטלה הרשות על עצמה תפקיד של נאמן כלפי הציבור, ובתור שכזה חייבת הרשות להתייחס יחס שווה אל שווים, ומשהפרה עקרון יסוד זה והפלתה אזרח שלא כדין, הרי זו עילה להתערבותו של בית-משפט זה; ואין נפקא מינה בכך אם השימוש גופו או הפעולה גופה משתייכים למשפט הציבורי או למשפט האזרחי. תפקיד הנאמנות כלפי האזרח והחובות הנובעות ממנו נובעות מן הדין, וממילא ניתנות הן לפיקוח בין המשפט." (שם, בעמ' 2114-2115).

על חובתה זו של הרשות להפעיל שיקול דעת ראוי במסגרת עשותה שימוש במשאביה ולהתרחק מכל שיקול שיש בו משום הטיה כנגד אמונה דתית כלשהי עמד בית המשפט גם בבג"ץ 650/88 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(3) 377 (1988), בעמ' 381:

"חופש הדת והפולחן הוא מחירויות היסוד המוכרות לפי שיטתנו המשפטית ומהוות חלק ממנה. ביטוייה של החרות האמורה הם, כמובן, בעיקרם, בחופש ההבעה והמעשה הדתיים, אולם בכך לא סגי. בין היתר, נובע מקיומה של החירות האמורה, שינהגו במאמינים במידה של שוויון, וכי רשויות השלטון ירחיקו עצמן מכל מעשה או מחדל כלפי המאמינים על זרמיהם, לרבות

ארגוניהם ומוסדותיהם, שטעם של הפליה פסולה מתלווה אליו. מכאן, כי פעולה כללית של רשות שלטונית בתוקף תפקידה הממלכתי מחייבת גישה פתוחה והוגנת, שאינה מותנית דווקא בהזדהות עם השקפתו של זרם זה או אחר אלא מבטאת יחס של שוויון, אשר לו זכאים כל הזרמים".

16. בכל הנוגע לנפקותם של דברים אלו לענייננו, ניתן לחלק את הסוגיה לשניים – ראשית בכל הנוגע לעצם ההחלטה מה יהא ייעודו של המבנה – האם יותר כמוזיאון או שמא יושב לייעודו המקורי כמסגד; שנית, האם במסגרת הפעלתו בייעודו הנוכחי כמוזיאון סבירה היא החלטת העירייה לנתק בין הקשרו של מבנה המסגד כחלק מהעולם התרבותי, היסטורי ודתי של הציבור המוסלמי בדרום ובין התוכן המוזיאלי שיוקנה לו.

17. ביחס לשאלה הראשונה, אציין כי לדידי השיקולים אותם הפעילה העירייה בהחליטה שלא לאפשר את השימוש במבנה המסגד לתפילה אינם עולים בקנה אחד עם חובותיה כרשות מנהלית. עיקר הדברים נעוץ לטעמי במשקל המכריע אותו העניקה לחשש מפני הפגיעה בשלום הציבור, המצדיק לטעמה של העירייה את הסגת זכותם של העותרים לעשות שימוש במבנה המסגד לשם פולחן דתי. אמנם, כל זכות, מעצם טיבה וטבעה, אינה חובקת כל, ועל בית המשפט מוטלת לא פעם מלאכת קביעת הגבול בינה ובין זכות אחרת אשר אינה יכולה להתקיים עמה בד בבד. כך, כאשר נדרשת מתיחת הגבול שבין חופש הדת והפולחן ובין זכותו של הציבור לשמירה על שלומו, נקבע קו הגבול באמצעות בחינת השאלה האם מימוש חופש הפולחן יוצר ודאות קרובה לפגיעה בשלום הציבור. על משמעותו של מבחן זה עמד בית המשפט בב"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוזי הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 411 (1984):

"מבחן "הוודאות הקרובה" משמעותו, כי אין צורך בוודאות ברורה או מיידית. כמו כן אין די באפשרות תיאורטית. הדרישה היא לראיות "של ממש" (ד' ליבאי, "הזכות להתקהל ולהפגין בישראל" עיוני משפט ב' (תשל"ב-תשל"ג), 54, 65). ההערכה צריכה להתבסס על עובדות ידועות, לרבות ניסיון העבר. אין דין בהשערות, בספקולציות וחששות. טיעון על אפשרות ממשית של פגיעה בביטחון הציבור אינו מספיק. המציאות בשטח צריכה להצביע על סכנה ממשית ומסתברת תוך אפשרות של "קיזוז" בין מידת ההסתברות לבין מידת החומרה שבפגיעה. בעניין זה אין לנקוט שיטה של חכם לאחר מעשה ואין לשפוט לפי העובדות וההתרחשויות הידועות לנו בדיעבד. יש לשפוט לפי המציאות, שעמדה נגד עיני בעל הסמכות שעה שהחליט. עם-זאת, הטיעון,

כי אין להיות חכם לאחר מעשה, אין בו צידוק להיות טיפש לפני המעשה".

עיקרם של דברים הוא כי אין די בהעלאת טענה בעלמא בדבר היתכנות תיאורטית של סכנה, ומוטל על הרשות לבסס את שיקוליה בעניין על ראיות ממשיות המצביעות על חשש ממשי בהסתברות ברמה של "ודאות קרובה", כאשר יש לשקול את חומרת הסכנה אשר ישנן ראיות לגבי אפשרות התרחשותה אל מול הסתברותה של אפשרות זו. אלא שאף בעצם האפשרות לפגיעה קרובה לוודאי אין כדי להכריע באופן סופי את הזכות לפולחן, שכן על הרשות לשקול אף את האמצעים החלופיים המצויים בידה למניעתה של הסכנה:

"מקום שמימוש זכות הפולחן יוצר וודאות קרובה להתרחשות נזק חמור וכבד לשלום הציבור ואין פתרון להתנגשות כזו בשימוש באמצעים סבירים שירחיקו את הסכנה, כי אז יגבר ערך שלום הציבור והזכות החוקתית תיסוג מפניו (ברק, פרשנות במשפט, כרך ג', עמ' 225-6). אולם מקום שקיימים אמצעים סבירים כאלה שיש בהם כדי להמעיט מסכנת הפגיעה, אפשר ויש להיזקק להם, במיוחד מקום שכנגדם עומדת זכות חוקתית בעלת משקל מיוחד. וכך, ככל שעוצמת הזכות החוקתית רב יותר במידרג הזכויות, כן גובר הצורך במיזוי אמצעים סבירים קיימים וזמינים שבאמצעותם ניתן להקטין את הסכנה לשלום הציבור." (בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 466 (2004)).

בענייננו, אין המשיבים מציגים כל ראיה ממשית המצביעה על סכנה אינהרנטית הטמונה בכך שמבנה המסגד ישמש לפולחן דתי, מעבר להעלאת ספקולציות לגבי האפשרות שמא תנוצל התפילה לשימושים זרים ועוינים. אלא שאין המשיבים מבהירים מדוע דווקא מבנה המסגד או הפולחן הדתי הם אלו שעשויים להביא להתפתחויות המסכנות את שלום הציבור. ודוק, כבכל מקום אחר, בידי רשויות המדינה להפעיל את סמכויותיהן למניעת סכנות הגלומות בהתקהלויות ציבוריות או בהסתה לאלימות או בכל פעילות עוינת אחרת. אולם אין המשיבים מבהירים מדוע דווקא מבנה המסגד מעורר סכנה שאינה מתעוררת בכל פינת רחוב בה עשויים לבקש אנשים להתקהל או לקשור ביניהם קשר לביצוע מעשים אסורים. בעניין זה מבקשים המשיבים להיתלות באירוע שהתרחש בחצר המבנה בעבר, במסגרת עצרת בה נתבקש כי המבנה יפתח לתפילה, ואשר נדרשה בה התערבות משטרתית. אלא שאיני רואה כיצד ניתן ללמוד ממקרה זה על החשש מפני שימוש במבנה המסגד לתפילה, שהרי כל מהותה של העצרת הייתה למחות על הפגיעה במבנה המסגד, וממילא נתקיימה היא מבלי

שתתאפשר בו התפילה. לא מובן על כן מדוע יש בפתחת מבנה המסגד לתפילה כדי להוות סכנה לשלום הציבור שאינה ממילא מצויה בכל צעד ושעל של מדינה דמוקרטית, ואשר על מניעתה אמונה המשטרה באמצעים העומדים לרשותה, בין היתר באמצעות מניעתן של התקהלויות על פי שיקול דעתה ובהתאם לדין.

עם זאת, איני רואה מקום להיכנס לשאלה האם די בפגם זה (אליו מצטרף פגם נוסף בדבר אי מתן משקל לכלל השיקולים הרלוונטיים ואשר יידון בהמשך), כדי להביא לשינוי מההחלטה על ייעודו של מבנה המסגד, שכן לידי בעניין זה עומד לעותרים סעד חלופי, ואין בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק הפורום המתאים לדון בסוגיה. יש לזכור כי דנים אנו בשאלה תכנונית – נכון להיום ייעודו של המבנה הינו לשמש כמוזיאון, וזאת כחלק מתוכנית אשר אושרה להפקדה ליצירתו של מתחם מוזיאונים בעיר באר שבע. על פי המידע שנמסר על ידי המשיבים, התוכנית טרם פורסמה, כך שכלל שמבקשים העותרים לשנות את ייעודו של המבנה עליהם לפעול לשם כך במישור התכנוני. ככל שתתקבלנה במישור זה החלטות הנראות בעיניהם כבלתי ראויות, ביכולתם לפנות לבית המשפט לעניינים מינהליים. לאור קיומו של סעד חלופי זה, ואי מיצויים של ההליכים התכנוניים, אין ביכולתנו להיעתר לעתירה ככל שהיא מכוונת לשינוי ייעודו של מבנה המסגד.

18. שונה הדבר באשר לאופי השימוש שייעשה במבנה המסגד במסגרת ייעודו כמוזיאון. בכל הנוגע להחלטת העירייה בעניין זה, הרי שמתעלמת היא מההיסטוריה של מבנה המסגד, מעיצובו ומשמעותו התרבותית והדתית בעבור הציבור המוסלמי, ומכאן שאין להתעלם מכך שמדובר במבנה מסגד, והשאלה היא האם השימוש שייעשה בו, אף אם לצרכים מוזיאוניים, יכול להתעלם מעובדה זו. כאמור, גישה דומה ננקטה על ידי הוועדה הבין-משרדית אשר דנה בעניין, ואשר על ממצאיה מסתמכת העירייה, לפיה בעת החלטתה בדבר השימוש במבנה ראוי כי יינתן ביטוי לאופיו המיוחד הנובע הן מהארכיטקטורה שלו והן מההיסטוריה שלו – דהיינו העובדה שנבנה ושימש כמסגד שנים רבות. משלא נתנה העירייה כל משקל לשיקולים אלו, על כל המשמעות שיש להם בכל הנוגע לציבור המוסלמי בישראל ולחשיבותם במסגרת קידום רב תרבותיות וסובלנות בישראל, הרי שלא ניתן לומר שמדובר בהחלטה סבירה. בפרשה אחרת ציינתי דברים דומים:

”בענייננו, ההחלטה להעביר את בית רוטשילד ואת האכסניה הגרמנית לידי הגופים הנדונים חורגת ממתחם הסבירות. במסגרת שיקול הדעת שהופעל, אמנם נלקחו בחשבון שיקולים הצריכים לעניין, אולם המשקל היחסי שניתן לשיקולים מסוימים מביין מכלול השיקולים, חרג

מזה שהיה ראוי לייחס להם. . . . כאמור מדובר בנכסי מקרקעין בעלי אופי היסטורי, תרבותי, ואף דתי, והיה מקום שחברת הרובע תיתן משקל גדול יותר לשיקול זה, לפני החלטה על העברתם לידי גופים אשר אינם מתמחים בשימור נכסים מסוג זה. לעניין האכסניה הגרמנית היה מקום כי החברה תשקול לשמר ולשקם אותו על מנת שיהיה אתר עתיקות ייחודי וראוי (ראו בג"ץ 4146/95 עיזבון המנוחה לילי דנקנר נ' מינהל רשות העתיקות, פ"ד נב(4) 774 (1998))." (בג"ץ 4289/00 אברמוביץ נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, 10.12.2009)).

כך גם בענייננו, החלטתה של העירייה, במסגרת ייעודו של מבנה המסגד כמוזיאון, לנתק כליל את הקשר בינו ובין הייעוד הייחודי אותו נועד לשמש בעבור הציבור המוסלמי, אינה מעניקה כל משקל, ולמצער אינה מעניקה משקל ראוי, לעובדה שאין מדובר במבנה ככל מבנה אחר, חסר ייחוד ומשמעות, אלא במבנה מסגד בעל ערך היסטורי, תרבותי ודתי.

19. לפיכך, ומתוך נקודת המוצא לפיה המבנה ישמור על ייעודו כמוזיאון, אני מציע לחברותיי כי נהפוך את הצו למוחלט, במובן זה שייעוד המוזיאון יוקדש לתרבות האסלאם ועמי המזרח, באופן שיבטיח מתן ביטוי להיבטים שונים של תרבות האסלאם, על פי שיקול דעתם המקצועי של מנהלי המוזיאון ובהתייעצות עם העותרים ובכפוף לכל דין. אוסיף כי מדובר לטעמי בפתרון שאינו אך מתקן את הפגם שבהחלטתה של העירייה, אלא אף עשוי להיות בו כדי לתרום במידה רבה לקירוב הלבבות בין כל תושבי ובאי באר שבע מכל העדות והדתות ולסובלנות במדינה כולה, שראשיתם היא בהכרת האחר. כולי תקוה שאף העירייה תכיר בסופו של יום בתמורה הרבה שעשויה לצמוח לה מדרך זו, ותשכיל לנצלה בדרך ראויה, לטובת כל תושבי באר שבע.

ש ו פ ט

השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה:

קראתי בעיון רב את חוות דעתו של חברי, השופט ג'ובראן. אני מצטרפת לתוצאה אליה הגיע חברי, גם אם דרך הילוכי להשגת תוצאה זו שונה. אבהיר את גישתי לענין מורכב ורגיש זה.

1. המחלוקת בין הצדדים מתייחסת לשימוש שייעשה במבנה "המסגד הגדול" הניצב במרכזה של העיר באר שבע. המבנה הוקם לפני יותר ממאה שנה, בשנת 1906, ובמשך קרוב ליובל שנים שימש כבית מעצר ובית משפט, ובהמשך – במשך תקופה למטרות אחרות: תחילה הוא שימש כבית מעצר ובית משפט, ובהמשך – במשך תקופה ארוכה – כמוזיאון. משנת 1992 ועד היום המבנה עומד נטוש, לאחר שהוכרז מבנה מסוכן. המבנה מוחזק ומנוהל על ידי העירייה מאז 1948. בשנת 1956 הופקע השטח עליו נמצא המבנה, והקרקע רשומה במירשם על שם רשות הפיתוח. במישור התכנוני מיועד המבנה למוזיאון, והוא אף הוכרז ככזה על פי חוק המוזיאונים, התשמ"ג-1983. העותרים מבקשים להשיב עטרה ליושנה, ולחדש כמקדם את השימוש במבנה לצרכי תפילה; העירייה, מצידה, מבקשת לשפץ את המבנה כחלק מתכנית להפיכת האזור בו הוא ניצב למתחם מוזיאונים, והיא כבר נערכה לכך במספר היבטים.

הדיון בעתירה נמשך זמן ניכר, עקב גלגולים רבים שעברו על נושא זה, ובהם הצעות שונות לפתרון מוסכם של המחלוקת. למרבה הצער, פתרון כזה לא הושג, ונדרשת הכרעה שיפוטית בסוגיה.

2. דרך הפעולה אותה מבקשת העירייה לנקוט ביחס למבנה נטועה בסמכויות ובתפקידים הנתונים לה על פי דין, במסגרת סעיף 249 לפקודת העיריות [נוסח חדש]. העותרים תוקפים את אופן השימוש שהעירייה עושה בסמכויותיה בענין המסגד הגדול, ואת דרך הפעלת שיקול דעתה בענין זה. הם טוענים, בתמצית, כי ייעודו של המבנה למוזיאון נוגד את תכליתו המקורית, לשמש מקום תפילה, ופוגע באופן בלתי ראוי בזכות הציבור המוסלמי לחופש דת ופולחן. לטענתם, הייעוד למוזיאון פוגע גם בעקרון השוויון, המחייב רשות ציבורית להתייחס בלא הפלייה לכל מגזרי האוכלוסיה. החלטת העירייה ביחס למבנה מהווה הפלייה של הציבור המוסלמי, המבקש לשמור על זיקתו למסגד כמקום תפילה, בעוד זכותם של מגזרים אחרים לחופש דת ופולחן נשמרת. לאור כל אלה, נטען כי עמדת העירייה נגועה בשיקולים זרים, בחוסר סבירות ובחוסר מידתיות, וכי דינה להתבטל. העותרים מבקשים סעד אשר יורה כי מבנה המסגד יוחזר לייעודו המקורי – מקום תפילה לבני הציבור המוסלמי – כפי ששימש לאורך שנים רבות, עד שהוסב למטרות אחרות.

3. ענייננו, אפוא, בבחינה שיפוטית של חוקיות וסבירות החלטת עיריית באר שבע להועיד את המבנה למטרת מוזיאון, בלא קשר לייעודו המקורי כמסגד, ובלא זיקה לעדה המוסלמית, לתרבותה ולדתה.

לצורך כך, יש להעמיד את החלטת העירייה במבחן דיני שיקול הדעת המינהלי. על פי דינים אלה, יש לבחון מהם השיקולים שאותם רשאית הרשות המינהלית לשקול, וכיצד עליה לאזן ביניהם. על השיקולים לעמוד בדרישות הרלבנטיות והסבירות של השיקולים הצריכים לענין. על הרשות, ראשית, להביא בחשבון את מלוא השיקולים הרלבנטיים לענין, ואותם בלבד, בלא התחשבות בשיקולים זרים; שנית, עליה לאזן באופן ראוי בין השיקולים הרלבנטיים, כדי לעמוד בדרישת הסבירות (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 33 (1997) (להלן: ענין חורב)). כאשר הפעולה המינהלית כרוכה בפגיעה בזכויות יסוד של האדם, הליך האיזון בין השיקולים הרלבנטיים מושפע מעקרונות פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עקרונות אלה נועדו להגדיר את היקף ההגנה הניתן לזכות היסוד על רקע ערכים מתנגשים – בין אם מקורם בזכויות פרט נוגדות, ובין אם מקורם באינטרס ציבורי חשוב.

שיקולים רלבנטיים של הרשות הציבורית

4. העירייה שטחה בטיעוניה את החשיבות שבייעודו של המבנה למוזיאון, ואת המשאבים האנושיים והתקציביים שהושקעו על ידה מזה שנים להגשמת ייעוד זה. לטענתה, היא שומרת על הנכס ומחזיקה בו לטובת הציבור, ואילו לעותרים אין קנין בו ואף לא חזקה בו; על פי דת האיסלם, אין קדושה מתמשכת במסגד אשר חדל לשמש לייעודו לפני שנים רבות, והסבתו למוזיאון אינה עומדת בסתירה לציווי הדת. המבנה אינו משמש מסגד פעיל מזה 60 שנה. הפיכתו עתה למסגד תפגע במרקם האורבני; היא תהא מנוגדת להליכי התכנון ולכללים המסדירים הקצאת קרקעות עירוניות, ותהא כרוכה גם בסיכונים לשלום הציבור, לבטחונו ולרווחתו. לצורך ענין אחרון זה, מפנה העירייה לדין וחשבון שערכה ועדה בינמשרדית, אשר הוקמה במהלך הדיון בעתירה כדי לבחון את סוגיית ייעודו של המבנה. הועדה, בראשות עו"ד ישראל מימון, מזכיר הממשלה דאז, הגישה את חוות הדעת לבית המשפט בחודש אוקטובר 2004 (להלן: ועדת מימון). לדברי העירייה, ועדת מימון הצביעה על הסכנה שבשימוש במבנה כמקום תפילה, מחשש לפעילות גורמי איסלם קיצוניים תחת חסות המסגד. לדבריה, יש לאמץ את המלצת הועדה, לפיה ראוי לכבד את האוטונומיה של העירייה לקבוע את ייעודם של מבני הציבור הנמצאים באחריותה. העירייה הוסיפה, כי בעקבות הצעות פשרה שעלו בבית המשפט, היא החליטה לחזור ולאמץ את החלטת מועצת העירייה מיום 10.2.2005,

לפיה המבנה ישמש מוזיאון לארכיאולוגיה, כחלק ממתחם מוזיאון הנגב. עם זאת, העיריה תהיה נכונה להסכים כי מבנה המסגד ישמש מוזיאון לתרבות בני אברהם, אשר יכול מוצגים ארכיאולוגיים הקשורים לתרבות העמים שיישבו את באר שבע והנגב (עיקרי טיעון מיום 31.5.2009).

5. השיקולים העומדים ברקע החלטת העיריה בענין יעוד המבנה הם רלבנטיים וממין הענין (בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 324 (1988); בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 8 (לא פורסם, 12.1.2006)). עם זאת, כלל הוא, כי בגדר שיקוליה הענייניים של הרשות, עליה להתחשב במכלול השיקולים הנוגעים לענין, ובהם גם שיקולים ערכיים, אינטרסים חברתיים וכלכליים, והיבטים הקשורים בזכויות אדם (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 741 (1996)). אשר לשיקולים ערכיים כאמור, ספק אם העיריה נתנה משקל, ולו מזערי, לציפייתם הלגיטימית של בני העדה המוסלמית לחזור ולחדש את זיקתם הדתית למבנה המסגד; ומכל מקום, על פי טיעוניה של העיריה, לא נראה כי היא ייחסה משקל לשיקול זה, במטרה לאזנו כנגד השיקולים האחרים שהנחה בהחלטתה. במובן זה, נראה כי היא לא שקלה שיקול רלבנטי, בעל ערך חשוב במגוון השיקולים הצריכים לענין. חסר זה בשיקוליה של הרשות מקרין גם על שאלת סבירות החלטתה.

סבירות ההחלטה

6. בצד הרלבנטיות, על שיקולי הרשות הציבורית לעמוד במבחן הסבירות המינהלית. סבירות המעשה המינהלי מותנית באיזון ראוי בין השיקולים הרלבנטיים, ובמתן משקל יחסי ראוי לכל אחד מהם (ענין חורב, בעמ' 37; בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי, פ"ד מד(2) 485, 513-514 (1989)). במסגרת האיזון בין הערכים המתנגשים מונחת התפיסה כי לא כל הערכים הם שווי ערך בעיני החברה, וכי על הרשות להעריך את החשיבות החברתית היחסית של העקרונות והערכים השונים המשמשים יחדיו לצורך ההחלטה (בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 434 (1987)).

הזכות לחופש דת וחופש הפולחן מול אינטרס נוגד שבמדיניות ציבורית

7. החלטתה של העיריה לייעד את המבנה למוזיאון, ולדחות את בקשת נציגי העדה המוסלמית להחזיר את יעודו למקום תפילה לבני העדה, כורכת עמה שיקולים וערכים נוגדים המתמודדים זה כנגד זה: מן הצד האחד – ניצבת זכותו של הציבור

המוסלמי לחופש דת ופולחן, בזיקה למבנה אשר נבנה במקורו כבית תפילה, אך במהלך השנים ייעודו המקורי נזנח, ומבוקש עתה להחזיר עטרה ליושנה. מנגד – טוענת העיריה לקיום אינטרס ציבורי חשוב בניצולו של המבנה כמוזיאון, כחלק מסדרת בנינים שישמשו למטרה זו, ויתרמו לרווחתו של הציבור בעיר. בצד טעם זה נטען, כי חידוש התפילה במבנה עלול להיות מנוצל לפעילות עוינת נגד המדינה, ולהביא עימו סכנה לשלום הציבור ולבטחוננו. החשש האמור הועלה על ידי גורמי המשטרה והבטחון, המופקדים על הסדר ועל בטחון התושבים.

יש לנתח שיקולים אלה, כל אחד לגופו, ולבחון האם החלטת העיריה מאזנת ביניהם כראוי, בדרך העונה על דרישת הסבירות; ואם לאו – יש לקבוע את אמת המידה לנקודת שיווי המשקל הראויה בין השיקולים הצריכים לענין.

חופש הפולחן

8. חופש הפולחן מבטא את זכותם של בני האדם להגשים את אמונתם הדתית על פי מנהגי דתם ואמונתם – ו"אין נפקא מינה... אם [הם] טובים או רעים הם, חדשים או ישנים, תדירים או נדירים, מימינים או משמאילים – ובלבד שיהא בהם משום צורת פולחן אשר... רוצים ודוגלים בה מתוך הכרתם הדתית בתום-לב" (בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2104 (1962)). חופש הפולחן הוא אחד מהיבטיה המרכזיים של הזכות לחופש הדת, השלוכה, היא עצמה, בחופש המצפון ובזכות לתרבות (דני סטטמן וגדעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת, והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט כא 5 (2004)).

חופש הדת והפולחן נמנה על זכויות היסוד הבסיסיות של האדם באשר הוא אדם. הוא מן הזכויות המרכזיות שמשפטן של הדמוקרטיה המודרנית פורש הגנתו עליהן מעת היווסדן: כך בהכרזה בדבר זכויות האדם והאזרח של צרפת בעקבות המהפכה הצרפתית, משנת 1789 (סעיף 10), וכך בתיקון הראשון לחוקת ארצות הברית, משנת 1791. כיום מעוגנת זכות זו בסעיף 18 להצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, משנת 1948, ובסעיף 9 לאמנה האירופית לזכויות אדם, משנת 1950.

מגילת העצמאות של ישראל מורה כי "מדינת ישראל... תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות...". הפסיקה, מראשית ימיה של המדינה, ראתה בחופש הדת והפולחן זכות יסוד מהותית של האדם: "חופש המצפון והפולחן הוא אחת מחירויות הפרט המובטחות לו בכל משטר דמוקרטי נאור" (ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ה 481, 486 (1951)). זכות זו הוכרה מקדמת

דנא כזכות יסוד של האדם בישראל, וכנדבך מרכזי במערכת ערכי היסוד שעליהם נבנה המשטר במדינה (בג"ץ 650/88 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(3) 377, 381 (1988); בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' מדינת ישראל, פסקאות 71-72 (לא פורסם, 1.8.10) (להלן: ענין סולודוך)).

אכן,

"חופש הפולחן כביטוי של חופש דת נמנה עם זכויות היסוד של האדם. הוא משתרע על חירותו של הפרט להאמין ולנהוג על-פי אמונתו תוך מימוש ציוויה ומנהגיה... חופש זה קשור למימוש זהותו העצמית של האדם. בתחומי חופש זה מוכרת כמיהתו של האדם המאמין להתפלל במקום קדוש. הכרה זו משתלבת בהגנה החוקתית הרחבה הניתנת לזכות הגישה של בני הדתות השונות אל המקומות המקודשים להם ובאיסור הפגיעה ברגשותיהם ביחס לאותם מקומות... חופש הדת מוחזק כענף של חופש ביטוי בתחום האמונה הדתית" (בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 461 (2004) (להלן: ענין הס)).

חופש הדת והפולחן נגזר מכבוד האדם, המכיר בזכות האדם לעצב את אישיותו ואת האוטונומיה של רצונו הפרטי. עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הפך חופש הדת והפולחן לזכות יסוד, חקוקה עלי ספר, כחלק מכבוד האדם (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג – פרשנות חוקתית 225, 421 (1994); בג"ץ 3261/93 מנינג נ' שר המשפטים, פ"ד מז(3) 282, 286 (1993)).

9. חופש הפולחן הוא אחד מביטוייו של חופש הדת. רבים ושונים הם מנהגי הדת וצורות הפולחן שידעה החברה האנושית לגוניה. חלקם מייחסים חשיבות מיוחדת לאתרים ולמבנים המסמלים מורשת דתית חשובה למאמינים. לעתים מדובר במקומות קדושים שחשיבותם טמונה בהתרחשויות היסטוריות בעלות משמעות דתית מן העבר הרחוק. לעיתים, מקומות הפולחן נושאים מטען ערכי-דתי מיוחד בשל עצם היותם בעבר מקומות תפילה לקהילה (בג"ץ 2725/93 סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מט(5) 366 (1996)). מקומות קדושים בישראל הם בעלי משמעות מיוחדת, לאור היותה של הארץ מוקד לשלוש הדתות המונותאיסטיות הגדולות. מיצוי חופש הדת נקשר פעמים רבות באתרים ובמבנים פייסיים, הנושאים עימם מטען היסטורי-דתי ועדתי, ההופך אותם למוקד של זיקה פולחנית לעדת המאמינים (בג"ץ 267/88 רשת כוללי האידרא נ' בית המשפט לעניינים מקומיים, פ"ד מג(3) 728 (1989)). להיבט ההגנה

על המקומות הקדושים, וההסדרים המיוחדים בהקשר לכך, ראו גם דבר המלך במועצה על ארץ ישראל (מקומות קדושים), 1924; דבר המלך במועצה על ארץ ישראל (הכותל המערבי), 1931; חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967.

חופש הדת והפולחן מתפרש גם על הזכות להגשים את משמעותם הדתית של מקומות קדושים ואתרי פולחן (ענין הס, בעמ' 462-463; בג"ץ 4661/06 הועד לפיתוח חברון נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (לא פורסם, 27.6.2006) (השופטת ארבל)). בגידרה של הזכות לחופש הפולחן מצויה הזכות לשמר ולממש את זכות התפילה במקומות הפולחן הנהוגים בעדה הדתית, כחלק מהזכות לקיים את המנהגים ואת אורחות החיים על פי ציוויי הדת. חירות הפולחן כוללת גם את החירות להגיע למקומות קדושים ולמקומות תפילה (בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736, 753-750 (2005) (השופטת ביניש); בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141, 213-222 (1970) (הנשיא אגרנט); כן ראו בג"ץ 7710/05 בר חן נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 927 (2005); דנג"ץ 8115/05 בר חן נ' ראש הממשלה, פסקה 5 (לא פורסם, 8.9.2005)). הנורמה הפלילית נותנת אף היא ביטוי לזכות לחופש דת ופולחן, בקובעה את עונשו של "ההורס, מזיק או מחלל מקום פולחן", וכן את זה של "המפריע במזיד אסיפת אנשים שנתאספו כדין לשם פולחן דתי" (סעיפים 170 ו-171 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). הזכות לממש את המנהג הדתי באתר הפולחן המקודש לעדה נגזרת מזכות היסוד לחופש דת, על מכלול גווניה וביטוייה.

10. המבנה נשוא העתירה נבנה במקורו כמסגד, ושימש ככזה במשך שנים ארוכות, מאז 1906 ועד 1948. העותרים רואים בו מבנה היסטורי ששימש מקום תפילה לעדה המוסלמית. עבורם, נושא המבנה משמעות דתית כבדת-משקל. הם מבקשים להחזיר את עטרתו ליושנה, כדי שיחזור וישמש מקום תפילה לבני העדה באזור באר שבע וסביבתה. משאלתם של העותרים לממש את זכותם להתפלל במבנה שנבנה כמסגד, ושימש מקום תפילה לעדה המוסלמית למעלה מארבעים שנה, נשענת על זכות היסוד הנתונה להם לחופש דת ופולחן. זכות זו של בני העדה המוסלמית לממש את זיקתם הדתית למבנה שנועד ביסודו לשמש מקום תפילה עבורם, ושימש את קהילתם לצורך זה במשך שנים רבות, היא זכות יסוד הזוכה להגנה חוקתית בשיטתנו המשפטית.

שיקולים ציבוריים נוגדים

11. בצד זכות העותרים לחזור ולהשתמש במבנה כמסגד לצורכי תפילה, עומדים אינטרסים ציבוריים, שהעירייה פרטה בתשובתה, אשר היוו יסוד ורקע להחלטתה לשלב

את המבנה במתחם המוזיאונים המתוכנן בעיר, ולהימנע מהחזרתו לייעודו המקורי כמקום תפילה לעדה המוסלמית. מדיניות העירייה נועדה, בראש וראשונה, לקדם את רווחת התושבים, על ידי יצירת מתחם מוזיאונים שיתרום לרמתה התרבותית של העיר ולרווחת תושביה. שיקול נוסף כרוך בהשקעה הכספית שכבר נעשתה בהליכי תכנון ובשיפוץ המבנה לצורך מטרה זו. בצד שיקולים אלה, ניצב שיקול מרכזי נוסף, הנעוץ בחשש שהועלה על ידי גורמי בטחון מוסמכים, כי השימוש במבנה כמקום תפילה לבני העדה המוסלמית טומן בחובו סכנה לשלום הציבור ולבטחונו.

12. שאלת החזרת ייעודו של המבנה לשמש מסגד נדונה, במהלך הדיון בעתירה, בידי ועדת מימון, ועדה בינמשרדית בראשות מזכיר הממשלה, אשר השתתפו בה גם נציגים של המשרד לבטחון פנים, משרד המשפטים, משרד הפנים, משרד החינוך, מינהל מקרקעי ישראל, ומשטרת ישראל. העותרים, אף שלא יוצגו בוועדה באמצעות חבר מטעמם, הציגו את מלוא טיעוניהם בפניה.

הועדה ניתחה לעומק את מכלול ההיבטים הכרוכים באפשרות הסבת השימוש במבנה למקום תפילה לעדה המוסלמית. מבין מסקנותיה העולות בדו"ח יש לציין את העמדה שמקורה בגישת משטרת ישראל, לפיה פתיחת המסגד לתפילה עלולה "לערער את מרקם היחסים בין האוכלוסייה המוסלמית לבין האוכלוסייה היהודית בבאר שבע ולהפך את הסדר הציבורי ואת חיי השגרה בעיר". מקור סכנה זו במספר גורמים, וביניהם מיקומו של המסגד, בלב עיר שאוכלוסייתה מורכבת מכ-99% יהודים, ונוכח פעילותה של התנועה האיסלמית באזור הדרום. שילובם של גורמים אלה מקים סכנה לכך שהשימוש במבנה כמסגד "ייצור מוקד חיכוך בין האוכלוסייה המוסלמית לבין האוכלוסייה היהודית ויגרום לשיבוש מהלך החיים התקין בעיר העתיקה".

במסגרת הועדה, המשטרה הביעה חשש כי פתיחת המסגד תביא להפרת סדר, ואף ל"מאבק אלים בין יהודים למוסלמים, שעלול להתפשט ולערער את מרקם היחסים הטוב שקיים בין האוכלוסייה הבדואית ליהודית הנשמר מאז קום המדינה". עוד נאמר בדו"ח, כי "מיקום המבנה... עלול לשמש כר נוח לגורמי פח"ע לאיסוף מידע מודיעיני ואכסניה ליציאת מפגעים פוטנציאליים גם בניגוד לרצון הנהלת המסגד" (עמ' 20-21 לדו"ח הועדה; עוד ראו סעיפים 80 ו-141 לתצהיר התשובה מטעם העירייה מיום 13.6.2007 וסעיפים 52-56 לכתב התשובה מטעם המדינה מיום 20.1.2003).

הסכנה האמורה לשלום הציבור ובטחונו, מפניה מתריעים גורמי בטחון הפנים במדינה, מצביעה על קושי מהותי בחידוש ייעודו של המסגד הגדול לצורכי תפילה של

בני העדה המוסלמית. העיריה אינה יכולה ואינה רשאית להתעלם מהסכנה האמורה, במסגרת אחריותה הכוללת לסדר הציבורי ולשלום הציבור בעיר, ועליה להביאה בחשבון בגדרי שיקוליה, ולייחס לה את המשקל הראוי.

13. אינטרס השמירה על שלום הציבור ובטחוננו מהווה שיקול בעל חשיבות מהותית, שהרי "זהו תנאי הכרחי להבטחת חיים וקיום אנושי. ההגנה על בטחון החיים היא תנאי למימוש זכויות הפרט" (ענין הס, בעמ' 465). ההגנה על בטחון הציבור איננה רק אינטרס ציבורי כללי, אלא היא משתלבת בזכות היסוד של פרטים לבטחון החיים ושלמות הגוף (בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פסקה 15 לפסק דינו של השופט ריבלין (לא פורסם, 14.5.2006)).

האיזון בין הזכות לפולחן לבין האינטרס הציבורי

14. סבירות החלטתה המינהלית של העיריה מותנית באיזון ראוי בין השיקולים הנוגדים הרלבנטיים להחלטה. בענייננו, השיקולים המרכזיים הם – זכותם של בני העדה המוסלמית למימוש זיקתם הדתית למבנה המסגד, מול השיקולים הציבוריים שהינחו את העיריה לייעד את המבנה למוזיאון.

מושכלות ראשונים הם, כי זכויות היסוד של הפרט – חשובות ככל שתהיינה – אינן מוחלטות. הן עלולות להתנגש בזכויות יסוד אחרות של פרטים, ולעמוד בסתירה לאינטרסים חשובים של הציבור הרחב. ההתמודדות בין זכויות נוגדות ואינטרסים מתנגשים היא פרי מציאות חיים מורכבת. היא נובעת ממרקם החיים המשותפים, שבהם בצד זכויות הפרטים קיימים אינטרסים של הציבור, שהם חיוניים לפעילותה של חברה מאורגנת. השיטה החוקתית בנויה על הגנה יחסית של זכויות האדם, הן האחת כלפי רעותה והן האחת כלפי אינטרס ציבורי כללי נוגד. נקודת האיזון בין הזכויות והאינטרסים הנוגדים בנויה על יחסיות ההגנה הנפרשת על הערכים המתחרים, ובה אמור להימצא שיווי המשקל הראוי, הנדרש בפעולה השלטונית.

15. מאז חקיקת חוקי היסוד, נהוג להשתמש באמות המידה המעוגנות בהם כדי לבחון את סבירות ומידתיות פעולתן של הרשויות השלטוניות כאשר הן פוגעות בזכויות אדם. השימוש בכללי פיסקת ההגבלה לצורך בחינת סבירות ומידתיות הפגיעה השלטונית הוא רחב, ומתפרש על מכלול המישורים של המשפט הציבורי:

”מאז כוננה הכנסת את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, אנו משתמשים באמות-המידה הקבועות בהם לשם פירושן של הסמכויות השלטוניות... קשר זה בין פיסקת ההגבלה החוקתית לבין מכלול הדינים של המשפט הציבורי... הוא טבעי. תמיד קבענו, כי תכליתה של חקיקה הפוגעת בזכויות אדם כוללת תכליות כלליות ותכליות ספציפיות... התכליות הכלליות הן ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. התכליות הספציפיות הן 'התכלית הראויה' שבפיסקת ההגבלה. עקרון המידתיות, הקבוע בחוק היסוד, הוא ביטוי נוסף לעקרון הסבירות שעל-פיו נהגנו, גם בעבר, לפרש כל דבר חקיקה. הנה-כי-כן, המעבר מהדין הקודם לפיסקת ההגבלה הוא 'נקי' ו'מהיר' ללא כל קושי" (ענין חורב, בעמ' 43).

האיזון בין זכויות מתנגשות באספקלריה של פיסקת ההגבלה מקפל אל תוכו את דרישותיו של המשפט המינהלי, ומספק אמת מידה גם לדרישת הסבירות המינהלית במקום שהפעולה השלטונית כרוכה בפגיעה בזכות אדם.

פיסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משמשת, אפוא, נוסחת איזון חוקתית, המתאימה למצבים שונים שבהם מתנגשת זכות חוקתית עם אינטרס ציבורי חשוב. באמצעות אמות המידה של פיסקת ההגבלה ניתן לבחון את מהותה והיקפה של הפגיעה המותרת בזכויות האדם, גם כאשר במוקד הבחינה עומדת פעולה מינהלית של רשות שלטונית (ענין סולודוך, פסקה 76; בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 385, 367 (1997) (להלן: ענין לשכת מנהלי ההשקעות); בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית שמש, פ"ד נח(5) 612, 595 (2004); בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, פסקאות 12-15 (לא פורסם, 12.1.2006); בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פסקה 10 לפסק דיני (לא פורסם, 13.6.2006)).

16. פיסקת ההגבלה, הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובעת:

”פגיעה בזכויות

8. 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.”

כדי שהחלטה מינהלית, הפוגעת בזכות אדם חוקתית, תעמוד בדרישת הסבירות והמידתיות המינהלית, נדרש כי הפגיעה תהלוּם את ערכיה של מדינת ישראל, ותיועד לתכלית ראויה; עליה גם לקיים את דרישת המידתיות, כמשמעותה בפסקת ההגבלה שבחוק היסוד.

על רקע זה, נבחן האם החלטת העיריה לייעד את מבנה המסגד הגדול למוזיאון, בלא שמירת הקשר והזיקה של העדה המוסלמית לייעודו ההיסטורי של האתר, עומדת במבחן מרכיביה השונים של פסקת ההגבלה.

17. ראשית, יש לומר כי ההחלטה לייעד את המבנה למוזיאון, כחלק ממתחם מוזיאונים בעיר הנגב, נעשתה מכח סמכויות שבחוק המוקנות לעיריה. החלטת העיריה נועדה, כשלעצמה, לשרת תכלית ראויה לעיר באר שבע, והיא מתיישבת עם ערכי המדינה. יעוד המבנה על פי החלטת העיריה אמור לתרום לפעילות התרבותית של העיר, ולשמש מקום מפגש לתושביה סביב אוצרות אמנות וארכיאולוגיה – פעילות שכל עיר מודרנית ותרבותית מתברכת בה. זהו הפן החיובי של מדיניות העיריה. להחלטתה מתלווה גם פן שלילי-מניעתי, שעיקרו בעמדת העיריה כי שימוש במבנה כאתר פולחן דתי עלול לסכן את הסדר הציבורי ואת שלום הציבור בעיר. פן זה גם הוא מתיישב עם ערכי המדינה, ועם דרישת התכלית הראויה של המעשה המינהלי. הדאגה לשלום הציבור ולבטחוננו היא ערך ראשון במעלה, והיא אף "משרתת מטרה חברתית חשובה, הרגישה לזכויות אדם" (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 434 (1995)).

18. נותרת שאלת מידתיות הפגיעה הכרוכה בשלילת השימוש במבנה כמקום תפילה לבני העדה המוסלמית בעיר. לצורך בחינת המידתיות, יש לעמוד על שלושה תנאים מצטברים: האחד – האם בין האמצעי שנבחר לבין המטרה שיש להשיגה מתקיים קשר רציונלי; השני – האם קיים אמצעי אחר שבידו להשיג את התכלית הרצויה, ואשר פגיעתו בזכות היסוד פחותה יותר; והשלישי – מבחן המידתיות במובן הצר, הבוחן האם קיים יחס ראוי בין התועלת הצפויה מן האמצעי הננקט לבין מידת הפגיעה הנגרמת לאדם בזכותו החוקתית (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 839-840 (2004); בג"ץ 3477/95 בן עטיה נ' שר החינוך, פ"ד מט(5) 1, 12-13 (1996); ענין לשכת מנהלי ההשקעות, בעמ' 384).

בחינת המידתיות תיעשה על בסיס ההנחה כי המטרה שאותה נועדה החלטת הרשות להשיג היא בעלת שני פנים, כאמור: פן חיובי, המתמקד במטרה לקדם את

תרבות העיר ואת רווחת תושביה; ופן שלילי, המתבטא בשלילת השימוש במבנה כמקום תפילה לעדה המוסלמית, נוכח הסכנה הטמונה בכך להפרת הסדר והבטחון הציבוריים.

19. אשר למבחן המידתיות הראשון – ניתן לומר כי מתקיים קשר רציונלי בין החלטת העירייה לייעד את המבנה למוזיאון לבין המטרה שהעירייה בקשה להשיגה – לתרום בכך לפעילותה התרבותית של העיר ולרווחת תושביה. הקמת מוזיאון במקום תשרת בודאי את עניינו של הציבור הרחב בחינוך, בתרבות, בהרחבת אופקים, ובפעילות מעניינת ומעשירה בעיתות של פנאי. כל אלה אמורים בפן החיובי של המטרה הרצויה. בפן השלילי – החלטת העירייה נועדה למנוע שימוש במבנה כמקום תפילה, בשל החשש כי הוא עלול לרכז סביבו אלמנטים עוינים למדינה, ולסכן את הסדר הציבורי. חשש זה מתבסס על עמדת הגופים המפקדים על הסדר הציבורי והבטחון.

לאור דברים אלה, ייעוד המבנה למוזיאון קשור בקשר רציונלי למטרותיו.

20. אשר למרכיב השני של המידתיות, השאלה היא – האם ניתן להשיג את המטרה שהרשות הציבורית מבקשת להשיג תוך פגיעה פחותה בזכותה האדם הנוגעת בדבר; משמעות תנאי זה היא, כי גם אם ראוי שזכות יסוד תיסוג מפני אינטרס ציבורי, יש להבטיח כי האינטרס הציבורי שהרשות מבקשת לקדם יוגשם בדרך שתפגע פגיעה מועטת ככל האפשר בזכות היסוד.

דעתי היא, כי עמדתה של העירייה אינה מקיימת מרכיב זה של המידתיות, במובן הבא: גם אם באיזון הכולל קיימת הצדקה שלא לייעד את המבנה למקום תפילה בעת זו, הן בשל הפן החיובי הטמון בייעודו כמוזיאון והן בעטיו של הפן השלילי הטמון בטעמים שבסדר הציבורי ובבטחון הציבורי, עדיין אין משמעות הדבר כי הגשמת מטרות העירייה מחייבת לנתק כליל את זיקתה של העדה המוסלמית למבנה, לאור המטען הדתי-ערכי שהוא נושא עבודה. בגדרם של האיזונים הראויים, מוטל על הרשות לשקול את זכות היסוד של בני העדה לחופש דת ופולחן כנגד האינטרסים הציבוריים של הרשות, על מכלול היבטיהם, ולהעריך את משקלם היחסי. בתוך כך, עליה לחתור למצב של איזון שיתן לכל אחד מהערכים את ההגנה שהוא ראוי לה. בגדרו של איזון זה יש לתת את הדעת, בין היתר, לעובדות הבאות:

מצד אחד, המסגד שימש מקום תפילה מוסלמי מאז 1906 ועד 1948. אולם מאז אותה שנה, הוא אינו משמש עוד לייעודו המקורי. התמורות ההיסטוריות והחברתיות שהתרחשו באזור לאורך עשרות השנים שבהן המסגד לא שימש לייעודו, מחלישות במידה מסוימת את זכות בני העדה לדרוש את החזרת ייעודו המקורי של המבנה. בפועל, האזור בו שוכן מבנה המסגד הפך עם השנים למתחם מוזיאונים, והמבנה הוכרז רשמית כמוזיאון בשנת 1987. בשנת 2007 הוחל בהליך תכנון לייעוד השטח כקרית מוזיאונים. בייעוד הנוכחי של המבנה הושקעו עד כה כ-10 מליון ש"ח.

21. במתח שבין הערכים המתנגשים, אין מקום למתן הגנה מלאה לאף אחד מהם, אלא הגנה יחסית בלבד, בדרך של איזון ביניהם. איזון זה ניתן להשיג בדרך של אי-התערבות בייעודו של המבנה כמוזיאון, אך זאת תוך שימור הזיקה לייעודו ההיסטורי כמסגד, ומתן ביטוי למשמעות הדתית והעדתית שהעדה המוסלמית מייחסת לו במסגרת תכנונו כמוזיאון. ייעודו של המסגד הגדול למוזיאון יקדם, מצד אחד, את האינטרס הציבורי שהעיריה מבקשת לקדם, על שני פניו. מצד שני, ייחודו של המבנה כמוזיאון המוקדש לתרבות האיסלם ועמי המזרח יעניק משקל יחסי לזיקת העדה המוסלמית למבנה, על משמעותו הדתית וההיסטורית. מתן ביטוי לזיקה זו לא יפגע באופן מהותי במטרה הבסיסית שאותה מבקשת העיריה לקדם. ואמנם, ועדת מימון קבעה אף היא, בדו"ח שהגישה, כי –

”טוב תעשה העיריה אם בייעוד החדש שייבחר למבנה תביא העיריה לביטוי את האופי המיוחד של המבנה, הנובע הן מהארכיטקטורה שלו והן מההיסטוריה שלו”.

המדינה שותפה אף היא לפתרון זה.

22. מכאן, כי ייעודו של המבנה כמוזיאון שייחוד להצגת היבטים שונים של תרבות האיסלם ועמי המזרח ישיג, מן הצד האחד, את מטרתו הציבורית, אך תוך פגיעה פחותה בזכות היסוד של בני העדה המוסלמית, מצד שני. פתרון זה, המוצע על ידי חברי, השופט ג'ובראן, טומן בחובו הכרה במשקלם היחסי של השיקולים הנוגדים בסוגיה זו, ונותן לכל אחד מהם את ההגנה היחסית הראויה לו.

פתרון זה יעמוד גם במבחן המידתיות השלישי – הוא מבחן המידתיות במובן הצר – שכן הוא יביא לכדי יחס ראוי את התועלת הצפויה מהשגת המטרה הציבורית

לעומת מידת הפגיעה הצפויה בזכות היסוד של העותרים. בלא פתרון זה, גם מרכיב זה של המידתיות לא היה מתקיים.

סוף דבר

23. כחברי, השופט ג'ובראן, כך גם אני תקוה כי פתרון מאוזן זה יחדש את זיקת בני העדה המוסלמית למבנה – זיקה שאבדה לאורך שנים רבות – וכי אתר המסגד הגדול יהפוך למקום שיבטא את ייחודה של תרבות האיסלם בהיבטיה האומנותיים-היסטוריים והארכיאולוגיים. יש לקוות כי פתרון זה יתרום גם לקידום ההרמוניה בין מגזרי האוכלוסיה השונים בעיר הנגב.

הסעד

24. הסעד הניתן באמצעות הצו המוחלט המוצע אינו זהה במלואו לסעד שנתבקש על ידי העותרים, אשר נועד להביא לשינוי ייעודו הנוכחי של המבנה, ולהחזרתו לייעודו ההיסטורי כמקום תפילה. אולם הסעד המוצע הוא בבחינת "מועט" הנכלל בגדרו של ה"מרובה" שנתבקש בעתירה (ע"א 8188/01 אבני בועז בע"מ נ' פרמינגר, פסקה 5 (לא פורסם, 3.11.2003); ע"א 8409/04 יעקובי נ' בנק דיסקונט לישראל, פסקה 9 (לא פורסם, 19.9.2007)). יש בו כדי להגשים את מטרות העתירה, ולו באופן חלקי, בדרך של השבת זיקתה של העדה המוסלמית למסגד הגדול, כאתר הקשור לערכי התרבות וההיסטוריה של קהילה זו.

על רקע האמור, אני מסכימה, אפוא, להפיכת הצו למוחלט כמוצע על ידי חברי, השופט ג'ובראן, בפסקה 19 לחוות דעתו.

ש ו פ ט ת (בדימ')

השופטת מ' נאור:

1. הרעיון שבמבנה ששימש בעבר כמסגד יוקם מוזיאון לתרבות האסלאם ועמי המזרח – רעיון נאה הוא בעיני. עם זאת לא אוכל להסכים לעמדתם של חבריי השופטים ג'ובראן ופרוקצ'יה לפיה יש לעשות צו החלטי המורה לעשות כן. לו הייתה

נשמעת דעתי היינו מבטלים את הצו על תנאי ודוחים את העתירה. כיוון שעמדתי היא דעת מיעוט אעמוד על הנמקותיי בקצרה.

2. כפי שתיארו חבריי, המחלוקת בין הצדדים נסובה סביב מבנה הנמצא בתחומה של המשיבה 1 ובאחריותה. מאז 1906 שימש המבנה כמסגד במשך עשרות שנים אך השימוש בו ככזה פסק בשנת 1948. מאז 1948 משמש המבנה לייעודים ציבוריים שונים כאשר מאז 1953 במשך עשרות שנים משמש המבנה כמוזיאון והוא אף הוכרז ככזה בהתאם לחוק המוזיאונים, התשמ"ג-1983. הדרישה שהועלתה בעתירה הנוכחית הייתה לבטל את ההכרזה על המבנה כמוזיאון ולמעשה להשיבו לייעודו ההיסטורי כמסגד בו יתקיימו תפילות. העתירה עברה מספר גלגולים שעל חלקם ארחיב בהמשך הדברים, וביום 26.2.2007 החליט בית משפט זה (השופטים פרוקצ'יה, ג'ובראן וחיות) להוציא צו על תנאי כפי שהתבקש על ידי העותרים. לשון הצו שהתבקש ושהוצא קבעה:

"על יסוד עתירה זו שהובאה היום לפני בית-משפט זה, מצווה בית המשפט כי ייצא מלפניו צו על-תנאי המכוון אל המשיבים, והמורה להם להתייצב וליתן טעם:

1. מדוע לא יאפשרו המשיבים או מי מהם, לעותרים, הנמנים על תושבי באר שבע ובאיה המוסלמים, להתפלל ב'מסגד הגדול' בבאר שבע;

2. מדוע לא תבוטל ההכרזה על 'המסגד הגדול' בבאר שבע כמוזיאון;

3. מדוע לא ידאגו המשיבים או מי מהם, לשפץ ולתחזק המסגד באופן שוטף; או לחילופין מדוע לא לאפשר לעותרים או מישהו מטעמם לנהל את המסגד ולהפעילו בהתאם לאמונתם וכמצוות הדת המוסלמית."

3. משנתקבלו תצהירי תשובה על פי הצו שהוצא קיימנו דיון, ומשלא הושג הסדר מוסכם לפתרון המחלוקת נדרשת הכרעה בשאלה האם יש להותיר את המבנה נשוא המחלוקת כמוזיאון או שמא יש לבטל את הכרזת המבנה כמוזיאון ולהשיבו לשימוש "ההיסטורי" כמסגד לתפילות (בניהול העירייה או לחלופין בניהול העותרים או מי מטעמם). חברי השופט ג'ובראן קובע לגבי שאלה זו כי המשיבים לא הציגו ראיה ממשית המצביעה על סכנה אינהרנטית לשלום הציבור בהשבת המבנה לשימוש ההיסטורי וכי העירייה גם לא נתנה משקל לאופיו המיוחד של המבנה. יחד עם זאת חברי אינו מכריע האם די בפגמים אלו כדי להיעתר לעתירה שלפנינו מן הטעם שעומד לעותרים, לשיטתו, סעד חלופי. דרך הילוכה של חברתי השופטת פרוקצ'יה היא שונה.

לשיטתה הסכנה לשלום הציבור ובטחוננו עליה התריעו הגופים המוסמכים "מצביעה על קושי מהותי בחידוש ייעודו של המסגד הגדול לצורכי תפילה" וכן קבעה ש"העירייה אינה יכולה ואינה רשאית להתעלם מהסכנה האמורה". מדובר בשיקול "בעל חשיבות מהותית" וב"ערך ראשון במעלה". חברתי גם מפרטת את יתר השיקולים ששקלה העירייה בהחליטה להותיר את ייעוד המבנה כמוזיאון וכיניהם רווחת התושבים ותרומה לתרבות וכן המשאבים האנושיים והתקציביים שכבר הושקעו בהגשמת ייעוד המבנה כמוזיאון. חברתי מגיעה בסופו של דבר להכרעה כי איזון בין השיקולים השונים מוביל למסקנה שאין להתערב בייעודו של המבנה כמוזיאון, הכל כפי שפירטה בהרחבה.

4. הנה כי כן, הצו על תנאי שהתבקש והוצא כפי שכבר צוטט לעיל עסק אך ורק בשאלה האם יש לבטל את הכרזת המבנה כמוזיאון ולייעדו כעת למסגד. שני חברי מסכימים כל אחד מטעמיו כי אין מקום שנורה על הפיכת המוזיאון למסגד ולעמדתם זו אני שותפה. יחד עם זאת, חברי השופט ג'ובראן בוחן שאלה נוספות שלא נכללה בצו על תנאי ולמשיבים ממילא לא ניתנה, לטעמי, הזדמנות ראויה לטעון לגביה, והיא השאלה "האם במסגרת הפעלתו בייעודו הנוכחי כמוזיאון סבירה היא החלטת העירייה לנתק בין הקשרו של מבנה המסגד כחלק מהעולם התרבותי, היסטורי ודתי של הציבור המוסלמי בדרום ובין התוכן המוזיאלי שיוקנה לו". חברי מגיע למסקנה כי לא ניתן לומר שהחלטה שקיבלה העירייה בדבר האופי המוזיאלי שיוקנה למבנה היא סבירה ולכן הוא מציע כי "נהפוך את הצו למוחלט" ונורה שייעוד המוזיאון יוקדש לתרבות האסלאם ועמי המזרח. חברתי השופטת פרוקצ'יה מצטרפת לתוצאה זו מטעמים של מידתיות המקרינה על הסבירות כאשר לשיטתה "גם אם באיזון הכולל קיימת הצדקה שלא לייעד את המבנה למקום תפילה בעת הזו, הן בשל הפן החיובי הטמון בייעודו כמוזיאון והן בעטיו של הפן השלילי הטמון בטעמים שבסדר הציבורי ובבטחון הציבור, עדיין אין משמעות הדבר כי הגשמת מטרות העירייה מחייבת לנתק כליל את זיקתה של העדה המוסלמית למבנה". חברתי קובעת כי הצו המוחלט הוא בבחינת "מועט" הנכלל בגדרו של "המרובה" לגבי הצו על תנאי שהוצא, ולכן היא מצטרפת לתוצאה לפיה ייעשה צו מוחלט המורה על ייעוד המוזיאון לתרבות האסלאם ועמי המזרח. לתוצאה זו אליה הגיעו חבריי לא אוכל כאמור להצטרף. תוצאה זו לדעתי אינה עולה בקנה אחד עם סדרי הדין הנוהגים בבית המשפט הגבוה לצדק. היא מעניקה סעד שלא נתבקש ואפילו נדחה מפורשת על ידי העותרים, היא פוגעת בזכות הטיעון של המשיבים, היא חורגת לדעתי מגדרי ההתערבות הראויים בהחלטת הרשות והיא תחייב לטעמי פיקוח בלתי סביר של בית משפט זה על ביצוע הצו. אפרט.

5. כידוע סדרי הדין הנהוגים בבית משפט זה קובעים הסדר דו-שלבי בטרם מתקבלת עתירה וניתן בה צו מוחלט (ראו תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984 (להלן: התקנות)). בשלב הראשון השאלה היא האם יש לדחות את העתירה או שמא יש מקום לדון בה לגופה וליתן צו על תנאי. השלב השני הוא הדיון בעתירה לגופה והוא נפתח למעשה עם מתן צו על תנאי באותן סוגיות בהן הוחלט לתת צו על תנאי. לאחר מתן צו על תנאי אם רוצה מי מהמשיבים להתנגד לעשיית הצו על תנאי לצו מוחלט, עליו להגיש תצהיר תשובה (ראו תקנה 9 לתקנות; כן ראו ע"ם 5128/04 עיריית תל אביב-יפו נ' פרידמן חכשורי חברה להנדסה ולבניה בע"מ, פסקה 6 (טרם פורסם, 4.6.2008)). סדרי דין אלה נועדו להתמודד עם אופיו המיוחד של ההליך והם מאפשרים למשיב בבית המשפט הגבוה לצדק להתנגד כראוי, אם רצונו בכך, להפיקת הצו על תנאי שהוצא למוחלט באמצעות תצהיר תשובה. תצהיר התשובה שיכול משיב להגיש "אינו רק כלי ראייתי אלא הוא כתב התנגדות של המשיב וככזה עליו לכלול לא רק נימוקים שבעובדה אלא גם נימוקים שבחוק" (רענן הר-זהב טדו הדין בבית המשפט הגבוה לצדק 53 (1991)). הכלל המחייב הוא אפוא כי בטרם מתקבלת עתירה בבית המשפט הגבוה לצדק יש להוציא צו על תנאי ולאפשר למשיב, אם רצונו בכך, להתנגד באמצעות תצהיר תשובה לעשיית הצו על תנאי, בעניינים בהם הוא עוסק, לצו מוחלט. ודוק: השאלות לגביהן ניתן צו על תנאי תוחמות את גדר הדיון.

"בית המשפט עשוי להעניק לעותר כל אחד מהצווים על-תנאי שאותם ביקש, או חלק מהם. לחלופין, עשוי בית המשפט לנסח את הצווים על-תנאי בעצמו (צו אחד או יותר). בדרך זו מגביל בית המשפט את המחלוקות בין בעלי הדין. בין שבית המשפט ניסח בעצמו את הצווים, ובין שהעניק את הצווים המבוקשים בגוף העתירה, הרי שמרגע שהוצאו הצווים על-תנאי יתנהל הדיון בגדרם של אותם צווים" (אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי – סדרי הדין והראיות בבג"צ 149-148 (טובה אולשטיין עורכת, 2010); כן ראו והשוו תקנה 7(6) לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000).

6. בענייננו הוצא כזכור צו על תנאי אך הוא עסק אך ורק בשאלה האם יש להותיר את המבנה נשוא המחלוקת כמוזיאון או שמא יש לבטל את הכרזת המבנה כמוזיאון ולהשיבו לייעודו ההיסטורי כמסגד כך שהמשיבים יאפשרו למוסלמים להתפלל בו וידאגו לתחזוקו כמסגד (או לחלופין יאפשרו לעותרים או מי מטעמם לנהל את המסגד ולהפעילו בהתאם לאמונתם וכמצוות הדת המוסלמית). אלו הם גדרי הדיון ועל כן,

בתצהיר התשובה נדרשו המשיבים להתייחס רק לעניין זה. חבריי מסכימים למעשה, כל אחד מטעמיו, כי אין מקום לכך שנורה על ביטול הכרזת המבנה כמוזיאון ועל החזרתו לשמש כמסגד. יחד עם זאת חבריי שניהם מציעים להפוך את הצו על תנאי למוחלט לגבי אופיו של המוזיאון. ואולם, שאלת אופיו של המוזיאון כלל לא נכללה בצו על תנאי שניתן וממילא אין מה "להפוך" למוחלט. אשר על כן מתן צו מוחלט עליו מורים חבריי בלא שניתן בעניין צו על תנאי ומבלי שהתאפשר למשיבים להגיש בעניין זה תצהיר תשובה חורג לדעתי מסדרי הדין ויש בו כדי לקפח את זכויותיהם הדיוניות של המשיבים (ראו והשוו רע"א 1140/04 בר דוד נ' בר דוד (לא פורסם, 30.8.2004); ולדין בהקשרים קרובים בבית המשפט לענינים מינהליים ראו והשוו עע"ם 9682/06 עיריית ראשון לציון נ' בנק הפועלים (טרם פורסם, 13.7.2008) והאסמכתאות שם (להלן: עניין עיריית ראשון לציון)).

7. הדרישה להוציא צו על תנאי ולאפשר למשיבים להגיש תצהיר תשובה הולם היא גם חלק מזכות הטיעון ומזכותם של המשיבים ליומם בבית המשפט. התוצאה אליה הגיעו חבריי יש בה כדי לפגוע לדעתי בזכויות אלו. לעניין זה אעבור עתה.

הסעד המבוקש וזכות הטיעון

8. חברתי השופטת פרוקצ'יה קובעת כזכור כי שאלת אופיו המוזיאלי של המוזיאון היא המועט הנכלל בגדרו של המרובה כאשר הצו על תנאי עוסק כזכור בשאלה אם יש לבטל כליל את הכרזת המבנה כמוזיאון. ואולם, אף שניתן במקרים אחרים לקבל עמדה זו של צו על תנאי הכלול למעשה בצו על תנאי שהוצא, בבחינת מרובה המחזיק את המועט, לא ניתן לדעתי לקבלה במקרה שלפנינו. במהלך כל שנות ההתדיינות לא ביקשו העותרים לתקן את העתירה, כך שיוסף לה סעד חלופי לפיו אם תידחה העתירה לביטול ההכרזה על המוזיאון והפיכתו למסגד מתבקש, ולו באופן חלופי, שהמוזיאון יהיה מוזיאון לתרבות האסלאם. כפי שציינו חבריי במהלך בירור העתירה הוקמה ועדה בינמשרדית. המלצות הוועדה היו כי אין להחזיר את ייעוד המבנה לשמש כמקום תפילה ועוד הוסף כי:

"חברי הוועדה סבורים כי אין זה מן הראוי שהועדה תקבע מה יהא ייעודו של המבנה מעבר להמלצתה, כי אין לשנות את ייעודו ואין להחזירו כמקום תפילה פעיל. הואיל והמבנה מצוי בתחומי העיר באר שבע ובחזקתה של העירייה מן הראוי להותיר לשיקול דעתה של העירייה את ההחלטה בדבר ייעודו הפרטני. משקבעה העירייה כי כל המתחם ישמש כמתחם מוזיאונים

והמבנה ישמש חלק מתוכנית זו, יש להשאיר את יישום קביעתה לשיקול דעתה”.

בהמשך הדיונים שנערכו בתיק עלו אפשרויות נוספות לגבי השימוש שתעשה העירייה במבנה כמוזיאון ובכלל. והנה, על אף כל זאת העותרים לא ביקשו כאמור לתקן את עתירתם כך שתכלול גם את עניין אופיו המוזיאלי של המבנה בהנחה שתדחה עתירתם לבטל את הכרזתו כמוזיאון. יתר על כן, העותרים דחו מפורשות את כל האפשרויות המוזיאליות שהוצעו אם אין בהם כדי לשמור “על קדושת המקום כמסגד שהפונקציה העיקרית שלו היא ‘תפילה’”. לאחר מספר ניסיונות פשרה העותרים אף הבהירו כי הם “חוזרים על דרישתם המקורית, כי יש לפתוח את המסגד לתפילה בפני ציבור המוסלמים של תושבי באר שבע והסביבה, ולתת לעותרים ו/או למי מטעמם לנהל את המסגד ולהפעילו בהתאם לאמנותם וכמצוות הדת המוסלמית” (תגובת העותרים מיום 21.1.2007). העותרים הבהירו אפוא כי כל פתרון שאינו כולל השבה של המבנה לייעוד של מסגד אינו מקובל עליהם. נוכח עמדה מפורשת זו של העותרים לא ניתן לדעת לומר כי שאלת האופי המוזיאלי של המבנה היא המועט הנכלל בגדרו של המרובה. העותרים דחו מפורשות גישה זו ואין לדעתי מקום להעניק סעד שלא רק שלא התבקש אלא גם נדחה מפורשות על ידי העותרים.

9. לאחר קבלת עמדת העותרים מיום 21.1.2007 קבעה חברתי השופטת פרוקצ'יה ביום 31.1.2007 כי “המשיבים מתבקשים להודיע בתוך 7 ימים האם יסכימו להתייחס למהלך הדיונים בתיק זה כאילו הוצא בו צו על תנאי”. המדינה הודיעה כי היא אינה מסכימה לדון בעתירה כאילו ניתן בה צו על תנאי. העירייה בתגובה מטעמה מסרה כי “העותרים מתנגדים לכל פתרון זולת הפיכת המבנה למסגד פעיל ... [ו]בנסיבות הללו אין העירייה מסכימה לכך כי הדיונים עד כה יחשבו כאילו הוצא צו [על] תנאי” (תגובת העירייה מיום 6.2.2007). לאחר קבלת עמדות אלו של המשיבים הוצא הצו על תנאי בנוסח שכבר הובא לעיל. נוכח עמדת העותרים שקדמה להוצאת הצו על תנאי ברי כי המשיבים לא צריכים היו להעלות בדעתם שהם נדרשים להגיש תצהיר תשובה גם בשאלת האופי המוזיאלי. יפים בעניין זה דברי חברתי השופטת פרוקצ'יה בפרשה אחרת:

“כלל יסוד בהליך שיפוטי תקין קובע כי יש ליתן לבעל דין את ‘יומו בבית המשפט’. מושג זה נושא עמו תוכן מהותי ולא טכני בלבד ועניינו בקביעה כי תינתן לצד למשפט הזדמנות מלאה להעלות את טענותיו ביחס לשאלות העומדות למחלוקת בהליך נתון.

[...]

יישומן של זכות הגישה לבית המשפט והזכות להעלות טענות מחייב כי בעל דין ידע אל נכון מה טיבו של ההליך אליו הוא הוזמן ואשר במסגרתו עליו להביא את טענותיו וראיותיו. וכך, עומדת לו הזכות כי אם הוזמן לטעון את טענותיו לצורך מסוים לא תיזקפנה טענות אלה לצורך אחר ותימנע ממנו עקב כך האפשרות להציג את מכלול טיעונו לצורך ההליך האחר. טעות או תקלה בענין כזה עלולים לפגוע בזכות בעל דין ל'יומו בבית המשפט' (רע"א 8864/99 אנקווה נ' מעוז חברה לביטוח בע"מ, פסקה 4 (29.10.2000)).

ואכן תצהירי התשובה שהוגשו התמקדו בנושאים שלגביהם ניתן צו על תנאי (ביטול הכרזת המבנה כמוזיאון ושימוש בו כמסגד) ולא בנושא האופי המוזיאלי. אשר על כן, אין לזקוף לדעתי תצהירי תשובה אלו לצורך עניין שכלל לא נכלל בצו על תנאי ולמנוע מהמשיבים להציג את מכלול טענותיהם בשאלת האופי המוזיאלי. כפי שציינתי, לו ניתן היה להגיע להסכמה על ייעוד המוזיאון לתרבות האסלאם ועמי המזרח הייתי רואה זאת בברכה, אך לא ניתן לדעתי לעשות כן על דרך של צו החלטי הפוגע בזכות הטיעון של המשיבים ובזכותם ל"יומם בבית המשפט". על כן גם מן הטעם הזה לא אוכל להצטרף לתוצאה אליה הגיעו חבריי.

סבירות ומידתיות

10. חברי השופט ג'ובראן בוחן כאמור גם את השאלה האם החלטת הרשות בדבר האופי המוזיאלי שנבחר היא סבירה. לדעתו, על הרשות לשקול גם את ההיסטוריה של המבנה, את עיצובו ואת משמעותו התרבותית והדתית בעבור הציבור המוסלמי. העירייה, כך קובע חברי, התעלמה משיקולים אלה ולמצער לא העניקה להם את המשקל הראוי. גם חברתי השופטת פרוקצ'יה קובעת כי ספק אם העירייה שקלה את כל השיקולים הרלבנטיים (ראו פסקה 5 לדבריה). ואולם, השאלה מה היו השיקולים ששקלה העירייה לגבי האופי המוזיאלי והאם ניתן לכל שיקול המשקל הראוי היא בדיוק עניין לתצהיר תשובה שיעסוק בכך. דא עקא, שתצהיר תשובה כזה לא נתבקש. כפי שקבעתי בעניין עיריית ראשון לציון:

"בענייננו בית המשפט קבע בפסק דינו כי בכתב התגובה העירייה לא הצביעה על כך ששקלה את משמעות החיוב הרטרואקטיבי, את הנזק שיגרם לנישום ועוד. אך אין די בכך כדי לקבל את העתירה שהרי העירייה טרם מיצתה את זכות הטיעון שלה. כל שהוגש על ידי העירייה היה כתב תגובה לקראת הדיון המוקדם. במסגרת כתב תשובה,

ככל שידרש, זכאית העירייה לנסות להצביע על תשובות הולמות לתמיהות שהעלה בית המשפט. [...].
 המסקנה המתבקשת בסופו של יום היא כי לעירייה לא ניתנה אפשרות מלאה לטעון טענותיה לגופו של עניין לא בסיכומים ולא בכתב תשובה, שלא נתבקש" (שם, פסקאות 18-19).

משלא הוצא צו על תנאי בשאלת סבירות האופי המוזיאלי שנבחר ולעירייה לא ניתנה הזדמנות כנדרש להציג את השיקולים ששקלה בהקשר זה ולהצביע על תשובות לשאלות השונות, אין מקום לדעתי לקבוע מסמרות בשאלה מה שקלה העירייה והאם ניתן משקל הולם לכל השיקולים הרלבנטיים. ממילא לא ניתן לדעתי לקבוע לעת הזו כי החלטת העירייה בשאלת האופי המוזיאלי שנבחר איננה סבירה.

11. חברתי השופטת פרוקצ'יה בוחנת גם את מידתיות ההחלטה בדבר האופי המוזיאלי והאם עומדת ההחלטה בתנאי פסקת ההגבלה שנקבעו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חברתי קובעת כי ענייננו בהחלטה הפוגעת בזכות אדם חוקתית כאשר הזכות החוקתית אליה מכוונת חברתי היא זכותם של בני העדה המוסלמית לממש את זיקתם הדתית למבנה שנועד ביסודו לשמש מקום תפילה עבורם, ושימש את קהילתם לצורך זה במשך שנים רבות (פסקה 10 לחוות דעתה). מבחינת דרישות פסקת ההגבלה קובעת חברתי כי ההחלטה בדבר האופי המוזיאלי נעשתה מכוח סמכויות שבחוק; היא הולמת את ערכיה של המדינה; והיא נועדה לתכלית ראויה. ואולם, לשיטתה של חברתי, לא מתקיים התנאי הרביעי של פסקת ההגבלה הוא תנאי המידתיות. תנאי המידתיות מורכב, כפי שמציינת חברתי, משלושה מבחני משנה מצטברים ובעוד ההחלטה צולחת לשיטתה את מבחן המשנה הראשון – הוא מבחן הקשר הרציונאלי – אין היא מקיימת את מבחן המשנה השני – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. לדעת חברתי השופטת פרוקצ'יה הפתרון שהציע חברי השופט ג'ובראן בדבר הקדשת המוזיאון לתרבות האסלאם ועמי המזרח הוא למעשה האמצעי שפגיעתו פחותה והוא גם יעמוד במבחן המשנה השלישי של המידתיות – מבחן המידתיות במובן הצר. על כן מאמצת חברתי פתרון זה. לניתוח זה של חברתי לא אוכל להסכים גם לגופו של עניין. אבאר.

12. כזכור, הצו על תנאי שהוצא נוכח עמדת העותרים מיום 21.1.2007 תחם את הדיון בשאלה אחרת ולכן ממילא, כפי שהובהר, אין מקום להכריע בשאלה האם החלטת העירייה בדבר אופיו המוזיאלי של המבנה היא סבירה ומידתית. יחד עם זאת, בטרם הוצא הצו על תנאי בנוסח שכבר צוטט נערכו מספר דיונים והועלו הצעות פשרה

שונות. הצעות פשרה אלה נדחו בסופו של דבר על ידי העותרים, אשר הודיעו כי הם חוזרים לדרישתם המקורית בדבר ייעוד המבנה למסגד (ועל כן רק בעניין זה עסק הצו על תנאי). ואולם, עיון בהצעות הפשרה שקדמו לצו על תנאי אשר תחם את הדיון לשאלה אחרת מוביל אותי למסקנה שהיא לשיטתי בבחינת למעלה מן הצורך, כי גם לגופו של עניין לא אוכל להצטרף לעמדתה של חברתי בשאלת המידתיות.

13. לצורך הדיון אניח, מבלי להכריע בדבר, כי הזכות אליה מכוונת חברתי היא אכן זכות חוקתית. חברתי מתרכזת כאמור במבחן המשנה השני של המידתיות. כפי שפורט מבחן המשנה השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. "על פי מבחן זה על הרשות לבחור את אותה אפשרות שיש בכוחה להשיג את המטרה תוך פגיעה מינימאלית בזכות הנפגעת. החובה על פי מבחן זה היא לבחור, מבין האפשרויות שמקיימות את המטרה, את האפשרות הפוגענית במידה הפחותה ביותר" (בג"ץ 2651/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, פסקה 15 לחוות דעתי (טרם פורסם, 15.6.2011) (ההדגשה הוספה) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל)). מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה אינו דורש בחירה באמצעי שבאופן מוחלט פוגע פחות בזכות. הדרישה היא כי ייבחר אותו אמצעי הפוגע פחות בזכות מבין האמצעים שמגשימים את התכלית. וכפי שקבע הנשיא ברק:

"אם האמצעי שפוגע פחות מגשים פחות מהתכלית הראויה, אין הוא אמצעי שהמחוקק חייב לנקוט בו. הדרישה באשר לאמצעי שפגיעתו פחותה היא מתוך האמצעים המשיגים את תכליתו של החוק" (בג"ץ 7052/03 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 343 (2006) (להלן: עניין עדאלה)).

14. בענייננו, במסגרת הצעות הפשרה, העלה בית המשפט את האפשרות "להועיד את מיבנה המסגד למוזיאון שיוקדש באופן ייחודי לנושאים הקשורים בתרבות האיסלם" (ראו החלטת השופטים פרוקצ'יה, ג'ובראן ו-חיות מיום 9.1.2006; ההדגשה הוספה). ואולם, העירייה התנגדה להצעה זו. העירייה הבהירה כי מטרת החלטתה היא ליצור "מוזיאון [ש] ישרת את כלל האוכלוסייה על כל גווניה ולא את צרכי דת כל שהיא" (הודעת העירייה מיום 12.3.2006). העירייה גם עמדה שם על הרצון להדגיש את "הנושא הכלל תרבותי". העירייה צירפה להודעתה גם את חוות דעתה של מנהלת המוזיאון. מנהלת המוזיאון ציינה בחוות דעתה כי תכליתו של המוזיאון לשרת "את כל הבאים בשעריו: תושבי העיר, אורחים ותיירים, ללא הבדלי דת, מין או תרבות". מנהלת

המוזיאון גם עמדה על כך שתכליתו של המוזיאון אינה "לפאר דת או תרבות כזו או אחרת על פני רעותה" (עוד על חשיבות המאפיינים הרב תרבותיים של מוזיאון בבאר שבע ראו דבריו של ההיסטוריון והמוזיאולוג יורגן הארטן ב- מש/4 שצורף לתגובת העירייה מיום 27.12.2002). המדינה גם היא ציינה בהודעה מטעמה שהוגשה עוד לגבי הצעת פשרה קודמת כי התכלית של המוזיאון נשוא ענייננו היא רב תרבותית וכי "מוזיאון הנגב המיועד לשכון בבניין עתיד לשרת את כל הבאים בשעריו: תושבי העיר, אורחים ותיירים". המדינה הוסיפה כי בטרם ייעוד המבנה לאוכלוסיה ספציפית יש לשקול גם את עניינם "של בני הקהילות האחרות המבקרים במקום" (הודעת המדינה מיום 18.4.2005). הנה כי כן, הקדשת המוזיאון לתרבות האסלאם ועמי המזרח בלבד אינה יכולה להיחשב לאותו "אמצעי שפגיעתו פחותה" שהרי היא אינה מגשימה את התכלית הרב תרבותית שעמדה בבסיס החלטה העירייה ושביקשה מפורשות שלא לפאר דת או תרבות כזו או אחרת על פני רעותה. האמצעי שפגיעתו פחותה, כפי שהובהר, הוא רק אמצעי שמשיג את המטרה והתכלית אליהן מכוונת ההחלטה ואין לדרוש מהרשות לבחור אמצעי שמשיג פחות מהמטרה. ודוק: המטרה והתכלית אינן עניין תיאורטי. מדובר במטרה ותכלית הלכה למעשה. תפקידו של בית המשפט הוא לבדוק האם מדובר בתכלית ראויה ועל פי ערכי המדינה והאם האמצעים שנבחרו להגשמת התכלית הם מידתיים. ואולם, בחירת המטרה היא עניין לרשות לענות בו (ראו: עניין עדאלה, בעמ' 335-336; אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 411 (2010) (להלן: ברק מידתיות)). חברתי כבר עמדה על כך ובעניין זה אני מסכימה עמה שהחלטת העירייה היא ראויה ויש בה כדי "לתרום לפעילותה התרבותית של העיר ולרווחת תושביה". העירייה ביקשה כאמור לקדם מוזיאון רב תרבותי. על כן, הקדשת המוזיאון לתרבות האסלאם כפי שמציעים חבריי אינה יכולה להיחשב אותו אמצעי שפגיעתו פחותה המצדיק את ביטול החלטת הרשות.

15. זאת ועוד: מחוות דעתה של מנהלת המוזיאון מסתבר כי לפחות חלק מהמוצגים והפריטים שברצון העירייה להציג במוזיאון כבר קיימים בידיה. יש לזכור כי במבנה פעל מוזיאון במשך עשרות שנים וכוונת העירייה היא להשתמש גם במוצגים שכבר הוצגו. חברתי השופטת פרוקצ'יה במסגרת מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה" מציעה לכפות על העירייה בצו החלטי מוזיאון אחר מזה בו מעוניינת העירייה. ואולם, איננו יודעים מה הן העלויות הכרוכות בשינוי אופיו של המוזיאון כמוצע על ידי חבריי. העותרים לא הציגו כל נתון בסוגיית העלויות ומאחר שכאמור לא הוצא בעניין זה צו על תנאי, גם המשיבים לא הציגו נתונים על עלויות. פרופ' ברק מציין כי בנסיבות שבהן "האמצעי שפגיעתו פחותה" דורש תוספת כספית שאינה שולית לא ניתן לחייב את הרשות לבחור בו ובמילים אחרות אין מדובר "באמצעי שפגיעתו פחותה" לצורך מבחן

המשנה השני (ברק מידתיות, בעמ' 404). הוא מוסיף כי מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה "פועל על בסיס ההנחה שהשינוי היחיד האמור להתרחש הוא בשינוי האמצעים באופן שהפגיעה של החוק בזכות האדם תהא קטנה יותר; זאת ותו לא. שאר התנאים הסובבים את החוק ושאר התוצאות לא ישתנו [...]. האמצעים הכספיים שיוקדשו במסגרת הפגיעה הפחותה בזכות האדם אינם עולים על אמצעים שאמורים להיות מוקדשים על פי האמצעי שהחוק המקורי קבעם" (שם, בעמ' 403). מסקנתו היא כי לא ניתן לומר שקיים אמצעי ה"פוגע פחות אם הדבר דורש הוצאה כספית מאוצר המדינה" (שם, בעמ' 401). בענייננו, בהנחה שהעלויות בשינוי אופיו של המוזיאון למוזיאון שיוקדש לתרבות האסלאם ועמי המזרח אינן שוליות – והעותרים הרי לא טענו אחרת – ממילא לא ניתן לומר כי מדובר באמצעי שפגיעתו פחותה.

16. ודוק: בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו שלו. הרשות היא בעלת הסמכות והמומחיות בתחום סמכותה. בית המשפט אינו "אוצר מוזיאון על". העותרים לא הראו ולו מקרה אחד בו התערב בית משפט זה באמצעות צו מוחלט בתוכנו של מוזיאון. בענייננו בחירת תוכנו של המוזיאון תוך איזון עם זכויותיהם הנטענות של העותרים מקימה מתחם של אפשרויות. כאשר עסקינן בזכויות יסוד מוכר בהקשר זה מרחב התמרון של הרשות המכונה גם מתחם המידתיות. אכן "מבחני המידתיות אינם מכתבים, בהכרח, תוצאה אחת ויחידה, אלא מותרים 'מתחם מידתיות' - מתחם של אפשרויות, אשר הבחירה ביניהן נתונה לשיקול דעתו של הגורם המוסמך" (בג"ץ 11344/03 טלים נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פסקה 33 (טרם פורסם, 9.9.2009); כן ראו בג"ץ 4330/93 גאנס נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, 236-237 (1996)). "בית המשפט יתערב רק כאשר האמצעי שנבחר חורג באופן משמעותי מגדריו של המיתחם, והוא בלתי מידתי באופן ברור" (בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 280 (2002) (להלן: עניין מנחם) (ההדגשות הוספו)). וכפי שקבע הנשיא ברק:

"בהפעלת עקרון המידתיות - ובעיקר בבחינת האמצעי שפגיעתו פחותה - יש להכיר במרחב התמרון של הרשות השלטונית. לעתים קרובות מצויות מספר דרכים שבהן ניתן לצאת ידי חובת המידתיות. לא פעם המקרה הוא גבולי. במצבים אלה ואחרים יש להכיר בקיום מיתחם התחשבות של הרשות השלטונית. מיתחם זה דומה למיתחם הסבירות של הרשות המבצעת [...]. הכרה זו במרחב של שיקול-דעת שלטוני מבוססת על יתרונה המוסדי של הרשות השלטונית בבחינת החלופות האפשריות, ועל אחריותה הלאומית - אחריות המוטלת עליה במסגרת עקרון הפרדת הרשויות - לביצוע התכלית

הראויה" (בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 13-14 (1996)).

17. הפתרון אליו הגיעו חבריי – מתן צו מוחלט המורה על הקדשת המוזיאון לתרבות האסלאם ועמי המזרח – נועד כדי למנוע ניתוק בין ייעודו של המבנה כמוזיאון ובין ייחודו ההיסטורי, התרבותי והדתי כמסגד (פסקה 18 לחוות דעתו של חברי השופט ג'ובראן). הוא נועד כדי לשמור על זיקה בין ייעוד המבנה כמוזיאון לבין ייעודו ההיסטורי כמסגד בעל משמעות דתית ועדתית (ראו פסקה 21 לחוות דעתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה). ואולם, פתרון זה אינו הפתרון היחיד המאפשר לשמור על זיקה ולמנוע ניתוק בין הייעוד הנוכחי לייעוד ההיסטורי. לרשות יש כאמור מרחב תמרון. העירייה עמדה כל העת על כוונתה לשמר את "אופיו הארכיטקטוני וההיסטורי של הבניין כבניין ששימש בעבר כמסגד" (עמדה מטעם העירייה מיום 5.1.2005). העירייה הוסיפה כי בכוונתה לדאוג לכך שימצאו במוזיאון גם "מוצגים אשר יתנו ביטוי להיסטוריה והארכיאולוגיה הקשורה לתרבות האיסלם באזור" (הודעה מטעם העירייה מיום 22.2.2005). במסגרת הצעות הפשרה השונות העירייה הסכימה גם לכך שהמוזיאון יוקדש ל"תרבות בני אברהם" "המסמל את אברהם אבינו המקודש ע"י היהודים והמוסלמים" (הודעה מטעם העירייה מיום 12.3.2006). העירייה עמדה שם על כך שבמוזיאון לתרבות בני אברהם יוצגו, כמובן, גם מוצגים ומידע המשקפים באופן הולם את התרבות האסלאמית והמוזיאון ישקף למעשה את ההיסטוריה של כלל תרבויות העמים הקשורים בבאר שבע מבלי לפאר תרבות אחת על חשבון האחרת. איני סבורה כי חלופה זו שהוצעה על ידי העירייה נופלת באופן משמעותי מהפתרון שמציעים חבריי. במילים אחרות, מדובר לטעמי בחלופה הנמצאת במתחם המידתיות של הרשות. אכן "המידתיות אינה אמת מידה מדוייקת. לעתים קיימות מספר דרכים לקיום תנאיה. נוצר מתחם של מידתיות [...] ההכרעה בתוך גבולות המתחם היא של הרשות המבצעת" (בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקה 58 (טרם פורסם, 14.12.2006)). וכפי שכבר נקבע:

"העדפת חלופה אחת על פני רעותה נתונה לקובעי המדיניות, כל עוד החלופה שנבחרה עומדת במתחם המידתיות ביחס לפגיעה הכרוכה בה בזכות-יסוד של הפרט [...]. בית המשפט לא ישים עצמו בנעלי הרשות לברור את החלופה הראויה מבין החלופות האפשריות. הוא עשוי להתערב רק כאשר האמצעי שנבחר חורג באופן משמעותי מגדרי מתחם המידתיות" (בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 113 (טרם פורסם, 2.9.2010)).

בענייננו העירייה העדיפה, כפי סמכותה, חלופה אחת על פני האחרת ומאחר שהחלופה שנבחרה נופלת בתוך מתחם המידתיות ולמצער היא אינה חורגת באופן משמעותי מגדריו של המתחם אין מקום למתן צו מוחלט המחייב את הרשות לקיים דווקא את החלופה האחרת. חבריי מציינים כי צו מוחלט כפי הצעתם יביא "לקירוב הלבבות בין כל תושבי ובאי באר שבע מכל העדות והדתות" (פסקה 19 לחוות דעתו של חברי השופט ג'ובראן) וכי "פתרון זה יתרום לקידום ההרמוניה בין מגזרי האוכלוסיה השונים בעיר ובנגב" (פסקה 23 לחוות דעתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה). האם מוזיאון "לתרבות בני אברהם" כסמל לחיבור ושותפות שמקורה באברהם אבינו, מוזיאון שבו תוצג ההיסטוריה של כלל התרבויות והעמים הקשורים בבאר שבע לרבות כמובן תרבות האסלאם יביא לפחות קירוב לבבות או לפחות הרמוניה? ועוד: במקום שיש חתירת אמת להרמוניה וקירוב לבבות ניתן בדרך כלל למצוא פתרון של פשרה שיהיה, פחות או יותר, לרצון כל הנוגעים בדבר, אף אם לא כל אחד מן הצדדים יזכה בכל מבוקשו. ואולם, לצערי, העותרים הודיעו לבסוף כי כל פתרון שאינו מייעד את המבנה כמסגד לתפילות אינו מקובל עליהם.

18. חברתי קובעת כי פתרון של הקדשת המוזיאון לתרבות האסלאם ועמי המזרח יעמוד גם במבחן המשנה השלישי של המידתיות – מבחן המידתיות כמובן הצר – מאחר שהוא מקיים יחס ראוי בין התועלת הצפויה מהשגת המטרה הציבורית לעומת מידת הפגיעה בזכות היסוד של העותרים. ואולם, כפי שפורט לעיל אין הבדל של ממש בין הפתרון שמציעים חבריי לחלופה שהעדיפה העירייה. גם היועץ המשפטי לממשלה עמד על כך שהפער בין האפשרויות השונות הוא "קטן וסמנטי בעיקרו" (ראו מכתב היועץ המשפטי לממשלה מיום 30.3.2006 שצורף להודעה מטעם העירייה מיום 29.6.2006). על כן, גם החלופה שבחרה העירייה מקיימת לטעמי יחס ראוי בין התועלת למידת הפגיעה בעותרים ולמצער לא ניתן לומר כי מדובר ביחס בלתי סביר המצדיק התערבות (ראו והשוו עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל, פסקה 23 לחוות דעתי, והאסמכתאות שם).

19. הנה כי כן, גם מבחני הסבירות והמידתיות מובילים אותי למסקנה כי דין העתירה להדחות וכי אין מקום למתן צו מוחלט כפי שמציעים חבריי.

פיקוח על ביצוע הצו

20. במסגרת הצו המוחלט עליו הורו חבריי נקבע כי ייעוד המוזיאון יבטיח ביטוי להיבטים שונים של תרבות האסלאם על פי שיקול דעתם המקצועי של מנהלי המוזיאון

ובהתייעצות עם נציגי העותרים. חבריי עומדים על הסכמת המדינה לפתרון זה. ואולם, הסכמת המדינה התקבלה בטרם הוצא צו על תנאי ובטרם התקבלה עמדת העותרים שדחתה כזכור כל פתרון שאינו כולל השבת המבנה לייעודו כמסגד לתפילות. היועץ המשפטי לממשלה גם עמד על כך שהסכמתו היא רק לכך ש"חלק מהתצוגות במבנה, לפי שיקול דעת מקצועי של הנהלת המוזיאון, יוקדשו להיבטים שונים של תרבות האיסלם" (ראו מכתב היועץ המשפטי מיום 30.3.2006 שכבר הוזכר לעיל; ההדגשה הוספה). יתר על כן, המדינה לא הסכימה לפתרון הכולל חובת התייעצות עם העותרים. המדינה אף ציינה מפורשות כי יש להתיר "את ניהולו של המוזיאון באופן בלעדי בידי העירייה" (הודעה מטעם היועץ המשפטי לממשלה מיום 24.4.2006). מכל מקום, השאלה מהי מידת ההתייעצות אליה מכוונים חבריי והאם הובטח הביטוי הנדרש לתרבות האסלאם על פי הצו המוחלט עשויה להביא להתדיינות ולמחלוקת בעתיד, וכך ימצא עצמו בית המשפט מעורב, הלכה למעשה, בניהול המוזיאון. כידוע "בית המשפט אינו נוטה להוציא צו, בתחום המשפט הציבורי כמו בתחום המשפט הפרטי, כאשר קיים קושי מיוחד בפיקוח על ביצוע הצו" (בג"ץ 1901/94 ח"כ לנדאו נ' עיריית ירושלים, פ"ד מח(4) 403, 414 (1994)). על כן, ראוי לדעתי להימנע מהוצאת צו החלטי המצדיק פיקוח בלתי סביר של בית המשפט על ביצועו ולכן גם מן הטעם הזה לא אוכל להצטרף לתוצאה אליה הגיעו חבריי.

בטרם סיום

21. הן העירייה והן המדינה עמדו בתצהירי התשובה שהוגשו מטעמן על טעמים רבים נוספים המצדיקים לטענתן את דחיית העתירה. בין היתר נטען כי המטרה הדומיננטית של העתירה אינה זכות הפולחן של העותרים אלא כי מדובר בעתירה פוליטית לאומנית המנסה להביא לתקדים שיאפשר השתלטות על קרקעות ונכסים. בנסיבות אלה נטען כי השיקולים הרלבנטיים שעל הרשות לשקול הם שיקולים מדיניים וכי בית המשפט לא ימהר להתערב בכגון דא. כן נטען כי מוזיאון המציג את מורשת העותרים כבר קיים והוא נמצא בסמוך לבאר שבע. המשיבים עמדו גם על כך שבבאר שבע אין כמעט מוסלמים הזקוקים למקום תפילה אך ככל שמדובר בצורך אמיתי לפולחן דתי בתחומי העיר באר שבע מוזמנים העותרים לבקש הקצאת קרקע על פי הנהלים הרלבנטיים. נוכח המסקנה אליה הגעתי אינני מביעה עמדה בכל הטענות הנוספות של המשיבים הגם שמובן הוא כי שמורה לעותרים או למי מהם הזכות לפנות למשיבים בבקשה להקצאת קרקע כפי שכאמור ציינו המשיבים.

22. בשולי הדברים גם אעיר כי היה מקום שהעותרים יצרפו כמשיבה לעתירה את מועצת המוזיאונים שהוקמה על פי חוק המוזיאונים. כשם שמועצה זו רשאית להביע עמדתה לפני הכרזה על מוזיאון, כך רשאית היא להציג עמדתה לפני ביטול ההכרזה. ניתן לדחות את העתירה כבר מן הטעם הזה (ראו בג"ץ 84/82 הסתדרות פועלי אגודת ישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד לז(1) 813, 815-816 (1983)).

סוף דבר

23. כאמור, לו הייתה נשמעת דעתי היינו דוחים את העתירה.

ש ו פ ט ת

לפיכך הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן.

ניתן היום, כ' בסיון התשע"א (22.6.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת (בדימ')