

קבוע ליום 10.1.2005 שעה: 09:00

- העותרים:**
1. האגודה לסייע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל,
  2. הועד המוסלמי בנגב, באמצעות יו"ר הועד,

כולם ע"י עוה"ד מוראד אל-סאנע ו/או  
מעדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל;  
ת.ד. 10273, באר - שבע 84895 טל': 08-6650740,  
פקס': 08-6650853, טל': 08-6650740

- נ ג ד -

- המשיבים:**
1. **עיריית באר - שבע**  
ע"י עו"ד א. פלג ו/או ג. גודמן ואח'  
אשר כתובתם לצורך מסירת כתבי בית דין היא:  
הלשכה המשפטית של עיריית באר - שבע  
כיכר מנחם בגין ת.ד. 15 באר - שבע 84100  
טל': 08 - 6463619 - פקס': 08 - 6276636  
וכן ע"י עו"ד אסא אליאב  
מרחוב קלאוזנר 20, ירושלים 93388  
טלפקס': 02-6731630
  2. **רשות הפיתוח באמצעות מנהל מקרקעי ישראל**  
רח' שמאי 6, ירושלים
  3. **שר הדתות, מר אשר אוחנה**  
רח' כנפי נשרים 7, ירושלים
  4. **שר המדע, התרבות והספורט, מר מתן וילנאי**  
קריית הממשלה, ירושלים

כולם ע"י פרקליטות המדינה מרח' סלאח א-דין 29 ירושלים

מסמך עמדה משלים מטעם המשיבה מס' 1 - עיריית באר-שבע

(להלן: העירייה או עיריית באר - שבע)

בהתאם להחלטתו של כב' המשנה לנשיא, השופט מצא מיום 20.6.2004 מגישה בזאת עיריית באר - שבע  
מסמך עמדה משלים כמפורט להלן:

1. מסמך עמדה זה הינו בנוסף לאמור בתגובתה המפורטת של העירייה לעתירה.
2. ביום 17.10.2004 הגישה פרקליטות המדינה לבית המשפט נכבד זה את הודעתה (מס' 6) שלה צורף הדו"ח המסכם של הוועדה הבינמשרדית מאוקטובר 2004, (להלן: "דוח הוועדה" או "הדוח").
3. העירייה מצטרפת להודעת פרקליטות המדינה (מס' 6) מיום 17.10.2004 וסבורה כי מסקנות הוועדה תומכות ומחזקות את עמדת העירייה כעולה מתגובתה ביחס לעתירה הנדונה, ואף הוועדה קבעה במפורש בסיום הדוח כי:

**"למיטב הבנת חברי הוועדה, החלטות העירייה התקבלו כדין תוך שקילת השיקולים הרלוונטיים".**

4. העירייה תציין, כאמור בסעיף 7 ו- 8 להודעת המדינה (מס' 6) כי הוועדה בהרכבה הרחב בחנה לעומק את הסוגיה שעמדה להכרעתה, היינו הייעוד הראוי למבנה המסגד לשעבר בבאר-שבע, תוך התייחסות להיבטים השונים הנוגעים לעניין ואיזונים.

יתרה מכך, **הוועדה שמעה את הנוגעים בדבר**: העותרים ומי מטעמם וכן את התומכים בעמדתם וכן את עמדתה של עיריית באר-שבע לרבות מומחה בנושא פרופ' רפאל ישראלי מהאוניברסיטה העברית. כן שמעה הוועדה לבקשתה את פרופ' שרון מהאוניברסיטה העברית, לשעבר יועץ ראש הממשלה לענייני ערבים. גם עמדתה של משטרת ישראל נשמעה בפני הוועדה.

העירייה תטען, בנוסף לאמור בהנמקות הוועדה להם היא מסכימה, כי עמדתם של פרופ' משה שרון שהוא מומחה אשר הוזמן ע"י הוועדה וכן עמדתה של משטרת ישראל, מאששים את עמדתה של עיריית באר-שבע ואת האמור והנטען בתגובתה המפורטת, בנוסף לחוות הדעת של פרופ' ישראלי אשר הוצגה בתגובתה.

5. **העירייה תומכת כאמור בהמלצות הוועדה** (כעולה מסעיף 6.1, 6.2 ו- 6.3 בעמ' 25 לדוח הוועדה). הוועדה אף המליצה לעירייה ולפיה טוב תעשה העירייה אם בייעוד שיבחר למבנה, תביא העירייה לידי ביטוי את האופי המיוחד של המבנה הנובע הן מהארכיטקטורה שלו והן מההיסטוריה שלו.

לעניין זה, תבהיר העירייה כי תוכניתה הכוללת שחלקה בוצע היא, לייעד את כל שטח הגן העירוני במרכז העיר העתיקה בבאר-שבע (כ- 13 דונם) וסביבתו להקמתה של קריית מוזיאונים. נכון ציינה הוועדה לעניין זה כי בבאר-שבע אין מוזיאון מרכזי ורק לאחרונה ביום 25.1.2004 נפתח האגף לאומנות בבניין המשופץ של בית המושל לשעבר באותו מתחם.

במסגרת זו, ישופץ בניין המסגד לשעבר וישמר אופיו הארכיטקטוני וההיסטורי של הבניין כבניין ששימש בעבר כמסגד, ועל כן, הוא מיועד לשמש כפי ששימש במשך שנים, לאחר שיפוצו, כמוזיאון ארכיאולוגי והיסטורי. שימוש זה הוא ראוי ומכובד ומביא לידי ביטוי את אופיו המיוחד של המבנה כאמור לעיל ועולה בקנה אחד עם הכרזתו כמוזיאון כמפורט בתגובת העירייה, וראו גם את תצהירו של מהנדס העיר הארכיטקט צבי טליוסף מיום 22.12.2002.

6. הועדה פרטה את נימוקיה (סעיפים 1-9 בעמ' 22-25 בדוח) שלהם מסכימה העירייה.

עם זאת, תבהיר העירייה כי הועדה לא נזקקה בנימוקיה להיבטים נוספים שהועלו ע"י העירייה ושלדעת העירייה יש להם משקל ורלוונטיות לנושא כפי שיפורט בקצרה להלן. העירייה מסכימה לכך, כי די היה במשקל הנימוקים אותם ציינה הועדה כדי לבסס את המלצתה.

עם זאת, סבורה העירייה, (כפי שבא הדבר לידי ביטוי גם בתגובתה), כי יש לקחת בחשבון בסוגיה נושא העתירה, גם היבטים נוספים שעניינם שיקולי שלום הציבור ובטחון הציבור והיותה של העתירה פוליטית - לאומנית שהעומדים מאחוריה הם גורמים איסלמיים שמחוץ לעיר באר - שבע.

7. בתגובתה (סעיפים 43-44 עמ' 15-16) פרטה העירייה את טענתה בדבר הפגיעה בשלום הציבור והביטחון.

בפני הועדה, כפי שמצוין בדוח הוועדה, נשמעה עמדתה של משטרת ישראל כגוף ה"אזרחי" הממונה על בטחון הציבור והסדר הציבורי (עמ' 20-21) אשר הבהירה את נושא מיקומו המיוחד של בניין המסגד, ושם יותר להפעילו כמסגד פעיל, יצור הדבר מוקד חיכוך בין האוכלוסייה המוסלמית לאוכלוסייה היהודית ויגרום לשיבוש מהלך החיים התקין בעיר העתיקה.

יתרה מכך, בסמוך לבניין עוברים שני צירי התנועה העיקריים של העיר העתיקה בבאר - שבע (רחוב הרצל והעצמאות) וחסימת רחובות אלה בעת תפילות והפגנות תפגע באורח החיים התקין ובחיי השגרה בעיר.

עוד התריעה המשטרה כי התעקשות לקיום תפילות בבניין המסגד לשעבר עלולה לגרום למאבק אליים בין יהודים למוסלמים ולערעור מרקם היחסים הטוב שבין האוכלוסייה הבדואית ליהודית שנשמר מאז קום המדינה. כן אוזכר האירוע משנת 1997 עת התקיימה תפילה - הפגנתית במקום ע"י מוסלמים אשר גרמה להפרת סדר והתנגשויות אלימות. יוטעם כי אירוע זה הודגש בתגובתה של העירייה. המשטרה אף הצביעה על סכנה, עקב מיקומו של בניין המסגד לשעבר, כי ישמש כר נוח לגורמי פח"ע לאיסוף מידע מודיעיני ואכסניה ליציאת מפגעים פוטנציאליים. צוין עוד כי בשנת 2001 היה ניסיון פיגוע במטה פיקוד דרום, הסמוך לבנין המסגד.

תיאור עמדתה של המשטרה תואם לעמדתה והערכתה של העירייה, אשר רואה בהפעלתו של הבניין כמסגד פעיל, סכנה ודאית ומוחשית לשלום הציבור ולסדר הציבורי.

8. לטיעון אחר של העירייה, **בדבר היות מטרתה האמיתית של העתירה פוליטית - לאומנית**, נמצא חיזוק, לא רק בעמדתו של פרופ' רפאל ישראלי מהאוניברסיטה העברית אשר אף הופיע בפני הוועדה (שחוות דעתו צורפה לתגובת העירייה לעתירה - ראו עמ' 17-18 לדוח הוועדה), אלא גם מעמדתו של פרופ' משה שרון מהאוניברסיטה העברית, שעקב תפקידו בעבר של פרופ' שרון (יועץ ראש הממשלה לענייני ערבים) והיותו איש אקדמיה בהווה, יש ליתן משקל לחוות דעתו, שניתנה לבקשתה של הוועדה כגורם ניטרלי.

פרופ' שרון ציין, בין יתר דבריו, כי הגורמים האיסלמיים גילו שיש ביכולתם להשתמש בדת כדי להשתלט על כמה שיותר קרקעות ונכסים במדינה וכי העתירה לבג"צ היא עניין פוליטי ולא עניין משפטי דתי. בהמשך מפרט פרופ' שרון (כפי שציין גם פרופ' ישראל) כי עפ"י האיסלם כל מקום שדרכה בו כף רגלו של האיסלם הופך לווקף ואדמה קדושה והיא צריכה לחזור לאיסלם בין אם זה מסגד או כל בניין אחר. מסיבה זו כל "המסגדים" בארץ ישראל שייכים לאיסלם וצריכים לחזור אליו, כי המסגד היה ונשאר ווקף, בדיוק כשם שאדמת ישראל כולה היא ווקף וכמו שהר הבית וירושלים הם ווקף.

חרף האמור מציין פרופ' שרון כי במדינת ישראל לא שולט החוק המוסלמי והחוקים שעל פיהם כל אדמה מוסלמית היא ווקף אינם תופסים בה.

עוד ציין פרופ' שרון כי מבנה המשמש כמסגד הינו לצורך השימוש בו ככזה ואין הוא מקבל מהות של קדושה, מעבר לכך.

פרופ' שרון ציין עוד כי מדובר בעניין פוליטי ממדרגה ראשונה היכול לפתוח תיבת פנדורה וכי אין מדובר בעניין נושא הדיון, בצורך בשירותי דת. פרופ' שרון הדגיש כי מסגד יכול לשנות את ייעודו כפי שקורה גם בארצות האיסלם כמו תורכיה, ירדן ואף במצרים.

מציין לעניין זה פרופ' שרון כמופיע בדוח הוועדה כי:

**"בכל מקום שבו מסגד מפסיק לשמש כמסגד, הוא יכול לשמש לכל מטרה אחרת, הוא לא יותר מאשר מבנה ואין לו כל ערך אחר מאשר מבנה".**

**עמדה זו תואמת גם לעמדתו של המלומד ד"ר רייטר בספרו "הווקף בירושלים", בהוצאת מכון ירושלים לחקר ישראל 1991 בעמ' 109-110 ולפיה ובהסתמך על דעת הרוב באסכולה החנפית**

באיסלם, לפיה נוהגים לפסוק בארץ ישראל בעת החדשה, אין למסגד קדושה נצחית וקדושתו נובעת מעצם השימוש בו. לפיכך, מרגע שהוא חדל לשמש כמסגד, מעמדו כמסגד משתנה.

בקשר לעתירה הנדונה (בנושא בניין המסגד לשעבר בבאר - שבע), מבהיר פרופ' שרון כי המטרה איננה דו קיום אלא השתלטות התנועה האיסלמית על קרקעות במדינת ישראל וכי אם מבקשים שירותי דת, יש לתתם במקום בו מצוי הריכוז המוסלמי הגדול ביותר.

עמדתו האמורה של פרופ' שרון מחזקת את טענתה של העירייה כעולה מתגובתה בפרק 6 שעניינה היותה של העתירה פוליטית (סעיפים 65-69 לתגובת העירייה בעמ' 26-27).

יתרה מכך, העירייה תטעים שוב כי לנושא נשוא העתירה היבטים פוליטיים וביטחוניים ולכך השלכה גם לעניין היות הנושא, לדעת העירייה בלתי שפטי, וזאת בהסתמך על הלכותיו של בית המשפט העליון בנושא הר הבית, בהן ציין בית המשפט כי גם אם סכ סוך מסוים הוא בסמכותו של בית המשפט עדיין יכול הוא, עקב השלכותיו המדיניות להיות "בלתי שפטי" וראו:

**בג"צ 7128/96 נאמני הר הבית נ' מדינת ישראל פ"ד נ"א (2) 528, 515, 509.**

**בג"צ 8666/99 נאמני הר הבית נגד היועץ המשפטי פ"ד נ"ד (1) 209, 199.**

9. עוד יש להדגיש כי הוועדה לא נכנסה בהמלצותיה לטענות משפטיות שונות של העירייה, אם כי אלה אוזכרו ע"י הוועדה בפרק הדין בעמדותיה של העירייה (ראו בין היתר סעיף 5.2, ס"ק 14 עמ' 11 לדוח) היינו טענות מקדמיות שונות לעניין שפיטות, סמכות, אי גילוי עובדות מהותיות ושיהוי.

10. העירייה בדעה על כן, בדומה לעמדת המדינה בהתאם להודעתה (מס' 6) כי לאור דוח הוועדה מן הראוי למחוק או לדחות את העתירה, וכל זאת, מבלי לפגוע בטענותיה כי דין העתירה להידחות מחמת נימוקי העירייה ומשקולם המצטבר, כעולה מתגובתה המפורשת.

11. מבלי לפגוע באמור בסעיף 10 לעיל, תטעים העירייה, כי ראוי לדחות את העתירה מחמת דו"ח הוועדה והמלצותיה מהנימוקים הבאים ומשיקולם המצטבר:

(א) **הרכב הוועדה** - שמונתה ע"י ראש הממשלה ביום 4.2.2004, שהינה ועדה בינמשרדית היינו ועדה הכוללת את כל משרדי הממשלה הרלוונטיים לסוגיה הנדונה (ראו סעיף 2.1 לדוח הוועדה).

(ב) **הליכי עבודתה של הוועדה** - שבפניה הופיעו נציגי העותרים והעירייה וכל מי מטעמם. הוועדה קיימה ישיבות רבות כולל סיור באתר המבנה ויכלה להתרשם מכלי ראשון במצב בשטח.

(ג) **דוח הוועדה** - מפורט ומנומק כנדרש וממנו עולה, חומר הרקע ששימש את הוועדה וכן את המלצותיה ונימוקיה לכך תוך שקלול שיקולים השייכים לעניין. (ראו עמ' 22-25 לדוח הוועדה).

(ד) **אופייה של הסוגיה** העומדת לדיון, היינו לפי כתב המינוי של ראש הממשלה לוועדה (ראו עמ' 3 לדוח הוועדה) אמורה היא לפעול כדלקמן; בחינת הייעוד הראוי למבנה נשוא העתירה הנדונה, על יסוד מכלול ההיבטים הנוגעים לנושא ולעתירה.

אופייה של העתירה הוא מימוש זכות תפילה והפולחן לו טוענים העותרים עקב היותו של בניין המסגד לשעבר, לטענת העותרים מקום קדוש.

לסוגיה של מימוש זכות תפילה במקרה הנדון - כפי שהובהר גם בכתב המינוי האמור לוועדה והן בעמדת המדינה וגם בעמדת העירייה - היבטים רבים ומגוונים ובכללם היבטים דתיים, כלכליים, לאומיים, תקציבים, ביטחוניים, מוניציפליים ותרבותיים.

בחינתם של ההיבטים הללו והאיזון ביניהם, ראוי שיעשה ע"י הרשות המבצעת, במיוחד כאשר נטען למימוש זכות תפילה במקום קדוש. בפרק פגיעה בחופש הדת והפולחן עמ' 29-33 לתגובת העירייה, סעיפים 75-78, הדגישה העירייה בעקבות פסיקותיו של בית המשפט העליון, כי הפרום הראוי לדון ולהחליט בסוגיה האמורה, הוא בידי הרשות המבצעת, גם אם בידי בית המשפט הסמכות לכך.

המדיניות השיפוטית הנקוטה בבית המשפט העליון היא, כפי שציין כב' השופט זמיר בבג"צ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית ואח' נ' מדינת ישראל פ"ד נ"א (2) 509 בעמ' 515, כי גם כאשר מוסמך בית המשפט לדון בעניין הנוגע למקום קדוש, הרי מתוקף שיקול דעתו יפעל הוא ליישם את הדין בגמישות ומתוך שיקולים לבר - משפטיים.

ראו גם בג"צ 8666/99 תנועת נאמני הר הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד נ"ד (1) 199 בעמ' 203 בו ציין בית המשפט (כב' השופט זמיר) כי ישנם סוגים של מקרים שבהם אומנם יש סמכות לבית המשפט, אך הוא מונע עצמו מביקורת שיפוטית כגון בעניינים מדיניים, מאחר וקיים מוסד אחר המתאים יותר מבית המשפט לקבל הכרעה. לדעת העירייה הגוף המתאים והראוי (הוועדה) קבל הכרעה וראוי לכבדה.

(ה) מדובר **בהחלטה מנהלית** של דוח הוועדה שמונתה ע"י ראש הממשלה, כראש הרשות המבצעת שניתנה במסגרת סמכותה ובית המשפט לא יתערב בה, ולא ימיר את שיקול דעתו בשיקול דעתה, אלא אם כן, חורגת אותה החלטה ממתחם הסבירות. מדובר בנושא מנהלי מורכב שראוי כי הרשות המינהלית תקבל החלטה בו.

העירייה תטען כי החלטת הוועדה ניתנה במתחם הסבירות תוך שמירת כללי המשפט המנהלי: קוימה זכות הטיעון לעותרים ולעירייה; נבחנה התשתית העובדתית ואף נערך ביקור במקום וכן נכתב דוח מנומק ומפורט, ממנו עולה כי נעשתה מלאכת האיזון הראויה בנסיבות העניין, ביחס לאינטרסים השונים.

כב' בית המשפט מופנה לאסמכתאות העירייה בנושא הסבירות (בדבר הכרזת המוזיאון, בסעיפים 70-74 לתגובת העירייה עמ' 27-29 לתגובתה), ולפיהם תטען העירייה כי החלטת הוועדה ניתנה במתחם הסבירות, תוך שמירתם של כללי המשפט המנהלי, וכי לא דרושה התערבותו של בית המשפט בהחלטתה של הוועדה, כזרועה של הרשות המבצעת.

12. מעבר לכל האמור לעיל, תדגיש העירייה כי בנושא השיפוץ החיצוני של בניין המסגד פורסם כידוע מכרז, והן העותרים כאן והן עותרים בבית המשפט המחוזי בבאר - שבע בעתירה מינהלית (עת"מ 00230/04 כנזכר בדוח הוועדה) ניסו למנוע את ביצוע העבודות בדרך של בקשות לצווי ביניים כאמור וכמפורט בהן.

בית המשפט, לאחר קבלת תגובת המשיבים ( העירייה ופרקליטות המדינה בבית המשפט העליון והעירייה והחברה הכלכלית לפיתוח באר - שבע בע"מ בבית משפט לעניינים מינהליים בבאר - שבע), לא נענו לבקשות הללו והמצב עתה הוא כי זכתה במכרז האמור רשות העתיקות, אשר החלה זה מכבר בעבודתה.

13. כמו כן תציין העירייה כי היא דואגת, כפי שדאגה בעבר, לשמירת בניין המסגד לשעבר ולניקיונו ולגידורו.

14. העירייה מוצאת מקום להדגיש כי באף שלב לא זנחה את תוכניותיה לשיפוצו של בניין המסגד לשעבר (שההכרח להפסיק באופן זמני את הפעילות בו כמוזיאון נבעה מחמת היותו מסוכן) והחזרת הפעילות בו כמוזיאון ארכיאולוגי כפי שהיה.

אומנם הדבר מתמשך עקב קשיים שונים של תכנון, תקציב וביצוע. במבחן המעשה הוכיחה העירייה כי היא דבקה בתוכניותיה להפיכת שטח הגן כולו בו נמצא גם בניין המסגד לשעבר, כמתחם מוזיאונים לעיר באר - שבע. במסגרת זו שופץ לאחרונה ונפתח לקהל בניין המושל לשעבר (בינואר 2004) באותו מתחם כמוזיאון לאומנות.

העירייה החלה כאמור בביצוע העבודות היותר ששוכות הקשורות לבניין המסגד לשעבר עצמו.

בשלב ראשון מתבצעות עבודות חיצוניות בעיקרן היינו שיפוץ האבן החיצונית (עבודות שיארכו כשנה וחצי לפחות).

בשלב השני, עם סיומו של השלב הראשון, יחלו עבודות (לאחר פרסום מכרז בעניין) לשיקומו הפנימי של הבניין ומערכתיו השונות לצורך הכשרתו מחדש כמוזיאון לארכיאולוגיה. העבודות בשלב השני ימשיכו, לפי הערכה זהירה, לפחות שנתיים וחצי - עד שלוש שנים) כפי שציין מהנדס העיר בתצהירו מיום 24.12.2004. שיפוץ בניין המסגד הוא כאמור חלק ממכלול מבנים להקמתה של קריית מוזיאונים ומבני תרבות בגן העירוני בעיר העתיקה בבאר - שבע ובסמוך אליו.

15. **לסיכום**, תיטען העירייה, לאור האמור בדוח הוועדה, בתגובתה ובמסמך עמדה משלים זה, כי ראוי הוא לדחות את העתירה ולחייב את העותרים בהוצאות משפט ושכ"ט עו"ד.

---

עו"ד אלישע פלג  
היועץ המשפטי לעירייה

---

עו"ד אסא אליאב  
ב"כ העירייה

ב"כ עיריית באר - שבע